§ 1 Faktoren der Rechtsbildung[1]

Michel Humbert

Inhalt Rn.

I. Das Wesen des Rechts 1
II. Die Entstehung des *ius* auf der Grundlage des Gesetzes 3
III. Das magistratische Edikt 11
IV. Die *successio auctorum*: die Rechtswissenschaft 18
1. Die *auctores*: Nicht fungible Persönlichkeiten, aber Schöpfer einer einheitlichen Wissenschaft, der *iuris prudentia* 22
a. Die *auctores* 22
b. Ein einheitliches und kollektives Werk 25
aa. Ein geschlossenes Milieu 25
bb. Eine besondere Kunstfertigkeit oder ein kollektives Werk 33
2. Die *auctores* bei der Arbeit: Vom *responsum* zum *ius controversum* 42
a. *Respondere* 44
aa. Das Problem des *ius publice respondendi ex auctoritate principis* 46
bb. Das Wesen des *responsum* 47
b. Die kasuistische Methode 48
c. Ein „strittiges Recht“ 51
3. Ihre Werke 53
V. Die kaiserliche Gesetzgebung 56

[1] Der Umfang der Literatur macht es unmöglich (und sinnlos), umfassende Nachweise zu bieten. Daher beschränken sich die Angaben auf wenige eindeutige und notwendige Quellen. Für das Gesamtbild beziehen wir uns beispielsweise aus der deutschsprachigen Literatur auf die zwei Bände von *Wieacker*, RRG I und *Wieacker*, RRG II [letzteres aus dem Nachlass von Fr. Wieacker, hg. von J.G. Wolf]; und für eine gedrängtere Darstellung des Forschungsstandes: *Kunkel*, RG 196–213; in französischer Sprache, *Gaudemet*, Naissances (2000) 92–104, 270–300. Zur Rechtswissenschaft und zur Entstehung des Privatrechts empfehlen sich zwei besonders anregende Werke, auf die im Folgenden Bezug genommen wird: *Lombardi*, Diritto giurisprudenziale (1967) und *Bretone*, Storia (2000).

I. Das Wesen des Rechts

1 Recht und Rechtswissenschaft bedürfen einer Definition. Das römische Recht ist eine technische Schöpfung, das Werk einer Klasse von Spezialisten. Diese Spezialisten haben die Methoden erfunden, mit deren Hilfe es gelingt, Konflikte zwischen einzelnen zu neutralisieren, sie zu verhindern oder sie zu lösen. Dank der Tätigkeit dieser Juristen, die sich über ein Jahrtausend erstreckt, hat das Recht seine Autonomie gefunden: Autonomie im Verhältnis zur magisch-religiösen Welt, indem es die Vorstellung von übernatürlichen Mächten zurückdrängte, denen sich die Menschen unterworfen gefühlt hätten; Autonomie auch im Verhältnis zu ethisch-politischer Furcht, die zur Herrschaft von moralischen Richtlinien oder zur Unterwerfung unter eine despotische Macht geführt hätten. Stattdessen musste jede Lösung von Streitigkeiten unter Individuen innerhalb des Rechts gesucht werden. Daher rührt die Autonomie des Rechts, die tief in der römischen Gesellschaft verwurzelt ist. Das Recht wird weder mit der Religion verwechselt, obgleich deren Rituale einen wichtigen Platz im öffentlichen wie auch im privaten Leben einnehmen, noch mit der Moral. Ebenso hat es eine prinzipielle Unabhängigkeit von den Machthabern erworben. Die politischen Regimes veränderten sich, die sozialen Gleichgewichte wandelten sich, die Rechtswissenschaft aber wahrt ein Jahrtausend lang die Einheit ihrer begrifflichen Grundstruktur. Diese schließt es allerdings nicht aus, dass direkte Verbindungen zu ökonomischen Umwälzungen bestehen, dass verschiedene philosophische Strömungen Einfluss nehmen und dass es zu ideologischen Veränderungen kommt.

2 Um die dominanten Faktoren der allmählichen Herausbildung des Rechts zu identifizieren, muss man dem Modell folgen, das Pomponius in didaktischer Darstellung in seinem Enchiridion, dem kurzen Traktat zur Entstehungsgeschichte des römischen Rechts (D. 1.2.2), vorlegt. Dort unterscheidet Pomponius drei wesentliche Triebkräfte im Lebenszyklus des Rechts und arbeitet so drei Quellen der historischen Entstehung des Privatrechts heraus[2]: So erhält man die Faktoren der Rechtsbildung. Zunächst findet man den Gründungsakt des Rechts oder das Gründungswerk der Rechtsordnung im Gesetz. Dann kommt der Beitrag der Magistrate, das Produkt ihrer *iuris dictio*. Schließlich erscheinen die *auctores*, die das Recht, indem sie es anwendeten, bereicherten, entwickelten und geduldig aufbauten. Das ist die *iuris prudentia*. Wir werden uns von dieser Analyse leiten lassen. Sie hat den Vorzug, dass sie zugleich die großen geschichtlichen Entwicklungslinien beachtet und die wesentlichen Quellen der Entstehung des Privatrechts herausstellt. Als letzten, kurzen Punkt werden wir noch die kaiserliche Gesetzgebung hinzufügen.

[2] Folgt man der Darstellung des Pomponius, so findet man nacheinander die *origo iuris* (Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.1–12), wo zunächst das Zwölftafelgesetz und dessen *interpretatio* Erwähnung finden; dann die *nomina et origo magistratuum* (ibid., 13–34), wo die Arbeit des Prätors am Edikt eingeführt wird; und schließlich die *successio auctorum* (ibid. 35–53), wo die Aktivitäten der *prudentes* erörtert werden. Dieser Gliederung werden wir folgen.

II. Die Entstehung des auf das Gesetz gegründeten *ius*

Das Gesetz als Triebkraft der Rechtsbegründung erscheint schlagartig als Frucht eines politischen Umsturzes. Inspiriert von einer Volksbewegung, die demokratisch inspiriert war und Vorstellungen nach Rom brachte, die nur aus dem zeitgenössischen Athen stammen können,[3] erschien zu Beginn des 5. Jh.s die – in Rom bis dahin unbekannte – Idee eines Rechts, das sich auf das Gesetz, auf ein geschriebenes Gesetz stützte. Diese Idee führt im Jahr 450 zur Abfassung des Zwölftafelgesetzes. Das Gesetz als oberstes Prinzip beraubt den Magistrat, der Inhaber eines bis dahin souveränen *imperium* ist, seiner willkürlichen Macht bei der Durchführung von Zivil- und Strafprozessen. Das Gesetz konfisziert oder annektiert diese Macht des Magistrats in der denkbar radikalsten Weise. Es stellt eine erschöpfende Liste aller Situationen auf, für die anerkannt ist, dass sie den Schutz des Gerichts verdienen, oder setzt die Sanktion fest, soweit es sich um ein Delikt handelt. Man muss insoweit von einem Gesetzbuch sprechen, denn die Sammlung von Prozessvorschriften im Zwölftafelgesetz beansprucht Vollständigkeit. Von nun an setzt jeder Akt der *iuris dictio*, der wie zuvor des konsularischen *imperium* bedarf, nach seiner Definition die Anwendung des Gesetzes voraus. Soweit das Recht in seiner gerichtlichen Dimension betrachtet wird, beruht das Recht – das gesamte Recht – auf dem Gesetz. Infolge einer grundlegenden Umwertung der Werte findet sich von jetzt an der Magistrat dem Gesetz untergeordnet. Das Gesetz wurde entsprechend der in jeder Hinsicht zutreffenden, von den Römern selbst bewahrten Überlieferung zum *fons omnis publici privatique iuris,* zur Quelle des gesamten Privatrechts (in der Form der *legis actiones*, das heißt der Mittel zur Durchführung einer Zivilklage, dazu → § 9 Rn. 1–11) und des öffentlichen Rechts (durch eine entsprechende Vereinnahmung der Strafverfahren).[4] **3**

Das geschriebene Gesetz hat sich alle Formen der Streitentscheidung angeeignet – mit der bezeichnenden Ausnahme jener Bereiche, die der öffentlichen Rechtspflege entzogen sind, wie die *patria potestas* (ihre Quelle, ihr Umfang und ihre Effekte) und die Familienorganisation (Ehe, Abstammung, Adoption), die im Gesetzbuch der Dezemvirn fast vollständig fehlen, sowie einige seltene Fälle, die der göttlichen Rache überlassen wurden und die zur *sacratio* des Schuldigen führten. Diese scheinbaren „Ausnahmen" betreffen die Rechtsprechung des Konsuls nicht, deshalb musste sich das Gesetz damit nicht beschäftigen. **4**

Es wäre sinnlos, den Redakteuren des Zwölftafelgesetzes irgendeine systematische oder theoretische Absicht zuzuschreiben. Ihre Aufgabe war eher politischer als juristischer Natur. Sie bestand darin, die Quelle des Rechts neu zu bestimmen, um den Zugang zum Rechtsschutz unter die Garantie eines geschriebenen, unantastbaren und **5**

[3] *Humbert*, RHD 93 (2015) 399–422, 441–443.

[4] Siehe zu alldem *Humbert*, Droits 28 (1997) 87–111; *Humbert*, Antiquitatis effigies (2013) 541–588.

allen bekannten Gesetzes zu stellen. Kurz gesagt, alle Bürger sollten vor einer Rechtspflege geschützt werden, die willkürlich, sprunghaft und nicht vorhersehbar war, auch wenn diese vor der dezemviralen Revolution der Tradition des Gewohnheitsrechts einen wichtigen Platz eingeräumt haben muss (→ § 2 Rn. 6).

6 Unsere Kenntnisse über dieses Gesetzgebungswerk, das uns nur auf der Grundlage von zuweilen sehr viel späteren Zitaten zugänglich ist, sind unbestreitbar unvollständig. Dennoch darf man annehmen, dass unsere Informationen, obgleich sie lückenhaft sind, uns nichts Wesentliches vom Inhalt des Gesetzes vorenthalten. Das lässt sich erklären. Das Prestige, das dieses Denkmal der Gesetzgebung genoss, hat dazu geführt, dass, zumal bei den Liebhabern des Altertums, noch die kleinsten Abschnitte bewahrt wurden. Vor allem die klassischen Lehrbücher, insbesondere die Institutionen des Gaius, versuchten, in dem Bestreben, eine perfekte, das heißt vollständige Darstellung zu schaffen,[5] für jede Institution, die sie erwähnen, die normative Grundlage (das Gesetz, insbesondere das Zwölftafelgesetz, die *interpretatio* der *veteres*, die gemeinsame Tradition, die herrschende Meinung der *prudentes* …) zu benennen; sie haben es sicher nicht versäumt, sich auf die Zwölftafeln zu beziehen, wenn diese den Ursprung einer Regelung darstellten. Wir haben infolgedessen mit den Zwölftafeln eine sichere Grundlage. Das Recht trifft offiziell in seine Geschichte in dem Moment ein, in dem es Gesetz wird: im Jahr 450.

7 Welchen Platz muss man dem Gesetz bei der Entstehung des Privatrechts nach diesem bemerkenswerten Erfolg zuerkennen? Es spielte eine höchst reduzierte Rolle. Um aber jedes Missverständnis zu vermeiden, muss man sich Klarheit darüber verschaffen, was gemeint ist, wenn man dem Gesetz[6] einen angemessenen Platz in der Entstehung des Privatrechts zuerkennt, auch nachdem die dezemvirale Kodifikation erschienen war.

8 Wie eine kürzlich erschienene brillante Studie bewiesen hat,[7] kann man sich zum Beweis nicht auf die überaus geringe Zahl von Gesetzen stützen, die in den Kommentaren der Juristen zitiert werden, die in den Digesten gesammelt sind. Diese Fragmente der klassischen Rechtswissenshaft wurden nämlich Opfer einer Politik der systematischen Beseitigung aller Verweise auf Gesetze, die in ihnen enthalten waren – unabhängig davon, ob die Gesetze aus republikanischer Zeit oder aus einer kürzer zurückliegenden Epoche stammten. Die Anweisungen zur Reinigung, zur „Entgesetzlichung", die von Justinian ausgingen und strikt befolgt wurden, nehmen den rechtswissenschaftlichen Kommentaren daher jede Bedeutung für diesen Punkt. Für sich genommen würden sie den gänzlich unbegründeten Eindruck des Fehlens eines gesetzgeberischen Beitrages zur Herausbildung des Privatrechts vermitteln. Die Untersuchung kann nicht auf dieser Grundlage geführt werden, die definitionsgemäß unzuverlässig ist.

---

[5] Unten Fn. 8.

[6] Zum Begriff des Gesetzes in der republikanischen Zeit, *Magdelain*, Loi (1978).

[7] *Mantovani*, in Ferrary, Leges publicae (2012) 707–767.

Um ein genaueres Bild zu gewinnen, steht ein anderes Hilfsmittel zur Verfügung, **9**
dessen wir uns bedienen werden. Man kann von den Institutionen des Gaius ausgehen, die von den gnadenlosen Verstümmelungen der Kompilatoren verschont blieben und es erlauben, die hier gestellte Frage zu beantworten. Weiß man, mit welch skrupulöser Sorgfalt Gaius bei der Abfassung seines Handbuchs danach strebt, bis zu den Ursprüngen der Institutionen zurückzugehen, die er erwähnt,[8] weiß man, dass er systematisch darum besorgt war, die Quelle der analysierten Institutionen in der Gesetzgebung (namentlich, aber nicht nur in den Zwölftafeln), im Gewohnheitsrecht und in der juristischen Auslegung aufzuzeigen, so kann man erwarten, dass die Verweise auf privatrechtliche Gesetze, die er erwähnt, ein getreues Abbild der historischen Realität vermitteln. Ausgehend von den Gaius-Institutionen kann man also, mithilfe einer zuverlässigen Quelle, ermessen, welchen Platz das Gesetz wirklich bei der Entstehung des Privatrechts einnahm.

Wie viele von den 38 privatrechtlichen Gesetzen, die Gaius zitiert (wobei er oft **10**
dasselbe Gesetz mehrfach anführt) haben nun das Ziel oder die Wirkung, zur Bildung des Privatrechts beizutragen? Wie vielen von ihnen kann man die Schaffung einer Institution des Privatrechts zuschreiben? Sieht man von den Gesetzen ab, die die Gerichtsorganisation betreffen,[9] denjenigen, die dem Schutz der öffentlichen Ordnung gegen private Gewaltakte dienen,[10] von denen, in denen Regelungen zum Schutz von Geschäftsunfähigen enthalten sind (Bestimmung des Vormundes, Organisation der Pflegschaft, Ausnahmen von der Geschlechtsvormundschaft über Frauen),[11] sowie ferner noch von denen mit polizeilicher oder bevölkerungspolitischer Zielsetzung den Zugang zur Bürgerschaft reglementieren oder die Bedingungen rechtmäßiger Freilassungen und ordnungsgemäßer Ehen festlegen,[12] und endlich von den Gesetzen die mit ökonomisch-politischer Zielsetzung[13] dazu dienten, die großen Vermögen vor unaus-

[8] Zur Vorgehensweise des Gaius, systematisch bis zum Ursprung jeder Institution zurückzugehen (wie dies dem ‚wissenschaftlichen' Programm entspricht, das im Vorwort zu seinem Kommentar zum Zwölftafelgesetz entworfen wird, Gai. 1 l. XII T D. 1.2.1), sei verwiesen auf *Humbert*, in: Babusiaux/Mantovani, Istituzioni di Gaio (2020) 97–133.

[9] *Lex Silia*: Gai. 4.19 (204); *lex Calpurnia* Gai. 4.19 (nach 204); *lex Aebutia*: Gai. 4.30 (gegen 150?); die zwei *leges Iuliae iudiciariae*: Gai. 4.30 (17 v. Chr.); Gesetze mit unsicherer Datierung: *lex Pinaria*: 4.15; *Lex Licinnia*: Gai. 4.17; *lex Vallia:* Gai. 4.25.

[10] *Lex Atinia* über die Ersitzung gestohlener Sachen: Gai. 2.45 (149); *lex Plautia* über Gewalt: Gai. 2.45 (78–63).

[11] *Lex Plaetoria*: Gai. 2.163; 4.57 (192); *lex Atilia*: Gai. 1–185 f. (vor 186); *lex Titia*: Gai.185, 195 (99?); *lex Iulia* über die *datio tutoris*: Gai. 1.185, 195 (32); *lex Iulia de maritandis ordinibus*: Gai. 1.178; *lex Claudia*: Gai. 1.157, 171 (Zeitalter des Claudius).

[12] *Lex Mincia*: Gai. 1.78 f. (90); *lex Cornelia de aqua et igni*: Gai. 1.18 ; L. *Fufia Caninia*: Gai. 1.42f; 1.139; 2.228 usw. (2 v. Chr.) *lex Aelia Sentia*: Gai. 1.13–15, 18 f., 38 (4 n. Chr.); *lex Papia Poppaea*: Gai. 2.206: 3.42, 47 (9); *lex Iulia*: Gai. 1.145; *lex Iunia Norbana*: Gai. 1.22 f.; 2.110; 3.56 f. (19); *lex Iulia de maritandis ordinibus*: Gai. 1.178.

[13] Zahlreiche Gesetze *de sponsu*: *lex Appuleia*: Gai. 3.122 (241); *lex Marcia*: Gai. 4.23 (104?); *lex Cornelia*: Gai. 3.124 (81?); mit unsicherem Datum: *lex Furia*: Gai. 3.121; 4.22, 109; *lex Pubilia*: Gai.

gewogenen Verfügungen von Todes wegen und gegen übermäßige Verschuldung zu schützen, so entfallen damit 37 von 38 Gesetze. Letztlich bleibt nur ein Gesetz übrig, die berühmte *lex Aquilia* (Anfang des 3. Jh.s vor Christus). Allein dieses Gesetz verdient es, als eines betrachtet zu werden, das (durch die Umgestaltung der disparaten, im Zwölftafelgesetz zusammengestellten und sanktionierten Tatbestände) eine wahrhafte ‚Institution' des Privatrechts geschaffen und den Grundsatz aufgestellt hat, dass der Schaden zu ersetzen ist, der ohne Berechtigung dem Eigentum eines anderen zugefügt wurde. Und wenn man nicht aus dem Blick verliert, dass dieser denkwürdige Fels, als einzigartiger und isolierter Meilenstein der Gesetzgebung später eine intensive Auslegungs-, Erweiterungs- und Anpassungsarbeit nach sich zog, die sich über acht Jahrhunderte ohne jeden gesetzgeberischen Beitrag[14] erstreckte, kann man ohne Vorbehalt und ohne die Gefahr der Täuschung durch Quellen, die durch ihre Verkürzungen unbrauchbar geworden sind, zu dem Schluss kommen, dass das Gesetz nach dem Gründungsakt der Zwölftafeln nur mehr eine marginale Rolle bei der Entstehung des Privatrechts gespielt hat.[15] Das Privatrecht ist grundsätzlich anomisch.[16]

III. Das magistratische Edikt

11 Das Gesetzbuch der Dezemvirn hatte demnach im Jahr 450 alle Situationen in sich aufgenommen, die über ein notwendig gesetzliches Verfahren eine gerichtliche Sanktion nach sich zogen. Die Gefahr einer Erstarrung des Rechts, das nach seiner Definition abgeschlossen war, lag auf der Hand. Daher musste man rasch zur Anpassung des geschriebenen Rechts schreiten: Die *interpretatio* (auf die zurückzukommen ist) begann sofort. Vor allem aber musste man neue Situationen ins Auge fassen, die sich aufgrund ökonomischer Bedürfnisse im Zusammenhang mit der Ausweitung der Handelsbeziehungen ergaben.

3.127; 4.9, 22, 171; *lex Crepereia*: Gai.4.95; *lex Ollinia*: Gai. 4.109 und *complures aliae leges*; Gesetze, die dazu dienten, die Vermögen zusammenzuhalten oder zu steuerlichen Zwecken: *lex Furia* über die Testamente: Gai. 2.226; 4.23 f. (zwischen 204 und 169); *lex Voconia*: Gai. 2.226 (169); *lex Falcidia*: Gai. 2.224 (40) mit den *Senatusconsulta Trebellianum* und *Pegasianum*; *lex Iunia Velleia*: 2.134 (gegen 28 n. Chr.); *lex Iulia de vicesima hereditatum*: 3.125 (gegen 5 n. Chr.).

[14] S. dazu *Kaser*, RRQ 20. Die *lex Aquilia*, deren Erwähnungen ausnahmsweise von der „delegificazione" (*Mantovani*), die von den Kompilatoren vorgenommen wurde, ausgespart blieb (sie wird nicht weniger als 200 mal in den Digesten zitiert), wurde durch die Auslegung (durch Juristen und das prätorische Edikt) vollständig erneuert, erweitert und überholt: eine Arbeit der Ausdehnung und Verallgemeinerung, die dem Gesetz nichts verdankt.

[15] Dazu ist *Kaser*, RRQ 20 mit der Aussage zu zitieren, dass „die Römer die tiefgreifende Erneuerung ihres Privatrechts und Zivilprozeßrechts, abgesehen von wenigen singulären Eingriffen der Gesetzgebung, den Juristen anvertraut und diesen dabei im Vertrauen auf ihre Sachkunde und ihr Verantwortungsgefühl weithin freie Hand gelassen haben". Ebenso *Kaser*, RRQ 33: „[D]er größte Teil des Privatrechts (und Zivilprozeßrechts) bis zum Ende der Klassik [ist] Juristenrecht".

[16] Oder, um den von *Mantovani*, in: Ferrary, Leges publicae (2012) 726 verwendeten Ausdruck aufzugreifen: „anormativo".

Nach den Vorstellungen der Dezemvirn war den Magistraten nur eine bescheidene Rolle zugedacht. Sie sollten bei der Ausübung ihrer *iuris dictio* gehorsame Vollstrecker der gesetzlichen Vorschriften sein, indem sie die vom Gesetz vorgesehenen *legis actiones* gewährten. Indessen nimmt der Magistrat spätestens von der Mitte des 3. Jh.s an (Schaffung des Fremdenprätors im Jahr 241) eine neue schöpferische Tätigkeit auf und wird für mehr als zwei Jahrhunderte der wichtigste Faktor der Rechtsbildung im römischen Privatrecht – dieses Mal jedoch am Gesetz vorbei. **12**

Das *ius civile Quiritium* (→ § 6 Rn. 77–88), das ausschließlich die Beziehungen zwischen römischen Bürgern regelte, war das Recht, das durch *legis actiones*, auf Gesetz beruhende Verfahren, durchgesetzt wurde. Zur Regelung der Beziehungen zwischen *cives* und Ausländern (*peregrini*) musste man auf eine andere Form der Rechtsdurchsetzung zurückgreifen. Dieses neue Recht, das im Zusammenhang mit dem territorialen Ausgreifen und dem römischen Imperialismus entstand, wurde später als *ius gentium*[17] bezeichnet. Es handelt sich um eine Gesamtheit von Beziehungen, die vom Magistrat als juristisch schutzwürdig anerkannt wurden. Dieses Recht ist ausschließlich römisch, sowohl was seine Quelle als auch was seinen Inhalt angeht (es wurde vom römischen Erfindungsgeist entwickelt und verdankt, soweit wir wissen, nichts irgendwelchen identifizierbaren ausländischen Rechtspraktiken)[18] und im Hinblick auf die Durchsetzung. Die Durchsetzung geschieht ausschließlich durch den Prätor, daher die Bezeichnungen als *ius honorarium* (→ § 6 Rn. 139–144) oder als *iudicia honoraria*[19], in keiner Weise aber auf gesetzlicher Grundlage. Man muss dem Prätor eine quasi-gesetzgeberische Rolle zubilligen. Er übt eine normative Funktion[20] aus. Die Eigenart dieser Rechtsdurchsetzung, die mit dem prozessualen System der *legis actiones* bricht, besteht darin, dass der Magistrat mithilfe einer Formel, die er ausarbeitet (*concepta verba*),[21] frei entscheidet, dem Richter eine Anweisung zu geben, dass dieser ein bestimmtes Verhalten oder eine bestimmte Art von Vereinbarung mit Rechtsfolgen versieht. Die schöpferische Tätigkeit des Fremdenprätors bringt zwangsläufig den Rückgriff auf dieses sogenannte Formularverfahren mit sich (im Unterschied zum Verfahren auf gesetzlicher Grundlage, den Legisaktionen). Es ist gut möglich – darüber wird noch gestritten **13**

[17] *Kunkel*, RG 73–78; *Kaser*, RPR I² (1971) 202 f.; *Kaser*, Ius gentium (1993); *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 191–227.

[18] *Kunkel*, RG 74–75.

[19] Der Konzeptualisierung des *ius honorarium* als solchen begegnet man erstmals bei Cicero: S. Rosc. 15 (Gegenüberstellung von *iudicia legitima* und *iudicia honoraria*); Caecin 34 (*ex iure civili ac praetorio*); off. 1, 33 (*pleraque iure praetorio liberantur, nonnulla legibus).*

[20] Vgl. Cic. leg. 3, 2 und 3, 8: *iuris civilis custos et lex loquens.* Vgl. *Bretone*, Storia (2000) 150.

[21] Der Prätor wird Herr des Prozesses. Mit der Formel (und im Einklang mit dem Versprechen, das auf der Tafel seines Edikts aufgezeichnet ist: *iudicium dabo*), organisiert der Prätor den Prozess (*iudicium dare*): Er erteilt dem Richter den Befehl, (gegebenenfalls) zu verurteilen und bestimmt die Grenzen der richterlichen Macht. Das ist es, was Gaius (Gai. 4.30) als *litigare per formulas* oder *per concepta verba* bezeichnet. Die *verba* erweisen den Anspruch des Klägers als einen solchen, den der Prätor als durchsetzbar anerkennt.

–, dass der Fremdenprätor auf diesem Weg, der unendliche Möglichkeiten für neue Schöpfungen eröffnete, dem Stadtprätor folgte, der vielleicht in Konstellationen, die nur römische Bürger betrafen (und deshalb nach *ius civile* und nicht nach *ius gentium* zu beurteilen waren) am Gesetz vorbei auf die schöpferischen Möglichkeiten einer Formel zurückgegriffen hatte. So etwa bei den *iudicia bonae fidei*, der Vormundschaft und der Treuhand[22] – vielleicht auch der Gesellschaft und dem Auftrag. In diesen Fällen ist das *ius honorarium* nicht mit dem *ius gentium* identisch, weil es sich um Beziehungen handelt, die dem *ius civile* unterstehen, während alle Bestandteile des *ius gentium* zur Durchsetzung notwendig des *ius honorarium* bedürfen.

14 Die wesentliche Eigenart des *ius gentium* besteht in der überragenden Bedeutung, die der Willenseinigung zugemessen wird, und in der Abneigung gegen jeden Formalismus. Nicht die Beachtung einer vorgeschriebenen Form, sondern die Verpflichtung zur *fides* ist das entscheidende Moment der prätorischen Innovation und das wichtigste Element der vom Prätor gewährten Klage, gleich ob sie *cives Romani* und *peregrini* zugänglich ist (so wie die dem *ius gentium* angehörenden Akte, etwa der Kauf, die verschiedenen Typen der *locatio conductio*, die Gesellschaft und der Auftrag in einer späteren Entwicklungsphase) oder ob sie nur römischen Bürgern vorbehalten ist (wie das bei Vormundschaft und *fiducia* der Fall war). Für alle diese Klagen, die man *bonae fidei iudicia* nennt, ist der Prätor der Meinung, dass der Respekt der *fides* ebenso geschützt werden musste, wie ein Schuldverhältnis auf gesetzlicher Grundlage.

15 Die *actiones bonae fidei*, sowohl die, die zivilen Ursprungs sind, als auch die, die ursprünglich prätorisch sind[23], stellen nur eine Manifestation des Erfindungsreichtums des Prätors dar. Mittels anderer Figuren, die ebenfalls zum *ius honorarium* gehören, erweiterte der Prätor den Anwendungsbereich einer ursprünglich auf gesetzlicher Grundlage bestehenden Klage durch eine Fiktion. So wurde die Diebstahlsklage mithilfe der Bürgerrechtsfiktion auf Peregrine ausgedehnt[24] und die sogenannte *actio publiciana* verschaffte einem unvollkommenen quiritischen Eigentumstitel Schutz „als wäre die Ersitzungsfrist abgelaufen“ (Gai. 4.36). Mithilfe sogenannter *actiones utiles* wurde der begrenzte Anwendungsbereich ziviler Klagen in „nützlicher“ Weise jenseits des ursprünglichen Feldes ausgedehnt (was man als *utiliter agere* bezeichnete).[25] Vor allem aber sind es die sogenannten *actiones in factum*, in denen die außerordentlich große schöpferische Freiheit, die sich der Prätor erworben hatte, am besten zum Aus-

[22] *Watson*, Law Making (1974) 88; *Kaser*, RP I (1971) 200–202; *Kaser/Hackl*, RZ 153–155.

[23] In der Folge betrachtete man alle diese Klagen als zivil.

[24] Gai. 4.37: Die Fiktion der *civitas* gestattet es sowohl dem Peregrinen, der Opfer eines Diebstahls geworden ist, wie dem Bürger, der einen Peregrinen des Diebstahls beschuldigt, die *actio furti* zu erheben; diese ist eine zivile Klage (sie ist eine Kreation des Zwölftafelgesetzes), die aber eben durch diese Erstreckung kraft der Bürgerrechtsfiktion zu einer prätorischen wird.

[25] Beispielsweise erstrecken die *actiones utiles ex lege Aquilia* den Schadensersatzanspruch auf den Nießbraucher, den das Gesetz grundsätzlich nur dem Eigentümer zusichert (Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.10).

druck kommt. Handelt es sich um eine Rechtsfigur, die dem *ius civile* unbekannt ist, so umschreibt der Prätor die Situation, zu deren gerichtlichen Schutz er sich entschlossen hat, als Tatsache (*factum*) und setzt ad hoc eine gerichtliche Sanktion fest. Zahlreiche unserer Vertragstypen entstanden auf diese Weise und auch die alten Figuren des Zivilrechts wurden mithilfe dieses nach Ermessen eingesetzten verfahrensrechtlichen Kunstgriffs ausgedehnt[26].

16 Die begriffliche Rivalität zwischen dem auf dem Gesetz beruhenden *ius civile* und dem vom Prätor geschaffenen *ius honorarium* hat die republikanischen Juristen, die *veteres*, nicht sofort überzeugt. Sie waren zunächst schweigsam im Hinblick auf die durch die *iudicia honoraria* eingeführten Neuerungen. Die ältesten Kommentare (vom Anfang des 2. Jh.s wie der des Sextus Aelius Paetus, Konsul 198), beschränken sich noch auf das *ius civile* (genaugenommen auf die Zwölftafeln) und nehmen den prätorischen Beitrag, der bereits recht bemerkenswert war, nicht zur Kenntnis.[27] Dieser Konservativismus erklärt vielleicht, wie mühsam die Anerkennung des Formularverfahrens war, ohne das die Innovationen des Prätors nicht möglich gewesen wären. Die *lex Aebutia* stammt frühestens aus der Mitte des 2. Jh.s und man muss auf die augusteischen Justizreformen warten, bis das alte Legisaktionenverfahren dem Formularverfahren den Platz überlässt (→ § 10 Rn. 5). Am Ende jedoch setzten sich die neuen Formen durch – gerade als die Kreativität des prätorischen Edikts nachlässt. Eine der letzten größeren juristischen Entdeckungen fällt in das Jahr 66 vor Christus mit der Schaffung der prätorischen *actio doli* (Prätur des Aquilius Gallus). Nach dem Ende der Republik wird das Edikt zum Fossil.[28] Es bleibt ein unersetzliches Dokument, gleich ob das betreffende Edikt vom Stadtprätor, vom Fremdenprätor oder von den Provinzstatthaltern (*edictum provinciale*) ausgeht, weil es alle verfügbaren Klagen, die zivilen wie die prätorischen, enthält. Aber das Edikt wächst nicht mehr.

17 Die Unterscheidung zwischen dem Bestand an Klagen mit gesetzlicher (oder dezemviraler) Grundlage, den sogenannten *actiones civiles*, und der Masse der Klagen, die im Kern prätorischen Ursprungs war, verliert an Bedeutung und an Klarheit.[29] Die Kommentare zum Edikt behandeln diese beiden Bestandteile des römischen Privatrechts,

[26] So tritt die Arglist als ein Delikt in Erscheinung, das durch eine *actio in factum* sanktioniert wird. Auch die „Vertragstypen" Verwahrung und Leihe (Gai. 4.46) entstanden ebenfalls auf diese Weise. Die *actio legis Aquiliae* wurde ebenfalls mit Hilfe von *actiones in factum* über ihre ursprünglichen gesetzlichen Grenzen hinaus ausgedehnt. Es sei noch hinzugefügt, dass es dem Prätor mittels *exceptiones*, gelang, die Rigidität des Zivilrechts zu korrigieren und förmliche Verpflichtungen wirkungslos zu machen, wenn ihnen der Makel von Arglist oder Gewalt anhaftete. Das System der *exceptiones* ist eine weitere neue Verfahrensweise, die der Prätor ersann, um die Wirkungen von Akten zu beseitigen, die dem Gesetz in jeder Hinsicht wirksam waren.

[27] Siehe zu diesem Punkt *Lombardi,* Diritto giurisprudenziale (1967) 3.

[28] Zu der gemeinhin so genannten ‚Kodifikation' des Edikts, die Julian in hadrianischer Zeit vorgenommen haben soll, die neue und anregende Studie von *Mantovani* in: Dovere, Codificazione (1998) 129–178.

[29] Zu den Symptomen der teilweisen Vermengung dieser Kategorien *Kunkel,* RG 78–80, 89–90.

die inzwischen miteinander verschmolzen sind, ohne Unterscheidung. Die schöpferische Tätigkeit ist in andere Hände übergegangen: in die der Rechtswissenschaft[30]. Wir gelangen nun zur *successio auctorum*.

IV. Die *successio auctorum*: Die Rechtswissenschaft

18 Innerhalb der römischen Rechtsgeschichte bilden die *auctores* den originellsten und produktivsten Faktor der Rechtsbildung. Diese eigentümliche römische Besonderheit muss erklärt werden. Das Recht, seine Erfindung, seine Produktion und seine Praxis konzentrierten sich immer auf einen höchst beschränkten Personenkreis, der eine wirkliche Klasse von Fachleuten bildete. Während der Republik ist die herrschende Aristokratie eins mit der Rechtswissenschaft. Im Kaiserreich gibt es keinerlei Änderung. Die kleine Klasse der Machthaber besitzt auch das juristische Wissen[31]. Dieses Monopol auf die Rechtswissenschaft, das aufrechterhalten wurde, obgleich sich die Macht Roms ausweitete, hat der Rechtswissenschaft oder *iuris prudentia* eigentümliche Züge verliehen. Es ist eine Wissenschaft der Fachleute, die sich durch ihre extreme Technizität isoliert (sie ist durch ihre Sprache, ihre Denkweise und ihre Auffassung von den menschlichen Beziehungen einzigartig). Zugleich aber stellt die Gesamtheit der Praktiken, die die Rechtswissenschaft ausarbeitet, ohne dass man sie in einem konstruierten System einschließen kann, die Frucht einer fortgesetzten Arbeit dar, die durch den fortschreitenden Aufbau über viele Jahrhunderte ohne Unterbrechung oder Revolution gekennzeichnet ist. Es gab natürlich Glanzzeiten, gefolgt von ruhigeren Perioden. Ohne sich um jeden Preis an die traditionellen Einteilungen in eine vorklassische, hochklassische, klassische, spätklassische und nachklassische Periode zu binden, ist doch sicher, dass es in der Kreativität der Juristen Phasen des Stillstandes gab, die von Perioden großer Fruchtbarkeit unterbrochen wurden. Unter diesen letzten muss man vor allem die Begegnung mit dem griechischen Denken nennen, die vom 2. Jh. vor Christus an einer Praxis, die – zur Routine geworden – in Versuchung war, den Formalismus aufrechtzuerhalten, fruchtbare intellektuelle Grundlagen und Formen der Diskussion (insbesondere die Dialektik) brachte. Die schönsten Entdeckungen wie die Idealisierung der Treue, die zur guten Treue, *fides bona* wird, die systematische Bekämpfung der Arglist (*dolus malus*), das heißt der Täuschung in privat- und handelsrechtlichen Beziehungen, sind auf das Ende der Republik zu datieren, auf die Zeit der Prätur des Aquilius Gallus (66 v. Christus). Die endgültige Überwindung eines Rechts, das bis

[30] Die Anfänge der Jurisprudenz im Sinne einer autonomen Wissenschaft vom Recht, die vom Gesetz (und seiner *interpretatio*) gelöst ist, und des Edikts, lassen sich auf die Tätigkeit derer zurückführen, die Pomponius die „Gründer" des Zivilrechts nannte: drei Juristen, die in der Mitte des 2. Jh. vor Christus tätig waren: Manius Manilius (cos. 149), Iunius Brutus (der die Prätur innehatte), Publius Mucius Scaevola (cos. 133; pont. max.). Dazu *Bretone*, Tecniche (1982) 275 f.

[31] Dieser Aspekt wird herausgestellt im Werk von *Lombardi*, Diritto giurisprudenziale (1967) 36.

ins 2. Jh. archaisch geblieben war, wird in einer Periode vom 1. bis 2. Jh. nach Christus bekräftigt, die von einer intensiven Aktivität des Kommentierens, von Reflexion und intellektueller Stimulation (und Konkurrenz) geprägt ist. Die Rechtsschulen stehen einander gegenüber, die Schulhäupter wetteifern mit Hilfe ihrer Schüler um neue Erfindungen.

Das Privatrecht erreicht nun seine volle Reife. **19**

Der Siegeszug der Monarchie mit ihrer zentralisierenden Wirkung sichert einigen **20**
großen juristischen Autoren, die gleichzeitig – wie Ulpian und Paulus – höchste politische Stellungen erreichen und dabei auch direkt an der legislativen und richterlichen Tätigkeit der Kaiser teilnehmen, einen herausragenden Platz, der den Höhepunkt eines erwachsen gewordenen klassischen Rechts markiert. Im folgenden Jahrhundert, dem dritten, läuft die Zeit der erschöpfenden Kommentierungen aus. Die Juristen üben eine bescheidenere Tätigkeit aus, derjenigen, die Werke der Rechtswissenschaft, die zweifellos zu gelehrt geworden waren, zusammenzufassen, um sie zugänglich zu machen, insbesondere für die Praktiker, die das Recht in erst seit kurzem romanisierten Provinzen anwendeten. Nach dem Versuch der Tetrarchie, eine gewisse „klassische Reinheit" vor der Bedrohung provinzieller Verunstaltungen zu schützen, scheidet die Rechtswissenschaft geradezu aus den lebendigen Quellen des Rechts aus. Nach einem Zeitraum von anderthalb Jahrhunderten, der von der Vermehrung der Kaiserkonstitutionen geprägt war, dauerte es bis zur Herrschaft Justinians, bevor die Hoffnung einer Wiederherstellung der klassischen Rechtswissenschaft aufkam. Diese Hoffnung blieb jedoch Illusion. Es handelt sich nur um den Reflex der späten und verformenden Wahrnehmung dessen, was in den Augen eines griechischen Kaisers des 6. Jh.s als klassische Rechtswissenschaft erscheinen konnte.

Doch so wichtig diese Veränderungen auch sind, so schließen sie doch eine Gesamt- **21**
betrachtung nicht aus, deren Zweck es nach unserer Auffassung weniger ist, auf Brüche hinzuweisen, die es sicher gab, die aber nicht wesentlich sind, sondern vielmehr die Einzigartigkeit der fortdauernden und gemeinschaftlichen Arbeit der juristischen Handwerker zu betonen, die dieses enorme Werk geschaffen haben. Wer sind sie? Wie haben sie gearbeitet? Dies sind die beiden Achsen, entlang derer unsere Darstellung gegliedert ist.

1. Die *auctores*: Nicht fungible Persönlichkeiten, aber Schöpfer einer einheitlichen Wissenschaft, der *iuris prudentia*

a. Die *auctores*

Muss man von römischer Rechtswissenschaft oder von den römischen Juristen spre- **22**
chen? Diese Debatte wird seit Savigny geführt. Für Savigny war die Rechtswissenschaft eine Einheit und die Juristen waren fungible Persönlichkeiten[32] innerhalb dieser Wis-

[32] *Savigny*, Beruf (1840) 157.

senschaft. Diese Sichtweise, welche die unbestreitbare Einheit der römischen Rechtswissenschaft gewiss übertrieb, wurde später von Fritz Schulz aufgenommen und verteidigt[33]. Schulz wollte der biografischen Tendenz entgegenwirken, die insbesondere in der berühmten „Geschichte der Quellen und Literatur" von Krüger[34] zum Ausdruck kam, und die charakteristischen Züge der „Hauptperson" wiederfinden, die in seinen Augen die römische Rechtswissenschaft war.

23 Die Parteigänger einer prosopographischen Herangehensweise[35], die heute im Wesentlichen dominiert, beharren demgegenüber auf der Notwendigkeit, die individuellen Besonderheiten herauszuarbeiten, um die Originalität jenes einzelnen Werkes besser zu erkennen.[36] Die intellektuelle Ausbildung, die Ausbildungsorte, die Karriere und die Gelegenheiten zum Austauschen oder zum Sammeln von Erfahrungen, das soziale Milieu, die wirtschaftlichen Sorgen und die dominante Ideologie[37], der besondere Stil jedes Autors stellen gleichermaßen völlig legitime und fruchtbare Felder der Forschung dar. Das Bestreben einen jeden Juristen zu individualisieren, ist heute allgemein und wird kaum mehr in Frage gestellt. Die Monographien[38], die solchen in-

[33] *Schulz*, Hist.

[34] Erschienen im Jahr 1888. Vom selben Standpunkt aus, aber in einzigartiger Weise durch epigraphische Entdeckungen bereichert *Kunkel*, Herkunft (1967).

[35] Zum Wechselspiel der historisierenden (am Ende des 19., dann wieder seit der zweiten Hälfte des 20. Jh.s) und globalisierenden Sichtweisen (mit dem Triumph des Pandektismus und dann des Interpolationismus), *Wieacker* in: Schiavone/Giorgio Cassandro, Giurisprudenza (1982) 35–82; *Bretone* in: Schiavone/Cassandro, Giurisprudenza (1982) 15–30; (2000) 288 f.; siehe zu diesem Problem noch den Sammelband Baldus et al., Dogmengeschichte (2012).

[36] An dieser Stelle ist auf ein umfangreiches Forschungsvorhaben hinzuweisen, das unter der Leitung von *Aldo Schiavone* umgesetzt wird: *Scriptores Iuris Antiqui*. Das Projekt strebt nicht nur an, die Werke der römischen Juristen (angefangen bei den veteres) auf vollständigerer Grundlage wiederherzustellen als jener, auf der *Lenel* seine grundlegende *Palingenesia iuris civilis* errichtet hatte, und die Texte mit einer Übersetzung und einem Kommentar zu versehen, sondern auch das Profil jedes Juristen ebenso neu zu ermitteln wie den Kontext, in dem ein jedes Werk entstanden ist. Nach dem programmatischen Band *Schiavone*, Giuristi romani (2017) sind bislang erschienen: *Ferrary* et al., Quintus Mucius Scaevola (2018); Luchetti et al., Iulius Paulus (2018); *Bottiglieri* et al. Antiquissima iuris sapientia (2019); *Dursi*, Aelius Marcianus (2019); *Angelosanto*, et al., Domitius Ulpianus (2020).

[37] Ein passendes Beispiel bringt *Bretone*, Tecniche (1982) 76 für den Juristen und Zensor Sextus Aelius, cos. 199, Autor der Tripertita (die den Text des Zwölftafelgesetzes, den Kommentar dazu in Form der *interpretatio* und die Formeln der Legisaktionen zusammenführen). Es ist dieser Jurist, der als Zensor die Trennung der Senatoren von den übrigen Zuschauern einführt. Diese Initiative, welche die *opulenti*, die, die mit dem Wort zu überzeugen vermögen, begünstigt, zeigt eine von Kultur und Tradition geprägte Ideologie.

[38] Hier kann nicht mehr als ein bibliographischer Hinweis gegeben werden. Zu den wichtigsten Juristen (Celsus, Julian, Pomponius, Gaius, Papinian, Ulpian) greife man zu ANRW II.15 (790 Seiten). Zur Vervollständigung beachte man die Angaben zu Leben, Werk und Einfluss, versehen mit einer sehr detaillierten Bibliographie bei *Liebs*, HLL I 6579 (= §§ 110 f.) und 560–574 (= §§ 194 f.); HLL IV 83–217 (= §§ 410–431); HLL V 55–73 (= §§ 502–510).

dividuellen Profilen gewidmet sind, lassen sich kaum mehr zählen. Die gewonnenen Resultate sind – trotz der offenbaren Hindernisse, die insbesondere der zerstörerischen Amputation, die (anerkanntermaßen mit einer Kürzung um 95 %) von den Mitgliedern der Digestenkommission vorgenommen wurde, und der Vereinheitlichung, die sie durchführen mussten, geschuldet ist – gesichert. So gelangt man allmählich dazu, die Wesen aus Fleisch und Blut und – vor allem – die Menschen mit Überzeugungen, die die römische Rechtswissenschaft geschaffen haben, aus der Anonymität zu befreien. Man kann ihre Vorlieben im Ausdruck bis in die Textgestalt der kaiserlichen Reskripte verfolgen, an denen sie mitgewirkt haben.

Aber wenn die Berechtigung dieser Geschichte der Juristen sich von selbst versteht, **24**
so darf sie doch nicht zur Verdammung der Geschichte der Rechtswissenschaft als eines kollektiven Werkes führen, so wie die Geschichte einzelner Künstler zur Geschichte der Kunst gehört, aber nicht mit ihr zusamenfällt. Anders als die Literatur ist die Rechtswissenschaft nicht einfach eine Summe. Sie stellt nicht eine zusammengesetzte oder ungeordnete Masse dar, weil die Juristen in einer gemeinsamen Arbeit vereint sind.

b. Ein einheitliches und kollektives Werk

aa. Ein geschlossenes Milieu

Das Milieu, dem die Juristen angehörten, lässt sich für alle Phasen der Entstehung des **25**
römischen Privatrechts rekonstruieren.

Hinter den Dezemvirn als schlicht politischer Autorität lässt sich die entscheidende **26**
Rolle der priesterlichen Kaste der *pontifices* erkennen. Sie sind die Meister der Formeln, die die Menschen mit den Göttern (*ius sacrum*) und die Menschen untereinander verbinden. Das abgeschlossene Kollegium kennt die richtige Form der Rechtsakte. Es hütet das Geheimnis der Verfahren und beherrschte den Gerichtskalender, ohne den kein Rechtsakt und keine Klage wirksam vorgenommen werden können. Es ist behauptet worden, zur Veröffentlichung des Zwölftafelgesetzes sei es infolge einer gegen die *pontifices* gerichteten Bewegung gekommen. Das Kollegium der Priester soll als Opfer einer Bewegung zur Säkularisierung des Rechts gezwungen worden sein, das Geheimnis seiner Formeln preiszugeben[39]. Doch diese Behauptung ist sinnlos. Die Veröffentlichung des Gesetzes konnte nicht gegen die Wissenschaft dieses Kollegiums gerichtet sein, denn das Gesetz setzt dessen Mitwirkung und aktive Teilnahme voraus. Diese ging bis zur Veröffentlichung des Kalenders, eines Kalenders, der durch die Einführung des Nundinalzyklus reformiert war. War die Mitwirkung der *pontifices* vor der Publikation notwendig, so ist sie auch nach der Abfassung des dezemviralen Gesetzbuches offensichtlich. In seiner lapidaren Einfachheit bedurfte das Gesetz für seine tägliche Anwendung der Wissenschaft der *pontifices*. Denn die *interpretatio* lag ausschließlich bei ihnen.

[39] In diesem Sinne, neben anderen *D'Ippolito*, Questioni decemvirali (1993) 57–90. Dagegen *Kunkel*, RG 91; *Humbert*, Antiquitatis effigies (2013) 558–561.

27 Man hat gemeint, in der herausragenden und unbestrittenen Rolle der *pontifices* bei der Anwendung den Beweis einer Revanche finden zu können. Nach dem sie durch die Veröffentlichung des Gesetzes ihres Geheimwissens beraubt waren, sollen die Pontifices ihre frühere Machtstellung zurückgewonnen haben. Aber es gab keine bösartige Rückeroberung. Das Gesetz, dessen Fassung ein reines Produkt der Wissenschaft der *pontifices* war, nährte sich bei seiner konkreten Anwendung ganz einfach weiterhin aus derselben Quelle. So erklären sich die Bedeutung, die den *pontifices* für die ersten drei auf die Publikation des Zwölftafelgesetzes folgenden Jahrhunderte zuerkannt wird, und die dauerhaften Spuren, die sie im römisch juristischen Denken hinterließen.

28 Die *interpretatio*, die das Werk der *pontifices* ist, war so notwendig mit dem Gesetz verbunden, dass sie im gleichen Rang wie der normative Text des Gesetzbuches Bestandteil des *ius* wurde. Die Priesterjuristen geben der Wissenschaft vom Recht seine ersten unauslöschlichen Prägungen. Nur sie besitzen Kenntnisse, Technik und eine Sprache der Gelehrsamkeit. Sie sind Fachleute, die ihrem Fach eine Eigenart in Form und Inhalt geben, die sich erhält, auch als das Monopol der *pontifices* endet und die Rechtswissenschaft sich weiteren Kreisen öffnet. Der letzte – und der berühmteste – Vertreter der Einheit von *iuris prudentia* und priesterlicher Wissenschaft ist Quintus Mucius Scaevola (Konsul 95, Pontifex Maximus), Verfasser einer Abhandlung über das *ius civile* in 18 Büchern. Danach stammen die großen Juristen bis zum 1. Jh. unserer Zeitrechnung aus senatorischen und später ritterlichen Kreisen, also aus einer kleinen Klasse, die alles besitzt: Macht, Ansehen, Reichtum und Wissen. Die Senatorenklasse (und die Juristen mit ihr) ist geeint in dem Bestreben, ihre Macht gegen demokratische oder monarchische Abweichungen in der ausgehenden Republik zu verteidigen. Am Ende der Republik und unter dem Kaiserreich bringt die Erweiterung auf die Klasse der Ritter nur eine relative Vergrößerung des Abstands zur politischen Macht,[40] es ergibt sich aber zugleich eine neue Hinwendung zur wirtschaftlichen Macht.

29 Selbst unter dem Kaiserreich, als der Kaiser seinen Zugriff auf die Faktoren der Rechtsbildung verstärkt, sind es doch immer die gleichen beschränkten Kreise, im Schatten der Macht und im Bann der Autorität des Herrschers, die diesem als Berater dienen. Im Rat des Kaisers äußern diese großen Juristen, deren intellektuelle Tätigkeit die Digesten hervorgebracht hat, ihre Meinungen, sie geben die Richtung der Entscheidungen vor, die im Zusammenhang mit Rechtsstreitigkeiten ergehen (*decreta*, Reskripte), und sie nehmen Einfluss auf die Bescheide, die Beamte und Richter von der Autorität des Kaisers erbitten.

30 Diese Juristen haben zu allen Zeiten Zugriff auf alle Quellen des Rechts, so dass man die Rechtsquellen im formellen Sinn auf einen kleinen gemeinsamen Kern zurückfüh-

[40] So bei C. Trebatius Testa, P. Alfenus Varus, Aulus Ofilius, alle Zeitgenossen Ciceros, italischer Herkunft und Angehörige des Ritterstandes, *Kunkel*, Herkunft (1967) 28 f. Die Würde des Konsuls steht den Juristen nach dem ersten Jahrhundert nicht mehr zu: Nach Q. Mucius (Konsul 95), finden sich noch Ser. Sulpicius Rufus (Konsul 51) und Alfenus Varus (Suffektkonsul 39). Antistius Labeo kam nicht über die Prätur hinaus und zieht die Wissenschaft der politischen Verantwortung vor.

ren kann.[41] Es wäre ungenau, sich die verschiedenen Akteure im Rechtsbereich wie heutzutage als getrennte oder unabhängige Figuren vorzustellen: Der Gesetzgeber, die Richterschaft, die Berufsgruppe der Theoretiker des Rechts oder der Rechtslehre und die der Praktiker (Anwälte, Juristen, Notare …). Nichts davon gibt es in Rom, wo die Einheit und Konzentration in den Händen von wenigen *auctores* oder *iuris prudentes* vorherrscht.

31 Der Gesetzgeber, dessen Produktion im Feld des Privatrechts, wie erwähnt, ohnehin sehr begrenzt ist, hat keine konkrete Zusammensetzung. Die Volksversammlungen unter der Republik stimmten über Texte ab, die im Senat von einer politischen Körperschaft ausgearbeitet wurden, die die technische Gestaltung der Texte völlig den Juristen in ihrem Umfeld überließ. Dasselbe gilt für die Edikte der Magistrate[42]. Abgesehen von einer bekannten Ausnahme (Aquilius Gallus, Prätor 66 v.Chr.) fehlt dem Prätor juristische Kompetenz. Auch hier schlagen *prudentes* – immer nur sie – im Kreise seines *consilium* Neuerungen in der Gestaltung des Edikts vor, welches das jährliche Programm für die gerichtliche Tätigkeit darstellt, und das der Prätor ohne persönliche Initiative anwendet. Was die Richter angeht: Sie werden aus dem Kreis der Senatoren rekrutiert, deren vorherrschende Tätigkeit Politik, Diplomatie und die Führung der Staatsgeschäfte ist und sie besitzen keine besondere juristische Kompetenz. Sie verlassen sich auf die Gutachten (*responsa*), die die Parteien und ihre Anwälte von den Fachleuten des Rechts einholen. Auch die Anwälte hüten sich davor, den *auctores,* den Schöpfern des Rechts und Wissenschaftlern, ihre Sachkenntnis streitig zu machen. Die Rhetoren oder *oratores* nutzen juristische Argumente nur in dem Umfang, wie es dem rhetorischen Zweck ihrer Rede dient.[43] Sie haben nicht dieselben Ziele. Den Rhetoren geht es darum, die Billigkeit siegen zu lassen und die schwächere Sache zur stärkeren zu machen. Die Rechtsgelehrten wollen mittels der Logik und den eigentümlich juristischen Argumenten die Lösung des Falles finden. Es handelt sich um zwei Welten, zwei Auffassungen vom Rechtsstreit, die sich gegenüberstehen.

32 Es ist bemerkt worden, dass die allmähliche Ausbreitung des Anwendungsbereichs des römischen Rechts (erst Rom und die römischen Munizipien, später Italien, nach 212 die Provinzen) nicht zu einer Dezentralisierung der römischen Rechtswissenschaft im Hinblick auf ihre Entstehung, ihre Verbreitung und den Unterricht geführt hat. Auch wenn Juristen der Kaiserzeit – und darunter einige der Größten in der Kaiserzeit – provinzialer Herkunft und Abkömmlinge von kaiserlichen Freigelassen wie Iulius Paulus oder Domitius Ulpianus sind, haben sie ihre Karrieren doch in Rom und für Rom gemacht. Kein „fremder" (im Sinn von: provinzialer) Geist wird in ihren Werken erkennbar. Es gibt gewiss ein sogenanntes „Vulgarrecht". Aber die Vorstellung eines

[41] Dieser grundlegende Gesichtspunkt, der die formell getrennten Entstehungsfaktoren auf einen einzigen reduziert, wurde zur Geltung gebracht von *Lombardi*, Diritto giurisprudenziale (1967) 1–78.

[42] *Lehne*, SZ 131 (2014) 271 f.

[43] *Lehne*, SZ 131 (2014) 226 f.

Vulgarrechts setzt ihrem Wesen nach die Existenz eines offiziellen Rechts voraus, einheitlich, zentral und höfisch – und nicht in Frage gestellt: Das Recht, so wie es von den kleinen Kreisen im Umfeld der Zentralmacht gedacht wird. Die Juristen aus der Provinz werden nicht beachtet. Die kaiserlichen Reskripte, die von *auctores* verfasst sind, weisen provinzielle Ungenauigkeiten in der Rechtsanwendung zurück, verdammen lokale Abweichungen und bleiben taub gegenüber allen Innovationsversuchen der Praxis außerhalb des Zentrums. Die Kohärenz des offiziellen Rechts konnte nur infolge des einheitlichen Charakters der klassischen Rechtswissenschaft entstehen. Die klassische Rechtswissenschaft übt ein- und dieselbe Kunst aus und arbeitet an einem gemeinsamen Werk.

bb. Eine besondere Kunstfertigkeit für ein gemeinsames Werk

33 Die Kunst der Juristen ist dadurch einzigartig oder, um von Fritz Schulz einen berühmt gewordenen Terminus zu übernehmen, „isoliert" sich durch besondere Züge, die man wie folgt darstellen kann:

34 Die Sprache der Juristen ist in rigoroser Weise speziell. Wörter, die allgemein gebräuchlich sind, erhalten im juristischen Vokabular eine derart eigene Bedeutung, dass es den Juristen notwendig erschien, sie zu definieren, um jedes Missverständnis zu vermeiden.[44] So verhält es sich mit so geläufigen Ausdrücken wie Balken (*tignum*), Sache (*res*), Sohn (*filius*), Familie (*familia*), Familienvater (*pater familias*), Frucht (*fructus*), abwesend (*absens*), Witwe (*vidua*), Waffe (*telum*) und einigen anderen. Das liegt daran, dass der Jurist eine besondere Weltanschauung hat. Er betrachtet die Beziehungen zu den Menschen und zur Natur durch das Prisma des Rechts. Für das Edikt des Prätors ist Tatsache (*factum*)[45] nicht eine Wahrnehmung der Wirklichkeit, nicht ein objektives Datum, das der gesunde Menschenverstand erfassen und verstehen kann, sondern eine Ableitung davon, eine abstrakte und konstruierte Figur, ein intellektueller Begriff aus der Welt des Rechts. Es handelt sich nicht um Formalismus. Gewiss hat der Formalismus durch Worte und Riten die Anfänge des juristischen Denkens in Rom gekennzeichnet; er war in der alten Zeit vollständig gerechtfertigt, weil der Formalismus „eine[ ] bewusste[ ] und berechnete juristische Schöpfung, eine[ ] tiefdurchdachte[ ] Zeichensprache"[46] ist. Aber dieses Bemühen, „das Unsichtbare sichtbar zu machen", wie Jhering in einer immer noch glücklichen Formulierung gesagt hat, hat die Zeit der *veteres* nicht überdauert. Auch wenn es dazu beigetragen hat, der Sprache des Rechts ihre Genauigkeit, ihre Technizität und ihre Besonderheit zu verleihen, dauerte es in der Epoche, welche die klassische genannt wird, nicht mehr an. Die Sprache des

[44] Den Begriffserklärungen ist ein ganzer Titel der Digesten gewidmet, *de verborum significatione* (D. 50.16).

[45] Zur Unterscheidung von Tatsachen und Recht vgl. das Werk von *Cornu Thénard*, Notion de fait (in Vorbereitung).

[46] *Jhering*, Geist II.2 (1898) 561–562, zitiert von *Bretone*, Storia (2008) 117.

Rechts hielt jedoch an dem Erfordernis unbeugsamer Präzision fest und blieb unempfindlich gegenüber der Ironie der Außenwelt.[47]

Der gemeinsame Widerstand gegen den Angriff der Rhetorik. Im Kontakt mit dem griechischen Denken (Philosophie und Rhetorik)[48] erweiterten die republikanischen Juristen ihre Wissenschaft. Angefangen bei Quintus Mucius, der *ius civile primus constituit generatim* (Pomponius, ench. sing. D. 1.2.2.41), der als erster das Privatrecht strukturierte, indem er methodische Einteilungen vornahm, entdeckten die republikanischen Juristen das Arbeitsprinzip zweckdienlicher Begriffsbestimmungen und machten es sich zu eigen.[49] Derselbe Quintus Mucius verfasste ein Werk mit dem Titel „Definitionen" (griechisch ὅροι). Die Juristen erlernten vor allem die Kunst der Dialektik, das heißt der Argumentation. Diese ergibt sich aus einer Erörterung, die abschnittsweise vorgeht, aus einer Methode des Überlegens. Um zum Ziel zu gelangen, beginnt man mit einer Klassifizierung, die auf Unterteilungen wie der Bestimmung von Arten (*genera*), die wiederum in Unterarten (*species*) eingeteilt sind, beruht. Kurz gesagt handelt es sich darum, das disparate Material, das sich in Jahrhunderten angesammelt hatte, zu strukturieren, um zu einer überzeugenden Argumentation zu gelangen. **35**

Der eigentliche Begründer dieser juristischen Dialektik ist nach Cicero, von dem eine einleuchtende Definition stammt,[50] Ciceros Freund, der Jurist Servius Sulpicius Ru- **36**

[47] Die Spitzfindigkeiten der Juristen werden von literarischen Autoren, die deren Sinn nicht begreifen, verspottet, so spricht Sen. benef. 6,5,3 von *acutae ineptiae* (im Zusammenhang mit Ersitzung und Erbschaft); Plin. ep. 5,7 im Zusammenhang mit dem Formalismus im Erbrecht. Derselben Einstellung liegt Abscheu des Volkes vor dem *iuris consultus* zugrunde, die in Inschriften zum Ausdruck kommt: vgl. *Luzzatto*, St. Redenti II 3 f.

[48] Zum Beitrag der hellenistischen Kultur *Bretone*, Tecniche (1982) 80–100.

[49] Distinktion von fünf Formen der Vormundschaft, die trotz ihres identischen Namens unterschiedlich sind bei Q. Mucius (Gai. 1.188); oder von drei Arten des Besitzes (Paul. 54 ed. D. 41.2.23, der diese Einteilung als besonders untauglich bezeichnet). Die Kunst der Unterteilung oder der Analyse hat sich geleichwohl nicht sehr weit entwickelt. Klassifikationen auf der Grundlage assoziativer Verknüpfung von Ideen, von schlichter Übereinstimmung von Bezeichnungen, die für das moderne Denken überraschend erscheinen, sind zum Beispiel im Edikt des Prätors noch in Gebrauch (*Lenel*, EP 33, zu den *recepta*, die vom *receptum arbitri* angezogen werden, welches seinen Platz nur deshalb hat, weil es geeignet ist, den Gang des Verfahrens zu unterbrechen).

[50] Cic. Brut. 152–153: *Ars quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. Hic enim attulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ad ea quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur. Dialecticam mihi videris dicere inquit.– Recte, inquam, intellegis.* – „Eine Wissenschaft, die ihn [Servius] lehrte, den gesamten Stoff in Teile zu gliedern, Verborgenes durch Begriffsbestimmung zu entwirren, Dunkles durch Erklärung zu verdeutlichen, Missverständnisse zunächst zu erkennen und dann aufzulösen, schließlich eine Richtschnur zu besitzen, durch die Wahres und Falsches erkannt werden kann und auch, was aus welchen Voraussetzungen folgt und was nicht. Er hat nämlich diese Kunst, die von allen die größte ist, gewissermaßen als Leuchte angewand, mit der er die Rechtsfragen beleuchtet, die von anderen ohne Methode in Gutachten (*responsa*) oder Prozessen (*actiones*) behandelt worden waren. Mir scheint, dass du von der Dialektik sprichst, sagte er (Brutus). – Du hast richtig verstanden, antwortete ich."

fus[51], Autor des ersten Kommentars *ad edictum* (von dem nichts überliefert ist). Doch auch wenn der Beitrag der griechischen Wissenschaft aufgrund ihrer strikten Logik und ihrer Vorliebe für eine raffinierte Sprache damals entscheidend war – er hat sogar zu den ersten und seltenen Bemühungen um eine Systematisierung des Rechts geführt, von denen die Institutionen des Gaius das beste überlieferte Beispiel sind[52] – endet doch der Einfluss Griechenlands an dieser Stelle und dies nach Auffassung der meisten Romanisten zum Glück für die Rechtswissenschaft. Nach Meinung eines der Größten, Wolfgang Kunkel[53], ist das 2. Jh. gerade deshalb das Jahrhundert der größten Blüte der Jurisprudenz, weil es der Rechtswissenschaft zu dieser Zeit gelang, sich von der Rhetorik zu emanzipieren, die dafür andere Felder der römischen Kultur, der Literatur und der Wissenschaft vollständig übernahm. Warum?

37 Der Grund ist, dass die Zielsetzungen von Rechtswissenschaft und Rhetorik sich trennen. Die Aufgabe des Redners ist es, den Richter zu verführen, ihn für die Sache zu gewinnen, die der Redner vertritt, und nur in zweiter Hinsicht, der Gerechtigkeit, dem Guten und der Billigkeit zum Sieg zu verhelfen, welche ungreifbar oder für immer diskutabel bleiben. Die Rolle des Juristen ist viel bescheidener und seine Aufgabe ist verbindlicher. Er verteidigt das Recht und die Regel, die sich in ihm spiegelt. Die Sichtweise, der er folgt, ist eher technisch als moralisch. Das Wesentliche ist es, den derzeitigen Rechtsstreit und zugleich alle Rechtsstreite, die demselben Muster folgen, zu entscheiden. Die *auctores* haben sich der Rhetorik und ihren Verführungen, bewaffnet mit ihren eigentümlichen begrifflichen Werkzeugen, als einheitlicher Block entgegengestellt.

38 Ein Gemeinschaftswerk. Die Einheit der römischen Rechtswissenschaft von Quintus Mucius bis zu Modestin, vom 1. Jh. v.Chr. bis zur Mitte des 3. Jh.s n.Chr. zeigt sich als ein Paradox. Tatsächlich (darauf ist zurückzukommen) ist eines der stärksten Kennzeichen der *iuris prudentia* ihre Fähigkeit zur Kontroverse. Jeder Jurist geht seiner täglichen Tätigkeit in voller Unabhängigkeit nach und schafft sein eigenes Werk. Keine übergeordnete Autorität hat je versucht, einheitliche Regeln zu schaffen und durchzusetzen. Kaum kommt es dazu, dass später einige wenige Reskripte[54] die vom Kaiser oder seinem Rat ausgehen, Kontroversen entscheiden[55] denn jeder äußert frei seine

[51] Konsul 51, gestorben 43. Sein Lehrer war Aquilius Gallus, der seinerseits von Q. Mucius Scaevola ausgebildet worden war.

[52] Die Institutionen aus der Mitte des 2. Jh.s sind eines der vollkommensten Beispiele für eine systematische Konstruktion des römischen Privatrechts, deren sämtliche Bestandteile sich zu einem strukturierten Ganzen fügen. Das Werk folgt einer didaktischen Zielsetzung, dazu *Villey*, Recherches (1945), *Wieacker*, SZ 70 (1953) 93–126.

[53] *Kunkel*, RG 94–95.

[54] Zu den Reskripten, den Antworten der kaiserlichen Kanzlei auf Anfragen von Richtern, Beamten und Privaten, grundlegend *Nörr*, SZ 98 (1981) 1–46.

[55] Siehe zum Beispiel das Reskript des Septimius Severus, der eine Kontroverse zwischen Celsus und Papinian entscheidet: vgl. *Nasti*, Papyrus Hauniensis I (2010) 93–173 (Edition und Kommentar eines kürzlich entdeckten lateinischen Papyrus, P. Haun. III, 45).

Überzeugung, wie isoliert sie auch sein mag. Aber dennoch gibt die Gesamtheit dieser Arbeit, die sich über vier Jahrhunderte erstreckt, Zeugnis von einer bemerkenswerten Einheitlichkeit. Denn wir stehen vor einem Gemeinschaftswerk. Es bedarf einer Erklärung für diese Kohärenz des Gesamtwerks trotz der unterschiedlichen Lehrmeinungen – einer Kohärenz, die die relative Leichtigkeit erklärt, mit der die Kompilatoren in relativ kurzer Zeit die zahlreichen Werke in einer Summe, den Digesten, vereinen konnten, wobei sie ohne Anstrengung von einem Jahrhundert zum anderen, von einem Autor zum nächsten übergingen.

39 Der gemeinschaftliche Charakter des Werkes der vorklassischen, klassischen und nachklassischen Jurisprudenz hat eine einheitliche Methode[56] und den Rückgriff auf dieselben Begriffe zur Voraussetzung. Es bildet sich eine ununterbrochene Kette[57] vom Meister zum Schüler: Cassius Longinus hat sehr wahrscheinlich Titus Aristo (trajanische Zeit) ausgebildet. Iavolenus Priscus (Suffektkonsul 86) hatte Salvius Iulianus (Konsul 148) als Schüler und dieser wiederum lehrte Caecilius Africanus; Quintus Cervidius Scaevola[58] (Mitglied des Rates des Kaisers Marc Aurel) weihte zwei Schüler in seine Wissenschaft ein: Iulius Paulus (*praefectus praetorio* unter Alexander Severus) und Tryphoninus (im *consilium* des Septimius Severus), ebenso wie Domitius Ulpianus (*praefectus praetorio* unter Alexander Severus) Lehrer des Herennius Modestinus war. Die Rechtsschulen, von denen die beiden berühmtesten die der Proculianer und der Sabinianer sind,[59] unterschieden sich weniger durch radikale Gegensätze als durch das Vorbild einer Lehre, die während eines Zeitraums von 150 Jahren in rein aristokratischer Tradition vom Meister unmittelbar an den Schüler überliefert wurde. Es ist immer noch und vor allem die gemeinsame Arbeitsmethode der verschiedenen Juristen, die das Gewicht der Tradition am deutlichsten zeigt. Die Methode ist nicht konservativ, aber sie gibt Zeugnis von der Kontinuität des Denkens und vom Fortbestand der angestrebten Ziele.

40 Die meisten Autoren pflegen, vor allem am Anfang ihrer Tätigkeit, die literarische Gattung der *adnotatio*. Die schriftstellerische Tätigkeit beginnt daher immer mit dem Kommentar zum Werk eines Älteren. So werden die *posteriores* von Antistius Labeo (Anfang des 1. Jh.s n.Chr.) von Proculus, Javolen und Aristo kommentiert. Letzter kommentierte außerdem Vittelius (augusteische Epoche) und Massurius Sabinus (un-

---

[56] Zur Methode der römischen Juristen sei nur auf einige grundlegende Werke verwiesen: *Viehweg*, Topik (1953); *Kaser*, Ausgew. Schr. I 3–34 (Zurückweisung der deduktiven Methode); *Horak*, Rationes (1969); *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970).

[57] Zu allen biographischen Einzelheiten vgl. *Kunkel*, Herkunft (1967).

[58] Zu diesem Juristen zuletzt *Talamanca*, BIDR 42–43 (2000–2001) 483–701.

[59] Es ist unmöglich, im Detail auf die unerschöpflichen Diskussionen über die Gründe für die Rivalität zwischen den beiden Rechtsschulen und über die Natur, die Logik und den Zusammenhang ihrer gegensätzlichen Positionen einzugehen. Die wichtigsten Mitglieder der Prokulianer sind, nach Labeo, Nerva, Proculus, Celsus Vater und Sohn, Neratius. Bei den Sabinianern, nach Capito, Sabinus, Cassius, Iavolen. Das Wesentliche bei *Krüger* (1888) 147–149; *Kunkel*, Herkunft (1967) 274–275, 341–342.

ter Tiberius), welcher auch durch den Schüler des Aristo, Cassius, kommentiert wurde. Julian verfasste Anmerkungen zu Urseius Ferox (Anfang des 1. Jh.s) und zu Minucius Felix, die Digesten des Julian werden wiederum von Cervidius Scaevola kommentiert und mit Anmerkungen versehen, ebenso von Ulpius Marcellus (Mitglied im *consilium* des Antoninus Pius) und von Iulius Paulus, der seinerseits auch die Quaestionen seines Lehrers Scaevola und die Quaestionen und Responsa des Aemilius Papinianus (*praefectus praetorio* 203) sowie die Werke des Neratius Priscus (Suffektkonsul 87) annotierte. Neraz bietet ein neuartiges Beispiel für dieses Spiel mit Spiegeln: Er verfasst Anmerkungen zu den *libri ex Plautio* (Plautius war unter Vespasian aktiv, sein Kommentar [zum Edikt?] wurde von Javolen kommentiert, bevor er für Pomponius und Paulus die Grundlage einer Abhandlung *ex Plautio* bzw. *ad Plautium* bot); später wird dem Neratius das eigene Spiegelbild mit der Abhandlung des Paulus *ad Neratium* zurückgeworfen.

41 Pionierwerke wie die Abhandlung des Sabinus über das *ius civile* oder Labeos Kommentar zum Edikt bilden noch zwei Jahrhunderte nach ihrer Entstehung in ihrer Struktur und in ihrem Inhalt das Modell für die großen Kommentare vom Ende des zweiten und vom Anfang des 3. jh.s, wie etwa die des Pomponius (*ex Sabino; ad edictum*) und des Paulus (*ad edictum; ad Sabinum*, aber ohne direkte Benutzung der Abhandlung des Sabinus, die er nur über weitere Kommentare, insbesondere jene des Julian, des Marcellus, des Scaevola und des Pomponius verwendet) und des Ulpian (*ad edictum; ad Massurium Sabinum* mit umfangreicher Benutzung von Pomponius). Trotz der systematischen Verkürzungen, die von den Kompilatoren vorgenommen wurden, geben diese Werke in ihrem heutigen Zustand Zeugnis von der andauernden Bemühung um die Ausarbeitung einer Wissenschaft vom Recht, einer Wissenschaft in dem Sinne, dass sie das Ergebnis einer gemeinschaftlichen Arbeit ist. Auch wenn sie manchmal aus zweiter Hand zitiert werden, so werden doch alle bekannten Juristen von den *veteres* der republikanischen Zeit, wie Brutus und Manilius, angefangen, noch in den großen Werken der severischen Epoche wie dem Ediktskommentar des Paulus zitiert, also verwendet.

2. Die *auctores* bei der Arbeit: Vom *responsum* zum *ius controversum*

42 Die Römer verstanden das Recht als Methode zur Lösung von Konflikten. Die Aufgabe des Magistrats und des Richters war es nicht, einer abstrakten Norm, die den einzelnen auferlegt war (ein moderner Begriff), Geltung zu verschaffen, sondern vielmehr einen Konflikt beizulegen, und dabei die dem Magistrat vorgegebenen Richtlinien, die er seinerseits durch den Richter zur Geltung zu bringen hat, zu respektieren. Der Prozess wird dadurch zum Ort, wo das Recht seinen Ursprung und zugleich seinen Ausdruck findet. Dieser prozessuale Ansatz erklärt die Rolle der *iuris periti* oder *prudentes* oder *auctores* in der Herausbildung des römischen Privatrechts.

43 Da es kein kodifiziertes Recht gibt, ist der Rechtswissenschaftler berufen, Richtern und Privatleuten bei der Analyse des Streitfalls zu helfen, eine auf seiner Erfahrung

beruhende Lösung herauszuarbeiten und ausgehend von den Fällen, die ihm begegnet sind, einen brauchbaren Führer für die Zukunft zu erstellen. Das Recht bildete sich also durch allmähliches Herantasten, durch die Sammlung von konkreten Streitfällen, für die eine Lösung gefunden wurde. Hierin findet sich die wichtigste Aufgabe der *prudentes*, das *respondere*. Um diese Bürgerpflicht zu erfüllen, bedient sich der Jurist einer besonderen, kasuistischen Methode und entwickelt ein Recht, das seinem Wesen nach kontrovers ist.

a. *Respondere*

Redner und Juristen zählten das *responsum*, die rechtsberatende Tätigkeit, zu den **44**
schöpferischen Quellen des Rechts (→ § 6 Rn. 50–74). Bei der Darstellung einer Begriffsbestimmung des Zivilrechts durch Aufzählung seiner *partes* oder *membra*, unterscheidet Cicero (top. 28) *leges, senatus consulta, res iudicatae* und die *auctoritas* der *iuris periti*, sowie die *edicta magistratuum*, schließlich *mos* oder Rechtsgewohnheit. Ebenso findet Gaius am Anfang seiner Institutionen (Gai. 1.2) unter den Schöpfern der *iura populi Romani* die *responsa prudentium: Constant enim iura populi romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium.* Aber alle diese Rechtsquellen können nicht auf eine Ebene gestellt werden. Die Gesetze (oder Plebiszite) haben, wie schon gesehen, nur einen Platz am Rande. Die *senatus consulta* und die kaiserlichen Konstitutionen haben nur eine begrenzte Tragweite oder kommen erst spät. Die Edikte der Magistrate spielen sicherlich eine bedeutende Rolle, aber nur als Katalog der Klagen, das heißt als abstrakte Liste von Anlässen zur Eröffnung eines Prozesses. Demgegenüber bilden die *responsa prudentium*, in denen sich die Autorität, das Prestige und die unbestrittenen Kenntnisse der Experten sammeln, welche die *prudentes* sind, mit Sicherheit die reichlichste, reichste und fruchtbarste Quelle des römischen Privatrechts.

Der Ausdruck *respondere* muss in seinem weitesten Sinn verstanden werden. Man **45**
erwartet nämlich vom Juristen, dass er sein unentbehrliches Wissen jedermann zur Verfügung stellt: Zur Verfügung des Einzelnen, der die wirksamen Gesten und Formeln nicht kennt, welche es ihm gestatten, rechtswirksam zu handeln, sich zu verpflichten oder die Verpflichtung eines anderen entgegenzunehmen (die Aufgabe des *cavere*, der Beratung, und des *praeire verba*, das heißt des Vorsprechens der vorgeschriebenen Worte für eine verbindliche Formel); oder zur Verfügung desssen, der Zweifel hat über den Ablauf des Rituals, das ihm eine Klage vor Gericht ermöglicht (die Aufgabe des *agere*); aber ebenso auch zur Verfügung des Magistrats und des Richters, die alles vom Juristen erwarten, insbesondere einen Rat zu Korrekturen, die am Edikt anzubringen sind, oder zu dem Urteil, das gesprochen werden muss. Im weiteren Sinn stellt das *responsum* das technische Wissen, das nur der Jurist besitzt und das er bei mündlicher Beratung verbreitet, allen zur Verfügung. Das römische Privatrecht entstand nach und nach aus der Gesamtheit dieser Auskünfte, Ratschläge und Gutachten. In der Tat haben die Juristen sich nicht mit der Sammlung von Gesetzestexten oder der Herausgabe von

Rechtsquellen befasst. Sie fanden darin nur die normativen Referenztexte, nicht aber den Humus ihres Denkens. Das brauchbare und unmittelbar zugängliche Recht ergibt sich notwendig aus den Rechtsmeinungen, die von den *prudentes* geäußert wurden.[60] Ebenso haben sie niemals davon geträumt, das Recht zu kodifizieren. Der einzige Versuch in dieser Richtung, der Caesar zu verdanken ist[61], wurde abgebrochen, weil er nicht nur voreilig, sondern vielmehr für die juristische Mentalität der Römer unvorstellbar war. Das Recht darf keine verallgemeinernden Erweiterungen vornehmen. Es entsteht durch die „Anhäufung, die durch ein Gedächtnis, das sammelt und aufbewahrt",[62] vollzogen wird. Diese Anhäufung besteht gerade aus *responsa*, die aufbewahrt, durchdacht und diskutiert werden.

aa. Das Problem des *ius publice respondendi ex auctoritate principis*

46 In welchem Umfang wurde die Aktivität des Rechtsgelehrten, das *respondere*, durch den Vorstoß des Augustus verändert, der einzelne Juristen auszeichnete, indem er ihnen ein Privileg erteilte, nämlich das *ex auctoritate principis* zu respondieren (→ § 3 Rn. 41–44)? Das *ius respondendi* wird durch zwei Quellen belegt, Gaius[63] und Pomponius[64]. Diese Quellen haben zwei weitgehend unterschiedlichen Auffassungen die

[60] Die Kompilation des Rechts, die auf Befehl Justinians für praktische Zwecke erstellt wurde, kümmert sich nicht um die Wiedergabe der normativen Rechtsquellen (Gesetze, Senatsbeschlüsse, Edikt des Prätors), sondern bewahrte neben den Kaiserkonstitutionen als Quellen des *ius novum* nur die Kommentare und Meinungen der *auctores*. Dies belegt den unverzichtbaren Status dieser *responsa* als unmittelbare Quellen des positiven Rechts.

[61] Nach dem Zeugnis bei Suet. Iul. 44,2: *ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros.* – „Er wollte das Zivilrecht auf ein bestimmtes Maß verringern und das Wichtigste und Notwendigste aus großer und verstreuter Menge der Gesetze in ganz wenige Bücher übertragen." Zu diesem Kodifikationsversuch *Cerami*, in: Dovere, Codificazione (1998) 83–119.

[62] *Lombardi*, Diritto giurisprudenziale (1967) 19.

[63] Gai. 1.7: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet, quam velit, sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur* – „Die Gutachten der Rechtsgelehrten sind die Urteile und Meinungen derer, denen es gestattet ist, Recht zu schaffen. Wenn die Urteile von allen diesen übereinstimmen, hat das, was sie in dieser Weise entscheiden, Gesetzeskraft. Sind sie aber verschiedener Meinung, ist es dem Richter gestattet, der Auffassung seiner Wahl zu folgen. Und dies kommt in einem Reskript des vergöttlichten Kaisers Hadrian zum Ausdruck".

[64] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.48 f.: (48) *Massurius Sabinus* […] *publice primus respondit* […]. (49) *Ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant* […] *Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit* [„(48) Massurius Sabinus erstattete als erster öffentlich Gutachten […]. (49) Vor der Zeit des Augustus wurde das Recht, öffentlich Gutachten zu erteilen nicht von den Kaisern erteilt, sondern jeder, der Zutrauen zu seiner Gelehrsamkeit hatte, antwortete denen, die bei ihm anfragten. […]. Augustus setzte, damit das Recht in höherem Ansehen gehalten werde, als erster fest, dass die Juristen aufgrund

Grundlage gegeben. Nach traditioneller Auffassung[65], die nach unserer Meinung Zustimmung verdient,[66] war die kaiserliche Initiative nicht darauf gerichtet, bestimmten ausgewählten Juristen ein Recht zu verleihen (nämlich jenes, *responsa* zu erteilen), sondern ein besonderes Privileg: jenes, Responsen mit besonderem Ansehen zu erteilen, weil sie *ex auctoritate principis,* das heißt von Juristen, die durch die *auctoritas principis* ausgezeichnet worden waren, erstattet wurden. Es ging also nicht darum, die traditionelle Tätigkeit der Juristen zum Erliegen zu bringen und zweifellos auch nicht darum, den Richtern förmlich vorzuschreiben, dass sie ihr Urteil entsprechend der Auffassung der privilegierten Juristen zu fällen hatten, sondern nur darum, diesen eine verstärkte Autorität zu verleihen. Das kaiserliche Privileg hat anscheinend durch die schmerzhafte Einführung einer Hierarchie die wichtigste Aufgabe der Juristen nicht insgesamt erschüttert. Alle erfüllten weiterhin wie zuvor mit unterschiedlichem Erfolg ihre Aufgabe als Ratgeber und Berater.

bb. Das Wesen des *responsum*

Unabhängig davon, ob es mündlich oder schriftlich erteilt wird, trägt das *responsum*[67] bestimmte typische Züge. Oft wird es eingeleitet durch *consulebat* oder *quaesitum est* („mir wurde die Frage gestellt, ob"), dann wird der vorgelegte Fall zum Objekt einer präzisen Analyse. Nur die faktischen Umstände, die als wesentlich für die Endent- **47**

seiner Autorität Gutachten erstatten sollten. Von dieser Zeit an wurde es üblich, dies als Vorrecht zu beantragen".

[65] Die Literatur zum *ius respondendi* ist unerschöpflich. Zur ersten Orientierung *De Martino*, Storia IV.1 92. Zur Verbindlichkeit des *responsum* für den Richter findet sich ein einschlägiges Beispiel bei Cic. Caecin. 65–69; *Lévy-Bruhl*, RHD 40 (1962) 5–28.

[66] Ebenso *Kunkel*, SZ 66 (1948) 423 f. – jedoch haben *Kunkel,* Herkunft (1967) 281–285 sowie *Kunkel*, RG 105–108 und *Magdelain*, Et. 103 f. neue und sehr ähnliche Interpretationen des *ius respondendi* vorgetragen. Beide Autoren legen der Äußerung des Gaius, *responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere*, eine weit tragende Bedeutung bei und nehmen an, dass das *publice respondere*, verstanden als verpflichtende Auskunftserteilung, die dem Richter offiziell vorgeschrieben war, nur den privilegierten Juristen zustand. Nur diese hätten den Titel *iuris periti* tragen dürfen. Im Gegensatz dazu kann man daran denken, dass *quibus permissum est iura condere* im viel allgemeineren Sinn von „die, denen die Fähigkeit, Recht zu schaffen, zugebilligt wird" zu verstehen ist; diese Fähigkeit erschien nicht erst seit der Entscheidung des Augustus, denn sie wird schon von Cicero anerkannt (Top. 28). Cicero sieht in den *responsa* eine Rechtsquelle auf einer Stufe mit den Gesetzen und den gerichtlichen Entscheidungen. Die Fähigkeit, durch Erteilung eines Gutachtens Recht zu schaffen, ist dem Wesen des Rechtsgelehrten inhärent. Vor Augustus war es (wie das Zeugnis des Pomponius zeigt) nicht durch kaiserliches Privileg einer Minderheit vorbehalten. Das Privileg (*beneficium*) hat nur eine Wirkung: es verleiht den Begünstigten das Vorrecht, öffentlich Gutachten zu erteilen (der erste, der es erhielt, war Sabinus unter Tiberius), das heißt, offizielle (weil *ex auctoritate principis*, das heißt von Juristen verfasst, die durch die *auctoritas* des *princeps* ausgezeichnet worden waren) Rechtsauskünfte zu erteilen. Wir folgen hier der Deutung von *Wieacker*, Sat. Feenstra 71–94; S. auch Kaser, RRQ 19.

[67] *Liebs*, in: Vogt-Spira, Rechtsgutachten (1990) 90 f.; *Liebs*, HLL IV, 99–101 (= § 413); *Talamanca*, St. Labruna VII 5500 f.; *Talamanca*, BIDR 42–43 (2000–2001) 483–701.

scheidung angesehen werden, werden berichtet. Die dialektische Kunst hat hier Früchte getragen: in der vereinfachten Form einer kurzen Schilderung werden die Kriterien, die zur Entscheidung geführt haben (zum Beispiel um das Verschulden, das einen Schaden verursacht hat, zu bewerten), hervorgehoben. Das Gutachten kann begründet sein. Aber sehr häufig wird es nicht begründet, ebenso wie die gerichtlichen Entscheidungen (des ordentlichen Richters oder des Kaisers in seinen *decreta*) nicht begründet werden. Aber dieses Fehlen einer Begründung darf nicht in die Irre führen, weil es nur scheinbar ist. In Wirklichkeit erlauben es die extrem geschickte Darstellung des Falles, der dem Rechtsgelehrten vorgelegt wird, und seine Analyse und Lösung, auf einfache Weise das zugrunde liegende Prinzip, das zur Entscheidung geführt hat, zu erkennen. Hier findet man eine der hervorstechendsten Eigenarten eines Rechts, das auf einer kasuistischen Methode beruht: Die Regel aus dem analysierten Fall hervorgehen lassen, d. h. den Fall die Regel herstellen lassen, ohne vorzugeben, dass man den Fall nur als Illustration einer zuvor schon bestehenden Regel verwendet, wie es durch eine umgekehrte Darstellung geschehen könnte (die der Mentalität des heutigen europäischen Juristen entspricht).

b. Die kasuistische Methode

48 Die Wissenschaft, deren Tätigkeit vor allem Beratung ist, zeigt alle Eigenarten der kasuistischen Methode[68]. Kasuistisch in welchem Sinne? Der Gedankengang und die Konstruktion des Rechts, die sich daraus ergibt, sind in unauslöschlicher Weise von dieser beratenden Tätigkeit geprägt. Auch wenn der Jurist einen Rechtstext zu kommentieren hat (wie etwa das Edikt des Prätors oder eines der großen Ehegesetze des Augustus oder einen Senatsbeschluss zur Geschäftsunfähigkeit von Frauen), bewahrt sich der Jurist seine kasuistischen Reflexe. Es ist ihm zuwider, allgemeine Rechtsregeln zu formulieren und strikte Prinzipien zu entwerfen, die ihn (ihn selbst, seine Hörer und seine Nachfolger) später in zu sehr beengenden kategorialen Begrenzungen einsperren könnten. Er zieht es vor, bescheiden zu bleiben und sich an konkrete Fälle zu halten, die er vorhersehen kann (oder die seine Hörer ihm vorlegen). Auf diese Weise geht er mit der Formel einer Klage um, die im Album des Prätors verzeichnet ist. Er analysiert sie, um ihren Anwendungsbereich und ihre Grenzen verständlich zu machen – mittels konkreter Fälle (ob diese wirklich vorgefallen sind oder nicht, spielt keine Rolle).

49 Ein charakteristisches Beispiel für diese Methode, die subtil, originell und angemessen für ein Recht ist, das sich noch im Bau befindet und niemals in der Illusion erreichter Vollkommenheit erstarrt, liefert der zweite Titel des 9. Buches der Digesten (*ad legem Aquiliam*). Das, was man eine Theorie der deliktischen Haftung nennen könnte, wird in 57 Fragmenten entfaltet. Hier findet man alle (theoretischen) Voraussetzungen der Verpflichtung zum Ersatz eines Schadens, der schuldhaft an Sachen verursacht

[68] *Vacca*, Contributo (1976).

wurde. Aber diese Voraussetzungen für die Haftung werden nirgends abstrakt formuliert oder ausgesprochen. Man entdeckt anhand der Fälle eine Abfolge von anscheinend wirklich vorgefallenen Unfällen, von konkreten Fällen, die helfen, die Grundsätze der Haftung geistig herauszuarbeiten. Aber der Interpret, sei es in der Antike oder heute, muss sie selbst finden, um sie dann auf andere, vergleichbare Situationen anzuwenden. Diese Prinzipien, die einen sehr genauen juristischen Gedankengang anleiten, sind sehr wohl vorhanden, aber nur im Filigran.

Der größte Teil der von der Rechtswissenschaft geschaffenen Werke gehört zu diesem **50**
Literaturtyp, die man problematisch oder kasuistisch nennt. Oft sind die Titel bezeichnend für die Methode: *Responsa, Quaestiones, Epistulae, Disputationes.* Aber die Methode ändert sich auch nicht, wenn der Titel anders ist. Die großen Kommentare zum Edikt, diejenigen, die sich an das *ius civile* des Sabinus anlehnen oder die Sammelwerke unter dem Titel Digesten, benutzen alle dieselbe Methode der Diskussion, der Darstellung und der deduktiven Gedankenführung.[69]

c. Ein „strittiges Recht"

Trotz der Gemeinsamkeiten der Kultur und der Interessen übten die Juristen ihre Kunst **51**
in voller Unabhängigkeit aus. Das Ergebnis war ein Gesamtwerk, das – obwohl es einheitlich ist – keinerlei Uniformität aufweist. Es handelt sich, um eine besonders glückliche Formulierung von A. B. Schwarz[70] aufzugreifen, um ein „strittiges Recht" (*ius controversum,* → § 3 Rn. 5).[71] Aufgrund der Tatsache, dass keine übergeordnete Autorität versucht hat, die verschiedenen Faktoren der Ausarbeitung zu uniformieren, wird das Gesamtbild von der Vielfalt und der Unterschiedlichkeit der Standpunkte, der Auslegungen und der vorgeschlagenen Lösungen beherrscht. Die Juristen sind sich dieser Unterschiedlichkeit, die ihre Kunst und ihre Methodik bereichert hat, bewusst. Indem die Juristen mit den Gegensätzen zwischen Zivilrecht und Honorarrecht, zwischen alten und neuen Regeln spielten und indem sie die Unterschiede zwischen verschiedenen Autoren aufs Äußerste ausnutzten, haben die Rechtsgelehrten aus dieser Unterschiedlichkeit der Auffassungen einen Schatz von Argumenten gemacht und ihre Dialektik in seltener Weise bereichert.

---

[69] Wir besitzen den Titel D. 9.2 als typisches Beispiel für das kasuistische Denken. Dieser Titel besteht zur Gänze aus Fragmenten, die den Kommentaren *ad Q. Mucium* (Pomponius), *ad Sabinum* (Pomponius, Paulus, Ulpianus), *ad Plautium* (Paulus), *ex Cassio* (Iavolenus), *ad edictum* (Gaius, Paulus, Ulpianus), sowie den *Digesta* (Alfenus, Iulianus, Marcellus), *Epistulae* (Iavolenus), *Disputationes* (Ulpianus), und *Quaestiones* (Papinianus, Paulus) entnommen sind. Nur ein Fragment stammt aus einer nicht kasuistischen Literaturgattung, einer späten Sammlung von Aussprüchen, fälschlich dem Paulus zugeschrieben, den *Pauli Sententiae.*

[70] *Schwarz,* FS Schulz II 201–225.

[71] Der von *Schwarz* gebildete Ausdruck ist in den juristischen Quellen nicht belegt; vgl. *Kaser,* Ausgew. Schr. I 3–34. Über das *ius controversum* informieren mehrere Tagungsbände: Sargenti/Luraschi, Certezza (1987); ACop IX; Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012), mit den Beiträgen von *Beduschi,* 1–36; *Vacca,* 61–75; *Cerami,* 387–414 (Forschungsstand und Bibliographie).

52 Kontrovers bedeutet aber nicht, wie es bei einer oberflächlichen und späteren Prüfung wie der im Umkreis der Kompilatoren erscheinen mochte,[72] ungeordnet und verwirrt. Kontrovers bedeutet nicht, dass alles oder jedes beliebige Argument vertretbar ist. Die klassischen Juristen fanden sich mit ihrem *ius controversum* zurecht. Sie unterscheiden bei vereinzelt vertretenen Meinungen zwischen solchen, die zweifelhaft oder schlecht begründet sind (sie werden charakteristisch mit dem Wort *dubitatur* beschrieben), von solchen, die durch einen originellen und überzeugenden Gedanken gekennzeichnet sind und denen man sich anschließt (*Iulianus scribit: quod verum puto*). Es gibt aber auch die Auffassung, die von den meisten geteilt wird und der man sich aus diesem Grund anschließt (*ius quo utimur, constat, convenit*). Es ist klar, dass die Rechtsgelehrten nicht in der Versuchung waren, ein System von Regeln zu akzeptieren, das allgemein zu einer Einheitslösung geführt hätte. Dafür gibt es mehrere Gründe. Zunächst hätte ein Recht, das sich im Zustand permanenter Reifung befand, wie es beim römischen Recht im Laufe seiner tausendjährigen Existenz der Fall war, sich nur in seiner Entwicklung gehemmt wahrnehmen können, hätte es starre und allgemeine Vorgaben gegeben.[73] Ganz im Gegenteil, weil das Privatrecht von der Kontroverse lebt, bleibt das Recht offen für alle Initiativen und Vorschläge. Es sucht nicht nach dem Komfort der Sicherheit. Hinzu kommt die notwendige Erweiterung der Kasuistik. Da es doch der Fall ist, der durch seine Lösung die anwendbare Regel erkennen lässt, warum sollte man dann durch die Formulierung einer allgemeinen und endgültigen Regelung künftige Fälle vorwegnehmen? *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti posset*: „Ein Nichts genügt, um die Regel umzustoßen." (Iav. 11 epist. D. 50.17.202).[74] Der (illusorische) Versuch der Vereinheitlichung sollte bis zu der Zeit nicht unternommen werden, zu der das Privatrecht zwar nicht seine Vollkommenheit erlangt hatte, zu der aber seine kreative Kraft verbraucht war. Zu Anfang des 3. Jh.s waren die größten Genies verstummt. Man tritt ein in eine Epoche der überall wahrnehmbaren Verflachung in den Künsten, der Literatur und der Ökonomie. Die Juristen widmen sich jetzt eher untergeordneten Funktionen. Sie fassen zusammen, vereinfachen und passen das Recht für die Bevölkerung der Provinzen an, die seit kurzem an der Rechtskultur Roms teilhaben und die von der Komplexität des klassischen Rechts hätte

[72] Die schon von Constantin im Jahr 321 (C. Th. 1.4.1) beklagten *perpetuae prudentium contentiones* werden noch mehr kritisiert von Justinian, der die *magnae obscuritates* (C. 8.37.12 [a. 529]), *immodicae perversiones* (C. 7.4.1.1 [a. 531]) und *inextricabiles circuitus* (C. 7.41.1 [a. 531]) der klassischen Juristen anprangert. Dieselbe Klage über Dunkelheit und Konfusion als Rechtfertigung der Notwendigkeit, eine vereinfachende Kompilation zu schaffen, findet sich in den Einleitungskonstitutionen der Digesten: Deo auctore §§ 5, 8; Tanta §§ 10, 15.

[73] *Nörr*, SZ 89 (1972) 18–93.

[74] Vgl. jedoch Paul. 16 Plaut. D. 50.17.1: *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* – „Die Regel ist eine kurze Darstellung der Angelegenheit. Das Recht wird nicht aus der Regel entnommen, sondern die Regel entsteht aus dem Recht." Die Regel hat also keine normative Kraft oder auch nur allgemeine Bedeutung. Sie ist nur eine Richtlinie oder ein Hinweis, der es gestattet, einen konkreten Fall zu entscheiden.

fehlgeleitet werden können.[75] Dieses an die Verpflanzung in die Provinz angepasste Recht stellt die Hauptbeschäftigung der Juristen des 4. und 5. Jh.s dar. Darüber hinaus übernimmt die kaiserliche Gesetzgebung, die inzwischen blüht und sogar im Überfluss vorhanden ist, von der Rechtswissenschaft den Staffelstab.

3. Ihre Werke

Abgesehen von den zahlreichen Beispielen für kasuistische Werke, die schon erwähnt wurden, gibt es eine nicht minder bedeutsame Literatur mit kultureller Zwecksetzung, zum einen Teil archäologisch und zum anderen didaktisch (→ § 7 Rn. .31–33). **53**

Die humanistische Renaissance des 2. Jh.s nach Christus wird durch einen gelehrten Kommentar zum Zwölftafelgesetz illustriert (Gaius nimmt die Gattung wieder auf, in der sich zuvor zuletzt Labeo 150 Jahre geübt hatte). Das *Enchiridion* des Pomponius, das einzige Werk, das der Geschichte der Quellen des römischen Rechts gewidmet ist. Diese antiquarische Tendenz hat auch die Entstehung von Kommentaren zu (um fast 200 Jahre) älteren Werken veranlasst: *ad Q. Mucium* (Pomponius und Laelius Felix). Diese Tradition verliert sich in der Folge. **54**

Die Institutionen des Gaius sind das beste Beispiel für ein Lehrwerk (das fast im Ganzen erhalten ist). In vier Büchern ist es Gaius gelungen, das zu tun, was Cicero vorgeschlagen und erhofft hatte, *ius in artem redigere,* einen systematischen Bau des Privatrechts und des Prozessrechts zu schaffen, der völlig strukturiert und nach *genera et species* gegliedert und überdies mit historischen Einzelheiten unterfüttert ist. Der Literaturtyp der *Institutiones* wurde auch von Callistrat, Paulus, Ulpian und Marcellus gepflegt. Zu demselben Genre der erklärenden Literatur kann man auch die zweifellos für Anfänger gedachten *Libri regularum* (Pomponius, Gaius, Paulus, Ulpianus, Marcianus und Modestin), die *Definitiones* (Papinian) und die *Opiniones* (Ulpian) zählen. **55**

V. Die kaiserliche Gesetzgebung

Bisher haben wir den kaiserlichen Konstitutionen nicht den Platz eingeräumt, der ihnen zukommt. Die Zusammenfassung der Geschichte von Pomponius, die uns als Führer gedient hat (→ Rn. 2), konnte davon nicht Zeugnis geben, weil die Kaiserkonstitutionen erst später ergingen. Daher müssen wir die Darstellung an diesem Punkt ergänzen. **56**

Man muss im Hinblick auf die kaiserlichen Willensäußerungen,[76] die seit Anfang des 2. Jh.s[77] nicht mehr in Frage gestellt wurden, zwei Typen unterscheiden: 1) Es gibt zum einen Texte von genereller Tragweite (*edicta, leges, constitutiones* im engeren Sinne, zu **57**

[75] Z. B. die *Tituli ex corpore Ulpiani* und die *Sententiae Pauli.*
[76] *Orestano*, Potere (1937).
[77] Gai. 1.5; Ulp. 1 inst. D. 1.4.1: *quod principi placuit legis habet vigorem.*

denen man die *orationes*, das heißt Texte die vor dem Senat vorgetragen wurden und mit einer rein formellen Billigung durch die Senatoren versehen wurden, hinzusetzen muss); die normative Geltung dieser Texte unterliegt keinem Zweifel und wirft keine besonders interessanten Fragen auf. 2) Es gibt aber auch in größerer Zahl Maßnahmen, *sententiae, decreta* (→ § 6 Rn. 133–137) und *rescripta* (→ § 6 Rn. 138–145), deren Anwendungsbereich definitionsgemäß beschränkt ist, denn es handelt sich bei ersteren (*sententiae* und *decreta*) um gerichtliche Entscheidungen, die vom Kaiser (und seinem Rat) erlassen wurden (im Rahmen eines Appellations- oder Evokationsverfahrens) und die sich nur auf den Fall beziehen, den sie endgültig entscheiden, und bei letzteren (*rescripta*) um Bescheide, die, immer um eine spezielle technische Frage zu beantworten, einem Richter oder Beamten oder an eine Privatperson erteilt wurden, die bei der Lösung eines bestimmten Problems um Anleitung nachgesucht hatte. Diese sehr zahlreichen Texte sind bekannt, weil sie von der klassischen Rechtswissenschaft benutzt wurden, die sie zitiert und sich von ihnen inspirieren lässt. Sie wurden in Werken der Rechtswissenschaft und teilweise auch in speziellen Sammlungen von Kaiserkonstitutionen zusammengestellt.[78]

58 Dieser zweite Typ von kaiserlichen Eingriffen in die Rechtspflege wirft in seiner Eigenschaft als Quelle der Rechtsbildung ein besonderes Problem auf. Tatsächlich handelt es sich immer um Entscheidungen, sei es gerichtliche Urteile oder Bescheide zur Beantwortung bestimmter juristischer Anfragen, um Entscheidungen, die ihrem Wesen nach keine normative Geltung haben, weil ihre Autorität nicht über den Streitfall oder die gestellte Frage hinausgehen kann. Wie und auf welchem Wege, auf welche Weise und mit welchem Mittel konnten sie zu wirklichen normativen Rechtsquellen werden? Die Antwort ist wichtig. Sie lässt in zwei Momenten das Werk der *auctores* und ihrer Autorität eingreifen.[79]

59 Der Bedeutungszuwachs dieser kaiserlichen Entscheidungen, die grundsätzlich punktuell und individuell waren, ist ihrer Benutzung durch das Werk der *auctores* geschuldet. Indem sie sie in ihre Stellungnahmen eingefügt und benutzt haben, um ihre Gutachten zu erstellen, billigten sie ihnen die allgemeine Bedeutung und die normative Kraft zu, die sie zu Anfang nicht besaßen. Indem die kaiserlichen Entscheidungen durch die Diskussion der Rechtsgelehrten verbreitet und in ihrem Anwendungsbereich erweitert wurden, wurden sie zu wirklichen Rechtsquellen gemacht. Die *auctores* haben

[78] Dazu grundlegend *Gualandi*, Legislazione I, II (2012): Die Palingenesie der Konstitutionen, die von den Juristen zitiert werden, wird in zwei Formen präsentiert, einmal geordnet nach Autoren und einmal geordnet nach Kaisern. Nach den vom Verfasser genannten Zahlen werden insgesamt 4650 Konstitutionen bekannt; davon wurden 1350 in rechtswissenschaftlichen Werken zitiert. Für die Zeit des 2. und 3. Jh.s ist die Zahl der Konstitutionen (im Wesentlichen Reskripte und gerichtliche *decreta*), die von den *auctores* zitiert, werden fast doppelt so hoch wie die Anzahl der Konstitutionen in Sammlungen von Konstitutionen (im justinianischen Codex). Zu diesem Thema noch *Coriat*, Législateur (1997) und die angekündigte Palingenesie *Coriat*, Constitutions I (2014); *Palazzolo*, in: Dovere, Codificazione (1998) 263–284.

[79] Zu alldem *Gualandi*, Legislazione II (1963), 159–170.

durch ihre unverzichtbare Mitarbeit die Einzelentscheidung des Kaisers ausgeweitet[80] und sie in ein Prinzip zur Lösung künftiger Fälle umgewandelt. Aber damit endet die Rolle der Rechtswissenschaft nicht.

Die Rechtswissenschaft spielte auch schon im Vorfeld der Entscheidung durch den **60**
Kaiser eine wichtige Rolle. Die Rechtswissenschaftler befanden sich im Umkreis des Kaisers und gelangten in die Entscheidungsorgane in der kaiserlichen Regierung, die für den Erlass von *decreta* und Reskripten zuständig waren. Sie sind es also selbst, die, diesmal direkt innerhalb des *consilium principis*, die offiziellen Entscheidungen veranlassen und auch die Urteile prägen, die im Namen des Kaisers oder unter der Autorität der *Praefecti Praetorio* erlassen werden.

Auf diese beiden Weisen bleiben die *auctores* untrennbar mit der kaiserlichen Ge- **61**
setzgebung verbunden, zumindest solange (bis zur Mitte des 4. Jh.s) wie die Jurisprudenz ihre Autonomie, ihre Vitalität und ihre schöpferische Unabhängigkeit aufrechterhält. Nach der Mitte des vierten Jahrhunderts wurde die kaiserliche Gesetzgebung der einzige und ausschließliche Faktor der Rechtsbildung.

[80] Die Reskripte werden von der Rechtswissenschaft benutzt und zitiert, weil sie Neuerungen enthalten. Doch hüten sich die Juristen davor, die Tradition umzustoßen: mit kleinen Änderungen, namentlich, indem sie auf den scheinbar harmlosen Kunstgriff der Fiktion zurückgreifen, führen sie Neuerungen ein. Dazu *Gualandi*, Legislazione II (1963), 164–165.

§ 2 Republik

Pierangelo Buongiorno

Willems, Le Sénat de la république romaine, I–II, 1878–1883; *Lenel*, Palingenesia Iuris Civilis, I–II, 1889; *Bremer*, Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt. I. Liberae rei publicae iuris consulti, 1896; *Rotondi*, Leges publicae populi Romani, 1912; *Lenel*, Das Edictum perpetuum, 1927; *Schulz*, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961; *Kunkel,* Herkunft und soziale Stellung der Römischen Juristen, 1967; *Kaser*, Ius gentium, 1973; *Bleicken*, Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik, 1975; *Orestano*, I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica, 1977; *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, I, 1988; *Bretone*, Geschichte des römischen Rechts 1992; *Kunkel/Witmann*, Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik, 2. Absch.: Die Magistratur, 1995; *d'Ippolito*, Forme giuridiche di Roma arcaica, 1998; *d'Ippolito*, Problemi storico-esegetici delle XII Tavole, 2003; Humbert (Hg.), Le dodici tavole. Dai decemviri agli umanisti, 2005; Ferrary, (Hg.), Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana, 2012; *Ferrary*, Recherches sur les lois comitiales et sur le droit public romain, 2013; *Capogrossi Colognesi*, Law and Power in the Making of the Roman Commonwealth, 2014, 3–236; *Buongiorno*, Senatus consulta: struttura, formulazioni linguistiche, tecniche (189 a. C.–138 d. C.), AUPA 59, 2016, 17–58; *Schiavone*, Ius. L'invenzione del diritto in Occidente, 2017; *Cursi*, (Hg.), XII Tabulae. Testo e commento, 2018; *Humbert*, La Loi des XII tables. Édition et commentaire, 2018.

Inhalt Rn.

I. Die archaische Rechtsordnung: ein Abriss 2
1. *Fas* und *ius* 2
2. *Mores* 6
3. *Leges regiae* 9
II. Die Rechtsquellen in der republikanischen Zeit 11
1. Zwölftafelgesetz 14
2. *Leges publicae* 20
3. *Plebiscita* 30
4. *Responsa prudentium* 33
5. Magistratische Edikte 43
6. *Ius gentium* 52
III. Die Entwicklung in der späten Republik 55
1. Rechtsetzung und Rechtsprechung 56
2. Die Senatsbeschlüsse in der Republik 62

Dieser Aufsatz hat eine kurze Übersicht der Rechtserkenntnisquellen des römischen Rechts während der Zeit der Monarchie und der Republik zum Gegenstand. Der Ansatz kann und will nicht umfassend sein: Das Ziel ist stattdessen, die essenziellen Grundzüge der Entstehung und der Verwirklichung des Rechts aufzuzeigen, um den Leser bei dem Verständnis des formalen Kontextes zu unterstützen, in welchem sich die Entwicklung des römischen Privatrechts abspielte; vom Synoikismos, der zur Gründung Roms (Mitte des 8. Jh.s v.Chr.) führte, bis hin zum gesamten 1. Jh. v.Chr. Die oben angeführte Literatur ist in der folgenden Behandlung vorausgesetzt; die Anmerkungen enthalten nur kleine Verweise auf Quellen und zusätzliche Literaturhinweise in Bezug auf spezifische Aspekte. 1

I. Die Archaische Rechtsordnung: Ein Abriss

1. *Fas* und *ius*

Der Rahmen der römischen Rechtsordnung rankt sich während des archaischen Zeitalters um zwei Elemente, in fruchtbarer Dialektik gesprochen um diese: *fas* und *ius*. 2

Den Begriff des *fas* zu ermitteln ist nicht einfach. Die Quellen, die eine Definition enthalten, sind alle aus eher später Zeit (Fest. p. 505 L s. v. Themin, Aus. *Techn.* 8,1–2, Serv. ad Aen. 1.268–269) und die Sichtung der Materialien, auf die sich diese beziehen, ist komplex: Ebenso dunkel ist die Etymologie des Terminus, der sich vielleicht von der indogermanischen Wurzel **bha*- ableitet, welche auf den Wirkungskreis des Wortes – und somit auf die Manifestation der Normen – verweisen könnte (aus derselben Wurzel leiten sich möglicherweise die griechischen Verben φαίνω [faíno, ich scheine] und φημί [femí, ich sage, drücke aus, erkläre; ihnen entspricht das lateinische Wort *fari*] ab)[1]. Es scheint jedoch sicher, dass die Menge der durch *fas* abgegrenzten Regeln von einem Komplex mit unkontrollierbarer Kraft herstammte, welche für gewöhnlich auf die göttliche Dimension zurückgeführt wird. Das *fas* hatte daher auch ein Gegenstück: das *nefas*, das heißt das, was man nicht tun konnte, ohne eine Reaktion der Natur und eine Störung der *pax deorum* auszulösen, weil das Geschehnis dem Willen der Götter zuwiderlief. 3

Das Wortpaar *fas/nefas* steckte kurzum die Grenzen ab, innerhalb derer die Menschen handeln konnten. Innerhalb des so begrenzten Bereichs fand das *ius* seinen Platz, das heißt einen Aufgabenbereich, der dem vollständigen Ermessen der menschlichen Lebewesen überlassen war.[2] Auch die Etymologie des Wortes *ius* ist umstritten: Die heutzutage allgemein akzeptierte Hypothese ist, dass es sich von **yaos* ableitet (das 4

[1] Vgl. *Orestano*, BIDR 46 (1939) 194–273, insb. 216 f. Weniger wahrscheinlich ist die Ableitung von dem Wortstamm **dha*- (bringen, legen), von dem sich der Name der Thémis, der griechischen Göttin des Rechts, ableiten könnte.

[2] *Guarino*, Ordinamento (1990) 99–101.

Gesundheit und Riten zur Reinigung vor der übernatürlichen Kraft bezeichnet)[3]: eine Etymologie, die nicht nur die Verbindung zwischen *ius* und *fas* erklärt, sondern auch die Unterordnung des Ersten unter das Zweite wahrscheinlich macht, indem sie ebenso die „Menschlichkeit" des *ius* hervorhebt.

5 Das in den Quellen häufig wiederkehrende Syntagma *ius fasque* verweist demnach auf die Gesamtmenge der sakralen, unüberwindlichen Normen und der Normen, die von den Menschen durch die Macht der Regierung der Gemeinschaft aufgestellt wurden. Die Hervorhebung eines so engen Zusammenhangs und zur gleichen Zeit einer so scharfen Unterscheidung findet ein spätes Echo, abgesehen von Maurus Servius Honoratius, bei Isidor von Sevilla (etym. 5,2,2), wenn dieser erklärt, dass *fas lex divina est, ius lex humana.* Während das *fas* die Zulässigkeit des Wirkungsbereichs der Menschen umriss, war das *ius* eine Form der Selbstdisziplin, die mit dem Leben in der Gemeinschaft zusammenhing.

2. *Mores*

6 Aus der Dialektik von *fas* und *ius* leitete sich seit der frühesten Zeit ein gemeinsamer Bestand von Regeln ab, die im Laufe der Jahrhunderte gefestigt wurden und allen Mitgliedern der Gemeinschaft wohlbekannt waren. Diese Menge von gewohnheitsrechtlichen und ungeschriebenen Normen wird mit dem Term *mores* (*maiorum*) bezeichnet, auch wenn in den Quellen für gewöhnlich von *mos*, *mores*, oder auch von *veteres* gesprochen wird[4] (z. B. Gai. 1.144, wo das Institut der *tutela feminarum* auf die *veteres*, und genauer auf die *mores*, und folglich auf das archaische *ius* zurückgeführt wird). Die *mores* hatten rechtlichen Bestand und nur in nebensächlichen Fällen (z. B. im Falle der *mores*, die nur innerhalb einer einzigen *gens* verwurzelt waren) eine rein soziale Relevanz. Sie umfassten somit das *ius*, welches die äußersten Grenzen darstellte, innerhalb derer sich das römische Rechtssystem bewegte: Das in den *mores* verwurzelte Recht war charakteristisch für die juristische Erfahrung der Römer und wurde deswegen normalerweise nicht verändert. Ein direkter Berührungspunkt zwischen *mores* und *fas* (und somit zwischen *ius* und *fas*) ergab sich bei der Verletzung bestimmter *mores*: eine Verletzung, die auch ein *nefas*-Verhalten mit sich bringen konnte und einen sofortigen Bruch des *pax deorum.* Die Gesamtheit der Regeln zur Erhaltung der *pax deorum* umfasste auch dieses *ius*, im vorliegenden Fall das *ius sacrum.* Die Wahrung dieses eigentümlichen Teilbereichs des *ius,* das in den religiösen Bereich fiel, war dem *pontifex maximus* anvertraut.

7 Die Gesamtmenge der ungeschriebenen Normen war jedoch größer. Dies führte dazu, dass der Inhalt der *mores* einer Interpretation von Seiten eines politisch-religiösen Organs bedurfte, das als übergeordnet anerkannt wurde. Während der Zeit der

[3] *Robleda*, in: Robleda, Ortodossia (1974) 24–30, insb. 27 f.

[4] Über den Begriff von *veteres* s. *Horak*, FS Wesener 201–236 und jetzt vor allem *Mantovani*, in: S. Rocchi/C. Mussini, Imagines Antiquitatis (2017), 249–302.

Monarchie war der Schutz der *mores* Vorrecht des *rex,* wobei er von dem Pontifikalkollegium unterstützt wurde (dem er wahrscheinlich angehörte): Den *pontifices* war die Bewahrung der Erinnerung an die *mores* und ihre Auslegung anvertraut. Eine Auslegung, die wir uns nicht ausgedehnt vorstellen dürfen, und die folglich nicht darauf gerichtet war, neues Recht zu „kreieren", sondern auf die Ermittlung des bestehenden Rechts und auf seine Anwendung beschränkt war. Dies ist das älteste Verständnis der Termini *iuris interpretatio* und *iuris dictio.* Die *interpretatio* des *ius* war die bloße Feststellung der geltenden *mores* und ihrer Bedeutung. Das *ius dicere* des *rex* war dementsprechend nichts anderes als die Auslegung eines bereits existierenden *ius* in autoritativer Form, da es von den *mores* festgelegt worden war (demgegenüber hätte die institutionelle Stellung des *rex* als eines *primus inter pares*, als Vertreter der Oberhäupter der *gentes* der Stadt, diesen bei der „unilateralen" Schaffung neuen Rechts beschränkt).

In den *mores* bestand die urtümliche Struktur, der ursprüngliche Kern des *ius* (das *ius Quiritium*): ein Komplex, der aus sozialen Verhaltensweisen gewachsen war, die aus Gewohnheit ausgeübt wurden und folglich von den Mitgliedern der Gemeinschaft als unabdingbar wahrgenommen wurden.[5] Auch die *leges* (zuerst jene *regiae,* dann die ersten *leges publicae*), die grundsätzlich ferner die Möglichkeit der Veränderung in sich trugen, überschritten im Allgemeinen die von den *mores* abgesteckten Grenzen nicht; vielmehr nahmen die Vorschriften der *leges* die *mores* auf, indem sie sie verdeutlichten und unmittelbar anwendbar machten.[6] Die zwingende Kraft der *mores* geht auf verschiedene Art aus den Quellen hervor; zum Beispiel führt Gaius, mit einem Abstand von Jahrhunderten zu ihrer Einführung, einige Anwendungsbereiche der *legis actio per pignoris capionem* auf die *mores* und nicht auf die *lex* zurück (→ § 9 Rn. 73–78). **8**

3. *Leges regiae*

Zur Vervollständigung des oben kurz dargestellten Bildes, tragen die archaischen, dunklen *leges regiae* bei. Die antiken Quellen nehmen häufig Bezug auf diese Gesetze sowie auf Akte, die von der *comitia curiata* beschlossen wurden (eine Versammlung, die das Volk gemäß der archaischen Stammesunterteilung in *Ramnes*, *Tities* und *Luceres* vereinte, also die latinischen, sabinischen und etruskischen Komponenten des römischen Synoikismos erkennen ließ) und danach vom Senat (der in diesem Zeitalter das Gremium der *patres*, also der Oberhäupter, der im Synoikismos zusammengefassten *gentes* darstellte) gebilligt wurden. Ein solches *iter legis* wirft jedoch zahlreiche Zweifel **9**

[5] *Guarino*, Ordinamento (1990) 156.

[6] Die Anlehnung der Gesetzgebung an die Gewohnheit war jedoch keine ausschließllich römische Eigenart. Andere Gesetzeswerke, wie der sogenannte „Codex von Gortyn", beruhen tatsächlich auf Überlieferungen und Zusammenhängen von ungeschriebenen Normen (auch die gesetzgeberische Aktivität des Philosophen Protagoras in der panhellenischen Kolonie von Thurioi bewegte sich, soweit wir wissen, in der Spur eines vorherbestimmten sozialen und kulturellen Zusammenhangs). Vgl. *Bretone*, Geschichte (1992) 80.

auf und die Lehre stimmt darin überein, dass die Quellen das *iter* der Billigung der in der republikanischen Zeit *leges publicae*, die in der republikanischen Zeit erscheinen, antizipieren (→ Rn. 20–29). Es ist wahrscheinlich, dass die *leges regiae* in Wahrheit vom *rex* einseitig erlassene Akte waren (ähnlich wie die *edicta* (→ Rn. 42), die dann dem versammelten Volk bekannt gemacht wurden.

10 Auch die Nachrichten bezüglich des Inhalts und der Zirkulation der *leges regiae* in den darauffolgenden Epochen sind widersprüchlich. Dionysios von Halikarnassos (D.H. 3,36,4) und Livius (Liv. 1,32,2) berichten von einer ersten schriftlichen Sammlung der *leges* des Numa, die von dem Kollegium der *pontifices* aufbewahrt und später, nach der von Ancus Marcius gewünschten öffentlichen Ausstellung, von Caius Papirius wieder zusammengeführt wurde (*ius Papirianum*). Der Jurist Pomponius spricht in seinem *liber singularis enchiridii* (D. 1.2.2.2) hingegen von einem *ius civile Papirianum*, das heißt einer Sammlung aller *leges curiatae*, das von einem gewissen Sextus (oder Publius) Papirius zur Zeit des Tarquinius Superbus geschaffen wurde. Während die ältere Lehre (mit Mühe) versucht hatte, diese Informationen auf verschiedene Weisen zu vereinbaren,[7] herrscht heute die Ansicht vor, dass zwei Serien der *leges regiae* zirkulierten: Die Normen des Numa im sakralen Bereich (*de ritu sacrorum*), die die Grundlage für das pontifikale Recht gebildet haben könnten, und solche des bürgerlichen (Delikte, Verträge …) und öffentlichen Rechts, die der Tradition nach zur Billigung *per curias* vor das Volk gebracht worden sein könnten. Die Normen im sakralen Bereich sind die besser erhaltenen. Der Grund dafür könnte gerade in ihren Unterschieden, ihrer Natur, ihrem Inhalt und Zweck liegen: Die erstgenannten sakralen Normen könnten in der pontifikalen Überlieferung als Fundament des *ius sacrum* überlebt haben; die letzteren könnten hingegen früh von der *lex XII tabularum* und von der Diskussion um ihre Interpretation verdrängt worden sein (→ Rn. 14).[8] Esc ergibt sich Eine Zweiteilungdie auch durch das Binom *ius fasque* bestätigt zu werden scheint, mit welchem man versuchte, *ab antiquo*, die von den Menschen festgelegten Regeln und die immanenten Normen zu bezeichnen, von vornehmer *species* und zum Teil von demselben *genus*.

II. Die Rechtsquellen in der republikanischen Zeit

11 Der Übergang von der Monarchie zur *res publica*, der Überlieferung nach veranlasst durch die Hybris der Dynastie der Tarquiner, ist wahrscheinlich auf einen Wechsel der Machtverhältnisse innerhalb der römischen Gesellschaft zurückzuführen, der mit einer allmählichen Verminderung der etruskischen Komponente einherging.

[7] Diskussion bei *Santoro*, Mél. Magdelain 329–416, insb. 399 ff.
[8] Vgl. *Mantovani*, in: Ferrary, Leges publicae (2012) 284–292, insb. 290 f.

Darüber hinaus hatte die etruskische Monarchie (die wichtige Reformen verwirklichte, wie die Einführung der Ordnung der Zenturien zu militärischen Zwecken) eine Stärkung der Rolle des *rex* verursacht, indem sie die Vorrechte der *patres* einschränkte. Dies erklärt, warum auf die Vertreibung des Tarquinius (509 v. Chr.) nicht die Einsetzung eines neuen *rex* folgte, sondern die Einführung einer *res publica*, deren höheren Magistraten, den zwei *consules*, die gemeinschaftliche Führung des *imperium* für die auf ein Jahr begrenzte Amtszeit anvertraut war. Darüber hinaus wurde, als weiteres Gegengewicht zu den Befugnissen der höheren Magistrate, den *comitia centuriata* (das heißt der Versammlung des Volkes in Waffen, das gemäß dem Vermögen in 193 Einheiten, genannt *centuriae*, gegliedert war) die Befugnis zur Wahl der Magistrate übertragen. Die Einrichtung der Zenturien erreichte die volle Blüte auch als politische Versammlung, als zu den gerichtlichen Kompetenzen (im Bereich der strafrechtlichen Repression)[9] vor allem Befugnisse im Bereich der Gesetzgebung hinzukamen. **12**

Der Erwerb der Gesetzgebungszuständigkeit durch die Volksversammlung (wenn auch nur auf magistratische Initiative) stellte ohne Zweifel eine signifikante Neuerung im Übergang zur *res publica* dar: Noch viele Jahrhunderte später (im 2. Jh. n. Chr.) beeinflusste das sogenannte Gesetzgebungsmonopol der Komitien, vielleicht aus rein didaktischen Gründen, den Juristen Gaius, der die *lex publica* (zu einer Zeit, in der diese ihre Bedeutung schon verloren hatte) den anderen *iura populi Romani* voranstellt (Gai. 1.2–7)[10] (→ § 3 Rn. 3). Man darf jedoch nicht glauben, dass die Gesetzgebungskompetenz die Rechtsentwicklung vereinnahmte. Auf die gesetzgeberischen Instrumente wird zwar häufig, aber doch nicht überwiegend zurückgegriffen: Und, soweit wir wissen, diente ein guter Teil der in den Komitien verabschiedeten Gesetze nur zur Vollendung und Vervollständigung des bestehenden normativen Rahmens und zur Bestätigung anderweitig eingeführter Neuerungen. Eine entscheidende Besonderheit im republikanischen normativen Rahmen stellte dann das Zwölftafelgesetz dar, ein legislatives Produkt des Kompromisses zwischen Patriziern und Plebejern in der Mitte des 5. Jh.s Seine Relevanz innerhalb der römischen Rechtssetzung ist enorm, so dass, noch sieben Jahrhunderte nach ihrer Verabschiedung, der Jurist Pomponius beobachtete (ench. sing.; D. 1.2.2.6), dass das Zivilrecht aus dem Zwölftafelgesetz zu entströmen begann (*ex his fluere coepit ius civile*); auch finden im Zwölftafelgesetz die *legis actiones* eine Grundlage (→ § 1 Rn. 3; § 9 Rn. 1–11), also die ältesten verfahrensrechtlichen Schutzinstrumente im Gebiet des Zivilrechts. **13**

1. Zwölftafelgesetz

Wie wir angedeutet haben, korrespondierte mit dem Übergang von der Monarchie zur Republik auch eine Veränderung der Machtverhältnisse zwischen den Teilen der rö- **14**

[9] *Santalucia*, Diritto e processo penale (1982) 38 f.
[10] *Giodice-Sabbatelli*, Iura populi (1996) 3–160. *Nicosia*, AUPA 50 (2005) 223–245.

mischen Gesellschaft, wodurch ein Konflikt zwischen dem Stand der Patrizier und dem der Plebejer hervortrat, der sich über weitere zwei Jahrhunderte erstrecken sollte. Während man mit den Patriziern die im Senat vertretenen *gentes* identifizieren kann, wurden zum Ursprung des *plebs* Hypothesen diverser Art aufgestellt. Heute stimmt man in der Meinung überein, dass der Stand der Plebejer als eine untergeordnete Klasse von heterogener Zusammensetzung anzusehen ist; er bestand aus den *clientes* der Patrizier, die gegen die wirtschaftlichen Schwierigkeiten, die durch den Sturz der Monarchie hervorgerufen worden waren, rebellierten.[11]

15 Jedenfalls ergab sich eine erste Verschiebung des Konfliktes durch die Gleichstellung der Stände auf institutioneller Ebene mit dem wiederholten Versuch der Plebejer, eine schriftlichen Abfassung der Normen zu erreichen, die die sozialen Verhältnisse und die Beziehungen zwischen Privatleuten regelten, um so das pontifikale Monopol der Kenntnis und Interpretation des Rechts einzuschränken. Nach der anfänglichen Feindseligkeit der Patrizier, die die ersten Versuche zum Scheitern gebracht hatte (z. B. den des C. Terentilius Harsa im Jahre 462 v. Chr.), wurde nach der Überlieferung ein erster Kompromiss mit der Entsendung einer Abordnung in die griechischen Städte zum Studium der dortigen Gesetze erreicht. Die Konfliktsituation wurde erst überwunden, als der einflussreiche Patrizier Appius Claudius Caecus entschied, die Plebejer in ihren Forderungen zu unterstützen. Für das Jahr 451/450 v.Chr. wurden anstatt der *consules* (der höchsten republikanischen Magistratur) zehn *decemviri legibus scribundis* ausgewählt, die über absolute Macht verfügten und die Aufgabe hatten, die Normen der Stadt schriftlich in einem Gesetz festzuhalten. Die *decemviri* wurden aus dem Kreis der Patrizier ausgewählt und das Kollegium wurde von Appius Claudius geleitet: Am Ende des Amtsjahres stellten sie dem Volk einen Gesetzestext in Form von zehn Tafeln vor. Für das Jahr 450/449 v.Chr. wurde ein neues Kollegium von *decemviri* ausgewählt, wieder geleitet von Appius Claudius, jedoch dieses Mal mit der Beteiligung von Vertretern der *plebs*. Das neue Kollegium hätte die Arbeit der „Kodifizierung" fertigstellen müssen, jedoch brach der Prozess – aus ungeklärten Gründen – vorzeitig ab.[12] Es wurden dennoch zwei neue Gesetzestafeln verabschiedet, wodurch man folglich bei einer Gesamtzahl von zwölf ankam (daher *lex XII tabularum*).

16 Das Zwölftafelgesetz war also eine Errungenschaft der Plebejer: Eine Grundlage des *ius civile*, das als Recht der Stadt verstanden wurde. Es wäre jedoch falsch, das Zwölftafelgesetz für ein Gesetzbuch in modernem Sinne zu halten. Tatsächlich umfasst das

[11] *Momigliano*, in: Momigliano, Studi classici II (1980) 477 f. Grdl. für die verschiedene Theorien: *Richard*, Origines (2012).

[12] Der umstrittenen (Liv. 3.33–57, Pomp. ench. sing.: D. 1.2.2.24) Überlieferung nach sollen Ap. Claudius und die neuen *decemviri* die Tyrannei angestrebt haben. Heute ist man sich jedoch einig, die Krise des Jahres 449 v. Chr. als Scheitern eines demokratischen Projektes zu betrachten; auf ein solches Projekt deuten Quellenzeugnisse hin, die von Abordnungen (nach dem Juristen Pomponius sogar von einer Reise der *decemviri*!) in griechische Gemeinden zum Kennenlernen von deren geschriebenen Gesetzen sprechen.

Zwölftafelgesetz nicht das gesamte geltende Recht: Es setzt eher einen Schatz von schon bestehenden Normen und Verfahren (die *mores*) voraus (und knüpft an diese an). Die *mores* wurden nur teilweise von den schriftlichen Normen verändert und ansonsten entsprechend der mündlichen Form, in der die *pontifices* sie überlieferten, in geschriebenes Recht überführt.

17 Ein erheblicher Teil ist dem Prozessrecht gewidmet (Tafel I–III); im Privatrecht finden sich Anordnungen auf dem Gebiet der Rechtsgeschäfte (Tafel VI), der nachbarschaftlichen Beziehungen (Tafel VII), der Familie (Tafel IV) und des Erbrechts (Tafel V). Die Tafeln VIII und IX betreffen das Strafrecht, während sich die zehnte Tafel auf den Bereich des *ius sacrum* bezieht. Restriktiver waren die in den Tafeln XI und XII enthaltenen Normen, die durch das zweite gesetzgebende Dezemvirat erlassen worden waren. In diesen fand sich das Verbot der Ehe zwischen Plebejern und Patriziern, das später im Jahre 445 v.Chr. in Folge des Plebiszits des Canuleius abgeschafft wurde (→ § 26 Rn. 32).

18 Wie wir gesehen haben, sind die Bereiche, in die das Zwölftafelgesetz eingriff, vielfältig und betreffen überwiegend die Beziehungen (auch die prozessualen) zwischen Privaten, sowie die strafrechtliche Repression. Eine eingehendere Erforschung des Inhalts des Zwölftafelgesetzes kann jedoch nicht von der Geschichte des Gesetzestextes, ihrer Zirkulation und ihrem Schicksal in der antiken Welt absehen. Bis zur Spätantike sahen Juristen, Rhetoriker und Philosophen im Zwölftafelgesetz einen Archetyp des römischen Rechts.[13] Es ist umstritten, ob das Original des Zwölftafelgesetzes, welches auf Bronze[14] niedergeschrieben war, während des sogenannten Gallierbrandes im Jahre 390 v.Chr. zerstört wurde.[15] Gewiss betont der Bericht des Historikers Livius die Schäden durch die *ruina Gallica*. Jedenfalls war im 2. Jh.s v. Chr. in Rom ein Text des Zwölftafelgesetzes im Umlauf, von dem wir nicht wissen, wie nahe er dem Original war: Ein solcher Text war möglicherweise Gegenstand einer Kollation durch den Juristen Sextus Aelius Paetus Catus, welcher uns darüber vielleicht in seinem Werk *Tripertita* hätte berichten können (→ Rn. 39).

19 Das Zwölftafelgesetz spielte eine bedeutende Rolle im Entwicklungsprozess der römischen Rechtsordnung, da es den von den *mores* herrührenden Normenschatz in schriftlicher Form zusammenfasste und, wo notwendig, einschränkte. Es scheint beispielsweise ziemlich unwahrscheinlich, dass das Zwölftafelgesetz den Inhalt des Machtbereichs des *paterfamilias* festsetzte (→ Rn. 34). Derartige Strukturelemente werden, wie es scheint, im Zwölftafelgesetz eher vorausgesetzt als geordnet. Das Gesetz regelte stattdessen einzelne Aspekte (man denke z. B. an das *ius vendendi*). Wenn man von den Kategorien der modernen allgemeinen Rechtstheorie Gebrauch macht, scheint es also,

[13] *Romano*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 451–479. Für die Palingenesie s. a. *Diliberto*, in: Humbert, XII Tables Dodici tavole (2005) 217–238 und jetzt vor allem *Humbert*, (2018) und *Cursi*, XII Tabulae I–II (2018).

[14] Nach Dion. Hal. 10,57,7 jedoch auf Holz.

[15] Liv. 6,1,9–19.

dass im Zwölftafelgesetz die Regelung von Beziehungen (zur Lösung von Interessenskonflikten) gegenüber der Organisation (welche subjektive Situationen von Handlungen untergliederte) Vorrang hatte.[16]

2. *Leges publicae*

20 Das Zwölftafelgesetz war ein Experiment *sui generis*. Eine beachtliche Meinungsäußerung in der neueren Literatur erblickt darin eine Manifestation des isonomischen Einflusses der griechischen Welt.[17] In diesem griechischen Einfluss liegt, neben den übrigen Entstehungsfaktoren, der Grund dafür, dass das Zwölftafelgesetz eine notwendige Stufe der römischen Rechtsentwicklung bildet.

21 Das Zwölftafelgesetz bestimmte in der Tat einerseits die Form der Auslegung des existierenden Rechts, zuerst die der pontifikalen Rechtsprechung, später die der so genannten Laien-Rechtsgelehrten. Andererseits bedingte das Scheitern des Projektes der *decemviri* den Erlass weiterer Gesetze. Diese Entwicklung stärkte den Grundsatz (den die *res publica* übrigens seit Anbeginn befolgte), dass das Gesetz einen von der gesamten Bürgerschaft beschlossenen Akt auf Antrag eines höchsten Beamten (der, abstrakt gesehen, auch verworfen werden konnte) darstellte.

22 In gewisser Weise kann man einen Präzedenzfall, gleichsam ein Urbild der *lex publica*, in der *lex curiata de imperio* erblicken. Eine *lex*, mit der man die Macht (*imperium*) der Könige in der archaischen Zeit stärkte, und später, im republikanischen Zeitalter, die der höchsten Beamten. Dieses Gesetz war jedoch frei von jeder normativen Kraft. Es unterschied sich insbesondere von der *lex regia*, die, wie wir gesehen haben, nichts anderes war, als ein Willensakt des *rex*, mit der Funktion (und Struktur) eines Edikts.

23 Von der *lex publica* sind recht späte Definitionen überliefert, die auch der Gleichstellung der *plebiscita* (oder der Beschlüsse der *plebs*, → Rn. 30) Rechnung tragen; nach dem Juristen C. Ateius Capito (dem Theoretiker des augusteischen Prinzipats[18]), ist *lex* ein allgemeiner Befehl des Volkes oder der *plebs* auf den Antrag eines Magistrates (At. Cap. Gell. 10,20,2). Nach der ältesten Begriffsbestimmung von Gaius (Gai. 1.2.), ist *lex* das, was das Volk befiehlt und festlegt. Vernachlässigen wir kurz den Bezug auf die *plebs* (→ Rn. 30–32), so geht aus dieser Begriffsbestimmung die Bedeutung und die Zielrichtung der *lex publica* vollständig hervor; sie ist eine gemeinschaftliche Beschlussfassung der Bürgerschaft. Die Mitwirkung des Magistrats, ausdrücklich herausgestellt von Capito und stillweigend vorausgesetzt von Gaius, ist jedenfalls unabdingbar.

24 Die Versammlung war in der Tat aufgerufen, zu einer *rogatio* Stellung zu nehmen, einem Gesetzesvorschlag, vorgelegt im Rahmen einer *contio* (einer öffentlichen, nicht beschlussfähigen Versammlung) von einem Magistrat, der mit *imperium* ausgestattet war. In der Folge wurde der Gesetzesvorschlag für eine im Voraus festgesetzte Zeit auf

---

[16] *Talamanca*, in: Talamanca, Diritto romano (1982) 104.
[17] *Schiavone*, in: Ferrary, Leges publicae (2012) 302–305.
[18] Über diese Definition von Capito s. *Buongiorno*, Materiali esegetici (2020), 80.

dem Forum angeschlagen (gewöhnlich für drei *nundinae*, das heißt über einen Zyklus von drei Märkten). Häufig überreichte der Magistrat den Gesetzesantrag nicht allein auf seinen freiwilligen Entschluss hin, sondern befolgte Anweisungen des Senates zur Herbeiführung eines Volksbeschlusses[19].

Die von dem antragstellenden Magistrat in einem formalen Verfahren mit erheblicher sakraler Konnotation einberufene Volksversammlung konnte ihrerseits en bloc den Antrag verabschieden oder verwerfen (Abänderungen waren nicht zugelassen). Einmal verabschiedet, wurde die *rogatio* zur *lex*. Der Text einer *lex* setzte sich aus drei Teilen zusammen: *praescriptio, rogatio* und *sanctio*. Die *praescriptio* enthielt Angaben zum *iter* der Verabschiedung des Gesetzes (vorschlagender Magistrat, die Versammlung, die abgestimmt hatte, Zenturien oder *tribus*, die zuerst votiert hatten…) und war dem Gesetzestext nur vorangestellt, wenn das Verfahren abgeschlossen war. Die *rogatio* war die genaue Wiedergabe des von dem Magistrat an das Volk gerichteten und von diesem verabschiedeten Antrages. Die *sanctio* enthielt hingegen Bestimmungen, mit denen die Einhaltung des Gesetzes geregelt wurde (beispielsweise die Verpflichtung der Magistrate und gegebenenfalls der Senatoren, auf die Anwendung des Gesetzes zu schwören) oder das Verhältnis zwischen dem einzelnen Gesetz und der Rechtsordnung (beispielsweise das *caput tralaticium de impunitate*, das den von der Verantwortung lossprach, der ein Gesetz gebrochen hatte, um ein neueres zu befolgen).[20] Jedenfalls zeigt uns das epigraphische Material, dass die *sanctio*, im Gegensatz zur *praescriptio*, nicht typisiert werden konnte: Die Art der Klauseln variiert von Fall zu Fall, je nach den geschichtlichen Perioden und der konkreten Notwendigkeit eines jeden Gesetzes. **25**

Nach der Verabschiedung wurde die *lex* den Patriziern im Senat zur Ratifikation vorgelegt *(auctoritas patrum)*. Auf formaler Ebene wurden die Senatoren aufgerufen, sich über die formale und sakrale Rechtmäßigkeit des *iter legis* zu äußern; auf praktischer Ebene handelte es sich um ein Kontrollinstrument der Patrizier, um die Macht des Volkes zu begrenzen. Im Jahre 339 v. Chr., mit Verabschiedung des *lex Publilia Philonis*, wurde die Erteilung der *auctoritas patrum* vorgezogen. Die Magistrate wurden verpflichtet diese bei dem Senat *ante initum suffragium* nachzusuchen (das heißt, vor der Abstimmung der Komitien, um so nur eventuelle formale Unregelmäßigkeiten sanktionieren zu können)[21]. Mit dieser Vorkehrung wurde die Möglichkeit des Senates, die Aktivitäten der Komitien zu kontrollieren, maßgeblich verringert. **26**

Die Eingriffsmöglichkeiten durch die *lex publica* sind zahlreich und umfassten den Erlass von Normen des öffentlichen Rechts (Vorschriften zum Ablauf der Versammlung der Komitien, zu den – ordentlichen und außerordentlichen – Magistraturen, zur *prorogatio* und *abrogatio imperii*, zum Senat) die Außerkraftsetzung anderer Gesetze, **27**

[19] S. z. B. die Diskussion des Falls der *lex de aequitibus Campanis* (Liv. 23,31,10–11) in *Gallo*, Epigrafia e Territorio 9 (2013) 227–237.

[20] Über die *sanctio* s. bes. *Zuccotti*, St. Nicosia, VIII 511–550; *Zuccotti*, St. Labruna VIII 6115–6144; *Zuccotti*, Scr. Franciosi IV 2907–2926; s.a. *Maganzani*, in: Ferrary, Leges publicae (2012) 53–114.

[21] *Graeber*, Auctoritas patrum (2013) 11–252, mwN.

den religiösen Bereich (Priesterschaft, Aufgaben des Kultes, Kalender), die Verleihung von Ehrungen und der Staatsbürgerschaft (→ § 26 Rn. 56), die internationalen Beziehungen, die Ordnung des Reichsgebiets, Vorschriften zur Getreideversorgung und zur Begrenzung des Luxus, das Strafrecht, Privatrecht und Prozessrecht.[22]

28 Der verhältnismäßig geringe Anteil der Gesetze aus dem Bereich des Privatrechts, von denen sich eine Spur in den Quellen findet, hatte zwei bekannte Wissenschaftler, zunächst Giovanni Rotondi, später Fritz Schulz, dazu veranlasst, die These aufzustellen „Das Volk des Rechts ist nicht das Volk der Gesetze"; das heißt, dass in der römischen Rechtsordnung das Rechtsetzungsverfahren mit Blick auf die Beziehungen der Bürger untereinander nur in geringem Umfang legislativer Art war;[23] im Wesentlichen hätten demnach die Einzelfälle legislativen Eingreifens in Abweichungen vom *ius civile* bestehen können, die auf Besorgnissen politischer oder sozialer Art gründete. Diese These laufen die jüngsten Erörterungen von Callie Williamson zuwider. Nach Williamson hatte die *lex publica* die Funktion der Zustimmungsaggregation in der Expansionsphase Roms zwischen dem 4. und 1. Jh. v. Chr.[24] Überdies wurde die These von Rotondi und Schulz mit bedenkenswerten Argumenten von Dario Mantovani in Frage gestellt, dem zufolge die zentrale Bedeutung der *lex publica* in dem römischen Rechtsgefüge aus Zeugnissen aus der Zeit der späten Republik hervorgeht (Asell. hist. 2 = Gell. 5,18,7; Cic. Phil. 1,18) und sich in den Quellen wiederspiegelt (allerdings nicht in den justinianischen Kompilation, womöglich weil die Kompilatoren die *leges publicae* aus den in den Digesten gesammelten Fragmenten herausgehalten haben)[25]. Ausgehend von dieser neuen Bewertung muss notwendigerweise auch die Normproduktion der Juristen neu bewertet werden, die nur einen, zwar besonders bedeutsamen, jedoch nicht den einzigen, Aspekt des römischen Rechts darstellt. Die *lex* versteht sich also während der gesamten Dauer der *libera res publica* in jeder Beziehung als bedeutendes Instrument der Normsetzung. Auch von Seiten der Rechtsgelehrten mussten die *leges* im Rahmen der *interpretatio iuris* Gegenstand von Überlegungen sein, wie der Rekurs der Rechtsgelehrten auf die *leges* als Sammlung juristischer Argumente zu bestätigen scheint:[26] Man denke etwa an die bereits erwähnte Darstellung des Rechtsgelehrten Gaius, der ein Bild des Ursprungs der Normproduktion zeichnete, das die *lex* als Model ansah (Gai. 1.2–7).

29 Von der *lex (publica) rogata* ist schließlich die *lex data* zu unterscheiden, eine Verfügung, die von einem Magistrat erlassen wurde und einseitig (ohne eine Beteiligung, das heißt Abstimmung, der Bürger, auf die sie sich bezog, jedoch stets vorbehaltlich der Bestätigung durch die Senatsversammlung und/oder der Volksversammlung) einer Gemeinschaft (*municipium, colonia, praefectura*) oder einer *provincia* eine Menge von

[22] Eine Liste bei *Rotondi*, Leg. publ., 73–80.
[23] *Rotondi*, Leg. publ.,100 Anm. 2; *Schulz*, Prinzipien, 4.
[24] *Williamson*, Laws (2005) 3 ff.
[25] *Mantovani*, in: Ferrary, Leges publicae (2012) 707–767 = *Mantovani*, Legum multitudo (2018); abw. *Santucci*, SDHI 80 (2014) 373–393 und, nuancierter, *Forschner/Hauner*, SZ 136 (2019) 322–344.
[26] *Mantovani*, in: Ferrary, Leges publicae (2012) 749–755.

Vorschriften mit dem Charakter einer Rechtsordnung gewährte.[27] Ebenfalls von anderer Art sind die *leges dictae*, Regelungen mit verwaltungsrechtlichem Charakter, die mit der Zielsetzung erlassen wurden, die Erhebung von Steuern oder die Vollstreckung gegen Großunternehmen zu regulieren.

3. *Plebiscita*

Die *plebiscita* waren Beschlüsse der *concilia plebis tributa*, der Versammlung der Ple- **30**
bejer, mit Verfahrensabläufen analog denen in den *comitia centuriata,* mit dem Ziel, die inneren Beziehungen zu regeln. Ursprünglich unterschied sich die Rechtsnatur der Beschlüsse, die von der Versammlung der Plebejer erlassen wurden, von den Entscheidungen, die von der Gesamtheit der *cives* getroffen wurden. Während der *populus* tatsächlich die Macht des für alle verbindlichen *iubere* (des Verordnens) hatte, konnte die *plebs* nur *sciscere* (Regeln aufstellen), das heißt Entscheidungen treffen, die jedoch nicht rechtsverbindlich waren (zumindest nicht, soweit es sich um die Plebejer handelte).

Im Verlauf der ersten Jahrhunderte der *res publica*, während des langsamen Angle- **31**
ichungsprozesses zwischen dem Stand der Patrizier und dem der *plebs* wurde die Wirksamkeit der *plebiscita* auch in der Schicht der Plebejer zunehmend anerkannt. Anfangs wurde der rechtsverbindliche Charakter für die gesamte Bürgerschaft (einschließlich der Patrizier) einzelnen Plebisziten zuerkannt (üblicherweise aufgrund von erneuten Voten der Zenturiatkomitien beziehungsweise Senatsbeschlüssen):[28] Diogenes von Halikarnassos (D.H. 10,32) erinnert beispielsweise an die Umwandlung eines Plebiszites (später bekannt als *lex Icilia de Aventino publicando*), das im Jahre 456 v. Chr. öffentliches Land den Plebejern übertragen hatte, damit sie dort ihre Häuser errichten konnten, in ein Gesetz; dasselbe geschah im Fall des *plebiscitum Canuleium* des Jahres 445 v. Chr., das das Verbot des *conubium* zwischen Patriziern und Plebejern abschaffte, das erst kurz zuvor von dem Zwölftafelgesetz eingeführt worden war.[29] Im Jahr 339 v. Chr. verfügte demgegenüber eine der *leges Publiliae Philonis*, dass die *plebiscita* durch Beschluss des Senates für alle *cives* verbindlich würden.[30] Schließlich bestimmte im Jahr 287 v. Chr. eine *lex Hortensia* (Plin. nat. 16,37; Gell. 15,27,4; Gai. 1.3, Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.8, Inst. 1.2.4), dass die *plebiscita* den *leges publicae* gleichzusetzen seien und daher eine allgemeine Gültigkeit für das gesamte römische Volk haben sollten – und dies ohne Notwendigkeit einer Bestätigung durch den Senat.[31]

---

[27] Zur Unterschied *lex data / lex rogata Crawford*, RS I 5 f.; s.a. *Galsterer*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 53–56. Über die *praefecturae* als Gemeinde s. jetzt *Gallo* (2018).

[28] A.A. *Hölkeskamp*, Senatus (2004) 64.

[29] Liv. 4,1–3; Flor. 1,17; Cic. de rep. 2,37,63. MLit. bei *Rotondi*, Leg. publ. 207 f.; für die Debatte s.a. *Harders*, Suavissima Soror (2008), 35 f.

[30] Wenig glaubwürdig ist hingegen die Notiz (Liv. 3,55,3) gemäß der schon eine der *leges Valeriae Horatiae* (449 v. Chr.) diese Anordnungen eingeführt habe.

[31] Wie es von App. bell. civ. 1,59,266 gefolgert werden könnte.

32 Die Gründe für die Gleichsetzung der *plebiscita* mit den *leges* liegen in dem Verlust der Vormachtstellung der Patrizier, vor allem in Folge der Maßnahmen, die im Verlauf des 4. Jhr.s v. Chr. die Plebejer zur Magistratur und zur Senatsversammlung zuließen (zum Konsulat: *leges Liciniae Sextiae*, 367 v. Chr.) und in der Entstehung einer Patrizier-Plebejer-*nobilitas* (in der sich die Zahl der Patrizier zunehmend verringerte), die das politische Leben Roms lenkte. Die *plebs* wurde nunmehr, obwohl sie formell immer noch vom Volk unterschieden wurde, als befähigt angesehen, dieses machtvoll zu repräsentieren. Nachdem die *exaequatio* der *plebiscita* mit den *leges* vollzogen war, siedelte ein substantieller Teil der Gesetzgebung in die *concilia plebis* über, die zugleich die einfachste Form der Einberufung und Beschlussfassung und die geringste religiöse Einschränkung boten; ein weiterer Grund war die abnehmende Verfügbarkeit der Magistrate (Konsuln und Praetoren), die mit dem *imperium* ausgestattet waren und die allein die *comitia centuriata* einberufen konnten.[32] Die gesetzgebende Funktion der *concilia plebis* wurde in Bereichen von besonderer Wichtigkeit, nicht jedoch von unmittelbarer politischer Relevanz, ausgeübt, vor allem im Bereich des Privat- und Prozessrechts, dessen Institute bisweilen durch *plebiscita* (z. B. die *lex Cincia de donis et muneribus* im Jahr 204 v. Chr.) reformiert wurden.

4. *Responsa prudentium*

33 Die Rechtsfortbildung durch Juristen bildete eine der Grundlagen der Gesetzgebung der römischen Republik. Der Jurist Pomponius stellt sie in seinem *Enchiridion* (einem rechtsgeschichtlichen Bericht über das römische Recht, verfasst im 2. Jh. nach Christus in direkten Zusammenhang mit dem Erlass des Zwölftafelgesetzes (D. 1.2.2.4–6; s.a. Liv. 3,34,6).

34 Die *interpretatio iuris* war ursprünglich dem *rex* und dem Pontifikalkollegium vorbehalten und, für uns von besonderem Interesse, für das Privatrecht, den *Pontifices*. Dieses Kollegium, das sich ausschließlich aus Patriziern zusammensetzte, ermöglichte im Laufe der Zeit die Verwendung gesetzlicher Formulierungen, die von Patriziern und den Plebejern mitgetragen wurden: die Verwendung solcher Formulierungen minderte die Besorgnis der Plebejer in Bezug auf die Rechtssicherheit, und zwar durch die Sachzwänge, die sich daraus für die Patrizier ergaben.

35 Auf jeden Fall zwang die fortschreitende politische Erstarkung der plebejischen Komponente, abgesehen davon, dass sie zur Anerkennung der Wirkungskraft *erga omnes* der *plebiscita* führte, die Oberpriester zudem zu einer wachsenden Beachtung der Interessen des plebejischen Standes und als Konsequenz zur Regelung des gewerblichen Handels und Tauschs (der Großgrundbesitz war noch in den Händen des Patrizierstandes)[33].

---

[32] Über die Einberufung der *comitia centuriata* s. jetzt *Fiori*, SZ 131 (2014) 61–176.

[33] *Capogrossi Colognesi*, Padroni (2012) 61–138.

Dies brachte möglicherweise eine zunehmende Loslösung vom Modell des archaischen Formalismus mit sich, sowie die Befestigung eines interpretativen Systems, das darauf bedacht war, mittels neuer Maßstäbe Verhältnisse zu ordnen, die immer mehr verschiedene Sprachen, Traditionen und Staatsbürgerschaften zusammenbrachten. **36**

Im Verlauf des 4. Jh.s hatten die Oberpriester weiterhin das Monopol der *interpretatio iuris* inne. Dennoch setzte sich eine interpretative Praxis durch, die zwar auf keine Amtsbefugnisse gestützt war, aber dennoch im Stande war, die Praxis zu beeinflussen. Parallel dazu brachte die Verabschiedung der *lex Ogulnia* (Liv. 10,6,6) eine Veränderung der Zusammensetzung des Pontifikalkollegiums mit sich (es umfasste acht Mitglieder, von denen vier Plebejer waren), vielleicht mit dem Ziel, an dem pontifikalen Monopol der *interpretatio* festzuhalten. Aber dieses Monopol verschwand infolge seiner Unzulänglichkeit für die Regelung der sozioökonomischen Zusammenhänge, die aus der militärischen Ausdehnung Roms auf der italischen Halbinsel und aus dem geschäftlichen Ausgreifen in zahlreiche Regionen im Mittelmeergebiet hervorgingen. **37**

Die Entstehung einer Klasse von Laienjuristen, die allerdings einer Elite angehörten (es handelte sich normalerweise um Senatoren, die eine Magistratur innegehabt hatten), begünstigte also (sowohl durch die Kultur der Juristenklasse als auch durch das Fehlen einer Formalisierung bei ihrer Konsultation) einen direkteren Anschluss an das soziale Netz, das sich in Mittelitalien entwickelt hatte (man denke an all die Gemeinschaften, denen Rom das *ius commercii* zuerkannt hatte, und mit denen die Juristen wahrscheinlich Beziehungen des Patronats unterhielten. **38**

Jedenfalls fiel das Ende des pontifikalen Monopols nicht mit einem Umsturz der grundlegenden Regeln der *interpretatio* zusammen, die bis dahin angewendet wurden. Zwischen dem Ende des pontifikalen Monopols und der Geburt einer unabhängigen *scienta iuris* vergingen vielmehr einige Jahre. Während die Laienjuristen der ersten Generation möglicherweise nicht besonders auffällige Persönlichkeiten waren, reifte zum Ende des 3. Jh.s und dann vor allem im 2. Jh. v. Chr. eine wissenschaftliche Denkweise, die über die bloße Beratung hinausging. Obwohl es nicht an Nachrichten über schriftliche Werke, die von zwischen dem Ende des 4. und dem Beginn des 3. Jh.s aktiven „Laien"-Juristen verfasst wurden, fehlt, bilden diese die Ausnahme (Pomp. D. 1.2.2.36 erwähnt ein *de usurpationibus*, das dem Ap. Claudius Caecus zugeschrieben wird, cos. 307 und 296 v. Chr.; seinem Schreiber Cn. Flavius ist die Veröffentlichung des pontifikalen Kalenders zu verdanken [also die Auflistung der Tage, an denen man Recht sprechen konnte] sowie eines Buches über die zivilen Klagen, das von demselben Ap. Claudius verfasst wurde). Das typische Instrument der Verbreitung der Ansichten der „Laien"-Juristen war die Mündlichkeit. Erst von der Generation des Publius Mucius Scaevola, des Marcus Iunius Brutus und des Manius Manilius an (die drei Juristen, die gemäß Pomponius [D. 1.2.2.39] *fundaverunt ius civile*, die also – in der Mitte des 2. Jh.s v. Chr. – dem *ius civile* eine wissenschaftliche Grundlage gaben),[34] existierte eine lite- **39**

[34] Eine eingehende Analyse der Juristen dieser Generation auch bei *Behrends*, in: Avenarius/Müller, Verfassung (2014) 17–98.

rarische Produktion und eine systematische Lehre des Rechts. Der berühmteste Jurist ist Sextus Aelius Paetus Catus, der schon erwähnt wurde (→ Rn. 18), Autor der *Tripertita*, eines systematischen Werks, in dem die *interpretatio* (an erster Stelle die des Zwölftafelgesetzes) eine zentrale Rolle spielt und das als Beginn der rechtswissenschaftlichen Tradition angesehen wird.

40 Nach einer auf Cicero (de orat. 1.212) zurückzuführenden Einteilung waren die Beiträge der Juristen in der Praxis auf drei Typen rückführbar: Das *respondere*, das *cavere*, das *agere*. Das *respondere* bestand darin, Privatleuten, Magistraten und Richtern Ratschläge zu geben. *Responsum* ist ein alle juristischen Lösungen umfassender Terminus, der von den rechtsgeschäftlichen Fragen bis hin zu denen im engeren Sinne prozessrechtlichen Problemen reichen konnte. Es war im Übrigen nicht ungebräuchlich, jedenfalls bis zum Ende der 1. Jh.s v. Chr., dass die Juristen auch zu nichtjuristischen Fragen, die sich mehr auf gesunden Menschenverstand bezogen, befragt wurden (Cic. de orat. 3,133). Das Verb *agere* bezieht sich auf die Gesamtheit der verfahrensrechtlichen Vorlagen, die von den Juristen auf Anfrage von Magistraten oder Privatleuten ausgearbeitet wurden. Insbesondere hieß *agere* die Vorbereitung der feierlichen Worte in den *legis actiones*. Später, im Formularprozess, verwandelte sich das *agere* in die Erläuterung der *formula*, also des Textes, vom Prätor mit den Parteien ausgehandelt wurde und in dem die Rahmenbedingungen der *controversia* festgelegt wurden. Die Verbreitung des Formularprozesses und die *conceptio verborum*, die bei dieser Prozessform notwendig war, vergrößerte vermutlich die Bedeutung des *agere* der Juristen. Es beeinflusste in erheblichem Maß die Normproduktion des Prätors, indem Gedankengänge der Juristen in das Edikt aufgenommen wurden. Das Verb *cavere* schließlich bezeichnete die Ausarbeitung von rechtsgeschäftlichen Vorlagen (Testamenten, *mancipationes*, *stipulationes*, Konsensualverträgen…).

41 Diese vielgestaltige Aktivität der Juristen in der Unterstützung der Praxis, in der Lehre und als wissenschaftlichen Reflexion wirkte zuerst komplementär zu der pontifikalen, wurde dann, als Folge einer gegenseitigen Anerkennung von pontifikaler und Laienjurisprudenz (Gell. 1,13,10; siehe aber auch die Hinweise auf die *veteres* noch in der fortgeschrittenen Kaiserzeit), von dieser eingegliedert und entwickelte sich schließlich als Alternative zu dieser. Sie machte aus der Rechtswissenschaft im Hinblick auf die Regelung der Beziehungen zwischen Privatleuten einen der Knotenpunkte der römischen Rechtsordnung. Dies führte jedoch zur Entstehung eines *ius controversum* (→ § 1 Rn. 49), Gegenstand ewiger Diskussionen zwischen den Juristen, das erneut das Problem der Rechtssicherheit aufwarf.

42 Für dieses Problem schufen die Juristen einerseits dadurch Abhilfe, dass sie zwecks Herausarbeitung eines systematischen Rahmens, in den analoge Fälle eingegliedert wurden, die Techniken zur Interpretation der Normen verfeinerten. Andererseits tauchten neue Probleme auf, die für die Arbeitsweise der Juristen bedeutsam waren: Zum einen die Entstehung der *sectae* (man denke an die Kreise, die sich um Q. Mucius Scaevola [den Sohn des Publius und cos. 95 v.Chr.[35]] und seinen gleichnamigen Cou-

[35] S. nur Ferrary et al., quintus Mucius Scaevola (2018).

sin, cos. 117 v.Chr. [D. 1.2.2.39] gebildet hatten); zum anderen der immer zunehmende, nicht immer erfolgreiche, Versuch der Entwicklung abstrakter *regulae iuris*, das heißt von Kriterien, die darauf gerichtet waren, innerhalb der grundlegenden Termini eine bestimmte Interpretation eines bereits gebildeten *ius* zu festzulegen (Spuren davon könnten es schon bei Cato gegeben haben, wie Celsus in D. 34.7.1 pr.–1 erwähnt).

5. Magistratische Edikte

Das Zwölftafelgesetz und die Gesetzgebung der Komitien hatten im Zeitalter der frühen **43**
Republik ein Zivilprozessrecht geformt, das aus *legis actiones* bestand, das heißt aus per Gesetz festgelegten Prozesshandlungen.[36] Der Prozess mittels der *legis actiones* spielte sich in zwei Verfahrensabschnitten ab: *in iure* und *apud iudicem*. Der Abschnitt *in iure*, der dazu diente, die Fristen der Streitigkeit festzulegen, lief (nach dem Jahre 367 v. Chr.) vor dem *praetor urbanus* ab; der entscheidende Abschnitt *apud iudicem* fand von Anfang an vor einem privaten Richter statt.

Vor dem Prätor waren die Parteien dazu aufgerufen, *certa verba* (standardisierte **44**
Prozessformeln) auszusprechen, die den altertümlichen Formalismus widerspiegelten, durch den die Handelstätigkeit in archaischer Zeit begrenzt war. Der Prozess mittels der *legis actiones* hatte zwei große Nachteile: Er war nicht auf die Streitigkeiten zwischen Römern und *peregrini* (also Fremden) oder zwischen den in Rom präsenten *peregrini* ausdehnbar. Darüber hinaus (und vor allem) machte der rigorose Formalismus, der diesen Prozess bestimmte, die *legis actiones* unfähig zur Anpassung an die Veränderungen der sozio-ökonomischen Zusammenhänge in der Folge des Aufstiegs Roms, anfänglich auf regionaler und später auf europäisch-mediterraner Ebene.

Um dem ersten dieser Nachteile zu begegnen, wurde im Jahre 242 v.Chr. das Amt des **45**
praetor peregrinus eingeführt. Dieser hatte die Kompetenz, zwischen römischen Bürgern und Fremden (*inter cives et peregrinos*) und außerdem zwischen Fremden, die in Rom anwesend waren, Recht zu sprechen.

Es gab folglich einen überaus engen Zusammenhang zwischen dem wirtschaftlichen **46**
Aufstieg Roms und dem Erfolg neuer Praktiken des Rechtsschutzes. Der *praetor peregrinus* veranlasste hauptsächlich die juristische Sanktionierung der Handelsbräuche, die sich beim Handel auf den Märkten Rom gebildet hatten.[37] In den von dem *praetor peregrinus* kraft seines eigenen *imperium* ausgearbeiteten Prozessformeln erkannte man rechtlich verbindliche Wertungen für die obligatorischen Rechtsgeschäfte, die formlos und auch zwischen Römern und *peregrini* oder zwischen *peregrini* abgeschlossen werden konnten.

Das Edikt des Prätors war ein Akt von Selbstregulierung, durch den jeder Prätor die **47**
Tatbestände aufzeigte, die er während des Amtsjahres als schutzwürdig behandeln woll-

[36] A.A. *Manthe*, FS Mayer-Maly, 444.
[37] *Betti*, DRI, 30 f.; a.A. *Bretone*, Geschichte (1992) 138.

te. Es bestand ein Komplex von Normen, die sich von einem Edikt zum anderen wiederholten und die früh unter der Bezeichnung *edictum tralaticum* bekannt wurden. Aber jeder Prätor hatte die Befugnis und Ermessensfreiheit neue schutzwürdige rechtgeschäftliche Tatbestände anzugeben. Außerdem wurde dem Prätor während seines Amtsjahres die Möglichkeit gegeben, das Edikt teilweise außer Kraft zu setzen oder es zu verändern. Zu diesem Zweck standen ihm die Instrumente des *decretum* (Akt mittels dessen man die im Edikt erfassten Tatbestände für einen bestimmten konkreten Fall teilweise aufhob) und des *edictum repentinum* (eine Maßnahme durch die der Prätor das zu Beginn des Amtsjahres erlassene Edikt ergänzte, veränderte oder korrigierte) zu Gebote. Schließlich existierten zur Vervollständigung des Edikts (und in seinem letzten Teil behandelt) eine Reihe von *acta magis imperii quam iurisdictionis*, das heißt zum Formularprozess komplementäre Mittel, die auf dem *imperium* des rechtsprechenden Magistrats beruhten und bei Ermächtigung durch den Magistrat eingesetzt werden konnten, um in besonderen Sachlagen Rechtsschutz zu gewähren.

48 Der große Erfolg des Formularprozesses und seine Elastizität ließen zu, dass man *de facto* schon am Ende des 3. Jh.s auch bei Streitigkeiten zwischen *cives Romani* auf diesen zurückgriff. Es ist wahrscheinlich, dass in diesem Zeitraum auch der Stadtprätor begann, seine eigenen Edikte zu erlassen, die sich ursprünglich an denen des *praetor pergerinus* orientierten und alsbald bekannter wurden als diese. Einige Jahre später eröffnete eine *lex Aebutia de formulis* (ca. 150 v.Chr.)[38] für die *cives* die Möglichkeit, alternativ auf den Prozess *per legis actiones* oder auf den *per formulas* zurückzugreifen. Dieses System des zweifachen Verfahrens bestand bis zum Zeitalter des Augustus fort, bis im Jahre 17 v. Chr. die *lex Iulia iudiciorum privatorum* das privatrechtliche Verfahren reformierte, indem sie endgültig die *legis actiones* abschaffte (→ § 9 Rn. 5).[39]

49 Die Gesamtheit der Normen, die aus der Tätigkeit des *praetor peregrinus* und später – vor allem – der des *praetor urbanus* hervorging, war als *ius honorarium* bekannt. Diesem Recht gelang es, zur Bildung der römischen Rechtsordnung beizutragen. Es ist nicht falsch zu behaupten, dass die römische Ordnung im letzten Jahrhundert der *res publica* eine Struktur angenommen hatte (die auch das Prinzipat prägen sollte und deren Auswirkungen bis zur justinianischen Kompilation spürbar blieben), die sich auf zwei Systeme stützte, nämlich das des *ius civile* und das des *ius honorarium*. Bei der Herausbildung der eigenständige Gestalt des ersteren spielte die Gesetzgebung (das Zwölftafelgesetz und einzelne *leges*) und die *interpretatio* eine wesentliche Rolle. Das zweite basierte auf dem *imperium* des Prätors und auf seinen politischen Entscheidungen, die von Fall zu Fall getroffen wurden, um auf bestimmte wirtschaftlich-soziale Bedürfnisse zu reagieren; allemal setzte das System des *ius honorarium* die Existenz des Systems des *ius civile* voraus (man denke an die zentrale Rolle, die von den Juristen bei der Bildung des *ius honorarium* durch das *agere* eingenommen wurde, → Rn. 40) und vervollständigte dieses.

---

[38] Über die *Lex Aebutia* s. jetzt *Beggio*, in: Garofalo, Giudice privato III (2015) 90–101, mLit.

[39] S.a. *Talamanca*, ACop. VIII 63–260.

Das *ius edicendi* genossen jedoch nicht nur der *praetor urbanus* und der *praetor peregrinus*. Die *aediles*, untergeordnete Magistrate (ohne *imperium*) mit Kompetenzen im Bereich der städtischen Reinigung, der Versorgung der Märkte und der Feiertage, übten ein *ius edicendi* aus, das auf die Streitigkeiten im Zusammenhang mit Handelsgeschäften auf den öffentlichen Märkten (z. B. die Haftung des Verkäufers für versteckte Mängel des verkauften Gegenstandes) beschränkt war.[40] Die Edikte der *aediles* trugen so zur Entwicklung einiger Bereiche des Privatrechts bei (z. B. mit der Einführung der *actio redhibitoria* oder der *actio aestimatoria*). **50**

Auch die Provinzstatthalter erließen bei ihrer Ankunft in der Provinz ein Edikt, mit dem sie den Rechtsschutz bei Streitigkeiten zwischen in der Provinz lebenden Römern sowie zwischen Römern und aus der Provinz Stammenden regelten. Unsere Kenntnisse hinsichtlich dieser Edikte sind im Vergleich zu den prätorischen und aedilischen Edikten gering. Jedenfalls können wir bestätigen, dass das *edictum provinciale* für die Dauer der Amtszeit des Magistrats, der es erlassen hatte, in Kraft blieb; in ihm wurden die Normen des römischen Rechts mit jenen der lokalen Rechte in Ausgleich gebracht. Ein Ausgleich, dessen Bedeutung in den westlichen Gebieten des Reiches geringer waren (dort beteiligten die Eliten sich nicht an einem tiefergehenden Romanisierungsprozess) und im hellenistischen Osten größer[41] . Dort setzten sich Formen und Vorschriften des römischen Rechts mit lokaler Logik und Tradition auseinander, gemäß einem Vorgehen, das später in der Zeit des Prinzipats zur Vollendung gelangte. Die provinziellen Edikte, die sich dieser „vielgestaltigen und mehrdeutigen Wirklichkeit“ öffneten, bestätigten nochmals die Prinzipien des römischen Rechts, ohne jedoch die Berührungspunkte zwischen der römischen und der ausländischen Ordnung zu vernachlässigen. **51**

6. *Ius gentium*

Der Begriff des *ius gentium* wurde von den spätklassischen Juristen mit polysemischer Funktion gebraucht. Im Hinblick auf die juristische Entwicklung der republikanischen Zeit meinte das *ius gentium* nicht die passive Rezeption der fremden Ordnungen. Vielmehr wurde deren „empirische[r] Kern“[42], der in einem Komplex von Normen bestand, infolge des Wachstums des Handels deutlich. Das *ius gentium* zielte darauf ab, die rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen *cives* und *peregrini* oder zwischen Fremden verschiedener Herkunft zu schützen. Da es seinen Ursprung in der *iurisdictio* des Prätor *peregrinus* hatte, flossen im *ius gentium* Normen verschiedenen Ursprungs zusammen, was auf zwei unterschiedliche Strömungen von Vorschriften und Instituten zurückzuführen ist. **52**

[40] *Ortu*, Aiunt Aediles (2008); sehr wichtig *Daguet-Gagey*, Splendor aedilitatum (2005) 621–716 (mit neuer Palingenesie). Über die Rolle der Edikten und Dekreten der Magistraten in der Zeit der Republik s.a. *Th. Lanfranchi*, SZ 136 (2019) 47–93.

[41] Über die Statthaltertätigkeit s. *Haensch*, Capita provinciarum (1997) 18–36; s.a. *Haensch*, SZ 109 (1992) 209–317 (über die Statthalterarchiven).

[42] *Bretone*, Geschichte (1992) 441.

53 Auf der einen Seite die Vorschriften und Institute, die vom Prätor eingeführt worden waren (und die folglich vom *ius honorarium* stammten) und den Gegenstand eines Rückführungsprozesses in die Form des *ius civile* hätten gewesen sein können. Auf der anderen Seite jene, die ursprünglich aus dem *ius civile* stammten und auf Fremde erstreckt wurden. Es ist nicht klar, was für Beziehungen zwischen diesen beiden Phänomenen bestanden, auch wenn es plausibel ist, dass die Anziehungskraft der vier konsensualen Rechtsgeschäfte, die von den *iudicia bonae fidei* geschützt wurden nämlich die *emptio vendito*, die *locatio conductio*, die *societas* und das *mandatum*)[43], möglicherweise einen Präzendenzfall darstellt (→ §§ 78–84.).

54 In der Kaiserzeit (→ § 3) begannen die Juristen des 2. Jh.s n. Chr. das *ius gentium* auch als *ius naturale* oder *naturalis ratio* zu bezeichnen, im Hinblick auf die Tatsache, dass in diesem Normen zum Vorschein kamen, die als auf der „natürlichen Vernunft" basierend wiedererkannt wurden; doch begannen sich die beiden Konzepte ab dem 3. Jh. n.Chr. wieder zu unterscheiden, als das *ius naturale* eine eigenständige Bedeutung als das Recht annahm, dessen Vorschriftenkomplex von der *natura* für alle Lebewesen angelegt worden war[44].

III. Die Entwicklung in der späten Republik

55 Die letzte Phase des republikanischen Zeitalters (133–31 v. Chr.) war eine Periode großer Umstürze, weshalb der Ausdruck „Roman revolution"[45] geprägt wurde. Diese Epoche war in der Tat geprägt von einer fortlaufenden, komplexen politisch-militärischen und institutionellen Krise, die auch von einer latenten Wirtschaftskrise bedingt wurde (sie ist erkennbar an den wiederholten [und häufig gescheiterten] Versuche von Agrarreformen, bereits seit den Volkstribunen Tiberius und Gaius Gracchus[46]). Die Spannungen verstärkten sich infolge der Erweiterung der Zahl der *cives*, mit der Gewährung der *civitas Romana* an alle Bewohner der *terra Italia* in Folge des *bellum sociale* in den Jahren 90–88 v. Chr. Doch brachte das letzte Jahrhundert der *res publica* noch weitere einschneidende Veränderungen: Die Diktatur des Sulla, während derer (überwiegend durch die *leges publicae*) Normen eingeführt wurden, die die institutionelle Struktur der *res publica* im oligarchischem Sinn reformierten, indem sie auch das Strafrecht modernisierten; der Bürgerkrieg zwischen Cäsar und Pompeius und die darauf folgende Diktatur Cäsars, die eine neue allgemein akzeptierte Abweichung von der institutionellen Ordnung mit sich brachte; zuletzt, nach dem Tod Cäsars im Jahre 44 v.Chr., der Zeitabschnitt des Triumvirats *rei publicae constituendae,* während dessen sich die Persönlichkeiten des Marcus Antonius und des Oktavian zeigten, sowie mehr

[43] *Bretone*, Geschichte (1992) 440.
[44] Für eine Zusammenfassung s. *Waldstein*, Vera philosophia, 113–128, 343–366 und 367– 396.
[45] *Syme*, Roman Revolution (1939).
[46] Über die Agrarreformen der gracchischen Zeit s. nur *Balbo*, Riformare (2013) 73–116.

am Rande, die des M. Aemilius Lepidus. Nachdem M. Antonius in der Schlacht bei Actium 31 v. Chr. besiegt und Lepidus entmachtet worden war, eröffnete sich für Oktavian die Kontrolle der politischen Szene und die Übernahme der Macht in Form des Prinzipats (→ § 3)[47].

1. Rechtsetzung und Rechtsprechung

Während der Periode der „Roman revolution" festigte sich die Form der Rechtsetzung, die im Verlauf der republikanischen Erfahrung zutage gekommen war. Die legislative Aktivität der Komitien war relativ intensiv (auch wenn infolge einer Reform des Sulla den *tribuni plebis* für circa ein Jahrzehnt die Möglichkeit genommen war, den *concilia plebis tributa* eigene *rogationes* zu unterbreiten)[48], wirkte sich jedoch– wenigstens unserer Kenntnis nach – nicht direkt auf die Entwicklung des *ius civile* aus. Immer größere Relevanz gewann hingegen die ediktalen Handlungen des *praetor urbanus*.[49] Die *legis actiones* gerieten in fortschreitende Nichtbeachtung, bis sie im Jahre 17 v. Chr. endgültig von Kaiser Augustus abgeschafft wurden (→ §. 3.). **56**

Zugleich mit der Ausarbeitung des Edikts durch den Prätor tauchte eine Gruppe von Juristen auf, in der Mehrheit von senatorischer Abstammung. Die Eröffnung neuer und ferner Märkte, das Wachstum des Handels, die immer unterschiedlichere und gemischtere Bevölkerung, die das soziale Netz der *civitas* bildete, forderten in der Tat ein an die neuen Bedürfnisse angepasstes Recht, und drängten folglich auf eine immer raffiniertere Ausarbeitung. **57**

Die Interpretation der *mores*, auf deren Grundlage die Juristen ihre *responsa* gewannen, kannte immer tiefgründigere und komplexere erklärende Methoden, in denen sich der Einfluss der von der griechischen Kultur entwickelten Schemata (oder wenigstens die Erinnerung daran) zeigte. Die Juristen verbanden diese theoretischen Kenntnisse mit den Bedürfnissen der Praxis, indem sie häufig die *responsa* mit Lösungen und *regulae* verbanden. Auf der anderen Seite bedeutete das Auftauchen des *ius honorarium*, von dem Formularprozess und von den bekannten Instrumenten mit diesem verbunden, eine Veränderung des Privatrechts, in der die Juristen eine essenzielle Rolle spielten, sei es bei der Erprobung neuer Gedankengänge (man denke an die berühmte *cautio Muciana* [→ § 53 Rn. 25]), sei es bei der Definition von Formeln auf hohem technischen Niveau. Jedenfalls entfernten sich die Juristen mit dem entsprechenden Vorgehen immer weiter vom antiken Formalismus, indem sie zu neuen Paradigmen drängten **58**

[47] Zur Macht des Kaisers s. nur *Ferrary*, CCG. 12 (2001) 101–154, *Mantovani*, Athenaeum 96 (2008) 5–54; *Mantovani*, in: Capogrossi/Tassi Scandone, Lex Vespasiani (2009) 125–155 und für eine Zusammenfassung (mLit.) *Buongiorno*, Athenaeum 100 (2012) 513–528.

[48] Mit einer *Lex Cornelia de tribunicia potestate*; für Quellen und Inhalt s. nur *Rotondi*, Leg. publ. 350 f.

[49] Trotz eines Versuchs der Begrenzung der *iuris dictio* um das Jahr 67 v.Chr. herum (Asc. in Corn. 59 Clark; Dio 36,40,1–2).

(z. B. der Gebrauch der dihairetischen Einteilung nach *genus/species*[50], der Gegensatz zwischen *verba* und *voluntas* bei der Analyse von autoritativen Normen oder rechtsgeschäftlichen Klauseln) und so versuchten, von der Kasuistik ein begriffliches System zu abstrahieren, das darauf abzielte, auf systematische Art und Weise die Sachverhalte, die sich von Mal zu Mal zeigten, zu interpretieren.

59 Auf der Ebene der Form zeigten sich die *responsa* in dieser Epoche als knapp, häufig ohne Begründung (diese wurde zwar vorausgesetzt, aber nicht erklärt) und häufig auf die Autorität der früheren Juristen verweisend (Cic. de orat. 1.239; Brut. 197); auch das literarische Schaffen stützte sich zum großen Teil auf die *responsa*.

60 Wenn Quintus Mucius (cos. 95 v. Chr.) der letzte republikanische Jurist war, der die juristische Aktivität mit der politischen und der Bekleidung religiöser Ämter verband, herrschte in der folgenden Generation eine vollständige Loslösung von den religiösen Funktionen und ein fortschreitendes Desinteresse am politischen Leben. Dies war auch der sozialen Herkunft der Juristen des 1. Jh.s geschuldet, die viel heterogener war als in der Vergangenheit.

61 Der einflussreichste Jurist dieser Generation war Servius Sulpicius Rufus (cos. 51 v. Chr.). Servius, Zeitgenosse Ciceros und aus dem Ritterstand, war ein Hörer des Q. Mucius und später des Aquilius Gallus, und vervollständigte seine Bildung auf Rhodos; er kam spät (im Alter von mehr als fünfzig Jahren) in das Konsulat. Man rechnet ihm einen Kommentar zu den *Libri iuris civilis* des Quintus Mucius (die sogenannte *Notata Mucii*), einige Monografien (über die *dos* und die *detestato sacrorum*), sowie zwei *Libri at Brutum*, das heißt einen Versuch zur systematischen Interpretation des prätorischen Edikts (D. 1.2.2.43–44), zu. Servius, gerühmt von Cicero (Brut. 152–153), hatte die definierten, klassifizierten, interpretativen Techniken möglicherweise besser erlernt als Q. Mucius, indem er sich seiner dialektischen Begabung bediente, um die Strenge der von Seiten der Jurisprudenz verfolgten Verfahren in der Praxis zu mildern. Angesichts dessen gab Servius der Didaktik, die mit der entsprechenden Aktivität verbunden war, viel Raum. Um ihn bildete sich eine ganze Generation von Juristen. Unter seinen *auditores* ist auf Alfenus Varus hinzuweisen, der im Jahr 39 v. Chr. Suffektkonsul war und der in seinen *Digesta,* 40 Büchern, den *responsa* des Servius einen großen Nachhall zuteilwerden lässt, aber auch einen originalen Beitrag einbringt;[51] auf Aulus Ofilius, Autor der Bücher *de iure civili* und eines Kommentars zum Edikt, der sich nicht mit einer schlichten Interpretation der Normen hinsichtlich ihres Inhaltes begnügte, sondern die Aufmerksamkeit auf die Struktur dieses normativen Textes richtete

[50] *Talamanca*, in: Filosofia greca e diritto romano II (1977) 3–319. Zum Thema der philosophischen Einflüsse auf das römische Recht der Republik s.a. (mit einer gewissen methodologischen Vorsicht) die Aufsätze von *O. Behrends*, z. B. *Behrends*, Ausgew. Aufs., insb. I 99–224, und *Behrends*, in: Avenarius/Müller, Verfassung (2014) 99–128. Aber s.a. die wichtigen Überlegungen von *Groten*, Corpus (2015) bes. 5–34.

[51] Zu Servius s. *Behrends*, in: Avenarius/Müller, Verfassung (2014) 211–224; *Miglietta*, Servius I bes. 38–204.

(D. 1.2.2.44);[52] und schließlich auch auf Q. Aelius Tubero, A. Cascellius und Q. Trebatius Testa, die wie Ofilius die politische Karriere unterbrachen oder auf sie verzichteten und von denen wenige Fragmente erhalten sind.

2. Die Senatsbeschlüsse in der Republik

Umstritten ist die Bedeutung der Beschlüsse der Senatsversammlung, der *senatus consulta*, für die Epoche der späten Republik. Wie aus den Quellen hervorgeht (Gai. inst. 1.4) und wie man gewöhnlich in der Lehre annimmt, hatten die *senatus consulta* in der republikanischen Zeit keine legislative Kraft, das heißt sie waren nicht sofort wirksam, sondern sie mussten von den Magistraten in die Reihe der geltenden Rechtsnormen aufgenommen werden, das heißt in die *leges publicae*, sowie auch in den Edikten.[53] Dies schließt jedoch nicht aus, dass die *senatus consulta* faktisch Recht setzen konnten. Dies zeigt sich einerseits daran, dass die *senatus consulta* eine *lex publica* aufheben, das heißt sie von der Anwendung suspendieren konnten.[54] Andererseits hätte sich ein Magistrat – vom Senat beauftragt, die Akte in Kraft zu setzten, die zur Verfolgung einer gewissen Zielsetzung notwendig waren – nur in Ausnahmefällen gegen die Anordnungen eines Versammlungsorgans, dem er angehörte und dessen Interessen er mittrug, gestellt.[55] Dies dürfte folglich seit der Zeit der (späten) Republik zu der Wahrnehmung geführt haben, dass die Senatsbeschlüsse volle normative Kraft besaßen[56], wie uns darüber hinaus der bekannte Text Cic. top. 5.28 bestätigt, der in einer Liste der Rechtsquellen, die das *ius civile* bilden, auch die *senatus consulta* anführt.[57] **62**

Unmittelbare „legislative Kraft“ (also direkte Wirksamkeit in der Rechtsordnung) erlangten die Senatsbeschlüsse erst im Verlauf der Kaiserzeit (mit einer signifikanten Zäsur während der Herrschaft des Claudius; [→ § 3])[58], wahrscheinlich aufgrund des Auslaufens der Gesetzgebung der Komitien und in jedem Fall in Folge einer Debatte, die wenigstens die Juristen interessieren durfte. **63**

[52] Über A. Ofilius s.a. *Biavaschi*, Caesari familiarissimus (2011) 9–86.

[53] *Volterra*, Senatus consulta (2017) 7–17.

[54] *Reduzzi*, Poteri del senato (2007) bes. 3–30 und 151–168. Für die Fallstudie der *leges Antoniae, non iure rogatae*, s.a. *Buongiorno*, in: Ferrary, Leges publicae (2012) bes. 554–560. Andere Fälle bei *Buongiorno*, Koinonia 44 (2020) 193–201.

[55] *Serrao*, Classi partiti (1974) 101–[redacted]; vgl. auch *Crifò*, BIDR 71 (1968) 31–115, der dennoch an eine legislative Kraft schon zur Zeit der späten Republik glaubte, wie die *senatus consulta* im Bereich des *quasi-usufructus* bestätigen könnten.

[56] Ein wichtiger Brief von *Vincenzo Arangio-Ruiz* an *Edoardo Volterra* mit interessanten Forschungsperspektiven über dieses Thema ist jetzt besprochen in *Buongiorno*, SCDR 28 (2015) 151–164.

[57] S. nur *Volterra*, Senatus consulta (2017) 10 und *Peppe*, in: Ferrary, Leges publicae (2012) 641 f. und 687–689.

[58] Vgl. *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) 66–69.

§ 3 Prinzipat

Emanuele Stolfi

Palazzolo, Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi, 1974; *Casavola*, Giuristi adrianei, 1980; *Amarelli*, Consilia principum, 1983; *Bretone*, Tecniche e ideologie dei giuristi romani, 2. Auflage, 1982 (Neudr. 1984); *Bauman*, Laqyers and Politics in the Early Roman Empire. A study of relations between the Roman jurists and the emperors from Augustus to Hadrian, 1989; *Tondo*, Profilo di storia costituzionale romana II, 1993; Mantovani (Hg.), Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini, 1996; *Gallo*, L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto, 1997; *Coriat*, Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat, 1997; Milazzo (Hg.), Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi, principe e diritto nel primo impero. Atti del convegno internazionale di diritto romano e del 4. premio romanistico „G. Boulvert", Copanello 11–13 giugno 1998, 2003; *Schiavone*, Ius. L'invenzione del diritto in Occidente, 1. Auflage, 2005; 2. Auflage 2017; *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, II, 2006; Stolfi (Hg.), Giuristi e officium. L'elaborazione giurisprudenziale di regole per l'esercizio del potere fra II e III secolo d. C., 2011; Marotta/Stolfi, (Hg.), Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi, 2012; *Stolfi/Amarelli*, in: Schiavone (Hg.), Storia giuridica di Roma, 2016, 231–370; *Mantovani*, Les juristes écrivains de la Rome antique: Les œvres des juristes comme littérature, 2018.

Inhalt Rn.

I. Einleitung: Die Darstellungen der römischen Juristen 1
II. Das *ius civile* 3
1. Die Gesetzgebung 3
2. Die *responsa prudentium* 5
3. *Mores* (und *consuetudo*) 7
III. Das *ius honorarium* 9
1. Die *magistratus* mit *iurisdictio* 9
2. Das *edictum praetoris* 13
3. Die Auslegung der Juristen 17
IV. *Ius gentium* und *ius naturale* 21
1. Die Bedeutungen von *ius gentium* 21
2. *Ius gentium* und *naturalis ratio* 26
3. Neue Vorstellungen vom *ius naturale* 29
V. Rechtswissenschaft und kaiserliche Macht 35
1. Verhältnisse, Auseinandersetzungen und Mitarbeit 35

2. *Consilia principum* und *ius respondendi* 40
3. *Sectae* und *ius controversum* 44
4. Juristen und kaiserliche Bürokratie 48

I. Einleitung: Die Darstellungen der römischen Juristen

Über die Rechtssetzung im Prinzipat haben wir genaue und unmittelbare Auskünfte, **1**
weil einige zeitgenössische Juristen (besonders Pomponius und Gaius) ein Gesamtbild der Jurisprudenz zwischen Augustus und Hadrian (so in l. s. ench. D. 1.2.2.47–53) oder der im 2. Jh. geltenden *iura populi Romani* (Gai. 1.2–7) darstellen. Unsere Kenntnis dieser Zeit ist deshalb besser als die der Republik (→ § 2): Die wichtigsten Zeugnisse kommen nämlich aus juristischen (nicht rhetorischen) Schriften, und überdies sind diese Texte vom chronologischen Standpunkt aus sehr nahe an ihrem Gegenstand.

Diese privilegierte Lage hat dennoch einige Nachteile: Wir laufen Gefahr, diese Quel- **2**
len nur als neutrale Sammlungen von Nachrichten zu betrachten. Eine solche methodologische Haltung ist immer tadelnswert, wie alle Historiker des Altertums wissen: Auch mit Bezug auf die Rechtsgeschichte müssen wir vorsichtig sein.[1] Jeder Jurist stellt seine eigene Auslegung auf: Dies gilt nicht nur für die kasuistischen Lösungen (besonders in einem „strittigen Recht", wie wir es in Rom finden, → Rn. 44–46), sondern auch für die weiteren Darstellungen. Über mehrere bedeutende Rechtselemente ihrer Zeit (wie das *ius respondendi*, das Verhältnis der Juristen zu den *principes*, die Rolle der kaiserlichen Gesetzgebung usw.) sind die Meinungen von Pomponius und Gaius offenbar unterschiedlich:[2] Wir werden die Gründe dieser Positionen untersuchen. Trotzdem werden wir als Grundlage der Darstellung einen Aspekt benutzen, dem in den *libri enchiridii* und *institutionum* nur einige Andeutungen – und jedenfalls keine einheitliche Analyse – gewidmet sind: Die (typisch römische) Pluralität der *iura*, als verschiedene Rechtsschichten[3] (→ § 6; nicht selbständige Rechtsordnungen im engeren Sinn, → Rn. 12), die sich in einer gegenseitigen und vielschichtigen Dialektik befinden.

[1] *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) bes. 329 f. und *Stolfi*, SDHI 79 (2013) 1330.
[2] Über Pomponius und Gaius als zwei der drei „modelli della giurisprudenza antoniniana", *Stolfi*, Libri ad edictum II (2002), 19 ff., bes. 24 ff. → Rn. 41 ff.
[3] „Der Begriff ist nicht in historischem, sondern in substantiellem Sinn zu verstehen": *Kaser*, RP I 198 Fn. 1.

II. Das *ius civile*

1. Die Gesetzgebung

3 In der Zeit des Prinzipats bleiben die Eigenschaften des *ius civile* (im engeren Sinn) und die Typologie seiner Quellen erhalten; seine Anwendung ist allein den *cives Romani* vorbehalten (dieser Aspekt ist natürlich wichtig besonders bis zum Jahr 212 n.Chr.). Was die Quellen betrifft, so verlieren die älteren Formen der Gesetzgebung (*leges publicae* und *plebiscita*) an Bedeutung, wenn auch Augustus die *leges* (besonders im Bereich des Prozesses und der Sittenregelung)[4] fördert und noch Gaius (Inst. 1.2–7) die *lex* als Vorbild für alle *iura populi Romani* benutzt[5] (→ § 2 Rn. 20).

4 Die öffentliche Macht verwendet zunehmend andere Mittel, um neue Regeln des *ius civile* einzuführen: Zuerst die *senatus consulta* und dann die verschiedene *constitutiones*, die von den Kaisern unmittelbar erlassen werden. Der Fall der Senatusconsulta – die in dieser Zeit einen bindenden Charakter annehmen[6] (→ § 2 Rn. 62) – ist ein gutes Beispiel für die Zusammenarbeit von *senatus* und *princeps* (nach der Theorie Mommsens könnten wir sagen: für ihre „Dyarchie"): Trotzdem sind ihre Kraftverhältnisse ungleich und so werden auch die Senatusconsulta wesentlich ein Werkzeug in den Händen des Kaisers. Das Senatusconsultum stimmt jetzt mit der Vorlage des *princeps* (*oratio in senatu habita*) überein, weil die Verabschiedung durch den *senatus* absehbar wird.[7] Was die *constitutiones* betrifft, so besteht kein Zweifel, dass sie *legis vicem optinent*,[8] sowohl

[4] Vgl. die *leges Iuliae iudiciorum, de adulteriis coercendis, de maritandis ordinibus* usw.

[5] Im Fall der *lex* wird die *voluntas populi Romani* mit ihrer normativen Wirksamkeit offenbar: Diese *voluntas populi* ist gerade der Kernpunkt der Theorie des Gaius zu den Quellen des *ius proprium civitatis*. Das Volk setzt die Normen unmittelbar mit den *leges* und *plebiscita* fest (aber *legis vicem optinet* auch das *senatus consultum*); mittelbar mit den *constitutiones principum* (vgl. Fn. 8) und mit den *edicta eorum qui ius edicendi habent* (weil diese *magistratus* von den *comitia populi* gewählt werden); durch eine doppelte Vermittlung im Fall der *responsa prudentium* (weil sie ein wirklich verbindliches Wesen nur dann haben, wenn übereinstimmende *sententiae eorum quibus permissum est iura condere* vorliegen: → Rn. 42). Über den Unterschied zwischen den theoretischen und „ideologischen" Ansätzen von Gaius und Pomponius (D. 1.2.2.12), *Schiavone*, Ius (2017) 365 ff. und *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 315 f., 330 ff. mwN.

[6] Vgl. jedoch *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) bes. 65, nach dem mindestens im 1. Jh. n. Chr. „dal punto di vista formale, il *senatus consultum* continuò a essere nulla più che un enunciato a carattere consultivo, operante … rivolgendosi … al magistrato o al sacerdote incaricato di compiere o non compiere un determinato atto". S. auch *Arcaria/Licandro*, Diritto romano (2014) bes. 305 ff. und *Licandro/Palazzolo*, Roma (2019) 271 f.

[7] Vgl. *Coriat*, Législateur (1997) 101 ff. mwN. Wir kennen auch SCta, die den Name eines Kaisers behalten: Z. B. *SC Claudianum, Neronianum de legatis* und *de testamentis*. Die Zeit des Claudius erscheint als eine entscheidende Phase in der Entwicklung der SCta: *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) bes. 8, 64 ff.

[8] So Gai. 1.5, der diese Fähigkeit so erklärt: *Cum ipse imperator per legem imperium accipiat*. Die Grundlage ist doch wahrscheinlich nicht nur formal: *Gallo*, Officium (1997) 179 ff., bes. 189 ff. und *Gallo*, RDR 1 (2001) 306 ff. S. auch Fn. 5. Über einige Besonderheiten von *decreta* und *mandata*, neuerdings, *Stolfi/Amarelli* in Schiavone, Storia (2011) 289 ff.

wenn sie sie eine allgemeine Gültigkeit (*edicta* und *mandata*) als auch dann, wenn sie eine kasuistische Natur haben (*espistulae*, *rescripta* und *decreta*). In diesen letzten Formen finden wir einen Arbeitsstil (bei dem die Lösung des Falls mit der Festlegung eines Rechtsgrundsatzes zusammenfällt),[9] der der Technik der *responsa* von Juristen ähnlich scheint.

2. Die *responsa prudentium*

Auch die Beiträge der Juristen werden in den Verzeichnissen der Quellen des *ius civile* (wenn auch mit verschiedener Terminologie)[10] erwähnt. Die Rechtswissenschaft erreicht in der Zeit des Prinzipats das höchste Niveau: Die Romanisten sprechen deshalb (und sprachen früher noch mehr) von der „klassischen" Jurisprudenz oder vom „klassischen" Recht.[11] Wie schon in den letzten Jahrhunderten der Republik, haben die Lösungen der Juristen nicht mehr nur die Form von mündlichen *responsa*, sondern sie sind hauptsächlich Gegenstand einer schriftlichen Vertiefung mit reicher Argumentationsmethode und Debatten zwischen *prudentes*, die oft unterschiedlicher Meinung sind – dies ist das sog. *ius controversum*, das Pomponius als charakteristisch für das Juristenrecht von Augustus bis zu Hadrian betrachtet (→ Rn. 44 f.). Im Vergleich zu diesem „strittigen Recht"[12] versucht man – mit einem unmittelbaren Eingriff des *princeps* und in einigen juristischen Darstellungen (besonders von Gaius, der von *sententiae prudentium*, die *legis vicem optinent*, spricht → Rn. 42) – eine Wahl und Rangordnung unter den verschiedenen *responsa* zu verwirklichen: Das Ziel ist ersichtlich eine höhere Rechtssicherheit und eine neue Vorstellung, derzufolge eine Norm nur dann wirklich Recht ist, wenn sie verbindlichen Charakter hat. Trotzdem können wir sagen, dass viele Jahrhunderte lang das *ius* (auch *civile*) *Romanum* „unstabil und überstabil zur gleichen Zeit" bleibt: „Es ist unstabil, da häufig Kasuistik und Kampf der Auffassungen die Feststellung verhindern, welcher Rechtssatz ‚gilt'. Es ist überstabil, da kritisierende und kritisierte Rechtsbehauptung in gleicher Weise als zugehörig zum ‚geltenden' Recht betrachtet werden können".[13]

[9] Auch in einem gerichtlichen Kontext: Gerade (und nur) die *decreta* werden von Papinian (D. 1.1.7 pr.) als Quellen des *ius civile* erwähnt.

[10] *Responsa prudentium* (und bes. *sententiae*: Fn. 5 und → Rn. 42) in Gai. 1.2, 7; *prudentium interpretatio* in D. 1.2.2.12; *auctoritas prudentium* in D. 1.1.7 pr. (und schon *iuris peritorum auctoritas* in Cic. top. 5.28).

[11] Diese Bezeichnung setzt sich aber der Kritik aus: *Orestano*, Introduzione (1987) bes. 535 f., 546 ff.; *Bretone*, Diritto (1999) 179 ff., bes. 185 ff.; *Schiavone*, Ius (2017) 36; *Stolfi*, in: Schiavone, Giuristi romani (2017) 53 f. mwN.

[12] Noch wichtig ist *Schwarz*, FS Schulz II 201 ff.

[13] So *Nörr*, Rechtskritik (1974) 16. S. auch *Lombardi*, Diritto giurisprudenziale (1975) bes. 70, und *Stolfi*, Libri ad edictum I (2002) 263 ff. Fn. 4 mwN. Über die Dialektik, in der Arbeit der römischen Juristen, zwischen kasuistischen Lösungen und Bildung der Rechtsregeln (→ § 6 Rn. 86 f.), *Stolfi*, in: Vacca, Casistica (2014) 1 ff. mwN.

6 Viele literarische Gattungen der Jurisprudenz behaupten sich in der Zeit des Prinzipats. In unserer Perspektive ist natürlich die Tradition der *libri iuris civilis* (M. Sabinus und Cassius) und später der entsprechenden Kommentare (Iavolen, Pomponius, Paulus und Ulpian) wichtig. Dennoch finden wir sehr bedeutende Beiträge der *prudentes* auch in der Ediktsauslegung (und also in der Entwicklung des *ius honorarium*: → Rn. 18–20) und in anderen Bereichen des Rechts (→ Rn. 17/49). Wir können wirklich (wie schon Jhering) von einer regelrechten Allgegenwart der römischen Juristen sprechen:[14] Unter den Quellen des *ius civile* scheint auch wahrscheinlich, dass gerade die Lösungen der Jurisprudenz die schnelleren und zur gesellschaftlichen Entwicklung besser passenden Vorschriften bieten.

3. *Mores* (und *consuetudo*)

7 Auch die *mores* bleiben in dieser Zeit Quellen des *ius civile*. Sie verlieren jedoch im Vergleich mit ihrer Rolle in der Königszeit und der frühen Republik an Wichtigkeit: (vielleicht) nicht zufällig nennt sie Gaius[15] in seinem Verzeichnis der *iura populi Romani* nicht (am Anfang der *Institutiones* spricht er dennoch von *omnes populi qui legibus et moribus reguntur*).[16] Wir können die *mores* als die erste Form der Rechtsentstehung kraft Gewohnheit betrachten: Sie stellen die Sitten dar, die von den einflussreicheren Familien und *gentes* geteilt werden. Sie haben folglich größeres Gewicht, wenn die *familiae* (wie in der archaischen Zeit) wahre Machtzentren auch im politischen Sinn sind.

8 Von den *mores* zu unterscheiden ist der Begriff „*consuetudo*“, der in einer technischen Bedeutung erst nach der *constitutio Antoniniana* (212) benutzt wird.[17] Wenn fast alle Reichsuntertanen römische Bürger werden, können (und müssen) sie formal Bezug auf die Regeln des *ius civile* nehmen.[18] Die lokalen Rechte, die zuvor für die *peregrini*

---

[14] Vgl. *Giachi/Marotta*, Diritto e giurisprudenza (2012) 11.

[15] Wie auch Pomponius (D. 1.2.2) und später Papinian (D. 1.1.7 pr.).

[16] Dieser Ausdruck scheint entscheidend in der Auslegung von Gallo, nach dem diese Wörter zeigen, dass Gaius „era … consapevole che era esistita in precedenza la recezione *moribus* e che gran parte del diritto in vigore era derivato dai *mores*“ (*Gallo*, in: Dovere, Codificazione (1998) 249). Zu dieser Theorie von *receptio moribus* (vgl. *Gallo*, Interpretazione (1993) bes. 25 ff.; *Gallo*, Officium (1997) bes. 20 ff., 140 ff.; *Gallo*, in: Dovere, Codificazione (1998) 245 ff.; *Gallo*, in: Diritto generale 304 ff.; *Gallo*, Iura 54 (2003) 8 ff.) halte ich jedoch die kritische Bemerkungen von *Talamanca*, BIDR 92–93 (1989–1990) 742 ff. für begründet: *Stolfi*, Libri ad edictum I (2002) 264 f. Fn. 4 und *Stolfi*, in: Lovato, Retorica (2011) 109 f. und Fn. 49 mwN.

[17] So *Gallo*, Interpretazione (1993) 72 ff. (aber auch *Gallo*, Officium (1997) bes. 147 ff.; *Gallo*, in: Dovere, Codificazione (1998) 245 ff.; *Gallo*, in: Diritto generale bes. 317 ff.), dem *Stolfi*, in: Lantella/Stolfi, Profili (2005) 41 f., gefolgt ist. S. auch *Wieacker*, RRG II 81 f.; *Marotta*, Bürgerrecht (2010) 59 ff., bes. 65 ff.; *Ando*, Law (2011) 30 ff.

[18] Tatsächlich waren die Verhältnisse zwischen Reichsrecht und lokalen Rechte zweifellos vielschichtiger (mit einem wesentlichen gegenseitigen Einfluss), wie mindestens nach den Forschungen von *Mitteis* (VolksR) bekannt. S. jetzt *Marotta*, Bürgerrecht (2010) 59 ff. mwN.

galten, behalten eine Rolle, aber nur die, Lücken des *ius civile* zu schließen: Die *consuetudo* bezeichnet gerade solches lokales Recht, unabhängig davon, ob es sich um echtes Gewohnheitsrecht handelt oder ob es schriftlich niedergelegt ist (→ 8 Rn. 75).

III. Das *ius honorarium*

1. Die *magistratus* mit *iurisdictio*

Von Augustus bis in die severische Zeit spielt noch das *ius honorarium* unter den verschiedenen Rechtsschichten eine grundlegende Rolle. In Bezug auf viele Themen des Privatrechts, erscheint die Dialektik von *ius honorarium* und *ius civile* (und das Verhältnis des ersteren zur Arbeit der Juristen) als der echte Kern der römischen Rechtsgeschichte (→ 6 Rn. 163 f.).[19] Schon in der Republik (→ § 2) finden wir im Bereich dieses *ius* innovative und formlose Vorschriften, die besser als die alten Regeln des *ius civile* befriedigende Lösungen für die neue Probleme und schnellere Antworten für die Bedürfnisse einer fortgeschrittenen Gesellschaft bieten: Das gilt z. B. für die *bonorum possessio* im Bereich der *successiones mortis causa* (→ § 57), für die Rechtsbehelfe gegen *dolus malus* und *metus* (→ §§ 94, 108–110), allgemeiner für den gesamten Formularprozess (→ §§ 10–14) und so besonders für den Schutz der Konsensualverträge oder für Geschäfte mit *servi* oder *filii familias* – mittels der *actiones in ius ex fide bona* (→ §§ 78–84) beziehungsweise der so genannten *actiones adiecticiae qualitatis* (→ § 101–104) usw. **9**

Was den ersten Punkt betrifft, müssen wir jedenfalls daran erinnern, dass nur die *magistratus* mit *iurisdictio* das *ius honorarium* ins Leben rufen können: Der Begriff „*iurisdictio*" bezeichnet die typisch römische Fähigkeit (und Tätigkeit) des *ius dicere*, die nur teilweise der heutigen „Jurisdiktion" entspricht, weil die alte *iurisdictio* nicht die Macht umfasst, den Rechtsstreit unmittelbar zu entscheiden,[20] sie aber auf der anderen Seite die Möglichkeit enthält, allgemeine Regeln (gerade durch das Edikt) festzusetzen.[21] Was den zweiten Punkt betrifft, ist es notwendig klarzustellen, dass die *praetores* nicht die einzige Magistrate sind, die *edicta* (als Quelle des *ius honorarium*) erlassen: Außer den *praetores urbani* und *peregrini* müssen wir nämlich die *aediles curules* sowie die Provinzialmagistrate und hohen Beamten[22] nennen. Deshalb deckt sich das *ius* **10**

[19] Wie *Schiavone*, Ius (2017) 141 schreibt, „la dialettica fra *ius civile* e *ius honorarium* avrebbe determinato, fra III e I secolo, il nucleo del diritto romano a noi più familiare … un diritto di casi e di azioni" (über diesen Begriff → Rn. 20).

[20] Es ist nämlich bekannt, dass in den *legis actiones* (→ § 9) und (noch mehr) im Formularprozess (→ §§ 10 ff., 59 ff.) die Würdigung der Beweismittel und der Erlass des Urteils dem *iudex privatus* anvertraut werden.

[21] *Stolfi*, in: Schiavone, Diritto privato romana (2010) 84 f.

[22] In Gai. 1.6 spricht Gaius einer *iurisdictio* (*in provinciis*) von *praesides* und *quaestores*: *Stolfi*, Giuristi (2011) 40 mwN.

praetorium nicht mit dem *ius honorarium* im Ganzen, aber es bleibt ein wichtiger Teil davon, sodass Pomponius (anders als Gaius)[23] sich in seiner Darstellung des *ius honorarium* nur auf die *edicta praetorum* bezieht.

11 Allein das *ius praetorium* finden wir danach als Gegenstand der Definition Papinians. In 2 def. D. 1.1.7.1 lesen wir nämlich, dass *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.* Der severische Jurist betrachtet das *ius praetorium* unter einem besonderen Gesichtspunkt, im Verhältnis zum *ius civile.* Die Quelle ist selbstverständlich (das Werk der *praetores*) und die Ziele sind nicht nur privatrechtliche im engeren Sinn (Papinian spricht von *utilitas publica*);[24] als bedeutend erweisen sich vor allem die verschiedenen Eingriffsformen: Der Prätor führt neue Rechtsbehelfe ein, um das *ius civile* zu unterstützen oder seine Lücken zu schließen oder um das *ius civile* unmittelbar zu korrigieren (→ 6 Rn. 167 f.). Die Aufzählung der Tätigkeiten zeigt eine deutliche *climax*: Die zweite (wir können z. B. an die *bonorum possessio* [→ § 57] denken) reicht weiter als die erste (z. B. wenn der *praetor* die *actio iniuriarum aestimatoria* [→ § 95], neben der alten, auf die Zwölftafeln gegründeten *actio iniuriarum civilis*, einführt), und die dritte (z. B. mit den Rechtsbehelfen gegen *dolus malus* und *metus* [→ §§ 94, 108–110]) ist ersichtlich die am stärksten eingreifende.[25] Trotzdem können wir eigentlich die gesamte Tätigkeit des *praetor* als eine Verbesserung des *ius civile* betrachten: Die Folge seiner Neuerungen ist immer die formelle oder zumindest materielle Überschreitung von (im engeren Sinn) zivilrechtlichen Grundsätzen und Regeln, die im Prozess keine Anwendung mehr finden, weil die klagende Partei eine *actio honoraria* (als z. B. die *actio iniuriarum aestimatoria*) verwenden kann,[26] die größeren Ertrag verspricht als die existierende *actio civilis,* oder weil ohne die prätorischen Rechtsbehelfe (*iuris civilis supplendi causa*) bestimmte Subjekte (wie etwa die *heredes legitimi* im Vergleich zu denjenigen, die nur die *bonorum possessio* beantragen können) bevorteilt wären.[27]

12 In dieser Perspektive gibt es eine bedeutungsvolle Übereinstimmung zwischen den Meinungen Papinians und seines Zeitgenossen Marcian, der das *ius honorarium* als *viva vox iuris civilis* definiert.[28] Die Darstellung der Rechtssetzung von Magistraten erfolgt hier wieder *per relationem*: Ihre Aufgabe (und besonders die Tätigkeit des Prätors)

---

[23] In seinem Verzeichnis der *iura pupuli Romani* spricht er von *edicta eorum qui ius edicendi habent* (Gai. 1.2) und zählt dann (Gai. 1.6) die verschiedene *magistratus populi Romani* (die *ius edicendi habent*) auf.

[24] *Scevola*, Utilitas publica II, 380 f. mwN.

[25] Über die Beispiele dieses *adiuvare*, *supplere* vel *corrigere*, eingehend *Stolfi*, in: *Lantella/Stolfi*, Profili (2005) 37 ff.

[26] Es handelt sich praktisch um eine unausgesprochene Abrogation der alten *actio civilis.*

[27] Wir können sagen, dass die Anerkennung einer Lücke immer die Folge einer prätorischen Wertung ist: An und für sich ignoriert das *ius civile* nicht bestimmte Sachverhalte, sondern es betrachtet sie als nicht schutzwürdig.

[28] 1 inst. D. 1.1.8 (s. *Dursi*, BIDR 111 (2017) 187 ff.). In der justinianischen Kompilation erscheinen diese Fragmente von Papinian und Marcian nicht zufällig unmittelbarer nacheinander.

besteht in einer Auswahl der Lösungen des *ius civile*, die eine wirkliche und gerechte Verwendung in einem Formularprozess finden könnten. Dies bestätigt auch die Tatsache, dass wir die verschiedenen römischen Rechtsschichten (und insbesondere *ius civile* und *ius honorarium*) nicht als selbständige Rechtsordnungen (im eigentlichen Sinn) betrachten dürfen.[29] Doch vor allem können wir in solchen Zeugnissen eine (mindestens teilweise) Bestätigung der Auffassung erkennen, die Pomponius im *enchiridion* darstellte. Denn dieser Autor[30] verdeutlichte schon (oder vielleicht müssten wir vielleicht sagen: noch) im 2. Jh. die Hauptrolle der Magistrate[31] (und mit ihnen zusammen der Juristen)[32] in der gesamten römischen Rechtsentwicklung.

2. Das *edictum praetoris*

Die wichtigste Quelle des *ius honorarium* bleibt in dieser Zeit das *edictum praetoris* (besonders *urbani*), wenn auch andere ähnliche Texte (wie das *edictum provinciale* oder *aedilium curulium*) ein bestimmtes Gewicht behalten, und deshalb Gegenstand der Aufmerksamkeit von Juristen sind (→ Rn. 18 f.). Es ist wahrscheinlich, dass das sich das *edictum* in den ersten Jahrzehnten des Prinzipats (fast ebenso wie in den letzten Jahrhunderten der Republik)[33] merklich verändert. Der neue Prätor ist nicht formell verpflichtet, die Vorschriften seines Vorgängers zu wiederholen, und in verschiedenen Bereichen ist noch eine Ergänzung und Verbesserung der bisherigen Rechtsbehelfe angebracht. **13**

Trotzdem kann man annehmen, dass im Lauf des Prinzipats der Anteil der unveränderten Bestimmungen (das so genannte *edictum tralaticium*) stufenweise an Umfang zunimmt. Man darf auch das Absinken des Niveaus der juristischen Bildung der *praetores* zwischen dem 1. und dem 2. Jh. nicht unterbewerten:[34] Oft sind sie nicht mehr Juristen (wie in der späten Republik), sondern, vom technischen und gesellschaftlichen Standpunkt aus, Nebenfiguren,[35] die keinen bedeutenden Beitrag zur Entwicklung des *ius honorarium* leisten können. **14**

---

[29] *Kaser*, RP I 198 Fn. 1 und *Gallo*, Officium (1997) 53 ff. mwN., der die Meinungen von Betti und Pugliese kritisiert (Er betrachtet als entscheidend die Tatsache, dass „non si può ammettere un ordinamento giuridico senza un proprio sistema processuale", während es in der römischen Rechtsgeschichte nicht zwei verschiedene Prozessordnungen für *ius civile* und *ius honorarium* gibt).

[30] Sicher mehr als Gaius, dessen Quellentheorie (inst. 1.1–7) ihren Kernpunkt in der *voluntas populi Romani* hat: Oben Fn. 5 und → Rn. 27.

[31] *Quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint?* (D. 1.2.2.13).

[32] *Quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius* [oder *in medium*] *produci* (so wieder D. 1.2.2.13). Über diese zwei Behauptungen von Pomponius, *Stolfi*, Giuristi (2011) 8 ff. mwN.

[33] Wie *Schiavone*, Ius (2017) 346 schreibt, „l'epoca che va dal 115–110 al 20–15 a. C. può essere considerata … la grande stagione dell'editto, quella in cui si incrociarono spinta creativa e pressione stabilizzatrice".

[34] *Giachi*, Sesto Pedio (2005) 265 ff. mwN.

[35] In dieser Perspektive scheint bedeutungsvoll der Vorfall der *viri praetorii* in D. 1.2.2.49.

15 In diesem Kontext muss auch der Eingriff Hadrians verstanden werden: In den letzten Jahren seines Prinzipats (130–138) beauftragt er den Juristen Julian, das *edictum* in eine unveränderliche Form (so genannte *edictum perpetuum*, in einem neuen und anderen Sinn)[36] zu bringen. Viele Romanisten haben von dieser Entscheidung Hadrians als einer „Kodifikation" gesprochen: In den Quellen und auch in der neuesten Literatur wird das *edictum perpetuum* jedoch nicht (oder nicht mehr) als „Kodex" bezeichnet.[37] Ich halte die Deutung derjenigen Rechtshistoriker für überzeugender, die eine andere Terminologie („Konsolidation" oder „Erstarren") benutzen, weil der julianische Ediktstext[38] zweifellos weit von jeder neuzeitlichen Vorstellung von einem systematischen Gesetzbuch entfernt ist. Es ist außerdem sehr glaubwürdig, dass Julian nur wenige Zusätze und Umstellungen vorgenommen hat (so vor allem in Bezug auf die *actio aestimatoria* und auf die Stellung der *formulae* in der Ediktsordnung).[39]

16 Der Eingriff Hadrians und die Mitwirkung Julians scheinen jedenfalls bedeutungsvoll: Wir finden hier die deutlichste Kooperation von kaiserlicher Macht und Jurisprudenz (→ Rn. 35), die in der Rechtssetzung im Vergleich zu den alten republikanischen *magistratus* eine immer entscheidendere Rolle spielt. Nach dieser „Konsolidation" kann nämlich allein der *princeps* den Ediktstext (mit einer *constitutio*)[40] ändern: Jedoch werden die prätorischen Bestimmungen (und die gesamte Entwicklung des *ius honorarium*) vor allem der *interpretatio* von Juristen anvertraut.

3. Die Auslegung der Juristen

17 Noch einmal sind so die *prudentes* die Hauptfiguren in der römischen Rechtsgeschichte: Ihre Arbeit sichert die Verbesserung und die Ergänzung der Ediktsklauseln, die, in ihrer tatsächlichen Anwendung, auch nach dem Eingriff von Hadrian und Julian gegenüber neuen gesellschaftlichen Bedürfnissen nicht völlig unveränderlich bleiben.

---

[36] Der Ausdruck „*edictum perpetuum*" bezeichnet zuvor das Edikt, das (anders als das *edictum repentinum*) für das ganze Amtsjahr des Magistrats gilt.

[37] Über diese (bedeutungsvolle) Merkwürdigkeit, *Mantovani*, in: Dovere, Codificazione (1998) 132 ff., der von „una codificazione senza codice" spricht. Einige Forscher haben es sogar für ausgeschlossen gehalten, dass unter Hadrian das Edikt Gegenstand einer *compositio* (nach der justinianischen Terminologie) im Sinn einer „Kodifikation" war: so Hugo und Guarino (vgl. *Mantovani*, in: Dovere, Codificazione (1998) 142 f. und *Stolfi*, Libri ad edictum II (2002) 72 f. mwN.).

[38] Den wir nur unmittelbar (durch die Kommentare von Juristen wie Gaius, Paulus und Ulpian) kennen. Die wichtigste moderne Rekonstruktion bleibt *Lenel*, EP.

[39] Über den ersten Punkt, neuerdings, *Sciandrello*, Contratto estimatorio (2011) 103 ff. mwN. (der dennoch vorsichtig ist: S. Fn. 84); über den zweiten (schon Gegenstand der Forschungen von Wlassak und Girard) *Giachi*, Sesto Pedio (2005) 309 ff. mwN.

[40] Wir können allg. annehmen, dass, wenn die *constitutiones principis* den prätorischen Vorschriften einen neuen Inhalt geben, „le innovazioni apportate dagli atti imperiali fanno parte a pieno titolo del diritto pretorio": *Palazzolo*, ACop. VII 301. Ein ähnliches Problem finden wir in Bezug auf die *interpretatio edicti* der Juristen (→ Rn. 20).

Die Auslegung der Juristen (besonders in den Kommentaren *ad edictum*)[41] ist oft kreativ:[42] Wie schon bei den *pontifices* in Bezug auf die Zwölftafeln[43] (→ § 2 Rn. 4), finden wir hier eine *interpretatio*, die anders und freier als die moderne Gesetzesauslegung scheint. Die *prudentes* empfehlen dem Prätor, neue Rechtsbehelfe zu gewähren – insbesondere *exceptiones* (*in factum*), die die Ediktsbestimmungen weniger starr und ihre praktische Anwendung wirklich dem *bonum et aequum* entsprechend gestalten können (z. B. im Fall der sog. *exceptio Labeoniana*, die Ulpian auf das *receptum cauponum et stabulariorum* ausdehnt).[44] **18**

Indessen folgt aus der Tatsache, dass das ganze Recht eine *ars boni et aequi* darstellt,[45] auch die Notwendigkeit einer Ausdehnung bestimmter prätorischer Regeln über ihren ursprünglichen und vom Wortlaut umrissenen Anwendungsbereich. Sachverhalte, die sich (nur) formal unterscheiden, werden so, aufgrund der *interpretatio* der Juristen, rechtlich gleich behandelt, weil sie wesentlich gleich (oder ähnlich) scheinen und vom rechtlichen Standpunkt wirklich gleichgestellt werden müssen. Ein gutes Beispiel finden wir in Bezug auf die Pflicht, *rationes* zu *edere*, die im Edikt nur den *argentarii* auferlegt wird (Ulp. 4 ed. D. 2.13.4.1): Nach der julianischen „Konsolidation" vertreten einige Juristen (wie Pomponius und später Paulus) die Auffassung, dass dieselbe Pflicht für andere Personen gelten muss – wie die *nummularii*, die offensichtlich inzwischen eine vergleichbare wirtschaftliche Rolle spielen – (Paul. 3 ed. D. 2.13.9.2).[46] **19**

[41] Nach der „Konsolidation" des Edikts betreiben diese literarische Gattung Gaius (*ad edictum praetoris urbani* [oder *urbicum*] und vor allem *ad edictum provinciale*), Pomponius, Paulus und Ulpian. Wichtig sind natürlich auch die *digesta* (bes. von Julian), die im ersten Teil der Ediktsordnung folgen. Bedeutend bleiben die Kommentare *ad edictum* des 1. Jh. (bes. von Labeo und Pedius), die noch von Paulus und Ulpian gelesen und benutzt werden. Über diese Schriften *Stolfi*, Libri ad edictum I (2002); *Stolfi*, Libri ad edictum II (2002); *Giachi*, Sesto Pedio (2005); *Schiavone*, Ius (2017) 311 ff., 355 ff., 383 ff. S. auch *Luchetti et al.*, Iulius Paulus (2018).

[42] Die Freiheit der Kommentatoren scheint weit sogar in der Reihenfolge der Themen. Wenn auch Pomponius, Gaius, Paulus und Ulpian lemmatische Werke, in Bezug auf das neue *edictum perpetuum*, schreiben, gebrauchen sie nicht immer (und auch Julian in den *digesta*) eine völlig gleiche Ordnung: *Stolfi*, Libri ad edictum I (2002), 219 ff. mwN.

[43] Ein Vergleich zwischen Zwölftafeln und Edikt findet sich in Cic. de leg. 1.5.17. Zur Ähnlichkeit zwischen der *interpretatio* dieser zwei Texte (nicht eigentlich „Gesetzbücher"), *Stolfi*, Libri ad edictum I (2002), bes. 64 ff. mwN. Über die gesamte Verschiedenheit zwischen der *interpretatio* der römischen (und mittelalterlichen) Juristen und heutigen Gesetzesauslegung, *Stolfi*, Attrezzi del giurista (2018), 133 ff. und 235 f. mwN.

[44] Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.1.

[45] So in der bekannten Definition von Celsus und Ulpian (D. 1.1.1 pr.). In zahlreichen Beiträge (*Gallo*, Officium (1997) 221 ff., 247; *Gallo*, Diritto@Storia 7 (2008), 1 ff.; *Gallo*, TSDP 3 (2010) 37 ff.; *Gallo*, Celso (2010) bes. 26 ff.) hat Gallo viele Aspekte dieses Textes erklärt und zur Geltung gebracht, so die Bedeutung von *ius* (das auch, und vielleicht vor allem, die Lösung des Falles meint), diejenige von *aequum* (als proportionale Gleichheit) und die des Zusammenhanges von *aequum* mit *bonum* (ein echtes Hendiadyoin), sowie das dynamische Wesen dieser Rechtsauffassung (weil Celsus und Ulpian das ganze *ius* als Tätigkeit, und nicht als Ergebnis und Ordnung, darstellen).

[46] ~~Über diese Stelle (auch im Vergleich zur abweichenden Lösung des Gaius in D. 2.13.10.1) *Stolfi*,~~ Libri ad edictum II (2002) 486 ff. mwN. und *Cerami/Petrucci*, Diritto commerciale (2010) 197 f.

20 Dieses Beispiel zeigt auch, dass allgemein die *communis opinio*, nach der die römischen Juristen nur *ius civile* schaffen (→ Rn. 5), nicht ganz unproblematisch ist. Wenn die Juristen bei der Auslegung des Edikts dessen Vorschriften frei verbessern, begrenzen oder erweitern, finden wir damit der Sache nach eine weitere Quelle des *ius honorarium* – und nach dem Eingriff von Hadrian und Julian wahrscheinlich dessen wichtigste Quelle.[47] Aufgrund dieser *interpretatio prudentium* können wir sagen, dass das römische Recht noch in der zweiten Mitte des 2. Jh.s und im 3. Jh. einen bestimmten Charakter behält (der auch ein Ergebnis der vorherigen Tätigkeit der *magistratus* ist): Es bleibt ein Recht der Fälle und Aktionen.[48]

IV. *Ius gentium* und *ius naturale*

1. Die Bedeutungen von *ius gentium*

21 In dieser Zeit hat das *ius gentium* eine wichtige Rolle – die sich jedoch nicht leicht mit modernen Kategorien beschreiben lässt[49]; der Ausdruck erscheint erstmals auch in den juristischen Quellen (und wird später Gegenstand von Definitionen).[50] Eine Eigenschaft dieses Begriffs ist seine anzunehmende Polysemie (nicht weniger in der römischen Welt als in der neuzeitlichen Rechtsgeschichte) und auch der mögliche Bedeutungswandel über die Zeit: Der Zusammenhang zwischen diesen zwei Aspekten ist allerdings deutlich.

22 Nach einigen Deutungen ändert sich an erster Stelle der Inhalt des Begriffs und der betroffene Rechtsbereich, weil *ius gentium* erst in den juristischen Darstellungen des 2. Jh.s als „Aller-Menschen-Recht“ verstanden wird, während es noch in den Ciceros Schriften allein die Bedeutung von „Völkerrecht“ gehabt haben soll.[51] Es ist jedenfalls

---

[47] Über dieses Problem (das die Romanisten oft vernachlässigen) *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 298 f. mwN.

[48] Andere Betrachtungen zu diesem Punkt bei *Stolfi*, in: Schiavone, Diritto privato romano (2010) 82 ff. und *Schiavone*, Storia giuridica (2016), bes. 131 und 144. S. auch oben Fn. 19. Über das charakteristische „aktionenrechtliche Denken“ (das nicht völlig mit einer prozessualen Betrachungsweise übereinstimmt) der römischen Juristen, s. *Talamanca*, Istituzioni (1990) 278 f.

[49] Wenn auch einige Romanisten es als ein übernationales oder außerstaatliches Recht bezeichnen: Vgl. *Petrucci*, Diritto pubblico (2012) 391 ff. und *Costabile*, Storia (2012) 117 („una sorta di diritto commerciale ed internazionale“). Von einem „sistema sovrannazionale“, das schon mit dem *ius fetiale* ans Licht kommt (nicht „diritto internazionale“), spricht *Catalano*, Sisterna sovrannazionale (1965).

[50] Cels. 6 *dig.* D. 12.6.47. Zur Benutzung von *ius gentium* in einigen nichtjuristischen Quellen der Spätrepublik, *Wieacker*, RRG I 444; *Gallo*, Atti Burdese II 117 ff.; *Stolfi*, St. Labruna VIII 5430 f.

[51] So *Kaser*, Ius gentium (1993) bes. 23 (s. auch *Wieacker*, RRG I 445). Anders *Lombardi*, Ius gentium (1947) 386, nach dem die Unterscheidung zwischen einem öffentlich-rechtlichen Aspekt (als „Völkerrecht“) und einem privatrechtlichen (als „Verkehrsrecht“) nur neuzeitlich sein soll. Nach *Baldus*, in: Erlemann, Neues Testament I (2004) 221 ist die Bedeutung „Völkerrecht“ marginal: im Vordergrund steht das „Völkergemeinrecht“.

unzweifelhaft, dass die *prudentes* des Prinzipats insbesondere im Gebiet des Privatrechts[52] mit diesem Begriff arbeiten (und vor allem mit Bezug auf bestimmte Arten des Eigentumserwerbs[53] und auf die Konsensualkontrakte[54]).

Bemerkenswert erscheint auch die wesentliche Veränderung des *ius gentium* nach **23**
dem *edictum* von Caracalla (212), der das römische Bürgerrecht „allen denen, sie sich [in seinem Reich] befinden" gewährt.[55] Damit scheint für ein Recht, das auch für die *peregrini* gilt, kaum mehr Platz zu sein: Wir müssen jedoch bedenken, dass in den Genuss der *constitutio Antoniniana* nur diejenigen kommen, die im Jahr 212 schon im Reich wohnen – das *ius gentium* behält folglich eine nicht belanglose Rolle, weil alle die, die ihren Aufenthalt außerhalb des Reiches haben (wenn sie sich auch später hier befinden werden), *peregrini* bleiben.

Andere Autoren nehmen an, dass der Ausdruck *ius gentium* unabhängig von der **24**
zeitlichen Entwicklung mehrdeutig ist, weil sich eine doppelte Bedeutung des *ius gentium* auch innerhalb von Texten desselben Juristen zeigen kann.[56] Dies gilt besonders im Fall des Gaius, in dessen Handbuch wir eine Verwendung dieses Begriffs nicht nur in „beschreibendem oder soziologischem" Sinn, sondern auch in „dogmatischem oder normativem" finden.[57] So bleibt die einzige sichere Eigenart dieser Rechtsschicht möglicherweise ihre subjektive Anwendbarkeit, die nicht auf *cives Romani* begrenzt wird. Hingegen kommt es für die Zuordnung einer Rechtsregel zu dieser Rechtsschicht nicht auf die Typologie und den Ursprung ihrer Quellen an.[58]

---

[52] Vgl. trotzdem Pomp. 37 Q. Muc. D. 50.7.18, wo *ius gentium* deutlich einen „staatsrechtlichen" Sinn hat – aber es ist möglich, dass seine Erwähnung schon aus den *libri iuris civilis* von Q. Mucius stammt. S. Ferrary et al., Quintus Mucius Scaevola (2018) 339 ff.

[53] Gaius (2.66 ff.) spricht von Gegenständen, die *naturali ratione adquiruntur* (oder *nostra fiunt*): Er betrachtet dennoch die *naturalis ratio* als Grundlage des *ius gentium* (→ Rn. 27). S. auch. D. 41.1.1 pr. Über die natürlichen Arten des Eigentumserwerbs, *Kaser*, RP I 425 ff.; *Kaser*, Ius gentium (1993) 97 ff. S. auch *Baldus*, SemCompl. 9–10 (1997–1998) bes. 115 ff.

[54] Die Verbindung zwischen *ius gentium* und Rolle und Schutz des *consensus* erscheint deutlich bei Paul. 33 ed. D. 18.1.1.2 (weitere Quellen bei *Wieacker*, RRG I 444 und *Kaser*, Ius gentium (1993) 142 ff.). S. auch die ulpianische Theorie der *conventiones* in 4 ed. D. 2.14.5–7.

[55] *Marotta*, Bürgerrecht (2010) 39 ff. mwN.

[56] So *Talamanca*, Iura 44 (1993) 274 ff.; *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 191 ff. Kritische Bemerkungen bei *Gallo*, Atti Burdese II 127. Die Idee einer einheitlichen Auffassung des *ius gentium* schon bei *Lombardi*, Ius gentium (1947) VII ff. und *Frezza*, Scritti I 639.

[57] In der ersten Perspektive wird das *ius gentium*, nach Talamanca, als „parte dell'ordinamento romano composto dall'insieme delle regole e degli usi propri di tutti i popoli" (s. inst. 1.1) vorgestellt; in der zweiten als „parte del *ius civile* che si applica anche agli stranieri" (s. inst. 3.93). Anders (aber nicht zu entfernt) sind die zwei Bedeutungen, die schon von *Grosso*, Lezioni (1965) 274 erkannt werden.

[58] Eine Folge der Unterscheidung zwischen diesen Aspekten (subjektive Anwendbarkeit und Typologie der Quellen) ist auch das relative Wesen der Bezeichnung (für ein Rechtsinstitut) als *iuris civilis*: Die *stipulatio* (anders als die *sponsio*) scheint z. B. *iuris gentium* (und nicht *iuris civilis*), wenn wir die Subjekte bedenken, die diese *obligatio verborum* abschließen können; sie ist *iuris civilis*, wenn wir die Quelle bedenken, die sie im römischen Recht regeln: *Talamanca*, Lineamenti (1989) 511 und *Talamanca*, Istituzioni (1990) 53.

25 Ein letztes Problem betrifft das Verhältnis – und folglich auch die entsprechenden Inhalte und die möglichen Gegensätze – von *ius gentium* und *ius naturale* (oder *natura*, *naturalis ratio* oder *lex naturalis*). Dieses Problem wird im mittelalterlichen und neuzeitlichen Denken (von der *Summa Theologica* des Thomas von Aquin mindestens bis zu Grotius) wiederkehren.[59] Es wird jedoch schon in den Darstellungen der *prudentes* des 2. und 3. Jh.s Jahrhunderts auf verschiedene Weisen gelöst, die wir im Folgenden untersuchen müssen.

2. *Ius gentium* und *naturalis ratio*

26 Gaius ist der erste Jurist, der eine ausdrückliche Begrifffsbestimmung des *ius gentium* bietet:[60] Er unterscheidet ein *suum proprium* (*civitatis*) *ius* von einem *commune omnium hominum ius*.[61] Die Herausbildung dieser *iura* wird dem Volk (*populus ipse sibi ius constituit*) beziehungsweise der natürlichen Vernunft aller Menschen (*naturalis ratio inter omnes homines constituit*) zugeschrieben.

27 Der Verfasser der *Institutiones* spricht deshalb nicht von *ius naturale*, sondern benutzt den Begriff *naturalis ratio* für die Grundlage des *ius gentium*, symmetrisch zur *voluntas populi* (*Romani*) für das *ius civile*. Derselbe Begriff erscheint in anderen gaianischen Stellen:[62] Es ist auch möglich, dass es Ansätze in dieser Richtung in der Tradition der Cassianer gab.[63] *Natura* ist (wie das griechische *physis*) ein mehrdeutiges Wort:[64] Seine Bedeutung scheint jedoch hier ziemlich klar, weil Gaius sich gleichzeitig auf *ratio* und *omnes populi* bezieht. Wir müssen also diese *naturalis ratio* als die (allen *populi qui legibus et moribus reguntur* gemeinsame)[65] menschliche Vernunft auslegen: Weitere mögliche Bedeutungen – *natura* als natürliche Umwelt, Gesamtheit von Menschen und Tiere oder menschliches (vernunftbegabtes) Wesen – sind wahrscheinlich, auszuschließen.

---

[59] *Stolfi*, St. Labruna VIII 5421 ff. mwN.

[60] Inst. 1.1 (= D. 1.1.9). Zu möglichen Quellen der gaianischen Theorie (im „giusnaturalismo tardorepubblicano" Ciceros und Labeos), *Schiavone*, Ius (2017) 433. Ein Vergleich zwischen der *naturalis ratio* und dem *tes physeos logos* der hellenistischen Philosophie bei *Brutti*, Diritto (2011) 23 f.

[61] Am Anfang der *Institutiones* lehrt er nämlich, dass *omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium iure utuntur.*

[62] *Archi*, Scritti I 141 ff. und *Arnese*, SDHI. 67 (2001) 59 ff.

[63] *Kaser*, Ius gentium (1993) 61 mwN. und *Tondo*, Storia costituzionale II (1993), 455 ff., der die cassianische Suche nach einer Übereinstimmung zwischen „ordine di natura" und „ordine di diritto" als eine Eigenschaft dieser gesamten Schule und eine Ursache ihres Gegensatzes zu den Prokulianern (→ Rn. 45 ff.) betrachtet – in diesem Punkt wäre ich jedoch vorsichtiger: *Stolfi*, SDHI 63 (1997) 92 Fn. 428. S. auch *Cardilli*, in: Tafaro, Usura (1997) 43 f. mwN.

[64] *Kaser*, Ius gentium (1993) 58 ff. und *Stolfi*, St. Labruna VIII 5424 mwN.

[65] Außer den „wilden Völkern', die unterhalb des Minimums kultureller Gesittung stehen": *Kaser*, Ius gentium (1993) 12.

Wie in den neuzeitlichen Naturrechtslehren, gibt es in der Darstellung des Gaius keinen Raum für einen wirklichen Gegensatz zwischen menschlicher Natur und Vernunft einerseits und Rechtsgeschichte andererseits,[66] und auch nicht zwischen *ius naturale* und *ius gentium*, wenn auch der Jurist die Übereinstimmung zwischen diesen beiden Rechtsschichten nicht ausdrücklich feststellt.[67] **28**

3. Neue Vorstellungen vom *ius naturale*

Einige Jahrzehnte nach Gaius finden wir einen sehr veränderten Zustand: Bei den severischen Juristen gibt es nicht nur ein theoretisches Interesse an den Begriffen *ius gentium* und *ius naturale* (wie auch an weiteren Rechtskategorien, → Rn. 12, 39), sondern auch eine selbständige und innovative Auffassung vom Wesen des *ius naturale* – und folglich auch von seinen Verhältnis zum *ius gentium*. **29**

Eine einheitliche und deutliche Darstellung wird vor allem von Ulpian (1 inst. D. 1.1.1.2–4; D. 1.1.4; D. 1.1.6) geboten: Nach der Unterscheidung zwischen *ius publicum* und *privatum*, fährt er mit einer Dreiteilung des privaten Rechts fort (*privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*). Das Kriterium dieser Unterteilung ergibt sich aus dem subjektiven Gesichtspunkt: Der Kreis der Normadressaten ist jeweils unterschiedlich und wird immer enger begrenzt (durch drei oder vier konzentrische Kreise)[68] – alle Tiere[69] im ersten Fall, die *gentes humanae* im zweiten, die *cives Romani* im dritten. **30**

Wir können bemerken, dass der Vergleich zwischen den ersten beiden Rechtsschichten bei Ulpian unvollkommen erscheint, weil für die erste der Entstehungsgrund und für die zweite (nur) der Anwendungsbereich der *praecepta* erklärt wird: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit … Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur.* **31**

---

[66] Das *ius gentium* stellt bei den severischen Juristen genau den Bereich „dei processi storici e delle convenzioni sociali – dell'incivilimento comune degli uomini" dar (so *Schiavone*, Ius (2017) 437). Deutlich ist später Herm. 1 iur. epit. D. 1.1.5: Vgl. *Dovere*, De iure (2005) 107 ff.

[67] Wir finden jedenfalls einige Stellen – von Gaius (Gai. 2.65) wie auch (nach *Talamanca*, Istituzioni (1990) 51) von Florentinus (D. 1.8.3) –, in denen *ius naturale* wesentlich ein Synonym von *ius gentium* zu sein scheint. Was frühere Benutzungen von *ius gentium* (in nichtjuristischen Quellen der späten Republik) betrifft, ist eine Annäherung an *natura* (oder *lex naturae*) deutlich besonders bei Cicero, während sie bei Sall. bell. Iug. 35,7 weniger deutlich ist: *Stolfi*, St. Labruna VIII 5430 f. mwN.

[68] Es gibt einen Teil des *ius naturale*, der nur die Menschen angeht, weil allein sie (alle) *liberi nascuntur*: *Thomas*, in: Théologie et droit (1991) 201 f. und *Marotta*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 594 f. Auf diesen Punkt werden wir demnächst zurückkommen.

[69] Oder (wahrscheinlicher) mindestens die Tiere, die ein fortgeschrittenes Verhalten und vor allem eine geschlechtliche Fortpflanzung besitzen: *Thomas*, in Théologie et droit (1991) 201 und *Marotta*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 598 mwN. Über die möglichen philosophischen Einflusse (stoische oder pythagoreische) auf Ulpians Auffassung von Tieren, *Marotta*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 597 ff.; *Quadrato*, Index 38 (2010) 223 ff.; *Stolfi*, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 270 f. und Fn. 43 mwN.

Diese Asymmetrie macht Fehlen der *naturalis ratio* als eines möglichen Entstehungsgrundes des *ius gentium* (wie in der Darstellung des Gaius) noch bedeutsamer: Ulpian spricht stattdessen von *natura*, aber als Quelle der Normen, die nicht nur das menschliche Leben regeln (interessant ist besonders der Fall der *maris atque feminae coniunctio, quam nos*[70] *matrimonium appellamus*).[71]

32 In der Folge (und noch anders, oder mehr, als Gaius) stellt der severische Jurist die Unterschiede zwischen den drei *iura* klar: sie überschneiden sich zunächst nur partiell, und Konflikte sind möglich. Der erste ist der Fall der Beziehungen zwischen *ius civile* einerseits und *ius naturale* und *gentium* andererseits: Das *ius proprium* (*civium Romanorum*) bildet sich nämlich in Form von Vervollständigungen oder Ausnahmen zum *ius commune* heraus (weil *ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia eis servit*: D. 1.1.6 pr.).

33 Auf die Möglichkeit von Gegensätzen wird dagegen gerade in Bezug auf *ius naturale* und *ius gentium* hingewiesen (→ 6 Rn. 177–257, bes. 254): Ulpian betrachtet die Eventualität von Gegensätzen zwischen diesen Rechtsschichten als fast selbstverständlich, weil sie auf unterschiedliche Personengruppen anwendbar sind.[72] Er führt (D. 1.1.4)[73] als Beispiel die Regelung der Sklaverei (und der Freilassungen, → § 3 6) an. Es handelt sich um ein sehr bedeutendes Rechtsinstitut, sowohl weil seine Wichtigkeit in der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Szene ganz offensichtlich ist,[74] als auch weil es viele Jahrhunderte lang im Mittelpunkt einer lebhaften Debatte stand – besonders im philosophischen Bereich, mindestens von den Sophisten und Aristoteles bis zum stoischen Denken.[75] Ulpian nimmt entschieden und in (für die antike Denkweise) überraschender Weise Stellung: Die Sklaverei (und deshalb auch die *manumissiones*) ist nur *iuris gentium, cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita.*[76]

---

[70] *Nos* bedeutet hier „wir Menschen" (und nicht „*nos cives Romani*"). So, *ex multis*, *Marotta*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 597 f.

[71] In den Etymologiae von Isidorus – die deutlich in diesem Punkt von der ulpianischen Vorlage abhängig sind – wird später nicht zufällig „*maris*" durch „*viri*" ersetzt: *Stolfi*, St. Labruna VIII 5431 f. mwN.

[72] *Ius gentium … quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit*: D. 1.1.1.4.

[73] Wenn auch (nach *Lenel*, Pal. II 927) dieses Fragment möglicherweise ursprünglich nicht umnmittelbar auf D. 1.1.1.4 folgte.

[74] Wir können (in der Terminologie von *Mauss*) sagen: Ein echtes „fatto totale". So *Schiavone*, Storia spezzata (1996) 125, 243 mwN. S. auch *Stolfi*, TSDP 2 (2009) 10 f. und *Stolfi*, in: Solidoro, Diritto e controllo (2019) 21 mwN.

[75] *Schiavone*, Ius (2017) 434 ff. S. auch *Stolfi*, Introduzione (2006) 178 ff., 242 ff. mwN. und *Stolfi*, BIDR 108 (2014) 170 ff.

[76] Woanders schreibt er geradezu, dass *quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*: (43 Sab.) D. 50.17.32, wo der Gegensatz jedoch zwischen *ius naturale* und *ius civile* (nicht *ius gentium*) verzeichnet wird.

Im 3. Jh. ist diese Sichtweise Ulpians kein Einzelfall: Wir finden ähnliche Behauptungen bei Florentin,[77] Tryphonin[78] und Marcian,[79] die alle die Nichtzugehörigkeit der Sklaverei zum *ius naturale* (oder bloß zur *natura*, so Florentin) bekräftigen. Diese juristischen Lehren haben natürlich eine mehr theoretische als praktische Tragweite,[80] weil niemand wirklich an die Abschaffung der Sklaverei und folglich an die Anerkennung einer Rechtssubjektivität (im starken und völligen Sinn) aller Menschen[81] denkt. Trotzdem sollten wir die begriffliche Neuerung, die diese *prudentes* so einführen, und deren gedankliche Bedeutung nicht unterschätzen: Die severische Juristen stellen das *ius naturale* (anders als die gaianische *naturalis ratio*) als etwas dar, das fast außerhalb der Geschichte (und so auch jenseits des Einflussbereichs der politischen Macht) wirkt.[82] Sie bleiben so noch einmal die einzigen, die das Recht mit seinen tiefen ethischen Grundlagen interpretieren und bewahren können. **34**

V. Rechtswissenschaft und kaiserliche Macht

1. Verhältnisse, Auseinandersetzungen und Mitarbeit

Wir haben den Beitrag der *prudentes* in verschiedenen Bereichen – mit *responsa* als Quelle des *ius civile*, in der Ediktsauslegung, in der Bestimmung von *ius gentium*, *ius naturale* und deren Beziehungen zueinander – gesehen. Die Wichtigkeit der juristischen Arbeit kann jedoch nicht die Rolle schmälern, die in der Zeit des Prinzipats andere Subjekte in der Rechtssetzung spielen: Nicht nur (noch) die *magistratus*, sondern auch (und immer mehr) der *princeps* selbst. **35**

Die Beziehung zwischen Rechtswissenschaft und kaiserliche Macht wird so ein entscheidender Aspekt der Rechtsgeschichte von Augustus bis zur severischen Dynastie. In der Untersuchung dieses Verhältnisses sind Pomponius und Gaius, deren Handbücher in Bezug auf andere rechtliche Phänomene ihrer Zeit so reiche Auskünfte bieten, nur teilweise nützlich. Im *Enchiridion* und in den *Institutiones* finden wir beispielsweise die Erwähnung des *ius respondendi* (→ Rn. 40–43). Pomponius beschreibt die politische Stellungen einzelner Juristen[83] und Gaius die Rolle der *constitutiones* im Bereich der **36**

[77] 9 inst. D. 1.5.4 pr.–1. S. *Stolfi*, BIDR 108 (2014) 169 ff. mwN.

[78] 7 disp. D. 12.6.64.

[79] 1 inst. D. 1.5.5.1 und D. 40.11.2. S. *Dursi*, Aelius Marcianus (2019) 111 ff., 117 f.

[80] Anders als die neuzeitlichen Theorien des Naturrechts, aus nicht nur begrifflichen sondern auch gesellschaftlichen Gründen: *Schiavone*, Ius (2017) 438 ff.

[81] Der römischen Rechtswissenschaft fehlt nicht die Abstraktionsfähigkeit, sondern vielmehr eine wesentliche Voraussetzung (eine mächtige und bestimmende Auffassung vom Individuum): *Stolfi*, Genealogia (2010) bes. 158 ff. und *Stolfi*, in: Bonin et al., Pensiero giuridico (2019) 59 ff., bes. 79 ff. mwN.

[82] *Schiavone*, Ius (2017) 436 ff.

[83] Diese Einstellungen der kaiserlichen Macht gegenüber scheinen sehr verschieden: Von Labeos

iura populi Romani (→ Rn. 1, 4). Es fehlt trotzdem ein Gesamtbild und auch die Beschreibung einiger wichtiger Momente der Auseinandersetzung (der Selbstmord des Nerva, die schwierigen Jahre unter Caligula und Claudius)[84] oder der Zusammenarbeit (wie die Gegenwart der Juristen in den *consilia principum* (→ Rn. 40 f.), oder die „Konsolidation" des Edikts von Hadrian und Julian → Rn. 15 f.).

37 Auf der Grundlage dieser Auslassungen und Auswahlentscheidungen ergibt sich natürlich eine klare rechtspolitische Perspektive. In D. 1.2.2 wird nämlich den *principes* und ihrem Beitrag zur Rechtsbildung nur ein wirklich spärlicher Raum gewidmet[85] (nicht anders als in weiteren Schriften des Pomponius, in denen wir wenige Zitate aus *constitutiones* finden).[86] Das Ziel ist offenbar die Beanspruchung der Unabhängigkeit und der zentralen Rolle der Rechtswissenschaft, die allein mit den (schon republikanischen) *magistratus* der Hauptdarsteller in der Rechtssetzung bleiben muss. Entgegengesetzt erscheint das Bild im Handbuch des Gaius, wo der kaiserlichen Gesetzgebung im Bereich des Privatrechts eine wichtige Rolle zuerkannt wird[87] und vor allem die Arbeit der *prudentes* nur durch die Verbindung mit der politischen Macht (und so, unmittelbar, mit der *voluntas populi*) Gewicht und bindende Kraft erhält (→ Rn. 3, 42).

38 Wir müssen Vorsicht bei der Interpretation dieser Zeugnisse walten lassen, weil die Beziehungen zwischen den Juristen und dem Kaiser (auch in der folgenden Zeit) unterschiedliche Verläufe und Formen hatten. Es ist notwendig insbesondere drei (miteinander in Verbindung stehende) Aspekte zu unterstreichen: Zuerst die nicht ganz ungleiche Natur dieser Gegenüberstellung, weil die *principes* selbstverständlich eine enorme politische und militärische Kraft haben, aber die *prudentes* nicht bloße Intellektuelle sind: Ihre *ars* (anders als *grammatica*, *medicina* usw.) hat ersichtlich eine große gesellschaftliche Wichtigkeit und bleibt immer entscheidend für die Regelung des Lebens der Individuen in der *civitas* und später im Reich. Das erklärt, warum die Kaiser (schon seit der Zeit des Augustus) danach streben, nicht nur unmittelbar an der Rechtssetzung teilzunehmen, sondern auch die *prudentes* zur Mitarbeit zu gewinnen und das *ius controversum* der Juristen zu ordnen (in diesem Sinn müssen wir auch das *ius respondendi* und die Geschichte der *consilia principum* verstehen, → Rn. 40–44).

39 Ein dritter Aspekt ist das Interesse der *prudentes*, ihre Rolle in der Rechtsbildung zu behaupten: Es gibt mehrere Strategien zu diesem Zweck, aber wir können sagen, dass die unnachgiebige Haltung von Labeo ziemlich vereinzelt bleibt[88] und auch die Juris-

---

Opposition bis zur *familiaritas* von Nerva, von dem guten Verhältnis des Capito und des Sabinus zu Augustus und Tiberius bis zu den Wechselfällen im Leben des Cassius (D. 1.2.2.47–52).

[84] Tac., Ann. 6.26.1; Set. Cal. 34; Sen. Apoc. 12.

[85] Und nur im Zeichen einer *necessitas* (so bes. in D. 1.2.2.11): *Stolfi*, Giuristi (2011) bes. 24 f. und *Stolfi*, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 292 ff. mwN.

[86] Vgl. *Stolfi*, Libri ad edictum I (2002) 248 ff.

[87] Nicht nur bei der Darstellung der *iura populi Romani* (→ Rn. 1), sondern auch durch häufige und bestimmte Zitate: *Stolfi*, Libri ad edictum I (2002) 249 mwN.

[88] Über die Bedeutung des „labeonismo" (als eines „tacitismo' della giurisprudenza") im 1. und 2. Jh., *Schiavone*, Ius (2017) 358 ff.

prudenz vielmehr nach einer Verbindung mit der kaiserlichen Macht strebt. Diese Verbindung nimmt unterschiedliche Formen an, von der Übernahme von Ämtern bis zur Arbeit Julians mit Hadrian und vor allem der Juristen des 3. Jh.s in der severischen Bürokratie (→ Rn. 48 f.). Noch einmal gelingt es den *prudentes*, ihre Aufgabe anders anzulegen und ihre zentrale Rolle auch gegenüber der Allmacht des Kaisers zu bewahren. Obwohl halt: *quod principi placuit legis habet vigorem* (D. 1.4.1 pr.), blieben doch die Juristen die einzigen, die das *ius* als *ars boni et aequi* aufbewahren können.[89] Das erklärt auch das Interesse der severischen Rechtswissenschaft an den ethischen Grundlagen des Rechts (→ Rn. 29–34) und an der Bestimmung weiterer Begriffe (*iustitia*, *ius*, *lex*, *regula* usw.).

2. *Consilia principum* und *ius respondendi*

Wir können die Beteiligung der Juristen an den *consilia principum* und die Verleihung des *ius respondendi* als die wichtigsten Formen des Bündnisses zwischen Rechtswissenschaft und kaiserlicher Macht betrachten, aber auch als Mittel, die die zweite benutzt, um die erste unter Kontrolle zu halten. In beiden Fällen wählt der *princeps* einige *prudentes* unter den fähigsten (und ihm persönlich am nächsten stehenden) aus, um sie in eine privilegierte Lage zu versetzen: Die Entscheidung ist deshalb nicht ganz arbiträr oder allein politisch, aber sie hat natürlich politische Folgen (*lato sensu*), weil sie eine (formale oder jedenfalls materielle) Rangfolge bei der Rechtsbildung durch die Juristen bewirkt. Der vom Kaiser gewählte Jurist hat die Möglichkeit, den *princeps* bei vielen rechtstechnischen Problemen zu beraten – seine Meinung hat daher höhere Aussicht auf Billigung, weil sie in einem (immer mehr institutionalisierten)[90] Organ (dem *consilium principis*) geäußert wird –, sowie die Möglichkeit, *responsa* zu geben, deren Wirkung (besonders im Prozessbereich)[91] durch die kaiserliche *auctoritas* vergrößert wird. **40**

Bedeutend erscheinen die Auswirkungen auf die Entwicklung des juristischen *ius controversum*: Zum einen ist es wahrscheinlich, dass die Beteiligung von Vertretern der beiden *sectae* (→ Rn. 44–47) an demselben *consilium principis* (z. B. Celsus und Julian) eine wichtige Rolle bei der Abschwächung des Gegensatzes zwischen Prokulianern und Cassianern gespielt hat.[92] Zum anderen sind nicht nur die Zwecke und Formen des kaiserlichen Eingriffs in die juristische Respondierpraxis interessant, sondern auch seine wirkliche Auswirkungen auf die Debatten der Jurisprudenz. Einerseits sehen wir **41**

[89] Vgl. *Schiavone*, Ius (2017) 415 ff.

[90] Über diesen Aspekt (in Zusammenhang mit der zunehmenden Beteiligung von Juristen) der Geschichte der *consilia principum* zwischen dem 1. und 2. Jh., *Amarelli*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 207 ff. mwN.

[91] Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012). S. auch *Palma*, SDHI 81 (2015) 45 ff. und *Stolfi*, LR 6 (2017) 377 ff.

[92] *Palazzolo*, Potere (1974) bes. 30 ff.; *Amarelli*, Consilia (1983) 189 ff.; *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 330 mwN.

einen Versuch des Kaisers, eine Rangfolge zwischen den *opiniones prudentium*, gemäß (nicht der Qualität jeder Meinung, sondern) dem Juristen, von dem sie stammt, einzuführen;[93] andererseits scheint es, dass die Zuerkennung (oder Verweigerung) des *ius respondendi* für die Häufigkeit der Zitierung und die Beurteilung eines Juristen durch die nachfolgenden *prudentes* nicht entscheidend war.[94]

42 In den Institutionen des Gaius (Gai. 1.7)[95] finden wir trotzdem eine (mindestens teilweise) abweichende Darstellung, weil ein *rescriptum* von Hadrian erwähnt wird, das eine bestimmte Reihenfolge (nur) zwischen den *sententiae prudentium quibus permissum est iura condere* einführt (oder bestätigt): *Legis vicem optinent* wenn sie einstimmig sind, *si vero dissentiunt*, muss der *iudex* (nur) zwischen den vertretenen Auffassungen auswählen. Wir müssen jedoch in Betracht ziehen, dass zum einen die Adressaten dieser *constitutio* Richter (nicht andere Juristen) sind, und ein *rescriptum* nie eine allgemeine Gültigkeit hat, zum anderen auch (und vor allem), dass sich auf der Grundlage dieser Darstellung ein besonderes Verständnis der *iura populi Romani* und des Verhältnisses zwischen Rechtswissenschaft und kaiserlicher Macht ergibt (→ Rn. 5, 35–39).

43 Nicht zufällig ist die Darstellung des *ius respondendi* (und auch das Verständnis der Position Hadrians) in D. 1.2.2.48–49 ganz anders.[96] Pomponius sieht dort den Ursprung des Instituts am Anfang des Prinzipats[97] (*ut maior iuris*[98] *auctoritas haberetur*), schildert seinen Niedergang in der Folgezeit (als das *ius respondendi* Gegenstand von Gesuch und Gewährung wird), und erwähnt schließlich seine „republikanische Wiedereinführung“[99] durch Hadrian[100]. Aus dieser Darstellung wird die Ansicht von Pomponius zur Unabhängigkeit der Jurisprudenz und zur Vielschichtigkeit des *ius controversum*, die allein die *prudentes* meistern können, deutlich.

---

[93] In diesem Sinn gibt es eine Kontinuität vom *ius respondendi* bei Augustus und Tiberius (vgl. Fn. 97) bis zu einigen konstantinischen Bestimmungen, dem sog. „Zitiergesetz“ und dann der justinianischen Sammlung von *iura* (aber in einer vielschichtigen Perspektive: Const. *Deo auct.* 5): *Stolfi*, St. Metro VI 216 ff. und *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 297 ff. mwN.

[94] *Brutti*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 126 ff. mwN.

[95] Über diese Stelle *Stolfi*, RDR 1 (2001) bes. 385 ff. *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 316 ff. mwN.

[96] *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 300 ff. mwN.

[97] Wahrscheinlich in der Zeit des Augustus, während die Zuerkennung des *ius respondendi* an einen Juristen, der nicht dem senatorischen Stand angehörte, eine Neuerung des Tiberius war (M. Sabinus: D. 1.2.2.48, 50): *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 301 f. mwN.

[98] Oder *iuris consultorum*: *Bretone*, Tecniche (1982) 243; *Schiavone*, Ius (2017) 539 Fn. 95. S. auch *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 309 f. mwN.

[99] So *Schiavone*, Ius (2017) 373. S. auch *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 311 ff. mwN.

[100] Nach dem *hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet.*

3. *Sectae* und *ius controversum*

In dieser Perspektive sind gerade die Pluralität der juristischen Meinungen und ihre möglichen Gegensätze die wichtigsten Eigenschaften der Rechtswissenschaft im Prinzipat. Der dritte Teil des Enchiridion (gewidmet der *successio auctorum*) dreht sich nämlich um zwei Themen: zunächst (bis zu Labeo) die literarische Entwicklung[101] und dann (von Labeo selbst bis zu Julian) das Problem des *ius controversum*. Noch einmal finden wir hier eine besondere Auslegung von Pomponius, weil *dissensiones prudentium* gewiss schon in der späten Republik bestehen (z. B. in Bezug auf den *partus ancillae* oder die *societas*). **44**

Die Darlegung des *ius respondendi* ist mehr als ein Exkurs innerhalb der Schilderung der Entstehung der *sectae* und der Abfolge ihrer Schulhäupter (*successiones* oder *diadochái*): Zwischen beiden Phänomenen besteht ein enger Zusammenhang, der wieder auf das *ius controversum* verweist.[102] Das *ius respondendi* wird als die kaiserliche Lösung der spezifischen Probleme eines strittigen Rechts (Rechtsunsicherheit und Instabilität) dargestellt, die Gegenüberstellung von Prokulianern und Cassianern (oder Sabinianern) als ein exemplarischer Fall dieser *dissensiones*. **45**

In Bezug (allein) auf den letzten Aspekt erscheint die Position des Gaius ähnlich: Die *Institutiones* sind die zweite wichtige Quelle zur Existenz der Rechtsschulen, wenn auch der Verfasser sich darauf beschränkt, die einzelnen privatrechtlichen Meinungsverschiedenheiten[103] zwischen den *nostri praeceptores* und den *diversae scholae auctores*[104] zu berichten. Es bleibt jedenfalls schwierig, die Gründe des Schulgegensatzes völlig zu verstehen: Dazu gibt es keine *communis opinio* – einige Forscher denken an politische oder gesellschaftliche Ursachen, andere an unterschiedliche methodologische Ansätze oder an den gegensätzlichen Einfluss von philosophischen oder grammatischen Haltungen.[105] Nach manchen Rechtshistorikern ist es sogar zweifelhaft, ob die *sectae* eine wirklich bedeutende Rolle in der römischen Rechtsgeschichte gespielt haben.[106] **46**

Wahrscheinlich haben Pomponius und Gaius die Existenz der *sectae* oder *scholae* nicht erfunden: Sie schmückten dieses Phänomen jedoch aus und gebrauchten es, um **47**

---

[101] So nennt Pomponius Zahl, Natur und Erfolg der Juristenschriften nur bis zu den *quadringenta volumina* von Labeo (D. 1.2.2.47): *Stolfi*, St. Nicosia VIII 59 ff.; *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 290 ff. mwN.; *Nasti*, Tradizione giurisprudenziale (2012) 34 f.

[102] *Stolfi*, in: Baldus et al., Juristenausbildung (2008) 22 ff. und *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 302 ff. mwN.

[103] Der größte Teil der Schulgegensätze, die wir kennen, findet sich gerade in den *Institutiones*: *Liebs*, ANRW II 15, 243 ff. und *Stolfi*, SDHI 63 (1997) 49 ff.

[104] Über diese gaianische Terminologie, *Cossa*, Regula Sabiniana (2013) 84 ff. mwN.

[105] *Stolfi*, SDHI 63 (1997) 1 ff., bes. 31 f., 91 ff. und *Stolfi*, in: Baldus et al., Juristenausbildung (2008) 22 ff. mwN.

[106] So spricht von „fabulae“ *Giaro*, RJ 11 (1992) bes. 552; von einem „mito delle „scuole““ *Schiavone*, Pensiero giuridico romano (1994) 203 (vorsichtiger *Schiavone*, Ius (2017) 298).

ihren Schülern das *ius controversum* einfacher zu erklären. Einen wichtigen Beweis in diesem Sinne stellt die unterschiedliche Weise dar, in der die beiden Juristen in ihren Elementarwerken (in denen das ganze *ius controversum* gerade als Schulengegensatz erscheint) und in ihren anderen Schriften (wo die Positionen der einzelnen Juristen weniger einfach und eindeutig scheinen) die Pluralität der juristischen Meinungen behandeln.[107] Die Schulen sind also keine reine Erfindung, sondern eine wirkliche Tatsache und zugleich ein Deutungsmuster, das die Verfasser von Enchiridion und *Institutiones* für didaktische Zwecke ausarbeiten und verfolgen.

4. Juristen und kaiserliche Bürokratie

48 Unter der severischen Dynastie finden wir die intensivste Zusammenarbeit von Kaiser und Jurisprudenz, weil wichtige Juristen (Papinian, Paulus und Ulpian) die höchsten Ämter in der Bürokratie bekleiden. Sie sind gleichzeitig die letzten Vertreter einer langen Tradition – deren Früchte sie in ihren „restatements" sammeln (→ 7 Rn. 35–38) – und neue Gestalten, die eine große öffentliche Rolle[108] (in den *praefecturae*, aber auch im Unterricht und in der Beteiligung bei der Abfassung der *constitutiones*[109]) spielen.

49 Anders als die nachfolgenden Rechtsexperten,[110] schreiben sie jedoch bedeutende Werke, und nicht nur im privatrechtlichen Bereich. Eine Neuerung der juristischen Literatur zwischen dem 2. und 3. Jh. ist genau die Erweiterung der wissenschaftlichen Interessen, die mehrere Themen des *ius publicum*[111] betreffen: Bücher werden so über das Strafrecht, *ius fisci* oder die *officia* (bes. *proconsulis*) geschrieben. Bedeutend scheint vor allem diese letzte Gattung, weil die *prudentes* in diesen Schriften (vielleicht zum ersten Mal) versuchen, die politische Macht in rechtlichen Formen gedanklich zu erfassen und zu regeln.[112]

---

[107] *Stolfi*, SDHI 63 (1997) 5 ff., 68 ff. und *Stolfi*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 293 ff. mwN.

[108] Wir können vielleicht schon sagen: eine staatliche Rolle. Der Kontext dieser wissenschaftlichen Entwicklung ist nämlich die tiefe Veränderung der öffentlichen Einrichtungen (mit der Entstehung einer echten kaiserlichen Verwaltung): *Schiavone*, Ius (2017) 378 ff.

[109] *Honorè*, Emperors (1994); *Coriat*, Législateur (1997) bes. 246 ff.; *Babusiaux*, in: Jansen/Oestmann, Rechtsgeschichte (2014) bes. 3 f., 24.

[110] Die anonym in den Kanzleien oder Schulen arbeiten werden. Von einer „eclissi del pensiero giuridico" spricht *Marotta*, Studi Storici 48 (2007) 927 ff.

[111] Das nicht zufällig nach Ulpian nur eine *positio studii* im Vergleich zum *ius privatum* ist (D. 1.1.1.2).

[112] *Stolfi*, Giuristi (2011) 7 ff.; s. auch *Babusiaux*, in: Jansen/Oestmann, Rechtsgeschichte 22 ff. Allgemein, über das „problema dei generi letterari" der römischen Jurisprudenz, *Stolfi*, in: Schiavone, Giuristi romani (2017) 49 ff.

§ 4 Vom Prinzipat zur Spätantike

Lorena Atzeri

Wieacker, Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Dioclétien (235–284 apr. J.-C.), RHD 49 (1971) 201–223; *Pieler*, s. v. Gerichtsbarkeit (D. Dominat), in: Reallexikon für Antike und Christentum X, 1978, Sp. 391–488; *Bianchini*, Caso concreto e lex generalis, 1979; *Archi*, Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano. Teodosio II e Giustiniano, 1987; *Liebs*, Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260–640 n.Chr.), 1987; *Liebs*, Das Gesetz im spätrömischen Recht, in: Sellert (Hg.), Das Gesetz in Spätantike und frühen Mittelalter, 1992, 11–27; *Honoré*, Emperors and Lawyers, 2. Aufl. 1994; *Corcoran*, The Empire of the Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government AD 284–324, 2. Aufl. 2000; *Liebs*, Römische Jurisprudenz in Gallien (2. bis 8. Jh.), 2002; *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte II. Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike, 2006; *Tondo*, Profilo di storia costituzionale romana III, 2010; *Dillon*, The Justice of Constantine. Law, Communication, and Control, 2012.

Inhalt Rn.

I. Rechtsentstehung in der Krise des dritten Jahrhunderts 1
1. Die kaiserliche Gesetzgebung 3
2. Die Rechtswissenschaft 10
3. Andere Rechtsquellen 15
II. Rechtsentstehung in der diokletianischen Zeit 17
1. Die Gesetzgebung Diokletians und die Konstitutionensammlungen 18
2. Die Rechtswissenschaft 24
3. Andere Rechtsquellen 28
III. Rechtsentstehung in der Spätantike: Von Konstantin dem Großen bis auf Justinian 29
1. Die kaiserliche Gesetzgebung 31
2. Die Rechtswissenschaft 44
3. Das Gewohnheitsrecht (*consuetudo*, *mos*) 50
4. Völkerrecht (*ius gentium*) und Naturrecht (*ius naturale*) 54
5. Andere Rechtsquellen 55
IV. Rechtsverwirklichung vom Prinzipat zur Spätantike 57
1. Die Reformen der Gerichtsbarkeit 61
2. Das Kognitionsverfahren 64
3. Die Sondergerichtsbarkeiten. Schiedsgerichtsbarkeit. Freiwillige Gerichtsbarkeit. 69
4. Die *recitatio* der Rechtsquellen und das ‚Zitiergesetz' (426 n.Chr.) 74

I. Rechtsentstehung in der Krise des dritten Jahrhunderts

1 Der Tod des Kaisers Alexander Severus (235 n.Chr.) bedeutet nach herkömmlicher Auffassung in vielen Hinsichten eine Zäsur: Die Periode zwischen dem Tod des Alexander Severus und der Machtübernahme Diokletians (284 n.Chr.), auch als die der „Soldatenkaiser" – wegen der Herkunft vieler Kaiser aus dem Offiziersstab des Heeres – oder der ‚Militäranarchie' bezeichnet, ist durch die Instabilität der kaiserlichen Macht geprägt. Innerhalb von 50 Jahren saßen über 60 Kaiser auf dem Thron, von denen manche nur einige Monate oder sogar Tage regierten: ein Zeichen der manchmal heftigen Machtkämpfe zwischen den Heerführern.

2 Wenn man aber das Rechtssystem dieser Zeit betrachtet, für das Franz Wieacker das Adjektiv „epiklassisch" geprägt hat[1], ist man von seiner Stabilität beeindruckt. Das römische epiklassische Recht unterscheidet sich im Kern kaum vom Klassischen. Die gesetzgeberische Tätigkeit der Kaiser scheint nicht unter der Instabilität ihrer Macht gelitten zu haben, im Gegenteil: Vor allem der Erlass von kaiserlichen Bescheiden an private Bittsteller setzte sich im Wettbewerb mit der ähnlichen, respondierenden Tätigkeit der Juristen durch, während die kreative Kraft der Jurisprudenz als selbständige Rechtsquelle schnell nachließ und jede literarische Tätigkeit der Juristen verschwand. Die kaiserliche Gesetzgebung blieb also der einzige lebendige Rechtsbildungsfaktor.

1. Die kaiserliche Gesetzgebung

3 *Quod principi placuit legis habet vigorem*: Ab der Mitte des 3. Jh.s entfaltet das von Ulpian formulierte Prinzip[2], die Anordnungen des Kaisers seien der *lex populi Romani* gleichgestellt, seine ganze Kraft. Von nun an war die gesetzgebende Befugnis allein dem Kaiser vorbehalten und Recht wurde fast ausschließlich von diesem in der Form der kaiserlichen Konstitutionen (*constitutiones* → 1 Rn. 56–58; § 6 Rn. 97–101) gesetzt.[3]

4 Auch bei den von den Soldatenkaisern erlassenen Gesetzen lassen sich nach wie vor in allgemeingültige und spezielle unterscheiden. Zur ersten Kategorie gehören nicht nur allgemein geltende Maßnahmen, wie die *edicta* (Edikte) (→ 6 Rn. 121–125) und die *mandata* (dienstliche Anweisungen an Beamten)[4] (→ 6 Rn. 118–120), sondern auch die *rescripta* ‚*ad exemplum*', d. h. diejenige Reskripte, die zwar als Antwort auf eine bestimmte Bittschrift oder Eingabe (*libellus*, *prex*) von Privatpersonen erlassen worden waren, aber – auf kaiserliche Anweisung – als allgemein geltend zu verstehen waren und daher analog in ähnlichen Fällen angewendet werden konnten.[5] Zur zweiten Kategorie

[1] *Wieacker*, Gesellschaft (1964) 18; *Wieacker*, RHD 49 (1971) 223.
[2] Ulp. 1 inst. D. 1.4.1 pr.
[3] Dazu *Wieacker*, RRG II (2006) 166–171.
[4] Zur (umstrittenen) Gesetzeskraft der *mandata Marotta*, Mandata principum (1991) 71–96.
[5] Schon bei den Antoninen und den Severern sind allgemein geltende *rescripta* (oder auch *indulgentiae*) zu finden: z. B. Ulp. 1 ed. D. 11.4.1.2; Ulp. 14 Sab. D. 26.4.1.3; Ulp. 5 Sab. D. 28.5.9.2; Alex. C. 9.51.4; C. 1.26.2. Dazu *Bassanelli Sommariva*, SDHI 82 (2016) 72.

gehören die *decreta* (→ 6 Rn. 102–106) und vor allem die (normalen) *rescripta* (→ 6 Rn. 108–110): Diese waren Gutachten und Entscheidungen über konkrete Rechtsfälle und -streitigkeiten und wurden in Form von *epistulae* (Briefe, vor allem an hochrangige Personen, Statthalter, Beamte, Gemeinderäte adressiert)[6] und *subscriptiones* (unter die Bittschrift geschriebene Antworten an Privatpersonen oder allgemein an die Einwohner einer Stadt) erlassen.[7] Sie befassten sich hauptsächlich mit Fragen des Privatrechts und wurden in der Kanzlei *a libellis* verfasst[8], die von einem *magister libellorum*[9] geleitet wurde, der seit den Antoninen oft auch Jurist war.[10] Die *epistulae* entstanden in der Kanzlei *ab epistulis*, die *decreta* in der Kanzlei *a cognitionibus*.

Nicht direkt bezeugt[11] sind hingegen für diese Zeit *orationes principum in senatu habitae* (im Senat gehaltene kaiserliche Reden) oder *ad senatum missae* (an den Senat adressiert). Diese Art Konstitutionen hatte längst die eigentlichen Senatsbeschlüsse ersetzt; ihr Inhalt stammte vom Kaiser und wurde vom Senat lediglich formell gebilligt. **5**

Wie schon bei den Juristen, wurde auch vom Kaiser das Recht hauptsächlich ‚kasuistisch' gesetzt: Die große Mehrheit der epiklassischen Konstitutionen – die im *Codex Gregorianus* (→ Rn. 19) gesammelt wurden und uns hauptsächlich durch den *Codex Iustinianus* (→ § 5 Rn. 4–13) bekannt sind[12] – besteht aus Reskripten, insbesondere aus *subscriptiones*, die den kaiserlichen Bescheid auf ganz konkrete Probleme des (Rechts-)Lebens darstellten. **6**

Wie in der Literatur schon hervorgehoben wurde, enthielten epiklassische Reskripte nur selten neue Rechtsprinzipien[13]: Vielmehr scheint die Kanzlei der Soldatenkaiser **7**

---

[6] Dazu *Arcaria*, Referre ad principem (2000).

[7] Über Reskripte in klassischer und epiklassischer Zeit: *Nörr*, ZRG 98 (1981) 1–46; *Sirks*, in: De Blois, Administration (2001) 121–135 (mit weit. Literatur). Allgemein auch *Coriat*, Législateur (1997). Über die Reskripte der Soldatenkaiser und das Recht in dieser Zeit insbesondere: *Schnebelt*, Reskripte (1974).

[8] Zur Struktur dieser Kanzlei und zum Herstellungsverfahren der Reskripte zuletzt *Liebs*, BHAC 1982/83 221–237; *Liebs*, in: Kolb, Herrschaftsstrukturen I (2006) 137–152. Über das Problem der (häufigen) Fälschung von Reskripten bis ins 6. Jh. *Sciortino*, AUPA 45.2 (1998) 445–456.

[9] Diese Bezeichnung ist ab der Mitte des 3. Jhs. n.Chr. bezeugt: *Liebs*, in: Kolb, Herrschaftsstrukturen I 141 mit Fn. 40.

[10] Dazu *Liebs*, in: Kolb, Herrschaftsstrukturen I (2006) 137–152 (mit weit. Literatur); *Liebs*, SB Bay. Akad. (2010) 2 75–81.

[11] In einem Reskript Gordians III. (C. 2.11.15 [a.239]) ist von einem *decret*[*um*] *amplissimi ordinis* über die Trauerzeit der Frauen die Rede; dieses aber wurde wohl noch vor Gordian erlassen.

[12] Eine weitere indirekte Quelle ist die *Lex Romana Visigothorum*. Außerdem sind nicht wenige Maßnahmen (Reskripte, *epistulae*) von Gordian III., Decius, Philippus, Valerian und Gallienus durch Papyri und Inschriften bezeugt. Zu den papyrologischen Quellen *Purpura*, Aegyptus 89 (2009) 207 f.; *Purpura*, in: Rev. FIRA I 362–364; zu den Inschriften *Hauken*, Petition (1998). Palingenetische Versuche mittels unterschiedlicher Quellen haben z. B. für die Zeit bis zu den Severern gezeigt, dass kaum mehr als die Hälfte der rekonstruierten Konstitutionen in den *Codex Iustinianus* gelangt sind: *Zoz/de Biasio/Ferretti*, Le costituzioni imperiali II (2013) 12.

[13] Die aber nicht ganz ausgeschlossen sind: Manche Neuschöpfungen des Privatrechts, wie das sog. ‚*pignus Gordianum*' oder die *actio utilis mandati* im Fall eines *mandatum ad agendum*, können auf die

grundsätzlich das herkömmliche römische Recht (*ius vetus*)[14] zu befolgen und die Rechtsnormen zu bestätigen, die sich schon in der klassischen Jurisprudenz[15] (zur Kritik dieser Bezeichnung → § 3 Rn. 5) konsolidiert hatten[16] und die klassische Rechtsordnung bildeten.[17] Anscheinend hatte sich das später von Konstantin ausgedrückte Prinzip *Contra ius rescripta non valeant*[18] schon in epiklassischer Zeit durchgesetzt.

8 Vom Stil her ähneln auch epiklassische Reskripte den Responsen der Juristen (→ 1 Rn. 44 f.; § 2 Rn. 33–40; § 3 Rn. 5), obwohl hier Zeichen einer Rhetorisierung der Sprache spürbar sind[19]. Der Unterschied zwischen Responsen und Reskripten lag eigentlich in der Uniformität und Vereinheitlichung des Rechts, die die kaiserlichen Erlasse, anders als die Gutachten der Juristen zum Ziel hatten[20].

9 Anders als später bei der Gesetzgebung Diokletians, ist in den Reskripten dieser Zeit noch keine deutliche Sorge vor einer möglichen ‚Orientalisierung' des Rechts zu erkennen. Nach Wieackers Meinung, beruht das auf mehreren Faktoren der noch starken Autorität der Zentralverwaltung, einer noch sorgfältigen Arbeit innerhalb der Kanzleien und einer noch guten juristischen Ausbildung der Anwälte (im Vergleich mit deren Nachfolgern).[21]

2. Die Rechtswissenschaft

10 Die Rechtswissenschaft in der Form der (vor allem klassischen und spätklassischen) Juristenschriften blieb auch unter den Soldatenkaisern eine wichtige Rechtsquelle, nicht selten als solche selbst von der kaiserlichen Kanzlei durch explizite Erwähnung anerkannt[22]. Eine lebendige zeitgenössische Jurisprudenz, genauso wie eine neue ju-

---

Kaiser der zweiten Hälfte des 3. Jhs. zurückgeführt werden: siehe *Wieacker*, RHD 49 (1971) 210; *Schnebelt*, Reskripte (1974) 200 f.

[14] Dazu *Tondo*, Storia costituzionale III (2010) 256.

[15] Zum Adjektiv ‚klassisch' in Verbindung mit der römischen Jurisprudenz: *Schulz*, Hist. 117–119. Zu Etymologie und Begriff von *classicus* allgemein: *Citroni*, MD 58 (2007) 181–205.

[16] Zur Beziehung zwischen kaiserlicher Gesetzgebung und Jurisprudenz bis zu den Severern, immer noch grundlegend *Gualandi*, Legislazione I–II (2012), sowie die neueren Bearbeitungen von *Zoz de Biasio*, Costituzioni imperiali (2007) und *Zoz de Biasio/Ferretti*, Costituzioni imperiali (2013).

[17] So schon *Gualandi*, Legislazione II (2012) 73.

[18] Const. Cod. Theod. 1.2.2 (a.315): *Contra ius rescribta non valeant, quocumque modo fuerint inpetrata. Quod enim publica iura perscribunt, magis sequi iudices debent.*

[19] Und nicht erst in der Gesetzgebung Diokletians, wie z. B. von *Wieacker*, Gesellschaft (1964) 19 angenommen: Dazu *Atzeri*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser 136 f.

[20] Im Fall eines *ius controversum* wurde diejenige Lösung maßgebend, die später die Zustimmung des Kaisers fand: *Gualandi*, Legislazione II (2012) 82 f.

[21] *Wieacker*, RHD 49 (1971) 217.

[22] Vgl. manche Reskripte von Gordian III., die ausdrücklich den Meinungen Papinians, Paulus bzw. Modestins folgen: C. 3.42.5 (a.239); C. 5.4.6 (a.239); C. 6.37.12 pr.,1 (a.240: hier korrigiert sogar die Kanzlei ein unpräzises Zitat Papinians in der Bittschrift). Dasselbe gilt bei Decius: C. 7.32.3 (a.250). Dazu *Massei*, Scr. Ferrini 401–475 und zuletzt eingehend *Babusiaux*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser.

ristische Literatur, war hingegen nicht mehr zu sehen. Um 240 n.Chr. änderte sich die Rolle der Juristen drastisch: Sie verloren an eigener Autorität, ihre Tätigkeit verlor an rechtsbildender Kraft, ihre „nomogenetische Funktion“[23] und damit kam ihre literarische Produktion zum Erliegen. Der Jurist verwandelte sich in einen juristisch ausgebildeten Beamten, in einen Rechtslehrer oder auch in einen Rechtsanwalt.

Da die eigentlichen Gründe dieses Phänomens unbekannt sind, wird darüber viel **11**
spekuliert.[24] Die politische, soziale und ökonomische Krise des 3. Jh.s, die Verwaltungsreformen (darunter die Zuweisung von Schlüsselpositionen, die vorher von Fachjuristen besetzt waren, an Soldaten Bürokraten eine Umgestaltung des *consilium principis* (→ § 1 Rn. 51 f.; § 3 Rn. 41), die immer stärkere respondierende Tätigkeit der kaiserlichen Kanzleien, die Überlegenheit und Unübertrefflichkeit der severischen Juristen (die selbst vom Gesetzgeber für maßgebend gehalten wurden)[25] und die ungeheure Masse der vorhandenen Juristenschriften, eine womöglich mangelhafte Ausbildung der neuen Juristen, sogar die Erweiterung der römischen Bürgerschaft durch die *constitutio Antoniniana* (212 n.Chr.): All diese Gründe könnten dazu beigetragen haben.

Schwer betroffen von dieser Wende war die Tätigkeit der Juristen außerhalb der **12**
Reichsverwaltung. Die Zeit der Severer (193–235 n.Chr.) war gleichzeitig Zenit und Nadir der römischen Jurisprudenz und von den großen Leistungen Papinians, Paulus und Ulpians charakterisiert, die mit den jeweiligen Gesamtwerken fast alle Gebiete des römischen Rechts erfasst und systematisiert hatten. Für die folgende Zeit sind durch die Quellen nur noch die Werke von Herennius Modestin[26] (→ § 7 Rn. 35, 39–41, 44) – ein Schüler des Ulpian –, Marcian[27] (→ § 7 Rn. 38, 40 f., 44), Macer[28] (→ § 7 Rn. 40) und Licinius Rufinus[29] (→ § 7 Rn. 35) – sehr wahrscheinlich ein Schüler des Paulus – bekannt.[30] Diese Juristen bewegten sich noch in den traditionellen Bahnen der klassischen Jurisprudenz und ihre Werke weisen die typischen Formen der klassischen Rechtsli-

[23] *Talamanca*, Et. Ankum II 539.

[24] Zum Thema *Wieacker*, RRG II (2006) 149–159; zuletzt *de Blois*, in: De Blois, Administration (2001) 136–153; *Marotta*, Studi Storici 48/4 (2007) 927–964; *Stolte*, in: Hekster/Verboven, Crises (2007) 353–366.

[25] Anders als die Kaiser bis zu den Severern, die oft die Ansichten von einer ganzen Reihe von klassischen Juristen geteilt und auch zitiert haben (nähere Auskünfte in *Gualandi*, Legislazione II (2012) 73–107), haben die Soldatenkaiser in ihren Reskripten ausschließlich die Meinungen der severischen Juristen zitiert: Siehe Fn. 22.

[26] *Kunkel* (2001) 259–261 (Nr. 72); *Wieacker*, RRG II (2006) 146–148; zuletzt *Viarengo*, Modestino insegnamento (2012).

[27] *Kunkel* (2001) 258 f. (Nr. 71); *Wieacker*, RRG II (2006) 144 f.

[28] *Kunkel* (2001) 256 f. (Nr. 70); *Wieacker*, RRG II (2006) 145.

[29] *Kunkel* (2001) 255 f. (Nr. 69); *Wieacker*, RRG II (2006) 146; zuletzt eingehend *Biedermann*, Rufinus (2013).

[30] Zu allen *Liebs*, SB Bay. Akad. (2010) 2. Bekannt sind auch die Namen – aber nur diese, zusammen mit wenigen Fragmenten ihrer Werke – von Iulius Aquila, Furius Anthianus und Rutilius Maximus (*Kunkel* (2001) 261–263; *Wieacker*, RRG II (2006) 146). Nach *Marottas* Rechnungen (*Marotta*, Studi Storici 48/4 (2007) 933) fehlt eine ganze Generation von Juristen.

teratur auf. In diesem Sinne erscheint die epiklassische Rechtswissenschaft als Fortsetzung, als „letzte Stufe“[31] – nicht aber ohne kleine Fortschritte – der Jurisprudenz unter den Severern.

13 Der Jurist war aber nicht verschwunden, sondern stillschweigend innerhalb des *consilium principis* und der kaiserlichen Kanzleien (insbesondere der *a libellis*) als Rechtsexperte weiterhin tätig[32]. Er erlässt nun im Auftrag des Kaisers – der nunmehr das Monopol der Rechtssetzung hat – seine *responsa* in der Form von kaiserlichen Reskripten.[33] Darin handelte es sich aber meistens um Bestätigungen und Wiederholungen der Prinzipien des (spät-)klassischen Rechts.

14 Das *ius controversum*, oder ‚strittige Recht‘ (→ § 3 Rn. 5, 44 f.), das ein wesentlicher Zug des klassischen Juristenrechts war, überlebte nur begrenzt in den Werken der klassischen und spätklassischen Juristen. Ziel der kaiserlichen Gesetzgebung war hingegen die Beseitigung der Meinungsverschiedenheiten und Kontroversen unter den *iuris prudentes*.

3. Andere Rechtsquellen

15 Sowohl die Volksgesetze (*leges publicae*, darunter auch noch die *lex XII tabularum*) (→ § 2 Rn. 20–29) als auch die Senatsbeschlüsse SCta (→ § 2 Rn. 62 f.) aus der republikanischen Zeit und aus den Anfängen des Prinzipats fanden – solange sie nicht aufgehoben wurden – weiterhin Anwendung.

16 Obwohl seit der Konsolidierung des Edikts (→ 6 Rn. 143–145) unter Kaiser Hadrian die Tätigkeit des Prätors als lebendige Rechtsquelle versiegt war, blieb auch das im *Edictum perpetuum* enthaltene *ius honorarium* (d. h. das prätorische Amtsrecht) (→ § 3 Rn. 9–11; § 6 Rn. 126) ein Bezugspunkt für die kaiserliche Kanzlei sowie für die Gerichte. Nicht wenige epiklassische, meistens von Gordian erlassene Reskripte[34] weisen entweder ausdrücklich auf das Edikt des Prätors hin oder berücksichtigen jedenfalls dessen Inhalt.

---

[31] *Wieacker*, RHD 49 (1971) 222.

[32] Über die *consiliarii* des Kaisers: *Eck*, in: Kolb, Herrschaftsstrukturen I.

[33] *Wieacker*, RHD 49 (1971) 206. Die Bemühungen *Honorés*, die verschiedene ‚*secretaries*‘ (damit gemeint sind nicht nur die *procuratores a libellis* – oder einfach *a libellis* oder auch *magistri libellorum* genannt – sondern auch deren Assistenten) aufgrund stilistischer Argumente voneinander zu unterscheiden sind manchmal auf Kritik gestoßen.

[34] Gord. III C. 2.19.3 (a.238); C. 2.2.2 (a.239); C. 2.11.15 (a.239); C. 2.12.13 (a.239); C. 2.19.4 (a.239); C. 5.71.2 (a.239); C. 6.13.1 (a.239); C. 6.30.3 (a.241); C. 6.11.2 (a.242); C. 6.10.1 (a.244); C. 7.72.2 (s. a.); Valer./Gallien. C. 2.11.18 (a.260).

II. Rechtsentstehung in der diokletianischen Zeit

Mit Kaiser Diokletian (284–305 n.Chr.) wurde die Verfassungsstruktur des Reichs radikal neugestaltet. Eine neue Zeit begann: die der Spätantike, oder des Dominats. Die ab 293 geltende neue Regierungsform, die sog. Tetrarchie, die aus zwei Kaisern (*Augusti*) mit voller Macht und zwei Unterkaisern (*Caesares*) bestand, war durch ihren absolutistischen Charakter und ihre pyramidale Struktur gekennzeichnet.[35] 17

1. Die Gesetzgebung Diokletians und die Konstitutionensammlungen

Aus der diokletianischen Zeit sind hauptsächlich die eigenen Gesetze Diokletians, der sich eine übergeordnete Position in der Tetrarchie vorbehalten hatte, bekannt. Wie schon bei seinen Vorgängern, konzentrierte sich auch bei ihm die gesetzgeberische Tätigkeit hauptsächlich auf den Erlass von Reskripten.[36] 18

Solche Reskripte wurden in zwei privaten[37] Konstitutionensammlungen, dem *Codex Gregorianus*[38] (→ 7 Rn. 57) (entstanden um 292, das älteste darin enthaltene Reskript geht auf Kaiser Hadrian zurück) und vor allem dem *Codex Hermogenianus* (→ 7 Rn. 57) (entstanden 295, enthält fast ausschließlich zwischen 293–294 von Diokletian erlassene Reskripte) gesammelt.[39] Beide *Codices*, die eigentlich keine Neuigkeit im Rahmen der Rechtsliteratur darstellen[40], enthalten hauptsächlich Privatreskripte und – in viel geringerem Maße – Briefe (*epistulae*) meistens an Statthalter adressiert[41], sowie allgemein geltende Maßnahmen (*edicta*)[42], Sondergenehmigungen (*adnotationes*) und sogar Auszüge aus Protokollen (*acta*) von Versammlungen, bei denen der Kaiser seinen gesetzgeberischen Willen mündlich angekündigt hatte. 19

---

[35] Immer noch grundlegend dazu *Corcoran*, Tetrarchs (2000).

[36] Ca. 1300 davon sind erhalten.

[37] D. h. sie gehen nicht auf eine offizielle kaiserliche Initiative zurück, obwohl nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie vom Kaiser gefördert wurden.

[38] Dazu zuletzt *Sperandio*, Codex Gregorianus (2005).

[39] Beide *Codices* sind nur indirekt durch den *Codex Iustinianus* (der nur eine Auswahl aus deren Reskripten enthält) und – in geringerem Umfang – durch die *Lex Romana Visigothorum* bekannt. Manche diokletianische Gesetze sind aber nur durch andere Quellen (Inschriften, Papyri, Literatur) überliefert: Eine Liste in *Amelotti*, Diocleziano (1960) 7 f.; weitere Ergänzungen und Berichtigungen in *Amelotti*, SDHI 27 (1961) 242–252 (= *Amelotti*, Scr. (1996) 493–503). Zur diokletianischen Konstitutionensammlungen *Corcoran*, in: Demandt et al., Diokletian (2004).

[40] Konstitutionensammlungen zur eigenen Nutzung hat es auch vorher gegeben: Man denke an Plinius den Jüngeren und die Konstitutionen Kaisers Traians, an die sog. *Divi Hadriani sententiae et epistulae*, an die *Constitutionum libri XX* des Juristen Papirius Iustus, mit Gesetzen von Mark Aurel und Lucius Verus, an die Sammlung der Entscheidungen – *apokrímata*, in Form der *rescripta* (oder *decreta*?) – des Septimius Severus.

[41] Dazu *Corcoran*, Tetrarchs (2000) 123–169.

[42] *Corcoran*, Tetrarchs (2000) 170–203.

20 Obwohl hauptsächlich in der Person des Kaisers konzentriert, involvierte die Bildung des gesetzgeberischen Willens auch die Teilnahme des *consistorium* (das ehemalige *consilium principis*), eines Gremiums, das aus hohen Beamten und Offizieren bestand und eine beratende Funktion hatte.

21 Reskripte wurden vom *magister libellorum* (oder seinem Büro), Briefe von den *magistri epistularum Latinarum* bzw. *Graecarum* verfasst. Allgemein mussten solche Beamte eine gute sowohl juristische als auch rhetorische Ausbildung besitzen. Für die diokletianische Zeit sind zwei *magistri libellorum* als Juristen gut bekannt: Arcadius Charisius und Hermogenian (wohl auch der Verfasser des gleichnamigen *Codex*). Ein Dritter könnte ein Gregorius (oder Gregorianus) sein, der Verfasser des *Codex Gregorianus*.[43]

22 Unter Diokletian veränderte sich aas römische Privatrecht kaum. Bei den Privatreskripten handelte es sich meistens um Bestätigungen schon etablierter Rechtsprinzipien[44], die oft von dem Bestreben zeugen, die römischen Normen gegenüber fremden Rechtsvorstellungen durchzusetzen. Dieses Phänomen wird häufig auf die Erweiterung der römischen Bürgerschaft 212 n.Chr zurückgeführt, die als Konsequenz eine Ungewissheit unter den neuen Bürgern im gesamten Kaiserreich produziert hatte, die mit dem römischen Recht wenig oder kaum vertraut waren. Oft sind diokletianische Reskripte Zeugen einer Spannung (vor allem im hellenistischen Osten) zwischen den lokalen Rechten und dem Recht Roms. Neuerungen dagegen gab es wenige, was für eine konservative Haltung Diokletians spricht.[45]

23 In den neueren Studien über das epiklassische bzw. spätantike Recht ist die umstrittene Definition ‚Vulgarrecht', die von Ernst Levy eingeführt wurde[46], und damit die Vorstellung einer dekadenten Rechtskultur und eines Rückgangs der juristischen Bildung bewusst aufgegeben worden.[47] Auch die Suche nach östlichen Einflüssen auf das spätrömische Recht, die am Ende des 19. Jh.s unternommen und vor allem in den Dreißiger und Vierziger Jahren des 20. Jh.s auch ideologisch instrumentalisiert wurde, ist in den letzten Jahrzehnten beendet worden.

2. Die Rechtswissenschaft

24 Das Zeitalter Diokletians stellt den Anfang der spätantiken (oder nachklassischen) Jurisprudenz dar (→ 7 Rn. 47). Schulz spricht auch von „bürokratische Periode der

[43] Auch weiter *magistri libellorum* bzw. *epistularum* konnten identifiziert werden: siehe *Corcoran*, Tetrarchs (2000) 91 f.; *Liebs*, SB Bay. Akad. (2010) 2 81–87.

[44] Cf. *Amelotti*, Diocleziano (1960).

[45] Siehe dazu auch *Dillon*, Constantine (2012) 60 f.

[46] *Levy*, Vulgar Law (1951); *Levy*, Vulgarrecht (1956).

[47] Eine eingehende Diskussion darüber bei *Wieacker*, RRG II (2006) 207–218; eine Zusammenfassung bei *Dillon*, Constantine (2012) 60–63. Siehe auch *Simon*, FS Wieacker (1978) 154–174; zuletzt *Kerneis*, Ess. Sirks.

römischen Rechtswissenschaft“[48]. Die Rechtswissenschaft als rechtsbildender Faktor wird ganz von der kaiserlichen Gesetzgebung abgelöst; die literarische und rechtsschöpferische Tätigkeit der Juristen nimmt zwar drastisch ab, nicht aber die Zahl der ausgebildeten Juristen. Wie von Liebs bemerkt, „[wies] der spätantike Beamtenstaat … immer mehr Stellen aus, die vorwiegend oder ausschließlich mit nachweislich ausgebildeten Juristen zu besetzen waren“[49].

In den Reskripten Diokletians finden sich nur spärliche Verweise auf die Jurisprudenz, was für eine noch stärkere Unabhängigkeit der kaiserlichen Gesetzgebung zu sprechen scheint: Lediglich drei der Reskripte, die uns überliefert worden sind, beziehen sich (zustimmend) jeweils – und, wie schon bei den Soldatenkaisern, ausschließlich – auf Paulus, Ulpian und Papinian.[50] Im Vergleich zum 2. Jh. n.Chr., als es die Juristen waren, die ganz selten in den eigenen Werken auf die kaiserliche Gesetzgebung hinwiesen,[51] war es jetzt der Kaiser, der in seinen Erlassen die Juristen kaum erwähnte. **25**

Für die Wende vom 3. zum 4. Jh. sind nur die Namen von drei Juristen (und zugleich *magistri libellorum*) bekannt: von Aurelius Arcadius Charisius, von dem nur drei Werke fragmentarisch bekannt sind[52]; von Gregorius (oder Gregorianus), dem Verfasser des *Codex Gregorianus*, und von Hermogenian, der nicht nur die diokletianischen Reskripte aus den Jahren 294–295 im *Codex Hermogenianus* gesammelt hat, sondern auch der Autor von *Iuris epitomae* (→ § 7 Rn. 53) war.[53] **26**

Weiter wurden nur noch pseudonyme oder anonyme Werke hergestellt, die aber aus der alten Rechtsliteratur, insbesondere die aus der severischen Zeit, schöpften: Ein bekanntes Beispiel bilden die *Pauli Sententiae receptae* (d. h. allgemein akzeptierte, also nicht mehr umstrittene Meinungen des Paulus)[54] (→ § 7 Rn. 52) und der so genannte *liber singularis regularum* des Ulpian. Die alte juristische Literatur ist aber einerseits für die Bittsteller weiter ein Bezugspunkt[55] und andererseits für die kaiserliche Kanzlei noch maßgebend. **27**

---

[48] *Schulz*, Hist. 335 f., das Adjektiv ‚nachklassisch‘ als „nichtssagend und irreführend“ ablehnend. Zu Änderungen der Jurisprudenz in diokletianischer Zeit zuletzt *Dovere*, Scr. de Bonfils 89–101.

[49] *Liebs*, s. v. Jurisprudenz, RAC Sp. 606.

[50] Diocl./Max. C. 9.22.11 (a.287): *iuxta responsum viri prudentissimi Pauli*; C. 9.41.11.1 (a.290): *vir prudentissimus Domitius Ulpianus in publicarum disputationum libris*; C. 5.71.14 (a.293): *Utere viri prudentissimi Papiniani responso ceterorumque, quorum precibus fecisti mentionem, sententiis* (in diesem Fall werden auch andere – nicht explizit erwähnte – Juristen berücksichtigt, deren Meinungen aber schon vom Bittsteller in seiner Bittschrift zitiert worden waren).

[51] *Gualandi*, Legislazione II (2012) 8–10.

[52] Über Dienstleistungen und Abgaben (*munera civilia*), über Zeugen und über das Amt des Pretorianerpräfekten.

[53] Dazu immer noch grundlegend *Liebs*, Hermogenian (1964); vgl. auch *Dovere*, De iure (2005).

[54] Dazu zuletzt *Liebs*, ZRG 112 (1995) 151–170; *Liebs*, ZRG 113 (1996) 132–242.

[55] Siehe Fn. 50.

3. Andere Rechtsquellen

28 Auch unter Diokletian fanden grundlegende *leges publicae* und *senatusconsulta* weiterhin Anwendung. Aus vielen diokletianischen Reskripten geht hervor, dass das im *Edictum perpetuum* konsolidierte *ius honorarium* seine Geltung behalten hatte.[56] Auch auf die *consuetudo*, seit der *constitutio Antoniniana* als lokales Recht (*consuetudo civitatis vel provinciae*, oder auch *regionis*) verstanden (→ § 3 Rn. 8), wird in den Reskripten Diokletians (wenn auch selten) hingewiesen.[57]

III. Rechtsentstehung in der Spätantike: Von Konstantin dem Großen bis auf Justinian

29 Konstantins Regierung war der Anfang einer neuen Ära.[58] Das sieht man deutlich auch in seiner Gesetzgebung und in seiner Haltung gegenüber dem alten Recht: Dem konservativen Ansatz Diokletians steht eine innovative und progressive Haltung Konstantins gegenüber. Nicht wenige Rechtsgebiete wurden von diesem Kaiser radikal neu reguliert.

30 Einen Katalog der Rechtsquellen für die Spätantike (4.–5. Jh.) kann man vor allem aus Cod. Theod. 1.1–4 (*De constitutionibus principum et edictis*, *De diversis rescriptis*, *De mandatis principum*, *De responsis prudentum*) entnehmen.[59] Die Reihenfolge entspricht deren Wichtigkeit. Die Hauptquelle, die an erster Stelle kommt und stärker in den Vordergrund tritt, ist die *constitutio principis* in ihren verschiedenen Formen (*edicta* und sonstige *constitutiones*, *rescripta*, *mandata*).[60] Erst danach kommen die Responsen der Juristen, womit nicht die beratende Tätigkeit zeitgenössischer Juristen, sondern die alte juristische Literatur gemeint ist.

---

[56] Hinweise auf das *Edictum perpetuum*: Diocl./Max. C. 5.5.2 (a.285); C. 2.2.3 (a.287); C.2.4.13 (a.290); C. 5.71.11 (a.290); C. 5.21.2 (a.290/293); C. 2.19.7 (a.293); C. 4.26.8 (a.293); C. 6.20.9 (a.293); C. 6.20.11 (a.293); C. 7.16.21 (a.293); C. 8.30.3 (a.293); C. 2.25.1 (a.294); C. 2.32.1 (a.294); C. 2.54.1 (a.294); C. 4.26.12 (a.294); C. 4.29.14 (a.294); C. 5.42.4 (a.294); C. 6.2.18 (a.294); C. 6.9.6 (a.294); C. 7.50.2 (a.294); C. 8.2.2 (a.294); C. 8.6.1 (a.294); C. 8.46.9 (a.294); C. 9.35.8 (a.294); C. 7.72.9 (a.299); C. 7.75.6 (o.A.); auf das *ius honorarium* (vor allem für das Erbrecht): Diocl./Maxim. C. 3.42.8 (a.293); C. 4.5.5 (a.293); C. 6.15.3 (a.293); C. 6.55.3 (a.293). C. 2.3.26 (a.294); C. 3.31.9 (a.294); C. 6.30.14 (a.294); C. 6.59.3 (a.294); C. 6.59.10 (a.294).

[57] z. B. Diocl./Max. C. 4.65.19 (a.293). Mit dem Ausdruck *mos noster* ist hingegen das römische Recht gemeint: Diocl./Max. C. 8.48.4 (a.293).

[58] *Dillon*, Constantine (2012) 60: „The reign of Diocletian marked the passing of an age, the reign of Constantine the birth of another".

[59] Siehe dazu *Kußmaul*, Pragmaticum (1981) 20 f.; *Liebs*, in: Sellert, Gesetz (1992) 11–27.

[60] Dazu *Kußmaul*, Pragmaticum (1981).

1. Die kaiserliche Gesetzgebung

Die Gesetze des Kaisers, seit Konstantin auch schlicht *leges* genannt, sind für diese Zeit der einzige noch aktive Faktor der Rechtsbildung. Man spricht zurecht von einem kaiserlichen Rechtssetzungsmonopol: Allein das Kaiserrecht war für die Weiterentwicklung aller Gebiete der Rechtsordnung entscheidend. Nachdem die aktive und vermittelnde Rolle der Juristen verschwunden war, blieb auch die Rechtsauslegung dem Kaiser allein vorbehalten.[61] **31**

Die spätantiken Gesetze, auch die allgemein geltenden, waren meistens eine Reaktion auf konkrete Probleme, Schwierigkeiten oder Forderungen, die einerseits von Privatleuten oder Gemeinden, andererseits von Gouverneuren und Amtsträgern dem Kaiser durch Berichte, Darstellungen oder Anfragen (*relationes*, *suggestiones*, *consultationes*, nicht selten in einem gerichtlichen Kontext entstanden) geschildert wurden.[62] Die Konstitutionen waren daher stilistisch oft als briefliche Antwort verfasst. Die Rechtssetzung folgte also selten einem größeren Plan, sondern war eher durch konkrete Anlässe bedingt. **32**

Auch für diese Zeit kann man die Kaisergesetze in allgemeingültige Maßnahmen von unbegrenzter Dauer (*leges generales*) einerseits und Privatreskripte (*rescripta*) sowie Sondervergünstigungen (*beneficia*, *adnotationes*, seit Ende des 4. Jh.s auch *pragmatica*[63] genannt), die lediglich bestimmte Personen betrafen, andererseits unterteilen.[64] Seit Konstantin stieg insbesondere die Zahl der *leges generales* an.[65] Während die Zahl der an Beamte adressierte Briefe (*epistulae*) zunahm,[66] wurden kaiserliche Dienstanweisungen an Beamte (*mandata*) immer seltener.[67] **33**

---

[61] Const. Cod. Theod. 1.2.3 (a.316): … *maxime cum inter aequitatem iusque interpositam interpretationem, nobis solis et oporteat et liceat inspicere.*

[62] *Bianchini*, Caso concreto (1979). Ein gutes Beispiel dafür sind die *Relationes* des *praefectus urbi* Q. Aurelius Symmachus, die in neuerer Zeit von *Hecht*, Symmachus (2006) gründlich untersucht worden sind.

[63] Dazu *Kußmaul*, Pragmaticum (1981).

[64] Spätantike Reskripte wurden nie offiziell gesammelt und ganz wenige davon sind noch erhalten: 10 Reskripte Constantins befinden sich in den sog. *Vaticana Fragmenta*. Eine Liste aller (bekannten) Privatreskripte Constantins in *Corcoran*, Tetrarchs (2000) 301 f. (Appendix C). Eine Studie der (hier auf das Schenkungsrecht begrenzten) Reskriptenpraxis Konstantins in *Simon*, Kaiserrecht (1977).

[65] Was aber nicht unbedingt in Verbindung mit dem Untergang der Jurisprudenz zu setzen ist: *Talamanca*, Et. Ankum II 540. Über die formalen Merkmale der Gesetzgebung Konstantins: *Dillon*, Constantine (2012) 35–59.

[66] Die Kategorie der *epistulae* an Magistrate und hohe Beamte ist eigentlich die im *Codex Theodosianus* am meisten vertretene: *Bassanelli Sommariva*, SDHI 82 (2016) 65. Eine klare und detaillierte Darstellung bei *Liebs*, in: Sellert, Gesetz (1992).

[67] Die feierliche Überreichung eines nunmehr kodifizierten *liber mandatorum* an seinen Beamten durch den Kaiser wurde erst von Justinian (Novell. Iust. 8 und 17, a.535) wieder eingeführt: Dazu *Marotta*, Mandata principum (1991) 3 f., 21 f.

34 Was unter *lex generalis* zu verstehen ist[68] wird besonders in einer am 7. November 426 erlassenen Konstitution des weströmischen Kaisers Valentinian III.[69] erklärt (→ Rn. 76 f.). Damit wurden formale Kriterien eingeführt (oder einfach klargestellt), die den Richtern und den Anwälten helfen sollten, ein allgemein geltendes Gesetz zu erkennen und als vor Gericht verwendbar anzusehen. Die Kriterien sind vor allem durch formale Merkmale inspiriert, die letztendlich die Entscheidung vereinfachen und die Willkür limitieren sollten. Die Kategorie der allgemein geltenden Gesetze schließt folgende Maßnahmen ein: Die an den Senat adressierten Gesetze (*orationes ad senatum missae*, nunmehr als Briefe verfasst)[70]; die Gesetze, die ausdrücklich als *edictum* oder allgemein *lex generalis* benannt oder sonst als allgemeingültig bezeichnet werden;[71] die Gesetze, die an Magistrate adressiert[72] und von diesen offiziell durch ein eigenes Edikt (*edictum*, *programma*) (→ Rn. 55) zu veröffentlichen waren;[73] schließlich alle Gesetze, die ausdrücklich bei ähnlichen Fällen analog anzuwenden waren. Von diesen Kriterien ist wohl die *oratio ad senatum* des oströmischen Kaiser Theodosius II. (Cod. Theod. 1.1.5, a.429) inspiriert, die das erste Programm für die Erstellung des *Codex Theodosianus* (→ Rn. 42) enthält[74]. Wenige Jahre später wurden aber im zweiten Programm[75] auch diejenigen Gesetze berücksichtigt[76], die vorher von Valentinian III. als Ausnahmeregelungen (wie z. B. die Bestimmungen für die Entscheidung konkreter Einzelfälle und zugunsten einzelner Städte, Provinzen, Kurien oder lokaler Körperschaften) und daher nicht als allgemeinverbindlich angesehen worden waren[77].

---

[68] Dazu *Kußmaul*, Pragmaticum (1981); zuletzt eingehend *Bassanelli Sommariva*, SDHI 82 (2016) 61–97: Mit *lex generalis* werde nicht eine bestimmte Form des Gesetzes, sondern eher dessen Reichweite bezeichnet.

[69] Theod. II/Valentin. III C. 1.14.3 pr.,1. Es handelt sich um einen Teil einer umfangreichen Konstitution, deren weitere Bruchstücke sich teils im *Codex Theodosianus* (Cod. Theod. 1.4.3: Das sogenannte ‚Zitiergesetz'), teils im *Codex Iustinianus* (C. 1.14.2; C. 1.19.7; C. 1.22.5) befinden. Auch diese Teile waren wohl schon im *Codex Theodosianus* enthalten, wahrscheinlich in dessen ersten 9 Büchern, die aber unvollständig überliefert sind. Dazu *Kußmaul*, Pragmaticum (1981) 21–27; zuletzt *Bassanelli Sommariva*, SDHI 82 (2016) 77–87.

[70] *Dillon*, Constantine (2012) 57 f.

[71] Oft ‚an das Volk' oder ‚an die Einwohner aller Provinzen' (oder einer bestimmten Provinz) adressiert.

[72] *Dillon*, Constantine (2012) 41–57.

[73] Zur Veröffentlichung und Verbreitung, und auch zu weiteren Aspekten der spätantiken Gesetzgebung, jetzt *Kaiser*, Authentizität (2007); *Puliatti*, SDHI 74 (2008) 99–133.

[74] Theod. II/Valentin. III Cod. Theod. 1.1.5: *Cunctas colligi constitutiones decernimus, quas Constantinus inclitus et post eum divi principes nosque tulimus, edictorum viribus aut sacra generalitate subnixas.* Zu den *edicta* im *Codex Theodosianus* siehe zuletzt *Dillon*, Constantine (2012) 35–41.

[75] Theod. II/Valentin. III Cod. Theod. 1.1.6. (a.435).

[76] Theod. II/Valentin. III Cod. Theod. 1.1.6 pr.: *Omnes edictales generalesque constitutiones vel in certis provinciis seu locis valere aut proponi iussae.*

[77] Theod. II/Valentin. III C. 1.14.2.: … *leges fiant his dumtaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata*; C. 1.14.3: … *nec his, quae specialiter quibusdam concessa sunt civitatibus vel provinciis vel corporibus, ad generalitatis observantiam pertinentibus.*

Obwohl nur wenige davon erhalten sind, wurden auch in der Spätantike Privatreskripte (*rescripta*) und Vergünstigungen (*beneficia*, *privilegia*), sowie kaiserliche Gerichtsentscheidungen (*decreta*) und -maßnahmen (*interlocutiones*) (→ 6 Rn. 107), alle normalerweise mit beschränkter Geltung, nach wie vor häufig erlassen.[78] Reskripte waren ein wichtiges Regierungsinstrument, womit der Kaiser Privilegien zuteilen oder nach der *aequitas* entscheiden konnte. Sie regelten normalerweise nur den konkreten Fall, über den hinaus sie nicht angewendet werden durften,[79] es sei denn, dass der Kaiser selbst auch eine analoge Anwendung vorgesehen hatte. Reskripte waren außerdem von Konstantin für ungültig erklärt worden, soweit sie gegen das geltende Recht und etablierte Rechtsprinzipien (*publicum ius*) verstießen:[80] Dieser Grundsatz musste im Laufe des 4. Jh. von den Kaisern mehrfach wiederholt werden,[81] was eigentlich zeigt, dass der Erlass solcher Maßnahmen oft nicht einer direkten Kontrolle des Kaisers unterworfen waren. Die komplexe bürokratische Organisation, die einerseits zur Entlastung des Kaisers vorgesehen war, förderte andererseits die Betrügereien der Bittsteller bzw. die Korruption der Beamten. **35**

Die *leges* wurden nach wie vor in den kaiserlichen Kanzleien angefertigt, die sämtlich unter der Kontrolle des *magister officiorum* standen. Beteiligt waren insbesondere die Vorsteher (*magistri*) der Kanzleien *a libellis* und *ab epistulis*, die für Antwortschreiben auf Bittschriften, Eingaben oder Gesuche von Privatleuten (*libelli*; Antwort: *rescripta*) bzw. Anfragen von Beamten und Körperschaften (*relationes*; Antwort: *epistulae* oder *sacrae litterae*) zuständig waren.[82] An der Herstellung der *leges* war auch der *quaestor sacri palatii* beteiligt. Wenn mehrere Kaiser gemeinsam regierten hatte jeder *Augustus* seinen *quaestor*. In seiner gesetzgeberischen Funktion wurde der Kaiser von seinem *consistorium* beraten, zu dessen Mitgliedern auch der *quaestor sacri palatii* zählte. **36**

Die Ausbildung der in den Kanzleien tätigen Beamten, die fast alle eine rhetorische und philosophische Schule, viele auch eine Rechtsschule besucht hatten, prägt auch den Stil der Konstitutionen.[83] Im Vergleich zu den Reskripten des 2.–3. Jh.s, sind die *leges* des 4.–5. Jh.s in einem blumigen Stil geschrieben und von rhetorischen Floskeln und Stilmitteln so durchsetzt, dass ihr exakter normativer Inhalt häufig für uns nur schwer zu erkennen ist. Das gilt vor allem bei den *epistulae*, die an hohe Magistrate adressiert sind und daher stilistisch die Würde sowohl des Autors (d. h. des Kaisers) als auch der **37**

[78] Wie in den neueren Forschungen gegen die ältere Auffassung hervorgehoben: *Feissel*, in: Feissel/Gascou, Pétition (2004); *Tondo*, Storia costituzionale III (2010) 285 f.; *Bassanelli Sommariva*, SDHI 82 (2016) 63.

[79] Wie noch von Kaiser Arcadius betont: Arcad./Hon. Cod. Theod. 1.2.11 (a.398).

[80] Const. Cod. Theod. 1.2.2 (a.315): *Contra ius rescripta non valeant, quocumque modo fuerint impetrata. Quod enim publica iura praescribunt, magis sequi iudices debent.* Siehe auch Const. Cod. Theod. 1.2.3 (a.316 [317/18?]); Cod. Theod. 1.2.5 (a.325).

[81] z. B. Grat./Valentin. II/Theod. I Cod. Theod. 1.2.9 (a.382); Arcad./Hon. Cod. Theod. 1.2.11 (a.398).

[82] Zu alldem *Liebs*, in: Sellert, Gesetz (1992) 13 f.

[83] Dazu *Voss*, Kaisergesetze (1982).

Adressaten beachten mussten. Obwohl die Präambeln – in denen sowohl der Anlass als auch die Begründung der Maßnahme berichtet wurden, und die daher sehr rhetorisch formuliert waren – bei den meisten Konstitutionen, die im *Codex Theodosianus* gesammelt wurden, durch die Kompilatoren gestrichen wurden, zeigen dies die erhaltenen Teile beispielhaft. Außerdem geben insbesondere die (vollständiger erhaltenen) postheodosianischen Novellen (→ Rn. 43) und die sogenannten *constitutiones Sirmondianae*[84] genug Hinweise darauf.

38 Im Jahr 446 wurde von Theodosius II. ein neues Gesetzgebungsverfahren eingeführt.[85] Daran wurden jetzt sowohl der Senat als auch die hochrangigen Beamten (*proceres*) und das *consistorium* als wichtige Akteure neben dem Kaiser beteiligt. Die kaiserliche *auctoritas* sollte dann den Erlassen, die eigentlich das Produkt einer allgemeinen Übereinstimmung (*consensus omnium*) waren, Kraft verleihen.

39 Auch die spätantiken Senatsbeschlüsse sind eigentlich als an den Senat gesendete kaiserliche Maßnahmen (*orationes ad senatum missae*) zu betrachten, deren Text im Senat vom Kaiser selbst oder (öfter) von einem Beamten vorgelesen und von den Senatoren – deren Zustimmung ein selbstverständlicher Akt war – durch Akklamation bestätigt wurde. Diese Rechtsquellen sind von anderen kaiserlichen Gesetzen lediglich durch den Adressaten (den Senat) zu unterscheiden.

40 Einen Sonderfall stellen diejenigen Gesetze dar, die von einem (von Anfang an bzw. im Nachhinein) nicht legitimierten Kaiser (*usurpator*, *tyrannus*)[86] erlassen wurden. Sie waren insoweit noch gültig und rechtsetzend, als sie mit dem geltenden Recht übereinstimmten und nur solange sie nicht von einem legitimen Kaiser aufgehoben wurden.[87]

41 Die Spaltung des Reiches in Westen und Osten nach dem Tod Theodosius I. beeinflusste auch die Geltung der Gesetze. Obwohl diese im Namen aller Mitregenten erlassen wurden, waren sie nur innerhalb des Reichsteils anwendbar, in dem sie entstanden waren, es sei denn, dass sie auch in den anderen Reichsteil gesendet und von dessen Kaiser akzeptiert worden waren. Dieses Verfahren wurde von Theodosius II. genau geregelt.[88]

---

[84] Hierbei handelt es sich um eine kleine private Sammlung von lediglich 16 Kaisergesetzen, die zwischen 333 und 425 erlassen wurden und die erstmal von *Jacques Sirmond* (Parisiis 1631) veröffentlicht wurden. Manche *Sirmondianae* stellen den vollständigeren Text von Konstitutionen dar, die in abgekürzter (und manchmal in mehrere Teile zerschnittener) Form auch im *Codex Theodosianus* enthalten sind.

[85] C. 1.14.8 (a.446): dazu zuletzt *Bassanelli Sommariva*, SDHI 82 (2016) 91–93.

[86] Für die hohe Kaiserzeit vgl. *Amarelli*, Itinera (2010) 125–179.

[87] Kaiser Konstantin hat z. B. die Gesetze des Mitkaisers Licinius (Const. Cod. Theod. 15.14.1 [a.324]), genauso wie schon vorher die *rescripta contra ius* – nicht aber die *rescripta legitima* – des Maxentius (Const. Cod. Theod. 15.14.3, a.326 [313: Seeck]), aufgehoben. Auch sein Sohn Constantius hat alle Maßnahmen *contra ius* aufgehoben, die von den *tyranni* bzw. von deren Amtsträgern erlassen worden waren (Constantius II Cod. Theod. 15.14.5 [a.352]). Zur Gültigkeit der Gesetze der Usurpatoren zuletzt *Aubert*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016), 581–595.

[88] Theod II/Valentin. III Cod. Theod. 1.1.5 (a.429); Novell. Theod. 2 (a.447); Novell. Valentin. 26 (a.448).

Die seit Konstantin erlassenen, allgemein geltenden Konstitutionen wurden von Kaiser Theodosius II. in einer offiziellen Sammlung, dem *Codex Theodosianus*, gesammelt und veröffentlicht.[89] Das erste Programm 429 n.Chr.[90] schloss alle *leges generales*, die bis Theodosius II. erlassen worden waren, das zweite, geänderte Programm (435)[91] auch die *leges*, die nur für bestimmte Städte und Provinzen galten (oder jedenfalls dort veröffentlicht worden waren), ein (→ Rn. 34). Der *Codex* erhielt im Februar 438 vom selben Kaiser seine *auctoritas*[92] und wurde noch im Jahr 438 vor dem Senat Roms veröffentlicht: Erhalten ist noch das Protokoll dieser feierlichen Sitzung[93]. Bei dieser Gelegenheit wurden auch konkrete Maßnahmen für die Verbreitung des Codex getroffen, die in das Protokoll aufgenommen wurden. 42

Die *leges*, die nach 437 (und bis 468) sowohl im Ost- als auch im Westreich erlassen, aber nie offiziell in einem *Codex* gesammelt wurden, figurieren unter dem Namen ‚post-theodosianische Novellen'. 43

2. Die Rechtswissenschaft

In der Spätantike war es eher das alte Juristenrecht, das eine weitere und wichtige Rechtsquelle darstellte. Unter den *responsa prudentium*, die im *Codex Theodosianus* immer noch als Rechtsquelle erwähnt werden (→ Rn. 30), sind die (hauptsächlich klassischen) Juristenschriften zu verstehen[94]. Die Rolle der zeitgenössischen Rechtswissenschaft war hingegen sehr eingeschränkt: Eine lebendige Jurisprudenz und eine respondierende Tätigkeit der Juristen mit normativer Kraft sind im 4.–5. Jh. nicht mehr erkennbar. 44

Sowohl im west- als auch im oströmischen Reich wurde die Figur des Juristen durch die des Anwalts und des Rechtslehrers ersetzt[95], dessen literarische Tätigkeit eher für die Rechtsausbildung gedacht war. Es war aber die klassische Rechtsliteratur, und vor allem die Unterrichtsliteratur (→ § 7 Rn. 31–33, 42), die nach wie vor die Grundlage der Rechtsausbildung darstellten.[96] 45

---

[89] Hier soll auch auf private Sammlungen hingewiesen werden, wie die *constitutiones Sirmondianae* (Fn. 84) oder die *Collectio Avellana*, die in einem kirchlichen Umfeld entstanden sind und (auch) kaiserliche Konstitutionen aus dem 4.–5. (bzw. 6.) Jh. enthalten.

[90] Theod II/Valentin. III Cod. Theod. 1.1.5.

[91] Theod II/Valentin. III Cod. Theod. 1.1.6.

[92] Novell. Theod. 1.

[93] *Gesta senatus Romani de Theodosiano publicando*: dazu *Atzeri*, Gesta senatus (2008).

[94] Wie schon von *Schulz*, Hist. 135 Fn. 1 bemerkt.

[95] Zum juristischen Beruf und Rechtsausbildung: *Wieacker*, RRG II (2006) 219–227.

[96] Cf. die Verweise auf die Werke von Paulus (und Pseudo-Paulus) in der *Interpretationes visigothicae* zu Iul. Cod. Theod. 3.13.2 (a.363, über die *dos*): *De retentionibus vero, quia hoc lex ista non evidenter ostendit, in iure, hoc est in Pauli sententiis sub titulo de dotibus requirendum aut certe in Pauli responsis sub titulo de re uxoria*; und zu Hon./Theod. II/Constant. Cod. Theod. 3.16.2 (a.421, auch über die *dos*): *Propter communes vero liberos, si fuerint, ea praecepit observari, quae in iure de reten-*

46 Diese Lage spiegelt sich auch in der spätantiken Rechtsliteratur wider. Die Werke, die im 4.–5. Jh. verfasst wurden, sind anonyme Kompilationen und keine Originalschöpfungen. Die *Fragmenta Vaticana* (→ 7 Rn. 59), die *Tituli ex corpore Ulpiani*, die *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (→ 7 Rn. 50), die *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* (→ 7 Rn. 61) bestehen aus Exzerpten aus älteren Juristenschriften, in manchen Fällen auch aus Kaisergesetzen. Fast alle waren für eine praktische, insbesondere gerichtliche Anwendung gedacht und zeigen nicht nur das Fehlen einer zeitgenössischen, selbständigen Rechtswissenschaft an, sondern auch die noch bestehende Autorität der klassischen und spätklassischen Jurisprudenz.

47 Das alte Juristenrecht, in den Quellen schlicht auch *ius* (oder *iura*, im Gegensatz zu den *leges*)[97] genannt, bestand aus der nunmehr konsolidierten und kanonisierten Gesamtheit der klassischen Juristenschriften, die jetzt eine „einheitliche Normenmasse“[98] bildeten. Durchgesetzt hatte sich die Idee, dass die normative Geltung des Juristenrechts auf einer Ermächtigung des Kaisers beruhte, Recht setzen zu dürfen; diese Vorstellung geht auf das alte *ius respondendi ex auctoritate principis* (→ § 1 Rn. 46; § 3 Rn. 40–43) zurück. Die kaiserliche Anerkennung bildete also für diese Rechtsquelle fast eine neue Legitimationsgrundlage.

48 Andererseits war die Verschiedenheit der Juristenmeinungen und Rechtsauslegungen – das für die klassische Jurisprudenz typische *ius controversum* (→ Rn. 14) – von den Kaisern nicht mehr erwünscht. Widersprüche wurden „durch künstliches Harmonisieren“[99] behoben. Ein erster Versuch, Ordnung und Einheit zu schaffen, stammt schon von Konstantin[100], der einerseits (eben mit dem Ziel, die *perpetuae contentiones*, die ‚beständigen Streitigkeiten‘ unter den Juristen abzuschaffen) den Kommentaren (*notae*) Paulus und Ulpians zu den Werken Papinians (→ § 7 Rn. 4, 46) die Verbindlichkeit abgesprochen, andererseits[101] die Geltung und Anwendbarkeit vor Gericht des

---

tionibus statuta pro numero filiorum, quod Paulus in libro responsorum dicit sub titulo de re uxoria. Siehe dazu *Giomaro*, StUrb. 67 (2016) 5–75.

[97] Darüber *Archi*, in: Archi, Studi sulle fonti 11–37; zuletzt *Bianchi*, Iura-leges (2007). Mit dem Wort *iura* ist aber in den spätantiken Rechtsquellen keineswegs immer nur das Juristenrecht gemeint: *Tondo*, Storia costituzionale III (2010) 256 f.

[98] *Wieacker*, Gesellschaft (1964) 26.

[99] *Wieacker*, Gesellschaft (1964) 26.

[100] Const. Cod. Theod. 1.4.1 (a.321): *Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui, dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt, aboleri praecipimus.* Dasselbe Prinzip wird auch in Const. Cod. Theod. 9.43.1 pr (a.321, über Testamente) wiederholt: *In quaestione testamenti, quod deportati filius remeante patre fecisset, remotis Ulpiani atque Pauli notis, Papiniani placet valere sententiam.* Weitere maßgebende Juristen in Arcad./Hon. Cod. Theod. 4.4.3.3 (a.396? auch über Testamente): *quum hoc auctorem prudentissimum iurisconsultorum non sit ambiguum Scaevolam comprobasse.*

[101] Const. Cod. Theod. 1.4.2 (a.327 [328: *Liebs*]): *Universa, quae scriptura Pauli continentur, recepta auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda. Ideoque sententiarum libros plenissima luce et perfectissima elocutione et iustissima iuris ratione succinctos in iudiciis prolatos valere minime dubitatur.*

kompilatorischen Werkes des Pseudo-Paulus (*Pauli Sententiae*) (Rn. 27; § 7 Rn. 52) bestätigt hatte.[102] Dieselbe Regelung wurde, wie bekannt, 426 im sogenannten ‚Zitiergesetz'[103] von Valentinian III. (→ Rn. 76 f.) getroffen. Die *communis opinio* der Juristen hingegen wurde oft auch von den Kaisern übernommen und damit bestätigt.[104]

Die Praxis des Vorlesens (*recitatio*) von Juristenmeinungen vor dem Richter **49**
(→ Rn. 74 f.) hatte sich in der Spätantike besonders entwickelt. Wohl auch im Hinblick darauf, sah das erste Kodifikationsprojekt[105] des Kaisers Theodosius II. 429 n.Chr. (→ Rn. 42), nach einer ersten Sammlung von *leges generales*, auch eine zweite vor, die u. a. auch die *tractatus* und *responsa prudentium* enthalten sollte.

3. Das Gewohnheitsrecht (*consuetudo, mos*)

Obwohl in der Systematik des *Codex Theodosianus* nicht besonders hervorgeho- **50**
ben,[106] spielte unter den Rechtsquellen auch die *consuetudo* weiter eine – wenn auch begrenzte und untergeordnete – Rolle. Nicht wenige Konstitutionen aus dem 4. und 5. Jh. verweisen auf das alte Gewohnheitsrecht (meistens *antiqua* oder *vetus consuetudo*, manchmal auch *mos* genannt).[107] Dieses ist aber nicht mehr mit den römischen Sitten zu identifizieren – von den severischen Juristen auch *longa consuetudo* genannt –, sondern hauptsächlich mit lokalen Sitten und Provinzialrechten. Betroffen sind vor allem die Gebiete des Fiskal- und Verwaltungsrechts (Privilegien der Senatoren und *decuriones*,[108] Steuererhebung und -befreiung,[109] Karriere, Pflichten und Sonderrechte

---

[102] Dazu *De Robertis*, SDHI 64 (1998) 245–252.

[103] Cod. Theod. 1.4.3: *Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. … Pauli quoque sententias semper valere praecipimus etc.*

[104] z. B. Valens/Grat./Valentin. II Cod. Theod. 9.20.1 (a.378): *A plerisque prudentium generaliter definitum est etc.*; Arcad./Hon. Cod. Theod. 4.21.1.1 (a.395): *Constat autem, virum ab intestatae uxoris bonis, superstitibus consanguineis, esse extraneum, quum prudentium omnium responsa, tum lex ipsa naturae successores eos faciat*; Cod. Theod. 1.2.10 (a.396): *sic et e diverso definitione iuris consultorum omnium consona responsione firmatur.*

[105] Theod. II/Valentin. III Cod. Theod. 1.1.5: *Ex his autem tribus codicibus, et per singulos titulos cohaerentibus prudentium tractatibus et responsis.* Wie aber von *Nörr* bemerkt, hatte die Sammlung des Juristenrechts, gegenüber der der Konstitutionen, eine sekundäre Bedeutung: *Nörr*, SZ 80 (1963) 140.

[106] Erst im Buch 5 des *Codex* befindet sich der Titel *De longa consuetudine* (Cod. Theod. 5.20, mit einer einzigen Konstitution besetzt), der eigentlich unter den Normen angeordnet worden ist, die dem *colonatus* gewidmet sind. Der entsprechende Titel im *Codex Iustinianus* (C. 8.52 *Quae sit longa consuetudo*) wirkt erklärend.

[107] Dazu zuletzt *Laquerrière-Lacroix*, La Coutume 2 (2013) 20–28 (mit weit. Literatur); *Kerneis*, Ess. Sirks 377–383.

[108] Valentin. I/Valens Cod. Theod. 12.1.68 (a.365 [364?]); Theod. II/Valentin. III Cod. Theod. 6.23.4.1 (a.437).

[109] z. B. Constant. II Cod. Theod. 11.30.18 (a.339 [329]); Cod. Theod. 11.16.7 (a.356); Valent. I/Valens/Grat. Cod. Theod. 7.20.9 (a.366); Cod. Theod. 12.6.15 (a.369); Valentin. II/Theod. I/Arcad. Cod. Theod. 8.5.51 (a.392); Arcad./Hon. Cod. Theod. 7.5.1 (a.399); Cod. Theod. 11.7.15 (a.399).

der Beamten,[110] von Bürgern und Gemeinden zu tragende Dienstleistungen[111]) und die Organisation des Reiches.

51 Die Geltung des Gewohnheitsrechts hing von einer ausdrücklichen Anerkennung durch den Kaiser ab.[112] Diese aber erfolgte, wenn die lokalen Sitten entweder den Mangel an Gesetzen ausglichen oder mit dem existierenden Recht übereinstimmten.

52 Kaiser Konstantin erkannte der *consuetudo* eine eigene *auctoritas* zu; diese sollte aber weder der *lex* noch der *ratio* überlegen sein.[113] Aus einer Konstitution Julians[114] haben später die Kompilatoren des *Codex Theodosianus* einen Auszug exzerpiert, der die Gültigkeit der *consuetudo* (*quae diu servata sunt*) als allgemeines Prinzip darstellt. Die westgotische *Interpretatio* dazu[115] drückt noch stärker aus, dass die *consuetudo* genauso wie eine *lex* (d. h. ein Kaisergesetz) beachtet werden soll, sofern sie nicht gegen das Gebot des Gemeinwohls (*utilitas publica*) – worunter eigentlich das Interesse des Fiskus zu verstehen ist – verstößt. Eine Konstitution der Kaiser Leo und Anthemius sah vor,[116] dass eine *consuetudo*, die seit langer Zeit beachtet wurde, dem Gesetz ähnelt und daher Gesetzeskraft haben soll (*perpetuae legis vicem obtinere*). Und tatsächlich sind in manchen Konstitutionen miteinander übereinstimmende *consuetudo* und *lex* auf derselben Ebene erwähnt.[117]

53 Die Rechtsverbindlichkeit der *consuetudo*, die lange Dauer und Beständigkeit voraussetzt, besteht aber nur, insofern sie vom Kaiser durch seine Gesetze anerkannt und bestätigt wird oder er zumindest keine Gegenmaßnahmen erlässt. Nicht selten wird die *consuetudo* gegen innovative Maßnahmen der lokalen Gouverneure vom Kaiser sogar verteidigt und bekräftigt.[118] Sobald es aber die *utilitas publica* erfordert oder die alte

---

[110] z. B. Valentin. I/Valens Cod. Theod. 14.3.12 (a.370); Valentin. I/Valens/Grat. Cod. Theod. 8.5.34.3 (a.377 [379?]); Hon./Theod. II Cod. Theod. 6.29.10 (a.412); Cod. Theod. 10.1.17 (a.420); Cod. Theod. 6.30.23 (a.422).

[111] z. B. Iul. Cod. Theod. 11.16.10 (a.362); Valentin. I/Valens Cod. Theod. 14.6.2 (a.364).

[112] *Wieacker*, RHD 49 (1971) 221.

[113] Const. C. 8.52.2 (a.319): *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.*

[114] Const. Cod. Theod. 5.20.1 (a. inc.): *Venientium est temporum disciplina, instare veteribus institutis. Ideoque quam nihil per causam publicam intervenit, quae diu servata sunt, permanebunt.* Der Name '*Constantinus*' in der *inscriptio* ist, nach der Meinung der modernen Herausgeber des *Codex Theodosianus*, in ‚*Iulianus*' zu berichtigen.

[115] Itpr. zu Cod. Theod. 5.20.1: *Longa consuetudo, quae utilitatibus publicis non impedit, pro lege servabitur.*

[116] Leo/Anth. C. 8.52.3 (a.469): *Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur et retinet: et quod officiis curiis civitatibus principiis vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus.*

[117] Iul. Cod. Theod. 11.16.10 (a.362): *omnia … quae consuetudo vel dispositio nostra amplectitur*; Valentin. I/Valens Cod. Theod. 14.3.12 (a.370): *super vi legis et consuetudinis*; Hon./Theod. II Cod. Theod. 10.1.17 (a.420): *quae statuta sunt quaeque antiqua consuetudine commendantur.*

[118] z. B. Valentin. I/Valens Cod. Theod. 12.1.68 (a.365 [364?]); Theod. I/Arcad./Hon. Cod. Theod. 11.1.23 (a.393); Cod. Theod. 12.1.131 (a.393); Hon./Theod. II Cod. Theod. 1.8.1 (a.415); Theod. II Cod. Theod. 1.8.2 (a.424).

consuetudo jetzt ungerecht scheint, wird diese zugunsten einer neuen Regelung ohne weiteres geopfert.[119] Nach Ammianus Marcellinus[120] soll Kaiser Julian an Konstantin als *novator* (und *turbator* zugleich) nicht nur der alten Gesetze (*priscarum legum*) sondern auch der seit langem allgemein akzeptierten Gewohnheiten (*et moris antiquitus recepti*) erinnert haben.

4. Völkerrecht (*ius gentium*) und Naturrecht (*ius naturale*)

Auch in der spätantiken, christlich geprägten Rechtsordnung haben das *ius gentium* und das *ius naturale* (→ § 3 Rn. 21–25; § 6 Rn. 177–179) (auch in Verbindung miteinander) ihre Stellung behalten.[121] Obwohl das *ius gentium* als solches in den spätantiken Kaisergesetzen nie erwähnt wird, wird die Liste der Tatbestände im Gebiet sowohl des Völkerrechts (z. B. Krieg, Kriegsgefangenschaft und Friedensverträge, Gesandtenrecht) als auch des Privatrechts (z. B. Sklaverei und Freilassung, Eigentumserwerb, Obligationen und konsensuale Verträge), die für die Juristen, wie z. B. Gaius, Ulpian, Hermogenian, auf das *ius gentium* zurückzuführen waren, noch in den Digesten Justinians[122] (→ § 5 Rn. 14–19) und in seinen Institutionen[123] (→ § 5 Rn. 20–22) wiedergegeben. Dasselbe gilt für das *ius naturale* – worauf die spätantiken Gesetze vor allem auf dem Gebiet des Familien- und Erbrechts verweisen[124] – und die stoische Idee, nach der alle Menschen frei geboren werden (→ § 3 Rn. 33). **54**

5. Andere Rechtsquellen

Es soll hier auch auf diejenigen *edicta* (auch *programmata*, *formae*, *commonitoria* genannt) hingewiesen werden, die durch die *praefecti praetorio* oder sonstige Statthalter erlassen wurden.[125] Sie hatten einen lokal begrenzten Anwendungsbereich, dienten **55**

[119] z. B. Constantius II Cod. Theod. 6.29.1 (a.355); Valentin. I/Valens/Grat. Cod. Theod. 14.17.7 (a.372); Hon./Theod. II Cod. Theod. 12.1.186 (a.429).

[120] Amm. Marc. 21,10,8.

[121] Dazu *Ziegler*, FG Preiser; *Ziegler*, Et. Ankum II 665–675; *Schulz*, Völkerrecht (1993).

[122] Ulp. 1 inst. D. 1.1.4; Herm. 1 iur. epit. D. 1.1.5.

[123] Inst. 1.2.2.

[124] Theod. I/Arcad./Hon. Cod. Theod. 16.10.12.1 (a.392): *naturae ipsius leges velle rescindere*; Arcad./Hon. Cod. Theod. 4.21.1 (a.395): *tum lex ipsa naturae successores eos faciat*; Hon./Theod. II Cod. Theod. 16.2.44 pr. (a.420): *foedus naturale permittit* (Itpr.: *lex naturae permittit*); Theod. II/Valentin. III Cod. Theod. 5.1.9 (a.428): *ne ullis parentibus aut propinquis, quos naturae legisque pariter praerogativa defendit, in capiendis ab intestato hereditatibus praeferantur coniuges vel etiam comparentur.*

[125] Sie wurden zum ersten Mal von *K. E. Zachariae von Lingenthal* gesammelt und 1843 ediert. Neuerdings (2012/13) sind sie von *F. Goria* und *F. Sitzia* zusammengeführt und in elektronischer Form zur Verfügung gestellt worden. Siehe auch *Goria*, in: Atti Spoleto I (1995) 259–309; *Kaiser*, Authentizität (2007); *Puliatti*, SDHI 74 (2008) 105–107. Schon im J. 235 hatte Kaiser Severus Alexander (C. 1.26.2) beschlossen, dass solche Erlasse – falls sie allgemein (*generales*) waren und nicht gegen *leges* und *constitutiones* verstießen – beachtet werden mussten.

meistens der Publikation der kaiserlichen Erlasse[126] und der Ausführung der darin vorgesehenen Maßnahmen, konnten aber auch eine regulierende Funktion für verschiedene Angelegenheiten haben, die vor allem die Verwaltung betrafen.

56 Das alte *ius honorarium* bildete keine selbständige Rechtsordnung mit ergänzender Funktion mehr, vielmehr wurden dessen Normen mit der Gesamtrechtsordnung verschmolzen.

IV. Rechtsverwirklichung vom Prinzipat zur Spätantike

57 Obwohl das spätantike Recht sich nunmehr von dem prozessrechtlichen Denken entfernt hatte, das seit jeher die römische Rechtsordnung charakterisiert hatte, behielt die prozessuale Rechtsverwirklichung dennoch zentrale Bedeutung. Dies wurde schon von A. H.M. Jones erkannt, der in seinem Buch „The Later Roman Empire" (1964) ein ganzes Kapitel dem Justizwesen statt dem Recht widmete.[127] Nicht immer war aber ein Gerichtsverfahren die erste Option für die Parteien, um einem Rechtsstreit ein Ende zu setzen: Vielmehr stellten häufig außergerichtliche Einigungen, Abkommen und Abmachungen, Verhandlungen und Kompromisse, Vergleiche, aber auch Drohungen oder sogar körperliche Gewalt den üblichen Weg dar, um Ansprüche durchzusetzen.[128] Neue, konkurrierende Sondergerichtsbarkeiten erhielten kaiserliche Anerkennung. Zugleich bestanden auch außergerichtliche Möglichkeiten, um Ansprüche geltend zu machen:[129] Eine private Schiedsgerichtsbarkeit war nach wie vor vorhanden.

58 Gerichtsorganisation und Prozess waren schon im Prinzipat mit der Einführung der *cognitio extra ordinem* (oder *cognitio extraordinaria*) (→ § 15) tiefgreifend umgestaltet worden. In der Spätantike wurde das Recht (in Privatstreitigkeiten sowie in Strafverfahren) immer mehr – und am Ende fast ausschließlich – durch die Gerichte der kaiserlichen Beamten durchgesetzt, deren Aufgaben neben der Verwaltung auch die Rechtsprechung hörte.[130] Außer den beamteten Richtern gab es weitere Personen, die entweder als für den Einzelfall beauftragte Richter niedrigsten Ranges (*iudices peda-*

[126] Die *edicta* der Statthalter standen meistens vor oder nach dem Text des kaiserlichen Gesetzes, aber konnten auch diesen Text in dem eigenen Edikt übernehmen.

[127] LRE I Kap. XIV (‚Justice'). Eine interessante Diskussion über die (eher pessimistischen) Stellung *Jones* gegenüber der spätantiken Rechtsverwirklichung bei *Humfress*, in: Gwynn, A.H.M. Jones (2007).

[128] Wie von *Humfress*, Orthodoxy (2007) 29–61 gezeigt.

[129] Für die klassische Zeit, neuerdings *Ernst*, Ess. Sirks; *Lehne-Gstreinthaler*, in: Pfeifer/Grotkamp, Konfliktlösung (2017) 141–162 (mit weit. Literatur).

[130] Über den spätantiken Prozess, ausführlich: *Wieacker*, Gesellschaft (1964) 65–93; *Pieler*, s. v. Gerichtsbarkeit (D. Dominat), Sp. 391–488; siehe auch *Humfress*, Orthodoxy (2007). Verschiedenen Aspekten des Prozesses sind mehrere Forschungen von *Pergami* gewidmet: Amministrazione (2007, über die *consultatio ante sententiam* und die *suppplicatio*), außerdem viele andere Beiträge, die sich jetzt in seinen Studi (2011) und Nuovi studi (2014) gesammelt sind.

nei)[131] (→ 15 Rn. 24) oder als Schiedsrichter, deren Gerichtsbarkeit vom Kaiser anerkannt wurde, Urteile fällen konnten.

59 In den Städten wurde die Gerichtsbarkeit von städtischen Magistraten (*duumviri*) ausgeübt; darüber hinaus gab es einen *defensor civitatis*[132] (eine Art ‚Volksanwalt'), dessen Amt sich zu einer friedensrichterliche Schlichtungsstelle für Sachen mit geringerem Streitwert entwickelte.

60 Neben den vielen Amtsträgern behielt der Kaiser selbst seine eigene Gerichtsbarkeit, die er entweder in erster Instanz – nach Anrufung durch den Richter mittel einer *consultatio* (oder *relatio*) *ante sententiam* oder durch eine der streitenden Parteien mittel einer *supplicatio*[133] – oder in zweiter Instanz als Berufungsrichter ausübte. Außerdem konnte der Kaiser auch andere Richter beauftragen, seine *iurisdictio* zu üben.

1. Die Reformen der Gerichtsbarkeit

61 Eine radikale Reform des Gerichtsverfahrens, die Teil einer größeren Reform der Reichsverwaltung war, wurde 294 von Diokletian durch ein Edikt eingeführt, von dem nur einige Bruchstücke erhalten sind, die letztlich ihren Weg in den *Codex Iustinianus* fanden[134]. Durch dieses Edikt bekam die Struktur des spätantiken Gerichtsverfahrens ihre definitive Gestalt. Unter den Neuerungen befinden sich die Einschränkung der Möglichkeit für den Provinzialrichter, einem *iudex pedaneus* die *cognitio* für geringere Fälle zu übertragen[135] und eine neue Regelung der Frist für die Vorlage von Beweismitteln (*dilatio instrumentorum gratia*) und die Einlegung der Berufung. Neu gestaltet wurden auch das Vollstreckungs- und das Berufungsverfahren, in dem den Parteien die Möglichkeit gegeben wurde, neue Stellungnahmen und Beweismittel vorzulegen bzw. einzubringen.

62 Auch Kaiser Constantin erließ mehrere Konstitutionen über das Gerichtsverfahren,[136] erweiterte die Berufungsmöglichkeiten[137] und erlaubte den Parteien, sich direkt an den Statthalter (*rector provinciae*) zu wenden.

---

[131] *Pieler*, s. v. Gerichtsbarkeit (D. Dominat), Sp. 395 f.; zuletzt *Liva*, Iudex (2012).

[132] Erst von Valentinian I. eingeführt (Cod. Theod. 1.29.1, a.364 [368]): so *Mannino*, Defensor civitatis (1984); dagegen *Frakes*, Defensor civitatis (2001) 20–22.

[133] Dazu *Pergami*, Amministrazione (2007). Die kaiserliche Entscheidung erfolgte in der Form eines Reskripts.

[134] Diocl./Max. C. 3.3.2; C. 3.11.1; C. 7.53.8; C. 7.62.6. Es handelt sich um das einzig bezeugte Edikt überhaupt, das diese Materie reguliert. Dazu zuletzt *Pergami*, Atti Dell'Oro 519–540 (= Studi 175–193).

[135] Dazu zuletzt *Liva*, Iudex (2012) 25–39. Diese Möglichkeit wurde 362 n.Chr. von Kaiser Julian (Cod. Theod. 1.16.8) wieder erweitert.

[136] Eine im Jahr 322 (Const. Cod. Theod. 2.4.2, über die *litis denuntiatio*), die meisten im Jahr 331 (Const. Cod. Theod. 1.5.3; Cod. Theod. 1.16.6; Cod. Theod. 11.30.16). Dazu *Dillon*, Constantine (2012) 121–136. Siehe auch *De Marini Avonzo*, StUrb. 34 (1965–66) 171–229. Außerdem hat Constantin 320–323 auch ein *edictum de accusationibus* erlassen, das sowohl im Cod. Theod. 9.5.1 (zum Teil) als auch epigraphisch bezeugt ist und das Strafprozess betrifft.

[137] Const. Cod. Theod. 11.30.16 (a.331): Weiter ausgeschlossen war aber die Berufung gegen die

63 Valentinian und Valens regelten 365 die *supplicatio* gegen die *vice sacra* gefällten Urteile (→ Rn. 64) neu;[138] Theodosius II. erweiterte 439 die *supplicandi licentia.*[139]

2. Das Kognitionsverfahren

64 In der zweiten Hälfte des 3. Jh.s hatte sich das Kognitionsverfahren (→ 15 Rn. 13–32), das zum Beginn der Kaiserzeit als außerordentliche Verfahrensart entstanden war, überall im römischen Reich neben dem alten Formularprozess durchgesetzt. Dieser war in konstantinischer Zeit offiziell noch in Gebrauch und wurde erst 342 n.Chr. durch Constantius II. und Constans zugunsten der *extraordinaria cognitio* gesetzlich abgeschafft.[140] Nach dem neuen System war der Amtsträger auch Richter für die Streitigkeiten, die innerhalb seines Verwaltungsbereichs entstanden waren. Er hatte also ausführende und richterliche Gewalt zugleich, ihm oblag als Einzelrichter die gesamte erkennende Tätigkeit (*cognitio*) und die Urteilsfällung. Eine Berufungsmöglichkeit an höhere Beamte, die an Kaisers statt (*vice sacra*) judizierten, oder an den Kaiser selbst stand den Parteien offen (→ 15 Rn. 33–35).

65 Der Zivilprozess wurde vereinheitlicht und fand gänzlich vor einem einzigen Richter statt, der auch das Urteil fällte. In den Provinzen war Richter meistens der Statthalter: Viele Reskripte erwähnen Streitfälle, die vor dem *praeses* (oder *rector*) *provinciae* (auch einfach *iudex* oder *cognitor* genannt) entweder behandelt werden sollten oder schon behandelt worden waren. Die Richter, von denen nicht unbedingt Rechtskenntnisse erwartet wurden, wurden von einem rechtskundigen Beisitzer (*adsessor*)[141], seltener von einem *consilium*, unterstützt.

66 Hauptmerkmale der *cognitio extra ordinem* waren die amtliche Ladung und Mitteilung der *litis denuntiatio* (der privaten ‚Streitansage' des Klägers) an den Beklagten; der Ausschluss der Öffentlichkeit während des Prozesses; der weite Ermessensspielraum, der dem Richter eingeräumt wurde; die Möglichkeit eines Versäumnisverfahrens; die Bestimmtheit der Verurteilung, die auch Sachleistungen vorsehen konnte; die Anfechtbarkeit des Gerichtsurteils,[142] mit Ausnahme der Urteile, die von unmittelbaren Vertretern des Kaisers (wie z. B. den Prätorianerpräfekten) gefällt worden waren. Gegen solche Urteile war lediglich eine *supplicatio* möglich (→ Rn. 63). Der Kaiser fungierte als letzte Berufungsinstanz; er überprüfte beanstandete Urteile und entschied durch

---

Urteile, die von Prätorianerpräfekten (welche die Gerichtsbarkeit *vice sacra* ausübten) gefällt worden waren.

[138] Valentin. I/Valens C. 1.19.5.

[139] Novell. Theod. 13.

[140] Constant. II/Constans C. 2.57.1. Zuletz hat *Bassanelli Sommariva* die Bedeutung dieser Maßnahme in Frage gestellt und vorgeschlagen, dass dabei die Abschaffung aller Formalitäten (und nicht nur der Prozessformeln) gemeint war.

[141] In der Regel ein Jurist oder ein ehemaliger Anwalt.

[142] Dazu *Pergami*, Appello (2000).

decreta. Falls er aber noch während des Prozesses vom Richter selbst konsultiert worden war, konnte der Kaiser entscheiden, das Urteil selbst zu fällen.

67 Die Justiz und die Vollzugsorgane ließen sich oft von Militärangehörigen unterstützen, wie auch papyrologische Befunde für Ägypten bezeugen.[143] Manche Papyri zeigen, dass Offiziere sogar in der Rechtsprechung unter Zivilisten (und nicht nur unter Soldaten) auf der lokalen Ebene tätig waren.[144] In manchen Regionen des Kaiserreiches spielten Militärkommandanten (*praepositi*) als unmittelbare Adressaten von Bittschriften und Anzeigen eine wichtige Rolle bei der Rechtsverwirklichung in Zivilsachen.[145] Sie konnten auch als vom Statthalter delegierte Richter (*iudices dati* oder *iudices pedanei*) tätig sein[146] und *adsessores* haben. Ob sie nur den Prozess leiteten hatten oder auch das Urteil fällen durften, ist aber nicht klar: Für eine Befugnis zur Urteilsfällung scheinen drei Papyri zu sprechen.[147] Diese könnten aber wohl einfach eine Rechtspraxis widerspiegeln, die erst später auch offiziell anerkannt wurde. Eine Konstitution Theodosius II. aus dem Jahre 413[148] gestattete, auch eine Zivilklage gegen einen Soldaten vor dem *magister militum* zu erheben. Wenige Jahrzehnte später beklagte sich aber Kaiser Marcian über Missbräuche seitens Zivilisten bzw. Soldaten, die vor dem eigentlich nicht zuständigen Gericht (Militär- bzw. Zivilgericht) eine Klage erhoben hatten.[149]

68 Wir besitzen nur wenige Informationen darüber wie das spätantike Justizwesen im Konkreten wirklich funktionierte. Vor allem papyrologische und epigraphische Befunde unterrichten über die Praxis in bestimmten Provinzen.[150] Der Zugang zur Justiz hing von der Aufbringung der hohen Kosten und von gesellschaftlichen Beziehungen ab. Wer sich einen guten Anwalt[151] leisten konnte, kam meistens unbeschadet aus einem

[143] Etwa bei der Entgegennahme von Klagen und Petitionen, oder bei der Beweisaufnahme, dazu *Palme*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016); *Palme*, in: Rupprecht, Symposion (2003) 375–408.

[144] *Humfress*, Orthodoxy (2007) 38–41.

[145] Meistens ging es um Eigentumsdelikte (Diebstahl, Einbrüche, usw.) und Körperverletzungen, aber auch um Erbschaften: *Palme*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 461 Fn. 10, 464–480; *Pieler*, s. v. Gerichtsbarkeit (D. Dominat), Sp. 454–456.

[146] *Palme*, in Kolb, Herrschaftsstrukturen I 316–318 (für das 2. Jh.).

[147] Dabei handelt es sich um Prozessprotokolle, die die Funktion höherer Militärkommandanten als Richter auch in Zivilsachen dokumentieren, obwohl hier die Soldaten nicht die Angeklagten, sondern die Kläger sind: *Palme*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 464–467.

[148] Hon./Theod. II C. 3.13.6.

[149] Novell. Marcian. 1.5 (a.450): *Nonnulli namque suis allegationibus diffidentes, vexare suos adversarios tantummodo cupientes, non iure cum his, sed arte pugnabant et … ad aliena eos iudicia pertrahebant ita ut hinc saepius eveniret, ut et miles in civili et privatus in militari, sed sibi incongruo, peregrinaretur iudicio.* Siehe auch *Humfress*, Orthodoxy (2007) 40.

[150] Eine „systematische Auswertung" der für Ägypten noch vorhandenen Protokolle der spätantiken Statthaltergerichte bei *Haensch*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 299–312 (eine Liste dieser Protokolle: 313–324).

[151] Zu den Aufgaben der Anwälte und der *iuris periti* vor Gericht: *Dillon*, Constantine (2012) 123 f.; *Humfress*, Orthodoxy (2007) 62–132 (anhand papyrologischer und kirchenväterlicher Zeugnisse).

Prozess heraus. Ein lebhaftes Bild der alltäglichen Ausübung der Gerichtsbarkeit und ihrer Akteure bieten die so genannten Hermeneumata von Sponheim[152], die ein Gerichtsverfahren – allerdings in einer Strafsache – in einer Stadt des (West-?) Reichs skizzenhaft schildern. Um einen Rechtsstreit zu gewinnen oder den Angeklagten zum Schweigen zu bringen wurden nicht selten auch ‚magische' Mittel, wie Fluchtafeln (*tabulae defixionum*) oder magische Zeichen auf einer Papyrusrolle eingesetzt.[153]

3. Die Sondergerichtsbarkeiten. Schiedsgerichtsbarkeit. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

69 Neben der ‚ordentlichen' Gerichtsbarkeit gab es mehrere Sondergerichtsbarkeiten, die einerseits *ratione materiae* (z. B. für Fiskal- oder Finanzsachen), andererseits aber je nach dem Stand der Parteien (*condicio personarum*), d. h. nach ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Schicht der Gesellschaft oder einem Verwaltungszweig, einer beruflichen Gruppe oder dem Heer, zuständig waren.[154]

70 Auch aufgrund der religiösen Identität der Parteien bzw. der Angehörigkeit zum Klerus oder des religiösen Charakters der Streitsache wurde eine Sondergerichtsbarkeit vorgesehen.[155] So durften Kleriker oder überhaupt Christen – wohl auch andere, wenn der Konsens beider Parteien bestand[156] – ihre Privatrechtsstreitigkeiten dem Bischofsgericht (*episcopalis audientia*)[157] anvertrauen, seit Konstantin den Bischöfen eine eigene Gerichtsbarkeit offiziell zuerkannt hatte.[158] Dort fand neben dem ‚kanonischen' Recht (*lex christiana*), auch das römische Recht Anwendung. Die bischöflichen Urteile sollten von den Richtern anerkannt und ausgeführt werden; gegen sie durfte keine Berufung eingelegt werden.

71 Auch den jüdischen Patriarchen und den lokalen jüdischen Gerichten war eine Sondergerichtsbarkeit (als Schiedsgerichtsbarkeit) zuerkannt, die nicht nur unter den Juden (für die Regelung ihrer internen religiösen Streitigkeiten), sondern auch unter Nichtjuden – auch hier sofern die Streitparteien einverstanden waren – bestand. Eine solche Gerichtsbarkeit, für die die Anwendung des jüdischen Rechts vorgesehen war, ist

---

[152] Insbesondere Herm. von Sponheim 73–77: Diese Quelle ist von *Dionisotti*, JRS 72 (1982) 83–125 herausgegeben worden.

[153] *Humfress*, in: Rousseau, Companion (2009) 387–390.

[154] *Pieler*, s. v. Gerichtsbarkeit (D. Dominat), Sp. 447–462.

[155] *Pieler*, s. v. Gerichtsbarkeit (D. Dominat), Sp. 465–488.

[156] Es ist umstritten, da die Quellen dazu nicht einig sind, ob dafür der Konsens beider nötig war, oder aber eine einseitige Entscheidung genügte.

[157] Die Bezeichnung ‚*episcopalis audientia*' findet man erst im *Codex Iustinianus*, während Konstantin von ‚*episcopale iudicium*' spricht. Dazu *Waldstein*, FS Kaser (1976); *Cimma*, Episcopalis audientia (1989); *Crifò*, in: Christol et al., Institutions, société (1992) 397–410; *Vismara*, Giurisdizione civile (1995); zuletzt *Pergami*, Atti Biscardi; *Banfi*, Giurisdizione ecclesiastica (2005); *Humfress*, s. v. Court (Ecclesiastical); *Sirks*, Droit et cultures 65 (2013) 79–88. Siehe auch *Dillon*, Constantine (2012) 146–155.

[158] Const. Cod. Theod. 1.27.1 (a.318/321, die den Konsens beider Parteien vorsah); Sirm. 1 (a.333). Siehe auch Arcad./Hon. C. 1.4.7 (a.398).

durch mehrere spätantike Konstitutionen bezeugt.[159] Das Urteil (eigentlich ein Schiedsspruch) musste aber vom Statthalter vollstreckt werden.

72 Auch beim ordentlichen Verfahren wurde die religiöse Zugehörigkeit beachtet: Beispielsweise durften Juden nicht an jüdischen Feiertagen vorgeladen werden.[160] Auch die Zugehörigkeit zu bestimmten unerlaubten Glaubensrichtungen (Häresien) oder die Apostasie beeinflussten generell die Teilnahmemöglichkeit am Prozess insoweit, als sie den Verlust des Rechtsschutzes und damit auch der Parteifähigkeit mit sich bringen konnten. Ein unmittelbares Verbot, vor Gericht stehen zu dürfen, ist aber weder für Häretiker noch für Apostaten bezeugt: Nur ihre Zeugnisfähigkeit und die Befugnis für anderen Personen vor Gericht aufzutreten (*postulatio pro aliis*) wurden in manchen Fällen – oft in Zusammenhang mit der Verhängung der *infamia* – eingeschränkt oder gar vollständig entzogen[161].

73 In der Spätantike griff man immer öfter auf die Schiedsgerichtsbarkeit zurück[162], vor allem wenn es um Interessen der Großgrundbesitzer ging[163] oder aufgrund der hohen Kosten der Justiz[164]. Was die freiwillige Gerichtsbarkeit angeht, ist sie vor allem im familienrechtlichen Bereich bezeugt. In der Stadt Rom war z. B. der *praefectus urbi*, zusammen mit dem *praetor tutelaris* (oder, je nach Stand des Mündels, mit dem *vicarius* oder dem *praefectus vigilum*) und den Senatoren für die Wahl und Ernennung der Vormünder und für die Kontrolle von deren Geschäftsführung für das Mündel, außerdem für Emanzipationen und Freilassungen, zuständig.[165]

4. Die *recitatio* der Rechtsquellen und das ‚Zitiergesetz' (426 n.Chr.)

74 Vor Gericht war es die Aufgabe der Parteien, dem Richter die Rechtsquellen vorzulegen, die auf die Streitigkeit Anwendung finden sollten. Das galt sowohl für die kaiserlichen Gesetze als auch für die Rechtsliteratur, die ihrerseits auch mittelbare Auskunft über den Inhalt von *leges* (*publicae*), Konstitutionen und Senatsbeschlüssen geben konnte.

75 Die Rechtsquellen wurden von den jeweiligen Anwälten vor dem Richter vorgelesen oder ‚rezitiert' (*recitatae*). Wann diese Rezitationspraxis begonnen hat, kann nicht

[159] Theod. I/Arcad./Hon. Cod. Theod. 16.8.8 (a.392); Cod. Theod. 16.8.9 (a.393); Arcad./Hon. Cod. Theod. 16.8.13 (a.397); Cod. Theod. 2.1.10 (a.398).

[160] Arcad./Hon. Cod. Theod. 2.8.26 (a.409/412).

[161] Valentin. II/Theod. I/Arcad. Cod Theod. 16.7.4 (a.391).

[162] Wegen der dort günstigen Quellenlage sind wir darüber insbesondere für Ägypten unterrichtet: Eine Übersicht bei *Urbanik*, Symposium 2005 377–400; siehe auch *Kreuzsaler*, in: Gastgeber, Byzantinische Rechtspraxis (2010); zuletzt *Wojtczak*, Arbitration (2016).

[163] Ein Papyrus aus Ägypten (P. Mich. inv. 6922, 6. Jh.), der einen außergerichtlichen Vergleich unter Verwandten über ein Weingut in der Nähe des Dorfes Aphrodito enthält, stellt ein gutes Beispiel dar. Das Dokument wurde von *Gagos/van Minnen*, Settling a Dispute (1994) ediert und kommentiert.

[164] Dazu *Haensch*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 307–309.

[165] Valentin. II/Theod. I/Arcad. Cod Theod. 3.17.3 pr. (a.389).

genau festgestellt werden. Nach neueren Untersuchungen muss sie sich schon vor Konstantin etabliert haben.[166] In den Kanzleien der Statthalter wurden demnach außer Konstitutionen auch Juristenschriften offiziell aufbewahrt: Die *Pauli Sententiae*, die auch praktisch vor Gericht genutzt wurden, sind möglicherweise ein Beispiel dafür.

76 Im Jahr 426 n.Chr. wurde vom jungen Kaiser Valentinian III. ein Gesetz erlassen, das – wegen der oft zweifelhaften Authentizität der vor Gericht angeführten Texte – Ordnung sowohl in die Rechtsquellen als auch in deren Anwendbarkeit vor Gericht bringen sollte. Das Gesetz, dessen Text später von theodosianischen und justinianischen Kompilatoren zerstückelt und in Bruchstücken unter den passenden Titeln der jeweiligen *Codices* eingeordnet wurde, befasst sich mit den Hauptquellen der Spätantike: Kaiserkonstitutionen (*leges*) und Juristenschriften (*iura*). Es enthält einfache, fast mechanische Regeln einerseits um eine *lex generalis* von einer *lex specialis* zu unterscheiden und die jeweilige Anwendbarkeit zu definieren,[167] andererseits um die Werke der Juristen zu bestimmen, die zur Entscheidung eines Rechtsstreits durch die Parteien vor dem Richter zitiert werden durften (daher auch die Bezeichnung dieses Konstitutionsteils in der Literatur als ‚Zitiergesetz').[168]

77 Was die *iura* angeht, waren ausschließlich die Werke der spätklassischen Juristen Papinian, Paulus, Ulpian, Modestin und außerdem des Gaius – dessen Autorität der der anderen gleichgestellt wurde – maßgebend, wobei die Meinungen anderer (früherer) Juristen auch in Betracht gezogen werden durften, aber nur dann, wenn sie ihrerseits von einem der fünf oben genannten Juristen zitiert worden waren (außerdem musste ein Manuskript des Werkes zum Vergleich zur Verfügung gestellt worden sein).[169] Die Meinung, die die Mehrheit für sich hatte, war für den Richter bindend; falls aber eine Mehrheit nicht erreicht werden konnte, hatte die Meinung Papinians Vorrang. Erst wenn auch dieses Kriterium nicht helfen konnte, durfte der Richter den Rechtsstreit frei entscheiden, d. h. unter den zitierten Meinungen frei wählen.

78 Als eher für praktische Ziele – vorwiegend für die Gerichtspraxis – gedacht[170] als für ‚wissenschaftliche' Zwecke[171] ist auch der *Codex Theodosianus* zu betrachten, durch den Kaiser Theodosius II. – eine andere Haltung gegenüber den Rechtsquellen als die seines westlichen Kollegen zeigend – selbst eine Auswahl der zitierbaren Konstitutionen getroffen hatte. Obwohl von ihm auch geplant,[172] ist die Auswahl für die Juristenschriften gescheitert und erst mit Justinians Digesten realisiert worden.

---

[166] Wohl schon gegen Mitte des 3. Jhs. (eine Spur befindet sich möglicherweise in den *libri excusationum* Modestins), oder spätestens unter Diokletian: so *Marotta*, Scr. Franciosi III 1643–1669 (mit weit. Literatur).

[167] Theod. II/Valentin. III C. 1.14.2,3 (a.426); C. 1.19.7 (a.426); C. 1.22.5 (a.426).

[168] Theod. II/Valentin. III Cod. Theod. 1.4.3 (a.426).

[169] Diese Maßnahme war gedacht um fehlerhaften Zitaten vorzubeugen.

[170] So schon *Nörr*, SZ 80 (1963) 140.

[171] So wird oft in der Literatur der Satz Theodosius II. *diligentioribus … quorum scholasticae intentioni tribuitur nosse etiam illa, quae mandata silentio in desuetudinem abierunt* (Theod. II/Valentin. III Cod Theod. 1.1.5, a. 429) interpretiert.

[172] Theod. II/Valentin. III Cod. Theod. 1.1.5 (a.429).

§ 5 Justinianische Zeit[1]

Peter Pieler †

Pieler, Byzantinische Rechtsliteratur, in: Hunger (Hgg.), Die hochsprachliche profane Literatur der Byzantiner, Bd. 2 (Byzantinisches Handbuch, Teil 5, Bd. 2), 1978, 341480; *Pieler*, Die Rechtsliteratur, in: Engels/Hofmann (Hgg.), Neues Handbuch der Literaturwissenschaft, Bd. 4: Spätantike, 1997, 565599; Kaiser, Justinian and the Corpus Iuris Civilis, in: Johnston (Hgg.), The Cambridge Companion to Roman Law, 2015, 119148; *De Jong*, Using the Basilica, SZ 133 (2016) 286321; Troianos, Die Quellen des byzantinischen Rechts, 2017.

Inhalt Rn.

I. Justinians Aufstieg zur Kaiserherrschaft 1
II. Justinian als Gesetzgeber 3
1. Der Codex 4
2. Die Digesten 14
3. Die Institutionen 20
4. Die Novellen 23
III. Juristische Literatur im justinianischen Zeitalter 24
1. Die Unterrichtsliteratur 24
2. Literatur außerhalb des Antezessoren-Unterrichts 32

I. Justinians Aufstieg zur Kaiserherrschaft

Justinians Aufstieg wurde durch seinen Onkel Justin ermöglicht. Dieser erlangte im Jahre 518 die Herrschaft, nachdem sein Vorgänger Anastasios es verabsäumt hatte, aus seinen nahen Angehörigen eine zur Nachfolge geeignete Person – etwa durch Ernennung zum Mitkaiser – zu bestimmen. Da die durch Verwandtschaft gleichsam zur Nachfolge destinierten Personen keine entsprechenden Vorbereitungshandlungen gesetzt hatten, kam Justin durch geschicktes Taktieren[2] in der Situation der „freien" Kaiserkür an die Macht. Justinian war als Sohn der jüngeren Schwester Justins (namens **1**

[1] Nach dem Tod *Peter E. Pielers* (14. 12.1941–1.10.2018) war *Hylkje de Jong* (Vrije Universiteit Amsterdam) so freundlich, die Fußnoten des noch von Pieler erstellten Manuskripts durchzusehen.

[2] Vgl. *Leppin*, Justinian (2011) 43–73. Zu den Quellen vgl. *Noethlichs*, RAC 19 (2001) 269–273.

Vigilantia) dessen Neffe. Dem Kaiser verwandtschaftlich gleich nahe standen die drei Söhne seines Bruders. Da Justin keine eigenen Kinder hatte, ist anzunehmen, dass diese Neffen im Heeres- und Hofdienst nach Konstantinopel gekommen waren.

2 Unter all diesen im Verhältnis zu Justin gleich nahestehenden Personen sieht die neuere Literatur[3] keinen Grund für die Bevorzugung Justinians. Wenn Prokopius[4] behauptet, Justinian sei der *spiritus rector* der Regierung Justins gewesen,[5] so sei dies mehr ein Rückschluss aus der tatsächlichen Nachfolge Justinians und entbehre der historischen Glaubwürdigkeit. Trotz der berechtigten Reserve gegenüber Prokopios sprechen einige Indizien aber sehr wohl für das Übergewicht Justinians in der Nachfolgefrage.[6] Zwar mag die Vorstellung, dass Justin seinen Neffen adoptiert hat, nicht mit Sicherheit belegbar sein,[7] insgesamt aber sind die Position Justinians in den Verhandlungen mit Papst Hormisdas, die zur Bereinigung des akakianischen Schismas geführt hatten, die Bekleidung des Konsulats schon 521, die Anbahnung eines freundschaftlichen Verhältnisses zwischen Hilderich und Byzanz[8] und die Durchsetzung seiner Heirat mit Theodora[9] ausreichend, um seine bereits frühe Präponderanz gegenüber allen anderen möglichen Nachfolgern zu zeigen. Nachdem Justin seinen Neffen 525 zum Caesar und am 1. April 527 zum Mitkaiser erhoben hatte, konnte dieser nach dem Tod des Onkels am 1. August desselben Jahres unangefochten die Nachfolge antreten.

II. Justinian als Gesetzgeber

3 Entsprechend dem Anliegen gegenwärtigen Handbuches bilden die juristischen Maßnahmen Justinians den Schwerpunkt des folgenden Beitrags. Die Beschäftigung des Kaisers mit der Kodifikation des Rechts begann schon früh nach seinem Regierungsantritt; vielleicht hatte die Planungsarbeit schon davor eingesetzt.[10]

---

[3] Neben den in Fn. 2 genannten s. noch *Croke*, ByzZ 100 (2007) 20–21.

[4] Procop. Arc. 6,19. – Prokop schildert Justin als Dummkopf, ja sogar als Analphabeten; es ist daher folgerichtig, dass Justinian schon in jungen Jahren das Reich verwaltet hat (so Prokop). Aber Justinian war beim Regierungsantritt Justins etwa 36 Jahre alt, also kein νέος mehr.

[5] So *Vasiliev*, Justin (1950) 102–103, sowie *Rubin*, Zeitalter (1960). Vgl. auch *Meier*, Zeitalter (2004) 88.

[6] Anders *Leppin*, Justinian (2011) 43–73.

[7] So zuletzt *Noethlichs*, RAC 19 (2001) 675.

[8] Nach *Procop*, Vand. 3,9,5–7.

[9] *Meier*, Zeitalter (2004) 190–191.

[10] In der Const. Haec sind die Personen, die das Vorhaben verwirklichen sollen, ebenso festgelegt wie der zu beschreitende Arbeitsweg. Das setzt Vorarbeiten voraus; auch die rasche Durchführung des Projekts innerhalb von 14 Monaten lässt an vorhergehende Planung denken. Vgl. *Wenger*, Qu. 569–571.

1. Der Codex

Am 13. 2. 528 erließ Justinian die Const. Haec, die einer zehnköpfigen Kommission den Auftrag gab, die Konstitutionen der Kaiser in einem einzigen Kodex[11] zu sammeln, die in den beiden zunächst Privatarbeiten darstellenden *C*odices Gregorianus und Hermogenianus enthalten waren, zu welchen im Jahre 429 der Codex Theodosianus hinzugetreten war. Die danach erlassenen Konstitutionen lagen bloß in der aus den Archiven vorhandenen Originalgestalt vor. Wollte ein Entscheidungsorgan das für ein Verfahren relevante Kaiserrecht finden, musste es in den drei Kodizes Einsicht nehmen und in der beinahe unübersehbaren Menge der seit 100 Jahren erlassenen Konstitutionen suchen,[12] um die geltenden, anwendbaren Normen zu ermitteln.[13] Schon in der Vorrede der Const. Haec gibt Justinian an, dass dieser unbefriedigende Zustand von vielen Kaisern als verbesserungswürdig erkannt worden sei, aber keiner vor ihm habe sich an das Werk gewagt. Er beschreibt als Ziel, ein Gesetzbuch zu erarbeiten, das alle brauchbaren *constitutiones* enthalten solle, die nach Sachtiteln geordnet und innerhalb dieser chronologisch verzeichnet werden sollten. Das Vorhaben betreffe auch die von ihm selbst erlassenen Gesetze. Das Resultat wäre ein einziger widerspruchsfreier, in kurzer und klarer Sprache verfasster, Wiederholungen vermeidender Kodex, der den Namen des Kaisers tragen soll. **4**

Die Ausführung des Vorhabens wurde einer Kommission anvertraut, der sechs hochrangige Vertreter der Zentralbürokratie, an sechster Stelle der später *in iuridicis* die erste Geige spielende Tribonian, sowie als Vertreter der Rechtslehrer Theophilos und schließlich zwei im Gerichtssprengel des *praefectus praetorio Orientis* wirkende *togati* (Anwälte) angehörten.[14] Die Ausrichtung des für die Kodifikationsarbeit bestimmten Personenkreises spricht für dessen Schwerpunkt in der hohen Beamtenschaft,[15] zu deren Aufgabenkreis auch richterliche Funktionen gehörten. **5**

Wichtig scheint es mir jedoch festzuhalten, dass weder vor, noch während der Arbeiten an der Codexerstellung, ja nicht einmal nach der Publikation des Codex Iustinianus durch die Const. Summa vom 7. April 529 ein weitergehender Kodifikationsplan bestand.[16] Obwohl Leopold Wenger[17] eine systematische Kodifikationsplanung **6**

[11] Vgl. allgemein dazu *Troianos*, Quellen (2017) 72–75.

[12] Bei der Suche nach der anzuwendenden *constitutio* mögen die in den *commentarii* bewahrten, kurzen Auszüge der Konstitutionentexte hilfreich gewesen sein. Dass diese Auszüge jedoch das Modell für die Herstellung der *codices* des Kaiserrechts gewesen wären, wie *Seston* gedacht hat, ist von *Van der Wal*, BIDR 83 (1980) 1–27, überzeugend widerlegt worden.

[13] *Sirks*, RHD 78 (2010) 395–430, weist auf die Möglichkeit hin, dass man sich bei der Arbeit an dem Codex Theodosianus einfach der Kopiebücher der kaiserlichen Kanzlei bedient hat. Dies könnte auch hier der Fall gewesen sein.

[14] Zu den Namen s. const. Haec c.1; zu den Personen s. *Martindale*, PLRE III A u. B (1992).

[15] Vgl. auch *Nörr*, SZ 80 (1963) 109–114 u. 120–129 zum sozialen Standort der „Rechtskodifikatoren".

[16] Vgl. *Pringsheim*, Ges. Abh. II 41–47.

[17] *Wenger*, Qu. 574–575.

annahm, gibt es dafür keine Quellen; in der heutigen historischen Forschung ist überhaupt die Annahme eines zwischen 527 und 533 verfolgten Restaurationsgedankens, der die Erneuerung des römischen Rechts, die Rückeroberung des ehemaligen weströmischen Reiches und der Sieg über Persien zum bewussten Streben Justinians erklärte, als Phantom enthüllt worden.[18] Erst der Sieg über die Vandalen 534 hat die Restaurationsidee geboren und sie in der Folgezeit als Programm formulieren lassen. Die Rechtskodifikation war damals aber schon vollendet.[19] So entspringen die justizpolitischen Maßnahmen und die militärischen Unternehmungen Justinians keinem einheitlichen Plan.

7 Die Erstellung des Codex Iustinianus allein war schon ein Unternehmen, das durchaus einem praktischen Bedürfnis entsprach. Möglicherweise motivierte den Kaiser die Schwierigkeit des Unternehmens, an dem gemäß dem Prooimion der Const. Haec Vorgänger des Kaisers gescheitert waren. Das Wagnis entsprach wohl dem von Justinian in der ersten Dekade seiner Herrschaft propagierten Gefühl des neuerlichen Beginns einer glücklichen Epoche des römischen Staates[20] (*nostra felicia tempora*, Const. Tanta § 6b), dessen Lenker sich von Gott erwählt zur Herrschaft ἐκ θεοῦ berufen, zu allen, selbst aussichtslosen Beginnen[21] im Stande sieht.

8 Die Beschreibung der Aufgaben, welche die zur Herstellung des Codex berufene Kommission zu befolgen hat,[22] zeigt, dass die Arbeit mit Bedacht aufgenommen wurde: So sollten die Prooimien der alten Gesetze gestrichen werden, waren Wiederholungen und Widersprüche sowie Veraltetes zu streichen.[23] Die alten Quellen sollten unter den passenden Titeln in zeitlicher Reihenfolge ihres Erlasses eingeordnet werden. Was in sachlichem Konnex stand, sollte in eine Konstitution gefasst werden und wenn in einer Novelle verschiedene Materien normiert worden waren, sollten sie an die sachlich passende Stelle gesetzt werden. Damit verbunden war die Befugnis der Kommission, Zusätze und Verkürzungen an den alten Texten sowie Änderungen am Wortlaut anzubringen mit der Zielsetzung, das Verständnis der Texte zu erleichtern. Schließlich wurde auch klargestellt, dass *constitutiones*, die *ad personam* oder an eine Gemeinschaft ergangen waren, nunmehr durch ihre Aufnahme in den neuen Codex allgemeine Geltung erhalten sollten. Alle diese Rechtstexte sollten nur mehr in der Form gelten, wie sie nunmehr in dem neuen Codex stehen würden.

9 Am 7. April 529 wurde der Entwurf des fertigen Codex Iustinianus vom Kaiser mit der Const. Summa, an den *praefectus praetorio* Menes gerichtet, bestätigt und seine Promulgation angeordnet, wobei die Grundgedanken der Inauguralkonstitution wie-

[18] Vgl. *Meier*, Zeitalter (2004) 165–180.
[19] Siehe *Meier*, Zeitalter (2004) 170–171.
[20] Vgl. ausführlich *Meier*, Zeitalter (2004) 101–182.
[21] *Meier*, Zeitalter (2004) 110.
[22] Const. *Haec*, § 2.
[23] Siehe als Beispiel für die Praxis solcher *similes* und *contrariae* die Summaria Antiqua, vermutlich um 535 entstanden: *Sirks*, Summaria (1996).

derholt und festgelegt wurde, dass der Codex ab dem 16. 4. für alle Zeit gelten solle.[24] Ausdrücklich bestimmte § 3, dass bloß die im Codex enthaltenen Normen vor Gericht zu zitieren wären. Wer dagegen handle, mache sich des Verbrechens des Betruges schuldig. Der Kaiser spricht nun aber noch einige Probleme an: Was soll geschehen, wenn ältere Schriften[25] noch Rechtstexte enthalten, die gestrichen (oder verändert) worden sind. Diese dürften nicht mehr angeführt werden; es soll nur noch das gelten, was dem Codex am wenigsten widerspricht. Pragmatische Konstitutionen, die Privilegien enthalten, sollten weiter gelten; wenn sie andere Angelegenheiten betreffen, sollten sie nur weitergelten, wenn sie mit dem Codex nicht in Widerspruch stünden.[26]

Der Codex, dessen Promulgation Const. Summa angeordnet hatte, ist uns nicht **10**
erhalten geblieben. Wir besitzen lediglich seine Inaugurations- und die Promulgationskonstitution. Ein Papyrusfund (P.Oxy. XV 1814) überliefert die Titelrubriken zu Buch 1.11–16 mit den *inscriptiones* der zugehörigen Konstitutionen. Da diese mit dem Bestand des im Corpus iuris edierten Codex nicht übereinstimmen, muss die Quelle den Bestand des Codex vetus überliefern. Danach lässt sich vermuten, dass das Kirchenrecht, das im überlieferten Codex den Großteil des 1. Buches ausmacht, im Codex von 529 (= Codex vetus) wohl wie im Cod. Theod. im letzten Buch enthalten war. Der Cod. vetus enthält 1.17 noch das Zitiergesetz. Daraus lässt sich erschließen, dass POxy XV 1814 vor 533 geschrieben worden sein muss und sich auf ein weiteres Gesetz Justinians und Menes' bezieht. Beide sind im Codex zweiter Auflage nicht enthalten, wohl weil sie durch die Fertigstellung der Digesten hinfällig geworden waren. Auch C. 1.14.12 (a. 529) ist im Titelverzeichnis nicht enthalten, nicht weil der Papyrus vor 529 geschrieben wurde (so Hunt, POxy), sondern weil sie vermutlich nicht in den Codex aufgenommen war: Nach dem Datum ist sie Ende Oktober 529 erlassen worden, während der erste Codex im April promulgiert worden war.

Wiewohl der Codex für „alle künftigen Zeiten" in Geltung bleiben sollte, machte der **11**
einsetzende Fortschritt der Kodifikation, welcher nun auch das Juristenrecht erfasst hatte, den Erlass vieler neuer Einzelgesetze nötig. Auch die im Verlauf der legistischen Arbeiten steigende Erfahrung der Bearbeiter dürfte eine Überarbeitung ihres ersten Produkts erstrebenswert erscheinen haben lassen. Am 16. November 534 hat Justinian per 29. Dezember desselben Jahres den Codex *repetitae praelectionis*, also die 2. Auflage des Codex verlautbart.[27] Da die erste Auflage praktisch nicht erhalten ist, sind die Überlegungen zu den Änderungen weitgehend hypothetisch. Wann die Kodifikation des Juristenrechts in das Blickfeld der Bearbeiter gelangte, ist unsicher.

Am ehesten lässt sich in Anschluss an einige Erkenntnisse Schindlers[28] die Trennung **12**
der Konstitutionenmassen der *quinquaginta decisiones* und der *constitutiones ad com-*

[24] Const. Summa, § 3 (am Beginn).

[25] *Nulli concedimus ex libris veteris iuris interpretatorum aliter eas habentes recitare*; = const. Summa § 3 (am Ende).

[26] Const. Summa § 4.

[27] Siehe auch *Kaiser*, in: Johnston, Roman Law (2015) 134–136.

[28] *Schindler*, Justinians Haltung (1966).

modum propositi operis erkennen.[29] Die *quinquaginta decisiones* lassen noch die Beibehaltung des Juristenrechts vermuten, das durch Entscheidung von Kontroversen neben dem Zitiergesetz stabilisiert wird. Die zweite Konstitutionenmasse nennt hingegen das beabsichtigte Werk und erfolgte wohl parallel zum Kodifikationsvorgang.

13 Freilich ist diese Strategie nicht wirklich erfolgversprechend, weil die *constitutiones* nicht selbstständig erhalten sind, sondern nur mit mehr oder minderer Wahrscheinlichkeit aus dem überlieferten Codex zweiter Auflage erschlossen werden können.

2. Die Digesten

14 Der Plan zur Erstellung der Digesten ist positiv in der Inauguralionsconstitutio (c. Deo auctore) vom 15.12.530 an den Tag getreten. Der Kaiser gibt in der wohl mit Sicherheit von Tribonian formulierten *constitutio* die Absicht bekannt, aus allen aufzufindenden Juristenschriften die noch brauchbaren Stellen auszuwählen und daraus ein in 50 Bücher gegliedertes widerspruchsfreies Kompendium anzufertigen.

15 Nicht mehr die Rechtsadressaten sollten aus den umlaufenden Juristenschriften und unter Zuhilfenahme der Kontroversenregelungen das für sie Brauchbare aussuchen dürfen, sondern die Bürokratie wollte dies ein für alle Mal selbst erledigen. Aus all den beschaffbaren alten Juristenschriften sollte eine Kommission die brauchbaren Stellen auswählen und daraus ein in 50 Bücher gegliedertes widerspruchsfreies einheitliches Werk anfertigen. Dieses Florilegium des *ius* sollte in Anlehnung an literarische Vorbilder *digesta* oder – weil es alles Recht in sich enthielt (πανδέχεσθαι) – *pandektai* heißen. Dass der Plan schon vor Erlassung der Inauguralionskonstitution Gestalt angenommen hatte, kann aus einer Konstitutionengruppe erschlossen werden, welche Justinian als *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* formulieren hatte lassen. Die Arbeit an den Digesten hatte wiederum eine Kommission zu leisten, deren Mitgliedern ebenfalls umfassende Befugnisse bezüglich der Textherstellung eingeräumt worden waren.[30] Welche Bücher für die Kompilation in der Tat verwendet worden sind, darüber gibt im Wesentlichen ein den Digesten vorangestelltes Werkverzeichnis, der *Index Florentinus*, Auskunft. Nach den Aussagen der Promulgationskonstitution der Digesten bearbeitete die Kommission ca. 2000 *libri*, d. h. Papyrusrollen, an klassischer Rechtsliteratur. Wie diese ungeheure Arbeit bewältigt wurde, darüber gibt der Kaiser selbst keine Auskunft. Nach einer genialen Theorie von Friedrich Bluhme[31] wird die Erledigung des in der Tat großen Arbeitspensums dadurch erklärt, dass die Kommission in drei Unterausschüssen arbeitete, von denen jeder eine bestimmte Gruppe von klassischen Juristentexten auf ihre Brauchbarkeit durchgesehen hat. Nach den Literaturgattungen nannte sie Bluhme die Ediktsmasse, welche die *libri ad edictum* vereinigte, die

[29] *Willems*, Quinquaginta decisiones (2017).

[30] Siehe auch *Kaiser*, in: Johnston, Roman Law (2015) 127–133; allgemein *Troianos*, Quellen (2017) 76–85.

[31] *Bluhme*, ZgR 4 (1820) 265–281.

Sabinusmasse, welche die *libri ad Sabinum* sammelte, und die Papinianmasse, welche die Problemliteratur vertrat. Die Schriften jeder dieser Massen sind dann in aufsteigender Folge der *libri* gelesen und exzerpiert worden. Die Koordinierung der exzerpierten Fragmente sei in Plenarsitzungen der Gesamtkommission erfolgt.[32]

Die ausgewählten Fragmente sind unter den einzelnen Sachtiteln, beginnend mit den Exzerpten der umfangreichsten Masse, angeordnet. Dem klassizistischen Denken der Spätantike entsprechend ist jedes ausgewählte Fragment hinsichtlich seines Herkunftsortes ausgewiesen. Dennoch entstand auf diese Art kein bloßes Flickwerk, sondern eine wohlgeordnete, Grundsätzliches an den Anfang stellende Blütenlese der klassischen Rechtsliteratur. Als Beispiel möge D 9.2 *ad legem Aquiliam* dienen. Das Fragment 1 gibt anhand eines Ulpiantextes (*Ulpianus libro octavodecimo ad edictum*) die generelle Einführung: „Die *lex Aquilia* setzte Teilbereiche aller früheren Gesetze außer Kraft, die von widerrechtlichem Schaden sprachen: sowohl Teile der XII–Tafeln als auch anderer Gesetze. Diese Gesetze brauchen nun nicht angeführt werden. Die *lex Aquilia* ist ein Plebiszit, da sie der Volkstribun Aquilius bei der *plebs* beantragt hat." Das nächste Fragment, *Gaius libro septimo ad edictum provinciale*, setzt mit dem Inhaltsreferat fort: „In der *lex Aquilia* wird im 1. Kapitel verfügt: Wer einen fremden Sklaven oder eine fremde Sklavin oder ein vierfüßiges Herdentier widerrechtlich tötet, der soll verpflichtet sein, dem Eigentümer den Höchstwert der Sache in diesem Jahr in Geld zu ersetzen." Die folgenden Fragmente erläutern dann die Lemmata des Gesetzes. **16**

Neben der Frage der Herstellung der Digesten beschäftigte die Wissenschaft seit jeher das Problem, inwieweit die originalen Juristentexte von den Kompilatoren verändert worden sind. Justinian hatte die Kommission angewiesen, Textveränderungen, soweit es notwendig sei, im Sinne der Aktualisierung der Texte und der bloßen Kürzung vorzunehmen. Der Vergleich des Digestentextes mit den ursprünglichen Schriften wurde bei Promulgation der Digesten überdies verboten. Während in der ersten Hälfte des 20. Jh.s die Meinung vorherrschte, dass die Kompilationskommission die originalen Juristenschriften gelegentlich bis zur Unkenntlichkeit verändert habe, nimmt man heute an, dass die Digesten grundsätzlich das klassische Gedankengut ohne tiefgreifende Veränderung tradieren. Zu dieser Erkenntnis hat die Entdeckung beigetragen, dass die in den Digesten als unklassisch vermuteten Ausdrücke durchaus dem zeitgemäßen Sprachgebrauch der jeweiligen klassischen Juristen entsprochen haben dürften. Die Eingriffe Justinians beschränkten sich nach herrschender Lehre[33] vor allem auf Textkürzungen, das Streichen von Kontroversen, auf die Beseitigung allzu großer Subtilitäten des alten Rechts und schließlich auf die Ersetzung abgestorbener Institutionen durch lebendige Rechtseinrichtungen.[34] So wurde beispielsweise dort, wo die klassi- **17**

[32] Zur Arbeit der Kompilatoren vgl. *Honoré/Rodger*, SZ 87 (1970) 246–314; *Wieacker*, SZ 89 (1972) 293–523; *Honoré*, Tribonian (1978) 139–186; *Osler*, SZ 102 (1985) 129–184.

[33] Statt aller: *Kaser*, Methodologie (1972) 80–94; *Kaser*, Ausgew. Schr. I 122–152.

[34] Dabei sei auch an die Praxis wie in den Provinzen üblich zu denken, siehe *Vacca*, BIDR 35/36 (1993/1994) 147–186.

schen Juristen von Eigentumserwerb durch *mancipatio* oder *in iure cessio* sprachen, anstelle dieser Ausdrücke die seit dem 3. Jh. geläufige *traditio* gesetzt.

18 Trotz der Tendenz zur Tilgung der Klassikerkontroversen ermöglichen die Digesten dennoch durch historische Berichte den Blick auf das kontroversielle Recht der Klassiker. Somit darf Justinian zu Recht als der Hüter des Schatzes klassischen römischen Rechts gelten. Schließlich verdanken wir seinen Digesten nahezu allein die Kenntnis der römischen Juristenschriften. Müssten wir auf sie verzichten, wüssten wir nur das, was uns Gaius und die über westliche Quellen erhaltenen, wenig umfangreichen Fragmente vermitteln.

19 Drei Jahre nach der Inaugurierung der Digesten war das Werk fertiggestellt und wurde durch die Konstitutionen Tanta bzw. Δέδωκεν am 16.12.533 promulgiert.[35] Gleichzeitig erließ Justinian eine Unterrichtsordnung, welche ein fünfjähriges Rechtsstudium vorsah.

3. Die Institutionen[36]

20 Bevor noch die Digestenarbeit zum Abschluss gekommen war, hatte der Kaiser zwei Professoren mit der Neuordnung der Anfängerlektüre betraut. Das neue, mit Gesetzeskraft zu versehende Lehrbuch sollte die alten Gaiusinstitutionen ersetzen. Etwa einen Monat vor Fertigstellung der Digesten wurden die Institutionen Justinians promulgiert. Der Vergleich der Gaiusinstitutionen mit dem justinianischen Einführungswerk zeigt, dass in der Tat, so wie die Promulgationskonstitution es hervorhebt, die Gaiusinstitutionen das Leitwerk für die Kompilationsarbeit der Professoren dargestellt haben. Verwendung gefunden haben aber auch die *aurea* des Gaius und eine Reihe alter Institutionenwerke, wie etwa jene Marcians, Florentins, Ulpians und des Paulus. Selbstverständlich zitieren die Institutionen auch Konstitutionen, insbesondere solche Justinians.

21 Für die Stilisierung der Institutionen ist besonders signifikant, dass der Kaiser in ihnen gleichsam selbst als Gesetzeslehrer zur *legum cupida inventus* („zu der nach dem Recht begierigen Jugend“) spricht. Dies hat die ein wenig schulmeisterlich anmutende Folge, dass überall dort, wo Gaius einen Rechtsfall gebildet hat, in welchem er sich selbst als handelnde Person in der Ichform einführte, nunmehr der bereinigte Text von einer Person mit einem fiktiven Namen spricht, um den Eindruck zu verhindern, der Kaiser unterstünde dem Recht. Denn für Justinian wie für alle Kaiser des Dominats gilt der Satz *princeps legibus solutus est.*[37]

---

[35] *Wallinga*, Tanta/ΔΕΔΩΚΕΝ (1989).

[36] Die folgenden Abschnitte beruhen auf *Pieler*, in: Engels/Hofmann, Neues Handbuch der Literaturwissenschaft IV (1997) 584–587; zu den Institutionen vgl. Wenger, Qu. 600–611; *Pieler*, in: Hunger, Literatur der Byzantiner II (1978) 417–419. Siehe nun auch *Kaiser*, in: Johnston, Roman Law (2015) 133; *Troianos*, Quellen (2017) 85–88 mwN.

[37] *Simon*, GS Kunkel 449–492.

Die Kodifikationsarbeit Justinians hatte zur Folge, dass die klassischen Juristenschriften, welche der Professorenfleiß der frühen byzantinischen Rechtsschule gesammelt hatte, ebenso wie die vorjustinianischen *codices* des Kaiserrechts aus der östlichen Tradition ausgeschieden sind. Sie gelangten daher auf den byzantinischen Überlieferungswegen nicht zu uns. Umgekehrt aber bleibt die justinianische Kodifikation in dem Augenblick, als der Westen für Byzanz verlorengegangen war, auf Jahrhunderte hin in diesen Ländern verschüttet. Das römische Recht wirkte in der Romania des Westens lediglich über die Bruchstücke römischen Rechts, welche in die Germanengesetzgebung eingefügt worden sind. Erst im Hochmittelalter trat das justinianische Recht seinen Siegeszug in der europäischen Rechtswissenschaft an. 22

4. Die Novellen

Die auf Sichtung des überkommenen Rechts gerichtete Kodifikationsarbeit Justinians war primär nicht auf Rechtsreform gerichtet. Rechtsänderung in größerem Umfang bezweckte eigentlich erst die Rechtssetzung Justinians nach dem Ende der Kodifikation im Wege der Kaisergesetzgebung seiner Novellen.[38] Soweit nicht in diesem Bereich auch der Aspekt der Rechtsvereinheitlichung und Adaption die Intention des Gesetzgebers gebildet hat, wie etwa bei der Vereinheitlichung des Erbrechts, brachten die *Novellen* vornehmlich im öffentlichen Recht, in der Gerichtsorganisation, in den religiösen Angelegenheiten und in der Verwaltungsorganisation tiefgreifende Änderungen. Obwohl Justinian es beabsichtigte, ist es zu einer Kodifikation der Novellengesetzgebung nicht mehr gekommen. Die überlieferten Sammlungen besitzen alle privaten Charakter. 23

III. Juristische Literatur im justinianischen Zeitalter

1. Die Unterrichtsliteratur

Zur Einverleibung der justinianischen Kompilation in die byzantinische Tradition bedurfte es über die kaiserliche Aktivität hinaus noch eines weiteren Vorganges. Die Sprache des Codex, der Digesten und der Institutionen war bis auf wenige Ausnahmen das Latein der jeweiligen Quellen gewesen. Die Bevölkerung des Reiches sprach jedoch mit Ausnahme der westlichen Reichsteile Africa und Italien vorwiegend Griechisch. Die Vermittlung der Rechtstexte in die Umgangssprache der byzantinischen Welt besorgte der Rechtsunterricht oder die mit diesem Unterricht in Zusammenhang stehende Übersetzungsliteratur. Dieser Rechtsunterricht erfolgte nach Anordnung der 24

[38] *Wenger*, Qu. (1953) 652–679; *Pieler*, in: in: Hunger, Literatur der Byzantiner II (1978) 409–411; *Lanata*, Legislazione (1984). Siehe auch *Kaiser*, in: Johnston, Roman Law (2015) 137–141; *Troianos*, Quellen (2017) 88–94.

c. Omnem nach einem fünf Jahre umfassenden Studienprogramm. Im ersten Jahrgang wurden Institutionen und der erste Teil (τὰ Πρῶτα) der Digesten gelehrt. Im zweiten und dritten Jahrgang standen zwei weitere Abschnitte der Digesten und deren Bücher über *dos* (Mitgift), *tutela* (Vormundschaft) sowie Testament und Vermächtnis im Mittelpunkt des Unterrichts. Die zwei letzten Jahre verbrachte der Student damit, noch zwei *partes* der Digesten und den Codex zu studieren. Ob das Novellenrecht später zur Einführung eines sechsten Studienjahrganges geführt hat, ist ungewiss.

25 Wie erfolgte nun dieser Unterricht?[39] Zunächst wurde den Studenten in einem ersten Kurs eine einleitende Übersetzung der zu lehrenden Normenmasse geboten. Diese sinngemäße Übersetzung der Unterrichtstexte wird mit einem Fremdwort als *Index* bezeichnet. Der griechische Ausdruck hierfür lautet ὁ ἴνδιξ. Diese Vorlesung zielt zunächst auf ein sprachliches Verständnis des Lehrstoffes ab. Der Übersetzung werden gelegentlich Erläuterungen vorangestellt, welche προθεωρίαι heißen. In den Codexkursen gelangte auch eine hypothetische Fallkonstruktion zum Vortrag, der θεματισμός.

26 Auf dem durch diese Hilfe vermittelten Textverständnis baut der zweite Kurs, die παραγραφαί-Vorlesung, auf. In ihr steht der juristische Sachkommentar im Vordergrund. Der Professor geht vom Originaltext der *leges* aus und diktiert dazu seine Erläuterungen. Sie dienen der Einübung der Regelung, machen auf ihre Schwierigkeiten aufmerksam, grenzen sie von ähnlichen Regelungen ab oder verweisen auf Parallelen.

27 Die Professoren der Ära Justinians – sie heißen die Antezessoren – haben einen Studienlehrgang jeweils vom Anfang bis zum Ende begleitet. Daher hat jeder der Antezessoren alle Unterrichtsteile im Laufe der Zeit behandelt. Der literarische Niederschlag des Rechtsunterrichts muss daher ziemlich umfangreich gewesen sein. Dennoch ist uns nur ein Werk in nahezu vollständiger Form erhalten. Es ist nach der Institutionenvorlesung des Antezessor Theophilos[40] gearbeitet und stellt dessen Index- und Paragraphaivorlesung zu den *Institutiones* in einem einheitlichen Werk zusammen. Herkömmlicherweise wird es als die Institutionenparaphrase des Theophilos bezeichnet.[41] Daneben besitzen wir noch Fragmente anderer Antezessoren. Sie sind aus dem Institutionenunterricht vornehmlich in Form von Scholien zur Theophilosparaphrase erhalten. Der schlechte Überlieferungsstand bezüglich der Institutionenliteratur ist gewiss darauf zurückzuführen, dass die Theophilosparaphrase alle anderen Arbeiten verdrängt hat, ja sogar das lateinische Original. Diesem Umstand ist ihre geschlossene literarische Überlieferung zu verdanken.

28 Von der Digestenliteratur besitzen wir nur Fragmente, die zumeist im Zusammenhang mit den Scholien zu einer byzantinischen Rechtsquelle, den Basiliken[42], überlie-

[39] Zu Einzelheiten vgl. *Scheltema*, Enseignement (1970) 17–60 und im Überblick *Pieler*, in: Hunger, Literatur der Byzantiner II (1978) 405–407 sowie *Van der Wal/Lokin*, Delineatio (1985) 38–46. Siehe auch *Stolte*, in: Johnston, Roman Law (2015) 358–362.

[40] *Lokin/van Bochove*, in: Lokin/Stolte, Introduzione (2011) 122–126.

[41] Lokin/Meijering/Stolte/van der Wal, Theoph. Ant. Par. Inst.

[42] Vgl. den Beitrag *von Aerts*, in: Engels/Hofmann, Neues Handbuch der Literaturwissenschaft IV (1997) 648. Siehe auch *de Jong*, SZ 133 (2016) 286–321.

fert sind. Der Umfang der überlieferten Scholien ist jedoch so groß und auch über mehrere *antecessores* gestreut, so dass wir vom Digestenunterricht in der justinianischen Rechtsschule einen halbwegs guten und vielfältigen Eindruck erhalten.[43] Der Antezessor Stephanos paraphrasierte den lateinischen Text sehr ausführlich und bemühte sich auch, durch umfangreiche προθεωρίαι den juristischen Kontext der zu behandelnden Stelle darzulegen. In seiner Paragraphaivorlesung brachte er häufig resümierende Fragen und Antworten (ἐρωταποκρίσεις). Die Ausführlichkeit des Stephanos darf als sein persönliches Merkmal gelten,[44] sie ist aber bei einem gebildeten Byzantiner nicht auffällig. Gerade dieser breit angelegte „Wälzer" begründete seinen Ruhm in der byzantinischen Rechtsliteratur, so dass sein *Index* auch als τὸ πλάτος bezeichnet wird und für die Byzantiner die bedeutendste Indexvorlesung zu den Digesten dargestellt hat.

Der schon durch seine Institutionenparaphrase bekannte Theophilos schrieb auch **29**
zu den Digesten, wobei sein Stilmerkmal darin besteht, dass er dem lateinischen Text auffallend treu gefolgt ist. Größere Fragmente besitzen wir noch von Dorotheos[45] und Isidoros; von weiteren Antezessoren, Anastasios, Cobidas, Thalelaios, Anatolios, Theodoros und Kyrillos, sind nur wenige Reste der Digestenvorlesungen erhalten.[46]

Die berühmteste Codexvorlesung[47] hat der Antezessor Thalelaios gehalten. Auch **30**
hier zeigt sich die Erscheinung, dass aus Index- und Paragraphaivorlesung im Zuge der Überlieferung eine kombinierte literarische Einheit gebildet worden ist. Als Spezifikum des Codexunterrichts tritt aber noch etwas hinzu: Neben der etwas freieren, stilistisch gut formulierten Übersetzung des Index bestand nämlich die Codexarbeit der Professoren auch in der Erstellung einer Übersetzung des lateinischen Originals, welche den lateinischen Text Wort für Wort ins Griechische übertrug. Sie hatte den Namen κατὰ πόδας („schrittweise"). Die Reste dieser Interlinearversion sind ebenfalls in den Codexkommentar des Thalelaios eingearbeitet worden. Andere Codexkommentare schrieben die Antezessoren Isidoros, Anatolios und Stephanos.

Von griechischen Novellenkommentaren der Antezessoren besitzen wir nur wenige **31**
Reste. Vermutlich war bei den in griechischer Sprache oder zumindest auf Griechisch erlassenen Novellen Justinians die sprachliche Schwierigkeit nicht so groß wie bei den lateinischen Teilen der Kodifikation. Interessanterweise aber besitzen wir umfangreiche Reste des Novellenunterrichts in lateinischer Sprache. Offenbar wurden auf diese Art und Weise die griechischen Novellen den lateinischsprachigen Studenten in Italien

[43] Ein Beispiel für die Meinungsvielfalt bietet *de Jong*, Mandatum (2020).
[44] Für Stephanos siehe *de Jong*, Stephanus (2008).
[45] Für Dorotheos siehe *Brandsma*, Dorotheus (1996).
[46] *Lokin/van Bochove*, in: Lokin/Stolte, Introduzione (2011) 127–135.
[47] *Van der Wal*, Commentaires (1953) 64–79; *Scheltema*, Enseignement (1970) 32–42; *Simon*, SZ 86 (1969) 334–383; *Simon*, SZ 87 (1970) 315–394; *Simon*, RIDA 16 (1969) 283–308; *Simon*, RIDA 17 (1970) 273–311; weitere Literatur bei *Pieler*, in: Hunger, Literatur der Byzantiner II (1978) 423–425; *Goria*, Subseciva Groningana 9 (2014) 37–57.

nahegebracht. Das Verdienst, die *Epitome Novellarum Iuliani* als lateinische Indexvorlesung[48] und das seit alters her bekannte *Authenticum*[49] als lateinisches κατὰ πόδας zu den griechischen Novellen sowie die Scholien, die in der Epitomehandschrift erhalten sind, als lateinische Paragraphai erkannt zu haben, kommt H. J. Scheltema zu.[50]

2. Literatur außerhalb des Antezessoren-Unterrichts

32 Die durch Justinian angeordnete Unterrichtsmethode scheint der sparsamen Generation nach Justinian zu viel Aufwand verursacht zu haben. Seine Studienordnung dürfte 565 zusammen mit dem Kaiser zu Grabe getragen worden sein. Der Rechtsunterricht erfolgte wohl nunmehr ohne Berücksichtigung des lateinischen Textes anhand der griechischen Summen. Vielleicht ist die vorliegende Form der Theophilosparaphrase ein Zeugnis für diese Art des Unterrichts. Der Digestenunterricht erfolgte nicht mehr in jenen Teilen, welche für die justinianische Studienordnung signifikant waren, sondern anhand von durchgehenden, für die Praxis verfassten griechischen Summen. Solche hatten schon in der Antezessorenzeit Kyrillos und der ältere Anonymos verfasst. Die Summe des Anonymos ist uns erhalten, da sie für die Erstellung des Basilikentextes im Bereiche der Digestenpartien bevorzugt verwendet wurde.[51] Für den Codexunterricht entstand in nachklassischer Zeit der Kommentar des Theodoros Scholastikos aus Hermupolis. Von ihm überliefern uns die Basiliken und zwei unabhängige Exzerptensammlungen zahlreiche Stellen. Ebenfalls gut dokumentiert ist die Novellenliteratur der nachjustinianischen Zeit. Der eben genannte Theodoros Scholastikos befasste sich auch mit ihnen. Eine weitaus wichtigere Novellenepitome schrieb der Scholastikos Athanasios aus Emesa.[52] Er ordnete den Stoff nach dem System des Codex und leistete damit einen bedeutenden Beitrag zur Anwendbarkeit des Novellenrechts.[53]

33 Im späten 6. und frühen 7. Jh. – wohl nur bis zur Zeit des Kaisers Herakleios – dürften auch noch andere Werke entstanden sein, die ihrer Anlage nach praxisorientierte Literatur darstellten. Von einer Monographie „Über Legate und Schenkungen von Todes wegen" kennen wir nur den Titel. Von einer strafrechtlichen Sammlung mit dem Titel τὸ ποινάλιον erhalten wir durch den 741 entstandenen Appendix zur Ecloga der Isaurier einen gewissen Eindruck. Reste einer wissenschaftlich durchaus hochste-

[48] Siehe *Kaiser*, Epitome Iuliani (2004) 173–246.

[49] Im Mittelalter hielt man den Text für eine von Justinian selbst promulgierte, daher „authentische" lateinische Version der griechischen Novellen desselben Kaisers; vgl. noch *Wenger*, Qu. 669–671; *Scheltema*, RHD 31 (1963) 275–279.

[50] *Scheltema*, Enseignement (1970) 47–60.

[51] Die mittelbyzantinische Kodifikation der Basiliken ordnet die ins Griechische übersetzten Texte der justinianischen Kodifikation nach einem einheitlichen Schema an; vgl. *Pieler*, in: Hunger, Literatur der Byzantiner II (1978) 455–457; *Aerts*, in: Engels/Hofmann, Neues Handbuch der Literaturwissenschaft IV (1997) 648.

[52] *Scheltema*, RIDA 13 (1966) 349–352.

[53] *Simon/Troianos*, Novellensyntagma (1989) vii – xxiv.

henden Arbeit über die Widersprüche in den Digesten überliefern die Basilikenscholien. Der Autor der Arbeit wird mit dem „künstlichen" Namen Enantiophanes[54] bezeichnet. Stilvergleiche haben ergeben, dass er mit dem Verfasser des bedeutendsten Nomokanons der frühbyzantinischen Zeit, dem jüngeren Anonymos, identisch gewesen ist. Vollständig überliefert ist hingegen die Schrift über die Zeitabschnitte mit dem Titel αἱ ῥοπαὶ.[55] Ihr Kompilator hat sein Material aus den Antezessorenkommentaren geschöpft. Die Sachtitel des Werkes geben die einzelnen rechtlich erheblichen Zeitabschnitte vor. Somit beginnt das Werk mit der Sammlung von Zitaten zum „Augenblick", fährt mit der „Stunde" fort, sammelt dann Stellen, in denen die Dauer „eines Tages" eine Rolle spielt, um mit den Zitaten zum „unendlichen Zeitraum" zu schließen. Das Werk stellt jedenfalls eine praktisch verwertbare und juristisch solide gearbeitete Monographie dar, ohne freilich von allzu großer Originalität zu sein.

Der nachjustinianischen Zeit entstammt ein Werk, das den lateinischen Titel *de* **34**
actionibus[56] (→ 90 Rn. 106) trägt. Sein Autor hat verschiedene Ansprüche zusammengestellt und dazu den Schulnamen der Klagen genannt, die zu deren Durchsetzung dienen. Dazu wird elementares Wissen über Legitimation und Fundament der *actiones* vermittelt. Das Werk begegnet in Handschriften bis zur spätbyzantinischen Zeit und ist dort mit zahlreichen Zusätzen versehen worden.

[54] Der Name wird gebildet aus dem überlieferten Werktitel Περὶ ἐναντιοφανειῶν; vgl. *Pieler*, in: Hunger, Literatur der Byzantiner II (1978) 436 (mit weiterer Literatur); *Zwalve*, FS Holwerda (1985) 149–155.

[55] Vgl. nunmehr *Sitzia*, Rhopai (1984).

[56] Hierzu ebenfalls *Sitzia*, De actionibus (1973).

§ 6 Römische Rechtsschichten

Ulrike Babusiaux

Voigt, Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer. Erster Theil: Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer, 1856; *von Lübtow*, De iustitia et iure, SZ 66 (1948) 458–565; *Nörr*, Divisio und Partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie, 1972 (jetzt in: *Nörr*, Historiae Iuris Antiqui II, 2003, 705–774); *Nörr*, Rechtskritik in der römischen Antike, 1974; *Waldstein*, Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen, in: Temporini/Haase (Hgg.), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (ANRW). Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung. Teil II: Principat. Band 15: Recht (Methoden, Schulen, einzelne Juristen), 1976, 3–100; *Kaser*, Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 12. September 1978 I, 1978, 101–123 (jetzt in: *Kaser*, Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen, 1986, 9–41); *Ducos*, Philosophie, littérature et droit à Rome sous le Principat, Haase (Hg.), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (ANRW). Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung. Teil II: Principat. Band 36.7: Philosophie, Wissenschaften, Technik: Philosophie (Systematische Themen; Indirekte Überlieferungen; Allgemeines; Nachträge), 1994, 5134–5180; *Neschke-Hentschke*, Platonisme politique et théorie du droit naturel. Contributions à une archéologie de la culture politique européenne, I. Le platonisme politique dans l'antiquité, 1995; *Calboli Montefusco*, Logica, retorica e giurisprudenza nella dottrina degli status, in: Mantovani (Hg.), Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario di San Marino, 7–9 gennaio 1993, 1996, 209–228; *Manthe*, Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes I. Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles, SZ 113 (1996) 1–31; *Manthe*, Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes II. Stoische Würdigkeit und die iuris praecepta Ulpians, SZ 114 (1997) 1–26; *Sacchi*, Ius pluribus modis dicitur. Per una genealogia della nozione di diritto come giustizia, in: Limone (Hg.), La forza del diritto, il diritto della forza. 2014, 72–116; *Babusiaux*, Römische Rechtsrhetorik, in: von Schlieffen (Hg.), Handbuch der Juristischen Rhetorik (in Vorb.).

Inhalt Rn.

I. Begriff, Inhalt und Funktion der „Rechtsschichten“ 1
1. Ein moderner Begriff 1
2. Die einzelnen Rechtsschichten und ihr Verhältnis 3
3. Rechtsschichten und Rechtsanwendungsmethode 10
II. *Ius civile* 18
1. Zum Begriff des *ius civile* 18
2. Zur Entwicklung des *ius civile* 23
3. Charakteristika des *ius civile* 28
4. Rechtsquellen des *ius civile* 34
a. Volksgesetze (*leges*) und Plebiszite (*plebis scita*) 36
aa. *Leges* der Republik 37
bb. *Leges* unter Augustus 52
cc. *Leges* nach Augustus 55
b. *Senatus consulta* der hohen Prinzipatszeit 60
aa. Erbrechtliche Anordnungen des Senats 61
bb. Familienrecht 70
cc. Weitere Rechtsbereiche 72
c. *Interpretatio* und Juristenrecht 78
aa. *Mos maiorum* als Grundlage des Juristenrechts 80
bb. *Utilitas* als Argument der *interpretatio prudentium* 82
cc. *Interpretatio* und *regulae iuris* 86
dd. Nicht als Regel formulierte Rechtsprinzipien 95
d. Kaiserliche Konstitutionen als Quelle des *ius civile* 97
aa. Kaiserliche Urteile (*decreta*) und Zwischenentscheidungen (*interlocutiones*) 102
bb. Reskripte (*subscriptiones* und *epistulae*) 108
cc. Dienstanweisungen (*mandata*) 118
dd. Edikte (*edicta*) 121
III. *Ius praetorium*/*ius honorarium* 126
1. Begriff, Charakter und Herkunft des *ius praetorium/ius honorarium* 126
a. Die *iurisdictio* der Prätoren als Kernbereich des *ius praetorium* 128
b. Weitere Träger des *ius praetorium* 135
2. Das prätorische Edikt 137
a. Die *lex Cornelia de edictis* (67 v. Chr.) 140
b. Die sog. Ediktsredaktion unter Hadrian 143
3. Vorbehaltene prätorische Kompetenz 147
a. *Causae cognitio* 148
b. *Officium praetoris* 150
c. *Praetoris partes* 152
4. Inhalte des *ius praetorium* 155
5. *Ius praetorium* und *ius civile* 163
a. Abhängigkeit und Übereinstimmung zwischen beiden Rechtsschichten 165
b. Zur ergänzenden Funktion des *ius praetorium* gegenüber dem *ius civile* 167
c. Konflikte zwischen *ius civile* und *ius praetorium* 171
d. Modelle zum Verständnis des Verhältnisses beider Rechtsschichten 175
IV. *Ius gentium* und *ius naturale* 177
1. Naturrechtsdenken als Grundlage von *ius gentium* und *ius naturale* 180

a. Natürliches Recht in der Philosophie 181
b. Natur und Recht in der Rhetorik 185
c. Konzeptionen von *ius gentium* und *ius naturale* in der römischen Jurisprudenz 188
aa. Empirisches Rechtsverständnis 189
bb. Definitionsansätze 192
cc. *Naturalis aequitas* als Rechtsquelle 197
dd. *Ius naturale* und *ius gentium* als Angemessenheitsprüfung 201
2. Funktionen des *ius naturale* 204
a. Realitätsbezug: *in rerum natura esse* 205
b. *Ius naturale* als Gegensatz zum *ius civile* 209
aa. Beschreibende Entgegensetzungen 210
bb. Das *ius naturale* als Auffangordnung: *naturalis aequitas* 212
cc. Zur Korrektur des *ius civile* durch das *ius naturale* 217
c. Die Naturalobligation (*naturalis obligatio*) 219
3. Funktionen des *ius gentium* 227
a. Anwendung des römischen Rechts auf Nichtrömer 229
b. *Ius gentium* und *ius praetorium* 239
c. *Ius gentium* und *ius civile* 241
aa. *Ius gentium* als Grundlage der Lösungen des *ius civile* 244
bb. Das *ius gentium* als Auffangordnung gegenüber dem *ius civile* 248
d. *Ius gentium* und *ius naturale* 253
aa. Friktionen zwischen *ius naturale* und *ius gentium* 254
bb. Zur Konkurrenz von *ius naturale* und *ius gentium* 255
4. Die spätantike Verwendung von *ius naturale* und *ius gentium* 259
a. Vorjustinianische Naturrechtslehren 260
b. Justinians Kodifikation 265
aa. Kontinuität in Digesten, Codex und Institutionen 266
bb. Naturrechtsdenken in Justinians Novellen 270
V. Zum Fortleben der Rechtsschichten unter Diokletian und Justinian 275

I. Begriff, Inhalt und Funktion der „Rechtsschichten“

Wlassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen, 1884; *Kaser*, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, NAWG (1962) Nr. 2, 47–78 (jetzt in: *Kaser*, Ausgewählte Schriften I. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Camerino, 1976, 3–34); *Villey*, La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit 1961–1966, 1968; *Nörr*, Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie, in: Festschrift für Wilhelm Felgentraeger zum 70. Geburtstag, 1969, 353–366 (jetzt in: *Nörr*, Historiae Iuris Antiqui I, 2003, 645–658); *Herberger*, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, 1981; *Giaro*, Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment, 2007; *Nörr*, Exempla nihil per se valent. Bemerkungen zu Paul. 15 quaest. D. 46,3,98,8; 72 ad ed. D. 45,1,83,5, SZ 126 (2009) 1–54; *Mantovani*, Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi, in: Ferrary (Hg.), Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana, 2012, 707–767 (= deutsch: *Mantovani*, Legum multitudo. Die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht. Aus dem Italienischen übersetzt und heraus-

gegeben von U. Babusiaux, 2018, 11–99); *Alonso*, The status of peregrine law in Egypt. „Customary law“ and legal pluralism in the Roman empire, in: Derda/Łajtar et al. (Hgg.), Papyrology AD 2013. 27th International Congress of Papyrology. Keynote papers, 2014, 351–404.

1. Ein moderner Begriff

Der Begriff „Rechtsschichten“ geht auf die deutschsprachige Forschung der Mitte des 20. Jh.s zurück, die Genese und Aufbau des römischen Privatrechts mit dem „Wachsen eines Gartens“ (Kunkel)[1] oder der „Ablagerung geologischer Schichtungen“ (Kaser)[2] verglich. Die didaktisch motivierten Metaphern dienten vorrangig dazu, den Unterschied zur modernen Normenhierarchie[3] zu verdeutlichen.[4] Gleichsinnig verwendet die italienische Romanistik den Begriff der „esperienza giuridica romana“.[5] 1

Eine Grundlage findet diese Sichtweise in den Rechtsquellenkatalogen sowie in der Darstellung verschiedener „Rechtsbestandteile“ (*partes iuris*) in der juristischen und rhetorischen Literatur der Republik und Kaiserzeit (→ Rn. 31–33). Auch diese Darstellungen sind oft genealogisch organisiert[6] und beschreiben das römische Privatrecht als zeitlich gestaffelte Ansammlung von normativen Vorgaben unterschiedlicher Herkunft und Zielsetzung.[7] 2

[1] *Kunkel*, Neue Jahrbücher für Wissenschaft und Jugendbildung 12 (1936) 198 f.; Verbreitung gefunden hat der Begriff über sein Lehrbuch, vgl. *Kunkel*, RG[1] 48–51; hierauf verweist auch *Kaser*, RRG[1] 111–141, und alle Folgeauflagen, vgl. *Kaser*, RRG 129; ebenso *Kaser*, RP I[1] 175 f.; gleichsinnig *Grosso*, Problemi generali (1967) 47–110, der 47 f. von „pluralismo“ und von „una serie di sistemi che fanno capo ad una diversa fonte“ spricht.

[2] Zur geologischen Deutung, vgl. *Kaser*, RRQ 90 mit Fn. 12.

[3] Es gibt keinen vergleichbaren Begriff. Der singuläre Begriff *ordo legum* in Tryph. 9 disp. D. 16.3.31 pr., 1 weist auf das zwingende Recht in einer *civitas*, dazu *Nörr*, Rechtskritik (1974) 120; *Klami*, Sacerdotes iustitiae (1978) 75 f.; *Cerami*, AUPA 40 (1988) 5–35.

[4] Vgl. *Kaser*, RRG 129: „Das römische Privatrecht (…) hebt sich von unseren heutigen kontinentaleuropäischen Rechten dadurch ab, daß es nicht eine einheitliche Ordnung in einem geschlossenen System ist. (…). Dieses eigenartige Nebeneinander mehrerer ‚Rechtsschichten‘ erschwert dem heutigen Betrachter zuweilen die Übersicht, hat aber den Römern selbst offenbar keine Schwierigkeiten bereitet.“; vgl. auch *Pólay*, Differenzierung (1964).

[5] Vgl. statt aller *Guarino*, Ordinamento (1990) 13–19 mwN.; vgl. auch *Arangio-Ruiz*, Storia[5] (1947) 166f, der von einem „sistema solare“ spricht, in dem sich verschiedene rechtliche Welten in Umlaufbahnen bewegen.

[6] So vor allem der *liber singularis enchiridii* des Pomponius, vgl. dazu *Nörr*, HIA II 1051–1085; *Fögen*, Rechtsgeschichten (2002) bes. 69–79; *Mantovani*, in: Citroni, Letteratura e civitas (2012) 353–404.

[7] Die Pandektistik beschreibt dies als „organische“ Rechtsentwicklung, vgl. *Puchta*, Cursus der Institutionen I (1853) 364; *Herberger*, Dogmatik (1981) 396–410.

2. Die einzelnen Rechtsschichten und ihr Verhältnis

3 Die römischen Rechtsschichten gliedern sich in das *ius civile* („Zivilrecht"), das *ius praetorium/ius honorarium* („prätorisches Recht", „Honorarrecht", „Amtsrecht"), das *ius gentium* („Völkergemeinrecht"[8]) und das *ius naturale* („natürliches Recht").

4 Der Hauptunterschied zwischen diesen Schichten liegt in ihrer Herkunft:[9] Das *ius civile* ist das Recht der römischen Bürgerschaft (*civitas*); das *ius praetorium* entstammt dem Wirken der römischen Gerichtsmagistraten, die seit der Zeit der Republik sowohl für die Bürger (*praetor urbanus*) als auch für Nichtbürger (*praetor peregrinus*) Recht sprachen. Hingegen bezeichnen *ius gentium* und *ius naturale* ein ohne menschliches Zutun entstandenes, vorgefundenes Recht (→ Rn. 180–187).

5 Als *ius gentium* qualifizieren die römischen Juristen ein für alle Menschen geltendes Recht,[10] das gleichzeitig Motiv und Legitimation für bestimmte gesetzte Regeln bildet.[11] Das *ius naturale* ist hingegen das auf alle Lebewesen anwendbare Recht. Ihm kommt rechtsbegründende wie rechtskritische Funktion zu (→ Rn. 177–259).

6 Keine eigene Rechtsschicht bildet das Kaiserrecht; zwar hat es in der Forschung nicht an Versuchen gefehlt, ein *ius ‚extraordinem'*[12] zu kreieren; derartige Konstruktionen sind aber quellenfremd. Nach dem Zeugnis der Quellen greift die kaiserliche Rechtssetzung direkt in das bestehende *ius civile* und *ius praetorium* ein.[13]

7 Eine Ordnung der verschiedenen Rechtsschichten kann nach Anwendungsbereich in konzentrischen Kreisen erfolgen:[14] Den inneren Kreis bildet das in seiner Anwen-

---

[8] Die neue deutsche Digestenübersetzung verwendet diese „modifizierte Lehnübersetzung", um eine Verwechslung mit dem Begriff „Völkerrecht" zu vermeiden, vgl. *Knütel*, in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, Institutionen (2013) 285.

[9] So Ulpians Unterscheidung der *naturalia praecepta*, *praecepta iuris gentium* und *praecepta civilia*, vgl. Ulp. 1 inst. D. 1.1.1.2–4 und D. 1.1.6 pr.; zu Ulpians Unterscheidung, vgl. *Winkel*, SZ 105 (1988) 669–679, der die Definition des *ius naturale* als Einfluss peripatetischer Philosophie und die Definition des *ius gentium* als durch die Stoa beeinflusst ansieht.

[10] Marcian. 1 inst. D. 48.19.17.1 *Item quidam* ἀπόλιδες *sunt, hoc est sine civitate: ut sunt in opus publicum perpetuo dati et in insulam deportati, ut ea quidem, quae iuris civilis sunt, non habeant, quae vero iuris gentium sunt, habeant.* Ein Beispiel bildet die Formulierung der Stipulation, vgl. Gai. 3.93.

[11] Vgl. Ulp. 1 inst. D. 1.1.1.3 *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est.* (…); Ulp. 1 inst. D. 1.1.1.4 *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit*; Ulp. 1 inst. D. 1.1.6 pr. *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus*, dazu *Waldstein*, ANRW II.15 82–85; *van der Waerdt*, ANRW II.36.7 4892; *Waldstein*, SZ 111 (1994) 7–9; *Talamanca*, Iura 44 (1993) 290 f. Vergleichbar ist Ps. Dosith. frg. iur. 1.

[12] *Rudorff*, Römische Rechtsgeschichte I (1857) 11–13, kritisch dazu *Wlassak*, Theorie der Rechtsquellen (1884) 70–95; anders wieder *Grosso*, Problemi generali (1967) 79–82; ein Überblick zur Forschung bei *Schiller*, Roman Law (1978) 534–537.

[13] *Wlassak*, Theorie der Rechtsquellen (1884) 1–96, bes. 36 f., 52, der von einem Rechtsdualismus zwischen *ius civile* und *ius honorarium* bis in die Spätantike ausgeht.

[14] *Pólay*, Differenzierung (1964) 252–254 spricht von „ideologischer Eigenschaft"; bei Gai. 1.1

dung auf römische Bürger beschränkt *ius civile*; es wird umrandet vom *ius praetorium*, das innerhalb der Jurisdiktionsgewalt des römischen Prätors auch auf Nichtrömer Anwendung findet. Noch weitere Kreise ziehen *ius gentium* und *ius naturale*, indem sie auch Fremde außerhalb Roms und sonstige Lebewesen in ihren Anwendungsbereich einbeziehen.[15] Diese inhaltliche Weite erklärt die Offenheit der beiden letztgenannten Rechtsschichten für philosophische Spekulation und unterschiedliche Wertungen.

8 Bei Anwendung auf einen Fall oder Darlegung eines juristischen Problems können einzelne Rechtsschichten durch ihre unterschiedlichen Vorgaben in Konflikt treten.[16] Die römischen Juristen beschreiben daher verschiedene Rechtsschichten als Gegensatzpaare. Dies gilt vor allem für das *ius civile*, das in bestimmten Konstellationen im Spannungsverhältnis zum *ius praetorium* (→ Rn. 163–176), in anderen im Gegensatz zum *ius gentium* steht (→ Rn. 241–251). Auch Widersprüche zwischen *ius gentium* und *ius naturale* sind zu beobachten (→ Rn. 252–257).

9 Im Zusammenhang mit diesen Widersprüchen finden sich in der römischen Rechtsliteratur häufig allgemeine Aussagen über Wesen und Natur einer Rechtsschicht. So gilt das *ius civile* als formalistisch und starr (→ Rn. 28), das *ius praetorium* hingegen als Ausdruck der Einzelfallgerechtigkeit und Interessenwahrung (*aequitas*) (→ Rn. 29; Rn. 157; Rn. 164), während *ius gentium* und *ius naturale* Vorgaben der Rechtsanwendung formulieren, die den Anforderungen der Realität wie dem Einzelfall Rechnung tragen (→ Rn. 185–187).

3. Rechtsschichten und Rechtsanwendungsmethode

10 Die Beschreibung der römischen Rechtsordnung als Rechtsschichten steht in Zusammenhang mit bestimmten Grundannahmen zu Rechtsbegriff, Rechtsanwendung und Methodenverständnis der römischen Juristen. Namentlich bei Kaser ist der Begriff der Rechtsschichten mit der Idee einer vorrangig intuitiven Rechtsfindung durch die römischen Juristen verbunden.[17]

11 Kasers Beschreibung der römischen Juristenmethode als einem irrationalen Dezisionismus entspricht nicht länger dem Stand der Forschung;[18] am Begriff der Rechtsschichten ist dennoch festzuhalten, denn er erinnert den Verwender an die Unter-

---

und bei Ulp. 1 inst. D. 1.1.1.3, 4 und D. 1.1.6 pr., dazu *Chevreau*, in: Dubouloz et al., Imperium Romanum (2014) 313–315.

[15] Auch Römer können das *ius gentium* nutzen, vgl. auch Cic. off. 3,69; Gai. 1 inst. D. 1.1.9 *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur.* (…), dazu *Winkel*, FS Waldstein 448 f.

[16] Zum Gegensatz von Rechtsschichten in der Rechtsanwendung vgl. *Babusiaux*, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 131–167.

[17] *Kaser*, Ausgew. Schr. I 4–34; *Waldstein*, FG Herdlitczka 237–263; zuletzt *Waldstein*, GS Mayer-Maly 545–555; kritisch *Giaro*, RJ 16 (1997) 251–261; *Horak*, RJ 17 (1998) 285–302; ferner *Babusiaux*, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 131–167.

[18] Grundlegend *Horak*, Rationes (1969) 75 f., 84–287; *Bund*, Methode Julians (1965) 178–183.

schiede, die zwischen der römischen und der modernen Rechtsanwendung bestehen.[19]

12 Die Unterschiede zur Moderne beginnen beim Rechtsbegriff. Vor allem ist die Idee der „Rechtsgeltung“[20] für die Antike abzulehnen.[21] Wie Michel Villey gezeigt hat, ist Recht in der Antike ein Wertbegriff, der sich an den Verwender oder Schöpfer von Recht richtet.[22] Sowohl der Gesetzgeber als auch der Richter oder die Parteien haben den Wert „Recht“ in ihrer jeweiligen Rolle zu verwirklichen. Recht ist damit Gerechtigkeit und insofern eine Tugend.[23]

13 Mit dieser Vorstellung ist ein antiker „Gesetzespositivismus“[24] (Nörr) vereinbar, denn das für eine bestimmte Gemeinde gesetzte Recht ist für ihre Mitglieder verbindlich. In einem konkreten Anwendungsfall kann sich eine Vorschrift jedoch als unpassend oder ungerecht erweisen, weil andere Erwägungen normativer oder tatsächlicher Art entgegenstehen.[25] Die Abstimmung dieser Vorgaben mit dem gesetzten Recht ist die Aufgabe der Rechtsanwender (Prätoren, Richter, Kaiser) und der sie beratenden Juristen.[26]

---

[19] *Winkel*, Ess. Watson 414: „In the past there was often a remarkable resemblance – at least in methodology – between continental legal theory and the study of Roman legal sources.“

[20] Vgl. *Giaro*, Rechtswahrheiten (2007) bes. 205–213 zur *auctoritas*. Dem steht nicht entgegen, dass Pomponius die Entwicklung des Rechts anhand der „modi di produzione del *ius*“ (Rechtserzeugungsquellen) nachzeichnet (so *Mantovani*, in: Citroni, Letteratura e civitas [2012] 402). Die Rechtsproduktion erfolgt personenabhängig, nämlich durch den Gesetzgeber (der Stadt), die Magistrate und sodann durch die Juristen.

[21] Zur Rolle Ciceros, vgl. schon *Voigt*, Jus naturale I (1856) 226 für die Zeit vor Cicero und a. a. O. 250–266 für die Zeit danach. Wichtig etwa die teilweise Kongruenz der Definition der *iustitia* bei Ulp. 1 inst. D. 1.1.10 pr. und bei Cic. inv. 2,160; vgl. *Senn*, Justice (1927) 1–7, 19–38; zum allgemeinen Einfluss Ciceros auf die kaiserzeitliche Jurisprudenz, vgl. *Nörr*, HIA II 1220.

[22] *Villey*, Formation (1968) 6: „valeur à chercher“, der die Rechtsanwendung daher als „axiologie juridique“ bezeichnet; *Sacchi*, in: Limone, Etica (2011) 9–54, 16–27, 37–41 zum Verhältnis von *aequitas* und *ius*.

[23] Zum aristotelischen Gerechtigkeitsbegriff, vgl. *Manthe*, SZ 113 (1996) 27–29; zu *ius est ars boni et aequi*, vgl. Ulp. 1 inst. D. 1.1.1 pr.; Ulp. 1 reg. D. 1.1.10; Tryph. 9 disp. D. 16.3.31.1., dazu *Voigt*, Jus naturale I (1856) 464 f.; *Lübtow*, SZ 66 (1948) 528–532; *Manthe*, SZ 113 (1996) 1–7.

[24] Zu diesem Positivismus, vgl. vor allem *Nörr*, Rechtskritik (1974) 20–25, 38–43, 99 f., 137; *Klami*, Sacerdotes iustitiae (1978) 63–65, der als Ausprägungen des rechtspositivistischen Denkens nennt: Normenorientierung, Neigung zur Begriffsanalyse, voluntaristische Sicht der Norm.

[25] Arist. EN 1137b29–33 verwendet das Bild des bleiernen Maßes von Lesbos, um die Passgenauigkeit der Billigkeit zu beschreiben, die vom Gesetz nicht erreicht werden kann: τοῦ γὰρ ἀορίστου ἀόριστος καὶ ὁ κανών ἐστιν, ὥσπερ καὶ τῆς Λεσβίας οἰκοδομίας ὁ μολίβδινος κανών: πρὸς γὰρ τὸ σχῆμα τοῦ λίθου μετακινεῖται καὶ οὐ μένει ὁ κανών, καὶ τὸ ψήφισμα πρὸς τὰ πράγματα, dazu *Villey*, Formation (1968) 58–61; *Nörr*, Rechtskritik (1974) 33 f.; vgl. Sen. benef. 3,7,5, dazu *Ducos*, ANRW II.36.7 5152 f.

[26] Hierzu passt die Erstdefinition von *ius* als Ort der Rechtsprechung, vgl. Paul. 14 Sab. D. 1.1.11, dazu *Mantello*, BIDR 94/95 (1991/92) 351–370 mwN.; *De Angelis*, in: De Angelis, Spaces (2010) 1–25.

Die Auffassung vom Recht als Tugend erklärt, warum die Rechtsquellenkataloge in der römischen Gesetzgebung sowie in rhetorischer und juristischer Literatur nur Erkenntnisquellen[27] des Rechts aufzeigen,[28] die der Gesetzgeber, Rechtsanwender, Rhetor oder Jurist im Sinne der Tugend für einen Fall auszuwählen und in Einklang zu bringen hat. 14

Das Recht ist aus dieser Perspektive nicht feststehend, sondern eine „agonale“ Masse,[29] um deren Inhalt im Einzelfall gerungen und gestritten werden kann und muss.[30] In diesem Streit um die richtige Lösung kommen alle Argumente der Persuasion zur Anwendung.[31] Sie dienen dazu, den Gesetzgeber, Rechtsanwender oder Fachgenossen von der Richtigkeit der eigenen Meinung zu überzeugen.[32] Im fachinternen Diskurs kommt dabei der „Dogmatik“, verstanden als Schnittstelle zwischen Empirie und Theorie,[33] besondere Bedeutung zu.[34] 15

---

[27] Vgl. Rhet. Her. 2,13,19–20; Cic. inv. 2,65–68; Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.12; Gai. 1.2–7; Pap. 2 def. D. 1.1.7 pr., 1, zu allen *Nörr*, HIA II 714 Fn. 18; *Ferrary*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 84; *Alonso*, PapCongr. XXVII KP 368–370; zur Erkenntnisquelle, vgl. *Ross*, Rechtsquellen (1929) 290–315; für die Antike trifft wohl am ehesten die Qualifizierung des Rechts als „Sein“ oder „Wirklichkeit“ zu; vgl. *Giaro*, Rechtswahrheiten (2007) 197–205, 299–408.

[28] Vgl. *Villey*, Formation (1968) 27: „sources du droit“ = „sources de la connaissance du juste“; *Kaser*, RRQ 12 f. verweist auch auf den Sprachgebrauch von *fons*; vgl. v. a. Liv. 3,34,6 und Cic. de orat. 1,195; *Kaser* versteht hierunter a. a. O. 14–21 auch die Rechtserzeugungsquelle. Zum abweichenden Normativitätsverständnis der Antike, vgl. *Nörr*, HIA II 844–846.

[29] *Nörr*, HIA I 647.

[30] Hieraus ergibt sich die Bedeutung des Prozessrechts, vgl. *Nörr*, HIA III 1727–1744. Zum Paradigmenwechsel, vgl. *Mantovani*, Mél. Humbert 551–553; ferner *Alonso*, PapCongr. XXVII KP 396 mit Fn. 130 zur *iurisdictio*. Zur Behauptung, das römische Privatrecht folge aktionenrechtlichem Denken, vgl. *Babusiaux*, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 367–431.

[31] Zum Einfluss der Dialektik, vgl. *Schulz*, Hist. 62–69; *Schulz*, Gesch. 50 f.; sowie *Schulz*, Prinzipien 13–26. Zu außerjuristischen Einflüssen, vgl. *Bretone*, Tecniche (1982); Waldstein, ANRW II.15 3–100, bes. 9 f.; *Wieacker*, SZ 94 (1977) 1–42; *Stolfi*, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 251–297; zur Philosophie, vgl. *Winkel*, SZ 105 (1988) 669–679; *Winkel*, TR 65 (1997) 373–384; *Schermaier*, Materia (1992); zusammenfassend *Giltaij*, OH RLS 188–199. Zur Rhetorik, vgl. *Nörr*, HIA II 713; *Nörr*, SZ 126 (2009) 49; ferner *Schmidlin*, ANRW II.15 101–130; *Tellegen-Couperus/Tellegen*, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 31–50; *Kacprzak*, OH RLS 200–213; *Babusiaux*, in: Schlieffen, Juristische Rhetorik (in Vorb.).

[32] Vgl. *Giaro*, Rechtswahrheiten (2007) bes. 205–297. Hierzu passt auch die Überhöhung der Juristen als „Priester der Gerechtigkeit“, vgl. Ulp. 1 inst. D. 1.1.1.1, dazu *Lübtow*, SZ 66 (1948) 469 f.; *Nörr*, HIA II 851–868; *Mantello*, BIDR 94/95 (1991/92) 392–398; *Schermaier*, FS Waldstein 303–322; *Falcone*, AUPA 49 (2004) 41–147 mwN.

[33] Zum Spannungsverhältnis von *ius* und *regula*, vgl. Paul. 16 Plaut. D. 50.17.1, dazu *Stein*, Regulae iuris (1966) 67 f.; *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 7–18; *Nörr*, HIA II 785–787; *Klami*, Sacerdotes iustitiae (1978) 57–59; *Herberger*, Dogmatik (1981) 69–73; zur hermeneutischen Natur des Rechts, vgl. *Sacchi*, in: Limone, Forza (2014) 103 f. mwN.

[34] Vgl. *Horak*, Rationes (1969) 63 f.; *Herberger*, Dogmatik (1981) 107 f. Zu Cicero, vgl. *Mette*, Ius civile (1954) 50–64; *Bona*, St. 813–826; weitere Nachweise bei *Herberger*, a. a. O. 37 f.; eine umfassende Neubewertung jetzt bei *Tamburi*, Ruolo del giurista (2013).

16 Aus diesem Verständnis der römischen Rechtsfindung lässt sich die in der römischen Rechtsliteratur bezeugte Unterscheidung von *ius civile, ius praetorium, ius gentium* und *ius naturale* als Versuch beschreiben, das Rechtsmaterial nicht nur für die *inventio* zu sammeln,[35] sondern durch die regelhafte Verknüpfung auch für neue Folgerungen und weitergehende Erkenntnisse zu nutzen.[36]

17 Diese Betrachtungsweise erklärt gleichzeitig, warum die kaiserlichen Konstitutionen keine eigene Rechtsschicht bilden, denn sie sind als bloße Anwendungsentscheidungen der historisch gewachsenen Rechtsschichten stilisiert.[37] Dies gilt selbst dort, wo sie innovieren oder Bestehendes abschaffen.[38]

II. *Ius civile*

Weiß, s. v. Ius civile, RE X.1, 1918, 1206–1211; *Wenger*, Die Quellen des Römischen Rechts, 1953; *Kaser*, Lex und ius civile, in: von Caemmerer/Zweigert (Hgg.), Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, 1967, 3–21.

1. Zum Begriff des *ius civile*

18 Der Begriff *ius civile* leitet sich von *civis* bzw. *civitas* ab und bezeichnet das Recht der römischen Bürger (*ius proprium Romanorum*),[39] womit es im Gegensatz zum *ius gentium* als (römischem) Recht aller Menschen steht[40] (→ Rn. 241–251) Die Unterscheidung beruht auf der unterschiedlichen Herkunft beider Rechtsschichten: Während das *ius civile* vom Gesetzgeber gesetzt wurde, ist das *ius gentium* naturgegeben[41] (→ Rn. 181–184).

---

[35] Cic. inv. 2,65 *Nunc huius generis praecepta videamus. Utrisque aut etiam omnibus, si plures ambigent, ius ex quibus rebus constet, considerandum est.* (…). Die Rechtsquellenkataloge in Quint. inst. 12,3,6–7 betreffen die Rechtskenntnisse des Rhetors (Quint. inst. 12,3,1); zur Unterscheidung von *ars* und *cognitio*, vgl. *Tamburi*, Ruolo del giurista (2013) 110 f.

[36] Hierzu gehört die erkenntnistheoretische Dimension der *argumentatio*, vgl. *Veit*, s. v. argumentatio, HWR I 907 f.; zur Dialektik, vgl. Arist. Top. 163a36–b12; Arist. Cael. 294b6–13 mit *Föllinger*, in: Kullmann/Althoff, Vermittlung (1993) 265 f.; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 139–159.

[37] Zur „Versöhnung" der republikanischen Rechtsquellenlehre mit dem Prinzipat mittels der *lex de imperio*,, vgl. *Brunt*, JRS 67 (1977) 115 f.; zu den Instrumenten dieser Anpassung, vgl. *Coriat*, Législateur (1997) 459–573; zum *princeps* als Richter, vgl. *Tuori*, Emperor (2016).

[38] Zu dieser Tendenz, vgl. *Schiller*, Roman Law (1978) 536 f.; *Guarino*, ANRW II.13 19 f., 24 f.

[39] Ulp. 1 inst. D. 1.1.6; Gai. 1 inst. D. 1.1.9; Paul. 14 Sab. D. 1.1.11; Gai. 1.1, dazu *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 51–73.

[40] Inst. 1.2.1, 2; Inst. 1.2.10, vgl. *Kaser*, SZ 101 (1984) 74.

[41] *Mitteis*, RP 62; umstritten war in der älteren Forschung die Anwendung des *ius civile* auf die Latiner, vgl. *Wlassak*, SZ 28 (1907) 114–128; *Weiß*, Römische Rechtsquellen (1914) bes. 3–30; zum *ius latinum*, vgl. *Humbert*, Ktèma 6 (1981) 207–226.

Die Dichotomie von *ius civile* und *ius gentium* entspricht einer bereits bei Aristoteles anzutreffenden Diairesis (→ Rn. 180–187), die sich im lateinischen Sprachraum erstmals bei Cicero und für die römische Jurisprudenz seit Gaius nachweisen lässt:[42] Sie betont die jurisdiktionelle Autonomie der Bürgerschaft,[43] die in ihrem Recht vom natürlichen Recht Abweichendes bestimmen kann. **19**

Der Inhalt des *ius civile* ist das Privatrecht,[44] „also ein Rechtsstoff, der für den (möglichen) Gebrauch aller (einzelnen) Bürger bestimmt ist (…).“[45] Ein Synonym ist *ius Quiritium*,[46] das vor allem für älteres *ius civile* verwendet wird.[47] **20**

Das *ius civile* erfasst auch Erscheinungen des Prozessrechts, ist aber vom *ius praetorium* abzugrenzen,[48] wobei mit der jüngeren Forschung von einer schrittweisen Differenzierung des prätorischen Rechts von den zivilen Grundlagen auszugehen ist (→ Rn. 163–166). **21**

Die Herkunft einer Klage aus dem *ius civile* wird durch das Attribut (*actio*) *civilis* oder *legitima* angezeigt.[49] Das Adjektiv *legitimus* verweist in diesem Zusammenhang auf die Einführung der Klage *ex lege*;[50] das Kompositum *ius legitimum*[51] bezeichnet hingegen den Unterschied zwischen privater Gestaltungsmacht und dem gesetzlichen Regime.[52] **22**

---

[42] Zur Rezeption in Rom, vgl. *Mette*, Ius civile (1954) 45–49 mwN.; ferner *Klami*, Sacerdotes iustitiae (1978) 67 f.; *Alonso*, PapCongr. XXVII KP 357 f.

[43] *Alonso*, PapCongr. XXVII KP 358.

[44] *Kaser*, in: Caemmerer/Zweigert, Deutsche Landesreferate VII (1967) 9.

[45] *Kaser*, in: Caemmerer/Zweigert, Deutsche Landesreferate VII (1967) 17; *Kaser*, SZ 101 (1984) 74; die Abgrenzung findet sich bereits bei *Weiß*, s. v. Ius civile, RE X.1 1206 f.

[46] Inst. 1.2.2 (…). *sic enim et ius, quo populus Romanus utitur, ius civile Romanorum appellamus: vel ius Quiritium, quo Quirites uuntur: Romani enim a quirino Quirites appellantur.* (…); zur Verwendung in formelhaften Ausdrücken, vgl. *Mitteis*, RP 66 f. Zur umstrittenen Figur des Gottes Quirinus, vgl. *Magdelain*, MEFRA 96 (1984) 195–237. Ein Überblick bei *Kaser*, Ius (1949) 76–80.

[47] Hauptquelle für den Begriff *ius Quiritium* ist Gaius, der den Begriff vor allem für die Formalgeschäfte und das Eigentum verwendet, vgl. Gai. 1.17; Gai. 1.33–35; Gai. 1.54; Gai. 1.66; Gai. 1.119; Gai. 1.167; Gai. 2.24; Gai. 2.40, 41; Gai. 2.82; Gai. 2.88; Gai. 2.104; Gai. 2.194; Gai. 2.196; Gai. 2.222; Gai. 2.267; Gai. 3.56; Gai. 3.72, 73; Gai. 3.80; Gai. 3.166, 167; Gai. 4.16; Gai. 4.34; Gai. 4.36; Gai. 4.41; Gai. 4.45; Gai. 4.86; Gai. 4.93. Zu den Texten, vgl. *de Visscher*, Et. III 223–232.

[48] *Weiß*, s. v. Ius civile, RE X.1 1209; *Mitteis*, RP 39.

[49] Einzelheiten ansonsten bei *Kaser/Hackl*, RZ 326–331.

[50] Vgl. *Magdelain*, Actions (1954) bes. 11–18; *Kaser*, SZ 71 (1954) 432–436; *Fiori*, Ea res agatur (2003) 121–194.

[51] Hierzu vor allem *Mitteis*, RP 37 f. sowie *Paoli*, Mél. Lévy-Bruhl 215–232; der wichtigste Beleg neben Gai. 4.109 ist Ulp. 36 ed. D. 27.7.4.3 *Fideiussores a tutoribus nominati si praesentes fuerunt et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est perinde teneri, atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset.* (…). Zu beiden *Paoli*, a. a. O. 219–224.

[52] Vgl. z. B. Paul. 32 ed. D. 17.2.3.2; Ulp. 50 ed. D. 29.4.1.9; Scaev. 3 resp. D. 31.88.17; Gai. 2.119; Gai. 2.149; Gai. 3.22; Gai. 3.27, 28; Gai. 4.111. Nicht deckungsgleich mit der Differenzierung von *actio civilis* und *actio honoraria* ist die Unterscheidung zwischen *iudicium legitimum* und *iudicium imperio continens*, vgl. Gai. 4.104, 105; Gai. 3.181, dazu *Bonifacio*, St. Arangio-Ruiz II 207–231; *Balzarini*, St. Volterra III 449–479; *Kaser/Hackl*, RZ 299 mwN.

2. Zur Entwicklung des *ius civile*

23 Im *liber singularis enchiridii* skizziert Pomponius unterschiedliche Entwicklungsstufen des *ius civile*.[53] Als *ius civile Papirianum* bezeichnet der Jurist die Sammlung der Gesetze durch Sextus Papirius zur Zeit des Tarquinius Superbus; sie habe die Kuriatsgesetzgebung geordnet.[54]

24 Nach Verabschiedung der Zwölftafeln[55] und Schaffung der Legisaktionen habe die Zuständigkeit für die Auslegung und Anwendung der Klagen bei den *pontifices* gelegen.[56] Erst durch den *libertus* Gnaeus Flavius sei die Zusammenstellung der Klagen, die Appius Claudius angelegt habe, dem Volk übergeben worden.[57] Die Sammlung wird als *ius civile Flavianum* bezeichnet; dieses soll später durch die Zusammenstellung des Sextus Aelius, das *ius Aelianum*, vervollständigt worden sein.[58]

25 Den nächsten Entwicklungsschritt bildet die *interpretatio* dieser Texte durch Juristen. Wenn Pomponius diese *proprium ius civile* bezeichnet, bringt er zum Ausdruck, dass er den Begriff *ius civile* im Zweifel als Hinweis auf die *interpretatio* verstanden wissen will. Keinesfalls darf die Wortwahl so verstanden werden, als sei die *interpretatio prudentium* das ‚eigentliche' *ius civile*.[59]

26 Die *interpretatio* beginnt mit der *disputatio* zur Zwölftafelgesetzgebung und umfasst sodann jede Auslegung und Fortbildung des gesetzten Rechts.[60] Während die hierfür zuständigen Juristen bis auf Sextus Aelius und sein *ius Aelianum* (*tripertita*)[61] anonym bleiben, liegt die weitere Entwicklung in den Händen namhafter Juristen, wobei Pomponius die Entwicklung von den Gründungsvätern (*qui fundaverunt ius civile*)[62] und

---

[53] Zu Pomponius' Darstellung, vgl. *Bretone*, Tecniche (1982) 209–286; zur heutigen Sicht des Entwicklungsgangs, vgl. *Wieacker*, RRG I § 12, S. 236–340.

[54] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.2, dazu bereits *Steinwenter*, s. v. Ius Papirianum, RE X.2 1285; zum weltlichen wie sakralen Charakter des *ius Papirianum*, vgl. *Mantovani*, RIL 136 (2002) 59–70.

[55] Liv. 3,34,6, dazu *Kaser*, RRQ 12 f.; *Bretone*/Talamanca, Dir.149–153.

[56] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.6, dazu *Bauman*, Roman Republican Politics (1983) 24–66; *Cancelli*, Gneo Flavio (1996) 18–63, 87–109 mwN.

[57] Die Bewertung der pomponischen Historiographie ist schwankend; skeptisch zur pontifikalen Jurisprudenz: *Cancelli*, Gneo Flavio (1996) 63–85, 233–263. Zur literarischen und historischen Tradition, vgl. *Nörr*, HIA II 1006–1027; *Mantovani*, in: Citroni, Letteratura e civitas (2012) bes. 400–402. Zu Pomponius, vgl. auch *Stolfi*, Libri ad edictum I (2002) 291–303.

[58] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.7, dazu *Cancelli*, Gneo Flavio (1996) 212–232.

[59] Anders *Ehrlich*, Rechtsquellen (1902) 16–25, der das Juristenrecht als das eigentliche *ius civile* ansieht; so auch noch *Weiß*, s. v. Ius civile, RE X.1 1210; *Colacino*, NNDI IX (1963) 377–379; kritisch *Mantovani*, in: Ferrary, Leges publicae (2012) 719 f.

[60] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.5, 12.

[61] Zur Tripertita (*ius Aelianum*), vgl. *Weiß*, s. v. Ius civile, RE X.1 1210; *Bauman*, Roman Republican Politics (1983) 129–148.

[62] Zu der hiermit verbundenen Ideologie, vgl. *Bretone*, Tecniche (1982) 255–273.

deren Schülern[63] bis zu den Rechtsschulen des Ateius Capito und des Massurius Sabinus skizziert (→ § 7 Rn. 13–15).[64]

Zeugnis dieser Tätigkeit sind die als *libri iuris civilis*[65] oder ähnlich bezeichneten Werke.[66] Sie finden sich bis in die Kaiserzeit, in der Pomponius, Paulus und Ulpian *libri ad Sabinum* verfassen, also unter Referenz auf die früheren Juristen den Rechtsstoff des *ius civile* darstellen und weiterführen (→ § 7 Rn. 19). **27**

3. Charakteristika des *ius civile*

Das *ius civile* wird – in Fortsetzung einer platonisch-aristotelischen Tradition[67] – als Ausdruck des Gemeinsinns angesehen; es zeichnet sich durch Formalismus aus,[68] weshalb die justinianischen Quellen oftmals den Vorwurf der (unnötigen) *suptilitas*[69] oder auch der (unangemessenen) Härte (*duritia*)[70] erheben. Dieser Charakterisierung entspricht, dass das flexiblere und um den Einzelfall besorgte *ius praetorium* häufig zur Korrektur des *ius civile* eingreift (→ Rn. 171–178). **28**

Als inhaltliche Qualifizierung des *ius civile* findet sich die Sentenz *ius civile vigilantibus scriptum est*. Sie beschreibt die Situation im Wettstreit der Gläubiger angesichts einer überschuldeten Erbschaft und fordert zum eigenverantwortlichen Handeln auf.[71] **29**

---

[63] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.39 *Post hos fuerunt Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile.* (…); Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.41, 44; Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.46.

[64] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.47–53. Einzelheiten bei *Bauman*, Roman Transitional Politics (1985) 105–136.

[65] Zu den *libri iuris civilis*, vgl. *Weiß*, s. v. Ius civile, RE X.1 1210 f.; *Kaser*, SZ 101 (1984) 76.

[66] Zu Cassius' *libri iuris civilis*, vgl. Ulp. 17 Sab. D. 7.1.7.3 *Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis* (…); Ulp. 17 Sab. D. 7.1.9.5 (…) *Cassius ait libro octavo iuris civilis* (…); Ulp. 17 Sab. D. 7.1.23.1 (…) *Sabinus respondit et Cassius libro octavo iuris civilis scripsit* (…); Ulp. 17 Sab. D. 7.1.70 pr. (…) *Gaius Cassius scribit libro decimo iuris civilis*; Ulp. 8 Sab. D. 29.2.25.4 (…) *ut Gaius Cassius libro secundo iuris civilis scribit* (…); Paul. 41 ed. D. 37.6.2.5 (…) *Gaius Cassius libro septimo iuris civilis (…) putat, (…) Iulianus quoque Cassii sententiam sequitur*; Frg. Vat. 72.1 *Sabinus respondit et Cassius lib. VIII iuris civilis scripsit*, (…); zu Quintus Mucius, vgl. Ulp. 44 Sab. D. 34.2.27 pr. *Quintus Mucius libro secundo iuris civilis ita definit* (…); → § 7 Rn. 16.

[67] Zum Gesetzesbegriff Platons, vgl. *Neschke-Hentschke*, Platonisme politique I (1995) 21 f., 172 f., 177–181 im Unterschied zu Aristoteles; ferner *Lisi*, in: Knoll/Lisi, Platons Nomoi (2017) 107–124; *Zehnpfennig*, in: Knoll/Lisi, Platons Nomoi (2017) 147–166.

[68] *Mitteis*, RP 65 f.; gleichsinnig *Lauria*, Scr. Ferrini 600–602.

[69] Vgl. Paul. 1 sent. D. 3.5.46.1; Iul. 18 dig. D. 12.1.20; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.6; Marcell. 7 dig. D. 23.3.59.1; Ulp. 4 disp. D. 28.3.12 pr.; Pap. 5 resp. D. 28.3.17; Ulp. 72 ed. D. 41.2.13.4; Ulp. 48 Sab. D. 45.1.36.

[70] Vergleichbar *rigor* in Ulp. reg. 25.1.

[71] Scaev. quaest. publ. tract. sing. D. 42.8.24 (…) *sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est: ideoque non revocatur id quod percepi.* *Kaser*, SZ 101 (1984) 75 f. mit Fn. 350 sieht hierin einen untechnischen Gebrauch; für einen allgemeinen Argumentationstopos hält dies hingegen *Klinck*, Insolvenzanfechtung (2011) 5. Zu Parallelstellen, vgl. *Willems*, RIDA 60 (2013) 345 f., 367.

30 Einen methodischen Grundsatz formuliert Javolen mit der Mahnung: *omnis definitio in iure civili periculosa est.*[72] Er entspringt der Beobachtung, dass jede Definition durch ein Gegenbeispiel entkräftet werden kann und daher nur als Hilfsmittel der Rechtsanwendung verstanden werden darf.[73]

31 Die älteste Aufzählung der Bestandteile des *ius civile* stammt aus Ciceros *topica* und steht dort für das Beispiel einer *partitio*. Nach ihr besteht das *ius civile* aus *leges, senatus consulta*, Urteilen, *auctoritas* der Rechtsgelehrten, Edikten der Magistrate, *mos* und *aequitas.*[74] Ähnlich definiert Pomponius das *ius* in *civitas nostra.*[75]

32 Beide Kataloge sind genealogisch geordnet. Cicero wie Pomponius beschreiben die Rechtsentwicklung als Prozess fortlaufender Anlagerung von Rechtsschichten: Die *lex* kodifiziert die Gewohnheit (*mos*); sie selbst wird durch den Prätor zur Anwendung gebracht; im Ständekampf tritt das *plebis scitum* hinzu; mit dem Prinzipat werden Kaiser und Senat zu Gesetzgebern, die sich ebenfalls an *mos*, *lex* und *plebis scitum* orientieren.

33 Auch Gaius nennt als Bestandteile der *iura populi Romani* die *leges*, *plebis scita*, *senatus consulta*, *constitutiones principum*, *edicta*, und die *responsa prudentium.*[76] Ein ähnlicher Katalog findet sich bei dem severischen Juristen Papinian, der als Quellen des *ius civile* Gesetze, Plebiszite, Senatsbeschlüsse, Kaiserkonstitutionen und *responsa prudentium* anführt.[77]

4. Rechtsquellen des *ius civile*

34 Ausgehend von den Katalogen der römischen Juristen sind im Folgenden die verschiedenen Erkenntnisquellen des *ius civile*, das heißt *leges* und *plebis scita*, *senatus consulta*,

---

[72] Iav. 11 epist. D. 50.17.202 *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.* Die Literatur zu dieser Stelle ist unübersehbar, vgl. nur *Stein*, Regulae iuris (1966) 70–72; zur Definitionslehre, vgl. *Carcaterra*, Definizioni (1966); *Martini*, Definizioni (1966).

[73] Zur Definitionslehre der Rhetorik, vgl. nur *Seng*, s. v. definitio, HWR II 457–461 mwN.; *Harries*, Ess. Griffin 53 f. betont, dass man die Grenzen der neuen Ordnung teste.

[74] Vgl. Cic. top. 28 *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.* (…)

[75] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.12 *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratuum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.*

[76] Gai. 1.2. Die *iura populi Romani* sind dabei offensichtlich Synonym für *ius proprium civitatis*, vgl. Gai. 1.1, dazu *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 174–178.

[77] Pap. 2 def. D. 1.1.7 pr. *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.*

interpretatio prudentium und kaiserliche Konstitutionen, mit ihren zentralen Regelungsinhalten aufgeführt.

Die Durchsicht belegt, dass *leges* und Senatsbeschlüsse im Bereich des Privatrechts vor allem dazu dienen, Auswüchse oder als Missbrauch empfundenes Verhalten Einzelner zu begrenzen.[78] Zudem werden Schutzvorschriften zugunsten bestimmter Personengruppen formuliert.[79] Entsprechend häufig greift diese Gesetzgebung auf Verbotsgesetze zurück, deren Rechtsfolgen oftmals von der Jurisprudenz genauer zu bestimmen sind (*leges imperfectae* und *leges minus quam imperfectae*).[80] 35

a. Volksgesetze (*leges*) und Plebiszite (*plebis scita*)

Leges und *plebis scita* bilden den Inbegriff des gesetzten Rechts bis in die frühe Kaiserzeit. Noch Augustus nutzt das Volksgesetz für seine Reformgesetzgebung. Ein chronologischer Durchgang zeigt die Schwerpunkte der Rechtssetzung vom Beginn der Republik bis in das 1. Jh. n. Chr. 36

aa. *Leges* der Republik

Als Ausgangspunkt der Entwicklung des *ius civile* gilt den römischen Juristen die Zwölftafelgesetzgebung aus der Zeit des Ständekampfes (ca. 451–450 v. Chr) (→ § 2 Rn. 14–16).[81] Bis in die Prinzipatszeit werden insbesondere die Vorschriften zum *furtum*, zum *consortium ercto non cito*, zur *emancipatio* von Hauskindern, zur Erbberechtigung der *postumi* sowie die Regeln zu *auctoritas* (bei der *mancipatio*) und der Ersitzung (*usus*) zitiert und angewendet.[82] Im Übrigen dient das Zwölftafelgesetz als Referenz für sprachliche Zweifelsfragen und als allgemeines Legitimationsargument.[83] 37

[78] Vgl. *Bleicken*, Lex publica (1975) 143–146.

[79] *Bleicken*, Lex publica (1975) 168–177 deutet die meisten dieser Gesetze als durch Missachtung des *mos* hervorgerufen, das heißt als Juridifizierung des *mos*.

[80] Zu dieser Typologie, vgl. Ulp. reg. 1.2 *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit*, dazu *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 9–62; ferner *Tuzov*, RIDA 56 (2009) 155–192.

[81] Maßgeblich bisher *Diliberto*, XII tavole (1992). Ein Überblick über die verschiedenen Rekonstruktionen bei *Ferrary*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 503–558; *Diliberto*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 217–238; eine Studienausgabe ist *Flach*, XII tab.; zuletzt *Humbert*, XII Tables (2018); *Cursi*, XII Tabulae I – II (2018).

[82] Ein Überblick bei *A. Flach*, Fortgeltung Zwölftafelrecht (2004).

[83] Hierzu namentlich *Magdelain*, in: Behrends/Link, Gesetzesbegriff (1987) 14–29.

38 Aus der frühen republikanischen Gesetzgebung[84] ist zunächst die *lex Canuleia de conubio* (445 v. Chr.),[85] die die Eheschließung zwischen Patriziern und Plebeiern zuließ, zu nennen. Die *lex Poetelia Papiria de nexis* (326 oder 313 v. Chr.)[86] schaffte das *nexum* als Schuldknechtschaft ab.

39 Besondere Bedeutung kommt bis in die Kaiserzeit der *lex Aquilia de damno iniuria datum* (286 v. Chr.) zu (→ § 92 Rn. 1).[87] Auch eine *lex Licinia de communi dividundo* zum Miteigentum wird noch vom severischen Juristen Marcian als Grundlage der Regelung zitiert, dass derjenige, der seinen Anteil zur Vermeidung eines Rechtsstreits veräußert habe, keine Klage gegen seine Anteilseigner erheben könne.[88]

40 Häufiger Gegenstand der frühen Gesetzgebung ist die Ersitzung (→ § 44). So ordnete die *lex Atinia de usucapione* (149 v. Chr.?) die Unersitzbarkeit von *res subrepta* an,[89] während die *lex Scribonia de usucapione* die Ersitzung von Dienstbarkeiten ausschloss.[90]

41 Eine Reihe von Gesetzen diente dazu, die Stellung von Sponsionsbürgen (→ § 73 Rn. 16 f.) zu verbessern, so die *lex Publilia* (wohl Mitte des 4. Jh.s v. Chr.),[91] die *lex Apuleia* (wohl Mitte des 3. Jh.s v. Chr.),[92] die *lex Furia de sponsu* (ca. 180 v. Chr.) sowie die *lex Cicereia* (wohl 173 v. Chr.).[93] Ähnliche Stoßrichtung verfolgten die *lex Titia de sponsu* (vor 81 v. Chr.) und die *lex Publicia de sponsu.*[94] Eine *lex Crepereia de summa sponsionis* betraf die Höhe der *sponsio* vor dem Dezemviralgericht. Das *beneficium legis Corneliae* aus der *lex Cornelia de sponsu*,[95] die Bürgschaften über 20‘000 Sesterzen zugunsten eines Schuldners für ein- und denselben Gläubiger innerhalb eines Jahres verbot, fand in der Kaiserzeit auf alle Bürgschaftsarten Anwendung.[96]

---

[84] Die Aufzählung folgt *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 43–59; ein weniger vollständiger Katalog findet sich bei *Rotondi*, Leg. publ.; *Bleicken*, Lex publica (1975) 100–513; die Aufstellung von Rotondi wird durch das LEPOR schrittweise ersetzt, vgl. http://telma.irht.cnrs.fr//outils/lepor/accueil/ (25. 04. 2018).

[85] *Rotondi*, Leg. publ. 207 f.; Einzelheiten bei *Bleicken*, Lex publica (1975) 85–88.

[86] Liv. 8,28; *Rotondi*, Leg. publ. 230 f.

[87] *Rotondi*, Leg. publ. 241 f.

[88] Marcian. 14 inst. D. 4.7.12; *Kretschmar*, SZ 40 (1919) 136–166.

[89] *Rotondi*, Leg. publ. 291; zur *lex Atinia*, vgl. *Mayer-Maly*, SZ 79 (1962) 86 f., 100–104.

[90] Paul. 54 ed. D. 41.3.4.28, dazu *Rainer*, SZ 104 (1987) 631–638.

[91] Zur *lex Publilia de sponsu*, vgl. Gai. 3.127: Gewährung einer *legis actio per manus iniectionem* für den Sponsionsbürgen zum Zweck des Rückgriffs, vgl. *Wittmann*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 49 f.

[92] *Rotondi*, Leg. publ. 246; zur *lex Apuleia*, vgl. Gai. 3.122, dazu *Triantaphyllopoulos*, Aegyptus 49 (1969) 129–137.

[93] Gai. 3.123, dazu *Triantaphyllopoulos*, Lex Cicereia I – II (1957/59) mit *Wubbe*, SZ 79 (1962) 457–465; vgl. auch *Chemain*, Argent (2015) bes. 241–312 (auch zur *lex Cornelia de adpromissoribus*).

[94] Zu den (wechselnden) Bezeichnungen, vgl. auch *Baltrusch*, Regimen morum (1989) 103 f.

[95] *Rotondi*, Leg. publ. 362 f.; zum (ungeklärten) Verhältnis von *alea* und *sponsiones*, vgl. *Kuryłowicz*, SZ 102 (1985) 191 f., 194 f. zur *lex Publicia, lex Titia* und *lex Cornelia* (vgl. Marcian. 5 reg. D. 11.5.3).

[96] Gai. 3.124, dazu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 181 f. mwN.

Verschiedene Gesetze, namentlich die *lex Marcia de feneratoribus*,[97] begrenzten die Zinshöhe beim Geldverleih und sollten Schuldner vor überhöhten Schuldzinsen schützen.[98] **42**

Dem Schutz von Personen, die als Kriegsgefangene oder *rei publicae causa* abwesend waren, diente die wahrscheinlich 170 v.Chr. verabschiedete *lex Hostilia de furti alieno nomine agendo*,[99] indem sie Dritten erlaubte, bei Diebstählen aus dem Vermögen dieser Personen die *actio furti* zu erheben. Auch wurde das Testament einer in Kriegsgefangenschaft verstorbenen Person durch die *lex Cornelia de confirmandis eorum testamentis qui in hostium potestate decessissent* (81 v. Chr.)[100] als wirksam behandelt (*fictio legis Corneliae*).[101] **43**

Eine aus dem zweiten oder dritten Jh. v. Chr. stammende *lex Laetoria de adulescentibus*[102] verfolgte den Zweck, *minores* vor Übervorteilung zu schützen (→ § 30 Rn. 14 f.). **44**

Zugunsten von Unmündigen erlaubte die *lex Atilia de tutore dando*[103] dem Prätor, einen Tutor zu ernennen, wenn der *tutor legitimus* an der Amtsausübung gehindert war.[104] Die *lex Titia de tutela*[105] oder *lex Iulia et Titia* erstreckte diese Befugnis auf Provinzstatthalter.[106] Eine *lex Claudia de tutela mulierum* beseitigte die agnatische Vormundschaft über heiratsfähige Frauen.[107] **45**

Die *lex Plautia de vi* (70 v. Chr.) ordnete ein allgemeines Gewaltverbot an, das offenbar durch die Augusteischen *leges Iuliae de vi privata et publica* wiederholt und verschärft wurde.[108] **46**

Die 204 v. Chr. ergangene *lex Cincia de donis muneribus*[109] verbot Schenkungen, die einen bestimmten Betrag überschritten, generell und ordnete zum Schutz der Klienten **47**

---

[97] Gai. 4.23; *Rotondi*, Leg. publ. 326; vgl. ferner *lex Sempronia de pecunia credita*, dazu *Rotondi*, a. a. O. 271.

[98] Dem Schuldner wurde offenbar die *manus iniectio* zur Rückerstattung der zuviel gezahlten Zinsen zugewiesen, vgl. *Kaser*, SZ 100 (1983) 123.

[99] Inst. 4.10.

[100] *Rotondi*, Leg. publ. 365.

[101] Zur *lex Cornelia de captivis*, vgl. Iul. 62 dig. D. 28.6.28, dazu *Wolff*, TR 17 (1941) 136–183 (mit zu weitgehenden Interpolationsannahmen).

[102] *Rotondi*, Leg. publ. 271 f.; *Thomas*, in: Ferrary/Moreau, LEPOR, Notice 595 (= http://telma.irht.cnrs.fr//outils/lepor/notice595/ [22. 02. 2019]).

[103] *Rotondi*, Leg. publ. 275 f. „vor 186 v. Chr.“; *Nörr*, SZ 118 (2001) 2 „210 v. Chr.?“.

[104] Gai. 1.185–187 → § 31 Rn. 30.

[105] *Rotondi*, Leg. publ. 333.

[106] Gai. 1.185; Gai. 1.195; *Rotondi*, Leg. publ. 439 f. Einzelheiten zu den Vormundschaftsgesetzen bei *Nörr*, SZ 118 (2001) 7–9.

[107] Gai. 1.157, 158; Ulp. reg. 11.8.

[108] *Höbenreich*, SZ 107 (1990) 269 Fn. 61 und 270 f. mwN., die auf Gai. 2.45 und Iul. 44 dig. D. 41.3.33.2 verweist.

[109] *Rotondi*, Leg. publ. 261–263; zur *lex Cincia*, vgl. *Casavola*, Lex Cincia (1960) 1–26; zu anderen sog. „Luxusgesetzen“ vgl. *Baltrusch*, Regimen morum (1989) 63–69; zur *lex imperfecta*, vgl. *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 20–30.

das Verbot von *munera ad causam orandam*[110] an; die in der justinianischen Überlieferung weitgehend getilgte *lex Cincia*[111] wurde vermutlich durch spätere Gesetze, etwa die *lex Publicia*, deren Verhältnis zur *lex Publicia de sponsu* ungeklärt ist,[112] ergänzt und bestätigt.

48 Im Erbrecht verboten die *lex Voconia* und die wahrscheinlich nach der *lex Cincia* ergangene *lex Furia testamentaria* (204–169 v. Chr.)[113] die übermäßige Belastung des Erben mit Legaten – nach dem Bericht des Gaius mit wenig Erfolg. Erst der 40 v. Chr. ergangenen *lex Falcidia de legatis*[114] (→ § 100 Rn. 9), die dem Erben ein Viertel der Erbschaft garantierte, gelang die Stabilisierung des Testamentsrechts.[115]

49 Die nur schlecht dokumentierte *lex Voconia de mulierum hereditatibus* (169 v. Chr.) untersagte Angehörigen der ersten Zensusklasse die Einsetzung von Frauen als Erben;[116] sie wurde durch die *lex Iulia et Papia* (→ § 35 Rn. 1) teilweise zugunsten der verheirateten Frau und Mutter beschränkt.[117] Nicht näher bekannt ist der Inhalt der *lex Maenia de dote*.[118]

50 Aspekte des Legisaktionenverfahrens wurden durch die *lex Vallia de manus iniectione*, die *lex Silia de condictione certae pecuniae*, die *lex Calpurnia de condictione certae rei* (149 v. Chr.?)[119] und die *lex Aebutia iudiciaria*[120] geregelt (→ § 9 Rn. 57).

51 Eine *lex Pinaria iudiciaria* sah ein dreitägiges Intervall nach der *litis contestatio* vor, das den Parteien die Möglichkeit zur gütlichen Beilegung geben sollte, bevor die Sache durch den *iudex* entschieden wurde.[121]

bb. *Leges* unter Augustus

52 Als privatrechtlicher Gründungsakt des Prinzipats gelten die Augusteischen Ehegesetze:[122] Im Jahre 18 v. Chr. ergingen die *lex Iulia de maritandis ordinibus* sowie die *lex Iulia*

[110] Zu dieser Frage, vgl. *Dimopoulou*, Rémunération (1999) bes. 151–187.

[111] Zur Rekonstruktion der *lex Cincia*, vgl. *Senn*, Leges perfectae (1902) 17–46.

[112] Vgl. *Berger*, s. v. lex Publicia, RE Suppl. VII 410 f., dort unter 2) *lex Publicia de cereis*: Beschränkung der Geschenke von Freigelassenen an Patrone; *Baltrusch*, Regimen morum (1989) 61–63.

[113] *Rotondi*, Leg. publ. 282 f.; *Baltrusch*, Regimen morum (1989) 70–73.

[114] *Rotondi*, Leg. publ. 438; Einzelheiten zur *lex Falcidia* → § 100.

[115] *Wesel*, SZ 81 (1964) 308–316, der Gaius Missverständnisse über den Inhalt der *leges* unterstellt.

[116] *Rotondi*, Leg. publ. 283; *Baltrusch*, Regimen morum (1989) 73–77; *Hähnchen*, in: Harke, Erbrecht (2012) 36–53; ferner *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) bes. 3–38 zur Überlieferung.

[117] *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 152–155.

[118] *Rotondi*, Leg. publ. 286 f., 338. Die *lex Maenia de dote* wurde von der älteren Literatur mit der *lex Minicia de liberis* (vor 90 v. Chr.) verwechselt, vgl. *Voigt*, Lex Maenia (1866), der Gai. 1.79 in diesem Sinne emendiert.

[119] Gai. 4.19; *Rotondi*, Leg. publ. 263 f.; zur *condictio*, vgl. *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 12–37.

[120] Gai. 4.30; *Rotondi*, Leg. publ. 304 f.; Gai. 4.25, dazu *Kaser*, SZ 100 (1983) 107 f. mwN.

[121] Zum *intertium*, vgl. *Metzger*, Outline (1997) 85–88 mwN.

[122] Zum Zusammenhang von Prinzipat und Ehegesetzgebung, vgl. *Raditsa*, ANRW II.13 297–307; *Parsi-Magdelain*, RHD 42 (1964) 373–412; ferner *Bellen*, Stud. 183–211.

caducaria.[123] Ihre Regeln wurden durch die 9 n. Chr. verabschiedete *lex Papia Poppaea de maritandis ordinibus* präzisiert und verschärft. Nach diesen Gesetzen, die von den kaiserzeitlichen Juristen einheitlich als *lex Iulia et Papia* zitiert werden,[124] sind Männer zwischen 14 und 60 Jahren, Frauen zwischen 12 und 50 Jahren zur Ehe und Kindererzeugung verpflichtet; Unverheiratete oder Kinderlose werden mit *incapacitas,* durch Testament zu erben oder Legate zu empfangen, bestraft;[125] Ausnahmen gelten für nahe Familienangehörige.[126]

Im Zusammenhang mit dem Erbrecht stehen auch die 2 v. Chr. ergangene *lex Fufia* **53**
Caninia de manumissionibus[127] und die *lex Aelia Sentia de manumissionibus* von 4 n. Chr., die beide die testamentarische Freilassung von Sklaven beschränken.[128] Die *lex vicesima hereditatium* aus dem Jahre 6 n. Chr. besteuert den Erbschaftsanfall mit 5 %; nur nahe Familienangehörige sind ausgenommen.[129]

Weitere Schwerpunkte der Privatrechtsgesetzgebung des Augustus betreffen die Or- **54**
ganisation des Gerichtsverfahrens durch die *lex Iulia de iudiciis privatis* im Jahre 17 v.Chr.,[130] die Untersagung privater Gewalt in der *lex Iulia de vi privata*[131] (→ Rn. 46) und die Regelung der *cessio bonorum* in der *lex Iulia de bonis cedendis.*[132]

cc. *Leges* nach Augustus

Die für die Zeit nach Augustus überlieferten privatrechtlichen *leges* betreffen vor allem **55**
das Gewaltverhältnis von Eigentümer und Sklaven: So verschärft die wahrscheinlich 19 n. Chr. ergangene *lex Iunia Norbana de manumissionibus*[133] die Voraussetzungen für die Freilassung von Sklaven, während eine *lex Iunia Petronia de potestate dominorum in*

---

[123] Alle Fundstellen zur *lex Iulia de maritandis ordinibus* sowie umfassende bibliographische Angaben bei *Moreau*, in: Ferrary/Moreau, LEPOR, Notice 449 (= http://telma.irht.cnrs.fr//outils/lepor/notice449/ [25. 04. 2018]).

[124] Vgl. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia[4] (1996) bes. 335–340 zum Verhältnis beider *leges.*

[125] Ein Überblick zu den Verboten und Strafen zuletzt bei *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 144–156 mwN.

[126] Zu Ausnahmen, vgl. *Wallace-Hadrill*, ProcCambrPhilSoc 27 (1981) 58–80.

[127] Gai. 1.139; Gai. 1.42, 43, dazu *Sirks*, SZ 129 (2012) 549–553.

[128] Die *lex Fufia Caninia* beschränkt die Anzahl von Sklaven, die in einem Testament freigelassen werden können; die *lex Aelia Sentia* legt als Mindestalter des Freilassers 20 Jahre und für den Freigelassenen 30 Jahre fest. Zum Inhalt (und zu der umstrittenen Zwecksetzung), vgl. *Schulz*, SZ 48 (1928) 197–284; *Atkinson*, IJ 1 (1966) 356–376; *Rodríguez Alvarez*, Manumisiones (1978) 168–171; *Masi Doria*, FS Waldstein 231–260.

[129] Vgl. *Günther*, Vectigalia (2008) 40–48; zuletzt *Scotti*, Testamento (2012) 404–409.

[130] Gai. 4.30; *Rotondi*, Leg. publ. 448–450; *Thomas*, in: Ferrary/Moreau, LEPOR, Notice 477 (= http://telma.irht.cnrs.fr//outils/lepor/notice477/ [28. 04. 2018]); *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 71–106.

[131] *Rotondi*, Leg. publ. 450 f.; zur Gewaltbekämpfung, vgl. *Bleicken*, Lex publica (1975) 458–491.

[132] *Rotondi*, Leg. publ. 451 *lex Iulia de cessione bonorum*, vgl. Gai. 3.78.

[133] *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985); *Pellecchi*, in: Ferrary/Moreau, LEPOR, Notice 490 (= http://telma.irht.cnrs.fr//outils/lepor/notice490/ [30. 04. 2018]).

servos die Ausübung der Eigentümergewalt über den Sklaven dadurch einschränkte, dass Sklaven nur aufgrund richterlichen Urteils Tierhetzen ausgesetzt werden durften.[134]

56 Die (12 n. Chr. oder 24 n. Chr. ergangene) *lex Visellia de libertis* betraf die Rechtsstellung von Freigelassenen.[135] Eine *lex Vetti Libici* aus der Zeit von vor 129 n. Chr. regelte die Voraussetzung für die Freilassung von *servi publici*.[136]

57 Weitere kaiserzeitliche *leges* betreffen das Erbrecht. So regelte die *lex Iunia Vellaea* (wohl von 28 n. Chr.)[137] die Einsetzung von *postumi*, während eine *lex Glitia* (wohl 21 oder 22 n. Chr.) offenbar das Verfahren der *querela inofficiosi testamenti* im Rahmen der *cognitio extra ordinem* ausgestaltete.[138]

58 Eine *lex Ollinia* betraf die Prozesseinleitung in den Provinzen.[139] Wohl auf einem Überlieferungsfehler beruht die Annahme einer *lex Pesolania de pauperie*.[140] Es könnte sich vielmehr um eine nach dem Vorbild des Solon als *lex Solonia* bezeichnete Regelung gehandelt haben.[141]

59 Die Gesetzgebung durch Volksgesetz (*lex*) oder *plebis scitum* wird im Laufe der Kaiserzeit durch die Praxis der (vom *princeps* beantragten) Senatsbeschlüsse abgelöst. Als letztes Volksgesetz gilt die von 96 n. Chr. bezeugte *lex Cocceia de nuptiis*, die aber möglicherweise bereits als Kaiserkonstitution ergangen ist.[142]

b. *Senatus consulta* der hohen Prinzipatszeit

60 Die neuere Forschung hat der senatorischen Gesetzgebung stärkere Aufmerksamkeit gewidmet.[143] Regelungen durch *senatus consulta* und *oratio principis* sind vorrangig sozialpolitisch motiviert und betreffen vor allem das Erb- und Familienrecht.

---

[134] Mod. 6 reg. D. 48.8.11.2, dazu *Leonhard/Weiß*, s. v. Lex Petronia de servis, RE XII.2 2401. Die *lex Iunia Petronia de potestate dominorum in servos* könnte auch ein Teil der *lex Iunia Petronia de liberalibus causis* sein.

[135] Gai. 1.33, dazu *Lemosse*, TR 62 (1994) 309–316 und → § 37 Rn. 5 mit Fn. 8.

[136] *Rotondi*, Leg. publ. 471.

[137] *Stein*, Athenaeum 65 (1987) 459–464.

[138] Gai. l. Glit. sing. D. 5.2.4, dazu zuletzt *Buongiorno*, SZ 132 (2015) 96–125.

[139] Gai. 4.109; *Weiß*, s. v. Lex Ollinia, RE XII.2 2399.

[140] So noch *Caiazzo*, Index 28 (2000) 279–312; *Cursi*, Index 45 (2017) 495–516.

[141] *Platschek*, Index 46 (2018) 153–168, 157 f.

[142] Zur Frage, vgl. *Rotondi*, Leg. publ. 470 f.; *Moreau*, in: Ferrary/Moreau, LEPOR, Notice 115 (= http://telma.irht.cnrs.fr//outils/lepor/notice115/ [30. 04. 2018]).

[143] Eine umfassende Palingenesie der *senatus consulta* ist unter Leitung von *Pierangelo Buongiorno* in Vorbereitung: Projekt „Römische Senatsbeschlüsse", Universität Münster. Ein Überblick bisher bei *O'Brien Moore*, s. v. Senatus consultum, RE Suppl. VI 800–812, bes. 810–812; *Bruns*, Fontes, vgl. *Stagl*, in: Mantovani, Legum multitudo (2018) 119 Fn. 55.

aa. Erbrechtliche Anordnungen des Senats

Im Erbrecht[144] stand zunächst die Sicherung der Testamentserrichtung im Vordergrund: So schloss das *SC Libonianum* von 16 n. Chr.[145] denjenigen, der sich selbst einen Vorteil im Testament zuschrieb, vom Erwerb von Todes wegen aus. Auch das *SC Licinianum* (27 n. Chr.) sollte Testamentsfälschungen verhindern. **61**

Formerleichterungen für Legate ordnete das *SC Neronianum de legatis* (zwischen 60 und 64 n. Chr.) an,[146] indem es die Unterscheidung von Damnations- und Vindikationslegat relativierte (→ § 97 Rn. 9); ein weiteres *SC Neronianum* regelte die Testamentserrichtung[147] und schrieb die Versiegelung als Wirksamkeitsvoraussetzung fest (→ § 18 Rn. 31). Ein undatierter Senatsbeschluss bestimmte, dass Testamente von Angeklagten als gültig angesehen werden sollten, wenn diese vor der Verurteilung verstorben seien.[148] **62**

Das zur Entscheidung eines Einzelfalls ergangene *SC Iuventianum* (129 n. Chr.)[149] diente der Jurisprudenz als Modell für die Regelung der *hereditatis petitio* (→ § 64 Rn. 27–32); auch eine im Detail unbekannte *oratio Hadriani* regelte Einzelheiten der Rückgabe durch den Erbschaftsbesitzer.[150] **63**

Das aus der Zeit Hadrians stammende *SC Tertullianum* schuf ein Erbrecht der Kinder nach der Mutter,[151] während das *SC Orfitianum* (178 n. Chr.) umgekehrt die Mutter als (subsidiären) gesetzlichen Erben ihrer Kinder vorsah (→ § 54 Rn. 38).[152] **64**

Ein *SC Largianum* (42 n. Chr.) über die *Latini Iuniani*[153] regelte das gesetzliche Erbrecht des Patrons nach dem Freigelassenen (→ § 37 Rn. 34–51); das *SC Gaetulicianum* beschränkte das gesetzliche Erbrecht der *uxor in manu*.[154] **65**

Auswirkungen auf das Erbrecht zeitigten auch die strafrechtlichen Bestimmungen des *SC Silanianum* (10 n. Chr.), das die Tötung aller Sklaven eines Haushaltes anord- **66**

---

[144] Zu Senatsbeschlüssen im Erbrecht, vgl. *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982); *González Roldán*, Diritto ereditario (2014).

[145] D. 48.10; Pap. 15 resp. D. 26.2.29 (Tutor); Coll. Mos. 8.7. Zum *SC Libonianum* als Fortsetzung der *lex Cornelia de falsis*, vgl. *Kocher*, Anwendungsbereich (1965) 118–120.

[146] Gai. 2.197; Gai. 2.212; Gai. 2.218; Gai. 2.220; Ulp. reg. 24.11.a; Frg. Vat. 85. Zur Frage, vgl. *Piaget*, SC Néronien (1936) 7–17, 63–95; *Scotti*, Testamento (2012) 391–398.

[147] *Macquéron*, RHD 35 (1957) 459–475.

[148] Mac. 2 iud. publ. D. 48.21.2, dazu *O'Brien Moore*, RE Suppl. VI 811.

[149] Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.6; *Bruns*, Fontes Nr. 60; zuletzt *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 31–105.

[150] Wörtliches Zitat in Paul. 20 ed. D. 5.3.22, dazu *O'Brien Moore*, RE Suppl. VI 811.

[151] Inst. 3.4 pr.; *Bruns*, Fontes Nr. 64; *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 28–65, 109–138, 181–296; *McGinn*, LR 2 (2013) 20–22 betont den Konnex zur *lex Iulia et Papia*.

[152] Ulp. reg. 26.8; Inst. 3.3.2; *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 66–108, 139–180, 297–306; *McGinn*, LR 2 (2013) 22 f.

[153] Gai. 3.63, 64; Inst. 3.7.4; vgl. *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) Nr. A 23, 134–137 mwN.

[154] Zu P.Berol. 11753, vgl. *Meyer*, SZ 42 (1921) 42–57; zum Inhalt, vgl. *Noy*, TR 56 (1988) 299–304, der den Senatsbeschluss aus der Möglichkeit erklärt, durch Eingehung einer *manus*-Ehe die Beschränkungen der *lex Iulia et Papia* zu umgehen.

nete, wenn der Herr von einem Sklaven ermordet worden war.[155] Das Testament des Getöteten durfte nicht eröffnet werden.[156] Ein *SC Neronianum* (57 n. Chr.) erstreckte die Sanktion auf die im Testament Freigelassenen;[157] ein *SC Pisonianum* verbot, einen nach dem *SC Silanianum* zum Tode verurteilten Sklaven zu veräußern.[158]

67 Ein weiterer Schwerpunkt senatorischer Rechtssetzung betrifft Fideikommisse, namentlich das Erbschaftsfideikommiss. So ordnet ein *SC Trebellianum* (56 n. Chr.)[159] einen Aktionentransfer vom Erben auf den Erbschaftsfideikommissar an. Diese Regelung wird durch ein *SC Pegasianum* (73 n. Chr.)[160] teilweise ersetzt, das den Aktionentransfer auf bestimmte Fälle beschränkt und die *stipulationes emptae et venditae hereditatis* wieder einführt (→ § 98 Rn. 51–55). Zudem erstreckt das *SC Pegasianum* den Quartvorbehalt der *lex Falcidia* zugunsten des Erben auch auf Fideikommisse (→ § 100 Rn. 61).

68 Das *SC Plancianum*, das durch Konstitutionen ergänzt und teilweise abgeändert wurde, verbietet und bestraft geheime Fideikommisse.[161] Der Förderung des Euergetismus dient das unter Hadrian erlassene *SC Apronianum*, da es *civitates* ermöglicht, Vermächtnisse oder Fideikommisse anzunehmen.[162]

69 Ein eigenes Regelungsthema im Bereich der Fideikommisse bilden die fideikommissarischen Freilassungen, deren Durchsetzung durch eine Vielzahl von Senatsbeschlüssen[163] erleichtert wird (→ § 36 Rn. 73). Ein *SC Orfitianum* scheint die testamentarische Freilassung gegenüber der *lex Fufia Caninia* (→ Rn. 53) erleichtert zu haben.[164]

---

[155] Paul. sent. 3.5; D. 29.5; C. 6.35; *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) Nr. A 117, 371–373; Einzelheiten bei *Dalla*, Silanianum (1994).

[156] D. 29.5., dazu *Nisoli*, Testamentseröffnung (1949) 62–64.

[157] Tac. ann. 13,32,1; Ulp. 50 ed. D. 29.5.3.16, dazu *Wolf*, SC Silanianum (1988); *Dalla*, Silanianum (1994) 12–16. Das Verhältnis der Senatsbeschlüsse zueinander ist nicht vollständig zu klären, vgl. *Dalla*, a. a. O. 9–20.

[158] Paul. 46 ed. D. 29.5.8 pr., dazu *Dalla*, Silanianum (1994) 18–20.

[159] Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.2; *Bruns*, Fontes Nr. 55; zur Rekonstruktion, vgl. *Manthe*, Pegasianum (1989) 35–41.

[160] Gai. 1.31; Gai. 2.254, 255; Ulp. reg. 25.14, 15; Inst. 2.23.5, dazu *Manthe*, Pegasianum (1989) bes. 41–52.

[161] Ulp. reg. 25.17; Mod. 9 pand. D. 35.2.59.1, zu beiden *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 265–273; *Johnston*, Trusts (1988) 42–75.

[162] Paul. sen. cons. sing. D. 36.1.27; Ulp. reg. 24.28; zur Frage, vgl. *Johnston*, JRS 75 (1985) 105–125.

[163] Etwa *SC Articuleianum*, vgl. Marcian. 9 inst. D. 40.5.51.7; *SC Dasumianum*, vgl. Maec. 16 quaest. fideic. D. 40.5.36 pr.; Marcian. 9 inst. D. 40.5.51.4.; dazu *Krüger*, SZ 48 (1928) 170–196; *SC Rubrianum*, vgl. Ulp. 5 fideic. D. 40.5.28.4; *Bruns*, Fontes Nr. 58; *SC Iuncianum*, vgl. Ulp. 5 fideic. D. 40.5.26.7; *Bruns*, Fontes Nr. 59; *SC Vitrasianum*, vgl. Ulp. 5 fideic. D. 40.5.30.6. Zu allen, vgl. *Silla*, Cognitio (2008) 21–37, 40–45; zuletzt *Knütel*, Symp. Wieling 134, 141–143.

[164] Paul. sent. 4.14.1.

bb. Familienrecht

Im Familienrecht sah das *SC Afinianum* ein Pflichtteilsrecht des in Adoption gegebenen Sohnes vor;[165] ein *SC de iustis nuptiis inter patruos fratrumque filias* (49 n. Chr.)[166] ließ die Ehe zwischen Personen im dritten Verwandtschaftsgrad zu. Das *SC Claudianum* (52 n. Chr.)[167] bestrafte eine Frau, die sich mit einem Sklaven verband, mit dem Verlust der Freiheit. 70

Verschiedene Senatsbeschlüsse ergingen, um die Ehegesetzgebung des Augustus (→ Rn. 52) durchzusetzen oder zu verschärfen: So bestimmte das *SC Persicianum*,[168] dass Strafen für Unverheiratete und Kinderlose auch für Personen fortgelten sollten, die das Heiratsalter überschritten hätten. Gleichsinnig ordnete das *SC Calvisianum* (61 n. Chr.) den Verfall der Mitgift sowie die *incapacitas* beider Eheleute an, wenn diese im *matrimonium impar* verheiratet waren.[169] Das *SC Memmianum* (63 n. Chr.) verbot die Umgehung der *lex Iulia et Papia* durch Adoption.[170] Ein unter Vespasian ergangenes *SC Plancianum* regelte die Kindschaft nach der Scheidung und legte der geschiedenen Frau auf, eine vom früheren Ehemann stammende Schwangerschaft anzuzeigen.[171] 71

cc. Weitere Rechtsbereiche

Der Status von Freigelassenen wurde durch das *SC Ostorianum* (Claudius, zwischen 41 und 47 n. Chr.)[172] geregelt. Es ließ die Übertragung von Patronatsrechten (*adsignatio libertorum*) vom Vater auf eines seiner Kinder zu;[173] das *SC Ninnianum de collusione detegenda* unter Domitian sollte Kollusionen bei Freiheitsprozessen verhindern und insbesondere den Erwerb der *ingenuitas* durch Betrug ausschließen.[174] 72

Von Relevanz für das Obligationenrecht sind das durch das *SC Velleanum* (54 n. Chr.)[175] angeordnete Verbot für Frauen, sich für andere zu verpflichten[176] (→ § 29 73

---

[165] Inst. 3.1.14; Iust. C. 8.47.10.3. (a.530).

[166] *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) Nr. A 76, 274–278.

[167] Gai. 1.84; Inst. 3.12.1 (von Justinian aufgehoben); vgl. *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) Nr. A 97, 311–325 (*SC de poena feminarum quae servis coniungerentur et de honoribus M. Antonii Pallantis*).

[168] Ulp. reg. 16.3 *SC de solidi capacitate inter virum et uxorem*, vgl. *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) Nr. A 103, 338–342.

[169] Ulp. reg. 16.4, dazu *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) Nr. A 104, 343–345.

[170] Tac. ann. 15,19.

[171] Zu Einzelheiten, vgl. Ulp. 34 ed. D. 25.3.1, dazu *De Francesco*, Labeo 47 (2001) 28–62; zum Kontext der Ehegesetzgebung, vgl. *McGinn*, LR 2 (2013) 28 f.

[172] Vgl. *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) Nr. A 41, 177–180; *Signorini*, Adsignare libertum (2009) 11–16.

[173] Ulp. 14 ed. D. 38.4.1 pr., *Bruns*, Fontes Nr. 51.

[174] Gaius ed. praet. urb. titulo de liberali causa D. 40.16.1; Diocl./Max. C. 7.20.2 (a.294).

[175] Ulp. 29 ed. D. 16.1.2.1, *Bruns*, Fontes Nr. 50; *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) Nr. A 110, 357–362.

[176] Zum *SC Vellaeanum*, vgl. zuletzt *Finkenauer*, TR 81 (2013) 17–49 mwN.

Rn. 27) und das *SC Macedonianum* (unter Vespasian),[177] welches verbietet, *filii familias* Darlehen zu erteilen (→ § 34 Rn. 46).

74 Die Tutel über Unmündige wurde mehrfach vom Senat beraten: Die magistratische Vormundschaft wurde durch ein *SC de tutoribus a consulibus dandis*[178] aus der Zeit des Claudius neu geregelt; eine *oratio Severi* (195 n. Chr.) untersagte Vormündern den Verkauf von Grundstücken[179] und verschärfte die Voraussetzungen, unter denen ein Vormund bestellt werden kann (→ § 31).[180]

75 Eine *oratio Antonini* (206 n. Chr.)[181] zum Schenkungsverbot zwischen Ehegatten sah Ausnahmen für den Fall einer *donatio mortis causa* vor (→ § 99 Rn. 17 f.).

76 Im Anschluss an die *lex Cincia* (→ Rn. 47) regulierten verschiedene Senatsbeschlüsse das justizielle Patronatswesen: So verbot ein *SC de pecuniis donisve ob causas orandas accipiendis* (47 n. Chr.)[182] Honorarzahlungen vor dem Prozess und begrenzte nachprozessuale Zahlungen auf Beträge unter 100‘000 Sesterzen. Dagegen ließ ein unter Nero ergangenes *SC de advocationibus* (55 n. Chr.) die Honorarzahlungen offenbar wieder zu.[183] Kollusive Absprachen mit Dritten sollte durch ein *SC Volusianum* verhindert werden.[184]

77 Das *SC de aedificiis non diruendis* (47 n. Chr.)[185] verbot den Verkauf von Gebäuden zum Zweck ihrer Zerstörung.

c. *Interpretatio* und Juristenrecht

78 Pomponius bezeichnet die Tätigkeit der Juristen im *ius civile* als *interpretatio*.[186] Der zunächst für jede Deutung von Zeichen oder Wiedergabe von Texten verwendete Begriff[187] ist für die spätrepublikanische und kaiserzeitliche Jurisprudenz als *terminus technicus* anzusehen.[188] Er bezeichnet die Auslegung von Parteierklärungen, Gesetzen,

---

[177] Ulp. 29 ed. D. 14.6.1; *Bruns*, Fontes Nr. 57; *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) Nr. D 2, 419–421; dazu *Lucrezi*, SC Macedonianum (1992) 11–99; *Longo*, SC Macedonianum (2012).

[178] *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) Nr. B 16, 405–407.

[179] Ulp. 35 ed. D. 27.9.1; *Biscardi*, St. Grosso III 247–266; *Coriat*, Législateur (1997) 506–509.

[180] Frg. Vat. 158.

[181] *Coriat*, Législateur (1997) 510 f., der den Inhalt der *oratio* auf Papinian zurückführt, vgl. Frg. Vat. 294.2.

[182] *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) Nr. A 60, 219–227; zum Inhalt, vgl. v. a. *Dimopoulou*, Rémunération (1999) 206–221.

[183] *Dimopoulou*, Rémunération (1999) 225 f.

[184] Mod. 8 reg. D. 48.7.6, dazu *Dimopoulou*, Rémunération (1999) 410 f. Fn. 221.

[185] *SC Hosidianum*, vgl. CIL X 1401 (= FIRA I 45); Paul. 54 ed. D. 18.1.52; dazu ausführlich *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) Nr. A 64, 236–244; zum Inhalt, vgl. *Procchi*, Scr. Cristiani 659–676.

[186] Zu Pomponius’ Deutung der *interpretatio*, vgl. *Bretone*, Tecniche (1982) bes. 233–240.

[187] *Fuhrmann*, Symp. Wieacker (1970) 90 f.

[188] *Fuhrmann*, Symp. Wieacker (1970) 108 f.

Senatsbeschlüssen und Kaiserkonstitutionen[189] sowie die eigenständige Rechtssetzung der Juristen. In diesem Sinne unterscheiden Pomponius wie Ulpian das *ius scriptum* vom *ius sine scripto*.[190] In der Kaiserzeit wird die *interpretatio* der Juristen durch den *princeps* vereinnahmt, indem er einigen von ihnen das Privileg verleiht, *ex auctoritate principis* Rechtsgutachten zu erteilen.[191]

Die Rechtsfindung *sine scripto* speist sich auch innerhalb des *ius civile* aus verschiedenen Quellen. Sie kann auf *mos maiorum* oder *consuetudo* gründen;[192] daneben führen die Juristen den übergeordneten Nutzen einer Lösung an (*utilitatis causa*) oder begründen ihre Lösung aus einer *regula iuris*. Außerhalb des *ius civile* liegt die rechtsbegründende Berufung auf das *ius naturale* und die *aequitas* (→ Rn. 180–187). **79**

aa. *Mos maiorum* als Grundlage des Juristenrechts

Das *mos maiorum*, das heißt die Sitte der Vorfahren,[193] gilt Gesetzgebern und Juristen als Grundlage von *ius* und *lex*.[194] So rechtfertigt Augustus seine Ehegesetzgebung als Maßnahme zur Wiederherstellung der altväterlichen Sitten.[195] **80**

Auch die Jurisprudenz führt bestimmte Regeln des *ius civile* auf die Sitte der Vorfahren zurück:,[196] Hierzu zählen namentlich die *patria potestas*[197] die *interdictio bonorum* **81**

---

[189] *Fuhrmann*, Symp. Wieacker (1970) 98–100.

[190] Zu Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.5, 12, vgl. zuletzt *Casavola*, Ius ex scripto (2013); zu Ulp. 1 inst. D. 1.1.6.1. *Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos:* τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι, vgl. *Hirzel*, Agraphos nomos (1903); *Wolff*, in: Berneker, Griechische Rechtsgeschichte (1968) 99–120, bes. 101; zuletzt *Meder*, Ius non scriptum (2009) 119–125 mwN. Die Interpolationsverdächtigungen gegen die Unterscheidung, z. B. von *Scherillo*, RIL 64 (1931) 1–22, sind abzulehnen, vgl. *Casavola*, a. a. O. 16–23.

[191] Vgl. Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.48, dazu *Bretone*, Tecniche (1982) 241–254; die Bedeutung des *ius respondendi* ist umstritten; ein Überblick bei *Tuori*, Roman Lawyers (2007) 71–134.

[192] Damit ist in diesem Zusammenhang die Gewohnheit und Sitte des römischen Volkes gemeint; daneben kennen die Juristen auch den *mos regionis* oder die *consuetudo* eines einzelnen *pater familias*, vgl. *Steinwenter*, s. v. Mores, RE XVI.1 290 f.; *Kaser*, SZ 59 (1939) 81–84 (Ortsgewohnheit).

[193] Vgl. *Steinwenter*, s. v. Mores, RE XVI.1 290–298; auf die Ablehnung des Gewohnheitsrechts fixiert ist die Darstellung bei *Kaser*, SZ 59 (1939) 52–101; ähnlich noch *Flume*, Gewohnheitsrecht (1975); weiterführend *Nörr*, HIA I 645–658; *Waldstein*, FG Lübtow (1980) 105–126; *Alonso*, Pap-Congr. XXVII KP 365–379.

[194] Zu *mos* und *ius*, vgl. *Kaser*, Ius (1949) 53–63 (spekulativ); zum Verhältnis von *lex* und *mos*, vgl. *Bleicken*, Lex publica (1975) 176 f., 347–396; zu *leges moresque*, vgl. *Kaser*, SZ 59 (1939) 94–100. Zu Vorgängern, vgl. *Pólay*, Acta ant. Sc. Hung. 13 (1965) 85–95.

[195] Vgl. auch Pomp. 5 Sab. D. 23.2.8 (…) *hoc ius moribus, non legibus introductum est* mit *Kaser*, SZ 59 (1939) 90. Zu Augustus, vgl. *Bellen*, Stud. bes. 192–201; ferner *Volkmann*, in: Volkmann, Endoxos duleia (1975) 173–190; zum *exemplum*, vgl. *Hölkeskamp*, in: Gehrke/Möller, Vergangenheit (1996) 301–338.

[196] Zum Strafrecht, vgl. Mac. 1 iud. publ. D. 47.15.3; Paul. sent. 5.4.6–8 *Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est* (…), dazu *Pólay*, SZ 106 (1989) 504–510, womit sich die Verdächtigung des Textes durch *Kaser*, SZ 59 (1939) 91 erübrigt. Zum Verfahrensrecht, vgl. Gai. 4.26.

[197] Ulp. 26 Sab. D. 1.6.8 pr., dazu *Steinwenter*, s. v. Mores, RE XVI.1 291; *Kaser*, SZ 59 (1939) 87.

zum Schutz des Verschwenders,[198] die Vormundschaft für Unmündige,[199] das Schenkungsverbot zwischen Ehegatten.[200] und die Zulässigkeit der Pupillarsubstitution[201]

bb. *Utilitas* als Argument der *interpretatio prudentium*

82 Die *utilitas*[202] kann als Argument zur Begründung von Einzelmaßnahmen, Ausnahmeerscheinungen oder zur Lösung von Interpretationsproblemen[203] dienen. Gemeinsam ist diesen Situationen, dass in die Interessen Einzelner eingegriffen wird.[204] Dem Charakter als „Leerformel"[205] entspricht, dass die *utilitas* je nach Kontext sowohl bestehende Regelungen des *ius civile*[206] oder des *ius praetorium*[207] begründen als auch diese derogierendes *ius singulare*[208] rechtfertigen kann.

83 Die Formel *utilitatis causa receptum est* statuiert eine Ausnahme von einer anerkannten Regel:[209] So wird die testamentarische Freilassung von Sklaven in verschiedener Hinsicht erleichtert[210] und die Besitzvertretung des Herrn durch seine Sklaven groß-

---

[198] Ulp. 1 Sab. D. 27.10.1 pr.; Paul. sent. 3.4a.7, zu beiden *Kaser*, SZ 59 (1939) 87 f. Komplementär sind *lex* und *mores* in Ulp. 1 ed. praet. D. 50.1.25, dazu *Tuccillo*, in: Urbanik, Culpa (2012) 264 Fn. 24 mwN.

[199] Ulp. 7 Sab. D. 29.2.8 pr., dazu *Steinwenter*, s. v. Mores, RE XVI.1 291; *Kaser*, SZ 59 (1939) 88 f.; vgl. auch Paul. 33 ed. D. 18.1.34.1; ferner Ulp. 57 ed. D. 50.16.42.

[200] Ulp. 32 Sab. D. 24.1.1, dazu *Kaser*, SZ 59 (1939) 90; *Stagl*, TR 85 (2017) 155 f.

[201] Ulp. 6 Sab. D. 28.6.2 pr., dazu *Finazzi*, Sostituzione (1997) 19–57.

[202] Zu diesem Argument, vgl. *Leptien*, Utilitatis causa (1967), der 5–20 drei unterschiedliche Funktionen des Arguments unterscheidet: 1) Motivation hoheitliche Anordnung, 2) Lob und Empfehlung, 3) Argumentationsmittel in der Rechtsfindung; *Ankum*, Symb. David I 1–31; *Navarra*, Utilitas (2002). Zur Verwendung durch den Gesetzgeber, vgl. *Bellen*, Stud. 204–209; zur Verwendung des Arguments durch die Jurisprudenz, vgl. vor allem *Th. Honsell*, SZ 95 (1978) 93–137.

[203] *Th. Honsell*, SZ 95 (1978) 132–137; *Mantello*, BIDR 94/95 (1991/92) 399–407; *Navarra*, Utilitas (2002) 2 f.; ähnlich bereits *Leptien*, Utilitatis causa (1967) 18–20.

[204] *Th. Honsell*, SZ 95 (1978) 96 f.

[205] *Nörr*, Rechtskritik (1974) 136 f., 140, 249; *Wieacker*, SZ 94 (1977) 1–42.

[206] Vgl. Paul. 14 Sab. D. 1.1.11 (…) *altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut et est ius civile* (…).

[207] Vgl. Pap. 2 def. D. 1.1.7.1 (…) *quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* (…), dazu *Navarra*, Utilitas (2002) 1 f.

[208] Paul. iur. sing. sing. D. 1.3.16 *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*, dazu *Ankum*, Symb. David I 28; *Bleicken*, Lex publica (1975) 198 Fn. 40; *Wieacker*, SZ 94 (1977) 6, 29; zum Begriff des *ius singulare*, vgl. v. a. *Stagl*, Favor dotis (2009) 319–331; *Stagl*, REHJ 36 (2014) 142–152; zuletzt *Falcone*, BIDR 109 (2015) 209.

[209] Zu *receptum est*, vgl. *Leptien*, Utilitatis causa (1967) 223–225.

[210] Vgl. Ulp. 4 Sab. D. 40.7.2.4. *Utilitatis causa* gilt der auf fernerem Grad eingesetzte Sklave als bedingt freigelassen (*statuliber*), dazu *Navarra*, Utilitas (2002) 136–138; gleichsinnig Ulp. 1 Sab. D. 40.9.1. Ein Taubstummer kann *utilitatis gratia* auch ohne Sprechen freilassen, dazu *Ankum*, Symb. David I 8 f.; *Navarra*, a. a. O. 171–173.

zügig gehandhabt.[211] Dem Schutz einer in der Handlungsfähigkeit beschränkten Person dient die Zulassung des Besitzerwerbs durch den *infans*;[212] zudem kann ein *furiosus* oder *pupillus* als *solutionis causa adiectus* eingesetzt werden, weil *utilitatis causa* auch an den Tutor oder *curator* gezahlt werden kann.[213]

Der altruistisch Handelnde wird durch eine *utilitatis causa receptum* zugelassene **84**
Klage geschützt, wenn die Geschäftsführung weder als Vertrag noch als Delikt anzusehen ist;[214] ebenso sind dem Beauftragten, der den Auftrag in Unkenntnis des Todes des Auftraggebers ausführt, die Verwendungen zu ersetzen.[215] Der Legatar eines Lebensmittelvorrates kann trotz Schwebezeit der Bedingung sofort auf die Leistung klagen,[216] weil das Legat sonst wertlos wäre.

Der Generalprävention ist das *utilitas*-Argument in Iul. 86 dig. D. 9.2.51.1 verpflich- **85**
tet. Es betrifft den Fall, dass mehrere unabhängig voneinander einen Sklaven tödlich verletzt haben. Julian entscheidet, dass sowohl der erste Verletzer als auch der dazwischen tretende Totschläger nach der *lex Aquilia* hafteten.[217] Die kumulative Haftung rechtfertigt der Jurist aus der *aequitas*[218] sowie aus der Überlegung, dass das *ius civile* dem allgemeinen Wohl verpflichtet sei.[219] Er lehnt damit die auf der Logik (*ratio disputandi*)[220] beruhende Argumentation ab, nach der jemand, der nicht getötet habe, nicht wegen Totschlags verurteilt werden könne.[221] Sein Gegenargument entstammt

---

[211] Vgl. z. B. Paul. 54 ed. D. 41.2.1.14, dazu *Leptien*, Utilitatis causa (1967) 83–95; *Navarra*, Utilitas (2002) 91–98; Paul. sent. 5.2.2, dazu *Ankum*, Symb. David I 12 f.; zu Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.1 vgl. *Leptien*, a. a. O. 35–44; *Ankum*, a. a. O. 11 f.; *Navarra*, a. a. O. 64–67.

[212] Paul. 15 Sab. D. 41.2.32.2, dazu *Ankum*, Symb. David I 10; *Navarra*, Utilitas (2002) 98 f.

[213] Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.7, dazu *Leptien*, Utilitatis causa (1967) 58–63; *Ankum*, Symb. David I 21; *Navarra*, Utilitas (2002) 14–21; umfassend *Schnabel*, Adiectus (2015) 51–58.

[214] Gai. 3 cott. D. 44.7.5 pr., dazu *Leptien*, Utilitatis causa (1967) 125–129.

[215] Gai. 3.160, dazu *Leptien*, Utilitatis causa (1967) 96–103; *Ankum*, Symb. David I 19 f.; *Navarra*, Utilitas (2002) 37–52 mwN.

[216] Vgl. Pap. 2 quaest. D. 45.1.115.2, dazu (im hiesigen Kontext) *Leptien*, Utilitatis causa (1967) 191–196; *Ankum*, Symb. David I 27 f.; *Navarra*, Utilitas (2002) 71–90.

[217] Vgl. *Ankum*, FG Lübtow (1980) 325–358; *Nörr*, Causa mortis (1986) 181–190; eine Übersicht über die Literatur zu diesem viel behandelten Fragment bei *Ernst*, Justinian's Digest 9.2.51 (2019).

[218] Zum *aequitas*-Topos der *impunitas*, vgl. Iul. 86 dig. D. 9.2.51.2 (…) *quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, ut potius lege teneatur.* (…); dazu *Börsch*, Übeltaten (2003) 28–41.

[219] Vgl. Iul. 86 dig. D. 9.2.51.2 (…) *multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest*, dazu *Leptien*, Utilitatis causa (1967) 197–201; *Ankum*, Symb. David I 22 f.; *Wieacker*, SZ 94 (1977) 30–32; *Th. Honsell*, SZ 95 (1978) 124 f.; *Scarano Ussani*, Utilità e certezza (1987) 161–184; *Navarra*, Utilitas (2002) 21–29; zuletzt *Pelloso*, Furto (2008) 17 Fn. 53; *Falcone*, BIDR 109 (2015) 209 Fn. 8, die Julians Argumentation als Kritik der rhetorischen Sophismen ansehen.

[220] In welcher Hinsicht Julian von den bisherigen Juristen abweicht, ist umstritten, vgl. Nachweise bei *Ankum*, FG Lübtow (1980) 332 f.; an die Definition des *occidere* anknüpfend *Nörr*, Causa mortis (1986) 183 f.; so zuletzt *Kortmann*, J.Leg.Hist. 20 (1999) 95–103.

[221] Vgl. auch *Kortmann*, J.Leg.Hist. 20 (1999) 102 f.

der *ratio dicendi* des Redners. Sie berücksichtigt auch die Lebensumstände[222] und kann damit dem Gemeinwohl Vorrang gegenüber der Logik einräumen,[223] das gebietet, beide Schädiger zu bestrafen.[224]

cc. *Interpretatio* und *regulae iuris*

86 Die *interpretatio* der Juristen kann auch auf einer *regula*[225] beruhen, das heißt einer durch Induktion aus Einzelfällen verallgemeinerten Erkenntnis. Einige der als *regula* bezeichneten Grundsätze entstammen republikanischer Zeit; als technischer Begrif[226] im Sinne eines im Grundsatz verbindlichen Maßstabs[227] ist *regula* aber erst unter dem Prinzipat belegt. Den höchsten Grad der Verbindlichkeit erreichen *regulae iuris civilis*; daneben sind *regulae* geringerer Normativität zu beobachten, die einen Standard oder eine allgemeine Erkenntnis zum Ausdruck bringen.[228] Alle diese in der Jurisprudenz geprägten Vorgaben können nach Bedarf des Einzelfalls modifiziert oder auch verworfen werden.

87 Die wichtigsten *regulae iuris* des Erbrechts[229] sind die *regula Catoniana*[230] und der Grundsatz, dass entweder testamentarische oder gesetzliche Erbfolge eintritt (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*).[231] Eher Orientierungspunkte (*dicta*) setzen die Vorgaben, dass dem Erben die Erbschaft nicht entzogen werden (*hereditas adimi non potest*),[232] und dass er nicht mit einem Legat zu seinen Gunsten beschwert werden kann (*heredi a semet ipso legatum dari non potest*).[233]

---

[222] Zur Unterscheidung der zwei unterschiedlichen Arten (*ratio dicendi* und *ratio disputandi*) der Logik (*ars disserendi*) bei Cicero, vgl. *Marti*, s. v. Disputation, HWR II 872.

[223] Vgl. auch Ulp. 2 fideic. D. 1.4.2 *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est*, dazu *Th. Honsell*, SZ 95 (1978) 130.

[224] Insoweit deckt sich *utilitas publica* mit generalpräventiven Überlegungen, vgl. *Ankum*, FG Lübtow (1980) 349; *Th. Honsell*, SZ 95 (1978) 112–114; *Navarra*, Utilitas (2002) 177–209.

[225] *Stein*, Regulae iuris (1966) bes. 26–73; *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970); *Nörr*, HIA II 775–850.

[226] *Nörr*, HIA II 800 (vielleicht sogar erst Spätklassik), 817 f.; mit anderen Nuancierungen: *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 61–79, 85 f., der die Rechtsregeln grundsätzlich auf das altzivile Recht zurückführen will.

[227] *Stein*, Regulae iuris (1966) 51–53; *Nörr*, HIA II 794 f. mit weiteren Unterscheidungen.

[228] *Nörr*, HIA II 788–793 mwN.

[229] Weitere Regeln des Erbrechts in Gai. 2 inst. D. 28.1.4 und Gai. 2.114, dazu *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 27 f.; Erwerb der Erbschaft durch Sklaven, vgl. Paul. 54 ed. D. 41.2.1.16, dazu *Schmidlin*, a. a. O. 39–42; Legat zugunsten eines Sklaven ist möglich, wenn der Herr die *testamenti factio passiva* besitzt: Pomp. 3 Sab. D. 30.12.2, dazu *Schmidlin*, a. a. O. 27; Umfang der *penus legata*, vgl. Ulp. 22 Sab. D. 33.9.3 pr.; Auslegung der Erbeinsetzung „*excepto fundo, excepto usu fructu heres esto*“ vgl. Lic. 2 reg. D. 28.5.75; Verbot des Legates *post mortem heredis*, vgl. Ulp. reg. 24.16.

[230] Vgl. Cels. 35 dig. D. 34.7.1 pr.; Gai. 2.244, zu beiden, vgl. *Stein*, Regulae iuris (1966) 33; *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 31 f., 68–70; *Nörr*, HIA II 812 f. mwN.

[231] Am deutlichsten in Pomp. 3 Sab. D. 50.17.7 *Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est „testatus“ et „intestatus“*, dazu *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 62–70; *Nörr*, HIA II 804–809.

[232] Vgl. Iul. 29 dig. D. 28.2.13.1, dazu *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 24 f., 66 f. mwN.; *Nörr*, HIA II 809 f., die beide von einem „relativ stabilen *dictum*“ ausgehen.

Als *regula iuris* des Stipulationsrecht gilt das Verbot, sich zugunsten eines Dritten versprechen zu lassen (*alteri dari stipulari nemo potest*);[234] die Qualität einer regelhaften Aussage hat der Grundsatz *tot stipulationes quot res*,[235] der eine selbstständige Klage auf jeden versprochenen Gegenstand zulässt, selbst wenn der Wortlaut der Stipulation diese gemeinsam nennt (→ § 21 Rn. 11). **88**

Eine *regula iuris* des Vormundschaftsrechts verbietet dem Tutor, das Mündel in eigenen Angelegenheiten zu vertreten,[236] eine andere untersagt dem Magistraten, einen Tutor zu bestellen, wenn bereits eine *tutela legitima* besteht[237] (→ § 84 Rn. 7). **89**

Als *regula iuris* des Obligationenrechts gilt der Grundsatz, dass eine Schuld auch ohne oder gegen den Willen des Schuldners getilgt werden kann.[238] Eine zentrale Vorschrift des Vertragsrechts bildet der Grundsatz *ex nudo pacto actio non nascitur*.[239] **90**

Im Bereich des Prozessrechts wird die passive Unvererblichkeit von *actiones poenales* als *certissima regula iuris* bezeichnet;[240] als *regula generalis* hat der Beklagte die Voraussetzungen einer *exceptio* zu beweisen;[241] ebenso gilt die allgemeine Regel, dass *ignorantia iuris* schadet, *ignorantia facti* hingegen nicht.[242] **91**

Eine weitergehende Bedeutung kommt der *regula iuris civilis* mit Blick auf das Edikt *de pactis* zu. Während das Edikt bestimmt, die *pacta* zu befolgen, die weder gegen *leges*, noch gegen *plebis scita*, *senatus consulta*, *decreta* oder *edicta* verstoßen,[243] fügt Gaius in seinem Kommentar zum Provinzialedikt noch die *iuris civilis regulae* hinzu.[244] Danach kann die private Gestaltungsmacht nur in dem durch das objektive Recht vorgegebenen Rahmen stattfinden:.[245] *Ius publicum privatorum pactis* **92**

---

[233] Flor. 11 inst. D. 30.116.1, dazu *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 66 f.; *Nörr*, HIA II 810 f., 848–850.

[234] Q. Muc. sing. ὅρων D. 50.17.73.4, dazu *Stein*, Regulae iuris (1966) 38 f.; *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 70–74; *Nörr*, HIA II 813–816.

[235] *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 73 f.; *Nörr*, HIA II 816 f.

[236] Ulp. 1 Sab. D. 26.8.1 pr. *Quamquam regula sit iuris civilis in rem suam auctorem tutorem fieri non posse* (…), dazu *Stein*, Regulae iuris (1966) 38 f.; *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 26 f.

[237] Mod. 7 diff. D. 26.5.20 pr., 1, dazu *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 29 f.

[238] Gai. 5 ed. prov. D. 46.3.53 *Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere.*

[239] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.4, dazu (und zu weiteren Belegen) *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 97–105.

[240] Gai. 4.112, dazu *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 33.

[241] Paul. 3 quaest. D. 22.3.25.2, dazu *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 44 f.

[242] Paul. iur. fact. ignor. sing. D. 22.6.9 pr., dazu *Stein*, Regulae iuris (1966) 105–107; *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 36–39; *Winkel*, Rechtsirrtum (1985) 77–82.

[243] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.7.

[244] Gai. 1 ed. prov. D. 2.14.28 pr.

[245] Anders *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 29, 47–55, der von dem „Inbegriff aller strengrechtlichen Vorschriften“ spricht und auch auf Pomp. 16 Sab. D. 50.17.27 verweist; wie hier *Archi*, FG Lübtow (1980) 398. Zur Unterscheidung von *ius publicum* und *ius privatum*, vgl. Ulp. 1 inst. D. 1.1.1.2., dazu *Kaser*, SZ 103 (1986) 1–101; zuletzt umfassend *Aricò Anselmo*, AUPA 37 (1983) 445–787 mwN.

mutari non potest[246] In der späteren Kaiserzeit werden die privaten Handlungsspielräume weiter eingeschränkt.[247]

93 Regeln des Sachenrechts werden in der justinianischen Überlieferung nicht als *regulae iuris* bezeichnet.[248] Dennoch sind auch hier regelhafte Prinzipien anerkannt; hierzu gehören der Grundsatz *superficies solo cedit*[249] und das *dictum*, demzufolge niemand sich selbst den Besitzgrund verändern kann (*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*).[250]

94 Für das Deliktsrecht ist der Grundsatz *noxa caput sequitur*[251] zu erwähnen, der die Noxalhaftung des Sklaven auch beim Eigentümerwechsel fortbestehen lässt (→ § 105 Rn. 9).

dd. Nicht als Regel formulierte Rechtsprinzipien

95 Den *regulae iuris* stehen verallgemeinernde Aussagen nahe, die Rechtsprinzipien formulieren.[252] Hier ist etwa die Anerkennung der Rechtsfähigkeit derjenigen, *qui in utero sunt*,[253] zu nennen, weiter das Schenkungsverbot unter Ehegatten,[254] der Untergang des *usus fructus* durch Tod oder *capitis deminutio*[255] sowie der Erwerb von *accessiones* mit der Hauptsache.[256]

96 All diese Grundsätze lassen sich als interpretative Verallgemeinerung von gesetzlichen oder sonst schriftlich fixierten Regelungen auffassen. Hierzu gehört auch die Fiktion des Bedingungseintritts, wenn dieser treuwidrig verhindert worden ist.[257] Die in der Jurisprudenz formulierte Regel wird mit den Worten *receptum est* eingeleitet.[258]

---

[246] Pap. 2 quaest. D. 2.14.38; der Satz hat auch Bedeutung im Bereich des Erbrechts, namentlich beim Nachlass der Sicherungskaution (*remissio cautionis*), vgl. Pap. 7 resp. D. 35.1.77.3; Marcian. 7 inst. D. 36.3.12.

[247] *Gaudemet*, RHD 28 (1951) 465–499.

[248] Für wenig aussagekräftig hält dies *Nörr*, HIA II 795 f.

[249] Gai. 2.73, dazu (und zu weiteren Belegen) *Levy*, SDHI 15 (1949) 12; *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 87–90. Zum *ius naturale* dieser Regel, vgl. Ulp. 6 op. D. 9.2.50 pr. (→ Rn. 256–260).

[250] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.19, dazu (und zu weiteren Belegen) *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 90–93.

[251] *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 94–97; zur Spätantike, vgl. *Stein*, Regulae iuris (1966) 114.

[252] *Kaser*, in: Caemmerer/Zweigert, Deutsche Landesreferate VII (1967) 11 f.; *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 74–79 behandelt hierunter auch das sog. Symmetrieprinzip.

[253] Iul. 69 dig. D. 1.5.26 *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse.* (…)

[254] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.5.9 (…) *si forte sub ea condicione uxor marito det, ut pro filia genero in dotem daret, nec videri uxorem marito donasse rectissime ergo ait, ut non sit interdicta donatio iure civili* (…); Ulp. 32 Sab. D. 24.1.3.12 (…) *nam et si donatio iure civili non impediretur* (…); Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.18; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.4 *Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest*: (…); Frg. Vat. 96.

[255] Gai. 1 fideic. D. 33.2.29.

[256] Pomp. 39 Q. Muc. D. 18.1.67; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.33 pr.

[257] Vgl. Iul. 55 dig. D. 35.1.24; Ulp. 77 ed. D. 50.17.161, hierzu *Daube*, CollStRL 995–1016; *Wieling*, SZ 87 (1970) 212–218 mwN.

[258] Zu *propter utilitatem receptum est*, vgl. Afr. 7 quaest. D. 41.2.40.1 mit *Navarra*, Utilitas (2002) 30–37.

d. Kaiserliche Konstitutionen als Quelle des *ius civile*

Die Juristen der Kaiserzeit sehen auch das kaiserliche Recht als Rechtsquelle des *ius civile* an.[259] Eine klare Unterscheidung von Rechtsanwendung, Rechtsauslegung und Rechtssetzung ist nicht ersichtlich:[260] Die *auctoritas* erlaubt dem *princeps* sowohl die Schaffung neuen Rechts, als auch die Auslegung und Fortbildung des überkommenen *ius civile* und *ius praetorium*.[261] **97**

Die kaiserliche Auslegungsbefugnis bildet die Grundlage der generisch als „Konstitutionen" (*constitutiones*) bezeichneten kaiserlichen Rechtsäußerungen.[262] Seit der Mitte des 2. Jh.s wird diesen Konstitutionen die Wirkungskraft einer *lex* zugeschrieben.[263] Damit kommt ihnen Verbindlichkeit zu, die – wie bei der *lex* auch – unter dem Vorbehalt der Anwendbarkeit und Passgenauigkeit im konkreten Fall steht (→ Rn. 13). **98**

Der Begriff *constitutiones* fasst nach Anlass und Adressat unterschiedliche Rechtsakte zusammen:[264] Durch ein Urteil (*decretum*), das vom Kaisergericht sowohl erstinstanzlich, als auch im Wege der Berufung (*appellatio*) erlassen werden kann, spricht der *princeps* Recht in einem Einzelfall.[265] Er kann sich auch mittels eines „Zwischenbescheides" (*interlocutio de plano*) zu Rechts- oder Verfahrensfragen äußern.[266] Auf Anfragen antwortet der *princeps* mittels Reskripts. Dieses wird entweder in Form eines „Briefes" (*epistula*)[267] oder als Antwort auf der Anfrage (*subscriptio*) erteilt. Ein Edikt (*edictum*) enthält allgemeine Anordnungen für einen größeren Personenkreis. **99**

---

[259] Vgl. Pap. 2 def. D. 1.1.7.1; Ulp. 1 inst. D. 1.4.1, dazu *Stein*, Regulae iuris (1966) 76 f.; zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen, vgl. *Guarino*, ANRW II.13 26–44; die wichtigste Grundlage ist die *lex de imperio* Vespasians, vgl. RS I Nr. 39, 549–553, dazu *Hurlet*, Latomus 52 (1993) 266 f.; *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Tassi Scandone, Lex de imperio (2009) bes. 133–137.

[260] Zur Rolle des *princeps* bei der Rechtsanwendung, vgl. *Kelly*, Princeps (1957); (für die Severerzeit) *Coriat*, Législateur (1997); *Peachin*, Iudex (1996); zuletzt *Tuori*, Emperor (2016).

[261] *Gaudemet*, FS Rabel II 180 f.; *Bauman*, ANRW II.13 159–189 mwN. (zum Strafrecht).

[262] *Gaudemet*, FS Rabel II 177 f.

[263] Vgl. Gai. 1.5 *Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat*; Ulp. 1 inst. D. 1.4.1.1. *Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus.* Zu beiden *Volterra*, ACSI II 846–852.

[264] Zu anachronistisch ist die klassische, aus der preussischen Bürokratie stammende Klassifizierung vor allem des Reskriptenprozesses bei *Preisigke*, Inschrift von Skaptoparene (sic!) (1917) und *Wilcken*, Hermes 55 (1920) 1–42; unverzichtbar *Wenger*, Qu. 424–455; *Nörr*, HIA II 1323–1368.

[265] Zur fließenden Terminologie mit Blick auf die *decreta*, vgl. *Nörr*, HIA II 1307 f.

[266] Zur *interlocutio de plano*, vgl. *Nörr*, HIA III 1515, der „Bescheide außerhalb von formellen gerichtlichen Verhandlungen" und 1524 diese Art der Entscheidung als „Instrument der kaiserlichen Fürsorge" deutet; zur Unterscheidung von *de plano* und *pro tribunali*, vgl. auch *Nörr*, HIA II 1312 f.

[267] Vgl. *Gaudemet*, FS Rabel II 174 f.; Beispiele für *consultationes* bei *Gaudemet*, a. a. O. 177 Fn. 35; vgl. Ulp. off. procons. D. 48.16.14; Ulp. off. procons. Coll. Mos. 3.3.1–4 (= D. 1.6.2); Ulp. off. procons. D. 48.22.6.1; Ulp. off. praef. urb. sing. D. 1.12.1 pr.; Ulp. off. praef. urb. sing. D. 1.15.4; Ulp. 35 ed. D. 26.10.1.4; Ulp. 4 off. procons. D. 50.6.3; Paul. Frg. Vat. 235; Coll. Mos. 1.11.1–4.

100 Nicht unter die *constitutiones* zählt Ulpian die *mandata* (Dienstanweisungen).[268] Indem die von einzelnen Kaisern erlassenen Vorschriften zur Amtsführung in einem *liber mandatorum* zusammengefasst werden und in spezialisierten Juristenwerken kommentiert werden,[269] erhalten jedoch auch diese Anordnungen Bedeutung für die Rechtsfindung.

101 Die kaiserliche Rechtssetzung ist auch durch die dokumentarischen Quellen gut belegt.[270] Dabei sind terminologische Abweichungen zur justinianischen Überlieferung zu beobachten. Sie lassen sich einerseits durch die Verwendung der griechischen Sprache erklären;[271] andererseits ist zu beachten, dass die papyrologischen und inschriftlichen Zeugnisse nicht immer von der Kanzlei stammen. Abweichungen vom juristisch-technischen Sprachgebrauch der justinianischen Sammlung können sich daher oftmals aus dem Zweck erklären, den der (möglicherweise auch private) Ersteller des Dokumentes verfolgt hat (→ Rn. 116 f.).[272]

aa. Kaiserliche Urteile (*decreta*) und Zwischenentscheidungen (*interlocutiones*)

102 Kaiserliche Urteile (*decreta*) sind definitive Entscheidungen eines Rechtsstreites.[273] Sie sind Teil der kaiserlichen Eigengerichtsbarkeit und bieten dem *princeps* die Möglichkeit, verbrämt durch *aequitas*, *humanitas* oder *benignitas* im Einzelfall neues Recht zu schöpfen.[274]

103 Die kaiserlichen Durchgriffe prägen nicht nur die Materien der *cognitio extra ordinem*, sondern auch das (traditionelle) *ius civile*.[275] Dabei wirkt das kaiserliche Beispiel

---

[268] Ein Überblick bei *Dell'Oro*, Mandata (1960) 17–37 mwN.; *Marotta*, Mandata principum (1991) 71–96.

[269] Vgl. *Dell'Oro*, Mandata (1960) 61–65; *Marotta*, Mandata principum (1991) 125–182; dies gilt vor allem für die *libri de officiis*, vgl. *Dell'Oro*, Libri de officio (1960); zu Ulpian, vgl. *Mantovani*, Bonus praeses (1992).

[270] Vgl. *Oliver*, Greek constitutions (1989); zur Überlieferung, vgl. *Liebs*, § 411.3 f., HLL IV 88–96.

[271] Übersicht nach *Lewis*, RIDA 25 (1978) 263; weiter *Mason*, Greek Terms (1974) 126–130. Regelmäßig *constitutio* = διάταξις; *decretum* = ἐπίκριμα; *sententia* = ἀπόφασις; *rescriptum* = ἀντιγραφή; *mandatum* = ἐντολή.

[272] Dezidiert *Haensch*, in: Haensch/Heinrichs, Herrschen (2007) 217 f.: „Aber die Sicht der Untertanen Roms auf die Dokumente des römischen Kaisers war keineswegs immer und allein von dem Bestreben nach möglichster Präzision bestimmt."

[273] *Bauman*, ANRW II.13 163–166 (zum Strafrecht); anders *Liebs*, § 411.3 f., HLL IV 92, der den *decreta* nur geringe Wirkung zuerkennen will; zur Rechtsprechungsgewalt des *princeps*, vgl. *Coriat*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 41–61; *Hurlet*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 22–29.

[274] Hierzu grundlegend *Rizzi*, Imperator (2012) 141–270, welche die folgenden Stellen analysiert: Marcell. 29 dig. D. 28.4.3; Paul. 2 decr. D. 32.27.1; Paul. 15 resp. D. 34.9.18 pr.; Marcian. 14 inst. D. 48.9.5; Paul. 3 decr. D. 40.5.38; Call. 5 cogn. D. 48.7.7; Pap. 29 quaest. D. 36.1.56; Paul. 1 decr. D. 22.1.16.1; Paul. 1 decr. D. 49.14.47 pr.; Paul. 1 decr. D. 49.14.47.1; Paul. 3 decr. D. 49.14.50; Paul. 2 decr. D. 36.1.76.

[275] Zu Marcian. 4 inst. D. 36.1.30; Marcell. 29 dig. D. 28.4.3; Paul. 1 imp. sent. cogn. prol. seu decr. 2 D. 28.5.93, vgl. *Babusiaux*, Erbrecht (2015) 314–321.

über den Einzelfall hinaus als *exemplum* und muss von allen Magistraten, Beamten und Gerichten bei der Entscheidungsfindung beachtet werden.[276]

Thematisch finden sich kaiserliche *decreta* in allen Bereichen des Privatrechts, wobei ein Schwerpunkt im Erb- und Personenrecht[277] gegenüber dem Sachen- und Obligationenrecht zu beobachten ist.[278] Die Grenze zwischen Rechtsanwendung des bestehenden *ius civile* und Neuschöpfung von Recht ist im Einzelfall fließend.[279] **104**

Für die Verbreitung der kaiserlichen Urteile kommt den Juristenschriften besondere Bedeutung zu. So ist etwa Paulus Verfasser einer Sammlung der von den Kaisern Septimius Severus und Caracalla verkündeten *decreta*.[280] Zudem werden *decreta* in Ediktskommentaren und kasuistischen Werken zitiert und zu regelhaften Aussagen verallgemeinert.[281] **105**

Die inschriftlich überlieferten Urteile sind meist aus der Initiative der obsiegenden Partei publiziert worden. Sie betreffen – soweit sie privatrechtlichen Inhalt haben[282] – oftmals Fragen der Gerichtsorganisation und des Privatprozesses und bilden damit die Grundlage für die Privatrechtsanwendung in einer Gemeinde oder Gegend.[283] Von Einzelpersonen initiierte Inschriften befassen sich in der Regel mit der Gewährung von Privilegien.[284] **106**

Interlocutiones de plano als formlose mündliche Zwischenentscheidungen „im Vorübergehen“[285] sind im Privatrecht nur wenige erhalten,[286] was mit ihrer fehlenden Schriftlichkeit zusammenhängen mag.[287] Möglicherweise dieser Kategorie zugehörig **107**

---

[276] Zum Status der Reskripte zwischen *lex* und *exemplum*, vgl. bereits *Nörr*, HIA II 1359–1367 mwN.

[277] *Rizzi*, Imperator (2012) 134–138; dies belegen auch die Werke, die sich mit der Rechtssetzungstätigkeit einzelner Kaiser befassen, vgl. *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982); *González Roldán*, Diritto ereditario (2014); ein Überblick auch bei *Zoz/Ferretti*, Costituzioni imperiali II (2013).

[278] Aus dem Sachenrecht ist die *longi temporis praescriptio* zu nennen, vgl. BGU I 267; P.Strasb. I 22, dazu *Coriat*, SDHI 51 (1985) 336–342; *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969).

[279] Zur rechtsändernden Qualität, vgl. bereits *Wenger*, Qu. 429; umfassend jetzt *Rizzi*, Imperator (2012).

[280] Zu Paulus' *imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri VI* bzw. *decretorum libri III*,, vgl. *Liebs*, § 423.d.79, HLL IV 172; *Rizzi*, Imperator (2012) 108–120; *Daalder*, Julius Paulus (2018).

[281] *Rizzi*, Imperator (2012) 121–133.

[282] Häufiger sind straf- und sakralrechtliche Fragen, vgl. etwa die Inschrift von Knidos, CIG II 2493 (Strafrecht); Priesterwahl, vgl. die Inschrift von Dmeir, SEG XVII 759; Appellationen in Athen, EM 13366.

[283] Vgl. zuletzt *Edmondson*, in: Ferrary/Scheid, Princeps (2015) 127–155.

[284] Ein Überblick zuletzt bei *Bruun*, OH RE 274–295, bes. 285 f.

[285] *Liebs*, § 411.3.h, HLL IV 94; der Gegensatz ist *pro tribunali*, vgl. *Nörr*, HIA III 1514 f.; seitdem *Moreno Resano*, Index 36 (2008) 461–490.

[286] Zum Strafrecht, vgl. *Nörr*, HIA III 1507–1509. Aus dem Privatrecht, vgl. Paul. 3 decr. D. 40.5.38 zur fideikommissarischen Freilassung, dazu *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 180; *Nörr*, HIA III 1515; ferner Ant. C. 9.51.1 (o.A.), dazu *Nörr*, a. a. O. 1522 f.

[287] *Nörr*, HIA III 1517, 1524 (vermutlich dennoch Archivierung).

sind die *sententiae et epistulae* Hadrians in den pseudodositheanischen Hermeneumata.[288] Umstritten ist der Vorschlag Dieter Nörrs, die von Septimius Severus und Caracalla erlassenen *apokrimata* als *interlocutiones de plano* anzusehen (→ Rn. 116 f.).

bb. Reskripte (*subscriptiones* und *epistulae*)

108 Die zahlenmäßig wichtigste Gattung bilden die kaiserlichen Rechtsauskünfte (Reskripte). Formal lassen sich die auf die Anfrage selbst geschriebenen Antworten (*subscriptiones*) und die in Briefform stilisierten *epistulae* unterscheiden.[289] Mit Blick auf den Inhalt ist die von Coriat vorgeschlagene Trennung zwischen „rescrit gracieux" und „rescrit contentieux" zu beachten:[290] Als „rescrit gracieux" wird die Gewährung eines Vorteils, etwa die Befreiung von *munera*,[291] bezeichnet; ein „rescrit contentieux" wird hingegen im Rahmen eines Prozesses auf Grundlage eines *libellus* (von Privaten) oder einer *relatio* (von Seiten des entscheidenden Organs) erteilt.[292]

109 Nicht gänzlich geklärt ist das für die Erteilung von Reskripten geltende Verfahren. Die dokumentarische Überlieferung legt nahe, dass die *subscriptiones* ursprünglich in zwei Ausfertigungen erstellt wurden,[293] von denen eine an den Petenten gesandt, die andere archiviert wurde.[294] Seit Hadrian[295] scheint die Menge der *subscriptiones* ein vereinfachtes Verfahren bedingt zu haben, bei dem die kaiserliche Auskunft nur noch ausgehängt wurde, so dass der Bittsteller sie abschreiben konnte.[296] Der Aushang (*propositio*) erlaubte es, die *subscriptio* nicht nur dem Antragsteller, sondern gleichzeitig allen Interessierten zur Kenntnis zu bringen.[297]

---

[288] So *Nörr*, HIA III 1519; ihm folgend *Liebs*, § 411.3.h, HLL IV 94; zum Text der *Divi Adriani sententiae et epistolae* siehe *Flammini*, Hermeneumata pseudodositheana (2004) 67–77, dazu *Liebs*, SZ 124 (2007) 473–476. *Liebs*, § 411.3.h, HLL IV 94 erwägt, die in Frg. Vat. 195 überlieferte *oratio* Marc Aurels als *interlocutio* anzusehen; *Nörr*, HIA III 1521 f. erwägt, auch die Inschrift von Dmeir (SEG XVII 759) den *interlocutiones* zuzuordnen.

[289] Vgl. *Bauman*, ANRW II.13 166–179 (zum Strafrecht); *Coriat*, SDHI 51 (1985) 319–348; *Honoré*, Emperors (1994) bes. 33–70.

[290] *Coriat*, SDHI 51 (1985) 321 f.

[291] Vgl. z. B. Call. 1 cogn. D. 50.1.37.2; Papir. 2 const. D. 50.1.38.1; Call. 1 cogn. D. 50.4.14.6; Call. 1 cogn. D. 50.6.6.2; Frg. Vat. 203, 222.

[292] *Coriat*, SDHI 51 (1985) 322.

[293] Zum Imperativ ἀπόδος als „Kontrollvermerk", vgl. *Haensch*, ZPE 100 (1994) 491 f.

[294] Zum Reskriptenverfahren, vgl. *Nörr*, HIA II 1333–1354; ferner *Williams*, ZPE 40 (1980) 283–294; *Haensch*, ZPE 100 (1994) 487–546 (zum *praefectus Aegypti*).

[295] *Haensch*, ZPE 100 (1994) 492 f. setzt die Anpassung in die Zeit des Antoninus Pius.

[296] Vgl. v. a. *Nörr*, HIA II 1344 f. „Praktikabilität"; zur Änderung der Kanzleianordnung (seit 223 n. Chr.) im Imperativ πρόϑες, vgl. *Haensch*, ZPE 100 (1994) 503 f.

[297] Zur Archivierung und Einreichung von zwei Exemplaren, vgl. *Haensch*, ZPE 100 (1994) 496 f. Zur Bedeutung der Reskripte für die Praktiker, vgl. *Coriat*, SDHI 51 (1985) 344–348; zur Publikation von Rechtsakten, vgl. (nicht nur zur Spätantike) *Kreuzsaler*, in: Haensch, Selbstdarstellung (2009) 209–248.

Wie private Sammlungen von Reskripten[298] belegen, wurden die kaiserlichen Rechtsauskünfte auch in anderen Verfahren verwendet, dienten also als *exempla*.[299] Dabei scheint einem wiederholten Präjudiz besonderes Gewicht zuzukommen: *saepe rescriptum est*.[300] **110**

Spätestens seit der Severerzeit[301] wird die Rechtsanwendung sowohl im Formular- als auch im Kognitionsverfahren über Reskripte kontrolliert:[302] Die kaiserlichen Rechtsauskünfte werden zur Vorgabe für Statthalter, Beamte und *iudices*; vor einer eigenen Entscheidungsfindung rufen sie die Kanzlei um Stellungnahme an.[303] Die Befolgung der kaiserlichen Auskünfte wird im Wege des Berufungsverfahrens aber auch über die jederzeit mögliche *supplicatio* kontrolliert. **111**

Auch die Juristenschriften verarbeiten die kaiserlichen Rechtsauskünfte:[304] Die Juristen berichten vom Wortlaut einzelner Reskripte, interpretieren ihren Gehalt, kommentieren Widersprüche zu anderen Rechtsquellen und verwenden Reskripte als Grundlage für Analogien und zur Herausarbeitung von Grundsätzen des „Kaiserrechts“.[305] **112**

Das Spektrum der von den Reskripten (*subscriptiones* und *epistulae*)[306] erfassten Rechtsfragen ist breit[307] und betrifft alle Rechtsbereiche des Privatrechts. Beispiele für kaiserliche Anpassungen des *ius civile* sind die interpretative Aufrechterhaltung von formungültigen Testamenten[308] und die Kontrolle von *excusationes* im Recht der Vormundschaft.[309] **113**

[298] Auch die Kanzlei scheint die *subscriptiones* bereits gesammelt publiziert zu haben, vgl. *Haensch*, ZPE 100 (1994) 493 f. „Sammelsubscriptio“ und 499 f. zu Anpassungen im 3. Jh.

[299] Zur Bindungswirkung der Reskripte, vgl. *De Robertis*, Scr. III (1987) 177–186; *Nörr*, HIA II 1359–1367 mwN.; zur Wirkung als Präjudizien, vgl. *Katzoff*, SZ 89 (1972) 256–292.

[300] Beispiele zur Tutel, vgl. Ulp. off. praet. tut. sing. D. 27.1.5; Ulp. 9 ed. D. 26.8.2 pr.; zum Fiskalrecht Ulp. 8 Sab. D. 29.2.25.2. Auch die Reskripte selbst beziehen sich auf die früheren Rechtsauskünfte, vgl. Ant. C. 2.55.1 (a.213); Alex. C. 7.57.3 (a.227); Alex. C. 1.54.2 pr. (a.228); Gord. C. 4.2.3 (a.239); Philipp. C. 2.43.3 (a.244); Philipp. C. 4.19.6 (a.245); Probus C. 2.16.1 (a.278); Diocl./Max.C. 3.36.18 (a.293).

[301] Zur Severerzeit, vgl. *Coriat*, Législateur (1997); ferner *Coriat*, SDHI 51 (1985) 323 f.

[302] *Luzzatto*, St. Volterra II 665–757; *Palazzolo*, Potere (1974); *Coriat*, SDHI 51 (1985) 324–328.

[303] Dem entspricht, dass Reskripte auch zur Prozessvermeidung ergehen, vgl. *Honoré*, Emperors (1994) 37 f.

[304] Zu den damit verbundenen Überlieferungsproblemen, vgl. *Volterra*, ACSI II 821–1097.

[305] *Gualandi*, Legislazione I–II (2012). Eine Ergänzung bedeutet die vom Project Volterra erstellte Datenbank, vgl. https://www.ucl.ac.uk/volterra/database (15. 05. 2018).

[306] Die Abgrenzung ist nicht in allen Fällen möglich, vgl. *Volterra*, ACSI II 846–852 (*subscriptio* = *rescriptum*); ferner *Nörr*, HIA II 1310–1314.

[307] Eine systematische Untersuchung zu den Inhalten fehlt; mehrfach analysiert worden sind die Adressaten von Reskripten, vgl. zum Beispiel *De Dominicis*, Ann. Ferrara 8 (1950) 1–73; *Huchthausen*, Frauen (1992) 117–305.

[308] Vgl. etwa Ulp. 4 disp. D. 28. 3.12 pr.; Ulp. 1 Sab. D. 28.5.1.5; Marcian. 3 reg. D. 28.5.52 pr.

[309] Vgl. etwa Ulp. 11 ed. D. 4.4.11.2; Ulp. off. praet. tut. sing. D. 27.1.5; Ulp. off. praet. tut. sing. D. 27.1.7; Mod. 6 excus. D. 27.1.15.16; Tryph. 2 disp. D. 27.1.44.2; Marcian. 2 inst. D. 30.111 pr.; Marcian. 2 inst. D. 37.14.3; Marcian. 14 inst. D. 48.10.1.10.

114 Einige Reskripte erhalten gesetzesgleiche Wirkung, indem die dort gefundene Rechtsfolge in der Jurisprudenz zu einer Regel verallgemeinert wird. Dies gilt etwa für das *rescriptum divi Pii* für die Haftung des Mündels auf die Bereicherung bei Geschäften ohne Zustimmung des Tutors[310] sowie für die *quarta divi Pii*. Letztere garantiert, dass die adoptierten und sodann emanzipierten Unmündigen wenigstens ein Viertel des Nachlasses des Adoptivvaters erhalten.[311]

115 Eine wichtige Funktion der Reskripte liegt in der Angleichung von römischem Recht und provinzialen Rechtsvorstellungen.[312] Mit Coriat lassen sich in der Reskriptenpraxis der Severerzeit drei Wirkungsweisen unterscheiden: So kann das Reskript erstens zur Lösung von Zweifelsfragen der lokalen Rechtspraxis dienen; zweitens können lokale Rechtserscheinungen römisch interpretiert und dadurch adaptiert werden, und schließlich gelangen über die Anfragen nichtrömische Rechtsvorstellungen in das römische *ius civile*. Als Paradebeispiel einer derartigen Rechtsrezeption gilt die *praescriptio longi temporis*.[313]

116 Besondere Fragen werfen die vorrangig in P.Col. VI 123[314] als ἀποκρίματα[315] überlieferten kaiserlichen Rechtsauskünfte auf. Aufgrund ihrer Struktur und Publikationsart werden sie meist mit den *subscriptiones* identifiziert;[316] hingegen hat sich Turpin für die Zuordnung zu den *decreta* ausgesprochen,[317] während Nörr die Einordnung als *interlocutio de plano* erwog.[318]

117 Da es sich offenbar um eine private Sammlung handelt, ist das Verfahren, das zum Erlass der *apokrimata* geführt hat, nicht ersichtlich, was eine definitive Entscheidung der Zuordnungsfrage ausschließt.[319] Sicher ist nur, dass die *apokrimata*, die noch Jahrzehnte später in privaten Sammlungen und Bittschriften erwähnt werden,[320] in der ägyptischen Praxis als *exempla* dienen.[321]

cc. Dienstanweisungen (*mandata*)

118 Die an kaiserliche Beamte gerichteten *mandata* sind jedenfalls dann als Rechtsquelle anzusehen, wenn sie Eingang in das *liber mandatorum* gefunden haben und insofern

---

[310] Vgl. Ulp. 1 Sab. D. 26.8.1 pr. Zum *rescriptum divi Pii*, vgl. *Labruna*, Rescriptum (1962).

[311] Zur *Quarta divi Pii*, vgl. *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 138–168.

[312] *Coriat*, SDHI 51 (1985) 336 beruft sich auf *Triantaphyllopoulos*, Actes–06 169–191.

[313] BGU I 267 = Sel.Pap. II 214; P.Strasb. I 22, 1–9. *Partsch*, Longi temporis praescriptio (1906); *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969).

[314] Umfassende Nachweise bei *Plisecka*, Apokrimata (in Vorb. 2022).

[315] *Lewis*, RIDA 25 (1978) 263.

[316] So schon *Westermann/Schiller*, Apokrimata (1954) 39–42; ferner *Lewis*, RIDA 25 (1978) 262; dezidiert zuletzt *Haensch*, in: Haensch/Heinrichs, Herrschen (2007) 224 f.

[317] *Turpin*, BASP 18 (1981) 145–160, bes. 158 f.

[318] *Nörr*, HIA II 1310–1314.

[319] *Plisecka*, Apokrimata (in Vorb. 2022) spricht sich für einen Konstitutionentyp *sui generis* aus.

[320] Übersicht bei *Plisecka*, Apokrimata (in Vorb. 2022).

[321] Vgl. auch *Wolff*, SZ 73 (1956) 406–418, 411 f.

Außenwirkung entfalten.[322] Dabei lassen sich die an Provinzstatthalter gerichteten Anweisungen von Instruktionen an andere Beamte unterscheiden.[323]

Inhalte von *mandata* sind zunächst Vorgaben für die Provinzverwaltung; weiter **119**
finden sich Instruktionen zur Organisation von Festen, öffentlichen Bauten und zur städtischen Ordnung.[324] Das wichtigste privatrechtliche Beispiel[325] bildet das Soldatentestament (→ § 18 Rn. 41–47), das nach Ulpians Bericht schrittweise durch *mandata* eingeführt worden sein soll.[326] Ebenfalls beachtlich sind die zur Nichtigkeit der Eheschließung führende Eheverbote für Soldaten und Statthalter mit provinzialen Bewohnerinnen.[327] Auch prozessuale Fragen werden teilweise durch *mandata* (ergänzend oder vollständig neu) geregelt.[328]

Umstritten ist in der Forschung, ob der in BGU V 1210 überlieferte Text zum Gno- **120**
mon des Idios logos[329] einen Auszug aus einem *liber mandatorum* darstellt;[330] aufgrund der Kürze der Angaben dürfte es sich eher um ein *liber mandatorum* ergänzende Aktennotizen des Amtsvorgängers für seine Nachfolger handeln (ὑπομνήματα).[331]

dd. Edikte (*edicta*)

Dem *princeps* steht in Anlehnung an das prätorische *ius edicendi* (→ Rn. 137–139) auch **121**
das Recht zu, Edikte zu erlassen, um bestimmte Sachverhalte zu regeln.[332] Vor allem die dokumentarischen Quellen belegen, dass Edikte häufig für bestimmte Gebiete zur Regelung von Landfragen, Festen, Gerichtsverfassung oder Steuern verwendet wurden.[333]

Für das Privatrecht der Prinzipatszeit sind vor allem folgende Edikte von Bedeutung: **122**
Ein Edikt des Claudius ergänzte die *lex Cornelia* gegen Testamentsfälschungen mit einer Klausel, nach der auch die Zuschreibung von Vermächtnissen die Strafe der *lex Cornelia* auslöst.[334] Diese Regelung wird durch ein *edictum Traiani* ergänzt, das unter anderem Strafmilderungen bei der Selbstanzeige vorsieht.[335]

---

[322] Zum *liber mandatorum*, vgl. *Dell'Oro*, Mandata (1960) 73–76; *Marotta*, Mandata principum (1991) 32–36; zu Justinian, vgl. *Wenger*, Qu. 426 f.

[323] *Marotta*, Mandata principum (1991) 71–96.

[324] Auch hierzu *Marotta*, Mandata principum (1991) 125–182.

[325] Weitere Beispiele bei *Dell'Oro*, Mandata (1960) 38–61.

[326] Ulp. 45 ed. D. 29.1.1 pr., dazu zuletzt *Lovato*, Scr. Pani 257–266 mwN.

[327] Vgl. allgemein *Jung*, ANRW II.14 302–346; *Phang*, Marriage (2001); *Mirkovic*, ZPE 40 (1980) 259–271; zu neuen Dokumenten, vgl. *Speidel*, CCGG 24 (2013/14) 205–215.

[328] Zu den prozessualen *mandata*, vgl. *Marotta*, Mandata principum (1991) 99–122.

[329] Zum Text, vgl. *Mélèze Modrzejewski*, Girard/Senn/Giuffrè, Lois Rom. 12–49.

[330] Lit. zum Gnomon, vgl. zuletzt *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 109–115 mwN.

[331] Zu den Amtstagebüchern, vgl. *Wilcken*, Philologus 53 (1894) 80–126; zur Archivierung, vgl. *Haensch*, SZ 109 (1992) 209–317.

[332] Zum *ius edicendi*, vgl. *Bauman*, ANRW II.13 159 f.; *van der Wal*, RIDA 28 (1981) 278–280.

[333] Ein Überblick bei *Liebs*, § 411.3.b, HLL IV 90.

[334] Vgl. Call. 1 quaest. D. 48.10.15 pr.; Paul. 22 quaest. D. 48.10.14.2; zu beiden, vgl. *Kocher*, Anwendungsbereich (1965) 119 f. (auch zur Abgrenzung zum *SC Libonianum*); *Bauman*, ANRW II.13 159 f.

123 In den Bereich der Erbschaftssteuer gehörte das von Justinian abgeschaffte *edictum Hadriani*;[336] für den Erwerb vom Fiskus bestimmt schließlich ein *edictum divi Marci*, dass der Erwerber nach fünf Jahren dem Eigentümer eine *exceptio* entgegenhalten kann.[337]

124 Auch die (*constitutio Antoniniana*),[338] mit der Caracalla 212 n. Chr. allen Reichsbewohner das römische Bürgerrecht verlieh, ist als *edictum* erlassen worden; ebenfalls reichsweit bedeutsam ist das *edictum de pretiis* Diokletians, das Höchstpreise für bestimmte Güter festlegt.[339]

125 In der späteren Kaiserzeit (→ § 4 Rn. 34) gilt das Edikt als wichtigste und in seinen Rechtsfolgen weitreichendste Rechtsquelle.[340]

III. *Ius praetorium/ius honorarium*

Wlassak, Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen, 1884; *Guarino*, La formazione dell'editto perpetuo, ANRW II.13 62–102; *Kaser*, Ius honorarium und ius civile, SZ 101 (1984) 1–114; *Talamanca* (sotto la direzione di), Lineamenti di storia del diritto romano, 2. Auflage, 1989; *Gallo*, Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium, SDHI 62 (1996) 1–68; *Mantovani*, Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare. Un percorso negli studi, in: Di Renzo Villata (Hg.), Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile, Atti del Convegno Cagliari 13–14 ottobre 2000, 2003, 33–151.

1. Begriff, Charakter und Herkunft des *ius praetorium/ius honorarium*

126 Als *ius praetorium* und/oder *ius honorarium* werden seit dem Ende der Republik[341] die rechtlichen Vorgaben bezeichnet, die der Prätor und andere Gerichtsmagistrate[342] er-

[335] Paul. 7 l. Iul. Pap. D. 49.14.13; Ulp. 8 off. procons. D. 47.11.6.1; zu einem anderen *edictum Traiani*, vgl. Iust. C. 7.6.1.1a (a.531), dazu *Humbert*, Ktèma 6 (1981) 207 Fn. 1.

[336] Iust. C. 6.33.3 pr. (a.531); ein anderes *edictum Hadriani* betrifft die Strafdrohung der *relegatio*, vgl. Call. 6 cogn. D. 48.19.28.13.

[337] Inst. 2.6.14 *Edicto divi Marci cavetur eum, qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium praeterierit, posse dominum rei per exceptionem repellere* (…).

[338] P.Giss. 40 (= Chr.Mitt. 377); vgl. zuletzt die Synthese von *Corbo*, Constitutio Antoniniana (2013).

[339] Edict. Diocl. pret. rer. venal., siehe *Lauffer*, Diokletians Preisedikt (1971) 92.

[340] *Van der Wal*, RIDA 28 (1981) 284–300; Nuancierungen bei *Riedlberger*, Prolegomena (2020) bes. 43–49 (Kaiseredikt); 53–64 (Präfektenedikt). Er unterscheidet a. a. O. 26 f. die beiden Kategorien ‚übergreifender Geltung' (Konstitutionen) und ‚Einzelfallgeltung' (Reskripte i. w.S.) und betont 42 Fn. 41, dass der übermäßige Gebrauch des Wortes ‚edictum' zu vermeiden ist.

[341] *Kaser*, SZ 101 (1984) 5 f.

[342] Zur Entwicklung der Prätur, vgl. *Wesenberg*, s. v. Praetor, RE XXII.2 1582–1591; ferner *Schiavone*, Ius (2005) 119–121; zuletzt *Brennan*, Praetorship I (2000) 61–69.

lassen.[343] Die Bezeichnung *praetorium* bzw. *honorarium* leitet sich von der Amtsbefugnis (*praetor* bzw. *honor*) ab[344] und weist auf die verfahrensleitende Funktion der Gerichtsmagistraten im Privatprozess.

127 In republikanischer Zeit sind die Jurisdiktionskompetenzen zwischen zwei Prätoren geteilt: Spätestens seit 242 v.Chr. wurde dem für die Rechtsprechung zwischen Römern zuständigen *praetor urbanus* ein *praetor peregrinus* zur Seite gestellt, der für Verfahren zwischen Nichtrömern sowie zwischen Römern und Nichtrömern zuständig war.[345]

a. Die *iurisdictio* der Prätoren als Kernbereich des *ius praetorium*

128 Grundlage des *ius praetorium* ist die *iurisdictio*,[346] die sich aus dem mit der Magistratur verbundenen *imperium* speist.[347] Sie bezeichnet „die hoheitliche Machtbefugnis, die den Gerichtsmagistraten zur Wahrnehmung der Privatrechtspflege verliehen ist“,[348] und ist grundsätzlich unbegrenzt:[349] Der Prätor wendet zwar das Gesetz an, seine Amtsausführung ist aber nicht auf die Gesetzesausführung beschränkt.[350] Nach dem Juristen Paulus gehört sogar die unbillige prätorische Entscheidung zum *ius*, solange sie von der *iurisdictio* getragen ist.[351]

129 Die Jurisdiktionsgewalt umfasst einerseits die Befugnis, im Einzelfall Recht zu sprechen (*ius dicere*),[352] andererseits die Macht, allgemeine Regeln zur Entscheidungsfindung zu verheißen (*ius edicendi*).[353]

---

[343] Vgl. *Kaser*, SZ 101 (1984) 1 f.

[344] Vgl. Pap. 2 def. D. 1.1.7.1.

[345] Grundlage soll eine *lex Plaetoria (de iurisdictione)* sein, vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 172 f.

[346] Zur *iurisdictio*, vgl. *Buti*, Praetor (1984) 5–45; *Kaser/Hackl*, RZ 183–191; auch Cicero setzt *iurisdictio* und *ius praetorium* gleich, vgl. Cic. Verr. II 2,31; Cic. Phil. 2,3; abweichend *Kaser*, SZ 101 (1984) 77.

[347] Zum *imperium* als Grundlage der *iurisdictio*, vgl. *Lauria*, St. Bonfante II 488 f.; *Fabbrini*, Apollinaris 51 (1978) 497 f.; *Talamanca*, ACop. VIII 66 f.; *Talamanca*, Lineamenti (1989) 130–132; *Wieacker*, RRG I § 22, S. 429–438; *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 21–28 (*imperium*) mwN.

[348] *Kaser/Hackl*, RZ 183; *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 323–329. Von *Wlassak* stammt der Begriff der Beamtenwillkür, vgl. *Wlassak*, Edict und Klageformel (1882) 119 f.; *Wlassak*, Theorie der Rechtsquellen (1884) 154 f., 162 f. *Wlassak*, Processgesetze II (1891) 125 f., 358 f.; *Kaser*, SZ 101 (1984) 10–12.

[349] *Kaser*, SZ 101 (1984) 7 f.; Ermessensfreiheit aus der Position des *rex*, vgl. *Betti*, Labeo 14 (1968) 8 f.

[350] Vgl. *Wesenberg*, s. v. Praetor, RE XXII.2 1592 f.; *Guarino*, ANRW II.13 65.

[351] Paul. 14 Sab. D. 1.1.11 *Ius pluribus modis dicitur (…) Praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit.* Zur *ius*-Qualität der Einzelfallentscheidung, vgl. *Kaser*, SZ 101 (1984) 12.

[352] Zu *ius dicere*, vgl. *Kaser*, SZ 100 (1983) 87 f.; *Kaser*, SZ 101 (1984) 11 f.; *Pugliese*, Actio (1939) 130–133.

[353] Zum *ius edicendi*, vgl. Gai. 1.6, dazu *Wieacker*, RRG I § 25, S. 462–470; *Gallo*, SDHI 62 (1996) 14.

130 Der Prätor entscheidet über die Eröffnung des Verfahrens,[354] wobei ihm verschiedene Optionen zur Wahl stehen:[355] Er kann, 1) eine Klage in Entsprechung des geltenden Rechts zuerkennen (*iudicium dare*), 2) eine Klage dem geltenden Recht entsprechend nicht zulassen (*denegatio actionis*), 3) eine Einrede in Anwendung des geltenden Rechts gegen eine Klage gestatten, 4) eine anerkannte Klage für einen an sich nicht vorgesehenen Anwendungsfall erteilen, 5) eine bisher dem Recht nicht bekannte Klage anerkennen. In den beiden letzten Fällen erfolge die Entscheidung mittels *decretum* und hat rechtsschöpfende Kraft.[356]

131 Die Einzelfallentscheidung des Prätors wird als *cognitio* bezeichnet.[357] Grundlage sind die vom Kläger mitgeteilte Klageformel (*editio actionis)* und die in Aussicht gestellten Beweismitel (*editio instrumentorum*).[358] Der Prätor kann die Klage erteilen (*dare iudicium*)[359] oder auch ablehnen (*denegatio actionis*), wenn er das Begehren des Klägers aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen für nicht berechtigt hält.[360]

132 Neben der Entscheidung über die Gewährung oder Versagung von Rechtsmitteln kann der Prätor auch prozessgestaltende oder rechtsgestaltende Entscheidungen (*decreta*) treffen:[361] So kann er die Vornahme von bestimmten Stipulationen anordnen (*cautiones*),[362] die Einweisung in den Besitz befehlen (*missio in possessio*),[363] einen Tutor bestellen (*datio tutoris*) oder eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*in integrum restitutio*)[364] gewähren (→ § 110 Rn. 1).

133 Neben der streitigen Gerichtsbarkeit steht dem Prätor auch die *iurisdictio voluntaria*[365] zu. Sie betrifft namentlich Statusänderungen vor dem Magistraten (Emanzipation, Freilassung, Adoption).[366] In der Kaiserzeit treten die durch Marc Aurel vorge-

---

[354] Mod. 10 pand. D. 2.4.13; Paul. 2 resp. D. 2.14.16; ein Überblick bei *Buti*, Praetor (1984) bes. 191–364.

[355] *Gallo*, SDHI 62 (1996) 15.

[356] *Gallo*, SDHI 62 (1996) 10, der von einer „grossa anomalia“ spricht.

[357] Zur *cognitio*, vgl. *Wlassak*, s. v. cognitio. 1) Cognitio (notio) in der Civilrechtspflege, RE IV.1 206–218; *Lemosse*, Cognitio (1944) 181–209.

[358] Zur Bedeutung der *editio*, vgl. *Bürge*, SZ 112 (1995) 1–50; *Babusiaux*, Quod actum (2006) bes. 7–10, 38–44, 170–172, 252 f.

[359] Zur *datio actionis*, vgl. *Buti*, Praetor (1984) 91–125 mwN.

[360] Zu Ablehnungsgründen, vgl. *Metro*, Denegatio actionis (1972) 76–156 mwN.; *Ankum*, SZ 102 (1985) 453 f. Zur Rechtskraftsfähigkeit einer solchen Entscheidung, vgl. *Metro*, Denegatio actionis (1972) 160–170; *Zwalve*, Denegatio actionis (1981); *Mancuso*, SDHI 63 (1997) 389 f.

[361] *Pugliese*, Actio (1939) 116 f. Die eingreifenden Maßnahmen, wie *missiones*, Auferlegung von *stipulationes praetoriae*, *in integrum restitutiones*, *interdicta* und Erteilung der *bonorum possessio*, sind Maßnahmen des *imperium*, vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 173, 185 f. mwN.

[362] Zur Anordnung von *cautiones*, vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 279–283 mwN.

[363] Zur *missio*, vgl. *Lemosse*, Cognitio (1944) 196–202; *Betancourt*, AHDE 52 (1982) 373–510.

[364] Vgl. *Mancuso*, SDHI 63 (1997) 379–382.

[365] Marcian. 1 inst. D. 1.16.2 pr. Zur *iurisdictio voluntaria*, vgl. *Wesenberg*, s. v. Praetor, RE XXII.2 1597 f.; *Kaser*, SZ 101 (1984) 68; *Fernández de Buján*, Jurisdicción voluntaria (1986); *Wacke*, SZ 106 (1989) 180–209.

[366] Einzelheiten bei *Wacke*, SZ 106 (1989) 184 f., 193–196 zu den Verfahrensprinzipien.

schriebene Kontrolle der Alimentenvergleiche durch *auctoritas praetoris*[367] sowie die durch die *oratio Severi* aus dem Jahre 195 n. Chr. angeordnete prätorische Zustimmung zur Veräußerung von Mündelvermögen hinzu.[368]

Die Jurisdiktionsgewalt bildet auch die Grundlage für die Schaffung von Klageformeln, welche die Voraussetzungen für die Durchführung des Beweisverfahrens vor dem Privatrichter definieren (→ § 13 Rn. 32). Bei Gaius werden gewisse Formeln ausschließlich auf prätorische Initiative zurückgeführt.[369] Gleichzeitig gilt der Prätor als Schöpfer des Formularverfahrens,[370] das durch die *lex Aebutia* zur „ordentlichen" Verfahrensart wurde.[371] **134**

b. Weitere Träger des *ius praetorium*

Auch die aus der Gerichtsbarkeit der kurulischen Ädilen fließenden Rechtssätze[372] gehören zum *ius praetorium*. Namentlich die Regeln zur Verkäuferhaftung beim Sklaven- und Zugtierkauf sind als Ausdruck ihrer Jurisdiktionsgewalt[373] und damit als *ius praetorium* anzusehen (→ § 79 Rn. 314–318). **135**

Zum *ius honorarium* zählt auch das Recht aus den Edikten[374] der Provinzstatthalter.[375] Hierfür spricht die Kontinuität zum Amtsbereich des *praetor peregrinus*[376] sowie **136**

---

[367] Hauptbeleg ist Ulp. 5 omn. trib. D. 2.15.8 pr.–25; zur Frage, vgl. *Bellodi Ansaloni*, BIDR 101/102 (1998/99) 465–496. Zur *auctoritas praetoris*, vgl. *Brasiello*, St. Solazzi 689–728. Zur *auctoritas* im Verhältnis zur *iurisdictio*, vgl. *Fabbrini*, Apollinaris 51 (1978) 498–511.

[368] Digestentitel D. 27.9 *De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis*, dazu *Biscardi*, St. Grosso III 247–266. Hier findet sich auch der besondere Ausdruck *religio praetoris*, vgl. Ulp. 35 ed. D. 27.9.5.11 (…) *qui instruere possit praetoris religionem, an adsentire venditioni vel obligationi debeat*; vgl. auch Ulp. 35 ed. D. 27.9.5.4–6, 8.

[369] Vgl. Gai. 4.11, dazu *Kaser/Hackl*, RZ 153–157 mwN.

[370] Zum Formularverfahren, vgl. *Kaser*, SZ 101 (1984) 31 f.; *Talamanca*, Lineamenti (1989) 137–146; *Schiavone*, Ius (2005) 122–129.

[371] Zur *lex Aebutia*, vgl. *Wlassak*, Processgesetze I (1888) 58–62, 155–166; *Wlassak*, Processgesetze II (1891) 347–357; *Serrao*, Iurisdictio (1954) 57–74; abweichend *Kaser*, St. Albertario I 25–59; *Kaser*, SZ 101 (1984) 48–53, der die *lex Aebutia* auf die *condictio* beschränken will; kritisch *Talamanca*, ACop. VIII 67–101; zur Diskussion, vgl. *Fiori*, Ea res agatur (2003) 121–140.

[372] Einzelheiten bei *Kaser/Hackl*, RZ 174 f.

[373] So explizit *Jakab*, Praedicere (1997) 120–122.

[374] Die Existenz eines Provinzialedikts lässt sich heute nicht mehr bestreiten. Den wichtigsten Beleg bildet dabei der Fund der Prozessformel der *actio tutelae* im Archiv der Babatha (P.Yadin I 28–30), dazu *Nörr*, SZ 115 (1998) 83–86. Für Ägypten ist die Existenz eines Provinzialedikts umstritten, vgl. *Katzoff*, ANRW II.13 825–833; ihm folgend *Hackl*, SZ 114 (1997) 155–158; *Purpura*, Katholikon Diatagma (1981); *Martini*, in: Dovere, Codificazione (1998) 179–189; *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 286–298 mwN.

[375] Vgl. Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.32, dazu *Brennan*, Praetorship I (2000) 91 f. Die terminologische Zuordnung der statthalterischen Edikte zum *ius praetorium* wird dadurch erschwert, dass seit Reformen unter Augustus nicht mehr *praetores*, sondern *proconsules, legati Augusti* und der *praefectus Aegypti* für die Provinzialverwaltung zuständig waren, vgl. *Hackl*, SZ 114 (1997) 142–146.

[376] Zur Ablösung der *res publica* durch das *imperium Romanum*,, vgl. *Guarino*, ANRW II.13 64 f.;

die hohe inhaltliche Übereinstimmung zwischen stadtrömischem und provinzialem Edikt.[377]

2. Das prätorische Edikt

137 Den Prätoren und den mit *imperium* ausgestatteten Gerichtsmagistraten steht das Recht zu, Edikte zu erlassen (*ius edicendi*),[378] um die Rechtsbehelfe und Vorgaben anzukündigen,[379] die sie anerkennen werden. Rekonstruierbar ist die kaiserzeitliche Fassung des *edictum perpetuum* (→ Rn. 143–146), das neben den Formeln von Klagen und Einreden auch Interdikte und Stipulationsformulare enthält.[380]

138 Die Forschung geht von einer schrittweisen Stabilisierung des ediktalen Inhalts aus. So sei das Edikt ursprünglich nur als veränderbares „Programm" (Selb) verkündet worden und habe seinen Inhalt erst durch die regelmäßige Übernahme von ediktalen Vorschriften des Vorgängers gefestigt,[381] bis es dann durch gesetzgeberische Intervention seine kanonische Form gefunden habe (→ Rn. 141 f).

139 Schon in republikanischer Zeit kommt der Jurisprudenz bei der Ausarbeitung und Anwendung des *ius praetorium* eine prägende Rolle zu,[382] denn die Prätoren vertrauen bei beidem auf fachjuristischen Rat.[383] In der Kaiserzeit verlagert sich die ursprünglich dem Prätor zustehende Rechtsfortbildung in die Ediktskommentare der Juristen.[384]

Brennan, Praetorship I (2000) 85–89, 603 f.; anders *Serrao*, Iurisdictio (1954) 19–22; *Fiori*, Ea res agatur (2003) 228 f.

[377] So bereits *Lenel*, EP 4 f.; *Serrao*, Iurisdictio (1954) 197 f. Die inhaltliche Übereinstimmung zeigt sich an Gaius' Kommentar zum *edictum provinciale*,, vgl. *Martini*, Editto provinciale (1969); *Guarino*, ANRW II.13 77 f.; ein Überblick zu den Edikten als Herrschaftsmittel bei *Meyer-Zwiffelhofer*, πολιτικῶς ἄρχειν (2002) 316–326.

[378] Zur Abstimmung der beiden Edikte untereinander, vgl. *Guarino*, ANRW II.13 75 f.

[379] Vgl. *Kaser*, SZ 101 (1984) 3, der Gebote und Verbote sowie Rechtsschutzverheißungen unterscheidet. Zum Begriff *edictum*, vgl. Nachweise bei *Mancuso*, AUPA 37 (1983) 313–314.

[380] Grundlegend *Lenel*, EP.

[381] Zum *edictum tralaticium*, vgl. Cic. Verr. II 1,114 (…) *Quare hoc sit aequissimum facile est dicere, sed in re tam usitata satis est ostendere omnis antea ius ita dixisse, et hoc vetus edictum translaticiumque esse*; Cic. Verr.II 1,117; dazu *Mancuso*, AUPA 37 (1983) 370 f. Fn. 1 mwN. Zur Verfestigung vgl. *Selb*, FG Kaser 260–272.

[382] Einige prätorische Klagen tragen ausdrücklich den Namen des einführenden Prätors, vgl. Gai. 4.35 zur Klage (*actio Rutiliana*) des *bonorum emptor*.

[383] Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Prätor vor Hadrian, vgl. *Wlassak*, Prozeßformel I (1924) bes. 3–57; der Hauptbeleg *Wlassaks* ist Cic. leg. 1,14, in dem Cicero freilich die Wichtigkeit einer philosophischen Rechtsbetrachtung (gegenüber der Befassung mit dem *ius civile* und den Prozessformeln) betont, dazu *Straumann*, Roman law (2015) 30 f.; *Wenger*, Praetor (1926) 101–115; *Wesenberg*, s. v. Praetor, RE XXII.2 1599; *Kaser*, Ausgew. Schr. I 31 f.; *Zwalve*, TR 51 (1983) 140 f.; zur *aequitas*, vgl. *Vacca*, in: Santucci, Aequitas (2006) 24–28.

[384] Zur Interpretationsmacht der Jurisprudenz seit Hadrian, vgl. *Gallo*, SDHI 62 (1996) 1–68; *Mantovani*, in: Mantovani, Storia del pensiero 1993 (1996) 61–133. Zu Pomponius' Kommentar, vgl. vor allem *Stolfi*, Libri ad edictum I (2002) 261–574; Pomponius' Kommentar ist verloren, kann aber durch Zitate bei Ulpian und Paulus rekonstruiert werden, vgl. *Stolfi*, a. a. O. 29–303.

a. Die *lex Cornelia de edictis* (67 v. Chr.)

Als entscheidender Schritt in Richtung auf eine „Norm" (Selb) gilt die *lex Cornelia de* **140**
edictis aus dem Jahre 67 v. Chr.[385] Das Plebiszit band die Prätoren an die im Edikt ausgesprochenen Grundsätze,[386] um Machtmissbrauch und Günstlingsentscheidungen zu verhindern.[387]

Seit dieser Zeit scheint sich das Edikt als *lex annua* stabilisiert zu haben.[388] Cicero **141**
konstatiert, dass seine juristischen Zeitgenossen nicht mehr das Gesetz, sondern das Edikt kommentierten.[389] Entsprechend sind seit dem 1. Jh. v. Chr. die ersten *libri ad edictum* belegt,[390] die das Edikt eigenständig[391] und nicht mehr als Teil des *ius civile* behandeln (→ § 7).

Für die gleiche Zeit liegen Belege dafür vor, dass die für ein Amtsjahr gewählten **142**
Prätoren die von den Vorgängern bereits bekannten Regelungen übernahmen. Auch wenn der Prätor frei war, neue Regelungen hinzuzufügen oder obsolete Vorschriften wegzulassen, führte diese Vorgehensweise zu einem kontinuierlich stabilen Bestand an ediktalen Bestimmungen.[392] Man spricht daher vom tralatizischen Edikt.[393]

b. Die sog. Ediktsredaktion unter Hadrian

In der Kaiserzeit bildet die Redaktion des *edictum perpetuum* unter Hadrian eine ent- **143**
scheidende Zäsur.[394] Inhalt und Ausmaß dieser um 130 n. Chr.[395] anzusetzenden Re-

[385] Zur *lex Cornelia*, vgl. *Gallo*, SDHI 62 (1996) 16 f.; *Mancuso*, SDHI 63 (1997) 387–389 mwN.; *Martini*, ACop. VI 233–240.

[386] Das genaue Ausmaß der Bindungswirkung ist umstritten, vgl. im Einzelnen *Mancuso*, AUPA 37 (1983) 397–402; *Palazzolo*, Scr. Guarino V 2427–2448; *Gallo*, SDHI 62 (1996) 21.

[387] Vgl. D. C. 36,40,1–2, dazu *Metro*, Iura 20 (1969) 500–525; *Gallo*, SDHI 62 (1996) 22.

[388] Cic. Verr. II 1,109, dazu *Gallo*, SDHI 62 (1996) 20 mit Fn. 49 und 31 f.

[389] Cic. leg. 1,17, dazu *Watson*, Law Making (1974) 31 f.; *Wieacker*, RRG I § 39 II.1.a, 643 Fn. 19; zu *edictum* und *lex*, vgl. *Wlassak*, Edict und Klageformel (1882) 45–53; ferner *Babusiaux*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 263 f.

[390] Vgl. Pomp. ench. sing. D. 1.2.2 pr. (…) *de iurisdictione idem [scil. Ofilius] edictum praetoris primus diligenter composuit* (…), dazu *Mantovani*, in: Mantovani, Storia del pensiero 1993 (1996) 63–65, der das Werk des Ofilius vorsichtig als literarisches Werk deutet; gleichsinnig *Mancuso*, AUPA 37 (1983) 328–338.

[391] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.44 (…) *nam ante eum Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit*, dazu *Mancuso*, AUPA 37 (1983) 338–340, 404–408; *Gallo*, SDHI 62 (1996) 22.

[392] *Zwalve*, TR 51 (1983) 137 f. sieht in der Stabilisierung den Hauptgrund für die Qualifikation als „*ius*".

[393] Cic. Verr. II 1,114 *vetus edictum translaticiumque*, dazu *Weiß*, SZ 50 (1930) 251–255.

[394] Vgl. Const. Tanta/Dedoken § 18, dazu *Wieacker*, RRG I § 25.III, 468–470; anders *Guarino*, ANRW II.13 82–99; nuancierend *Zwalve*, TR 51 (1983) bes. 139 f.; *Mantovani*, in: Lévy, Codification (2000) 270–272.

[395] Zur Datierung, vgl. v. a. *Girard*, RHD 34 (1910) 5–40, bes. 9–11, 15 (zwischen 117 und 129 n. Chr.).

form sind umstritten: Traditionell wird die von Justinian gelobte *compositio edicti* durch den Juristen Julian[396] als kaiserliche Maßnahme zur Rationalisierung des prätorischen Rechts gedeutet.[397] Vor allem Antonio Guarino hat dagegen die Meinung vertreten, Julian habe lediglich das bisherige prätorische Recht gesammelt und kommentiert.[398] Gegen Guarino spricht bereits, dass die späteren Juristen eine offensichtlich bei diesem Anlass geschaffene Klausel als *nova clausula Iuliani*[399] zitieren (→ § 57 Rn. 130–146).

144 Auch der in Const. Tanta § 18 erwähnte Senatsbeschluss zur „Inkraftsetzung" des Edikts wird bezweifelt.[400] Fehlgehend ist nur der Schluss, dass diese Verkündung gleichzeitig zum Verschwinden des *ius praetorium* geführt habe:[401] Genauso wenig wie die *auctoritas principis* die *responsa prudentium* zu Kaiserrecht machte (→ Rn. 97), ist von einer kaiserrechtlichen „Rezeption" des prätorischen Rechts auszugehen.[402] Ziel der kaiserrechtlichen Vereinnahmung ist lediglich, die Autorität des Edikts zu stärken.[403]

145 Aus dieser Kontinuität zum republikanischen Recht erklärt sich, warum die „Ediktsredaktion" die produktive Arbeit am Edikt keineswegs beendet hat.[404] Dennoch ist wahrscheinlich, dass der kaiserliche Eingriff dazu beigetragen hat, die Autorität auf

---

[396] Zum Begriff, vgl. *Guarino*, ANRW II.13 89–91; *Zwalve*, TR 51 (1983) 147 f.; *Mantovani*, in: Lévy, Codification (2000) 267 f. Dass die Redaktion des Edikts nicht mit CIL VIII 24094 (= ILS 8973) (so aber noch *Girard*, RHD 34 [1910] 36–39) in Zusammenhang gebracht werden darf, zeigt *Nörr*, HIA II 877–896.

[397] Const. Tanta/Dedoken § 17 f., dazu *Guarino*, ANRW II.13 88–91; *Mantovani*, in: Lévy, Codification (2000) 263–265.

[398] *Guarino*, ANRW II.13 83–89; zuvor *Guarino*, Labeo 10 (1964) 364–426.

[399] Der Begriff findet sich bei Marcell. 9 dig. D. 37.8.3 *propter id caput edicti, quod a Iuliano introductum est, id est ex nova clausula*; Ulp. 41 ed. D. 37.9.1.13 *namque natus solet patri ex novo edicto iungi*, dazu *Cosentini*, St. Solazzi 219–231; anders *Babusiaux*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 9–31. Weitere Belege zu Strukturentscheidungen bei *Wlassak*, Edict und Klageformel (1882) 22–32; zustimmend *Girard*, RHD 34 (1910) 12 f.

[400] Die Const. Tanta § 18 sagt allerdings recht klar: *in compositione edicti et senatusconsulto quod eam secutus est.* Der griechische Text legt jedenfalls eine *oratio* nahe; diese kann vor dem Volk oder dem Senat erfolgt sein, vgl. *Girard*, RHD 34 (1910) 18 f.; anders *Zwalve*, TR 51 (1983) 145 f. Es ist aber fraglich, ob man – wie *Zwalve* – die griechische Fassung als Gegenargument zur lateinischen verwenden kann, wenn (wie *Wallinga*, Tanta/ΔΕΔΩΚΕΝ [1989] 79–81 zeigt) die lateinische die jüngere und sorgfältigere Fassung des Textes bietet.

[401] So aber *Wenger*, Qu. 409.

[402] Auch in der Severerzeit ist der Prätor die Referenz, was sich auch in der Auslegung zeigt, vgl. zur *mens praetoris* Tryph. 19 disp. D. 37.4.20.1; Ulp. 7 disp. D. 45.1.52 pr.; zu den *verba praetoris*, vgl. etwa Ulp. 71 ed. D. 43.25.1.2, Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.3; auch noch Justinian unterscheidet zwischen dem *ius civile* und dem *ius praetorium*, vgl. *Zwalve*, TR 51 (1983) 146 f.

[403] Vgl. *Mantovani*, in: Lévy, Codification (2000) 260.

[404] Gai. 1.6, dazu *Guarino*, ANRW II.13 78 f.; *Kaser*, SZ 101 (1984) 102–108. Die in Const. Dedoken § 18 referierte *oratio* ermächtigt den Prätor auch in Zukunft im Edikt, „neue Formeln und Exzeptionen (…) zu proponieren", dazu *Wieacker*, RRG I § 25.II.3, S. 469 Fn. 37 mwN.

Dauer vom Prätor auf den *princeps* zu verschieben.[405] Dies ist aber kein auf das Edikt beschränktes Phänomen, sondern auch die Folge der zunehmenden Zentralisierung der Rechtsprechung in der Severerzeit (→ Rn. 111).[406]

Im Rahmen dieser Entwicklung wird der Gerichtsmagistrat den kaiserlichen Beamten gleichgestellt,[407] die im Laufe der Kaiserzeit als Spezialprätoren für bestimmte Zweige der *cognitio extra ordinem* geschaffen wurden.[408] Hierzu gehören namentlich die seit Claudius bezeugten *praetores fideicommissarii*, der von Marc Aurel eingesetzte *praetor tutelaris* und der offenbar zum Beginn des 3. Jh.s geschaffene *praetor de liberalibus causis*.[409] **146**

3. Vorbehaltene prätorische Kompetenz

Ius dicere bezeichnet die Kompetenz, im Einzelfall Recht zu sprechen, weshalb das prätorische Recht eng mit dem Prozessgeschehen verbunden ist.[410] Verschiedene Formulierungen weisen auf ein mehr oder weniger weitreichendes Ermessen (*causae cognitio*) oder auf eine dem Prätor vorbehaltene Befugnis (*officium praetoris, praetoris partes*) hin. **147**

a. *Causae cognitio*

Auch unter Geltung des Edikts steht dem Prätor die ermessengeleitete *causae cognitio* zu.[411] So kann das Edikt dem Prätor auferlegen, die Berechtigung eines Anliegens auch bei Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen weitergehend zu prüfen.[412] Ebenso finden sich Fälle, in denen der ediktale Rechtsschutz nur allgemein oder in Form einer Generalklausel gewährt wird, so dass es auf die Prüfung des Einzelfalls ankommt. Die Juristen sprechen dann vom *auxilium*[413] oder vom *beneficium praetoris*.[414] **148**

---

[405] Grundlegend *Palazzolo*, Potere (1974) 37–43; ferner *Eich*, Metamorphose (2005) 370–383.

[406] Das Edikt bleibt dennoch die Referenznorm, vgl. das Ediktslob als *edictum perpetuum*, dazu *Pringsheim*, Symb. Lenel 1–39; *Guarino*, ANRW II.13 79–81; *Zwalve*, TR 51 (1983) 136. Zur Präzision des Ediktszitates, vgl. *Mancuso*, AUPA 37 (1983) 352–369.

[407] Zu den Spezialprätoren, vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 452 f., 456 f.

[408] So auch *Wesenberg*, s. v. Praetor, RE XXII.2 1601; ein Überblick auch bei *Kaser/Hackl*, RZ 452 f. (*praetor fideicommissarius*), 456 f. (*praetor tutelaris*), 457 (*praetor liberalibus causis*).

[409] Überblick bei *Wesenberg*, s. v. Praetor, RE XXII.2 1600.

[410] Zum *iudicium*, vgl. *Wlassak*, Processgesetze II (1891) 10–26 (v.a. zur Abgrenzung zur *actio*); den Einzelfall betont *Mantovani*, Mél. Humbert 451–469.

[411] *Wlassak*, s. v. cognitio. 1) Cognitio (notio) in der Civilrechtspflege, RE IV.1 207–211; *Lemosse*, Cognitio (1944) 191–209; zum Statthalter, vgl. *Martini*, Causae cognitio (1960) 44 f.; weitere Nachweise bei *Mancuso*, SDHI 63 (1997) 393 f.

[412] *Kaser/Hackl*, RZ 189 f. mwN.; *Lévy-Bruhl*, TR 5 (1924) 428 f.; *Pugliese*, Actio (1939) 137–141.

[413] Gleichsinnig *succurrere*, vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.4.13 pr.; Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.4; gleichsinnig *tuitio praetoris*, vgl. Frg. Vat. 61 = Ulp. 17 Sab. D. 7.4.1 pr.; ferner Ulp. 51 ed. D. 7.9.9.1; Ulp. 12 ed. D. 27.6.1.5; Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.2.

[414] Vgl. Iul. 45 dig. D. 4.4.41; Ulp. 12 ed. D. 4.6.17.1; Marcell. 5 dig. D. 20.1.27; Tryph. 9 disp.

149 Prätorische Ermessensentscheidung finden sich zum Beispiel bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*restitutio in integrum*),[415] zur Erzwingung prätorischer Stipulationen (*stipulationes praetoriae*)[416] sowie in einzelnen Fällen der *bonorum possessio*.[417] In der Kaiserzeit kann der Prätor seine Hilfestellung auch aufgrund kaiserlicher Anordnung oder Bitte gewähren.[418]

b. *Officium praetoris*

150 Der Hinweis auf das *officium praetoris* zeigt die allein dem Prätor zustehende Erteilung bestimmter Rechtsbehelfe an.[419] Nur ihm steht die Befugnis zu, entweder einen Rechtsbehelf zu versagen, weil das Rechtsschutzinteresse des Klägers nicht oder nicht mehr besteht,[420] oder aufgrund besonderer Umstände eine *actio utilis* zu erteilen.[421]

151 Auch bestimmte prozessleitende Handlungen, wie etwa die Durchsetzung einer Servitut,[422] die Testamentseröffnung[423] oder die Einweisung in den vorläufigen Besitz (*missio in possessionem*),[424] sind dem Prätor vorbehalten. Eine besondere Rolle hat das prätorische *officium* im Rahmen der Durchsetzung von Testamenten, denn es erlaubt dem Gerichtsmagistraten zu prüfen, ob die vom Erblasser gesetzten Bedingungen eingehalten wurden.[425]

D. 23.2.67.6; Paul. 12 quaest. D. 40.13.4; ferner Pap. 3 quaest. D. 4.4.30; ähnlich *remedium*, vgl. Ulp. 60 ed. D. 29.2.69; Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.35.

[415] *Kaser*, SZ 101 (1984) 33–35; Mod. 8 pand. D. 4.1.3, dazu *Lévy-Bruhl*, TR 5 (1924) 389 f.; zur Frage, vgl. auch *Raggi*, Restitutio (1965) 59–116; → § 110.

[416] *Lévy-Bruhl*, TR 5 (1924) 392–396; *Mozzillo*, Stipulationes praetoriae (1960); *Giomaro*, St. Biscardi IV 413–440.

[417] Zur *causae cognitio* bei der *bonorum possessio*, vgl. *Lévy-Bruhl*, TR 5 (1924) 398 f.; → § 57.

[418] Vgl. Marcell. 3 dig. D. 4.1.7 pr., dazu *Crook*, Consilium principis (1955) 123 f. (bezieht den Text auf Antoninus Pius); *Mayer-Maly*, FG Lübtow (1970) 349 f.; gleichsinnig Marcell. 3 dig. D. 50.17.183, dazu zuletzt *Kleiter*, Entscheidungskorrekturen (2010) 80 f.

[419] Auch Stipulationen, vgl. Pomp. 26 Sab. D. 45.1.5 pr.

[420] Pomp. 22 Sab. D. 45.1.27 pr.; Afr. 6 quaest. D. 30.109.1.

[421] Afr. 7 quaest. D. 4.6.43 (…) *officium praetoris est introducere utilem actionem* (Abwesenheit in Staatsangelegenheiten).

[422] Ulp. 2 inst. D. 8.3.1.2 *Traditio plane et patientia servitutium inducet officium praetoris*, dazu *Finkenauer*, Stipulation (2010) 351 f.

[423] Ulp. 50 ed. D. 29.3.4 pr. und weitere Stellen, dazu *Nisoli*, Testamentseröffnung (1949) bes. 40–58.

[424] Paul. 1 ed. D. 39.2.5 pr. Zur *missio in possessionem*, vgl. zuletzt *Biscotti*, Curare bona (2008) 214–227.

[425] Ulp. 1 ed. D. 39.2.4 pr.; Iul. 42 dig. D. 40.5.47.2; Afr. 6 quaest. D. 30.109.1; zu den Grenzen, vgl. Marcian. 9 inst. D. 36.1.32.2.

c. *Praetoris partes*

Auch der Ausdruck *praetoris partes* beschreibt die Kompetenzen des Prätors im Rahmen von Prozesssituationen.[426] Diese können sich aus dem Edikt[427] oder aus Senatsbeschlüssen ergeben.[428] **152**

Besonders häufig erscheint der Ausdruck *praetoris partes* im Zusammenhang mit Freiheitsprozessen. Er bezeichnet die Zuständigkeit des Prätors, den *adsertor libertatis* auszuwählen.[429] Zudem ist der Prätor berufen, einen Vermächtnisnehmer aufgrund eines bedingten Freiheitsfideikommisses zur Gewährung der Freiheit anzuhalten.[430] **153**

Kennzeichen der prätorischen Entscheidungsmacht in diesen Fällen ist der Interessenausgleich im Einzelfall, wie er auch im Streben nach *aequitas* (→ Rn. 12; Rn. 29; Rn. 157; Rn. 164) zum Ausdruck kommt.[431] **154**

4. Inhalte des *ius praetorium*

Nicht alle Rechtsvorschriften, die im *edictum perpetuum* verzeichnet sind,[432] gehören zum *ius praetorium*. Einige Regelungen sind als bloße Umsetzung von Vorgaben des *ius civile* anzusehen (→ Rn. 163 f.).[433] Daneben finden sich Regeln, die aus einer Kombination von zivilen Anordnungen und prätorischer Innovation bestehen. **155**

Aufgrund der Überlieferungslage ist der Anteil der rechtsschöpferischen Tätigkeit des Prätors nicht mit Sicherheit zu bestimmen. Vereinzelt lässt sich aus den Berichten der Juristen in den Digesten auf eine prätorische Schöpfung schließen.[434] **156**

---

[426] Abweichend *Mantovani*, in: Di Renzo Villata, Diritto fra scoperta e creazione (2003) 44 Fn. 15. Ein besonderes prätorisches Ermessen ergibt sich weder aus der Kasuistik noch aus dem Ausdruck *praetoris partes esse*,, vgl. TLL, s. v. pars, 464, 7–10; vgl. Cic. Font. 21 (…) *Hic si ingeniosi et periti et aequi iudicis has partes esse existimatis, ut* (…); Cic. de orat. 2,26 (…) *Sed cur impedimus Antonium, cuius audio esse partes, ut de tota eloquentia disserat* (…); Hor. ars 315 (…) *quod iudicis officium, quae partes in bellum missi ducis* (…).

[427] Vgl. Pomp. 1 Sab. D. 28.5.23.1; das Edikt ist in Ulp. 60 ed. D. 28.8.1.1 mitgeteilt.

[428] Vgl. Iul. 38 dig. D. 36.4.6 pr. zum *quasi-usufructus*; dazu zuletzt *Longo*, Index 42 (2014) 284 f.; Pap. 19 quaest. D. 36.1.54.1 zum *SC Trebellianum*, dazu *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 251 f.

[429] Ulp. 54 ed. D. 40.12.5.1, dazu zuletzt *Indra*, Status quaestio (2011) 145.

[430] Afr. 1 quaest. D. 40.4.20; zur Grenze dieser Befugnis, vgl. Paul. 3 fideic. D. 40.5.31.4, dazu *Knütel*, Symp. Wieling 147 f.

[431] Gleichsinnig *arbitrium praetoris* in Ulp. 24 ed. D. 25.4.1.13; Ulp. 35 ed. D. 27.9.5.9; Ulp. 53 ed. D. 39.2.15 pr.

[432] Zur Struktur des *edictum perpetuum*, vgl. *Lenel*, EP 11–13 (systematische Differenzen zwischen einzelnen Ediktskommentaren). *Lenel*, EP 31–48 schwebt folgende Struktur vor: § 1 Einleitender Abschnitt (*Lenel*, EP 31–33); § 2 Ordentliche Rechtsbehelfe (*Lenel*, EP 34–42); § 3 Schleunige Rechtsbehelfe (*Lenel*, EP 42 f.); § 4 Exekution und Nichtigkeitsbeschwerde (*Lenel*, EP 44); § 5 Anhänge (*Lenel*, EP 45–47); § 6 Ädilizisches Edikt (*Lenel*, EP 48).

[433] Vgl. *Kaser*, SZ 101 (1984) 3 f., der betont, dass das Edikt nicht allein Aufschluss über das *ius praetorium* bietet, sondern einerseits auch *ius civile* enthält und dass sich andererseits *ius honorarium* auch außerhalb des Edikts finden lässt.

[434] *Serrao*, Iurisdictio (1954) 105–137; zu *ius praetorium* bei Ulpian, vgl. *Babusiaux*, in: Manto-

157 So weisen die Institutionen des Gaius dem Prätor die Anerkennung des sogenannten „prätorischen Testaments“,[435] die Einführung des *ius abstinendi* für Hauserben[436] und die Erweiterung der Intestaterbfolge zugunsten der emanzipierten Kinder und der kognatischen Verwandtschaft zu.[437] Grundlage der prätorischen Korrekturen ist die *aequitas*.[438]

158 In anderen Zusammenhängen setzt der Prätor Vorgaben des Senates um. Dies gilt etwa für den Ausgleich zwischen Erbe und Fideikommissar nach dem *SC Pegasianum*.[439] sowie für das *edictum de iniuriis aestimandis*[440] Ähnliches könnte für die Edikt sklauseln über *convivium*, über die Angriffe auf die Ehrbarkeit von Frauen und Unmündigen sowie für das Edikt *ne quid infamandi causa fiat* gelten.[441]

159 Der Prätor gilt als Schöpfer des Formularprozesses (→ § 10 Rn. 6). Daneben schreibt Gaius dem *ius praetorium* verschiedene Innovationen im Prozessrecht zu, die bestehende Institute nach *ius civile* ersetzen oder modifizieren. Hierzu zählt die Einführung *cautio damni infecti*[442] und der weite Bereich der Fiktionen.

160 Die wichtigsten Fiktionen sind die fiktizische Behandlung des *bonorum possessor* als *heres*,[443] die auch auf den *bonorum emptor*[444] und den Erbschaftsfideikommissar übertragen wird;[445] ferner die *fictio civitatis*,[446] mit der eine Klage für und gegen Peregrine eröffnet wird, sowie die Fiktion des Nichteintritts der *capitis deminutio* (*minor*) beim Antrag des *emancipatus* auf Erteilung der *bonorum possessio ab intestato*[447] (→ § 57 Rn. 45).

---

vani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 603–644; *Babusiaux*, in: Kästle/Jansen, Recht und Religion (2014) 18–25.

[435] Gai. 2.119 (→ § 57 Rn. 195).

[436] Gai. 2.158–163; zum Erbrecht nach einem Freigelassenen, vgl. Gai. 3.41, 46, 49, 50.

[437] Gai. 2.135 (→ § 57 Rn. 44).

[438] Gai. 3.25, 26; Gai. 3.32 *Quos autem praetor vacat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest;* (…).

[439] Gai. 2.253, 258; vgl. auch *Pugliese*, Actio (1939) 135 f.

[440] Vgl. Gai. 3.224, dazu *Hagemann*, Iniuria (1998) 52–61; *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 325 f. mit Fn. 99.

[441] *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 325 Fn. 99 mwN.; *Wittmann*, SZ 91 (1974) 307–312; in diesem Sinne auch Gai. 3.189–192. Dagegen erscheint die *actio vi bonorum raptorum* als eigene Schöpfung des Prätors, vgl. Gai. 3.209, dazu auch *Serrao*, Iurisdictio (1954) 74–86 mwN.

[442] Gai. 4.31, dazu *Rainer*, Nachbarrechtliche Bestimmungen (1987) 137–149.

[443] Gai. 4.34, dazu vor allem *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 18–47; *Bianchi*, Fictio (1997) 208–213.

[444] Gai. 4.35, auch dazu *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 52–66.

[445] Zur Übertragung auf den Erbschaftsfideikommissar, vgl. *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 167–171.

[446] Gai. 4.37, dazu *Serrao*, Iurisdictio (1954) 41–52; *Selb*, St. Biscardi III 348 f.; *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 129–182; zuletzt *Winkel*, Ess. Rodger 397–306.

[447] Gai. 4.38, dazu *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 182–188.

Ebenso bedeutsam ist die Fiktion des Verstreichens der Ersitzungszeit im Rahmen der *actio Publiciana*[448] (→ § 63 Rn. 1), die zur Ausprägung eines eigenen Eigentumsbegriffs des *ius praetorium* führt.[449] **161**

Eine eigene Kategorie von Klagen wird schließlich durch das *edictum triplex* begründet, das gegen den Eigentümer von Sklaven die *actio quod iussu, actio de peculio* und *actio de in rem verso* verheißt.[450] Auch diese Klagen werden als prätorische Schöpfung angesehen (→ § 102 Rn. 1). **162**

5. *Ius praetorium* und *ius civile*

Das *ius praetorium* stützt sich auf das *ius civile*[451] und versteht sich zunächst als Ausführung der dort fomulierten Vorgaben.[452] Dem entspricht, dass Cicero die Edikte der Prätoren als Teil des *ius civile* behandelt.[453] Auch Pomponius berichtet, Servius habe *libri ad Brutum* mit dem Untertitel *ad edictum* verfasst,[454] das Edikt also im Rahmen des *ius civile* erörtert.[455] Erst mit der Stabilisierung seit der *lex Cornelia de edictis* (→ Rn. 140 f.) scheint sich das ediktale Recht als eigene Rechtsmasse aus dem *ius civile* gelöst zu haben.[456] **163**

Noch die Juristen der Severerzeit definieren das *ius praetorium* in Abhängigkeit vom *ius civile*: *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.*[457] In dieser komplementären Funktion als *viva vox iuris civilis*[458] wird das *ius praetorium* als Ausdruck der *aequitas* angesehen,[459] durch die im Einzelfall ein Interessenausgleich erreicht werden soll.[460] **164**

---

[448] Gai. 4.35, dazu *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 67–127; *Benedek*, St. Pólay 71–91 mwN.

[449] Zu *in bonis esse*, vgl. Gai. 1.54, dazu *Ankum/van Gessel-De Roo/Pool*, SZ 107 (1990) 155–215.

[450] Gai. 4.72a–74a, dazu *Chiusi*, Actio de in rem verso (2001) 15–43; ferner *Miceli*, Actiones adiecticiae qualitatis (2001) 229–336.

[451] Zutreffend *Guarino*, ANRW II.13 65: „l'oggetto limitato della *iurisdictio* (…) era il *ius civile*".

[452] So (im Sinne einer Entwicklungshypothese) auch *Kaser*, SZ 101 (1984) 36–42.

[453] Cic. top. 28, dazu *Kaser*, SZ 101 (1984) 75 f., der von einer untechnischen Sprachverwendung ausgeht.

[454] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.44.

[455] *Mantovani*, in: Mantovani, Storia del pensiero 1993 (1996) 63–65; *Falcone*, Labeo 42 (1996) 101–106, der den Text von Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.44 ergänzt: *de iurisdictione idem ‚Ad edictum praetoris' primus diligenter composuit, nam ante eum servius duos libros ‚Ad Brutum' perquam brevissimos ‚Ad edictum' subscriptos reliquit.*

[456] So die Darlegung bei *Gallo*, SDHI 62 (1996) 18–20.

[457] Pap. 2 def. D. 1.1.7.1; zum öffentlichen Interesse im Interdiktenverfahren, vgl. *Kaser*, SZ 101 (1984) 33 f.; *Gallo*, SDHI 62 (1996) 8 f.

[458] Marcian. 1 inst. D. 1.1.8 *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.*

[459] Zur *aequitas*, vgl. *Wesenberg*, s. v. Praetor, RE XXII.2 1594; *Schiavone*, Ius (2005) 131–133.

[460] Zum Ausgleich von Interessen, vgl. zum Beispiel Ulp. 79 ed. D. 7.9.1 pr. zur Sicherheitsleistung des Nießbrauchers; Ulp. 28 ed. D. 14.3.1 zur Haftung aus Handeln des *institor*; Ulp. 45 ed.

a. Abhängigkeit und Übereinstimmung zwischen beiden Rechtsschichten

165 Aus der genetischen Abhängigkeit beider Rechtsschichten erklärt sich, warum die Juristen oftmals Übereinstimmung zwischen *ius civile* und *ius praetorium* feststellen. Dies gilt etwa mit Blick auf die formellen Anforderungen an ein Testament,[461] die im Gegensatz zum formlos gültigen Fideikommiss des Kaiserrechts stehen. Ebenso werden *ius civile* und *ius praetorium* als einheitliche Grenze der Rechtsausübung angesehen.[462] und bilden gemeinsam die Grundlage für eine Analogie[463] Dazu fügt sich, dass das zivile und das bonitarische Eigentum in verschiedener Hinsicht gleichgestellt werden.[464]

166 Das *ius praetorium* kann auch eigene Rechtsfolgen unabhängig vom zivilen Vorbild schaffen. Diese Neuschöpfungen werden bis zur Zeit Julians als *actiones in factum* bezeichnet;[465] sie zeichnen sich dadurch aus, dass der zivile Tatbestand des Delikts oder Vertrages erweitert wird,[466] womit die Rechtsfolge auf neue Sachverhalte erstreckt wird.

b. Zur ergänzenden Funktion des *ius praetorium* gegenüber dem *ius civile*

167 Die Auffangwirkung des *ius praetorium* belegt die Klage, die der Prätor dem durch ein Sklavendelikt Geschädigten erteilt, wenn die zivile Klage gegen den Eigentümer ausscheidet, weil er die *potestas* über den Sklaven aufgegeben hat.[467]

168 Hauptbeispiel für die ergänzende Funktion des *ius honorarium* sind die von den Prätoren geschaffenen *actiones utiles*,[468] die als „Analogien zu vorgegebenen zivilen oder als zivil verstanden Rechtsbehelfen" konzipiert sind.[469] Diese Klageerweiterungen dienen dazu, „in Fällen der Repräsentation, der Translation, des Durchgriffs, der Re-

---

D. 37.12.1 pr. zur Erstreckung der *bonorum possessio contra tabulas* auf den *parens manummisor*; Ulp. 67 ed. D. 43.3.1.2 zum *interdictum Quod legatorum*. Zu weiterem Ediktslob, vgl. *Babusiaux*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 603–644.

[461] Unterschiede bestehen nur mit Blick auf die *mancipatio*, die für das *ius civile* notwendig ist, während für das *ius praetorium* die Beurkundung mit sieben Zeugen genügt, vgl. Ulp. reg. 23.6.; Ulp. reg. 28.6.

[462] Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44 pr.; ferner Ulp. 6 ed. D. 50.16.10 und Marcian. 2 inst. D. 48.10.7.

[463] Maec. 5 quaest. fideic. D. 36.1.67.3 (…) *sed et infanti non dubito omnimodo subveniendum idque ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est* (…).

[464] Vgl. Paul. 29 ed. D. 14.1.5.1; Paul. 20 ed. D. 36.1.41 pr.; Paul. 73 ed. D. 50.16.70 (…) *verba haec „is ad quem ea res pertinet" sic intelleguntur, ut qui in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur*; ferner Ulp. 38 ed. D. 47.5.1.3.

[465] Hierzu grundlegend *Selb*, St. Biscardi III 322 f.

[466] So *Selb*, St. Biscardi III 331 f.; vgl. auch *Selb*, FS Demelius 223–235 mwN.

[467] Iul. 9 dig. D. 9.4.39 pr., dazu *Gimenez-Candela*, Régimen pretorio (1981) 293 f.; *Pennitz*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 92 f.

[468] Zu den *actiones utiles*, vgl. *Selb*, St. Biscardi III bes. 348 f.; *Selb*, St. Sanfilippo V 729–759.

[469] Definition von *Selb*, St. Sanfilippo V 759; vgl. Frg. Vat. 83, dazu *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 190–196; *González Roldán*, Scr. Corbino III 467–470; zur Einordnung als *actio utilis*, vgl. *Selb*, St. Biscardi III 327.

stitution“ sowie in „Fällen, in denen die Geltung des *ius civile* auf Personen, die an sich nicht daran teil haben, erweitert“ werden sollte, eine Klagemöglichkeit zu schaffen (Selb).[470]

Diese Erstreckung geschieht nicht durch Erweiterung des Tatbestands; vielmehr **169**
wird „eine rechtlich institutionelle Voraussetzung des *ius civile*, z. B. das *oportere*, künstlich geschaffen oder fingiert, etwa die Freiheit, die Zivität, die Gewaltfreiheit, das *vinculum iuris*, die Eigentümerstellung, die Erbenstellung, die Miteigentümer- oder Miterbenstellung etc.; negativ z. B. das fehlende zivile Erlöschen einer Obligation“.[471]

Auch wenn das *ius praetorium* häufig zeitlich auf das *ius civile* folgt,[472] hat die For- **170**
schung auch umgekehrt Übernahmen aus dem *ius praetorium* in das *ius civile* angenommen.[473] Als wichtigstes Beispiel gilt die heute umstrittene[474] Behauptung einer „Rezeption“ der *bonae fidei iudicia* in das *ius civile*.[475]

c. Konflikte zwischen *ius civile* und *ius praetorium*

Die Erweiterung oder Schöpfung von Rechtsschutzmitteln durch den Prätor kann zu **171**
Widersprüchen zwischen *ius civile* und *ius praetorium* führen. Soweit beide Rechtsschichten anwendbar sind, setzt sich das *ius praetorium* gegenüber dem *ius civile* durch. Das Paradebeispiel bildet die Zulassung von nach *ius civile* nicht erbberechtigten Personen[476] zum prätorischen Nachlassbesitz (*bonorum possessio*)[477] (→ § 57).

Der differenzierte Umgang mit widersprechenden Vorgaben des *ius civile* und des *ius* **172**
praetorium zeigt sich am deutlichsten bei der *actio Publiciana*, die dem Erwerber „bonitarisches“, das heißt prätorisches Eigentum (→ Rn. 161), vermittelt und auch gegenüber dem zivilen Eigentümer erhoben werden kann.[478]

Welcher der beiden Eigentümer sich im Einzelfall durchsetzt, hängt von den Um- **173**
ständen ab, wobei der Prätor bestimmte typisierte Anwendungen der *exceptio doli* und *replicatio doli* zulässt,[479] die darauf abzielen, einen optimalen, der *aequitas* entsprechenden Ausgleich zwischen beiden Rechtspositionen zu erzielen (→ § 63 Rn. 25–28).

---

[470] *Selb*, St. Sanfilippo V 730.

[471] *Selb*, St. Sanfilippo V 759.

[472] Cic. Verr. II 1,114 enthält einen Fall, in dem die prätorische Ordnung die zivile überlagert, vgl. *Lauria*, St. Bonfante II 527; zuletzt *Zweig*, Cicero (2003).

[473] *Gallo*, SDHI 62 (1996) 39 f.; *Marotta*, Ostraka 5 (1996) 125–128 zu den *leges Iuliae iudiciorum privatorum*.

[474] Skeptisch bereits *Mitteis*, RP 48–50, der von einer Prägung durch den *praetor urbanus* ausgeht; umfassend und weiterführend die skeptische Prüfung von *Fiori*, BIDR 101/102 (1998/99) 164–197.

[475] Ein Überblick bei *Kaser*, SZ 101 (1984) 23–31; *Kunkel*, FS Koschaker II 1–15; *Magdelain*, Actions (1954) 42–60; *Wieacker*, SZ 80 (1963) 1–41; *Kaser*, SZ 83 (1966) 1–46; *Marotta*, Ostraka 5 (1996) bes. 93–124.

[476] Zur *bonorum possessio* der *cognati*, vgl. Ulp. 46 ed. D. 38.8.1 pr.; Gai. 16 ed. prov. D. 38.8.2; vgl. auch Coll. Mos. 16.5.1–16.8.1; Inst. 3.2.3a; Inst. 3.9 pr., 1; zur *bonorum possessio* der *emancipati*, vgl. Gai. 2.135, 136; Paul. 41 ed. D. 37.1.6.1.

[477] Vgl. Ner. 7 membr. D. 36.3.13; Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.1; Ulp. 40 ed. D. 37.4.8 pr.

[478] Zur *actio Publiciana*, vgl. Paul. 1 ed. praet. D. 44.7.35 pr.

[479] ~~Zur *exceptio dominii* und zur *exceptio/replicatio rei venditae et traditae*, vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse*,~~ § 27, Rn. 25–31 mwN.

174 Umgekehrt erlaubt das prätorische Recht in anderen Zusammenhängen, eine nach *ius civile* wirksame Klage durch Einrede zu hemmen.[480] Mit der Zurückdrängung der formularen Denkweise verliert die Unterscheidung zwischen beiden Rechtsschichten in der Spätklassik an Schärfe;[481] hingegen bleibt das Bewusstsein erhalten, dass sich prätorische Eingriffe aus der *aequitas* (*naturalis*) rechtfertigen (→ Rn. 198),[482] also die Feinjustierung des *ius civile* auf den Einzelfall erlauben.

d. Modelle zum Verständnis des Verhältnisses beider Rechtsschichten

175 Die Forschung hat unterschiedliche Modelle vorgeschlagen, um das Verhältnis von *ius civile* und *ius praetorium* auf eine schlüssige Formel zu bringen. So hat Kaser die komplementäre Funktion des prätorischen Rechts betont und das *ius praetorium* als „nachrangiges" Recht angesehen;[483] die italienische Literatur spricht hingegen von zwei unterschiedlichen „Ordnungen", die nur an bestimmten Kontaktpunkten miteinander in Verbindung treten.[484]

176 Diese Beschreibungen werden der Einzelfallgebundenheit des römischen Rechtsbegriffs (→ Rn. 12) nicht gerecht. Mit Gallo ist vielmehr eine funktionale Abgrenzung beider Rechtsschichten anzunehmen:[485] Das *ius civile* bildet einen abstrakten normativen Rahmen (*leges, plebis scita, senatus consulta, responsa prudentium*), während das *ius praetorium* die Rechtsanwendung prägt. Sie ergibt sich aus der individuellen Prozesssituation und wird durch die Jurisdiktionsgewalt entschieden.

IV. *Ius gentium* und *ius naturale*

Lombardi, Ricerche in tema di „ius gentium", 1946; *Lombardi*, Sul concetto di „ius gentium", 1947; *Wagner*, Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile, 1978; *Mayer-Maly*, Das ius gentium bei den späteren Klassikern, Iura 34 (1983) 91–102; *Kaser*, *Ius gentium*, 1993; *Talamanca*, Rez. Kaser, Ius gentium, 1993, Iura 44 (1993) 272–307; *Talamanca*, „Ius gentium" da Adriano ai Severi, in: Dovere (Hg.), La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di Studio. Napoli gennaio-novembre 1996, 1998, 191–227; *Ferrary*, Le droit naturel dans les exposés sur les parties du droit des traités de rhétorique, in: Mantovani/Schiavone (Hgg.), Testi e problemi del giusnaturalismo romano, 2007, 75–94; *Falcone*, Il rapporto „ius gentium – ius civile" e la „societas vitae" in Cic., off. 3.69–70, AUPA 56 (2013) 261–273.

[480] Vgl. Gai. 4.116; ferner Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.8 sowie Ulp. 27 ed. D. 13.5.3.1, 2, dazu *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 111–126.

[481] Vgl. etwa Ant. C. 2.3.5 (a.213).

[482] Vgl. Paul. 71 ed. D. 44.4.1.1.

[483] *Kaser*, SZ 101 (1984) 13 f.; gleichsinnig *Betti*, Labeo 14 (1968) 14.

[484] Vgl. *Pugliese*, Actio (1939) 111–118, 133 f. („due ordine"); *Betti*, Labeo 14 (1968) 15 f.; zur Kritik, vgl. *Gallo*, SDHI 62 (1996) 6.

[485] *Gallo*, SDHI 62 (1996) 5 betont, es gebe keine prozessuale Scheidung von *ius civile* und *ius praetorium*.

Mit den Begriffen *ius gentium* und *ius naturale* werden aus moderner Sicht weniger normative Vorgaben als heuristische Konzepte bezeichnet.[486] Mit diesem Funktionsverständnis lassen sich Widersprüche und Abweichungen in der Begriffsbestimmung[487] sowie Unschärfen bei der Trennung der beiden Rechtsschichten[488] erklären. **177**

Als Grundlage beider Rechtsschichten gilt den römischen Juristen die „natürliche Billigkeit" (*aequitas naturalis)*[489] (→ Rn. 180–187). Dennoch sind *ius gentium* und *ius naturale* weder in Begründung noch im Inhalt deckungsgleich:[490] Das *ius gentium* ist – wie *ius civile* und *ius praetorium* – Teil des *ius humanum*, während das *ius naturale* allen Lebewesen gemeinsam ist.[491] **178**

Die Interpolationenkritik hat den Rekurs auf die Natur, das *ius naturale* und Begründungen aus der *naturalis aequitas* aufgrund ihrer moralisch-ethischen Prägung[492] als justinianische Veränderungen verdächtigt.[493] Diese Kritik verkennt, dass nach antikem Rechtsverständnis die Anwendung des gesetzten Rechts an den Vorgaben der *aequitas* gemessen wird (→ Rn. 12 f.), weshalb die Vorstellung eines natürlichen wie eines allen Völkern gemeinsamen Rechts als „klassisch" angesehen werden muss.[494] **179**

---

[486] Vgl. *Frezza*, RIDA 2 (1949) 282 f.; *Pólay*, Differenzierung (1964) 259 „ideologische Kategorie"; *Mayer-Maly*, Iura 34 (1983) 99–102; *Kaser*, Ius gentium (1993) 48 f., die beide auf den „Integrationsgedanken" verweisen; *Talamanca*, Iura 44 (1993) 273 betont die Flexibilität der Kategorie *ius gentium*.

[487] Zur Terminologie, vgl. *Kaser*, Ius gentium (1993) 87 f., 98–104; *Atzeri*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 715–758.

[488] Zur Differenzierung, vgl. Cicero, der zwischen der *lex naturae* und den *leges populorum* unterscheidet, vgl. *Fiori*, Scr. Corbino III 116–118; zu Tryph. 3 disp. D. 16.3.31 pr. (…) *si tantum naturale et gentium ius* (…), vgl. *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 53 f.; zu Überschneidungen, vgl. *Senn*, Justice (1927) 55–87; zur Abgrenzung, vgl. *Winkel*, FS Waldstein 443–449; abweichend *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 183 f., der die Unsicherheit über die Abgrenzung auf die fehlende Trennschärfe der stoischen Lehren zurückführt.

[489] Vgl. Gai. 1.1, Gai. 1 inst. D. 1.1.9 und Inst. 1.21, zu allen *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 243–247. *Kaser*, Ius gentium (1993) 54, 61; *Waldstein*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 299–322. Zur philosophischen Grundlegung (*ius gentium* = *ius naturae*), vgl. Cic. nat. deor. 1,36; Cic. har. resp. 32, dazu *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 86–88.

[490] Ulp. 1 inst. D. 1.1.1.4, dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 167 mwN.; *Levy*, SDHI 15 (1949) 18 f.

[491] *Senn*, Justice (1927) 76 f. mwN.

[492] *Lübtow*, SZ 66 (1948) 458–565, 483 f.: „Eine vage Billigkeitsjustiz, das Ideal byzantinischen Rechtsdenkens mit seiner verlogenen Flucht in die *aequitas*, *humanitas, benignitas, clementia* usf., ist die Folge".

[493] *Albertario*, St. Bonfante I 644 f., ähnlich *Pringsheim*, Ges. Abh. I 154–172; kritisch bereits *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 211 f. Als nur durch Interpolation überwindbar galt der Widerspruch zwischen *naturaliter se circumvenire* und der *laesio enormis* oder zwischen *ius naturale* und Sklaverei, dazu *Lübtow*, SZ 66 (1948) 502 f.

[494] Zur Einheit von *ius* und *aequitas*, vgl. *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 95 f.; *Neschke-Hentschke*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 36; *Sacchi*, in: Limone, Etica (2011) 9–54, 12 f.

1. Naturrechtsdenken als Grundlage von *ius gentium* und *ius naturale*

180 Als gemeinsame Grundlage von *ius gentium* und *ius naturale* sind philosophisch-rhetorische Konzepte des natürlichen Rechts anzusehen, die aus der Philosophie und Rhetorik auch in der Jurisprudenz Wirkung entfalten.

a. Natürliches Recht in der Philosophie

181 Die Vorstellung eines φύσει κοινὸν δίκαιον, eines gemeinsamen, in der Natur vorgefundenen Rechts, entstammt der griechischen Philosophie.[495] Es steht einem ἴδιον δίκαιον als besonderem Recht der einzelnen Gesellschaften gegenüber. Zugrunde liegt die Vorstellung, dass die Natur Moral und Recht der Menschen prägt.[496]

182 Da das Recht aus der Natur entsteht,[497] lässt es sich aus physikalischen Gesetzen, Naturbeobachtungen und biologischen Vorgängen erschließen,[498] steht also einer empirischen Betrachtung offen.[499]

183 Auch die Vorstellung eines natürlichen Rechts aller Menschen (*ius gentium*) entstammt dieser zunächst griechischen Naturrechtsvorstellung.[500] In Rom scheint sich die Idee des *ius gentium* seit der späten Republik durchgesetzt zu haben.[501]

---

[495] Vgl. Arist. Rhet. 1373b4–18, der ein φύσει κοινὸν δίκαιον („gemeinsames, der Natur gemäßes Recht") von einem ἴδιον δίκαιον ἑκάστοις ὡρισμένον πρὸς αὐτούς (von einem „eigentümlichen, bei jeder Gemeinschaft für sich selbst bestimmten Recht") unterscheidet. Letzteres wird unterteilt in ἄγραφον ἔθος („ungeschriebenes Recht") und γεγραμμένον („geschriebenes Recht"). Zu dieser Passage, vgl. *Michelakis*, in: Berneker, Griechische Rechtsgeschichte (1968) 146–171; *Neschke-Hentschke*, Platonisme politique I (1995) 174 f.; *Burns*, Aristotle (2011) 108–111. Die naturrechtliche Vorstellung lässt sich bis auf die Vorsokratiker zurückführen, vgl. *Neschke-Hentschke*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 11–57 mwN.; *Salomon*, SZ 32 (1911) 129–167.

[496] Zur φύσις-Lehre des Aristoteles, vgl. *Müller*, Physis und Ethos (2006) 16–22, 63–107; zur aristotelischen Politik, vgl. *Ritter*, Naturrecht (1961) 14–31; *Höffe*, ZphF 30 (1976) 229 f.; *Miller*, Nature (1995) 67–86 mwN.; zu Unterschieden zwischen Aristoteles und Stoa, vgl. *Thireau*, RHFD 4 (1987) 58 f.; zur Entwicklung des Gerechtigkeitsbegriffs, vgl. *Manthe*, SZ 113 (1996) 27–31; zum Naturbegriff in der Rhetorik, vgl. *Caldwell*, in: Kehoe/McGinn, Ancient Law (2017) 84–104.

[497] Vgl. *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 170; *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) bes. 65–67; *Kaser*, Ius gentium (1993) 64; *Mantello*, BIDR 94/95 (1991/92) 378 f.; *Ferrary*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 87 f. Zu Aristoteles, vgl. *Rapp*, Aristoteles II (2002) bes. 493.

[498] *Mantello*, BIDR 94/95 (1991/92) 392–398; zum Erkenntnisproblem, vgl. auch *Manthe*, SZ 113 (1996) 9 f.

[499] *Waldstein*, ANRW II.15 25 f.; *Manthe*, SZ 113 (1996) 15–17 mwN.

[500] Ein griechischer Begriff für *ius gentium* fehlt, vgl. *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 66–69; anders *Schulz*, Hist. 73, 173.

[501] Zeitlich frühester Beleg ist Cic. S. Rosc. 143; da Cic. off. 3,69 auf die *maiores* verweist, dürfte die Vorstellung aber älter sein, vgl. *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 5 f.; weitergehend *Fiori*, Scr. Corbino III 109–129; zu Cicero, vgl. *Ferrary*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 89, 93 mwN.

Die Bezeichnung als *ius naturale* trifft lediglich eine Aussage über die Natur als normbildenden Faktor oder als Motiv für die Rechtsbildung;[502] hingegen ist das *ius naturale* kein – im Sinne modernen Naturrechtsdenkens – dem gesetzten Recht vorgehendes Recht.[503] **184**

b. Natur und Recht in der Rhetorik

Zur Handlungsanweisung wird die Unterscheidung von *ius naturale* und gesetztem Recht in der Rhetorik. So ist nach Aristoteles das φύσει κοινὸν δίκαιον in der Anwendung des gesetzten Rechts[504] zu berücksichtigen. Der Rhetor muss den im Einzelfall möglichen Konflikt zwischen beiden durch Abwägung entscheiden.[505] **185**

Auch Cicero behandelt sowohl das *ius naturale* als auch das *ius gentium* im Rahmen des *status qualitatis*:[506] Beide Rechtsschichten sind einerseits Maßstab der rechtlichen Würdigung und können damit in Konflikt zu anderen Rechtsquellen treten,[507] andererseits bringen beide die tatsächlichen Gegebenheiten zum Ausdruck, die beim Auftreffen des Rechts auf den Sachverhalt Beachtung im Sinne der *aequitas* finden müssen.[508] **186**

In der Rhetorik wird das *ius naturale* wie die *aequitas* als Grundlage des *ius gentium* aus den Tugenden abgeleitet.[509] Aufgrund dieser Tugendbindung kommt beiden Rechtsschichten der höchste Evidenzgrad zu.[510] Bezugnahmen auf *ius naturale* und *ius gentium* haben daher (auch) Appellcharakter und dienen der argumentativen Verstärkung (Amplifikation).[511] **187**

---

[502] *Kaser*, Ius gentium (1993) 64; *Ferrary*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 85.

[503] Vgl. Cic. inv. 2,67, dazu bereits *Voigt*, Jus naturale I (1856) 225 f.; *Ferrary*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 85; zuletzt *Forschner*, in: Du Plessis, Cicero's Law (2016) 50–67.

[504] Arist. Rhet. 1373b1–1373b18, dazu *Rapp*, Aristoteles II (2002) 487–489; *Cambiano*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 59–74.

[505] Vgl. *Waldstein*, ANRW II.15 78–82 mwN. in 78 Fn. 278 zur früheren Diskussion. Zum (das *ius naturale* umfassenden) Begriff der Norm bei Aristoteles, vgl. bereits *Manthe*, SZ 113 (1996) 2 Fn. 4 mwN.

[506] Vgl. *Ducos*, ANRW II.36.7 5160–5165; *Cambiano*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 72.

[507] Cic. inv. 2,162, dazu *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 130; *Citti*, in: Amato et al., Law and Ethics (2015) 95–131.

[508] *Mantello*, BIDR 94/95 (1991/92) 371 f.; *Calboli Montefusco*, in: Mantovani, Storia del pensiero 1993 (1996) 209–228; wichtig ist Tryph. 9 disp. D. 16.3.31 pr., 1, dazu *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 196 f.

[509] Quint. inst. 7,4,5 *pietas, fides, continentia et talia*; Rhet. Her. 2,13,19 *natura ius est quod cognationis aut pietatis causa observatur*; Rhet. Her. 2,13,20 *ex aequo et bono ius constat quod ad veritatem et utilitatem communem videtur pertinere*; weitere Nachweise bei *Lausberg*, HLR § 176, 98. *Waldstein*, SZ 111 (1994) verweist auf Quint. inst. 12,2,3, wo es um die Sittlichkeit des Redners geht.

[510] Einzelheiten bei *Lausberg*, HLR § 219 f., 119–121.

[511] Vgl. auch *Waldstein*, SZ 111 (1994) 8 f. unter Berufung auf Gell. 6,3,45 ff.

c. Konzeptionen von *ius gentium* und *ius naturale* in der römischen Jurisprudenz

188 Das Vorgehen der römischen Juristen bei Beschreibung, Ermittlung und Anwendung von *ius naturale* und *ius gentium*, entspricht den skizzierten philosophisch-rhetorischen Vorgaben.[512]

aa. Empirisches Rechtsverständnis

189 Auch die römischen Juristen sehen das Recht als empirische Größe an. So gewinnt Ulpian die Erkenntnis, dass die Verbindung von Mann und Frau,[513] die Zeugung von Kindern und ihre Erziehung[514] zum *ius naturale* gehören, durch Naturbeobachtung.

190 Ein weiteres Beispiel ist die Herleitung der *societas ercto non cito* der Hauserben aus der Natur. Auch hier erkennt Gaius, dass es keines menschlichen Zutuns bedarf, um die Rechtsfolge der Erbengemeinschaft herbeizuführen, sondern dass sich die Verbindung schon aus der Familienstruktur ergibt.[515]

191 Der empirischen Rechtsanschauung entspricht zudem die Ableitung von Rechtsfolgen aus dem Wesen.[516] oder „System“ eines Rechtsinstituts[517] Diese „Naturgesetze“ bilden daher auch die Grenze menschlicher Gestaltungsmacht;[518] dies gilt namentlich für die *natura servitutium*,[519] die *natura contractus* und die *natura actionis*.[520]

bb. Definitionsansätze

192 Nach rhetorisch-philosophischem Vorbild definiert Gaius das *ius gentium* als „Recht aller Menschen, die durch Gesetze und Sitten regiert werden“ (*qui legibus et moribus*

---

[512] Vgl. *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 7–44; zum Einfluss Ciceros, vgl. *Voigt*, Jus naturale I (1856) 267–344; *Ferrary*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 94.

[513] Zur Definition, vgl. *Senn*, Justice (1927) 66 mit Fn. 1; *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 44.

[514] Ulp. 1 inst. D. 1.1.1.3; fehlgehend *Lübtow*, SZ 66 (1948) 478; *Kaser*, Ius gentium (1993) 67–74, die beide das *ius naturale* als Recht aus ‚außerjuristischer Wurzel‘ erklären.

[515] Gai. 3.154a, dazu *De Zulueta*, JRS 25 (1935) 20; *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 55; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 329–332.

[516] Etwa die Vorstellung, dass die Adoption die Natur imitiert, womit sich die Frage nach der Adoption durch einen jüngeren als dem Adoptierten stellt, vgl. Gai. 1.106, dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 48 f.; weitergehend *Thomas*, RHFD 6 (1988) 44–48.

[517] Vgl. *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 205; *Levy*, SDHI 15 (1949) 9 f.; *Klami*, Sacerdotes iustitiae (1978) 64 f. mwN.; *vander Waerdt*, ANRW II.36.7 4884.

[518] Ein Naturgesetz stellt es etwa dar, dass auch Mehrlingsgeburten eine Reihenfolge der Geschwister kennen, weil nur jeweils ein Kind geboren werden kann, vgl. Tryph. 10 disp. D. 1.5.15 und Paul. 17 Plaut. D. 5.1.28.2, dazu *Thomas*, RHFD 6 (1988) 30 mit Fn. 13.

[519] *Waldstein*, ANRW II.15 55–57.

[520] Die *natura contractus* wurde lange als Interpolation verdächtigt, vgl. etwa *Longo*, BIDR 17 (1905) 34–95; *Rotondi*, BIDR 24 (1911) 5–115; *Pringsheim*, Ges. Abh. I 381–387; zur neueren Lehre, vgl. *Waldstein*, ANRW II.15 61–66; *Mayer-Maly*, Et. Ankum I 291–297.

reguntur)[521] und stellt es in Gegensatz zum *ius civile,* dem Sonderrecht der römischen Bürger (→ Rn. 18 f.).[522]

193 Damit sehen auch die Juristen das *ius gentium* als naturgegeben an,[523] denn sie erklären es entweder aus der alle Menschen verpflichtenden *fides*,[524] die ihrerseits naturrechtlich begründet wird,[525] oder aus der natürlichen Gerechtigkeit (*aequitas naturalis*,→ Rn. 197–200).

194 Bei einigen Juristen ist der Gegensatz von *ius civile* und *ius gentium* weitergehend philosophisch konnotiert: Unter Rückgriff auf stoisches Gedankengut,[526] das über die Vermittlung Ciceros[527] in die Jurisprudenz gelangt, deuten sie das *ius gentium* als Ausdruck einer völkerübergreifenden Bindung in der *societas humana*.[528]

195 Auf die Tugenden stützt Paulus das *ius naturale* (*semper aequum ac bonum*).[529] Es steht damit im Gegensatz zum *ius civile* und *ius gentium*, die der Jurist aus der *utilitas* für die Gemeinde oder für die Menschen ableitet (→ Rn. 19). Die Korrekturfunktion des *ius naturale* kann sich im Einzelfall auf diese ethische Konnotierung stützen.[530]

196 Ulpian definiert das *ius naturale* als das von Natur allen Lebewesen gemeinsame Recht[531] und grenzt es damit von *ius gentium* und *ius civile* als menschlichem Recht ab.

---

[521] Gai. 1.1, dazu *Kaser*, Ius gentium (1993) 20–24 mwN.; mit dieser Vorstellung stimmt auch die Verwendung des Ausdrucks *salvo iure gentis* überein, die bei Bürgerrechtsverleihungen zu beobachten ist, vgl. etwa *tabula Banasitana* IAM II 94 = AE 1961, 142 und AE 1971, 534. Dieser Vorbehalt sichert den fiskalischen Zugriff auf die aus der *gens* stammenden Römer.

[522] Ulp. 4 ed. D. 2.14.5 pr.; Tryph. 9 disp. D. 16.3.31 pr.; Gai. 2 cott. D. 41.1.1 pr.; Her. 1 iur. epit. D. 1.1.5; Ulp. 1 inst. D. 1.1.6 pr.; Gai. 1 inst. D. 1.1.9; Marcian. 1 inst. D. 1.5.5.1; Paul. 21 ed. D. 6.1.23 pr.; zur Status-rechtlichen Auswirkung, vgl. Marcian. 1 inst. D. 48.19.17.1 und Marcian. *sine inscriptione* D. 48.22.15 pr.; zur praktischen Bedeutung, vgl. *Frezza*, RIDA 2 (1949) 283.

[523] *Kaser*, BIDR 53/54 (1948) 425; *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 192; zu den Faktoren, vgl. *Winkel*, FS Waldstein 444: Staatsideologie, Zunahme des Handels und Einfluss der griechischen Philosophie.

[524] Vgl. *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 88 f.; *Ziegler*, ANRW I.2 101; *Nörr*, Aspekte (1989) 102–114.

[525] *Waldstein*, ANRW II.15 72–77.

[526] Vgl. *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 36–47; *Winkel*, SZ 105 (1988) 669–679; *Manthe*, SZ 114 (1997) 5–7; ferner *Fiori*, Bonus vir (2011) 19–26, 41–60, der auch den Epikureismus als Inspirationsquelle diskutiert; *Fiori*, Scr. Corbino III 113 f.

[527] Vgl. v. a. Cic. off. 3,69–70, dazu *Lombardi*, Ius gentium (1947) 61–91; *Cardilli*, BIDR 105 (2011) 194; *Chevreau*, in: Dubouloz et al., Imperium Romanum (2014) 306 f.; *Fiori*, Scr. Corbino III 119 f.; zum Einfluss Ciceros auf Gaius, vgl. *Kaser*, Ius gentium (1993) 41 f.; *Behrends*, in: Baccari/Cascione, Tradizione (2006) 481–514.

[528] Cic. leg. 1,28–32, dazu *Fontanella*, Politica (2012) 15–25, 118 f. Einen Beleg für den Einfluss der Stoa bildet Marcian. 1 inst. D. 1.3.2, der Chrysipp zitiert; anders *vander Waerdt*, ANRW II.36.7 4883 f.

[529] Paul. 14 Sab. D. 1.1.11, dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 179–207; *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 85–95; *Mantello*, BIDR 94/95 (1991/92) 357, 371–375.

[530] *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 56–60.

[531] Ulp. 1 inst. D. 1.1.3 *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*; übernommen von

Die hierin liegende Betonung der Herkunft des *ius humanum*[532] aus der allen Menschen gemeinsamen Natur ist Ausdruck der universalistischen Ideologie der Severerzeit.[533] Sie verbrämt den Anspruch, über alle Völker herrschen und Recht sprechen zu können.[534]

cc. *Naturalis aequitas* als Rechtsquelle

197 Die *naturalis aequitas* als Rechtsquelle des *ius naturale* wie des *ius gentium* (→ Rn. 180–187) bezeichnet eine aus der Natur stammende Gerechtigkeit. Sie verlangt zunächst, bei jeder Rechtsanwendung die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (→ Rn. 9; Rn. 15). Spezifische Ausflüsse[535] dieses Gebotes sind die Berücksichtigung der Blutsverwandtschaft, die Relevanz der auf *fides* gestützten formlosen Verpflichtungen und der Vorrang des wirklichen Willens vor der Erklärung. Sie beinhaltet weiter das allgemeine Gerechtigkeitspostulat, dass Vor- und Nachteil einer Handlung oder eines Ereignisses auszugleichen sind;[536] Ausfluss hieraus ist das allgemeine Bereicherungsverbot.[537]

198 Die *naturalis aequitas* kann auch Regelungen anderer Rechtsschichten erklären.[538] Im *ius civile* führt etwa Paulus das *postliminium* auf die *aequitas naturalis* zurück,[539] da man die Restitution des zurückgekehrten Kriegsgefangenen als Ausgleich von Vor- und Nachteil ansehen könne.[540] In anderen Fällen steht die *naturalis aequitas*

Justinian Inst. 1.2 pr., dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 162–167; *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 63–74, vgl. *Winkel*, SZ 105 (1988) 678; *Nörr*, SZ 106 (1989) 726 f.; *Nörr*, SZ 107 (1990) 679; *Manthe*, SZ 114 (1997) 16–22; *Honoré*, TR 78 (2010) 199–208.

[532] Zu *ius humanum* als „Schlüsselbegriff" der Kaiserzeit, vgl. *Ducos*, ANRW II.36.7 5134–5180, 5165–5170; anders *Kaser*, Ius gentium (1993) 58. Zum Unterschied zur Stoa, vgl. *Manthe*, SZ 114 (1997) 14 f.

[533] Zum Universalismus der Severerzeit, vgl. vor allem *Honoré*, Ulpian (2002) 76–92. Zu den philosophischen Grundlagen, vgl. *Manthe*, SZ 114 (1997) 16–22, der rabbinischen Einfluss erwägt.

[534] *Mantello*, BIDR 94/95 (1991/92) 401, der Ulpian eine „cultura imperiale" bescheinigt; ferner *Honoré*, TR 78 (2010) 206; vgl. auch *Thireau*, RHFD 4 (1987) 57 f.; *Lübtow*, SZ 66 (1948) 471.

[535] Vgl. *Voigt*, Jus naturale I (1856) 350 f. (zur *aequitas*), 368–379 mwN.

[536] Hierzu zuletzt *Stagl*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 680 f.

[537] Pomp. 9 var. lect. D. 50.17.206, dazu *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 52 f.; *Waldstein*, ANRW II.15 87; *Wollschläger*, Symp. Wieacker (1985) 41–88; zum Bereicherungsverbot als Teil der *naturalis aequitas*, vgl. *Stagl*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 692–697. Zum Verbot des *furtum*, vgl. Paul. 39 ed. D. 47.2.1.3, dazu *Waldstein*, ANRW II.15 87 f.; *Mantello*, BIDR 94/95 (1991/92) 391.

[538] Zum *ius praetorium*, vgl. *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 212–216. Er bezieht sich auf die folgenden Fragmente: Ulp. 4 ed. D. 2.14.1 pr.–2; Ulp. 27 ed. D. 13.5.1 pr.; Ulp. 11 ed. D. 4.4.1 pr.; Ulp. 71 ed. D. 43.26.2 pr.–2; Ulp. 71 ed. D. 44.4.1.1–3; Ulp. 40 ed. D. 37.5.1 pr.; Gai. 16 ed. prov. D. 38.8.2; Ulp. 12 Sab. D. 38.16.1.4; Ulp. 38 ed. D. 47.4.1 pr., 1; dazu *Scacchetti*, Doloso depauperamento (1994) 1–32; zum Ediktslob, vgl. *Babusiaux*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 611 f.; *Börsch*, Übeltaten (2003) 25 f.

[539] Paul. 16 Sab. D. 49.15.19 pr., dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 219–221; *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 55 f.

[540] Vgl. auch *Ziegler*, ANRW I.2 105 f.

hingegen im Widerspruch zur *civilis aequitas*[541] und dient etwa dazu, von diesem abweichenden Regelungen des *ius praetorium* zu rechtfertigen.[542]

Als besondere Ausprägung der *naturalis aequitas* ist die Begründung aus der *naturalis ratio* anzusehen.[543] Sie bezeichnet ein *aequitas*-konsistentes Fortdenken von rechtlichen Konstruktionen und findet sich beim Eigentumserwerb, insbesondere bei *traditio*,.[544] Verarbeitung,[545] Erwerb vom Feind[546] und *occupatio von res nullius*[547] **199**

Als Ausdruck der *naturalis ratio* gilt auch die Verteilung von Eigentum an Sachen auf der Grundstücksgrenze,[548] die Erbberechtigung von Kindern nach den Eltern[549] und die Möglichkeit, anstelle des Schuldners die Schuld zu tilgen.[550] **200**

dd. *Ius naturale* und *ius gentium* als Angemessenheitsprüfung

Aufgrund seiner Prägung durch Empirie und Billigkeit dient das *ius naturale* in der Rechtsanwendung dazu, die Angemessenheit der gesetzten Regel im Einzelfall zu prüfen: Entsprechend kann die Übereinstimmung mit dem *ius naturale* Vorgaben des *ius civile* oder *ius gentium* verstärken;[551] bei einer Divergenz zum *ius naturale* ist das gesetzte Recht anzupassen und der Kritik ausgesetzt.[552] **201**

Ausdruck der rechtskritischen Funktion ist das an Evidenzargumente der Rhetorik angelehnte Argument der *aequitas evidens*:[553] Unter Beachtung dieser durch Anschauung gewonnenen Einsicht sind verschiedene Juristen der Kaiserzeit bereit, eine Regel des *ius civile* oder *ius praetorium* in ihrer Anwendung zu modifizieren oder ausnahmsweise außer Kraft zu setzen.[554] **202**

---

[541] Zur *civilis aequitas*, vgl. Ulp. 38 ed. D. 47.4.1.1, dazu *Mantello*, Beneficium (1979) 386 mit Fn. 330; *Börsch*, Übeltaten (2003) 54–59.

[542] Vgl. *Kaser*, Ius gentium (1993) 63; *Babusiaux*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 603–644.

[543] *Senn*, Justice (1927) 59 f., der auf die pythagoreischen Vorbilder verweist; *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 103 f.; *Stein*, Ess. Daube (1974) 305–316.

[544] Zur *traditio*, vgl. Gai. 2.65 und Gai. 2 cott. D. 41.1.9.3.

[545] Gai. 2.79, dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 249; Gai. 2 cott. D. 41.1.7.7, dazu *Stein*, Ess. Daube (1974) 306 f.

[546] Gai. 2.69 und Gai. 2 cott. D. 41.1.5.7, dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 250.

[547] Zur *occupatio*, vgl. Gai. 2.66 und Flor. 6 inst. D. 1.8.3; zur *alluvio*, vgl. Gai. 2.69, 70 und Gai. 2 cott. D. 41.1.7.1, zu allen *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 248–250.

[548] Paul. 6 Sab. D. 10.3.19, dazu *Stein*, Ess. Daube (1974) 308 f.; zum *paries communis*, vgl. Gai. 7 ed. prov. D. 8.2.8, dazu *Stein* a. a. O. 313 f.

[549] Paul. port. lib. damn. conc. sing. D. 48.20.7 pr. *quae liberis damnatorum conceduntur*, dazu *Stein*, Ess. Daube (1974) 312.

[550] Gai. 2 verb. obl. D. 3.5.38, dazu *Stein*, Ess. Daube (1974) 311 f.

[551] *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 121–123.

[552] *Levy*, SDHI 15 (1949) 10; *Nörr*, Rechtskritik (1974) 92–96 mwN. Das wichtigste Beispiel für diese rhetorische Prüfung ist Tryph. 9 disp. D. 16.3.31.

[553] Marcell. 3 dig. D. 4.1.7 pr.; Paul. 7 resp. D. 24.3.49.1; Gai. 2 fideic. D. 36.1.65.7; Iul. 51 dig. D. 44.2.16.

[554] Grundlegend *Mayer-Maly*, FG Lübtow (1970) 339–352.

203 Aufgrund seiner Nähe zur *aequitas* kann auch das *ius gentium* als Instrument zur Anpassung des Rechts auf den Einzelfall fungieren.[555] Daher dient das *ius gentium* sowohl dazu, Regelungen des *ius civile* zu rechtfertigen, als auch dazu, sie zu korrigieren (→ Rn. 241–251).

2. Funktionen des *ius naturale*

Maschi, La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani, 1937; *Voggensperger*, Der Begriff des Ius naturale im Römischen Recht, 1952; *Thomas*, L'institution juridique de la nature. Remarques sur la casuistique du droit naturel à Rome, RHFD 6 (1988) 27–48 (= *Thomas*, Imago naturae. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome, in: Théologie et droit dans la science politique de l'Etat moderne. Actes de la table ronde organisée par l'École Française de Rome avec le concours du CNRS. Rome, 12–14 novembre 1987, 1991, 201–227); *Waldstein*, Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian, SZ 111 (1994) 1–65; *Cambiano*, La Retorica di Aristotele e il diritto romano, in: Mantovani/Schiavone (Hgg.), Testi e problemi del giusnaturalismo romano, 2007, 59–74; *Ferrary*, Le droit naturel dans les exposés sur les parties du droit des traités de rhétorique, in: Mantovani/Schiavone (Hgg.), Testi e problemi del giusnaturalismo romano, 2007, 75–94.

204 Das *ius naturale* ist das Recht des Einzelfalls; zwar bildet die Natur – außer in den Fällen von echten Naturgesetzen – keine Grenze für den Gesetzgeber.[556] Die Anwendung des Rechts muss aber der Realität angemessen Rechnung tragen (→ Rn. 180–187). Nur in diesem Sinne bezeichnet die *natura* auch die Tatsachen oder die Wahrheit im Gegensatz zu Irrtum oder Fiktion.[557]

a. Realitätsbezug: *in rerum natura esse*

205 Der Tatsachenbezug beginnt mit der Feststellung des Tatbestandes. Mit der Wendung *in rerum natura (non) esse*[558] wird die Existenz einer Sache oder auch eines Menschen,[559] die Voraussetzung für die Anknüpfung von Rechtsfolgen ist, festgestellt.

---

[555] *Pólay*, Differenzierung (1964) 261; *Kaser*, Ius gentium (1993) 46 f. zu Cels. 6 dig. D. 12.6.47.

[556] *Thomas*, RHFD 6 (1988) 31 f.; *Honoré*, TR 78 (2010) 208 sieht hierin den Unterschied zwischen Jurisprudenz und Philosophie.

[557] Vgl. z. B. Ulp. 2 op. D. 50.1.6 *Adsumptio originis, quae non est, veritatem naturae non peremit*: (…), dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 65; *Nörr*, HIA I 314 f.; *Waldstein*, ANRW II.15 36 f.

[558] Vgl. *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 65–72; *Waldstein*, ANRW II.15 29–31; *Waldstein*, SZ 111 (1994) 10 f.; zuletzt *Ferretti*, In rerum natura esse (2008).

[559] Besitz, vgl. Paul. 54 ed. D. 41.2.3.21, dazu *Waldstein*, ANRW II.15 31 f.; Stipulation und Legat, vgl. Iav. 2 post. Lab. D. 33.6.7.1; zu künftigen Sachen, vgl. Pomp. 5 Sab. D. 30.24 pr.; Gai. 2.203, zu allen *Waldstein*, ANRW II.15 32 mit Fn. 109 mwN.

So betont Paulus für einen Fall, in dem der Hausvater während der Schwangerschaft seiner Frau verstorben ist,[560] dass der bereits vorhandene Sohn nicht die Hälfte der Erbschaft verlangen könne, solange der *postumus* nicht geboren sei. Es sei nämlich nicht sicher, ob nur ein *postumus* geboren werde. Auch wenn es der Natur nach bereits feststehe, wieviel Kinder zur Welt kommen würden, sei für die Rechtsanwendung das menschliche Wissen entscheidend.[561] **206**

Weiter kann *rerum natura* auf das Wesen oder die tatsächliche Natur weisen. So bestimmt das Material den Inhalt und Umfang eines Legates[562] und wirkt sich auch auf den Eigentumserwerb durch *accessio* aus.[563] Ebenso bedingt die natürliche Lage von Grundstücken die Pflichten der Grundstückseigentümer, wenn etwa ein tiefer gelegenes Grundstück das Einströmen von Regenwasser vom höher gelegenen zu dulden hat.[564] Auch die Zuweisung von Früchten[565] und der Sachuntergang kann auf Naturereignissen beruhen.[566] **207**

Ein fließender Übergang besteht zur *natura rei*, unter der eine „Sinnstruktur" zu verstehen ist, „die auf normative und teleologische Elemente verweist".[567] Beispiele hierfür liefert die Bemerkung des Pomponius, dass die Benennung eines Grundstücks nicht naturgegeben ist, sondern von der menschlichen Bestimmung abhängt,[568] woraus sich ergibt, dass menschliche Anpassungen der Grundstückfläche auch für den Inhalt des Legates maßgeblich sind. Ebenso begründet die *natura rei*, warum Schulden nicht teilbar sind, wenn sich die Leistungsgegenstände nicht teilen lassen.[569] **208**

b. *Ius naturale* als Gegensatz zum *ius civile*

Das *ius naturale* ist ein Prüfstein des *ius civile*. Seine Wertungen können Rechtsfolgen des *ius civile* unterstützen: So amplifiziert Paulus die Rechtsfolge der nach *ius civile* **209**

[560] Paul. 17 Plaut. D. 5.1.28.5, dazu *Waldstein*, ANRW II.15 34 f.

[561] Vgl. auch Ulp. 2 op. D. 50.1.6 pr.

[562] Paul. 2 Vit. D. 32.78.4, dazu *Waldstein*, ANRW II.15 37 f.

[563] Pomp. 30 Sab. D. 41.3.30.2; Ulp. 16 ed. D. 6.1.3.2, dazu *Waldstein*, ANRW II.15 38 mit Fn. 124; *Plisecka*, TR 74 (2006) 45–60.

[564] Ulp. 53 ed. D. 39.3.1.22, 23; Paul. 49 ed. D. 39.3.2 pr.–6, dazu *Waldstein*, ANRW II.15 38–40; zuletzt *Donadio*, RIDA 61 (2014) 149–193; zur *vetustas*, vgl. *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 50 f.

[565] Alf. 1 epit. D. 48.22.3; Ner. 5 membr. D. 41.1.14 pr.; Pap. 6 quaest. D. 6.1.62 pr., zu allen *Waldstein*, ANRW II.15 42 f. mwN.

[566] Gai. 2 cott. D. 18.6.16 (Verderben von Wein), dazu *Waldstein*, ANRW II.15 43 mit Fn. 142; zuletzt *Jakab*, Weinkauf (2009) 157–166 mwN.

[567] *Waldstein*, ANRW II.15 48.

[568] Pomp. 5 Sab. D. 30.24.3, dazu *Waldstein*, ANRW II.15 49.

[569] Paul. 12 Sab. D. 45.1.2.1, dazu *Waldstein*, ANRW II.15 49; zuletzt *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 192 f.; ähnliche Belege sind Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.9; Pap. 7 quaest. D. 35.2.7; Gai. 3 de legatis ad edictum praetoris D. 35.2.80.1; Ulp. 50 Sab. D. 46.4.13.1.

unwirksamen Stipulation eines freien Menschen,[570] indem er darauf verweist, man dürfe nicht auf fremdes Unglück spekulieren.[571] In den meisten Kontexten zeigt das *ius naturale* jedoch Schwächen oder Lücken des *ius civile* auf.

aa. Beschreibende Entgegensetzungen

210 Die Begriffsbildung des *ius naturale* ist kontextbezogen und daher nicht dogmatisch präzise (→ Rn. 219–226). Typisch ist etwa die Vielfalt der Bedeutungen von *filius naturalis*. Hiermit kann zunächst das leibliche Kind im Gegensatz zu Adoptivkindern gemeint sein,[572] spezifischer wird aber auch das Kind der Konkubine, das zwar nicht *filius iustus*, aber auch kein *filius vulgo conceptus*, *quaesitus* oder *spurius* ist,[573] als *filius naturalis* bezeichnet. Schließlich besteht die Möglichkeit, *filius naturalis* für jedes außerhalb der Ehe gezeugte Kind von Freien oder von Sklaven zu verwenden.[574]

211 Ebenso kann *possessio naturalis*, mit der die rein faktische Sachherrschaft gemeint ist,[575] den Besitzerwerb durch Sklaven oder Haussöhne beschreiben;[576] sodann kann sie den tatsächlichen Besitz[577] wie die Detention erfassen, die zum Interdiktenschutz berechtigen;[578] und schließlich wird der Gegensatz verwendet, um die Berechtigung nach *ius civile* von der faktischen Inhaberschaft abzugrenzen.[579]

---

[570] Unwirksamkeit der Stipulation eines Freien, vgl. Gai. 3.97.

[571] Paul. 72 ed. D. 45.1.83.5 (…) *et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est: nam de his rebus negotium recte geremus, quae subici usibus dominioque nostro statim possunt.* (…), dazu zuletzt *Platschek*, SZ 129 (2012) 571–576; *Marotta*, Glossae 11 (2014) 66–84.

[572] Gai. 1.97; Gai. 1.104; Gai. 2.136; Gai. 3.40; Marcian. 5 reg. D. 1.7.31; Ulp. 1 l. Iul. Pap. D. 1.9.5; Ulp. 34 ed. D. 1.9.10; Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.6; Ulp. 12 Sab. D. 38.16.1.11, dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 51–54.

[573] Vgl. *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 54–59.

[574] Vgl. Gai. 1.19; Scaev. 3 resp. D. 31.88.12; Paul. 5 quaest. D. 19.5.5 pr.; Ulp. 2 off. cons. D. 40.2.20.3; Scaev. 22 dig. D. 32.41.2; Paul. 12 resp. D. 28.6.45, zu allen *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 60–62.

[575] *Kunkel*, Symb. Lenel 59 zum „sachlichen Zusammenhang"; *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 112–116; *Levy*, SDHI 15 (1949) 14 f.; *MacCormack*, SZ 84 (1967) 47–69.

[576] Paul. 54 ed. D. 41.2.1 pr., 1; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.3; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.13, dazu *Kunkel*, Symb. Lenel 49 f.; *MacCormack*, SZ 84 (1967) 51–54; vgl. *Spengler*, Paulus (1992) 176–193.

[577] Zum Beispiel des Usufruktuars, vgl. Ulp. 70 ed. D. 41.2.12 pr.; Pap. 2 def. D. 41.2.49 pr.; zu beiden *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 114 f.

[578] Vgl. Iav. 14 epist. D. 41.2.24; Iul. 44 dig. D. 41.5.2.1, 2; Ven. 3 interd. D. 43.26.22.1; Pap. 12 resp. D. 10.2.35; Pap. 2 def. D. 41.2.49 pr.; Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.10; Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.11; Ulp. 70 ed. D. 41.2.12 pr.; Ulp. 19 ed. D. 10.3.4, dazu *Kunkel*, Symb. Lenel 51–58; zu „Besitzverhältnissen" von Kolonen, des Hinterlegers und des Entleihers, vgl. Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.11; Iul. 44 dig. D. 41.5.2.1; zu beiden *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 113 f.; ferner *MacCormack*, SZ 84 (1967) 54–60.

[579] Vgl. Iul. 44 dig. D. 41.5.2.1; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.7; Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.15; Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.9, 10, dazu *MacCormack*, SZ 84 (1967) 63–66; ferner *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 121.

bb. Das *ius naturale* als Auffangordnung: *naturalis aequitas*

Die kontextuelle Entgegensetzung des *ius naturale* zum *ius civile* kann auch dazu dienen, eine nach *ius civile* nicht mögliche oder schwer begründbare Rechtsfolge herzuleiten, wozu häufig die *naturalis aequitas* bemüht wird (→ Rn. 197–200).[580] **212**

So berücksichtigt das *ius naturale* im Familienrecht auch die Blutsverwandtschaft, so dass das Ausscheiden aus der Hausgewalt durch *capitis deminutio* zwar die agnatische, nicht aber die natürliche Verwandtschaft aufhebt.[581] Ebenso hat das *naturale debitum* unter Umständen dauerhafteren Bestand als die *obligatio civilis*.[582] Und umgekehrt ist aufgrund des allgemeinen Bereicherungsverbotes die Rückforderung nach *ius naturale* auch in Fällen zuzulassen, in denen nach *ius civile* keine *condictio* eröffnet ist.[583] **213**

Eine Illustration bildet die sog. *condictio Iuventiana*:[584] Wenn *Tu* zwei Personen, *Ego* und Titius, um ein Darlehen gebeten hat und *Ego* seinen Schuldner S anweist, dem *Tu* die Schuld zu stipulieren, *Tu* aber meint, S sei der Schuldner des Titius, kann *Ego* nach *ius civile* nicht aus einem Vertrag vorgehen.[585] Unter Berufung auf die unzulässige Bereicherung des *Tu* gewährt Celsus dem *Ego* trotzdem die *condictio*. **214**

Die Kondiktion betrifft[586] auch den Fall, in dem ein Sklave im Testament gegen Zahlung von 10 freigelassen wurde, in einem Kodizill die Freiheit jedoch unbedingt erhalten hat. Nach Celsus kann der Sklave die bereits gezahlten 10 zurückverlangen, sobald er Kenntnis vom Kodizill erlange.[587] Die als Sklave getätigte *datio* des Geldes könne bei natürlicher Betrachtungsweise auch einem Freigelassenen zugerechnet werden.[588] **215**

Darüber hinaus erlaubt die Qualifikation des Rechtsgrundes der *condictio indebiti* als *naturalis*, nicht nur die gezahlte Summe, sondern auch Früchte der Sache zu kondizieren.[589] Erst recht gilt die Beachtlichkeit natürlicher Betrachtungsweisen im Dotalrecht, das den Ausgleich von Vor- und Nachteil penibel beachtet.[590] **216**

---

[580] *Voigt*, Jus naturale I (1856) 321–324, 337 f.

[581] Gai. 1.158 und Ulp. reg. 28.9, dazu *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 57 f.; *Waldstein*, ANRW II.15 86; *Waldstein*, SZ 111 (1994) 9 f.

[582] Zum Fortbestand einer Verpflichtung aus *obligatio naturalis*, vgl. Gai. 4 ed. prov. D. 4.5.8, dazu *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 32 f.; vgl. auch Pap. 2 def. D. 12.6.59 pr.; Ven. 15 stip. D. 46.8.8.1.

[583] Lic. 8 reg. D. 44.7.58 *Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatu.*

[584] Cels. 5 dig. D. 12.1.32; Ulp. 26 ed. D. 12.4.3.6–8; Cels. 28 dig. D. 39.5.21 pr., dazu *Hähnchen*, Causa condictionis (2003) 83–87; zuletzt *Cerami*, AUPA 59 (2016) 153–181, bes. 159–163.

[585] *Hähnchen*, Causa condictionis (2003) 85, betont, dass diese Voraussetzung nur für die vertragliche Kondiktion aufgrund eines Darlehens gilt.

[586] Ulp. 26 ed. D. 12.4.3.7, dazu *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 111 f.; *Talamanca*, BIDR 96/97 (1993/94) 1–81; *Talamanca*, BIDR 100 (1997) 567–616; *Harke*, Argumenta Iuventiana (1999) 121–126; *Hausmaninger*, FS Mayer-Maly (2002) 271–285.

[587] Vgl. *Talamanca*, BIDR 96/97 (1993/94) 42–44, 77–79.

[588] *Talamanca*, BIDR 96/97 (1993/94) 78 f.; ferner *Kaser*, Ius gentium (1993) 63 f., der von „Fallgerechtigkeit" spricht; *Waldstein*, AUPA 52 (2007/08) 439 f.

[589] Pomp. 10 Sab. D. 12.6.15 pr., dazu *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 47 f.

[590] Pomp. 14 Sab. D. 23.3.6.2, dazu *Stagl*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 694 f. mwN.

cc. Zur Korrektur des *ius civile* durch das *ius naturale*

217 Das *ius naturale* kann auch in Widerspruch zum *ius civile* treten:[591] So sind etwa Sklaven nach *ius civile* Rechtsobjekte, nach *ius naturale* aber *homines aequales*,[592] was zu verschiedenen rechtlichen Zugeständnissen an die Personeneigenschaft des Sklaven[593] führt (→ Rn. 254).

218 Auch die Eigentumsverhältnisse an der Mitgift (→ § 35 Rn. 154–158) werden in beiden Rechtsschichten unterschiedlich beurteilt: Der Mann ist Eigentümer nach *ius civile* (und *ius honorarium*); der Ehefrau kommt aber ein natürliches Vorrecht an den in der Mitgift befindlichen Sachen zu.[594]

c. Die Naturalobligation (*naturalis obligatio*)

Burdese, La nozione classica di naturalis obligatio, 1955; *Cornioley*, Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain, 1964; *Longo*, Naturalis obligatio e debitum servi in Gai. 3.119a, Iura 46 (1995) 53–97; *Waldstein*, Natura debere, ius gentium und natura aequum im klassischen römischen Recht, AUPA 52 (2007/08) 429–460; *Di Cintio*, Natura debere. Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale, 2009.

219 Die Beobachtungen zum *ius naturale* sind auch auf die *naturalis obligatio* zu übertragen.[595] Der Begriff bezeichnet eine nach *ius civile* unwirksame Forderung,[596] die nach *ius naturale* Wirkungen zeitigt.[597] Je nach Kontext (→ Rn. 210) kann der Begriff sowohl

---

[591] Vgl. Quint. inst. 7,4,5 *iustum omne continentur natura vel constitutione: natura, quod fit secundum cuiusque rei dignitatem. hinc sunt pietas, fides, continentia et talia.* Zusammenhang ist die *qualitas absoluta*, also die Verteidigung aus dem Sachverhalt selbst, vgl. Quint. inst. 7,4,4 (…) *hanc partem vocant Hermagorei κατ' ἀντίληψιν, ad intellectum id nomen referentes: Latine ad verbum translatam non invenio, absoluta appellatur. est enim de re sola quaestio, iusta sit ea necne.*

[592] Ulp. 43 Sab. D. 50.17.32.

[593] Zur Frage des Menschseins des Sklaven, vgl. auch *Stagl*, SZ 135 (2018) 654–658.

[594] Iust. C. 5.12.30 pr., 1 (a.530); Tryph. 6 disp. D. 23.3.75 *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*, dazu *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 29 f.; teilweise anders *Stagl*, Favor dotis (2009) 267–278 mwN.

[595] Zu *natura debere*, vgl. *Wlassak*, Theorie der Rechtsquellen (1884) 44 f.; zu *naturaliter tenere*, vgl. *Waldstein*, ANRW II.15 44 mit Fn. 143; zuletzt *Schulze*, Naturalobligation (2008) 49–82; *naturalis obligatio* zuerst bei Julian, vgl. *Kaser*, Ius gentium (1993) 157 f.

[596] Paul. 3 quaest. D. 50.17.84.1 *Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus*, dazu *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 48 f.; *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 110; *Mantello*, BIDR 94/95 (1991/92) 383; *Waldstein*, AUPA 52 (2007/08) 437 f., 459; *Di Cintio*, Natura debere (2009) 132–143; ferner Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.2; Paul. 10 Sab. D. 12.6.15 pr.; Paul. 34 ed. D. 19.2.1, zu allen *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 124–131.

[597] *Wlassak*, Theorie der Rechtsquellen (1884) 46–50; weitere Nachweise bei *Longo*, Iura 46 (1995) 53 f.

die unwirksame Verpflichtung des Sklaven gegenüber seinem Herrn,[598] als auch die nach *ius gentium* wirksame Verpflichtung eines freien Menschen[599] bezeichnen.

Der wechselnde Sprachgebrauch[600] der römischen Jurisprudenz hat in der um dog- **220**
matische Präzision ringenden Forschung des 19. und 20. Jh.s zu weitreichenden Interpolationsverdächtigungen und Kontroversen geführt.[601] Die terminologischen Schwankungen[602] sind indessen aus der jeweiligen argumentativen Funktion der Bezugnahme zu erklären.

So betrifft die Erwähnung der *naturalis obligatio* bei Gaius die Frage, ob eine akzes- **221**
sorische Sicherheit auch für eine als Nichtschuld anzusehende *obligatio naturalis* des Sklaven bestellt werden kann,[603] was der Jurist für die *fideiussio* bejaht.[604] Als *obligatio naturalis* wird hier das Substrat der Verpflichtung bezeichnet, das für die Wirksamkeit der Bürgschaftsform *fideiussio* genügt (→ Rn. 212–216).

Eine ähnliche Erweiterung bezweckt auch Javolen,[605] wenn er ein Legat von Gold- **222**
münzen an einen Sklaven für wirksam hält, obgleich der Erblasser es als Ausgleich für eine *in tabulis* festgestellte Schuld bezeichnet hat: Erheblich sei nicht, ob ein Herr wirklich dem Sklaven schulden könne, sondern dass die *mens testatoris* eher ein *naturale debitum* als ein *civile debitum* gemeint habe.[606] Maßgeblich ist also die tatsächliche Intention des Erblassers,[607] nicht das formelle Recht (→ Rn. 197).

---

[598] Gai. 3.119a; vgl. auch Iul. 53 dig. D. 46.1.16.3 und Afr. 7 quaest. D. 46.1.21.2; vgl. auch Ulp. 7 disp. D. 44.7.14, dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 132–137; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 103.

[599] Iul. 53 dig. D. 46.1.16.3, 4; Ulp. 47 Sab. D. 44.7.10, dazu *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 50 f.; vgl. auch Paul. 34 ed. D. 19.2.1, dazu *Levy*, SDHI 15 (1949) 12; *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 47 f.; *Waldstein*, ANRW II.15 57–61, der auch auf Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.3 verweist.

[600] *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 122 f.; anders aber wieder *Levy*, SDHI 15 (1949) 15: „It [sc. *naturalis obligatio*] was an abstract concept and directly created to meet situations peculiar to slaves."

[601] Besonders umstritten war die Frage dadurch, dass Gaius die *obligatio servi* als offenbar einzigen Fall der *naturalis obligatio* behandelt, während die Begriffsverwendung in den Digesten auch Verpflichtungen nach *ius gentium* erfasst. Zur Diskussion, vgl. *Longo*, Iura 46 (1995) 71–86 mwN.; *Di Cintio*, Natura debere (2009) 6–15.

[602] *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 138; *Levy*, SDHI 15 (1949) 15 f.; *Di Cintio*, Natura debere (2009) 21–30.

[603] Gai. 3.119a trifft die Aussage, dass eine *fideiussio* auch für eine *naturalis obligatio* abgegeben werden könne und nennt die *obligatio* eines *servus* als Beispiel. Zur Diskussion, vgl. *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 42–48; *Longo*, Iura 46 (1995) 55–71; ferner Ulp. 43 Sab. D. 15.1.41, dazu *Cornioley*, a. a. O. 52 f.

[604] Iul. 53 dig. D. 46.1.16.3, 4, dazu *Di Cintio*, Natura debere (2009) 50–55.

[605] Zu Iav. 2 post. Lab. D. 35.1.40.3, vgl. *Mantello*, Beneficium (1979) 183–225; *Waldstein*, AUPA 52 (2007/08) 449–457; *Di Cintio*, Natura debere (2009) 37–40.

[606] So auch *Mantello*, Beneficium (1979) 340–359.

[607] Vgl. *Burdese*, Naturalis obligatio (1955) 12–14, 68 f.; *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 78–80; ferner *Waldstein*, AUPA 52 (2007/08) 451 f.

223 Genau umgekehrt kann der Verweis auf *naturalis obligatio* auch die Unwirksamkeit nach *ius civile* bestätigen (→ Rn. 187). Dies gilt etwa, wenn Papinian betont, dass die angenommene Forderung nicht einmal als *naturalis obligatio* existiere,[608] oder wenn Nerva hervorhebt, dass die Zahlung auf eine vom *pupillus* ohne Zustimmung des Tutors eingegangene Stipulation auch nach natürlicher Anschauung zurückgefordert werden könne.[609]

224 Dem *ius naturale* als Auffangordnung (→ Rn. 187) entsprechen Fälle, in denen unter Hinweis auf die *obligatio naturalis* eine Rückforderung ausgeschlossen wird:[610] So kann ein Herr, der bei Freilassung seines Sklaven auch seine Schulden bezahlt hat, diese später nicht herausverlangen, weil die Verpflichtung des Herrn gegenüber dem Sklaven ein *naturale debitum* darstellt, das die Rückforderung ausschließt.[611]

225 Ebenso kann aus einem unwirksamen Stipulationsversprechen (→ § 21 Rn. 43) eine *obligatio naturalis* entstehen, die jedenfalls die Rückforderung der hierauf gezahlten Summe verhindert.[612]

226 Aus dem Begriff *naturalis obligatio* können sich im Sinne der *natura rei* auch weitergehende Folgerungen ableiten (→ Rn. 191): Da eine natürliche Verpflichtung nicht an die Förmlichkeit des *ius civile* gebunden ist, kann sie auch formfrei aufgehoben werden.[613] Namentlich führt nicht nur die Zahlung, sondern auch die Vornahme eines *pactum ipso iure* zum Erlöschen der auf *ius naturale* gegründeten Verpflichtung.[614]

3. Funktionen des *ius gentium*

227 Das *ius gentium* ist römisches Recht, das auch auf Nichtrömer Anwendung findet.[615] Die Zulässigkeit dieser Erstreckung wird empirisch begründet, folgt also entweder aus der Beobachtung einer fremden Rechtspraxis[616] oder aus der auf *naturalis*

[608] Pap. 18 quaest. D. 36.2.25.1.

[609] Ner. 6 membr. D. 12.6.41, dazu *Giumelli*, RIDA 57 (2010) 217–246.

[610] Ulp. 47 Sab. D. 44.7.10, dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 137 f.; *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 16–20, 28–41 mwN. Wie Iul. 53 dig. D. 46.1.16.3, 4 zeigt, muss sich auch Ulpians Aussage auf die Bürgschaft beziehen.

[611] Vgl. Tryph. 7 disp. D. 12.6.64 pr., dazu zuletzt *Stepan*, Scaevola noster (2018) 147 f. Dem Sklaven entsprechende Fälle finden sich für den Haussohn, vgl. v. a. Afr. 9 quaest. D. 12.6.38, dazu zuletzt *Di Cintio*, Natura debere (2009) 63–70.

[612] Vgl. Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.2, dazu *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 103 f.; ferner Pap. 2 def. D. 12.6.59; Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.2 (…) *Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione* (…).

[613] Vgl. auch Gai. 2.65, dazu *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 58 f.; ferner Gai. 3.133 zu den *nomina transcripticia*. Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.2, dazu *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 81 f.

[614] Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.4 *naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur* (…), dazu *Burdese*, Naturalis obligatio (1955) 86 f.; *Di Cintio*, Natura debere (2009) 102–108; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 122 f.

[615] Abweichend *Wieacker*, RRG I § 23.III.4, S. 443 f.; wie hier *Kaser*, Ius gentium (1993) 7 f.; *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 212 f.

[616] Die Übergänge sind fließend, vgl. *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 246; *Fiori*, Scr. Corbino III 120.

aequitas gestützten Annahme, die römische Regelung sei insoweit verallgemeinerungsfähig.[617]

Nur in den *Fragmenta Vaticana* findet sich ein Fall, in dem diese Prüfung negativ ausfällt.[618] So verneint Paulus die Erstreckung der *deductio ususfructus* von der *mancipatio (ius civile)* auf die *traditio (ius gentium)*, obgleich dies – wie er feststellt – zur Konsequenz hat, Peregrine von dieser Gestaltungsmöglichkeit auszuschließen. **228**

a. Anwendung des römischen Rechts auf Nichtrömer

Grundlage des Anwendungsanspruchs des *ius Romanum* auf Nichtrömer ist die *fides*,[619] die nicht nur ein philosophisches Konzept verkörpert, sondern seit der Republik als Verpflichtungsgrund in Verträgen zwischen Rom und anderen Völkern angerufen wird.[620] Die in der Forschung bisweilen formulierte Unterscheidung zwischen einem „privatrechtlichen"[621] und einem „völkerrechtlichen"[622] *ius gentium* ist daher abzulehnen.[623] **229**

Das *ius gentium* ist vorrangig Verkehrsrecht. Hauptmerkmal der Verträge des *ius gentium* ist das Fehlen von Förmlichkeiten. Daher gelten die Konsensualkontrakte (→ § 24 Rn. 4) ebenso wie das formlose Darlehen (*mutuum*) als *ius gentium*.[624] **230**

Aus der *ius gentium*-Qualität des *mutuum* folgert Gaius, dass auch die sog. *nomina arcaria*, das heißt Forderungen, die durch Auszahlung entstanden sind und dann im Hausbuch[625] nur zu Beweiszwecken eingetragen werden, für Nichtrömer gelten.[626] **231**

---

[617] Damit erübrigt sich die Unterscheidung der „soziologischen" und der „normativen" Verwendung des *ius gentium*, dazu *Talamanca*, Iura 44 (1993) 277 f. mit Fn. 13; *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 192 f., 206 f.; *Chevreau*, in: Dubouloz et al., Imperium Romanum (2014) 307 f.

[618] Paul. 1 man. Frg. Vat. 47a, dazu *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 205; zuletzt *Finkenauer*, Stipulation (2010) 347 f., der aber die Authentizität der Überlieferung (zu Unrecht) bezweifelt.

[619] *Kaser*, Ius gentium (1993) 11 f.; wie hier *Fiori*, BIDR 101/102 (1998/99) 194.

[620] Zur *fides* in diesem Kontext, vgl. *Lombardi*, Ius gentium (1947) 21–31; *Nörr*, Imperium (1969) 1 f.; *Jakab*, FS Knütel 449; vgl. auch *Grotkamp*, Völkerrecht (2009) 63.

[621] Zum Gesandtenrecht, vgl. Pomp. 37 Q. Muc. D. 50.7.18, dazu *Kaser*, Ius gentium (1993) 42 f.

[622] Zum „völkerrechtlichen" *ius gentium*, vgl. *Ziegler*, ANRW I.2 68–114; *Grotkamp*, Völkerrecht (2009) bes. 1–19. Grundlage des völkerrechtlichen Teils des *ius gentium* ist das sog. *ius fetiale*, eine Unterkategorie des Sakralrechts, welches die Rechte zwischen Römern und anderen *populi* betraf und den *fetiales* zugewiesen war, vgl. *Kaser*, Ius gentium (1993) 25–28.

[623] Vgl. *Frezza*, RIDA 2 (1949) 264–268; umfassend *Nörr*, Atti Burdese II 511–515, 519–525, der zeigt, dass der „Staatsvertrag" auch „privatrechtliche" Regeln zum Handel enthält.

[624] Gai. 3.132, dazu *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 89, 229; vgl. auch Marcian. *sine inscriptione* D. 48.22.15 pr., dazu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 214.

[625] Zum Hausbuch, vgl. *Thilo*, Codex (1980); *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 246–298.

[626] *Kaser*, Ius gentium (1993) 148 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 211; skeptisch *Talamanca*, Iura 44 (1993) 279 f.

232 Umstritten soll nach Gaius die Anwendung der *transcripticia nomina*[627] auf Peregrine gewesen sein, da diese Forderungen erst durch Eintragung im Hausbuch begründet würden (echter Litteralkontrakt).[628] Entgegen Nerva hätten Sabinus und Cassius nach der Art der Forderung unterschieden: Das *nomen transcripticium a re in personam* solle auch Peregrinen offen stehen,[629] während das *nomen a persona in personam* auf Römer beschränkt sei.[630]

233 Vor allem die Verpflichtung durch Stipulation[631] steht – soweit sie nicht mit den rituellen Worten des Trankopfers *spondesne? – spondeo* versprochen wird – auch Nichtrömern offen.[632] Dabei ist beachtlich, dass Römer wie Nichtrömer neben der lateinischen Sprache auch die griechische Sprache verwenden können.[633]

234 Die Erweiterung des Verbalkontrakts wirkt sich auch auf die Durchsetzung aus: Die Stipulationsklage in Form der *condictio*[634] wie in Form der *actio ex stipulatu*[635] steht auch Fremden offen.[636]

235 Die skizzierte Möglichkeit, Institute des römischen Rechts auch auf Nichtbürger anzuwenden, darf nicht zur Annahme verleiten, diese Erstreckung sei die einzige Möglichkeit des Rechtskontaktes gewesen.[637] Wie die dokumentarischen Quellen zeigen, erlaubte die Jurisdiktionsgewalt den römischen Beamten,[638] Peregrine sowohl nach *ius civile* als auch nach ihrem eigenen Recht zu beurteilen.[639]

---

[627] Zum Begriff, vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 211.

[628] Gai. 3.133 (…) *quia quodam modo iuris civilis est talis obligatio* (…), dazu *Lombardi*, Ius gentium (1947) 136 f.; *Grosso*, RIDA 2 (1949) 395–400.

[629] Gai. 3.129 liefert die Erklärung dafür, dass es sich um Umbuchungen handelt, die aufgrund eines Kaufvertrages, einer *locatio conductio* oder einer *societas* geschuldet sind, also dem *ius gentium* angehören.

[630] Die Beschreibung des *nomen a persona in personam* in Gai. 3.130 erklärt diese Differenzierung nicht. Zur Erläuterung, vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 208–210 mwN.

[631] Entsprechendes gilt für die *acceptilatio* als Konträrakt der Stipulation, vgl. Ulp. 48 Sab. D. 46.4.8.4, dazu *Mayer-Maly*, Iura 34 (1983) 98; *Kaser*, Ius gentium (1993) 149; *Ankum*, Ess. Watson 3–13.

[632] Vgl. Gai. 3.93, dazu *Kaser*, Ius gentium (1993) 146 f.; *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 195.

[633] Zur Sprachenfrage, vgl. *Plisecka*, SZ 128 (2011) 370–379; zuletzt *Wacke*, SZ 130 (2013) 237 f.

[634] Vgl. *Kaser*, SZ 83 (1966) 6–11, der eine Formel ohne *fictio civitatis* erwägt; *Sturm*, SZ 82 (1965) 211–226 (in der *pars destruens* überzeugend).

[635] Zur *actio ex stipulatu*, vgl. *Kaser*, SZ 83 (1966) 11–17 mwN.; *Kaser*, Ius gentium (1993) 127–134.

[636] Die Zuordnung einzelner Erscheinungen des Litteral- als auch Verbalkontraktes zum *ius gentium* hat in der Literatur zu der Frage geführt, ob die Qualifizierung auf einer empirischen Grundlage beruht, vgl. Nachweise bei *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 215–220 mwN.; skeptisch *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 1–5 mwN.; für die Stipulation ist die Frage nicht zu beantworten; die Stipulationsklausel tritt erst nach der *Constitutio Antoniniana* gehäuft auf, vgl. *Wolff*, SZ 73 (1956) 12–14; umfassend *Simon*, Stipulationsklausel (1964).

[637] Vgl. Gai. 2.285, dazu *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 218; zum Personalitätsprinzip in diesem Zusammenhang (*testamenti factio*), vgl. *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 142–144.

[638] Vgl. *Alonso*, PapCongr. XXVII KP 396–399.

[639] Dies hängt damit zusammen, dass das Recht nicht als bekannt vorausgesetzt werden kann. Zur

In diesem Zusammenhang ist auch die römische Interpretation (*interpretatio romana*) nichtrömischer Rechtsinstitute[640] und Rechtsvorstellungen zu sehen, die sich keineswegs auf Übertragungen nach *ius gentium* beschränkt.[641] **236**

Nur bei eklatantem Widerspruch zwischen peregrinen und römischen Vorstellungen, bleibt das peregrine Recht unangewendet.[642] Ein Beispiel bildet etwa die Vormundschaft der Mutter über ihre unmündigen Kinder, die es nach römischem Recht nicht geben kann.[643] **237**

In der justinianischen Kompilation sind Fragen des Bürgerrechts[644] unterdrückt. Das *ius gentium* findet hier vor allem Verwendung, um das *ius civile* im Sinne der *aequitas* oder *naturalis aequitas* zu erklären oder zu verstärken (→ Rn. 265).[645] Die Kompilatoren haben diese Gerechtigkeitserwägungen aber nicht in die Texte hineingetragen, sondern von den römischen Juristen übernommen und lediglich ihrer spezifischen Funktion beraubt.[646] **238**

b. *Ius gentium* und *ius praetorium*

Von der Erstreckung auf Nichtrömer ist die Frage des Verhältnisses von *ius gentium* und *ius praetorium* zu trennen. Abzulehnen ist insbesondere die Vorstellung Wieackers, das *ius gentium* sei erst durch die Rechtsprechung des *praetor peregrinus* geschaffen worden.[647] **239**

Wenn die Juristen bestimmte Vorgaben des *ius praetorium* aus dem *ius gentium* erklären,[648] bezwecken sie nicht immer eine genetische Herleitung. Vielmehr soll diese **240**

Praxis der *recitatio*, vgl. *Marotta*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 357–385 mwN.; *De Simone*, AUPA 56 (2013) 47 f.

[640] *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 246; zur Frage des anwendbaren Rechts vor dem *praetor peregrinus*, vgl. *Alonso*, PapCongr. XXVII KP 387 f. „translation in Roman categories or dismissed in the name of Roman orthodoxy".

[641] Vgl. *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 214 f.; *Chevreau*, in: Dubouloz et al., Imperium Romanum (2014) 319; weiterführend Alonso, in: Czajkowski et al., Roman Provinces (2020) 4464.

[642] *Alonso*, PapCongr. XXVII KP 353–355. Ein Beispiel bietet der sog. Dionysia-Fall (P.Oxy. II 237), dazu *Kreuzsaler/Urbanik*, JJP 38 (2008) 119–151; *Platschek*, JJP 45 (2015) 145–163.

[643] Vgl. Pap. 4 resp. D. 26.2.26 pr. *Iure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur*, dazu *Chiusi*, SZ 111 (1994) 173 f.

[644] Vgl. *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 215–218 (auch im Vergleich mit Gaius).

[645] Vgl. *Frezza*, RIDA 2 (1949) 283; *Pólay*, Differenzierung (1964) 255 f.; zuletzt *Chevreau*, in: Dubouloz et al., Imperium Romanum (2014) 315.

[646] Das beste Beispiel für diese Anpassung bietet der Vergleich zwischen Inst. 2.23, 25 mit Gai. 2.285, dazu *Babusiaux*, in: Verboven, Economic Performance (in Vorb.).

[647] Zutreffend *Kaser*, BIDR 53/54 (1948) 422; anders *Wieacker*, RRG I § 23.III.4, S. 444 f. Fn. 20 mwN.; vgl. *Winkel*, FS Waldstein 444 f.

[648] So auch *Kaser*, Ius gentium (1993) 7 f.; anders noch *Kaser*, SZ 101 (1984) 19.

Gleichsetzung den hohen Gerechtigkeitswert des prätorischen Rechts und/oder die Allgemeingültigkeit der prätorischen Vorgaben[649] erklären.

c. *Ius gentium* und *ius civile*

241 Den wichtigsten Gegensatz zum *ius gentium* bildet das *ius civile*;[650] die Gegenüberstellung ist allerdings nur dort streng durchgeführt,[651] wo sich die Rechtssetzung der *civitas* tatsächlich vom *ius gentium* entfernt.

242 Grundsätzlich steht es dem römischen Gesetzgeber frei, vom *ius gentium* abzuweichen. Dies gilt etwa für Statusfragen. Obgleich das außerhalb eines *legitimum matrimonium* geborene Kind nach *ius gentium* den Status der Mutter erhielte,[652] hält es Gaius für unbedenklich, dass das Kind aus einer Ehe zwischen Römern und Nichtrömern nach der *lex Minicia* immer dem schlechteren Status folgt.[653] Nur das *SC Claudianum*,[654] welches das von einer Freien aufgrund Empfängnis von einem Sklaven geborene Kind zum Sklaven erklärt, verstoße gegen die *regula iuris gentium*.[655]

243 Aufgrund seiner Nähe zur *aequitas* und zur *aequitas naturalis* verweist das aus dem *ius gentium* stammende Argument damit – wie das *ius naturale* – einerseits auf die Tatsachen des Sachverhaltes (Einzelfall), andererseits auf allgemeine Gerechtigkeitserwägungen.[656]

aa. *Ius gentium* als Grundlage der Lösungen des *ius civile*

244 Nach Cicero kann das *ius civile*, sofern es Ausdruck der *naturalis ratio* ist (→ Rn. 199 f.), auch als Teil des *ius gentium* angesehen werden.[657] Da die Bezeichnungen nur auf die

---

[649] Vgl. *Pólay*, Differenzierung (1964) 246; *Fiori*, BIDR 101/102 (1998/99) 195; *Fiori*, Scr. Corbino III 127 f.

[650] Cic. part. 130, dazu *Lombardi*, Ius gentium (1947) 65–70; *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 101 f.; *Kaser*, Ius gentium (1993) 18 f.; Cic. off. 3,23; Cic. har. resp. 32, dazu *Lombardi*, Ius gentium (1947) 83 f.

[651] Bei Gaius ist diese Entgegensetzung auch didaktisch, vgl. *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 51–57.

[652] *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 90 f.; *Kaser*, Ius gentium (1993) 83–85. Die Ehe selbst ist nicht Teil des *ius gentium*, vgl. *Talamanca*, Iura 44 (1993) 284 f.

[653] Gai. 1.78, dazu *Kaser*, Ius gentium (1993) 84 f.

[654] Gai. 1.84; weitere Belege für das *SC Claudianum* sind Suet. Claud. 15 und 33; Tac. ann. 12,53, dazu *Sirks*, SZ 122 (2005) 138–149, der als Motiv der Regelung die „Beibehaltung und Stärkung von Ehrfurcht und Gehorsam […], die Herren von ihren Sklaven forderten“ annimmt.

[655] Vgl. vor allem Gai. 1.83, 84, dazu *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 33–35.

[656] Vgl. *Frezza*, RIDA 2 (1949) 284 f.: Formfreiheit, Willenserforschung, ethische Wertung des Parteiverhaltens.

[657] Cic. off. 3,69–70, dazu *Kaser*, Ius gentium (1993) 14–17; *Falcone*, AUPA 56 (2013) 263, der herausarbeitet, dass Cicero ein Ideal des *ius civile* formuliert, das den Vorgaben des *ius gentium* genügen muss.

unterschiedliche Herkunft der Regel weisen, sind inhaltliche Überschneidungen zwischen beiden Rechtsschichten ohne weiteres möglich.[658]

So rechtfertigt die Erklärung, das Notwehrrecht entspreche dem *ius gentium*,[659] das **245**
Absehen von der Strafe der *lex Aquilia*, wenn der Täter in Notwehr gehandelt hat.[660] Strafschärfend wirkt hingegen die Qualifikation des *incestum* als *incestum iuris gentium*:[661] Aufgrund des elementaren Charakters des Verbotes ist ein Rechtsirrtum unbeachtlich und die Entschuldigung ausgeschlossen.[662]

Emphatisch werden bestimmte (formlose) Vereinbarungen als *conventiones iuris* **246**
gentium[663] bezeichnet; dies gilt vor allem für die *bonae fidei iudicia*.[664] Diese Herkunftsbezeichnung dient als Erklärung der für diese Vertragstypen geltenden Charakteristika, namentlich die Formlosigkeit des Vertragsschlusses, die Berücksichtigung von Treu und Glauben und das weitreichende Ermessen des Privatrichters.[665]

Die gleiche Begründung nutzen die severischen Juristen, um die *actio praescriptis* **247**
verbis bei Innominatkontrakten[666] und beim *precarium*[667] zu eröffnen.

---

[658] Zutreffend *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 53–55.

[659] Vgl. auch Sall. Iug. 22,4, dazu *Kaser*, Ius gentium (1993) 32.

[660] Vgl. Flor. 1 inst. D. 1.1.3; Paul. 10 Sab. D. 9.2.45.4, dazu (zu Unrecht skeptisch) *Lombardi*, Ius gentium (1947) 154–156; von *Kaser*, Ius gentium (1993) nicht behandelt; weiterführend *Waldstein*, ANRW II.15 85; zuletzt *Wacke*, SZ 106 (1989) 474 f.

[661] Zum *incestum iuris gentium*, vgl. Pap. 11 quaest. D. 12.7.5.1; Paul. SC Turp. sing. D. 23.2.68; Pap. 36 quaest. D. 48.5.39.2, dazu umfassend *Lombardi*, Ricerche ius gentium (1946) 3–46, der dies allerdings für justinianisch hält; hiergegen *De Martino*, SDHI 3 (1937) 405; *Babusiaux*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 36 f.; zur Klassizität, vgl. auch *Thomas*, RHD 58 (1980) 362–370. Zu den privatrechtlichen Implikationen, vgl. *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 209 mit Fn. 60.

[662] Zum *incestum* als Ehehindernis, vgl. *Mayer-Maly*, Iura 34 (1983) 99; *Kaser*, Ius gentium (1993) 85 f.; *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 209.

[663] Vgl. Tryph. 9 disp. D. 16.3.31.1; Paul. 33 ed. D. 18.1.1.2; es fehlt das Mandat, vgl. *Mayer-Maly*, Iura 34 (1983) 97; *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 199 f.; zu Ulp. 4 ed. D. 2.14.7 pr., vgl. *Lombardi*, Ius gentium (1947) 214 (mit unzureichend begründetem Interpolationsverdacht); *Talamanca*, a. a. O. 198.

[664] Vgl. Paul. 33 ed. D. 18.1.1.2; Paul. 34 ed. D. 19.2.1; Gai. 3.154, zu allen *Kaser*, Ius gentium (1993) 142 f. Ein Überblick auch bei *Mayer-Maly*, Iura 34 (1983) 97–99 mwN. Zur *societas* des *ius gentium*, vgl. auch *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 322–329.

[665] Zum *mandatum*, vgl. *Kaser*, Ius gentium (1993) 143 f.; *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 20–28 zu den parallelen griechischen Einrichtungen; zum *depositum*, vgl. Tryph. 9 disp. D. 16.3.31.1; Ulp. frg. Vind. 2.2, dazu *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 197 f. Für Leihe und Pfand, vgl. *Kaser*, Ius gentium (1993) 145 f.

[666] Vgl. Marcian. 3 reg. D. 19.5.25, dazu *Kaser*, Ius gentium (1993) 149 f.; *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 207 und → § 90 Rn. 27.

[667] Ulp. 1 inst. D. 43.26.1.1, dazu *Kaser*, Ius gentium (1993) 150; ferner Ulp. 71 ed. D. 43.26.2.2, dazu *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 203 f.; *Babusiaux*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 640–643.

bb. Das *ius gentium* als Auffangordnung gegenüber dem *ius civile*

248 Wie das *ius naturale* kann auch das *ius gentium* als Auffangordnung fungieren. So kann die *capitis deminutio* die dem *ius gentium* zugewiesene Blutsverwandtschaft (*cognatio*)[668] im Gegensatz zur Verwandtschaft des *ius civile* (*agnatio*)[669] nicht aufheben. Diese verwandtschaftlichen Beziehungen bleiben daher auch dem *emancipatus* erhalten.[670]

249 Auch die Folgen der *deportatio* sind nach *ius civile* und *ius gentium* zu unterscheiden.[671] Sie führt zwar zum Verlust des Bürgerrechts, nicht aber zum Sklavenstatus, so dass immerhin noch das *ius gentium* anwendbar ist (*iure civili caret, gentium vero utitur*). Der mit *deportatio* Bestrafte kann daher Verträge des *ius gentium*, wie *emptio venditio* und *locatio conductio*, wirksam eingehen und in den Grenzen der *fraus fisci* auch Eigentum übertragen.[672]

250 Wie das *ius naturale* (→ Rn. 213–215) kann auch das *ius gentium* weitergehende Klagemöglichkeiten aus der *condictio* eröffnen. Ein Beispiel bildet der Fall, in dem die Hauptschuld unwirksam war, der Bürge aber auf für diese Schuld eingegangene Bürgschaft (wirksam) gezahlt hatte.[673] Mit der Begründung, der Bürge habe nach *ius gentium* eine Nichtschuld gezahlt (*quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit*), bringt der Celsus zum Ausdruck, dass der Zahlende vor der materiell ungerechtfertigten Inanspruchnahme geschützt werden muss.[674]

251 In anderen Situationen besteht hingegen Gleichlauf zwischen beiden Rechtsschichten: So ist der Sklavenstatus[675] nach *ius civile* und *ius gentium* beachtlich. Ebenso steht der Eigentumsschutz der *actio in rem* sowohl dem Eigentümer nach *ius gentium* wie demjenigen nach *ius civile* zu.[676]

---

[668] Gai. 1.156 sieht dies als Satz des *ius naturale* an, vgl. *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 24 f.; *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 113 f.

[669] Mod. 12 pand. D. 38.10.4.2, 3, dazu *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 26; *Kaser*, Ius gentium (1993) 81.

[670] Vgl. *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 114.

[671] Marcianus *sine inscriptione* D. 48.22.15 pr., 1, dazu *Cerami*, AUPA 40 (1988) 16 f.

[672] *Ando*, Law (2011) 9 f. hebt die späte Abfassungszeit (ca. 220 n. Chr.) hervor und betont die Kontinuität zu Entziehungen des Bürgerrechts in der Spätantike.

[673] Cels. 6 dig. D. 12.6.47, dazu *Lombardi*, Ricerche ius gentium (1946) 256–260; *Mayer-Maly*, Iura 34 (1983) 97 f.; *Kaser*, Ius gentium (1993) 43–47; *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 208; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 113 f.

[674] Diese Begründung findet sich auch in Marcian. 3 reg. D. 25.2.25, dazu *Lombardi*, Ricerche ius gentium (1946) 260–263; *Mayer-Maly*, Iura 34 (1983) 97 f.; *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 208. Zur Frage der *causa*, vgl. *Hähnchen*, Causa condictionis (2003) 26 f. Anders *Kaser*, Ius gentium (1993) 45–47.

[675] Marcian. 1 inst. D. 1.5.5.1.

[676] Paul. 21 ed. D. 6.1.23 pr.

d. *Ius gentium* und *ius naturale*

Trotz der beobachteten Gemeinsamkeiten sind auch Widersprüche zwischen *ius gentium* und *ius naturale* zu beobachten; zudem gibt es rechtliche Erscheinungen, für die eine Konkurrenz zwischen *ius gentium* und *ius naturale* zu bestehen scheint. **252**

aa. Friktionen zwischen *ius naturale* und *ius gentium*

Der wichtigste Widerspruch besteht mit Blick auf die Sklaverei.[677] Sie ist als Institut des *ius gentium* anerkannt[678] und kann auch Römer treffen, die als Kriegsgefangene von anderen Völkern versklavt werden,[679] widerspricht aber der Menscheneigenschaft nach *ius naturale*.[680] Die Divergenz ist eine Konsequenz des empirischen Rechtsverständnisses: Das *ius naturale* gibt den ursprünglichen Sittenzustand wieder, der durch die Praxis der Völker abgeändert wurde.[681] Das so überwundene *ius naturale* ist aber in der Anwendung des *ius gentium* zu berücksichtigen: So ist die Menscheneigenschaft des Sklaven ein Argument dafür sein, seinen Willen zu berücksichtigen,[682] seine Verwandtschaftsverhältnisse zu beachten oder auch unnötige Brutalität zu vermeiden.[683] **253**

bb. Zur Konkurrenz von *ius naturale* und *ius gentium*

Verschiedene Erscheinungen des Sachenrechts werden von einigen Juristen dem *ius naturale*, von anderen dem *ius gentium* zugewiesen. Diese Konkurrenz gilt für die **254**

---

[677] Entsprechend auch die Freilassung (*manumissio*), vgl. Ulp. 1 inst. D. 1.1.4, dazu *Lombardi*, Ius gentium (1947) 205–209, der zu Unrecht die Authentizität bezweifelt. Ein wichtiger Beleg ist das *fragmentum Dositheanum*, das gerade im Kontext mit *manumissiones* die Dreiteilung in *ius civile, ius gentium* und *ius naturale* erörtert, vgl. dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 6–9 mwN.

[678] Flor. 9 inst. D. 1.5.4.1; Ulp. 1 inst. D. 1.1.4.; Tryph. 7 disp. D. 12.6.64, zu allen *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 172–177; *Lombardi*, Ius gentium (1947) 159 f.; *Frezza*, RIDA 2 (1949) 303–305; *Pólay*, Differenzierung (1964) 259; *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 49 f.; *Huwiler*, Mél. Wubbe 207–272; *Thomas*, RHFD 6 (1988) 42 f. Man könnte geneigt sein, den *favor libertatis* gerade hieraus zu erklären, vgl. Paul. 2 ed. D. 50.17.106 und Gai. 5 ed.prov. D. 50.17.122.

[679] Gai. 1 inst. D. 1.6.1.1; Gai. 2 cott. D. 41.1.5.7, dazu *Mayer-Maly*, Iura 34 (1983) 93 f.; *Kaser*, Ius gentium (1993) 75–80 (bes. auch zum *partus ancillae*); umfassend *Wieling*, CRRS I; zur Reziprozität, vgl. *Baldus*, Ess. Winkel I 61–69 mwN. Anderes gilt für die zum Tode verurteilten Römer, die die Exekution erwarten (sog. *servi poenae)*, vgl. *McClintock*, Servi della pena (2010) 56–58.

[680] Vgl. *Levy*, SDHI 15 (1949) 12 f.; *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 23 f.; *vander Waerdt*, ANRW II.36.7 4886, der dies allerdings als Ausdruck der fehlenden Beeinflussung durch philosophische Konzepte ansieht; auch die antike Philosophie kennt allerdings unterschiedliche Konzepte, vgl. z. B. Arist. Pol. 1253b15 f., dazu *Flaig*, in: Hoff/Schmidt, Konstruktionen (2001) 27–49.

[681] Vgl. *Senn*, Justice (1927) 80 f.; *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 48 f.

[682] *Levy*, SDHI 15 (1949) 16 f. mwN. Zur *naturalis obligatio* → Rn. 219–226.

[683] *Huwiler*, Mél. Wubbe 262 f. (*contubernium*); ferner *Knoch*, Sklavenfürsorge (2017) 45–120.

Tatbestände des originären Eigentumserwerbs[684] wie für den derivativen Eigentumserwerb durch formlose *traditio*.[685]

255 Die Unterschiede zwischen beiden Zuweisungen sind nicht überzubewerten: Einerseits ist auch das *ius gentium* als naturgegebenes Recht anzusehen, so dass *ius naturale* auch emphatisch für *ius gentium* gebraucht werden kann.[686] Andererseits werden beide aus der *naturalis aequitas* hergeleitet, so dass beide Begriffe austauschbar sind, soweit es um den – in den Fragmenten in Frage stehenden – Gerechtigkeitsgehalt einer Regelung geht.[687]

256 Aus dieser Perspektive ist auch die terminologische Unsicherheit bei Begründung des Gemeingebrauchs zu erklären. Nach einer Juristenansicht soll sich der *usus publicus* am Meer[688] und seinen Stränden sowie Flüssen und Flussufern[689] daraus ergeben, dass sie als *res nullius*[690] und damit nach *ius gentium* jedem offen stehen. Marcian hingegen erklärt die Luft, Flüsse, das Meer und seine Küsten zu *res naturali iure communes omnium*, die allen gemeinsam zustünden, weshalb nach *ius naturale* niemandem der Zugang versagt werden könne.[691] Auch diese Begriffsbildungen sind empirischer und nicht dogmatischer Natur, weshalb es sich allenfalls um Akzentverschiebungen handelt: Während die Einordnung als *res nullius* betont, dass niemand die Nutzung durch einen anderen verhindern könne (Abwehrrecht), hebt Marcian die Gemeinschaftlichkeit und damit die Berechtigung des einzelnen, Zugang verlangen zu können (Zugangsrecht), hervor.[692]

257 Die offensichtliche Austauschbarkeit der beiden Begriffe führt in der späteren Kaiserzeit dazu, dass das *ius gentium* in Kaiserkonstitutionen nicht mehr genannt wird,[693] während das *ius naturale* nach wie vor herangezogen wird, wie nicht nur der

---

[684] Vgl. Gai. 2.65, 66; Gai. 2.69–79; *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 107–109; ferner Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.18; Gai. 2 cott. D. 41.1.5.7; Gai. 2 cott. D. 41.1.7.1; Gai. 2 cott. D. 41.1.7.5; Gai. 2 cott. D. 41.1.9.3. Vgl. auch Frg. Vat. 47a, dazu *Pólay*, Differenzierung (1964) 259 f.; *Mayer-Maly*, Iura 34 (1983) 95 f.; zum Erwerb durch Anschwemmung, vgl. Gai. 2 cott. D. 41.1.7.1, dazu *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 90.

[685] Gai. 2 cott. D. 41.1.9.3; Gai. 2 cott. D. 41.1.71.

[686] So etwa in Gai. 2.65, wo das *ius naturale* im Gegensatz zum *ius proprium Romanorum* steht.

[687] Vgl. etwa Gai. 2 cott. D. 41.1.9.3.

[688] Cels. 39 dig. D. 43.8.3.1, dazu *Fiorentini*, Fiumi (2003) 381–426.

[689] Gai. 2 cott. D. 1.8.5 pr.; ebenso Gai. 2 cott. D. 41.1.7.5, damit verbunden ist, dass der Erbauer eines Gebäudes am Fluss- oder Meeresufer nach *ius gentium* Eigentum erwirbt; vgl. Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.18; Scaev. 5 resp. D. 43.8.4, dazu *Mayer-Maly*, Iura 34 (1983) 96; *Fiorentini*, BIDR 111 (2017) 93–95.

[690] Paul. 21 ed. D. 18.1.51, dazu *Fiorentini*, BIDR 111 (2017) 91 f.; vgl. *Dell'Oro*, StUrb. 31 (1962/63) 224; *Wagner*, Rechtslehre des Gaius (1978) 88 f.; vergleichbar Inst. 2.1.5, dazu *Fiorentini*, a. a. O. 92 f.

[691] Marcian. 3 inst. D. 1.8.2.1, dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 177 f.; *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 36 f.; zuletzt *Schiavon*, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 601–619.

[692] Vgl. Marcian. 3 inst. D. 1.8.2 pr. *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius* (…).

[693] *Frezza*, RIDA 2 (1949) 284; *Kaser*, Ius gentium (1993) 47.

Codex,[694] sondern auch das inschriftlich überlieferte Preisedikt Diokletians[695] belegt. Erst Justinian kehrt zur differenzierten Begründungspraxis der Juristen der Prinzipatszeit zurück und zitiert das *ius gentium* neben dem *ius naturale*.[696]

4. Die spätantike Verwendung von *ius naturale* und *ius gentium*

Entgegen den Verdächtigungen der Interpolationenkritik gehören Bezugnahmen auf naturrechtliche Argumente – wie gesehen (→ Rn. 180–187) bereits dem Recht des Prinzipats an. Die Entwicklung im 4. und 5. Jh. n. Chr. knüpft an diese Tradition an. **258**

a. Vorjustinianische Naturrechtslehren

Auch in den Konstitutionen seit Konstantin haben die Bezugnahmen auf natürliches Recht begründende Funktion. So rechtfertigt Konstantin unter Verweis auf *naturae ius*[697] die strafweise Rückunterwerfung bereits emanzipierter Kinder unter die väterliche Gewalt, wenn sie gegen ihre natürlichen Kindespflichten verstoßen haben. **259**

Auch die Regelung des Schatzfundes durch Theodosius I. knüpft mit dem Argument der *naturalis aequitas* an die frühere Jurisprudenz an.[698] Der einzige Unterschied besteht darin, dass Hadrian Finder und Grundeigentümer je die Hälfte zuspricht, während Theodosius den Finder mit drei Vierteln des Fundes besser stellt.[699] **260**

Eine Fortführung bekannter Argumente bedeutet auch die von Arcadius und Honorius vorgenommene Qualifizierung bestimmter Verbrechen[700] als naturrechtswidrig. Ebenfalls bereits bekannt ist die Rechtfertigung des Intestaterbrechts von Blutsverwandten aus der *lex naturae*,[701] wie sie Theodosius II. und Valentinian III. anführen.[702] **261**

Auf Grundlage des bereits anerkannten natürlichen Rechts der Frau an Mitgiftsachen sprechen ihr die gleichen Kaiser auch entsprechende Positionen an der **262**

---

[694] Auch die im Codex überlieferten Begründungen aus der Natur entsprechen der Verwendung des Arguments im Prinzipat. So etwa die *naturalis obligatio*, vgl. Diocl. C. 4.26.12 (a.294), Diocl. C. 9.1.14. (a.294), zu beiden *Waldstein*, SZ 111 (1994) 15–17. Auch die Rechtfertigung der Beweislastregel in Diocl. C. 4.19.23. (a.294) entspricht der Beweislastverteilung im Formularprozess, vgl. *Wacke*, SZ 109 (1992) 433 mit Fn. 58.

[695] Edict. Diocl. de pret. rer. venal. praef. 8, siehe *Lauffer*, Diokletians Preisedikt (1971) 92; dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 13 f.; zur Frage der Begründung aus dem *ius naturale*, vgl. *Speidel*, Historia 58 (2009) 487.

[696] *Kaser*, Ius gentium (1993) 52.

[697] Frg. Vat. 248 (a.330), dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 27 f.

[698] Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 10.18.2.1 (a.380), dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 26 f.; zu Begründungsvarianten beim Schatzfund, vgl. *Nörr*, HIA II 902–905.

[699] Vgl. Inst. 2.1.39, dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 27.

[700] Theodos./Arcad./Honor. Cod. Theod. 16.10.12.1 (a.392), dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 23 f.

[701] Arcad./Honor. Cod. Theod. 4.21.1.1 (a.395) = C. 8.2.3 pr., dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 18 f.

[702] Theodos./Valentin. Cod. Theod. 5.1.9 (a.428), dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 20 f.

Erbschaft und der *donatio* zu.[703] Die Regelung wird von Leo aufgegriffen und verstärkt.[704]

263 Eine klar christliche Aufladung erhalten die Bezugnahmen auf *ius naturale* und *ius gentium* in einer Konstitution, mit der Theodosius II. und Valentinian III. das kirchliche Asylrecht rechtfertigen.[705] Der Konkretisierung des Keuschheitsgebotes[706] dient die seit Honorius und Arcadius mehrfach aufgegriffene Idee des *foedus naturale*,[707] das die natürliche Verbundenheit mit bestimmten Frauen (Müttern, Töchtern, Schwestern) bezeichnet.

b. Justinians Kodifikation

264 Die naturrechtlichen Bezugnahmen in der justinianischen Kodifikation weisen eine starke Doppelgesichtigkeit auf:[708] Institutionen, Digesten und Codex knüpfen an das bestehende Material an;[709] die Novellen hingegen zeigen eine stark neuplatonisch-christlich aufgeladene Verwendung des Naturrechtsbegriffs auf.

aa. Kontinuität in Digesten, Codex und Institutionen

265 Die justinianischen Institutionen[710] referieren die bekannten Unterscheidungen zwischen *ius civile, ius naturale* und *ius gentium.* So steht dem *ius civile* als νόμος die *aequitas naturalis* als φύσις gegenüber, aus der sich sowohl das *ius naturale* als auch das *ius gentium* speisen.[711] Unter *ius gentium* verstehen Justinians Juristen ein von einem Volk geschaffenes Recht, das auf alle vernunftbegabten Menschen auf dem Gebiet des Volkes Anwendung finden.[712]

266 Bei Justinian scheint das *ius naturale* die Bezugnahmen auf das *ius gentium* zunehmend zu ersetzen;[713] eine systematische Interpolation von *ius gentium* in *ius naturale* ist hingegen nicht nachzuweisen. Die Abweichungen, die zwischen den Institutionen des

---

[703] Theodos./Valentin. Cod. Theod. 8.19.1 = C. 6.61.1 (a.426).

[704] Zeno C. 1.3.36 (a.484) und Leo/Anthem. C. 6.61.5 (a.473), *Waldstein*, SZ 111 (1994) 28 f.

[705] Vgl. Theodos./Valentin. Cod. Theod. 9.45.4 (a.431) = *Mansi*, Collectio V (1761) 437–446, dazu *Lanata*, Legislazione (1984) 196–200; *Waldstein*, SZ 111 (1994) 23–26; *Mentxaka*, Vergentis 7 (2018) 184–186, 219–228.

[706] Honor./Theodos. C. 1.3.19 (a.420) = Honor./Theodos. Cod. Theod. 16.2.44; Const. Sirm. 10 (a.420); Brev. 16.1.6.

[707] Honor./Theodos. Cod. Theod. 16.2.44 pr. (a.420) = C. 1.3.19 pr., dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 22 f.

[708] Zur Kodifikation, vgl. *Mantovani*, in: Mantovani/Padoa Schioppa, Digesto (2014) 105–134 mwN.

[709] Auch die byzantinische Rechtsliteratur verwendet *natura* erklärend, vgl. *de Jong*, ByzZ 106 (2013) 683–712.

[710] *Waldstein*, SZ 111 (1994) 31–46 mit einer Liste der Übernahmen 40 Fn. 159.

[711] *Lombardi*, Ius gentium (1947) 327 f.

[712] *Lombardi*, Ius gentium (1947) 322.

[713] *Lombardi*, Ius gentium (1947) 337 f.

Gaius und den Institutionen Justinians erkennbar sind,[714] beruhen zum größten Teil auf Varianten bei Gaius[715] selbst und sind Ausdruck der gemeinsamen Quelle beider Rechtsschichten in der *naturalis aequitas*.[716]

Nur die offensichtlich christlich verstandene *divina providentia* in Inst. 1.2.11,[717] mit **267**
der das *ius naturale*[718] gleichgesetzt wird, weicht vom früheren Sprachgebrauch ab. Es ist allerdings möglich, dass auch diese Überhöhung auf vorchristliches Gedankengut, namentlich der Stoa,[719] zurückgreift, das christlich umgedeutet wurde.[720]

Für eine interpretative Umgestaltung spricht, dass die in den Codex aufgenommenen **268**
Konstitutionen Justinians weder inhaltlich noch funktional vom *ius naturale* der früheren Juristen und Kaiser abweichen:[721] So erklärt eine Entscheidung die Rechte der Ehefrau an der Mitgift aus dem *ius naturale*[722] und greift damit auf die bereits bekannte

---

[714] Gai. 1.189 (…) *quia id naturali rationi conveniens est* = Inst. 1.20.6 *naturali iuri conveniens est*; Gai. 2 cott. D. 41.1.9.3 (…) *traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur* = Inst. 2.1.40 *per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur*; Gai. 2 cott. D. 41.1.1 pr., 1 *Et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit.* (…) *ratione naturali occupanti conceditur* = Inst. 2.1.12 (…) *id naturali ratione occupanti conceditur.* (= Gai. 2.66); Gai. 2 cott. D. 41.1.5.7 *iure gentium statim capientium fiunt* = Inst. 2.1.17 *iure gentium statim nostra fiunt* (= Gai. 2.69 *naturali ratione*); Gai. 2 cott. D. 41.1.7.1 *iure gentium nobis adquiritur* = Inst. 2.1.20 *iure gentium tibi adquiritur* (= Gai. 2.70 *eodem iure [naturali ratione] nostrum fit*); Gai. 2 cott. D. 41.1.7.7. (…) *magis naturalem rationem efficere* (…) = Inst. 2.1.25 *naturali ratione dominus sit* (= Gai. 2.79 kein Bezug); Gai. 25 ed. prov. D. 43.18.2 *et civili et naturali iure eius est* = Gai. 2.73 *iure naturali nostrum fit.*

[715] Vgl. Inst. 2.1.40 im Vergleich zu Gai. 2 cott. D. 41.1.9.3; vgl. auch Inst. 3.1.9 im Vergleich zu Gai. 3.18–24; *Waldstein*, SZ 111 (1994) 43 f. verweist darauf, dass der Institutionentext aus Gai. 16 ed prov. D. 38.8.2 stammen könne, wo es heißt: *hac parte proconsul naturali aequitate motus.* Zum Vergleich von Gai. 2 cott. D. 41.1.5.7; Gai. 2 cott. D. 41.1.7.1 und Gai. 2 cott. D. 41.1.9.3, die sich auf das *ius gentium* beziehen, während die Inst. 2.1.40; Inst. 2.1.12 und Inst. 2.1.17 das *ius naturale* erwähnen, vgl. *Kaser*, Ius gentium (1993) 98–104; *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) bes. 159–162 mwN.; *Atzeri*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 742 f.; *Honoré*, TR 78 (2010) 204 f.

[716] Vgl. *Waldstein*, SZ 111 (1994) 42; vor allem *Atzeri*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 742 f.

[717] Vgl. Inst. 1.2.11 *Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent: ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata*, dazu *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 221 f.; *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 119 f.; *Nörr*, Rechtskritik (1974) 101; *Lanata*, Legislazione (1984) 168; vgl. Const. Tanta § 18; ferner *Leifer*, SZ 58 (1938) 185–202; *Wenger*, SZ 69 (1952) 5–23.

[718] *Lombardi*, Ius gentium (1947) 335 f.

[719] Vgl. Cic. inv. 2,161, dazu *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 77f.;, vgl. auch *Waldstein*, SZ 111 (1994) 35 unter Verweis auf Cic. leg. 2,11; ferner *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 221–233.

[720] *Nörr*, Rechtskritik (1974) 101; vgl. auch *Crifò*, Anabases 12 (2010) 119–125.

[721] Zum *debitum naturale*, vgl. Iust. C. 3.28.36.2. (a.531); Iust. C. 8.47.10.1 (a.530), *Waldstein*, SZ 111 (1994) 55.

[722] Iust. C. 5.12.30 pr., 1 (a.529), dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 47.

Unterscheidung für die Eigentumsverhältnisse am Frauengut zurück (→ Rn. 218). Auch die Aussage,[723] dass die *iura naturalia* durch eine Statusänderung nach *ius civile* unberührt blieben, entspricht dem früheren Recht (→ Rn. 212–216). Dies gilt auch für die Herleitung eines Mindestalters für Tutoren aus dem *naturalis ordo*.[724] Sie knüpft an die Rechtfertigung der *tutela impuberum* aus dem *ius naturale* an, die sich bereits in Gaius' Institutionen findet.[725]

bb. Naturrechtsdenken in Justinians Novellen

269 Auch in den Novellen werden *ius naturale*[726] und *natura* (φύσις)[727] als Erklärung und Rechtfertigung für menschliche Rechtssetzung verwendet: So sollen diejenigen, die aufgrund ihrer Amtsträgerstellung von der *patria potestas* befreit sind, ihre erbrechtliche „natürliche Stellung" behalten,[728] was an die Fortdauer der natürlichen Rechte des *emancipatus* trotz *capitis deminutio* erinnert (→ Rn. 213). Auch die Erläuterung der Erbberechtigung von Geschwistern als *lege et natura iuvante*[729] greift die bestehende Vorstellung der natürlichen Verwandtschaft (über die Mutter) und der gesetzlichen (über den Vater) auf (→ Rn. 248).

270 *Leges naturae* erscheinen als Motiv im Gesetz gegen inzestuöse Ehen[730] sowie im Gesetz zur Neuregelung der Eheschließung[731] und bezeichnen die Verbindung von Mann und Frau, was an Ulpians *ius naturale* erinnert (→ Rn. 178).

271 Inhaltlich neu ist die Berufung auf die Natur, um Unterschiede zwischen den Geschlechtern aufzuheben,[732] sowie die Neuregelung der Rechtsverhältnisse der *liberi naturales*;[733] in der argumentativen Verwendung der Natur oder des *ius naturale* knüpfen auch diese Reformen an die Tradition an.

272 Neben dieser Kontinuität hat Giuliana Lanata in den Novellen auch Erscheinungen eines christlich-neuplatonischen[734] Naturrechts beobachtet.[735] Die Natur sei hier selbst

---

[723] Iust. C. 8.47.10.1, 2 (a.530), dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 49 f.

[724] Iust. C. 5.30.5.1 (a.529), dazu *Waldstein*; SZ 111 (1994) 51.

[725] Die Vormundschaft über Unmündige selbst gilt als Institut des *ius gentium*, vgl. Gai. 1.189, dazu *vander Waerdt*, ANRW II.36.7 4882–4884; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 297 f.

[726] *Lanata*, Legislazione (1984) bes. 165–181.

[727] Grundlegend *Lanata*, Legislazione (1984) 165–187 zur *natura* als „Öffnungsklausel" für die Gesetzgebung.

[728] Novell. Iust. 80.2 *et ex natura servata iura*, dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 54 f.

[729] Novell. Iust. 84.1 pr. (a.539); vgl. *Roumy*, in: Van der Lugt/de Miramon, Hérédité (2008) 41–66.

[730] Novell. Iust. 12.1 (a.535), dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 55.

[731] Novell. Iust. 74.4 pr. (a.538), dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 57.

[732] Novell. Iust. 18.5 (a.536) und Novell. Iust. 89.12.5, dazu *Waldstein*, SZ 111 (1994) 57.

[733] Vgl. auch Novell. Iust. 98 praef., dazu *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 120 f.

[734] Zum Verhältnis von Neuplatonismus und Christentum, vgl. *Ramelli*, Vigiliae Christianae 63 (2009) 217–263.

[735] *Lanata*, Legislazione (1984) 14–16, 170–187, 234–245 zu Tribonian.

nicht nur Gesetzgeber (→ Rn. 189–191), sondern aufgrund ihrer Vielgestaltigkeit Grenze und Herausforderung für die menschliche Gesetzgebung.[736]

Die Betonung des *ius naturale* als Vorgabe für den Gesetzgeber[737] ist allerdings auch der spezifischen Perspektive der Novellen geschuldet:[738] Während die anderen Teile der Kodifikation durch Zitate der früheren Zeit gespeist sind, ist die Novellengesetzgebung eigenes, von Justinian gesetztes Recht.[739] 273

V. Zum Fortleben der Rechtsschichten unter Diokletian und Justinian

Fusco, Rechtspolitik in der Spätantike. Unterschiede zwischen dem Westen und dem Osten und ihre Bedingungen, Saeculum 32 (1981) 255–272; *Humfress*, Orthodoxy and the Courts in Late Antiquity, 2007; *Riedlberger*, Prolegomena zu den spätantiken Konstitutionen. Nebst einer Analyse der erbrechtlichen und verwandten Sanktionen gegen Heterodoxe, 2020.

Die Rechtsquellenkataloge und die Namen der einzelnen Rechtsschichten leben als Bezugspunkt der juristischen und gesetzgeberischen Tätigkeit auch unter Diokletian, Konstantin, Theodosius und Justinian fort. Allerdings wirken sich Wandelungen in den Voraussetzungen der Rechtsentstehung und Rechtsanwendung auch auf das Verständnis der Rechtsschichten aus. 274

Für Diokletian lässt sich eine nahezu ungebrochene Kontinuität der Bezugnahmen auf das *ius civile*,[740] das *ius naturale* sowie auf das *ius honorarium*[741] feststellen. Lediglich das *ius gentium* ist aus dem Rechtsquellenkatalog verschwunden.[742] Dies mag vor allem damit zusammenhängen mag, dass seit 212 n. Chr. alle Reichsbewohner römisches Bürgerrecht haben (→ § 26 Rn. 40–44), womit sich Fragen der Erstreckung auf Nichtrömer erübrigen. 275

Mit Konstantin tritt das Christentum als Motiv der kaiserlichen Rechtssetzung hinzu, was die terminologische Fortführung des Rechtsschichtenmodells nicht verhin- 276

[736] *Lanata*, Legislazione (1984) 193 f.; zu diesen *praefationes*, vgl. auch *Humfress*, in: Maas, Age of Justinian (2005) 175: Hervorhebung der menschlichen Unzulänglichkeit im Verhältnis zu Gott.

[737] *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 223 f.

[738] Vgl. Novell. Iust. 113.1 pr. und Novell. Iust. 133 praef.; vgl. auch *Humfress*, in: Maas, Age of Justinian (2005) 174, die darauf verweist, dass die *praefationes* bei einer Sammlung vermutlich entfallen wären.

[739] Anders *Biondi*, DRC I 1–27 zum Einfluss auf die Gesetzgebung; *Biondi*, DRC II 4–27 zum *ius naturale* in der justinianischen Kodifikation; *Stein*, Ess. Daube (1974) 315; zur Masse der Gesetzgebung unter Justinian, vgl. *Humfress*, in: Maas, Age of Justinian (2005) 179 f. mwN.

[740] Vgl. Diocl./Max. C. 6.59.2 (a.293): Antritt der Erbschaft nach *ius civile*; Diocl./Max. C. 6.30.10 (a.294): Erbenstellung nach *ius civile*; Diocl./Max. C. 5.16.20 (a.294): *propter iuris civilis interdictum*. Zur personellen Kontinuität, vgl. *Honoré*, Emperors (1994) 139–185 mwN.

[741] Diocl./Max. C. 5.5.2 (a.285) *infamia*.

[742] Es fehlt bereits in den Konstitutionen unter dem Prinzipat, vgl. *Kaser*, Ius gentium (1993) 47.

dert,[743] sondern nur in Einzelfragen zu einer Neubewertung führt.[744] Vor allem erhalten die Bezugnahmen auf *aequitas*, *ius naturale* eine moralisch-christlich aufgeladene Konnotation.[745]

277 In der zunehmend ausufernden (→ § 4 Rn. 31–34) kaiserlichen Rechtssetzung[746] wirken die Rechtsschichten des Prinzipats fort, indem sich auch die nachdiokletianischen Konstitutionen auf das *ius civile*, das *edictum praetoris*[747] oder das *ius naturale* als Motiv und Rechtfertigung beziehen (→ Rn. 259–263). Hinzu tritt neu die kaiserzeitliche Jurisprudenz selbst, deren Aussagen und Schriften als Autoritätsargument verwendet werden.[748]

278 Mit der Kodifikation Justinians endet die produktive Verwendung der Rechtsschichten, wenngleich Justinian die Rechtsquellenkataloge und Definitionen einzelner Rechtsschichten in seine Digesten aufnimmt, denn die Autorität allen Rechts wird nunmehr auf den Kaiser zurückgeführt.[749] Einzig dem *ius naturale* kommt noch rechtsbegründende Funktion zu (→ Rn. 271–275), während die Nennung der anderen Rechtsschichten lediglich als historische Reminiszenz anzusehen ist.[750]

---

[743] Ein Überblick bei *Corcoran*, Tetrarchs (2000) 43–73 zu den Privatreskripten.

[744] Zum Christentum, vgl. *Noethlichs*, in: Crogiez-Pétrequin/Jaillette, Code Théodosien (2009) 225–237; *Dillon*, Constantine (2012) bes. 12–34.

[745] *Crifò*, Anabases 12 (2010) 123 f.; *Germino*, in: De Giovanni, Società e diritto (2012) 39 f. mwN.

[746] Vgl. *Riedlberger*, Prolegomena (2020) bes. 124–132. Zu den Zwecken, vgl. *Fusco*, Saeculum 32 (1981) 255–272; vgl. *Lepore*, SDHI 66 (2000) 343–398; zu den spätantiken Kodifikationsbewegungen, vgl. *Nörr*, HIA I 275–306; *Brandt*, Zeitkritik (1988) bes. 125–133 mwN.

[747] Vgl. Valentin./Valens/Grat. Cod. Theod. 16.2.20 pr. (a.370) (…) *Ceterum si earum quid voluntate percipiunt, ad quarum successionem vel bona iure civili vel edicti beneficiis adiuvantur, capiant ut propinqui* (…); Theodos./Valentin. Novell. Theodos. 1 pr. (a.438) *iuris civilis scientia*; Zeno C. 5.75.6 pr. (a.480) *Cum sit adiecta praetoris sententia generalem curatori administrationem mandantis* (…); Valentin./Marcian. C. 11.70.5.2 (a.451) *Si quae tamen possessiones iuris civilis canonem privatis largitionibus in praesenti praebent*; Grat./Valentin./Theodos. C. 5.9.1.3 (a.380) (…) *primo a decem personis edicto praetoris enumeratis* (…); Iust. C. 5.13.1.3a (a.530) *Sciendum itaque est edictum praetoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare*, (…).

[748] Vgl. *Babusiaux*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 238–269 mwN.; *Riedlberger*, Prolegomena (2020) 25 f. 112–226, der 230 f. betont, dass die Konstitutionen in der Regel von den Parteien vorgebracht wurden.

[749] Vgl. Novell. Iust. 74.2.1; Novell. Iust. 89.10; Novell. Iust. 105.2.4, in denen der Kaiser als Verkörperung der *lex* erscheint; ferner Novell. Iust. 113.1 pr., in der die alleinige Rechtsmacht des Kaisers zur Rechtssetzung ausgesprochen wird; zur göttlichen Legitimation, vgl. *Humfress*, in: Maas, Age of Justinian (2005) 179 f. Zur Rolle des Personals, vgl. *Honoré*, Emperors (1994) bes. 33–70; *Corcoran*, Tetrarchs (2000) 75–94.

[750] Zur Rechtspraxis der Gerichte und zu den *iuris periti*, vgl. *Humfress*, Orthodoxy (2007) bes. 55–61, 69–92.

§ 7 Die Rechtsliteratur

Detlef Liebs

Lenel, Palingenesia iuris civilis I. II, 1889; *Bremer*, Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt I, 1896 (Ndr. 1898, 1901). II.1, 1898. II.2, 1901; *Krüger*, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts, 1912; *Schulz*, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961 (engl. 1946); *Wenger*, Die Quellen des römischen Rechts, 1953; *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. I. Abschnitt: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik, 1988; *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. II. Abschnitt: Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike im weströmischen Reich und die oströmische Rechtswissenschaft bis zur justinianischen Gesetzgebung, aus dem Nachlass herausgegeben von Joseph G. Wolf, 2006; *Liebs*, Archaische Rechtsbücher. Die vorklassischen juristischen Fachschriften, in: Handbuch der lateinischen Literatur der Antike I: Die archaische Literatur. Von den Anfängen bis Sullas Tod, 2002, 75–79 (= § 111). 560–574 (= §§ 194 f.); *Liebs*, Jurisprudenz, in: Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV: Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 117 bis 284 n.Chr., 1997, 83–217 (= §§ 410–431); *Liebs*, Recht und Rechtsliteratur, in: Herzog/Lebrecht Schmidt (Hgg.), Handbuch der lateinischen Literatur der Antike V: Restauration und Erneuerung. Die Literatur von 284 bis 374 n.Chr., 55–73 (= §§ 502–510); *Liebs*, Esoterische römische Rechtsliteratur vor Justinian, in: Lieberwirth/Lück (Hgg.), Akten des 36. Deutschen Rechtshistorikertages Halle an der Saale, 10.–14. September 2006, 2008, 40–79.

Inhalt Rn.

I. Überlieferung 1
1. Justinianisch 2
2. Vorjustinianisch 4
3. Textkritik 8
a. Justinianische Interpolationen 5
b. Vorjustinianische Interpolationen 9
II. Republikanische Rechtsliteratur 10
1. Die Anfänge 6
a. Eine Monografie? 11
b. Zusammenstellungen normativer Texte 12
2. Anspruchsvolle Literatur 13
a. Kommentare 13
b. Die *fundatores iuris civilis* 14
c. Eine erste Gesamtdarstellung 15

d. Servius 16
3. Rechtswörterbücher 17
III. Die Rechtsliteratur des Prinzipats 18
1. Unter den julisch-claudischen und flavischen Kaisern („Frühklassik“) 18
a. Kommentare 18
b. *Iuris civilis libri* 19
c. Monografien 20
d. Sammelwerke 21
e. Originell präsentierte Jurisprudenz 22
2. Unter den Adoptivkaisern („Hochklassik“) 23
a. *Digestorum libri* 24
b. Kasuistische Literatur 27
c. Kommentare zu normativen Texten 29
d. Monografien 30
e. Unterrichtsliteratur 31
f. *Notae* 34
3. Unter den Severern („Spätklassik“) 35
a. Großkommentare 35
b. Kleinere Kommentare 39
c. Kasuistische Literatur 40
d. Monografien 41
e. Unterrichtswerke und Gesamtdarstellungen 42
aa. Anfängerlehrbücher 42
bb. Kurse anhand älterer Juristenschriften 43
cc. *Quaestionum* und *Disputationum libri* 44
dd. Umfangreichere Gesamtdarstellungen 45
IV. Rechtsliteratur im Dominat 47
1. Kompendien 51
a. Ulpian, *III, Regularum libri VII* 51
b. Ps.-Paulus, *Sententiae* 52
c. Hermogenian, *Iuris epitomae*. Ps.-Ulpian, *Opiniones* 53
2. Rechtswörterbücher und Abkürzungsverzeichnisse 54
a. Rechtswörterbücher 54
b. Abkürzungsverzeichnisse 55
3. Monografien 56
4. Ordnende Zusammenstellungen normativer Texte 57
a. *Codex Gregorianus* 57
b. *Codex Hermogenianus* 58
c. *Fragmenta Vaticana* 59
5. Esoterische Rechtsliteratur 60
a. Aus Rechtsunterricht 61
b. Aus der Rechtspraxis 62

I. Überlieferung

Das römische Privatrecht ist hauptsächlich aus den erhaltenen Resten der römischen Rechtsliteratur zu rekonstruieren, der damaligen Sekundärliteratur. Die primären Rechtstexte aus der Zeit der Republik und des Prinzipats sind fast nur dieser Sekundärliteratur zu entnehmen, meist nicht einmal wörtlich. Ähnlich verhält es sich mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung damals und mit den zur Rechtsfortbildung beitragenden Bescheiden nichtliterarischer Juristen mit Autorität. Wie heute betätigte sich nur ein Bruchteil der damals wirkenden Fachjuristen auch literarisch. Aber anders als heute konnten auch Rechtsbescheide von nichtliterarischen Juristen[1] das Privatrecht beeinflussen. Auch aus der Rechtsliteratur sind nur Bruchstücke erhalten. Hier wird sie nicht insgesamt vorgestellt, sondern nur soweit sie über das Privat- und Zivilprozessrecht Auskunft gibt. Das ist freilich die große Masse. Vor allem geht es um die Schriften, aus denen Text erhalten ist, der zum seinerzeitigen Rechtszustand etwas beiträgt. Von vielen Schriften, die es einst gab, kennen wir nur mehr den Buchtitel, oft nur den ungefähren. **1**

1. Justinianisch

Die weitaus meisten Fragmente aus diesen Schriften finden sich in spätantiken Sammelwerken, privaten (→ Rn. 50/59) und amtlichen Charakters, vor allem in Justinians Digesten (→ 5 Rn. 14–19). Auch seine Institutionen (→ 5 Rn. 20–22) sind aus Bruchstücken der klassischen Rechtliteratur zusammengesetzt,[2] unterbrochen von Berichten über eigene Reformen. Justinian hat aus der römischen Rechtsliteratur ungefähr zehnmal so viel bewahrt wie alle sonst erhaltenen Überlieferungsträger zusammen. Von dem Bestand, der bei Auswertung durch seine Kompilatoren in den 530er Jahren greifbar war, fanden sie etwa ein Zwanzigstel des Bewahrens wert. Fast nur mehr zwischen 100 und 250 n.Chr. verfasste Werke waren bis zu ihnen gelangt, und keineswegs alle aus dieser Zeit, von manchen immerhin ein schmaler Auszug. In diesen Fällen haben sie im Verzeichnis der exzerpierten Werke, das sie den Digesten vorschalteten, dem sog. Index Florentinus oft trotzdem, soweit bekannt, großsprecherisch die volle Buchzahl angegeben;[3] andererseits ist dieser Index nicht vollständig, sind nicht alle Schriften, aus **2**

[1] Wie Aquilius Gallus, *Liebs*, Richter Roms (2007) 65–76. Die späteren nichtliterarischen Juristen bei *Liebs*, Symp. Wieacker (1980) 123–198; *Liebs*, Hofjuristen (2010) 57–62, 76–151; *Mantovani*, Legum multitudo (2018).

[2] S. *Zocco-Rosa*, Institutionum palingenesia I (1908) und II (1910).

[3] So bei den *Res cottidianae* von Gaius, D. ind. auct. 20.4: 7 *libri*, obwohl die Kompilatoren nur über einen auf 3 *libri* komprimierten Auszug verfügten; oder bei den *Pandectae* von Ulpian II, D. ind. auct. 24.7: 10 *libri*, während sie nur einen einzigen *liber* hatten, *Liebs*, HLL IV 192 f., 208 f. (= §§ 426 W.10. 428.6) (zu allen HLL-Artikeln sei auf die laufend ergänzten Nachträge hingewiesen: http://www.jura.uni-freiburg.de/de/institute/rgesch1/handbuch-der-lateinischen-literatur-der-antike). Das *Ius civile* von Sabinus lag ihnen entgegen D. ind. auct. 5 nicht vor, nur Kommentare

denen sie Fragmente in die Digesten übernahmen, dort verzeichnet. Aus der Zeit vor 100 n.Chr. war ihnen und ist uns viel weniger bekannt; je weiter man zurückgeht, umso unsicherer wird die Überlieferung.

3 Die Kompilatoren hatten am Ende 225 Juristenschriften großen bis kleinsten Umfangs, insgesamt 1517 Buchrollen (*libri* oder Bücher) vorliegen.[4] Insgesamt haben wir Kunde von über 300 römischen Juristenschriften mit insgesamt mehr als 2000 *libri*; vermutlich gab es noch mehr, doch ist das schwer abzuschätzen. Justinian sagt 533, man habe ihm zu Beginn der Arbeit an den Digesten gesagt, als die mehr als 100 *libri* der Appendixmasse noch nicht vorlagen,[5] die zu exzerpierende Rechtsliteratur umfasse fast 2000 *libri*;[6] er hat also großzügig aufgerundet. Ein *liber*, eigentlich eine Buchrolle aus Papyrus, umfasste rund 30 bis 40 heutige Druckseiten DIN A 5. Die Kompilatoren haben die ihnen vorliegenden Schriften nicht gleichmäßig verwertet, sondern manchen überdurchschnittlich viel entnommen, sodass davon etwa ein Zehntel oder noch mehr erhalten ist; das gilt zumal für Werke Ulpians und Marcians. Andere wurden unterdurchschnittlich, geringfügig oder gar nicht verwertet.

2. Vorjustinianisch

4 Einigermaßen vollständig erhalten sind nur wenige und schmale Juristenschriften, nämlich zwei knappe Darstellungen des Privat- und Zivilprozessrechts: die *Institutiones* des Gaius in vier *libri* weitestgehend; in der einzigen Handschrift fehlen nur einzelne Seiten und auf dem Erhaltenen sind mehrmals Zeilen nicht zu entziffern.[7] Zu etwa drei Fünfteln haben wir den *Regularum liber singularis* von Pseudo-Ulpian, wieder nur in einer einzigen Handschrift;[8] drittens eine dünne Gelegenheitsarbeit von Maecian über die Unterteilung eines Ganzen bei Erbschaften, Geld, Gewichten etc.[9] und viertens einen *liber* über die Verwandtschaftsgrade (*De gradibus*) von Paulus.[10] Außerdem ha-

---

dazu. Von Alfens *Digestorum libri XL* hatten sie nur zwei Auszüge in 8 bzw. etwa 10 *libri*; von Labeos *Posteriorum libri XL* (oder mehr) einen Auszug in 10 *libri*; von Pauls *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri VI* zwei Auszüge in 2 bzw. 3 *libri*, *Schulz*, Gesch. 181–183.

[4] Meine Zählung; Justinian übertrieb, *Liebs*, SZ 135 (2018) 441 und 444–446.

[5] Dazu etwa *Honoré*, Justinian's Digest (2010) 110–136.

[6] Const. Tanta (533) 1: *duo paene milia librorum*. In der griechischen Fassung, Const. Δέδωκεν 1: ἀμφὶ τὰ δισχίλια, um 2000.

[7] Verona, Biblioteca Capitolare 13, ein Palimpsest; *Manthe*, Gai. Inst, hat das Fehlende aus Überliefertem, das aus dem Verlorenen schöpfte, rekonstruiert.

[8] Vatikan, Biblioteca Apostolica Vaticana, Reg. Lat. 1128 Bl. 190^{v}–202, einer der von MS zu MS der *Lex Romana Visigothorum* wechselnden Anhänge. Der Werktitel fehlt, der Text beginnt mit dem Titelverzeichnis; verfehlt die Benennung *Tituli ex corpore Ulpiani*, *Kaiser*, SZ 127 (2010) 591; zur Bedeutung von *corpus* in derartigen MS *Traube*, in: Mommsen/Meyer, Theod. Tabulae II.

[9] Ausg.: *Mommsen*, ASG 3, 279–295; beide MS brechen in § 80 ab.

[10] Das MS, das *Cujas*, Observationum et emendationum 6 (1556) 40, vorlag, ist verschollen, doch habe D. 38.10.10 die Schrift fast vollständig bewahrt; zu gleichwohl feststellbaren Lücken *Manthe*, Lib. Am. Krampe 251–263.

ben wir Fragmente aus alten Ausgaben: aus Papinians *Responsa* Fragmente aus Buch 5 und 9 mit *Notae* von Ulpian und Paulus;[11] aus Paulus *Ad Plautium* Fragmente aus Buch 8;[12] aus Ulpians *Disputationes* Fragmente aus Buch 2 und 3;[13] und aus den pseudopaulinischen Sentenzen ein Fragment aus Buch 5,[14] außerdem vollständige Titel aus Buch 1, 2 und 5.[15] Hinzu kommen kleinere Bruchstücke aus Klassiker-Schriften.[16]

Für die pseudopaulinischen Sentenzen, die *Codices Gregorianus*, *Hermogenianus* und die Interpretationen zum *Codex Theodosianus*, den nachtheodosianischen Novellen und jenen drei Werken kommt die *Lex Romana Visigothorum* Alarichs II. hinzu, wo die alten Texte kaum gekürzt noch dem aktuellen Rechtszustand angepasst sind. Außerdem wurden die dort exzerpierten Werke in fränkischer Zeit von interessierten Bearbeitern mit Zugang zu vollständigeren Ausgaben der Herkunftswerke aus diesen sporadisch ergänzt.[17] 5

Infolge der großen Überlieferungslücken sind nicht wenige Differenzierungen des klassischen Rechts und seiner Auslegung verloren gegangen oder undeutlich geworden, doch wiegen die Verluste weniger schwer, weil Juristen, damals wie heute, soll Recht doch möglichst über lange Zeit hinweg gleich gelten, auf weiten Strecken ihrer Schriftstellerei wenig originell waren. Oft schrieben sie voneinander ab, z. T. wörtlich, wenn das auch nicht alle Literaturgattungen in gleichem Maße betrifft und von Autor zu Autor variiert. 6

3. Textkritik

Bei handschriftlicher Überlieferung, einst auf weniger beständigen Papyrusrollen, die erst im Verlauf des 4. Jh.s von Codices oft aus langlebigem Pergament ersetzt wurden, sind Texte weniger fest, als wir es seit Erfindung des Buchdrucks gewohnt sind. Häufig 7

[11] Ausg.: *Seckel/Kübler*, Iurisprudentia I 430–435; unzureichend Cavenaile, Corpus Papyrorum Latinarum (1958) Nr. 93 f.

[12] Ausg. der *Fragmenta de bonorum possessione*: Cavenaile, Corpus Papyrorum Latinarum (1958) Nr. 85; *de formula Fabiana*: *Seckel/Kübler*, Iurisprudentia II 165–168 (= Cavenaile, Corpus Papyrorum Latinarum (1958) Nr. 84).

[13] Ausg.: *Seckel/Kübler*, Iurisprudentia I 496–501; unzureichend Cavenaile, Corpus Papyrorum Latinarum (1958) Nr. 76.

[14] Ausg.: Cavenaile, Corpus Papyrorum Latinarum (1958) Nr. 74; dazu *Archi/David/Levy*, Paul. sent.

[15] In dem verschollenen MS von Besançon, *Cujas*, Observationum et emendationum 21 (1556) 11–22 (ohne Kap. 14 und 20); es handelt sich um Paul. sent. 1.6a; 1.21; 2.21a; 2.26; 2.31; 5.20; 5.33.

[16] Die zwischen 1889 und 1958 veröffentlichten bei *Sierl*, Supplementum ad Lenel, Pal. Alle Überbleibsel wurden gründlich untersucht im Rahmen des von *Dario Mantovani* geleiteten Unternehmens REDHIS – Rediscovering the Hidden Structure. A New Appreciation of Juristic Texts and Patterns of Thought in Late Antiquity, dessen Ergebnisse, vom 20. bis 23. Januar 2020 in 41 Kurzreferaten in Pavia vorgestellt, demnächst veröffentlicht werden; s. vorerst den Tagungsbericht von *Babusiaux*, SZ 137 (2020) 666–682.

[17] Dazu *Liebs*, Gallien (2002) 98 und Fn. 27, 99 und Fn. 39, 133 und Fn. 54, 146 und Fn. 22.

sind Versehen des Abschreibers: Lesefehler, Hörfehler, Dittografien, Haplografien, Versetzungen und versehentliche Einfügungen von Randbemerkungen eines Lesers der Vorlage, die jener für zum Text gehörig hielt und übernahm. Auf diesem Feld haben philologische Textkritik und Handschriftenkunde Maßstäbe erarbeitet,[18] die vor Beliebigkeit einigermaßen schützen. Bei juristischen Gebrauchstexten[19] kommen Anmerkungen von Nutzern der Texte häufiger vor, die zumal bei unprofessioneller Überlieferung, womit im 3. und 4. Jh. zu rechnen ist, oft schon dann in die Texte gerieten, wenn die Abschreiber es nur für möglich hielten, dass sie hineingehörten, auch weil Juristen auf elegante Sprache weniger zu achten pflegen.

a. Justinianische Interpolationen

8 Ernste Schwierigkeiten für die Ermittlung des einerseits im Prinzipat, andererseits in der Spätantike und unter Justinian geltenden Privatrechts bereitet der Umstand, dass der hauptsächliche Mittler der Texte, Justinian, die von ihm mit Gesetzeskraft neu herausgegebenen Texte im Rahmen seiner Digesten, Institutionen und seines Codex (→ § 5 Rn. 3–22) an die neue Zeit leidlich anpassen ließ. Das nennt man Interpolationen. Die justinianischen Änderungen lassen sich ungefähr ermessen, weil der Kaiser und die byzantinischen Juristen oft Auskunft geben; manche Textstücke, welche die Justinianer verwendet haben, sind auch unabhängig davon erhalten und lassen sich mit jenen abgleichen.

b. Vorjustinianische Interpolationen

9 Problematisch sind vorjustinianische Interpolationen, nimmt man den Begriff im Sinne von Bearbeitung für eine neue Verwendung ernst. Seit über 100 Jahren wird diskutiert, ob und inwieweit die für die Rechtspraxis weiterhin maßgebenden Gebrauchstexte vor Justinian ohne kaiserliche Ermächtigung angepasst wurden. Im früheren 20. Jh. waren viele Juristen ohne hinreichende philologische Kenntnisse bereit, bei der geringsten Auffälligkeit wie Hapaxlegomenon, Abweichung vom klassischen Latein oder gefühltem gedanklichem Niveauabfall Interpolationen anzunehmen. Die Ergebnisse wurden beliebig, weshalb man im Laufe des späteren 20. Jh.s zurückhaltend wurde.[20] Oft machte man es sich damit freilich leicht, nahm alles hin, rechnete nicht einmal mehr mit Anmerkungen von Nutzern im Text. Dagegen beharrten besonders Wie-

[18] Etwa *Havet*, Manuel (1911); *Mazal*, Gesch. Buchk. I 153–184, bes. 172–80.

[19] Zur Kritik der antiken juristischen Texte etwa Miglietta/Santucci, Critica testuale (2011), mit 12 Beiträgen.

[20] Bahnbrechend war ein Vortrag *Kasers* 1967, s. *Kaser*, Methodologie (1972); schon *Kaser*, Labeo 7 (1961) 291–307. *Wieacker* hatte bereits 1949 vor Übertreibungen gewarnt und methodisches Vorgehen angemahnt, geriet bei Ausführung dieser Vorsätze in *Wieacker*, Textstufen (1960), jedoch immer wieder in das alte Fahrwasser.

acker[21] und sein Schüler Joseph Georg Wol[22] auf der Annahme nachklassischer, insbesondere frühnachklassischer Bearbeitungen der Hauptschriften; unterschiedliche Textstufen würden sich voneinander abheben lassen. Dies einleuchtend darzustellen gelingt nur dem, der neuere Detailforschung übergeht.[23]

II. Republikanische Rechtsliteratur

1. Die Anfänge

Jurisprudenz, das heißt fachmännische Betreuung des Rechts, insbesondere der früh **10**
schriftlichen Rechtstexte war für Staat und Gesellschaft seit alters wichtig. Nicht von vornherein ausgemacht war dagegen, dass sich das in Literaturwerken niederschlägt. Die altrömischen Priesterjuristen äußerten sich mündlich und anonym als Vertreter eines Kollegiums. Für das Privat-, Zivilprozess- und insoweit einschlägige Sakralrecht waren das die *pontifices*. Diese unterhielten auch Archive, wo vieles schriftlich festgehalten war. Vor allem gaben ihre Vertreter jedermann Rechtsauskunft (*respondere*). Vorbedingung dafür, dass daraus rechtswissenschaftliche Literatur hervorging, war, dass die Respondenten aus der Anonymität heraustraten. Das tat beispielhaft Titus Coruncanius, 280 v.Chr. Konsul und einer der ersten Plebejer im Kollegium der *pontifices*. Er teilte erstmals seine Kenntnisse auch lediglich Wissbegierigen mit; 254 wurde er der erste plebejische *pontifex maximus*. Aber veröffentlicht hat er noch nichts; andere überlieferten bemerkenswerte Rechtsauskünfte von ihm.[24]

a. Eine Monografie?

Als erster soll Appius Claudius Caecus um 300 v.Chr. eine juristische Abhandlung **11**
verfasst haben, von der wir nur den Titel kennen: *De usurpationibus* (Über die Unter-

[21] Zu *Wieacker*, Textstufen (1960) und *Wieacker*, RRG II, s. krit. *Liebs*, GGA 260 (2008) 101–114; 112–114 zur verbreiteten Annahme, Papinians Schriften seien schon im späteren 3. Jh. von einem papinianisierenden Bearbeiter itp.

[22] Zahlreiche von *Wolf* betreute Dissertationen steuern in diese Richtung: *Greiner*, Opera Neratii (1973) (krit. *Knütel*, Iura 25 (1974/77) 145–162); *Eckardt*, Iavoleni epistulae (1978) (krit. *Misera*, SZ 98 (1981) 463–467); *Manthe*, Ex Cassio (1982) (krit. *Backhaus*, SZ 100 (1983), 613–616); *Kohlhaas*, Labeo (1986); *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993); *Roth*, Alfeni Digesta (1999) (krit. *Liebs*, SZ 117 (2000) 519–525); *Zülch*, Marcellus (2001) (krit. *Liebs*, SZ 120 (2003) 243–262); *Fildhaut*, Libri disputationem (2004).

[23] Z. B. *Wolf*, SDHI 79 (2007) 3–80. Unkritisch legt er *Zülch*, Marcellus (2001), zugrunde und dessen meist unberechtigte Itp.-Annahmen, s. etwa *Ankum*, TR 72 (2004) 377–380. Differenziert würdigen *Wieackers* Textstufen *Cascione*, SemCompl. 23/24 (2010/2011) 59–73; *Baldus*, SemCompl. 23/24 (2010/2011) 75–102; *Liebs*, SZ 135 (2018) 395–473.

[24] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.35,38; zu ihm *Wieacker*, RRG I 535; zu den verschiedenen frühen, meist vorliterarischen römischen Juristen *Bottiglieri/Manzo/Nasti/Viarengo*, Antiquissima iuris sapientia (2019).

brechung von Ersitzungen).[25] Viele misstrauen dieser Überlieferung, weil die juristische Fachliteratur erst ein Jahrhundert später voll einsetzt.[26]

b. Zusammenstellungen normativer Texte

12 Aus der Frühzeit werden außerdem zwei ordnende Textsammlungen genannt. Ein Papirius sammelte, angeblich schon um 500 v.Chr., Bestimmungen der Könige: *De ritu sacrorum*, volkstümlich *Ius Papirianum*; und um 300 veröffentlichte Gnaeus Flavius *Actiones*, die Spruchformeln zur Einleitung von Zivilprozessen, volkstümlich *ius civile Flavianum* genannt.[27]

2. Anspruchsvolle Literatur

a. Kommentare

13 Eigentliche Rechtsliteratur bürgerte sich erst ein, als sich die römische Gesellschaft griechischem Denken geöffnet hatte. Begonnen hatte das zwar schon mit Gründung der Republik. Aber erst seit etwa 300 v.Chr. erfasste Roms Hinwendung zur griechischen Kultur auch deren Niederschlag in Literatur; und allmählich erreichte diese auch breitere Kreise. Zunächst rezipierten die Juristen aus anderen Disziplinen die Literaturform des Kommentars. So veröffentlichte Sextus Aelius Paetus Catus um 200 v.Chr. einen Kommentar zu den XII Tafeln, *Tripertita* betitelt, weil er dem Text Erläuterungen, wie die Rechtssätze mittlerweile gehandhabt wurden (*interpretatio*), und die einschlägigen Geschäfts- und Klageformulare hinzufügte; das Ganze hieß volkstümlich *ius Aelianum*. Wohl nicht viel später kam der Kommentar von Lucius Acilius Sapiens hinzu.[28]

b. Die *fundatores iuris civilis*

14 Seit der Mitte des 2. Jh.s nutzten Juristen das Medium der Schrift für immer mehr theoretische Überlegungen und die Bildung abstrakter Kategorien. Dabei ließen sich die Juristen von griechischer Erkenntnistheorie und Philosophie anregen; Vertreter der Stoa und der skeptischen Akademie lehrten in Rom.[29] So konnte der Rechtsstoff immer

---

[25] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.36; dazu *Mayer-Maly*, Mnem. Bizoukides 221–232; *Guarino*, Labeo 27 (1981) 7–11; *Wieacker*, RRG I 534.

[26] *Suerbaum*, HLL I 83 (= § 112 Lit.7); er übergeht, dass um 300, wie etwa die *lex Ogulnia* ergibt, Reformstimmung herrschte, die Ap. Claudius mit angestoßen hat, s. zu Cn. Flavius *Liebs*, HLL I 77 f. (= § 111.3); Zur römischen Rechtsliteratur im Rahmen der ganzen römischen Literatur: *Mantovani*, Juristes crivains (2018).

[27] Zu beiden Werken kurz *Liebs*, HLL I 76–78 (= § 111); näher *Wieacker*, RRG I 308 f. 524–527.

[28] Dazu und weiteren Juristen damals *Wieacker*, RRG I 535–540 (540 irrig Acilius *Glabrio* statt *Sapiens*); kurz *Liebs*, HLL I 78 f. (= § 111.4–5).

[29] S. zumal *Behrends*, Symp. Wieacker (1980).

weiter ausgreifend dogmatisch durchdrungen werden. Damals wirkten und schrieben Publius Mucius Scaevola, Marcus Iunius Brutus und Marcus Manilius *qui fundaverunt ius civile*, wie Pomponius sagt;[30] doch ist Näheres über den Inhalt ihrer Schriften nicht bekannt.[31]

c. Eine erste Gesamtdarstellung

Nennenswerte Mengen Text aus der republikanischen Rechtsliteratur haben wir erst **15**
von Quintus Mucius Scaevola dem *pontifex*, Sohn des Publius Mucius. Um 100 v.Chr. legte er eine systematische Darstellung des unter Bürgern geltenden Rechts vor, gegliedert nach Gattungen und Unterarten: *Iuris civilis libri XVIII.*[32] Daraus schöpften die klassischen Juristen bis ins 3. Jh. n.Chr.; bis Mitte des 2. verfassten sie ausführliche Kommentare dazu.

d. Servius

Die Klassiker nannten ihre Vorgänger aus der Zeit der Republik bis Servius oft zusam- **16**
menfassend *veteres*,[33] während sie die Serviusschüler Alfenus Varus und Ofilius, ebenso Cascellius und Trebaz, die unter Cäsar und Augustus wirkten, stets namentlich zitierten. Servius Sulpicius Rufus, Ciceros Altersgenosse und Freund war der letzte große juristische Schriftsteller der Republik. Sein Nachruhm überflügelte den von Scaevola *pontifex*. Seine zahllosen Rechtsbescheide wurden in seinen und den Schriften seiner vielen Schüler überliefert. Sein Kommentar zum prätorischen Edikt, dem späteren Cäsarmörder Brutus gewidmet, wenn auch nur erst zwei *libri* stark, sollte ebenso wie sein kritischer Kommentar zum *Ius civile* des Scaevola *pontifex* bahnbrechend in der Geschichte der juristischen Literatur wirken. Eine ältere Juristenschrift zu kommentieren wurde beliebt, weil Rechtsunterricht gern auf der Grundlage älterer Schriften erteilt wurde wie schon in anderen Fächern üblich. Auch Monografien aus der Feder des Servius fehlen nicht, eine in der späten Republik überhaupt weit verbreitete Literaturgattung, damals freilich zum großen Teil Sakral- und Staatsrecht gewidmet und seltener dem besonders umfangreichen Privatrecht.[34]

[30] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.39.

[31] *Liebs*, HLL I 562 f. 565–567 (= § 194.2. 6 f.).

[32] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.41: … *Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo.* Zu seinem Gesamtwerk ausführlich Ferrary et al. (2018).

[33] Ebenso ihre nichtjuristischen Zeitgenossen; Belege: *Bremer*, Iurisprudentia II 2, 505–518.

[34] Zur Rechtslit. der ausgehenden Republik *Wieacker*, RRG I 595–675; bis Sulla, also noch ohne Servius kurz *Liebs*, HLL I 564–574 (= §§ 194.4–195).

3. Rechtswörterbücher

17 Aus der späten Republik kennen wir auch zwei Rechtswörterbücher, deren Autoren aber keine praktizierenden Juristen, nur theoretisch am Recht interessiert waren. C. Aelius Gallus veröffentlichte um 100 v.Chr. *De verborum quae ad ius civile pertinent significatione libri*, woraus 24 Worterklärungen auf uns gekommen sind, die meisten in antiquarischer Literatur und drei in den Digesten.[35] Die Stichworte waren nicht alphabetisch, sondern nach Sachgebieten geordnet.[36] Außerdem verfasste Lucius Cincius im früheren 1. Jh. v.Chr. neben sakral- und öffentlich-rechtlichen Werken einen *De verbis priscis liber*.[37] Die daraus erhaltenen 20 Erläuterungen betreffen nicht nur das Recht.[38]

III. Die Rechtsliteratur des Prinzipats

1. Unter den julisch-claudischen und flavischen Kaisern („Frühklassik")

a. Kommentare

18 Die Rechtsliteratur des beginnenden Prinzipats stellte vor allem ausführlich informierende Gebrauchsliteratur bereit, insbesondere umfangreiche Kommentare zum Edikt des Prätors. Der Kommentar des Serviusschülers Ofilius übertraf den seines Lehrers um ein Vielfaches.[39] Und um die Zeitenwende kommentierte Labeo sowohl das Edikt des Stadtprätors in mehr als 60 *libri* als auch, anscheinend ähnlich ausführlich, das des Fremdenprätors.[40] Sein etwas jüngerer Zeitgenosse Fabius Mela kommentierte offenbar gleichfalls das Edikt des Prätors in nicht wenigen *libri*,[41] ebenso Vivian im späten 1. Jh.[42]

---

[35] Ael. 1 verb. sign. D. 50.16.157; außerdem bei Gai. I. XII tab. D. 22.1.19 pr. Alle Worterklärungen bei *Bremer*, Iurisprudentia I 245–252. Weitere sechs entdeckte *Kaiser*, SZ 134 (2017) 310–352.

[36] *Liebs*, Law Vocabularies unter I. 2.

[37] Zum Autor *Liebs*, HLL I 572–574 (= § 195.4); zum Lexikon auch *Liebs*, Law Vocabularies (https://freidok.uni-freiburg.de/data/14655) unter I. 3.

[38] *Bremer*, Iurisprudentia I 256–260.

[39] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.44; das Erhaltene bei *Bremer*, Iurisprudentia I 340–343.

[40] Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.4a zitiert daraus Buch 30; Ulp. 13 ed. D. 4.8.7 pr. Buch 9, 30 und 11 aus den Kommentaren von Pedius, Pomponius bzw. Labeo; letzterer wird also nicht viel kürzer als der von Ulpian gewesen sein. *Bremer*, Iurisprudentia II 1, 95142, fasst beide zusammen; ebenso *Lenel*, Pal. I 501528.

[41] Erhalten sind nur Zitate ohne Angabe des Werks: *Bremer*, Iurisprudentia II 1, 297–299.

[42] *Bremer*, Iurisprudentia II 2, 240–249.

b. *Iuris civilis libri*

Gesamtdarstellungen des *ius civile* lieferten Trebaz,[43] Ofilius[44] und Sabinus, offenbar alle schmal; letzteres wurde unter den Adoptivkaisern und den Severern ausführlich kommentiert.[45] Dagegen umfasste das *Ius civile* des Sabinus-Schülers Cassius Longinus mehr als 20 *libri*, die schon um 100 kommentiert wurden. Lehrbücher unbekannten Titels, die wir nur aus Kommentaren Späterer kennen, lieferten Minicius, Urseius Ferox und Plautius;[46] nicht kommentiert wurde das Lehrbuch des Octavenus.[47] **19**

c. Monografien

Nicht selten waren auch damals Monografien. Quintus Aelius Tubero d. J. schrieb *De officio iudicis*, Ofilius umfangreiche *Actionum libri* (Rechtsgeschäfte und Klagen), Masurius Sabinus je einen *Adsessorii* und *De furtis liber* sowie über Testamentsrecht *Ad Vitellium libri*, dem damals einflussreichen Vater des späteren Kaisers Vitellius gewidmet;[48] ferner Nerva d. J. *De usucapionibus libri*,[49] Campanus eine offenbar erste Monografie über Fideikommisse, womit er in hoch- und spätklassischer Zeit viele Nachfolger finden sollte, und Neraz einen *De nuptiis liber*. **20**

d. Sammelwerke

Damals entstanden auch umfangreiche Sammelwerke: *Digestorum* (‚Geordnetes') *libri XL* von Alfenus Varus mit Fällen aus seiner Praxis und der seines Lehrers Servius; zwei Kurzfassungen sind in Justinians Digesten vertreten.[50] Aufidius Namusa stellte die Schriften von acht Schülern des Servius in 140 *libri* zusammen.[51] Und wohl erst Proculus veröffentlichte aus Labeos Nachlass *Posteriores libri XL*, Erörterungen von Rechtsfällen unterschiedlicher Herkunft, wovon Tribonian (→ § 5 Rn. 5/14) ein Auszug in zehn *libri* vorlag (→ Rn. 32/34). **21**

---

[43] Porph. Hor. sat. 2.1.1; alle Nachrichten und Zitate bei *Bremer*, Iurisprudentia I 406–420.

[44] Unter seinen von Ulp. 25 Sab. D. 32.55.1,4 zitierten *Iuris partiti libri* wird eine solche Darstellung zu verstehen sein, *Bremer*, Iurisprudentia I 345–349.

[45] Nur dadurch ist das Werk fassbar; zu seiner Rekonstruktion *Astolfi*, Libri tres (2001); *Bremer*, Iurisprudentia II 1, 383–566.

[46] Minicius: *Bremer*, Iurisprudentia II 2, 267–286; Ferox: 170–185; Plautius: 218–237; zu ihnen auch *Liebs*, ANRW II.15 200, 215.

[47] *Bremer*, Iurisprudentia II 2, 210–218; auch *Liebs*, ANRW II.15 200 f.

[48] Entgegen verbreiteter Meinung handelt es sich nicht um einen Komm. zu einem juristischen Werk, *Bremer*, Iurisprudentia II 1, 375; *Di Marzo*, Ad Vitellium (1899); *Liebs*, Symp. Wieacker (1980) 138 f. Bis in die Mitte des 2. Jh.s hießen Komm. zu Juristenschriften *libri ex xy*, während *libri ad xy* eine Widmung anzeigten.

[49] Zu Nerva d. J. *Liebs*, FS Knütel 651–665.

[50] Zu ihnen jüngst *Roth*, Alfeni digesta (1999), dazu *Liebs*, SZ 117 (2000) 519–525; zur Person Alfens *Liebs*, in: Margagliotta/Robiglio, Art (2013) 311–336.

[51] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.44: *octo …, quorum omnes qui fuerunt libri digesti sunt ab A. N. in …*

e. Originell präsentierte Jurisprudenz

22 Eine Besonderheit dieser Epoche war das Bestreben vieler juristischer Schriftsteller, Jurisprudenz unter einem originellen Blickpunkt zu präsentieren. Bekannt sind *Bene dicta* von Cascellius, *Coniectanea* (etwa: ‚Notizen', ‚Zusammengestelltes') von Alfenus Varus und Ateius Capito, *Πιθανά* (‚Überzeugendes') von Labeo, *Memorialia* (‚Denkwürdiges') von Masurius Sabinus, *Epistulae* von Proculus, offenbar angeregt durch die Veröffentlichung von Ciceros Briefwechsel damals und danach häufig, *Decreta Frontiana* (‚Entscheidungen unter Fronto') von Aristo, *Membranae* (‚Fliegende Blätter') und *Regulae* (‚Richthölzer') von Neraz; auch dieser Buchtitel wurde später oft aufgegriffen. Ein Nachzügler waren die *Variae lectiones* (‚Vermischte Lesestücke') von Pomponius. Später häufig herangezogen wurden nur die letzten drei Werke und die *Πιθανά* von Labeo.

2. Unter den Adoptivkaisern („Hochklassik")

23 Unter den verhältnismäßig liberalen Adoptivkaisern (98–180 n.Chr.), die nicht durch Blutsverwandtschaft mit dem vorigen Kaiser, sondern durch Adoption zur Herrschaft gelangten, entfaltete sich die römische Rechtswissenschaft zu voller Blüte. Sie wird hochklassisch genannt, obwohl die Literatur der folgenden Epoche für die Nachwelt ungleich wichtiger wurde; doch baute sie vielfach auf den Errungenschaften der Hochklassiker auf.

a. *Digestorum libri*

24 Von Titius Aristo, fachlich hochangesehen, wenn auch in einfachen Verhältnissen, hat Pomponius offenbar postum *Digestorum libri* herausgegeben.[52] Besonders einflussreich waren die wohl gleichfalls postum herausgebrachten *Digestorum libri XXXVIIII* von Celsus *filius*, einem einflussreichen Senator unter Trajan und Hadrian, Statthalter auch in griechischsprachigen Provinzen, 129 zum zweiten Mal Konsul und ständiger Berater Hadrians.[53] Das Werk enthält eine bunte Mischung von Responsen aus der Gutachterpraxis des Autors und theoretischen Erörterungen; sein leidenschaftlicher, oft schroffer Ton ist vielfach erhalten.[54] Geordnet war das Werk ebenso wie die späteren Digesten-, Quästionen-, Responsen- und andere alle Rechtsgebiete erfassenden Werke nach dem sog. Digestensystem: die ersten rund zwei Drittel nach dem seit etwa 130 n.Chr. festen System des prätorischen Edikts und das letzte Drittel sonst wichtige Rechtsgebiete in einer konventionellen Folge.[55]

---

[52] Paul. 5 quaest. D. 24.3.44 pr. Zu seinem sozialen Umfeld Plin. epist. 1.22 (97 n.Chr.); 8.14 (105/6).

[53] Seine Karriere: *Camodeca*, Scr. Amirante 23–39.

[54] Zum Werk des Celsus etwa *Ussani*, Empiria (1989) 83–138, dazu *Willvonseder*, SZ 118 (1991) 450–456; *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 19–64; *Horak*, SZ 118 (2001) 413–430.

[55] *Krüger*, SZ 7 Heft 2 (1886) 94–106; kurz *Krüger*, Geschichte 143 f.; Tabelle auch *Lenel*, Pal. II 1255 f., doch s. dazu *Liebs*, SZ 134 (2017) 409–413.

Noch wichtiger wurden die *Digestorum libri LXXXX* des etwa 30 Jahre jüngeren Julian. Er stammte aus Africa und war schon in jungen Jahren bei Hadrian einflussreicher Senator, ebenso unter Antoninus Pius und Mark Aurel. 148 ordentlicher Konsul, wurde er außerhalb Roms erst spät und nur im lateinischen Westen eingesetzt.[56] Justinian sollte ihn über alle anderen römischen Juristen stellen.[57] Seine *Digesta* enthielten hauptsächlich Kasuistik, aber auch kommentarartige Erläuterungen von Gesetzes- und Ediktsworten, allgemeine Lehrstücke und systematisierende Einlagen. Besonderes selbstbewusst wich er immer wieder von Entscheidungen anderer ab, auch der Kaiser bei aller Loyalität zum kaiserlichen Regiment.[58] Seine Lösungen sind scharfsinnig, ausgewogen und streben nach Einfachheit, auch auf Kosten systematischer Folgerichtigkeit; sie haben das Recht vielfach erneuert. **25**

Ulpius Marcellus, dessen Bürgerrecht auf Trajan zurückgeht, begann eine Laufbahn in kaiserlichen Diensten unter Antoninus Pius; auch unter Mark Aurel kam er über ritterliche Staatsämter nicht hinaus, wohl aber Nachkommen.[59] Auch von ihm gab es *Digestorum libri*: *XXXI*, ein von den Späteren viel beachtetes Werk.[60] Darin berichtet er auch, wie er 166 n. Chr. Mark Aurel gegen die Mehrheit seiner Berater für eine den Fiskus benachteiligende Rechtsmeinung gewann.[61] **26**

b. Kasuistische Literatur

Javolen, von Vespasian in den Senatorenstand erhoben und mehrfach auch mit militärischen Aufgaben betraut, führte seit um 100 die sabinianische Rechtsschule[62] und wurde der wichtigste Lehrer Julians, der viele seiner Formulierungen stillschweigend übernahm.[63] Seine *Epistularum libri XIIII* behandeln hauptsächlich Fälle aus seiner Praxis, auch erdachte Fälle und Traditionsgut. Beim wenig jüngeren Neraz hatte Vespasian schon den Vater zum Senator erhoben; der Sohn war unter Trajan Statthalter militärisch wichtiger Grenzprovinzen und in Rom Haupt der prokulianischen Rechts- **27**

[56] Zu seiner Biografie *Wachtel*, Prosopographia² VII.2, 44–48; kurz *Liebs*, HLL IV 101 f. (= § 414 A).

[57] Siehe Iust. C. 4.5.10 (a.530).1: … *sublissimum testem … Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem* …; C. 3.33.15 (a.530).1: … *summum auctorem iuris scientiae Salvium Iulianum* …; Novell. Iust. 74 (a.538) praef. pr.: … πρό γε ἁπάντων Ἰουλιανῷ τῷ σοφωτάτῳ … In D. Ind. auct., grundsätzlich chronologisch angeordnet, ist er allen anderen vorangestellt; Papinian, der bisher die anderen überragt hatte, folgt erst an zweiter Stelle.

[58] Zu seinem Werk kurz *Liebs*, HLL IV 103–105 (= § 414 B, C.) mit der älteren Lit.; ausführlich zu seiner Argumentation *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 65–343.

[59] Bes. *Pflaum*, BHAC 1964/65 148 f.; *Eck*, RE Suppl. XIX 935. 941 f.; *Reynolds*, Aphrodisias (1982) 122 f.; *Christol*, Carrières sénatoriales (1986) 282 f. Zu ihm kurz *Liebs*, HLL IV 108–112 (= § 415.4); ausführlich *Querzoli*, Ulpio Marcello (2013).

[60] Siehe die vielen kursiv gedruckten Stellen *Lenel*, Pal. I 589–634.

[61] D. 28.4.3 pr. aus Buch 29; s. a. D. 37.8.3 aus Buch 9.

[62] Zu seiner Biografie kurz *Liebs*, Hofjuristen (2010) 30 f.

[63] *Buhl*, Julianus (1886) 30–34.

schule.[64] Seine *Responsorum libri III*[65] sind in Justinians Digesten vertreten, die umfangreicheren *Epistularum libri*[66] nicht. Auch Marcellus hinterließ einen *Responsorum liber singularis*, eine Sammlung seiner Rechtsbescheide, die er mit seinerzeit daran geknüpften Erörterungen publizierte.[67]

28 Cervidius Scaevola bekleidete unter Mark Aurel ritterliche Staatsämter und wirkte als Jurist bis um 200. Er veröffentlichte *Responsa* in sechs *libri*, während seine *Digesta* in 40 *libri*, wie die *Responsa* kurze Rechtsbescheide zu oft verwickelten Fällen, wohl erst aus dem Nachlass von seinem Schüler Tryphonin herausgegeben wurden.[68] Bis dahin einzigartig ist *De constitutionibus libri XX* von Papirius Iustus, eine Sammlung von Reskripten Mark Aurels an Beamte und Privatleute. Der sonst unbekannte Iustus referierte meist kurz, seltener wörtlich. Das Erhaltene betrifft zumeist elementare Rechtsfragen;[69] nach den ersten beiden *libri* erlahmte das Interesse der Kompilatoren. Gleichzeitig entstanden die ersten amtlichen Konstitutionensammlungen, *Semestria* von Mark Aurel und *Constitutiones* von Commodus.[70]

c. Kommentare zu normativen Texten

29 Praktischen Bedürfnissen dienten vor allem Kommentare zu normativen Texten, zumal zum Edikt des Prätors und seinem schmalen Seitenstück, dem Edikt der kurulischen Ädilen; außerdem zu mannigfachen Gesetzen, auch umfangreichen. Von den bedeutendsten Ediktkommentaren dieser Epoche (Mitte des 2. Jh.s) haben wir allerdings nur indirekt durch die Spätklassiker Kenntnis. Der des Pedius, auch er wohl Senator, muss ungefähr 50 *libri* umfasst haben;[71] der des akademischen Juristen Pomponius 150 *libri*.[72] Um dieselbe Zeit veröffentlichte Gaius im griechischen Osten,[73] wo

---

[64] Zu ihm *Camodeca*, SDHI 73 (2007) 291–311; kurz *Liebs*, Hofjuristen (2010) 31 f.

[65] Zu ihnen *Knütel*, Iura 25 (1974/77) 145–162.

[66] Zit. von Ulp. 20 Sab. D. 33.7.12.35,43.

[67] *Zülch*, Marcellus (2001); *Liebs*, SZ 120 (2003) 243–262; *Ankum*, TR 72 (2004) 377–380.

[68] Zu Person und Werk kurz *Liebs*, HLL IV 113–116 (= § 415.6); zu seinen *Digesta* und *Responsa* auch *Wolf*, SDHI 73 (2007) 3–70, doch beachtet seine Hilfshypothese einer ersten, verschollenen Ausg. der *Digesta* aus der Feder Scaevolas nicht, dass Responsen damals von vornherein schriftlich abgefasst, also redigiert waren, Pomp. D. 1.2.2.49, und so wahrscheinlich auch beim Respondenten archiviert wurden; *Baldus*, SemCompl. 23/24 (2011) 75–102; *Gokel*, Sprachliche Indizien (2014).

[69] Zu ihm kurz *Liebs*, HLL IV 112 f. (= § 415.5).

[70] Nachweise und Lit. bei *Liebs*, HLL IV 88 f. (= § 411.3 vor a).

[71] Wann Pedius schrieb, ist umstritten, s. aus neuerer Zeit einerseits *Giacchi*, SDHI 62 (1996) 69–123; andererseits kurz *Liebs*, HLL IV 141 f. (= § 421.2).

[72] Zu ihm und seinem Werk *Liebs*, HLL IV 144–150 (= § 422); *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014).

[73] Zum Ort seines Wirkens *Liebs*, ANRW II.15 294–310, 328–330; *Liebs*, in: Babusiaux/Mantovani, Istituzioni di Gaio (2020) 3–28. Ablehnend bes. *Kunkel*, Herkunft (2001, seit 1952 unverändert) 186–213. *Kunkel* nahm bei Juristen provinzialer Herkunft tunlichst italische Herkunft bzw. italisches Blut an: 140, 146, 147, 151, 152, 241, 245, 247–254, 255 f., 262 f., zusammenfassend 313–317, dazu

seine Schriften stets geschätzt wurden (in Rom jahrhundertelang ignoriert), einen ansehnlichen Kommentar zum Provinzialedikt – begonnen hatte er auch einen zum Edikt des Stadtprätors – und sechs *libri* zum Zwölftafelgesetz. Ausführlich kommentierte er die augusteischen Ehegesetze: *Ad legem Iuliam et Papiam libri XV*,[74] was um dieselbe Zeit in Rom Marcellus und Maurician in je sechs *libri* taten und, allenfalls wenig später, Terentius Clemens in 20.[75] Aus diesen Kommentaren ist nur wenig erhalten, da die christlichen Kaiser die Benachteiligungen Ehe- und Kinderloser nach und nach aufhoben. Gaius und Pomponius kommentierten auch Senatsbeschlüsse, die neues Privatrecht setzten.[76]

d. Monografien

Auch Monografien dienten Bedürfnissen der Rechtspraxis. Häufig bearbeiteter Gegen- **30**
stand war das Fideikommissrecht. Nach Campanus (→ Rn. 20) veröffentlichte Aburnius Valens, etwas älter als Julian, *Fideicommissorum libri VII*, Pomponius *libri V* und Gaius *libri II*; Volusius Maecian, der Rechtslehrer des Kronprinzen Mark Aurel, gar *Quaestionum de fideicommissis libri XVI*.[77] Diese Werke sind in Justinians Digesten verhältnismäßig schwach vertreten. Ein anderer häufiger Gegenstand war das Recht der Stipulationen, wozu Venuleius Saturninus 19 *libri* verfasste und Gaius drei.[78] Aus beiden bewahrte Justinian nicht wenige Fragmente, während wir die etwas älteren, schmaleren Werke zu diesem Gegenstand von Pedius und Pomponius nur durch Zitate Späterer kennen.

Liebs, Vorwort VIf. Wie Kunkel: *Manthe*, Gai. Inst. (2004) 11–13; *Manthe*, in: De Blois, Administration (2001) 182–185. Er nimmt zu unwahrscheinlichen Annahmen Zuflucht: *Gaius*, als einziger Name eines viele hundert Mal genannten Autors nur im hellenistischen Kulturkreis üblich, sei bei ihm nicht Pränomen; für einen Römer sei Beherrschung der griechischen Sprache selbstverständlich, s. aber etwa Julian und Augustin; Gräzismen wie die Datumsangabe von Gai. 1 XII tab. D. 50.16.233.1 seien interpoliert; dass die stadtrömischen Juristen Gaius nicht zitierten, könne Überlieferungszufall sein, unwahrscheinlich bei ca. 800 erhaltenen Ulp.-Spalten mit durchschnittlich je sieben Zitaten ohne ein Zitat aus den ungefähr 120 *libri* des gaianischen Œuvre; dass Gaius auf fremde Rechte und überhaupt provinziale Verhältnisse so ausführlich wie sonst niemand einging, führt ihn zu widersprüchlichen Hilfshypothesen.

[74] Zu Werk und Nachleben kurz *Liebs*, HLL IV 189–195 (= § 426 B, C), zu S. 194 Ps.1 jedoch *Buongiorno*, SZ 132 (2015) 96–125; *Liebs*, in: Babusiaux/Mantovani, Istituzioni di Gaio (2020) 22–27; *Babusiaux*, ibid. 51–95.

[75] Zu diesen Schriften kurz *Liebs*, HLL IV 109 (= § 415.4 W.1); 142–144 (= § 421.3–4).

[76] Dazu kurz *Liebs*, HLL IV 145 (= § 422 W.2); 190 f. (= § 426 W.7).

[77] Zu Maecian und seinem Werk *Liebs*, HLL IV 130–133 (= § 419.2); zu Valens *Liebs*, HLL IV 128–130 (= § 419.1).

[78] Zu diesem Saturninus kurz *Liebs*, HLL IV 133–135 (= § 419.3). Der *poen. pag. sing.* stammt nicht von Venuleius Saturninus, sondern von Claudius Saturninus, *Liebs*, HLL IV 213 f. (= § 430.2). *González Romanillos*, Claudius Saturninus (2014), datiert ihn ins frühe 2. Jh., weil § 8 vor Hadrian Coll. Mos. 1, 6 geschrieben sein müsse, nicht stichhaltig.

e. Unterrichtsliteratur

31 Die aus Unterricht hervorgegangene Literatur ist in dieser Epoche mannigfach. Damals wurden erstmals Einführungen in das Recht für blutige Anfänger veröffentlicht, die ersten freilich: der *Enchiridii liber singularis* von Pomponius und die *Institutionum libri IIII* von Gaius, offenbar nicht von den Autoren, sondern von Hörern, die deren mündliche Lehrvorträge aufzeichneten und verbreiteten. Doch scheinen beide später die Sache ausgearbeitet zu haben, was dann doppelt so umfangreich wurde: Pomponius *Enchiridii libri II* und Gaius *Rerum cottidianarum libri VII*.[79] Von diesen Werken sind nur wenige Fragmente erhalten, von den Urfassungen dagegen wesentlich mehr, bei Gaius die ganze Schrift.

32 Rechtsunterricht auf der Grundlage gängiger Schriften schlug sich in Kommentaren zu diesen nieder. Von Javolen gab es *Ex Cassio libri XV*, ein kommentierender Auszug aus dem *Ius civile* des Cassius,[80] *Ex posterioribus Labeonis libri X*[81] und *Ex Plautio libri V*. Kurzen gedanklichen Einheiten des Grundtexts folgt jeweils eine Stellungnahme Javolens; in Justinians Digesten ist ihre Kennung meist getilgt, aber nicht bei allen Werken gleichmäßig. Julian veröffentlichte *Ex Minicio libri VI* und *Ad Urseium Ferocem libri IIII*,[82] wo *ad* im Titel erstmals keine Widmung mehr anzeigt. Von Pomponius gab es *Ex Plautio libri VII* und *Lectionum ad Q. Mucium libri XXXVIIII*. In seinen *Ex Sabino libri XXXV*[83] übersteigt der Kommentar das Grundwerk um mehr als das Zehnfache, wodurch dieser Kommentar eher ein nuanciertes Handbuch des *ius civile* war, von den Späteren sehr geschätzt.

33 Aus Fallbesprechungen mit fortgeschrittenen Studenten werden die vielen *Quaestionum libri* hervorgegangen sein. Nachdem schon im frühen 1. Jh. Fulcinius Priscus etwa neun *libri* vorgelegt hatte,[84] veröffentlichte Celsus *filius* ein mindestens doppelt so umfangreiches Quästionenwerk.[85] Aber erst aus den *libri VIIII* des Julianschülers Caecilius Africanus hat Justinian zahlreiche Fragmente bewahrt, wesentlich mehr als durchschnittlich;[86] Ausgangspunkt ist oft ein Rechtsbescheid seines Lehrers. Auch der *Quaestionum publice tractatarum liber singularis* eines zweitrangigen Rechtlehrers wohl aus der Zeit Mark Aurels, der ebenfalls unter dem Juristennamen *Scaevola* firmierte,[87] wurde

[79] Dazu kurz *Liebs*, HLL IV 146 f. (= § 422 W.1); 191–193 (= § 426 W.9 f.).

[80] *Manthe*, Ex Cassio (1982), dazu *Backhaus*, SZ 100 (1983) 613–629.

[81] Dazu *Kohlhaas*, Labeo (1986). *Mantovani*, Labeo 34 (1988) 271–322, zeigt, dass, obwohl Justinians Digesten die daraus exzerpierten Fragmente auf zweierlei Weise inskribierten, es sich ursprünglich um ein einziges Werk handelte.

[82] Zu diesen beiden Kommentaren kurz *Liebs*, HLL IV 103 f. (= § 414 W.2 f.).

[83] Zu diesen drei Kommentaren *Liebs*, HLL IV 147 f. (= § 422 W.7–9).

[84] Bezeugt von Afr. 2 quaest. D. 34.2.5; s. ferner *Bremer*, Iurisprudentia II 2, 195–197.

[85] Siehe Ulp. 5 und 20 Sab. D. 28.5.9.2 und D. 34.2.19.3.

[86] Zu African kurz *Liebs*, HLL IV 106–108 (= § 415.2); zu dieser Schrift noch *d'Ors*, Quaestiones (2007) (Text, Komm.); Harke (Hg.), Africani quaestiones (2011).

[87] So *Liebs*, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008) 52–56 mit älterer Lit., während *Masiello*, Quaestiones publice tractatae (2003), das Werk wieder Cervidius Scaevola zuweist.

von Justinians Mitarbeitern überdurchschnittlich verwertet, unterdurchschnittlich die *Variarum quaestionum libri XX* von Cervidius Scaevola.[88]

f. *Notae*

Viele Juristen haben ältere Juristenschriften sporadisch mit kurzen Anmerkungen (*notae*) versehen. Ihr Entstehungszusammenhang ist unklar. Im ersten bezeugten Fall, den *Notae* von Proculus zu Labeos *Posteriores libri*, könnte die Veröffentlichung aus dem Nachlass Anlass gewesen sein, was aber nicht zu allen Notierungen passt.[89] Aus dieser Epoche bezeugt sind *Notae* von Aristo zu Labeos *Posteriores* und dem *Ius civile* sowohl von Sabinus als auch von Cassius; von Marcellus zum *Regularum liber singularis* von Pomponius und zu Julians *Digesta*, diese oft kritisch, das Recht fortbildend; sie fanden großen Anklang.[90] Zu Julians *Digesta* verfassten auch Maurician und Cervidius Scaevola *Notae*, letzterer auch kritisch zu den *Digesta* von Marcellus.[91] 34

3. Unter den Severern („Spätklassik")

a. Großkommentare

Umfangreiche Kommentare zumal zum Edikt des Prätors hatten schon Juristen früherer Epochen verfasst wie Labeo und Pomponius. Unsere Kenntnis des klassischen römischen Rechts beruht aber vor allem auf den Fragmenten aus den Edikt- und Sabinuskommentaren von Ulpian und Paulus. Beide und ihre Schüler Modestin und Licinius Rufinus kamen ebenso wie Papinian und schon die letzten Hochklassiker aus der Provinz, waren nur mehr ritterlichen Standes, hatten aber wie sie Respondierpraxen, unterrichteten und bekleideten hohe Staatsämter. Die großen drei gelangten bis zur Prätorianerpräfektur: Papinian 205 bis 211, Paulus wohl 219/20 und Ulpian 222/23. Alle drei wurden in diesem Amt gestürzt: Papinian nach dem Tod von Septimius Severus durch dessen Sohn Caracalla, der später gar seine Hinrichtung guthieß.[92] Die beiden anderen schon nach einem Jahr: Paulus wurde von Elagabal verbannt, vom Nachfolger allerdings rehabilitiert;[93] und Ulpian von meuternden Prätorianern ermordet.[94] Von Modestin und Rufinus sind Ämter unter Alexander Severus bezeugt, der 35

[88] Zu ihnen *Liebs*, HLL IV 115 (= § 415.6 W.5); ferner *Masiello*, Quaestiones (1999).

[89] Die bekannten Notierungen verzeichnet *Liebs*, ANRW II.15 218 f. Nachzutragen sind Masurius Sabinus, ‚Ad Vitellium libri IIII' *cum notis Aristonis*, s. Ulp. 22 Sab. D. 33.9.3 pr.–1; und Pomponius, ‚Ex Sabino libri XXXV' *cum notis Marcelli*, s. Ulp. 17 Sab. D. 7.4.29.2.

[90] Zu ihnen *Rastätter*, Marcelli notae (1981), dazu *Liebs*, Iura 32 (1981/84) 280–290.

[91] Zu diesen Notae *Liebs*, HLL IV 114 (= § 415.6 W.2 f.).; zu Maurician 143 (= § 421.3 W.2).

[92] Zur Biografie Papinians kurz *Liebs*, HLL IV 117 f. (= § 416 A); *Behrends*, in: Mölk, Literatur (1996) 243–291; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 2–5.

[93] Zu seiner Biografie *Liebs*, HLL IV 150 f. (= § 423 A); *Hammen*, SZ 120 (2003) 61–77.

[94] Zu ihm kurz *Liebs*, HLL IV 176 f. (= § 424 A); *Vézin*, BSAF 1991, 238–250 (zu AE 1988, 1051); *Manthe*, Mél. Sturm I 357–364: vertraut mit Aramäisch; *Millar*, Ess. Griffin 69–87; Honoré, Ulpian (2002), zu seinem Tod 30–35.

diesen auch in den Senatorenstand erhob. Beide wirkten bis gegen Mitte des 3. Jahrhunderts.[95]

36 Ulpian verfasste 81 *libri* zum Edikt des Prätors, ergänzt um zwei zum Ädilenedikt. Begonnen hat er den Kommentar unter Septimius Severus, unter dem die ersten fünf Bücher und die schmale Monografie *De excusationibus* (Über Vormundschaftsablehnungsgründe) entstanden; alles Übrige unter Caracalla. Dieser hatte 212 fast allen freien Reichsbewohnern das römische Bürgerrecht verliehen und dadurch die Rechtsgemeinschaft stark erweitert (→ 3 Rn. 8/23; § 8 Rn. 85/92–108).[96] Seitenstück zum Ediktkommentar war sein Kommentar zu den *Iuris civilis libri III* von Masurius Sabinus, angelegt auf etwa 70 *libri*, doch lagen den Justinianern nur die ersten 51 vor; Ulpian wird an der Fertigstellung gehindert worden sein.[97] Er hat das römische Recht in seiner ganzen Breite neu dargestellt,[98] offenbar mit Rücksicht auf die vielen Neubürger bemüht, bei aller Wahrung der Kontinuität schwer vermittelbare Eigenheiten wie überholte Formvorschriften abzubauen.[99] Anmaßungen Mächtiger gegenüber sozial Schwachen kritisierte er offen.[100] Seine beiden Großkommentare machen die Hauptmasse der Digesten Justinians aus, zusammen mit den Fragmenten aus seinen anderen Schriften mehr als 40 %.

37 Iulius Paulus begann anscheinend schon in den späten 170er Jahren mit einem kürzeren Ediktkommentar von 23 *libri*, später *Brevia* (sc. *ad edictum praetoris*) genannt, woraus nur wenig erhalten ist.[101] In den 180er/190er Jahren ließ er dem 78 *libri* zum selben Gegenstand folgen, ergänzt durch zwei libri *Ad edictum aedilium curulium*. Er war fantasiereicher als Ulpian und auch stärker theoretisch interessiert. Tribonian (→ § 5 Rn. 5/14) hat daraus zwar viel exzerpiert, aber oft nur Ulpianstellen ergänzend. Obwohl er ein größeres Œuvre als Ulpian hinterlassen hat, vor allem mehr kasuistische Werke, stammen aus seinen Schriften nur knapp 20 % der Digesten.

38 Verhältnismäßig umfangreich waren auch die Erläuterungen augusteischer Gesetze: der *Leges Iulia et Papia*, die Paulus in zehn und Ulpian in 20 *libri* kommentierte;[102] und der *Lex Aelia Sentia* zur Eindämmung von Freilassungen, wozu Paulus drei und Ulpian vier *libri* schrieb.

---

[95] Zur Biografie Modestins kurz *Liebs*, HLL IV 195 f. (= § 427); *Viarengo*, Modestino profili (2009). Über Rufinus informiert genauer eine neue Inschrift: AE 1997, 1425, dazu *Biedermann*, Rufinus (2013) 9–34.

[96] Bes. Buraselis, ΘΕΙΑ ΔΩΡΕΑ (2007), dazu *Liebs*, SZ 126 (2009) 509–514; *Corbo*, Constitutio Antoniniana (2013).

[97] *Liebs*, SZ 131 (2014) 413–418.

[98] Das hat *Honoré*, Ulpian (2002), herausgearbeitet.

[99] Zur Stipulation Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1 und dazu *Liebs*, Römisches Recht (2004) 235 f.; mit umfassenden Nachweisen *Honoré*, Ulpian (2002) 35 f. und 76–93.

[100] Z. B. Ulp. 15 ed. D. 5.3.27.1; Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.8; Ulp. 57 ed. D. 47.10.13.7; Ulp. 32 Sab. D. 24.1.3.1; off. praef. urb. sing. D. 1.12.1.1,2,7,8.

[101] So lässt sich die unklare Überlieferung deuten, *Liebs*, HLL IV 155 f. (= § 423 W.12).

[102] *Liebs*, HLL IV 157 f. (= § 423 W.16); 180 (= § 424 W.7).

b. Kleinere Kommentare

Der östliche Provinzialjurist Callistratus unter Septimius Severus verfasste einen kurzen Kommentar zum Provinzialedikt in sechs *libri*, betitelt *Edicti monitorium* (Lehnübersetzung von ὑπόμνημα).[103] Kurz kommentierte Paulus auch viele kleinere Gesetze und Senatsbeschlüsse: zum Erbrecht (*Lex Falcidia*, *Senatusconsulta Libonianum*, *Tertullianum* und *Orfitianum*), Freilassungsrecht (*Leges Fufia Caninia* und *Iunia Norbana*) und Vormundschaftsrecht (*Oratio divi Antonini et Commodi* und *Oratio divi Severi*);[104] und Marcian wie schon Gaius und Paulus die Herausgabeklage des Pfandgläubigers im Edikt des Prätors, die alle drei nicht römisch *actio Serviana* sondern, im Osten verständlicher, *formula hypothecaria* nannten.[105] Von Marcians Schrift bieten die Digesten besonders viele Fragmente, von der des Paulus nur den Titel. **39**

c. Kasuistische Literatur

Umfangreiche Sammlungen ihrer Rechtsbescheide legten Papinian, Paulus und Modestin vor. Papinian,[106] der Septimius Severus persönlich nahe stand, veröffentlichte seine Rechtsbescheide sukzessive in *Digesta responsa* (19 *libri*). Er begründete sie stets und legte besonderen Wert darauf, rechtsethische Gründe auszusprechen. Bald nach seinem vorzeitigen Tod hoch verehrt, wurden acht *libri* daraus Textgrundlage der zweiten Hälfte des dritten Studienjahrs von insgesamt fünf; die Studenten dieses Jahrgangs hießen *Papinianistae*. Justinian hat die Schrift reichlich ausgewertet, ebenso wie schon die *Fragmenta Vaticana* (→ Rn. 58). Paulus hat 23 *Responsorum libri* hinterlassen, später Textgrundlage im vierten Studienjahr.[107] Von seinen *Imperiales sententiae in cognitionibus prolatae* (sechs *libri*), Berichten über Entscheidungen des Kaisergerichts, lagen den Justinianern nur mehr zwei Auszüge von zwei bzw. drei *libri* vor, dieser mit neuem Titel: *Decreta*.[108] Die daraus erhaltenen Fragmente geben über Beratungen im Kaisergericht Aufschluss, an denen Paulus teilnahm.[109] Am wenigsten ist von den 19 *Responsorum libri* Modestins erhalten. Nicht uninteressant sind auch seine beiden *De enucleatis casibus* und *De heurematicis libri singulares*.[110] **40**

---

[103] Zu ihm und all seinen Schriften kurz *Liebs*, HLL IV 211–13 (= § 430.1).

[104] Überblick über die kleinen Kommentare des Paulus, auch die straf- und öffentlich-rechtlichen, mag auch nichts daraus erhalten sein: *Liebs*, HLL IV 157–161 (= § 423 W.15–34).

[105] Dazu *Liebs*, HLL IV 193 f. (= § 428.1 W.6); 203 (= § 426 W.14); 158 (= § 423 W.19).

[106] Zu Person, Werk und Nachruhm kurz *Liebs*, HLL IV 117–123 (= § 416).

[107] *Liebs*, HLL IV 172–174 (= § 423 W.80 f.).

[108] Das hat *Schulz*, Gesch. 181–183 dargetan. Zu dieser Schrift auch *Liebs*, HLL IV 172 (= § 423 W.79).

[109] Dazu auch *Liebs*, Hofjuristen (2010) 52–56.

[110] Zu Modestin und seinem Werk *Viarengo*, Modestino profili (2009); *Viarengo*, Modestino insegnamento (2012); kurz *Liebs*, HLL IV 195–201 (= § 427), zu den drei genannten Werken 199 f. (= W.13. 15 f.).

d. Monografien

41 Zwei originelle Monografien stammen von Callistratus (→ Rn. 39): *De cognitionibus*, wiederum in sechs *libri* über *extra ordinem* geltend zu machende Rechtssachen, und *De iure fisci et populi* in vier, eine Pioniertat. Das Recht der Fideikommisse hat Ulpian in sechs *libri* behandelt, wovon Tribonian viel bewahrt hat, vom Werk des Paulus in drei *libri* dagegen nur wenig.[111] Paulus und Ulpian widmeten der Rechtsprechung des von Mark Aurel eingerichteten *praetor tutelarius* je zwei schmale Monografien;[112] er hatte darüber zu befinden, ob man eine Vormundschaft oder eine Pflegschaft zu übernehmen ablehnen konnte; diese privaten Ämter waren mit Haftungsrisiken verbunden. Aber nur von den *libri* Ulpians sind nennenswerte Bruchstücke erhalten und auch das nur durch die *Fragmenta Vaticana*. Stärker nutzte Tribonian Modestins Παραιτησέων ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας βιβλία ἕξ.[113] Von Paulus kennen wir außerdem 27 privat- und zivilprozessrechtliche Monografien, doch haben wir nur von neun *libri singulares* nennenswerte Textmengen: *De iuris et facti ignorantia*, *De usuris*, *De concurrentibus actionibus*, *De gradibus et adfinibus et nominibus eorum*, *De septemviralibus iudiciis*, *De inofficioso testamento*, *De secundis tabulis*, *De iure codicillorum*, *De officio adsessorum* und *De interdictis libri*.[114] Von Modestin sind dem Titel nach sieben weitere privatrechtliche Monografien bekannt, alles *libri singulares*, unter denen die Kompilatoren zwei nennenswert auswerteten: *De manumissionibus* und *De praescriptionibus*, Fristablauf und sonstige Einwendungen im außerordentlichen Verfahren; dies monografisch zu behandeln war gleichfalls eine Pioniertat.[115] Von seinem Zeitgenossen Marcian und dem etwas jüngeren Aemilius Macer, ein Provinzialjurist vermutlich in Africa, kennen wir je zwei *libri* über Appellationen.[116]

e. Unterrichtswerke und Gesamtdarstellungen

aa. Anfängerlehrbücher

42 In das Recht kurz einführende Werke waren jetzt häufiger. *Institutiones* veröffentlichten auch Callistratus in drei, Paulus und Ulpian in je zwei *libri*. Von Paulus gab es außerdem *Manualia* in drei *libri*, wohl nicht von ihm veröffentlicht, sondern ungleichmäßige Nachschriften von Rechtsunterricht.[117] Gleichfalls unautorisiert in Umlauf gelangt ist der Ulpian zugeschriebene *Regularum liber singularis*,[118] für die Ermittlung des im

[111] *Liebs*, HLL IV 169 f. (hier irrig *II libri*) (= § 423 W.68); 183 (= § 424 W.19).
[112] *Liebs*, HLL IV 169 (= § 423 W.65–67); 180 f. (= § 424 W.10 f.).
[113] Zu dieser Schrift aus neuerer Zeit *Masiello*, Libri excusationum (1983), dazu *Honoré*, Iura 34 (1983/86) 163–169; *Viarengo*, Scr. Franciosi IV 2775–2824, mit unbegründeten Annahmen; kurz *Liebs*, HLL IV 197 (= § 427 W.9).
[114] Zu ihnen allen *Liebs*, HLL IV 162–169 (= § 423 W.40–68).
[115] *Liebs*, HLL IV 197 (= § 427 W.7).
[116] Zu Macer *Liebs*, HLL IV 214–216 (= § 430.3); zur Schrift Marcians 202 (= § 428.1 W.1).
[117] *Liebs*, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008), 56–60.
[118] Avenarius, Liber singularis regularum (2005), dazu *Kaiser*, SZ 127 (2010) 560–603; kurz *Liebs*,

2./3. Jh. geltenden Rechts ähnlich wichtig wie die Institutionen des Gaius (→ Rn. 4). Die *Regulae* betitelten Werke Cervidius Scaevolas (4 *libri*), Pauls (7), Marcians (5) und Modestins (10) enthielten ebenso wie Papinians *Definitionum libri II* allgemeine Rechtssätze zu vielen Rechtsgebieten mit Überlegungen zu ihrer Tragweite. Die Kompilatoren nutzten die ersten beiden Schriften nur wenig.

bb. Kurse anhand älterer Juristenschriften

Von Paulus kennen wir fünf Werke, die ältere Schriften erläutern, hervorgegangen offenbar aus Unterricht: *Labeonis* Πιθανῶν *a Paulo epitomatorum libri VIII* mit oft heftiger, auch überzogener Kritik, wohl ein Jugendwerk; *Ad Plautium libri XVIII* und *Ad Masurium Sabinum libri XVI*, beide auch später beliebt. Anspruchsvoller waren seine *Ad Neratium libri IV* und *Ad Sabini libros ad Vitellium libri IV*, beide mit viel Kasuistik.[119] **43**

cc. Quaestionum und Disputationum libri

Quästionenwerke, hervorgegangen aus Rechtsunterricht für Fortgeschrittene (→ Rn. 33), haben damals verfasst: Tertullian, wohl doch der spätere Kirchenvater (acht *libri*),[120] Callistratus (zwei) und Papinian: 37, wovon viel Text erhalten ist.[121] Unter Caracalla entstanden Ulpians *Publicae disputationes* (10 *libri*), auch sie relativ gut überliefert,[122] und Tryphonins 21 *Disputationum libri*, ausführliche Besprechungen verallgemeinerter Fälle, ein auf etwa 60 *libri* angelegtes Werk, das wohl unvollendet blieb.[123] **44**

dd. Umfangreiche Gesamtdarstellungen

Nach der allgemeinen Bürgerrechtsverleihung (→ Rn. 36) entstanden rasch hintereinander umfangreiche Gesamtdarstellungen nicht nur in Rom. Ein anderer Ulpian verfasste wohl unter Caracalla *Pandectae* (wörtlich: Alles Enthaltende, sc. βίβλοι) in zehn, Modestin nach 217 ein gleichnamiges Werk in 12 *libri*. Sie erfassten nicht nur Privat- und Zivilprozessrecht, sondern bezogen Gemeinderecht und öffentliches Strafrecht ein. Modestin außerdem *Regularum libri X* und *Differentiarum libri IX*, worin er benachbarte und auch gegensätzliche Rechtsinstitute miteinander verglich.[124] Marcian **45**

HLL IV 207 f. (= § 428.5). Vielen Rechtshistorikern fällt es schwer wahrzuhaben, dass es Pseudepigrafen gab.

[119] Dazu *Liebs*, HLL IV 151–154 (= § 423 W.1–5); zum ersten auch *Formigoni*, Πιθανων (1996).

[120] Sehr umstritten, s. *Liebs*, HLL IV 123–125 (= § 417.2).

[121] Dem häufig geäußerten Verdacht, rhetorisierende Bearbeiter hätten die Quaestionen interpoliert, tritt *Babusiaux*, Quaestiones (2011), mit guten Gründen entgegen.

[122] *Liebs*, HLL IV 185 (= § 424 W.24).

[123] Zu Person und Werk *Fildhaut*, Libri disputationem (2004); kurz *Liebs*, HLL IV 125 f. (= § 417.3).

[124] *Liebs*, HLL IV 198 f. (= § 427 W.10–12); *Viarengo*, Modestino insegnamento (2012). Zu Ulpian II *Liebs*, HLL IV 208 f. (= § 428.6).

schrieb nach 217 *Institutiones* in 16 *libri* mit ausführlicher Behandlung auch des öffentlichen Strafrechts, anscheinend in einer hellenistischen Provinz;[125] und Licinius Rufinus (→ Rn. 35) wohl um 224 *Regularum libri XII*, worin er das geltende Privatrecht in knappen Sätzen darstellte.[126] In einer grenznahen Provinz vermutlich gleichfalls des Ostens veröffentlichte Florentin im frühen 3. Jh. *Institutionum libri XII*, wie Gaius mit Privat- und Zivilprozessrecht, indes dreimal so ausführlich.[127]

f. *Notae*

46 Nicht wenige Notierungen entstanden in severischer Zeit. Tryphonin hat beide kasuistischen Werke seines Lehrers Cervidius Scaevola (→ Rn. 28) notiert; dessen *Digesta* auch Paulus, der andere Schüler. Hinzu kommen Pauls *Notae* zu Julians *Digesta* (→ Rn. 25), zu Papinians beiden Hauptwerken und Ulpians *Notae* zu dessen *Responsa*. Konstantins Verbot aller *Notae* zu Papinian unterband ihre weitere Verbreitung nicht (→ Rn. 4). Ulpian nahm sich auch die *Digesta* von Marcellus (→ Rn. 26) vor.[128]

IV. Rechtsliteratur im Dominat

47 Der 50jährige Bürgerkrieg zwischen 235 und 285, dem mehr als 70 Kaiser bzw. Thronprätendenten mitsamt ihren engeren Mitarbeitern zum Opfer fielen, und der kaiserliche Absolutismus, der nötig schien, um wieder Stabilität zu gewinnen, führten dazu, dass die Rechtsliteratur versiegte. Das so genannte Zitiergesetz Valentinians III. von 426[129] akzeptierte ebenso wie der aus dem 5. und 6. Jh. bezeugte Rechtsunterricht an den anerkannten Unterrichtsstätten und Justinian[130] nur die heute geläufige klassische Rechtsliteratur. Dem Rechtsstudium zugrunde lagen Schriften von Gaius und den drei großen Spätklassikern; die anderen Klassiker bis Modestin und Marcian bezog man bei Gelegenheit ein.[131] Strikt befolgt haben aber weder die Rechtsschulen des Ostens noch Tribonian diese Beschränkung, obwohl Justinian das Gegenteil bestimmt hatte; dann hätten nämlich weder Florentins Institutionen, schon im östlichen Rechtsunterricht

[125] Näher zu Marcian *Liebs*, SZ 128 (2011) 39–82; zu Datierung und Lokalisierung dieses Werks 46–48, 52–55; zu diesem auch *Lambertini*, SDHI 61 (1995) 271–283; *Fressura/Mantovani*, Athenaeum 106 (2018) 619–690, die P.Vindob. L 59 + 92 als Fragmente daraus identifizieren.

[126] Dazu *Biedermann*, Rufinus (2013).

[127] *Querzoli*, Fiorentino (1996), dazu *Gamauf*, SZ 116 (1999) 345–352.

[128] Zu all diesen Notierungen kurz *Liebs*, HLL IV 125 (= § 417.3 W.1 f.).; 154 f. (= § 423 W.7–10); 179 (= § 424 W.4 f.).

[129] Cod. Theod. 1.4.3, ursprünglich Teil eines umfassenden Rechtsquellengesetzes, *Wetzler*, Rechtsstaat (1997) 88–108. Im Ostreich galt es spätestens seit Inkrafttreten des *Codex Theodosianus*, Novell. Theod. 1.

[130] Const. Deo auctore (a.530) 2–4, bes. 4.

[131] Nachweise für diesen bei *Liebs*, HLL IV 205 (= § 428.2 C).

geläufig,[132] noch die *Regulae* von Licinius Rufinus (→ Rn. 45), 238 Mitglied der Regierung, noch die *Iuris epitomae* Hermogenians (→ Rn. 53), eine Autorität wegen des *Codex Hermogenianus*, noch Arcadius Charisius und schwerlich die *Responsa* von Iulius Aquila und der Ediktkommentar von Furius Anthianus[133] in Justinians Digesten exzerpiert werden dürfen. Obskure Juristen, die zufällig dasselbe Cognomen wie ein Klassiker hatten, wurden offenbar nur exzerpiert, weil man sie für den betreffenden Klassiker hielt; ebenso Pseudepigrafen.

48 Justinian kennt aber auch Rechtsliteratur, die er ablehnte.[134] In der Tat haben wir Papyri mit Text aus Rechtsliteratur, die keinem der uns bekannten Autoren zugewiesen werden kann.[135] Entgegen vorschnellen Schlüssen aus dem Versiegen der klassischen Rechtsliteratur gab es stets gründlich ausgebildete praktisch tätige Juristen, nach 212 sogar in größerer Zahl und weiter verbreitet als vorher. Nach wie vor berieten sie Amtsträger und Privatleute,[136] nur traten sie kaum mehr mit Veröffentlichungen hervor. Viele von ihnen mögen schwach gewesen sein,[137] doch kennen wir auch bewundernswert tüchtige, die Gesetze und Kodifikationen für ihre Herrscher erarbeiteten wie Tribonian.[138]

49 Unter Diokletian, der die Verhältnisse zu stabilisieren vermochte, gab es eine bescheidene Nachblüte. Drei seiner engeren Mitarbeiter: Gregorius, Arcadius *qui et* Charisius und Hermogenian veröffentlichten juristische Werke unter ihrem Namen (→ Rn. 53/56–58), nachdem sie, wohl auch Gregorius, Jahre lang seine Privatreskripte formuliert hatten.[139] Weitere Schriften aus dieser Zeit und den folgenden Jahrhunderten erschienen unter dem Namen eines Klassikers (→ Rn. 52–54): von Paulus, Ulpian und Gaius.

50 Nicht zur Rechtsliteratur gehört die *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, verbreitet unter dem Titel *Lex Dei quam Deus precepit ad Moysen*.[140] Entstanden gegen

[132] Siehe Schol. Sinait. 35; auch in Justinians Institutionen ausgebeutet, *Zocco-Rosa*, Institutionum palingenesia I (1908) und II (1910).

[133] Zu diesen beiden Werken *Liebs*, HLL IV 126 f. (= § 417.4); 216 (= § 430.4). Dass ein Spätklassiker sie zitiert hätte, ist auch wegen ihrer Datierung unwahrscheinlich.

[134] Const. Deo auctore (530) 4: *et alii libros ad ius pertinentes scripserunt, quorum scripturae a nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt.*

[135] So P.Haun III 45, s. dazu *Nasti*, Papyrus Hauniensis I und II (2010); *Liebs*, Mél. Humbert 481–494.

[136] *Liebs*, Symp. Wieacker, (1980) 127–131. 172–198; *Liebs*, Italien (1987) 19–75; *Liebs*, Gallien (2002) 30–93; *Liebs*, Africa (2005) 22–35; *Liebs*, FS Mayer-Maly (2002), 397–407.

[137] Das bekunden Amm. 30,4,11 f.; und Augustin, s. *Liebs*, Italien (1987) 102–104.

[138] Zu diesem *Honoré*, Tribonian (1978), dazu *Waldstein*, SZ 97 (1980) 232–255; zu andern damals *Honoré*, Crisis of Empire (1998); *Liebs*, Hofjuristen (2010) 286–151.

[139] *Honoré*, Emperors (1994) 139–185: Arcadius Charisius Juni 290 bis Juli 291; Hermogenian 293 und 294; Ende 284 bis Mai 290 (mit Unterbrechung 287) womöglich Gregorius.

[140] Zu dieser Schrift jüngst die Bände von *Lucrezi*, Uccisione (2001); Violenza sessuale (2005); Successione intestata (2005); Magia (2007) jüdische Tendenz; *Frakes*, Collatio (2011): christliche Tendenz; *Manthe*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 197–218: Ambrosiaster = Isaak. Rezeption: *Loschiavo*, Rg 2 (2003) 72–86.

400, will das Werk beweisen, dass zahlreiche Bestimmungen des römischen Rechts sich schon bei Moses finden, eine religionspolitische Streitschrift. Sie gibt für die Kenntnis der römischen Rechtsliteratur viel her, weil sie Texte aus spät- und epiklassischen Juristenschriften enthält, ohne Änderungen, nur aber sorglos abgeschrieben.[141] Die ersten 15 Titel betreffen Straf- einschließlich Privatstrafrecht; nach dem 16. Titel über gesetzliches Erbrecht bricht das Werk ab, wohl mangels überzeugender Parallelen im eigentlichen Privatrecht.

1. Kompendien

a. Ulpian, *III, Regularum libri VII*

51 Kompendien im Umfang von fünf bis sieben *libri*, wie schon von den Provinzialjuristen des 2. und 3. Jh.s bevorzugt, beherrschen jetzt die Szene. Nicht genauer als ungefähr ins späte 3. Jh. zu datieren sind *Regularum libri VII* angeblich von Ulpian; Autor war aber wohl ein späterer, philosophisch geschulter Provinzialjurist, vermutlich ein weiterer Namensvetter des Spätklassikers. 20 kleine Fragmente sind in den Digesten bewahrt.[142]

b. Ps.-Paulus, *Sententiae*

52 Die erfolgreichste römische Juristenschrift waren die dem Spätklassiker Iulius Paulus zugeschriebenen *Sententiae receptae ad filium* in fünf *libri*,[143] ein Kompendium des römischen Rechts einschließlich Verwaltungs- und Strafrecht. Die Schrift entstand im sehr späten 3. Jh. in einer Provinz, vermutlich Africa,[144] und war nach dem Codexsystem geordnet, erstmals greifbar im wenig älteren *Codex Gregorianus* (→ Rn. 57), dann auch in den *Codices Theodosianus*, *Iustinianus* und Justinians Digesten befolgt.[145] Darin waren die oft disparaten Materien des zweiten Teils des Digestensystems (→ Rn. 24) in dessen ersten, nach dem Edikt des Prätors geordneten Teil integriert, wodurch das System auch offener für neue Materien wurde. Der Sentenzenverfasser hat Stellen aus der spätklassischen Rechtsliteratur und den jüngst erschienenen *Codices Gregorianus* und *Hermogenianus* mit oft unbeholfenen Worten epitomiert,[146] aber auch Eigenes aus seinem Horizont hinzugefügt: regionale Besonderheiten und Weiterentwicklungen, insbesondere im härter gewordenen Strafrecht.[147] Stellen daraus sind nicht nur in

[141] *Nelson*, Überlieferung (1981) 117, 122 f.
[142] Dazu kurz *Liebs*, HLL V 67 f. (= § 507.3); näher *Liebs*, FS Straub, 287–292; *Honoré*, Ulpian (2002) 215–217.
[143] Dazu näher *Liebs*, Africa (2005) 41–127; *Liebs*, SZ 136 (2019) 465–479.
[144] *Liebs*, Africa (2005) 44–58.
[145] *Liebs*, SZ 134 (2017) 409–443.
[146] Im einzelnen *Liebs*, Africa (2005) 58–111.
[147] *Liebs*, Africa (2005) 117–126.

Justinians Digesten überliefert, sondern in vielen spätantiken Sammelwerken und manches auch direkt (→ Rn. 4).[148]

c. Hermogenian, *Iuris epitomae*. Ps.-Ulpian, *Opiniones*

Unter eigenem Namen hat Diokletians Kanzleijurist Hermogenian Anfang des 4. Jahr- **53**
hunderts *Iuris epitomae* in sechs *libri* veröffentlicht, gleichfalls weithin aus der jüngeren Rechtsliteratur gezogen, was er im Buchtitel auch angibt.[149] Dagegen sind die *Opinionum libri VI*, angeblich von Ulpian, ein Pseudepigraphum aus der Zeit um 330 in schlechtem Latein, hervorgegangen aus der Praxis in einer Provinz. Sie spiegeln die Nöte ihrer Zeit, den Kampf gegen Korruption und immer dreistere Übergriffe einflussreicher Zeitgenossen.[150] Fragmente aus diesen beiden Werken sind, anders als bei den *Sententiae*, nur in den Digesten erhalten.

2. Rechtswörterbücher und Abkürzungsverzeichnisse

a. Rechtswörterbücher

Der Paulus zugeschriebene *De variis lectionibus liber singularis* war, nach den vier kur- **54**
zen in Justinians Digesten erhaltenen Worterklärungen[151] zu urteilen, ein bescheidenes Rechtswörterbuch. Das *de* im Titel ist nach Schema zugesetzt. Inhaltlich ist das Erhaltene zwar fehlerfrei, aber das besagt zur Frage der Autorschaft nichts. Näher als der Spätklassiker liegt, dass ein anderer Jurist Rechtsbegriffe für anspruchslose Zeitgenossen vor allem kurz erklärte.[152] Vergleichbare Rechtswörterbücher kennen wir sonst nur aus vorklassischer Zeit (→ Rn. 17) und aus der Spätantike, die auch D. 50, 16 und die sog. *Collectio definitionum*[153] hervorbrachte. Diese *Collectio*, einst umfangreich, erläuterte juristische Fachbegriffe kurz auf griechisch, geordnet nach Sachgebieten, und belegte das mit Zitaten aus Schriften vor allem der Spätklassiker, aber auch Javolens.

---

[148] Unter den vielen Rekonstruktionen ist die von *Krüger*, Collectio II 39–137, am genauesten; s. a. *Seckel/Kübler*, Iurisprudentia II 1, 1–161. Neuere Rekonstruktionsversuche: Bianchi Fossati Vanzetti, Paul. Sent.; *Liebs*, SZ 112 (1995) 151–171; 113 (1996) 132–242.

[149] Dazu *Liebs*, Hermogenian (1964); *Dovere*, Scienza del diritto (2017); kurz *Liebs*, HLL V 63 (= § 505 W.2).

[150] Zu diesem Werk *Santalucia*, Libri opinionum I und II (1971), doch s. dazu *Wieacker*, Labeo 19 (1973) 196–207; *Liebs*, TR 41 (1973) 279–310; kurz *Liebs*, HLL V 68 (= § 507.4). Ebd. 65–69 (= § 507); 71 (= §§ 508.2, 509.1) Überblick über weitere Pseudepigrafen.

[151] D. 14.3.18; D. 38.1.1; D. 44.1.22.

[152] Näher dazu *Liebs*, Law Vocabularies (https://freidok.uni-freiburg.de/data/14655) unter I. 4.

[153] Bekannt durch ein zufällig erhaltenes Bruchstück daraus, PSI XIII No. 1348, hg. *Arangio-Ruiz* (5. Jh.); dazu ferner *Schulz*, Geschichte 389; *Wenger*, Quellen 626; *Liebs*, Vocabularies unter I. 5.

b. Abkürzungsverzeichnisse

55 Auch die erhaltenen Verzeichnisse von im Rechtswesen verbreiteten Abkürzungen stammen erst aus der Spätantike. Das beste Verzeichnis beruht auf einem verlorenen umfassenderen Verzeichnis von nicht nur juristischen Abkürzungen des Philologen M. Valerius Probus, 2. Hälfte des ersten Jahrhunderts n.Chr. Sein Vorwort ist in der überlieferten spätantiken Kurzfassung erhalten, überschrieben *De iuris notarum* und sachlich geordnet.[154] Der unbekannte Epitomator, wohl ein Jurist, wollte zeitgenössischen Juristen helfen, alte Juristenschriften mit den seit den Zeiten der Republik geläufigen Abkürzungen zu entziffern. Diese Abkürzungen spiegeln also den Rechtszustand des späten 1. Jh.s[155] Wohl im 5. oder frühen 6. Jh. kommen zwei weitere Abkürzungsverzeichnisse gleichfalls zur Entschlüsselung hauptsächlich in klassischen Juristenschriften begegnender Abkürzungen hinzu, die sog. *Notae Lugdunenses* (Ms.: *Glose iuris*), wohl gleichfalls ein Auszug aus einem größeren älteren Verzeichnis, ergänzt um jüngere Kurzschriftzeichen;[156] und *Notae ex codicibus Reginae*[157]. Beide sind alphabetisch geordnet.

3. Monografien

56 Von den drei schmalen Monografien des Arcadius Charisius (→ Rn. 49)[158] ist hier nur eine einschlägig, der *De testibus liber singularis.* Die klassischen Juristen hatten diesen Gegenstand vernachlässigt.

4. Ordnende Zusammenstellungen normativer Texte

a. *Codex Gregorianus*

57 Ein Gregorius, womöglich der Mann, der Diokletians Privatreskripte bis 290 formuliert hatte (→ Rn. 49), im Zweifel der kaiserliche *a libellis* selbst, trat kurz danach mit dem *Codex Gregorianus* hervor. Darin waren mehrere tausend kaiserliche Äußerungen zum Recht, von Hadrian bis 291 zusammengestellt: kaiserliche *epistulae* (Bescheide an Körperschaften, hohe Beamte und hochgestellte Privatpersonen), Dienstanweisungen an Beamte (*mandata*), Urteile des Kaisergerichts (*decreta*), mündlich erteilte Bescheide, kaiserliche Edikte[159] und hauptsächlich Privatreskripte. Archiviert waren sie erst seit

[154] Ausg.: *Krüger*, Collectio II 141–148.

[155] Dazu *Liebs*, Law Vocabularies (https://freidok.uni-freiburg.de/data/14655) unter II. 1.

[156] Ausg.: *Mommsen*, Notarum laterculi, in: Keil, Grammatici Latini IV (1864) 277–281; dazu *Liebs*, Law Vocabularies (https://freidok.uni-freiburg.de/data/14655) unter II. 2.

[157] Ausg.: *Mommsen*, Notarum laterculi, in: Keil, Grammatici Latini IV (1964) 301–314; dazu *Liebs*, Law Vocabularies (https://freidok.uni-freiburg.de/data/14655) unter II. 3.

[158] Zu ihm kurz *Liebs*, HLL V 69–71 (= § 508.1); näher *Honoré*, Index 22 (1994) 163–179; *Honoré*, Emperors (1994) 156–162; *Piacente*, Arcadio Carisio (2012).

[159] Edikt: Ant. C. 10.61.1 (a.212). Mündlich: Ant. C. 9.51.1 (o.A.); Philipp. C. 7.26.6 (o.A.); Diocl

193 gewesen; die wenigen älteren erscheinen in Kurzfassung. Lücken gab es bei Elagabal, Maximinus Thrax und 262–282 n.Chr. Konstitutionen von Diokletians Mitkaisern bezog er vereinzelt ein. All das ordnete er nach Rechtsgebieten, verteilt auf wohl 15 *libri* mit je 30 bis 60 Sachtiteln, innerhalb deren er die Konstitutionen chronologisch reihte. Die *libri* waren keine Buchrollen mehr, sondern nur noch Untereinheiten im Nachschlagewerk, das wie ein heutiges Buch gebunden war, ein *codex*. Auch die Anordnung der Sachtitel war neu durchdacht: nach dem Codexsystem (→ Rn. 48). Spätere Auflagen wurden um neues Material bereichert.[160] Vom Werk selbst ist nur ein schmaler Auszug erhalten sowie Zitate; jüngst kamen 17 Schnipsel aus einem Pergament-Codex des 5. Jh.s zum Vorschein, offenbar einer Ausgabe dieses Werks.[161] Es fand rasch großen Anklang und sollte Vorbild für ähnliche Werke werden. Viel davon ist in den *Codex Iustinianus* eingegangen, dessen älteres Material bis 291 n. Chr. hieraus stammt, freilich oft interpoliert.[162]

b. Codex Hermogenianus

Ein Nachfolger von Gregorius war Aurelius Hermogenian aus dem griechischsprachigen Osten, 304 n.Chr. Prätorianerpräfekt;[163] 293 und 294 hatte er Diokletians Privatreskripte formuliert. Der *Codex Hermogenianus* enthielt in erster Auflage fast nur Konstitutionen aus diesen beiden Jahren, weshalb sie im *Codex Iustinianus* unverhältnismäßig zahlreich vertreten sind. Hermogenian hatte sie auf Sachtitel verteilt, aber weniger differenziert als bei Gregorius, folgte beim System aber seinem Vorgänger. Auf die Untereinheit *libri* verzichtete er.[164] In mehreren Neuauflagen hat er jüngere Konstitutionen einbezogen, was Spätere fortführten.[165] Das Werk war ähnlich weit verbreitet wie der *Gregorianus*. **58**

C. 9.47.12 (o.A.). Kaiserliche Zwischenurteile: Sev. C. 7.62.1 (a.209); Ant. C. 9.41.3 (a.216). Mandat: Diocl./Max. C. 10.32.2 (o.A.). *Epistula*: Pius C. 3.31.1 (a.170); Sev./Ant. C. 8.50.1 (o.A.); C. 7.45.1 (a.208); und ca. 30 weitere, s. *Honoré*, Emperors (1994), Pal. Nr. 1–1727, sooft als „Letter" gekennzeichnet.

[160] So Diocl. Coll. Mos. 15, 3 (o.A., 302 oder 297).

[161] *Corcoran/Salway*, RLT 8 (2012) 63–83.

[162] Const. Haec (a.528) pr.; Const Summa (a.529) 1. Zum Cod. Greg. *Rotondi*, Scr. I; kurz *Liebs*, HLL V 60–62 (= § 504); ferner *Sperandio*, Codex Gregorianus (2005) (nennt den Kompilator wie Archi „Gregorianus", weil spätantike Texte den Cod. Greg. als *Gregorianus* personifizieren, das tun sie aber auch beim Cod. Theod. als *Theodosianus*; *Gregorianus* ist als Personenname nicht bezeugt, *Gregorius* dagegen vielfach); *Corcoran*, MEFRA 125–2 (2013).

[163] AE 1987, 456; dazu *Chastagnol*, ZPE 78 (1989) 165–168; *Liebs*, SZ 107 (1990) 385 f.; *Salway*, in: Kolb, Herrschaftsstrukturen I (2006) 129 f.

[164] Zu diesem Werk *Cenderelli*, Codex Hermogenianus (1965); *Liebs*, HLL V 62–64 (= § 505); *Corcoran*, MEFRA 125–2 (2013).

[165] Consult. 9.1–7 (a.365/364) zitiert aus dem Cod. Herm. vier Beamten- und drei Privatreskripte. Sedul. epist. 2: *cognoscant Hermogenianum doctissimum iuris latorem tres editiones sui operis confecisse* wird auf den verbreiteten Cod. Herm., kaum auf seine nur durch Justinian bekannten *Iuris epitomae* zu beziehen sein, *Liebs*, Hermogenian (1964) 23 und 31.

c. Fragmenta Vaticana

59 Um 320 entstand in Rom ein Sammelwerk aus Kaiserkonstitutionen und Stellen aus Schriften der drei großen Spätklassiker mit Herkunftsangabe, nach Sachgebieten in weiten Sachtiteln grob geordnet, nicht in *libri* unterteilt. Es sollte wohl der Rechtspraxis dienen. Erhalten sind ansehnliche Fragmente auf einem Palimpsest der Vatikanischen Bibliothek, genannt *Fragmenta* (*iuris*) *Vaticana*. Das Ganze muss den Umfang von gut 20 Normal*libri* gehabt haben. Im späten 4. Jh. entstand in Lyon eine um neuere Konstitutionen vermehrte[166] Neuausgabe, aus der das Erhaltene stammt.[167] Wohl um 400 wurde der Neuausgabe ein trivialer Scholienapparat beigefügt, der anscheinend schon zur Erstausgabe entstanden war.[168] Die aufgenommenen Texte haben den Vorzug, frei von Interpolationen zu sein (→ Rn. 9),[169] wenn auch nicht von Störungen.

5. Esoterische Rechtsliteratur

a. Aus Rechtsunterricht

60 Aus dem späteren 4. und 5. Jh. kennen wir fast nur mehr esoterische Rechtsliteratur, meist kurze Kommentare zu Textcorpora, die dem damaligen Rechtsunterricht zugrunde lagen. Von zwei Kursen anhand der Institutionen des Gaius zeugen der einst etwa sieben *libri* starke sog. Gaius von Autun aus dem 4. oder frühen 5. Jahrhundert[170] und die schmale sog. Gaiusepitome aus dem 5., wohl ebenfalls aus dem südlichen Gallien.[171] Von Unterricht für Fortgeschrittene anhand der Paulussentenzen zeugen in der *Lex Romana Visigothorum* und in Nachträgen dazu überlieferte Interpretationen zu Sentenzenauszügen;[172] für weiter Fortgeschrittene ebendort überlieferte Interpretationen zu den *Codices Gregorianus*, *Hermogenianus*,[173] *Theodosianus* und dessen Novellen;[174] zum *Theodosianus* sind auch außerhalb des Breviars Interpretati-

[166] Nämlich Frg. Vat. 248 (a. 330) und 37 (a. 369); auch Frg. Vat. 90–93 aus *De interdictis libri* wohl von Paulus, *Liebs*, HLL IV 168 (= § 423 W.62), könnten erst später eingefügt sein.

[167] Ausg.: *Mommsen*, in: Krüger/Mommsen, Collectio III 1–106; mit Faksimile *Mommsen*, APAW 1859, 265–408; *Kübler*, Iurisprudentia II 2, 191–324. Dazu *Brassloff*, RE VII 1, 76–80; *Raber*, RE Suppl. X 231–241; *Liebs*, Italien (1987) 150–162; kurz *Liebs*, HLL V 64 f. (= § 506); *Kaiser*, SZ 116 (1999) 352–363; *De Filippi*, Fragmenta Vaticana (2012); zur Neuausg. auch *Liebs*, Gallien (2002) 124.

[168] *Liebs*, Gallien (2002) 124–126.

[169] Anders *Raber*, RE Suppl. X 232 f., nach *Wieacker*, Textstufen (1960), nicht stichhaltig.

[170] *Liebs*, Italien (1987) 145–150; *Liebs*, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008) 63 f.; *Rodríguez*, in: Avenarius, Hermeneutik (2008) 135–156.

[171] *Liebs*, Gallien (2002) 127–133; *Liebs*, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008) 64 f.

[172] Dazu *Schellenberg*, Interpretationen (1965); *Liebs*, Gallien (2002) 146 f.; *Liebs*, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008) 66 f.

[173] Dazu *Kreuter*, Privatrecht (1993); *Liebs*, Gallien (2002) 147 f.; *Liebs*, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008) 67 f.

[174] Dazu *Liebs*, Gallien (2002) 148–156; *Liebs*, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag

onen erhalten. Aus Rechtsunterricht im Osten anhand des *Codex Hermogenianus*, ergänzt um Stellen aus dem *Gregorianus* und vereinzelten Paulussentenzen gingen die in syrischer Übersetzung erhaltenen sog. *Sententiae Syriacae* hervor, deren ursprünglich griechischer Text um 300 entstand und gegen 500 leicht aktualisiert wurde.[175] Die unvollständig auf Griechisch erhaltenen sog. *Scholia Sinaitica*[176] gingen aus Rechtsunterricht im späten 5. Jh. anhand von Ulpians *Ad Sabinum libri* hervor, erhalten zu Buch 35 bis 39 mit dem Schluss des Mitgift- und Anfang des Vormundschaftsrechts; beides wurde im 1. Studienjahr behandelt. Die Autoren all dieser Unterrichtswerke sind unbekannt, während andere aus dem Osten sich zu erkennen geben: Ambrosius als Autor des sog. Syrisch-römischen Rechtsbuchs,[177] ein in syrischer Übersetzung erhaltenes Zeugnis von Rechtsunterricht auf Griechisch anhand von jüngeren Kaiserkonstitutionen; und die „Heroen" der Rechtsschule von Beirut, deren Rechtsunterricht bei Späteren aus justinianischer und nachjustinianischer Zeit bezeugt ist.

b. Aus der Rechtspraxis

Außerdem haben wir aus dem früheren bis mittleren 5. Jh. vier Zusammenstellungen **61**
von Belegstellen aus Paulussentenzen und den Konstitutionen*codices* zur Bewältigung praktischer Fälle, zu lokalisieren am ehesten in Gallien. Die sog. *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* fasst zwei solche Corpora zusammen: Kap. 4 bis 6 aus dem früheren 5. Jh. hat Belegstellen aus Paulussentenzen und *Codex Hermogenianus*; und Kap. 1 bis 3 mit 7 bis 9, wohl gegen 450 entstanden, außerdem solche aus den *Codices Gregorianus* und *Theodosianus*, aus dem *Hermogenianus* dagegen erst im später angefügten Kap. 9. Beide Materialsammlungen haben auch verbindendem Text aus der Feder des juristischen Helfers.[178] Zwei weitere solche Corpora aus dem mittleren 5. Jh. sind als Appendices zur *Lex Romana Visigothorum* erhalten. Appendix I[179] hat wieder nur Paulussentenzen, *Codex Gregorianus* und *Theodosianus* ausgebeutet. Bei Appendix II kommt ein kleiner Traktat zum Versäumnisverfahren hinzu, bestehend hauptsächlich aus Formularen für dabei vom Richter zu erlassende Edikte.[180]

Halle (2008) 68–70. Die nur zu Buch 9–16 erhaltenen *Antiqua summaria* zum Cod. Theod. betreffen dementsprechend nur öff. Recht.

[175] Ausg., Übers., Komm.: *Selb*, Sent. Syr., dazu kurz *Liebs*, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008) 2006, 71 f.

[176] Ausg.: *Kübler*, Iurisprudentia II 2, 461–484; dazu kurz *Liebs*, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008) 72–74.

[177] Ausg., Übers., Komm.: *Selb/Kaufhold*, I – III, dazu *Liebs/Nagel*, SZ 121 (2004) 559–573.

[178] Ausg.: *Krüger*, in: Krüger/Mommsen, Collectio III 199–220; dazu *Liebs*, Gallien (2002) 120. 138–144; *Zanon*, Consultatio (2009).

[179] *Liebs*, Gallien (2002) 141–144.

[180] *Liebs*, Gallien (2002) 144 f.; Ausg.: *Krüger*, in: Krüger/Mommsen, Collectio III 247–263.

§ 8 Papyrologische und epigraphische Quellen

José Luis Alonso/Ulrike Babusiaux

1 Die Unterteilung der direkten rechtlichen Textzeugnisse in papyrologische (I) und epigraphische Quellen (II) entspricht der disziplinären Trennung von Papyrologie und Epigraphik, wobei sich erstere mit der auf Papyri geschriebenen Überlieferung nebst den in Ägypten gefundenen Holztäfelchen befasst, während die zweite alle anderen Schriftträger, namentlich Texte auf Stein, Holz und Metall untersucht.[1] Gerade aus rechtshistorischer Sicht erweist sich diese Unterscheidung oftmals als hinderlich, denn die isolierte Betrachtung eines Überlieferungsträgers kann zu Fehlannahmen führen.[2]

2 Sowohl die juristische Epigraphik als auch die juristische Papyrologie sind – vor allem im deutschen Sprachraum – von den Rechtsfakultäten an die Philosophischen Fakultäten abgewandert. Das Kapitel verfolgt den Zweck, einen Überblick und Zugang zu den Überlieferungsträgern zu bieten, die für die Erforschung und das Verständnis des römischen Privatrechts, insbesondere seiner historischen Kontextualisierung, von Bedeutung sind. Aufgrund der Breite der verfügbaren Studien und der Menge ständig neu gefundener Zeugnisse kann nur eine Auswahl geboten werden. Aus diesem Grund werden vorrangig Hinweise gegeben, die den Zugang zu den Quellen und zur Spezialliteratur erleichtern sollen.

3 Es ist wünschenswert, die romanistische Erforschung der direkten Überlieferungsträger zu beleben; zudem sollte die meist als Abweichung von römischen Rechtsvorstellungen interpretierte provinziale Rechtspraxis stärker als Teil der römischen Entwicklung verstanden werden. Durch den Einbezug der direkten Zeugnisse sind neue Erkenntnisse auch für das sog. „klassische Recht“ zu erwarten; vor allem kann das in der justinianischen Überlieferung entzeitlichte Recht nur vor dem Hintergrund der papyrologischen und epigraphischen Quellen in seinem historischen Kontext rekonstruiert werden.

---

[1] *Eck*, in: Graf, Lateinische Philologie (1997) 43.

[2] *Wenger*, Qu. 54–78 mit umfassender Würdigung; *Lepore*, Epigrafia (2010) 5 f., 8–13 betont, dass dies keine Trennlinie für die Erforschung dieser Zeugnisse bilden darf; vgl. auch *Beggio*, OH RLS 43 f.

Inhalt Rn.

I. Papyrologische Quellen 4
1. Papyrologie und römisches Recht 4
a. Bemerkungen zur Forschungsgeschichte 5
b. Organisation und Hilfsmittel 13
2. Die papyrologische Überlieferung von Rechtsquellen 18
a. Rechtsliteratur auf Papyri 19
b. Kaiserliche Konstitutionen 27
c. Edikte der Präfekten 35
3. Papyri als Zeugnisse der peregrinen Rechtspraxis in römischer Zeit 49
a. Die römische Rechtsprechung in der Provinz *Aegyptus* 50
b. „Reichsrecht“ und „Volksrechte“ 53
c. Die römische Ablehnung des peregrinen Rechts (P.Oxy. II 237) 63
d. Normativer Status des peregrinen Rechts 69
e. Das nichtrömische Recht der Papyri und die romanistische Forschung 80
4. Rechtspraxis der römischen Bürger im Osten vor und nach der *constitutio Antoniniana* 85
a. Die Praxis der römischen Bürger Ägyptens vor der *constitutio Antoniniana* 86
b. Die Auswirkungen der *constitutio Antoniniana* 92
II. Epigraphische Quellen (Inschriften auf Holz, Stein, Metall) 109
1. Zur Bedeutung der epigraphischen Funde für das römische Recht 109
2. Forschungsgeschichte und Gegenstände der juristischen Epigraphik 117
3. Zeugnisse staatlicher Verlautbarungen 123
a. *Leges* 125
aa. *Leges publicae* 126
bb. Provinziale Regelungen und Zollgesetze 130
cc. *Leges dictae* 133
b. Stadtgesetze 137
c. *Senatus consulta* 147
d. Kaiserliche Konstitutionen, Edikte und Dekrete 153
aa. Zeugnisse für kaiserliche Edikte 155
bb. Reskripte (*epistulae* und *subscriptiones*) 162
cc. Dekrete und Prozessinschriften 170
4. Private Rechtsakte 177
a. Verträge auf Wachstäfelchen (*tabulae*) 179
aa. Die dakischen Wachstäfelchen 180
bb. Die Funde in Pompeji, Herculaneum und Murecine 183
cc. Weitere Funde 189
b. Testamente 192
c. Grabinschriften und Privatrecht 199
aa. Grabrecht und Privatrecht 200
bb. Erfüllung einer Grabmalsklausel 205
5. Spezifische Rechtserscheinungen in Inschriften 208
a. Militärdiplome und Soldatenrecht 209
b. Vereinsrecht (*collegia*) 216
c. Stiftungsrecht 222
d. Rechtsanwendung in den Provinzen 225

I. Papyrologische Quellen[3]

Mitteis, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde II. Juristischer Teil. Erste Hälfte: Grundzüge, 1912 (Ndr. 1963); *Mitteis*, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde II. Juristischer Teil. Zweite Hälfte: Chrestomathie, 1912 (Ndr. 1963); *Taubenschlag*, The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri 332 B. C.–640 A. D., 2. Aufl., 1955; *Taubenschlag*, Opera minora I. Allgemeiner Teil: Römisches Privatrecht, Römisches Provinzialrecht und die Volksrechte, Griechische Stadtrechte, 1959; *Taubenschlag*, Opera minora II. Spezieller Teil: Quellen, Allgemeines zur Lehre vom Rechtsgeschäft, Personen-, Sachen-, Obligationen-, Prozess- und Strafrecht, 1959; *Seidl*, Rechtsgeschichte Ägyptens als römische Provinz. Die Behauptung des ägyptischen Rechts neben dem römischen, 1973; *Wolff*, Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens in der Zeit der Ptolemäer und des Prinzipats. Zweiter Band. Organisation und Kontrolle des privaten Rechtsverkehrs, 1978; *Rupprecht*, Kleine Einführung in die Papyruskunde, 1994 (Ndr. 2005); *Wolff*, Vorlesungen über Juristische Papyruskunde, hg. v. Joseph Georg Wolf, 1998; *Wolff*, Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens in der Zeit der Ptolemäer und des Prinzipats. Erster Band. Bedingungen und Triebkräfte der Rechtsentwicklung, hg. v. Hans-Albert Rupprecht, 2002; Keenan/Manning et al. (Hgg.), Law and Legal Practice in Egypt from Alexander to the Arab Conquest. A Selection of Papyrological Sources in Translation, with Introductions and Commentary, 2014; *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume dans l'Égypte grecque et romaine, 2014; *Rupprecht*, Beiträge zur Juristischen Papyrologie. Kleine Schriften, hg. v. Andrea Jördens, 2017.

1. Papyrologie[4] und römisches Recht

4 Papyri aus Ägypten und klimatisch vergleichbaren Gebieten im Nahen Osten sind Teil der dokumentarischen Überlieferung von Rechtsquellen aller Art (Rechtsliteratur, kaiserliche Konstitutionen, Edikte der Statthalter); sie geben einen reichen Einblick in die Provinzialverwaltung, darunter auch in die römische Rechtsprechung; vor allem aber legen Tausende von Rechtsurkunden und andere Belege privater Rechtsakte Zeugnis ab für die Praxis in den östlichen Provinzen des Reiches. Die papyrologische Überlieferung ist damit der Hauptschauplatz der seit dem 19. Jh. umstrittenen Frage, inwieweit das römische Recht auch in den östlichen Provinzen Anwendung fand oder in der Praxis durch lokales Recht verdrängt wurde. Gegen den Topos eines Kampfes zwischen Rechtskulturen – „Reichsrecht" und „Volksrecht" – hat die jüngere Forschung vor allem Ideen des Rechtspluralismus, des Rechtstransfers und der Akkulturation fruchtbar gemacht. Sie erlauben es, ein differenziertes Bild von der Rechtspraxis wie von den Adaptationen des römischen Rechts in den Provinzen, vor allem seit der allgemeinen

[3] Von *José Luis Alonso*. Dieses Kapitel stellt eine erweiterte Zusammenschau von drei früheren Beiträgen des Autors dar, vgl. *Alonso*, JJP 43 (2013) 351–404; *Alonso*, OH RLS 56–69; *Alonso*, in: Czajkowski et al., Provinces (2020) 54 f. Ich danke *Ulrike Babusiaux* für die Übersetzung ins Deutsche und für ihre weiterführenden Hinweise.

[4] Allgemeine Einführungen in die Papyrologie sind *Turner*, Greek Papyri (1980); *Montevecchi*, Papirologia (1988); *Rupprecht*, Papyruskunde; *Capasso*, Papirologia (2005); OHP; ferner *Pestman*, Prim.[2].

Bürgerrechtsverleihung unter Caracalla (*constitutio Antoniniana*, 212 n. Chr.), zu zeichnen und Entwicklungen und Brüche zu verstehen.

a. Bemerkungen zur Forschungsgeschichte

Die Forschungsgeschichte der juristischen Papyrologie ist nach einem raschen Aufstieg ins Stocken geraten, zwar nicht hinsichtlich der Qualität, aber doch mit Hinblick auf Quantum und Intensität der rechtswissenschaftlichen Befassung. Ein derartiger Interesserückgang war zu Beginn der papyrologischen Forschung kaum vorstellbar.[5] Nach den durch die systematische epigraphische Forschung erzielten Fortschritten der Altertumswissenschaften im 19. Jh. schien es Zeitgenossen vielmehr so, als würde das 20. Jh. „das Jahrhundert der Papyrologie" werden.[6] Diese verschiedenen Forschern zugeschriebene Äußerung[7] belegt die Begeisterung und die Hoffnungen, die mit der großen Menge von Neufunden literarischer, rechtshistorischer und historischer Quellen auf Papyrus verbunden waren.[8] **5**

Die Hoffnungen einer Neubegründung aller Zweige der Altertumswissenschaften gründeten sowohl auf der Menge der Funde als auch auf den teilweise spektakulären Einsichten, welche die neuen Quellen eröffneten.[9] Im Gegensatz zu den Ausgrabungsunternehmungen unter der Leitung von William Matthew Flinders Petrie in Fayum und Bernard P. Grenfell und Arthur S. Hunt in Oxyrhynchos, die vor allem darauf abzielten, verloren gegangene klassische Werke von literarischer und philosophischer Bedeutung sowie Texte des frühen Christentums aufzufinden, erkannte Ulrich Wilcken, **6**

[5] Vgl. *Wenger*, Papyrusforschung (1903) und den Rück- und Ausblick bei *Wenger*, AKG 19 (1928) 10–13.

[6] Vgl. *van Minnen*, BASP 30 (1993) 5–18.

[7] Vermutlich war es eher *Mitteis* als – wie bisher angenommen – *Mommsen*, vgl. *Martin* AFP 46 (2000) 1 f.; *Gonis*, ZPE 156 (2006) 195 f.

[8] Für eine Forschungsgeschichte der Papyrologie (insbesondere auch zu den ersten Funden), vgl. *Keenan*, OH P 59–78 und, unter dem Gesichtspunkt der problematischen Beziehungen zur Archäologie, *Cuvigny*, OH P 30–58 mwN.

[9] Nach der Enttäuschung über die Ausgabe der ersten Papyri (die Charta Borgiana durch *Niels Iversen Schow* aus dem Jahr 1778) und die bewundernswerte Ausgabe der *Papyri graeci regii Taurinensis musei Aegyptii* von *Amedeo Peyron* aus dem Jahr 1826/27 wurden die Papyri allgemein als ‚unerhebliche' Quellen betrachtet (*Angelo Mai*, vgl. *Montevecchi*, PapCongr. XX 27). Besonderen Eindruck, der wesentlich zur Steigerung des Interesses an den papyrologischen Quellen beitrug, hinterließ zu Beginn der papyrologischen Ära die Entdeckung von zwei Kopien der verlorenen aristotelischen Schrift *Athenaion Politeia* im Jahr 1879 (P.Berl. inv. 5009; P.Lond. 131). Die Suche nach Texten zu den Anfängen des Christentums war – auch finanziell – eine treibende Kraft hinter den ersten archäologischen Missionen zur Auffindung von Papyri, die durch die Entdeckung von Fragmenten aus dem apokryphen Thomas-Evangelium im Jahr 1897 weiter angetrieben wurde: Diese Fragmente wurden ein Jahr später von *Grenfell* und *Hunt* im ersten Band der Oxyrhynchus-Papyri zusammen mit bis dahin verlorengegangenen Fragmenten von Alcaeus und Sappho veröffentlicht.

ein Schüler Theodor Mommsens, den unschätzbaren Wert der dokumentarischen Papyri und erwählte ihre enorme Menge zu seinem Untersuchungsgegenstand.

7 Unter diesem Motto gründete Wilcken 1900 das Archiv für Papyrusforschung, das in seinem ersten Band, zusammen mit Beiträgen u. a. von Theodor Mommsen und Otto Gradenwitz, einen ersten Bericht über Rechtsurkunden von Ludwig Mitteis enthielt. Ein Jahrzehnt zuvor, 1891, hatte Mitteis mit seinem „Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs" den Weg zur juristischen Papyrologie geebnet. Programmatisch für die neue Disziplin umfasste das Buch – wie im Untertitel ausdrücklich angekündigt – „Beiträge zur Kenntnis des griechischen Rechts und der spätrömischen Rechtsentwicklung".[10] Die ersten Jahrzehnte der dokumentarischen und juristischen Papyrologie gipfelten 1912 in den vier Bänden von Wilckens und Mitteis' Summa: „Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde".

8 Neben der imposanten Menge an Rechtsurkunden, welche die alltägliche Rechtspraxis der Bevölkerung und der Verwaltung der römischen Provinz Ägypten beleuchtete, tauchten gleich zu Anfang der Entwicklung auch Quellen auf, die den Gelehrten des römischen Rechts vertrauter waren. Besondere Aufmerksamkeit erregten Funde der rechtswissenschaftlichen Literatur (→ Rn. 19–26): So wurden 1876 und 1877 in Ägypten Fragmente aus den Büchern 5 und 9 der *libri responsorum* Papinians gefunden[11] – zusammen mit den sogenannten Fragmenta *de iudiciis*;[12] 1888 wurde der Wiener Teil der sogenannten Fragmenta *de formula Fabiana* veröffentlicht;[13] ebenfalls 1888 publizierten Grenfell und Hunt Fragmente aus dem 32. Buch des Ediktkommentars des Iulius Paulus (P.Grenf. II 107).

9 Ein flüchtiger Blick in die ersten Jahrgänge der Savigny-Zeitschrift genügt, um festzustellen, welch hohes Maß an Aufmerksamkeit die neu entdeckten Quellen erhielten. Dabei konzentrierte man sich auf die rechtswissenschaftlichen Fragmente.[14] Jedoch

---

[10] Zusammen mit den kaiserlichen Konstitutionen (insbesondere Diokletians), den griechischen epigraphischen Quellen und dem syrisch-römischen Rechtbuch lieferten die Papyri *Mitteis* das Material zur Rekonstruktion der im Ostreich vorherrschenden Rechtspraxis und Rechtsauffassungen. Bemerkenswert ist allerdings, wie spärlich die *Mitteis* zur Verfügung stehenden Papyri waren: 48 griechische Papyri und 7 lateinische Ravenna-Papyri bilden die gesamte dokumentarische Grundlage seines Buches.

[11] P.Berol. inv. P 6762+6763 in der ersten Edition von *Krüger*, Ber. Akad. Berlin (1880) 363–369; P.Paris inv. 7153, in der ersten Edition von *Dareste*, NRH 7 (1883) 361–385, vgl. *Lenel*, Pal. I Nr. 523–530 (col. 903 f.), Nr. 623–626 (col. 926); *Krüger*, in: Krüger/Mommsen, Collectio III 285–296; *Seckel/Kübler*, Iurisprudentia I 430–435; FIRA II 435–445.

[12] P.Berol. inv. P 6757, in der ersten Edition von *Mommsen*, Ber. Akad. Berlin (1879) 501–518 (= *Mommsen*, Ges. Schr. II 68–75); *Huschke*, Bruchstücke (1880) 1–26; *Huschke*, Iurisprudentia (1886) 623 f.; *Krüger/Mommsen*, Collectio III 298 f.; *Seckel/Kübler*, Iurisprudentia II 171; FIRA II 625 f.; zuletzt *Marotta*, in: Mantovani/Ammirati, Giurisprudenza (2018) 137–144 mwN.

[13] P.Vindob. L 90, zuerst beschrieben in *Karabacek*, Mitteilungen IV (1888); *Krüger*, SZ 9 (1888) 144–151; *Gradenwitz*, SZ 9 (1888) 394–403; *Lenel*, Pal. II col. 1231 f.; FIRA II 429–432. Zum gleichen Codex gehören: P.Berol. inv. P 11753 und P.Berol. inv. P 21294 (nun BKT IX 200).

[14] Zu den Papinian-Fragmenten, vgl. *Krüger*, SZ 2 (1880) 83–90; *Krüger*, SZ 5 (1884) 166–175;

blieb auch die Bedeutung der neu aufgefundenen Zeugnisse für das Verständnis der römischen Rechtsprechung in den Provinzen nicht verborgen. So veröffentlichte Theodor Mommsen zwei Erbschaftsprozesse aus der Zeit Hadrians, die nicht nur die Aktivität der provinziellen Gerichtsbarkeit illustrierten, sondern auch Einblick gaben in die römische Haltung zum Erbrecht der peregrinen Bevölkerung.[15]

10 Entsprechend zahlreich und bedeutend waren die Zahl und die Namen der im papyrologischen Bereich aus dem römischen Recht beteiligten Gelehrten. Im deutschsprachigen Raum sind als Pioniere Otto Gradenwitz, Paul Jörs und Ludwig Mitteis zu nennen. Aus der Schule von Mitteis stammt direkt oder indirekt ein großer Teil der juristischen Papyrologien des 20. Jhs. Zu seinen Schülern zählten Ernst Rabel, Leopold Wenger, Paul Koschaker, Rafał Taubenschlag, Josef Partsch, Fritz Pringsheim, Andreas B. Schwarz und Hans Kreller; als Schüler von Partsch und Rabel stammt auch die leitende Figur der juristischen Papyrologie in der Nachkriegszeit, Hans Julius Wolff, indirekt aus Mitteis' Schule.[16] Gleichfalls auf Mitteis zurückführen, ist die – durch die Vermittlung von Rafał Taubenschlag und seinen Schülern Henryk Kupiszewski und Joseph Mélèze Modrzejewski geprägte – Warschauer Tradition der juristischen Papyrologie, die bis heute für das Journal of Juristic Papyrology verantwortlich ist. In Italien fand die enge Verbindung von Papyrologie und römischem Recht ihren bedeutendsten Vertreter in Vincenzo Arangio-Ruiz.[17]

11 Der Zweite Weltkrieg bedeutet offenkundig eine Zäsur in der Geschichte der juristischen Papyrologie. Sie zeigt sich vor allem darin, dass sich die Romanistik der Nachkriegszeit seltener mit den papyrologischen, und dabei insbesondere mit den dokumentarischen Quellen befasst und diese allenfalls am Rande in ihre Überlegungen einbezieht.[18] Als Ursachen dieser bis heute andauernden Entfremdung sind neben der allgemeinen Zurückdrängung des Griechischen im Bildungswesen zu nennen: 1. Das

---

Huschke, SZ 5 (1884) 181–190; zu den *fragmenta de iudiciis*, damals noch als *fragmentum de dediticiis* bezeichnet, vgl. *Cohn*, SZ 2 (1880) 90–109; *Schneider*, SZ 6 (1885) 186–204; zum Fragment *de formula Fabiana*, vgl. *Krüger*, SZ 9 (1888) 144–151; *Gradenwitz*, SZ 9 (1888) 394–403.

[15] *Mommsen*, SZ 12 (1891) 284–293; *Mommsen*, SZ 14 (1893) 1–10. Die Papyri sind: CPR I 18 = MChr. 84 (124 n. Chr.) und BGU I 19 = MChr. 85 (135 n. Chr.) Zur im letzten Papyrus erwähnten χάρις von Hadrian bezüglich der *successio in stirpes* der Peregrinen in der weiblichen Linie, vgl. jetzt BGU XX 2863 (133 n. Chr.).

[16] Ebenfalls ein Schüler von *Wenger* (und *Spiegelberg*) ist *Erwin Seidl*, der als einer der wenigen die Trennung zwischen Papyrologie und Ägyptologie überbrückt hat, dessen Ansichten aber in vielen Aspekten isoliert geblieben sind. Nicht aus dem Kreis von *Mitteis*, sondern von *Jörs*, stammt ein weiterer wichtiger, oft umstrittener Gelehrter: *Ernst Schönbauer*. Zur Schule von *Mitteis*, vgl. *Zimmermann*, RabelsZ 65 (2001) 1–38. Drei Generationen dieser Schule haben die Handbücher erstellt, die noch immer als Standard gelten, vgl. *Mitteis*, Chrest.; *Taubenschlag*, Law; *Seidl*, Ptolemäische Rechtsgeschichte (1962); *Seidl*, Rechtsgeschichte Ägyptens (1973); *Wolff*, Recht I; *Wolff*, Recht II; *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014).

[17] Zur frühen juristischen Papyrologie in Italien, vgl. *Pivano*, Aegyptus 4 (1923) 245–282.

[18] Vgl. *Nörr*, in: Domingo, Juristas (2004) 403; *Haensch*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) XVI – XVIII und Fn. 24.

Überwiegen eines Forschungsparadigmas, das in der Historiographie bis in die 1970er Jahre die Provinz *Aegyptus* als Sonderfall, wenn nicht sogar als Ausnahme, im Kontext des römischen Reiches auffasste, und deshalb mit der Prämisse operierte, die ägyptischen Funde seien nur für *Aegyptus* von Wert;[19] 2. Die Emigration prominenter Papyrologen (Rabel, Taubenschlag, Pringsheim, Schwarz, Wolff) aufgrund ihrer jüdischen Abstammung, die in den Kriegs- und Nachkriegsjahren zu einer Verarmung der deutschsprachigen Forschung in diesem Bereich führte; 3. Die Überbetonung von zivilistischen und rechtsdogmatischen Aspekten des römischen Rechts aus hochschulpolitischen Gründen, vorrangig zu dem Zweck, seine Ansiedlung in den juristischen Fakultäten beizubehalten.

12 Aufgrund der Entfremdung zwischen Papyrologie und Romanistik blieben auch die seit den 1950er Jahren in stetigem Rhythmus publizierten Funde in der rechtshistorischen Forschung allzu oft unbeachtet, wobei zusätzlich noch an die große Menge von Material zu erinnern ist, dessen Publikation noch aussteht.[20] Hinzu kommt die wachsende Menge von Dokumenten aus dem Nahen Osten.[21] Obwohl ein nicht unbedeutender Anteil der im Jahrestakt erscheinenden Texte private Rechtsakte und Urkunden der römischen Verwaltung und Dokumente aus der Rechtsprechung betrifft,[22] werden diese von romanistischer Seite oftmals kaum bearbeitet oder auch nur beachtet.[23] Damit ist die dokumentarische Papyrologie zu einer eigenen, und weitgehend von der rechtsgeschichtlichen Forschung getrennten, Teildisziplin geworden. Dies hat zur Folge, dass die Rechtsfragen, welche die neuen Dokumente aufwerfen bzw. beleuchten, allzuoft Philologen und Historikern überlassen bleiben.

---

[19] Die These von der „Sonderstellung" Ägyptens sowohl in der römischen als auch in der hellenistischen Welt und die entsprechende Warnung gegen Verallgemeinerung der durch die ägyptischen Papyri gewonnenen Ergebnisse findet man bereits bei *Wilcken*, Grundz. XV; ferner *van Groningen*, Aegyptus 7 (1926) 189–202; *Préaux*, PapCongr. VII 203–221. Die Wende begann erst mit *Lewis*, PapCongr. XII 3–14, *Lewis*, PapCongr. XVII 1077–1084. Besonders wichtig für die Überwindung der Annahme sind die Beiträge von *Geraci*, vgl. *Geraci*, Genesi (1983); *Geraci*, Simblos 5 (2008) 161–183; vgl. auch *Wolff*, Recht I 99–103; *Mélèze Modrzejewski*, in: Lepelley, Rome II (1998) 435–493; *Mélèze Modrzejewski*, Droit et justice (2011) 241–254; zuletzt *Jördens*, Verwaltung (2009) 11–58. Im Bereich des Privatrechts führt dies zur Frage der Romanisierung der Vertragspraxis und Rechtspflege in Ägypten vor und nach der *constitutio Antoniniana*, → Rn. 86–108.

[20] Auf die circa 80'000 publizierten Texte kommen über eine Million (der Wissenschaft heute bekannte) Papyri, die in den Sammlungen auf ihre Publikation warten, vgl. *van Minnen*, PapCongr. XXIII 703–714.

[21] *Cotton/Cockle/Millar*, JRS 85 (1995) 214–235; *Gascou*, OH P 473–494.

[22] Eine hilfreiche Auswahl findet sich in den papyrologischen Berichten, die in verschiedenen rechtshistorischen Zeitschriften regelmäßig publiziert werden, vgl. *Wolff*, Recht I 19.

[23] Die wichtigste Ausnahme ist das Babatha-Archiv (P.Yadin), was vor allem mit der griechischen Übersetzung der Formel der *actio tutelae* zusammenhängt, vgl. → § 84 Rn. 20–26 mwN.

b. Organisation und Hilfsmittel

Die Papyrologie zählt zu den Disziplinen der Altertumswissenschaften, die von der Digitalisierung stark profitiert haben.[24] Dabei sind vor allem zwei Internetressourcen zu nennen: 1. papyri.info, eine von verschiedenen Autoren unter peer-review erstellte Sammlung von Texten, Übersetzungen mit Kommentar, Bibliographien, Katalogangaben und Bildern der meisten bis heute edierten Papyri;[25] 2. Trismegistos, eine sich ständig erweiternde Plattform, die nicht nur papyrologische Texte, sondern auch den bisher besten Entwurf einer Prosopographie des griechischen und römischen Ägypten enthält, und dabei besonderen Fokus auf die zahlreich erhaltenen Personen- und Familienarchive legt. **13**

Als „Archiv" wird eine Gruppe von Dokumenten bezeichnet, die in der Antike von ihren jeweiligen Inhabern oft über mehrere Generationen hinweg gemeinsam aufbewahrt wurde.[26] Für die Forschung bieten solche Archive (wie auch die sogenannten „Dossiers", d. h. Gruppen von Dokumenten, die sich zufällig auf dieselbe Person beziehen) den Vorteil, dass die so überlieferten juristischen Urkunden genauer in ihren sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Kontext eingeordnet werden können, als dies bei isoliert überlieferten Dokumenten möglich ist: Allgemein ist die Kontextualisierung – soweit verfügbar, auch die archäologische[27] – auch für die rechtliche Deutung der Papyri von großer Bedeutung. Besonders wichtig im Hinblick auf die Verbreitung des römischen Rechts in der Provinz sind die wenigen erhaltenen Archive römischer Bürger,[28] wobei es sich meist um Veteranen aus der Armee handelt.[29] **14**

[24] *Reggiani*, Digital Papyrology I (2017) und *Reggiani*, Digital Papyrology II (2018).

[25] Initiiert von *Roger Bagnall*, stellt papyri.info eine Zusammenführung der folgenden Datenbanken dar: Advanced Papyrological Information System (APIS), Duke Databank of Documentary Papyri (DDbDP), Heidelberger Gesamtverzeichnis der griechischen Papyrusurkunden Ägyptens (HGV) und Bibliographie Papyrologique (BP).

[26] Vgl. *Vandorpe*, OH P 216–255 und *Fournet*, in: Bausi et al., Manuscripts (2018) 171–183 mwN.

[27] Zur Geschichte des Verhältnisses von Archäologie und Papyrologie und zur archäologischen Kontextualisierung von papyrologischen Funden, vgl. *Cuvigny*, OH P 30–58.

[28] Diese setzen mit der Zeit des Augustus ein, und zwar mit dem Dossier des Gaius Iulius Philios, wahrscheinlich ein kaiserlicher Freigelassener, von dem einige Verträge im sog. Protarchos-Archiv überliefert sind, das hauptsächlich in BGU IV publiziert wurde, vgl. *Schnebel*, Aegyptus 13 (1933) 35–41; *van Minnen*, ZPE 199 (2016) 144–154.

[29] *Alston*, Soldier (1995); *Mitthoff*, GS Birley 377–405; eines der ältesten und (mit Blick auf die Bedeutung des römischen Bürgerrechts) aufschlussreichsten Archive eines Veteranen in *Aegyptus* ist dasjenige von Lucius Pompeius Niger aus dem 1. Jh. n. Chr., dazu *Waebens*, in: Wolff, Métier (2012) 135–153 mwN. Hinsichtlich des rechtlichen Inhalts ist vor allem das aus dem 2. Jh. n. Chr. stammende Archiv des Iulius Agrippinus zu nennen, das zahlreiche Papyri enthält, die den berühmten Prozess der Drusilla betreffen (*Rupprecht*, PapCongr. XXII 1135–1144; *Schubert*, ZPE 130 [2000] 211–217 mwN.), darunter auch der berühmte P.Cattaoui I recto (= MChr. 372, nach 142 n. Chr.), in dem in sechs Kolumnen verschiedene Präzendenzfälle zur Soldatenehe und zur Erbberechtigung der aus einer solchen Ehe geborenen Kinder gesammelt sind, vgl. *Phang*, Marriage (2001) und jetzt *Nowak*, Bastards (2020) 89 f., 145–147.

15 Die neuen digitalen Ressourcen ersetzen die traditionellen papyrologischen Instrumente, die aus den ersten Jahrzehnten des 20 Jhs. stammen, freilich nicht. Vor allem ist an den Beitrag von Friedrich Preisigke zu erinnern,[30] der verhindern wollte, den Überblick über die wachsende Zahl von Dokumenten und ihre ständige Bearbeitung zu verlieren. Aus diesem Grund schuf er als Ergänzung der Reihen zur Edition von Papyri[31] das „Sammelbuch der griechischen Papyrusurkunden aus Ägypten", das die außerhalb von Reihen edierten Papyri aufnimmt; ferner ist die „Berichtigungsliste der griechischen Papyrusurkunden aus Ägypten" zu nennen, die neue Lesungen bereits veröffentlichter Papyri sammelt. Schließlich sei das ebenfalls von Preisigke verfasste „Wörterbuch der griechischen Papyrusurkunden aus Ägypten" in Erinnerung gerufen, das den Sprachgebrauch der jeweils edierten Papyri dokumentiert.[32] Ein thematisch geordnetes Verzeichnis aller veröffentlichten dokumentarischen Papyri wurde von Wilcken begonnen,[33] wenngleich leider nicht weitergeführt; immerhin sind verschiedene thematisch geordnete papyrologische Berichte in verschiedenen Fachzeitschriften erschienen.[34]

16 Dank dieser Instrumente ist die griechische Papyrologie seit ihrer Gründung eine der am besten organisierten Disziplinen der Altertumswissenschaften. Ein ähnliches Instrumentarium ist für die in anderen Sprachen geschriebenen Papyri weitgehend ein Desideratum geblieben, was angesichts des sehr reichhaltigen demotischen,[35] koptischen[36] und arabischen[37] Materials besonders zu bedauern ist.

---

[30] Zur eigenen Rolle bei der Erstellung dieser Hilfsmittel, vgl. *Gradenwitz*, in: Planitz, Rechtswissenschaft III (1929) 54 f.

[31] Eine Übersicht über die Editionen und die üblichen Abkürzungen bildet die Checklist of Editions of Greek and Latin Papyri, Ostraka and Tablets, die 2001 als BASP Suppl. 9 publiziert wurde; nunmehr findet sich eine regelmäßig aktualisierte Version online: http://www.papyri.info/docs/checklist.

[32] Die von *Kießling* postum herausgegebenen Bände von *Preisigke* (WB I; WB II; WB III) erfassen das gesamte bis 1922 publizierte Material; das seitdem und bis 1940 publizierte Material ist teilweise in WB IV erschienen; die Urkunden bis 1989 sind in drei weiteren Ergänzungsbänden publiziert (WB Suppl. I; WB Suppl. II; WB Suppl. III.), dazu kommen noch die ebenfalls von *Preisigke* verfassten Werke: Fachwörter und NB.

[33] *Wilcken*, APF 1 (1901) 1–28, 548–552.

[34] Eine Liste hiervon bei *Wolff*, Recht I 19.

[35] Die Checklist (http://www.papyri.info/docs/checklist) weist auch demotische und koptische Papyri nach; eine zunehmende Anzahl von demotischen Papyri ist auch in Trismegistos katalogisiert, vgl. https://www.trismegistos.org/tm/list_demotic.php; einige sind auch über den Thesaurus Linguae Aegyptiae (http://aaew.bbaw.de/tla/index.html) zugänglich. Die University of Chicago publiziert online das Chicago Demotic Dictionary; vgl. *Johnson*, Grammar of Demotic (2002). Bisher sind drei Bände einer Berichtigungsliste zu demotischen Dokumenten publiziert: BL Dem. A; BL Dem. B; BL Dem. C; ein Überblick über die Forschung zu den demotischen Urkunden zuletzt bei *Lippert*, JJP 43 (2013) 33–48.

[36] Grundlegend ist *Steinwenter*, Koptische Urkunden (1955); für einen Forschungsbericht über die jüngsten Entwicklungen in der koptischen Papyrologie, vgl. *van der Vliet*, JJP 43 (2013) 187–208; zu den koptischen Papyri mit juristischem Inhalt, vgl. *Richter*, JJP 43 (2013) 405–431 mit umfassen-

Im Folgenden sind die Bereiche und Fragestellungen des römischen Rechts darzulegen, die durch die juristische Papyrologie eine genauere Behandlung und ein tieferes Verständnis erhalten haben oder erhalten könnten.[38] Dabei ist zu beachten, dass das in jüngster Zeit wieder gestiegene rechtshistorische Interesse an den papyrologischen Quellen zu einer sehr dynamischen Entwicklung der Forschung geführt hat. Diese wird am Ende vermutlich auch zu einer Neubewertung der Papyri für die römische Rechtsentwicklung führen. Gleichzeitig hat sich die Forschung zwischen der kontinentaleuropäischen Tradition des römischen Rechts und der rechtshistorischen Forschung, die im angloamerikanischen Raum eher in der klassischen Altertumswissenschaft und der alten Geschichte angesiedelt ist, stark diversifiziert, weshalb ein Dialog zwischen beiden Welten dringend wünschenswert ist.[39] Er setzt freilich voraus, dass sich die romanistische Forschung stärker für die Erkenntnisse aus papyrologischen, epigraphischen und literarischen Quellen öffnet und die Möglichkeiten der sozialhistorischen, ökonomischen und kulturellen Kontextualisierung des Rechts durch diese Quellen stärker nutzt. Im Gegenzug kann sie das ihr eigene, in Jahrhunderten dogmatischer und exegetischer Tradition gewachsene Instrumentarium einbringen, das die strukturellen und funktionalen Aspekte rechtlicher Erscheinungen genauestens zu beschreiben und zu analysieren vermag. **17**

2. Die papyrologische Überlieferung von Rechtsquellen

Einen wichtigen Beitrag zur Erforschung des römischen Rechts liefern die Papyri zunächst für die Rechtsquellen selbst. Hierzu zählt einerseits die vorjustinianische Überlieferung der juristischen Literatur, welche die Digesten ergänzt und teilweise auch korrigiert (→ Rn. 19–26); andererseits sind auch rechtliche Verlautbarungen der rö- **18**

der Bibliographie 420–431; zum multilingualen Umfeld des spätantiken Ägypten, vgl. *Fournet*, OH P 418–451.

[37] Die International Society for Arabic Papyrology wurde erst 2002 gegründet. Sie publiziert online eine Checklist of Arabic Documents (http://www.naher-osten.lmu.de/isapchecklist). Eine ständig wachsende Datenbank zur Arabischen Papyrologie findet sich unter https://www.apd.gwi.uni-muenchen.de/apd/project.jsp. Sie eröffnet nicht nur Zugang zu den Texten, sondern auch zur Bibliographie (Arabic Papyrology Bibliography of Editions and Research, vgl. http://www.naher-osten.lmu.de/apb). Zur Geschichte und zur Entwicklung der arabischen Papyrologie, vgl. *Frantz-Murphy*, MESAB 19 (1985) 34–48; *Kaplony*, Newsletter of the International Society for Arabic Papyrology 2 (2007) 1–5; *Sijpesteijn*, OH P 452–472; *Reinfandt*, JJP 43 (2013) 209–239.

[38] Die folgenden Seiten werden sich vorrangig mit dem Privatrecht und der privaten Rechtspraxis befassen. Natürlich haben die Papyri vor allem auch zur Kenntnis der römischen Provinzialverwaltung beigetragen, die aber in diesem Handbuch nicht im Zentrum steht. Ein Überblick hierzu bei *Gagos/Potter*, in: Potter, Roman Empire (2006) 45–74; *Herklotz*, OH REg 11–21; *Jördens*, OH REg 56–67; unersetzt: *Wilcken*, Grundz. und zum Steuersystem, *Wallace*, Taxation (1938).

[39] Vgl. nur *Bryen*, CPh 109 (2014) 346–365 und *Babusiaux*, AJLH 56 (2016) 6–11; eine fast symbolische Zuspitzung dieses Dialogs mit all seinen Herausforderungen und Grenzen zeigt das OH RLS, vgl. die Rez. von *Meissel*, SZ 135 (2018) 739–743.

mischen Kaiser (→ Rn. 27–34) und von untergeordneten Instanzen (→ Rn. 35–48) auf Papyrus bezeugt.

a. Rechtsliteratur auf Papyri

19 Abschriften der rechtswissenschaftlichen Literatur müssen in Ägypten in der Spätantike vorhanden gewesen sein, zumindest seit der Gründung der juristischen Fakultät von Alexandria, die von Justinian im Rahmen seiner Studienreform geschlossen wurde.[40] Leider scheinen sie unter dem allgemeinen Schicksal der Papyri aus dem Delta gelitten zu haben, die nur insoweit erhalten sind, als der Zufall sie in andere, trockenere Regionen Ägyptens brachte. Nicht alle juristischen Werke sind jedoch verloren, sondern immerhin in einigen Fragmenten erhalten.[41]

20 Die Überlieferung der juristischen Literatur aus Ägypten ist zwar eher fragmentarisch, aber dennoch bedeutsam: Die lateinischen Fragmente stellen fast die Hälfte aller lateinischen literarischen Papyri dar.[42] Hinsichtlich der griechischsprachigen Fragmente ist nach den Angaben der REDHIS-Forschergruppe mit einer gewissen Dunkelziffer zu rechnen, weil viele Papyri in griechischer Sprache lange nicht unter dem Aspekt juristischer Überlieferung geprüft wurden.[43] Jedenfalls fand Rechtsunterricht auch in griechischer Sprache statt, weshalb griechische Übersetzungen, Anmerkungen (Glossen) und Anleitungen auch im juristischen Material häufig sind.

21 Eines der frühesten edierten und bis heute eines der längsten papyrologisch erhaltenen Werke der juristischen Literatur besteht aus einem Teil eines griechisch abgefassten Kommentars zu Ulpians *libri ad Sabinum*, den sogenannten Scholia Sinaïtica, die Gregorios Bernardakis vor dem Jahr 1879/80 in der Bibliothek des Katharinenklosters am Fuße des Berges Sinai entdeckte.[44]

22 Die berühmtesten papyrologischen Fragmente der Rechtsliteratur bilden bis heute P.Oxy. XVII 2103 (3. Jh. n. Chr., Oxyrhynchos) und PSI XI 1182 (6. Jh. n.Chr., Antinoopolis), das heißt die sog. Oxforder[45] und Florentiner[46] Fragmente der Institutionen

---

[40] Uns bekannt durch § 7 der *constitutio Omnem*, der ihre Aktivität untersagte. Zu den spätantiken Schulen in Alexandria, vgl. Beiträge in: Derda et al., Alexandria (2007) mwN. und *Majcherek*, PapCongr. XXV 471–484.

[41] Vgl. *Mantovani*, in: Mantovani/Ammirati, Giurisprudenza (2018) 12–15; zuvor *McNamee*, GRBS 36 (1995) 413.

[42] CPL 70–101; *Seider*, Pal. Gr. II.2; *Montevecchi*, Papirologia (1988) 238; *Ammirati*, JJP 40 (2010) 55–110; *Ammirati*, PapCongr. XXVI 19–25; *Ammirati*, Libro (2015).

[43] Über das REDHIS-Projekt (REDiscovering the HIdden Structure), vgl. *Mantovani*, in: Lohsse et al., Texte wiederherstellen (2017) 171–192; *Babusiaux*, SZ 137 (2020) 666–682.Vgl. http://redhis.unipv.it.

[44] Erste Edition: *Dareste*, BCH 4 (1880) 449–460; *Dareste*, NRH 4 (1880) 643–658; für eine erste rechtsgeschichtliche Studie, vgl. *Lenel*, SZ 2 (1881) 233–237. Vgl. jetzt *Thüngen*, RIDA 64 (2017) 313–366; eine neue Edition durch *Mantovani* und *Stolte* ist im Rahmen des REDHIS-Projektes geplant, vgl. *Mantovani*, in: Lohsse et al., Texte wiederherstellen (2017) 186.

[45] Zum Oxforder Fragment, vgl. *Levy*, SZ 48 (1928) 532–549 (= *Levy*, Ges. Schr. I 31–48); *Collinet*,

des Gaius (→ § 7 Rn. 4).[47] Sie ergänzen den Veroneser Gaius mit Blick auf das Konsortium *ercto non cito*, die *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* und die *legis actio per condictionem*, ferner hinsichtlich der *actio tributoria* und der *actio de peculio vel de in rem verso*. Zudem geben sie Aufschluss über die Textgeschichte der gaianischen Institutionen.

Ein weiteres in der Romanistik – auch wegen seiner imposanten Textmenge von mehr als 100 (unvollständigen) Zeilen – viel beachtetes Fragment ist der Papyrus Hauniensis Nr. 45, der aus mehreren zwischen Kopenhagen, Neapel und Kairo verstreuten Fragmenten besteht.[48] Der auf das 4. Jh. datierte Papyruskodex enthält einen Kommentar *de legatis et fideicommissis*[49] und ist mit auffällig vielen Papinianzitaten gespickt.[50] Umstritten geblieben sind Textgattung – Traktat zum Vermächtnisrecht, Institutionenlehrbuch, kasuistisches Werk – und Urheberschaft. Es könnte sich um das Werk eines Juristen der Severerzeit handeln, wobei sowohl Papinian selbst als auch Ulpian, Modestinus oder auch Marcian erwogen werden; möglich ist aber auch die Autorschaft eines nicht näher bekannten Juristen aus der Generation nach Ulpian.[51] **23**

Das Interesse an der spätantiken Rechtskultur und der entsprechenden Überlieferung der juristischen Literatur hat seine Zuspitzung und methodische Schärfung in den Arbeiten des REDHIS-Projektes gefunden, das eine Vielzahl von neuen Fragmenten juristischer Schriften ermittelt und zugänglich gemacht hat.[52] Neben einigen neuen **24**

RHD 7 (1928) 92–97; *de Zulueta*, LQR 44 (1928) 198–208. Zur Konjektur, die den Oxforder Gaius mit der Bibliothek der Familie von Sarapion, einem Strategen vom Beginn des 3. Jh. verbindet, vgl. *Houston*, Roman Libraries (2014) 143–150, dazu paläographisch *Ammirati*, PapCongr. XXVI 20. Neuedition jetzt *Fressura*, in: Babusiaux/Mantovani, Istituzioni di Gaio (2020) 359–389.

[46] Dazu insb. *Arangio-Ruiz*, BIDR 42 (1934) 570–624 (= *Arangio-Ruiz*, St. epigrafici 55–109); *Levy*, SZ 54 (1934) 258–311; *Collinet*, RHD 13 (1934) 96–113; *de Zulueta*, JRS 24 (1934) 168–186.

[47] *Nelson*, Symb. David I 135–180; *Nelson*, Überlieferung (1981) 46–79.

[48] Das größte Bruchstück gehört, zusammen mit vier kleineren Fragmenten, zur Kopenhagener Papyrussammlung und wurde 1985 von *Bülow-Jacobsen* als P.Haun. III 45 ediert, vgl. *Bülow-Jacobsen/Larsen*, P.Haun. III (1985) 11–22. Zwei weitere Fragmente, CPL 73 A und B, die *Arangio-Ruiz* gehörten und von ihm veröffentlicht wurden (*Arangio-Ruiz*, FS Schulz II 3–8), wurden bereits von *Bülow-Jacobsen* als Teil desselben Papyrus erkannt. Weitere Bruchstücke aus dem Ägyptischen Museum Kairo wurden jetzt von *Gallazi* im Rahmen des REDHIS-Projekts identifiziert, dazu (vorerst) *Babusiaux*, SZ 137 (2020) 670.

[49] *D'Ippolito/Nasti*, SDHI 69 (2003) 383–398; *D'Ippolito/Nasti*, ACost. XV 239–242; *D'Ippolito/Nasti*, PapCongr. XXIII 153–154; *Nörr*, SZ 127 (2010) 53–114; *Nasti*, Papyrus Hauniensis I (2010); *Liebs*, Mél. Humbert (2012) 481–494; *Nasti*, Papyrus Hauniensis II (2013); *Nasti*, PapCongr. XXVII 1591–1602.

[50] Papinian wird 13-mal insgesamt, mit Ulpian 5-mal zitiert; daneben wird Pomponius zwei Mal und Celsus und Paulus je einmal zitiert, vgl. *Liebs*, Mél. Humbert 481–494.

[51] Vgl. *Nörr*, SZ 127 (2010) 100–110; *Liebs*, Mél. Humbert 481–494; *Nasti*, PapCongr. XXVII 1591–1602.

[52] Zahlreiche bereits bekannte kleinere Fragmente aus nicht identifizierten Werken der römischen Rechtswissenschaft werden im Rahmen des Projekts neu bearbeitet: vgl. etwa P.Oxy. XVII 2089 (4.–5. Jh. n. Chr.), dazu als erster *Levy*, SZ 48 (1928) 549–555; P.Ant. 22 (4. Jh. n. Chr.), dazu *Metzger*,

Funden, die unbekannte Werke bezeugen oder neues Textmaterial hervorgebracht haben – namentlich von Papinian, Paulus, Callistratus und Marcian –[53], hat sich die REDHIS-Gruppe vor allem mit Überlieferungsfragen und mit dem Paratext der juristischen Überlieferung befasst.

25 Als Paratext[54] werden die äußeren Merkmale des Textes bezeichnet, die den Leser bei der Lektüre begleiten und die Rezeption des Textes anleiten:[55] Für die juristischen Texte typisch sind u. a. die rote Rubrizierung[56], die Ekthesis am Anfang eines Kapitels, das heißt ein gegenüber dem Haupttext größerer Anfangsbuchstabe, der am linken Rand ausgestellt ist,[57] weiter die häufige Verwendung von Siglen und Abkürzungen.[58] Das papyrologische Material zeigt dabei, dass sich die Literatur zum römischen Recht nicht nur durch ihren Inhalt ausweist, sondern auch durch ihre äußere Gestalt eindeutig identifizieren lässt. Einen besonders wichtigen Aspekt des juristischen Paratextes machen in den Text eingefügte Kommentare, Glossen und Anmerkungen aus, die nicht nur in lateinischer, sondern seit dem 3. Jh. auch in griechischer Sprache belegt sind[59] und neue Einblicke in die Rechtskultur der Spätantike bieten.

26 Mit den Erkenntnissen des REDHIS-Projektes zur Gestalt der juristischen Literatur wird die anachronistische Qualifizierung der juristischen Literatur als „Fachtext“ oder „Gebrauchstext“ hinfällig,[60] die für einige der stilistischen Vorurteile der Interpolati-

---

SDHI 72 (2006) 111–137 und *Giménez-Candela*, Est. d'Ors I 557–577; P.Berl. inv. 6757 (4. Jh. n. Chr.); P.Berl. inv. 6758 (6. Jh. n. Chr.); P.Berl. inv. 6759 + 6761 (6. Jh. n. Chr.). Zu BKT IX 201 (4.–5. Jh. n. Chr.), vgl. *Ammirati*, BKT X 249–265 und *Cascione*, JJP 38 (2008) 63–71.

[53] Von den *libri responsorum* Papinians (→ Fn. 10) wurden drei neue Abschriften entdeckt: P.Berol. inv. P 11323, P.Berol. inv. P 14079, P.UB Trier S 135–4+5; weiter ein neues Fragment aus Paulus' *manualia*: P.Vindob. L 124; eine Abschrift der *cognitiones* des Callistratus: P.Vindob. L 26; sowie eine Abschrift der Institutionen Marcians: P.Vindob. L 59 + 92, vgl. *Fressura/Mantovani*, Athenaeum 106 (2018) 619–690. Die Fragmente stammen alle von Pergament- oder Papyruskodexen aus dem 4.–5. Jh.

[54] *Mantovani*, Juristes écrivains (2018) bes. 241–284 mit einer umfassenden Liste der epitextuellen Elemente; vgl. *Ammirati*, SETE 5 (2017) 248–264. Für die kulturelle Bedeutung von Schrift und „mise en page“ im Allgemeinen, vgl. etwa *Fournet*, JJP 43 (2013) 148–160.

[55] Die Elemente des Paratextes sind: „À l'intérieur et au-delà du texte, qu'il soit antique ou moderne, se trouve immanquablement un paratexte, constitué d'éléments hétérogènes qui enrichissent et orientent la lecture: le titre général qui instaure la première prise de contact avec le lecteur potentiel, les titres intermédiaires, la subdivision en chapitres, les illustrations, et tous les procédés verbaux et graphiques qui accompagnent le lecteur dans la consultation du texte.“, vgl. *Mantovani*, Juristes écrivains (2018) 241.

[56] Petron. 46,7, dazu *Ammirati*, JJP 40 (2010) 58 Fn. 7; *Mantovani*, Juristes écrivains (2018) 20–25, der mit P.Mich. VII 456 + P.Yale inv.1158r (1. Jh. n. Chr.) auch einen materiellen Beleg für diese literarische Aussage liefern kann.

[57] *Mantovani*, Juristes écrivains (2018) 27.

[58] *Mantovani*, Juristes écrivains (2018) 28 mit Verweis auf P.Mich. VII 456 + P.Yale inv. 1158r (1. Jh. n. Chr.), Z. 9: „d.f.o.“ für „*dare*, *facere*, *oportere*“.

[59] Vgl. etwa P.Berol. inv. 13924 (6. Jh. n. Chr.): *Ammirati/Fressura/Maravela*, BKT X 126–134. Ein Großteil des bereits bekannten Materials bei *McNamee*, Annotations (2007).

[60] *Mantovani*, Juristes écrivains (2018) 50.

onenkritik mitverantwortlich war. Der Hauptertrag des REDHIS-Projektes liegt darin, das Fortleben des römischen Rechts in der Spätantike bis hin zu Justinian belegt und anhand der materiellen Überlieferung aufgezeigt zu haben. Damit verbunden sind weitreichende Folgerungen zum Gebrauch dieser Literatur, zur Bilingualität der Juristenschriften und ihrer Kommentierung sowie zu Edition und Abschrift juristischer Werke in der Antike und Spätantike.[61]

b. Kaiserliche Konstitutionen

Die Anzahl der in den Papyri erwähnten oder mehr oder weniger ausführlich wiedergegebenen kaiserlichen Konstitutionen ist überwältigend. Zusammen mit den epigraphischen Zeugnissen (→ Rn. 153–176) sind die Papyri nach den Sammlungen der Spätantike eine zentrale Quelle für unser Wissen über die kaiserliche Gesetzgebung.[62] **27**

So taucht zum Codex Theodosianus und Codex Justinianus ständig neues papyrologisches Material auf. Auch hierzu hat das REDHIS-Projekt wichtige Fundstücke hinzugefügt,[63] wobei namentlich eine Abschrift der Digesten aus justinianischer Zeit[64] sowie ein Fragment aus einer Edition des Codex Theodosianus mit griechischen Annotierungen zu nennen sind.[65] Manche Forscher glauben auch, neue dokumentarische Belege für den Codex Gregorianus (→ § 7 Rn. 57) gefunden zu haben.[66] **28**

Für die Zeit des Prinzipats ist aus der beachtlichen Menge von Texten vor allem der P.Giss. I 40 (ca. 215 n. Chr., Apollonopolites Heptakomias) zu erwähnen, der die Hauptquelle für die sog. *constitutio Antoniniana* bildet, da diese allgemeine Bürgerrechtsverleihung durch Caracalla (→ Rn. 85, Rn. 92) in den überlieferten zeitgenössischen Quellen– soweit sonst ersichtlich – kaum näher behandelt wird.[67] **29**

---

[61] Hierzu gehört die Widerlegung von *Wieackers* These einer systematischen Umschrift von Papyrusrollen in *codices*, vgl. *Wieacker*, Textstufen (1960) 195; dazu nun *Mantovani*, Juristes écrivains (2018) 259–261, der als Beleg P.Mich. VII 456 + P.Yale inv. 1158r zitiert; umfassender die Beweisführung bei *Ammirati*, JJP 40 (2010) 55–110, bes. 61–74.

[62] *Taubenschlag*, Opera II 3–43, 45–68, 69–89; *Amelotti/Migliardi Zingale*, Costituzioni giustinianee (1985); *Oliver*, Greek Constitutions (1989); *Purpura*, Aegyptus 89 (2009) 221–266.

[63] University of Pennsylvania Museum inv. E 16694 (4.–5. Jh. n. Chr.): offenbar eine bisher unbekannte Konstitutionensammlung; ferner P.Gen. Lat. inv. 6, dazu *Mantovani/Ammirati/Fressura*, SZ 132 (2015) 299–323.

[64] P.Berol. inv. 14081, dazu *Fressura/Mantovani*, Athenaeum 105 (2017) 689–716.

[65] P.Berol inv. P 14057 + 14059 + 14060 + 14061 + 14062 + 14064 + 14065 + 14072 + 14075 + 16976 + 16986 + P.Vindob. L 164 (?), Papyrus codex (5.–6. Jh., Hermopolis Magna [?]). Vgl. auch P.Vindob. L 44.

[66] So gehen *Corcoran* und *Salway* davon aus, dass die auf Pergamentfetzen überlieferten *Fragmenta Londiniensia Anteiustiniana* aus diesem Codex stammen, vgl. *Corcoran/Salway*, SZ 127 (2010) 677 f.; *Corcoran/Salway*, RLT 8 (2012) 63–83; s. a. https://www.ucl.ac.uk/volterra/texts/fla.

[67] Eine eher beiläufige Erwähnung findet sich in Ulp. 22 ed. D. 1.5.17; D. C. 78,9,5.

30 Viel Aufmerksamkeit haben auch die sogenannten *apokrimata* des Septimius Severus und des Caracalla erhalten (→ § 6 Rn. 116 f.). Es handelt sich um Rechtsauskünfte der beiden Kaiser aus der Zeit ihres Aufenthalts in Ägypten in den Jahren 199–200.[68] Nach der Anzahl der Abschriften zu urteilen fanden diese Auskünfte besondere Aufmerksamkeit in der lokalen Bevölkerung, die weit über die übliche Rezeption des Kaiserrechts in der Provinz hinausgeht. So enthält P.Col. VI 123 (200 n. Chr., Arsinoites) eine Sammlung von dreizehn dieser Konstitutionen,[69] die nach Angabe des Schreibers direkt von dem in der Stoa des Gymnasiums von Alexandria veröffentlichten Text abgeschrieben wurden. Hinzu kommen weitere Papyri,[70] wobei manche Entscheidungen sogar mehrfach belegt sind.[71] Die Interpretation dieser Texte wird dadurch erschwert, dass sie nur die kaiserlichen Antworten enthalten, so dass Anfrage und Sachverhalt nur schwer rekonstruierbar sind. Es gibt Indizien dafür, dass derartige Sammlungen sogar amtlich publiziert wurden, und insofern einen Vorläufer der späteren Sammlungen des Kaiserrechts darstellen könnten.[72]

31 Die *apokrimata* und andere papyrologische wie epigraphische Belege geben Aufschluss über Details der kaiserlichen Gesetzgebung und Rechtssetzung. Dies gilt na-

---

[68] Zusammen mit der Lit. zu P.Col. VI 123 (→ Fn. 68), vgl. etwa *Lewis*, RIDA 25 (1978) 224–241; *Turpin*, BASP 18 (1981) 145–160; *Oliver*, Greek Constitutions (1989); *Lewis*, RHD 77 (1999) 97–98; *Haensch*, in: Haensch/Heinrichs, Herrschen (2007) 213–233 mwN.

[69] *Westermann/Schiller*, Apokrimata (1954), dazu *De Francisci*, Iura 6 (1955) 184–188; *Gaudemet*, RHD 32 (1955) 475–481; *Arangio-Ruiz*, Gnomon 28 (1956) 186–192; Jones, JHS 76 (1956) 144; *d'Ors*, Emerita 24 (1956) 417–425; *Stein*, AJCL 5 (1956) 686–690; *Taubenschlag*, JJP 9/10 (1955/56) 554–556; *Welles*, AJPh 77 (1956) 84–88; *Wolff*, SZ 73 (1956) 406–418; *Daube*, JRS 48 (1958) 234; *David*, Mnemosyne 11 (1958) 84 f. Als Teil- oder Gesamtstudien, vgl. *Youtie/Schiller*, CE 30 (1955) 327–345; *David*, Symb. Taubenschlag I 191–195; *Lewis*, Symb. Taubenschlag I 217–219 (= *Lewis*, Coll. Pap. 53–55); *d'Ors*, Symb. Taubenschlag III 83–88; *Pringsheim*, Symb. Taubenschlag I 237–249; *van Oven*, Labeo 2 (1956) 85–89; *Schönbauer*, Anz. Ak. Wien 94 (1957) 165–197; *Oertel*, JJP 11/12 (1957/58) 51–57; *Guey*, REA 61 (1959) 134–139; *Merentitis*, ΠΛΑΤΟΝ 30 (1978) 31–44; *Nörr*, PapCongr. XVI 575–604; ein Überblick zuletzt bei *Purpura*, St. Guizzi II 684–718.

[70] Eine Übersicht hierzu bei *Haensch*, in: Haensch/Heinrichs, Herrschen (2007) 226–233.

[71] Dies gilt für ein Reskript zur *longi temporis praescriptio*, das in BGU I 267 (199 n. Chr.) und in P.Strasb. I 22 (217 n. Chr.) belegt ist; eine Entscheidung zur *cessio bonorum*, in P.Oxy. XII 1405 (236/37 n. Chr.), P.Oxy. XLIII 3105 (229–235 n. Chr.) und P.Oxy. LXIV 4437 (229–237 n. Chr.); ferner ist eines der *apokrimata* aus P.Col. 123 8–10 erneut in P.Amh. II 63 (200 n. Chr.) überliefert; eine Entscheidung, die in SB XIV 11875 = P.Mich. IX, 529 (237 n. Chr.) Septimius Severus und Caracalla zugewiesen wird, erscheint in P.Berol. inv. 7216 als eine des Caracalla allein. Zu diesem sogenannten Michigan-Berliner *apokrima*, vgl. *Lewis*, CE 51 (1976) 320–330 (= *Lewis*, Coll. Pap. 201–211); *Oliver*, ZPE 31 (1978) 139–140; *Lewis*, in: Pintaudi, Miscellanea Papyrologica (1980) 127–133 (= *Lewis*, Coll. Pap. 212–218); *Lewis*, APF 33 (1987) 49–53 (= *Lewis*, Coll. Pap. 219–223). Ungenauigkeiten und Divergenzen zwischen den verschiedenen Belegen sind auch sonst zu beobachten, vgl. *Haensch*, in: Haensch/Heinrichs, Herrschen (2007) 223.

[72] Vgl. den sonst unbekannten γνώμων des Severus und Antoninus, der in P.Oxy. LXIV 4435 erwähnt wird, sowie P.Oxy. XII 1407, eine Sammlung von Reskripten aus der 2. Hälfte des 3. Jhs., dazu *Wolff*, SZ 69 (1952) 128–153; *Mélèze Modrzejewski*, APF 34 (1988) 79–136.

mentlich für die Abfassung, Publikation, Verbreitung und Konservierung der kaiserlichen Konstitutionen,[73] insbesondere der Reskripte (→ § 6 Rn. 108–117), die in der hohen Prinzipatszeit zu einem Instrument der Rechtsvereinheitlichung und zentralen Kontrolle der Rechtsprechung wurden.

Ein Dokument eigener Art wird in BGU V 1210 (159–180 n. Chr., Theadelphia) **32**
überliefert: der sogenannte Gnomon (wörtlich: „Maßstab, Regel") des Idios Logos. Nach dem Vorwort des Textes handelt es sich eigentlich um eine Epitome oder ein Supplementum zu dem ursprünglich augusteischen γνώμων, einem *liber mandatorum* zur Ausübung des Prokuratorenamtes (ἐπίτροπος, *procurator*) des ἴδιος λόγος (wörtlich: „des besonderen Kontos"). Dieses Konto existierte bereits in ptolemäischer Zeit und umfasste die außerordentlichen Einkünfte des Fiskus, vor allem aus Landkonfiskationen.[74] Die Aufgabe des römischen Procurators des ἴδιος λόγος, manchmal selbst einfach „ἴδιος λόγος" genannt, bestand in der Verwaltung und dem Verkauf von bestimmten Priesterstellen und von konfisziertem Eigentum, darunter *bona vacantia*, *caduca* und *bona damnatorum*, wobei dem Beamten eine eigene Rechtsprechungsgewalt in diesem Bereich zukam.[75]

Der in BGU V 1210 überlieferte Text enthält nach eigenem Bekunden nicht den auf **33**
Augustus zurückzuführenden γνώμων, sondern lediglich die durch einen anonymen Kompilator gesammelten Zusätze zu diesem, die er aus späteren kaiserlichen Konstitutionen, Senatsbeschlüssen, Edikten der Präfekten oder auch Entscheidungen von früheren ἐπίτροποι distillierte.[76] Der in 115 Paragraphen gegliederte Papyrus ist – abgesehen von einer lückenhaften letzten Kolumne – sehr gut erhalten;[77] die Interpretation des Textes wird allerdings durch die teilweise entstellende Kürze der Bezugnahmen, die vielleicht zum Teil mit seiner ergänzenden Funktion zusammenhängt, erschwert. Inwieweit der Text verlässliche Informationen zum römischen Recht ver-

---

[73] Vgl. etwa *Williams*, JRS 64 (1974) 86–103; *Williams*, ZPE 22 (1976) 235–245; *Coriat*, Législateur (1997) 322–329, 608–634; *Varvaro*, AUPA 51 (2006) 381–431, alle mwN. Vgl. jetzt den Papyrus BGU XX 2863, der zeigt, dass die χάρις des Hadrian in BGU I 19 (dazu als erster *Mommsen*, SZ 14 [1893] 1–10) die Form einer *epistula* hatte und der ägyptischen Bevölkerung durch ein Edikt des Präfekten bekannt gemacht wurde.

[74] Die Bezeichnung ἴδιος λόγος erklärt sich am besten im Gegensatz zum regulären Staatseinkommen, z. B. durch Steuern. Die weit verbreitete Übersetzung als *res privata* (vgl. *Arangio-Ruiz*, Storia [1957] 245; *Wieacker*, RRG II 25) ist irreführend, da *res* (oder *ratio*) *privata*, getrennt von *fiscus* und *patrimonium*, erst im 2. Jh. aufkommt (zwar nicht mit Septimius Severus, wie HA, Sev. 12,1–4 nahelegt, sondern bereits mit Antoninus Pius, vgl. CIL VIII 8810 und VI 41118). Der ἴδιος λόγος wird durch Augustus von der ptolemäischen Verwaltung übernommen und es gibt kaum Zweifel daran, dass die Einnahmen (die schließlich auch die *caduca* umfassten) dem *fiscus* anfielen, nicht dem *patrimonium*, vgl. *Mitteis*, RP 327 und Fn. 24.

[75] Zum Amt des ἐπίτροπος (*procurator*), vgl. *Swarney*, Idios logos (1970).

[76] Zum Gnomon des Idios Logos, vgl. den Überblick bei *Riccobono*, Gnomon (1950) mwN.; weitere Lit.: *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 520–557, jetzt *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 108–177.

[77] Eine weitere Teilabschrift (die offenbar trotz der Datierung des Dokumentes auf das 1. Jh. in der Edition ungefähr zeitgleich ist) findet sich in P.Oxy. XLII 3014.

mittelt, ist umstritten; nach skeptischen Stellungnahmen im 20. Jh. sind jüngere Arbeiten optimistischer.[78] Für das römische Privatrecht von Interesse sind insbesondere die detaillierten Ausführungen (§ 4–54) zum Erb- und Eherecht sowie zur Mitgift und zur Ehegattenschenkung. Die Vorschriften unterscheiden jeweils zwischen den verschiedenen Bevölkerungsgruppen (Römer, Alexandriner, Ägypter), und geben damit einen Einblick in die Auswirkungen des bürgerrechtlichen Status auf das Rechtsleben der Bevölkerung.[79]

34 Gegen eine naive Inanspruchnahme der papyrologischen Quellen für eine ‚unmittelbare' Kenntnis des römischen Kaiserrechts ist zu beachten, dass die direkte Überlieferung dieser Texte außerhalb der justinianischen Kodifikation nicht unbedingt bedeuten muss, dass sie verlässlicher sind: Vielmehr ist jeweils genau zu untersuchen, ob es sich um ein öffentliches oder privates Dokument handelt, und welche Intentionen der Verfasser verfolgt haben könnte. Aus diesem Ursprung des Textes können sich Abkürzungen, Ungenauigkeiten, Fehler oder sogar Manipulationen ergeben oder erklären lassen.[80]

c. Edikte der Präfekten

35 Zahlreiche Papyri illustrieren, auf welche Weise die Provinzstatthalter ihr *ius edicendi* ausübten. Die Überlieferung aus Ägypten ergänzt und vervollständigt damit die insoweit eher sporadischen epigraphischen Belege solcher Rechtsakte (→ Rn. 155–161): Die auf Papyrus überlieferten Edikte (διατάγματα) des *praefectus Aegypti* decken ganz verschiedene Bereiche ab und enthalten sowohl allgemeine Anordnungen als auch spezifische Durchführungsbefehle.[81] Im Folgenden sind nur die für das Privatrecht wichtigsten Zeugnisse zu nennen.

36 Herausragende Bedeutung kommt dem Edikt des Tiberius Iulius Alexander von 68 n. Chr. zu, das vorrangig epigraphisch, zu einem geringeren Teil aber auch papyrolo-

[78] Vgl. *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 108–177.

[79] Vgl. die Beiträge in: Harter-Uibopuu/Kruse, Gnomon des Idios Logos (2021) mwN.

[80] Die Fälschung kaiserlicher Verlautbarungen war offensichtlich häufig genug, um eine imperiale Reaktion hervorzurufen, vgl. *Sciortino*, AUPA 45 (1998) 443–456. Das Verständnis des Gnomon des Idios Logos steht vor spezifischen Problemen. Zum einen liegt offensichtlich eine offiziöse Kompilation vor, die nicht einmal einen Ausgangstext wiedergibt, sondern versucht, grundlegende Regeln zu formulieren; auffällige Ungenauigkeiten sind seit langem bekannt, die oft dazu führen, Konfiskationen zuzulassen, obgleich sie bei korrekter Anwendung des römischen Rechts nicht zulässig wären. So sind z. B. Fideikommisse, die nach der in Gai. 2.287 mitgeteilten Regelung aus der *oratio Hadriani* nur unwirksam wären, zu konfiszieren (§ 16); unmittelbare Konfiskation ist auch die Rechtsfolge für *caduca* (§ 27, § 30), ohne dass die mögliche *capacitas* anderer Erben oder Legatare erörtert würde (Gai. 2.207); ebenfalls erstaunlich ist die in § 33 referierte und nach Gai. 1.115a nicht länger notwendige *coemptio testamenti faciendi gratia*; nuancierend zu diesen Abweichungen jetzt *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 108–177.

[81] *Katzoff*, ANRW II.13 807–844; *Anagnostou-Cañas*, PapCongr. XXVI 27–30.

gisch überliefert ist.[82] Das umfangreiche, und in seinen Anordnungen überaus komplexe Dokument betrifft primär fiskale Missbräuche; seine ersten Abschnitte (Z. 15–26) berühren aber auch Fragen des Privatrechts. Hierzu zählen Fragen der Forderungsabtretung, sofern sie zu unzulässiger Inhaftierung wegen Privatschulden führen. Zu nennen sind auch das Vollstreckungsprivileg des Fiskus mit seinen Auswirkungen auf private Erwerbsgeschäfte sowie die Voraussetzungen, unter denen es zu einer „Verfangenschaft" (κατοχή) kommen konnte;[83] ferner das Vollstreckungsprivileg (πρωτοπραξία) der Frau mit Blick auf die Mitgiftforderung.

Zahlreiche Papyri betreffen die Funktionsweise der staatlichen Besitzarchive, welche **37**
die Römer in ganz Ägypten aufbauend auf ptolemäischenVorbildern etablierten.[84] Solche Archive waren sowohl lokal in den Hauptstädten (*metropoleis*) der Gaue (*nomoi*) angesiedelt (βιβλιοθῆκαι [τῶν] ἐγκτήσεων) als auch zentral in der Hadrianischen Bibliothek (Ἁδριανὴ βιβλιοθήκη) und dem sog. Nanaion in Alexandria (βιβλιοθήκη τοῦ Ναναίου).[85] In diesen Archiven wurden die Urkunden über private Rechtsgeschäfte zu Grund und Boden gesammelt und verwahrt.[86]

Die wichtigsten Quellen für das Verständnis dieses Archivwesens sind eine Reihe von **38**
Präfektenerlassen. Hierzu gehören namentlich das in P.Oxy. II 237 (186 n. Chr.), col. VIII, Z. 27–43 überlieferte Edikt des M. Mettius Rufus aus dem Jahre 89 n. Chr, das gleichfalls in P.Oxy. II 237, col. VIII, Z. 21–27 (und in P.Merton III 101) überlieferte Edikt des Sulpicius Similis aus dem Jahre 109 n. Chr., sowie die in P.Oxy. I 34 = MChr. 188 enthaltenen Edikte des Flavius Titianus aus dem Jahre 127 n. Chr. Aus ihnen lassen sich die drei Grundprinzipien für die Funktionsweise der Besitzarchive distillieren: Erstens, die Eintragung als Eigentümer setzte zwingend eine notarielle Urkunde voraus;[87] eine Eigentumsübertragung oder Verpfändung wurde zweitens notariell nur

[82] OGIS II 669; teilweise auch in BGU VII 1563; *Chalon*, Edit (1964).

[83] Zum komplexen Problemkreis, vgl. *Mitteis*, RP 370–375; *Wieacker*, FS Koschaker I 245 f.; *Wesenberg*, s. v. Protopraxia, RE XXIII.1 986 f.; *Wagner*, PapCongr. XIII 447–460; *Wagner*, Legalhypotheken (1974) 93–95; *Purpura*, SDHI 44 (1978) 452–460; *Wieling*, TR 56 (1988) 279–298; *Wieling*, SZ 106 (1989) 404–433; *Lenz*, Privilegia Fisci (1994).

[84] Die Besitzarchive entstanden, wie längst anerkannt, durch Abspaltung vom allgemeinen Gauarchiv (βιβλιοθήκη δημοσίων λόγων), vgl. *Wolff*, Recht II 49, 222. Ein δημόσιον als Gauarchiv ist für die ptolemäische Zeit bezeugt und wahrscheinlich ist es nur der Mangel an spätptolemäischen und frührömischen Papyri, der Kontinuität zwischen diesem und seinem römischen Gegenstück verblassen lässt; skeptischer, *Wolff*, Recht II 46.

[85] Die Bezeichnung lässt sich aus dem Zusammenhang mit dem Tempel der Nana (Isis) in Alexandria erklären, vgl. bereits *Mitteis*, Grundzüge 84; *Wolff*, Recht II 47 Fn. 13.

[86] Auch Sklavenbesitz ist als Registrationsgegenstand belegt, wenngleich nur selten, vgl. *Wolff*, Recht II 224 f. Über die βιβλιοθήκη allgemein, vgl. vor allem *Wolff*, Recht II 222–255; ferner *Maresch*, APF 48 (2002) 233–246; *Jördens*, Symposion 2009 277–290; *Lerouxel*, Ann. Hist. Sc. Soc. 67 (2012) 629–659; *Anagnostou-Cañas*, PapCongr. XXVI 29; *Claytor*, Mechanics (2014) 74–81; einen Überblick mit Quellen auch zu den anderen Registraturbüros, wie etwa der βιβλιοθήκη δημοσίων λόγων, bei *Kruse*, in: Keenan et al., Law and Legal Practice (2014) 62–83.

[87] Aus diesem Grund erfolgt immer eine „öffentliche Kundgabe" durch δημοσίωσις oder ἐκ-

dann beurkundet, wenn eine Bewilligung (ἐπίσταλμα) des Besitzarchivs vorlag;[88] und drittens wurde eine Bewilligung ihrerseits nur erteilt, wenn das betroffene Gut im Archiv ohne „Verfangenschaft“ (κατοχή) und als Eigentum des Veräußerers eingetragen war.[89]

39 Den Verkauf von Grundeigentum betrifft auch das in P.Oxy. XLI 2954 (3. Jh. n. Chr.), Z. 12–25 enthaltene Edikt des Avidius Heliodorus aus dem Jahre 137 n. Chr. Es spricht von einer Pflicht, Miteigentümern und Nachbarn einen bevorstehenden Verkauf mitzuteilen, was ein Vorkaufsrecht zu ihren Gunsten zu implizieren scheint.[90]

40 Eine Reihe von Erlassen bekämpft betrügerische Verhaltensweisen von Schuldnern und Gläubigern. Wie P.Fay. 21 belegt, dehnte der Präfekt Petronius Mamertinus im Jahr 134 n. Chr. ein früheres Edikt, welches das Ausstellen von Quittungen gegen Zahlung vorschrieb, auf öffentliche Schulden aus. Der im Einzelnen nicht vollständig geklärte Text scheint sich auch auf Gläubiger zu beziehen, die ihre Schuldner durch die Verweigerung der Zahlungsannahme zwangen, einen Zahlungsaufschub zu erkaufen.[91] Umgekehrt suchte ein Edikt des Valerius Eudaemon im Jahr 142 n. Chr. (P.Oxy. 237, col. VIII, Z. 7–18), die aus betrügerischer Absicht von zahlungsunwilligen Schuldnern vorgetragene Behauptung zu unterbinden, die Schuldurkunde sei gefälscht oder sie seien betrogen worden: Es verpflichtete die Schuldner, ihre Beschwerden geltend zu machen, sobald die Klage erhoben wurde.[92]

41 Für alle Kläger galt schließlich ein in P.Oxy. XLII 3017 (218 n. Chr.) erwähntes Edikt des Pactumeius Magnus aus dem Jahr 176 n. Chr. Es beschränkte die Frist für den Vortrag des Falls vor Gericht auf zehn Tage nach Erhalt einer entsprechenden gerichtlichen Vorladung mittels ὑπογραφή (*subscriptio*) der Bittschrift.[93]

42 Bemerkenswerterweise sind viele dieser Erlasse nicht als solche auf uns gelangt, sondern nur durch Zitate in Petitionen und Prozessdokumenten, die sich auf Anordnungen eines früheren Präfekten berufen, der längst nicht mehr im Amt ist. Dies gilt

---

μαρτύρησις (*Wolff*, Recht II 129–135), wenn das Ursprungsdokument ein einfaches privatschriftliches χειρόγραφον ist: Grundlegend *Jörs*, SZ 34 (1913) 107–158 und *Schwarz*, Urkunde (1920); vgl. ferner *Wolff*, Recht II 129–135, 174 f. mit Quellen und Lit.

[88] Dies ergibt sich aus dem Edikt von Mettius Rufus im Zusammenhang mit § 101 des Gnomon des Idios Logos (BGU V 1210, 227–228, 2. Jh. n. Chr.), vgl. *Wolff*, Recht II 247–248.

[89] Detaillierte Diskussion bei *Wolff*, Recht II 248–243; zu dem sog ἐπίσταλμα-System und seinen Grenzen (v.a. im pfandrechtlichen Kontext), vgl. *Alonso*, JJP 40 (2010) 16–20.

[90] Vgl. *Herrmann*, SZ 92 (1975) 260–266; *Rupprecht*, Scr. Montevecchi 335–342; *Rupprecht*, Symposion 1979 289–301; ferner *Wolff*, Recht I 180 mit Lit.; *Korzakova*, PhilClass. 11 (2016) 244–252; *Anagnostou-Cañas*, PapCongr. XXVI 31.

[91] *Herrmann*, PapCongr. XV 226–230; *Wolff*, Recht I 181 und Fn. 145 mwN.

[92] Die Maßnahme erinnert an die spätere *querella non numeratae pecuniae*, wenngleich die Parallelität nicht so deutlich ist, wie früher vermutet wurde, vgl. *Collinet*, PapCongr. IV 89–100, *Wolff*, Recht II 148–150 mwN.; *Torrent*, Scr. Guarino. III 1181–1190.

[93] *Foti Talamanca*, Processo II.1 (1979) 232–239 mit Lit., dazu *Thomas*, in: van't Dack et al., Egypt (1983) 369–382; *Haensch*, ZPE 100 (1994) 501 Fn. 49; *Thomas*, ZPE 146 (2004) 180 f.; *Haensch*, CCGG 19 (2008) 184; *Kelly*, Petitions (2011) 99 f.; *Mascellari*, ZPE 207 (2018) 170–172.

etwa für die Edikte des Mettius Rufus, des Sulpicius Similis (→ Rn. 38) und des Valerius Eudaemon (→ Rn. 40), die alle in der berühmten Petition der Dionysia (P.Oxy. II 237) aus dem Jahr 186 n. Chr. erwähnt werden (→ Rn. 63–68). Ferner wurde die Teilkopie des Ediktes des Tiberius Iulius Alexander (→ Rn. 36) in BGU VII 1563 erst Jahrzehnte nach dessen Erlass hergestellt. Auch das Edikt des Pactumeius Magnus (→ Rn. 41) ist nicht als solches, sondern lediglich auf der Rückseite einer Petition aus dem Jahre 218 n. Chr. überliefert (P.Oxy. XLII 3017).

Diese Quellen legen nahe, dass den Präfektenedikten über die Amtsdauer des *praefectus Aegypti* hinaus Wirksamkeit zukam. Ein besonders schlagendes und häufig zitiertes Beispiel bildet die Petition der Apollonarion in P.Oxy. VI 899: Die aus dem Jahre 200 n. Chr. stammende Bittschrift beruft sich auf einen Präzedenzfall aus dem Jahre 144 n. Chr., der seinerseits im Sinne des Edikts des Tiberius Iulius Alexander aus dem Jahre 69 n. Chr. entschieden worden sein soll. **43**

Da meist angenommen wird (→ § 6 Rn. 121–125, 137–139), dass Edikte mit dem Ende der Amtszeit des erlassenden Magistraten nach römischem Recht automatisch ihre Verbindlichkeit verloren, wird das Fortwirken der Präfektenedikte von einem Teil der Forschung als Ausdruck der besonderen Eigenart der Provinz *Aegyptus* angesehen. Als Erklärungsansatz für diese Besonderheit wird vor allem die Rechtssetzungsmacht der ptolemäischen Könige bemüht, als deren Nachfolger der Präfekt angesehen werden müsse.[94] Andere haben geltend gemacht, dass die späteren Bezugnahmen und Anwendungen nicht unbedingt dafür sprechen müssten, dass die Edikte fortgalten, sondern dass ihnen eher eine – auch von den Reskripten bekannte – Wirkung als *exempla* zukomme.[95] **44**

Allerdings ist bereits die Prämisse dieser Diskussion in Frage zu stellen, da die angebliche Regel, dass das Edikt mit der Amtszeit des edizierenden Magistraten hinfällig sei, keineswegs in den Quellen belegt ist, sondern eine moderne Verallgemeinerung der für das Edikt der Gerichtsmagistraten geltenden Regel darstellt.[96] Allerdings gibt es für ein Jurisdiktionsedikt besondere Gründe, die Gültigkeit zu begrenzen, da es als Akt der Selbstbindung (→ § 6 Rn. 134, Rn. 137, Rn. 140) die Nachfolger des amtierenden Magistraten nicht binden konnte; vielmehr musste das allgemein für die Ausübung der Jurisdiktionsgewalt konzipierte Edikt unvermeidlich durch das des Nachfolgers ersetzt werden. **45**

---

[94] *Katzoff*, ANRW II.13 822–825.

[95] *Wolff*, Recht I 106 f.; ferner *Ando*, in: Lowrie/Lüdemann, Exemplarity (2015) 111–122.

[96] *Wieacker*, RRG I 407: „Sie (sc. die Edikte der Magistrate) stellten lediglich ein künftiges Vorgehen des Amtsträgers während seiner eigenen Amtsperiode, zur Nachachtung für die Betroffenen in Aussicht“, womit etwas generalisiert wird, was für jurisdiktionelle Edikte zutrifft, aber nicht für andere Verwendungen der ediktalen Form. Treffend unterstreichen dagegen *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 178, dass „der Ediktsbegriff … eine rein formale Kategorie“ war, „die nichts über Zweck, Inhalt und Tragweite der Verlautbarungen aussagte“, auch wenn sie selbst (179) davon ausgehen, dass die Geltung eines Edikts nicht über die Amtsperiode des edizierenden Magistraten hinausgehen konnte.

46 Für die hier in Frage stehenden Edikte zur Regelung der Ordnung und Herrschaft in der Provinz, ergab sich aus der Formenwahl des Edikts selbst noch keine zeitliche Begrenzung ihrer Gültigkeit. Schon die Tatsache, dass Augustus Edikte auch für dauerhafte Regelungen ohne weiteres verwendete, spricht dagegen, eine republikanische Regel zu unterstellen, nach der jedes Edikt zeitlich beschränkt gewesen sei, und schließt aus, eine entsprechende Regel für die Kaiserzeit anzunehmen.[97] Ergänzungen und Abänderungen der durch den Vorgänger getroffenen Regelung durch Amtsnachfolger sind damit natürlich nicht ausgeschlossen.

47 Ebenfalls viel erörtert und kontrovers beurteilt wird die Frage, ob für die Provinz *Aegyptus* ein allgemeines Jurisdiktionsedikt existierte, das – wie das Edikt des Prätors in Rom – von jedem Präfekten für seine Amtsdauer verheißen worden sei.[98] Es ist unwahrscheinlich, dass es ein Edikt gab, das die Ausübung der Jurisdiktionsgewalt in all ihren Aspekten umfassend regelte. Hierzu hätte auch die Organisation des *conventus* und die Anwendung des peregrinen Rechts gehören müssen.[99] In keiner der zahlreichen dokumentarisch überlieferten Petitionen oder Auszüge aus Prozessakten wird ein entsprechendes Edikt erwähnt oder auch nur seine Existenz angedeutet. Gerade die offensichtliche Ermessensfreiheit, die den Präfekten hinsichtlich der Organisation des *conventus* und der Anwendung des peregrinen Rechts zukam,[100] spricht vielmehr gegen die Existenz eines solchen Edikts.

48 Da der Formularprozess in Ägypten offensichtlich nicht zur Anwendung kam,[101] ist schließlich auch die Annahme wenig wahrscheinlich, in der Provinz *Aegyptus* habe ein

[97] Entgegen *Taubenschlag*, Opera II 65–68 bedeutet die bisweilen zu beobachtende Bestätigung von Edikten früherer Kaiser – meist mit Blick auf Privilegien – nicht, dass diese Bestätigung notwendig gewesen wäre. Die Belege für das Gegenteil sind zahlreich, vgl. ein Augusteisches Edikt, das als nach wie vor gültig in Paul. fr. de iure fisci 8 (= Paul. 2 adult. D. 48.18.8 pr.) sowie in Plin. epist. 10, 79–80 zitiert wird; vgl. das Edikt Domitians in Pap. 1 adult. D. 48.3.2.1 und dies trotz der *damnatio memoriae*; noch aussagekräftiger ist die ausdrückliche Aufhebung eines Augusteischen Edikts (*iam sublato edicto divi Augusti*), die in Paul. 3 sent. D. 28.2.26 (= Paul. sent. 3.4b.10a) belegt ist; sie wäre nicht vorstellbar, wenn es 14 n. Chr. automatisch erloschen wäre; zu verschiedenen Beispielen von Edikten, die auf dauerhafte Weise eine Situation regeln, vgl. das in Stein eingeschriebene *edictum de campo Esquilino* (CIL VI 31614 = *Bruns*, Fontes 189 = FIRA I 53) oder das Edikt des Marcus Antonius als Triumvir in *Bruns*, Fontes 239 (= FIRA I 54). Daher erscheint die Aufnahme der Edikte in die Konstitutionen in Gai. 1.5, die *legis vicem optinent*, völlig gerechtfertigt. Die Frage muss seit *Orestano*, BIDR 44 (1936) 219–331 und *Orestano*, Potere (1937) als entschieden gelten.

[98] Zur Lit. und zum Stand der Diskussion, vgl. *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 286–292.

[99] *Lenel*, EP 4 f.; *Weiß*, Römische Rechtsquellen (1914) 124–131; *Lewald*, Labeo 5 (1959) 334–369.

[100] *Alonso*, JJP 43 (2013) 351–404, insb. 352–356, 392–395.

[101] Die ägyptischen Quellen sind auch für den gerichtlichen Kontext zu zahlreich, als dass man annehmen könnte, das Formularverfahren sei angewandt worden, ohne irgendwelche Spuren zu hinterzulassen. Allenfalls könnte die relative Quellenarmut für das 1. Jh. zur Vorsicht mit Blick auf die ersten Jahrzehnte der römischen Herrschaft raten. In dieser Hinsicht hat P.Mich. III 159 (= ChLA V 280 = FIRA III 64 = CPL 212, 37–43 n. Chr.) gewisse Aufmerksamkeit erhalten, wo ein

nach dem vom Juristen Gaius kommentierten Modell des *edictum provinciale* konzipiertes Jurisdiktionsedikt gegolten.[102] Gegen diese Verneinung eines ägyptischen Provinzialedikts scheinen allenfalls die Bezugnahmen auf das Edikt in den aus dem 3. Jh. stammenden *agnitiones bonorum possessionis* (→ § 57 Rn. 28) zu sprechen: Während die Verwendung der Formel „*polliceris*" von Seiten des Antragstellers noch auf die gedankenlose Übernahme aus dem italischen Musterformular zurückzuführen sein könnte (wofür auch die Konsulardatierung spricht, die sonst in Ägypten vermieden wird), sind die in SB I 1010 (= CPL 216 = FIRA III 61, 249 n. Chr.), Z. 11–12 und P.Oxy. IX 1201 (258 n. Chr.), Z. 11 belegten *subscriptiones* „*ex edicto recognovi*" oder „*ex edicto legi*" ohne lokales Edikt schwer vorstellbar, und lassen sich auch nur schwerlich aus einer Bezugnahme auf das ferne prätorische Edikt in Rom erklären.[103]

3. Papyri als Zeugnisse der peregrinen Rechtspraxis in römischer Zeit

Neben den Zeugnissen staatlicher Rechtssetzung geben die dokumentarisch überlieferten privaten Urkunden und Gerichtsprotokolle Einblick in die Rechtspraxis der römischen Provinz Ägypten und der Provinzen des Nahen Ostens (→ Rn. 53–62). Vor allem das Verhältnis von römischer Rechtsprechung und peregrinem Recht kann nur mithilfe der papyrologischen Überlieferung geklärt werden (→ Rn. 63–79), da die justinianischen Quellen die nicht mehr relevanten Fragen des Bürgerrechts weitgehend ausgeklammert und in den Zitaten getilgt haben. **49**

Centurio als *iudex datus* in einem Erbschaftsstreit zwischen Soldaten auftritt (*iudicem dedisset iudicareque iussiset*, Z. 6–7). Dies ist meist als Beispiel für eine Delegation zugunsten eines *iudex pedaneus* verstanden worden, vgl. *Humbert*, in: Bourdeau et al., Empire (1964) 122 f. Zudem spricht die Tatsache, dass das Urteil sich nicht auf eine Geldsumme bezieht, sondern ausspricht, wem die Erbschaft gehört und sie entsprechend zuweist (Z. 13–14), gegen das Formularverfahren. Das Gleiche gilt mit Blick auf die Bezugnahmen auf *iudicem dare* in Dokumenten, wie P.Cattaoui I recto (= BGU I 114 = MChr. 372, 2. Jh. n. Chr.: κριτή[ν σοι] δ[ίδ]ωμι [Z. 4], ἐκ τῶν τοιούτων αἰτιῶν κριτὴν οὐ δίδωμι [Z. 10–11], κριτὴν διδο̣ὺ[ς] δόξω [BL VIII 226]). Die wenigen Hinweise auf schriftliche Anweisungen, die der beauftragte Richter erhält, unterscheiden sich deutlich von dem, was man für das Formularverfahren erwarten dürfte, vgl. bereits *Partsch*, Schriftformel (1905) 72–78.

[102] Zu καθολικὸν διάταγμα in BGU VII 1578 (nach 212 n. Chr.), vgl. *Purpura*, St. Biscardi II 507–522; *Katzoff*, Stud. Schiller 119–126; *Mélèze Modrzejewski*, RHD 60 (1982) 495; die Anfrage betraf den Widerruf einer Schenkung wegen Undanks – ein Inhalt, der nicht gut zu einem *edictum provinciale* passt. Die *inspectio ventris* in P.Gen. II 103–104 (147 n. Chr.) passt zwar zu den Bestimmungen des *edictum de inspiciendo ventre*, setzt aber ebenfalls kein generelles Provinzialedikt voraus. Das von Hadrian in BGU I 140 (= MChr. 373, 119 n. Chr.) genannte Edikt könnte auch einfach das *edictum perpetuum* sein.

[103] *Wolff*, Recht I 109, der insoweit *Ankum*, GB Leemanns 63–69 folgt.

a. Die römische Rechtsprechung in der Provinz *Aegyptus*

50 Die Ausübung der römischen Jurisdiktionsgewalt über Ägypten lässt sich aufgrund der zahlreichen Dokumente, die Petitionen und Gerichtsprotokolle überliefern, gut nachzeichnen.[104] Die hier belegten Einzelfälle geben Aufschluss über die Prozessordnung, den *conventus* (διαλογισμός),[105] die Verhandlungsführung und ihre Protokollierung.[106] Auch das Urteil und die Vollstreckung in ganz verschiedenen Rechtsbereichen lassen sich anhand der Dokumente besser verstehen.[107]

51 In Bezug auf die Gerichtsbarkeit nimmt die Provinz *Aegyptus* im Rahmen der östlichen Provinzen der Kaiserzeit eine Sonderstellung ein, indem sie offenbar nicht über autonome Jurisdiktionsorgane verfügte, die in Konkurrenz zu den römischen Instanzen treten konnten.[108] Vor allem waren die aus ptolemäischer Zeit überkommenen rechtsprechenden Beamten nicht Ausdruck einer autonomen Jurisdiktion, sondern wurden in das römische System integriert: So waren die zentralen Jurisdiktionsbeamten in Alexandria, namentlich der *archidikastes*, der *exegetes* und der *idios logos*, ebenso in das römische Jurisdiktionssystem eingegliedert wie die in der *chora* gelegentlich als Richter tätigen *strategoi* und *epistrategoi*.[109] Und anders als die übrigen *poleis* im östlichen Kaiserreich,[110] verfügten offenbar weder Alexandria noch die anderen Städte in Ägypten über eigene Kompetenzen in der Rechtsprechung.

52 Die offensichtlich fehlende munizipale Eigengerichtsbarkeit hat seit langem zum Eindruck geführt, dass die Rechtsprechung in Ägypten stark auf die Person des Präfekten ausgerichtet und entsprechend strikt zentralisiert war.[111] Neben dem Präfekten

[104] Zu den Bittschriften, vgl. *Kelly*, Petitions (2011); zu Prozessprotokollen, vgl. *Anagnostou-Cañas*, Juge (1991).

[105] Vgl. *Foti Talamanca*, Processo I (1974); *Foti Talamanca*, Processo II.1 (1979); *Foti Talamanca*, Processo II.2 (1984); *Lewis*, BASP 18 (1981) 119–129; *Lewis*, BASP 37 (2000) 83–93; *Haensch*, ZPE 100 (1994) 487–546; *Haensch*, PapCongr. XXI 320–391. Zu den Provinzen *Arabia* und *Judaea*, vgl. *Cotton/Eck*, in: Katzoff/Schaps, Law (2005) 23–44 (auf Basis des Babatha-Archives) mwN.

[106] *Coles*, Reports (1966); *Haensch*, FS Weiß 117–125.

[107] Es mag von Interesse sein, dass in einem der papyrologisch erhaltenen Prozessprotokolle, P.Oxy. III 653 (161–163 n. Chr.), die Rechtsprechungsaktivität des bekannten Juristen L. Volusius Maecianus als Präfekt bezeugt ist.

[108] Entgegen *Seidl*, Labeo 11 (1965) 316–328 gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass Rom jahrzehntelang ein breites Netzwerk autonomer ptolemäischer Jurisdiktionsorgane erlaubt hätte, vgl. *Mélèze Modrzejewski*, RHD 44 (1966) 534.

[109] Ein Überblick zur Gerichtsorganisation im römischen Ägypten bei *Mitteis*, Chrest. 24–32; *Wolff*, TR 34 (1966) 1–40; vgl. jetzt *Jördens*, JJP 43 (2013) 51–71.

[110] *Nörr*, Imperium (1969) 30–34 mit der älteren Lit.; *Kantor*, OH AGL (3. Abschnitt, Onlineversion, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199599257.013.25) mit einer Diskussion der Quellen. Zum Zusammenspiel zwischen lokalem und römischem Recht, vgl. *Fournier*, Tutelle (2010).

[111] Typisch hierfür ist die Aussage, der Präfekt sei „der eigentliche und alleinige Richter des Landes“, vgl. *Mitteis*, Ber. Sächs. Akad. Leipzig 62/4 (1910) 86. Zur Gerichtsbarkeit des Präfekten, vgl. *Humbert*, in: Bourdeau et al., Empire (1964) 95–142; zu seiner Strafgerichtsbarkeit, vgl. *Jördens*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 89–163, ferner *Jördens*, Chiron 41 (2011) 327–356.

verfügten der *iuridicus* und der *idios logos*[112] aber über eigene, wenn auch beschränkte Rechtsprechungskompetenzen, vielleicht sogar auch die *epistrategoi und strategoi.*[113] Alle übrigen rechtsprechenden Beamten waren wahrscheinlich dank Delegation tätig, was in den Dokumenten oft ausdrücklich erwähnt wird.[114] Es ist freilich zu beachten, dass Rechtsprechung und Verwaltung nicht immer klar zu unterscheiden sind, so dass die administrativen Befugnisse dieser Beamten oftmals zu Entscheidungen führen konnten, die man als „rechtsprechungsnah" qualifizieren kann.

b. „Reichsrecht" und „Volksrechte"

Vor diesem Hintergrund ist das Fortleben des peregrinen Rechts im römischen Ägypten **53**
nur aufgrund einer konsequenten Durchsetzung durch die römischen Instanzen erklärbar, was die überlieferten Gerichtsprotokolle bestätigen.[115] Dabei beschreibt der übliche Begriff „Toleranz" die römische Haltung nur unzureichend, denn das peregrine Recht wurde von den römischen Gerichten nicht nur hingenommen, sondern konsequent angewendet und zwar selbst dann, wenn es grundlegenden römischen Prinzipien widersprach. Auf diese Weise bestanden (a) die Geschwisterehe,[116] Gestaltungen, die (b) der *materna potestas*[117] und (c) der mütterlichen Vormundschaft[118] nahestehen, (d) die Vererbung nach Stämmen in der weiblichen Linie,[119] (e) vertragliche Regelun-

[112] Zum *iuridicus* in Ägypten, vgl. *Kupiszewski*, JJP 7/8 (1953/54) 187–204 (= *Kupiszewski*, Scr. min. 13–30); *Anagnostou-Cañas*, Juge (1991) 178–183; *Haensch*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 165–182; zu den *iuridici* allgemein, vgl. *Gallotta*, St. Biscardi IV 441–444; weitere Lit. bei *Jördens*, JJP 43 (2013) 60 Fn. 25. Zur Gerichtsbarkeit des *idios logos*, vgl. *Swarney*, Idios Logos (1965).

[113] Zur möglichen Gerichtsbarkeit der *epistrategoi*, vgl. etwa *Thomas*, Epistrategos II (1982) 111–159. Eine umfassende Diskussion der Frage jetzt bei *Jördens*, JJP 43 (2013) 60–63 mit Lit.

[114] Delegationen sind belegt für einen gewissen Harpokration, vgl. BGU XX 2863 (nach 133 n. Chr.); einen früheren *basilikos grammateus*, vgl. BGU I 19 (= MChr. 85, 135 n. Chr.); einen früheren *agoranomos*, in SB XIV 12139 (2.–3. Jh. n. Chr.); einen *praefectus cohortis*, vgl. CPR I 18 (= SPP XX 4 = MChr. 84, 124 n. Chr.); einen *archidikastes*, vgl. P.Cattaoui I recto (= MChr. 372, nach 142 n. Chr.), col. 1, Z. 14 – col. III, Z. 10 und P.Bingen 107 (250 n.Chr.); einen *exegetes*, vgl. P.Mil. Vogl. I 27 (nach 129 n. Chr.); einen *iuridicus*, vgl. BGU XI 2013 (Mitte des 2. Jh. n. Chr.). In P.Fam. Tebt. 43 (182 n. Chr.) agiert der *nomarches* von Antinoopolis in Delegation des *epistrategos*.

[115] *Taubenschlag*, Opera I 477–493; *Anagnostou-Cañas*, Juge (1991) 253–268.

[116] *Mélèze Modrzejewski*, SZ 81 (1964) 69–82. Gegen den Versuch von *Hübner*, JRS 97 (2007) 21–49, die Geschwisterehe im römischen Ägypten als bloße Adoption des Schwiegersohns zu erklären, vgl. *Remijsen/Clarisse*, JRS 98 (2008) 53–61.

[117] *Taubenschlag*, Opera II 323–337; vgl. aber *Wolff*, SZ 90 (1973) 68; *Kuryłowicz*, JJP 19 (1983) 67–69; *Urbanik*, Symposion 2003 343 f.

[118] *Gagliardi*, Index 40 (2012) 423–446 mit weiterer Lit.

[119] *Mommsen*, SZ 14 (1893) 1–10; *Reinach*, NHD 17 (1893) 1–20; *Arangio-Ruiz*, St. Cagliari 5 (1913) 80–86 (= *Arangio-Ruiz*, Scr. I 474–480); *Kreller*, Erbrechtliche Untersuchungen (1919) 158–164; *Katzoff*, PapCongr. XII 239–242.

gen der Erbfolge[120] sowie (f) die *divisio parentis inter liberos*[121] auch in römischer Zeit fort und wurden von der römischen Verwaltung als gültig und wirksam behandelt, soweit ausschließlich Peregrine daran beteiligt waren.[122]

54 In Gebieten des Statusrechts, des Familienrechts und des Erbrechts kam die Anwendung römischen Rechts auf Peregrine offenbar grundsätzlich nicht in Frage.[123] Gleichsam programmatisch erscheint in diesem Zusammenhang das *dictum* des Präfekten in P.Oxy. XLII 3015 (nach 117 n. Chr.), der darauf verweist, dass es „… besser ist, dass sie im Einklang mit den Gesetzen der Ägypter (νόμοι τῶν Αἰγυπτίων) urteilen sollen…“:[124] Eine Haltung, die noch zwei weitere Entscheide auf demselben Papyrus veranschaulichen, wo der Präfekt auf die „Gesetze der Ägypter“ verweist, um die Voraussetzungen der Testierfreiheit für Peregrine zu bestimmen. Wie akribisch die römischen Rechtsprechungsorgane in dieser Hinsicht vorgingen, belegt auch die häufige Inanspruchnahme von lokalen Rechtsexperten (νομικοί), um die korrekte Interpretation des peregrinen Rechts zu garantieren.[125]

---

[120] *Kreller*, Erbrechtliche Untersuchungen (1919) 223–236.

[121] Hierbei handelt es sich um die griechische Fassung der ägyptischen Teilungsurkunden (δόσις, μεριτεία, συγχώρημα), die erstmals im Nomos Pathyrites (BGU III 993, 127 v. Chr., Hermonthis) belegt ist, vgl. *Kreller*, Erbrechtliche Untersuchungen (1919) 237–245; *Yiftach-Firanko*, BASP 39 (2002) 149–164.

[122] Ein Überblick über die wichtigsten Quellen jetzt bei *Strassi*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 213–239. Vgl. auch *Maehler*, JJP 35 (2005) 121–140.

[123] Auch in diesen Bereichen konnten Peregrine natürlich indirekt dem römischen Recht unterstellt sein, wenn dieses auf einen römischen Bürger Anwendung fand. So wirkte sich das römische Verbot der Soldatenehe auch auf die peregrine Ehefrau und die Kinder aus: Während den Frauen jede Rückforderung ihrer als Mitgift gegebenen Gaben versagt wurde, unabhängig davon, ob diese als *depositum* getarnt worden waren oder nicht, galten die Kinder aus dieser Ehe als illegitim (und hatten damit kein Erbrecht), vgl. P.Cattaoui I recto (= MChr. 372, nach 142 n. Chr.), → Fn. 28. Eine ergänzende Anwendung des römischen *ius civile* auf peregrine Freigelassene ist aus P.Oxy. IV 706 gefolgert worden, vgl. *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 264–267. Die Erweiterungen des römischen Rechts auf Peregrine, die von *Taubenschlag*, Law 42 Fn. 148–151 und Fn. 177 angenommen wurden, überzeugen indes nicht, vgl. *Wolff*, Recht I 135 Fn. 110 (*ius liberorum*), 155 Fn. 30 (*lex Laetoria*), 159 Fn. 45 (*bonorum possessio*). Auch SB XX 14710 (266 n. Chr.), col. III, Z. 6 genügt nicht, um die Behauptung zu stützen, die *manumissio vindicta* habe Peregrinen generell offengestanden: Es ist nicht einmal sicher, dass der Freilasser nicht das römische Bürgerrecht hatte. Ebenso ist SB V 7558 kein Beleg für eine *excusatio tutelae* zugunsten von Peregrinen, denn der dort erwähnte Gaius Apolinarius Niger war ohne Zweifel – genau wie sein Sohn (SB IV 7360, 214 n. Chr.) – Ῥωμαίος καὶ Ἀντινοεὺς.

[124] Zum Fall und zu seiner Entscheidung, → Rn. 62; zum Text, vgl. *Mélèze Modrzejewski*, Pap-Congr. XVIII 389–392 (= *Mélèze Modrzejewski*, Dt. impérial IX); *Ando*, Ideology (2000) 376–378; *Rupprecht*, Stud. Katzoff 262 f.; *Urbanik*, JJP 49 (2019) 327–331.

[125] *Taubenschlag*, Opera II 161–164; *Kunkel*, Herkunft (1967) 267–270, 354–365; *Hengstl*, FS Haase 123–129; eine aktualisierte Prosopographie bei *Jones*, CRAI 151 (2007) 1354–1359; ferner *Bryen*, LHR 30 (2012) 796 f.; *Urbanik*, JJP 50 (2020, im Druck).

Noch bemerkenswerter ist, dass mit Blick auf das Sachen- und Vertragsrecht das römische Recht und seine Prinzipien nicht einmal römischen Parteien auferlegt wurden, wenn diese Geschäfte nach peregrinem Recht schlossen und sich dabei in eklatanten Widerspruch zum „eigenen" Recht setzten (→ Rn. 86 f., Rn. 90). Beispiele hierfür sind: (a) die teilweise Freilassung von Sklaven,[126] (b) die vertragliche Erbteilung,[127] (c) die *communio pro diviso*,[128] (d) Kaufverträge mit unmittelbarer Übertragungswirkung und zwar nach Zahlung des Kaufpreises, nicht aufgrund einer *traditio*,[129] (e) die Anerkennung von fiktiven Darlehen als Grundlage einer Verpflichtung,[130] (f) die Zulassung des *contractus in favorem tertii* mit Vollstreckungsrechten zugunsten der Drittpartei,[131] (g) direkte Abtretung von Darlehensforderungen durch παραχώρησις von Vollstreckungsrechten (πρᾶξις),[132] (h) unmittelbar vollstreckbare Darlehensurkunden[133] und schließlich (i) die direkte Stellvertretung in Fällen und Formen, die unter römischem Recht gar nicht möglich wären.[134] All diese aus ptolemäischer Zeit stam- 55

[126] *Mitteis*, Chrest. 272 f.

[127] *Kreller*, Erbrechtliche Untersuchungen (1919) 75–92.

[128] *Weiß*, APF 4 (1908) 330–365.

[129] Grundlegend *Pringsheim*, Law of Sale (1950) 179–232. Vgl. auch *Jakab*, Weinkauf (2009) 73–78; *Jördens*, ZPE 93 (1998) 263–282. Zu *Wolffs* nicht unproblematischer Verallgemeinerung des Surrogationsprinzips beim Kauf zu einer allgemeinen Zweckverfügungstheorie des Vertragsrechts, vgl. etwa *Jakab*, Symposion 2003 85–91.

[130] *Mitteis*, Reichsrecht (1891) 460–498; *Rabel*, SZ 28 (1907) 319–344; *Taubenschlag*, Opera II 557–566; *Kunkel*, s. v. syngrapha, RE IV.A.2 1376–1388; *Pringsheim*, Law of Sale (1950) 244–267; *Rupprecht*, Darlehen (1967) 118–147; *Thür*, FS Knütel 1269–1280; *Thür*, PapCongr. XXV 757–762; *Alonso*, JJP 42 (2012) 17–30; *Platschek*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 256–259; *Scheibelreiter*, in: Jakab, Sale and Community (2015) 181–212.

[131] *Wolff*, TAPA 72 (1941) 418–422 (= *Wolff*, Beitr. 102–128); *Taubenschlag*, Law 401 f.

[132] *Wenger*, St. Fadda I 79–97; *Mitteis*, Grundzüge 115 f.; *Wolff*, TAPA 72 (1941) 436–438 (= *Wolff*, Beitr. 126–128). Zur römischen Anerkennung, vgl. nur das Edikt des Tiberius Iulius Alexander (OGIS II 669, Z. 15–18, → Rn. 36). Ein besonders beeindruckender Beleg für die Selbstverständlichkeit derartiger Forderungsabtretungen ist P.Oxy. II 271 (56 n. Chr.), in dem eine Alexandrinerin in Oxyrhynchos eine Darlehensforderung, die sie einige Wochen früher in Alexandria durch notarielle Synchoresis von dem angeblich ursprünglichen Darlehensgeber erworben hatte, durch bloße *homologia* an einen Dritten überträgt (προσπαρακεχωρηκέναι, Z. 14). Zum Text, vgl. etwa *Youtie*, ZPE 12 (1973) 162. Von gerichtlicher Stellvertretung kann man hier trotz *Frese*, Rechtsleben (1909) 27 nicht sprechen, da der Zessionar im eigenen Namen auf Grundlage des vollstreckbaren Rechts, das ihm übertragen wurde, klagt, vgl. auch BGU IV 1171 (10 v. Chr.), dazu *Alonso*, Symposion 2015 149–151 mwN. Zur parallelen keilschriftrechtlichen Praxis, vgl. *Koschaker*, El-Amarna (1928) 42–48; *Petschow*, Symb. Taubenschlag II 21–27. Problematisch ist die Annahme, es handele sich um Order- oder Inhaberpapiere; gegen eine solche Interpretation der Wörter παντὶ τῷ ἐπιφέροντι in der Kyria-Klausel, vgl. bereits *Mitteis*, Grundzüge 116; ferner *Hässler*, Kyria-Klausel (1960) 40–68; *Wolff*, Recht II 159–162, 166–168; *Herrmann*, FS Kränzlein 21–28 (= *Herrmann*, Kl. Schr. 297–304).

[133] → Rn. 56–58.

[134] *Wenger*, Stellvertretung (1906); *Solazzi*, Aegyptus 5 (1924) 3–19; *Rabel*, ACI Roma I 235–242 (= *Rabel*, Ges. Aufs. IV 491–496); *Rabel*, AHDO-RIDA 1 (1937) 213–237 (= *Rabel*, Ges. Aufs. IV 607–627); *Pringsheim*, Tulane Law Rev. 19 (1944/45) 132–139; *Herrmann*, PapCongr. XIII 159–167

menden Gestaltungsmöglichkeiten blieben auch unter römischer Herrschaft in Kraft, und konnten nicht nur von Peregrinen, sondern auch von Römern verwendet werden.[135] Vor allem aber wurden sie von der römischen Administration und den römischen Jurisdiktionsinstanzen offenbar ganz selbstverständlich anerkannt.

56 Das peregrine Recht wurde nicht nur angewendet, sondern von der römischen Herrschaft in relevanten Aspekten auch für ihre eigene Gerichtsorganisation und prozessuale Verfahrensweise übernommen.[136] Das augenfälligste Beispiel hierfür bietet die Rezeption des ptolemäischen Vollstreckungsrechts für Exekutivurkunden. Bis weit in das 3. Jh. hinein wird diese Form der Exekution auf die entsprechenden (uns nicht erhaltenen) ptolemäischen Erlasse (κατὰ τὰ προστεταγμένα, ἀκολούθως τοῖς προστεταγμένοις) zurückgeführt. Im Gegensatz zur römischen *missio in bona* (→ § 14 Rn. 11) war diese Art der Vollstreckung auf einen Teil des Schuldnervermögens beschränkt und führte in der Regel zu dessen Verfall und nicht zur Versteigerung.[137]

57 Diese Art der Vollstreckung erfolgte in drei Schritten: a) Mahnverfahren, mit dem der *strategos* dem Schuldner eine Zahlungsaufforderung (διαστολικόν) zustellte; b) ἐνεχυρασία (*pignoris capio*), durch die dem Gläubiger eine angegebene Liegenschaft zugesprochen und folglich im Besitzarchiv auf seinen Namen eingetragen wurde; c) ἐμβαδεία (*missio in possessionem*), die den Gläubiger in den Besitz der Liegenschaft brachte. Alle drei Schritte erfolgten auf Antrag des Gläubigers beim *archidikastes* (a) oder Präfekten (b-c), wobei der Schuldner in jedem Verfahrensabschnitt seine Einwände vorbringen konnte (ἀντιρρήσεις). Trotz seiner Komplexität hatte das Verfahren den Vorteil, dass es zwar formell vom Präfekten überwacht wurde, aber hauptsächlich von Beamten durchgeführt werden konnte, welche die römische Administration aus ptolemäischer Zeit übernommen hatte.[138]

(= *Herrmann*, Kl. Schr. 240–248); *Hamza*, Ann. Budapest. 19 (1977) 56–78; *Hamza*, Scr. Guarino VI 2653–2666; *Hamza*, Acta Jur. 27 (1985) 250–253; *Hamza*, Symposion 1988 349–360; *Rupprecht*, Symposion 2009 383–395; *Kruse*, Symposion 2009 397–404.

[135] Belege für römische Bürger bei *Taubenschlag*, Opera I 224 f. und *Taubenschlag*, Law 100 (a), 221 Fn. 8 (b), 240 f. (c), 327 Fn. 25, 333 Fn. 11, 335 Fn. 9 (d), 339 Fn. 5 (e), 402 Fn. 4 (f), 418 f. (g), 310–312 (i); zur unmittelbaren Vollstreckbarkeit unter Beteiligung römischer Bürger (h), vgl. P.Berl. Leih. I 10 (120 n. Chr.), BGU III 888 (= MChr. 239, 160 n. Chr.). Belege nach der *constitutio Antoniniana* bei *Taubenschlag*, Opera I 249–258, sowie → Fn. 248 f.

[136] So wurde zum Beispiel die griechische κατοχή in das Edikt des Tiberius Iulius Alexander übernommen, um das Vollstreckungsprivileg (πρωτοπραξία) des Fiskus zum Ausdruck zu bringen (→ Rn. 36 Fn. 82).

[137] Im Rahmen der privaten Vollstreckung sind Versteigerungskäufe nur für die ptolemäische Zeit belegt, vgl. P.Tebt. III 284 (227 v. Chr.) und besonders BGU XIV 2376 (35 v. Chr.). In römischer Zeit scheint das Eigentum immer dem Gläubiger zugesprochen worden zu sein, wenngleich der Begriff προσβολή, der in der Tat auf einen Versteigerungskauf weist, fortdauernd für die gerichtliche Zuerkennung verwendet wird.

[138] Die umfassendste Studie zu diesem Vollstreckungsverfahren – wichtig auch für das Verständnis der dinglichen Sicherheiten in Ägypten – ist noch immer *Jörs*, SZ 36 (1915) 230–339; *Jörs*, SZ 39 (1918) 52–118; *Jörs*, SZ 40 (1919) 1–97; vgl. ferner *Rupprecht*, Symposion 1995 291–302; *Rupprecht*, in: Keenan et al., Law and Legal Practice (2014) 259–265.

Die Bedeutung dieser Vollstreckungsart ergab sich daraus, dass sie in Ägypten das **58**
übliche Verfahren darstellte, um Schulden einzutreiben, und dass sie in der Regel ohne Gerichtsurteil erfolgen konnte, da die Zwangsvollstreckung auf einer vollstreckbaren Urkunde beruhte. Dabei ist zu beachten, dass die Vollstreckbarkeit nicht auf der Vollstreckungsklausel beruhte, die meist formularmäßig in fast alle Schuldurkunden aufgenommen war,[139] sondern dass sie an die notarielle Beurkundung gebunden war (χειρόγραφα), d. h. Dokumente, die ohne Einschaltung eines Notars erstellt wurden, konnten erst nach ihrer notariellen Beglaubigung zur Vollstreckung gebracht werden.[140] Bemerkenswert ist hier nicht nur die unmittelbare Vollstreckung an sich (eine römische Parallele – auch wenn damals vermutlich bereits längst vergessen – findet sich in der *manus iniectio pro iudicato*, → § 14 Rn. 2), sondern auch, dass diese von einer schriftlichen Urkunde abhängig gemacht wurde, die auf diese Weise zu einer Exekutivurkunde wird.

Die Tatsache, dass sich die private Rechtspraxis mit Billigung der römischen Ver- **59**
waltung weitgehend an den peregrinen Traditionen orientierte, bedeutet freilich nicht, dass Rom die lokale Rechtsordnung unangetastet gelassen hätte. Wie anderswo im Reich gab es römisches Provinzialrecht, das sich aus den Edikten des Statthalters und aus den speziell für die Provinz bestimmten Konstitutionen oder Senatusconsulta entwickelte.[141] Dieses römische Provinzialrecht entstand jedoch nicht losgelöst von den lokalen Instituten, sondern baute auf ihnen auf, gelegentlich im Sinne einer Abschaffung oder Reform, häufiger im Sinne einer Verstärkung oder Weiterentwicklung, wie es beim Notariats- und Archivwesen der Fall war (→ Rn. 37 f. und Fn. 83).

Wenig Belege finden sich für ein angebliches „Reichsrecht“:[142] Der Begriff eignet sich **60**
kaum, um das nur auf römische Bürger anwendbare Status-, Familien- oder Erbrecht zu kennzeichnen, das ihr Personalstatut bildet. Zudem gab es im Bereich des Privatrechts wenig reichsweite Regelungen die sowohl Römern als auch Peregrinen auferlegt wurden: Die wenigen, in den Quellen klar belegten Fälle[143] sind die Beschränkung von

---

[139] Durch diese sog. πρᾶξις-Klausel erkannte der Schuldner ausdrücklich das Recht des Gläubigers an, gegen ihn zu vollstrecken, meistens explizit genauso „wie aufgrund eines gerichtlichen Verfahrens“ (καθάπερ ἐκ δίκης), vgl. *Rodríguez Martín*, RIDA 60 (2013) 243–277; *Rodríguez Martín*, in: Albarrán et al., Estudios papirológicos (2017) 143–170; *Rodríguez Martín*, JJP 49 (2020, im Druck) mwN.

[140] Zur δημοσίωσις oder ἐκμαρτύρησις, vgl. *Wolff*, Recht II 174 f. mit Fn. 22, für weitere Literaturangaben → Fn. 86.

[141] *Kupiszewski*, Stud. Oertel 68–80 (= *Kupiszewski*, Scr. min. 147–159); *Wolff*, Recht I 174–200; die Vorstellung, das peregrine Recht werde Teil des römischen Provinzialrechts, sobald es von der römischen Verwaltung aufgenommen worden sei, sollte besser vermieden werden, weil die Abgrenzung andernfalls vollständig unmöglich wird, vgl. *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 284.

[142] *Mitteis*, Reichsrecht (1891) 111–142.

[143] Vgl. weiter die Ausweitung der *cessio bonorum ex lege Iulia* auf die Provinzen in Diocl./Max. C. 7.71.4 (o.A.), wenngleich der Präfekt in P.Ryl. II 75 (spätes 2. Jh. n. Chr.) keinesfalls von einer verbindlichen Regelung auszugehen scheint. Zur *longi temporis praescriptio*, vgl. *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969).

Zinsen auf die *centesimae*[144] und die Vorschriften der *lex Iulia vicesimaria* für die Testamentseröffnung.[145]

61 Diese Beobachtungen stehen nicht im Gegensatz zu einem Phänomen, das aufgrund von Ansätzen aus dem Bereich der „colonial studies" nunmehr auch in der antiken Rechtsgeschichte untersucht wird:[146] die „bottom-up" stattfindende Mikrorezeption von römischen Rechtsinstituten und Vorstellungen von Seiten der Provinzialen und ihrer Rechtsvertreter.[147] Sie findet sich vor allem im Prozess, und dort sowohl in Bittschriften als auch in mündlichen Plädoyers. Das bemerkenswerteste Beispiel bleibt – auch wenn der genaue Zweck unklar ist – die in dreifacher Abschrift überlieferte griechische Übersetzung der Formel des *iudicium tutelae* aus dem Babatha-Archiv[148] und die ebenfalls im Babatha- und Salome Komaise-Archiv ersichtliche Verwendung der Stipulationsklausel zwischen Peregrinen,[149] die in Ägypten nur äußerst selten belegt ist.[150]

---

[144] Gnomon des Idios Logos § 105; *Wolff*, Recht I 189 f.

[145] *Kreller*, Erbrechtliche Untersuchungen (1919) 395–406, *Yiftach Firanko*, BASP 39 (2002) 160–165 und jetzt ausführlich *Nowak*, Wills (2015) 73–103 mwN.

[146] Ein Brückenschlag zwischen beiden Disziplinen findet sich bei *Humfress*, Oxford Hist. Empire I.

[147] Vgl. *Humfress*, in: Rio, Custom (2011) 43–46; *Humfress*, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 73–101; *Humfress*, in: Duindam et al., Law and Empire (2013) 225–250; eine Methodenbewertung bei *Czajkowski*, Localized Law (2017) 17–24. Aus der gegenteiligen Sicht, nämlich eines Monopols der lokalen Bevölkerung mit Blick auf die Kenntnis ihrer eigenen Rechtstradition, unterstreicht *Bryen*, LHR (2012) 771–811 die rechtlichen Möglichkeiten und Strategien.

[148] Aus der reichen Lit., vgl. *Lemosse*, IJ 3 (1968) 363–376; *Biscardi*, St. Scherillo I 111–152; *Lewis*, ICS 3 (1978) 100–114; *Wolff*, ANRW II.13 798–805; *Goodman*, JRS 81 (1991) 169–175; *Cotton*, JRS 83 (1993) 94–108; *Chiusi*, SZ 111 (1994) 155–196; *Nörr*, Isr. Law Rev. 29 (1995) 83–94; *Nörr*, Mél. Magdelain 317–341; *Nörr*, in: Eck, Autonomie (1999) 257–301; *Migliardi Zingale*, SDHI 65 (1999) 217–231; Beiträge in: Katzoff/Schaps, Law (2005); *Oudshoorn*, Relationship (2007); *Schuol*, Augustus (2007) 224–233; *Czajkowski*, Localized Law (2017); *Esler*, Babatha's Orchard (2017); *Chiusi*, FS Bürge 437–454.

[149] P.Yadin I 17 (128 n. Chr.), Z. 38–39; P.Yadin I 18 (128 n. Chr.), Z. 27–28, 66–67; P.Yadin I 20 (130 n. Chr.), Z. 16–17, Z. 40–41; P.Yadin I 21 (130 n. Chr.), Z. 27–28; P.Yadin I 22 (130 CE), Z. 29–30; P.Yadin I 37 (= P.Hever 65, 131 n. Chr.), Z. 14. Sicher scheint auch die Integration in P.Hever 63 (127 n. Chr.?), Z. 13, vgl. *Cotton*, ZPE 105 (1995) 181. Die meisten Urkunden wurden von Theënas, Sohn des Simon, und Germanus, Sohn des Judas, angefertigt, die sich beide jeweils als *librarius* bezeichnen (Θεενας Σίμωνος λιβλάριος [sic., l. λιβράριος] ἔγραψα, in P.Yadin I 17, Z. 43 und P.Yadin I 18, Z. 73; ἐγράφη διὰ Γερμανοῦ λιβλαρίου in P.Yadin I 20, Z. 45, P.Yadin I 21, Z. 34, P.Yadin I 22, Z. 39). Wenn – wie *Lewis* in der Edition vermutet – *librarius* hier als Militärschreiber zu verstehen ist, würde dies die römischen Elemente, wie die *stipulatio*, erklären, die auch in ägyptischen Papyri selten sind und dort am ehesten vorkommen, wenn sie einem militärischen Umfeld entstammen (→ Rn. 91).

[150] In Ägypten sind als eindeutige Belege der Stipulationsklausel zwischen Peregrinen nur der bemerkenswerte Ehevertrag, P.Oxy. VI 905 (170 n. Chr.), Z. 19–20, und das Weizendarlehen, SB XIV 12023 (2. Jh. n. Chr.), zu nennen. Lediglich plausible Rekonstruktionen finden sich in SB VIII 9830 (84–96 n. Chr.) und SB XXIV 16092 (= P.Eirene I 4, 178 n. Chr., Oxyrhynchos), Z. 30–31; vollständig

Ähnliche Strategien lassen sich in Gerichtsverfahren aus Ägypten wiederfinden. Allerdings ist hier der übliche Begriff „Romanisierung“ zu oberflächlich, um die Rechtslage und die Reaktion der römischen Jurisdiktionsgewalt zutreffend zu erfassen. Ein aufschlussreiches Beispiel für die hier anzutreffende Gemengelage bildet P.Oxy. XLII 3015 (nach 117. n. Chr.), 1–5. Die Feststellung, dass Peregrine im Testamentsrecht nach peregrinem Recht zu beurteilen sind – „Es ist am besten, dass sie in Übereinstimmung mit den Gesetzen der Ägypter ein Urteil fällen, unter denen es auch erlaubt ist, ein Testament zu verändern“ – führt zu dem Ergebnis: „Der Verstorbene hat sein Testament wirksam errichtet“.[151] Wahrscheinlich stammt dieses Urteil – wie die beiden anderen Entscheidungen auf dem Papyrus – von Servius Sulpicius Similis, dem zwischen 107 und 112 n. Chr. amtierenden *praefectus Aegypti*.[152] Er scheint mit der Frage befasst gewesen zu sein, ob ein Testament durch bloße Anpassung geändert werden könne (μεταδιατίθεσθαι), was nach römischem Testamentsrecht ausgeschlossen war, das die Errichtung eines neuen Testaments verlangte.[153] Das nachdrückliche „es ist am besten, dass sie in Übereinstimmung mit den Gesetzen der Ägypter ein Urteil fällen“, legt nahe, dass sich eine der Parteien auf die römische Regel berufen haben könnte. In diesem Fall wäre die Ablehnung des Präfekten, römisches Recht anzuwenden, noch bemerkenswerter: Peregrine sollen in diesem Bereich, auch wenn sie selbst das Gegenteil wollen, nicht nach römischem Recht, sondern *suis legibus* beurteilt werden. **62**

c. Die römische Ablehnung des peregrinen Rechts (P.Oxy. II 237)

In den papyrologischen Quellen findet sich nur ein einziger eindeutiger Fall, in dem das römische Gericht die Anwendung des peregrinen Rechts ablehnt.[154] Dabei ist hervorzuheben, dass dies auf Rüge einer der Parteien geschah, die seine Anwendbarkeit bestritt. Streitentscheidend war das nach „ägyptischem Recht“ bestehende Vorrecht des Vaters, seine Tochter vom Ehemann herauszuverlangen, um ihre Ehe aufzulösen.[155] **63**

---

willkürlich ist die Rekonstruktion von P.Michael 9 (ca. 92 n. Chr.), Z. 24, und von P.Princ. III 177 (202 n. Chr.), Z. 3; vgl. auch P.Dura 31 (204 n. Chr.), Z. 43–44. Zur seltenen Verwendung der *stipulatio* auch zwischen römischen Bürgern in Ägypten vor der *constitutio Antoniniana*, → Rn. 90 Fn. 213.

[151] Z. 2–4 κάλλιστόν ἐστιν αὐτοὺς | [δικ]αιοδοτεῖν π[ρὸ]ς τοὺς Αἰγυπτίων νόμους | [ἐ]φ’ οἷς ἔξεστι κ[α]ὶ μεταδιατίθεσθαι. καλῶς δι[έθε]το ὁ τελευτήσ[α]ς.

[152] Vgl. die Literaturangaben in → Rn. 54 Fn. 123.

[153] Vgl. u. a. Ulp. 2 Sab. D. 28.1.21.1; bekannt ist der Fall des Valerius Nepos und der *humanior interpretatio* durch Marc Aurel in Marcell. 29 dig. D. 28.4.3, dazu *Kleiter*, Entscheidungskorrekturen (2010); *Avenarius*, RLT 6 (2010) 1–21; *Stagl*, Fundamina 20 (2014) 871–880, alle mwN. Nach römischem Recht konnten derartige Schwierigkeiten durch eine im Testament vorab vorgesehene Genehmigung zukünftiger Kodizille vermieden werden.

[154] Ob das Urteil in P.Oxy. VIII 1102 (146 n. Chr.) die römische Zurückweisung der peregrinen Haftung *cum viribus hereditatis* beinhaltet, ist hingegen nicht sicher, vgl. *Kreller*, Erbrechtliche Untersuchungen (1919) 43 f.

[155] Anders jetzt *Dolganov*, Tyche 34 (2019) 42–58, die annimmt, dass Chairemon seine väterliche

Thematisiert wird ein solcher Streit in dem berühmten Dionysia-Papyrus (P.Oxy. II 237, 186 n. Chr.). Er enthält die gegen Ende des 2. Jh. eingereichte Petition einer gewissen Dionysia, die sich gegen ihren Vater Chairemon wehrte. Die Anfrage bildet nur das letzte Kapitel eines längeren Rechtsstreits zwischen den Parteien. Um sich gegen den Versuch des Vaters, ihre Ehe aufzulösen, zu verteidigen, beruft sich die Tochter auf drei Edikte, das Gutachten eines Rechtsexperten und fünf Präzedenzfälle, die sie im Einzelnen referiert und ihrer Petition beifügt.[156]

64 Namentlich verweist sie darauf, dass im Jahre 128 n. Chr. der *praefectus Aegypti* Flavius Titianus „einen ähnlichen Fall von Ägyptern verhandelte und er nicht der Unmenschlichkeit (ἀπανθρωπία) des (peregrinen) Gesetzes folgte, sondern der Wahl des Mädchens, ob sie bei ihrem Mann bleiben wollte".[157] Diese Entscheidung habe das frühere Urteil eines *epistrategos* bestätigt und sei einige Jahre später von einem weiteren *epistrategos* in einem ähnlichen Fall angewandt worden. Von Interesse ist, dass der

---

exousia als Äquivalent für die römische *patria potestas* anerkannt wissen wollte, und seine Klage nach dem römischen *interdictum de liberis exhibendis vel ducendis* stilisiert habe. Während die erste Annahme möglich ist (zu dieser Strategie, → Rn. 62), erscheint die zweite durchaus unplausibel: Dionysias Argumente gegen den Vater sind auf ein von ihm behauptetes Recht (νόμος) konzentriert, das vor dem Gericht verlesen werden soll (*recitatio*) (col. 7, Z. 35–36) und dieses wird ausdrücklich als ägyptisches Recht bezeichnet (col. 7, Z. 33, vgl. auch Z. 40–41), das (bisher) systematisch von den römischen Behörden zurückgewiesen worden sei (col. 7, Z. 19–29, 128 n. Chr.; col. 7, Z. 29–38, 133 n. Chr.; col. 7, Z. 39–43, 87 n. Chr.). Es wird weiter ausgeführt, dass seine Anwendung davon abhänge, ob die Tochter in eine geschriebene Ehe geboren worden sei oder nicht (col. 7, Z. 13; col. 8, Z. 4–5) und weiter davon, ob die ἔκδοσις (die nach griechischer Tradition als entscheidender Akt für die Eheschließung angesehen wurde) stattgefunden habe oder nicht (col. 8, Z. 4–5). Eine derartige Argumentation wäre gegenüber einem römischen Interdikt kaum zielführend; zudem fehlt im gesamten Text eine Bezugnahme auf das Edikt. Chairemon hängt (col. 6, Z. 12–20) seiner Petition einen „Teil des Rechts" (τὸ μέρος, i. e. τοῦ νόμου) an, ohne das Edikt zu erwähnen, sowie Gerichtsentscheidungen, welche die Anwendung dieses Rechts beweisen sollen (vgl. dazu → Rn. 65 f.), vgl. *Urbanik*, JJP 49 (2019) 326 Fn. 97; zur Position des römischen Vaters bezüglich der Ehe Gewaltunterworfener, vgl. *Urbanik*, Stud. Bravo/Wipszycka 293–336 mwN. Über die griechische ἀφαίρεσις, die Befugnisse der römischen Väter mit Blick auf die Ehe ihrer Kinder, die Verwendung des *interdictum de liberis exhibendis vel ducendis* und die Bittschrift der Dionysia, vgl. jetzt ausführlich *Urbanik*, Scr. Zabłocka 1039–1068.

[156] Der Papyrus hat viel Aufmerksamkeit erhalten, weil er die umfangreichste Petition aus dem römischen Ägypten enthält. Durch ihn wurden die Edikte des Mettius Rufus und des Flavius Titianus zur βιβλιοθήκη ἐνκτήσεων (→ Rn. 38) sowie dasjenige des Valerius Eudaemon zu Beschwerden von Schuldnern (→ Rn. 40) überliefert; vgl. *Anagnostou-Cañas*, RHD 62 (1984) 351–353; *Yiftach Firanko*, OH P 550–552; *Kreuzsaler/Urbanik*, JJP 38 (2008) 119–155; *Platschek*, JJP 45 (2015) 145–163; *Dolganov*, Tyche 34 (2019) 42–58; *Urbanik*, JJP 49 (2019) 318–327.

[157] Dies sind jedoch nicht die Worte des Präfekten, sondern die der *rhetores* in einem analogen, auch von Dionysia zitierten Fall, der 133 n. Chr. vor dem *epistrategos* Paconius Felix verhandelt wurde: Σευήρου καὶ Ἡλιοδώρου ῥητόρων ἀποκρειναμένων | Τειτιανὸν τὸν ἡγεμονεύσαντα ὁμοίας ὑποθέσεως ἀκούσαντα [ἐξ] Αἰγυπτιακῶν προσώπων μὴ ἠκολουθηκέναι τῇ τοῦ νό|μου ἀπανθρωπίᾳ ἀλλὰ τ[ῇ] ἐπι[νοί]ᾳ τῆς παιδός, εἰ βούλεται παρὰ τ[ῷ ἀνδρὶ] μένειν (P.Oxy. II 237, col. 7, Z. 33–35).

Präfekt nicht die Existenz oder Geltung des ägyptischen Gesetzes bestritt, sondern lediglich von dessen Anwendung absah, angeblich – wenn wir den *rhetores* vertrauen können, die sich später auf seine Entscheidung berufen – da er es für unvereinbar mit der *humanitas* hielt, die hier als Maßstab allen Rechts und jeglicher Rechtsanwendung herangezogen wird.[158]

Die Anhäufung von Präzedenzfällen in Dionysias Petition (→ Rn. 63) ist auch in anderen Dokumenten des 2. Jhs. zu beobachten, was die Forschung dazu veranlasst hat, den normativen Gehalt von Präzedenzfällen für das römische Ägypten zu erörtern.[159] Die Diskussion leidet darunter, dass sie anachronistisch von der Geltung des Rechts ausgeht und die Rechtsordnung als ein System verbindlicher Normen begreift, dem auch die Rechtsprechung unterworfen sei. Diese dem modernen Rechtsverständnis zugrundeliegende Vorstellung steht im Widerspruch zur römischen Rechtswirklichkeit im 2. Jh.: Trotz der zunehmenden Konzentration der Rechtssetzungsgewalt in der Hand des Kaisers lag es weitgehend – insbesondere in den kaiserrechtlich nicht normierten Bereichen – im Ermessen des Jurisdiktionsorgans, über das anwendbare Recht zu entscheiden und entsprechend auch peregrines Recht zu berücksichtigen oder nicht (→ Rn. 78 f.). **65**

Genau dieses Ermessen vermag den Drang der Provinzialbevölkerung zu erklären, Präzedenzfälle zu sammeln, um Unsicherheiten über die frühere Anwendung (oder Ablehnung) des lokalen Rechts auszuräumen:[160] Präzedenzfälle werden mithin nicht deswegen herangezogen, weil sie verbindlich sind, sondern weil sie die Anerkennung des peregrinen Rechts durch römische Behörden belegen, und damit dessen Autorität erhöhen oder umgekehrt seine Anwendung – wie im Fall der Dionysia – auch ausschließen können.[161] Es ist daher kein Zufall, dass solche Präzedenziensammlungen nach dem 2. Jh. mit der für die Spätantike charakteristischen zunehmenden Normativierung und der damit einhergehenden Unterwerfung des Richters unter eine vorgegebene Rechtsordnung verschwinden. **66**

Der Ausdruck νόμοι τῶν Αἰγυπτίων („Recht“ oder „Gesetze der Ägypter“), der in Dionysias Petition verwendet wird (→ Rn. 54), findet sich auch in verschiedenen anderen Dokumenten aus dem 1. und 2. Jh.[162] Sie betreffen allesamt Fragen des Status **67**

[158] *Kreuzsaler/Urbanik*, JJP 38 (2008) 142–153 mit einem Überblick über die Rolle der *humanitas* im kaiserlichen und juristischen Rechtsdiskurs.

[159] *Katzoff*, SZ 89 (1972) 256–292; *Katzoff*, ANRW II.13 833–843; *Anagnostou-Cañas*, Juge (1991) 244–252; *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 284 f., alle mwN.

[160] Zum römischen Rechtsdiskurs, vgl. Ulp. 4 off. procons. D. 1.3.34 sowie Alex. C. 8.52.1 (a.224). Auch Cic. top. 5,28 und Cic. inv. 2,22,68 sowie Rhet. Her. 2,13,19 zählen das *iudicatum* zu den *partes iuris*, denn für den Redner können Präzedenzfälle tatsächlich entscheidend sein, um die Existenz einer rechtlichen Regel vor dem Gericht zu beweisen; für einen neuen Blick auf die Strategien der Bewohner der östlichen Provinzen gegenüber den römischen Herrschern, vgl. *Bryan*, LHR 30 (2012) 771–811.

[161] Aus einer kulturgeschichtlichen Perspektive, vgl. *Bryen*, in: Procházka et al., Epistolography (2015) 201–215.

[162] P.Oxy. IV 706 = MChr. 81 (ca. 115 n. Chr.), P.Oxy. XLII 3015 (nach 117. n. Chr.) (→ Rn. 54,

oder des Familien- oder Erbrechts, und damit jene Rechtseinrichtungen, die der peregrinen Bevölkerung vorbehalten waren und nicht mit den Römern geteilt wurden. In der Sprache der römischen Verwaltung (vgl. nur den Gnomon des Idios Logos, → Rn. 32–34) umfasste der Begriff „Ägypter" nicht nur die autochthone und damit ethnisch ägyptische Bevölkerung, sondern jeden, der nicht Bürger Roms oder einer der (mit Antinoopolis vier) griechischen Poleis war, das heißt alle *peregrini nullius civitatis*, unabhängig von Ethnizität, Sprache und Kultur, und damit von der einfachsten einheimischen Bevölkerung bis zur griechischen Elite der *metropoleis*.[163] Dies spricht dafür, dass die Römer mit der Bezeichnung „Gesetze der Ägypter" auch das Recht der anderen Bevölkerungsgruppen der *chora*, vor allem der griechischen, erfassten.[164]

68 Tatsächlich finden sich in den Präzedenzfällen der Dionysia ägyptische Frauen, die vor Gericht einen griechischen Dolmetscher benötigten, während Dionysia und ihr Vater (ein Ex-Gymnasiarch) zur griechischen Elite gehörten. Obwohl die griechischen und einheimischen Rechtstraditionen keineswegs vereinheitlicht waren – es gab kein „Gräko-Ägyptisches Recht", insbesondere nicht im Status- Familien- und Erbrecht –,[165] war die römische Verwaltung offensichtlich bereit, sie undifferenziert auf autochthone Ägypter und Griechen anzuwenden. Mischehen und Hellenisierung hatten die Grenzen zwischen ihnen längst verwischt, und die römische Verwaltung verzichtete darauf, Griechen, die nicht Bürger einer Polis waren, einen eigenen Status zuzuweisen.[166] Diese Haltung der römischen Verwaltung dürfte beide Gruppen gelegentlich dazu verleitet haben, „shopping for the law" zu betreiben, indem sie sich auf die für ihre Zwecke günstigste Regel beriefen, ob griechischer oder ägyptischer Herkunft: So wird

---

Rn. 62), P.Tebt. II 488 descr. (121–122 n. Chr.), CPR I 18 = MChr. 84 (124 n. Chr.), P.Oxy. II 237 (186 n. Chr.) col. VII, Z. 33 (133 n. Chr.), vgl. auch col. 8, 22 (109 n. Chr.: ἐνχώρια νόμμᾳ) und col. VIII, Z. 34 (89 n. Chr.: ἐπιχώριος νόμος). Zu dem viel späteren P.Oxy. XII 1558 (267 n. Chr.), in dem „νόμοις" durch Grenfell/Hunt emendiert wurde, vgl. Mélèze Modrzejewski, Loi et coutume (2014) 260 Fn. 4 mwN. Ein Überblick bei *Wolff*, Recht I 74–78; *Mélèze Modrzejewski*, a. a. O. 259–271; *Yiftach-Firanko*, OH P 550–552; ferner *Dolganov*, Tyche 34 (1919) 36–39 und *Urbanik*, JJP 49 (2019) 317–331. Das Recht konnte vor Gericht verlesen werden (P.Oxy. II 237, col. VII, Z. 36–37), aber dies beweist nur, dass es schriftliche Zeugnisse gab, nicht aber, dass das Recht kodifiziert war, wie oft angenommen wird; derartige Kodifikationen existierten für das autochthone ägyptische Recht, vgl. *Matha/Hugues*, Demotic Code (1975); *Mélèze Modrzejewski*, a. a. O. 77–84, aber das „Recht der Ägypter" der römischen Terminologie kann nicht mit diesem Recht gleichgesetzt werden; zur Frage, vgl. die Lit. bei *Wolff*, Recht I 73–78 m. Fn. 14.

[163] *Jördens*, OH REg 249 f., 254–257.

[164] Wenn dies zutrifft, ist der römische Begriff „Gesetze der Ägypter" (und die römische Verwendung von „Gesetze der *chora*") nicht synonym mit der ptolemäischen Begrifflichkeit „Gesetze der *chora*", die sich offensichtlich auf das ursprüngliche ägyptische Recht bezog, vgl. *Wolff*, Recht I 74–78; *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 259–271.

[165] *Wolff*, Recht I 79–80, 83 f.

[166] Die griechische Elite der *chora* genoss auch ohne Bürgerrecht fiskale Privilegien und nahm an der Selbstverwaltung der *metropoleis* teil, vgl. *Mélèze Modrzejewski*, Symposion 1982 241–280 (= Dt. impérial I).

nach der Petition der Dionysia derselbe „*nomos*“ sowohl von griechischen als auch von ägyptischen Vätern angeführt, um die Ehe ihrer Töchter zu beenden;[167] vor allem aber bekämpft Dionysia diesen „*nomos*“ unter Berufung auf dessen Ablehnung durch die römische Rechtsprechung.

d. Normativer Status des peregrinen Rechts

Aus Sicht der sozialen wie der politischen Geschichte ist das Fortbestehen der lokalen **69**
Rechtsauffassungen unter römischer Herrschaft zwar bemerkenswert, aber durchaus nachvollziehbar: Zum einen sind langjährige Traditionen nicht leicht zu verdrängen, zum andern scheint Rom nie das Bedürfnis gehabt zu haben, Nichtrömern sein Recht aufzuoktroyieren. Dennoch ist diese Kontinuität erklärungsbedürftig, zumal das politische Denken in Rom, wie schon in Griechenland, das Recht an das Bürgerrecht band, und zwar in einem doppelten Sinne: Erstens bedeutete „Bürger zu werden“, sich den Gesetzen der politischen Körperschaft zu unterwerfen;[168] zweitens ist ohne eine entsprechende Bürgerschaft (πολιτεία) kein „eigenes Recht“ (ἴδιος νόμος) denkbar.[169] In Ägypten waren aber die meisten Einwohner der Provinz – mit Ausnahme der (relativ) wenigen Römer und Bürger von Naukratis, Alexandria und Ptolemais – *peregrini nullius civitatis*, ἀπόλιδες.[170]

Aufgrund des Fehlens eigentlicher *poleis* und mit ihnen verbundener πολιτικοὶ νό- **70**
μοι hätte nach dem beschriebenen Paradigma das von den Ptolemäern überlieferte

[167] Dies ist sicher, unabhängig davon, was die Herkunft dieses „*nomos*“ sein mag; zur Kontroverse, vgl. *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 261–263 mwN.; weitere Beispiele für eine sich kreuzende Rechtspraxis – sowohl in ptolemäischer als auch in römischer Zeit – bei *Wolff*, Recht I 81 f. mwN.

[168] Vgl. den Eid, mit dem die Bewohner von Kalymna sich den Gesetzen von Kos unterwarfen, nachdem dieses sie Ende des 3. Jh. v. Chr. erneut annektiert hatte, dazu *Herzog*, RFIC 20 (1942) 5–8 (§ 2); *Segrè*, Ann. Scuola Arch. 22–23 (1952) 9–10 (§ 12); *Schmitt*, Staatsverträge III 285–287 (§ 545). Dazu *Sherwin-White*, Cos (1978) 125–130 und *Krob*, REG 100 (1997) 436–445; oder die 242 v. Chr. belegte συμπολιτεία zwischen dem Volk (δῆμος) der Stadt Smyrna und den Truppen in Magnesia, vgl. I. Smyrna 573 II + II 2 = OGIS 229 II = *Schmitt*, a. a. O. 163–172 (§ 492), Z. 64–65.

[169] In der griechischen wie in der römischen Tradition ist das Recht, nach den eigenen Gesetzen zu leben, nur für Bürger einer *polis* vorstellbar und stellt einen Aspekt des Bürgerstatus dar. Typisch hierfür ist die Einräumung des Rechts durch Eumenes IV. an die Bewohner von Tyriaion in der ersten Hälfte des 2. Jh. v. Chr., vgl. SEG XLVII 1745, 26–28 und hierzu *Jonnes/Ricl*, Epigraphica Anatolica 29 (1997) 1–30; *Schuler*, ZPE 128 (1999) 124–132; *Boffo*, Dike 4 (2001) 233–255. Zur rechtlichen und jurisdiktionellen Autonomie der sog. πολιτεύματα (wie der Juden in Herakleopolis) unter den Ptolemäern, vgl. *Sänger*, Politeuma (2019) mwN.

[170] Vgl. Ios. c. Ap. II 4,41, Plin. epist. 10,6, Tac. hist. 1,11 (*insciam legum, ignaram magistratuum*). Aus diesem Grund werden die Bewohner der *chora*, die keinerlei Bürgerrecht haben, einfach als „Ägypter“ (αἰγύπτιοι) bezeichnet, wie vor allem der Gnomon des Idios Logos belegt, vgl. *Jördens*, OH REg 247–259. Es ist fraglich, ob die von Septimius Severus vorgenommene Anerkennung einer βουλή für die *metropoleis* der *chora* im Jahre 200 n. Chr. den *status civitatis* ihrer Bewohner veränderte, → Fn. 229.

Recht nicht fortdauern können.[171] Seine Kontinuität in der privaten Rechtspraxis trotz der politischen Zäsur[172] hat die ältere Forschung als Folge einer unter Augustus verkündeten *forma provinciae* erklärt, welche die Anwendung der peregrinischen Rechte gesichert hätte.[173] Eine *lex provinciae* hätte in der Tat den in den Provinzen bestehenden *civitates* Autonomie gewähren und ihren Bürgern ermöglichen können, nach ihrem eigenen Recht zu leben.[174] Belege einer *forma* oder *lex provinciae* für Ägypten fehlen aber; soweit Quellen vorhanden sind, beziehen sie sich auf spezifische Aspekte der ägyptischen Ordnung und betreffen verschiedene normative Akte des Augustus.[175] Die Gewährung von Autonomie oder die Garantie eines *ius proprium* sind hingegen für Ägypten nicht belegt. In der Tat wären derartige Zugeständnisse nur in Bezug auf

[171] Die römischen Quellen lassen geringen Zweifel daran, dass die Vorstellung, nach der ἀπόλιδες keinerlei *ius proprium* innehaben konnten, auch in der Severerzeit jedenfalls im juristischen Diskurs noch vorherrschte, was offensichtlich im Widerspruch zum Fortleben der lokalen Rechte in Ägypten steht, die von der römischen Herrschaft selbst übernommen wurden; vgl. nur Ulp. reg. 20.14, wo zu lesen ist, dass jemand, *qui dediticiorum numero est*, kein Testament errichten kann, *quoniam nullius certae civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suae testetur.* Entgegen dieser Aussage werden die von aus der ägyptischen *chora* stammenden Peregrinen *nullius civitatis* errichteten Testamente von der römischen Verwaltung als vollständig wirksam behandelt, vgl. Gnomon des Idios Logos § 7, der nur die öffentliche Beurkundung verlangt (für alle Peregrine, wie auch die sonstige dokumentarische Überlieferung belegt); aus den zahlreichen Gerichtsentscheiden, die von der Wirksamkeit derartiger testamentarischer Anordnungen ausgehen, vgl. CPR I 18 = SPP XX 4 = MChr. 84 (124 n. Chr.) und BGU XX 2863 (nach 133 n. Chr.), beide aufgrund Delegation durch den Präfekten entschieden. Besonders aufschlussreich ist namentlich die Sammlung von Entscheidungen des Präfekten Servius Sulpicius Similis zur Testierfreiheit der *peregrini nullius civitatis* in P.Oxy. XLII 3015 (nach 117 n. Chr.): Dem Präfekten zufolge sollen Αἰγύπτιοι (Z. 11–12, der im 2. Jh. n. Chr. technische Begriff für Provinzialbewohner ohne Bürgerrecht) nach ihren eigenen Gesetzen beurteilt werden (πρὸς τοὺς Αἰγυπτίων νόμους, Z. 3): → Rn. 54, Rn. 62.

[172] Wenn Tac. hist. 1,11 die aus dem *ordo equester* stammenden Präfekten als *loco regum* bezeichnet (vgl. auch Amm. 22,16,6; Strab. Geogr. 17,12), ist dies verächtlich gemeint und kann nicht als Beleg für die Fortsetzung des ptolemäischen Königtums unter römischer Herrschaft angesehen werden. Aus römischer Sicht ist der Präfekt kein Nachfolger der Könige und auch der Kaiser selbst ist es trotz Mommsen nicht; Ägypten ist schlicht eine Provinz unter dem *imperium populi Romani* – R. Gest. div. Aug. 27 (vgl. auch CIL VI I, 701 und 702) – und der Präfekt ist ihr Vorsteher mit *imperium ad similitudinem proconsulis* (Ulp. 15 ed. D. 1.17.1); zum Rechtsstatus des römischen Ägypten, vgl. *Wolff*, Recht I 99–103; *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 241–259; neuere Lit. bei *Jördens*, JJP 43 (2013) 51–71.

[173] *Schönbauer*, JJP 9/10 (1955/56) 21 f.; auch für *Taubenschlag*, Law 27–29 sind die Maßnahmen, welche die Quellen Augustus mit Blick auf Ägypten zuschreiben, nicht isolierte Einzelanordnungen, sondern Teil eines umfassenden Grundgesetzes, das sowohl die Rechtsbeziehungen der Römer als auch der Peregrinen regelte.

[174] Zu Sizilien, vgl. nur Cic. Verr. II 13,32 *Siculi hoc iure sunt, ut quod civis cum cive agat, domi certet suis legibus* und dazu *Mellano*, Rapporti (1977); vergleichbare Zugeständnisse sind für verschiedene *poleis* belegt, vgl. Cic. Att. 6,1,15 und Cic. Att. 6,2,4 und zahlreiche epigraphische Belege.

[175] Vgl. Ulp. 15 ed. D. 1.17.1; Strab. Geogr. 17,1,12–13, dazu *van Groningen*, Aegyptus 7 (1926) 189–202; *Piganiol*, PapCongr. VII 193–202; *Capponi*, Augustan Egypt (2014) 10–12, 25–31.

civitates und *cives* vorstellbar gewesen, kommen aber für *peregrini nullius civitatis*, wie die Bewohner der *chora*, nicht in Frage, und sind auch für Alexandria, das durch Augustus seine Autonomie verlor, wie für die anderen ägyptischen *poleis*, die offenbar dem *imperium* des Präfekten nicht entzogen waren, wenig glaubhaft.

Da es nicht möglich scheint, das Fortleben des peregrinen Rechts mit den skizzierten **71**
Grundsätzen der griechischen und römischen Rechtstheorie zu vereinbaren, kam Hans Julius Wolff zu dem Schluss, dass das peregrine Recht in Wahrheit nicht überlebt habe. Seine Geltung habe mit dem Niedergang der Ptolemäer geendet, so dass Rom in Ägypten ein rechtliches Vakuum vorgefunden habe, das es nach seinem Belieben gefüllt habe.[176] Zwar sei eine Fülle an rechtlichem Material vorhanden gewesen, um das gesamte lokale Rechtssystem mit dem Anschein der Kontinuität wieder zu beleben und genau dies hätten die Römer aus Gründen der politischen Opportunität auch getan. Wolff zufolge waren aber die vorgefundenen Materialien kein Recht mehr, weil sie nicht mehr verbindlich gewesen seien. Eine Bestätigung hierfür fand er in den – etwa von Dionysia gesammelten (→ Rn. 63 f.) – Entscheidungen der römischen Rechtsprechung, die das peregrine Recht verwarfen.

Diese Erklärung ist verschiedener Hinsicht widersprüchlich: Bis zur Zeit der Petition **72**
der Dionysia, das heißt am Ende des 2. Jh. n. Chr., müsste nach Wolffs Theorie außer dem römischen kein Recht in Ägypten gegolten haben. Vom römischen Recht finden sich allerdings wenige Spuren in den Privaturkunden, die immer noch vom peregrinen „Nicht-Recht" geprägt bleiben. Wolffs Theorie kann zudem nicht erklären, warum die griechischen und ägyptischen Rechtseinrichtungen als Recht angesehen werden sollten, solange die Ptolemäer sie anerkannten, ihre Übernahme durch die zwei Jahrhunderte andauernde römische Herrschaft aber keine entsprechende Wirkung zeitigen sollte.

Eine häufig rezipierte Auflösung dieser paradoxen Erscheinungen stammt von Jo- **73**
seph Mélèze Modrzejewski.[177] Er vertrat die Meinung, dass die im römischen Ägypten erhaltenen lokalen Rechte als Gewohnheitsrecht anerkannt worden seien, und gerade diese Eigenschaft ihr Verhältnis zum römischen Recht erklären könne:[178] Im Ergebnis verhalte sich das peregrine Recht zum römischen Recht wie das Gewohnheitsrecht zum Gesetzesrecht im Sinne der modernen Rechtstheorie. Damit einher gehe insbesondere ein geringerer normativer Rang des lokalen Rechts, der erkläre, warum sich die römische Rechtsprechungsgewalt auch von peregrinen Vorgaben distanzieren und diese

[176] *Wolff*, Recht I 115 f. unter dem Titel „Nichtexistenz einer bindenden Rechtsordnung": „Nach dem Untergang der lagidischen Monarchie war alledem der staatsrechtliche Boden entzogen. Mit der königliche Autorität war auch die Bindungswirkung ihrer Befehle erloschen. Rechtsetzung wie Rechtsprechung lagen nunmehr ausschließlich in den Händen der Römer ... Von ihrem eigenen Rechtsquellenverständnis her gesehen, fanden die Römer ein juristischen Vakuum vor, das zu füllen ihrem Gutdünken anheimgestellt war."

[177] *Mélèze Modrzejewski*, PapCongr. XII 317–376; *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) bes. 7–16, 235–240.

[178] *Mélèze Modrzejewski*, PapCongr. XII 318; vgl. auch *Humfress*, in: Rio, Custom (2011) 23–47, bes. 40–47 und jetzt *Urbanik*, JJP 49 (2019) 289–345.

außer Kraft setzen könne. Zudem könne begründet werden, wie das lokale Recht und insbesondere die ptolemäische Gesetzgebung die römische Herrschaft überlebt habe, nämlich als lokales Gewohnheitsrecht, als *mos regionis*.

74 Auch mit Blick auf Modrzejewkis Theorie ergeben sich grundlegende Bedenken. Eine Theorie des Gewohnheitsrechts bildet sich in der römischen Rechtswissenschaft nicht vor Julian[179] und wird erst ab dem frühen 3. Jh. in den kaiserlichen und juristischen Rechtsdiskurs rezipiert. Entsprechend findet das Gewohnheitsrecht in den Rechtsquellenkatalogen des Gaius, Pomponius und noch des Papinian keine Erwähnung.[180] Die Entwicklung einer gewohnheitsrechtlichen Theorie setzt also erst mehr als zweihundert Jahre nach Beginn der römischen Herrschaft über Ägypten ein, und damit mehr als vierhundert Jahre nach der Schaffung des Provinzialsystems durch die Besetzung Siziliens. Die Theorie kommt also viel zu spät, um den konzeptionellen Rahmen für die römische Rechtsprechung bei der Auseinandersetzung mit peregrinem Recht und seiner Vorgaben zu bilden. Dies gilt abgesehen davon, für wie wahrscheinlich man es hält, dass entsprechende Theorieangebote von römischen Amtsträgern genutzt worden wären.

75 Weiter ist zu beachten, dass, soweit lokale Gewohnheiten im Diskurs der Juristen und in den kaiserlichen Konstitutionen erwähnt oder verarbeitet werden, sie sich in der Regel, wenn nicht auf bloß faktische Gepflogenheiten,[181] allenfalls auf die Verwaltungspraxis beziehen.[182] Familien-, erb-, oder vertragsrechtliche Traditionen der lokalen Bevölkerung werden hiermit gerade nicht erfasst. Sofern sich *mos* und *consuetudo* ausnahmsweise auf lokale Rechtstraditionen beziehen, haben diese erkennbar keinen normativen Gehalt,[183] sondern bilden lediglich eine faktische Grundlage für die Aus-

---

[179] Iul. 84 dig. D. 1.3.32 pr., dazu *Alonso*, JJP 43 (2013) 379–386 mwN.

[180] Gai. 1.2; Pap. 2 def. D. 1.1.7; Pomp. ench. D. 1.2.2.12. Zum Kontrast mit der rhetorischen Lehre (Rhet. Her. 2,13,19–20 und Cic. inv. 2,22,65–68) und zu der Erklärung von *Nörr*, Divisio (1972), vgl. *Alonso*, JJP 43 (2013) 365–379 mwN.

[181] Ulp. 2 off. procons. D. 1.16.7 pr. (*feriae*); Ulp. 8 omn. trib. D. 50.13.1.10 (*consuetudo fori* bezüglich Anwaltsgebühren); Paul. 1 ed. D. 2.12.4 (Traubenerntezeit).

[182] Ulp. 1 off. procons. D. 1.16.4.5 (*ingressus in provinciam* des Statthalters); Paul. 6 ed. D. 3.4.6 pr. (lokale *honores*); Paul. 52 ed. D. 39.4.4.2 (*vectigalia*); Call. 1 cogn. D. 50.2.11 (Dekurionat); Call. 4 cogn. D. 22.5.3.6 (Zeugenvorladung). Trotz *Lewis*, RIDA 15 (1968) 135–142 und *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 317 ist dies auch der Fall in SEG XVII 755 (= IGLSyr. v 1998) (rechtswidrige Beschlagnahmen). Auch Plin. epist. 10,114–115 (dazu *Flume*, Gewohnheitsrecht [1975] 25–28 mwN.) betrifft eine Frage des öffentlichen Rechts; weitere Belege und Diskussion bei *Kaser*, SZ 59 (1939) 76–81; zu den kaiserlichen Konstitutionen vgl. *Gaudemet*, Labeo 2 (1956) 149 f.

[183] Die wenigen Ausnahmen, in denen *consuetudo* als Gewohnheit der Bevölkerung einen gewissen normativen Wert zu haben scheint, sind zu marginal, um den allgemeinen Eindruck zu ändern: Gai. 10 ed. prov. D. 21.2.6 (Eviktionssicherheit); Papir. 1 const. D. 18.1.71 (Maße und Gewichte); Ulp. 24 ed. D. 25.4.1.15 (Form der *inspectio ventris*). Nur abstrakte, ganz allgemeine Texte wie Ulp. 1 off. procons. D. 1.3.33 (*Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet*) könnten so gelesen werden, als enthielten sie eine implizite Billigung der peregrinen Traditionen des Privatrechts als Gewohnheiten *pro iure et lege*. Es ist nicht klar, ob die von *Urbanik*, JJP 49

legung von Rechtsgeschäften, indem vermutet wird, dass die Parteien, wenn sie nichts anderes vereinbart haben, dem örtlichen Brauch folgen.[184]

76 Weder die Jurisprudenz noch die kaiserliche Kanzlei der Prinzipatszeit benutzen die Kategorie des Gewohnheitsrechts als Instrument, um fremde Rechtsinstitute oder Rechtspraxis zu ermitteln oder einzuordnen. Sind die Juristen oder die Kaiser mit lokalem Recht konfrontiert, übersetzen sie dieses entweder in römische Kategorien oder stellen die Unvereinbarkeit mit römischrechtlichen Prinzipien fest und schließen seine Anwendung aus (→ Rn. 81 f., Rn. 102 mit Fn. 255). Die seltenen Kompromisse zwischen beiden Rechtsvorstellungen sind ausschließlich in Kategorien des römischen Rechts formuliert (→ Fn. 254).

77 Schließlich spricht gegen Modrzejewskis Theorie, dass die Papyri keinen einzigen Hinweis darauf enthalten, dass die ptolemäische Gesetzgebung als Gewohnheit anerkannt oder angesehen worden sei. Ptolemäische προστάγματα und διαγράμματα[185] werden bis ins 3. Jh. n. Chr. geltend gemacht und befolgt,[186] ohne dies näher zu erklären oder gar aus ihrem vermeintlich neuen Status als Gewohnheit oder Gewohnheitsrecht zu rechtfertigen. Zudem gibt es – was man bei gewohnheitsrechtlicher Geltung erwarten müsste – niemals eine Diskussion darüber, inwieweit und mit welcher Konsistenz eine entsprechende Vorschrift von der Praxis und der Rechtsprechung befolgt worden sei. Dabei ist zu beachten, dass dieses Argument sowohl bei denjenigen fehlt, die sich auf eine ptolemäische Regelung berufen, als auch bei denen, die ihre Anwendung bekämpfen.[187]

(2019) 315 Fn. 76 f. als normative *consuetudo* aufgeführten Fälle nicht eher weitere Beispiele ergänzender Auslegung von Rechtsgeschäften sind: Dies scheint die naheliegendste Interpretation von *si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat* in Alex. C. 4.65.8 (a.231) zu sein; und auch die *fructus, quos tibi iuxta praeteritam consuetudinem deberi constiterit* in Diocl./Max. C. 4.65.18 (a.290) können sehr wohl diejenigen sein, die aufgrund der bisherigen Vertragspraxis zwischen denselben Parteien als geschuldet behandelt werden. In Diocl./Max. C. 4.65.19 (a.293) scheint hingegen *prima facie* die lokale *consuetudo* als Beschränkung der Vertragsfreiheit der Parteien zu gelten: *Circa locationes atque conductiones maxime fides contractus servanda est, si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis.* In der Entscheidung werden Vertrag und Brauch jedoch nicht gegeneinander ausgespielt: Die Kaiser stellen lediglich fest, dass eine *remissio*, die sowohl gegen den Vertrag als auch gegen die Sitte verstößt, nicht Dritten entgegengesetzt werden kann: *quod si alii remiserunt contra legem contractus atque regionis consuetudinem pensiones, hoc aliis praeiudicium non possit adferre.* Dritte sind hier wahrscheinlich andere Unterpächter öffentlichen Landes im selben Gebiet.

[184] *Alonso*, JJP 43 (2013) 382 Fn. 92. Ein Paradebeispiel bildet der von den Parteien nicht festgelegte Zinssatz, vgl. Pap. 2 quaest. D. 22.1.1 pr., Scaev. 22 dig. D. 33.1.21 pr., Ulp. 31 ed. D. 17.1.10.3, Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.10, Ulp. 21 Sab. D. 30.39.17.

[185] Zu diesen Formen der ptolemäischen Gesetzgebung, vgl. etwa *Wolff*, Recht I 49–54 und *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 53–69 mwN., vgl. dazu – zu Recht kritisch – *Grotkamp*, Rechtsschutz (2018).

[186] Ausführlich dazu *Lénger*, RIDA 3 (1949) 69–81; *Lénger*, C. Ord. Ptol. (1980) 114–123.

[187] Einzige Ausnahme ist SB VI 9016 (160 n. Chr.), vgl. *Alonso*, JJP 43 (2013) 392–395.

78 Das von Wolff, Modrzejewski und anderen diskutierte Geltungsproblem des lokalen Rechts verschwindet, wenn man die Situation aus Sicht der römischen Jurisdiktionsgewalt betrachtet.[188] Diese umfasst nicht nur die Befugnis, Recht anzuwenden, sondern auch die Macht, Recht zu setzen (*ius dicere*). So hat insbesondere die durch das *ius edicendi* verstärkte *iurisdictio cum imperio* der Magistrate und Provinzialverwalter Rechtsquellenqualität, indem sie nicht strikt dem bereits gesetzten Recht unterworfen ist, sondern von diesem abweichen kann, um den Vorgaben der *aequitas* oder *utilitas* zu genügen (→ § 6 Rn. 9, 82–85).[189] Aus Sicht dieser Amtsträger ist das Recht also kein System von verbindlichen Regeln; keine Regel ist uneingeschränkt verbindlich, sondern ist ein nach Maßgabe des Ermessens im Einzelfall anzuwendendes oder auch zu modifizierendes Recht. Mit dieser Perspektive lässt sich Wolffs Problem der gelegentlichen Nichtanwendung des peregrinen Rechts, wie in Dionysias Bittschrift, leicht erklären: Die angeführten Entscheidungen bilden keinen Beleg dafür, dass es sich nicht um Recht handelt, sondern sind Ausdruck des der römischen Jurisdiktionsgewalt inhärenten Ermessensspielraums.[190]

79 Dies bedeutet umgekehrt, dass die Jurisdiktionsgewalt nicht nur die Vorgaben zu berücksichtigen hat, die als verbindlich anzusehen sind und gleichsam normative Kraft haben; maßgeblich ist vielmehr auch das, was nicht im eigentlichen Sinne verbindlich ist, aber autoritative Kraft (*auctoritas*) hat (→ § 6 Rn. 97, 133).[191] Diese *auctoritas* kommt regelmäßig auch dem peregrinen Recht und der autochthonen Tradition zu und ist daher auch im Rahmen der Ermessensausübung in der Rechtsprechung heranzuziehen. Gleichzeitig führt die Verwendung in der römischen Jurisdiktion zu einer Steigerung der Autorität der lokalen Vorgabe und zum Teil zur Aufnahme in das (römische) Provinzialrecht, wie etwa die für Ägypten spezifischen Regeln zur Landregistratur und zur unmittelbaren Vollstreckbarkeit aus Urkunden zeigen, die nicht nur auf peregrine Bewohner, sondern auch auf römische Bürger Anwendung fanden.

---

[188] Dazu ausführlich *Alonso*, JJP 43 (2013) 395–404.

[189] Vgl. etwa – auch wenn auf den Formularprozess beschränkt – *Mantovani*, in: Di Renzo Villata, Diritto fra scoperta e creazione (2003) mwN.; zur Entstehung des Honorarrechts, vgl. anschaulich Cic. leg. 3,2 im Vergleich zu Pl., Lg. 715; vgl. auch Paul. 14 Sab. D. 1.1.11 (*praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit*), dazu *Alonso*, JJP 43 (2013) 396–399.

[190] Trotz des Unabhängigkeitsverlustes, den die kaiserliche Autorität allmählich mit sich brachte, bestand diese Ermessensfreiheit auch für die Provinzstatthalter weiter, vor allem hinsichtlich des peregrinen Rechts. Dies gilt auch für den *praefectus Aegypti*, der *imperium ad similitudinem proconsulis* (Ulp. 15 ed. D. 1.17.1) und damit auch *plenissima iurisdictio* hat (Ulp. 2 off. procons. D. 1.16.7.2), vgl. Alonso, JJP 43 (2013) 401–403.

[191] *Alonso*, JJP 43 (2013) 399–401; sogar die Gesetzgebung wird gelegentlich *sub specie auctoritatis* betrachtet, vgl. Trajans *legis auctoritas* in Plin. epist. 10,115. Konkreter Ausdruck dieses Ansatzes ist die Ausdehnung der Gesetzgebung über ihren ursprünglichen Anwendungsbereich hinaus, wie es die *lex Aqulia*, *lex Laetoria*, *lex Aebutia* veranschaulichen; zum Phänomen, vgl. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 1.3.13.

e. Das nichtrömische Recht der Papyri und die romanistische Forschung

Die peregrinen Rechtstraditionen, die den privaten Rechtsverkehr in Ägypten beherrschten, gehören nicht zur Geschichte des römischen Rechts, sondern zur Geschichte des griechischen und des ägyptischen Rechts und der anderen im Land vorhandenen Rechtskulturen, zu denen auch die jüdische zählt. Dennoch sind sie für die romanistische Forschung keineswegs irrelevant: Seit Mitteis ist der Einfluss der östlichen Rechtstraditionen und Kautelarpraxis als eine der treibenden Kräfte für die Umformung und Fortentwicklung des römischen Rechts in der Spätantike anerkannt.[192] **80**

Darüber hinaus bestand bereits im 2. und 3. Jh. für die Jurisprudenz wie für die kaiserliche Kanzlei vielfach Anlass, sich mit nichtrömischen Rechtsvorstellungen auseinanderzusetzen: Zahlreiche Reskripte aus dem 3. Jh., insbesondere aus der diokletianischen Kanzlei, können ohne Kenntnis der peregrinen Rechtspraxis und -vorstellungen, die in ihnen angesprochen und verarbeitet werden, nicht richtig analysiert werden.[193] **81**

Dies gilt auch für viele Fragmente aus den Juristenschriften – insbesondere von Scaevola, Papinian und allgemein den severischen Juristen wie später von Modestin –, die vielfach provinziale Sachverhalte begutachten und zum Ausgangspunkt ihrer Erörterung machen: Selbst dann, wenn die römische Jurisprudenz die peregrinen Traditionen in römische Kategorien übersetzt, sind die erörterten Fallgestaltungen nur bei Kenntnis peregrinen Rechts nachvollziehbar.[194] **82**

Aufgrund ihrer unterschiedslosen Verwendung durch Römer und Nichtrömer (→ Rn. 55, Rn. 86, Rn. 90) kommt in diesem Zusammenhang den mit Handel und Gewerbe verbundenen Vertragsmodellen besondere Bedeutung zu. Da die in den Papyri belegten Vertragsmodelle in ihren Grundzügen Ausdruck einer breiteren griechischen *koine* sind, ist auch außerhalb von Ägypten mit Kontakten dieser Modelle und der hinter ihnen stehenden Rechtsvorstellungen mit der römischen Rechtsprechung zu rechnen. Dabei war nicht nur die Rechtspraxis, sondern auch die Rechtswissenschaft mit ihnen konfrontiert, weshalb sich gerade in diesem Bereich aus einem kombinierten Studium der rechtswissenschaftlichen Texte und der Papyri[195] viele weiterführende **83**

[192] *Mitteis*, Reichsrecht (1891); Nachweise und Vorbehalte bei *Kaser*, RP I 7–10.

[193] *Mitteis*, Reichsrecht (1891) insb. 11 f.; *Taubenschlag*, Opera I 104–159, 519–533; *Schönbauer*, SZ 62 (1942) 267–346; *Amelotti*, Diocleziano (1960); *Eck/Puliatti*, Diocleziano (2018) mwN.

[194] *Kübler*, SZ 28 (1907) 175–210; *Kübler*, SZ 29 (1908) 183–226; *Taubenschlag*, Opera I 505–517; *Schiller*, Acta Jur. 83 (1958) 221–242; *Talamanca*, BIDR 103/104 (2000/01) 483–701; *Spina*, Successione testamentaria (2012); *Häusler*, SZ 133 (2016) 420–444.

[195] Grundlegend (auch in dieser Hinsicht) *Mitteis*, Reichsrecht (1891) insb. 400–515 zu Exekutivurkunden, Syngrapha, Diadikasie, Kaufbürgen, Hemiolion und Schriftform der Verträge; vgl. auch *Mitteis*, SZ 19 (1898) 198–260 zur Bankpraxis. Dieser Ansatz ist in den letzten Jahrzehnten wiederbelebt worden, namentlich aufgrund der Beiträge von *Éva Jakab*; vgl. etwa *Jakab*, Praedicere (1997); *Jakab*, Symposion 1999; *Jakab*, Symposion 2001; *Jakab*, SZ 123 (2006) 71–101; *Jakab*, Weinkauf (2009); *Jakab*, Symp. Pieler 73–88; *Jakab*, SZ 135 (2018) 474–526.

Erkenntnisse zur Entstehung, Veränderung und Begründung des römischen Privatrechts gewinnen lassen.

84 Ganz allgemein führt die Kenntnis oder jedenfalls das Bewusstsein der in den Papyri dokumentierten griechischen Rechtstradition zu einem vertieften Verständnis des römischen Rechts selbst. Das griechische Recht eröffnet nicht nur eine weitere antike Perspektive, sondern erweist sich gerade für die Römer selbst als naheliegendster Vergleichspunkt zur eigenen Rechtstradition.[196] Gerade vor dem Hintergrund der griechischen Rechtstradition sind daher die Besonderheiten der römischen Rechtsordnung deutlicher erkennbar; vor allem aber werden auch die vielen Gemeinsamkeiten und Abhängigkeiten beider Rechtstraditionen sichtbar,[197] die trotz der gegenteiligen Behauptungen eines Großteils der Romanistik des 20. Jh.[198] zu benennen und hervorzuheben sind.[199]

4. Rechtspraxis der römischen Bürger im Osten vor und nach der *constitutio Antoniniana*

85 Die Verleihung des allgemeinen Bürgerrechts an alle Reichsbewohner durch Caracalla in der *constitutio Antoniniana* von 212 n. Chr.[200] gilt als wichtiger Wendepunkt der

---

[196] Die nur wenigen expliziten Bezugnahmen auf griechische Rechtsvorstellungen in der römischen Jurisprudenz sind daher umso frustrierender, vgl. *Babusiaux*, Ess. Sirks 35–59.

[197] Aus der reichen Literatur über den griechischen Einfluss auf das Zwölftafelgesetz, vgl. *Ciulei*, SZ 64 (1944) 350–354; *Delz*, MH 23 (1966) 69–83; *Wieacker*, St. Volterra III 757–784; *Siewert*, Chiron 8 (1978) 331–344; *Ducos*, Douze tables (1978); *Martini*, Labeo 45 (1999) 20–37; *Humbert*, in: Bourdeau et al., Empire (1964) 3–50; *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 9–20; problematisch (wegen der Behauptung einer über Griechenland hinausgehenden Traditionslinie bis in die Keilschriftrechte) *Westbrook*, SZ 105 (1988) 74–121; *Westbrook*, Ex Oriente Lex (2015).

[198] Zu möglichen Übernahmen griechischer Elemente in das römische Recht, vgl. *Mitteis*, RP 10–21; *Partsch*, Nachgel. Schr. 346–352; sowie *Taubenschlag*, Opera I 421–460. Vieles wird hypothetisch bleiben müssen, aber die allgemein ablehnende Haltung der romanistischen Nachkriegsforschung (typisch etwa *Kaser*, RP I 21 f., 178 f. und *Kaser*, RP II 7–10: „stark überschätzt") scheint nicht das Resultat einer unvoreingenommenen Prüfung der Quellen zu sein, sondern eher aus der Verteidigung der Einzigartigkeit des römischen Rechts motiviert. Sie darf jedoch nicht zur Annahme führen, alle Rechtsvorstellungen der Römer seien vollkommen unabhängig von äußeren Einflüssen entstanden, vgl. auch *Nörr*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 189.

[199] Vgl. etwa *Platschek*, Pecunia constituta (2013); allgemein Lamberti et al., Culture Straniere (2015); in diese Richtung weisen jetzt verschiedene Beiträge von *Scheibelreiter*: *Scheibelreiter*, in: Rollinger et al., Strafe und Strafrecht (2012) 23–48; *Scheibelreiter*, RIDA 56 (2009) 131–154; *Scheibelreiter*, Symp. Hausmaninger 1–33; *Scheibelreiter*, in: Gagliardi, Antologia II (2018) 171–196; *Scheibelreiter*, Symposion 2017 211–250; *Scheibelreiter*, in: Antrittsvorlesungen IV (2019) 31–83; *Scheibelreiter*, SZ 136 (2019) 1–46; *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020).

[200] Für einen nützlichen Überblick über die gewaltige Menge an Literatur vom Anfang des 20. Jh., vgl. *Sasse*, JJP 14 (1962) 109–49 und JJP 15 (1965) 329–66. Seither: *Sherwin-White*, JRS 63 (1973) 86–98; *Rubin*, Latomus 34 (1975) 430–436; *Greco*, Atti Acc. Palermo 35 (1977); *Wolff*, Constitutio Antoniniana I (1976); *Mastino*, Atti Studi Storici; *Pinna Parpaglia*, Sacra (1995); *Ruggieri*, in: Rug-

hohen Prinzipatszeit und stellt eine entscheidende Weichenstellung für die spätantiken Harmonisierungen und Kodifikationsprojekte dar. In den Rechtsquellen selbst sind die Auswirkungen dieser Maßnahme nur schwer zu erkennen, da das Bürgerrecht zu Justinians Zeiten nur noch untergeordnete Bedeutung für die Rechtsanwendung hatte. Die papyrologische Dokumentation aus Ägypten vermag diese Lücke zu füllen, indem sie die Rechtsentwicklung sowohl vor als auch nach 212 n. Chr. in einem Vielvölkergebilde erhellt.

a. Die Praxis der römischen Bürger Ägyptens vor der *constitutio Antoniniana*

Vor dem Jahre 212 n. Chr. war das römische Bürgerrecht in Ägypten, wie allgemein im **86**
Osten des Reiches, weniger stark verbreitet als im Westen.[201] Doch trotz der relativ geringen Zahl römischer Bürger in Ägypten bieten die Papyri reichlich Material zur Rekonstruktion ihres Rechtslebens.[202] Abgesehen von Testamenten und Urkunden aus dem Status-, Erb- oder Familienrecht (→ Rn. 88 f.) neigen diese „Römer“ unabhängig von ihrer Herkunft[203] dazu, ihre Rechtsakte auf Griechisch zu beurkunden und den Modellen zu folgen, die sie lokal vorfinden und die auch von den Peregrinen benutzt werden. Sie folgen mithin den Dokumentationsformen der Nichtrömer,[204] und zwar auch solchen, die – wie die συγχώρεσις, das ὑπόμνημα und die Bank-διαγραφή –[205] keine Entsprechung in der römischen Tradition haben. Auch inhaltlich folgen sie den Vertragsschemata, die für die peregrine Bevölkerung bezeugt sind, und zwar selbst dann, wenn diese gegen Grundprinzipien des römischen Rechts verstoßen (→ Rn. 55).

---

gieri, Africa (1999); *Buraselis*, ΘΕΙΑ ΔΩΡΕΑ (2007); *Mélèze Modrzejewski*, Droit et justice (2011) 475–496; *Torrent*, Constitutio Antoniniana (2012); *Pferdehirt/Scholz*, Bürgerrecht (2012); *Corbo*, Constitutio Antoniniana (2013); *Purpura*, IAH 5 (2013) 73–85; *Mastino*, BIDR 107 (2013); Beiträge in: *Ando*, Citizenship (2016); *Imrie*, Antonine Constitution (2018); *Alonso*, in: Czajkowski et al., Provinces (2020).

[201] Vgl. *Wolff*, Recht I 111 mit Lit.; ferner *Jördens*, OH REg 247–259; zur schwankenden Verlässlichkeit der Namensgebung als Hinweis auf das Bürgerrecht, vgl. *Hobson*, BASP 26 (1989) 157–174; *Fikhman*, Stud. Sohlberg 403–414. Zu den Erklärungen zum Zensus, vgl. *Nelson*, Declarations (2001); *Rathbone*, Ess. Thomas 99–113; zur *professio liberorum* durch römische Bürger, vgl. *Sánchez-Moreno Ellart*, Professio Liberorum (2001).

[202] *Taubenschlag*, Opera I 194–228; *Wolff*, Recht I 149–172. Zu den Archiven römischer Bürger, → Rn. 14 Fn. 27 f.

[203] Vor allem Freigelassene, Soldaten, Veteranen und Angehörige der griechischen Elite, vgl. *Taubenschlag*, Opera I 181–193. Zu den Veteranen, → Fn. 28.

[204] Belege bei *Wolff*, Recht I 164.

[205] Vgl. *Wolff*, Recht II 91–95, 95–105, 114–122; zur Typologie der Dokumente, vgl. (aus der unübersehbaren Lit.) vor allem *Wolff*, Recht II; ein Überblick mit Quellen in: Keenan et al., Law and Legal Practice (2014) 35–95; ferner *Amelotti/Migliardi Zingale*, Symposion 1988 297–304 (= *Amelotti*, Scr. 129–136); *Allam*, SAK 11 (1984) 175–181; *Rupprecht*, Papyruskunde 135–143; *Rupprecht*, FS Werkmüller 283–296; *Palme*, OH P 358–394.

87 Die Tatsache, dass die meisten dieser „Römer“ nach Herkunft und Kultur Griechen oder hellenisierte Ägypter sind, reicht nicht aus, um dieses Phänomen zu erklären. Vielmehr ist darauf zu verweisen, dass die griechische Rechtstradition trotz des Fehlens einer eigentlichen Rechtswissenschaft einen bewährten Rahmen für Handel und Gewerbe bot. Vor allem aber verfügte Ägypten über ein dichtes Netz notarieller Einrichtungen,[206] die über Jahrhunderte eine große Vielfalt von Vertragsmodellen entwickelt und verfeinert hatten. Die öffentlichen Urkunden, die durch diese Notare errichtet wurden, genossen einen besonderen Status, der unter römischer Herrschaft weiter gefördert wurde:[207] Eigentum an Liegenschaften konnte nur dann eingetragen werden, wenn der Erwerb notariell beurkundet worden war (→ Rn. 38 Fn. 86); nur aus notariell beglaubigten Forderungsurkunden konnte direkt vollstreckt werden (→ Rn. 58 Fn. 139). Für die Vertragspraxis war das Bürgerrecht daher kein Kriterium: Da die notarielle Beurkundung aufgrund der lokalen Gegebenheiten für Römer wie für Nichtrömer notwendig oder sinnvoll erschien, folgten auch die Verträge dem vom Notar verwendeten griechischen Modell, ohne nach Herkunft oder Status der Beteiligten zu differenzieren. Voraussetzung für das Funktionieren dieses Systems war allerdings, dass – wie gesehen (→ Rn. 55) – auch die römischen Gerichte keine Bedenken hatten, das peregrine Recht im sachen- und vertragsrechtlichen Bereich auf römische Bürger anzuwenden.

88 In Ägypten scheinen Römer nur im Bereich des Status-, Familien- und Erbrechts dem römischen Privatrecht unterworfen gewesen zu sein. Nur diese Rechtsbereiche entsprechen dem angeblichen „Personalitätsprinzip“, das die Romanistik der Antike allzu oft zuschreibt.[208] Dasselbe gilt umgekehrt für die Nichtrömer, wie auch die Differenzierungen nach Bürgerrecht und Herkunft in diesen Bereichen im Gnomon des Idios Logos (→ Rn. 33) belegen. Für das Status-, Familien- und Erbrecht stellt die papyrologische Überlieferung daher, sofern Römer betroffen sind, eine direkte Quelle für die Anwendung des römischen Rechts in der Provinz dar. Dies gilt vor allem für Testamente, aber auch für *cretiones secundum tabulas testamenti*; ferner für *manumissiones*, die Bestimmungen der *leges Fufia Caninia* und *Aelia Sentia*; weiter für *sponsalia*, Ehe, Mitgift sowie die *leges Iulia et Papia*. Auch in Fragen des Status von Kindern, der Adoption, der Vormundschaft, des *ius liberorum* und der *lex Iulia et Titia de tutore dando*, der *lex Laetoria* und der *cura minorum* bieten die Papyri wichtige Belege für die praktische Anwendung des römischen Rechts.[209]

---

[206] *Wolff*, Recht II 8–45; *Cockle*, JEA 70 (1984) 106–122; *Burkhalter*, Chiron 20 (1990) 191–215; *Muhs*, in: Lippert/Schentuleit, Tebtynis (2005) 93–104; *Bucking*, ZPE 159 (2007) 229–247; *Reiter*, in: Arlt/Stadler, Fayyûm (2013) 159–167; *Claytor*, BASP 50 (2013) 78–81; *Langelotti*, in: Jakab, Sale and Community (2015) 117–132.

[207] Grundlegend *Schwarz*, Urkunde (1920). Vgl. *Wolff*, Recht II 81–105, 169–180 mwN.

[208] Die Fehlannahme, dass die provinziale Gerichtspraxis geradezu mechanisch in allen Rechtsbereichen dem sog. Personalitätsprinzip gefolgt wäre, ist weit verbreitet, vgl. *Wieacker*, RRG II 160 f.; *Talamanca*, Lineamenti (1989) 513; vgl. auch *Bowman/Rathbone*, JRS 82 (1992) 113: „Roman criminal and civil law applied to all residents with Roman citizenship or Latin status.“ Nuancierter ~~*Wieacker*, RRG I 516 f.; *Kaser*, RP I 216 f. mwN.~~

[209] Viele von ihnen sind in FIRA II nachgewiesen und jetzt auch in FIRA rev. III 145–280; über-

Doch selbst in den Bereichen, in denen offenbar tatsächlich das römische Recht zur Anwendung kam, sind Abweichungen von römischen Prinzipien zu beobachten: So gibt es *liberi in potestate*, die als Eigentümer gelten,[210] Vormünder, die Frauen bei Geschäften unterstützen, bei denen sie nach römischem Recht überflüssig sind, wie zum Beispiel bei der Eintreibung von Schulden, der Gewährung von Darlehen oder bei unregelmäßiger Verwahrung.[211] Ferner sind peregrine Vormünder für römische Frauen bezeugt.[212] **89**

Über die den persönlichen Bereich betreffenden Fragen des Status-, Familien- und Erbrechts hinaus sind die von Römern auf Griechisch abgeschlossenen Verträge in der Regel nicht von denen peregriner Vertragsparteien zu unterscheiden. Alle Versuche, „römische" Züge in diese griechischen Verträge hineinzulesen, müssen als gescheitert gelten;[213] besonders auffällig ist, wie selten römische Bürger im Osten die Stipulation benutzten.[214] Nur eine kleine Gruppe von Markt-Kaufverträgen über Sklaven aus Ägypten und dem Nahen Osten weisen tatsächlich römische Elemente auf.[215] **90**

---

setzte Beispiele in: Keenan et al., Law and Legal Practice (2014) 118–134; ein Überblick bei *Wolff*, Recht I 153–162; zu den Testamenten, vgl. *Amelotti*, Testamento (1966); *Migliardi Zingale*, Testamenti (1997); *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) (dazu *Babusiaux*, SZ 133 [2016] 517–533); *Nowak*, Wills (2015); die *agnitiones bonorum possessionis* stammen alle von nach 212 n. Chr. Zu den lateinischen Urkunden allgemein, → Fn. 217.

[210] P.Hamb. I 97 (104–105 n. Chr.) und die öffentliche ἐπίκρισις von Römern und Sklaven in PSI V 447 (166–167 n. Chr.) nehmen die lokale (Fehl)deutung der *patria potestas*, wie sie nach 212 n. Chr. üblich wird (→ Rn. 97), vorweg. Dass ein Sklave der Antonia Minor als Vieheigentümer eingetragen wird (P.Oxy II 244 = CPL 175, 23 n. Chr.) beruht vermutlich auf der Gleichsetzung mit einem kaiserlichen Sklaven, vgl. *Taubenschlag*, Opera II 261–321.

[211] P.Lond. II 178 (S. 207) (145 n. Chr.), BGU I 301 (157 n. Chr.), BGU III 729 (144–145 n. Chr.).

[212] BGU II 472 (139–141 n. Chr.) col. II; umstrittener ist die Frage der Vormundschaft der Mutter, vgl., anscheinend zwischen römischen Bürgern, P.Cattaoui I verso = MChr. 88 (ca. 141 n. Chr.), col. I, Z.14–15, BGU VII 1662 (182 n. Chr.), SB XX 15188 = P.Flor. III 318 + P.Lond. III 1164a (S. 156) (212 n. Chr.), PSI IX 1027 = CPL 213 = FIRA III 59 (151 n. Chr.). Vgl. *Chiusi*, SZ 111 (1994) 155–196; zur ἐπακολουθήτρια, → Rn. 96 Fn. 238.

[213] Die bei *Taubenschlag*, Opera I 222 genannten Fälle von *acceptilatio*, Stipulationsdarlehen und *receptum nautarum* halten einer näheren Prüfung nicht stand.

[214] Vor 212 n. Chr. sind nur fünf Fälle der Verwendung der *stipulatio* durch Römer in Ägypten belegt: P.Mich. XV 707 (nach 185 n. Chr.), P.Hamb. I 63 (125–126 n. Chr.) und die in einem militärischen Umfeld abgeschlossenen lateinischen Verträge PSI VI 729 = CPL 186 = FIRA III 136 (77 n. Chr.) und P.Mich. VII 438 = CPL 188 (140 n. Chr.). Drei weitere Belege dokumentieren Sklavenkäufe, die auf dem bekannten Sklavenmarkt von Side in Pamphilien – P.Turner 22 (142 n. Chr.) und BGU III 887 = MChr. 272 = FIRA III 133 (151 n. Chr.) – und in Seleukia Pieria in Syrien im Winterlager der misenischen Flotte – P.Lond. II 229 (S. 21) = CPL 120 = FIRA III 132 (166 n. Chr.) – abgeschlossen wurden. Sogar in den lateinischsprachigen Darlehensverträgen SB XVI 12609 (27 n. Chr.) und P.Fouad. I 45 = CPL 189 = FIRA III 121 (153 n. Chr.) findet sich keine Stipulation für die Zinsen, vgl. *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 252 f.; zu Belegen für die Verwendung der Stipulationsklausel zwischen Peregrinen vor 212 n. Chr., → Fn. 148 f.

[215] P.Hamb. I 63 (125–126 n.Chr.), die auf dem Slavenmarkt von Side abgeschlossenen Verträge P.Turner 22 (142 n. Chr.) und BGU III 887 = MChr. 272 = FIRA III 133 (151 n.Chr.) und der sehr

91 Die lateinischen Verträge römischer Bürger hingegen, die in der dokumentarischen Überlieferung eher selten sind,[216] folgen in Form und Inhalt den römischen Vorbildern, wenn auch gelegentlich mit peregrinen Zusätzen. Die vorherrschende Übereinstimmung zwischen Sprache und Rechtstradition erweist sich als fast zwangsläufige Folge der Verwendung notarieller Modelle.[217] Die wenigen erhaltenen lateinischen Verträge stammen in der Tat in fast allen Fällen aus dem militärischen Umfeld: Das ist namentlich der Fall bei den sogenannten „Soldatenchirographa“[218] und den meisten der erhaltenen lateinischen Kaufverträge.[219] Dies ist vermutlich nicht darauf zurückzuführen, dass von Soldaten die Anpassung an römische Formen erwartet wurde,[220] sondern vielmehr darauf, dass in der Armee die *librarii* quasi-notarielle Dienste in lateinischer Sprache anboten.[221]

b. Die Auswirkungen der *constitutio Antoniniana*

92 Für die folgenschwere Entscheidung Caracallas bildet der berühmte P.Giss. I 40 (ca. 215 n. Chr., Apollonopolites Heptakomias) unsere Hauptquelle.[222] Auch die Auswirkun-

---

fragmentarische P.Mich. IX 546 = SB V 7563 (207 n. Chr.), der eine Kopie eines Sklavenkaufvertrags enthält, der in Pompeiopolis in Paphlagonien abgeschlossen wurde, vgl. *Jakab*, Praedicere (1997) 177–183; *Straus*, ZPE 131 (2000) 135–144; *Nollé*, Side (2001) 617–622; *Arzt-Grabner*, PapCongr. XXV 21–32; *Urbanik*, JJP 40 (2010) 225–247; *Jakab*, SZ 135 (2018) 493–505; vgl. auch den nach 212 n. Chr. beurkundeten Landverkauf P.Dura 26 = FIRA III 138 (227 n.Chr., Dura-Europos).

[216] Ein Repertorium bei *Bartoletti/Pescini*, Fonti doc.; ein Überblick bei *Daris*, Aevum 74 (2000) 105–175. Die meisten Dokumente betreffen Fragen des Status, der Familie oder des Erbrechts, siehe aber Daris, a. a. O. 131–135 zu Darlehen und Kaufverträgen. Weitere Literatur: *d'Ors*, Emerita 16 (1948) 355–362; *Gilliam*, AJPh 71 (1950) 432–438; *Gilliam*, Hom. Préaux 766–774; *Montevecchi*, Papirologia (1988) 234–237; *Daris*, in: Bilinguismo (1991) 47–81; *Radiciotti*, APapyrol 18/20 (2006/08) 113–118; *Thomas*, in: Bowman et al., Oxyrhynchus (2007) 231–243; *Evans*, OH REg 517–525; *Iovine*, Tyche 32 (2017) 45–58; *Iovine*, Tyche 32 (2017) 59–72; *Iovine*, PapCongr. XXVIII 638–643; ein aktualisierter Überblick über die lateinischen dokumentarischen Papyri ist von PLATINUM zu erwarten, vgl. https://cordis.europa.eu/project/id/636983/de.

[217] Diese Entsprechung galt auch in der ptolemäischen Gesetzungebung, vgl. P.Tebt. I 5, Z. 207–220 = MChr. 1 (118 v. Chr.), und dazu *Mélèze Modrzejewski*, Hom. Préaux 699–708, *Hauben*, PHist 107 (2016) 441–470.

[218] *Arangio-Ruiz*, St. Solazzi 251–263, zu denen noch SB XVI 12609 (27 n. Chr.) und P.Duke inv. 528 hinzuzufügen sind; dazu jetzt *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 249–252; *Bernini*, ZPE 206 (2018) 183–193.

[219] PSI VI 729 = CPL 186 = FIRA III 136 (77 n. Chr.); P.Lond. II 229 = CPL 120 = FIRA III 132 (166 n. Chr.); und der auf Griechisch verfasste, inhaltlich aber vollständig römische P.Col. VIII 221 (143 n. Chr.). Vgl. *Wolff*, Recht I 166 f.

[220] Das Rechtsinstitut des *testamentum militis* spricht für sich; auch die Verwendung peregriner Vertragsmodelle für Soldaten ist nicht selten belegt, vgl. z. B. BGU I 69 = MChr. 142 (120 n. Chr.) und BGU III 741 = MChr. 244 = FIRA III 119 (143 n. Chr.).

[221] Zur Schreibpraxis in der Armee, vgl. *Le Bohec*, in: Perrin, Neronia VIII (2010) 192–207.

[222] → En. 201. Zur Struktur des Gießener Papyrus, vgl. *van Minnen*, Chiron 46 (2016) 205–221.

gen der Entscheidung lassen sich am besten anhand der dokumentarischen Überlieferung ermessen. Am besten greifbar ist die plötzliche Vermehrung von *Aurelii*, dem Gentilicium, das die neuen Bürger nach dem Kaiser erhielten. Unter den Aureliern finden wir neben den Griechen auch die autochthone ägyptische Bevölkerung, einschließlich der sehr wenig hellenisierten Bewohner, die noch Jahrhunderte nach der mazedonischen Eroberung ägyptische Namen benutzten. Im Gegensatz zu der Annahme der Forschung bei der erstmaligen Veröffentlichung des P.Giss. I 40 fielen diese ägyptischen Landbewohner daher nicht unter die vom Bürgerrecht ausgeschlossene Kategorie der *dediticii*.[223]

Die Papyri lassen auch die Rechtspraxis der neuen Bürger nach 212 n. Chr. sichtbar **93**
werden. Das Ausmaß, in dem sie den peregrinen Traditionen treu blieben, hat die Gelehrten des 19. Jhs. überrascht und zu einem berüchtigten Streit zwischen Ernst Schönbauer und Vincenzo Arangio-Ruiz geführt.[224] Da aufgrund der Belege außer Frage stand, dass die peregrinen Traditionen auch nach der *constitutio Antoniniana* fortbestanden, stellten sie die Frage nach den Gründen. Nach Arangio-Ruiz, der Ludwig Mitteis folgte,[225] überlebten sie „*contra ius*, aufgrund mangelnden Interesses oder einer gewissen Toleranz der römischen Obrigkeit“,[226] während Schönbauer den Fortbestand als Ausdruck eines noch vollständig in Kraft befindlichen Rechtes ansah,[227] wobei die römische Toleranz bewusst und offiziell war, vielleicht unterstützt durch die Konstruktion eines Doppelbürgerrechts.[228]

---

[223] Die Vermutung gründete auf der Erwähnung von Αἰγύπτιοι in P.Giss. 40, col. II, Z. 16–29 sowie auf der Unterscheidung zwischen Ῥωμαίοι und Αἰγύπτιοι in SEG IX 356 fast 300 Jahre später. Zu diesen Αἰγύπτιοι nach der *constitutio Antoniniana*, vgl. *Marotta*, Cultura giuridica 1 (2014) 1–21 (= *Marotta*, in: Cecchet/Busetto, Citizens [2017] 172–198).

[224] Vgl. *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 299–304.

[225] *Mitteis*, Reichsrecht (1891) 8 („formal gesetzwidrige Gewohnheiten“), 160.

[226] *Arangio-Ruiz*, Egitto I (1941) 283–302; *Arangio-Ruiz*, Bull. de l'Institut d'Égypte 29 (1948) 83–130 (= *Arangio-Ruiz*, Scr. I 258–94); *Arangio-Ruiz*, Annali Catania 1 (1947) 28–38.

[227] *Schönbauer*, SZ 51 (1931) 277–335; *Schönbauer*, SZ 54 (1934) 337 f.; *Schönbauer*, SZ 57 (1937) 309–355. Ausführliche Lit. *Schönbauers* zur Frage, bei *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 301 Fn. 7.

[228] *Schönbauer*, Anz. Ak. Wien 17 (1949) 343–369; *Schönbauer*, JJP 6 (1952) 17–72; *Schönbauer*, Anz. Ak. Wien 25 (1960) 182–210; vgl. *Arangio-Ruiz*, Scr. Carnelutti IV 53–77 (= *Arangio-Ruiz*, Scr. IV 159–181). Zur Diskussion des sog. ‚Doppelbürgerrechts‘, vgl. *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 304–310. Für Ägypten, wo die meisten Nichtrömer mehr als 200 Jahre lang *peregrini nullius civitatis* waren, ist diese Annahme problematisch. Man müsste annehmen, dass die Zuerkennung eines Stadtrates (βουλή) für die ägyptischen *metropoleis* durch Septimius Severus im Jahre 200 n. Chr. (*Jouguet*, Vie municipale [1911] 344–350; *Jones*, Cities [1937] 329–338) gleichzeitig die *metropolitai* zu Bürgern machte; weitergehend müsste unterstellt werden, dass dieser Status auch auf die Nicht-*metropolitai* ausgeweitet wurde, indem die Lehre aus Ulp. 61 ed. D. 50.1.30 zur Anwendung kam, vgl. *Arangio-Ruiz*, Bull. de l'Institut d'Égypte 29 (1948) 97 (= *Arangio-Ruiz*, Scr. I 268 f.). Diesen Einwand formuliert zu Recht *Wolff*, Recht I 127 und Fn. 78, auch gegen *Segrès* unbegründete Annahme eines πολίτευμα der *peregrini nullius civitatis* aus der *chora*.

94 Hinter der lückenhaften μένοντος-Klausel in P.Giss. I 40[229] vermutete Hans Julius Wolff eine ausdrückliche „Schutzklausel" für das peregrine Recht in der Konstitution Caracallas.[230] Diese Idee fand dank der Entdeckung der Tabula Banasitana (ILMaroc 94, → Rn. 164) seit den sechziger Jahren breite Zustimmung.[231] In ihr erhalten zwei Generationen einer prominenten mauretanischen Familie das römische Bürgerrecht von Mark Aurel *salvo iure gentis*. Auf dieser Basis wurde von William Seston für den Gießener Papyrus die Ergänzung μένοντος | [παντὸς δικαίου τῶν πολιτευμ]άτων, d. h. *salvo omnis iure gentium*, vorgeschlagen. Sie soll im Sinne einer ausdrücklichen Aufrechterhaltung der früheren Rechtstraditionen der Neubürger zu verstehen sein.[232]

95 Abgesehen von den Unsicherheiten der Rekonstruktion ist hiergegen zu Recht eingewandt worden, dass *salvo iure gentis* in der Banasitana in einen fiskalischen Kontext zu gehören scheint.[233] Aufgrund dieser Klausel wird das Bürgerrecht ohne Beeinträchtigung der Pflichten und Privilegien gegenüber der Herkunftsgemeinschaft gewährt und auch ohne *immunitas* (ἀνεισφορία) gegenüber Forderungen des römischen *aerarium* oder des *fiscus*. Ein entsprechender Vorbehalt scheint auch in Caracallas Erlass wahrscheinlich. So gibt es in der Tat Hinweise darauf, dass die *Aurelii* weiterhin unter der *capitatio* (λαογραφία) der *peregrini* verblieben, fiskalisch also als Nichtrömer behandelt wurden.[234]

96 Gegen die in der Literatur vorgeschlagenen Konstruktionen zur Erklärung des Fortbestehens peregriner Rechtsanschauungen – Schutzklausel oder Doppelbürgerrecht – spricht weiter, dass sich die *Aurelii* im Status-, Familien- und Erbrecht sofort an die römischen Regeln anpassten:[235] Die Testamente entsprechen gleichsam ab sofort den römischen Erfordernissen;[236] Frauen treten nicht mehr als Vormund (ἐπίτροπος) auf,

---

[229] Zu den unzähligen Ergänzungsversuchen, vgl. *Sasse*, Constitutio Antoniniana (1958) 13 f.; *Wolff*, Recht I 124 Fn. 58. Vgl. etwa MChr. 377: μένοντος | [παντὸς γένους πολιτευμ]άτων, lat. *manente quocumque genere rerum publicarum*, auf das überleben der existierenden *civitates* bezogen, auch wenn ihre Angehörigen theoretisch – so *Mitteis* – dem römischen Privatrecht unterworfen waren.

[230] *Wolff*, Symb. Taubenschlag I 367–371; bereits *Schönbauer*, SZ 51 (1931) 313 hatte hinter μένοντος eine Schutzklausel für das peregrine Recht vermutet, auch wenn unter der ungerechtfertigten Annahme des Vorliegens von πολιτεύματα der Peregrinen.

[231] *Seston/Euzennat*, CRAI 115 (1971) 468–490; *Gascou/de Kisch*, ILMaroc II 76–91 (§ 94).

[232] *Seston/Euzennat*, CRAI 105 (1961) 317–324, vgl. *Seston*, Mél. Carcopino 878 f. Gleichsinnig *Oliver*, Greek Constitutions (1989) 504: μένοντος | [τοῦ δικαίου τῶν πολιτευμ]άτων; vgl. *Oliver*, AJPh 93 (1972) 340 und *Oliver*, AJPh 99 (1972) 405.

[233] *D'Ors*, Epigrafía (1953) 179–93; *Wolff*, Constitutio Antoniniana I (1976) 87–99; *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 319–323; ausführlich *Sherwin-White*, JRS 63 (1973) 91 f.; *Alonso*, in: Czajkowski et al., Provinces (2020) 51 f.

[234] SB VI 9128 (= P.Mich. inv. 5503c) (213 n. Chr.), vgl. *Pearl*, TAPA 82 (1951) 193–195: Auffällig ist die onomastische Verwandlung von Liberalis, Sohn des Ptolemaios (Z. 4), zu (ὁ α(ὐτὸς)) Aurelius Liberalis (Z. 7).

[235] Ein Überblick zum Familienrecht bei *Arjava*, in: Keenan et al., Law and Legal Practice (2014) 175–191.

[236] Die Verwendung des Lateins, die Erwähnung der *mancipatio familiae*, die konsularische Da-

sondern als bloßer Beistand eines männlichen Vormunds (ἐπακολουθήτρια).[237] Geschwister, die vor 212 n. Chr. verheiratet waren, präsentieren sich im Zensus zwar auch anschließend noch als verheiratet; die Geschwisterehe aber verschwindet bald gänzlich aus den Quellen.[238]

Diese Anpassung an das römische Recht ist nicht frei von Eigenheiten: Obwohl etwa **97**
die *Aurelii* behaupten, dass ihre Kinder „nach den römischen Gesetzen unter ihrer Gewalt stehen" (ὑπὸ τῇ χειρὶ κατὰ τοὺς Ῥωμαίων νόμους[239] oder kurz ὑποχείριος[240]), wird die fehlende Vermögensfähigkeit der *liberi in potestate* mehr oder weniger bewusst ignoriert.[241] So erscheinen Kinder unter väterlicher Gewalt in den Dokumenten als Eigentümer; dies wird sogar von öffentlichen Institutionen wie dem *agoranomeion*, dem alexandrinischen *katalogeion* und dem Besitzarchiv anerkannt.[242] Wie Tau-

---

tierung (die man in Ägypten vor Diokletian sonst fast nie findet), sind bereits in den frühesten Testamenten nach der CA enthalten, vgl. P.Bagnall 5 (213 n. Chr.); P.Oxy XXII 2348 (224 n. Chr.). Vgl. jetzt *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) und *Nowak*, Wills (2015) insb. 105–118.

[237] Der letzte Beleg für eine Frau als ἐπίτροπος ist P.Oxy. III 495 (182–189 n. Chr.). In SB XVI 12288 (195 n. Chr.) ist (entgegen *Gagliardi*, Index 40 [2012] 425 Fn. 9, 446 Fn. 65) der ἐπίτροπος nicht die (verstorbene) Mutter (das Dokument betrifft ihre Erbschaft), sondern Ploution, ein Bruder, vgl. *Bagnall/Worp*, APF 40 (1994) 37–41; ἐπακολουθήτριαι sind seit 132 n. Chr. belegt (PSI X 1159); es ist unklar, ob es sich um eine frühe Anpassung an römischrechtliche Vorstellungen handelt oder um eine vom römischen Recht unabhängige Entwicklung.

[238] *Mélèze Modrzejewski*, SZ 81 (1964) 69–82. Theognostus scheint noch 217 n. Chr. mit seiner Schwester Aurelia Dioscorous verheiratet zu sein, wie eine Zensusdeklaration belegt (P.Lond. III 936 [S. 30]) und auch noch 234–235 n. Chr. laut einer Quittung für Ammenlohn (P.Pintaudi 42). Lokale Rechtstraditionen, die dem römischen Recht nicht entgegenstanden, konnten fortgeführt werden; so sind „ungeschriebene Ehen" noch im 4. Jh. n. Chr. bezeugt (P.Oxy. VI 903), vgl. *Selb*, JJP 15 (1965) 99–118.

[239] P.Oxy. XII 2951 = ChLA XLVII 1415 (267 n. Chr.); P.Oxy. IX 1208 (291 n. Chr.); P.Oxy. X 1268 (3. Jh. n. Chr.); SB X 10728 (318 n. Chr.).

[240] BGU VII 1578 (2.–3. Jh. n. Chr.); P.Diog. 18 (= P.Lond. inv. 2540 + P.Harr. I 68, 225 n. Chr.); P.Gen. I 44 (= MChr. 215, 259 n. Chr.); P.Oxy. XIV 1703 (261 n. Chr.); SB XX 14681 (nach 276 n. Chr.); P.Oxy. XIV 1642 (289 n. Chr.); SB I 5692 (3. Jh. n. Chr.); SB XVIII 13322 (3. Jh. n. Chr.); P.Oxy. LIV 3758 (325 n. Chr.); P.Panop. 28 (= SB XII 11221, 329 n. Chr.); SB XXIV 15913 (4. Jh. n. Chr.). Der Begriff, der stark an die archaische *manus* erinnert, erscheint erstmalig unmittelbar nach dem Jahr 212 n. Chr. und seine Verwendung ist so konsistent (kein anderer Ausdruck wird jemals verwendet, bis er zwischen dem 4. und 5. Jh. durch ὑπεξούσιος ersetzt wird), dass es schwer vorstellbar ist, er stamme nicht aus einer offiziellen Quelle.

[241] Eine merkwürdige Ausnahme ist CPR VI 78 (265 n. Chr.), wo eine Emanzipation durchgeführt wird, damit eine Tochter das mütterliche Erbe erwerben kann, ohne dass es in das Eigentum des Vaters übergeht. Dies verrät sichere Kenntnis der Vermögensunfähigkeit, welche die römische *patria potestas* mit sich brachte. Tatsächlich hatte hier die Mutter selbst die Tochter unter der Bedingung der Emanzipation zur Erbin eingesetzt; dabei folgte sie einer Strategie, die aus Scaev. 3 dig. D. 5.3.58, Mod. 1 excus. D. 26.5.21.1 und Ant. C. 6.25.3 (a.216) bekannt ist. Auf diese Strategie kann aber nur zurückgreifen, wer sich der Vermögensunfähigkeit der *liberi in potestate* vollständig bewusst ist.

[242] P.Oxy. X 1268 (249 n. Chr.): *apographe* für die Eintragung eines durch *synchoresis* über das *katalogeion* in Alexandria erworbenen Hauses in die *bibliotheke enkteseon*; Aurelius Petosiris verkauft

benschlag gezeigt hat,[243] wurde die *patria potestas* in der Praxis auf eine bloße Vormundschaft über minderjährige Kinder reduziert, weshalb der Vater tatsächlich häufig als Vormund (κύριος) bezeichnet wird.

98 Auch die testamentarische Praxis weicht bald die römischen Erfordernisse auf. Schon vor 235 n. Chr. erlaubte ein Reskript des Alexander Severus die Verwendung des Griechischen.[244] Mit der griechischen Sprache kehrten die früheren Notariatsmodelle und die hinter ihnen stehenden Vorstellungen und Traditionen zurück, so dass die späteren Testamente aus römischer Sicht oft recht „eigenwillig" verfasst sind.[245]

---

den seiner Tochter „unter seiner Macht nach römischem Recht" gehörenden Anteil: | ... ἀπογράφομαι ἣν κατεγράφην κατὰ συγχώρη‖[σιν τελειωθεῖσαν διὰ τοῦ καταλογ]είου ... παρὰ Αὐρηλίων Πετο‖[σίριος] ... | [... τὴν ὑπάρχουσαν τῇ] τοῦ Ἰ̣ε̣τ̣ο̣σ̣ίριος θυγατρὶ Αὐρηλίᾳ Τασεῦτι ... | [... τοῦ πατρὸς ἔχοντος α]ὐτὴ ὑπὸ τῇ χειρὶ κατὰ τοὺς Ῥωμαίων νόμους ... | ... οἰκίαν καὶ αἴθριον κτλ. (Z. 4–11); P.Oxy. XIV 1703 (261 n. Chr.): Aurelius Geminos, *agoranomos, bouleutes*, überträgt auf Aurelius Apion, *kosmetes, bouleutes*, einen Anteil an einem Haus zurück, das die gewaltunterworfenen Kinder des Geminos durch ihn von Apion gekauft hatten: ὁ[μ]ο[λογῶ] καταγεγραφέναι σοι ἀπ[ὸ] το[ῦ] | νῦν εἰς τὸν ἀεὶ χρόνον ὃ ἐώ[νη]ντε παρὰ σοῦ δι' ἐμοῦ ο̣[ἱ ὑπο]‖χ̣ε̣[ίρι]ο̣ί μου υἱοὶ (Z. 5–7). P.Oxy. XIV 1642 (289 n. Chr., Oxyrhynchos): Aurelius Demetrianus beauftragt Didymus, ihn bei der von ihm vorgeschlagenen Ernennung des Aurelius Agathinus als seinen Nachfolger in das Amt des *agoranomos* „mit seinem und dem der in seiner Gewalt stehenden Kinder Eigentum als Sicherheit" (ἐπὶ πόρῳ ἑαυτοῦ καὶ τῶν ὑποχειρίων τέκνων, Z. 5) zu vertreten. SB I 5692 (3. Jh., Oxyrhynchos): *hypomnema* an den *archidikastes* für die *demosiosis* eines *cheirographon*, bei dem ein Vater Eigentum seines minderjährigen, gewaltunterworfenen Sohnes verkauft: ὁμολογῶ πεπρακέναι σοι | [ἀπὸ τοῦ νῦ]ν εἰς τ[ὸ]ν ἀ̣ε̣ὶ̣ χρόνον τὴν ὑπάρχουσαν τῷ ἀφήλικι μου υἱῷ καὶ | [ὑ̣ποχειρ]ίῳ κ̣α̣[τὰ τ]ο̣ὺς νόμ̣ο̣υς Αὐρηλίῳ Λουκίῳ [τῷ] καὶ Σαραπίων[ι] (Z. 11–13). Vgl. noch die *parathesis* in die *bibliotheke enkteseon*, PSI XI 126 (3. Jh. n. Chr.), und die *ekmartyresis*, P.Oxy. IX 1208 (291 n. Chr.).

[243] *Taubenschlag*, Opera II 261–321; *Arjava*, JRS 88 (1998) 147–165.

[244] SPP XX 35 = PER 1702 = SB I 5294 (235 n. Chr.), Z. 12–14: … [… τὴν διαθήκην ἐποίησα γράμμασιν] Ἑλληνικοῖς ἀκο[λού]θως τῇ θείᾳ κ̣[ελε]ύ̣σ̣[ει τοῦ κυρίου ἡμῶν Αὐτοκράτορος Μάρκου Αὐρηλίου] Σεουήρου Ἀλεξάνδρ[ο]υ Εὐσεβοῦς Εὐτυχ[οῦς Σεβαστοῦ …]. Vgl. auch P.Oxy. VI 907 = MChr. 317 = FIRA III 51 (276 n. Chr.), Z. 1: Ἑλληνικοῖς γράμμασι κατὰ τὰ συνκεχωρημένα ὑπηγόρευσεν, und NTh. 16.8 (439 n. Chr.), dazu *Wolff*, Recht I 133 f.; *Nowak*, Wills (2015) 110–112.

[245] Ein gutes Beispiel für derartige Abweichungen ist das auf 295 n. Chr. datierte Testament von Aurelia Eustorgis (P.Lips. I 29 = MChr. 318): (a) Es wird als Kodizill in Briefform und mit Beistand eines Dritten (!) errichtet, auch wenn die Erblasserin frei von Vormundschaft ist (Z. 1–4); (b) Der Erbe wird „gemäß allen Gesetzen" eingesetzt (κληρονόμον σε μ[ό]ν[η]ν κατὰ πάντας τοὺς ν[ό]μους καθίστημι, Z. 5), ein vager Ausdruck, der dazu bestimmt zu sein scheint, ein Lippenbekenntnis zugunsten der ansonsten ignorierten römischen Regeln abzugeben; (c) Die Gültigkeit des Testaments ist mit der eines notariellen Testaments gleichgesetzt (ὡς ἐν δημοσίῳ ἀρχείῳ κατακείμενον, Z. 16), d. h. mit einem, wie es die Peregrinen vor 212 errichteten; (d) Hinzu tritt eine Stipulationsklausel (καὶ ἐπε[ρωτ]ηθ(εῖσα) νοοῦσα καὶ φρονοῦσα ὡμολό(γησα), die selbstverständlich einen Fremdkörper in einem einseitigen Rechtsgeschäft darstelle, auch wenn sie in allen Testamenten nach 220 n. Chr. enthalten ist: → Rn. 104.

Für andere Rechtsbereiche als Status-, Familien- und Erbrecht lag es für die Neubürger ebensowenig nahe, römisches Recht zu verwenden, wie für die in der Provinz ansässigen römischen Bürger in den zweihundert Jahren vor der *constitutio Antoniniana*. Es ist daher unwahrscheinlich, dass eine Konstruktion des Doppelbürgerrechts (→ Rn. 93 Fn. 229) oder eine Schutzklausel (→ Rn. 94 f.) in Bezug auf das Sachen- und Vertragsrecht erforderlich schien. In diesen Bereichen bestätigen die Papyri den Fortbestand der früheren peregrinen Institutionen und Vertragsmodelle, einschließlich derer, die mit den römischen Rechtsprinzipien kaum vereinbar waren.[246] **99**

In allen Bereichen des Rechts widerlegt ein Großteil der Befunde auch Mitteis' und Arangio-Ruiz' Vorstellung einer bloßen De-facto-Toleranz. Wie gesehen (→ Rn. 97), wurden gewaltunterworfene Kinder sowohl von den *agoranomoi*, dem *katalogeion* und dem Besitzarchiv als Eigentümer anerkannt. Formen der direkten Stellvertretung, die mit römischem Recht kaum vereinbar waren, wurden auch im Kontext gerichtlicher Verfahren akzeptiert.[247] Das von den Ptolemäern überkommene Verfahren, nach dem Forderungsurkunden als Exekutivurkunden zur direkten Vollstreckung führten (→ Rn. 56–58), galt selbstverständlich offiziell: Es involvierte der *archidikastes* in Alexandria, die *strategoi* in den *nomoi* und stand formell unter der Aufsicht des Präfekten selbst.[248] Zudem hätten diese und alle übrigen Institutionen und Praktiken des peregrinen Rechts, die nach 212 weiterhin in den Papyri auftauchen, nicht jahrzehntelang überleben können, wenn es möglich gewesen wäre, sie vor Gericht in Frage zu stellen. **100**

Es ist vorgeschlagen worden, die neue juristische Theorie des Gewohnheitsrechts, die wir seit Julian im juristischen Diskurs finden,[249] als Begründungsansatz heranzuziehen.[250] Danach sollen die peregrinen Rechtsinstitute und die lokale Rechtspraxis als provinziale Gewohnheit (*mos regionis*) angesehen worden sein.[251] Es wird sogar ange- **101**

[246] Belege zu den Quellen bei *Taubenschlag*, Opera I 249–258, dazu → Rn. 100 Fn. 248 f. Irreführend ist in dieser Hinsicht *Arjava*, ZPE 126 (1999) 204, der behauptet, „daß seit der Mitte des dritten Jahrhunderts Ägypten an der römischen Rechtsgeschichte teilgenommen hat. Das heißt: die Bewohner des Niltales haben ihre neue Rechtsordnung beachtet und haben versucht, die alten Begriffe den veränderten Verhältnissen anzupassen." Sogar im Bereich des Familien- und Erbrechts ist das Bild – wie gesehen – viel komplexer.

[247] Zur Gestellungsbürgschaft, vgl. BGU III 936 = WChr. 123 (426 n. Chr.); vor Gericht (durch rein privatschriftliche Vollmacht: ἀποσυστατικόν, ἐντολή), SB XX 14585 (319 n. Chr.), P.Oxy. XLVIII 3389 (343 n. Chr.), P.Lips. I 38 = MChr. 97 = FIRA III 174 (390 n. Chr.) u. viele andere; vgl. aber auch Mod. heur. sing. D. 3.3.65: *proc. litteris adprobatis = proc. praesentis*. Lit.: → Fn. 133.

[248] Belege nach dem Jahr 212 n. Chr.: P.Heid. IV 325r (215 n. Chr.), P.Iand. VII 145 (224–225 n. Chr.), P.Flor. I 56 = MChr. 241 (234 n. Chr.), PSI XII 1238 (244 n. Chr.), SB XVIII 13974 (nach 250 n. Chr.), SB XVI 12240 (252–253 n. Chr.), P.Mich. XI 614 (258–259 n. Chr.), SB XXIV 16265 = P.Mich. XI 615 (259–260 n. Chr.), P.Giss. I 34 = MChr. 75 (266 n. Chr.), P.Sijp. 17 (nach 287 n. Chr.).

[249] Iul. 84 dig. D. 1.3.32, dazu *Alonso*, JJP 43 (2013) 379–386 mwN. Es ist wahrscheinlich, dass den Kompilatoren keine früheren Überlegungen zum Gewohnheitsrecht zur Verfügung standen, vgl. *Alonso*, JJP 43 (2013) 385 f.

[250] Zu dieser Erklärung für das Überleben der nichtrömischen Rechte nach der Annektierung Ägyptens als römische Provinz, → Rn. 73–77.

[251] *Mélèze Modrzejewski*, PapCongr. XII 353–357, vgl. jetzt *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume

nommen, dass das Interesse der römischen Juristen an einer Theorie des Gewohnheitsrechts durch die rechtliche Vielgestaltigkeit, welche die Römer in den Provinzen antrafen, angeregt worden sei.[252]

102 Allerdings ist auch gegenüber dieser Rekonstruktion Skepsis anzumelden. Zum einen bezeichnet der Begriff *consuetudo* in den kaiserlichen Konstitutionen der Spätantike – genauso wie zuvor in den Texten der klassischen Juristen (→ Rn. 75) – in der Regel die Verwaltungspraxis und nur sehr selten die Rechtspraxis der lokalen Bevölkerung.[253] Zum andern ist zu beobachten, dass die kaiserliche Kanzlei zwar bisweilen ihre Rechtsvorstellungen anpasste und römische Regeln flexibilisierte, wenn diese dem lokalen Recht entgegenstanden.[254] Im allgemeinen aber wendete die Kanzlei römisches Recht auch auf lokale Institute und peregrine Rechtspraxis an. Dies gilt sogar dann, wenn seine Anwendung dem offensichtlichen Ziel und dem ersichtlichen Zweck der Parteien entgegenstand, und somit die Entscheidung das Vertrauen der Bevölkerung in das Recht selbst erschüttern konnte.[255] Peregrine Institute und lokale Praxis, die sich

---

(2014) 313–318; *Kaser*, RP I 220; *Coriat*, Législateur (1997) 410–415; *Lepelley*, MEFRM 113 (2001) 839–856. Entgegen *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 7–27, 248, 257, 276 kann diese Idee das Überleben des peregrinen Rechts während der ersten zwei Jh. nach der römischen Besetzung auf keinen Fall erklären, → Rn. 73–77.

[252] *Nörr*, FS Felgenträger 359 f. Die zentrale Quelle Iul. 84 dig. D. 1.3.32 bezieht sich in der Tat, wie andere Texte der römischen Jurisprudenz zu *mos* und *consuetuo*, auf die lokale Gewohnheit: Sie meint damit aber (wie sonst auch, vgl. → Rn. 75 mit Fn. 183) nicht die Rechtspraxis der Bevölkerung, sondern diejenige der Verwaltung.

[253] *Gaudemet*, Labeo 2 (1956) 147–159. Die Belege sind so eindeutig, dass *Gaudemet* zu dem Schluss kam, wenn die Gewohnheit überhaupt eine besondere Bedeutung in der Spätantike gehabt hätte, dann nicht im Bereich des Privatrechts, vgl. *Alonso*, JJP 43 (2013) 389 Fn. 112.

[254] Das offensichtlichste Beispiel ist die Vermutung einer Stipulation, wenn eine schriftliche *cautio inter praesentes* abgefasst worden ist (→ Fn. 262). Auch die Einführung der sog. *condictio scripturae* kann als Zugeständnis der kaiserlichen Kanzlei an die östliche Provinzialbevölkerung angesehen werden, vgl. *Alonso*, RIDA 46 (1999) 99–122; weitere Fälle (mit unterschiedlicher Plausibilität) bei *Taubenschlag*, Opera I 165–170.

[255] Vgl. *Alonso*, in: Czajkowski et al., Provinces (2020) 54 f. Zwei besonders eindrückliche von zahlreichen möglichen Beispielen sind das berühmte *libera matrimonia esse antiquitus placuit* in Alex. C. 8.38.2 (a.223), das in einer Antwort an einen Menophilos die in der östlichen Praxis üblichen Vertragsstrafen im Fall der Ehescheidung – vgl. etwa BGU IV 1050 (12–11 v. Chr.); P.Oxy. II 281 = MChr. 66 (20–50 n. Chr.); P.Ross. Georg. III 28 (343 oder 358 n. Chr.) – für unwirksam erklärt, dazu *Urbanik*, Scr. Zabłocka 1044; ferner das Reskript Diocl. C. 3.32.12 (a.293), das mit ungewöhnlicher Schärfe (*incivile atque inusitatum est quod postulas*) das Traditionsprinzip aufrechthält: Der Petent (Alexander) hatte angenommen, der Käufer erwerbe die Sache erst durch die Zahlung des Preises, und hatte sich damit auf den Eckpfeiler des griechischen Kaufrechts gestützt (wie seit *Pringsheim*, Law of Sale [1950] bekannt). Problematisch bleibt der Hinweis auf das *dominium* nach bloßer *traditio* des Sklaven, vgl. dazu etwa *Appleton*, RHDF 7 (1928) 184–186; zur Haltung der Kanzlei, vgl. *Dillon*, Justice (2012) 60–63; *Corcoran*, Empire (2000) 54–57 („If the petitioner is disappointed in imperial benevolence, this is of no concern to the composers of the reply"). Zur Vorliebe der kaiserlichen Kanzlei für *incivilis, inciviliter*, vgl. *Liebs*, TR 41 (1973) 308 Fn. 141. Die diokletianische Kanzlei wurde oft mit dieser Frage konfrontiert und erinnerte die Bittsteller unermüdlich daran, dass

nicht in römische Kategorien übersetzen ließen oder nicht die Voraussetzungen ihrer römischen Entsprechung erfüllten, wurden schlicht verworfen.

Eine Anerkennung dieser peregrinen Traditionen als *mos regionis* findet sich weder **103**
bei den Kanzleijuristen noch beim Kaiser. Wenngleich die Praxis der Provinzialadministration und römischen Rechtsprechung in Ägypten flexibler war, erklärt sich dies nicht aus einer nicht belegten Theorie des *mos regionis*, sondern aus der unmittelbaren Konfrontation mit der lokalen Tradition. Zudem war diese Flexibilität Teil der römischen Herrschaftpolitik in der Provinz über zwei Jahrhunderte lang gewesen: Schließlich war es das Kaiserrecht selbst, das die Provinzstatthalter anhielt, nicht von den bestehenden Gewohnheiten in Rechtsprechung und Verwaltung abzugehen.[256]

Das einzige Phänomen, das dem Eindruck von Kontinuität in der Vertragspraxis **104**
widerspricht, ist das geradezu schlagartige Auftreten der Stipulationsklausel (→ § 19 Rn. 86) in Rechtsurkunden fast jeden Inhalts.[257] Da die *stipulatio* vor der *constitutio Antoniniana* in den Papyri selbst von Römern äußerst selten verwendet wurde, ist ihre Häufung im ganzen östlichen Reichsteil nach etwa 220 n.Chr.[258] kaum zufällig. Offenbar bestand die (berechtigte oder unberechtigte) Befürchtung, das peregrine Recht würde ohne römische Einkleidung vor Gericht nicht mehr anerkannt werden. Die gewählte „Anpassung“ an römische Vorgaben war jedoch rein äußerlich: Eine eigentliche Romanisierung der Vertragsformen und -klauseln wurde dadurch vermieden,[259] dass dem gesamten Urkundeninhalt – typischerweise nach der Kyria-Klausel – eine generische Versprechensbestätigung beigefügt wurde: καὶ ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγησα (-σεν).

---

die *traditio* und nicht die Zahlung des Preises das Eigentum übertrage, vgl. Diocl./Max. C. 4.38.8 (a.294), C. 4.49.6 (a.293), C. 4.38.9 (a.294), C. 4.38.12, dazu *Diaz Bautista*, Banca bizantina (1987) 76–86. Zum Gegensatz zwischen diesen Texten und den vieldiskutierten Belegen, die den Käufer nur gegen Bezahlung erwerben lassen (Inst. 2.1.41, Pomp. 31 Q. Muc. D. 18.1.19 und Gai. 28 ed. prov. D. 18.1.53), → § 79 Rn. 3.

[256] Vgl. Ulp. 1 off. procons. D. 1.3.33, Ulp. 4 off. procons. D. 1.3.34 und Paul. 1 quaest. D. 1.3.37; zu den kaiserlichen Reskripten, vgl. Sev. in Call. 1 quaest. D. 1.3.38 sowie Alex. C. 8.53.1 (= C. 8.10.3, *iunge* C. 8.1.1 [a.210]). Wie *Humfress*, in: Rio, Custom (2011) 31 zeigt, bezieht sich *consuetudo* in diesem letzten Reskript erneut (→ Rn. 75) auf eine administrative Übung: Der Fall betrifft ein zerstörtes Hausgrundstück, das offenbar ohne Einwilligung von Magistraten und Nachbarn in einen Garten umgewandelt wurde.

[257] *Mitteis*, Reichsrecht (1891) 485–491; *Arangio-Ruiz*, Egitto I (1941) 287–302; *Pringsheim*, Ges. Abh. II 194–256; *Simon*, Stipulationsklausel (1964); weitere Lit. bei *Wolff*, Recht I 131–133.

[258] Die Klausel ist an sich seit dem 2. Jh. n. Chr. belegt und zwar zwischen Peregrinen im Babatha-Archiv, → Fn. 148; für die seltenen weiteren Belege zwischen Peregrinen in Ägypten, vgl. → Fn. 149; für die ebenfalls äußerst seltenen Belege für Stipulationen zwischen Römern, vgl. → Fn. 215; vgl. ferner (vor 220 n. Chr.) SB XIV 11705 (213 n. Chr.), Z. 17 (zwischen Römern, die keine *Aurelii* sind) und SB XX 14628 (214–215 n. Chr.), Z. 11–12. Erst seit dem Jahr 220 n. Chr. ist praktisch keine Rechtsurkunde mehr ohne Stipulationsklausel überliefert.

[259] Treffend *Yiftach Firanko*, OH P 554: „the appearance of the *stipulatio* clause may have checked, rather than promoted the Romanization of Greek contracts in Egypt“.

105 Entgegen mancher Spekulation in der papyrologischen Literatur ist zu betonen, dass die Stipulationsklausel nach römischem Recht in den meisten beurkundeten Fällen vollkommen unnötig war.[260] Geradezu absurd ist ihre Beifügung in Freilassungen, in Testamenten, in Bittschriften und in Steuerquittungen. Aber auch bei Kaufvertrag, Miet- oder Pachtvertrag, Geldverwahrung oder (zinsfreiem) Darlehen, die alle wirksame Verpflichtungen begründen, bedarf es keiner Stipulationsklausel, um die Durchsetzbarkeit nach römischem Recht zu gewährleisten.[261] Zudem ordnete ein 200 n. Chr. ergangenes Reskript des Septimius Severus und des Caracalla an, dass jede in Anwesenheit beider Parteien verfasste Schuldurkunde als *stipulatio* gelte, auch wenn ihr Abschluss in der Urkunde selbst nicht erwähnt worden sei.[262] Aufgrund dieser kaiserlichen Anordnung ist es äußerst unwahrscheinlich, dass die Praxis der Stipulationsklausel durch eine kaiserliche Konstitution, ein Präfektenedikt oder eine gerichtliche Entscheidung[263] hervorgerufen wurde, es sei denn, diese wurde gründlich missverstanden oder fehlgedeutet.

106 Das Bild nach 212 n. Chr. ist unklar und widersprüchlich: Einerseits sind unmittelbare Anpassungen ersichtlich (→ Rn. 96), während andererseits zahlreiche Rechtstraditionen überleben, die offensichtlich und massiv gegen das römische Recht verstoßen (→ Rn. 97–100). Dieser Zustand blieb erstaunlich lange unverändert und findet sich bis ins 4. Jh.[264] Er kann aber nicht nur aus einer politisch motivierten Toleranz von Seiten

[260] Die Fehlvorstellung, dass peregrine Verträge ohne Stipulationsklausel nach römischem Recht unwirksam wären, ist unter Papyrologen weit verbreitet; auch *Wolff*, Recht I 131–133 erörtert die Erscheinung irreführend unter dem Stichwort der zwingenden Romanisierung und dort unter den Fällen einer notwendigen und somit unbedingten Anpassung an das römische Recht; vgl. auch *Mélèze Modrzejewski*, Loi et coutume (2014) 330–332.

[261] Vgl. *Yiftach Firanko*, OH P 554: „Many transactions recorded on Greek papyri … were enforceable … without the *stipulatio* … There were, however, some contracts for which the *nudus consensus* was not enough … The Greek scribes of the early third century may not have known the difference and probably did not care. They simply inserted the clause in every contract … For them, if the insertion did not help, it certainly would not hurt. It certainly spared them the need of engaging the subtleties of the Roman contractual system."

[262] Sev./Ant. C. 8.37.1 (a.200): *Licet epistulae, quam libello inseruisti, additum non sit stipulatum esse eum cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedente stipulatione vocem spondentis secutam.* Das Reskript trifft zeitlich mit der Reise des Septimius Severus und des Caracalla nach Ägypten zusammen, vgl. auch Paul. 15 resp. D. 45.1.134.2: *Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint: si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.* Dies ist freilich noch nicht die unwiderlegliche Vermutung aus Paul. sent. 6.7.2 und Inst. 3.19.17. Vgl. zur Frage, → § 19 Rn. 15, Rn. 82 f.

[263] All diese Hypothesen werden in der Literatur vertreten, vgl. *Arangio-Ruiz*, Bull. de l'Institut d'Égypte 29 (1948) 121–126; *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 25; *Wolff*, Recht I 132.

[264] Zur Interpretation der gegensätzlichen Ansichten, die man Men. Rh. 363,5–13 und 364,10–15 (Spengel, Rhet. III, 1,16,17; 1,16,20) entnehmen könnte, und zu der diesbezüglichen Polemik zwischen *Talamanca* und *Mélèze Modrzejewsi*, vgl. *Urbanik*, JJP 49 (2019) 297–317 mwN.; zu Gregorios Thaumaturgos' Dankrede an Origenes (Orig. I,7), vgl. *Mélèze Modrzejewski*, RHD 49 (1971) 313–324 (= *Mélèze Modrzejewski*, Dt. impérial XI).

der römischen Autoritäten erklärt werden, denn damit wären die unmittelbaren Anpassungen nicht erklärlich; ebenso wenig überzeugt es, diese Gemengelage aus der Machtlosigkeit der römischen Verwaltung aufgrund der Krise des 3. Jhs. herzuleiten.

Die Widersprüche lassen sich möglicherweise nicht aus der Passivität der Verwal- **107**
tung, sondern eher aus Richtungswechseln und in ihren Zielen widerstreitenden Aktivitäten erklären, wobei ein erstaunlicher Kontrast zwischen Zentrum und Peripherie zu beobachten ist: Auf lokaler Ebene konnte die Verwaltung noch für Jahrzehnte der peregrinen Praxis folgen (→ Rn. 97–100), während die kaiserliche Kanzlei im Gegenteil versuchte, das römische Recht durchsetzen. So wird in den kaiserlichen Reskripten der Zeit die peregrine Praxis entweder in römische Kategorien übersetzt oder mit Hinweis auf entgegenstehendes römisches Recht verworfen (→ Rn. 102 mit Fn. 255). Immer dann, wenn eine kaiserliche Antwort eine wohletablierte lokale Praxis verwarf, wurde die Schwäche der lokalen Rechtsvorstellung ersichtlich. Es mag noch weitere Gründe für die Assimilation gegeben haben, die bisher nicht geklärt sind; jedenfalls hat aber dieser Faktor mit Sicherheit entscheidend gewirkt.

Trotz der offensichtlichen Kontinuitäten legte die *constitutio Antoniniana* zweifellos **108**
die Grundlage für die Romanisierung des griechischen Ostens. Die kaiserlichen Reskripte unterwiesen auch die Provinzbewohner unermüdlich in den Einzelheiten des römischen Rechts, wie vor allem die Reskriptenpraxis unter Alexander Severus, Gordian und sodann unter Diokletian belegt. Diese Entwicklung wurde durch Diokletians Reformen beschleunigt.[265] Er teilte Ägypten in kleinere Provinzen, reformierte die lokalen Ämter und führte den *curator civitatis* (λογιστής) ein. Mit Abschaffung der lokalen Kalender und Währung wurde Latein auch wenn nur pro forma zur Sprache der oberen Verwaltung und der Gerichte.[266] In dieser Zeit wurden auch die Rechtsschulen im Osten, einschließlich derjenigen von Alexandria, ins Leben gerufen. Die wichtigste Zäsur stellte aber die Verallgemeinerung der Notariate aufgrund kaiserlicher Konzession (*stationes tabellionum*) auch im Osten des Reiches dar, denn sie führte bald zum Aussterben des lokalen Notariats- und Archivwesens, das zuvor für die Anwendung des peregrinen Rechts gesorgt hatte (→ Rn. 37 f., Rn. 87). Leider nimmt die Zahl der vorhandenen Papyri ab dem 4 Jh. drastisch ab.[267] Dennoch erscheint es unmöglich, ohne Berücksichtigung dieser Dokumente eine Geschichte des römischen Rechts in der Spätantike zu schreiben.[268]

---

[265] Vgl. *Bowman*, CAH [2]XII 313–326. Die Veränderungen sind so bedeutend, dass Papyrologen seit *Wilcken* und *Mitteis* den Beginn des byzantinischen Ägypten auf 284 n. Chr. datieren.

[266] *Adams*, Bilingualism (2003); Prozessprotokolle waren deshalb bilingual, weil das Griechische für die Anhörung, das Lateinische für den bürokratischen Rahmen verwendet wurde; zu diesen Protokollen und ihrem Beitrag zu unserem Verständnis des sogenannten Libellprozesses, vgl. jetzt *Palme*, Symposion 2017 257–275; *Alonso*, Symposion 2017 277–286 mwN. Am Ende des 4. Jh. n. Chr. verhindert das Übergewicht des Ostens jegliche weitere Latinisierung und führt so zum Verschwinden der Bilingualität.

[267] *Habermann*, ZPE 122 (1998) 144–160.

[268] *Taubenschlag*, Opera I 232–259; *Wolff*, SZ 73 (1956) 1–28; *Wolff*, SZ 91 (1974) 54–105. Die

II. Epigraphische Quellen (Inschriften auf Holz, Stein, Metall)[269]

Wenger, Die Quellen des römischen Rechts, 1953; *Kunkel*, Epigraphik und Geschichte des römischen Privatrechts, in: Akten des VI. Internationalen Kongresses für Griechische und Lateinische Epigraphik, München 1972, 1973, 193–242; *Ferrary*, L'épigraphie juridique romaine. Historiographie, bilan et perspectives, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe (Hgg.), Le monde romain à travers l'épigraphie. Méthodes et pratiques. Actes du XXIVe Colloque international de Lille (8–10 novembre 2001), 2005, 35–70; Haensch (Hg.), Selbstdarstellung und Kommunikation. Die Veröffentlichung staatlicher Urkunden auf Stein und Bronze in der römischen Welt. Internationales Kolloquium für Alte Geschichte und Epigraphik in München (1. bis 3. Juli 2006), 2009; *Lepore*, Introduzione allo studio dell'epigrafia giuridica latina, 2010; *Cooley*, The Cambridge Manual of Latin Epigraphy, 2012; *Beggio*, Epigraphy, in: Du Plessis/Ando et al. (Hgg.), The Oxford Handbook of Roman Law and Society, 2016, 43–55.

1. Zur Bedeutung der epigraphischen Funde für das römische Recht

109 Die Anfänge der wissenschaftlichen Inschriftenkunde,[270] namentlich der Plan eines *Corpus Inscriptionum Latinarum* (CIL), gehen auf die Initiative Theodor Mommsens zurück und hängen daher eng mit der Erforschung des römischen Rechts zusammen.[271] Dennoch ist zwischenzeitlich eine Abkehr vor allem der deutschsprachigen Romanistik von den Inschriften festzustellen gewesen. Da ein großer Teil des inschriftlichen Materials rechtlichen Inhalts ist, mahnen heute wichtige Stimmen eine Rückkehr der Rechtshistoriker zu diesen Zeugnissen, namentlich den Inschriften des Privatrechtsverkehrs, an.[272]

110 Inschriften vermitteln nicht nur unmittelbare Informationen über den Kontext des römischen Privatrechts und die Realien der antiken Welt; vielmehr enthalten sie auch

---

Papyri geben Aufschluss darüber, inwieweit die kaiserliche Gesetzgebung befolgt wurde und welche Bedeutung Justinians Kompilation in der Gerichtspraxis hatte, vgl. *Beaucamp*, in: Bagnall, Egypt (2007) 271–287; wichtig in diese Richtung sind die Beiträge von *Jakub Urbanik*, vgl. *Urbanik*, Mél. Wołodkiewicz I 197–205; *Urbanik*, GS Kupiszewski 199–218; *Urbanik*, Symposion 2005 377–400; *Urbanik*, in: Fournet, Dioscore (2008) 117–142; *Urbanik*, Stud. Clackson 225–235; *Urbanik*, JJP 40 (2010) 219–248; *Urbanik*, JJP 41 (2011) 123–151; *Urbanik*, in: Urbanik, Culpa (2012) 273–296; *Urbanik*, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 151–174; *Urbanik*, in: Osaba, Antigüedad Tardía (2014) 259–274.

[269] Von *Ulrike Babusiaux*. Der Beitrag ist dem Andenken an *Jean-Louis Ferrary* (1948–2020) in dankbarer Verehrung und Erinnerung gewidmet.

[270] Programmatisch *Girard*, Epigraphie (1889); zur Nutzung von Inschriften durch antike Autoren und zur Vorgeschichte der Epigraphik in Mittelalter und Neuzeit, vgl. *Lepore*, Epigrafia (2010) 31–45.

[271] Zu CIL, vgl. *Cooley*, Epigraphy (2012) 327–346; *Lepore*, Epigrafia (2010) 45–49.

[272] *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005); *Camodeca*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 523; über aktuelle Funde informiert https://currentepigraphy.org/.

unmittelbar Texte rechtlicher Normen, Auszüge aus Juristenwerken und vor allem Zeugnisse privater Rechtsgeschäfte. Der unterschiedlichen inhaltlichen Ausrichtung entsprechend gliedern die gängigen Sammlungen die Zeugnisse in *leges*, *scriptores*[273] und *negotia*.[274]

Die für das römische Privatrecht relevanten Inschriften lassen sich auch nach Überlieferungsträger unterscheiden, wobei sich teilweise Überschneidungen zur inhaltlichen Kategorisierung ergeben: Staatliche oder öffentlichrechtliche Inschriften sind oft auf Stein oder Bronze überliefert; die privatrechtlichen Inschriften sind – soweit es sich um Privaturkunden handelt – vielfach in Holz (Wachstäfelchen) eingeritzt, während die Grab- und Ehreninschriften mit privatrechtlichem Gehalt wiederum auf Stein eingeschlagen sind.[275] Zuletzt haben Fresken aus der „villa del giurista" Aufsehen erregt, die zwei Wachstäfelchen abbilden, die das Zitat einer *intentio certa* verbunden mit dem Namen Mucius Scaevola enthalten.[276] **111**

Eine einfache Gleichsetzung von Bronze/Stein mit staatlichen Dokumenten und Wachstäfelchen mit privaten Urkunden wäre verfehlt, da der Schreibstoff sowohl von der jeweiligen Verfügbarkeit des Materials[277] als auch von der Anlehnung an (römische) Modelle oder Vorbilder abhing.[278] Zudem ist darauf zu achten, dass die Publikation keineswegs Vorgabe für die Gültigkeit rechtlicher Normen war[279] und die meisten Inschriften auf privater Initiative beruhten.[280] **112**

Die für das römische Recht relevanten Quellen sind nicht nur auf Lateinisch,[281] sondern auch auf Griechisch verfasst. So sind *leges*, SCta. und Kaiserkonstitutionen aus dem Osten des Reiches mehrheitlich in griechischer Sprache überliefert,[282] wie etwa die bekannte *lex de provinciis praetoriis*,[283] die aus Anlass des Kampfes gegen das Piratenunwesen[284] die Kompetenzverteilung zwischen *praetores* und Senat regelt.[285] **113**

---

[273] Die *scriptores*, das heißt die Überlieferung von Texten und Zeugnissen von römischen Juristen außerhalb der justinianischen Kompilation, bleiben im Folgenden außer Betracht; → § 7 Rn. 4–6; erwähnt sei I.Ephesos II 217 mit einem Zitat aus Ulpians *de officiis*, dazu *Kantor*, in: Haensch, Selbstdarstellung (2009) 249–265.

[274] Vgl. *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 43.

[275] *Cooley*, Epigraphy (2012) 169; *Chioffi*, OH RE 630.

[276] *Costabile*, MEP 21 (2018) 9–126, bes. 89–100.

[277] *Cooley*, Epigraphy (2012) 117–120.

[278] *Cooley*, Epigraphy (2012) 144 zur Verwendung von römischen Grabmonumenten durch Latiner; für Hispanien, vgl. *Alföldy*, Lucentum 30 (2011) 191 f.

[279] Anders *Kaiser*, SZ 127 (2010) 172–201, nach dem für Justinian die Publikation Gültigkeitsvoraussetzung war.

[280] *Ferrary*, in: Haensch, Selbstdarstellung (2009) 59–74; *Kreuzsaler*, in: Haensch, Selbstdarstellung (2009) 209–248; kritisch hierzu *Kaiser*, SZ 129 (2012) 831–840, 835 f.

[281] Zu oskischen Quellen, vgl. *Wenger*, Qu. 373 f.; RS I Nr. 13, 271–292.

[282] *Wenger*, Qu. 156–159; RS I Nr. 35, 493–495; vgl. RS I Nr. 36, 497–506 (*lex Fonteia*).

[283] SEG LVIII 1218; SEG XLVI 1416; eine lateinische Rückübersetzung findet sich in RS I Nr. 12, 231–270.

[284] *Wenger*, Qu. 374 (*lex de piratis persequendis*); ferner *De Souza*, Piracy (2002) bes. 108–115.

[285] Vgl. *Ferrary*, MEFRA 89 (1977) 619–660; ferner *Giovannini*, Historia 58 (2008) 92–107.

114 Die griechische Sprache wird auch für Dokumente der Verwaltung und Rechtsprechung verwendet, wie etwa das Edikt des Präfekten Tiberius Iulius Alexander[286] und die Dekrete von Colophon zeigen.[287] Eine eigene Kategorie bilden die *leges portoriae*, die nur aus dem Osten überliefert sind, offensichtlich aber auf lateinische Vorbilder zurückgehen (→ Rn. 132). Relevant für das römische Recht können auch griechische Ehreninschriften und Grabmäler sein, sofern sie in römischer Zeit abgefasst sind (→ Rn. 198, Rn. 199–207).

115 Daneben finden sich bilinguale Zeugnisse. Ein bekannter Beleg ist die *lex Gabinia Calpurnia de insula Delo*,[288] die eine Befreiung der Insel Delos von der Zahlung der *portoria* an Rom vorsieht. Weitere bilinguale Zeugnisse betreffen Senatsbeschlüsse (→ Rn. 147–152) und Militärdiplome (→ Rn. 209–215). Ein vollständiger Überblick ist den Publikationen zur Bilingualität in den östlichen Inschriften der griechisch-römischen Antike zu entnehmen.[289]

116 Die für das Recht der Kaiserzeit wichtigen Fundorte befinden sich nicht nur in Italien[290] und Spanien, sondern auch in Kleinasien, Britannien und Gallien. Sie können damit auch einen Einblick in die Verbreitung des römischen Rechts in den Provinzen geben. Dies ist umso bedeutsamer, als die „epigraphische Kultur Roms" (Alföldy)[291] als Kommunikationsmittel der römischen Eliten, namentlich der römischen Kaiser selbst, gilt. Die inschriftliche Überlieferung kann daher auch Aufschluss über den Grad der Romanisierung geben, zu der notwendigerweise auch die Übernahme oder Adaptation des römischen Rechts gehören.[292]

2. Forschungsgeschichte und Gegenstände der juristischen Epigraphik

117 Den Beginn der juristischen Epigraphik bildet das Projekt des Corpus Inscriptionum Latinarum,[293] in dessen Zusammenhang Mommsen viele bedeutende Funde rechtlicher Natur publizierte und kommentierte.[294] Bereits vom Anfang des 19. Jhs. stammen die ersten didaktisch ausgerichteten Sammlungen von Dokumenten, wie etwa die *Iuris*

---

[286] *Chalon*, Edit (1964); *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 369–376.

[287] Zu den Dekreten von Colophon, vgl. *Ferrary*, CRAI 135.3 (1991) 557–577.

[288] *Wenger*, Qu. 374; RS I Nr. 22, 345–351.

[289] Aus der reichen Lit., vgl. *Kearsley*, Greeks and Romans (2001); *Millar*, Rome III 223–242; Beiträge in Biville et al., Bilinguisme (2008), alle mwN.

[290] Zu griechischsprachigen Funden in Italien, vgl. *Amelotti*, Scr. 109–111; *Cooley*, Epigraphy (2012) 3 f.; ein Überblick auch bei *Arangio Ruiz/Olivieri*, IGS (1925).

[291] *Alföldy*, Epigr. Kultur 53–72, 409 f. verwendet diesen Begriff anstelle des Begriffs der „epigraphic habit", dazu *MacMullen*, AJPh 103 (1982) 233–246; ferner *Beltrán Lloris*, OH RE 131–148.

[292] Zu diesem Aspekt, vgl. *Meyer*, in: Cairns/Du Plessis, Beyond Dogmatics (2007) 53–82.

[293] *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 40 f.; vgl. auch *Purpura*, AUPA 46 (2000) 229–254.

[294] Zu Mommsens Innovationen, vgl. *Alföldy*, Epigr. Kultur 393–416; ein Überblick auch in den Beiträgen, in: *Fargnoli/Rebenich*, Mommsen (2013).

Romani tabulae negotiorum solemnium, modo in aere modo in marmore modo in charta superstites von Spangenberg,[295] ferner das vom gleichen Autor auf Grundlage der Vorarbeiten von Haubold verfasste Werk *Antiquitatis Romanae monumenta legalia extra liberos iuris Romani sparsa.*[296]

Bis heute bei Rechtshistorikern in Gebrauch sind die von Bruns hergestellten Fontes **118**
iuris Romani antiqui,[297] die „Textes de droit romain" Girards[298] und die von Arangio-Ruiz verantwortete FIRA (Fontes iuris romani anteiustiniani),[299] wobei die verschiedenen Nachdrucke (Girard/Senn 1977, FIRA III 1968) bisweilen vergessen lassen,[300] dass der Hauptbestand dieser Werke aus den Editionen des 19. Jh.s stammt.[301] Zudem handelt es sich um didaktische Hilfsmittel, die vorrangig die Zugänglichkeit der Quellen verbessern sollten,[302] nicht aber immer epigraphische Genauigkeit anstreben.

Der rechtshistorischen Erschließung von Neufunden diente die von Arangio-Ruiz **119**
initiierte Rubrik „Epigrafia giuridica greca e romana" in der SDHI, die er selbst für den Zeitraum von 1933–1938, 1936 und 1939 verantwortete,[303] und die für 1939–1949 von

---

[295] *Spangenberg*, Iuris Romani tabulae negotiorum solemnium (1822), dazu *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 41.

[296] *Spangenberg/Haubold*, Antiquitatis Romanae monumenta legalia (1830), dazu *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 41 f.

[297] Die erste Auflage von *Bruns* wurde 1861 publiziert und war ursprünglich für den studentischen Gebrauch gedacht; erst im Kontakt mit *Mommsen* verfolgte *Bruns* auch wissenschaftliche Zwecke, vgl. *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 42; dies belegen die 2. Auflage von 1870 und die Folgeauflagen (3. Auflage, 1875; 4. Auflage, 1879), die immer neue Dokumente ergänzten, was ein Anwachsen des Umfangs zur Folge hatte; die 7. Auflage, die von *Gradenwitz* (mit Hilfe von *Dessau* und *Viereck* für die Epigraphik, von *Preisigke* und *Wilcken* für die Papyri) im Jahre 1909 herausgegeben wurde, umfasste 526 Seiten und damit das Vierfache der ursprünglichen 150 Seiten.

[298] *Girard* knüpfte an *Giraud*, Novum enchiridion iuris Romani (1873) an, indem er 1890 die erste Auflage seiner „Textes de droit romain" publizierte, vgl. *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 44 f. Auch *Girards* Textbuch legte mit jeder Auflage an Umfang zu: Von 793 Seiten im Jahre 1890 waren es in der 6., von *Félix Senn* verantworteten Auflage aus dem Jahre 1937 insgesamt 928 Seiten.

[299] Die *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA)* erschienen zuerst 1909 in zwei Bänden. Der erste, mit *Leges* betitelte und von *Riccobono* herausgegebene Teil umfasste 88 Gesetze; der zweite von *Baviera* verantwortete Teil *Auctores* entsprach den „Commentaires" bei *Girard*, umfasste also die juristischen Texte von außerhalb des Corpus iuris civilis und des Codex Theodosianus. Der dritte Teil *Negotia* kam erst in der zweiten Auflage hinzu, die 1940 für die *Auctores* und 1941 für die *Leges* publiziert wurde und 1943 mit den von *Arangio-Ruiz* publizierten *Negotia* einen Abschluss fand, vgl. *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 48 f. Ergänzungen enthält der Appendix, der 1969 mit dem Nachdruck der Sammlung aus den 1940ern herausgegeben wurde.

[300] *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 50 f. mit den wichtigsten Ergänzungen und Neuauflagen.

[301] *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 42.

[302] *Girard*, Textes (1903) p. V.

[303] *Arangio-Ruiz*, SDHI 2 (1936) 429–520; *Arangio-Ruiz*, SDHI 5 (1939) 521–633.

Giuseppe Luzzatto übernommen wurden,[304] bevor sie Alvaro d'Ors für die Jahre 1951–1970 fortführte.[305] Mario Amelotti und Andreina Magioncalda betreuten die Jahre 1972–1977;[306] für die Jahre 1978–1981 lieferte Magioncalda erneut einen Überblick.[307] Seitdem hat es nur noch vereinzelt ergänzende Listen und Übersichten gegeben.[308]

120 Die 1996 erschienene Edition der Roman Statutes stellt für den Bereich der *leges* eine verlässliche Grundlage dar;[309] für alle anderen Inschriften, namentlich für die *negotia*, sind aktuelle Sammlungen ein Desiderat,[310] zumal ungeklärt ist, ob und inwieweit die bestehende Kanonisierung bestimmter Inschriften vor dem Hintergrund von Neufunden Bestand haben kann. Vor diesem Hintergrund wird man das Projekt der „Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA)" nur begrüßen können.[311] 2012 wurde der Band zu den *leges* sowie ein erster Band zu den Testamenten vorgelegt; ein weiterer Band zu den *negotia* ist ausstehend.

121 Die Digitalisierung erleichtert die Suche,[312] wobei die Epigraphik Datenbank Clauss/Slaby (EDCS)[313] als maßgeblich anzusehen ist. Die Datenbank hat es sich zum Ziel gesetzt, alle publizierten lateinischen Inschriften Italiens und der römischen Provinzen zu erfassen. Sie ist mit allen anderen inschriftlichen Datenbanken verbunden, namentlich mit dem CIL,[314] der Epigraphic Database Roma (EDR),[315] der Epigraphischen Datenbank Heidelberg (EDH),[316] der Epigraphic Database Bari (EDB),[317] der Hispania Epigraphica (HE),[318] den Searchable Greek Inscriptions, den Roman Inscriptions of

---

[304] *Luzzatto*, Iura 7 (1956) 537–616; *Luzzatto*, Iura 8 (1957) 126–262, 283–438.

[305] *D'Ors*, Epigrafía (1953); *d'Ors*, SDHI 20 (1954) 403–484; *d'Ors*, SDHI 23 (1957) 475–543; *d'Ors*, SDHI 26 (1960) 453–525; *d'Ors*, SDHI 29 (1963) 455–508; *d'Ors*, SDHI 32 (1966) 445–509; *d'Ors*, SDHI 35 (1969) 501–558; *d'Ors*, SDHI 38 (1972) 433–507.

[306] *Amelotti*, SDHI 42 (1976) 603–707; *Amelotti/Magioncalda*, SDHI 45 (1979) 681–839; *Amelotti*, Scr. 101–108.

[307] *Magioncalda*, SDHI 51 (1985) Suppl. 9079–9348.

[308] Vgl. *Castillo*, SDHI 52 (1986) 353–394; *Castillo*, SDHI 59 (1993) 299–313; *Amelotti*, SDHI 53 (1987) 378–385; weitere Hinweise bei *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 50; sehr kritisch hierzu: *Crawford*, Actes–10 475–480.

[309] *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 52 f.

[310] *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 63.

[311] Zu den *leges*, vgl. FIRA rev. I; zu den *negotia*, vgl. FIRA rev. II.

[312] Vgl. *Bruun*, OH RE 66–77.

[313] http://db.edcs.eu/epigr/epi.php.

[314] https://cil.bbaw.de/.

[315] EDR enthält die Inschriften Roms, der italienischen Halbinsel, Siziliens und Sardiniens, vgl. www.edr-edr.it.

[316] EDH dokumentiert im Rahmen von EAGLE („Electronic Archive of Greek and Latin Epigraphy") die lateinischen und bilingualen Inschriften der Provinzen, vgl. https://www.eagle-network.eu/.

[317] Die EDB – Inscriptions by Christians in Rome erfasst die christlichen Inschriften Roms des 3. bis 8. Jhs.

[318] Die HE verzeichnet die epigraphischen Funde der spanischen Halbinsel.

Britain (RIB),[319] den Vindolanda Tablets Online,[320] der Epigraphischen Datenbank zum antiken Kleinasien,[321] den iDAI.images/Arachne und den Deutschen Inschriften Online (DIO).[322] Den Zugang zur Literatur erleichtern die Aktualisierungen des „Guide de l'épigraphiste",[323] die Zeitschrift „Gnomon" sowie iDAI.bibliography/ZENON.

Die Gegenstände der juristischen Epigraphik werden unterschiedlich definiert.[324] Jedenfalls erfasst sind die unmittelbaren Zeugnisse für *leges*, *senatus consulta*, Staatsverträge, Konstitutionen, Edikte, *epistulae*, Munizipalgesetze und Munizipaldekrete. Daneben sollten Prozessinschriften, Zeugnisse von Geschäftsvorgängen und privaten Rechtsangelegenheiten Berücksichtigung finden;[325] ferner ist an Patronats-[326] und Alimentartafeln[327] sowie Grabinschriften zu denken (→ Rn. 199–207); eine eigene Kategorie bilden Militärdiplome (→ Rn. 209–215) sowie die an die munizipalen Verlautbarungen angelehnten Rechtsakte von Vereinigungen (*collegia*, → Rn. 216–221). **122**

3. Zeugnisse staatlicher Verlautbarungen

Die Zeugnisse staatlicher Verlautbarungen geben Auskunft über die politische Geschichte[328] und vermitteln Informationen zur Kompetenzordnung, zur Jurisdiktionsgewalt einzelner Amtsträger, zu Ämtern und Befugnissen sowie allgemein zur Konstruktion des Prinzipats. Für das Privatrecht besonders bedeutsam sind die in den *leges*, *senatus consulta*, Edikten, Dekreten und Konstitutionen enthaltenen Angaben zur Rechtsanwendung und zu Details des Verfahrensrechts und des Prozessgeschehens. Vor allem aber lassen sich aus den staatlichen Verlautbarungen auch rechtliche Strukturelemente gewinnen, die auf das Privatrecht übertragbar sind oder Aufschluss über privatrechtliche Institute und Konzepte geben. **123**

Außer Betracht bleiben im Folgenden die Belege zur allgemeinen historischen Entwicklung, wie sie sich aus den republikanischen *leges* sowie aus der „Königin aller im Römerreich lateinisch geschriebenen Inschriften" (Mommsen), dem Tatenbericht des **124**

[319] Die RIB beruht auf der Edition von *Collingwood/Wright*, RIB 1965.

[320] VTO wird ergänzt durch Vindolanda Tablets Online II (VTO II).

[321] Vorläufer ist das Princeton Project on the Inscriptions of Anatolia.

[322] Die DIO betreffen vorrangig die Archäologie des Mittelalters.

[323] https://www.antiquite.ens.fr/ressources/publications-aux-p-e-n-s/guide-de-l-epigraphiste/article/presentation (beginnend mit dem Jahre 2011).

[324] Vgl. *Crawford*, Actes–10 475–480, wo er folgende methodische Vorgabe formuliert: „what juridical epigraphy should concern itself with is (1) explicit normative legal statements; (2) documents actually or potentially relevant to judicial proceedings; (3) records of judicial proceedings (…), rather than Arangio-Ruiz' wide category of ‚testi di interesse giuridico' (…)."

[325] *Cooley*, Epigraphy (2012) 168.

[326] *Nicols*, ANRW II.13 535–561; zu Gastfreunden, vgl. *Beltrán Lloris*, ZPE 175 (2010) 273–286.

[327] *Cao*, Alimenta (2010); *McGinn*, OH CECW 343–345.

[328] *Alföldy*, Gymnasium 98 (1991) 289–324. Zu den Sammlungen von Inschriften zu einzelnen Epochen des Prinzipats, vgl. *Lepore*, Epigrafia (2010) 48 f.

Augustus im Monument Ancyranum, ergeben.[329] Nur erwähnt sei auch die auf einer Bronzetafel überlieferte *lex de imperio* Vespasians, an der jede rechtliche Rekonstruktion der Staatsordnung des Prinzipats anknüpfen muss.[330] Es bleibt insoweit zu untersuchen, ob Parallelen zwischen der Repräsentationsfunktion der Inschriften und der Inszenierung des *princeps* als oberstem Rechtssetzungsorgan bestehen.[331]

a. *Leges*

125 Als *leges* werden in den dokumentarischen Quellen – wie in der juristischen Überlieferung – nicht nur *leges publicae* bezeichnet, sondern auch die vertraglichen Bestimmungen der *leges dictae* (→ Rn. 133–136), ferner die Vereinssatzungen (→ Rn. 216–221) und die Ordnungen von Gemeinden (*leges municipales*, → Rn. 137–146) sowie die Zollgesetze (*leges portoriae*, → Rn. 132).

aa. *Leges publicae*

126 Für den Bereich der (vorrangig republikanischen und augusteischen) *leges publicae* stellen die epigraphischen Zeugnisse eine wichtige Quelle dar, da sie die lückenhafte Überlieferung des justinianischen Corpus vervollständigen und korrigieren.[332] Dabei geben sie insbesondere Aufschluss über die formellen Elemente der römischen Gesetzgebung und erlauben eine genauere Rekonstruktion des Gesetzgebungsverfahrens und seiner Vorgaben.[333]

127 Aus inhaltlicher Sicht sind die *lex repetundarum*,[334] die *lex agraria* sowie die le*x Cornelia de XX quaestoribus*[335] hervorzuheben. Während die *lex repetundarum* und die *lex Cornelia* vor allem für das Prozessrecht von Bedeutung sind, gibt die *lex agraria* Aufschluss über das Bodenrecht und die Ordnung von Eigentumsrechten.[336]

---

[329] *Wenger*, Qu. 63 f.; *Lepore*, Epigrafia (2010) 95–106 mwN.

[330] Zur *lex de imperio*, vgl. *Wenger*, Qu. 378 f.; RS I Nr. 39, 549–553; zur Interpretation, vgl. *Mantovani*, CCGG 16 (2005) 25–43; Beiträge in: Capogrossi Colognesi/Tassi Scandone, Lex de imperio (2009); *Lepore*, Epigrafia (2010) 124–130.

[331] Zur Inszenierung der Rechtsprechung, vgl. zuletzt *Tuori*, Emperor (2016).

[332] Rowe, OH RE 299–318.

[333] *Crawford*, RS I 1–38, bes. 9–14; *Ferrary*, Lois comitiales (2012) 375–394.

[334] *Tabula Bembina*, vgl. *Lepore*, Epigrafia (2010) 71–74; *Lex repetundarum*, RS I Nr. 1, 39–112; ein strafrechtlicher Hintergrund ist auch für die *Lex Latina Tabulae Bantinae* (*iudicium publicum*) zu vermuten, vgl. RS I Nr. 7, 193–199; ebenso für die *Lex Tarentina*, RS I Nr. 15, 301–312.

[335] RS I Nr. 14, 293–300.

[336] *Tabula Bembina*, vgl. *Lepore*, Epigrafia (2010) 67–71; Zur *lex agraria*, vgl. RS I Nr. 2, 113–180; seitdem *Sisani*, Ager publicus (2015); *Peyras*, Loi agraire (2015). Aus privatrechtlicher Sicht gibt die *lex agraria* Aufschluss über *possessio*, *vectigalia*, *vadimonia*, *publicani* und *recuperatores*, dazu zuletzt *Griese*, Land (2019) 101–105; 287–290 mwN.

Die inschriftlich überlieferten *leges publicae* betreffen aber auch andere privatrechtsnahe Materien.[337] Hierzu zählt der Schutz von *minores* (*lex Laetoria*),[338] die magistratische Erteilung von Tutoren (*leges Atilia, Iulia, Titia*)[339] sowie die gesetzliche Zulassung der *condictio* auf *certa res (lex Calpurnia*).[340] Zudem gibt die Epigraphik Aufschluss über die *lex Falcidia*,[341] die *lex Iulia de maritandis ordinibus*,[342] die *lex Iulia iudiciorum privatorum*[343] *vel publicorum*,[344] die *lex Aelia Sentia*[345] sowie die *lex Papia Poppaea*.[346] **128**

Da die fragmentarische materiale Überlieferung viele *leges* nennt[347] und inhaltlich näher erkennen lässt (→ Rn. 129), die in der justinianischen Kompilation keine oder nur sehr sporadische Erwähnung finden, bildet sie für Mantovani zusammen mit der papyrologischen Dokumentation das wichtigste Argument gegen die von Schulz und Rotondi verfochtene These, „das Volk des Rechts“ sei nicht das „Volk der Gesetze“.[348] Wie Mantovani in diesem Zusammenhang zeigen kann, stellt die *lex* auch ein wichtiges Argument für die Rechtsfindung der römischen Juristen im Privatrecht dar.[349] **129**

bb. Provinziale Regelungen und Zollgesetze

Als *leges* werden in republikanischer Zeit auch das Dekret des Cn. Pompeius Strabo (*lex Pompeia de civitate equitibus Hispanis danda*)[350] auf der Bronze von Ascoli (89 v. Chr.), **130**

[337] *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 39–71 mit Katalog 43–60.
[338] Tabula Heracl. RS I Nr. 24, *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 45.
[339] RDGE 58, 43/44, *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 46, 49 f.
[340] Tab. Bembina, RS I Nr. 1, *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 47.
[341] CIL XI 419 = ILS 6663, *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 51.
[342] CIL VI 32323 = ILS 5050, *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 52.
[343] Lex Irn. XCI, *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 53.
[344] RDGE 31, *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 53.
[345] RS I Nr. 34, *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 54.
[346] Lex Troesm. XXVII, *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 56.
[347] Zu fragmentarischen Quellen, vgl. Nicotera Fragment A, dazu RS I Nr. 3, 181–182; Nicotera Fragment B, RS I Nr. 4, 183–184; Florence Fragment A, RS I Nr. 5, 185–187; Florence Fragment B, RS I Nr. 6, 189–191; Tarentum Fragment, RS I Nr. 8, 209–219; Clusium Fragments, RS I Nr. 9, 221–225; Falerio Fragment I A, RS I Nr. 10, 227–228; Bauer Fragment A, RS I Nr. 11, 229–230; Falerio Fragment I B, RS I Nr. 17, 325–328; Falerio Fragment II, RS I Nr. 18, 329–330; Rome Fragment A, RS I Nr. 20, 341–342; Guardio Vomano Fragment, RS I Nr. 21, 343–344; Bauer Fragment B, RS I Nr. 23, 353; Rome Fragment B, RS I Nr. 26, 455–457; Venafro Fragment, RS I Nr. 27, 459–460; Veleia Fragment II, RS I Nr. 29, 479–480; Veleia Fragment III, RS I Nr. 30, 481; Susa Fragments, RS I Nr. 31, 483–484; Fiesole Fragment, RS I Nr. 32, 485; Uffizi Fragment, RS I Nr. 33, 487; Riccardi Fragment RS I Nr. 34, 489–491; *Lex Valeria Aurelia*, RS I Nr. 37 (*tabula Hebana*, vgl. *Lepore*, Epigrafia [2010] 110); und Lex for Drusus Caesar, RS I Nr. 38, 507–547.
[348] *Mantovani*, in: Ferrary, Leges publicae (2012) 707–767; *Mantovani*, Legum multitudo (2018).
[349] Vgl. *Mantovani*, Legum multitudo (2018) bes. 75–84 zur *interpretatio*.
[350] CIL I 709 = CIL IV 37045 = ILS 8888; *Beltrán Lloris*, in: Cruz Andreotti et al., Invención (2006) 217–240.

das einer Gruppe von verdienten Reitern das römische Bürgerrecht verleiht,[351] und die *lex Antonia de Termessibus* bezeichnet, die den Bewohnern von Termessus einen privilegierten Status und die Freundschaft Roms sichert.[352] Während die *lex Pompeia* aus privatrechtlicher Sicht allenfalls für Statusfragen von Interesse ist, gibt die *lex Antonia de Termessibus* Aufschluss über die verschiedenen Varianten von Eigentums- und Besitzpositionen (*habere possidere uti frui*) nach römischem und peregrinem Recht.[353]

131 Der Inhalt der *lex Gallia Cisalpina* ergibt sich einerseits aus der auf einer Bronzetafel überlieferten *lex Rubria*,[354] andererseits aus dem Fragment von Este.[355] Sie gibt Einblick in die Jurisdiktionsgewalt der Munizipalmagistrate und zudem Aufschluss über Kautionen und Stipulationen (namentlich die *cautio damni infecti*). Weiter lassen sich aus ihr die Besonderheiten des Verfahrens gegen einen *confessus* und einen *indefensus*[356] (→ § 12) ermitteln sowie allgemeine Aspekte der Vollstreckung durch Besitzeinweisung (*missio in bona*).[357] Besonders bekannt geworden ist die *lex Rubria* allerdings aufgrund der These Kunkels zur Entwicklungsgeschichte der *fides* als Verpflichtungsgrund. Insbesondere vertrat Kunkel die Ansicht, der Zusatz *ex fide bona* sei notwendig gewesen, um auch Peregrine an die Stipulation zu binden und die mit ihnen abgeschlossenen Verbalkontrakte klagbar zu machen.[358]

132 In die Reihe der Provinzialordnungen sind auch Zollgesetze einzureihen.[359] Ein wichtiges Monument stellt in dieser Hinsicht die *lex portorii Asiae*[360] dar. Das auf Griechisch überlieferte Zollgesetz[361] gibt vor allem Aufschluss über die Mechanismen der Zollverpachtung. Dabei wird deutlich, dass den *societates publicanorum* nicht nur ein Aneignungsrecht (*commissum*), sondern offenbar auch eine Klage und ein Pfandrecht zustanden.[362] Interessant sind ferner die vollstreckungsrechtlichen Implikationen des Gesetzes und die in ihm enthaltenen Regelungen zu den *pactiones*.[363]

---

[351] Als eigene Kategorie behandelt *Liebs*, HLL IV § 411.3a., S. 89 f. die Bürgerrechtsverleihungen.

[352] *Wenger*, Qu. 374; RS I Nr. 19, 331–340.

[353] *Kaser*, SZ 62 (1942) 1–81, 63–65; zuletzt *Griese*, Land (2019).

[354] Zur *Lex de Gallia Cisalpina*, vgl. *Wenger*, Qu. 375; *Bruna*, Lex Rubria (1972); RS I Nr. 28, 461–477; *Lepore*, Epigrafia (2010) 84–89.

[355] Zum Fragment aus Este, vgl. RS I Nr. 16, 313–324; vgl. *Lepore*, Epigrafia (2010) 89–91.

[356] Vgl. *Kunkel*, Actes–06 198 f.; *Bruna*, Lex Rubria (1972); *Laffi*, Athenaeum 74 (1986) 5–44.

[357] Zur *missio in possessionem*, vgl. lex Rubr. XXI und XXII.

[358] *Kunkel*, FS Koschaker II 1–15, bes. 10 f.

[359] Vgl. ferner die *lex civitatis Narbonensis de flamonico provinciae* in CIL XII 6038 = ILS 6964, dazu *Wenger*, Qu. 395 f.; *Fishwick*, Imperial Cult I (1987) 240–256.

[360] Beiträge in Cottier et al., Customs Law (2008); *Spagnuolo Vigorita*, in: Romano, Rapporti contrattuali (1997) 113–190; *Nörr*, SZ 130 (2013) 72–126.

[361] Auch eine *lex portorii provinciae Lyciae* ist bekannt, vgl. AE 2007, 1503; SEG LVII 1666; *Takmer*, Gephyra 4 (2007) 165–188; *Nörr*, SZ 130 (2013) 97 f.

[362] *Nörr*, SZ 130 (2013) 90–93.

[363] *Nörr*, SZ 130 (2013) 120–126.

cc. *Leges dictae*

In den Bereich der *leges* gehören auch die inschriftlich überlieferten Vertragsbedingungen, die vor allem öffentliche Versteigerungen und Vergaben betreffen. Bekannt geworden ist die *lex parieti faciendo* aus Puteoli (105 v. Chr.), die das zu errichtende Bauwerk, den Werklohn und auch die Fristen nennt, zu denen die Vergabe stattfinden soll.[364] **133**

Die *lex metallis dicta* aus Lusitanien bestimmt den Erwerb von Minenschächten durch *occupatio*;[365] die *lex metalli Vispascensis* hingegen regelt die Vergabe der Minen durch den *fiscus* und bestimmt dabei die Modalitäten der Ausbeutung und die Tarife, die von den *conductores* zu zahlen sind.[366] Die genannten Inschriften sind vor allem zur Ermittlung des Verfahrens bei Versteigerungen (Auktionen) herangezogen worden.[367] Sie bilden gleichfalls das Modell für Vertragsbestimmungen beim privatrechtlichen Kauf und bei der privatrechtlichen *locatio conductio*.[368] **134**

Große Aufmerksamkeit hat zuletzt die aus der Regierungszeit Hadrians überlieferte *lex rivi Hiberiensis* mit ihren Regelungen zur Wasserbewirtschaftung erhalten.[369] Die Analyse der in ihr enthaltenen Klageformeln gibt zunächst Aufschlus über prozessuale Institute, wie *vadimonium* (→ § 75) und *iusiurandum* (→ § 20).[370] Weiter enthält sie Details zu den Bedingungen einer „Wassergenossenschaft", die privatrechtlich organisiert, aber öffentlichrechtlich sanktioniert wird.[371] So wird erkennbar, dass sich die Anrainer aufgrund einer formlosen Vereinbarung (*ex conventione*) zusammengeschlossen hatten, um die Irrigation und Verteilung des Wassers zu regeln; die hieraus entstehenden Rechte und Verpflichtungen wurden sodann von der römischen Verwaltung mittels *lex* festgeschrieben.[372] Nörr vergleicht die *lex rivi Hiberiensis* daher zu recht mit einer *lex collegii*, also einer Vereinssatzung.[373] Die bei Übertretung vorgesehenen Multen erinnern hingegen an Vorschriften der Stadtgesetze.[374] **135**

---

[364] *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 511–513; *Simshäuser*, Munizipalgerichtsbarkeit (1973) 104 f.; neue Lit. bei *Du Plessis*, J.Leg.Hist. 25 (2004) 291–293.

[365] AE 1906, 151; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 586–589; vgl. *Lazzarini*, Lex metallis dicta (2001).

[366] CIL II 5181 = ILS 6891; *Wenger*, Qu. 406 f.; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 590 f.; *Flach*, Chiron 9 (1979) 399–448.

[367] *Thielmann*, Privatauktion (1961) 59–79, 132–141.

[368] Zur *lex dicta*, vgl. *Georgescu*, Leges privatae (1932); *Lübtow*, Symb. Taubenschlag III 227–441.

[369] *Beltrán Lloris*, JRS 96 (2006) 147–197; *Manganzani*, FIRA rev. I 171–185; *Beltrán Lloris*, in: Kolb, Infrastruktur (2014) 121–136.

[370] *Nörr*, SZ 125 (2008) 108–188; *Platschek*, in: Buzzacchi/Manganzani, Lex Rivi Hiberiensis (2014) 121–144.

[371] *Maganzani*, in: Hermon/Watelet-Cherton, Riparia (2014) 225–231.

[372] Und zwar durch Formularprozess, vgl. *Nörr*, SZ 125 (2008) 124 f.; gleichzeitig finden sich Elemente der „munizipalen" oder „kolonialen" *cognitio*, vgl. *Nörr*, a. a. O. 132 f.

[373] *Nörr*, SZ 125 (2008) 117 f. mwN.

[374] *Nörr*, SZ 125 (2008) 149 f.

136 Eine eigene Kategorie bilden schließlich die *leges libitinariae*, die aus Puteoli und Cumae überliefert sind.[375] Die Qualifizierung als *lex* ist doppeldeutig, denn sie können sowohl als *leges locationis* als auch als *leges coloniae* angesehen werden, wobei wahrscheinlicher ist, dass eine scharfe Unterscheidung beider Kategorien anachronistisch wäre. Die *leges* aus Puteoli und Cumae enthalten wichtige Hinweise auf Konzepte des *munus publicum* und der *multa;* ferner lassen sich ihnen weitergehende Informationen zur Organisation der *societas publicanorum* und zur Haftung des *manceps* entnehmen;[376] zudem geben sie Aufschluss über die Jurisdiktion der Stadtgemeinden und zur Anwendung des Formularverfahrens auf italischem Boden.[377]

b. Stadtgesetze

137 Besonders aussagekräftig für das römische Privatrecht sind die seit längerem bekannten[378] Stadtgesetze aus flavischer Zeit aus Hispanien.[379] Zu diesen gehört neben der *lex Malpensana* und *lex Malacitana*[380] vor allem die 1981 entdeckte *lex Irnitana.*[381] Bei allen drei Inschriften handelt es sich um Regelungen für Gemeinden latinischen Rechts (*municipia Flavium Irnitatum*), die allesamt auf Bronzetafeln überliefert sind. Ihre ausführlichen und in wesentlichen Punkten übereinstimmenden Regeln betreffen die Gemeindeverwaltung, die Wahl und Ernennung von Dekurionen, die Haftung der Magistrate für Gemeindeschulden[382] sowie die Verpachtung von Grundstücken durch die Gemeinde.[383]

138 Die bedeutendsten Fortschritte vermittelt die *lex Irnitana* für das Zivilverfahrensrecht.[384] Dies gilt nicht nur für aus den justinianischen Quellen kaum rekonstruierbare Institute des Formularverfahrens, wie das *intertium dare* (Festsetzung eines Verhandlungstermins) und das *diem diffindere* (Vertagung). Vor allem haben die inschriftlichen Quellen – vorrangig die Stadtgesetze und die *Tabulae Pompeianae* – das Bewusstsein für

[375] *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 514–519; vgl. *Castagnetti*, Leg. lib.; *Cooley*, Epigraphy (2012) 18 f. mwN.

[376] Hierzu zuletzt *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) bes. 411–420.

[377] Eine umfassende Würdigung bei *Nörr*, SZ 132 (2015) 421–448.

[378] Vgl. *Wenger*, Qu. 396–400; zur Forschungsgeschichte, vgl. *Ferrary*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 57–108.

[379] Vgl. *Galsterer*, Städtewesen (1971); hierzu gehört auch die *lex Ursonis*, vgl. *Caballos Rufino*, Bronce (2006); zur *lex municipii Tarentini*, vgl. *Lepore*, Epigrafia (2010) 78–81.

[380] Vgl. *Spitzl*, Lex Municipii Malacitani (1984).

[381] Aus der Literatur zur *lex Irnitana*, vgl. *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993); *Wolf*, SDHI 66 (2000) 29–61; *Mantovani*, St. Talamanca V 213–272; *Wolf*, Lex Irn.; *Johnston*, FS Wolf 111–123.

[382] Vgl. *Rouveyrol*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 133–151; *Bricchi* , in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 335–382.

[383] Dazu zuletzt *Griese*, Land (2019) 175 f.

[384] Dazu *Kunkel*, Actes–06 198–202; *Simshäuser*, SZ 109 (1992) 163–208; *Metzger*, Outline (1997); *Wolf*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 203–237.

die praktischen Aspekte des Verfahrens und Situationsgebundenheit der richterlichen Entscheidungsfindung geschärft.[385]

139 An privatrechtlichen Themen in den Stadtgesetzen sind weiter Regelungen zur Inanspruchnahme von Bürgen, zur Haftung von Grundstücken und zur Vertretung durch *cognitores* zu nennen;[386] ferner Hinweise auf die Durchführung von Versteigerungen (*locationes*),[387] die als Grundmodell auch für privatrechtliche Kontrakte gelten (→ Rn. 133–136). Weitere privatrechtlich relevante Themen betreffen die *manumissio* von Sklaven,[388] Regelungen der Augusteischen Ehegesetze,[389] die Kompetenz der Munizipalmagistrate zur *datio tutoris* für Unmündige[390] und die *tutoris optio* für Frauen.[391]

140 Aber auch mit Blick auf das Bürgerrecht sind die Stadtgesetze von Bedeutung, denn sie zeigen die Auswirkungen des *ius Latii* (→ § 26 Rn. 18) auf die Rechtsstellung und Teilhabe am römischen *ius civile* (→ § 26 Rn. 23) sowie die Relevanz der munizipalen Zuordnung für ganz verschiedene Rechtsfragen.[392] Schließlich ist der Sonderfall der *municipes sine suffragio* nur in den Stadtgesetzen zu finden und kann aufgrund der dortigen Regelungen in seinen Vorgaben und Wirkungen weitergehend geklärt werden. (→ § 26 Rn. 27).

141 Bis auf Caesar zurückgeführt wird die *lex Coloniae Genetivae Iuliae sive Ursonensis*.[393] Vor allem Tab. V gibt Aufschluss über die Rechtsprechung und erwähnt die *manus iniectio* als Besonderheit des Legisaktionenverfahrens. Inhaber der Jurisdiktionsgewalt sind die *duoviri* und die *aediles*.[394] Als Richter sind *recuperatores* belegt.[395] Da als Modell für die städtische Ordnung offenbar Rom selbst dient, kann die *lex* auch Aufschluss über die römischen Verhältnisse liefern, die inschriftlich weniger gut belegt sind.[396]

---

[385] Vgl. *Mantovani*, Mél. Humbert 535–553; *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 261–334; weitere Beispiele bei *Wolf*, Lex Irn.; *Kaser/Hackl*, RZ § 52.I.2, S. 356.

[386] Lex Malac. LXIV, dazu *Spitzl*, Lex municipii Malacitani (1984) 88–98.

[387] Lex Malac. LXIII, dazu *Spitzl*, Lex municipii Malacitani (1984) 104–109.

[388] Lex Irn. XXVIII, dazu *Gimenez-Candela*, in: Castillo García, Novedades (1989) 217–225.

[389] Lex Troesm. XXVII, dazu *Eck*, ZPE 200 (2016) 601–605.

[390] Vgl. *Girard*, Epigraphie (1889) 21; *Grelle*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 411–441; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 229–230.

[391] Vgl. *Sisani*, in: Capogrossi Colognesi et al., Italia (2016) 14–16 mwN.

[392] Ein Überblick bei *Sisani*, in: Capogrossi Colognesi et al., Italia (2016) 9–55, 12 f. mwN., der 13 Fn. 20 betont, dass das *ius Latii* nicht auf die Funktion eines Personenrechts reduziert werden dürfe.

[393] CIL I 594 = ILS 6087 = RS I Nr. 25, 393–454; CIL II Suppl. 5439 = ILS 6007; *Lepore*, Epigrafia (2010) 91–95; *Sánchez-Moreno Ellart*, EAH 4037–4039; *Frei-Stolba*, SDHI 54 (1988) 191–225; *Sisani*, in: Capogrossi Colognesi et al., Italia (2016) 29–36.

[394] Lex Urson. CXXVII.

[395] Zu allem *Wolf*, Ess. Rodger 307–323.

[396] *Eck*, in: Haensch, Selbstdarstellung (2009) 75–96.

142 Kaiserzeitliche Stadtgesetze sind die *lex Ratiaria*[397] und die *lex Lauriacum*,[398] die vermutlich unter Caracalla verfasst wurde. Mit der *lex Troesmensium*,[399] die auf einen Zeitraum zwischen Mitte 177 n. Chr. und März 180 datiert wird, ist die Existenz eines *municipium civium Romanorum* oder jedenfalls eines *municipium civium Latinorum*[400] auch für *Moesia (inferior)* wahrscheinlich.[401] All diese Texte zeigen die weite Verbreitung der römischen Bürgerrechtsgemeinden und die Stabilität der offenbar nach einem einheitlichen Modell formulierten Vorgaben. Die durchgängige Verwendung von Munizipalstatuten wird auch durch das unlängst als Teil des Stadtgesetzes für *Vindobona* identifizierte Bronzefragment erwiesen, dessen umfängliche Auswertung noch aussteht.[402]

143 Im Kontext der Stadtgesetze ist auch die *lex Tabulae Heracleensis* zu nennen.[403] Sie enthält Regelungen zur Vornahme von öffentlichen Erklärungen (*professiones*) vor einem Beamten, die zum Ausschluss von der Getreideverteilung führen (Z. 1–19). Ferner trifft sie Bestimmungen zur Aufsicht und Reparatur der Straßen sowie zu *loca publica* in Rom (Z. 20–82).[404] Mit den anderen Stadtgesetzen teilt sie Vorschriften zur Magistrats- und Senatorenwahl in Bürgergemeinden (Z. 83–141) und zum lokalen Zensus für römische Bürger in Italien (Z. 142–158). Das Verhältnis zu Rom kommt vor allem in der Bezeichnung *municipum fundanum* (Z. 159–163) zum Ausdruck, denn es bezeichnet den besonderen rechtlichen Status der Gemeinde.[405]

144 Aus Sicht des römischen Privatrechts sind vor allem die Bestimmungen zu *munera*, *annona* und zum *domicilium* interessant,[406] da sie belegen, wie bedeutend die Zuordnung einer Person zu einer Stadt war, um Rechte und Pflichten zu bestimmen.[407] Daneben sind Infamie-Kataloge der *lex Tabulae Heracleensis* häufiger herangezogen worden, um Voraussetzungen und Inhalt dieser Sanktion (→ § 28) zu klären. Umstritten bleibt, inwieweit die *lex Tabulae Heracleensis* als Beleg für ein Grundmodell einer *lex Iulia municipalis* gelten kann.[408]

---

[397] *Eck*, Athenaeum 104 (2016) 538–544; *Rafetseder*, ZPE 207 (2018) 274–277.

[398] *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 58–60; *Vetters*, Jahrbuch Oberösterreichischer Musealverein 136 (1996) 53–57; *González/Crawford*, JRS 76 (1986) 147–243; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 385 f.

[399] *Eck*, ZPE 200 (2016) 565–606.

[400] Vgl. vor allem *Mentxaka*, FS Bürge 506 f.; *Platschek*, Tyche 32 (2017) 151–165.

[401] Für einen Vergleich zwischen *lex Troesmensium* und *lex Irnitana*, vgl. *Eck*, ZPE 200 (2016) 596 f.

[402] AE 2006, 1080, dazu *Rafetseder*, Tyche 34 (2019) 141–151.

[403] *Wenger*, Qu. 375–377; RS I Nr. 24, 355–391; *Lepore*, Epigrafia (2010) 81–84.

[404] Zu den *loca publica*, vgl. zuletzt *Griese*, Land (2019) 172–175.

[405] Vgl. *Sánchez-Moreno Ellart*, EAH 6505–6507 mit der wichtigsten Lit.; ferner *Gagliardi*, RHD 94 (2016) 374–377; *Rafetseder*, in: Ayasch et al., Wiener Schriften (2018) 96 f.

[406] *Gagliardi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 647–672.

[407] Klassisch *Humbert*, Municipium (1978); ferner *Giovannini*, Chiron 34 (2004) 187–204.

[408] CIL I 593 = ILS 6085, vgl. auch *Lepore*, Epigrafia (2010) 130–136; *González/Bermejo*, Athenaeum 103 (2015) 477–491; *Rafetseder*, in: Ayasch et al., Wiener Schriften (2018) 98–107.

Wenig untersucht ist die Frage der effektiven Anwendung des römischen Rechts in den *municipia*.[409] Die Stadtgesetze selbst tragen zur Lösung dieser Frage wenig bei. Wie Camodeca gezeigt hat, lassen sich aber aus den Wachstäfelchen, die in den Vesuvstätten (→ Rn. 184) gefunden wurden, Rückschlüsse auf die Beachtung der privatrechtlichen Regeln auch in der Praxis ziehen. **145**

Aus den Städten Cumae, Puteoli, Baiae, Neapolis und Herculaneum gibt es zudem Inschriften mit munizipalen Dekreten,[410] die belegen, wie stark sich die städtische Verwaltung in Italien an das römische Vorbild anlehnte. Diese Imitation manifestiert sich symbolträchtig darin, dass die städtischen Räte wie der Senat tagten und berieten. Eine neue Sammlung dieser zuvor nicht als eigene Kategorie gewürdigten Rechtsakte ist in Vorbereitung; sie verspricht Aufschluss über die inneren Verwaltungsstrukturen,[411] namentlich über die Rolle der Dekurionen bei der Errichtung von Grabdenkmälern.[412] **146**

c. *Senatus consulta*

Auch zahlreiche Senatsbeschlüsse sind inschriftlich überliefert.[413] Sie belegen Ereignisse der politischen Geschichte, wie etwa das SC vom 29. Sept. 51 v. Chr.,[414] das die politischen Kämpfe zwischen Caesar und Pompeius abbildet, oder die *oratio* des Claudius über die Aufnahme der Gallier in den Senat.[415] Rechtshistorisch bedeutsam ist die Struktur dieser Beschlüsse. So lässt sich für den Zeitraum von 189 v. Chr.[416] bis 138 n. Chr.[417] ein gleichmäßiger Aufbau in *praescriptio*, *relatio* und *decretum* beobachten.[418] Mit den seit Antoninus Pius stattfindenden *orationes in senatu habitae* werden offensichtlich abweichende Formen üblich.[419] Einzigartig ist die aus der Zeit Marc Aurels stammende Antwort eines Senators auf die *oratio principis* über die Kosten von Gladiatorenspielen (*aes Italicense*),[420] die in Italien gefunden wurde, während die *oratio* selbst auf Sardes bezeugt ist.[421] **147**

[409] *Camodeca*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 515–550.

[410] *Sherk*, Municipal Decrees (1970); Ergänzungen bei *Cooley*, Epigraphy (2012) 5 Fn. 23.

[411] Vgl. *Parma*, CCGG 14 (2003) 161–171; *Parma*, FIRA rev. I 217–252.

[412] *Zimmer*, Locus datus (1989); *Wesch-Klein*, Funus publicum (1993); *Cooley*, Epigraphy (2012) 10 f.

[413] Synthesen bei *Wenger*, Qu. 381–388; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 261–269; *Liebs*, HLL IV § 411.2, S. 87 f.; *Volterra*, Senatus consulta (2017).

[414] *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 301–303.

[415] CIL XIII 1668 = ILS 212; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 58–319; *Lepore*, Epigrafia (2010) 120–124.

[416] *Senatus consultum* über die Privilegien des Orakels von Delphi, vgl. RDGE Nr. 38.

[417] CIL VIII 270 + 11451 = 23246, dazu zuletzt *Rizzi*, in: Buongiorno/Camodeca, Quellen (2021).

[418] Details bei *Buongiorno*, AUPA 59 (2016) 17–60.

[419] *Buongiorno/Camodeca*, in: Buongiorno/Camodeca, Quellen (2021) unter 1.

[420] CIL II 6278 = ILS 5163.

[421] CIL III 7106 = ILS 9340; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 325–330; *Oliver/Palmer*, Hesperia 24 (1955) 320–349; neue Lit. bei *Beggio*, OH RLS 45 f.

148 Eine systematische Auswertung der epigraphisch überlieferten SCta. ist in Vorbereitung.[422] Eine Übersicht über die Belege aus den Provinzen stammt von Werner Eck;[423] für Rom und Italien haben Pierangelo Buongiorno und Giuseppe Camodeca eine Aufstellung der lateinischen Inschriften vorgelegt,[424] die SCta. enthalten oder auch nur erwähnen. Sehr häufig sind dabei Bezugnahmen auf die Regelung der *collegia tenuiorum* (→ Rn. 219).

149 Neben den vereinsrechtlichen Regelungen (→ Rn. 216–221) liegen die privatrechtlichen Bezüge vor allem in den verhaltenssteuernden Anordnungen des Senats. Sie reichen von der Regulierung der Bacchanalien (*SC de bacchanalibus*),[425] über das an die senatorische Klasse gerichtete und mit Infamie bewehrte Verbot, an szenischen Darbietungen und Wettkämpfen mitzuwirken (SC aus Larinum),[426] die Marktgesetzgebung (*SC de nundinis saltus Beguensis*)[427] bis hin zu den Modalitäten der Bestattung (*SC de pago montano*).[428] Daneben sind Bürgerrechtsverleihungen, wie etwa das *SC de Asclepiade sociisque*, zu nennen, in denen die Verkündung durch den Senat die Bedeutung der Angelegenheit zeigt.[429] Das bilinguale Dokument, das verschiedenen Kapitänen Privilegien und das Bürgerrecht zuerkennt, enthält neben dem lateinischen Ausgangstext eine griechische Übersetzung und gehört zu der Vielzahl von Monumenten, mit denen Neubürger ihren Status publik machen.[430]

150 Besondere Prominenz hat das auf einer Bronzetafel überlieferte *SC de Cn. Pisone patre* erhalten,[431] das ein Urteil in einem Strafprozess wegen *maiestas* wiedergibt. Es enthält wichtige Informationen zum römischen Familien- und Erbrecht der frühen Kaiserzeit. So gibt der Beschluss Anhaltspunkte über rechtliche Regelungen bei Bestellung einer Mitgift[432] sowie zu Gestaltungen im Vermächtnisrecht und bei der Schenkung unter Auflage.[433]

---

[422] Zum Projekt, vgl. https://www.unisalento.it/scheda-utente/–/people/pierangelo.buongiorno/ricerca; *Terrinoni/Buongiorno*, Edoardo Volterra, Materiali (2018).

[423] Vgl. *Eck*, QL 7 (2017) 31–55.

[424] *Buongiorno/Camodeca*, in: Buongiorno/Camodeca, Quellen (2021) siehe im „Appendice".

[425] CIL I 581 = CIL X 14 = ILS 18; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 270–273; *Lepore*, Epigrafia (2010) 62–66; *Gallo*, BStLat 47 (2017) 519–540.

[426] *Moreau*, REL 61 (1983) 36–48; *Levick*, JRS 73 (1983) 97–115; ferner *Amelotti*, Scr. 101–103.

[427] *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 323 f.

[428] CIL VI 3823 = ILS 6082; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 292 f.; *Viaro*, in: Buongiorno, Quellen (im Druck 2020).

[429] CIL I 588; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 286–291; RDGE Nr. 22; *Raggi*, ZPE 135 (2001) 73–116.

[430] Zu dieser Funktion von Grabinschriften, vgl. *Chioffi*, OH RE 629 unter Verweis auf CIL IX 4925; AE 1991, 587 = AE 1992, 507.

[431] Edition von *Eck/Caballos/Fernández*, Senatus consultum (1996); aus der romanistischen Lit., vgl. *Grelle*, SDHI 66 (2000) 223–230; *Platschek*, FHI (2009) = https://forhistiur.de/2009–02-platschek/.

[432] A 104 f. = B 81, dazu *Platschek* FHI (2009) Rn. 4.

[433] *Platschek*, FHI (2009) Rn. 16; zu neuen Belegen für das *SC*, vgl. *Bartels*, Chiron 39 (2009) 1–9.

Privatrechtlich bedeutsam sind auch die auf zwei heute vermissten Bronzetafeln aus Herculaneum überlieferten *SCta. Hosidianum* und *Volusianum*,[434] welche die Zerstörung von Immobilien zu Spekulationszwecken bekämpfen (*senatus consulta de aedificiis non diruendis*) und damit auch Bedeutung für das Legats- und Kaufrecht haben.[435] 151

Die im griechischsprachigen Osten des Reiches überlieferten Senatsbeschlüsse bezeugen meist Interventionen Roms in einzelnen Gemeinden oder Gegenden. Sie dienen einerseits dazu, Privilegien zu erteilen, wie etwa die Amnestiegewährung zugunsten der Tiburter im *SC de Tiburtibus* (159 v. Chr.),[436] das *SC de Thisbensibus*,[437] das den Freundschaftstatus der Stadt Thisbe mit Rom bezeugt,[438] oder das *SC de Aphrodisiensibus*,[439] das den Status von Aphrodisias als *civitas libera* bestätigt. Andererseits urteilt Roms Senat häufiger als Schiedsrichter, wie das *SC de Narthaciensibus et Melitaeensibus*,[440] das einen Landstreit entscheidet, und das *SC de Oropiorum et publicanorum controversiis* bezeugen,[441] das ein Dossier über einen Rechtsstreit zwischen Publikanen und den Bewohnern des Ortes Oropos enthält. 152

d. Kaiserliche Konstitutionen, Edikte und Dekrete

Auch die kaiserliche Rechtssetzung (→ § 6 Rn. 97–125) ist durch die epigraphische Überlieferung gut belegt, wie die 2012 von Purpura erstellte Liste mit 571 epigraphischen und papyrologischen Zeugnissen zeigt.[442] Die in dieser Liste vorherrschenden Aktstypen sind die *epistula* und das *edictum*; *decreta* und *subscriptiones* (*rescripta*) finden sich hingegen in der Epigraphik nur vereinzelt;[443] auch *mandata* sind in Inschriften kaum anzutreffen,[444] sondern vorrangig in der papyrologischen Überlieferung belegt.[445] 153

[434] CIL X 1401 = ILS 6043; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 320–322; *Buongiorno*, Iura 58 (2010) 234–251.

[435] Zum Inhalt, vgl. *Rainer*, Nachbarrechtliche Bestimmungen (1987) 284–293; *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) 236–244.

[436] *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 280.

[437] RDGE Nr. 2; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 274–279.

[438] *Ferrary*, in: Haensch, Selbstdarstellung (2009) 66 f.

[439] RDGE Nr. 28; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 304–308.

[440] RDGE Nr. 9, *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 281–285.

[441] RDGE Nr. 23; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 294–300.

[442] *Purpura*, FIRA rev. I 319–381; dabei ist zu beachten, dass die Zählung mehrere papyrologische Quellen, die in einem Archiv überliefert sind oder thematisch zusammenhängen, oftmals zusammenfasst; ältere Zusammenstellungen bei *Wenger*, Qu. 424–438; *Oliver*, Greek Constitutions (1989); *Liebs*, HLL IV § 411.3, S. 88–95 mit wichtigen Aktualisierungen bei *Anastasiadis/Souris*, Index (2000) 2–12.

[443] Reskripte sind in Papyri häufiger belegt, vgl. *Purpura*, FIRA rev. I 319–381.

[444] Umstritten für FIRA I 108 *de moenibus instaurandis et de reditibus fundorum civitatum Asiae*, das *Liebs*, HLL V § 503, S. 60 als Beleg für *mandata* wertet, *Purpura*, FIRA rev. I 366 Nr. 540 hingegen als *epistula*.

[445] *Mandatum Traiani de testamento militum*, vgl. P.Berol. inv. P 11533r + P.Fay. 10 + P.Lond. inv. 2585r., *Purpura*, FIRA rev. I 328.

154 Die Häufung von *epistulae* und *edicta* (seltener *decreta*) (→ § 6 Rn. 102–117, Rn. 121–125) erklärt sich daraus, dass die inschriftliche Fixierung kaiserlicher Entscheidungen nicht amtlich erfolgte, sondern auf der Initiative von Gemeinden, privaten Würdenträgern oder der obsiegenden Parteien beruhte. Diese parteiische Initiierung erklärt auch den hohen Anteil von Privilegien, Verleihung von Rechten, Bestätigung von Vergünstigungen, Schutzzusagen (gegen Militärs, Nachbargemeinden oder Bedrohungen) oder allgemeinen Erklärungen des Wohlwollens und der Verbundenheit. Eine Auswahl von Zeugnissen kann dies im Sinne eines Florilegiums, nicht eines Kanons illustrieren:

aa. Zeugnisse für kaiserliche Edikte

155 Als Edikt wird in den Inschriften eine ausgesprochene Äußerung, seit der späten Republik auch ein schriftliches Dokument, das öffentlich ausgestellt wurde, bezeichnet. Es ist dadurch gekennzeichnet, dass es keinen Adressaten nennt, sondern mit dem Namen des Herrschers im Nominativ und dem Verb *dicit* beginnt.[446] Der Inhalt der so definierten Edikte reicht von der allgemein verbindlichen Regelung für Appellationsverfahren, über Einzelmaßnahmen für eine Gemeinde oder Gegend bis hin zur Regelung von Steuererhebung und Steuerstreitigkeiten.[447]

156 Einen in der juristischen Überlieferung kaum belegten Typus bilden Edikte zur Regelung von lokalen Angelegenheiten, zu denen das bekannte Edikt des Augustus über die Wasserleitung in Venafrum zählt.[448] Es regelt die Verwendung und Verwaltung der vom Kaiser gestifteten Aquädukte und ist daher thematisch mit der *lex rivi Hiberiensis* vergleichbar (→ Rn. 135). Vergleichbare Anordnungen zum „Wasserrecht" sind in griechischer Sprache für die östlichen Provinzen belegt.[449] Einen anderen Bereich bildet das Grabrecht (→ Rn. 200–207). Prominent geworden ist etwa das „Edikt von Nazareth" aus dem 1. Jh. n. Chr., das die Verletzung von Gräbern[450] verbietet und bestraft. Es wird in der *editio princeps* als Reskript eingeordnet[451] und droht bei Grabplünderung mit der Todesstrafe.[452]

---

[446] *Alföldy*, ZPE 131 (2000) 189; *Millar*, Emperor (1992) 252 f.; auch *Purpura*, AUPA 55 (2012) 467 f.

[447] Ein Überblick bei *Liebs*, HLL IV § 411.3b, S. 90 f.

[448] CIL X 4842 = ILS 5743; CIL X 4843 = ILS 5744, dazu *Weiss*, SZ 45 (1925) 87–116, 91 f.; *Wenger*, Qu. 455; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 404–407; *Manganzani*, FIRA rev. I 125–134; zum Kontext, vgl. *Schneider*, in: Kolb, Infrastruktur (2014) 21–51, 27 f.

[449] Nachweise bei *Schneider*, in: *Kolb*, Infrastruktur (2014) 34; zur Bedeutung der Wasserversorgung allgemein (vor den epigraphischen Quellen), vgl. *Eck*, Verwaltung I, (1995) 179–252.

[450] *Wenger*, Qu. 456; FIRA I 69; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 422–424; *De Visscher*, Tombeaux (1963) 161–195; *Purpura*, IAH 4 (2012) 133–157 = FIRA rev. I 535–570.

[451] *Cumont*, RH 163 (1930) 241–266.

[452] *Purpura*, IAH 4 (2012) 146.

Nicht minder bekannt sind die auf Griechisch verfassten Augustus-Edikte von Kyrene,[453] die wichtige Einblicke in die Gerichtsverfassung des Prinzipats geben.[454] Die Inschrift umfasst: 1) Ein Edikt des Augustus, nach dem Griechen nicht von einem römischen Ankläger angeklagt und nicht von einem rein römischen Richtergremium verurteilt werden dürfen; 2) Eine Mitteilung des Augustus, dass drei Bewohner aus Kyrene freizusprechen sind, die unrechtmäßig angeklagt wurden; 3) Ein Edikt des Augustus, nach dem die Befreiung von *munera* nur für diejenigen Provinzbewohner gelte, denen dieses Privileg gemeinsam mit dem Bürgerrecht verliehen wurde; 4) Ein Edikt des Augustus, nach dem griechische Bewohner anderer Städte zu Richtern in Kapitalprozessen über Griechen in Kyrene zu bestimmen sind; und schließlich 5) Ein Edikt des Augustus, mit dem das *SC Calvisianum de pecuniis repetundis* übermittelt wird, das die Anrufung des Senats durch Provinzialbewohrner erleichtern soll.[455] **157**

Mit der Augusteischen Regelung vergleichbar ist das das Strafverfahren regelnde Edikt Konstantins (*de accusationibus)*,[456] das an verschiedenen Orten inschriftlich bezeugt ist,[457] was seine Bedeutung unterstreicht. **158**

Auch Privilegien, wie etwa das Bürgerrecht,[458] können durch Edikt verliehen werden. Von Augustus stammt das in El Bierzo gefundene Edikt,[459] das den Höhensiedlungsbewohnern (*Pameiobrigenses*) Lastenfreiheit verspricht und gleichzeitig die Lasten ihren Nachbarn (*Aiiobrigiaecini*) auferlegt.[460] Ein Edikt des Claudius verleiht dem *municipium* Volubilis in Marokko das Bürgerrecht mit *conubium*.[461] Ebenfalls zu nennen ist das auf einer Bronzetafel überlieferte Edikt (*tabula Clesiana*) des Claudius,[462] das **159**

[453] *Stroux/Wenger*, Augustus-Inschrift (1928); *De Visscher*, Edits d'Auguste (1940); *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 408–421; RDGE Nr. 31; *Purpura*, FIRA rev. I 433–486; *Purpura*, AUPA 55 (2012) 463–518.

[454] Aus der Lit., vgl. *Premerstein*, SZ 48 (1928) 419–531; *Volkmann*, Rechtsprechung [2](1969); *Santalucia*, ACop. VIII 268–275; *Hurlet*, Proconsul (2006) 202–233 mwN.; *Lepore*, Epigrafia (2010) 115–120 mwN.

[455] *Purpura*, AUPA 55 (2012) 465 f.

[456] *Liebs*, HLL V § 503, S. 58 Fn. 9; weitere Belege bei *Feissel*, AntTard 3 (1995) 33–53.

[457] CIL V 2781; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 499–501; *Corcoran*, in: Crogiez-Pétrequin/Jaillet, Société (2012) 271, 278. Eine griechische Abschrift stammt aus Athen, vgl. AE 1996, 1403 = SEG XLVI 146; eine lateinische stammt aus Ephesus, vgl. AE 1995, 1478 a,c,d; eine andere aus Tlos, vgl. CIL III 12133.

[458] *Wenger*, Qu. 401 f.; zur Romanisierung einer Provinz auf Grundlage der epigraphischen Überlieferung, vgl. *Pilhofer*, Romanisierung (2015).

[459] *Alföldy*, ZPE 131 (2000) 177–205; *Costabile/Licandro*, Tessera Paemeiobrigensis (2002); *Lepore*, Epigrafia (2010) 106–109; *Purpura*, FIRA I 421–432.

[460] Vergleichbar ist CIL VIII 23956 *edictum imperatoris Commodi de pastu pecoris*, dazu *Liebs*, HLL IV § 411.3g, S. 94.

[461] *Wenger*, Qu. 457; FIRA I 70.

[462] CIL V 5050 = ILS 206; FIRA I 71; *Wenger*, Qu. 457; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 425–427; *Marotta*, Cittadinanza (2009) 83–87.

zugunsten verschiedener Gemeinden das Bürgerrecht bestätigt. Von Konstantin stammt die Verleihung des Stadtrechts an die Stadt Tymandos in Pisidien.[463]

160 Auch die Befreiung von *munera* kann durch Edikt erfolgen: Ein Edikt Vespasians sichert Grammatiklehrern, Rhetoren und Ärzten Privilegien zu;[464] gleichsinnig verleiht Domitian Veteranenprivilegien mittels Edikt.[465] Auch Requisitionen werden durch Edikt angeordnet, wie ein Edikt Domitians zum Unterhalt des *cursus publicus* zeigt;[466] ein Edikt Hadrians hingegen verbietet umgekehrt Requisitionen von Soldaten und garantiert Städten und Dörfern Schutz gegen Übergriffe des Militärs.[467]

161 Ein wichtiges und bekanntes Dokument der Spätantike ist das Preisedikt Diokletians (*edictum Diocletiani et collegarum de pretiis rerum venalium*),[468] das Höchstpreise für bestimmte Güter festlegt und bei Überschreitung die Todesstrafe androht. Es ist nicht nur im lateinischen Original, sondern auch in griechischer Übersetzung aus verschiedenen Teilen des Reiches belegt, was seine weite Verbreitung zeigt. Die hier bezeugte Maßnahme gilt als Ausdruck der Reichskrise und der Inflation, könnte aber nach neuerer Forschung auch dem Zweck gedient haben, die überbordenden Staatsausgaben zu reduzieren.[469]

bb. Reskripte (*epistulae* und *subscriptiones*)

162 Eine wichtige Quelle bildet die Epigraphik auch für die Reskriptenpraxis.[470] Dabei zeigt die epigraphische Überlieferung auch die Austauschbarkeit von *epistula* und *edictum*,[471] die offensichtlich für inhaltlich identische Maßnahmen wie Privilegien, örtliche Regelungen und Bürgerrechtsverleihungen verwendet wurden. Diese Beobachtung lässt darauf schließen, dass staatliches Verhalten keineswegs dem Formzwang moderner Prägung unterlag (→ § 6 Rn. 91–101). Zudem legt die bisherige Überlieferung nahe, dass die *epistula* das *edictum* im Laufe des Prinzipats verdrängte.[472]

163 Die Inhalte der *epistulae* sind ähnlich divers wie die der *edicta*: So entscheidet Vespasian in einer *epistula* an die Vanacini[473] einen Grenzstreit zwischen zwei Gemeinden.

---

[463] CIL V 6866 = ILS 6090; *Wenger*, Qu. 400; MAMA IV 236; zum Inhalt, vgl. *Witschel*, in: Lampen/Owzar, Städte (2008) 30.

[464] *Wenger*, Qu. 457 f.; FIRA I 73; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 430–432.

[465] *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 441–446; FIRA I 76; *Mirkovic*, in: Wolff/Eck, Heer und Integrationspolitik (1986) 167–186; *Purpura*, FIRA rev. I 571–584.

[466] IGLSyrie V 1998; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 435–438: *Lewis*, RIDA 15 (1968) 135–142.

[467] *Hauken/Malay*, in: Haensch, Selbstdarstellung (2009) 327–348.

[468] CIL III Suppl. 1913; *Giacchero*, Edictum Diocletiani I–II (1974); *Lauffer* Diokletians Preisedikt (1971); *Liebs*, HLL V § 503, S. 58; *Lepore*, Epigrafia (2010) 136–140; *Chaniotis/Fujii*, JRS 105 (2015) 227–233.

[469] Vgl. *Speidel*, Historia 58 (2009) 486–505.

[470] Vgl. *Coriat*, Constitutions I (2014); *Carboni*, Parola scritta (2017).

[471] *Corcoran*, in: Radner, Correspondence (2014) 177 f.

[472] Vgl. auch *Williams*, ZPE 66 (1986) 181–194; *González Fernández*, Bronces (1990) 165–178.

[473] CIL X 8038; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 428 f.

Eine *epistula* des gleichen Kaisers erlaubt den Bewohnern von Sabora die Wiedererrichtung ihrer Stadt und gewährt dabei kaiserlichen Schutz.[474] Vergleichbares gilt für die *epistula* Domitians an die Falerianer,[475] die sich im Streit mit den Firmanern um den Besitz einer *subsiciva* befanden. Ebenfalls einen Rechtsstreit entscheidet die *epistula* Hadrians an die Stadt Azanoi, indem sie die Restitution von Tempelland an den rechtmäßigen Inhaber anordnet und dabei die Angemessenheit der kaiserlichen Maßnahme betont.[476] Ein Reskript des gleichen Kaisers behandelt die Ernennung des Vorstehers des Collegium der Epikureier in Athen.[477] Da es diesem die (einmalige) Erlaubnis erteilt, (nach römischem Recht) in griechischer Sprache zu testieren, ist es auch für die Geschichte des Privatrechts von Interesse.[478] Wirtschaftliche Interessen werden durch die in der *epistula Hadriani de re piscatoria*[479] geregelte Besteuerung des Fischfangs und durch das *edictum Hadriani de re olearia* berührt.[480]

Eine Bürgerrechtsverleihung durch *subscriptio* bezeugt die *tabula Banasitana* aus **164**
Mauretania Tingitana.[481] Sie verwendet die offenbar einschränkende Formel *salvo iure gentis*, womit sich für den Empfänger – vergleichbar P.Giss. 40 I (→ Rn. 92–97) – die Frage des Verhältnisses zwischen seinem Herkunftsrecht und dem römischem Bürgerrecht stellt.[482] In den Kontext der Bürgerrechtsverleihung gehört auch die Bronze von Alcántara aus dem Jahre 104 n. Chr.[483] Sie belegt eine *deditio in fidem populi Romani*, die nicht nur Unterwerfung und Auslöschung des früheren (Völkerrechts)subjektes bedeutet, sondern auch das römische Volk als unterwerfendes Subjekt an bestimmte rechtlich normierte Vorgaben bindet.[484]

Von Septimius Severus und Caracalla stammt die *epistula* an die Einwohner von **165**
Tyras,[485] die ihnen Befreiung von der Steuer, die sie sich angeeignet hatten, zusagt.[486] Der Bestätigung der Privilegien der *collegia Centonariorum* (→ Rn. 220) dient

[474] CIL II 1423 = ILS 6092, *Wenger*, Qu. 464; FIRA I Nr. 74; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 433 f.

[475] CIL IX 5420; *Wenger*, Qu. 464; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 439 f.; *Eck*, Organisation (1979) 15 Fn. 27.

[476] MAMA IX, p. XLIV – XLIII, dazu *Nörr*, SZ 129 (2012) 314–363.

[477] CIL III Suppl. 12283 und 1420315 = ILS 7784; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 449; *Liebs*, HLL IV § 411.3.g, 93.

[478] *Amelotti*, Testamento (1966) 79, 221.

[479] *Purpura*, FIRA rev. I 585–598; zur Einordnung in die Marktgesetzgebung, vgl. *Rizzi*, IAH 8 (2016) 177–190.

[480] *Purpura*, FIRA rev. I 599–623; *Harter-Uibopuu*, in: Alston/van Nijf, Feeding (2008) 127–139 mwN.

[481] *Seston/Euzennat*, CRAI 115 (1971) 468–490; AE 1971, 534; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 457–459; *Purpura*, FIRA rev. I 625–641.

[482] *Seston/Euzennat*, CRAI 105 (1961) 317–324; *Marotta*, AG 236 (2016) 461–491.

[483] *García Moreno*, in: Castillo García, Novedades (1989) 243–255; *Mariner*, in: Castillo García, Novedades (1989) 257–263.

[484] *Nörr*, Aspekte (1989).

[485] CIL III 781 = ILS 423; *Wenger*, Qu. 467; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 475–477.

[486] *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 70.

ein Reskript des Septimius Severus und des Caracalla.[487] Mehrfach bezeugt ist das als *sacrae litterae*[488] bezeichnete Reskript des Septimius Severus aus dem Jahre 204 n. Chr.,[489] das ein *SC* bestätigt, mit dem Senatoren vor ungewollten Einquartierungen (von Soldaten) geschützt werden sollen. Ein Reskript des Alexander Severus aus Numidien sichert den Beschwerdeführern Schutz gegen Steuereintreiber zu.[490]

166 Bis in die Spätantike finden sich zudem *epistulae* zur Erneuerung oder Bestätigung von Privilegien. Hierzu gehört etwa die Tafel von Brigetio, die eine *epistula* des Licinius mit Privilegien zugunsten von Soldaten und Veteranen bezeugt[491] oder die konstantinischen Reskripte zugunsten der Stadt Hispellum[492] und zur Stadtrechtserneuerung für Orcistus.[493]

167 Besondere Aufmerksamkeit haben die sogenannten „Hilferufe" aus den Provinzen erhalten, die als Indikator der Krise des 3. Jhs. gelten.[494] Ein für die Rechtsgeschichte zentrales Beispiel ist das Reskript Gordians an die Einwohner von Skaptopara,[495] die sich über Plünderungen durch Militärpersonen beklagt hatten. Die Inschrift ist auch deshalb von besonderer Bedeutung, weil sie die Bekanntmachung eines Reskriptes mittels öffentlichen Aushangs bezeugt,[496] und gerade nicht durch Zurücksendung an den Anfragenden.[497]

168 Die inschriftlichen Zeugnisse lassen auch in anderer Hinsicht Rückschlüsse auf das Verfahren bei Eingabe und Beantwortung eines *libellus* zu.[498] So zeigt das *rescriptum Antonini Pii ad Smyrnaeos* (139 n. Chr.) über die Einrichtung von Spielen in Smyrna[499] folgenden Aufbau: 1) die Anfrage der Bewohner von Smyrna, 2) das Reskript des Kaisers, 3) Feststellung, dass die Abschrift regelrecht erstellt wurde, was sieben Zeugen

---

[487] ILLPN 1450 = FIRA I 87; *Wenger*, Qu. 467; AE 1983, 731; zuletzt *Liu*, Collegia Centonariorum (2009) 57–62.

[488] Zu Konstantin, vgl. *Liebs*, HLL V § 503, S. 59 mwN.

[489] CIL III Suppl. 14203; *Jones*, Chiron 14 (1984) 93–99; zur Bezeichnung, vgl. *Meyer-Zwiffelhoffer*, πολιτικῶς ἄρχειν (2002) 278–280.

[490] CIL VIII Suppl. 17639; *Lengrand*, RHD 74 (1996) 337–352.

[491] *Wenger*, Qu. 403; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 496–498; *Liebs*, HLL V § 503, S. 58; neue Belege bei *Fezzi*, ZPE 163 (2007) 269–275.

[492] CIL XI 5265 = ILS 705, dazu *Liebs*, HLL V § 503, S. 58 Fn. 10.

[493] CIL III 7000; *Wenger*, Qu. 400; MAMA VII 305, *Chastagnol*, MEFRA 93 (1981) 381–416.

[494] *Herrmann*, Hilferufe (1990); ein weiteres Beispiel bildet CIL III, 14191, dazu *Liebs*, HLL IV § 411.3.g, S. 94; hierher gehört auch RECAM III 112 (SEG XLVIII 583), dazu *Souris/Haensch*, in: Haensch: Selbstdarstellung (2009) 349–365.

[495] CIL III 12336; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 491–493; SEG XLIV 610; *Hallof*, Chiron 24 (1994) 405–441; *Liebs*, HLL IV § 411.3.g, S. 94.

[496] Dies ist typisch für das 3. Jh.; im 2. Jh. ist es der Apollotempel auf dem Palatin, vgl. *Liebs*, HLL IV § 411.3g., S. 93.

[497] Zur umstrittenen Deutung, vgl. *Nörr*, SZ 98 (1981) 24–28.

[498] *Nörr*, SZ 98 (1981) 1–46; *Hauken*, Petition (1998) 301–317 (Übersicht); eine Synthese (mit epigraphischen Belegen) bei *Liebs*, in: Kolb, Herrschaftsstrukturen I (2006) 137–152.

[499] CIL III 411 = FIRA I 82 = ILS 338; zur Erläuterung, vgl. *Nörr*, SZ 98 (1981) 24–26.

bestätigen, 4) die administrative Anordnung, dies zu bezeugen. Dieter Nörr hat aus dieser (und anderen Inschriften) geschlossen, dass die *libelli* ab der hohen Prinzipatszeit nicht länger proponiert wurden, sondern nur das Reskript, das daher aus sich selbst heraus verständlich sein musste, um als *exemplum* verwendet zu werden.[500] Diese Anpassung habe zu einer Annäherung von *epistula* und *subscriptio*[501] geführt.

Erst recht aufschlussreich sind die Inschriften für die Rekonstruktion des spätanti- **169**
ken Rechtssystems und seiner Besonderheiten (→ § 4 Rn. 29–43). So hat Denis Feissel gezeigt, dass nach einem Rückgang der Inschriftenpraxis in der Tetrarchie, am Ende des 5. Jh. wieder Inschriften bezeugt sind, wobei ein Schwerpunkt der Überlieferung in Kleinasien (vor allem Ephesos) liegt.[502]

cc. Dekrete und Prozessinschriften

Die Epigraphik bezeugt bisweilen auch kaiserliche Urteile (*decreta*), die sowohl in erster **170**
Instanz als auch im Appellationsverfahren ergehen (→ § 6 Rn. 102–107). Hierzu zählen die Inschrift von Knidos, mit der die Gemeinde die ihr günstige Entscheidung des Augustus verewigt.[503] Ebenso bedeutsam ist die Inschrift von Athen, mit der Marc Aurel einen Streit zwischen der Stadt und dem Sophisten Herodes Atticus entscheidet.[504]

Ebenfalls Einzelfälle betreffen das *decretum Marci Aurelii et Commodi de vectigali-* **171**
bus,[505] das Steuerlasten definiert, sowie das Dekret des Commodus *de saltu Burunitano*, das auf Beschwerden der Bevölkerung über die Steuereintreibung durch *procuratores* reagiert und die Einhaltung der Vorgaben bei der Steuererhebung zusichert.[506] Vergleichbare Zwecke scheint ein *decretum* Valentinians (369 n. Chr.) zu verfolgen,[507] das zur Verhinderung von Kollusionen zwischen provinzialen Beamten und *tabularii* eine Archivierungspflicht anordnet.

Besondere Bedeutung haben Inschriften, die den Hergang des Verfahrens dokumen- **172**
tieren. Hierzu gehört namentlich die *cognitio Gohariensis*,[508] in der Caracalla über eine Berufung in einer Fiskalsache entscheidet. Obgleich der Beschwerdeführer nicht den Weg über den Statthalter eingehalten hat, befindet sich der Kaiser für befugt, über den

[500] *Nörr*, SZ 98 (1981) 28–30.
[501] *Nörr*, SZ 98 (1981) 31.
[502] Ein Überblick bei *Feissel*, in: Haensch, Selbstdarstellung (2009) 97–128 mit 107 Zeugnissen von 324 bis 610.
[503] CIG II 2493, dazu *Wankerl*, Appello (2006) 2–16.
[504] SEG XXIX 127, dazu *Wankerl*, Appello (2006) 17–68.
[505] CIL VI 1016 + 31227 = ILS 375; FIRA I 83; *Wenger*, Qu. 466; *Eck*, Organisation (1979) 117 f.
[506] CIL VIII 10570 + 14464 = ILS 6870; *Liebs*, HLL IV § 411.3.g, S. 93; *Flach*, Agrargeschichte (1990) 113–115.
[507] Zur *tabula Trinitapolis*, vgl. *Giardina/Grelle*, MEFRA 95 (1983) 249–303; *Amelotti*, Scr. 103 f.
[508] *Roussel/De Visscher*, Syria 23 (1942) 173–200; SEG XVII 759; *Liebs*, HLL IV § 411.3 f., S. 92; *Wankerl*, Appello (2009) 203–226; *Bürge*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 596 f.

Antrag zu entscheiden. Auch andere Inschriften betreffen die Berufung und erlauben, die seit Marc Aurel einsetzende Regulierung der Appellation (→ § 7 Rn. ■) nachzuzeichnen,[509] indem sie Einblick in einzelne Verfahrensschritte und Vorgaben des Kaiserrechts gewähren.[510]

173 Eine wichtige Ergänzung stellen die Inschriften für Urteile niederer Instanzen dar,[511] die inhaltlich eine der kaiserlichen Rechtssetzung vergleichbare Bandbreite zeigen und sich von der Republik bis zum Ende der Kaiserzeit nachweisen lassen. So regelt das 189 v. Chr. ergangene Dekret des Aemilius Paullus aus Spanien[512] die Stellung der Bewohner von Turris Lascutana gegenüber den Hastensern und sichert ihnen freie Nutzung ihres Bodens zu; ein um 90 v. Chr. ergangenes Edikt des Prätors L. Sentius[513] dient der Durchsetzung von Bestattungsvorschriften;[514] das Schiedsverfahren eines römischen Magistraten in einem Rechtsstreit um eine Bewässerungsvorrichtung bezeugt die *tabula Contrebiensis* von 87 v. Chr;[515] die *tabula de Esterzili* berichtet von dem 69 n. Chr. ergangenen Dekret eines Proconsuls (von Sardinien) zur Regelung eines Streits zwischen zwei Gemeinden, von denen eine unerlaubterweise das fremde Territorium besetzt hatte.[516] Aus dem gleichen Jahr stammt das Dekret des Prokonsuls von Sardinien L. Helvius Agrippa,[517] das einen Grenzstreit zwischen zwei *populi*, den Patulcensern und den Galillensern, regelt.

174 Ein um 160 n. Chr. anzusetzender Entscheid des *subpraefectus classis praetoriae Misenatis* qualifiziert einen Ort als *locus religiosus.*[518] In einem Brief ordnen die Prätorianerpräfekten Bassaeus Rufus und Macrinius Vindex[519] 169/172 n. Chr. den Schutz der kaiserlichen Herden gegen die Bewohner von Saepinum und Bovianum an; 193 n. Chr. führt der Legat L. Novius Rufus ein Schiedsverfahren in einem Grenzstreit zwischen zwei spanischen Dorfgemeinden durch und fällt in dieser Sache auch ein Schieds-

[509] Vgl. *Giglio*, ACost. IV 574–610; *Harter-Uibopuu*, SZ 125 (2008) 214–250.

[510] *Fournier*, Tutelle (2010) 284–591 auf breiter inschriftlicher Grundlage; zur Verschränkung von statthalterlicher und munizipaler Gewalt, vgl. zuletzt *Häusler*, SZ 137 (2020) 244–255.

[511] Eine Übersicht bei *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 333–342; *González Fernández*, Bronces (1990) 181–197; vgl. auch *Liebs*, HLL IV § 411.4, S. 95 f.; wichtig wäre auch die Aufarbeitung der Protokollierungen, vgl. dazu *Bürge*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 561–597.

[512] CIL I 614 = CIL II 5041 = ILS 15; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 343 f.

[513] CIL I 839, 839 = CIL VI 31614, 31615 = ILS 8208; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 16–18.

[514] Zum Zusammenhang mit der *actio funeraria*, vgl. zuletzt *Unger*, Actio funeraria (2018) 79–81 (auch zum *SC de pago montano*, → Rn. 149).

[515] *Fatás*, Tabula Contrebiensis (1980); *Richardson*, JRS 73 (1983) 33–41; *Birks/Richardson/Rodger*, JRS 74 (1984) 45–73; *Manganzani*, FIRA rev. I 165–170; zum Entscheidungsverfahren der Schiedsrichter, vgl. *Ernst*, Ess. Sirks 162–164.

[516] CIL X 7852 = ILS 5947; *Cadoni*, in: Mastino, Tavola di Esterzili (1993) 77–98.

[517] CIL X 7852 = ILS 5947; *Wenger*, Qu. 415; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 377–380; AE 2004, 123; *Hauken*, Petition (1998) 100.

[518] CIL X 3334 = ILS 8391; *Wenger*, Qu. 416.

[519] CIL IX 2438 = FIRA I² 61; *Wenger*, Qu. 416; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 389–391.

urteil.[520] Die hierüber angefertigte Inschrift dient dem Beweis des Obsiegens und soll in Zukunft für Rechtssicherheit sorgen.[521]

Bereits dem 4. Jh. gehört das Edikt des Statthalters von Numidien an,[522] das vor allem für das Zivilprozessrecht von Bedeutung ist.[523] Auch die in Phrygien gefundene *epistula* des Prätorianerpräfekten Alabius aus der Zeit Konstantins ist in diesem Zusammenhang zu nennen,[524] da sie eine *epistula* Konstantins zitiert, welche die Bewohner der Stadt Orcistus in ihr Recht restituiert (→ Rn. 166). **175**

Nicht geklärt ist die Rechtsnatur der Anordnungen auf einer Inschrift aus Lydien (*epistula cuiusdam vinicii ad cumas et iussum Augusti*), mit der Augustus die Rückführung eines Tempels in die sakrale Nutzung anordnet.[525] Interessant ist das in der Inschrift erkennbare Zusammenspiel verschiedener Personen, die über kaiserliche Entscheide berichten und das Begehren der Restitution des Tempels überhaupt erst an den Kaiser bringen.[526] Die hierdurch entstehende Kombination von Äußerungen der Statthalter und Kaiser[527] bedarf weitergehender Aufarbeitung, die auch die Fragen des Protokolls, der Protokollierung[528] und des Archivwesens[529] zu berücksichtigen hat. **176**

4. Private Rechtsakte

Inschriftliche Zeugnisse liefern wichtige Erkenntnisse für den Inhalt des Privatrechts; so sind die Statusunterschiede, die das römische Personen- und Familienrecht kennzeichnen, auch in der epigraphischen Praxis ersichtlich und nachvollziehbar;[530] vielfach wird die juristische Überlieferung zur Sklaverei,[531] zur Freilassung und zum Status von Freigelassenen,[532] zu Patronatsrechten und zu familiären Verbindungen sowie zur Stellung der Frau erst durch die materialen Zeugnisse vollständig verständlich und gleichsam illustriert. **177**

---

[520] CIL II 4125; *Wenger*, Qu. 416; *Liebs*, HLL IV § 411.4, S. 96.

[521] *Haensch*, SZ 109 (1992) 209–317, 226 zur Stelle.

[522] CIL VIII 17896 = FIRA I 64; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 396–398.

[523] *Kaser/Hackl*, RZ § 84.V, 557 f., die Fn. 33 von der „Sportelordnung für die Provinz Numidien" sprechen.

[524] CIL III 352; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 502–505; MAMA VII 305.

[525] RDGE Nr. 61; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 366–368; IKyme 17; *Kunkel*, St. Betti II 593–620.

[526] Die bisherige Diskussion bei *Harland*, Associations II (2014) 81–86.

[527] *Meyer-Zwiffelhoffer*, πολιτικῶς ἄρχειν (2002) 270 f.; *Haensch*, in: Haensch, Selbstdarstellung (2009) 173–187 (zu Edikten und Briefen von Kaisern und Statthaltern).

[528] Grundlegend *Haensch*, FS Weiß 117–126.

[529] *Haensch*, SZ 109 (1992) 209–317 (hauptsächlich papyrologische Belege).

[530] Bereits betont von *Girard*, Epigraphie (1889) 8–20.

[531] Zur epigraphischen Überlieferung und der Forschung zur antiken Sklaverei, vgl. *Buonocore*, Schiavi (1984) (Rekonstruktion der verlorenen Inschrift); *Eck*, FS Christ 130–139.

[532] Zur *manumissio*, vgl. zuletzt *Mouritsen*, Freedman (2011) bes. 120–205.

178 Den Kernbereich der juristischen Epigraphik bilden die *negotia*, das heißt die privaten Rechtsurkunden.[533] Hierbei stehen die Verträge im Vordergrund, die sowohl auf Diptychen als auch auf Triptychen überliefert sind.[534] Rechtshistorische Beachtung verdienen auch Grabinschriften und Ehrentafeln, die teilweise private Rechtsakte wiedergeben oder hierauf Bezug nehmen (→ Rn. 199–207).

a. Verträge auf Wachstäfelchen (*tabulae*)

179 Die wichtigsten Funde im Bereich der *negotia* stellen die bereits im 18. Jh. entdeckten Wachstäfelchen aus dem heutigen Rumänien (→ Rn. 180–182), sowie die im 19. Jh. geborgenen Tafeln aus Pompeji und Herculaneum (→ Rn. 146, Rn. 151, Rn. 183) dar.[535] Aber auch aus anderen Regionen und Gegenden, namentlich aus Dakien, Vindonissa und Vindolanda, sind *tabulae ceratae* oder gar *tilia* (dünne Schreibtäfelchen) mit rechtlichem Inhalt überliefert.[536]

aa. Die dakischen Wachstäfelchen

180 Die 37 Wachstäfelchen aus Alburnus Maior stammen aus der Zeit zwischen 139 und 167 n. Chr.[537] Es handelt sich um Triptychen in lateinischer Sprache, lediglich eine Urkunde ist auf Griechisch abgefasst.[538] Inhaltlich finden sich Darlehensverträge, Verträge über Sklavenkauf, ein Hauskaufvertrag, Dienstverträge (→ § 80 Rn. 85), ein Vertrag über eine unregelmässige Verwahrung (→ § 85 Rn. 61–65) und ein Gesellschaftsvertrag (→ § 81 Rn. 34).[539] Neben der praktischen Vergegenwärtigung der auch in den Juristenschriften aufscheinenden Vertragstypen, vermitteln die transsylvanischen Täfelchen damit einen Eindruck von den Arbeits- und Vertragsbedingungen in einer römischen Provinz (→ Rn. 181 f.).[540]

181 Besondere Aufmerksamkeit hat die Tatsache gefunden, dass die Vertragsparteien in der Mehrheit Peregrine sind,[541] und sie dennoch altzivile Rechtsgeschäfte wie namentlich die Manzipation verwenden.[542] Während Weiss von einer Verleihung des *commercium* ausging,[543] hob Pólay hervor, dass das „Reichsrecht“ offensichtlich von der per-

---

[533] *Ferrary*, in: Desmulliez/Hoët-van Cauwenberghe, Monde romain (2005) 63.
[534] *Eck*, FS Christ 203–217; eine Synthese bei *Wolf*, in: Johnston, Roman law (2015) 61–84.
[535] *Lepore*, Epigrafia (2010) 7.
[536] Eine Bestandsaufnahme bei *Hartmann*, in: Scholz/Horster, Lesen und Schreiben (2015) 43–58.
[537] CIL III 924–960; IDR I 192–256.
[538] Summen bei *Pólay*, ANRW II.14 509–523; *Ciulei*, Triptyques (1983); vgl. dazu auch die Rezension von *Manthe*, TR 54 (1986) 389–396; *Şotropa*, Dacie (1990).
[539] *Pólay*, ANRW II.14 510 f.
[540] Zum Kontext, vgl. *Mrozek*, ANRW II.6 96–109.
[541] *Pólay*, ANRW II.14 519–521.
[542] CIL III 936–939; CIL III 940–943; CIL III 944–947; CIL III 959.
[543] *Weiss*, SZ 37 (1916) 136–176.

egrinen Bevölkerung „rezipiert" worden sei, um von römischen Instanzen anerkannte Geschäfte schließen zu können. Genau wie für die privaten Rechtsurkunden aus Ägypten (→ Rn. 86–91), stellt sich damit die Frage der Faktoren, die diese Übernahme begünstigen könnten.[544] Dabei wird man vor allem an den Einfluss von Notaren und Schreibern denken müssen. Weiter ist zu beachten, dass Eigentumsübertragung und konsensualer Kauf in den überlieferten Geschäftsurkunden nicht getrennt werden, weshalb der Beweiswert für den Kaufvertrag selbst möglicherweise geringer anzusetzen ist.[545]

182 Die Überlieferung aus Dakien hat auch zur Beseitigung eines Missverständnisses beigetragen, das durch eine übertriebene Gegenüberstellung von formlosen und förmlichen Verpflichtungen entstanden war. So wurde die in den Digesten belegte Verwendung von Stipulationen zur Verstärkung von Verpflichtungen aus einem Gesellschaftsvertrag als interpoliert verdächtigt.[546] Wie das Vertragsformular zur *societas danistariae* zeigt,[547] ist es aber auch praktisch fehlgehend, die Stipulation nur als Alternative zur *societas* zu denken. Wie nunmehr insbesondere für Kaufverträge gezeigt wurde,[548] begleiten Stipulationen vielmehr häufig jegliche Art von Vertrag und dienen zur Strukturierung der anderweitig begründeten Verpflichtungen (→ § 79 Rn. 53).

bb. Die Funde in Pompeji, Herculaneum und Murecine

183 Die 1875 in Pompeji ausgegrabenen Täfelchen des Caecilius Iucundus bezeugen Finanzgeschäfte;[549] es handelt sich um 127 Diptychen und Triptychen, die aus den Jahren 53 bis 62 n. Chr. stammen.[550] Sie dokumentieren Quittungen vorrangig über private Auktionen und *chirographa* über den Empfang von Geld.[551] Eine zentrale Rolle in diesen Geschäften spielt der *argentarius* Caecilius Iucundus, der als Mittelsmann zwischen Veräußerer und Erwerber diente, aber auch selbst Darlehensverträge mit Pom-

[544] *Pólay*, SZ 79 (1962) 51–85.

[545] Vgl. *Kunkel*, Actes–06 218–223, bes. 219: „Kurz gesagt, es handelt sich überhaupt nicht um Urkunden über jenen obligatorischen Kaufvertrag, sondern um solche über das bereits durch beiderseitige Erfüllung abgewickelte Kaufgeschäft."

[546] *Pólay*, ANRW II.14 514–517 und 521 f.; zum Vergleich: Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 17.2.71 pr. *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: ‚Haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? Si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?' Quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset.* (…), zur Diskussion, vgl. *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 195–266; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 226–230.

[547] *Pólay*, Acta ant. Sc. Hung. 8 (1960) 417–438.

[548] *Pólay*, Acta ant. Sc. Hung. 10 (1962) 385–397; *Tomulescu*, RIDA 18 (1971) 691–710; umfassend *Jakab*, Praedicere (1997), die alle Urkunden einbezieht.

[549] Vgl. *Mommsen*, Hermes 12 (1877) 88–141; *Andreau*, Affaires (1974).

[550] *Camodeca*, TPSulp I – II.

[551] Vgl. dazu *Hüttemann*, Quittungstafeln (2017).

peji abschloss, die von einem Sklaven der Stadt beurkundet wurden (*apochae rei publicae*).[552]

184 Prozessrechtlichen und privatrechtlichen Inhalt haben weiter die *Tabulae Herculanenses.*[553] Es handelt sich um 160 Dokumente, die fast alle aus der Zeit zwischen 60 und 71 n. Chr. stammen, und in den 1930er und 1940er Jahren gefunden wurden. Bedeutend ist die *anniculi causae probatio ex lege Aelia Sentia,*[554] welche die getreue Anwendung der Vorgaben der *lex Aelia Sentia* über Freilassungen belegt; eine wertvolle Ergänzung der papyrologischen Überlieferung bildet sodann die *bonorum possessio datio secundum tabulas* in TH² A3 (→ § 57 Rn. 28 f.). Das Verfahrensrecht betreffen das *vadimonium Romam,*[555] die *cognitoris datio*[556] sowie die *interrogatio* mit Blick auf das Urteil eines *arbiter.*[557] Finanzgeschäfte bezeugen das *mutuum cum stipulatione,*[558] verschiedene Dokumente zum Schuldanerkenntnis[559] und zu den *nomina arcaria.*[560]

185 Ein interessantes Dossier bilden schließlich die Urkunden in Grundstücksangelegenheiten des L. Cominius Primus und des P. Comicius Severus,[561] die nicht nur die Veräußerung betreffen, sondern die auch die Nutzung von Früchten[562] wie eines Waldes[563] zwischen den Parteien organisieren.

186 Auch die 1959 in Murecine gefundenen 127 Täfelchen, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum,* belegen eine Vielfalt von Geschäften.[564] Sie stammen aus den Jahren 26 bis 61 n. Chr. und sind im Familienarchiv der Sulpizier gesammelt worden, die Bankgeschäfte und Finanzgeschäfte in der *colonia Iulia Augusti Puteoli* betrieben. Entsprechend dieser Zwecksetzung belegen die Täfelchen verfahrensrechtliche Einzelheiten, namentlich Vadimonien, *interrogationes in iure* sowie eine (sonst nicht bezeugte) Anhörung von Parteien vor dem *iudex privatus.*[565] Als wichtigster Fund gilt die in Tab. Pomp. 34 (TP Sulp. 31) bezeugte *praescriptio ea res agatur de sponsione*, welche die Vorstellungen zu

---

[552] CIL IV Suppl. 1–155 (1898); *Andreau*, Affaires (1974) 312–338.

[553] *Camodeca*, TH I; zu den äußeren Fundbedingungen, vgl. *Camodeca*, Vesuviana 1 (2009) 17–42 mwN.

[554] TH² 89; TH² 5 + TH² 99; TH² A 2; zum Prozess der Petronia Iusta, vgl. *Kunkel*, Actes–06 203 f.; *Metzger*, RIDA 47 (2000) 151–165.

[555] TH² 6 (+TH D10); zu den *vadimonia*, vgl. *Kunkel*, Actes–06 209–214.

[556] TH² D05.

[557] TH² 77+78+80+53+92, dazu *Kunkel*, Actes–06 204–106; *Wolf*, Urkundenfund (2010) 209–217; zum Bereich des Strafrechts gehören TH2 A 13+14.

[558] TH² A 7; zu den *mutua cum stipulatione*, vgl. zuletzt *Gröschler*, TR 74 (2006) 261–287.

[559] TH² 42; TH² 44; Quittungen: TH² 59+90,5; *chirographum*: TH² 45.

[560] TH² 70+71E; TH² 74; TH² A 8; TH² A9.

[561] TH² A 10; TH² 40; TH² A11; TH² A 12; TH² 30.

[562] TH² D 12; TH² 4.

[563] TH² 11.

[564] *Amelotti*, Scr. 104 f.; *Camodeca*, TPSulp I – II; vgl. *Wolf*, TPN; zu den Fundumständen, vgl. *Wolf*, Urkundenfund (2010) 1–7.

[565] Zu den prozessualen Dokumenten, vgl. auch *Bove*, Documenti processuali (1979); *Amelotti*, Scr. 105 f.

Funktion und Gestalt der *praescriptio* im römischen Formularverfahren revolutioniert hat.[566] Daneben ist eine *conventio finiendae controversiae causa* zu nennen.[567]

Die TPSulp enthalten aber vor allem Urkunden über Finanzgeschäfte.[568] Hierzu gehören Darlehensverträge, die durch Pfandbestellungen an Getreide und Gemüse in *horrea* gesichert werden; weiter Urkunden über *locationes*, eine *conventio pignoris* und eine *datio pignoris*; eine *fiducia cum creditore* und Beurkunden von *auctiones* und *proscriptiones*. Neben den dinglichen Sicherheiten finden sich auch Personalsicherheiten (*fideiussiones*) sowie *tabellae*-Urkunden, das heißt *testationes*, die den Auszug aus dem *codex accepti et expensi* beurkunden.[569] Zudem sind viele Chirographa zum Erhalt von Darlehensbeträgen belegt. **187**

Besondere Aufmerksamkeit hat das einzige griechischsprachige Dokument des Archivs, die sog. *naulotike* des Menelaos (ἐκ ναυλωτικῆς ἐκσφραγισμένης) gefunden,[570] die je nach Deutung durch die Romanistik als „Seefrachtvertrag" oder als „Seedarlehen"[571] angesehen wurde. Sie kann als wichtigster Beleg für die Variabilität der Vertragspraxis im Verhältnis zu den Klassifizierungen in der juristischen Literatur gelten.[572] **188**

cc. Weitere Funde

Vor allem die Verwendung römischer Kaufrechtsformulare lässt sich in allen Teilen des römischen Imperiums erkennen, wobei auch griechische Übersetzungen zirkulieren (→ § 79 Rn. 12). Drei neue auf Wachstäfelchen geschriebene Kaufurkunden sind 2018 auf dem Antikenmarkt aufgetaucht;[573] eine wissenschaftliche Analyse bleibt vorerst Desiderat. **189**

Im Bereich der bekannten Vertragsformulare sind vor allem die vielfältigen Belege zur Anwendung der *mancipatio nummo uno* zu nennen, die eine wichtige Ergänzung **190**

---

[566] Zum Kontext (*actio certae creditae pecuniae*), vgl. *Varvaro*, AUPA 47 (2002) 367–404; eine kritische Synthese bei *Pellecchi*, Praescriptio (2003) 353–448; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 21–24.

[567] TPSulp. 27, dazu *Amelotti*, Scr. 114; umfassend *Donadio*, Vadimonium (2012) 121 f.

[568] *Bove*, Operazioni finanziarie (1984); weitere Nachweise bei *Wolf*, Urkundenfund (2010).

[569] *Amelotti*, Scr. 116 f.; ein Beispiel bilden die *tabellae* der Titinia Antracis, TPSulp. 60, dazu *Jakab*, Symposion 1999 493–530. Zu den *tabellae*-Urkunden, vgl. *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997), der diese als Beurkundung eines Dreipersonenverhältnisses deutet (in Form einer *delegatio solvendi*); zur üblichen Deutung als *nomina arcaria* im Zweipersonenverhältnis, vgl. *Jakab*, SZ 116 (1999) 371–373 mwN.

[570] TPSulp. 78, dazu auch *Amelotti*, Scr. 115 f.

[571] *Jakab*, Weinkauf (2009); *Wolf*, Urkundenfund (2010) 7–16, 156–185.

[572] Hierzu grundlegend *Jakab*, SZ 123 (2006) 71–101 (unter Einbezug der Papyri).

[573] Kauf von Kleidern aus dem Jahre 334 n. Chr., vgl. https://www.liveauctioneers.com/item/48708019_ roman-tablet-recording-sale-of-clothing; Verkauf einer Sklavin aus dem Jahre 334 n. Chr., vgl. https://www.liveauctioneers.com/item/46775949_roman-tablet-recording-the-sale-of-the-slave-girl; Landverkauf aus dem späten 3. Jh., vgl. https://www.liveauctioneers.com/item/52729598_roman-tablet-recording-sale-of-agricultural-land.

zur justinianischen Überlieferung bilden, in der das Geschäft getilgt wurde. Berühmt geworden ist das 1867 aufgefundene Dokumente einer *mancipatio fiduciaria*, das die Rekonstruktion der Sicherungsübereignung (*fiducia*) erlaubt (sog. *formula Baetica*).[574] Dabei ist beachtlich, dass die aus der justinianischen Überlieferung entfernte *fiducia* (→ § 46 Rn. 3 f.) in der Urkundenpraxis gegenüber dem funktional vergleichbaren Pfandrecht (*pignus, hypotheca*) deutlich vorherrscht.[575] Während man auch an Überlieferungszufall denken kann, versucht Kunkel diesen Befund aus der Entwicklungsgeschichte des Pfandes zu deuten, was freilich nicht auf allgemeine Zustimmung gestoßen ist.[576]

191 Eine späte Quelle sind die aus Nordafrika stammenden *Tablettes Albertini*, die in den Jahren 493 bis 496 n. Chr. auf Holztafeln geschrieben wurden. Es handelt sich vor allem um Kaufverträge über landwirtschaftlich genutzte Grundstücke, die auf einem *fundus Tuletianos* gelegen sind.[577] Sie belegen die hohe Konstanz der Beurkundungsform seit der Prinzipatszeit. Wie Weßel gezeigt hat, sind die meisten Unstimmigkeiten nicht auf Fehler des Formulars, sondern auf Ungeschicklichkeiten des Schreibers zurückzuführen.[578]

b. Testamente

192 Sehr wichtig und aufschlussreich ist die juristische Epigraphik im Bereich des Testamentsrechts.[579] Zu den epigraphischen Zeugnissen zählen nicht nur die Inschriften zu Testamenten, sondern auch die außerhalb Ägyptens aufgefundenen Holztäfelchen.[580] Der in dieser Hinsicht bedeutendste Fund ist das (freilich aus Alexandria und damit Ägypten stammende) Testament des Antonius Silvanus aus dem Jahre 142 n.Chr.[581]

---

[574] Vgl. *González Fernández*, Bronces (1990) 201–204; zuletzt *Babusiaux/Koch*, in: Keiser et al., Exegese (2021) 294–319 mwN.

[575] Zu den Verpfändungsdokumenten (TPSulp. 51; TPSulp. 52) aus dem Archiv der Sulpizier, → § 48 Rn. 29.

[576] *Kunkel*, St. Betti II 593–620; *Kunkel*, Actes–06 236–242; zuletzt *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 66–68.

[577] *Weßel*, Tablettes (2003) 21 f.

[578] *Weßel*, Tablettes (2003) 279 f.

[579] Synthesen bei *Amelotti*, Testamento (1966); *Champlin*, Final Judgments (1991); *Jakab*, OH RLS 498–512. Sammlungen bei *Giuffrè*, Documenti (1974); *Magioncalda*, Fondazioni (1994).

[580] Ebenfalls auf Holztäfelchen überliefert ist die *cretio Herenniae Helenae*, die aufgrund ihres Fundortes in Ägypten der Papyrologie zugeordnet wird, vgl. *Migliardi Zingale*, FIRA rev. II 225–227; dies gilt auch für die lateinischsprachigen *cretiones* der Valeria Serapiadis, vgl. *Migliardi Zingale*, FIRA rev. II 229–234.

[581] Vgl. *Migliardi Zingale*, FIRA rev. II 147–151 mit bibliographischen Angaben 147 f.

Um Steininschriften handelt es sich beim Testament des Cestius,[582] dem Testament des sog. Dasumius aus dem Jahre 108 n. Chr.,[583] dem sog. Lingonen-Testament[584] und dem Auszug aus dem Testament des P. Aelius Onesimus,[585] das eine fideikommissarische Klausel zugunsten einer Stadt bezeugt.[586] Das auf der Basis einer Marmorstatue eingeritzte *caput ex testamento Postumi Iuliniani* gehört bereits dem 4. Jh. n. Chr. an.[587] Es bezeugt ein Fideikommiss zugunsten der Stadtbewohner, das mit einem Veräußerungsverbot kombiniert ist und bei einem Verstoß gegen das Verbot den Verfall an den Fiskus vorsieht. Ebenfalls auf Marmor überliefert ist der Auszug aus dem Testament einer Frau aus Hispalis,[588] das ein Alimentenfideikommiss zugunsten von Kindern festschreibt, das zweijährlich zum Geburtstag der Stifterin und ihres Ehemanns gezahlt werden soll. Ebenfalls von der Basis einer Statue stammt der ein Fideikommiss bezeugende Testamentsauszug aus Sicca Veneria.[589] Vergleichbares gilt für die Inschrift aus dem Testament des *civis Atinatis*[590] und dem Auszug aus dem Testament der *mulier Tarracinensis;*[591] Erwähnung verdient auch das Kodizill eines *filius familias*,[592] das sog. „Kodizill des C. Popilius Heracla".[593] **193**

Das auf Holztäfelchen überlieferte Testament des Antonius Silvanus (→ Rn. 192) belegt die strenge Umsetzung der formellen Vorgaben des (schriftlichen) Manzipationstestaments in die Praxis;[594] es hat vor allem die Frage aufgeworfen, warum ein römischer Soldat, der sich nach der justinianischen Überlieferung auch der einfachen Form des Soldatentestamentes hätte bedienen können, die komplizierte Testierform der Römer wählt. Verschiedene Erklärungsansätze konkurrieren: Während Amelotti das Absterben der Manzipation als Ritual und die Beschränkung auf die Beurkundung einer (scheinbaren) Manzipation betont, haben andere den kulturellen Anpassungsdruck, das Bedürfnis als vollwertiger Römer wahrgenommen zu werden, hervorgehoben. Sicherlich nicht bedeutungslos ist auch das Wirken römischer *tabelliones*, die sich **194**

[582] CIL VI 1375 = ILS 917a.

[583] *Amelotti*, Scr. 107 f.; *Tate*, SZ 122 (2005) 166–171 (AE 2005, 191); *Pavese*, FIRA rev. II 153–163; CIL VI 10229 + add. p. 3502 = ILS 8379 = AE 1976, 77 und AE 1978, 16.

[584] CIL XIII 5708 = ILS 8379; *Pavese*, FIRA rev. II 165–169 mit bibliographischen Angaben 165 f.; es handelt sich offenbar um eine aus dem 10. Jh. stammende Abschrift einer verlorenen Inschrift auf einem Pergamentfolium; zuletzt *Le Bohec*, Testament du Lingon (1991).

[585] *Pavese*, FIRA rev. II 185 f.; FIRA III Nr. 53; CIL III 6998 und 13652 = ILS 7196 = MAMA V 202.

[586] Anders *Kunkel*, Actes–06 194, der das Testament des Dasumius als singuläre Erscheinung ansieht.

[587] *Pavese*, FIRA rev. II 187–189; CIL XIV 2934 = ILS 8375; FIRA III 54.

[588] *Pavese*, FIRA rev. II 191 f.; FIRA III 55a; CIL II 174 (+ add. pp. 698, 841).

[589] *Pavese*, FIRA rev. II 193–195, CIL VIII 1641 = ILS 6818 = FIRA III 55b.

[590] *Pavese*, FIRA rev. II 197 f.; CIL X 5056 und 5086 = ILS 977 und CIL VI 1402 = ILS 983, FIRA III 55c.

[591] *Pavese*, FIRA rev. II 229–232, CIL X 6328 = ILS 6278, FIRA III 55.

[592] *Pavese*, FIRA rev. II 201 f., CIL X 7457 = ILS 8377, FIRA III 56.

[593] *Pavese*, FIRA rev. II 203 f.; FIRA II 56bis; *Cooley*, Epigraphy (2012) 137 f.

[594] *Guéraud/Jouguet*, EPap 6 (1940) 1–20.

auch im Heereskontext der traditionellen Testamentsformen bedienten. Nicht auszuschließen ist schließlich auch, dass die justinianische Überlieferung nur die severische Rechtslage bezeugt und dass daher die Anforderungen an das Soldatentestament im 2. Jh. noch strenger waren als unter Septimius Severus und Caracalla.[595]

195 In jüngerer Zeit sind auf dem Antikenmarkt drei neue römische Testamentstafeln aufgetaucht.[596] Das älteste Dokument stammt aus Nordafrika und datiert auf das Jahr 294 n. Chr.[597] Ein Iulius Donatillus beurkundet, dass er *mente sana* sein Testament errichtet habe durch Diktat. Die Verfügung selbst ist zweigeteilt: Nach einer römischen Erbeinsetzung auf *omnia bona* folgt eine Verteilung einzelner Güter an einzelne Begünstigte.

196 Am vollständigsten ist die Tafel des Testaments eines Pomponius Sperantius aus dem Jahre 332 n. Chr.[598] Es beginnt wie das Testament des Iulius Donatillus mit einer sonst nur in griechischen Testamenten anzutreffenden Einleitungsformel *sana mente sana memoria testamentum feci*, die allerdings aufgrund der *querela inofficiosi testamenti* auch für römische Testamente sinnvoll ist. Die Erbeinsetzung entspricht den aus den Juristenschriften bekannten Formularen, wird allerdings durch Elemente der *donatio mortis causa* und der *institutio ex certa re* ergänzt.

---

[595] *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 108–177.

[596] Die Provenienzangaben des Auktionshauses weisen auf eine in den 1950er Jahren zusammengestellte private Sammlung in Belgien; es ist umstritten, sich wissenschaftlich mit Dokumenten auf dem Kunstmarkt zu befassen, weil dies zur Wertsteigerung der Objekte führen kann und damit indirekt ein Anreiz für Raubgrabungen sein kann. Die hier verfolgte Linie, auf die in privaten Sammlungen verschwundenen Testamente hinzuweisen, ohne sie zu edieren, entspricht der vom DAI formulierten „Selbstverpflichtung zum Umgang mit Artefakten unklarer Herkunft“, vgl. https://www.dainst.org/publikationen/publizieren-beim-dai/selbstverpflichtung (28. 10. 2020).

[597] https://www.liveauctioneers.com/item/52729597_roman-tablet-with-testament-of-iulius-donatillus. AE 2016, 02031.

[598] Vgl. https://www.liveauctioneers.com/item/46775950_roman-tablet-with-testament-of-pomponius-sperantius. AE 2016, 02032: *(1) Post co(n)ss(ulatum) Bas(s)i et Ablavi, pridie idus febr(u)arias. Pomponius Spe– (2) rantius subscribens et signaturus sana mente sana memoria testa– (3) mentum feci, idque scribendum Iulio Iuliano amico meo dictavi, relectum mihi (4) subscripsi, signavi et signari iussi quatenus lecto valetudinis iaceo (5) et ne quibu(s) mihi subitus contingat ut quando quo ego obitum naturae red– (6) didero, thunc mihii Pomponii Iulianae et Feliciane filii mei carissi– (7) mi ex asse mihi heredes estote in omnium bonorum meorum in agriis fun– (8) di Rascotianet(i)s sicut a me possessa sunt quam de paterno quam emtiones (9) possideatis necnon et in fundo Goretianos etiam et domos in eove fundo (10) Rascotianos sicut inter me et Feliciano frater, patruo vestro, divissae sunt TES– (11) TRI-RI[.]BUS [[. . . .]] et movilia aecora Massora Minora et si qua alia cognoveritis (12) et puerum nomine Vindelium (a)equis partibus dividatis? ceteri ceteraequae (13) omnes exheredes sunto? quidquid dedero donavero legavero cuique dari (14) iussero dare damnas sunto? detur presterumque? do lego Pomponiae (15) Donatillae filiae mae cum in familia nubere quererit agros in fundo (16) Goretianos comparati mihi de Togatiano BULEIGOTIS et puellam ancillam no– (17) mine Victoriam dalmaticarum PARIARTIA cum MASERTIA sua Afro cla– (18) vantem latericiam unam cum orario? do lego Tertiae filiae…*

Vergleichbar ist das Testament des Iulius Pompeianus,[599] das von Rothenhöfer und Blänsdorf bekannt gemacht wurde. Der überlieferte Teil, der etwa 1/3 des Originals umfasst, enthält eine Substitution zugunsten der als Erben eingesetzten Söhne des Erblassers, für den Fall, dass die Tochter, die im ersten Grad ebenfalls zur Erbin eingesetzt wurde, vorverstorben sein sollte.[600] **197**

Eine eigene Kategorie bilden schließlich die Ehreninschriften zum Lob des Verstorbenen, zu denen die sog. *laudatio Turiae*[601] und die *laudatio Murdiae*[602] gehören. Sie geben nicht nur Aufschluss über die vermögensrechtliche Stellung der Ehefrau[603] und das erbrechtliche Verhältnis von römischen Ehegatten (→ § 35 Rn. 5); vielmehr zeigen sie auch, welche testamentarischen Anordnungen zwischen Ehegatten üblich und erwünscht waren und wie Abweichungen sanktioniert werden konnten.[604] Die *laudatio Turiae* gibt zudem Rückschlüsse auf die Gestaltung des Testaments bei kinderlosen Ehepaaren[605] und auf die Häufigkeit von Ehescheidungen.[606] **198**

c. Grabinschriften und Privatrecht

Grabinschriften (*tituli sepulcrales*) stellen mit großem Abstand den Hauptteil des lateinischsprachigen epigraphischen Materials dar.[607] Die von Familienangehörigen, Freunden, Städten, Vereinigungen oder freigelassenen Sklaven errichteten Denkmäler sollen an den Verstorbenen erinnern und erlauben damit Einblick in persönliche Schicksale, familiäre Bindungen,[608] berufliche Tätigkeiten, administrative Karrieren, Todesvorstellungen und religiöse Überzeugungen.[609] Vor allem aber sind sie als Zeugnis der Selbstdarstellung der kaiserzeitlichen Eliten gelesen worden.[610] **199**

---

[599] https://www.liveauctioneers.com/item/43562606_roman-tablet-with-testament-of-iulius-pompeianus. AE 2016, 02033.

[600] *Rothenhöfer/Blänsdorf*, Gephyra 13 (2016) 153–163 (mit dem Text).

[601] *Pavese*, FIRA rev. II 281–290; CIL VI 1527 + 31670 + 32670 + 32670 = ILS 8393 + add. p. 190; FIRA III 69; *Flach*, LT; mit *Horsfall*, Gnomon 73 (2001) 357–359; *Kruschwitz*, ZPE 126 (1999) 88–90.

[602] *Pavese*, FIRA rev. II; CIL VI 10230 + add. p. 3908 = ILS 8394; FIRA III 70.

[603] Zum Status der Frau, der sich auch in Grabinschriften vorrangig aus der Stellung des Vaters oder des Ehemanns ergibt, vgl. *Chioffi*, OH RE 628, die auf CIL VI 1274 = 31584 = ILS 881 verweist.

[604] Zum Testament der Frau, vgl. *Champlin*, Final Judgements (1992) 19; *Lindsay*, Latomus 63 (2004) 94–97.

[605] *Horsfall*, Gnomon 73 (2001) 358.

[606] *Treggiari*, in: Rawson, Marriage (1996) 31–46.

[607] *Toynbee*, Death (1971); *Corbier*, Epigraphie (2002) 21–34 mwN.; eine Auswahl bei *Kolb/Fugmann*, Tod (2008).

[608] Vgl. nur *Saller/Shaw*, JRS 74 (1984) 124–156; *Paulus*, Postmortale Persönlichkeit (1992) 78–86.

[609] *Eck*, in: Eck, Koll. Vittinghoff 15–51.

[610] Zur Inschrift als Mittel der Selbstdarstellung, vgl. *Alföldy*, Gymnasium 98 (1991) 289–324; *Zanker*, in: Schalles et al., Römische Stadt (1992) 335–358; *Niquet*, in: Weber/Zimmermann, Propaganda (2003) 155–173; *Feraudi-Gruénais*, Selbstdarstellung (2003); *Alföldy*, in: Marco Simón et al., Vivir (2004) 137–149; *Meyer*, OH SRRW 191–226; *Chioffi*, OH RE 634–636.

aa. Grabrecht und Privatrecht

200 Römische Grabinschriften sind auch für die Forschung zum römischen Privatrecht von Bedeutung. Dies gilt für die Rechtsvorschriften zum Schutz von Gräberstätten und Totenruhe,[611] die seit dem Zwölftafelgesetz (ca. 450 v. Chr.) belegt sind.

201 Das Grab kann schon zu Lebzeiten errichtet werden (Leergrab; *monumentum*); erst durch die Bestattung wird es zur Grabstätte (*sepulcrum*) und damit zum *locus religiosus*, der dem Privatrechtsverkehr entzogen und den Göttern geweiht ist.[612] Das *monumentum* hingegen kann veräußert werden und ist häufiger Gegenstand von *donationes* oder Legaten. Sowohl das Einzelgrab als auch das Familiengrab steht auch weiteren Personen offen, wobei es beim Einzelgrab auf die Zustimmung des Grabbegründers, beim Familiengrab auf die Zugehörigkeit zur Familie ankommt.[613] Zwischen den Berechtigten kann auch eine Übertragung des Grabes stattfinden; das Veräußerungsverbot bezieht sich also nur auf den Rechtsverkehr mit Nicht-Grabesberechtigten.

202 Verschiedene Rechtsinstitute dienen dem Schutz des Grabes. Neben den *durch ius publicum* und *ius sepulcrorum* verhängten Verboten und Strafen sind auch Strafanordnungen des Grabbegründers bezeugt, die als *leges dictae* im Sinne des Privatrechts zu qualifizieren sind. Sie verbieten namentlich die Beschädigung des Grabes oder der Grabesinschrift,[614] Umbettungen oder Exhumierungen der Toten[615] sowie jegliche Form von Grabfrevel. Als Sanktion sind Grabmulten und Strafzahlungen vorgesehen;[616] Erlaubnisse können im Ausnahmefall erteilt werden.[617]

203 Vor allem aber kann der Errichter der Grabstätte auch die Verfügung über das Grab oder das Grundstück, auf dem es gelegen ist, untersagen.[618] Diese privatrechtlichen Verfügungsverbote betreffen in der Regel die Veräußerung, Verpfändung oder sonstige Belastung gegenüber Außenstehenden; Verfügungen innerhalb der gleichen Familie

---

[611] *Düll*, FS Schulz I 191–208; *De Visscher*, Tombeaux (1963) bes. 43–158; *Kaser*, SZ 95 (1978) 15–95; *Klingenberg*, RAC 12 (1983) 590–637.

[612] *Kaser*, SZ 95 (1978) 31 f.; *Lazzarini*, Sepulcra (1991) bes. 67–79; *van Andriga*, in: Nenna et al., Tombe (2018) 381–402.

[613] Zur Definition als Familiengrab, vgl. *Lazzarini*, Sepulcra (1991) bes. 13–53; anders noch *Kaser*, SZ 95 (1978) 33–37.

[614] Beispiele bei *Kaser*, SZ 95 (1978) 27: CIL X 8259 = ILS 8381 = FIRA I 63; CIL VI 22915; CIL VI 25961; CIL VI 29945 = ILS 8182; CIL VI 24799 = ILS 8220.

[615] Beispiele für Verletzung des Grabes bei *Kaser*, SZ 95 (1978) 27: CIL VI 2963 = ILS 8382 = FIRA III 85c; CIL IX 1729 = FIRA III 85d; CIL VI 1948; CIL VI 8875; CIL VI 22120 = ILS 8383; CIL VI 35068.

[616] Strafdrohungen: CIL VI 22915; CIL VI 25961; CIL VI 29945 = ILS 8182; CIL VI 24799 = ILS 8220.

[617] Erlaubnis durch *pontifices*: CIL VI 1884 = ILS 1792 = FIRA III 85e; CIL X 8259; CIL IX 4881 = ILS 8390; Erlaubnis durch Volkstribun: CIL VI 20863 = ILS 8389; kaiserliche Erlaubnis: CIL III 1312 = ILS 1593.

[618] Vgl. CIL VI 7788 = ILS 8219; CIL VI 10701; CIL VI 10219 = ILS 8226; CIL VI 10284; CIL VI 13203; CIL VI 19562 = ILS 7933, dazu *Kaser*, SZ 95 (1978) 40.

oder innerhalb des gleichen Namens, womit Freigelassene eingeschlossen sind, sind hingegen zulässig.[619] Die grabrechtlichen Verfügungsverbote erinnern sowohl in Zwecksetzung und Anwendungsbereich als in ihrer Formulierung an Familienfideikommisse, weshalb sich die Frage gestellt hat, ob beide Institute parallele Entwicklungen oder sogar gegenseitig beeinflusst oder gar voneinander abhängig sind. Während die ältere Forschung dies vorsichtig bejaht hat,[620] hat Johnston zuletzt die Übereinstimmung als zufällig abgetan.[621] Die Frage ist als offen anzusehen.[622]

Dass Bezüge zwischen dem Fideikommissrecht und der Inschriftenpraxis auf Gräbern bestehen, die näherer Klärung bedürfen, legt auch die häufige Bezeugung des Terminus *heres fiduciarius* in Grabinschriften nahe.[623] Während die Digesten lediglich erkennen lassen, dass es sich um einen Erben handelt, der mit einem Erbschaftsfideikommiss beschwert ist und daher die Erbschaft herauszugeben hat, zeigen die Inschriften, dass es sich um einen altruistisch handelnden Erben handelt, der etwa die Erbschaft für ein unmündiges Kind bis zum Erreichen der Mündigkeit verwahrt und dabei selbst keinerlei Vorteil aus der Erbenstellung zieht.[624] **204**

bb. Erfüllung einer Grabmalsklausel

Ein offensichtlicher Konnex besteht – wie Paulus und Champlin gezeigt haben[625] – zwischen Grabmälern und der in den Juristenschriften bezeugten „Grabmalsklausel" in Testamenten. Die Juristen betonen, dass die Pflicht, ein Grabmal zu errichten, eher eine sittliche, denn eine rechtliche sei und der Erblasser nur über Umwege eine rechtliche Bindung des Verpflichteten erreichen könne.[626] Als einen Weg, die Grabmalsklausel **205**

[619] *Hoc monumentum heredem exterum non sequitur*, vgl. CIL VI 8456; CIL VI 10173; CIL VI 20327; CIL VI 27593; CIL XIV 1153; CIL VI 2183 = ILS 4161; CIL VI 2247 = ILS 4405; CIL VI 2345 = ILS 1975; CIL VI 3472 = ILS 2348; CIL VI 10219; zu allen *Kaser*, SZ 95 (1978) 42 f.

[620] *Kaser*, SZ 95 (1978) 46 f.: „aus einem einheitlichen Geist geschaffen" mit Fn. 142: „Es liegt nahe zu vermuten, beide Einrichtungen seien faktisch miteinander verbunden worden, indem der Gründer des Familiengrabes zugleich Grundstücke durch Fideikommiß einer gleichartigen Bindung an die Familie unterwarf."

[621] *Johnston* ZPE 72 (1988) 87: „The parallels between trusts and tombs are more superficial than profound (…)."

[622] Sie setzt eine umfassende Würdigung aller Grabinschriften voraus, wie sie bisher nur für einzelne Teilbereiche durchgeführt wurde, namentlich von *Visky*, Iura 11 (1958) 81–100; *Visky*, Iura 13 (1962) 110–132.

[623] Vgl. CIL VI 2949; CIL VI 15237; CIL VI 35050; AE 1973, 54; CIL XIV 331; CIL V 2834; CIL X 3565; AE 1912, 188; dazu *Kuryłowicz*, ZPE 60 (1985) 189–198; *Migliardi Zingale*, Labeo 45 (1999) 440–446.

[624] Vgl. Iav. 11 epist. D. 36.1.48; Val. 3 fideic. D. 36.1.69.3, zu beiden zuletzt *Babusiaux*, Mél. Witz 41–59; *Jakab*, DG Nishimura 67–84.

[625] *Champlin*, Final Judgments (1991) 198–200; *Paulus*, Postmortale Persönlichkeit (1992) 183–213.

[626] Pomp. 8 Q. Muc. D. 33.1.7 … *in testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur nec obligationem pariunt*….

durchsetzbar zu gestalten, empfiehlt Pomponius die Einsetzung von Miterben. Wenn der Testator beiden die Errichtung des Grabmals auferlege, könnten sie sich gegenseitig mit der Teilungsklage (*actio familiae erciscundae*) auf den Wert des Grabmales verklagen.[627]

206 Die inschriftliche Überlieferung ergänzt diese Ausführungen um zwei weitere Möglichkeiten, die in den Juristenschriften nicht genannt werden, aber mit der rechtlichen Konstruktion grundsätzlich vereinbar sind:[628] Als erste ist das Legat unter Auflage (*legatum sub modo*) zu nennen,[629] durch das der Erblasser dem Legatar die Grabmalserrichtung aufgibt. Die Inschriften zeigen, dass der Erblasser dem Legatar die Begünstigung (*translatio legati*)[630] entziehen kann, falls der Bedachte der Auflage nicht nachkommt.[631] So wird im Testament des Cecilius Optatus der *res publica Barcinonesi* ein Legat gewährt, das bei Nichteinhaltung der Auflage an die *res publica Tarraconenses* übertragen werden soll.[632] Die zweite, in der inschriftlichen Überlieferung bezeugte Möglichkeit zur Durchsetzung einer Denkmalsklausel ist die an den Erben gerichtete fideikommissarische Bitte des Erblassers, wie sie etwa das Kodizill des Popilius Heracla zeigt: *vos heredes mei rogo iubeoque / fideique vestrae committo uti / monumentum mihi faciatis.*[633]

207 Die weitaus meisten Inschriften belegen hingegen die treue Erfüllung der Pflicht durch den Legatar oder Erben. So bezeugt die Standardklausel *H.T.F.(C.)* (*heres testamento fecit/faciendum curavit*), dass der Erbe den Vorgaben des Testaments gefolgt ist und entsprechend die Errichtung des Monuments in Auftrag gegeben oder selbst vorgenommen hat.[634] Das Monument erbringt also den klaren Beweis der Testamentserfüllung und kann daher auch prozessuale Bedeutung haben. Dies gilt umso mehr, wenn der Erbe und Errichter des Monuments betont, sein eigenes Geld (und nicht Teile der Erbmasse) zur Erfüllung des letzten Willens aufgewendet zu haben: D. S.P.F. (*de sua pecunia fecit*),[635] denn dies ist zum Beispiel ein Abzugsposten, der im Rahmen der *lex Falcidia* zu berücksichtigen ist.[636]

---

[627] Pomp. 8 Q. Muc. D. 33.1.7 ... *si te heredem solum instituam et scribam, uti monumentum mihi certa pecunia facias: nullam enim obligationem ea scriptura recipit, sed ad auctoritatem meam conservandam poteris, si velis, facere. aliter atque si coherede tibi dato dem scripsero: nam sive te solum damnavero, uti monumentum facias, coheres tuus agere tecum poterit familiae herciscundae, uti facias, quoniam interest illius: quin etiam si utrique iussi estis hoc facere, invicem actionem habebitis*… .

[628] Zutreffend *Tellegen*, in: Tellegen-Couperus, Law and Religion (2012) 192.

[629] ILS 6470 und ILS 6471; üblich ist die Abkürzung *T.F.I.H.F.C* oder *T.F.I.* für *testamento fieri iussit heres faciendum curavit*, dazu *De Visscher*, Tombeaux (1963) 298 f.; AE 1945, 136; *Tellegen*, in: Tellegen-Couperus, Law and Religion (2012) 188–191.

[630] Vgl. Gai. 2 ed. urb. D. 34.4.5; Pap. 8 resp. D. 34. 4.24 pr., zu allem *Talamanca*, Revoca (1962).

[631] Vgl. Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 34.4.6 pr.–2.

[632] Auch CIL XI 4593 kann als Beleg für die Androhung einer *translatio legati* angesehen werden; *Amelotti*, Testamento (1966) 259; vgl. auch CIL II 4514 = ILS 6957.

[633] AE 1945, 136 = AE 1946, +116 = AE 1949, 196 = AE 1950, +11 = AE 1950, +35; ferner Testament des Domitius Tullus, vgl. CIL VI 10229 = ILS 8379.

[634] Vgl. z. B. AE 1981, 158.

[635] Gleichsinnig *adiectis a se sestertium … milibus nummum*; interessant auch CIL XIII 3162 (sog.

5. Spezifische Rechtserscheinungen in Inschriften

Besonderer Erwähnung bedürfen die Rechtsgebiete, die sich ausschließlich oder vorrangig aus epigraphischen Belegen rekonstruieren lassen, weil sie in den justinianischen Quellen nicht oder kaum vorkommen. Dies kann – wie für die *leges* vermutet wird und für das Prozessrecht mit Sicherheit anzunehmen ist – an Rechtsänderungen im Verlauf vom Prinzipat zu Justinian liegen. Offenbar gibt es aber auch Rechtsbereiche, die für die justinianische Zeit weniger von Interesse waren oder aber bereits in den Juristenschriften und Konstitutionen des Prinzipats weniger behandelt wurden, dafür aber in der Inschriftenpraxis von Bedeutung waren. **208**

a. Militärdiplome und Soldatenrecht

Eine eigene Kategorie der epigraphischen Forschung[637] bilden die meist auf Bronze überlieferten sogenannten „Militärdiplome", die sich aus fast allen Teilen des Reiches erhalten haben.[638] Bei ehrenhafter Entlassung[639] aus der Armee konnten nichtrömische Soldaten das Bürgerrecht und/oder das *conubium* erhalten, das heißt das Recht, eine nach römischem Recht wirksame Ehe zu schließen (→ § 33 Rn. ■). **209**

Bei den Militärdiplomen handelt es sich um die Auszüge aus der kaiserlichen Konstitution, die der Soldat auf Bronze mitnahm, wenn er die Truppe verließ.[640] Die meisten Dokumente folgen einem typischen Aufbau, in dem zunächst die Namen und die Titulatur des herrschenden Kaisers angegeben werden, bevor die Liste der einbezogenen Militäreinheiten folgt. Zuletzt werden die Privilegien mit allenfalls klärenden Bestimmungen oder Einschränkungen definiert und das Datum angefügt. Bei Auxiliartruppen wird auch die Provinz angegeben, in der ein Soldat gedient hat, und der Name des Befehlshabers.[641] Schließlich werden die Truppeneinheit des Empfängers, der Name des aktuellen Befehlshabers und der Name des Empfängers genannt; das Dokument endet mit einer Authentizitätsbekundung der Kopie.[642] **210**

„Marbre de Torigny"): Anordnung der Fertigstellung des vom Testator begonnenen Bades mit Mitteln aus der Erbschaft durch die Erben.

[636] Die Frage, ob Denkmalskosten abgezogen werden konnten, war in der Jurisprudenz umstritten, vgl. Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.19 *De impensa monumenti nomine facta quaeritur, an deduci debeat.*

[637] Aus rechtshistorischer Sicht, vgl. *Wenger*, Qu. 402 f.

[638] Für Hispania, vgl. *González Fernández*, Bronces (1990) 135–142.

[639] Zur ehrenhaften Entlassung (und zu den epigraphischen Quellen), vgl. *Sanders*, RhM 101 (1958) 166–170; *Speidel*, Heer (2009) 317–346 mwN.

[640] *Roxan*, RMD I–III; Roxan/Holder, RMD IV–V; Holder V, *Le Bohec*, in: Le Bohec/Roman, Épigraphie (1998) 153–171; *Speidel*, OH RE 319–344.

[641] Zu den Auxiliartruppen, vgl. nur *Haynes*, Blood (2013).

[642] *Speidel*, OH RE 337 f., der als Beispiel auf CIL XIV 97 verweist.

211 Die Dokumente zeigen, dass bis in die 140er Jahre n. Chr. das Bürgerrecht nicht nur den Auxiliarsoldaten selbst, sondern auch *liberis posterisque eorum et conubium cum uxoribus quas tunc habuissent, cum est civitas iis data, aut si qui caelibes essent, quas postea duxissent dumtaxat singuli singulas* erteilt wurde.[643] Dabei sind Unterschiede nach Truppengattungen zu beobachten;[644] sie wurden nicht für entlassene Legionäre ausgestellt.[645]

212 Von 168 bis 178 n. Chr. finden sich keine bronzenen Militärdiplome, was man als Ausdruck einer Krise angesehen hat. Die Diplome des 3. Jhs. sind vorrangig Soldaten der Prätorianergarde und der italischen Flotte vorbehalten. Bezugnahmen auf das Militär enthalten auch Grabsteine und Grabmonumente.[646] Speidel zeigt, dass es selten auch Belege für vergleichbare Dokumente zugunsten von Zivilpersonen gibt.[647]

213 Eine sehr umstrittene Frage betrifft die Verheiratung von Soldaten während der Dienstzeit.[648] Aus einer Bemerkung bei Herodian wurde geschlossen, dass Septimius Severus das Verbot im Rahmen seiner Heeresreform aufgehoben habe,[649] womit auch die justinianischen Quellen korrespondieren, die von der Ehefähigkeit von Soldaten ausgehen.[650] Zuletzt hat Werner Eck aufgrund eines 2011 publizierten Dokumentes angenommen, dass das Eheverbot nicht aufgehoben worden sei und der Herodian-Text nur eine Erlaubnis gewesen sei, überhaupt mit Frauen zusammen zu leben.[651] In dieser Rekonstruktion sind die Rechtsquellen nicht ausreichend berücksichtigt; möglicherweise ist aber auch die moderne Vorstellung einer „Aufhebung“ nicht passend, wenn man die Besonderheiten der römischen Rechtsordnung (→ § 6 Rn. 10–17) beachtet.

214 Militärdiplome finden sich auch in griechischer Sprache.[652] Ein bekanntes Beispiel ist die Inschrift, die Dekrete und *epistulae* des Augustus enthält, die den Flottenkommandanten Seleucus von Rhosos ehren und für seine Treue mit dem römischen Bürgerrecht belohnen.[653] Sie sind deshalb überliefert, weil Seleucus sich entschied, all diese Texte (in griechischer Sprache) auf sein Grabmonument schreiben zu lassen.

---

[643] *Sanders*, RhM 101 (1958) 160 f.; zu Wandelungen der Formulierung, vgl. *Platschek*, MEP 20 (2017) 17–26.

[644] Vgl. *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 247–250.

[645] *Speidel*, OH RE 337.

[646] Vgl. *Speidel*, OH RE 321–323.

[647] AE 2003, 1379, dazu *Speidel*, OH RE 323.

[648] *Sanders*, RhM 101 (1958) 153 Fn. 9; *Phang*, Marriage (2001) bes. 13–133.

[649] Hdn. 3,8,4–5.

[650] Pap. 6 resp. D. 23.2.35; Tert. castr. pec. sing. D. 29.1.33 pr.; Theodos./Valentin. C. 5.4.21 (a.426).

[651] *Eck*, FS Schneider 63–77, 67–69 (Edition).

[652] Zur Spätantike, vgl. auch *Onur*, Gephyra 14 (2017) 133–212.

[653] *Wenger*, Qu. 401 f.; RDGE 58; *Girard/Senn/Giuffrè*, Lois Rom. 253–365; *Speidel*, OH RE 336; *Raggi*, ZPE 147 (2004) 123–138; *Purpura*, FIRA rev. I 383–392.

Trotz der Fülle der überlieferten Dokumente ist die Begrenztheit der Überlieferung auch bei der rechtshistorischen Bewertung zu beachten. So haben zum Beispiel Holztäfelchen viel weniger häufig überlebt als Steininschriften.[654] Eine wichtige Ergänzung stellen in dieser Hinsicht die Vindolanda Tablets[655] dar, denn sie stammen aus einem römischen Militärlager mit Zivilsiedlungen am Hadrianswall. Die 1973 entdeckten Fragmente hölzerner Schreibtafeln geben Einblick in den militärischen und zivilen Alltag zwischen 85 und 130 n. Chr. und werden auch in der Romanistik beachtet.[656] **215**

b. Vereinsrecht (*collegia*)

Das Vereinsrecht ist nahezu ausschließlich aus Inschriften zu erschließen:[657] Sie belegen nicht nur die vielfältigen Vereinssatzungen und Vereinszwecke,[658] sondern geben auch Aufschluss über die staatlichen Restriktionen und Regularien hinsichtlich der Vereine. Da diese eine eigene Entität bildeten,[659] geht das antike Vereinsrecht aufgrund der mitgliedschaftlichen Rechtsvorstellung der Antike von ganz anderen Voraussetzungen als das moderne Vereinsrecht aus.[660] **216**

Die Vielfalt des römischen Vereinswesens und Ansatzpunkte aus ganz unterschiedlichen Zweigen der Altertumswissenschaft haben das Vereinsrecht zu einem eigenen Forschungszweig werden lassen. Wie die online-Bibliographie zu Associations in the Greco-Roman World zeigt,[661] tragen neben der Rechtsgeschichte auch die Religionsgeschichte[662] und die Wirtschaftsgeschichte zur Interpretation der Inschriften bei. Die **217**

---

[654] *Speidel*, OH RE 334.

[655] Eine Datenbank VTO (Vindolanda Tablets Online) ermöglicht die Volltextsuche. Sie beruht auf *Bowmann/Thomas*, Vindolanda (1994); *Bowmann/Thomas*, Vindolanda (1983) und wird ergänzt durch Vindolanda Tablets Online II (VTO). Sie integriert auch *Bowmann/Thomas*, Vindolanda (2003).

[656] Vgl. *Du Plessis*, in: Czajkowsky et al., Roman Provinces (2020) 436–461.

[657] *Liebenam*, Vereinswesen (1964); *San Nicolò*, Ägyptisches Vereinswesen I/II (1913/15); *Coli*, Collegia (1913); *de Visscher*, RIDA 2 (1955) 197–218; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933). In den Digesten findet sich Vereinsrecht nur in D. 47.22 *De collegiis et corporibus*; hinzuzunehmen ist der Titel D. 3.4 *Quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur* sowie einige Vorschriften aus dem Titel D. 27.1 *De excusationibus* und D. 50.6. *De iure immunitatis*; vgl. *Zahn*, Quid universitati (2021).

[658] Handwerkervereine, vgl. *Salamito*, in: Città nell'Italia (1990) 163–177; *Zimmermann*, Handwerkervereine (2002); *Disono*, Collegia (2007); Militärcollegia, vgl. *Sanders*, RhM 101 (1958) 184; *Schmidt Heidenreich*, in: Dondin-Payre/Tran, Collegia (2012) 165–182. Religiöse Vereine, vgl. *Freyburger*, REL 80 (2002) 9–12; *Rüpke*, in: Egelhaaf-Gaiser/Schäfer, Religiöse Vereine (2002) 41–67.

[659] *Mommsen*, ZgR 15 (1880) 353–364; *Salerno*, Scr. Guarino II 615–631; *Cotter*, in: Kloppenborg/Wilson, Voluntary Associations (2002) 74–89; zur Soziologie, vgl. *Tran*, CCGG 12 (2001) 181–198; *Verboven*, Athenaeum 97 (2007) 1–33.

[660] *Kippenberg*, in: Kippenberg/Folke Schuppert, Verrechtlichte Religion (2005) 37–64.

[661] http://www.philiphardland.com/Greco-roman-associations: „An Expanding Collection of Inscriptions, Papyri and Other Sources in Translation".

[662] Vgl. *Acta Fratrum Arvalium* aus dem Jahre 38 n. Chr., dazu *Scheid*, Commentarii (1998); zum

hierbei gewonnenen Informationen sind auch für das römische Privatrecht von Bedeutung, wie etwa die Inschriften zu Verbänden von bestimmten Handwerkern zeigen,[663] die als Kontext der Regelungen zur *locatio conductio* (→ § 80 Rn. ■) oder zur *societas* (→ § 81 Rn. ■) gelten können.[664] Weiter gilt dies für die Rechtsfragen der spätantiken Korporationen und die Fragen von öffentlichen Lasten und Abgaben,[665] die auch mit dem Personenstatus und dem Bürgerrecht zusammenhängen und sich auch in den justinianischen Quellen im Recht der *excusatio* und der *immunitates* widerspiegeln.

218 Vor allem aber geben Inschriften auch Aufschluss über die Regulierung der *collegia*. So sind Vereinsverbote und Voraussetzungen der Vereinsbildung allein aus den epigraphischen Belegen zu erschließen: Beginnend mit dem *SC de bacchanalibus*, das die Versammlungen zur Abhaltung der Bacchanalien untersagt (→ Rn. 149), ist auch in anderen Inschriften (und literarischen Quellen)[666] das Bestreben erkennbar, eine überbordende Vereinstätigkeit, die für die öffentliche Sicherheit gefährlich werden kann, zu begrenzen.[667]

219 Besonders umstritten ist die Bedeutung der Formulierung *caput ex senatus consulto* auf einer Inschrift aus Lanuvium.[668] Sie überliefert einen Senatsbeschluss, der *collegia tenuiorum*[669] erlaubt, sofern diese nicht häufiger als einmal im Monat zusammenkommen. Der Text wird seit Mommsen als *SC de collegiis*[670] zitiert und weist deutliche Parallelen zu einem Digestentext auf;[671] er gilt als Vorläufer der späteren (Augusteischen) *lex Iulia de collegiis*, die ebenfalls inschriftlich belegt ist und dem Senat ein Prüfungsrecht gegenüber Vereinigungen einräumt.[672] Indes ist zu beachten, dass sich die Inschrift auf ein spezifisches *collegium*, die Vereinigung zur Pflege des Kultes für

---

Verhältnis zu den Juristen, vgl. *Amelotti*, Scr. 107 f.; zur Bedeutung der Vereine bei der Bildung von Christengemeinden, vgl. *Eckhardt*, in: Eckhardt/Leonard, Juden (2018) 25–60; *Eckhardt*, a. a. O. 61–95.

[663] CIL VI 33885 = ILS 7214 zum *collegium negotiatorum eborariorum aut citriariorum*; dazu *Gradenwitz*, SZ 11 (1890) 72–83; *Gradenwitz*, SZ 12 (1892) 138–45; ferner *Groten*, Corpus (2018) 185 f., allerdings auf Grundlage der Annahme, dass *corpus* die Rechts- und Handlungsfähigkeit begründe, dazu *Platschek*, ZHR 181 (2017) 153–158.

[664] *Kolb*, ZPE 107 (1995) 201–212, Fn. 2 nennt Inschriften, die über die „Vertretung" des Vereins nach außen informieren.

[665] *Carrié*, Et. Cracco Ruggini 309–332.

[666] Nachweise bei *De Robertis*, Corporazioni I (1971) 83–108.

[667] Zum Verbot unter Caesar, vgl. *Linderski*, SZ 79 (1962) 322–328.

[668] Sogenanntes *SC de collegiis*, vgl. CIL XIV 2112 = ILS 7212; AE 2010, 242.

[669] *Randazzo*, SDHI 64 (1998) 229–44; *Kolb*, ZPE 107 (2005) 201–212.

[670] CIL XIV 2112 = ILS 7212; AE 2010, 242; *Mommsen*, De collegiis (1843); eine umfassende Diskussion zuletzt bei *Bendlin*, in: Öhler, Aposteldekret (2011) 207–296.

[671] Marcian. 3 inst. D. 47.22.1, dazu *Bendlin*, in: Öhler, Aposteldekret (2011) 223–228.

[672] CIL VI 2193 = ILS 4966, dazu *Aubert*, CCGG 10 (1999) 49–69; *Groten*, Corpus (2015) 299–305 sieht im Dekret die Zuweisung der Rechtspersönlichkeit, kritisch hierzu *Platschek*, ZHR 181 (2007) 155 f.; *Fleckner*, SZ 137 (2020) 422–450.

Diana und Antinous, bezieht,[673] die durch ein senatorisches Dekret ratifiziert wurde. Bei dieser Ratifikation fand offenbar eine gewisse Kontrolle der vom Verein verfolgten Ziele statt.[674] Zudem waren zu häufige Zusammenkünfte wegen der hieraus entstehenden Gefahr von Aufruhr (*coetus*) zu vermeiden.[675]

Ein generelles Misstrauen oder gar ein allgemeines Verbot der Vereine, wie in der **220**
älteren Literatur oftmals angenommen, lässt sich hingegen nicht feststellen.[676] Hiergegen sprechen die zahlreichen Erscheinungsformen von Vereinen in allen Teilen des kaiserzeitlichen Reiches und vor allem auch die vielen *collegia*-freundlichen kaiserlichen Anordnungen.[677] Als ein Beispiel sei eine 2003 gefundene Inschrift genannt, die drei *epistulae* Hadrians bezeugt, durch die der Kaiser auf Bittschriften des *collegium* der dionysischen Künstler reagiert und ihnen insbesondere eine faire Behandlung durch die Städte zusichert.[678] Ebenfalls Privilegien (für das *collegium centonarii*) gewährt ein Reskript des Septimius Severus und des Caracalla, das auf einer Ehreninschrift überliefert ist.[679] Als drittes Beispiel für die öffentliche Anerkennung der *collegia* sei auf deren Einbindung in die Verteilung der *annona* verwiesen.[680] Schließlich spricht gegen ein generelles Vereinsverbot, dass eine Reihe von Inschriften nachträgliche Interventionen gegen Vereinigungen belegen, was man als Indiz dafür sehen kann, dass nur im Einzelfall eingegriffen wurde, wenn es Beschwerden oder Anlass zu Besorgnis um aufrührerisches Verhalten gab.[681]

Sehr häufig belegt sind *collegia* auf Grabinschriften, was auch damit zusammen- **221**
hängt, dass die Vereinszugehörigkeit vielfach auch die Vereinbarung zur Bestattung mit sich brachte[682] oder aber der Verein von vornherein zur Bestattungspflege gegründet worden war.[683] Nur erwähnt seien die erst kürzlich vollständig geborgenen Inschriften des *collegium* der *Augustales* aus Misenum,[684] die Hinweis auf die innere Organisation des *collegium*, seine (religiöse) Zwecksetzung und die enge Anbindung des *collegium* an den Kaiser geben.[685]

---

[673] *Bendlin*, in: Öhler, Aposteldekret (2011) 216 f.

[674] Die Ratifizierung ist offenbar Voraussetzung für den ediktalen Rechtsschutz, der dem Verein als *universitas* gewährt wird. Zur prozessualen Kontinuität der *universitas* hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten, vgl. *Platschek*, Index 40 (2012) 517–632 mwN.

[675] Vgl. bereits *Arnaoutoglou*, RIDA 49 (2002) 42–44; ähnlich *Bendlin*, in: Öhler, Aposteldekret (2011) 243.

[676] So auch *Groten*, Corpus (2015) 210–235 mit Diskussion der Lit.

[677] *Arnaoutoglou*, RIDA 49 (2002) 27–44 mwN.; *Cracco Ruggini*, Actes–06 271–311.

[678] *Petzl/Schwertheim*, Hadrian (2006); vgl. auch *Jones*, ZPE 161 (2007) 145–156; zur Rolle des *princeps* als Patron mancher Vereine, vgl. *Nicols*, Patronage (2014) bes. 125–162.

[679] *Wenger*, Qu. 467; *Alföldy*, Historia 15 (1966) 433–444.

[680] *Mrozek*, Epigraphica 34 (1972) 30–54; *Lo Cascio*, MEFRA 114 (2002) 87–109.

[681] Vgl. CIL V 5262 = ILS 2927, dazu *Bendlin*, in: Öhler; Aposteldekret (2011) 245 f.

[682] *Patterson*, in: Bassett, Death (1992) 15–27.

[683] *Kaser*, SZ 95 (1978) 29 zu den *collegia funeraticia*, zB. CIL VI 10109 = ILS 527; CIL VI 10326 = ILS 7878.

[684] *D'Arms*, JRS 90 (2000) 126–144; *Laird*, Monuments (2015).

[685] ~~Auch hier findet sich ein Testament, vgl. AE 2000, 344a) – c), *D'Arms* JRS 90 (2000); *Cooley*~~, Epigraphy (2012) 22–31; *Laird*, Monuments (2015) 183–212.

c. Stiftungsrecht

222 Das Stiftungsrecht ist im weiteren Kontext privater Wohltätigkeit im öffentlichen Raum zu sehen. Diese kann auch in Bauinschriften zum Tragen kommen,[686] die Informationen über den faktischen Hintergrund von nachbarrechtlichen Vorschriften vermitteln. Verschiedene Arbeiten haben gezeigt, dass inschriftliche und archäologische Erkenntnisse zentral sind, um Bauvorschriften, namentlich zu Abstandsregeln, Kommunmauer und zu Servituten, zu verstehen.[687]

223 Als eigentliches „Stiftungsrecht" werden die meist aus Anlass des Todes des „Stifters" errichteten Zeugnisse privater Munifizenz für Gemeinden, *collegia* oder einzelne Gruppen der Bürgerschaft angesehen.[688] Indem der Stifter Mittel für ein Fest, die Ausrichtung von Spielen oder die Unterstützung Bedürftiger aus seinem Vermögen über seinen Tod hinaus gewährt, will er gleichzeitig sein Andenken bewahren.[689] Es überrascht daher nicht, dass sich viele dieser „Stiftungen" in inschriftlich verewigten Testamentsauszügen finden (→ Rn. 205–207). Ergänzend seien das Testament der Iunia Libertas mit einem Fideikommiss[690] zugunsten von Freigelassenen und ihren Nachkommen sowie die sog. „Stiftung an die Bürger der Stadt Ostia" genannt;[691] ferner ist das Testament des Megonius Leo zu erwähnen, das ein Legat und ein Fideikommiss zur Erfüllung einer früheren *pollicitatio* des Erblassers gegenüber der Stadt enthält.[692]

224 Schon diese Beispiele zeigen, dass die „Stiftung" in der Antike kein eigenes Rechtsinstitut bildet, sondern entweder als lebzeitige Schenkung (→ § 99 Rn. 6–12) oder erbrechtlich als Legat unter Auflage (→ § 97 Rn. 48) bzw. formloses Vermächtnis (Fideikommiss) (→ § 98 Rn. ■) zu konstruieren ist. Dieser Art von „Stiftung" fehlt es an der juristischen Person,[693] weshalb der Stifter durch andere Mechanismen dafür sorgen muss, dass der Stiftungszweck gewahrt und auf Dauer respektiert wird. Hierzu zählen

---

[686] Zu Bauinschriften, vgl. *Horster*, Bauinschriften (2001); zum Euergetismus, vgl. *Alföldy*, Actes–10 293–304; ein Überblick bei *Cooley*, Epigraphy (2012) 155–157.

[687] *Rainer*, Nachbarrechtliche Bestimmungen (1987); *Saliou*, Bâtiments (1994); *Dubouloz*, Propriété (2011).

[688] *Harter-Uibopuu*, in: Reden, Stiftungen (2015) 180 f. unterscheidet für Griechenland zwischen öffentlichen und privaten Stiftungen, wobei die Übergänge aber als fließend anzusehen sind, weil einerseits auch private Stiftungen durch Amtsträger „genehmigt" werden, andererseits auch die Zuwendung einer öffentlichen Stiftung auf privater Initiative beruht. Die Übernahme der modernen Dualität erscheint daher schwierig.

[689] Vgl. *Le Bras*, St. Riccobono III 21–67; *Bruck*, in: Bruck, Kulturgeschichte (1954) 46–100; *Magioncalda*, Fondazioni (1994); *Engfer*, Munifizenz (2017).

[690] AE 1940, 94, dazu *Blanch Nougués*, RIDA 54 (2007) 197–218.

[691] *Amelotti*, Testamento (1966) 253 f.; *Blanch Nougués*, Fundaciones (2007) 87–90 mit Fn. 216 f.; *Blanch Nougués*, a. a. O. 197–218.

[692] ILS 6468–6471, *Amelotti*, Testamento (1966) 254–256; *Lepore*, Rei publicae I ²(2012) 379–382, Fn. 52 u. 522 f.

[693] Vgl. *Santalucia*, ED 17 (1968) 774–785; *Lepore*, Rei publicae I ²(2012) bes. 380 f. mit Fn. 52; *Harter-Uibopuu*, in: Reden, Stiftungen (2015) 181.

nicht nur die Gestaltungsmöglichkeiten des Privatrechts wie Strafklauseln, Auflagen und Bedingung. Vielmehr sichert der Stifter ihr Überleben auch durch die Einbeziehung öffentlicher Gewalt[694] oder durch Organe von begünstigten *collegia*.

d. Rechtsanwendung in den Provinzen

Besonders lohnenswert erweist sich die epigraphische Überlieferung für die Ermittlung des Rechts und seiner Anwendung in den Provinzen.[695] Neben dem ständigen Anwachsen der Inschriftenmenge,[696] zu der nicht nur die lateinische, sondern auch die griechische Überlieferung der Kaiserzeit gehört,[697] ist vor allem die umfassende rechtshistorische Auswertung der Bloomberg Tablets[698] ein Desiderat.[699] Wichtig wäre auch der Versuch eines Gesamtbildes über die Rechtsanwendung in den Provinzen unter Einbezug der griechischsprachigen[700] und der lateinischen Inschriften.[701] 225

[694] Zur Frage des öffentlichen Rechts (*constitutio principis*), vgl. *Atkinson*, RIDA 9 (1962) 261–289; *Herrmann*, FS Vittinghoff 339–356; *Harter-Uibopuu*, in: Reden, Stiftungen (2015) 195–197.

[695] Zur Bedeutung für die Rechtspraxis, vgl. schon *Kunkel*, Actes–06 197; ein Überblick zuletzt in Czajkowski et al., Provinces (2020); die Tatsache, dass die Inschriften seit dem CIL geographisch geordnet werden, macht dies besonders lohnend, vgl. *Alföldy*, Epigr. Kultur 398 f., Anordnung nach römischen Verwaltungseinheiten.

[696] *Alföldy*, Epigr. Kultur 409 schätzt, dass pro Jahr 1.500 neue lateinische Inschriften gefunden werden.

[697] Vgl. etwa die Beobachtungen zum Schutz der Totenruhe in Ephesus von *Harter-Uibopuu*, in: Fischer, Beitrag Kleinasiens (2014) 157–180, die zeigen, dass verschiedene Rechtstraditionen in der Metropole zusammenkamen.

[698] *Tomlin*, Roman London (2016) mit Rezension von *Jakab*, SZ 134 (2017) 590–594.

[699] Hierzu gehört auch die rechtshistorische Würdigung der bestehenden Editionen, wie *Camodeca/Nasti*, Index 45 (2017) 138–148 und *Nasti*, in: Calvelli et al., Altera pars laboris (2019) 183–204 belegen.

[700] Zur griechischen Übersetzung der kaiserlichen Verlautbarungen, vgl. *Laffi*, Greco (2013).

[701] Zum Osten, vgl. *Kantor*, OH AGL, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199599257.013.25.

§ 9 Die Legisaktionen

Mario Varvaro

Karlowa, Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen, 1872; *Keller*, Der römische Civilprozess und die Actionen, 6. Aufl. bearb. v. Adolf Wach, 1883; *Wenger*, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, 1929; *Pugliese*, Il processo civile romano I: Le legis actiones, 1961/62; *Cannata*, Profilo istituzionale del processo civile privato I: Le legis actiones, 1980; *Nicosia*, Il processo privato romano, I. Le origini. Corso di diritto romano, 1980; *Nicosia*, Il processo privato romano, II. La regolamentazione decemvirale. Corso di diritto romano, 1984; Albanese, Il processo privato romano delle legis actiones, 1987; *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1996.

Inhalt Rn.

I. *Lege agere, legis actio* und „Legisaktionenprozess“ 1
II. Gemeinsame Merkmale des *lege agere* 12
1. Die Phase *in iure* 17
2. Die Phase *apud iudicem* 25
III. Das *lege agere sacramento* 30
1. Das *lege agere sacramento in rem* 37
2. Das *lege agere sacramento in personam* 43
IV. Das *lege agere per iudicis arbitrive postulationem* 50
V. Das *lege agere per condictionem* 57
VI. Das *lege agere per manus iniectionem* 60
VII. Das *lege agere per pignoris capionem* 73

I. *Lege agere, legis actio* und ‚Legisaktionenprozess‘

1 Bekanntlich haben die Römer das Zivilprozessrecht vom Privatrecht nicht unterschieden. Daher wird verständlich, warum im ältesten römischen Recht unter *lege agere* ein strikt formalisiertes Verfahren zu verstehen war, das seine Wirkung in mehreren Rechtsgebieten entfaltete. In diesem noch undifferenzierten Bereich, der von einem strengen Ritualismus geprägt war, hieß *agere* ‚durch Wörter bezeichnen‘ (*verbis indicare*),[1] auch wenn es um nichtprozessuale Akte ging.

[1] Vgl. Fest, p. 218 (s. v. Orare).

Es handelte sich um ein förmliches Prozedere, das der modernen Terminologie von einem ‚Legisaktionenprozess' bzw. ‚Legisaktionenverfahren' im Großen und Ganzen zugrunde liegt und eine solche Begrifflichkeit somit rechtfertigen kann. Allein, es ist nicht zu vergessen, dass die Rechtskategorie des Prozesses in den Quellen nicht zu finden ist. Die Römer sprachen von *agere*, und insbesondere von einem *lege agere* (sog. Legisaktionenprozess) und später einem *per concepta verba, id est per formulas, litigare*[2] (sog. Formularprozess). **2**

Der hier angewandte Begriff von ‚Prozess' soll also eine Gruppe von antiken förmlichen Verfahren bezeichnen, die zu Beginn der römischen Rechtsgeschichte dazu dienten, die Rechte der Privaten unter einer übergeordneten Autorität – anfänglich dem König, später einem Magistrat mit *iurisdictio*, von 367 v. Chr. an vor allem dem Prätor[3] – zu verfolgen und zu verwirklichen. Diese Verfahren mussten nicht unbedingt mit einem Urteil entschieden werden und konnten auch mit anderen Akten – wie etwa einer *confessio in iure* (→ Rn. 22) – zu Ende geführt werden. **3**

Der Ritus sämtlicher *legis actiones* bestand aus genau bestimmten Worten und feierlichen Handlungen, die vor dem Träger der *iurisdictio* und unter seiner Aufsicht exakt vollzogen werden mussten. Beging man dabei den kleinsten Fehler, führte dies zum unwiederbringlichen Prozessverlust.[4] Aus diesem Grund empfahl es sich für die Parteien, sich von den Juristen – in der ältesten Zeit den *pontifices* – beraten zu lassen, welche die Formeln abgefasst hatten und ihre exakten Wörter genau kannten. Die pontifikale Jurisprudenz soll jeweils auch Rechtsrat in der Frage erteilt haben, ob und wie ein Anspruch klagbar war. **4**

Auch wegen des – zumindest von einem späteren Standpunkt aus – übermäßigen Formalismus fing das *lege agere* bereits im 3. oder im 2. Jh. v. Chr. an, mit dem Formularprozess (→ § 8 Rn. 10) zu konkurrieren, bis es im Jahr 17 v. Chr. durch eine *lex Iulia iudiciorum privatorum* mit wenigen Ausnahmen abgeschafft wurde.[5] Diese bei Gaius erwähnten zwei Ausnahmen waren das *centumvirale iudicium* in Form der *legis actio sacramenti in personam* aus der Präjudizialsponsion beim *agere in rem per sponsionem* (→ § 59 Rn. 33) und die *legis actio* für den Fall des *damnum infectum* (→ § 62 Rn. 37), vielleicht in Form eines *lege agere per pignoris capionem* (→ Rn. 73 ff.).[6] **5**

---

[2] Vgl. Gai. 4.30.

[3] Zu erwähnen ist die Ansicht von *Nicosia*, Processo III (2012), wonach das älteste Legisaktionenverfahren ohne Anwesenheit einer übergeordneten Autorität erfolgte und die *iurisdictio* erst nach den *leges Liciniae Sextiae* vom Jahr 367 v. Chr. in den *legis actiones* wurzelte. Diese radikale Auffassung scheint aber quellenwidrig und daher nicht glaubhaft; vgl. schon *Kaser*, SZ 104 (1987) 55 Fn. 6 und die dort zitierte Literatur, der hinzuzufügen sind *Pelloso*, Om. Burdese I 63–83; *Falcone*, LR 2 (2013) 406–412.

[4] Gai. 4.30.

[5] Gai. 4.30.

[6] Gai. 4.31. Zur möglichen Aufhebung des *lege agere per condictionem* bereits in der zweiten Hälfte des 2. Jh. v. Chr. durch die *lex Aebutia* s. u. Fn. 104. Bislang wurde die Annahme nicht bewiesen, wonach dieses Gesetz auch das *lege agere per pignoris capionem* (→ Rn. 73 ff.) abgeschafft haben soll.

6 Obwohl über den Ursprung der ältesten prozessualen *legis actiones* große Ungewissheit herrscht, lässt er sich bereits in der vordezemviralen Zeit erblicken. Die verschiedenen Lehren über die Anfänge des Zivilprozesses, wie die ‚Selbsthilfetheorie' oder die ‚schiedsgerichtliche' Theorie, stützen sich auf ein geringes und oft fragmentarisches Quellenmaterial, das Spekulationen sehr breiten Raum gibt.

7 Die Hauptquelle für die Kenntnis von den Legisaktionen sind die Institutionen des klassischen Juristen Gaius, die jedoch aus einer Zeit datieren, als das *lege agere* schon längst nicht mehr gebräuchlich war.[7] Die gaianische Darstellung zielte darauf ab, den dem späteren Formularprozess bekannten Unterschied zwischen den *formulae quae ad legis actiones exprimuntur* und die *formulae quae sua vi ac potestate constant* (→ § 10 Rn. 9) verständlich zu machen.[8]

8 Gaius berichtet von fünf verschiedenen Verfahrensarten (*modi agendi*) bzw. Klagformen, in denen mit ganz bestimmten Wörtern (*certis verbis*) geklagt wurde. Das *lege agere* wurde jeweils mit einem instrumentalen Ablativ (*sacramento*) oder einer adverbialen Bestimmung, d. h. dem Akkusativ mit der vorangestellten Präposition *per* (*per iudicis arbitrive postulationem*, *per condictionem*, *per manus iniectionem*, *per pignoris capionem*) bezeichnet.[9]

9 Ursprünglich entsprachen diesen fünf Verfahrensarten ebenso viele *legis actiones*. Im Laufe der Zeit soll aber die pontifikale Jurisprudenz weitere *legis actiones* mit jeweils eigenen Formularen erfunden haben. Sie wurden durch einen der fünf *modi agendi* zustande gebracht,[10] wie etwa die in unseren Quellen erwähnte *actio de vitibus succisis*.[11]

10 Gaius führt die Ausdrücke *lege agere* und *legis actio* auf *lex* i. S.v. ‚Gesetz' zurück.[12] Die Begrifflichkeit geht jedoch auf eine Zeit zurück, in der das aus dem Verb *ago* bzw. *aio*[13] stammende Wort *actio* i. S.v. ‚Sprechakt' (und nicht von ‚Klage') sowie das Wort *lex* (Genitiv: *legis*) i. S.v. ‚feierliche Spruchformel' mit juristischen Folgen (und nicht von ‚Gesetz') zu verstehen war.

---

[7] Weitere lose Spuren sind freilich auch in anderen Quellen, z. B. bei Cicero, Varro, Festus und Gellius, zu finden. Ein einheitliches Bild der *legis actiones* wird von dem klassischen Juristen Pomponius skizziert, der die *legis actiones* als *legitimae actiones* versteht; vgl. Pomp. ench. sing. D. 1.1.2.6, dazu s. *Bassanelli Sommariva*, St. Martini I 183–198.

[8] Dazu s. in der neueren Literatur *Bianchi*, Atti Biscardi 9–47; *Albanese*, Mél. Gandolfi II 1021–1042.

[9] Gai. 4.12. Die Bezeichnung mit dem schlichten instrumentalen Ablativ anstatt der adverbialen Bestimmung (Akkusativ mit der Präposition *per*) könnte das Indiz für einen älteren Ursprung des *lege agere sacramento* sein; so *Aricò Anselmo*, Regole procedurali (2012) 168 f. Fn. 472.

[10] Zum Thema s. auch *Melillo*, St. Labruna V 3518 Fn. 9.

[11] Gai. 4.11.

[12] Gai. 4.11.

[13] Beide Verbformen stammen aus der Wurzel **ag*-, die bald ohne Stammsuffix und thematisch bald mit Stammsuffix *i* und halbthematisch flektiert ist; dazu s. *Manthe*, FS Mayer-Maly (2002) 437–442.

Anfänglich musste also *lege agere* ‚durch eine Spruchformel mit juristischen Folgen (*lege*) sprechen (*agere*)' heißen.[14] Da das Wort *actio* nicht nur den prozessrechtlichen Sinn von ‚Klage' hatte, wird erklärlich, dass die Quellen auch in Verbindung mit der *mancipatio* (→ § 17 Rn. 5), der *in iure cessio* (→ § 16 Rn. 2) und der *manumissio vindicta* (→ § 36 Rn. 66) von einem *agere* in Bezug auf Sprüche in festgelegter Wortfolge reden,[15] die aus heutiger Sicht keine prozessualen Rechtsakte in engerem Sinne sind.[16] 11

II. Gemeinsame Merkmale des *lege agere*

Die fünf *modi agendi* bildeten kein einheitliches Verfahren und im Gegensatz zum Formularprozess waren sie rein mündlich und auf römische Bürger beschränkt. Sie zählten also zum ältesten *ius civile*. 12

Drei der fünf Klagformen (*lege agere sacramento*,[17] *lege agere per iudicis arbitrive postulationem* und *lege agere per condictionem*) waren dialogisch und – zumindest nach dem Stand unseres Quellenmaterials – strukturell zweigeteilt, so dass einem ersten Verfahrensabschnitt auf der Gerichtsstätte (*in iure*; → Rn. 17–24) ein zweiter Verfahrensabschnitt (*apud iudicem* oder *in iudicio*; → Rn. 25–29) folgte.[18] Nach einem heuti- 13

[14] So *Manthe*, FS Mayer-Maly (1996) 444. Zur Bedeutung des lateinischen Verbs *ago* im ältesten römischen Zivilprozess s. auch *Encuentra Ortega*, RIDA 43 (1996) 145–177.

In den Quellen ist auch von einem *iurgare* (ursprünglich: *iurigare*, aus: *iure agere*; vgl. Fest.-Paul. p. 92 L s. v. iurgatio), oder *litigare* (aus: *litem agere*) die Rede, wobei das Wort *lis* (archaisch: *stlis*; s. u. Fn. 51) ursprünglich die streitbefangene Sache bzw. den Streitgegenstand bezeichnete. Dazu s. *Encuentra Ortega*, RIDA 43 (1996) 148–151, mit Quellen; in Bezug auf *iurgare* vgl. auch *Falcone*, LR 2 (2012) 410.

[15] Grundlegend *Santoro*, ACop. II 201–217; *Santoro*, AUPA 41 (1991) 283–308; weiterhin *Varvaro*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 290 Fn. 74, 300 f. Fn. 104, 106, mit Quellen und Lit.; *Varvaro* in: Baldus/Schmon, Zivilprozess (2015) 37; *Bretone*, Storia (2008) 454 f.

[16] Jedenfalls findet man Spuren von einem *lege agere* auch in nicht privatrechtlichen Gebieten, die ein streng förmliches Verfahren bezeichneten; vgl. Liv. 26,15–16.

[17] In seinen Institutionen spricht Gaius von einer *sacramenti actio* (Gai. 4.13), wohingegen der Ablativ *sacramento* nur in Zusammenhang mit dem Verb *ago* bzw. dem Ausdruck *lege agere* steht (Gai. 4.12,13; 4.20,31); dazu s. Varvaro, in: Baldus/Schmon, Zivilprozess (2015) 36 f. Fn. 7.

[18] Wahrscheinlich waren anfänglich die ältesten *modi agendi* ungeteilt und erfolgten bis zum Ende vor dem König, vielleicht mit Hilfe der *pontifices*. Mangels ausreichender und zuverlässiger Quellen darf man dazu keine sichere Rekonstruktion vorschlagen. Die ursprüngliche ordale Natur des *lege agere sacramento* (→ Rn. 30 ff. und Fn. 77) musste sich wohl zu der sakralen Funktion des alten Königs fügen. Die Zweiteilung des Verfahrens soll durch die Zuweisung der Streitentscheidung an einen privaten Laienrichter hervorgerufen werden, der sein Urteil aufgrund der von den Streitteilen hervorgebrachten Beweise fällte. Eine Zweiteilung des Verfahrens soll bereits in dezemviraler Zeit bekannt gewesen sein. Zum Thema s. *Fiori*, Ea res agatur (2003) 67 f.; *Randazzo*, Om. Burdese I 41–58 mLit.; *Pelloso*, Om. Burdese I 100–112, der jedoch das *iudicare* bzw. *iura reddere* des alten Königs so versteht, dass es – anders als das *ius dicere* – kein den Streit beendendes Urteil habe

gen, den Römern fremden, Schema erscheinen die drei dialogischen *legis actiones* als ein Erkenntnisverfahren.

14 Die übrigen zwei Klagformen (*lege agere per manus iniectionem* und *lege agere per pignoris capionem*) waren hingegen nicht dialogisch und nicht zweigeteilt. Aus heutiger Sicht erscheinen sie als Vollstreckungsverfahren, in denen nur der Kläger die prozessuale Initiative ergriff und dementsprechend agierte.

15 Die ältesten *modi agendi* waren das *lege agere sacramento* (→ Rn. 30 ff.), das *lege agere per manus iniectionem* (→ Rn. 60 ff.) und das *lege agere per pignoris capionem* (→ Rn. 73 ff.). Später wurden das *lege agere per iudicis arbitrive postulationem* (→ Rn. 50 ff.) und zuallerletzt das *lege agere per condictionem* (→ Rn. 57 ff.) hinzugefügt.

16 Obwohl die fünf prozessualen Legisaktionen in Einzelheiten der feierlichen Wortformeln und Handlungen verschieden waren, hatten sie alle gewisse Grundformen gemeinsam.

1. Die Phase *in iure*

17 Der Verfahrensabschnitt vor dem Träger der *iurisdictio* (Phase *in iure*) war zur Streiteinsetzung bestimmt und konnte – mit Ausnahme des *lege agere per pignoris capionem* (→ Rn. 73 ff.) – nur an den *dies fasti* stattfinden.[19] Da diese Phase die Anwesenheit beider Streitteile verlangte,[20] musste der Kläger (*actor*) den Beklagten (*reus*)[21] auffordern, ihm sofort zum Gericht zu folgen (*in ius vocatio*).[22] Nach dieser Ladung konnte ein Dritter als *vindex* (sog. Ladungsvindex) auftreten, der den Beklagten von dieser

---

bedeuten können; *Ortu*, Om. Burdese I 147–152, die davon überzeugt ist, dass die Zweiteilung des antiken Verfahrens bereits seit Servius Tullius bestanden habe; nach *Randazzo*, Om. Burdese I 57, wurden die *pontifices* in die Entscheidung des Rechtsstreits miteinbezogen, indem sie mit dem König an der Suche nach einer juristischen Lösung zusammenwirkten; *Falcon*, Om. Burdese III 533–536.

[19] Nur bei diesen Tagen, die im römischen Kalender mit dem Buchstaben *F* gekennzeichnet wurden, durfte der Träger der *iurisdictio* die *tria verba sollemnia* (*do*, *dico*, *addico*) sprechen. Bei den im Kalender mit dem Buchstaben *N* gekennzeichneten *dies nefasti* war dies nicht erlaubt, so dass diese keine Gerichtstage sein konnten. Bei den im Kalender mit den Buchstaben *EN* gekennzeichneten *dies intercisi* (ursprünglich: *endotercisi*) war das Sprechen der *tria verba sollemnia* teils (morgens und abends) nicht zugelassen und teils (in der Mitte des Tages) zugelassen.

[20] Diesbezüglich bildete eine Ausnahme das *lege agere per pignoris capionem* (→ Rn. 73).

[21] Ursprünglich bezeichnete das Wort *reus* beide Streitteile; vgl. Aelius Gallus bei Fest. p. 336 L (s. v. reus) s. v. reus [p. 366 p].

[22] XII tab. 1.1–3. Die *in ius vocatio* des Zwölftafelgesetzes musste wohl bei allen prozessualen Legisaktionen stattfinden, auch wenn sie keine persönlichen Klagen waren. Nicht zu teilen ist die Ansicht, dass bei den anderen Klagen – darunter bei einem Freiheitsstreit (→ § 36 Rn. 57) – das ganze Verfahren auch ohne *in ius vocatio* (direkt mit der *vindicatio* einer Partei) erfolgen durfte (so aber jüngst *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 94–96). Die *in ius vocatio* diente nämlich dazu, die Anwesenheit des Gegners und nicht die des Streitobjekts an der Gerichtsstätte zu sichern.

Pflicht befreite.[23] Trat kein *vindex* auf oder weigerte sich der Beklagte, dem Kläger zum Gericht zu folgen, so konnte dieser seinen Gegner mittels förmlicher Handanlegung (*manus iniectio*)[24] mit Gewalt vor Gericht führen.[25]

18 Nach seinem Erscheinen *in iure* konnte der Beklagte eine Vertagung (*vadimonium*) erlangen (→ § 75 Rn. 13), wenn er imstande war, einen Gestellungsbürgen zu geben (*vadem dare*). Dieser Bürge (*vas*)[26] versprach in feierlicher Form[27] das Wiedererscheinen *in iure* des Beklagten an einem bestimmten Ort (*certo loco*) und an einem bestimmten Tag (*certo die*), vermutlich auch zu einer bestimmten Stunde.

19 Durch das *denegare actionem*[28] (→ 12 Rn. 7) konnte der Träger der *iurisdictio* die Fortführung des Verfahrens insgesamt ablehnen. Das musste z. B. geschehen, wenn das Klagebegehren offensichtlich grundlos war oder eine Partei nicht römischer Bürger (*civis Romanus*) oder nicht gewaltfrei war.

20 Parteien konnten nämlich nur die römischen Bürger (→ § 26 Rn. ■), und zwar die gewaltfreien (*sui iuris*), sein.[29] Ging der Streit um den Freiheitsstatus (*status libertatis*) einer Person (→ § 36 Rn. 57), bedurfte es eines *adsertor in libertatem*, der als Kläger oder Beklagter denjenigen vertrat, um dessen Freiheit es sich handelte. Bis auf diese und wenige andere Ausnahmen[30] war das Auftreten zugunsten eines anderen (*agere alieno nomine*) ausgeschlossen.

21 Der Geladene musste sich auf den Streit einlassen und samt dem Kläger an der Begründung des Verfahrens durch Streitbezeugung (*litis contestatio*; → Rn. 24) mitwirken. Falls der Beklagte sich weigerte, dem Kläger gegenüber Stellung zu nehmen und dessen Behauptung zu erwidern, konnte das Verfahren nicht fortschreiten, nämlich durch die *litis contestatio* beider Streitteile begründet werden. Das passive Verhalten des

---

[23] Nach dem Zwölftafelgesetz (XII tab. 1.4) musste der *vindex* eine besondere soziale Stellung haben, die von derjenigen des Beklagten (*adsiduus* oder *proletarius*) abhing. Dass der Zwölftafeltext in Beziehung mit dem sog. Ladungsvindex zu setzen ist, ist nicht zu bezweifeln; vgl. *Albanese*, Index 26 (1998) 26. Zum Thema s. auch *Trisciuoglio*, St. Nicosia VIII 285–304; *De Simone*, AUPA 57 (2014) 101–126.

[24] Diese sog. *manus iniectio vocati* ist nicht mit dem *lege agere per manus iniectionem* zu verwechseln (→ Rn. 61).

[25] Die Regeln der *in ius vocatio* sind in XII tab. 1.1–3 zu lesen.

[26] Zwar sind im Zwölftafelgesetz neben den *vades* auch *subvades* genannt (XII tab. 1.10; vgl. Gell. 16,10,8), über deren Rolle aber nichts Weiteres zu erfahren ist.

[27] Vgl. Varro ling. 6,74; Auson. Idyll. 12,1–2. Zu Varros Stelle s. neuerdings *De Simone*, AUPA 52 (2009) 165–222.

[28] Bekanntlich ist der nominalisierte Ausdruck *denegatio actionis* in den Quellen nicht zu finden.

[29] Gewaltfreie und unter Vormundschaft stehende Personen, wie Frauen (→ § 29) und Unmündige (*impuberes*) die aber sprechen konnten (→ § 30), bedurften der *auctoritas tutoris*. Konnte der Unmündige nicht reden, prozessierte für ihn sein Vormund (→ § 31). Für die Wahnsinnigen (*furiosi*) musste ihr *curator* (→ § 31) prozessieren.

[30] Solche Ausnahmen werden in Inst. 4.10 pr. aufgelistet. Diese Stelle erwähnt neben dem *lege agere pro libertate* auch das *lege agere pro populo* und das *lege agere pro tutela*. Zu diesem letzten s. jetzt *Sciortino*, IAH 1 (2009) 159–193.

Beklagten (*indefensio*) wurde mit einem Exekutionsverfahren durch Handanlegung (*manus iniectio*) bestraft,[31] um ihn indirekt zur Mitwirkung zu zwingen.

22 Der Beklagte konnte das Begehren seines Gegners auf der Gerichtsstätte förmlich anerkennen (*confessio in iure*)[32] und somit den Streit auch ohne ein Urteil zu einem Ende bringen. Bei den *vindicationes* erfolgte die *addictio* der streitbefangenen Sache oder Person durch den Träger der *iurisdictio*.[33] Betraf das Geständnis eine bezifferte Geldsumme (*confessio certae pecuniae*), konnte das Exekutionsverfahren folgen (sog. *manus iniectio confessi*),[34] denn die *confessio in iure* hinsichtlich einer bestimmten Geldsumme war einem Urteil (*iudicatum*) gleichgestellt (→ Rn. 62).[35] Im Allgemeinen ist anzunehmen, dass die ältesten Legisaktionen nur bei bestimmten Ansprüchen in Gang gesetzt werden konnten.[36]

23 Die Annahme eines Exekutionsverfahrens nach einem sog. *arbitrium liti(s) aestimandae* für die Anerkennung eines unbestimmten Klagebegehrens findet in den Quellen keine solide Grundlage.[37] Vermutlich war das *arbitrium liti(s) aestimandae* ein Vorverfahren, das nur zur Bezifferung der Sakramentssumme (→ Rn. 31) diente, die in dem *lege agere sacramento* von dem Wert des Streitobjekts (*lis*) abhing.[38]

24 Bestritt der Beklagte das, was der Kläger rituell behauptet hatte, so endete der erste Abschnitt *in iure* mit der Zulassung des Streitverfahrens (*dare actionem*) durch den Träger der öffentlichen Gerichtsbarkeit, die ein Akt seiner *iurisdictio* war. Dazu riefen die Parteien in feierlicher Weise Zeugen auf (*litem contestari*, *litis contestatio*)[39] und dadurch wurde der Streit eingesetzt.

---

[31] Vgl. *Santoro*, IAH 1 (2009) 81 f.

[32] Die *confessio* (aus: *cum-fateri*) war also ein Sprechen des Beklagten, der mit dem Kläger übereinstimmte. Sein Gegenteil war die *infitiatio* (aus: *in-fateri*), die in einer Verneinung der Behauptung des Klägers bestand und mit dem Verb *nego* (aus: *nec-ago* bzw. *aio*) zum Ausdruck gebracht wurde.

[33] In einem Freiheitsstreit (→ § 36) erfolgte eine *addictio* zugunsten der Freiheit (*secundum libertatem*).

[34] In diesem Sinne *Varvaro*, Certum (2008) 156 mLit.

[35] Vgl. XII tab. 3.1. Zur Verbesserung des bei Gell. 15,13,11; 20,1,45 überlieferten Zwölftafelsatzes (*Aeris confessi⟨s⟩ re[bu]⟨i⟩sque iure iudicatis xxx dies iusti sunto*) s. *Santoro*, IAH 1 (2009) 75. Nach *Giomaro*, St. Mancini 367 f. Fn. 2 könnte der Ausdruck *iure iudicatis* eine sprachliche Modernisierung des ältesten Ausdrucks *iure dicatis* sein.

[36] In diesem Sinne s. zuletzt *Varvaro*, Certum (2008) 154 f. mLit.

[37] Vgl. *Varvaro*, AUPA 51 (2006) 367–370; *Varvaro*, Certum (2008) 156–160, 248–260 mit Quellen und Lit.; *Santoro*, IAH 1 (2009) 78 f. Dazu s. auch, wenngleich in einer nicht überzeugenden Perspektive, *Fiori*, Ea res agatur (2003) 92–101.

[38] Vgl. *Fuenteseca Degeneffe*, RIDA 53 (2006) 255 f. Fn. 44.

[39] Vgl. Fest.-Paul. s. v. contestari litem p. 50 L; Fest.-Paul. p. 34 L (s. v. contestari). Da in der ersten Stelle von einer *iudicii ordinatio* die Rede ist, ist sie auf den Formularprozess zu beziehen; vgl. *Varvaro*, AUPA 57 (2014) 294 mLit.

2. Die Phase *apud iudicem*

Bei den drei dialogischen *modi agendi* erfolgte der zweite Verfahrensabschnitt vor einem Privatrichter. Diese Phase *apud iudicem* war zur Streitentscheidung bestimmt und endete nach Parteianhörung und Beweiserhebung mit einem vom Richter verkündeten Urteil (*sententia* oder *iudicatum*),[40] das den Rechtsstreit unwiderruflich entschied.[41] **25**

Schon in dieser ältesten Zeit galt das Prinzip *bis de eadem re agere non licet*,[42] das ein wiederholtes Verfahren unter den gleichen Parteien mit demselben Streitgegenstand (*agere de eadem re*; *actam rem agere*) nicht erlaubte.[43] Nach der Streitbezeugung (→ Rn. 21) wurde eine gleichwohl erneut erhobene Klage denegiert. Die einzige Ausnahme war die mögliche Wiederholung einer *vindicatio in libertatem* (→ § 36 Rn. 56), d. h. eines Freiheitsstreits zugunsten eines angeblichen Sklaven.[44] **26**

Der Verfahrensabschnitt *apud iudicem* fand an dem Ort statt, über den sich die Streitteile miteinander abgestimmt hatten.[45] Mangels einer Übereinstimmung mussten sie vor Mittag (*ante meridiem*) auf dem Versammlungsplatz oder dem Forum (*in comitio aut in foro*) den Sachverhalt vor dem Privatrichter summarisch darstellen (*causam conicere*), falls beide anwesend waren.[46] Erschien eine Partei bis zum Mittag nicht, so war der Streit zugunsten der anwesenden Partei zu entscheiden.[47] Waren beide Parteien anwesend (*si ambo praesentes*), musste der Streit bis zum Sonnenuntergang beendet werden.[48] **27**

Urteilsrichter konnte ein Einzelrichter (*iudex unus*[49] oder *arbiter*) bzw. eine Richterbank sein. Der *arbiter*[50] judizierte in Rechtsstreiten, die besondere technische Kom- **28**

---

[40] Die Fällung und Verkündigung des Urteils wurde durch das Verb *iudico* (aus: *ius dicare*) ausgedrückt. Nach *Fiori*, Ea res agatur (2003) 87, war das *iudicare* der *legis actiones* eine „Bezeichnung" des *ius*, das durch eine indirekte Entscheidung erfolgte, wie in der Entscheidung über das *sacramentum* in dem *lege agere sacramento*. Diese Idee verdient aber wenig Glauben, denn für die anderen Legisaktionen ist keine indirekte Entscheidung belegt.

[41] Die Struktur dieses Urteils ist uns unbekannt; dazu s. *Marrone*, BIDR 100 (1997) 38 f. Umstritten bleibt, ob die Entscheidung auf rationaler Grundlage basierte oder nicht. Zur Debatte s. zuletzt *Fiori*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 212–246, der sich gegen die Ansicht eines „irrationalen" Prozesses ausgesprochen hat, ohne jedoch eine alternative Erklärung des ältesten römischen Verfahrens bewiesen zu haben.

[42] Der berühmte Rechtssatz ist belegt bei Quint. inst. 7,6,4; s. auch Quint. decl. 266.

[43] Gai. 4.108.

[44] Vgl. Cic. dom. 29,78.

[45] XII tab. 1.6; vgl. Rhet. Her. 2,13,20; Prisc. gramm. 10,32. In diesem Sinne s. zuletzt *Metzger*, Outline (1997) 108 f.; *Humbert*, AUPA 53 (2009) 40, der diesbezüglich auch das Zeugnis der Lex Irnit. Kap. 91 in Betracht gezogen hat.

[46] XII tab. 1.7. Zur sog. *causae coniectio* s. Gai. 4.15.

[47] XII tab. 1.8; vgl. Gell. 17,2,10. Zu diesem Text s. zuletzt *Fiori*, Ea res agatur (2003) 74 f.

[48] XII tab. 1.9.

[49] Ursprünglich musste der *iudex* ein Senator sein; vgl. Polyb. 6,17,7.

[50] Dunkel und heute noch fraglich ist die ursprüngliche Bedeutung des Wortes *arbiter*. Vielleicht kommt es aus **ad-baetere* oder **ad-bitere*, i. S. v. ‚zu einem Ort gehen'. Anders *Marotta*, Ostraka 5

petenzen verlangten, wie etwa bei der Grenzbereinigungsklage (*legis actio finium regundorum*) oder den Teilungsklagen (→ § 67 Rn. 8). In diesen Rechtsstreiten hatte der *arbiter* einen unbeschränkten Ermessensspielraum.

29 Für die Freiheitsstreitigkeiten (→ § 36 Rn. 56) waren die *decemviri (st)litibus iudicandis*[51] und für die Erbrechtssachen, wie die *hereditatis petitio* (→ § 64 Rn. 1), die Hundertmänner (*centumviri*)[52] zuständig.[53] Ungewiss ist, ob auch die *tresviri capitales* am ältesten Legisaktionenverfahren und zwar an dem *lege agere sacramento* (→ Rn. 30–36) Anteil nahmen.[54]

III. Das *lege agere sacramento*

30 Das *lege agere sacramento* war eine allgemeine Prozessform (*generalis actio*), die überall stattfand, wenn nicht das Gesetz einen anderen *modus agendi* vorschrieb.[55] Es konnte entweder *in rem* oder *in personam* gerichtet sein.[56] Aus dem *lege agere sacramento in rem* haben sich die *actiones in rem* und aus dem *lege agere sacramento in personam* die *actiones in personam* herausgebildet.[57]

31 Es handelt sich um eine sehr alte Legisaktion, die auf keinem Gesetz fußte und ihren Namen von dem *sacramentum* erhielt. Dies war in historisch erreichbarer Zeit ein

---

(1996) 87 f. mit Fn. 133, der sich für die Herleitung des Wortes aus dem phönizischen *rb* (*arbu*) ausgesprochen hat. Zum Thema s. auch *Fiori*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 217 f. Zu erwähnen ist außerdem die mögliche Etymologie aus **ambhro-ter*, i. S.v. ‚derjenige, der auf beider Seite ist und die zwei Streitteile versöhnt'.

[51] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.29; Suet. Aug. 36; Cass. Dio 54,26,6. Das lateinische Wort *stlis* ist eine archaische Form für *lis*; vgl. Fest.-Paul. s. v. Stlatta p. 411 L. Zum Ursprung der *decemviri (st)litibus iudicandis* s. *Gagliardi*, Decemviri (2002) 3–40, mit Quellen und Lit.; *Gagliardi*, Om. Burdese II 341–350; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 168–194. Ob die Kompetenz dieses Kollegiums jemals breiter gewesen ist, ist nicht zu ermitteln.

[52] Fest.-Paul. s. v. centumviralia iudicia p. 47 L; Suet. Aug. 36; Quint. Inst. orat. 5,2,1; Stat. silv. 4,4,3; Val. Max. 7,8,1. Äußerst fraglich ist, ob die Zusammensetzung des Zentumviralgerichts tatsächlich mit den 35 Tribus in Verbindung zu setzen ist, wie Festus' Bericht zu entnehmen ist. Zum Ursprung des Zentumviralgerichts statt aller *Gagliardi*, Decemviri (2002) 99–112, mit Quellen und Lit.; *Gagliardi*, Om. Burdese II 350–358.

[53] Ob die Richterbank ursprünglich aus allen oder nur – wie in der Prinzipatszeit – aus einigen Mitgliedern des Kollegiums bestand, lässt sich nicht ermitteln.

[54] Eine *lex Papiria* vom 3. oder 2. Jh. v. Chr. nennt ihre amtliche Tätigkeit in Verbindung mit dem *sacramentum* (Fest. s. v. sacramentum p. 468 L); dazu s. *Cascione*, Tresviri (1999) 171–185, mLit., der vorgeschlagen hat, die bei Festus erwähnte *lex Papiria* nicht *de sacramentis*, sondern *de tresviris capitalibus* zu nennen (ebd. 171 Fn. 2).

[55] Gai. 4.13.

[56] Die Debatte zur chronologischen Priorität des *lege agere sacramento in rem* stützt sich auf keine quellenmäßige Grundlage.

[57] Vgl. Gai. 4.1.

religiöser Wetteinsatz,[58] die beide Streitteile für ihre jeweilige Rechtsbehauptung auf den Fall des Prozessverlustes einsetzen mussten.[59] In der Zeit, von der unsere Quellen berichten, musste also die unterliegende Partei eine bestimmte Geldsumme (*summa sacramenti*) zugunsten des Staates (*in publicum*) bezahlen.[60]

32 Die mittels des performativen Verbs *aio* (→ Rn. 45) formulierte Behauptung einer Partei, die sich am Ende des Verfahrens als unrechtmäßig erwies, brachte mit sich, dass auch der Wetteinsatz der Partei unrechtmäßig (*sacramentum iniustum*) war und daher zum Prozessverlust und zur Zahlung der Sakramentssumme führen musste.[61]

33 In dezemviraler Zeit betrug diese Summe 500 oder 50 As,[62] je nachdem, ob das Streitobjekt sich auf mehr als 1000 As oder weniger belief.[63] In einem Freiheitsstreit betrug sie nach dem Zwölftafelgesetz immer nur 50 As, um das Prozessrisiko zu verringern und dadurch die Verfahren um den Freiheitsstatus zu begünstigen (*favor libertatis*). Die Sakramentssumme war eine zu gottesdienstlichen Zwecken bestimmte Geldbuße,[64] die in ältester Zeit beide Parteien bis zur Streitentscheidung in einem Tempel oder an einem heiligen Ort (*in sacro*) deponierten.[65] Sie ersetzte eine Anzahl von Viehstücken – fünf Rinder oder fünf Schafe –, die ursprünglich zu öffentlichen Opfern bestimmt waren.[66] Für die Zahlung der Geldsumme musste jede Partei geeignete Bürgen (*praedes sacramenti*) stellen.[67]

---

[58] Ursprünglich war das *sacramentum* ein religiöser Eid; vgl. Fest. p. 466 L (s. v. sacramento); p. 468 L (s. v. sacramentum). Zum Thema s. zuletzt *Van Slyke*, Antiphon 9.2 (2005) 182 f.

[59] Nicht überzeugend scheint die Annahme, dass ursprünglich nur ein Streitteil das *sacramentum* einsetzen musste. Zum Thema s. *Martini*, Mél. Sturm I 381 f.

[60] Vgl. Gai. 4.13. Das *sacramentum* war also eine Erscheinung des das altrömische Recht prägenden Prozessrisikos.

[61] Daher wird verständlich, warum Gaius die *legis actio sacramenti* als ‚gefährlich' (*periculosa*) bezeichnet (Gai. 4.13). Nicht überzeugend scheint die Annahme von *Fiori*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 246, dass der Verlust des Verfahrens auch die *sacratio* des unterliegenden Streitteils nach sich gezogen habe, denn er sei als Eidbrecher erschienen.

[62] Vielleicht wurde der Betrag der Sakramentssumme kurz vor dem Zwölftafelgesetz bestimmt, wie man einem Passus Ciceros (Cic. rep. 2,35,60) entnehmen kann; vgl. *Van Slyke*, Antiphon 9.2 (2005) 187, der diese Bestimmung auf die *lex Aternia Tarpeia de multa et sacramento* vom Jahr 454 v. Chr. zurückführt.

[63] Gai. 4.14. Allem Anschein nach bedarf es für die Bestimmung des Werts des Streitobjekts (*lis*) eines *arbitrium liti(s) aestimandae* (→ Rn. 23). Dieses Verfahren diente dazu, den Wert einer Sache in einer entsprechenden Geldsumme (*aes*, i. S.v. ‚Kupfer- bzw. Bronzegeld') zu bestimmen (*aestimo*, wahrscheinlich zusammengesetzt aus: *aes-temo*, i. S.v. ‚das *aes* schneiden').

[64] Aus diesem Grund spricht Gaius von einer *summa sacramenti poenae nomine praestata* (Gai. 4.13) und einer *poena sacramenti* (Gai. 4.14); dazu s. *Varvaro*, Certum (208) 64 Fn. 202.

[65] Vgl. Varro de lingua Lat. 5,180; dazu s. zuletzt *Van Slyke*, Antiphon 9.2 (2005) 182 f.

[66] Die Gleichsetzung eines Rindes mit 100 As einerseits und eines Schafes mit 10 As andererseits ist belegt bei Fest. p. 220 L (s. v. ovibus duabus); dazu s. *Varvaro*, Certum (2008) 61 mit Fn. 188, 65, mLit.

[67] Vgl. Gai. 4.13.

34 Nach der wechselseitigen Herausforderung zur Wette (*sacramento provocare*), die zugleich eine Herausforderung zum Streit war, musste von dem Träger der *iurisdictio* ein Privatrichter ernannt werden (*dare iudicem*; *datio iudicis*). Für diesen weiteren, gleichfalls auf der *iurisdictio* fußenden Akt mussten die Streitteile wiederum vor dem Träger der *iurisdictio* erscheinen. Da aber der Streit innerhalb des Tages beendet werden sollte, wurde der Tag der ersten Verhandlung fiktiv gespalten (*diem diffindere*, *diei diffissio*),[68] um solcherart die Tageseinheit zu erhalten. Wenn die Verhandlung auf den übernächsten Tag (*dies perendinus*) verlegt wurde, wurde dieser Tag dem restlichen Teil des ersten Tags zugerechnet (*comperendinatio*), um ebenfalls die Tageseinheit zu wahren.[69]

35 Eine *lex Pinaria*[70] schrieb vor, dass die Parteien sich dreißig Tage nach beendigter Verhandlung vor dem Träger der *iurisdictio* zu einem neuen Termin einzufinden hatten, um die Richterbestellung zu bewirken.[71]

36 Nach den Beweisverhandlungen musste der Privatrichter über die Rechtmäßigkeit beider Prozesswetten entscheiden (*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*).[72] Durch diese *iudicatio* (aus: *ius-dicare*, i. S.v. ‚das Recht zeigen') wurde indirekt auch über die Rechtsstellungen der Streitteile in Bezug auf den eigentlichen Streitgegenstand mitentschieden.[73]

1. Das *lege agere sacramento in rem*

37 Mittels des *lege agere sacramento in rem* erfolgte ein prozessuales *vindicare* (aus: *vim-dicere*, i. S.v. ‚Gewalt zeigen'[74]). Dieses war eine absolute Gewaltbehauptung über eine freie bzw. unfreie Person,[75] eine Sache, oder eine Gesamtheit von Personen und Sachen

---

[68] Dazu s. in der neuesten Literatur *Metzger*, Outline (1997) 91–100, mLit.

[69] Auch in Bezug auf das Legisaktionenverfahren erscheint das Wort *comperendinatio* erstmals in den Schriften aus der Zeit des Formularprozesses; vgl. *Metzger*, Outline (1997) 82.

[70] Zur Datierung des pinarischen Gesetzes zwischen dem 5. und dem 2. Jh. v. Chr. s. jüngst die bei *Pelloso*, Om. Burdese I 77 f. Fn. 31, zitierte Literatur; *Briguglio*, Om. Burdese II 269 f. Fn. 1. Die Datierung auf das 2. Jh. v. Chr. wurde jüngst mit neuen Argumenten vertreten von *Nicosia*, AUPA 53 (2009) 64–67. Nach *Randazzo*, Om. Burdese I 57, kann das Gesetz auf einige Jahrzehnte vor dem Zwölftafelgesetz datiert werden und zu dem Übergang zum Laienrichter beigetragen haben.

[71] Gai. 4.15. Trotz der Schwierigkeit in der Lesung der Stelle des Gaius-Palimpsestes ist die Lesung des Wortes *statim* aus mehreren Gründen anderen möglichen Lesarten (*non eiusmodi* oder *nondum*) vorzuziehen. Nach *Briguglio*, Om. Burdese II 285–291, soll diese Lesart auch im Veroneser Manuskript ihre Bestätigung gefunden haben. Diese Annahme beruht jedoch auf einem methodologisch bedenklichen Verfahren und lässt daher keine zuverlässigen Rückschlüsse zu; vgl. *Varvaro*, Glückstern (2014) 133–141; *Varvaro*, Index 44 (2016) 59 f. mit Fn. 88.

[72] Vgl. Cic. Caecin. 33,97; Cic. dom. 29,78. Beide Stellen beziehen sich auf einen Freiheitsstreit.

[73] Die Debatte zum Thema kennt noch kein Ende; dazu s. *Fiori*, Ea res agatur (2003) 68–91.

[74] Zu dieser Etymologie s. neuerdings *Varvaro*, in: Fargnoli, Philipp Lotmar (2014) 25. Es handelt sich um eine rituelle Gewalt; zuletzt vgl., *Santoro* folgend, *Castresana* Herrero Actos (2007) 73 f. Fn. 130 mLit.

[75] Ein *vindicare* erfolgte auch in dem Streit um den Freiheitsstatus einer Person (*vindicatio in*

wie die Erbschaft (*familia pecuniaque*, *hereditas*) im Fall der *vindicatio hereditatis* (→ § 64 Rn. 1). Als Grundlage der Behauptung wurde explizit das quiritische Recht (*ex iure quiritium … aio*) erwähnt.[76]

38 Beide Parteien mussten die jeweiligen Rechtsbehauptungen (*vindicare* bzw. *contravindicare*) unter gleichzeitigem Ergreifen des Streitobjekts mit einer Hand und Auflegung eines Stabs[77] (*festuca* oder *vindicta*)[78] mit der anderen Hand vor dem Träger der *iurisdictio* ausführen.[79] Jeder Streitteil trat also zugleich als Kläger und Beklagter auf und musste daher die entsprechende Beweislast tragen, denn die Parteirollen waren gleich.

39 Da die Anwesenheit des streitbefangenen Objekts für die Durchführung des Ritus unerlässlich war, wurden bewegliche Sachen oder Personen (*mobilia et moventia*) zur Gerichtsstätte gebracht, wenn dies möglich war. Bei unbeweglichen und schwer zu transportierenden Sachen musste sich ursprünglich[80] der Träger der *iurisdictio* mit beiden Streitteilen an Ort und Stelle verfügen, wo die gegenseitigen Rechtsbehauptungen *in re atque in loco praesenti* ausgeführt wurden. Später begnügte man sich damit, ein Symbol des Streitobjekts zur Gerichtsstätte zu bringen,[81] um die *vindicatio* bzw. *contravindicatio*[82] durchführen zu können.[83]

---

libertatem; *vindicatio in servitutem*) oder um die Zugehörigkeit eines freien Sohnes in väterlicher Gewalt (*vindicatio filii*).

[76] Nicht zu folgen ist der Ansicht von *Nicosia*, Scr. Franciosi III 1847–1860, wonach der Bezug auf das quiritische Recht syntaktisch und logisch mit Bezug auf das Verb *aio* der *vindicatio* und nicht auf die Zugehörigkeitsbehauptung (*meum esse*) der streitbefangenen Person bzw. Sache zu verstehen sei; dazu s. *Varvaro*, in: Baldus/Schmon, Zivilprozess (2015) 41–49.

[77] Dieser Stab symbolisierte eine Lanze (*hasta*) als Zeichen der behaupteten Herrschaft. Das ganze Verfahren *in iure* könnte daher als ein Überbleibsel eines Gottesurteils (Ordals) durch gerichtlichen Zweikampf betrachtet werden.

[78] Bei der *in iure cessio* (→ § 16 Rn. 1) fand keine Auferlegung der *festuca* und keine wechselseitige Herausforderung zur Wette statt, so dass dieser Akt zwar ein einseitiges *vindicare*, aber kein unterbrochenes *lege agere sacramento in rem* oder ein ‚Scheinprozess' war; in der neueren Literatur vgl. *Varvaro*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 287 f. Fn. 68; *Gulina*, IAH 3 (2011) 109–161, der diesbezüglich auch die Wirkung der *in iure cessio hereditatis* in Betracht gezogen hat.

[79] Als Beispiel führt Gaius die *vindicatio* eines Sklaven (*homo*) an (Gai. 4.16). Problematisch ist, worauf sich der in der Formel enthaltene Ausdruck *secundum suam causam* bezog. Vermutlich bezeichneten die Wörter *sua causa* die konkrete rechtliche Lage des Streitobjekts, die der Vindikant mit seiner Behauptung ansprach.

[80] Laut Gell. 20,10,7–9 bis zur Zeit des Zwölftafelgesetzes.

[81] Wie z. B. eine Erdscholle (*gleba*) für das ganze Grundstück oder ein Ziegel (*tegula*) für das ganze Gebäude; vgl. Gai. 4.17.

[82] Dem in den Quellen nicht belegten Substantiv *contravindicatio* liegt der bei Gai. 1.134; 2.24 stehende Ausdruck *contra vindicare* zugrunde; vgl. *Varvaro*, in: Fargnoli, Philipp Lotmar (2014) 23 f. Fn. 2.

[83] Dies war der Endpunkt einer allmählichen Entwicklung, die anfänglich verlangte, dass beide Parteien mit Zeugen zu Ort und Stelle hingingen, um das Symbol des strittigen Objekts abzuholen und zur Gerichtsstätte zu bringen auf Befehl des Trägers der *iurisdictio*. Zur Zeit Ciceros verabre-

40 Die gegenseitigen und streitigen Akte des *vindicare*[84] und *contravindicare*[85] führten zu einem *manum conserere*,[86] das einen symbolischen Scheinkampf abbildete.

41 Auf den Befehl des Trägers der *iurisdictio* ließen beide Streitteile das Objekt los; nach dem Austausch weiterer Formeln forderten sie gegenseitig auf das *sacramentum* heraus.[87]

42 Nach der Herausforderung auf das *sacramentum* musste der Besitzstand am Streitobjekt für die Dauer des weiteren Verfahrens geregelt werden. Kraft seiner *iurisdictio* vertraute daher der König bzw. der Magistrat einer der zwei Parteien die vorläufige Sachherrschaft an (*vindicias dicere*).[88] Diese Partei musste dem Gegner Bürgen (*praedes litis et vindiciarum*) dafür stellen, dass sie im Fall des Unterliegens das streitbefangene Objekt selbst (*lis*) sowie die Früchte der Zwischenzeit (*vindiciae*, i. S.v. ‚Früchte') herausgeben würde.[89] Für den Freiheitsstreit stellte das Zwölftafelgesetz den Grundsatz auf, dass die Person, um deren Status gestritten wurde, einstweilen als Freie lebte (*vindiciae secundum libertatem*).

2. Das *lege agere sacramento in personam*

43 Der Bericht in den Institutionen des Gaius über die *legis actio sacramento in personam* ist leider im Veroneser Palimpsest so lückenhaft, dass es schwerfällt, den ganzen Ritus im Detail zu rekonstruieren.

---

deten sich die Parteien schon vor der Eröffnung des Verfahrens, so dass sie vor der Gerichtsstätte erschienen, nachdem das Symbol der streitbefangenen Sache bereits vorhanden war. Zur Entwicklung des *ex iure manum consertum vocare* s. jüngst *Varvaro*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 292.

[84] Neben dieser *vindicatio*, die in dem *lege agere sacramento in rem* gegenseitig erfolgte, kannte das altrömische Recht auch ein einseitiges und sachlich nicht streitiges *vindicare*, das außerhalb des streitigen *lege agere sacramento* stattfand, etwa bei der *mancipatio* (→ § 17 Rn. 5) oder bei der *in iure cessio* (→ § 16 Rn. 1). Dazu → Rn. 11 und Fn. 15.

[85] Nicht zu teilen ist die Ansicht Lotmars, dass die *contravindicatio* nur möglich und nicht unbedingt notwendig war; dazu s. *Varvaro*, in: Fargnoli, Philipp Lotmar (2014) 24 f. Der Wortlaut der *vindicatio in libertatem* und der *vindicatio in servitutem* lässt sich nicht mit Sicherheit rekonstruieren. Die Frage bedarf immer noch einer gründlichen Erörterung, denn auch die letzte Untersuchung zum Thema (*Sciortino*, Liti di libertà (2010) 132–154) hat keine endgültigen Resultate erreicht.

[86] Zum *manum conserere* s. in der neuesten Lit. *Gutiérrez Massón*, Index 28 (2000) 263 f., 271 Fn. 68; *Varvaro*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 267–308; *Platschek*, TR 74 (2006) 245–260; *Gebhardt*, Sermo Iuris (2009) 11; *Franchini*, Desuetudine (2005) 71–97.

[87] Gai. 4.16.

[88] Dies setzte voraus, dass der Streit länger als einen Tag währte und ist daher mit einem nicht zweigeteilten Verfahren vereinbar, in dem ein Privatrichter sein Urteil erst nach einigen Tagen gefällt hätte.

[89] Dazu s. jüngst *Fuenteseca Degeneffe*, RIDA 53 (2006) 237–264, die davon überzeugt ist, die Funktion der *praedes litis et vindiciarum* sei nicht im Lichte des Zwölftafeltextes zur *falsa vindicia* (XII tab. 12.3) zu erklären, so dass die *praedes* nicht den Doppelwert der Früchte (*duplio fructus*) bezahlen mussten. Die Rekonstruktion des lückenhaften Textes des Zwölftafelgesetzes, der bei Fest. p. 518 L (s. v. vindiciae) überliefert ist, bleibt jedoch noch heute umstritten.

Sie war gegen die Person des Beklagten gerichtet, um seine Haftung festzustellen. Diese Haftung konnte aus Nichterfüllung einer Verpflichtung zugunsten des Klägers oder aus einem Delikt – in ältester Zeit Diebstahl (→ § 93 Rn. 5) oder *iniuria* (→ § 95 Rn. 2) – folgen. **44**

Der Kläger behauptete also mittels des performativen Verbs *aio* die Existenz eines *oportere* (z. B.: *aio te mihi x dare oportere*[90]) oder eines Delikts (z. B.: *aio te mihi furtum paterae aureae fecisse*),[91] auf dem die Haftung des Beklagten basierte. **45**

Es ist anzunehmen, dass nur Schuldverhältnisse auf eine bestimmte Sache (*certa res*) oder Geldsumme (*certa pecunia*) geltend gemacht werden konnten, denn der Wettbetrag (*summa sacramenti*) – 500 oder 50 As – hing von dem Wert des Schuldverhältnisses ab.[92] Dass der Klagegrund genannt werden musste, ist kaum zu glauben. **46**

Wenn der Beklagte in gleichermaßen förmlicher Behauptung die Existenz des *oportere* oder der begangenen Tat durch das performative Verb *nego* ableugnete, so forderte der Kläger ihn zum Abschluss der Wette heraus und umgekehrt. **47**

Nach Parteianhörung und Beweiserhebung musste der Privatrichter erklären, welche der wechselseitigen Wetten sich als rechtmäßig erwiesen habe, so dass die Haftung des Beklagten indirekt außer Streit gestellt wurde. **48**

Wurde das Urteil zugunsten des Klägers gefällt, konnte dieser gegen den Beklagten die Personalexekution mittels des *lege agere per manus iniectionem* (→ Rn. 60) weiter betreiben. **49**

IV. Das *lege agere per iudicis arbitrive postulationem*

Das *lege agere per iudicis arbitrive postulationem* fand statt, wenn ein Gesetz diese Prozessform vorschrieb. Das Zwölftafelgesetz führte es für die Einsetzung von Ansprüchen aus Stipulation (→ § 72 Rn. 1) und für die Erbteilung (→ § 67 Rn. 8) ein. Eine *lex Licinnia*[93] erweiterte seinen Anwendungsbereich auf die allgemeine Teilung des Miteigentums (→ § 67 Rn. 13).[94] Höchstwahrscheinlich fand das *lege agere per iudicis arbitrive postulationem* auch für die Grenzregelung statt. **50**

Es ist anzunehmen, dass dieses Verfahren von Haus aus in eine erste Phase vor dem Träger der öffentlichen Gerichtsbarkeit (*in iure*) und eine zweite Phase vor einem Richter (*iudex*) oder einem Gangrichter (*arbiter*) geteilt wurde.[95] In der Phase *in iure* **51**

[90] Vgl. Prob. litt. sing. 4,1.

[91] Vgl. Cic. nat. deor. 3,30,74, wo aber die Formel der Klage gegen den Komplizen aufgeführt wird, die auch die Wörter *ope consiliove* enthielt. Zu dieser Formel, die sich auf den Klagegrund bezog, s. zuletzt *Fenocchio*, Furtum (2008) 106–108, mLit.

[92] Daher ist auszuschließen, dass ein Versprechen auf ein *facere* mittels *lege agere sacramento in personam* (→ Rn. 43 ff.) durchgesetzt werden konnte.

[93] Datierbar ist dieses Gesetz vor dem Jahr 210 v. Chr.

[94] Gai. 4.17a. Für die Erbteilung s. auch Gai. 7 ed. prov. D. 10.2.1 pr.

[95] Zum Unterschied zwischen *iudex* und *arbiter* → Rn. 28.

(→ Rn. 17–24) musste der Kläger den Klagegrund (z. B.: *ex sponsione*) nennen (*nominata causa agere*) und sein Klagebegehren mit dem performativen Verb *aio* behaupten. Darauf fragte er den Beklagten, ob er dies anerkenne oder nicht. Bei Leugnung seitens des Beklagten (durch das performative Verb *nego*) beantragte der Kläger die Ernennung eines *iudex* oder eines *arbiter*.[96] Von diesem Antrag (*iudicis arbitrive postulatio*) bekam die Verfahrensart ihren Namen.

52 Die Streitteile hatten verschiedene Parteirollen, die sich in der Verteilung der Beweislast widerspiegelten.[97] Beide gingen aber kein Prozessrisiko ein, denn sie mussten im Gegensatz zum *lege agere sacramento* (→ Rn. 30 ff.) keine Prozesswette abschließen.

53 Die Ernennung eines *iudex* erfolgte in den Fällen, in denen das Klagebegehren auf ein *certum* ging, wie etwa für eine Stipulation eines *certum*, d. h. einer bestimmten Sache bzw. einer bestimmten Geldsumme oder Menge vertretbarer Sachen (→ § 72 Rn. 6).

54 Ging das Klagebegehren auf ein *incertum*, wie im Fall einer Stipulation eines *incertum*, oder setzte der Rechtsstreit besondere technische Kompetenzen voraus, die eine Abschätzung verlangten, so wurde ein *arbiter* bestellt.

55 Da das Verfahren auf keinem *sacramentum* fußte, hatte der *iudex* bzw. der *arbiter* am Ende des Verfahrens direkt über die Existenz und die Tragweite des Klagebegehrens zu entscheiden. Dieses Urteil bestand nicht mehr in einem *iudicare* (→ Rn. 25), sondern in einer Verurteilung (*condemnatio*, aus: *cum-damno*)[98] oder einem Freispruch (*absolutio*, aus: *ab-solvo*) des Beklagten.

56 Bei den Teilungsklagen (→ § 67 Rn. 8 ff.) führte der *arbiter* das Verfahren zu Ende, indem er mit seinem Spruch die alte Hausgenossenschaft des *consortium ercto non cito* oder eine andere Form von Miteigentum (*communio*) aufteilte (→ § 47 Rn. 6). In einer Zeit, als die Römer noch keinen abstrakten Begriff vom Anteil an einem Ganzen kannten, durfte dies nur *viritim* – d. h. *per singulos viros*[99] – erfolgen. Aufgrund dieses Kriteriums teilte der *arbiter* jeder Partei die *portiones viriles* zu und glich mögliche Wert-

---

[96] Prob. litt.sing. 4,8; Gai. 4.17a. Zur *iudicis arbitrive postulatio* s. jetzt *Fasolino*, Om. Burdese II 245 f., 252–257.

[97] Nicht zufällig ist bei Gai. 4.16 nicht vom Kläger (*actor*) und Beklagten (*reus*) die Rede, sondern von einem ersten Vindikanten (*qui prior vindicaverat*) und seinem Gegner (*adversarius*). Nicht glaubhaft scheint die Ansicht von *Cannata*, Mél. Wubbe 83–96, nach der Gaius sich mit dem Ausdruck *qui prior vindicaverat* auf den Beklagten bezog. Die Argumentation geht davon aus, dass das *lege agere sacramento in rem* ein Eigentumsprozess war, in dem der Eigentümer als Kläger gegen den Besitzer prozessierte, vergisst dabei aber, dass diese Verfahrensart in eine Zeit zurückreicht, als noch keine Differenzierung zwischen Eigentum und Besitz (→ § 40 Rn. 2) existierte und diese Legisaktion auch für *vindicationes* stattfinden konnte, die nicht unbedingt das Eigentum einer Sache betrafen. Gegen *Cannatas* Auffassung s. *Pugliese*, Iura 3 (1952) 171 f.; *Kaser*, SZ 104 (1987) 71 f. Fn. 62a.

[98] Zur fraglichen Natur der Entscheidung – *iudicatio* oder *damnatio* bzw. *condemnatio* – bei dem *lege agere per iudicis arbitrive postulationem* s. *Fiori*, Ea res agatur (2003) 112–118, der die Alternative zwischen Verurteilung (*condemnatio*) und Freispruch (*absolutio*) für das ganze Legisaktionenverfahren abstreitet. Dieser Ansicht gelingt es aber nicht zu überzeugen.

[99] Vgl. Paul. Fest. p. 519 L (s. v. viritim).

missverhältnisse durch die Bestimmung einer passenden Geldsumme aus.[100] In diesem Fall hatte das *lege agere* zur Folge, dass jede Partei am Ende des Verfahrens über einen Teil des Ganzen konkret verfügen konnte, ohne dass sich die anderen Miterben oder Miteigentümer einmischen konnten.

V. Das *lege agere per condictionem*

Der jüngste *modus agendi* war das *lege agere per condictionem*. Eingeführt wurde er durch eine *lex Silia*[101] für die Ansprüche auf eine bestimmte Geldsumme (*certa pecunia*) und durch eine *lex Calpurnia*[102] für alle anderen Ansprüche auf eine bestimmte Sache (*omnis certa res*).[103] Höchstwahrscheinlich wurde diese Legisaktion schon durch die *lex Aebutia* abgeschafft.[104] **57**

Auch bei dieser Verfahrensart, die gleichfalls zweigeteilt war (→ Rn. 13), gingen die Parteien kein Prozessrisiko ein.[105] In dem ersten Verfahrensabschnitt (*in iure*) musste der Kläger den Gegenstand seines Begehrens genau formulieren, ohne aber den Klagegrund in der Formel der Legisaktion zu nennen. Nach der Leugnung des Beklagten forderte der Kläger förmlich seinen Gegner auf, sich am dreißigsten Tag vor Gericht noch einmal einzufinden,[106] um einen Privatrichter zu erlangen und vor ihm den Streit weiterzuführen.[107] **58**

Diese Vertagung (*condictio*), die dem Verfahren den Namen gab,[108] erlaubte es dem Beklagten, bis zur Ernennung des Richters das Begehren des Klägers zu befriedigen und dadurch den Rechtsstreit vor der Entscheidung des Richters zu beseitigen.[109] Im Allgemeinen war die neue Verfahrensart günstiger für beide Parteien, und dies erklärt, warum sie eingeführt wurde. **59**

---

[100] In diesem Sinne *Aricò Anselmo*, AUPA 46 (2000) 100 f., die angemerkt hat, dass dieses alte Kriterium auch für die Aufteilung der Kriegsbeute angewandt wurde.

[101] Zur Datierung der *lex Silia* s. zuletzt *Varvaro*, Certum (2008) 95 Fn. 319, 180 f. Fn. 631.

[102] Zur möglichen Identifizierung dieses Gesetzes mit der *lex Calpurnia de pecuniis repetundis* vom Jahr 149–148 v. Chr. und zu seiner fraglichen Datierung s. jüngst *Varvaro*, Certum (2008) 95 Fn. 319.

[103] Gai. 4.19.

[104] In den Quellen wird sie nicht einmal in nachäbutischer Zeit erwähnt; dazu s. *Talamanca*, ACop VIII 76 f., der versucht hat, auch die Belege des Fortlebens anderer Legisaktionen im 1. Jh. v. Chr. in Frage zu stellen.

[105] Anders als für die *actio certae creditae pecuniae* (→ § 72 Rn. 4) des Formularprozesses ist für das *lege agere per condictionem* ein Prozessrisiko durch den Abschluss einer *sponsio* und einer *restipulatio tertiae partis* nicht belegt; dazu s. *Varvaro*, Certum (2008) 194–196, mLit.; *Varvaro*, AUPA 57 (2014) 284–286.

[106] Vgl. Gai. 4.17b.

[107] Gai. 4.17a.

[108] Vgl. Gai. 4.18; Paul. Fest. p. 56 L (s. v. condicere).

[109] Dieser Termin von dreißig Tagen ist vermutlich mit dem gleichen Termin der *lex Pinaria* in Verbindung zu setzen.

VI. Das *lege agere per manus iniectionem*

60 In dem antiken *lege agere per manus iniectionem* kann man ein Vollstreckungsverfahren der Frühzeit erblicken.[110] Ihren Namen bekam diese nicht dialogische Klageform vom ritualisierten Ergreifen des Gegners mit der Hand (*manum inicere*).

61 Sie fand nur *in iure* (→ Rn. 14) statt und ist nicht mit der *manus iniectio* zu verwechseln, die auch außerhalb einer Legisaktion ohne Aussprache einer Spruchformel erfolgen konnte, wie etwa die sog. *manus iniectio vocati*.[111]

62 Wie das *lege agere sacramento* (→ Rn. 30 ff.), war auch das *lege agere per manus iniectionem* einer der ältesten *modi agendi*. Gegen den *iudicatus* (sog. *manus iniectio iudicati*) fand sie kraft des Zwölftafelgesetzes statt,[112] wenn der Haftende bei einer anderen Legisaktion zu einer bestimmten Geldsumme (*certa pecunia*) verurteilt worden war.[113] Dem *iudicatus* wurde der *confessus certae pecuniae* gleichgestellt (→ Rn. 22).[114] Wurde dadurch seine Personalhaftung nach Bestand und Umfang unzweifelhaft festgestellt und wurde die Schuld nicht innerhalb der nächsten dreißig Tagen durch die *solutio per aes et libram* (→ § 17 Rn. 10) beglichen,[115] so durfte der Kläger den nichtzahlenden Haftenden vor den Träger der *iurisdictio* führen (*in ius ducere*)[116] und auf dessen Körper seine Hand förmlich auflegen. Gleichzeitig sprach er feierliche Worte aus, welche die Geldsumme und den Grund der Handanlegung bezeichneten.[117] Dieses Vollstreckungsverfahren setzte also einen unzweifelhaft feststehenden Rechtsanspruch des Verfolgers dem Haftenden gegenüber voraus, der aus einer

---

[110] Die von *Ribas Alba*, Donación (2016) 52, neuerdings vertretene Annahme, die *legis actio per manus iniectionem* sei die älteste aller Legisaktionen, findet keinen Anhaltspunkt in den Quellen.

[111] Vgl. Fn. 24. Diesbezüglich spricht man von einer „außergerichtlichen" *manus iniectio*. Dazu s. *Varvaro*, Certum (2008) 242, mLit.; *Varvaro*, AUPA 59 (2016) 335 f. Fn. 4; *Gebhardt*, Sermo Iuris (2009) 112 f. Anders *Ribas Alba*, Donación (2016) 53–56, der *Nicosia* folgend immer noch glaubt, die „außergerichtliche" *manus iniectio* sei der Prototyp der *legis actio per manus iniectionem* und daher älter als die *manus iniectio iudicati*.

[112] Vgl. Gai. 4.21. Zu diesem Text s. zuletzt *Varvaro*, AUPA 59 (2016) 335–347.

[113] Dies soll der älteste Anwendungsbereich des *lege agere per manus iniectionem* gewesen sein; in diesem Sinne s. zuletzt *Varvaro*, Certum (2008) 255 f., mLit.

[114] XII tab. 3.1. Außerhalb dieser zwei Fälle, in denen der Umfang der Haftung ziffernmäßig festgestellt wurde, war die *manus iniectio iudicati* nicht zulässig.

[115] Anders *Santoro*, IAH 1 (2009) 76 f., demzufolge die *solutio per aes et libram* nicht innerhalb der dreißig Tage nach dem Urteil, sondern erst nach dieser Zeit vor dem Träger der *iurisdictio* erfolgen musste; s. auch *Klinck*, SZ 130 (2013) 393. Das Perfekt der Formel (*quandoc non solvisti*) weist aber auf eine vorher nicht vollzogene, nicht auf eine gegenwärtige *solutio* hin.

[116] Vgl. XII tab. 3.2.

[117] Vgl.Gai. 4.21. Ob die Worte *sive damnatus* des Veroneser Palimpsestes als Glossem zu betrachten sind, ist heute noch umstritten; dazu s. zuletzt *Varvaro*, Certum (2008) 257 Fn. 933, mLit.; *Varvaro*, AUPA 59 (2016) 345 f.

bezifferten Geldsumme (*certa pecunia*) bestehen musste.[118] Dieser bestimmte Geldbetrag war in der Formel zu nennen.[119]

Am Verfahren nahm der Haftende rein passiv teil, ohne das Wort zu ergreifen, denn **63**
er durfte keinen Einwand mehr erheben. Nach vollzogener Handanlegung durfte er nur einen Dritten als *vindex* stellen (*vindicem dare*), der die angelegte Hand vom Haftenden wegschlagen (*manum depellere*) und ihn dadurch endgültig befreien durfte. In diesem Fall musste der *vindex* an der Stelle des Haftenden (*pro eo*) den Rechtsstreit mit dem Kläger fortsetzen,[120] um dadurch festzustellen, ob die vollzogene Handanlegung berechtigt gewesen war oder nicht. In diesem neuen Erkenntnisverfahren wurden alle Voraussetzungen der *manus iniectio* geprüft, die der Verfolger in seinen feierlichen Worten erwähnt hatte, wie etwa die tatsächliche Existenz des Urteils für den in der Formel erwähnten Geldbetrag gegen den Haftenden (bzw. dessen Anerkenntnis *in iure*) oder der Mangel eines Befreiungsaktes innerhalb von dreißig Tagen.

Wenn der Vollstreckungsvindex dem Kläger gegenüber unterlag, wurde er vermut- **64**
lich zu dessen Gunsten in den verdoppelten Geldbetrag verurteilt (sog. Litiskreszenz).[121]

Stellte der Haftende keinen *vindex* oder wollte niemand diese Rolle übernehmen, fiel **65**
jede weitere Verhandlung aus und der Träger der *iurisdictio* sprach den Haftenden dem Verfolger zu (*addictio*).[122] Kraft dieser Zusprechung durfte der Verfolger den Haftenden mit sich nach Hause abführen (*secum ducere*) und ihn, sofern es nicht zu einem Ver-

[118] Vgl. Fn. 37.

[119] Aus diesem Grund ist zu bezweifeln, dass das *lege agere per manus iniectionem* auch im Fall einer *damnatio ex lege Aquilia* (→ § 92 Rn. 2–3) – sog. *manus iniectio damnati* – oder eines *furtum manifestum* gegen den freien und geschlechtsreifen Dieb (→ § 93 Rn. 2) stattfinden konnte. Letzter Annahme liegen nur zwei Stellen (Gai. 3.189 und Gell. 11,18,7–8) zugrunde, die jedoch nur von einer *addictio* reden, welche an sich als eine Bestrafung des Diebs zu betrachten ist; dazu s. zuletzt *Varvaro*, AUPA 51 (2006) 354–379, mLit.; *Varvaro*, Certum (2008) 254; zustimmend *Cursi*, RIDA 58 (2011) 158 Fn. 60. – Gegen die Vermutung einer Anwendung des *lege agere per manus iniectionem* im Fall einer *damnatio ex lege Aquilia*, die immer noch von *Cardilli*, Damnatio (2016) 193–201, vertreten wird, s. *Varvaro*, Certum (2008) 256 f.; *Varvaro*, AUPA 59 (2016), 335–347, mit weiterer Lit.

[120] Sehr fraglich ist, ob dieses Verfahren in Form eines *lege agere sacramento in rem* bzw. *in personam* (→ Rn. 30 ff.) erfolgte und ob es als Freiheitsstreit zu verstehen war, da der *adsertor in libertatem* in einigen Stellen als *vindex* bezeichnet wird. Zum Thema s. *Varvaro*, Certum (2008) 223 f., mLit.

[121] In den Institutionen des Gaius sowie in anderen Quellen ist jedoch kein direkter Beweis für diese Annahme zu finden. Das *dupli damnas esto* der Lex Urson. Kap. 61 bezieht sich nicht auf den Zugriff eines Vollstreckungsvindex. Zu einigen Zweifelsfragen hinsichtlich der sog. Litiskreszenz beim *lege agere per manus iniectionem* s. zuletzt *Varvaro*, AUPA 51 (2006) 371 f. Fn. 67; *Varvaro*, Certum (2008) 224 f. mit Fn. 787, mLit., 268–272.

[122] Dass die *addictio* der ursprünglichen Struktur des *lege agere per manus iniectionem* gehörte, wurde von einigen Autoren in Frage gestellt; vgl. *Varvaro*, AUPA 51 (2006) 364 Fn. 44, mLit.

gleich kam, sechzig Tage hindurch gefesselt in Privathaft halten.[123] Dies brachte jedoch keinen Verlust des Bürgerrechts und der Freiheit des Gefangenen mit sich.[124]

66 Während dieser Zeit musste der Gläubiger den Gefangenen (*ductus*) an drei aufeinander folgenden Markttagen (*nundinae*) auf den Versammlungsplatz zum Träger der *iurisdictio* führen, um dort die geschuldete Geldsumme bekannt zu machen (*praedicare*), so dass jedermann ihn durch Zahlung dieser Summe befreien durfte. Wurde die Summe an keinem der drei Markttage bezahlt, war es dem Verfolger gestattet, am dritten Markttag den ihm zugesprochenen Schuldner als Sklaven ins Ausland zu verkaufen – mit Verlust der Freiheit und des römischen Bürgerrechts[125] – oder ihn zu töten.[126] Dem Zwölftafelgesetz nach durften mehrere Gläubiger den Körper des Schuldners in Teile zerschneiden (*partes secare*).[127]

67 Das ganze Verfahren richtete sich also gegen die Person des Haftenden und bildete somit eine Personalexekution im engsten Sinne des Wortes, denn sie ging auf den Körper des nichtzahlenden Schuldners.

68 Neben dem Ausgangsfall der *manus iniectio iudicati* ließen einige Gesetze die *legis actio per manus iniectionem* auch ohne Urteil zu, als wäre der Haftende verurteilt (*pro iudicato*). In diesen Fällen musste der Kläger die Wörter *pro iudicato* anstatt des Wortes *iudicati* im letzten Teil der Formel aussprechen, nachdem er den Grund erwähnt hatte (*nominata causa*), kraft dessen er Hand an den Haftenden legte.[128]

---

[123] XII tab. 3.3; vgl. lex Urson. Kap. 61; lex Rubria Kap. 21. Außer dem Mindestgewicht der Ketten des Gefangenen schrieb das Zwölftafelgesetz auch eine Mindestmenge an Dinkel für dessen tägliche Ernährung vor, falls dieser nicht auf eigene Kosten leben wollte (XII tab. 3.4). Dieser letzten Möglichkeit ist zu entnehmen, dass der *addictus* auch nach der *ductio* über sein Vermögen verfügen konnte.

[124] Arg. ex Gai. 3,199; vgl. *Varvaro*, AUPA 51 (2006) 374 f. Fn. 76.

[125] Dazu vgl. jüngst *Zabłocki*, St. Metro VI 526 f., mLit.

[126] Gell. 20,1,46–47. Dagegen gab es keine Möglichkeit einer *provocatio ad populum*; vgl. *Hackl*, Mél. Sturm I 186 f.

[127] Vgl. XII tab. 3.6. S. auch Gell. 20,1,48–52, nach dessen Bericht diese Möglichkeit in den von ihm benutzten Quellen nicht einmal bezeugt wird; vgl. Quint. inst. 3,6,84; Tertull. apol. 4,9; Dio Cass. 4,17,8. Dazu s. in der neueren Literatur *Franchini*, Desuetudine (2005) 62–70; *Purpura*, IAH 1 (2009) 46 f. mLit.; *Dondorp*, RIDA 57 (2010) 133–135; *Zabłocki*, St. Metro VI 529–537; *Cascione*, Index 39 (2011) 211 f. Die Vermutung, der zufolge das *partes secare* des Zwölftafelgesetzes nicht auf den Körper, sondern auf das Vermögen des Gläubigers oder – wie jüngst von *Conte*, QL 5 (2015) 44–63 angenommen – auf seine *familia* (Hauskinder, Frauen *in manu*, *personae in mancipio* und Sklaven) zu beziehen ist, finden keine festen Anhaltspunkte in unserem Quellenmaterial und sind daher nicht überzeugend. – Dass der Schuldner selbst die Schuld bei dem Gläubiger abarbeiten musste, ist nicht direkt bewiesen. Nicht eindeutig belegt ist auch, was vor Kurzem von *Klinck*, SZ 130 (2013) 393–404, vermutet wurde, dass die *lex Poetelia Papiria* vom Jahr 326/313 v. Chr. die Personalvollstreckung gegen Darlehensschuldner (→ § 16 Rn. 38), die römische Bürger waren, durch Denegierung der *legis actio per manus iniectionem* nicht mehr erlaubt hätte, wenn sie einen Insolvenzeid *in iure* leisteten. Zur Frage s. auch in umfassender Perspektive *Santoro*, IAH 1 (2009) 113–115, mit Quellen und Lit.

[128] Vgl. Gai. 4.24.

Beispiele dieser jüngeren *manus iniectio* sind diejenigen nach der *lex Publilia de sponsu* und nach der *lex Furia de sponsu*. Das erste Gesetz kam dem Bürgen (*sponsor*) zugute, der für den Hauptschuldner bezahlt hatte, falls dieser ihm die geleistete Summe nicht innerhalb von sechs Monaten ersetzt hatte (sog. *manus iniectio depensi*). Das zweite Gesetz erlaubte es dem Mitbürgen, von dem der Gläubiger mehr beigetrieben hatte, als auf seinen Anteil (*pars virilis*) entfiel, den Überschuss zurückzufordern (→ § 73 Rn. 26).[129] **69**

Spätere Gesetze führten auch eine *manus iniectio pura*, d. h. nicht *pro iudicato* ein. Bei diesen Anwendungen war es dem Haftenden selbst gestattet, seinerseits – also ohne *vindex* – die angelegte Hand von sich rituell wegzuschlagen (*manum sibi depellere*) und dadurch die Berechtigung der Handanlegung in dem folgenden Verfahren selbst zu bestreiten (*et pro se lege agere*). In diesen Fällen musste der Kläger den Grund seiner Klage bezeichnen (*nominata causa*), ohne jedoch die Wörter *pro iudicato* im letzten Teil der Formel hinzuzufügen.[130] **70**

Als Beispiel dieser Anwendung kennen wir die von der *lex Furia testamentaria* eingeführte *manus iniectio pura* gegen jeden, der Legate von mehr als 1000 As angenommen hatte, ohne eine der vom Gesetz ausgenommenen Personen zu sein. Außerdem ist uns auch die von der *lex Marcia* eingeführte *manus iniectio pura* für die Rückgabe wucherischer Zinsen bekannt.[131] **71**

Die Möglichkeit zur Selbstverteidigung, wie im Fall einer *manus iniectio pura*, wurde mit den Ausnahmen der *manus iniectio iudicati* und der *manus iniectio depensi* für alle Anwendungen der Legisaktion von einer *lex Vallia*[132] verallgemeinert. **72**

VII. Das *lege agere per pignoris capionem*

Das *lege agere per pignoris capionem* war ein Vollstreckungsverfahren in Form einer Vermögensexekution durch eine förmliche Pfandnahme (*pignoris capio*),[133] das keine kontradiktorische Verhandlung voraussetzte.[134] Es zielte auf eine eigenmächtige Inbesitznahme von Gegenständen des nichtzahlenden Schuldners unter Verwendung feierlicher Wortformeln ab.[135] Ob es dem Schuldner gestattet wurde, nach dieser ritu- **73**

[129] Vgl. Gai. 4.22.

[130] Vgl. Gai. 4.24.

[131] Vgl. Gai. 4.23. Wahrscheinlich stammen beide Gesetze aus dem 2. Jh. v. Chr.

[132] Der Name und daher auch die Datierung dieses Gesetzes sind unsicher, denn die Lesung der Veroneser Handschrift des Gaius ist zweifelhaft. Vielleicht war im Palimpsest *Villia*, *Velleia*, *Valgia* oder *Valeria* zu lesen; dazu s. *Varvaro*, Certum (2008) 272 f. Fn. 984 mLit.

[133] Um kein *furtum* zu begehen, musste wahrscheinlich die Pfandnahme in Anwesenheit von Zeugen erfolgen.

[134] Diese *pignoris capio* ist nicht mit derjenigen zu verwechseln, die auch außerhalb eines *lege agere* erfolgen konnte (vgl. Gell. 14,7,10; Cic. de orat. 3,1,4; Suet. Iul. 17; Lex met. Vipasc. 35; 41; 45; 48).

[135] Die Spruchformel kennen wir leider nicht. Namentlich lässt sich nicht ermitteln, ob sie mit einem *quod* anfing.

ellen Inbesitznahme das Pfand auszulösen (*pignus luere*) und ob der Kläger nach Ablauf einer Lösungsfrist das Eigentum am Pfand erwarb, lässt sich nicht ermitteln.

74 Die Besonderheit dieser Verfahrensart bestand darin, dass sie auch außergerichtlich (*extra ius*), an *dies nefasti* und vielfach sogar in Abwesenheit des Gegners vorgenommen werden konnte. Aus diesem Grund war es unter den römischen Juristen umstritten, ob sie überhaupt eine *legis actio* war. Die meisten Juristen bejahten diese Frage, denn die *pignoris capio* musste unter Verwendung bestimmter Wörter (*certis verbis*) erfolgen und war von diesem Standpunkt aus ein *agere* durch eine Spruchformel.[136]

75 Aufgrund antiker Sitten (*mores maiorum*) stand diese Legisaktion dem Gläubiger für einige Ansprüche im öffentlichen Interesse offen, die mit dem ältesten Militärleben verbunden waren, wie für das Gehalt der Soldaten (*aes militare*; *stipendium*) gegen den Zahlungsverpflichteten oder für das Geld zum Ankauf (*aes equestre*) und Unterhalt (*aes hordiarum*) des Staatspferdes seitens des verpflichteten Reiters[137] (*eques Romanus equo publico*).[138]

76 Das Zwölftafelgesetz führte die Anwendung der Legisaktion für sakralrechtliche Ansprüche ein, wie die Bezahlung des Kaufpreises eines Opfertiers (*hostia*) oder die Bezahlung der für Opferzwecke (*daps*) bestimmten Mietzinses für ein Arbeitstier (*iumentum*).[139]

77 Durch eine Klausel des öffentlichen Pachtvertrags (*lex censoria*) wurde das *lege agere per pignoris capionem* auch den Steuereinnehmern (*publicani*) gegen die nichtzahlenden Steuerzahler gewährt.[140]

78 Vielleicht fand diese Legisaktion auch im Fall des *damnum infectum* (→ § 62 Rn. 31) statt.[141]

---

[136] Vgl. Gai. 4.29. Dazu s. zuletzt *Falcone*, Appunti (2003) 5 Fn. 17, 65 Fn. 141, 171.

[137] Die Bürger, die sich die Anschaffung und die Erhaltung eines Pferdes leisten konnten, mussten im ältesten römischen Heere als Reiter dienen.

[138] Vgl. Gai. 4.27.

[139] Vgl. Gai. 4.28.

[140] Vgl. Gai. 4.28. Dazu s. in der neueren Literatur *Maganzani*, St. Broggini 175–227; *López Pedreira*, BIDR 103/104 (2000/01) 449–463; *Albanese*, AUPA 47 (2002) 86 f.

[141] Die Vermutung geht auf *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß I (1864) 204 mit Fn. 13, zurück. Zur Frage s. in der neuesten Literatur bejahend, im Kielwasser *Albaneses*, *Falcone*, AUPA 43 (1995) 519–534; abweichend *Gulina*, Scr. Franciosi II 1157–1216. Dazu s. auch *Salmen-Everinghoff*, Cautio (2007) 28 f.

§ 10 Formularprozess: Grundlagen

Johannes Platschek

Inhalt Rn.

I. *Formula* und Formularprozess 1
II. Verhältnis zu den Legisaktionen 2
III. Herkunft und gesetzliche Verankerung 5
IV. *Formula* und *litis contestatio* als Dokumentation der Streitgegenstandsfestlegung 9

I. *Formula* und Formularprozess

Formula – „kleine Satzung“[1] ist Zentralbegriff für das staatlich gewährleistete Zivilverfahren der römischen Republik spätestens seit dem zweiten vorchristlichen Jh.[2] und des Prinzipats bis jedenfalls ins zweite nachchristliche Jh.[3] *Formula* bezeichnet die – wenn nicht zwingend, so doch selbstverständlich – schriftliche Festlegung des Streitgegenstands (daher in moderner Literatur „Schriftformel“[4]), ein Prozessprogramm, das in **1**

[1] Als Diminuitiv von *forma* – „Norm, Ordnung, nach der verfahren wird“: *Georges/Baier/Dänzer*, Der Neue Georges I s. v. *forma* B I 2 d; ThLL s. v. *forma* II B 1 c und III B 2 b; OLD s. v. *forma* 12; *Heumann/Seckel*, Handlexikon s. v. *forma* (e); *Walde/Hofmann*, Lat. etymol. Wörterbuch I, 530. Das Wort *formula* in diesem Sinne beschränkt sich nicht auf die Prozessformel, sondern erstreckt sich etwa auf ediktale Vertragsmuster (*stipulatio duplae ex formula edicti*, zB TH² 60), Testament (*ex testamenti formula* der Grabinschriften) und Urteilsspruch (*formula tralaticia absolvit*, TH² 85); s. insbes. Cic. Caec. 51: *iudicii aut stipulationis aut pacti et conventi formula*; Cic. leg. 1,14, top. 33: *stipulationum et/aut iudiciorum formulae*. Anders *Mantovani*, Formule 15: „’Forma’ è … lo stampo, in grado di trasmettere ad un altro oggetto la propria struttura. ’Formula’ … è un’espressione costante: un insieme di parole usato regolarmente in situazioni analoghe per esprimere una data idea.“

[2] Ins 2. Jh. gehört die *lex Aebutia* (→ Rn. 4); der „voräbutische Formularprozess“ (→ Rn. 5) wird mit der Etablierung der Fremdenprätur im 3. Jh. v. Chr. in Verbindung gebracht (*lex Plaetoria de iuris dictione*).

[3] Die *extraordinaria cognitio* verdrängt spätestens im 3. Jh. n. Chr. *de facto* das Formularverfahren. Auf seine förmliche Abschaffung durch Kaiserkonstitution bezieht man Constantius/Constans C. 2.57.1 a. 342: *iuris formulae … amputentur*; *Kaser/Hackl*, RZ 5 mit Fn. 23; 168–171 mit weiterer Literatur.

[4] *Kaser/Hackl*, RZ 151: „Sie wird schon seit früher Zeit schriftlich abgefasst“, aber 152 mit Fn. 14;

Interaktion der Streitparteien mit dem Gerichtsmagistrat entsteht und einem Richter (bzw. einer Richterbank) Beweisthemen (insbesondere in Gestalt der Bedingung *Si paret* …) und Urteilsalternativen (insbesondere in Gestalt von … *condemnato/absolvito*) vorgibt (→ § 12 Rn. 20). Von „Formularverfahren"/„Formularprozess" spricht die moderne Forschung. Die klassische Rechtsliteratur schenkte den *formulae* zweifellos große Aufmerksamkeit, die in der justinianischen Kompilation aufgrund des veränderten Zivilprozesses nur ungenügend repräsentiert wird; die Bezeichnung *litigare/petere per formulas/-am* im Gegensatz anderen Verfahren beschränkt sich aber auf wenige Belege bei Gaius (2.278; 4.30; 4.95).[5]

II. Verhältnis zu den Legisaktionen

2 Dass der Formularprozess zwar „offenkundig von den Legisaktionen beeinflußt ist, aber in wesentlichen Stücken selbständige Wege geht", dass er „über den eigentlichen Prozess hinaus auch in der Gerichtsverfassung und in der Vollstreckung ein einheitliches und eigenartiges Ganzes bildet, das sich sowohl von den Legisaktionen wie vom späteren Kognitionsverfahren unterscheidet",[6] ist programmatisches Vorurteil. Es birgt die Gefahr, Entwicklungen auf große Zäsuren zu reduzieren, Kontinuitäten zu verkennen, Verschiebungen überzubewerten und voneinander unabhängige Phänomene aufeinander zu beziehen. Belastbarer dürfte es sein, ein Ergebnis Selbs zum Vorurteil zu wählen: „Der große Umbruch vom Legisaktionenverfahren zum Formularverfahren fand nicht statt."[7]

3 Wie im Legisaktionenverfahren (→ § 9 Rn. 17) geht der Verhandlung der Sache vor dem Richter/der Richterbank (*apud iudicem/apud recuperatores*) eine solche vor dem Magistrat (*in iure*) voraus, die die Streitsache erst justiziabel macht. Die *formula* als „Schriftformel" den älteren *legis actiones* als „Spruchformeln" gegenüberzustellen,[8] suggeriert, dass sich das entscheidende Phänomen auf derselben Ebene befände („-formel") und sich in der Form unterschiede („Spruch-"/„Schrift-"); eine solche Parallelisierung lässt sich bereits im Nebeneinander der – überaus vereinzelten – Ausdrücke *petere per legis actionem / per formulam* in Gai. 4.95 erkennen. Doch liegt bei den *legis actiones* der begriffliche Fokus auf der förmlichen (subjektiven) Wechselrede der Par-

---

Wieacker, RRG I 447: „Aber die Schriftlichkeit des prätorischen *dare*-Dekrets war kein notwendiges Element" mit Literatur in Fn. 1. Als besondere Anforderung für die Wirksamkeit („Schriftform") wird man Schriftlichkeit in der Antike ohnehin nicht verstehen können. Formel und „*dare*-Dekret" sind auch keinesfalls gleichzusetzen; die Ermächtigung des Richters durch den Magistrat (*iudicare iubere*) ist zweifelsfrei nicht an Schriftlichkeit gebunden, ihre Protokollierung zu Beweiszwecken aber ist anders nicht möglich: *iudicare iussit A. Cossinius Priscus IIvir* (TPSulp 31).

[5] S. unten Fn. 8.

[6] *Kaser/Hackl*, RZ 4.

[7] *Selb*, FS Flume I 204.

[8] *Kaser/Hackl*, RZ 34 mit Literatur.

teien (zumeist)[9] vor dem Magistrat, während die *formula* im Formularverfahren das Ergebnis der freien Verhandlung der Parteien ebenda erst (objektiv) dokumentiert.[10] Die *certa verba* des älteren und die *concepta verba* des jüngeren Verfahrens sind insofern nicht funktionsgleich.[11] Strukturell entsprechen sich *legis actio* und freie Verhandlung *in iure* einerseits, die (unbelegte) Dokumentation der Prozessesbegründung im Legisaktionenverfahren und die (belegte) *formula* andererseits.

Mit dem *testamentum* (→ § 18 Rn. 1) teilt die Prozessformel nicht nur (einigermaßen) die Bezeichnungen: *litis contestatio* und *formula* (→ § 12 Rn. 9), sondern auch das Phänomen des voranstehenden *heres/iudex esto* (→ § 12 Rn. 20) und der weiteren Imperative *damnas esto* etc./*condemnato … absolvito*. Eine Parallelisierung von manzipationslosem Testament (→ § 57 Rn. 192) und „legisaktionsloser" Prozessformel liegt nahe. **4**

III. Herkunft und gesetzliche Verankerung

Nach der Darstellung bei Gaius (Gai. inst. 4.30) wurden die *legis actiones* durch sukzessive gesetzgeberische Maßnahmen, eine *lex Aebutia* (Mitte 2. Jh. v. Chr.?)[12] und „die beiden *leges Iuliae*" (also die augusteischen *leges Iuliae iudiciorum privatorum* und *iudiciorum publicorum*)[13] in weiten Bereichen „abgeschafft" (*sublatae*).[14] Dadurch sei „bewirkt worden" (*effectum est*), dass nunmehr „mit abgefassten Worten, das heißt mit Formeln" (*per concepta verba, id est per formulas*) prozessiert werde (*litigaremus*).[15] **5**

---

[9] *Kaser/Hackl*, RZ 34 mit Fn. 2 und 3.

[10] *Kaser/Hackl*, RZ 158 f. betonen immerhin die objektive Stilisierung der Formel (vs. subjektive Stilisierung der Legisaktionen); die Formel sei (ebd. 152) kein „stilisiertes Gespräch" der Parteien, sondern Zusammenfassung des Ergebnisses der Verhandlung „in einem Bericht", sei „objektives Protokoll", „Satzung und zugleich Anweisung und Informationsquelle für das Urteilsgericht".

[11] Das Legisaktionenverfahren zeichnet sich durch *certa verba* aus: Gai. 4.29; *Manthe*, Fachsprachen 73 Anm. 48; zu den *concepta verba* unten Fn. 11. Verwirrung bei *Selb*, FS Flume I 204: „Überraschend ist nur die Aussage bei Gaius, daß auf die Subtilität des alten Wortformalismus nun die *certa* [!] *verba* des neuen Verfahrens folgen. (…) Es bleibt nur die Antwort, dass der neue Formalismus weniger gefährlich als der alte war …" In Wahrheit ist der Begriff des Formalismus vom Phänomen der *formula* fernzuhalten.

[12] Zur Datierung *Zulueta*, Institutes of Gaius II (1953) 250; *Wieacker*, RRG I 450 Fn. 25.

[13] *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 33–44 mit weiterer Literatur.

[14] Nach Gell. 16,10,8 ist *illa duodecim tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita* – „jene Altertümlichkeit der Zwölf Tafeln mit einer Ausnahme bei den Legisaktionen in Zentumviralprozessen mit dem Erlass der *lex Aebutia* fest eingeschlafen".

[15] In der Gesetzessprache dürfte also (zunächst) von *concepta verba*, nicht von *per formulas agere* die Rede gewesen sein; vgl. Gai. 4.16: *litis et vindiciarum, id est rei et fructuum*; 4.28: *lege XII tabularum … in dapem, id est in sacrificium*; 4.29… *nefasto quoque die, id est, quo non licebat lege agere*; 4.34: *Aulus Agerius, id est si ipse actor*. Die in der Literatur gelegentlich anzutreffende Bezeichnung *lex Aebutia de formulis* – etwa *Bleicken*, Lex publica (1975) 414 Fn. 176 – ist nicht quellenmäßig. Zu

Ausgangslage des Reformgesetzgebers sei gewesen, dass die *legis actiones* „wegen allzu großer Spitzfindigkeit“ (*propter nimiam subtilitatem*) „in Verruf geraten“ seien (*in odium venerunt*). Lediglich der *legis actio sacramento* sei ein Residuum im Prozess vor dem Zentumviralgericht verblieben; wegen *damnum infectum* sei zwar weiterhin die *legis actio* gesetzliches Verfahren; in der Praxis sei es dort aber durch Stipulationen (und die formulare Klage daraus) verdrängt.

6 Die moderne Literatur ergänzt diesen Bericht durch die Rekonstruktion einer Vorgeschichte: Das *litigare per formulas* habe sich bereits vor der *lex Aebutia* in der Rechtsprechung des *praetor peregrinus* und *urbanus* etabliert[16] („voräbutischer Formularprozess“); Grund seien Lücken des Legisaktionensystems im Bereich des Rechtsschutzes für/gegen Nichtrömer und/oder dem der (späteren) *bonae fidei iudicia* gewesen.

7 Denn die „Spruchformeln“ seien Nichtrömern nicht zugänglich gewesen.[17] Nicht für alle *fides*-Verhältnisse habe es unter Römern Schutz durch *legis actiones* gegeben. Letzteres ist nicht unproblematisch: Mit der *legis actio sacramento in personam* als „allgemeiner Klage“ (Gai. 4.13: *Sacramenti actio generalis erat. De quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur*) konnte für jedes – vom *ius civile* anerkannte – Verhältnis gerichtlicher Rechtsschutz ins Werk gesetzt werden; aber auch die auf *dare oportere* abstellenden *legis actiones per iudicis postulationem* und *per condictionem* hätten sich für die Erweiterung um *ex fide bona* oder Klagen aus entsprechenden prozessbegründenden Sponsionen geeignet (vgl. → § 59 Rn. 33). Um alle *fides*-Verhältnisse *unter Römern* nach ihrer Anerkennung durch das *ius civile* zu sanktionieren, war ein neues Verfahren insofern nicht erforderlich. Außerdem zeigt sich an den (*in ius* konzipierten) *bonae fidei iudicia* des Formularverfahrens sicher nicht der Prototyp einer *formula*: Bei den ältesten Formeln muss vielmehr die Struktur *si paret / si non paret* noch ungestört gewesen sein; eine *demonstratio* (*quod … qua de re agitur*) musste sich erst aus der *praescriptio* (*ea res agetur/agatur, quod …*) entwi-

---

concepta verba Kaser/Hackl, RZ 152 Fn. 10; *Manthe*, Fachsprachen 71: „mit veränderlichen Worten“; tautologisch *Manthe*, Gaius. Institutionen (2004) 337 (übers. Gai. 4.30): „durch formulierte Worte, das heißt mittels Formeln“; *Mantovani*, Formule 15. Mangels Belegen nicht nachvollziehbar, aber beharrlich *Wieacker*, RRG I 447: „Die Juristen selbst stellen zuweilen dem *agere per verba concepta* („Spruchformel“) ein *agere* (*litigare*) *per formulas* gegenüber“; methodisch problematisch Fn. 3: Gai. 4,30 „vielleicht Glossem“ unter Verweis auf *Solazzi* und *Beseler*. Allein schon die Terminologie der *formulae in ius/in factum conceptae* bei Gaius, Ausdrücke wie *conceptio formularum* (Paul. 1 sent. D. 3.5.46.1) und *ius iurandum concipere/iuris iurandi verba concipere* – „die Eidesformel (für den Einzelfall) abfassen“ und der Zusammenstand von *concipei* und *iudicium/formula* in der *lex Rubria* (Kap. XX) erheben die Gaianische Gleichsetzung *per concepta verba id est per formulas* über jeden Zweifel.

[16] *Wieacker*, RRG I 448–453; *Kaser/Hackl*, RZ 153–157, jeweils mit Literatur.

[17] Nach *Kaser/Hackl*, RZ 151 etwa war das Formularverfahren „von vornherein auch Nichtbürgern zugänglich“; *in ius* konzipierte Formeln ohne Fiktion (→ Rn. 7) waren Nichtbürgern niemals zugänglich.

ckeln.[18] Die *bonae fidei iudicia* mit *formula in ius concepta* stehen in der Formelentwicklung (abgesehen von dem Zusatz *ex bona fide*) insofern auf derselben Stufe wie die *actio incerti ex stipulatu* (s. Gai. 4.136).

Die ursprüngliche Struktur ist einerseits gewahrt bei *in factum* konzipierten Formeln (→ § 12 Rn. 35). Jedenfalls bei *depositum* und *commodatum* (Gai. 4.47 → § 85 Rn. 5) sind sie neben den *in ius* konzipierten (→ § 12 Rn. 34) belegt; sie werden hier auch älter sein als ihre *in ius* konzipierten Konterparts. Aber die *in factum* konzipierten Formeln für die „*fides*-Verhältnisse" sind keine eigene Gruppe „*bonae fidei iudicia*". Die Worte *ex bona fide* erscheinen in ihnen nicht; sie reihen sich vielmehr ein in die Gesamtheit der prätorischen *formulae in factum conceptae*. Prozesse unter Beteiligung von *Nichtrömern* (gleich aus welchem Grund) müssen zunächst entweder mit Fiktionen in *formulae in ius conceptae* (→ § 12 Rn. 37) oder mit *formulae in factum conceptae* gestaltet werden. Eher gehören also das Phänomen der *formula in factum concepta* und der „voräbutische Formularprozess" zusammen.[19] Doch bleibt dieses Modell *praeter fontes*. **8**

IV. *Formula* und *litis contestatio* als Dokumentation der Streitgegenstandsfestlegung

Was die Anwendung des Formularverfahrens auf das *ius civile* betrifft, ist das Phänomen der *actiones quae ad legis actio⟨nis fictio?⟩nem exprimuntur* (Gai. 4.10) bemerkenswert – und wegen Textverlusts im Veroneser Gaius verundeutlicht. Für Gaius besteht eine grundlegende Alternativität zwischen denjenigen Klagen (des Formularverfahrens), die die Durchführung einer *legis actio* fingieren, und denjenigen, die *sua vi ac potestate constant*. Letzteres gilt nach Gai. 4.33 für die *formulae quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus* – „mit denen wir geltendmachen, dass uns Geld oder irgendeine Sache ‚gegeben werden muss'"; sie werden gerade nicht *ad condictionis fictionem* gestaltet; mit *condictio* muss hier die *legis actio per condictionem* (→ § 9 Rn. 57) bzw. deren Element der „Ansagung" eines Termins zur Richterbestellung gemeint sein. Da der Streitgegenstand über das *dare oportere* einer bestimmten Summe hinaus keine weitere Determinierung aus der *legis actio* bezog, ist neben der Bezugnahme auf Summe und *dare oportere* in der Formel eine Fiktion der *legis actio* nicht veranlasst. Die formfrei erklärte und in der *formula* dokumentierte Festlegung des Streitgegenstands ersetzt hier vollständig die förmliche der *legis actio*. **9**

Die Verwendung der *formula* der *condictio certae pecuniae* lässt sich demnach und aufgrund ihrer gänzlich rudimentären Formelstruktur *si paret … condemnato, si non* **10**

[18] Dass die Prozessformel im Gegensatz zu den *legis actiones* „vielfache Abwandlungen zulässt" (*Kaser/Hackl*, RZ 151), steht außer Frage; dennoch ist der Ursprung – schon aus methodischen Gründen – zunächst nicht beim Bedürfnis nach einer Abwandlung zu suchen.

[19] Im Ergebnis auch *Wieacker*, RRG I 449: „Für die Entstehung des Formularprozesses geben also die *bonae fidei iudicia* wenig her."

paret absolvito als „Formularverfahren in Reinkultur" für den Bereich des *ius civile* verstehen. Der Übergang vom Legisaktionen- zum Formularverfahren sollte daher an der Paarung von *legis actio per condictionem* und *condictio* des Formularverfahrens beobachtet werden.[20] Es wurde schon längst auf den Punkt gebracht, dass „*aio te mihi X milia dare oportere* (§ 17b) passed straight into *si paret Nm. Nm. Ao. Ao. X milia dare oportere* (§ 41)."[21]

11 Auch im Verfahren der *legis actio per condictionem* mussten die förmliche Festlegung des Streitgegenstands durch die Parteien im ersten Termin vor dem Prätor dokumentiert und der im zweiten Termin eingesetzte Richter instruiert werden.[22] Dass dies bereits mittels *formula* geschah, die am Ende des ersten Termins *in iure* gestaltet worden wäre, ist nicht auszuschließen, entbehrt aber des Quellenbelegs. Auch wenn hier lediglich die Durchführung der *legis actio* über eine bestimmte Geldsumme dokumentiert wurde, so ist doch die *formula* nichts anderes als der unausweichliche und spezifisch stilisierte „Rest", der nach Abschaffung bzw. Entbehrlichwerden der förmlichen Wechselrede vor dem Prätor bei verbleibender Notwendigkeit der Festlegung des Streitgegenstands und der verbindlichen Einlassung des Beklagten für die nachfolgende Einsetzung eines konkreten Richters verbleibt. Der Wortwahl des Gaius, „durch die Abschaffung des *lege agere*" sei das Streiten *per concepta verba* „bewirkt" worden (*effectum est*), entspricht gerade diesem Befund.

12 Noch unter dem Formularverfahren ist bei Gaius erkennbar, dass *demonstrare* und *intendere* in der Sache Erklärung des Klägers sind (Gai. 4.59; 4.3; 4.18). Nicht diese Erklärung und die Einlassung des Beklagten werden als solche protokolliert, sondern sogleich die Gestaltung als Prozessprogramm gewählt, was angesichts der antiken, von den Römern geteilten Traditionen der Stilisierung der Geschäfts- oder Testamentsurkunde als objektives Regelwerk nicht befremdet. Das Phänomen der *litis contestatio* ist dabei in einen Zusammenhang von *testatio* (gr. συγγραφή) und *testamentum* zu bringen. Demnach bezeichnet *formula* einen inhaltlich-strukturellen Aspekt, *litis contestatio* den der Erklärung vor Zeugen, der übergeht in den der Errichtung einer Zeugenurkunde (→ § 12 Rn. 10).

13 Dadurch wird die Vorstellung begünstigt, dass der Kläger „in/mit der Formel" seine Rechtsbehauptung abschließend geltend macht (*formulae quibus intendimus* …: Gai. 4.33; 4.45). Mit der *litis contestatio* fixieren die Parteien durch Privatakt die letztgültige Verengung ihres Verhältnisses in Gestalt der *formula* zum Zwecke der richterlichen Entscheidung.[23] Aufgrund der Begleitung der Verhandlung durch den Prätor ist bereits

---

[20] Nach großen Teilen der Literatur betraf die *lex Aebutia* nur die *legis actio per condictionem*, s. *Kaser/Hackl*, RZ 159 f. mit Fn. 62.

[21] *Zulueta*, Institutes of Gaius II (1953) 255.

[22] Literatur bei *Wieacker*, RRG I 447 Fn. 4. Dass der Richter – das heißt: alle in Frage kommenden Richter – im ersten Termin der *legis actio per condictionem* stets oder auch nur regelmäßig *in iure* anwesend gewesen wäre, erscheint zweifelhaft.

[23] *Selb*, FS Flume I 204: „rein privater Akt." Man beachte nochmals die Einreihung der Prozess-

zu diesem Zeitpunkt gewährleistet, dass der Magistrat einen konkreten Richter mit der Durchführung des Beweisverfahrens betrauen wird (*iudicare iubere*). Der Name des Richters und ein Vermerk über das erfolgte *iudicare iubere* werden später – in derselben Urkunde? – nachgetragen (vgl. TPSulp 31).

14 Am Verfahren mit *condicere* (also mit späterem zweiten Termin zur Richterbestellung) lässt sich am deutlichsten erkennen, dass die Festlegung des Streitgegenstands durch die Parteien und die Richtereinsetzung trennbare Vorgänge sind. In allen uns bekannten Formelblanketten trägt der Richter im Gegensatz zu den Parteien keinen Blankettnamen. Das beweist nicht, dass der konkrete Richter im Formularverfahren *ausnahmsweise* in einem zweiten Termin bestellt wurde,[24] sondern dass von jeher die *litis contestatio* vor Richterbestellung erfolgte.[25]

15 Weder wurde nach diesem Modell das Legisaktionenverfahren zur Gänze oder auch nur in Teilbereichen gesetzlich beseitigt oder das Formularverfahren gesetzlich eingeführt. Vielmehr wurden die Förmlichkeiten teils durch gesetzliche Anordnung, teils durch (prätorische) Fiktionen in den Klageformeln entbehrlich gemacht.[26] Wo Elemente des Legisaktionenverfahrens zu förmlichen Rechtsgeschäften entwickelt worden waren – bei der *in iure cessio* (Gai. 2.24: *idque legis actio vocatur*) und der *manumissio vindicta* – konnten diese weitergepflegt werden.[27]

16 Das Formularverfahren kennt – anders als die Legisaktionen – die allgemeine Statthaftigkeit der Prozessvertretung (Gai. 4.82; → § 12 Rn. 60), Unterschiede müssen auch beim Gebrauch der *exceptiones* bestehen (zur *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* Gai. 4.108; → § 12 Rn. 18). Durch Fiktionen in der *intentio* (→ § 12 Rn. 37) können Institute des *ius civile* im Formularverfahren auf Nichtrömer ausgedehnt werden und analogen Anwendungen zugeführt werden.

17 Für den Blick auf das Formularverfahren nach fortschreitender Etablierung der *extraordinaria cognitio* ist Paul. 1 sent. D. 3.5.46.1 zur Unterscheidung von *actio directa* und *utilis* (→ § 12 Rn. 38) programmatisch:

---

formel in die *res privatae* bei Cic. Caec. 51: *quae lex, quod senatus consultum, quod magistratus edictum, quod foedus aut pactio, quod, ut ad privatas res redeam, testamentum, quae iudicii aut stipulationis aut pacti et conventi formula non infirmari ac convelli potest …*

[24] *Kaser/Hackl*, RZ 286 f.

[25] *Selb*, in: FS Flume I 204; genauer → § 12 Rn. 20 Fn. 49.

[26] Problematisch allenfalls Gai. 4.31: *tantum ex duabus causis permissum est…*; in allen anderen Fällen wäre *lege agere* also nicht mehr erlaubt? Unmittelbar nach *permissum est* ist der Text jedenfalls gestört: *id legis actionem facere lege agere* (þmissumē·id…); als Ausgangspunkt größerer Thesen ist *permissum est* (*permansisse dicuntur legis actiones*?) nicht geeignet.

[27] Daran ändert es nichts, dass Gaius bei der *forma quae publicano proponitur* den Bezugspunkt der Fiktion in der Vergangenheit sieht: *ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet* (Gai. 4.32). Denn dass die *legis actio per per pignoris capionem* nicht mehr praktiziert wird, steht außer Frage. Wenn die fiktizische Formel die Form *deberet* enthält, kann sie auf geltendes Recht verweisen (Irrealis der Gegenwart); die – sprachlich auffällige – Ergänzung um *olim* kann der Darstellung des Gaius geschuldet sein (man vgl. die Übersetzung bei *Manthe*, Gaius Inst. [2004] 337 f.: „um wie viel in alter Zeit … ihm dieses Pfand auslösen müsste [!].“).

Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec suptilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum.

„Und es kommt nicht darauf an, ob einer mit einer unveränderten oder einer nutzbar gemachten Klage vorgeht oder belangt wird, weil in den außerordentlichen Verfahren, wo die Abfassung der Formeln nicht gepflegt wird, diese Feinfühligkeit überflüssig ist, vor allem weil beide Klagen dasselbe vermögen und dieselbe Auswirkung haben."

Was sich aus der Formeltechnik erklärt – aus *intentio*, *condemnatio*, Fiktion, Subjektswechsel usw. – ist für das Kognitionsverfahren (und erst recht für den Justinianischen Zivilprozess) irrelevant. Findet sich also in den Justinianischen Quellen ein irgendwie gearteter Bezug zu den Phänomenen der *formula* (etwa die Gegenüberstellung von *actio directa* und *actio utilis*), so spricht dies zunächst – deutlich – für Klassizität und gegen Interpolation.

§ 11 Die Einleitung des Verfahrens

Ernest Metzger

Fernández Barreiro, La frustración de la comparecencia por intervención de un tercero: su sanción edictal en el proceso privado romano, 1972; *Buti*, Il „praetor" e le formalità introduttive del processo formulare, 1984; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano, 1984; *Wolf*, Das sogenannte Ladungsvadimonium, in: Satura Roberto Feenstra, 1985, 59–69; *Bürge*, Zum Edikt de edendo, SZ 112 (1995), 1–50; *Camodeca*, Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.); Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii, 1999. *Metzger*, Litigation in Roman Law, 2005; *Platschek*, Studien zu Ciceros Rede für P. Quinctius, 2005. *Trisciuoglio*, Fideiussio iudicio sistendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto Giustinianeo e nella tradizione romanistica, 2009; *Donadio*, Vadimonium e contendere in iure, 2011. *Fiori*, Il processo privato, in: Cursi, XII Tabulae. Testo e commento I, 2018, 45–149.

Inhalt Rn.

I. Ladung 1
1. Bestand und Fortentwicklung des Ladungsverfahrens 2
2. Allgemeiner Charakter des Ladungsverfahrens 4
3. Prätorisches Edikt und juristische Auslegung 10
a. Beschränkungen im Hinblick auf die Personen, die geladen werden dürfen 12
b. Ladung *de domo sua* 14
c. *Vindex* 15
d. Widersetzliche Klagegegner 16
aa. Nichterscheinen 17
bb. Aufenthalt außer Reichweite 18
cc. Betrügerisches Sich-Verbergen und Abwesenheit 19
e. Verhinderung des Erscheinens eines *vocatus* an der Gerichtsstätte 23
II. Außergerichtliches *vadimonium* 26
III. *Editio*, ‚Spielraum', *negotium* 28

I. Ladung

1 Das *in ius vocare* ist der private Akt einer Person, die eine andere Person in den Amtsbereich oder die Einflusssphäre eines Magistrates bringen will, dem die Rechtspflege obliegt.[1] Der Akt des *in ius vocare* lässt, materiell betrachtet, noch nicht den Prozess beginnen, sondern dient nur dazu, die Gegenwart einer Person zum Zweck einer rechtlichen Auseinandersetzung zu sichern; damit ist das *in ius vocare* zugleich die Grundlage für die Feststellung und Bestrafung von Ungehorsam.

1. Bestand und Fortentwicklung des Ladungsverfahrens

2 Das *in ius vocare*, das zuerst in den zwölf Tafeln bezeugt ist (→ Rn. 4–9), hat eine lange Geschichte. Indessen ist die übliche Periodeneinteilung, die es der Phase *in iure* des (vorklassischen) Legisaktionenprozesses und des (klassischen) Formularverfahrens zuweist, etwas ungenau. Für einen nicht genau bestimmbaren Zeitraum, vielleicht bis zum 1. Jh. nach Christus (→ Rn. 3), war das *in ius vocare* das einzige rechtliche anerkannte Ladungsverfahren. Es wurde noch im 3. Jh. in römischen Prozessen angewendet, wie die Ediktskommentare von Callistrat, Paulus und Ulpian zeigen.[2] In demselben Zeitraum ist das Verfahren des *in ius vocare* für einphasige Prozesse vor einem *iudex pedaneus* belegt – allerdings war diese Vorgehensweise möglicherweise nicht korrekt.[3] Das Verfahren des *in ius vocare* wurde überdies im Lauf der Zeit durch das Edikt und die juristischen Kommentare wesentlich verändert (→ Rn. 10–25). Viele Einzelheiten sind verloren oder dunkel; die Einzelheiten, die in den überlieferten Kommentaren noch behandelt werden, sind relativ wenige; der größte Teil der überlieferten Texte beschäftigt sich mit dem Status des Geladenen (*vocatus*) und der Eignung eines *vindex*, der den Ladungszugriff abwehrt (→ Rn. 12–15). Die Ediktskommentare dürften eine größere Bandbreite von bestehenden Regelungen abgedeckt haben, als es die Digesten überliefern. Vor allem fehlen Bestimmungen über die Durchsetzung des Ladungszwangs. Zu dieser Frage bestehen große Kontroversen in der modernen Literatur (→ Rn. 16–22). Im nachklassischen Recht existierte die Wendung *in ius vocare* weiter, doch bezeichnete sie jetzt meist nicht den Akt der Ladung selbst, sondern die verschiedenen Maßgaben und Beschränkungen, die sich an diesen Rechtsakt angelagert hatten und die sich auch an neue Formen der Ladung anpassen ließen.[4]

---

[1] Paul. 4 ed. D. 2.6.1: *In ius vocare est iuris experiundi causa vocare.* Gegen den Gebrauch der Fügung '– vocatio': *Mantovani*, ASGP 50 (2005) 146 Fn. 5, 151 Fn. 20.

[2] S. dazu jeweils *Lenel*, Pal. I, Callistratus Nr. 5; Paulus Nr. 129–138; *Lenel*, Pal. II, Ulpianus Nr. 255–273. Der Umstand, dass Ulpian häufig den Ediktswortlaut zitiert, zeigt, dass die entsprechenden ediktalen Bestimmungen weiterhin lebendig waren, s. Ulp. 5 ed. D. 2.4.4.1; D. 2.4.8.1; D. 2.4.10.12; D. 2.7.3.2; D. 2.8.2.2–4; D. 42.4.2; s. a. Paul. 4 ed. D. 2.7.4.

[3] Ulp. 5 ed. D. 2.7.3.1; *Fernández Barreiro*, La Frustración (1972) 28–29.

[4] Die frühen Kaiserkonstitutionen, die in C. 2.2 unter der Rubrik *de in ius vocando* stehen, zitieren zwar das Edikt, haben aber einen breiten Anwendungsbereich und lassen ihren ursprünglichen

Von der Mitte des 1. Jh.s nach Christus an ist im römischen Ägypten[5] eine zweite Form der Ladung belegt, die üblicherweise als *litis denuntiatio*[6] bezeichnet wird. Die Einführung dieses Ladungsverfahrens im römischen Italien und in den Provinzen muss die praktische Bedeutung des *in ius vocare* in irgendeiner Weise beeinflusst haben. Der zeitliche Verlauf seiner Einführung ist jedoch unklar. Es existierte offenbar im Jahr 322 in einigen Gerichten in den Provinzen. Eine Konstitution, die in diesem Jahr durch Kaiser Konstantin erlassen wurde und sich an die Provinzstatthalter richtete, versuchte Missbräuche im Hinblick auf den Nachweis einer vollzogenen *denuntiatio* zu beseitigen.[7] Dass die neue Ladungsform durch Marc Aurel (Kaiser von 161 bis 180 nach Chr.) geschaffen wurde, wie Aurelius Victor behauptet, ist zweifelhaft.[8] Möglicherweise bezieht sich Victor in Wirklichkeit auf Caracalla (d. h. auf Marcus Aurelius Severus Antoninus Augustus);[9] dies würde die Einführung des *litis denuntiatio*-Verfahrens in das frühe 3. Jh. verlegen; und wenn das richtig ist, wird plausibel, dass Kommentare zum Edikt über das *in ius vocare* zu Anfang des 3. Jhs. weiterhin relevant waren. Dass die Praxis des *in ius vocare* jedoch mit der Herrschaft des Caracalla wirklich endete, bleibt eine Hypothese, die nur mit großer Vorsicht akzeptiert werden kann. **3**

2. Allgemeiner Charakter des Ladungsverfahrens

Die rekonstruierten Fragmente des Zwölftafelgesetzes enthalten eine Reihe von Vorschriften über das Ladungsverfahren. Diese Vorschriften überliefern einige Details des Verfahrens, die unterstützt durch das prätorische Edikt und die Auslegung der Juristen noch im klassischen Recht fortlebten.[10] **4**

Kontext nicht erkennen: Gord. C. 2.2.2 (239) (*poenam edicto perpetuo praestitutam*); Dioc. et Maxim. C. 2.2.3 (287) (*venia edicti petita*); s. a. Alex. C. 2.2.1 (230) (*in ius eam* [*uxorem*] *sine permissu praetoris vocari prohibitum est*). Die letzte Konstitution des Titels, C. 2.2.4 (o.A.), behandelt Verfahrensschritte μετὰ ὑπόμνησιν, nimmt also auf den *libellus admonitionis* des Libellprozesses Bezug: *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 14.

[5] S. *Lévy*, Mél. Magdelain, 250 f. Fn. 13.

[6] Dazu allg. *Kaser/Hackl*, RZ 566–570.

[7] Cons. Cod. Theod. 2.4.2 (322). S. dazu *Lévy*, Mél. Magdelain, 247–257; *Agnati*, TSDP 5 (2012) 1–118.

[8] Aur. Vict. Caes. 16.11: *denuntiandae litis op⟨p⟩eriendaeque ad diem commode ius introductum*. S. *Kaser/Hackl*, RZ 566 Fn. 2; *Metzger*, Litigation (2005) 171 f. (mLit.). *Boyé*, Denuntiatio (1922) 271–279 und *Lemosse*, Labeo 36 (1990) 12–14 schreiben die Reform Marc Aurel zu.

[9] *Cloud*, SZ 119 (2002) 171 f. mit Fn. 71. S. a. *Fliniaux*, Vadimonium (1908) 108 Fn. 1 (Verwechslung von Caracalla und Marcus Aurelius in Aur. Vict. Caes. 16,12).

[10] RS II 584–590 (Textedition); s. a. *Flach*, XII Tab., 37–42 (mit zusätzlicher Kommentierung in *Flach*, Gesetze 113–116); *Fiori*, in: Cursi, XII tabulae I (2018) 45–56, 114–121. Die drei modernen Editionen enthalten Quellen- und Literaturangaben. S. dazu *Agnati*, Duodecim tabularum (2002) 29–59. Bei den hier zitierten Vorschriften bestehen keine Unterschiede in der Anordnung und Nummerierung zwischen den Ausgaben von *Crawford*, *Fiori*, *Flach*, *Riccobono*, *Bruns* und *Schöll*. Gewisse Abweichungen zwischen den Ausgaben sind jedoch zu beachten. Fragment 1: Für die in

1.1 *si in ius vocat, ?ito;? ni it, antestamino; igitur ⟨im⟩ capito.*
1.2 *si calvitur pedemue struit, manum endo iacito.*
1.3 *si morbus aevitasue escit, iumentum dato; si nolet, arceram ne sternito.*
1.4 *adsiduo vindex adsiduus esto. proletario ?civi? quis volet vindex esto.*

6 Der Kläger ruft seinen Gegner ohne Mitwirkung des Staates und wohl auch ohne den Gebrauch bestimmter Worte[11] vor den Magistrat. Wenn der Gegner der Ladung nicht folgt, kann der Kläger ihn gegen seinen Willen *in ius* bringen.[12] Das Wort *antestamino* verlangt vom Kläger, Zeugen herbeizurufen, bevor er Gewalt anwendet.[13] Nicht in den Fragmenten der zwölf Tafeln ist der Brauch überliefert, dass der Zeuge dem Kläger gestatte, sein Ohr zu berühren oder daran zu ziehen.[14] Dass die Gegenwart von Zeugen den nachfolgenden Einsatz von Gewalt legitimierte, ist unzweifelhaft. Streitig ist hingegen, ob die Gegenwart von Zeugen es unmöglich machte, gegen den Kläger, der entsprechend Fragment 2 die *manus iniectio* vorgenommen hatte, Ansprüche wegen *iniuria* zu erheben.[15] Die Autoren, die den Zusammenhang zwischen der Zeugenauf-

---

vielen Editionen, u.a. *Flach* und *Fiori*, übernommene Lesung *i⟨t⟩o*, s. *Lotito*, in: Humbert, Dodici tavole (2005), 209–215. Fragment 3: *Flach* gibt den Text von Gell. 20,1,25 ohne Änderungen wieder, einschließlich der Wendungen *vitium* (von *Crawford* verworfen) and *qui in ius vocabit* (von *Crawford* und *Bruns* verworfen, bei *Schöll* and *Riccobono* in Klammern gesetzt). Gemeinhin verwerfen die Herausgeber diese Passagen bei Gellius als Gloss. Fragment 4: Dieses Fragment ist im Wesentlichen aus Gellius 16,10,5 rekonstruiert. Frühere Editionen lesen *proletario iam civi* (*Schöll*, *Bruns*) oder *proletario [iam civi]* (*Riccobono*); *Crawford* folgt einem anderen Zweig der handschriftlichen Überlieferung und liest wie oben im Text RS II 589. Abw.: *Albanese*, Index 26 (1998) 17–19; *Fiori*, in: Cursi, XII tabulae I (2018) 114–115 mit Fn. 492; vgl. *Flach*, der liest *{iam} civi {c}⟨q⟩vi⟨s⟩qvis volet vindex esto*. Die Stellung des Textes als Fragment 4 ist nicht zweifelsfrei erwiesen, wird aber weithin akzeptiert, s. *Albanese*, Index 26 (1998) 28–33 (der Gai. 2 l. XII tab. D. 50.16.234.1 als weitere Quelle sieht); vgl. *Behrends*, Zwölftafelprozess (1974) 47–49.

[11] *Pugliese*, PC I 255 f.; vgl. *Wolf*, Sat. Feenstra, 60; *Albanese*, Processo privato (1987) 29. Gestritten wird darum, welches Ausmaß an Förmlichkeit durch die römische Komödie bewiesen wird, in der es zahlreiche Beispiele für Ladungen vor Gericht gibt: Plaut. Asin. 480–483 (*in ius voco te*); Curc. 621–625 (*ambula in ius*); Persa 745–747 (*ambula in ius*); Poen. 1229–1233 (*in ius vos voco*); Rud. 859–876 (*ambula in ius*); Truc. 839–840; Ter. Phorm. 980–996, 1053–1054.

[12] Zum Grad der zulässigen Gewaltanwendung, s. die von *Behrends*, Zwölftafelprozess (1974) 17 Fn. 38 zitierten Quellen. Nach dem Zeugnis des Valerius Maximus durfte ein Kläger, der eine *matrona in ius* vorlud, die Geladene oder auch nur ihre Kleidung nicht berühren: Val. Max. 2,1,5; 8,3 pr.; *Cascione*, Index 40 (2012) 238–241. Eine ähnliche Beschränkung, die aber weniger deutlich an das Geschlecht anknüpfte, blieb im nachklassischen Recht bestehen: Nepotian.1,4; Cod. Theod. 1.22.1 (316); *Cascione*, Ess. Sirks 133–137.

[13] Plaut. Curc. 621 (*licet te antestari*); Poen. 1229–1230 (*antestare me … te antestabor*); Persa 747 (*nonne antestaris*); Hor. sat. 1,9,76 (*licet antestari*).

[14] Plin. nat. 11,251: *Est in aure ima memoriae locus, quem tangentes antestamur*. S. Plaut. Curc. 624 (implizit); Persa 748; Hor. sat. 1,9,76–77; Schol. Hor. sat. 1,9,76 (ed. Keller, II, p. 104,23–105,4); Porph. Hor. sat. 1,9,76 (ed. Holder, p. 236,11–13); *Masi Doria*, St. Talamanca V 315–342; *Selinger*, Forschungen zur Rechtsarchäologie 18 (2000) 202–206, 219–221.

[15] Den Zusammenhang zwischen Zeugenaufruf und *iniuria* nehmen an *Masi Doria*, St. Talamanca V 332–336; *De Francesco*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 419–425; s. a. *Cairns*, Latomus 64 (2005)

rufung und dem *iniuria*-Vorwurf akzeptieren, nehmen zugleich an, dass die Zeugen zugunsten des Klägers in einem nachfolgenden Injurienverfahren aussagen werden, wenn sie dazu aufgefordert wurden. Die alternativen Auffassungen, denen zufolge die Zeugen dem Kläger sofort zur Gerichtsstätte folgen[16] oder als Zeugen in dem Verfahren auftreten, für das der Gegner geladen wird,[17] haben keine Zustimmung gefunden.

Fragment 2 gestattet gegen einen Geladenen, der physischen Widerstand leistet oder vielleicht zu fliehen versucht, ein höheres Maß an Gewaltanwendung.[18] Der Wortlaut der Bestimmungen legt es nahe, die *legis actio per manus iniectionem* zum Vergleich heranzuziehen. Letztere stellt eine robuste Vollstreckungsmethode gegen einen Schuldner dar, dessen Haftung durch Gerichtsurteil oder gerichtliches Geständnis festgestellt ist.[19] Jedoch ist kaum vorstellbar, dass die volle Strenge der *legis actio per manus iniectionem*, die zur uneingeschränkten Vollstreckung eines Urteils führte, schon in diesem frühen Stadium des Verfahrens angewendet wurde. Man muss annehmen, dass die Gewalt, die bei der Ladung angewendet werden durfte – in einem größeren Umfang als dem, der durch das *capito* in Fragment 1 gestattet wird – nur darauf gerichtet war, den physischen Widerstand des Geladenen zu überwinden und ihn vor Gericht zu bringen.[20] Wenn irgendwelche Spuren dieser Form der *manus iniectio* im Formularverfahren überlebt haben, so sind sie nur schwach.[21] **7**

Die Vorschrift für den Fall der Verhinderung des Beklagten in Fragment 3 ist höchst unklar formuliert und stellte im klassischen Recht einen archaischen Fremdkörper dar.[22] Die Vorschrift scheint anzudeuten, dass der Kläger ein Zugtier oder ein Gespann stellen muss, sofern der *vocatus* krank oder betagt ist; akzeptiert der *vocatus* das angebotene Transportmittel nicht, so ist der Klägern nicht verpflichtet, einen Planwagen zu **8**

55; vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 65 Fn. 14 (übernommen aus *Kaser*, Ius (1949) 192 f.). Die unmittelbaren Belege stammen von zwei Scholiasten des Horaz; sie stammen aus späterer Zeit und geben möglicherweise nicht den älteren Rechtszustand wieder: Porph. Hor. sat. 1,9,76 (ed. Holder, p. 236,16); Schol. Hor. sat. 1,9,76 (ed. Keller, II, p. 105,6–7); s. aber Ter. Phorm. 983–984 mit *De Francesco*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 423–425.

[16] S. Plaut. Poen. 1225–1233; Curc. 620–627; *Kaser*, RZ 48 Fn. 8 (weggelassen in *Kaser/Hackl*, RZ 65 Fn. 10); *Mazurek*, CJ 93 (1997) 1–17; vgl. *Cairns*, Latomus 64 (2005) 49–55.

[17] Schol. Hor. sat. 1,9,76 (*in illa causa*); *Paratore*, Synt. Arangio-Ruiz II 837–838; vgl. *Masi Doria*, St. Talamanca V 329–332.

[18] S. Fest.p. 508 L (s. v. *struere*); Fest. p. 232 L (s. v. *pedem struit*); Paul. Fest. p.253 L (s. v. *pedem struit*); Gai. 1 l. XII tab. D. 50.16.233 (*si calvitur*); Plaut. Cas. 168–169 (*calvitur*); *Behrends*, Zwölftafelprozess (1974) 44 f. Fn. 75–76; *Flach*, Gesetze 114 Fn. 35; RS II 587 f.

[19] Gai. inst. 4.21–25.

[20] *Buti*, Praetor (1984) 253 f. Fn. 104; *Kaser/Hackl*, RZ 66–68; RS II 588; *De Francesco*, in: Humbert, Dodici tavole (2005), 418; vgl. *Behrends*, Zwölftafelprozess (1974) 42–46; *Albanese*, Processo privato (1987) 28–30; *Trisciuoglio*, St. Nicosia VIII, 295 f.; *Fiori*, in: Cursi, XII tabulae I (2018), 51–53. S. a. *Nicosia*, ACop. VI 166 (ursprünglich waren beide Rechtsbehelfe identisch, hatten sich aber zur Zeit der Zwölftafeln auseinanderentwickelt).

[21] *Behrends*, Zwölftafelprozess (1974) 44 f.

[22] Gellius 20,1,24–30 (kommentiert den archaischen Charakter der Bestimmung).

stellen.[23] Die beiden Verneinungspartikel im Satz könnten auch den genau gegenteiligen Sinn haben, dass nämlich, sofern der Geladene nicht bereit war, ein Zugtier oder ein Gespann, zu akzeptieren, der Kläger einen Wagen stellen musste.[24]

9 Der *vindex* ist im frühen Recht in zwei verschiedenen Rollen belegt. Einerseits erscheint der *vindex* als Person, die im Ladungsverfahren auftritt, um das es hier geht, andererseits als jemand, der einen verurteilten Schuldner oder einen Schuldner, der ein Geständnis abgelegt hat, im Verfahren der *legis actio per manus iniectionem* befreit.[25] Seine genaue Rolle im Ladungsverfahren war lange umstritten. Der Streit dreht sich vor allem um den Grad, in dem die beiden Rollen des *vindex* einander ähnelten. In beiden Zusammenhängen muss der *vindex* eine Person mit hinreichendem Vermögen sein.[26] Vermutlich schützte der *vindex* im Rahmen des Ladungsverfahrens den Geladenen vor einer Form der Gewaltanwendung (*manus iniectio)* die, wie grade erörtert, Ähnlichkeiten mit der Gewaltanwendung gegenüber einem verurteilten Schuldner oder einem solchen besaß, der ein gerichtliches Geständnis abgelegt hatte.[27] Jedoch ist der *vindex*, der für einen *iudicatus* oder einen *confessus* auftritt, eine wirkliche Ersatzperson für den Schuldner; manche Autoren weisen dem *vindex* im Rahmen des Ladungsverfahrens dieselbe oder eine ähnliche Rolle zu. Nach dieser Auffassung wird der *vocatus* durch das Auftreten eines *vindex* endgültig frei von der Teilnahme am Verfahren und der *vindex* tritt an seine Stelle.[28] Eine Lösung ist schwierig, weil es nur wenige

[23] *Fiori*, in: Cursi, XII tabulae I (2018) 54–55. Doch mag es sich in Wirklichkeit eher darum handeln, dass sich der Kläger weigerte, einen Wagen zur Verfügung zu stellen: RS II 588 (gestützt auf Varro Men. 188).

[24] *Bürge*, Mél. Wubbe, 61–74.

[25] Dass es den *vindex* im archaischen Ladungsverfahren gab, ist bestritten: *Albanese*, Index 26 (1998) 26–28 (mLit.).

[26] Zur Tauglichkeit des Ladungs-*vindex* nach dem Zwölftafelgesetz: Gellius 16,10,15; s. a. Varro frg.Non. p. 93, 18 (*proletari*); Paul. Fest.p. 8 L (s. v. *adsiduus*); Cic. top. 10; Cic. rep. 2.40; Gellius 16,10,5,8; Non.p.228,19 (*proletarii*); dazu *Nicosia*, in: Sargenti/Luraschi, Certezza (1987), 203–208; *Flach*, Gesetze 116; *Reinhardt*, Topica (2003) 208–211; *Ungern-Sternberg*, DNP I 131 f.; *Albanese*, Index 26 (1998) 19–25; *Ungern-Sternberg*, MH 59 (2002) 97–100; *De Francesco*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 431–435; *Trisciuoglio*, Fideiussio (2009) 7–12; *Fiori*, in: Cursi, XII tabulae I (2018) 114–121. Zur möglichen Herkunft des *adsiduus vindex* aus dem solonischen Recht: *Trisciuoglio*, St. Nicosia VIII 289–294. Zur Tauglichkeit des Ladungs-*vindex* im späteren Recht: unten, Fußnoten 31, 51–53. Zur Tauglichkeit des *vindex* für einen *iudicatus* oder *confessus*: Gai. 2 l. XII tab. D. 50.16.234.1; Lex Urson., c. 61 (*locuples*). Die *lex de Gallia Cisalpina* (Lex Rubr., c. 21: *locupletem*) behandelt einen *confessus*, dessen Schulden die Zuständigkeitsgrenze der örtlichen Gerichtsbarkeit überschreiten und der eventuell einen *vindex* benötigt; damit klingen sowohl vollstreckungsrechtliche als auch das Ladungsverfahren betreffende Tatbestände an. Als die *legis actiones* ungebräuchlich wurden, wurde die Stellung eines tauglichen *vindex* im Vollstreckungsverfahren durch die Leistung einer Sicherheit für die Erfüllung des Urteils ersetzt: Gai. 4.25.

[27] S. *Kaser/Hackl*, RZ 66 Fn. 29; *De Francesco*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 433; *Trisciuoglio*, St. Nicosia VIII 295. Fest.p. 516 L (s. v. *vindex*) kann sich auf beide Formen beziehen.

[28] S. *Falcone*, ASGP 40 (1988) 194; *Albanese*, Processo privato (1987) 33 f.; *Trisciuoglio*, St. Nicosia VIII 294–304; *Fiori*, in: Cursi, XII tabulae I (2018) 113. Die Argumentation misst Gai. 1 l. XII tab.

Belege speziell zum *vindex* im Rahmen des Ladungsverfahrens im archaischen Recht gibt. Die Autoren, die bereit sind, Schlüsse aus Quellen der späteren Zeit zu ziehen, die es in großer Zahl gibt (→ Rn. 15), machen geltend, dass der *vindex* nach Fragment 4 dafür verantwortlich war, den *vocatus* später wieder vor Gericht zu bringen.[29] Diese Auffassung kann sich auf die Autorität von Lenel, Pugliese und Kaser stützen; dennoch steht die Dürftigkeit der frühen Quellenbelege einer einfachen Erledigung des Streits entgegen.

3. Prätorisches Edikt und juristische Auslegung

Die Vorschriften des Zwölftafelgesetzes blieben viele Jahrhunderte in Kraft (→ Rn. 3), **10**
aber sie wurden durch eine große Zahl von Bestimmungen des prätorischen Edikts und die dazugehörigen juristischen Kommentare ergänzt. Jede Darstellung dieser zusätzlichen Regeln muss notwendigerweise unvollständig bleiben. Dies liegt daran, dass wir uns weitgehend auf Texte aus den Digesten stützen müssen; zusätzlich zu den üblichen Problemen der Überlieferung und möglichen Interpolationen sind wir mit dem Desinteresse des 6. Jh.s an den Einzelheiten des überholten Verfahrenssystems konfrontiert. Dies bedeutet, dass den Institutionen, die, wenn auch in stark veränderter Form bis in die justinianische Zeit überlebten, eine zu große Aufmerksamkeit zuteilwird. Es bedeutet auch, dass die Regeln, die vor dem Tribunal des Stadtprätors galten, im Vordergrund stehen, während die Vorschriften für lokale Gerichte in Italien und in den Provinzen nur wenig Aufmerksamkeit erfahren. Die Einleitung eines Verfahrens in einem lokalen Gericht[30] war nicht zu allen Zeiten grundlegend anders geordnet; doch konnte es geschehen, dass bestimmte Rechtsstreitigkeiten nicht vom lokalen Gericht behandelt werden konnten.[31]

D. 2.4.22.1 (*eius personam defendet*) große Bedeutung bei. Zweifel daran, dass der Text wirklich das archaische Verfahren beschreibt, äußert, ungeachtet der *inscriptio*, *Lenel*, SZ 25 (1904) 253; *Behrends*, Symp. Wieacker (1991) 34 Fn. 86. Den Standpunkt, dass der Text sich gerade auf das frühe Recht bezieht, vertreten *Albanese*, Index 26 (1998) 27 f.; *Trisciuoglio*, St. Nicosia VIII 300–303; vgl. *Tafaro*, Labeo 22 (1976) 237 f. (der Text ist weit gefasst und bezieht sich sowohl auf das alte als auch auf das neue Verfahren). Gleichbedeutend mit *defendet*, ist vielleicht Boeth. in top. Cic. 1 p. 2,10 (*vindex … qui alterius causam suscipit*): *Trisciuoglio*, St. Nicosia VIII 297–299.

[29] S. *Lenel*, EP 66–68; *Pugliese*, PC I 261; *Luzzatto*, „vindex" in: NNDI XX 830; *Flach*, Gesetze 116; *Kaser/Hackl*, RZ 67–68 (wesentlich entschiedener als noch die Vorauflage: *Kaser*, RZ 49–50). Zu *vindex* und *adsertor libertatis*: *Behrends*, Symp. Wieacker (1991) 30–41; *Indra*, Status quaestio (2011) 137–141; vgl. *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 97 Fn. 230, 103–104.

[30] Natürlich nur, soweit dort das Formularverfahren Anwendung fand; in welchem Ausmaß dies der Fall war, ist umstritten: *Hackl*, SZ 114 (1997) 155–159; *Hackl*, ACop. VIII 314–318; *Nörr*, SZ 125 (2008) 124; vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 165–167.

[31] Sachen, die eine *causae cognitio* verlangten, waren üblicherweise dem Prätor oder Provinzstatthalter vorbehalten: Ulp. 1 ed. D. 39.2.4.4; Paul. 1 ed. D. 50.1.26 pr., 50.17.105; *Martini*, Problema (1960) 44–46; *Fernández Barreiro*, SDHI 37 (1971) 276–280; *Donadio*, Vadimonium (2011) 187 f. mit Fn. 45. Eine umfassende Erörterung der Angelegenheiten, die bei Einleitung eines Verfahrens *causa*

11 Es ist eine Konsequenz dieser editorischen und zugleich historischen Verkürzung, dass die Chronologie nur selten rekonstruiert werden kann. Verschiedene Edikte und Rechtsbehelfe wurden ohne Hinweis auf den Zeitpunkt ihrer Einführung miteinander verschmolzen. In einigen selten Fällen mag immerhin der Stil des Edikts, sofern er in den Quellen wortgetreu überliefert ist, bei der Erfassung der Chronologie helfen. Es wird angenommen, dass die so genannten „zweigliedrigen Edikte", die in einem Satz, eingeleitet mit *ne,* ein Verbot zum Ausdruck bringen und im zweite Satz den einschlägigen Rechtsbehelf, die frühesten Edikte sind. Zu dieser Gruppe gehören zwei Edikte über das *in ius vocare.*[32]

a. Beschränkungen im Hinblick auf die Personen, die geladen werden dürfen

12 Das Edikt enthielt Einschränkungen im Hinblick auf die geladenen Personen; es wurden zwei Klassen von Personen unterschieden, die besonderen Schutz genossen: Zum einen solche, die nicht geladen werden konnten und zum anderen solche, die nicht

---

cognita entschieden wurden, bei *Martini*, Problema (1960) 101–129. Nach h.A. war auch die *missio in bona* als Sanktion bei mangelnder Kooperation des Beklagten den lokalen Gerichten entzogen: Ulp. 1 ed. D. 2.1.4; Paul. 1 ed. D. 50.1.26.1; dazu *Simshäuser*, Munizipalgerichtsbarkeit (1973) 221 f., 226; *Kaser/Hackl*, RZ 179. Schließlich konnte ein Kläger, der eine *actio iniuriarum* zum Beispiel deshalb erheben wollte, weil jemand zu Unrecht seine Tauglichkeit als *vindex* in Frage gestellt hatte, die Klage – wegen ihrer infamierenden Wirkung – nicht ohne Zustimmung des Beklagten beim lokalen Gericht anhängig machen: *Metzger*, Ess. Rodger 218–222 (*lex Irnitana* und *Fragmentum Atestinum*).

Es ist weithin anerkannt, dass die spätklassischen Juristenschriften sehr unzuverlässige Quellen für die Rechtspflege auf der lokalen Ebene in der Zeit der späten Republik und des Prinzipats sind. Deshalb spielen vier Inschriften eine große Rolle in der Diskussion um die lokale Rechtsprechung und ihre Grenzen: *lex* (*Rubria*) *de Gallia Cisalpina* (Mitte des 1. Jh.s v. Chr.); *Fragmentum Atestinum* (Mitte des 1. Jd.s v. Chr.); *lex Irnitana* (91 n. Chr.); und neuerdings die *lex rivi Hiberiensis* (117–138 n. Chr.), die 1993 entdeckt wurde. *Simshäuser*, RD 67 (1989) 639–640, 643–648; *Simshäuser*, SZ 109 (1992) 165 f.; *Laffi*, Athenaeum 85 (1997) 119–138; *Domingo*, REHJ 21 (1999) 25–31; *Wolf*, SDHI 66 (2000) 29–61; *Nörr*, St. Talamanca VI 75–82, 95–98, 105 f.; *Wolf*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 205–237; *Nörr*, SZ 124 (2007) 3 f.; *Nörr*, SZ 125 (2008) 126–131; *Torrent*, An. Fac. Der. Coruña 12 (2008) 987–1006; *Metzger*, Ess. Rodger 209–212, 218–222; *Platschek*, in: Maganzani/Buzzacchi, Lex rivi Hiberiensis (2014) 134–140. Im Hinblick auf Angelegenheiten, die nicht zur Zuständigkeit des örtlichen Gerichts gehörten, behielt der örtliche Magistrat (ungeachtet des bei Ulp. 1 ed. D. 2.1.4 überlieferten Verbots) das Recht, den Parteien zu befehlen, dass sie durch Stipulation ihr Erscheinen in der Nähe des Tribunals des Prätors oder Provinzstatthalters zusicherten: Paul. 1 ed. D. 2.5.2; Ulp. 5 ed. D. 5.1.5; Lex Rubr. 21.21–24; Lex Irnit. 84; *Simshäuser*, SZ 109 (1992) 166 und Fn. 9–10; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 166 f.; *Burton*, CQ 46 (1996) 217–221; *Rodger*, SZ 114 (1997) 160–196; *Wolf*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 214; *Platschek*, in: Maganzani/Buzzacchi, Lex rivi Hiberiensis (2014) 135.

[32] *Dernburg*, FG Heffter, 101–106; *Kaser*, FS Schulz, 32–34. Zu den beiden Edikten → Rn. 13, 23. Beachtung, wenn auch nicht unbedingt Zustimmung, verdient auch die (teilweise) komplementäre Vermutung, dass die frühesten Edikte des Stadtprätors der Durchsetzung des *ius civile* dienten: *Kelly*, IJ (n.s.) 1 (1966) 348 f.; *Watson*, Law Making (1974) 58 f.

ohne Erlaubnis des Prätors geladen werden durften. Die erste Klasse ist vielfältig;[33] sie enthält Personen, die nicht prozessfähig sind (Wahnsinnige – *furiosi* und Kinder – *infantes*), Personen, die religiöse Riten oder Hochzeitsfeierlichkeiten durchführen, Richter, die gerade eine Verhandlung leiten, und Beklagte, die in einer anderen Sache vor dem Prätor stehen. Die Klasse enthält auch die Inhaber hoher Magistraturen mit *imperium* oder *potestas*. Diese Einschränkung wird mit dem *mos maiorum* begründet und ist demnach vorediktal.[34] Die Quellen schweigen zur Frage der Sanktion im Fall der Zuwiderhandlung.[35] Die genauen Konsequenzen, die die Vorladung einer geschützten Person hatte, sind daher Gegenstand von Spekulationen.[36]

Die zweite Klasse umfasst sogenannte Respektspersonen. Das Edikt legt dar, dass **13**
kein Kläger einen Elternteil oder einen Freilasser oder auch das Kind oder die Eltern des Freilassers vorladen darf, ohne das der Prätor dazu seine Erlaubnis gegeben hatte.[37] Wenn der Kläger gleichwohl die Ladung vornahm, war der Geladene verpflichtet, *in iure* zu erscheinen, konnte aber eine auf die Zahlung einer Strafsumme gerichtete *actio in factum* gegen den Kläger anstrengen; die Verhandlung über diese Strafklage wurde

[33] Ulp. 5 ed. D. 2.4.2,4; Ulp. 12 ed. D. 4.6.26.2; Ulp. 42 Sab. D. 47.10.32; Call. 1 cogn. D. 2.4.3; Gai. 1 l. XII tab. D. 2.4.22 pr.; dazu *Pugliese*, PC II 371 f.; *Fernández Barreiro*, SDHI 37 (1971) 261–263; *Buti*, Praetor (1984) 236–240; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 31–54; *Gómez-Iglesias Casal*, REHJ 13 (1989/90) 19 f.; *Donadio*, Vadimonium (2011) 184–187.

[34] Ulp. 12 ed. D. 4.6.26.2.

[35] Nach einer Auffassung war die in Ulp. 5 ed. D. 2.4.24 erwähnte Strafklage bei verschiedenen Formen des Ungehorsams in Zusammenhang mit der Ladung, einschließlich der hier behandelten, verfügbar: *Buti*, Praetor (1984) 239–241; vgl. *Pugliese*, PC II 372.

[36] Drei mögliche Fälle: Einem Kläger, der versucht hatte, eine geschützte Person zu laden, und dann die *actio in factum* gegen einen Beklagte beantragte *qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit*, könnte eine *exceptio* entgegengehalten worden sein; einem Kläger, der eine geschützte Person geladen hatte, könnte *causa cognita* die Klage verweigert worden sein; der *vocatus* könnte bereit sein, sich auf die Klage einzulassen (erschließbar aus Ulp. 12 ed. D. 4.6.26.2). S. *Fernández Barreiro*, SDHI 37 (1971) 262 f.; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 34.

[37] *Lenel*, EP 68–71; Gai. 4.46, 183; Ulp. 5 ed. D. 2.4.4.1–3; D. 2.4.8; D. 2.4.10; Ulp. 57 ed. D. 2.4.12; Ulp. 5 ed. D. 2.7.1.2; Ulp. reg. sing. D. 44.7.25.1; Paul. 4 ed. D. 2.4.5,7,9,11; D. 2.7.2; Paul. 1 sent. D. 2.4.6,17; Paul. 1 quaest. D. 2.4.15; Paul. 2 resp. D. 2.4.16; Mod. 10 pand. D. 2.4.13; Mod. poen. D. 2.4.25; Pap. 1 resp. D. 2.4.14; Inst. 4.16.3. Diese Regel überlebte im nachlassischen Recht: Hon./Theodos. Cod. Theod. 4.10.2; 9.6.4 (423); Alex. C. 2.2.1 (230); Gord. C. 2.2.2 (239); dazu *Martini*, Problema (1960) 103 f.; *Fernández Barreiro*, SDHI 37 (1971) 263–276; *Buti*, Praetor (1984) 239–253; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 55–89; *Gröschler*, Actiones (2002) 42–48; *Mantovani*, Formule 73; *Donadio*, Vadimonium (2011) 187–201. Die Kategorie *parens* erfasste Personen beiderlei Geschlechts und schloss alle Verwandten in aufsteigender Linie ein: Ulp. 5 ed. D. 2.4.4; Paul. 1 sent. D. 2.4.6. Die Erlaubnis zur Ladung wurde in der Regel erteilt, außer in Fällen, in denen ein *libertus* eine *actio famosa* oder eine andere Klage erheben wollte, die die Ehre des Freilassers antastete. In diesen Fällen musste *causa cognita* entschieden werden: Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.12. Das Edikt gestatte die Ladung *permissu meo*; Modestinus überliefert die Variante *iussu praetoris* (Mod. 10 pand. D. 2.4.13), doch lässt sich der Kontext schwer ermitteln; *iussu* könnte einen späteren Rechtszustand wiederspiegeln: *Buti*, Praetor (1984) 241 f. Fn. 61; *Donadio*, Vadimonium (2011) 191 f.; s. a. Mod. poen. D. 2.4.25; Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.4 (*venia edicti*).

vor einer Bank von Rekuperatoren geführt.[38] Das Edikt schrieb nicht vor, dass die Klage erst nach Untersuchung des Sachverhalts (*causa cognita*) gewährt werden sollte, aber die Juristen empfahlen dem Magistrat eine solche Voruntersuchung.[39] Erschien der Geladenen nicht *in iure*, so leistete er damit vermutlich Verzicht auf die *actio in factum*, musste sich aber seinerseits nicht wegen Ungehorsam gegenüber der Ladung verantworten.[40]

b. Ladung *de domo sua*

14 Es war dem Kläger nicht erlaubt, seinen Gegner aus dessen Wohnung vorzuladen.[41] Die Bemerkung Ciceros (Cic. dom. 109: *ut inde abripi neminem fas sit*) legt nahe, dass diese Regel sehr alt war; jedoch lässt sich vermutlich nicht beweisen, dass sie aus dem Zwölftafelgesetz stammt, wenngleich die Inskription der einschlägigen Fragmente des Juristen Gaius dies nahe legt.[42] Nach einer Auffassung erkennt diese Regel die Heimstätte als eine Art *res sancta* an; nach einer anderen belegt sie, dass ein *paterfamilias* – ein solcher war der Beklagte typischerweise – in seinem Haus souveräne Gewalt innehatte.[43] Die Juristen stritten darüber, ob die Regel absolut galt oder Ausnahmen zuließ,[44] und die Ausnahmen, die Julian anerkannte (*si aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur*) haben eine unklare Tragweite.[45] Wer seinen Gegner entgegen der Regel vorlud, musste mit einer *actio iniuriarum* rechnen. Diese stützte sich jedoch auf das Eindringen in die Wohnung und nicht auf die Ladung als solche.[46] Ungeachtet dieser Schutzvorschriften

[38] Gai. inst. 4.46 (HS 10.000 = 10 *aureorum* (?): Pal I praef. VII), 183; Ulp. 5 ed. D. 2.4.24 (50 *aureorum*); Ulp. 57 ed. D. 2.4.12 (50 *aureorum*). Zur Unterschiedlichkeit der Beträge: *Lenel*, EP 69. Wurde ein Haussohn *in potestate* des Freilassers geladen, während der Freilasser selbst abwesend war, so stand die Klage dem Sohn selbst zu, s. Ulp. 57 ed. D. 2.4.12; Ulp. 1 disp. D. 44.7.13; dazu *Gröschler*, Actiones (2002) 43–48 (ein Haussohn erhält dieselbe Klage, die sein Vater bekommen hätte).

[39] Labeo bei Paul. 4 ed. D. 2.4.11; *Martini*, Problema (1960) 103 f.; *Buti*, Praetor (1984) 248–252.

[40] Die Wahlmöglichkeiten des *vocatus* lassen sich aus Labeo bei Paul. 4 ed. D. 2.4.11 erschließen: *Pugliese*, PC II.1 373 f.; *Donadio*, Vadimonium (2011) 195–197.

[41] Gai. 1 l. XII tab. D. 2.4.18,20; Paul. 1 ed. D. 2.4.19,21 (vgl. D. 50.17.103); Paul. 4 ed. D. 2.7.2; Paul. 4 ed. D. 47.10.23; Cic. Catil. 4.2; dom. 109; Vatin. 22; Quint. inst. or. 7.8.6; *Polak*, Symb. van Oven, 257–262; *de Robertis*, Labeo 29 (1983) 173–174; *Buti*, Praetor 233–236; *Licandro*, SDHI 57 (1991) 205–263; *Licandro*, Domicilium (2004) 379–382, 411–421; *Gabarino*, Scr. Bonfiglio, 231–240; *Mantovani*, ASGP 50 (2005) 145–179; *Desanti*, SDHI 74 (2008) 309–344.

[42] S. *Licandro*, Domicilium (2004) 411–421 (der die Herkunft der Regel aus dem Zwölftafelgesetz vorschlägt); vgl. *Mantovani*, ASGP 50 (2005) 147 f.

[43] *Polak*, Symb. van Oven, 259–262 (das Haus wurde vielleicht als *res sancta* angesehen); vgl. *Licandro*, SDHI 57 (1991) 220–227 (gegen Polak), 228–237 (die Heimstätte bezeichnete das Gebiet, in dem der *paterfamilias* souverän war); *de Robertis*, Labeo 29 (1983) 173–174 (*paterfamilias* übte die Herrschaft innerhalb des Hauses aus). Zur Ladung der *materfamilias* in ihrem Haus im nachklassischen Recht Cod. Theod. 1.22.1 (316); *Cascione*, Ess. Sirks, 134–137.

[44] S. Gai. 1 l. XII tab. D. 2.4.18 und dazu *Mantovani*, ASGP 50 (2005) 155 Fn. 30.

[45] *Mantovani*, ASGP 50 (2005) 153 f.

[46] Paul. 4 ed. D. 47.10.23; *Desanti*, SDHI 74 (2008) 313–317. Ob diese *actio iniuriarum* auf die *lex*

riskierte ein Klagegegner, der sich in seinem Haus verborgen hielt, dass sein Verhalten als Ladungsungehorsam angesehen und entsprechend bestraft wurde.[47]

c. *Vindex*

Das prätorische Edikt verlangte vom Geladenen wie das Zwölftafelgesetz (→ Rn. 9), *in iure* zu erscheinen oder einen *vindex* zu stellen.[48] Nach einer verbreiteten Auffassung befahl der Prätor dem *vindex*, für die Anwesenheit des *vocatus* zu einem späteren Zeitpunkt zu sorgen (*exhibitio in ius*), und für den Fall, dass er dies nicht tat, sollte eine *actio in factum*[49] gegen ihn auf das Interesse (*quanti ea res erit*) gewährt werden.[50] Der **15**

Cornelia de iniuriis oder das allgemeine Edikt zur *iniuria* gestützt wurde, ist umstritten, s. *Gabarino*, Scr. Bonfiglio, 231–240 (mLit.).

[47] Paul. 1 ed. D. 2.4.19. Das Fragment gehört zur Kommentierung des Edikts über Personen, die es versäumen, nach Vorladung vor einem lokalen Magistrat zu erscheinen (*Lenel*, EP 52 f.): *Mantovani*, ASGP 50 (2005) 160–179; vgl. *Lenel*, EP 53 f.

[48] Die Klassizität des *vindex* beim Ladungsverfahren lässt sich aufgrund des Wortlauts von Gai. 4.46 schwer bestreiten. Doch erscheint der *vindex* unter dieser Bezeichnung nicht in den *Digesta*; die Kompilatoren haben dafür den Ausdruck *fideiussor iudicio sistendi causa* eingesetzt, *Lenel*, EP 65 f. Entgegen *Lenel* vertreten manche Stimmen, dass einige dieser interpolierten Passagen statt eines *vindex* ein *vadimonium* verdecken, oder aber, dass *fideiussor* echt ist: *La Rosa*, St. Betti III 305–308; *Tafaro*, Labeo 22 (1976) 241–245; *Buti*, Praetor (1984) 300. Jedenfalls ist klar, dass die Texte, die einen *vindex* erwähnen, ohne präzisen Plan interpoliert wurden: Manchmal wurde die ursprüngliche Institution vollständig beseitigt (Rubrica D. 2.6), manchmal verändert (Paul. 1 Plaut. D. 2.11.10 pr.; *Lenel*, SZ 25 (1904) 251 f.) und manchmal wurde – soweit ersichtlich – nichts verändert außer der Einsetzung von *fideiussor* etc. für *vindex* (Ulp. 1 ed. D. 2.5.1).

[49] Die *condemnatio*, aber nicht die ganze Klagformel, wird in Ulp. 5 ed. D. 2.8.2.5 überliefert. Dass es sich um eine *actio in factum* handelte, ist eine Vermutung, die sich auf den Umstand gründet, dass der *vindex* dem *decretum* zuwidergehandelt hat, den Beklagten an einem bestimmten Tag vorzuführen: Paul. 4 ed. D. 2.8.4; *Lenel*, EP 65–66; vgl. *La Rosa*, St. Betti III, 317–319. Weiterhin unbekannt ist auch, ob es sich um eine Strafklage oder eine sachverfolgende Klage handelte: *Kaser*, Litisästimation (1935) 191 f.; *Pugliese*, PC II.1 391. Für den Fall, dass der *vocatus* Widerstand leistete wurde in einem gesonderten Edikt ein Rechtsbehelf verheißen (→ Rn. 18).

[50] Paul. 4 ed. D. 2.8.4; Ulp. 5 ed. D. 2.8.2.5; Paul. 1 Plaut. D. 2.11.10 pr.; Tac. Ann. 2.34 (Tiberius verspricht für Urgulania aufzutreten): s. *De Angelis*, in: De Angelis, Spaces (2010) 134 f.) Das Fragment aus Paulus *ad Plautium* legt nach Auffassung mancher die Vermutung nahe, dass der *vindex* versprechen musste, selbst die Beklagtenrolle zu übernehmen, wenn er den Beklagten nicht beibrachte: *Pugliese*, PC II.1 33–40; *Schmidlin*, Rekuperatorenverfahren (1963) 60 f.; *Luzzatto*, „vindex" in: NNDI XX 830; *Behrends*, Symp. Wieacker (1991) 31 Fn. 78. Der Schadenersatz wird entweder nach der *quantitas* (dem Umfang des im Hauptverfahren geltend gemachten Anspruchs) oder der *veritas* (dem Interesse des Klägers oder dem, was er voraussichtlich im Hauptverfahren erlangt hätte) bemessen. Die vorherrschende Auffassung bevorzugt die *veritas* als Maßstab; jedoch ist die wichtigste Quelle (Ulp. 5 ed. D. 2.8.2.5) ganz unklar und kann auch als Stütze einer vermittelnden Meinung verstanden werden. Die Literatur ist umfangreich. S. z. B. *Lenel*, SZ 25 (1904) 251 f.; *Lenel*, EP 71–73; *Kaser*, Litisästimation (1953) 163 f., 191 f.; *Pugliese*, RIDA 3 (1949) 261–266; *Pugliese*, PC II.1 387–392; *Buti*, Praetor (1984) 305–310; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 115–121; *Tafaro*, Interpretatio (1980) 144–150, 186–191. Eine ähnliche Frage ergibt sich für das Edikt *vi eximere* (→ Rn. 25).

vindex musste hinreichendes Vermögen besitzen; jedoch wurden im Fall der Ladung eines Angehöriger der Personengruppe, gegen die die Ladung nur in begrenztem Umfang zugelassen war (*exceptae personae*) – diese Gruppe war gegenüber den Respektspersonen (→ Rn. 13) etwas erweitert – die Vermögensverhältnisse des *vindex* nicht geprüft.[51] Ein Kläger, der einen solchen sogenannten *qualiscumque vindex* zurückwies, musste mit einer Strafklage *in factum* rechnen, die anscheinend vom Geladenen erhoben werden konnte.[52] In anderen Fällen der Verweigerung des *vindex*, in denen der *vindex* entweder offensichtlich oder erwiesenermaßen hinreichendes Vermögen besaß, wurde eine *actio iniuriarum* sowohl dem zurückgewiesenen *vindex* wie dem Geladenen zugestanden, der auf unzulässige Weise *in ius* gebracht worden war.[53]

d. Widersetzliche Klagegegner

16 Der Prätor versuchte durch zusätzliche ediktale Bestimmungen den Gehorsam des *vocatus* gegenüber der Ladung zu sichern. Manche dieser Edikte richteten sich gegen Geladene, andere allgemeiner gegen Gegner, die an den Verhandlungen *in iure* nicht teilnahmen. Eine Klage im Formularverfahren konnte nur mit Zustimmung beider Parteien ihren Fortgang nehmen;[54] daher schädigte ein Gegner, der sich der Ladung nicht fügte, nicht nur den Kläger, sondern verhinderte die weitere Verfolgung der Klage.

aa. Nichterscheinen

17 Das einzige Rechtsmittel, das direkt gegen den widersetzlichen *vocatus* gerichtet war, ist eine *actio in factum*.[55] Diese Klage wurde gegen den gewährt, der *in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit*.[56] Die Klage ist ihrer Natur nach eine Strafklage, aber es ist unklar, ob die *condemnatio* der Klageformel eine bestimmte Summe nannte oder ob die Strafsumme sich nach dem Interesse des Klägers an seiner Klage richtete.[57] Sofern

---

[51] Rubrica D. 2.6 (interpoliert); Paul. 1 ed. D. 2.6.1.3; Call. 1 ed. mon. D. 2.6.2; Ulp. 5 ed. D. 2.8.2 pr.,2–4; Gai. 1 ed. prov. D. 2.8.5.1. Grdl. *Trisciuoglio*, Fideiussio (2009) 93–133; weiterhin *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 95–96; *De Francesco*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 434 f.

[52] Call. 1 ed. mon. D. 2.6.2. Dass die Klage dem *vocatus* gewährt wird, ist eine Vermutung: *Kaser/Hackl*, RZ 225 Fn. 45.

[53] Gai. 1 ed. prov. D. 2.8.5.1; Gai. 5 ed. prov. D. 2.8.9; Paul. 75 ed. D. 2.8.10 pr.; *Buti*, Praetor (1984) 302 f.; *De Francesco*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 434 f.

[54] *Kaser/Hackl*, RZ 8, 286.

[55] Die genaue Klageformel wird in den Quellen nicht mitgeteilt; verschiedene Varianten, die jedoch den materiellen Gehalt nicht betreffen, sind möglich: *Lenel*, EP 68–71; *Mantovani*, Formule 73 Fn. 303.

[56] Gai. inst. 4.46, 183; Rubrica D. 2.6; Paul. 1 ed. D. 2.5.2.1; Lex Rubr. 21.21–24; dazu *Martini*, Problema (1960) 101–103; Pugliese, PC II.1 379–382; *Buti*, Praetor (1984) 240, 295–298; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación 98–104; *Domingo*, Edicto pretorio III (1995) 24–27; *Mantovani*, Formule 73; *Metzger*, in: McGinn, Obligations (2012) 160–162.

[57] Es gibt keine vorherrschende Auffassung; s. Fn. 56. Heftig umstritten ist die Bedeutung von Paul. 1 ed. D. 2.5.2.1, einem Text, in dem es um die Befugnis der lokalen Magistrate in Italien, eine

eine Strafe nicht gerechtfertigt war, konnte der Kläger die Klage, vielleicht nach Vorprüfung (*causa cognita*), verweigern.[58] Obwohl die Klage in ihren Grundzügen bekannt ist, bestehen Zweifel in Hinsicht auf ihre Nützlichkeit, denn sie setzt voraus, dass der Kläger erneut versucht, den Beklagten vorzuladen, vielleicht mit ebenso geringen Chancen wie beim ersten Mal. Zum anderen ist dieser Rechtsbehelf, wie auch immer man sich ihn im Einzelnen vorstellen muss, schwach im Vergleich zur *missio in bona* (→ Rn. 19), die unter diesen Umständen ebenfalls zur Verfügung stand.[59]

bb. Aufenthalt außer Reichweite

Ein Edikt drohte die *missio in bona* gegen einen Geladenen an, der einen *vindex* gestellt hatte und sich dann unerreichbar machte und auch nicht anderweitig verteidigt wurde (*si neque potestatem sui faciet neque defenderetur*).[60] Im Kommentar des Ulpians (nicht allerdings im Wortlaut des Edikts) wird der *vocatus* beiläufig als widersetzliche Prozesspartei im Sinne eines oder mehrerer Edikte (→ Rn. 19–22) über betrügerisches Sich-Verbergen (*latitare*) und Abwesenheit behandelt.[61] Die Frage nach der Notwendigkeit eines zusätzlichen Edikts, wo doch ein anderes, schon existentes, gleichfalls anwendbar wäre, hat eine Debatte und zugleich eine allgemeinere Untersuchung des Verhältnisses der Androhung einer *missio in bona* zur soeben erörterten Klage gegen den *vindex* hervorgerufen. Lässt man kühne Emendationen und Rekonstruktionen beiseite,[62] so hat die Auffassung die meiste Gefolgschaft gefunden, die annimmt, dass dieses Edikt, indem es die *missio* gestattete, dazu diente, das Vermögen des *vocatus* zu erhalten, **18**

Geldbuße (*multa*) für das Nichterscheinen zu verhängen und um das dem Prätor zustehende Ermessen geht, die Buße zu erlassen. Zu den Problemen dieses Textes s. v.a. *Pugliese*, PC II/1 381 f.; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 99–100; *Domingo*, Edicto pretorio III (1995) 24–27. Wichtige neue Dokumente zeigen, dass die lokalen Gerichte Geldbußen verhängten, soweit sie ein Formularverfahren anwendeten: Lex Irnit. 66; Lex rivi Hiberiensis 3.29–37; *Nörr*, SZ 125 (2008) 124–127.

[58] Paul. 1 ed. D. 2.5.2.1 (*ex causa*); *Martini*, Problema (1960) 102–103 mit Fn. 2 i.f.; s.a. *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 99–100 (mit Benennung verschiedener Situationen, in denen *causae cognitio* vor der Verhängung einer *poena* erforderlich ist).

[59] S. *Kelly*, Litigation (1966) 10; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 100; vgl. *Buti*, Praetor (1984) 296–298. Zur Gefahr einer Klagenkonkurrenz: *Platschek*, Quinctius (2005) 161 f. Zu der Möglichkeit, dass die *actio in factum* dem Kläger einen Rechtsbehelf erhielt, wenn ihm der Verlust der ursprünglichen Klage durch Zeitablauf drohte, s. *Metzger*, in: McGinn, Obligations (2012) 160–162.

[60] *Lenel*, EP 71–73; Ulp. 5 ed. D. 42.4.2 pr.–4; Iul. 6 Min. D. 8.5.18; s. dazu *Beseler* Kritik IV (1920) 164 f.; *Aru*, Processo (1934) 66–69; *Solazzi*, Concorso I (1937) 17–19; *Pugliese*, RIDA 3 (1949) 267–276; *Provera*, Principio (1970) 88; *Pugliese*, PC II.1 392–395; *Giménez-Candela*, SDHI 48 (1982) 145–147; *Buti*, Praetor (1984) 308–310; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 122–125; *Del Pilar Pérez Álvarez*, Boletín de la Facultad de Derecho 18 (2001) 120–125; *Platschek*, Quinctius (2005) 212–214. Es ist weithin anerkannt, dass in Ulp. 5 ed. D. 42.4.2 pr., die Worte *qui iudicio sistendi causa fideiussorem* für *vindicem* interpoliert sind, s. jedoch *Aru*, Processo (1934) 69; *Giménez-Candela*, SDHI 48 (1982) 146; *Buti*, Praetor (1984) 300, 308 Fn. 304.

[61] Ulpianus setzt das Vergehen direkt mit *latitare* gleich: Ulp. 5 ed. D. 42.4.2.1; *Platschek*, Quinctius (2005) 212–214.

[62] S. *Beseler*, Kritik III (1913) 20, IV 164; *Aru*, Processo (1934) 69.

solange der Kläger gegen den *vindex* vorging; die *missio* verschaffte dem Kläger eine Sicherheit für den Fall, dass er die Klage gegen den *vindex* nicht erhob oder dass er mit dieser sein Klageinteresse nicht befriedigen konnte. Die *bonorum venditio* folgte (aufgrund eines eigenen Edikts über Widersetzlichkeit), falls der Geladene weiter unerreichbar blieb.[63] Eine gänzlich andere Deutung, dass nämlich das Edikt dazu diente, bei mangelnder Kooperationsbereitschaft des *vocatus* den *vindex* (und nicht nur den Kläger) zu entlasten, das heißt, dass die Verpflichtung des Geladenen zum *potestatem sui facere* in gewisser Weise mit der Pflicht des *vindex*, den *vocatus* vorzuführen, zusammenwirkte, hat nur wenige Anhänger.[64] Der Schlussteil von Ulpians Kommentar diskutiert die zweite im Edikt genannte Voraussetzung der *missio*, das Fehlen einer Verteidigung. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, sofern nicht dem Kläger ein Nachteil entstanden ist und der *vocatus* auf Dauer (und nicht nur gelegentlich) nicht verteidigt wurde.[65]

cc. Betrügerisches Sich-Verbergen und Abwesenheit

19 Zwei Ediktsbestimmungen wenden sich gegen Gegner, nicht nur gegen *vocati*, die es dem Kläger erschwerten, ihre Gegenwart vor dem Gerichtsmagistrat zu sichern. Außergewöhnlich starke Widersetzlichkeit führte gemäß diesen Edikten zu einer Einweisung in das Vermögen (*rei servandae causa*) und letztlich zur Veräußerung des Vermögens.[66] Es ist umstritten, ob die Quellen zwei Edikte oder nur eines beschreiben.

20 Das erste Edikt richtete sich gegen einen Prozessgegner, der sich in betrügerischer Absicht verborgen hält: *Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur, eius bona ex edicto possideri proscribi venirique iubebo.*[67] Der Tatbestand des Sich-Verbergens setzt Vorsatz voraus und nicht nur die Tatsache, dass jemand an einem

---

[63] *Pugliese*, RIDA 3 (1949) 272–276; *Pugliese*, PC II 394 f.; *Provera*, Principio (1970) 88 Fn. 7; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 123–125; *Buti*, Praetor (1984) 309. S.a. *Del Pilar Pérez Álvarez*, Boletín de la Facultad de Derecho 18 (2001) 120–125 (die *bonorum venditio* erfolgt aufgrund eines besonderen Edikts über Widesetzlichkeit). Vgl. *Lenel*, EP 73 (Der Zweck des Edikts war es klarzustellen, dass die Verpflichtung des *vocatus* nicht endete, wenn er einen *vindex* stellte).

[64] S. *Schlossmann*, SZ 24 (1903) 318 Fn. 1 und *Behrends*, Symp. Wieacker (1991) 31 Fn. 78, die beide Paul. 21 ed. D. 10.4.2 zitieren. Vgl. *Pugliese*, RIDA 3 (1949) 274 (Die Ediktsworte *neque defendetur* [*defenderetur* F] schließen aus, dass *vindex* die *missio* gewährt wird).

[65] Ulp. 5 ed. D. 42.1.2.3,4.

[66] *Lenel*, EP 415 f.; Gai. inst. 3.78; Ulp. 59 ed. D. 42.4.7.1–19; Ulp. 59 ed. D. 5.1.63; Ulp. 60 ed. D. 3.3.51,53; 42.5.5; Ulp. 8 omn. trib. D. 50.16.199 pr.; Paul. 57 ed. D. 3.3.52,77; 22.1.35; 42.4.6; Cic. Quinct. 60. Grdl. *Platschek*, Quinctius (2005) 147–266; weiterhin *Pugliese*, PC II.1 374–379; *Buti*, Praetor (1984) 262–292; *Gómez-Iglesias Casal*, REHJ 13 (1989/90) 35–37; *Bannon*, AncSoc 30 (2000), 71–94; *Kirov*, Soziale Logik (2005) 179, 186–189; *Metzger*, Litigation (2005) 34–39; *Lintott*, Cicero as Evidence (2008) 43–59; *Rüfner*, SZ 125 (2008) 766–774; *Donadio*, FS Knütel, 248 f. Fn. 28, 259–269. Die Schärfe dieser Sanktion macht Ciceros Aussage glaubhaft, dass die Form der *missio* bis zu seiner Zeit nur in Fällen außerordentlicher Widerständigkeit des Beklagten gewährt wurde: Cic. Quinct. 51; *Buti*, Praetor (1984) 265; *Metzger*, Litigation (2005) 33 Fn. 43, 100; *Kirov*, Soziale Logik (2005) 187 f.

[67] *Lenel*, EP 415; vgl. Ulp. 59 ed. D. 42.4.7.1.

bestimmten Platz ist oder nicht ist. Jemand, der sich vorsätzlich für eine bestimmte Zeit verborgen hält, ist ein *latitans*.[68] Die Voraussetzung *fraudationis causa* verlangt nicht einfach betrügerische Absicht, sondern eine betrügerische Absicht, die sich gerade gegen den Kläger richtet.[69]

Die weitere Voraussetzung, dass der Gegner nicht verteidigt wird, hat dieses Edikt mit dem angenommenen zweiten Edikt gemeinsam; gerade dieses Zusammenfallen macht es schwierig, die beiden Edikte auseinander zu halten.[70] Nach Lenel richtet sich das zweite Edikt gegen jemanden *qui absens iudicio defensus non fuerit*.[71] Ciceros Rede für Publius Quinctius (aus dem Jahr 81 n. Chr.) ist eine der traditionell für dieses Edikt angeführten Quellen. Die Worte des Edikts sind jedoch in keinem der vorhandenen Manuskripte der Rede pro *Quinctio* überliefert. Sie wurden in den modernen Editionen bis vor kurzem regelmäßig auf der Grundlage von Äußerungen früher Herausgeber, denen zufolge die Worte in einem uns nicht überlieferten Manuskript oder mehreren Manuskripten zu finden gewesen sein sollen, gedruckt.[72] Auch ansonsten ist es schwierig, in der Rede ein Edikt wie *qui absens* … nachzuweisen. Es gibt verschiedene Ansichten darüber, aus welchem Grund im Fall des *Quinctius* die *missio in bona* beantragt wurde. Nur wenige davon stützen die Annahme der Existenz eines solchen Edikts.[73] **21**

[68] Ulp. 59 ed. D. 42.4.7.2,8,13; Ulp. 45 Sab. D. 42.5.36.

[69] Ulp. 59 ed. D. 42.4.7.4–5.

[70] S.v.a. Gai. inst. 3.78, der als Grund für den Verkauf von *bona vivorum* nennt: *qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur*. Die h.A. ist, dass Gaius zwei Edikte miteinander vermengt: *Kaser/Hackl*, RZ 390. Für die Annahme dass das Edikt *Qui fraudationis* etc. sich nicht auf Personen bezieht, die *absentes* (= *extra continentia urbis*) sind, aber verteidigt werden, siehe *Platschek*, Quinctius (2005) 193–199; Ulp. 39 Sab. D. 50.16.173; Ulp. 8 omn. trib. D. 50.16.199 pr. Die h.A. ist, dass *absens* im gegenwärtigen Kontext Abwesenheit *in iure* meint: *Kaser/Hackl*, RZ 223 Fn. 24; *Buti*, Praetor (1984) 275.

[71] *Lenel*, EP 415 f. und Fn. 13 (mit dem Eingeständnis, dass die Worte in keiner noch existierenden Quelle überliefert sind). Kommentare zu dem Edikt bei *Lenel*, Pal. I, Paulus Nr. 694–698; Ulpianus nos. 1392–1394. S.a. Gai. inst. 3.78 (abwesend/unverteidigt in Zusammenhang mit dem Edikt *Qui fraudationis* etc.); Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.14 (abwesend/unverteidigt beim *interdictum de homine libero exhibendo*); Ulp. 59 ed. D. 42.4.7.17 (abwesend/unverteidigt vom Tatbestand des *latitare* unterschieden).

[72] Cic. Quinct. 60. S. *Lenel*, EP 415 Fn. 13; Reeve, Pro Quictio 1992 XLIV-LIV; *Platschek*, Quinctius (2005) 157–160; *Rüfner*, SZ 125 (2008) 771 f. Die angenommene Lesart überbrückt eine Lücke: Die Rede geht zusammenhanglos von einem Edikt ohne Bezug zur Abwesenheit zu Ciceros scharfer Zurückweisung des Vorwurfs über sein Klient sei abwesend und unverteidigt gewesen. Der Herausgeber der neuesten Edition schlägt jedoch vor, die umstrittenen Worte als Konjektur und nicht als Lesart zu behandeln und druckt sie nicht einmal als Textergänzung, Reeve, Pro Quinctio (1992) XLVI, 30.

[73] S. *Wolf*, Sat. Feenstra 65 f. Fn. 30 (aus der Art des versäumten Termins soll folgen, dass die *missio* nur aufgrund des Edikts *Qui fraudationis* etc. erfolgen konnte); *Metzger*, Litigation (2005) 30–39 (die *missio* konnte nur erfolgen, wenn der Termin vom Prätor festgesetzt worden war; a.A. *Platschek*, Quinctius (2005) 173 f.; *Rüfner*, SZ 125 (2008) 771); *Cloud*, SZ 119 (2002) 161–171; *Cloud*, Ess. Crook 232 f. mit Fn. 6 f. (der versäumte Termin wurde mit Erlaubnis des Prätors vereinbart; deshalb

Kurz gesagt, die Hinweise auf die Existenz eines Edikts wie *absens* usw. in der Rede sind zweifelhaft geworden, obgleich sie früher allgemein akzeptiert wurden.

22 Die juristischen Quellen für ein Edikt *qui absens* … sind aus anderen Gründen problematisch. Dass ein Beklagter, der ungehorsam gegenüber der Ladung war, abwesend war und nicht verteidigt wurde, ist selbstverständlich. Demnach würde man in den juristischen Quellen Beweise dafür suchen, dass es eine besondere Ediktsklausel mit (nur) diesen Voraussetzungen gab. Lenel war in seiner Palingenesie der Werke von Ulpian und Paulus der Meinung, dass die Klausel existierte. Die Belege dafür sind jedoch weniger deutlich, als Lenel annahm.[74] Die Existenz der Klausel hängt weitgehend von der Interpretation eines einzelnen Textes des Celsus, der bei Ulpian zitiert wird, ab. In diesem Text unterscheidet Celsus den Fall des *abesse* ausdrücklich vom Fall des *latitare*.[75]

e. Verhinderung des Erscheinens eines *vocatus* an der Gerichtsstätte

23 Ein Edikt verhieß dem Kläger eine Strafklage gegen jede Person, die den *vocatus* daran hinderte (*eximere*), *in iure* zu erscheinen.[76] Das Edikt zählte zwei (alternative) Haftungsgründe auf: *Ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat neve faciat dolo malo quo magis eximeretur*.[77] Die vorherrschende Auffassung ist, dass mit den beiden Tatbestän-

---

war die *missio* angemessen; a.A. *Metzger*, Litigation (2005) 37 f.; *Platschek*, Quinctius (2005) 129–133; *Rüfner*, SZ 125 (2008) 770 f.); *Platschek*, Quinctius (2005) 134–138, 145 f. (die *missio* erfolgte nicht aufgrund eines versäumten Termins); *Wolf*, SDHI 74 (2008) 87 f. (*missio* erfolgte wegen Versäumung des Termins und aufgrund entsprechender Beweise); vgl. *Lintott*, Cicero as Evidence (2008) 57 (die *missio* wurde gewährt, weil Quinctius abwesend war und nicht verteidigt wurde).

[74] S.o. Fn. 71; *Platschek*, Quinctius (2005) 206–208.

[75] Cels. bei Ulp. 59 ed. D. 42.4.7.17. Ulpian leitet die Kommentierung des Celsus zu *abesse* mit den Worten ein *hoc adnotandum est*. Wenn Ulpian mit diesen Worten die Auffassung des Celsus akzeptiert, ist der Text ein brauchbarer Beleg für die Existenz eines besonderen Absentenedikts. Tadelt er hingegen Celsus wegen der Enge seiner Auffassung, oder weist er den Leser darauf hin, dass Celsus sich auf ein ganz anderes Edikt bezieht (z. B. das Edikt *Quem fundum*: *Lenel*, EP 475), dann stützt der Text die Existenz eines solchen Edikts nicht. Zur letzteren Möglichket *Pugliese*, PC II.1 378; *Platschek*, Quinctius (2005) 209 f.; vgl. *Rüfner*, SZ 125 (2008) 774.

[76] *Lenel*, EP 73–74; Gai. inst. 4.46; Ulp. 5 ed. D. 2.7.1,3,5; Paul. 4 ed. D. 2.7.2,4; Ulp. 35 ed. D. 2.7.6; Ner. 1 resp. D. 15.1.55; Gai. 1 ed. prov. D. 50.17.107; Inst. 4.6.12; Theoph. inst. 4.6.12b; dazu s. *Lenel*, SZ 25 (1904) 249 Fn. 2; *Kaser*, Litisästimation 163 f., 191 f.; *Schmidlin*, Rekuperatorenverfahren (1963) 57–59; *Fernández Barreiro*, Frustración (1972) 15–48; *Raber*, FG Herdlitczka 206–209; *Tafaro*, Interpretatio (1980) 188–191; *Buti*, Praetor (1984) 337–350; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 104–114; *Gómez-Iglesias Casal*, REHJ 13 (1989/90) 29–33; *Reichard*, Drittschadensliquidation (1993) 49–51; *Grzimek*, Taxatio (2001) 127–130; *Stolfi*, Libri ad edictum II (2001) 96–101; *Gröschler*, Actiones (2002) 48–52. Mögliche Zuschreibungsfehler: Paul. 4 ed. D. 2.7.4 pr. i.f. und die übrigen Texte des Fragments gehören nach Honoré, Justinian's Digest (2010) 140–142 zu Ulp. 5 ed.; statt Ulp. 35 ed. D. 2.7.6, ist vielleicht Ulp. 5 ed. zu setzen, *Lenel*, Pal. II ad h. l.

[77] Es handelt sich um ein so genanntes zweigliedriges Edikt (→ Rn. 11); auf das Verbot dürfte die Klausel *qui adversus ea fecerit, in eum in factum iudicium dabo* oder eine ähnliche Formulierung

den eine direkte, gewaltsame Verhinderung des Erscheinens, von einer indirekten unterschieden wurde; dieser zweite Tatbestand ist erfüllt, wenn jemand eine Person dazu anstiftet, den *vocatus* gewaltsam am Erscheinen zu hindern.[78] Indessen sprechen nicht alle Quellen davon, dass eine klagbare *exemptio* notwendig gewaltsam erfolgen musste. Ein von Paulus zitierter Kommentar des Pomponius beschreibt Verstöße gegen das Edikt, insbesondere *moram facere*, bei denen es anscheinend an einer Gewaltanwendung fehlt.[79] Da es sich um eine Strafklage handelt, haften mehrere Täter je einzeln und ihre Zahlung befreit den *vocatus* nicht.[80]

Die Klagemöglichkeit wegen *exemptio* wird im Hinblick auf die Art der dadurch **24**
unterbrochenen Ladung, nicht auf die Art der Hauptklage eingeschränkt. So war nach Auffassung der Juristen eine *exemptio* unbeachtlich, wenn der *vocatus* zu den Personen gehörte, die nicht ohne besondere Genehmigung vorgeladen werden durften, oder wenn er an einen Ort geladen wurde, an dem er nicht zum Erscheinen verpflichtet war.[81] Ebenfalls unbeachtlich war nach Meinung der Juristen die *exemptio* eines Sklaven, der korrekterweise überhaupt nicht geladen werden konnte.[82] Überdies muss die *exemptio* das Erscheinen des *vocatus* tatsächlich verhindern. Wenn die Ladung gleichwohl Erfolg hat, greift die Klage nicht ein.[83] Demgegenüber wird die Begründetheit der Hauptklage völlig außer Acht gelassen. Selbst wenn die Ladung *per calumniam* erfolgte, kann der Kläger den *exemptor* verklagen und von ihm Zahlung fordern.[84]

---

gefolgt sein, wie Ulp. 5 ed. D. 2.7.5.1 nahelegt; dazu : *Kaser*, FS Schulz II, 33; *Gröschler*, Actiones (2002) 48; vgl. *Selb*, FG Kaser 269 f. (das von Julian redigierte Edikt enthielt statt dieser Klausel eine Musterformel für den Rechtsbehelf aufgrund dieses Edikts).

[78] S. z. B. *Lenel*, SZ 25 (1904) 249 Fn. 2; *Fernández Barreiro*, Frustración (1972) 17 f.; *Buti*, Praetor (1984) 337 f.; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 108 f.; *Gröschler*, Actiones (2002) 48 f. Vgl. *Pugliese*, PC II.1 395; *Reichard*, Drittschadensliquidation (1993) 49 f.; *Honoré*, Justinian's Digest (2010) 140. Dass die zweite Klausel Fälle der indirekten Verhinderung erfasst, ist klar: Ulp. 5 ed. D. 2.7.5 pr. (*si per alium*); Inst. 4.6.12 (*cuiusve dolo alius exemerit*).

[79] Pomp. bei Paul. 4 ed. [Ulp. 5 ed. *Honoré*] D. 2.7.4 pr.

[80] Ulp. 5 ed. D. 2.7.5.3; D. 2.7.6; *Kaser*, Litisästimation (1935) 163. Zur Vermutung, dass die Klage vor einer Rekuperatorenbank verhandelt wurde, *Schmidlin*, Rekuperatorenverfahren (1963) 53–62.

[81] Ofilius bei Ulp. 5 ed. D. 2.7.1.2; Paul. 4 ed. D. 2.7.2; *Pugliese*, PC II.1 395 f.; *Fernández Barreiro*, Frustración (1972) 29–33; *Buti*, Praetor (1984) 340 f. Die Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs betrifft Personen, die nicht *sine permissu* geladen werden dürfen (→ Rn. 13), sie sollte *a fortiori* auch für die Personen gelten, deren Ladung unter allen Umständen verboten ist (→ Rn. 12). Die örtliche Beschränkung ist, wie die zitierten Autoren vermerken, schwer zu erklären, wenn das Recht wirklich auch von Personen, die vor das falsche Gericht geladen worden waren, Gehorsam gegenüber der Ladung forderte, Paul. 1 ed. D. 2.5.2; Ulp. 5 ed. D. 5.1.5; *Garbarino*, Questione (2018) 16–19.

[82] Pedius bei Ulp. 5 ed. D. 2.7.3 pr. Die Frage war möglicherweise umstritten, s. *Biscardi*, Labeo 21 (1975) 147. Zur Fähigkeit des Sklaven, als *vocatus* zu fungieren, s.die bei *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 101 Fn. 245 zitierte Literatur.

[83] Ulp. 5 ed. D. 2.7.5.2.

[84] Paul. 4 ed. [Ulp. 5 ed. *Honoré*] D. 2.7.4.1; Ulp. 5 ed. D. 2.7.5.1. Die Worte des Paulus *constat eum hoc edicto teneri* legen nahe, dass zu diesem Punkt ein Meinungsstreit unter den Juristen existierte: *Tafaro*, Interpretatio (1980) 191.

25 Die *condemnatio* spiegelt die begrenzte Bedeutung der Hauptklage wider. Die *poena* bestimmt sich, wie Ulpian sagt, nicht danach, *quod in veritate est*; dieser Ausdruck bezeichnet das Interesse des Klägers oder den erwartbaren Ertrag der Hauptklage (→ Rn. 15). Stattdessen sagt Ulpian,[85] dass die Strafe auf folgende Weise zu bemessen ist: *quanti ea res est ab actore aestimata de qua controversia est.* Dies lässt erkennen, dass die Strafe nach der *quantitas* bemessen wird, das heißt nach dem Betrag, den der Kläger in der Hauptsache geltend macht.[86] Indessen sind die Worte *ab actore aestimata* bei dieser Deutung entweder ungenau (insofern als die *aestimatio* sich der *veritas* annähert) oder überflüssig (insofern als die *aestimatio* dem mit der Klage geltend gemachten Betrag entspricht), und werden daher als nachklassische Glosse verdächtigt.[87] Allerdings wird eine Schätzung (*aestimatio*) jedenfalls dann benötigt, wenn sich die Hauptklage auf einen anderen Gegenstand richtet als *certa pecunia*;[88] obendrein wäre die bloße Aussicht auf eine Schätzung durch den Kläger nützlich, um vom Versuch einer *exemptio* abzuschrecken.[89] Daher wird in der modernen Literatur die Annahme vorgezogen, dass die umstrittenen Worte echt sind, auch wenn die Einzelheiten der *aestimatio* (*in iure*? *in litem*? *taxatio*?) dunkel bleiben.[90]

---

[85] Ulp. 5 ed. D. 2.7.5.1.

[86] So *Kaser*, Litisästimation (1935) 163 f., 191 f. (der auch Ulp. 5 ed. D. 2.8.2.5 und Ulp. 12 ed. D. 27.6.7.2 zitiert); *Pugliese*, PC II.1 396 f. S.a. Theoph. inst. 4.6.12b, der ohne Weiteres von einer *actio in factum* spricht, deren Betrag sich nach dem Ansprich der Hauptklage richtet: καταδικασθήσεται τῇ *in factum* τοσοῦτον ἀπαιτούμενος ὅσου ἐγὼ τὸν καλούμενον ἐπὶ τὸ δικαστήριον ἀπήτουν. Ob Theophilos damit wirklich ein historisches Detail zur klassischen Klage mitteilt, ist unklar: *Fernández Barreiro*, Frustración (1972) 42 f.

[87] *Lenel*, EP 74; *Kaser*, Litisästimation (1935) 163 Fn. 32; *Fernández Barreiro*, Frustración (1972) 44 f. mit Fn. 118 f.; *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 51 Fn. 31. Anders als eine Glossierung ist die Interpolation eines einzelnen Details ohne Bezug zum byzantinischen Recht unwahrscheinlich. Eine Interpolation ist vielleicht nur vorstellbar, wenn man vermutet, dass die Kompilatoren den Hinweis auf bestimmte Fälle wegließen, in denen eine *aestimatio* nötig war.

[88] S. *Fernández Barreiro*, Frustración (1972) 42 f. (der gleichwohl *ab actore aestimata* als Glosse verwirft); *Buti*, Praetor (1984) 346; *Tafaro*, Interpretatio (1980) 189 Fn. 120; *Gröschler*, (2002) Actiones 50 mit Fn. 39. Neratius misst dem Moment der *exemptio* besondere Bedeutung für die Bemessung eines *peculium* bei, ihm geht es jedoch um den Wert der *actio de peculio*, nicht der *actio*, die aufgrund der *exemptio* besteht: Ner. 1 resp. D. 15.1.55; *Buti*, Praetor (1984) 347 Fn. 39; *Gröschler*, Actiones (2002) 50 Fn. 40; vgl. *Fernández Barreiro*, Frustración (1972) 43 f.

[89] *Schmidlin*, Rekuperatorenverfahren (1963) 61 f.; *Raber*, FG Herdlitczka 209; *Buti*, Praetor (1984) 348.

[90] S. *Raber*, FG Herdlitczka 209; *Tafaro*, Interpretatio (1980) 189 f. mit Fn. 120; *Gröschler*, Actiones (2002) 50 f.; s.a. *Fernández Barreiro*, Frustración (1972) 44 f. (die *poena* wird vom Richter, nicht vom Kläger, festgesetzt); vgl. *Buti*, Praetor (1984) 346–348. Zu möglichen Verwendung eines *iusiurandum in litem*: *Gröschler*, Actiones (2002) 50. Zur Möglichkeit einer Schätzung *in iure*, an das sich eine mit *taxatio* anschloss: *Buti*, Praetor (1984) 347 f.; *Grzimek*, Taxatio (2001) 130; vgl. *Fernández Barreiro*, Frustración (1972) 44 f.; *Schmidlin*, Rekuperatorenverfahren (1963) 57 f.

II. Außergerichtliches *vadimonium*

Der *vocatus* war verpflichtet, seinem Gegner sofort zum Tribunal zu folgen, sofern nicht ein *vindex* für ihn auftrat. Nach einer verbreiteten Auffassung wurden die praktischen Schwierigkeiten, die diese Verfahrensweise mit sich brachte, durch den Einsatz freiwilliger Stipulationen gemildert, die vom Kläger gefordert und von seinen Gegnern geleistet wurden. Der Beklagte versprach, zu einem Treffpunkt zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erscheinen und sich für die Klage zur Verfügung zu stellen.[91] Diese Stipulation folgte dem Muster des Gestellungsversprechens (*vadimonium*), das der Prätor anordnete, wenn ein Verfahren *in iure* unterbrochen werden musste (→ § 75 Rn. 21–24; 28–31).[92] Da die Stipulation ein freiwilliger privater Akt und nicht eine Hervorbringung des Zivilrechts oder eines prätorischen Rechts war, wird sie üblicherweise als außergerichtlich bezeichnet. Schon bei Cicero finden sich Belege, die von der herrschenden Auffassung dem außergerichtlichen *vadimonium* zugeordnet werden. Daher wird allgemein angenommen, dass es sich um eine verbreitete Verfahrensweise schon zur Zeit der späten Republik handelt.[93] **26**

Von der Zeit Bethmann-Hollwegs bis in die Mitte des 20. Jh.s standen nur literarische Belege für die Praxis des außergerichtlichen *vadimonium* zur Verfügung.[94] Nach der damals herrschenden Auffassung wurde das *in ius vocare*, obgleich es sich immer noch um eine lebendige Institution handelte, in der Praxis durch außergerichtliche Vadimonien ersetzt.[95] Die moderne Sicht ist anders. Die Veränderung der Auffassung **27**

---

[91] Cic. Quinct. 22–25, 46–48, 57, 61–63; Hor. sat. 1.9.35–40, 74–78; TPSulp. 1, 1 bis, 2–15, 27, 28; TH 6, 13–15; *Wolf*, Sat. Feestra, 59–69; *Rodger*, SZ 114 (1997) 160–196; *Johnston*, FS Wolf 111–123; *Cloud*, SZ 119 (2002) 143–176; *Cloud*, Ess. Crook 231–246; *Metzger*, SZ 117 (2000) 133–178; *Metzger*, Litigation (2005); *Platschek*, Quinctius (2005) 44–59, 127–157; *Nörr*, SZ 125 (2008) 124–131; *Rüfner*, SZ 125 (2008) 768–771; *Wolf*, SDHI 74 (2008) 79–97; *Donadio*, FS Knütel, 239–270; *Donadio*, Vadimonium (2011); *Platschek*, in: Maganzani/Buzzacchi, Lex rivi Hiberiensis (2014) 134–143. Die Institution des außergerichtlichen *vadimonium* hat eine lange Geschichte in der wissenschaftlichen Literatur; es wurde zunächst als im Edikt vorgeschrieben, dann als rein freiwilliger (außergerichtlicher) Akt und schließlich als Begleiter des *in ius vocare* gesehen. Ausführlich zur Forschungsgeschichte: *Metzger*, Litigation (2005) 12–17.

[92] Gai. 4.184–187.

[93] S. die bei *Metzger*, SZ 117 (2000) 142 Fn. 29 zitierte Literatur.

[94] Es gibt zwei literarische Hauptquellen. Zu Hor. sat. 1.9, s. *Mazurek*, CJ 93 (1997) 1–17; *Masi Doria*, St. Talamanca V 315–342; *Cloud*, Ess. Crook 239–244; *Cloud*, SZ 119 (2002) 153–154; *Cairns*, Latomus 64 (2005) 49–55; *De Francesco*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 415–420; *Donadio*, Vadimonium (2011) 281–297. Zu Cic. Quinct., s. die in Fn. 91 zitierte Literatur. Vgl. *Metzger*, Litigation (2005) 166–171 (die literarischen Belege zeugen von gerichtlichen *vadimonia*). *Bethmann-Hollweg* untersuchte die literarischen Quellen und bemerkte, erstens, dass *in ius vocare* im Corpus der ciceronischen Reden fast vollständig fehlt, und zweitens, dass Angehörige der höheren Schichten sich auf eine sofortige und würdelose Ladung nicht einlassen würden; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 199.

[95] Diese Sicht der Dinge wird dargelegt bei *Kaser*, RZ 167 („*in ius vocatio* … stark zurückgedrängt vom vereinbarten *vadimonium*"), 170.

wurde durch ein Detail in der großen Menge von Dokumenten hervorgerufen, die im Laufe des letzten Jahrhunderts in Herculaneum und Pompeii entdeckt wurden. Unter diesen Dokumenten befanden sich mehrere, die entweder ein Gestellungsversprechen (*vadimonium*) belegten oder die tatsächliche Gestellung bezeugten (gewöhnlich als *testatio sistendi* bezeichnet). Diese Dokumente nannten häufig den Treffpunkt. Dieser befand sich nicht bei dem Tribunal, vor dem der Prozess stattfinden sollte, sondern an einem bestimmten Ort in der Nähe des Tribunals.[96] Dieser Umstand legt es nahe, dass das *in ius vocare* notwendig war, um das Erscheinen des Beklagten vor Gericht wirklich sicherzustellen, das heißt um den Gehorsam des Beklagten für die Zeit zwischen dem Treffen am vereinbarten Treffpunkt und vor dem Tribunal zu sichern.[97] Darüber hinaus wird vielfach angenommen, dass dieser Umstand ein Spezifikum der außergerichtlichen *vadimonia* darstellt[98] und daher wurden die einschlägigen Dokumente zu den Belegen für ein außergerichtliches *vadimonium* gerechnet.[99]

---

[96] Zur Bedeutung dieser Treffpunkte allg. *Wolf*, Sat. Feestra, 63–65; *Camodeca*, L'Archivio (1992) 44–50; *Carnabuci*, Luoghi (1996) 45–66, 76–90; *Rodger*, SZ 114 (1997) 161–163; *Camodeca*, TPSulp. I 51; *Cloud*, Ess. Crook 234 f., 237–246; *Metzger*, Litigation (2005) 16 f.; *Donadio*, FS Knütel 248–259; *Neudecker*, in: De Angelis, Spaces (2010) 164–170. In dokumentarischen Quellen belegte Treffpunkte: *ante aram*: TPSulp. 1, 1 bis 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 17, 18. – *ante aram proxume gradus*: Tab. cer. Pomp. Camodeca 15, with *Carnabuci*, Luoghi (1996) 86–88. – *ante statuam*: Tab. cer. Pomp. Camodeca 13, 14, 27; *Carnabuci*, Luoghi (1996) 82–85; Neudecker, Spaces of Justice, 166 f. – *ante signum ad columnam*: TH 6; *Carnabuci*, Luoghi (1996) 49–53. – *ante statuam ad columnam proxume gradus*: TPSulp. 19. – *in basilica ante cur⟨i⟩am*: TPSulp. 12. – *templum/aedes*: TH 15; *Cloud*, SZ 119 (2002) 153–155; s.a. Ovid. am. 1.13.19–20; Hor. sat. 1.9.35; Mart. ep. 10.70.7 (*statua*); Mart. ep. 7.51. – *ante tribunal*: TH 13, 14; *Carnabuci*, Luoghi (1996) 65 f.; *Cloud*, Ess. Crook 234 Fn. 12. S.a. TPSulp. 28 (ein Eid – *iusiurandum* wird nach Erscheinen aufgrund eines *vadimonium* geleistet *apud statuam*). In anderen Quellen belegte Treffpunkte: *in eum locum in quo is erit qui ei provinciae praerit*: Lex Irnit. 84. – *ad eum qui proxumae iurisdictioni municipi aut coloniae praeerit*: Lex rivi Hiberiensis III 30–31 – *ad Puteal*: Hor. sat. 2.6.34–35; *Platschek*, Quinctius (2005) 64. – *tabula* [= Bildstock]: Cic. Quinct. 25; *Cloud*, SZ 119 (2002) 150 f. Fn. 25; *Cloud*, Ess. Crook 237–239; *Platschek*, Quinctius (2005) 65–70; *Wolf*, SDHI 74 (2008) 81 Fn. 7. S.a. *Vetter*, Handbuch I (1953) 59 (Nr. 33) (oskisch *vaamunim*, und Varianten dieses Wortes finden sich auf fünf Säulen auf dem Forum von Pompeii), dazu *Metzger*, Litigation (2005) 180; *Antonini*, StEtr. 45 (1977) 377.

[97] *Wolf*, Sat. Feenstra 59–69; *Kaser/Hackl*, RZ 231; *Camodeca*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 532–538 und viele andere.

[98] Nach a.A. enthielt auch ein gerichtliches *vadimonium* das Versprechen in der Nähe der Gerichtsstätte, nicht an dieser selbst, zu erscheinen: *Rodger*, SZ 114 (1997) 161–163 (die Tribunale werden nur zeitweilig errichtet, hingegen erfordert ein Gestellungsversprechen einen physischen Treffpunkt, Verweis auf Lex Irnit. 84; SEG 18 (1962) Nr. 555); *Metzger*, Litigation (2005) 53–55 (beim Tribunal war kein Platz für die streitenden Parteien und ihre Zeugen); vgl. *Cloud*, SZ 119 (2002) 159; *Donadio*, FS Knütel 248–259.

[99] Zu der Annahme, dass sich die Dokumente aufgrund ihres Inhalts als gerichtliche *vadimonia* i.S.v. Gai. inst. 4.184–187 erweisen, *Metzger*, Litigation (2005) 68–73; Ulp. 7 disp. D. 45.1.52 pr.; Ulp. 77 ed. D. 46.5.1.10. Das *vadimonium* der *lex rivi Hiberiensis* kann als Ladungsvadimonium eingeordnet werden, weil es aber verpflichtend ist, gehört es nicht zu derselben Klasse wie die hier behandelten *vadimonia*: *Platschek*, in: Maganzani/Buzzacchi, Lex rivi Hiberiensis (2014) 135.

III. *Editio*, ‚Spielraum', *negotium*

Unmittelbare Rechtsetzung durch den Prätor beeinflusste die Formen der Verfahrens- **28**
einleitung, doch ging ein womöglich stärker verändernder Einfluss von der Entwicklung des Formularverfahrens selbst aus. Im Lauf der Entwicklung des Formularverfahrens bildeten sich verfahrensrechtliche Umstände heraus, die in einem konkreten Fall die Verhandlungen der Parteien in einem frühen Verfahrensstadium verlängern konnten. Das beste Beispiel bildet die Benachrichtigung über die Klage (*editio*). Die *editio* war ein ediktales Gebot: Der künftige Kläger wurde verpflichtet, den Gegner über die Klage, die er erheben wollte, zu informieren (*editio actionis*) – und über die Beweismittel, deren er sich bedienen wollte (*editio instrumentorum*).[100] Wie die *in ius vocatio* war die Benachrichtigung informell und privat. Ihr Hauptzweck war es, gerichtliche Verfahren zu verhindern und sofern dies nicht gelang, dem Beklagten eine angemessene Vorbereitung zu ermöglichen.[101] Ob den Beklagten – im Fall, dass er eine *exceptio* in Erwägung zog oder auch ansonsten – eine spiegelbildliche Pflicht zur *editio* traf, ist unsicher: eine bejahrende Antwort setzt entweder kühne Annahmen aufgrund allgemeiner Aussagen voraus oder eine sehr sorgfältige Lektüre der zentralen Texte in D. 2.13.1.[102] Die Sanktion für die Unterlassung der Information des Beklagten ist nicht genau bekannt. Man erkennt nur Spuren davon in den Kommentaren zum Edikt.[103]

---

[100] *Lenel*, EP 59–64; Ulp. 4 ed. D. 2.13.1,4,6,8,13; Paul. 3 ed. D. 2.13.2,5,7,9; Paul. 2 sent. D. 22.4.1 (= Paul. sent. 2.17.13); Gai. 1 ed. prov. D. 2.13.10; Ulp. 70 ed. D. 5.1.21; TPSulp. 2, 3; TH 16–20, 23 f. Grdl. *Bürge*, SZ 112 (1995) 1–50; weiterhin *Pugliese*, PC II.1 366–369; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 39–62, 271–282; *Buti*, Praetor (1984) 191–220; *Gómez-Iglesias Casal*, Citación (1984) 26–28; *Gröschler*, Actiones (2002) 60–62; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 7–10, 38–44, 117–124; *Babusiaux*, TR 77 (2009) 23–41. Eine einheitliche Form der *editio actionis* wird nicht vorgeschrieben: Ulp. 4 ed. 2.13.1.1. Der Kreis der *instrumenta*, die dem Gegner offenzulegen sind, beschränkt sich nicht auf Urkunden, sondern umfasst alle Beweismitte, die für den Prozess benötigt werden, einschließlich der Zeugen: Paul. 2 sent. D. 22.4.1 (= Paul. sent. 2.17.13a); *Bürge*, SZ 112 (1995) 26 f. Zu den besonderen Regeln der *editio stipulationis*: *Babusiaux*, Quod actum (2006) 38–44; Babusiaux, TR 77 (2009) 31–37. Ein Hinweis auf den Fortbestand im Kognitionsverfahren bei: Sept. Sev./Antonin. C. 2.1.3, 3.9.1 (a.202); *Buti*, Praetor (1984) 216 Fn. 95; *Bürge*, SZ 112 (1995) 22 f. Mit dem Verschwinden der klaassischen Klagetypen im nachklassischen Verfahren verlor die klassische *editio actionis* jedoch ihre Eigenart: *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß 39–62; *Kaser/Hackl*, RZ 485 Fn. 3, 577 f. In ähnlicher Weise erscheint die klassische *editio instrumentorum*, die noch in Kognitionsverfahren des 3. Jh.s belegt ist, in späterer Zeit nur noch in allg. gehaltenen Vorschriften: *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 271–281.

[101] Ulp. 4 ed. D. 2.13.1 pr. Nach *Lenel*, EP 31 ging die *editio actionis* dem *in ius vocare* notwendig voraus. Diese Annahme wird widerlegt von *Lemosse*, Labeo 21 (1975) 47–49. Sie steht auch im Widerspruch zur Ansicht *Bürges*.

[102] Ulp. 4 ed. D. 44.1.1 (*de edendo*?): *agere etiam is videtur qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.* Cels. 1 dig. D. 22.3.9 (Beweislast): *qui excipit probare debeat quod excipitur.* Weitere Texte bei *Bürge*, SZ 112 (1995) 31 f.; vgl. *Babusiaux*, Quod actum (2006) 119–121.

[103] Personen, welche die Benachrichtigung versäumten, aber wegen Alters, wegen *rusticitas* oder wegen ihres Geschlechts Nachsicht verdienten, wurde auf bestimmte Weise geholfen; dies legt nahe,

29 Die Literatur zur *editio* entwickelt sich weiter. In der älteren Literatur wird die *editio* in einer hochgradig analytischen Weise behandelt: Es wird eine vorbereitende Edition und eine endgültige Edition unterschieden. Erstere soll als *editio actionis*, letztere als *edere iudicium* bezeichnet werden. Das *edere iudicium* soll als Angebot im Rahmen der vertraglich konstruierten *litis contestatio* zu verstehen sein.[104] Inzwischen gibt es Gründe, an dieser Aufteilung des Editionsvorgangs zu zweifeln.[105] Eine neuere Durchsicht der bekannten Belege legt die Annahme nahe, dass die Edition den Parteien einen gewissen Spielraum ließ: Sie konnten allmählich die Klage und die dagegen vorzubringenden Verteidigungsmittel entwickeln, bis diese mit der *litis contestatio* festgelegt wurden.[106] Diesen Spielraum spiegelt das Wort *negotium*, mit dem die zuweilen längeren Verhandlungen im Rahmen der Rechtspflege bezeichnet werden.[107] Allgemein gesprochen war die Verlängerung des frühen Verfahrensabschnitts die natürliche Folge eines Systems, das in immer ausgefeilterer Weise darauf gerichtet war, unnötige Streitpunkte zu beseitigen und die verbleibenden möglichst präzise festzulegen. Man kann darüber spekulieren, ob infolge dieser Verlängerung des frühen Verfahrensabschnitts und der Notwendigkeit einer Kooperation der Parteien, die dieser mit sich brachte, das *in ius vocare* immer mehr an Bedeutung verlor und dass die Parteien deshalb das Fehlen eines starken Sanktionsmechanismus für den Fall des Ungehorsams gegenüber der Ladung nicht als störend empfanden.[108]

---

dass andere Personen aus demselben Grund zur Rechenschaft gezogen wurden (Ulp. 4 ed. D. 2.13.1.5). Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass eine strafrechtliche Sanktion für die Unterlassung einer der Formen der *editio* existierte. Es ist wahrscheinlicher, dass derjenige, der die *editio* versäumte, eine *denegatio actionis* zu gewärtigen hatte, sofern ihm der Prätor nicht zu Hilfe kam: *Pugliese*, PC II 366–369; *Bürge*, SZ 112 (1995) 23–24, 35–37; *Babusiaux*, TR 77 (2009) 38 f. (*stipulatio* nicht vollständig vorgelegt). Für die Annahme, dass die im Prozess verwendbaren Beweismittel sich auf die beschränkten, die *in iure* vorgelegt wurden: Ulp. 4 ed. D. 2.13.1.3; *Bürge*, SZ 112 (1995) 35–37. Ein Bankier, der seine Rechnungen (*rationes*) nicht offen legte war einer *actio in factum* auf das *interesse* des Gegners an der Offenlegung ausgesetzt (Ulp. 4 ed. D. 2.13.6.4, 2.13.8.1; Paul. 3 ed. D. 2.13.9 pr.; Gai. 1 ed. prov. D. 2.13.10.3). S. *Bürge*, SZ 104 (1987) 509–519; *Bürge*, SZ 112 (1995) 35–43; *Fernández Barreiro*, Estudios (1999) 159–165; *Gröschler*, Actiones (2002) 60–62.

[104] S. *Lenel*, SZ 15 (1894) 377–391; *Wlassak*, Prozeßformel I (1924) 72–104; *Cannata*, Processo privato I (1980) 143; *Buti*, Praetor (1984) 193 f.; *Fernández Barreiro*, Estudios (1999) 37 f.; vgl. *Jahr*, Litis Contestatio (1960) 165–206.

[105] S. *Bürge*, SZ 112 (1995) 1–4.

[106] S. Cic. part. 99; Cic. Quinct. 22; Cic. Caec. 8; *Bürge*, SZ 112 (1995) 4–17; *Kaser/Hackl*, RZ 220. Die Abfolge Ladung – Verhandlung – *litis contestatio* spiegelt sich vielleicht in Gai. 1 l. XII tab. D. 2.4.22.1: *Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet, et si, dum in ius venitur, de re transactum fuerit.* Vgl. die in Fn. 28 zitierten Belege.

[107] Cic. Quinct. 60 (*'Qui fraudationis causa latitarit'. Non est is Quinctius, nisi si latitant, qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur*); Hor. sat. 2.6.32–34 (*at simul atras ventum est Esquilias, aliena negotia centum per caput et circa saliunt latus*); Gai. 4.184 (*cum autem in ius vocatus fuerit adversarius neque eo die finiri potuerit negotium*).

[108] *Metzger*, OH RLS 254.

§ 12 Formularprozess: Verhandlung *in iure*

Johannes Platschek

Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1996, §§ 24–50; *Nörr*, Römisches Zivilprozeßrecht nach Max Kaser: Prozeßrecht und Prozeßpraxis in der Provinz Arabia, SZ 115 (1998) 80–98; *Mantovani*, Le formule del processo mprivato romano, 2. Aufl. 1999; *Grzimek*, Studien zur *taxatio*, 2001; *Mercogliano*, „*Actiones ficticiae*". Tipologie e datazione, 2001; *Pellecchi*, La *praescriptio*. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi, 2003; *Nörr*, Prozessuales (und mehr) in der *lex rivi Hiberiensis*, SZ 125 (2008) 108–188; *Harke*, Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht, 2014; *Metro*, Brevi note sulla „*mors litis*" per inattività, Fundamina 20–2 (2014) 638–647 (= Essays in honour of L. Winkel); *D'Amati*, L'inattività del convenuto nel processo formulare : „*indefensio*", „*absentia*" e „*latitatio*", 2016; *Erxleben*, *Translatio iudicii*. Der Parteiwechsel im römischen Formularprozess, 2017.

Inhalt Rn.

I. Interaktion von Parteien und Magistrat 2
II. Anerkenntnis vor dem Prätor (*confessio in iure*) 11
III. Folgen der Untätigkeit des Gegners *in iure* (Indefension) 13
1. Bei *actiones in personam* 13
2. Bei *actiones in rem* 14
IV. Richtereinsetzung 16
V. Schicksal der Forderung nach *litis contestatio – deductio in iudicium* 17
VI. Klageformel 20
1. *Partes formulae* 21
a. *Demonstratio* 25
b. *Praescriptio* 28
c. *Intentio* 32
d. *Exceptio* 39
e. *Adiudicatio* 40
f. *Condemnatio* 41
2. Belege außerhalb der juristischen Literatur 45
VII. Zuviel- und Zuwenigforderung in der Klageformel 50
1. *Pluris petitio* 51
2. *Minoris petitio* 53
3. Abweichungen in *demonstratio* und *condemnatio* 54
VIII. Sicherheitsleistung des Beklagten *in iure – cautio iudicatum solvi* 57
1. Bei *actiones in rem* 58

2. Bei *actiones in personam* 59
IX. Prozessvertretung 60
1. Gestaltung der Klageformel 61
2. Normative Grundlagen 64
3. *Cognitor* 65
a. Zulassung zur aktiven und passiven Prozessvertretung durch einen *cognitor* 65
b. Bestellung des *cognitor* 67
c. *Cognitor* auf Klägerseite 68
d. *Cognitor* auf Beklagtenseite 69
e. Urkundliche Belege 71
4. *Procurator* 73
a. Bestellung des *procurator* 73
c. *Procurator* auf Klägerseite 75
d. *Procurator* auf Beklagtenseite 81
X. *Translatio iudicii* 82
XI. Eidesverfahren 83
1. Normative Grundlagen 86
2. Formel der *actio ex iureiurando* 90
3. Freiwilligkeit des Eids 91
4. Zwangseid 92

1 Der folgende Überblick über die wichtigsten Phänomene der Verhandlung *in iure* unter dem Formularverfahren soll die ausführliche Darstellung von Kaser und Hackl[1] nicht ersetzen, sondern in einem Bereich ausgewählter Aspekte vor allem um neuere Quellenfunde und Literatur ergänzen.

I. Interaktion von Parteien und Magistrat: *iudicium postulare/dare/accipere – litem contestari*

2 Die Verhandlung *in iure / apud magistratum* (insbesondere *apud praetorem*) wird traditionell als „erster Akt", diejenige *apud iudicem* als „zweiter Akt" eines gerichtlichen „Rechtsstreits",[2] der römische „Zivilprozess" als „zweigeteilt" beschrieben.[3] Die römischen Quellen verwenden diese Diktion nicht; für das soeben als „Rechtsstreit" und „Zivilprozess" bezeichnete Phänomen fehlt ihnen schon ein Wort; *agere cum aliquo*, *petere ab aliquo* beginnen schon vor dem bewussten „ersten Akt",[4] von *iudicium* spricht man erst danach;[5] auch *actio, petitio, persecutio* bezeichnen nicht ein Verfahren bis zu

[1] RZ 220–349.
[2] *Wenger*, Abriss 367.
[3] S. nur *Kaser/Knütel/Lohsse*, RP § 80 Rn. 9.
[4] ThLL, s. v. *ago* B 1 a α.
[5] S. unten → Rn. 17 *Lis* begegnet einerseits synonym zu *iudicium*: *rem in litem deducere* (Ven. 3

Urteil oder Vollstreckung in seiner Gesamtheit. Die „Zweiteilung“ eines Ganzen ergibt sich insofern erst aus der modernen Vorstellung eines „Prozesses“ und eines „Gerichts“.[6] Dass es sich bei der Verhandlung *in iure* und *apud iudicem* um zwei Schritte auf dem Weg zu Urteil und Vollstreckung handelt, steht freilich außer Frage.

3 Cic. Quinct. 61 (81 v. Chr.) beschreibt den (unvollendeten) Weg zur Einsetzung eines Urteilsgerichts über eine Forderung:

Debere tibi dicis Quinctium, procurator negat;
vadari vis, promittit;
in ius vocas, sequitur;
iudicium postulas, non recusat.

„Du sagst, Quinctius schulde dir etwas, der Geschäftsführer bestreitet es;
du willst ein Gestellungsversprechen abschließen, er leistet das Versprechen;
du rufst auf die Gerichtsstätte, er leistet Folge;
du forderst ein *iudicium*, er weist es nicht zurück.“

4 Der zukünftige Beklagte (in diesem Fall der selbsternannte *procurator* des Schuldners, s. unten → Rn. 74) bestreitet zunächst gegenüber dem Gegner die erhobene Forderung, gibt auf Verlangen sodann ein Gestellungsversprechen (*vadimonium*) ab (→ § 11 Rn. 26; § 75 Rn. 28) und leistet (wohl im Gestellungstermin)[7] der Ladung auf die Gerichtsstätte (*in ius*), also vor den Gerichtsmagistrat, insbesondere den Prätor, Folge (*in ius vocatio*, → § 11 Rn. 1). *In iure* „verlangt“/„beantragt“ der angehende Kläger „ein Urteilsgericht“/„den Prozess“/„die Klageformel“ (*iudicium postulare*); der angehende Beklagte „weigert sich nicht“/„weist es nicht zurück“ (*non recusare*). In Cic. Quinct. 63 wird daraus im konkreten Fall: *iudicium quin acciperet in ea ipsa verba quae Naevius edebat non recusasse* – „es nicht zurückgewiesen zu haben, dass er das Urteilsgericht annehmen würde in eben dem Wortlaut, den Naevius (= der angehende Kläger) vorlegte.“ In Cic. Quinct. 62 begegnet schlicht: *iudicium accipere*.[8]

---

stipul. D. 46.2.31.1), andererseits synonym zu *res*: *lis in iudicium deducta est* (Sev./Ant. C. 3.31.2.1); s. auch ThLL, s. v. *lis* I A 2.

[6] Die Vorstellung stößt an ihre begrifflichen Grenzen, wenn die Formel als „Prozessprogramm“, die *litis contestatio* als „Prozessbegründung“ verstanden wird (etwa bei *Wenger*, Abriss 367) – was für sich genommen zutreffend ist: Aber dann ist die (vorangehende) Verhandlung *in iure* eben doch noch nicht „Prozess“, „der Prozess“ also nicht „zweigeteilt“.

[7] Das *vadimonium* in Cic. Quinct. 61 wird hier als so gen. „Ladungsvadimonium“ verstanden; anders *Metzger*, Litigation, 39–43, für den ein *vadimonium* nur nach Eröffnung des Verfahrens *in iure* (also ggf. *nach* erfolgter *in ius vocatio*) in Betracht kommt (→ § 75 Rn. 29); Cic. Quinct. 61 sei Ergebnis der Vermischung mehrerer Sachverhalte (methodisch problematisch: Cicero beschreibt einen Geschehensablauf zwischen Naevius und dem *procurator* des Quinctius, Alfenus); dagegen s. *Platschek*, Quinctius (2005) 48 Fn. 182.

[8] *Iudicium accipere* auch im prätorischen Edikt, etwa: *’Procuratorem …’, praetor ait, ’iudicium accipere cogam’* (Ulp. 8 ed. D. 3.3.8.3); außerhalb der Juristenschriften in *l. Rubr.* XX (dort *quos inter id iudicium accipietur*, dazu *Bruna*, Lex Rubria (1972) 124 f. mit weiterer Literatur; literarische Belege für *inter partes iudicium accipi* lassen schon *Jahr*, Litis contestatio (1960) 186 f. vermuten, dass beide

5 Beschrieben wird eine Situation, in der der angehende Kläger ein *iudicium* in einem bestimmten Wortlaut (*iudicium* hier also eine Klageformel, s. unten → Rn. 20) vorlegt (*edere*), es beantragt (*postulare*) und der angehende Beklagte es annimmt (*accipere*). Das hier belegte *iudicium postulare* trifft außerdem auf die anderweitig belegte Terminologie des *iudicium dare*[9] durch den Gerichtsmagistrat bzw. auf *actionem denegare*.[10] In Ulp. 77 ed. D. 47.10.15.44 heißt es vom Prätor im Hinblick auf das Ergebnis einer Voruntersuchung bei der *actio iniuriarum*: *et sic aut permittet aut denegabit actionem* – „und so wird er die Klage entweder gestatten oder verweigern".

6 Der Kläger, bei dem die Initiative liegt, bedarf demnach für die Einsetzung eines Richters und dessen Festlegung auf ein bestimmtes Beweisthema (also für Bindung des Richters an die Klageformel; für die Festlegung einer verbindlichen Klageformel) der Zustimmung des Beklagten und der Autorisierung durch den Gerichtsmagistrat. Der Kläger hat sein Rechtsschutzbedürfnis derart zu begründen und die Formel so zu gestalten, dass der Gerichtsmagistrat sich zum *iudicium dare* in der Lage sieht; andernfalls wird dieser die Klage denegieren. *Iudicium dare* durch den Prätor lässt sich als magistratische Genehmigung der Prozessprogrammierung durch die Parteien verstehen; für das zukünftige Urteil eröffnet diese Genehmigung das Vollstreckungsverfahren. *Iudicare iubere* (belegt insbesondere in TPSulp 31 → Rn. 48) ist die Anweisung/Ermächtigung des konkreten Richters durch den Magistrat (→ Rn. 16). Den Beklagten drängt die Drohung mit vorläufigen Vollstreckungsmaßnahmen zu Mitwirkung und Zustimmung (→ Rn. 13). Die Verhandlung über die Formel und ihre Gestaltung ist ein Phänomen der Kautelarpraxis. Der Kläger wird darauf achten, die geltendgemachte Forderung gegen andere abzugrenzen, um künftige Klagen nicht durch Klagenkonsumption (→ Rn. 17) zu gefährden; er wird versuchen, die Entscheidung des Richters entsprechend seinen Beweisen einzuengen, ohne eine Zuvielforderung (→ Rn. 51) zu riskieren. Der Beklagte wird auf die formulare Berücksichtigung seiner Argumente durch *exceptio* (→ Rn. 39) drängen.

Parteien das vom Prätor „gegebene" *iudicium* „annehmen"; dagegen *Wolf*, Litis contestatio (1968) 22–24; *Kaser/Hackl*, RZ 289 Fn. 23, wonach in diesen Ausdrücken *inter partes* zu *iudicium*, nicht zu *accipere* gehöre; ein beidseitiges *iudicium accipere* gebe es nur bei Teilungsklagen) und *l. Irnit.* 70. In Cic. Quinct. ist stets zu beachten, dass der mögliche Beklagte (Alfenus) das *iudicium* niemals angenommen *hat*, sondern lediglich seine Bereitschaft dazu ausgesprochen hat – unter dem Vorbehalt, keine *cautio iudicatum solvi* zu leisten (s. unten → Rn. 59), s. *Wolf*, *Litis contestatio* (1968) 15–20; *Platschek*, Quinctius (2005) 237–247. *Formulam accipere* sagt Gai. 4.57 und 4.163 vom Beklagten, Gai. 4.52 vom Kläger (?). In der *lex rivi Hiberiensis* ergänzt *F. Beltrán Lloris*, JRS 96 (2006) 157 die Zeilen III.38–39 (§ 15) zu: [*is* (?) *qui* (?) *cum* (?) *ali*]*quo hac lege aget petetve hanc for*/[*mulam accipi*]*to* (vacat) *Iudex esto* …; dazu *Nörr*, SZ 125 (2008) 135–137.

[9] Die ediktale Klagenverheißung des Prätors lautet stets *iudicium dabo*, s. nur Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.1; Ulp. 12 ed. D. 4.5.2.1 usw.; *l. Rubr.* XX, XXI, XXIII.

[10] Das in den Juristenschriften häufig belegte *actionem denegare* ist nirgends als Wortlaut des prätorischen Edikts belegt; dort findet sich aber '*iudicium non dabo*': Ulp. 23 ed. D. 11.5.1.3.

Zu den steuernden und einengenden Maßnahmen gehört die *interrogatio in iure*, mit der der Kläger (und der Prätor) Beweispunkte durch Klärung in Frage und Antwort vorwegnehmen kann. Dazu gehört insbesondere die Passivlegitimation des Beklagten als Erbe des behaupteten Schuldners des Klägers, als Gewalthaber des behaupteten deliktischen Schädigers des Klägers, als Eigentümer des schädigenden Tieres usw.[11] Die Antwort des Beklagten auf die Frage nach Erbenstellung, Erbschaftsquote, Hausgewalt, Eigentum usw. kann hier als wahr unterstellt werden und führt dann entweder zur *denegatio actionis* oder zur Vorwegnahme einer richterlichen Entscheidung über die Frage. Ihm ungünstige Antworten kann der Kläger einer richterlichen Überprüfung zuführen, verweigerte und unklare einer Unterstellung des klägergünstigen Falls.[12] Der Zwang des Beklagten zu einer Antwort zeigt Verwandtschaft zum (förmlichen) zugeschobenen Eid (s. unten → Rn. 92). Die Praxis ist urkundlich belegt.[13] **7**

Außerdem wird der Gerichtsmagistrat weitere Prozessvoraussetzungen, insbesondere die Partei- und Postulationsfähigkeit überprüfen.[14] Mit der Mitwirkung an der Gestaltung der Klageformel und der „Annahme" des *iudicium* genügt umgekehrt der Beklagte seiner prätorisch sanktionierten Obliegenheit[15] sich zu verteidigen (Ulp. 49 ed. D. 5.1.63: *recte defendi hoc est iudicium accipere*; s. sogleich → Rn. 13).[16] Die Erstellung der Klageformel lässt sich also als Ergebnis der Interaktion dreier Seiten sehen. **8**

Als gedankliches Gegenstück zu *iudicium dare* fällt *iudicium accipere* dabei mit der sogenannten „Streitbezeugung" – *litis contestatio* zusammen (etwa Paul. 17 Plaut. D. 5.1.28.4: *adversus eum iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut …* – „gegen ihn muss der Prätor eine Klageformel geben, damit die Streitsache derart bezeugt wird, dass …"). Eine Festus-Glosse (57 P.) erläutert *litem contestari* als den Zeugenaufruf von „zwei oder mehr Prozessgegnern" nach „Festlegung des Prozesses/der Klageformel" (*iudicio ordinato*) an die Umstehenden: '*Testes estote!*' Das Bestreben, diese Informationen in einem Modell zu vereinen, führt zu einer intensiven modernen Diskussion zu Gestalt und Wesen der *litis contestatio* im Formularverfahren.[17] **9**

---

[11] *Kaser/Hackl*, RZ 253–256.

[12] Genaueres s. *Kaser/Hackl*, RZ 253–256.

[13] TPSulp 23 (= TP 14) und 24 (= TP 63; beide 35 n. Chr): *essetne heres Aulo Castricio Isochryso et quota ex parte* bzw. *essetne heres aut bonorum possessor Auli Castricì Isochrysi et quota ex parte*; TPSulp 25 (= TP 25; 55 n. Chr.): *essentne homines Hyginus et Hermes servi eius et in potestate eius*; das entspricht der Liste bei *Kaser/Hackl*, RZ 252 Fn. 4 (in uneinheitlicher Zitierweise); zu den Urkunden insbesondere *Spengler*, Studien zur interrogatio 3–15. Zur *interrogatio* (nicht: *in iure*) *haberetne a se palos …* → § 25 Fn. 99. Beurkundet ist dort eine Abformung der *acceptilatio* (→ § 21 Rn. 87); gemeinsames Phänomen ist der Beweis des Befragten gegen sich selbst.

[14] *Kaser/Hackl*, RZ 239 f.; zu den ediktalen Maßgaben über die Postulationsfähigkeit s. *Lenel*, EP 75–80.

[15] Die *lex Rubria* (II 12; 36) spricht in diesem Sinne von *uti oportet se defendere*; zur Terminologie der Quellen s. *Jahr*, Litis contestatio (1960) 222 mit Fn. 16.

[16] Ob sich das *iudicium accipere* des Beklagten auf das *iudicium edere* des Klägers oder (auch) auf das *iudicium dare* des Prätors bezieht, war umstritten, s. *Jahr*, Litis contestatio (1960) 165–206.

[17] Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 289–293; s. schon oben → § 10 Rn. 12.

10 Schon ob die Festus-Definition überhaupt auf den Formularprozess (und nicht nur auf das Legisaktionenverfahren) und auf alle Klagen (und nicht nur auf Teilungsklagen [→ § 67]) passen soll, ist dabei umstritten.[18] Wie andere Begrifflichkeiten, die im Legisaktionenverfahren konkrete Verfahrenshandlungen beschrieben (etwa *vindicare*, *condicere* u. a.), kann *litem contestari/lite contestata* im Formularverfahren seine ursprüngliche Erscheinungsform (das „Sichbezeugenlassen" des erklärten Einverständisses des Gegners mit der Festlegung des Streitgegenstands?) verloren haben[19] (zugunsten der Errichtung einer Urkunde mit der *formula*?), nicht aber seine Bedeutung als Anknüpfungspunkt verschiedenster Phänomene (s. Klagenkonsumption [→ Rn. 13], Restitutionsumfang [→ § 59 Rn. 285], Vererblichkeit [→ § 91 Rn. 4 Fn. 16] u. a.).

II. Anerkenntnis vor dem Prätor (*confessio in iure*)

11 Die *litis contestatio* setzt ein anhaltendes Bestreiten des Gegners voraus. Stimmt er hingegen den Behauptungen des Klägers zu (*con-fiteri* – „mit-sprechen"/„gleich-sprechen", parallel zu gr. ὁμο-λογεῖν),[20] nimmt das Verfahren einen anderen Fortgang. Das Anerkenntnis ist als Erklärung von der Indefension als Nicht-Erklärung (→ Rn. 13–16) abzugrenzen.[21] Die *confessio in iure* hat nach Ulp. 27 ed. D. 42.1.56 die Wirkungen eines Urteils: *in iure confessi pro iudicatis habentur.*[22] In seiner Allgemeinheit scheint der Satz erst seit einer *oratio* Mark Aurels zuzutreffen.[23] Zwar war beim Anerkenntnis bezifferter Geldforderungen die Vollstreckung – wie aus einem Urteil, nach 30 Tagen – längst anerkannt (→ § 9 Rn. 22): *Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto.*[24] Die *confessio* führt in diesem Bereich damit unmittelbar zur *actio iudicati* (→ § 14

[18] *Wolf*, Litis contestatio (1968) 22–28.

[19] *Wolf*, Litis contestatio (1968) 36 mit Fn. 112 f.

[20] Zur prozessualen Sicht auf die griechische Homologie s. *Wolff*, SZ 74 (1957) 54; *Thür*, Dike 16 (2013) 1–10.

[21] Die Abgrenzung von Indefension und Anerkenntnis *in iure* ist nicht immer deutlich (zum Streit über *lex Rubria* XXI/XXII s. *Kaser/Hackl*, RZ 270 Fn. 1). Nach *Kaser/Hackl*, RZ 73 (zum Legisaktionenverfahren) ist – abgeleitet aus der Möglichkeit des Schweigens in der *in iure cessio* und mangels „zwingender Gründe" (dort Fn. 24) für eine förmliche Erklärung – die *confessio in iure* durch Schweigen auf die Spruchformel des Gegners möglich (umgekehrt noch *Kaser*, RZ[1] 55). Gleichzeitig heißt es ebd. 74 (wie in *Kaser*, RZ[1] 56), der Beklagte der *actio in personam*, „der weder förmlich bestreitet noch anerkennt" sei *indefensus*. Richtig ist, dass (ebd. 72) bei der *actio in rem* „die Folge der *confessio* und eines *rem non defendere* dieselbe" ist. Ebd. 270 wird schließlich das Anerkenntnis im Formularverfahren allgemein (und zutreffend) als ein ausdrückliches beschrieben

[22] Weitere Quellen bei *Kaser/Hackl*, RZ 270 Fn. 8.

[23] Die Worte *post orationem divi Marci* gehören in der Sache zum folgenden *quia in iure confessi pro iudicatis habentur*, vgl. nämlich Ulp. 5 omn. trib. D. 42.2.6.2: … *voluntatem divi Marci* [*subsequi*] *et omne omnino quod quis confessus est, pro iudicato habere.* Ein Texteingriff – *Mommsen*, Digesta Iustiniani Augusti II Anm. 4 ad h. l. – ist aber nicht gerechtfertigt.

[24] *Aeris confessi* passt als Genitiv (*Kaser/Hackl*, RZ 72 Fn. 19: „Genetiv des Sachbetreffs", gemeint

Rn. 5). Nach der genannten Ulpian-Stelle hat aber erst eine *oratio divi Marci* den Aspekt der „Rechtskraft" zwischen den Parteien eingeschärft.[25]

Beschränkt der Beklagte sein Anerkenntnis auf das Bestehen der Forderung, ohne sich dabei einer Geldschuld bestimmter Höhe zu bezichtigen, ist der notwendige Inhalt eines Urteils damit nicht vorweggenommen (→ Rn. 41: *condemnatio pecuniaria*). Bei Ansprüchen aus der *lex Aquilia* ist belegt, dass nach Anerkenntnis über die Tat die Forderung einer *actio confessoria* über die Höhe der Buße zugeführt wird, insofern also dem Grunde nach außer Streit steht.[26] Umstritten ist, ob und seit wann die Regel *confessus pro iudicato* auf „das Ob des klägerischen Begehrens" Anwendung findet und mit einer *actio confessoria* über die Höhe der Schuld in Geld kombiniert werden kann.[27] Begrifflich ist die Behandlung des Beklagten als *iudicatus* bei noch ausstehender Bezifferung in Geld jedenfalls problematisch. Wo sich Bestehen der Forderung und bestimmte Geldsumme aus formalen Gründen nicht trennen lassen (etwa in der Formel der *actio certae creditae pecuniae* oder bei den *bonae fidei iudicia*), kann ein „unvollständiges" Anerkenntnis keinesfalls irgendeine Urteilswirkung entfalten. Weiterhin muss dann ein Richter eingesetzt werden, um zu klären, ob (bei *certa pecunia*) die geltend gemachte bzw. (bei *bonae fidei iudicia*) eine Forderung besteht. Das Anerkenntnis ist dabei Beweismittel. **12**

III. Folgen der Untätigkeit des Gegners *in iure* (Indefension)

1. Bei *actiones in personam*

Die dem untätig bleibenden Gegner drohenden Folgen wirken bei schuldrechtlichen Klagen (*actiones in personam*) als „Einlassungszwang".[28] Verweigert der behauptete Schuldner (oder sein Prozessvertreter, → Rn. 60) grundlos die Annahme der Formel, **13**

---

ist der Genitiv bei *verba iudicialia*; regierender Ausdruck ist hier *iusti sunto*) mit *rebus iudicatis* (Dativ) nicht zusammen. Denkbar ist ein ursprüngliches *aeris confessi⟨s⟩* (mit *aeris* im Genitiv des Sachbetreffs) einerseits und ein personales Verständnis von *iudicatis* (mit entsprechende Veränderung von *rebusque*: *reobusque=reisque*?) andererseits; oder *confessi⟨s⟩* im Sinne von *confessionibus*; Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 72 f. Fn. 19.

[25] Später Ant. C. 7.59.1 (a. 211).

[26] *Lenel*, EP 198–202. Dabei ist zu beachten, dass „die Klage" aus der *lex Aquilia* (*haec actio*) in der Gestaltung *adversus confitentem* auf die einfache, diejenige *adversus negantem* auf die doppelte Buße geht (Ulp. 18 ed. D. 9.2.23.10; → § 93 Rn. 8). Mit der Regel *confessus pro iudicato* hat das nichts zu tun.

[27] Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 272 Fn. 23–26.

[28] Zur Abgrenzung von der Vorstellung einer „Einlassungspflicht" spricht *Jahr*, Litis contestatio (1960) 222 von „Einlassungslast". Den Untätigen als „passiv", „passiv bleibend" zu bezeichnen (so etwa *Kaser/Hackl*, RZ 274) ist unglücklich, bezeichnet doch *pati* gerade die Einlassung als Beklagter auf den Prozess (Cic. Quinct. 63; Verr. 2,2,31); „aktiv" (von *agere*) kann insofern nur der Kläger (*is qui agit*) sein.

gilt er als *indefensus*.[29] Da der Schuldner mit seiner Person und seinem gesamten Vermögen für die behauptete Forderung haftet, wird der Prätor die Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen gegen die Person (*ductio*) oder das gesamte Vermögen des Schuldners (*missio in possessionem* mit Fernziel *bonorum venditio*) gestatten (→ § 14 Rn. 9):[30] „Das ist in der Regel ein schlimmeres Übel als der schlimmste Prozessausgang."[31] Auch danach kann die Einlassung des Schuldners oder eines Vertreters zur Abwendung der endgültigen Vollstreckung und zurück in die Bahnen des Streitverfahrens führen.[32] Doch treten mit Verwertungsreife des Schuldnervermögens auch bereits irreversible Folgen ein (→ § 14 Rn. 14; § 28 Rn. 15). Damit wird für den Schuldner eine deutliche Drohkulisse aufgebaut; unter ihrem Eindruck soll er entweder den Streit aufnehmen oder (ggf. nach Anerkenntnis, → Rn. 11) die Schuld begleichen.

2. Bei *actiones in rem*

14 Richtet sich die Klage hingegen „auf eine Sache" – *in rem*, so muss der Gegner zwar keine weiteren Vollstreckungsmaßnahmen befürchten, solange der behauptete Berechtigte Zugriff auf die Sache nehmen kann: Der Prätor ermächtigt bei Untätigkeit des Gegners den dadurch verhinderten Kläger eine bewegliche Sache mit sich zu nehmen (*duci vel ferri iubere*).[33] Ist die Sache aber nicht *in iure* vorhanden, wird der verhinderte Kläger nunmehr ihre „Vorlegung" einklagen (→ § 65); diese *actio ad exhibendum* ist wiederum *actio in personam* mit Einlassungszwang. Werden dem Kläger Grundstücke und Erbschaften vorenthalten, ist das Interdiktenverfahren *quem fundum* bzw. *quam hereditatem* einschlägig (→ § 66 Rn. 22/35), aus dem ebenfalls *in personam* geklagt wird. Auf den Prozessunwilligen wirkt die Drohung weitgehender Vollstreckungsmaßnahmen also auch bei *actiones in rem*. Unter ihrem Eindruck wird der Beklagte entweder den Streit aufnehmen oder den Zugriff auf die Sache ermöglichen. Einen Gegensatz von „Einlassungspflicht" und „Einlassungsfreiheit" bei schuldrechtlichen und dinglichen Klagen zu formulieren,[34] entspricht weder der rechtstechnischen Funktionsweise noch dem praktischen Ergebnis.[35]

15 Die Literatur betont, dass in den Fällen des Preisgebens der Sache durch den untätigen Beklagten die Frage des klägerischen Rechts nicht „geprüft und durch Urteil

---

[29] *D'Amati*, Inattività del convenuto (2016) 64.

[30] *D'Amati*, Inattività del convenuto (2016) 69–86.

[31] *Wenger*, Abriss 374.

[32] *D'Amati*, Inattività del convenuto (2016) 91–98.

[33] Nach *Kaser*, RZ[1] 212 Fn. 37 gegen Leistung der *satisdatio* auf Verteidigung der Sache in einem zukünftigen Prozess des bisherigen Besitzers (unter Hinweis auf PS. 1.11.1 zur *hereditatis petitio*). Zurückhaltend zur Übertragung auf alle *actiones in rem*: *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 266 Fn. 87. Unter Berufung auf *Pennitz* jetzt wiederum *Kaser/Hackl*, RZ 276 Fn. 12.

[34] So etwa noch *Wenger*, Abriss 375.

[35] Literatur bei *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 265 Fn. 83; *Kaser/Hackl*, RZ 275 Fn. 7; jetzt *d'Amati*, Inattività del convenuto (2016) 99, 110–117.

festgestellt“ wird, der Kläger „insofern schlechter dastehe“ als bei einem Obsiegen in einer *actio in rem*.[36] Dieser Vergleich ist unglücklich gewählt. Denn dem Obsiegen ginge der Beweis durch den Kläger voran, der ihm nun erspart bleibt, ohne dass die von ihm verfolgten Interessen litten. Interesse an einer Feststellung seines Eigentums im Urteil hat der jetzige Kläger nur im Hinblick auf zukünftigen Streit mit dem jetzigen Beklagten und dessen Rechtsnachfolgern. In einem solchen Streit ist der jetzige Beklagte zukünftig in der Rolle des beweispflichtigen Klägers. Das ist kein schwacher Trost[37] für den jetzigen Kläger: Konnte er bislang die Feststellung nur unter eigenem Beweisaufwand erhalten, so erhält er sie in Zukunft schon bei Beweisnot des Gegners. Aus der Untätigkeit des Gegners zieht dieser keinerlei Vorteil, der Kläger keinerlei Nachteil.

IV. Richtereinsetzung

Der Richter (*iudex/arbiter*), dem die Urteilsfindung übertragen wird, wird entweder im **16**
Einvernehmen der Parteien oder durch ein Verfahren wechselseitiger Ablehnung (*reiectio*) aus einer Richterliste bestimmt.[38] Aus Listen – und mit geringerer Wahlfreiheit der Parteien – entnimmt man auch die Mitglieder einer Richterbank in Sachen, die (aufgrund besonderen öffentlichen Interesses) vor *recuperatores* verhandelt werden müssen.[39] Dass die Bestimmung des Richters regelmäßig vor *litis contestatio* erfolgt,[40] aber auch in einen nachfolgenden Termin ausgelagert werden kann (die Formel also zunächst „richterlos“ verabschiedet werden kann), wird vermutet.[41] An der Abwesenheit des gewählten Richters vor dem Magistrat muss dessen Einsetzung (*iudicem addicere*) nicht scheitern.[42] Doch deutet die Abwesenheit eines Platzhalters für den Richternamen in den überlieferten Blanketten auf die Richtereinsetzung – zumindest gedanklich – nach *litis contestatio* hin.[43] Die Frage bedarf weiterhin der Untersuchung.

[36] *Kaser/Hackl*, RZ 277.

[37] *Kaser/Hackl*, RZ 277: „immerhin“; *vice versa Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 265 f.: „Mit dieser Haltung verhindert der Beklagte aber immerhin die Durchführtung der *rei vind*(*icatio*). (…) Das heißt allerdings nicht, daß die Position des klagenden Eigentümers damit stark (!) beeinträchtigt wäre.“

[38] Das Verfahren lässt sich aus Kap. 88 der *lex Irnitana* rekonstruieren: *Kaser/Hackl*, RZ 195 mit Literatur in Fn. 32.

[39] Zu Verfahren und Zuständigkeit s. *Kaser/Hackl*, RZ 198–200 mit Literatur.

[40] *Rampazzo*, Sententiam dicere (2012) 173 mit Quellen und Literatur in Fn. 22.

[41] S. unten Fn. 49.

[42] Pap. 3 quaest. D. 5.1.39 pr.: *neque enim in addicendo praesentia vel scientia iudicis necessaria est*; dazu *Rampazzo*, Sententiam dicere (2012) 174. *Kaser/Hackl*, RZ 286 f. scheinen der Anwesenheit des einzusetzenden Richters *in iure* nach wie vor entscheidende Bedeutung zuzumessen.

[43] S. sogleich bei Fn. 49.

V. Schicksal der Forderung nach *litis contestatio – deductio in iudicium*

17 Mit der *litis contestatio* ist das *agere* über den Streitgegenstand (nicht zwingend jenes über den/die einzusetzenden Richter) vor dem Prätor beendet; nun ist „die Sache/Angelegenheit in den Prozess überführt" (*res in iudicium deducta*).[44] In bestimmten gesetzlich geregelten Fällen herrscht die Vorstellung, dass die *litis contestatio* das Klagerecht „verbrauche" (*consumere*), ja die Verbindlichkeit zwischen Kläger und Beklagtem nach *ius civile* in dem Moment erlösche, in dem sie *in iudicium deducitur*.[45] Der Beklagte „muss" dann nicht mehr „leisten" (*dare oportere*), sondern „verurteilt werden" (*condemnari oportere*).

18 Dies ist dann der Fall, wenn eine Verbindlichkeit des *ius civile* (mit *formula in ius concepta*: *intentio* also mit *dare oportere*; → Rn. 33) im so genannten *iudicium legitimum* (in Rom und nächster Umgebung, zwischen Römern und vor einem römischen Richter) eingeklagt wird.[46] In allen anderen Fällen wird der Schutz vor erneuter gerichtlicher Inanspruchnahme wegen *eadem res* durch Aufnahme der *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* in die Formel eines späteren Prozesses gewährleistet.[47]

19 Stets kommt der Frage entscheidende Bedeutung zu, ob ein zweiter Prozess *de eadem re* geht. Die Steuerung des Klagenverbrauchs ist ein beherrschender Gesichtspunkt bereits bei der Redaktion der Formel im ersten Prozess (→ Rn. 25). Zur Identifizierung des Streitgegenstands im Folgeprozess wird das konkrete Rechtsschutzansinnen untersucht; erheblich dafür können sein: der zugrundeliegende Sachverhalt (*causa*), der Charakter der angestrebten Verurteilung als sachverfolgend (reipersekutorisch), pönal oder gemischt sachverfolgend-pönal und die Identität der Parteien. War der Kläger eines ersten Prozesses vom Rechtsinhaber personenverschieden und nicht zum *in iudicium deducere* ermächtigt, so ist die Klage nicht verbraucht; erst Genehmigung durch

---

[44] Zur Austauschbarkeit *lis contestata / res in iudicium deducta* s. etwa Tryph. 15 disp. D. 9.4.37; Sev./Ant. C. 3.9.1 (202). Die Begrifflichkeit *in iudicium deducere* hat Ähnlichkeit zum „Einführen" (εἰσάγειν) einer Klage durch einen athenischen Beamten in ein Dikasterion nach Durchführung eines Vorverfahrens (ἀνάκρισις).

[45] Gai. 3.180. Zu Evidenz, Herkunft und Anwendungsbereich einer Rechtsregel *bis de eadem re agere non licet* s. nur *Liebs*, SZ 84 (1967) 104–132; *Kaser/Hackl*, RZ 80 Fn. 60; 301; 303 Fn. 10.

[46] Gai. 4.107; Gai. Aug. 107. Damit ist zugleich die Erkenntnis gewonnen, dass die Klageformel mit *dare oportere* auf den Moment vor der *litis contestatio* abstellt; in diesen Zeitpunkt muss sich der Richter also zurückversetzen. Dies führt zum Problem, ob eine Leistung des Beklagten an den Kläger nach *litis contestatio* eine Verurteilung noch abwenden kann (am *dare oportere* im Sinne der Formel ändert sie ja nichts mehr); hier setzt sich der Grundsatz durch *omnia iudicia absolutoria esse* (Gai. 4.114; I. 4.12.2), s. *Kaser/Hackl*, RZ 297 und 300 mit Literatur. Zur Befristung der Verfahren im *iudicium legitimum* auf 18 Monate nach *litis contestatio* (dann so gen. *mors litis*) s. Gai. 4.104; alle anderen Verfahren (*iudicia imperio continentia*) müssen in der Amtszeit des einsetzenden Beamten (*qui ea praecepit*) abgeschlossen sein (Gai. 4.105).

[47] Gai. 4.106; Gai. Aug. 113. Nicht jedes *in iudicium deduci* hat (bereits) eine *res iudicata* zur Folge; nicht jede *res iudicata* setzt ein *in iudicium deduci* voraus; s. *Kaser/Hackl*, RZ 302 mit Literatur in Fn. 8 und 9.

den Rechtsinhaber führt dann zum Schutz des Beklagten vor erneuter Inanspruchnahme (→ Rn. 75).

VI. Klageformel

Die Klageformel ist „kleine Satzung" über Entscheidungsmacht, Prüfungsprogramm und Entscheidungsmöglichkeiten des Spruchkörpers.[48] Die fertige Formel weist die folgende Struktur auf: Nachdem ein Richter bzw. eine Richterbank namentlich[49] eingesetzt ist – **20**

[Name] *iudex esto*[50] bzw. *recuperatores sunto*,[51]

– wird diesem/diesen regelmäßig (zu Ausnahmen s. sogleich) die Verurteilung bzw. der Freispruch des Beklagten vorgeschrieben: *condemna/absolve*,[52] *condemnato/absolvito*[53] (bzw. *condemnate/absolvite*[54] und κατακρινάτωσαν/ἀπολυσάτωσαν=*condemnanto/absolvunto*[55]).[56] Dem können Begrenzungen des Gegenstands, positive und negative Verurteilungsvoraussetzungen vorangehen.

[48] Die Parallelisierung mit dem athenischen ἔγκλημα durch *Thür*, SZ 126 (2009) 489 bedarf weiterer Vertiefung.

[49] In Formularen findet sich *iudex esto* etc. stets ohne Platzhalter für den Namen des Richters (s. oben → Fn. 8; unten → Rn. 46–49 und sogleich Fn. 50 und 51); in Prozessformeln des Einzelfalls steht der Name des Richters vor diesen Worten. Das Fehlen eines Blankettnamens für den Richter ist bemerkenswert, s. einerseits *Bruna*, Lex Rubria (1972) 107 („Es komme ein Richter") mit Hinweis auf *Kaser*, RZ[1] 215 Fn. 1; andererseits *Kaser/Hackl*, RZ[2] 286 f. mit Fn. 1 und 7. Wenn es sich bei dem Formular ohne Richternamen nicht um einen Anachronismus handelt, so belegt es, dass Formelerstellung und *litis contestatio* stets vor der Einsetzung des konkreten Richters liegen (→ § 10 Rn. 14). Dass Gaius einen Platzhalter (nur) für den Richternamen „per praticità" weggelassen hätte (*Mantovani*, Formule 25), müsste auch für die inschriftlichen Belege von Formularen in Gesetzen gelten (was etwa in der hinsichtlich der Blankettnamen geradezu peniblen *lex Rubria* nicht befriedigt).

[50] Gai. 4.34, 36, 37, 47, 136; *lex Rubria* XX; *lex rivi Hiberiensis* (*Beltran Lloris*, JRS 96 [2006] 147); TPSulp 31 (mit Namen).

[51] Gai. 4.46; P.Yadin 28–30: ξενοκρίται ἔστωσαν, dazu *Nörr*, Israel Law Review 29 (1995) 83–94 (= HIA III 2109–2120). Zur *tabula Contrebiensis* s. unten → Rn. 45.

[52] Gai. 4.43, 50, 51; das Formelfragment in Gai. 4.86 ist komplett abgekürzt. Gai. Aug. 111 hat *condemna*, Theoph. inst. 4.6.1, 13 und 4.10.2 jeweils καταδίκασον (4.10.2: μοι) αὐτόν, ὦ δικαστά – „verurteile ihn (4.10.2: zu meinen Gunsten), o Richter!", stets verstanden als direkte Rede des Klägers.

[53] Gai. 4.43, 47, 51; *lex Rubria* XX.

[54] Gai. 4.46.

[55] P.Yadin 28–30.

[56] Zum Streit über „die Frage, ob die Formel in der zweiten oder dritten Person abgefasst ist", s. die Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 310 Fn. 14. Aus *recuperatores sunto* (Gai. 4.46) schließen *Kaser/Hackl*, dass die Richtereinsetzung stets in der dritten Person erfolgt (bei *iudex esto* ist dies nicht eindeutig), der/die damit eingesetzte(n) Richter im Folgenden aber in der zweiten Person angesprochen wird/werden (*condemna/condemnate*; bei *condemnato* ist dies nicht eindeutig; *condemnatote* ist nicht belegt). Dieses Schema findet *Jahr*, Litis contestatio (1960) 95 f. bei Testamenten in der Abfolge von

1. ***Partes formulae***

21 Die Klageformel besteht dabei regelmäßig aus mehreren möglichen Teilen; aber auch einteilige Klageformeln sind belegt. Als mögliche Bestandteile nennt Gaius *demonstratio* („Bezeichnung" des Streitgegenstands, Gai. 4.40), *intentio* („Begehren" des Klägers, Gai. 4.41), *adiudicatio* („Zuurteilung" bei Teilungsklagen, Gai. 4.42) und *condemnatio* (Befehl/Ermächtigung zur „Verurteilung", Gai. 4.43).

22 Als Beispiele bringt Gaius die Klauseln:

demonstratio:
Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit
(= *actio venditi*)
Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium hominem deposuit
(= *actio depositi, formula in ius concepta*)

intentio:
Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere
(= *actio certae creditae pecuniae*)
Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere
(= *actio incerti ex stipulatu*)

adiudicatio:
quantum adiudicare oportet, iudex, Titio adiudicato

condemnatio:
iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemna. Si non paret, absolve
(= *actio certae creditae pecuniae*)
iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat sestertium X milia condemna. Si non paret, absolve
(= Klage auf *incertum* mit *taxatio*)
iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito
(= Klage auf *incertum* ohne *taxatio*).

Erbeneinsetzung in der dritten und Maßgaben für den Erben in der zweiten Person wieder; zum Phänomen des „deictic shift" in (griechischen) Urkunden zuletzt *Bentein*, Philologus 164 (2020) 83–106. Das Schema wird jedenfalls durch P.Yadin 28–30 (dort ausschließlich dritte Person) durchbrochen (aber auch in Testamenten, s. *Jahr*, ebd. Fn. 55); identifizierbar ist die zweite Person in der *condemnatio* nur in den Belegen im – für Überlieferungsfehler bei Endungen durchaus anfälligen – Veroneser Gaius (o. Fn. 52 und 54). *Mantovani*, Formule 37–115 zieht stets nur den Imperativ II heran und legt sich im Plural auf die dritte Person in der *condemnatio* fest (s. etwa S. 39 Nr. 3). Enthält eine *formula* ausschließlich den Imperativ II der dritten Person, so ist ihr normativer Charakter unverfälscht. Zu betonen bleibt jedenfalls, dass in den Worten *iudex esto*, *condemna/-ato*, *absolve/-ito* nicht notwendig „der Prätor spricht" (unzutreffend *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 24 Fn. 80); es bildet sich die Einigung der Parteien ab, die der Prätor genehmigt. Die Wendung *ait praetor: …* im Zusammenhang mit dem Wortlaut von Formeln ist nach *Lenel*, EP 251 mit Fn. 1 Indiz für Interpolation. Rechtfertigen lässt sich die Wendung allenfalls im Hinblick auf die ediktale Proponierung von Musterformeln.

Die Teile treten in verschiedenen Kombinationen auf. Gaius kennt Formeln, die nur aus einer *intentio* bestehen.[57] Die anderen Teile kommen niemals alleine vor: Die *demonstratio* verlangt nach einer *intentio* oder *condemnatio*[58] (was impliziert, dass in Gestalt der Kombination aus *demonstratio* und *condemnatio* Formeln ohne *intentio* vorkommen[59]). Die *condemnatio* verlangt nach einer *demonstratio* oder *intentio*.[60] Die *adiudicatio* verlangt nach einer *demonstratio*.[61] Dabei dürfte in Formeln, die aus einer *intentio*: *Si paret …* und der *condemnatio*: *… condemna; si non paret, absolve!* bestehen, aufgrund ihrer syntaktischen Stringenz und unbeeinträchtigten Symmetrie von Verurteilung und Freispruch der Ausgangspunkt zu sehen sein. Die *intentio* ist dort deutlich als zu überprüfende Verurteilungsvoraussetzung erkennbar. **23**

Klageformeln mit *demonstratio* (beginnend mit *Quod …*) und *intentio*: *quidquid … oportet* (also auch alle *bonae fidei iudicia* → § 78 Rn. 34)[62] enden – ohne ein dem Kondemnationsbefehl vorangehendes *si paret …* – mit dem Absolutionsbefehl: *si non paret, absolvito!*[63] Sie können in dieser Form erst entstanden sein, nachdem sich die Struktur *si paret … condemnato / si non paret, absolvito* andernorts verfestigt hatte. Eine Zwischenstellung nehmen die (*demonstratio*-losen) Formeln mit *intentio*: *quidquid paret … dare facere oportere* und Absolutionsbefehl *si non paret, absolvito!* ein.[64] Belegt **24**

[57] Gai. 4.44: *sicut in praeiudicialibus formulis*; *Kaser/Hackl*, RZ 313 mit Fn. 13, 347 mit Fn. 28.

[58] Gai. 4.44: *nihil enim omnino* [*demonstratio*] *sine intentione vel condemnatione valet.*

[59] *Kaser/Hackl*, RZ 313: „ist anzunehmen“ mit Literatur in Fn. 14. Andererseits spricht Gai. 4.44 aE davon, dass die *condemnatio* ohne *intentio* keine Wirkung habe. Bei der *actio iniuriarum* „ersetzt“ nach *Lenel*, EP 399 „die Ästimationsklausel eine intentio“. Dass die *intentio* jemals *nach ihrer Funktion* (Bezeichnung der Urteilsvoraussetzungen) entbehrlich wäre, ist auszuschließen.

[60] Gai. 4.44: *item condemnatio sine demonstratione vel intentione … nullas vires habet.* Die Literatur streicht regelmäßig *demonstratione vel* – ohne zu berücksichtigen, dass sich schon aus dem zuvor Gesagten ergibt, dass Formeln mit *demonstratio* und *condemnatio*, aber ohne *intentio*, möglich sind.

[61] Gai. 4.44: *vel adiudic*[*atio sine demonstr*]*atione nullas vires habet.* Dass hier die *intentio* keine Rolle spielt, liegt an der Struktur der *adiudicatio*-Klausel: Mit den Worten *quantum adiudicare oportet* ist in der *adiudicatio* bereits enthalten, was andernorts die *intentio* zum Ausdruck bringt.

[62] *Wolf*, Causa stipulationis (1970) 195 f.; *Sacconi*, Pluris petitio (1977) 192.

[63] Zuletzt belegt in P.Yadin 28–30: δέῃ entspricht der finiten Form *oportet*; φαίνηται (*paret*) erscheint erst in der Negativbedingung der *absolutio*. Die Literatur nimmt bei diesem Typus mitunter an, der abschließende Freisprechungsbefehl trete hier zu einer Formel, mit der ursprünglich nur die Abschätzung einer Urteilssumme auf zuvor bereits geklärter Grundlage verfolgt wurde: *Arangio-Ruiz*, St. Cagliari 4 (1912) 123–144 (= Rariora 91–121 = Scr. dir. rom. (2003) 371–392); *Fiori*, Ea res agatur 1–6; *Buzzacchi*, St. Nicosia II 159–167; Literatur auch bei *Selb*, Formeln (1974) 35. Eher wäre zu fragen, warum in den Formeln mit *demonstratio* statt *quidquid paret … oportere: quiquid … oportet* zu lesen ist. Es scheint, dass der voranstehende *quod*-Satz das *paret* der *intentio* absorbiert. Der Grund kann nur im Bemühen um sprachliche Klarheit liegen: Das Beibehalten von *paret* (erst) in der *intentio* würde den Richter zum falschen Gegenschluss verleiten, er bräuchte über den Inhalt der *demonstratio* nicht zu erkennen. Mit *quod … emit* usw. muss er aber in gleicher Weise umgehen wie mit *quiquid … oportet*; zur weiteren Differenzierung s. unten Fn. 78. Die alternative Formulierung hätte in der Ersetzung von *quod* durch *si paret* bestanden, was das *paret* (*oportere*) der *intentio* zur Wiederholung gemacht hätte, die man wiederum durch *oportet* beseitigt hätte.

[64] *Selb*, Formeln (1974) 29–39.

sind sie in Gai. 4.41, 131, sowie neuerdings in der *lex rivi Hiberiensis*: *Iudex esto. Quitquit parret e lege … illum* [*illi dare? facere? oportere*[65] *et*]*us iudex illum illi c*(*ondemnato*) / *s*(*i*) *n*(*on*) *p*(*arret*) *a*(*bsolvito*) (→ § 69 Rn. 15).

a. *Demonstratio*

25 Nach der üblichen Lesart von Gai. 4.40 dient die *demonstratio praecipue* – „vornehmlich"/ „als bevorzugtes Mittel"[66] dazu (*ideo*), *ut demonstretur res qua de agitur* – „dass die Sache, über die verhandelt wird, bezeichnet wird."[67] Der in der *demonstratio* bezeichnete Sachverhalt beschreibt die Grenzen der *res qua de agitur*; dass dies die Reichweite der Klage und der Klagenkonsumption festschreibt,[68] zeigt der Vergleich mit der *praescriptio* (dazu → Rn. 29). Erforderlich ist die *demonstratio* dort, wo nicht bereits die

[65] Bei entsprechenden Abkürzungen (*notae iuris*, vgl. hier *C.S.N.P.A.* und *D.F.O.* in Val. Prob. Einsidl. 326 [FIRA II 458 Nr. 13: *T.M.D.F.O.*; s. schon *Nörr*, SZ 125 [2008] 134 Fn. 124) wäre hier Raum für *qua de re agitur* (*Q.D.R.A.*, Val. Prob. Einsidl. 326 [FIRA II 457 Nr. 4]), s. unten Fn. 68; zur Formel *Nörr*, SZ 125 (2008) 133–158.

[66] Die Lesung *praecipue* ist angesichts der Abkürzungsprobleme in der einzigen Handschrift nicht allzu belastbar. *Studemund* liest dort P'CIPUE, noch *Göschen* las P'CIPIT (s. *Studemund*, *Gaii institutionum … apographum* 202 mit App.); denkbar ist also auch ein ursprüngliches *principio* (so schon *Krüger*; Literatur bei *Buzzacchi*, St. Nicosia II 147 Fn. 8), was schlicht die Stellung der *demonstratio* in der Formel bezeichnet; ihre Funktion wäre mit *ideo, ut …* ohne jede Einschränkung festgelegt. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 54 erkennt die Möglichkeit, *praecipue* nicht zu *ideo*, also nicht auf einen von mehreren Gründen für die Einschaltung einer *demonstratio*, sondern unmittelbar auf *demonstratio*, also auf eine von mehreren Möglichkeiten zur Bezeichnung der *res qua de agitur* zu beziehen.

[67] Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 314 Fn. 18; *Buzzacchi*, St. Nicosia II 145 Fn. 5.

[68] *Selb*, Formeln (1974) 41. Zur Zuviel- und Zuwenigforderung in der *demonstratio* s. unten → Rn. 55 f. Zur Abgrenzung im Hinblick auf die Klagenkonsumption soll auch die Klausel *qua de re agitur* gehören, auch in Formeln ohne *demonstratio*, in denen sie in der *intentio* begegnet, und auch in der *actio certae creditae pecuniae* (s. jetzt TPSulp 31; nicht in Gai. 4.86: *Mantovani*, Formule 48 Nr. 19 Fn. 90), s. *Krüger*, SZ 29 (1908) 378–389, der dort den Unterschied zwischen Abstraktion/fehlender Nennung der *causa* und Beschränkung auf einen Sachverhalt/Streitgegenstand (*res qua de agitur*) forciert. Als „essenzialmente pleonastica, inutile, se non a fini stilistici" qualifiziert die Klausel hingegen *Mantovani*, Formule 26 (mit Literatur zur Entwicklung der Klausel aus der *praescriptio Ea res agetur* und ihrer bescheidenen Funktion als deutliche Verbindung von *demonstratio* und *intentio*). In der *actio certae creditae pecuniae* bezieht sich *qua de re agitur* auf *HS tot dare oportere*: *res* ist die Verbindlichkeit; es als zugrundeliegenden Sachverhalt zu verstehen, bereitet schlicht Übersetzungsprobleme (denen sich *Krüger* nicht stellt). Aus der Formel der *actio certae creditae pecuniae* kann zur Klagenkonsumption nicht mehr geschlossen werden, als dass sie sich auf Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten auf *dare oportere* zum Zeitpunkt der *litis contestatio* und *HS tot* beschränkt. In einem späteren Prozess müsste derselbe Kläger also beweisen, dass zum Zeitpunkt der ersten *litis contestatio* mehr als *HS tot* geschuldet wurden (und er nunmehr den Rest einklage) oder die nunmehr eingeklagte Forderung zum Zeitpunkt der ersten *litis contestatio* noch nicht bestand; in beiden Fällen bleibt ihm ein Rekurs auf den jeweils zugrundeliegenden Sachverhalt nicht erspart. Die Klausel *qua de re agitur* spielt dafür keine Rolle.

intentio die Überprüfung eines konkreten Sachverhalts ausformuliert (also *in factum* konzipiert ist, s. unten → Rn. 32/35) oder die Reichweite der Klage durch Bezifferung einer Summe festlegt; eine *demonstratio* ist daher nur bei *in ius* konzipierten Formeln (s. unten → Rn. 32–34) mit *intentio incerta* belegt und zu erwarten. Das umfasst die *bonae fidei iudicia* und die zivilen Deliktsklagen.[69] Bei strengrechtlichen Klagen (*actio ex stipulatu/condictio incerti*) ist die *praescriptio* (s. unten → Rn. 29) belegt, in einem Fall freilich *loco demonstrationis* (Gai. 4.136).[70] Die *actio praescriptis verbis* enthält eine Sachverhaltsbeschreibung „wie in einer *demonstratio*" (s. unten → Rn. 31; also keine *demonstratio* im engeren Sinne).

Während die *intentio* die Verurteilungsbedingungen explizit zum Gegenstand der richterlichen Prüfung macht, ist dies bei dem in der *demonstratio* bezeichneten Sachverhalt – jedenfalls zunächst – nicht der Fall: Er wird mit *quod* und dem Indikativ eingeführt (zB *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit*, Gai. 4.40). Die verbreitete Übersetzung mit einem schlichten „wenn"[71] (die den Sachverhalt sogleich in das Prüfungsprogramm des Richters einbezieht) stößt auf Probleme mit dem bei Gaius überlieferten Wortlaut der *praescriptio* (aus der durch Umstellung die *demonstratio* entstanden sein dürfte):[72] *Ea res agatur, quod …* (Gai. 4.137)[73] und etwa auch der strukturell eng verwandten Protokollierung der *relatio* im Formular der *senatus consulta* (→ § 8 Rn. 147–152): *Quod … verba fecerunt, de ea re ita censuerunt ….*[74] Hier wie dort entspricht die Konstruktion mit *quod* einem Präpositionalausdruck *de aliqua re.* **26**

[69] Zur *demonstratio* bei der *actio iniuriarum* (→ § 95 Rn. 25) s. *Buzzacchi*, St. Nicosia II 151 mit weiterer Literatur; bei der *actio furti* und der *actio de pauperie* s. *Platschek*, SZ 131 (2014) 396 f.; s. aber auch → § 93 Rn. 6.

[70] *Selb*, Formeln (1974) 32 und 46: *praescriptio* an der sonst üblichen Position der *demonstratio*; zuletzt *Pellecchi*, Praescriptio (2003) 299–302. Andere sehen die *praescriptio* hier lediglich in den Worten *cuius rei dies fuit*, „die an die reguläre *demonstratio* angehängt werden", s. *Kaser/Hackl*, RZ 321 mit weiterer Literatur; dagegen *Pellecchi*, Praescriptio (2003) 296–298. Bei diesem Verständnis hat auch die *actio ex stipulatu* eine *demonstratio* (*Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est*) – allerdings nur bei Prozessen zwischen den Abschlussparteien der Stipulation, vgl. Gai. 4.137, s. unten Fn. 85. Dass *incertum* im Formelzitat bei Gaius lediglich ein Platzhalter für den konkreten Gegenstand der Stipulation wäre, darf – schon angesichts des allgemeinen *de sponsione* in TPSulp 31 und angesichts sonst begegnender konkreter Platzhalter (*mensa argentea, homo Stichus* etc.) – bezweifelt werden (zur Frage s. *Mantovani*, Formule 50 Fn. 109). Nach *quod … incertum stipulatus est* (V: INCERTESTIPEM) dürfte in Gai. 4.136 jedenfalls ein ursprüngliches *qua de re agitur* verdorben sein. Die fiktizischen *actiones ex stipulatu* in *lex Rubria* XX mit *Sei …* setzen nichtfiktizische mit *Quod …* voraus, s. unten Fn. 106.

[71] *Kaser/Hackl*, RZ 314 Fn. 19; weitere Literatur bei *Gröschler*, FS Manthe 133 f. mit Fn. 18–19. Zu vorangestellten faktischen *quod*-Sätzen in dieser Bedeutung s. *Menge/Burkard/Schauer*, Lateinische Syntax § 556.

[72] *Selb*, Formeln (1974) 50 f.

[73] Dort geht es nicht um die Frage, *warum* „diese Angelegenheit verhandelt werden soll", sondern *was* die „Verhandlung" zum Gegenstand haben soll. Auch die *praescriptio* in TPSulp 31 (s. unten → Fn. 83): *Ea res agetur de sponsione* bezeichnet die *sponsio* nicht als Anlass der Klage („*sponsionis factae causa*"), sondern als Gegenstand des Prozesses. Ersetzt man den Präpositionalausdruck *de sponsione* durch einen Nebensatz, gelangt man zu „*quod sponsio facta est*" – mit faktischem *quod.*

[74] Im Griechischen wird das wiedergegeben mit περὶ ὧν – „worüber", s. etwa die *SCC de Thisbensibus* (FIRA I 31), das *SC de Amphiarai Oropii agris* (FIRA I 36) usw.

27 Damit liegt auch für die *demonstratio* ein Verständnis als faktisches *quod* mit „was das betrifft, dass“ am nächsten. Entscheidend für das Verständnisproblem bleibt einerseits der Indikativ: Er legt für sich genommen die Annahme nahe, dass die *demonstratio* unstreitige Tatsachen zugrundelegt.[75] Gleichzeitig verdeutlicht die Bezugnahme auf den Sachverhalt der *demonstratio* mit den Worten *ob eam rem/quam ob rem*[76] in der *intentio* der Klageformel (s. sogleich → Rn. 32), dass der geltend gemachte Anspruch auf dem bezeichneten Sachverhalt beruhen muss. Insofern lässt sich der *quod*-Satz verstehen als: „angesichts der Tatsache, dass …“, was von einem kausalen Gebrauch des *quod* kaum zu unterscheiden ist. P.Yadin 28–30 (*Iudaea*, um 125 n. Chr.) gibt *quod* in der *demonstratio* der *actio tutelae* mit ἐπεί (mit Ind. Aor.) wieder, das die Literatur auf die Bedeutung „weil“ festlegt.[77] Andererseits eröffnet aber bereits die der *demonstratio* unmittelbar folgende Klausel *qua de re agitur* (περὶ οὗ πράγματος ἄγεται) ein Verständnis: „was den (vom Kläger zum Gegenstand des Prozesses gemachten) Fall betrifft, dass …“.[78] Das lateinische *quod* kann durch die Einrahmung mit den Klauseln *qua de re*

[75] Die Qualifizierung des Sachverhalts als unstreitig beruht also nicht gerade auf dem kausalen Verständnis von *quod* (solange man das alternative faktische *quod* nicht zu einem kondizionalen macht, s. oben bei Fn. 71). *Gröschler*, FS Manthe 135–140 sieht in der *demonstratio* die objektivierte, im Übrigen aber sprachlich unveränderte, den eigenen Anspruch begründende Behauptung des Klägers (*Quod ego tibi hominem vendidi* – „Weil ich dir den Sklaven verkauft habe [, schuldest du mir die Zahlung des Kaufpreises]“, vgl. Gai. 4.59); ähnlich schon *Daube*, Forms of Roman Legislation (1956) 35. Auch das in Gai. 4.59 zitierte klägerische Vorbringen *Quod ego de te hominem Erotem emi* lässt sich freilich nicht auf ein kausales Verständnis festlegen (auch hier ist faktisches *quod* denkbar). Als alleiniger Grund für jede Schuld des Käufers reicht die Tatsache des Kaufvertrags auch keineswegs aus. Dasselbe gilt für das *quod* der *legis actio per manus iniectionem* (Gai. 4.21: *Quod tu mihi iudicatus sive* [!] *damnatus es sestertium X milia*, vgl. auch Gai. 4.121: *exceptio quod res iudicata est vel in iudicium deducta*), der *cretio* (Gai. 2.166: *Quod me P. Mevius testamento suo heredem instituit*) und der *solutio per aes et libram* (Gai. 3.174: *Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum*), s. aber die Literatur bei *Varvaro*, Studi (2006) 271 Fn. 759. Auf eine kausale Bedeutung von *quod* könnte man aus dem überlieferten Gaius-Text für die Formeln bei der Einsetzung eines *cognitor* (Gai. 4.83) schließen; denn dort wechselt *quod ego a te* (V nach *Studemund*: QEGEATĒ) *verbi gratia fundum peto* (bzw. *quod ego* (V: QEGO) *tecum agere volo*) mit *quia tu* (V: QA·TV) *a me fundum petis* (bzw. *quia tu* (V: QA·TV) *mecum agere vis*). Selbst wenn *quia* hier richtig aufgelöst und überliefert ist, bleibt doch der bewusste Wechsel von *quod* beim Kläger zu *quia* beim Beklagten bemerkenswert.

[76] In P.Yadin 28–30: διὰ τοῦτο τὸ πρᾶγμα – „wegen dieser Sache“.

[77] *Gröschler*, FS Manthe 135. Der griechischen Übersetzung – über deren Ursprung wir nichts wissen – „Beweiskraft“ für ein allein richtiges Verständnis von *quod* beizumessen (so *Gröschler*, FS Manthe 135), erscheint nicht unproblematisch. Dass derjenige, der die Worte *Quod Numerius Negidius Auli Agerii tutelam gessit* in der *demonstratio* der *actio tutelae* mit ἐπεὶ ὁ δεῖνα τοῦ δεῖνος ὀρφανοῦ ἐπιτροπὴν ἐχείρισεν übersetzt hat, dies mit Rücksicht auf ein traditionelles Verständnis jeglicher *demonstratio* getan hat, ist keineswegs sicher. Umgekehrt lässt sich ausschließen, dass er sich rechtshistorische Gedanken über den Zusammenhang von *praescriptio pro actore* und *demonstratio* gemacht hätte. Jedenfalls P.Yadin 28–30 sind – viel – jünger als die Entstehung der Formeln mit *quod*. Doch liegen das Verständnis als „weil (das so ist)“ (ἐπεὶ) und „angesichts dessen, dass (das so ist)“ (ὅτι) so eng nebeneinander, dass sich daraus keine größeren Alternativmodelle ergeben.

[78] *Qua de re agitur* wird eingefügt (bzw. aus der *praescriptio Es res agetur/agatur* … transponiert),

agitur, quidquid ob eam rem … (und *si non paret …*) eine Funktion annehmen, die andere Sprachen als changierend und mit einer einzigen Konjunktion unübersetzbar empfinden.

b. *Praescriptio*

Die *praescriptio* erwähnt Gaius nicht bei seiner Auflistung der Formelbestandteile – sie gehört (ursprünglich und in bestimmten Fällen weiterhin) nicht zur *formula*[79] im Sinne des Prozessprogramms für den Richter, sondern steht vor der Richtereinsetzung. Doch geht Gaius in 4.130–137 im Anschluss an die Darstellung der *exceptiones* auf die *praescriptiones* ein.[80] **28**

Während die *praescriptio pro reo* dem Schutz des Beklagten dient (im Beispiel des Gaius dem Schutz vor der Vorgrifflichkeit einer *rei vindicatio* im Hinblick auf eine noch ausstehende[81] Klärung der erbrechtlichen Lage im Rahmen einer *hereditatis petitio*: *ea res agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat*, Gai. 4.133)[82] und zur Zeit des Gaius *in speciem exceptionis deducta* – „in die Gestalt einer *exceptio* überführt" ist (Gai. 4.133; → § 106 Rn. 5), geht es bei der *praescriptio pro actore* darum, zugunsten des Klägers die konsumierende Wirkung der Klage zu beschränken und die Möglichkeit zukünftiger Klagen sicherzustellen. Bei wiederkehrenden Leistungen aus einem Schuldverhältnis kann der Gläubiger ohne Klagenverbrauch hinsichtlich zukünftiger Leistungen bereits fällige Leistungen einklagen, indem er die *praescriptio* aufnehmen **29**

---

um die Beschränkung des Klagenverbrauchs zu verdeutlichen. Dass es sich bei den Worten um eine „unnötige Banalität … bestenfalls stilistische Überleitung" handeln würde (*Kaser*, Labeo 22 [1976] 16; s. auch *Mantovani*, Formule 26), bedarf jedenfalls der Überprüfung. Anders *Gröschler*, FS Manthe 140: „So verstanden beinhaltet die Klausel *qua de re agitur* einen Hinweis auf die streitige Natur des in der *demonstratio* enthaltenen Vorbringens"; s. schon *Kaser/Hackl*, RZ 314 Fn. 19 mit weiterer Literatur. Dass die Klausel *qua de re agitur* nur aufgenommen würden, wenn die in der *demonstratio* genannten Tatsachen vor dem *iudex* tatsächlich noch streitig sind, lässt sich nicht erkennen. Ein mit der *actio tutelae* belangter Vormund etwa wird in vielen Fällen die in der *demonstratio* genannte Tatsache, dass „er die Vormundschaft des Klägers geführt hat", zu keinem Zeitpunkt bestreiten, stets aber bestreiten, dass er im Sinne der *intentio* schulde. Die Tatsachen der *demonstratio* bilden die *res*; was Inhalt der „Verhandlung", des „Streits" darüber ist (*agitur*), muss erst der Richter erkennen.

[79] *Selb*, Formeln (1974) 24 f. Zur Ausnahme der *praescriptio loco demonstrationis* bei der *actio incerti ex stipulatu* s. oben Rn. 25.

[80] Zur *praescriptio* umfassend *Pellecchi*, Praescriptio (2003); *Varvaro*, AUPA 47 (2002) 367–404; *Kaser/Hackl*, RZ 320–322 mit weiterer Literatur.

[81] Gai. 4.133 spricht vom *petitor hereditatis*, was einen bereits anhängigen Erbschaftsprozess denkbar macht; Klarstellung aber in Iul. 50 dig. D. 44.1.13.

[82] Aber auch *Kaser/Hackl*, RZ 259 Fn. 17: „Die *praescriptio pro reo* verhindert die Konsumption der Erbschaftsklage"; s. Iul./Ulp. 75 ed. D. 44.2.7.4. Bei der zerstörten Begründung der *praescriptio*: *est enim iniquum per unius* —— ergänzt die hM zu … *per unius* [*rei petitionem …*]. Angesichts des vorangehenden Plurals *singulas res* ist das nicht zwingend. Denkbar ist, dass von *per unius* [*iudicis cognitionem …*] im Gegensatz zur Richterbank des Zentumviralgerichts die Rede war. Zur Relevanz des Zentumviralgerichts s. aber *Hackl*, Praeiudicium (1976) 72–76.

lässt: *Ea res agatur, cuius rei dies fuit* (Gai. 4.131). Um beim Kauf die Ansprüche auf Vornahme der *mancipatio* und auf Verschaffung der *vacua possessio* zum Gegenstand verschiedener Prozesse zu machen, ohne mit dem ersten bereits beide zu konsumieren, wird die *praescriptio* aufgenommen: *Ea res agatur de fundo mancipando* (Gai. 4.131a).

30 Ob sich aus dem Unterschied der Zeitstufen bzw. der Moduswahl von *agitur* in der Klausel *qua de re agitur* (Bestandteil der *formula* i. e.S.) einerseits, *agatur* (Gai. 4.131, 131a, 133, 137) und *agetur* (Gai. 4.137, TPSulp 31) in den *praescriptiones* mit *Ea res …* (kein Formelbestandteil i. e.S.) andererseits Schlüsse ziehen lassen, ist umstritten.[83] Die *formulae* mit *Iudex esto*, der *demonstratio/praescriptio* mit *quod* und der Klausel *qua de re agitur* sind in ihrer geschlossenen Gestaltung im Edikt proponiert (vgl. Gai. 4.136: *nobis formulam esse propositam*).[84] Die *praescriptiones* mit *Ea res agatur/agetur …* sind hingegen Versatzstücke, die allenfalls als solche proponiert sind und keiner Integration in vorhandene Formeln zugänglich sind. Die nichtintegrierte *praescriptio* ist noch eine eigene Maßgabe zu dem bevorstehenden Prozess, die sich jedenfalls nicht explizit an den Richter wendet.[85] Eine Parallelisierung von *formula/litis contestatio* und *testamentum* (oben Fn. 55 und → § 10 Rn. 4) führt zu der Frage, wie sich die Stellung der *praescriptio* vor *Iudex esto* zu jener der Erbeinsetzung (*heres esto*) als *caput et fundamentum testamenti* (Gai. 2.229; → § 18 Rn. 33) verhält. Vermächtnisse vor der Erbeinsetzung sind unwirksam (*inutiliter legatur*), haben also keinen Anteil am normativen Gehalt des Testaments. Bei Übertragung des Gedankens ist die *praescriptio* nicht Maßgabe für den Richter des gegenwärtigen Prozesses, sondern nur Selbstbindung des Klägers.[86] Ein Verstoß dagegen würde frühestens bei der *actio iudicati* relevant. Dass der

[83] S. die Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 321 Fn. 67. In TPSulp 31 finden sich sowohl die *praescriptio Ea res agetur …* als auch die Klausel *qua de re agitur*; letztere ist – entgegen *Selb*, Formeln (1974) 58 – nicht „rückbezüglich" auf erstere; denn *qua de re agitur* steht in der *actio certae creditae pecuniae* auch unabhängig von einer *praescriptio* (wie die zweite Formel in TPSulp 31 zeigt, auf die sich *ea res agetur de sponsione* nicht bezieht); s. schon die Überlegungen von *Krüger*, SZ 29 (1908) 379–385.

[84] Proponiert ist bei der *actio ex stipulatu* eben nur die Formel für den Grundfall des Prozesses zwischen den Abschlussparteien; bei Prozessen gegen Bürgen (Gai. 4.137) kann der Prätor daher keine *demonstratio* erweitern, sondern muss eine *praescriptio* vor die *demonstratio*-lose Grundklage einer *condictio incerti* setzen. S. *Babusiaux*, Id quod actum est (2006) 71 mit Fn. 350.

[85] S. oben Fn. 56.

[86] Die *praescriptio pro reo Es res agatur si in ea re praeiudicium hereditati non fiat* (Gai. 4.133) würde die „Verhandlung über die Erwerbscausa (Erbrecht) vor dem Richter" also nur indirekt „unterbinden", s. *Kaser/Hackl*, RZ 259 mit Literatur in Fn. 17. Andernfalls hätte die echte *praescriptio pro reo* keine andere Bedeutung gehabt als die *in speciem exceptionis deducta*, das heißt: als eine *exceptio*; so in der Tat *Hackl*, Praeiudicium (1976) 64. Die Verlagerung hinter *Iudex esto* hätte dann lediglich klarstellende Funktion gehabt (um mögliche Zweifel an der Maßgeblichkeit für den Richter zu vemeiden). Als *praescriptio pro reo* in der hier vermuteten ursprünglichen Bedeutung ist die später bedeutsame *longi temporis praescriptio* (→ § 44 Rn. 34 f.) wohl konstruierbar. Bisher geht man dort von einer Entwicklung aus, die *praescriptio* bereits als „Einrede" versteht; anders jetzt *Lehne-Gstreinthaler*, SZ 137 (2020) 152–156; 160–163. Dass die völlig unlesbare Seite fol. 122v des Veroneser Gaius nach Gai. 4.133 mit *praescriptiones pro reo* fortfuhr und gerade die *longi temporis praescriptio* enthielt, bleibt spekulativ.

Kläger aus einem präskriptionswidrigen Vorbringen und Urteil keinerlei Vorteil ziehen kann, erzeugt indirekte Hemmnis. Durch Verschiebung hinter *Iudex esto* (*demonstrationis loco* bzw. *in speciem exceptionis*, → Rn. 25/29) ändert sich diese normative Qualität. Erst dadurch verlagert sich die Bedeutung von *praescriptio* (ausgehend von der *praescriptio pro reo*) fortschreitend in Richtung einer „Einrede".[87]

31 Das Vorgehen aus den so genannten Innominatkontrakten (→ § 90 Rn. 8–17) erfolgt *praescriptis verbis* mit einer Klage, die schlicht mit *actio/agere/convenire praescriptis verbis*, aber auch mit *actio civilis, actio incerti, actio civilis incerti, actio in factum civilis, actio in factum praescriptis verbis* bezeichnet wird. Die Klage „beschreibt" nach einem Maurician-Zitat bei Stephanos, Sch. Μαθῶν zu B. 11.1.7 (I 559 f. Hb, B I 188 Sch.) „wie in einer *demonstratio* den Sachverhalt (διηγεῖται μέν ὡς ἐν δεμονστρατίωνι τὸ πρᾶγμα; daher *in factum*), geht über in eine *intentio incerta* (μετέρχεται δὲ εἰς ἰντετίονα ἰγκέρταν; also wohl diejenige der *condictio incerti*, daher *civilis*) und endet in der gewöhnlichen *condemnatio*". Auch wenn sich die Position der Richtereinsetzung nicht sicher bestimmen lässt, spricht μετέρχεται doch für einen direkten Anschluss der *intentio* an die bewusste Sachverhaltsbeschreibung; *Iudex esto* steht dann vor den *praescripta verba* (und macht sie für den Richter maßgeblich). Das entspricht der *praescriptio inserta formulae loco demonstrationis* der *actio ex stipulatu* (→ Rn. 25). Während letztere den Sachverhalt der abgeschlossenen Stipulation beinhaltet, müssen die *praescripta verba* jedenfalls die Tatsache einer (formlosen) Vereinbarung der Parteien des Innominatkontrakts bezeichnen. Will man in *praescriptis verbis* nicht lediglich ein technisches Synonym für *cum praescriptione* in diesem Anwendungsfall sehen, dürfte mit *verba* der Wortlaut der Vereinbarung gemeint sein. Der Abschluss der Vereinbarung ist auch bei Nennung ihres Wortlauts πρᾶγμα/*factum*.

c. *Intentio*

32 Mit der *intentio* „fasst der Kläger" nach Gai. 4.41 „sein Begehren zusammen/in Worte" (*desiderium suum concludit*).[88] Je nach Gestaltung der *intentio* unterscheidet Gaius *formulae in ius conceptae* und *formulae in factum conceptae*. Während erstere durch Bezugnahme auf das *ius civile* vorgefundene gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Tatbestände zur Verurteilungsvoraussetzung machen, gestalten letztere einen eigenen, „prätorischen" Tatbestand.

[87] *Lehne-Gstreinthaler*, SZ 137 (2020) 153 mit Fn. 127.

[88] Unklar *Kaser/Hackl*, RZ 311: „das Begehren in Form einer Schlußfolgerung des Klägers". Mit „Schlußfolgerung" wird offenbar *concludit* wiedergegeben. Nach *Gröschler*, FS Manthe 141 passt die Beschreibung der *intentio* durch Gaius nur auf den subjektiv stilisierten Vortrag des Klägers, der der objektiv stilisierten Klageformel zugrundeliegt. Das ist methodisch bedenklich, weil Gaius selbst als beispielhafte Belege für seine Beschreibung objektiv stilisierte *intentiones* bringt. Das Begehren des Klägers ist in der *intentio* einer *in ius* konzipierten Klage jedenfalls erkennbar (s. sogleich im Text). Schwieriger ist die Anwendung der Gaianischen Beschreibung auf die *formulae in factum conceptae* (s. sogleich). Soll das Begehren des Klägers dort in der Anerkennung der bestimmten Tatsachen bestehen?

33 Als Beispiele für die *intentio* einer *formula in ius concepta* nennt Gaius in inst. 4.45:

nostrum esse aliquid ex iure Quiritium
(= *formula petitoria* der *rei vindicatio* mit der *intentio*: *Si paret fundum quo de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse* …; in Bezug genommen wird das Eigentum nach *ius civile*; Begehren des Klägers: Feststellung des Eigentums und – die *clausula arbitraria* [→ § 59 Rn. 200] ist Teil der *intentio* – Restitution),

nobis dari oportere
(= *actiones in personam* mit der *intentio*: *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio … dare oportere …* bzw. *Quidquid paret … dare oportere* bzw. *… quiquid ob eam rem … dare … oportet …*; in Bezug genommen werden schuldbegründende Tatbestände des *ius civile*; *dari oportere* ist „ziviles Schulden"; Begehren des Klägers: Leistung des Beklagten)

pro fure damnum decidere oportere
(= *actio furti* mit der *intentio*: *… quam ob rem eum pro fure damnum decidere oportet*; in Bezug genommen wird die gesetzliche Haftung des *fur*; Begehren des Klägers: Bußleistung des Beklagten)

34 In 4.47 qualifiziert Gaius außerdem die Gestaltung der *actio depositi* mit *intentio*:

… quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona

(die sich parallel bei der *actio commodati* finde) als *formula in ius concepta*.

35 Beispiele für eine *formula in factum concepta* sind nach Gai. 4.46 die Strafklage des Patrons gegen den Freigelassenen nach ediktswidriger Ladung vor Gericht (Tatbestand: *Si paret illum patronum ab illo ⟨illius⟩ patron⟨i⟩ ⟨liberto⟩ contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse*),[89] die übrigen Formeln aus dem Ediktstitel *De in ius vocando*, sowie nach Gai. 4.47 die Gestaltung der *actio depositi* (und *actio commodati*) mit der *intentio*:

Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse …

Nach Gai. 4.46 enthält das prätorische Edikt darüber hinaus „unzählige" (*innumerabiles*) *in factum* konzipierte Klageformeln.[90]

36 Dass der Prätor *ex quibusdam causis*, namentlich bei *actio depositi* und *actio commodati*, aber wohl auch bei der *actio iniuriarum* und anderen, im Edikt sowohl eine *in ius* als auch eine *in factum* konzipierte Musterformel proponiert („Formeldubletten"), stellt Gaius in 4.47 fest, ohne auf den Hintergrund einzugehen. Die modernen Theorien darüber wuchern (→ § 85 Rn. 10).

37 Bei der Schaffung einer Klageformel innerhalb einer bisherigen Rechtsschutzlücke kann entweder eine vorhandene *in ius* konzipierte Formel modifiziert werden: Techniken sind dabei die Fiktion (also die Gestaltung der *intentio* als Bedingungsgefüge im

[89] *Mantovani*, Formule 73 (Nr. 79) mit Literatur zu den Emendationen; anders *Gröschler*, Actiones in factum (2002) 43.

[90] Zum Verhältnis der Begriffe *formula in factum concepta* und *actio in factum* (2002) s. *Gröschler*, Actiones in factum 18–27 mit Weiterverweisen in Fn. 50.

Irrealis)[91] und der Subjektswechsel (zwischen Gläubiger/Schuldner der *intentio* und Kläger/Beklagtem in der *condemnatio*);[92] oder die Formel wird – ohne Anknüpfung an das *ius civile* – *in factum* konzipiert. Verfestigen sich *in factum* konzipierte Klagen im prätorischen Edikt, so eignen sie sich ihrerseits als Vorbild für abgewandelte *formulae in factum conceptae* in neuen Fällen.

Für alle durch Abwandlung entstandenen Klageformeln findet die Bezeichnung *actio utilis* Verwendung;[93] im engeren Sinne – nämlich als Gegenbegriff zu *actio directa* – ist *actio utilis* die durch Modifikation „brauchbar gemachte" *in ius* konzipierte Klage.[94] Aus welchen Gründen im konkreten Fall das eine oder das andere Modell gewählt wird, bedarf stets der Untersuchung. Auch hier begegnet das Phänomen ediktaler Formeldubletten.[95] Innerhalb einer *intentio* sind Kombinationen aus *in ius* und *in factum* konzipierten Elementen belegt (insbesondere bei der *actio Publiciana*, → § 63 Rn. 20–23); dabei entsprechen die *in factum* konzipierten Elemente der *demonstratio* in nicht-fiktizischen Formeln.[96] 38

d. Zur *exceptio* → § 106. 39

e. Zur *adiudicatio* → § 67. 40

f. *Condemnatio*

Nach Gai. 4.43 „wird dem Richter in der *condemnatio* die Macht zu Verurteilung oder Freispruch zugestanden" (*qua iudici condemnandi absolvendive potestats pemittitur*). Die *condemnatio* ist dabei stets auf eine Verurteilung zur Zahlung von Geld gerichtet (*ad pecuniariam aestimationem*, Gai. 4.48). Auch dort, wo nicht bereits die Schuld auf einen 41

[91] Etwa die Formel von *bonorum possessor* und *bonorum emptor 'ficto se herede'*: Gai. 4.34 f. Zum Phänomen *Ando*, in: Del Mar/Twining, Legal Fictions (2015) 295–323; Untersuchungen der einzelnen Fiktionen bei *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984); *Dos Santos Justos*, Fictio iuris (1988) 290–437; *Bianchi*, Fictio iuris (1997) 205–347; *Mercogliano*, Actiones ficticiae (2001); zu den Fiktionen in Gai. 4.35–37 *Platschek*, SZ 128 (2011) 366–369 und SZ 131 (2014) 395–402.

[92] Etwa die *actio Rutiliana* des *bonorum emptor*: Gai. 4.35. Der Ausdruck *formula tralaticia* in TH² 85/85b ist vom Phänomen des Subjektswechsels fernzuhalten, s. unten Fn. 148–149.

[93] Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 331 Fn. 30a; *Dos Santos Justos*, Fictio iuris (1988) 280–289; zum Verhältnis der Begriffe *actio in factum* und *actio utilis* s. *Gröschler*, Actiones in factum (2002) 28–41.

[94] Etwa Gai. 4.34 (s. oben Fn. 93 und 94) mit Theoph. inst. 3.12 pr; Paul. 1 sent. D. 3.5.46.1 (= PS. 1.4.10) mit *Lenel*, EP 105 und *Mantovani*, Formule 56 (Nr. 41); Paul. 2 sent. Coll. 10.7.8 (= PS 2.12.8); Ulp. 9 ed. D. 3.3.27.1; Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.10; Ulp. 18 ed. D. 9.2.13 pr. mit *Wittmann*, Körperverletzung (1972) 77–82 (mit Literatur). Keineswegs ist *actio directa* mit *formula in ius concepta*, *actio utilis* mit *formula in factum concepta* gleichzusetzen, so aber *Schulz*, Classical Roman Law 623 f. zu D. 3.5.46.1; *Behrends*, Index 19 (1991) 177 (= IuP I 275); wieder anders (unzutreffend) *Behrends*, SZ 128 (2011) 108 Fn. 5.

[95] Zum Nebeneinander der Formeln des *bonorum emptor* (o. Fn. 93 und 94) s. *Giuffré*, Labeo 39 (1993) 362.

[96] S. unten Fn. 106.

Geldbetrag geht, kann der Richter nicht zu Leistung *in natura* bzw. Naturalrestitution verurteilen, sondern muss eine Schätzung in Geld vornehmen.[97] Naturalrestitution wird dem Beklagten vielmehr zur Abwendung einer (ggf. über dem Wert liegenden) Geldverurteilung eröffnet (*clausula arbitraria* der *intentio*, s. → § 59 Rn. 200).

42 Die *condemnatio* geht entweder auf *certa pecunia*, also einen bezifferten Geldbetrag, oder auf *incerta pecunia*. Bei der Letzteren muss der Richter die Urteilssumme bestimmen. Dabei kann ihm durch *taxatio* ein Höchstbetrag vorgegeben werden (*cum aliqua praefinitione* – „mit einer Vorausbegrenzung"); die *condemnatio* enthält dann den Zusatz *dumtaxat sestertium tot*.[98] Ist der Richter nicht durch *taxatio* beschränkt, ist die *condemnatio incerta et infinita* (Gai. 4.51).

43 Weicht der Richter bei *condemnatio certa* in seinem Urteil nach oben oder unten vom Formelbetrag ab, oder überschreitet er bei *condemnatio incerta cum taxatione* den Höchstbetrag, verwirklicht er nach Gai. 4.52 den Tatbestand des *litem suam facere*. Die Folgen für die Wirksamkeit des Urteils sind in der Literatur umstritten.[99]

44 Dass der Grundsatz der *condemnatio pecuniaria* dazu führte, dass der Römer „stets nur Geld schulde", wäre verfehlt: Bei der Beurteilung der *intentio* – Umfang der Verpflichtung, Unmöglichkeit der Leistung usw – spielt die Geldverurteilung keine Rolle. Auch dass jede Klage, die ein dingliches Recht zum Gegenstand hat (*actio in rem*), in einer *condemnatio* auf Leistung von Geld endet, macht sie nicht zur *actio in personam*.

2. Belege außerhalb der juristischen Literatur

45 Die *tabula Contrebiensis* (87 v. Chr.)[100] enthält zwei individuelle Klageformeln mit Richtereinsetzung (*senatus Contrebiensis quei tum aderunt iudices sunto*), einem demonstrativen Element, *intentiones* (davon eine mit fiktizischem Element: *sei Sosinestana ceivitas esset*[101]) und „*iudicationes*" (die Richter sollen die Rechtmäßigkeit eines Verkaufs und eines Kanalbaus feststellen oder verneinen).

46 Ein Freskenfragment aus der „Villa del Cavalcavia di Salone" nahe Rom (ca 60–40 v. Chr.?) zeigt *tabulae ceratae* mit der Beschriftung *Iud*[*e*]*x* [*e*]*s*{ *s*} *to* / *Sei parret*{ *e*} – also das Blankett der Richtereinsetzung und den Beginn einer *intentio* – und *Formula* / *Muc*{ *c*} *i Scaev*(*o*)*lae*. Dass damit Quintus oder Publius Mucius Scaevola (pr. 215 v. Chr. bzw. pr. 179 v. Chr.) als „Erfinder der *intentio certa*" oder gar Begründer des *agere per formulas* gerühmt würde,[102] ist nicht frei von Spekulation. Die „*formula* des Muc{ c} ius Scaev(o)la" kann eine ganz spezifische *intentio* aufgewiesen haben (und die verkürzte

[97] Zum Hintergrund *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 255–263.

[98] Dazu *Nörr*, SZ 112 (1995) 51–90 (= HIA III 2029–2068); *Grzimek*, Taxatio (2001) 4–22 und → § 69 Rn. 15.

[99] *Kaser/Hackl*, RZ 196 Fn. 38 und 371 Fn. 17; *Scevola*, Responsabilità (2004) 241–249; *Fercia*, Om. Burdese III 91–920.

[100] CIL I² Nr. 2951 a; *Birks/Rodger/Richardson*, JRS 74 (1984) 45 f.

[101] *Bianchi*, Fictio iuris (1997) 314–319 mit weiterer Literatur; *Beltrán Lloris*, Hom. Stylow 33–42.

[102] *Costabile*, MEP 21 (2018) 94.

Art ihrer Darstellung den beschränkten Möglichkeiten des Freskenmalers geschuldet sein); mit einer spezifischen Formel kann einer der großen spätrepublikanischen Mucii Scaevolae in Verbindung gebracht worden sein.

Die *lex Rubria de Gallia Cisalpina* (42/41 v. Chr.?)[103] enthält in cap. XX die fiktizischen Blankettformeln (mit Richtereinsetzung: *i(udex) e(sto)*, *intentio*: *Sei … repromisisset/satis dedisset, tum quicquid … ex ea stipulatione … dare facere oporteret ex fide bona,*[104] sodann *taxatio, condemnatio* mit *si non paret, absolvito*) auf Ersatz eines eingetretenen Schadens nach verweigerter *cautio* bzw. *satisdatio damni infecti.* **47**

TPSulp 31 (52 n. Chr.)[105] zeigt zweimal die Formel der *actio certae creditae pecuniae*, die Formeln entsprechen sich in Richtereinsetzung und Parteien, unterscheiden sich jedoch in der Klagsumme (6.000/18.000 Sestertien); der ersten Formel steht eine *praescriptio* voran. **48**

Die *lex rivi Hiberiensis* (Hadrian)[106] zeigt in III.39–43 (§ 15) eine Blankettformel zur Durchsetzung von Bußen aus der *lex*: Richtereinsetzung (*iudex esto*), *intentio* (*Quitquit parret e lege … illum illi* (?) *facere* (?) *oportere*), *condemnatio* mit *si non paret, absolvito.*[107] **49**

VII. Zuviel- und Zuwenigforderung in der Klageformel

Dass die Formel nicht der beweisbaren Forderung entspricht, zeigt sich erst vor dem Richter, doch seien die Phänomene als Annex zur Formelgestaltung an dieser Stelle angesprochen. **50**

1. *Pluris petitio*

Pluris petitio im engeren Sinne ist die Zuvielforderung des Klägers in der *intentio* von *formulae certae* (Gai. 4.53a/54).[108] Nach Gai. 4.53a kann die *pluris petitio* in viererlei Gestalt auftreten: (1) Der Kläger verlangt im Hinblick auf das Leistungsvolumen mehr, **51**

[103] CIL I² Nr. 592; *Crawford*, Roman Statutes I 461–477, Nr. 28.

[104] In nichtfiktizischer Formel wäre anstelle von *Sei … repromisisset/satis dedisset* eine *praescriptio loco demonstrationis Quod … repromisit/satis dedit* zu erwarten, vgl. Gai. 4.136, *Selb*, Formeln (1974) 15; auffällig ist die Klausel *ex fide bona* in einer derartigen Klage *ex stipulatu*; *Bruna*, Lex Rubria (1972) 111–113; *Bianchi*, Fictio iuris (1997) 403–407; → § 8 Rn. 131.

[105] *Santoro*, AUPA 38 (1985) 333–350; *Gutierrez-Masson*, Mél. mém. Magdelain (1998) 201–209; *Sturm*, in: Piro, Règle et pratique du droit (1999) 89–103; *Varvaro*, AUPA 47 (2002) 367–404 mit vollständiger Literatur in 369 f. Anm. 1; *Pellecchi*, Praescriptio (2003) 353 ff.; *Buzzacchi*, St. Nicosia II 141 f. Fn. 1; lediglich referierend *Kaser/Hackl*, RZ 283 Anm. 2. Zum Fund *Camodeca*, TPSulp I (1999) 11–43.

[106] *F. Beltrán Lloris*, JRS 96 (2006) 147–197.

[107] Dazu *Nörr*, SZ 125 (2008) 135–137.

[108] Nach *Kaser/Hackl*, RZ 323 „bei den Leistungsklagen ohne *demonstratio*, bei denen der Gegenstand in der *intentio* bezeichnet und genau umschrieben wird".

als er verlangen kann (*plus petere re*), also einen höheren Betrag als den geschuldeten (relevant für Klagen auf *certa pecunia*) oder einen größeren Eigentumsanteil als den zu seinen Gunsten bestehenden. (2) Der Kläger verlangt Leistung vor dem Termin der betagten Forderung (*ante diem*) oder vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung (*ante condicionem*)[109] – *plus petere tempore* (Gai. 4.53b). (3) Der Kläger verlangt Leistung an einem anderen Ort als dem im Leistungsversprechen enthaltenen, ohne durch Erwähnung der Abweichung in der Klageformel eine Berücksichtigung des tatsächlich geringeren Ortsinteresses zu ermöglichen – *plus petere loco* (Gai. 4.53c). (4) Der Kläger schränkt im Schuldversprechen ausbedungene Freiheiten des Beklagten bei der Ausgestaltung der geschuldeten Leistung ein: Er berücksichtigt ein Wahlrecht des Schuldners bei der Wahlschuld nicht, sondern macht lediglich eine Leistungsalternative zum Gegenstand der *intentio*; er schränkt bei der Gattungsschuld die Leistung auf ein engeres Reservoir oder auf ein Stück ein – *plus petere causa* (Gai. 4.53d).

52 In den Fällen der *pluris petitio* geht der Prozess für den Kläger verloren: Da das *plus* nicht geschuldet ist, kann der Richter die Urteilsvoraussetzung der *intentio* nicht bejahen und muss den Beklagten freisprechen. Nachdem aber das *plus* in der *intentio* die tatsächliche Schuld vollständig enthält, ist auch Klagenverbrauch eingetreten (→ Rn. 17–19), der Kläger „verliert" dadurch endgültig „den Gegenstand/Anspruch" (*causā cadit, id est rem perdit*, Gai. 4.53; PS. 1.10); nur ausnahmsweise kommt die *in integrum restitutio* durch den Prätor in Betracht, um dem Kläger einen zweiten Prozess zu ermöglichen.[110] Abzugrenzen ist das *plus* vom *aliud*, dessen Geltendmachung nicht zum Problem des Klagenverbrauchs führen kann.

2. *Minoris petitio*

53 Umfasst die *intentio* weniger als die tatsächliche Schuld, so hat der Richter die Verurteilungsvoraussetzung zu bejahen und den Beklagten zu verurteilen. Hinsichtlich der Differenz tritt kein Klagenverbrauch ein; innerhalb der Amtszeit des Prätors, der den ersten Prozess eingesetzt hat, wird einer weiteren Klage aus derselben Schuld jedoch die *exceptio litis dividuae* – „Einrede des geteilten Streit(gegenstand)s" entgegengesetzt (Gai. 4.56).

---

[109] In der Veroneser Handschrift ist im Bereich Gai. 4.53b=fol. 66v Z. 16–17 (nach *Studemund*, Apographum 206) bis auf ein (!) undeutliches *ante* nichts zu erkennen. Die Rekonstruktion aus den justinianischen Institutionen (4.6.33b:) stößt im Bereich der Klage *ante condicionem* auf Interpolationenverdacht (Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 325 Anm. 28; s. aber sogleich), der auf D. 12.1.9 pr. (Ulp. 26 ed.) und D. 12.1.36 (Iav. 1 epist.) erweitert wird. Ist die Klage *ante condicionem* kein *plus petere*, kann sie nur *aliud petere* sein; das Klagerecht wäre nicht verbraucht – das erscheint schon im Ergebnis fragwürdig. Für *pluris petitio ante condicionem* und gegen Interpolationsverdacht zu Recht *Sturm*, St. Donatuti III (1973) 1237–1270 (missverständlich der Hinweis auf ihn bei *Kaser/Hackl*, RZ 325 Anm. 28).

[110] Die Lücke am Ende von Gai. 4.53 ist wohl mit den Fällen der Minderjährigen (*minores XXV annorum* → § 30 Rn. 24) und der *magna causa iusti erroris* bei *maiores* auszufüllen, vgl. Inst. 4.6.33; *Lenel*, EP 124; *Zulueta*, Institutes (1952) II 265.

3. Abweichungen in *demonstratio* und *condemnatio*

Enthält die *condemnatio* zu viel, kann der Beklagte durch *in integrum restitutio* Korrektur verlangen (Gai. 4.57). Ist die *condemnatio* geringer ausgestaltet, als es der Forderung des Klägers entspricht, geht dies endgültig zu Lasten des Klägers: Der Klagenverbrauch bestimmt sich nach der *intentio*; der Richter ist an die *condemnatio* gebunden (→ Rn. 43); *in integrum restitutio* kommt nur bei Klägern unter 25 Jahren (→ § 30 Rn. 24) in Betracht. Die Asymmetrie der Lösungen führt Gaius einem allgemeineren Prinzip zu: *facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus* – „den Beklagten kommt der Prätor nämlich eher zu Hilfe als den Klägern." **54**

Abweichungen in der *demonstratio* – also Unterschiede zum tatsächlich ermittelten Sachverhalt – machen den Streitgegenstand grundsätzlich zum *aliud*: *nihil in iudicium deducitur, res non perimi* (Gai. 4.58). Vertreten wird aber (*sunt qui putant*), dass die Aufnahme eines *minus* wirksam sei (*recte comprehendi*), in seinem Umfang also Klagenverbrauch eintrete. Gaius beschränkt sich dabei auf den Beispielsfall des Kaufs zweier Sklaven (Stichus und Eros), von denen nur einer in der *demonstratio* genannt wird (Gai. 4.59). **55**

Bei infamierenden Klagen (→ § 28 Rn. 12 f.) wurde als Ausnahme vertreten (*apud quosdam scriptum invenimus*, Gai. 4.60), dass ein Zuviel an Tatsachen in der *demonstratio* (verwahrten Sachen bei der *actio depositi*, Schlägen bei der *actio iniuriarum*) zum Verlust der Klageforderung (*litem perdere*) führt. Betont skeptisch führt Gaius das Problem einer „genaueren Untersuchung" zu (*quod an debeamus credere verius esse, diligentius requiremus*), die im entscheidenden Bereich verloren ist. Erkennbar ist, dass er die *demonstratio*-lose *in factum* konzipierte Parallelformel vergleichend oder kontrastierend heranzieht: Ein Zuviel an bezeichneten Tatsachen ist dort Teil der *intentio* und dementsprechend *pluris petitio* mit Klagenverbrauch. Würde Gaius im verlorenen Bereich mit der Funktionsgleichheit der *demonstratio* in der *in ius* konzipierten Formel für einen Gleichlauf des Klagenverbrauchs argumentieren, hätte er damit das Ergebnis der *quidam* lediglich begründet. Der Einleitung des Problems entspricht es eher, dass er mit der Existenz der insofern klagenverbrauchenden *in factum* konzipierten Formel gegen eine Ausnahme bei der Zuvielbezeichnung in der *demonstratio* der *in ius* konzipierten Formel argumentiert. **56**

VIII. Sicherheitsleistung des Beklagten *in iure – cautio iudicatum solvi*

Der Beklagte muss aus verschiedenen Gründen in Gestalt einer (regelmäßig bürgschaftsbewehrten) Stipulation Sicherheit leisten. Zumeist geht die Stipulation darauf, die zukünftige Urteilsschuld zu bezahlen; diese *cautio iudicatum solvi* enthält nach La Rosa:[111] **57**

[111] *La Rosa*, Labeo 2 (1956) 160–186; im Wesentlichen zustimmend *Mantovani*, Formule 104 f.

– eine *clausula de re iudicata* über die Begleichung der künftigen Urteilsschuld;
– eine *clausula de re defendenda*;
– das Versprechen von Schadensersatz in Geld *quanti ea res erit* für den Fall der Zuwiderhandlung;[112]
– die *clausula de dolo malo*.

1. Bei *actiones in rem*

58 Bei dinglichen Klagen hat der Beklagte nach Gai. 4.89 stets Sicherheit zu leisten. Wird die Klage mit *formula petitoria* (→ § 59 Rn. 1) eingeleitet, muss er die *cautio/satisdatio iudicatum solvi* eingehen;[113] geht der Kläger *per sponsionem* (→ § 59 Rn. 33–37) vor, wird die *cautio/satisdatio pro praede litis et vindiciarum* erforderlich (Gai. 4.91). Da das Urteil im zweiten Fall lediglich auf den winzigen Geldbetrag der *sponsio praeiudicialis* geht (→ § 75 Rn. 2–4), hilft die *cautio iudicatum solvi* hier nicht weiter, vielmehr muss die Restitution der Sache und ihrer Früchte durch den verurteilten Beklagten durch das Versprechen von Schadensersatz für den Fall des Unterlassens sichergestellt werden.[114] Bei den *actiones in rem* werden die Vor- und Nachteile der Verteilung von Besitz und Kläger-/Beklagtenrolle durch die Sicherheitsleistung partiell ausgeglichen (Gai. 4.89).

2. Bei *actiones in personam*

59 Bei schuldrechtlichen Klagen muss der Beklagte Sicherheit leisten, wenn er den Prozess als *procurator* (*alieno nomine*) führt (Gai. 4.90, 101; s. unten → Rn. 81). Bei Prozessführung *proprio nomine* kann eine Sicherheitsleistung *iudicatum solvi* nur in ediktal bestimmten Ausnahmefällen verlangt werden. Die Tatbestände knüpfen entweder an der Art der Klage an (Gai. 4.102: *propter genus actionis*);[115] Gaius nennt beispielhaft die Vollstreckungsklage (*actio iudicati*), die pönale Regressklage des *sponsor* (*actio depensi*) und die *actio de moribus mulieris*. Oder die Person des Beklagten jedwelcher Klage gibt

(Nr. 189); im Wortlaut abweichend von *Lenel*, EP 530–536. Weitere Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 280 f. Fn. 18–22. Es verbleibt erheblicher Diskussionsbedarf über die Rekonstruktion.

[112] *Lenel*, EP 532 bezieht diese Klausel nur auf die voranstehende Defensionspflicht; *La Rosa*, Labeo 2 (1956) 183 f. bezieht sie auch auf die Pflicht *iudicatum solvi*; dagegen *Mantovani*, Formule 105 Fn. 546.

[113] Der Hintergrund wird im fehlenden Einlassungszwang (o. Rn. 14) gesehen; entscheidende Bedeutung kommt also der *clausula de re defendenda* zu, *Kaser/Hackl*, RZ 281 mit Fn. 25. Da der Kläger nicht die Herausgabe der Sache, sondern nur eine Verurteilung in Geld erzwingen kann, umgekehrt der Beklagte einen Quasiverkauf der Sache an ihn, muss aber auch die Durchsetzung des (Geld-)Urteils in besonderer Weise gesichert werden.

[114] Zur Rekonstruktion der *cautio pro praede litis et vindiciarum* s. *Lenel*, EP 516–530; *Mantovani*, Formule 103 (Nr. 188); *Kaser/Hackl*, RZ 282 mit Fn. 33–36.

[115] Zum Hintergrund *Kaser/Hackl*, RZ 281 mit Fn. 26.

Anlass zur Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit (*propter personam, quia suspecta est*): Gaius nennt den *qui decoxerit* – „der abgebrannt ist“ (die Grenzen des Tatbestands bedürfen der Untersuchung)[116] und denjenigen, „dessen Vermögen von den Gläubigern in Beschlag genommen und öffentlich ausgeschrieben worden ist“, sowie den vom Prätor für *suspectus* erklärten Erben.

IX. Prozessvertretung

Prozessvertretung im Verfahren *in iure* bezeichnen die Römer als *alieno nomine agere* (Gai. 4.82): „Prozessführung im fremden Namen“. Der Prozessvertreter ist selbst Partei des Rechtsstreits, das spätere Urteil ergeht zu seinen Gunsten bzw. Lasten. Er macht also in moderner Terminologie ein fremdes *Recht* im eigenen *Namen* geltend bzw. verteidigt sich gegen die Behauptung fremder Schuld. In modernen Kategorien ist er mithin „Prozessstandschafter“. Den Charakter einer „Prozessvertretung“ gewinnt das Phänomen dadurch, dass die Vollstreckung mitunter dem Hintermann und gegen ihn ermöglicht wird. Reine Prozessstandschaft liegt hingegen vor, wenn die Prozessführung *in rem suam* „mit Auswirkung auf das eigene Vermögen“ erfolgen soll; in diesem Fall erfolgt die Vollstreckung zugunsten bzw. zulasten des Prozessvertreters. Es handelt sich dann um Fälle der Einziehungsermächtigung oder der Haftungsübernahme.[117] **60**

1. Gestaltung der Klageformel

Nach Gai. 4.82 war ein *alieno nomine agere* im Legisaktionenverfahren nur ausnahmsweise (*ex certis causis*) möglich;[118] die förmlichen Behauptungen (deutlich etwa bei der *legis actio sacramento in rem*: ‚*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*‘) setzten behauptete Rechtsinhaberschaft und Parteistellung in einer Person voraus. Im Formularverfahren ist es hingegen möglich, durch „Subjektswechsel“ zwischen *intentio* (→ Rn. 32) und *condemnatio* (→ Rn. 41) die Rollen auf zwei Personen zu verteilen. **61**

Für eine derart gestaltete Klageformel lassen sich Gai. 4.86 folgende Beispiele entnehmen: **62**

[Beispiel für *actio in personam* mit Prozessvertreter auf Klägerseite anhand der *actio certae creditae pecuniae*; Schuldner und Beklagter ist eine Person (*Numerius Negidius*), die Rollen von Gläubiger und Kläger verteilen sich auf zwei Personen:]

[116] Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 281 Fn. 28; *Kroppenberg*, Insolvenz (2001), 47 Fn. 16.

[117] Und damit um ein prozessuales Alternativmodell zur Novation (mit der sich die materielle Rechtsinhaberschaft ändert → § 76 Rn. 5).

[118] Zu den Ausnahmen I. 4.10 pr.; demnächst *Zahn*, Si quid universitati debetur.

Si paret Numerium Negidium Publio Maevio sestertium x milia dare oportere,
iudex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium x milia condemna.
si non paret, absolve.

„Wenn es sich erweist, dass [der Beklagte] dem [*dominus*/Gläubiger] 10 Tausend Sestertien geben muss, dann, Richter, verurteile [den Beklagten] zugunsten des [Prozessvertreters/Klägers] zu 10 Tausend Sestertien. Wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei."

[Beispiel für *actio in rem* mit Prozessvertreter auf Klägerseite anhand der *rei vindicatio*, ergänzt aus Gai. 4.51; Besitzer und Beklagter ist eine Person, die Rollen von Eigentümer und Kläger verteilen sich auf zwei Personen:]

Si paret fundum, quo de agitur, ex iure Quiritium Publii Maevii esse …,
quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Lucio Titio condemna.
si non paret, absolve.

„Wenn es sich erweist, dass das Grundstück, um das es hier geht, nach dem Recht der Quiriten Eigentum des [*dominus*/Eigentümer] ist …, wieviel diese Angelegenheit wert ist, zu so viel Geld, Richter, verurteile [den Beklagten] zugunsten des [Prozessvertreters/Klägers]. Wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei."

63 Gai. 4.87 beschreibt die entsprechende Umstellung bei Vertretung auf Beklagtenseite. Gaius unterscheidet als mögliche Prozessvertreter *cognitor*, *procurator*, *tutor*, *curator*. Unterschiede in der Bestellung haben hier Auswirkungen auf das weitere Verfahren. Auf die Prozessvertretung beschränkt sich die Funktion des *cognitor*, der insofern als Modell zu betrachten und Ausgangspunkt der ediktalen Regelungen ist.[119] Bei *tutor* und *curator* ist die Prozessführung nur eine neben anderen Ausprägungen der Geschäftsführung und Vermögensbetreuung; dies gilt grundsätzlich auch für den *procurator*, dessen Geschäftsführung sich freilich auf die Prozessvertretung beschränken kann.[120]

2. Normative Grundlagen

64 Lenel rekonstruiert einen Titel (*VIII*) des prätorischen Edikts: *De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*,[121] dessen Regelungen in die folgende Darstellung integriert sind.

3. *Cognitor*

a. Zulassung zur aktiven und passiven Prozessvertretung durch einen *cognitor*

65 Das Edikt enthält nach FV 322/323 jeweils eine Regelung für die passive und aktive Zulassung zur Vertretung durch einen *cognitor*: *in his causis, in quibus ne dent cogni-*

[119] *Lenel*, EP 86.
[120] *Klinck*, SZ 124 (2007) 45.
[121] *Lenel*, EP 86–105.

torem (Lenel, EP § 25: *Qui ne dent cognitorem*) *neve dentur* (Lenel, EP § 26: *Qui ne dentur cognitores*), *edictum comprehendit* bzw. *duo edicta cognitoria, unum, quod pertinet ad eos qui dantur cognitores, alterum ad eos qui dant.* Der Inhalt ist jeweils nicht sicher rekonstruierbar. Passiv ist von der Vertretung durch einen *cognitor* ausgeschlossen, wer der Infamie (→ § 28 Rn. 19) unterfällt; dabei treten zu den Infamiefällen, die der Prätor bei der Postulationsfähigkeit aufzählt (→ Rn. 14), noch weitere.[122]

Aktiv ist von der Übernahme der Kognitur jedenfalls ausgeschlossen, wer insoweit **66**
nicht postulationsfähig ist (→ Rn. 8). Das betrifft insbesondere Frauen (denen das *postulare pro aliis* untersagt ist): Als *cognitores* kommen sie nur in Betracht, wenn sie *in rem suam* tätig werden (→ Rn. 60), PS 1.2.2. Infame Personen sind entweder postulationsunfähig und damit jedenfalls ausgeschlossen, oder der Prozessgegner kann den (postulationsfähigen) *cognitor* aus besonderen Gründen der Infamie ablehnen.[123] Jedenfalls ausgeschlossen sind Soldaten.[124] Kann die Zulassung zur Aktiv- oder Passivvertretung auf Klägerseite *in iure* nicht geklärt werden, erteilt der Prätor die Prozessformel mit *exceptio cognitoria* (Gai. 4.124)[125] „mangels Fähigkeit" (Lenel), die – bei unsicherem Wortlaut – die Verurteilung des Beklagten von der Zulassung des *dominus* bzw. des *cognitor* auf Klägerseite zur Vertretung abhängig macht.[126]

b. Bestellung des *cognitor*

Der *cognitor* wird durch feierliche, mündliche Erklärung des Vertretenen (*dominus litis*) **67**
gegenüber dem Gegner (*coram adversario*) für den konkreten Prozess bestellt; Gai. 4.83 spricht von *certa verba*, nennt aber jedenfalls zwei übliche Formulierungen; nach Paul. FV 319 ist die Bestellung in griechischer Sprache anerkannt.[127] Dass diese Erklärung vor dem Gerichtsmagistrat erfolgen müsste, geht aus den Quellen nicht hervor.[128] Nicht die Anwesenheit des *cognitor* beim Bestellungsakt, aber sein Einverständnis ist erforderlich; es ergibt sich entweder aus seiner Anwesenheit oder aus späterer Kenntnisnahme und „Übernahme" des Kognitorenamts (Gai. 4.83).

[122] S. *Lenel*, EP 89 f.
[123] *Lenel*, EP 92 f.
[124] *Lenel*, EP 91 f.
[125] S. auch I. 4.13.11; Theoph. inst. 4.13.11.
[126] Dazu *Mantovani*, Formule 98 Fn. 489 mit Literatur.
[127] Paul. Frg. Vat. 319.
[128] Zum möglichen Zeitpunkt der Erklärung s. *Kaser/Hackl*, RZ 211 Fn. 11 mit Literatur; mit sprachlichen Argumenten nicht überzeugend *Zablocka*, Index 12 (1983–84) 140–156; seitdem *Parma*, Index 25 (1999) 439–445; *Metzger*, in: Cairns/du Plessis, Beyond Dogmatics (2007) 191; s. auch *Bürge*, SZ 112 (1995) 14.

c. *Cognitor* auf Klägerseite

68 Die Bestellung des *cognitor* durch Erklärung gegenüber dem Prozessgegner führt dazu, dass der *dominus* des *cognitor* auf Klägerseite dessen Prozessführung insofern gegen sich gelten lassen muss, als der *cognitor* die Klage des *dominus* verbraucht (→ Rn. 17–19). Vom wirksam bestellten *cognitor* sagt Gaius daher *domini loco habetur* (Gai. 4.97). Das Urteil ergeht entsprechend der Formel zugunsten des *cognitor*. Die Vollstreckung – also zunächst die *actio iudicati* – steht nach Frg. Vat. 317 aber grundsätzlich[129] dem *dominus* zu. Ob dies erst durch prätorische Maßnahmen ermöglicht wird, oder sich bereits aus dem *ius civile* ergibt, ist umstritten; mehr spricht für Ersteres.[130] Dass in Fällen, in denen der Beklagte die gültige Ermächtigung des *cognitor* oder deren Erstreckung auf den Prozess bestreitet, die Prozessformel mit *exceptio cognitoria* „mangels Vollmacht" (Lenel) erteilt wird, wird in der Literatur vertreten,[131] ist aber ohne Annahme von Interpolationen nicht quellenmäßig[132] (zur entsprechenden *exceptio procuratoria* s. unten → Rn. 78 f.).

d. *Cognitor* auf Beklagtenseite

69 Tritt der *cognitor* auf Beklagtenseite auf, so richtet sich das Urteil gegen ihn. Nach Frg. Vat. 317 wird die Vollstreckungsklage (*actio iudicati*) gegen den *dominus* gewährt.[133] Der Prätor verlangt bereits bei Prozessbegründung, wie in allen Fällen der Prozessvertretung,[134] dass Sicherheit auf die Bezahlung der Urteilsschuld geleistet wird (*satisdari iudicatum solvi*).[135] Diese hat grundsätzlich[136] der *dominus* zu leisten.[137] In der Literatur

[129] Eine anderslautende Vereinbarung zwischen *cognitor* und *dominus* macht den *cognitor* zu einem solchen *in rem suam*: Quellen bei *Kaser/Hackl*, RZ 212 Fn. 26.

[130] Die *actio iudicati* ist eine prätorische Klage. Dass Frag. Vat. 317 das *edictum perpetuum* explizit nur für die Legitimation des *procurator*, nicht aber für die des *dominus cognitoris*, zur *actio iudicati* verantwortlich macht, muss mit der Regelmäßigkeit der (ediktalen) Legitimation des Urteilsbegünstigten zur *actio iudicati* erklärt werden, die sich im Fall des *procurator* zeigt, während im Fall des *dominus cognitoris* von der ediktalen Regel abgewichen wird – nach (nicht ediktaler) prätorischer Praxis, s. *Lenel*, EP 405 f.; weitere Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 212 Fn. 25.

[131] *Lenel*, EP 503; *Kaser/Hackl*, RZ 212; *Mantovani*, Formule 98 Fn. 489, jeweils mit weiterer Literatur.

[132] Angeführt werden – dem Digestentext nach jeweils zum *procurator* – Afr. 6 quaest. D. 3.3.78.1; Ulp. 66 ed. D. 3.3.56 kann den Umfang der Ermächtigung des *cognitor* betreffen, muss aber keinen Bezug zur *exceptio cognitoria* haben; Pomp. 2 ex Plaut. D. 3.3.62.

[133] Zur Grundlage – nichtediktale prätorische Praxis? – s. schon oben Fn. 132. Erkennbar auch in Frag. Vat. 331; Ulp. 58 ed. D. 42.1.4 pr. spricht nach der Überlieferung vom *procurator*, wird aber für Interpoliert gehalten: *Kaser/Hackl*, RZ 562 Fn. 42; Index Interpol. III 219.

[134] Gai. 4.101: *Nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur*; Frag. Vat. 317: *satisdatio necessaria.*

[135] Gai. 4.101; Frag. Vat. 317.

[136] Frag. Vat. 317 spricht den *cognitor in rem suam* auf Beklagtenseite an; in seinem Fall ist zu erwarten, dass er selbst die *satisdatio iudicatum solvi* leistet.

[137] Steht auch auf Klägerseite ein *cognitor*, so wird die Sicherheit, wie TPSulp 27 zeigt (s. unten Rn. 72), dessen *dominus* geleistet.

findet sich der Gedanke, dass der *dominus* „erst durch die *cautio* [als Grundlage der *satisdatio*] verpflichtet [wird], die Urteilsschuld aus dem vom Vertreter geführten Prozess zu bezahlen."[138] Wie sich diese im Hinblick auf die Gestaltung des Urteils durchaus einleuchtende Beobachtung (Urteilsschuldner ist der *cognitor*) zur belegten[139] Passivlegitimation des *dominus* zur *actio iudicati* verhält, bedarf der Untersuchung.[140] Dass der *dominus* über die *cautio iudicatum solvi* hinaus Bürgen beizubringen hat (also *satisdatio* im engeren Sinne zu geben hat), erscheint fraglich: Der Kläger hätte dann einerseits – wie in einem Prozess gegen den *dominus proprio nomine* – den *dominus* zum Vollstreckungsschuldner; durch die Bürgensicherung wäre er aber – ohne erkennbaren Grund – besser gestellt als bei einer Klage gegen den *dominus*.[141]

Die vom *dominus* geleistete *cautio iudicatum solvi* enthält die Klausel *ob rem indefensam*.[142] Lässt sich der *cognitor* nicht auf den Prozess ein, haftet der *dominus* daraus. Im Fall des *cognitor*, der von seiner Bestellung nichts wusste (s. oben → Rn. 67), ist dies nicht korrekturbedürftig. Hat der *dominus* die *cautio iudicatum solvi* aber mit Zustimmung/Duldung des *cognitor*[143] geleistet, sieht sich der *cognitor* einem Zwang zur Einlassung auf den Prozess ausgesetzt, den der Prätor ediktal verheißt (Lenel, EP § 27): *iudicium accipere cogam*.[144] **70**

[138] *Kaser/Hackl*, RZ 281.

[139] Belege oben bei und in Fn. 135.

[140] Nach *J. G. Wolf*, St. Sanfilippo VI, 784 mit weiterer Literatur „bewirkte die *cautio*, daß die *actio iudicati* gegen den Kognitor verweigert und auf den Beklagten übertragen wurde"; der zu erwartenden *Wirkungs*weise einer *cautio* entspricht dies nicht. Nach *Kaser/Hackl*, RZ 212 f. „wird, wenn der Kognitor den Beklagten vertritt, die *actio iudicati* regelmäßig gegen den Vertretenen gewährt; dieser hat deshalb seinerseits die *cautio iudicatum solvi* zu leisten, in der er die Erfüllung des Urteils verspricht". Damit ist offenbar gemeint, dass die übernommene Verpflichtung zu *iudicatum solvi* den ediktalen Tatbestand für die Gewährung der *actio iudicati* erfüllt (was zweifelhaft ist). Denkbar ist aber auch, dass nur der *cognitor* nach allgemeinen (ediktalen) Regeln als *iudicatus* richtiger Beklagter der *actio iudicati* ist, der Prätor aber – außer in den Fällen des *cognitor in rem suam* – aufgrund nichtediktaler Übung und *causa cognita* die *actio iudicati* gegen ihn verwehrt und gegen den *dominus* erteilt. Bei Prozessbegründung der Ausgangsklage kann dies der Prätor nicht vorwegnehmen (zumal die spätere *actio iudicati* nicht mehr in seine Zuständigkeit fallen muss und ein späterer Streit mit dem *dominus* über die Quälität der Kognitur – *in rem suam/in rem alienam* – zu gewärtigen ist); durch die *cautio iudicatum solvi* wird die Vollstreckung gegen den *dominus* daher zivilrechtlich abgesichert. Umgekehrt wird sich der Prätor bei der Entscheidung über die Passivlegitimation bei der *actio iudicati* daran orientieren, wer im Ausgangsprozess die *cautio iudicatum solvi* geleistet hat – hatte dies der *cognitor* getan, deutet das auf Vertretung *in rem suam* hin, und die Vollstreckung muss gegen den Verurteilten erfolgen.

[141] Das *satisdare* in Gai. 4.101 und Frag. Vat. 317 ist dann im Hinblick auf den *dominus cognitoris* als *cautio* zu verstehen: Nach *ius civile* ist der *cognitor* Schuldner des Urteils; durch die *cautio* des *dominus* wird (wie bei der *satisdatio*) ein weiterer Schuldner hinzugezogen.

[142] Vgl. Ulp. 8 ed. D. 3.3.15 pr.

[143] Ulp. 8 ed. D. 3.3.8.3: *consentiente*; D. 3.3.15 pr.: *sciente et non contradicente*.

[144] Ulp. 8 ed. D. 3.3.8.3. Die Ausgestaltung des Zwangs ist nicht überliefert; sie kann in der Eröffnung der *missio in possessionem* oder *ductio* gegen den *cognitor* oder einer Strafklage bestehen.

e. Urkundliche Belege

71 TH² D05 (Nola, 43 n. Chr.) ist Beweisurkunde über eine *cognitoris datio*. Sie folgt im erhaltenen Bereich dem schlichten Formular [Name A – Nom.] [Name B – Dat.] [Name C – Akk.] *cognitorem dedit*: „A hat dem B den C zum Prozessvertreter gegeben"; zu erwarten ist im verlorenen Text zuvor eine Bezugnahme auf den konkreten Rechtsstreit. In den Personen des gegnerischen *dominus* (Natalis) und des eigenen *cognitor* (Q. Vibius Ampliatus) stimmt diese Urkunde wohl überein mit TH² 85/85b (47 n. Chr.).[145] Enthalten ist dort die Protokollierung des (freisprechenden) Urteils im Prozess zwischen zwei *cognitores*: … *iudex* … *iudicavit et* [Name des *cognitor* auf Beklagtenseite – Akk.] *formula tralaticia absolvit*. Camodeca sieht in *tralaticia* die Subjektsumstellung in der Klageformel beschrieben.[146] Das bleibt zweifelhaft, zumal ein Kognitorenprozess (der als solcher bereits durch die Bezeichnung der Parteien qualifiziert ist) ohne Formel mit Subjektswechsel ohnehin nicht denkbar ist.[147]

72 TPSulp 27 (Puteoli, 48 n. Chr.) belegt ebenfalls, dass beide Parteien eines Rechtsstreits *cognitores* eingesetzt haben, die nach Abschluss eines *vadimonium Romam* (→ § 75 Rn. 13–36) den Prozess in Rom führen sollen. Der *dominus* auf Beklagtenseite hat dem *dominus* auf Klägerseite bereits Sicherheit auf die Bezahlung der Urteilsschuld

---

[145] Während Q. Vibius Ampliatus in TH² D05 – nach Lesung und Verständnis von *Camodeca* – aber *cognitor* eines Atticus ist, ist er in TH² 85/85b *cognitor* des C. Caecilius Zeno; unklar *Camodeca*, TH (2017) 149 Fn. 28 (der von verschiedenen *cognitores* des Natalis auszugehen scheint). Ampliatus als „beruflichen" *cognitor* zu betrachten, der (regelmäßig) für verschiedene *domini litis* tätig wird und es (zufällig) mehrfach mit demselben gegnerischen *dominus* zu tun bekommt, befriedigt nicht: Dass in einer (seiner?) Urkundensammlung ausgerechnet die Urkunden mit Natalis als gegnerischem *dominus* (und sonst keine Kognitorendokumente) zusammenfänden, ist nicht wahrscheinlich. Die Außenbeschriftung von TH² D05 mit dem bloßen Akkusativ *Cognitorem Attici* (nach Camodeca ein *index*) kann aber auch kaum zutreffend rekonstruiert sein. *Camodecas* Argument, TH² D05 und TH² 85/85b könnten schon deshalb nicht denselben Prozess betreffen, weil dieser über drei Jahre angedauert hätte, verfängt nicht.

[146] *Camodeca*, TH (2017) 150 mit zustimmender Literatur in Fn. 35.

[147] Die Information *tralaticia* ist bei diesem Verständnis also überflüssig (was *Camodeca* gerade als Argument gegen eine andere Interpretation verwendet). Für den Wechsel von der Person des Gläubigers/Schuldners in der *intentio* zu der des *cognitor* in der *condemnatio* verwendet Gaius das Wort *convertere* (4.86/87). *Transferre* (davon *trans-/tralaticius*) begegnet im Zusammenhang mit *cognitores* bei der Übertragung des bereits anhängigen Prozesses (*translatio iudicii*) von einem *cognitor* auf einen anderen, auf den *dominus* selbst oder vom *dominus* auf einen *cognitor*. Eine solche Übertragung kann Niederschlag in der Klageformel finden; zum Ganzen *Erxleben*, Translatio iudicii (2017) 269 mit Verweisen in Fn. 1. Sieht man in *formula tralaticia absolvere* einen Instrumentalis, so ist nicht die Klage-, sondern die Urteilsformel gemeint. An der entsprechenden Stelle des Protokolls wird dann entweder (wie hier) auf die „übliche" Urteilsformel für den Freispruch verwiesen (die wir nicht kennen; dass der Richterspruch lediglich *ABSOLVO* lautete, ist lediglich eine – verbreitete – Vermutung) oder es wird der Wortlaut des Urteils zitiert, vgl. etwa CIL IX 2827 (Schiedsspruch des Helvidius Priscus, ca 60/70 n. Chr.?). Zu berücksichtigen ist in TH² 85b, tab. III, pag. 5, Z. 7 die Erweiterung zu *Ampliatum ab*—— [*form*]*ula tralaticia a*[*b*]*solvìt*, von *Camodeca* sicher unzutreffend ergänzt zu *Ampliatum ab Hercul*?[*aneo*].

geleistet (tab. I, pag. 2, ll. 8–10). Das *vadimonium* (einschließlich der *poena* für den Fall der Nichtgestellung) haben sich die *cognitores* wechselseitig versprochen. Da die *domini* ihre Auseinandersetzung anderweitig beigelegt haben, muss der *dominus* auf Klägerseite einerseits die Vadimonialhaftung des gegnerischen *cognitor* entschärfen. Gläubiger des *vadimonium* ist freilich nicht der *dominus*, sondern der *cognitor* auf Klägerseite; der *dominus* kann hier keinen Erlass aussprechen. Sein *remittere* (l. 8) besteht darin, dass er dem *dominus* auf Beklagtenseite zusagt, niemand werde dessen *cognitor* aus versäumtem *vadimonium* in Anspruch nehmen, und widrigenfalls Schadensersatz verspricht (tab. I, pag. 2, l. 11 – tab. II, pag. 3, l. 8). Die *satisdatio iudicatum solvi* erlässt er hingegen durch *acceptam stipulationem facere*, was die *acceptilatio* (→ § 21 Rn. 87–89) beschreibt.

4. *Procurator*

a. Bestellung des *procurator*

Ein *procurator* ist auch ohne gegenüber dem Gegner ausgesprochene Ermächtigung zur Prozessvertretung zugelassen. Seine „Bestellung" (*constitui*) ergibt sich aus formloser Erklärung (ihm selbst gegenüber): *ex solo mandato* (Gai. 4.84). Ist der *dominus* bei Prozessbegründung anwesend (und duldet zumindest das Auftreten des *procurator*, Fall des *procurator praesentis*), so entspricht die Lage nach Frg. Vat. 331 der beim *cognitor* (s. oben → Rn. 68 f.). Das Folgende betrifft den *procurator absentis*. **73**

Selbst ohne *mandatum* kann nach einer (wohl Minder-)/Meinung (*sunt qui dicant*) derjenige als *procurator* angesehen werden (*procuratorem videri*), der die Prozessführung *bona fide* übernimmt und Sicherheit auf eine spätere Genehmigung durch den Geschäftsherrn leistet (Gai. 4.84, s. sogleich → Rn. 77). Damit ist nur der *procurator* auf Klägerseite angesprochen. Von Bedeutung ist die Qualifizierung des Klägers als *procurator* zunächst für die *exceptio procuratoria* (s. unten → Rn. 78 f.). **74**

b. *Procurator* auf Klägerseite

Klagenverbrauch tritt auch durch die Klage des *procurator* mit wirksamem *mandatum* ein.[148] Fehlt ein solches, so kann der Klagenverbrauch nur durch nachträgliche Genehmigung (*rem ratam habere*) des *dominus* erreicht werden. Ist das *mandatum* bei Prozessbegründung nicht liquide (Gai. 4.84; dies hat man wohl nur bei Anwesenheit des Geschäftsherrn *in iure* anerkannt, vgl. Frg. Vat. 331), muss der Beklagte also befürchten, dass die Klage des Prozessvertreters das Klagerecht nicht verbraucht, er mithin eine erneute gerichtliche Inanspruchnahme durch den Rechtsinhaber erdulden muss (und **75**

[148] Das ergibt sich bereits (zwingend) aus Gai. 4.84 in Verbindung mit Gai. 4.98, ist also keinesfalls erst Sache der „späten Klassiker" (so – und zurückhaltend: „scheinen bereits die späten Klassiker …" – *Kaser/Hackl*, RZ 216 mit Fn. 55; dort fehlt tatsächlich Gai. 4.84/98); *Platschek*, Estudos Marky 187–188 mit weiterer Literatur.

dann doppelten Aufwand der Prozessführung, ggf. auch das Insolvenzrisiko des Prozessvertreters bei der Rückforderung einer bereits an ihn bezahlten Urteilssumme zu gewärtigen hat): Gai. 4.98.

76 Diesem Bedenken begegnet der Prätor, indem er den Prozessvertreter zwingt, die *cautio rem ratam habiturum dominum* zu leisten, also in Gestalt der Stipulation Gewährleistung für die zukünftige Genehmigung durch den Geschäftsherrn zu übernehmen:

Ulp. 9 ed. D. 3.3.33.3

Ait praetor: 'Cuius nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat: et ei qu⟨ocum alien⟩o nomine aget id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet.'

„Der Prätor sagt: 'Wenn jemand beantragen wird, dass ihm im Namen eines anderen eine Klage gegeben wird, so möge er diesen nach dem Gutdünken eines anständigen Mannes verteidigen. Und demjenigen, gegen den er im fremden Namen klagen wird, wird er nach dem Gutdünken eines anständigen Mannes Sicherheit darauf leisten, dass derjenige, den diese Sache betrifft, das genehmigen wird.'"

77 Die *cautio rem ratam habiturum dominum* enthält nach Lenel:[149]

- eine *clausula de amplius non petendo*, die sich auf denjenigen bezieht, *cuius de ea re actio petitio persecutio sit*;[150]
- eine *clausula de rato*, die sich auf denjenigen bezieht, *ad quem ea res pertinet*;[151]
- die *clausula de dolo malo*;
- das Versprechen von Schadensersatz in Geld *quanti ea res erit* für den Fall der Zuwiderhandlung.

Das Verhältnis der beiden erstgenannten Klauseln zueinander bedarf weiterhin der Untersuchung.[152]

78 Die *cautio* wird durch Bürgen gesichert und damit zur *satisdatio rem ratam habiturum dominum*. Belegt ist freilich auch eine *exceptio procuratoria* „mangels Vollmacht", die bei fehlendem oder unzureichendem *mandatum* des klagenden *procurator* eine Verurteilung des Beklagten verhindern soll.[153] Lenel rekonstruiert für sie den positiven Wortlaut:

---

[149] *Lenel*, EP 541 f.; *Mantovani*, Formule 107 (Nr. 195).

[150] Iul. 5 ex Minic. D. 46.8.23. Im Wortlaut der *cautio* ist zu erwarten … *persecutio est erit*: *Lenel*, EP 541 mit Fn. 7.

[151] Iul. 5 ex Minic. D. 46.8.23. Aus anderen Stellen lässt sich eine Aufzählung des namentlich genannten *dominus*, seines Erben und der weiteren Rechtsnachfolger vermuten: *Lenel*, EP 541 mit Fn. 9.

[152] Ihre „ständige Verbindung … lässt sich" nach *Lenel*, EP 541 angesichts Iul. 5 ex Minic. D. 46.8.23 „nicht bezweifeln". Die Stelle nimmt wohlgemerkt nach dem Hinweis auf beide Klauseln (… *et* …) argumentativ nur auf die erste Bezug. Nach Paul. 3 ad Plaut. D. 46.8.14 handelt es sich um alternative Formulierungen (… *aut* …).

[153] *Kaser/Hackl*, RZ 214 f. Fn. 42 und 49; *Lenel*, EP 503; *Rozwadowski*, St. Labruna VII 4801–4817.

si Aulus Agerius Lucii Titii procurator est

„(Der Richter soll den Beklagten verurteilen) … wenn [der Kläger] *procurator* des [Rechtsinhabers] ist"

Damit hinge die Verurteilung des Beklagten vom Nachweis der eigenen Prokuratoren- **79**
qualität durch den Kläger ab. Zwar entspricht dies einer effektiven Beweislast. Ein Vorbringen des Beklagten: „*Procurator non es!*" ließe aber – entgegen Lenel – eine Formulierung der *exceptio* (einer *Ausnahme* vom Verurteilungsbefehl[154]) mit

nisi Aulus Agerius Lucii Titii procurator non est

„(Der Richter soll den Beklagten verurteilen) … es sei denn, [der Kläger] ist nicht *procurator* des [Rechtsinhabers]"

erwarten.[155] Ihr Verhältnis zur *satisdatio rem ratam habiturum dominum* bedarf der Untersuchung.[156] Zu beachten ist, dass einerseits die *satisdatio rem ratam habiturum* Schutz nur durch wiederum durchzusetzende Forderungen gewährt und andererseits die *exceptio procuratoria* eine erneute Inanspruchnahme durch den *dominus* nicht tangiert.

Das Urteil ergeht entsprechend der Formel zugunsten des *procurator*. Ihm steht nach **80**
Frg. Vat. 317 *ex edicto perpetuo* die *actio iudicati* zu.[157]

c. *Procurator* auf Beklagtenseite

Der *procurator* auf Beklagtenseite hat nach Gai. 4.101 und Frg. Vat. 317 (selbst) die **81**
satisdatio iudicatum solvi zu leisten bzw. beizubringen. Der Grund der Sicherheitsleistung lässt sich hier in der Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des *procurator* als einzigem Vollstreckungsschuldner erkennen. Denn der *procurator* ist entsprechend der Formel Urteilsschuldner; dabei, dass sich die *actio iudicati* regelmäßig gegen ihn richtet, wird es jedenfalls bleiben, wenn er *in rem suam* tätig wurde oder der *dominus* weiterhin *absens* ist – womit die wichtigsten und häufigsten Fälle angesprochen sind. Fraglich ist, ob die Vollstreckung auch dann den *procurator* trifft, wenn seine Ermächtigung durch den *dominus* mittlerweile liquide geworden ist. Mit Frg. Vat. 332 wäre anderes vereinbar;

---

[154] Das findet bei *Lenel*, EP 503 keine Berücksichtigung: „Daß alle Exzeptionen negativ gefaßt seien, ist nirgends gesagt …"; s. auch → § 106 Rn. 2. Unzutreffend die Rekonstruktion einer *exceptio procuratoria ‚si Lucio Titio mandatum sit ut a debitoribus peteret'* aus Gai. 3 ed. Prov. D. 3.3.48 bei *Rozwadowski*, St. Labruna VII 4808: Gaius geht es um die Einrede des Beklagten, er selbst sei mit dem Einzug aller Forderungen beauftragt: *‚si non* [*Numerio Negidio*] *mandatum sit, ut a debitoribus petere*[*t*]*'*, worauf der Kläger repliziert, er sei mit dem Einzug beim Beklagten beauftragt: *‚aut si* [*Aulo Agerio*] *mandatum est, ut a* [*Numerio Negidio*] *petere*[*t*]*'*).

[155] Auch damit wird „die negative Behauptung, Kläger habe keine Vollmacht" *in contrarium* zur *exceptio*, Gai. 4.119, s. *Lenel*, EP 503.

[156] S. vorerst die Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 216 Fn. 57.

[157] S. oben Fn. 132.

dort lässt sich *procurator absentis* als Vertreter „des (fortwährend) Abwesenden“ verstehen, gegen den sich die *actio iudicati* richte.

X. *Translatio iudicii*

82 Nach *litis contestatio* können Parteien und der Richter durch Veränderungen der Klageformel gegebenenfalls ausgetauscht werden (*translatio iudicii*).[158] Das Vorliegen eines anerkennenswerten Translationsgrundes untersucht der Gerichtsmagistrat, bevor er den Austausch der Namen vornimmt und vielleicht eine *praescriptio* vorschaltet.[159]

XI. Eidesverfahren

83 Den assertorischen Eid (*iusiurandum*, → § 20) über eine Rechts- oder Tatsachenbehauptung bringt die Literatur in unterschiedlichem Ausmaß mit der Verhandlung *in iure* in Verbindung.[160] Die Terminologie „*iusiurandum in iure*“ begegnet bei modernen Autoren, nicht aber in den Quellen.[161] Unstreitig sind Folgen der Eidesleistung und -verweigerung im prätorischen Edikt angeordnet; doch besagt dies nichts über die Verortung des Eids in der Auseinandersetzung zweier Parteien. Gaius unterstreicht die herausragende Bedeutung des Eids für die Streitbeendigung, nennt aber nicht den Prätor, sondern den *iudex* als maßgebliche Figur.[162] Ob die Verhandlung vor dem Prätor für die Einleitung oder Durchführung eines Eidesverfahrens prädestiniert ist oder sich für einen *in iure* initiierten oder geleisteten Eid auch nur Besonderheiten ergeben, bedarf weiterhin der Untersuchung.

---

[158] *Erxleben*, Translatio iudicii (2017) 269 mit Verweisen in Fn. 1.

[159] *Erxleben*, Translatio iudicii (2017) 159 f.

[160] Dass jedenfalls der „freiwillige“ Eid (dazu sogleich) „sowohl außergerichtlich als auch noch *in iure* geleistet werden kann“, ist inzwischen verbreitete Ansicht, s. *Gröschler*, Actiones in factum (2002) 144 mit Literatur in Fn. 142; *Wolf*, FS Knütel 1461 mit Fn. 25; *Harke*, Eid (2014) 46 mit Fn. 5; anders noch *Kaser/Hackl*, RZ 267. Der „Zwangseid“ gehört aber nach einhelliger Meinung in das Verfahren vor dem Prätor.

[161] Plaut. Rud. 14: *quique in iure abiurant pecuniam* meint – wie *tab. Heracl.* 21 zeigt: *quive in iure bonam copiam abiuravit abiuraverit* – den Eid über Vermögensverhältnisse im Vollstreckungszusammenhang (dazu *Klinck*, SZ 130 [2013] 395–404), und nicht das „Ableugnen des Kreditempfangs durch Eid vor dem Prätor“ (*Harke*, Eid (2014) 102); nicht anders wird man Plaut. Persa 478: *ne quis mi in iure abiurassit* und (ohne *in iure*) Curc. 496: *quibus sui nihil est nisi una lingua qui abiurant si quid creditum est* verstehen müssen, eine Ideszuschiebung durch den Kläger passt auch jeweils nicht in den Zusammenhang; s. aber *Liebs*, Ess. Honoré 165 (”*abiurare* of a debt“).

[162] Gai. 5 ed. prov. D. 12.2.1. Dabei ordnet Gaius die *iurisiurandi religio* einer Vereinbarung der Parteien (*pactio ipsorum litigatorum*) oder der Anordnung durch den Richter (*auctoritas iudicis*) zu. Denkbar wäre, dass er damit gerade die Beeidigung eines Vergleichs meint; die Kompilatoren lassen jedenfalls Paul. 18 ed. D. 12.2.2 anschließen, wonach der Eid *speciem transactionis continet*.

In allgemeiner Ausprägung stellt sich das Eidesverfahren zunächst als die Möglichkeit für beide Seiten eines Konflikts dar, der Gegenseite die Leistung des Eids zuzuschieben (*iusiurandum deferre*). Inhalt des zugeschobenen Eids ist die für ihn günstige, negative oder positive Behauptung des Empfängers der Zuschiebung, also im Fall des bezichtigten Schuldners: „dass er nicht schulde" (*se dare non oportere*) bzw. des sich berühmenden Gläubigers: „dass ihm geschuldet werde" (*sibi dari oportere*), im Fall eines Eigentumsprätendenten: „dass er Eigentümer sei" (*rem suam esse*) etc. Erklärt sich der Zuschiebungsempfänger bereit diesen Eid zu leisten (*paratus esse iurare*),[163] so kann ihm die Ableistung vom Zuschiebenden erlassen werden (*iusiurandum remittere*); andernfalls kommt es zur Ableistung. **84**

In beiden Fällen ist die Behauptung des Zuschiebungsempfängers damit außer Streit gestellt. Für einen künftigen Prozess bedeutet das, dass dieser sich entweder unmittelbar aus dem geleisteten oder erlasssenen Eid begründen lässt (*actio ex iureiurando*, der Kläger muss lediglich die Ableistung des Eids mit dem ihn begünstigenden Inhalt beweisen)[164] – etwa beim Eid *sibi dari oportere* – oder umgekehrt unter Berufung auf den geleisteten oder erlassenen Eid – etwa *se dare non oportere* – eine Verurteilung verhindert werden kann (durch Verweigerung der Klage – *denegatio actionis* – oder durch Aufnahme der *exceptio iurisiurandi* in die Klageformel; der Beklagte muss dann vor dem Richter beweisen, dass er einen der Klägerbehauptung entgegenstehenden Eid geleistet hat oder ihm ein solcher erlassen worden ist).[165] **85**

1. Normative Grundlagen

Alle beschriebenen Sanktionen gehören dem prätorischen Recht an; der Prätor verheißt sie nach Lenel im Abschnitt *De iureiurando* des Titels *De iudiciis*[166] (*denegatio actionis* und *actio ex iureiurando*) bzw. im Abschnitt *Quarum rerum actio non datur* des Titels *De exceptionibus* (*exceptio iurisiurandi*).[167] **86**

Das Edikt über die Verweigerung einer zukünftigen Klage lautet: **87**

Ulp. 22 ed. D. 12.2.3 pr. / 12.2.7

Ait praetor: ‚Si is, cum quo agetur, condicione delata iuraverit …, eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo.'

„Der Prätor sagt: 'Wenn derjenige, gegen den geklagt werden wird, nach Zuschiebung der Eidesformel geschworen haben wird, … werde ich über den Gegenstand, hinsichtlich dessen der Eid

[163] Paul. 19 ed. D. 12.2.6.

[164] Nach *Gröschler*, Actiones in factum (2002) 147 f. hat diese Klage stets „Exekutivwirkung", entspricht also einer vollstreckungseinleitenden *actio iudicati*.

[165] Ulp. 22 ed. D. 12.2.9.1.

[166] *Lenel*, EP 149–151 (§ 54). Dem Abschnitt gelten die Kommentierungen Ulp. 22 ed., Paul. 18 ed., Gai. 5 ed. prov., Iul. 9 ed.

[167] *Lenel*, EP 512 (§ 278). Dem Abschnitt gelten die Kommentierungen Ulp. 76 ed., Paul. 71 ed., Gai. 30 ed. prov.

zugeschoben sein wird, weder gegen ihn selbst noch gegen seinen Rechtsnachfolger eine Klage geben.'"

88 Dem abgleisteten Eid („*si … iuraverit*") kann bereits dieses Edikt den erlassenen Eid gleichgestellt haben (Lenel: „… *sive id iusiurandum ei remissum fuerit*"[168]).

89 Das Edikt über die Erteilung der *actio ex iureiurando* ist nicht überliefert. Nach Lenel verhieß der Prätor diese Klage „unter den gleichen Voraussetzungen dem Kläger".[169] Lenel hat freilich nur den Eid *in iure* im Blick, den „der Kläger" (des vor dem Prätor eingeleiteten Ausgangsprozesses) leistet. Wenn der Prätor beim „freiwilligen" Eid nicht zwischen außergerichtlichem und gerichtlichem Eid (*in iure/apud iudicem*) unterscheidet – wofür alles spricht –, kann das Edikt aber kaum „dem Kläger eine Klage" gewähren. Eine Rekonstruktion des Edikts wurde bislang nicht geleistet.

2. Formel der *actio ex iureiurando*

90 Die Musterformel für den Fall eines Eids des sich einer Forderung über zehntausend Sesterze berühmenden Gläubigers lautet nach Lenel:[170]

Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio deferente iurasse Numerium Negidium sibi HS decem milia dare oportere, bzw.
Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio, cum is illo deferente paratus esset iurare illum sibi HS decem milia dare oportere, iusiurandum remisisse,
iudex Numerium Negidium Aulo Agerio HS decem milia condemnato, si non paret, absolvito.

„Wenn es sich erweist, dass [der Kläger] auf Zuschiebung durch [den Beklagten] geschworen hat, dass [der Beklagte] ihm zehntausend Sesterze geben müsse, bzw.
Wenn es sich erweist, dass [der Beklagte] dem [Kläger], nachdem dieser auf Zuschiebung durch jenen bereit war zu schwören, dass jener ihm zehntausend Sesterze geben müsse, den Eid erlassen hat,
dann soll der Richter, den [Beklagten] zugunsten des [Klägers] zu zehntausend Sesterzen verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen."

3. Freiwilligkeit des Eids

91 Der Zuschiebungsempfänger hat aber auch die Möglichkeit, auf die Zuschiebung folgenlos gar nicht zu reagieren.[171] Man spricht daher – spätestens in justinianischer Zeit[172] – vom „freiwilligen Eid" (*iusiurandum voluntarium*). Zwischen ihm als „Parteieid über das Klagebegehren" und dem „auf einem Vertrag beruhenden *iusiurandum ex*

[168] *Lenel*, EP 150.
[169] *Lenel*, EP 150.
[170] *Lenel*, EP 151; *Mantovani*, Formule 69–70, Nr. 70–71.
[171] D. 12.2.5.4.
[172] Belegt in der Rubrik von D. 12.2: *De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali*; eine Übernahme der Terminologie aus Edikt oder Ediktskommentierung lässt sich nicht ausschließen.

conventione“ über „jede beliebige Frage“ zu unterscheiden,[173] erscheint angesichts der Wendung *ex conventione deferre* in Paul. 18 ed. D. 12.2.17 pr. nicht unproblematisch.[174]

4. Zwangseid

Dem „freiwilligen“ Eid steht – als besondere Ausprägung – der bei bestimmten Ansprüchen[175] belegte „auferlegte Eid“ oder „Zwangseid“ (*iusiurandum necessarium*) des behaupteten Schuldners gegenüber. Das Verfahren zeichnet sich dann dadurch aus, dass Untätigkeit auf die Zuschiebung des Eids hin nicht folgenlos bleibt: Der Zuschiebungsempfänger muss nach dem Edikt des Prätors „entweder zahlen oder schwören“. **92**

Proponiert ist die Regelung nach Lenel im Abschnitt *Si certum petetur* des Titels *De rebus creditis*;[176] sie lautet nach Ulp. 26 ed. D. 12.2.34.6: **93**

Ait praetor: „Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam.“

„Der Prätor sagt: ’Denjenigen, von dem ein Eid verlangt werden wird, werde ich zwingen zu zahlen oder zu schwören’.“[177]

---

[173] *Gröschler*, Actiones in factum (2002) 141 f.

[174] *Harke*, Eid (2014) 93 sieht darin schlicht „den Eid nach dem Edikt *de iureiurando*“, also den „freiwilligen Eid“. In TPSulp 28 (49 n. Chr.) wird deutlich, dass der Zuschiebung des Eids eine *conventio* über dessen Inhalt voranging: *cum … C[i]nnamus dic[eret] s[ep]aratum {se} / es[se iu]rare, ita ut con-/[veni]sset, … Fortunatus [ei iu]siurandum … [d]etulit.* Diese Urkunde belegt die Zuschiebung eines Eids, TPSulp 29 (Januar-März 49 n. Chr.) hingegen die Ableistung eines Eids auf Zuschiebung hin, zwischen denselben Parteien. TPSulp 29 deutet darauf hin, dass der Wortlaut des Eids vom Zuschiebenden in der zweiten Person vorgegeben wird (*Ex tuì anìmì se[ntentia] …*) und bei Ableistung in die erste Person umgesetzt wird, s. *Camodeca*, TPSulp I (1999) 95. Dass es sich um zwei Eide unterschiedlichen Inhalts handeln würde, ist Ergebnis der Ergänzung der Urkunden: TPSulp 28 betreffe einen Eid *pecunia[m] / [sibi deberi]* (tab. II.3 Z.2/3) bzw. *sì* [!] *sibì HS nu-/[m(mum) debe]rentur* (tab. I.2 Z. 8/9), TPSulp 29 einen solchen *iniuriam* [*te* bzw. *se non fecisse*], s. *Wolf*, Neue Rechtsurkunden (2010) 48; *Gröschler*, SZ 121 (2004) 111; *Harke*, Eid (2014) 14. Wahrscheinlicher ist – bei abweichender Ergänzung –, dass es um ein und denselben Eid geht (so schon *Camodeca*, TPSulp I (1999) 94), mit dem sich der Schwörende vom Vorwurf des *iniuriam fecisse* reinigt, nachdem er dem Gegner Geld geleistet hat: *pecunia* [*data* = Abl. abs., o. Ä.] bzw. *sì sibì HS nu-/[m(mum) da]rentur*, vgl. *Camodeca*, TPSulp I (1999) 93. Verfahrensmäßig ist die Zuschiebung des Eids verortet *cum ad vadimonium ventum esset*, eine Verhandlung *in iure* findet keine Erwähnung. Es kann sich um einen Vergleich der Parteien handeln, der den gemeinsamen Gang vor den Magistrat erübrigt. Das Verhältnis zum gesetzlich vorgesehenen Eid *iniuriam se non fecisse* (Ulp. 56 D. 47.10.5.8) bedarf der Untersuchung.

[175] Nach Ulp. 26 D. 12.2.34 pr. findet der Eid (mit Möglichkeit des Zurückschiebens, also der Zwangseid, s. sogleich) Anwendung *et ad pecunias et ad omnes res … etiam de operis.* Damit sind die Fälle des *certum dari* beschrieben (s. sogleich); *omnes res* meint also „alle Arten von *certae res*“ (nicht „alle anderen Klagegegenstände“, so *Harke*, Eid (2014) 121), s. schon *Gröschler*, Actiones in factum (2002) 142 Fn. 127.

[176] *Lenel*, EP 235–237 (§ 95 I). Darauf beziehen sich Ulp. 26 ed., Paul. 28 ed., Iul. 10 ed.

[177] Zur unveranlassten Emendation zu … *a quo ⟨certum⟩ petetur* … durch *Gradenwitz* und andere

94 Der Zuschiebungsempfänger kann den Eid aber auch „zurückschieben“ (*referre*):[178] Dadurch erhält der Zuschiebende Gelegenheit, seinerseits mit ihm günstigen Inhalt zu schwören (bei entsprechender Wirkung der Außerstreitstellung). Leistet der *Zu*schiebende den *zurück*geschobenen Eid nicht, verweigert ihm der Prätor seine Klage, was eine Zuschiebung vor *litis contestatio*, aber nicht notwendig *in iure* voraussetzt.[179] Bleibt der Zuschiebungsempfänger untätig, kommt der prätorische Zwang zur Anwendung; die Literatur sieht darin zumeist die Eröffnung der *missio in possessionem*.[180] Angesichts der Regelung in der *lex rivi Hiberiensis* (III.18–22), die bei Untätigkeit des Zuschiebungsempfängers „*eandem poenam*“ zu verhängen scheint,[181] bedarf die Frage weiterhin der Untersuchung.

95 Damit wird die Initiierung des Eidesverfahrens durch den Zuschiebenden ein Spiel mit den Skrupeln der Gegenseite, die eigene Position ohne Beweis ihrer Berechtigung unter Anrufung der Gottheit durchzusetzen.[182] Daraus erklärt sich, dass der Zuschiebende auf Verlangen zunächst seinerseits den Eid zu leisten hat, nicht aus schikanösen Gründen (*calumniae causa*) vorzugehen.[183]

96 Das Risiko, dass sich der Zuschiebungsempfänger freischwören wird, wird der Zuschiebende insbesondere bei ungünstiger Beweislage in Kauf nehmen.[184] Wer den zu- oder zurückgeschobenen Eid leistet, sieht sich im Fall des wahrheitswidrigen Eids einer Strafe wegen Meineids (*periurium*) ausgesetzt. Hat sein (Mein-)/Eid zu einem Frei-

---

s. *Platschek*, in: Maganzani/Buzzacchi, Lex rivi Hiberiensis (2014) 125 mit Fn. 12; *Harke*, Eid (2014) 117 Fn. 1. Die Terminologie *iusiurandum petere* ist auch im anschließenden Ulp. 26 ad ed. D. 12.2.34.7 erkennbar. Aus dem gemeinsamen Futur I in *petetur* und *cogam* habe ich in: Maganzani/Buzzacchi, Lex rivi Hiberiensis (2014) 126 geschlossen, dass das *petere* in „einer Situation vor dem Prätor“ stattfinden müsse; s. auch *Gröschler*, Actiones in factum (2002) 144 mit Fn. 141. Das muss aber nicht die Verhandlung *in iure* des Ausgangsprozesses sein.

[178] Nach *Lenel*, EP 236 ist auch die *facultas referendi* („in Form einer Bedingung des auszuübenden Zwangs“) ediktal. Das könnte sich noch im Wortlaut von Diocl./Max. C. 4.1.9 (294 n. Chr.) widerspiegeln: *per iudicem solvere aut iurare, nisi referat iusiurandum, necesse habet.* In der *lex rivi Hiberiensis* (III.18–22; *Beltran Lloris*, JRS 96 [2006] 156) ist die Möglichkeit der Zurückschiebung nicht erkennbar, s. *Platschek*, in: Maganzani/Buzzacchi, Lex rivi Hiberiensis (2014) 126 Fn. 19. Es kann sich also um eine prätorische Ergänzung einer vorgefundenen zivilrechtlichen Regelung handeln. Nach Paul. 18 ed. D. 12.2.17 pr. kann das *iusiurandum, quod ex conventione extra iudicium defertur*, nicht zurückgeschoben werden; zur Stelle s. *Harke*, Eid (2014) 93; anders *Gröschler*, Actiones in factum (2002) 144 f. Fn. 142.

[179] Ulp. 26 ed. D. 12.2.34.7.

[180] *Kaser/Hackl*, RZ 269 mit Literatur in Fn. 28. Anders *Harke*, Eid (2014) 127–130: Der Prätor gebe die (Ausgangs-) Klage, die bei Zahlung oder Eidesleistung in einem Freispruch, bei Untätigkeit in einer Verurteilung ende. Der „Zwang“ des Prätors besteht demnach in der drohenden Verurteilung durch den *iudex* im Ausgangsprozess.

[181] *Beltran Lloris*, JRS 96 (2006) 156.

[182] *Harke*, Eid (2014) 119.

[183] Ulp. 26 ed. D. 12.2.34.4.

[184] *Harke*, Eid (2014) 119.

spruch des Beklagten geführt, bleibt es dabei; die Anerkennung eines Schadensersatzanspruchs aus *actio de dolo* durch Labeo hat sich nicht durchgesetzt.[185]

Der Eidesmechanismus in der *lex rivi Hiberiensis* erlaubt die Hypothese, dass der Zwangseid in einem bestimmten Bereich des *ius civile* angelegt ist und das prätorische Edikt umsetzend und modifizierend wirkt, aber kein originärer innerer Zusammenhang zwischen Zwangseid und Verhandlung *in iure* besteht.[186] **97**

[185] Pomp./Marcell./Ulp. 11 ed. D. 4.3.21/Paul. 11 ed. D. 4.3.22. Nach *Gröschler*, SZ 121 (2004) 126–128 kommt beim Meineid des behaupteten Gläubigers über seine Forderung eine *actio iniuriarum* in Betracht – der wiederum mit dem Eid *iniuriam se non fecisse* vorgebeugt werden könne. Dass es sich dabei wiederum um einen „Meineid" handeln kann, findet keine Berücksichtigung. Die Thesen beruhen auf unwahrscheinlichen Ergänzungen von TPSulp 28 und 29, s. oben Fn. 178.

[186] Wenn die Zurückschiebung des Eids nur beim Zwangseid möglich ist, so lässt sich Ulp. 26 ed. D. 12.2.25, wo ein Sklave (neben anderen Konstellationen) *relato ei iureiurando* schwört *ei* (= *domino*) *dari oportere*, (abgesehen vom verbreiteten Verdacht der Interpolation) als Beleg für einen außerprozessualen Zwangseid betrachten (da ein Sklave niemals als Kläger oder „Klägervertreter" im Prozess auftreten kann); auch Paul. 18 ed. D. 12.2.24 dürfte mit *referentes … subiecti* neben dem (!) zuvor genannten Haussohn den Sklaven meinen (s. zuvor D. 12.2.22); einseitig interpretierend die Übersetzung von *subiecti* als „die Haussöhne" durch *Seiler*, in *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Digesten II 79.

§ 13 Verhandlung *apud iudicem*

Georg Klingenberg †

Steinwenter, Rhetorik und römischer Zivilprozeß, SZ 65 (1947) 69–120; *Wacke*, Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozess, in: Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, 1993, 369–399; *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, 1996, 355–382; *Fernandez Barreiro*, Estudios de derecho procesal civil romano, 1999; Bürge, Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung, 1999, 1–16; *Metzger*, Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure, LHR 22 (2004) 243–275; Cascione, et al. (Hg), Parti e giudici nel processo dai diritti antichi all' attualità, 2006; *Gagliardi*, Zur Figur des iudex privatus. Eine historisch-soziologische Untersuchung aufgrund literarischer Quellen, RIDA 55 (2008) 241–266; Garofalo (Hg), Il giudice privato nel processo romano. Omaggio ad Alberto Burdese I, II, 2012; *Wolf*, Lex Irnitana. Gesammelte Aufsätze, 2012; *Lehne*, Die Stellung der Juristen im Formularverfahren, SZ 131 (2014) 216–312.

Inhalt Rn.

I. Zum äußeren Ablauf 7
1. *Intertium* 7
2. Gliederung 10
3. *Diffissio* 11
a. Begriffliches 11
b. Gesetzliche *diffissio* 13
c. Richterliche *diffissio* 14
d. Abwicklung 15
4. *Mors litis* und Befristung 17
5. *Translatio iudicii* 21
6. *Mutatio iudicis* 27
7. Vergleich, Verzicht 28
8. Versäumungsverfahren 31
II. Das Beweisverfahren 31
1. Beweislast 32
2. Die Beweismittel 39
a. Zeugenbeweis 39
aa. Zeugnisfähigkeit 41
bb. Zeugenpflicht 44
cc. Beweisaufnahme 45
dd. Zeugnisdelikte 50

b. Urkunden 51
c. Sachverständige 56
d. *Confessio* 57
e. Parteieide 58
aa. *Iusiurandum in iudicio* 58
bb. *Iusiurandum in litem* 60
III. Das Urteil 62
1. Inhalt des Urteils 68
a. *Condemnatio* 68
b. *Absolutio* 75
c. *Adiudicatio* 79
d. Feststellungsurteil 80
2. formelle Rechtskraft 81
3. Nichtigkeit 84
4. *Restitutio in integrum* 86
5. Materielle Rechtskraft 89
a. Präklusivwirkung 90
aa. Zwischen den Parteien des Prozesses 90
bb. Zur Frage der Drittwirkung 95
b. Präjudizialität 98
c. Zusammenfassende Betrachtung 103
d. Wirkung von Status-Urteilen 104
e. Drittwirkung der *adiudicatio* 108
6. Präzendenzwirkung 109

Von den *leges Iuliae* wissen wir, dass sie zum Verfahren *apud iudicem* Bestimmungen *de diffissionibus comperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus* enthielten, die auch von den Juristen kommentiert worden sind;[1] eine umfassende gesetzliche Regelung des Erkenntnisverfahrens vor dem *iudex* ist jedoch quellenmäßig nicht nachweisbar,[2] ebenso wenig im Aufbau des Edikts. Gellius holt für die Wahrnehmung seiner Rolle als *iudex* Rat beim Grammatiker[3] oder Philosophen[4] ein, weil die Kommentare der Juristen diesbezüglich für ihn unergiebig sind.[5] Wir wissen durch ihn von der Existenz einer Schrift *de officio iudicis* des Q. Aelius Tubero,[6] kennen aber nicht deren Inhalt; wenn klassische Juristen den Terminus *officium iudicis* – von ihnen gibt es keine **1**

[1] Gell. 14,2,1.

[2] Auch *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 205–218 (cap. VIII „Sulla disciplina delle udienze“) geht nur auf die *diffissio* und *comperendinatio* ein.

[3] Gell. 12,13,1; *Giunti*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 222–225.

[4] Gell. 14,2,11.

[5] *Nörr*, Rechtskritik (1974) 42; *Fiori*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 171.

[6] Gell. 14,2,20. Strittig ist, ob sich Gellius auf den älteren – zum Scipionen-Kreis gehörigen und von Panaitios beeinflussten (so *Broggini*, Iudex (1957) 219 Fn. 6 unter Berufung auf Gell. 1,22,7 und 14,2,1; *Behrends*, NAWG (1976) 303 Fn. 171) – oder auf den jüngeren (so die seit langem h.L: *Schulz*, Gesch. 110; *Wieacker*, RRG I 498 Fn. 40, 611; *Bürge*, Privatrecht (1999) 77) Tubero bezieht.

Schriften mit diesem Titel[7] – verwenden, dann im (engeren und weiteren) Zusammenhang mit dem *iudicare*, nicht aber hinsichtlich der äußeren Verfahrensgestaltung. In den rechtlich nicht geregelten Bereichen konnte sich daher ein *usus fori*[8] herausbilden, an dessen Ausgestaltung nicht die Juristen, sondern die Rhetoren erheblichen Anteil hatten.[9]

2 Hauptaufgabe des *iudex* ist die formelgemäße Urteilsfindung (→ Rn. 63). Auf dem Weg dorthin hat er die Verhandlung formal zu leiten, das Wort zu erteilen oder auch zu entziehen, bei Entscheidungsreife das Beweisverfahren abzuschließen bzw. erforderlichenfalls eine Vertagung vorzunehmen (→ Rn. 14). Ein Hilfspersonal steht ihm nicht zur Verfügung.

3 Das Bild des *iudex*, das lange Zeit von der Vorstellung eines gebildeten Angehörigen der Oberschicht[10] geprägt war, wurde durch die Beobachtung modifiziert,[11] wonach auch Richter aus ganz alltäglichen praktischen Berufen[12] sowie Verhaltensweisen[13] bezeugt sind, die nicht zu Autoritätspersonen dieser Schicht passen.[14] Dass der *iudex* trotz der Behandlung und weitgehenden Vorwegnahme der Rechtsfrage bereits im Abschnitt *in iure* nicht ausschließlich auf die Entscheidung über Fakten reduziert war,[15] sondern durchaus auch rechtliche Fragen – vor allem bei den *in ius* konzipierten Klagen – zu lösen hatte, ist hingegen auch schon früher gesehen[16] und nunmehr neuerlich betont[17] worden. Als Laie konnte er sich die für die Entscheidung nötigen rechtlichen Informationen durch (eingeholte oder vorgelegte) *responsa*[18] oder durch die in

---

[7] *Kaser/Hackl*, RZ 357.

[8] Cic. Mil. 1; *consuetudo fori*, *pristinus mos iudiciorum*; Cic Rab. Post. 9 bezeichnet den *usus* als *magister optimus*.

[9] Grundlegend *Steinwenter*, SZ 65 (1947) 84–92; weiters *Lanfranchi*, Diritto (1938) 510–530; *Santa Cruz Tejeiro*, AHDE 27/28 (1957/58) 381–390; *Pugliese*, Scr. III 73–97; *Bona*, Cicerone (1984) 62–161; *Wieacker*, RRG I 662–669; *Kaser/Hackl*, RZ 362.

[10] *Kaser/Hackl*, RZ 193; Zur Persönlichkeit der Richter vgl. *Starace*, Om. Burdese II 61–69; Zur Auswahl *Lambrini*, Om. Burdese II 293–337; zur Ablehnung *Litewski*, TR 67 (1999) 39–56; *Rampazzo*, in: Baldus/Schmon, Zivilprozess (2015) 111–134.

[11] *Gagliardi*, RIDA 55 (2008) 244–259.

[12] Plaut. Merc. 272–273; 278–280.

[13] Der in Plaut. Rud. 1378–1384 auftretende Richter (dazu *Broggini*, Iudex (1957) 170 Fn. 31) sagt in Plaut. Rud. 127 von sich: *vivo miser*.

[14] Macr. Sat. 3,16,14–16.

[15] Zutreffend ist dies für einfache Ja-Nein-Alternativen wie etwa bei der *in factum* konzipierten *actio depositi* (Gai. 4,47); *Bürge*, Privatrecht (1999) 6–7 und 13–14.

[16] *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 593 f.; *Wenger*, Inst. (1925) 194; *Wieacker*, Iura 20 (1969) 472 Fn. 83; *Wieacker*, RRG I 667.

[17] *Kaser/Hackl*, RZ 357; *Tellegen-Couperus*, J.Leg.Hist. 22 (2001) 2–5. Zum Gegensatz *quaestio facti – quaestio iuris Cornu Thénard*, Mél. Humbert 191–205.

[18] Zur Bindung des Richters Cic. Caecin. 68; differenzierend zwischen einhelligen und dissentierenden *opiniones* und *sententiae* der anerkannten Respondierjuristen Gai. 1,7; *Vincenti*, Ric. Gallo II 575–578; *Giunti*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum (2012) 213–218; *Starace*, Om. Burdese II 50.

sein *consilium* beigezogenen Juristen[19] beschaffen. Darüber hinaus sind auch professionelle Juristen als Richter aufgetreten.[20]

Die Richter werden durch die übliche Eidesleistung[21] zu *iudices iurati*.[22] Gegen die bisherige Lehre, welche den Eid mit der Ernennung[23] bzw. der *litis contestatio*[24] verbindet und damit vor die eigentliche Verhandlung verlegt,[25] greift Wol[26] nunmehr einen schon von Mommsen[27] geäußerten Gedanken auf und setzt den Ablegungszeitpunkt vor die Urteilsfällung;[28] die Eidesformel rekonstruiert er[29] wie folgt: *se, quod aeque bonum esse censeat, iudicaturum.*[30] Der *iudex* ist nach dieser Auffassung kein „Geschworener". **4**

Üblicherweise entscheidet ein Einzelrichter (*iudex unus*). Als Kollegialgericht agieren *recuperatores*[31] in etwas straffer organisierten[32] Formularprozessen von erhöhtem **5**

---

[19] Cic. top. 65; Cic. Quinct. 4; 5; 36; 54; Cic. Verr. II 2,71; Suet. Dom. 8,1; Gell. 12,13,2; 14,2,9; Val. Max. 8,2,2; *Kaser/Hackl*, RZ 197; *Ducos*, Hom. Peroux III, 460–469; *Tellegen-Couperus*, TR 69 (2001) 20; *Tuori*, in: de Angelis, Spaces (2010) 48–60; Nicht einschlägig für das *consilium* ist die von der h. L. ebenfalls reklamierte *advocatio* in Cic. Q. Rosc. 15; *Lehne*, SZ 131 (2014) 289, welche den angeführten Belegen nicht entnehmen kann, dass Juristen häufig im *consilium* der *iudices* saßen (288 f.). Gell. 14,2,9 beruft *amici* in sein *consilium*.

[20] *Collinet*, Recueil Gény I 25–26; *Schulz*, Gesch. 63; *Bürge*, Privatrecht (1999) 76; *Lehne*, SZ 131 (2014) 304. C. Aquilius Gallus war *iudex* (mit drei weiteren Juristen im *consilium*) im Prozess der Octacilia gegen C. Visellius Varro: Val. Max. 8,2,2; zu diesem Prozess *Liebs*, Richter Roms (2007) 65–78; 205–208; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 332–334; weiters im Quinctius-Prozess mit den *principes civitatis* im *consilium*: Cic. Quinct. 54; *Platschek*, Quinctius (2005) 2. Gegen die h. A., wonach Publius Mucius im Fall der *dos* der Licinnia (Iav. 6 post. Lab. D. 24,3,66 pr.) als respondierender Jurist agiert hat, hat *Tellegen-Couperus*, J.Leg.Hist. 22 (2001) 9 diesen in richterlicher Funktion gesehen (ebenso *Collinet*); das ist freilich bedenklich, da Licinnia seine Nichte war. Für die h. A. *Marrone*, Scr. II 804 Fn. 25.

[21] Iust. C. 3,1,14 pr. (a530); dazu *Gutierrez-Masson*, TSDP 2 (2009) 38–40; Cic. inv. 2,132; Cic. off. 3,43–44; Gell. 20,1,7–8; Quint. inst. 5,2,4; 5,6,4.

[22] Cic. inv. 1,48; Cic. ac. 2,146; Cic. Cluent. 121; Cic. Quinct. 64.

[23] *Paricio*, Administración (1987) 61–82; *Méhész*, Juez (1997) 29; *Méhész*, Juramento (1963) 105.

[24] *Behrends*, Geschworenenverfassung (1970) 15 f.

[25] *Kaser/Hackl*, RZ 358; *Kaser/Knütel* 454. Zur älteren Literatur *Wolf*, Lex Irnit. 101 Fn. 21–25.

[26] *Wolf*, Lex Irnit. 98–116.

[27] *Mommsen*, Strafrecht 395 Fn. 2.

[28] Lex Irnit. cap. 69, VIII A Z. 17 f.: *prius | quam sententias fera[n]t. quisque eorum iuret*; FIRA III 164 Z. 6f: *utrisq(ue) praesentibus iuratus sententiam | dixit.*

[29] In Anlehnung an Lex Irnit. cap. 69, VIII A Z. 20–22. Die Bezugnahme auf das *bonum et aequum* betont auch *Gutierrez-Masson*, TSDP 2 (2009) 12 f.

[30] *Wolf*, Lex Irnit. 114; ihm folgt *Lehne*, SZ 131 (2014) 302.

[31] Grundlegend *Schmidlin*, Rekuperatorenverfahren (1963); weiters *Luzzato*, Processo extra ordinem (1965) 231–240; *Bongert*, in: Sautel et al., Varia I (1952) 99–266; *Pugliese* PC II.1 194–215; *Kelly*, Civil Judicare (1976) 40–70; *Frier*, Rise (1985) 197–234; *Lintott*, RHD 68 (1990) 1–11; *Kaser/Hackl*, RZ 197–200; *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 233–236; *Genovese*, St. Martini II, 215–266; *Gagliardi*, Om. Burdese II 371–383; Zu den *recuperatores* in der *lex Irnitana*. *d'Ors*, SDHI 49 (1983) 36; *Gonzalez*, JRS 76 (1986) 233 f.; *Birks*, CLJ 47 (1988) 36–60; *Simshäuser*, SZ 109 (1992) 189–198; *Lamberti*,

öffentlichem Interesse. Dazu gehören Multprozesse,[33] *causae liberales*,[34] Publikanenprozesse,[35] Prozesse aus gemeingefährlichen Delikten,[36] fallweise aus der *iniuria* (→ § 95 Rn. 26, Fn. 86), aus der *actio de sepulchro violato*[37] sowie im Zusammenhang mit der *in ius vocatio*[38] (→ § 11 Rn. 13). Die ediktalen Fälle finden sich großteils, aber nicht ausschließlich in den Lenel'schen Titeln XXXI–XXXV.[39] Die von Lenel daraus abgeleite Auffassung einer planmässigen Systematisierung und Platzierung[40] wurde gegen die Kritik[41] jüngst wieder mit gewissen Vorbehalten geteilt.[42] Hingegen werden die *centumviri*, die auch in dieser Periode in Prozessen über bedeutende Erbschaften entscheiden, weiterhin aufgrund einer *legis-actio* tätig, später konkurrierend mit der *cognitio* (→ § 55 Rn. 19).

6 Prozessprinzipien als abstrakte Grundsätze, wie sie in der Lehre des 19. Jh.s entwickelt worden sind,[43] haben die Römer zwar noch nicht herausgearbeitet, die theoretischen Modelle können aber in einer anachronistischen Weise heuristisch[44] zur Beschreibung des römischen Prozesses – wie schon bisher geschehen[45] – verwendet werden.[46] Der Sache nach gesichert und unbestritten sind jedenfalls die Unparteilichkeit des Richters,[47] die Öffentlichkeit,[48] das beiderseitige Gehör,[49] die Mündlich-

---

Tabulae Irnitanae (1993) 177– 180; *Fuenteseca/Fuenteseca*, Est. Der. Rom., 1095–1145; *Rüfner*, EAH X 5751 f.; *Schmidlin*, FS Knütel, 1085–1101; *Lambrini*, Om. Burdese II 329–331.

[32] *Schmidlin*, Rekuperatorenverfahren (1963) 109–133; *Gagliardi*, Om. Burdese II 379.

[33] Lex Lat. Tab. Bant. (FIRA I 6) 9–10; Lex Iulia agraria = Lex Mamilia Roscia Peducaea Aliena Fabia (FIRA I 12) KL V; Lex Urson. (FIRA I 21) Cap. 125 f., 128–132; ed. Venafr. (FIRA I 67) 65–69.

[34] Freilich nicht ausschließlich. Zu den zentumviralen Prozessen, *Indra*, Status quaestio (2011) 48–58; zu denen vor dem *iudex unus Indra*, Status quaestio (2011) 62–70; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 277–291.

[35] Lex agr. (FIRA I 8) 37–38; Cic. Verr. II 3,35; *Schmidlin*, SZ 81 (1964) 191–211; *Genovese*, Interventi edittali (1999) 153–159; 306–314.

[36] *actio de homininus armatis coactisve* (Cic. Tull. 7); *interdictum de vi armata* (Cic. Caecin. 23); *actio vi bonorum raptorum* (Ulp. 56 ed. D. 47,8,2 pr.) sowie die Klagen nach dem Edikt *de turba, de incendio, de ruina, de naufragio, de nave expugnata*, zu allen *Schmidlin*, Rekuperatorenverfahren (1963) 45–53.

[37] Ulp. 25 ed. D. 47,12,3,8; *Lozano*, Est. Iglesias III 1487–1496.

[38] Lex Rubr. (FIRA I 69) XXI Z. 21–24; Gai. 4,46.

[39] *Lenel*, EP 377–403.

[40] *Lenel*, EP 26–28, *Schmidlin*, Rekuperatorenverfahren (1963) 97–109.

[41] *Pugliese*, PC II.1 209–215; *Pugliese*, Scr. I 413–419.

[42] *Gagliardi*, Om. Burdese II 381.

[43] *Millar*, in: *Engelmann*, Procedure (1928) 1–81; *Wesener*, HRG IV^2 (1985/90) 56.

[44] *Feenstra*, RHD 31 (1953) 300 f.; *Hoetink*, TR 23 (1955) 16.

[45] Vgl. *Seidl*, Römische Rechtsgeschichte (1971) 162–168; *Kaser/Hackl*, RZ 8–11; 359; *Kaser/Knütel* 429.

[46] *Metzger*, LHR 22 (2004) 261–266; *Wacke*, GS Mayer-Maly 494.

[47] *Chorus*, Lijdelijkheid (1987) 20–28.

[48] Sie ergibt sich schon aus dem Verhandlungsort *in comitio*, *Wenger*, Inst. (1925) 74.

[49] Sen. Med. 199–200; *Wacke*, FS Waldstein 369–399; *Wacke*, SemCompl. 9–10 (1997/98) 357–375; *Coenraad*, Beginsel (2000) 70–90.

keit[50] und mit ihr zusammenhängend[51] die Unmittelbarkeit[52] sowie die freie Beweiswürdigung.[53] Die heutige begriffliche Trennung der Gegensatzpaare Dispositionsmaxime – Offizialmaxime (betreffend die Herrschaft über den Anspruch) einerseits und Verhandlungsmaxime – Untersuchungsmaxime (betreffend die Beschaffung und Verwertung des Prozesstoffes)[54] andererseits lässt sich für das römische Recht nicht strikt durchhalten.[55] Wenn auch in einigen Quellen die Dispositionsmaxime[56] und das Prinzip der formellen Wahrheit[57] klar zum Ausdruck kommt, so ist doch die herrschende Auffassung, wonach der Formularprozess von der Verhandlungsmaxime geprägt war,[58] vereinzelt überhaupt auf Widerspruch gestoßen[59] bzw. jüngst in der Weise eingeschränkt worden, dass in Status-Verfahren (anders als in sonstigen Zivilverfahren) die Ermittlung der materiellen Wahrheit angestrebt worden ist.[60]

I. Zum äußeren Ablauf

1. *Intertium*

In der Periode des Formularprozesses erfolgt die Überleitung zum Verfahren *apud iudicem* durch das sog. *intertium*: Pompeianische Urkunden sprechen davon, dass der Kläger zusammen mit (*cum*) dem jeweiligen Beklagten *intertium sumpsit*,[61] vor allem 7

[50] Sen. apocol. 12,3: *audiet lites*; Macr. Sat. 3,16,16: *iubent dicere, narrant; ait. se audivisse*; Sev. et Ant. C. 3,9,1 (202): *per narrationem*; *Martino*, ED 30 (1980) 586–592; *Kaser/Hackl*, RZ 10. Schriftlich vorliegende Unterlagen werden daher vorgelesen (z. B. Cic. Q. Rosc. 37).

[51] *Wenger*, Inst. (1925) 194; *Metzger*, LHR 22 (2004) 267–272.

[52] Der Mißachtung der Unmittelbarkeit in Strafprozessen unter Pompeius (*aliis audientibus iudicibus, aliis sententiam dicentibus*) begegnete Caesar (Caes. civ. 3,1,4) durch eine *restitutio in integrum*.

[53] *Wenger*, Inst. (1925) 192; *Levy*, Ges. Schr. I 407; *Seidl*, Römische Rechtsgeschichte (1971) 178; *Simon*, Justinianischer Zivilprozess (1969) 149; *Bajory*, St. Pólay, 55 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 363, *Indra*, Status quaestio (2011) 238; *Kaser/Knütel* 453.

[54] Die Herausarbeitung dieser beiden Maximen geht auf *Gönner*, Handbuch I (1804) 176–269 zurück. Vgl. dazu *Bohmsdorf*, Prozessmaximen (1971) 121–156.

[55] Vgl. *Fernández Barreiro*, Estudios (1999) 497–526, demzufolge die Dispositionsmaxime des Formularprozesses im Kognitionsprozess durch die Untersuchungsmaxime abgelöst worden ist. Wie *Böhm*, Ius Commune 7 (1978) 142 beobachtet hat, entspricht das, was *Gönner* unter Verhandlungsmaxime versteht, im modernen Verständnis eher der Dispositionsmaxime.

[56] Iav. II ep. ist D. 10,3,18; Diocl. C. 3,7,1 (a284).

[57] Paul.15 Plaut. D. 42,2,4; Ulp. 27 ed. D. 42,2,5.

[58] *Wenger*, FS Hanausek, 20; *Wenger*, Inst. (1925) 192–193, *Pugliese*, Scr. I 233; *Kaser/Hackl*, RZ 359 Fn. 49; *Cortese*, Om. Burdese I 410. Die vielfach verdächtigte Stelle Ulp. 22 ed. D. 11,1,21 (*interrogare* durch den *iudex*), welche für die Untersuchungsmaxime sprechen könnte, bezieht sich palingenentisch auf die *interrogatio* durch den Prätor (Pal Nr. 664, Lenel, 544) und wird daher auch von *Sturm*, RIDA 9 (1962) 377–381 nicht für seine These reklamiert.

[59] *Sturm*, RIDA 9 (1962) 377–381 unter Berufung auf Suet. Galba 7.

[60] *Wacke*, GS Mayer-Maly, 509–514.

[61] TPN 30 = TPSulp. 33; TPN 31 = TPSulp. 32.

aber die *lex Irnitana* sieht ein *intertium dare* durch den Magistrat[62] und ein *intertium denuntiare* an den *adversarius* und den *iudex* oder *arbiter* vor;[63] ein *intertium denuntiatum* begegnet auch in einem auf Papyrus erhaltenen Ulpian-Fragment.[64] *Intertium* ist als ein (undeklinierbares) Substantiv zu sehen, das sich aus einer vormaligen elliptisch verkürzten Wendung *in diem tertium dare* entwickelt und verselbständigt hat. Es meint nunmehr nach der herrschenden Auffassung (der sog. „Brückentheorie“)[65] den vom Magistrat anberaumten Termin des Verhandlungstages vor dem Richter. Das *intertium* hat nach dieser Sicht die gleiche Funktion wie seinerzeit die *comperendinatio* im Legisaktionenverfahren. Dass dabei – im Festhalten an der ursprünglichen Bedeutung von *intertium* – an drei Tage gedacht war, wird nur mehr von einigen vertreten,[66] doch ist *intertium* nicht wörtlich zu nehmen[67] oder nur als Minimum im Sinn des frühestmöglichen Verhandlungstermins[68] zu verstehen. Der *duumvir* in Irni hatte jedenfalls das (regelmäßig wohl vom Kläger[69]) beantragte *intertium* zu gewähren, wenn der beantragte Tag nicht auf einen Ferialtag fiel; bei Einvernehmen beider Parteien und des Richters auch auf einen Ferialtag, sofern es sich dabei nicht um einen Tag des Kaiserkults handelte.[70]

8 Abweichend von der „Brückentheorie“ sind jene Auffassungen, die im *intertium* der *lex Irnitana* eine Verschiebung des ursprünglich vom Magistrat vorgesehenen Termins[71] oder überhaupt eine Vertagung innerhalb des Abschnitts *in iure*[72] sehen.

9 Auch innerhalb der „Brückentheorie“ ist strittig, ob die zusätzlich angeordnete Publikationsverpflichtung des *duumvir*[73] die durch *datio* fixierten individuellen Termine[74] oder allgemein den Kalender der zulässigen und möglichen Termine[75] betraf; zum

---

[62] Lex Irnit. cap. 90, X A Z. 26–37.

[63] Lex Irnit. cap. 91, X A Z. 42; Z. 48 f.

[64] P. Ant I 22v ver. 25 f. Dazu *Metzger*, SDHI 72 (2006) 111–137; *Metzger*, Outline (1997) 19 f.; *Metzger*, Litigation (2005) 137–148.

[65] *Gonzalez*, JRS 76 (1986) 234; *d'Ors*, SDHI 49 (1983) 40; *d'Ors*, Ley Flavia (1986) 177; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 185 f.; *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 25–29; *Simshäuser*, SZ 107 (1990) 550; *Simshäuser*, SZ 109 (1992) 168–170; *Rodger*, JRS 81 (1991) 74; *Zanon*, SDHI 58 (1992) 318 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 355 f.; *Wolf*, Lex Irnit. 41–75.

[66] *d'Ors*, Ley Flavia (1986) 177; *Gonzalez*, JRS 76 (1986) 234; *Rodger*, ZPE 70 (1987) 176; *Rodger*, JRS 81 (1991) 75–80; *Martini*, SemCompl. 1, 95 f.; *Birks*, ZPE 70 (1987) 176 denkt dabei an *dies utiles*.

[67] *Wolf*, ZPE 77 (1987) 175; *Wolf*, Lex Irnit. 66–69.

[68] *Johnston*, JRS 77 (1987) 75; *Johnston*, ZPE 70 (1987) 175; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 187 f.

[69] *Simshäuser*, SZ 107 (1990) 551; nur an den Kläger denkt *Wolf*, Lex Irnit. 61–63.

[70] Lex Irnit. cap. 90, X A Z. 31–37. Vgl. auch cap. 92, X B Z. 28–31.

[71] *Johnston*, JRS 77 (1987) 70–74.

[72] *Metzger*, Outline (1997) 39; *Metzger*, Litigation (2005) 111–114.

[73] Lex Irnit. cap. 90, X A Z. 29–31.

[74] *d'Ors*, Ley Flavia (1986) 177; *Simshäuser*, SZ 107 (1990) 550; *Simshäuser*, SZ 109 (1992) 196; *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 26; *Kaser/Hackl*, RZ 355 f.; *Hackl*, SZ 116 (1999) 385.

[75] *Crawford*, ZPE 70 (1987) 178; *Zanon*, SDHI 58 (1992) 319 f.; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 187; *Burdese*, SDHI 57 (1991) 450.

Teil wird die *proscriptio* auch als Klarstellung gesehen, welcher konkrete Tag gemeint ist, wenn der Magistrat an einem bestimmten Amtstag *intertium do* sagt.[76] Gänzlich anders ist die Auffassung, wonach die *proscriptio* nur auf die bestehende Verpflichtung des Magistrats hinzuweisen hat.[77] Jedenfalls führte die Verweigerung der *datio* oder die Unterlassung der *proscriptio* für jeden davon betroffenen Tag zu einer fixen Geldbuße für den *duumvir*, die durch Popularklage zugunsten der Gemeinde Irni hereingebracht wurde.[78] Die in cap. 91 angeordnete *denuntiatio* des *intertium* hatte *biduo proximo*[79] zu erfolgen: Die nur vereinzelt vertretene These, die *denuntiatio* gehe der *datio* voraus, sieht im *biduum proximum* die dem geplanten Antrag vorausgehenden zwei Tage;[80] aber auch die h. M., wonach die *denuntiatio* der *datio* nachfolgt, ist sich wegen der Doppeldeutigkeit von *proximus* uneinig, ob mit dem *biduum proximum* ein Zeitraum nach der erfolgten *datio*[81] oder ein (Mindest-)/Zeitraum vor dem geplanten Verhandlungstag[82] angesprochen ist.

2. Gliederung

Die in den Zwölftafeln vorgesehene *causae coniectio*[83] als vorherige Information des Richters (*quasi per indicem narrare*) über den Streitfall[84] ist außer Übung geraten.[85] Bei der mündlichen Verhandlung erhält zunächst die klagende, dann die beklagte Partei die Gelegenheit zu einer *oratio continua*, worin das eigentliche Betätigungsfeld der *patroni* liegt. Die sechs *partes* der Rede sind das *exordium* als stimmungsmachende Einleitung, die *narratio* als Schilderung der *res gestae*, die *partitio (divisio)* als Darlegung des Streitstandes, die *confirmatio* als Präsentation der eigenen, die *confutatio (reprehensio)* als Widerlegung der gegnerischen Argumente und die *conclusio*.[86] Während urkundlich 10

[76] So *Rodger*, ZPE 70 (1987) 178; *Rodger*, JRS 81 (1991) 83 f. Dem folgt auch (freilich modifiziert für seine These von der Vertagung *in iure*) *Metzger*, Outline (1997) 52 f.; *Metzger*, Litigation (2005) 134 f.

[77] *Wolf*, Lex Irnit. 55; *Johnston*, JRS 77 (1987) 71 kann sich darüber hinaus auch eine Kundmachung allfälliger Gründe vorstellen.

[78] Lex Irnit. cap. 90, X A Z. 37–42.

[79] Lex Irnit. cap. 91, X A Z. 49.

[80] *Johnston*, ZPE 70 (1987) 179; *Johnston*, JRS 77 (1987) 72, 77.

[81] *d'Ors*, SDHI 49 (1983) 42; *d'Ors*, Ley Flavia (1986) 179; *Simshäuser*, RHD 67 (1989) 629–635; *Simshäuser*, SZ 107 (1990) 553; *Simshäuser*, SZ 109 (1992) 168; *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 28; *Rodger*, JRS 81 (1991) 86; *Wolf*, Lex Irnit. 64 f.; anders noch *Wolf*, ZPE (1987) 179.

[82] *Birks*, ZPE 70 (1987) 180; *Burdese*, SDHI 57 (1991) 451; *Zanon*, SDHI 58 (1992) 321; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 190; (vgl auch die Übersetzung auf S. 363: „di notificare l'intertium…. nei due giorni precedenti"); *Kaser/Hackl*, RZ 356.

[83] XII T. 1,7.

[84] Gai. 4,15. Vgl. auch Paul. 16 Plaut. D. 50,17,1. Anders *Behrends*, SZ 92 (1975) 162–185, der sie ins Verfahren *in iure* verlegt und die beiden Texte als unter dem späteren Einfluss der Rhetorik verfälscht ansieht.

[85] *Wlassak*, RE IV 882–883; *Steinwenter*, SZ 65 (1947) 91; *Kaser/Hackl*, RZ 357.

[86] Cic. part. 4; Cic. inv. 1,19; Rhet. Herr. 1,3,4; ähnlich der *ordo iudicialium causarum* bei

vorliegende Beweismittel auch innerhalb der Rede vorgelesen werden,[87] erfolgt die Vorführung und Befragung von Zeugen zumeist erst nach der Rede.[88] Überhaupt haben die *patroni* die an die *oratio* anschließende Beweisvorführung und die *altercatio* als Wechselrede[89] zwischen den Parteien häufig nicht selbst wahrgenommen, sondern anderen *advocati* überlassen,[90] weil diese Phase weniger öffentlichkeitswirksam war als die eigentliche *actio*.[91]

3. *Diffissio*

a. Begriffliches

11 Funktional fällt darunter sowohl die Verschiebung der noch gar nicht begonnenen Verhandlung als auch die Vertagung der laufenden Verhandlung.[92] Zu unterscheiden ist dabei zwischen den gesetzlichen und den richterlichen *diffissiones*.[93] Der Ausdruck *diffissio* umschreibt zwar primär den Aspekt der Unterbrechung der Verhandlung und nicht per se, sondern nur „di riflesso“[94] die Anberaumung eines neuen Termins, doch vor allem in den späteren Quellen ist mit dem Ausdruck auch der Aspekt der Vertagung verbunden.[95]

12 In den Zwölftafeln wird der Sonnenuntergang als *suprema tempestas*[96] festgelegt: Die h. L. versteht diesen Ausdruck als letztmöglichen „Zeitpunkt“ für die Urteilsfällung: Um der damit verbundenen gesetzlichen Vorgabe der Prozessbeendigung an einem Tag[97] zu entsprechen, musste dieser bei erforderlicher Vertagung fiktiv „zerspalten“ (und konnte so im Ergebnis auf mehrere Kalendertage aufgeteilt) werden.[98] Demgegenüber hat Metzger *suprema tempestas* als „letzte Tageszeit“ verstanden und die Vor-

---

Quint. inst. 4 pr,6. *Martin*, Rhetorik (1974) 52–166; *Fuhrmann*, Antike Rhetorik (2011) 81–96; *Masi Doria*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 29; Zur Gliederung von Ciceros Quictiana vgl. *Platschek*, Quinctius (2005) 10.

[87] zB. Cic. S. Rosc. 37; 43.

[88] zB. Cic. Quinct. 58; 75.

[89] *Martin*, Rhetorik (1974) 137–138.

[90] *Crook*, Legal Advocacy (1995) 129. Zum Verhältnis *patroni-advocati Lehne*, SZ 131 (2014) 243–255.

[91] Quint. inst. 6,4,6.

[92] Vgl. auch *Paricio*, Administración (1987) 102; 109.

[93] *Zanon*, SDHI 58 (1992) 317 Fn. 38; *Mantovani*, St. Talamanca V 250, 254; *Wolf*, Lex Irnit. 77.

[94] *Lanza*, BIDR 90 (1987) 469.

[95] *Metzger*, Outline (1997) 137 f.

[96] XII T. 1,9.

[97] *Keller/Wach*, Civilprozess (1883) 336 f.; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß I (1864) 183–184; *Wenger*, Inst. 194; *Greenidge*, Legal Procedure (1970) 271; *Nicosia*, Processo II (1984) 117 f.; *Metro*, Ess. Winkel II, 639. In diesem Sinne werden auch Cic. Quinct. 33; 34; 71; Cic. Tull. 6 und Tac. dial. 19,5 verstanden.

[98] *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 95; Nach *Wolf*, Lex Irnit. 76 f. geht der Gedanke der Teilung des Unteilbaren schon auf die pontifikale Jurisprudenz oder eine augurale Disziplin zurück.

schrift als bloßes Verbot einer Fortführung der Verhandlung in die Nacht gesehen,[99] darin aber keine Beschränkung des Prozesses auf einen Tag erblickt, weswegen eine „chronological division" auf keine Schwierigkeiten stoße.[100]

b. Gesetzliche *diffissio*

Schon die Zwölftafeln[101] nennen als Gründe für eine *diffissio* den *morbus sonticus*[102] und einen Prozesstermin mit einem Ausländer (*status dies cum hoste*),[103] wovon entweder eine der Streitparteien oder der *iudex* bzw. *arbiter* betroffen ist.[104] Die in lex Urson. cap. 95 genannten sieben Entschuldigungsgründe (*morbus sonticus, vadimonium, iudicium, sacrificium, funus familiare, feriae denicales* sowie Abwesenheit *propter potestatem magistratus populi Romani*) beziehen sich auf den *duumvir* oder einen *privatus*, der ein rekuperatorisches Multverfahren angestrengt hat;[105] aus ihnen kann aber nicht auf eine generelle Erweiterung der gesetzlichen Vertagungsgründe geschlossen werden.[106] Umstritten ist, ob die *lex Iulia* alle einzelnen Gründe aufgezählt hat[107] oder nicht.[108] Die gesetzlichen Gründe werden häufig schon zu Beginn der Verhandlung vorliegen, können aber auch noch – wie z. B. ein Fieber, das eine Partei zum *discedere* veranlasst[109] – während dieser eintreten. Sie führen *ipso iure* zur *diffissio*. Bei einer solchen *diffissio* konnte die Festlegung eines neuen Termins vor allem dann, wenn der *iudex* entschuldigtermaßen[110] nicht erschienen war, wohl nur vom Magistrat vorgenommen werden.[111] Das wird auch für alle anderen Vertagungsgründe vertreten.[112] **13**

[99] *Metzger*, Outline (1997) 108–122, zustimmend *Hackl*, SZ 116 (1999) 387. Dagegen freilich *Wolf*, Lex Irnit. 91–93.

[100] *Metzger*, Outline (1997) 123–128; zustimmend *Lintott*, JRS 89 (1999) 236.

[101] XII T. 2,2. Dazu *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 72–76; *Albanese*, Scr. III 422–444.

[102] Das ist ein *morbus*, der *cuique rei nocet* (Iav. 14 Cass. D. 50,16,113) bzw. *perpetuo noceat* (Fest. p. 99 L. Vgl. auch Fest. p. 372 L; p. 464 L; Gell. 20,1,27; *Lanza*, BIDR 90 (1987) 476–482.

[103] Plaut. Curc. 5; Varro, ling. 5,3; Cic. off. 1,37.

[104] Fest. p. 336 L; Ulp. 74 ed. D. 2,11,2,3; *Lanza*, BIDR 90 (1987) 467–472.

[105] *Mommsen*, Ges. Schriften I, 232–234; *d'Ors*, Epigrafia (1953) 218–224; *Schmidlin*, Rekuperatorenverfahren (1963) 94; *Venturini*, MEP I,1 (1998) 86–87; *Wolf*, Lex Irnit. 166 f.

[106] *Kaser/Hackl*, RZ 116 und Fn. 13; *Metzger*, Outline (1997) 100.

[107] *Kaser/Hackl*, RZ 357.

[108] *Metzger*, Outline (1997) 99; *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 215.

[109] Iul. 5 dig. D. 42,1,60.

[110] Zum (unentschuldbaren) „Absentismus" der Richter vgl. Macr. Sat. 3,16,15; dazu *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 58 Fn. 150 und 93 f.; *Lamberti*, Labeo 36 (1990) 234–236; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 219 Fn. 64; *Burdese*, Misc. 80 f.; 103; *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 194 Fn. 29; *Scevola*, Responsabilità (2004) 175–182.

[111] Vgl. *Zanon*, SDHI 58 (1992) 318.

[112] *Kaser/Hackl*, RZ 357.

c. Richterliche *diffissio*

14 Anders als die *ex lege* eintretenden *diffissi*o, die durch äußere Faktoren ausgelöst wird, ist die auf richterlichem *iussum* beruhende *diffissio* durch den Prozessverlauf bestimmt, weil etwa die Komplexität der Materie und die damit zusammenhängenden Parteienvorträge mehr Zeit erfordern oder der Richter die Sache noch nicht für entscheidungsreif hält, wie dies Gellius getan hat, um vor der Entscheidung Rat bei Favorinus einzuholen.[113] Da sie Teil seines *officium* ist,[114] obliegt die Anberaumung eines neuen Termins dem *iudex*[115] ohne Einschaltung des Magistrats.[116]

d. Abwicklung

15 Cap. 91 der *lex Irnitana*, das generell fiktiv auf die in Rom geltende Regelung[117] verweist, unterscheidet dabei zwei Regelungsgegenstände, nämlich einerseits das *diem diffindere*, andererseits die erfolgte Vertagung und den darüber abzulegenden Eid: *…diem diffindendi, dies diffis*[*os*] *iurandi, antequam iudicent, ….*[118] Die Interpretation dieser – auch in anderen Passagen des cap. 91 hervortretenden – Gegenüberstellung ist umstritten: Differenzierende Ansätze gehen von einem Gegensatz von freiwilliger und auf gesetzliche Gründe gestützter,[119] bzw. von antizipierter und retrospektiver (so vor allem bei unvorhergesehener Abwesenheit)[120] *diffissio* aus. Gegen die Auffassung, dass der Eid schon bei der *diffissio* zu leisten ist, wobei der *iudex* promissorisch das Wiedererscheinen und die Urteilsfällung zusagt,[121] spricht die perfektische Fassung und die Verbindung mit dem *antequam iudicent*, welche den Beginn der wiederaufgenommen Verhandlung als Abgabezeitpunkt nahelegt:[122] Dabei wird die Funktion des Eides auch darin gesehen, dass damit die Identität und Kontinuität des wieder aufgenommenen Verfahrens – und zwar sowohl bei einer gesetzlichen als auch bei einer richterlichen *diffissio*[123] – gewahrt wird.[124] Obwohl als Eidesthema nur die Tatsache *dies diffissos*, nicht aber die *causae* erwähnt sind,[125] wird vielfach angenommen, dass der *iudex* im

---

[113] Gell. 14,2,11.

[114] *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 40; *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 214.

[115] *Lamberti*, Labeo 36 (1990) 233–234; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 195; *Burdese*, SDHI 57 (1991) 452; *Zanon*, SDHI 58 (1992) 317 Fn. 38; *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 214; *Wolf*, Lex Irnit. 89–95.

[116] Für eine Befassung des Magistrats hingegen *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 36; *Kaser/Hackl*, RZ 357; *Hackl*, SZ 116 (1999) 399. Vgl. auch Schol. Hor. Sat. 2,1,79.

[117] X B Z. 3 f.; X B Z. 18 f.; *Wolf*, Lex Irnit. 81–85; *Fargnoli*, IURA 60 (2012) 245–268.

[118] X B Z. 14.

[119] *Gonzalez*, JRS 76 (1986) 235.

[120] *Metzger*, Outline (1997) 144.

[121] *Lamberti*, Labeo 36 (1990) 254; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 194.

[122] *Burdese*, Misc. (1994) 108 f.; *Wolf*, Lex Irnit. 87.

[123] Einschränkend *Zanon*, SDHI 58 (1992) 317 Fn. 38, welche den Eid nur der richterlichen *diffissio* zuordnet.

[124] *Wolf*, Lex Irnit. 93 f.; 96 f.

[125] Vgl. *Mantovani*, St. Talamanca V 262.

Rahmen des Eides auch deren Vorliegen zu beschwören hatte:[126] Vorgesehen war eine Vertagung *ex* [*h*]*isdem causis*[127] wie in Rom im Bürgerprozess.[128] Eine abweichende Auffassung[129] versteht durch eine andere Interpunktion und Lesung der Passage[130] die erfolgte Vertagung nicht als Eidesthema, sondern (wie die vorigen und nachfolgenden Passagen) als Hinweis auf den Regelungsgegenstand.

Hatte der *iudex* weder ein Urteil gesprochen noch eine *diffissio* vorgenommen, wo- **16**
durch die Sache aufhörte *in iudicio esse*, so hatte das zur Folge *uti lis iudici arbitrove damni sit.*[131] Auch Pomponius[132] qualifiziert ein solches Verhalten – *q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue) sententiam dixit* – als *litem suam fecisse*[133] des Richters.[134]

4. *Mors litis* und Befristung

Nach der *lex Iulia iudiciorum privatorum* erlöschen („*expirant*") die *iudicia legitima* nach **17**
18 Monaten (*mors litis*),[135] wodurch die bisher nicht entschiedene Sache aufhörte *in*

[126] *D'Ors*, SDHI 49 (1983) 45, *d'Ors*, Ley Flavia (1986) 179; *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 40; *Paricio*, Administración (1987) 112; vorsichtiger *Rodger*, JRS 81 (1991) 87; *Nörr*, HIA III 2167 Fn. 60.

[127] X B Z. 14.

[128] *Johnston*, JRS 77 (1987) 62 f. und *Metzger*, Outline (1997) 99 f. sehen dies als Verweis auf die *lex Iulia*, welche vermutlich die Gründe der Zwölftafel-Norm übernommen und möglicherweise erweitert hat – *Kaser/Hackl*, RZ 357; *Wolf*, Lex Irnit. 96.

[129] *Mantovani*, St. Talamanca V 264–271.

[130] *Mantovani*, St. Talamanca V 271: … *diem diffindendi, die*[*i*] *diffisi, iurandi antequam iudicent*, … Den Eid identifiziert *Mantovani*, St. Talmanaca V 265–267 mit dem noch in Iust. C. 3,1,14 pr. (a.530) erwähnten Amtseid des Richters.

[131] Lex Irnit. cap. 90, X A Z. 52 f.; cap. 91, X B Z. 16 f.; *Comez-Iglesias*, SDHI 72 (2006) 465–505.

[132] P.Ant. Ir col. 2 5–10 hat einen konkreten Fall im Auge (Z. 5–7): *si falso t*(*utore*) *a*(*uctore*) *m*(*inus*) *fuerit difis*⟨*s*⟩*us dies.* Der Ersteditor *Roberts*, P. Antin. 50 liest *m*(*ale*), ihm folgen *Arangio-Ruiz*, Iura 2 (1951) 344; *Kelly*, Litigation (1966) 107; *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 92; *MacCormick*, Ess. Beinart II 154; *d'Ors*, SDHI 48 (1982) 373–374; *De Koninck*, Ess. Spruit 82, *Scevola*, Responsabilità (2004) 225 (vgl. auch 233–236); *Rampazzo*, Sententiam dicere (2012) 144 und *Comez-Igelesias*, SDHI 72 (2006) 477. Die Lesung *m*(*inus*) geht auf *Gimenez-Candela*, Est. d'Ors I 561–565 zurück; vgl. auch *Gimenez*, Cuasidelitos (1990) 41; 45; ihr folgen *Lamberti*, Labeo 36 (1990) 233; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 194; *Burdese*, Miscellanea (1994) 81 Fn. 17; 85; *Metzger*, Outline (1997) 137; *Wolf*, Lex Irnit. 90 und *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 31; offen gelassen bei *Mantovani*, St. Talamanca V 255 f.

[133] P.Ant. Ir col. 2 8–10.

[134] Dazu *d'Ors*, SDHI 48 (1982) 374–377; *d'Ors*, SDHI 49 (1983) 45 f.; *Birks*, TR 52 (1984) 374; *Johnston*, JRS 77 (1987) 75 Fn. 69; *Lamberti*, Labeo 36 (1990) 228–236; 253 f.; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 194 f.; *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 39; *Simshäuser*, SZ 109 (1992) 177; *Zanon*, SDHI 58 (1992) 317 Fn. 38 [318]; *Burdese*, Miscellanea (1994) 85; *Kaser/Hackl*, RZ 196 Fn. 38; *Metzger*, Outline (1997) 153; *Mantovani*, St. Talamanca V 256 f.; *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 214 f.; *De Koninck*, Ess. Spruit, 82 f.; *Scevola*, Responsabilità (2004) 230–240; *Giusto*, SDHI 71 (2005) 459–461.

[135] Gai. 4,104; Tac. ann. 6,16; Ulp. 66 ed. D. 42,8,3,1; Paul. 71 ed. D. 46,7,2; Vgl. auch Paul. 22 ed. D. 9,2,30,1 („*quod litem tempore amisit*").

iudicio zu sein.[136] Strittig ist, ob die augusteische Maßnahme im Vergleich zur zuvor bestehenden Rechtslage als erstmalige Beschränkung einer ursprünglich unbegrenzten Verfahrensdauer[137] oder als Verlängerung[138] der zuvor bestehenden generellen Bindung an die einjährige Amtsfrist des Magistrats zu sehen ist, wie sie auch weiterhin für die *iudicia imperio continentia* besteht.[139]

18 Nach der h. L. blieb trotz des Erlöschens des *iudicium* die (zivil- oder honorarrechtlich) endgültig präkludierende Wirkung der *litis contestatio* aufrecht,[140] der dadurch benachteiligte Kläger erlangte jedoch einen Ersatzanspruch gegen den verschleppenden Beklagten[141] oder *iudex*,[142] ebenso wurden auch davon betroffene Dritte geschützt.[143] Die Gegenansicht schließt eine spätere erneute Klageführung nicht aus[144] bzw. nimmt die Möglichkeit eines erneuten *iussum iudicandi* durch den Amtsnachfolger[145] an.

19 Die 18-Monatsfrist der *iudicia legitima* beginnt ab der *litis contestatio*[146] zu laufen und erreicht, da sie die Amtszeit des Magistrats überdauert, stets die volle Länge. Bei den *iudicia imperio continentia* hingegen verkürzt sich die für das Verfahren *apud iudicem* offene Frist, je näher das Amtsende des Magistrats rückt. Daher häuften sich zu Beginn des Amtsjahres (*qui lites incohet annus totius populi*)[147] die Prozesse.[148] Freilich ist bei der Interpretation dieser Passage im Einzelnen noch strittig, ob sie sich auf den Amtsantritt[149] oder auf die periodische Festlegung des *actus rerum*[150] bzw. die Loser-

---

[136] Lex Irnit. cap. 91, X B Z. 2 f.; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 196–199; *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 185–196.

[137] *Keller*, Litis Contestation /1827) 133; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 177 f.; *Wlassak*, Processgesetze I (1888) 49 f.; *Tuor*, Mors litis (1906) 13; *Wenger*, Inst. (1925) 168; *Biscardi*, Processo (1967) 201–203; *Grosso*, St. Segni II, 496; *Kaser*, Ausgew. Schr. II, 474; *Kaser*, RE XVI 1, 316; *Balzarini*, St. Volterra III, 474; *Martini*, SemCompl I 98; *Nicosia*, Scr. II 428. Gegen eine zuvor unbegrenzte Verfahrensdauer *Metro*, Ess. Winkel II 640 f.

[138] So *Bonifacio*, St. Arangio Ruiz II, 216 f.; *Bonifacio*, AG 142 (1952) 48; *Kaser/Hackl*, RZ 352 Fn. 22; *Rüfner*, EAH 4594.

[139] Gai. 4,105; vgl. auch Gai. 4,100.

[140] So *Keller*, Litis Contestation (1827) 133; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 177; *Eisele*, Civillprozess (1889) 37–41; *Tuor*, Mors litis (1906) 23–35; *Guarneri-Citati*, BIDR 34 (1925) 163–184; *Lenel*, SZ 45 (1925) 30–32; *Amelotti*, Prescrizione (1958) 5 f.; *Burdese*, Miscellanea (1994) 83; *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 187–193.

[141] Trebatius bei Paul. 11 ed. D. 4,3,18,4 (*actio de dolo*); *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 149–153; *Metro*, Ess. Winkel II 643.

[142] Lex Irnit. cap. 91 X A Z. 51–53; cap. 92, X B Z. 15–17; P.Ant. I.22r col. 2, 5–11.

[143] Ulp. 66 ed. D. 42,8,3,1; Paul. 22 ed. D. 9,2,30,1.

[144] *Cogliolo*, Trattato (1883) 28–34; *Beseler*, Kritik IV (1920) 1–4.

[145] *Bonifacio*, AG 142 (1952) 51–54; *Guarino*, Diritto privato[12] (2001) 222; *Kaser/Hackl*, RZ 352 Fn. 24; 353 Fn. 28; *Lamberti*, Labeo 36 (1990) 262 Fn. 183; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 198.

[146] *Wlassak*, Processgesetze II (1889) 28–32; *Kaser*, RE XVI 316; *Amelotti*, Prescrizione (1958) 5.

[147] Iuv. 16,42; Serv. Aen. 2,102.

[148] *Keller*, Litis Contestation (1827) 135–138; *Wenger*, Inst. (1925) 168; *Kaser/Hackl*, RZ 353 Fn. 26.

[149] *Keller*, Litis Contestation (1827) 136; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 174.

[150] *Hartmann/Ubbelohde*, Ordo (1886) 383–384.

mittlung der Richter[151] bezieht; eine in neuerer Zeit vertretene These ordnet die Äußerung überhaupt nicht dem Zivil-, sondern dem Strafprozess zu.[152]

Der Prätor konnte dem *iudex* eine kürzere Frist für die Urteilsfällung vorgeben,[153] die einem solchen *iudex ad tempus datus* gesetzte Frist konnte mit Einverständnis der Parteien prorogiert werden. **20**

5. *Translatio iudicii*

Zur *translatio iudicii* führt ein Personenwechsel bei einer Prozesspartei nach[154] der *litis contestatio*. **21**

Die im Edikt geregelte kognitorische Translation[155] kann die Kläger- oder die Beklagtenseite betreffen.[156] Während der Beklagte vor der *litis contestatio* frei ist, den eingesetzten *cognitor* auszuwechseln oder selbst den Prozess auf sich zu nehmen,[157] kann danach ein solcher Schritt nur nach prätorischer *causae cognitio* erfolgen,[158] dies auch auf *postulatio* des bisherigen *cognitor*.[159] Dabei ist darauf zu achten, dass durch die persönlichen Verhältnisse des neu eintretenden *cognitor* (z. B. *aetas*,[160] Fälle fehlender oder erschwerter Erreichbarkeit[161] oder anderweitiger Verhinderungen,[162] Nähebeziehung zum Gegner[163]) für den Kläger die Prozessführung nicht schwieriger wird. Grundsätzlich ist jedoch das Begehren des *reus* zu berücksichtigen (*audiri debet*), der seinerseits eine *cautio iudicatum solvi* zu leisten hat;[164] ausgeschlossen ist eine bloß teilweise *translatio*.[165] Auch bei der klägerseitigen Translation, die uns ebenfalls in allen **22**

[151] *Behrends*, Geschworenenverfassung (1970) 35–42; dagegen freilich *Eder*, Gnomon 46 (1974) 583; *Raber*, SZ 92 (1975) 374; *Kupisch*, FS Kaser (1976) 494.

[152] *Fargnoli*, Lib. Am. Krampe 105–109.

[153] Vgl. zur *extraordinaria cognitio* Ulp. 1 off. cons. D. 5,1,32 und Gell. 12,13,6; 12,13,12.

[154] Im Zusammenhang mit der *alienatio iudicii mutandi causa*, die vor dem Prozess erfolgt, sprechen die Quellen zwar auch von *litem ad* (*in*) *alium transferre* (Ulp. 3 ed. D. 4,7,4,1,3; vgl. Ulp. 5 op. D. 4,7,11: *litem in militem transtulisse*), doch ist dies keine *translatio iudicii* in dem hier zu besprechenden Sinn.

[155] Frg. Vat. 341. *Koschaker*, Translatio (1905) 40–53; 72–99; *Duquesne*, Translatio (1910) 123–131; *Bonifacio*, Translatio (1956) 79–81; *Marrone*, Scr. Amirante 210 f.

[156] So auch der Aufbau des dazugehörigen Ulpian-Traktats, welches das Kernstück der langen Textkatene D. 3,3,17–27 bildet. Palingenetisch bezieht sich dieser auf den *cognitor*, der von den Kompilatoren durch den *procurator* ersetzt worden ist: *Lenel*, Pal. II 449 f.

[157] Paul. 8 ed. D. 3,3,16.

[158] Ulp. 9 ed. D. 3,3,17 pr.

[159] Paul. 8 ed. D. 3,3,24.

[160] Ulp. 9 ed. D. 3,3,17,2.

[161] Mod. 5 pand. D. 3,3,18 (*religionis beneficium*).

[162] Ulp. 9 ed. D. 3,3,19 (*in vinculis*, *in potestate hostium*); Paul. 8 ed. D. 3,3,20.

[163] Paul. 8 ed. D. 3,3,22.

[164] Gai. 3 ed. prov. D. 3,3,46 pr.

[165] Ulp. 9 ed. D. 3,3,27 pr.

denkbaren Varianten (vom *dominus* auf den *cognitor*; vom bisherigen *cognitor* auf einen anderen oder zurück auf den *dominus*)[166] begegnet, hat der Prätor hinsichtlich eines neuen *cognitor* allfällige in dessen Person liegende Gegengründe zu berücksichtigen;[167] die – uns nicht im einzelnen überlieferten – Gründe für eine *mutatio* des *cognitor* werden auch beim *actor universitatis* herangezogen.[168]

23 Auch die nicht-ediktale prokuratorische Translation[169] begegnet in den Quellen als bestehendes Rechtsinstitut: Klägerseitig führt die spätere Übernahme des Prozesses durch den *dominus* zur Befreiung des *procurator* von der Haftung aus der *cautio de rato*,[170] beklagtenseitig zur Freigabe der Sicherheiten aus der *cautio iudicatum solvi*.[171] Ein Anspruch des durch Mandat eingesetzten Prozessprokurators auf *translatio* auf den Mandanten besteht *sine causa* jedoch nicht.[172] Der umgekehrten Richtung zuzuordnen sind jene Konstellationen, in denen mehrere zunächst gemeinsam Beklagte *unum dederint, in quem iudicium transferetur*[173] bzw. *in quem omnium nomine iudicium agatur*.[174]

24 Während die Fälle der kognitorischen und prokuratorischen Translation auf die Initiative eines der Beteiligten zurückgehen, ergibt sich in anderen Bereichen die *translatio* durch ein von außen kommendes Ereignis: Dazu zählt in erster Linie der Tod einer Prozesspartei: Der generalisierenden Aussage *ex omnibus causis lites contestatas et in heredem similesque personas transire*[175] wird bezüglich einer *translatio* auf Beklagtenseite in Entscheidungen zur *actio tutelae*,[176] *actio pigneraticia in personam*[177] oder *actio furti*[178] Rechnung getragen. Ein gegen den *filiusfamilias* begonnener Prozess wird nach dessen Tod gegen den *pater* nur mit der Beschränkung *de peculio vel in rem verso* fortgeführt.[179] Auch wenn der aus einem Sklavendelikt noxal Beklagte stirbt und den

---

[166] Neraz, Julian und Marcellus bei Ulp. 9 ed. D. 3,3,27,1 mit Erörterung der Auswirkungen auf den Verfall der *cautio iudicatum solvi*.

[167] Ulp. 9 ed. D. 3,3,25.

[168] Paul. 9 ed. D. 3,4,6,3.

[169] *Koschaker*, Translatio (1905) 53–71; *Duquesne*, Translatio (1910) 131–137; *Bonifacio*, Translatio (1956) 96–102.

[170] Scaev. 5 resp. D. 46,8,5.

[171] Pap. 11 resp. D. 20,6,1,2.

[172] Paul. 5 Plaut. D. 17,1,45,1.

[173] Paul. 8 ed. D. 3,3,42,7 (Mitbürgen, welche *post litem contestatam* die *defensio* des *reus latitans* übernommen haben).

[174] Paul. 12 Sab. D. 10,2,48 (Während der Teilungsklage stirbt einer der *litigatores*).

[175] Call. 1 ed. mon. D. 44,7,59. Vgl. auch Iav. 15 Cass. D. 5,1,34. Zum Spannungsverhältnis zwischen der *ipso iure* eintretenden erbrechtlichen Sukzession und der prozessualen *translatio Koschaker*, Translatio (1905) 239–305 (mit der Annahme eines deklarativen Translationsvertrags *sui generis*, 254); kritisch dazu *Duquesne*, Translatio (1910) 166–193; *Bonifacio*, Translatio (1956) 55–58.

[176] Paul. 9 resp. D. 27,7,8,1; Gord. C. 5,53,4,1 (a.238).

[177] Scaev. 21 dig. D. 36,1,80,15.

[178] Ulp. 6 ed. D. 3,2,6,2 (*heres furti*).

[179] Ulp. 41 Sab. D. 5,1,57. Ähnlich wird aus einer gegen den *filius* erfolgten *condemnatio* die *actio*

Täter testamentarisch freigelassen und als Erben eingesetzt hat, findet sich eine *translatio* auf diesen,[180] eine vergleichbare, zur *translatio* führende Situation findet sich im Zusammenhang mit der *cautio pro praede litis et vindiciarum*, wenn der streitgegenständliche Sklave (als *res litigiosa*) während des Prozesses Erbe des Beklagten geworden ist.[181] Klägerseitig wird bei der *actio operarum* eine *translatio iudicii* nur einem *filius*, nicht aber einem *heres extraneus* des Patrons gewährt.[182] Bezeugt ist auch die Fortsetzung einer *querela inofficiosi testamenti* durch den Erben oder Adrogierenden des Anfechtenden.[183]

Schließlich kommt es bei Noxalprozessen zur *translatio iudicii* vom Beklagten auf **25**
den Täter, wenn in einem gleichzeitig geführten Statusprozess auf dessen Freiheit erkannt wird[184] oder im Fall eines *statuliber* die Bedingung eintritt.[185] Eine *translatio* auf der Klägerseite findet sich bei der *actio iniuriarum*, wenn der zunächst *nomine filii* klagende *pater* wegen Abwesenheit oder Nachlässigkeit bzw. bei *emancipatio* durch den *filius* ersetzt wird.[186]

Im Ablauf hat der Prätor nach *causae cognitio* zu entscheiden, ob er die *translatio* **26**
iudicii gewährt[187] oder nicht.[188] Dass es einer neuerlichen *litis contestatio* bedarf,[189] entspricht zunächst einmal jener Auffassung, die eine Verschiedenheit von *iudicum transferendum* und *iudicium translatum* sieht:[190] Aber auch die Vertreter der vorherrschend[191] gewordenen Einheitstheorie gehen von einer neuerlichen *litis contestatio* aus,[192] die funktional freilich hinter der ursprünglichen *litis contestatio* insofern zurück-

---

iudicati gegen den *pater* auch nur mit dieser Beschränkung gewährt: Papinian und Marcellus bei Ulp. 29 ed. D. 15,1,3,11; Ulp. 41 Sab. D. 9,4,35. Vgl. *Bonifacio*, Translatio (1956) 115–116.

[180] Paul. 5 ed. D. 3,2,14.

[181] Ulp. 77 ed. D. 46,1,33; *Koschaker*, Translatio (1905) 293–305; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 231–233.

[182] Ulp. 64 ed. D. 38,1,29.

[183] Tryph. 17 disp. D. 5,2,22,2,3.

[184] Mela bei Paul. 51 ed. D. 40,12,24,4; anders freilich Ulp. 37 ed. D. 9,4,42 pr. (*iudicium inutile videtur*).

[185] Gai. 6 ed. prov. D. 9,4,15; anders freilich Julian bei Afr. 8 quaest. D. 47,2,62,9; Ulp. 18 ed. D. 9,1,14,1 (*absolutio* des Beklagten). *d'Ors*, Lib. Am. Miquel 737–747; *Pennitz*, FS Knütel 864 f.; 876 f.

[186] Ulp. 57 ed. D. 47,10,17,14.

[187] Vgl. Gai. 6 ed. prov. D. 9,4,15: *Praetor decernere debet … translationem iudicii fieri.*

[188] Vgl. Scaev. 21 dig. 36,1,80,15: *translationem … non esse dandam.*

[189] Die Frage, ob eine neuerliche *litis contestatio* erforderlich ist, hat zentrale Bedeutung: Vgl. *Kaser*, RE VI A 2161; *Broggini*, Coniectanea (1966) 232; gegen eine neuerliche *litis contestatio Kaser/Hackl*, RZ 354.

[190] *Eisele*, SZ 2 (1888) 138–140.

[191] *Koschaker*, Translatio (1905) 53–99 differenziert noch zwischen der prokuratorischen Translation, bei welcher das alte *iudicium* durch *restitutio in integrum* beseitigt und ein neues durch *litis contestatio* begründet wird, und der identitätswahrenden kognitorischen Translation ohne neuerliche *litis contestatio*.

[192] *Wlassak*, Cognitur (1893) 41; *Duquesne*, Translatio (1910) 121–123.

bleibt, als sie nur die von den Parteien akkordierte Anpassung der Formel an die personelle Änderung bewirkt, ohne den Streitgegenstand selbst zu ändern.[193]

6. *Mutatio iudicis*

27 Eine *mutatio iudicis* durch prätorisches Dekret ist erforderlich, wenn der bisherige *iudex* stirbt,[194] einen *morbus sonticus* erleidet[195] oder wenn durch sonstige persönliche Umstände (Krankheit, *necessaria profectio*, *periculum rei suae familiaris*) eine allzu lange Verzögerung eintreten würde,[196] bei einem ex post auftretenden Exkusationsgrund allerdings nur dann, wenn dies zu keiner *captio* einer der Parteien führt,[197] ferner beim *iurare sibi non liquere* (→ Rn. 62). Zumindest im Fall des Todes muss auch dem *iudex subditus*[198] die dem ursprünglichen Richter allenfalls gesetzte Entscheidungsfrist in vollem Ausmaß gewahrt bleiben, allerdings nicht über das *tempus legitimum* hinaus.[199] In den Quellen ist für den Fall des Richterwechsels die Identität des *iudicium* bezeugt,[200] sie liegt aber nicht vor, wenn schon der Anlass des Richterwechsels zu einem *solvi iudicium* geführt hat.[201] In der Diskussion wird die *mutatio iudicis* zum Teil als Fall einer *translatio iudicii*,[202] zum Teil als davon durchaus verschieden[203] gesehen. Die Erwähnung des *iudex* in der schriftlichen Formel – das war wohl der Regelfall[204] – stellt kein Hindernis dar, seitens des Magistrats aufgrund seiner zeitlich über die *litis conte-*

[193] *Bonifacio*, Translatio (1956) 45–48; *Broggini*, Coniectanea (1966) 259.

[194] Paul. 14 Sab. D. 5,1,60; Pap. 2 resp. D. 27,7,6; Fest. p. 463 L.

[195] Paul. 2 quaest. D. 5,1,46 (2. Satz). Im 1. Satz wird hingegen zum nachträglichen *furor* des *iudex* ausgeführt, dass dieser *in eodem iudicio permanet*. Dazu und zur Gleichstellung des *furor* mit dem *morbus sonticus Lanza*, BIDR 90 (1987) 496 f.; 499 f.; 509–512 und *Scevola*, Om. Burdese II 474 f.

[196] Ulp. 23 ed. D. 5,1,18 pr.; *Lanza*, BIDR 90 (1987) 491–493.

[197] Ulp. 23 ed. D. 50,5,13,3.

[198] Paul. 14 Sab. D. 50,1,60 und Fest. p. 463 L verwenden diesen Terminus nur in diesem Zusammenhang; weiter Cic. dom. 85 und Lex Irnit. cap. 91, X A Z. 46.

[199] Ulp. 1 off. cons. D. 5,1,32.

[200] Paul 14 Sab. D. 5,1,60; Alf. 6 dig. D. 5,1,76 (bei teilweiser oder auch vollständiger Auswechslung der *recuperatores*).

[201] Paul. 13 Sab. D. 5,1,58 (*vetare* durch den einsetzenden oder einen höheren Magistrat; der *iudex* erwirbt das gleiche *imperium* wie der Magistrat). Anders *Broggini*, Coniectanea (1966) 242 mit Fn. 47, der *solvitur* in dieser Stelle nicht wie in anderen (z. B. in Pap. 11 quaest. D. 25,2,30 und Ulp. 12 ed. D. 5,1,11) als definitives Erlöschen versteht, sondern darin eine: „imprécision terminologique“ sieht. Vgl. *Wlassak*, Judikationsbefehl (1929) 230–234; *Bonifacio*, AG 142 (1952) 52–54.

[202] *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II 462; *Duquesne*, Translatio (1910) 221– 237; *Wenger*, Inst. (1925) 174; 195; *Kaser*, RE VI A 2160; *Kaser/Hackl*, RZ 354.

[203] *Koschaker*, Translatio (1905) 306–322; *Wlassak*, Judikationsbefehl (1929) 234–241; *Mazeaud*, Nomination (1933) 172–187; *Bonifacio*, AG 142 (1952) 67; *Bonifacio*, Translatio (1956) 136–138; *Broggini*, Coniectanea (1966) 234–244.

[204] Vgl. Gai. 4,34; 4,36; 4,46; Cic. Verr. II 2,31; TP 6; 7 (dazu *Wolf*, Urkundenfund (2010) 17–47). Bedenken gegen eine „judgeless formula“ bei *Metzger*, Outline (1997) 71–75 und ihm folgend *Scevola*, Om. Burdese II 484.

statio hinausreichenden Leitungs- und Kontrollbefugnisse einen Richterwechsel anzuordnen.[205]

7. Vergleich, Verzicht

Ein vor dem *iudex* abgeschlossener gerichtlicher Vergleich ist dem Formularprozess als eigenständiges prozessuales Rechtsinstitut noch unbekannt;[206] ebenso gehört die Annäherung des Vergleichs an das Urteil[207] großteils erst einer späteren Periode an.[208] Bei einigen Quellen aus unserer Periode ist klar, dass sie einen Vergleich nach der *litis contestatio* im Auge haben,[209] bei anderen bleibt offen, in welcher Phase es zum vergleichsweisen (d. h. gegen eine andere Leistung des Beklagten erfolgenden) *discedere a lite* gekommen ist.[210] Der These, dass eine *transactio post litem contestatam* nur über ein magistratisches *iudicare vetare* berücksichtigt wurde,[211] steht die Auffassung gegenüber, darin einen Fall der *satisfactio* zu sehen, die nach den Sabinianern den *iudex* zur *absolutio* veranlasst; die in Ulp. 43 Sab. D. 12.6.23.3 trotzdem erwähnte *condemnatio*[212] gehe daher auf einen prokulianischen Richter zurück.[213] Der Verdacht[214] gegen die in derselben Stelle erwähnte *exceptio doli post secuti*, mit der eine solche *transactio* berücksichtigt werden kann, wird nicht mehr geteilt;[215] die sachliche Klassizität lässt sich aus dem *neque fiat* der *exceptio doli* ableiten.[216] Auch wenn der Beklagte die *exceptio* nicht *in iure* erwirkt hatte, konnte er dies über eine *restitutio in integrum adiciendae exceptionis gratia* erreichen.[217] **28**

---

[205] *Broggini*, Coniectanea (1966) 235; *Scevola*, Om. Burdese II 485.

[206] *Kaser*, RE VI A 2144.

[207] Diocl. C. 2,5,1 (a.293); Diocl. C. 2,4,20 (a.293).

[208] *Peterlongo*, Transazione (1936) 259–266; *Aboucaye*, RHD 37 (1959) 292; *Visky*, Index 12 (1983/84) 89–92; *Winkel*, TR 53 (1985) 326.

[209] Cic. Rosc. 32; Ulp. 6 op. D. 5,2,27 pr.; Alex. C. 2,4,6 pr. (a.230) (beide zur *querela inofficiosi testamenti*). Pap. 11 resp. D. 46,3,96,2 (*post motam legati quaestionem transegit*).

[210] Ulp. 5 omn. trib. D. 2,15,8,20 (… *transactum de lite fuisset*); Ulp. 26 ed. D. 12,4,1 pr. (*data pecunia, ut … a lite discedatur*); Ulp. 26 ed. D. 12,43 pr. (*dedi tibi pecuninam, ne ad iudicem iretur…*); Paul. 17 Plaut. D. 12,6,65,1 (… *a lite discedatur*). Es ist jedenfalls nicht zwingend, unter *lis* nur den bereits eingesetzten Prozess zu verstehen. Zu den verschiedenen Zeitpunkten, in denen es zur *transactio* kommt vgl. *Freixas*, RIDA 27 (1980) 153; *Visky*, Index 12 (1983/84) 88.

[211] *Kaser* RE VI A 2144; *Kaser*, Restituere 2. Aufl. (1968) 116.

[212] Der *condemnatus* erlangt freilich die *repetitio* dessen, *quod ex causa transactionis dedit.*

[213] *Broggini*, Coniectanea (1966) 287–304. Vgl. dazu auch die Stellungnahme von *Amirante*, St. Betti III 27–29.

[214] *Guarneri-Citati*, AUPA 11 (1923) 232 Fn. 1; *Peterlongo*, Transazione (1936) 257–263; *Kaser*, RE VI A 2141, *Kaser*, Restituere (1968) 116 (anders in *Kaser*, Ius gentium (1993) 44 Fn. 160: Die *exceptio* richtet sich gegen die *actio iudicati*); *Broggini*, Coniectanea (1966) 301–303; *Kaser/Hackl*, RZ 352 Fn. 20.

[215] *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 715–716; *Sturm*, St. Sanfilippo III 652–653; *Melillo*, ED 44 (1992) 773; *Melillo*, Contrahere (1994) 303.

[216] *Marrone*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 416–421.

[217] Gai. 4,125.

29 Vom eben erwähnten Vergleich, der zur *absolutio* des Beklagten Anlass gibt, sind jene vergleichsweisen Abmachungen der Parteien zu unterscheiden, welche der *iudex* in seinem Urteil berücksichtigen soll.[218]

30 Ein Verzicht des Klägers begegnet einerseits in der Form, dass es mit seiner Zustimmung zur *absolutio* kommt,[219] andererseits gibt es auch ein gänzliches *desistere*, welches als Tatbestand des *calumnia*-Edikts erfasst wird.[220]

8. Versäumungsverfahren

31 Versäumungsurteile sind sowohl gegen den ausbleibenden Beklagten[221] als auch gegen den ausbleibenden Kläger[222] überliefert.[223] Strittig ist, ob das Versäumungsurteil – wie nach den Zwölftafeln[224] – stets ohne weitere Sachprüfung zu Lasten der nicht erschienenen Partei ergeht[225] oder ob sich der *iudex* an die Formelalternative *Si paret – si non paret* zu halten hat.[226] Freilich sind die von Justinian erwähnten *veteres leges*, wonach eine Verurteilung des abwesenden Beklagten eine richterliche Prüfung *cum omni subtilitate* voraussetzt,[227] sowie weitere Belege, wonach ein Urteil auch zugunsten des abwesenden Beklagten gegen den Kläger[228] ergehen kann,[229] erst der *extraordinaria cognitio* zuzuordnen.[230] Soweit es um das Ausbleiben des Klägers geht, ist damit ohnedies regelmäßig ein *non paret* verbunden. Liegt eine *iusta causa* für die Abwesenheit vor, kann eine *restitutio in integrum* begehrt werden.[231]

---

[218] Ulp. 30 Sab. D. 10,3,21; Ulp. 77 ed. D. 42,1,26.

[219] Paul. 11 ed. D. 4,3,20,1; D. 4,3,25; *Slapnicar*, FG Peters, 434; *Mader*, FS Waldstein, 221; *Wacke*, GS Mayer-Maly 507–509.

[220] Ulp. 10. ed. D. 4,4,21; D. 5,1,10. Eine Gegenüberstellung von *desistere ante sententiam* und *absolutio* wegen *absentia* des Klägers findet sich in Ulp. 14 ed. D. 5,2,8,14 (zur *querela inofficiosi testamenti*).

[221] Atilicinus, Sabinus, Cassius bei Ulp. 31 ed. D. 17,2,52,18; Pap. 2 resp. D. 3,5,30,2; Ulp. 7 disp. D. 46,7,13 pr.; Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21,2,55; Alex. C. 8,44,8 (a.222); Cic. Verr. II 2,41.

[222] Scaev 25 dig. D. 49,1,28 pr.; Ulp. 66 ed. D. 42,8,3,1; Ulp. 5 omn. trib. D. 42,2,6,3. Auf ein rekuperatorisches Multverfahren bezieht sich lex Urson. cap. 95: *D'Amati*, Om. Burdese II 217–219.

[223] Nicht ersichtlich, ob gegen den Kläger oder gegen den Beklagten: Ulp. 11 ed. D. 4,4,7,12.

[224] XII T. 1,8.

[225] So *Pernice*, SZ 14 (1883) 160–162; *Pernice*, SZ 19 (1898) 143; *Wlassak*, RE I 121; *Aru*, Processo (1934) 79–83; *Kaser/Hackl*, RZ 374; *Casinos Mora*, Pomoerium IV (2000–2002) 45–54.

[226] So *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß I (1865) 603–604; *Balogh*, ACI Roma II 342–343; *Wenger*, Inst. (1925) 196; *Murga*, Processo (1989) 315; *Coenraad*, Beginsel (2000) 123, *D'Amati*, Om. Burdese II 175–239.

[227] Iust. C. 3,1,13,3 (a.530).

[228] So vor allem bei Unschlüssigkeit seines Begehrens: *Wacke*, SDHI 67 (2001) 553; *Wacke*, Stud. Litewski II 228.

[229] Ant. Pius C. 7,43,1 (o.A.); Ulp. 4 omn. trib. D. 5,1,73 pr.

[230] *Petot*, Défaut (1912) 36 Fn. 2; *Aru*, Processo (1934) 91; *Simon*, SZ 83 (1966) 195; *Wacke*, Stud. Litewski II, 229. Für einen Bezug der *veteres leges* auch auf den Formularprozess hingegen *D'Amati*, Om. Burdese II 230–236.

[231] ~~Ulp. 11 ed. D. 4,4,7,12; ebenso (wohl schon zur *cognitio*) Antoninus Pius bei Marcell. 3 dig.~~ D. 4,1,7 pr. und Ant. C. 2,53,1 (a.212).

II. Das Beweisverfahren

Levy, Beweislast im klassischen Recht, Iura 3 (1952), 155–179 = Ges.Schr. I 407–424; *Kaser*, Beweislast und Vermutung im römischen Zivilprozeß, SZ 71 (1954) 221–241; Pugliese, Scritti giuridici scelti I. Diritto romano, 1985, 179–252; 341–412; *Bajory*, Beweisaufnahme im römischen Recht, in: Studia in honorem Velimirii Pólay septuagenarii, 1985, 41–56; *Vincenti*, „Duo genera sunt testium". Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano, 1989; *Wacke*, Zur Beweislast im klassischen Zivilprozeß. Giovanni Pugliese versus Ernst Levy, SZ 109 (1992) 411–449; *Münks*, Vom Parteieid zur Parteivernehmung in der Geschichte des Zivilprozesses, 1992; *Wycisk*, Quidquid in foro fieri potest Studien zum römischen Recht bei Quintilian, 2008 189–204; *Steck*, Der Zeugenbeweis in den Gerichtsreden Ciceros, 2009; *Cortese*, L'onere della prova nella elaborazione della giurisprudenza romana, in: Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I, 2012, 393–430.

1. Beweislast

Die Verteilung der Beweislast (*onus probandi*,[232] *necessitas probandi*[233]) entscheidet einerseits darüber, welche Partei für welche Umstände zunächst die Beweise zu beschaffen und vorzuführen hat (subjektive Beweisführungslast), aber auch darüber, zu wessen Lasten der *iudex* zu entscheiden hat, wenn eine entscheidungswesentliche Tatsache weder positiv noch negativ geklärt werden kann (Feststellungslast).[234] Die Schlussklausel der Formel *si non paret absolvito* spricht die objektive Feststellungslast an. Äußerungen dazu, welche Partei welches Thema zu beweisen hat, haben zwar primär die subjektive Beweisführungslast im Auge, gehen aber auch auf die konkreten Konsequenzen im Hinblick auf die Feststellungslast ein.[235] **32**

Zur Frage der Beweislast wurde die von Levy[236] begründete Ansicht, der zufolge für den *iudex* im Formularprozess noch keine vorgegebenen Regeln zur Beweislast existierten,[237] vor allem von Pugliese[238] bekämpft, dem die nunmehr h. L. im wesentlichen **33**

[232] Cels. 21 dig. D. 31,22; ähnlich Alex. C. 7,16,5,2 (o.A.): *onus probationis.*

[233] Pedius bei Paul. 18 ed. D. 12,2,30 pr.; Paul. sent. 5,1,6 = D. 40,12,39 pr.; Ant. C. 4,19,2 (a.215); Vgl. Paul. sent. 1,13b.7.

[234] Zu diesen beiden Aspekten *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 137; *Wacke*, TR 37 (1969) 412; *Wacke*, SZ 109 (1992) 436; *Cortese*, Om. Burdese I 412; *Manna*, Om. Burdese I 549– 551.

[235] So z. B. Ulp. 38 ed. D. 40,14,6: *si non probet, vincitur*; Cels. 6 dig. D. 22,3,17 *merito condemnabitur*, Ant. C. 4,30,3 (a.215): *absolutio sequetur.*

[236] *Levy*, Ges. Schr. I 407–424.

[237] *Kaser*, SZ 71 (1954) 221–241; *Kaser*, RZ[1] 278 f.; Longo, AG 149 (1955) 61–99; *ders.*, Iura 8 (1957) 43–56; *ders.*, Iura 11 (1960) 149–182; *Sturm*, RIDA 9 (1962) 371–382.

[238] *Pugliese*, Scr. I 177–252; *Pugliese*, St. De Francesco I 533–559; *Pugliese*, Scr. Calamandrei III 579–617.

folgt.[239] Die Grundregel *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*[240] ist nicht als Ausschluss des Beweises negativer Tatsachen,[241] sondern so zu sehen, dass die Beweislast den Behauptenden, nicht den Bestreitenden, trifft.[242]

34 Hinsichtlich der *actio* und ihrer Grundlagen ist der Kläger der Behauptende, wobei der Wortlaut der *intentio* zwar grosso modo, aber nicht in jedem Fall deckungsgleich[243] die von der Beweislast des Klägers erfassten Themen wiedergibt.[244] Die Parallelität von Klägerrolle und Beweislast[245] wird in den Quellen vor allem für Eigentumsprozesse[246] und in Status-Fragen[247] herausgearbeitet, ist aber auch für weitere Bereiche belegt.[248] Für die Parallelität spricht auch die Beobachtung, dass ein *iusiurandum* zu einem *exonerare* des Klägers von der *necessitas probandi* führt.[249]

35 Mit dem Gedanken, dass hinsichtlich der *exceptio* der Beklagte funktional die Stellung eines Klägers hat (*reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut*

---

[239] *Kiefner*, SZ 81 (1964) 224–231 (gegen *Sturm* [oben Fn. 237]); *Feenstra*, Rec. Soc. Jean Bodin 16 (1964) 648–650; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 135–145; *Provera*, Atti Coll. rom.-can. (febb. 1978), 294; *Giuffrè*, Necessitas probandi (1984) 57–134; *Wacke*, SZ 109 (1992) 411–449; *Baldus*, Vertragsauslegung I, (1998) 506–510; nunmehr auch *Kaser/Hackl*, RZ 363–364; *Basile*, in: Cascione et al., Parti e giudici (2006) 495 f.; *Cortese*, Om. Burdese I 393–430.

[240] Paul. 69 ed. D. 22,3,2. Vgl. auch Cic. part. 104.

[241] So *Levy*, Ges. Schr. I 417.

[242] *Pugliese*, Scr. I 216–219; *Wacke*, SZ 109 (1992) 432–434; *Wacke*, OIR 3 (1997) 90.

[243] So muss z. B. bei der *actio Serviana* der Kläger zwar die *conventio pignoris* und deren Inhalt sowie das *in bonis esse* des Verpfänders (Marcian. form. hyp. sing. D. 22,3,23), nicht aber die unterbliebene *solutio*, *satisfactio* oder den Nichteintritt des Annahmeverzugs beweisen. Ähnliches wurde für das formulare *redditam non esse* der *actio depositi* angenommen: *Levy*, Ges. Schr. I 410; *Wacke*, SZ 109 (1992) 416, anders nun *Walter*, Actio depositi (2012) 197–199.

[244] *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 143; *Kaser/Hackl*, RZ 364.

[245] *Pugliese*, Scr. I 186–193 und *Wacke*, SZ 109 (1992) 419–424 gegen *Levy*, Ges. Schr. I 412–416.

[246] Gai 7 ed. D. 6,1,24; Ant. C. 4,19,2 (a.215); Vgl. Paul. sent. 1,13b.7; *Kiefner*, SZ 81 (1964) 212–232; *Benedek*, St. Biscardi IV 445–468; *Solidoro Maruotti*, in: Cascione et al., Parti e giudici (2006) 390 f.

[247] Ulp. 6 disp. D. 22,3,18 pr. (*operae libertorum*); Ulp. 38 ed. D. 40,14,6 (*praeiudicium* über Patronatsrechte), zu beiden Stellen *Hackl*, Praeiudicium (1976) 215–220; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 370–374; Ulp. 2 off. cons. D. 22,3,14 (Ingenuitätsprozess). In *causae liberales* wird zunächst nach dem Kriterium der *possessio libertatis sine dolo malo* geklärt, wem die günstige Beklagtenrolle zukommt, und damit dem jeweiligen Gegner als Kläger die Beweislast zugeschoben: Ulp. 54 ed. D. 40,12,7,5, dazu *Indra*, Status quaestio (2011) 71–75; 232; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 202–205. Vgl. auch Alex. C. 7,16,5,2 (o.A.). Auf die *cognitio* des Prätors bezieht sich Paul. 18 Plaut. D. 22,3,8 (*filius* bestreitet *in patris potestate esse*: Beweislast des *filius*, *quia se liberum esse qudammodo contendit*). Paul. 9 resp. D. 22,3,5,1 (Beweislast desjenigen, der eine *emancipationem recte factam* bestreitet) gehört palingentisch zur *potioris nominatio*.

[248] Z. B. Afr. 9 quaest. D. 39,1,15 (*actio negatoria, actio confessoria*); Scaev. 2 resp. D. 37,10,14 (*hereditatis petitio*); Scaev. 2 resp. D. 22,3,6 (*actio Fabiana* oder *Calvisiana*); Marcian. 6 inst. D. 22,3,21 (*actio ex testamento*); Paul. 18 ed. D. 9,4,22,4 (Bestreitung der *potestas* durch den Noxalbeklagten); Ant. C. 2,1,1 (a.155) zum *deberi* einer *pecunia deposita*, dazu *Cortese*, Om. Burdese I 407 f.

[249] Paul. 18 ed. D. 12,2,30 pr.

intentionem implere),[250] wird das obige Grundprinzip von der Beweislast des Behauptenden auch hier angewandt[251] und in zahlreichen Einzelentscheidungen der Exzipient als beweisbelastet dargestellt.[252] Auch für Themen, die nicht Gegenstand einer formularen *exceptio* sind, sondern als bloße Einwendungen vorgebracht werden, trägt der Beklagte die Beweislast, so z. B. der aus einer Geldschuld Beklagte für das *solutam esse pecuniam*[253] oder der Vindikationsbeklagte für den ihn entlastenden Besitzverlust,[254] der beklagte Erbe bei Aussetzung desselben Geldlegats im Testament und im Kodizill für das *inanem esse* des letzteren,[255] wie für die Anwendbarkeit der *lex Falcidia*.[256]

Die erwähnte Regelbeweislastverteilung nach Parteirollen wird freilich nur als **36**
Grundsatz gesehen: Ausnahmen finden sich durch eine Umkehr der Beweislast bei einzelnen *exceptiones*,[257] Milderungen durch die Herausnahme einzelner Aspekte aus der Beweislast des Klägers.[258] Geht es um die Beurteilung oder Auslegung rechtsgeschäftlicher Akte, so ist eine im Verfahren vorgebrachte *mutata voluntas*[259] bzw. *nova voluntas*[260] oder eine Abweichung des konkreten Willens vom typischen Willen bzw. Erklärungsinhalt von demjenigen zu beweisen, der sich darauf beruft.[261] Dies kann je

---

[250] Ulp. 7 disp. D. 22,3,19 pr.; ähnlich Ulp. 4 ed. D. 44,1,1. Dazu *Dolezalek*, Brocardica Bergh 27.

[251] Vgl. *Pugliese*, Scr. I 193–199; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 143; *Wacke* SZ 109 (1992) 428; *Basile*, in: Cascione et al., Parti e giudici (2006) 495 f.

[252] Ulp. 6 disp. D. 22,3,18,1 (*exceptio doli*); Ulp. 7 disp. D. 22,3,19 pr. (*exceptio pacti conventi*); § 1 (Entschuldigungsgründe für das Nichterscheinen vor Gericht); § 2 (*exceptio procuratoria*); § 3 (*exceptio rei pensatae*); § 4 (*exceptio rei iudicatae, exceptio iurisiurandi, exceptio rei in aleam gestae*).

[253] Cels. 17 dig. D. 22,3,12; Vgl auch die diesbezügliche Gegenüberstellung von *numeratio* und *solutio* in Sev. et Ant. C. 4,19,1 (a.196).

[254] Gai. 30 ed. prov. D. 44,2,17; dazu *Wimmer*, Besitz (1995) 18 f.

[255] Cels. 17 dig. D. 22,3,12; *Bajory*, St. Pólay 46. Anders hingegen Antoninus Pius in Ulp. 21 Sab. D. 30,34,3 bei mehrfacher Aussetzung desselben Geldlegats *in eodem testamento*; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 85 f.

[256] Cels. 6 dig. D. 22,3,17. Die damit übereinstimmende allgemeine Formulierung zu gesetzlichen Hinderungsgründen in Paul. 9 resp. D. 22,3,5 pr. gehört palingenitsch zur *potioris nominatio*.

[257] Ant. C. 4,30,3 (a.215) (*exceptio non numeratae pecuniae*); Ulp. 6 disp. D. 22,3,18,2 i. f. (*exceptio interrogatoria*), *Spengler*, Interrogatio 60 f. Für eine Beweislastumkehr bei der *exceptio mercis non traditae* Gai. 4,126a; Iul. 54 dig. D. 19,1,25; Paul. 71 ed. D. 44,4,5,4, *Lenel*, EP 503 f. *Kaser/Knütel* 230 i. V.m. 453.

[258] So z. B. Cels. 11 dig. D. 22,3,11 (*fideiussores non idoneos fuisse*" bei der *actio tutelae subsidiaria* gegen die bestellenden Magistrate). Bei einem Darlehen an einen *institor* musste der Kläger zwar beweisen, dass die Darlehensaufnahme im Rahmen der *praepositio* erfolgte (Ulp. 28 ed D. 14,3,13 pr.), hinsichtlich der tatsächlichen Verwendung des Geldes kam dem Kläger wie bei der *actio exercitoria* (Afr. 8 quaest. D. 14,1,7 pr.) eine Erleichterung zu (Julian bei Afr. 8 quaest. D. 14,1,7,2), was in diesem Bereich zu einer Umkehr der Beweislast führte: *Giomaro*, Mutuo (2012) 61–67, 99–112.

[259] Cels. 21 dig. D. 31,22; Ulp. 1 resp. D. 22,3,22; Ulp. 2 fideic. D. 32,11,12; Pap. 9 resp. D. 22,3,3.

[260] Paul. adsign. lib. sing. D. 34,4,15.

[261] So Ulp. 1 resp. D. 22,3,22 allgemein zur *mutata voluntas* und ohne Bezugnahme auf eine Parteirolle.

nach Prozessstandpunkt der Beklagte[262] oder der Kläger[263] sein. Die vielfach differenzierende Beweislastverteilung bei der *condictio indebiti*[264] den Klassikern abzusprechen und einer späteren Bearbeitung zuzuschreiben,[265] ist jüngst mit dem Argument widerlegt worden, dass damit dem *iudex* die Möglichkeit gegeben werden sollte, auf abrupte Änderungen der Strategie des Beklagten oder dessen mangelnde Kooperation angemessen zu reagieren.[266]

37 Die Funktion, die Beweislast dadurch zu verschieben, dass bis zum Beweis des Gegenteils ein bestimmter Umstand angenommen wird, kommt den *praesumptiones iuris*[267] zu. Diese Funktion ist im nachklassischen Recht entwickelt worden.[268] Entgegen dem früheren Zugang, zu Rechtsgeschäften getätigte Äußerungen der Klassiker mit Vorbehalten wie *nisi aliud probatur* o. ä.[269] als bloße Auslegungsregeln zu se-

---

[262] Cels. 21 dig. D. 31,22 (*mutata voluntas* bei einem *fideicommissum militiae*); Ulp. 2 fideic. D. 32,11,12 (*mutata voluntas*: Widerruf eines Fideikommisses); Pap. 9 resp. D. 22,3,3 (*mutata voluntas* bei einem *tacitum fideicomissum*); Gai. 2 fideic. D. 36,1,65,4 (Bei einem *fideicomissum cum incremento* fällt eine Zuwendung nicht unter das *incrementum*); Paul. 13 resp. D. 31,86,1 (einschränkende Verwendung des Ausdrucks *fundus Seianus* durch den Erblasser); Scaev. 5 resp. D. 45,1,135 pr. (*manifesta probatio* für einen Zinsenlauf erst ab der *petitio* und nicht *ex die stipulationis*), für Echtheit *Babusiaux*, Quod actum 75 f.

[263] Cels 1 dig. D. 22,3,9 (Fehlen der *mentio heredis* im *pactum conventum* entspricht – entgegen der Verkehrsüblichkeit, die keine ausdrückliche Erwähnung verlangt – dem *actum*: Beschränkung auf die Person des Paziszenten, für Echtheit *Wacke*, SZ 90 (1973) 236 und *Finkenauer*, Stipulation (2010) 63; gegen eine daraus zwingend abzuleitende Beweislastumkehr apud *iudicem Babusiaux*, Quod actum (2006) 135–138); Paul. adsign. lib. sing. D. 34,4,15 (*nova voluntas* nach Legatswiderruf); Mod. 4 reg. D. 22,3,24 (Restschuld trotz *cancellare* eines *chirographum*).

[264] Paul 3 quaest. D. 22,3,25.

[265] *Pugliese*, Scr. I, 219; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 171; *Giuffrè*, Necessitas probandi (1984) 111 f.; *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 191–202.

[266] *Gamauf*, FS Mayer-Maly (2002) 215–228; Für Echtheit auch *Cortese*, Om. Burdese I 424–426.

[267] Nach *Donatuti*, St. I 425–430 sind das für das klass. Recht die *praesumptio Muciana* (Pomp. 5 Q. Muc. D.24,1,51; Alex. C 5,16,6,1 (a.229)) und die Vermutung des Fortbestands der *dos* bei wiederaufgenommener Ehe (Paul. 7 Sab. D. 23,3,30), gegen den Rechtssatzcharakter der letzeren freilich *Kaser*, SZ 71 (1954) 233 f., der darin (unter Berufung auf Severus bei Ulp.34 ed. D. 23,3,40) nur eine auf dem unterstellten Willen der Frau beruhende Erfahrungsregel sieht, vgl. nunmehr *Babusiaux*, Quod actum (2006) 247–249 mit Betonung des Gedankens der Vermeidung einer mitgiftlosen Ehe. Beim Satz *pater vero is est quem nuptiae demonstrant* (Paul. 4 ed. D. 2,4,5) geht es in der Klassik um die Auslegung der Ediktsbestimmung über Ladungsverbote, bei der Kommorientenpräsumption (Tryph. 21 disp. D. 34,5,9,2–4; Pap. 4 resp. D. 23,4,26 pr.) um die Auslegung von Normen, die das Überleben voraussetzen: So *Kaser*, SZ 71 (1954) 239; dagegen setzt *Lambertini*, Commorienza (1984) 53–72 bei dieser Vermutung den Übergang von der *praesumptio facti* (*hominis*) als Auslegungsregel zur *praesumptio iuris* (gestützt auf die *communis opinio* der respondierenden Juristen) schon mit Ende der Klassik an. Zur Deutung der *custodia*-Haftung als *praesumptio* einer *culpa* Rascón, VII Cong. Int. y X Iberoam. 511–515.

[268] *Donatuti*, St. I 453–486, *Donatuti*, St. II 1035 f.; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 176–182.

[269] Die diesbezüglichen früheren Interpolationsannahmen – zuletzt noch bei *Donatuti*, St. I

hen,[270] hat man nunmehr betont, dass der Vermutung als Rechtsinstitut auch für die klassische Zeit Bedeutung zukommt.[271]

Auch der nicht beweisbelasteten Partei steht es offen, ihrerseits Gegenbeweise zu führen[272] und sich im Hinblick auf die erforderliche *editio in iure* schon im Vorfeld darauf vorzubereiten.[273] **38**

2. Die Beweismittel

Im Prozess vor dem Richter dürfen nur jene Beweismittel verwendet werden, die schon in der vorprozessualen Interaktion der Parteien ediert worden sind (*editio instrumentorum*).[274] Das Editionserfordernis erfasst nicht nur Urkunden,[275] sondern alle für den Prozess vorgesehenen Beweismittel;[276] Hilfestellung wegen versäumter Edition (mit ihrer Präklusivwirkung)[277] verspricht der Prätor besonders schutzbedürftigen Personen (*aetas*, *rusticitas*, *sexus*) sowie bei Vorliegen einer *iusta causa*.[278] **39**

Die in den Digesten und im Codex enthaltenen beweisrechtlichen Titel[279] haben keine Entsprechungen in Rubriken des Edikts oder in speziellen Abschnitten in den Juristenschriften.[280] Das Interesse der klassischen Juristen gilt den Rechtsfragen und nicht der Ermittlung der Fakten,[281] die Entwicklung der Beweislehre[282] erfolgte zu- **40**

431–447 (mit Zuordnung zur Nachklassik) und ihm folgend *Kaser*, SZ 71 (1954) 238 – sind überholt: *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 182; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 6 f.

[270] *Donatuti*, St. I 432–448; *Kaser*, SZ 71(1954) 236–239. Zum Verhältnis von Auslegung und Beweis *Babusiaux*, Quod actum (2006) 4–7.

[271] *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 175 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 364; zurückhaltend hingegen *Kaser/Knütel* 453 f.

[272] Paul. 5 sent. D. 40,12,39 pr. = Paul. sent. 5,1,6 (*ingenuitas*).

[273] TH 16–19 (Prozess der Iusta), dazu *Costabile*, St. Sanfilippo VII 211–216.

[274] Dazu *Bürge*, SZ 112 (1995) 25–43; *Bürge*, Privatrecht (1999) 10.

[275] So noch *De Sarlo*, RIL 70 (1937) 169–184; *Naber*, Mnemosyne 50 (1922) 26–36; *Pugliese*, PC II.1 361–366; *Fernandez Barreiro*, Estudios (1999) 71 f.

[276] Ulp. 4 ed. D. 2,13,1,3. Der weite Begriff *instrumentum*, der die Zeugen miteinschließt, findet sich auch in Paul. sent. 2,17,13a = Paul. 2 sent. D. 22,4,1 und bei der (zur *cognitio* gehörigen) *dilatio propter instrumenta*: Ulp. 1 off. cons. D. 2,12,7 und D. 50,16,99,2–3: *Fernandez Barreiro*, Estudios (1999) 532.

[277] *Bürge*, SZ 112 (1995) 36 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 220 Fn. 5 [221].

[278] Ulp. 4 ed. D. 2,13,1,5.

[279] D. 22,3–5; C. 4,19–21.

[280] *Lévy*, St. Solazzi 422 f.; Erst der *liber singularis de testibus* des Arcadius Charisius (dazu *Piacente*, Arcadio Carisio (2012) 103–136) und Paul. sent. 5,14–16 zeigen das einsetzende Interesse an (*Lévy*, St. Solazzi 423–424).

[281] Cic. top. 51; Boeth. in Cic. top. 4; *Steinwenter*, SZ 65 (1947) 87 f.; *Lévy*, Mél. Lévy-Bruhl 187 f.; *De Los Mozos Touya*, AHDE 51 (1981) 660; *Vincenti*, Duo genera (1989) 12; 104 f.; *Masi Doria* in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 27; *Giaro* in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 360. Das ist auch in der *cognitio* noch nicht ganz überwunden: Ulp. 5. off. proc. D. 5,1,79,1.

[282] *Pugliese*, Scr. I, 339–412; *Giuliani*, Jus 11 (1960) 425–446 = Rec. Soc. Jean Bodin 16 (1964)

nächst durch die Rhetorik.[283] In Anlehnung an Aristoteles werden den vom Redner selbst gebildeten *probationes artificiales* (πίστεις ἐντέχναι) – dazu gehören z. B. *signa, argumenta* und *exempla*[284] – die von außen[285] kommenden *probationes inartificiales* (πίστεις ἀτέχναι) gegenübergestellt;[286] sie gehen aber über den juristisch-technischen Beweisbegriff hinaus, weil in den entsprechenden Katalogen nicht nur *rumores, tormenta, tabulae, ius iurandum, testes*,[287] sondern auch normative Quellen (*leges, senatus consulta, decreta, responsa*)[288] und *res iudicatae*[289] bzw. *praeiudicia*[290] aufscheinen.

Erst in einer späteren Phase und hier vorwiegend im Kognitionsprozess werden rechtliche Regelungen zu einzelnen Beweismitteln herausgearbeitet,[291] insbesondere zur *liberalis causa*.[292]

a. Zeugenbeweis

aa. Zeugnisfähigkeit

41 Unproblematisch ist die Zeugnisfähigkeit der mündigen römischen Bürger. Für die vom *praetor peregrinus* eingesetzten Verfahren ist auch ohne ausdrücklichen Quellenbeleg anzunehmen, dass es nicht auf das Bürgerrecht ankam.[293] Auch Frauen kam die Zeugnisfähigkeit schon früh zu.[294] Die Gegenansicht[295] beruft sich darauf, dass durch eine *lex Horatia* der Vestalin Tarquinia als einziger der Frauen (*una omnium feminarum*, μόνης γυναικῶν) das *ius testimonii dicendi* bzw. das μαρτυρίαν δέχεσθαι verliehen worden ist.[296] Damit ist aber die Fähigkeit als Zeugin eines rechtsgeschäftlichen Li-

---

357–388; *Feenstra*, Rec. Soc. Jean Bodin 16 (1964) 635–661; *Cossa* in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 299–363.

[283] *Giuliani*, Juridical Review (1962) 216–251.

[284] Quint. inst. 5,9,1.

[285] Cic. top. 73: *ab aliqua re externa.*

[286] Cic. or. 2,116; Quint. inst. 5,1,1. *Martin*, Rhetorik (1974) 95–137; *Gnoli*, AGard 1, 127–137; *Wycisk*, Quidquid in foro (2008) 189–194: *Saiz Noeda*, in: Tellegen-Couperus, Quintilian and the Law (2003) 99–103; *Fuhrmann*, Antike Rhetorik (2011) 87–94; *Thür*, EAH 5573; *Masi Doria*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 30.

[287] Quint. inst. 5,1.2. In Cic. inv. 2,46, Rhet. Her. 2,6,9 und 4,40,53 werden *rumores, quaestiones* und *testes* (*testimonia*) genannt.

[288] Cic. or. 2,116.

[289] Cic. or. 2,116.

[290] Quint. inst. 5,1,2; *Skrejpek*, St. Labruna VII 5229–5244. Zu den *praeiudicia* als Beweismittel *Siber*, FS *Wenger* I 46–82; *Triantaphyllopoulos*, Labeo 8 (1962) 82–88 Zu den *praeiudicia* als bindende Vorentscheidungen *Hackl*, Praeiudicium (1976) 187–318.

[291] Zur Nachklassik *Archi*, Scr. III 1855–1881; *Simon*, Justinianischer Zivilprozess (1969) 202–348.

[292] *Indra*, Status quaestio (2011) 235–238.

[293] *Vincenti*, Duo genera (1989) 94 Fn. 4.

[294] Erwähnt werden Zeuginnen in Cic. Cael. 32 ff.; Verr. II 1,93; 2,5,129. Vgl. *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 133–138.

[295] *Escher*, De testium ratione (1842) 36 f.; *Vincenti*, Duo genera (1989) 92–94.

[296] Gell. 7,7,2; Plut. Publ. 8,4; Kritisch dazu *Flach*, Gesetze 225 f.; *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 134.

bralakts und nicht die Fähigkeit zum Prozesszeugnis angesprochen.[297] Paulus und Ulpian leiten jedenfalls das prozessbezogene *ius testimonii dicendi* der Frauen e contrario[298] aus dem als Straffolge eintretenden Entzug dieses Rechts durch eine Bestimmung der *lex Iulia de adulteriis* ab.[299]

Das ursprünglich ausgeschlossene Zeugnis von Sklaven[300] wurde *in pecuniariis causis* **42**
bereits ab der Hochklassik kaiserrechtlich anerkannt, *si aliter veritas inveniri non possit*,[301] aber nicht gegen ihre *domini*.[302] Herangezogen wurde es z. B. in Vormundschafts-[303] und Erbschaftsprozessen,[304] Status- und Eigentums-[305] sowie ädilizischen[306] Prozessen.[307] Die Befragung erfolgte – obwohl im Zivilprozess *tormenta* grundsätzlich ausgeschlossen waren – bei Sklaven durch *quaestio*,[308] nicht aber bei einem *statuliber*.[309]

Ausschlussgründe für das gerichtliche *testimonium dicere* finden sich in den Quellen **43**
nur im Zusammenhang mit *iudicia publica*: Die im Katolog der *lex Iulia de vi* genannten Umstände[310] (vormalige Gewaltunterworfenheit unter den *reus*, *impubertas*,[311] Verurteilung in einem *iudicium publicum*,[312] weitere Fälle der Ehrlosigkeit, erwiesene Geld-

---

[297] *Zumpt*, Kriminalprozess (1993) 257 f.; *Mommsen*, Strafrecht 403; *Kaser*, RE VA 1025; 1048; *Humbert*, St. Labruna IV 2549 f.; *Mattiangeli*, Lib. Am. Pugsley 28 f. Die gerichtliche Zeugnisfähigkeit der Vestalinnen beruht auf einem *vetus mos*: Tac. ann. 2,34.

[298] *Simon*, Justinianischer Zivilprozess (1969) 241 f.; *Botta*, in: Di Renzo Villata, Diritto fra scoperta e creazione (2003) 289.

[299] Dazu Fn. 312 am Ende. Für eine Zeugnisfähigkeit der Frauen erst ab der *extraordinaria cognitio* hingegen *Vincenti*, Duo genera (1989) 95.

[300] Ter. Phorm. 290.

[301] Antoninus Pius und Severus bei Marcian. 2 iud. publ. D. 48,18,9 pr.; *Brunt*, SZ 97 (1980) 261; *Liebs*, BIDR 83 (1980) 158 f.; *Masi Doria* in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 34. *Rüfner*, EAH 6624. Die Reskripte beziehen sich zwar auf die *cognitio*, das dahinterstehende Prinzip galt wohl auch für die *iudicia ordinaria*: *Vincenti*, Duo genera (1989) 95 Fn. 7. Ähnlich auch Mod. 3 reg. D. 22,5,7. Dazu und zu den folgenden (Fn. 302-Fn. 308) Stellen *Bellodi Ansaloni*, Quaestio per tormenta (2011) 195–222.

[302] Sev. et Ant. C. 9,41,1,2 (a.196); auch nicht gegen den anderen Miteigentümer eines *servus communis* (Diocl. C. 9,41,13 (a.293)) oder gegen frühere Eigentümer (Diocl. C. 9,41,14 (a.294)).

[303] Iul. Aquil. resp. D. 26,7,34; Ulp. 36 ed. D. 27,3,1,3.

[304] Diocl. C. 9,41,13 (a.293).

[305] Diocl. 9,41,10 (a.290) 12 (a.291).

[306] Paul. sent. 2,17,12 = Paul. 2 sent. D. 22,3,7.

[307] *Schumacher*, Servus Index (1982) 181 f.

[308] Dazu Quint. inst. 5,4,1.

[309] Marcian. 2 iud. publ. D. 48,18,9,3.

[310] Call. 4 cogn. D. 22,5,3,5; Vgl. Ulp. 9 off. proc. Coll. 9,2,1–3.

[311] Abweichend davon stellt Ven. 2 iud. publ. D. 22,5,20 auf das 20. Lebensjahr ab.

[312] Die Verurteilung wegen *calumnia* führt regelmässig nicht zum Verlust der Zeugnisfähigkeit in anderen Verfahren (Pap. 1 adult. D. 22,5,13), wohl aber die wegen *repetundae* (Cassius bei Marcell. 3 dig. D. 1,9,2; Ven. 3 publ. iud. D. 48,11,6,1; Ulp. 1 Sab. D. 28,1,20,5). Eine wegen *adulterium* verurteilte Frau verliert das *ius testimonii dicendi* (Paul. 2 adult. D. 22,5,18; Ulp. 1 Sab. D. 28,1,20,6).

annahme für ein erfolgtes oder unterlassenes *testimonium*) werden als solche *propter reverentiam*,[313] *propter lubricum consilii* Sc und *propter notam et infamiam* systematisiert.[314] Dass sie auch für *iudicia privata* in Betracht kommen, ist nicht gesichert,[315] sie werden aber in die Beweiswürdigung Eingang gefunden haben.[316] Die in den Zwölftafeln[317] und in späteren Gesetzen und Senatsbeschlüssen angeordnete Einstufung als *intestabilis* aufgrund einer Verurteilung[318] hat nur den Ausschluss von Libralakten im Auge,[319] nicht aber von der gerichtlichen Zeugenschaft.[320]

bb. Zeugenpflicht

44 Anders als im *iudicium publicum*, zu dem Zeugen durch *denuntiatio* geladen werden können,[321] gibt es im Bereich des Privatprozesses vor dem Einzelrichter keine allgemeine Zeugenpflicht, der Zeuge ist ein *testis voluntarius*.[322] Lediglich für das Rekuperatorenverfahren ist in einigen Bereichen – vor allem für Multverfahren – eine *potestas denuntiandi* des Klägers unter Festlegung einer Höchstzahl von 10[323] bzw. 20[324] Zeugen überliefert. Ein indirekter Zwang zum Erscheinen im Privatprozess ergibt sich[325] nur für vormalige Geschäftszeugen daraus, dass bei späterer Verweigerung der zeugen-

[313] Vgl. auch Lic. 2 reg. D. 22,5,6.
[314] Call. 4 cogn. D. 22,5,3,5.
[315] *Kaser/Hackl*, RZ 367.
[316] *Pugliese*, Scr. I, 380.
[317] Dazu sogleich bei Fn. 326.
[318] Ulp. 1 Sab. D. 28,1,18,1. Arc. test. sing. D. 22,5,21 pr. (*carmen famosum*); Ulp. 56 ed. D. 47,10,5. 9,10 (Schmähschriften).
[319] Inst. 2,10,6; Ulp. 1 Sab. D. 28,1,18,1; Gai. 22 ed. prov. D. 28,1,26; *Manigk*, RE IX 1729 f.; *Kaser*, RE V A 1026; *Kaser/Hackl*, RZ 119; *Humbert*, St. Labruna IV 2543–2558.
[320] *Zumpt*, Kriminalprozess (1871) 258; *Mommsen*, Ges. Schr. III 505 (gegen *Escher*, De testium ratione (1842) 29–33); *Mommsen*, Strafrecht 990 Fn. 8; *Kaser*, RE V A, 1048.
[321] Entschuldigungsgründe sind hohes Alter, Krankheit, Militärdienst und *absentia rei publicae causa* (Scaev. 4 reg. D. 22,5,8). Nach der *lex Iulia iudiciaria* können nahe Angehörige nicht gegen ihren Willen herangezogen werden (Paul. 2 l. Iul. Pap. D. 22,5,4; Paul. grad. adfin. nom. sing. D. 38,10,10 pr.; Gai. 4 l. Iul. Pap. D. 22,5,5; Edicta Augusti ad Cyrenenses [FIRA I 68] V Z. 117–118; weitergehend im Sinn eines Ausschlusses Ulp. 9 off. proc. Coll. 9,2,2; Paul. sent. 5,15,2,3 = Coll. 9,3.2,3; nicht hierher, sondern zur Testamentserrichtung gehört Paul. 1 Sab. D. 22,5.9), für *publicani* und Heereslieferanten (Ulp. 8 off. procons. D. 22,5.19 pr.). Unzulässig ist eine *denuntiatio* gegenüber *pupilli* (Ulp. 8 off. procons. D. 22,5,19,1).
[322] Quint. inst. 5,7,9. *Wenger*, Inst. (1925) 188; *Pugliese*, Scr. I 376; *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 49.
[323] Lex Iulia agraria (Lex Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia; FIRA I 12) Kl V; Edictum Augusti de aquaeductu Venafrano (FIRA I 67) Z. 66 f.; Lex Irnit. cap. 71, VIII A Z. 52; Prob. litt. sing. 5,8.
[324] Lex Urson. (FIRA I 21) cap. 95. Z. 4–16.
[325] *Pugliese*, Scr. I 379; *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 49; 84 Fn. 665.

schaftlichen Hilfe im Prozess der Betreffende *improbus intestabilis* wird,[326] was ihn weitgehend vom rechtsgeschäftlichen Verkehr ausschließt.[327]

cc. Beweisaufnahme

Die persönliche Befragung[328] der Zeugen erfolgt zunächst durch die vorführende Partei (bzw. deren *patronus* oder *advocatus*), aber nicht durch Einbau in die durchgehende *peroratio*, sondern gelegentlich vorher,[329] zumeist nachher,[330] wofür es – anders als im Strafprozess, bei dem der *usus fori* in der nachherigen Befragung bestand[331] – wahrscheinlich keine festen Regeln gab.[332] Nach dem Vorbild des Strafprozesses, über den wir besser informiert sind,[333] ist davon auszugehen, dass danach auch der Gegenpartei Gelegenheit zur Befragung gegeben wurde. Dass auch der *iudex* selbst Fragen gestellt hat, ist zwar vom Beibringungsgrundsatz her nicht erforderlich, aber vorgekommen.[334] **45**

Regelmäßig sagt der Zeuge unter Eid aus,[335] ein *testis iniuratus* wird als *non idoneus*[336] bzw. gegenüber dem *testis iuratus* in der Glaubwürdigkeit unterlegen[337] angesehen. **46**

Gegenstand der Zeugenaussage ist ein *scire* oder ein *audire*.[338] Selbst im ersten Fall, in dem die Aussage auf eigener Wahrnehmung beruht, erfolgt die Einleitung vorsichtigerweise mit *arbitror*.[339] Im zweiten Fall gibt der Zeuge nur wieder, was er von einem **47**

---

[326] XII T. 8,22 (Gell. 15,13,11); *Lévy-Bruhl*, Témoignage (1920) 40–43; 53–55; *Lévy-Bruhl*, Action de la loi (1960) 218; *Kaser*, RE V A, 1026; *Pringsheim*, Ges. Abh. II 336; *Wieacker*, RIDA 3 (1956) 464 f.; *MacCormack*, BIDR 76 (1973) 232; *Flach*, Gesetze 182; *Vincenti*, Duo genera (1989) 17 f.; *Fiori*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 223.

[327] *Mommsen*, Strafrecht 991; *Manigk*, RE IX 1729; *Wenger*, Inst. (1925) 188 Fn. 30; *Bajory*, St. Pólay 51 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 119 Fn. 37; *Humbert*, St. Labruna IV 2557 f.

[328] Ungefragt durfte der Zeuge (im Strafpozess) nicht sprechen: PS.-Ascon. Verr. II.1,84.

[329] Cic. Caecin. 23–31; Cic. Tull. 24.

[330] Cic. Quinct. 37; 58; 75.

[331] Cic. Verr. I 55. Nur nach der *lex Pompeia de ambitu* sollte die Zeugenbefragung dem *causam agere* vorangehen: Ascon. Mil. p.34–35 Cl.; *Bethmann-Hollweg* Civilprozeß II (1865) 599 Fn. 73; *Pugliese*, Scr. I 381 und Fn. 4; *Vincenti*, Duo genera (1989) 77–79. Auch Quint. inst. 5,7,25, wonach die – aus der Sicht des Gerichtsredners günstigere (*facilius*) – Befragung vor der *actio* bereits der Vergangenheit (*iis temporibus, quibus testis non post finitas actiones rogabatur*) angehört, spielt auf diese strafprozessuale Sonderregelung an: *Vincenti*, Duo genera (1989) 120.

[332] *Pugliese*, Scr. I 381 f.

[333] *Zumpt*, Kriminalprozess (1993) 332–337; *Mommsen*, Strafrecht 431; *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 72–83.

[334] Gell. 14,2,18; *Vincenti*, Duo genera (1989) 100; *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 73 f.

[335] Cic. Caecin. 3; 28; Cic. Font. 29; Cic. Q. Rosc. 44; Quint. inst. 9,2,98; Lex Urson. (FIRA I 21) cap. 95 Z. 12; Lex Irnit. cap. 71, VIII B Z. 1f,; *Pugliese*, Scr. I, 381; *Kaser/Hackl*, RZ 368; *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 69 f.

[336] Sen. dial. 2,29,3.

[337] Cic. Q. Rosc. 45–47.

[338] Lex Urson. (FIRA I 21) cap. 95. Z. 12: *sciat aut audierit;* Rhet. Her. 4,35,47: *scierit aut audierit*.

[339] Cic. ac. 2,146; Cic. Font. 29.

anderen gehört hat, auf den die direkte Wahrnehmung zurückgeht;[340] das Gewicht derartiger Aussagen ist freilich geringer.[341]

48 Neben der persönlich (*a praesentibus*) abgelegten Zeugenaussage begegnet auch die bloße Verlesung einer außergerichtlich angefertigten zeugenschaftlichen Urkunde (*per tabulas*).[342] Bei der Errichtung solcher Urkunden kann es sich einerseits um einen Akt der Beweissicherung handeln, indem zur Beurkundung eines bestimmten Umstandes oder Vorganges Zeugen[343] beigezogen und zum *signare* der zumeist objektiv stilisierten *testatio* veranlasst werden.[344] Eine Beeidigung ist nicht überliefert, ihre Beweiskraft beruht auf dem *consensus signantium*.[345] Eine andere Gruppe bilden jene Urkunden, die unter Eid als Surrogat für das mündliche Zeugnis[346] oder auch bei geplanter mündlicher Aussage im Rahmen der Editionspflicht[347] zwecks Information des Gegners errichtet werden. Auch in den schriftlichen *testimonia* zum Prozess der Iusta[348] findet sich ein Hinweis auf die Vereidigung (*dixi et iuravi* bzw. *scripsi et iuravi*), wobei als Inhalt – wie bei den mündlichen – ein *scire*[349] oder ein *audisse*[350] begegnet. Nach Reskripten Hadrians, die sich allerdings auf die *cognitio* beziehen, kommt es zur Bevorzugung der mündlichen Aussage gegenüber den schriftlichen Zeugnissen.[351] Ein Widerspruch des mündlichen Zeugen zu seiner eigenen[352] *testatio* führt zur Unverwertbarkeit seiner Aussage.[353]

49 Bei der Beweiswürdigung der einzelnen Zeugenaussage spielt nicht nur die Aussage selbst, sondern auch das Vorleben des Zeugen[354] und insbesondere dessen Rang und

---

[340] Cic. Q. Rosc. 43; Rhet. Her. 4,35,7; Quint. inst. 5,7,5.

[341] Vgl. schon Plaut. Truc. 486–490.

[342] Quint. inst. 5,7,1. Vgl. auch Tac. dial. 36,7 mit der Gegenüberstellung *per tabellam dare* und *coram et praesentes dicere*.

[343] Quint. inst. 5,7,1 erwähnt *paucos signatores*. Gegen die Auffassung, dass es stets 7 Zeugen waren, *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 85.

[344] Cic. Verr. II 2,190; 2,5,102; Cic. Quinct. 25; dazu *Platschek*, Quinctius (2005) 91.

[345] Quint. inst. 5,7,32.

[346] Cic. Cael. 55; Q. Rosc. 43; *Kaser*, RE V A 1052; *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 85–88.

[347] *Bürge*, SZ 112 (1995) 28–29.

[348] Dazu *Crook*, Law and Life (1967) 48–50; *Rawson*, in: Rawson, Family (1986) 172 f.; *Costabile*, St. Sanfilippo VII 185–230; *Weaver*, in: Rawson, Marriage 166–172; *Weaver*, in: Rawson/Weaver, Family (1999) 69–71; *Gardner*, Frauen (1995) 140 f.; *Metzger*, RIDA 47 (2000) 151–165; *Metzger*, Litigation (2005) 155–163; *Donadio*, St. Labruna III 1543–1676, *Donadio*, Ric. Talamanca I 468–522; *Kaiser*, in: Falk et al., Fälle (2008) 28–44; *Indra*, Status quaestio (2011) 106–110.

[349] TH 16; 23; 24.

[350] TH 17; 20.

[351] Hadrian bei Call. 4 cogn. D. 22,5,3,3–4.

[352] Die von Quint. inst. 5,7,32 erwähnte *collisio* zwischen *testatio* und *testes* betrifft nicht den Widerspruch in der Person (so *Mommsen*, Strafrecht 411), sondern allgemein den zwischen schriftlichen und mündlichen Zeugnissen: *Pugliese*, Scr. I 381 Fn. 2.

[353] Mod. 8 reg. D. 22,5,2.

[354] Rhet.Her. 2,6,9. (*secundum vitae turpitudinem*); Cic. Flacc. 92 (Trunksucht).

Ansehen eine Rolle.[355] Auch wenn entsprechende Begriffe wie *auctoritas*, *dignitas*, *gravitas*, *mores*, *fides* und ähnliche, die sich reichlich schon bei Cicero finden,[356] in den Rechtsquellen erst im Zusammenhang mit der *cognitio* begegnen,[357] kann angesichts der als *regula* überlieferten Prüfung dieser Umstände[358] davon ausgegangen werden, dass sie auch im *ordo iudiciorum* als noch von der Rhetorik im Rahmen des *usus fori* mitgeprägter Standard maßgeblich waren. Ein weiteres darin genanntes Kriterium ist ein mögliches persönliches positives (*gratia*) oder negatives (*inimicitia*) Motiv des Zeugen im Verhältnis zu einer Partei. Die Rhetorik sieht es jedenfalls je nach Prozessstandpunkt als ihre Aufgabe, die einzelnen Zeugen *ut exornare, ita destruere*.[359]

dd. Zeugnisdelikte

Nach den Zwölftafeln wurde ein falsches Zeugnis mit dem Sturz vom Tarpejischen **50**
Felsen bestraft.[360] Der in der *lex Cornelia de sicariis et veneficis* mitenthaltene Tatbestand des *falsum testimonium*[361] betraf nur falsche belastende Zeugenaussagen in Kapitalprozessen.[362] Die allgemeine Strafbarkeit des *falsum testimonium dicere*, darüber hinaus der aktiven und passiven Zeugenbestechung, der gegenseitigen Absprache sowie der Errichtung von falschen *testationes* beruht auf *senatusconsulta*, welche den (ursprünglich auf Testamentsfälschungen beschränkten) Anwendungsbereich der *lex Cornelia de falsis* erweitert haben.[363] Mit einer bloß nicht glaubwürdigen *testatio* war jedenfalls keine Infamie für den Zeugen verbunden.[364]

---

[355] *De Los Mozos Touya*, AHDE 51 (1981) 659–674; *Crook*, Legal Advocacy (1995) 144 f.; *Vincenti*, Duo genera (1989) 102; *Fiori*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 225.

[356] *Lévy*, St. Biondi II 33–39 (*dignitas*); 48–52 (*gravitas*); 63–65 (*auctoritas*); *David*, Patronat (1992) 427; *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 173–186; *Bellodi Ansaloni*, Quaestio per tormenta (2011) 173–195. Auf das Fehlen dieser Eigenschaften stützt Cicero – gestützt auf allgemeine römische Vorurteile – seine Abwertung nichtrömischer Zeugen: Cic. Flacc. 9; 11 (Griechen); 65 (Asiaten); Cic. Font. 31–32 (Gallier); *Schmitz*, Zeugen (1985) 46; 78.

[357] Call. 4 cogn. D. 22,5,3 pr.–2 und die darin zitierten Hadrianischen Reskripte; *Masi Doria*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 41 f.; *Peppe*, BIDR 106 (2012) 215.

[358] Mod. 8 reg. D. 22,5,2.

[359] Quint. inst. 5,7,25. Zum Eingehen Ciceros auf die gegnerischen Zeugen in Zivilprozessen Cic. Quinct. 24; 75, dazu *Schmitz*, Zeugen (1985) 24–27; *Platschek*, Quinctius (2005) 229 f.; Cic. Caecin. 3; 23–27, dazu *Schmitz*, Zeugen (1985) 55–61; *David*, Patronat (1992) 423–426.

[360] XII T. 8,23 (nach Gell. 20,1,53); *Flach*, Gesetze 182; *Vincenti*, in: Burdese, Diritto criminale (1988) 24–34; *Vincenti*, Duo genera (1989) 26–29; *Zuccotti*, Giuramento (2000) 37 f.; *Masi Doria*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 46.

[361] Marci. 14 inst. D. 48,8,1,1; Paul. sent 5,23,1 = Coll. 1,2,1; Coll. 8,4,1.

[362] *Mommsen*, Strafrecht 635; *Nörr*, Causa mortis (1987) 95 f.; 98–105; *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 201–210.

[363] Paul. 5 sent. D. 22,5,16 = Paul. sent. 5,15,5 = Coll. 8,3,1; Marci. 14 inst. D. 48,10,1. pr.–2; Ulp. 8 off. procons. D. 48,10,9,3 = Coll. 8,7,1; Mod. 8 reg. D. 48,10,27 pr. 1; Paul. sent. 5,25,2. *Mommsen*, Strafrecht 675; *Levy*, Ges. Schr. II, 437 f.; *Kocher*, Anwendungsbereich (1965) 136; *d'Ors*, St. Volterra II, 553–555; *De Robertis*, Scr. 411; 413; *Kaser/Hackl*, RZ 368 Fn. 64; *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 210–214; vorsichtiger *Kunkel*, Kl. Schr. 58 f.

[364] Paul. 2 resp. D. 3,2,21.

b. Urkunden

51 Der übliche Beschreibstoff sind Wachstäfelchen (*tabulae ceratae*). Bei den vor Zeugen errichteten und von diesen gesiegelten Urkunden (*testationes*)[365] wird der Inhalt objektiv stilisiert aus der Sicht eines Dritten wiedergegeben, durch Übereinanderlegen zweier (Diptycha) oder auch mehrerer (z. B. Triptycha) häufig doppelt als *scriptura interior* und *exterior*. Nach einem unter Nero ergangenen SC sollte über Löcher im Rahmen eine Verschnürung erfolgen und diese von den Siegeln der Urkundszeugen abgedeckt werden,[366] wodurch die *scriptura interior* gegen Manipulationen geschützt ist. Dass vorgelegte *tabulae*, die nicht diesen äußeren Anforderungen entsprechen, *nullius momenti* sind,[367] ist wohl erst der nachklassischen Zeit zuzuordnen.[368] Für die Beurteilung der *fides instrumenti* im Prozess ist die Anerkennung der Siegel durch die Zeugen und die Übereinstimmung der Außenschrift mit der nunmehr geöffneten Innenschrift maßgeblich,[369] wie überhaupt die *testatio* ihre Beweiskraft aus der Mitwirkung der Zeugen ableitet.[370] Das subjektiv stilisierte *chirographum* wird ohne Mitwirkung von Zeugen errichtet. Die Zuordnung zum Aussteller (und damit die Beurteilung der Echtheit) ergeben sich aus dessen eigener Handschrift.[371]

52 Neben Geschäftsurkunden und geschäftlichen Aufzeichnungen (z. B. *Codex accepti et expensi*, *rationes*) finden auch Briefe[372] und Tagebücher[373] als Urkundenbeweise Verwendung.

53 Da das Römische Recht nur wenige Rechtsgeschäfte kennt, bei denen die Errichtung einer Urkunde konstitutiv ist, liegt deren Funktion regelmäßig in ihrer Verwendung als Beweismittel (*ut facilius probari poterit*),[374] womit auch ein Abschluss *sine scriptura* bzw. *sine litterarum consignatione*[375] offen bleibt. Konsequenterweise kann z. B. im Eigentumsprozess der klägerische Nachweis nicht nur durch das *instrumentum emptionis*, sondern auch durch beliebige andere *probationes legitimae* geführt werden.[376] Zu einer höheren Beweiskraft der Urkunden[377] kommt es erst in der Nachklassik,[378] in unserer

---

[365] *Rein* formal handelt es sich auch bei den oben behandelten Zeugenaussagen *per tabulas* um einen Urkundenbeweis.

[366] Suet. Nero 17.

[367] Paul. sent. 5,25,6.

[368] *Pugliese*, Scr. I 401 f.

[369] *Kaser*, RP I 232.

[370] *Lévy*, Index 15 (1987) 479.

[371] Bei Analphabetismus der erklärenden Partei bediente diese sich eines Schreibgehilfen, der das *chrirographum* verfasste, so z. B. in Mod. 4 resp. D. 20,1,26,1.

[372] Cic. Quinct. 58; Antoninus und Verus bei Scaev. 9 dig. D. 22,3,29 pr.

[373] Cic. Quinct. 57.

[374] Gai. form. hyp. sing. D. 20,1,4 = D. 22,4,4.

[375] So Call. 2 quaest. D. 22,4,5 allgemein für *res gestae*.

[376] Alex. C. 4,19,4 (a.222).

[377] Paul. sent. 5,15,4.

[378] *Kaser/Hackl*, RZ 369; 491 f.

Periode wird der Urkundenbeweis in der Aufzählung der Beweismittel auf einer Stufe mit anderen Beweismitteln, insbesondere mit dem (historisch älteren) Zeugenbeweis angeführt,[379] einen Vorrang haben freilich der *census* und *monumenta publica*.[380] Ansonsten unterliegt die Urkunde der freien Beweiswürdigung. Die kaiserrechtlichen Einschränkungen, wonach gläubigerseitig angelegte *rationes* bzw. ein bloßer Vermerk im Testament keinen ausreichenden Beweis für eine bestehende Schuld des Beklagten machen,[381] ergehen ebenso wie die Abwertung der *instrumenta domestica*[382] im Rahmen der *cognitio*.

In der forensischen Praxis wird die Beweiskraft der Urkunde einerseits über die **54**
Unglaubwürdigkeit des darin festgehaltenen Inhalts, aber auch durch andere *probationes inartificiales*, insbesondere durch den Nachweis der Abwesenheit oder den Tod eines *signator* bzw. einer Partei oder durch zeitliche Unstimmigkeiten bekämpft.[383] Der bloßen *ignorantia signatorum* wird ein *scelus* gegenübergestellt.[384] Die entsprechenden Handlungen wurden in der Prinzipatszeit durch ergänzende *senatusconsulta* der *poena legis Corneliae* (→ Rn. 50) unterstellt, wobei freilich als Hintergrund teilweise schon der sich neben dem Formularprozess etablierende Kognitionsprozess zu sehen ist.[385] Schwankend waren die Sanktionen gegen die Verwendung nicht beweiskräftiger[386]

[379] Gell. 14,2,7; 14,2,21; Paul. sent. 5,5a.3; *Wycisk*, Quidquid in foro (2008) 191; Cic. or. 2,116 nennt in seiner Aufstellung die *tabulae* an erster Stelle; vgl. *Bove*, Labeo 31 (1985) 163–167.

[380] Marcell. 3 dig. D. 22,3,10 (… *senatus censuit*). Nach *De Marini Avonzo*, Funzione (1957) 51 f. und *Arcaria*, Senatus censuit (1992) 206–208 gibt Marcellus nicht ein allgemeines SC zum Beweisrecht, sondern eine senatorische Gerichtsentscheidung wieder; für ein SC hingegen *Kaser/Hackl*, RZ 369 Fn. 67 und *Maganzani*, Agrimensori (1997) 200 f. Die *auctoritas* der *monumenta census* in Grenzstreitigkeiten betont auch Pap. 2 resp. D. 10,1,11,2, vgl auch Sic. Flacc. grom. p. 145,24 (La) = p. 119,1 (Th); *Talamanca*, ED VI (1960) 482. Zur Verwendung öffentlicher Urkunden im Zivilprozess *Matteo*, OIR 6 (2000) 58–69.

[381] Philipp C. 4,19,6 (a.245); ähnlich Gallien. C. 4,19,7 (a.262).

[382] Philipp C. 4,19,5 (a.245).

[383] Quint. inst. 5,5,2.

[384] Quint. inst. 5,5,1.

[385] Paul. 3 resp. D. 48,10,16,1 (*signare falsa*) und 2 (*celare subripere delere subicere resignare*); Paul. sing. poen. pag. D. 48,10,23 (*imitare* eines *chirographum alienum* sowie *intercidere describere* von *rationes* und *libelli*: rechnerische Manipulationen); Ulp. 8 off. proc. D. 48,10,9,3 = Coll. 8,7,1 (*dolo malo falsum signare signari curare* und Verabredung zum *facere falsas testationes*); Marci. 14 inst. D. 48,10,1 (Verabredung zum *facere falsas testationes*) und 4 (Fälschungen *sine consignatione* und *amovere* von *rationes* und *tabulae ceratae*); Mod. 12 pand. D. 48,10,30 pr (Herstellen eines *signum adulterinum*); Paul. sent. 5,25,5 (das *in fraudem alicuius* vorgenommene *delere mutare subicere subscribere*); *Rein*, Kriminalrecht (1844) 784–786; *Mommsen*, Strafrecht 672; *Levy*, Ges. Schr. II 436 f.; 486; *Archi*, Scr. III 1509–1532; *Brasiello*, NNDI VII (1967) 34; *Scarlata-Fazio*, ED XVI (1957) 511–513; *Kocher*, Anwendungsbereich (1965) 20–44; 143; *d'Ors*, St. Volterra II 533 f.; 546–551; *Piazza*, Disciplina (1991) 201–219; *Steck*, Zeugenbeweis (2009) 213–214.

[386] *Divus Pius* (schärfer) und *divi fratres* (keine Bestrafung bei *error*) bei Call. 3 cogn. D. 48,10,31.

oder falscher[387] Urkunden vor Gericht. Prozesstaktisch wird die Widerlegung der Urkunde im aktuellen Prozess (*refelli*) der Anklage (*accusari*) vorgezogen.[388]

55 Zur Beschaffung von Urkunden mit Hilfe der *actio ad exhibendum*, des *interdictum de tabulis exhibendis* und der *actio in factum* gegen *argentarii* siehe unten (→ § 65 Rn. 22–24; 134–144). Die Urkunde wird im Rahmen der *oratio* vorgelesen.[389]

c. Sachverständige

56 Vor allem bei der *actio finium regundorum*, aber auch in weiteren grundstücksbezogenen Prozessen werden *mensores* als Sachverständige von einer Partei[390] oder vom *iudex*[391] als Sachverständige beigezogen,[392] die nach Vornahme eines Augenscheins (*oculisque suis locis subiectis*[393]) ihr Ergebnis als *renuntiatio* übermitteln.[394]

d. *Confessio*

57 Der – in den rhetorischen Aufzählungen der *probationes* nicht enthaltenen, aber anderweitig bezeugten[395] – *confessio* im Verfahren *apud iudicem*[396] kommt eine urteilsersetzende Wirkung, wie sie bei der *confessio in iure* begegnet (→ § 12 Rn. 11 f.), nicht zu. Strittig ist jedoch, ob sie einen ähnlichen dispositiven Charakter hat und daher der *iudex* daran gebunden ist[397] oder wie jedes andere Beweismittel seiner freien Würdigung unterliegt,[398] wenn auch ein vor ihm[399] abgelegtes Anspruchsanerkenntnis oder Tatsachengeständnis[400] des Beklagten die Urteilsfindung erleichterte.[401] Ein klägeri-

[387] Pap 15 resp. D. 48,10,13,1, Alex C. 4,21,2 (a.223) und C. 9,6,4 (a.227); Paul. sent. 5,25,9, alle wohl schon zum Kognitionsprozess.
[388] Quint. inst. 5,5,1–2; *Archi*, Scr. III, 1601–1603.
[389] Vgl. Cic. Q. Rosc. 37.
[390] Paul. 23 ed. D. 10,1,4,1.
[391] Pomponius bei Ulp. 24 ed. D. 11,6,3,4.
[392] Dazu *Maganzani*, Agrimensores (1997) 99–112; 113–220; *Maganzani*, in: Dubouloz/Ingold, Faire la preuve (2012) 48–77.
[393] Ulp. 6 op. D. 10,1,8,1.
[394] Für eine Gleichstellung mit Zeugen *Visky*, Studi Senesi 80 (1968) 36; dagegen *Maganzani*, Agrimensores (1997) 106–107.
[395] Cic. Tull. 2; 31; Cic. Caecin. 2; 3; 24; Quinct. 89; Alex. C. 2,4,5 (a.227).
[396] Paul. sent. 5,5a.3: *confiteri in iudicio* (untechnisch nach *Kaser/Hackl*, RZ 366 Fn. 36, anders noch *Wenger*, Inst. (1925) 189).
[397] *Demelius*, Confessio (1880) 364–370; *Wenger*, Inst. (1925) 189.
[398] *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II 595–596; *Pugliese*, Scr. I 396; *Scapini*, Confessione (1973) 141–156. In diesem Sinn Paul 8 Sab D. 42,2,8.
[399] Anders wohl bei der außergerichtlichen *confessio*, dazu *Scapini*, Confessione (1973) 187–268.
[400] Beides fällt unter den Begriff der *confessio*: *Wenger*, Inst. (1925) 189; *Kaser/Hackl*, RZ 366. Hinsichtlich der Verbindlichkeit differenzierend *Kaser/Knütel* 454.
[401] Cic. Tull. 2.

sches Tatsachenzugeständnis kam hingegen äußerst selten vor.[402] Da auch das von den Sachwaltern in Gegenwart der Parteien Vorgebrachte als Vorbringen der Parteien selbst galt,[403] bedurfte es bei irrtümlich abgegebenen Zugeständnissen durch einen *advocatus* eines *in continenti* erhobenen Widerrufs.[404]

e. Parteieide

aa. *Iusiurandum in iudicio*

Dem Parteieid[405] als *iusiurandum ex pactione litigantium*[406] bzw. *ex consensu utriusque partis*[407] liegt ein Vergleich der Parteien zugrunde.[408] Das kann – ähnlich wie beim Verfahren *in iure* (→ § 12 Rn. 83–97) – durch Zuschieben des Eides[409] und anschließende Ablegung erfolgen.[410] Es handelt es sich um einen Dispositivakt der Parteien, der entsprechend dem Prinzip der formellen Wahrheit[411] für den *iudex* bindend ist[412] (und selbst bei später nachgewiesenem[413] oder behauptetem[414] Meineid eine *retractatio* 58

[402] Cic. Q. Rosc. 42.

[403] Alex. C. 2,9,1 (a.227). *Demelius*, Confessio (1880) 361.

[404] Zum Kognitionsprozess Diocl. C. 2,9,3 (a.313): *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 595; *Winkel*, TR 53 (1985) 324.

[405] Als ein Akt der Parteiendisposition über den Prozessgegenstand wird er gesehen von *Savigny*, System VII 81; *Biondi*, Giuramento (1970) 80–86; *Broggini*, Coniectanea (1966) 171 f.; als Beweismittel hingegen von *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 583; 601–602; *Keller/Wach*, Zivilprozess (1883) 332; *Demelius*, Schiedseid (1887) 100–109., *Bertolini*, Giuramento (1967) 171–188; differenzierend zwischen deferiertem und angeordneten Eid *Wenger*, Inst. (1925) 189 f., *Pugliese*, Scr. I 329 f. Nach Quint. Inst. 5,1,2 gehört das *iusiurandum* zu den *probationes inartificiales*. Zur kombinierten Vorgangsweise einerseits durch *iusiurandum deferre*, andererseits durch *probare* in Paul 18 ed. D. 25,2,14 *Amirante*, Giuramento (1954) 98 f., der die Aussage auf das Verfahren *apud iudicem* bezieht, dagegen *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 64 Fn. 47, der *probare* im Sinn eines Beweisanbots *in iure* versteht.

[406] Gai. 5 ed. prov. D. 12,2,1.

[407] Ant. C. 4,1,1 (a.213).

[408] Zum Vergleichscharakter des *iusiurandum* Pomponius und Marcell bei Ulp. 11 ed. D. 4,3,21; Paul 18 ed. D. 12,2,2; *Melillo*, Contrahere (1994) 273 Fn. 635; *Melillo*, ED 44 (1999) 777 Fn. 29; *Harke*, Eid (2013) 92–102.

[409] Ulp. 11 ed. D. 4,3,21; Ulp. 26 ed. D. 12,2,34,9; Paul. 3 quaest. D. 22,3,25,3; Ant. C. 4,1,1 (a.213). Vgl. auch Quint. Inst. 5,6,1.

[410] So *Fierich*, GrünhutsZ 16 (1889) 123–125; *Biondi*, Giuramento (1970) 80–86; *Wenger*, Inst. (1925) 189; *Münks*, Parteieid (1992) 22–24. Dagegen freilich schon *Demelius*, Schiedseid (1887) 85–119, der *in iudicio* nur den richterlich angeordneten (dazu sogleich) Beweiseid für gesichert hält. Gegen eine Eidesdelation *in iudicio* auch *Kaser/Hackl*, RZ 366.

[411] *Savigny*, System VII 81.

[412] *Biondi*, Giuramento (1970) 80–86; *Broggini*, Coniectanea (1966) 171; *Münks*, Parteieid (1992) 23–24. Gegen eine Bindung freilich *Amirante*, Giuramento (1954) 89 f.; *Amirante*, St. Betti III 37–38.

[413] Ulp. 11 ed. D. 4,3,21: … *stari enim religioni debet*; *Wolf*, AUPA 56 (2013) 290.

[414] Ant. C. 4,1,1 (a.213).

causae ausschließt).[415] Die Gegenansicht argumentiert damit, dass die dafür reklamierten Stellen[416] sich in ihrer klassischen Fassung auf den *in iure* geschworenen Eid bezogen haben.[417] Ebenso wird der Aussagewert der Albucius-Episode[418] in Abrede gestellt, weil es darin um ein Verfahren *apud centumviros* geht.[419] Nach jüngst entwickelten vermittelnden Thesen wurde der Eid vom Verfahren *in iure* auf das Verfahren *apud iudicem* erstreckt[420] bzw. hat das Edikt *de iureiurando* ohnedies auch den *apud iudicem* abgelegten Eid miterfasst.[421] Strittig ist nach wie vor, ob es eine Befugnis des *iudex,* von sich aus *ex auctoritate*[422] einen Eid als Beweismittel anzuordnen,[423] gegeben hat[424] oder ob das mit dem klassischen Formularprozess unvereinbar und daher erst einer späteren Entwicklung zuzuschreiben ist.[425]

59 Die Fassung der Eidesformel wird sich ähnlich wie beim *in iure* abgelegten Eid regelmäßig am Formelwortlaut orientiert haben, konnte aber auch bloß einzelne Tatsachen (z. B. *se Capitolium non ascendisse vel aliud quodlibet fecisse vel non fecisse*[426]) betreffen.[427] Dass die *conceptio* einer (zwischen den Parteien strittigen) Eidesformel als Aufgabe des *iudex*[428] dargestellt wird, wird aufgrund des palingenetischen Kontexts verdächtigt[429] bzw. auf den Eid nach dem Edikt *Si certum petatur* bezogen.[430]

---

[415] Vgl. auch Antoninus und Verus bei Pap. Iust. 2 const. D. 42,1,35.

[416] Außer den in Fn. 409 genannten Stellen Ulp. 22 ed. D. 12,2,9,2 (gegen dessen Beweiskraft freilich *Harke*, Eid (2013) 111 Fn. 155) und vor allem Gai. 30 ed. prov. D. 12,2,31. Gegen die Verwertbarkeit von Quint. Inst. 5,6,1–6 *Amirante*, Labeo 6 (1960) 334–338; *Kaser/Hackl* RZ 366 Fn. 41.

[417] *Amirante*, Giuramento (1954) 89 f.; *Amirante*, St. Betti III 22–26; *Kaser/Hackl*, RZ 366 Fn. 43.

[418] Sen. Contr. 7 praef. 6–7; Suet. De clar. rhet. 6; Quint. Inst. 9,2,95: Dazu *Demelius*, Schiedseid (1887) 92; 113 f.; *Renier*, Étude (1942) 88 f., 268; *Biondi*, Giuramento (1970) 82–84; *Steinwenter*, SZ 65 (1947) 90; *Pugliese*, Scr. I 391 f.; *Münks*, Parteieid (1992) 23; *Querzoli*, Testamenta (2000) 31 f.; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 204–206; *Harke*, Eid (2013) 115–116.

[419] *Amirante*, St. Betti III 30–32.

[420] *Münks*, Parteieid (1992) 24.

[421] *Harke*, Eid (2013) 110–111.

[422] Gai. 5 ed. prov. D. 12,2,1. Itp.-Verdacht bei *Demelius*, Schiedseid (1887) 27, *Biondi*, Giuramento (1970) 105; *Münks*, Parteieid (1992) 30. *Harke*, Eid (2013) 111 f. und 129 f. bezieht die Stelle auf den Zwangseid nach dem Edikt *Si certum petatur*.

[423] Zur Stützung einer geplanten *absolutio in dubiis causis*: Gai. 30 ed. prov. D. 12,2,31 (*exacto iureiurando*). Gegen die von *Biondi* (Fn. 425) behauptete Unechtheit nun *Izzo*, in: Cascione et al. Parti e giudici (2006) 97–100. *Harke*, Eid (2013) 112–113 sieht darin nur eine Anregung des *iudex*, welche einen Eid nach dem Edikt *de iureiurando* auslöst.

[424] *Demelius*, Schiedseid (1887) 109–120; *Keller/Wach*, Zivilprozess (1883) 332; *Bertolini*, Giuramento (1967) 171–188; *Izzo*, in: Cascione et al. Parti e giudici (2006) 97–100.

[425] *Biondi*, Giuramento (1970) 90–94; *Amirante*, St. Betti III 22–23; *Münks*, Parteieid (1992) 29–30.

[426] Iul. 10 dig. D. 12,2,39 (bezogen auf einen außergerichtlichen Eid).

[427] *Münks*, Parteieid (1992) 24.

[428] Ulp. 26 ed. D. 12,2,34,5,8.

[429] *Biondi*, Giuramento (1970) 60.

[430] *Harke*, Eid (2013) 127–128.

bb. *Iusiurandum in litem*

Das *iusiurandum in litem,*[431] mit dem der Kläger den Wert der begehrten Sache oder Leistung beschwört, begegnet bei Klagen mit arbiträrer Restitutions-[432] oder Exhibitionsklausel,[433] wenn eine Naturalleistung unterbleibt und dies auf *contumacia* (gegenüber dem richterlichen *iussum de restituendo*) oder *dolus*[434] des Beklagten zurückgeht, und wird darüber hinaus[435] bei den *bonae fidei iudicia*[436] verwendet,[437] nicht aber bei strengrechtlichen,[438] außer bei Sachuntergang im Verzug.[439] **60**

Zum Teil wird die Klassizität der Verbindung der *contumacia* mit dem *iusiurandum* – was zu einer Straf- und Druckfunktion[440] führt[441] – bestritten[442] und das *iusiurandum in litem* als übliches Mittel gesehen, den Zuordnungswert für den Kläger zu bestimmen.[443] In jüngerer Zeit wurde von einem „Doppelgesicht" zwischen „Strafe und Wertbestimmung"[444] gesprochen und betont, dass das entscheidende Moment nicht in der Missachtung des Gerichts (das würde einen unbeschränkten Anwendungsbereich na- **61**

---

[431] Zur Herkunft *Broggini*, Coniectanea (1966) 187–226; *Fuenteseca Degeneffe*, Función (2008) 267–272.

[432] *Rei vindicatio*: Pomp. 6 Sab. D. 47,2,9,1; Paul. 13 Sab. D. 6,1,71; Paul. 14 quaest. D. 42,1,41,1; Ulp. 51 ed. D. 6,1,68; *vindicatio pignoris*: Marci. form. hyp. sing. D. 20,1,13,3; *actio quod metus causa, actio doli*: Paul. 11 ed. D. 4,3,18 pr., *actio Fabiana*: Paul. 42 ed. D. 38,5,5,1; Die Erwähnung des *iusiuriandum in litem* bei der *actio rerum amotArum* (Pomp. 16 Sab. D. 25,2,8,1) erklärt sich aus der *reddere*-Klausel: *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 54–58. Verwendung im Zusammenhang mit dem *interdictum quod vi aut clam*: Ulp. 71 ed. D. 43,24,15,9.

[433] *actio ad exhibendum*: Julian bei Ulp. 24 ed. D. 10,4,5,2; Paul. 13 Sab D. 12,3,2; Ulp. 24 ed. D. 10,4,3,2; Exhibition von *instrumenta*: Commodus in Call. 1 quaest. D. 12,3,10, vgl. Alex. C. 3,42,4 (a.230). Scaev. 25 dig. D. 49,1,28,1 bezieht sich auf den kognitionalen Provinzialprozess.

[434] Nicht aber bei bloßer *culpa*: Ulp. 36 ed. D. 12,3,4,4; Marci. 4 reg. D. 12,3,5,3; Ant. C. 5,53,2,1 (a.212) stellt freilich die *culpa lata* dem *dolus* gleich.

[435] *Provera*, Iusiurandum (1953) 31–70; *Watson*, TR 34 (1966) 175–193. Eine Beschränkung auf die arbiträren Klagen vertritt dagegen *Chiazzese*, Iusiurandum (1958) 86–112; dagegen *Broggini*, SZ 76 (1959) 601. Ein weiter Anwendungsbereich findet sich nunmehr bei *Harke*, Eid (2013) 152–177.

[436] *actio depositi*: Ulp. 30. ed. D. 16,3,1,26, 40, nicht aber bei der *depositio nummorum* (Ulp. 30 ed. D. 12,3,3) und bei der *actio contraria* (Ulp. 30 ed. D.16,3,5 pr); *actio commodati*: Ulp. 28 ed. D. 13,6,3,2; *actio locati*: Marcell. 8 dig. D. 19,2,48,1; *actio rei uxoriae*: Paul. 36 ed. D. 24,3,25,1. *tutelaris causa*: Ulp. 36 ed. D. 12,3,4,1; Marcell. 8 dig. D. 12,3,8; Ulp. 35 ed. D. 26,7,7 pr; Sev. et Ant. C. 5,53,1 (a.205); Ant. C. 5,53,2 (212); Gord. C. 5,53,4 pr (a.238).

[437] Zusammenfassend Marci. 4 reg. D. 12,3,5 pr.

[438] Paul. 26 ed. D. 12,3,6. Iav. 14 Cass. D. 35,2,60,1 betrifft wohl ein Vindikationslegat.

[439] Marci. 4 reg. D. 12,3,5,4.

[440] Marcell. 8 dig. D. 12,3,8; Ulp. 51 Sab. D. 12,3,1; Paul. 13 Sab. D. 12,3,2; vgl. Paul.76 ed. D. 46,1,73 (*poenam praestitit*).

[441] So die h. L.: *Chiazzese*, Iusiurandum (1958) 147–157; *Provera*, Iusiurandum (1953) 78–84; *Kaser/Hackl*, RZ 339; *Grzimek*, Taxatio (2001) 143–145.

[442] *Biondi*, Actiones arbitrariae (1970) 86–88; *Betti*, Struttura dell'obbligazione (1955) 26 f.; *Volterra*, BIDR 38 (1930) 134 f.

[443] *Schipani*, FS Kaser (1973) 186–192.

[444] *Harke*, Eid (2013) 164.

helegen), sondern in der Restitutionspflicht zu sehen ist.[445] Das *iusiurandum in litem* beruht ausschließlich auf richterlicher Delation,[446] deren Vornahme wohl in seinem Ermessen stand,[447] ebenso wie die Eingrenzung durch eine vorgegebene *taxatio*.[448] Der Kläger konnte nicht gegen seinen Willen zum Eid gezwungen werden,[449] der Eid konnte nur vom *dominus litis* persönlich, nicht von einem *alius* abgelegt werden.[450] Dass der *iudex* an den vom Kläger beschworenen Betrag nicht gebunden war,[451] geht nach gewichtigen Stimmen in der Lehre erst auf die justinianische Einstufung des Eides als Beweismittel zurück,[452] wird aber in der jüngsten Untersuchung nicht mehr in Zweifel gezogen.[453]

III. Das Urteil

Apelt, Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß, 1936; *Biondi*, Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano, in: Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno dinsegnamento IV, 1930, 31–102 = Scr. II 435–517; *Pugliese*, Scritti giuridici scelti II. Diritto romano, 1985, 5–26; 29–83, 139–197; 355–377; *Hackl*, Praeiudicium im klassischen römischen Recht, 1976; *Kaser*, Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht, in: Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag, 1978, 115–130 = Kaser, RRQ, 42–64; Nörr, Historiae Iuris Antiqui III, 2003, 2029–2068; 2081–2093; 2149–2172; 2173–2197; 2199–2217; *Marrone*, Scr. I, 299–327; Scr. II, 721–733; 737–746; 799–809; *Tuzov*, La rescissio delle sentenze giudiziarie in diritto romano: Intorno ad una teoria della nullitá, SZ 128 (2011), 170–216; *Rampazzo*, Sententiam dicere cogedum esse: Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano, 2012.

62 Sobald die Sache entscheidungsreif ist, ist der *iudex* zur Erlassung eines Urteils – unter der Sanktion des *litem suam facere* – verpflichtet,[454] er kann sich dieser Verpflichtung, abgesehen von Exkusationsgründen,[455] nur durch den Eid *rem sibi non liquere* entzie-

[445] *Harke*, Eid (2013) 169–177.

[446] Ulp. 36 ed. D. 12,3,4,1.

[447] Ulp. 36 ed. D. 12,3,4,2; Marci. 4 reg. D. 12,3,5,1; *Levy*, SZ 36 (1915) 61–63; *Provera*, Iusiurandum (1953) 101–102; anders *Chiazzese*, Iusiurandum (1958) 147–157.

[448] Paul. 11 ed. D. 4,3,18 pr; Ulp. 24 ed. D. 10,4,3,2; Ulp. 36 ed. D. 12,3,4,2; Marci. 4 reg. D. 12,3,5,1; *Nörr*, HIA III 2041–2043; *Grzimek*, Taxatio (2001) 142–167: Ein Eid *sine ulla taxatione* begegnet in Ulp. 51 ed. D. 6,1,68.

[449] Paul. 13 Sab. D. 6,1,71; Ant. C. 5,53,2 pr (212).

[450] Papinian bei Ulp. 18 ed. D. 12,3,7. Zur Eidesleistung durch *tutores* und *curatores* Ulp. 36 ed. D. 12,3,4 pr.

[451] Ulp. 36 ed. D. 12,3,4,3; Marci. 4 reg. D. 12,3,5,2. Das reicht freilich noch nicht für eine Einstufung als *periurium* aus: Paul. 3 resp. D. 12,3,11.

[452] *Levy*, SZ 36 (1915) 62; *Provera*, Iusiurandum (1953) 108–109; *Chiazzese*, Iusiurandum (1958) 161; 165.

[453] *Harke*, Eid (2013) 153–155.

[454] Iul. 5 dig. D. 5,1,74 pr; *Rampazzo*, Sententiam (2012) 173–179; *Pergami*, SDHI 80 (2014) 407.

[455] Ulp. 23 ed. D. 50,5,13,2.

hen. Neben dem bekannten Fall des Gellius[456] gibt es einen weiteren literarischen Beleg.[457] Davon zu unterscheiden ist der quellenmäßig nur für das Schiedsverfahren überlieferte Eid *rem nondum sibi liquere*, womit der durch *receptum* verpflichtete *arbiter* (→ § 22 Rn. 29–36) beim Prätor eine Fristerstreckung *ad pronuntiandum* erwirken konnte.[458] Gegen eine Anwendung auf den *iudex* des Formularprozesses[459] spricht vor allem, dass Gellius, der sich als *iudex* zunächst in einer solchen Situation des *nondum liquere* befindet, davon nichts erwähnt, sondern die *diffissio* anordnet (→ Rn. 14). Die *regula* der *maiores*, in einer *non-liquet*-Situation zugunsten der *boni* und gegen die *mali* zu entscheiden,[460] wurde im klassischen Formularprozess nicht mehr angewandt.[461]

Bei einem Richterkollegium ist die Anwesenheit aller erforderlich,[462] entscheidend **63**
ist die Stimmenmehrheit,[463] Stimmengleichheit führt in *causae liberales* zu einer Entscheidung *pro libertate*, ansonsten *pro reo*.[464] Bei Uneinigkeit bloß über die Höhe einer Geldverurteilung gilt die *minima summa*.[465]

Sententia ist die vom *iudex* entsprechend der Formel aufgrund seiner *cognitio* ge- **64**
wonnene (*paret*) oder fehlende (*non paret*) Überzeugung über das Bestehen des in der *intentio* umschriebenen Rechts (bzw. bei *in factum* konzipierten *actiones*: über das Vorliegen der darin genannten tatbestandlichen Voraussetzungen), während *iudicatum* die darauf gestützte inhaltliche Anordnung ist, die als *condemnatio*, *absolutio* oder auch *adiudicatio* ergeht.[466] In einem engeren Sinn (nämlich bloß auf die *condemnatio* be-

---

[456] Gell. 14,2,1–25. Dazu *De Francisci*, Helikon 1 (1961) 591–604; *Rabello*, AG 185 (1973) 42–48; *Nörr*, Rechtskritik (1974) 42; *Holford-Strevens*, Gellius (1988) 219–223; *De Los Mozos Touya*, AHDE 51 (1981) 670–674; *Paricio*, Administración (1987) 89–97; *Paricio*, Atti Sem. Gard. III 411–422; *Mayer-Maly*, FS Matscher 349–354; *Nörr*, HIA III 2149–2172; *Zablocki*, Pravo Kanonicne 39 (1996) 215–226; *Zablocki*, Mél. Wołodkiewicz II 1115–1126; *Bürge*, Privatrecht 14 f.; *Peachin*, Iudex (1996) 66 f.; *Mehesz*, Juez 40; *Polara*, Scr. Bonfiglio 333–389; *Manna*, Om. Burdese I 493–618; *Starace*, Om. Burdese II 64–66; *Fiori*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 173.

[457] Sen. epist. 65,15, dazu *Krafft*, SZ 97 (1980) 266–272.

[458] Ulp. 13 ed. D. 4,8,13,4; *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 89; *Rabello*, AG 185 (1973) 50 f.; *Paricio*, Atti Sem. Gard. III 417 f.; *Roebuck/Loynes de Fumichon*, Roman arbitration (2004) 147; *Rampazzo*, Sententiam (2012) 198.

[459] So *Polara*, Scr. Bonfiglio 353 f.; *Paricio*, Administración (1987) 105–108; *Manna*, Om. Burdese I 535.

[460] Cato orat. 186 (206 M); Gell. 14,2,21–23; Cic. off. 3,77; *Falcone*, AUPA 54 (2011) 39–46.

[461] *Fiori*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 246–249. Zum Verhältnis des *non liquet* zur Beweislast *Manna*, Om. Burdese I 537–547.

[462] Cels. 3 dig. D. 42,1,39; Pomp.17 ep. et var. lect. D. 4,8,18; Marcell. 3 dig. D. 42,1,37.

[463] Pomponius bei Paul. 17 ed. D. 42,1,36.

[464] Divus Pius bei Paul. 17 ed. D. 42,1,38 pr.

[465] Julian bei Paul. 17 ed. D. 42,1,38,1.

[466] *Biondi*, Scr. II 441 f.; *Raggi*, Impugnazioni (1961) 20; *Kaser/Hackl*, RZ 370. Für eine rituelle – d. h. unter Gebrauch der entsprechenden *verba* – mündliche Verkündung *Franchini*, TSDP 6 (2013) 18–43.

zogen) wird *iudicatum* in Begriffen wie *actio iudicati*, *obligatio iudicati* verstanden.[467] Mit der *pronuntiatio* wird die bisher strittige *res in iudicium deducta* zu einer *res iudicata*.[468]

65 Bei Klagen mit Arbiträrklausel (→ § 59 Rn. 200–208; § 63 [redacted]; § 61 Rn. 22; § 62 Rn. 23; § 63 Rn. 24; § 66 Rn. 88) verkündet er seine zunächst gewonnene Überzeugung vom Recht des Klägers mit einer – ebenfalls *pronuntiatio* genannten – Zwischenfeststellung,[469] verbindet diese mit einem *iussum de restituendo* und entscheidet dann erst aufgrund seines *arbitrium*[470] endgültig, ob es zur *absolutio* oder *condemnatio* kommt. Bei Klagen, deren Formel ihm einen weiten Ermessenspielraum einräumt – bei strengrechtlichen wohl nur dann, wenn es zur Einschaltung einer *exceptio doli* gekommen ist[471] – kann er eine geplante *condemnatio* auch von einer Klageabtretung[472] oder einem Verzicht auf konkurrierende Klagen[473] abhängig machen. Ein weiteres aus dem *arbitrium* oder *officium* ableitbares Instrument liegt in Auferlegung von *cautiones iudiciales*[474] (→ § 75).

66 Quellenbelege für eine Begründung des Urteils[475] im Formularprozess finden sich kaum,[476] auch der Versuch, einzelne mit *quasi*,[477] *quod*[478] oder *quia*[479] beginnende Passagen auf Begründungen in konkreten Urteilen zu beziehen,[480] wurde zu Recht mit dem Argument zurückgewiesen, dass es sich um Erwägungen der Juristen han-

---

[467] *Biondi*, Scr. II 441.

[468] Mod. 7 pand. D. 42,1,1. *Abellán*, Est. Iglesias I 1–11.

[469] *Herdlitczka*, Zwischenurteil (1930); *Litewski*, RIDA 44 (1997) 155–291; *Marrone*, Scr. II 737–746.

[470] *Fuenteseca Degeneffe*, Función (2008) 267–303; *Viaro*, Arbitratus (2012) 164–190.

[471] *Giomaro*, Cautiones iudiciales (1982) 255–256; *Wacke*, Actiones praestare (2010) 339.

[472] Lab. 5 post. a Iav. ep. D. 19,2,60,2; Paul. 19 ed. D. 11,3,14. 9; Paul. 22 ed. D. 4,9,6,4; Paul. 39 ed. D. 47,2,54(53).3; *Wacke*, Actiones praestare (2010) 122–168; 250–265; *Fargnoli*, Index 42 (2014) 409–415.

[473] So zB Labeo bei Ulp. 16 ed. D. 6,1,13 i. V.m. Paul. 21 ed. D. 6,1,14; Ulp. 28 ed. D. 13,6,7,1; Pomp. 6 Sab. D. 47,2,9,1. Abhängigkeit von einer *liberatio* in Ulp. 47 Sab. D. 46,2,9 pr.

[474] Pomp. 26 Sab. D. 45,1,5 pr; Inst. Iust. 3,18. pr–1. *Giomaro*, Cautiones iudiciales (1982) 245–275; *De Benardi*, Atti II 323–351.

[475] Dazu *Visky*, RIDA 18 (1971) 735–759; *Scapini*, Studi Parmensi 33 (1983) 233–257; *Murillo Villar*, Cuadernos de historia del derecho 2 (1995) 11–46; *Marrone*, Scr. II 721–733 und 799–809; *Biscotti*, Om. Burdese I 273–331; *Centola*, SDHI 78 (2012) 407–428.

[476] Cic. off. 3,66; Cicero (*recte* wohl Aquilius Gallus, dazu unten Fn. 759) in Cels. 25 dig. D. 50,16,96 pr; Mac. 2 app. D. 49,8,1,1 (möglicherweise schon zu *cognitio*). Zu Ulp. 75 ed. D. 44,2,11 pr ausführlich *Biscotti*, Om. Burdese I 318–326. Nicht hierher gehört Publius Mucius bei Iav. 6 post. Lab. D. 24,3,66 pr, dessen begründete *sententia* nicht als Urteil, sondern als *reponsum* zu sehen ist (dazu oben Fn. 20).

[477] Paul. 2 quaest. D. 5,2,17 pr (*centumviri*).

[478] Gai. 30 ed. prov. D. 44,2,17; Pap. 20 quaest. D. 20,1,3 pr.

[479] Ven. 15 stip. D. 46,8,8 pr; Ulp. 75 ed. D. 44,2,9 pr; 80 ed. D. 44,2,18.

[480] *Marrone*, Scr. II 723 f.; 731.

delt,[481] und damit die seit langem h. M. bestätigt, wonach eine Urteilsbegründung im Formularprozess nicht obligatorisch war.[482]

Für ein Fehlurteil wird (neben anderen Ausdrucksweisen)[483] vor allem der Begriff **67**
iniuria iudicis verwendet:[484] Er stellt nicht auf die (vielfach auch gegebene)[485] subjektive Vorwerfbarkeit,[486] sondern auf den objektiv bestehenden Widerspruch des Urteils zur Sach- und Rechtslage ab[487] und belastet als Ausfluss des Prozessrisikos die unterlegene Partei[488] (zu einem allfälligen Vorgehen gegen den *iudex*, der dadurch *litem suam fecit* → § 96 Rn. 17–22). Ist allerdings bei einer zu Unrecht erfolgten *absolutio* vom beklagten Schuldner schon vor oder nach dem Urteil freiwillig geleistet worden, so ist eine Rückforderung ausgeschlossen.[489]

1. Inhalt des Urteils

a. *Condemnatio*

Im Formularprozess lautet das Urteil stets auf Geld (*condemnatio pecuniaria*),[490] so dass **68**
der Richter auch bei nicht in Geld bestehenden Leistungen[491] nur einen Geldbetrag

[481] *Biscotti*, Om. Burdese I 306–310; 314–316.

[482] *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 627; *Pugliese*, PF I 435; *Kaser/Hackl*, RZ 371; *Guarino*, Diritto privato[12] (2001) 229; *Kaser/Knütel* 455.

[483] *Male absolvit*: Paul. 32 ad ed. D. 12,6,28; *perperam*: Lab. 4 post. D. 40,12,42; Ulp. 17 ed. D. 8,5,8,4; Ulp.44 ed. D. 38,2,12,3; *inique vel iniuste sententiam dixit*: Ulp. 56 ed. D. 47,10,1 pr i. f.; *iniqua sententia*: Frag. Vat.10.

[484] Atilicinus, Sabinus, Cassius bei Ulp. 31 ed. D. 17,2,52,18; Labeo bei Pomp 18 Q. Muc. D. 40,7,29,1; Tryph. 8 disp. D. 20,6,13; Pap. 20 quaest. D. 20,1,3,1; Paul. 3 Ner. D. 46,1,67; Ulp. 24 Sab. D. 30,50,1; Ulp. 71 ed. D. 43,30,1,4; Alex. C. 8,44,8 (a.222); Gord. C. 4,64,1 (a.238); Philipp. C. 8,44,15 (a.245); Frag. Vat. 8. Zum Verhältnis der *iniuria iudicis* zum *iniuria*-Tatbestand *Mollá Nebot*, Lib. Am. Miquel, 685–702.

[485] Paul. 7 Sab. D. 24,3,17,2; Ulp. 30 ed. D. 5,1,15,1; 80 ed. D. 21,2,51 pr; *Fercia*, Diritto@Storia 10 (2010/11); *Venturini*, Index 41 (2013) 455–472; *Klausberger*, in: *Klausberger* et al., Disputationes Tirolenses (2014) 99–101.

[486] So *Petot*, Défault (1912) 55; *Wolf*, Tulane Law Review 33 (1959) 537.

[487] *Dauvillier*, Iniuria iudicis (1938) 42–44; *Pugliese*, Scr. II 37–40; *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 294–317; *Manfredini*, Iniuria (1977) 132–134; *Kaser/Hackl*, RZ 379 Fn. 35; *Klingenberg*, Et. Ankum I 186 f.; *Mangold*, Iniuria Iudicis (2004) 5–7.

[488] Zur Frage der Drittwirkung siehe bei Fn. 728.

[489] Paul. 32 ed. D. 12,6,28; *Fercia*, Diritto@Storia 10 (2010/11); *Fino*, Om. Burdese I 387 f. Paul. 3 quaest. D. 12,6,60 pr (*natura tamen debitor manet*); dazu *Liebs*, Klagekonkurrenzen (1972) 222; *Di Cintio*, in: Cascione et al., Parti e giudici (2006) 235–248.

[490] Gai. inst. 4,48 stellt die *condemnatio pecuniaria* in Gegensatz zur *olim* erfolgten *condemnatio in ipsam rem*. *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 623; *Wenger*, Inst. (1925) 135 f., 198 f.; *Nicolau/Collinet*, RHD 15 (1936) 751–786; *Gioffredi*, SDHI 12 (1946) 136–147; *Gioffredi*, Diritto e processo (1955) 164–166; *Broggini*, Iudex (1957) 98–103, 145–148; *Visky*, RIDA 19 (1972) 469–494; *Daube*, CollStRL, 1353; *Blank*, SZ 99 (1982) 303–316; *Romano*, Labeo 28 (1982) 131–149; *Bürge*, SZ 99 (1982) 128–157; *Romano*, Economia (1986) 11–54; Cornioley, St. Guarino VI 2912; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 548; *Burdese*, Miscellanea (1994) 49–75; *Kaser/Hackl*, RZ 372 f.; *Martini*, Appunti (2000)

zusprechen konnte. Lediglich bei Noxalklagen lautet die Verurteilung alternativ auf eine Geldsumme oder *noxae deditio*.[492]

69 War eine feste Summe in der Formel vorgegeben, verurteilte er auf diese, über diesen Betrag konnte er nur bei Einverständnis der Parteien hinausgehen.[493] Bei Formeln mit *intentio incerta* auf *quidquid dare facere oportet* (*ex fide bona*) war die Konkretisierung vom *iudex* vorzunehmen, ebenso bei Formeln mit einer *condemnatio* auf *quantum iudici bonum aequum videbitur*. Ging die formulare *condemnatio* auf *quanti ea res est* (*erit*),[494] so hatte er durch *aestimatio rei* diesen Betrag zu ermitteln,[495] der selbst auch als *litis aestimatio* bezeichnet wird.[496] Zum *iusiurandum in litem* des Klägers als Grundlage für die Höhe der *litis aestimatio* (→ Rn. 6).

70 Die *condemnatio* erfolgte üblicherweise mit dem an die Formel angelehnten Wortlaut (*decem Lucium Titium Seio condemno*) und hatte eine genaue Summe anzugeben[497] und in diese auch die bisher gegebenenfalls angelaufenen Zinsen[498] miteinzu-

---

195–197; *Fuenteseca Degeneffe*, An. Fac. Der. Coruña 10 (2006) 403–412; *Fuenteseca Degeneffe*, Función 296–303; *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 255–263; *Thomas*, Ann. Hist. Sc. Soc. 57 (2002) 1457; *Heger*, Durchsetzung (2008) 30–33; *Winkel*, St. Metro VI 481–488; *Kaser/Knütel* 203, 455. Zur Erklärung aus dem Charakter des *iudicium privatum Nicosia*, Scr. II 603–607.Von der in der angeführten Literatur nahezu einhellig akzeptierten Geltung der *condemnatio pecuniaria* im Formularprozess abweichend lediglich *Düll*, SZ 96 (1979) 290–302, der ein Wahlrecht des Klägers zwischen Natural- und Geldverurteilung annimmt. Die nicht zur *condemnatio pecuniaria* passende Erwähnung der Abnahme *manu militari officio iudicis* in Ulp. 51 ed. D. 6,1,68 (dazu *Fuenteseca Degeneffe*, Función (2008) 291–296) beruht auf einer zum Kognitionsprozess gehörigen (nicht notwendigerweise justinianischen) Textveränderung: *Winkel*, St. Metro VI 483–485.

[491] Gai. inst. 4,48 (zu eingeklagten Sachen); Cels. 6 dig. D. 42,1,13,1 (zu *obligationes faciendi*).

[492] Ulp. 66 ed. D. 42,1,6,1.

[493] Iul. 5 dig. D. 5,1,74,1.

[494] *Kaser*, Quanti (1935); *Tafaro*, Interpretatio (1980); *Voci*, Iura 32 (1981) 182–184; *Tafaro*, Labeo 33 (1987) 104–112.

[495] Gai. inst. 4,48 i. f.; *Fuenteseca Degeneffe*, An. Fac. Der. Coruña 10 (2006) 403–412.

[496] Ner. 1 resp. D. 16,3,30; Iul. 19 dig. D. 25,2,22 pr; Gai. 6 ed. prov. D. 41,4,1; Ulp. 28 ed. D. 13,6,5,1; Ulp. 35 ed. D. 27,9,3,2.

[497] Gord. C. 7,46,4 (o.A.); *Franchini*, TSDP 6 (2013) 26 f. Die von Ulp. 4 omn. trib. D. 42,1,59 pr,1 erwähnten geringeren Anforderungen an den Wortlaut und die Aufnahme von Verweisen statt einer fest bezifferten Summe (*solve quod petitum est* o. ä.) beziehen sich auf Sprüche der Munizipalmagistrate, die in Ulp. 59 ed. D. 42,1,5,1 auf die *extraordinaria cognitio* im Bereich der Fideikommisse.

[498] Paul. 57 ed. D. 22,1,35; Gord. C. 7,46,3 (o.A.); Alex. C. 4,32,13 (o.A.) deutet darüber hinaus auch die Möglichkeit von Zinsen *ex causa iudicati* an; diese konnten natürlich nicht ex ante beziffert werden: Sev. et Ant. C. 7,46,1 (o.A.). Die h.A. schließt jedoch – vor allem unter Berufung auf Pap. 2. quaest. D. 22,1,1,2 und die darin enthaltene *nota* des Paulus – die Verzinslichkeit der Urteilsforderung für den Formularprozess aus: *De Francisci*, Saggi 1 62–64; *Kaser*, Restituere (1968) 43; *Lenel*, EP 444 Fn. 1; *La Rosa*, Actio iudicati (1963) 54 Fn. 146; *Santalucia*, BIDR 68 (1965) 60–62; *Buzzacchi*, Actio iudicati (1996) 65; *Kaser/Hackl*, RZ 374, für eine Verzinsung unter kaiserrechtlichen Einfluss hingegen *Fasolino*, Scr. Franciosi II 775–779. Sobald eine *appellatio* möglich war, konnten Zinsen für das *medium tempus* entweder vom Appellationsrichter zugesprochen oder über eine anschließende

beziehen. Ein offensichtlicher Rechenfehler des *iudex* konnte noch von diesem selbst korrigiert werden.[499] Eine vom *iudex* allenfalls gesetzte Frist zum *solvere intra certos dies* konnte die gesetzliche 30-Tage Frist der *actio iudicati* zwar nicht verkürzen, war sie hingegen länger angesetzt als das *tempus legitimum*, kam sie dem *condemnatus* zusätzlich zugute.[500]

Wenn die Formel innerhalb der *condemnatio* eine *taxatio*[501] enthält,[502] so darf der Richter den vorgegebenen Betrag (unter der Sanktion des *litem suam facere*:[503] → § 96 Rn. 17) nicht überschreiten. Eine Beschränkung ohne konkrete Betragsangabe liegt in der Vorgabe *dumtaxat de peculio*[504] (→ § 101 Rn. ■) sowie in der Begrenzung auf *id quod (quantum) facere potest*:[505] Sie begegnet bei der *actio rei uxoriae* (→ § 89 Rn. 25 f.), zugunsten des aus einem Dotalversprechen geklagten Schwiegervaters,[506] zugunsten des *maritus* bei Klagen aus Kontrakten seiner Frau,[507] bei der *actio pro socio* (→ § 81 Rn. 7), zugunsten von *parentes*,[508] *patroni* und deren Angehöri- **71**

actio utilis begehrt (Scaev. 23 dig. D. 42,1,64; Scaev. 5 resp. D. 49,1,24 pr) werden: *Fasolino*, Scr. Franciosi II 770–775.

[499] Mac. 2 app. D. 49,8,1,1; *Mayer-Maly*, FS Niederländer 99–105.

[500] Ulp. 58 ed. D. 42,1,4,5. Der von *Wenger*, Actio iudicati (1901) 250–254 angenommene Widerspruch zu Gai. inst. 3,78 (und der daher die Stelle mit dem *beneficium competentiae* erklärt) besteht nicht, da es dort um die Frist vor der Einleitung der *venditio bonorum* (und nicht der *actio iudicati*) geht. Nicht für klassisch gehalten wird die Lösung auch von *Biondi*, Scr. II 459 Fn. 6 und 475, *La Rosa*, Actio iudicati (1963) 55–57 sowie *Kaser/Hackl*, RZ 610 Fn. 35. Im Gegensatz zu den in der Fn. 498 genannten Stellen scheidet hier ein ursprünglicher Bezug dieser Äußerung auf die *cognitio* – dort hatte der *iudex* die Möglichkeit der Fristgestaltung (Ulp. 6 ed. D. 42,1,2; Call. 2 cogn. D. 42,1,31) – aus, da Ulpian hier die Ediktsklausel *codemnatus ut pecuniam solvat* kommentiert. Für eine Vereinbarkeit mit den Einflussmöglichkeiten des *iudex Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 320 Fn. 309; keine inhaltlichen Bedenken auch bei *Buzzacchi*, Actio iudicati (1996) 68, *Fasolino*, Scr. Franciosi II 767 f. und *Salomone*, Iudicati velut obligatio (2007) 438 f.

[501] Grundlegend *Nörr*, HIA III 2029–2068, *Grzimek*, Taxatio (2001).

[502] Gai. inst. 4,43; 4,51: *dumtaxat X milia*; vgl. auch *Lenel*, EP 154; 399; *Mantovani*, Formule (1999) Nr. 25, 43, 84–88. Zur *actio tutelae* P.Yadin 28, 29,30: μέχρι δην(αρίων) Βφ; dazu *Nörr* HIA III, 2032–2034; 2174–2176; 2203–2206; *Grzimek*, Taxatio (2001) 23–40; *Mantovani*, Mél. Humbert 550; *Platschek*, SZ 127 (2010) 284 f. Eine *actio ex stipulatu* mit *bona-fides*-Klausel und *taxatio* findet sich in der *lex Rubria* cap. 20: Zur *actio iniuriarum* Gai. inst. 3,224; Paul. Coll. Mos. 2,6,1; *Nörr*, HIA III 2081–2093; *Grzimek*, Taxatio (2001) 85–116; Zu Cic. Tull. 7 (*De hominibus vi armatis coactisve*) und weiteren prätorischen Deliktsklagen *Grzimek*, Taxatio (2001) 126–137, zu Paul. 7 Plaut. D. 38,1,39,1 (*actio operarum*) ebd. 81–85, zuvor schon *Waldstein*, Operae libertorum (1987) 355–357.

[503] Gai. inst. 4,52.

[504] Vgl. *Lenel*, EP 282; *Mantovani*, Formule (1999) Nr. 99.

[505] *Levet*, Bénéfice (1927); *Solazzi*, Estinzione (1935) 203–241; *Litewski*, St. Volterra IV 469–572; *Kaser*, RP I 482f; *Guarino*, Condanna (1978); *Gildemeister*, Beneficium (1986); *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 214–216; *Bürge*, SZ 106 (1889) 271–276; *Wacke*, OIR 3 (1997) 94 f.; *Wacke*, FS Knütel, 1339–1342; *Wacke*, St. Metro VI 447–479; *Loynes de Fumichon*, Mél. Humbert, 495–522.

[506] Neratius und Proculus bei Paul. 7 Sab. D. 24,3,17 pr; Paul. 6 Plaut. D. 42,1,21; abweichend Neratius ebd., differenzierend Pomp. 21 Q. Muc. D. 42,1,22,1; *Litewski*, SZ 118 (2001) 381–387.

[507] Divus Pius bei Mod. 2 diff. D. 42,1,20.

[508] Ulp. 63 ed. D. 42,1,16 i. f. Nach Pomp. 16 Sab. D. 24,3,16 fällt darunter auch der *socer*. Vgl. auch Pomp. 7 var. lect. D. 42,1,30 i. f.

gen,[509] zugunsten von emanzipierten, enterbten oder sonst wie ausgeschiedenen Haussöhnen bei Klagen aus Geschäften aus der Zeit ihrer Gewaltunterworfenheit,[510] zugunsten von *milites*[511] und des Schenkers[512] – wobei dessen maßgeblicher Vermögensstatus im Gegensatz zu den anderen Fällen *deducto aere alieno* ermittelt wurde[513] – und bei den Klagen nach einer *cessio bonorum*[514] (→ § 14 Rn. 20).

72 Das Geldurteil wird als Begründungsakt[515] einer *obligatio*[516] gesehen, zu deren Durchsetzung die *actio iudicati* zur Verfügung steht. Im *iudicium legitimum* über eine zivile *actio in personam* geht dies mit einer Umwandlung der bisherigen Prozessobligation (*condemnari oportere*) in eine auf *iudicatum facere oportere*[517] einher. Die Judikatsobligation ist einem Erlass,[518] aber ab der Unanfechtbarkeit des Urteils nicht mehr einem Vergleich[519] zugänglich. Was einmal auf eine Judikatsobligation gezahlt worden ist, kann selbst bei Nichtigkeit des Urteils[520] nicht mehr zurückgefordert werden.[521]

73 Bei Klagen, die auf die Heraus- oder Rückgabe einer klägerischen Sache gerichtet sind, führt die Geldverurteilung des Beklagten auf die *litis aestimatio* dazu, dass er eine käuferähnliche Stellung erlangt[522] und ihm dadurch eine *usucapio pro emptore*[523] und

---

[509] Ulp. 10 ed. D. 42,1,17.

[510] Ulp. 29 ed. D. 14,5,2 pr,1; Die Einbeziehung des sich enthaltenden *filius* beruht auf einer *interpretatio* des *edictum perpetuum*: Sev. et Ant. C. 4,26,2 (a.196), dazu *Serangeli*, Abstenti (1989), 1–126.

[511] Ulp. 66 ed. D. 42,1,6 pr = eod. 18.

[512] Divus Pius bei Ulp. 6 (*recte* 36) Sab. D. 23,3,33 = D. 50,17,28 und Ulp. 3 disp. D. 39,5,12; Pomp. 7 var. lect. D. 42,1,30.

[513] Paul. iur. sing. sing. D. 24,3,54; Paul. 6 Plaut. D. 42,1,19,1; *Wacke*, FS Knütel 1344.

[514] Ulp. 59 ed. D. 42,3,4 pr.

[515] Gai. inst. 3,173; Ulp. 58 ed. D. 42,1,4,7.

[516] *obligatio iudicati*: Celsus bei Ulp. 46 Sab. D. 46,2,8,3; Ulp. 58 ed. D. 42,1,4,3; *iudicati velut obligatio*: Papinian bei Ulp. 29 ed. D. 15,1,3,11.

[517] Gai. inst. 3,180. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 438–441; *Salomone*, Index 25 (1997) 399–408; *Salomone*, Iudicati velut obligatio (2007) 207–252, dazu *Burdese*, Index 36 (2005) 285–298.

[518] Nach *ius civile* durch Novation und anschließende *acceptilatio*: Ulp. 58 ed. D. 42,1,4,4 i. V.m. D. 39,5,17. Ein bloßes *pactum* findet sich in Ulp. 4 ed. D. 2,14,7,13. Vgl. Paul. sent. 1,1,5a, welches ein solches *pactum donationis causa* zulässt.

[519] Antoninus Pius bei Ulp. 43 Sab. D. 12,6,23,1; Ulp. 7 disp. D. 2,15,7 pr, 1; Paul. sent. 1,19,2; *Salomone*, Index 28 (2000) 379–408; *Salomone*, Iudicati velut obligatio (2007) 469–486.

[520] Iul. 5 dig. D. 5,1,74,2.

[521] Paul. 2 quaest. D. 10,2,36; Ulp. 7 disp. D. 17,1,29,5; Sev. et Ant. C. 4,5,1 pr (213); Ant. C. 4,31,2 (o.A.); *Salomone*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 1–32; *Salomone*, Iudicati velut obligatio (2007) 515–532. Zum Zusammenhang mit der *solutio per aes et libram* (Gai. inst. 3.173) *Kaser/Hackl*, RZ 378.

[522] Iul. 19 dig. D. 25,2,22 pr; Julian bei Ulp. 29 Sab. D. 21,2,21,2; Ulp. 16 ed. D. 6,2,7,1; Ulp.75 ed. D. 41,4,3; Ulp. 6 fideic. D. 42,4,15. Zur Funktion der *aestimatio litis* als *pretium rei Murga*, St. Guarino VI 2607–2624.

[523] Gai. 6 ed. prov. D. 41,4,1. Ein Putativtitel ist nicht ausreichend: Celsus bei Ulp. 31 Sab. D. 41,3,27.

die *actio Publiciana*[524] eröffnet werden, sofern er die Sache hat; sofern er sie nicht hat, kann er vom Kläger eine *cautio*[525] und, wenn er *sine fraude* ist, eine Klagsabtretung[526] verlangen. Entscheidend ist[527] dabei nicht die tatsächlich erfolgte Zahlung, sondern die durch *offerre*[528] bzw. *sufferre*[529] ausgelöste *condemnatio* auf die *litis aestimatio*,[530] wobei in dem gesamten Vorgang eine *alienatio* gesehen wird.[531] In einigen Quellen wird die Position des Beklagten mit einem Eigentumsterminus beschrieben,[532] doch hat sich zu dieser Frage nach differenzierenden Thesen[533] nunmehr die Auffassung durchgesetzt, dass es sich durchgängig um prätorisches Eigentum[534] handelt.

Bei einigen deliktischen und vertraglichen Klagen[535] (sog. *actiones famosae*[536]) ist die Verurteilung auch Auslöser für die Infamie (→ § 28 Rn. 12). **74**

[524] Julian bei Ulp. 16 ed. D. 6,2,7,1; Ulp. 16 ed. D. 6,2,3,1. Pomp. 29 Sab. D. 6,1,70 spricht von einer *quasi-Publiciana*, lehnt sie aber ab, wenn der Beklagte gegenüber dem Kläger fehlerhaft (*vi*) besaß.

[525] Paul. 17 Plaut. D. 6,1,47.

[526] Pap. 12 quaest. D. 6,1,63; anders bei dolosem Besitzverlust: Paul. 13 Sab. D. 6,1,69; *Wimmer*, Besitz (1995) 116–121; zum Gegensatz zu Marcell. 4 dig. D. 42,1,12 *Wacke*, Actiones praestare (2010) 320–333.

[527] *Levy*, Ges. Schr. I 399 f.; *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 312 f.; vorsichtiger *Wacke*, Actiones praestare (2010) 278 Fn. 1021 und 318.

[528] Julian bei Ulp. 16 ed. D. 6,2,7,1; Gai. 6 ed. prov. D. 41,4,1.

[529] Iul. 19 dig. D. 25,2,22 pr; Julian bei Paul. 54 ed. D. 41,4,2,21.

[530] Ulp. 16 ed. D. 6,2,7,1; Ulp. 75 ed. D. 41,4,3.

[531] Ulp. 35 ed. D. 27,9,3,2.

[532] Ner. 1 resp. D. 16,3,30 (*rem tuam fieri*); Paul 10 Sab. D. 6,1,46 (*dominium*); Ulp. 28 ed. D. 13,6,5,1 (*rem offerentis facit*).

[533] Beim *reus contumax* ziviles, ansonsten prätorisches Eigentum: *Erhardt*, Litis aestimatio (1934) 172; bei *res nec mancipi* ziviles, bei *res mancipi* prätorisches Eigentum: *Marrone*, AUPA 25 (1955) 560 Fn. 126; *Kaser*, RP I 437 Fn. 54; *Gröschler*, SZ 128 (2011) 662; abwägend *Kaser/Hackl*, RZ 378 Fn. 23.

[534] So schon *Carrelli*, Litis aestimatio (1935) 97–110, ähnlich *Levy*, Ges. Schr. I 384–398 (prätorisches Eigentum im Wege der Analogie); *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 538; *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 314; *Wacke*, Actiones praestare (2010) 270–283; 318; *Kaser/Knütel* 160.

[535] Nach den Aufzählungen in Gai. inst. 4,182, Inst. Iust. 4,16,2, Iul. 1 ed. D. 3,2,1, Tab. Heracl. (FIRA I 13) Z. 110–111 und frag. Atest. (FIRA I 20) Z. 1–4 die *actio furti, vi bonorum raptorum, iniuriArum, de dolo*, die *actio pro socio* sowie die *actiones directae* aus *tutela*, *mandatum* (zur *contraria Albanese*, Scr. I 921–971) und *depositum*. *Kaser*, SZ 73 (1956) 235–245; *Kaser*, SZ 100 (1983) 126–131; *d'Ors*, St. Guarino VI 2575–2590; *Varela*, Est. Iglesias I 515–524; *Blanch*, Est. Iglesias III 1151–1157; *Kaser/Hackl* RZ 284; *Giomaro*, StUrb. 69 (2001/02) 199 f.; *Wolf*, SZ 126 (2009) 62–65. Weiters auch die *actio sepulchri violati*: Ulp. 2 ed. D. 47,12,1.

[536] Der Ausdruck begegnet bei Marcell. 3 dig. D. 4,1,7,1; Paul. 5 ed. D. 3,2,7; off. adsess. sing. D. 3,3,73; Ulp. 5 ed. D. 2,4,10,12; 6 ed. D. 3,2,6,1; 10 ed. D. 37,15,5,1; D.37,15,7 pr; 11 ed. D. 4,3,1,4; D. 4,3,11,1; 38 ed. D. 40,14,6; 57 ed. D. 47,10,7 pr; Mac. 2 iud. publ. D. 48,19,10,2; Sev. et Ant. C. 5,12,1,2 (a.201); Alex. C. 5,55,1,1 = C. 6,1,1 (a.223).

b. *Absolutio*

75 Nach der Schlussklausel der Formel hat der Richter im Fall des *non paret* die Klage durch *absolutio* abzuweisen, weiters bei Zutreffen einer *exceptio*. Letzteres wird auch mit *summovere* (aus Beklagtensicht)[537] bzw. *summoveri* (aus Klägersicht)[538] umschrieben.

76 Dem Bereich des *non paret* zuzurechnen sind bei Klagen mit *intentio certa* als Konsequenz der strengen Formellogik[539] auch die Fälle der *pluris petitio*[540] in ihren vier Erscheinungsformen *re, tempore, loco* und *causa*.[541] Es kommt daher zur gänzlichen Abweisung;[542] eine zweite berichtigte Klage ist wegen der Klagenkonsumption bzw. Präklusivwirkung (→ Rn. 90) nicht möglich. Ein *minus intendere* behindert nicht die Verurteilung, löst aber bei einer allfälligen Nachklage innerhalb der Amtszeit desselben Prätors die *exceptio litis dividuae* aus.[543] Ein *aliud intendere* führt zwar zur Abweisung, hat aber keine präkludierende Wirkung.[544]

77 Auch im Fall des *paret* kann es zu einer *absolutio* kommen, wenn der Beklagte noch während des Verfahrens *apud iudicem* den Kläger befriedigt hat: Dies ergibt sich bei den arbiträren Klagen schon direkt aus dem Formelwortlaut, bei den *bonae fidei iudicia* aufgrund des *officium iudicis*. Die Sabinianer befürworteten diese Lösung entgegen den am Formelwortlaut orientierten Prokulianern auch bei den strengrechtlichen[545] Klagen: *omnia iudicia absolutoria esse*.[546] In der jüngst dazu geführten Debatte wurde die Befriedigung des Klägers juristisch-konzeptionell als eigentliches Prozessziel zur Wiederherstellung des *ius* gesehen,[547] aber auch entwicklungsgeschichtlich mit der klassi-

---

[537] Celsus bei Ulp. 26 ed. D. 2,14,51 pr; Iul. 90 dig. D. 16,2,2; Paul. 5 quaest. D. 19,1,45,1.

[538] Gai. inst. 2,77 f.; 3,179; 181; 4,117; 122; Gai. 1 ed. prov. D. 2,14,30,1–2; Iul. 40 dig. D. 36,1,28,7; Iul. 51 dig. D. 46,1,15,1; Iul. 51 dig. D. 44,2,25 pr; Julian bei Ulp. 76 ed. D. 44,4,7,1; Paul. 10 ed. D. 50,17,115,1.

[539] *Kaser/Hackl*, RZ 324. Der Sanktionscharakter ergibt sich daraus mittelbar: *Rampazzo*, Ric. Talamanca I 818–822.

[540] Dazu *Provera*, Pluris petitio I (1958); *Sacconi*, Pluris petitio (1977); *Kaser/Hackl*, RZ 322–325; *Dalla Massara*, in: Pulitano/dalla Massara/et al., Luogo convenzionale (2005) 7–10; *Rampazzo*, Ric. Talamanca I 801–850; *Provera*, Lezioni (2012) 165–256.

[541] Zusammenfassend Gai. inst. 4,53–53d; Inst. Iust. 4. 6,33–33d; Paul. sent. 1,10,1 = Consult. 5,4; weiters Paul. sent. 1,13b.5 = Consult. 5,5; Frag. Vat. 53 (*re*); Ulp. 26 ed. D. 12,1,9 pr (*tempore*), Ulp. 27 ed. D. 13,4,2,2 (*loco* und *causa*).

[542] Bei einer *intentio incerta* gibt es keine *pluris petitio*: Gai. inst. 4,54. Ein *plus* in der *demonstratio* löst nur bei infamierenden Klagen die *absolutio* aus: *quidam* bei Gai. inst. 4,60.

[543] Gai. inst. 4,56; 4,122.

[544] Gai. inst. 4,55; Inst. Iust. 4,6,35.

[545] So die sinngemäße Ergänzung der Textlücke bei Gaius (nächste Fn.): *Manthe*, Gai. Inst. 382: *de stricti iuris iudiciis*, etwas enger bei *Kaser/Hackl*, RZ 297 Fn. 16: *de condictionibus*.

[546] Gai. inst. 4,114; Iust. Inst. 4,12,2. Theoph. ad h. l., dazu jüngst zusammenfassend *Buzacchi*, Om. Burdese II 1–23.

[547] *Cannata*, Atti Biscardi 67–69. Zum Vorrang der Naturalrestitution *Wimmer*, Besitz (1995) 113–121.

schen Definition der *actio*[548] aus dem Übergang vom alten Konzept des *oportere* (als bloße Last des Beklagten) zum *necesse esse* erklärt,[549] soziologisch zusätzlich auch mit der Einbettung des Beklagten in sein Garantenumfeld untermauert, welches Druck in Richtung auf Vermeidung der *condemnatio* machte.[550]

Bei einer *absolutio*, die bei Klagen mit Restitutionsklausel nach ordnungsgemäßer Restitution erfolgt, gilt nicht das *absolvo*, sondern der Inhalt der als Zwischenfeststellung ergangenen *pronuntiatio* als *iudicatum*[551] bzw. als *res secundum petitorem* (bzw. *actorem*) *iudicata*,[552] welche als *causa iudicati*[553] für die als *alienatio propter rei iudicatae auctoritatem*[554] qualifizierte *traditio* an den Kläger herangezogen wird.[555] **78**

c. *Adiudicatio*

In einem Teilungsurteil kann der Richter aufgrund seines *officium*[556] durch *adiudicatio*[557] rechtsgestaltend Eigentum zuweisen[558] und auch Servituten[559] oder Pfandrechte[560] begründen (→ § 67 Rn. 6). **79**

d. Feststellungsurteil

Das Urteil über ein *praeiudicium* beschränkt sich auf die Beantwortung der zwischen den Parteien zum Verfahrensgegenstand gemachten strittigen Frage, zumeist über den Status einer Person (→ Rn. 104–106). **80**

2. Formelle Rechtskraft

Mit der Verkündung (*pronuntiatio*) ist die Sache endgültig entschieden (*res iudicata*),[561] das *rite* ergangene Urteil konnte vom *iudex* nicht mehr abgeändert[562] und auch **81**

[548] Cels. 3 dig. D. 44,7,51.

[549] *Santoro*, Atti Biscardi 259–263; *Salomone*, Ric. Talamanca I 986 f.; *Buzzacchi*, Om. Burdese II 16–18.

[550] *Zuccotti*, RDR 3 (2003) (http://www.ledonline.it/rivista di diritto Romano), inbes. 25 f.

[551] Ulp. 76 ed. D. 44,4,4,7. Vgl. auch Ulp. 17 ed. D. 8,5,8,4, worin bei einer erfolgreichen *actio confessoria* die *pronuntiatio* funktional als *sententia* behandelt wird.

[552] Ulp. 75 ed. D. 44,2,9,1; Paul. 14 quaest. D. 44,2,30,1; *Ankum*, FS Hausmaninger 8 Fn. 43.

[553] Ulp. 16 ed. D. 6,2,3,1.

[554] Ulp. 35 ed. D. 27,9,3,3.

[555] *Pugliese*, Scr. II 355–377; *Salomone*, Iudicati velut obligatio (2007) 312–321; *Salomone*, in: Garofalo, Compravendita e l'interdipendenza II (2007) 393; *Gröschler*, SZ 128 (2011) 662 f.

[556] *Pulitanò*, Om. Burdese II 408–446.

[557] Gai. Inst. 4,42.

[558] Paul. 6 Sab. D. 10,2,44,1; Ulp. reg. 19,16.

[559] Ulp. 19 ed. D. 10,2,22,3; Ulp. 20 ed. D. 10,3,7,1; Frag. Vat. 47 a.

[560] Marci. form. hyp. sing. D. 20,1,16,5.

[561] Ulp. 27 ed. D. 42,1,56; Mod. 7 velut obligatio pand. D. 42,1,1.

[562] Alf. 6 dig. a Paul. epit. D. 42,1,62; Ulp. 51 Sab. D. 42,1,55; *Palazzolo*, Processo (1991) 31 mit Berufung auf den „carattere arbitrale"; *Manna*, Om. Burdese I 601 f.

vom einsetzenden Prätor grundsätzlich (zur *restitutio in integrum* → Rn. 86) nicht aufgehoben[563] werden.

82 Die ältere Auffassung, wonach Urteile des *ordo iudiciorum* inappellabel waren,[564] ist schon seit langem überwunden.[565] Die Entwicklung der *appellatio* erfolgte freilich nicht innerhalb des *ordo iudiciorum*, sondern im Rahmen der *extraordinaria cognitio*,[566] wobei Augustus sich nach einer Auffassung auf das tribunizische Interzessionsrecht[567] (bzw. für die Provinzen auf das prokonsularische *imperium*) stützte,[568] während die Gegenansicht seine *auctoritas*[569] als Basis annimmt.[570] Es besteht auch kein Bezug zur *provocatio in populum*;[571] dass es sie gegen Urteile im Zivilprozess gegeben hat,[572] ist wohl auszuschließen.[573] Umstritten ist weiters die im Jahr 30 v. Chr. an Augustus verliehene Befugnis zum ἔγκλητον δικάζειν,[574] was sich einerseits generisch als Anrufung des Kaisers,[575] andererseits enger im Sinn einer (kassatorischen oder reformatorischen) Appellation[576] verstehen lässt; zudem wird die Aussagekraft dieser Passage überhaupt als Rückprojektion in Abrede gestellt[577] bzw. nur auf den Straf-, aber nicht[578] auf den Zivilprozess bezogen.[579] Gesichert ist, dass Augustus die *appellationes* in Rom an den *praetor urbanus*, in den Provinzen an die dort tätigen *viri consulares* delegiert hat.[580] Zurückhaltend mit Eingriffen sind Tiberius und Caligula,[581] Nero er-

[563] Cels. 25 dig. D. 42,1,14.

[564] *Mommsen*, Staatsrecht II 980 f.

[565] *Sanfilippo*, Ann. Camerino 8 (1934) 315–350; *Kelly*, Princeps (1957) 93; *Kaser/Hackl*, RZ 503 Fn. 13.

[566] *Orestano*, Appello (1966) 131–134, *Litewski*, RIDA 12 (1965) 364 f.; *Litewski*, ANRW II.14 67 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 375, 502.

[567] Dagegen spricht aber, dass die *intercessio* nur gegenüber Magistraten, nicht aber gegenüber einem *iudex privatus* in Betracht kommt: *Kelly*, Princeps (1957) 92; *Palazzolo*, Processo (1991) 30 mit Berufung auf den „carattere arbitrale".

[568] *Buti*, ANRW II 14, 54; *Kaser/Hackl*, RZ 502, *Kaser/Knütel* 455.

[569] *Orestano*, Apello (1966) 168–186; *Kelly*, Princeps (1957) 92; *Litewski*, RIDA 12 (1965) 364; *Palazzolo*, Processo (1991) 33; *Casavola*, ACop. VIII, 503 f.; *Casavola*, Index 26 (1998) 97.

[570] Kritisch zu beiden Thesen zuvor schon *Bleicken*, Senatsgericht (1962) 131–136.

[571] *Liteswki*, RIDA 12 (1965) 366; *Orestano*, Appello (1966) 139–154.

[572] So *Flach*, Gesetze 187 f. unter Berufung auf Cic. De re publ. 2,54.

[573] *Hackl*, Mél. Sturm I 179–187.

[574] Cass. Dio 51,19,7.

[575] *Pugliese*, Scr. II 667 f.; *Stein*, ACop. VIII, 25; *Casavola*, Index 26 (1998) 96 zieht einen funktionalen Vergleich zur Rechtsschutzverheißung des Edikts.

[576] *Volkmann*, Rechtsprechung (1935) 12; *Perrot*, Appel (1907) 130 f.; *Villers*, St. De Francisci I 379 f.; *Randazzo*, St. Litewski II 78–79; 82–85. Dagegen denkt *Kunkel*, Kl. Schr. 339 und Fn. 11 nicht an eine Appellation gegen Geschworenenurteile, sondern gegen Dekrete der Magistrate.

[577] *Bleicken*, Senatsgericht (1962) 130 Fn. 1.

[578] *Jones*, Historia 3 (1954/55) 485 f.; *Kelly*, Princeps (1957) 14–21; *Orestano*, Appello (1966) 176 f.

[579] Skeptisch zur Verwertbarkeit der Stelle auch De *Martino*, Storia IV 147 Fn. 1; 507; 513; *Litewski*, RIDA 12 (1965) 367 f.; *Wolf*, Claudius Iudex 156 Fn. 1.

[580] Suet. Aug. 33,3.

[581] Suet. Tib. 31,2; Cal. 16,2: *sine sui appellatione.*

streckt das für erfolglose *provocationes* an den Kaiser vorgesehene *periculum dupli* auf solche *a privatis iudicibus* an den Senat.[582] Jedenfalls sind in hoch- und spätklassischen Rechtsquellen *appellationes* gegen Urteile bezeugt, die im Formularprozess ergangen sind.[583]

Vor allem auch wegen der wenigen und aus völlig verschiedenen Epochen stammenden Quellen[584] hat sich zur sog. *revocatio in duplum* noch keine abschließende oder herrschende Meinung herausgebildet.[585] **83**

[582] Tac. ann. 14,28. Daraus ergibt sich nicht zwingend, dass auch die Delegation an den Senat erst durch Nero erfolgt ist, wie dies die h. M. unter Berufung auf Suet. Ner. 17 animmt: *De Marini Avonzo*, Funzione (1957) 37 f.; *Bleicken*, Senatsgericht (1962) 154; *Kelly*, Princeps (1957) 97; *Orestano*, Appello (1966) 208 Fn. 2; *Vincenti*, Partecipazione (1992) 144; *Kaser/Hackl*, RZ 504 Fn. 18; dagegen *Randazzo*, Labeo 36 (1990) 354 f. und *Arcaria*, Senatus censuit (1992) 78–88, die m. E. zurecht auf den im Text ersichtlichen Zusammenhang mit der Reform der Aerarprozesse verweisen, auch Cass. Dio 55,34,2 spricht bereits für Augustus. Spätere Quellen: Plin. Ep. 4,12; Hadrian in Ulp. 1 app. D. 49,2,1,2; Hist. Aug. Aur.10; Hist. Aug. Prob. 13,1 Mit der älteren Lehre (*Rudorff*, Römische Rechtsgeschichte II (1859) 283 Fn. 13; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß I (1864) 47 Fn. 25, *Merkel*, Appellatio (1853) 58 f.) sieht *Tellegen-Couperus*, TR 53 (1985) 310 f. gegen *De Marini Avonzo*, Funzione (1957) 41–44 solche Delegationen an den Senat zeitlich auf die Regierungszeit des jeweiligen Kaisers beschränkt. Zum späteren Übergang von der *cognitio senatus* auf die *cognitio principis Coriat*, Mél. Humbert 179 f.

[583] Gai. 5 ed. prov. D. 2,8,9; Scaev. 25 dig. D. 49,1,28 pr; Mac. 1 app D. 49,1,4,5; Pap 2 resp. D. 3,5,30,2; dazu *De Filippi*, Ratihabitio (2002) 100–101; *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 125–127; Ulp. 31 ed. D. 17,1,8,8 und das darin zitierte Reskript der divi fratres, dazu *Maifeld*, Aequitas (1991) 105; weiters Gord. C. 2,12,13 (a.239). Die kaiserliche Appellationsentscheidung in Paul. 1 VI imp.sent. cogn. prol. D. 37,14,24 und Paul. 1 decr. D. 10,2,41 wird von *Sanfilippo*, Ann Camerino 8 (1934) 342 und *Kaser/Hackl*, RZ 304 Fn. 18 auf ein Urteil im Rahmen des ordo bezogen, Zweifel dazu nunmehr bei *Wankerl*, Appello (2009) 197 Auf ein Urteil über eine *querela inofficiosi testamenti* bezieht sich Ulp. 14 ed. D. 49,1,14 pr. Vgl. auch Suet. Dom. 8, dazu *Palazzolo*, Processo (1991) 37. Die Passage *senatus censuit* in Ulp. 55 ed. D. 40,12,8,1 (dazu unten Fn. 742) wird trotz des im Fortgang gebrauchten Terminus *senatus consultum* – in diesem technischen Sinn verstanden von *Biondi*, Compensazione (1927) 68 f.; *Behrends*, Geschworenverfassung (1970) 104 f., *Meffert*, Streitgenossenschaft (1974) 96; *Kaser/Hackl*, RZ 209; *Talbert*, Senate (1984) 457; *Capone*, Scr. Franciosi I 479–500, *Indra*, Status quaestio (2011) 243 Fn. 106 – auch als Appellationsentscheidung gesehen: *De Marini Avonzo*, Funzione (157) 50 f., und zwar mit Bezug auf ein Urteil im Rahmen des formularen *ordo*, so *Marrone*, AUPA 24 (1955) 309 Fn. 570; *Arcaria*, Senatus censuit (1992) 212. Für einen Bezug auf die *extraordinaria cognitio* hingegen *Bongert*, Recuperateurs 198; *Pugliese*, PF I 262 f.; *Schmidlin*, Rekuperatorenverfahren (1963) 91 Fn. 2; *d'Ors*, AHDE 46 (1976) 388; *d'Ors*, Rev. Est. hist.-júridicos 2 (1977) 53.

[584] Cic. Flacc. 48–49; Paul. sent 5,5a.6a–8.

[585] Gleichsetzung mit dem (unter *periculum dupli* stehenden) *infitiari* als defensivem Rechtsbehelf im Rahmen der *actio iudicati*: *Biondi*, Scr. giur. II 507–509; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 350 f.; *Buzzacchi*, Actio iudicati (1996) 103–111; *Salomone*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 26–30; *Salomone*, Iudicati velut obligatio (2007) 539; Offensiver Behelf in der Art einer Nichtigkeitsbeschwerde: *Koschaker*, SZ 58 (1938) 360; *Medicus*, SZ 81 (1964) 287–292, allerdings dem Provinzialrecht zuzuordnen: *Apelt*, Urteilsnichtigkeit (1936) 116–121; 125; in einem weiten Sinn sowohl den defensiven Behelf als auch einen offensiven erfassend: *Lenel*, EP 445 f.; *Orestano*,

3. Nichtigkeit

84 Dem *rite* zustande gekommenen Urteil wird jenes gegenübergestellt, welches *aliqua ratione nullius momenti* ist.[586] Das Urteil ist nichtig, wenn schon das eingesetzte *iudicium* nichtig ist[587] oder später wegfällt,[588] die Qualifikation des *iudex* nicht gegeben ist,[589] dieser als *iudex ad tempus datus* nach Ablauf ohne *prorogatio* durch die Parteien,[590] an einem Ferialtag ohne deren Zustimmung bzw. an einem Erntetag in ihrer Abwesenheit entschieden hat,[591] wenn nicht alle Rekuperatoren anwesend waren,[592] weiters wenn das Urteil einen unmöglichen[593] oder zu unbestimmten[594] Inhalt hat oder den im Urteilszeitpunkt bereits verstorbenen Beklagten (statt dessen Rechtsnachfolger) als *condemnatus* nennt.[595] Bei Teilungsverfahren führt die *omissa condemnatio* eines Beteiligten auch zur Nichtigkeit der übrigen *condemnationes*,[596] die als Begründung dafür angegebene Regel *quia non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere* steht aber bei einer Überschreitung der *res in iudicium deducta* nicht entgegen.[597] Eine Überschreitung der formularen *condemnatio* führt zwar

---

Appello (1966) 106–108; *restitutio in integrum*: *Hartkamp*, Zwang (1971) 264 f.; Abzielen auf Herausgabe der Judikatsleistung: *Simon*, TR 37 (1969) 555; *Kupisch*, SZ 91 (1974) 134 f., ähnlich *Kaser/Hackl*, RZ 376: Geltendmachung eines Restitutionsgrundes oder von Einwendungen nach bezahlter Urteilsumme. Zur *revocatio in duplum* als Nichtigkeitsbehelf im Rahmen der *cognitio Raggi*, Impugnazioni (1961) 64–70.

[586] Ulp. 58 ed. D. 42,1,4,6; *Orestano*, Appello (1966) 125; *Franchini*, TSDP 6 (2013) 23. Übersicht zur sonstigen Terminologie bei *Apelt*, Urteilsnichtigkeit (1936) 3–12.

[587] Einsetzung durch einen Nichtmagistrat oder auf einen Termin nach Ende der Amtsperiode: Ulp. 51 Sab D. 2,1,13; bei einem Teilungsverfahren Heilung durch *consensus* der Parteien zur *divisio*: Alex. C. 3,38,2 (a.229); Tod des von einem *defensor* vertretenen Beklagten bereits im Zeitpunkt der *litis contestatio*: Iul. 5 dig. D. 5,1,74,2; Paul. 3 resp. D. 49,8,2,1. Stellt sich hingegen noch während des Verfahrens heraus, dass der vertretene Kläger ein *servus* ist, so kommt es zur *absolutio*: Pap. 2 resp. D. 5,1,44,1.

[588] *Iudicium solvitur*: Marcellus bei Ulp. 12 ed. D. 5,1,11 (ähnlich Gai. inst. 3,83); Pap. 11 quaest. D. 25,2,30; Paul. 13 Sab. D. 5,1,58.

[589] Zu den Ausschlussgründen Paul. 17 ed. D. 5,1,12,2, darunter findet sich auch der *perpetuo furiosus*: Besteht Aussicht auf Besserung, so ist die Bestellung eines *furiosus* wirksam (Pap. 3 quaest. D. 5,1,39 pr), ebenso bleibt der *iudex datus* in Funktion, *licet furere coeperit* (Paul. 2 quaest. D. 5,1,46). Entscheidend ist der Geisteszustand im Urteilszeitpunkt: *Apelt*, Urteilsnichtigkeit (1936) 44 f.; *Lanza* BIDR 90 (1987) 496 f.; *Scevola*, Om. Burdese II 471–475.

[590] Ulp. 3 ed. D. 5,1,2,2.

[591] Ulp. 77 ed. D. 2,12,6; Ulp. 4 omn. trib. D. 2,12,1,1.

[592] Oben bei Fn. 462.

[593] Paul. 16 resp. D. 49,8,3 pr.

[594] Gord. C. 7,46,3 (o.A.); ähnlich 4 (o.A.) zur *cognitio*; anders noch Ulp. 59 ed. D. 42,1,5,1.

[595] Paul. 3 resp. D. 49,8,2 pr.

[596] Paul. 23 ed. D. 10,2,27. Vgl. auch Paul. sent. 1,18,4. (Nichtigkeit des eingesetzten *iudicium* ohne Beteiligung aller *coheredes*).

[597] Iav. 2 ep. D. 10,3,18: Betroffen vom *non potest* ist nur der exzessive Teil.

zu einem *litem suam facere* des *iudex*,[598] eine zivilrechtlichte Nichtigkeit des Urteils ist aber aus den Quellen nicht ableitbar.[599]

Eine nichtige *condemnatio* lässt keine Verpflichtung zum *solvere* und damit auch keine *actio iudicati* entstehen,[600] bei nichtiger *absolutio* bleibt dem Kläger die Möglichkeit eines weiteren Prozesses. Ein *rescindere* eines *ipso iure* unwirksamen Urteils ist wohl überflüssig.[601] **85**

4. *Restitutio in integrum*

Eine *resitutio in integrum*[602] gegen ein formell gültiges Urteil begegnet bei gerechtfertigter oder entschuldbarer *absentia*,[603] bei Prozessverlust durch *fraus ab adversario*.[604] Kein einheitliches Bild gibt es zur erschlichenen[605] oder durch Kollusion herbeigeführten[606] *absolutio*.[607] Bei einer *absolutio* wegen *pluris petitio* gewährte Claudius eine *restituitio in integrum*,[608] Gaius hingegen kennt das nur ausnahmsweise.[609] Gewährt wird sie auch einem Erbschaftsgläubiger, dessen Abweisung von der zugrunde gelegten *exceptio* später nicht mehr gedeckt ist[610] oder dessen fehlgerichtete Klage zur *condemnatio* eines *insolvens*[611] geführt hat. Eine klägerische *restitutio* gegen eine *con-* **86**

[598] Oben bei Fn. 503.

[599] *Apelt*, Urteilsnichtigkeit (1936) 36, anders *Kaser/Hackl*, RZ 371 Fn. 17; 375. Sabinus, Neratius bei Paul. 7 Sab. D. 24,3,17,2 gewähren eine *exceptio doli* gegen die *actio iudicati*. Ein unrichtig (nämlich nur auf *noxae deditio*) formuliertes Urteil löst trotz Qualifikation als *nullum* die Rechtsfolgen einer *condemnatio* auf die eingeklagte Summe aus: Ulp. 66 ed. D. 42,1,6,1. Vgl. *Apelt*, Urteilsnichtigkeit (1936) 101 u. 104.

[600] Nach Ulp. 58 ed. D. 42,1,4,6 ist in einer solchen Situation schon die Bezeichnung *condemnatio* unangebracht; *La Rosa*, Actio iudicati (1963) 3; *Salomone*, Iudicati velut obligatio (2007) 439.

[601] So nunmehr *Tuzov*, SZ 128 (2011) 170–216 gegen *Raggi*, Restitutio (1965) 280–296, insb. zu Mac. 2 app. D. 49,8,1 pr.

[602] *Apelt*, Urteilsnichtgkeit (1936) 133–141; *Lemosse*, Cognitio (1971) 206–209; *Orestano*, Appello (1966) 109–114; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 327–624.

[603] Divus Pius bei Marcell. 3 dig. D. 4,1,7 pr. Hat hingegen eine der Streitparteien im Urteilszeitpunkt eine Fieberattacke, so liegt von vornherein kein gültiges Urteil vor: Iul. 5 dig. D. 42,1,60; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 460–466.

[604] Marcell. 3 dig. D. 4,1,7,1.

[605] *Restitutio in integrum*: Paul. 11 ed. D. 4,3,25; *actio doli*: Julian bei Paul 11 ed. D. 4,3,20,1.

[606] Bei *fraus tutoris* Möglichkeit der *restitutio*: Commodus bei Call. 1 ed. mon. D. 4,4,45,1; *actio doli*: Ulp. 11 ed. D. 4,3,7,9; Ulp. 31 ed. D. 17,1,8,1.

[607] *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 440–453; 531–535; *Slapnicar*, FG Peters 414–441; *Mader*, FS Waldstein 221–223; *Lambrini*, Actio di dolo (2013) 93–119.

[608] Suet. Claud. 14,2; *Kelly*, Princeps (1957) 96; *Wolf*, Claudius Iudex 151–152, der Claudius hier in der Rolle eines judizierenden Magistrats sieht; *Palazzolo*, Processo (1991) 36–37; *Kaser/Hackl*, RZ 504 Fn. 16; *Triggiano*, TSDP 6 (2013) 29 Fn. 59.

[609] Gai. inst. 4,53, der auch betont, dass umgekehrt bei zu niedrig angesetzter *condemnatio* dem Kläger keine *restitutio* zusteht: Gai. inst. 4,57.

[610] Iul. 4 dig. D. 44,7,15 = Ulp.13 ed. D. 44,2,2.

[611] Proculus bei Iul. 4 Urs. Fer. D. 11,1,18.

demnatio begegnet auch bei einer zu geringen Verurteilung der *tutores*.[612] Schon vor dem Urteil, aber wohl auch nach diesem kann der Beklagte wegen einer zu hohen Summe in der formularen *condemnatio*[613] oder einer irrtümlich unterlassenen *exceptio peremptoria*,[614] der Kläger wegen Auftretens eines *falsus tutor* auf der Beklagtenseite[615] die *restitutio* begehren, weiters wenn er als Gläubiger eines Gewaltunterworfenen statt der (möglicherweise ergiebigeren) *actio quod iussu* die *actio de peculio* gewählt hat.[616]

87 Die Belege zur *restitutio in integrum* gegen ein Urteil, das aufgrund falscher Beweismittel ergangen ist, sind zwar der *cognitio* zuzuordnen,[617] lassen aber den Schluss zu, dass dies aus dem *ordo* übernommen worden ist.[618]

88 Die vorgeführte, sehr breit gefächerte Kasuistik lässt die Annahme, dass es im Edikt eine eigene prozessuale Rubrik *de restituenda lite* gegeben hat,[619] als entbehrlich erscheinen,[620] da sich die überlieferten Fälle, soweit sie nicht ohnedies den allgemeinen Restitutionsgründen (*minor aetas*, *absentia rei publicae causa*) zuzuordnen sind, über die Generalklausel der *alia iusta causa*[621] erfassen lassen. Ein besonderes Edikt gab es nur für den *falsus tutor*.[622]

5. Materielle Rechtskraft

Marrone, L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano, in: AUPA 24 (1955), 5–604; *Pugliese*, Scr. II 115–135, 201–248; *Marrone*, Scr. I 463–508; *Marrone*, Scr. II 587–605; 631–656; 659–684; 687–702; 823–830; *Wieling*, Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht, SZ 102 (1985) 291–326; *Wacke*, Urteilswirkungen gegenüber Dritten? Zu Marrones Lehre von der efficaccia pregiudiziale della sentenza OIR 9 (2004) 73–87; *Mangold*, Iniuria iudicis. Drittwirkungen des Fehlurteils im römischen Recht, 2004; *Ankum*, La relation

---

[612] Papinian bei Ulp. 13 ed. D. 26,7,25; Alex. C. 2,26,1 (a.231).

[613] Gai. inst. 4,57.

[614] Gai. inst. 4,125.

[615] Ulp. 12 ed. D. 27,6,1,6; Zu den Konstellationen von P. Ant. I 22 recto col. II. Z. 1–5 *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 42.

[616] Celsus bei Ulp. 29 ed. D. 14,5,4,5.

[617] *Restitutio in integrum*: Hadrian in Call. 5 cogn. D. 42,1,33; Alex. C. 7,58,2 (a.224) und 3 (o.A.). Dagegen gehen Mod. 13 resp. D. 44,1,11 und Sev. et Ant. C. 7,58,1 (o.A.) von einer Unbeachtlichkeit ohne einen aufhebenden Akt aus, Gord. eod. 4 (o.A.) und Paul. sent. 5,5a.10 erwähnen die strafrechtliche Überführung als Auslöser. Zu diesen Stellen *Apelt*, Urteilsnichtigkeit (1936) 136 f.; *Raggi*, Impugnazioni (1965) 200–205; *Raggi*, Restitutio (1965) 177; *Litewski*, Index 3 (1972) 503–513; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 383–400; 523–530; *Schiavo*, RDR 2 (2002) 257–277; *Salomone*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 24–26.

[618] *Wacke*, SZ 88 (1971) 115 f.

[619] *Lenel*, EP 124–129, *Biondi*, Scr. II 506.

[620] *Wacke*, SZ 88 (1971) 124; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 613–616.

[621] Ulp. 12 ed. D. 4,6,1,1.

[622] Ulp. 12 ed. D. 27,6,1; Paul. 12 ed. D. 27,6,2.

entre la litis contestation et la sentence du juge dans l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae dans la procedure formulaire du droit romain classique. Absorption ou superposition? RIDA 55 (2008) 55–65; *Ankum*, Un problème relatif à l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae dans la procedure formulaire du droit romain classique, in: Studi in onore di Antonino Metro I, 2009, 25–50; *Wacke*, Res iudicata pro veritate accipitur? Die Ziele des römischen Zivilprozesses zwischen Verhandlungsmaxime und Untersuchungsgrundsatz, in: Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag, 2011, 489–524; *Fino*, Note in tema di efficaccia e intangibilità del giudicato, in: Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese I, 2012, 333–392.

Die materielle Rechtskraft hat einen negativen Aspekt, nämlich die Präklusionswirkung als Ausschluss eines weiteren Prozesses *de eadem re*, und einen positiven, nämlich die Präjudizialität im Sinn einer Bindung an den Urteilsinhalt. Die These von Marrone, der zufolge im Formularpozess dem Urteil nur eine präklusive, aber – von Ausnahmen abgesehen – grundsätzlich kein präjudizielle Funktion zukam,[623] hat auch die nachfolgende Diskussion beeinflusst. Beibehalten wurde der Ansatz, den Zugang zur *auctoritas rei iudicatae* je nach Verfahrensart (legis-actio, *agere per formulas*, *cognitio*) differenziert zu sehen.[624] **89**

a. Präklusivwirkung

aa. Zwischen den Parteien des Prozesses

Die Präklusivwirkung, die eine zweite Klage bzw. Sachentscheidung *de eadem re* ausschließt, wird mit einer *probabilis ratio* (*modus litium*, *inexplicabilis difficultas* vor allem bei *sententiae diversae*) untermauert.[625] Sie tritt bei den im *iudicium legitimum* durgeführten *actiones in personam* mit einer *intentio civilis* bereits *ipso iure* mit der *litis contestatio* ein[626] (und lässt den Versuch eines Zweitprozesses bereits *in iure* an der **90**

[623] *Marrone*, AUPA 24 (1955) 124–191; er anerkennt freilich ein „pregiudizio di fatto" (263–272) sowie präjudizielle Wirkungen im prät. Recht (273–303) sowie die Besonderheiten der *causa liberalis* (304–351), des *iudicium divisorium* (352–364) und der *praeiudicia* (365–404). Er nimmt eine solche absolute Wirkung jedoch für das Urteil im Legisaktionenverfahren (21–121) an. Kritisch zu *Marrone* *Kaser*, Iura 7 (1957) 224 –228 und *Broggini*, SZ 74 (1957) 459–461; vgl *Pugliese*, Scr. II 142–147. Würdigungen von *Marrone* bei *Fino*, Om. Burdese I 375–378 und ausführlich bei *Wacke*, OIR 9 (2004) 73–87; *Wacke*, LR 3 (2014) 187–216.

[624] So insbesondere jüngst *Fino*, Om. Burdese I 378–390.

[625] Paul. 70 ed. D. 44,2,6. Nicht hierher gehört hingegen die von *Quadrato*, SDHI 79 (2013) 856 f. – in Vergleich zu Quint. inst. 7,6,4 gesetzte – Berufung auf die *bona fides* in Gai. 18 ed. prov. D. 50,17,57, welche ein *bis exigere* nicht zulässt, dazu auch *Cardilli*, Bona fides (2010) 61 f. Die Regel wird nicht als eine prozessuale, sondern als eine materiell-rechtliche im Zusammenhang mit dem Legatsrecht vorgeführt: *Lenel*, Pal. I 227; *Levy*, Konkurrenz I (1918) 49; II 150 f.: *Liebs*, Klagekonkurrenzen (1972) 78; Vgl. auch *Marrone*, AUPA 24 (1955) 229 Fn. 250 gegen *Biondi*, AUPA 7 (1920) 38.

[626] Gai. inst. 3,180–181, dazu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 434–441. Daher ist in diesem Bereich die im Folgenden genannte Einrede *supervacua*: Gai. inst. 4,107. Zu den drei genann-

denegatio scheitern), bei allen anderen Klagen wird sie über eine *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*[627] durchgesetzt: Der Zweitprozess kommt zwar zustande, endet aber bei Zutreffen des Exzeptionstatbestandes ohne Sachentscheidung durch *absolutio*. Im Edikt des Prätors ist diese *exceptio* als einheitliche[628] proponiert, die – entgegen der Auffassung, wonach in der konkreten Formel je nach dem Stadium des Vorprozesses die eine (*res iudicata*) oder die andere (*res in iudicium deducta*) Variante verwendet wird[629] – stets in der alternativen Fassung in die Formel aufgenommen wird.[630]

91 Im Verhältnis der beiden Tatbestände sieht die Superpositionstheorie[631] den Auslöser der Präklusivwirkung auch nach erfolgtem Urteil immer noch in der *res in iudicium deducta* und weist daher der *res iudicata* nur eine geringe eigenständige Bedeutung zu, etwa wenn die *res iudicata* weiter ist als die *res in iudicium deducta*.[632] Die dagegen entwickelte Absorptionstheorie[633] führt mit Vorliegen des Urteils die Präklusivwirkung ausschließlich auf dieses (und nicht mehr auf die *litis contestatio*) zurück. Sie beruft sich für die einredeweise geltend zu machende Präklusion darauf, dass im Edikt die *res iudicata* zuerst genannt ist; die Berufung auf die *res in iudicium deducta* hat demnach nur dort Bedeutung, wo es noch zu keinem Urteil gekommen ist[634] oder – etwa wegen *mors litis* – nicht mehr kommen kann.[635] Auch für den eingangs genannten Bereich der zunächst *ipso iure* eintretenden Konsumption wird die Absorptionstheorie – gestützt auf die Passage *sublata litis contestatione*[636] – vertreten.[637]

---

ten Voraussetzungen *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 73–75. Zum Zusammenhang der *ipso-iure*-Konsumption mit dem *certum dare oportere Marrone*, Scr. I 485–498, *Fuenteseca-Degeneffe*, Función (2008) 168–176.

[627] Gai. inst. 4,106.

[628] Die ältere Ansicht, dass es sich um zwei getrennte Einreden handelt (*Keller/Wach*, Civilprozess (1883) 361; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 492; *Eisele*, SZ 21 (1900) 1–57; *Manenti*, BIDR 21 (1909) 139–179), ist überholt.

[629] *Lenel*, EP 506–511; *Wenger*, Inst. (1925) 204; *Marrone*, AUPA 24 (1955) 197–198; *Kaser*, RZ[1] 230–231.

[630] *Ankum*, Extravagantes 93–97; *Marrone*, Scr. II 592 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 302.

[631] *Wenger*, Inst. (1925) 204; *Kaser*, RZ[1] 292 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 535; *Guarino*, Dirirro privato[12] (2001) 231; *Hausmaninger/Selb*, Römisches Recht 381; *Marrone*, Scr. II 600 f.

[632] *Marrone*, Scr. II 597–599.

[633] *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 631–632; *Levy*, Konkurrenz I (1918) 57 Fn. 2; *Siber*, SZ 65 (1947) 2; *Liebs*, SZ 86 (1969) 184–186; *Pugliese*, Scr. II 146–149; vor allem *Ankum*, Extravagantes 87–91; *Ankum*, RIDA 55 (2008) 55–65; *Ankum*, St. Metro I 27–30; 37–46; (für die Spätklassik) *Sacconi*, St. Guarino IV 1917; nunmehr auch *Kaser/Hackl*, RZ 302; 379; *Hanard*, Cahiers CRIHDI 4 23.

[634] Vgl. Frag. Gai. Aut. 4,110.

[635] Dazu *Marrone*, Scr. II 601–602; *Ankum*, RIDA 55 (2008) 60; *Ankum*, St. Metro I 37 Fn. 46.

[636] Gai. inst. 3.180.

[637] *Ankum*, Extravagantes 82–83; *Ankum*, RIDA 55 (2008) 57–58, *Ankum*, St. Metro I 28–30; erst für die Spätklassik *Sacconi*, St. Guarino IV 1914.

Die reichhaltig[638] überlieferte Kasuistik,[639] an deren Entwicklung Julian einen erheblichen Anteil hatte,[640] zeigt folgendes Bild: Die exzeptionsweise Präklusionswirkung des Urteils beruht auf der bloßen Tatsache, dass bereits ein Urteil *de eadem re* vorliegt: Dies ist der Fall, wenn *eadem quaestio inter easdem personas* zum Gegenstand des Zweitprozesses gemacht werden soll,[641] selbst wenn es sich dabei um ein *diversum genus iudicii*[642] handelt,[643] insbesondere wenn die nunmehr eingeklagte *res* mit der im Vorprozess identisch ist,[644] darin enthalten war[645] oder dieser später zugewachsen ist;[646] ebenso im Verhältnis von Vollrecht zu beschränktem Recht derselben Person an derselben Sache;[647] weiters bei einer Zweitklage auf erweiterten Inhalt einer Servitut.[648] Die *exceptio* greift allerdings dann nicht, wenn die erneute Klage auf einer *alia causa*[649] beruht oder der Besitz des Beklagten als Verurteilungsvoraussetzung erst nach dem Erstprozess vorliegt.[650] Kommt es nach verlorenem Erstprozess über eine *portio* zu einem *adcrescere* einer *pars altera*, so steht in einem Zweitprozess über diese die *exceptio* in der *lis de proprietate* entgegen, nicht aber beim *ususfructus*.[651] Ein Ersturteil über eine *insula* schließt einen Prozess über *cementa* und *tigna* nicht aus;[652] ein Ersturteil über die Muttersache hindert eine weitere Sachentscheidung über die *fructus* nur dann, wenn es mit einer *restitutio fructuum* verbunden war.[653] Nicht vom Ersturteil betroffen ist eine 92

[638] Vgl. auch Paul. 70 ed. D. 44,2,6: *frequens est.*

[639] Speziell zur *rei vindicatio Marrone*, Scr. II 659–680; Vgl. weiters *Marrone*, Scr. II 823–830.

[640] *Menner*, FG Zlinszky 119–146.

[641] Julian bei Ulp. 15 ed. D. 44,2,3; ähnlich Ner. 7 membr. D.44,2,27.

[642] Ulp. 74 ed. D. 44,2,5.

[643] Julian bei Ulp.75 ed. D. 44,2,11,3 i. f. (*hereditatis petitio* und *a. familiae erciscundae*); Ulp. 15 ed. D. 44,2,3 und Ulp. 75 ed. D. 44,2,7,4 (*hereditatis petitio* und Einzelklage); Ulp. 25 ed. D. 43,30,1,4 (Status-Prozess und *interdictum de liberis exhibendis*); Ulp. 74 ed. D. 44,2,5 (*a. mandati* und *a. negotiorum gestorum*).

[644] Paul. 70 ed. D. 44,2,12.

[645] Ulp. 75 ed. D. 44,2,7 pr und D. 44,2,11,3 (*totum* und *pars*); Pomp. 31 Sab. D. 44,2,21,1 (*grex* und *speciale corpus)* und 2 (Stichus und Pamphilus, dann Stichus); Ulp. 75 ed. D. 44,2,7,1 (*ancilla praegnas* und *partus*). Vgl. auch Alex. C. 2,26,1 (a.231): keine Nachklage wegen zu geringen Zuspruchs bei der *a. tutelae.*

[646] Afr. 9 quaest. D. 44,2,26,1 (*fundus* und *insula in flumine nata*).

[647] Pomp. 31 Sab. D. 44,2,21,3, 1. Fall (*vindicatio fundi* und *vindicatio usus fructus eiusdem fundi*).

[648] Afr. 9 quaest. D. 44,2,26 pr (*altius tollendi* auf 10 und 20).

[649] Der im Erstprozess unterlegene Nichteigentümer (Ulp. 75 ed. D. 44,2,11,4) bzw. Nichterbe (Iul. 51 dig. D. 44,2,25 pr) erlangt später diese Position; Erwerb des *ususfructus quasi ex alia causa* nach verlorenem Erstprozess (Pomp. 31 Sab. D. 44,2,21,3, 2. Fall). Prozessführung als *negotiorum gestor* ohne *rati habitio* und danach als Mandatar (Iul. 51 dig. D. 44,2,25,2). Ähnlich begründet bei der *a. depositi* der *dolus* des Erben im Verhältnis zum *dolus* des Erblassers eine *alia res* (Paul. 31 ed. D. 44,2,22, 1. Teil).

[650] Ulp. 75 ed. D. 44,2,9 pr (*hereditatis petitio*), eod. 18 (*actio ad exhibendum*).

[651] Julian bei Pap. 17 quaest. D.7,1,33,1. *Menner*, FG Zlinszky 127–129.

[652] Ulp. 75 ed. D. 44,2,7,1.

[653] Ulp. 75 ed. D. 44,2,7,2.

danach eingeklagte Teilmenge, wenn im Erstprozess weder der Kläger noch der *iudex* daran gedacht hatten.[654] Umgekehrt ist nach einer zunächst erfolgten bloßen Teilklage und entsprechendem Zuspruch (z. B. bloß der fälligen Raten) bei einer *intentio incerta* ein weiterer Prozess nur möglich, wenn die erste Klage mit einer entsprechenden *praescriptio pro actore* versehen war, da ansonsten der gesamte Schuldinhalt zur *res in iudicium deducta* würde.[655]

93 In dinglichen Prozessen spielt der Ausgang der Erstprozesses insofern eine Rolle, als der im Erstprozess unterlegene Beklagte bei einem seinerseits anschließend angestrengten Prozess gegen den vormaligen Prozesssieger an dessen *exceptio* scheitert, weil mit dem Abspruch über dessen Recht implizit auch darüber abgesprochen worden ist, dass der Unterlegene kein[656] oder kein vorrangiges[657] Recht hat; hingegen wird ein Zweitprozess durch den ursprünglichen Beklagten nicht dadurch behindert, dass es im Erstprozess zu dessen *absolutio* gekommen ist, weil damit nicht über sein Recht abgesprochen worden ist.[658] Dagegen scheitert eine *actio contraria* an der *exceptio*, wenn im Erstprozess über eine *bona fides*-Klage die vom Beklagten gewünschte Kompensation – obwohl nicht *in iudicium deducta*[659] – schon infolge *reprobatio* durch den *iudex* unterblieben ist.[660]

94 Eine replikationsweise Entkräftung der *exceptio rei iudicatae*[661] wird im Fall der Erschleichung einer *absolutio* über eine *replicatio doli* verwirklicht;[662] sie ist auch für die *actio tutelae* bezeugt, wenn die Nachklage Abrechnungsposten oder Umstände erfasst, über die bei der Erstklage noch nicht abgesprochen worden ist.[663] Durch die *replicatio secundum se iudicatae* wird die *exceptio rei iudicatae* eines beklagten Besitzers ausgeschaltet, der sich dazu gegen die *actio hypothecaria* auf ein vorheriges (ohnedies das klägerische Pfandrecht stützende) Teilungsurteil,[664] oder gegen die *rei vindicatio*[665] auf

---

[654] Trebatius bei Pomp. 16 Sab. D. 44,2,20; ähnlich Pomp. 21 Sab. D. 44,2,21 pr: dazu *Marrone*, Scr. II 687–702: Er ersetzt [*iudex*] durch ⟨*praetor*⟩.

[655] Cic. orat. 1,168; Gai. inst. 4,131; *Sacconi*, St. Guarino IV 1910; *Marrone*, Scr. II 594.

[656] Gai. 30 ed. prov. D. 44,2,15 (1. Variante); Julian bei Ulp. 9 ed. D. 3,3,40,2.

[657] Marcell. 19 dig. D. 44,2,19 (*creditor prior* und *posterior*).

[658] Gai. 30 ed. prov. D. 44,2,15 (2. Variante). So auch die Differenzierung in Paul. 14. quaest. D. 44,2,30,1; dazu *Ankum*, FS Hausmaninger 8–9.

[659] *Ankum*, St. Metro I 36.

[660] Ulp. 10 ed. D. 3,5,7,2 (*a. negotiorum gestorum*); Ulp. 28 ed. D. 16,2,7,1 (*a. depositi*); Ulp. 36 ed. D. 27,4,1,4 (*a. tutelae*); *Sacconi*, Pluris petitio (1977) 163–168; *Ankum*, St Metro I 30; *Biscotti*, Om. Burdese I 312–314.

[661] Dazu *Papa*, Labeo 42 (1996) 420–443; *Papa*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 42–45; *Papa*, Replicatio (2009) 355–357.

[662] Paul. 11 ed. D. 4,3,25.

[663] Paul. 9 resp. D. 26,7,46,5; Sev. et Ant. C. 3,1,2 (210), *Sacconi*, St. Guarino IV 1912–1913. Zur *triplicatio doli*, um einer *exceptio* doch zum Durchbruch zu verhelfen Iul. 21 dig. D. 27,10,7,2.

[664] Marci. sing. form. hyp. D. 20,1,16,5. Dazu und zu den in beiden folgenden Fn. genannten Stellen *Liebs*, Klagekonkurrenzen (1972) 220 f.

[665] Neraz bei Ulp. 75 ed. D. 44,2,9,1.

ein dem Kläger günstiges Urteil im Vorprozess stützen will.[666] Ebenso kann mit dieser *replicatio* eine *exceptio iusti dominii* entkräftet werden.[667]

bb. Zur Frage der Drittwirkung

Schon aus dem Erfordernis der Personenidentität[668] lässt sich ableiten, dass das bloß gegenüber einem Miterben,[669] einem Miteigentümer,[670] Mitverpflichteten[671] bezüglich seines Anteils oder gegenüber einem von mehreren Prätendenten desselben Rechts[672] gesprochene Urteil im Verhältnis zu den anderen Beteiligten nicht präkludierend wirkt, ebenso wenig ein Rangurteil zwischen zwei Pfandgläubigern gegenüber einem weiteren Gläubiger.[673] Auch kann nach einem Prozess des Eigentümers gegen den Käufer einer *res hereditaria* im Fall des klägerischen Obsiegens dem danach klagenden Verkäufer die *exceptio rei iudicatae* nicht entgegengehalten[674] und im Fall des klägerischen Unterliegens auch nicht von diesem als nunmehrigem Beklagten verwendet werden.[675] **95**

Nur in einigen Fällen[676] wird die Präklusion auf Dritte erstreckt: Urteile in einem von einem *procurator* ⟨*cognitor*⟩,[677] *tutor, curator* oder *actor municipii* und (darüber hinaus auf Beklagtenseite) einem *defensor* geführten Prozess haben präkludierende Wirkung auch für die dahinter stehenden Personen;[678] Die *exceptio rei iudicatae* kann vom Einzelrechtsnachfolger der siegreichen Partei[679] verwendet werden wie auch umgekehrt gegen den Einzelrechtsnachfolger der unterlegenen Partei.[680] Auf den *nemo-plus-iuris*-Gedanken zurückgeführt wird die Präklusion des Pfandgläubigers, dem die Sache nach **96**

[666] Vgl. auch Iul. 52 dig. D. 44,2,16. wonach die *exceptio* demjenigen nicht nützen soll, *contra quem iudicatum est.*

[667] Iul. 9 dig. D. 44,2,24.

[668] Oben bei Fn. 641.

[669] Pap. 11 resp. D. 44,2,29 pr (Einleitungssatz); Gord C. 7,56,2 (a.239); Miterben eines Schuldners waren von dem gegen einen erwirkten Urteil nicht betroffen (Mac. 2 app. D. 42,1,63); eine Ausnahme unten Fn. 711.

[670] Ant. C. 8,35,2 (a.213).

[671] Paul. 31 ed. D. 44,2,22 (1. Teil) zur *actio depositi* gegen mehrere Erben des Verwahrers.

[672] Mac. 2 app. D. 42,1,63 (Fall der *duo petitores*).

[673] Paul. 3 quaest. D. 20,4,16, *Ziliotto*, TSDP 7 (2014) 54–73.

[674] Ulp. 75 ed. D. 44,2,9,2 (2. Satz).

[675] Iul. 52 dig. D. 44,2,10.

[676] Den Ausnahmecharakter betont *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 25 f.

[677] *Lenel*, Pal. II 59 Fn. 3.

[678] Ulp. 75 ed. D. 44,2,11,7; Mac. 2 app. D. 42,1,63. Zur *actio doli* gegen den Gegner bei dessen *absolutio* durch *dolus* oder *collusio* des *cognitor* unten Fn. 726.

[679] Pomponius bei Paul. 23 ed. D. 10,2,25,8; Julian bei Ulp. 75 ed. D. 44,2,11,3; Julian bei Ulp. 75 ed. D. 44,2,9,2 (1. Satz) erwähnt die Asymmetrie der Regelung, wonach die *exceptio* zwar vom *auctor* auf den Käufer übergeht, aber nicht in die umgekehrte Richtung.

[680] Pap. 11 resp. D.44,2,28; Ulp. 75 ed. D. 44,2,11,9 (Verkauf der betroffenen Liegenschaften, bezüglich derer ein Urteil aus der *actio aquae pluviae arcendae* vorliegt).

erfolgloser *petitio* durch den Pfandgeber verpfändet worden ist;[681] die Präklusion tritt dabei aber nicht ein, wenn das Unterliegen auf *collusio* oder *praescriptio* beruht.[682]

97 In Fällen passiver Personenkonkurrenz begegnet die Präklusion zwischen *actio in factum* gegen den *exercitor* und *actio furti* bzw. *damni* gegen den *nauta*,[683] im Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen[684] sowie bei der *actio auctoritatis* gegen eine Verkäufermehrheit.[685]

b. Präjudizialität

98 Die bereits erwähnte These, die für das Urteil des Formularprozesses die Präjudizialität grundsätzlich in Abrede stellt,[686] bzw. nur in Ausnahmefällen feststellt,[687] ist durch verschiedene differenzierende Betrachtungsweisen abgelöst worden: Einerseits wurden die Grenzen der subjektiven Reichweite aufgezeigt,[688] andererseits wurde dem Gedanken einer rechtlich verbindlichen Autorität des Urteils derjenige von einer bloß faktischen Autorität, verbunden mit einer elastischen Handhabung durch die Jurisprudenz, gegenübergestellt;[689] jüngst wurde die absolute Wirkung der Status-Urteile auf die in diesen Verfahren geltende Untersuchungsmaxime zurückgeführt.[690] Die dahinterstehende theoretische Debatte betrifft vor allem das Fehlurteil:[691] Die Auffassung, wonach ein Fehlurteil – im Gegensatz zur deklarativen Funktion des richtigen Urteils[692] – konstitutiv ist[693] bzw. „an die Stelle der Wahrheit tritt“,[694] wurden mit methodischen Bedenken bekämpft[695] und als „theoretische Spekulation“ bezeichnet, die nur aus der Sicht des allwissenden *angelus intellectualis*,[696] nicht aber in der konkreten prozessualen

---

[681] Pap. 20 quaest. D. 20,1,3,1; Pap. 11 resp. D. 44,2,29,1; Ulp. 75 ed. D. 44,2,11,10. *Ankum*, Est. Iglesias III 1143–1145; *Ziliotto*, TSDP 7 (2014) 1–54.

[682] Ant. C. 8,13,5 (a.212).

[683] Paul. 22 ed. D. 4,9,6,4.

[684] Pomp. 18 ep. D. 12,2,42,3 und 31 Sab. D. 44,2,21,4; dazu *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 146–147, wonach dem Hauptschuldner die *exceptio* nur dann nützt, wenn die zuvor erfolgte *absolutio* des Bürgen auf dem Nichtbestehen der Hauptschuld beruht.

[685] Labeo bei Ulp. 80 ed. D. 21,2,51,4, wobei *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 18–19 im *expertus est* nicht eine Prozessführung, sondern ein außergerichtliches Vorgehen des Käufers sieht und daher zur *exceptio doli* gelangt. Für die *exceptio doli* auch *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 165.

[686] Siehe oben bei Fn. 623.

[687] *Liebs*, Klagekonkurrenzen (1972) 218–224.

[688] *Wieling*, SZ 102 (1985) 291–326.

[689] *Kaser/Hackl*, RZ 379–382.

[690] *Wacke*, GS Mayer-Maly, 509–514.

[691] *Pugliese*, Scr. II 3–26; 27–83; *Papa*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 37–50.

[692] Zu Ulp. 17 ed. D. 8,5,8,4 *Marrone*, AUPA 24 (1955) 400–404; Wieling, SZ 102 (1985) 292.

[693] So zum unrichtigen Status-Urteil *Hackl*, Praeiudicium (1976) 301; 308; *Mangold*, Iniura iudicis (2004) 109.

[694] *Hackl*, FS Mayer-Maly (2002), 264 Fn. 29.

[695] *Liebs*, SZ 94 (1977) 469.

[696] Zum *angelus intellectualis Wubbe*, Ausgew. Schr. 82; 85; 109–114 mit einer Gegenüberstellung

Situation der Beteiligten – in der sich das Urteil zunächst nur als möglicherweise falsch darstellt – angebracht ist.[697]

Nach dem als *regula* in verschiedenen Bereichen[698] überlieferten Satz[699] *res inter alios* **99**
iudicatae aliis praeiudicium non faciunt[700] bzw. daran angelehnten Formulierungen[701] ist eine Bindung Dritter (und damit des Richters in einem späteren Verfahren) an den Urteilsinhalt grundsätzlich nicht gegeben, da die betroffenen Personen keine Gelegenheit zur Mitwirkung am oder zur Einflussnahme[702] auf den Erstprozess hatten; verwendet wird auch der Symmetriegedanke, wonach ein Urteil Dritten nicht *prodesse aut nocere*[703] bzw. weder ein *emolumentum* noch ein *praeiudicium*[704] bringen soll. Das gilt auch für Urteile, mit denen über absolute Rechte abgesprochen wird: Ein Obsiegen mit der *hereditatis petitio* gegen einen *possessor* enthebt daher den Kläger nicht von der *necessitas probandi* im Verfahren gegen einen *alius possidens;*[705] umgekehrt sind durch ein abweisendes Urteil andere Prätendenten desselben Rechts nicht betroffen.[706] Anders ist dies in Servitutsprozessen, an denen bloß ein Miteigentümer beteiligt ist: Beim herrschenden Grundstück, wo jeder *in solidum* klagen kann, wirkt das ergangene Urteil als *sententia praedio data*[707] auch für die anderen und es kommt ihnen daher bei Erfolg zugute[708] und belastet sie bei Misserfolg, außer dieser ist durch *culpa* herbeigeführt worden.[709] Bei Miteigentum am dienenden Grundstück verpflichtet die gegen einen

---

der Quellen, je nachdem, ob die Sprache der *dramatis personae* oder die Sichtweise des *angelus intellectualis* gebraucht wird.

[697] *Wacke*, GS Mayer-Maly, 517 mit Fn. 87.

[698] Außerhalb der Frage der Reichweite der Rechtskraft findet er sich in Paul. 2 resp. D. 3,2,21 (Keine Infamie für unglaubwürdige Zeugen, oben Fn. 364) und Paul. 18 ed. D. 12,2,10 (Keine Drittwirkung des *iusiurandum rem suam esse*).

[699] Dazu *Liebs*, Klagekonkurrenzen (1972) 219; *Wieling*, SZ 102 (1985) 291–293.

[700] Ulp. 2 ed. D. 44,2,1 (Legats- und Freiheitsprozess: unten Fn. 747); Ulp. 7 off. proc. D. 48,2,7,2 (in strafrechtlichem Zusammenhang); Mac. 2 app. D. 42.l.63 (Differenzierungen und Beispiele, Fn. 669, 672, 678 und 706; siehe auch nächste Fn.); Mod. 12 resp. D. 44,1,10 (Status-Prozess, unten Fn. 734).

[701] Lab. 2 a Iav. epit. D. 33,2,31; Pap. 11 resp. D. 44,2,29 pr (oben Fn. 669); Paul. 18 ed. D. 12,2,10; Paul. 2 resp. D. 3,2,21; Diocl. C. 7,56,4 (a.291).

[702] Mac. 2 app. D. 42.l.63 (Der Text bezieht sich zwar auf die *cognitio*, die darin gebrachten Beispiele stammen aber auch aus dem *ordo iudiciorum*).

[703] Paul. 3 quaest. D. 20,4,16, oben Fn. 673.

[704] Gord. C. 7,56,2 (a.239), oben Fn. 669.

[705] Iul. 9 dig. D. 12,2,12 am Ende.

[706] Mac. 2 app. D. 42.l.63.

[707] Pap. 2 resp. D. 3,5,30,7.

[708] Ulp. 17 ed. D. 8,5,4,3.

[709] Marci. 5 reg. D. 8,5,19. Das Abstellen auf die *culpa* entspricht einem auch in anderen Bereichen (siehe bei Fn. 727) entwickelten Rechtsgedanken. Es lässt sich daraus e contrario und somit ohne die Interpolationsannahmen von *Betti*, Cosa giudicata (1922) 260; *Marrone*, AUPA 24 (1955) 233–235 und *Wieling*, SZ 102 (1985) 322 die grundsätzliche Auswirkung zu Lasten der *ceteri* ableiten: *Klingenberg*, Scr. Corbino IV 49–66.

einzelnen ergangene Entscheidung diesen zur *restitutio in solidum*[710] und belastet damit indirekt die anderen.

100 Urteile über schuldrechtliche Klagen entfalten nur in bestimmten Konstellationen Drittwirkung, so wenn eine unteilbare Pflicht auf mehrere Erben übergegangen ist wie etwa die Beistandspflicht des Verkäufers,[711] weiters dadurch, dass eine *absolutio* (selbst bei *iniuria iudicis*) zum Erlöschen des Pfandrechts führt[712] oder eine *condemnatio* eines *socius omnium bonorum* aus einer *actio iniuriarum* auf alle überwälzt[713] wird.

101 Die Entscheidung über das Erbrecht betrifft auch die Erbschaftsschuldner und -gläubiger.[714] Eine Entscheidung im Erbstreit zu Lasten des Testamentserben schafft aber kein Präjudiz für die testamentarisch Freigelassenen und Legatare,[715] insbesondere können Legatare trotz des Urteils eine *iniuiria iudicis* oder Fehler in der Prozessführung durch den Erben relevieren.[716] Während nach Mucius ein *statuliber* von einem solchen Urteil insofern betroffen ist, als ihn die Erfüllung der Bedingung nicht frei werden lässt, kann er nach Labeo *iniuria iudicis* geltend machen.[717] Erreichte der enterbte Sohn eines Freigelassenen ein Urteil *exheredatum non esse*, so erteilte ihm der Prätor selbst dann die *bonorum possessio*, wenn das Urteil *perperam* ergangen war, es wirkte sich also zu Lasten des Patrons aus.[718]

102 Eine erfolgreiche *querela inofficiosi testamenti* wirkt *erga omnes* und betrifft daher grundsätzlich auch die testamentarisch Freigelassenen und Legatare,[719] nicht aber bei einem Versäumungsurteil oder bei *collusio*.[720] Ein teilweises Obsiegen (gegen nur einen von zwei Testamentserben) eröffnet dem gesetzlichen Erben die *actio familiae erciscundae* und wirkt zugunsten der Erbschaftsgläubiger und zu Lasten der Erbschaftsschuldner.[721] Bei Obsiegen nur eines von mehreren Anfechtungsberechtigten bleiben Freilas-

[710] Ulp. 17 ed. D. 8,5,4,4.

[711] Cels. 27 dig. D. 21,2,62,1: *omnibus aut vincit aut vincitur.*

[712] Tryph. 8 disp. D. 20,6,13.

[713] Ulp. 31 ed. D. 17,2,52,18 differenziert zwischen *iniuria iudicis* (Überwälzung) und Versäumungsurteil (keine Überwälzung); *Bona*, SDHI 33 (1967) 386 f.; *Meissel*, Societas (2004) 261.

[714] Ulp. 24 Sab. D. 30,50,1 i. f. (zum Sieg des *substitutus* über den *institutus*); *Wieling*, SZ 102 (1985) 298 f.

[715] Ulp. 2 ed. D. 44,2,1.

[716] Ulp. 24 Sab. D. 30,50,1; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 239–241.

[717] So die Zitate im Andronicus-Fall Pomp. 18 Q. Muc. D. 40,7,29,1. *Horak*, Rationes (1969) 113 f.; *Wieling*, SZ 102 (1985) 299–301; *Mantello*, Dubbi (1990) 111 f.; *Stolfi*, SDHI 63 (1997) 43–47; *Starace*, Labeo 46 (2000) 379–403; *Papa*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 39 f.; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 123–128.

[718] Ulp. 44 ed. D. 38,2,12,3; anders *Wieling*, SZ 102 (1985) 310, der die Stelle auf die *operae libertorum* bezieht.

[719] Ulp. 14 ed. D. 5,2,8,16. *Voci*, DER II 689 f.; *Di Lella*, Querela (1972) 229–232; *Ribas-Alba*, Desheredación (1988) 164.

[720] Paul. 2 quaest. D. 5,2,17,1. Divus Pius und divi fratres bei Ulp. 14 ed. D. 49,1,14; *Di Lella*, Querela (1972) 250–253; *Fino*, Om. Burdese I 380; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 229–233 mit Bezug zur kognitionalen Querel.

[721] Pap. 14 quaest. D. 5,2,15,2. *Voci*, DER II 691 f.; *Di Lella*, Querela (1972) 198; *Ribas-Alba*, Desheredación (1988) 165; *Babusiaux*, Erbrecht (2015) 228.

sungen aus dem *favor libertatis* (gegen eine Ausgleichszahlung an den Obsiegenden) aufrecht.[722]

c. Zusammenfassende Betrachtung:

Der Überblick hat gezeigt, dass eine Urteilswirkung zu Lasten Dritter[723] in mehrfach wiederkehrenden typischen Situationen abgelehnt oder ausgenommen wird: Dazu gehören vor allem das Unterliegen im Vorprozess durch Versäumungsurteil,[724] *dolus*[725] insb. *collusio*,[726] sonstiges schuldhaftes Verhalten[727] und freilich nicht durchgängig *iniuria iudicis*.[728] Ein Dritter konnte in einem damit zusammenhängenden Folgeprozess immer noch geltend machen, das Vorurteil wäre bei korrekter Prozessführung anders ausgefallen. **103**

d. Wirkung von Status-Urteilen

Mit dem von Justinian als *regula* aufgefassten Satz *res iudicata pro veritate accipitur*[729] wird die Wirkung eines Ingenuitätsurteils umschrieben,[730] das zugunsten eines *quamvis libertinus* ergangen ist; auf eine *pronuntiatio* (hier dem Eid gegenübergestellt) **104**

---

[722] Pap. 7 resp. D. 31,76 pr; *Starace*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 78–81.

[723] Dazu *Wacke*, LR 3 (2014) 187–216.

[724] Vgl. Fn. 720 und Ulp.2 ed. aed. cur. D. 21,2,55 pr.

[725] Als dolus gilt das wissentliche *praetermittere* einer möglichen *exceptio*, welches den Bürgenregress ausschließt (Julian bei Ulp. 31 ed. D. 17,1,10,12; Ulp. 7 disp. D. 17,1,29 pr).

[726] *Collusio* bei der *querela inofficiosi testamenti* (Paul. 2 quaest. D. 5,2,17,1; divus Pius bei Ulp. 14 ed. D. 49,1,14 pr). Die *collusio* des Schuldners schadet nicht dem Pfandgläubiger (Ant. C. 8,13,5 [a.212]). Die durch *dolus* oder *collusio* des klägerischen *cognitor* herbeigeführte *absolutio* bindet zwar durch die Konsumptionswirkung den *dominus litis*, eröffnet ihm aber die *actio mandati* gegen den *cognitor* und bei dessen Insolvenz die *actio doli* gegen den *absolutus* (Labeo bei Ulp. 31 ed. D. 17,1,8,1; Ulp. 11 ed. D. 4,3,7,9).

[727] Ulp. 24 Sab. D. 30,50,1 (*non agens*, *lusorie agens* im Erbschaftsprozess: *non nocere legatariis*). Der Prozessverlust des Käufers gegen den Evinzenten durch *dolus*, unterlassene *denuntiatio* und mangelnde Vorbereitung, Versäumungsurteil, Nichtbefolgen der Ratschläge des Verkäufers belastet nicht den Verkäufer (Paul. 77 ed. 21,2,53,1; Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21,2,55 pr; Pap. 28 quaest. D. 21,2,66 pr; Alex. C. 8,44,8 [a.222]), dazu *Wacke*, FS Niederländer 141–179; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 186–190.

[728] Ulp. 24 Sab D. 30,50,1 (*iniuria iudicis* und unterlassene *provocatio*: *non nocebit legatariis*); So Labeo einschränkend im Andronicus-Fall (Fn. 717); Obsiegen des Evinzenten durch *iniuria iudicis* bindet nicht den Verkäufer: Ulp. 80 ed. D. 21,2,51 pr; Alex. C. 8,44,8 (a.222); Frag. Vat. 8 und 10; dazu *Klingenberg*, Et. Ankum I 177–191; *Mangold*, Iniuria iudicis (2004) 92–100; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 190–192; *Salomone*, Evizione (2012).

[729] Ulp. 1 l. Iul. Pap. D. 1,5,25 = D. 50,17,207; *Masi Doria*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 43 f.

[730] *Wacke*, GS Mayer-Maly 512 weist darauf hin, dass es sich (trotz des *quia*) nicht um eine Begründung handelt.

zugunsten des Patrons[731] bezieht sich der Satz *tunc enim sententia stabitur.*[732] Andererseits ist das von einem *alius* erwirkte Ingenuitätsurteil nicht bindend für denjenigen, der Patronatsrechte behauptet,[733] und ganz allgemein führt Modestinus – palingenetisch im Zusammenhang mit *status controversiae* – aus: *res inter alios iudicata aliis non obest.*[734]

105 Aus dem *favor libertatis* erklärt es sich,[735] dass in *causae liberales* eine *sententia pro libertate* für die unterlegene Partei präklusiv wirkt,[736] nicht aber[737] eine *sententia pro servitute.*[738] Dass ein Freiheitsurteil Dritte nicht präkludiert, dafür gibt es – abgesehen von der allgemeinen Aussage des Modestinus[739] – für den Freiheitsprozess zumindest indirekte Belege.[740] Sind in getrennt geführten *causae liberales* – etwa mit dem *dominus* und dem Usufruktuar oder mit zwei Miteigentümern desselben Sklaven[741] – verschiedene Urteile ergangen,[742] so wurde die Frage des Vorranges und der damit verbundenen

---

[731] Sie löst auch das Ladungsverbot aus: Ulp. 5 ed. D. 2,4,8,1.

[732] Ulp. 5 l. Iul. Pap. D. 37,14,14; *Hackl*, Praeiudcium (1976) 295; 302–304; *Hackl*, FS Mayer-Maly (2002) 263; *Wieling*, SZ 102 (1985) 317 f.

[733] Nach Marcell. 7 dig. D. 40,14,1 Pap. 10 resp. D. 40,14,5 auch nicht nach Ablauf eines *quinquennium*.

[734] Mod. 12 resp. D. 44,1,10. Das im Folgenden verwendete *praescribi* spricht schon für den Bezug auf die *cognitio*.

[735] Vgl. die Begründung in Ulp. 11 ed. D. 4,3,24: *quia semel pro libertate dictam sententiam retractari non oportet.*

[736] Nach Ulp. 11 ed. D. 4,3,24 selbst bei *dolus* des *adsertor*, gegen den der Unterliegende freilich die *actio doli* erhält: *Mader*, FS Waldstein 222; *Indra*, Status quaestio (2011) 209. In Pap. 11 resp. D. 44,2,29 pr erwirkt der fiduziarisch Freizulassende noch vor der *manumissio* ein Freiheitsurteil; dazu *Starace*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 73–78. Zur *cognitio* gehört Alex. C. 7,16,4 (o.A.).

[737] *Nicolau*, Causa liberalis (1933) 198–22; *Franciosi*, Processo di libertà (1961) 280–286; 295.

[738] So schon für die *legis-actiones* (Cic. dom. 78). Die mehrmalige Wiederholung einer *vindicatio in libertatem* erwähnen Mart. 1,52,8, Quint. inst. 5,2,1 und 11,1,78 sowie Justinian in seiner Reformkonstitution C. 7,17,1 pr (528). Die nochmalige Möglichkeit der *ad libertatem proclamatio* in Gai. D. 40,12,25,1 erklärt sich hingegen aus der neuen *causa* (vgl dazu oben Fn. 649): *Franciosi*, Processo di libertà (1961) 293; *Marrone*, Scr. I 507 Fn. 114; *Indra*, Status quaestio (2011) 214.

[739] Oben bei Fn. 734.

[740] Lab. 4 post. D. 40,12,42. Dazu *Franciosi*, Processo die libertà (1961) 282 f.; *Hackl*, Praeiudicium (1976) 309 f.; *Indra*, Status quaestio (2011) 240 Fn. 81; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 280 f.; weiters Ulp. 9 ed. D. 3,3,39,5; Ven. 15 stip. D. 46,8,8,2 (beide zur *cautio de rato* des *procurators* in der *causa liberalis*).

[741] Gai. ed. praet. urb. D. 40,12,9 pr–2; Dazu *Starace*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 82–88; *Indra*, Status quaestio (2011) 240–244. Zu den Hintergründen solcher Prozesse *Hermann-Otto*, Index 27 (1999) 146.

[742] Das sollte an sich durch eine Abwicklung vor dem *idem iudex* verhindert werden: Ulp. 55 ed. D. 40,12,8,1,2 unter Berufung auf den Senat (*senatus censuit*: dazu oben Fn. 583 samt Lit.); Gai ed. praet. urb. D. 40,12,9 pr; *Franciosi*, Processo di libertà (1961) 107 f.; *Meffert*, Streitgenossenschaft (1974) 23 f.; 96–99; *Apathy*, SZ 93 (1976) 464; *Arcaria*, Senatus censuit (1992) 212–214; *Indra*, Status quaestio (2011) 63 f.; *Capone*, Scr. Franciosi I 479–500; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 284–288.

Drittwirkung – die sich wegen der Unteilbarkeit des *status libertatis* stellt[743] – zunächst so gelöst, dass der (im Sinn der *servitus*) Obsiegende allein die zum Sklaven erklärte Person abführen konnte;[744] der *favor libertatis* führte dann aber zum Vorrang des Freiheitsurteils (gegen eine Ausgleichszahlung an den anderen).[745]

Keine Ausschlusswirkung auf eine spätere *vindicatio in libertatem* hat eine zuvor erfolgreich auf einen Sklaven geführte *rei vindicatio*[746] oder ein Misserfolg eines Legatars.[747] **106**

Eine Entscheidung über die Abstammung der klagenden Partei vom Beklagten wirkt absolut[748] und *in omnibus causis*.[749] Eine (in konsularischer *cognitio* getroffene) unterhaltsrechtliche Entscheidung (*ali oportere*, *nutriri vel ali oportere*) ist nicht präjudiziell für die Abstammungsfrage,[750] weil im Erstprozess das Thema des Zweitprozesses nur inzidenter entschieden worden ist.[751] **107**

e. Drittwirkung der *adiudicatio*

Die rechtsgestaltende *adiudicatio* im Teilungsprozess macht den Adjudikatar zum Eigentümer und wirkt *erga omnes*. Ist in die Teilung allerdings eine fremde Sache einbezogen, so wird der Adjudikatar Ersitzungsbesitzer mit publizianischem Rechtsschutz;[752] bis zum Ablauf der Ersitzung steht dem Eigentümer die *vindicatio* offen, ebenso durfte das Teilungsurteil hinsichtlich eines *ususfructus* keine nachteiligen Auswirkungen (*alterius ius mutare*) haben.[753] **108**

6. Präzendenzwirkung

Die *res iudicatae* werden nur bei den Rhetoren zusammen mit anderen Rechtsquellen erwähnt,[754] dabei aber primär in ihrer Funktion als *probationes inartificiales* (→ Rn. 40) angesprochen. Von den bei Quintilian erwähnten und je nach Prozessstandpunkt her- **109**

---

[743] Vgl. auch die Erwägungen von Gaius in § 2; *Marrone*, AUPA 24 (1955) 321–326; *Papa*, Labeo 42 (1996) 434; *Papa*, Replicatio (2009) 357–358; *Indra*, Status quaestio (2011) 241.

[744] Sabinus und Cassius bei Iul. 5 ex Min. D. 40,12,30; *Starace*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 50–62; 66–73.

[745] So der Schlusssatz in Iul. 5 ex Min. D. 40,12,30, in dem diese Lösung als *commodius* bezeichnet wird.

[746] Ant. C. 7,16,2 (214), dazu *Hackl*, FS Mayer-Maly (2002) 267. *Indra*, Status quaestio (2011) 212 f. ordnet das Reskript der *cognitio* zu.

[747] Ulp. 2 ed. D. 44,2,1.i.f.

[748] Ulp. 34 ed. D. 25,3,1,16 und eod. 3 pr.

[749] So das von den Kompilatoren in den Ulpian-Text (vorige Fn.) eingeschobene Fragment Iul. 19 dig. D 25,3,2.

[750] Ulp. 4 l. Iul. Pap. D. 1,6,10; Divus Marcus in Ulp. 2 off. cons. D. 25,3,5,9. *De Francesco*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 93–141.

[751] *Wieling*, SZ 102 (1985) 318.

[752] Marcell. 17 dig. D. 41,3,17; Ulp. 16 ed. D. 6,2,7 pr.

[753] Lab. 2 a Iav. epit. D. 33,2,31 (in Auseinandersetzung mit Trebatius).

[754] Cic. or. 2,116; Cic. Top. 28; Cic. inv. 2,68; 2,162; Rhet. Herr. 2,13,19. Vgl. dazu *Vacca*, Con-

anzuziehenden oder abzulehnenden *tria genera* der *praeiudicia*[755] erinnert das erste (*ex paribus causis*“) an die modernen Präzendenzien.[756] Die Urteile fehlen jedoch in den Rechtsquellenkatalogen der Juristen.[757] Während für die Republik vereinzelt noch eine rechtsschöpferische Kraft der Urteile vertreten wird,[758] die auch das Interesse der Juristen[759] gefunden habe,[760] ist sich die Forschung für den klassischen Formularprozess[761] nach wie vor weitgehend einig, dass den *res iudicatae* keine normative Kraft im Sinn von modernen „precedents“ zukommt.[762] Dass sich im römischen Ägypten Zitierungen[763] und Sammlungen[764] von Entscheidungen finden,[765] ist angesichts des dort praktizierten Kognitionsprozesses kein zwingender Beweis für eine ähnliche Situation im römischen Formularprozess. Das Reskript des Severus, welches neben der *consuetudo* auch die *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* mit *vis legis* ausstattet[766], ist dem Kognitionsprozess zuzuordnen und bezieht sich mit großer Wahrscheinlichkeit auf das Provinzialrecht.[767]

---

tributo (1982) 57–66; *Provera*, REHJ 7 (1982) 61; *Kaser*, RRQ 43–46; *Albanese*, Scr. III 41–57; *Vegh*, SZ 110 (1992) 270 f.; *Burdese*, SDHI 61 (1995) 707–721, *Vincenti*, Precedenti (1995) 114; 120; *Vincenti*, Ric. Gallo II 576–578; *Marrone*, Scr. II 805.

[755] Quint. inst. 5,2,1–2; dazu *Kaser*, RRQ 44–48, *Bajory*, St. Pólay 44; *Skrejpek*, St. Labruna VII 5229–5244.

[756] *Skrejpek*, St. Labruna VII 5240–5244.

[757] Gai. inst. 1,2; Pap. 2 def. D. 1,1,7.

[758] *Schwind*, Publikation (1940) 139.

[759] Labeo und Brutus (Gell. 6,15,1) sowie Sabinus (Gell. 11,18,14) im Zusammenhang mit der *actio furti*. Cels. 25 dig. D. 50,16,96 pr zitiert bei der Definition des *litus* Cicero in seiner Funktion als *arbiter*. *Mommsen* hat in der Ed. maior aufgrund von Cic. Top. 32 eine Konjektur *idque Gallum Aquilium Marcus Tullius ait* vorgenommen; ihr folgen *Vacca*, Contributi 56 Fn. 32; *Talamanca*, BIDR 91 (1988) 855; *Marrone*, Scr. II 803 f. Für einen Bezug auf Cicero hingegen *Martini*, Definziomi (1966) 69; *Manthe*, Ex Cassio (1982) 300 Fn. 187; *Nörr*, HIA II 1204 Fn. 65; offen gelassen bei *Bona*, in: Sargenti/Luraschi, Certezza (1987) 144 Fn. 96, 145.

[760] *Bona*, in: Sargenti/Luraschi, Certezza (1987) 139–148.

[761] Call. 1 quaest. D. 1,3,38, bezieht sich schon auf die *extraordinaria cognitio*: unten Fn. 767.

[762] *Kaser*, RRQ 51–62; *Talamanca*, BIDR 91(1988) 855; *Vincenti*, in: Vincenti, Il Valore 9–15; *Vincenti*, Universo, (2003) 20; *Marrone*, Scr. II 808–809; *Vacca*, Mél. *Sturm* I 498; *Starace*, Om. Burdese II 78; Gleichbleibende Judikatur als Erscheinungsform der *consuetudo*: *Vacca*, Contributo (1982) 50–56; *Vincenti*, Ric. Gallo II 576–578.

[763] Pap. Oxy II 237; Pap. Oxy VI 899 = WChr 361; Pap. Oxy. VIII 1119 = WChr 397; Pap. Lond. inv. 2565 = SB 5, 7696; FIRA III 30 = SB 5, 7558.

[764] Pap. Strasb. 22 = FIRA I 85 = MChr 374 = *Meyer*, Jur. Pap.54; PSI 4,281; Pap-Phil. 1; Pap. Oxy. VII 1020 = *Meyer*, Jur. Pap. 17; FIRA III 19 = MChr 372 = *Meyer*, Jur. Pap. 22; Pap. Ryl. 75.

[765] *Jolowicz*, Leg. Stud. 14 (1937) 1–15; *Jolowicz*, BIDR 46 (1939) 394–405; *Katzoff*, SZ 89 (1972) 256–292; *Vincenti*, Precedenti (1995) 69–95.

[766] Severus bei Call. 1 quaest. D. 1,3,38. Wie *Vacca*, Contributo (1982) 51 f. klargestellt hat, lässt das *aut* eine Unterstellung unter die *consuetudo* hier nicht mehr zu.

[767] *Kaser*, RRQ 62; *Bove*, Consuetudine (1985) 149 f.; *Vincenti*, Ric. Gallo II 579; *Marrone*, Scr. II 807 f.; *Sconamiglio*, in: Cascione et al., Parti e giudici (2006) 223 f.; *Giaro*, St. Labruna IV 2235; *Starace*, Om. Burdese II 78. Sicher ist der Bezug zum Provinzialrecht für Ulp. 4 off. proc. D. 1,3,34 und Paul. 1 quaest. D. 1,3,37.

§ 14 Die Vollstreckung

Constantin Willems

Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprozeß II, 1865, 656–699; *Solazzi*, Il concorso dei creditori nel diritto romano I, 1937. II, 1938. III, 1940. IV, 1943; *Behrends*, Der Zwölftafelprozeß, 1974, 113–206; *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1996, 383–407; *Pérez Álvarez*, La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico, 2000; *Soza*, Procedimiento concursal. La posición jurídica del bonorum emptor, 2008; *Forster*, Konkurs als Verfahren. Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts, 2009, 87–142; *Platschek*, Gai. 4,35/36: Kein Beleg für eine actio Serviana des Vermögenskäufers, SZ 128 (2011) 366–369; *Klinck*, Die vorklassische Personalvollstreckung wegen Darlehensschulden nach der lex Poetelia, SZ 130 (2013) 393–404; *Koch*, Die Lehre von der venditio bonorum. War die Entdeckung des Veroneser Gaius ein Wendepunkt?, in: Babusiaux/Mantovani (Hgg.), Le Istituzioni di Gaio: Avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo, 2020, 743–766.

Inhalt Rn.

I. Ausgangspunkt: Vollstreckung im Legisaktionenprozess 2
II. Verfahren im Formularprozess 4
1. Urteil und Erfüllungsfrist 4
2. *actio iudicati* 5
3. Vollstreckung 6
a. Personalexekution 7
b. Vermögensexekution 9
aa. *missio in bona* 11
bb. *proscriptio* 12
cc. *venditio bonorum* 15
dd. Befriedigung der Gläubiger 16
4. Rechtsinstrumente bei Gläubigerbenachteiligung 19
5. Sonderfälle 20
a. *cessio bonorum* 20
b. *distractio bonorum* 22
III. Ausblick: Entwicklungen im Kognitionsprozess 23

1 Aus heutiger Sicht scheint das Vollstreckungsverfahren des römischen Rechts als ein scharfes Schwert. Bis zuletzt konnte auf die Person des Schuldners zugegriffen werden (Personalexekution). Im Bereich der Vermögensvollstreckung gab es erst spät ein Verfahren der Vollstreckung einzelner Gläubiger in einzelne Vermögensgegenstände, während zuvor, wenn der Schuldner einen Gläubiger nicht befriedigte, sein gesamtes Vermögen *en bloc* verkauft und unter allen Gläubigern aufgeteilt wurde (Gesamtvollstreckung). Ferner verlor der Schuldner mit der Vollstreckung in sein Vermögen seine bürgerlichen Ehrenrechte (Infamie). Das römische Vollstreckungsverfahren zielte allerdings nicht darauf ab, den Schuldner zu ruinieren: Nicht zuletzt durch mehrfache Fristsetzungen hatten der Schuldner, seine Familie und seine Freunde wiederholt die Möglichkeit, die genannten scharfen Folgen durch Begleichen oder Abarbeiten der Urteilsschuld abzuwenden.

I. Ausgangspunkt: Vollstreckung im Legisaktionenprozess

2 Im Legisaktionenprozess[1] (→ § 9 Rn. 60 ff.) wurde regelmäßig durch Zugriff auf die Person des Schuldners (*manus iniectio*) vollstreckt.[2] Wenn die Urteilssumme nicht binnen 30 Tagen[3] gezahlt wurde,[4] wurde der Schuldner nach dem Zwölftafelgesetz mitsamt seinem Vermögen[5] für weitere 60 Tage[6] in die Schuldknechtschaft[7] seines Gläubigers überführt;[8] dieser hatte ihn gegebenenfalls zu ernähren.[9] Während dieser Zeit konnte der Schuldner ausgelöst werden.[10] Geschah dies nicht, konnte er anschließend *trans Tiberim* versklavt werden. Umstritten ist, ob das darüber hinausgehende

[1] Siehe etwa *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 125–148, *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 660–667, *Kaser/Hackl*, RZ 131–145, *Fiori*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 105–131 sowie knapp *Pérez-Ragone*, in: Baldus/Schmon, Zivilprozess (2015) 82 f. und *Klinck*, SZ 130 (2013) 393.

[2] XII T. 3.2 (*manus iniectio esto*). Siehe dazu *Rüfner*, EAH VIII 4271–4272 und *Fiori*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 111 f.

[3] XII T. 3.1 (*aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto*). Diese Frist diente dem Auftreiben des Geldes, vgl. Gell. 20.1.42 (*confessi igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa*); dazu *Fiori*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 105 f.

[4] Oder der Schuldner während dieser Frist auswanderte, vgl. *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 142.

[5] So *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 138.

[6] Gell. 20.1.46 (*habebantur in vinculis dies sexaginta*).

[7] Kritisch zur Schuldknechtschaft als Folge der *addictio Dorndorp*, RIDA 57 (2010) 134.

[8] XII T. 3.3 (*ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito*), *Fiori*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 112 f.

[9] XII T. 3.4 (*si volet suo vivito. ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato*).

[10] So *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 139, *Fiori*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 121.

„Teile Schneiden“ (*partis secanto*)[11] zumindest theoretisch[12] das Töten des Schuldners erlaubte.[13]

Mit der *lex Poetelia* verlor im ausgehenden 4. Jh. v.Chr.[14] die Verkaufs- und Tötungs- 3
vorschrift ihre Geltung.[15] Der Schuldner blieb zwar Schuldknecht seines Gläubigers, haftete aber nicht mehr mit seinem Körper (*corpus*), sondern mit seinem Vermögen (*bona*).[16] Zudem wurde der Schuldner aus dem *nexum* entlassen, wenn er schwor, über ausreichend Geld zu verfügen (*bonam copiam iurare*).[17] Dieses Institut entwickelte sich zu einer Art Offenbarungseid weiter, der die Infamie (→ § 28 Rn. 15) nach sich zog.[18]

---

[11] XII T. 3.5 (*tertiis nundinis partis secanto*); Gell. 20.1.46 (*tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant*).

[12] *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 145 bezweifelt die praktische Anwendung mit Verweis auf Gell. 20.1.52 (*dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi neque audivi*) und Quint. inst. 3.6.84 (*in duodecim tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit*).

[13] Zu alternativen Deutungsmöglichkeiten im Überblick *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 140, Fn. 159, *Dorndorp*, RIDA 57 (2010) 135–136 oder *Fiori*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 126 f. im Einzelnen *MacCormack*, TR 36 (1968) 509–518 (Recht, den Leichnam zu zerteilen, nicht zur Tötung), *Flach*, Gesetze 126 (Stücke sollen abgeschnitten werden von den Rohkupferklumpen, die die Gläubiger aus dem Verkauf des Schuldners erlösten), *Dorndorp*, RIDA 57 (2010) 135–143 (mwN. zur ab dem 17. Jh. vertretenen Ansicht, dies habe eine Teilung des Vermögens, nicht des Körpers, bedeutet, und zu kritischen Stimmen der Glossatoren an der Echtheit der Teilungsvorschrift); ferner → § 9 Rn. 66 Fn. 127.

[14] So *Klinck*, SZ 130 (2013) 393. Die genaue Datierung der *lex Poetelia* ist strittig; *Behrends*, Zwölftafelprozeß 6 (1974) und *Pérez-Ragone*, in: Baldus/Schmon, Zivilprozess (2015) 83 datieren diese auf 313 v.Chr., *Voci*, ED XV, 423, *MacCormack*, Labeo 19 (1973) 306, *Peppe*, Esecuzione I (1981) 183, *Kaser/Hackl*, RZ 145 und *Manzo*, Magnum munus (2016) 64 Fn. 193 auf 326 v.Chr. Weitere Ansichten bei *Rotondi*, Leg. publ. 230.

[15] Liv. 8.28.8, Varro ling. 7.105. Siehe *MacCormack*, Labeo 19 (1973) 306–317, *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 164–174, *Klinck*, SZ 130 (2013) 393–404 und *Manzo*, Magnum munus (2016) 64 und *Fiori*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 127 f. (das Aufteilen des Körpers diene der Wiederherstellung der durch die fraus des Schuldners verletzten fides); kritisch → § 9 Rn. 66 Fn. 127 a. E.

[16] Liv. 8.28.8 (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*).

[17] Varro ling. 7.105 ([*nectere*] *C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret, et omnes qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi dissoluti*); dazu *MacCormack*, Labeo 19 (1973) 314–316, *Peppe*, Esecuzione I (1981) 237–259, *Klinck*, SZ 130 (2013) 396–401 sowie *Manzo*, Magnum munus (2016) 64–67 mwN.

[18] In der *lex Iulia municipalis*, AE 1991, 522 Z. 113 wird *bonam copiam iurare* als Fallgruppe aufgezählt, die für kommunale Ämter disqualifiziert, und steht im Kontext mit Schuldnern, die ihre Schulden nicht vollständig begleichen können, vgl. *MacCormack*, Labeo 19 (1973) 315–316. Auch das Zitat in Cic. fam. 9.16.7 (*mihi bonam copiam eiures* […], *nunc, cum tam aequo animo bona perdas, non est, quod eo sis consilio, ut, cum me hospitio recipias, aestimationem te aliquam putes accipere*) streitet für eine Qualifikation als Offenbarungseid. Siehe *Klinck*, SZ 130 (2013) 397 und *Manzo*, Magnum munus (2016) 65.

II. Verfahren im Formularprozess

1. Urteil und Erfüllungsfrist

4 Nachdem im Formularprozess ein Urteil (→ § 13 Rn. 62 ff.) ergangen war oder der Prozess durch Anerkenntnis (*confessio in iure*), Vergleich (*transactio*) oder Eid (*iusiurandum*) beendet wurde,[19] hatte der verurteilte Schuldner wohl ebenfalls die aus dem Legisaktionenprozess bekannte Urteilserfüllungsfrist von 30 Tagen.[20]

2. *actio iudicati*

5 Wenn der Schuldner seinen Gläubiger innerhalb dieser Frist nicht befriedigt hatte, konnte letzterer durch Erhebung der *actio iudicati* das Vollstreckungsverfahren einleiten.[21] Im Regelfall wird der Beklagte daraufhin seine Verpflichtung anerkannt haben, woraufhin das Vollstreckungsverfahren *in simplum* durchgeführt wurde.[22] Wenn dieser ausnahmsweise bestritt, also entweder die Urteilsschuld leugnete oder eine *exceptio* geltend machte, und damit erfolglos blieb, verdoppelte sich die Urteilssumme (Litiskreszenz).[23] In gewissen Fällen der Prozessbeendigung durch Eid des Klägers wurde die Klage aus dem Edikt *de iureiurando* gewährt.[24] Diese hatte wohl exekutive Wirkung[25] und stand in ihrer Funktion der *actio iudicati* gleich.[26]

---

[19] Vgl. *Gröschler*, Actiones (2002) 141, *Kaser/Hackl*, RZ 266–273 und 352.

[20] Ulp. 6 ed. D. 42.1.2 (*tempus iudicati*), Gai. ed. praet. urb. D. 42.1.7 (*intra dies constitutos, quam vis iudicati agi non possit*). Siehe auch *La Rosa*, Actio Iudicati (1963) 53–58. Die Frist geht wohl zurück auf XII T. 3.1. Später wurde die Urteilserfüllungsfrist verlängert auf zwei Monate nach Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 4.19.1 pr. (a.380) und noch Just. C. 7.54.3.3 (a. 531) sowie vier Monate nach Just. C. 7.54.2 (a. 529) und 3 pr. (a.531).

[21] Ulp. 6 ed. D. 42.1.4.3 (*ait praetor: condemnatus ut pecuniam solvat*), s. *Kaser/Hackl*, RZ 384. Zur *actio iudicati* allgemein *Wenger*, Actio iudicati (1901), *La Rosa*, Actio Iudicati (1963) und *Buzzacchi*, Actio iudicati (1996). Zur Formel vgl. *Salomone*, Iudicati velut obligato (2007) 253–298 mit *Gröschler*, SZ 128 (2011) 661.

[22] *Kaser/Hackl*, RZ 385, *Wenger*, Actio iudicati (1901) 162–164 und 255. Anders die früher h. M., vgl. zusammenfassend *Wenger*, Actio iudicati (1901), 21–26.

[23] Gai. Inst. 4.9,171, Paul. sent. 1.19.1; dazu *Wenger*, Actio iudicati (1901) 27–42. Im Kognitionsverfahren wurde die Litiskreszenz abgeschafft, vgl. I. 4.16.1 gegenüber Gai Inst. 4.171 mit *Wenger*, Actio iudicati (1901) 28.

[24] Dazu *Lenel*, EP 149–151, *Kaser/Hackl*, RZ 266–269, *Münks*, Parteieid (1992) 8–30, *Mantovani*, Formule 69, *Gröschler*, Actiones (2002) 145–152, *Gröschler*, SZ 121 (2004), 119–120 mit Fn. 48.

[25] *Kaser/Hackl*, RZ 269, *Münks*, Parteieid (1992) 11, *Gröschler*, Actiones (2002) 147, *Einheuser*, Lex Rivi Hiberiensis (2017) 75; ablehnend *Harke*, Eid (2013) 47.

[26] So jedenfalls *Gröschler*, Actiones (2002) 147 und *Gröschler*, SZ 121 (2004), 121–122 unter Berufung auf Ulp. 27 ed. D. 42.1.56 und Diocl./Max. C. 4.1.8 (a.294). Vorsichtig zustimmend *Einheuser*, Lex Rivi Hiberiensis (2017) 74 f.; kritisch *Harke*, Eid (2013) 47.

3. Vollstreckung

Wohl nach weiterer Erfüllungsfrist von 30 Tagen[27] wurde auf Antrag des Klägers die Vollstreckung durch den Prätor angeordnet. Zur Wahl des Klägers standen – alternativ oder kumulativ[28] – die Vollstreckung gegen die Person oder in das Vermögen des Schuldners. **6**

a. Personalexekution

Das Verfahren der Personalexekution beruhte nach wie vor auf dem Prinzip der Schuldknechtschaft. Begründet wurde diese allerdings nicht mehr durch *manus iniectio*, sondern dadurch, dass der Schuldner auf Antrag des Gläubigers (*postulatio*) diesem vom Prätor oder vom Munizipalmagistrat[29] unter Nennung der Schuldsumme[30] zugesprochen wurde (*addictio*); folgte er nicht freiwillig, erhielt der Gläubiger die Befugnis, ihn gewaltsam mit sich zu führen (*ducere*).[31] Der Gläubiger musste ihm Nahrung (*victum*) und Schlafstätte (*stratum*) gewähren.[32] In rechtlicher Hinsicht blieb der Schuldner trotz der Qualifizierung als *addictus* frei.[33] Anders als die Vermögensexekution hatte die Personalexekution nicht die Infamie zur Folge.[34] **7**

Die Funktion der Personalexekution kann zum einen im „Abarbeiten" der Schuld gesehen werden.[35] Zum anderen stellte sie aber auch ein „Pressionsmittel gegen den Schuldner selbst, seine Angehörigen und Freunde"[36] dar, die Schuld doch noch zu begleichen. Dies mag erklären, warum die Personalexekution noch im 3. Jh. n.Chr. Anwendung fand.[37] Jedenfalls wenn die Schuld abgearbeitet oder in sonstiger Weise wie **8**

---

[27] *Kaser/Hackl*, RZ 386, Fn. 28.

[28] Vgl. nur P. Freib. 3.30 (179–178 v.Chr.: ἡ πρᾶξις ἔστω Εἰρ[ήνηι ἐκ Μένωνος αὐτοῦ καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῶι πάντων), UPZ II 190 (98 v.Chr.: ἡ δὲ πρᾶξις ἔστωι Ἀρσιήσει ἔκ τε α(ὐτῆς) Ἀσκληπιάδος καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῆι πάντων πράσσοντι καθάπερ ἐγ δίκης), Lex Rubr. c. 22 = AE 1991, 709 (*eosque duci bona eorum possideri proscreibeiue ueneireque iubeto*), P. Oxy. I.101 (142 n.Chr.: ἡ πρᾶξις ἔστω τῇ μεμισθωκυίᾳ ἔκ τε τοῦ μεμισθωμένου καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῷ πά[ν]των); *Wenger*, Inst. 223, *La Rosa*, Actio Iudicati (1963) 100–109, *Kaser/Hackl*, RZ 386.

[29] Vgl. die *lex Rubria*, AE 1991, 709, c. 21 hinsichtlich des *ducere*.

[30] So *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 665 mit Verweis auf Cic. de orat. 2.63 (*quanti addictus? – mille nummum*); a. A. *Savigny*, Schr. II 446.

[31] Siehe etwa Cic. Flacc. 48 (*cum iudicium non facerit, addictus Hermippo et ab hoc ductus est*).

[32] Lic. reg. D. 42.1.34.

[33] Quint. Inst. 7.3.26 (*servus cum manu mittitur fit libertinus, addictus recepta libertate ingenuus; servus invito domino libertatem non consequetur, addictus consequetur; ad servum nulla lex pertinet, addictus legem habet; propria liberi, quod nemo habet nisi liber, praenomen nomen cognomen tribum, habet haec addictus*); Behrends, Zwölftafelprozeß (1974) 183.

[34] *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 666.

[35] Vgl. Quint. Inst. 7.3.26 (*addictus, quem lex servire, donec solverit, iubet*) mit *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 181–183.

[36] *Kaser/Hackl*, RZ 388.

[37] Lic. reg. D. 42.1.34; Alex. C. 7.71.1 (a.223).

bezahlt war, endete die Schuldknechtschaft und der Gläubiger war zur Freigabe des Schuldners verpflichtet.[38]

b. Vermögensexekution

9 Wie es letztlich zum Aufkommen der Vermögensvollstreckung neben der Personalexekution kam, ist ungeklärt. Gaius berichtet, der Vermögensverkauf (*bonorum venditio*) sei von einem Prätor namens Publius Rutilius[39] eingeführt worden.[40] Erwähnt wird die *bonorum venditio* in der *lex agraria*, womit 111 v.Chr. zum *terminus ante quem* wird.[41] Insofern könnte die Vermögensvollstreckung mit den Neuerungen des Formularverfahrens zusammenhängen:[42] Insbesondere die Einführung der *condemnatio pecuniaria*[43] vereinfachte die Vermögensvollstreckung, da nunmehr alle Forderungen einen bezifferten Geldwert hatten.[44] Andererseits wird vertreten, dass die Einführung der Vermögensexekution auf der Ausdehnung[45] eines zuvor für den ohne Erben Verstorbenen[46] bzw. den flüchtigen (*fugitivus*),[47] abwesenden (*absens*)[48] oder unverteidigten Schuldner (*indefensus*)[49] geschaffenen Sonderverfahrens auf den geständigen (*confessus*) und den verurteilten (*iudicatus*) basierte.[50] Vertreten wird ebenfalls, dass sich diese aus der *actio iudicati* entwickelt habe[51] oder auf einer Analogie zur *bonorum sectio*,[52] dem Verfahren gegen proskribierte Staatsschuldner, beruhte. Als Vorläufer der Vermögensvollstreckung im Formularprozess könnte auch die *lex Poetelia* (→ Rn. 3) gedient haben.[53]

---

[38] *Kaser/Hackl*, RZ 387.

[39] Nach *Solazzi*, Concorso I (1937) 2 Fn. 1 und *Nörr*, SZ 107 (1990) 359 Fn. 13 ca. 118 v.Chr. Anders *Dernburg*, Emtio bonorum (1850) 24–25.

[40] Gai. Inst. 4.35 (*a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur*). Dazu *Solazzi*, Concorso I (1937) 1–4, *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 184–185, *Kaser/Hackl*, RZ 389 Fn. 5, *Manzo*, Magnum munus (2016) 70–83.

[41] Siehe *lex agraria*, AE 1990, 18, Z. 56 (u. Fn. 71); *Solazzi*, Concorso I (1937) 3 Fn. 3, *Biscotti*, Curare bona (2008) 29–59, *Manzo*, Magnum munus (2016) 69 und 72.

[42] So *Nörr*, SZ 107 (1990) 359 Fn. 13.

[43] Gai. Inst. 4.48.

[44] *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 658–659.

[45] Dazu *Pérez Álvarez*, TSDP 4 (2011) 11 und 13; ähnlich schon *Longo*, NNDI VI 718.

[46] *Carrelli*, SDHI 4 (1938) 473.

[47] Etwa *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 668–669 mwN.

[48] *Dernburg*, Emtio bonorum (1850) 13–32; kritisch *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 186.

[49] *Solazzi*, Concorso II (1938) 8–14, *Wenger*, Inst. 223–224.

[50] Gegen all diese Personengruppen erfolgte nach Gai. Inst. 3.78 die *venditio bonorum*.

[51] So *La Rosa*, Actio Iudicati (1963) 100–109.

[52] So *Dernburg*, Emtio bonorum (1850) 26, *Solazzi*, Concorso I (1937) 4–7 und II 77, *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 668, *Kaser/Hackl*, RZ 389; kritisch *Giuffrè*, Labeo 39 (1993) 337.

[53] *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 668; kritisch *Giuffrè*, Labeo 39 (1993) 330.

Die Vermögensexekution erfolgte als Gesamtvollstreckung, bei der das Vermögen des Schuldners zugunsten aller Gläubiger, die sich dem Verfahren anschlossen, versteigert wurde (Konkursverfahren). Der Grund für diese Verwendung der Gesamtexekution etwa anstelle der Verpfändung und Veräußerung von so viel Schuldnervermögen, wie zur Befriedigung des vollstreckungswilligen Gläubigers erforderlich war,[54] mag in der Entwicklung aus der Personalexekution zu sehen sein und die Sicherung der Gläubiger im Fokus gehabt haben.[55] 10

aa. *missio in bona*

Das Verfahren[56] begann mit der Beschlagnahme des Vermögens und der Einsetzung des vollstreckenden Gläubigers in das Vermögen des Schuldners (*missio in bona* bzw. *missio in possessionem rei servandae causa*[57]). Diese wurde vom Prätor bzw. vom Provinzstatthalter nach Sachprüfung durch Dekret erteilt.[58] Dem Gläubiger wurde dabei nicht der Vollbesitz am Schuldnervermögen eingeräumt, d. h. er konnte insbesondere nicht die Besitzinterdikte geltend machen.[59] Vielmehr hatte er eine Art Obhutsverhältnis am Schuldnervermögen zur Sicherung des Vermögensbestandes und damit eine dem Pfandrecht vergleichbare Stellung.[60] 11

bb. *proscriptio*

Nach der *missio in bona* wurde den übrigen Gläubigern des betroffenen Schuldners durch öffentliche[61] Verkündung (*proscriptio*)[62] die Möglichkeit gegeben, ihre Forderungen anzumelden. Ein weiterer Zweck der *proscriptiones* war es, Familienmitglieder und Freunde des Schuldners zu informieren, sodass diese gegebenenfalls für ihn die Zahlung der Schuld übernehmen konnten.[63] Die Frist betrug bei *bona vivorum* 30 Tage.[64] Nicht angemeldete Forderungen anderer Gläubiger waren vom Verteilungs- 12

---

[54] Erst später wurde der Sonderfall der *distractio bonorum* (→ Rn. 22) geschaffen; dieses Verfahren ersetzte im Kognitionsprozess die *venditio bonorum* (→ Rn. 23).

[55] So auch *Kaser/Hackl*, RZ 388. Zu Absprachen zwischen dem Erben einer überschuldeten Erbschaft und den Nachlassgläubigern, um im Rahmen der Erbenhaftung (→ § 58 Rn. 43 ff.) *venditio bonorum* und *ignominia* zu verhindern, *Finkenauer*, TR 85 (2017) 115–140.

[56] Dazu *Soza*, Procedimiento (2008) 52–101, *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 109–187.

[57] *Weiss*, RE XV.2 2053–2057, *Solazzi*, Concorso I (1937) 15–34, *Soza*, Procedimiento (2008) 38–46.

[58] *Weiss*, RE XV.2 2055, *Kaser/Hackl*, RZ 391.

[59] Vgl. Ulp. 69 ed. D. 43.17.3.8 (*creditores missos in possessionem rei servandae causa interdicto uti possidetis uti non posse*).

[60] Siehe *Kaser/Hackl*, RZ 392 mit Verweis auf Ulp. 3 disp. D. 13.7.26 pr., Marc. form. hyp. sing. D. 42.5.35.

[61] Cic. pro Quinct. 50.

[62] Dazu *Talamanca*, St. De Francisci II 237–249.

[63] *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 678.

[64] Gai. Inst. 3.79 (*Et si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi*). Im Kognitionsprozess war eine *proscriptio* – ebenso wie die Mitwirkung eines *magister*

verfahren ausgeschlossen.[65] Die Forderungen waren beim das Verfahren einleitenden Gläubiger oder beim *curator bonorum* anzumelden.[66] Letzterer wurde in gewissen Sonderfällen[67] zur Verwaltung des Schuldnervermögens[68] vom Prätor auf Antrag der Mehrheit der Gläubiger eingesetzt;[69] es kamen nicht nur Gläubiger, sondern auch Dritte für das Amt in Betracht.[70]

13 Auf Anordnung des Prätors wählten die Gläubiger aus ihrer Mitte einen *magister bonorum*,[71] durch den nach Ablauf der Proskriptionsfrist das Schuldnervermögen verkauft wurde.[72] Der *magister bonorum* bereitete den Verkauf des Schuldnervermögens vor, verwaltete dieses gegebenenfalls bis zum Verkau[73] und stellte auf erneute Anordnung des Prätors binnen (weiterer) zehn Tage die Verkaufsbedingungen (*lex bonorum vendendorum*) auf,[74] die vom Prätor genehmigt und öffentlich bekannt gemacht wer-

---

bonorum – nicht mehr erforderlich; *Wesener*, RE Suppl. IX 31, *Kaser/Hackl*, RZ 627. Dafür wurden die Fristen für weitere Gläubiger verlängert: in derselben Provinz wohnende Gläubiger (*praesentes*) konnten sich innerhalb von zwei Jahren, *absentes* binnen vier Jahren dem Verfahren anschließen, vgl. Just. C. 7.72.10.1 (a.532) und *Willems*, Pauliana (2012) 21 mwN. Nicht zuletzt diese langen Fristen machten die Vermögensverwaltung durch einen *curator bonorum* erforderlich.

[65] *Kaser/Hackl*, RZ 396.

[66] Vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 395.

[67] Wenn sich die *venditio bonorum* verzögerte, etwa wegen Minderjährigkeit, Kriegsgefangenschaft oder Abwesenheit in Staatsgeschäften, vgl. Paul. 57 ed. D. 42.4.6.1,2 mit *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 202–204, *Soza*, Procedimiento (2008) 120. Ein weiterer Fall war der drohende Verlust von Klagerechten, vgl. Paul. 59 ed. prov. D. 42.5.14 pr. (*si quaedam actiones periturae sunt*) mit *von der Fecht*, Forderungspfändung (1999) 41. Nach *Solazzi*, Concorso II (1938) 9 konnte ein *curator* auch bei gewillkürt verzögerter *venditio* eingesetzt werden.

[68] Dazu ausführlich *Solazzi*, Concorso II (1938) 11–16 und *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 204–217.

[69] Ulp. 65 ed. D. 42.7.2 pr. (*praetor adeatur isque curatorem curatoresque constituat ex consensu maioris partis creditorum*). Näheres bei *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 198–202; zu möglichen Ausnahmen *Solazzi*, Concorso II (1938) 36. Es konnten auch mehrere *curatores* eingesetzt werden, vgl. Ulp. 65 ed. D. 42.7.2.2.

[70] Ulp. 65 ed. D. 42.7.2.4.

[71] Problematisch ist das Verhältnis zum *curator bonorum*, vgl. etwa *Degenkolb*, Beiträge (1987) 161–192 und *Biscotti*, Curare bona (2008) 23–27. Erwähnt werden beide bereits in der *lex agraria*, AE 1990, 18, Z. 56 (*quei ab bonorum emptore magistro curator*[*eve emerit*]). Unzutreffend dürfte die Deutung bei *Crawford*, RS I 171 sein: „a *curator* acts on behalf of a defendant, a *magister bonorum* on behalf of those in whose interest execution is enforced".

[72] Gai. Inst. 3.79 (*praetor* […] *iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona veneant*). Siehe auch Theoph. inst. 3.12 (ἐχειροτόνουν ἐξ αὐτῶν ἕνα ὅστις ἐλέγετο *mágistros* καὶ λοιπὸν αὐτὸς συνεφώνει τοῖς βουλομένοις ἀγοράσαι) und Cic. Att. 1.1.2 (*is quem putabant magistrum fore, si bona venirent*) sowie Cic. Quinct. 50.

[73] Sehr umstritten, Nachweise bei *Kaser/Hackl*, RZ 396 und *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 248.

[74] Gai. Inst. 3.79 (*si vivi bona veneant, in diebus X legem bonorum vendundorum fieri iubet*). Auch Theoph. inst. 3.12 benennt diese in seiner griechischen Paraphrase mit dem lateinischen Terminus *lex bonorum vendundorum*. *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 680 möchte die Funktion des

den mussten. Diese beinhalteten den Namen des Schuldners, das Faktum des Vermögensverkaufs, den Tag der Versteigerung, die Aufforderung an Kaufinteressierte, sich zu melden, sowie wohl ein Beispielsgebot.[75] Nach einer erneuten Frist von 30 Tagen bei *bona vivorum* kam es sodann zum Vermögensverkauf, der *venditio bonorum*.[76]

Umstritten ist, ob der Schuldner schon mit Ablauf der Proskriptionsfrist ohne Befriedigung der Gläubiger[77] oder erst mit dem Vermögensverkauf, der *venditio bonorum*,[78] infam (→ § 28 Rn. 15) wurde, also seine bürgerlichen Ehrenrechte verlor. 14

cc. *venditio bonorum*

Das Schuldnervermögen wurde durch öffentliche Versteigerung,[79] geleitet von einem Ausrufer (*praeco*),[80] an die Person verkauft, die den Gläubigern den größten Bruchteil ihrer Quote als Kaufpreis bot.[81] Dabei wurden bestimmte privilegierte Bieter bevorzugt: zunächst die Gläubiger nach Forderungshöhe,[82] dann die *cognati* nach Gradesnähe,[83] wobei Männer vor Frauen zum Zuge kamen.[84] Angesichts dieser Privilegierungen ist davon auszugehen, dass die Privilegierten vorab der Reihe nach gefragt wurden, wer das Vermögen zu einem bestimmten Gebot, wohl der in der *lex bonorum vendendorum* genannten Quote, übernehmen wollte, und es erst dann, wenn niemand dieses 15

---

magister bonorum auf die Publikation der von den Gläubigern erstellten Verkaufsbedingungen beschränken. Dagegen überzeugend *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 249 mit Verweis auf Cic. pro Quinct. 50 (*cui magistri fiunt et domini constituuntur, qui qua lege et qua condicione pereat pronuntient*). Dazu auch *Koch*, in: Babusiaux/Mantovani, Istituzioni di Gaio (2020) 758 f.

[75] Vgl. Theoph. inst. 3.12 pr. a. E., *Ferrini*, Theoph. Par. II 315–316 (ὁ δεῖνα χρεωστὴς ἡμέτερος ὑπάρχων εἰς αἰτίαν ἐνέπεσε διαπράσεως · ἡμεῖς *creditores* ὄντες τὴν τούτου διαπιπράσκομεν περιουσίαν · ὠνητὴς ὁ βουλόμενος προσίτω. […] ὅτι τοῖς *creditorsi* (λόγου χάριν) ἔψει ἀποκρίνασθαι ὁ ἀγοράζων εἰς τὸ ἥμισυ τῶν χρεῶνμ ὥστε τὸν ἐποφειλόμενον ἑκατὸν λαβεῖν πεντήκοντα καὶ τὸν ἐποφειλόμενον ς ἑκατὸν), Cic. fam. 12.30 (*a magistris cum contenderem de proferendo die*); *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 680–681, *Solazzi*, Concorso II (1938) 86–88, *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 248–257.

[76] Gai. Inst. 3.79 ist insoweit nach *Kaser/Hackl*, RZ 397 mit Fn. 14 unklar; zu verschiedenen Interpretationen *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 236–239.

[77] So *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 680, *Solazzi*, Concorso II (1938) 64–66, *Kaser/Hackl*, RZ 394, *Platschek*, Quinctius (2005) 117, *Klinck*, Insolvenzanfechtung (2011) 4. Hierfür streiten Cic. pro Quinct. 30 und *lex Iulia municipalis*, AE 1991, 522 Z. 115–116.

[78] *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 185. In diese Richtung Gai. Inst. 2.154, Javol. 11 epist. D. 42.5.28 und Alex. C. 2.11.11 (a. 223), siehe auch *Solazzi*, Concorso II (1938) 67–68. Zu Gai. Inst. 2.154 ferner *Cassarino*, in: Baldus et. al., Dogmengeschichte (2012) 534–538.

[79] Vgl. zur *venditio bonorum Leonhard*, RE III.1 305–308.

[80] Vgl. etwa Cic. pro Quinct. 49–50.

[81] Theoph. inst. 3.12 pr. a. E. Vgl. *Wenger*, Institutionen 227, *Forster*, Konkurs (2009) 110–113.

[82] Und von diesen zunächst die Gläubiger, die zugleich *cognati* waren, vgl. Gai. 24 ed. prov. D. 42.5.16.

[83] Ulp. 62 ed. D. 50.16.56.1.

[84] Ulp. 62 ed. D. 1.9.1 pr. Der Text wird von *Lenel*, Pal. II 791 direkt im Anschluss an Ulp. 62 ed. D. 50.16.56.1 (Fn. 83) eingeordnet. *Solazzi*, Concorso II (1938) 110 betont, dass damit auch Frauen als Käufer in Betracht kamen.

Gebot abgab, zur Versteigerung kam.[85] Folge des Zuschlags (*addictio*)[86] bei der *bonorum venditio* war, dass der Erwerber des Schuldnervermögens, der *bonorum emptor*, dieses als Gesamtrechtsnachfolger kraft *ius honorarium* erwarb.[87] Als Mittel zur Eintreibung von Vermögensgegenständen standen ihm ein *interdictum possessorium*[88] sowie bei *bona viventis* die *actio Rutiliana*[89] und bei *bona mortui* eine *actio*[90] zu, die überwiegend als *Serviana*[91] bezeichnet wird. Eigentümlich war beiden Klagen, dass auf Antrag des Beklagten, der zugleich Gläubiger des betrügerischen Schuldners (*defraudator*) war, eine Abzugsklausel (*deductio*) in die Klageformel integriert wurde, sodass der *bonorum emptor* nur die Differenz zu dem erhielt, was er selbst als *bonorum emptor* des Schuldners dem Beklagten schuldete.[92]

dd. Befriedigung der Gläubiger

16 Befriedigt wurden die Gläubiger nach der Quote, die der *bonorum emptor* ihnen versprochen hatte (*portionem ferre*).[93] Teilweise wird den Gläubigern unter ergänzender Auslegung der Formeln der *actio Rutiliana* und der *actio* „*Serviana*" die Möglichkeit zugesprochen, ihre Quote einzutreiben, wenn der *bonorum emptor* nicht zahlte.[94] Es ist freilich davon auszugehen, dass der Kaufpreis sofort in bar zu begleichen war, sodass es keiner Klage zur Eintreibung bedurfte.[95]

[85] Dies vermuten *Solazzi*, Concorso II (1938) 108 und im Anschluss an diesen *Kaser/Hackl*, RZ 397–398 Fn. 17.

[86] *Solazzi*, Concorso II (1938) 107 mit Verweis auf die *lex metalli Vipascensis*, AE 2001, 1128, Z. 6–7 ([*qui res sub praecone*] *habuerit si eas non addixerit*).

[87] Gai. Inst. 3.80–81. Dazu *Solazzi*, Concorso II (1938) 131–132, *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 283–287, *Koch*, in: Babusiaux/Mantovani, Le Istituzioni (2021) 759 f.

[88] Gai. Inst. 4.145 (*Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant*). Dazu *Solazzi*, Concorso II (1938) 137–138 und *Manzo*, Magnum munus (2016) 81 mit Fn. 160.

[89] Gai. Inst. 4.35. Dazu *Lenel*, EP 427–429, *Solazzi*, Concorso II (1938) 138–145, *Mantovani*, Formule 47, *Soza*, Procedimiento (2008) 284–293, *Manzo*, Magnum munus (2016) 70–83, *Koch*, in: Babusiaux/Mantovani, Istituzioni di Gaio (2020) 760 f.

[90] Zum Inhalt *Soza*, Procedimiento (2008) 293–295, *Lenel*, EP 432–433.

[91] Ebenso wie die Klage des Pfandgläubigers. *Platschek*, SZ 128 (2011) 366–367 weist darauf hin, dass diese verwirrende Bezeichnung auch für die Klage des Vermögensverkäufers mit Erbenfiktion auf eine ausgefallene Zeile im Veroneser Manuskript zu Gai. Inst. 4.35 zurückgeführt werde, anderweitig aber unbelegt sei. Er schlägt vor, diese Klage stattdessen als *actio bonorum emptoris cum fictione hereditatis* zu bezeichnen. Anders noch *Giuffré*, Labeo 39 (1993) 360–361 und *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung (2003) 22–23.

[92] Gai. Inst. 4.65,68. Vgl. *Lenel*, EP 427–429 und 432–433, *Solazzi*, Concorso II (1938) 146–180, *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 296–328, *Cassarino*, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 541 f., *Manzo*, Magnum munus (2016) 73 sowie *Koch*, in: Babusiaux/Mantovani, Istituzioni di Gaio (2020) 761.

[93] Seneca ben. 4.39.2, Diocl./Max. C. 7.72.6.1 (a. 294). Siehe auch *Forster*, Konkurs (2009) 115.

[94] *Lenel*, EP 428, *Solazzi*, Concorso II (1938) 145–146, *Kaser/Hackl*, RZ 399–400 und *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 295 wollen die in Gai. Inst. 3.81 überlieferte Formel insoweit ergänzen.

[95] So *Behrends*, Zwölftafelprozess (1974) 186, *d'Ors*, SDHI 59 (1993) 178, *Forster*, Konkurs (2009) 114.

Als Ausnahme vom Grundsatz der quotenmäßigen Befriedigung bildeten sich Aussonderungsrechte und Vollstreckungsprivilegien (*privilegia exigendi*)[96] heraus.[97] So konnte etwa eine Erbschaft auf Antrag der Nachlassgläubiger ausgesondert werden (*separatio bonorum*).[98] Auch konnte vermittels der *rei vindicatio*[99] die Aussonderung von in fremdem Eigentum stehenden Gegenständen bzw. von Hinterlegtem (*depositum*, → § 85 Rn. 21)[100] verlangt werden. Bei Pfandrechten[101] (→ § 48 Rn. 57) ist umstritten, ob diese ebenfalls ein Aussonderungsrecht gaben[102] oder ob lediglich privilegiert vollstreckt wurde.[103] Weiterhin bestand eine Reihe (sonstiger) Vollstreckungsprivilegien:[104] Bevorzugt befriedigt wurden der Fiskus[105] und bestimmte Gemeinden,[106] sodann waren etwa Bestattungskosten,[107] Rückgabe der Mitgift bei unterbliebener Eheschließung bzw. nichtiger Ehe,[108] Forderungen des Bevormundeten gegen den *tutor* oder *curator* (→ § 30 Rn. 29, § 84 Rn. 29 und 38),[109] Forderungen aus zur Wiederherstellung eines Gebäudes erlangten Darlehen[110] und (diesen allen nach- 17

[96] Der Begriff findet sich vier Mal, jeweils bei Ulpian, in Ulp. off. consular. sing. D. 12.1.25, Ulp. 17. ed. D. 42.3.1, Ulp. 63 ed. D. 42.5.24.1 und Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.10, vgl. *Wieling*, TR 56 (1988) 279–280.

[97] Zu möglichen Abgrenzungen vgl. *Wieling*, TR 56 (1988) 279–298, *Wieling*, SZ 106 (1989) 413–417, *Forster*, Konkurs (2009) 129–130.

[98] Ulp. 64 ed. D. 42.6.1.6, Gord. C. 7.72.2 (o.A.). Dazu *Voci*, DER I 669–676, *Wiechmann*, Separatio bonorum (1992) 9–97, *Wesener*, FS Waldstein 406–410, *Giunti*, Separatio bonorum (1993) 11–42, *Kaser/Hackl*, RZ 400–401, *Gutiérrez Masson*, AARC XVI 473–489, *Finkenauer*, TR 85 (2017) 115.

[99] Ulp. 63 ed. D. 42.5.24.2. Dazu *Solazzi*, Concorso III (1940) 114–115, *Kaser/Hackl*, RZ 401.

[100] Ulp. 30 ed. D. 16.3.7.2 (*ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur*).

[101] Diocl./Max. C. 7.72.6 pr. (o.A.); C. 8.17.9 (a.294).

[102] So wohl noch *Kaser/Hackl*, RZ 402.

[103] *Forster*, Konkurs (2009) 138–142.

[104] Vgl. *Lenel*, EP 429, *Wieling*, TR 56 (1988) 279–298, *Kaser/Hackl*, RZ 402–403, *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 349–374, *Forster*, Konkurs (2009) 131.

[105] Marcian. 5 reg. D. 42.5.34 (*habet privilegium post fiscum*), Paul. sent. 5.12.10 (*Privilegium fisci est inter omnes creditores primum locum retinere*). Siehe auch *Wieling*, TR 56 (1988) 284–288, *Wieling*, SZ 106 (1989) 404–433, *Solazzi*, Concorso III (1940) 132–149.

[106] Marcian. del. sing. D. 50.1.10 (*privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit*), Pap. 10 resp. D. 42.5.37, Ant. C. 8.17.4 (a.215), Ant. C. 11.30.2 (o.A.), Plin., epist. 10.109–110 (*Bithynae vel Ponticae civitates* […] *habent privilegium, quo ceteris creditoribus anteponantur*). *Solazzi*, Concorso III (1940) 149–160 und 187–191 erkennt zwar den Vorrang des *fiscus* gegenüber den anderen privilegierten Schuldnern an, nicht aber den der *civitates*; ebenso *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000) 379.

[107] Ulp. 63 ed. D. 42.5.17 pr., Maec. 8 quaest. fideic. D. 11.7.45; *Solazzi*, Concorso III (1940) 160–165.

[108] Ulp. 63 ed. D. 42.5.17.1,19 pr., Paul. 60 ed. D. 23.3.2; D. 42.5.18, ferner *Solazzi*, Concorso III (1940) 165–170 und *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 81–106.

[109] Ulp. 63 ed. D. 42.5.19.1,22,24 pr., Paul. 60 ed. D. 42.5.20,23, Gai. 24 ed. D. 42.5.21; *Solazzi*, Concorso III (1940) 170–179.

[110] Ulp. 63 ed. D. 42.5.24.1; D. 20.1.20, Ulp. 17. ed. D. 42.3.1 und Ulp. off. consular. sing. D. 12.1.25; *Solazzi*, Concorso III (1940) 179–181.

rangig) Forderungen aus Geldanlage bei einem Bankier[111] vorab zu befriedigen. Weitere Vollstreckungsprivilegien konnten in der *lex bonorum vendendorum* bestimmt werden.[112]

18 Wurden die Gläubiger nicht vollständig befriedigt, so haftete der Schuldner weiter, wenn er später wieder zu Vermögen kam.[113] Allerdings stand ihm während des ersten Jahres nach der *venditio bonorum* grundsätzlich das *beneficium competentiae* zu, das die Haftung auf das beschränkte, was er zu leisten imstande war (*in quantum facere potest*).[114]

4. Rechtsinstrumente bei Gläubigerbenachteiligung

19 Der Titel D. 42.8 beschäftigt sich mit der Frage, wie Vermögensbestandteile, die der Schuldner in betrügerischer Absicht veräußert hatte, um sie dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, wieder in dessen Vermögen zurückgerufen werden konnten (*quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*), sodass sich die Vollstreckung auf sie erstrecken konnte. In klassischer Zeit gab es dazu zwei Rechtsinstrumente,[115] von denen die in D. 42.8.1 pr. und 10 pr. überlieferten Ediktstexte zeugen. Bei diesen handelte es sich wohl um eine *restitutio in integrum*[116] (bzw. nach der Gegenansicht eine *actio*[117]) sowie

---

[111] Ulp. 63 ed. D. 42.5.24.2 (*in bonis mensularii vendundis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt*); *Solazzi*, Concorso III (1940) 181–182.

[112] *Lenel*, EP 429.

[113] Gai. Inst. 2.155 (*cum ceterorum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire soleant*), Mod. 2 pand. D. 42.3.7 (*Si debitoris bona venierint, postulantibus creditoribus permittitur rursum eiusdem debitoris bona distrahi, donec suum consequantur*), Alex. C. 7.71.1 (a.223), Ven. 6 interd. D. 42.8.25.7 (laut *Kaser/Hackl*, RZ 398 Fn. 18 „unecht", dagegen aber *Lenel*, EP 431). Dazu *Solazzi*, Concorso II (1938) 123–125.

[114] Diocl./Max. C. 7.75.6 (o.A.) (*intra annum in quantum facere potest vel dolo malo fecit, quo minus possit*); dies galt nicht bei *dolus*, vgl. Paul. 2 man. D. 42.1.51 pr. (*Si quis dolo fecerit, ut bona eius venirent, in solidum tenetur*). Vgl. *Lenel*, EP 431–432, *Wenger*, Inst. 228–229, *Gildemeister*, Beneficium (1986) 36–39, *Forster*, Konkurs (2009) 120, *Prado Rodríguez*, RIDA 57 (2010) 359–395. Zweifelnd *Solazzi*, Concorso II (1938) 125–127 und *Longo*, NNDI VI 719.

[115] Anders *d'Ors*, Interdicto (1974) 201–202, der davon ausgeht, es habe nur ein *interdictum* gegeben; die erste Ediktsklausel gebe dieses Interdikt wieder, die zweite lediglich „la transcripción de la fórmula interdictal".

[116] Aus der neueren Literatur *Gröschler*, Actiones (2002) 247, *Benke*, FS Hausmaninger 26, *Klinck*, Symp. Wieling 87, *Willems*, RIDA 60 (2013) 349.

[117] Neuerdings *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung (2003) 60–61 und *Kroppenberg*, SZ 123 (2006) 436. Dagegen gehen *Del Pino-Toscano*, Recursos (2002) 395–397 und *Betancourt*, Annaeus 2 (2005) 191–192 von zwei *actiones* aus, einer *actio civilis de fraude* und einer *actio in factum de fraude*. Vermittelnd *Kupisch*, Restitutio (1974) 255, nach dem „die begriffliche und terminologische Trennung zwischen *in integrum restitutio* und *actio* höchst fragwürdig im eigentlichen Wortsinn" ist und es daher keineswegs zwingend ist, dass diese Begriffe zwei unterschiedliche Instrumente meinen. Ebenso *Harke*, TR 72 (2004) 385.

um ein Interdikt, das *interdictum fraudatorium*.[118] Daneben wurde dem betrügerischen Schuldner die Klagemöglichkeit genommen (*denegatio actionis ob fraudem*).[119] Im justinianischen Recht wurden die beiden klassischen Instrumente gegen Gläubigerbenachteiligung zu einem einzigen verschmolzen, der später[120] im Anschluss an Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.4 *actio Pauliana* genannten Klage,[121] die ab der *missio in bona* anwendbar war.[122]

5. Sonderfälle

a. *cessio bonorum*

Durch eine *lex Iulia de bonis cedendis* wurde, wohl unter Augustus,[123] eine Option zur Vermeidung der Personalexekution[124] und des Ehrverlustes (*infamia*) bei der Vermögensvollstreckung[125] eingeführt.[126] Der Schuldner konnte freiwillig zugunsten seiner **20**

[118] Außerhalb der *sedes materiae* erwähnt in Val. 3 fideic. D. 36.1.69.1,2 sowie in Pap. 11 resp. D. 46.3.96 pr. Der abschließende Passus in Cod. Theod. 2.16.1 wurde dagegen nicht in Const. C. 2.27.2 (a.326) übernommen, vgl. *Lenel*, FS Schultze 4.

[119] *Ankum*, Actio Pauliana (1962) 60–62, *Impallomeni*, Revoca (1958) 6–11, *Talamanca*, ED IV 884.

[120] Es ist im Anschluss an die Forschungen von *Collinet*, RH 43 (1919) 192–194 und *Ferrini*, Opere III 333–334 plausibel, dass die Bezeichnung *Pauliana* zur Zeit der Schaffung der Digesten aufkam, im *Corpus Iuris Civilis* ursprünglich keine Erwähnung fand und erst nachträglich in Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.4 (*Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur*) gelangte. Für die Klassizität des Namens dagegen etwa *Impallomeni*, RE Suppl. XII 1009, für die Einfügung des Namens durch die justinianischen Kompilatoren etwa *Girard/Senn*, Manuel 455–456. Zusammenfassend *Willems*, Pauliana (2012) 26–30 sowie knapp *Willems*, RW 2019, 360 Fn. 34.

[121] Die Bezeichnung Pauliana findet sich außerhalb der justinianischen Kodifikation in Theoph. inst. 4.6.6, *Ferrini*, Theoph. Par. II 420 (λέγεται *Pauliam*ή), in den Basiliken in einem Scholion des Stephanos zu Bas. 60.5.36 (Scholion Οὐ μόνος, Scheltema, Bas. B.VIII 3225–3226: Εἰ δὲ καὶ χρεώστης *infrádem creditórum* ἐπώλησε τὸν ἴδιον οἰκέτην ἡμαρτηκότα, ἐνάγεται ὁ ἀγοράσας αὐτὸν τῇ νοξαλιᾷ, εἰ καὶ μέλλει ἐνάγεσθαι περὶ αὐτοῦ τοῦ δούλου ὑπὸ τῶν δανειστῶν τῇ Παυλιανῇ ἀγωγῇ) sowie in einem weiteren von Carolus Labbaeus transkribierten Basilikenscholion (Ἰνρὲμ Παυλιανὴ διδομένη τοῖς δανειστᾶις ἐκποιεῖν τὰ ἐνέχυρα, αὕτη ἐπενοήθη παρὰ Παύλου τοῦ νομικοῦ, zitiert nach *Collinet*, RHD 43 (1919) 201).

[122] Ulp. 66 ed. D. 42.8.6.7; dazu *Willems*, Pauliana (2012) 31.

[123] Für Augustus *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 668 Fn. 111, *Wlassak*, RE III.2 1995, *Woeß*, SZ 43 (1922) 486 und 510, *Longo*, NNDI VI 718, *Voci*, ED XV 428, *Crook*, Latomus 26 (1967) 365, *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 175, *Pakter*, Index 22 (1994) 325, *Kaser/Hackl*, RZ 405 und *Segura*, Cessio bonorum (2005) 9–17; für Caesar *Giuffrè*, Labeo 18 (1972) 173–191 und *ders.*, Labeo 39 (1993) 326 sowie *Frederiksen*, JRS 56 (1966) 137–141. Siehe auch *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 310 Fn. 99 mwN.

[124] Alex. C. 7.71.1 (a.223) (*hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem*).

[125] Alex. C. 2.11.11 (a.223) (*debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt*).

[126] *Pakter*, Index 22 (1994) 323–324 sieht als eigentliche Profiteure dieser Regelung die Gläubiger, die so vor einander geschützt wurden und für die auch die Motivation des Schuldners, sein Vermögen freiwillig abzugeben, von Vorteil war.

Gläubiger aus seinem Vermögen weichen (*cessio bonorum*);[127] der Prätor bzw. Provinzstatthalter[128] wies nach entsprechender Erklärung des Schuldners[129] die Gläubiger in dessen Vermögen ein (*missio in bona*), anschließend erfolgte wie im Regelfall eine *venditio bonorum*.[130] Als weiterer Vorteil der *cessio bonorum* für den Schuldner wurde diesem ein *beneficium competentiae* gegenüber seinen Altgläubigern zugestanden, wonach dieser nur noch *in id, quod facere potest* verurteilt wurde.[131] Vorgängerinstitut war wohl der Offenbarungseid (*bonam copiam iurare*; → Rn. 3);[132] die Weiterentwicklung mag erfolgt sein, da dieser nur einem einzelnen Gläubiger gegenüber möglich war, nicht aber gegenüber der Gesamtheit aller Gläubiger.[133]

21 Anderweitige Vollstreckungsmaßnahmen (Personalexekution oder *missio in bona*) schlossen den Weg zur *cessio bonorum* nicht aus.[134] Die in nachklassischer Zeit bestehende Voraussetzung, dass der Schuldner zuvor verurteilt wurde oder die Schuld anerkannt hatte,[135] galt in klassischer Zeit wohl noch nicht.[136] Erforderlich war allerdings, dass der Schuldner nicht völlig vermögenslos war, sondern dass *bona* vorhanden waren, aus denen dieser weichen konnte.[137] Die *cessio* ohne bestehendes Vermögen wurde erst unter Justinian und nur für Haussöhne anerkannt.[138] Umstritten ist, ob die *cessio bonorum* auch in Fällen galt, in denen der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit selbst

---

[127] Siehe *Forster*, Konkurs (2009) 89 mwN.

[128] *Wlassak*, RE III.2 1997, *Woeß*, SZ 43 (1922) 510–512, *Kaser/Hackl*, RZ 406 Fn. 9.

[129] Marcian. 15 inst. D. 42.3.9 (*bonis cedi non tantum in iure, sed etiam extra ius potest. et sufficit et per nuntium vel per epistulam id declarari*). Das Fragment gilt allerdings als interpoliert, vgl. etwa *Forster*, Konkurs (2009) 104; für Echtheit *Pakter*, Index 22 (1994) 324.

[130] Ulp. 58 ed. D. 42.3.3; Gai. Inst. 3.78 (*bona autem veneunt* […] *eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt*). Dazu *Koch*, in: Babusiaux/Mantovani, Istituzioni di Gaio (2021) 576 f.

[131] Ulp. 59 ed. D. 42.3.4 pr., I. 4.6.40. Siehe dazu *Clerici*, Beneficium (1982) 42–46, *Gildemeister*, Beneficium (1986) 36–39 und 59–61, *Wacke*, FS Knütel 1327 mit Fn. 8.

[132] So zuletzt *Klinck*, SZ 130 (2013) 404.

[133] Vgl. *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 175, *Forster*, Konkurs (2009) 90. Weitere mögliche Gründe sind nach *Klinck*, SZ 130 (2013) 404 die Vermeidung der Infamie, die das *bonam copiam iurare* nach sich zog, und die Erweiterung im Anwendungsbereich von Darlehensschulden auch auf andere Forderungen.

[134] So *Woeß*, SZ 43 (1922) 517–518, *Forster*, Konkurs (2009) 93–94; zweifelnd *Wlassak*, RE III.2 1997.

[135] Vgl. das wohl interpolierte Fragment Ulp. 26 ed. D. 42.3.8 (*qui cedit bonis, antequam debitum adgnoscat, condemnetur vel in ius confiteatur, audiri non debet*). Dazu *Kaser/Hackl*, RZ 406 und 629.

[136] So *Wlassak*, RE III.2 1999 und *Forster*, Konkurs (2009) 94–95; a. A. *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 668, *Segura*, Cessio bonorum (2005) 26 und *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 182 f. Fn. 169.

[137] Vgl. P.Ryl. 75, wo der Präfekt die Vermögensverhältnisse des Glykon, der die Aufgabe seines Vermögens erklärt hat, untersuchen lässt. Ebenso *Woeß*, SZ 43 (1922) 519–520, *Frederiksen*, JRS 56 (1966) 135, *Kaser/Hackl*, RZ 406 Fn. 11, *Soza*, Procedimiento (2008) 184, *Forster*, Konkurs (2009) 95–96 und *Segura*, Cessio bonorum (2005) 21–24; a. A. *Pakter*, Index 22 (1994) 328, *Kroppenberg*, SZ 123 (2006) 446–447.

[138] Just. C. 7.71.7 (a. 531) mit Woeß, SZ 43 (1922) 528, *Kaser/Hackl*, RZ 629 mit Fn. 79 und *Forster*, Konkurs (2009) 96.

verschuldet hatte.[139] Dass die Rechtsnatur als *beneficium* und die Rubriken Cod. Theod. 4.20 und C. 7.71 (*qui bonis* […] *cedere possunt*) einen beschränkten Anwenderkeis implizieren,[140] besagt insoweit nichts. Bei betrügerischem Schuldnerverhalten war die *cessio bonorum* jedenfalls ausgeschlossen.[141]

b. *distractio bonorum*

Einen weiteren Sonderfall im Recht der Vermögensexekution stellte die *distractio bonorum* dar. Dieses Verfahren der Vollstreckung in einzelne Vermögensgegenstände wurde nur in eng umrissenen Fallgruppen zugelassen. Bei Angehörigen senatorischer Familien (*clarae personae*) konnte[142] der Senat dieses Verfahren beschließen (*distractio bonorum ex senatus consultu*).[143] Der Prätor oder der Provinzstatthalter setzte sodann einen *curator bonorum* ein, der nunmehr einzelne Vermögensgegenstände veräußerte, aus deren Erlös die Gläubiger befriedigt wurden.[144] In diesem Fall wurden *missio in bona* und Infamie vermieden.[145] Ob und inwieweit es darüber hinaus weitere Anwendungsfälle der *distractio bonorum* gab, ist umstritten. Auch die Gläubigergemeinschaft konnte die Vollstreckung in einzelne Vermögensgegenstände durch einen von ihnen gewählten *curator bonorum* bestimmen (*distractio bonorum ex privato consilio*); streitig ist allerdings der Anwendungsbereich dieses Rechtsinstituts.[146] Darüber hinaus wird **22**

[139] Beide Ansichten diskutieren Gai. Inst. 2.154 und Sen. ben. 7.16.3. Das Erfordernis unverschuldeten Vermögensverfalls sehen darin etwa *Wlassak*, RE III.2 1996–1997, *Woeß*, SZ 43 (1922) 505–510, *Milella*, Labeo 33 (1987) 281, *Soza*, Procedimiento (2008) 185–187, *Forster*, Konkurs (2009) 97–98 und *Cassarino*, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 533–550; dass beide Quellen nichts hinsichtlich eines Verschuldenserfordernisses bei der *cessio bonorum* besagen, vertreten dagegen *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 689, *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 176, *Pakter*, Index 22 (1994) 328–333 sowie *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 301 und 309–310 sowie SZ 123 (2006) 445–446. Jedenfalls im Kognitionsprozess wurde die *cessio bonorum* auf den Vermögensverfall durch höhere Gewalt beschränkt, vgl. Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 4.20.1 (a.379); Justinian bezeichnet die *cessio bonorum* als *flebilis* und *miserabilis*, vgl. Just. C. 7.71.7 (a.531); C. 7.71.8 pr. (a.531–532). Statt ihrer wurde ein Moratorium von fünf Jahren möglich, Grat./Valentin./Theodos. C. 1.19.4 (a.382) (*rescripta, quae in debitorum causis super praestandis dilationibus promulgantur*), Just. C. 7.71.8 pr. (a.531–532) (*quinquennale spatium eis indulgere*) und *Kaser/Hackl*, RZ 630 mwN.

[140] So *Frederiksen*, JRS 56 (1966) 135 und *Forster*, Konkurs (2009) 100–101.

[141] Vgl. P.Ryl. 75. Siehe *Pakter*, Index 22 (1994) 334–336, *Forster*, Konkurs (2009) 102–104, *Segura*, Cessio bonorum (2005) 37–42 und *Willems*, Pauliana (2012) 23.

[142] Laut *Scarano Ussani*, Labeo 22 (1976) 185 war zuvor eine Einigung mit den Gläubigern erforderlich.

[143] Für Einzelfallentscheidungen des Senats *Scarano Ussani*, Labeo 22 (1976) 186, *Kaser/Hackl*, RZ 404–405, *Maifeld*, Aequitas (1991) 69–71 und *Kroppenberg*, SZ 123 (2006) 445; für eine generelle Einführung durch Senatsbeschluss etwa *Solazzi*, Concorso II (1938) 198, *Longo*, NNDI VI 720, *Voci*, ED XV 429, *Wesener*, RE Suppl. IX 27, *Crook*, Latomus 26 (1967) 366, *Giunti*, Separatio bonorum (1993) 54 und *Betancourt*, Annaeus 2 (2005) 200.

[144] Gai. 9 ed. prov. D. 27.10.5, Ner. 1 membr. D. 27.10.9.

[145] Gai. 9 ed. prov. D. 27.10.5; dazu *Wesener*, RE Suppl. IX 28 und *Maifeld*, Aequitas (1991) 67.

[146] Vgl. Iul. 47 dig. D. 42.7.5 (*si debitor foro cesserit et creditores privato consilio coierint et elegerint*

vertreten, dass eine *distractio bonorum* bei gewissen schutzwürdigen Personen (Unmündige, *furiosi* und *prodigi*)[147] ohne *curator* und *tutor* vom Prätor angeordnet werden konnte (sogenannte *distractio bonorum ex edicto*).[148]

III. Ausblick: Entwicklungen im Kognitionsprozess

23 Im Kognitionsprozess (→ § 15 Rn. 36 ff.) blieb das Institut der Personalexekution bestehen. Hinsichtlich der Vermögensvollstreckung wurde die Vollstreckung einzelner Gläubiger in das Schuldnervermögen durch gerichtliche Pfändung einzelner Vermögensobjekte ermöglicht (*pignus in causa iudicati captum*).[149] Die Gesamtvermögensvollstreckung wurde im Sinne eines Insolvenzverfahrens beschränkt auf überschuldete Schuldner, denen mehrere Gläubiger gegenüberstanden.[150] Sie erfolgte nunmehr durch *bonorum distractio* statt *en bloc* durch *venditio*,[151] wobei nun aber die *distractio* die Infamie zur Folge hatte.[152]

---

unum, per quem bona distrahantur et portio ipsis, quae ex redacto fieret, solveretur) und Paul. 32 ed. D. 17.1.22.10 (*si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit*). Eine generelle *bonorum distractio ex privato consilio* bejahen *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 690 Fn. 125, *Voci*, ED XV 429, *Wesener*, RE Suppl. IX 29 und *Solazzi*, Concorso III (1940) 68–76. Für eine solche nur bei *foro cedere Soza*, Procedimiento (2008) 173–179. Generell kritisch *Giuffrè*, Labeo 39 (1993) 327 und *Giunti*, Separatio bonorum (1993) 54–56; offen dagegen *Kaser/Hackl*, RZ 405. Siehe zu Paul. 32 ed. D. 17.1.22.10 aber auch *Pérez Àlvarez*, RIDA 45 (1998) 354–385 mwN., die das Fragment auf die *bonorum venditio* und nicht auf die *bonorum distractio* bezieht, sowie *Scheibelreiter*, SZ 134 (2017) 218 f.

[147] Paul. 58 ed. D. 42.5.6 pr., Paul. 57 ed. D. 42.7.1.2, Pomp. 1 Sab. D. 28.5.23.3, Ulp. 59 ed. D. 42.4.7.10–12.

[148] So *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 690 Fn. 125, *Solazzi*, Concorso III (1940) 1–67, *Wesener*, RE Suppl. IX 28–29, *Giuffrè*, Labeo 39 (1993) 327, *Giunti*, Separatio bonorum (1993) 51–54 und *Kaser/Hackl*, RZ 404. Für eine solche *distractio* lässt sich als direkter Quellennachweis freilich nur Ulp. 59 ed. D. 42.4.7.10 anführen (*oportere praetorem dare curatorem aliquem ex creditoribus, ut non amplius, quam necesse est, ex bonis furiosi veneat*). Ablehnend *Voci*, ED XV 428–429 und *Soza*, Procedimiento (2008) 147–165 und 179–180.

[149] Ulp. 11 ed. D. 4.4.9 pr. (*si ex causa iudicati pignora minoris capta sint et distracta*), Ulp. 1 resp. D. 20.4.10 (*si et iure iudicatum est et pignus in causa iudicati ex auctoritate eius qui iubere potuit captum est*), Ulp. 25 ed. D. 21.2.50 und Her. 2 iur. epit. D. 21.2.74.1 (*si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur*), Ulp. 35 ed. D. 27.9.3.1, Ulp. 30 off. cons. D. 42.1.15.2–12, Call. 2 cogn. D. 42.1.31, Pap. 10 resp. D. 42.1.40 und Ulp. 51 ed. D. 42.1.58, Paul. sent. 5.5a.4 (*eorum, qui debito confessi sunt, pignora capi et distrahi possunt*), Ant. C. 8.22.1 (a.213), Alex. C. 8.22.2 (a.223), Gord. C. 8.22.3 (a.239); vgl. *Litewski*, Pignus (1975), *Kaser/Hackl*, RZ 513–514, *Rudakov*, in: Stloukalová/Šejdl, Diritto romano (2013) 49–56 und *Díaz-Bautista Cremades*, Embargo (2013) 31–222.

[150] *Kaser/Hackl*, RZ 626.

[151] Vgl. I. 3.12 pr. (*cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere et, prout eis utile visum fuerit, ea disponere*) und Just. C. 7.72.10.2 (a.532); *Wesener*, RE Suppl. IX 30–32.

[152] *Kaser/Hackl*, RZ 629 mwN. in Fn. 71.

§ 15 Kognitionsprozess

Constantin Willems

Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprozeß III, 1866; *Collinet*, La procédure par libelle, 1932; *Simon*, Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess, 1969; *Lemosse*, Cognitio. Etude sur le role du juge dans l'instruction du procès civil antique, 1971; *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1996, 433–644; *Sirks*, Cognitio and Imperial and Bureaucratic Courts, in: The Oxford International Encyclopedia of Legal History II, 2009, 51–54; Puliatti/Agnati (Hgg.), Principi generali e tecniche operativi del processo civile romano nei secoli IV – VI d. C. Atti del Convegno – Parma, 18 e 19 giugno 2009, 2010; *Rüfner*, Imperial Cognitio Process, in: Ando/du Plessis et al. (Hgg.), The Oxford Handbook of Roman Law and Society, 2016, 257–269; *Guasco*, Gli atti introduttivi del processo civile nelle cognitiones extra ordinem, 2017; *Rüfner*, Ius, iudex, iurisdictio. Die Terminologie des römischen Prozessrechts, in: Colditz/Jokisch et al. (Hgg.), Transferprozesse in spätantiken Rechtssystemen, 2017, 105–120.

Inhalt Rn.

I. Vorbemerkungen 1
II. Charakteristika der Kognitionsverfahren 4
III. Aufkommen und Entwicklung der Kognitionsverfahren 8
1. Rechtsprechung durch den Kaiser 8
2. Rechtsentwicklungen in den Provinzen 10
IV. Ablauf der Kognitionsverfahren 13
1. Gerichtliche Zuständigkeit in erster Instanz 13
2. Einleitung des Verfahrens 17
a. *litis denuntiatio* bzw. *libellus* und *editio* 17
b. Rechtsfolgen der Säumnis 20
3. Erkenntnisverfahren 21
a. *principium litis* und *litis contestatio* 22
b. *medium litis* und Beweisverfahren 24
c. *definitum negotium* und Urteil 30
V. Rechtsmittelinstanz und *appellatio* 33
VI. Vollstreckungsverfahren 36
VII. Christliche Einflüsse im Prozessrecht 39

I. Vorbemerkungen

1 Der Begriff *cognitio* bzw. *cognoscere* bedeutet in den Rechtstexten die Untersuchung (und ggf. Entscheidung) einer Rechtssache durch einen Einzelrichter oder Beamten[1] und ist bereits im römischen Formularprozess geläufig. Dort bezeichnet die *causae cognitio* zunächst die Untersuchung durch den Prätor selbst, ob er im konkreten Fall durch *decretum* entscheidet und etwa ein *interdictum* (→ § 66 Rn. 4), eine *in integrum restitutio* (→ § 110 Rn. 5) oder eine *missio in bona* (→ § 14 Rn. 11) anordnet.[2] Neben diesen „gewöhnlichen" Fall der *cognitio* traten seit dem Prinzipat des Augustus „außergewöhnliche" Fälle, die die Quellen bis zu Justinian[3] als *cognitiones extra ordinem* bzw. *cognitiones extraordinariae* bezeichnen.[4]

2 Aus dieser außergewöhnlichen Form des Zivilprozesses wurde allmählich die allgemein übliche, die im Kaiserreich den Formularprozess überlagerte. Unter Constantius und Constans wurde 342 n. Chr. die mit den *formulae* (→ § 10 Rn. 1) verbundene „Wortklauberei" (*aucupatio syllabarum*) verboten.[5] In Justinians Institutionen heißt es schließlich, dass zu seiner Zeit in allen Prozessen *extra ordinem* Recht gesprochen wird;[6] paradoxerweise war das Verfahren *extra ordinem* nunmehr also zum ordentlichen geworden.[7] Es gibt folglich nicht „den" Kognitionsprozess, sondern eine Vielzahl von Verfahren, die durch *cognitiones* entschieden wurden.[8] In der Fachliteratur wird daher teils streng zwischen dem „klassischen Kognitionsverfahren" und dem „nachklassischen Verfahren" differenziert.[9] Tatsächlich dürfte es sich aber um eine schlei-

[1] HS, s. v. cognitio, 75. Siehe auch *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 142; *Steiner*, s. v. cognitio, EAH II 1603; *Sirks*, OIELH II, 51; *Turpin*, RIDA 46 (1999) 531; *Gioffredi*, Scr. Guarino V 2056 f. und 2060; *Pugliese*, s. v. cognitio, NNDI III 431.

[2] *Steiner*, s. v. cognitio, EAH II 1603; *Kaser/Hackl*, RZ 436; *Gioffredi*, Scr. Guarino V 2056; *Pugliese*, s. v. cognitio, NNDI III 433; *Luzzato*, St. Volterra II 679–683; *Luzzatto*, Processo extra ordinem I (1965) 52–96; *Lemosse*, Cognitio (1944) 181–209. Zur *restitutio in integrum* im Verfahren der *cognitio extra ordinem* siehe *Raggi*, Restitutio (1965).

[3] Vgl. die Rubrik D. 50.13: *De variis et extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur*. Siehe ferner P.Lips. 1.33 (368), Z. 17 (= FIRA III, Nr. 175): ἀγωγὴν δὲ τὴν ἔξτρα [ὅρδι]νε[μ]κ[ο]⟨γ⟩νιτιόνεμ.

[4] *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 141; *Coriat*, in: Milazzo, I tribunali (2015) 4; *Palazzolo*, in: Milazzo, I tribunali (2015) 217 f.; *Masi Doria*, Index 42 (2014) 373 f.; *Gioffredi*, Scr. Guarino V 2057 f. mit Fn. 10; *Buti*, ANRW II 14, 30; *Kaser*, in: *Gagliardi*, Antologia I (1968) 173; *Kaser*, IJ 2 (1967) 138; *Savigny*, Geschichte I (1834) 101 f. Zum Gegensatz von *ordinaria* und *extraordinaria iudicia* auch I. 3.12 pr.

[5] Constantius/Constans C. 2.57.1 (a.342).

[6] Inst. 4.15.8 mit *Savigny*, Geschichte I (1834) 102 und *Palazzolo*, in: Milazzo, I tribunali (2015) 221.

[7] Auf dieses Paradoxon weist *Turpin*, RIDA 46 (1999) 544 hin.

[8] Dazu *Orestano*, SDHI 46 (1980) 237 f.

[9] So *Kaser/Hackl*, RZ 433 ff. und 515 ff.; Rechtfertigung dafür auf 436: „tiefgreifend neue Leitgedanken" seit Constantin. Auch *Sirks*, OIELH II, 52 f. differenziert zwischen „The *Cognitio* Process of the Empire", „The *litis denuntiatio*" und „The *libellus* process". *Turpin*, RIDA 46 (1999) 499 unterscheidet zwischen drei Phasen.

chende Entwicklung gehandelt haben, sodass in diesem Kapitel keine derartige scharfe Trennung unternommen wird.[10]

Bezüglich der Quellen ist voranzuschicken, dass diese teils noch zum Formular- **3**
prozess verfasst und dann unter Justinian durch die Kompilatoren an den neuen Prozess der Kognitionsverfahren angepasst wurden; das diesem Prozess inhärente „notorische Beharrungsvermögen juristischen Formelwesens“[11] zieht im Einzelnen terminologische und inhaltliche Folgeprobleme bei Verfahrensschritten nach sich, die einem Bedeutungswandel bzw. -verlust unterfielen.[12]

II. Charakteristika der Kognitionsverfahren

Charakteristisch für die Verfahren der *cognitio* war die „Verbindung von Formalismus **4**
und Formlosigkeit“.[13] Das rigide formelle Korsett des Formularprozesses wurde abgelegt und durch flexiblere Formvorgaben abgelöst. Dass die neuen Verfahren „vom Prinzip der Formlosigkeit beherrscht“ waren,[14] trifft im Vergleich zum Formularprozess zu; gleichwohl gab es aber auch für die *cognitiones* feste formelle Regeln, die zu befolgen waren.

In den Kognitionsverfahren wurde die strenge Teilung in eine Phase vor dem Ge- **5**
richtsmagistrat (*in iure*) und vor dem von diesem eingesetzten Laienrichter (*apud iudicem*) aufgegeben; das Verfahren fand nunmehr als einheitlicher und rein amtlicher Prozess in seiner Gänze vor einem kaiserlichen Beamten statt (→ Rn. 21).[15] Auch inhaltlich waren die Richter (und in der Folge auch die Parteien) weitaus freier: Die strenge Bindung an einen geschlossenen Kreis von *formulae*, von *actiones* und *exceptiones* entfiel; die Parteien konnten ihr jeweiliges Begehren frei formulieren (→ Rn. 22).[16] Dem Richter wurde im Rahmen der Durchführung des Erkenntnisverfahrens (→ Rn. 24–29), aber auch bei der rechtlichen Würdigung ein weiter Auslegungs- bzw. Ermessensspielraum zugestanden, der sich etwa in der Berücksichtigung des hypothetischen Willens bei der Testamentsauslegung manifestierte.[17]

---

[10] So etwa neuerdings *Rüfner*, OH RLS 258. Ebenso schon im noch heute in weiten Teilen maßgeblichen Werk von *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866).

[11] So treffend *Steinwenter*, FS Wenger I 202.

[12] *Rüfner*, in: Colditz et al., Transferprozesse (2017) 108 (*in ius vocatio*), 109 f. (*iudex*, nachdem es den Prätor als Gegenbegriff und Vorstufe nicht mehr gab), 115 f. (*litis contestatio*).

[13] So treffend *Steinwenter*, FS Wenger I 202.

[14] So *Kaser/Hackl*, RZ 438.

[15] *Rüfner*, OH RLS 257; *Steiner*, s. v. cognitio, EAH II 1603; *Sirks*, OIELH II 52; *Kaser/Hackl*, RZ 442 f. und 519 f.

[16] *Sirks*, OIELH II 52; *Kaser/Hackl*, RZ 442 und 580.

[17] *Kaser/Hackl*, RZ 442 und 447 Fn. 14; zur Testamentsauslegung *Willems*, in: Forschner/Willems, Acta diurna (2017) 175–187; *Schilling*, in: Forschner/Willems, Acta diurna (2017) 161–172; *Wieling*, Testamentsauslegung (1972).

6 Auch das Vollstreckungsverfahren wurde vermehrt auf die Bedürfnisse der Parteien ausgerichtet:[18] Für den Vollstreckungsgläubiger wurde die Vollstreckung in einzelne, konkrete Vermögensgegenstände anstelle der immer bloß auf eine Geldsumme lautenden *condemnatio pecuniaria* des Formularverfahrens ermöglicht (→ Rn. 30) und zugleich dem Vollstreckungsschuldner gegenüber das scharfe Schwert der Gesamtvollstreckung gegen das weniger intensive Instrument der Einzelvollstreckung getauscht (→ Rn. 36).

7 Die in der Ausgangsinstanz getroffenen richterlichen Entscheidungen wurden zudem überprüfbar: Ein Instanzenzug und die Möglichkeit zur *appellatio* gegen die erstinstanzlichen Entscheidungen der kaiserlichen Beamten wurde eingeführt (→ Rn. 33).[19] Im Laufe der Zeit nahm in diesem Zug auch die Schriftlichkeit wichtiger Verfahrensakte eine zunehmend größere Rolle ein (→ Rn. 17, 19, 32 und 34).[20]

III. Aufkommen und Entwicklung der Kognitionsverfahren

1. Rechtsprechung durch den Kaiser

8 Kognitionsverfahren *extra ordinem* kamen mit dem Prinzipat auf und sind „im wesentlichen Ausfluss der Jurisdiktionsgewalt des Princeps".[21] Der erste *princeps*, Augustus, legitimierte seine Befugnisse durch eine Kombination der (pro-)konsularischen mit der tribunizischen Gewalt;[22] aus diesen Befugnissen folgte nicht zuletzt das Recht zur Interzession gegen Amtshandlungen aller Magistrate, also auch der Recht sprechenden Prätoren.[23] Zudem verlieh das römische Volk nach dem Bericht von Cassius Dio Augustus die ausdrückliche Befugnis, im Einzelfall Recht zu sprechen.[24]

9 Während im Formularverfahren grundsätzlich keine Interzession eines anderen Beamten gegen die Entscheidung des Prätors möglich war[25] und nur im Ausnahmefall der Prätor selbst im Wege der *in integrum restitutio* die Entscheidung des von ihm eingesetzten *iudex* korrigieren konnte, nahmen Augustus und seine Nachfolger – als *princeps legibus solutus*[26] – im Einklang mit den genannten Befugnissen *appellationes* wahr und

[18] *Rüfner*, OH RLS 265; *Kaser/Hackl*, RZ 443.
[19] *Rüfner*, OH RLS 263; *Steiner*, s. v. cognitio, EAH II 1603.
[20] *Sirks*, OIELH II 53; *Kaser/Hackl*, RZ 556 f.; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 197–200.
[21] *Rainer*, Stud. Litewski II 69. Weitere Faktoren und ältere Herleitungsansätze würdigt *Luzzatto*, St. Volterra II 683–757.
[22] Aug. res gestae 1,4. Dazu auch *Sirks*, OIELH II, 52; *Spagnuolo Vigorita*, St. Nicosia VII 532 und 542; *Kaser/Hackl*, RZ 446; *Buti*, ANRW II. 14, 35; *Kaser*, IJ 2 (1967) 139.
[23] Ulp. 2 off. procons. D. 1.16.7.2; *Buti*, ANRW II. 14, 35.
[24] Cass. Dio 51,19,7; dazu *Guasco*, Processo civile (2017) 6, *Hurlet*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 6, *Spagnuolo Vigorita*, St. Nicosia VII 537 und *Kaser/Hackel*, RZ 447 mwN.
[25] Vgl. Cels. 25 dig. D. 42.1.14.
[26] Ulp. 13 leg. Iul. et Pap. D. 1.3.31; dazu *Behrends*, FS Starck 3–20.

entschieden in zweiter Instanz.[27] Dabei fühlten sich die Kaiser beim Erlass ihrer *decreta*[28] und *rescripta*[29] (→ § 3 Rn. 4) nicht an die Strenge des Gesetzeswortlauts (*duritia legum*) gebunden, sondern wichen teils aus Billigkeitserwägungen (*ex bono et aequo*) ab.[30] Neue Tatbestände wurden so geschaffen, Fideikommisse[31] (→ § 98), Unterhaltsansprüche (*alimenta*)[32] und Honorarforderungen (*salaria*) für gehobene Dienstleistungen wie die der Ärzte, Landvermesser und Anwälte[33] wurden etwa nunmehr als klagbar erachtet.[34] Die kaiserliche Einzelfallentscheidung trat damit als weitere Rechtsquelle bzw. „Rechtsschicht" (→ § 6 Rn .97 ff.) neben das *ius civile* und das *ius honorarium*.[35] Die grundsätzliche Natur des ordentlichen Formularprozesses wurde durch diese außerordentlichen Maßnahmen kaiserlicher Rechtsprechung jedoch zunächst nicht grundsätzlich in Frage gestellt; mit der endgültigen Kodifizierung des Edikts als *edictum perpetuum* unter Hadrian wurde die Rechtsschöpfungsbefugnis der Prätoren allerdings erheblich limitiert.[36] Auch dies mag dazu geführt haben, dass sich die Rechtssuchenden eher an die sonstigen Beamten als an den Prätor wandten.[37]

2. Rechtsentwicklungen in den Provinzen

Ein weiterer wichtiger Faktor für die Überlagerung des Formularverfahrens durch Prozesse im Wege der *cognitio* ist in der Rechtslage in den Provinzen zu sehen. Dies gilt – wie vor allem aus dokumentarischen und epigraphischen Quellen (→ § 8) ersichtlich

[27] Suet. Aug. 33,1 und 3; Val. Max. 7,3 und 4; Suet. Claud. 14; Suet. Domit. 8,1; dazu *Rainer*, Stud. Litewski II 69–71; ferner *Guasco*, Processo civile (2017) 1 und 8–11, *Rüfner*, OH RLS 260, *Hurlet*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 24 f. und 33, *Puliatti*, in: Milazzo, I tribunali (2015) 110 mit Fn. 11, *Spagnuolo Vigorita*, St. Nicosia VII 537; *Orestano*, s. v. appello (diritto romano), NNDI I 724; *Kelly*, Princeps (1957) 91–99; *Orestano*, Appello (1953) 186–226; *Lemosse*, Cognitio (1944) 212–218; *Merkel*, Abhandlungen II (1883) 46–55.

[28] Zu diesen *Tuori*, Emperor (2016); *Rizzi*, Imperator (2012); *Wankerl*, Appello (2009) m. Rez. *Mantovani*, SZ 132 (2015) 654–662.

[29] Dazu *Coriat*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 41–61, *Sirks*, OIELH II, 53 und *Sirks*, in: De Blois, Administration (2001) 121–135; zu den verwandten *epistulae* siehe *Arcaria*, Referre (2000).

[30] Suet. Claud. 14 mit *Rainer*, Stud. Litewski II 70.

[31] Dazu *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 140–213 und *Giodice Sabbatelli*, Fideicommissorum persecutio (2001). Speziell zur *cognitio* über Freilassungsfideikommisse *Silla*, Cognitio (2008).

[32] Dazu *de Francesco*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 93–141; *de Francesco*, Labeo 47 (2001) 28–62.

[33] Dazu *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 94–115; *Dimopoulou*, Rémunération (1999) 68–71; *Wacke*, SZ 113 (1996) 382–421. Zur Zulässigkeit eines Erfolgshonorars (*palmarium* bzw. *pactum de quota litis*) *Rüfner*, FS Knütel 987–1023.

[34] *Rüfner*, OH RLS 258 f.; *Sirks*, OIELH II, 51 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 438; *Buti*, ANRW II 14, 32 und 37 f.; *Kaser*, IJ 2 (1967) 138 f.; *Betti*, processo civile (diritto romano), NNDI XIII 1114; *Riccobono*, RIDA 3 (1949) 281–283.

[35] *Buti*, ANRW II 14, 31.

[36] *Rainer*, Stud. Litewski II 72 und 74.

[37] Vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 518.

wird – zunächst für die kaiserlichen, aber auch für die senatorischen Provinzen.[38] In Ägypten blieb es etwa – wohl aus Gründen der Pfadabhängigkeit zum hergebrachten lokalen institutionellen Gefüge – bei der schon in vorrömischer Zeit praktizierten reinen Beamtenkognition; der Formularprozess konnte sich dagegen nicht durchsetzen.[39] Auch in anderen Provinzen, etwa Sicilia,[40] Arabia[41] und Hispania citerior,[42] kam der Formularprozess jedenfalls nicht in voller Tiefe zum Tragen.

11 Derartige in den Provinzen beschrittene Sonderwege mögen auch der Tatsache geschuldet sein, dass es in den Provinzen an Personen mangelte, die sich für das Amt eines *iudex privatus* (→ § 12 Rn. 3), auf den der Gerichtsmagistrat die Beweisaufnahme und Urteilsfällung delegieren konnte, geeignet hätten,[43] zudem fehlte es an Juristen, die einen juristisch ungebildeten *iudex privatus* als *consilium* hätten beraten können.[44] Als Konsequenz käme in Betracht, dass die Statthalter oder Prokonsuln aus Mangel an Alternativen auf Personen aus ihrem eigenen Stab zurückgreifen mussten.[45] Dies würde auch erklären, warum letztlich allgemein der Rückgriff auf einen *iudex privatus* für entbehrlich erachtet wurde[46] und es in diesem Zug zu einer Verstaatlichung des Ver-

---

[38] *Lemosse*, Mél. Magdelain 245.

[39] *Lemosse*, Mél. Magdelain 240; *Hackl*, SZ 114 (1997) 158; *Kaser/Hackl*, RZ 440; *Seidl*, in: Gagliardi, Antologia I (1968) 201–210. Immerhin Spuren eines Formularverfahrens auch in Ägypten finden sich in P.Oxy. XIII 3016 und PSI VII 743r Frag. e; dazu *Rüfner*, OH RLS 261; *Nörr*, SZ 117 (2000) 179–215.

[40] Zum Prozess des Heraclius von Syrakus (Cic. Verr. II 2,13,32) *Torrent*, Index 41 (2013) 447, 435 f.; *Genovese*, St. Martini I 215–266; *Manganzani*, St. Nicosia V 5–30; *Platschek*, SZ 118 (2001) 234–263; *Torrent*, AGard. II 177–188.

[41] Zum Prozess der Babatha in Arabien, P.Yadin 28–30 (Formel der *actio tutelae*, prozessual aber Mischung aus Formular- und Kognitionsprozess) *Chiusi*, in: Czajkowski et al., Roman Provinces (2020), 101–114; *Czajkowski*, Localized Law (2017) 52, 93–105 und 126 f. mit Rez. *Chiusi*, SZ 135 (2018) 716 f.; *Mantovani*, Mél. Humbert 549 f.; *Chiusi*, FS Wadle 1–28; *Nörr*, SZ 117 (2000) 182; *Turpin*, RIDA 46 (1999) 509–512; *Nörr*, FS Schmitt 187; *Lemosse*, Mél. Magdelain 244.

[42] Zur Einordnung der sogenannten *lex rivi Hiberiensis* (2. Jh. n.Chr.; *editio princeps*: *Beltrán Lloris*, JRS 96 (2006) 147–197, deutsche Übersetzung bei *Einheuser*, Lex Rivi Hiberiensis (2017) 17–20) zwischen Formularprozess und Kognition *Torrent*, in: Palazzolo/Russo Ruggeri, Omaggio Nicosia (2014) 34–52, 56 f. und 60–63; *Buzzacchi*, in: Buzzacchi/Maganzani, Lex Rivi Hiberiensis (2014) 100 und 105–110; *Platschek*, in: Buzzacchi/Maganzani, Lex Rivi Hiberiensis (2014) 142; *Buzzacchi*, Lex Rivi Hiberiensis (2013) 76–88; *Torrent*, Index 41 (2013) 437–456; *Nörr*, SZ 125 (2008) 124–133 und 185 (131: „nicht mehr ‚idealtypische[r]‘, sondern eher ‚modernisierte[r]‘ Formularprozess“).

[43] Vgl. etwa die Liste der als *iudex* oder *recuperator* in Betracht kommenden Personen in der *lex Irnitana*, Z. 86; dazu *Lemosse*, Mél. Magdelain 243; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 168. Zur Rolle der *lex Irnitana* beim „gigantesco proceso de paulatina formación de la *cognitio extra ordinem*“ *Torrent*, TSDP 1 (2008) 13.

[44] *Sirks*, OIELH II, 52; *Kaser/Hackl*, RZ 440; *Kaser*, in: Gagliardi, Antologia I 193; *Kaser*, IJ 2 (1967) 140. Kritisch zu diesen Argumenten dagegen *Hackl*, SZ 114 (1997) 157: Selbst in einer Kleinstadt wie Irni habe die Honoratiorenschicht ersichtlich ausgereicht, um die nötigen Richterlisten zu erstellen.

[45] So zuletzt *Rüfner*, OH RLS 261.

[46] So schon *Savigny*, Geschichte I (1834) 104 f.

fahrens kam: Die unter Mitwirkung eines Beamten erfolgte Ladung wurde bindend, Ungehorsam gegenüber der obrigkeitlichen Anordnung bestraft (→ Rn. 17–20).[47]

Zudem gab es in den Provinzen keine speziellen *praetores* mit Sonderzuständigkeit wie in Rom (→ Rn. 13), sondern das ordentliche Verfahren und das Verfahren *extra ordinem* lagen in der Hand desselben Beamten.[48] Wenn sich eines der vor diesen geübten Verfahren als vorteilhaft erwies, mag dies einer Annäherung von Formularprozess und Kognition zumindest in den Provinzen ebenfalls den Weg geebnet haben.[49] **12**

IV. Ablauf der Kognitionsverfahren

1. Gerichtliche Zuständigkeit in erster Instanz

Im Kognitionsverfahren wurden die Richter in eine hierarchische Struktur eingeordnet, an deren Spitze der Kaiser selbst stand.[50] Sachlich und funktional zuständig als *iudex*[51] war generell derjenige Beamte, den der Kaiser für den konkreten Fall mit *iurisdictio*,[52] also der Befugnis, Recht zu sprechen, ausgestattet hatte. Mit der Zeit bildeten sich feste richterliche Zuständigkeiten heraus. Diese bekleideten, je nach Ort, in der ersten Instanz verschiedene Amtsträger: In Rom (und später Konstantinopel) zunächst (besondere)[53] Prätoren bzw. später die *praefecti urbi*, in den Provinzen die Provinzstatthalter.[54] Der Kaiser konnte aber, seinem Selbstverständnis gemäß, auch jederzeit selbst oder später durch seinen Vertreter, den *praefectus praetorio*, entscheiden.[55] Die als *iudices* eingesetzten (Einzel-)/Richter verfügten zumeist nicht über eine juristische Ausbildung, wurden allerdings von rechtskundigen Beisitzern (*assessores*) beraten.[56] Auch die *advocati* verfügten zunehmend über eine juristische Ausbildung.[57] **13**

---

[47] *Kaser/Hackl*, RZ 441; *Kaser*, IJ 2 (1967) 137.

[48] Ulp. 2 off. procons. D. 1.16.7.2 und Marc. 3 inst. D. 1.18.11; dazu *Hackl*, SZ 114 (1997) 159.

[49] *Hackl*, SZ 114 (1997) 159.

[50] Dazu *Pergami*, ACost. XIX 739; *Goria*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 25.

[51] Zu den *iudices* im römischen Recht der Spätantike *Barbati*, Studi (2012).

[52] Dazu *Rüfner*, in: Colditz et al., Transferprozesse (2017) 112–115; *Kaser/Hackl*, RZ 528.

[53] Etwa die *praetores fideicommissarii* oder *de liberalibus causis*; *Robles Reyes*, Magistrados (2009) 105–114; *Kaser/Hackl*, RZ 463; *Buti*, ANRW II 14, 37 f.

[54] *Rüfner*, OH RLS 262 f.; *Robles Reyes*, Magistrados (2009) 89–104 und 125–129; *Sirks*, OIELH II 53; *Kaser/Hackl*, RZ 462–471 und 532–536; *Buti*, ANRW II 14, 42 f.; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 39–67.

[55] *Kaser/Hackl*, RZ 530; *Buti*, ANRW II 14, 41; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 88–103.

[56] *Rüfner*, in: Baldus et al., Bologna (2011) 9; *Liebs*, in: Baldus et al., Juristenausbildung (2008) 39 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 527, 529 und 550 f.; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 129–133.

[57] *Rüfner*, in: Baldus et al., Bologna (2011) 6 und 9 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 527 und 563–565. Zu den *advocati* ausführlich *Bablitz*, Actors (2007) 141–198, dazu aber auch *Robinson*, CR 58 (2008) 453 f., sowie nach wie vor *Wieling*, ACost. XI 419–463; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 161–168.

14 Örtlich zuständig war im römischen Weltreich generell das Gericht am Gerichtsstand des Beklagten.[58] Daneben gab es als besondere Gerichtsstände[59] etwa das *forum contractus*,[60] das *forum delicti commissi*[61] und das *forum rei sitae*.[62] Auch ein rügeloses Einlassen in Kenntnis der eigentlichen Unzuständigkeit des Gerichts war statthaft.[63]

15 Gebühren für die Tätigkeit des Gerichts wurden noch unter Constantin als Bestechung angesehen und waren nicht gestattet.[64] Ab dem späten 4. Jh. wurden nach dem jeweiligen Streitwert gestaffelte Gerichtsgebühren (*sportulae*) üblich;[65] diese flossen allerdings weder an den Fiskus noch an den Richter, sondern unmittelbar an die Hilfsbeamten, etwa die *exsecutores* (→ Rn. 18), die die jeweiligen Akte wie die Registrierung der Klage oder die Ladung ausführten.[66]

16 Neben der staatlichen Gerichtsbarkeit begann auch die christliche Kirche, über ihre Kompetenz *de religione*[67] hinaus auch eine Gerichtsbarkeit in weltlichen Dingen auszuüben.[68] Diese *episcopalis audientia*[69] erfolgte als eine Art private Schiedsgerichtsbarkeit;[70] die Urteile wurden jedoch nach dem staatlichen Vollstreckungsverfahren vollstreckt (→ Rn. 36), eine Appellation zu den staatlichen Gerichten war nicht statthaft.[71]

---

[58] Grat./Valent./Theod. C. 3.19.3 (a.385): *Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur*; *Quick*, Forum contractus (2011) 21; *Kaser/Hackl*, RZ 483 und 246; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 185.

[59] *Kaser/Hackl*, RZ 246 f.; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 186–188.

[60] Ulp. 60 ed. D. 5.1.19.4; zu Diocl./Max. C. 3.13.3 (a.239) *Quick*, Forum contractus (2011) 25 mwN.; *Kaser/Hackl*, RZ 247.

[61] Pomp. 8 epist. D. 9.4.43; Const. C. 3.24.1 (a.317): *intra provinciam in qua facinus perpetravit*; *Kaser/Hackl*, RZ 247.

[62] Grat./Valent./Theod. C. 3.19.3 (a.385): *et in locis, in quibus res propter quas contenditur constitutae sunt.*

[63] Ulp. 2 ed. D. 5.1.1; Ulp. 3 ed. D. 5.1.2 pr.; *Kaser/Hackl*, RZ 246 f.; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 185.

[64] Const. Cod. Theod. 1.16.7 (a.331); *Kaser/Hackl*, RZ 557; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 200.

[65] CIL VIII.17896 (= FIRA I Nr. 64) (361–363); AE 2003, 1808 (465–7 oder 473); Inst. 4.6.24; Just. C. 3.2.4.8 (a.533); *Haensch*, in: Kehoe et al., Law and Transaction Costs (2015) 253–273; *Agudo Ruiz*, Las costas (2013) 155–213; *Sirks*, OIELH II 53; *Kaser/Hackl*, RZ 558; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 200–204.

[66] Vgl. Just. C. 3.2.2 (o.A.); Novell. Iust. 124 (a.544); *Kaser/Hackl*, RZ 558; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 201.

[67] Arc./Hon. Cod. Theod. 16.11.1 (a.399); *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 112.

[68] *Kaser/Hackl*, RZ 521; *Caron*, ACost. XI 245–263; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 113.

[69] Vgl. den Titel C. 1.4 (*De episcopali audientia*).

[70] Const. Sirm. 1 (a.333); NVal. 35 pr. (a.452); *Sirks*, SZ 130 (2013) 683–687; *Humfress*, JECS 19 (2011) 375–400; *Rinolfi*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 191–239; *Huck*, SZ 120 (2003) 78–105; *Kaser/Hackl*, RZ 642 f.; *Cimma*, Episcopalis audientia (1989) 111–119; *Waldstein*, FS Kaser (1976) 533–556; *Selb*, SZ 84 (1967) 162–217; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 114.

[71] Arc./Hon./Theod. Cod. Theod. 1.27.2 = C. 1.4.8 (a.408); *Kaser/Hackl*, RZ 643; *Cimma*, Audiencia (1989) 34, 145–147; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 114.

2. Einleitung des Verfahrens

a. *litis denuntiatio* bzw. *libellus* und *editio*

Wurde das Verfahren im Formularprozess noch rein privat durch *in ius vocatio* eingeleitet (→ § 11), so nahm die Verfahrenseinleitung im Kognitionsverfahren[72] basierend auf dem mit dem *imperium* einhergehenden *ius vocandi* eine zunehmend amtliche Gestalt an.[73] Während traditionell klar zwischen verschiedenen Etappen, namentlich der Prozesseinleitung durch den Kläger selbst unter *privata testatio* Dritter im hohen Kaiserreich, dem Verfahren der *litis denuntiatio* im 4. und 5. Jh., von dem der Codex Theodosianus[74] zeugt, und dem sogenannten Libellprozess, der in Codex und Novellen gegenständlich ist, geschieden wird,[75] sehen andere eine kontinuierliche Entwicklung, bei der alle wesentlichen Elemente letztlich schon bei den *cognitiones* jedenfalls der hohen Kaiserzeit existierten.[76] **17**

Der Kläger konnte zunächst nach wie vor selbst dafür sorgen, dass der Beklagte vor dem Richter erschien. Neben dieses private Ladungsverfahren – und nach Cod. Theod. 2.4.2 (a.322) an dessen Stelle – trat aber bald die Möglichkeit amtlicher Unterstützung: Der Kläger legte bei Gericht – gegebenenfalls durch seine Prozessvertreter[77] – seine *postulatio* vor,[78] der Richter gestattete sodann, ohne inhaltliche Prüfung, durch *subscriptio* auf dem *libellus*[79] die Aushändigung an den Beklagten. Dies geschah zunächst wiederum durch den Kläger selbst, sodass dieses Verfahren der *litis denuntiatio* bloß „halbamtlichen" Charakter hatte.[80] Aus Effizienzgründen[81] wurde dieses Verfahren ab dem 5. Jh. von einem vollends amtlichen Ladungsverfahren überlagert: Der Richter verfügte nunmehr die Aushändigung des *libellus* an den Beklagten durch einen seiner Untergebenen (*exsecutor*).[82] Im Corpus Iuris findet sich nur noch dieses voll- **18**

---

[72] Dazu *Guasco*, Processo civile (2017) mit *Willems*, SZ 136 (2019) 414–420.

[73] *Rüfner*, OH RLS 263; *Metzger*, RLT 9 (2013) 27; *Kaser/Hackl*, RZ 442, 473–475 und 566–576; *Buti*, ANRW II 14, 32 f.; *Steinwenter*, Versäumnisverfahren (1914) 9; *Scialoja*, Procedura (1894) 397–409; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 233–251.

[74] Const. Cod. Theod. 2.4.2 (a.322); dazu *Guasco*, SDHI 79 (2013) 405–421; *Agnati*, TSDP 5 (2012) 1–40; *Bellodi Ansaloni*, Contumacia (1998) 7–104; *Lévy*, Mél. Magdelain 249.

[75] *Sirks*, OIELH II 52 f.; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 241 f.

[76] *Lévy*, Mél. Magdelain 256; *Kaser/Hackl*, RZ 566; *Aru*, Processo (1971) 151–153.

[77] Vorlage etwa in P.Col. VII 174 (a.342?) mit *Lewis*, Ess. Daube (1974) 187–200; *Rupprecht*, SZ 99 (1982) 373; weitere Beispiele bei *Sijpensteijn/Worp*, BASP 15 (1978) 115.

[78] Hon./Theod. Cod. Theod. 4.14 un. = C. 7.39.3.1 (a.424): *in iudicio postulatione deposita fuerit subsecuta per exsecutorem conventio*; auch mündlich möglich, in der Regel aber schriftlich, Paul. 3 adult. D. 48.2.3 pr.: *libella* (griech. βιβλία); in fünf Exemplaren, Frg. Vat. 167 und 210; öffentlich verlesen, P.Oxy. XVI 1876, Z. 2 f. (= FIRA III, Nr. 176): ἀνάγνωθι – *et recitabit*; zu alledem *Lévy*, Mél. Magdelain 251.

[79] *Lévy*, Mél. Magdelain 252.

[80] *Kaser/Hackl*, RZ 566.

[81] *Rüfner*, s. v. litis denuntiatio, EAH VIII 4115; *Kaser*, IJ 2 (1967) 137.

[82] Valent./Valens Cod. Theod. 11.31.5 (a.373); P.Oxy. LXIII 4399 (5./6. Jh. n.Chr.); gegen Emp-

ständig amtliche Ladungsverfahren aufgrund eines vom Kläger verfassten *libellus* (λίβελλος, βιβλίον).[83]

19 Dem Beklagten wurde nach Erhalt der Ladung ein Zeitraum von vier Monaten zugestanden, in dem er seine Entgegnung (*libelli contradictorii*, ἀντιβίβλιον) an das Gericht, sich gegen die Klage zur Wehr setzen zu wollen, einreichen konnte[84] und in dem sich die Parteien vor dem Richter einzufinden hatten.[85]

b. Rechtsfolgen der Säumnis

20 Ein Ausbleiben zog für beide Parteien Säumnisfolgen nach sich.[86] Wenn der Beklagte nicht erschien, wurde er durch richterliches Edikt verwarnt; nach drei derartigen Edikten und – bzw., die drei ersetzend – einem sog. *edictum peremptorium*,[87] wurde er zur Strafe für seine *contumacia* nach summarischer Sachprüfung[88] in der Sache verurteilt,[89] wenn es nicht an einer Prozessvoraussetzung mangelte. Säumnis des Klägers

---

fangsbekenntnis, P.Ryl. II 117 (= FIRA III, Nr. 181): ἐπιδέδωκα – ἔσχον; *Guasco*, Processo civile (2017) 200; *Lévy*, Mél. Magdelain 253.

[83] Zum Ladungsverfahren *Zilletti*, Processo civile (1965) 21–31; zum Inhalt des *libellus* ausführlich *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 37–62 und *Collinet*, Procédure (1932) 24 f. und 33–55; ferner *Guasco*, Processo civile (2017) 175 f. und 226 f. *Betti*, s. v. processo civile (diritto romano), NNDI XIII 1114. Die *litis denuntiatio* wurde von den Kompilatoren des Codex getilgt: Const. Cod. Theod. 2.4.1 (a.319) ≠ C. 5.40.2; Arcad./Hon./Theod. Cod. Theod. 2.4.6 (a.406) ≠ C. 8.1.4; Constant./Constans Cod. Theod. 2.6.5. (a.340) ≠ C. 3.11.6; Const. Cod. Theod. 2.15.1 (a.319) ≠ C. 2.20.8; Arcad./Hon. Cod. Theod. 4.23 un. (a.400) ≠ C. 11.48.14; dazu *Kaser/Hackl*, RZ 570.

[84] Arcad./Hon. Cod. Theod. 2.14 = C. 2.14.1.3 (a.400); Novell. Iust. 53 (a.537); dazu *Kaser/Hackl*, RZ 567 f. und 573; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 62 f.; *Betti*, s. v. processo civile (diritto romano), NNDI XIII 1114; *Collinet*, Procédure (1932) 160–166; zu Novell. Iust. 53 (a.537) insbes. *Trisciuoglio*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 163–190.

[85] Constant./Constans Cod. Theod. 2.6.5 (a.340); *Kaser/Hackl*, RZ 568; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 236.

[86] Dazu detailliert *Kreuzsaler*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 633–658; *Obarrio Moreno*, Proceso por Contumacia (2009) 53–100; *Bellodi Ansaloni*, Contumacia (1998); *Scialoja*, Procedura (1894) 458–463.

[87] Bsp.: P.Hamb. I 29 (= FIRA III, Nr. 169) mit *Kreuzsaler*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 636–638. Ferner womöglich P.Vindob. G 14475 mit *Kreuzsaler*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 642–650.

[88] Ant. C. 7.65.1 (a.213) – *prius summatim perscrutato*; *Bellodi Ansaloni*, Contumacia (1998) 114–116; *Kaser/Hackl*, RZ 479. Siehe auch zum Verfahren gegen den *absens* Ulp. 4 omn. trib. D. 5.1.73 pr. – *si bonam causam habuit*; Ael. Ant. C. 7.43.1 (o.A.) mit *Guasco*, Processo civile (2017) 28 f.; Just. C. 3.1.13.3 (a.530); dazu auch *Aru*, Processo (1971) 169–188 und 207.

[89] Ulp. 4 omn. trib. D. 5.1.7.1; Ulp. 8 disp. D. 5.1.72; Herm. 1 iur. epit. D. 42.1.53.1; Paul. sent. 5.5.6; *Kreuzsaler*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 635–637; *Rüfner*, OH RLS 264; *Obarrio Moreno*, Proceso por Contumacia (2009) 93–97; *Sirks*, OIELH II 52 f.; *Rüfner*, s. v. litis contestatio, EAH VIII 4115; *Kaser/Hackl*, RZ 477 f., 568 und 575 f.; *Buti*, ANRW II 14, 33 und 45; *Zilletti*, Processo civile (1965) 64–72; *Collinet*, Procédure (1932) 376–382; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 301–308.

führte anfangs nur ausnahmsweise, später regelmäßig ebenfalls zum Prozessverlust.[90]

3. Erkenntnisverfahren

Der Kognitionsprozess fand in seiner Gesamtheit vor (einem) Beamten statt. Die für den Formularprozess charakteristische Zweiteilung in eine Phase *in iure* (→ § 12) und in eine zweite Phase *apud iudicem* (→ § 13) hatte sich damit erübrigt.[91] Das einphasige Erkenntnisverfahren wird von den Quellen wiederum in drei Unterabschnitte geschieden: *principium litis*, *medium litis* und *definitum negotium*.[92] **21**

a. *principium litis* und *litis contestatio*

Im *principium litis* wurden die Prozessvoraussetzungen geprüft, die Parteien trugen zur Sache vor und meldeten ihre *actiones* (oder *petitiones* oder *persecutiones*)[93] bzw. *exceptiones* an. Im Kognitionsprozess kam es zwar nicht mehr auf die klassische *formula* an, das Prozessbegehren des Klägers musste jedoch auch in dieser Prozessform deutlich gemacht werden,[94] unter Justinian etwa durch Nennung der einschlägigen *actio*.[95] **22**

Abgeschlossen wurde das *principium litis* durch die *litis contestatio* (griech. προκατάρξις).[96] Die *litis contestatio*, im Formularprozess ob ihrer Novationswirkung bedeut- **23**

---

[90] Ulp. 4 omn. trib. D. 5.1.73.1 (keine Sachentscheidung; Aufhebung des Termins); P.Lips. 1.33 (368), Z. 5 f. und 8–11 (= FIRA III, Nr. 175; *Reparabuntur* [*t*]*empora*, neuerliche Frist); Novell. Iust. 112.3 (a.541); *Kreuzsaler*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 640 f.; *Obarrio Moreno*, Proceso por Contumacia (2009) 73–79 und 98 f.; *Bellodi Ansaloni*, Contumacia (1998) 148–171; *Kaser/Hackl*, RZ 480, 569 und 575; *Zilletti*, Processo civile (1965) 72–75; *Steinwenter*, Versäumnisverfahren (1914) 122–125; *Collinet*, Procédure (1932) 383 f.; *Hartmann*, Contumacialverfahren (1851) 211; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 237 f. und 308–311. Zum „Dispositionsgrundsatz" und der Reichweite der Maxime *invitus agere vel accusare nemo cogitur* aus Diocl. C. 3.7.1 (284) *Goria*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 29–33 und *Puliatti*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 126.

[91] *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 252. Anders noch *Wieding*, Libellprozeß (1865) 120, der von der Fortdauer des zweigeteilten Verfahrens „in jure und in judicio" ausging.

[92] Just. C. 4.1.12.1 (a.529): *vel in principio litis vel in medio vel in ipsa definitiva sententia*; Novell. Iust. 60.2.1 (a.537): προκατάρξεις … ἐν μέσαις ταῖς δίκαις … αὐτοτελὴς ἀπόφασις; dazu *Kaser/Hackl*, RZ 587; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 13–33; *Collinet*, Procédure (1932) 15–17. *Steinwenter*, FS Wenger I 196–198, vertritt dagegen, dass lediglich die Zäsur durch die *litis contestatio* am Ende des *principium litis* „echte prozessuale Folgen" (198) hatte.

[93] *Buti*, ANRW II 14, 48; siehe auch *Casavola*, Actio (1965).

[94] Dazu *Goria*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 31.

[95] Vgl. nur die aktionenrechtlichen Parallelen zwischen Gai. und Inst. sowie Ulp. 4 ed. D. 2.13.1 pr.–1 und Sev./Ant. C. 2.1.3 (a.202/203); ferner *Willems*, Quinquaginta Decisiones (2017) 77; *Guasco*, Processo civile (2017) 215–225; *Kaser/Hackl*, RZ 577 f.; *Buti*, ANRW II 14, 47 f.; *Zilletti*, Processo civile (1965) 112–120.

[96] *Rüfner*, in: Colditz et al., Transferprozesse (2017) 116–118; *Kaser/Hackl*, RZ 485; *Simon*, Justi-

sam (→ § 12 Rn. 17), stellte auch im Kognitionsverfahren eine entscheidende Zäsur dar, an die sich prozessuale Folgen anknüpften.[97] Die *litis contestatio* erfolgte durch den kontradiktorischen Sachvortrag der Parteien bzw. Parteivertreter.[98] Eine Einrede (*exceptio*, *praescriptio*, παραγραφή) gegen das Verfahren an sich, also die Rüge der Zuständigkeit bzw. Besetzung des Gerichts, fehlender Prozessfähigkeit o. ä., war vor der *litis contestatio* zu erklären.[99] Von den Einreden in der Sache waren die dilatorischen ebenfalls vor diesem Zeitpunkt zu erklären und unter Beweis zu stellen.[100] Peremptorische Einreden mussten unter Diokletian ebenfalls vor der *litis contestatio* erklärt werden; Justinian erlaubte deren Geltendmachung schließlich aber auch noch in der Appellationsinstanz.[101] Klageänderungen[102] und Widerklagen[103] waren wohl auch nach erfolgter *litis contestatio* statthaft.

b. *Medium litis* und Beweisverfahren

24 Das Beweisverfahren im Anschluss an die *litis contestatio* konnte der Gerichtsherr nach seinem Ermessen auch an einen *iudex pedaneus* (χαμαιδικαστής) oder *assessor* delegieren.[104] In diesem Verfahren wurden nach richterlichem Ermessen im Wege der *plena*

---

nianischer Zivilprozeß (1969) 15 f.; *Steinwenter*, FS Wenger I 198; *Collinet*, Procédure (1932) 215–238; *Scialoja*, Procedura (1894) 409–415; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 253.

[97] Dazu *Rüfner*, in: Colditz et al., Transferprozesse (2017) 116; *Kaser/Hackl*, RZ 490; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 123–132.

[98] Sev./Ant. C. 3.9 un. (a.202): *cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*; dazu *Guasco*, Processo civile (2017) 245; *Rüfner*, s. v. litis contestatio, EAH VIII 4115; *Kaser/Hackl*, RZ 490 und 593; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 123. Zu den Parteivertretern *Provera*, Lezioni (1989) 348–359.

[99] *Kaser/Hackl*, RZ 584 f.; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 64–93; *Zilletti*, Processo civile (1965) 165; *Collinet*, Procédure (1932) 197–203; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 263–265.

[100] Diocl./Max. C. 4.19.19 (a.294); *Kaser/Hackl*, RZ 489 und 584; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 97 f.; *Buti*, ANRW II 14, 49; *Zilletti*, Processo civile (1965) 165 f.; *Collinet*, Procédure (1932) 308 f.; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 266–267.

[101] Diocl./Max. C. 8.35.8, 7.33.9 und C. 7.50.2 (alle a.294); Just. C. 7.63.4 (a.520); *Kaser/Hackl*, RZ 489 und 585; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 103–105; *Zilletti*, Processo civile (1965) 166; *Steinwenter*, FS Wenger I 192; *Collinet*, Procédure (1932) 305–308; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 267–271.

[102] Sev./Ant. C. 2.1.3 (a.202); Inst. 4.6.35; Theoph. inst. 4.6.35 (auch bei Irrtum über die αἰτία); dazu *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 124–131; *Zilletti*, Processo civile (1965) 128–151.

[103] Novell. Iust. 96.2 (a.539) mit *Kaser/Hackl*, RZ 586; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 131 f.; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 271.

[104] So zu Novell. Iust. 60.2 (a.337) *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 13; *Zilletti*, Processo civile (1965) 195–201; weitergehend *Steinwenter*, FS Wenger I 200; anders *Kaser/Hackl*, RZ 586: nur bis zur *litis contestatio*. Zum *iudex pedaneus* Titel C. 3.3 mit *Liva*, SDHI 73 (2007) 178–196; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 116–129. Ferner Paul. off. adsess. sing. D. 1.22.1. Monographisch zum *iudex pedaneus* zwischen Formularprozess und Kognition *Liva*, Iudex (2012).

inquisitio[105] die zur Ermittlung der *veritas rei* relevanten Beweise erhoben.[106] Als Beweismittel konnte auf Zeugen, Urkunden, Sachverständige und auf die Parteien selbst (Vernehmung, Eid, Anerkenntnis) zurückgegriffen werden.[107] Das Beweisrecht erfuhr zwar eine gewisse Formalisierung, allerdings nicht so streng wie später im *ius commune*.[108]

Bezüglich der Beweislast galt nach wie vor, dass jede Prozesspartei das beweisen musste, was sie behauptete, wobei zunächst der Kläger die klagebegründenden Umstände unter Beweis zu stellen hatte, bevor dem Beklagten abverlangt wurde, Beweis zu führen.[109] Teilweise halfen Vermutungen (*praesumptiones*, προλήψεις) als Beweislastregeln.[110] **25**

Zeugen (*testes*, μάρτυρες)[111] konnten von den Parteien mitgebracht oder gerichtlich geladen werden. Seit Constantin[112] war ein einziger Zeuge nicht mehr ausreichend (→ Rn. 40), teils wurden zur Beweiserbringung sogar fünf Zeugen benötigt.[113] Die Einschätzung, inwieweit ein Zeuge glaubwürdig war, oblag dem Richter;[114] dabei spielten auch Stellung und Renommee des Zeugen eine Rolle.[115] **26**

[105] Zu Const. Cod. Theod. 2.18.1 (321) *Goria*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 20 f.; *Botta*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010), 59–61; *Puliatti*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 114 f.; zur Reichweite der richterlichen *inquisitio* in Zivilsachen ferner *Botta*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010), 63 f. und 77.

[106] *Goria*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 20 f.; *Puliatti*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 103–128; *Sirks*, OIELH II, 52; *Kaser/Hackl*, RZ 595.

[107] *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 202; *Scialoja*, Procedura (1894) 424–439.

[108] *Rüfner*, OH RLS 264; *Kaser/Hackl*, RZ 521 und 595; *Betti*, s. v. processo civile (diritto romano), NNDI XIII 1115.

[109] Cels. 17 dig. D. 22.3.12 (*actor probare debet*); Ulp. 7 disp. D. 2.3.19 pr. (*reus in exceptione actor est*); Paul. 69 ed. D. 22.3.2 (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*); Diocl./Max. C. 8.35.9 (a.294); *Willems*, Quinquaginta Decisiones (2017) 268 Fn. 1087; *Valiño* in: Reinoso Barbero, Principios generales (2014) 571–602; *Kaser/Hackl*, RZ 486, 493 und 598 f.; *Wacke*, SZ 109 (1992) 441; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 135–157.

[110] *Willems*, J.Leg.Hist. 36 (2015) 144 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 598 f.; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 175–201; *Reggi*, s. v. presunzione (diritto romano), ED XXXV, 255–260; *Kaser*, SZ 71 (1954) 222; *Donatuti*, Studi I 531; *Scialoja*, Procedura (1894) 439–448.

[111] Vgl. die Titel D. 22.5 und C. 4.20 (jew. *De testibus*); *Kaser/Hackl*, RZ 605–607; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 209–271; *Collinet*, Procédure (1932) 346–348; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 274–279.

[112] Const. Cod. Theod. 11.39.3 = C. 4.20.9 (a.334); daher die Parömie *unus testis, nullus testis*; dazu *Puliatti* in: Reinoso Barbero, Principios generales (2014), 131–147 sowie *Puliatti*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 121 f.; *Rüfner*, OH RLS 264; *Metro*, in: Watson, Stud. 99–116; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 248–253.

[113] Zeno C. 4.20.15.4–6 (o.A.): μάρτυρες πέντε für den Kognationsbeweis; Just. C. 4.20.18 pr. (a.528): *quinque testes* für den Beweis der Tilgung einer verbrieften Schuld; dazu *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 253–255.

[114] Callist. 4 cogn. D. 22.5.3.1; Arc. test. sing. D. 22.5.21.3 a. E.; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 260–263.

[115] Mod. 8 reg. D. 22.5.2 (*dignitas*); Callist. 4 cogn. D. 22.5.3 pr. (*honestas*); Const. C. 4.20.9 (a.334) (*honestas*); vgl. *Rilinger*, ACost. XI 295–324.

27 Auch Urkunden (*instrumenta*, συμβόλαια)[116] konnten zu Beweiszwecken vorgelegt werden; in gewissen Fällen konnte der Richter auch die Vorlage von Urkunden durch Dritte erzwingen.[117] Die Echtheit wurde auf Antrag des Gegners überprüft.[118]

28 Unter Justinian wurde auch der Eid als prozessuales Mittel umgestaltet:[119] Eide waren fortan nicht mehr prozessbeendend und urteilsersetzend, sondern bloße Beweismittel, entweder veranlasst durch eine Partei (*iusiurandum necessarium*, ὅρκος νεκαισάριος)[120] oder durch den Richter selbst (*iusiurandum iudicale*, ὅρκος ἰουδικάλιος).[121]

29 Der Richter konnte nach seinem Belieben prozessuale und materielle Vorfragen durch Zwischenurteil (*interlocutio*) entscheiden.[122]

c. *definitum negotium* und Urteil

30 Das Urteil (*sententia*) schloss das Erkenntnisverfahren ab. Es entfaltete seine Wirkungen nur *inter partes*, nicht gegenüber Dritten.[123] Nicht nur bezüglich des Erkenntnisverfahrens, sondern auch hinsichtlich der Sachentscheidung war der Richter freier als noch unter dem Formularprozess, in dem die Verurteilung regelmäßig auf eine Geldsumme erfolgte (*condemnatio pecuniaria*; → § 13 Rn. 68): Der Beklagte konnte auch zu

---

[116] Vgl. die Titel D. 22.4 und C. 4.21 (jew. *De fide instrumentorium…*); Novell. Iust. 73 (a.358) mit *Melluso*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 277–302; *Fernández de Bujan*, Iura 54 (2003) 21–47; *Kaser/Hackl*, RZ 600–605; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 271–319; *Collinet*, Procédure (1932) 348–351; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 279–287.

[117] Just. C. 4.21.22 (o.A.); *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 283.

[118] Sog. *impositio fidei*, dazu *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 289–315.

[119] *Einheuser*, Lex Rivi Hiberiensis (2017) 99–104; *Kaser/Hackl*, RZ 590 und 600; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 315–348; *Scaffardi*, StParm. 32 (1983) 206 f.; *Buti*, ANRW II 14, 51; *Biondi*, Giuramento (1913) 115 f.; *Lemosse*, Cognitio (1944) 245–247; *Collinet*, Procédure (1932) 352–354; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 287–289.

[120] Nunmehr durch beide Parteien und in allen Angelegenheiten möglich; Ulp. 26 ed. D. 12.2.34 pr. (*ad omnes res*); Paul. 3 quaest. D. 22.3.25.3; Just. C. 4.1.12 (a.529) (*partes*); Paul. sent. 2.1.1 (*alter ex ligitatoribus*); dazu *Einheuser*, Lex Rivi Hiberiensis (2017) 100 f.; *Harke*, Eid (2013) 143; *Triggiano*, in: Om. Burdese III (2015) 791; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 329–339; *Münks*, Parteieid (1992) 42; *Scaffardi*, StParm. 32 (1983) 209; *Biondi*, Giuramento (1913) 72–74.

[121] Gai. 5 ed. prov. D. 12.2.1.1; Diocl./Max. C. 4.1.3 (a.286); Diocl./Max. C. 4.1.10 (a.294); *Einheuser*, Lex Rivi Hiberiensis (2017) 102 f.; *Triggiano*, in: Om. Burdese III (2015) 794; *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 319–329; *Münks*, Parteieid (1992) 34.

[122] *Sirks*, OIELH II, 52; *Kaser/Hackl*, RZ 608.

[123] Mac. 2 app. D. 42.1.63; *Marrone*, Effetto normativo (1965) 195–199, 211 f. und 218; *Kaser/Hackl*, RZ 499; *Buti*, ANRW II 14, 53. Zu Durchbrechungen dieses Grundsatzes *Wieling*, SZ 102 (1985) 291–326.

einer sonstigen Leistung verurteilt werden,[124] die dann auch vollstreckt werden konnte.[125]

Neben der Sachentscheidung beinhaltete das Urteil – zunächst nur bei mutwilligem Klageerheben oder Bestreiten, seit dem 5. Jh. aber auch generell – einen Ausspruch über die Kosten: Die unterlegene Partei war verpflichtet, die Reise- und Prozesskosten der obsiegenden Partei zu tragen.[126] **31**

Das Urteil war schriftlich abzufassen und öffentlich zu verkünden.[127] Auch wenn keine Rechtsquelle eine ausdrückliche Pflicht (und nicht nur die Befugnis) des Richters statuiert, das Urteil zu begründen,[128] wird sich eine solche Pflicht kraft Natur der Sache ergeben haben: Anders als im Formularprozess war die Begründung der Entscheidung nicht schon durch die *formula* vorgezeichnet, sondern wurde vom Richter unter freier Würdigung der Parteivorträge gefällt; eine Begründung der Entscheidung war daher erforderlich, damit die Parteien die Entscheidung nachvollziehen konnten und erkennbar wurde, dass der *iudex* sich als unparteiisch erwiesen[129] und den Streit nicht zu seinem eigenen gemacht[130] hatte. Zudem machte die Möglichkeit der *appellatio* eine Begründung der Entscheidung erforderlich, damit die zweite Instanz prüfen konnte, ob in der ersten Instanz nachvollziehbare Erwägungen angestellt wurden.[131] **32**

[124] Inst. 4.6.32 (*certae pecuniae vel rei sententiam ferat*); *Sirks*, OIELH II, 52; *Kaser/Hackl*, RZ 495 und 609 f.; *Buti*, ANRW II 14, 33; *Betti*, s. v. processo civile (diritto romano), NNDI XIII 1115; *Collinet*, Procédure (1932) 362–364; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 292 f.

[125] Ulp. 51 ed. (Sab.?) D. 6.1.68 (wohl itp.); Just. C. 7.4.17 (a.530); Diocl./Max. Cod. Theod. 11.36.25 = C. 7.62.5.1 (o.A.); dazu *Rüfner*, OH RLS 265; *Winkel*, St. Metro VI 483–488.

[126] Ulp. 5 off. proc. D. 5.1.79 pr.: *viatica litisque sumptus*; Zeno, C. 7.51.5.3 (487) und Novell. Iust. 82.10 (a.539): jew. τῶν δαπανημάτων; Just. C. 3.1.13.6 (a.530): *in expensarum causa victum*; dazu *Fercia*, St. Martini I 1097–1113; *Valiño*, RIDA 50 (2003) 401–441; *Valiño*, Iura 51 (2002) 87–105; *Kaser/Hackl*, RZ 612 und 631 f.; *Chiovenda*, Condanna (1935) 48 und 66.

[127] Valent./Valens/Grat. C. 7.44.3 pr.–1 (a.374); *Kaser/Hackl*, RZ 494 f. und 609; *Buti*, ANRW II 14, 52; *Betti*, s. v. processo civile (diritto romano), NNDI XIII 1115; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 291 f.

[128] Ulp. 4 omn. trib. D. 42.1.59 pr.; Alex. C. 7.45.3 (a.223); Const. C. 7.57.7 (a.320); dazu *Metro*, Scr. Corbino V 86 f. und 94; *Kaser/Hackl*, RZ 495. Zur Frage auch *Bürge*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 561–579, v. a. 577.

[129] Vgl. *Goria*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 27 f. mwN.

[130] Zum *iudex qui litem suam facit* nur *Fuenteseca Degeneffe*, Iura 63 (2015) 29–58; *Klausberger*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 99–104; *Ibbetson*, Stud. Schrage 209–224; *Lambertini*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 83–101 (speziell zu Cons. 8 und zum Fall, dass ein *iudex* tatsächlich in eigener Sache richtet); *MacCormack*, ANRW II 14, 10–25.

[131] *Metro*, Scr. Corbino V 95–97.

V. Rechtsmittelinstanz und *appellatio*

33 Eine Besonderheit der *cognitiones* war die bereits angesprochene Möglichkeit, gegen das in erster Instanz gefällte Urteil Rechtsmittel (*appellatio*, *provocatio*)[132] an eine höhere Instanz einzulegen; der *appellatio* kam somit ein Devolutiveffekt zu.[133] Nur gegen Entscheidungen des Kaisers und des *praefectus praetorio* war – kraft Natur der Sache – kein Rechtsmittel mehr möglich.[134]

34 Die Rechtsmittelfrist betrug nur zwei Tage nach Urteilsverkündung, wobei der Tag der Verkündung mitgezählt wurde.[135] Die Berufung war zur Niederschrift (*apud acta*) oder schriftlich beim *iudex a quo* einzulegen;[136] eine Begründung des Rechtsmittels war erst im Rahmen der Berufungsverhandlung erforderlich.[137] Der *iudex a quo* prüfte die Zulässigkeit der *appellatio*. War diese unzulässig oder offensichtlich unbegründet, wurde sie zurückgewiesen (*appellatio non recipitur*);[138] ansonsten veranlasste der erstinstanzliche Richter die Weiterleitung über den Rechtsmittelführer, versehen mit *litterae dimissoriae*, an den *iudex ad quem*.[139] Bis dahin war die Vollstreckung suspendiert.[140]

35 Für die Verhandlung über die Appellation waren in den Provinzen ebenfalls die Provinzstatthalter, in Rom der Kaiser oder die gesondert von ihm Beauftragten zuständig.[141] Der Appellationsführer musste nunmehr die Gründe für seinen Gang in die

---

[132] Vgl. insbes. die Titel Cod. Theod. 11.30–38; D. 49.1–13; C. 62–70; Novell. Iust. 23 (a.536), 49 (a.537), 82 (a.539) und 126 (a.546); *Liva*, Temere appellare (2017); *Pergami*, Appello (2000); *Pergami*, ACost. XI 117–147; *Kaser/Hackl*, RZ 501–510 und 617–623; *Buti*, ANRW II 14, 54–58; *Litewski*, ANRW II 14 60–96; *Orestano*, s. v. appello (diritto romano), NNDI I 724 f.; *Litewski*, RIDA 12 (1965) 347–436, RIDA 13 (1966) 231–323, RIDA 14 (1967) 301–403 und RIDA 15 (1968) 143–351; *Litewski*, Sprawach Cywilnych (1967); *Orestano*, Appello (1953); *Scialoja*, Procedura (1894) 463–469; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 325–341.

[133] Diocl./Max. C. 7.62.6 pr. (a.294); *Pergami*, St. Labruna VI 4145; *Litewski*, ANRW II 14, 62, 84 und 88; *Litewski*, RIDA 15 (1968) 188–191; *Orestano*, Appello (1953) 409–412.

[134] *Rüfner*, in: Baldus et al., Bologna (2011) 9 Fn. 47; *Kaser/Hackl*, RZ 531.

[135] Ulp. 1 app. D.49.4.1.5; *Kaser/Hackl*, RZ 507; *Buti*, ANRW II 14, 57; *Litewski*, ANRW II 14, 85; *Litewski*, RIDA 15 (1968) 149–166; näher *Orestano*, Appello (1953) 237–259.

[136] Mac. 1 app. D. 49.1.2; Marcian. 1 app. D. 49.1.5.4; Ulp. 1 app. D. 49.4.1.14; *Kaser/Hackl*, RZ 507 und 619; *Buti*, ANRW II 14, 56; *Litewski*, ANRW II 14, 81; *Litewski*, RIDA 14 (1967) 382 f.; *Orestano*, Appello (1953) 228–236.

[137] Ulp. 1 app. D. 49.1.3.3; *Buti*, ANRW II 14, 56; *Litewski*, ANRW II 14, 81; *Litewski*, RIDA 14 (1967) 385; *Orestano*, Appello (1953) 236 f.

[138] Mac. 2 app. D. 49.5.6; *Kaser/Hackl*, RZ 508; *Buti*, ANRW II 14, 57; *Litewski*, ANRW II 14, 86 f.; *Litewski*, RIDA 15 (1968) 166–180; *Orestano*, Appello (1953) 367–374 und 381–391. Zur Frage auch *Liva*, Temere appellare (2017), *Liva*, SDHI 81 (2015) 209–220 sowie *Liva*, TSDP 9 (2016) 1–20.

[139] Marcian. 2 app. D. 49.6.1 pr.; *Kaser/Hackl*, RZ 508 und 620; *Buti*, ANRW II 14, 57; *Litewski*, ANRW II 14, 87 f.; *Litewski*, RIDA 15 (1968) 180–186; *Orestano*, Appello (1953) 375–381.

[140] Mod. 6 diff. D. 49.1.16; *Kaser/Hackl*, RZ 509; *Litewski*, ANRW II 14, 62 f. und 82–84; *Litewski*, RIDA 14 (1967) 390–403; *Orestano*, Appello (1953) 393–408; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 328.

[141] *Sirks*, OIELH II 53; *Buti*, ANRW II 14, 55.

nächste Instanz darlegen (*causas appellationis reddere*).[142] Es wurde erneut über die Rechtssache als Ganze[143] mündlich verhandelt und ggf. die erstinstanzliche Entscheidung ersetzt oder modifiziert.[144]

VI. Vollstreckungsverfahren

Im Kognitionsprozess kam es auch im Bereich des Vollstreckungsrechts gegenüber dem Formularprozess zu einigen signifikanten Entwicklungen.[145] Während das Institut der Personalexekution (→ § 14 Rn. 7) bestehen blieb,[146] betrafen die Änderungen hauptsächlich die Vermögensvollstreckung (→ § 14 Rn. 9). Ermöglicht wurde nunmehr die Spezialexekution, d. h. die Einzelvollstreckung in das Vermögen des Schuldners durch gerichtliche Pfändung von Vermögensobjekten des Schuldners (*pignus in causa iudicati captum*).[147] **36**

Im nachklassischen Kognitionsverfahren wurde die Gesamtvollstreckung im Anwendungsbereich beschränkt auf überschuldete Gläubiger, denen mehrere Gläubiger gegenüberstehen.[148] Die Gesamtvermögensvollstreckung („Konkursverfahren") erfolgte nunmehr durch *bonorum distractio* statt durch *venditio* en bloc;[149] die Infamie knüpfte nunmehr an die *distractio* an.[150] Verlängert wurde die Urteilserfüllungsfrist auf zwei bzw. unter Justinian auf vier Monate.[151] Die Litiskreszenz wurde abge- **37**

[142] Ulp. 1 app. D. 49.1.3.3; Mac. 1 app. D. 49.1.4.1; Scaev. 25 dig. D. 49.1.28.2; *Litewski*, ANRW II 14, 90 f.; *Orestano*, Appello (1953) 412–414.

[143] Mod. 1 enucl. cas. sing. D. 49.1.19: *denuo*; Alex. C. 7.58.2 (a.224): *ex integro de causa audiuntur*; *Litewski*, ANRW II 14, 90; *Orestano*, Appello (1953) 414–419.

[144] *Kaser/Hackl*, RZ 509 f.; *Buti*, ANRW II 14, 58; *Litewski*, RIDA 15 (1968) 284–296; *Orestano*, Appello (1953) 419 f. und 425–429. Zur Appellation bezüglich nichtiger Urteile *Raggi*, Impugnazioni I (1961) 105–108 und 219.

[145] *Rüfner*, OH RLS 265; ausführlich *Kaser/Hackl*, RZ 510–514 und 623–630.

[146] Constant. C. 10.19.3 (a.345); siehe *Navarra*, ACost. XVII.2, 849–900; *Kaser/Hackl*, RZ 510 und 625; *Betti*, s. v. processo civile (diritto romano), NNDI XIII 1120.

[147] Ulp. 11 ed. D. 4.4.9 pr. (*si ex causa iudicati pignora minoris capta sint et distracta*), Ulp. 1 resp. D. 20.4.10 (*si et iure iudicatum est et pignus in causa iudicati ex auctoritate eius qui iubere potuit captum est*), Ulp. 25 ed. D. 21.2.50 und Her. 2 iur. epit. D. 21.2.74.1 (*si iussu iudicis rei iudicatae pignus captum per officium distrahatur*), Ulp. 35 ed. D. 27.9.3.1, Ulp. 30 off. cons. D. 42.1.15.2–12, Call. 2 cogn. D. 42.1.31, Pap. 10 resp. D. 42.1.40 und Ulp. 51 ed. D. 42.1.58, Paul. sent. 5.5a.4 (*eorum, qui debito confessi sunt, pignora capi et distrahi possunt*), Ant. C. 8.22.1 (a.213): vgl. *Díaz-Bautista Cremades*, Embargo (2013) 31–222; *Rudakov*, in: Stloukalová/Šejdl, Diritto romano (2013) 49–56; *Litewski*, Pignus (1975); ferner *Rüfner*, OH RLS 265; *Kaser/Hackl*, RZ 512–514; *Buti*, ANRW II 14, 59; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 311–315.

[148] *Kaser/Hackl*, RZ 626; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß III (1866) 315 f.

[149] Vgl. Inst. 3.12 pr. (*cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere et, prout eis utile visum fuerit, ea disponere*) und Just. C. 7.72.10.2 (a.532); *Wesener*, s. v. distractio bonorum, RE Suppl. IX Sp. 30–32.

[150] *Kaser/Hackl*, RZ 629 mwN. in Fn. 71.

[151] Zwei Monate nach Grat./Valent./Theod. Cod. Theod. 4.19.1 pr. (a.380) und noch in Just. C. 7.54.3.3 (a.531) sowie vier Monate nach Just. C. 7.54.2 (a.529) und 3 pr. (a.531).

schafft.[152] Eine *proscriptio* war ebenso wie die Mitwirkung eines *magister bonorum* nicht mehr erforderlich.[153] Dafür wurden die Fristen für weitere Gläubiger verlängert, während derer diese sich dem Verfahren anschließen konnten: In derselben Provinz wohnende Gläubiger (*praesentes*) konnten sich innerhalb von zwei Jahren, *absentes* binnen vier Jahren dem Verfahren anschließen.[154] Nicht zuletzt diese langen Fristen machten die Vermögensverwaltung durch einen *curator bonorum* erforderlich. Weiterhin wurde die *cessio bonorum* auf Fälle des Vermögensverfalls durch höhere Gewalt beschränkt.[155] Statt ihrer war ein Moratorium von fünf Jahren möglich.[156]

38 Im justinianischen Recht wurden die beiden klassischen Instrumente gegen Gläubigerbenachteiligung (→ § 14 Rn. 19) zur *actio Pauliana* verschmolzen.[157] Diese war ab der *missio in bona* anwendbar[158] und verjährte binnen eines zur Rechtsverfolgung tauglichen Jahres (*annus utilis*)[159] ab dem Zeitpunkt der *venditio bonorum*.[160] In objektiver und subjektiver Hinsicht war ein *gerere fraudationis causa* erforderlich;[161] der Gutgläubige haftete nur, wenn er unentgeltlich erhalten hatte, und zwar beschränkt auf die erlangte Bereicherung (*lucrum*).[162] Aktivlegitimiert waren der *curator bonorum*, unter Justinian aber auch einzelne Gläubiger und ihre Erben;[163] passivlegitimiert derjenige, der die *res* vom Schuldner (oder bösgläubig von einem Dritten) erlangt hat, sowie – aus Pönalisierungserwägungen – der Schuldner selbst.[164] Die *actio revocatoria* führte zu einer *restitutio*.[165]

---

[152] Vgl. Inst. 4.16.1 gegenüber Gai. 4.171; *Wenger*, Actio Iudicati (1901) 28.

[153] *Kaser/Hackl*, RZ 627; *Wesener*, s. v. distractio bonorum, RE Suppl. 9, Sp. 31.

[154] Just. C. 7.72.10.1 (a.532); *Scialoja*, Procedura (1894) 457.

[155] Grat./Valent./Theod. Cod. Theod. 4.20.1 (a.379); dazu *del Genio*, ACost. XVII.1, 543–558. Justinian bezeichnet die *cessio bonorum* als *flebilis* und *miserabilis*, vgl. Just. C. 7.71.7 (a.531) und Just. C. 7.71.8 pr. (a.531–532). Einen Beispielsfall zur ἔκστασις aus Ägypten präsentiert *Bartoletti*, in: Gagliardi, Antologia I 261–267.

[156] Siehe *Kaser/Hackl*, RZ 630 mwN. zu Just. C. 7.71.8 pr. (a.531–532): *quinquennale spatium eis indulgere*. Vgl. auch schon Grat./Valent./Theod. C. 1.19.4 (a.382): *rescripta, quae in debitorum causis super praestandis dilationibus promulgantur*.

[157] *Willems*, Pauliana (2012) 26–30.

[158] Ulp. 66 ed. D. 42.8.6.7.

[159] Dazu *Piekenbrock*, Rechtsänderungen (2006) 102.

[160] Ulp. 66 ed. D. 42.8.6.14; so *Ankum*, Actio Pauliana (1962) 101; *Willems*, Pauliana (2012) 31.

[161] Zur Kasuistik in D. 42.8 *Willems*, Pauliana (2012) 32–34. Siehe auch *Benke*, FS Hausmaninger 26.

[162] Ulp. 66 ed. D. 42.8.6.11 und Diocl./Max. C. 7.75.5 (a.293). Dazu *Klinck*, Insolvenzanfechtung (2011) 8 f. und *Willems*, Pauliana (2012) 35.

[163] Ulp. 66 ed. D. 42.8.1 pr. Dazu *Willems*, Pauliana (2012) 36.

[164] Paul. 42 ed. D. 42.8.9, Ulp. 66 ed. D. 42.8.1 pr., Ven. 6 interd. D. 42.8.25.7; zu letzterer Stelle (und dem Widerspruch zu Ven. 6 interd. D. 42.8.25.1 hinsichtlich der Pönalisierungsfunktion) *Solazzi*, Revoca (1934) 192, *Talamanca*, s. v. azione revocatoria (diritto romano), ED IV 886, *Ankum*, Actio Pauliana (1962) 82. Die Erben des Schuldners hafteten beschränkt *in id quod in heredem pervenit*, Ven. 6 interd. D. 42.8.11.

[165] Vgl. die Rubriken C. 7.75 (*De revocandis his quae per fraudem alienata sunt*) und D. 42.8 (*Quae*

VII. Christliche Einflüsse im Prozessrecht

Nicht nur im materiellen Recht, sondern auch im Prozessrecht lassen sich zudem Änderungen feststellen, die mit christlichen Einflüssen einhergehen.[166] Diese Entwicklungen betreffen naturgemäß die Epoche der Verfahren der *cognitio*. Christliche Einflüsse führten etwa zu einer Veränderung des Gerichtskalenders: Anstatt der Unterscheidung in *dies fasti* und *nefasti* galt nun etwa das Verbot von Prozessen an Sonntagen.[167] 39

Justinian ordnete an, dass im Gerichtssaal ein Exemplar der Heiligen Schrift vorgehalten werden musste; über dieses vermittelt fand der Prozess in Gottes Gegenwart, *dei praesentia*, statt.[168] Diese wiederum konnte die Abwesenheit einer Partei ausgleichen – Justinian rechtfertigt so die Einführung des Versäumnisurteils gegen die dem Prozess fernbleibende Partei.[169] Auch wurden zur „Moralisierung des Prozesses" den Parteien etwa bei Prozessanstrengung, Klageerwiderung und Beweisantragsstellung Kalumnieneide abverlangt, dass nicht schikanös agiert werde.[170] Die Regel *unus testis, nullus testis*[171] (→ Rn. 26) steht in Einklang mit christlichen Vorstellungen und findet sich auch im 2. Korintherbrief.[172] 40

in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur); dazu *Talamanca*, s. v. azione revocatoria (diritto romano), ED IV 883, *Ankum*, Actio Pauliana (1962) 62 f. und 82, *Impallomeni*, s. v. azione revocatoria – diritto romano, NNDI II 147, *Willems*, Pauliana (2012) 42 f.

[166] Dazu *Biondi*, DRC III 375–389.

[167] Const. C. 3.12.2 (a.321); Grat./Valent./Theod. Cod. Theod. 2.8.18 (a.386); Valent./Theod./Arcad. Cod. Theod. 2.8.19 (a.389); *Kaser/Hackl*, RZ 555; *Gaudemet*, Droit seculier (1979) 213; *Biondi*, DRC III 379.

[168] Just. C. 3.1.14.1–2 (a.530); Just. C. 3.1.13.4 (a.530); *Kaser/Hackl*, RZ 521; *Biondi*, DRC III 377.

[169] Just. C. 3.1.13.4 (a.530); *Kaser/Hackl*, RZ 521; *Biondi*, DRC III 377.

[170] Just. C. 2.58.1 (a.529); dazu *Roncati*, in: Puliatti/Agnati, Princìpi generali (2010) 273 Fn. 43; *Kaser/Hackl*, RZ 521 und 631; *Luzzato*, SDHI 33 (1967), 409 („influenze cristiane", die ihrerseits auf jüdischen Bräuchen beruhten); *Biondi*, DRC III 378 und 382.

[171] Const. Cod. Theod. 11.39.3 = C. 4.20.9 (a.334).

[172] 2 Kor. 13.1: „Durch zweier und dreier Zeugen Mund soll jede Aussage festgestellt werden"; dazu *Biondi*, DRC III 388; *Steinwenter*, SZ kan. Abt. 54 (1934), 54 f.

§ 16 *In iure cessio* und Verwandtes

Guido Pfeifer

Rabel, Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht, SZ 27 (1906) 290–335 und SZ 28 (1907) 311–379 (Schluss); *Pringsheim*, Symbol und Fiktion in antiken Rechten, in: *Pringsheim*, Gesammelte Abhandlungen II, 1961, 382–400 (= in: Studi in onore di Pietro de Francisci IV, 1956, 211–236); *Hackl*, Der Sakramentsprozeß über Herrschaftsrechte und die in iure cessio, SZ 106 (1989) 152–179; *Wolf*, *In iure cessio* und *manumissio vindicta*: Überlegungen zu zwei archaischen Rechtsgeschäften, in: *Wolf*, Recht im frühen Rom. Gesammelte Aufsätze, 2015, 199–216 (= in: Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag, 2013, 375–391; ital.: Iura 61 (2013) 1–12).

Inhalt Rn.

I. Überblick 1
II. Charakter des nachgeformten Rechtsgeschäfts 2
III. Anwendungsbereiche und Wirkung 3

I. Überblick

1 Als privatrechtlicher Aktstypus dient die *in iure cessio* in erster Linie der Übertragung von Rechten und lässt sich insoweit als Art des derivativen Erwerbs[1] (→ § 43 Rn. 2) kennzeichnen. Ihre ausführlichste Darstellung bietet Gai. 2.24, dort wird sie unter den zeitgenössischen Übereignungsformen behandelt. Paul. Frg. Vat. 50 schreibt sie den XII T. zu;[2] nach Gai. 2.65 gehört sie dem *ius civile* an, zudem setzt sie Gewaltfreiheit voraus.[3] In den Digesten Justinians finden sich von der *in iure cessio*, ähnlich wie von der Manzipation, nur mehr rudimentäre Spuren.[4]

[1] *Rabel*, SZ 27 (1906) 313.
[2] *Kaser*, RP I 48, dort auch für ein geringeres Alter gegenüber der *mancipatio*.
[3] Gai. 2.96.
[4] Beispielweise in Cels. 27 dig. D. 21.2.10, Afr. 6 quaest. D. 21.2.46.1 und Scaev. 8 dig. D. 32.37.3.

II. Charakter des nachgeformten Rechtsgeschäfts

Neben der *mancipatio* (→ § 17 Rn. 5) stellt die *in iure cessio* das Paradigma eines nachgeformten Rechtsgeschäfts dar; dieser von Ernst Rabel geprägte Begriff beschreibt das Phänomen der Gestaltung und Entwicklung neuer Rechtsformen unter Rückgriff auf bereits vorhandene rechtliche Institutionen, das sich auch in anderen antiken Rechten zeigt.[5] Nachgebildet ist die *in iure cessio* dem Verfahren der *legis actio sacramento in rem* (→ § 9 Rn. 37).[6] Anders als bei der Manzipation (*imaginaria quaedam venditio*)[7] und anderen Libralakten[8] (→ § 17 Rn. 4) wird der Nachformungscharakter in der Darstellung des Gaius nicht ausdrücklich benannt; er ergibt sich aber unmittelbar aus dem äußeren Rahmen der magistratischen Zuständigkeit und dem Schauplatz *in iure* einerseits sowie aus der Bezeichnung der Akteure als an einer Zession Beteiligte andererseits (*is, cui res in iure ceditur* für den Erwerber bzw. *eum, qui cedit* für den Veräußerer),[9] deren Handeln zugleich mit der Terminologie der Vindikation beschrieben wird:[10] Der Erwerber fasst die Sache an und spricht die Formel der Eigentumsbehauptung *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*. Die Frage des Prätors nach einer Gegenvindikation beantwortet der Veräußerer mit einer Verneinung oder mit Schweigen. Darauf spricht der Prätor die Sache dem Erwerber im Wege der *addictio* zu.[11] **2**

III. Anwendungsbereiche und Wirkung

Die Bedeutung der *in iure cessio* als Übereignungsform von Sachen neben der Manzipation wird von Gai. 2.25 ausdrücklich zu deren Gunsten (*tamen et fere semper mancipationibus utimur*) relativiert; allerdings kann sie auch *res nec mancipi* zum Gegenstand haben.[12] Wie die Manzipation ist die *in iure cessio* vom Erwerbsgrund unabhängig (→ § 45 Rn. 3) und daher für vielfältige Zwecke einsetzbar.[13] Sie führt zum Erwerb **3**

[5] Grundlegend *Rabel*, SZ 27 (1906) 299 f.; zu rechtsvergleichenden Aspekten und zum Zusammenhang mit der Umgehung rechtlicher Hindernisse *Pfeifer*, Fortschritt (2013) 1–4.

[6] Gai. 4.16; *Hackl*, SZ 106 (1989) 178; zum lediglich eingeschränkten Umfang der Kongruenz mit der Sakramentsklage *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 204 f.

[7] Gai. 1.119.

[8] Etwa bei der *solutio per aes et libram*, die Gai. 3.173 als *species imaginariae solutionis* kennzeichnet; dazu *Pringsheim*, Ges. Abh. II 395 f.

[9] Gai. 2.24.

[10] Ulp. reg. 19.9.

[11] *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 205 f. sieht in der *addictio* ein nachhaltiges Indiz für die intendierte Funktion der *in iure cessio* als Rechtsübertragungsgeschäft; den Charakter der Nachformung des Sakramentsprozesses betont stärker *Hackl*, SZ 106 (1989) 171–179, bes. 178, mit Überblick über die älteren Deutungsansätze. Zur konstitutiven Wirkung der *addictio Kaser*, RP I 48, Anm. 3 mwN.

[12] Ulp. reg. 19.9.

[13] Etwa schenkungshalber, Scaev. 8 dig. D. 32.37.3. Die Möglichkeit der Verbindung mit dem

quiritischen Eigentums,[14] aber – im Kontext des Kaufs – nicht zu einer Auktoritätshaftung des Veräußerers.[15]

4 In Entsprechung zum weiten Spektrum der Sachkategorien in Gai. 2.14 (→ § 38 Rn. 1) kann die *in iure cessio* außer zur Übereignung im engeren Sinne auch zu weiteren dinglichen Akten Verwendung finden, so zur Bestellung bzw. Aufhebung von beschränkten dinglichen Rechten wie Servitut (→ § 50 Rn. 60) und Nießbrauch (→ § 49 Rn. 23) oder zur Abtretung von Erbschaft (→ § 56 Rn. 21) und Tutel.

5 Strukturelle Parallelen zeigen die Nachformung des Freiheitsprozesses in der *manumissio vindicta*[16] als Form der Freilassung (→ § 36 Rn. 66) und – in Verbindung mit der Manzipation – die *adoptio* (→ § 34 Rn. 23).[17]

pactum fiduciae sowie mit *leges dictae* ergibt sich aus Gai. 2.59, 3.201 sowie Paul. Frg. Vat. 50; dazu *Kaser*, RP I 49, 415.

[14] *Kaser*, RP I 415.

[15] So *Kaser*, RP I 134 mit Anm. 16 gegen Cels. 27 dig. D. 21.2.10 und Afr. 6 quaest. D. 21.2.46.1, die er beide ausschließlich der *mancipatio* zuordnet.

[16] Zur Nachformung *Kaser*, RP I 49; gegen ein Verständnis der *manumissio vindicta* als Anwendungsfall der *in iure cessio* unter stärkerer Betonung der Funktionalität bei der Konstruktion dieser Akte *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 214–216.

[17] Gai. 1.134.

§ 17 Libralakte
(*mancipatio, nexum, solutio per aes et libram*)

Guido Pfeifer

Rabel, Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht, SZ 27 (1906) 290–335 und SZ 28 (1907) 311–379 (Schluss); *Kunkel*, Mancipatio, in: Paulys Realenzyklopädie der class. Altertumswissenschaft XIV.1 (1928) Sp. 998–1009; *Pringsheim*, Symbol und Fiktion in antiken Rechten, in: *Pringsheim*, Gesammelte Abhandlungen II, 1961, 382–400 (= in: Studi in onore di Pietro de Francisci IV, 1956, 211–236); *Behrends*, Das nexum im Manzipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens, RIDA 21 (1974) 137–184; *Magdelain*, L'acte *per aes et libram* et l'*auctoritas*, RIDA 28 (1981) 127–161; *Behrends*, La mancipatio nelle XII Tavole, Iura 33 (1982) 46–103; *Wolf*, Funktion und Struktur der Mancipatio, in: *Wolf*, Recht im frühen Rom. Gesammelte Aufsätze, 2015, 115–140 (= in: Mélanges à la mémoire de André Magdelain, 1998, 501–524); *Tuori*, The Magic of *Mancipatio*, RIDA 55 (2008) 499–521; *Amunátegui Perelló*, Problems concerning *mancipatio*, TR 80 (2012) 329–352; *Nowak*, Mancipatio and its Life in Late-Roman Law, JJP 41 (2011) 103–122; *Pfeifer*, Fortschritt auf Umwegen, 2013, 77–82.

Inhalt Rn.

I. Terminologie und Historizität 1
II. Ritual- und Symbolcharakter 4
III. Nachgeformte Rechtsgeschäfte 6
1. Modifikationen und weitere Nachformungen der Manzipation 6
2. Anwendungsbereiche und Wirkung der Libralakte *nummo uno* 8

I. Terminologie und Historizität

Unter den Libralakten werden Geschäfte *per aes et libram* (mittels Kupfer[-geld] und Waage) zusammengefasst.[1] Ihnen ist als äußere Erscheinungsform gemeinsam, dass der jeweilige Rechtsakt mit dem Zuwägen eines Kupferstücks in Gegenwart eines Waagehalters (*libripens*) verbunden ist; durch das Erfordernis der Gegenwart von fünf **1**

[1] Die Wendung *per aes et libram* taucht indes in den Quellen außer im Zusammenhang mit der *solutio* (Gai. 3.173) lediglich im Kontext der nach ihr benannten Testamentsform (→ § 18 Rn. 1) auf: Gai. 2.102,103; Ulp. reg. 20.2.9; Inst. 2.10.1.

mündigen römischen Bürgern als Zeugen wird die Publizität des Vorgangs bewirkt.[2] Als derartige Libralgeschäfte firmieren gemeinhin das Veräußerungsgeschäft der *mancipatio*, das *nexum* als Haftungsgeschäft sowie die *nexi liberatio* bzw. *solutio per aes et libram* zur Haftungslösung.[3]

2 Die Greifbarkeit der genannten Rechtsakte in den Quellen ist indes sehr unterschiedlich ausgeprägt: Während die Manzipation sowohl in der Rechtsliteratur als auch in der Rechtspraxis – dort vor allem im Zusammenhang mit Veräußerungen – als bis in die klassische Zeit gebräuchlich gut belegt ist,[4] erscheint der Anwendungsbereich der *solutio per aes et libram* nach Gai. 3.173 deutlich enger (*ipsum genus certis in causis receptum*);[5] die Überlieferung zum *nexum* erlaubt hingegen allenfalls Spekulationen,[6] insbesondere was eine eigenständige Bedeutung als Selbstverpfändung im Zusammenhang mit Darlehen anbelangt.[7]

3 Spätestens in nachklassischer Zeit verlieren die Libralakte an praktischer Bedeutung, die Kompilatoren haben ihre Spuren weitgehend beseitigt.[8]

II. Ritual- und Symbolcharakter

4 Die Gestalt der Geschäfte *per aes et libram*, die uns die Quellen präsentieren, ist die der Libralakte *nummo uno*.[9] Sie sind in dieser Form aber erkennbar einem älteren Aktstypus nachempfunden; dies lässt sich an den Charakterisierungen der *mancipatio nummo uno* in Gai. 1.119 als *imaginaria quaedam venditio* sowie der *solutio per aes et libram* in Gai. 3.173 als einer *species imaginariae solutionis* (unter mehreren) nachvollziehen.[10]

5 Im Fall der *mancipatio* kann als „Muttergeschäft“[11] eine sog. Barkaufmanzipation rekonstruiert werden: In dem in Gai. 1.119 am Beispiel der Veräußerung eines Sklaven beschriebenen Ritual mit der vom Erwerber zu sprechenden Formel *hunc hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aëneaque libra* kommt der

---

[2] *Kaser*, RP I 41 f.

[3] Überblick bei *Kaser*, RP I 43.

[4] *Kunkel*, s. v. mancipatio, RE XIV.1 998–1002.

[5] Zum Charakter als Drittlösungsgeschäft *Kaser/Knütel/Lohsse* 320 Rn. 6 f.

[6] Solche jedoch in nicht geringer Zahl, s. nur den Überblick über die ältere Literatur bei *Kaser*, RP I 166 Fn. 2.

[7] Eingehend *Behrends*, RIDA 21 (1974) 137–184; zur Erfassung durch die *lex Poetelia Klinck*, SZ 130 (2013) 393–396.

[8] Eingehend *Nowak*, JJP 41 (2011) 103–122; ferner *Sturm*, in: Buchholz et al., Überlieferung (1993) 347–356, ebenda auch zur justinianischen Reformkonstitution C. 7.31.1.5.

[9] Dazu sogleich unter III.2.

[10] Zur *mancipatio nummo uno* als „mittlerer Generation“ in der Genealogie von „Mutter-“, „Tochter-“ und „Enkel-„Geschäften im Rabelschen Sinne siehe *Pfeifer*, Fortschritt (2013) 77.

[11] Begriff bei *Rabel*, SZ 27 (1906) 290.

Verwendung von Kupferstück und Waage offenkundig eine symbolische Bedeutung zu, die für das ursprüngliche Geschäft den Austausch des Kaufgegenstands gegen das Zahlungsmittel in Form von ungemünzten Kupferbarren indiziert, deren Wert durch Abwiegen ermittelt wurde.[12] Hinzu tritt – ähnlich wie bei der *in iure cessio* (→ § 16 Rn. 2) – die dem Verfahren der *legis actio sacramento in rem* (→ § 9 Rn. 37) entlehnte Eigentumsbehauptung.[13] Während die Kombination der beiden Formelbestandteile im Hinblick auf das Verständnis der rekonstruierten, vermutlich prähistorischen Barkaufmanzipation nicht völlig widerspruchsfrei erscheint und eine klare Deutung erschwert,[14] ist der Symbolcharakter der *mancipatio nummo uno* manifest: Als Nachformung entlehnt sie Form wie auch Wirkung dem älteren Rechtsakt mit seinem auf den Barkauf beschränkten Anwendungsbereich und dehnt sie im Sinne einer Abstraktion auf andere Zwecke aus,[15] ohne dass dafür eine Fiktion erforderlich wäre.[16]

III. Nachgeformte Rechtsgeschäfte

1. Modifikationen und weitere Nachformungen der Manzipation

Bereits aus XII T. 6.1 (*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*) ist ersichtlich, dass die Manzipation mit Zusätzen versehen werden konnte; entsprechende Erklärungen (*leges mancipio dictae*),[17] etwa über die Größe oder Beschaffenheit eines Grundstücks, werden dem Ritual als Formeln nach sakralrechtlichem Vorbild (*nuncupationes*) zugerechnet.[18] Mittels Treuabrede (*pactum fiduciae*) kann der Erwerber zur Rückübereignung der Sache oder zur Freilassung der manzipierten Person verpflichtet werden.[19] **6**

Der nachgeformte Rechtsakt der *mancipatio nummo uno* erfährt schließlich selbst eine ganze Reihe von Nachformungen: Bei der *coëmptio* als Eheschließung in Form der „Kaufehe“ (→ § 19 Rn. 9) erwirbt der Ehemann nach Gai. 1.113 die Ehegewalt (*manus*) über die Ehefrau analog zum *mancipium* im Wege der Manzipation.[20] Selbständiger **7**

[12] *Pfeifer*, Fortschritt (2013) 77 f.; ausführlich *Kaser*, Eigentum (1956) 107–110 sowie 136–142. Für die *solutio per aes et libram* lässt sich dies analog für einen Zahlungsvorgang annehmen anhand der Formel *me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aëneaque libra* in Gai. 3.174.

[13] Dazu *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 141–155.

[14] Zu den einzelnen Deutungsansätzen sowie zu einem möglichen Umgehungscharakter der Barkaufmanzipation s. im Überblick *Pfeifer*, Fortschritt (2013) 79–82; *Kaser*, RP I 45 sowie eingehend *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 115–140, und *Manthe*, Geschichte (2016) 21–23.

[15] Zu diesen sogleich unter III.2.

[16] *Pfeifer*, Fortschritt (2013) 78 f. mit Verweis auf *Kaser*, Ius (1949) 328–332 und *Pringsheim*, Ges. Abh. II 383 f. Zur Vergleichbarkeit mit magischen Ritualen *Tuori*, RIDA 55 (2008) 499–521.

[17] *Randazzo*, Leges mancipii (1998).

[18] *Kaser*, RP I 47; ferner *Behrends*, Iura 33 (1982) 46–103 und *Cursi*, Ess. Sirks 145–160.

[19] *Kaser/Knütel/Lohsse* 54 Rn. 10.

[20] Vgl. auch Gai. 1.123.

gefasst und praktisch bedeutsamer ist das Manzipationstestament (*testamentum per aes et libram*) als eine der Haupttestierformen nach Gai. 2.102–108 (→ § 18 Rn. 1).[21] Aus der Kombination von Abreden und Nachformung der Manzipation schließlich ist etwa die Entlassung aus der väterlichen Gewalt (*emancipatio*) entstanden (→ § 34 Rn. 47).[22]

2. Anwendungsbereiche und Wirkung der Libralakte *nummo uno*

8 Die des Barkaufcharakters entkleidete *mancipatio nummo uno* bildet neben der *in iure cessio* (→ § 16 Rn. 3) die Hauptform der abstrakten, d. h. vom Erwerbsgrund unabhängigen Eigentumsübertragung (→ § 43 Rn. 4) sowie der Übertragung der Gewalt über Hauskinder (→ § 34 Rn. 7),[23] beide Herrschaftsrechte werden als *mancipium* bezeichnet.[24] Diejenigen Sachgüter, denen diese Form der Übereignung vorbehalten ist – außer Sklaven bestimmte Tiere, wie Rinder, Pferde, Maultiere und Esel, sowie italische Grundstücke bilden nach Gai. 1.120 die Kategorie der *res mancipi* (→ § 43 Rn. 3). Infolge der Abstraktion umfasst der Anwendungsbereich der Manzipation grundsätzlich alle zulässigen Erwerbsgründe (→ § 40 Rn. 4), etwa den Kreditkauf,[25] die Schenkung (→ § 40 Rn. 8), die Mitgiftbestellung (→ § 35 Rn. 37) etc., ohne deren Gültigkeit vorauszusetzen.

9 Nach Gai. 1.119 gehört die Manzipation dem *ius civile* an (*ipsum ius proprium civium Romanorum*) und verschafft dem Erwerber dementsprechend quiritisches Eigentum. Erfolgt sie auf der Grundlage eines Kaufgeschäfts, bewirkt sie zudem die Auktoritätshaftung des Verkäufers (*auctoritas*) (→ § 79 Rn. 238).[26]

10 Das *nexum* als Libralakt *nummo uno* zur eigenständigen Haftungsbegründung ist zwar vorstellbar,[27] allerdings als solches nicht belegt.[28] Als ursprünglicher Anwendungsbereich der *solutio per aes et libram* im Sinne einer Haftungslösung wird gemeinhin der Fall der Auslösung eines Gewaltunterworfenen durch einen Dritten vermutet, die sich zur imaginären Zahlung und damit zum Schuldenerlass ohne reale Leistung entwickelt habe.[29]

---

[21] Zu dessen Fortwirken *Nowak*, JJP 41 (2011) 103–122.
[22] Vgl. XII T. 4.1 und dazu auch *Kaser/Knütel/Lohsse* 372 Rn. 37.
[23] Dazu auch *Corbino*, Ess. Sirks 139–143.
[24] *Kaser/Knütel/Lohsse* 53 Rn. 6.
[25] Dazu *Pfeifer*, Fortschritt (2013) 78 und 108 f.
[26] Ausführlich *Magdelain*, RIDA 28 (1981) 127–161.
[27] *Kaser/Knütel/Lohsse* 241 Rn. 1 f.
[28] Siehe bereits oben unter I.
[29] *Kaser*, RP I 172.

§ 18 Das *testamentum per aes et libram* und andere Formen letztwilliger Verfügungen

Thomas Rüfner

Amelotti, Il testamento romano attraverso la prassi documentale I. Le forme classiche di testamento, 1966; *Magdelain*, Les mots *legare* et *heres* dans la loi des XII tables, Hommages à Robert Schilling, 1983, 159–173 = *Magdelain*, Jus Imperium Auctoritas. Études de droit romain, 1990, 659–177; *Blanch Nouges*, Nuncupare heredem, RIDA 47 (2000) 124–149; *Meyer*, Legitimacy and Law in the Roman World, 2004; *Arcaria*, Per la storia dei testamenti pubblici romani: *Il testamentum apud acta conditum* ed *il testamentum principi oblatum*, in: Studi per Giovanni Nicosia I, 2007, 163–239; *Terranova*, Ricerche sul *testamentum per aes et libram*, 2011; *Arces*, Studi sul disporre mortis causa, 2013; *Sánchez-Moreno Ellart*, The Late Roman law of inheritance: the testament of five or seven witnesses, in: Caseau/Hübner (Hgg.), Inheritance, law and religions in the ancient and mediaeval worlds, 2014, 229–258; *Strobel*, Römische Testamentsurkunden aus Ägypten vor und nach der Constitutio Antoniniana, 2014; *Nowak*, Wills in the Roman Empire, 2015.

Inhalt Rn.

I. Überblick 1
II. Ursprünge des römischen Testamentsrechts 4
1. Das Testament vor der Volksversammlung 5
2. Das Testament vor dem kampfbereiten Heer 12
3. Die *mancipatio familiae* 16
a. Funktion und Wirkungen 16
b. Rechtlicher Charakter 20
c. Fortentwicklung 22
III. Das Testamentsrecht der klassischen Zeit 23
1. Das Libraltestament 23
a. Die Testierfähigkeit 24
b. Das Manzipationsritual 26
c. Die Testamentsurkunde 30
aa. Schreibmaterial 30
bb. Siegel, Unterschriften und Datierung 32
cc. Erbeinsetzung, Formeln 33
dd. Verfügung über das gesamte Vermögen 34
ee. Sprache 35
d. Widerruf und Erlöschen des Testaments 36
2. Die Fortentwicklung der ordentlichen Testamentsform durch das Honorarrecht 37

a. Verzicht auf den Manzipationsakt 37
b. Widerruf des Testaments nach prätorischem Recht 40
3. Das Soldatentestament 41
a. Form und Testierwille 42
b. Die erweiterte Testierfähigkeit 44
c. Weitere Sonderregelungen 47
4. Kodizille 48
IV. Spätantikes Testamentsrecht 52
1. Umgestaltung der klassischen Verfügungsformen 53
a. Siebenzeugentestament 53
b. Mündliches Testament 61
c. Soldatentestament 62
d. Kodizill 63
2. Neue Formen 66
a. Testament in amtlicher Verwahrung 66
b. Wechselseitiges Testament 67
c. Holographisches Testament 68
d. Teilungsanordnungen und Testamente von Abkömmlingen 69
e. Zuwendungen an die Kirche 71
f. Nottestamente 72

I. Überblick

1 Das Libraltestament (*testamentum per aes et libram*) ist die regelmäßige Testamentsform des klassischen und schon des vorklassischen römischen Rechts. In der Darstellung des Gaius[1] erscheint die Errichtung des Libraltestaments als Geschäft unter Einschaltung einer Mittelsperson, das dem Erblasser die Zuwendung einzelner Gegenstände an von ihm bestimmte Begünstigte ermöglichte. Der Erblasser übertrug sein ganzes Vermögen (*familia*) zu Lebzeiten durch *mancipatio* an einen Gewährsmann (den *familiae emptor*). Die dem Übertragungsakt nachfolgende Erklärung des Erblassers (*nuncupatio,* → § 17 Rn. 9) brachte dessen letzten Willen zum Ausdruck. Nach Gaius war es ursprünglich Aufgabe des *familiae emptor*, die Anordnungen des Erblassers nach dessen Tod auszuführen und namentlich einzelne Gegenstände des Nachlasses den vom Erblasser bezeichneten Personen weiterzugeben.

2 Gaius vermerkt selbst, dass der ursprüngliche Charakter des Geschäfts zu seiner Zeit schon seit langem verblasst war. Die letztwillige Verfügung des Erblassers in seiner *nuncupatio* bzw. in dem Schriftstück, auf das die *nuncupatio* Bezug nahm, benannte nunmehr einen Erben. Die Aufgabe der Vollziehung der weiteren Verfügungen des Erblassers lag bei diesem Erben. Der *familiae emptor* hatte keine wirkliche Funktion mehr; er wurde der Form halber (*dicis gratia*) beigezogen.[2] Das Testament der klassi-

[1] Gai. 2.103, 104.
[2] Gai. 2.103.

schen Zeit erscheint somit als seines Sinns beraubtes, nur mehr historisch erklärbares Ritual. Welche Rechtsstellung der *familiae emptor* in archaischer Zeit wirklich hatte und inwieweit der Akt der *mancipatio familiae* in seiner ursprünglichen Form schon als Errichtung eines Testaments angesehen werden kann, ist in der romanistischen Forschung umstritten.

Im weiteren Verlauf der antiken Rechtsentwicklung verlor das aus der *mancipatio* und anschließender *nuncupatio* zusammengesetzte Ritual[3] selbst seine Bedeutung. Maßgeblich für die Beachtlichkeit des letzten Willens des Erblassers war nur noch, dass er in einer von Zeugen besiegelten Urkunde festgehalten war.[4] In bestimmten Konstellationen wurden sogar völlig formlose letztwillige Verfügungen möglich. Jedoch zeigt sich in der Spätantike und zumal bei Justinian die Tendenz, die entstandenen Freiräume zu begrenzen. Letztlich gelang keine stringente Regelung der Form letztwilliger Verfügungen. Vielmehr ergab sich eine äußerst kompliziertes Geflecht aus Formvorschriften und -erleichterungen für verschiedene Verfügungsarten, -anlässe und -zwecke. 3

II. Ursprünge des römischen Testamentsrechts

Das *testamentum per aes et libram* war nach dem Zeugnis der Quellen nicht die erste Form der letztwilligen Verfügung, die sich in Rom entwickelte. Vielmehr wird über zwei ältere Testamentsformen berichtet: das Testament vor der Volksversammlung (Komitialtestament, *testamentum calatis comitiis*) und das Testament vor dem kampfbereiten Heer (*testamentum in procinctu*).[5] Wie die Bezeichnungen erweisen, wird der letzte Wille im ersten Fall vor der Volksversammlung, den *comitia calata*, erklärt, im zweiten Fall vor dem Bürgerheer, das sich zum Kampf bereit gemacht hatte. 4

1. Das Testament vor der Volksversammlung

Die Testamentserrichtung vor der Volksversammlung wird seit jeher mit der Adoption eines Gewaltfreien (*adrogatio*) in Verbindung gebracht. Das Testament wird als Annahme des künftigen Erben an Kindes statt gedeutet, deren Wirkungen erst mit dem Tod des Erblassers eintreten und dem Begünstigten so die Stellung eines *suus heres* (Hauserben) verschaffen sollen.[6] Dafür wird – über die Beteiligung der Volksversammlung an beiden Akten hinaus – der Umstand ins Feld geführt, dass das *testamentum calatis comitiis* von Gellius[7] mit einer *detestatio sacrorum* in Verbindung gebracht wird. 5

[3] Vgl. zur Zweiteilung des Vorgangs Ulp. reg. 20.9.
[4] Gai. 2.119; Inst. 2.10.1.
[5] Gai. 2.101; Gell. 15,27,3; Ulpiani regulae 20.2; Inst.2.20.1.
[6] *Voci*, DER I 17; *Kaser*, RP I 105 f.; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 60 Rn. 29; § 67 Rn. 2.
[7] Gell. 15,27,3 und Gell. 7,12,1.

Die *detestatio sacrorum* wird im Anschluss an Savigny[8] als Lossagung des eingesetzten Erben von seinem bisherigen Familienverband verstanden. Es wird unterstellt, dass sie in gleicher Weise von demjenigen vollzogen wurde, der sich unter Lebenden durch Arrogation adoptieren ließ.[9] – War das *testamentum calatis comitiis* eine „Arrogation auf den Todesfall“,[10] so wäre anzunehmen, dass die Aufgabe der Volksversammlung ursprünglich darin bestand, durch Einzelfallgesetz die Ernennung eines Erben in Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge zu billigen, so wie die Kuriatkomitien bei der Arrogation die Aufnahme eines Hausfremden in die Familie zuließen (→ § 34 Rn. 21).[11] Die Deutung der ältesten römischen Testamentsform als Arrogation mit auf den Todesfall aufgeschobener Wirkung liegt auch deshalb nahe, weil sich mit ihr eine Parallele zur Rechtsentwicklung in Athen ziehen lässt. Für das attische Recht wird angenommen, dass die testamentarische Einsetzung eines Erben stets mit einer Adoption (εἰσποίησις) des Eingesetzten einhergeht.[12]

6 Demgegenüber wird in der neueren Literatur betont, dass zwischen dem Testament und der Arrogation vor der Volksversammlung beachtliche Unterschiede bestehen. Vor allem scheint die Rolle der Volksversammlung bei beiden Geschäften unterschiedlich gewesen zu sein. Für die Arrogation ist gesichert, dass sie der Zustimmung der Kuriatkomitien bedurfte, denn die überlieferte Spruchformel des Annehmenden ist als Antrag an die Versammlung auf Erteilung der Zustimmung gefasst.[13] Hingegen berichten die Quellen für das Testament nur davon, dass es vor der Versammlung errichtet werden musste.[14] Auch die Bezeichnung *testamentum* und deren Etymologie[15] deuten auf eine Beteiligung der versammelten Bürger als bloße Zeugen hin.[16] Will man mit

---

[8] *Savigny*, ZgR 2 (1816) 401.

[9] *Voci*, DER I 16 f.; gegen jeden engen Zusammenhang von Testamentserrichtung und *detestatio Magdelain*, Hom. Schilling (1983) 167 mit Fn. 3.

[10] *Kaser*, RP I 105.

[11] *Rüfner*, in: Reid et al., Comparative Succession Law I (2011) 3.

[12] *Martini*, Symposion (1999) 295; vgl. *Avramović*, Symposion (2001) 179.

[13] Gell. 5,19,9; vgl. auch Gai. 1.99.

[14] *Magdelain*, Hom. Schilling 671; *Corbino*, Iura 42 (1991) 145 f.; *Aricò Anselmo*, Regole procedurali (2012) 82 Fn. 525; *Seelentag*, Ius pontificum (2014) 104 f.

[15] Aufgrund der im Oskischen belegten Entsprechungen *trstus* (Nominativ Plural) zu Lateinisch *testes* – „Zeugen“ (Inschrift aus Cumae, *Vetter*, Handbuch I (1953) 49 Nr. 5 Z. 2) und *trístaamentud* (Ablativ Singular) zu Lateinisch *testamento* – „durch Testament“ (Inschrift aus Pompeji, *Vetter*, Handbuch I (1953) 35 Nr. 11 Z. 10) wird angenommen, dass *testis* ursprünglich den zu einem Geschäft hinzugezogenen (nicht unmittelbar Beteiligten) Dritten bezeichnet, vgl. *Poccetti*, Incontri Linguistici 8 (1982/1983) 153; *Meierbröker* in *Untermann*, Wörterbuch (2000) 770; *Rix*, FS Strunk 242–244. Kritisch zu dieser Herleitung *Redard*, Hom. Leroy (1983) 163–171, dessen Deutung von *testis* als assistant oder bystander aber ebenfalls auf einen am Geschäft nicht unmittelbar Beteiligten deutet. Zur Etymologie und Bedeutung von *testamentum* und *testari* auch *Terranova*, AUPA 53 (2009) 327–331.

[16] *Facchetti*, Index 30 (2002) 231 f. sowie *Kaser* RP I 106; *Albanese*, ACop. I, 115; vgl. auch die Formulierung bei Theoph. inst. 2.10.1: ὑπὸ μάρτυρι … τῷ δήμῳ. Für das Erfordernis einer Zustim-

Kaser annehmen, dass sich das ursprüngliche Erfordernis eines förmlichen Beschlusses der Komitien zu einer bloßen Zeugnisleistung abschwächte, so muss man postulieren, dass diese Abschwächung eintrat, noch ehe die Bezeichnung des Geschäfts als *testamentum* üblich wurde. Die Mitwirkung der Volksversammlung beschränkte sich demnach vermutlich von Anfang an auf eine Bezeugung der Erklärung des Erblassers. Allerdings dürfte damit eine soziale Kontrolle der getroffenen Verfügungen verbunden gewesen sein.[17]

Ferner können die *comitia calata*, vor denen das Testament zu errichten war und die **7**
nur an besonderen, dafür bestimmten Tagen, ursprünglich vermutlich monatlich,[18] später nur noch zweimal im Jahr,[19] zusammentraten, nicht ohne Weiteres mit den Kuriatkomitien identifiziert werden,[20] vor denen die Arrogation vollzogen wurde. Dies ergibt sich aus dem Sprachgebrauch der Quellen, aber auch aus der Überlegung, dass die Gliederung in Kurien nur bei der Beschlussfassung eine Rolle spielte, die *comitia calata* aber gerade nicht zum Zweck der Beschlussfassung, sondern eben nur der Zeugnisleistung zusammentraten.[21]

Schließlich folgt auch aus der Erwähnung der *detestatio sacrorum* im Zusammen- **8**
hang mit dem Testament vor der Volksversammlung nicht, dass dieses als Arrogation auf den Todesfall zu verstehen ist. Keine Quelle belegt, dass die *detestatio sacrorum* zum Ritual der Arrogation gehörte.[22] Schon deshalb kann ihre Nennung im Kontext des Testaments keinen Zusammenhang von Testament und Arrogation belegen. Überdies ist die Deutung der *detestatio* als Lossagung des Eingesetzten vom bisherigen Familienverband nicht gesichert. Möglicherweise handelt es sich in Wahrheit um einen Akt des Erblassers, mit dem er Kinder von der Erbfolge ausschloss, also um ein Ritual zum Zweck der Enterbung gesetzlicher Erben.[23]

---

mung der Volksversammlung zum Testament, wenn auch nicht in der Form einer *lex curiata*, *Zabłocki*, BIDR 94–95 (1991/1992) 175–179; *ders.*, Pocta Blahovi (2009) 555 f.

[17] *Minieri*, SDHI 64 (1998) 276; *Jakab*, OH RLS 500.

[18] *Rüpke*, Kalender (1995) 221; *ders.* Roman Calendar 29 unter Hinweis auf das Wort *menstruis* bei Festus 310L Z. 14.

[19] Vermutlich handelt es sich um den 24. März und den 24. Mai, die in den inschriftlich überlieferten Fasten (vgl. Degrassi (Hg.), Inscriptiones Italiae 13/2 1–263 und die Erläuterungen zur Quellenlage bei *Rüpke*, Kalender (1995) 39–164) mit dem Kürzel *QRCF* (*quando rex comitiavit fas* – „wenn der König den Versammlungsplatz betreten hat, [sind Gerichtssitzungen] zulässig", Varro ling. 6,31; Fest. p. 310 L und Paul. Fest. p. 311 L) bezeichnet sind. So im Anschluss an *Mommsen*, Chronologie [2](1859) 242 *Magdelain*, RHD 58 (1980) 7 und – trotz Hinweises auf ungelöste Folgeprobleme – *Rüpke*, Kalender (1995) 216–221 sowie *ders.* Roman Calendar (2011) 27–29; zum Verfahren der *comitia calata* noch *Wolff*, Recht (2015) 217–236 (ursprünglich 1980 publiziert) und *Bianchi*, Rex sacrorum [2](2017) 195–202.

[20] Dafür aber *Scotti*, Testamento (2012) 10 Fn. 37.

[21] *Corbino*, Iura 42 (1991) 148–150; *Arces*, Disporre mortis causa (2013) 164; vgl. auch *Daverio*, SDHI 45 (1979) 531. Als Sonderform der Kuriatkomitien betrachtet die *comitia calata* demgegenüber *Magdelain*, Loi 82 f.

[22] *Daverio*, SDHI 45 (1979) 534; *Arces*, Disporre mortis causa (2013) 136.

[23] Dafür *Zabłocki*, BIDR 92–93 (1989/1990) 524 f.; *Arces*, Disporre mortis causa (2013) 163–174.

9 Insgesamt ist der Zusammenhang zwischen *adrogatio* und *testamentum calatis comitiis* – wenn ein solcher Zusammenhang überhaupt besteht – weniger eng als vielfach angenommen. Wenn das Komitialtestament nicht als Arrogation auf den Todesfall gedeutet wird, entfällt ein wichtiger Grund für die Annahme, dass vor der Volksversammlung lediglich ein Erbe eingesetzt werden konnte, aber keine anderen Verfügungen, wie insbesondere Vermächtnisanordnungen und auch die Ernennung eines Vormunds, möglich waren.[24] Andererseits gibt es keinen Grund das Komitialtestament als reines Legatentestament anzusehen.[25] Für das *testamentum in procinctu*, das zurecht als „bloßer Sonderfall des Komitialtestaments" bezeichnet worden ist,[26] ist belegt, dass es eine Erbeinsetzung enthalten konnte.[27] Schon deshalb ist dasselbe auch für das *testamentum calatis comitiis* anzunehmen.[28] Mit dieser Feststellung soll freilich nicht behauptet sein, dass schon das Recht zur Zeit der Zwölftafeln oder gar in einer noch früheren Periode die Begriffe *heres* und *hereditas* kannte und sie in demselben Sinn verwendete wie später das klassische Recht.[29] Es ist aber jedenfalls anzunehmen, dass das *testamentum calatis comitiis* die Verfügung über den gesamten Nachlass ermöglichte, wenn damit auch noch nicht alle Folgen der klassischen *heredis institutio* verbunden gewesen sein mögen.

10 Wenn das Testament vor der Volksversammlung sowohl Gesamt- als auch Einzelverfügungen (Freilassungen und Vermächtnisse mit der Wirkung eines Vindikationslegats[30]) und Tutorenernennungen[31] in sich aufnehmen konnte, kann der Zwölftafelsatz *uti legassit suae rei, ita ius esto*[32] auf diese Testamentsform bezogen werden. Es ist unter dieser Voraussetzung plausibel, dass bei Erlass des Zwölftafelgesetzes (nur) das Komitialtestament bereits existierte.[33] Das *testamentum per aes et libram*, dessen gesetz-

[24] Gegen die Möglichkeit von Vermächtnisanordnungen im *testamentum calatis comitiis Voci*, DER I 22 f.; *Albanese*, Gli atti negoziali (1982) 31 („in origine"); sowie auch *Kaser*, RP I 106 Fn. 13, der Vermächtnisanordnungen lediglich als Anhang zum eigentlichen Testament für möglich hält, und *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 7; Legate für möglich halten *Magdelain*, Hom. Schilling 165 f.; *Albanese*, ACop I 118; *Arces*, Disporre mortis causa (2013) (2013) 174.

[25] Dafür *Lenel*, Labeo 12 (1968) 358–374 (ursprünglich 1913 publiziert); ebenso *Liebs*, Römisches Recht (2004) 137 f.

[26] *Kaser*, RP I 106.

[27] Plut. Coriol. 9,3; dazu *Minieri*, SDHI 64 (1998) 280.

[28] *Albanese*, ACop. I, 117; *Magdelain*, Hom. Schilling (1983) 165 f.

[29] Dazu *Albanese*, AUPA 20 (1949) 418–432.

[30] *Lenel*, Labeo 12 (1968) 361.

[31] Dazu *Magdelain*, Hom. Schilling 166 f., nach dessen Auffassung sich Erbeinsetzung und Tutorenernennung gegenseitig ausschlossen.

[32] XIItab 5, 3; die im Text wiedergegebene Fassung ist in Pomp. 5 Q. Muc. D. 50.16.120, Inst. 2.22 pr und Gai. 2.224 überliefert. Abweichende Versionen in Theoph. inst. 2.22 pr; Novell. Iust. 22.2; Ulpiani regulae 11.14 sowie bei Cic. inv. 2,148 und Rhet. Her. 1,23. Zur Frage, welche der überlieferten Versionen den Vorzug verdient *Gaudemet*, Hom. Schilling 109–115; *Bretone*, Labeo 41 (1995) 77; *ders*, Fondamenti (1988) 33 f.; Albanese, AUPA 45.1 (1998) 62–66.

[33] *Lenel*, Labeo 12 (1968) 362; *Watson*, Succession (1971) 11; *Magdelain*, Hom. Schilling 604 Fn. 193; *Schanbacher*, Ratio (1995) 16 f.; *Bretone*, Labeo 41 (1995) 81; *ders.*, Fondamenti (1998) 40.

liche Anerkennung die wohl vorherrschende Auffassung in dem Zwölftafelsatz ausgesprochen sieht,[34] entstand demnach vermutlich erst in postdezemviraler Zeit.[35]

Zur Frage, welchem Personenkreis die letztwillige Verfügung vor der Volksversammlung möglich war, geben die Quellen nicht direkt Auskunft. Zwingende Gründe für die Annahme, dass es Angehörigen der *plebs* und Frauen nicht gestattet war, vor der Versammlung das Wort zu ergreifen, gibt es nicht.[36] Ebenso gibt es in den Quellen keinen Beweis dafür, dass das Komitialtestament nur bei Fehlen von *sui heredes* möglich war.[37] 11

2. Das Testament vor dem kampfbereiten Heer

Wie bereits hervorgehoben, kann das *testamentum in procinctu* als bloße Abwandlung des Testaments vor der Volksversammlung angesehen werden. Dass das römische Bürgerheer als Erscheinungsform der Volksversammlung betrachtet werden konnte, belegt schon die Institution der Zenturiatkomitien. Die Annahme, dass eine vor dem Heer abgegebene Erklärung einer Erklärung vor den *comitia calata* äquivalent war, liegt umso näher, wenn die Versammlung über das Testament keinen Beschluss fasste, sondern das Geschäft nur kollektiv bezeugte. Dass den Bürgern, die sich in unmittelbare Lebensgefahr begaben, Gelegenheit gegeben wurde, letztwillig zu verfügen, ohne den Termin der nächsten *comitia calata* abwarten zu müssen, liegt nahe. 12

Die Bezeichnung des *testamentum in procinctu* verweist darauf, dass der letzte Wille erklärt wurde, wenn die Kämpfer sich durch Hochgürten der Toga für das Aufeinandertreffen mit dem Feind bereit gemacht hatten. Einige Quellen legen es nahe, das Schürzen der Toga vor der Schlacht mit der als *cinctus Gabinus* bezeichneten Trageweise zu identifizieren.[38] Jedoch ist der *cinctus Gabinus* direkt nur als für bestimmte religiöse 13

[34] *Kaser*, Ius 149 f. und 164–167; *ders.* RP I, 107 f.; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 718; *Schanbacher*, Ratio (1995) 18 Fn. 12 und 20; *Cursi*, Ess. Sirks 155 und *Cursi*, in Cursi XII Tabulae I 357–361. Für eine Beziehung des Zwölftafelsatzes auf das Libraltestament – trotz der Annahme, dass schon das Komitialtestament Erbeinsetzungen und Vermächtnisse enthalten konnte – auch *Albanese*, AUPA 45.1 (1998) 61. Ebenso wohl *D'Orta*, Heredis institutio (1996) 39–41. Auf alle drei bei Gai. 2.101 genannten Testamentsformen bezieht den Zwölftafelsatz *Arces*, Disporre mortis causa (2013) 122 f.

[35] *Magdelain*, Hom. Schilling 161 Fn. 2 und 163; vgl. auch *Bretone*, Labeo 41 (1995) 81; *ders.*, Fondamenti (1998) 40.

[36] Zur Möglichkeit, dass Frauen ein *testamentum calatis comitiis* errichten konnten, *Zabłocki* BIDR 94–95 (1991/1992) 179; für die Testierfähigkeit von Plebejern *Arces*, Disporre mortis causa (2013) 103; anderer Ansicht *D'Orta*, Heredis institutio (1996) 117.

[37] Für diese Beschränkung *Voci*, DER I 23; *Magdelain*, Hom. Schilling 166; anders *Albanese*, Atti negoziali (1982) 31 (auch Auswahl eines von mehreren *sui* möglich); *Arces*, Disporre mortis causa (2013) 173 f. (Enterbung der *sui* möglich), vgl. auch *Zabłocki*, BIDR 92–93 (1989/1990) 524 f.

[38] Insbesondere Paul. Fest. 251L; für die Identifikation *Stone*, in Sebesta/Bonfante, Roman Costume (2001) 13; *D'Orta*, Heredis institutio (1996) 116.

Rituale belegt. Ob diese Trageweise wirklich einem „archaische[n] Kriegskleid“[39] genau entsprach, ist zweifelhaft.[40]

14 Dennoch war das *testamentum in procinctu* – anders als das kaiserzeitliche Soldatentestament (→ Rn. 41–47) – kein völlig formloses Nottestament. Vielmehr bestanden präzise Vorgaben hinsichtlich der Zeit der Testamentserrichtung. Diese war an die Durchführung der Auspizien durch den Befehlshaber gebunden. Vermutlich wurden während der Vorbereitungen zur Schlacht zweimal Auspizien durchgeführt. Erst während der zweiten Auspizien, unmittelbar vor Beginn der Kampfhandlungen, war Gelegenheit zur Errichtung von *testamenta in procinctu*.[41]

15 Anders als für das *testamentum calatis comitiis* sind für das Testament vor dem kampfbereiten Heer konkrete Anwendungsfälle belegt. Es scheint sich bis in die zweite Hälfte des zweiten Jahrhunderts vor Christus gehalten zu haben.[42] Nach dem Zeugnis Ciceros kam es außer Übung, weil mit der Übertragung militärischer Kommandos an Promagistrate, die zur Durchführung der Vogelschau nicht befugt waren, die Auspizien vor Beginn der Schlacht entfielen.[43] Jedenfalls wurde die Testamentserrichtung *in procinctu* am Ende der Republik nicht mehr praktiziert.[44]

3. Die *mancipatio familiae*

a. Funktion und Wirkungen

16 Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich keine Vorschrift des Zwölftafelgesetzes sich auf die die Manzipation des gesamten Vermögens (*familiae mancipatio*)[45] zum Zwecke der Verfügung von Todes wegen beziehen. Diese ist vermutlich eine Schöpfung der Rechtspraxis und stammt erst aus der Zeit nach Erlass des Zwölftafelgesetzes[46] Konnte schon das *testamentum calatis comitiis* Erbeinsetzungen und Vermächtnisse in sich aufnehmen, so ist die Darstellung des Gaius[47] plausibel, derzufolge die neue Form

---

[39] *Rüpke*, Domi militiae (1990) 153 f, Fn. 10.

[40] *Minieri*, SDHI 64 (1998) 258–261.

[41] Vgl. Cic. nat. deor. 2,3,9 und Schol. Verg. Veron. Aen. 10,241; dazu *Rüpke*, Domi militiae (1990) 153; *D'Orta*, Heredis institutio (1996) 118 f.; *Zabłocki*, Pocta Blahovi (2009) 558 f.; eingehend zum römischen „diritto augurale“, aber nur beiläufig zum Zusammenhang von Auspizien und Testamentserrichtung *Fiori*, Ess. Winkel (2014) 301–311.

[42] Vgl. *Minieri*, SDHI 64 (1998) 285–288 zu der bei Vell. 2,5,2,3 berichteten Episode als letztem belegtem Anwendungsfall.

[43] Cic. nat. deor. 2,3,9; vgl. auch div. 2,36,76; dazu *D'Orta*, Heredis institutio (1996) 111; *Minieri*, SDHI 64 (1998) 289–292.

[44] Caes.Gall.1,39,4 ist kein Beleg für eine Existenz des *testamentum in procinctu* noch zur Zeit Caesars, vgl. *D'Orta*, Heredis institutio (1996) 112 f.; *Minieri*, SDHI 64 (1998) 292 f.; *Meyer-Hermann*, Testamentum militis (2012) 55; Anders anscheinend *Rüpke*, Domi militiae 153.53 f.;

[45] Zu diesem Terminus eingehend *Terranova*, AUPA 53 (2009) 315–317.

[46] Vgl. o. Fn. 35.

[47] Gai. 2.102.

entwickelt wurde, um eine Regelung der Vermögensverhältnisse in Fällen zu ermöglichen, in denen der Zusammentritt der *comitia calata* wegen des bevorstegenden Todes des Erblassers (*si subita morte unguebatur)* nicht abgewartet werden konnte und die Voraussetzungen eines *tetstamentum in procinctu* nicht vorlagen.[48]

Nach dem Quellenbefund, insbesondere auf Grund von Gai. 2.103, muss man an- **17**
nehmen, dass die Einsetzung eines Erben grundsätzlich auf diesem Weg nicht möglich war, weil der *familiae emptor* selbst das gesamte Vermögen erhielt und insofern die Position des Erben einnahm (*heredis locum obtinebat)*.[49] Wie von Gaius berichtet, hatte der *familiae emptor* die Aufgabe, einzelne Gegenstände aus dem Nachlass nach dem Tod des Erblassers entsprechend dessen Wünschen zu verteilen. Es liegt nahe, die auf diesem Weg vollzogenen Zuwendungen als Vor- oder Frühformen des Damnationslegats zu deuten, denn während das Vindikationslegat zur Treuhandkonstruktion der *familiae mancipatio* nicht passt, weil es einen Direkterwerb des Vermächtnisnehmers vom Erblasser ermöglicht, setzt das Damnationslegat den Einsatz einer Mittelsperson voraus, von welcher der Begünstigte die vermachte Sache fordern kann.[50]

In der neueren Literatur viel umstritten ist die Frage, welche rechtlichen Wirkungen **18**
die Manzipation des Vermögens an den *familiae emptor* im archaischen Recht hatte. Die Antwort hängt davon ab, wie man die bei Gai. 2.104 bruchstückhaft überlieferte Spruchformel des Erwerbers rekonstruiert und ob man sie für ursprünglich oder jedenfalls der archaischen Epoche angehörig hält oder für eine spätere Veränderung des Rituals der *familiae mancipatio*. Die Spruchformel bringt mit einiger Wahrscheinlichkeit eine Beschränkung der Befugnisse des *familiae emptor* zum Ausdruck. Dies ist unabhängig davon anzunehmen, welche Rechte mit den Ausdrücken *mandatela* und *custodela* gemeint sind[51] und wem die Spruchformel diese Befugnisse zuweist. Wenn die Formel bestimmte, als *mandatela* (‚Auftragsgewalt'[52]?) bezeichnete Befugnisse beim Veräußerer belässt,[53] bringt sie die Beschränkung der Position des Erwerbers unmittelbar zum Ausdruck. Aber auch, wenn der Erwerber mit der Formel *mandatela* und *custodela* für sich beansprucht,[54] kommt in der Erwähnung dieser konkreten Befugnisse die beschränkte Wirkung der *familiae mancipatio* im Vergleich mit Manzipationen zum Ausdruck, welche schlicht das Eigentum *ex iure Quiritium* vermitteln.[55]

---

[48] *Magdelain*, Hom. Schilling 161.

[49] *Magdelain*, Hom. Schilling 167; zur Deutung der Wendung auch *Scotti*, Testamento (2012) 12 Fn. 51 und *Cursi*, in Cursi XII Tabulae I ,363.

[50] *Kaser*, Ius (1949) 155 f.; vgl. auch *Talamanca*, Istituzioni (1990) 719.

[51] Zur Deutung *Terranova*, Stud Urb (Ser A) 66 (2015) 249–251; vgl. auch *Scotti*, Testamento (2012) 14 f. Fn. 69.

[52] *Wieacker*, RRG I 326 Fn. 86.

[53] So *Kaser* RP I 107; *Magdelain*, Hom. Schilling (1983) 162; *Wieacker*, RRG I 338; *Terranova*, Stud Urb (Ser A) 66 (2015) 253.

[54] Für diese Lesart *Pérez Siméon*, Nemo (2001) 31 Fn. 45 gestützt auf *David/Nelson*, Gai Inst IV (1954) 317.

[55] Dafür im Ergebnis auch *David/Nelson*, Gai Inst IV (1954) 317.

19 Ein Rechtszustand, in dem die Befugnisse des *familiae emptor* (zu Lebzeiten des Erblassers und nach dessen Tod) nicht entsprechend dem Zweck der Manzipation beschränkt waren, hätte alsbald zu Schwierigkeiten führen müssen. Diese Überlegung und die archaische Formulierung[56] sprechen für ein relativ hohes Alter des bei Gaius überlieferten Formeltextes.[57] Einer präzisere Zeitangabe dürfte kaum möglich sein. Nicht anzunehmen ist jedenfalls, dass die einschränkende Fassung der Spruchformel erst mit der radikalen Umgestaltung der letztwilligen Verfügung *per aes et libram* gebräuchlich wurde, die den *familiae emptor* jeder Funktion bei der Nachlassabwicklung beraubte.[58] – Geht man davon aus, dass die Rechte des *familiae emptor* seit Beginn der Verwendung des Manzipationsrituals für Verfügungen von Todes wegen oder jedenfalls von einem frühen Zeitpunkt an zweckdienlich beschränkt waren, so muss nicht angenommen werden, dass zusätzlich oder statt dessen die Wirkungen der Manzipation auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers hinausgeschoben wurden.[59] Ferner folgt aus der Beschränkung der Rechte des *familiae emptor*, dass man die Weisungen des Erblassers nicht als rechtlich unverbindliche Bitten ansehen kann.[60] Es ist auch nicht ersichtlich, warum die Weisungen, die der Erblasser im unmittelbaren Zusammenhang mit der Manzipation aussprach, nicht schon in archaischer Zeit als *nuncupationes* aufgefasst worden sein sollten, die gemäß dem Zwölftafelgesetz (XII tab. VI, 1) verbindlich waren.[61]

b. Rechtlicher Charakter

20 Mit der Problematik der Rechtsfolgen der *familiae mancipatio* eng verbunden ist die Streitfrage, ob man die *familiae mancipatio* (zusammen mit den ihr folgenden Weisungen des Erblassers an den *familiae emptor*) im archaischen Recht schon als Testament bezeichnen kann.[62] Die Frage lässt sich nur differenziert beantworten. Wenn sie auf den Sprachgebrauch der römischen Juristen selbst abzielt, kann festgehalten werden, dass Gaius im Rückblick den Ausdruck schon auf die archaische Form der letztwilligen Verfügung *per aes et libram* bezieht.[63] Ab wann für die Verfügung *per aes et libram* die

[56] *Terranova*, Stud Urb (Ser A) 66 (2015) 249–251.

[57] So auch *Terranova*, Testamentum I (2011) 73 f.; *dies.*, Stud Urb (Ser A) 244.

[58] So aber *Magdelain*, Hom. Schilling 161 f.; ähnlich *Coppola Bisazza,* Iura 62 (2014) 255–260.

[59] Für eine solche Aufschiebung *Kaser* RP I 108; *Zimmermann*, in: Helmholz/Zimmermann, Itinera (1998) 269; *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 32; *D'Orta,* Heredis institutio (1996) 103; wie hier *Terranova*, Testamentum I (2011) 276–296.

[60] So aber *Magdelain*, Hom. Schilling (1983) 161; wie hier *Terranova*, Stud Urb (Ser A) 66 (2015) 257.

[61] Vgl. *Arces*, RDR 11 (2001) 17; *Cursi*, Ess. Sirks 155.

[62] Dagegen *Voci* DER I 23; *D'Orta*, Heredis institutio (1996) 93; dafür *Magdelain*, Hom. Schilling 161mit Fn. 3; *Albanese*, Atti negozioali (1982) 48 Fn. 65; *Terranova,* AUPA 53 (2009) 333. Bei *Terranova* 301 Fn. 2 weitere Nachweise zu den vertretenen Positionen.

[63] *Terranova*, AUPA 53 (2009) 308 mit Bezug auf Gai. 2.102.

Bezeichnung *testamentum* üblich wurde, lässt sich den Quellen nicht entnehmen. Die Etymologie des Wortes, die auf einen Akt vor Zeugen hindeutet (→ Rn. 6), legt es jedenfalls nahe, dass der Ausdruck, der sich nach der hier vertretenen Auffassung ursprünglich auf das *testamentum calatis comitiis* bezog, auf den Libralakt übertragen werden konnte.[64] Legt man allerdings den modernen Begriff des Testaments als eines einseitigen, zu Lebzeiten des Erblassers frei widerruflichen Aktes zugrunde, so ergibt sich aus dem Gesagten, dass die archaische *familiae mancipatio* kein einseitiger, sondern ein nach Form und Inhalt zweiseitiger Akt war. Es kann auch nicht angenommen werden, dass die Übertragung von Rechten an den *familiae emptor* widerruflich oder abänderbar war.[65] Insofern kann die archaische Form des Geschäfts allenfalls *cum grano salis* als Testament bezeichnet wertden.

Ungeachtet seiner beschränkten Rechtsstellung sind dem *familiae emptor* Rechte **21**
(am Vermögen des Erblassers) anvertraut, über die er selbst verfügen soll, die er aber nicht im eigenen Interesse, sondern entsprechend den Bestimmungen des Erblassers nutzen soll. Demnach handelt es sich um ein Treuhandverhältnis – jedenfalls im Sinne der weiten Definition Helmut Coings.[66] Die Nutzung einer Treuhandkonstruktion zur Erweiterung der erbrechtlichen Verfügungsmöglichkeiten sollte sich im antiken römischen Recht mit der Entwicklung der Fideikommisse wiederholen (→ § 98). Auch in der nachantiken Zeit lassen sich von der Affatomie des fränkischen Rechts[67] bis zum englischen *trust*[68] immer wieder vergleichbare Formen letztwilliger Verfügungen finden.[69] Demgegenüber sind die Belege für die Existenz einer Letztwillenstreuhand im altgriechischen Recht eher spärlich.[70] Allemal ist das wiederholte Auftreten der Treu-

[64] *Terranova*, AUPA 53 (2009) 327–331.

[65] Vgl. *Terranova*, Testamentum I (2011) 286–296 zur Lösung der sich daraus ergebenden Probleme.

[66] *Coing*, Treuhand (1973) 1; ähnlich bereits *Schultze*, Treuhand (1895) 96; anders *Lévy-Brühl*, FS Schulz I 256; vgl. zum Treuhandbegriff *Scherner*, Art „Treuhand", in HRG V[1] (1998) Sp. 342.

[67] Dazu *Schmidt-Recla*, in Dilcher/Distler, Leges (2006) 473–477.

[68] Der *trust* wird nicht ausschließlich, aber häufig im Zusammenhang mit letztwilligen Verfügungen eingesetzt, vgl. *Johnston*, Trusts (1988) 1 und 283–286.

[69] Vgl. auch *Schultze*, Treuhand (18995 54–59 und *Scherner*, in: Helmholz/Zimmermann, Itinera (1998) 250.

[70] Insbesondere ist es in dem bei *Bruck*, Schenkung (1909) 76–79 und 147 als Beleg, der „auf einen allgemein üblichen Brauch" schließen lasse, herausgestellten Fall aus der (fälschlich dem Demosthenes zugeschriebenen) Rede des Apollodoros gegen Kallippos sehr zweifelhaft, ob der Beklagte Kallippos wirklich treuhänderischer Empfänger einer Schenkung von Todes wegen war, vgl. *Trevett*, Apollodoros (1992) 97 mit Fn. 57; zu der bei *Bruck*, Schenkung (1909) 41–46 behandelten Inschrift Inschrift IG V/2, 159 aus Tegea mit dem (angeblichen) Testament des Xouthias *Thür/Taeuber*, Inschriften (1964) 5 Fn. 12 und *Thür*, FS Kränzlein 123–135. Die Bestimmungen in den Testamenten der Philosophen Theophrast (Diog. Laert. 5,52 f.), Straton (Diog. Laert. 5.62), Lykon (Diog. Laert. 5.70) und Epikur (Diog.Laert. 10.16 f.), in denen das Gelände der von ihnen geleiteten Philosophenschule jeweils einem oder mehreren Nachfolgern zur Fortführung des Schulbetriebes übertragen wird, gehören eher zur Vorgeschichte des Stiftungsrechts als des allgemeinen Testaments-

handfigur im Kontext letztwilliger Verfügungen kein Beweis für eine vom griechischen Recht bis zum modernen Testamentsvollstrecker führende Entwicklungslinie, sondern zeigt nur, dass die Idee, eine Gewährsperson mit der postmortalen Durchsetzung der eigenen Vorstellungen zu betrauen, naheliegend und effizient ist.

c. Fortentwicklung

22 Zur Zeit des klassischen römischen Rechts bestand die Verfügung von Todes wegen *per aes et libram* der Form nach fort, hatte aber völlig andere Rechtsfolgen als im archaischen Recht. Es muss demnach – wie von Gaius berichtet – zu einer grundlegenden Umgestaltung des Geschäfts gekommen sein, durch die es seine Rechtsnatur als unmittelbare Rechtsübertragung auf einen Treuhänder verlor. Dies muss im Zusammenhang mit der Aufnahme der Verfügungen, die zuvor dem Komitialtestament vorbehalten waren, insbesondere also der *heredis institutio,* in die vom Erblasser erteilten Weisungen geschehen sein, denn neben dem eingesetzten *heres* war kein Raum für eine treuhänderische Verfügungsgewalt des *familiae emptor*. Der genaue Zeitpunkt der Veränderung[71] lässt sich nicht angeben, ebenso wenig lässt sich näher beschreiben, wie es zu dieser Veränderung kam. Möglicherweise war es ein längerer Prozess, während dessen sich die römische Vorstellung vom *heres* als Gesamtrechtsnachfolger erst herausbildete,[72] der dazu führte, dasss die Einsetzung eines Erben im Libraltestament möglich und sogar für die Wirksamkeit der Verfügung notwendig wurde.

III. Das Testamentsrecht der klassischen Zeit

1. Das Libraltestament

23 In der klassischen Epoche des römischen Rechts ist das *testamentum per aes et libram* die ordentliche Form des römischen Testaments. Schon bevor die Prätoren mit der Verleihung des Nachlassbesitzes aufgrund des sogenannten Siebenzeugentestaments auch formell vom Erfordernis der Durchführung des Manzipationsrituals abgingen, trat dieses gegenüber der schriftlichen Testamentsurkunde zunehmend in den Hintergrund.

---

rechts; vgl. zu den Philosophentestamenten *Bruck*, Totenteil [2](1970) 260–266 und *Barta*, Graeca II, 1 (2011) 536–542.

[71] Dazu *D'Orta,* Heredis institutio (1996) 3 Fn. 2. Für die mittle Republik *Magdelain*, Hom. Schilling 161; ebenso schon *Wieacker* FS Siber I 39 f.

[72] In diesem Sinne *Albanese*, AUPA 20 (1949) 424 f.; *Terranova*, AUPA 53 (2009) 304 Fn. 4.

a. Die Testierfähigkeit

Die Testierfähigkeit wird lateinisch mit dem Ausdruck *testamenti factio* bezeichnet, der auch die Fähigkeit bezeichnen kann, durch Testament zu erwerben (→ § 52 Rn. 1), und dadurch missverständlich ist.[73] Grundsätzlich sind alle geschlechtsreifen[74] und gewaltfreien[75] römischen Bürger beiderlei Geschlechts[76] testierfähig. Nach der vorherrschenden Auffassung haben auch Inhaber des latinischen Rechts und andere Peregrinen, denen das *commercium* (→ § 26 Rn. 16) zusteht, die Möglichkeit zur Errichtung eines (Libral-) Testaments.[77] Neuerdings bezweifelt Coşkun die Testamentsfähigkeit der Latiner.[78] Tatsächlich ist kein direkter Beleg dafür ersichtlich, dass ein Latiner einen römischen Bürger durch ein nach *testamentum per aes et libram* zum Erben einsetzen konnte. Jedoch ist Annahme plausibel, dass die Zulassung zur *mancipatio*, die mit der Verleihung des *commercium* einherging,[79] die Errichtung eines Libraltestaments ermöglicht haben muss. Überdies lassen sich die Quellenäußerungen zur Rechtsstellung der sogenannten *latini Iuniani*, nur vor dem Hintergrund der Annahme verstehen, dass prinzipiell mit dem Status eines Latiners die (aktive) Testamentsfähigkeit einherging.[80] **24**

Von der aktiven Testamentsfähigkeit ausgenommen sind Geisteskranke,[81] Taube und Stumme.[82] Blindheit hingegen steht der Testierfähigkeit nicht entgegen.[83] Die Testierfähigkeit entfällt durch die Entmündigung wegen Verschwendungssucht, weil diese seit alters her gerade die Geschäfte *per aes et libram* unmöglich macht (→ § 30 Rn. 30).[84] Durch strafrechtliche Verurteilung geht die Testierfähigkeit verloren, soweit das Urteil auch zum Verlust des Bürgerrechts führt,[85] außerdem ist der Verlust der **25**

[73] Gai. 2 inst. D. 28.1.4; vgl. auch Pomp. reg. sing. D. 28.1.16.

[74] Ulpiani regulae 20.12; Ulp. 6 Sab. D. 28.1.5.

[75] Gai. 17 ed. prov. D. 28.1.6 pr.

[76] Zur Testierfähigkeit von Frauen und der Notwendigkeit der Mitwirkung des Geschlechtsvormundes Gai. 2.112 und dazu *Voci* DER I 393 f.; eingehend zur Testierfähigkeit von Frauen *Scotti*, Testamento (2012) 135–157

[77] *Kaser*, Ausgew. Schr. I 287; *Voci* DER I 391; *Guarino*, Orig. 270; *Mühlhölzl*, Pro Caecina (1992) 149.

[78] *Coşkun*, Bürgerrechtsentzug (2009) 60–70.

[79] Ulpiani regulae 19.4; kritisch zur Annahme, dass das *commercium* eine fest umrissene Rechtsstellung bezeichnete, *Roselaar*, Phoenix 66 (2012) 509.

[80] Vgl. insbesondere Ulpiani regulae 20.14; entgegen *Coşkun*, Bürgerrechtsentzug (2009) 61 ist die Argumentation mit dieser Stelle nicht „unzulässig".

[81] Ulpiani regulae 20.13; Pomp. reg. sing. D. 28.1.16.1; weitere Quellen bei *Scotti*, Testamento (2012) 61 f. Fn. 43 f.

[82] Ulpiani regulae 20.13; Gai. 17 ed. prov. D. 28.1.6.1; vgl. *Küster*, Blinde (1991) 83–92.

[83] Paul. Sent.3.4a.4; *Küster*, Blinde (1991) 68–84.

[84] Diese Begründung ausdrücklich in Ulpiani regulae 20.13; vgl. auch Paul. Sent 3.4a.12; Ulp. 1 Sab. D. 28.1.18; Inst. 2.12.2; *Voci* DER I 395 mit Fn. 50.

[85] Gai. 17 ed. prov. D. 28.1.8.1–9.

Testierfähigkeit für bestimmte Vergehen als gesetzliche Sanktion vorgesehen.[86] Wegen des damit einhergehenden Verlusts des Bürgerrechts (→ § 27 Rn. 16) führt auch die Kriegsgefangenschaft zum Verlust der Testierfähigkeit.[87] Für die Testierfähigkeit kommt es primär auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung an. Der nachträgliche Verlust der Handlungsfähigkeit durch Erkrankung[88] oder Entmündigung[89] ist unschädlich.[90] Demgegenüber führt eine Statusänderung (*capitis deminutio*) nach Testamentserrichtung zur Unwirksamkeit des Testaments.[91]

b. Das Manzipationsritual

26 Nach der Darstellung des Gaius[92] musste das Ritual der *mancipatio* äußerlich in derselben Form ablaufen wie bei der *mancipatio* zum Zweck der Eigentumsübertragung (→ § 17 Rn. 1 und 5). Erforderlich war die Anwesenheit von fünf männlichen geschlechtsreifen römischen Bürgern (oder wenigstens Inhabern des latinischen Bürgerrechts[93]) als Zeugen sowie des Waaghalters (*libripens*) und des *familiae emptor*. Geisteskranke sowie Taube und Stumme waren als Zeugen ausgeschlossen,[94] nicht hingegen alle, die aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung nicht als Zeugen vor Gericht auftreten durften.[95] Ausdrücklich wird hervorgehoben, dass die Zeugen während des ganzen Zeremoniells anwesend sein müssen.[96] Dies ist einleuchtend, steht doch erst am Ende die formelhafte Erklärung des Erblassers, mit der er die Anwesenden um ihr Zeugnis ersucht.[97] Für den Waaghalter erklärt Gaius ausdrücklich, dass er dieselben persönlichen Eigenschaften (Bürgerrecht, Mündigkeit, männliches Geschlecht) besitzen muss, wie die Zeugen, weil er zu diesen zu rechnen ist.[98] Auch der *familiae emptor* ist letztlich nur noch Zeuge, denn das Ritual bewirkt (anders als im archaischen Recht, → Rn. 18) keine Rechtsübertragung auf den *familiae emptor* mehr. Außer der Notwendigkeit seiner Anwesenheit für die ordnungsgemäße Durchführung des Rituals hat der *familiae emptor* weder zu Lebzeiten des Erblassers noch nach dessen Tod eine besondere Funktion. Demgemäß galten auch für ihn dieselben persönlichen Anforderungen wie für Zeugen.[99]

---

[86] Vgl. Paul. Sent. 2.26.13.
[87] Gai. 17 ed. prov. D. 28.1.8 pr.; Einzelheiten bei *Lohsse*, in: Harke, Erbrecht (2012) 79–112.
[88] Ulp. 1 Sab. D8.1.6.1 und D. 28.1.20.4.
[89] Ulp. 1 Sab. D. 28.1.18 pr.
[90] *Voci* DER I 396; *Scotti*, Testamento (2012) 62 Fn. 44.
[91] Gai. 2.145.
[92] Gai. 2.104.
[93] Ulpiani regulae 20.8.
[94] Ulpiani regulae 20.7; Ulp. 1 Sab. D. 28.1.20.4.
[95] Ulp. 1 Sab. D. 28.1.10.5.
[96] Ulp. 1 Sab. D. 28.1.20.8.
[97] Vgl, *D'Orta*, Heredis institutio (1996) 171.
[98] Gai. 2.107.
[99] Ulpiani regulae 20.7 f.; vgl. *Rüfner*, in: Reid et al., Comparative Succession Law I (2011) 6.

Auf die Spruchformel des *familiae emptor*, die – entgegen der tatsächlichen Rechtslage – auf einen (wenn auch beschränkten) Rechtserwerb des *familiae emptor* hindeutete, folgte die *nuncupatio* des Erblassers. In der Darstellung des Gaius ebenso wie in den *Ulpiani regulae* hat es den Anschein als müsse die *nuncupatio* notwendig auf ein Schriftstück Bezug nehmen, in dem der letzte Wille des Erblassers niedergelegt war.[100] Indessen bezeugen zahlreiche Quellen, dass es auch in klassischer Zeit noch möglich war, den gesamten Verfügungsinhalt in einer mündlichen *nuncupatio* zu erklären, ohne auf ein Schriftstück zu verweisen.[101] Diese Möglichkeit kam nicht zuletzt für Schreib- und vor allem Leseunfähige in Betracht.[102] **27**

Im Einklang mit der für die *stipulatio* geltenden Regel[103] der so genannten *unitas actus* (→ § 21 Rn. 9) forderten die klassischen Juristen, dass die Testamentserrichtung ohne Unterbrechung ablaufen müsse.[104] Im Kontext des Libraltestamentes bedeutet die Maxime *uno contextu actus testari oportet*, dass das Manzipationsritual bis zum Abschluss der *nuncupatio*[105] in Gegenwart der zu diesem Zweck[106] beigezogenen Zeugen vollzogen wurde. Soweit in der *nuncupatio* auf eine schriftliche Testamentsurkunde verwiesen wurde, war die Niederschrift der Urkunde von der Regel nicht betroffen. **28**

In überlieferten Testamentsurkunden ist in relativ vielen Fällen eine Manzipationsklausel enthalten, die protokolliert, dass das Manzipationsritual tatsächlich stattgefunden hat.[107] Die Existenz einer solchen Klausel kann freilich allenfalls beweisen, dass man das Ritual rechtlich für erforderlich hielt, nicht aber dass es tatsächlich bei jeder Testamentserrichtung stattfand. Wenn vor Gericht ein Schriftstück mit Manzipationsklausel als Nachweis der ordnungsgemäßen Testamentserrichtung genügte, war die tatsächliche Durchführung des Rituals praktisch entbehrlich. Viel spricht dafür, dass das Ritual, zumal bei den Bewohnern der römischen Provinzen, schon in der Prinzipatszeit nicht mehr verstanden und daher auch nicht wirklich vollzogen wurde.[108] **29**

---

[100] Gai. 2.104 und Ulpiani regulae 20.9.

[101] Suet. Vit. Hor.; Ulp. 2 Sab. D. 28.1.21 pr.; vgl. *Avenarius*, Iura 60 (2012) 201 f.; *Nowak*, Wills (2015) 20 und 67; zur Beweiskraft der Formulierung *minus scriptum plus nucupatum videtur* – „Es ist anzunehmen, dass weniger geschrieben als mündlich gesprochen wurde" (Dioc./Maxim. C. 6.23.7 (a.290) und ähnlicher Wendungen (Ulp. 1 Sab. D. 28.5.1.5 und 9; Ulp. 5 Sab. D. 28.5.9.2) für die Existenz mündlicher Testamente *Blanch Nougues*, RIDA 47 (2000) 130–133; *Rüfner*, in: Reid et al., Comparative Succession Law I (2011) 6; zu den Texten auch *Talamanca*, BIDR 98–99 (1995–1996) 572 und 577.

[102] Vgl. Paul. Sent. 3, 4a, 4 und 4a = Paul. 3 sent. D. 28.1.10. – Ob Schreibunfähige und Blinde nur mündlich testieren konnten, wie *Kaser* RP II 482 meint, erscheint fraglich, denn die mündliche Bezugnahme auf eine von einem anderen geschriebene Urkunde war ihnen gleichwohl möglich, eingehend zu dieser Frage *Fröschl*, SZ 104 (1987) 115–122.

[103] Ven. 1 stip. D. 45.1.137 pr.

[104] Ulp. 2 Sab. D. 28.1.21.3; vgl. *Rüfner*, in: Reid et al., Comparative Succession Law I (2011) 6.

[105] *Terranova*, AUPA 53 (2009) 316 Fn. 35; *Sánchez-Moreno Ellart*, in: Caseau/Huebner, Inheritance (2014) 244.

[106] Ulp. 2 Sab. D. 28.1.21.2.

[107] *Nowak*, Wills (2015) 22.

[108] *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 20; 291–293; *Nowak*, Wills (2015) 19–46.

c. Die Testamentsurkunde

aa. Schreibmaterial

30 In der Regel wurde eine schriftliche Urkunde errichtet. Die in den Quellen überlieferte Formel der auf die Urkunde bezugnehmenden *nuncupatio* des Erblassers spricht von Wachstafeln (*tabulae ceraeque*).[109] Der Grund dafür, dass Wachstafeln verwendet wurden, obgleich sie wegen der Möglichkeit, das Geschriebene spurlos auszustreichen, nicht optimal geeignet erscheinen, mag darin liegen, dass Aufzeichnungen auf Wachstafeln von den Römern mit zielgerichtetem und vorausschauendem, Handeln assoziiert wurden[110] und an die zur Gesetzespublikation verwendeten Holztafeln erinnerten. Soweit die bei Gaius überlieferte, ausdrücklich auf *tabulae ceraeve* bezugnehmende Spruchformel verwendet wurde, dürfte die Verwendung von Wachstafeln für das Manzipationstestament zwingend gewesen sein.[111] Tatsächlich wurde in der Praxis lange Zeit selbst in Ägypten, wo ansonsten Papyrus der übliche Beschreibstoff war, an der Verwendung der Täfelchen festgehalten.[112] Indessen kann die unveränderte Verwendung der von Gaius wiedergegebenen Formel schon deshalb nicht vorgegeben gewesen sein, weil sie für das mündliche Testament nicht passte. Deshalb ist nicht anzunehmen, dass es sich um ein zwingendes Formerfordernis handelte.[113] Soweit ersichtlich wurde die Frage nach der Zulässigkeit anderer Beschreibstoffe erst in der Spätklassik gestellt und (von Ulpian) bejaht (→ § 57 Rn. 180).[114]

31 Soweit Wachstäfelchen benutzt wurden,[115] waren die Vorgaben eines *Senatusconsultum Neronianum* aus dem Jahr 61 n. Chr. zu beachten. Dieses führte präzise Vorschriften dazu ein, wie Täfelchen, die einen Vertrag (*contractus*) enthielten, zu verschließen und zu versiegeln waren und wie sie den Zeugen gezeigt werden mussten (→ § 13 Rn. 51).[116] Dass der Senatsbeschluss auch auf Testamente anzuwenden war, ist schon deshalb anzunehmen, weil vermutlich ein aufehenerregender Fall von Testamentsfälschung den Anlass für das Eingreifen des Senates bot.[117] Urkundenfunde belegen, dass die Vorschriften des Senatsbeschlusses nach einer gewissen Übergangszeit befolgt wurden.[118]

---

[109] Gai. 2.104 und Ulpiani regulae 20.9.

[110] *Meyer*, Legitimacy (2004) 29; *Avenarius*, Iura 60 (2012) 214.

[111] *Avenarius*, Iura 60 (2012) 208 f.

[112] *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 26.

[113] So auch *Strobel*, Testamentsurkunden (2014), 29.

[114] Ulp. 39 ed. D. 37.11.1 pr.

[115] Für andere Materialien war die Vorschrift des Senatsbeschlusse nicht passend, vgl. *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 26 Fn. 48.

[116] Suet. Nero 17; Paul. sent. 5,25,6; vgl. *Blanch Nouges*, RIDA 47 (2000) 140; *Camodeca*, St. Labruna I 64–636; *Scotti*, Testamento (2012) 393–398; *Jakab*, Ess. Winkel I (2014) 421; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 23 f.

[117] *Jakab*, Ess. Winkel I (2014) 420 f. mit Hinweis auf Tac. Ann. 14,40. Für Anwendbarkeit des *SC Neronianum* auf Testamente auch *Blanch Nouges*, RIDA 47 (2000) 138–140 und *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 138.

[118] *Camodeca*, St. Labruna I 636; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 23.

bb. Siegel, Unterschriften und Datierung

Die Testamentsurkunde musste nicht eigenhändig geschrieben sein, vielmehr war der Einsatz von Schreibern üblich.[119] Eine Unterschrift des Erblassers war ursprünglich nicht erforderlich.[120] Wenn allerdings dem Schreiber selbst im Testament etwas zugewendet wurde, musste die Gültigkeit der Zuwendung durch die eigenhändige Unterschrift des Erblassers bekräftigt werden.[121] Auch wo die Unterschrift nicht aus diesem Grund notwendig war, wurde sie häufig hinzugesetzt.[122] Nach dem *ius civile* war auch die Siegelung des Testaments durch die Zeugen und deren Unterschrift kein Wirksamkeitserfordernis. Jedoch wurden die Zeugen durch das bereits erwähnte Senatusconsultum Neronianum (→ Rn. 31) verpflichtet, das Testament zu siegeln.[123] Entweder durch denselben Senatsbeschluss oder eine im weiteren Verlauf der klassischen Epoche erlassene Vorschrift wurden den Zeugen auferlegt, ihren Namen zu dem Siegel zu schreiben.[124] Eine Datierung der Testamentsurkunde war nicht vorgeschrieben, aber gebräuchlich.[125] **32**

cc. Erbeinsetzung, Formeln

Zu den bisher genannten formalen Anforderungen an ein wirksames Testament tritt als wesentliche inhaltliche Wirksamkeitsvoraussetzung das Vorhandensein einer Erbeinsetzung. Im klassischen Recht war die wirksame Einsetzung eines Erben, die vermutlich ursprünglich gar nicht Gegenstand einer letzwilligen Verfügung *per aes et libram* sein konnte, notwendiger Bestandteil jedes Testaments.[126] Fehlte die Erbeinsetzung, war sie unwirksam oder schlug sie fehl, weil der eingesetzte Erbe die Erbschaft ausschlug oder nicht antrat, so war damit das Testament im Ganzen unwirksam. Die Juristen forderten, dass die Erbeinsetzung am Anfang des Textes zu stehen hatte und dass sie mit bestimmten feierlichen und den Befehlscharakter der Einsetzung verdeutlichenden Worten ausgedrückt wurde.[127] Eine Klausel, die künftig von Dritten zu bestimmende Personen zu Erben einsetzte, war unzulässig.[128] Auch für die – gegebenenfalls zur Wirksamkeit des Testaments erforderliche – Enterbung von Abkömmlingen (→ § 51 Rn. 2) und für die Anordnung von Vermächtnissen (→ § 97 Rn. 9–14) mussten bestimmte, feierliche Formeln gebraucht werden. **33**

---

[119] *Avenarius*, FS Behrends (2009) 15.

[120] *Fröschl*, SZ 104 (1987) 124; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 27 f.

[121] Marcian. 14 inst. D. 4810.1.8 und dazu *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 27.

[122] *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 27–29.

[123] *Amelotti*, Testamento (1966) 178; *Nowak*, Wills (2015) 55.

[124] Ulp. 9 ed. D. 28.1.22.4 *Amelotti*, Testamento (1966) 178 f.; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 26 f.; vgl. zu D. 28.1.22.4 auch *Scotti*, Testamento (2012) 452 Fn. 147; *Nowak*, Wills (2015) 58–61.

[125] *Rüfner*, in: Reid et al., Comparative Succession Law I (2011) 9.

[126] Gai. 2.229.

[127] Gai. 2.116 f.; *Voci* DER II 83 f.; *Watson*, Succession (1971) 61; *Avenarius*, FS Behrends (2009) 15.

[128] Gai. 1 test. ed. praet. urb. D. 28.5.32 pr.; vgl. *Zimmermann*, Titius (1991) 9–11, der einen Zusammenhang mit dem Verbot von Zuwendungen an *incertae personae* (→ § 52 Rn. 9) herstellt.

dd. Verfügung über das gesamte Vermögen

34 Dem Erfordernis der Einsetzung eines oder mehrerer Erben als Gesamtrechtsnachfolger war nur Genüge getan, wenn der Erblasser über sein gesamtes Vermögen verfügt hatte.[129] Anders als beim Soldatentestament und nach den modernen Kodifikationen[130] konnte der Erblasser nicht einen Erben für einen (Bruch-) Teil seines Vermögens einsetzen und im Übrigen gesetzliche Erbfolge eintreten lassen.[131] Allerdings waren die römischen Juristen bemüht, die Unwirksamkeit von Testamenten gemäß der Regel *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* – „Niemand kann teilweise mit Testament und teilweise testamentslos sterben" zu vermeiden, indem sie wo immer möglich durch Auslegung eines anscheinend nur über einen Teil verfügenden Testaments zu einer wirksamen Verfügung über den gesamten Nachlass gelangten: Hatte der Erblasser eine Quote seines Nachlasses nicht verteilt (oder wurde diese nachträglich durch Wegfall eines eingesetzten Erben frei), so kam es in der Regel zu einer Anwachsung bei den verbliebenen Erben.[132] War der einzige eingesetzte Erbe nach dem Wortlaut des Testaments nur auf eine bestimmte Quote eingesetzt, so wurde diese Beschränkung als nicht geschrieben angesehen, so dass der Eingesetzte den gesamten Nachlass erhalten konnte.[133]

ee. Sprache

35 Vermutlich hängt es mit der Notwendigkeit der Verwendung bestimmter feierlicher Worte für die wesentliche Bestimmungen des Testaments zusammen, dass die Römer lange an der Regel festhielten, derzufolge ein römisches Testament nur in lateinischer Sprache geschrieben werden durfte.[134] Der Gnomon des Idios Logos schärft ein, dass diese Regel auch in Ägypten gilt, wo lateinische Sprachkenntnisse vermutlich wenig verbreitet waren.[135] Jedoch gestatte eine Konstitution des Kaiser Alexander Severus,[136] die vermutlich nur für Ägypten galt und dort unmittelbar zu einer Veränderung der Praxis führte,[137] die Verwendung der griechischen Sprache.[138] Ansonsten war die

---

[129] *Borisyak*, Scr. Zabłocka 70–73; zu den Ursprüngen der Regel auch *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 39–51; *Coppola* TDSP 5 (2012) 21–38.

[130] *Coppola*, TDSP 5 (2012) 142–170.

[131] Cic. inv. 11,63; Pomp. 3 Sab. D. 50.17.7; Inst. 2.14.5.

[132] Vgl. etwa Ulp. 7 Sab. D. 28.5.13.1–3 und dazu *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 147. Detaillierter Überblick über die Lösungen vergleichbarer Fälle bei *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 55–153.

[133] Zur Einsetzung ex *re certa Pérez Simeón*, Nemo (2001) 155–214; Beispiel: Ulp. 1 Sab. D. 28.5.1.4 bei *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 162.

[134] *Häusler*, SZ 133 (2016) 421; *Wacke*, SZ 110 (1993) 41.

[135] BGU 5,1210,35–37; dazu *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 140.

[136] Stud. Pal. 20,35 = SB 1,5294, 12–14; vgl. zur Datierung *Beaucamp*, Mél. Ahrweiler I Rz. 15–17.

[137] *Beaucamp*, Mél. Ahrweiler I Rz. 15; *Rochette*, RIDA 47 (2000) 458; *Nowak*, Wills (2015) 111 f.

[138] *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 33; *Häusler*, SZ 133 (2016) 424; anders wohl *Beaucamp*, Mél. Ahrweiler I Rz. 15 und jedenfalls *Rochette*, RIDA 47 (2000) 458 f. (Geltung in der Osthälfte des Reiches); unentschieden *Nowak*, Wills (2015) 110 f.

Verwendung der griechischen Sprache nur für die Anordnung Fideikommissen zulässig, die zwar in einer Testamentsurkunden enthalten sein konnten, für die aber weder der Zwang zum Gebrauch bestimmter Wortformeln noch die sonstigen formalen Anforderungen des *testamentum per aes et libram* galten.[139] Zu weiteren Lockerungen kam es erst in nachklassischer Zeit.

d. Widerruf und Erlöschen des Testaments

Wie bereits erwähnt konnte ein ordnungsgemäß errichtetes Testament unwirksam wer- **36**
den, wenn der Erblasser nachträglich durch *capitis deminutio* die Testierfähigkeit verlor (→ Rn. 24). Ebenfalls hinfällig wurde das Testament, wenn die (ursprünglich ordnungsgemäße) Erbeinsetzung nicht zum Erwerb der Erbschaft durch den Eingesetzten führte (→ Rn. 33) sowie im Fall der nachträglichen Geburt eines *suus heres*[140] (→ § 51 Rn. 66). Außerdem konnte das Testament der klassischen Zeit auch durch Willensakt des Erblassers beseitigt werden. Dazu war nach *ius civile* ein neues Manzipationstestament erforderlich. Das zweite Testament brachte das erste zu Fall, selbst wenn es seinerseits mangels erfolgreicher Erbeinsetzung hinfällig wurde.[141] Ohne Bedeutung war nach Zivilrecht das physische Schicksal der Testamentsurkunde. Auch wenn diese beschädigt oder zerstört war, blieb das Testament wirksam.[142]

2. Die Fortentwicklung der ordentlichen Testamentsform durch das Honorarrecht

a. Verzicht auf den Manzipationsakt

Im Anschluss an seine Darstellung des Manzipationstestaments teilt Gaius in relativ **37**
knapper Form mit, der Prätor verleihe den Nachlassbesitz (die *bonorum possessio secundum tabulas*, → § 57 Rn. 152–201.) aufgrund der Vorlage eine Urkunde mit den Siegeln von sieben Zeugen.[143] Der Nachlassbesitz könne auch dann verlangt werden, wenn eine Manzipation nicht stattgefunden habe.[144] Eine Konstitution des Kaisers Antoninus Pius sichere den Nachlassbesitzer gegen den Herausgabeanspruch des gesetzlichen Erben.[145] Die Intention und Tragweite dieser Schritte lässt sich nicht ohne weiteres ermessen. Nimmt man an, dass schon die Aufnahme einer Manzipationsklausel (→ Rn. 29) in die Testamentsurkunde genügte, um das Testament gegen den Vor-

[139] Vgl. Gai. 2.281; Ulpiani regulae 25.9; Ulp. 2 fideic. D. 32.11 pr.; *Wacke*, SZ 110 (1993) 41 f.; *Häusler*, SZ 133 (2016) 426–446.
[140] Ulpiani regulae 23.2.
[141] Gai. 2.144; Ulpiani regulae 23.2.
[142] Gai. 2.151.
[143] Gai. 2.119; vgl. schon das Edikt des Verres Cic. Verr. 2.1.117 und dazu *Nowak*, Wills (2015) 35.
[144] Dazu *Scotti*, Testamento (2012) 70 f. Fn. 121.
[145] Gai. 2.120; 2.149a; zur Konstitution des Antoninus Pius eingehend *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 169–183; vgl. auch *Scotti*, Testamento (2012) 71 f. Fn. 127.

wurf zu sichern, die Manzipation habe nicht stattgefunden, so war der Schutz durch das prätorische Edikt und die Konstitution des Antoninus Pius nurmehr in den (nach dem Quellenbefund vermutlich zunächst seltenen[146]) Fällen erforderlich, in denen die Manzipationsklausel fehlte.[147] Nimmt man hingegen an, dass es trotz Vorhandenseins der Manzipationsklausel möglich war, ein Testament mit dem Nachweis zu Fall zu bringen, dass das Ritual nicht durchgeführt worden war, so waren das Edikt und die Kaiserkonstitution zu Absicherung der herrschenden Praxis erforderlich, die bereits in klassischer Zeit oft auf die *mancipatio familiae* verzichtete.[148]

38 Ungeachtet der Frage, welche Probleme den Erlass von Edikt und Konstitution veranlassten, wurde mit den beiden Akten faktisch eine neue Testamentsform geschaffen, bei der die siebenfach gesiegelte[149] schriftliche Urkunde letztlich konstitutiven Charakter erhielt und der Manzipationsakt überflüssig wurde. Derjenige, der vom Prätor den Nachlassbesitz erhielt, war zwar im Sinne des *ius civile* nicht Erbe (*heres*), sondern nur ein Rechtsnachfolger nach Honorarrecht (*successor honorarius*[150]). Materiell-wirtschaftlich unterschied sich die Position eines solchen Rechtsnachfolgers aber nicht von der eines zivilen Erben. Die Vorstellung, dass infolge der Zulassung des durch Siebenzeugentestament, aber ohne wirksame Manzipation eingesetzten Rechtsnachfolgers zur *bonorum possessio* eine zivile und eine prätorische Testamentsform nebeneinander existierten, hat sich vermutlich erst in der Spätantike herausgebildet (→ § 57 Rn. 193).[151]

39 Von der Entbehrlichkeit des Manzipationsaktes abgesehen, waren die Voraussetzungen der Erteilung des Nachlassbesitzes im Wesentlichen identisch mit den Anforderungen an die Wirksamkeit des Testaments nach *ius civile*. Insbesondere blieb es auch nach prätorischem Recht bei der Notwendigkeit einer Erbeinsetzung.[152] Gelockert wurde allerdings die Regel, dass eine *capitis deminutio* ebenso wie die Geburt eines *suus* nach Testamentserrichtung zur endgültigen Unwirksamkeit des Testaments (*testamentum ruptum* oder *irritum*) führte (→ § 57 Rn. 177).[153]

---

[146] *Nowak*, Wills (2015) 37–41.

[147] In diesem Sinne *Amelotti*, Testamento (1966) 198.

[148] Dafür *Wolff*, SZ 84 (1967) 500; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 174.

[149] Zu den Anforderungen an die Siegel Ulp. 9 ed. D. 28.1.22.2–7; dazu *Scotti*, Testamento (2012) 450–453.

[150] Ulp. 19 ed. D. 10, 2, 24, 1; Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.8.

[151] *Nowak*, Wills (2015) 34 im Anschluss an *Amelotti*, Testamento (1966) 191–215.; ebenso *Wolff*, SZ 84 (1967) 500; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 174. Für die Existenz eines prätorischen Testaments schon in klassischer Zeit *Voci*, DER II 73; dem folgend noch *Rüfner*, in: Reid et al., Comparative Succession Law I (2011) 8.

[152] *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 175.

[153] Ulpiani regulae 23.6; Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.8 und Pap. 13 quaest. D. 37.11.11.2.

b. Widerruf des Testaments nach prätorischem Recht

Wie der Manzipationsakt für die Testamentserrichtung nach prätorischem Recht entbehrlich wurde, so wurde er es auch für die Aufhebung des Testaments. Hatte der Erblasser die Testamentsurkunde absichtlich wieder geöffnet, so wurde sie nicht mehr als versiegelt betrachtet, so dass die Voraussetzung für die Erteilung der *bonorum possessio secundum tabulas* nicht mehr vorlag.[154] Die Erbschaft fiel dann an die Intestaterben, denen der Prätor die *bonorum possessio* gewährte[155] und die er gegen eine Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*) der Testamentserben unter Berufung auf das (nach Zivilrecht noch wirksame) Testament mit der *exceptio doli* schützte.[156] Demgegenüber wurde die Ausstreichung nur der Namen der Erben nicht als Widerruf des Testaments im Ganzen gesehen. Sie führte zur Erbunwürdigkeit der Testamentserben (→ 52 Rn. 27). Der Nachlass verfiel dem Fiskus, der jedoch nach einer Entscheidung Marc Aurels zur Erfüllung von Vermächtnissen verpflichtet blieb.[157] **40**

3. Das Soldatentestament

Etwa ein Jahrhundert, nachdem die Sonderform des *testamentum in procinctu* verschwunden war (→ Rn. 15), soll nach dem Bericht Ulpians Iulius Caesar[158] wieder Erleichterungen für die Testamentserrichtung durch Soldaten eingeführt haben. Die flavischen Kaiser folgten seinem Beispiel und schließlich machten Nerva und Trajan aus der weit gehenden Befreiung der Soldaten von den formalen Anforderungen des römischen Testamentsrechts eine Dauereinrichtung.[159] Anders als bei dem früheren Testament vor dem kampfbereiten Heer ging es nicht darum, Personen in unmittelbarer Todesgefahr die Errichtung eines Testaments zu ermöglichen. Vielmehr nahmen die Kaiser, wie aus dem von Ulpian mitgeteilten Wortlaut der Dienstanweisung Trajans hervorgeht, an, dass die Soldaten nicht in der Lage sein würden, die Formvorschriften des römischen Testamentsrechts zu verstehen und zu befolgen. Grund für die Maßnahme dürfte die zunehmende Aufnahme von Provinzbewohnern, die mit den römischen Gebräuchen nicht vertraut waren, in die Legionen gewesen sein.[160] Dementsprechend war das Privileg[161] auch nicht auf die unmittelbare Schlachtvorbereitung **41**

[154] Ulp. 39 ed. D. 28.1.22.3; Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.10; Ulp. 41 ed. D. 37.11.2.7; vgl. auch Ulp. 15 Sab. D. 28.4.1.3; Ulp. 4 disp. D. 28.4.2; Pap. 6 quaest. D. 28.4.4 (dazu *Scotti*, Testamento (2012) 524–527); Pap. 13 quaest. D. 37.11.11.2 (Widerruf des Widerrufstestaments); vgl. zum Widerruf auch *Scotti*, Testamento (2012) 558–564.

[155] Ulp.44 ed. D. 38.6.1.8.

[156] So wohl Gai. 2.151a; vgl. *Babusiaux*, Erbrecht (2015) 172 f.

[157] Marcell. 29 dig. D. 28.4.3 mit Pap. 16 quaest. D. 34.9.12. Zu diesem Fall eingehend *Kleiter*, Entscheidungskorrekturen (2010) 134–140.

[158] Abweichend *Meyer-Hermann*, Testamentum militis (2012) 56, der den Bericht Ulpians auf Augustus bezieht.

[159] Ulp. 45 ed. D. 29.1.1 pr.

[160] *Scarano Ussani*, Scr. Guarino III 1384 f.

[161] Zum Charakter der Regelungen zum Soldatentestament als Sonderrecht (*ius singulare*) eingehend *Stagl*, REHJ 36 (2014) 142–147.

beschränkt, sondern galt während der gesamten Dienstzeit der Soldaten. Ein während der Dienstzeit errichtetes Testament blieb wirksam, wenn der (ehrenhaft[162]) entlassene Soldat binnen eines Jahres verstarb.[163] In begrenztem Umfang wurde das Vorrecht der formlosen Testamentserrichtung auch auf bestimmte Angehörige des Gefolges der kämpfenden Truppe erstreckt.[164]

a. Form und Testierwille

42 Nach Ulpian wurde den Soldaten gestattet, zu testieren, wie sie wollen (*quo modo volent*).[165] Das Testierprivileg betraf demnach sämtliche Formvorschriften des allgemeinen Rechts. Es war den Soldaten insbesondere möglich, im Einklang mit griechischen oder anderen nichtrömischen Gebräuchen ein nach römischem Recht wirksames Testament zu errichten.[166] Möglich war aber auch die völlig formlose Erklärung, oder, wie Ulpian formuliert, der bloße Wille (*nuda voluntas*) des Erblassers.[167] Damit erhielt der Testierwille als subjektive Voraussetzung der Testamentserrichtung zentrale Bedeutung.[168] Jedoch bemühte sich Kaiser Trajan, durch Anforderungen an den Nachweis der *voluntas* des Erblassers Missbräuchen des von ihm erteilten Privilegs vorzubeugen.[169] In der Praxis scheinen ganz formlose Verfügungen selten gewesen zu sein.[170] Unproblematisch war – infolge der Befreiung von allen Formerfordernissen die Erbeinsetzung durch Kodizill,[171] möglich sogar die Anerkennung eines bloßen Entwurfs, der vor dem Tod des Erblassers nicht mehr ins Reine geschrieben worden war.[172]

---

[162] Macer 2 mil. D. 29.1.26 pr.; vgl. *Meyer-Hermann*, Testamentum militis (2012) 127.

[163] Macer 2 mil. D. 29.1.26; Ulpiani regulae 23.10; vgl. auch Ulp. 45 ed. D. 29.1.15.5; Gai. 15 ed. prov. D. 29.1.17.4. Zur Frage, ob § 34 des Gnomon des Idios Logos mit der Gewährung des Privilegs an Soldaten ἐν στρατείᾳ καὶ ἀπὸ στρατείας οὖσι (BGU 5,1219,96) den Anwendungsbereich gegenüber dem Reichsrecht erweitert oder womöglich verengt *Meyer-Hermann*, Testamentum militis (2012) 113–132; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 79–84; *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 163–167. Zur besonderen Regelung für Offiziere, deren Dienstverhältnis mit Eintreffen der Ablösung endete, Ulp./Iul. 27 dig. D. 29.1.20 pr.; Afr. 4 quaest. D. 29.1.20 und dazu *Meyer-Hermann*, Testamentum militis (2012) 122–127.

[164] *Meyer Hermann*, Testamentum militis (2012) 163–167.

[165] Ulp. 45 ed. D. 29.1.1 pr.; zur Herkunft der Formulierung *Lovato*, Scr. Pani 264 f.

[166] Zur tendenziell enger gefassten Formulierung des Formprivilegs im Gnomon des Idios Logos eingehend *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 77–79; *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 162–171.

[167] Ulp. 45 ed. D. 29.1.15.1; vgl. auch *Stagl*, REHJ 36 (2014) 134 zu der (unklaren) Äußerung Modestins Mod. 9 re. D. 29.1.32.

[168] *Stagl*, REHJ 36 (2014) 153 f. mit Hinweis auf die Betonung der *sola voluntas* beim Soldaten in Inst. 2, 14, 5.

[169] Flor. 10 inst. D. 29.1.24; zu dieser Stelle ausführlich *Meyer-Hermann*, Testamentum militis (2012) 22–26; vgl. auch *Scarano-Ussani*, Scr. Guarino III 1393 f.

[170] Vgl. *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 170 f.

[171] Pap. 6 resp. D. 29.1.36 pr.

[172] Paul. 11 resp. D. 29.1.40.

Die Befreiung von den Formerfordernisse des Libraltestaments bedeutete auch, dass die Soldaten nicht an die Verwendung bestimmter Wortformeln gebunden waren. Ebenso war es für Soldaten möglich, nur über einen Teil ihres Vermögens zu verfügen und im übrigen gesetzlichen Erbfolge eintreten zu lassen.[173] Diese Ausnahme von der allgemeinen Regel (→ Rn. 34) scheint den römischen Juristen fast wichtiger gewesen zu sein als die Regel selbst. Die Ausnahme wird in den Digesten wenigstens viermal formuliert.[174] Wo das Gebot der Verfügung über das ganze Vermögen regelhaft herausgestellt wird, fehlt nicht der Hinweis auf die Ausnahme für Soldaten.[175] 43

b. Die erweiterte Testierfähigkeit

Obgleich die Zielsetzung, der Einfalt (*simplicitas*) oder Unerfahrenheit (*nimia imperitia*) von Soldaten abzuhelfen nur eine Befreiung von den spezifischen Formalien des *testamentum per aes et libram* erfordert hätte, wurden die Soldaten auch eine Erweiterung der Testierfähigkeit gewährt. Entgegen der allgemeinen Regel, die nur Personen *sui iuris* das Recht zur testamentarischen Verfügung gewährte (→ Rn. 24), durften Soldaten Testamente errichten, auch wenn sie noch der Hausgewalt ihres Vaters unterlagen. Nach dem Bericht der Institutionen hatte die Erweiterung der Testierfreiheit eine etwas andere Vorgeschichte als die Regelungen zur Form des Testaments. Sie wurde zunächst von Augustus eingeführt, später von Nerva und Trajan bestätigt und schließlich von Hadrian auf Veteranen erstreckt.[176] Eine justinianische Konstitution behauptet, in älterer Zeit sei es auch unmündigen Soldaten gestattet gewesen, zu testieren, wenn sie den Rang eines *tribunus numeri* erreichten hätten.[177] Auch wenn nicht vollständig aufklärbar ist, wo dieser Rang in der Hierarchie des römischnen Heeres anzusiedeln ist, kann es nicht häufig vorgekommen sein, dass ein Junge vor Erreichen der *pubertas* diesen Rang und damit die Testierfähigkeit erreichte. Die justinianische Konstitution schaffte die Sonderregel ab. 44

Die Testierfähigkeit bezog sich auf das so genannte *peculium castrense* (militärische Sondergut), worunter das in den *castra*, also am Garnisionsort, erworbene Vermögen zu verstehen ist.[178] Das *peculium castrense* erhielt damit einen besonderen Charakter. Während das *peculium* eines Hauskindes oder Sklaven ansonsten trotz der (beschränkten) Verfügungsmöglichkeiten des Gewaltunterworfenen weiterhin dem Gewalthaber zugeordnet blieb (→ § 102 Rn. 102), wurde das *peculium castrense* praktisch zum Eigenvermögen des *filius familias*.[179] Es unterschied sich vom Privatvermögen eines Ge- 45

[173] Dazu *Coppola*, TDSP 5 (2012) 98–106.
[174] Ulp. 5 Sab. D. 29.1.6; Ulp. 4 disp. D. 19.1.19 pr.; Paul. 7 quaest. D. 29.1.37; Tryph. 18 disp. D. 49.17.19.2.
[175] Vgl. Pomp. 3 Sab. D. 50.17.7; Inst. 2.14.5.
[176] Inst. 2.12 pr.; Gai. 2.106; *Scarani-Ussani*, Scr. Guarino III 1387.
[177] Iust. C. 6.21.18 (a.532).
[178] Zur Zusammensetzung im Einzelnen *Lehmann*, ANRW II.14 186–207.
[179] Vgl. Ulp. 64 ed. D. 14.6.2; vgl. *Lehmann*, ANRW II.14 207.

waltfreien nur noch dadurch, dass es, wenn der Inhaber ohne Testament verstarb, an den Vater fiel.[180] Aufgrund der Geltung der erweiterten Testierfähigkeit auch für Veteranen blieb diese besondere Vermögensmasse auch nach dem Ausscheiden des *filius familias* aus dem Dienst dauerhaft erhalten.

46 Auch weitere Beschränkungen der (aktiven) Testamentsfähigkeit wurden für Soldaten außer Kraft gesetzt. So konnten auch Taube und Stumme testieren, solange sie – trotz ihres Gebrechens – noch im Dienst waren.[181] Sogar die Regel, dass die Verurteilung zum Tode – wegen des damit einhergehenden Verlusts der Freiheit – die Testierfähigkeit erlöschen ließ, wurde bei Soldaten abgemildert. Sie durften vor ihrer Hinrichtung über das militärische Sondergut testieren. Nur soweit sie von dieser gnädigen Sonderregelung keinen Gebrauch machten, verfiel das *peculium castrense* dem Fiskus.[182]

c. Weitere Sonderregelungen

47 Neben der Befreiung von der Testamentsform und der Erweiterung der Fähigkeit zur Testamentserrichtung wurden den Soldaten noch weitere Vorrechte gewährt: Sie durften Personen bedenken, die ansonsten vom Erwerb kraft Testaments ausgeschlossen waren (→ § 52 Rn. 13; 19; 38) und waren nicht an die Regel *semel heres, semper heres* gebunden.[183] Eine Sonderbehandlung genoss das Soldatentestament auch insofern als die Gewährung *bonorum possessio* aufgrund eines solchen Testaments in einem besonderen Ediktstitel geregelt war (→ § 57 Rn. 198–200). Schließlich war auch der Widerruf des Testaments durch jede Willensäußerung (*nuda voluntate*) möglich.[184]

4. Kodizille

48 Anders als das Libraltestament sowie das aus ihm hervorgegangene Siebenzeugentestament und auch das Soldatentestament ist das Kodizill nach römischem Verständnis kein *testamentum*. Funktional konnte es jedoch ein Testament ersetzen. Unter *codicilli* sind Schriftstücke mit letztwilligen Verfügungen zu betrachten, die – für sich betrachtet – der Testamentsform nicht genügen, also insbesondere nicht von sieben Zeugen gesiegelt sind. Ihr Rechtscharakter und ihre Funktion hingen davon ab, ob im Testament auf die Existenz der Kodizille verwiesen war.

49 Wenn das Testament einen Hinweis auf das Kodizill enthielt, so wurden die Kodizille als Ergänzung des Testaments betrachtet. Das im Testament „bestätigte" Kodizill galt als

---

[180] *Lehmann*, ANRW II.14 236.

[181] Ulp. 1 Sab. D. 29.1.4; *Küster*, Blinde (1991) 90 f.

[182] Ulp. 45 ed. D. 29.1.11 pr.; und Valentin./Gallien C. 6.21.113 (a.254), ferner Macer 2 mil. D. 38.112.1, vgl. *Stagl*, in Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 118 f.

[183] Ulp. 45 ad ed. D. 29.1.15.4.

[184] Ulp. 45 ed. D. 29.1.15.1; vgl. *Babusiaux*, Erbrecht (2015) 185.

Teil des Testamentstextes,[185] obgleich es vor oder nach dem Testament verfasst werden konnte. Als Bestandteil des Testaments konnte das bestätigte Kodizill alle Bestimmungen enthalten, die auch im Testament enthalten sein durften. Lediglich die Erbeinsetzung musste in den Testamentstafeln enthalten sein.[186] War allerdings ein Erbe im Testament auf einen Teil des Nachlasses eingesetzt, so hielt es Papinian für möglich, in das Testament einen Blankettverweis auf die Benennung eines Erben für den Rest im Kodizill einzusetzen.[187] – Die breiten Ausführungen der römischen Juristen zu der Möglichkeit, im Testament angeordnete Vermächtnisse später im Text des Testaments an eine andere Person zu übertragen oder zu widerrufen,[188] sind nur vor dem Hintergrund der Existenz der Kodizille verständlich. Da der Inhalt eines im Testament angekündigten Kodizills als Fortführung des Testamentstextes galt, war eine Übertragung oder ein Widerruf im Kodizill lange nach Testamentserrichtung möglich. Die Bestätigung eines künftigen Kodizills stellte die Einzelzuwendungen im Testament also unter einen allgemeinen Änderungsvorbehalt.

50 Fehlte eine Verweisung auf das Kodizill im Testament – oder existierte überhaupt kein Testament – so konnte das Kodizill lediglich Fideikommissanordnungen enthalten, da diese im klassischen Recht keiner Formvorschrift unterlagen (→ § 98 Rn. 2). Im Hinblick auf die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten des Fideikommissrechts konnte ein solches Fideikommiss gleichwohl weitgehend ein Testament ersetzen – oder auch ein vorhandenes Testament seiner Wirkung berauben. Die Existenz eines Testaments war auch dann für das Fideikommiss von Bedeutung, wenn es keinen Verweis auf das Kodizill enthielt. Nach der Ansicht Julians führte in diesem Fall das Fehlschlagen der Erbeinsetzung (→ Rn. 33) zur Unwirksamkeit des Kodizills.[189]

51 Als Kodizillarklausel wird die Anordnung des Erblassers bezeichnet, dass das Testament, falls es wegen eines Formfehlers nichtig sein sollte, als (nicht bestätigtes) Kodizill aufrecht erhalten werden solle. Die Klausel wurde von den römischen Juristen als wirksam akzeptiert.[190] Hingegen wies Ulpian die Möglichkeit, einen bloßen Testamentsentwurf als Kodizill aufrechtzuerhalten, wenn der Erblasser vor der formgemäßen Testamentserrichtung verstorben war, zurück.[191]

[185] Iul. 39 dig. D. 29.7.2.2.
[186] Gai. 2.273.
[187] Pap. 17 quaest D. 28.5.78.
[188] Vgl. die Texte des Titels D. 34.4.
[189] Iul. 39 dig. D. 29.7.3.2.
[190] Paul. 14 resp. D. 28.1.29 pr.
[191] Ulp. 2 fideic. D. 32.11.1.

IV. Spätantikes Testamentsrecht

52 Die Spätantike brachte eine Reihe von tiefgreifenden Veränderungen des klassischen Testamentsrechts. Einerseits setzte sich die Entwicklung fort, die schon in klassischer Zeit vom *testamentum per aes et libram* als ordentlicher Testamentsform zum vom Prätor anerkannten Siebenzeugentestament geführt hatte. Auch das Soldatentestament und das Kodizill wurden umgestaltet. Anderseits brachte die nachklassische Gesetzgebung mehrere neue Testamentsformem hervor.

1. Umgestaltung der klassischen Verfügungsformen

a. Siebenzeugentestament

53 Wie gesehen hatte die Manzipation ihre Rolle als zentrales Formerfordernis des ordentlichen Testaments schon in der klassischen Epoche infolge der Anerkennung des Siebenzeugentestaments als Grundlage für die Erteilung des Nachlassbesitzes verloren. Im dritten Jahrhundert zeigen ägyptische Urkunden, dass in der Praxis zunehmend auf die Klausel, welche die ordnungsgemäße Vollziehung des Rituals behauptet, verzichtet wird.[192] Demnach ist jedenfalls anzunehmen, dass die Manzipation schon zu dieser Zeit jede rechtliche Bedeutung verlor und auch im Bewusstsein der Entwerfer von Testamentstexten keine Rolle mehr spielte. Eine etwaige formelle Abschaffung des Manzipationstestaments durch eine Konstitution Konstantins[193] hätte demnach allenfalls im Nachhinein das Verschwinden dieser Rechtsfigur bestätigt.[194] Damit war die von sieben Zeugen gesiegelte schriftliche Urkunde endgültig zur ordentlichen Testamentform geworden (→ Rn. 37).

54 Ungeachtet des Umstandes, dass es mit dem Verschwinden der *mancipatio* keine rechtliche Grundlage mehr für die Wirksamkeit eines nur von fünf römischen Bürgern bezeugten Testaments gab, kennen einige Kaiserkonstitutionen des vierten und fünften nachchristlichen Jahrhunderts neben dem Siebenzeugentestament nach prätorischem Recht ein nur von fünf Zeugen gesiegeltes *testamentum iuris civilis*.[195] Es ist wahrscheinlich, dass das Nebeneinander von Fünf- und Siebenzeugentestament sich in der Urkundenpraxis herausbildete, nachdem der Sinn des Manzipationsrituals und der Unterscheidung zwischen ziviler Erbfolge und prätorischer *successio* nicht mehr verstanden wurde.[196] Einige Quellen lassen es allerdings möglich erscheinen, dass zeit-

[192] *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 51.

[193] Const. C. 6.23.15 pr. (a.359).

[194] Vgl. *Nowak*, Wills (2015) 42–45.

[195] Arcad./Honor. Cod. Theod. 4.4.3 (a.396) mit Interpr. Cod. Theod. 4.4.3; Theodos. Const. Theod. 4.4.7.2 (a.424); vgl. auch Const. Cod. Theod. 4.4.1 (a.326); zu diesen Texten *Sánchez-Moreno Ellart*, in: Caseau/Huebner, Inheritance (2014) 239–243.

[196] *Sánchez-Moreno Ellart*, in: Caseau/Huebner, Inheritance (2014) 257; *Nowak*, Wills (2015) 49–51.

weise angenommen wurde, für ein Testament, das in Gegenwart der Zeugen diktiert wurde, seien nur fünf Zeugen erforderlich, sieben Zeugen hingegen dann, wenn das Testament vom Erblasser niedergeschrieben und dann den Zeugen zur Siegelung vorgelegt wurde, ohne dass diese vom Inhalt Kenntnis nehmen konnten.[197] Wie verbreitet eine solche Vorstellung war und welche praktische Bedeutung überhaupt die Unterscheidung von Fünf- und Siebenzeugentestamenten hatte, lässt sich jedoch nicht mehr feststellen, weil sich nur wenige und sehr späte urkundliche Belege für Testamente mit fünf Zeugen finden lassen.[198]

55 Durch eine Novelle Theodosius II. aus dem Jahr 439 wurden die Unklarheiten hinsichtlich der Zahl der Zeugen beseitigt. Die Konstitution stellt klar, dass jedes Testament von sieben Zeugen zu siegeln ist, für die weiterhin die schon für die Formzeugen bei der *mancipatio* bestehenden Anforderungen des römischen Bürgerrechts und der *pubertas* bestehen. Zugleich hält die Novelle am Erfordernis der *unitas actus* fest: Im Kontext der neuen, vom Manzipationsritual abgelösten schriftlichen Testamentsform bedeutet dies, dass der Erblasser die Testamentstafeln den Zeugen zeigen und sie vor ihren Augen unterschreiben muss. Sogleich darauf müssen die Zeugen die Urkunde unterschreiben und besiegeln,[199] wie es schon im klassischen Recht erforderlich war. Das Erfordernis der Unterschrift auch durch den Erblasser stellt gegenüber den klassischen Regeln eine Veschärfung dar; in der Praxis war die Unterschrift des Erblassers jedoch schon länger üblich (→ Rn. 32).[200] Wie im klassischen Recht (und möglicherweise abweichend von der Praxis beim nachklassischen Fünfzeugentestament) ist nicht erforderlich, dass die Zeugen bei der Niederschrift gegenwärtig sind oder vom Inhalt des Testaments Kenntnis nehmen.[201]

56 Die Konstitution von Theodosius II. wurde in den justinianischen Codex übernommen.[202] Auch in den justinianischen Institutionen ist festgehalten, dass das Testament von sieben Zeugen gesiegelt sein muss und dass die Testamentserrichtung *uno contextu* zu erfolgen hat. Angesichts der wenigen Zeugnisse aus der juristischen Praxis für die Unterscheidung von zivilem Fünfzeugentestament und prätorischem Siebenzeugentestament ist bemerkenswert, dass noch Justinian seine Bestimmungen als Synthese aus zivilrechtlichen und prätorischen Regeln darstellt.[203]

---

[197] Dies hält *Sánchez-Moreno Ellart*, in: Caseau/Huebner, Inheritance (2014) 257 im Anschluss an *d'Ors*, RIDA 2 (1955) 233–236 aufgrund von Novell. Theod. 16, 4 und Lex Burg. Rom. 45, 2 für möglich, wenn auch nicht beweisbar.

[198] *Nowak*, Wills (2015) 49 mit Fn. 98, 51 f. mit Fn. 104 und 54 verweist auf P.Lond. I 77 und P.Ital I 3–4.

[199] Novell. Theod. 16, 4 und 5 (a.439).

[200] *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 26–29; vgl. auch *Nowak*, Wills (2015) 64–66.

[201] Novell. Theod. 16, 2 und 4 (a.439); dazu eingehend *Sánchez-Moreno Ellart*, in: Caseau/Huebner, Inheritance (2014) 245 f.

[202] Theodos./Valentin C. 6.23.21 pr. und 2.

[203] Inst. 2.10.3.

57 Im Bestreben, Testamente besser gegen Fälschungen zu sichern, führte Justinian das zusätzliche Erfordernis ein, dass der Erblasser die Namen der Erben an irgendeiner Stelle im Testament handschriftlich einzutragen hatte.[204] Die Vorschrift war jedoch kurzlebig. Sie wurde schon wenige Jahre nach ihrer Einführung von Justinian selbst wieder abgeschafft.[205]

58 Während die zuletzt erwähnten Regelungen den Zweck hatten, sicherzustellen, dass das Testament den wirklichen Willen des Erblassers widerspiegelte, wurden die Anforderungen an die sprachliche Gestalt der Testamentsurkunde in der Spätantike stark gelockert. Eine Konstitution, die im justinianischen Codex Kaiser Konstantin zugeschrieben wird, aber in die Regierungszeit seines Sohnes Constantius datiert ist, beseitigte die Notwendigkeit, die Erbeinsetzung durch bestimmte Worte zum Ausdruck zu bringen.[206] Vermutlich aus demselben Gesetzgebungsakt stammt eine weitere Vorschrift, die den Gebrauch bestimmter Worte für die Anordnung von Vermächtnissen für entbehrlich erklärt.[207]

59 Die bereits im Zusammenhang mit der benötigten Anzahl von Zeugen erwähnte Novelle Kaiser Theodosius II. aus dem Jahr 439 (→ Rn. 55) ließ den Gebrauch der griechischen Sprache für die Anordnung von Vermächtnissen und Freilassungen sowe die Einsetzung von Vormündern zu.[208] Dabei wird ausdrücklich darauf verwiesen, dass die Errichtung von Testamenten in griechischer Sprache bereits erlaubt sei. Geht man davon aus, dass Severus Alexander das Griechische nur für Ägypten zugelassen hatte (→ Rn. 35), so muss die grundsätzliche Zulassung der griechischen Sprache zu einem unbekannten Zeitpunkt vor Erlass der Novelle verordnet worden sein.[209] Dass zwischen der prinzipiellen Ermöglichung des Testierens in griechischer Sprache im Allgemeinen (die sich zunächst anscheinend nur auf die Erbeinsetzung bezog) und der Klarstellung, dass diese Erlaubnis auch für Vermächntisse, Freilassungen und Vormundsernennungen galt, ein längerer Zeitraum lag, ist unwahrscheinlich.[210] Im Codex Justinians ist der Text der Novelle so verändert, dass sie als erstmalige Zulassung der Testamentserrichtung auf Griechisch erscheint.[211]

60 Mit der Anerkennung des schriftlichen Siebenzeugentestaments als ordentliche Testamentsform hatte die Annahme, dass Taube und Stumme wegen ihrer Unfähigkeit zur Mitwirkung am mündlich vollzogenen Manzipationsritual testierunfähig waren

[204] Iust. C. 6.23.29 pr. (a.531).

[205] Novell, Iust. 119, 9 (544); vgl. zu der Episode *Fröschl*, SZ 104 (1987) 129–131.

[206] Const.? C.6.23.15 pr. (a.339).

[207] Const.? C. 6.37.21 (a.339); zum Zusammenhang der beiden Texte *Tate*, TR 76 (2008) 240–244.

[208] Novell. Theodos. 16, 8.

[209] *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 33.

[210] So zu Recht *Wacke*, SZ 110 (1993) 47 gegen *Albanese*, Scr. Guarino II (1984) 791 f.; für zumindest möglich hält eine Bezugnahme der Novelle auf die Konstitution des Severus Alexander *Nowak*, Wills (2015) 111.

[211] Theodos./Valentin C. 6.23.21.6 (a.439); vgl. auch Theodos./Valentin C. 5.25.8 (a.439) und Theodos./Valentin C. 7.2.14 (a.439).

(→ Rn. 25), keine Grundlage mehr. Folgerichtig stellte Justinian klar, dass Taube und Stumme[212] testieren konnten. Er hielt aber daran fest, dass Personen, die taubstumm geboren waren und deshalb auch das Lesen und Schreiben nicht erlernt hatten, nicht testieren konnten.[213]

b. Mündliches Testament

Obgleich mit dem Manzipationsritual auch die bisherige Grundlage für ein rein mündliches Testament entfallen war, wurde dieses weiterhin zugelassen. Während in klassischer Zeit das (rein) mündliche Testament und das Testament, das durch Bezugnahme auf ein Schriftstück errichtet wurde, lediglich zwei Varanten des Testierens *per aes et libram* darstellen, erscheinen in den nachklassischen Quellen das *testamentum per scripturam* und das *testamentum per nuncupationem* oder sogar *testamentum* einerseits und *nuncupatio* andererseits als selbstständige Verfügungsformen.[214] Ungeachtet der Ablösung vom Manzipationsritual forderten die Novelle des Theodosius von 439 und der justinianische Codex auch für die mündliche Testamentserrichtung die Zuziehung von sieben Zeugen.[215] **61**

c. Soldatentestament

Die Regelungen zum Soldatentestament mit ihren radikalen Formerleichterungen blieben in der Spätantike zunächst unverändert, wurden aber von Justinian drastisch eingeschränkt. In einer Konstitution von 529 ordnete Justinian an, dass die erweiterte Testierfreiheit nur noch für Soldaten im Kriegseinsatz (*qui in expeditionibus occupati sunt*) gelten sollte.[216] Damit war das formlose *testamentum militis* von einem Vorrecht des Soldatenzustandes wieder zu einem Nottestament in Todesgefahr geworden, wie es das archaische *testamentum in procinctu* gewesen war.[217] Die Regel, dass Soldaten auch ansonsten zum erbrechtlichen Erwerb unfähige Personen bedenken durften (→ Rn. 47), schränkte Justinian insofern ein, als er die Vorschriften zur Erwerbsunfähigkeit von Häretikern (→ § 52 Rn. 13) auch für Soldaten verbindlich machte.[218] Zur Abschaffung des Privilegs für unmündige Offiziere → Rn. 44. **62**

[212] Anders allerdings anscheinend Inst. 2.19.4; vgl. *Küster*, Blinde (1991) 105.
[213] Iust. 6.22.10 (a.531); dazu ausführlich *Küster*, Blinde (1991) 95–106; vgl. auch *Scotti*, Testamento (2012) 63 Fn. 52.
[214] *Blanch Nouges*, RIDA 47 (2000) 145 f. mit Hinweis auf Valentin./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 4.4.2.1 (a.389) und Interpr. Cod. Theod. 4.4.7.2; *Nowak*, Wills (2015) 67 f.
[215] Novell. Theod. 16, 6 (a.439); Theodos./Valentin. C. 6.23.21.4 (a.439).
[216] Iust. C. 6.21.17 (a.529).
[217] *Kaser* RP II 482 f.; *Scotti*, Testamento (2012) 41 Fn. 223.
[218] Iust. C. 1.5.22 (a.532).

d. Kodizill

63 Trotz der Erleichterung der Testamentsform infolge des Wegfalls des Manzipationsrituals hielt die Kaisergesetzgebung an der Unterscheidung von Testamenten und Kodizillen fest.[219] Letztere konnten keine Erbeinsetzung enthalten und bedurften keiner Form. Kodizille, die nicht durch Testament bestätigt waren, konnten zwar nur Fideikommisse enthalten; indessen ließen sich durch die Anordnung von Fideikommissen infolge der Angleichung der Fideikommisse an die Vermächtnisse einerseits und der Zulassung von Universalfideikommissen andererseits nahezu dieselben Rechtswirkungen erreichen wie durch Erbeinsetzungen und Vermächtnisanordnungen in einem Testament (→ § 98 Rn. 61–63). Die formlose Anordnung von Fideikommissen, die auch mündlich vollzogen werden konnte,[220] war damit eine bequeme und fast gleichwertige Alternative zur Testamentserrichtung.

64 Da die Regelungen zu den Kodizillen Vorteile boten, behielten sie auch in der juristischen Praxis eine gewisse Bedeutung. Allerdings war die Unterscheidung zwischen bestätigten Kodizillen (die Vermächtnisse enthalten konnten) und unbestätigten Kodizillen (in denen nur die Anordnung von Fideikommissen möglich war) unwichtig geworden.[221] Daher überrascht es nicht, dass sich Bestätigungsklauseln in spätantiken Testamenten nur selten finden.[222] Hingegen enthalten spätantike Testamente nicht selten die Kodizillarklausel, derzufolge sie als Kodizill aufrecht erhalten werden sollen, sofern sie als Testament nicht wirksam sind (→ Rn. 51). Diese Klausel blieb wegen der fortbestehenden formalen Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Testament sinnvoll.[223] Solche Klauseln finden sich noch in Testamenten aus dem Merowingerreich.[224] Dies belegt, dass die Unterscheidung von Testamenten und Kodizillen auch im (ehemaligen) Westteil des römischen Reichs noch lange im Bewusstsein blieb, wenngleich sie dem Verfasser der westgotischen *interpretatio* zum Codex Theodosianus nicht klar gewesen zu sein scheint.[225] Ohne Kodizillarklausel war die Umdeutung eines unwirksamen Testaments in ein Kodizill weiterhin nicht zulässig.[226]

65 Die kaiserliche Gesetzgebung suchte allerdings der Möglichkeit, die Formvorschriften für Testamente durch den Rückgriff auf die Rechtsfigur des Kodizills zu umgehen, Grenzen zu setzen. Im Anschluss an frühere Vorstöße der Kaiser Konstantin und Theodosius II. forderte Justinian für die Errichtung des Kodizills generell fünf Zeugen.[227] Die

---

[219] Const. Cod. Theod. 4.4.1 (a.326); Novell. Marc. 5, 2 = Valentin./Marcian. C. 1.2.13 (a.455).
[220] *Kaser* RP II 496 mit Hinweis auf Theodos. Cod. Theod. 4.4.7.2 (a.424).
[221] *Rüfner*, in: Reid et al., Comparative Succession Law I (2011) 23 f.
[222] *Nowak*, Wills (2015) 196.
[223] *Nowak*, Wills (2015) 197–199.
[224] *Nonn*, Archiv für Diplomatik 18 (1972) 66–68.
[225] Vgl. *Kaser* RP II 496 Fn. 9 zu Interpr. Cod. Theod. 4.4.1.
[226] Theodos. Cod. Theod. 4.4.7.1 (a.424) = C. 6.36.8.1a.
[227] Theodos. C. 6.36.8.3 (a.424) (von Justinian interpoliert, wie der Vergleich mit Theodos. Cod. Theod. 4.4.7.2 (a.424) zeigt; vgl. auch bereits Const. Cod. Theod. 4.4.1 (a.326);

Regelung galt ihrem Wortlaut nach sowohl für bestätigte als auch für nicht bestätigte Kodizille.[228] Damit wurde der Abstand zwischen Testament und Kodizill erheblich verkleinert. Das Kodizill wurde hinsichtlich der geforderten Form zum Nachfolger des von fünf Zeugen besiegelten *testamentum iuris civilis* (→ Rn. 54). Allerdings scheint die Anwesenheit von fünf Zeugen keine echte Wirksamkeitsvoraussetzung gewesen zu sein, denn die justinianischen Institutionen lassen den Beweis eines nicht bezeugten Fideikommisses durch Eideszuschiebung zu.[229]

2. Neue Formen

a. Testament in amtlicher Verwahrung

Eine Neuerung des spätantiken Testamentsrechts stellte die Mitwirkung staatlicher Behörden bei der Testamentserrichtung dar. Schon in der Spätklassik gibt es Hinweise auf den Brauch, das Testament bei staatlichen Stellen in Verwahrung zu geben.[230] Eine Konstitution der Kaiser Honorius und Theodosius II. gestattet neben der als bereits anerkannt vorausgesetzten Niederlegung des Testaments bei den Provinzbehörden oder den munizipalen Magistraten die Einreichung von Testamenten beim Kaiser selbst.[231] Sowohl bei der Einbeziehung der munizipalen oder provinzialen Obrigkeit als auch in dem Falle, dass sich der Erblasser an den Kaiser selbst wendete, ist zu vermuten, dass ein vorbereitetes Schriftstück in Verwahrung geben wurde. Dass das Testament mündlich zum Protokoll der Behörde errichtet wurde, ist nicht wahrscheinlich.[232] Für das dem Kaiser (durch den Erblasser persönlich) vorgelegte Testament stellt die Konstitution klar, dass die Mitwirkung des Kaisers alle sonstigen Formalitäten entbehrlich machte. Damit ist das im Gemeinen Recht so genannte *testamentum principi oblatum* eine besondere Testamentsform. An die Stelle der Mitwirkung der Zeugen trat die Annahme durch den Kaiser. Die persönliche Übergabe durch den Erblasser stellte die Authentizität der Urkunde hinreichend sicher. Ob dasselbe auch für die so genannten *testamenta apud acta condita* galt, die unteren Behörden in Verwahrung gegeben wurden, ist unsicher.[233] Möglicherweise diente die Hinterlegung *apud acta* nur der Beweissicherung[234] und ersetzte die ordentliche Form des vor Zeugen errichteten Testaments nicht. **66**

[228] *Rüfner*, in: Reid et al., Comparative Succession Law I (2011) 24.
[229] Inst. 2.23.12; ebenso Iust. C. 6.42.32 (a.531).
[230] Pap. 6 resp D. 28.4.4 und dazu *Arcaria,* St. Nicosia I 177 f.
[231] Honor./Theodos. C. 6.23.19 (a.413).
[232] *Arcaria,* St. Nicosia I 200 und 204.
[233] Gegen diese Möglichkeit *Arcaria,* St. Nicosia I 213 und 227.
[234] Vgl. dazu schon aus spätklassischer Zeit Alex. C. 6.32.2 (a.235) und dazu *Arcaria,* St. Nicosia I 183–192.

b. Wechselseitiges Testament

67 Nach klassischem römischen Recht waren die Einsetzung eines Erben unter der Bedingung, dass dieser seinerseits den Testator einsetzte, als *institutio captatoria* unzulässig (→ § 53 Rn. 31).[235] Eine Konstitution Valentinians III. erkannte ein wechselseitiges Testament zweier kinderloser Eheleute auf deren (lebzeitigen) Antrag hin an und gewährte zugleich Befreiung von der Erwerbsunfähigkeit aufgrund der augusteischen Ehegesetze (→ § 52 Rn. 19–24).[236] Die Konstitution stellt einen Zusammenhang zwischen der Zulassung der wechselseitigen Einsetzung und der gemeinsamen Testamentserrichtung in einer Urkunde her. Die Bedenken der klassischen Juristen gegen wechselseitige Verfügungen treten zurück, weil bei gleichzeitiger Verfügung beider nicht von erbschleicherischen Absichten gesprochen werden kann. Valentinian III. hält jedoch ausdrücklich fest, dass die Bestimmung über den Einzelfall hinaus gelten soll.[237] Wechselseitige Einsetzungen von Ehegatten und auch von anderen Personen[238] in einer gemeinsamen Urkunde sollen demnach demnach künftig zulässig sein. Das Testament muss aber jeweils dem Kaiser vorgelegt werden. Insofern handelt es sich um eine Sonderform des *testamentum principi oblatum* (→ Rn. 66).[239]

c. Holographisches Testament

68 Nur eine Episode stellt in der römischen Rechtsgeschichte das eigenhändig geschriebene (holographische) Testament dar. Es erscheint in einer Konstitution Kaiser Valentinians III. aus dem Jahr 446. Der Kaiser bestätigte die Wirksamkeit eines solchen Testaments auf Antrag des Erben. Die Konstitution stellt den Anlassfall ausführlich dar, ordnet aber ausdrücklich an, dass *holografa manu* geschriebene Testamente künftig allgemein zugelassen werden sollen.[240] Dass neben der vollständig eigenhändigen Niederschrift auch eine Unterschrift des Erblassers gefordert wurde, geht aus dem Text nicht hervor.[241] Die Notwendigkeit der Unterschrift wird aber von dem westgotischen König Rekkeswinth hervorgehoben, der die Regelung zur holographischen letztwilligen Verfügung in seine für alle Bewohner des westgotischen Reiches geltende Lex Visigothorum übernahm.[242] Schon zuvor hatte die Zulassung des eigenhändigen Testa-

[235] Vgl. insbesondere D. 28, 5, 71.

[236] Dazu und zur Frage, warum trotz der spätestens 439 mit Verkündung des Code Theodiasianus erfolgten Aufhebung der Erwerbsbeschränkungen unter Ehegatten durch Honor./Theodos. Cod. Theod. 8.17.2 (a.410) ein solcher Antrag gestellt wurde, *Dajczak*, RIDA 42 (1995) 164 f.

[237] Novell. Valent. 21, 1; dazu eingehend *Arcaria*, St. Nicosia I 218–220 mit Fn. 153.

[238] Insofern ist es unrichtig, wenn *Kaser* RP II 481 nur das „wechselseitige Testament unter Ehegatten" anspricht.

[239] *Arcaria*, St. Nicosia I 220.

[240] Novell. Valent. 21, 2 pr.

[241] *Beutgen*, Geschichte (1992) 19.

[242] Lex Visig. 2, 5, 16; vgl. auch die Worterklärung bei Isidor von Sevilla: Isid. orig. 5, 24, 7.

ments in die Rechtsbücher der Westgoten[243] und der Burgunder[244] für ihre römischen Untertanen gefunden. Die Konstitution von 446 trägt außer dem Namen Valentinians III. auch den des oströmischen Kaisers Theodosius II., wurde aber wohl nur für den Westteil des Reiches erlassen.[245] Jedenfalls scheinen eigenhändige Testamente im Osten keine große Bedeutung erlangt zu haben.[246] Im justinianischen Codex findet sich das holographische Testament – wie auch das ebenfalls von Valentinian III. anerkannte wechselseitige Testament – nicht.

d. Teilungsanordnungen und Testamente von Abkömmlingen

Hinweise auf die Möglichkeit von formlosen Teilungsanordnungen des Erblassers, die im Rahmen der Erbteilung mittels der *actio familiae erciscundae* zu berücksichtigen waren, finden sich schon im klassischen Recht.[247] Kaiser Konstantin ordnete an, dass ein Testament, das unvollendet geblieben war, gleichwohl zu befolgen war, soweit es Zuwendungen an Kinder und Enkel enthielt, die auch als Intestaterben zu berücksichtigen waren.[248] Die konstantinische Gesetzgebung ließ sich so verstehen, dass sie nicht nur Teilungsanordnungen (ohne Veränderungen der Erbteile) zuließ, sondern darüber hinaus auch die Abweichung von der prinzipiell gleichmäßigen Verteilung der Erbschaft unter den Kindern bei gesetzlicher Erbfolge erlaubte.[249] Damit ergab sich erstmals ein Ansatz zur Ausbildung einer besonderen Formerleichterung für Zuwendungen an Abkömmlinge. Die bereits mehrfach erwähnte Konstitution Theodosius II. von 439 zum Testamentsrecht (→ Rn. 55, 59 und 61) bekräftigte die Gesetze Konstantins eher beiläufig.[250] **69**

Justinian erließ unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Gesetze Konstantins und Theodosius' II. eine differenzierte Regelung, die ausdrücklich zwischen bloßen Teilungsanordnungen und echten Testamenten zugunsten von Abkömmlingen unterschied. Ähnlich wie beim Kodizill beseitigte Justinian die völlige Formfreiheit, stellte aber weniger strenge Formerfordernisse auf als für Testamente im Allgemeinen. Für Teilungsanordnungen genügte die bloße Unterschrift des Erblassers oder sämtlicher **70**

[243] Im Breviarium Alaricianum (= Lex Romana Visigothorum) sind die Novellen Valentinians III. und damit auch Novell. Valent 21, 2 vollständig enthalten.

[244] Lex Burg. Roman. 45, 1.

[245] *Kuryłowicz*, Rejent 13 (2003) 121; die Behauptung in der deutschen Fassung des Aufsatzes, *Kuryłowicz*, Krytyka Prawa 7/2 (2015) 222, das Gesetz sei für den Ostteil des Reiches promulgiert worden, beruht wohl auf einem Übersetzungsfehler.

[246] *Nowak*, Wills (2015) 69 Fn. 181.

[247] Ulp. 19 ed. D. 10.2.20.3; Alex. C. 3.28.8 (a.223); vgl. auch Diocl./Max. C. 3.36.16 (a.293).

[248] Const. C. 3.36.26 (a.321?) und Const. Cod. Theod. 2.24.1 (a.321?); vgl. auch Const. Cod. Theod. 2.24.2 (a.327).

[249] *Blanco Rodríguez*, Testamentum parentum (1991) 47–67.

[250] Novell. Theod. 16, 5.

Kinder.[251] Für eine Veränderung der Erbanteile war es erforderlich, dass der Erblasser das Datum, die Namen der Kinder und die zugedachten Anteile in Worten eigenhändig niederschrieb. Vermutlich konnten auch einzelne Kinder auf diesem Weg gänzlich von der Erbbfolge ausgeschlossen werden.[252] Justinian ermöglichte auch die Aufnahme von Vermächtnis- oder Fideikommissanordnungen zugunsten Dritter, die nicht zum Kreis der Abkömmlinge und Intestaterben gehörten, und von Freilassumgen. Auch diese Anordnungen mussten eigenhändig geschrieben werden. Zusätzlich war für diesen Fall war aber die Zuziehung von Zeugen vorgeschrieben.[253] Deren Zahl ist nicht bestimmt.[254]

e. Zuwendungen an die Kirche

71 Neben Zuwendungen im engsten Familienkreis wurden auch Zuwendungen zugunsten der Kirche und für wohltätige Zwecke durch die christlichen Kaiser der Spätantike erleichtert. Nicht alle einschlägigen Legislativakte sind inhaltlich klar. Primär geht es darum, dass entsprechende Zuwendungen nicht an der Regel scheitern sollen, die Zuwendungen an *incertae personae* ausschließt (→ § 52 Rn. 9).[255] Eine Konstitution von 470, die ins justinianische Recht übernommen wurde, setzt jedoch voraus, dass letztwillige Zuwendungen (Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Fideikommisse) zugunsten der Kirche durch bloße mündliche Erklärung möglich sind.[256] Dass eine entsprechende Formerleichterung auch für Zuwendungen an individuelle Kleriker oder an die Armen bestand, lässt sich den Quellen nicht sicher entnehmen.[257]

f. Nottestamente

72 Als Nottestamente (in einem weiten Sinn) lassen sich verschiedene Formerleichterungen verstehen, die aufgrund einer besonderen Situation oder wegen körperlicher Defizite des Testators gewährt wurden.

73 Wie bereits berichtet, erweiterte Justinian Möglichkeiten zur Errichtung eines ordentlichen Testaments für Taube und Stumme (→ Rn. 60). Für Lese- und Schreibunfähige (deren Testierfähigkeit in älterer Zeit – soweit ersichtlich – nicht ein Zweifel gezogen worden war) – findet sich eine differenzierte Regelung. Schon Theodosius II. ordnete in seiner Konstitution zur Testamentsform an, dass ein achter Zeuge das Tes-

[251] Novell. Iust. 18, 7 (a.536); Novell. Iust. 107, 3 (a.541). Entgegen *Kaser* RP II 483 Fn. 55 fordert auch Novell. Iust. 18, 7 nicht kumulativ die Unterschrift des Erblassers und der Kinder.

[252] *Blanco Rodríguez*, Testamentum parentum (1991) 119–122.

[253] Novell. Iust. 107, 1 (a.541).

[254] *Blanco Rodríguez*, Testamentum parentum (1991) 103–107.

[255] So zu Valent./Marcian. C. 1.3.24 (a.455) über Zuwendungen an die Armen *Corbo*, Paupertas (2006) 211 sowie sowie *Corbo*, Incertae personae (2012) 129–133.

[256] Leo/Anthem. C. 1.2.14.1 (a.470), eingehend zu diesem Text *Corbo*, Paupertas (2006) 160–167.

[257] Dafür aber *Kaser* RP II 4856 Fn. 46.

tament unerschreiben musste, wenn der Erblasser nicht in der Lage war, eigenhändig zu unterschreiben, wie von der Konstitution grundsätzlich gefordert.[258] Justinian, der zusätzlich zur eigenhändigen Unterschrift des Erblassers die eigenhändige Niederschrift der Namen der eingesetzten Erben forderte, legte folgerichtig für schreibunfähige Erblasser fest, dass sie die Namen der eingesetzen Erben vor den Zeugen laut aussprechen mussten.[259] Die gesamte Regelung wurde jedoch nach kurzer Zeit wieder abgeschafft.[260]

74 Für Blinde erließ Justin eine ähnliche Regelung, wie sie für Schreibunfähige bestand: Bei Errichtung eines Testaments durch einen Blinden musste ein Schreiber (*tabularius*) zugezogen werden, der das vom Erblasser laut und unter klarer Bezeichnung insbesodere der zu Erben eingesetzten Personen und ihrer Quoten diktierte Testament niederzuschreiben hatte. Anschließend musste das Testament von den Zeugen unterschrieben und von Schreiber und Zeugen gesiegelt werden. Anstelle eines Berufsschreibers konnte auch ein achter Zeuge die dem *tabularius* zugedachte Rolle übernehmen.[261] Die justinianischen Institutionen schärfen ein, dass Blinde nur in der von Justin vorgeschriebenen Weise testieren dürfen.[262]

75 Der verbreitete Analphabetismus, der (neben körperlichen Einschränkungen) ein Grund für die Einführung von Sonderregelungen für schreibunfähige Erblasser war, war auch einer der Anlasse für die Einführung von Spezialvorschriften für Testamente, die auf dem Lande abgefasst werden. Danach konnte für einen schreibunkundigen Zeugen ein anderer, des Schreibens kundiger Zeuge die Unterschrift leisten.[263] Dokumente aus der (ägyptischen) Praxis zeigen, dass von dieser Erleichterung Gebrauch gemacht wurde.[264] Die Formerleichterungen für ein *testamentum ruri conditum* gingen aber über über die Möglichkeit zur Ersetzung der Unterschrift hinaus. Die Zahl der Zeugen konnte auf fünf reduziert werden und das Testament konnte abweichend von den Vorgaben des Reichsrechts nach lokalen Gewohnheiten errichtet werden.[265]

76 Eine Sonderregel galt schließlich schon seit Diocletian für Testamente, die während einer Seuche[266] errichet wurden.[267] Da die Angst vor Ansteckung Zeugen abschrecken konnte, gewährte der Kaiser eine Formerleichterung. Deren Inhalt ist aber so unklar formuliert, dass er sich nicht leicht rekonstruieren lässt. Die Zahl der Zeugen wird nicht

[258] Novell. Theodos. 16, 3 = C. 6.23.21.1 (a.439); zum (Schutz-) Zweck der Regelung, die in Edict. Theodor. 29 wiederkehrt *Fröschl*, SZ 104 (1987) 126.

[259] Iust. C. 6.23.29.1 (a.531); dazu *Fröschl*, SZ 104 (1987) 129–131.

[260] Novell. Iust. 119, 9 (a.544).

[261] Iustinus C. 6.22.8 (a.521); vgl. *Küster*, Blinde (1991) 78–83.

[262] Inst. 2.12.4.

[263] Iust. C. 6.23.31 (a.534).

[264] *Nowak*, Wills (2015) 66.

[265] Dazu im einzelnen *Fröschl*, SZ 104 (1987) 132–136.

[266] Zum Anlass *Willems*, SZ 138 (2021) 625–627.

[267] Diocl./Max. C. 6.23.8 (a.290); *Desanti*, in: Eck/Puliatti, Diocleziano (2018) 538–543; *Willems*, SZ 138 (2021) 616–634; vgl. auch *Tellegen-Couperus*, Testamentary Succession (1982) 27 f.

vermindert; den Zeugen wird jedoch nachgelassen, dass sie mit einem Erkrankten (*morbo oppresso*) nicht zusammenkommen müsse. Vermutlich geht es darum, dass die Zeugen aus Sorge, einer von ihnen könnte erkrankt sein, nicht als Gruppe zusammentreten wollen.[268] Daher wird ihnen gestattet, das Testament einzeln und nacheinander zu siegeln.[269]

[268] So *Willems*, SZ 138 (2021) 633.

[269] *Willems*, SZ 138 (2021) 632 f.; abweichend *Desanti*, in: Eck/Puliatti, Diocleziano (2018) 542.

§ 19 *Confarreatio* und *conventio in manum*

Verena Halbwachs

Kaser, Ehe und „conventio in manum“, Iura 1 (1950) 64–101; *Watson*, The Law of Persons in the later Roman Republic, 1967 (Ndr. 1984), 19–31; *Volterra*, Scritti Giuridici II – III, 1991; *Piro*, „Usu“ in manum convenire, 1994; *Piro*, Unioni confarreate e diffarreatio. Presupposti e limiti di dissolubilità delle unioni coniugali in età regia, Index 25 (1997) 253–299; *Bartocci*, La species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti, 1999; *Fayer*, La Familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Parte seconda: Sponsalia matrimonio dote, 2005, 185–325; *Astolfi*, Il matrimonio nel diritto della Roma preclassica, 2018.

Inhalt Rn.

I. Einleitung 1
II. Formen der *conventio in manum* 6
1. *Confarreatio* 6
2. *Coemptio* 9
3. *Usus* 10

I. Einleitung

Unter dem Sammelbegriff *conventio in manum* (*convenire in manum*)[1] erfassen die Römer bestimmte rechtliche Akte, durch welche eine (Ehe)frau unter die Ehegewalt (*manus*) ihres Mannes (bzw. dessen *pater familias*, sollte der Mann selbst noch *alieni iuris* sein[2]) gelangt und somit in den agnatischen Familienverband des Mannes wechselt. Gaius[3] differenziert die Hausgewalt (*Sed in potestate quidem masculi et feminae esse solent* …) von der Ehegewalt (…*in manum autem feminae tantum conveniunt* …). Die **1**

[1] *Fayer*, Familia II (2005) 185–325 mwN; *Kaser*, Iura 1 (1950) 64–101; *Watson*, Persons (1967) 19–31; zur Terminologie vgl. *Peppe*, SDHI 63 (1997) 160–170; *Hanard*, RIDA 36 (1989) 161–279.

[2] Zur strittigen Frage, ob man auch bei einer Person *alieni iuris*, konkret einem verheirateten *filius familias in potestate*, von *manus* über seine Ehefrau sprechen kann, s. zuletzt *Astolfi*, SDHI 75 (2009) 53–75 mit Nachweisen zur jüngeren Literatur sowie insb. zu *Piro*, Iura 47 (1996) 93–160.

[3] Gai. 1.109.

Vornahme einer *conventio in manum* ist unabhängig davon, ob die Frau zuvor bereits gewaltfrei oder ihrem Vater gewaltunterworfen[4] war. (Demographische Studien gehen davon aus, dass Ende der Republik/Anfang des Prinzipats zum Zeitpunkt der ersten Eheschließung etwa 70 Prozent der Männer und 50 Prozent der Frauen *sui iuris* waren.)[5] Wird ein *matrimonium sine manu* eingegangen, bleibt die Frau dementsprechend entweder *sui iuris* oder ihrem *pater familias* gewaltunterworfen.[6] Jedenfalls aber dürfte das *convenire in manum* ein aktives Mitwirken der Frau[7] verlangt haben.[8]

2 In der Familie des Mannes steht sie *filiae loco*[9] (→ § 34 Rn. 26, 33); ein Umstand, der vor allem die personen- und vermögensrechtliche Position einer Frau *sui iuris* betrifft,[10] da sie ab nun ihrem Mann bzw. dessen *pater familias* gewaltunterworfen ist und ihr Vermögen in das des neuen agnatischen Familienverbandes integriert wird und sie ihre Vermögensfähigkeit verliert. Dennoch wird die *uxor in manu* in ihrer Stellung *filiae loco* nicht nur terminologisch von der *filia in potestate* unterschieden, sondern auch inhaltlich decken sich nicht alle personen- und vermögensrechtlichen Konsequenzen mit der rechtlichen Stellung einer *filia familias*.[11]

3 Nach heute h. M.[12] ist der Vorgang des *convenire in manum* durch die Frau jedenfalls von der rechtsformlosen Schließung der römischen Ehe (→ § 33 Rn. 1–7) zu unterscheiden, der zu dieser hinzutreten und auch zeitlich koinzidieren kann, aber nicht den Abschluss der Ehe als solcher bewirkt.[13]

4 Während die Vornahme einer *conventio in manum* in vorklassischer Zeit regelmäßig mit der Eheschließung einher ging (wenngleich auch keinen konstitutiven Akt für diese darstellte),[14] unterliegt sie schon während der Republik einem ständigen Rückgang und

---

[4] Ist die Frau zu diesem Zeitpunkt ihrem *pater familias* gewaltunterworfen, benötigt sie dessen *auctoritas* (Paul. Coll. Mos. 4.2.3; Pap. Coll. Mos 4.7.1).

[5] Vgl. *Peppe*, SDHI 63 (1997) 125 f. mwN.

[6] Zum semantischen Inhalt des Begriffes *materfamilias* und seiner Beziehung auf eine *uxor in manu* oder eine (verheiratete) Frau *sui iuris* s. *Fiori*, BIDR 96/97 (1993/1994) 455–498; *Giunti*, Ric. Gallo I 301–337; *Isola*, Contra factum (2017) 110–113 mit umfänglichem Literaturreferat.

[7] Vgl. *Piro*, Usu (1994) 41–43.

[8] Beim *manus*-Erwerb durch *usus* kann darin die Unterbrechung des ehelichen Zusammenlebens für drei Tage durch die Frau gesehen werden.

[9] Vgl. Gai. 1.111; 114; 115b; 116.

[10] Zu diesen und weiteren Auswirkungen der *manus*-Gewalt des Mannes über die Frau s. umfassend *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 367–491 sowie *Bartocci*, Species (1999) 139–173.

[11] Zu den Divergenzen s. ausführlich *Piro*, Usu (1994) 71–112, 117 f. bzw. Rez. *Peppe*, SDHI 60 (1994) 676 f., Rez. *Péter*, SZ 113 (1996) 560; *Piro*, Iura 47 (1996) 93–160; *Bartocci*, Species (1999) 141–144. Zum Verhältnis der *uxor in manu* zu ihrer „neuen" und „alten" *familia* s. *Capogrosso Colognesi*, GS Kupiszewski 63–81.

[12] Grundlegend dafür sind die Studien von *Volterra*, Scr. II 3–68, 83–96, 199–227, Scr. III 3–107, 155–176; weiters etwa *Cantarella*, RISG 10 (1959–1962) 181–228; *Franciosi*, Famiglia (2003) 172–178 mwN. Zur Diskussion siehe auch *Busacca*, Iustae nuptiae (2012) 59–66.

[13] Für die *confarreatio* der höchsten Priester ist dies freilich nicht unumstritten.

[14] *Falchi*, SDHI 50 (1984) 355–382.

bereits ab der späten Republik wird die Ehe ohne *manus* zur Regel und ab dem Prinzipat stellt sie nur mehr eine vereinzelte Ausnahme dar:[15] Gaius spricht von den Formen der *manus*-Ehe als einst (*olim*) vorhandene Formen,[16] die teilweise durch Gesetz, teilweise durch Nichtanwendung in Vergessenheit geraten seien (… *ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est.*).[17]

Ebenfalls bei Gaius[18] sind uns die drei Möglichkeiten überliefert, durch welche eine **5**
conventio in manum bewirkt worden ist, nämlich *usu, farreo, coemptione.*[19]

II. Formen der *conventio in manum*

1. *Confarreatio*

Die *confarreatio*[20] ist ein sakraler Akt ältester Herkunft, bei dem in feierlicher (nicht **6**
überlieferter) Wortform unter Mitwirkung von Priestern (*flamen dialis, pontifex maximus*) und in Gegenwart von zehn Zeugen *panis farreus*[21] an den Gott Jupiter Farreus geopfert wird.[22] Gaius erwähnt, dass die *confarreatio* auch zu seiner Zeit noch in Gebrauch war, und führt dies darauf zurück, dass bestimmte hohe Priesterämter nur von Personen, die aus konfarreierten Ehen stammen, eingenommen werden konnten und die selbst in einer solchen leben müssen.[23]

Allerdings ist diese Form des Übertritts der Ehefrau in die *manus* ihres Mannes, die **7**
durch die Erneuerung diverser Kultvorschriften im frühen Prinzipat offenbar wieder an Bedeutung gewonnen hat, dann nur mehr von kultischer Bedeutung, ihre personen- und vermögensrechtlichen Positionen sind davon nicht mehr betroffen.[24] Naheliegend

---

[15] Siehe nur *Looper-Friedman*, TR 55 (1987) 281–296.

[16] Gai. 1.110.

[17] Gai. 1.111. (… *ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est.*).

[18] Gai. 1.110; Boeth. in top. Cic. 3,14; Serv. georg. 1,31.

[19] *Linderski*, SZ 101 (1984) 301–309; *Cantarella*, FS Pugliese 97–107.

[20] *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 227–256 (diese von *Astolfi* 2018 vorgelegte Monographie ist die erweiterte und aktualisierte Fassung des 2002 in 2. Auflage erschienenen Werkes *Astolfi*, Matrimonio preclassico ²(2002); zur Fassung 2018 siehe Rez. *Stagl*, SZ 137 (2020) 374–377; zur 1. Auflage 2000 siehe *Mirkovic*, SZ 118 (2001) 513 f.; *Waelkens*, TR 68 (2000) 565–568; zur Kritik von *Waelkens* siehe wiederum *Astolfi*, SDHI 68 (2002) 579–587); *Fayer*, Familia II (2005) 223–245, jeweils mit weiteren Nachweisen zu Quellen und Literatur; *Peppe*, SDHI 63 (1997) 156–160; *Cristaldi*, in: Randazzo, Religione (2014) 143–200.

[21] Regelmäßig als „Speltbrot“ übersetzt, vermutlich Dinkel aus der Getreidegattung des Weizens.

[22] Gai. 1.112. Tac. ann. 4,16,1–3 sowie der spätantike Vergil-Kommentator Servius schildern weitere bei einer *confarreatio* vollzogene Riten: Serv. Aen. 4,374; Serv. georg. 1,31 (vgl. *Fayer*, Vita (2016) 109 f.).

[23] Gai. 1.112.

[24] Gai. 1.136: … *ut haec, quod ad sacra tantum, videatur in manu esse, quod vero ad ceteras causas, proinde habeatur, atque si in manum non convenisset.* Ebenso Tac. ann. 4,16; s. dazu jetzt *Buongiorno*, BIDR 111 (2017) 308–319; weiters *Astolfi*, Matrimonio (2014) 92–95.

ist aus all dem, dass die *confarreatio* von Beginn an patrizischen Familien vorbehalten war.

8 Unklar sind Bedeutung und Wirkung der – ausschließlich in literarischen Quellen überlieferten – *diffarreatio* als *actus contrarius* zur *confarreatio*. Ob die *diffarreatio* nur die *manus* oder auch die konfarreierte Ehe[25] als solche aufhob, hängt mit der ebenso umstrittenen Frage zusammen, ob die *confarreatio* ehemals Eheabschluss und *manus*-Begründung zugleich bewirkte.[26]

2. *Coemptio*

9 Die *coemptio*[27] ist ein der *mancipatio* (→ § 17) nachgebildeter Formalakt[28] und war wohl die gebräuchlichste Form, um den Übertritt der Frau in die *manus* des Mannes zu bewirken.[29] (Die Trennung der *coemptio* von der *mancipatio* wurde notwendig, so Gaius, damit die Frau, anders als in früheren Zeiten, nicht in die Position *servorum loco* geriet.)[30] Die *coemptio* ist als symbolischer (Ver)Kauf (*quandam imaginariam venditionem*)[31] konzipiert.[32]

[25] Die Ehe des *flamen dialis* und der *flaminica* galt aber jedenfalls als nicht scheidbar (s. Fest. p. 89 M. s. v. flammeo; Gell. 10,15,23; Serv. Aen. 4,29).

[26] Einen Überblick zum Meinungsstand bietet *Fayer*, Familia II (2005) 239–243. Vgl. zuletzt *Giunti*, St. Talamanca IV 255–274; *Piro*, Index 25 (1997) 253–276, jeweils mwN; weiters *Knütel*, SZ 88 (1971) 68–71.

[27] *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 301–365; *Fayer*, Familia II (2005) 245–270, jeweils mit weiteren Nachweisen zu Quellen und Literatur; *Peppe*, SDHI 63 (1997) 170–181; *Piro*, Usu (1994), dazu *Cantarella*, Labeo 41 (1995) 434–448; Rez. *Peppe*, SDHI 60 (1994) 673–680 und *Péter*, SZ 113 (1996) 557–563; weiters *Bartocci*, Species (1999) 122–135.

[28] Zum Akt der *coemptio* mit einem *extraneus* (im Unterschied zum *maritus*), der nicht *matrimonii causa* vorgenommen wird, sondern andere Effekte herbeiführen soll (*fiduciae causa*), wie in Zusammenhang mit Vormundschaft (*tutelae evitandae causa*) oder Testamentserrichtung (*testamenti faciendi gratia*) s. Gai. 1.114–115b.

[29] Zu den üblichen Formeln s. *Kaser*, RP I 74 Fn 16; 77 Fn 17.

[30] Gai. 1.123.

[31] Gai. 1.113.

[32] *Piro*, St. Talamanca VI 359–391; zur *manus* durch *coemptio* in der sog. *Laudatio Turiae* s. zuletzt *Piro*, St. Nicosia VI 155–194 mwN; *Albanese*, Iura 52 (2001) 1–18 (in Reaktion auf *Waelkens*, TR 68 (2000) 565–568).

3. *Usus*

Die *conventio in manum* durch *usus*[33] wird von Gaius[34] auf die Ersitzung (→ § 44 Rn. 14) gemäß der 12 Tafeln[35] zurückgeführt.[36] Eine Ehefrau, die ein Jahr lang ohne Unterbrechung mit ihrem Mann zusammengelebt hat, gelangt durch *usus* in die *manus* desselben. Diese Konsequenz kann durch eine alljährliche Abwesenheit der Frau von drei Nächten (*trinoctium*) umgangen werden, da so die *usucapio* durch den Ehemann unterbrochen wird. Anzunehmen ist, dass auf diese Weise der Ehemann nach einjähriger Ehe eine *vindicatio* der *filia familias* durch ihren *pater familias* abwehren konnte ohne einen anderweitigen *manus*-Erwerb nachweisen zu müssen. Geht man davon aus, dass ursprünglich die Eheschließung und die *conventio in manum* untrennbar verbunden waren bzw. eine Einheit darstellten, erscheint die Möglichkeit des *trinoctium abesse* in Folge als erste Form eines *matrimonium sine manu.*

[33] *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 257–300; *Fayer*, Familia II (2005) 270–285; jeweils mit weiteren Nachweisen zu Quellen und Literatur; *Piro*, Usu (1994); *Bartocci*, Species (1999) 114–122; *Zannini*, Labeo 45 (1999) 412–420; *Watson*, RIDA 23 (1976) 265–270.

[34] Gai. 1.111.

[35] XII T. 6, 3–4; zu weiteren die Ehe und somit konkret auch die Stellung der Frau betreffenden Quellen, welche eine Zuschreibung zur dezemviralen Gesetzgebung vornehmen, vgl. jetzt *Piro*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 151–187.

[36] *Convenire*/*conventio* bedeutet hier daher nicht ausschließlich das konsensuale Übereinkommen, sondern „das Zusammenkommen" (unter der *manus*-Gewalt des Gewalthabers).

§ 20 Eid (*iusiurandum*)

Thomas Finkenauer

Steinwenter, Iusiurandum, in: Paulys Real-Encyclopädie der class. Altertumswissenschaft X.1 (1918), Sp. 1253–1260; *Kraus/Spengler*, Iusiurandum, in: Historisches Wörterbuch der Rhetorik IV, 1998, Sp. 692–712; *Zuccotti*, Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico. Elementi per uno studio comparatistico, 2000; *Harke*, Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht, 2013.

1 Der Eid ist in fast allen antiken Rechten verbreitet;[1] er gehört als ursprünglicher Rechtsakt dem Sakralrecht an.[2] Cicero hebt die besondere Bedeutung des Eides als *affirmatio religiosa* hervor und spricht vom „festesten Band zur Sicherung der Treue".[3] Der Eid kann entweder assertorisch, behauptend, oder promissorisch, versprechend, sein.[4] Er kann freiwillig geleistet oder auch vom Magistrat oder Gesetz auferlegt werden.[5] Die Etymologie des Ausdrucks *iusiurandum* ist unklar.[6]

---

[1] *Kraus/Spengler*, s. v. iusiurandum, HWR IV, Sp. 693.

[2] Älteste Erwähnung z. B. in XII T. 8.23 (Meineid und falsches Zeugnis sind dort identisch, dazu *Fiori*, Homo sacer (1996) 219). Ob Cic. off. 3,31,111 weitere Fälle meint, ist umstritten, s. *Steinwenter*, s. v. iusiurandum, RE X.1 Sp. 1254; s. auch *Wissowa*, Religion (1912) 387 f.

[3] Cic. off. 3,29,104; 3,31,111 (*vinculum ad adstringendam fidem*).

[4] Gegen diese Einteilung *Harke*, Eid (2013) 13 f. unter Berufung auf Ulp. 22 ed. D. 12.2.13.6; s. aber etwa Alex. C. 2.27.1 (o.A.) und Rn. 5.

[5] Magistratischer Zwang zur Eidesleistung besteht z. B. nach dem Edikt *si certum petetur*, Ulp. 26 ed. D. 12.2.34.6. Die Unterscheidung zwischen *iusiurandum voluntarium* und *necessarium* ist justinianisch, vgl. D. 12.2 rubr. sowie *Steinwenter*, s. v. iusiurandum, RE X.1 Sp. 1258. Weitere Fälle einer Eidespflicht diskutiert *Harke*, Eid (2013) 130–140 (*constitutum*, Noxalklage, *actiones rerum amotarum* und *iniuriarum*). Zu gesetzlich angeordneten Eiden im Staatsrecht *Steinwenter*, s. v. iusiurandum, RE X.1 Sp. 1256 f.

[6] Zum einen wird *ius iurare* als Beeiden einer Rechtsbehauptung aufgefasst (*Kaser*, Ius (1949) 25; *Latte*, s. v. Meineid, RE XV.1 Sp. 353), zum anderen wird *ius* lediglich als Formel und nicht als gesetztes Recht angesehen, was auf einen älteren Ursprung deutete (*Harke*, Eid (2013) 15). Ennius führt *iusiurandum* auf *Iovisiurandum* zurück, s. Apul. Socr. 5 (dazu *Danz*, Sacraler Schutz (1857) 148 Fn. 14).

Die älteste Form des Eides ist das *sacramentum.*[7] Sein Bruch macht *sacer*, d. h. der Schwörende verfällt der Rache der Schwurgottheit. Mit der Sakration erhält die Schwurgottheit ein Herrschaftsrecht über den Meineidigen, das zu dessen Vernichtung durch Selbstmord oder Tötung führt; der *homo sacer* ist also friedlos.[8] Die Gottesrache kann auf entwickelterer Stufe gerade beim promissorischen Eid durch ein Sühneopfer (*piaculum*) abgewendet werden. Nun ist es möglich, statt der eigenen Person von vornherein eine Lösungsgabe einzusetzen oder eine Bürgenstellung zu versprechen und so das *sacer esse* zu vermeiden.[9] **2**

Der Eid ist ein einseitiger[10] Sprechakt[11] unter Anrufung einer oder mehrerer Gottheiten,[12] des Genius des Kaisers[13] oder des *pater familias.*[14] Eidesthema und Schwurformel werden dem Schwurpflichtigen mitunter vom Gegner oder von einem Priester oder Amtsträger vorgesprochen.[15] Der Eid kann begleitet sein von rituellen, symbolischen Handlungen.[16] Er enthält eine Selbstverfluchung (*exsecratio*)[17] des Schwörenden **3**

[7] Fest. verb. sign. ed. Lindsay 466 s. v. sacramento; *Gioffredi*, Diritto e processo (1955) 120–122.

[8] *Kaser*, Ius (1949) 47–53; zum Tötungsrecht und zur -pflicht Fest. verb. sign. ed. Lindsay 424.8; Trebatius bei Macr. Sat. 3,7,5–8; Serv. Aen. 10,419. Zur Einschränkung des Tötungsrechts *Kaser*, Ius (1949) 52 f.

[9] Varro ling. 5,36,180; Gai. 4.13. Der Schwörende kann die Übel selbst festlegen, die er auf sich nimmt, und damit statt des *sacer esse* Vermögenshaftung als Sanktion vorsehen, vgl. *Mayr*, Mél. Girard II 195; *Fiori*, Homo sacer (1996) 216–218. Damit hängt wohl auch der Bedeutungswandel von Eid zu Geldsumme bei der *legis actio sacramento in rem* zusammen, *Eder*, s. v. sacramentum, DNP 10, Sp. 1199.

[10] *Pastori*, Negozio (1994) 91; zweifelnd *Kaser*, RP I 169 Fn. 23.

[11] Der mündliche Eid heißt *iusiurandum corporaliter praestitum*, vgl. Diocl./Max. C. 2.42.3.4 (a.293); zu schriftlichen Eiden *Steinwenter*, s. v. iusiurandum, RE X.1 Sp. 1255.

[12] Solange sie nicht verboten sind (Ulp. 22 ed. D. 12.2.5.3); Schwur beim eigenen Aberglauben: Ulp. 22 ed. D. 12.2.5.1. Häufig wird bei Juppiter (*Dius fidius*, Plaut. Asin. 23; *Diiovis* und *Vediiovis*, Gell. 5,12) oder bei allen Göttern geschworen. Christen schwören z. B. bei der Dreieinigkeit oder beim *deus omnipotens* (Arcad./Honor. C. 2.4.41 (a.395); *Zuccotti*, Giuramento (2000) 101 f. mwN.). Zahlreiche Beispiele bei *Steinwenter*, s. v. iusiurandum, RE X.1 Sp. 1255.

[13] Suet. Cal. 27; Ulp. 22 ed. D.12.2.13.6; dazu *Wissowa*, Religion (1912) 177 mwN. Auch bei der *salus* des Kaisers wird geschworen, Tert. apol. 32,2; Arcad./Honor. C. 2.4.41 (a.395); *Steinwenter*, s. v. iusiurandum, RE X.1 Sp. 1255.

[14] So schwören Sklaven (Sen. epist. 12,2) oder Freigelassene und Klienten (Hor. epist. 1,7,94 f.). Dass auch Familienmitglieder und Freunde so schwören, behauptet *Zuccotti*, Giuramento (2000) 25.

[15] Liv. 2,32; Gell. 2,24,2; Plin. paneg. 64 (*praeire verbis*); TP 117 u. 115 = TPSulp. 29 = TPN 23; ausführlich *Danz*, Sacraler Schutz (1857) 24–32; *Kaser*, RP I 40 Fn. 6. Beispiele für Schwurformeln: Liv. 1,24; 22,53,11; TP 117 u. 115 = TPSulp. 29 = TPN 23; Fest. verb. sign. ed. Lindsay 102 s. v. lapidem silicem.

[16] In der Regel genügt das Berühren des Altars der jeweiligen Gottheit, s. Verg. Aen. 12,201; Plaut. Rud. 1333; *Steinwenter*, s. v. iusiurandum, RE X.1 Sp. 1255. Beim ältesten und heiligsten Eidesritus, dem *iusiurandum per Iovem lapidem*, erschlägt der *pater patratus* ein Opfertier mit einem Feuerstein (*silex*) und verbindet in der *exsecratio* das Schicksal des Eidbrüchigen mit dem des Opfertiers, Apul. Socr. 5; Liv. 1,24,7; *Wissowa*, Religion (1912) 118. In christlicher Zeit ist die Berührung der Evangelien üblich, Iust. C. 3.1.14.4 (a.530); dazu näher *Zuccotti*, Giuramento (2000) 101 f.

[17] *Wissowa*, Religion (1912) 388.

für den Fall, dass er wissentlich die Unwahrheit sagt oder sein Versprechen nicht hält.[18] Eingesetzt werden eigene Güter, aber auch z. B. das Leben der eigenen Kinder.[19] Eide werden häufig an sakralen Orten geschworen,[20] in Prozessen vor dem jeweiligen Prätor oder *iudex*. Eidfähig ist jedermann, auch Frauen, Sklaven und *impuberes*.[21] Bestimmte Personengruppen sind von einem sonst bestehenden Eideszwang befreit.[22]

4 Der Eid ist im Zivilverfahren in den verschiedensten Zusammenhängen belegt:[23] *in iure* (→ § 12 Rn. 83–97), *apud iudicem* (→ § 13 Rn. 4, 15, 68, 58 f., 60 f.)[24] und bei der Vollstreckung.[25] Man unterscheidet gewöhnlich Eide zwecks Streitentscheidung,[26] als Beweismittel,[27] zur Schätzung des Streitwerts (→ § 13 Rn. 60 f.) und zur Abwehr von schikanösen Prozesshandlungen (Kalumnieneid → § 15 Rn. 40).[28] Im Privatrecht spielt der Eid eine viel geringere Rolle.[29] Eine wirksame Verpflichtung durch Eid ist nur bei den *operae* der Freigelassenen anerkannt (→ § 37 Rn. 18). Daneben werden Eide

---

[18] Assertorisch: TP 117 u. 115 = TPSulp. 29 = TPN 23; promissorisch: Plin. paneg. 64; Liv. 22,53,11; Plb. 3,25.

[19] Ulp. 22 ed. D. 12.2.3.4 (*caput*); D. 12.2.5 pr. (*salus*); Plin. paneg. 64 (*domus sua*); Liv. 10,38,10 (*familia*, *stirps*); Paul. 18 ed. D. 12.2.4 (*filii*); *Zuccotti*, Giuramento (2000) 23–25.

[20] *Ara maxima Herculis* (D.H. 1,40,6); *arae gramineae* (Verg. Aen. 12,118/201); *ara Veneris* (Plaut. Rud. 1333); *statua Matris Magnae* (TP 10 u. 37 = TPSulp. 28 = TPN 22). Der Eid bei *Dius fidius* musste unter freiem Himmel geleistet werden, Varro ling. 5,66; *Wissowa*, Religion (1912) 131.

[21] Frauen: Paul. 18 ed. D. 12.2.26 pr.; Sklaven: Paul. 18 ed. D. 12.2.20; Ulp. 26 ed. D. 12.2.23; *impuberes*: Ven. 7 act. D. 40.12.44.2; dazu *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 243. Der Eidesantrag des Minderjährigen erfordert die Zustimmung des Vormunds, Ulp. 76 ed. D. 44.5.1.1; *Harke*, Eid (2013) 105 mit Fn. 130.

[22] Gell. 10,15,31 (*sacerdos Vestalis* und *flamen Dialis*); *iusiur. voluntarium*: Ulp. 26 ed. D. 12.2.34.2 (*pupillus*); D. 12.2.34.3 (*procurator* oder *defensor* des Schuldners); Kalumnieneid: Ulp. 26 ed. D. 12.2.34.4 (Freilasser und Eltern als Prozessgegner); Schätzeid: Ulp. 36 ed. D. 12.3.4 pr. (*tutor*, *mater*, *curator*). Unter den Hochklassikern streitig ist offenbar der Eideszwang bei einem vom *procurator* des Gläubigers zugeschobenen Eid, dazu *Harke*, Eid (2013) 118 f.

[23] Überblick bei *Steinwenter*, s. v. Iusiurandum, RE X.1 Sp. 1256–1260; zu den mannigfachen Eiden im Staats- und Verwaltungsrecht ebd. Sp. 1256 f.

[24] Zum Gestellungsversprechen durch Eid (*vadimonium*, Gai. 4.185; *cautio iuratoria*, Inst. 4.11.2).

[25] Mit dem (infamierend wirkenden) Insolvenzeid nach der *lex Poetelia* (4. Jh. v. Chr.) kann sich ein Darlehensschuldner von der *legis actio per manus iniectionem* befreien, vgl. *Klinck*, SZ 130 (2013) 396 f.

[26] Zu den Eiden in TPSulp 28 u. 29 *Gröschler*, SZ 121 (2004) 122–124; zu außergerichtlichen streitentscheidenden Eiden *Gröschler*, a. a. O., 118 mit Fn. 42; *Kaser/Hackl*, RZ 267 mit Fn. 9.

[27] Der Eid wird nur in der Rhetorik (neben Gerüchten und Zeugenaussagen) zu den Beweismitteln gezählt, Quint. inst. 5,1,2. Der Parteieid über Tatsachen kommt allerdings als Schätzungseid (*iusiurandum in litem*) vor, *Kaser/Hackl*, RZ 366. Tatsachen, z. B. ein Vertragsschluss, können nach dem Edikt *de iureiurando* unstreitig gestellt werden, *Harke*, Eid (2013) 54–87 mit Quellen.

[28] Zum Kalumnieneid bei der Zuschiebung von Eiden und bei anderen Rechtsbehelfen (*operis novi nuntiatio*, *cautio damni infecti*) *Harke*, Eid (2013) 119 f., 187–197.

[29] Zur Isolierung des Privatrechts vom sakralen Recht und von Sittlichkeit und Sitte *Schulz*, Prinzipien (1934) 14 f., 18.

lediglich zur Bekräftigung bereits bestehender Verpflichtungen eingesetzt. Ist die Eidesleistung Bedingung einer testamentarischen Zuwendung, behandelt das prätorische Edikt jene als unwirksam.[30] Beschwört ein Minderjähriger eine Vergleichsvereinbarung, erhält er freilich keine *restitutio in integrum*.[31]

Die Ahndung von Eidbruch und Meineid wird zunächst den Göttern[32] und den Zensoren[33] überlassen. Daneben wird der Meineid (*periurium*) in bestimmten Fällen strafrechtlich sanktioniert.[34] Zudem wird ein falscher (promissorischer oder assertorischer) Eid beim Genius des Kaisers als *crimen laesae maiestatis* verfolgt, wenn auch zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich hart.[35] Der Eid des Klägers nach dem Edikt *de iureiurando* führt zu einer *actio*, der Eid des Beklagten zur *denegatio actionis* oder zur *exceptio iurisiurandi*.[36] Der meineidige Beklagte konnte in frühklassischer Zeit noch mit einer *actio de dolo* belangt werden,[37] der meineidige Kläger u. U. mit einer *actio iniuriarum*.[38] **5**

In der Nachklassik kommen – auch unter christlichem Einfluss –[39] zahlreiche weitere, gesetzlich vorgesehene Eide hinzu; Justinian führt viele promissorische Eide, besonders im Familien- und Erbrecht, ein.[40] Vielen Verträgen werden Eidesklauseln an- **6**

---

[30] Ulp. 50 ed. D. 28.7.8; dazu *Calore*, Rimozione (1988) 82; *Wieling*, TR 88 (1990) 165–167; zur Wirksamkeit der *condicio iurisiurandi* bei testamentarischer Freilassung (Ulp. 50 ed. D. 40.4.12 pr.) *Bertolini*, Giuramento (1886) 64 f.

[31] Alex. C. 2.27.1 (o.A.); gleichgerichtet Diocl./Max. C. 2.42.3.3 (a.293).

[32] Tac. ann. 1,73,4; Alex. C. 4.1.2 (a.223); *Wissowa*, Religion (1912) 388; *Steinwenter*, s. v. iusiurandum, RE X.1 Sp. 1254. Der Eidbrüchige wird *impius*, darf an den *sacra* nicht mehr teilnehmen und wird dem *hostis* gleichgestellt, *Danz*, Sacraler Schutz (1857) 64–68.

[33] Cic. leg. 2,9,22; Cic. off. 3,31,111; Gell. 6,18,10; zur zensorischen *nota Mommsen*, Staatsrecht II 380 mit Fn. 2. Noch die Kaiser konnten Rügen verhängen oder von Eiden entbinden, Suet. Tib. 35,1; *Latte*, s. v. Meineid, RE XV.1 Sp. 354.

[34] Als Stellionat, wenn er zu einer Bereicherung führt (Mod. 3. poen. D. 47.20.4); eine falsche Zeugenaussage zeitigt anfangs die Todesstrafe durch Sturz vom Tarpeischen Felsen (XII T. 8.23, so Gell. 20,1,53; zur späteren Entwicklung *Latte*, s. v. Meineid, RE XV.1 Sp. 355), später ist sie *crimen falsi*, Zeno C. 4.20.13 (o.A.); vgl. *Mommsen*, Strafrecht 681 Fn. 2.

[35] Tac. ann. 1,73,2–4; Tert. apol. 28; *Mommsen*, Staatsrecht II 810. Bloße Prügel sieht ein Reskript des Severus vor, vgl. Ulp. 22 ed. D. 12.2.13.6; den Strafcharakter bestreitet *Zuccotti*, Giuramento (2000) 46; Alex. C. 4.1.2 (a.223) erlässt die Strafe bei leichtfertig geleistetem Eid.

[36] Ulp. 22 ed. D. 12.2.9 pr.,1; dazu *Harke*, Eid (2013) 45–49.

[37] Labeo bei Ulp. 11 ed. D. 4.3.21.

[38] Ulp. 77 ed. D. 47.10.15.33; *Gröschler*, SZ 121 (2004) 115, 127 f.

[39] *Biondi*, DRC III 393; *Levy*, Vulgarrecht (1956) 46; *Kaser*, RP II 12; *Zuccotti*, Giuramento (2000) 97–103; *Harke*, Eid (2013) 205.

[40] Überblick bei *Biondi*, DRC III 393–396, 398–401. Wichtigste Fälle: Novell. Iust. 72.2/8 (538): Eid des Vormunds; Iust. C. 5.70.7.5,6b,6c (a.530): Eid des Kurators bei Übernahme des Amts; Iust. C. 5.35.3 pr. (a.530): Eid der Konkubine zur Erlangung der Vormundschaft über ihre Kinder; Iust. C. 6.43.2 pr. (a.531): Fideikommiss durch Eid; Iust. C. 8.33.3.5a (a.530): Eid des Gläubigers beim Pfandverkauf. Im Zivilprozess: Const. C. 4.20.9 (a.334): Obligatorische Vereidigung von Zeugen; Novell. Iust. 73.7.1 (538): Vereidigung des *tabellio*; Iust. C. 3.1.14.4 (a.530): obligatorischer Kalumnieneid der Anwälte und Parteien.

gefügt, um den Inhalt zu bekräftigen und möglichst viele Haftungsgründe zu schaffen.[41] Mit der Auflösung des Formularprozesses verschmelzen die Eide *in iure* und *apud iudicem*,[42] Justinian fasst den Zwangseid und den freiwillig zugeschobenen Eid im Titel D. 12.2[43] zusammen und führt eine eigene Gruppe *ex auctoritate iudicis* auferlegter Eide ein.[44]

[41] Arcad./Honor. C. 2.4.41 (a.395); Diocl./Max. C. 2.42.3.3 (a.293); Iust. C. 4.13.60 (a.531); *Levy*, Vulgarrecht (1956) 47. Zu den Eidesklauseln in Papyri *Steinwenter*, s. v. iusiurandum, RE X.1 Sp. 1260.

[42] *Zuccotti*, Giuramento (2000) 97.

[43] Ausführlich *Harke*, Eid (2013) 140–151.

[44] Iust. C. 4.1.12.1a (a.529), dazu *Harke*, Eid (2013) 150 f.

§ 21 Stipulation (Verbalkontrakt)

Thomas Finkenauer

Talamanca, „Conventio“ e „stipulatio“ nel sistema dei contratti romani, in: *Kupiszewski/Wołodkiewicz* (Hgg.), Le droit romain et sa réception en Europe. Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia Nazionale dei Lincei le 8–10 octobre 1973, 1978, 195–266; *Knütel*, Stipulatio und pacta, in: Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, 1976, 201–228; *Talamanca*, *Conventio* e *stipulatio*, in: *Bellocci* (Hg.), Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di Diritto Romano, Siena 14–15 aprile 1989, 1991, 163–218; *Sacconi*, Ricerche sulla stipulatio, 1989; *Wacke*, Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?, SZ 110 (1993) 14–59; *Pastori*, Il negozio verbale in diritto romano, 1994; *Cannata*, Corso di istituzioni di diritto romano II.1, 2003; *Knütel*, Zur Auslegung und Entwicklung der Stipulation im klassischen römischen Recht, in: Ars Iuris. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag, 2009, 223–257; *Finkenauer*, Stipulation und Geschäftsgrundlage, SZ 126 (2009) 305–357; *Finkenauer*, Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht, 2010; *Finkenauer*, Wie formal war die römische Stipulation?, in: Scritti per Alessandro Corbino III, 2016, 87–108.

Inhalt Rn.

I. Die *sponsio* . . . 3
II. Voraussetzungen und Formen . . . 6
1. Verbkongruenz und Sprachen . . . 6
2. Unmittelbarkeit und Anwesenheit . . . 9
3. Inhaltliche Kongruenz . . . 10
4. Konsens . . . 13
5. Beurkundung . . . 14
6. Stipulation bei Gewaltabhängigkeit . . . 16
7. Abstrakte und titulierte Stipulationen . . . 17
8. Persönliche und unpersönliche Stipulation . . . 18
9. Generalstipulation . . . 19
III. Versprechensinhalte . . . 20
1. *Dare facere praestare* . . . 20
a. Materielles Recht . . . 21
b. Prätorische Stipulationen . . . 23
2. Bestimmte und unbestimmte Leistungen . . . 26
3. Wahlschuld . . . 28
4. Gattungsschuld . . . 29

5. Unvertretbare Leistungen 31
6. Einbeziehung Dritter 32
a. Nebengläubigerschaft (*adstipulatio*) 32
b. Zahlungsempfängerschaft (*adiectio solutionis causa*) 34
7. Bedingung und Befristung 36
IV. Unwirksamkeit 43
1. Vorbemerkung 43
2. Verbots- und Sittenwidrigkeit 44
3. Zwang und Arglist 48
4. Scherz- und Scheingeschäft 50
5. Anfängliche Unmöglichkeit 52
6. Unvollständige Leistungsbestimmung 57
7. Strenge Parteibindung 58
a. *Alteri stipulari nemo potest* 58
b. *Nemo factum alienum promittere potest* 60
c. *Ab heredis persona obligatio incipere non potest* 61
8. *Causa* 62
V. Auslegung 63
1. *Quod actum* 63
2. Leistungszeit und Leistungsort 66
3. Mehrfacher Verfall einer Stipulation 68
4. Unklarheiten 69
5. Irrtum 70
6. Umdeutung 74
VI. Wirkungen 75
1. Vererblichkeit 75
2. Drittwirkungen 77
a. Direkte Stellvertretung 78
b. Vertrag zu Gunsten und zu Lasten Dritter 79
c. Dingliche Rechte 80
VII. Die Stipulation bis Justinian 81
1. Entwicklungslinien 81
2. Stipulationsklausel 86
VIII. Erlass (*acceptilatio*) 87

1 Der Verbalkontrakt[1] *stipulatio* ist eine der originellsten Schöpfungen des römischen Rechts. Keine andere historische Rechtsordnung entwickelt ein vergleichbares Institut, in welchem sich gewisse formale Anforderungen mit größtmöglicher inhaltlicher Freiheit verbinden.[2] Da im römischen Obligationenrecht Typengebundenheit herrscht, also nur solche Obligationen einklagbar sind, für die es auch eine *actio* gibt, und die Stipulation mit der *condictio certae rei* und der *actio ex stipulatu* (→ § 72 Rn. 1) ein-

[1] Gai. 3.89: *contractus verbis*. Zum *contractus re et verbis* beim Darlehen Pomp. 24 Sab. D. 46.2.7; Mod. 2 reg. D. 44.7.52 pr.,3; Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.3–7; Ulp. 46 Sab. D. 46.2.6.1.

[2] Vgl. *Kaser*, RP I 538; *Zimmermann*, LO 89; *Bürge*, Privatrecht (1999) 122 f.

geklagt werden kann, hat sie eine Auffangfunktion. Das erklärt ihre herausragende Bedeutung auf allen Gebieten des materiellen und des Prozessrechts.

Die Stipulation ist ein zweiseitiger nichtsakraler[3] Vertrag, mit dem ein einseitiges Leistungsversprechen zustande kommt.[4] Nach den Verhandlungen[5] fragt der künftige Gläubiger (*stipulator*, *reus stipulandi*) den künftigen Schuldner (*promissor*, *reus promittendi*), ob er ihm eine Leistung verspreche (*stipulari*),[6] und dieser gelobt sie, indem er das von jenem benutzte Verbum wiederholt (*spondere*).[7] Da es sich um einen Vertrag nach *ius gentium* handelt, können ihn auch Peregrine abschließen.[8] **2**

I. Die *sponsio*

Die Sponsion ist nur römischen Bürgern zugänglich[9] und kommt mit gesprochenen Worten[10] zustande: Der Gläubiger fragt, ob ihm der Schuldner eine bestimmte Leistung erbringe: *centum mihi dari spondes?* („Gelobst Du, mir 100 zu geben?"), und dieser antwortet: *spondeo* („Ich gelobe es"). Mit der Sponsion wird also zunächst[11] ein *dare* versprochen; der älteste, für die Zwölftafelzeit überlieferte Fall betrifft das Versprechen einer Geldzahlung.[12] Mit dem Geldversprechen ist die Vorstellung vereinbar, die Sponsion sei ursprünglich Zahlungsbürgschaft gewesen,[13] was erklären würde, warum auch in späterer Zeit der *sponsor* nur den (Zahlungs-)/Bürgen meint (→ Rn. 2 Fn. 7). Der **3**

[3] Zur *sponsio* Rn. 4.

[4] Meist ist von *committi* die Rede, dem „Zusammengefügtwerden" der Stipulation: Der Rechtsakt Stipulation ist zustande gekommen, ist wirksam; dazu *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 195 Fn. 119. Zum bedingten Versprechen Rn. 36 Fn. 250.

[5] Paul. 15 resp. D. 45.1.134.1 (*praefationes*).

[6] Deponens: „sich versprechen lassen".

[7] Zur klassischen Terminologie: *stipulari* und *spondere* bedeuten nicht nur die Akte des Fragens und des Antwortens, sondern jeweils auch das gesamte Geschäft (z. B. Paul. 2 ed. D. 50.16.7 für die *sponsio*, Gai. 4.17a für die *stipulatio*). *Sponsio* taucht, gerade bei Gaius, zumeist in prozessualen Zusammenhängen auf (*Ruelle*, Lib. Am. Hanard 192 f., 196; in Pap. 1 def. D. 1.3.1; Val. Max. 6,5,4 jedoch für die Bürgschaft, in Marcian. 5 reg. D. 11.5.3; Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.5 für die in Stipulationsform erfolgte Wette). *Sponsor* wird bis zur Nachklassik der Sponsionsbürge genannt (*Daube*, Roman Law (1969) 7, 26); ausf. *Arangio-Ruiz*, BIDR 65 (1962) 193.

[8] Gai. 3.93; Ulp. 48 Sab. D. 46.4.8.4 (für die *acceptilatio*). S. noch unten Fn. 26.

[9] Gai. 3.93; 3.179. – Zur völkerrechtlichen Sponsion *Magdelain*, Sponsio (1943) 70–81; *Baldus*, Vertragsauslegung I (1998) 213–232; *Ermann*, SZ 121 (2004) 314.

[10] Zur konstitutiven Bedeutung des Wortes *Pastori*, Negozio (1994) 172, 184, 199.

[11] S. auch Rn. 26.

[12] Gai. 4.17a (anders *Cornioley*, Labeo 35 (1989) 56). Das aktivische *dare* ist, wenngleich das passivische *dari* häufiger ist, unauffällig (anders *Schulz*, CRL 473). – Im Unterschied zur Sponsion verspricht man mit dem Votum eine Leistung an eine Gottheit, vgl. *Kaser*, Ius (1949) 258; *Carro*, Promessa (2012) 70–74. – Die frühesten direkten Belege einer Sponsion finden sich bei Plaut. (Capt. 898; Aul. 255 f.; Trin. 1157 f., 1162 f.; Poen. 1157).

[13] *Kaser*, Ius (1949) 264; a. A. *Albanese*, Atti negoziali (1982) 72 f.

Anspruch ist gemäß dem Zwölftafelgesetz mit der *legis actio per iudicis postulationem* einklagbar (→ § 9 Rn. 05; § 69 Rn. 3).[14]

4 Etymologie und Herkunft der *sponsio* liegen im Dunkeln. Nach herrschender Auffassung ist die *sponsio* ursprünglich ein Eidgeschäft[15] mit zunächst nur sakralrechtlichen Wirkungen, das erst im Laufe der Zeit mit privatrechtlicher Verfolgbarkeit ausgestattet wird:[16] Der Schwörende, der sein Versprechen nicht hält, verfällt als *sacer* der Schwurgottheit, der er mit dem Eid Gewalt über sich für den Fall der Nichteinhaltung des Versprechens eingeräumt hat (→ § 20 Rn. 3). Die herrschende Eidestheorie gründet sich einerseits auf die etymologische Ableitung des *spondere* von griech. σπένδειν, „ein Trankopfer darbringen“,[17] das vermutlich den Wortwechsel begleitete,[18] und andererseits auf nichtjuristische Quellen, die im Zusammenhang mit der Sponsion zuweilen von *iurare* oder *sacramentum* sprechen, ohne aber beides gleichzusetzen.[19] Der sakrale Charakter würde die Beschränkung auf römische Bürger erklären, wahrscheinlich auch – wegen der sakralen Bindung nur des Schwörenden – die Unvererblichkeit der Sponsionshaftung.[20] Gegen die Eidestheorie wird allerdings geltend gemacht, dass es bei der Sponsion nicht um einen Einsatz an einen Gott, sondern an eine Partei geht[21] und die Initiative sogar vom Versprechensempfänger, nicht vom Versprechenden herrührt.[22] Der Eid dürfte daher als einseitiger Akt allenfalls begleitend gewesen sein, ist aber wohl nicht mit der Sponsion zu identifizieren; beide wurzeln jedoch im römischen *ius sacrum*.[23] Die ebenfalls vertretene Auffassung, die *sponsio* habe ihre

---

[14] Gai. 4.17a.

[15] Öffentlich kundbarer Eid? Tempeleid? *Magdelain*, Sponsio (1943) 83; *Kaser*, Ius (1949) 278; *Kaser*, RP I 65 Fn. 41, 168 Fn. 20.

[16] *Kaser*, Ius (1949) 256–267; *Kaser*, RP I 27, 169; anders *Ruelle*, Lib. Am. Hanard 196 (s. auch Fn. 17).

[17] *Walde/Hofmann*, LEW II 578 f.; Verrius Flaccus bei Fest. verb. sign. ed. Lindsay 440 s. v. spondere (σπονδὰς); *Magdelain*, Sponsio (1943) 82; *Herrmann*, St. Volterra III 135; *Kaser*, Ius (1949) 257 Fn. 10; *Ruelle*, Lib. Am. Hanard 177–179, 183 f. (dort auch zu der im Verb *spondeo* angelegten Verweltlichung gegenüber σπένδειν). Die Erklärungsversuche von Varro ling. 6,69 (*spondere est dicere spondeo, a sponte*) und Fest. verb. sign. ed. Lindsay 440 s. v. spondere (*sponte sua*) sind nicht vertrauenswürdig.

[18] Zur Eidestheorie schon *Huschke*, Verfassung (1838) 603; *Danz*, Sacraler Schutz (1857) 105–112; *Kaser*, RP I 168 Fn. 212 mwN.; *Liebs*, Römisches Recht (2004) 233.

[19] *SC de Bacchanalibus* (FIRA I Nr. 30 = *Bruns*, Fontes Nr. 36,13 f.); Paulus bei Fest. verb. sign. ed. Lindsay 51 s. v. consponsor (coniurator); D. H. 1,40,6; Isid. orig. 5,24,31; wenig eindeutig Cic. off. 3,31,111; Gai. 3.96.

[20] Gai. 3.120; 4.113; *Kaser*, Ius (1949) 263 f.; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 24; anders (Mangel eines eigenen Vermögensinteresses des Bürgen) *Levy*, Sponsio (1907) 49, 52 f.

[21] *Cornioley*, Labeo 35 (1989) 30.

[22] *Ruelle*, Lib. Am. Hanard 180 f.

[23] *Pastori*, Negozio (1994) 60 f., 91, 195 f., 200; ebd. 169 f., 201 auch die Auffassung, die ursprüngliche Sponsion sei noch kein Versprechen gewesen und habe keine Obligation geschaffen (dagegen *Talamanca*, Labeo 9 (1963) 100–102).

Ursprünge in den Prozesskautionen und in einer Selbstverbürgung des Hauptschuldners,[24] ist mit der Eidestheorie zwar nicht unvereinbar; gegen sie spricht aber namentlich, dass ein Prozess an ein bestehendes Haftungsgeschäft anknüpft und regelmäßig kein neues schafft.[25]

Wann die Stipulation aufkommt, ist unklar, sicher jedoch vor der Zwölftafelzeit.[26] 5
Im Hinblick auf ihre Etymologie ist man über Hypothesen nicht hinausgekommen.[27] Vorgeschlagen wurde eine Ableitung vom umbrischen *stiplatu* oder *stiplo* (ein feierliches Sprechen im kultischen Kontext),[28] oder von lateinisch *stips* (kleine Münze),[29] *stipula* (Halm)[30] oder *stipes* (Baumstamm, Stab)[31] sowie eine Gleichsetzung mit *firmus*.[32] Bloße Spekulation bleiben die Theorien etwa von Beseler, der von einer „Halmung", d. h. einer symbolischen Fesselung des Schuldners ausgeht,[33] oder von Leifer, der von der Hingabe eines mit dem Persönlichkeitszeichen des Gebers versehenen Stäbchens spricht.[34] Auch für die Verpflichtungsseite, das *promittere*, lassen sich nur Vermutungen anstellen.[35] Die Herkunft der nicht sakralen Stipulation aus der Sponsion ist dagegen herrschende Auffassung; allerdings wird vertreten, dass neben der

[24] *Mitteis*, RP 268 f., 271; *Mitteis*, FS Bekker 109 Fn. 1, 141 f.; *Leifer*, BIDR 44 (1936–1937) 171, 198 f., 216–218.

[25] *Woess*, SZ 53 (1933) 407 f.; *Meylan*, Acceptilation (1934) 29 f.; *Pastori*, Negozio (1994) 49–51.

[26] *Kaser/Knütel/Lohsse* § 32 Rn. 2; anders *Pastori*, Negozio (1994) 207–211: anerkannt erst nach 242 v. Chr. auf der Grundlage der *bona fides* (dagegen schon *Talamanca*, Labeo 9 (1963) 105). In Gai. 4.17a ist es allerdings der Schuljurist, der das Wort *stipulatio* benutzt (anders *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 468). Erstmalig findet die *stipulatio* sich in Rhet. Her. 2,13 und 14, *stipulari* zuerst bei Plaut. Cist. 375; Plaut. Curc. 473. – Problematisch ist die in der *lex Rubria* (c. 20) für die Klagformel genannte *bona fides*, die mit dem strengrechtlichen Charakter der Stipulation nicht in Einklang steht. Nach einer Ansicht (*Kunkel*, FS Koschaker II 4–7; *Kaser*, SZ 83 (1966) 12–17; Sympathie auch bei *Nörr*, SZ 112 (1995) 66–68; ablehnend *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 63 f.) ist dies ein Verweis auf den Geltungsgrund der Peregrinen offenstehenden Stipulation, nach a. A. (zuletzt *Dajczak*, RIDA 43 (1996) 139–143; *Gulina*, Iura 55 (2004–2005) 150 f.) auf den Haftungsmaßstab.

[27] Zu ihr *Leifer*, BIDR 44 (1936–37) 174 f.; *Düll*, SZ 68 (1951) 191–197; *Walde/Hofmann*, LEW II 594; *Zuccotti*, AContr. II 51–127. Zu Recht kritisch zu den im Text folgenden Herleitungen *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 104 f.

[28] Vgl. die iguvinischen Tafeln Ib 13, VIa 2 und 3 sowie VIb 48 und 51 (vgl. *Newman*, Iguv. Inscr. 21, 29, 42 f.; übersetzt bei *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 105); s. auch *Liebs*, Symp. Wieacker (1970) 134 Fn. 106.

[29] Varro ling. 5,36,182; Fest. verb. sign. ed. Lindsay 379 s. v. stipem.

[30] Isid. orig. 5,24,30.

[31] Inst. 3.15 pr.

[32] Paul. sent. 5.7.1; Inst. 3.15 pr.

[33] *Beseler*, Kritik IV (1920) 107 f.

[34] *Leifer*, BIDR 44 (1936–37) 175 f., 190–192.

[35] Unrichtig die Ableitung von *manum* oder *dextram pro-mittere* bei *Jhering*, Geist II.2 (1898) 569 mit Anm. 765; *Zimmermann*, LO 72. Überzeugend *Létoublon*, in: Coleman, Latin Linguistics (1991) 165–171, 177 und *Beikircher*, SZ 118 (2001) 378, 380, der als ursprüngliches Objekt des *promittere* die *vades* ansieht, die man also „vorschickt", „vortreten lässt".

Sponsion eine frühe Stipulation als eine zweite, eidlose Wurzel existiert habe, mit der Gestellung[36] versprochen worden sei und die erst später mit der Sponsion zum klassischen Versprechensvertrag verschmolzen sei.[37] Der Sprachgebrauch legt indessen nahe, Stipulation und Sponsion von vornherein als die beiden Teile, nämlich Frage und Antwort, desselben einheitlichen Rechtsgeschäfts zu begreifen,[38] das anfangs keine Bürgschaft war und zu dessen Benennung später die Bezeichnungen für die Teilvorgänge benutzt wurden, ähnlich etwa der *emptio venditio*.[39] Hierfür sprechen Gai. 4.17a und Gell. 4,4,2 sowie der Umstand, dass die Sponsionsbürgschaft eine verbale Hauptverbindlichkeit gerade voraussetzt.[40]

II. Voraussetzungen und Formen

1. Verbkongruenz und Sprachen

6 Die Stipulation hat die genannte (→ Rn. 3) Fassung (*conceptio verborum*),[41] die Wahl des Verbums *spondere* bleibt allerdings Römern[42] und Peregrinen mit *commercium*[43] vorbehalten. Zulässig sind beliebige Verben unter der Voraussetzung einer Kongruenz[44] von Frage und Antwort:[45] *dabis? – dabo*, *promittis? – promitto* etc.,[46] auch *aedificabis? – aedificabo* ist also etwa zulässig, unzulässig dagegen z. B. *dabis? – promitto*.[47] Die Antwort

[36] Übernahme der Haftung dafür, dass eine Person oder eine Sache vor Gericht präsent sein wird. Bei Eingehung einer Gestellungsbürgschaft benutzt man das Wort *spondere* nicht. *Kaser*, Ius (1949) 270–275 vermutet, dass die ursprünglichen Gestellungsversprechen (*vas, praes, vindex*) in Form einer Stipulation ohne Sponsionseid abgegeben wurden. In späterer Zeit erfolgt jedenfalls die Gestellungsbürgschaft in Stipulationsform.

[37] So v. a. *Kaser*, Ius (1949) 270, 275 f.; *Kaser*, RP I 169; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 7 Rn. 21, § 57 Rn. 3. S. auch *Segrè*, AG 108 (1932) 180–182, nach dem die *sponsio* mit der Verbürgung zunächst eines Dritten, dann des Schuldners selbst zusammengewachsen sei.

[38] *Arangio-Ruiz*, BIDR 65 (1962) 195; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 560.

[39] *Biondi*, Contratto (1953) 65, 279 f.; *Biondi*, BIDR 65 (1962) 122–126; *Liebs*, Symp. Wieacker (1970) 134 Fn. 106, 136 Fn. 110; *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 35; *Liebs*, Römisches Recht (2004) 233; s. auch Rn. 2 Fn. 7.

[40] Gai. 3.115.

[41] Pomp. 26 Sab. D. 45.1.5.1; Paul. sent. 2.3.

[42] Gai. 3.94.

[43] TH 82, s. *Arangio-Ruiz*, Mél. Lévy-Bruhl, 17 f. mit Fn. 2.

[44] S. auch Mod. 2 reg. D. 44.7.52.2; Paul. sent. 2.3.

[45] Auch: *interrogatio* und *responsus*, vgl. Gai. 2 cott. D. 44.7.1.7.

[46] Gai. 3.92. Die dort genannten sechs Verben sind nur Beispiele (*veluti*), vgl. *Winkler*, RIDA 5 (1958) 609 f.; *Wacke*, SZ 110 (1993) 25 Fn. 48; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 74 f.; *Finkenauer*, Scr. Corbino III 91 f.; anders jedoch *Nicholas*, LQR 69 (1953) 66; *Nicholas*, Tulane Law Rev. 66 (1992) 1610. S. etwa auch Gai. 3.112,116; Pomp. 15 Q. Muc. D. 45.1.112.1; Paul. 5 resp. D. 19.2.54 pr.; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.24.

[47] Ob der Gläubiger ein *mihi* hinzusetzt oder nicht, ist für die Wirksamkeit irrelevant (*Kaser*, RP I

kann sich auf die Wiederholung des Verbs beschränken,[48] aber auch Zusätze enthalten wie die Anfangsworte aus Vergils Aeneis.[49] Die Verbwiederholung ist im Lateinischen, auch im außerjuristischen Kontext, die übliche und verbreitete Art und Weise, Zustimmung zu formulieren, ergibt sich also aus der Struktur der lateinischen Sprache, die ein „Ja" nicht kennt.[50] Allerdings wird daneben spätklassisch (wenigstens fallweise) ein einfaches bejahendes *quid ni* („warum nicht") als Antwort anerkannt.[51] Wegen des Erfordernisses einer Wechselrede[52] genügt ein Kopfnicken des Schuldners dagegen nicht,[53] und weder Taube und Stumme[54] oder *infantes* können den Stipulationsakt vornehmen, weil „diese nicht reden können".[55]

Statt des Lateinischen können für die Stipulation auch andere Sprachen benutzt 7
werden, wahrscheinlich seit Einführung der Fremdenprätur das Griechische[56] und schon in der frühen Klassik andere Sprachen.[57] In der späten Klassik wird auch ein Sprachenwechsel zwischen Frage und Antwort anerkannt.[58] Voraussetzung ist nur, dass

---

540 Fn. 16; anders *Vassalli*, St. giur. III.1 498 ff.), spielt aber evtl. eine Rolle bei der Auslegung, vgl. *Finkenauer*, Scr. Corbino III 92.

[48] So schon Cic. Caecin. 3,7; s. auch Inst. 3.19.5 i. f. Ist die Antwort ausführlicher, muss sie die Frage jedoch nicht exakt spiegeln, vgl. Flor. 8 inst. D. 45.1.65.1 (Frage geht auf Denare, die Antwort auf Aurei).

[49] Flor. 8 inst. D. 45.1.65 pr.; dazu *Knütel*, FS Behrends 254; *Wacke*, SZ 130 (2013) 268.

[50] *Burkard/Schauer*, Synt. § 416; dazu ausführlich *Finkenauer*, Scr. Corbino III 99 f.

[51] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.2; zu Recht für Klassizität: *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 110, 469; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 69 mit Fn. 219 (zum fehlenden Fragecharakter des Ausdrucks); *Liebs*, Römisches Recht (2004) 235 f.; *Knütel*, FS Behrends 245 f.; *Plisecka*, SZ 128 (2011) 370. Für Interpolation jedoch *Riccobono/Kerr Wylie/Beinart*, Stipulation (1957) 30; *Nicholas*, LQR 69 (1953) 76; *Kaser*, RP I 540 Fn. 25; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 562; *Zimmermann*, LO 74; für nachklassischen Ursprung: *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 107.

[52] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1 pr. (*utroque loquente*); Paul. 12 Sab. D. 45.1.35.2 (überarbeitet, vgl. *Riccobono*, BIDR 31 (1921) 37); *Cannata*, Corso II.1 (2003) 88; *Liebs*, Römisches Recht (2004) 234. Ansätze zur Aufweichung des Mündlichkeitserfordernisses schon in der Klassik: *Cimma*, Non numerata pecunia (1984) 8–26.

[53] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.2.

[54] Gai. 3.105; Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1 pr.; Paul. 16 ed. D. 50.17.124 pr.; Inst. 3.19.7; *Küster*, Blinde (1991) 40–46.

[55] *Qui fari non possunt*; Gai. 3.109; Ulp. 11 ed. D. 45.1.70; Ulp. 79 ed. D. 46.6.2; Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1 pr.; Inst. 3.19.10. – Geisteskranke können gleichfalls nicht Partei einer Stipulation sein, weil sie nicht verstehen, was sie tun, Gai. 3.106; Inst. 3.19.8.

[56] Gai. 3.93; Ulp. 48 Sab. D. 46.4.8.4 für die *acceptilatio*; Ulp. 47 Sab. D. 46.1.8 pr. für die *fideiussio*; *Wacke*, SZ 130 (2013) 238.

[57] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.6 (Punisch und Assyrisch, d. h. Aramäisch oder Mischnahebräisch, vgl. *Manthe*, Mél. Sturm I 360 f.); *Wacke*, SZ 130 (2013) 259–267; *Behrends*, FS Liebs 61 f. mit Fn. 16, 66 (allerdings mit fragwürdiger These zum „klassischen" *ius gentium*); zuletzt *Finkenauer*, Scr. Corbino III 93–95; für die Zulässigkeit anderer Sprachen erst zur Zeit des Ulpian *Astolfi*, Libri tres (2001) 196; *Knütel*, FS Behrends 245; im Hinblick auf die Urkundenpraxis auch *Nörr*, ACop. XI 175 f.; *Plisecka*, SZ 128 (2011) 374 f.

[58] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.6; Inst. 3.15.1; dazu auch *Litewski*, SDHI 56 (1990) 546. *Nelson/Manthe*,

der Vertragspartner die gewählte Sprache versteht[59] oder aber, dass er sich eines verlässlichen und sprachkundigen Dolmetschers bedient.[60]

8 Häufig werden die Solennität der Stipulation[61] und der Rigorismus ihres Wortformalismus[62] betont. Der Ausdruck *verba sollemnia* für die Stipulation ist einige Male in klassischer,[63] aber vor allem in nachklassischer Zeit[64] belegt, bedeutet jedoch lediglich – in Abgrenzung von der *emptio venditio*,[65] vom *pactum*[66] und von der Verpflichtung *re*[67] – die Notwendigkeit, die hergebrachte Ordnung beim Abschluss der Stipulation zu befolgen, also bei der Wechselrede dasselbe Verb zu benutzen.[68] Darüber hinaus ist weder ein besonderes Zeremoniell[69] noch die Erforderlichkeit von Zeugen belegt. Gegenüber einer falsche moderne Konnotationen provozierenden Rede von der Formstrenge der Stipulation ist es vorzugswürdig, lediglich die Notwendigkeit eines ausdrücklichen mündlichen Versprechens zu betonen.[70] Die Stipulationsform ist die denkbar einfachste Form des Vertragsschlusses.[71] Allerdings ist sie hier keine begleitende Zutat zum Rechtsgeschäft, sondern Wirkform;[72] allein ihre Einhaltung führt also die Wirkung des Rechtsgeschäfts herbei.

Gai Inst. Kontraktsoblig. 94 f. rekonstruieren beleglos Gai. 3.95 so, dass sich daraus ein Zweifel an der Zulässigkeit eines Sprachenwechsels ergibt.

[59] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.6; Inst. 3.15.1.

[60] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.6 (*verus interpres*); dazu *Kranjc*, FS Knütel 612–614.

[61] S. etwa H-S, s. v. stipulari („feierlich … eine Leistung angeloben lassen"); *Düll*, SZ 68 (1951) 216; *Riccobono/Kerr Wylie/Beinart*, Stipulation (1957) 26, 36; *Kaser*, RP I 540 („feierlicher Formelaustausch"); *Kaser*, RP II 377 („Frage- und Antwortritus"); *Wacke*, SZ 110 (1993) 25 („feierliche Formelworte").

[62] *Kaser*, RP I 184, 474; *Behrends*, FS Liebs 68; *Plisecka*, SZ 128 (2011) 370.

[63] Gai. 3 ed. prov. D. 3.3.46 pr.; Marcell. 8 dig. D. 26.7.28 pr.; Ulp. 47 Sab. D. 45.1.30; Ant. C. 8.43.1 (a.212).

[64] Diocl./Max. C. 4.2.14 (a.293); C. 2.20.5.1 (a.293); Leo C. 1.3.32.3 (a.472); C. 8.37.10 (a.472); Paul. sent. 5.7.1.

[65] Diocl./Max. C. 4.64.7 (a.294); Epit. Gai. 2.9.13.

[66] Diocl./Max. C. 3.38.7 (a.294).

[67] Diocl./Max. C. 4.2.12 (a.294); Gai. Frg. August. 68.

[68] S. auch Gai. 2.117 (zur *institutio heredis sollemnis*) sowie H-S, s. v. sollemnis: „herkömmlich, ordentlich, regelmäßig", „durch das … Recht vorgeschrieben", „den durch das Zivilrecht vorgeschriebenen Förmlichkeiten entsprechend".

[69] *Finkenauer*, Scr. Corbino III 101 f. gegen die Spekulation eines Handschlags (oben Fn. 35) oder einer Unterwerfungshandlung des künftigen Schuldners (gegen *Lévy-Bruhl*, Archives de droit privé 16 (1953) 53, der sich auf eine zweifelhafte Parallele zum Amtswechsel im Konsulat bei Plin. paneg. 64 stützt). Phantastisch *Dobbertin*, Stipulation (1987) 29 (Gegenübertreten der Parteien in „ernster, würdiger, gesammelter Haltung").

[70] *Cannata*, Corso II.1 (2003) 65; ausführlich *Finkenauer*, Scr. Corbino III 99–103; *Finkenauer*, Index 44 (2016) 180–185.

[71] S. schon *Schulz*, CRL 473; *Biondi*, Contratto (1953) 293; *Zimmermann*, LO 84.

[72] Ausdruck von *Dulckeit*, FS Schulz I 161 (im Gegensatz zu einer bloßen „Schutzform"); dazu *Kaser*, RP I 39 f.; *Zimmermann*, LO 82 f.; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 6 Rn. 2.

2. Unmittelbarkeit und Anwesenheit

Zwischen Frage und Antwort muss Unmittelbarkeit bestehen (*continuitas actus*), eine kurze Unterbrechung schadet jedoch nicht.[73] Aus dem Mündlichkeitserfordernis folgt die Notwendigkeit der Anwesenheit beider Parteien,[74] was Botenschaft ausschließt. 9

3. Inhaltliche Kongruenz

Stipulationsfrage und -antwort müssen inhaltlich kongruent sein.[75] Kein wirksames Versprechen wird begründet, wenn der Stipulator eine Wahlschuld (→ Rn. 28) formuliert, der Promissor jedoch nur einen einzigen Gegenstand verspricht[76] oder wenn nur die Frage oder nur die Antwort bedingt oder befristet ist.[77] Erklärt sich jedoch der Stipulator sofort mit der Abweichung in der Antwort einverstanden, ist das Versprechen wirksam.[78] Lautet die Frage auf 10(000), die Antwort jedoch nur auf 5(000) oder umgekehrt, ist die Stipulation laut Gaius unwirksam.[79] Nach spätklassischer Ansicht jedoch ist der (seit Quintus Mucius bezeugte) Topos *in maiorem minus inest*[80] zu befolgen und das Versprechen in Höhe des *minus* wirksam, wenn der (hypothetische) Parteiwille dahingeht.[81] In späterer Zeit hält man allerdings ein solches Versprechen wieder für unwirksam.[82] 10

---

[73] Iul. 52 dig. D. 45.2.6.3; Ven. 1 stip. D. 45.1.137 pr. (*aliquod momentum naturae*); Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.1 (*medium intervallum*). Frühere Interpolationsverdächte sind zurückzuweisen, vgl. *Wacke*, Mél. Wołodkiewicz II 1049 f.; *Klingenberg*, SZ 126 (2009) 275 f.

[74] Gai. 3.136; Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1. pr.,1; Diocl./Max. C. 8.38.3 pr. (a.290); Paul. sent. 5.7.2; Inst. 3.19.12. Das ist nicht Höchstpersönlichkeit; durch Gewaltunterworfene kann sich der Gläubiger „vertreten" lassen; s. Rn. 16.

[75] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.3; für die *acceptilatio*: Ulp. 47 Sab. D. 46.4.6 i. f.; Ulp. 50 Sab. D. 46.4.13.1.

[76] Paul. 72 ed. D. 45.1.83.2; krit. *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 40 f.

[77] Inst. 3.19.5. Die unbedingte Antwort auf eine bedingte Frage kann dagegen als Zustimmung zur Bedingung ausgelegt werden, s. *Knütel*, FS Behrends 248.

[78] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.3 (echt: *Knütel*, FS Behrends 248 f.). Zur Regel *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur* Rn. 64.

[79] Gai. 3.102, wo allerdings das bisherige Recht (*adhuc*) referiert wird.

[80] Paul. 6 ed. D. 50.17.110 pr.; zu seinem rhetorischen Ursprung *Backhaus*, SZ 100 (1983) 140–145, 180–182.

[81] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.4. Der Text ist echt: *Seiler*, FS Kaser (1976) 131 f.; *Backhaus*, SZ 100 (1983) 152–154, 183; *Harke*, Irrtum (2005) 97 Fn. 75 (99); *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 38 (dort auch zutr. zu *non … nisi in decem*); *Kaser/Knütel/Lohsse* § 8 Rn. 10 („kühn"); *Knütel*, FS Behrends, 249–251; *Pastori*, Negozio (1994) 260 f.; unentschieden dagegen *Kaser*, RP I 239 Fn. 28; *Behrends*, FS Liebs 94 f. Nicht selten hält man den Text trotz fehlendem Interpolationsmotiv für überarbeitet, vgl. nur *Volterra*, Istituzioni (1961) 467 Fn. 1; *Wunner*, Contractus (1964) 204 Fn. 31; *Zimmermann*, Moderationsrecht (1979) 131; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 92; *Rampazzo*, RIDA 55 (2008) 413–419. Vgl. weiters etwa Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 32.29.1 (Legatsrecht); Ulp. 5 Sab. D. 28.5.9.3 (Testament); Paul. 6 ed. D. 50.17.110 pr. (*vadimonium*).

[82] Epit. Gai. 2.9.10; Inst. 3.19.5; dazu *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 39 f.

11 Gleichfalls ein Kongruenzproblem behandelt die bereits frühe[83] Regel *tot stipulationes quot res*: Es werden so viele verschiedene Stipulationen angenommen, wie Leistungsgegenstände vorhanden sind; jeder einzelne Gegenstand gilt daher als gesondert versprochen. Besteht hinsichtlich des einen Versprechens Kongruenz von Frage und Antwort, hinsichtlich des anderen nicht, ist nur letzteres unwirksam.[84] Die unwirksame Stipulation infiziert die wirksame nicht (mittelalt.: *utile per inutilem non vitiatur*).[85] Die Regel gilt freilich nur für Versprechen *illud et illud*, nicht für Summen (Geld, alle Sklaven), weshalb diesbezügliche Versprechen nur als eine Stipulation angesehen werden.[86] Mit der Rechtsregel wird nicht nur das Problem der Teilnichtigkeit[87] gelöst, sondern auch der Konsumptionsgefahr gewehrt.[88]

12 Lautet die Stipulationsfrage auf „10 oder 20“,[89] auf Leistung „am 1. Januar oder am 1. Februar“[90] oder „in einem oder in zwei Jahren“[91] und wiederholt die Antwort nur den geringeren Betrag oder die längere Leistungsfrist oder beschränkt sie sich auf ein einfaches *spondeo*, wird nur die für den Schuldner günstigere, also geringwertigere Leistung geschuldet, weil sich nur insoweit Frage und Antwort decken.[92]

4. Konsens

13 In klassischer Zeit ist auch bei der Stipulation stets eine Willenseinigung der Parteien, ein Konsens, erforderlich, wie bereits Pedius erklärt.[93] Der Dissens ist das Gegenstück

---

[83] *Nörr*, SZ 89 (1972) 59.

[84] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.5; Paul. 72 ed. D. 45.1.83.4; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 35–37. Die *tot-quot*-Regel behandeln auch Afr. 3 quaest. D. 13.4.8; Ulp. 46 Sab. D. 21.2.32 pr.; Ulp. 22 ed. D. 45.1.75.9; Ulp. 79 ed. D. 45.1.86; Paul. 15 resp. D. 45.1.134.3; Paul. 3 Ner. D. 45.1.140 pr.,1; Inst. 3.19.18.

[85] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.5; *Seiler*, FS Kaser (1976) 132 f., 144–146.

[86] Ulp. 46 Sab. D. 45.1.29 pr. mit *Knütel*, St. Sanfilippo III 371. S. aber auch Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1.4 (s. Fn. 81); Paul. 12 Sab. D. 22.1.20 mit *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 48 f.

[87] *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 80.

[88] *Knütel*, SZ 92 (1975) 135; *Sturm*, Iura 28 (1977) 273.

[89] Paul. 72 ed. D. 45.1.83.3.

[90] Pomp. 5 Sab. D. 45.1.12.

[91] Pomp. 3 Q. Muc. D. 45.1.109.

[92] *Backhaus*, SZ 100 (1983) 156 f., 159 f. – Kein Fall von Teilnichtigkeit ist Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141.3; dazu *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 42–44; *Schnabel*, Adiectus (2015) 11 f.

[93] Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.3 (*ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio … nisi habeat consensum, nulla est*); gleichsinnig Ven. 1 stip. D. 45.1.137.1; Paul. 72 ed. D. 45.1.83.1; Paul. 9 Sab. D. 45.1.22; dazu *Mayer-Maly*, Mél. Meylan I 249; *Knütel*, FS Kaser (1976) 202, 228; *Thomas*, St. Biscardi I 23; *Burdese*, BIDR 91 (1988) 200; *Talamanca*, in: *Bellocci*, Teorie contrattualistiche (1991) 198: *„consensualizzazione“ della stipulatio*, 210–214; *Pastori*, Negozio (1994) 264; *Meyer-Pritzl*, Mél. Schmidlin 108 f.; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 96; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 35, 54 f., 104; *Knütel*, FS Behrends 225, 236; s. bereits *Voci*, ED 22 (1972) 252 f.; *Kaser*, RP I 235 f., 237, 525; anders *Romano*, AUPA 48 (2003) 326, 331; *Cannata*, Et. Ankum I 66; *Burdese*, in: *Burdese*, Dottrine del contratto

zum Konsens, er verhindert das Zustandekommen eines wirksamen Versprechens. Der *consensus* ist damit Geltungsgrund auch der Stipulation.[94] Dabei geht es nicht um das objektive Erscheinungsbild des Geschäfts, also der geäußerten *verba*, sondern um die subjektiven Vorstellungen der Parteien von dem Vertrag und seinem Gegenstand und deren Zusammenklang.[95] Demgegenüber glaubte man über weite Strecken des 20. Jh. irrig, Wirksamkeit und Auslegung der strengrechtlichen Stipulation hätten sich ausschließlich nach dem Wortlaut gerichtet, so dass die Vorverhandlungen, Begleitumstände und letztlich der Konsens der Parteien irrelevant gewesen seien.[96]

5. Beurkundung

Die Wechselrede aus Frage und Antwort hat keinerlei Publizitätswirkung. Zum Beweis des mündlichen Vertragsschlusses wird daher schon seit republikanischer Zeit regelmäßig[97] eine Urkunde (*instrumentum*) erstellt (als *testatio*,[98] *chirographum*[99] oder *cautio*[100]). Konstitutiv ist sie in klassischer Zeit nicht.[101] Selbstverständlich können zum Beweis des Vertragsabschlusses auch Zeugen hinzugezogen werden. **14**

(2006) 102–105. – Zwischen *habere in se* (Pedius) und *perficere* (Venuleius) besteht wohl nur ein terminologischer Unterschied; anders *Sargenti*, Iura 39 (1988) 52 f.; *Harke*, Irrtum (2005) 139.

[94] Anders *Harke*, Irrtum (2005) 78, 128, 348 (mit quellenferner Unterscheidung von Vorstellung und objektivem Geschäftsinhalt), für den ein Irrtum zwar einen Dissens bewirken kann, der Konsens jedoch nicht Gültigkeitsvoraussetzung, sondern bloße Abschlussmodalität ist; er kommt jedoch nicht ohne Interpolationsvermutungen aus (s. Rn. 71 Fn. 462); dagegen mit Recht *Schermaier*, SZ 125 (2008) 827–832; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 8 Rn. 24. Zum *quod actum* Rn. 63–65.

[95] Zum Einfluss des Konsensgedankens bei teilnichtigen Stipulationen *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 81.

[96] So noch *Schulz*, SZ 43 (1922) 212 f.; *Seckel/Levy*, SZ 47 (1927) 151 Fn. 4. – Viele Texte, die ehedem als überarbeitet, weil mit dem strengen Wortformalismus der Stipulation scheinbar unvereinbar galten, müssen als klassisch angesehen werden.

[97] S. bereits Cic. part. 31,107; 37,130; Cic. Att. 16,11,7; Cic. top. 26,96; Cic. leg. 1,14; *Talamanca*, ED 13 (1964) 555 f.; *Amelotti*, ACop. IV 309–324.

[98] Zur förmlichen Zeugenurkunde auf Wachstafeln (regelmäßig in der 3. Person ausgestellt) *Kaser*, RP I 231 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 109.

[99] Zeugenlose eigenhändige Erklärung (in der 1. Person) nach griechischem Vorbild etwa in TH 4; *Kaser*, RP I 234; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 106.

[100] *Kaser*, RP I 541. *Cavere* ist die mündliche Begründung einer Verbindlichkeit (z. B. Ulp. 1 ed. D. 2.1.4; Pomp. 26 Sab. D. 46.8.18) sowie das Ausstellen einer Schuldurkunde (Mod. 2 resp. D. 2.14.35; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.8); *Pezzana*, NNDI III 53 f. *Cautio* bedeutet neben dem Versprechen den Schuldschein und auch die Quittung, *Kaser*, RP I 231 mwN., Quellen bei H-S, s. v. cautio.

[101] *Liebs*, Römisches Recht (2004) 235. Das zeigt auch Paul. 3 ed. D. 44.7.38 (1. Teil), wenn man *oratio* richtig auf den Verbalakt bezieht (zutr. *Pringsheim*, Abhandlungen II 211). Zur Entwicklung der Urkundenpraxis auch im Hinblick auf die *editio* der Stipulation im Prozess (Ulp. 4 ed. D. 2.13.1.4) *Babusiaux*, TR 77 (2009) 38. Die griechische Syngraphe (Vertragsurkunde) wirkt unter Peregrinen konstitutiv, wenn keine Stipulation vorliegt (Gai. 3.134), unter Römern ist sie dagegen nur Beweismittel, *Bianchini*, BIDR 73 (1970) 244 f.

15 Erst in spätklassischer Zeit erlangt die Beurkundung der Antwort des Schuldners eine weitergehende Bedeutung: Ist eine Antwort auf diese Art bewiesen und steht auch die Anwesenheit beider Parteien beim Stipulationsakt[102] fest, wird (widerleglich) auch das Vorliegen einer entsprechenden Stipulationsfrage vermutet.[103] Spätklassisch dürfte auch schon der Gedanke sein, mit Hilfe der Urkunde bzw. der beurkundeten Stipulationsklausel (→ Rn. 86) widerleglich[104] den Abschluss des Verbalakts zu vermuten.[105] Damit verliert die Stipulation ihren Charakter als mündlichen Akt nicht, eine „Degeneration" ist wenigstens für das 3. Jh. zu verneinen.[106]

6. Stipulation bei Gewaltabhängigkeit

16 Für den Gewalthaber kann auf Gläubigerseite auch (sogar gegen ein ausdrückliches Verbot)[107] sein Sklave oder Haussohn auftreten; der Gewalthaber erwirbt das Forderungsrecht, als habe er sich das Versprechen selbst geben lassen.[108] Die Regel des *alteri stipulari nemo potest* (→ Rn. 58) gilt hier nicht.[109] Der Gewaltunterworfene kann in der Stipulationsfrage den Gewalthaber oder sich selbst nennen oder sie unpersönlich formulieren; das Versprechen wirkt in jedem Fall für den Gewalthaber.[110] Ein auf eine Handlung gegenüber dem Gewaltabhängigen (*sibi*) abstellendes Versprechen ist dagegen nach sich durchsetzender Meinung zwar wirksam,[111] jedoch nur im Hinblick auf

---

[102] Das Präsenserfordernis halten *Pringsheim*, Abhandlungen II 218; *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 34 Fn. 7 zu Unrecht für vorjustinianisch; für Klassizität richtig *Weßel*, Tablettes (2003) 215 Fn. 193; s. auch Rn. 9.

[103] Sev./Ant. C. 8.37.1 (a.200); Paul. 15 resp. D. 45.1.134.2 (dazu *Feenstra*, St. Betti II 429); s. auch Paul. 7 resp. D. 24.1.57 (dazu *Nörr*, SZ 82 (1965) 401 f.). Das gilt wohl nicht bei dokumentierter Stipulationsfrage und fehlender Antwort (*Simon*, Stipulationsklausel (1964) 30–32).

[104] *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 176 Fn. 511.

[105] Allgemein: Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.12 (für Echtheit *Pringsheim*, Abhandlungen II 214; für Überarbeitung nach *adprobetur Platschek*, Pecunia constituta (2013) 176–179); für die Bürgschaft: Ulp. 47 Sab. D. 45.1.30; Inst. 3.20.8; wie hier *Feenstra*, St. Betti II 428; gegen die Klassizität der Vermutung *Pringsheim*, Abhandlungen II 200 f.

[106] Wie hier *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 32; *van Oven*, TR 26 (1958) 429 f.; *Feenstra*, St. Betti II 424.

[107] Iul. 2 Min. D. 45.1.62.

[108] Gai. 3.103; Ulp. 50 Sab. D. 45.1.45 pr.; dazu *Cannata*, Corso II.1 (2003) 89 f.; zum Versprechen eines gemeinschaftlichen Sklaven Iul. 22 dig. D. 45.1.54.1; Pomp. 9 Sab. D. 45.3.17; Pomp. 3 Q. Muc. D. 45.3.37; Ulp. 48 Sab. D. 45.3.5; D. 45.3.7 pr.; Inst. 3.17.3; *Scherillo*, St. Bonfante IV 205–241 (mit überholter Textkritik); *Bretone*, Servus communis (1958) 58–94; zur *adiectio solutionis causa* beim stipulierenden (gemeinschaftlichen) Sklaven *Schnabel*, Adiectus (2015) 97–107.

[109] Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.17; dazu *Hallebeek*, in: *Hallebeek/Dondorp*, Contracts (2008) 17 f.

[110] Iul. 52 dig. D. 45.3.1 pr.; Flor. 8 inst. D. 45.3.15; Ulp. 50 Sab. D. 45.1.45.4; Inst. 3.17.1. Der Interpolationsverdacht gegen die unpersönliche Fassung bei *Scherillo*, St. Bonfante IV 204–216 ist ungerechtfertigt. Der Sklave benutzt offenbar das Verb *spondere*; vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 473 f., 485.

[111] Für *sibi habere licere* Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.6 (anders Julian ebd.).

diesen.[112] Die Stipulation des Sklaven ist vor allem Aushilfsmittel, wenn der Gewalthaber selbst, weil taub, stumm, abwesend oder *infans*, zu ihrer Vornahme nicht in der Lage ist.[113] Eine *hereditas iacens* erwirbt ein Forderungsrecht aus einer Stipulation durch einen Erbschaftssklaven,[114] eine Gemeinde durch ihren Sklaven.[115] Lässt sich der Gewalthaber für den Gewaltabhängigen eine Leistung versprechen, gilt dies grundsätzlich als wirksames Versprechen an jenen.[116] Vom Gewaltabhängigen kann sich der Gewalthaber dagegen nichts wirksam versprechen lassen, genausowenig umgekehrt.[117] Versprechen sich zwei von demselben Gewalthaber Abhängige einander, erwirbt der Gewalthaber.[118] Durch Stipulation verpflichten können sich der Sklave, die Haustochter und die Frau in Ehegewalt niemandem,[119] der Haussohn hingegen schon.[120]

7. Abstrakte und titulierte Stipulationen

Die Stipulation kann abstrakt oder kausal (tituliert) formuliert sein.[121] Das abstrakte **17**
Versprechen enthält keinen Verweis auf den Rechtsgrund oder Zweck, dessentwegen die Leistung versprochen wird.[122] Ist die Stipulation hingegen kausal gefasst, enthält sie einen solchen Verweis. Zwecke der versprochenen Leistung können z. B. sein eine Kaufpreiszahlung, Darlehensgewährung oder -rückzahlung, Schenkung oder Mitgiftbestellung. Gerade die novierende Stipulation (→ § 76 Rn. 11) ist meist kausal gefasst: *quod ex empto mihi debes, dari spondes?* Besteht das zugrundeliegende Rechtsgeschäft nicht

[112] Inst. 3.17.2.

[113] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1 pr.; Stipulation für ein Mündel: Ulp. 36 ed. D. 27.8.1.15; Ulp. 24 Sab. D. 46.4.2; dazu *Finkenauer*, SZ 125 (2008) 448–450.

[114] Ob und welchen Berechtigten der Erbschaftssklave in seiner Frage nennen muss, ist klassisch jedoch streitig: für Wirksamkeit eines ausdrücklich auf den künftigen Erben lautenden Versprechens Cassius bei Gai. 3 verb. obl. D. 45.3.28.4; Mod. 7 reg. D. 45.3.35; abl. dagegen Proculus bei Gai. 3 verb. obl. D. 45.3.28.4; Paul. 4 reg. D. 45.3.16; Pap. 27 quaest. D. 45.3.18.2 (Versprechen für den in der Gefangenschaft sterbenden Herrn). Keinesfalls kann er für den Verstorbenen stipulieren, vgl. Afr. 8 quaest. D. 12.1.41; Pap., a. a. O.; *Voci*, DER II 519 f. Zum Inhalt der Stipulation des Erbschaftssklaven: Paul. 1 man. D. 45.3.26.

[115] Ulp. 5 Sab. D. 45.3.3.

[116] Paul. 12 Sab. D. 45.1.39; Paul. 15 quaest. D. 45.1.130; das gilt nicht, *si factum conferatur in personam filii.*

[117] Gai. 3.104; Inst. 3.19.6. – Das Versprechen des *homo bona fide serviens* gegenüber seinem Scheinherrn verpflichtet jenen selbst, vgl. Mod. 31 Q. Muc. D. 41.1.54.1.

[118] Pomp. 27 Sab. D. 45.1.40.

[119] Gai. 3.104.

[120] Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141.2; Gai. 3 ed. prov. D. 44.7.39; Inst. 3.19.6.

[121] Dazu *Talamanca*, in: *Kupiszewski/Wołodkiewicz*, Droit romain (1978) 196, 260 f.

[122] *Kaser*, RP I 541; zu *Wolfs* (Causa (1970) 82–90, 150–152) vor allem terminologisch abweichendem Verständnis der Titulierung *Wacke*, TR 40 (1972) 231–236; *Honsell*, SZ 92 (1975) 329, 331, 334; für strikte Trennung von *causa* und Zweckbestimmung plädiert *Schanbacher*, TR 60 (1992) 4 f.

oder wird der vorausgesetzte Zweck nicht erreicht[123] – die Ehe wird nicht rechtsgültig geschlossen oder der Schenkung steht ein Verbot entgegen –, so ist die kausale Stipulation ohne weiteres unwirksam. Der Erhebung einer Einrede bedarf es nicht. Ist die Stipulation dagegen abstrakt, ist sie nach *ius civile* wirksam, und es bedarf zur Geltendmachung der Zweckverfehlung grundsätzlich der Erhebung einer *exceptio doli* (zu Ausnahmen → Rn. 62).[124] Das gilt etwa für eine Klage aus dem Versprechen einer Geldzahlung, das zum Zweck der Rückzahlung eines Darlehens abgegeben wurde, wenn dieses noch nicht valutiert wurde.[125] Allerdings erhält der Darlehensnehmer seit der späten Klassik in solchen Fällen eine *exceptio non numeratae pecuniae*, wenn die Erhebung der Arglisteinrede nicht zulässig oder möglich ist, etwa gegenüber den eigenen Eltern oder dem Freilasser (→ § 70 Rn. 12).[126] Die *exceptio mercis non traditae* kann gewährt werden, wenn die Kaufpreiszahlung versprochen, die Ware aber nicht geliefert wurde.[127]

8. Persönliche und unpersönliche Stipulation

18 Die Stipulation kann *in personam* oder *in rem concepta* sein.[128] Die (wahrscheinlich ältere) persönlich gefasste Formulierung nennt Schuldner und Gläubiger,[129] die unpersönliche nennt sie nicht.[130] Die persönliche Fassung kann um eine Erbenklausel (*mentio heredis*)[131] sowie um die sich auf Dritte beziehende Klausel *is ad quem ea res*

[123] Zum Fall der Zweckverfehlung *Kaser*, RP I 541 Fn. 32.

[124] Gai. 4.116; Ulp. 76 ed. D. 44.4.2.3. Auch die *exceptio pacti* ist seit Julian möglich; vgl. *Talamanca*, in: *Bellocci*, Teorie contrattualistiche (1991) 179 f., 186–189, 193; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 332, 348, 345 und unten Fn. 298, 479.

[125] Ulp. 76 ed. D. 44.4.2.3; Gai. 4.116,119.

[126] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.16; Ant. C. 4.30.3 (a.215); *Zimmermann*, LO 94; ausf. *Litewski*, SDHI 60 (1994) 405–456.

[127] Paul. 71 ed. D. 44.4.5.4 (wohl Glossem). Diese Einrede geht aus von der Eintreibung des Geldes durch den *argentarius* nach einer Versteigerung (Gai. 4.126a) und wird auf andere Verkäufer ausgedehnt, vgl. Iul. 54 dig. D. 19.1.25 (Kauf von Trauben am Stock, wo nicht von einer Auktion die Rede ist; anders *Ernst*, Einrede (2000) 21 f.); dazu *Lenel*, EP 503 f.; *Thielmann*, Privatauktion (1961) 141–146; *Petrucci*, Mensam exercere (1991) 227. Ob die Einrede nur einer Klage aus der Stipulation entgegengesetzt werden kann oder auch einer *actio venditi*, ist offen.

[128] Dazu *Finkenauer*, Stipulation (2010) 61 f. *In rem* bedeutet hier nicht „dinglich". Die *stipulatio in rem* kennen Ulp. 79 ed. D. 7.9.5 pr. und Pomp. 26 Sab. D. 36.3.10 (dazu *Finkenauer*, Stipulation (2010) 99–101, 300–302). Die früher erhobenen Interpolationsverdächte (*Scherillo*, BIDR 36 (1928) 75; *Coudert*, Stipulations (1957) 135) sind grundlos; vgl. *Sanguinetti*, SDHI 65 (1999) 180; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 81–84.

[129] Z. B. *per te non fieri quo minus mihi habere liceat spondes?* („Versprichst du, dass durch dich nichts geschieht, dass ich nicht mehr ungestört besitze?") oder *dolum malum abesse a te spondes?* („Versprichst du, dass durch dich keine Arglist vorkommt?")

[130] Etwa: *habere licere spondes?* („Versprichst du ungestörten Besitz?") oder *dolum malum abesse spondes?* („Versprichst du die Abwesenheit von Arglist?")

[131] Zur Vererblichkeit Rn. 75.

pertinebit erweitert werden.[132] Dagegen ist die unpersönliche Fassung auf den Erfolg gerichtet und garantiert (wenigstens zunächst) Ersatz, wenn der versprochene Erfolg nicht eintritt.[133]

9. Generalstipulation

Mit Wendungen wie *haec (ea omnia), quae supra scripta est (diximus), ea ita dari fieri neque adversus ea fieri promittis?* verweisen die Parteien auf eine vorherige (längere, auch schriftliche) Vereinbarung und machen sie so zum Gegenstand des mündlichen Versprechens.[134] Die beweisende Urkunde wird so zur Verkörperung des gesprochenen Worts, das in klassischer Zeit entscheidend bleibt (s. auch → Rn. 14 f.).[135] Die Reduktion des Stipulationsakts auf wenige Worte bedeutete eine erhebliche Vereinfachung.[136] 19

III. Versprechensinhalte

1. *Dare facere praestare*

Mit einer Stipulation lässt sich jeder erlaubte Inhalt versprechen, die römischen Juristen sprechen – wenig trennscharf – von *dare*, *facere* oder *praestare*.[137] Mit der *stipulatio in dando* kann die Verschaffung quiritischen Eigentums an einer Sache oder die Bestellung eines Rechts (*ususfructus*, *servitus*) versprochen werden,[138] mit einer *stipulatio in faciendo* dagegen jegliches Handeln,[139] das Gegenstand eines Dienst-, Geschäftsbesorgungs- oder Werkvertrags sein kann; es braucht keinen Vermögenswert zu haben. 20

---

[132] Mit dieser Klausel wird eine Garantie für das Verhalten Dritter übernommen (Rn. 60); darüber hinaus können mit ihr sogar die Einzelrechtsnachfolger der Parteien in die Stipulation einbezogen und so eine dingliche Wirkung begründet werden (Rn. 79 f.).

[133] Dazu und zur Regel *nemo factum alienum promittere potest* Rn. 60.

[134] Vgl. die Zusammenstellung bei *Pringsheim*, Abhandlungen II 202–204, z. B. Cato agr. 146; Varro rust. 2,2,5; TH 4 von 60 n. Chr.; Paul. 3 epit. Alf. dig. Lab. D. 17.2.71 pr.; Paul. 5 resp. D. 19.2.54.1; Afr. 7 quaest. D. 23.4.23; Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.1; Paul. 3 Ner. D. 45.1.140 pr.; FIRA III Nr. 80 d, 95 (= *Bruns*, Fontes Nr. 136, 137); *Cornioley*, Scr. Guarino VI 2923.

[135] Paul. 3 ed. D. 44.7.38 (*non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur*). Nachklassisch hat diese Praxis gewiss dazu beigetragen, die Urkunde als entscheidend anzusehen, vgl. *Kaser* RP II 377 Fn. 21.

[136] *Riccobono*, AUPA 12 (1929) 529–531.

[137] Gai. 4.2; Gai. 2 cott. D. 44.7.1.7; Paul. 2 inst. D. 44.7.3 pr.; *stipulatio mixta ex dando et faciendo*: Call. 2 quaest. D. 35.1.82; Iust. C. 8.37.13. pr. (a.530).

[138] Zuweilen wird *dare* auch untechnisch gebraucht, vgl. *Horak*, Rationes (1969) 154–156. Auch zukünftige Sachen können versprochen werden: *Senn*, RHD 33 (1956) 174 f.

[139] Unter Einschluss eines *dare*: Afr. 7 quaest. D. 23.4.23; Pap. 27 quaest. D. 50.16.218; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 196; anders (Gegenüberstellung von *dare* und *facere*) Paul. 12 Sab. D. 45.1.2 pr.

Mit einer *stipulatio in non faciendo* garantiert man dagegen ein Unterlassen.[140] *Praestare* ist wohl von *prae stare* abzuleiten („vor etwas stehen", daher „Gutstehen", „Verantwortlichsein")[141] und bedeutet daher zunächst die Übernahme der Garantie für den Eintritt eines Erfolgs,[142] sodann jede Form von Gewährleistenmüssen und Haftung für Schaden.[143] In der weitesten Bedeutung „einstehen", „gewähren" überschneidet es sich mit den beiden anderen Leistungsinhalten.[144]

a. Materielles Recht

21 Die Stipulation findet Anwendung auf den unterschiedlichsten Rechtsgebieten: Übereignung einer Kaufsache sowie Zahlung des Kaufpreises,[145] Schenkungen, Mitgiftbestellungen, Vorverträge,[146] Versorgungsleistungen wie eine Leibrente,[147] Darlehensverträge[148] nebst Ergänzung um Zinsabreden,[149] Garantien beim Erbschaftskauf oder Gesamtfideikommiss (→ § 98 Rn. 48, § 100 Rn. 59), Gewährleistung beim Kauf (→ § 79 Rn. 53, 253–278), Vertragsstrafen (→ 74 Rn. 1), aber auch Einsätze bei Spiel und Wette.[150] Verstärkt eine Stipulation nur eine ohnehin schon aus einem *bonae fidei contractus* bestehende Verpflichtung, erhält der Gläubiger einen Beweisvorteil; denn klagt er aus der Stipulation, muss der Beklagte die Einredevoraussetzungen nachweisen, während die *exceptio doli* und *pacti* dem *bonae fidei iudicium* inhärent sind und hier daher der Kläger den entsprechenden Beweis erbringen muss. Zur Abänderung einer Schuldverpflichtung bedient man sich gleichfalls einer Stipulation in Form der Nova-

[140] Z. B. Paul. 12 Sab. D. 45.1.2.5.

[141] *Beikircher*, Glotta 70 (1992) 92 f.; die herkömmliche Ableitung von *praes stare* („als Bürge einstehen") stützt sich auf *lex municipii Tarentini* (FIRA I Nr. 18 = *Bruns*, Fontes Nr. 27, 9); Fest. verb. sign. ed. Lindsay 137 s. v. manceps; vgl. *Walde/Hofmann*, LEW II 355.

[142] Wie etwa die Mangelfreiheit der Kaufsache: Ulp. 42 Sab. D. 21.2.31; *Medicus*, SZ 86 (1969) 95.

[143] *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 221 f.; *Pastori*, Negozio (1994) 295–299; *Jakab*, Praedicere (1997) 243 f.

[144] *Sturm*, Stipulatio (1972) 121 f.

[145] Alf. 2 dig. D. 44.1.14; Pomp. 35 Sab. D. 46.3.26; Paul. 4 epit. Alf. dig. Lab. D. 18.1.40.2; Sev./Ant. C. 4.28.3 (a.198). – Bei einer Auktion kann der Käufer Preiszahlung an den Auktionator (*coactor*, *argentarius*) versprechen und dieser Herausgabe des Erlangten (abzüglich seiner Vergütung) an den *dominus auctionis*; dazu TP 27 = TPSulp. 81 = TPN 81 mit *Bove*, Labeo 21 (1975) 322 f.; *Macqueron*, Contr. script. 26–29; *Wolf*, TPN 120 f. Zur *stipulatio argentaria* der *lex metalli Vipascensis* (FIRA I Nr. 105 = *Bruns*, Fontes Nr. 112) *Sturm*, Mél. Wubbe 465.

[146] Versprechen künftiger Darlehensgewährung: Paul. 2 ed. D. 45.1.68.

[147] Iul. 52 dig. D. 45.1.56.4; Paul. 74 ed. D. 44.7.44.1; Paul. 3 Ner. D. 45.1.140.1; Inst. 3.15.3; zu diesen Texten und zu Pomp. 6 Sab. D. 45.1.16.1 *Sotty*, Mél. Magdelain 435–445 (wenig überzeugend). S. auch Rn. 75 vor Fn. 483.

[148] Zur Bestärkung formloser Kontrakte: Paul. sent. 5.7.1.

[149] Rn. 1 Fn. 1.

[150] *Siber*, Römisches Recht (1928) 179. Allerdings verbietet ein *SC* Glücksspiele um Geld (nicht bei Sportkämpfen), vgl. Paul. 19 ed. D. 11.5.2.1; *Kuryłowicz*, SZ 102 (1985) 189–197; *Wacke*, SZ 125 (2018) 261–333.

tion, zur Durchführung oder Sicherung eines Gläubiger- oder Schuldnerwechsels eines Versprechens in Form der Delegation (zu beiden → §. 76); Nebengläubigerschaft wird mit der *adstipulatio* erreicht (→ Rn. 32 f.). Die Bürgschaft existiert in drei verschiedenen Stipulationsformen (→ § 73 Rn. 16, 18). Ein Erlass (*acceptilatio*) wird durch Nachformung der Stipulation,[151] mit einem *contrarius actus*, bewirkt.

Als typische Beispiele für *stipulationes in faciendo* seien genannt: der Bau eines **22**
Hauses oder eines Häuserblocks,[152] das Ausheben eines Grabens,[153] der Bau eines Schiffes,[154] aber auch sonstige Versprechen eines Tuns wie die Freilassung eines Sklaven[155] und die Übergabe eines Grundstücks.[156] Mit den wechselseitigen Strafstipulationen in einem *compromissum* unterwerfen sich die Parteien dem schiedsgerichtlichen Urteil und einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung (→ § 107 Rn. 22).[157] Eine typische *stipulatio in non faciendo* ist das Versprechen, eine Störung des Besitzes der Kaufsache zu unterlassen (*habere licere* → Rn. 62–64; → § 79, Rn. 264–268). Mit *uti frui licere* wird dagegen zugesichert, dass der Berechtigte ungestört ein Grundstück nutzen und daraus Früchte ziehen darf; ein solches Versprechen wirkt allerdings nur zwischen den Parteien (hier sog. obligatorische Ausübungsstipulation).[158] In ähnlicher Weise wirkt die Stipulation des *ire agere licere*, mit der zwischen den Parteien die Ausübung einer Grunddienstbarkeit garantiert wird.[159] Die beiden letzten und ähnliche Versprechen[160] weisen häufig die negative Fassung *in personam* auf: *per te non fieri*

[151] Ausdruck bei *Rabel*, SZ 27 (1906) 330–332; zum Erlass Rn. 87–89.

[152] Pomp. 5 Sab. D. 45.1.14; Marcell. 20 dig. D. 45.1.98.1; Pap. 27 quaest. D. 5.1.43; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.21; Ulp. 20 ed. D. 45.1.72.1,2; Paul. 24 ed. D. 45.1.73 pr.; Paul. 74 ed. D. 45.1.84; Iust. C. 8.37.15 pr. (a.532). An der selbständigen Baustipulation, die es schon vor den Konsensualverträgen gibt, hält man womöglich aus Gründen der Tradition und zur Ermöglichung einer Sponsionsbürgschaft fest (*Mayer-Maly*, Locatio conductio (1956) 99; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 34 f.); daneben haben Stipulationen auch vorgängige Werkverträge abgesichert, vgl. Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 19.2.58.1; Proc. 2 epist. D. 45.1.113 pr. Dagegen plädiert *Thür*, Mél. Sturm I 481, 487 f. stets für unselbständige Garantiestipulationen, abgeschlossen nach vorgängiger Bauausschreibung und Werkvertrag. Es ist freilich mit einer abgekürzten, auf das Wesentliche konzentrierten Ausdrucksweise der Juristen und daher Unvollständigkeit der in den Digesten überlieferten Stipulationsformulare zu rechnen; in Paul. 74 ed. D. 44.7.44.6 ist ein vorgängiger Werkvertrag nicht wahrscheinlich. *Cannata*, Corso II.1 (2003) 108 f. meint, die Baustipulationen seien benutzt worden, um abstrakte schuldrechtliche Probleme zu diskutieren.

[153] Ulp. 20 ed. D. 45.1.72 pr.; Ulp. 22 ed. D. 45.1.75.7.

[154] Ulp. 7 disp. D. 46.3.31.

[155] Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.2.

[156] Ulp. 20 ed. D. 45.1.72 pr.

[157] Ausf. *Finkenauer*, Stipulation (2010) 125–138, 132.

[158] *Finkenauer*, Ess. Sirks 243 f.; zur dinglichen Ausübungsstipulation Rn. 80.

[159] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 167–185. Die obligatorische Ausübungsstipulation hat gegenüber der gleichfalls nur obligatorisch wirkenden *stipulatio in dando*, mit der eine künftige Nießbrauchsbestellung versprochen wird, den Vorzug, dass der schuldrechtlich Berechtigte ab Vertragsschluss oder ab dem vorgesehenen Zeitpunkt auf dem Grundstück die Handlungen vornehmen kann, die ein Nießbraucher vornehmen darf.

[160] Z. B. Scaev. 13 quaest. D. 45.1.133 (Verbot der Gewaltanwendung zur Verhinderung der Aus-

quo minus … [*mihi ire agere liceat*] („durch dich soll es nicht geschehen, dass … [ich die Dienstbarkeit nicht ausüben kann]“). Häufig ist im kautelarjuristischen[161] wie prozessualen[162] Zusammenhang auch die Arglistklausel, *clausula de dolo*, mit der die Abwesenheit von *dolus praeteritus* sowie *dolus praesens* zugesichert wird.[163] Sie ist das unselbständige Versprechen eines Unterlassens, welches materielle Rechtsgeschäfte[164] ebenso wie die prätorischen Stipulationen (→ Rn. 23) beschließen kann. Sie hat Auffangfunktion, erfasst also die von den Parteien nicht ausdrücklich geregelten Fälle.[165] Selbst ein Wettbewerbsverbot lässt sich mit einer *stipulatio in non faciendo* formulieren.[166] Eine Stipulation kann schließlich ausnahmsweise auch mit dinglichen Wirkungen ausgestattet werden, also gegenüber Dritten, an der Stipulation Unbeteiligten wirken (→ Rn. 77–80).

b. Prätorische Stipulationen

23 Die prätorischen Stipulationen (Kautionen)[167] bezwecken eine Sicherheitsleistung für die Zukunft und sollen entweder den Erfolg eines Rechtsstreits oder überhaupt Ansprüche der Parteien sichern.[168] Sie werden als bloße *repromissio* und häufiger als *satis-*

übung einer Dienstbarkeit); Ulp. 50 ed. D. 45.1.50 pr.,1 (Herausgabe einer Erbschaft); Paul. 18 Plaut. D. 45.1.92 (Gestattung einer Traubenlese); zu den vorgenannten Stellen *Finkenauer*, Stipulation (2010) 119–122, 160–163, 177–180; vgl. auch Paul. 7 Plaut. D. 47.2.67.5 (Übereignung eines Sklaven).

[161] Die älteste juristische Quelle ist Ofilius bei Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.6 (mit Ulp. 50 ed. D. 45.1.50.1 und *Nörr*, Er. Maridakis I 215), der älteste urkundliche Beleg TP 45 u. 90 = TPSulp. 48 = TPN 88 von 48 n. Chr. Einzelne Texte bei *Coing*, FS Schulz I 103–110, der ein hohes Alter für wahrscheinlich hält (123).

[162] S. zur Arglistklausel als Teil prätorischer Stipulationen die Rekonstruktion der Formeln in *Lenel*, EP 524, 532, 536–539, 541, 549, 552 f.; zu den durch den Richter auferlegten Stipulationen die Nachweise bei *Coing*, FS Schulz I 100–102; *Betancourt*, AHDE 49 (1979) 171.

[163] Pap. 11 resp. D. 45.1.121 pr.; dazu *Coing*, FS Schulz I 112; *Nörr*, ACop. XI 191–196; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 95–124. *Nörr*, SZ 121 (2004) 175, 179 bemerkt, dass die Arglistklausel zur Zeit Labeos nur den *dolus praeteritus* erfasst und erst später ihre „klassische“ Formulierung *dolum malum abesse afuturumque esse spondes?* unter Einschluss des *dolus praesens* erhält; s. auch *Nörr*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 368 f.

[164] Vgl. z. B. Proc. 6 epist. D. 18.1.68.1 (Kaufvertrag; dazu *Nörr*, SZ 121 (2004) 173–178); Pomp. 21 Q. Muc. D. 42.1.22.1 (Gesellschaftsvertrag); Scaev. 5 resp. D. 45.1.135.4 (Vergleich); Ulp. 13 ed. D. 4.8.31; TH 76 (*compromissum*); *donatio Statiae Irenes* (FIRA III Nr. 95 = *Bruns*, Fontes Nr. 137).

[165] Iul. 16 dig. D. 45.1.53; Pap. 36 quaest. D. 45.1.119; *Wacke*, SZ 121 (2004) 349 Fn. 32. Gestritten wird, ob die Arglistklausel dem Gläubiger eine Ersatzklage gibt (*Coing*, FS Schulz I 122) oder das Geschäft insgesamt der *bona fides* unterstellt (*Biondi*, Contratto (1953) 240). Der Unterschied ist aber wohl nur terminologisch. Zur Entwicklung des Verhältnisses von *dolus malus* und *bona fides* *Nörr*, SZ 121 (2004) 176 f.

[166] Zu Ulp. 6 op. D. 8.4.13 pr. *Hallebeek*, TR 55 (1987) 44 f.; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 375–383.

[167] Zum Ausdruck *cautio* Rn. 14 Fn. 100.

[168] *Lenel*, EP 47; *Kaser/Hackl*, RZ 429.

datio, d. h. unter Stellung von Bürgen,[169] geleistet und vom Gerichtsmagistrat (Prätor und Ädil) oder *iudex* erzwungen.[170] Befolgt der Geheißene nämlich den Befehl, eine Kaution nach einem im Edikt vorgesehenen, aber wohl unverbindlichen[171] (Muster-) Formular zu leisten (*iussum cavendi*), nicht, hat er Zwangsmaßnahmen zu gewärtigen – von der Abweisung der von ihm angestrengten Klage bis hin zur Einweisung des Gegners in den Besitz der streitbefangenen Sache oder gar in sein Vermögen. Unter Zwang werden also vertragliche Ansprüche erzeugt.[172] Die Kautionen können aber auch freiwillig geleistet werden; in diesem Fall dürfen die Parteien erst recht von dem im Edikt proponierten Musterformular abweichen.

Die in aller Regel auf *quanti ea res erit (q.e.r.e.)* und damit auf eine Geldsumme lautenden prätorischen Stipulationen[173] gehören im engeren Sinne nicht zu den Vertragsstrafenversprechen, weil mit ihnen keine Geldzahlung versprochen wird, die über das bei Nichterfüllung der Primärleistung ohnehin geschuldete Interesse hinausgeht.[174] Venuleius dagegen setzt *q.e.r.e.*-Klausel und Vertragsstrafe einander gleich,[175] und immerhin kann eine strukturelle Ähnlichkeit deshalb nicht geleugnet werden, weil die angestrebte Primärleistung bei prätorischen Stipulationen wie bei der selbständigen Vertragsstrafe *in solutione* (→ § 74 Rn. 2) ist.[176] Welche Bedeutung der *q.e.r.e.*-Klausel zukam und warum sie entwickelt wurde, ist unklar. Dass mit ihr Prozesse hätten verhütet werden können,[177] ist eher unwahrscheinlich.[178] Womöglich führte erst die *q.e.r.e.*-Klausel zur Anerkennung des Interesseersatzes von *facere*-Sti- **24**

[169] Dazu Gai. 5 ed. prov. D. 2.8.1; Ulp. 70 ed. D. 46.5.1.5–9. Die Stellung von Pfändern ist nicht beliebt, aber zulässig, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.9; Paul. 2 man. D. 36.3.7; Paul. 63 ed. D. 43.3.2.3 (Interpolationsverdacht bei *Kaser/Hackl*, RZ 430 Fn. 27).

[170] Zu letzteren *Giomaro*, Cautiones iudiciales (1982) 245–275.

[171] Die Parteien haben wohl Einfluss auf die endgültige Redaktion der Stipulationsformel, entwickeln also das Streitprogramm zusammen mit dem Prätor, vgl. einerseits Iul. 56 dig. D. 46.8.22.7 und andererseits Ulp. 70 ed. D. 46.5.1.10; Ulp. 7 disp. D. 45.1.52 pr.; *Biondi*, Contratto (1953) 273; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 228, 307 f.; anders (Bindung an das Formular) *de Castro-Camero*, Estipulaciones (2009) 59, 244, 255.

[172] Dazu *Woess*, SZ 53 (1933) 376, 381, der hier ein „Verdeckungsprinzip" erkennt: Der Prätor sucht, durch indirekt erzwungene Stipulationen Ansprüche zu erzeugen, und reformiert so das *ius civile*. So ist auch die Gleichsetzung von prätorischer Stipulation und *actio* zu erklären, vgl. Ulp. 63 ed. D. 16.2.10.3; Ulp. 4 ed. praet. D. 44.7.37 pr. (Echtheitszweifel bei *Kaser/Hackl*, RZ 429 Fn. 18); *Biondi*, Contratto (1953) 273.

[173] Zur *q.e.r.e.*-Klausel *Kaser*, SZ 90 (1973) 184.

[174] *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 25 Fn. 3, 30, 63. Auf eine *poena* lautet allerdings die *cautio vadimonium sisti* (Pap. 2 quaest. D. 45.1.115 pr.).

[175] Ven. 9 stip. D. 46.7.19.1; s. auch Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.2.

[176] S. auch *Kaser*, SZ 90 (1973) 210.

[177] So *Kaser*, SZ 90 (1973) 211 f., 218, der auf den Streit zwischen Prokulianern und Sabinianern um die Rechtsfolge einer Zahlung des Interesses – Erlöschen *ipso iure* oder nur kraft Einrede – verweist, vgl. Gai. 3.168. Die juristische Konstruktion dürfte den Parteien gleichgültig gewesen sein.

[178] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 67 f., 107 (zur *stipulatio habere licere* und *doli mali*).

pulationen.[179] Dafür sprechen das hohe Alter der Prozesskautionen und eine mit Hilfe der Erbenklausel ähnlich verlaufende Entwicklung bei der Anerkennung der Vererblichkeit von *facere*-Versprechen (→ Rn. 75). Jedenfalls gewinnt die *q.e.r.e.*-Klausel, wie das Strafversprechen, in klassischer Zeit als Auslegungsregel dafür Relevanz, ob die Haftung für das Verhalten Dritter – ein *factum alienum* – übernommen ist oder nicht (→ Rn. 60).

25 Zu erwähnen sind u. a. die *cautio ratam rem dominum habiturum*[180] (→ § 75 Rn. 38) wegen Genehmigung einer Vertretung auf Klägerseite, die *cautiones pro praede litis et vindiciarum* und *iudicatum solvi*[181] bei einer Vertretung auf Beklagtenseite (zu beiden → § 75 Rn. 43), das prozessuale Gestellungsversprechen *cautio vadimonium sisti*[182] (→ § 75 Rn. 18) und weitere prozessuale Stipulationen wie diejenige *tertiae* oder *dimidiae partis* (→ § 71 Rn.1, 5), die Nachbarschaftskautionen *ex operis novi nuntiatione*[183] (→ § 62 Rn. 1), *damni infecti*[184] (→ § 62 Rn. 31), *amplius non turbando*[185] (→ § 61 Rn. 33) und *de opere non faciendo in loco publico*,[186] die Sicherstellung des Eigentümers bei Bestehen eines Nießbrauchs (*cautio usufructuaria*[187] → § 49 Rn. 42), die Sicherstellung des Vermächtnisnehmers bei einem bedingten Legat (*cautio legatorum servandorum causa*[188] → § 97 Rn, 55) oder die Sicherung des Mündels (*cautio rem pupilli salvam fore* → § 84 Rn. 52) oder der Miterben (*de conferendis bonis*). Eine einheitliche Kategorie von Versprechen mit gemeinsamer Konzeption kann man in den prätorischen Stipulationen, dem besonderen Ediktsabschnitt zum Trotz, nicht erkennen,[189] auch wenn schon die römischen Juristen (wenig trennscharfe) Systematisierungsversuche unternehmen.[190]

---

[179] *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 63 Fn. 34.

[180] Dazu *Lenel*, EP 541; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 213–237.

[181] S. *Lenel*, EP 524 f., 532; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 238–237.

[182] Zur Gestellung oben Fn. 36; *Lenel*, EP 515; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 250–252.

[183] *Lenel*, EP 549; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 253–269.

[184] *Lenel*, EP 551; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 270–285.

[185] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 286–291. Mit ihr wird Sicherheit dafür geleistet, dass der servitutsgemäße Zustand wiederhergestellt und für die Zukunft gesichert wird.

[186] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 291–293. Mit ihr verspricht man, keine Anlage auf einem öffentlichen Weg oder Platz zu errichten.

[187] *Lenel*, EP 538; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 294–299.

[188] *Lenel*, EP 539; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 300–306.

[189] *Mozzillo*, Stipulationes pretoriae (1960) 1; *Kaser/Hackl*, RZ 429 Fn. 23 (430) mwN.

[190] Pomp. 26 Sab. D. 45.1.5 pr. (= Inst. 3.18 pr.–4) (*stipulationes iudiciales*, *praetoriae*, *conventionales* und *communes*); Ulp. 70 ed. D. 46.5.1 pr.–4 (*stipulationes iudiciales*, *cautionales* und *communes*). Die prätorischen Stipulationen erfassen hiernach jedenfalls auch die ädilizischen, die sog. gemeinsamen sowohl die prätorischen als auch die richterlichen Kautionen; dazu *Mozzillo*, Stipulationes pretoriae (1960) 31–37; *Luzzatto*, Processo extra ordinem I (1965) 261 f., 398, 401; *Liebs*, Index 1 (1970) 160 f.; *Giomaro*, Cautiones iudiciales (1982) 10–16; *Giomaro*, St. Biscardi IV 417 mit Fn. 6, 438–440; *Kaser/Hackl*, RZ 430 Fn. 25; *de Castro-Camero*, Estipulaciones (2009) 244 f.

2. Bestimmte und unbestimmte Leistungen

Wie aus der Sponsion geschlossen werden kann, ist historisch zunächst wohl allein die Geldzahlung (*certa pecunia*) Gegenstand der Stipulation. Später kann man alternativ zu einer Geldzahlung auch eine andere Leistung versprechen, so dass die Verurteilung in Geld erfolgt, wenn die versprochene Leistung ausbleibt.[191] Dies dürften die Anfänge des (selbständigen) Vertragsstrafenversprechens sein.[192] In späterer Zeit kann man ein *certum*, also ein bestimmtes Grundstück, eine bestimmte Qualität oder Menge vertretbarer Sachen (*quid quale quantumque*) wie z. B. Getreide, Wein oder Öl, ohne alternatives Versprechen einer Geldsumme versprechen,[193] schließlich auch eine unbestimmte Leistung (*incertum*).[194] Das auf ein *incertum* lautende Versprechen ist jedenfalls schon Plautus bekannt.[195] Beim Versprechen eines *certum* ist die *condictio certae rei (pecuniae)* zuständig, beim Versprechen eines *incertum* die *actio (incerti) ex stipulatu* (→ § 72 Rn. 1). **26**

Um das Versprechen eines *incertum* handelt es sich, wenn man eine nur gattungsmäßig bestimmte Sache (etwa allgemein einen Sklaven oder ein Grundstück) verspricht,[196] eine unbestimmte oder eine zukünftige Sache, etwa das noch ungeborene Sklavenkind oder die nächste Frucht auf dem Feld,[197] oder ein Tun (*facere*) oder Unterlassen (*non facere*).[198] **27**

3. Wahlschuld

Bei der alternativ auf zwei oder mehrere Schuldgegenstände (*Stichum aut Pamphilum*) lautenden Stipulation (unröm. *obligatio alternativa*)[199] soll der Gläubiger nur eine Leistung erhalten.[200] Der Schuldner hat, wenn nichts anderes vereinbart ist, ein (nach **28**

---

[191] Plaut. Rud. 777 f.; Liv. 3,13,6; Varro ling. 6,70.

[192] *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 58–61.

[193] Gai. 8 ed. prov. D. 45.1.74; entscheidend ist die genaue Bestimmung (*pronuntiatio*) der Sache. Auf ein *dare* und damit ein *certum* lautet auch das Versprechen von Tagwerken (*operae*) des Freigelassenen, vgl. Pomp. 15 Sab. D. 38.1.10 pr.; Ulp. 38 ed. D. 38.1.15.1; *Kaser*, RP I 300, 492.

[194] Ulp. 22 ed. D. 45.1.75 pr.

[195] Für das Verlöbnis: Plaut. Aul. 255 f.; Plaut. Trin. 1157 f., 1162 f.; Servius bei Gell. 4,4; zu Satisdationen: Cato agr. 144,146; Garantiestipulationen: Varro rust. 2,2,5; 2,3,5; 2,5,10; 2,10,5; zu Recht für hohes Alter der *stipulatio incerti Kaser*, SZ 90 (1973) 206 unter Hinweis auf die Probusglosse Eins. 13 (*Excerpta Probiana ex codice Einsidlensi* 326 = FIRA II 458); *Kaser/Hackl*, RZ 110; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 295; anders aber *Broggini*, Iudex (1957) 179–185.

[196] Ulp. 22 ed. D. 45.1.75.1.

[197] Ulp. 22 ed. D. 45.1.75.4.

[198] Ulp. 22 ed. D. 45.1.75.7. Das Versprechen einer Leistung an den *adiectus solutionis causa* (Rn. 34) ist gleichfalls ein *incertum*, vgl. Pap. 27 quaest. D. 45.1.118.2, ebenso das Versprechen eines *dari curari*, vgl. Ulp. 2 ed. D. 45.1.67.1.

[199] S. aber *alternatio* in Ulp. 27 ed. D. 13.4.2.3. Schrifttum: *Impallomeni*, SDHI 25 (1959) 55–93; *Grosso*, Obbligazioni (1966) 163–225; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 211–214.

[200] *Duae in obligatione, una in solutione*, vgl. Paul. 10 quaest. D. 45.1.128. Mangels Alternativität

Ausübung bindendes) Wahlrecht.[201] Ist ein Wahlrecht des Gläubigers vereinbart, ist seine Wahl bindend, wenn sie unter dem Vorbehalt *quem voluero* („wen ich gewollt haben werde") steht. Dagegen kann der Gläubiger seine Wahl bis zur Klage abändern, wenn der Vorbehalt *quem volam* („wen ich wollen werde") lautet.[202] Auch einem Dritten kann das Wahlrecht gegeben werden.[203] Das Wahlrecht ist zwar persönlich,[204] aber vererblich.[205] Zur anfänglichen Unmöglichkeit bei der Wahlschuld → Rn. 56.

4. Gattungsschuld

29 Ist der stipulierte Leistungsgegenstand nur nach der Gattung (*genus*), nicht nach einem individuellen Stück (*species*) bestimmt, kann der Schuldner mit befreiender Wirkung jedes, auch das schlechteste Stück aus der Gattung leisten.[206] Erst wenn das letzte Stück der Gattung untergegangen ist, die Gattung also erschöpft ist, wird der Schuldner frei.[207] Ihn trifft daher, wenn das für den Gläubiger ausgesuchte Stück aus der Gattung untergeht, eine Beschaffungspflicht. Ursprünglich sieht man die Gattungsschuld offenbar als eine auf alle Stücke der Gattung erweiterte Wahlschuld an, so dass sich die Obligation auf jedes einzelne Gattungsstück bezieht.[208] Erst eine fortschrittlichere[209] Sicht verselbständigt die Gattungs- gegenüber der Wahlschuld, so dass es nur noch

---

bzw. Gleichwertigkeit der Leistungsgegenstände handelt es sich um keine Wahlschuld im engeren Sinne, wenn die Stipulationsfrage auf „10 oder 20" lautet; es geht in diesen Fällen um die inhaltliche Kongruenz von Frage und Antwort, s. Rn. 12.

[201] Ven. 4 stip. D. 45.1.138.1; Paul. 33 ed. D. 18.1.34.6. Die Auslegung entscheidet über die Widerruflichkeit der getroffenen Wahl (*Sciascia*, Scr. Ferrini beatif. II 255, 257 f., 261–263). Anders bezüglich der Bindungswirkung einer getroffenen Wahl *Ziliotto*, Obbligazioni (2004) 73 f., 78 (nur wenn sie ausdrücklich vorgesehen ist). Der Gläubiger muss auf die eine oder andere Leistung klagen, vgl. Ulp. 66 ed. D. 42.1.6.1; zu Paul. 72 ed. D. 45.1.83.2 oben Rn. 10, Fn. 76; zur Wahl des Leistungsorts Ulp. 27 ed. D. 13.4.2.3; zur Unmöglichkeit Rn. 56; zum Erlass Rn. 88.

[202] Pomp. 15 Q. Muc. D. 45.1.112 pr.; *Ziliotto*, Obbligazioni (2004) 65–68.

[203] Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141.1.

[204] Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141 pr. (Wahlrecht des stipulierenden Sohns oder Sklaven); Paul. 18 ed. D. 45.1.76 pr. (echt, entgegen *Grosso*, Obbligazioni (1966) 196 f.).

[205] Bezüglich der Erben des Gläubigers: Pap. 12 quaest. D. 45.1.117; Paul. 18 ed. D. 45.1.76 pr.; *Talamanca*, ED 29 (1979) 45 mit Fn. 299; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 30–32 (auch ohne Erbenklausel). Übergang auf den Legatar: Ulp. 5 disp. D. 30.75.3.

[206] Iav. 1 epist. D. 17.1.52; Iav. 6 epist. D. 45.1.106; anders im Legatsrecht (mittlere Art): Afr. 8 quaest. D. 30.110; Ulp. 21 Sab. D. 30.37 pr. Erst Justinian verpflichtet den Schuldner auf ein Stück mittlerer Güte, vgl. Iust. C. 8.53.35.1–2 (a.530) (für die Schenkung); C. 6.43.3.1b (a.531) (für die *optio legata*). – Zur Vererblichkeit der Gattungsschuld und Aufteilung unter den Erben Iul. 22 dig. D. 45.1.54 pr.

[207] Marcell. 20 dig. D. 46.3.72.4 (für gattungsmäßig versprochene Sklaven); *Knütel*, St. Sanfilippo III 367, 379 f.

[208] *Knütel*, St. Sanfilippo III 358, 377.

[209] *Kaser/Knütel/Lohsse* § 35 Rn. 15. *Knütel*, St. Sanfilippo III 379 f. äußert die Vermutung, Marcellus (Marcell. 20 dig. D. 46.3.72.4; Marcell. 13 dig. D. 46.3.67) habe sich gegen die von Papinian (Pap. 17 quaest. D. 31.66.3; Paul. 10 quaest. D. 45.1.128) rezipierte Auffassung des Julian gewandt.

darauf ankommt, dass der Schuldner dem Gläubiger ein Stück aus der Gattung leistet.[210] Es kann auch ein Wahlrecht des Gläubigers, etwa bezüglich eines bestimmten Vorrats des Schuldners, vereinbart werden.[211]

Geldschulden sind Gattungsschulden, weil lediglich eine Summe Geldes in Stücken verschiedener Einheiten der geschuldeten (römischen)[212] Währung zu leisten ist.[213] Im Zweifel ist von einer Vereinbarung in römischer Staatswährung auszugehen.[214] **30**

5. Unvertretbare Leistungen

Die Mehrzahl der *facere*-Versprechen betrifft keine höchstpersönlichen Leistungs- oder Unterlassungspflichten, sondern alltägliche Obligationen wie die Errichtung eines Gebäudes, deren Erfüllung nicht von der besonderen Geschicklichkeit, Fähigkeit, Sachkunde, künstlerischen Eignung oder Vertrauenswürdigkeit des Schuldners abhängt und daher auch von Dritten übernommen werden kann.[215] Daher kann die versprochene Tätigkeit etwa auch von einem Subunternehmer erfüllt werden.[216] Unvertretbar sind dagegen Leistungen, bei denen es auf die genannten Merkmale ankommt – etwa die Arbeit eines Künstlers. Zudem kann man schon in klassischer Zeit Unvertretbarkeit vereinbaren.[217] **31**

6. Einbeziehung Dritter

a. Nebengläubigerschaft (*adstipulatio*)

Mit der *adstipulatio* wird eine Nebengläubigerschaft begründet (im klassischen Sprachgebrauch existieren nur *adstipulari* und *adstipulator*). Der Nebengläubiger lässt sich in **32**

---

[210] Zur Befreiung durch erneute Leistung desselben Gegenstands Marcell. 13 dig. D. 46.3.67; *Knütel*, St. Sanfilippo III 368–370. Der Streit hat Folgen für die Unmöglichkeit, s. Rn. 55.

[211] Pap. 12 quaest. D. 45.1.117 (zur Vererblichkeit des Wahlrechts); Paul. 3 Vit. D. 45.1.93.

[212] Nichtrömisches Geld wird als Ware angesehen, vgl. *Ernst*, FS Huwiler 238 mit Hinweis auf Maecian. distrib. § 45.

[213] Flor. 8 inst. D. 45.1.65.1; Sen. benef. 6,5,2; zur Verweigerung der Annahme einer anderen (römischen Provinzial-)/Münzsorte: Paul. 4 resp. D. 46.3.99 (wo mit dem Cod. Flor. „Schuldner der Darlehensrückzahlungsstipulation", an den die Auszahlung erfolgt, zu lesen ist; dazu *Kupisch*, FS Knütel 623, 626 f., 629; *Ernst*, FS Huwiler 238 f., 245 f.); *Wolters*, Nummi (1999) 359.

[214] *Kaser*, RP I 496 Fn. 19.

[215] S. zur Drittleistung im Allgemeinen *Kaser*, RP I 636 mit Texten in Fn. 13; anders aber bei Leistungen von *operae*: Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.12.

[216] Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.21; für den Werkvertrag: Marcell. 8 dig. D. 19.2.48 pr.; *Metro*, Et. Ankum I 344 mwN.; *Emunds*, Drittleistung (2007) 322.

[217] Ulp. 7 disp. D. 46.3.31 (für Klassizität: *Finkenauer*, Stipulation (2010) 40–44; anders aber *Scherillo*, BIDR 36 (1928) 89; *Frezza*, Garanzie I (1962) 42; *Voci*, DER I 232 Fn. 86; *Sacconi*, Stipulatio (1989) 186 Fn. 27; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 278 mit Fn. 677; *Emunds*, Drittleistung (2007) 316 f. mit Fn. 17 u. a. wegen Iust. C. 8.37.13.1 (a.530). Die Konstitution setzt die Unterscheidung von Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit zwar voraus, diese ist aber schon zuvor bekannt, vgl. auch Iust. C. 6.51.1.9 (a.534) mit ausdrücklichem Verweis auf Ulpian.

Bezug auf eine Hauptstipulation vom Schuldner versprechen: *idem dari spondes?* („Gelobst du, dass dasselbe gegeben wird?“).[218] Der Nebengläubiger ist echter Gläubiger, er hat ein eigenes Klagerecht,[219] der Schuldner leistet an ihn mit befreiender Wirkung. Der *adstipulator* zieht als Vertrauensmann des Hauptgläubigers die Forderung in dessen Auftrag ein. Er kann die Schuld auch durch *acceptilatio* erlassen (→ Rn. 87). Erlässt er sie jedoch fraudulös zum Nachteil des Hauptgläubigers,[220] haftet er zunächst aus dem 2. Kapitel der *lex Aquilia* auf *q.e.r.e.* (mit Litiskreszenz bei Bestreiten),[221] zur Zeit des Gaius wohl nur noch mit der *actio mandati*.[222] Spätestens mit Ende der Klassik kommt die *adstipulatio* (und mit ihr das 2. Kapitel der *lex Aquilia*) außer Gebrauch.[223]

33 Der Nebenanspruch kann nicht mehr umfassen als der Hauptanspruch, wohl aber weniger.[224] Er ist an die Person des Nebengläubigers gebunden, daher unvererblich[225] und wird auch nicht dem Gewalthaber erworben, wenn der Nebengläubiger *alieni iuris* ist; klagen kann dieser Nebengläubiger jedoch erst, wenn er infolge Todes *sui iuris* wird.[226] Nebengläubigerschaft wird in klassischer Zeit[227] fast ausschließlich treuhänderisch zur Überwindung des Verbots der *stipulatio post mortem* (→ Rn. 61),[228] womöglich auch zum Zwecke einer Schenkung an den Nebengläubiger verwendet.[229]

---

[218] Gai. 3.110. Gleichfalls zulässig ist: *idem fide tua promittis?* („Versprichst du dasselbe bei deiner Treue?“) oder *idem fide iubes?* („Befiehlst du dasselbe bei deiner Treue?“) Nicht nötig ist die Verwendung desselben Verbums, das für die Hauptstipulation benutzt wurde (dazu Gai. 3.112).

[219] Gai. 3.111.

[220] Zu den Gründen für dieses Verhalten *Birks*, Index 22 (1994) 182–185 (zweifelhaft); *Cannata*, Index 22 (1994) 155; *Sirks*, TR 77 (2009) 344 Fn. 137. Ob er eine wirkliche Zahlung nicht an den Hauptgläubiger weiterleitet oder nur kollusiv mit dem Schuldner die Schuld erlässt, ist streitig; dazu *Cannata*, a. a. O. 153–155; *Cursi*, Iniuria (2002) 183 f.

[221] Gai. 3.215,216. Das 2. Kapitel ist nicht zu rekonstruieren, vgl. *Crook*, Athenaeum 62 (1984) 72 f.

[222] Gai. 3.216.

[223] Vgl. Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.4 (zu Recht für Echtheit *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 285 gegen *Kaser*, RP II 441 Fn. 5); Inst. 4.3.12; *Kaser*, RP I 660; *Serrao*, St. Martini III 579, 581. Gegen die These von *Corbino*, St. Bellomo II 22, das 2. Kapitel der *lex Aquilia* sei nie wirklich in Kraft gewesen, *Serrao*, St. Martini III 579 f. – Zur nur noch untechnischen nachklassischen Klausel *(ad)stipulatione subnixa* unten Fn. 549.

[224] Ein bedingtes Nebenversprechen bei unbedingtem Hauptversprechen ist daher zulässig. Das Versprechen sofortiger Erfüllung ist ein *plus* im Vergleich zur aufgeschobenen Erfüllung (Gai. 3.113). Zum Problem *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 150 f. unter Verweis auf Iul. 53 dig. D. 46.1.16.1.

[225] Gai. 3.114; 4.113.

[226] Gai. 3.114; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 153. Ein Sklave kann eine *adstipulatio* nicht abschließen.

[227] Zu Cic. Quinct. 18,58 *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 147.

[228] Gai. 3.117; s. auch Paul. 2 man. D. 46.3.108; *Flume*, Rechtsakt (1990) 29: Der Nebengläubiger klagt nach dem Tod des Hauptgläubigers auf die Leistung, dessen Erben haben gegen ihn die *actio mandati* auf Herausgabe.

[229] Keine *adstipulatio* behandeln aber wohl Paul. 4 resp. D. 17.1.59 pr.; Paul. 7 resp. D. 33.4.11; dazu *Rüger*, Donatio (2011) 177–183.

b. Zahlungsempfängerschaft (*adiectio solutionis causa*)

Bei der *adiectio solutionis causa*[230] verspricht der Stipulationsschuldner, „an den Gläubiger oder an einen Dritten zu leisten“: *mihi aut*[231] *Titio dari spondes?*[232] Der Dritte – sein Geschlecht spielt keine Rolle, ebensowenig, ob er *sui* oder *alieni iuris* ist, *pater* oder *filius familias*,[233] *furiosus* oder *pupillus*[234] – wird unwiderruflich[235] für die Leistung empfangszuständig, der Schuldner hat die Wahl, an wen er leistet.[236] Der Dritte kann die Schuld weder einklagen noch novieren oder erlassen; auch Sicherheiten kann er sich nicht bestellen lassen.[237] Die Leistung an den Dritten gilt als Leistung an den Gläubiger.[238] Ist derselbe Leistungsgegenstand an den Gläubiger und Dritten versprochen, wird der Schuldner mit der Leistung an den Dritten *ipso iure* frei.[239] Besteht zwischen den Leistungsgegenständen keine Identität, ist streitig, ob der Schuldner mit der Leistung an den Dritten eine *exceptio* erwirbt oder *ipso iure* frei wird.[240] Die Empfangsbefugnis des Dritten erlischt mit der *litis contestatio* durch den Gläubiger,[241] mit dem Tod des Dritten[242] und, von der Emanzipation des Dritten abgesehen,[243] mit dessen *capitis deminutio*.[244] **34**

Das Innenverhältnis zwischen Gläubiger und Drittem kann von einem Mandat,[245] einer Schenkung, einem Versorgungszweck, einem *depositum* etc. geprägt **35**

[230] Marcian. 4 reg. D. 46.1.23; die Bezeichnung ist untechnisch: Iul. 52 dig. D. 45.1.56.2; Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.5; Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.5,7; Paul. 74 ed. D. 44.7.44.4.

[231] *Vel* oder *-ve* sind nicht technisch, vgl. *Schnabel*, Adiectus (2015) 3, 11 f.; zu einer Umdeutung in *aut* Paul. 6 quaest. D. 24.3.45 mit *Schnabel*, Adiectus (2015) 156–166.

[232] Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141.3. Ausnahmsweise ist eine *adiectio* auch für die *dotis dictio* (Marcell. 7 dig. D. 23.3.59 mit *Ankum*, St. Nicosia I 142; *Schnabel*, Adiectus (2015) 127–130) und für das *constitutum debiti* überliefert (Pap. 8 quaest. D. 13.5.9; Paul. 29 ed. D. 13.5.8; Paul. 2 sent. D. 13.5.30; Paul. 2 Plaut. D. 46.3.59 mit *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 85–100; *Schnabel*, Adiectus (2015) 130–140).

[233] Iul. 52 dig. D. 45.1.56.2; Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.5; dazu *Ankum*, Stud. Sondel 80; *Schnabel*, Adiectus (2015) 36–40.

[234] Pomp. 8 Sab. D. 46.3.11 mit *Schnabel*, Adiectus (2015) 51–58; Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.7.

[235] Gai. 2 verb. obl. D. 46.3.106; Ulp. 30 Sab. D. 46.3.12.3; unklar Gai. 3.103a.

[236] Paul. 72 ed. D. 46.1.34.

[237] Tryph. 8 disp. D. 20.1.33; Marcian. 4 reg. D. 46.1.23; Paul. 4 Sab. D. 46.3.10; *Schnabel*, Adiectus (2015) 14–16.

[238] Paul. 2 Plaut. D. 46.3.59 mit *Schnabel*, Adiectus (2015) 21 f.

[239] Inst. 3.19.4.

[240] Paul. 74 ed. D. 44.7.44.4; für Ersteres Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141.5, für Letzteres Iul. 54 dig. D. 46.3.34.2; zum Ganzen *Schnabel*, Adiectus (2015) 26–36; zum Spezialfall in Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.5 *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 243; *Schnabel*, Adiectus (2015) 75–78.

[241] Ulp. 77 ed. D. 46.3.57.1.

[242] Pomp. 6 Q. Muc. D. 46.3.81 pr.

[243] Iul. 52 dig. D. 45.1.56.2.

[244] Afr. 7 quaest. D. 46.3.38 pr.; Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.6; dazu *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 124–127; *Schnabel*, Adiectus (2015) 42–51.

[245] Inst. 3.19.4.

sein.[246] Über das häufig zitierte Geldgeschäft[247] hinaus kennt die *adiectio* viele Anwendungsfelder.[248] Jedenfalls ermöglicht sie das Versprechen einer Leistung an einen abwesenden Dritten und dient damit der Flexibilisierung der auf Anwesende beschränkten Stipulation.[249]

7. Bedingung und Befristung

36 Unter Bedingung (*condicio*) versteht man ein zukünftiges ungewisses Ereignis, von dessen Eintritt oder Nichteintritt die Wirkung eines Rechtsakts abhängt.[250] Das „Grundmodell" ist die aufschiebende (oder: Suspensiv-)/Bedingung.[251] Schulbeispiele einer bedingten Stipulation – mit ihnen haben die römischen Juristen das Bedingungsrecht kunstvoll entwickelt[252] – sind die Ankunft des Schiffes aus Asien,[253] das Besteigen des Kapitols[254] oder die Wahl des Titius zum Konsul.[255]

37 Schulmäßig wird das bedingende Ereignis in eine Zufalls-, Potestativ- oder gemischte Bedingung eingeteilt.[256] Die Zufallsbedingung ist vom Willen der Parteien unabhängig. Ist die Bedingung dagegen von einem Ereignis abhängig gemacht, das nach dem

---

[246] *Schnabel*, Adiectus (2015) 60–62.

[247] Hierfür die ältesten Belege in TP 17 = TPSulp. 67 = TPN 58; TP 18 = TP Sulp. 68 = TPN 59 (beide von 38 n. Chr.; zu ihnen *Schnabel*, Adiectus (2015) 7 f.); *Kaser*, RP I 637; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 53 Rn. 7. Die *adiectio* teilt aber wahrscheinlich das hohe Alter der Stipulation; offenbar kommt sie aber bald nach Ende der Klassik außer Gebrauch, vgl. *Schnabel*, Adiectus (2015) 4.

[248] Vgl. *Schnabel*, Adiectus (2015) 2, 193–195. Zum Versprechen von *operae* durch den Freigelassenen mit *adiectio* Iul. 22 dig. D. 38.1.23 pr.; Pomp. 15 Sab. D. 38.1.10.1; Iul. 22 dig. D. 38.1.11; Pomp. 15 Sab. D. 38.1.12 mit *Schnabel*, Adiectus (2015) 107–127.

[249] Zur bedingten *adiectio* Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141.7,8; zu unterschiedlichen Zahlungsterminen Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141.6, zu unterschiedlichen Zahlungsorten Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.6; Ulp. 27 ed. D. 13.4.2.7 mit *Schnabel*, Adiectus (2015) 70–75.

[250] Nach *Flume*, Rechtsakt (1990) 120–170 bezieht sich die Bedingung auf den Rechtsakt und nicht erst auf dessen Wirkungen; mit Bedingungseintritt kommt die Stipulation zustande (*committi*, vgl. Afr. 6 quaest. D. 45.1.63); zust. *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 145; dagegen *Behrends*, Mél. Schmidlin 49. Schrifttum: *Archi*, ED 8 (1961) 749–754; *Mayer-Maly*, Labeo 14 (1968) 297–300; *Zimmermann*, LO 718–747; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 243–255.

[251] Ist der Rechtsakt unbedingt oder unbefristet, ist er *pure*.

[252] *Schwarz*, RverglHwB II 393.

[253] Gai. 3 verb. obl. D. 46.1.72; Afr. 7 quaest. D. 23.4.23; Afr. 6 quaest. D. 45.1.63; Ulp. 13 ed. D. 4.8.11.4; Ulp. 7 disp. D. 46.7.13 pr.; Paul. 3 quaest. D. 12.6.60 pr.; Inst. 3.19.14. Einmal kommt das Schiff aus Afrika: Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141.7.

[254] Cels. 38 dig. D. 45.1.99.1; Pomp. 22 Sab. D. 45.1.27.1; Iav. 10 epist. D. 45.1.108 pr.; Pap. 2 quaest. D. 45.1.115.1; Inst. 3.15.4. Zumeist wird damit die Erlangung des Konsulats gemeint sein, vgl. *Krampe*, Scr. Corbino IV 119.

[255] Iul. 53 dig. D. 45.1.57; Afr. 6 quaest. D. 45.1.63; Afr. 7 quaest. D. 45.1.64; Scaev. 12 quaest. D. 45.1.129; Paul. 3 quaest. D. 45.1.126 pr.; Ulp. 7 disp. D. 46.7.13 pr.; Inst. 3.15.4,6.

[256] So Iust. C. 6.51.1.7 (a.534): *condicio casualis*, *potestativa*, *mixta* (von *condicio promiscua* spricht Paul. 4 Sab. D. 35.1.11.1).

Belieben einer der Parteien eintritt, spricht man von einer Potestativ- (oder Wollens-) Bedingung. Einer reinen Wollensbedingung auf der Seite des Versprechenden (nicht des Berechtigten) versagen die Juristen die Wirksamkeit, weil hier eine Bindung offenbar noch nicht gewollt ist („wenn du wollen wirst“).[257] Die Potestativbedingung kann auch negativ formuliert sein, also ein Unterlassen erfassen.[258]

Keine echte Bedingung ist gegeben, wenn die Parteien sich auf ein (ihnen lediglich unbekanntes) vergangenes oder gegenwärtiges Ereignis beziehen, weil objektiv keine Ungewissheit besteht. Die Stipulation ist deshalb nicht in der Schwebe, sondern vielmehr sofort wirksam oder unwirksam.[259] Ebenfalls keine eigentliche Bedingung ist die Rechtsbedingung (*condicio iuris*), da sie lediglich auf den Eintritt einer (von Rechts wegen bestehenden) Wirksamkeitsvoraussetzung des Geschäfts abstellt.[260] Eine unmögliche Bedingung führt zur Unwirksamkeit des Versprechens:[261] Ist diesem eine physisch unmögliche Bedingung (*si digito caelum tetigerit*)[262] oder eine juristisch unmögliche[263] Bedingung beigefügt, ist seine Wirksamkeit offenbar nicht gewollt, es ist daher unwirksam.[264] Tritt die Bedingung dagegen notwendig ein (*si digito caelum non attigero*), ist es sofort wirksam.[265] Nichtig ist in klassischer Zeit nach womöglich **38**

[257] Paul. 12 Sab. D. 45.1.46.3 (*si volueris*); gleichsinnig Ulp. 28 Sab. D. 18.1.7 pr.; D. 45.1.17. Streitig war die Rechtslage bei der Befristung (*cum volueris*); durchgesetzt hat sich die Gültigkeit, wenn der Versprechende seinen Willen vor seinem Tod erklärt: Paul. 12 Sab. D. 45.1.46.2; für den umgekehrten Fall Ulp. 26 ed. D. 45.1.48.

[258] Vgl. etwa für ein Verhalten des Berechtigten Inst. 3.15.4: *si in Capitolium non ascendero, dare spondes?*, für ein Verhalten des Verpflichteten Cels. 38 dig. D. 45.1.99.1; Pomp. 22 Sab. D. 45.1.27.1; Pap. 2 quaest. D. 45.1.115.1: *si in Capitolium non ascenderis, centum dari spondes?*

[259] S. einerseits Pap. 1 def. D. 12.1.37 (*si rex Parthorum vivit, centum mihi dari spondes?*), andererseits Pap. 37 quaest. D. 45.1.120; vgl. auch Mod. 8 reg. D. 45.1.100.

[260] Iul. 31 dig. D. 35.1.21; Paul. 1 *Cossa*, Regula Sabiniana (2013). ed. aed. cur. D. 21.1.43.10; dazu *Kaser*, Symb. Taubenschlag I 423–426 mit zu weitgehender Textkritik (so *Kaser* selbst, RP I 253 Fn. 5).

[261] Gai. 2 cott. D. 44.7.1.11; Maec. 2 quaest. fideic. D. 44.7.31; Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.6; Ulp. 6 Sab. D. 45.1.7; Epit. Gai. 2.9.6.

[262] Gai. 3.98; Inst. 3.19.11; s. bereits Cic. Att. 2,1,7. Für eine metaphorische Bedeutung des „den-Himmel-mit-dem-Finger-Berührens“ *Hallebeek*, FS de Groot 119 f.

[263] Ven. 1 stip. D. 45.1.137.6: Verkauf einer *res extra commercium* als Bedingung. Die Unmöglichkeit muss zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehen, die künftige Zulässigkeit der Erfüllung der Bedingung ist irrelevant, vgl. ebd. i. f.

[264] Maec. 2 quaest. fideic. D. 44.7.31. Bei letztwilligen Verfügungen wird die Bedingung seit Servius (Alf. 2 dig. a Paul. epit. D. 28.5.46; Pomp. 3 Sab. D. 35.1.6.1) und den Sabinianern als nicht geschrieben behandelt, wenn sie als mutmaßlich nicht gewollt angesehen werden konnte, vgl. Gai. 3.98 (mit Kritik); Pomp. 2 Q. Muc. D. 28.3.16; Ulp. 6 Sab. D. 35.1.3; Paul. sent. 3.4b.1; Inst. 2.14.10; dazu *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 55, 67; *Wieling*, SZ 87 (1970) 212–229 (ebenda auch zu den nicht seltenen Ausnahmen von der *regula Sabiniana*).

[265] Marcellus bei Paul. 2 Sab. D. 45.1.8; Ulp. 6 Sab. D. 45.1.7 (*si in caelum non ascenderit*); Ulp. 47 Sab. D. 46.2.9.1; Inst. 3.19.11 i. f.; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 99 f.; *Hallebeek*, FS de Groot 121.

umstrittener Auffassung[266] auch die Stipulation, die von einer aufschiebenden,[267] in sich widersprüchlichen Bedingung abhängt (*stipulatio praepostera*).[268] Nachdem Leo jedoch die Wirksamkeit perplexer Mitgiftversprechen ab Bedingungseintritt anerkennt,[269] dehnt dies Justinian auf alle Kontrakte (und Testamente) aus.[270] Zur *condicio tacita* → Rn. 62, Fn. 408; zur unsittlichen und verbotswidrigen Bedingung → Rn. 44–47.

39 Bis die aufschiebende Bedingung eingetreten[271] oder endgültig ausgefallen[272] ist, „schwebt" sie.[273] In der Schwebezeit (Pendenz) treten die von der Bedingung abhängig gemachten Wirkungen der Stipulation noch nicht ein, weshalb das bedingte Forderungsrecht noch nicht geltend gemacht werden kann.[274] Leistet der bedingt Verpflichtete irrig, kann er während der Schwebezeit das Geleistete zurückfordern.[275] Gleichwohl hat das Versprechen bereits Wirkungen. Inst. 3.15.4 spricht von einer „Hoffnung auf eine künftige Schuld" (*spes debitum iri*),[276] die modern häufig mit „Anwartschaft" übersetzt wird,[277] ohne dass die römischen Juristen damit den gleichen systematischen Gedanken verbunden hätten.[278] Die Quellen lassen die Streitstände nicht immer zuverlässig erkennen.[279] Vorwirkungen des bedingten Forderungsrechts liegen darin, dass es bei der Ermittlung einer Überschuldung im Hinblick auf gläubigerbenachteiligende Freilassungen nach der *lex Aelia Sentia* bereits berücksichtigt wird,[280] der bedingt Berechtigte

---

[266] So *Backhaus*, Casus (1981) 106 f. wegen Gaius' Kritik an der Unzulässigkeit des Versprechens *pridie quam moriar* (Gai. 2.232). Entgegen Schol. 18 zu Basilic. 23,1,42 Εἴρηται γὰρ (Schelt. B IV 1573) behandeln Afr. 7 quaest. D. 45.1.64 und Paul. 3 quaest. D. 45.1.126 pr. keine perplexen Versprechen: *ex hac die* bezieht sich zwar auf den Geschäftsabschluss, vor Bedingungseintritt soll aber im Gegensatz zur *stipulatio praepostera* gerade keine Leistungspflicht bestehen; dazu *Masi*, BIDR 63 (1960) 189, 191 f., 209 f.; *Backhaus*, Casus (1981) 103 f.; *Metro*, SDHI 70 (2004) 10.

[267] *Masi*, BIDR 63 (1960) 183 f., 186.

[268] Inst. 3.19.14 (*si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?* „wenn das Schiff aus Asien kommen wird, verspricht du heute zu geben?") mit Theoph. inst. 3,19,14; *Backhaus*, Casus (1981) 101. *Metro*, SDHI 70 (2004) 6 ergänzt mit Theophilos hier *cras*.

[269] Die Frau erhält so die Früchte der Zwischenzeit, vgl. *Masi*, BIDR 63 (1960) 199 f.; *Scarcella*, Iura 62 (2014) 279–286.

[270] Iust. C. 6.23.25 (a.528); *Masi*, BIDR 63 (1960) 200–205; *Kaser*, RP II 97.

[271] *Condicio existit, extitit, impletur* etc.

[272] *Condicio deficit, defecit.*

[273] *Condicio pendet, in pendenti est*; Iav. 1 epist. D. 12.1.36; Paul. 33 ed. D. 18.6.8 pr.; *Schiemann*, Pendenz (1973) 13–15.

[274] Iav. 1 epist. D. 12.1.36; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.13.5; Ulp. 62 ed. D. 50.16.54; Paul. 1 man. D. 45.3.26 i. f.

[275] Pomp. 15 Sab. D. 12.6.16 pr.; Ulp. 47 Sab. D. 12.6.18.

[276] S. auch Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.1; Ulp. 62 ed. D. 50.16.54.

[277] So etwa H-S, s. v. spes.

[278] Richtig *Kaser*, RP I 255; zum modernen Konzept *Finkenauer*, HKK-BGB I, §§ 158–163 Rn. 14, 20, 26–28.

[279] *Kaser*, RP I 256.

[280] Afr. 3 quaest. D. 40.9.8 pr.; Paul. 3 l. Ael. Sent. D. 40.9.16.4; Her. 1 iur. epit. D. 40.9.27 pr.; *Flume*, SZ 92 (1975) 121; *Kaser*, RP I 256 Fn. 35.

bereits als Gläubiger angesehen wird,[281] der Gewalthaber Forderungsinhaber wird, auch wenn die Bedingung nach der Emanzipation des ihm unterworfenen Versprechensempfängers eintritt,[282] die bedingte Stipulation (anders als das bedingte Legat)[283] aktiv und passiv vererblich ist[284] und vor Bedingungseintritt noviert[285] und mittels Akzeptilation erlassen werden kann.[286] Das bedingte Forderungsrecht kann auch durch Pfand gesichert werden, dessen Rang sich bei Bedingungseintritt nach dem Bestellungszeitpunkt richtet.[287] Der Zeitpunkt des Bedingungseintritts ist dagegen für die Fragen maßgeblich, ob die versprochene Leistung möglich ist,[288] welches ihr Wert ist[289] und wie sich die Berechnungen nach der *lex Falcidia* gestalten.[290] Der Bedingungseintritt schließlich entscheidet auch, ob eine bedingte Novation Wirkung entfaltet.[291]

---

[281] Ulp. 21 ed. D. 44.7.42 pr. (dazu *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 93–96, 100); Ulp. 6 ed. D. 50.16.10; Ulp. 62 ed. D. 50.16.54; Paul. 16 brev. D. 50.16.55 (alle im Kern klassisch, *Kaser*, RP II 96 Fn. 9); anders beim bedingten Legat.

[282] Pomp. 6 Sab. D. 50.17.18; Paul. 62 ed. D. 45.1.78 pr.

[283] *Masi*, Condizione (1966) 71, 197–206; *Flume*, Rechtsakt (1990) 145; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 81–85, 90–92.

[284] Zur Vererblichkeit auf der Gläubigerseite: Iul. 70 dig. D. 36.2.19.3; Afr. 7 quaest. D. 23.4.23; Marcell. 22 dig. D. 35.2.56.1; Paul. 6 quaest. D. 24.3.45; Inst. 3.19.4,25; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 89 f. Ein Sonderfall ist Paul. 1 man. D. 45.3.26 (= Frg. Vat. 55) für die bedingte Nießbrauchsstipulation: Der Erbschaftssklave erwirbt direkt für den Gewalthaber (Inst. 3.19.13 i. f.), der hier zwingend vorausgesetzt wird, aber nicht existiert (*Flume*, Rechtsakt (1990) 139–144; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 100–106). Zur Vererblichkeit auf der Schuldnerseite: Pomp. 26 Sab. D. 36.3.10; Pomp. 5 Plaut. D. 46.2.24 (ohne Erforderlichkeit einer *mentio heredis*); Iul. 53 dig. D. 45.1.57; Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.2 (zur dortigen *mentio heredis Finkenauer*, Stipulation (2010) 47 f.); Inst. 3.19.25; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 86–89. Die Regel *ab heredis persona obligatio incipere non potest* (Rn. 60) steht dem nicht entgegen. Die früher geäußerte Gegenauffassung von der Unvererblichkeit des bedingten Forderungsrechts (*Vassalli*, Riv. it. 56 (1915) 206; *Riccobono*, St. Perozzi 351) oder von einem klassischen Meinungsstreit (*Archi*, ED 8 (1961) 753; *Archi*, St. Betti II, 42 Fn. 22) stützt sich auf übertriebene Quellenkritik; vgl. *Ochsenbein*, Transmissibilité (1935) 94 f.; *Masi*, Condizione (1966) 19–62, 69; *Flume*, Rechtsakt (1990) 144–147; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 248.

[285] Gai. 3.177; Ulp. 7 disp. D. 46.2.14.1.

[286] Pomp. 26 Sab. D. 46.4.12 (das gilt auch für das befristete Forderungsrecht); Pomp. 15 Sab. D. 46.3.16; Pap. 28 quaest. D. 50.17.77; *Flume*, Rechtsakt (1990) 40–43.

[287] Offenbar streitig, vgl. Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11.1; dazu *Flume*, SZ 92 (1975) 123; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 142 f.

[288] Zum (wirksamen) bedingten Versprechen einer gläubigereigenen Sache: Pomp. 24 Sab. D. 45.1.31; Marcell. 20 dig. D. 45.1.98 pr.; Ulp. 21 Sab. D. 30.41.2; *Masi*, Condizione (1966) 99–101; *Longo*, SDHI 45 (1979) 126 f.; *Zimmermann*, Rechtserwerb (2001) 144; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 117–120; aber auch Rn. 53 Fn. 362.

[289] Iul. 88 dig. D. 45.1.59.

[290] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.1; Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.4,7,11; seit Julian erfolgt eine Sicherung durch Kaution. – Die Berechnung der Höchstsumme nach der *lex Cornelia* dürfte dagegen das bedingte Versprechen nicht erfasst haben, vgl. Gai. 3.124. Die Zuordnung von Ulp. 21 ed. D. 44.7.42 pr. zur *lex Cornelia* ist entgegen *Lenel*, Pal. Ulpian 649 und *Kaser*, RP I 256 mit Fn. 43 nicht plausibel, s. *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 93–96.

[291] Gai. 3.177,179 (mit abw. Ansicht des Servius); Ven. 11 stip. D. 46.4.21; Ulp. 46 Sab. D. 46.2.8.1;

40 Gleichfalls eine Vorwirkung ist die (Nicht-)/Erfüllungsfiktion. Der Bedingungseintritt wird im Wege der Auslegung fingiert,[292] wenn er von der dadurch benachteiligten Partei verhindert wurde;[293] oder ein Bedingungsausfall wird angenommen, wenn ihn die dadurch begünstigte Partei herbeiführte.[294] Eine Rückwirkung, welche bei Bedingungseintritt alle Wirkungen auf den Zeitpunkt des Stipulationsabschlusses zurückbezieht, nehmen die Juristen offenbar nicht an,[295] auch wenn einzelne Formulierungen an eine solche Rückbeziehung denken lassen.[296] Die genannten kasuistischen Vorwirkungen des bedingten Rechts genügen ihnen.

41 Unbekannt ist im Recht der Stipulation eine auflösende (oder: Resolutiv-)/Bedingung, nach der die Wirkungen sofort mit Geschäftsabschluss eintreten, aber mit Bedingungseintritt wegfallen.[297] Die römischen Juristen konstruieren die auflösende Bedingung vielmehr mittels einer mit der Stipulation verbundenen aufschiebend bedingten Aufhebungsabrede. Bei Bedingungseintritt erlischt also die Stipulation nach Zivilrecht nicht, der Prätor gewährt jedoch eine *exceptio pacti* (oder *doli*).[298]

42 Die Befristung (*dies*) bezieht sich auf ein zukünftiges gewisses Ereignis, das entweder zeitlich bestimmt wird oder unbestimmt bleibt (z. B. der Tod eines Menschen). Die aufschiebende Befristung (Anfangstermin) führt zu einer vererblichen Obligation, de-

---

Ulp. 7 disp. D. 46.2.14 pr.; anderes gilt bei der Befristung; hierzu *Flume*, Rechtsakt (1990) 43, 124–139; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 15–66. – Zur Frage des Fortbestehens der Forderung bei Bedingungseintritt und nach Untergang der geschuldeten Sache Iul. 52 dig. D. 45.1.56.8; Ven. 3 stip. D. 46.2.31 pr.; Marcell. 20 dig. D. 46.3.72.1; Ulp. 7 disp. D. 46.2.14 pr.; Paul. 17 Plaut. D. 45.1.91.6; *Bonifacio*, Novazione (1959) 99–105; *Harke*, Mora debitoris (2005) 74–81; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 47–58.

[292] *Knütel*, Jur. Blätter 1976, 616.

[293] Iul. 55 dig. D. 35.1.24; Ulp. 77 ed. D. 50.17.161; *Masi*, Condizione (1966) 220–225; s. auch Gell. 5,10,3 ff.

[294] Servius bei Pomp. 11 var. lect. D. 4.8.40 und bei Ulp. 77 ed. D. 22.2.8; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 108–112, 208–212.

[295] *Masi*, Condizione (1966) 109–120, 154, 158, 207 (der eine Rückwirkung nur für Justinian behauptet); *Kaser*, RP I 256; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 252; auf dem Boden der Rechtsaktstheorie Rückwirkung verneinend: *Flume*, Rechtsakt (1990) 40–42; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 139–144, die Fittings Vorwirkungslehre folgen (*Fitting*, Rückziehung (1856) 65, 68 f., 102 f.). Eine Rückwirkung (wenigstens im Falle von Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11.1) nehmen dagegen an: *Tondo*, Convalida (1959) 188–191; *Wesener*, SZ 84 (1967) 469; *Hausmaninger*, TR 36 (1968) 574; *Mayer-Maly*, Labeo 14 (1968) 299; *Armgardt*, TR 78 (2010) 342–346. Den römischen Pragmatismus betont *Zimmermann*, LO 727 f.

[296] S. vor allem Paul. 62 ed. D. 45.1.78 pr.: *in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus* (= Paul. 62 ed. D. 50.17.144.1) sowie Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11.1; Pomp. 15 Sab. D. 46.3.16; zum Kauf Paul. 33 ed. D. 18.6.8 pr.; zur Freilassung Ulp. 19 Sab. D. 40.4.7.

[297] Anders für die *bonae fidei iudicia Kaser*, RP I 257; *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 96–98; dagegen jedoch *Flume*, Rechtsakt (1990) 150–170; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 126–133, 137.

[298] Paul. 74 ed. D. 44.7.44.2; s. auch Iul. 52 dig. D. 45.1.56.4; Inst. 3.15.3 (*ad tempus deberi non potest*); *Jahr*, FS Niederländer 30 f.; *Wesener*, FG Herdlitczka 269; *Flume*, Rechtsakt (1990) 123, 151; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 129 f.

ren Fälligkeit aufgeschoben ist,[299] weshalb eine vorzeitige Erfüllung nicht als rechtsgrundlos kondiziert werden kann.[300] Anders als bei der Bedingung entsteht keine Pendenz.[301] Die auflösende Befristung (Endtermin) ist bei der Stipulation – anders als bei den *bonae fidei contracta* – nur honorarrechtlich beachtlich.[302] Im Übrigen ist das Recht der Befristung dem der Bedingung weitgehend angenähert.[303]

IV. Unwirksamkeit

1. Vorbemerkung

Für die Nichtexistenz, Nichtigkeit und Unwirksamkeit einer Stipulation nach *ius civile* gibt es mannigfache Ausdrücke in den Quellen,[304] eine feste Terminologie fehlt ebenso wie ein System.[305] Rückschlüsse auf die Überarbeitung eines Textes können daher aus den verschiedenen Ausdrucksweisen nicht gezogen werden.[306] Ein nach *ius civile* unwirksames Geschäft kann gleichwohl Rechtsfolgen zeitigen.[307] Die honorarrechtliche Unwirksamkeit eines nach *ius civile* gültigen Geschäfts wird dagegen mit einer Klagabweisung (*denegatio actionis*), mit der Einschaltung einer Einrede (*exceptio*) auf Antrag des Beklagten und mit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*restitutio in integrum*)[308] erreicht. Auch eine nur honorarrechtlich unwirksame Stipulation kann als *inutilis* bezeichnet werden.[309] 43

[299] Paul. 74 ed. D. 44.7.44.1; Paul. 12 Sab. D. 45.1.46 pr.; zur *stipulatio cum morieris* Rn. 61.

[300] Pomp. 15 Sab. D. 12.6.16.1; Ulp. 2 ed. D. 12.6.17; Paul. 7 Sab. D. 12.6.10.

[301] Ulp. 1 reg. D. 50.16.213 pr.; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 266, 269.

[302] Iul. 52 dig. D. 45.1.56.4; Paul. 74 ed. D. 44.7.44.1; Inst. 3.15.3; vgl. *Talamanca*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 179 f.

[303] *Kaser*, RP I 258.

[304] Etwa: *nullus*, *inutilis, irritus*; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 17 zählt über 80 Ausdrücke, ein Substantiv für „Unwirksamkeit" gibt es nicht.

[305] *Talamanca*, BIDR 101/102 (1998/99) 21 f., 28, 31, 36; *Földi*, FS Benedek 75 f.; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 17–19; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 9 Rn. 1.

[306] Anders etwa *Harke*, Irrtum (2005) 138 f., 143, der Ven. 1 stip. D. 45.1.137.1 (*nihil acti erit*) und Paul. 72 ed. D. 45.1.83.1 u. a. wegen Pomp. 36 Q. Muc. D. 44.7.57 (*imperfecta/valeat*) und Ulp. 28 Sab. D. 18.1.9 pr.,1 verdächtigt.

[307] So ist bei der Novationsstipulation zu unterscheiden zwischen der Aufhebung der alten und der Begründung der neuen Schuld. Das Novationsversprechen *post mortem* des Schuldners oder seitens einer Frau oder eines Mündels ohne Zustimmung des Vormunds ist zwar unwirksam, hebt aber die alte Verbindlichkeit auf, vgl. Gai. 3.176 mit *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 15–19.

[308] Dazu *Kaser*, RP I 248.

[309] Iul. 56 dig. D. 46.8.22.8.

2. Verbots- und Sittenwidrigkeit

44 a) Verstößt der Inhalt einer Stipulation gegen eine Norm, kommt es auf deren *sanctio* und sodann auf die Auslegung an, ob das Versprechen zivil- oder honorarrechtlich unwirksam ist.[310] Eine *lex perfecta*, die schon seit der mittleren Republik nachweisbar ist und ab Augustus die Regel wird, ordnet zivilrechtliche Nichtigkeit an. Bei einer (sanktionslosen) *lex imperfecta* oder einer (eine Strafe androhenden) *lex minus quam perfecta* ist das Geschäft dagegen zivilrechtlich gültig,[311] wird aber mit einer *exceptio* entkräftet.[312] Beispiele für *leges perfectae*: Die *lex Cornelia de sponsu* von 81 v. Chr. ordnet (Teil-)/Nichtigkeit der Verpflichtung des Sponsionsbürgen an, die über 20.000 Sesterzen hinausgeht.[313] Ein Freilassungsversprechen entgegen der *lex Aelia Sentia* von 4 n. Chr. ist unwirksam.[314] Zu den *leges imperfectae*: Ein Schenkungsversprechen wird, außer gegenüber nahen Angehörigen, ab einem bestimmten Höchstbetrag mit der *exceptio legis Cinciae* entkräftet.[315] Ein Versprechen entgegen dem *SC Velleianum* kann der Prätor mit Denegation oder einer entsprechenden Einrede unwirksam machen.[316] Entsprechendes gilt für das *SC Macedonianum*.[317] Zu *leges minus quam perfectae*: Wucherische Versprechen werden nach den republikanischen Zinsgesetzen mit dem Verfall des Vierfachen bestraft; seit Ende der Republik bleiben sie bis zur gesetzlichen Grenze von 12 % p. a. (*centesimae usurae*) wirksam, sind also teilnichtig.[318] Bei der Übervorteilung eines unter 25-Jährigen gewährt der Prätor neben einer *restitutio in integrum* eine *exceptio legis Laetoriae*.[319]

---

[310] Beispiel eines nicht verbotswidrigen, aber gleichwohl unzulässigen Geschäfts ist das (gewohnheitsrechtliche) Verbot von Ehegattenschenkungen: Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.3,4; Iul. 5 Min. D. 24.1.39 (dazu Rn. 62 Fn. 413). Kein Fall honorarrechtlicher Unwirksamkeit wegen unzulässiger Ehegattenschenkung ist Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.1 (*Rüger*, Donatio (2011) 104 gegen *Sacconi*, Stipulatio (1989) 105).

[311] Zu dieser Dreiteilung der Verbotsnormen Ulp. reg. 1,1,2; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 9–13, 67; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 160–167; *Kaser*, a. a. O. zu einer möglichen Zweiteilung bei Macr. somn. 2,17,13 (ablehnend *Sturm*, SZ 99 (1982) 429).

[312] Gai. 4.121; Gai. 1 ed. prov. D. 44.1.3. Erst seit 439 führt jeder Gesetzesverstoß zur Unwirksamkeit des Geschäfts, vgl. Novell. Theod. 9 pr.–4; Theodos./Valentin. C. 1.14.5 (a.439); s. auch Paul. sent. 1.1.4; zum Vorstehenden *Kaser*, RP I 249 f.; RP II, 92 f.; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 67 f.; *Chorus*, Handelen (1976) 44–47; *Masi*, ED 28 (1978) 864 f.

[313] Gai. 3.124. Von der Rekonstruktion des Texts hängt ab, ob hier Teil- oder Vollnichtigkeit besteht, vgl. *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 64–69. Zweifel an der Einordnung als *lex perfecta* bei *Sturm*, SZ 99 (1982) 433.

[314] Paul. 3 l. Ael. Sent. D. 45.1.66.

[315] Frg. Vat. 310; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 20–29.

[316] Ulp. 29 ed. D. 16.1.2.1; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 30 f. Zur Verzichtbarkeit auf diesen Schutz *Finkenauer*, TR 81 (2013) 17–48.

[317] Gai. 9 ed. prov. D. 14.6.13; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 31; *Wacke*, SZ 112 (1995) 257 f.

[318] Marcian. 14 inst. D. 22.1.29; Pap. 11 resp. D. 22.1.9 pr.; s. auch Ulp. 26 ed. D. 12.6.26; Ulp. 28 ed. D. 13.7.11.3 (dazu *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 47 Fn. 72); Paul. sent. 2.14.2 und 4; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 35–38; *Zimmermann*, Moderationsrecht (1979) 123–125; *Solidoro*, Labeo 28 (1982) 170–179; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 45–49.

[319] *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 39–42.

Eine *fraus legis*, Gesetzesumgehung,[320] steht der Verletzung des Gesetzeswortlauts gleich.[321] Die Auslegung ergibt, ob eine Vereitelung des Normzwecks vorliegt. 45

b) Darüber hinaus erachten die römischen Juristen auf Straftaten bezügliche Versprechen unter Berufung auf ihre Sittenwidrigkeit als unwirksam.[322] Das gilt etwa beim Versprechen, einen Mord oder einen Tempelraub zu begehen.[323] 46

Eine Stipulation, die ausdrücklich gegen die guten Sitten verstößt – es finden sich Ausdrücke wie *turpis*, *contra bonos mores* oder *inhonestus* –, ist entweder regelmäßig bereits zivilrechtlich unwirksam[324] oder wird (bei unklarem Sachverhalt) mit der Arglisteinrede entkräftet.[325] Die Rechtsentwicklung ist hier einerseits von den Juristen und andererseits von den Kaisern, die die Aufgaben des Zensors weitgehend übernahmen, geprägt. Maßstab sind die als allgemeingültig anerkannten ethischen Prinzipien, die *mores maiorum*.[326] Beispiele für bereits nach dem Wortlaut sittenwidrige Versprechen: unter Strafandrohung (nicht) zu heiraten oder sich nicht zu scheiden,[327] die eigene (Adoptiv-)/Schwester zu heiraten,[328] einen Erbvertrag oder einen Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten zu begründen,[329] sich nicht auf die *lex Falcidia* zu berufen,[330] den Prozessvertreter am Prozesserfolg zu beteiligen,[331] den Vater nicht aus 47

[320] Zum subjektiven Element *Honsell*, FS Kaser (1976) 124–126.

[321] Paul. l. Cinc. sing. D. 1.3.29; Ulp. 4 ed. D. 1.3.30; Theodos./Valentin. C. 1.14.5 (a.439); dazu *Bove*, NNDI VII 630 f.; *Kaser*, RP I 250; RP II 93 f.; *Behrends*, Fraus (1982) 19–32.

[322] *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 69 f.

[323] Pomp. 22 Sab. D. 45.1.27 pr.; Paul. sent. 3.4b.2; Inst. 3.19.24.

[324] Pomp. 22 Sab. D. 45.1.27 pr.; Ven. 1 stip. D. 45.1.137.6 (*vel id facere ei non liceat*); Pap. 1 def. D. 45.1.123; Ulp. 42 Sab. D. 45.1.26; Paul. 12 Sab. D. 45.1.35 pr.,1. Der früher geäußerte Verdacht ist nicht haltbar, *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 96 f., 111.

[325] Paul. 15 resp. D. 45.1.134 pr. (Eheschließungsfreiheit); dazu *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 93–96.

[326] *Kaser*, RP I 250; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 70.

[327] Pomp. 15 Sab. D. 45.1.19 (bis auf die *poena* echt, vgl. *Kaser*, RP II 176 Fn. 15 und Schol. Sinait. 7 (FIRA II 641); a. A. *Söllner*, Actio rei uxoriae (1969) 124–127); Pap. 17 quaest. D. 35.1.71.1; Paul. 15 resp. D. 45.1.134 pr.; Schol. Sinait. 4 (FIRA II 639: Versprechen, Heirat der eigenen Schwester mit Stipulator zu bewirken); Alex. C. 8.38.2 (a.223) (*libera matrimonia esse antiquitus placuit*); Leo/Anthem. C. 5.1.5.6 (a.472); s. aber auch Cels. 26 dig. D. 45.1.97.2 (dazu *Astolfi*, SZ 111 (1994) 444–448, zweifelhaft); zu den genannten Texten *Sacconi*, Stipulatio (1989) 132–138; *Talamanca*, ED 32 (1982) 722 f.; *Scarcella*, SDHI 66 (2000) 151–155. Nicht sittenwidrig aber ist eine *poena* für den Fall eines Seitensprungs, Pap. 11 resp. D. 45.1.121.1.

[328] Paul. 12 Sab. D. 45.1.35.1; dazu *Chorus*, Handelen (1976) 62–68.

[329] Iul. 2 Urs. Fer. D. 45.1.61; Diocl./Max. C. 8.38.4 (a.293); *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 77 f., 92.

[330] Pap. 13 resp. D. 35.2.15.1. Das betrifft wohl nur den Verzicht vor dem Erbfall, *Wacke*, FS Kaser (1973) 227 Fn. 90.

[331] Pap. 3 resp. D. 17.1.7; Ulp. 8 omn. trib. D. 50.13.1.12 (zur Teilnichtigkeit des die erlaubten Honorarsätze überschreitenden Versprechens *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 72 f.); Diocl./Max. C. 2.12.15 (a.293); *Dimopoulou*, Rémunération (1999) 411–424. Der häufig genannte Text Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.7 gehört wohl nicht in diesen Zusammenhang, s. *Rüfner*, FS Knütel 1021 f.

der Gefangenschaft freizukaufen,[332] unziemlich aufzutreten.[333] Ist die Stipulation dagegen abstrakt, ihr Wortlaut also unbedenklich, aber aus unsittlichem oder verbotswidrigem Motiv abgeschlossen, kann sie in erster Linie honorarrechtlich mittels *exceptio doli*[334] unwirksam gemacht werden.[335] Ausgeschlossen ist aber auch hier eine zivilrechtliche Unwirksamkeit nicht.[336]

3. Zwang und Arglist

48 Das unter Zwang (*vi metusve causa*, also physischer Gewalt oder Drohung) abgegebene Versprechen ist wirksam;[337] das folgt aus dem Grundsatz *tamen coactus volui*.[338] Zu ziviler Unwirksamkeit gelangt man in diesen Fällen seit spätrepublikanischer Zeit nicht mehr wegen der Ausbildung prätorischen Schutzes. Ausnahmsweise ist jedes Rechtsgeschäft, auch ein förmliches, unwirksam, wenn es durch qualifizierte Gewalt wie unerlaubte Einkerkerung abgepresst wird und deshalb unter die *leges Iuliae de vi publica et privata* von 17 v. Chr.[339] fällt.[340]

49 Eine Stipulation, die durch Arglist (*dolus malus*) herbeigeführt wird, ist nach *ius civile* wirksam, kann aber mit der *exceptio doli* entkräftet werden.[341]

4. Scherz- und Scheingeschäft

50 Auf der Bühne, zum Scherz und zu Unterrichtszwecken vorgenommene Stipulationen haben keine Geltung.[342] Entscheidend ist, dass das entsprechende Geschäft auch gemeint ist.[343]

51 Zur Umgehung von Ge- und Verboten schließen Vertragsparteien nicht selten ein Geschäft ab, das sie in Wirklichkeit gar nicht wollen. Ein solches simuliertes (oder: Schein-)/Geschäft[344] ist dem klassischen Recht der Sache nach bekannt.[345] Schon die

---

[332] Paul. 45 ed. D. 28.7.9.

[333] Ulp. 13 ed. D. 4.8.21.11; Paul. sent. 3.4b.2.

[334] *Kaser*, RP I 226 Fn. 21, 251 Fn. 62 vermutet magistratische Initiative zu ihrer Einschaltung.

[335] Pomp. 5 Sab. D. 28.7.7 (Umgehung der in den augusteischen Ehegesetzen angeordneten Erwerbsunfähigkeit); Paul. 3 quaest. D. 12.5.8.

[336] S. etwa Val. Max. 8,2,2; *Kaser*, RP I 251 Fn. 62; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 111; auch Rn. 62.

[337] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.3; D. 4.2.14.9.

[338] Paul. 11 ed. D. 4.2.21.5; *Hartkamp*, Zwang (1971) 84–101: wenigstens in Einklang mit Aristoteles und der Stoa.

[339] *Cossa*, SDHI 74 (2008) 243. *Mommsen*, Strafrecht 128 datiert das Gesetz in die Diktatur Cäsars.

[340] Marcian. 14 inst. D. 48.6.5 pr.; Paul. 1 sent. D. 4.2.22 (= Paul. sent. 1.7.10); *Lübtow*, Metus causa (1932) 58 f.

[341] S. etwa Ulp. 48 Sab. D. 45.1.36.

[342] Varro ling. 6,72; Paul. 2 inst. D. 44.7.3.2 (*demonstrandi intellectus causa*).

[343] Paul. 2 inst. D. 44.7.3.2 (*si inter contrahentes id agatur*).

[344] Die römischen Juristen sprechen von *simulare* (vorspiegeln) oder auch von *imaginarius*, vgl. etwa allgemein Mod. 5 reg. D. 44.7.54, für die Ehe Gai. 2 l. Iul. Pap. D. 23.2.30 oder für den Kauf Paul.

klassischen Juristen behandeln das Scheingeschäft bei formfreien Geschäften als ungültig, weil es nicht gewollt ist;[346] unter Diokletian findet diese Entwicklung ihren Abschluss.[347] Bei der Stipulation als Formalgeschäft ist allerdings die Abrede, das Geschäft solle nicht gelten, wohl unbeachtlich.[348] Da sich aber bereits in klassischer Zeit die Auffassung durchsetzt, dass der der Stipulation zugrundeliegende Konsens maßgeblich ist (→ Rn. 13), könnten spätklassische Verallgemeinerungen des Satzes von der Unbeachtlichkeit des Scheingeschäfts, die sich auf alle Kontrakte beziehen, durchaus auch auf die Stipulation gemünzt sein.[349]

5. Anfängliche Unmöglichkeit

Auf eine unmögliche Leistung kann ein Versprechen nicht gerichtet sein,[350] es setzt die **52**
Existenz des Leistungsgegenstands voraus.[351] Die Juristen haben weder eine einheitliche (anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit umfassende) Regel herausgebildet[352] noch den Ausdruck *impossibilis* gleichermaßen für alle Fälle verwendet; statt dessen erörtern sie, ob der Gegenstand *in natura rerum* ist,[353] der Leistung eine *naturalis ratio* entgegensteht[354] und dgl.[355] Statt der Unterscheidung in objektive und subjektive Unmöglichkeit ist diejenige zwischen Menschenmöglichem und Menschenunmöglichem maßgeblich.[356]

---

2 ed. aed. cur. D. 18.1.55. Zu *simulare* auch *Dumont-Kisliakoff*, Simulation (1970) 15–23.

[345] S. nur Plin. epist. 5,1,2,3.

[346] Soeben Fn. 344; gegen die ungerechtfertigten Interpolationsverdächte von *Partsch*, SZ 42 (1921) 227–272 (der stets von der Gültigkeit des Scheingeschäfts ausgeht); *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 120 f.; *Kaser*, RP II 89 Fn. 40.

[347] Vgl. C. 4.22 (*plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*) mit vier von fünf Konstitutionen von Diokletian und Maximian und namentlich C. 2.4.21 (a.293); C. 4.2.6.1 (a.293); C. 4.22.3 (a.294).

[348] Allerdings finden sich hierfür keine Beispiele; vgl. immerhin Diocl./Max. C. 4.2.6 pr. (a.293) für die Zinsstipulation bei falscher Darlehensbezeichnung. Pomp. 15 Sab. D. 45.1.21 gehört nicht hierher; s. Rn. 62 Fn. 415.

[349] Mod. 5 reg. D. 44.7.54; Valer./Gallien. C. 4.22.1 (a.259).

[350] Aus dem Schrifttum: *Wollschläger*, Unmöglichkeitslehre (1970) 8–11; *Arp*, Unmöglichkeit (1988) 63–100; *Flume*, Rechtsakt (1990) 101–106; *Cuena Boy*, Imposibilidad (1992) 12–17; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 215–222; *Harke*, Irrtum (2005) 163–169, 173–178; *Schermaier*, AUPA 51 (2006) 241–268; *Cuena Boy*, Rerum natura (2010) 28–33, 39–43; *Dajczak*, SemCompl. 25 (2012) 139–141.

[351] Cels. 8 dig. D. 50.17.185 (*inpossibilium nulla obligatio est*); ähnlich Ulp. 42 Sab. D. 50.17.31; dazu *Flume*, Rechtsakt (1990) 101 f.; *Schermaier*, AUPA 51 (2006) 265–267. Beide Fragmente sind aus dem Zusammenhang gerissen.

[352] Vgl. *Schermaier*, AUPA 51 (2006) 244, 256, 266; anders *Harke*, JJZ 2001, 37–44.

[353] Bezüglich der Stipulation: Pomp. 10 epist. D. 19.1.55; Paul. 24 ed. D. 45.1.73 pr.; Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.8; Inst. 3.19.1; s. auch Paul. sent. 3.4b.1; Inst. 3.19.11.

[354] Gai. 2 cott. D. 44.7.1.9.

[355] *Arp*, Unmöglichkeit (1988) 80–86 zum Bedeutungsspektrum von *impossibilis*; *Schermaier*, AUPA 51 (2006) 250–254, 265–267.

[356] Ven. 1 stip. D. 45.1.137.4 spricht von *impedimentum naturale* und *difficultas dandi*, die sich auf

53 In moderner Terminologie ist eine Leistung anfänglich unmöglich, wenn ihre Erbringung physisch oder juristisch unmöglich ist: Belegt ist z. B. die Unwirksamkeit des Versprechens eines bereits toten Sklaven,[357] eines Phantasiewesens,[358] eines Hausbaus in der Todesstunde des Unternehmers,[359] einer Übereignung am Tag des Vertragsschlusses an weit entferntem Ort,[360] eines freien Menschen,[361] einer gläubigereigenen Sache,[362] einer Sache, die (als *res sacra*, *religiosa*[363] oder *publica*) *extra commercium* ist[364] oder deren *commercium* dem Erwerber nicht zusteht,[365] oder eines Wegerechts an nur einen der Miteigentümer.[366] Selbst eine Bedingung, die die Beseitigung eines solchen Hindernisses voraussetzt, macht das Versprechen nicht wirksam.[367] Die ädilizischen Versprechen der Mangelfreiheit sind allerdings nicht wegen Unmöglichkeit unwirksam, wenn die Sache gerade die Eigenschaft hat, deren Abwesenheit versprochen ist, sondern werden als Haftungsversprechen verstanden.[368] Soll eine Handlung mit

---

subjektive und objektive Leistungshindernisse beziehen kann; ähnlich Pomp. 10 epist. D. 19.1.55; dazu *Schermaier*, AUPA 51 (2006) 246, 250, 261 f.

[357] Gai. 2 cott. D. 44.7.1.9; Ulp. 6 ed. D. 45.1.69 und die Nachweise in Fn. 358. Dagegen kann ein vom Feind gefangener Sklave wirksam versprochen werden, Pomp. 10 epist. D. 19.1.55 (s. aber auch *Schermaier*, AUPA 51 (2006) 257 f.); Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.8. Zum Versprechen eines unsterblichen Sklaven Diocl./Max. C. 8.37.8 (a.294) mit *Hallebeek*, FS de Groot 120–123.

[358] Gai. 3.97; Inst. 3.19.1 (*hippocentaurus*). Das Beispiel ist verbreitet, vgl. Lucr. 4,739; Sen. epist. 58,15; Verg. Aen. 7,675; Ov. met. 9,191; 12,219; Hor. carm. 4,2,15; S. E. P. 1,14,162; dazu *Hallebeek*, FS de Groot 117 f.

[359] Iust. C. 8.37.15 pr. (a.532); gleichsinnig Paul. 11 Sab. D. 45.1.46.1 mit *Backhaus*, Casus (1981) 85–87; allgemein: Paul. 12 Sab. D. 45.1.35 pr. (*natura fieri non concedit*).

[360] Ulp. 27 ed. D. 13.4.2.6 i. f.; Inst. 3.15.5; anders, wenn Hilfspersonen eingeschaltet werden können: Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141.4. Bestimmt dagegen das Versprechen die Leistungszeit nicht, ist stillschweigend ein angemessener Zeitraum vereinbart; vgl. Paul. 24 ed. D. 45.1.73 pr.; Inst. 3.15.5.

[361] Gai. 3.97; Gai. 2 cott. D. 44.7.1.9; Mod. 5 pand. D. 45.1.103; Paul. 72 ed. D. 45.1.83.5; Inst. 3.19.2.

[362] Gai. 3.99; Gai. 2 cott. D. 44.7.1.10; Pomp. 24 Sab. D. 45.1.31; Marcell. 20 dig. D. 46.3.72.4; Ulp. 79 ed. D. 7.9.1.7; Ulp. 46 Sab. D. 45.1.29.1; Ulp. 78 ed. D. 45.1.82 pr.; Paul. 75 ed. D. 45.1.87; Inst. 3.19.2,22; 4.6.14; die Unkenntnis des Gläubigers wird bisweilen nur zur Veranschaulichung erwähnt (*Cannata*, Corso II.1 (2003) 218 Fn. 475; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 116 f.; anders *Arp*, Unmöglichkeit (1988) 94); für andere Kontrakte: Ulp. 30 ed. D. 50.17.45 pr. – Eine *res futura* kann jedoch wirksam versprochen werden, vgl. Paul. 24 ed. D. 45.1.73 pr. – Zum bedingten Versprechen einer gläubigereigenen Sache Rn. 39 Fn. 288.

[363] *Res sanctae* erwähnt erst Epit. Gai. 2.9.5; dazu *Busacca*, Scr. Bellavista II 560–566.

[364] S. die Nachweise in Fn. 361; in Paul. 72 ed. D. 45.1.83.5 wird allerdings hauptsächlich das Problem der vorübergehenden Unmöglichkeit diskutiert; dazu *Nörr*, SZ 126 (2009) 1 (dort auch zu Paul. 15 quaest. D. 46.3.98). – Wirksam ist dagegen das Versprechen, eine *res sacra* oder *religiosa* zu bauen, Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.25.

[365] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.34.

[366] Paul. 6 Sab. D. 8.3.19; s. auch Paul. 3 Ner. D. 45.1.140.2.

[367] Inst. 3.19.2,22.

[368] Ulp. 42 Sab. D. 21.2.31 (dort auch zur entgegengesetzten Meinung); dazu *Kaser*, SZ 90 (1973) 215 f.

Hilfe eines Strafversprechens erzwungen werden, das auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, wird das Strafversprechen gestrichen und nur die Handlung geschuldet.[369] Zur unmöglichen Bedingung → Rn. 38.

54 Ist nur der Schuldner zur Leistung außerstande, etwa weil er kein Geld hat oder der versprochene Sklave einem nicht verkaufswilligen Dritten gehört, ist das Versprechen gleichwohl wirksam.[370]

55 Unmöglichkeit der Leistung ist bei einer Gattungsschuld nicht denkbar, solange es noch ein Stück aus der Gattung gibt. Wegen des Streits um die Natur der Gattungsschuld (→ Rn. 29) kann nach einer Ansicht[371] der Schuldner mit Stücken, die dem Gläubiger bereits gehören oder die dieser später erwirbt, nicht oder nicht nochmals erfüllen, nach einer anderen Auffassung sehr wohl.[372]

56 Ist bei einer Wahlschuld die Leistung eines der versprochenen Gegenstände dem Schuldner anfänglich unmöglich (oder wird sie es ohne sein Verschulden nachträglich), muss der Schuldner den verbliebenen Gegenstand leisten,[373] es sei denn, er zahlt die *aestimatio* für den untergegangenen Gegenstand.[374] Mit Untergang des vorletzten Stücks wandelt sich die Wahl- in eine Stückschuld, und der Gläubiger trägt die Gefahr des Untergangs des letzten Stücks.[375] Hat der zwischen zwei Stücken wahlberechtigte Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung des ersten Gegenstands zu vertreten und geht der zweite wegen Zufalls unter, wird er zwar frei, er haftet jedoch mit der *actio de dolo* auf den Wert der ersten Sache,[376] weil er durch den verschuldeten Untergang des vorletzten Stücks zu seinen Gunsten den Gefahrübergang auf den Gläubiger bewirkte.[377]

---

[369] Cels. 26 dig. D. 45.1.97 pr. (*te sisti? nisi steteris, hippocentaurum dari?*); Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.3; dazu *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 74–76. Dagegen entfällt die Strafe beim selbständigen wie unselbständigen Versprechen, wenn bereits das Primärversprechen unmöglich ist, vgl. Ulp. 6 ed. D. 45.1.69 mit *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 100 f.

[370] Ven. 1 stip. D. 45.1.137.4; § 5 für das Unvermögen zu einem *facere*.

[371] Pap. 17 quaest. D. 31.66.3; Paul. 10 quaest. D. 45.1.128; dazu *Knütel*, St. Sanfilippo III 357–363.

[372] Marcell. 20 dig. D. 46.3.72.4; Marcell. 13 dig. D. 46.3.67; *Knütel*, St. Sanfilippo III 365 f., 368.

[373] Marcell. 20 dig. D. 46.3.72.4; Pomp. 6 Sab. D. 45.1.16 pr.; Pap. 28 quaest. D. 46.3.95 pr.; Ulp. 27 ed. D. 13.4.2.3; Paul. 33 ed. D. 18.1.34.6; Paul. 10 quaest. D. 45.1.128; *Ziliotto*, Obbligazioni (2004) 68–72. Anders, wenn die Unmöglichkeit auf Grund der Freilassung eines der versprochenen Sklaven eintritt: Iul. 64 dig. D. 40.9.5.2 (Anwendung der *lex Aelia Sentia*), allerdings nur bei drohender Insolvenz des Schuldners, vgl. Scaev. 16 quaest. D. 40.9.6.

[374] Zu schließen aus Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.1; echt wegen Ulp. 22 Sab. D. 30.47.3 (Legatsrecht); zutr. *Wacke*, Iura 28 (1977) 23 f. mit Fn. 28; für Itp.: *Impallomeni*, SDHI 25 (1959) 82–93; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 234 Fn. 527. Vgl. ausf. zu Pap. 28 quaest. D. 46.3.95 pr.,1 *Platschek*, Mél. Coriat sowie *Knütel*, DG Nishimura 135.

[375] Paul. 33 ed. D. 18.1.34.6.

[376] Wahrscheinlich bis zum Wert der zweiten Sache, vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse* § 35 Rn. 13.

[377] Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.1.

6. Unvollständige Leistungsbestimmung

57 Eine *stipulatio imperfecta*[378] ist, wenn der offengebliebene Punkt nicht anderweitig aufgeklärt werden kann,[379] unwirksam.[380] Vergessen die Parteien beim Gestellungsversprechen (→ Rn. 5, Fn. 36) z. B. die Terminangabe, ist die Stipulation grundsätzlich wegen Unbestimmtheit unwirksam; dies gilt auch, wenn das zu übereignende Grundstück[381] oder der Bauplatz für ein versprochenes Haus nicht genannt ist[382] oder wenn bei einem Gattungsversprechen Gewicht, Zahl und Maß nicht angegeben sind.[383] Allerdings kann auf die Vorverhandlungen und den in diesen hervortretenden erkennbaren Willen des Gläubigers zur näheren Bestimmung auch des Leistungsgegenstands[384] zurückgegriffen werden.[385]

7. Strenge Parteibindung

a. *Alteri stipulari nemo potest*

58 Die Regel, dass sich niemand zu Gunsten eines Dritten eine Leistung[386] versprechen lassen kann, ist schon den republikanischen Juristen bekannt und wird auch von Justinian wiederholt.[387] Sie schließt einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter (mit einem

---

[378] Ausdruck nur in Pap. 2 quaest. D. 45.1.115 pr.

[379] S. aber auch *Babusiaux*, Quod actum (2006) 77 f., 80: Eröffnung der *actio incerti ex stipulatu* mit entsprechender Vortragsmöglichkeit des Klägers.

[380] *Cannata*, Corso II.1 (2003) 196–198.

[381] Bei einer Gattungsschuld – mehrere Grundstücke haben den gleichen Namen – entscheidet der Wille des Schuldners, vgl. Iav. 6 epist. D. 45.1.106; *Knütel*, FS Behrends 233, 237.

[382] Marcell. 5 dig. D. 45.1.95; Ulp. 27 ed. D. 13.4.2.5.

[383] Marcell. 3 dig. D. 45.1.94; Pap. 2 quaest. D. 45.1.115 pr.; dazu *Rüfner*, Vertretbare Sachen (2000) 60 f.; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 98–100; *Knütel*, FS Behrends 241–243.

[384] Zur Leistungszeit Rn. 66.

[385] *Knütel*, FS Behrends 238–243; anders noch *Knütel*, FS Kaser (1976) 227. S. zudem Marcell. 3 dig. D. 45.1.94,95 (anders Pap. 2 quaest. D. 45.1.115 pr.) mit *Talamanca*, in: *Kupiszewski/Wołodkiewicz*, Droit romain (1978) 218 f.; *Talamanca*, in: *Bellocci*, Teorie contrattualistiche (1991) 203; zum Mitgiftversprechen Pap. 4 resp. D. 23.3.69.4 mit *Stagl*, Favor dotis (2009) 130–139.

[386] *Ankum*, Et. Macqueron 26 f. spricht sich für die ursprüngliche Fassung: *alteri dari stipulari nemo potest*, also für die Unmöglichkeit einer auf ein *certum alteri dari* gerichteten Stipulation aus; zust. *Kaser*, FS Seidl 75; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 35 Rn. 6. Auch *Bürge*, Privatrecht (1999) 119 betont die verfahrensrechtliche Perspektive (Vorteile einer Übereinstimmung der Vertrags- mit den Prozessparteien).

[387] Q. Muc. sing. D. 50.17.73.4; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.17 (= Inst. 3.19.19); Diocl./Max. C. 8.38.3 pr. (a.290) (echt: *Kaser*, FS Seidl 86); Inst. 3.19.4; zudem Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.4; Paul. 12 Sab. D. 44.7.11. Der Erwerb eines Forderungsrechts durch einen freien Dritten wird auch mit dem Satz: *per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest*, ausgeschlossen, vgl. Gai. 2.95; 3.103; Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.2 (dazu *Schnabel*, Adiectus (2015) 142–156); Diocl./Max. C. 4.27.1.1 (a.290); Paul. sent. 5.2.2; Inst. 2.9.5. – Zum Versprechen gegenüber einem Sklaven oder Haussohn oben Rn. 16.

eigenen Klagerecht des Dritten) ebenso aus wie eine direkte berechtigende Stellvertretung,[388] die von den römischen Juristen nicht unterschieden werden, und gilt für alle Obligationen, auch *pacta*.[389] Die Spruchregel steht dagegen einem unechten Vertrag zu Gunsten Dritter nicht entgegen, bei dem der Stipulator gegenüber dem Promissor sein eigenes geldwertes Interesse an der Leistung an einen Dritten[390] oder die deshalb ausbedungene Vertragsstrafe fordern und einklagen kann.[391] Zu signifikanten Ausnahmen von der Regel → Rn. 77–80.

59 Teilnichtigkeit in Höhe der Hälfte nimmt die siegreiche Meinung der Prokulianer in dem Fall an, dass sich jemand an sich und einen ihm nicht gewaltunterworfenen Dritten eine Leistung versprechen lässt.[392]

b. *Nemo factum alienum promittere potest*

60 Die Regel, dass das Verhalten eines Dritten nicht versprochen werden kann, schließt einen Vertrag zu Lasten Dritter[393] sowie eine direkte verpflichtende Stellvertretung aus (zu Ausnahmen → Rn. 77–80). Genannt wird sie insbesondere im Zusammenhang mit dem Versprechen ungestörten Besitzes und der Arglistklausel (→ Rn. 22). Damit sollen die Zulässigkeit einer Garantieübernahme für das Verhalten Dritter betont werden, das so Verfallsvoraussetzung des Versprechens wird,[394] und daneben die Verpflichtung des Promissors zu erfolgssichernden Maßnahmen und damit zu eigenen Anstrengungen.[395] Ist die *stipulatio in rem* (→ Rn. 18) zunächst noch eine (umfassende) Garantie-

[388] *Claus*, Stellvertretung (1973) 91; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 112; *Ankum*, Et. Macqueron 22.

[389] *Kaser*, RP I 491; *Zimmermann*, LO 35; zu *pacta in favorem tertii*: *Apathy*, SZ 93 (1976) 97; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 178; für eine Beschränkung auf strengrechtliche Geschäfte *Behrends*, St. Sanfilippo V 48.

[390] Dazu vor allem *Kaser*, FS Seidl 77: Ein Interesse ist namentlich dann zu bejahen, wenn der Gläubiger dem Dritten haftet, vgl. Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.20–23; Inst. 3.19.20 (Mitvormundschaft; Vermeidung eines Vertragsstrafenverfalls); zu einem sonstigen Interesse: Diocl./Max. C. 8.38.3.1 (a.290) mit *Kaser*, FS Seidl 83–86; Inst. 3.19.20 (Prokurator).

[391] Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.20 f.; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 45 f.; *Zimmermann*, LO 36; zu Pap. 27 quaest. D. 45.1.118.2 *Schnabel*, Adiectus (2015) 22–25.

[392] Gai. 3.103; Pomp. 4 Q. Muc. D. 45.1.110 pr.; Inst. 3.19.4; die Sabinianer plädieren dagegen mittels Fiktion für Vollwirksamkeit der Stipulation; anders Iul. 52 dig. D. 45.1.56 pr.; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.19; dazu *Falchi*, Controversie (1981) 173–175; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 135; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 127; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 50–53.

[393] Dazu Cels. 26 dig. D. 45.1.97.1, wo das Prinzip erstmalig erwähnt ist; Her. 6 iur. epit. D. 46.1.65. – Obwohl die Erben der Parteien Dritte sind, sind sie von der Regel ausgenommen, vgl. Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.1.

[394] Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 pr.–2; Inst. 3.19.21.

[395] Paul. 72 ed. D. 45.1.83 pr.; zur Erfolgssicherungspflicht zudem: Ulp. 50 ed. D. 45.1.50 pr.; Ulp. 77 ed. D. 45.1.81 pr.; Inst. 3.19.3; zu alldem *Kaser*, SZ 90 (1973) 200, 204; *Sanguinetti*, SDHI 65 (1999) 185–187, 200; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 128–134; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 54, 67 f., 111–123.

übernahme für den Fall, dass ein beliebiger Dritter das verbotene Verhalten an den Tag legt,[396] wird sie seit hochklassischer Zeit auf das Verhalten des Erben des Schuldners beschränkt und nur dann auf das Verhalten eines jeden Dritten bezogen, wenn sie die *q.e.r.e.*-Klausel oder eine Vertragsstrafe enthält.[397] Bei einer *stipulatio in personam* hingegen wird die Haftung für das Verhalten Dritter mit der ggf. auch die Einzelrechtsnachfolger der Parteien erfassenden Klausel *is ad quem ea res pertinebit* übernommen.[398]

c. *Ab heredis persona obligatio incipere non potest*

61 Herkunft und Bedeutung der Regel, dass eine Obligation nicht erst in der Person des Erben des Gläubigers oder Schuldners beginnen dürfe,[399] sind ungewiss.[400] Unwirksam ist die *stipulatio post mortem dari*, gleichgültig ob sie auf den Tod des Stipulators oder auf den des Promissors abstellt. Gleiches gilt für die Klausel *pridie quam moriar* („Gelobst du, dass am Tag vor meinem Tod gegeben wird?") oder *heredi meo dari* („Gelobst du, dass meinem Erben gegeben wird?"); zulässig ist allerdings bereits in hochklassischer Zeit die Umgehung der Rechtsregel mit einer auf den Sterbeprozess, also den letzten Zeitpunkt des Lebens[401] abstellenden, keine unmögliche Leistung[402] versprechenden Stipulation *cum moriar* oder *morieris* („Gelobst du, dass gegeben wird, wenn ich sterbe/wenn du stirbst?").[403] Weitere Umgehungsmöglichkeiten sind die *mentio heredis* (→ Rn. 75), die *adstipulatio* (→ Rn. 33) oder eine aufschiebende Befristung.

---

[396] Varro rust. 2,2,6; Sabinus bei Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 pr.

[397] Für das Versprechen ungestörten Besitzes: Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 pr.–2 (dazu *Nörr*, SZ 121 (2004) 161, 168); für die Arglistklausel: Ven. 9 stip. D. 46.7.19 pr.–1; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.13; Ulp. 79 ed. D. 7.9.5 pr.

[398] Scaev. 18 dig. D. 32.37.3 (dazu *Rüger*, Donatio (2011) 68–81); *donatio Statiae Irenes* (FIRA III Nr. 95 = *Bruns*, Fontes Nr. 137); TP 45 u. 90 = TPSulp. 48 = TPN 88; zum Vorstehenden *Finkenauer*, Stipulation (2010) 52, 66 f., 78–93, 108–111, 123 f., 169.

[399] Quellen in Fn. 403, 404.

[400] Zu ihr *Backhaus*, Casus (1981) 105 f.; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 115–119; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 16–19.

[401] Zur schon in der griechischen Philosophie diskutierten Frage der Zuordnung des Todeszeitpunkts Gell. 7,13,5–11.

[402] Für *stipulationes in faciendo*: Paul. 11 Sab. D. 45.1.46.1; die *veteres* bei Iust. C. 8.37.15 pr. (a.532) (Versprechen eines Hausbaus in der Todesstunde); dazu auch *Emunds*, Drittleistung (2007) 303 f.

[403] Gai. 3.100; weitere Texte: Gai. 3.117,119; Gai. 23 ed. prov. D. 42.5.7; Tryph. 9 disp. D. 23.3.76; Pap. 11 resp. D. 45.1.121.2; Ulp. 79 ed. D. 7.9.7.1; Ulp. 2 ed. D. 12.6.17; Ulp. 50 Sab. D. 45.1.45.1,3; Paul. 7 Sab. D. 23.3.20; Paul. 3 Sab. D. 33.2.5; Paul. 11 ed. D. 44.7.40; Paul. 12 Sab. D. 45.1.46.1; Inst. 3.19.15; vgl. auch Paul. 12 Sab. D. 44.7.11; für das Mitgiftversprechen Paul. 7 Sab. D. 23.3.20 (dazu *Backhaus*, Casus (1981) 92; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 314 f.); für das Legat Gai. 2.232; für das Mandat Gai. 3.158; für Gewaltunterworfene Ulp. 50 Sab. D. 45.1.45.1. Die Formulierung kann auch *si morieris* lauten (Ulp. 50 Sab. D. 45.1.45.3). Kritisch zur Unzulässigkeit von *pridie quam moriar* Gai. 2.232; dazu *Backhaus*, Casus (1981) 107; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 18.

Trotz der praktischen Irrelevanz der Regel und den Zweifeln an ihrem Geltungsgrund hält man offenbar zäh an ihr fest.[404] Abgeschafft hat sie erst Justinian, und zwar gleich in drei verschiedenen Konstitutionen: Zunächst erklärt er die Versprechen *post mortem* und *pridie quam moriar* für wirksam, schafft sodann die Regel *ab heredis persona* … in allgemeiner Weise ab und ordnet schließlich die Wirksamkeit einer in der Todesstunde des Schuldners abgeschlossenen *stipulatio in faciendo* an.[405]

8. *Causa*

Zur Verfehlung der *causa* bei titulierten und abstrakten Versprechen → Rn. 17. Bei Letzteren können die römischen Juristen das Fehlen der *causa* außer durch Gewährung einer *exceptio doli* auch im Wege der Auslegung durch einen *ipso-iure*-Fortfall des abstrakten Versprechens[406] berücksichtigen.[407] Konstruktiv erreichen sie das mit der Annahme einer *condicio tacita*,[408] unter Bezugnahme auf die *causa* oder auch ganz ohne Begründung. Entscheidend ist allein, ob die Umstände und Bedingungen, von denen die Parteien bei Vertragsschluss ausgingen, und die Lage der beteiligten Personen dieselben geblieben sind oder sich im Klagezeitpunkt geändert haben und der Geschäftszweck noch fortbesteht.[409] So ist etwa unabhängig von der Titulierung eines Mitgiftversprechens und seiner konkreten Formulierung, bei der sogar der Hinweis auf die Mitgift selbst fehlen kann,[410] die spätere Heirat *condicio tacita* des Versprechens, so dass **62**

[404] Epit. Gai. 2.9.7; 2.9.8; Inst. 3.19.13 (Stipulationen); Ulp. reg. 24.16; Paul. sent. 3.5.6 (Legatsrecht).

[405] Iust. C. 8.37.11 (a.528); C. 4.11.1 (a.531); C. 8.37.15 (a.532); zu dieser (nicht widerspruchsfreien) Gesetzgebung *Finkenauer*, Stipulation (2010) 44–46, 316–321.

[406] Die Quellen sprechen von *non committere*, *ipso iure inutilis, inanis*, *solvere*, *evanescere* u. ä. Zum Nebeneinander von Entkräftung *ipso iure* und *ope exceptionis* Pomp. 20 Sab. D. 45.1.25 (echt entgegen *Riccobono/Kerr Wylie/Beinart*, Stipulation (1957) 126 f., vgl. *Kaser*, RP I 93 Fn. 8; *Quadrato*, Annulabilità (1983) 19–23, 41); Mod. diff. dot. sing. D. 23.3.13; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 353–355.

[407] Die Berücksichtigung des Geschäftszwecks schon in klassischer Zeit wurde lange verkannt, s. aber bereits *Kaser*, RP I 251 Fn. 62, 541 Fn. 31, RP II, 379 Fn. 42; *Pastori*, Negozio (1994) 274; ausführlich zum Ganzen *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 305; *Knütel*, FS Behrends 228 f.; *Finkenauer*, Index 44 (2016) 194–196.

[408] Zu ihrer Klassizität *Kaser*, Symb. Taubenschlag I 436 gegen *Koschaker*, FS Hanausek 152 Fn. 5. Zwischen einem *pactum tacitum* und einer *condicio tacita* lässt sich nicht unterscheiden, s. *Wacke*, SZ 90 (1973) 225 Fn. 26; *Knütel*, FS Kaser (1976) 206, 208, 213.

[409] S. z. B. zur Änderung der Rolle von Personen: Gai. 27 ed. prov. D. 46.7.7; Afr. 7 quaest. D. 46.3.38 pr. (dazu *Schnabel*, Adiectus (2015) 42–45); Paul. 7 quaest. D. 26.7.43.1; Ulp. 79 ed. D. 7.9.3.4 (mit *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 339); zur Änderung der Umstände: Paul. 8 ed. D. 3.3.14; Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.14.

[410] Ulp. 35 Sab. D. 23.3.23; Paul. 35 ed. D. 23.3.41.1; zutr. *Wacke*, TR 40 (1972) 247 f., 253; *Knütel*, FS Kaser (1976) 207; *Knütel*, FS Behrends 232; *Honsell*, SZ 92 (1975) 336 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 296 Fn. 17; *Sacconi*, Stipulatio (1989) 82, 85 f.; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 312–317; anders *Riccobono/Kerr Wylie/Beinart*, Stipulation (1957) 193; *König*, SDHI 29 (1962) 192–194; *Wolf*, Causa (1970) 110–117.

es mangels Heirat *ipso iure* unwirksam ist.[411] Gleiches gilt für ein Leistungsversprechen an die Verlobte.[412] Unwirksam ist auch das gleichwie formulierte Versprechen eines Dritten an einen Ehegatten, das der Umgehung des Ehegattenschenkungsverbots dient.[413] Heiraten die Eheleute nach ihrer Scheidung erneut, erledigt sich der Zweck des Mitgiftrückgabeversprechens (die geschiedene Frau zu versorgen), und das Versprechen ist nicht durchsetzbar.[414] Besteht der Zweck eines Mitgiftrückgabeversprechens in einer teilweisen Schenkung an die Frau, ermäßigt es sich *ipso iure* auf den geschenkten Teil, die Mitgift wird mit der *actio rei uxoriae* geschuldet.[415] Auch bei einer (abstrakt formulierten) *stipulatio mortis causa* und alsbaldiger Genesung des Versprechenden oder vorzeitigem Versterben des Begünstigten kann die Zweckverfehlung zu einer Einrede oder sogar zu einem Fortfall des Versprechens führen.[416] Schließlich bewirken die römischen Juristen auch beim Strafversprechen[417] und bei vielen prätorischen Stipulationen einen Gleichklang von Sicherungsversprechen und Sicherungszweck und erachten jenes für *ipso iure* unwirksam, wenn dieser verfehlt wird.[418]

V. Auslegung

1. *Quod actum*

63 Die Entwicklung verläuft von einer objektiven, typisierenden Auslegung, die nach dem Sinn fragt, den eine Erklärung (*verba*) im Allgemeinen nach Herkommen und Sprachgebrauch hat, hin zu einer subjektiven, individualisierenden, auf den Parteiwillen (*voluntas*) abstellenden Auslegung. Dies geschieht seit dem 1. Jh. v. Chr. nach dem Vorbild der formfreien Geschäfte und unter dem Einfluss der hellenistischen Rhetorik. In klassischer Zeit ist bei fließenden Übergängen die zweite Form der Auslegung erreicht, die

[411] Vgl. Pap. 10 quaest. D. 23.3.68; Paul. 3 ed. D. 2.14.4.2 mit pr.; Ulp. 35 Sab. D. 23.3.21 pr.; Unwirksamkeit *ope exceptionis*: Paul. 7 quaest. D. 26.7.43.1 (unbedenklich: *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 315–317 gegen *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 112–116).

[412] Valer./Gallien. C. 5.3.5 (a.258); dazu *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 317 f.

[413] Iul. 5 Min. D. 24.1.39; dazu *Wacke*, TR 40 (1972) 254; *Schanbacher*, TR 60 (1992) 12 f.; *Klinck*, Erwerb (2004) 337–339; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 319–321; grundlos anders *Haymann*, BIDR 51/52 (1948) 420. Zum Verbot Fn. 310.

[414] Mod. diff. dot. sing. D. 23.3.13 (*exceptio doli*).

[415] Pomp. 15 Sab. D. 45.1.21 (dazu *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 322–324); zu Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.4 Rn. 71 Fn. 472.

[416] Val. Max. 8,2,2; Pap. 10 quaest. D. 24.1.52.1; Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.1; dazu *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 325–336; *Rüger*, Donatio (2011) 97–123.

[417] Pomp. 11 var. lect. D. 4.8.40; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 208 f.

[418] *Cautio usufructuaria*: Ven. 12 stip. D. 7.9.4; Ulp. 79 ed. D. 7.9.3.4; *cautio iudicatum solvi*: Gai. 27 ed. prov. D. 46.7.7; Paul. 8 ed. D. 3.3.14; Ulp. 7 disp. D. 46.7.13.1; *cautio vadimonium sisti*: Pap. 2 quaest. D. 2.11.15; Paul. 1 Plaut. D. 2.11.10.2; *cautio legatorum servandorum causa*: Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.14; *cautio de conferendis bonis*: Iul. 23 dig. D. 37.6.3.5; zu diesen Texten *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 336–351.

das Geschäft bei einer Verschiedenheit von typischem Sinn und Vorstellung entweder unwirksam sein lässt oder der Erklärung den gewollten Sinn beimisst.[419]

Die Juristen fragen nach der Parteivereinbarung, nach dem *quod (quid) actum (est)*, welches sowohl objektive wie subjektive Merkmale umfasst.[420] Es bestimmt Inhalt und Umfang der Stipulationsschuld,[421] darüber hinaus vor allem die Fälligkeit der Leistung[422] und die (stillschweigenden) Verfallsbedingungen des Versprechens.[423] Eine im Versprechen nicht genannte Person (Gläubiger oder Schuldner) kann dagegen aus dem Parteiwillen nicht erschlossen werden.[424] Gestützt wird die Auslegung dabei auf den Grundsatz *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*.[425] Die formlose Vereinbarung ist dann nicht nur im Wege der Einrede durchsetzbar,[426] sondern kann auch zu einer zivilrechtlich wirksamen Abänderung des Versprechens führen.[427] **64**

Ausgangspunkt für das *quod actum* ist die typische Bedeutung des gewählten Wortlauts, der allgemeine Sprachgebrauch.[428] Für ein abweichendes Verständnis trägt derjenige die Beweislast, der sich darauf beruft.[429] Lässt sich das *quod actum* nicht erweisen, gilt der Regionalgebrauch (*mos regionis*).[430] **65**

[419] Zum Vorstehenden *Kaser*, RP I 234 f.

[420] S. Afr. 5 quaest. D. 7.1.36.1; Paul. 14 Plaut. D. 34.5.21 pr.; Ulp. 1 resp. D. 45.2.8; Ulp. 50 Sab. D. 45.1.41 pr.; Ulp. 47 Sab. D. 46.4.6; dazu *Pringsheim*, SZ 78 (1961) 83–87; *Wunner*, Contractus (1964) 180 f.; *Gandolfi*, Interpretazione (1966) 116–137; *Seidl*, St. Volterra I 72 f.; *Thomas*, St. Biscardi I 23; *Talamanca*, in: *Kupiszewski/Wołodkiewicz*, Droit romain (1978) 226–229; *Harke*, Irrtum (2005) 278–280; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 115; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 8 Rn. 9. Zum Erfordernis eines *consensus* auch Rn. 13.

[421] S. etwa Afr. 5 quaest. D. 7.1.36.1; Ulp. 1 resp. D. 45.2.8; dazu *Babusiaux*, Quod actum (2006) 45 f.

[422] Scaev. 5 resp. D. 45.1.135 pr.; Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.2 i. f.; Ulp. 50 Sab. D. 45.1.41 pr. (dazu *Knütel*, FS Kaser (1976) 212 f.; *Talamanca*, in: *Kupiszewski/Wołodkiewicz*, Droit romain (1978) 212–214; *Sicari*, Pena (2001) 166–172); s. noch Rn. 66.

[423] S. z. B. Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 19.2.58.1; Iul. 52 dig. D. 38.1.24; Iul. 53 dig. D. 46.1.16.6; Pap. 2 quaest. D. 45.1.115 pr.,2; Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.2 i. f.; Paul. 3 ed. D. 2.14.4.3; Paul. 13 ed. D. 4.8.34.1; Paul. 16 quaest. D. 18.4.21; Paul. 5 resp. D. 19.2.54.1.

[424] Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.2 i. f. mit *Knütel*, FS Kaser (1976) 225 f.; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 82 f. Zu einer (scheinbaren) Ausnahme: Iul. 56 dig. D. 46.8.22.7 mit *Finkenauer*, Stipulation (2010) 226.

[425] „Es wird angenommen, dass formlose Vereinbarungen, die gleichzeitig mit der Stipulation abgeschlossen werden, Inhalt der Stipulation sind", vgl. Paul. 3 quaest. D. 12.1.40; Paul. 3 ed. D. 2.14.4.3; Paul. 15 resp. D. 45.1.134.1; dazu *Knütel*, FS Kaser (1976) 202, 213, 216–221, 228. Der Interpolationsverdacht der früher herrschenden Meinung (etwa von *Riccobono/Kerr Wylie/Beinart*, Stipulation (1957) 184–191) ist ungerechtfertigt.

[426] Zur Einredelösung z. B. Paul. 5 resp. D. 19.2.54.1; dazu *Knütel*, FS Kaser (1976) 209; *Talamanca*, in: *Kupiszewski/Wołodkiewicz*, Droit romain (1978) 234–236; *Thomas*, St. Biscardi I 28 f.; *Giliberti*, Labeo 29 (1983) 44; *Sicari*, Pena (2001) 146–152.

[427] Zur Relevanz der *causa* auch bei abstrakten Versprechen Rn. 62.

[428] Pomp. 4 Q. Muc. D. 45.1.110.1 mit *Harke*, Irrtum (2005) 316.

[429] *Harke*, Irrtum (2005) 280.

[430] Ulp. 45 Sab. D. 50.17.34; dazu *Gandolfi*, Interpretazione (1966) 350–352; *Harke*, Irrtum (2005) 321 f.; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 192 f.

2. Leistungszeit und Leistungsort

66 Der Schuldner hat, wenn nichts anderes bestimmt ist, sofort zu leisten.[431] Zu seinen Gunsten[432] gilt dies dann nicht, wenn eine Fälligkeit (*dies*) vereinbart ist.[433] Er darf jedoch vor Fälligkeit leisten.[434] Ist eine Zeitspanne angegeben, ist die Leistung erst nach ihrem vollständigen Ablauf fällig, selbst wenn vorher feststeht, dass sie nicht mehr erbracht werden kann.[435] Dem Schuldner ist die Zeit einzuräumen, die ein gewissenhafter Hausvater für die Vornahme der versprochenen Handlung benötigt;[436] eine Leistungsschwierigkeit gilt als in der Stipulation wenigstens stillschweigend beachtet.[437] Ist durch Irrtum der Leistungszeitpunkt in der Stipulation nicht festgelegt, ist die Stipulation unwirksam; ist die Leistungszeit dagegen bewusst offengelassen worden, verfällt die Stipulation erst, wenn der Schuldner nicht (mehr) leisten kann.[438] Ergibt auch das *quod actum* nicht, welcher von mehreren in Betracht kommenden (Markt-)Tagen gemeint ist, stellt Sabinus für die Fälligkeit auf den frühesten, Proculus dagegen auf den spätestmöglichen Termin ab.[439]

67 Es ist an dem Ort des Vertragsschlusses zu leisten, wenn nichts anderes vereinbart oder den Umständen zu entnehmen ist. Der in Rom versprochene Sklave, der sich in Ephesos befindet, muss also in Rom übereignet werden.[440] Gattungsschulden wie all-

---

[431] Pomp. 5 Sab. D. 50.17.14; Ulp. 50 Sab. D. 45.1.41.1. Nach Pap. 27 quaest. D. 45.1.118.1 bedeutet „heute" sofortige Leistung. *Operae* werden erst nach Anforderung fällig (Iul. 52 dig. D. 38.1.24).

[432] Iul. 52 dig. D. 45.1.56.4; Ulp. 50 Sab. D. 45.1.41.1; Ulp. 23 Sab. D. 50.17.17.

[433] Ulp. 50 Sab. D. 45.1.41.1. Danach kann der vereinbarte Leistungsort auch für die Leistungszeit maßgeblich sein, etwa wenn er nur nach einer Reise erreicht werden kann.

[434] Gai. 3.113; Cels. 26 dig. D. 46.3.70; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.16; Ulp. 23 Sab. D. 50.17.17; Inst. 3.20.5.

[435] Pomp. 27 Sab. D. 45.1.42; Pap. 2 def. D. 45.1.124; Paul. 1 Plaut. D. 2.11.10.1; Paul. 2 Sab. D. 45.1.8 (dazu *Sicari*, Pena (2001) 181–184, 205 f., 211–219); Inst. 3.19.26. Vollständiger Fristablauf wird auch bei einer negativen Potestativbedingung gefordert (Cels. 38 dig. D. 45.1.99.1; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 95 f.; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 93 f.), während bei einer negativen *condicio casualis* schon bei laufender Frist die Bedingung eintreten kann (Pomp. 3 Sab. D. 45.1.10; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 96–99, 144; anders *Sturm*, SZ 97 (1980) 424).

[436] *Stipulatio in dando*: Pomp. 10 epist. D. 19.1.55; Inst. 3.19.27; *stipulatio in faciendo*: Pomp. 5 Sab. D. 45.1.14; Ven. 1 stip. D. 45.1.137.2,3; s. auch Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 19.2.58.1; *Rainer*, Der Bauvertrag in Stipulationsform, in: Zlinsky, Questions de responsabilité (1993) 262–264. Zur *res futura*: Paul. 24 ed. D. 45.1.73 pr. Der Wert der Leistung bestimmt sich nach dem Fälligkeitszeitpunkt, vgl. Ulp. 20 ed. D. 45.1.60.

[437] Iul. 52 dig. D. 38.1.24; Ven. 1 stip. D. 45.1.137.4; Pap. 21 quaest. D. 40.7.34.1; Pap. 27 quaest. D. 46.1.49.2; Ulp. 27 ed. D. 13.4.2.6; Ulp. 20 ed. D. 45.1.60; Paul. 72 ed. D. 45.1.83.5.

[438] Pap. 2 quaest. D. 45.1.115 pr. für ein Vadimonium. Auffällig ist, dass Papinian hier im Falle des Irrtums nicht auf das *quod actum* zurückgreift; dazu *Talamanca*, in: *Kupiszewski/Wołodkiewicz*, Droit romain (1978) 230 f.

[439] Ven. 4 stip. D. 45.1.138 pr.; Ulp. 50 Sab. D. 45.1.41 pr.; Paul. 2 Sab. D. 45.1.8 (Textrekonstruktion bei *Behrends*, FS Otte 469 f.).

[440] Ven. 1 stip. D. 45.1.137.4; *Amarelli*, Locus (1984) 84–90; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 53 Rn. 14.

jährliche Leistungen sind mangels Vereinbarung dort zu erfüllen, wo sie gefordert werden.[441]

3. Mehrfacher Verfall einer Stipulation

Als Auslegungsfrage behandeln die römischen Juristen das Problem, ob eine Stipulation mehrfach verwirkt werden kann.[442] Sowohl der sukzessiv-teilweise Verfall[443] als auch die wiederholte Verwirkung desselben Versprechens[444] sind möglich. Begründen lässt sich dies häufig mit der Regel *tot stipulationes quot res* (→ Rn. 11). Einer möglichen Konsumption wehrt man durch eine *praescriptio pro actore*.[445] **68**

4. Unklarheiten

Bei Unklarheiten ist im Zweifel geltungserhaltend auszulegen, so also, dass das Geschäft wirksam ist,[446] *ut res magis valeat quam pereat*.[447] Im Rahmen einer solchen Auslegung können gewisse Gesichtspunkte (Topoi) wie der *favor libertatis* (Begünstigung der Freiheit)[448] oder auch der *favor dotis* (Begünstigung der Mitgift)[449] durchgesetzt werden.[450] Da der Gläubiger die Stipulationsfrage stellt und der Schuldner sich mit seiner Antwort dessen Bedingungen unterwirft, ist der Schuldner schutzbedürftig. Unklarheiten gehen deshalb nach der wenigstens spätrepublikanischen[451] Auslegungsregel[452] *ambiguitas contra stipulatorem* zu Gunsten des Schuldners (*favor promissoris*);[453] schließ- **69**

---

[441] Pomp. 5 Sab. D. 33.1.1.

[442] Entgegen *Guarneri-Citati*, AUPA 9 (1921) 204–212 lässt sich der Satz: *semel commissa stipulatio (poena) amplius committi non potest* (vgl. Paul. 13 ed. D. 4.8.34.1) nicht aufstellen; richtig *Knütel*, SZ 92 (1975) 130–161. Zu Leibrentenversprechen Rn. 21 Fn. 147.

[443] S. nur Ulp. 46 Sab. D. 21.2.32 pr. zur *stipulatio duplae*; Ulp. 79 ed. D. 35.3.3.9 zur *cautio evicta hereditate legata reddi*; anders Ulp. 7 disp. D. 46.7.13 pr. zur *cautio iudicatum solvi*; dazu *Knütel*, SZ 92 (1975) 134 f., 138, 140–145.

[444] Pomp. 26 Sab. D. 46.8.18 zur *cautio de rato* und *damni infecti*; Scaev. 13 quaest. D. 45.1.133 zum Unterlassen von Gewaltanwendung; Ulp. 79 ed. D. 7.9.1.5,6 zur *cautio usufructuaria*; *Knütel*, SZ 92 (1975) 145–155.

[445] *Knütel*, SZ 92 (1975) 132 f.

[446] Ulp. 74 ed. D. 45.1.80; Paul. 14 Plaut. D. 34.5.21.1; s. auch Iul. 87 dig. D. 50.17.67; *Gandolfi*, Interpretazione (1966) 367–389; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 102 f.; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 8 Rn. 13; bei *Kaser*, RP I 239 Fn. 30 noch Überarbeitungsverdacht.

[447] So für Klagen und Einreden: Iul. 50 dig. D. 34.5.12.

[448] Gai. 5 ed. prov. D. 50.17.122.

[449] *Stagl*, Favor dotis (2009) 109–115, 337–339.

[450] *Kaser/Knütel/Lohsse* § 8 Rn. 13.

[451] Pap. 5 quaest. D. 2.14.39; *Harke*, Irrtum (2005) 129. Für sakralrechtlichen Ursprung: *Honsell*, FG Kaser 76, 88.

[452] Dazu *Baldus*, Vertragsauslegung II (1998) 689 f.; *Harke*, Irrtum (2005) 318 f.

[453] Cels. 26 dig. D. 34.5.26; Cels. 38 dig. D. 45.1.99 pr.; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.18. Für die klassische Bedeutungslosigkeit der Regel aber *Honsell*, FG Kaser 87 f.; dagegen zu Recht *Hausmaninger*,

lich hat es der Gläubiger in der Hand, sich eindeutig auszudrücken.[454] Vorrang vor der Anwendung der *ambiguitas*-Regel hat aber die Auslegung nach dem *quod actum*.[455] Für die sog. prätorischen Stipulationen gilt der genannte Grundsatz nicht; denn bei ihnen nimmt der Gerichtsmagistrat den entscheidenden Einfluss auf den Stipulationswortlaut,[456] und schutzwürdig ist allein der Gläubiger, in dessen Interesse das Versprechen überhaupt abgegeben wird.[457]

5. Irrtum

70 Die römische Irrtumsdogmatik ist wegen der fehlenden Kategorie der Willenserklärung nicht von der Auslegung zu trennen. Das Rechtsgeschäft wird stets als Ganzes, als nicht zerlegbare Einheit geprüft, eine Aufspaltung wie im modernen Recht in Wille und Erklärung findet genausowenig statt[458] wie eine Unterscheidung von Parteivorstellung und objektivem Geschäftsinhalt; Verkehrsschutz spielt keine Rolle.[459] Da auch der Konsens Geltungsgrund für die Stipulation ist (→ Rn. 13), ist er hier ebenso bedeutsam wie bei den Konsensualverträgen.[460] Stimmen die Willensmeinungen nicht überein und ist von ihrem Irrtum ein wesentliches Vertragselement betroffen, herrscht ein relevanter Dissens zwischen den Parteien.[461] Zur Erkenntnis dieses Dissenses können die Erklärungen, aber auch andere Hilfsmittel herangezogen werden.[462]

FS Wesener 171 f.; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 103. Zur Beweislast unter Anwendung der Regel *Babusiaux*, a. a. O. 90–103. Für eine materiale Begründung der Regel – restriktive Auslegung der Verpflichtung, weil der Gläubiger seine eigenen Interessen durchsetzen will – *Krampe*, SZ 100 (1983) 203, 227; dagegen *Honsell*, FG Kaser 87 f. Keine Einschränkung der Regel findet sich in Pomp. 4 Q. Muc. D. 45.1.110.1 (*Harke*, Irrtum (2005) 316).

[454] Für die Stipulation: Cels. 38 dig. D. 45.1.99 pr. (*quia stipulatori liberum fuit verba late concipere*); echt entgegen *Troje*, SDHI 27 (1961) 152–154; richtig *Krampe*, SZ 100 (1983) 202, 226; *late* hat hier keine andere Bedeutung als etwa *apertius* (*Krampe*, Mél. Gandolfi 881); zur Einschränkung *fere secundum promissorem Krampe*, a. a. O. 882; *Harke*, Argumenta Iuventiana (1999) 113; für *pacta*: Pap. 5 quaest. D. 2.14.39; Paul. 5 Sab. D. 18.1.21 pr.

[455] Paul. 14 Plaut. D. 34.5.21 pr. mit *Krampe*, SZ 100 (1983) 211, 228; *Harke*, Irrtum (2005) 313 f.; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 90 f.

[456] Ven. 1 stip. D. 46.5.9; Ulp. 7 disp. D. 45.1.52 pr.; s. auch Maec. 12 quaest. fideic. D. 50.17.96 (ursprünglich zu den prätorischen Stipulationen *Lenel*, Pal. Maecian 47).

[457] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 227, 308 f.

[458] So aber *Wunner*, Contractus (1964) 146; dagegen *Schermaier*, Materia (1992) 126.

[459] *Kaser*, RP I 235.

[460] Zu letzteren Gai. 3.135.

[461] Für den einseitigen Irrtum mit Bezug auf alle Kontrakte Pomp. 36 Q. Muc. D. 44.7.57 (*si error aliquis intervenit … nihil valet quod acti sit*). Gegen die Textkritik (bei *Wieacker*, Mél. Meylan I 403 f.; *Wolf*, Error (1961) 70 f., 81) *Harke*, Irrtum (2005) 91–93; ähnlich schon *Kaser*, RP I 238 Fn. 19; *Schermaier*, SZ 115 (1998) 265 Fn. 126, die an eine Bearbeitung aus klassischem Material für die oströmische Schule glauben.

[462] *Kaser*, RP I 238. Hier wird die herrschende sog. (subjektive) Dissenstheorie auf Grund ihrer größeren Quellennähe zugrunde gelegt (*Kaser*, RP I 237 f.; *Mayer-Maly*, Mél. Meylan I 248 f.; *Hon-*

Die Quellen zur Stipulation, um die es hier wegen der Geschäftsbezogenheit der römischen Irrtumslehre allein gehen kann,[463] unterscheiden einen *error in corpore*, *in nomine* und *in materia*. Beachtliche Irrtümer über den Vertragsgegenstand (*corpus*) machen die Stipulation unwirksam:[464] Der Schuldner verspricht z. B. entweder einen bestimmten,[465] namentlich nicht bezeichneten Sklaven und denkt dabei an den einen, der Gläubiger an den anderen Sklaven,[466] oder aber er verspricht einen Sklaven Stichus, der Gläubiger denkt jedoch an einen anderen Sklaven dieses Namens[467] oder eines anderen Namens, den er irrig für Stichus hält.[468] In all diesen Fällen fehlt die Willenseinigung als konstitutives Element der Stipulation, es liegt ein beachtlicher Dissens vor. Eine gemeinsame Falschbezeichnung (*error in nomine*) ist dagegen so lange irrelevant, wie die Parteien Einigkeit über den Vertragsgegenstand erzielten.[469] Gleiches gilt für den Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft (*error in materia*): Hält der Gläubiger das versprochene Erz für Gold, ist das Versprechen wegen Konsenses über den Vertrags- 71

sell/Mayer-Maly/Selb 122; *Schermaier*, Materia (1992) 126 f.; *Wacke*, Index 22 (1994) 286 f.). Anders die (von *Wolf*, Error (1961) 169 begründete und zuerst von *Wieacker*, Mél. Meylan I 393 so genannte) Identifikationstheorie, nach der der Vertrag unabhängig von einem Konsens dann unwirksam ist, wenn ein objektiv notwendiger Vertragsgegenstand nicht bezeichnet bzw. identifiziert ist. Für *Harke*, Irrtum (2005) 78, 348 ist für die Vertragsgeltung allein die Ermittlung eines objektiven Geschäftsinhalts entscheidend, nicht der Konsens. Im Falle einer Divergenz von Willen und objektivem Geschäftsinhalt sei in bestimmten Fallgruppen der Vertrag unwirksam (dagegen oben Rn. 3, Fn. 94).

[463] *Ernst*, FS Kötz 4. Zu Harkes Entwurf einer römischen Irrtumslehre zu Recht krit. *Schermaier*, SZ 125 (2008) 827, 834; *Schermaier*, FS Wubbe 60–62.

[464] Auf fehlendes Zustandekommen stellen Ven. 1 stip. D. 45.1.137.1; Paul. 72 ed. D. 45.1.83.1 (*nihil actum/acti erit*) ab, auf Unwirksamkeit dagegen Pomp. 36 Q. Muc. D. 44.7.57 (*nihil valet*). Wegen der fehlenden terminologischen Prägnanz (Rn. 43) sind daraus entgegen *Harke*, Irrtum (2005) 138 jedoch keine Schlussfolgerungen zu ziehen.

[465] Dazu *Knütel*, FS Behrends 235.

[466] Ven. 1 stip. D. 45.1.137.1; zutr. für Echtheit *Mayer-Maly*, Mél. Meylan I 248; *Talamanca*, in: *Kupiszewski/Wołodkiewicz*, Droit romain (1978) 222 f.; *Pastori*, Negozio (1994) 234; *Knütel*, FS Behrends 235–237; für unklassisch halten die Stelle *Wolf*, Error (1961) 61 f. (gegen ihn *Wunner*, Contractus (1964) 175 f., 193 f.) und wegen Leo C. 8.37.10 (a.472) *Harke*, Irrtum (2005) 143 f. (zu Leo aber Rn. 82); *Romano*, AUPA 48 (2003) 327; formale Textkritik bei *Wieacker*, Mél. Meylan I 402.

[467] Paul. 72 ed. D. 45.1.83.1; zutr. für Echtheit *Mayer-Maly*, Mél. Meylan I 248; *Wunner*, Contractus (1964) 167–169, 193 f.; *Flume*, TR 33 (1965) 109 f.; *Talamanca*, in: *Kupiszewski/Wołodkiewicz*, Droit romain (1978) 222 f.; für unklassisch halten die Stelle *Wolf*, Error (1961) 56–64; *Wieacker*, Mél. Meylan I 402; *Harke*, Irrtum (2005) 143 f.; zu Paul. 14 Plaut. D. 34.5.21 pr. Fn. 455; zu Iav. 6 epist. D. 45.1.106 Fn. 381.

[468] Inst. 3.19.23; der Inhalt ist unbedenklich als klassisch zu erachten; so auch *Wunner*, Contractus (1964) 169–172; *Talamanca*, in: *Kupiszewski/Wołodkiewicz*, Droit romain (1978) 220–223; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 8 Rn. 24; anders *Wolf*, Error (1961) 64, 69; *Wieacker*, Mél. Meylan I 401 f.

[469] Ulp. 47 Sab. D. 45.1.32 (gemeinsamer Irrtum über den Namen des Sklaven); dazu *Harke*, Irrtum (2005) 125; *Knütel*, FS Behrends 226. gleichsinnig für den Kauf Ulp. 28 Sab. D. 18.1.9.1. – Kein Fall einer unschädlichen Falschbezeichnung, sondern von Teilnichtigkeit ist Afr. 5 quaest. D. 30.108.10 (*Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 61 f.).

gegenstand gleichwohl wirksam.[470] Ein Irrtum über die Identität des Vertragspartners (*error in persona*) ist für den Bestand der Stipulation ebenfalls unbeachtlich.[471] Dagegen können im klassischen Recht selbst Motivirrtümer, also Fehlvorstellungen im Beweggrund bei Eingehung der Stipulation, beachtlich sein, und zwar entweder bereits nach *ius civile*[472] oder mittels *exceptio doli*.[473]

72 In nachklassischer Zeit bildet der *error iustus* – der Irrtum in den bereits anerkannten, womöglich auch in weiteren Fallgruppen – im Westen einen Restitutionsgrund.[474] Im Osten rechtfertigt er eine *exceptio in factum*.[475] Die Rechtsmittel, nach dem Vorbild der Behandlung von *metus* und *dolus*, führen nur zur Anfechtbarkeit, nicht zur Nichtigkeit.[476]

73 Vom Testamentsrecht ausgehend, gelangt der Grundsatz der unschädlichen Falschbezeichnung (gemeinrechtlich *falsa demonstratio non nocet*) ins Vertragsrecht. Während sie in jenem zunächst nur die zugefügte Falschbegründung (*falsa causa*) meint und erst sodann auch die falsche, aber unschädliche zusätzliche Bezeichnung einer Person oder Sache,[477] beschränkt sich die Bedeutung der Regel im Vertragsrecht auf den *error in nomine*, die unschädliche Falschbezeichnung (→ Rn. 71).

---

[470] Paul. 9 Sab. D. 45.1.22 (unter Verweis auf die Arglistklausel im Falle einer Täuschung durch den Schuldner). Die abweichende Entscheidung beim Kauf in Ulp. 28 Sab. D. 18.1.9.2 ist entgegen *Behrends*, SZ 95 (1978) 207 Fn. 48 nicht Ausdruck einer Klassikerkontroverse, weil hier anders als beim Kauf die versprochene Sache individualisiert ist, zutr. *Harke*, Irrtum (2005) 137; s. auch *Flume*, FS Schulz I 251.

[471] Cels. 5 dig. D. 12.1.32 (Versprechen des von *ego* angewiesenen Schuldners gegenüber dem Darlehensnehmer *tu*, der sich in der Person des Promissors irrt); dazu *Harke*, Argumenta Iuventiana (1999) 138 f.; *Harke*, Irrtum (2005) 120–124; *Horak*, SZ 118 (2001) 413–430, 428 f. mit Fn. 21; *Heine*, Condictio (2006) 42–46. Unwirksam ist allein das Darlehen zwischen *ego* und *tu*. Anders *Kaser*, RRQ 279 mit Fn. 83, der von einem Versprechen des Schuldners des Titius, aber Zahlung durch den Schuldner des *ego* ausgeht (dagegen zu Recht *Reichard*, St. Labruna VII 4729–4736).

[472] Auch bei nicht kausaler Fassung der Stipulation: Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.4 (irriges Mitgiftrückzahlungsversprechen in doppelter Höhe der Mitgift, das auf den Betrag der Mitgift herabgesetzt wird); so auch *Wunner*, Contractus (1964) 207; *Finkenauer*, SZ 126 (2009), 323–325; *Knütel*, FS Behrends 227–230; hier aber für kausale Fassung: *Zimmermann*, LO 92 f.; *Zimmermann*, Moderationsrecht (1979) 133; *Sacconi*, Stipulatio (1989) 92; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 21 Fn. 67; *Stagl*, Favor dotis (2009) 229; für Unechtheit *Riccobono/Kerr Wylie/Beinart*, Stipulation (1957) 106 f.

[473] Scaev. 27 dig. D. 44.4.17 pr. (irriges Verzinsungsversprechen wegen eines Dotalpakts); dazu *Biondi*, Contratto (1953) 322; *Mayer-Maly*, St. Sanfilippo I 339; *Wacke*, TR 43 (1975) 242; Iul. 60 dig. D. 39.5.2.3 (Versprechen gegenüber einem Dritten auf Anweisung eines Putativgläubigers); Paul. 3 Sab. D. 19.1.5.1 (Versprechen in der irrigen Annahme eines dazu verpflichtenden Legats); dazu *Wolf*, Causa (1970) 175–182; *Thomas*, RIDA 26 (1979) 428; *Metro*, Scr. Franciosi III 1734 f.

[474] Paul. 1 sent. D. 4.1.2; 1.7.2 mit IP; Her. 1 iur. epit. D. 4.4.17; *Levy*, Vulgarrecht (1956) 26 f.; *Wacke*, SZ 88 (1971) 133; *Harke*, Irrtum (2005) 268–270; *Harke*, SZ 122 (2005) 99–101.

[475] Inst. 4.13.1 ohne Vorbild bei Gaius; dazu *Harke*, Irrtum (2005) 270–272. Daneben ist auch die Restitution überliefert, s. vorherige Fn.

[476] Justinian überliefert uns freilich daneben die klassische Lösung der Nichtigkeit.

[477] Dazu *Wieling*, SZ 87 (1970) 196–212 mit vielen Nachweisen; *Forzieri Vannucchi*, Interpretazione (1973) 115–148.

6. Umdeutung

Die römischen Juristen deuten ein unwirksames Rechtsgeschäft in ein wirksames um, **74**
wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind, ohne allerdings von Konversion zu sprechen. Es handelt sich für sie um eine Frage der (ergänzenden) Auslegung des Rechtsgeschäfts.[478] Die unwirksame Akzeptilation (→ Rn. 87) – Frage und Antwort sind nicht ausgetauscht worden, es besteht keine Kongruenz zwischen ihnen oder die zu erlassende Schuld ist keine Stipulationsschuld – wird in ein *pactum de non petendo* umgedeutet,[479] wenn ein entsprechender Parteiwille anzunehmen ist.[480] Dagegen kann eine unwirksame Stipulation nicht in ein formloses *constitutum* umgedeutet werden.[481]

VI. Wirkungen

1. Vererblichkeit

Die *stipulatio in dando* ist seit der Zwölftafelzeit vererblich, auf der Gläubiger- wie **75**
Schuldnerseite.[482] Soll das Forderungsrecht auf die Lebenszeit des Gläubigers beschränkt bleiben, wird dem Versprechen ein *quoad vivam* („solange ich lebe") hinzugefügt.[483] Auch die *stipulatio in (non) faciendo* ist in klassischer Zeit vererblich;[484] das lässt sich ohne weiteres an den unpersönlich (*in rem*)[485] formulierten Versprechen

[478] *Wacke*, SZ 90 (1973) 256; *Krampe*, Konversion (1980) 61, 67; anders *Giuffrè*, Conversione (1965) 32, 72, der Umdeutung und Auslegung unterscheidet.

[479] Iul. 15 dig. D. 18.5.5 pr. mit *Krampe*, TR 53 (1985) 19; Paul. 3 ed. D. 2.14.27.9 mit *Babusiaux*, Quod actum (2006) 122 f.; Ulp. 2 reg. D. 46.4.19 pr. (die dort neben der *exceptio pacti* gewährte *exceptio doli* ist echt, vgl. *Wacke*, SZ 90 (1973) 227–231; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 190).

[480] Ulp. 48 Sab. D. 46.4.8 pr.; gegen den Verdacht einer Glosse ab *fingamus* (so *Krampe*, TR 53 (1985) 4, 12, 15) *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 191 f. mit Textrekonstruktion (194).

[481] Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.4; dazu *Babusiaux*, Quod actum (2006) 123 f.; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 173–200.

[482] Unstreitig, vgl. *Scherillo*, BIDR 36 (1928) 69, 85 Fn. 1; *Schindler*, Justinians Haltung (1966) 305 f. Fn. 75; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 23–33; für die aktive Seite: Ven. 1 stip. D. 45.1.137.8, für die passive: Iul. 52 dig. D. 45.1.56.1. Zur Unvererblichkeit der Sponsionshaftung Fn. 20.

[483] Iul. 52 dig. D. 45.1.56.4; Inst. 3.15.3; anders *Sotty*, Mél. Magdelain 440 f.

[484] So *Finkenauer*, Stipulation (2010) 52–65 (*habere licere*), 96–104 (*stipulatio doli*), 126–137 (*compromissum*), 170–185 (*per te non fieri*), 310–312 (Prozesskautionen), 327; weitgehend zust. *Cannata*, Iura 61 (2013) 294 sowie die Untersuchung von *Casella*, Trasmissibilità (2018) gegen *Scherillo*, BIDR 36 (1928) 37, 39, 73 f., 87, 93, 96, der vor allem wegen der vermeintlichen Höchstpersönlichkeit der *facere*-Versprechen, der Reformkonstitution Iust. C. 8.37.13 (a.530) und Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.14 mit Hilfe zahlreicher Textveränderungen meint, es habe noch in klassischer Zeit Juristen gegeben, die eine Vererblichkeit trotz Erbenklausel abgelehnt hätten; ihm folgen *Pastori*, Negozio (1994) 145–148; *Mannino*, Labeo 40 (1994) 173; *Emunds*, Drittleistung (2007) 301, 307–313; Zweifel an dieser Ansicht schon bei *Kaser*, RP II 387 Fn. 70; *Talamanca*, ED 29 (1979) 31 Fn. 208; *Sanguinetti*, SDHI 65 (1999) 178 Fn. 50, 180; *Wacke*, SZ 123 (2006) 223.

[485] Zur Unterscheidung der *stipulationes in rem* und *in personam* Rn. 18.

erweisen.[486] Nur wenn ausnahmsweise eine unvertretbare, höchstpersönliche Handlung geschuldet ist, ist ein Erlöschen des Versprechens mit dem Tod des Verpflichteten zu vermuten.[487] Die vielfach bei *stipulationes in personam* überlieferte Erbenklausel (*mentio heredis*) ist für die aktive wie passive Vererblichkeit in klassischer Zeit nicht mehr konstitutiv,[488] wird aber aus Traditionalismus in den Stipulationsformularen mitgeschleppt.[489] Sie kann jedoch auch der Klarstellung dienen, dass eine Vererblichkeit gewollt ist.[490] Mit der Erwähnung eines bestimmten Erben in der Stipulation scheint es darüber hinaus nach allerdings umstrittener klassischer Auffassung möglich zu sein, die Sukzession in Rechte und Pflichten auf den genannten Miterben zu beschränken.[491] Mit der Erbenklausel können die Parteien zudem in spätklassischer Zeit nach womöglich umstrittener Ansicht entgegen dem Prinzip der Höchstpersönlichkeit des Nießbrauchs die auf Ausübung eines Nießbrauchs zielende (dinglich wirkende) *stipulatio uti frui licere* vererblich machen.[492] Die zu den *quinquaginta decisiones* zählende Konstitution Iust. C. 8.37.13 (a.530),[493] mit der Justinian wegen des Prinzips der Vertretbarkeit menschlicher Handlungen[494] die Berechtigung oder Verpflichtung aus

[486] *Habere licere*: Varro rust. 2,2,6; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 pr.–2; *stipulatio doli*: Ven. 9 stip. D. 46.7.19 pr.; Pap. 11 resp. D. 45.1.121.3; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.13; Ulp. 79 ed. D. 7.9.5 pr.; *per te non fieri*: Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.6; Paul. 12 Sab. D. 45.1.4.1; Paul. 23 ed. D. 10.2.25.9,10; *compromissum*: Cels. 2 dig. D. 4.8.37.

[487] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 48.

[488] *Manumissio*: Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.2; *habere licere*: Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.22; Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.15,18; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.3 pr.; TH 59, 61; *stipulatio doli*: Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.14; Paul. 6 Sab. D. 10.2.44.5; Paul. 12 Sab. D. 45.1.4 pr.; TPSulp. 48; *donatio Statiae Irenes* (FIRA III Nr. 95 = CIL 6 10247 = *Bruns*, Fontes Nr. 137); *per te non fieri*: Scaev. 13 quaest. D. 45.1.133; Paul. 12 Sab. D. 45.1.2.5,6; Paul. 23 ed. D. 10.2.25.12; Paul. 37 ed. D. 45.1.49.2; Prozesskautionen: *Finkenauer*, Stipulation (2010) 211–312. Anders *Casella*, Trasmissibilità (2018) 111 f., 140, die bei auf ein positives Tun gerichteten *stipulationes in faciendo* ohne Erbenklausel von klassischer Unvererblichkeit ausgeht (dagegen aber *Finkenauer*, SZ 137 (2020)).

[489] In einer früheren Zeit war sie also durchaus konstitutiv, vgl. *Finkenauer*, Stipulation (2010) 208 f. Für eine ähnliche Entwicklung der Erbenklausel beim *pactum de vendendo Burdese*, St. Solazzi 327.

[490] Das ist die alleinige Bedeutung von Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.14; vgl. *Ochsenbein*, Transmissibilité (1935) 95, 98; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 184 f., 209 (anders *Scherillo*, BIDR 36 (1928) 74). Der Übergang auf die Erben kann natürlich auch nicht gewollt sein, vgl. Iul. 56 dig. D. 46.8.22.7.

[491] S. einerseits Ven. 1 stip. D. 45.1.137.8; Afr. 7 quaest. D. 23.4.23 und wohl auch Pomp. 16 Sab. D. 23.4.9; Ulp. 50 Sab. D. 45.1.45.2; andererseits Iul. 52 dig. D. 45.1.56.1; Scaev. 13 quaest. D. 45.1.131 pr.; dazu *Finkenauer*, Stipulation (2010) 186–207; zust. *Casella*, Trasmissibilità (2018) 52–54, 107.

[492] Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.12; in diesen Zusammenhang gehört auch Paul. 18 Plaut. D. 45.1.92; dazu *Finkenauer*, Ess. Sirks 241–252 gegen *Cannata*, Iura 61 (2013) 341. – Zur dinglichen Ausübungsstipulation Rn. 80.

[493] *Schindler*, Justinians Haltung (1966) 336; *Falchi*, St. Biscardi V 124 f.; *Willems*, Quinquaginta Decisiones (2017) 187–196.

[494] Kritik an dieser Begründung bei *Biondi*, Contratto (1953) 350; *Liebs*, Index 1 (1970) 144 Fn. 5; dagegen *Finkenauer*, Stipulation (2010) 327 f.

einer Stipulation unabhängig von einer Erbenklausel auf den Erben des Gläubigers oder Schuldners übergehen lässt, wird nicht in die Digesten eingearbeitet und hat aus den vorstehenden Gründen keinen besonderen Novitätswert.[495] Zur Vererblichkeit von (un)teilbaren Schulden bei Miterben → § 58 Rn. 22–28.

Strafstipulationen (→ § 74) sind aktiv[496] und passiv[497] vererblich; zur Vererblichkeit bedingter Stipulationen → Rn. 39, Fn. 284, bei der Wahlschuld → Rn. 28, der Adstipulation → Rn. 33, von Gattungsschulden → Rn. 29, Fn. 206. 76

2. Drittwirkungen

Die Stipulation wird häufig als Paradigma des schuldrechtlichen Vertrags bezeichnet, sie wirkt *inter partes*.[498] Ausnahmsweise lassen namentlich die Spätklassiker jedoch, wenn es die Interessen der Parteien gebieten, Wirkungen gegenüber Dritten zu (→ Rn. 78–80). Solche dinglichen Wirkungen werden vermittelt, indem man dem Dritten[499] oder gegen ihn eine (analoge) Klage gewährt oder indem die Stipulation sogar ein dingliches Recht schafft. In der Vergangenheit standen die entsprechenden Texte unter weitreichendem Überarbeitungsverdacht, weil sie mit den Regeln *alteri stipulari nemo potest* (→ Rn. 58) und *nemo factum alienum promittere potest* (→ Rn. 60) nicht in Einklang stehen.[500] Jedoch hat man nur die Wahl, die Texte für unecht zu erklären oder mit der Erkenntnis ernst zu machen, dass die klassischen Juristen nach den Interessen der Parteien entscheiden und im Widerstreit zwischen einer Rechtsregel und den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs diesen den Vorrang geben. Sie nehmen sich die Freiheit, sogar stillschweigend von Rechtsregeln in den Fällen abzuweichen, in denen die Interessenlage es gebietet.[501] Mit der Annahme nachklassischer oder justi- 77

[495] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 322–329; nur teilw. zust. *Casella*, Trasmissibilità (2018) 139–141; a. A. etwa *Wacke*, SZ 123 (2006) 223.

[496] Paul. 12 Sab. D. 45.1.2.6; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.3.1.

[497] Lab. 5 pith. a Paul. epit. D. 22.2.9; Paul. 6 resp. D. 19.1.47; Paul. 58 ed. D. 45.1.77; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 101 f., 228–237.

[498] S. nur Paul. 2 inst. D. 44.7.3 pr.; *De Ruggiero*, BIDR 15 (1903) 47; *Grosso*, FG Lübtow (1970) 411. – Allerdings können Dritte (Ehegatten des Gläubigers oder in seinem Namen Handelnde) in den Schutzbereich der Stipulation einbezogen sein, vgl. Pomp. 5 Q. Muc. D. 45.1.111; Ulp. 53 ed. D. 39.2.13.5; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 176 mit Fn. 44.

[499] Der Erbe ist zwar Dritter, aber wird wie die Partei selbst behandelt, vgl. Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.1.

[500] Z. B. *Solazzi*, Iura 5 (1954) 141; *Grosso*, Usufrutto (1958) 356, 360; *Sitzia*, in: *Puliatti*, Legislazione (2000) 253; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 468, 539; *Lombardo*, Iura 61 (2013) 87; dagegen mit Recht für Echtheit der sog. Stipulationsservitut (s. Rn. 80) *Biondi*, Contratto (1953) 16, 368, 371 f.; *Biondi*, Servitù prediali (1969) 136, 249, 254; *Provera*, St. Volterra II 16, 40; zu Durchbrechungen des Stellvertretungsverbots auch *Claus*, Stellvertretung (1973) 238, 240; zu den im Text genannten Rechtsregeln Rn. 58–60.

[501] S. bereits Paul. 16 Plaut. D. 50.17.1; *Wieling* SZ 87 (1970) 242–244; *Kaser*, RRQ 147, 150; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 412; *Finkenauer*, SZ 125 (2008) 492 f.; *Finkenauer*, Index 43 (2015) 15–21; anders in der Tendenz *Knütel*, GS Heinze 478, 498.

nianischer Überarbeitung ist dagegen nichts erklärt, fehlt es doch durchgängig an einem Interpolationsmotiv; denn auch zur Zeit des Justinian sind die genannten Regeln in Geltung.

a. Direkte Stellvertretung

78 Die Juristen entwickeln nie ein allgemeines Institut der Stellvertretung im Sinne eines Handelns in fremdem Namen, weil das in weitem Umfang mögliche Handeln für andere im Normalfall genügt (→ Rn. 16). Sie durchbrechen jedoch auch bei der Stipulation vielfach die genannten Rechtsregeln, und zwar besonders in spätklassischer Zeit,[502] indem sie dem Geschäftsherrn[503] oder gegen ihn[504] eine *actio utilis* gewähren. Mit dem organschaftlichen oder treuhänderischen Gedanken allein lassen sich diese Texte nicht erklären;[505] jedenfalls funktional werden hier die Wirkungen einer direkten Stellvertretung auf der Gläubiger- wie auf der Schuldnerseite erreicht.[506] Das gilt zumal dann, wenn in bestimmten Fällen die direkte Klage für oder gegen den „Vertreter" gesperrt wird und die *actio utilis* für oder gegen den Geschäftsherrn die alleinige Klagemöglichkeit ist.[507] Die Anerkennung einer *actio utilis* des Geschäftsherrn im Einzelfall hängt von der *cognitio* des Prätors (oder Kaisers) ab.[508] Die Beispiele zeigen, dass un-

---

[502] Allerdings auch schon früher, vgl. Cic. fam. 13,28,2 (s. Fn. 504); Iulianus bei Ulp. 36 ed. D. 26.7.9 pr.; Scaev. 5 resp. D. 26.9.8.

[503] Für das Mündel: Ulp. 36 ed. D. 26.7.9 pr.; D. 27.8.1.16; Ulp. 79 ed. D. 46.6.4 pr.; Alex. C. 5.39.2 (a.213); für den Soldaten: Ulp. 5 op. D. 12.1.26; für den vertretenen Beklagten (*cautio iudicatum solvi*): Ulp. 9 ed. D. 3.3.27.1; Ulp. 1 disp. D. 3.3.28; für den Geschäftsherrn bei einer *cautio ex operis novi nuntiatione*: Ulp. 70 ed. D. 45.1.79 oder bei einer *cautio damni infecti*: Paul. 48 ed. D. 39.2.18.16; D. 46.5.5; für die Nachlassgläubiger bei einer *addictio bonorum libertatis causa*: Ulp. 65 ed. D. 40.5.3; für eine Stadtgemeinde: Paul. 1 man. D. 3.4.10; zu den genannten Texten *Finkenauer*, SZ 125 (2008) 448–458, 469–483; *Harke*, Actio utilis (2016) 313 f., 329–333.

[504] Gegen das Mündel: Scaev. 5 resp. D. 26.9.8; Scaev. 29 dig. D. 36.3.18.2 (*cautio legatorum servandorum causa*); wahrscheinlich Ulp. 32 ed. D. 21.2.4.1 (*stipulatio duplae*; dazu *Finkenauer*, SZ 125 (2008) 475; *Harke*, Actio utilis (2016) 336 f.); gegen den Geschäftsherrn bei Darlehensaufnahme: Pap. 3 resp. D. 14.3.19 pr.; gegen den Geschäftsherrn bei Verkauf durch den Geschäftsleiter: Paul. 30 ed. D. 14.3.17 pr. (*stipulatio duplae* oder *simplae*). Eine Klagemöglichkeit gegen den Geschäftsherrn ohne Erwähnung einer *actio utilis* wird vorausgesetzt in Cic. fam. 13,28,2 (*fideiussio*; dazu *Düll*, St. Arangio-Ruiz I 311 f.; *Finkenauer*, SZ 125 (2008) 484–489); Paul. 6 Sab. D. 10.2.44.6; Paul. 12 Sab. D. 45.1.4.1 i. f. (*cautio de rato*; dazu *Finkenauer*, SZ 125 (2008) 458–469); Ulp. 9 ed. D. 3.3.29 (*cautio iudicatum solvi*; dazu *Finazzi*, in: *Padoa Schioppa*, Agire (2010) 110 f.).

[505] *Finkenauer*, SZ 125 (2008) 490–492; *Finazzi*, in: *Padoa Schioppa*, Agire (2010) 33 f. gegen *Kaser*, ausgew. Schr. II 255, 257, 260.

[506] Ein Handeln im fremden Namen wird im Unterschied zu den modernen Rechten nicht verlangt, und auch die Rechtsfolge – Verdopplung der Klagezuständigkeit durch die Gewährung einer *actio directa* an den „Vertreter" und einer *actio utilis* an den „Vertretenen" – ist verschieden.

[507] Pap. 3 resp. D. 14.3.19 pr.; Ulp. 1 disp. D. 3.3.28; Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.3; dazu *Finkenauer*, SZ 125 (2008) 493–497.

[508] Paul. 48 ed. D. 39.2.18.16; D. 46.5.5.

mittelbare Wirkungen nicht nur bei den prätorischen Stipulationen anerkannt wurden.[509]

b. Vertrag zu Gunsten und zu Lasten Dritter

Von dem Verbot eines echten Vertrags zu Gunsten Dritter (→ Rn. 58) machen die klassischen Juristen Ausnahmen, wenn ihnen eine solche billig erscheint, indem sie dem Dritten eine *actio utilis* gewähren.[510] In spätklassischer Zeit können in prätorischen Stipulationen, die Grundstücke betreffen und letztlich der Gefahrenabwehr unter Nachbarn dienen, auf der Seite des Gläubigers wie des Schuldners die Einzelrechtsnachfolger in das Grundstück genannt werden[511] und so direkt berechtigt und verpflichtet werden.[512] Recht und Last haften hier gewissermaßen am Grundstück. **79**

c. Dingliche Rechte

Eine Grunddienstbarkeit oder ein Nießbrauch kann schon in klassischer Zeit durch *pactiones et stipulationes* auf Provinzial- und wahrscheinlich auch auf italischem Boden bestellt werden.[513] Unterschiedlich beurteilt wird, ob es sich dabei um einen Gesamt- **80**

[509] *Finkenauer*, SZ 125 (2008) 489 f.; anders die herrschende Meinung, vgl. nur *Behrends*, SZ 88 (1971) 297; *Kaser*, SZ 91 (1974) 193.

[510] Für die Stipulation: Paul. 6 quaest. D. 24.3.45 (dazu *Stagl*, Favor dotis (2009) 147–157; *Finazzi*, St. Metro II 438–443; anders *Schnabel*, Adiectus (2015) 156–166; *Harke*, Actio utilis (2016) 291–294); Ulp. 50 Sab. D. 45.1.45.2 (dazu *Finkenauer*, Stipulation (2010) 205–207, aber auch *Harke*, Actio utilis (2016) 289); für Realverträge: Diocl./Max. C. 3.42.8.1 (a.293); Diocl./Maxim. C. 4.32.19.4 (o.A.); *conventio* zwischen Pfandgläubiger und Käufer zu Gunsten des Pfandschuldners: Ulp. 38 ed. D. 13.7.13 pr.); Herausgabe eines Geschenks an Dritte: Diocl./Max. C. 8.54.3.1 (a.290) mit Frg. Vat. 286 (echt: *Kaser*, RP II 339 Fn. 31); Rückgabe der Mitgift: Diocl./Maxim. C. 5.14.7 (a.294); zu den genannten Stellen *Finazzi*, St. Metro II 429–434, 469–475; *Finkenauer*, SZ 135 (2018).

[511] Mit der (meist nach der *mentio heredis* eingefügten) Klausel *is ad quem ea res pertinebit*; vielleicht genügt auch die Nennung der *successores*; dazu *Finkenauer*, Stipulation (2010) 312 f. Entgegen einem auf *Longo*, BIDR 14 (1901) 195 f. zurückgehenden Verdacht ist *successor* echt und kann neben dem Gesamt- auch den Einzelrechtsnachfolger meinen, vgl. *Kaser*, FS Wieacker 99; *Stagl*, FS Knütel 1197; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 7 f.

[512] *Stipulatio ‚ambulatoria'* (vgl. auch Ulp. 18 Sab. D. 7.1.25.2) oder auch *‚obligatio propter rem'*; für die *cautio damni infecti*: Ulp. 81 ed. D. 39.2.24.1a (*MacCormack*, SZ 88 (1971) 310, 315, 319; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 276–284; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 40 Rn. 9; a. A. (itp.) *Branca*, Danno (1937) 376 f., 466 f.; *Provera*, St. Volterra II 29–32, 40; *Sitzia*, in: *Puliatti*, Legislazione (2000) 262); für die *cautio ex operis novi nuntiatione*: Paul. 48 ed. D. 39.1.8.6,7 (*Finkenauer*, Stipulation (2010) 264–267; anders *Branca*, Danno (1937) 508); für die *cautio non faciendi operis in loco publico*: Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.18; für die *cautio de amplius non turbendo*: Paul. 21 ed. D. 8.5.7; zu den zuletzt genannten Texten *Finkenauer*, Stipulation (2010) 290–293.

[513] Gai. 2.31; Gai. 2 cott. D. 7.1.3 pr.; Inst. 2.3.4; 2.4.1; *Kaser*, RP I 452 Fn. 49, 445; *Möller*, Servituten (2010) 330–333; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 334–346. Von einer verdinglichten Obligation gehen aus: *Jhering*, Ges. Aufs. II (1882) 291; *Provera*, St. Volterra II 6, 32, 40 („obbligazione a soggetto variabile").

akt[514] handelt oder *pactiones vel stipulationes* zu lesen ist.[515] Nur die zweitgenannte Auffassung ist mit einer Vielzahl von Texten vereinbar, die die Bestellung einer Servitut oder eines Nießbrauchs allein mittels Stipulation oder allein mittels *pactum* kennen.[516] Die Stipulationsservitut wird mit einer dinglich wirkenden Ausübungsstipulation[517] begründet.[518]

VII. Die Stipulation bis Justinian

1. Entwicklungslinien

81 Namentlich die Kanzlei Diokletians verteidigt die Stipulation als Verbalakt gegen eine offenbar verbreitete Meinung und sieht weiterhin die Urkunde nicht als schuldbegründend an.[519] Die vulgarrechtliche Anschauung von der Bedeutung der Urkunde ist maßgeblich von der Entwicklung der Stipulationsklausel (→ Rn. 86) beeinflusst. Im Westen wird zwar weiterhin an dem mündlichen Versprechensakt als Frage und Antwort unter Anwesenden festgehalten;[520] liegt aber eine Urkunde über das Leistungsversprechen vor, wird das Zustandekommen des Verbalakts (wohl weiterhin widerleg-

[514] So die herrschende Meinung, vgl. schon Theoph. inst. 2,3,4; 2,4,1; *Kaser*, RP I 445 Fn. 63; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 190; *Corbino*, ED 42 (1990) 256 Fn. 187; *Basile*, St. Labruna I 359; *Carreño Sánchez*, Pactionibus (2011) 288. Umstritten ist innerhalb der herrschenden Meinung, ob die Stipulation wie bei Theophilos nur als Ausübungs- und Vertragsstrafenversprechen zu einem dinglichen *pactum* hinzutritt, die nachklassische Stipulationsklausel ist (*Honsell/Mayer-Maly/Selb* 190) oder ob sie die Fiktion einer bereits geschehenen *in iure cessio* enthält (*La Rosa*, Labeo 40 (1994) 33).

[515] *Perozzi*, Riv. it. 23 (1897) 4, 24 f.; *Krüger*, Servitut (1911) 4; *Möller*, Servituten (2010) 333; ausf. *Finkenauer*, Stipulation (2010) 360–402.

[516] Bestellung durch Stipulation: Pomp. 5 Sab. D. 7.1.19 pr.; Pomp. 9 Sab. D. 45.3.17; Iav. 10 Cass. D. 8.3.13 pr.; Iul. 52 dig. D. 45.1.56.4; Afr. 9 quaest. D. 8.3.33 pr.,1; Ulp. 48 Sab. D. 45.3.7.1; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.12 (s. bei Fn. 492); Ulp. 18 Sab. D. 7.1.27.4; D. 7.1.25.7; Ulp. 6 op. D. 8.4.13 pr. Bestellung nur durch *pactum*: Afr. 9 quaest. D. 8,3,33 pr.; Ant. C. 3,34,3 (a.223).

[517] Zur obligatorischen Ausübungsstipulation Rn. 22.

[518] Ihr vermutlicher Wortlaut ist: *neque per te neque per eum ad quem ea res pertinebit fieri, quo minus mihi eique ad quem ea res pertinebit ire agere liceat, spondes?* („Versprichst du, dass weder du noch der, den die Sache angehen wird, verhindern werden, dass ich oder der, den die Sache angehen wird, über dein Grundstück gehen, fahren oder Vieh treiben dürfen?"); vgl. *Finkenauer*, Stipulation (2010) 405; zur Nießbrauchsbestellung *Finkenauer*, Ess. Sirks 251.

[519] Pius C. 4.32.1 (o.A.); Diocl./Max. C. 4.2.5.1 (a.293); C. 4.2.14 (a.293); C. 8.42.13 (a.293); s. auch Rn. 14.

[520] Paul. sent. 2.3 mit IP; 5.7.2 (1. Satz); IP 5.8.2 (1. Satz); Epit. Gai. 2.9.2,7–10; *Levy*, Vulgarrecht (1956) 34 f. Der 2. Satz von Paul. sent. 5.7.2 ändert an dem Mündlichkeitsprinzip nichts; dazu *MacCormack*, Stud. Thomas 102. Der *Codex Euricianus*, die *lex Romana Burgundionum* sowie die *lex Romana Visigothorum* kennen die Stipulation nicht mehr.

lich)[521] vermutet.[522] Ob es im 4. und 5. Jh. im Westen noch mündliche Versprechen gegeben hat, ist allerdings unklar.[523]

Im Osten findet die Stipulation durch eine Konstitution Leos von 472 n. Chr.[524] eine (häufig allerdings überschätzte)[525] Neuregelung. Leo hält offenbar an der mündlichen Stipulation fest, lässt jedoch beliebige Worte, *quaecumque verba*, genügen, auch wenn sie nicht *sollemnia vel directa*[526] sind. Damit ist einerseits eine Absage an die Schriftform erteilt,[527] andererseits an einen nicht durch *verba*, sondern etwa durch schlüssiges Handeln vermittelten Konsens.[528] Die Gegenauffassung, nach der Leo die schriftliche Stipulation anerkannt habe,[529] berücksichtigt nicht hinreichend, dass *quibuscumque verbis … compositae* sich nicht auf einen Schriftakt bezieht, sondern auf die Wortwahl und die Festlegung des möglichen Stipulationsinhalts.[530] Von der mündlichen Stipulation gehen später auch ohne weiteres Justinians Kompilatoren aus.[531] Leo erlaubt also etwa die Verwendung inkongruenter Verben oder bloß umschreibende, Zustimmung aus- **82**

[521] S. Rn. 15. Die nachklassischen Quellen erwähnen die Möglichkeit eines Gegenbeweises nicht. Wegen Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.12 und des justinianischen Rechts, das den Gegenbeweis erlaubt, ist er aber wahrscheinlich (*Brandileone*, Scr. II 445–450, 468–470; *Riccobono/Kerr Wylie/Beinart*, Stipulation (1957) 74 Fn. 41; *van Oven*, TR 26 (1958) 412–414; *Weßel*, Tablettes (2003) 217 Fn. 198). Anders (für unwiderlegliche Vermutung bzw. Fiktion des Oralakts und damit Übergang zum konstitutiven schriftlichen Akt) *Levy*, Vulgarrecht (1956) 36; *Pringsheim*, Abhandlungen II 211 f., 218; *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 32, 34; *Nörr*, SZ 82 (1965) 401; *Kaser*, RP II 376 f. Nicht weiterführend das Buch von *Iodice*, Stipulatio (2004).

[522] Paul. sent. 5.7.2 (2. Satz) (= Inst. 3.19.17) mit IP 8.5.2 (2. Satz). *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 33 und *MacCormack*, Stud. Thomas 101 schränken das auf die Vermutung der Frage bei protokollierter Antwort ein (anders *Nörr*, SZ 82 (1965) 402 Fn. 23).

[523] Verneinend *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 34; *Kaser*, RP II 376 Fn. 19; bejahend *Weßel*, 217 f. zu den Tablettes Albertini (493–496 n. Chr.).

[524] Leo C. 8.37.10 (a.472); Inst. 3.15.1.

[525] Dazu *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 74 f.; *Finkenauer*, Scr. Corbino III 103–106.

[526] Zu *sollemnis* („feierlich“) oben Rn. 8; *directus* heißt „geradeheraus“, vgl. *Finkenauer*, Scr. Corbino III 106.

[527] *Brandileone*, Scr. II 475 f.; *Riccobono/Kerr Wylie/Beinart*, Stipulation (1957) 51 f.; *van Oven*, TR 26 (1958) 415 f.; *Diósdi*, Labeo 17 (1971) 46; *MacCormack*, Stud. Thomas 99; *Finkenauer*, Scr. Corbino III 104–106; insoweit gleichfalls zutreffend *Nicholas*, LQR 69 (1953) 77 f.

[528] Inst. 3.15.1: *quibuscumque verbis expressus*; dazu *MacCormack*, Stud. Thomas 98; *Finkenauer*, Scr. Corbino III 105.

[529] *Levy*, Vulgarrecht (1956) 39 mit Fn. 110, 53; *Winkler*, RIDA 5 (1958) 635; *Pringsheim*, Abhandlungen II 197; *Kaser*, RP II 381 Fn. 56, 382; *Feenstra*, St. Betti II 430; *Talamanca*, in: *Kupiszewski/Wołodkiewicz*, Droit romain (1978) 264; *Sacconi*, Stipulatio (1989) 153; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 7 Rn. 23; für die Möglichkeit einer notariellen Abfassung *Arangio-Ruiz*, Ist. 331.

[530] Vgl. etwa für die *stipulatio*: Iul. 16 dig. D. 45.1.53; Inst. 3.29.2; richtig *Diósdi*, Labeo 17 (1971) 46; *Litewski*, SDHI 56 (1990) 552. Leo/Anthem. C. 2.4.42 (a.472) behandelt dagegen eine *transactio*.

[531] Vgl. Fn. 528.

drückende Wendungen.[532] Die klassische Frage- und Antwortform ist mit der Konstitution allerdings aufgegeben.[533]

83 Die Urkunde macht keinen unwiderleglichen Beweis der Schuld: Bei einem abstrakten den Schuldgrund nicht nennenden Versprechen, das kein Darlehen ist, muss der Gläubiger den Bestand der Verbindlichkeit beweisen; ist der Verpflichtungsgrund im Schuldschein jedoch aufgeführt, hat der Schuldner den Gegenbeweis zu führen.[534]

84 Justinian schenkt der Stipulation große Aufmerksamkeit,[535] er will die vielen überlieferten Subtilitäten beseitigen.[536] Das lässt sich nicht nur auf eine klassizistische Tendenz seiner Gesetzgebung[537] und das Bestreben zurückführen, die gerade im Zusammenhang mit der Stipulation entwickelten rechtsgeschäftlichen Regeln und Auslegungsgrundsätze zu bewahren, sondern vielmehr auch darauf, dass der Verbalakt zu seiner Zeit noch fortlebte.[538] Denn auch Justinians Gesetzgebung ist vor dem Hintergrund der Erfordernisse seiner eigenen Zeit zu sehen,[539] und es ist unwahrscheinlich, dass die Institutionen die Studenten so ausführlich mit einem bereits abgestorbenen Rechtsinstitut vertraut gemacht hätten. Die Kompilation versucht aber den Spagat zwischen der klassischen Stipulation, die in etwa 100 Fällen wörtlich in den Digesten überliefert wird,[540] und dem weitverbreiteten Skripturalakt.[541] So gibt Justinian mit der Übernahme der Konstitution Leos (→ Rn. 82) zwar nicht die Mündlichkeit, wohl aber die Frage- und Antwortform auf und lässt die Wahl beliebiger Worte zu.[542] Überdies betont er die Notwendigkeit der Anwesenheit beider Parteien und damit letztlich eines mündlichen Abschlusses des Versprechens.[543] Bestätigt die Urkunde die Anwesenheit

---

[532] *Honsell/Mayer-Maly/Selb* (3. Aufl.) 97; *Nicholas*, LQR 69 (1953) 64, 77 f.; *van Oven*, TR 26 (1958) 416 f.

[533] *Kaser*, RP II 381 Fn. 53. Anders aber drei Monate später (?) Leo/Anthem. C. 1.3.32.3 (a.472), worin beklagte Kirchenangehörige zu einer Bürgenstellung mittels *stipulationum sollemnis cautela* verpflichtet werden.

[534] Iustinus C. 4.30.13 (o.A.); Paul. 3 quaest. D. 22.3.25.4 (itp.: *Kaser*, RP II 379; für Echtheit dagegen *de los Mozos Touya*, SemCompl. 20/21 (2007/08) 306, 312–314).

[535] S. nur die Titel D. 45.1 und D. 46.5, C. 8.37 sowie Inst. 3.15–19.

[536] Iust. C. 2.55.4.7 (a.529); C. 8.37.12 (a.529); C. 8.37.13 pr.,1 (a.530); C. 8.37.15 (a.532). Seine Gesetzgebung ist aber alles andere als kohärent und etwa, was Iust. C. 8.37.13 anbelangt, auch von geringem Novitätswert, vgl. *Finkenauer*, Stipulation (2010) 320 f., 328 f.

[537] Dazu *Schulz*, Gesch. 359; *Schindler*, Justinians Haltung (1966) 343.

[538] *Diósdi*, Labeo 17 (1971) 39, 47; *Diósdi*, Contract (1981) 60; *Voci*, Manuale II (1984) 340; *Weßel*, Tablettes (2003) 216; vgl. etwa Iust. C. 5.13.1.1 (a.530): *sive scripta fuerit stipulatio sive non*; so auch Theodos./Valentin. C. 5.11.6 (a.428); Thaleleios Schol. 1 zu Basil. 23.1.67 (Heimb. II 657; Schelt. B IV 1601, dort Schol. 2); a. A. *Kaser*, RP II 378 (Umformung in urkundliches Schuldversprechen).

[539] *Archi*, Labeo 15 (1969) 86, 88; *Archi*, Giustiniano (1970) 178.

[540] *Nicholas*, LQR 69 (1953) 73.

[541] *Levy*, Vulgarrecht (1956) 54, 59; *Pringsheim*, Abhandlungen II 199; *Kaser*, RP II 381.

[542] S. auch Iust. C. 2.55.4.7 (a.529).

[543] Anders allerdings für den Sonderfall (Iust. C. 5.13.1.2 (a.530)) der Rückgabe der Mitgift in Iust. C. 5.13.1.13b (a.530), wo Justinian im Zusammenhang mit der an die Stelle der *actio rei uxoriae* tretenden *actio ex stipulatu* zum Schutz der Frau sogar eine Stipulation unterstellt (*tacita stipulatio*)

beider Parteien beim Vertragsabschluss, so gilt dieser als wirksam zustande gekommen, wenn nicht erwiesen wird, dass sich die Parteien während des Tages des Vertragsabschlusses nicht in der Stadt der Beurkundung[544] aufhielten.[545] Der Unterschied zum *pactum* besteht namentlich noch in der Notwendigkeit der Präsenz der Parteien.[546]

Insgesamt kann von der Degeneration der Stipulation[547] in nachklassischer Zeit nur **85**
mit Vorsicht gesprochen werden: Erstens ist der Schritt von der widerleglichen zur unwiderleglichen Vermutung der Stipulationsfrage bzw. des Stipulationsakts nicht belegt und unwahrscheinlich (→ Rn. 15,81). Sodann halten sowohl Leo als auch Justinian wenigstens der Theorie nach (unter Annahme einer weitgehenden Beweisfunktion der Urkunde)[548] an dem Verbalakt fest, wenn sie Mündlichkeit des Akts und Anwesenheit der Parteien verlangen.

2. Stipulationsklausel

Die Stipulationsklausel ist ein im Ausgang der Vertragsurkunde belegter, entweder sub- **86**
jektiv in der ersten oder objektiv in der dritten Person formulierter Satz, der ein Versprechen dokumentiert: *stipulatus – spopondit*[549] oder ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησεν.[550] Sie

(dazu *Wacke*, SZ 90 (1973) 224 f., 249 f.; *Wacke*, SZ 91 (1974) 282); eine ausdrückliche Stipulation bleibt aber zulässig (§§ 1d, 13b); *Kaser*, RP II 191 Fn. 295.

[544] Inst. 3.19.12 spricht nicht von *civitas* und zudem von der Möglichkeit des positiven Nachweises, dass eine Partei an einem anderen Ort (*locus*) war; dazu *Martini*, Labeo 47 (2001) 247–249.

[545] Iust. C. 8.37.14.1,2 (a.531); Inst. 3.19.12; *Nicholas*, LQR 69 (1953) 251; *MacCormack*, Stud. Thomas 104; *Martini*, Labeo 47 (2001) 249–252 (zur Möglichkeit, dass hier zwei verschiedene Reskripte verschmolzen wurden). Theoph. inst. 3,21 verlangt darüber hinaus, dass die Stipulationsurkunde in Gegenwart des Gläubigers aufgesetzt sein muss.

[546] *Kaser*, RP II 382. Die dort betonte Grenzverwischung zwischen Stipulation und *pactum* ist jedoch kein Grund für weitreichende Interpolationsannahmen. S. auch Paul. 3 ed. D. 44.7.38 (ab *quatenus* überarbeitet?; so *Lenel*, Pal. Paulus 120; *Kaser*, RP II 381 Fn. 54; a. A. *Biondi*, Contratto (1953) 303 f.). Zur Angleichung zwischen Stipulation und *pactum Levy*, Vulgarrecht (1956) 55 f., 58 unter Bezugnahme auf Iustinus C. 7.39.7.4 (a.525); Iust. C. 8.37.11 (a.528).

[547] S. nur *Nicholas*, LQR 69 (1953) 240; *Segrè*, Iura 17 (1966) 23–25; dagegen *Diósdi*, Contract (1981) 61 f.

[548] *MacCormack*, Stud. Thomas 104.

[549] Flor. 8 inst. D. 46.4.18.1; Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.2; Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.12; Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.2; Urkunden bei *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 35–50. Das Schol. 25 zu Basil. 11.1.1.7 (Schelt. B I 201; Heimb. I 571) hat ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησεν für *stipulatus – spopondit* (bzw. *promisit*). Paul. 3 quaest. D. 12.1.40 etwa hat dagegen *stipulatus – spopondi*. Nachzuweisen ist auch die Klausel *fide rogavit, dari fide promisit*, vgl. nur Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.1. Viele weitere Nachweise bei *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 472 f. Ab dem 6. Jh. existieren Klauseln wie *sub stipulatione et sponsione interposita* oder *stipulatione subnixa*; s. auch *Ferrari dalle Spade*, Scr. I 47, 57–60, 76–78; *Diósdi*, Contract (1981) 202–207; P.Ital. 68 f.

[550] Auf Griechisch sind – ohne inhaltlichen Unterschied – Klauseln in erster und dritter Person oder im Plural sowie eine Langform überliefert: περὶ δὲ τοῦ ταῦτα ὀρθῶς καλῶς γίγνεσθαι ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησα; dazu *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 44–50.

hat ihren Ursprung in der Generalstipulation[551] und ist bis ins Mittelalter belegt,[552] und zwar sowohl im lateinischen Westen als auch im hellenistischen Osten. Bei der griechischen Form handelt es sich nicht um eine historisch selbständige gräco-ägyptische Urkundenklausel im Sinne von „gelesen und genehmigt“,[553] sondern um eine – vor allem um 220 n. Chr. nach der *Constitutio Antoniniana* feststellbare[554] – Übernahme der römischen Stipulation.[555] Die Klausel verliert jedoch ihren promissorischen Charakter (bzw. die Eigenschaft als Beweis eines Verbalakts) und dient zunehmend der Bekräftigung des Urkundsinhalts (Verleihung von *firmitas*). So wird sie zu einem formalen, perfizierenden Urkundsbestandteil, der selbst dort zu finden ist, wo er überflüssig ist oder eine Verpflichtungserklärung gar nicht besteht,[556] und der den Zweck verfolgt, Klagbarkeit nach römischem Recht herzustellen.[557]

VIII. Erlass (*acceptilatio*)

87 Eine Verbindlichkeit aus einem Verbalkontrakt[558] wird erlassen mit einem aus einer Frage des Schuldners und einer kongruenten[559] Antwort des Gläubigers bestehendem Konträrakt[560] zur *stipulatio*, der *acceptilatio*, die im Gegensatz zur bloßen Quittung

---

[551] Oben Rn. 19. Die erste in erster Person gefasste Generalstipulation ist TH 4 von 60 n. Chr.

[552] *Ferrari dalle Spade*, Scr. I 65–70, 81–83; *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 104 f.; *Kaser*, RP II 377 Fn. 24; oben Fn. 549.

[553] So aber *De Visscher*, Symb. Taubenschlag II 165; dagegen *Pringsheim*, Abhandlungen II 248.

[554] Zu den Gründen: *Arangio-Ruiz*, Bull. de l'Institut d'Égypte 29 (1946–1947) 126 vermutet einen Kaiserbefehl, *Wolff*, SZ 73 (1956) 13 f. und *Feenstra*, St. Betti II 426 ein zu einer Änderung der Notarpraxis führendes Urteil, *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 25 denkt an das Spezialedikt eines Präfekten Ägyptens, *Pringsheim*, Abhandlungen II 251 f., an eine erfolgverheißende Anpassung der notariellen Praxis. – Es existieren freilich schon Stipulationsklauseln vor 212, z. B. P.Hever 63 (127?); P.Yadin 17, 18, 20, 21, 22 (128–131 n. Chr.); P.Turner 22 von 142; BGU III 887 von 151 = FIRA III Nr. 133; P.Oxy. VI 905 von 170; P.Dura 31 von 204, die nur zum Teil römischem Recht folgen; dazu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 476–478 mwN.

[555] *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 3–17; *Nörr*, SZ 82 (1965) 399; *Kaser*, RP II 375 Fn. 11; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 476.

[556] *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 27 f., 51–60, 88–90; *Zimmermann*, LO 79; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 475: „unorganisches Anhängsel“.

[557] *Kaser*, RP II 376 mit Fn. 13.

[558] Gai. 3.169,170; Ulp. 48 Sab. D. 46.4.8.3. Beruht die zu erlassende Schuld nicht auf Verbalkontrakt, ist sie zunächst durch Novation in eine Verbalschuld umzuwandeln, vgl. Gai. 3.170; Inst. 3.29.1; zu Lab. 5 pith. a Paul. epit. D. 46.4.23; Iul. 15 dig. D. 18.5.5 pr. s. Fn. 584. – Ein *iusiurandum operarum* kann hingegen erlassen werden, Ulp. 50 Sab. D. 46.4.13 pr. (dazu *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 293 f.; anders *Kaser*, RP I 641 Fn. 5, der hier von einer *promissio* ausgeht). Zum Erlass des durch *dotis dictio* Versprochenen Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 28.7.20 pr.; *Kaser*, SDHI 17 (1951) 182; *Knütel*, SZ 88 (1971) 99 Fn. 157; *Backhaus*, Casus (1981) 44, 46 f.

[559] Oben Rn. 10 Fn. 75.

[560] Gai. 3.170; Ulp. 48 Sab. D. 46.4.8.3; D. 50.17.35. Das Symmetrieprinzip darf aber nicht über-

(*apocha*) konstitutive Bedeutung hat:[561] *quod ego tibi promisi, habesne acceptum? – habeo* („Hast du erhalten, was ich dir versprochen habe?“ – „Ja“).[562] Andere Formulierungen,[563] etwa für *stipulationes in faciendo*[564] und auch in anderer Sprache,[565] sind in klassischer Zeit gleichfalls zulässig,[566] auch ein Wechsel zwischen der für Verbindlichkeit und Erlass gewählten Sprache[567] bzw. ein Sprachenwechsel innerhalb der Akzeptilation.[568] Vom informalen *pactum de non petendo* unterscheidet sich der Erlass durch die Wortform.[569]

Schon das klassische Recht sieht den Erlass als Scheinerfüllung an,[570] weshalb etwa **88**
das Versprechen, einen Sklaven zu übereignen, mit dem auf den bestimmten Sklaven Stichus bezüglichen Erlass erlischt.[571] Die Akzeptilation muss sich jedoch inhaltlich auf die zu erlassende Schuld beziehen.[572] Wird bei der Wahlschuld nur die eine Leistung

---

betont werden; vgl. *Nörr*, SZ 89 (1972) 59 f.; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 186 f. Entschieden *Liebs*, Symp. Wieacker (1970) 149–153, der nur von einem ästhetischen Modell spricht. Für *Knütel*, SZ 88 (1971) 98 f., 103 f., ist das Prinzip der formalen Korrespondenz nicht mehr als ein Erfahrungssatz, dient aber der Rechtfertigung der Erlasswirkung; anders *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 78 f. (Formgesetz); *Santoro*, AUPA 55 (2012) 612 (*regula iuris*).

[561] Ulp. 2 reg. D. 46.4.19.1.

[562] Gai. 3.169; Ulp. 47 Sab. D. 46.4.6; zum Konsenserfordernis Rn. 13.

[563] Verbürgt ist jedenfalls Ulp. 50 Sab. D. 46.4.7: *accepta facis decem? – facio*, womit der Empfang der Leistung gar nicht mehr erst behauptet wird (*Watson*, RIDA 8 (1961) 407–416; *Metzger*, SDHI 72 (2006) 123 f. zu P. Ant. 22); s. auch Flor. 8 inst. D. 46.4.18.1; TPN 32 = TP 66 a, b, c, 113 = TPSulp 27 von 48 n. Chr. Von *acceptum ferre* sprechen z. B. Cels. 27 dig. D. 46.3.71.2; Pap. 11 resp. D. 2.14.41. Wie hier *Sturm*, Stipulatio (1972) 331 Fn. 54; anders aber etwa *Nicholas*, LQR 69 (1953) 69; *Nicholas*, Tulane Law Rev. 66 (1992) 1612; *Zimmermann*, LO 685.

[564] *Ankum*, Ess. Watson 8; *Finkenauer*, Scr. Corbino III 97.

[565] Griechisch: Ulp. 48 Sab. D. 46.4.8.4; Inst. 3.29.1; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 265; *Finkenauer*, Scr. Corbino III 97 f.

[566] Es entscheidet nur die Kongruenz mit der zu erlassenden Schuld, vgl. Paul. 12 Sab. D. 46.4.14.

[567] *Wacke*, SZ 130 (2013) 257.

[568] *Ankum*, Ess. Watson 13.

[569] So mit Recht *Ankum*, Ess. Watson 5, 12 gegen *Watson*, RIDA 8 (1961) 391, 398; s. auch Ant. C. 8.43.1 (a.212) und Diocl./Max. C. 2.20.5 (a.293): *sollemnia verba* und dazu *Finkenauer*, Scr. Corbino III 102–107.

[570] *Solutio imaginaria*, vgl. Gai. 3.171; Inst. 3.29.1; *Liebs*, Symp. Wieacker (1970) 146; *Kaser*, RP I 641; *Bianchi*, Fictio (1997) 189, 192 (zum Fiktionscharakter); die Parallele zu *solutio* und Erfüllungsfiktion auch in Iul. 5 Min. D. 23.3.49; Iav. 1 Plaut. D. 12.4.10; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.7.1; Ulp. 34 Sab. D. 46.4.5; Ulp. 7 disp. D. 46.4.16 pr.; Schol. 2 zu Basil. 29.1.39 (Schelt. B V 2023 f.).

[571] Julian bei Ulp. 50 Sab. D. 46.4.13.4.

[572] Paul. 12 Sab. D. 46.4.14 (echt, *Kaser*, RP II 443 Fn. 32). Das wird verneint für den Erlass der Arglistklausel im Gefolge eines Übereignungsversprechens (Ulp. 50 Sab. D. 46.4.13.5), jedoch bejaht, wenn der Erlass über das Geschuldete hinausgeht (Julian bei Ulp. 23 Sab. D. 34.3.7.2; Pomp. 27 Sab. D. 46.4.15 mit *Backhaus*, SZ 100 (1983) 168 f.). Wird die erste Klausel der *cautio iudicatum solvi* (*de re iudicata*) erlassen, erfasst das auch die übrigen beiden Kautionsklauseln, vgl. Marcellus bei Ulp. 77 ed. D. 46.4.20.

erlassen, wird die andere weiterhin geschuldet.[573] Dritte wie Vormünder, Pfleger oder Prokuratoren können nur nach vorheriger Novation erlassen.[574] Nach der Teilbarkeit der Leistung wird entschieden, ob ein Teilerlass zulässig ist.[575] Die grundsätzlich gegebene Abstraktheit der Akzeptilation bei fehlender Nennung der *causa*[576] darf nicht überbetont werden; ähnlich wie bei der abstrakten Stipulation kann das Fehlen der *causa* auch den abstrakten Erlass unwirksam machen.[577] Die Akzeptilation ist als sog. *actus legitimus*[578] bedingungs-[579] und befristungsfeindlich.[580] Das erklärt sich kaum mit dem altzivilen Formalismus,[581] der für die Stipulation gleichfalls angeführt werden könnte, sondern vielmehr mit ihrer ursprünglichen Funktion als Quittung.[582] Der Erlass ist Nichtbürgern zugänglich.[583] Wird in einem gegenseitigen Vertrag die eine Schuld erlassen, so erstreckt sich dies nach durchdrungener Auffassung auch auf die Gegenforderung.[584] Zur Möglichkeit der Konversion einer unwirksamen Akzeptilation in ein *pactum de non petendo* → Rn. 74; zur *stipulatio Aquiliana* → § 76 Rn. 2 f.

89 Ursprünglich begleitet offenbar die Enthaftung mit *acceptilatio* einen tatsächlichen Leistungsvorgang, diese war also eine Art Quittung.[585] Erst später dürfte sie auch zum Zwecke eines Erlasses benutzt worden sein, ohne dass eine Leistung tatsächlich erbracht

---

[573] Ulp. 50 Sab. D. 46.4.13.6 mit *Flume*, Rechtsakt (1990) 44.

[574] Ulp. 50 Sab. D. 46.4.13.10.

[575] Gai. 3.172; bejahend (für teilbare Leistung) Iul. 54 dig. D. 46.4.17; Pomp. 26 Sab. D. 46.4.10; Paul. 12 Sab. D. 46.4.9; verneinend (für unteilbare Leistung wie Dienstbarkeit) Ulp. 50 Sab. D. 46.4.13.1. Justinian entscheidet stets für die Zulässigkeit des Teilerlasses, vgl. Inst. 3.29.1 i. f. Zum Ganzen *Mollá Nebot*, Extinción (1993) 140–149.

[576] Selbstverständlich kann der Erlass auch tituliert sein, *Wacke* SZ 130 (2013) 256.

[577] Die Unzulässigkeit eines bedingten Erlasses steht dem nicht entgegen; vgl. Ulp. 3 disp. D. 23.3.43 pr. (echt entgegen *Wolf*, Causa (1970) 102–107, vgl. *Liebs*, Symp. Wieacker (1970) 133 Fn. 104); s. auch Iav. 1 Plaut. D. 12.4.10 sowie oben Rn. 62 mit *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 312–325, 356 f.

[578] Dazu *Schmidlin*, TR 38 (1970) 374 f.

[579] Pomp. 9 Sab. D. 46.4.4; Pap. 28 quaest. D. 50.17.77; Frg. Vat. 329; dazu *Santoro*, AUPA 30 (1967) 300 Fn. 25; *Peter*, Geschäft (1994) 16 mit Fn. 22.

[580] Ulp. 34 Sab. D. 46.4.5.

[581] So aber *Kaser*, RP I 255; *Flume*, Rechtsakt (1990) 123.

[582] *Albanese*, Atti negoziali (1982) 99; s. Rn. 89.

[583] Oben Rn. 2 Fn. 8.

[584] Lab. 5 pith. a Paul. epit. D. 46.4.23; gleichsinnig Iul. 15 dig. D. 18.5.5 pr. In beiden Stellen wird eine *acceptilatio* in wechselseitige Erlasspacta umgedeutet; von einer vorherigen Novation berichten sie nicht; so *Wacke*, SZ 90 (1973) 255; *Krampe*, TR 53 (1985) 24 f.; anders (Novation und Erlasspactum bezüglich der Gegenforderung) *Benöhr*, Synallagma (1965) 75 f.; *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 32–34.

[585] *Kaser*, Ius (1949) 281; *Kaser*, RP I 173; a. A. *Liebs*, Symp. Wieacker (1970) 132, 137; *Cannata*, Corso II.1 (2003) 304. – Unerweislich ist, ob es auch eine *accepti relatio* als Konträrakt zum Litteralkontrakt gegeben hat, zu Plin. epist. 2,4,2,3 und weiteren Stellen (bejahend) *Liebs*, Symp. Wieacker (1970) 140–146; *Knütel*, SZ 88 (1971) 82–87. *Acceptum referre* kann sich allgemein auf Empfangseintragungen aller Art in das Hausbuch des Gläubigers beziehen, vgl. *Kaser*, RP I 641 Fn. 4.

worden ist.[586] In der Praxis behält die Akzeptilation daneben den Quittungscharakter.[587] Erstmalig erwähnt ist sie im 2. Kapitel der *lex Aquilia* (→ Rn. 32).[588] Mit dem Ende der Klassik verschwinden die Belege für den wortförmlichen Erlass.[589] Im Westen schließt man einen formlosen Erlass aus einer entsprechenden Erklärung oder etwa der Rückgabe des Schuldscheins unter Hinweis auf ein *pactum de non petendo*,[590] während Justinian an die in der oströmischen Schule gepflegte Erinnerung an das Institut anknüpft.[591]

[586] *Watson*, RIDA 8 (1961) 405–407; *Ankum*, Ess. Watson 6.

[587] *Knütel*, SZ 88 (1971) 88–95 unter Hinweis auf TH 80 von 68 n. Chr. und P.Lond. II n. 470 (168 n. Chr.) (FIRA III Nr. 26 = *Bruns*, Fontes Nr. 158); Ulp. 2 reg. D. 46.4.19.1; *Ankum*, Ess. Watson 7; anders *Liebs*, Symp. Wieacker (1970) 132 f. Die pompeianischen Quittungstafeln (FIRA III Nr. 128–130 = *Bruns*, Fontes Nr. 157, s. etwa auch TPN 61–66 (= TP 30, 49, 65, 67, 68, 82 = TPSulp 70–73, 75, 76) sind dagegen mangels Frage des Schuldners keine *acceptilationes*, sondern nur schlichte Empfangsbekenntnisse nach deren Vorbild (etwa: *scripsi me accepisse*), s. *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 11 f.; *Kaser*, RP I 634 Fn. 2, 641 Fn. 6; *Knütel*, SZ 88 (1971) 93; *Liebs*, Symp. Wieacker (1970) 132 gegen *Mommsen*, Ges. Schr. III 239–242.

[588] Sie ist wohl im 4. Jh. entstanden, vgl. *Kaser*, Ius (1949) 283; *Ankum*, Ess. Watson 6; für älteren Ursprung *Albanese*, Atti negoziali (1982) 98.

[589] Urkundlich ist er zuletzt belegt in P.Lond. II 470 (168 n. Chr.) s. Fn. 587.

[590] *Levy*, Vulgarrecht (1956) 130 f.; *Archi*, Epitome Gai (1937) 420 f.; *Kaser*, RP II 74, 443 f.

[591] *Kaser*, RP II 443.

§ 22 Sachleistung zur Schuldbegründung (Realkontrakte)

Peter Gröschler

d'Ors, Re et verbis, in: Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto (Verona, 27.–29. 9.1948) III, 1951, 265–303; *Kaser*, ‚Mutuum' und ‚stipulatio', in: Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, qui in fungendo professoris munere annos iam XXXV docendo consumpsit I. Historia iuris, 1963, 155–182 (= Ausgewählte Schriften II, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Camerino 1976, 271–300); *Nelson/Manthe*, Gai Institutiones III 88–181 – Die Kontraktsobligationen. Text und Kommentar, 1999; *Talamanca*, ‚Una verborum obligatio' e ‚obligatio re et verbis contracta', Iura 50 (1999/2002) 7–112; *Jung*, Darlehensvalutierung im römischen Recht, 2002; *Harke*, System und Auslegung im klassischen römischen Vertragsrecht, in: Riesenhuber, (Hg.), Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2006, 5–31; *Gröschler*, Die Konzeption des mutuum cum stipulatione, TR 74 (2006), 261–287; *Engel*, Realverträge: das mutuum, in: Santos/Baldus et al. (Hgg.), Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven, 2011, 45–76; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht, 2017; *Saccoccio*, Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualit nel mutuo reale, 2020.

Inhalt Rn.

I. Sachleistung als vertragsbegründender Rechtsakt 1
II. *Res* als Sachleistung 3
III. Bedeutung der Willenseinigung 4
IV. Verhältnis des Realvertrags zum Bereicherungs- und zum Deliktsrecht 5
V. Das *mutuum cum stipulatione* als Geschäftsdarlehen 7

I. Sachleistung als vertragsbegründender Rechtsakt

1 Für den Vertragsschluss mittels Sachleistung (*re*) gibt Gaius (Gai. 3.90) als Beispiel das Darlehen (*mutuum*) an. Durch die in der Darlehensgewährung liegende Sachleistung wird eine Realobligation (*obligatio re*) begründet. Die Sachleistung besteht beim Darlehen in der Übereignung des Darlehensgegenstands, insbesondere der als Darlehenskapital dienenden Geldmittel, durch den Darlehensgeber an den Darlehensnehmer.[1]

[1] Gai. 3.90: … *in hoc damus, ut accipientium fiant* …; Ulp. 26 ed. D. 12.1.11.2; Inst. 2.8.2; vgl. auch

Das Erfordernis der Übereignung steht auch hinter der pseudoetymologischen Erklärung des Begriffs *mutuum* mit *ex meo tuum fit.*[2] Zur Gewährung eines Darlehens kommt abgesehen von der Übereignung von Geld auch die Übereignung sonstiger vertretbarer Sachen (*res quae pondere numero mensura constant*) in Betracht,[3] was dem sogenannten „Sachdarlehen" entspricht, das auch in der Antike vom Gelddarlehen unterschieden wird.[4] Neben dem Darlehen werden in den *Res cottidianae*, die wohl ebenfalls von Gaius stammen,[5] als *obligationes re* auch die Leihe (*commodatum*), die Verwahrung (*depositum*) und die Verpfändung (*pignus*) genannt.[6] Anders als beim Darlehen liegt die Sachleistung in diesen Fällen nicht in einer Übereignung (*datio* im technischen Sinn), sondern in der Einräumung der tatsächlichen Sachherrschaft, wobei der Entleiher und der Verwahrer jeweils die bloße Innehabung (sogenannte „Detention" bzw. *naturalis possessio*)[7] erhalten, der Pfandgläubiger dagegen die *possessio* im Sinne des Interdiktenbesitzes.[8] Zudem ist der Rückgewähranspruch bei *commodatum*, *depositum* und *pignus* – anders als beim *mutuum* – nicht auf die Leistung aus einem *genus* im Sinne von vertretbaren Sachen gleicher Art, Güte[9] und Menge gerichtet, sondern auf die Rückgabe der *species* im Sinne des konkreten Gegenstands, der hingegeben wurde. Es mag sein, dass Gaius im Zusammenhang mit seiner Neueinführung[10] der Einteilung

---

Paul. 28 ed. D. 12.1.2.2: *Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non faciat tuum, non nascitur obligatio.* Vgl. auch die Beschreibung der *nomina arcaria* (→ § 23 Rn. 6) in Gai. 3.131: *numeratio autem pecuniae rei facit obligationem*, wobei mit *numeratio* die Übereignung des Geldes gemeint ist.

[2] Gai. 3.90; Paul. 28 ed. D. 12.1.2.2; Inst. 3.14 pr.

[3] S. außer Gai. 3.90 auch Gai. 2 cott. D. 44.7.1.2; Epit. Gai. 2.9.1; Paul. 28 ed. D. 12.1.2.1,3; Ulp. frg. Vind. 2.1; Inst. 3.14 pr.

[4] Zu Besonderheiten beim Gelddarlehen s. Rn. 2.

[5] *Nelson*, Überlieferung (1981) 294–334; *Kaser*, RRQ 156 f. (= Stud. Thomas 74); *Liebs*, HLL IV 192 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 464 f. ; *Falcone*, Obligatio (2003) 30–34; *Martini*, AUPA 55 (2012) 179 f. Anders noch *Coma Fort*, Res cottidianae (1996) 29, 211–214; *Cannata*, Materiali II (2008) 103–105 mwN.

[6] Gai. 2 cott. D. 44.7.1. 3–6: *re obligatur* (Leihe); *re tenetur* (Verwahrung, Verpfändung). *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 220; *Wegmann Stockebrand*, REHJ 40 (2018) 114–119; *Wegmann Stockebrand*, REHJ 41 (2019) 94–107; *Wegmann Stockebrand*, RChD 46 (2019) 678–680, will aus *re obligatur* bzw. *re tenetur* ableiten, für Gaius würden Leihe, Verwahrung und Verpfändung zwar ein *contrahere*, aber – anders als beim Darlehen – kein *re contrahere* darstellen.

[7] Iul. 44 dig. D. 41.5.2.1.

[8] S. nur Paul. 54 ed. D. 41.2.1.15; Iav. 4 Plaut. D. 41.3.16.

[9] Pomp. 27 Sab. D. 12.1.3 (*eiusdem generis et eadem bonitate*); hierzu *Jung*, Darlehensvalutierung (2002) 93–98.

[10] So auch *d'Ors*, ACI Verona III 273–277; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 34, 81 f.; vgl. auch *Saccoccio*, Si certum petetur 505–507, 513. Ein Vorläufer ist in der Dreiteilung *re, litteris, verbis* zu erblicken; Cic. Q. Rosc. 5,14 (zur *condictio*): *Pecunia petita est certa; … Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit.* Vgl. auch Pomp. 4 Q. Muc. D. 46.3.80 (zum *actus contrarius*), wobei der den Konsensualvertrag betreffende Schlusssatz *(aeque …potest)* wohl nicht auf Q. Mucius Scaevola zurückgeht, sondern von Pomponius stammt; hierzu *Cannata*, FG Lübtow (1970)

in *contractus re*, *verbis*, *litteris* und *consensu* (Gai. 3.89) als Beispiel für den Realvertrag zunächst nur das in einer echten *datio* bestehende *mutuum* (Gai. 3.90) nennen wollte,[11] während er in den *Res cottidianae* bereits von einem weiteren Begriff der Sachleistung ausgeht, der nicht mehr mit dem Erfordernis der Eigentumsverschaffung verbunden ist.

2 In klassischer Zeit werden für das Gelddarlehen Ausnahmereglungen[12] anerkannt und die Anforderungen an die Sachleistung gelockert, indem nicht mehr im strengen Sinn eines *ex meo tuum fit*[13] verlangt wird, dass die Übereignung des Geldes unmittelbar durch den Darlehensgeber an den Darlehensnehmer erfolgt. Ein Darlehen kommt nun auch aufgrund der Zahlung durch einen Dritten an den Darlehensnehmer auf Anweisung des Darlehensgebers zustande (Anweisungsdarlehen).[14] Selbst dann, wenn der Dritte das Geld zwar namens des Darlehnsgebers zahlt, dieser aber nichts davon weiß, wird die Wirksamkeit des Darlehens befürwortet.[15] Überwiegend anerkannt war seit der Frühklassik[16] auch der sogenannte *contractus mohatrae*,[17] bei dem der Kreditneh-

---

439–447; *Cascione*, Consensus (2003) 407–413; *Cannata*, Materiali II (2008) 61–67; *Santoro*, AUPA 55 (2012) 604–609; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 34–37. Anders *Schiavone*, Nascita (1976) 135–137; *Schiavone*, Giuristi (1992) 61 f.; *Schiavone*, Ius (2005) 186 f.; *Fiori*, St. Labruna III 1961–1967, 1973 f.; *Brutti*, Diritto [1](2009) 429 f.; *Cardilli*, Damnatio (2016) 296–299; *Marini*, Contrarius consensus (2017) 64.

[11] *Kaser*, RRQ 166 (= Stud. Thomas 81), spricht von einem „rätselhafte[n] Schweigen“ in den Institutionen des Gaius. Es ist anzunehmen, dass *velut* in Gai. 3.90 (wie auch *velut(i)* in Gai. 3.92 f., 3.128, 3.182) eine unvollständige Aufzählung signalisiert und mit „zum Beispiel“ zu übersetzen ist; vgl. *Paricio*, Hom. Murga Gener 51 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 81, 201; *Saccoccio*, Si certum petetur 487–489. Dagegen versteht *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 131; *Wegmann Stockebrand*, REHJ 40 (2018) 109 f., *velut* im explikativen Sinn („und zwar“, „nämlich“, „a saber“). Nicht haltbar ist die von *Maschi*, St. Volterra IV 723–726, 741–744; *Maschi*, Categoria (1973) 249–252, entwickelte These, Gaius habe in Gai. 3.90 auch *depositum* und *commodatum* erwähnt, die Veroneser Gaiushandschrift weise insofern also eine Lücke auf.

[12] Ulp. 31 ed. D. 12.1.15: *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam.*

[13] Vgl. Fn. 2.

[14] Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.8 (*nec dubitari*); Ulp. 31 ed. D. 12.1.15; Afr. 8 quaest. D. 17.1.34 pr. (*benigne receptum est*).

[15] Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.8 (Aristo, zustimmend Julian); vgl. auch Iust. C. 4.27.3 (a.530) und die Darlehensgewährung durch einen *procurator* in Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.2. Hierzu *Mitteis*, RP 226; *Siber*, Römisches Recht (1928) 415; *Hallebeek*, in: Hallebeek/Dondorp, Contracts (2008) 16 f.; *Saccoccio*, Mutuo (2020) 59–64. Zum Gesamtzusammenhang von Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.8 siehe *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 455 f.; *Gröschler*, TR 74 (2006) 280–285.

[16] Ulp. 26 ed. D. 12.1.11 pr. (*distinctio Nervae*).

[17] Die Bezeichnung, hinter der das arabische Wort „muhatara“ (Risiko) steht, geht auf das Mittelalter zurück und meint ursprünglich den Verkauf einer Sache auf Kredit mit sofortigem Rückkauf durch den Kreditgeber zu einem geringeren Preis, der dem Kreditnehmer bar ausbezahlt wird; vgl. das im Talmud (BM 62b) überlieferte Beispiel des Verkaufs und sofortigen Rückkaufs von Weizen. Diese Art von *contractus mohatrae* (im eigentlichen Sinn) diente im arabisch-jüdischen Bereich der Umgehung des Zinsverbots. Erst in jüngerer Zeit wird der Begriff (unrichtig) auch für den Fall verwendet, dass dem Darlehensnehmer ein Gegenstand zum Zweck des Verkaufs überlassen wird.

mer eine Sache erhält, um diese zu verkaufen, und den erzielten Erlös als Darlehen behalten soll.[18] Noch einen Schritt weiter geht der spätklassische Jurist Ulpian, indem er das Vereinbarungsdarlehen anerkennt.[19] Dabei geht es um die Umwandlung einer bereits bestehenden Schuld, etwa aus Auftrag,[20] in eine Darlehensschuld aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner. Die Argumentation Ulpians lautet wie folgt: Was im Fall des Anweisungsdarlehens für zwei Personen anerkannt ist, nämlich für den angewiesenen Schuldner und den Darlehensnehmer, müsse auch für eine einzige Person gelten, die diese beiden Rollen in sich vereinigt.[21]

II. *Res* als Sachleistung

Hinter den Bezeichnungen *contractus re* bzw. *obligatio re*[22] steht der Begriff *res* in der Bedeutung von „Tatsache, Tat, Handlung, Naturalakt".[23] Mit *re* ist daher die von einem der beiden Vertragsschließenden vorzunehmende Sachleistung als solche, nicht der konkrete Leistungsgegenstand, etwa das Darlehenskapital beim *mutuum*, gemeint.[24] Nichts anderes gilt für die von Modestin[25] wohl zu didaktischen Zwecken entwickelte Definition der Realobligation, in der *res* zwar in der Bedeutung von „Sache" verwendet wird, jedoch in einem metonymischen Sinn für die Sachleistung steht: *Re obligamur, cum res ipsa intercedit.*[26] 3

Hierzu *Schulz*, CRL 510; *Kaser*, Synt. Arangio-Ruiz I 75 Fn. 3; *Zimmermann*, LO 162 f.; *Saccoccio*, Mutuo (2020) 101–107.

[18] Ulp. 26 ed. D. 12.1.11 pr.: *si vendideris, puto mutuam pecuniam factam*; vgl. auch Ulp. 34 Sab. D. 12.1.4 pr. a. E.; Ulp. 31 ed. D. 19.5.19 pr.; Diocl./Max. C. 4.2.8 (a.293). Ablehnend dagegen Julian, wie sich aus Afr. 8 quaest. D. 17.1.34 pr. ergibt.

[19] Ulp. 31 ed. D. 12.1.15. Im Gegensatz dazu lehnt Julian die Umwandlung einer Auftrags- in eine Darlehensschuld durch einfachen Brief noch ab; Afr. 8 quaest. D. 17.1.34 pr.

[20] Dagegen kommt es bei der Umwandlung einer (regelmäßigen) Verwahrung in ein Darlehen zu einer Übereignung durch *brevi manu traditio*, weil der Verwahrer nicht Besitzer im Rechtssinne, sondern nur *detentor* ist. Die Anforderungen des *ex meo tuum fit* sind daher ohne weiteres erfüllt; Ulp. 27 ed. D. 12.1.9.9; Afr. 8 quaest. D. 17.1.34 pr. (*quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt*).

[21] Ulp. 31 ed. D. 12.1.15: *quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, …* Zweifel an der Klassizität dieser Argumentation sind entgegen *Lübtow*, Synt. Arangio-Ruiz II 1212 mit Fn. 2 f. (= Ges. Schr. I.3 310), nicht begründet.

[22] Vgl. die Ausdrücke *re contrahi*, *re obligari*, *re teneri* in Gai. 3.90 f.; Gai. 2 cott. D. 44.7.1.5,6; Paul. 3 ed. D. 2.14.7 pr.

[23] Vgl. H-S 512 (s. v. res, 4); *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 80.

[24] Vgl. *Brasiello*, St. Bonfante II 575–581, der *re* mit „atto" bzw. „attività" gleichsetzt. Anders *Wubbe*, ACop. IV 109 („‚re' significa: ‚da una cosa'"), 115 („a causa della cosa"). *Cannata*, Iura 21 (1970) 58 f., nimmt an, dass hinter *re obligari* zumindest ursprünglich der Gedanke eines „essere obbligati a causa della cosa; dalla cosa" gestanden habe. *Grosso*, Sistema (1963) 78, spricht von terminologischen „oscillazioni", in dem Sinne, dass mit *re* sowohl der obligationsbegründende Akt der Sachleistung als auch die hingegebene Sache selbst gemeint sei.

[25] Mod. 2 reg. D. 44.7.52.1.

[26] Mit *res ipsa* ist zwar der zu leistende körperliche Gegenstand angesprochen, so dass der Aus-

III. Bedeutung der Willenseinigung

4 Auch wenn mit dem Begriff *contractus* ursprünglich jedwede Art der Eingehung von Verbindlichkeiten durch rechtmäßiges Handeln gemeint war,[27] weshalb Gaius in Gai. 4.182 die *tutela* noch zur Gruppe der *contractus* rechnen konnte,[28] führt die in Gai. 3.89 vorgenommene Beschränkung auf die vier Gattungen der *contractus re*, *verbis*, *litteris* und *consensu* zu einer Bedeutungsverengung auf die in diese Gattungen fallenden Verträge und damit zu einem Begriff des *contractus* im engeren Sinn.[29] Das hat zur Folge, dass für einen solchen *contractus* (zumindest auch) die vertragliche Einigung der Parteien erforderlich ist, auch wenn Gaius die Willenseinigung nur bei den *contractus*

---

druck *re obligamur* die Bedeutung „durch eine Sache werden wir verpflichtet" annimmt; dahinter steht jedoch auch hier die Vorstellung von der Sachleistung, die zur Begründung der Realobligation zu erbringen ist. Vgl. *Fercia*, Fiducia (2012) 45 f.; *Wegmann Stockebrand*, RChD 46 (2019) 683–685 (einschränkend auf die mutui datio). Dagegen hält *Talamanca*, Iura 50 (1999/2002) 97, die Definition Modestins aufgrund der Mehrdeutigkeit von *rem ipsam intercedere* für „praticamente inintelligibile".

[27] Vgl. etwa Gai. 2.14: *Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut … obligationes quoquo modo contractae*; hierzu *Schulz*, CRL 465; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 445. Siehe zum weiten Begriff des *contractus* auch Paul. 7 Plaut. D. 3.5.15 (*negotium gestum*), Paul. 18 Plaut. D. 44.7.49 (*tutela*); Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.6 (*dos, tutela*); Ulp. 59 ed. D. 42.4.3 pr. (*communio*); Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23 (*dos, tutela, negotium gestum, communio*).

[28] Anders dann in Gai. 3 cott. D. 44.7.5.1: *quasi ex contractu teneri videntur.*

[29] Vgl. *Voci*, Dottrina (1946) 72 f.; *Grosso*, Sistema (1963) 43 f., 47 f.; *Grosso*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 89 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 250, 253; *Burdese*, SemCompl. 5 (1993) 62 f.; *Melillo*, Contrahere (1994) 120 f.; *Jung*, Darlehensvalutierung (2002) 56–58; *Saccoccio*, Si certum petetur 491 f.; *Burdese*, in: *Burdese*, Dottrine del contratto (2006) 103; *Burdese*, St. Labruna I 570 f.; *Garofalo*, in: Burdese, Dottrine (2006) 369–372 (= St. Nicosia I 50–54); *Cannata*, Materiali II (2008) 81 f.; *Honsell*, Römisches Recht (2015) 102 f.; insoweit auch *Talamanca*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 68, der im „accordo delle parti" das verbindende Element der *obligationes ex contractu* nach der gajanischen Systematik sieht, auch wenn es problematisch sei, ob sich die klassische Jurisprudenz dessen bereits bewusst war. Anders *Lübtow*, Condictio (1952) 99: man dürfe unter *contractus* in Gai. 3.88,89 nicht den „Vertrag" verstehen; ebenso *Schulz*, CRL 466 f.; *Wunner*, Contractus (1964) 52, 78 f., 219 f. („Technisierung" des Begriffs *contractus* im Sinne von „schuldrechtlicher Vertrag" in der Spätklassik); *Sargenti*, Iura 39 (1988) 55–59; *Martini*, Iura 42 (1991) 99–102; *Paricio*, Hom. Murga Gener 50 f.; *Paricio*, in: *Vacca*, Causa (1997) 154; *Paricio*, Contrato (2008) 30–36 (= in: Andrés Santos et al., Vertragstypen (2011) 15–17); *Coma Fort*, Res cottidianae (1996) 22–27, 211; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 85 f.; *Wegmann Stockebrand*, RDP-UEC 34 (2018) 27–34, 40; *Wegmann Stockebrand*, RDV 32.1 (2019) 16, 21–23. Nach *Wubbe*, Labeo 35 (1967) 523 f., habe sich das „élément de convention" erst in Gaius' *Res cottidianae* durchgesetzt; vgl. aber auch *Wubbe*, ACop. IV 115 f. Nach *Sirks*, in: Sirks, Nova ratione (2014) 138–142, 156–160, 162, bezeichne der Begriff *contractus* ursprünglich und auch noch bei Gaius den „unilateral act" des Sich-Verpflichtens, das heißt etwa beim *mutuum* den „unilateral act of acceptance" (141); vgl. auch *Sirks*, in: Milazzo, Scientia rerum (2019) 68 („atto unilaterale della persona che si obbliga"). Den umgekehrten Ansatz verfolgt *Pietrini*, Index 44 (2016) 297–303, wonach Gaius bei der Einordnung der *obligationes re, verbis* und *litteris contractae* allein auf den Willen des Gläubigers abstelle.

consensu als das charakteristische und zugleich hinreichende Element erwähnt.[30] Deutlich kommt das Erfordernis der Willenseinigung im *eleganter dictum* des hochklassischen Juristen Pedius zum Ausdruck, wonach jeder *contractus* ein Übereinkommen (*conventio*) in sich trage.[31] Auch Ulpian versteht den *contractus* als besondere Form der *conventio*, nämlich als ein Übereinkommen, das eine Klage hervorbringt.[32] Wie bei jedem Vertragsschluss bedarf es daher auch bei den Realverträgen einer Einigung der Vertragsparteien. Die Einigung liegt nicht bereits in der willentlichen Vornahme und dem willentlichen Empfang der Sachleistung;[33] vielmehr muss eine Willensübereinstimmung über den konkreten Rechtsgrund der Sachleistung hinzutreten,[34] das heißt, dass der beiderseitige Parteiwille auf den Abschluss eines *mutuum*, *depositum*, *commodatum* oder aber auf die Bestellung eines *pignus* gerichtet sein muss. Der Parteiwille, trotz Auszahlung eines höheren Betrags einen Rückzahlungsanspruch aus Darlehen nur in geringerer Höhe zu begründen, wird bereits vom Frühklassiker Proculus als ohne weiteres (*ipso iure*) maßgeblich angesehen.[35]

---

[30] Gai. 3.136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse.* Dass Gaius für sämtliche *contractus* jedenfalls auf den Willen, eine Verbindlichkeit zu begründen, abstellt, zeigt die Argumentation, mit der er in Gai. 3.91 die *solutio indebiti* aus dem Kreis der *contractus* ausschließt: *quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.* Hätte Gaius in Gai. 3.89 mit *contractus* tatsächlich alle nicht-deliktischen Verbindlichkeiten erfassen wollen, wie es der in Gai. 3.88 eingeführten Dichotomie *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* in einem strengen Sinn entsprechen würde, so hätte er auch die *solutio indebiti* ohne weiteres den *contractus* zurechnen müssen. Andererseits kann die willentliche Eingehung einer Obligation beispielsweise auch in der Übernahme der *tutela* und im *negotium gestum* gesehen werden. Diese Arten von Verbindlichkeiten fallen jedoch nicht unter den in Gai. 3.89 gebrauchten Begriff des *contractus* im engeren Sinn, der auf die vier Vertragsgattungen *re*, *verbis*, *litteris* und *consensu* beschränkt ist.

[31] Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.3: … *ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.* Vgl. hierzu *Cannata*, FG Lübtow (1970) 448 f. mwN. Relativierend *Talamanca*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 211 f.; *Talamanca*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 69 f., wonach für Pedius die *conventio* nur auf einem „piano sociologico" bzw. einem „piano socio-economico" eine Rolle gespielt habe (zustimmend *Martini*, Iura 42 (1991) 102 f.), was allerdings nicht zur Nichtigkeitsfolge (*nullum esse*, *nulla est*) passt (vgl. *Romano*, AUPA 48 (2003) 315–317; *Fiori*, in: McGinn, Obligations (2012) 56 Fn. 55).

[32] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.1: *Quae [sc. conventiones] pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus.*

[33] *Kaser*, RRQ 160 (= Stud. Thomas 76). Unklar *Wegmann Stockebrand*, IP 4.2 (2019) 48–50, der den Darlehensvertrag „con la datio misma" identifiziert, hinsichtlich der Rechtswirkungen der *mutui datio* aber auf den „acuerdo de las partes" abstellt.

[34] Vgl. insoweit auch *Cannata*, Iura 21 (1970) 67.

[35] Ulp. 26 ed. D. 12.1.11.1: *Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem.* … Aus *ipso iure debere* folgt, dass der Darlehensnehmer hier nicht etwa auf die *exceptio pacti* angewiesen war; so aber *Wegmann Stockebrand*, REHJ 40 (2018) 114 mit Fn. 74; *Wegmann Stockebrand*, IP 4.2 (2019) 56.

IV. Verhältnis des Realvertrags zum Bereicherungs- und zum Deliktsrecht

5 Die Kategorie der Realobligation geht über den Bereich der Verträge hinaus. Gaius nennt im Zusammenhang mit der Realobligation auch die Leistung auf eine Nichtschuld (Gai. 3.91): Wer etwas nicht Geschuldetes von einem irrtümlich Leistenden entgegennimmt, wird wie im Fall der Darlehensgewährung aufgrund der Sachleistung verpflichtet. Sowohl für das *mutuum* als auch für die Rückforderung eines *indebitum solutum* war im Formularverfahren als Klage die *condictio* einschlägig. Vorläufer der *condictio* war im Legisaktionenverfahren die durch eine *lex Silia*, wohl Ende des 4. Jh. v. Chr. oder in der ersten Hälfte des 3. Jh. v. Chr.,[36] eingeführte *legis actio per condictionem* (Gai. 4.17b–19). Das spricht dafür, dass auch das Darlehen ursprünglich nicht als vertragliche Verbindlichkeit angesehen wurde, sondern dass es hier – wie beim *indebitum solutum* – um die Rückgängigmachung einer insoweit rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung ging, als das Darlehen für den Empfänger keinen endgültigen Behaltensgrund liefert.[37] Für die Verpflichtung aus dem Darlehen kam es wohl zunächst, ebenso wie beim *indebitum solutum*, allein auf die Sachleistung und den fehlenden Behaltensgrund an.[38] Die historische Verwandtschaft zum *indebitum solutum* ist als entscheidender Grund dafür anzusehen, dass die Verpflichtung aus dem *mutuum* auch noch in klassischer Zeit ausschließlich auf die Rückgewähr des empfangenen Darlehenskapitals gerichtet ist. Der Grund für die Unverzinslichkeit des *mutuum* ist daher nicht in dessen „Freundschaftscharakter" zu sehen, sondern in der historisch bedingten Zuordnung zur *condictio* als der weiterhin auch für das *mutuum* zuständigen Klage.[39]

6 Ausweislich der Überlieferung in der *Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio*[40] sahen die XII Tafeln (XII T. 8.19) für die Verwahrung eine auf das Doppelte gerichtete Strafklage[41] vor. Naheliegend ist, dass auch die Haftung für die (vorsätzliche)

[36] Die Datierung der *lex Silia* ist unsicher; vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 111 Fn. 4 mwN.; *Elster*, Gesetze 255 (4. oder 3. Jh.). *Terminus ante quem* ist das Jahr 204 v. Chr.; *Rotondi*, Leg. publ. 261; *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 98 Fn. 364.

[37] Vgl. *Kaser*, Er. Maridakis I 168–171 (= Ausgew. Schr. II 286–289). Dieser Gedanke steht wohl auch hinter der Bezeichnung des empfangenen Darlehenskapitals als *aes alienum*; vgl. Ulp. 1 reg. D. 50.16.213.1.

[38] Vgl. *MacCormack*, Labeo 31 (1985) 143 f., der allerdings allein auf die Eigentumsübertragung abstellt.

[39] Vgl. zutreffend *Harke*, in: Riesenhuber, Methodenlehre [1](2006) 19; *Engel*, in: Andrés Santos et al., Vertragstypen (2011) 58. Dagegen auf die gegenseitige Treue und Freundschaft (*fides*, *amicitia*) abstellend *Maschi*, St. Volterra IV 747 f., 752; *Maschi*, Categoria (1973) 100–119; ebenso *Salazar Revuelta*, Gratuidad (1999) 36–42, 81–103; zustimmend noch *Gröschler*, SZ 120 (2003) 274. *Saccoccio*, Mutuo (2020) 27, verweist sowohl auf prozessuale als auch auf ethische Gründe.

[40] Coll. Mos. 10.7.11 (= Paul sent. 2.12.11): *Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum* (→ § 85 Rn. 66). Zur Überlieferung siehe *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 109–138.

[41] Zur pönalen Natur der Klage s. ausführlich *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 138–182, insb. 139–141, 154.

Nichtrückgabe geliehener oder verpfändeter Sachen ursprünglich deliktischer Natur war. In der Zeit des Formularverfahrens wurde die Deliktshaftung dann durch den Gedanken einer auf den einfachen Betrag (*simplum*) gerichteten vertraglichen Haftung abgelöst. Ein erster Schritt hin zu einer vertraglichen Haftung ist in den in Gai. 4.47 wiedergegebenen *formulae in factum conceptae* der *actio depositi* und der *actio commodati* zu sehen, bei denen die *condemnatio* nur noch auf das *simplum* gerichtet war.[42] In der ausgehenden Republik bzw. im Prinzipat treten zu diesen Klagformeln die in Gai. inst. 4.47 ebenfalls genannten *in ius* konzipierten *bonae fidei iudicia* hinzu,[43] womit der Übergang zur vertraglichen Haftung abgeschlossen ist.[44]

V. Das *mutuum cum stipulatione* als Geschäftsdarlehen

In den römischen Urkunden über Geschäftsdarlehen wurde regelmäßig nicht nur die 7
Auszahlung des Darlehenskapitals beurkundet, sondern auch das Rückzahlungsversprechen des Darlehensnehmers in Form einer *stipulatio*.[45] War die Stipulation abstrakt gefasst, was durch Auslegung zu ermitteln ist, so konnten (zulässige) Zinsen wirksam in den stipulierten Betrag mit einbezogen werden, was wohl der entscheidende Vorteil dieses sogenannten „kombinierten Vertrags“ war.[46] Das Verhältnis von *mutuum* und *stipulatio* wurde dabei von den römischen Juristen kontrovers beurteilt. Pomponius und Paulus gehen davon aus, das *mutuum* trete von vornherein gegenüber der *stipulatio* zurück,[47] was für ein kausales Verständnis der Stipulation spricht.[48] Dagegen fassen Gaius und Ulpian, die den Schuldner im Fall der Nichtauszahlung des Darlehens gegenüber dem Anspruch aus der *stipulatio* durch eine *exceptio* schützen,[49] die Stipu-

[42] Vgl. *Kaser*, RP I 535; *Harke*, in: Riesenhuber, Methodenlehre [1](2006) 15–17; *Engel*, in: Andrés Santos et al., Vertragstypen (2011) 56 f. Zur Frage des Verhältnisses der beiden Formeln der *actio depositi* und der historischen Entwicklung siehe *Walter*, Actio depositi (2012) 6579, und → § 85 Rn. 9–11, 66–71.

[43] In Cic. off. 3,17,70 (44 v. Chr. verfasst) werden *depositum*, *commodatum* und *pignus* noch nicht im Zusammenhang mit den *arbitria* genannt, *in quibus adderetur ex fide bona*; vgl. *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 128 mit Fn. 5. Für die *actio pigneraticia* vermutet *Kaser*, TR 47 (1979) 214–222 (= Studien (1982) 78–86); *Kaser*, RRQ 166 Fn. 53 (= Stud. Thomas 81), eine Klage mit *formula in ius concepta* aus nachgajanischer Zeit; s. auch *Mantovani*, Formule 53 Fn. 120 (Nr. 31).

[44] *Kaser*, RP I 535.

[45] TPSulp 50–59 (= TPN 39–48); FIRA III Nr. 122 = CIL III/2 Nr. 5; Paul. 3 quaest. D. 12.1.40 und D. 45.1.126.2.

[46] *Gröschler*, TR 74 (2006) 267–269; vgl. auch *Saccoccio*, Mutuo (2020) 109 f.

[47] Pomp. 24 Sab. D. 46.2.7 (*sola stipulatio teneat*); Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.2 (*non duae obligationes nascuntur, sed una verborum*).

[48] Pomp. 24 Sab. D. 46.2.7 (*magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri*); hierzu *Gröschler*, TR 74 (2006) 271 f.

[49] Gai. 4.116; Ulp. 7 disp. D. 17.1.29 pr.; Ulp. 76 ed. D. 44.4.2.3 a. E. Auch die Ende des 2. Jh. n. Chr. eingeführte *exceptio non numeratae pecuniae* (hierzu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsobligl. 512 f. mwN.) setzt ein abstraktes Verständnis der *stipulatio* voraus.

lation abstrakt auf.[50] Folgerichtig lässt Ulpian im Fall einer unwirksamen Stipulation weiterhin die *condictio* (*actio certae creditae pecuniae*) aus dem *mutuum* zu,[51] was dafür spricht, dass er das *mutuum cum stipulatione* als einheitlichen Vertrag auffasst, der auf zwei selbständigen Verpflichtungsgründen, nämlich zugleich *mutuum* und *stipulatio*, beruht.[52] Damit ist das Konzept des *contractus re et verbis*,[53] das nach herkömmlichem Verständnis[54] als nachklassisch eingestuft wird, wohl bereits der klassischen Zeit zuzuordnen.

[50] Zur Entbehrlichkeit der Erteilung von *exceptiones* bei kausalen (titulierten) Stipulationen siehe nur *Kaser*, RP I 541.

[51] Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.3–7; hierzu *Jakab*, SZ 116 (1999) 378 f.; *Gröschler*, TR 74 (2006) 280–284.. Dagegen meint *Saccoccio*, Mutuo (2020) 121, der Realvertrag habe hier nur „efficacia ‚naturale'".

[52] Der Ausdruck *unus contractus* in Ulp. 46 Sab. D. 46.2.6.1 ist daher nicht im Sinne eines ausschließlichen Verbalvertrags zu verstehen; *Gröschler*, TR 74 (2006) 279 f.; *Engel*, in: Andrés Santos et al., Vertragstypen (2011) 66. Anders *Apathy*, Animus (1975) 52, 57 f.; *Sacconi*, Stipulatio (1989) 40; *Talamanca*, Iura 50 (1999/2002) 30 f. mit Fn. 108, Fn. 76, Fn. 111; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 37; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 142; *Saccoccio*, Mutuo (2020) 116.

[53] Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.3 (*sive re … sive verbis sive coniunctim*); Mod. 2 reg. D. 44.7.52 pr. (*Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque …*); Mod. 2 reg. D. 44.7.52.3: *Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem.*

[54] *d'Ors*, ACI Verona III 291, 301–303; *Kaser*, Er. Maridakis I 155 (= Ausgew. Schr. II 273); *Kaser*, RP II 370 Fn. 9; *Apathy*, Animus (1975) 48 Fn. 4; *Talamanca*, Iura 50 (1999/2002) 80–82, 94–101; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 141–145; *Wegmann Stockebrand*, RChD 46 (2019) 681–683; *Saccoccio*, Mutuo (2020) 107 Fn. 241.

§ 23 Schriftakt zur Schuldbegründung (Litteralkontrakt)

Peter Gröschler

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II, 1901; *Steinwenter*, Litterarum obligatio, Paulys Realenzyklopädie der class. Altertumswissenschaft XIII.1 (1926) 786–798; *Thielmann*, Die römische Privatauktion, zugleich ein Beitrag zum römischen Bankrecht, 1961; *Watson*, The Law of Obligations in the Later Roman Republic, 1965; *Sacconi*, Ricerche sulla delegazione in diritto romano, 1971; *Thilo*, Der Codex accepti et expensi im Römischen Recht, 1980; *Nelson/Manthe*, Gai Institutiones III 88–181. Die Kontraktsobligationen. Text und Kommentar, 1999; *Behrends*, Der Litteralvertrag. Geldtruhe (arca) und Hausbuch (codex accepti et expensi) im römischen Privatrecht und Zensus, in: Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz I, 2000, 57–112; *Cannata*, Qualche considerazione sui ‚nomina transscripticia', in: Corbino (Hg.), Studi per Giovanni Nicosia II, 2007, 169–210; *La Rosa*, Appunti sui contratti ‚letterali' nel diritto romano, in: Ann. Catania, Nuova serie IX (2007/08) 71–78.

Inhalt Rn.

I. Quellen 1
II. Umbuchungsforderungen 2
III. Klagbarkeit der litteralen Forderung 4
IV. Willenseinigung, Ermächtigungsbrief des Schuldners 5
V. Schuldbegründende Wirkung des Schriftakts 6
VI. Zeitliche Einordnung 7

I. Quellen

Über die Schuldbegründung durch Schriftakt (*litteris*), die zu einer *litteris obligatio* führt, sind wir im Wesentlichen durch die Institutionen des Gaius (Gai. 3.128–134, 137, 138) sowie durch Ciceros Rede gegen den Schauspieler Roscius informiert.[1] In den **1**

[1] Cic. Q. Rosc. 1,1–45,14. Um die *litteris obligatio* geht es auch in einer Reihe von Cicerobriefen: Cic. Att. 2,4,1; 15,20,4; Cic. fam. 5,20,8–9; 7,23,1; vgl. *Thilo*, Codex (1980) 288–290, 304 f. Laut Cic. Att. 15,20,4 sollte Atticus bei Dritten ein Darlehen aufnehmen, um Cicero Geldmittel zu verschaffen, weshalb mit *mihi feras expensum* die Umbuchung (*a re in personam*) des Aufwendungsersatzanspruchs gemeint ist, den Atticus nach Ausführung des *mandatum* gegen Cicero hatte; vgl. *Thilo*,

Digestenfragmenten ist die Litteralobligation, die im 3. Jh. n. Chr. außer Gebrauch kam, weitgehend getilgt[2] und kann nur noch vereinzelt rekonstruiert werden.[3] Die Institutionen Justinians bezeichnen die klassische Form der *litteris obligatio* ausdrücklich als obsolet.[4]

II. Umbuchungsforderungen

2 Gaius ordnet die Schuldbegründung durch Schriftakt in Gai. 3.89 in das aus vier Gattungen bestehende System der Verträge (*contractus*) ein, die *re*, *verbis*, *litteris* oder *consensu* abgeschlossen werden können. Der die *litteris obligatio* begründende Litteralvertrag entsteht nach dem weiteren Bericht des Gaius (Gai. 3.128) im Zusammenhang mit den Umbuchungsforderungen (*nomina transscripticia*). Diese unterfallen in zwei Unterarten (Gai. 3.129, 130), nämlich solche, die durch Umbuchung „von der Sache auf die Person" (*transscriptio a re in personam*), und solche, die durch Umbuchung „von der einen Person auf die andere Person" (*transscriptio a persona in personam*) entstehen. Im einen Fall wird durch den Litteralvertrag eine bereits bestehende Schuld, etwa – so die von Gaius genannten Beispiele – aus Kauf, Verdingung oder Gesellschaft, in eine litterale Schuld umgebucht. Im anderen Fall kommt es zur Umbuchung einer Schuld etwa des Titius auf die Person des litteralen Schuldners, der damit zum Neuschuldner wird. Bei der *transscriptio a persona in personam* findet also ein Schuldnerwechsel statt, dem eine vom Altschuldner gegenüber dem Neuschuldner vorgenommene Passivdelegation zugrunde liegen kann.[5] Dagegen ändert sich bei der

---

Codex (1980) 290 Fn. 33; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 200; übersehen wird die *transscriptio a re in personam* von *Watson*, Obligations (1965) 37 f. Fn. 4; *Zandrino*, in: Masuelli/Zandrino, Linguaggio e sistematica (2014) 235–237. Auch sind Cic. off. 3,14,59 (*nomina fecit*) und Val. Max. 8,2,2 (*expensa ferri sibi passus est*) sind möglicherweise Belege für die *litteris obligatio*, was jedoch umstritten ist; *Watson*, Obligations (1965) 29–36; *Thilo*, Codex (1980) 99–102, 300–304; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 207 f., 215; *Corbino*, St. Talamanca II 255, 272; *Liebs*, Richter Roms (2007) 71 f.; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 332 Fn 112. Zu den herkulanensischen Urkunden TH 3, 10, 36 s. Fn. 26. Um eine *transscriptio a persona in personam* geht es in der Inschrift CIL XIV 3471 = FIRA III 124; hierzu *Thilo*, Codex (1980) 310 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 210 f.; *Buongiorno/Cao*, St. Broilo 90 f.

[2] Ausnahmen sind vielleicht zu sehen in Paul. 62 ed. D. 2.14.9 pr. (*ut puta plures sunt rei stipulandi vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt*) und Pomp. 5 Sab. D. 33.1.1 (*sicuti ex stipulatu aut nomine facto*); hierzu *Thilo*, Codex (1980) 299 f.; *Cannata*, St. Nicosia II 171.

[3] So etwa in Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.3: … *ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis ⟨sive litteris⟩ fiat*; … Auch in Pomp. 4 Q. Muc. D. 46.3.80 (*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet:* …) ist zu vermuten, dass neben Real-, Verbal- und Konsensualvertrag auch der Litteralvertrag erwähnt wurde; *Cannata*, FG Lübtow (1970) 441; *Cannata*, Materiali II (2008) 63 f.

[4] Inst. 3.21 (Fn. 52).

[5] Gai. 3.130: … *id est, si Titius te ⟨pro⟩ se delegaverit mihi.* Zur Möglichkeit einer Schuldübernahme

transscriptio a re in personam nur die Qualität der Schuld, indem etwa eine Schuld aus einem Konsensualvertrag in eine litterale Schuld umgewandelt wird.[6]

Der vom Gläubiger vorzunehmende Schriftakt liegt in der Umbuchung des Schuldbetrags *a re in personam* oder *a persona in personam*.[7] Diese Umbuchung erfolgt, indem der Gläubiger den Schuldbetrag als dem Schuldner ausgezahlt in seine Buchführungsunterlagen einträgt (*expensum ferre*).[8] Da bei dieser Form des *expensum ferre* keine wirkliche Zahlung stattfindet,[9] handelt es sich um eine fiktive Auszahlungsbuchung.[10] Auch wenn bei der Umbuchung wohl in aller Regel der Schuldgrund (*causa*) zum Zweck der Identifizierung des Schuldverhältnisses genannt wurde, erscheint (ähnlich wie bei der *stipulatio*)[11] eine abstrakte Fassung der litteralen Schuld nicht ausgeschlossen.[12] Bei entsprechender kausaler Fassung kann die *litteris obligatio* vermutlich, soweit die Parteien mit *animus novandi* handeln, novierende Wirkung haben,[13] obwohl 3

---

ohne *delegatio* siehe Ulp. 46 Sab. D. 46.2.8.5 *(etiamsi nolim)*; hierzu *Emunds*, Drittleistung (2007) 376–378; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 108 f.; *Manthe*, DG Nishimura 178 f.

[6] Zur *condictio certae pecuniae* (*actio certae creditae pecuniae*) als der für litterale Schulden zuständigen Klage s. unten (→ Rn. 4).

[7] Dementgegen soll es nach *Heck*, AcP 116 (1918) 149 f., beim Litteralvertrag nicht um eine Buchung des Gläubigers gehen, sondern um eine „urkundliche Vereinbarung" zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner; offengelassen bei *Wesenberg*, FuF 29 (1955) 117.

[8] Cic. Q. Rosc. 1,2 (Fn. 26); 4,13; 5,14; Cic. Att. 2,4,1; 15,20,4; Cic. fam. 5,20,9; Val. Max. 8,2,2; Formula Baet. (CIL II 5042 = FIRA III 92) Z. 7 f.: *expensum tulit tulerit.*

[9] In anderem Zusammenhang kann mit *expensum ferre* die Buchung einer tatsächlichen Auszahlung gemeint sein, so etwa in Cic. Verr. II 1,39,100 und 102; Nep. Att. 13,6; Bell. Alex. 49,2; 56,3; übertragen in Catull. 28,7–8; hierzu *Thilo*, Codex (1980) 91–93; 95–98, 271; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 209, 233–235, 237 f. Auch das Hapaxlegomenon *expensilatio* steht in Gell. 14,2,7 für die tatsächliche Auszahlung; vgl. *Thilo*, Codex (1980) 259; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 199 f.

[10] Vgl. *Karlowa*, RRG II 750 f.; *Sacconi*, Delegazione (1971) 134 („procedimento fittizio"), 178; *Kaser*, RP I 544 („fiktive Auszahlung"). Von einem „fiktiven Darlehen" ist die Rede bei *Steinwenter*, s. v. litterarum obligatio, RE XIII.1 791; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 252; so bereits *Savigny*, System V 531 („fingiertes Gelddarlehen"); *Savigny*, Schr. I 229 („als ob es ein baares Darlehen wäre").

[11] Zur abstrakten bzw. kausalen (titulierten) Fassung der *stipulatio* s. nur *Kaser*, RP I 541. Die abstrakte Fassung der *stipulatio* (und Gleiches muss für einen abstrakt gefassten Litteralvertrag gelten) führt freilich nicht dazu, dass sich der Schuldner auf den Mangel der *causa* (insbesondere das Fehlen der zugrunde liegenden Forderung) nicht mehr berufen kann. Anders als bei der kausalen Fassung führt die abstrakte Fassung aber dazu, dass der Schuldner bereits beim Prätor die Gewährung einer *exceptio* beantragen muss (vgl. Gai. 4.116). Hierzu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 506.

[12] Dass in Gai. 3.129, 130 als Beispiele die Umbuchung von *quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas* bzw. *quod mihi Titius debet* genannt wird, bedeutet nicht zwingend, dass die hier angesprochenen Schuldgründe in der Auszahlungsbuchung des Gläubigers stets auch tatsächlich aufgeführt werden; vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 506. Dagegen gehen *Thielmann*, Privatauktion (1961) 115, 196–199; *Kaser*, RP I 544 Fn. 14; *Thilo*, Codex (1980) 316 Fn. 110, von einer stets kausalen Fassung der litteralen Schuld aus. Für ausschließlich abstrakte Fassung *Karlowa*, RRG II 753; *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 104.

[13] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 506–509. Eine generell novierende Wirkung schrei-

Gaius (Gai. 3.176–179) im Zusammenhang mit der Novation nur die *stipulatio* und nicht den Litteralvertrag behandelt. Neben der Umbuchung *a re in personam* und *a persona in personam* sind weitere Formen des römischen Litteralvertrags nicht bekannt,[14] was mit dem abschließenden Charakter der Aufzählung in Gai. 3.128–130 übereinstimmt. Dagegen spricht nicht, dass Gaius die Umbuchungsforderungen mit *veluti* einführt (Gai. 3.128). Vielmehr unterscheidet er zwischen dem römischen Litteralvertrag, der „gewissermaßen" (*quodam modo*) dem *ius civile* angehört,[15] und dem peregrinen Litteralvertrag, der in die beiden Unterarten des peregrinen *chirographum* (χειρόγραφον) und der peregrinen *syngrapha* (συγγραφή) unterfällt (Gai. 3.134).[16]

III. Klagbarkeit der litteralen Forderung

4 Aus Ciceros Rede gegen den Schauspieler Roscius wissen wir, dass für den Litteralvertrag als Klage die *condictio certae pecuniae* (*actio certae creditae pecuniae*) zuständig ist,[17] in deren Anwendungsbereich auch die Forderungen aus *mutuum* und *stipulatio* sowie der Fall des *indebitum solutum* gehören. In der besonders wirkungsvollen prozessualen Durchsetzungsmöglichkeit, die die *condictio certae pecuniae* – verbunden mit der zugehörigen *sponsio tertiae partis*[18] – bietet, ist der entscheidende Vorteil der litteralen Verpflichtung gegenüber anderen Verpflichtungsgründen, etwa aus Konsensual-

---

ben dem Litteralvertrag zu *Bonifacio*, Novazione (1959) 64–69; *Kaser*, RP I 544 Fn. 14; *Thilo*, Codex (1980) 316 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 252; *Cremades*, Hom. Murga Gener 545–547 (zur Litteralobligation bei Gaius); *Cannata*, St. Nicosia II 181. Anstelle einer Novation sieht *Karlowa*, RRG II 753, in der *transscriptio* eine „Art Zahlung"; *Steinwenter*, s. v. litterarum obligatio, RE XIII.1 788, nimmt an, die Altschuld werde „formell getilgt"; vgl. auch *Thielmann*, Privatauktion (1961) 199 (keine „echte Novierung"); *Zandrino*, Dal pater (2018) 93 („effetto atipicamente novativo").

[14] Vgl. *Watson*, Obligations (1965) 21; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 201; *Behrends*, Mél. Wołodkiewicz I 63, 90. Gegen die Beschränkung des Litteralvertrags auf Umbuchungsforderungen *Appert*, RHD 11 (1932) 639–642. Einen ursprünglich abstrakten Litteralvertrag (für die Zeit bis Cicero) postulieren *Cremades*, Hom. Murga Gener 537, 546 („carctér abtracto absoluto"); *Zandrino*, Scr. Zannini (2018) 374, 379; *Zandrino*, Dal pater (2018) 87, 102 („obbligazione letterale assoluta").

[15] Gai. 3.133. Die Prokulianer, vertreten durch Nerva, ordnen demnach den Litteralvertrag insgesamt dem *ius civile* zu, so dass Peregrine hiervon völlig ausgeschlossen sind, während die Sabinianer, vertreten durch Sabinus und Cassius, immerhin bei der *transscriptio a re in personam* auch die Verpflichtung von Peregrinen zulassen. Vgl. hierzu *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 83; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 203, 214 f.; *Behrends*, Mél. Wołodkiewicz I 95–102; *Zandrino*, Scr. Zannini (2018) 377 f.

[16] *Bonifacio*, Novazione (1959) 67; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 201.

[17] Cic. Q. Rosc. 5,14: *Pecunia petita est certa; cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit.* Vgl. *Zandrino*, Dal pater (2018) 81 f.

[18] Gai. 4.13, 171, 189, 190; Cic. Q. Rosc. 4,10; 4,13; *lex Rubria* 21. Hierzu *Kaser/Hackl*, RZ 283 mwN.

vertrag, zu sehen.[19] Insbesondere bei der *transcriptio a re in personam* ist das Ziel der Umbuchung gerade in der Erlangung einer durch *condictio* einklagbaren Forderung zu sehen. Während die *stipulatio* unter Anwesenden abgeschlossen werden muss, bietet der Litteralvertrag die Möglichkeit, eine mit der *condictio* verfolgbare Forderung unter Abwesenden zu begründen.[20] Litteralverträge unter Anwesenden sind in den Quellen – soweit ersichtlich – nicht belegt. Da die anwesenden Vertragspartner ohne weiteres eine *stipulatio* abschließen können, besteht in einem solchen Fall für den Litteralvertrag kein Bedürfnis.

IV. Willenseinigung, Ermächtigungsbrief des Schuldners

Der Vertrag, der durch Schriftakt abgeschlossen wird (*litteris contrahitur*),[21] erfordert wie alle Verträge[22] eine Willensübereinstimmung der Vertragsparteien,[23] also insbesondere die Zustimmung des Schuldners. Da der Litteralvertrag seinem Konzept nach unter Abwesenden geschlossen wird (→ Rn. 4), erfolgt die Zustimmung seitens des Schuldners schriftlich, nämlich durch einen Brief (*litterae*).[24] Der briefliche Schriftakt des Schuldners beinhaltet die Ermächtigung (*iussum*)[25] gegenüber dem Gläubiger, die erforderliche Umbuchung des Schuldbetrags *a re in personam* oder *a persona in personam* und damit seinerseits einen Schriftakt vorzunehmen.[26] Für den Abschluss eines 5

[19] Vgl. *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 252; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 206.

[20] Gai. 3.138: *Sed absenti expensum ferri potest, etsi verborum obligatio cum absente contrahi non potest.* Zur Frage der Echtheit des Satzes s. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 244–246. Unter Berufung auf die Institutionenparaphrase des Theophilus (hierzu bei Fn. 53) hält es *Wesenberg*, FuF 29 (1955) 117, entgegen Gai. 3.138 für möglich, dass der Schuldner dem Schriftakt des Gläubigers beiwohnen muss.

[21] Gai. 3.89.

[22] S. hierzu die Entwicklung des Begriffs *contractus* (→ § 22 Rn. 4); dort auch zur Bedeutung der Willenseinigung im klassischen Vertragsrecht.

[23] Vgl. insb. das *eleganter dictum* des Pedius (Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.3, Fn. 3), das auch auf den Litteralvertrag zu beziehen ist; hierzu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 503 f. Unzutreffend daher *Perozzi*, Ist. II (1928) 264; *Cremades*, Hom. Murga Gener 536, 539–543, 545 f.; *Meyer*, Legitimacy (2004) 108, wonach die Begründung einer litteralen Forderung auch ohne Zustimmung des Schuldners denkbar sei.

[24] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 199, 504 f.; vgl. auch *Thilo*, Codex (1980) 293.

[25] Zum Begriff des *iussum* s. Cic. Q. Rosc. 1,2 (Fn. 26). Dagegen ist *iussus* (so *Thielmann*, Privatauktion (1961) 123–125; neuerdings wieder *Cannata*, St. Nicosia II 182, 200) als Nominativform nicht belegt; *Leumann*, Gramm. I 355; vgl. auch *Jouanique*, RHD 46 (1968) 11 Fn. 32; *Kaser*, RP I 265 Fn. 40; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 504.

[26] Cic. Q. Rosc. 1,2: *scripsisset ille, si non iussu huius expensum tulisset? – non scripsisset hic quod sibi expensum ferre iussisset?* Ein Beispiel für einen Ermächtigungsbrief findet sich in Cic. Att. 15,20,40: *velim igitur, …, si ea te res nihil offendet, videas unde nummi sint, mihi feras expensum.* In Cic. fam. 5,20,8 verwahrt sich Cicero gegen die Interpretation eines seiner Briefe als Ermächtigung zur Begründung einer litteralen Forderung: *sed neque tum me humanitate litterarum mearum obligatum*

Litteralvertrags muss folglich jeder der Vertragsschließenden jeweils einen Schriftakt vornehmen.[27] Zum Beweis der litteralen Forderung hat der Gläubiger zum einen seine Buchführungsunterlagen mit der Auszahlungsbuchung vorzulegen.[28] Zum anderen ist vom Gläubiger als weiteres entscheidendes Element des Litteralvertrags das *iussum* in Form des Ermächtigungsbriefs des Schuldners vorzuweisen.[29] In der prozessualen Praxis kann die Auszahlungsbuchung des Gläubigers wohl allenfalls dann ein Beweisindiz dafür liefern, dass die Buchung tatsächlich von einer Ermächtigung des Schuldners gedeckt ist, wenn der Gläubiger über einen exzellenten Leumund verfügt.[30] Dass man

---

puto … S. hierzu *Thilo*, Codex (1980) 288 f., 290; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 200, 206, 504 f. Fraglich ist, ob die *indices* des Typus *Chir(ographum) Numerii Negidii HS tot ex nomine facto* bzw. *nominis facti* (TH 3, 10, 36) mit dem Litteralvertrag in Verbindung gebracht werden können; befürwortend *Arangio-Ruiz*, St. Epigrafici 356 (= St. Redenti I 116 f.); *Thielmann*, Privatauktion (1961) 124 f.; *Tomulescu*, Labeo 15 (1969) 286 f.; *Liebs*, Symp. Wieacker (1970) 141 Fn. 133 f.; kritisch *Thilo*, Codex (1980) 295–297. Ebenso gut denkbar ist, dass es sich bei diesen *chirographa*, deren Wortlaut unbekannt ist, um Anwendungsfälle des *constitutum debiti* handelt; zur Verbindung zwischen *chirographum* und *constitutum debiti* vgl. (ohne Bezugnahme auf *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 249–262.

[27] Vgl. *Thilo*, Codex (1980) 292 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 199, 503–506; ähnlich auch *Kniep*, Commentarius III.2 (1917) 203 f. Anders (für Formlosigkeit des *iussum*) *Karlowa*, RRG II 754; *Steinwenter*, s. v. litterarum obligatio, RE XIII.1 792; *Weiss*, s. v. nomina transscripticia, RE XVII.1 823 (nach der Verkehrssitte auch stillschweigend); *Bonifacio*, Novazione (1959) 69; *Thielmann*, Privatauktion (1961) 125; *Kaser*, RP I 544 Fn. 8 (ausdrückliches oder stillschweigendes *iussum*); *Behrends*, Mél. Wołodkiewicz I 93, 106 (der Litteralvertrag habe lediglich den Skripturakt des Gläubigers zum Tatbestandselement erhoben); *Cannata*, St. Nicosia II 182 („qualunque modo"); *Liebs*, Richter Roms (2007) 70.

[28] Vgl. Cic. Q. Rosc. 4,13: *expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat* ; Cic. Q. Rosc. 5,14: *expensam latam non esse codices Fannii confirmant*; hierzu *Thilo*, Codex (1980) 284 Fn. 18; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 252 Fn. 186. Die Begriffe *tabulae* und *codices* verwendet Cicero synonym für den *codex accepti et expensi*; vgl. *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 71. Auf die vorläufigen Aufzeichnungen (*adversaria*) kann sich der Gläubiger, wie Cic. Q. Rosc. 4,13; 5,14 nahelegt, zum Beweis der litteralen Forderungen nicht stützen; a. A. (wenn auch sehr hypothetisch) *Cremades*, Hom. Murga Gener 535–537, 539; offengelassen bei *Zandrino*, Scr. Zannini (2018) 366–368. Der Gläubiger hat aber wohl die Möglichkeit, die noch ausstehende Übertragung der Buchung aus den *adversaria* in den *codex accepti et expensi* nachzuholen; vgl. *Thilo*, Codex (1980) 285, 291. In Cic. Q. Rosc. 2,5, wo von den *adversaria* als möglicher Ersatz für den Zeugenbeweis (*testis loco*) die Rede ist, geht es nicht um die litterale Forderung, sondern um den dort ebenfalls in Frage stehenden Anspruch des Klägers aus *stipulatio*; *Thilo*, Codex (1980) 282–285; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 251–253; a. A. *Watson*, Obligations (1965) 27–29; *Cannata*, St. Nicosia II 201–203.

[29] Vgl. *Thilo*, Codex (1980) 292 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 500. Dagegen ist nach *Steinwenter*, s. v. litterarum obligatio, RE XIII.1 788, der „maßgebende Akt" allein das *expensum ferre* des Gläubigers; ebenso *Cremades*, Hom. Murga Gener 537 f., 547. Materielles Recht und Beweisrecht vermischt *Zandrino*, Scr. Zannini (2018) 379 (vgl. auch *Zandrino*, Dal pater (2018) 90), die zur Begründung der Verbindlichkeit die Buchung des Gläubigers für ausreichend hält und meint, die Frage der Zustimmung des Schuldners stelle sich erst, wenn dieser sie bestreite.

[30] Vgl. allgemein zum Beweiswert der eigenen *tabulae* Cic. Q. Rosc. 1,1, wo vom Modell des *vir optimus et singulari fide praeditus* die Rede ist. Im konkreten Fall argumentiert Cicero freilich gegen

zum Zweck des Beweises einer litteralen Forderung zusätzlich Buchungen von Zwischenpersonen genutzt hätte, lässt sich anhand der Quellen nicht belegen.[31] Da der Litteralvertrag somit, auch aus prozessualer Sicht, mit dem Ermächtigungsbrief des Schuldners steht und fällt, liegt es nahe, dass mit der Bezeichnung als *litteris obligatio* gerade auf den Ermächtigungsbrief als den zentralen Schriftakt abgestellt wird. Im Hinblick auf die *litterae* des Schuldners ist mit *litteris obligatio* daher die „briefliche Verbindlichkeit" gemeint.[32]

V. Schuldbegründende Wirkung des Schriftakts

Sowohl die *transcriptio a re in personam* als auch die *transcriptio a persona in personam* führen zur unmittelbaren Entstehung der litteralen Schuld, weshalb es sich bei den vom Gläubiger vorgenommenen Buchungen, vorausgesetzt, es liegt auch die briefliche Ermächtigung des Schuldners vor, um schuldbegründende Schriftakte handelt.[33] Den *nomina transscripticia* kommt daher Dispositivwirkung zu. Hiervon unterscheidet Gaius die *nomina arcaria* („Kassenforderungen"), bei denen der Schuldner nicht durch Schriftakt, sondern aufgrund einer Sachleistung (*re*) des Gläubigers verpflichtet wird (→ § 22 Rn. 1), namentlich durch die Auszahlung eines Geldbetrags.[34] Die Verbuchung einer solchen tatsächlichen Auszahlung als *nomen arcarium* hat daher keine Disposi- **6**

---

eine Beweisführung unter Berufung auf die eigenen Buchführungsunterlagen; Cic. Q. Rosc. 1,2: *cur potius illius quam huius crederetur?* Vgl. hierzu *Thilo*, Codex (1980) 278–281; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 86 f.; *Zandrino*, Dal pater (2018) 89–91.

[31] Bei der Einschaltung von Zwischenpersonen (*pararii*), von denen in Sen. benef. 2,23,2; 3,15,2–3, die Rede ist, kann es sinnvollerweise nur um tatsächliche Auszahlungen gehen, die über Dritte (z. B. Bankiers) als Zahlstelle vorgenommen werden; *Thilo*, Codex (1980) 250–253; vgl. auch *Behrends*, Mél. Wołodkiewicz I 78–83; a. A. *Steinwenter*, s. v. litterarum obligatio, RE XIII.1 791; *Liebs*, Symp. Wieacker (1970) 142 Fn. 135. Auch in Cic. Q. Rosc. 1,2 sind mit dem Ausdruck *per tabulas hominis honesti pecuniam expensam tulerunt* wohl Fälle der Forderungsbegründung durch tatsächliche Auszahlung angesprochen und nicht der Litteralvertrag; *Thilo*, Codex (1980) 278 f. Die unsichere Stelle Hor. sat. 2,3,69 (*Scribe decem a Nerio …*) kann immerhin so zu verstehen sein, dass Nerius als Bankier aus dem Guthaben des Gläubigers eine Auszahlung an den Schuldner vornimmt und der Gläubiger daraufhin seine Guthabenforderung gegen Nerius im Wege der *transscriptio a persona in personam* auf den Schuldner „umschreibt"; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 295 mwN. Beweis für die Auszahlungsbuchung erbringen in diesem Fall jedoch allein die *tabulae* des Gläubigers, nicht die Buchführungsunterlagen des Nerius. Zu Cic. Att. 4,17,2 siehe *Thilo*, Codex (1980) 260–266.

[32] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 199, 503 („briefliche Verpflichtung"), 505, mit dem Hinweis, dass auch beim peregrinen Litteralvertrag (*chirographum* und *syngrapha*) mit *litterae* der Schriftakt des Schuldners gemeint ist.

[33] Gai. 3.137: *… et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur.* Vgl. *Sacconi*, Delegazione (1971) 134; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 499, 519.

[34] Gai. 3.131: *in his enim rei, non litterarum obligatio consistit; … numeratio autem pecuniae rei facit obligationem.*

tivwirkung, sondern dient lediglich als Beweis für die bereits durch Sachleistung begründete Forderung.[35] Auch den griechischen Schuldurkunden (*chirographum* und *syngrapha*) kommt nach griechischem Verständnis lediglich Beweiswirkung zu. Dem antiken griechischen Rechtsbewusstsein ist die Vorstellung einer schuldbegründenden Urkunde wohl fremd, zumal vertragliche Verpflichtungen nur auf der Grundlage einer Vorausverfügung einer der Parteien, um derentwillen sich die andere Partei zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet hat, durchsetzbar sind.[36] Die erforderliche Vorausverfügung kann von einer Urkunde nur bezeugt werden, weshalb eine Schuldbegründung durch Urkunde ausscheiden muss. Den griechischen Schuldurkunden kommt aber eine sehr weitgehende Beweiswirkung zu, die einen Gegenbeweis grundsätzlich ausschließt,[37] was wiederum aus römischer Sicht den Wirkungen einer Dispositivurkunde gleichkommt. Daher ist es durchaus nachvollziehbar, dass das peregrine *chirographum* und die peregrine *syngrapha* von Gaius (Gai. 3.134) als Varianten der *litteris obligatio* eingestuft werden.[38] Es handelt sich nach Gaius um Sonderrecht der

[35] Gai. 3.131: *Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.* Die von Gaius angesprochene Beweiswirkung kam dabei freilich nicht der vom Gläubiger einseitig vorgenommenen Auszahlungsbuchung zu, sondern der über das *nomen arcarium* errichteten Zeugenurkunde, wie sie in den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden begegnet: TPSulp 60–65 = TPN 49–54; TH 70;71, 72–74. Hierzu *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 76–84; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 212 f.; *Camodeca*, TPSulp. 151–160; Wolf, TPN 84–90. Nach *Platschek*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 260–262, handelt es sich bei den Urkunden um *syngraphae*; die Bezeichnung *syngrapha* sei mit dem *nomen arcarium* verschmolzen (261).

[36] *Gröschler*, MEP 23 (2020) 174–176, 179–182 (mit Nachweisen). Im griechischen Recht stehen den Vertragsparteien keine Vertragsklagen zur Verfügung, weshalb vertragliche Ansprüche grundsätzlich nur indirekt, mit Hilfe der allgemeinen deliktischen Schädigungsklage, verfolgt werden können. Zur Lehre von der Zweckverfügung im griechischen Recht siehe grundlegend *Wolff*, SZ 74 (1957) 63–66 (= in: Berneker, Griechische Rechtsgeschichte (1968) 524–528); *Wolff*, RHD 44 (1966) 572–576; *Wolff*, IJ 1 (1966) 322–326; *Wolff*, FS Hippel 694–698; *Wolff*, FS Seidl 232–235; *Wolff*, Symposion 1979 12–19; *Wolff*, Recht II 143; *Wolff*, Vorlesungen (1998) 120 f., 130, 132 f.; *Wolff*, Recht I 14. Zustimmend *Rupprecht*, Darlehen (1967) 55–58; *Rupprecht*, Quittung (1971) 64; *Rupprecht*, Papyruskunde 113 f.; *Wolf*, St. Talamanca VIII 447 f.; *Thür*, in: Manthe, Rechtskulturen (2003) 235–238; *Jakab*, Symposion 2003 89–91; *Harke*, Vorenthaltung (2005) 17–19; *Harke*, in: Riesenhuber, Methodenlehre [1](2006) 19; *Gröschler*, Symp. Pieler 62–65 (= QL 3 (2013) 204–208); *Pelloso*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 23, 44; *Thür*, Dike 16 (2013) 3 f.; *Scheibelreiter*, in: Jakab, Sale (2015) 193 f.

[37] *Wolff*, Recht II 144–154; *Rupprecht*, Darlehen (1967) 138 f.; *Rupprecht*, Quittung (1971) 72 f., 89;; *Rupprecht*, Papyruskunde 139; vgl. auch *Hässler*, Kyria-Klausel (1960) 26–31. Weitere Nachweise bei *Gröschler*, MEP 23 (2020) 175 Fn. 34. Verdeutlicht wird der Ausschluss des Gegenbeweises und damit die absolute Beweiskraft der griechischen Urkunden durch die Kyriaklausel (κυρία ἔστω), ohne dass es jedoch auf diese (nur bekräftigende) Klausel entscheidend ankommen würde; *Wolff*, Recht II 145 f., 155–164.

[38] Zur Beschreibung der griechischen Schuldurkunden nach dem System des römischen Rechts in Gai. 3.134 vgl. *Rupprecht*, Darlehen (1967) 137 f.; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 305 f. Fn. 24; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 519 f.; *Platschek*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 263 f.; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 1–3; *Jakab*, FS Liebs 276–278; *Gröschler*, MEP 23 (2020) 176–179.

Peregrinen, weshalb eine von einem römischen Bürger ausgestellte griechische Schuldurkunde[39] aus römischer Sicht nicht anders als ein *chirographum* oder eine *testatio* römischer Prägung zu behandeln ist, also nur widerleglichen Beweis erbringt und insbesondere keine Zinsstipulation ersetzen kann.[40]

VI. Zeitliche Einordnung

Grundlage für den Litteralvertrag ist das römische Hausbuch (*codex accepti et expensi*), **7**
in dem der Gläubiger die Umbuchung *a re in personam* bzw. *a persona in personam* vorzunehmen hat.[41] Die Entstehung des Hausbuchs steht wahrscheinlich in Verbindung mit dem Zensus.[42] Seit Ende des 4. Jh. v. Chr. kommt es bei der Vermögensschätzung nicht mehr nur auf das Grundvermögen, sondern auch auf das Kapitalvermögen an.[43] Anhand des *codex accepti et expensi* kann sich der *paterfamilias* hierfür den nötigen Überblick über seine finanziellen Verhältnisse, insbesondere auch über den Stand seiner Forderungen und Schulden, verschaffen. In dieser Zeit wird durch eine *lex Silia*, wohl Ende des 4. Jh. v. Chr. oder in der ersten Hälfte des 3. Jh. v. Chr.,[44] die *legis actio per condictionem* (Gai. 4.17b–19) eingeführt, die als Klage auf einen bestimmten Geldbetrag geeignet ist, litteralen Forderungen zur Durchsetzung zu verhelfen. Es ist daher durchaus denkbar, dass der Litteralvertrag in die Zeit des Legisaktionenverfahrens zurückreicht.[45]

In den Digesten wird der *codex accepti et expensi* nicht mehr erwähnt, was daran liegt, **8**
dass das Hausbuch in justinianischer Zeit sicher nicht mehr in Gebrauch war und daher von den Kompilatoren nicht mehr berücksichtigt bzw. seine Erwähnung aus den Stel-

[39] Ein Beispiel für ein von einem römischen Bürger ausgestelltes Darlehenschirographum griechischer Prägung bietet P.Fouad. I 45 (= FIRA III 121) Z. 3–6: *Fateor me accepisse et debere | […da]t[o]s mihi per manum in pretium armorum | [denarios qui]nquaginta, f(iunt)* L, quos et redda(m) stipendio | [proxime mihi solvendo] cum usuris legitimis.* Vgl. hierzu mit weiteren Beispielen *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 249–253.

[40] Soweit die Urkunden die Zusage einer Zahlung von Zinsen gemeinsam mit dem Kapital zu einem Termin enthalten, ist die Klagbarkeit mittels der *actio de pecunia constituta* denkbar; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 253.

[41] Zum Beweis der litteralen Forderung durch Vorlage der Buchführungsunterlagen s. bei Fn. 28.

[42] *Thilo*, Codex (1980) 187–196; *Cremades*, Hom. Murga Gener 531 f.; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 73; *Behrends*, Mél. Wołodkiewicz I 63–75; *Zandrino*, SDHI 83 (2017) 135–141, 162; *Zandrino*, Scr. Zannini (2018) 359–362; *Zandrino*, Dal pater (2018) 73.

[43] *Thilo*, Codex (1980) 190–195; *Wieacker*, RRG I 392 f.

[44] Die Datierung der *lex Silia* ist unsicher (→ § 22 Rn. 5 mit Fn. 36).

[45] Vgl. *Thilo*, Codex (1980) 294 f. Auch nach *La Rosa*, Ann. Catania 9 (2007/08) 75, habe die *legis actio per condictionem* die Anerkennung des Litteralvertrags als Institut des *ius civile* begünstigt. *Kaser*, RP I 544, nimmt an, der Litteralvertrag sei bald nach Beginn der vorklassischen Zeit aufgekommen. Nach *Watson*, Obligations (1965) 20, sei jedenfalls um den Beginn des 1. Jh. v. Chr. von der Existenz des Litteralvertrags auszugehen.

len getilgt worden ist. Dass das Hausbuch in der Kaiserzeit durch *rationes*, die sich auf einzelne Geschäftsvorgänge beziehen, abgelöst worden sei, lässt sich hieraus nicht schließen.[46] Immerhin zeigt die Behandlung der römischen *litteris obligatio* in Gai. 3.128–133, dass die Verwendung des Hausbuchs auch im 2. Jh. n. Chr. noch sinnvoll war.[47] Vermutlich verschwand der *codex accepti et expensi* und mit ihm der Litteralvertrag erst in nachklassischer Zeit. Bereits ab der Spätklassik kommt der Schriftlichkeit eine immer stärkere Bedeutung zu, wie etwa die Einführung der *exceptio non numeratae pecuniae*[48] Ende des 2. Jh. n. Chr. zeigt, die innerhalb einer Frist von einem Jahr erhoben werden muss.[49] Nach Fristablauf erbringt die Schuldurkunde unwiderleglichen Beweis. Angesichts dieser Entwicklung hin zu einer absoluten Beweiskraft von Urkunden wurde der Abschluss von Litteralverträgen überflüssig.[50] Der justinianische Litteralvertrag,[51] der mit dem klassischen Litteralvertrag nichts mehr zu tun hat, ist dementsprechend ein reiner Urkundenvertrag. Die klassische *litteris obligatio* wird in den justinianischen Institutionen nur noch im Rahmen eines historischen Rückblicks erwähnt.[52] Theophilus hatte vom klassischen Litteralvertrag keine klare Vorstellung mehr, wie seine am Vorbild der *stipulatio* orientierten Erläuterung in der Instiutionenparaphrase zeigt.[53]

[46] So aber *Thilo*, Codex (1980) 197–202; vgl. auch *Cremades*, Hom. Murga Gener 523, 547 f.

[47] Vgl. *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 73 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 497.

[48] S. hierzu die Belege in Sev./Ant. C. 4.30.1 (a.197); Ant. C. 4.30.3 (a.215); Hermog. dig. 1,1 = FIRA II 665 (294 n. Chr.).

[49] Vgl. ausführlich *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 510–513.

[50] Mit der absoluten Beweiskraft von Urkunden erklärt auch Ps. Ascon. Verr. II 1,23,60 (*Stangl*, Cic. orat. schol. 238) das Außergebrauchkommen des *codex accepti et expensi*: *Sed postquam obsignandis litteris reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit.*

[51] In Inst. 3.21 (*sic fit ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur*) wird die Stipulationsurkunde, der aufgrund des Fristlaufs die *exceptio non numeratae pecuniae* nicht mehr entgegengesetzt werden kann, als Verpflichtung durch Schriftakt bezeichnet.

[52] Inst. 3.21: *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu*; Theoph. inst. 3.21 (*Lokin/Meijering/Stolte/van der Wal*, Theoph. Ant. Par. Inst. 3.21 Z. 13–27; *Ferrini*, Theoph. Par. II 249.9–26). Vgl. *La Rosa*, Ann. Catania 9 (2007/08) 72 f.

[53] Theoph. inst. 3.21 (*Lokin/Meijering/Stolte/van der Wal*, Theoph. Ant. Par. Inst. 3.21 Z. 1–13; *Ferrini*, Theoph. Par. II 348.15–349.9); hierzu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 514–516.

§ 24 Willenseinigung zur Schuldbegründung (Konsensualkontrakte)

Peter Gröschler

Kunkel, Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht, in: Festschrift Paul Koschaker. Mit Unterstützung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin und der Leipziger Juristenfakultät zum sechzigsten Geburtstag II, 1939, 1–15; *Pringsheim*, L'origine des contrats consensuels, in: *Pringsheim*, Gesammelte Abhandlungen II, 1961, 179–193 (= RH 4 (1954) 475–495); *Watson*, Contract of mandate in Roman law, 1961; *Wieacker*, Zum Ursprung der bonae fidei iudicia, SZ 80 (1963) 1–41; *Watson*, The Origins of Consensual Sale: A Hypothesis, TR 32 (1964) 245–254 (= *Watson*, Legal Origins and Legal Change, 1991, 165–174); *Labruna*, Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell''emptio' consensuale, Labeo 14 (1968) 24–48 (= Studi in onore di Edoardo Volterra V, 1971, 23–50; Adminicula, 3. Aufl., 1995, 179–218); *Talamanca*, La tipicità dei contratti romani tra conventio e stipulatio fino a Labeone, in: Milazzo (Hg.), Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina, Copanello 1–4 giugno 1988, 1990, 35–108; *Talamanca*, Vendita (dir. rom.), in: Enciclopedia del diritto (ED) 46, 1993, 303–475; *Nelson/Manthe*, Gai Institutiones III 88–181. Die Kontraktsobligationen. Text und Kommentar, 1999; *Cascione*, Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche, 2003.

Inhalt Rn.

I. Systematische Erfassung 1
II. Rechtliche Anerkennung des Vertragsschlusses durch Konsens 2
1. Einführung der Klagbarkeit im Formularverfahren 2
2. Ausgestaltung der Klagen als *bonae fidei iudicia* und Zuordnung zum *ius civile* 3
3. Vertragsschluss durch Konsens als Bestandteil des *ius gentium* 4
III. Abgrenzung gegenüber Real-, Verbal- und Litteralvertrag 5
IV. Innere Willenseinigung und Verlautbarung des Konsenses 6
V. Inhalt des Konsenses 7
VI. Vertragsaufhebung durch *contrarius consensus* 8
VII. Konsens und *nudum pactum* 9

I. Systematische Erfassung

1 Der Vertragsschluss durch Konsens (*consensu*) wird erstmals in den Institutionen des Gaius (Gai. 3.89, 135–137) systematisch erfasst,[1] und zwar im Rahmen der neu eingeführten (→ § 22 Rn. 1) Einteilung der Vertragsobligationen in vier Gattungen (*quattuor genera*): *contractus re*, *verbis*, *litteris* und *consensu*. Auch die vier Unterarten des Konsensualvertrags, Kauf (*emptio venditio*), Verdingung (*locatio conductio*), Gesellschaft (*societas*) und Auftrag (*mandatum*), werden als eigenständige Gruppe erstmals von Gaius benannt.[2] Immerhin nennt, wie Cicero berichtet, bereits Q. Muc. Scaevola (Konsul 95 v. Chr.) bei der Aufzählung der *bonae fidei iudicia* neben der Vormundschaft (*tutela*) und der treuhänderischen Übereignung (*fiducia*) sämtliche Konsensualverträge,[3] wenn auch nicht als zusammenhängende Gruppe.[4]

II. Rechtliche Anerkennung des Vertragsschlusses durch Konsens

1. Einführung der Klagbarkeit im Formularverfahren

2 Da im Rahmen des Legisaktionenverfahrens – soweit ersichtlich – nur durch Verbal- und Litteralvertrag[5] begründete vertragliche Ansprüche einklagbar waren,[6] ist die Einführung des Formularverfahrens (wohl im 3. Jh. v. Chr.)[7] als *terminus post quem* für die

---

[1] Vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 230.

[2] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 230 f.; *Gröschler*, Symp. Pieler 57 (= QL 3 (2013) 199 f.). Zur systematischen Homogenität der Darstellung der einzelnen Konsensualverträge in Gai. 3.139–162 s. *Ernst*, FS Mayer-Maly (2002) 160–163, 171–173: Gaius behandelt hier die Frage der Vertragsgültigkeit (*an sit actio*) und insbesondere den Abschlusstatbestand, nicht dagegen die Rechtsfolgen des Vertrags im Einzelnen.

[3] Cic. off. 3,17,70: *Q. quidem Scaevola … fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur.* Vgl. auch Cic. nat. deor. 3,30,74: *inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, …*; Cic. top. 17,66 (zu *societas* und *mandatum*).

[4] Vgl. auch die Aufzählung der *bonae fidei iudicia* in Gai. 4.62 und Inst. 4.6.28, wo die Konsensualverträge ebenfalls keine zusammenhängende Gruppe bilden.

[5] S. dort (→ § 23 Rn. 7) zur Frage der Anwendung der *legis actio per condictionem* auf litterale Forderungen.

[6] Gegen eine Klagbarkeit von „Kauf, Miete, Sozietät“ im Legisaktionenverfahren bereits *Lenel*, SZ 30 (1909) 353 (= Ges. Schr. III 369); vgl. auch *Pringsheim*, Ges. Abh. II 190 f. Anders (ohne ausreichende Quellengrundlage) *Lübtow*, Symb. Taubenschlag III 417–421; *Scherillo*, FG Lübtow (1970) 316 f.; *Corbino*, Iura 64 (2016) 22–51, 56–60 (unter Berufung auf Gai. 3.216, 4.28; hierzu Fn. 15, 20); *Carbone*, RDR 16/17 (2016/17) 30–40, 43, 51–53, 61–65, 70–72 (= *Carbone*, L'emersione (2017) 89–99, 104 f., 113 f., 122–127, 132–135).

[7] Vgl. *Wieacker*, RRG I 449. Zur Möglichkeit, dass die Anfänge des Formularverfahrens in die Zeit vor Einsetzung des *praetor peregrinus* (um 242 v. Chr.) zurückreichen, s. *Serrao*, Iurisdictio (1954)

privatrechtliche Anerkennung der *obligationes consensu contractae* anzusehen.[8] Vorher bestand immerhin die Möglichkeit, Verpflichtungen, wie sie sich später aus Konsensualvertrag ergeben, durch Stipulation zu begründen,[9] etwa indem sich der Verkäufer den gestundeten Kaufpreis stipulationsweise versprechen ließ.[10] Die *societas*, die – zunächst in Form des altrömischen, durch *legis actio* begründeten *consortium* (Gai. 3.154 a

---

49–51; *Pugliese*, PC II.1 37 f. („poco probabile"); *Talamanca*, Lineamenti [1](1979) 158 f.; *Talamanca*, s. v. Processo, ED 36 (1987) 26 Fn. 179; *Kaser/Hackl*, RZ 156; *Talamanca*, ACop. VIII 66 („protoforme" des Formularverfahrens im Rahmen der *iurisdictio peregrina* bereits gegen Ende des 4. Jh. v. Chr.); *Nicosia*, Ex iure Quiritium (2018) 63 Fn. 130, 97.

[8] Vgl. *Talamanca*, s. v. Vendita, ED 46 (1993) 305. Für Vorstufen des konsensualen Kaufs bereits vor Einführung des Formularverfahrens jedoch *Kaser*, RP I 546 („nach nicht mehr erkennbaren Vorstufen"); *Kaser*, Ius (1949) 85, 296–300; *Cascione*, Consensus (2003) 228–230, 246. Die sogenannte Stipulationstheorie, wonach der konsensuale Kauf aus wechselseitigen Stipulationen von Käufer und Verkäufer hervorgegangen sei, wird vertreten von *Arangio-Ruiz*, Compravendita I [2](1954) 57–73, 83 f.; zur *locatio conductio Amirante*, BIDR 62 (1959) 16 f. Auf *Mommsen*, SZ 6 (1885) 267–273, geht der Ansatz zurück, der die Konsensualverträge auf das Vorbild der öffentlich-rechtlichen Verkäufe und Verdingungen durch römische Magistrate zurückführt; so auch *Cancelli*, Origine (1963) 1–4, 153–168 und passim. Vgl. den Überblick zu den verschiedenen Theorien bei *Cascione*, Consensus (2003) 230–246 (dort [234 f.] auch zu *Castro*, St. Talamanca II 11–72). Zur Hypothese eines frühen deliktischen Schutzes des Verkäufers im Fall der ausbleibenden Kaufpreiszahlung s. *Nörr*, Atti Burdese II 535–537; *Nörr*, in: Humbert, Le dodici tavole (2005) 184–187.

[9] *Talamanca*, s. v. Vendita, ED 46 (1993) 306 f.; *Gallo*, SDHI 30 (1964) 304 f.; *Wieacker*, SZ 81 (1964) 444; vgl. insoweit auch die Vertreter der Stipulationstheorie (Fn. 8). Nach *Watson*, TR 32 (1964) 248–250, diente die rechtliche Anerkennung des konsensualen Verkaufs dazu, die Lücken zu schließen, die sich aus einem Modell mit Einzelstipulationen ergaben. Ähnlich *Harke*, in: Riesenhuber, Methodenlehre [1](2006) 20 f., der den entscheidenden Vorteil der Konsensualverträge darin sieht, dass die Parteien – anders als beim Abschluss von Stipulationen – nicht mehr gezwungen waren, sich auf konkrete Rechtsfolgen festzulegen, sondern sich auf die Bestimmung des Geschäftsgegenstands beschränken konnten.

[10] Die Kaufpreisstipulation findet sich im Zusammenhang mit dem Verkauf von Schafen als Alternative zur sofortigen Zahlung bei Varro rust. 2,1,15: *stipulatio aut solutio nummorum*; vgl. auch Varro rust. 2,2,5: *expromisit nummos*. *Cascione*, Consensus (2003) 275, sieht darin zu Recht „un modo di dilazionare il pagamento"; vgl. auch *Jakab*, Praedicere (1997) 157 f.; *Carbone*, SDHI 71 (2005) 417–447; *Roncati*, MEP 9 (2006) 90 (= *Roncati*, Emere (2015) 47). Die Fortführung der Stipulationspraxis nach Anerkennung der Klagbarkeit der Konsensualverträge belegen auch Catos *leges venditionum et locationum*, in denen die Verpflichtungen des Ersteigerers gegenüber dem *dominus auctionis* – zumindest teilweise – noch durch *stipulatio* abgesichert werden (Cato agr. 146,2; 150,2 zum Verkauf von *olea pendens* und *fructus ovium*); hierzu *Lübtow*, Symb. Taubenschlag III 307–309, 365–367 (gegen *Arangio-Ruiz*, Compravendita I [2](1954) 75–77); *Watson*, TR 32 (1964) 252 f. Fn. 14, 17; *Watson*, Obligations (1965) 40–43; *Talamanca*, ACop. IV 56–62; *Cardilli*, Praestare (1995) 65–70; *Fiori*, Locatio conductio (1999) 24–45; *Viaro*, Corrispettività (2011) 187–191; *Carbone*, RDR 16/17 (2016/17) 19–25, 65–70 (= *Carbone*, L'emersione (2017) 77–84, 127–132). Dagegen handelt es sich nach *Magdelain*, TR 59 (1991) 253–255, bei Cato und Varro noch nicht um Fälle eines „contrat consensuel". Auf die Zeit vor Klagbarmachung des konsensualen Kaufs wird – ebenso wie die Stipulationspraxis – das laut Inst. 2.1.41 auf die XII Tafeln zurückgehende und wohl auch in Varro rust. 2,1,15; 2,2,5 präsente Erfordernis der Kaufpreiszahlung für den Übergang des Eigentums

b) – zusammen mit *fiducia* und *tutela* zu den traditionellen Treueverhältnissen gehört,[11] unterlag wohl seit alters der Sittenaufsicht,[12] so dass der unvollkommene privat- bzw. strafrechtlichen Schutz[13] immerhin durch zensorische Maßnahmen ergänzt werden konnte. Auch das *mandatum* hat als gelebtes Vertrauensverhältnis, das sich aus *officium* und *amicitia* ableitet,[14] seinen Ursprung wohl bereits in alter Zeit.[15] Bei diesen,

---

(an *res nec mancipi*) auf den Käufer zurückgehen. Auf diese Weise ist der Verkäufer, dem im Fall fehlender Kaufpreisstipulation noch kein klagbarer Anspruch auf Kaufpreiszahlung zusteht, immerhin dinglich gesichert. Zum hohen Alter der Abhängigkeit des Eigentumsübergangs von der Kaufpreiszahlung s. (jeweils mit Nachweisen) *Carbone*, SDHI 71 (2005) 448–456; *Cannata*, Sem-Compl. 22 (2009) 18–27; *Humbert*, XII Tables 393–396; insoweit zustimmend auch *Roncati*, Emere (2015) 27–30 (noch nicht enthalten in *Roncati*, MEP 9 (2006) 83 f.).

[11] Vgl. die Nennung von *fiducia, tutela* und *societatis* bei Cic. Q. Rosc. 6,16: *Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis.*

[12] Mit dem Begriff *caput* ist in Cic. Q. Rosc. 6,16 (Fn. 11) wohl die Herabsetzung des Betroffenen im Zensus angesprochen (vgl. auch Cic. Quinct. 8,31; 9,32–33; 13,44; 22,71; Cic. Verr. II 3,20,52; 57,131–135); hierzu *Kaser*, SZ 73 (1956) 266 f. Fn. 221; *Kornhardt*, SDHI 19 (1953) 21 f.; s. auch schon *Niebuhr*, RG I 475 f. Fn. 1280. Anders (auf die *capitis deminutio* abstellend) *Pommeray*, Infamie (1937) 68–73.

[13] Zu den frühen, den XII Tafeln (XII tab. 8.20 a, b) zugeschriebenen Rechtsmitteln bei der *tutela* s. Ulp. 35 ed. D. 26.10.1.2 (*crimen suspecti tutoris*) und Tryph. 14 disp. D. 26.7.55.1 (*actio rationibus distrahendis*). Dagegen konnte ein Verstoß des Treuhänders gegen das *pactum fiduciae* wohl erst ab dem 3. Jh. v. Chr. mit Einführung der *actio fiduciae* privatrechtlich verfolgt werden; *Kaser*, SZ 61 (1941) 182–184; *Kaser*, RP I 47, 461 f. Für die Annahme einer Spruchformel für die *fiducia* bietet die bei Cic. off. 3,17,70 in der ersten Person überlieferte Klausel *'uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim'* keine ausreichende Grundlage, zumal auch für das Formularverfahren Beispiele eines subjektiv stilisierten Klägervortrags überliefert sind (vgl. etwa Gai. 4.59: *'Quod ego de te hominem Erotem emi'*). *Kaser*, RP I 461 Fn. 19, hält es für möglich, dass in der Klausel eine „den Legisaktionen nachgebildete Vorstufe der *formula*" zu sehen ist; vgl. auch *Kaser*, Ius (1949) 292–294; *Kaser*, SZ 71 (1954) 434 f. Für eine „Spruchformel des alten Prozesses" plädiert *Lenel*, EP 293 Fn. 6.

[14] Paul. 32 ed. D. 17.1.1.4: *nam originem ex officio et amicitia trahit*; vgl. auch Gai. 10 ed. prov. D. 17.1.27.2: *promissum officium*; Iav. 7 Cass. D. 17.1.36.2: *praestarique officium.* Besonders schwer wiegt eine schuldhafte Verletzung der Auftragspflichten nach Cic. S. Rosc. 38,111: …, *eum maiores summum admisisse dedecus existimabant*; 38,112: *Ergo idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem.* Zum Verhältnis von *mandatum* und *amicitia* vgl. *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 23–31 (= Ges. Schr. III 1943–1951); *Rundel*, Mandatum (2005) 163–204; zur möglichen öffentlich-rechtlichen Bedeutung von *officium* s. *Winkel*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 55–64, 66.

[15] Gai. 3.216 legt nahe, dass die Nichterfüllung des *mandatum* schon vor Erlass der *lex Aquilia* sanktioniert war; vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 221. Anders *Cannata*, Index 22 (1994) 152; *Cannata*, in: Vacca, Responsabilità (1995) 42 f. (= Scr. II 169), der von einem „errore storico di Gaio" ausgeht; zustimmend *Cursi*, Iniuria (2002) 181 Fn. 53; *Galeotti*, Damnum I (2015) 144 f. S. gegen Cannata auch *Corbino*, Danno (2008) 55–57; *Corbino*, Iura 64 (2016) 16 f.; *Randazzo*, Mandare (2005) 107–111; *Franciosi*, St. Labruna III 1984 f. (= *Franciosi*, Scr. Franciosi II 969 f.). In Cic. nat. deor. 3,30,74 (Fn. 3) wird das *mandatum* in der Gruppe der *iudicia de fide mala* („Treubruchsklagen") neben *tutela*, *societas* und *fiducia* genannt; vgl. auch Cic. Caecin. 3,7. S. zur Gruppierung der *bonae fidei iudicia Lombardi*, Fides (1961) 165–178; *Watson*, Persons (1967) 140–142; *Behrends*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 229 f.

vor ihrer umfassenden privatrechtlichen Anerkennung allein auf der altrömischen *fides*[16] basierenden Verhältnissen wird die Klagbarmachung im Rahmen des Formularverfahrens in erster Linie durch den Stadtprätor erfolgt sein.[17] Anders als beim *mandatum*, dessen Ursprung wohl im innerrömischen Bereich liegt,[18] ist im Hinblick auf die konsensuale *societas* (zumindest auch) ein fremdenrechtlicher Einfluss wahrscheinlich.[19] Die formlosen Verkehrsgeschäfte, *emptio venditio* und *locatio conductio*, wurden aufgrund ihrer Bedeutung gerade auch im Verkehr mit Nichtrömern vielleicht erstmals im Rahmen der Fremdgerichtsbarkeit als klagbar anerkannt,[20] wobei die Klagen

[16] Hierzu *Wieacker*, SZ 80 (1963) 20–29.

[17] Vgl. *Wieacker*, SZ 80 (1963) 29–31; *Wieacker*, FS Zweigert 582 f.; *Wieacker*, RRG I 442 f. Auch *Kaser*, Ius (1949) 85, sieht bei den *bonae fidei iudicia* neben der „fremdenrechtlichen Wurzel auch eine im Verkehr unter Bürgern"; vgl. auch (insoweit zustimmend zu Wieacker) *Kaser*, SZ 82 (1965) 421 f.; *Kaser*, RP I 203; ähnlich *Magdelain*, Actions (1954) 48 Fn. 1. Dass der Stadtprätor hier einen „schon bestehenden Gerichtsschutz lediglich modernisiert" habe (so *Wieacker*, SZ 80 (1963) 31), lässt sich nicht belegen. Auch im Übrigen ist – aufgrund der spärlichen Quellenlage – vieles unsicher, etwa das Verhältnis der konsensualen *societas* zum altrömischen *consortium*; vgl. hierzu die Nachweise bei *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 331 f.; *Harke*, TR 73 (2005) 43.

[18] Vgl. *Watson*, Mandate (1961) 18–23; *Watson*, TR 32 (1962) 253 Fn. 18; *Watson*, Obligations (1965) 147; *Wieacker*, RRG I 441 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 234; *Randazzo*, Mandare (2005) 117, 157 f. Für eine Einführung der Klagbarkeit des *mandatum* durch den *praetor peregrinus* dagegen *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 45.

[19] Vgl. *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 27–31. Nach *Wieacker*, RRG I 441 Fn. 13 (mwN.), ist der Ursprung der konsensualen Erwerbsgesellschaft in der Jurisdiktion des Fremdenprätors zu suchen; ebenso *Zimmermann*, LO 453. Auch *Talamanca*, s. v. Società in generale, ED 42 (1990) 818, sieht den Ursprung der konsensualen *societas* in den internationalen Handelsbeziehungen und geht daher von einer Klagbarmachung im Rahmen der *iurisdictio peregrina* aus; ebenso *Franchini*, Recezione (2015) 122. Vgl. auch *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 321, 335, die die konsensuale *societas* als „Nachbildung der im hellenistischen Osten existierenden Gesellschaften" einstufen und deren Anerkennung auf den erstarkenden Einfluss der geschäftlichen Verbindungen mit dem Osten zurückführen. Für eine Einführung durch den *praetor urbanus Watson*, RIDA 9 (1962) 431–434; *Watson*, TR 32 (1964) 253 Fn. 18; *Watson*, Obligations (1965) 126.

[20] Vgl. *Wieacker*, SZ 80 (1963) 31; *Wieacker*, FS Zweigert 583; *Wieacker*, RRG I 441 (zum Warenkauf; anders dagegen, *Wieacker*, RRG I 442 f., im Hinblick auf die *locatio conductio*); *Pugliese*, in: Vacca, Vendita e trasferimento I (1991) 35 f.; *Talamanca*, s. v. Vendita, ED 46 (1993) 306, 310; *Gagliardi*, in: Garofalo, La compravendita I (2007) 123–140, 176–180. Gegen einen Einfluss des Rechtsverkehrs mit Peregrinen *Cannata*, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 416 f., 425, der den Ursprung des formlosen Kaufs allein in einer gedanklichen Aufspaltung des ursprünglichen Barkaufs sieht. Vgl. auch *Cascione*, Consensus (2003) 246 Fn. 106, der eine zentrale Rolle des Fremdenprätors für „alquanto improbabile" hält; ablehnend auch *Carbone*, L'emersione (2017) 42 f., 135 f. Die in Gai. 4.28 erwähnten Fälle der *emptio hostiae* und *locatio iumenti*, in denen die XII Tafeln zur Durchsetzung der Entgeltforderung die unmittelbare *pignoris capio* eröffnet haben, können allenfalls als punktuelle, auf den sakralen Bereich beschränkte Vorläufer einer konsensualen *emptio venditio* und *locatio conductio* angesehen werden; vgl. hierzu *Kaser*, Ius (1949) 206 f.; *Kaufmann*, Miete (1964) 35–44; *Kaser/Hackl*, RZ 147 Fn. 14; *Talamanca*, s. v. Processo, ED 36 (1987) 22 Fn. 143; *Talamanca*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 344 f.; *Viaro*, Corrispettività (2011) 206–208; *Fiori*, XII Tabulae I 128–131; zu weitgehend *Corbino*, Iura 64 (2016) 12–14, 17–22, der in der Stelle einen Beleg für seine These einer allgemein anzunehmenden „alta risalenza dei contratti consensuali" (12) sieht.

dann – wie man annehmen muss – alsbald für die Beziehungen unter römischen Bürgern übernommen wurden.[21]

2. Ausgestaltung der Klagen als *bonae fidei iudicia* und Zuordnung zum *ius civile*

3 Der Ursprung der Klagbarkeit des Vertragsschlusses durch Konsens ist nicht notwendig in den *bonae fidei iudicia* zu sehen.[22] Es ist durchaus denkbar, dass – ähnlich wie bei den Realverträgen (→ § 22 Rn. 6) – zur Durchsetzung von Forderungen aus Konsensualverträgen zunächst Klagen mit *formula in factum concepta* entwickelt wurden, die erst später, sobald auch für den Privatrichter klare Konturen der sich aus dem jeweiligen Vertragsverhältnis ergebenden Verpflichtungen erkennbar waren, durch eine *in ius* konzipierte, auf die *bona fides* abstellende Formel ersetzt wurden.[23] Ein erster Hinweis auf die Klagbarkeit des Kaufs im Rahmen eines *bonae fidei iudicium* könnte in Plautus' Komödie Mostellaria (uraufgeführt Ende des 3. bzw. Anfang des 2. Jh. v. Chr.) zu sehen sein.[24] Mit großer Sicherheit war der formfreie Kauf nach der Überlieferung bei Cel-

---

[21] Vgl. *Kaser*, SZ 61 (1941) 182, der davon ausgeht, dass die Übernahme der Klagen aus Konsensualkontrakten in den Rechtsverkehr der römischen Bürger untereinander „fast gleichzeitig" erfolgt sei; man könne sich kaum vorstellen, dass „die Römer diese überaus bequemen und nützlichen Rechtsmittel bloß dem Verkehr mit Fremden überlassen und nicht alsbald auch für sich selbst beansprucht haben sollten". *Talamanca*, s. v. Vendita, ED 46 (1993) 311, siedelt die Ausdehnung der *actiones empti* und *venditi* auf die Verhältnisse unter römischen Bürgern in den letzten Jahrzehnten des 3. Jh. v. Chr. an.

[22] So jedoch *Kunkel*, FS Koschaker II 8; zustimmend *Pringsheim*, Ges. Abh. II 180, 193; vgl. auch *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 45 f.; *Marotta*, Ostraka 5 (1996) 106, 108, 110, 120, 125 (*arbitria* bzw. „proto-arbitrii" *ex fide bona*).

[23] Vgl. *Kaser*, Ius (1949) 292; *Talamanca*, s. v. Vendita, ED 46 (1993) 309 f. Fn. 56; *Wolf*, Iura 52 (2001) 48 Fn. 55; *Schermaier*, Atti Burdese III 403 mit Fn. 78; in diesem Sinne auch schon *Wlassak*, Processgesetze II (1891) 302 Fn. 10; *Wlassak*, Prozeßformel I (1924) 22 Fn. 44; *Mitteis*, RP 50. Auch *Wieacker*, RRG I 458 (auch 442), sieht die späteren *bonae fidei iudicia* als „ursprünglich honorarische Klagen ohne volksgesetzliche Grundlage" an; vgl. auch *Wieacker*, SZ 80 (1963) 9, 38–40. Gegen ursprüngliche *in factum* konzipierte Klagen jedoch *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 46; *Arangio-Ruiz*, Compravendita I [2](1954) 56 Fn. 3; *Marotta*, Ostraka 5 (1996) 99, 101; *Gallo*, Atti Burdese II 142, 146–153; *Carbone*, L'emersione (2017) 43 f., 48.

[24] Plaut. Most. 669–672: (Tranio) … *de vicino hoc proximo | tuos emit aedis filius.* (Theuropides) *Bona fide?* | (Tr.) *Siquidem tu argentum reddituru's, tum bona, | si redditurus non es, non emit bona.* Tranio versteht hier die Frage *Bona fide?* („Auf Ehre?") absichtlich falsch und bezieht sie, wie aus seiner Antwort mit dem Hinweis auf die noch ausstehende Kaufpreiszahlung hervorgeht, auf den Kauf *ex fide bona*; vgl. *Kunkel*, FS Koschaker II 13 f.; zustimmend *Kaser*, Ius (1949) 290 Fn. 3; *Kaser*, RP I 485 Fn. 10; *Gallo*, Atti Burdese II 141; *Schermaier*, Atti Burdese III 397 f.; vgl. auch *Castresana Herrero*, Fides (1991) 59. Anders *Lübtow*, Symb. Taubenschlag III 415 f.; *Lombardi*, Fides (1961) 36; kritisch auch *Talamanca*, s. v. Vendita, ED 46 (1993) 310 Fn. 65; Talamanca, Atti Burdese IV 164; allgemein gegen den „mito di Plauto ‚als Rechtszeuge'" *Labruna*, Labeo 14 (1968) 25–37; offengelassen bei *Cascione*, Consensus (2003) 347 („testo sicuramente rilevante"). *Marotta*, Ostraka 5 (1996) 101, nimmt „proto-formule *ex fide bona*" spätestens für das letzte Viertel des 3. Jh. v. Chr. an.

sus[25] den republikanischen Juristen Sextus Aelius (Konsul 198 v. Chr.) und Gaius Livius Drusus[26] bekannt. Q. Muc. Scaevola zählt bereits sämtliche Konsensualverträge zu den *bonae fidei iudicia.*[27] Bei Gaius (Gai. 3.137 = D. 44.7.2.3) wird die auf *quidquid … dare facere oportet ex fide bona*[28] lautende *intentio* der *bonae fidei iudicia* im Hinblick auf die Konsensualverträge mit den Worten *quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*[29] umschrieben.[30] Einer gesetzlichen Grundlage bedurfte es für die Anerkennung der Klagbarkeit konsensualer Verpflichtungen wohl ebenso wenig wie für deren Ausstattung mit *bonae fidei iudicia.*[31] Nicht verwundern darf, dass die Konsensualverträge, nachdem für sie *bonae fidei iudicia* eröffnet waren, in klassischer Zeit – trotz ihres honorarrechtlichen Ursprungs – allmählich[32] dem *ius civile* zugerechnet wurden.[33] Im

[25] Cels. 8 dig. D. 19.1.38.1: *Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.* Mangels Klagbarkeit des formlosen Kaufs (→ Rn. 2) ist die Berücksichtigung von Mehraufwendungen, die dem Verkäufer während des Annahmeverzugs des Käufers entstehen, hier aufgrund der Bereitstellung von Nahrung für den verkauften Sklaven, im Rahmen des Legisaktionenverfahrens nicht vorstellbar. Vgl. hierzu *Broggini*, Iudex (1957) 221–223; *Pugliese*, PC II.1 49–51; *Apathy*, SZ 101 (1984) 193–199; *Talamanca*, in: Giardina/Schiavone, Società romana III (1981) 20, 317 Fn. 51; *Mantovani*, in: Mantovani, Storia del pensiero 1993 (1996) 100; *Cascione*, Consensus (2003) 305–347; *Harke*, in: Riesenhuber, Methodenlehre [1](2006) 15 Fn. 41. Anders *Lübtow*, Symb. Taubenschlag III 419, der das in D. 19.1.38.1 genannte *arbitrium* auf die *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* bezieht (vgl. bereits Fn. 6); ebenso *Scherillo*, FG Lübtow (1970) 316 f. Für einen Anspruch des Verkäufers aus Stipulation (so *Arangio-Ruiz*, Compravendita I [2](1954) 74) gibt es in D. 19.1.38.1 keinerlei Anhaltspunkt.

[26] Sohn des gleichnamigen Konsuls von 147 v. Chr. und Bruder des Marcus Livius Drusus (Konsul 112 v. Chr.); vgl. *Kunkel*, Herkunft [2](1967) 14; *Liebs*, HLL I 568.

[27] Cic. off. 3,17,70 (Fn. 3; vgl. dort auch zu Cic. nat. deor. 3,30,74; Cic. top. 17,66).

[28] Vgl. nur die Klagformel der *actio empti* bzw. *venditi* bei *Lenel*, EP 299 (§ 110); *Mantovani*, Formule 53 f. (Nr. 32, 33).

[29] Näher am Formelwortlaut Gai. 3.155 (zum *mandatum*): *… tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.*

[30] Zur Gleichsetzung der *bona fides* mit *bonum et aequum* s. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 241–244.

[31] In Cic. off. 3,15,61 ist im Hinblick auf die mit der Klausel *ex fide bona* ausgestatteten Klagen (*iudiciis, in quibus additur ex fide bona*) explizit von einem *sine lege* erfolgenden Rechtsschutz (gegen *dolus malus*) die Rede. Vgl. hierzu *Magdelain*, Actions (1954) 43–46; *Lombardi*, Fides (1961) 187; *Marotta*, Ostraka 5 (1996) 114 Fn. 270, 120; *Fiori*, BIDR 101/102 (1998/99) 190 mit Fn. 111; *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 99; *Carbone*, L'emersione (2017) 48–52 mwN.

[32] Im Zivilrechtssystem des Sabinus erscheinen wohl nur die *actiones empti* und *venditi* und die *actio pro socio*; vgl. *Lenel*, Sabinussystem (1892) 59 f., 62 f. *Magdelain*, Actions (1954) 56–60, sieht in der Aufnahme dieser Klagen in die *libri tres iuris civilis* des Sabinus einen Anstoß für deren spätere Zuordnung zum *ius civile*; zustimmend *Kaser*, SZ 71 (1954) 438. Anders *Lübtow*, Symb. Taubenschlag III 431: Man dürfe daraus, dass Sabinus in seinem Zivilrechtssystem nur die genannten Klagen behandelt, keineswegs schließen, dass die *bonae fidei iudicia* damals noch nicht zum *ius civile* gehört hätten.

[33] Nach *Kunkel*, FS Koschaker II 8, ist die Zuordnung der mit *bonae fidei iudicia* ausgestatteten

Hinblick auf das *dare facere oportet* der Klagformel stellen sich die *bonae fidei iudicia* äußerlich als Klagen des *ius civile* dar, weshalb diese insofern auch als *actiones civiles*[34] bezeichnet werden konnten. Aufgrund seiner Jurisdiktionsgewalt[35] durfte sich der Prätor bei der Schaffung von Honorarrecht der äußeren Formen des *ius civile* bedienen,[36] so dass zwischen Zivil- und Honorarrecht keine starre Trennlinie verläuft.[37] Zudem wird die *bona fides*, auch wenn die *bonae fidei iudicia* allein der Jurisdiktionsgewalt des Prätors entsprungen sind,[38] als deren eigentlicher materieller Geltungsgrund angesehen worden sein.[39] Als „Grundwert der römischen Lebensordnung“[40] konnte

---

Rechtsverhältnisse zum Zivilrecht „historisch betrachtet“ unrichtig, jedoch „psychologisch … durchaus verständlich“. *Kaser*, Ius (1949) 290 f., geht davon aus, dass die „Herübernahme der bonae fidei iudicia ins ius civile erst in der klassischen Zeit vollzogen wurde“; *Kaser*, RP I 526: in frühklassischer Zeit; *Kaser*, Ius gentium (1993) 143: spätestens im 2. Jh. n. Chr.; ebenso *Magdelain*, Actions (1954) 54 („déjà accomplie à l’époque de Gaius“); *Kaser/Knütel/Lohsse* § 38 Rn. 11: spätestens in frühklassischer Zeit. Nach *Wieacker*, SZ 80 (1963) 40, sind die *bonae fidei iudicia* spätestens seit der frühklassischen Zeit „wegen ihres Sachzusammenhangs mit Institutionen des *ius civile*“ schließlich selbst als zivile Klagen betrachtet worden. *Marotta*, Ostraka 5 (1996) 119 f., 125–127, führt den Wandel auf die Wirkung der augusteischen Prozessgesetze (*leges Iuliae* von 17 v. Chr.) zurück.

[34] Zu den Klagen aus *locatio conductio* sowie zur *actio depositi*: Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.1; Ulp. 24 ed. D. 11.6.1.1; zur Kaufklage (und zur Klage *ex conducto*): Scaev. 2 resp. D. 18.5.8; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.33 pr.; Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.1.

[35] Der Prätor war ohne weiteres befugt, durch sein Honorarrecht das *ius civile* nicht nur zu unterstützen und zu ergänzen, sondern auch zu korrigieren: Pap. 2 def. D. 1.1.7.1 (*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*); vgl. hierzu *Wieacker*, RRG I 471–473. Auch dann, wenn der Prätor aufgrund seiner Amtsgewalt völlig neue Ansprüche schafft, die nach *ius civile* nicht bestehen, handelt es sich bei dem neu geschaffenen Honorarrecht um eine Ergänzung des *ius civile*, das nicht als abschließende Rechtsordnung angesehen wurde; *Gröschler*, Actiones (2002) 12 f.; *Franchini*, Recezione (2015) 58 f. (s. auch schon *Franchini*, Ric. Talamanca II 164 f.); vgl. auch *Bertoldi*, Lex Iulia (2003) 97 f.

[36] Vgl. *Selb*, St. Biscardi III 321–324; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 22 f., 35 Fn. 144; *Gröschler*, Actiones (2002) 21 f.; *Schermaier*, Atti Burdese III 401 f.; *Franchini*, Recezione (2015) 60 f. (s. auch schon *Franchini*, Ric. Talamanca II 166 f.). Anders noch *Fiori*, BIDR 101/102 (1998/99) 172, 176 („un iudicium bonae fidei pretorio parrebbe, da un punto di vista formulare, inconcepibile“).

[37] Das zeigt am deutlichsten die Figur der *actio in factum civilis*, die heute ganz überwiegend als klassisch anerkannt wird; s. nur *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 34 f., 86–89, und die Nachweise bei *Gröschler*, Actiones (2002) 20 Fn. 17.

[38] Vgl. *Wieacker*, SZ 80 (1963) 8 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 154; *Marotta*, Ostraka 5 (1996) 110. S. auch *Magdelain*, Actions (1954) 44–48; anders (gegen einen prätorischen Ursprung der *bonae fidei iudicia*) jedoch *Magdelain*, TR 59 (1991) 248 f.; *Paricio*, Est. Raimundo Yanes II 194–197 (= *Paricio*, Atti Biscardi (2011) 212–214); *Fiori*, BIDR 101/102 (1998/99) 167–173, 191–195 *Behrends*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 199f; *Carbone*, L’emersione (2017) 48–60.

[39] *Kunkel*, FS Koschaker II 4 f.; *Kaser*, Ius (1949) 290; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 234. Dagegen sieht *Lübtow*, Symb. Taubenschlag III 429 f., bei den Konsensualkontrakten die „rechtsgestaltende Privatvereinbarung“ als Grundlage des *oportere* an und ordnet die sich hieraus ergebenden Obligationen von Anfang an dem *ius civile* zu; gegen das Verständnis der *bona fides* als „fonte dell’oportere“ auch *Carcaterra*, Bonae fidei iudicia (1964) 36–79.

[40] *Wieacker*, SZ 80 (1963) 40. Nach *Kaser*, Ius gentium (1993) 126, haben die *ex fide bona* klag-

die *bona fides* aus der Sicht der Klassik bereits den althergebrachten Rechtsgrundsätzen und damit dem *ius civile* zugeschrieben werden.

3. Vertragsschluss durch Konsens als Bestandteil des *ius gentium*

Obwohl die Konsensualverträge ein genuin römisches Institut[41] sind, das etwa dem griechischen Konzept einer vertraglichen Verpflichtung diametral entgegensteht,[42] weisen die römischen Juristen seit der Hochklassik den Vertragsschluss durch Konsens dem Völkergemeinrecht (*ius gentium*) zu.[43] Das *ius gentium* im Sinne eines Privatrechts, das bei allen Völkern in gleicher Weise beachtet werde,[44] ist also nichts anderes als eine römische Fiktion.[45] Aus der Sicht des römischen Rechts erklärt sich die Zuordnung der Konsensualverträge zum *ius gentium* ohne weiteres daraus, dass der Ver- 4

---

baren *obligationes ex contractu* „ihre Wurzel im Rechtsbewußtsein des römischen Volkes und lassen sich dem … Gewohnheitsrecht zurechnen". Zum Verhältnis von *fides* und Naturrecht vgl. *Waldstein*, ANRW II.15 72–77; *Behrends*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 218 f.

[41] *Pringsheim*, Ges. Abh. II 179 f., 185, 191 f.; *Arangio-Ruiz*, Compravendita I [2](1954) 16–18, 55; *Grosso*, Schemi (1970) 393; *Cannata*, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 416.

[42] Im griechischen Recht stehen den Vertragsparteien keine Vertragsklagen zur Verfügung. Entsprechend der Lehre von der Zweckverfügung (→ § 23 Rn. 6 mit Fn. 36) sind vertragliche Verpflichtungen nur auf der Grundlage einer Vorausverfügung einer der Parteien, um derentwillen sich die andere Partei zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet hat, durchsetzbar, und auch das grundsätzlich nur indirekt, mit Hilfe der allgemeinen deliktischen Schädigungsklage.

[43] Das gilt jedenfalls für *emptio venditio*, *locatio conductio* und *societas* (zum *mandatum* s. bei Fn. 48): Gai. 3.154; Her. 1 iur. epit. D. 1.1.5; Paul. 33 ed. D. 18.1.1.2; Paul. 34 ed. D. 19.2.1 (hierzu Fn. 47); Marcian. D. 48.22.15 pr.; Ulp. inst. Vind. 1.2; Ulp. 4 ed. D. 2.14.7 pr., 1; Inst. 1.2.2. Hierzu *Kaser*, Ius gentium (1993) 142–143; *Wieacker*, RRG I 444 Fn. 26; *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 199 f.; *Cascione*, Consensus (2003) 351–371.

[44] Gai. 1.1: *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ‚ius gentium', quasi quo iure omnes gentes utuntur.* Vgl. auch Ulp. 1 inst. D. 1.1.1.4: *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur.* Ähnlich Inst. 1.2.2: *ius autem gentium omni humano generi commune est* … Das Idealbild eines für alle Menschen geltenden Privatrechts hat sich freilich schon in republikanischer Zeit, wohl aufgrund des Einflusses der stoischen Philosophie, entwickelt (vgl. etwa Cic. off. 3,17,69: *Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt, quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet.*); hierzu *Kaser*, Ius gentium (1993) 14–17; *Behrends*, NAWG 7 (1976) 293–300; *Wieacker*, RRG I 444 f.; *Wieacker*, FS Zweigert 583 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 327 f.

[45] Vgl. *Pringsheim*, Ges. Abh. II 192: „Certainement les Romains observaient ces phénomènes qui surgissaient de tous côtés et les nommaient jus gentium"; *Kaser*, Ius gentium (1993) 4: „Rechtseinrichtungen …, bei denen sie [die Römer] davon ausgingen, daß sie allen Völkern gemeinsam wären." *Talamanca*, in: Dovere, Codificazione (1998) 192–195, unterscheidet zwischen „due significati di ius gentium", einem „descrittivo o sociologico", der die Rechtsinstitute, die tatsächlich auch bei fremden Völkern vorhandenen waren, erfassen würde, und einem „dogmatico o normativo", mit dem die auf Ausländer anwendbaren Institute des römischen Rechts (wie etwa die *fidepromissio*) bezeichnet würden; vgl. auch schon *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 44 f. Den römischen Juristen kam es – ausweislich der Quellen – auf eine solche Unterscheidung jedoch nicht an.

tragsschluss durch Konsens nicht auf römische Bürger beschränkt ist, sondern seit jeher, insbesondere soweit die Verträge auf eine Schöpfung des *praetor peregrinus* zurückgehen,[46] auch Ausländern offensteht.[47] Obwohl die Quellen insoweit schweigen, ist auch das *mandatum*, das als Konsensualvertrag genauso wie *emptio venditio*, *locatio conductio* und *societas* nicht nur römischen Bürgern, sondern jedermann zugänglich ist, dem *ius gentium* zuzuordnen.[48]

III. Abgrenzung gegenüber Real-, Verbal- und Litteralvertrag

Anders als bei den drei übrigen Vertragsgattungen (Real-, Verbal- und Litteralvertrag) ist für den Abschluss der Konsensualverträge die Willensübereinstimmung der Parteien im Sinne eines *nudus consensus*[49] ausreichend, ohne dass ein weiteres Element – wie beim Realvertrag die Sachleistung, beim Verbalvertrag die förmlichen Worte und beim Litteralvertrag der Schriftakt – hinzutreten muss.[50] Insofern kann man davon sprechen, dass die Konsensualverträge gegenüber den drei anderen Vertragsgattungen kein auf derselben Stufe stehendes „Aliud", sondern ein „Minus" darstellen.[51] Oder anders

[46] Hierzu bei Fn. 19 f. Aus der Zuweisung zum *ius gentium* darf nicht geschlossen werden, dass sämtliche Konsensualverträge auf die Gerichtsbarkeit des Fremdenprätors zurückgehen würden; vgl. *Wieacker*, SZ 80 (1963) 11 f.; *Wieacker*, RRG I 444; auch *Watson*, Mandate (1961) 19; *Watson*, TR 32 (1964) 254.

[47] In Paul. 33 ed. D. 18.1.1.2 (*Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur* …), Paul. 34 ed. D. 19.2.1 (… *cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur* …), wird für *emptio venditio* und *locatio conductio* aus der Zuordnung zum *ius gentium* gefolgert, dass der Vertrag jeweils durch Konsens geschlossen wird. Da freilich nicht sämtliche Verträge des *ius gentium* in die Kategorie der Konsensualverträge fallen (vgl. nur die offene Aufzählung in Ulp. 4 ed. D. 2.14.7 pr.,1: … *et ceteri similes contractus*; Inst. 1.2.2: … *et alii innumerabiles*), muss die Ableitung richtigerweise genau umgekehrt lauten: Vertragsverhältnisse, die durch Konsens zustande kommen und damit von jedermann abgeschlossen werden können, sind dem *ius gentium* zuzurechnen. Dass Paulus in Wirklichkeit nur die Konsensualverträge als dem *ius gentium* angehörig angesehen hätte (so *Watson*, Mandate (1961) 20), erscheint kaum glaubhaft.

[48] *Krüger*, Geschichte 47 Fn. 22; *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 45; kritisch *Watson*, Mandate (1961) 18–20. S. zur (offenen) Frage, warum das *mandatum* in den Aufzählungen der Klassiker fehlt, auch *Kaser*, Ius gentium (1993) 143–145.

[49] Vgl. Gai. 3.154: … *societas*, … *quae nudo consensu contrahitur* …; Pomp. 4 Q. Muc. D. 46.3.80 (zu *emptio vel venditio* und *locatio*; s. Fn. 79); Paul. 33 ed. D. 19.4.1.2: *Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, … nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato*; vgl auch Ulp. 48 Sab. D. 50.17.35 (Fn. 79).

[50] In den Quellen wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich der durch Konsens geschlossene Vertrag aufgrund der Formfreiheit vom Verbal- und Litteralvertrag unterscheidet; vgl. Gai. 3.136 (= D. 44.7.2.1): *quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur*; Ulp. 1 Sab. D. 18.1.2.1: *sine scriptis habitam emptionem*; Paul. 34 ed. D. 19.2.1: *Locatio et conductio … non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.*

[51] Vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 232 („Dasjenige Element, welches den Förmlich-

ausgedrückt: Der für die Konsensualverträge hinreichende[52] Konsens bildet den „kleinsten gemeinsamen Nenner", der auch allen übrigen Vertragsgattungen zugrunde liegt.[53] Für den römischen Kaufvertrag bedeutet die Einordnung unter die Konsensualverträge insbesondere, dass es für die Wirksamkeit des Vertragsschlusses nicht darauf ankommt, ob der Käufer bereits den vereinbarten Kaufpreis oder auch nur einen Teilbetrag davon als Arra (im Sinne eines Angeldes) geleistet hat, und ebenso wenig auf die Leistung eines Wertgegenstandes[54] als Arra.[55]

IV. Innere Willenseinigung und Verlautbarung des Konsenses

Der Konsens ist nicht als äußere Übereinstimmung von Erklärungen im Sinne ihres objektiven Erklärungswerts zu verstehen, sondern als innere Willenseinigung.[56] Das zeigt sich insbesondere daran, dass die römischen Juristen bei der Behandlung des Dissenses auf die innere Fehlvorstellung,[57] also auf den Irrtum einer der Parteien oder **6**

---

keiten *re verbis litteris* entsprach, war mithin nichts Gleichartiges, sondern ein Nichts, ein *nudus consensus* …"), 314.

[52] Gai. 3.136 (= D. 44.7.2.1): *sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse.*

[53] Vgl. das *eleganter dictum* des Pedius in Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.3 (→ § 22 Rn. 4 mit Fn. 31, → § 23 Rn. 5 mit Fn. 23): … *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem,* ….

[54] Beispielsweise ein Ring oder Gold; Ulp. 28 ed. D. 14.3.5.15; Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.6; Diocl./Maxim. C. 4.45.2.1 (a.293); vgl. auch TPSulp 3 (= TPN 2) I 2 Z. 6 f., III 5 Z. 6 f.

[55] Gai. 3.139: *quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit*; Ulp. 1 Sab. D. 18.1.2.1: *non autem pretii numeratio, sed conventio perficit … emptionem*; Inst. 3.23 pr.; Diocl./Maxim. C. 4.38.9 (a.294). Die in einer Geld- oder Sachleistung bestehende *arra* hat daher beim Kauf nach römischem Recht nur die Bedeutung eines Beweisanzeichens für den wirksamen Abschluss des Kaufvertrags (sog. *arra confirmatoria*); Gai. 3.139: *nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae*; Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35 pr.: *ut evidentius probari possit convenisse de pretio*; Inst. 3.23 pr.; hierzu *Pringsheim*, Law of Sale (1950) 343–345; *Talamanca*, Arra (1953) 69–71; *Watson*, Obligations (1965) 46–57; *Zimmermann*, LO 230–234; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 252–257.

[56] Vgl. nur *Kaser*, RP I 237 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 122 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 233 f. Anders noch *Wieacker*, Societas I (1936) 80–101; *Wieacker*, Mél. Meylan I 403–406; *Flume*, FS Schulz I 238, 248, 252; *Wolf*, Error (1961) 165, 169.

[57] So etwa Ulp. 28 Sab. D. 18.1.9 pr.: *si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est.* Hierzu *Mayer-Maly*, Mél. Meylan I 243; *Wunner*, Contractus (1964) 144–167; *Kaser*, RP I 238. Auf das objektive Erklärte, das in D. 18.1.9 pr. nicht mitgeteilt wird, kommt es offenbar nicht an. Gleiches gilt für Pomp. 31 Q. Muc. D. 19.2.52, wo im 1. Fall (*Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere* …) mit *locem* allenfalls beiläufig auf den objektiven Vertragsinhalt Bezug genommen wird, während im 2. Fall (*si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere*) das objektiv Erklärte völlig offen bleibt. Vgl. auch Pomp. 36 Q. Muc. D. 44.7.57; Ulp. 11 ed. D. 50.17.116.2. Zur Gleichstellung von *error* und *dissensus* im klassischen römischen Recht s. *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 123; *Wacke*, Index 22 (1994) 286 f.; *Schermaier*, SZ 115 (1998) 246–248; *Harke*, Irrtum (2005) 30, 32–34, 90–101, 348.

beider Parteien abstellen und nicht – wie heute[58] – auf die fehlende Übereinstimmung des objektiv Erklärten. Der innere Wille muss freilich, damit er überhaupt erkennbar ist und kein reines Internum bleibt, zu Tage treten und daher von den Parteien in irgendeiner Weise verlautbart werden.[59] Auch der Vertrag, der durch Willensübereinstimmung abgeschlossen wird (*consensu contrahitur*),[60] setzt daher einen Abschlusstatbestand voraus. Der Vertragsschluss kann durch formfreie Worte[61] oder auch durch konkludentes Handeln[62] erfolgen. Durchaus üblich, wenn auch freilich nicht erforderlich, ist beim Kauf die Befolgung eines mehr oder weniger festen Schemas von Frage und Antwort.[63] Anders als beim Verbalvertrag[64] ist ein Vertragsschluss durch Konsens aufgrund der Formfreiheit auch unter Abwesenden möglich, etwa durch Boten oder brieflich.[65] Der übereinstimmende innere Wille muss nicht notwendig korrekt verlaut-

---

[58] Zur heute maßgeblichen Unterscheidung zwischen Dissens und Irrtum vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil II (1992) 622–625 (§ 34.4). Während der Dissens (im Sinne einer fehlenden Übereinstimmung des objektiv Erklärten) regelmäßig das Zustandekommen eines Vertrags hindert, führt der bloße Irrtum heute allenfalls zur Vernichtbarkeit des zunächst wirksam zustande gekommenen Vertrags im Wege der Anfechtung (vgl. §§ 119, 142 BGB).

[59] Vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 233.

[60] Gai. 3.89; vgl. auch Gai. 3.136 (= D. 44.7.2.1): *consensu … contrahi*; Gai. 3.139: *Emptio et venditio contrahitur, …* Zu *contrahere* im Sinne von „zustande bringen", „zum Abschluss bringen" s. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 444 f.; vgl. auch die Entwicklung des Begriffs *contractus* (→ § 22 Rn. 4).

[61] Vgl. Paul. 32 ed. D. 17.1.1.2: *Item sive ‚rogo' sive ‚volo' sive ‚mando' sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est.*

[62] Paul. 12 Sab. D. 45.1.35.2: *Si in locando conducendo, vendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum est, quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur.* Eine Form des konkludenten Handelns, durch das der Wille zum Vertragsschluss zum Ausdruck kommt, kann auch in der Leistung einer Arra liegen (zur sog. *arra confirmatoria* s. Fn. 55).

[63] Dabei gibt der Verkäufer auf die vom Käufer gestellte Frage eine zustimmende Antwort. Vgl. bereits das Formular zum Schafsverkauf bei Varr. rust. 2,2,5: *'tanti sunt mi emptae?' et ille respondit ‚sunt'*; ähnlich Iul. 3 Urs. Fer. D. 18.1.41 pr.: … *emptor interrogavit: ‚erit mihi fundus emptus ita, …'*. Die Frage des Käufers (in wörtlicher Rede) ist wohl auch wiedergegeben in Ulp. 28 Sab. D. 18.1.7.1,2 (Fn. 69); Paul. 33 ed. D. 18.1.34.6: *Si emptio ita facta fuerit: ‚est mihi emptus Stichus aut Pamphilus'*; zur Antwort des Verkäufers s. Ulp. 3 disp. D. 18.1.37 (Fn. 69); Ulp. 32 ed. D. 18.4.11: *'si qua sit hereditas, est tibi empta'*; Scaev. 2 resp. D. 19.1.48: *'fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emptus tot nummis'*; Inst. 3.23.4: *'si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot'*; wohl auch Paul. 33 ed. D. 18.6.8.1: *'est ille servus emptus, sive navis ex Asia venerit sive non venerit'*. Hierzu *Wolf*, Error (1961) 35–43; *Kaser*, RP I 547 Fn. 13; *Carbone*, SDHI 71 (2005) 405–417, 446 f.; *Roncati*, MEP 9 (2006) 87–89 (= *Roncati*, Emere (2015) 38–43); *Carbone*, L'emersione (2017) 31–34. Dagegen sieht *Cascione*, Consensus (2003) 272 f., im varronischen Formular ein Indiz dafür, dass zu Varros Zeiten für die rechtliche Verbindlichkeit des Kaufs noch „un momento di formalità" erforderlich gewesen sei; ähnlich *Talamanca*, ACop. IV 63–65, wonach das Formular auf eine Zeit vor der umfassenden Anerkennung des konsensualen Kaufs zurückgehe.

[64] Gai. 3.136 a. E., 138.

[65] Gai. 3.136 (= D. 44.7.2.1); Paul. 32 ed. D. 17.1.1.2; Paul. 33 ed. D. 18.1.1.2. Hierzu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 236–239 mwN.

bart werden. Bei einem beiderseitigen *error in nomine* ist die Falschbezeichnung unschädlich und es kommt aufgrund des tatsächlich vorhandenen Konsenses zum wirksamen Vertragsschluss.[66]

V. Inhalt des Konsenses

Der notwendige Inhalt des Konsenses der Parteien richtet sich nach dem jeweiligen Vertragstyp. Bei *emptio venditio* und *locatio conductio* muss insbesondere die Gegenleistung (*pretium* bzw. *merces*)[67] bestimmt[68] oder zumindest bestimmbar[69] sein. Noch kein wirksamer Vertragsschluss liegt daher vor, wenn die Gegenleistung in das Belieben einer der Vertragsparteien gestellt wird.[70] Fraglich ist, ob eine wirksame *locatio conductio* abgeschlossen werden kann, indem die Parteien vereinbaren, dass erst nach Erbringung der Werkleistung der Werklohn gemeinsam festgesetzt werden soll.[71] Weniger strenge Anforderungen an den Inhalt des Konsenses der Parteien gelten für die *societas*, bei der die Gewinn- und Verlustanteile, wenn sie von den Parteien[72] nicht festgelegt worden sind, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung[73] zu bestimmen 7

[66] Ulp. 28 Sab. D. 18.1.9.1: *Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.* Vgl. auch den im Testamentsrecht geltenden, freilich nicht quellenmäßigen Satz *falsa demonstratio non nocet*; s. hierzu nur *Kaser*, RP I 240 Fn. 40.

[67] Zum Schulenstreit zwischen Sabinianern und Prokulianern, wobei erstere auch den Tausch als Fall des Kaufes behandeln, während letztere fordern, dass der Kaufpreis stets in einem Geldbetrag bestehen müsse, vgl. Gai. 3.141; Paul. 33 ed. D. 18.1.1.1; Inst. 3.23.2. Hierzu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 263–272 mwN.; *Blaho*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 53–60.

[68] Gai. 3.140: *Pretium autem certum esse debet*; Gai. 3.142: *nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi.* Ulp. 1 Sab. D. 18.1.2.1: *Sine pretio nulla venditio est: …*

[69] Ulp. 28 Sab. D. 18.1.7.1: *‘quanti tu eum emisti’*, *‘quantum pretii in arca habeo’*; Ulp. 28 Sab. D. 18.1.7.2: *‘est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero’*; Ulp. 3 disp. D. 18.1.37 (zum Verkauf durch den Erben): *‘erit tibi emptus tanti, quanti a testatore emptus est’*.

[70] Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.1: *Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: ‚quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum‘*. Zur Klassikerkontroverse um die Bestimmung der Gegenleistung durch einen Dritten bei *emptio venditio* und *locatio conductio* vgl. Gai. 3.140, 143; Gai. 10 ed. prov. D. 19.2.25 pr.; Iust. C. 4.38.15 (a.530); Inst. 3.23.1; 3.24.1; hierzu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 259–261, 281–288 mwN.

[71] Gai. 3.143: *quaeritur*. Laut Gai. 10 ed. prov. D. 19.5.22 liege nach allgemeiner Ansicht (*placet*) ein atypisches Geschäft (*quasi de novo negotio*) vor und es sei daher ein *iudicium in factum* mit einer Klagformel mit vorgeschalteten Formelworten (*praescripta verba*) zu gewähren. Hierzu *Wacke*, SZ 108 (1991) 131 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 288–292; *Fiori*, Locatio conductio (1999) 246 f.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 171–173.

[72] Zur Bestimmung der Gesellschaftsanteile durch einen Dritten s. Proc. 5 epist. D. 17.2.76 (*boni viri arbitrium*). Diese war, wie die Kontroverse zur Bestimmung der Gegenleistung bei *emptio venditio* und *locatio conductio* (Fn. 70) vermuten lässt, wohl ebenfalls umstrittenen.

[73] *Ernst*, FS Mayer-Maly (2002) 161 f.

sind, und zwar im Sinne einer Gewinn- und Verlusttragung zu gleichen Teilen.[74] Falls nur die Gewinn- oder nur die Verlustanteile geregelt sind, wird – ebenfalls im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung[75] – das geregelte Anteilsverhältnis auf das ungeregelte übertragen.[76] Die fehlende Einigung über die Gewinn- oder Verlustbeteiligung hindert somit nicht den wirksamen Abschluss eines Gesellschaftsvertrags. Kennzeichnend für den Vertragsschluss durch Konsens ist ferner, dass der Wille der Parteien auf die Begründung gegenseitiger bzw. zumindest (unvollkommen) zweiseitiger Verpflichtungen[77] gerichtet ist, während es bei Verbal- und Litteralvertrag jeweils nur um die Begründung einseitiger Verpflichtungen geht.[78]

VI. Vertragsaufhebung durch *contrarius consensus*

8 Die Vertragsaufhebung erfolgt bei den Konsensualverträgen grundsätzlich wiederum durch Konsens: In Entsprechung zu der auf Abschluss des Vertrags gerichteten Willenseinigung ist für dessen Aufhebung eine entgegengesetzte Willenseinigung (*contrarius consensus*) der Parteien hinreichend und grundsätzlich auch erforderlich.[79] Besonderes

[74] Gai. 3.150; Ulp. 30 Sab. D. 17.2.29 pr.; Inst. 3.25.1.

[75] *Ernst*, FS Mayer-Maly (2002) 161 f.

[76] Gai. 3.150 a. E.; Inst. 3.25.3. Hierzu auch *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 312 f.

[77] Zur Frage der Gegenseitigkeit der Verpflichtungen bei der *societas*, die von den Austauschverträgen *emptio venditio* und *locatio conductio* zu unterscheiden ist, vgl. *Gröschler*, Symp. Pieler 59 Fn. 25 mwN. (= QL 3 (2013) 201 Fn. 25). Beim *mandatum*, das aufgrund seiner Unentgeltlichkeit kein gegenseitiger, sondern nur ein unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag ist, kommt es (aus der Sicht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses) immerhin potentiell zu beiderseitigen Verpflichtungen. Denn mit der *actio mandati contraria* steht auch dem Beauftragten eine Klage zu, freilich nur dann, wenn diesem bei Ausführung des Auftrags tatsächlich Aufwendungen entstehen.

[78] Gai. 3.137: … *in his contractibus alter alteri obligatur de …, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur*; hierzu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 239–241. Vgl. auch Gai. 3.155 (zum *mandatum*): *invicem alter alteri tenebimur*; allgemein zu den *bonae fidei iudicia* Cic. off. 3,17,70: *in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret*. Auf die beiderseitige Verpflichtung stellt bei *emptio venditio*, *locatio conductio* und *societas* auch Labeo (bei Ulp. 11 ed. D. 50.16.19) ab: *contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem*; vgl. *Gröschler*, Symp. Pieler 55–57 (= QL 3 (2013) 197–199).

[79] Paul. 33 ed. D. 18.5.3: *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta*; Iul. 15 dig. D. 18.5.5.1: *Emptio nuda conventione dissolvitur, …*; Pomp. 4 Q. Muc. D. 46.3.80: *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: … aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*; zur *societas*: Paul. 32 ed. D. 17.2.65.3 (*si omnes dissentiunt*); Epit. Gai. 2.9.17: *sicut consensu contrahitur, etiam dissensu dissolvitur*; allgemein Ulp. 48 Sab. D. 50.17.35: *nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*; Inst. 3.29.4. Vgl. auch Pomp. 24 Sab. D. 18.5.2; Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.6. Bei den Austauschverträgen *emptio venditio* und *locatio conductio* ist eine Vertragsauf-

gilt allerdings für den Gesellschaftsvertrag als Dauerverhältnis, bei dem die Gesellschafter in einem „Dauerkonsens“ verharren müssen,[80] so dass während der gesamten Vertragsdauer ein Festhalten an der Willensübereinstimmung erforderlich ist. Die *societas* kann daher durch einen einzelnen Gesellschafter jederzeit gekündigt werden, mit der Folge, dass es zur Auflösung der Gesellschaft kommt.[81] Eine einseitige Aufhebung ist auch beim (notwendig unentgeltlichen)[82] *mandatum* möglich: Der (begünstigte) Auftraggeber kann das *mandatum* widerrufen (*revocare*), allerdings nur *re integra*, also solange der Beauftragte noch nicht mit der Ausführung des Auftrags begonnen hat.[83] Dagegen führt die Kündigung durch den Beauftragten (*renuntiare*) nicht zum Erlöschen des Auftrags.[84]

---

hebung durch *contrarius consensus* nur möglich, solange keine der Vertragsparteien ihre Leistung erbracht hat (*re integra*); Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.6: *ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione*; Ner. 3 membr. D. 2.14.58; Paulus bei Pap. 10 quaest. D. 18.1.72 pr. (a. E.); Pomp. 24 Sab. D. 18.5.2; Paul. 33 ed. D. 18.5.3; Iul. 15 dig. D. 18.5.5.1,2; Lab. 5 pith. a Paul. epit. D. 46.4.23; Gord. C. 4.45.1 (o.A.); Diocl./Maxim C. 4.45.2 (a. 293). Hierzu *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 13–18, 20–22, 120–140; *Kaser*, RP I 642 f.; *Mittendorf/Weßel/Jung*, Jura (1989) 375–377; *Cascione*, Consensus (2003) 407–413; *Talamanca*, Atti Burdese IV 73–106; *Lambrini*, St. Nicosia IV 305–326; *Marini*, Contrarius consensus (2017) 52–81, 83–113, 119–134, 138–146, 158–163. S. auch zum Verhältnis von *contrarius consensus* und *exceptio pacti* (→ § 107 Rn. 16).

[80] Gai. 3.151: *donec in eodem ⟨con⟩sensu perseverant*; Epit. Gai. 2.9.17; Diocl./Max. C. 4.37.5 (a.294); Inst. 3.25.4. Hierzu *Wieacker*, Societas I (1936) 101–105, 285 f.; *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 64–66; *Guarino*, Societas (1972) 53–56; *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 125 f.; *Kaser*, RP I 575; *Kaser*, SDHI 41 (1975) 325–327.

[81] Gai. 3.151: *at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur*, Epit. Gai. 2.9.17; Ulp. 30 Sab. D. 17.2.14; Paul. 32 ed. D. 17.2.65.3–6; Inst. 3.25.4. Eine konkludente Kündigung liegt in der Erhebung der *actio pro socio*; Ulp. 31 ed. D. 17.2.63.10; Paul. 32 ed. D. 17.2.65 pr.; hierzu *Kaser*, RP I 575 Fn. 36; *Harke*, TR 73 (2005) 61 f.

[82] Gai. 3.162; Paul. 32 ed. D. 17.1.1.4; Inst. 3.26.13.

[83] Gai. 3.159: *Sed recte quoque contractum mandatum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit*; Ulp. 31 ed. D. 17.1.12.16: … *quia extinctum est mandatum finita voluntate*; Frg. Vat. 333: *mandatum solvi potest … revocato mandato*; Inst. 3.26.9. Vgl. auch Ulp. 8 Sab. D. 29.2.25.13,14 und (zum Zugang der Kündigung erst nach Ausführung des Auftrags) Paul. 2 Sab. D. 17.1.15. Hierzu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 349–351 mwN.

[84] Anders als in Gai. 3.159 (= Inst. 3.26.9); Ulp. 31 ed. D. 17.1.12.16; Frg. Vat. 333 (Fn. 83) ist in den Quellenstellen, die die Kündigung durch den Beauftragten behandeln (Paul. 32 ed. D. 17.1.22.1; Gai. 10 ed. prov. D. 17.1.27.2; Her. 2 iur. epit. D. 17.1.23, 25; Paul. sent. 2.15.12 [= D. 17.1.24]; Inst. 3.26.11), im Hinblick auf das Vertragsverhältnis nicht von *evanescit* bzw. *extinctum est* und auch nicht von einem *solvere* des *mandatum* die Rede. Wenn der Beauftragte den Auftrag allerdings aus wichtigem Grund kündigt oder wenn dem Auftraggeber aufgrund der (rechtzeitigen) Kündigung kein Schaden entstanden ist, haftet der Beauftragte nicht aus der *actio mandati*. S. zur Frage der Kündigung durch den Beauftragten *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 136–139; *Watson*, Mandate (1961) 71–77; *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 134–137; *Kaser*, RP I 578 Rn. 18; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 123; *Igimi*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 141–152; *Crifò*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 165–167.

VII. Konsens und *nudum pactum*

9 Obwohl das Konzept des Vertragsschlusses durch Konsens ohne weiteres die Möglichkeit geboten hätte, jede Vereinbarung, also auch das sogenannte *nudum pactum*, als verpflichtend anzuerkennen, sind weder die klassischen römischen Juristen zur Anerkennung der Vertragsfreiheit vorgedrungen noch ist es zu einer solchen Anerkennung im justinianischen Recht gekommen. Die Regel lautet vielmehr, dass ein *nudum pactum*, das nicht unter die anerkannten Vertragstypen fällt, trotz einer entsprechenden Willenseinigung der Parteien keine klagbare Verbindlichkeit erzeugt.[85] Nur solche Vereinbarungen (*conventiones*), die Klagen hervorbringen, fallen unter die spezielle Bezeichnung „Vertrag" (*contractus*).[86] Dazu gehören, was den *contractus consensu* betrifft, nur die vier in Gai. 3.135 genannten Unterarten, nämlich *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* und *mandatum*.[87]

10 Der Rückschluss von der Klagbarkeit einer *conventio* auf die Zuordnung zu den *contractus* entspricht dem aktionenrechtlichen Denken der römischen Juristen. Hintergrund hierfür ist, dass von den Prätoren im Rahmen des Formularverfahrens nach und nach und auch nur jeweils für einzelne typisierte Rechtsverhältnisse Klagformeln geschaffen worden sind. Das historisch gewachsene System der Klagformeln beruht daher auf einem schrittweisen Vorgehen,[88] das von vornherein nicht auf die Schaffung einer lückenlosen Klagbarkeit ausgerichtet ist. Hinzu kommt, dass die Schließung von Lücken durch Einführung weiterer Klagformeln mit der bereits zu Beginn der Kaiserzeit abnehmenden Innovationskraft des Prätors und der damit einhergehenden Erstarrung des prätorischen Edikts zu einem *edictum perpetuum*[89] immer weniger in Betracht kommt. Die Fortbildung des Rechts geht in der Kaiserzeit auf die gelehrten Juristen über,[90] die das vorgegebene System der Klageformeln nicht mehr grundlegend verändern. Um in gewissem Umfang auch atypische Vereinbarungen erfassen zu können, behelfen sie sich, indem sie unter bestimmten Voraussetzungen Klagen mit vorgeschalteten Formelworten (*actiones praescriptis verbis*) befürworten.[91] Nicht zuletzt be-

---

[85] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.4: *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, …*

[86] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7 pr., 1: *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.* (1) *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.* Hierzu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 448–452.

[87] Hierzu bei Fn. 2.

[88] Vgl. *Kaser*, RRG 147 f.; *Wieacker*, RRG I 463 f.; siehe auch *Fiori*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 34.

[89] Hierzu *Kaser*, RRG 148; *Wieacker*, RRG I 464 f., 468 f.; *Wieacker*, RRG II 69, 78.

[90] Zur Bedeutung des vom Kaiser verliehenen *ius respondendi* s. *Wieacker*, RRG II 32–35, 79 f.

[91] Vgl. erstmals Labeo in Ulp. 31 ed. D. 19.5.19 pr. zum sogenannten *contractus mohatrae* (→ § 22 Rn. 2 mit Fn. 17) und insbesondere auch Aristo in Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2 zum Tausch eines Sklaven gegen Freilassung eines anderen. Hierzu *Kaser*, RP I 580–583; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 340–344;

steht selbst in der Kaiserzeit mit ihrem entwickelten Wirtschaftssystem keine besondere Dringlichkeit, die Klagbarkeit sämtlicher formloser Verträge anzuerkennen, da mit der Stipulation ein denkbar einfaches Mittel zur Verfügung steht, um Verbindlichkeiten beliebigen Inhalts wirksam zu begründen.[92]

Nelson/Manthe, Gai Inst. Kontraktsoblig. 448–453; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 80–86, 104–111; *Zhang*, Contratti (2007) 85–94; 169–222; *Gröschler*, Symp. Pieler 60–66 (= QL 3 (2013) 202–209); *Fiori*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 40–43, 46 f. Aufnahme in das prätorische Edikt fand wohl noch die *actio de aestimato* für den sogenannten Trödelvertrag (Hingabe einer Sache zum Verkauf mit der Abrede, dass hierfür entweder der vereinbarte Schätzwert gezahlt oder die Sache wieder zurückgegeben werde); Ulp. 32 ed. D. 19.3.1 pr. (*proponitur*); vgl. *Lenel*, EP^2 290–292 (anders jedoch *Lenel*, EP 300–302); *Mantovani*, Formule 58 f. (Nr. 45); *Kaser*, RP I 582 Fn. 15; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 341 Fn. 7; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 150–153; *Sciandrello*, Contratto estimatorio (2011) 103–107.

[92] Vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 235. S. dort auch zur zunehmenden Bedeutung der Schriftlichkeit ab der Spätklassik und vgl. hierzu die Ausführungen zum Außergebrauchkommen des Litteralvertrags (→ § 23 Rn. 8).

§ 25 Tatbestände des „Übernehmens“ (*recepta*)

Johannes Platschek

Lenel, Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare, SZ 2 (1881) 62–71; *Partsch*, Der ediktale Garantievertrag durch receptum, SZ 29 (1908) 403–422; *Wenger*, Art. Receptum arbitri/Receptum argentarii, RE I A 1 (1914) 358–379; *Meyer-Termeer*, Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht (1978), 147–221; *Bürge,* Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens, SZ 104 (1987) 465–558; *Földi*, Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung *ex recepto nautarum cauponum stabulariorum* und der Haftung für *custodia*, RIDA[3] 40 (1993) 263–291; *Rodríguez González*, El *receptum argentarii* en el derecho romano clásico. Una propuesta de análisis (2004); *Kordasiewicz*, *Receptum nautarum* and „*custodiam praestare*“ revisited, RIDA[3] 58 (2011) 193–210; *Alonso,* Fault, strict liability and risk in the law of the papyri, in: Urbanik (Hg.), *Culpa* (2012), 19–81; *Rampazzo, Sententiam dicere cogendum esse* (2012); *Ernst*, Schiedsrichtermehrheiten im klassischen römischen Recht, in: Hallebeek u. a. (Hgg.), Inter cives necnon peregrinos. Ess. Sirks (2014) 161–180; *Pelloso*, *Custodia, receptum* e responsabilità contrattuale: una rilettura dei dogmi civilistici alla luce del metodo casistico romano, SemCompl 29 (2016) 263–302; *Le Guennec*, Aubergistes et clients. L’accueil mercantile dans l’Occident romain (III[e] siècle av. J.-C. – IV[e] siècle apr. J.-C.) (2019).

Inhalt Rn.

I. Edikt *De receptis* 1
II. *Recepta nautarum cauponum stabulariorum* 5
1. *Rem recipere salvam fore* 8
2. Haftungsmaßstab und Verhältnis zur zivilen Haftung 15
3. Zum Vergleich: *Recipere* bei der Speichervermietung 19
4. *Nauta – caupo – stabularius* 21
III. *Receptum arbitri* 29
IV. *Receptum argentarii* 37

I. Edikt *De receptis*

1 Palingenetische Untersuchungen an den Ediktskommentaren machen es wahrscheinlich, dass das prätorische Edikt – spätestens zur Zeit seiner kaiserzeitlichen Redaktion – innerhalb eines größeren verfahrensrechtlichen Bereichs drei Tatbestände unter dem Titel *De receptis* gruppierte, in denen dem *recipere* – „Übernehmen“ durch eine Person

entscheidende Bedeutung zukommt.[1] Für die Verortung des Titels im Verfahrensrecht dürfte dabei der Tatbestand des *arbitrium recipere* gesorgt haben, die „Übernahme des Schiedsverfahrens/Schiedsamts".[2] Er muss an erster Stelle gestanden haben. Daran schlossen sich – in unsicherer Reihenfolge[3] – die Tatbestände des *rem recipere salvam fore* der Schiffer, Gast- und Stallwirte (*nautae caupones stabularii*) und des *solvi recipere* – „Übernahme der Zahlung" der „Bankiers", „Finanzdienstleister" (*argentarii*) an. Schlüsse aus dieser Reihung auf die Chronologie der prätorischen Sanktionierung[4] oder aus diesem Zusammenstand auf eine engere gemeinsame Bedeutung von *recipere*[5] sind nicht zwingend: Die Gruppierung kann auf die (End-) Redaktion vorhandenen ediktalen Materials zurückgehen; die Verbindung kann sich auf das Wort *recipere* beschränken, ohne dass sich ein gemeinsamer Abstraktionsgrad von *recipere* postulieren ließe. Ursprüngliche Gemeinsamkeiten können aber auch durch unterschiedliche Interpretation bis zur Zeit der Juristenschriften verloren gegangen sein.

Denn jedenfalls außerhalb des Edikts und seiner Kommentierung changiert *recipere* **2**
zwischen der (konkreten) handfesten Übernahme einer Sache (erkennbar insbesondere bei Konstruktionen mit bloßem Objektsakkusativ *rem*)[6] und der (abstrakten) Übernahme einer Aufgabe oder Haftung in Gestalt eines Versprechens (erkennbar insbesondere an Konstruktionen mit dem bloßen Infinitiv bzw. dem eigentlichen AcI[7]). Dazwischen stehen – gewissermaßen als Vorstufe der verkürzten Ausdrucksweise durch *recipere* im Sinne von „versprechen" – Ausdrücke mit einem Abstraktum als Gegenstand der Übernahme, wie *custodiam recipere*,[8] *tutelam recipere, mandatum*

[1] *Lenel*, EP 33; 130–135.

[2] *Lenel*, EP 33.

[3] Nach *Lenel*, SZ 2 (1881) 63 „stand das receptum argentariorum als drittes neben [!] dem des arbiter und dem der nautae caupones stabularii"; in *Lenel*, EP 132 wird daraus „diese Stelle des Albums", nämlich die dritte nach [!] *arbiter* und *nautae*.

[4] Seit *Bekker*, SZ 3 (1882) 7.

[5] S. schon *Goldschmidt*, ZHR 3 (1860) 99 mwL.

[6] So in Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.6: *rem sive mercem recipere*, D. 4.9.3 pr.: *res in navem receptae*; im Zusammenhang der Haftung aus Verwahrung (*depositum*) – die mit der aus *receptum cauponum stabulariorum* konkurriert: Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.11–13; s. auch ThLL s. v. *recipio* cap. alt. I B 1 b β (Sp. 342, Z. 23–33). Im Hinblick auf den Schiedsrichter steht *recipere* im Edikt mit dem bloßen Objektsakkusativ: *Qui arbitrium pecunia compromissa receperit*, Ulp. 13 ed. D. 4.8.3.2. S. auch TH 76, pag. 1, ll. 4–6 (u. bei Anm. 100), wo sich freilich aufgrund der Lückenhaftigkeit die Ergänzung von *hoc arbiterium* um einen Infinitiv Futur nicht ausschließen lässt. Bei Ulp. 13 ed. D. 4.8.7.1 zeichnet sich auch eine mögliche Konstruktion *recipere sententiam se dicturum* ab.

[7] Insbesondere *recipere se soluturum*, aber etwa auch Afr. 2 quaest. D. 28.5.47: *et aditurum se hereditatem recepisset et restituturum* oder Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.3: *qui aestimationem se praestaturum recepit. Recipere* fungiert in diesen Fällen als/wie ein *verbum declarandi*, s. *Burkard/Schauer*, Lehrbuch lat. Syntax [5](2012) § 478 (2a); ThLL s. v. *recipio* cap. alt. II B 1 a β (Sp. 347 Z. 23–38). Im Deutschen bleibt die Übersetzung mit „es übernehmen" möglich.

[8] Paul. sent.2.18.3 (= D. 19.2.55 pr.); Ulp. 14 ed. D. 4,9,1,8; Ulp. 29 ad Sab. D. 47.2.14.17; Ven. 2 off. procons. D. 48.3.10.

recipere etc.[9], häufig mit *in se*,[10] häufig austauschbar mit *suscipere*;[11] oder Ausdrücke mit Personen oder Leistungen, die *in fidem*, *in tutelam* etc.[12] übernommen werden.

3 Nach der Beobachtung von Partsch entspricht der ambivalente Befund dem bei der entsprechenden griechischen Wortbildung ἀνα-/ἐπι-/ἐκδέχεσθαι, aber auch bei ἐγγυᾶσθαι.[13] Dass es sich bei der Sanktionierung der *recepta nautarum* und *argentariorum* um ein Ergebnis des Kontakts mit der griechisch-hellenistischen Geschäftspraxis der ναύκληροι und τραπεζῖται handelt, ist ein attraktives Modell.[14] Doch sind der intendierte Anwendungsbereich und die Rechtsnatur der *recepta nautarum* und *argentariorum* derart ungewiss, dass jedes Postulat engerer Verwandtschaft zur Spekulation wird. Beim *receptum arbitri* kommt die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als Anknüpfungspunkt in Betracht; festzustellen ist jedenfalls, „dass ἀναδέχεσθαι im Bedeutungszusammenhang von *arbitrium recipere* in der Rechtssprache des griechischen Staatenverkehrs vorkommt“[15] (um die „Übernahme“ gerade des Schiedsamtes geht es in den Belegen wohlgemerkt nie). Die bereits im Griechischen zu beobachtende Ambivalenz von „(gegenständlich) übernehmen“ und „versprechen“ besagt auch noch nichts über die Bedeutung entsprechender Ausdrücke im jeweiligen Kontext, erst recht nichts über das ursprüngliche Verständnis von *recipere* in den einzelnen Ediktstatbeständen. In der Bedeutung „versprechen“ haben alle diese Begriffe vielmehr eine sekundäre, verfestigte metaphorisch-abstrahierende Verwendung gefunden.[16] Sie lässt sich ohne Weiteres einer (gehobenen) Umgangs- und Literatursprache, nicht aber sogleich der Gesetzes- oder Ediktssprache zuweisen und keinesfalls *a priori* postulieren.

4 Die drei *recepta* gemeinsam bei den „Handlungsformen im Privatrecht“ abzuhandeln, rechtfertigt sich aus der traditionellen Lehre, das ediktale *recipere* als solches sei

---

[9] ThLL s. v. *recipio* cap. alt. II B 1 a α (Sp. 346, Z. 31–64).

[10] Ulp. 13 ed. D. 4.8.3.1: *arbitrium/officium*; 4.8.21.9: *arbiterium*; 32 ed. D. 19.2.13.5, 36 ed. D. 27.8.1 pr.: *periculum*; Marcell. sing. resp. 26.7.21: *periculum*; Ulp. 6 disp. D. 40.1.4.1: *debitum*.

[11] Kennen doch (beispielsweise) Paul. 13 ed. D. 4.8.4 *arbitrium suscipere*, Ulp. 30 ed. D. 16.3.5.2 *officium suscipere*, Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.6 *periculum suscipere*; Paul. 1 decr. D. 14.5.8 *debitum suscipere*.

[12] ThLL s. v. *recipio* cap. alt. II A 1 a α (Sp. 343, Z. 49–344, Z. 17); *in fidem suam recipere* in den Juristenschriften: Pap. 3 resp. Frg. Vat. 13: *colonum et quinque annorum mercedes*; entspr. Hermog. 2 iur. epit. D. 19.1.49 pr.; Paul. 21 quaest. D. 49.14.40.1: *ut ex portione sua praestet*.

[13] *Partsch*, SZ 29 (1908) 416–422; *Rodríguez González*, Receptum argentarii (2004) 196–199 mwL; *Carvajal*, St. Metro I 411 f. Gleiches gilt für ὑποδέχεσθαι, s. LSJ s. v. I–III (S. 1879). Die Belege in der römischen Komödie für *recipere*, *ad se recipere* im Sinne von „versprechen“ bedürften einer Untersuchung im Hinblick auf eine mögliche griechische Vorlage.

[14] *Vélissaropoulos*, Les nauclères grecs (1980), 297; dagegen *Brecht*, Haftung der Schiffer (1962) 131 f.; *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 226–228.

[15] *Ziegler*, Privates Schiedsgericht (1971) 12.

[16] Man vergleiche die Herleitung von *promittere* – „versprechen“ durch *Beikircher*, SZ 118 (2001) 378–380 aus dem konkreten *aliquem promittere* („jemanden (als Haftungsperson) vorschicken“) über *promittere* mit abstraktem Akkusativobjekt (insbes. *vadimonium promittere*) zu *promittere* mit eigentlichem AcI.

ein Versprechen, wobei über die Form oder Solennität dieses Versprechens Streit besteht. Nach der hier vertretenen Ansicht beschreibt *recipere* – jedenfalls in den Juristenschriften – nicht die Modalität eines einheitlichen Rechtsakts, sondern weist *recipere aliquid* beim *receptum nautarum cauponum stabulariorum* den geringsten, beim *receptum argentarii* den höchsten Abstraktionsgrad auf. Dem folgt die Darstellung der Tatbestände.

II. *Recepta nautarum cauponum stabulariorum*

Die ediktale Verheißung ist im Wortlaut überliefert: **5**

Ulp. 14 ed. D. 4.9.1 pr.
Ait praetor: „nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo".

„Der Prätor sagt:
‚Wenn die Schiffer, Gast- und Stallwirte, was sie, aus wessen Eigentum auch immer, übernommen haben, auf dass es heil bleibe, nicht zurückgeben',

anders:[17]

‚Wenn Schiffer, Gast- und Stallwirte dasjenige, für das sie zugunsten eines anderen die Gewähr der Obhut übernommen haben, nicht zurückgeben, werde ich eine Klage gegen sie gewähren.'"

Die Klageformel rekonstruiert Lenel folgendermaßen:[18] **6**

Iudex esto.
Si paret Numerium Negidium, cum navem exerceret, Auli Agerii res, quibus de agitur, salvas fore recepisse,
neque restituisse (oder *nisi restituet*?)[19],
quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato.
Si non paret, absolvito.

„[*X*] soll Richter sein.
Wenn es sich erweist, dass [der Beklagte], als er ein Schiff betrieb,
die Sachen des [Klägers], um die es geht, übernommen hat, auf dass sie heil blieben /
es übernommen hat, dass die Sachen des [Klägers], um die es geht, heil blieben,
und (wenn er?) sie nicht zurückgegeben/erstattet hat,
dann soll der Richter [den Beklagten] zugunsten [des Klägers] zu so viel Geld verurteilen, wie diese Angelegenheit wert sein wird."

[17] So die recht freie Übersetzung von *Schiemann*, in: *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, CIC II 458.
[18] Die Musterformel berücksichtigt nach *Lenel*, EP 131 mit Anm. 15 nur das *receptum nautarum*. Die *recepta cauponum stabulariorum* hält Lenel dennoch für ediktal; unklar *Földi*, RIDA[3] 40 (1993) 270 Anm. 11.
[19] *Lenel*, EP 131 mit Anm. 20 hält beides für möglich, bevorzugt aber *nisi restituent*; *Mantovani*, Formule 69 mit Anm. 259 scheint *neque restituisse* zu bevorzugen.

7 Die Klage wird von Ulpian als *de recepto honoraria actio* bezeichnet.[20] Sie beschränke sich auf Schadensersatz (*rei persecutionem continet*) und sei deshalb sowohl passiv vererblich als auch unbefristet (→ § 91 Rn. 4 f.).[21]

1. *Rem recipere salvam fore*

8 Der Ausdruck *rem recipere salvam fore* ist zwei Verständnismöglichkeiten zugänglich: „eine Sache übernehmen, auf dass sie heil bleibe“[22] oder „es übernehmen, dass eine Sache heil bleibe“.[23] Die erstgenannte Möglichkeit verbindet eine konkret gegenständliche Übernahme (*rem recipere*) mit einem bestimmten Hintergrund oder Zweck (*salvam fore*). Er kann in einer ausdrücklichen Vereinbarung bzw. in einer Zusage des Übernehmers Ausdruck finden; er kann sich aber auch aus den Umständen ergeben, die den Vorgang von anderen Fällen des *recipere* unterscheiden.[24] Die zweitgenannte

---

[20] Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.5; zur Bezeichnung *Carvajal*, St. Metro I 410 mit Anm. 6.

[21] Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.4 unter Berufung auf Pomponius; der rein sachverfolgende Charakter ist also – wie bei anderen *in factum* konzipierten Klagen – nicht evident (vgl. die Lage bei der *actio de pecunia constituta*; → § 71 Rn. 8).

[22] So zuletzt *Cervenca*, in: *Schipani*, Iustiniani Augusti Digesta I (2005) 379 f.: „che … abbiano ricevuto, affinché fosse salvaguardato“. So verstanden handelt es sich um einen „ursprünglichen“ oder „uneigentlichen“ AcI mit *rem* als Objektsakkusativ und *salvam fore* als explikativem oder finalem Infinitiv (der lateinische Infinitiv ist „ein alter Lokativ des Ziels“, *Hofmann/Szantyr*, Lateinische Syntax [1972] 344); s. *Burkard/Schauer*, Lehrbuch lat. Syntax [5](2012) § 478, insbes. (1f) zum uneigentlichen AcI bei *ferre* und *sustinere* (*recipere* behandeln *Burkard/Schauer* unter [2a] wohlgemerkt nur als *verbum declarandi* mit eigentlichem AcI). In Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.8 etwa steht *recipere salvum fore* unmittelbar neben *res receptae*. Die Basiliken übersetzen *salvum fore recipere* (Ulp. 14 ed. D. 4.9.1 pr.) mit λαμβάνειν ἐπὶ τῷ φυλάξαι (B. 53.1.6 [V.112 Hb., 2436 Sch.]). Die Finalität der Übernahme: *salvum fore* kann sich dann aus einer ausdrücklichen Zusage des Übernehmers ergeben (was zu *recipere* in der Bedeutung „versprechen“ führte), aber auch aus den Umständen ergeben, s. unten Rn. 24. Bei den Ausdrücken *cavere/satisdare/spondere rem salvam fore* ist dieses Verständnis nicht (mehr) möglich.

[23] So (in freier Abwandlung) etwa *Schiemann*, in: *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, CIC II 458 (oben bei Fn. 17). So verstanden handelt es sich einen „eigentlichen“ AcI. Dass beide Übersetzungen in Betracht kommt, erkennt schon *Goldschmidt*, ZHR 3 (1860) 98, der den eigentlichen AcI freilich für „die einfachere ungezwungenere Construction“ hält; gegen die Alternative des uneigentlichen AcI autoritativ *Karlowa*, RRG II 1317: „gerade wegen des von *recipere* abhängigen *salvum fore* [ist] die Bedeutung „aufnehmen“, „thatsächlich übernehmen“ hier geradezu ausgeschlossen, denn sprachlich wäre es nicht möglich, das *salvum fore* damit in Zusammenhang zu bringen“, s. auch unten Fn. 25. *Klingmüller*, s. v. Receptum, RE I A 1, 356: „Hier ist *recipere* nicht im ursprünglichen Sinne gebraucht …, sondern im übertragenen … Das beweist auch [?] der vorgehende Accusativus cum infinitivo, der nur von *recipere* abhängig gemacht werden kann.“ *Koppel*, Haftung des Gastwirts (1903) 3 sieht auch bei der Bedeutung als körperliches Aufnehmen die Notwendigkeit einer (gedanklichen) Ergänzung um „mit dem Versprechen“, weshalb „beide Uebersetzungen einen gleichen Sinn geben.“

[24] Denn *recipere* bezeichnet auch den endgültigen (Rück-)/Erhalt (insbesondere von Geld), s. nur *Heumann/Seckel*, s. v. *recipere* [1] (S. 493).

Möglichkeit führt hingegen zu einem abstrakteren, gleichzeitig aber auch engeren Modell: Findet sich in *rem recipere salvam fore* nämlich die Übernahme der Verantwortlichkeit für eine Sache ausgedrückt, so besteht diese – nach jetzt herrschender Meinung – gerade in der Zusage, „dass die Sache heil bleibe". Die Literatur sieht in *receperint* ein *verbum declarandi* für „versprechen".[25] Der Prätor habe damit bei Formulierung des Edikts eine „ausdrückliche Garantieübernahme" gemeint, mitunter wird sogar ein förmlicher oder solenner Akt unter Verwendung von *recipio* vermutet.[26] Ein solches „*Recipio!*" wäre performativer Sprechakt unter Anwesenden; warum man es der förmlichen *stipulatio* vorgezogen hätte, bedürfte der Erklärung. Nach Partsch „widerstrebte" der Abschluss der *stipulatio* „durch Frage und Antwort sicherlich den Verkehrsbedürfnissen".[27] Gleichzeitig wird aber eine reale Übergabe, ein „Einbringen" der Sache, niemals fehlen. Denn dass *restituere* im Edikt – zunächst – als die gegenständliche Rückgabe zu verstehen ist,[28] liegt jedenfalls nahe. Doch sei „die Entgegennahme lediglich die Folge des Abschlusses des Garantievertrags bzw. des Frachtvertrags" gewesen.[29]

Die herrschende Literatur wählt also die engere, abstrakte Alternative der möglichen **9**
Übersetzungen. Das Garantieversprechen sei neben den Hauptvertrag (über Transport, Schiffs-, Zimmer- oder Stallmiete, Verwahrung) getreten (als so gen. *accidentale negotii*).[30] Dass noch die spätklassischen Juristen *rem recipere salvam fore* als ausdrückliches Versprechen verstünde, wird von der herrschenden Meinung aber bestritten; zwi-

[25] S. nur *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 201 mit Anm. 3, 4. Zuletzt *Carvajal*, St. Metro I 412 mwL. S. 415 beschwört *Carvajal* – wie schon *Ude*, SZ 12 (1892) 68, *Karlowa* (o. Anm. 23), *Jörs/Kunkel*, RP³ 240 Anm. 2 oder *De Robertis*, Receptum nautarum (1952) 58 – die „Evidenz" dieses Verständnisses, ohne die Möglichkeit eines uneigentlichen AcI auch nur in Betracht zu ziehen; die „Übersetzung" von *Zamora Manzano*, Averías y accidentes (2000) 54: „haber percibido [objetos] *salvam fore*" sei nicht „apropiada". *Kordasiewicz*, RIDA³ 58 (2011) 202 gibt den ediktalen Tatbestand wieder als: „not return goods received under their custody".

[26] *Karlowa*, RRG II 1317; *Kaser/Knütel/Lohsse*, RP²⁰ § 46 Rn. 6; *Bürge*, SZ 104 (1987) 530; *ders.*, Index 22 (1994) 390 f.; *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 150, 172; *Földi*, RIDA³ 40 (1993) 266 mit Literatur in Anm. 5; *Zimmermann*, LO 515; *ders.*, in: *Haferkamp/Repgen*, Usus modernus pandectarum (2007) 274; *Gröschler*, Actiones in factum (2002) 70: „formloses *pactum*"; *Le Guennec*, Aubergistes et client (2019) 237: „pacte prétorien"; unklar *Bucher*, FS P. Schlosser (2005), 110 f., der von der herrschenden Meinung einerseits das Verständnis als „formfreie 'Übernahme' der Garantie für einen bestimmten Erfolg" übernimmt, darin andererseits „in römischer Sicht" aber keinen Vertrag verortet, „da auf pflichtschaffende Willenserklärungen bewusst verzichtet wird"; Haftungsgrund sei „das Betreiben der Herberge als solches".

[27] *Partsch*, SZ 29 (1908) 411.

[28] *Heumann/Seckel*, s. v. *restituere* 2 [S. 515]), s. schon *Goldschmidt*, ZHR 3 (1860) 98. Vgl. zum Beispiel Pap. 12 quaest. D. 6.1.63: *pecuniam, quam … recepit, restituere.*

[29] *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 201.

[30] Zu dieser Vorstellung s. nur *Zimmermann*, LO 517–520 mit weiterer Literatur; zuletzt *Le Guennec*, Aubergistes et clients (2019) 248 f. Klärungsbedürftig bleibt, warum es dann jemals einer eigenen Klage bedurfte und das *recipere* nicht stets – unter Betätigung der Klausel *ex bona fide* – mit der Klage aus dem Hauptvertrag sanktioniert war.

schen der Formulierung des Edikts und der spätklassischen Rechtsliteratur vollziehe sich ein Verständniswandel: Während das Edikt *recipere* als Versprechen zugrundelege, knüpfe man später die ediktale Haftung an *recipere* als die gegenständliche Übernahme.[31] „Das *recipere* der ediktsmäßigen Garantie“ komme „durch körperliches *recipere* des Gepäcks in den Transportbetrieb zustande“.[32] Die Garantieübernahme gelte „mit dem faktischen ‚Übernehmen‘ als vollzogen“.[33]

10 Von *recipere* in einem doppelten Sinne, von einer Fiktion oder der Vorstellung eines „stillschweigenden Versprechens“ ist in den Quellen freilich keine Rede; wenn dort die „faktische Übernahme“ begegnet, so wird sie mit dem *recipere* des Edikts schlicht identifiziert.[34] Mit einem ausdrücklichen, freiwilligen und die gegenständliche Übernahme der Sache allenfalls begleitenden Versprechen ist es schwer zu vereinbaren, dass man nach Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.1 die Belastung durch die ediktale Haftung vermeiden kann, indem man *niemanden* bei sich *aufnimmt* (*nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant*)[35] – und nicht, indem man ein Versprechen unterlässt.[36] Aber auch die Mo-

[31] *Jörs/Kunkel*, RP³ 240 mit weiterer Literatur. Damit ordne Ulpian „den Wortlaut [!] dem praktischen Bedürfnisse unter“, so *Bekker*, SZ 3 (1882) 7 (bezogen auf Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.8, s. unten Rn. 13). *Bürge*, SZ 104 (1987) 530, der noch in den Digesten *recipere* in unserem Zusammenhang ausschließlich als „versprechen“ belegt sieht (s. aber sogleich Rn. 10), macht dementsprechend für die Vorstellung der „Garantie durch Einbringen der Waren“ den „Blick der Pandektistik für die praktische Anwendbarkeit des Rechts im modernen Kontext“ verantwortlich. *Brecht*, Haftung der Schiffer (1962) 116 geht noch bei Ulpian (aufgrund von Ulp. 38 ed. D. 47.5.1.4, dazu unten Rn. 15) von einem Verständnis von *recipere* als „vertragliche Begründung der salvum-fore-Garantie“ aus; wo der Digestentext damit unvereinbar sei, sei er interpoliert.

[32] *Partsch*, SZ 29 (1908) 411.

[33] *Kaser/Knütel/Lohsse*, RP²⁰ § 46 Rn. 6; *Földi*, RIDA³ 40 (1993) 266 f.; *Le Guennec*, Aubergistes et clients (2019) 247; s. schon *Karlowa*, RRG II 1317: „Das Versprechen … liegt in der Überweisung der Sachen an den *nauta* …“

[34] Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.6: *Ait praetor: ’quod cuiusque salvum fore receperint’: hoc est quamcumque rem sive mercem receperint*; 7: … *mihi … nauta tenebitur* (scil. *de recepto*), *si a ⟨m⟩e eas* (*merces*) *suscepit*; Paul. 13 ed. D. 4.9.4.1: *si nauta* (scil. *rem*) *nautae, stabularius stabularii, caupo cauponis receperit* …; *Partsch*, SZ 29 (1908) 411 mit Anm. 3.

[35] Der Satz ist auf die Situation der Wirte bei Beherbergung und der Schiffer bei der Personenbeförderung zugeschnitten. Mit (*ali*)*quem recipere* sind die Gäste/Reisenden gemeint, die der Wirt/Beförderer „aufnimmt“ (s. auch *vectores recipere* in Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.12) – und dabei deren Gepäck, Handelsware, Reit- und Transporttiere übernimmt. Zur Haftungsvermeidung durch Unterlassen der „Aufnahme“ von Kunden dürfte kein Berufswechsel erforderlich sein: Der *nauta* beschränkt sich dann auf den Warentransport, der *caupo* auf Verköstigung, der *stabularius* auf Vermietung von Stallraum. Mit den „Aufgenommenen“ nicht gemeint sind die potentiellen Diebe, die die Haftung *de recepto* auslösen; anders *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 204 mit Anm. 22; *Kordasiewicz*, RIDA³ 58 (2011) 203: „The argument given is that *nautae, caupones* and *stabularii* can decide, who will have access to the ship or into the inn …“ Das ist nach Ulp. 38 ed. D. 47.5.1.6 auch gerade nicht der Fall: Deliktisch (und auf das *duplum*) haftet der *caupo* für diebische Reisende gerade deshalb nicht, weil er sich „die Reisenden nicht aussuchen kann“.

[36] *Brecht*, Haftung der Schiffer (1962) 114 mit weiterer Literatur. Anders *Ude*, SZ 12 (1891) 70 und noch *Bürge*, SZ 104 (1987) 530: „In D. 4, 9, 1, 1 überläßt es Ulpian dem *nauta*, ob er diese Haftung

tivierung des Edikts durch Ulpian, es solle jeder Komplizenschaft mit Dieben (Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.1: *cum furibus coire*) vorbeugen, passt nicht zu einer ediktalen Sanktionierung lediglich von besonderen Versprechen; denn dann wären nur diejenigen Personen angesprochen, die im vorediktalen Zustand ihre Kunden durch ausdrückliches (aber stipulationsloses) Versprechen in (rechtlich nicht geschützter) Sicherheit wiegten, nur um sie leichter dem Zugriff von Dieben auszusetzen.[37] Ähnliches gilt für Pomp./Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.1, wonach der Prätor mit dem Edikt „diesen Menschenschlag" anspricht (*hoc genus hominum*: gemeint sind *nautae, caupones, stabularii*), um dessen *improbitas* zu bekämpfen. Dieser Kampf kann sich kaum auf die Sanktionierung besonderer Garantiezusagen beschränken.

Zwar wurde die Zusatzhypothese entwickelt, dass die Aufnahme von Gästen ohne **11**
Abgabe eines ausdrücklichen Garantieversprechens nicht wettbewerbsfähig war.[38] Dass also *de facto* jede Aufnahme von Reisenden von einem Garantieversprechen begleitet war, die Kollusion der Wirte mit Dieben also stets auf ein solches traf. Doch dürfte es schon aus Gründen des begrenzten Platzes in der Herberge, der Gewichtsverteilung an Bord, der Sicherung gegen Seegang etc. schlicht nicht praktikabel sein, Reisenden an Bord eines Schiffes oder in einer Unterkunft einen Schlafplatz zuzuweisen (sie also „aufzunehmen"), ohne ihnen (größeres) Gepäck oder mitgeführte Handelsware zur gesonderten Aufbewahrung abzunehmen. Wer Reisende aufnimmt, wird darauf bestehen, dass diese bestimmte Sachen abgeben; der Reisende muss sich dann darauf verlassen können, dass er diese (unbeschädigt) zurückerhält. Die *laus edicti* Ulpians (Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.1) verweist darauf, dass es *necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere* – „es meistens notwendig ist, sich auf sie zu verlassen und Sachen ihrer Obhut anzuvertrauen". Dies setzt die aufgrund räumlicher Gegebenheiten notwendige gegenständliche Trennung der Reisenden von ihrem Ge-

---

(*recipere salvum fore*) ausdrücklich übernehmen will" – im überlieferten *quem* (!) *recipiant* kommt das nicht zum Ausdruck, s. schon *Brecht* aaO.

Die Stelle spricht nicht gegen jede Abdingbarkeit der ediktalen Haftung: Lehnt der *nauta* oder Wirt bei Übernahme eine Haftung für Verlust oder Beschädigung der übernommenen Sachen ausdrücklich ab, so liegt eben kein *salvum fore recipere* vor. Eine Haftung des *nauta* kommt nach Ulp. 18 ed. D. 4.9.7 pr. dann nicht in Betracht, wenn er „im Voraus erklärt hat" (*praedixerit*), dass „ein jeder Passagier seine Sachen schützen müsse (*servet*) und er (selbst) keinen Schadensersatz leisten werde." Ulpian spricht hier jedoch – wie die *inscriptio* zeigt – nicht von der Haftung *de recepto*, sondern von der deliktischen Verantwortlichkeit des *nauta* für Schädigungen von *Passagieren* (*vectores*) durch seine Hilfspersonen (so gen. *actio in factum adversus nautas*), s. *Pennitz*, FS Fabiano Corrêa 285 f. mit weiterer Literatur – unberücksichtigt bei *Zimmermann*, LO 520 Anm. 72; *Kaser/Knütel/Lohsse*, RP[20] § 46 Rn. 7: „Den *Ausschluß* dieser Haftung [*de recepto*] durch Vereinbarung (z. B. durch *praedicere* des *nauta* und *consentire* des Gastes) sieht man als zulässig an (Ulp. D. 4,9,7 pr.)". Weitere Literatur bei *Földi*, RIDA[3] 40 (1993) 268 Anm. 10.

[37] So aber *Bürge*, SZ 104 (1987) 530: „… damit ein *nauta* nicht in Versuchung komme, ungeachtet der feierlichen Zusage mit Dieben auf dem Schiff zu kolludieren".

[38] *Ude*, SZ 12 (1891) 70 mit Anm. 1; dagegen *Brecht*, Haftung der Schiffer (1962) 114, der aber selbst S. 109 Anm. 4 (unter Verweis auf Ude!) einen entsprechenden Gedanken entwickelt.

päck voraus. Mit dem Argument der Notwendigkeit ist es schwer zu vereinbaren, dass von Seiten des Übernehmers noch ein ausdrückliches Versprechen erforderlich wäre.

12 Ulp. 14 ed. D. 4.9.3 pr., wo Ulpian die Gefahr (*periculum*) zulasten des Schiffers (also dessen Haftung) auch in dem Fall an ein „einmal erfolgtes *recipere*“ (*semel recepisse*) knüpft, in dem die betroffenen Sachen „noch nicht auf das Schiff geladen sind“ (*etiamsi nondum sint res in navem receptae*), sondern noch „am Ufer“ liegen und dort zerstört werden oder abhanden kommen (*in litore perierint*), beweist nicht, dass Ulpian unter *semel recepisse* ein bloßes und ausdrückliches Versprechen verstünde, das dem Realakt der Übernahme vorgelagert wäre.[39] Vielmehr kann Ulpian die Haftung mit der gegenständlichen Übernahme durch den Schiffer im Hafen beginnen lassen, die dem Verladen in diesem Fall vorangeht.[40] In den anderen Fällen ist *in navem recipere* das erstmalige und maßgebliche *recipere*. Das ergänzt Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.8, wonach es ausreicht, dass die Sachen auf das Schiff geladen sind (*in navem missae/illatae*), auch wenn sie nicht „dem Schiffer zugewiesen“ sind (*ei adsignatae*), womit eine besondere Dokumentation der Verladung gemeint sein muss.[41] Die Verladung *auf das Schiff* ist nach Ulpian für die Bejahung von *recipere* also ausreichend (fr. 1.8), aber nicht erforderlich (fr. 3 pr.). Dass *res in navem mittere* ausreicht, spricht deutlich gegen ein Verständnis Ulpians von *recipere* als ausdrückliches Versprechen.

13 Als Gegenstück zu *recipere* verwenden Ulpian und Paulus außerdem *committere*,[42] *inferre*,[43] *in navem imponere*,[44] womit stets nur der Aspekt der tatsächlichen Übernahme angesprochen ist. Lässt sich ihr Verständnis[45] des ediktalen *recipere* also auf die gegenständliche Übernahme und gerade nicht auf ein *verbum declarandi* festlegen, so bleibt die Frage, ob das Edikt jemals anders zu verstehen war. Methodisch bleibt zu beachten, dass die herrschende Meinung sich zunächst auf die engere Verständnisal-

---

[39] So aber *Ude*, SZ 12 (1892) 69.

[40] *Kordasiewicz*, RIDA[3] 58 (2011) 204.

[41] Zuletzt *Sintenis* in: *Otto/Schilling/Sintenis*, CIC I [2](1839) 551 mit Anm. 85; zur möglichen Identität mit χειρόμβολον s. unten bei Fn. 69. *Brecht*, Haftung der Schiffer (1962) 117 versteht unter *assignatio* ohne Weiteres die „Übergabe“ an den *nauta*; käme es auf sie nicht an, wäre die Haftung auch für Sachen eröffnet, die ohne Wissen des *nauta* an Bord gebracht worden sind – „eine rechtspolitische Unmöglichkeit“. *Brecht* (mit weiterer Literatur S. 118 Fn. 3) nimmt daher an, dass „ein receptum salvum fore als vorher abgeschlossen vorausgesetzt wird.“ Mit *hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur*, aber auch mit dem Zeitverhältnis bei *omnium recipere custodiam, quae in navem illatae sunt*, ist das nicht zu vereinbaren. Dass irgendjemand Sachen auf ein Schiff wirft und damit eine Haftung des Reeders auslösen würde, ist zwar in der Tat unvorstellbar. Da Ulpian aber zuvor die zum *recipere* ermächtigten Besatzungsmitglieder aufgezählt hat, wird schlicht vorausgesetzt, dass die Sachen durch sie auf das Schiff geladen werden. *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 205 versteht (wie selbstverständlich) *adsignare* als „zeigen“/„vorführen“.

[42] Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.1/2/3.

[43] Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.7/8; Paul. 13 ed. D. 4.9.4.2.

[44] Paul. 13 ed. D. 4.9.4.2.

[45] Und bereits das des Pomponius, s. oben Rn. 10 a. E., ja sogar des Vivianus, s. unten Rn. 22, und des Labeo, s. unten Rn. 19.

ternative festlegt, nur um einen späteren Wandel im Sinne der weiteren Alternative zu postulieren. Die verbreiteten Hinweise auf *recipio* – „ich verspreche" bei Cicero und anderen[46] sind dafür von geringer Aussagekraft.[47]

Recipere durch Gewaltunterworfene mit Zustimmung des Gewalthabers eröffnet **14**
dessen unbeschränkte Haftung (*in solidum*), ohne Zustimmung eine Haftung *de peculio* (→ § 102 Rn. 2), Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.3.

2. Haftungsmaßstab und Verhältnis zur zivilen Haftung

Recipere führt zu einer Haftung des Übernehmers wegen Verlusts oder Beschädigung **15**
der erfassten Sachen. Der Übernehmer haftet nicht nur für sein eigenes Verhalten und das seiner Leute (beim Seetransport: der *nautae* im weiteren Sinne), sondern auch für das Verhalten Dritter (der *vectores* – „Passagiere" bzw. *viatores* – „Reisenden"), Ulp. 14 D. 4.9.1.8/Gai. 5 ed. prov. D. 4.9.2.[48] Nach Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.1 ist die Haftung unabhängig von *dolus* oder *culpa* des Übernehmers. Jenseits des Wortlauts von Edikt und Klageformel erkennt Ulpian aber die Notwendigkeit einer Ausnahme bei schicksalhaften Ereignissen (*damnum fatale*). Bereits Labeo entspricht ihr beim Seetransport durch Gewährung einer *exceptio* (später so genannte *exceptio Labeoniana*) in den Fällen des Verlusts der Sache durch Schiffbruch (*naufragium*) und Seeraub (*per vim piratarum*).[49] Ulpian überträgt dies auf die Fälle von *vis maior* bei *recipere* durch Stall- und Gastwirte. Der Übernehmer schuldet aber weiterhin *custodia* – „Bewachung", insbe-

[46] Nachweise bei *Carvajal*, St. Metro I 413 f.

[47] S. oben bei Fn. 16. Zum einen handelt es sich um metaphorische Umgangs- und Literatursprache, zum anderen muss sie – auch wenn sie unmittelbar vom Edikt in zeitgenössischer Lesart beeinflusst ist – sich nicht zwingend gerade aus dem Edikt *de recepto nautarum* etc. speisen.

[48] Kann der Einlieferer nachweisen, dass ihm eine Sache von Leuten des *nauta* oder Wirts – nicht: von anderen Reisenden – gestohlen oder beschädigt wurde, so haftet ihm dieser aus den ebenfalls prätorischen so genannten *actiones in factum* bzw. *furti adversus nautas* auf das Doppelte (Ulp. 18 ed. D. 4.9.7; Ulp. 38 ed. D. 47.5.1).

[49] *Zimmermann*, in: *Haferkamp/Repgen*, Usus modernus pandectarum (2007) 276 sieht darin eine „teleologische Reduktion" des Wortlauts durch Labeo; die Haftung für derartige Zufälle sei nicht vom Sinn und Zweck des Edikts: Schutz vor „Kollusion mit Dieben oder anderen Formen unehrlichen Verhaltens" (s. oben Rn. 10) gedeckt. S. schon *Arangio-Ruiz*, Responsabilità contrattuale (1933) 272; *Brecht*, Haftung der Schiffer (1962) 104 mit weiterer Literatur. Nach *Bürge*, Index 22 (1994) 391 kann die *exceptio* von Anfang an im Edikt vorgesehen gewesen sein: Labeo biete „lediglich ein Gerechtigkeitsargument zur Erläuterung der Haftungsbeschränkung"; dem ist zuzugeben, dass Ulpian – unabhängig von Labeo – zunächst die Ausnahme für *damnum fatale* feststellt (die freilich im Verdacht einer Glosse oder Interpolation steht: *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer [1978] 197 mit Anm. 5). Die Erwähnung von *naufragium* und *vis piratarum* kann aber ebensowenig wie die bei Ulpian folgende von *vis maior in stabulo aut in caupona* ediktal sein. Die Ausnahme bei *vis piratarum* findet Parallelen bei der Speichermiete, wenn dort die Haftung des Vermieters für Einbruchdiebstahl verneint wird, s. unten Anm. 57. Zur Klausel τῷ ἐμαυτοῦ κινδύνῳ in den Frachtverträgen der kaiserzeitlichen Papyri s. *Alonso*, in: *Urbanik*, Culpa (2012) 42–48.

sondere den Schutz vor (einfachem) Diebstahl, Ulp. 38 ed. D. 47.5.1.4: *recipiendo periculum custodiae subit.*

16 Das Verhältnis der (prätorischen) Haftung *de recepto* zur zivilen Haftung *ex locato conducto* und *depositi* wird von den Juristen erörtert. Nach Pomponius und Ulpian fand unser Edikt die einschlägige zivile Haftung bereits vor.[50] Pomponius wird von Ulpian, Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.1, mit der Vermutung zitiert, das Edikt habe – offenbar mangels erkennbarer eigener Regelungsleistung – lediglich Appellfunktion: *nisi forte, inquit, ideo ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum.* Daran schließt sich im überlieferten Ulpiantext – außerhalb der indirekten Rede des Pomponiuszitats – als Motivation des Edikts ein unterschiedlicher Haftungsumfang an: *et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur …* – „und weil bei der *locatio conductio* für *culpa*, beim *depositum* nur für *dolus* gehaftet wird, nach diesem Edikt aber derjenige, der übernommen hat, in jedem Fall haftet.“ Das vorangehende Zitat, die Reihenfolge und der Wechsel von der indirekten in die direkte Rede machen es wahrscheinlich, dass Pomponius eine vom Edikt geschlossene Schutzlücke des Zivilrechts jenseits von *culpa* bzw. *dolus* nicht (er-)/kannte.[51]

17 Ulpians pauschaler Qualifizierung der zivilen Haftung als *culpa*- und *dolus*-Haftung stehen außerdem (Sonder-)/Fälle gegenüber, in denen sie sich durchaus auf *custodia* erstrecken kann. Nach Gai. 3.205 etwa haften *fullo* und *sarcinator*, Walker und Schneider, bei der Übernahme von Kleidungsstücken zur entgeltlichen Bearbeitung für den Diebstahl durch Dritte aus der *actio locati* (→ § 80 Rn. 67; § 93 Rn. 9). Entscheidend für den Haftungsumfang macht Gaius dabei die Entgeltlichkeit; zu einem Diebstahl bei *fullo* oder *sarcinator* kann es aber auch nur kommen, wenn er die Kleidung gegenständlich übernommen hat. Gerade mit diesem Fall sichert Gai. 5 ed. prov. D. 4.9.5 pr. die Haftung der *nautae, caupones* und *stabularii* ab: *Obwohl* sie ihre Gegenleistung nicht für die Bewachung erhielten (der *nauta* vielmehr für die Personenbeförderung, der *caupo* für die Duldung der Reisenden in der Herberge, der *stabularius* für die Erlaubnis zur Unterbringung von Lastvieh), haften sie doch – gemeint ist offenbar: aus der Klage *de recepto* – für *custodia*, gerade so wie *fullo* und *sarcinator* dafür aus der *actio locati* haften. Ist die *custodia*–Haftung aus der *actio locati* aber älter als das Edikt über die *recepta nautarum* etc. (und lässt man sich nicht auf den Gedanken der bloßen Appellfunktion des Edikts ein), so wäre sie im Bereich des *receptum* tatbestandlich wohl nicht einschlägig gewesen.[52]

---

[50] Pomp./Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.1: *miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles.* Für ein höheres Alter des Edikts *de recepto Földi*, RIDA[3] 40 (1993) 276–280; dagegen *Kordasiewicz*, RIDA[3] 58 (2011) 197.

[51] Unzutreffend *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 206, die die *culpa/dolus*-Begründung unmittelbar Pomponius zuweist.

[52] So *Brecht*, Haftung der Schiffer (1962) 99–112: Das *receptum* betreffe Gepäck des Reisenden, das – im Gegensatz zu den *fullo/sarcinator*-Fällen – nicht „Gegenstand des Vertrags“ (100) über Perso-

Aus Ulp. 38 ed. D. 47.5.1.3/4 ergibt sich, dass der *exercitor navis* (auch bei entgeltlichem Engagement, unabhängig von der Ausgestaltung des Vertrags als *locatio conductio operis* oder *rei*, diesbezügliche Differenzierungen finden keine Erwähnung) nicht *custodia* schuldet, wenn er nicht *receperit salvum fore*.[53] Mit der Vorstellung, dass der *exercitor navis* bereits vor Erlass unseres Edikts im vom Prätor avisierten Regelungsbereich aus *locatio conductio* oder *depositum* für *custodia* gehaftet hätte,[54] ist dies kaum zu vereinbaren.[55] **18**

3. Zum Vergleich: *Recipere* bei der Speichervermietung

Die Problematik bedarf weiterhin der Untersuchung. In die Überlegungen zu *recipere* und zur *custodia*-Haftung muss jedenfalls Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.6 einbezogen werden: **19**

Locator horrei propositum habuit se aurum argentum margaritam non recipere suo periculo: deinde cum sciret has res inferri, passus est. proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si ⟨propositum non habuisset, quoniam quod?⟩[56] *propositum fuit, remissum videtur.*

---

nenbeförderung oder Zimmer-/ Stallmiete war „und dem Vertragspartner daher auch nicht *vorgezeigt* oder *übergeben* [wurde]“, doch s. unten Anm. 73. Nach *Kaser/Knütel/Lohsse*, RP[20] § 46 Rn. 7) haften *nautae, caupones, stabularii* „aus der *locatio conductio* … nicht für *custodia*, weil die Sachen hier mit Willen des Vertragsgegners in die Gefahr des Diebstahls oder der Beschädigung gebracht werden“; in den *fullo/sarcinator*-Fällen wäre das demnach nicht der Fall. Dass das Edikt – im Bereich entgeltlicher Tätigkeit der *nautae* etc. – ursprünglich eine bereits vorhandene zivile Haftung auf die Fälle höherer Gewalt erweitert hätte, ist nicht wahrscheinlich: Die *exceptio Labeoniana* hätte dann gerade das eigentliche Ziel des Edikts konterkariert.

[53] Schwierig ist das Verhältnis der Stelle zu Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.17, wonach *caupo* und *magister navis* stets das *periculum rerum* trügen (*quoniam periculum rerum ad eos pertinet*). Unterstellt man hier (mit *Brecht*, Haftung der Schiffer [1962] 116 Anm. 1) ein *salvum fore recepisse*, so befremdet doch, dass der *magister navis* (und nicht der *exercitor* bzw. *nauta*) *de recepto* haften sollte, s. unten bei Fn. 59 und 62.

[54] *Kordasiewicz*, RIDA[3] 58 (2011) 208 bejaht dies für die *locatio conductio operis* bzw. *mercium vehendarum* (nicht aber für die *locatio conductio rei*). Das Edikt habe Abgrenzungsschwierigkeiten erledigt.

[55] Erklärbar wäre dies allenfalls mit der von Pomponius erwogenen Apellfunktion des Edikts oder einem Verständnis von *rem recipere salvam fore* als ausdrückliche Garantie und der Annahme einer Beschränkung der Haftung des *nauta* auf diese Fälle als Ziel des Edikts. Dies wurde zwar bereits vertreten: *De Robertis*, Receptum nautarum (1952) 16, steht aber nicht nur im deutlichen Widerspruch zur Motivation des Edikts durch die Juristen (die *De Robertis* als anachronistisch bzw. interpoliert abtut), sondern ist auch rechtspolitisch kaum nachvollziehbar: Warum sollte man gerade *nautae, caupones* und *stabularii* besonders privilegieren (auch wenn *De Robertis* die Einbeziehung von *caupones* und *stabularii* für interpoliert hält)? Dagegen *Kordasiewicz*, RIDA[3] 58 (2011) 194 f. mit weiterer Literatur.

[56] Zur Emendation des gänzlich unbefriedigend überlieferten Texts s. nur *Mommsen*, Digesta Iustiniani Augusti I (1870) 573; die zentralen Aussagen sind dennoch erkennbar.

„Ein Speichervermieter hatte den Anschlag angebracht, dass er Gold, Silber und Perlen nicht auf seine Gefahr aufnehme. Später hat er, obwohl er wusste, dass diese Sachen eingebracht werden, es geduldet. Ich habe gesagt, er werde ebenso verpflichtet sein, als ⟨hätte er den Anschlag nicht angebracht, weil das, was?⟩ angeschlagen war, als zurückgenommen erscheint.“

20 Der *horrearius* haftet dem Speichermieter aus *locatio conductio* (→ § 80 Rn. 55) auf *rerum custodiam praestare* (Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.9).[57] Dabei handelt es sich um einen Standard des *ius civile*, den der Richter in Ausfüllung der Klausel *ex bona fide* bei der *actio conducti* berücksichtigt. Ein Speichervermieter (*locator horrei*) versucht nun, diese Haftung für das Abhandenkommen von Wertgegenständen zu vermeiden, indem er deren Aufnahme in den Speicher auf seine Gefahr (*recipere suo periculo*) durch Anschlag verweigert.[58] Duldet er in dieser Lage dennoch das Einbringen solcher Sachen, haftet er (bei Abhandenkommen). Mit einem Verständnis von *recipere* als Abgabe einer ausdrücklichen Garantie (die wiederum in der *actio conducti* Berücksichtigung fände) ist die Stelle unvereinbar. Bei jedem bestimmungsgemäßen und unwidersprochenen Einbringen von Sachen in den Speicher liegt vielmehr ein *recipere suo periculo* vor. Wird präventiv widersprochen, so macht doch die Duldung diesen Widerspruch zunichte.

4. *Nauta – caupo – stabularius*

21 Mit *nauta* meint das Edikt nach Ulpian den *exercitor – is qui navem exercet –*, den Reeder.[59] Synonym verwendet Ulpian *navicularius*.[60] Die Begrifflichkeit ist offen für

[57] Zur Stelle *Marini*, SZ 132 (2015) 166 f. mit Literatur in Anm. 26. Vom *locator horrei* ist (was *Ude*, SZ 12 [1892] 73 f. nicht tut) der *locator totorum horreorum* zu unterscheiden, der seinerseits an den *horrearius* vermietet und nur aufgrund besonderer Vereinbarung für *custodia* haftet: Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.9: *nisi si in locando aliter convenerit*; er ist wohl gleichzusetzen mit dem *dominus horreorum* in Paul. D. 19.2.55 pr.: *nisi custodiam eorum recepit*; in Paul. 5 resp. Coll. 10.11 spricht freilich unterschiedslos von *dominus horreorum* und *qui horrea locant*. Aus dieser Stelle ergibt sich, dass der *horrearius* jedenfalls für den einfachen Diebstahl im Speicher (ohne Einbruch) haftet. Literatur bei *Kaser*, RP I 508 Anm. 37.

[58] Dennoch eingebrachte Wertgegenstände wären demnach nicht „übernommen“ (sondern untergeschoben). Zu CIL VI 33747, 2. Jh. n. Chr.: *cu]stodia non praestabitur* jetzt *Marini*, SZ 132 (2015) 154–180 mit weiterer Literatur; zu I. Priene 315 (*Hiller*) = 307 (*Blümel/Merkelbach/Rumscheid*), 2. Jh. v. Chr.: ἐπ’ἐγγύηι οὐ φυλάσσω οὐθενὶ οὐθέν – „Für ein Pfand/auf Haftung verwahre/bewache ich niemandem nichts“ s. schon *Partsch*, SZ 29 (1908) 419 mit Anm. 4; nach *Blümel/Merkelbach/Rumscheid*, Inschriften von Priene I 454 f. handelt es sich um den „Wahlspruch eines Bankiers“, „der kein Geld gegen Pfänder verlieh [!], sondern bessere Sicherheiten forderte (Schriftform, Zeugen, Hypothek?)“.

[59] Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.2. Zum *exercitor Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 150 mit Quellen und Literatur in Anm. 49–53; zur möglichen Bedeutung der Verwendung von *nauta* (statt *exercitor*) für die (relative) Datierung des Edikts s. S. 185 f.; dazu auch *Földi*, RIDA[3] 40 (1993) 279; *ders.*, TR 63 (1995) 1–9; *ders.*, Mél. Sturm I, 119–137; als „teleologische Reduktion“ des weiten *nauta*-Begriffs auf den *exercitor* versteht die Stelle *Pennitz*, FS Fabiano Corrêa 293.

[60] Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.2/3; *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 154 mit Anm. 95.

Personenbeförderung und Warentransport. Während sich die überlieferten Fragmente Ulpians mit beidem vereinbaren lassen, spricht Gaius den *nauta* gerade als Personenbeförderer an.[61]

Ein *recipere* durch den „Kapitän“ (*magister navis*) wird nach Pomponius/Ulpian jedenfalls dem Reeder zugerechnet,[62] nach Ulpian auch ein solches eines ναυφύλαξ („Schiffswächter“) oder *diaetarius* („Kabinenwächter“, „Steward“ – Hinweis auf Personenbeförderung).[63] Das *recipere* durch diese Personen ist nach Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.3 von der Einwilligung des Reeders gedeckt und führt auch dann zu seiner Haftung, wenn er selbst (oder sein Kapitän) „das macht (sich dafür zuständig sieht?), was man χειρέμβολον nennt“ (*id faciat, quod* χειρέμβολον[64] *appellant*), und auch, wenn „dies (das χειρέμβολον) nicht vorhanden ist (F[1]: *extet*)“/„er dies (das χειρέμβολον *facere*) nicht praktiziert (F[2]: *exercet*)“.[65] Bei χειρέμβολον (von χείρ „Hand“[66] und ἐμβάλλειν – „hineinwerfen, -drücken, daraufl egen“[67]) handelt es sich um ein Hapaxlegomenon; die Bedeutung ist unklar (Handzeichen/-schlag?[68] Siegelabdruck?[69] Empfangsquittung?[70] 22

[61] Gai. 5 ed. prov. D. 4.9.5 pr.

[62] Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.2.

[63] *De Marco*, SDHI 65 (1999) 355 f. mit weiterer Literatur; *Pennacchio*, Labeo 47 (2001) 104.

[64] Die Lesart χειρέμβολον hat nicht letzte Gewissheit für sich (ist allerdings in B. 53.1.7 [Hb. V 112; Sch. 2436] bestätigt): In F steht vor χειρ ein getilgtes Є, das auch in den Vulgathandschriften (ungetilgt) begegnet, s. *Mommsen*, Digesta Iustiniani Augusti I 160 *in app.* Hinter ЄXЄI wurde mitunter das graphisch einigermaßen fernliegende GRЄCI vermutet (RЄ=X?); erforderlich ist *quod Graeci … appellant* keinesfalls. Denkbar wäre angesichts von ἐγχειρέω/ἐγχειρίζω – „übernehmen“/„anvertrauen“ und ἐμβολή – „Schiffsladung“ ein usprüngliches ἐγχειρέμβολον – „Ladungsübernahme(-quittung?)“, s. unten Fn. 67? Das korrigierte ЄXЄ kann freilich auch auf eine falsche Assoziation mit *exercitor* zurückgegangen sein.

[65] B. 53.1.7 (Hb. V 112; Sch. 2436): εἰ δὲ καὶ μὴ φαίνεται spricht für *extet* in der Vorlage der Basilikenüberlieferung. *Extet* wiederum spricht für ein gegenständliches Verständnis (zumindest für ein gegenständliches Resultat) von χειρέμβολον; *extare* begegnet beim Vorhandensein von Dokumenten, s. *Heumann/Seckel*, s. v. *exstare* 1a. Anders *Purpura*, AUPA 57 (2014) 125: ποίηση in B. 53.1.7 bestätige *exercet*; ποίηση steht freilich für das *faciat* des Digestentexts. Zu *exercet* ist zu bemerken, dass es hier *facit* ersetzen würde – inmitten von Belegen für das hochtechnische *exercitor/navem exercere*! Auch der Indikativ *exercet* ist im Hinblick auf *faciat* schlechter als der Konjunktiv *extet*.

[66] Χείρ bezeichnet in den Papyri auch das „Schriftstück“, die „Urkunde“, s. LSJ s. v. VI (S. 1984).

[67] In den Papyri begegnet ἐμβάλλεσθαι als *terminus technicus* für „laden“: *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 75 (77) Anm. 4; LSJ s. v. III.4 (S. 539) und Suppl. s. v. (S. 113); s. auch LSJ s. v. ἐμβολή I.3 (S. 540) und Suppl. s. v. (S. 114).

[68] Zuletzt *Cervenca*, in: *Schipani*, Iustiniani Augusti Digesta I (2005) 379; Literatur bei *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 203 (210) Anm. 16; *De Marco*, SDHI 65 (1999) 359 f.

[69] *De Marco*, SDHI 65 (1999) 355–362; *Purpura*, AUPA 57 (2014) 125–147; das könnte mit *adsignare* in D. 4.9.1.8 übereinstimmen; zu beachten ist allerdings, dass sich die §§ 3 und 8 desselben Ulpian-Fragments insofern überschnitten und Ulpian in § 3 den lateinischen Begriff *adsignatio* vermieden hätte.

[70] Zuletzt *Schiemann*, in: *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, CIC II 459; LSJ Suppl. s. v. χειρέμβολον (S. 312): „perh. *official receipt of goods for transport*.“

Konnossement?[71]). Ausgesagt ist jedenfalls, dass die Erteilung bzw. die Vornahme des χειρέμβολον für die Bejahung des *recipere* keinesfalls erforderlich ist.

23 *Recipere* durch einen Ruderer (*remex*) oder *mesonauta* („Maat“?) führt nur dann zur Haftung des Reeders, wenn dieser eine entsprechende Ermächtigung (*iussum*) ausgesprochen hat.[72] Nicht unter den Begriff des *nauta* fallen Flößer (*exercitores ratium*) und Kahnführer (*lyntrarii*), Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.4, also die Transportunternehmer in der Binnenschifffahrt; zwischen Labeo und Ulpian hat sich ihre Gleichbehandlung mit den *nautae* durchgesetzt (ebd.). Der Transport zu Lande findet keine Erwähnung, was wiederum darauf hindeutet, dass der *reine Waren*transport für den Prätor nicht im Fokus stand; beim *Personen*transport zu Lande spielt die räumliche Trennung der Reisenden von ihrem Gepäck keine Rolle.

24 Die Haftung *de recepto* bezieht sich im Bereich der *nautae* auf übernommene „Sachen und Waren jeder Art“ (Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.6: *quamcumque rem sive mercem receperint*). Die These Brechts ist nach wie vor bedenkenswert, dass das Edikt Gepäck eines Reisenden vor Augen hatte (das Handelsware enthalten kann).[73] Nach Vivianus[74] (bei Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.6; bei Paul. 13 ed. D. 4.9.4.2) ersteckt sich das *salvum fore recipere* auch auf die „Sachen, die zur Ware hinzukommen“ (*res quae mercibus accederent*) bzw. „die nach Verladung der Ware auf das Schiff und (nach) ihrer Verdingung/ihrer Unterbringung [?] eingebracht werden, auch wenn für sie kein Frachtgeld geschuldet wird“ (*quae post impositas merces in navem locatasque* [?] *inferentur, etsi earum vectura non debetur … haec ipsa ceterarum rerum locationi accedunt*). Als Schnittmenge der Zitate ergibt sich, dass Vivianus die Terminologie *accedere* („hinzukommen“, „Zubehör sein“) benutzte und beispielhaft „Kleidung“ (*vestimenta*) nannte, offenbar begegneten bei ihm auch die Worte *cottidianum* und *cetera*. Jedenfalls Ulpian scheint[75] dies als Kleidung und sonstige Utensilien (*cetera quae ad cottidianum usum habemus*) des mitreisenden Einliefe-

[71] *Vélissaropoulos*, Naucléres grecs (1980) 299–301 mit weiterer Literatur.

[72] Pomp./Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.2.

[73] *Brecht*, Haftung der Schiffer (1962) 99–103; allerdings bleibt *Brecht* bei der Vorstellung von *recipere salvum fore* als Garantieversprechen. Es „dürfte sich in republikanischer Zeit der Brauch entwickelt haben, daß der nauta diese Sachen eigens vorgezeigt erhielt und sie ausdrücklich ’salvas fore recepit’„ (S. 103). Er scheint davon auszugehen, dass die betroffenen Sachen dem *nauta* gerade nicht übergeben wurden (s. auch S. 100), was mit dem ediktalen *nisi restituent* kaum zu vereinbaren ist.

[74] Zeit Trajans? S. *Kunkel*, Herkunft ²(1967) 146 (Nr. 28). Die Handschrift F liest in fr. 4.2 ursprünglich VIANVS, von F² korrigiert zu VIVIANVS. In zwei Vugathandschriften findet sich stattdessen IVLIANVS. In fr. 1.6 ist lautet die Überlieferung ohne Abweichungen VIVIANVS.

[75] Der überlieferte Text liest: *veluti vestimenta quibus in navibus uterentur et cetera quae ad cottidianum usum habemus*, wechselt also zwischen der 3. Person Plural (*uterentur* – „sie benutzen“) zur 1. Person Plural (*habemus* – „wir haben“). Vereinheitlicht man zur 1. Person (*uteremur*), so spricht Ulpian von Schiffsreisenden, vereinheitlicht man zur 3. Person (*habentur*), kann er vom Zubehör lebenden Transportguts – Sklaven und (zumindest beim *cottidianus usus*) Vieh – gesprochen haben.

rers oder einer Begleitperson („wir“) wiederzugeben.[76] Vivianus (und jedenfalls noch Paulus) können aber von Zubehör der *merces* selbst gesprochen haben, bei Sklaventransporten sind das Kleidung und Proviant (*cottidianus penus*).[77]

Nicht genannt sind bei Vivianus Geld oder Wertgegenstände eines Reisenden. Dass bei ihnen das bloße Verbringen an Bord – im „Handgepäck“ des Reisenden – für die Bejahung von *recipere* nicht ausreicht,[78] sondern die besondere Aushändigung an den *nauta* oder einen Ermächtigten für die Zeit der Reise erforderlich ist, ist denkbar und liegt – schon angesichts des ediktalen Elements der gegenständlichen Rückgabe (*restituere*) – nahe.[79] **25**

Das *salvum fore recipere* des *nauta* ist demnach im Moment der gegenständlichen Begründung von Gewahrsam durch den *nauta* zu bejahen.[80] Handgepäck bleibt im Gewahrsam des Reisenden. Die Finalität *salvum fore* muss sich nicht erst aus einem eigenen Versprechen,[81] sondern kann sich bereits aus den Umständen ergeben: Der Einlieferer muss – auch ohne besondere Abrede (die in den Urkunden freilich häufig belegt ist)[82] – (unbeschadete) Rückgabe erwarten dürfen.[83] **26**

[76] *Földi*, RIDA³ 40 (1993) 266 f., 282: „alle solchen Sachen, die die Reisenden gewöhnlich mitzubringen pflegten.“

[77] Der Kreis der möglichen Beispiele dürfte begrenzt sein: Bei Viehtransporten lässt sich an Futter denken; dass Amphoren oder andere Behältnisse als Zubehör zum verfrachteten Wein oder Getreide betrachtet wurden, ist unwahrscheinlich; verfrachtet wurden ja „Amphoren Wein“, „Säcke Getreide“ etc.

[78] Nach *Földi*, RIDA³ 40 (1993) 282, 285 wird die Haftung hier auf „nicht übernommene Sachen“ erstreckt.

[79] Lässt sich zwischen abgegebenen Sachen und Handgepäck des Reisenden (samt Geld und Wertgegenständen) unterscheiden, so erklärt sich daraus die unterschiedliche Lage beim Diebstahl durch eine Hilfsperson des *nauta* in Ulp. 38 ed. D. 47.5.1.4, je nachdem ob hinsichtlich der gestohlenen Sache ein *salvum fore recepisse* vorliegt (was nur bei abgegebenen Sachen der Fall ist) oder nicht (was beim Handgepäck eines Reisenden der Fall ist). Die Stelle belegt dann *salvum fore recipere* nicht als besonderes Versprechen des *nauta*.

In Gai. 5 ed. prov. D. 19.2.40 knüpft Gaius die *custodia*-Haftung (*periculum custodiae*) daran, dass jemand *pro custodia alicuius rei* ein Entgelt erhält. In Gai. 5 ed. prov. D. 4.9.5 pr. (von Lenel mit D. 19.2.40 zu Gai. 119 vereinigt) erweitert er darüber hinaus die *custodia*-Haftung wegen Diebstahls unter anderem auf die entgeltliche Beförderung von Passagieren durch einen *nauta*. Auffällig ist, dass Gaius die entgeltliche Leistung des *nauta* – scheinbar – auf den Transport von Passagieren beschränkt und dessen *custodia*-Haftung (aus *receptum*?) mit dem Hinweis auf die entsprechenden Haftung *ex locato* von *fullo* und *sarcinator* absichert. Zum Verhältnis der Haftung *de recepto* zu derjenigen *ex locato* s. oben Rn. 16–18.

[80] *Thomas*, RIDA³ 7 (1960) 498 ff.; *Kaser*, RP 586 Anm. 38.

[81] *Goldschmidt*, ZHR 3 (1860) 98 sieht *salvum fore* allenfalls als Ausdruck der „Modalität der Annahme“ und gelangt so wiederum zu einem begleitenden Versprechen.

[82] S. nur die Belege bei *Jörs/Kunkel*, RP³ 240 Fn. 2.

[83] Ähnlich zuletzt *Bucher*, FS P. Schlosser (2005), 111 (doch s. oben Anm. 26).

27 *Caupo* ist, „wer eine *caupona* betreibt“, also der Wirt,[84] und dessen Betriebsleiter (*institor*; → § 104 Rn. 4 f.),[85] Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.5. Deren „Hilfspersonen“ (*mediastini*: *atriarii* – „Empfangspersonal“, *focarii* – „Küchenpersonal“ u. Ä.) sind (vom Begriff *caupo*) „nicht erfasst“ (*non continetur*, ebd.). Die Zurechnung der Übernahme durch solche Personen an den *caupo* wird in den Quellen nicht thematisiert, dürfte aber der Lage beim *nauta* entsprechen. Vom Edikt betroffen sind – in Entsprechung des oben Entwickelten – Sachen von Gästen, die der Wirt gegenständlich in seine Obhut übernimmt. Der gewerbsmäßige *caupo* wird Gepäck und mitgeführte Ware besonders unterbringen. Wiederum darf der Gast – auch ohne entsprechende Vereinbarung – erwarten, dass er die für die Dauer seines Aufenthalts derart in Obhut gegebenen Gegenstände unbeschädigt wieder mit sich nehmen wird. Geld, Wertgegenstände und Handgepäckstücke der Gäste, die diese bei sich behalten, sind nach der hier vertretenen Meinung vom *salvum fore recipere* nicht erfasst; sie fallen aber unter den besonderen Schutz der *actiones in factum adversus caupones* wegen *damnum* und *furtum* (→ § 96 Rn. 12–16) und unter die zivile Haftung *ex conducto*.

28 *Stabularius* ist, „wer ein *stabulum* betreibt“, und dessen Betriebsleiter (s. oben Rn. 25). Kennzeichnend ist die Vermietung von Stellplätzen für Reit- und Transporttiere. Regelmäßig wird derselbe Betrieb auch Reisende beherbergen. Eine zukünftige Untersuchung der bisher genannten *recepta* muss verstärkt archäologische, epigraphische und nichtjuristische literarische Quellen einbeziehen.

III. *Receptum arbitri*

29 Die Ediktsrubrik identifiziert Lenel mit der Rubrik des Digestentitels 4.8:

Qui arbitrium receperint ut sententiam dicant

Aus Ulp. 13 ed. D. 4.8.3.2 und D. 4.8.15 lässt sich folgende ediktale Verheißung[86] rekonstruieren:

Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam.
„Wer nach wechselseitigem Versprechen von Geld das Schiedsamt übernommen hat, den werde ich zwingen, einen Schiedsspruch zu fällen.“

---

[84] Zum *caupo* jetzt eingehend *Le Guennec*, Aubergistes et clients (2019) 33–50. Die Beherbergung von Gästen ist für die Qualifizierung als *caupo* wohl ebenso verzichtbar wie die Personenbeförderung für die als *nauta*; Ulpians Argument in 14 ed. D. 4.9.1.1, es stehe diesen Personen frei, jemanden bei sich aufzunehmen, liefe sonst darauf hinaus, dass *nauta* und *caupo* „ja nur den Beruf wechseln müssten“, um der ediktalen Haftung zu entgehen.

[85] Im Unterschied zum *magister navis* haftet der *institor* demnach selbst aus dem Edikt *de receptis* – der Unterschied befremdet angesichts der parallelen Behandlung von *magister navis* und *institor* im Übrigen.

[86] *Lenel*, EP § 48 (S. 131).

Die Literatur[87] sieht in *arbitrium recipere* das ausdrückliche, stipulationslose, „den Kompromißparteien gegebene“[88] Versprechen, einen Schiedsspruch zu fällen,[89] einen „Konsensualvertrag zwischen den streitenden Parteien einerseits und einem Schiedsrichter (*arbiter*) andererseits“.[90] Freilich heißt es mitunter, der „Abschluss des *receptum arbitri*“ sei „durch tatsächlichen Antritt des Schiedsrichteramtes“ oder „durch ein wie auch immer gegebenes Versprechen“ möglich.[91] Nach dem oben Gesagten wird man den Ausdruck *arbitrium recipere* zunächst lediglich einer Stufe des Gebrauchs von *recipere* zuweisen können, auf der an die Stelle einer konkreten übernommenen Sache ein – in der Zeit unserer Quellen – abstrakter Begriff im Objektsakkusativ tritt. Es begegnet auch die Konstruktion *arbitrium in se recipere*.[92] Über die Modalität der Übernahme besagt all dies nichts. Synonym begegnet bei den spätklassischen Juristen *arbitrium suscipere* – „das Schiedsamt auf sich nehmen“[93] und *auditorium recipere* – „die Anhörung (der Parteien) übernehmen“.[94] Dass sich *arbitrium recipere* als „terminologischer Rest“ einer alten Praxis der gegenständlichen Übernahme der Streitsache durch den Schiedsrichter (der als *sequester* fungiert) erhalten hätte, wird mitunter erwogen.[95] **30**

Zu beachten ist, dass *arbitrium* (parallel zu *iudicium*) nicht nur das Schiedsverfahren (vgl. *iudicium* iSv „Prozess“), den Schiedsspruch (vgl. *iudicium* iSv „Urteil“)[96] und die Entscheidungsmacht/das Ermessen des Schiedsrichters[97] (vgl. *iudicium* iSv „Urteilsgewalt“) bezeichnet, sondern auch die Schiedsvereinbarung[98] (vgl. *iudicium* iSv „Prozess- **31**

[87] Neuere Literatur bei *Paricio*, Arbitrajes privados (2014) 22 Fn. 13; *Ernst*, Ess. Sirks 169 Fn. 33; die dort erwähnte Arbeit von *Gutiérrez García* ist unpublizierte *tesis doctoral*; nachgetragen sei *Gutiérrez García*, AnAlic 6 (1991) 147–158.

[88] *Wenger*, s. v. Receptum arbitri, RE I A 1, 359.

[89] *De Robertis*, Receptum nautarum (1952) 53: „… *receptum arbitri* (in cui [*recipere*] è indubitabile l’assunzione esplicita di garantia)“; aber *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 219. „Das *receptum arbitri* war denn auch kein dem *receptum nautarum* entsprechender Garantievertrag.“

[90] *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978) 219.

[91] *Ziegler*, Privates Schiedsgericht (1971) 80; Überblick

[92] Ulp. 13 ed. D. 4.8.3.1 (dort auch *officium in se recipere*, synonym zu *officium suscipere* in Ulp. 13 ed. D. 4.8.3.3). In Ulp. 13 ed. D. 4.8.21.9 lässt sich *in se* im Ausdruck *recipere in se arbiterium* auch als Apposition zu *arbiterium* verstehen (vgl. ebd. *in eundem compromittere*).

[93] Paul. 13 ed. D. 4.8.4; 4.8.16.1.

[94] Call. 1 ed. mon. D. 4.8.41 (soweit nicht verdorben aus *arbiterium*).

[95] *Wenger*, s. v. Receptum arbitri, RE I A 1, 360; *Rampazzo*, Sententiam dicere (2012) 84; TH^2 77 (69 n. Chr.; unten Fn. 99) belegt *recipere* jetzt für den Rückerhalt von Sachen, die während des Schiedsverfahrens (bei einem Dritten) hinterlegt (*depositi*) waren.

[96] ThLL s. v. II (II, Sp. 410).

[97] ThLL s. v. III (II, Sp. 411–413).

[98] Nicht in ThLL s. v. (aber auch nicht *iudicium* „Prozessformel“ s. v.); s. aber Cic. Rosc. 4.11: *Quid est in iudicio* (= Prozessformel)*? … SI PARRET HS I))) DARI … Quid est in arbitrio? … QUANTUM AEQUIUS MELIUS, ID DARI …*; Ulp. 13 ed. D. 4.8.17.3: *et puto tale arbitrium non valere* (vgl. § 4: *et nos putamus compromissum valere*); vgl. auch Cic. off. 3.70, wo *arbitrium* die Formel der *bonae fidei iudicia* bezeichnet: *in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA*.

formel“), die durch wechselseitige Stipulation zum *compromissum* wird. Nach der Lesung von Arangio Ruiz und Pugliese Carratelli[99] enthält TH 81 (1. Jh. n. Chr.) nach dem *compromissum* der Schiedsparteien (in Resten erkennbar an *com*[——] … *quo minu*[*s*] … *sententia* … *HS* ∞ … *dari*: dokumentiert ist offenbar das Strafversprechen für den Fall der Nichtbefolgung des Schiedsspruchs, s. unten Rn. 32) die Worte

TH 81, pag. 1, ll. 4–7
hoc arbiteriu[m – – –
pra[e]senti c[– – –
recepit[100] ade[– – –
hora [– – –.[101]

Hoc arbiterium wird man hier zunächst als „diese (soeben wiedergegebene) Schiedsvereinbarung“ verstehen müssen. So verstanden ist *arbitrium recipere* die – ursprünglich gegenständliche, urkundliche?[102] – Übernahme der Vereinbarung der Parteien durch den Schiedsrichter.[103]

32 Dass er sich die Vereinbarung der Parteien „zu eigen macht“ oder das Schiedsamt „übernimmt“, wird man nur an einem tatsächlichen Tätigwerden, einer urkundlichen Entgegennahme oder Gegenzeichnung des *compromissum* oder einer ausdrücklichen Erklärung des *arbiter* erkennen können. Nach Pedius, zitiert in Ulp. 13 ed. D. 4.8.13.2, verwirklicht den Tatbestand (*recepisse autem arbitrium videtur*), *qui iudicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur* – „wer die Rolle eines Richters übernimmt und verspricht, er werde mit seinem Schiedsspruch die Streitigkeiten beenden“. Auf die Verwendung einer bestimmte Form(el) darf hieraus nicht geschlossen werden; *finem imponere controversiis sua sententia* ist ersichtlich eine Umschreibung des erforderlichen, gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnden Versprechensinhalts.

33 Im Hinblick auf die Rechtsfolge: prätorischer Zwang gegen den Schiedsrichter zur Verkündung eines Schiedsspruchs, kann es dem Prätor nicht darauf ankommen, ob sich der Schiedsrichter durch Eid, Stipulation, solennes „*Recipio!*“ oder formlose Er-

---

[99] PP 10 (1955) 458 f.

[100] Auch in TH 77 (26. Januar 69) begegnet ein subjektiv stilisiertes *recepi*; die dort genannte Person ist in TH 76, pag. 1, ll. 2–4 als *a*[*r*]*bi*[*ter*] *ex compromisso* belegt; inzwischen liest *Camodeca*, CronErc 24 (1994) 137–146 (= Tabulae Herculanenses I 153–164 mit Literaturnachträgen 164–165) nach Zusammenführung von TH 77+78+80+53+92 freilich: *Egó meós palo*[*s* …] … *recepi ex sen*[*tentia*] *Tì. Crassì Firmì arbit*[*ri.*] Das Dokument beurkundet die *interrogatio* (→ § 12 Rn. 5; hier aber nicht *in iure*) über den *Rückerhalt* von hinterlegten Pfählen/Stämmen entsprechend dem Schiedsspruch des *arbiter* Ti. Crassus Firmus.

[101] Zu ergänzen ist, s. *Arangio Ruiz/Pugliese Carratelli*, PP 10 (1955) 459: *Hoc arbiteriu*[*m* – – – *utroque*] *praes*[*e*]*nti c*[– – –] *recepit ade*[*sseque iussit* Tag] *hora* [Stundenzahl – – –].

[102] Auch der *iudex* muss den Text der Formel in Gestalt einer Urkunde erhalten haben, s. nur *Wenger*, Praetor und Formel (1926) 28 f.

[103] *Arbitrium recipere* gehört dann terminologisch neben *iudicium accipere* durch den Beklagten in der *litis contestatio*; dazu *Jahr*, Litis contestatio (1960) 210.

klärung verpflichtet hat. Nach Ulp. 13 ed. D. 4.8.3.1 schützt das Edikt das Vertrauen der Streitparteien, nach Verhandlungen über ihre Streitsache (*post causam iam semel atque iterum tractatam*) und Offenlegung von Interna (*post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta*) einen Schiedsspruch zu erhalten. Damit ist ein reales Element angesprochen: Vertrauensschutz ist erforderlich, wenn das Schiedsverfahren begonnen hat. Allerdings wird in der Überlieferung nicht problematisiert, ob der Schiedsrichter vor realer Aufnahme seines Amts („*re integra*") dem prätorischen Zwang unterfällt oder noch zurücktreten kann.

Ediktale Voraussetzung ist jedenfalls, dass wechselseitig Geld im Hinblick auf die **34**
Befolgung des Schiedsspruchs versprochen wurde (*pecunia compromissa*, Abl. abs.). Sowohl das Element *pecunia* als auch *compromissa* machen die Juristen einer weiten Auslegung zugänglich: Ausgangspunkt ist die wechselseitige Stipulation[104] eines bestimmten Geldbetrags unter der aufschiebenden Negativbedingung der Befolgung des Schiedsspruchs (→ § 74 Rn. 1). Nach Paulus muss der Geldbetrag nicht bestimmt sein (*incerta summa compromissa*: *'quanti ea res erit'*; 13 ed. D. 4.8.28), nach Pomponius können andere Sachen an die Stelle der Strafsumme in Geld treten (Ulp. 13 ed. D. 4.8.11.2), es reiche – unter zusätzlicher Aufweichung von *compromittere* – sogar aus, dass nach dem Schiedsvertrag (*pactum*) der Verbleib der beim Schiedsrichter hinterlegten Streitsache vom Schiedsspruch abhängt. Selbst ein wechselseitiges *pactum de non petendo* über die wechselseitig behaupteten Ansprüche der Streitparteien, das durch aufschiebende Bedingung von der Nichtbefolgung des Schiedsspruchs abhängig gemacht wird, reicht nach Pomponius aus (Ulp. 13 ed. D. 4.8.11.3). Entscheidend ist also, dass jede Partei[105] aufgrund einer Vereinbarung bei Nichtbefolgung des Schiedsspruchs einem durchsetzbaren[106] geldwerten Nachteil ausgesetzt ist; nur dann ist das Vertrauen der Parteien in den Erhalt eines Schiedsspruch ausreichend schützenswert.[107]

---

[104] Dies ist die engere Bedeutung von *com-promittere*; das *compromissum* als formlosen Schiedsvertrag zu verstehen (so *Kaser/Hackl*, RZ 639) mag der weiten Auslegung der Juristen von *pecunia compromissa* entsprechen, nicht aber dem ursprünglichen Modell; zum Streit über das Verhältnis des *compromissum* zu einer formlosen Schiedsabrede s. nur *Finkenauer*, Vererblichkeit der Stipulation (2010) 124 mit Anm. 3–5; s. auch die Literatur in → § 107 Rn. 22.

[105] Das einseitige Versprechen reicht nicht aus: Iul./Ulp. 13 ed. D. 4.8.11.4; Ulp. 13 ed. D. 4.8.13.1; Gleiches gilt beim einseitigen Erlass des wechselseitigen Versprechens: Pomp./Ulp. 13 ed. D. 4.8.13 pr.

[106] Bei aufschiebender Bedingung des Strafgedinges kann die Rechtsfolge des Edikts erst bei Bedingungseintritt greifen: Iul./Ulp. 13 ed. D. 4.8.11.5; die *cessio bonorum* einer Partei verhindert die Rechtsfolge des Edikts: Iul./Ulp. 13 ed. D. 4.8.17 pr. Streitig ist der Fall, in dem eine Partei aus dem Schiedsverfahren heraus vor Gericht geht (und damit jedenfalls den eigenen Anspruch aus *compromissum* verliert: *quia iam poena non potest esse*; wenn *in iudicium deducat* impliziert, dass sich die andere Partei freiwillig auf den Prozess eingelassen hat, ist auch ihr Strafanspruch gemeint): Paul. 13 ed. D. 4.8.30. Die einmal verfallene Strafe löst das *compromissum* auf und verhindert späteren Zwang gegen den Schiedsrichter: Paul. 13 ed. D. 4.8.32.1/34.1. Zum Abschluss des *compromissum* durch *pupillus sine tutoris auctoritate* Gai. 5 ed. prov. D. 4.8.35.

[107] Zusammenfassend Paul. 13 ed. D. 4.8.32.3: *praetor se non interponat, sive initio nullum sit*

35 Labeo versagt den Parteien den ediktalen Schutz, „wenn sie (erst) viel später zum Schiedsrichter zurückkehren“ (*si multo post revertantur ad arbitrum litigatores*, Ulp. 13 ed. D. 4.8.17.1). Ob nur das *compromissum* über streitige wechselseitige Ansprüche vom Edikt erfasst ist, wird von den Juristen diskutiert (Pomp./Ulp. 13 ed. D. 4.8.13.1).

36 Die Rechtsfolge beschreibt das Edikt mit *sententiam dicere cogam*, also mit der Eröffnung prätorischen Zwangs zur Vornahme des Schiedsspruchs. Auf die Parallele in *iudicare cogere* gegen den *iudex* sei hingewiesen.[108] Wie sich der Zwang gestaltet, scheint das Edikt nicht auszuführen. Bei Paul. 13 ed. D. 4.8.32.12 ist eine *multa* erwähnt, die gegen den renitenten Schiedsrichter (*si diu non paruerit*) ausgesprochen wird; dies könnte sich freilich auf den Schiedsrichter beschränken, der sich zu verbergen sucht (*celare temptaverit*).[109] Nach Lenel kommt außerdem *pignoris capio* in Betracht.[110] Eine *actio in factum* der durch den Schiedsrichter geschädigten Partei wird von der Literatur in Betracht gezogen.[111] Mit dem *cogere* des Edikts wird man ihre Gewährung durch den Prätor nicht identifizieren können. Der prätorische Zwang bei einer Mehrheit von Schiedsrichtern wird zur eigenen Disziplin (Ulp. 13 ed. D. 4.8.17.2–6; Paul. 13 ed. D. 4.8.32.13).[112]

IV. *Receptum argentarii*

37 Zu Edikt und Formel der *actio recepticia* → § 71 Rn. 19 f. Belege lassen sich in den Digesten nur noch hinter Interpolationen vermuten.[113] Daraus und aus dem Namen der in I. 4.6.8 und Just. C. 4.18.2 (531 n. Chr.) genannten Klage lässt sich – vorsichtig – der Ausdruck *recipere se soluturum* rekonstruieren[114] – „(es) übernehmen (= versprechen), dass man zahlen/leisten werde“. Legt man diese Terminologie zugrunde, so fungiert *recipere* hier als *verbum declarandi*; es handelt sich dann um ein formlo-

---

compromissum, sive sit, sed pendeat, an ex eo poena exigi potest, sive postea deficiat poena compromisso soluto die morte acceptilatione iudicio pacto.

[108] Lex Rubria XX; Call. 1 ed. monit. D. 4.8.41; Ulp. 23 ed. D. 50.5.13.2.

[109] Mögliche weitere Hinweise auf Multierung bei *Ernst*, in: FS Sirks 168 Fn. 32.

[110] *Lenel*, EP 131.

[111] *Paricio*, Arbitrajes privados (2014) 54 f. mit Literatur in Anm. 138.

[112] Eingehend *Ernst*, in: FS Sirks 168–176.

[113] S. § 71 Rn. 21 Fn. 67.

[114] In Gai. 5 ed. prov. D. 13.5.28 liest man *pro alio constituit se soluturum. Constituit* ist mir großer Wahrscheinlichkeit interpoliert; *se soluturum* kann echt sein; *pro alio* ist unsicher, s. sogleich. In Ulp. 4 ed. D. 2.13.6.3 findet sich im Zusammenhang der Editionspflicht des *argentarius* der Ausdruck *quod solvi constituit, … et hoc ex argentaria venit.* Interpolation von *constituit* für *recepit* wird vermutet; ob sie sich auf *solvi* erstreckt, ist wiederum unklar. *Aliquid solvi recipere* ist wohlgemerkt wiederum dem Verständnis als uneigentlicher AcI zugänglich (s. oben Fn. 22). In Ulp. 14 ed. D. 4.8.27 ist *constituit* interpoliert für *recepit*, steht aber ohne Infinitiv; Gleiches gilt für Paul. 13 ed. D. 13.5.12.

ses[115] – das heißt insbesondere: schriftlich/brieflich mögliches – Leistungsversprechen. Das entspricht der (späten) Information in der Institutionenparaphrase des Theophilos (4.6.8), sowohl die *actio de pecunia constituta* als auch die *actio recepticia* entsprängen einer ἀντιφώνησις.[116]

Justinian sieht die Möglichkeit, das Recht des *receptum argentarii* in dem der *pecunia* **38**
constituta aufgehen zu lassen. Während dort Erfüllungszusagen über eigene und fremde Schuld begegnen, ist nach Lenel[117] „das receptum pro alio … nicht nur … der hauptsächlichste und wichtigste; sondern sehr wahrscheinlich der einzige Fall des receptum: der Bankier recipirte auf Anweisung seiner Clienten." Das *receptum argentarii* ließe sich dann als Alternative zum (selbständigen) Schuldbeitritt durch förmliche *stipulatio* (mündlich unter Anwesenden) verstehen, die passiv nur der Personengruppe der *argentarii* eröffnet und auf Herbeiführung der *solutio* gerichtet ist.[118] Der Prätor käme partiell dem Bedürfnis entgegen, selbständige Schuldversprechen über Distanz abzugeben.[119] Derartige Versprechen werden zwischen dem *argentarius* und einem Gläubiger seines „Kunden" verortet.[120] Dementsprechend identifiziert Wolf das *chirographum 'scripsi me promisisse …'* in TPSulp 81 (dessen Verfasser er mit einer starken Literaturmeinung, aber ohne expliziten Beleg für einen *argentarius* hält)[121] als *receptum argentarii*.[122] Das Fehlen einer Stipulation kann aufgrund des fragmentarischen Erhaltungszustands der Tafel allerdings nicht sicher unterstellt werden.[123]

Erfolgt das *recipere* des *argentarius* stets *pro alio*, so fällt zunächst auf, dass gerade eine **39**
Verurteilung aus der *actio recepticia* (im Unterschied zu einer solchen aus der *actio de*

[115] Irgendein Formerfordernis ist mit den Quellen nicht zu vereinbaren (aus „solennen Worten" bestand nach Justinian die *actio recepticia*, nicht das *receptum argentarii*), vgl. etwa *Karlowa*, RRG II,1 759: „solenner Verbalakt"; zustimmend noch *Bürge*, SZ 104 (1987) 528–530; *La Rosa*, Labeo 43 (1997) 215; *Petrucci*, St. Labruna VI 4220 Anm. 3; für Formlosigkeit dezidiert schon *Lenel*, SZ 2 (1881) 69 und zuletzt – kaum mehr bestreitbar – *Rodríguez González*, Receptum argentarii (2004) 79 mwL.

[116] S. auch die von *Lenel*, SZ 2 (1881) 66 zitierten (noch späteren) Glossen

[117] SZ 2 (1881) 66.

[118] Zu einem Erklärungsmodell, in dem *recipere* (zumindest ursprünglich) einen Realakt bezeichnet, an den der Prätor eine verschuldensunabhängige Haftung knüpft und das *receptum argentarii* bei der Finanzierung der Versteigerung „eingelieferter" Sachen durch den *argentarius* zu verorten ist, s. *Platschek*, Edikt De pecunia constituta (2013) 162–163 Anm. 475; 257–258 Anm. 742.

[119] S. schon *Lenel*, SZ 2 (1881) 70.

[120] Zu den möglichen Konstellationen *Rodríguez González*, Receptum argentarii (2004) 205–217.

[121] Zur Frage *Rodríguez González*, Receptum argentarii (2004) 42–43.

[122] *Wolf*, SZ 118 (2001) 126. *Andreau*, Affaires de Monsieur Jucundus (1974) 66–67 hält CIL IV 3340 CLI = FIRA III 131e mit der Wendung *scripsi me accepisse ab [L. Cae] c[i] lio Iucundo sestertia duo millia quingentos viginti numm(os) nomine M. Fabi Agathini* für den möglichen Beleg eines (vorausgehenden) *receptum argentarii* des Iucundus, dazu *Rodríguez González*, Receptum argentarii (2004) 41 f.

[123] Für die Dokumentation einer *stipulatio* ist *scripsi me promisisse* immerhin ungewöhnlich. Die Urkunde führt wohlgemerkt gerade zu dem oben Fn. 117 erwähnten Versteigerungsmodell.

pecunia constituta; → § 71 Rn. 13) eine vorbestehende Schuld nicht voraussetzt (C.4.18.2.1: *et si quid non fuerat debitum*; → § 71 Rn. 22). Nach Lenel wird das *recipere* ohne Bezugnahme auf die Schuld des Dritten, „*pro Titio*“ erklärt. Bemerkenswert ist aber, dass die entscheidenden Belege, in denen ein *recipere* – von den Kompilatoren durch *constituere* ersetzt – des *argentarius* vermutet wird (D. 13.5.27/28), die Worte *pro alio* aufweisen. Soweit es sich nicht auch dabei um Interpolation handelt, legt das nahe, dass *recipere pro alio* gerade nicht der einzige Fall des *receptum argentarii* war. Damit eröffnen sich für das *recipere* des *argentarius* weitere mögliche Modelle, die an seinem Ursprung gestanden haben können, insbesondere im größeren Bereich der Depot- und Auktionsgeschäfte. Denkbar ist, dass der Prätor – wie beim *receptum nautarum* etc. – Schutzlücken des *ius civile* im Bereich der Verwahrung (etwa durch Anordnung einer verschuldensunabhängigen Haftung) schließen wollte. Der Weg zu einem wechselähnlichen Schuldversprechen könnte über fiktive, lediglich dokumentierte gegenständliche Übernahmen von Geld oder Wertgegenständen geführt haben.

§ 26 Bürger (*civis*) und Fremder (*peregrinus*)

Francesca Lamberti

Sherwin-White, The Roman Citizenship, 2. Auflage, 1973; *Albanese*, Le persone nel diritto privato romano, 1979; *Nicolet*, Le métier de citoyen dans la Rome républicaine, 1979; *Spagnuolo Vigorita*, Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'impero Romano, 1996 (Ndr. 1999); *Capogrossi Colognesi*, Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione nella ‚civitas Romana', 2000; *Crifò*, Civis. La cittadinanza tra antico e moderno, 2005; *Marotta*, La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I–III d. C.). Una sintesi, 2009; *Lamberti*, Romanización y ciudadanía. El camino de la expansión de Roma en la República, 2009; *Peppe*, Civis Romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica, 2016.

Inhalt Rn.

I. Die *summa divisio de iure personarum* nach Gai. 1.9 1
1. *Liberi* und *servi* 1
2. *Libertas id est civitas* 4
II. Zur römischen Terminologie hinsichtlich des Bürgerrechts 8
1. *Multitudo* 8
2. *Caput* 10
3. *Civis* 11
III. Die Verhältnisse des altrömischen Stadtstaates mit den Fremden 13
1. *Foedera, amicitia, hospitium* 13
2. *Connubia commerciaque* 15
3. Die römische Bürgerrechtspolitik von der Ablösung des latinischen Bundes bis ans Ende der Republik 17
IV. Das römische Bürgerrecht während der Republik und der frühen Kaiserzeit 21
1. Personalitätsprinzip 22
2. Öffentliche Rechte und Pflichten 24
a. Wehrdienst 25
b. *Ius suffragii* 27
c. *Ius honorum* 28
d. *Tributa* 29
e. *Provocatio ad populum* 30
3. Die privatrechtliche Seite des Bürgerrechts 31
a. *Connubium* 32
b. *Patria potestas* 33
c. *Adrogatio / adoptio* 34

d. Erbrecht 35
e. *Tutela* und sonstige *munera civilia* 36
4. Der prozessuale Schutz 38
V. Das römische Bürgerrecht in der Kaiserzeit und nach der *constitutio Antoniniana* . . 40
VI. Erwerb des römischen Bürgerrechts 45
1. Durch Geburt 45
2. Durch *anniculi* und *erroris causae probatio* 46
3. Durch *manumissio* 47
4. Durch sog. *ius migrandi* 48
5. Durch *ius adipiscendae civitatis per magistratum* 49
6. Durch *civitatis donatio* 50
VII. Verlust des römischen Bürgerrechts 51
1. *Captivitas* und sonstige Fälle des Freiheitsverlustes 51
2. Gründung einer *colonia Latina* 53
3. Verurteilung 54
VIII. Die Fremden/Nichtbürger 55

I. Die *summa divisio de iure personarum* nach Gai. 1.9

1. *Liberi* und *servi*

1 Gemäß Gai. 1.9 bildet in der Antike der Unterschied zwischen Freien und Unfreien (*liberi aut servi*) die wichtigste Unterscheidung zwischen *personae*.[1] Nach den modernen Kategorien könnte man die Freiheit der Römer (*libertas*) als Ausgangspunkt der Rechtsfähigkeit definieren: Nur freie Personen können nach römischem Recht Inhaber von Rechten sein; Unfreie sind prinzipiell völlig rechtsunfähig.

2 In der Literatur der Kaiserzeit kommt mehrmals die Beobachtung vor, die Sklaverei sei ein „unnatürlicher" Zustand (*contra naturam*).[2] Erst das Entstehen von inneren (*ius civile*) und völkerrechtlichen Rechtsregeln (*ius gentium*) habe zur Einführung der Sklaverei und zur entsprechenden Einschränkung der Freiheit geführt.[3]

3 Die Unterscheidung zwischen *cives Romani*, *Latini* und *peregrini*, die ebenso aus den Institutionen des Gaius resultiert, wird seitens Gaius explizit nur auf die Freigelassenen (*liberti*) (→ § 37 Rn. 3, § 37 Rn. 6) und nicht auch auf die Freigeborenen (*ingenui*) bezogen, obwohl sie bekanntlich auch auf Letztere Anwendung findet.[4] Diese Tatsache könnte mit der besonderen Rolle zusammenhängen, die bürgerrechtlichen Fragen gerade für Freigelassene (und nicht nur in der Kaiserzeit) zukam (→ Rn. 4/6).

---

[1] *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*

[2] Vgl. bspw. Sen. epist. 31,11: *Quid est enim eques Romanus aut libertinus aut servus? Nomina ex ambitione aut iniuria nata …*; Flor. 9 inst. D. 1.5.4 pr. *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur.* 1. *Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.* S. *Wirszubski*, Libertas (1950) 24–30; *Albanese*, Persone (1979) 108–110 mit Fn.; *Nicolet*, Citoyen (1979) 404–406 (näher → § 36 Rn. 7).

[3] Ulp. 1 inst. D. 1.1.4; Marcian. 1 inst. D. 1.5.5.1 (→ § 36 Rn. 7).

[4] Gai. 1.12; Epit. Gai. 1.1 pr.; Ulp. eg. 1.5; Ps. Dosith. frg. iur. 4–5.

2. *Libertas id est civitas*

In den antiken (schon frührepublikanischen) Quellen kommt häufig die Anschauung vor, dass die Begriffe *libertas* und *civitas* übereinstimmen.[5] Dies sollte man u. a. in dem Sinne verstehen, dass die *libertas* die Hauptvoraussetzung für den Erwerb der bürgerlichen und politischen Rechte (= *ius civile*, *ius Quiritium*) darstellt: Kein Sklave (nach römischer oder fremder Rechtsordnung) darf römischer Bürger sein, wobei ein freier Mensch unter gewissen Voraussetzungen die *civitas Romana* erwerben kann. **4**

Aus der gegenteiligen Perspektive betrachtet, bedeutet die Korrespondenz zwischen *libertas* und *civitas*, dass ein Sklave, der durch Manumission (→ § 36 Rn. 62/69) die Freiheit erreicht, im Falle einer *manumissio iusta ac legitima* auch das römische Bürgerrecht erhalten kann.[6] Diese Möglichkeit war in der vorchristlichen Ära – bei den Rechtsordnungen der antiken *poleis* des Mittelmeers – einzigartig und wurde sowohl von den Römern als auch von den Mitgliedern anderer Stadtstaaten insb. des griechischen Ostens als einzigartig betrachtet: Schon in einem Brief des Königs Philippos V. von Makedonien aus dem Jahr 214 v. Chr., der an die Einwohnern Larissas adressiert war, wurde beispielsweise (trotz mancher Ungenauigkeiten) die Freigebigkeit Roms bei der Erteilung des Bürgerrechts gelobt, die sich auch auf ehemalige Sklaven erstreckte (→ § 37 Rn. 6).[7] **5**

Dass die *libertas*, die sich ihrerseits in zwei Kategorien, die *ingenuitas* (freie Geburt) und die *libertinitas* (Geburt als Sklave und *libertas* infolge Freilassung → § 26 Rn. 47), unterteilt, seitens der republikanischen und frühklassischen Juristen als das Pendant zum römischen Bürgerrecht betrachtet wird, lässt sich auch der Darstellung in den Institutionen des Gaius (Gai. 1.9–95) entnehmen. Gaius betrachtet die Freigeborenen und Freigelassenen mit Blick auf ihre Rechte als Bürger (oder Nichtbürger). **6**

---

[5] Cic. Caecin. 96,3*: Nam et eodem modo de utraque re traditum nobis est, et, si semel civitas adimi potest, retineri libertas non potest. Qui enim potest iure Quiritium liber esse is qui in numero Quiritium non est?;* paradigmatisch Cic. pro Balb. 9,24: *Etenim in populum Romanum grave est non posse uti sociis excellenti virtute praeditis, qui velint cum periculis nostris sua communicare; in socios vero ipsos et in eos de quibus agimus foederatos iniuriosum et contumeliosum est iis praemiis et iis honoribus exclusos esse fidelissimos et coniunctissimos socios, quae pateant stipendiariis, quae pateant hostibus, pateant saepe servis. Nam … servos denique quorum ius fortuna condicio infima est, bene de re publica meritos libertate, id est civitate, publice donari videmus* (dazu zuletzt *Venturini*, Scr. Zamorani 1459–1471; s. auch Cic. post red. in Sen. 2.3; Liv. 2.5.1).

[6] Cic. top. 2,10; Gai. 1.17: *Nam in cuius persona tria haec concurrunt, ut maior sit annorum triginta, et ex iure Quiritium domini, et iusta ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta aut censu aut testamento, is civis Romanus fit; sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit. Volterra*, St. De Francisci IV 375–378; *Volterra*, St. Paoli 402 (ursprünglich erlangen die *libertas*, und damit die *civitas Romana* nur diejenigen Sklaven, die durch *manumissio censu*, *vindicta* oder *testamento* von römischen Bürgern freigelassen werden); viel nuancierter *Levy*, SZ 78 (1961) 145–151; s. auch *Balestri Fumagalli*, Labeo 33 (1987) 63–74.

[7] W. *Dittenberger*, Sylloge[3] n. 543, insb. Z. 29–34. Dazu *Mommsen*, Gesammelte Schriften IV, 49–55; *Toynbee*, Hannibal's Legacy II (1965) 25–28; *Gauthier*, Mél. Seston 207–215; *Masi Doria*, Fs. Waldstein (1993), 231–234; *Marotta*, Cittadinanza romana (2009) 33 f.; *Randazzo*, TSDP 5 (2012) 1–24.

7 Spätestens ab der mittleren Republik bedeutete die Stellung als römischer Bürger primär, das Recht zu haben, die eigene *libertas* zu schützen:[8] aus öffentlich-rechtlicher Sicht durch die sog. *provocatio ad populum*, das Recht, ohne ein öffentliches Urteil nicht einer Strafe gegen Leib und Leben unterzogen zu werden (→ Rn. 30);[9] auf privatrechtlicher Ebene durch den Zugang zum prozessualen Schutz, den die *legis actiones* (→ § 9 Rn. 30/73) und später das Edikt des Prätors (*ius honorarium*) (→ § 6 Rn. 126/176) boten. Auch die Intellektuellen der späteren Republik scheinen das römische Bürgerrecht nicht nur als Ausdruck der Zugehörigkeit zu einer rechtlich organisierten Gemeinschaft, sondern auch als Inhaberschaft der bürgerlichen Freiheiten zu verstehen.

II. Zur römischen Terminologie hinsichtlich des Bürgerrechts

1. *Multitudo*

8 In den grammatischen und rhetorischen Quellen der späteren Republik kommt schon eine komplexe Definition von *civitas* (bzw. *res publica*) vor, die eine Vielfalt an Bedeutungen zeigt. Nach diesen Darstellungen ist *civitas* ein *coetus* (oder *multitudo*, Menge) *hominum,*[10] die jedoch einer rechtlichen Organisation unterstellt ist und eine auf *concordia* basierende Gesellschaft darstellt.[11] An diese Anschauung von *civitas* schließt sich die übertragene Bedeutung von „Bürgerrecht" und insb. von „römischem Bürgerrecht" an, als Zugehörigkeit zu der (rechtlich organisierten) Gemeinschaft der Römer. Die-

[8] S. bspw. Cic. de dom. 33: *Nego potuisse iure publico, legibus iis quibus haec civitas utitur, quemquam civem ulla eiusmodi calamitate affici sine iudicio … hoc esse denique liberae civitatis ut nihil de capite civis aut de bonis sine iudicio senatus, aut populi, aut eorum qui de quaqua re constituti iudices sint, detrahi posse. Mommsen*, Staatsrecht III/1, 63; *Marotta*, Cittadinanza romana (2009) 22–30.

[9] Verbindung zwischen *provocatio* und *libertas*: Liv. 3.45.8 (*arx tuendae libertatis*); Liv. 3.55.4 (*unicum praesidium libertatis*); Liv. 3.56.6 (*vindex libertatis*); Cic. de rep. 3.44 (*vindiciae libertatis*); Cic. de or. 2.199 (*patrona civitatis ac vindex libertatis*). S. dazu insb. *Wirszubski*, Libertas (1950) 7–30; *Marotta*, Cittadinanza romana (2009) 22–26.

[10] Die älteste Definition dieser Art bezieht sich auf *res publica* bzw. *res populi*: Cic. de rep. 1.25.39 (*est igitur … res publica res populi, populus autem … coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*). S. auch (hinsichtlich der ‚Gemeinsamkeiten' zwischen Bürgern) Cic. off. 1,17,53: … *multa … sunt civibus inter se communia, forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suffragia, consuetudines praeterea et familiaritates …* . S. dazu, *Lobrano*, Res publica, 113–120; *Varvaro*, AUPA 45.1 (1998) 447–482; *Cascione*, Consensus (2003) 68–70; *Peppe*, Civis Romana (2016) 44–46.

[11] S. für die zwischen der Republik und der Kaiserzeit gängigen Definitionen insbes. Cic. de rep. 1.49: *quid est enim civitas nisi iure societas civium?*; Cic. Fest. 42. 92; Verr. Flacc. bei Gell.. 18,7,5: … *senatum dici et pro loco et pro hominibus, civitatem et pro loco et oppido et pro iure quoque omnium et pro hominum multitudine …*; Sallust. bell. Catil. 6. Nachwirkungen noch in Isid. Etym. 15.2.1: *Civitas est hominum multitudo societatis vinculo adunata, dicta a civibus, id est ab ipsis incolis urbis …. Nam urbs ipsa moenia sunt, civitas autem non saxa, sed habitatores vocantur.* S. zuletzt *Muroni*, Diritto@Storia 14 (2016) mit w. Lit.

jenigen, die an dieser Gemeinschaft teilhaben, sind Inhaber öffentlicher wie privater Rechte und daher an die römische Rechtsordnung gebunden (→ Rn. 4/7). Die starke Anlehnung der lateinischen Wörter, die „Bürger" und „Bürgerrecht" bezeichnen, an den Sinn einer „Gemeinschaft", an eine „Mitbürgerschaft" (im Unterschied etwa zu griechischen Wörtern wie πόλις), ist seit langer Zeit anerkannt worden.[12]

Das älteste Wort, mit dem man Mitglieder der römischen Gemeinde bezeichnet, ist *Quiris* (Pl. *Quirites*).[13] Dieses Wort kommt auch in alten Rechtsformularen vor und ist noch zu Ciceros Zeit als Anrede an die Volksversammlung bezeugt.[14] Es spielt wiederum auf den *coetus hominum* an, weil es etymologisch mit den älteren *curiae* (*co-viriae*) in Zusammenhang zu bringen ist.[15] **9**

2. *Caput*

In der älteren Sprache erscheint häufig auch das Wort *caput*: damit ist der „Kopf" des einzelnen Bürgers und auf diese Weise seine Rechtsfähigkeit als Mitglied des *populus* gemeint.[16] Es ist daher kein Zufall, wenn wir – anhand der erwähnten Verbindung zwischen *civitas* und *libertas* (→ Rn. 4/6) – schon in Plautus' Komödien die Wendung *aes pro capite dare* finden, die in dem Sinne von „Geld zahlen, um befreit und *civis* zu werden" durch Sklaven verwendet wird.[17] Auch die Zugehörigkeit zu einer Gruppe von freien Personen, sei es *liberi*, *cives* oder Mitglieder einer Familie, definieren die Quellen als *caput*: Der Verlust dieser Zugehörigkeit wird in den klassischen Quellen als *capitis deminutio* bezeichnet (→ § 29 Rn. 23).[18] **10**

3. *Civis*

Das jüngere Wort *civis*, das nach den älteren Etymologien von *ciere* („bewegen", „aufrufen") herstammen soll, nach der modernen Forschung jedoch aus der indoeuropä- **11**

---

[12] *Benveniste*, Voc. inst. indo-europ. I367: „En grec *pólis* montre encore à date historique le sens de ‚forteresse', ‚citadelle' … Tel était le sens préhistorique du mot, d'après ses correspondants védique *pūr*, ‚citadelle', et lituanien *pilìs* ‚Burg, château-fort'. Il s'agit donc d'un vieux terme indo-européen, qui a pris en grec – et seulement en grec – le sens de ‚ville, cité', puis ‚Etat'. Il en va tout autrement en latin … Pour correspondre à gr. *Pólis*, le latin a le terme secondaire *civitas*, qui indique littéralement l'ensemble des *cives* ‚concitoyens'. Il s'ensuit que le rapport que le latin établit entre *civis* et *civitas* est à l'inverse de celui que le grec montre entre *pólis* ‚cité' et *polítes* ‚citoyen'. Dazu auch *Marotta*, Cittadinanza romana (2009) 21 f.

[13] *Mommsen*, Staatsrecht III/1, 7.

[14] Vgl. z. B. Cic. Manil. 1,3, 2,7, 14,7 usw.; Cic. leg. agr. 2,10,11; 2,14,2; 2,15,5; 2,15,10; 2,16,1 usw.; Cic. Phil. 6,1,1; 6,2,1; 6,3,2; 6,3,9; 6,4,1 usw.

[15] Vgl. *Walde/Hofmann*, LEW II, s. v. Quirites, 409.

[16] *Mommsen*, Staatsrecht III/1, 7 f.

[17] Plaut. Poen. prol. 24; Pseud. 225 ff.; Most. 299 f.

[18] *Gioffredi*, SDHI 11 (1941) 301–313; schwankend *Mommsen*, Staatsrecht III/1, 7–8.

ischen Wurzel **kei* („liegen", „sitzen") herzuleiten sei,[19] bezeichnete den Bürger als Gemeindemitglied (= Mitbürger), der als solches einen festen Wohnsitz in der Gemeinde hatte, im Gegensatz zum Ausländer (*peregrinus*), der von außerhalb des römischen *ager* kam.[20]

12 Die römischen Gesetze schützen i. d.R. nur den römischen Bürger. Von alters her sah sich jedoch das römische Volk mit der Notwendigkeit konfrontiert, auch Nichtrömern gewisse Rechte anzuerkennen und Mittel und Wege zu finden, um den Ausländern einen (begrenzten) Zugang zur römischen Rechtsordnung zu gewähren (→ Rn. 14/16).

III. Die Verhältnisse des altrömischen Stadtstaates mit den Fremden

1. *Foedera, amicitia, hospitium*

13 Bei der Konsolidierung des Stadtstaates Rom spielten ursprünglich die „zwischengemeindlich" Beziehungen eine wesentliche Rolle. Rom – wie die anderen Stadtstaaten Mittel- und Süditaliens in der Zeit zwischen dem 7. und dem 5.–4. Jh. vor Christus – sah sich mit der Notwendigkeit konfrontiert, sich parallel zu der eigenen Strukturierung der inneren Regierungsorgane[21] und der Schöpfung fester rechtlicher Vorschriften[22] auch gegenüber den Nachbargemeinden zu definieren. Ein römischer Bürger zu sein, implizierte deshalb schon ab der Königszeit die Notwendigkeit, sich an gewisse Regelungen in Bezug auf die Mitglieder der Nachbargemeinden zu halten. Dies geschah zunächst auf der Ebene des (nach modernen Kategorien) sog. „Völkerrechts", d. h. aufgrund von *foedera* (internationalen – zwischengemeindlichen Verträgen), die Rom mit den Nachbarstädten (i.d.R. nach erfolgreichem Krieg) abschloss.[23] Es entwickelten

[19] *Walde/Hofmann*, LEW II , s. v. Civis 224 f.

[20] *Walde/Hofmann*, LEW II , s. v. Peregre 286.

[21] Die ‚verfassungsrechtlichen' Grundlagen der oligarchisch strukturierten römischen Gesellschaft sahen vor, dass an der Führung der Stadt eine gewisse Anzahl an Hauptmagistraten (nach den *leges Liciniae Sextiae* des J. 367 v. Chr. zwei *consules* und ein *praetor*) und ein Regierungsorgan, das in seiner reiferen Form aus Mitgliedern patrizischer und plebejischer Familien zusammengesetzt war (*senatus*), mitwirkten. Die Volksversammlungen (Zenturiatkomitien, Tributkomitien, *concilia plebis*) waren nach *census* und Immobiliareigentum strukturiert, und ihre Zuständigkeit war i. d.R. auf die Abstimmung über die vom einberufenden Magistraten eingebrachten Vorschläge beschränkt: *Bleicken*, Verfassung (1999) 85–133; *Kunkel /Schermaier*, RG[14] 10–27.

[22] Über die Rechtsquellen der archaischen und republikanischen Zeit (insb. *leges regiae*, *mores maiorum*, *leges publicae*, *interpretatio pontificum* und *prudentium*, *edictum praetoris*) statt aller *Wieacker*, RRG I 267–340, 388–428, 462–478.

[23] Zum Thema vor allem *Heuss*, Grundlagen (1933) (1933) 1–30; *Ziegler*, Völkerrechtsgeschichte (2007) 68–114; *Baldus*, Vertragsauslegung I (1998) insb. 213–322; *Zack*, Völkerrecht (2001) 167–248. Das Wort „zwischengemeindlich" ist die deutsche Übersetzung des italienischen Wortes „intercomunitevo", das insbesondere bei *Giadino*, Italia comone 37 f. verwendet wird.

sich mit der Zeit auch Regeln, die man in moderner Perspektive unter das sog. „internationale Privatrecht“ einordnen könnte (→ Rn. 15/18).[24]

In Zusammenhang mit einem „zwischengemeindlichen“ Vertrag (*foedus*) oder auch bei Fehlen eines solchen konnten sich Nachbargemeinden (oder einzelne Mitglieder unterschiedlicher Städte) gegenseitig *hospitium* und *amicitia* versprechen. Ersteres war das Gastrecht, das einzelne Gemeinden (*hospitium publicum*) oder Privatpersonen (*hospitium privatum*) den Mitgliedern anderer *civitates* oder *populi* gewährten:[25] Sein Inhalt ging von der Beherbergung der *hospites* über deren Verpflegung bis zur Gewährung prozessualen Schutzes.[26] Unter *amicitia* verstand man in der früh- und mittelrepublikanischen Zeit eine weite Anzahl von Tatbeständen, die von den gegenseitigen Friedens- (oder Nichtaggressions-)/Versprechen zwischen alliierten Gemeinschaften bis zur Hilfeleistung bei kriegerischen Ereignissen gingen.[27] **14**

2. *Connubia commerciaque*

Die wichtigsten Befugnisse, welche die *foedera* den Mitgliedern der jeweiligen Gemeinschaften auf der Ebene reziproker Zugeständnisse (ähnlich wie beim *hospitium*) gewährten, bezogen sich auf „privatrechtliche“ Einrichtungen. Das *connubium* war das Recht von Mitgliedern zweier unterschiedlicher Städte, eine gültige Ehe einzugehen; aus römischer Perspektive also das Recht, mit einem Nichtrömer eine von Rom als gültig anerkannte Ehe einzugehen (*iustae nuptiae*). Die wichtigste Wirkung eines *iustum matrimonium* war die Tatsache, dass die Kinder aus einer solchen Ehe dem Status des Vaters folgten: War der Vater ein römischer Bürger, so waren sie deshalb *cives Romani* und *in potestate patris* geboren.[28] In der Republik und in der frühen Kaiserzeit entwickelte man in Rom detaillierte (und z. T. widersprüchliche) Regeln in Bezug auf das *connubium* und Mischehen (→ Rn. 32). **15**

Das *commercium* gewährte den Mitgliedern zweier verschiedener Gemeinschaften die Fähigkeit, Handelsbeziehungen zu entwickeln und unter Umständen auch prozessualen Schutz zu erhalten (→ Rn. 38). Aus römischer Sicht umfasste das *commercium* in **16**

[24] S. insb. *Capogrossi Colognesi*, Cittadini (2000) 50–101; *Lamberti*, Romanización (2009) 49–66; *Mercogliano*, Cult. Giur. 2 (2015) 1–15.

[25] *Leonhard*, Hospitium, 2493–2498; *Bolchazy*, Hospitality (1997); *Nicols*, OH SRRW 421–437.

[26] S. zuletzt dazu *Nicols*, OH SRRW 426–434.

[27] Nach *Mommsen*, Röm. Forschungen I 318–390, insb. 328 f., stelle *amicitia* einen Vertragstyp dar. Zustimmend noch in jüngster Zeit *Zack*, Völkerrecht (2001) insb. 167–242. *Heuss*, Grundlagen (1933) 1–30, und *Paradisi*, Scr. Ferrini beatif. II 178–225, haben überzeugend bewiesen, dass *amicitia* nicht ein Vertragstyp ist, sondern ein „Freundschaftsverhältnis“, das „durch jede Art friedlichen, zwischenstaatlichen Verkehrs gegeben und vollkommen unabhängig von dem Akt einer formellen Begründung“ ist (*Heuss*, Grundlagen (1933) 46): vgl. dazu insb. *Ziegler*, ANRW I.2 82–85; *Baldus*, Vertragsauslegung I (1998) 218–220; *Coşkun*, in: *Coşkun*, Freundschaft (2008) 209–230; *Cursi*, Index 41 (2013) 195 f. Fn. 2.

[28] *Volterra*, St. Albertario II 137–154; *Kaser*, RPR 1,36.

seiner früheren Form nicht die uneingeschränkte Rechtsgemeinschaft für das gesamte Verkehrsrecht, sondern gab ausgewählten Nichtrömern (Latinern und *peregrini*) die Fähigkeit, bei den alten, formalen Rechtsgeschäften als Partei oder Hilfsperson aufzutreten.[29]

3. Die römische Bürgerrechtspolitik von der Ablösung des latinischen Bundes bis ans Ende der Republik

17 Im Rahmen ihrer sukzessiven Expansion in Italien, insbesondere ab der Ablösung des latinischen Bundes (338 v. Chr.) fing Rom an, unterschiedliche Modelle einzuführen, um das jeweilige Verhältnis zu den unterschiedlichen Stadtgemeinden Italiens zu bewältigen. Die Gemeinden, die Rom (zumindest formell) autonom gegenüber traten, wurden als „Bundesgenossen" (*socii Italici*) aufgrund von *foedera* behandelt: Eine besondere Stellung darunter nahmen die Gemeinden latinischen Rechts ein, die von den anderen *socii* durch rechtliche Besonderheiten (und eine automatische Zuerkennung des *connubium*) unterschieden wurden.[30]

18 In vielen Fällen hatten entweder ältere Gemeinden ihre ursprüngliche Autonomie gegenüber Rom (und einen Teil ihres Territoriums) verloren oder hatte Rom selbst Kolonien auf fremdem italischem Land gegründet. Das Bürgerrecht spielte im Verhältnis zu den Rom unterworfenen Gemeinden eine große Rolle. Bei den schon bestehenden und in die *civitas Romana* ‚inkorporierten' Städten unterschied man zwischen denjenigen Bürgergemeinden, die schon lang von Rom erobert wurden und deren Einwohner das volle Bürgerrecht erhalten hatten (zunächst als *oppida*, späterhin als *municipia ‚optimo iure'* bezeichnet)[31] und den (sogenannten) Halbbürgergemeinden, die sich in der Regel freiwillig dem Einfluss Roms unterworfen hatten (sog. *municipia sine suffragio*): Die Einwohner solcher Halbbürgergemeinden hatten das Recht zur Selbstverwaltung, aber kein Stimm- und Wahlrecht in Rom.[32] Der andere von der

---

[29] Für eine spätere, aber umfassende Definition, s. Ulp. reg. 19.4: *mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos coloniarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos quibus commercium datum est.* 5. *Commercium est emendi vendendique invicem ius. Kaser*, St. Arangio-Ruiz II 131–167; *Guarino*, Orig. 166–186; *Capogrossi Colognesi*, Le strade del potere (1994) 19–27; *Mercogliano*, Cult. Giur. 2 (2015) 1–13.

[30] S. insb. *Humbert*, Municipium, 85–143; *Luraschi*, Foedus (1979) 221–299; *Capogrossi Colognesi*, Cittadini (2000) 50–101; ▮ Chiabà, Roma e le priscae Latinae coloniae (2011), passim.

[31] *Humbert*, Municipium 157–195; *Laffi*, Studi di Storia romana e diritto 137–142.

[32] Die meisten Gelehrten behaupten, von der Perspektive einer hegemonialen Stellung Roms geleitet, es habe sich um ein 'zurückgesetztes Bürgerrecht' gehandelt, bei dem die Mitglieder der jeweiligen Gemeinden als Soldaten im römischen Heer dienten, aber kein Stimmrecht in den römischen Komitien hatten. In der Tat sieht es so aus, als ob die Mehrheit der Gemeinden, die dieses Recht besaßen, dies nicht als eine Minderung betrachtet haben, sondern als eine Art besonderer Verbindung zu Rom, die ihnen ein gewisse Autonomie ließ. Diese dürfte, alles in allem, „eine milde Form der Angliederung an Rom gewesen sein, die den so angegliederten aus mannigfachen Gründen … die alten Organisationsformen weitgehend beließ": *Bleicken*, Geschichte (1992) 136. In diesem

zentralen Macht verfolgte Weg bestand in der Gründung von Kolonien: Schon seit dem 4. Jh. v. Chr. hatte Rom befestigte militärische Anlagen (vor allem an den Küsten, wie im Fall von Ostia und Fregenae) in Form von Bürgersiedlungen eingerichtet.[33] Ihre Kolonisten hatten zwar das volle römische Bürgerrecht, aber zunächst eine beschränkte Selbstverwaltung. Eine zweite Form der Koloniegründung, die darauf gerichtet war, Land an Soldaten und Veteranen zu verteilen, war diejenige der *coloniae Latinae*: Die dahin gesendeten Kolonisten wurden nicht als römische Bürger betrachtet, sondern als Inhaber eines sog. *ius Latii*, das die ‚Rechtstellung von Latinerstädten' im Verhältnis zu Rom bezeichnete.[34] Sie durften ab einem gewissen Zeitpunkt das römische Bürgerrecht entweder durch *migratio Romae* (vorausgesetzt jedoch, dass sie Deszendenz in der *colonia* ließen → Rn. 47)[35] oder indem sie ein Hauptamt (*duoviratus*, *aedilitas*) in der eigenen Kolonie besetzten (*ius adipiscendae civitatis Romanae per honorem* → Rn. 39) erwerben.

Das ‚plurale' Modell, das Rom im Laufe der Jahrhunderte in Bezug auf *socii*, *Latini* **19**
(*prisci* und *coloniarii*) und römische Munizipien und Kolonien angewendet hatte, mit entsprechenden Differenzierungen bei der Bürgerrechtsvergabe, ließ sich im letzten Jahrhundert der Republik nicht mehr erhalten. Die Bundesgenossen, die während der Auslandskriege Roms einen gewaltigen Blutzoll bezahlt hatten, forderten im Jahre 91 v. Chr. durch das *bellum sociale* endlich die gleichberechtigte Aufnahme sämtlicher *socii Latinive nominis* in das römische Bürgerrecht: Durch eine *lex Iulia de civitate* (90 v. Chr.) und eine *lex Plautia Papiria* (89 v. Chr.) erhielten die alliierten und latinischen Städte, die entweder Rom im *bellum civile* treu geblieben waren oder die sich rechtzeitig ergeben hatten, das römische Bürgerrecht.[36]

Die damit verbundene Einverleibung der latinischen und italischen Städte in das **20**
nomen Romanum implizierte die Notwendigkeit einer Dezentralisation der Verwaltung, mit der Folge, dass den bisherigen Munizipien – was Selbstverwaltung und Rechtsprechung anging – eine größere Autonomie als zuvor zugestanden wurde. Es wird vorwiegend vermutet, dass nach den ersten *leges de civitate* (90–89 v. Chr.) eine Reorganisation der verwaltungs- und jurisdiktionsrechtlicher Aspekte der Gemeinden Italiens stattfand.[37] Die Details dieser Neueinrichtung sind großenteils unbekannt: Bis auf wenige Ausnahmen weisen die italischen Städte i. d.R. jedoch im letzten Jahrhundert der Republik eine munizipale Stadtverfassung auf mit *IIviri* oder *IVviri* an der

---

Sinne u. a. auch *Lamberti*, in: Periñán Gómez, Ciudadanía (2010) 42–43. Eine andere Frage betrifft das sog. ‚doppelte Bürgerrecht' (Cic. Balb. 11,28).

[33] *Salmon*, Colonization (1969) 70–94; *Lamberti*, in: Periñán Gómez, Ciudadanía (2010) 17–56.

[34] *Salmon*, Colonization (1969) 55–69; *Luraschi*, Foedus (1979) 221–299; *Lamberti*, in: Periñán Gómez, Ciudadanía (2010), 45–47; Roma e le priscae Latinae coloniae (2011) 78.

[35] Näheres dazu bei *Laffi*, Studi di Storia romana 45–84; *Laffi*, Athenaeum 105 (2017) 85–105; Valditara, Civis romanus (2018) 93–112.

[36] Cic. pro Balb. 8.21; Gell. 4,4,3; Vell. Pat. 2,16,4; Appian. B. C. 1,49,212–214; Cic. Arch. 4.7; Schol. Cic. Bob. p. 175; *Luraschi*, SDHI 64 (1978) 323–352.

[37] S. insb. *Salmon*, Colonization (1969) 124–126; *Luraschi*, ACop. VII 58–70.

Spitze der Gemeinde, einer *curia* samt Dekurionenstand und regelmäßigen Komitien und Wahlverfahren.[38] Dieses Modell wurde schon ab dem Ende der Republik auch durch die Kolonisationspolitik in die römischen Provinzen exportiert.

IV. Das römische Bürgerrecht während der Republik und der frühen Kaiserzeit

21 Die Hauptmerkmale des römischen Bürgerrechts sind größtenteils in der früheren und mittleren Republik entstanden. Manche – wie die Teilnahme am Militär und das Wahlrecht – sind nur bis Ende der vorchristlichen Ära als ‚Privilegien' der Bürger bedeutsam gewesen. Nur einige von Ihnen haben in der Kaiserzeit ihre Bedeutung behalten und sogar an Relevanz gewonnen. Es wird nachfolgend ein Überblick über die relevantesten Aspekte gegeben.

1. Personalitätsprinzip

22 Ursprünglich galt auch für die Mitglieder der *civitas Quiritium*, wie in allen frühen Rechten, das Prinzip, wonach die Angehörigen eines Gemeinwesens der Rechtsordnung des eigenen Stadtstaates unterstellt sind: Sie hatten deshalb theoretisch das Recht, wo immer sie sich aufhielten, nach dem Recht der heimischen Gemeinde beurteilt zu werden.[39] Wir sind jedoch meistens im Ungewissen darüber, wie sich in den früheren Zeiten der Republik die Behandlung der römischen Bürger in den fremden Gemeinden Italiens und später des nichtitalischen Mittelmeers gestaltete.[40]

23 Aus der umgekehrten Perspektive hatte die (herkömmliche?) Anwendung des Personalitätsprinzips in der Tat die Folge, dass die Nichtrömer, wenn sie sich in Rom befanden, grundsätzlich rechtlos waren, es sei denn, dass die Mitglieder ihrer eigenen Gemeinde das *connubium* und das *commercium* mit Rom innehatten (→ Rn. 15/16).[41] Denn in Rom war das *ius civile* ein *ius proprium civium Romanorum* und fand auf Peregrine keine Anwendung. Lange bevor Rom eine Weltmacht wurde, hatten jedoch die römischen Behörden eine praktische Lösung für dieses Problem gefunden: Es wurde eine besondere Gerichtsbarkeit eingeführt, die dem (ursprünglich

[38] Hinweise auf die vermutete Reorganisation seien nach herrschender Meinung in der *lex municipii Tarentini* und in der *lex Coloniae Genetivae Iuliae Ursonensis* enthalten: *David*, Romanizzazione (2002) 145–147; ▮ Laffi, Colonie e municipi (2007) 191–232.

[39] *Schönbauer*, SZ 49 (1929) 345–403; *Schönbauer*, JJP 6 (1952) insb. 55–70; *Wolff*, Konkurrenz von Rechtsordnungen (1979) 5–30; *Kaser*, Ius gentium (1993) 125–156.

[40] Interessante Vermutungen bspw. bei *Capogrossi Colognesi*, Cittadini (2000) 20–51.

[41] Aus ‚öffentlich-rechtlicher' Sicht waren Nichtbürger im römischen Herrschaftsumfeld uneingeschränkt der Exekutivgewalt und der Jurisdiktion der römischen Magistrate unterstellt: *De Martino*, Storia II 409 ff.; *Wieacker*, RRG I 512–514. Näheres zum Geltungsbereich des römischen Privatrechts bei *Kaser*, RP I 214–221 und u. im Text.

einzelnen) römischen Prätor erlaubte, Nichtbürgern einen prozessualen Schutz ihrer (privatrechtlichen) Interessen zu garantieren (*iurisdictio peregrina*, ab dem Jahr 242 v.Chr. Schaffung eines besonderen *praetor peregrinus*) (→ Rn. 38; § 6 Rn. 127; § 10 Rn. 6).[42] Im privatrechtlichen Jurisdiktionsbereich wurden bspw. im Rahmen des Formularprozesses die *formulae ficticiae* eingeführt, bei denen (etwa bei der *actio furti nec manifesti* und der *actio legis Aquiliae*) der Peregrine, der in der Rolle des Klägers oder des Beklagten war, so behandelt wurde, ‚als ob' er römischer Bürger gewesen wäre (*fictio civitatis*):[43] Auf diese Art und Weise ließ man Nichtrömer zu Klagen zu, die formell nur römischen Bürgern vorbehalten waren.[44] Es wurden mit der Zeit im Rahmen der *iurisdictio peregrina* auch Klagen eingeführt, die auf der Basis des sog. *ius gentium* von vornherein nicht auf Bürger beschränkt waren (die meisten *bonae fidei iudicia* und die *condictiones*).[45] Die Tatsache, dass wir viel besser über die prozessuale Behandlung Fremder in Rom als über den Rechtsschutz der Römer im ‚Ausland' unterrichtet sind, liegt am schnellen Aufstieg Roms zur Weltmacht ab dem 2. Jh. der vorchristlichen Ära.

2. Öffentliche Rechte und Pflichten

Der römischen Bürgergemeinde anzugehören, bedeutete für die männlichen Mitglieder, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Auch die weiblichen Mitglieder Roms hatten Rechte und Pflichte inne, sie genossen jedoch eine beschränkte Rechtsfähigkeit und waren i. d.R. von den öffentlichen Ämtern ausgeschlossen.[46] Solange in Rom ein ‚demokratisches' Regierungssystem bestand, das die Teilnahme an der Volksversammlungen und die – zumindest theoretische – Möglichkeit, an den Volksentscheidungen mitzuwirken, implizierte, war das Wahlrecht die bedeutendste Seite des römischen Bürgerrechts (die auch mit der stadtstaatlichen Struktur des republikanischen Roms korrespondierte). Der Übergang zum Prinzipat, in dem das Stimmrecht an Bedeutung verlor, bewirkte, dass sich sukzessiv der Akzent auf die privatrechtliche Seite des Bürgerrechts und auf die *provocatio ad populum* legte.[47] Auf einige der wichtigsten öffentlichen Aufgaben und Pflichten wird im Folgenden hingewiesen. **24**

[42] *Kaser*, Ius gentium (1993) 125–134.

[43] Gai. 4.37; *Wolff*, Konkurrenz von Rechtsordnungen (1979) 66–73.

[44] *Kaser*, Ius gentium (1993) 128 f.

[45] *Kaser*, Ius gentium (1993) 128; gegen die Anwendung des „von spätklassischer Reflexion geprägte(n)" Begriffes von *ius gentium* auf die republikanische Rechtspraxis spricht *Wieacker*, RRG I 514 mit Fn. 6.

[46] Ulp. 1 Sab. D. 50.17.2 pr.: *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt* … Dazu statt aller *Peppe*, Civis Romana (2016) 53 f., 301–321.

[47] S. bspw. *Peppe*, Civis Romana (2016) 45 f. anhand des Vergleiches zwischen Cic. off. 1,17,53 und den Angaben der Gai Institutiones.

a. Wehrdienst

25 Zu den beschwerlicheren Pflichten, die einen römischen Bürger trafen, zählte schon seit der Monarchie die Wehrpflicht.[48] Die Armee war seit ihren Anfängen und bis zum Ende der Republik eine Bürgermiliz. In der Frühzeit Roms stellte der Wehrdienst eine unbezahlte Ehrenpflicht dar, die von den wohlhabenden und somit an der Erhaltung des Staates interessierten Teilen der Gesellschaft übernommen wurde. Denn die Grundbesitzer waren diejenigen, die sich im Kriegsfall mit eigenen Mitteln die Ausrüstung stellen sollten.[49] Zum Militärdienst wurden alle männlichen Bürger berufen, die sich zwischen dem 17. und dem 60. Lebensjahr befanden.[50] Als im 4. Jh. v. Chr. die Feldzüge an Dauer und räumlicher Ausdehnung zunahmen, sah man sich vor die Notwendigkeit gestellt, die Struktur der Legionen zu ändern[51] und Soldzahlungen (*stipendia*) einzuführen, die zunächst eher Aufwandsentschädigungen als einen finanziellen Anreiz darstellten.[52] Das änderte sich mit der Umwandlung des Bürger- und Soldatenheeres in eine Berufsarmee im Laufe des 2. und l. Jh.s. Seit diesem Zeitpunkt wurde das *stipendium* eine unentbehrliche Basis für den Lebensunterhalt des Soldaten. Ebenso wichtig wurde die Zuteilung von Ackerland nach seiner Entlassung aus dem Dienst.[53]

26 Die Hilfstruppen (*auxilia*), die bis Ende der Republik den Umständen nach unter den Alliierten rekrutiert wurden, und die aus *peregrini* bestanden, wurden mit der augusteischen Zeit eine ständige Komponente des Heers; zum Zeitpunkt der Entlassung konnte der (bis dahin) nichtrömische Soldat gemeinsam mit seiner Familie das Bürgerrecht erhalten.[54] Die Generäle sicherten sich die Treue ihrer Legionäre daher auch durch das Versprechen der Zuteilung von Ackerland (und den Umständen nach auch des Bürgerrechts) nach der Entlassung. Über die sog. *diplomata militaria* wird später berichtet (→ Rn. 42).

---

[48] *Nicolet*, Citoyen (1979) 122–149; *Cascarino*, Esercito romano (2007) 30–125; *Southern*, Roman Army (2006) insb. 87–97.

[49] *Nicolet*, Citoyen (1979) 126; *Le Bohec*, Art. Heerwesen, 229.

[50] *De Martino*, Storia I 326–330; *Wieacker*, RRG I 226–229; *Brizzi*, Guerriero (2002) 29–54.

[51] Die ursprüngliche, griechisch geprägte Hopliten-Phalanx, die in drei Tausendschaften unterteilt war, und die am Ende des 5. Jhdts. v. Chr. verdoppelt wurde, wurde am Anfang des 4. Jhdts. v. Chr. durch die sog. ‚Manipularodnung' [redacted] in eine flexiblere Form umwandelt: *Delbrück*, Geschichte der Kriegskunst I (1900) 279–286; *Kubitschek*, RE 12.1 (1924) 1199–1201; *Gilliver*, Art of War (1999) 25–28; *Brizzi*, Guerriero (2002) 29–54. Tac. Hist. 4.78.

[52] Liv. 4.59–60.

[53] Über die Heerreformen des Gaius Marius und seiner Nachfolger s. insbes. *Gabba*, Esercito (1973) 20–70; *De Blois*, Roman Army (1987) 11–13, 40–54; Giuffre, Res militaris (1996) 109–151; *Brizzi*, Guerriero (2002) 137–149. Zu den Landverteilungen an Veteranen während der ausgehenden Republik s. insb. *Keppie*, Veteran Settlement (1983) 127; *David*, Romanizzazione (2002) 156–160.

[54] *Brizzi*, Guerriero (2002) 139–143.

b. *Ius suffragii*

Ein römischer Bürger zu sein, heißt auf Ebene des ■ 'Staatsrechtes' und zur Zeit der römischen Republik u. a., das aktive Wahlrecht (*ius suffragii*) in den römischen Volksversammlungen zu haben. Die Wahlberechtigten wurden von den *censores* in die römischen Bürgerlisten eingetragen. Jeder männliche römische Bürger erlangte mit dem 16. Lebensjahr das aktive Wahlrecht: Ihm wurde dadurch erlaubt, in der Volksversammlung seine Stimme abzugeben. Sowohl zu den Tributkomitien (welche die niederen Beamten wählten) als auch zu den Zenturiatskomitien (die für die Wahl der höheren Beamten sowie für die *leges centuriatae* und die Kapitalverbrechen zuständig waren) war der Zugang nur denjenigen Bürgern zugelassen, die ein gewisses Einkommen bzw. einen Mindestbesitz besaßen. Ursprünglich war die Notwendigkeit, finanzielle Mittel zu haben, mit der Möglichkeit der Ausrüstung verbunden: Nur diejenigen, die vermögend genug waren, um sich mit eigenen Geldern auszurüsten, durften den Zenturiatskomitien angehören.[55] Trotz der allmählichen Änderung des Heeres hin zu einer Berufsarmee, änderte sich im Laufe der Republik das Wahlsystem im Rom nicht wesentlich von der ursprünglichen, timokratischen Struktur (→ Rn. 13). Dieses Prinzip wurde auch in die Bürgermunizipien und -kolonien ‚exportiert', die im Laufe der Zeit innerhalb Italiens und des Reichs entstanden.[56] **27**

c. *Ius honorum*

Ein gewisses Mindesteinkommen war auch (von alters her) Voraussetzung, um für eine Magistratur zu kandidieren und gewählt zu werden. Nach Cicero (*Cluent.* 120) habe eine große Anzahl an Gesetzen das Thema behandelt: Die meisten uns bekannten **28**

[55] Dabei galt das aristotelische Prinzip der ‚Gleichheit nach dem Wert' (Et. Nic. 5,6–7): In dieser Hinsicht ist das Gerechte das Gleiche (τὸ ἴσον), allerdings das proportional Gleiche. Nach diesem System bekommt nicht jeder genau gleich viel (wie bei der ‚arithmetischen Gleichheit', oder ‚Gleichheit nach der Zahl'), sondern entsprechend dem jeweils eigenen Wert oder Verdienst. Nach genanntem Prinzip waren die reichsten Bürger, die sich am besten ausrüsten konnten und daher am häufigsten und in den gefährlichsten Reihen im Kampf waren, auch diejenigen, denen in den Wahl- und Gesetzesversammlung die letzte Entscheidung vorbehalten war: s. insb. *Nicolet*, Citoyen (1979) 126; *Gabba*, Esercito (1973) 20–70; *De Blois*, Roman Army (1987) 22–39; *Lamberti*, Romanización (2009) 20–24. Das Wahlsystem ist in der Weise strukturiert, dass nicht die Stimme des Einzelnen zählt, sondern das Prinzip des Gruppenvotums gilt. In den einzelnen Zensusklassen waren die Bürger ungleich verteilt, die Ritterzenturien und die Zenturien der ersten Klasse hatten weitaus weniger Angehörige als die Zenturien der folgenden Klassen. Weil bei den Abstimmungsvorgängen diese auch als erste ihr Votum (ein Gruppenvotum) abgaben, lag das Gewicht der Entscheidung ganz in den Händen der ersten beiden Zensusklassen und der 18 *centuriae* der Reiter; d. h., dass die Gruppen der begüterten *equites* und der wohlhabenderen Bürger der ersten und zweiten Klasse ein quantitatives Übergewicht ihrer Zenturien gegenüber denen der anderen Wahlgruppen hatten.

[56] Zur Schatzung (*census*) der Halbbürger (*cives sine suffragio*) in Rom in der Republik, der *socii nominis Latini* und der Bundesgenossen in ihrer Heimatgemeinde, s. insb. *Mommsen*, Staatsrecht III, 585 ff., 615 ff., 694 ff.; *Humbert*, Municipium (1978) insb. 310–325.

Regeln betreffen die Gründe, aus denen man von dem passiven Wahlrecht ausgeschlossen werden konnte. Nichtbürger waren selbstverständlich nicht wahlberechtigt. Darüber hinaus ausgeschlossen – obwohl römische Bürger – waren Frauen,[57] *cives sine suffragio*,[58] Freigelassene,[59] diejenigen, die gewisse Berufe innehatten[60] oder gewisse Priesterämter ausübten,[61] die körperliche Mängel aufwiesen[62] oder wegen bestimmter Straftaten oder Insolvenz verurteilt worden waren.[63]

d. *Tributa*

29 Was die Steuerpflicht anging, kannte die republikanische Zeit keine feste und periodische Einkommenssteuer. Ab dem Krieg gegen Veii (406–396 v. Chr.) verfestigte sich jedoch der Brauch, bei jedem Bürger je nach dem eigenen Zensus ein *tributum* zu fordern, nachdem der Senat den Soldaten ein *stipendium* zugeteilt hatte.[64] Es war eine *ad hoc* Abgabe, die jeder wohlhabende Bürger beim Bevorstehen eines Krieges dem *aerarium populi Romani* auf der Grundlage des eigenen Einkommens zahlte. Aufgrund der Zunahme der Eroberungskriege Roms kam es im Laufe der Republik zu häufigeren Geldbelastungen der *cives*. Ab dem Jahre 167 v. Chr., im Zusammenhang mit dem Ende des mazedonischen Krieges, der eine gewaltige Beute eingebracht hatte, entschied der Senat, kein *tributum* mehr zu fordern.[65] An sich war die Entscheidung zwar langfristig gedacht, sie führte aber trotzdem nicht zu einer endgültigen Abschaffung des *tributum*: Sowohl Caesar als auch die Triumvirn erhoben Steuern in Rom und in ganz Italien.[66]

---

[57] Ulp. 1 Sab. D. 50.17.2 pr. *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt* …. *Lamberti*, El Cisne II 195–196; *Peppe*, Civis Romana (2016) insb. 301–321.

[58] Paul.-Fest. p. 117 L (s. v. municeps).

[59] *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 54 f.: „Die Tatsache, dass in den Fasten die *Praenomina* auch der Großväter der Magistrate verzeichnet zu werden pflegten, zeigt unmißverständlich, daß für die Zulassung zur Ämterbewerbung der Nachweis zweier Vorfahren gefordert wurde, die frei sein mußten, da ja ein Sklave im Sinne des Rechts weder Vater sein noch einen Vater haben konnte".

[60] Es handelte sich bspw. um jene, die noch zur Zeit ihrer Kandidatur ein Gewerbe betrieben oder Lohnarbeit leisteten, denn die bezahlte Arbeit wurde als ‚schmutzig' (*sordidus*) empfunden (*Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 55); der Ausschluss von *praecones* (Ausrufer), *libitinarii* (Bestattungsunternehmer) und *dissignatores* (Platzanweiser im Theater oder Ordner von Leichenzügen oder Kampfspielen) wird auch für Rom aus den Vorschriften der *tab. Her.* 105 (*quei praeconium, dissignationem libitinamve faciet, dum eorum quid faciet* …) hergeleitet: *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 55 m. Fn. 6.

[61] So war z. B. der *rex sacrorum* von der politischen Szene ausgeschlossen (Plut. Quaest. Rom. 63; Dion. Hal. 5,1,4). Ausnahmen sind in der Kaiserzeit bezeugt: *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 56 m. Fn. 7; was den *flamen Dialis* hingegen angeht, scheinen diese Priester schon früh zu den Magistraturen zugelassen worden zu sein: Liv. 31,50,7 ff. (Aedilität des Valerius Flaccus, 200 v. Chr.).

[62] *Mommsen*, Staatsrecht I, 494.

[63] *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 57–59.

[64] Varr. *l.L.* 5.36.181; Liv. 4.59.11; 5.4.3 ff.

[65] Plin. *nat.* 33,3(17),56; Val. Max. 4,3,8; Plut. Aem. Paul. 38.1; Cic. off. 2,22,76.

[66] *Spagnuolo Vigorita/Mercogliano*, ED 45 (1992) 85–105.

Trotzdem sollte die Möglichkeit, ab 167 v.Chr. als römischer Bürger von der Steuerzahlung befreit zu sein, viele *socii* und Latiner nach Rom locken.[67] In der Kaiserzeit wurden von den römischen Bürgern in Italien zwar gewisse Steuern (wie die Erbschaftssteuer, *vicesima hereditatum*, und die Freilassungssteuer, *vicesima manumissionum*) erhoben, aber anscheinend blieben die italischen Grundstücke, die im Eigentum römischer Bürger waren, steuerfrei: Im offiziellen Diskurs wurde häufig die Steuerfreiheit (*immunitas*) als fundamentaler Bestandteil des römischen Bürgerrechts dargestellt.[68]

e. *Provocatio ad populum*

Während in Kriegszeiten der Feldherr, als Inhaber des Imperiums, den rebellierenden **30**
Bürger bis ins 2. Jh. v. Chr. nach eigenem Ermessen bestrafen und sogar töten konnte (um die Disziplin in kritischen Momenten aufrechtzuerhalten), war dieser daran in Friedenzeiten (*domi*) gehindert.[69] Jeder römische Bürger, der vom Magistrat mit einer Strafe gegen Leib und Leben bedroht wurde (im Rahmen der ihm zugemessenen Zwangsgewalt, *coercitio*), ohne dass ein gerichtliches Urteil vorangegangen war, konnte ‚das Volk anrufen' (*provocatio ad populum*). Dieses Recht entstand wahrscheinlich im Laufe der Ständekämpfe zwischen Patriziern und Plebejern[70] und wurde als Mittel gegen die Willkür der patrizischen Magistrate (*consules* und *praetores*) im Jahr 300 v. Chr. durch eine *lex Valeria* (*de provocatione*) rechtlich endgültig anerkannt.[71] Es ist uns keine gerichtliche Entscheidung der Komitien über Provokationsfälle überliefert: Dies wird i. d.R. auf die Tatsache zurückgeführt, dass die Androhung von strengen Strafen wegen der Hinrichtung von nicht Verurteilten eine ausreichend abschreckende Wirkung auf die Magistrate hatte, um sich Missbräuchen ihrer Gewalt zu enthalten.[72] Das Provokationsrecht galt ursprünglich nur innerhalb Roms und war Ausländern versagt. Man nimmt jedoch an, dass durch drei *leges Porciae* (aus den J. 198–195 v.Chr.) die Provokation auch auf den außerstädtischen Bereich, auf Italien und die Provinzen

[67] *Lamberti*, in: Periñán Gómez, Ciudadanía (2010) 54–55.

[68] Cass. Dio. 55.25–27, 56.28; *Cerami*, Diritto finanziario (1997) 20–22; *Lehne*, BRGÖ (2013) 473–474.

[69] S. insb. *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 168.

[70] Liv. 1,26.2–8; 2,8,1–2; 2,55.4–7; 3.56.5–8; Cic. *rep.* 2,53–54. Durch die *provocatio* konnte ein Plebejer, „der vom patrizischen Magistrat mit Tötung bedroht wurde, die Masse der Plebs" um Beistand anrufen: „Schloss sich diese demonstrativ dem Hilferuf an, so wird der Magistrat es nicht mehr leicht gewagt haben, sich darüber hinwegzusetzen": *Kaser*, RRG 42.

[71] Liv. 10.9.3–6. S. dazu insb. *Bleicken*, SZ 76 (1989) 324–377; *Kunkel*, Kriminalverfahren (1962) 24–33, 131; *Martin*, Provokation, 72–96; *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 166–168 (die die Tatbestände der körperlichen Züchtigung zwischen Auspeitschung mit Ruten und bloßen Stockschlägen unterscheiden und danach ihre Interpretation der Wirkung der *lex Valeria* und der *leges Porciae* richten).

[72] *Kaser*, RRG 42; anders *Martin*, Provokation, 86–88.

ausgeweitet wurde,[73] so dass der dort lebende oder weilende römische Bürger gegen die militärische *coercitio* der Feldherren oder Promagistrate geschützt war.[74] In der Kaiserzeit wandelte sich dieses Recht in eine Art '*appellatio ad Caesarem*', wie sie sich aus dem Bericht von Act. Apost. 25.1–12 über den Prozess des Apostels Paulus ergibt: Bei der Befragung seitens des Statthalters von Iudaea appellierte Paulus und forderte, dass vor dem kaiserlichen Gericht prozessiert werde.[75] Als römischem Bürger gewährte ihm das Recht anscheinend die Möglichkeit, nach Rom geschickt zu werden und der kaiserlichen Gerichtsbarkeit unterstellt zu werden.

3. Die privatrechtliche Seite des Bürgerrechts

31 Der römischen Bürgergemeinde anzugehören, brachte auch auf privatrechtlicher Ebene Rechte und Vorteile einerseits, Pflichten andererseits mit sich. Dabei waren z. T. auch Frauen Inhaberinnen von Vermögensrechten, wobei deren Ausübung gewissen Grenzen unterstellt war. Im Folgenden wird nur auf die wichtigsten Seiten des Bürgerrechts in privatrechtlicher Hinsicht hingewiesen.

a. *Connubium*

32 Die schon erwähnte Fähigkeit, mit einer bestimmten Person (u.U. ein/e Ausländer/in) eine von Rom anerkannte Ehe einzugehen, das *connubium*, war auf privatrechtlicher (aber mit Wirkungen auch auf öffentlich-rechtlicher) Ebene grundlegender Teil der bürgerlichen Freiheiten (→ Rn. 15/16).[76] Die damit eingegangene Ehe war nach römischem Recht gültig. Die aus *iustae nuptiae* von einem römischen Vater geborenen Kinder kamen frei und mit römischem Bürgerrecht zur Welt; sie fielen als *filii in potestate* unter die väterliche Gewalt (→ Rn. 33).[77] War das Kind außerhalb einer legitimen Ehe (*vulgo conceptus*) gezeugt worden, erhielt es ebenfalls das Bürgerrecht, falls

[73] Cic. rep. 2,54; Rab. 4,12; Cic. Verr. II 5,63,163; Sallust. Catil. 51.

[74] Diese Auslegung stützt sich auf eine Münze des *triumvir monetalis* Porcius Laeca, die auf die Gesetze eines Vorfahrens des Münzmeisters anspielt. Der Denarius stellt einen Gerüsteten dar, der seine Hand nach einem *togatus* austreckt. Die Beischrift *provoco* sei als der Beweis zu interpretieren, dass private Bürger, die sich im Bereich eines Feldherren oder Magistrats befanden (aber nicht als Soldaten ihm untergeordnet waren) aufgrund des porzischen Gesetzes das Recht hatten, sich gegen den Vollzug einer Strafe gegen Leib und Leben zu wehren. Ein Überblick der unterschiedlichen Meinungen bei *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 168–170.

[75] Act. Apost. 25.9–12 in Verbindung mit Ulp. off. procons. D. 48.6.7 und Paul sent. 5.26.1. Dazu statt aller *Mandas*, Processo (2017) 193–211; *Peppe*, Paolo di Tarso (2018) 13–28.

[76] Ulp. reg. 5.3: *Connubium est uxoris iure ducendae facultas.*

[77] Römischer Bürger zu sein, impliziert die Inhaberschaft des *conubium*: Liv. 4,3,4: *conubium petimus, quod finitimis externisque dari solet; nos quidem civitatem, quae plus quam conubium est, hostibus etiam victis dedimus.* Dazu insb. *Albanese*, Persone (1979) 178 f. mit Fn.; zuletzt *Giunti*, in: Storti, Legalità (2016) 1–20.

die Mutter zur Zeit der Geburt römische Bürgerin war.[78] Von dieser Regel entstanden mit der Zeit einige Ausnahmen, insb. durch eine *lex Minicia* der spätrepublikanischen oder augusteischen Zeit:[79] Das minizische Gesetz sah vor, dass das Kind aus einer Mischehe ohne *connubium* (auch mit Latinern der alliierten Gemeinden) auch dann Nichtbürger war, wenn die Mutter römische Bürgerin war.[80] Während der Republik, ab der *lex Canuleia* (445 v. Chr.), die das Eheverbot zwischen Patriziern und Plebejern abschaffte, bestand zwischen römischen Bürgern, die keine enge Verwandtschaft untereinander hatten,[81] kein substantielles Eheverbot mehr. Auch wurden die Ehen zwischen Freigeborenen und Freigelassenen, obwohl solche Partnerschaften sittlich und gesellschaftlich nicht gebilligt wurden, rechtlich nicht sanktioniert; erst seit Augustus erklärte die *lex Iulia et Papia* die Ehen zwischen Mitgliedern des Senatorenstandes und Freigelassenen für unwirksam.[82] Das *connubium* mit den Römern wurde den Halbbürgern (*cives sine suffragio* → Rn. 18) nur Kraft besonderer Verleihung durch Rom gewährt.[83] Auch Latiner jüngeren Rechts und Peregrine bedurften einer gesonderten Verleihung.[84]

b. *Patria potestas*

Aus privatrechtlicher Sicht stellte in den Augen der römischen Bürger wahrscheinlich **33**
die Hausgewalt über die (natürlichen und Adoptiv-)/Kinder (*patria potestas*) die typischste und wichtigste Befugnis dar: Gaius bezeichnete sie als ein typisches Erzeugnis

[78] Ulp. 27 Sab. D. 1.5.24: *Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit;* Ner. 3 membr. D. 50.1.9: *Eius, qui iustum patrem non habet, prima origo a matre eoque die, quo ex ea editus est, numerari debet*; insb. Gai. 1.67: *Item si civis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit … et filium procreaverit, hic non est in potestate eius, quia ne quidem civis Romanus est, sed aut Latinus aut peregrinus … quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit.* S. insb. *Albanese*, Persone (1979) 178–182; *Peppe*, Civis Romana (2016) 177–188.

[79] Aufgrund der unterschiedlichen Interpretationen der Bedeutung und des Anwendungsbereichs der *lex Minicia* gestalten sich die Hypothesen hinsichtlich der Datierung und des Gesetzeskontextes unterschiedlich. Statt aller *Barbati*, RDR 12 (2012) 1–46.

[80] Gaius Inst. 1.78–79; *Kaser*, RPR I.280 m. Fn.; *Luraschi*, Foedus 252–257; *Buongiorno*, s. v. Lex Minicia, HAS II (2017) 1775 f.; *Barbati*, RDR 12 (2012) 1–46; *Peppe*, Civis Romana (2016) 179–183.

[81] Gai. 1.58,59: ⟨*Nec tamen omnes nobis uxores ducere licet:*⟩ *nam a quarundam nuptiis abstinere debemus.* 59. *Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, velut inter patrem et filiam vel inter matrem et filium vel inter avum et neptem* ⟨*vel inter aviam et nepotem*⟩*; et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur.*

[82] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 40–61.

[83] S. bspw. in Bezug auf die Campaner Liv. 23,4,7: *conubium vetustum multas familias claras ac potentes Romanis miscuerat.* Den Anagninern (in der Interpretation von *Mommsen*, Staatsrecht III, 573, 577) wurde dieses Recht nicht gewährt (Liv. 9,43: *Anagninis … civitas sine suffragii latione data, concilia conubiaque adempta et magistratibus praeterquam sacrorum curatione interdictum*).

[84] *Sherwin-White*, Citizenship (1973) 103 f., 107.

des römischen Rechts[85] (→ § 34 Rn. 6). In der Republik bewirkte die Ehe eines römischen Bürgers mit einer (römischen oder ausländischen) Frau, mit der das *connubium* bestand (*iustum matrimonium*, → § 34 Rn. 15/16), gerade den Erwerb der Hausgewalt über die Kinder und die Weitergabe der Freiheit und des Bürgerrechts an die *legitima proles*.[86] Von der *patria potestas*, ebenso wie von Einrichtungen, die typischerweise auf männliche römische Bürger beschränkt waren, wie die Adoption und die Vormundschaft, waren römische Frauen ausgeschlossen.[87]

c. *Adrogatio* / *adoptio*

34 Um im Falle des Fehlens von erbberechtigten Abkömmlingen, Namen, Familienkulte und Vermögen zu übertragen, konnte sich der römische *pater familias* einer Annahme an Kindes statt bedienen. Dies geschah in der ältesten Zeit durch die Annahme eines anderen *pater familias* an Kindes statt (*adrogatio*) (→ § 34 Rn. 20/23). Nach der Zeit des Zwölftafelgesetzes (und spätestens ab der mittleren Republik) setzte sich – mit ähnlichen Zielsetzungen wie die *adrogatio* – die Adoption eines fremden Hauskindes (*adoptio*) durch (→ § 25 Rn. 20–25). Auf diese Art und Weise gelang es mehreren römischen Familien, einen jahrhundertelangen Fortbestand zu haben,[88] mit der Folge eines epochenüberschreitenden Beibehaltens des sozialen und politischen Einflusses und der familiären Netzwerke und Lobbys.[89]

d. Erbrecht

35 Erblasser nach römischem Recht durften nur römische Bürger sein – darunter auch Frauen und Freigelassene[90] –, die auch *sui iuris* waren.[91] Die Fähigkeit, einen römischen

[85] Gai. 1.55: *ius proprium civium Romanorum … fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, quam nos habemus.*

[86] Gai. 1.76: … *si civis Romanus peregrinam cum qua ei conubium est uxorem duxerit, sicut supra quoque diximus, iustum matrimonium contrahitur; et tunx ex his qui nascitur, civis Romanus est et in potestate patris erit.*

[87] Zumindest im Hinblick auf die Vormundschaft gilt jedoch nach wie vor die Feststellung, dass, wenn man „in die Quellen aus der Praxis, besonders in die nichtjuristischen Schriftsteller, die Inschriften und die Papyri" blickt, „so zeigt sich, dass von diesen Regeln verschiedentlich abgewichen wurde" (*Kaser*, RPR I.215). S. in der Sache zuletzt *Gagliardi*, Index 40 (2012) 423–425; *Peppe*, Civis Romana (2016) 318–321.

[88] *Kaser*, RPR 1.66.

[89] Ab der mittleren Republik war die oligarchische Macht auf wenige prominente Familien verteilt, die ihre Nachkommen immer wieder an die Spitze der Stadt bringen konnten. Bei Cic. leg. agr. 2,100 ist von Konsuln *in cunabulis … facti* (schon in der Wiege ernannt) die Rede; vgl. Sallust. Iug. 63.6: *etiam tum alios magistratus plebs, consulatum nobilitas inter se per manus tradebat.* Dazu u. a. *Nicolet*, Citoyen (1979) 302; *Brunt*, JRS 72 (1982) 1–17; *Burkhardt*, Historia 39 (1990) 77–99.

[90] Epit. Gai. 1.1.4. Einschränkungen galten ab der frühen Kaiserzeit für die sog. *Latini Iuniani*: Gai. 1.22–24.

[91] *Voci*, DER I 388.

Bürger (oder eine Bürgerin) zu beerben, war den Latinern (mit Ausnahme der *Latini Iuniani*) aber nicht den *peregrini* gewährt.[92] Nichtrömer konnten ursprünglich durch Fideikommiss *mortis causa* erwerben. Schon vor der Zeit Kaiser Hadrians wurde dies jedoch verboten; ab Hadrians Zeit gewährte man dem *fiscus Caesaris* die Fähigkeit, Fideikommisse zugunsten von *peregrini* zu vindizieren und einzuziehen.[93]

e. *Tutela* und sonstige *munera civilia*

Eine privatrechtliche Pflicht (mit öffentlich-rechtlicher Bedeutung), die häufig römi- **36**
sche Familienväter traf, war die Vormundschaftspflicht (→ § 31 Rn. 39–51). Es handelte sich um eine wichtige Schutzgewalt, die einem römischen Bürger, der *sui iuris* sein sollte, gegenüber einem Unmündigen oder einer Frau im Falle der Vormundschaft (*tutela impuberum*, *tutela mulierum*), und gegenüber einem Geisteskranken oder einem Verschwender (*cura furiosi*, *cura prodigi*) im Falle der Pflegschaft, unter Erfüllung gewisser Bedingungen anvertraut wurde. In den römischen Quellen werden diese Pflichten als ‚bürgerliche' *munera* oder *officia*, private Dienste im Interesse der Öffentlichkeit bezeichnet.[94] Auch andere Arten der Pflegschaft (*cura ventris*, usw.) wurden in der Spätklassik unter die sog. *munera personalia civilia*[95] gezählt.[96] Denn die Aufrechterhaltung von Familienvermögen und die verantwortungsbewusste Führung der Rechtsangelegenheiten der schwächeren oder daran gehinderten Personen (*mulieres*, *impuberes*, *furiosi*, *prodigi*, *absentes*) wurden seitens der *civitas* – wahrscheinlich auch aufgrund der antiken timokratischen Struktur des römischen Stadtstaates (→ Rn. 13) – als eine im öffentlichen Interesse zu erledigende Aufgabe angesehen.

In der Kaiserzeit wurde ein größeres Augenmerk auf die Erledigung städtischer **37**
Liturgien (*munera patrimonialia* u. *personalia*) und öffentlicher städtischer Ämter durch römische Bürger, die in einer Provinz des Reiches lebten, gelegt. Dementsprechend stieg seitens der reichen, verpflichteten Bürger auch die Tendenz, nach *vacationes*

---

[92] *Voci*, DER I 408 f.

[93] Gai. 2.185.

[94] S. bspw. Gai. 12 ed. prov. D. 26.1.16 pr.: *Tutela plerumque virile officium est*; Ner. 3 reg. D. 26.1.18: *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est* … Spätestens ab der Zeit der Einführung der amtlich bestimmten Vormundschaft (*tutela Aquiliana*) trat der Aspekt der treuhänderischen Verwaltung und der Erhaltung des Mündelvermögens in den Vordergrund. S. zuletzt dazu *Viarengo*, Tutela (2015) 3 ff. Zu den *munera* im Allgemeinen, *Corbier*, s. v. Munus, DNP 8 (2000) 483–486.

[95] Oder unter die *munera publica* im Sinne einer Definition des Pomp. l. S. ench. D. 50.16.239.3 (*Munus publicum est officium privati hominis ex quo commodum ad singulos universosque cives remque eorum imperio magistratus extraordinarium pervenit*); s. auch Frg. Vat. 247. Nach *Grelle*, Labeo 7 (1961) 318, verwenden die Quellen der späten Kaiserzeit die Terminologie *munera civilia*, um die gesamten Verpflichtungen der (wohlhabenden) Einwohner der eigenen Gemeinde gegenüber zu bezeichnen, und solche von den *munera militaria* zu unterscheiden.

[96] Her. 1 iur. epit. D. 50.4.1.2. Dazu u. a. *Corbier*, s. v. Munus, DNP 8 (2000) 483 f.

und *excusationes* zu suchen.[97] Als eine der wichtigsten Verpflichtungen eines römischen Bürgers im Rahmen des privaten Rechtsschutzes sowohl in der Republik als auch im frühen Prinzipat sollte man die Verpflichtung, als Richter (*iudex*) im Legisaktionen- und Formularverfahren zu fungieren, erwähnen, welche die Juristen auch ausdrücklich als *munus* (*publicum*) definieren.[98]

4. Der prozessuale Schutz

38 Ursprünglich wurden Freie, die i. d.R. auch römische Bürger waren, zum prozessualen Schutz zugelassen. Es wird jedoch von vielen zu Recht vertreten, dass sehr früh auch Latiner und Peregrine mit *commercium*[99] (→ Rn. 16) zum Legisaktionenprozess (→ § 9 ■) zugelassen wurden.[100] Denn auch die Norm des Zwölftafelgesetzes *adversus hostem aeterna auctoritas esto* (XII Tav. 6.4) bezeugt die Möglichkeit von *mancipationes* und *vindicationes* mit Peregrinen (*hostes*).[101] Seit dem 3. Jh. v. Chr. öffnete man allgemein auch Nichtrömern das römische Verfahren: Ab dem Jahr 242 v. Chr. wurde ein besonderer Peregrinenprätor ernannt, der für Klagen zuständig war, bei denen wenigstens eine der Parteien nicht über das römische Bürgerrecht verfügte (→ Rn. 16; § 10 Rn. 5 f.).[102] Der Zugang zum gleichen prozessualen Rechtsschutz, wie ihn die römischen Bürger genossen, brachte die Möglichkeit mit sich, die kommerziellen Transaktionen zu intensivieren und auch Fremden Rechtssicherheit im römischen Bereich zu gewähren: Es handelte sich um einen der wichtigsten Wege der Romanisierung Italiens, angesichts der Tatsache, dass die Handelsbeziehungen die häufigsten Berührungspunkte zwischen Bürgern und Nichtbürgern darstellten. Durch den Zugang zu der Jurisdiktion des Fremdenprätors war es den Peregrinen möglich, auf eine ganze Reihe von Rechtsverhältnissen zuzugreifen, ohne dass ein besonderer internationaler Vertrag (*foedus*) (→ Rn. 15) zwischen der eigenen Gemeinde oder Staat und Rom bestehen musste.[103] Seit der Einrichtung der Fremdenprätur entwickelte das römische Recht eine Reihe von Rechtsinstituten, die *allen* Menschen (Bürgern und Nichtbürgern) zugänglich waren.[104]

---

[97] *Sirks*, Hom. d'Abadal 79–112; *Corbier*, s. v. Munus, DNP 8 (2000) 483 f.

[98] Paul. 16 Plaut. D. 5.1.78: *Quippe iudicare munus publicum est.* S. statt aller *Lambrini*, Titius iudex esto, insb. 314–315.

[99] Statt aller *Kaser*, RP I, 35 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 61 f. mit Fn.; *Maffi*, ED 43 (1990), insb. 1141–1142.

[100] *Guarino*, Orig. 268 m. Fn. 18, 279; *Kaser/Hackl*, RZ 61 mit Fn. 8–13.

[101] *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 99; *Wieacker*, RRG I 266 mit Fn. 139; *Kaser/Hackl*, RZ 62 Fn. 15; *Cursi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 351–356.

[102] Von manchen Autoren wird die Fähigkeit von *lege agere* für *peregrini* in Zweifel gezogen: *Serrao*, Iurisdictio (1954) 5, 167 ff., 188; *Pugliese*, PC I 125 ff.; *Di Lella*, AAN 95 (1984) 268 f.; im bejahenden Sinne hingegen *Frezza*, Ius gentium, insb. 618–624; (mit *caveat*) *Kaser/Hackl*, RZ 61 f. mit Fn.; *Capogrossi Colognesi*, Cittadini (2000) 50–57.

[103] *Maffi*, ED 43 (1990), 1143.

[104] Unter anderem gehörten hierher: der formfreie Kauf (*emptio venditio*) und die formfreie

39 In Bezug auf die römische Herrschaft außerhalb Italiens wurde die ordentliche (und später die außerordentliche) Gerichtsbarkeit von römischen Statthaltern ausgeübt. Die *praesides* (bzw. *proconsules*) erließen in der jeweiligen Provinz allgemeine Vorschriften für die Ausübung der Justiz: Diese galten sowohl für die Einwohner der Provinz, die kein Bürgerrecht besaßen, als auch für die Rechtsstreitigkeiten, an denen römische Bürger beteiligt waren. In Sizilien beispielsweise gingen solche Regelungen auf eine sog. *lex Rupilia* zurück, eine Reihe von Vorschriften, die der Prokonsul Publius Rupilius über ein Jahrhundert nach der Errichtung der Provinz im Jahre 132 v. Chr. erlassen hatte.[105] Das Edikt des Prokonsuls Quintus Mucius Scaevola für die Provinz Asia Minor (aus dem Jahr 121 v. Chr.) diente den nachfolgenden Statthaltern als Vorbild, wie es sich auch aus den Angaben Ciceros für sein zilizisches Edikt ergibt.[106] Seit der augusteischen Reform der Provinzialverwaltung wurden in die sog. senatorischen Provinzen *proconsules* entsandt, die z. T. die Gerichtsbarkeit selbst ausübten, z. T. diese Funktion an Magistrate prätorischen Ranges, die *legati proconsulis pro praetore*, delegierten (Pomp. 10 ad Q. Muc. D. 1. 16.13);[107] in die sog. kaiserlichen Provinzen (die *provinciae Caesaris*) wurden *legati Augusti pro praetore* entsandt; in eine dritte Gruppe von Provinzen, bei denen der Kaiser als ‚direkter Herrscher' (und direkter Nachfolger der bisherigen Herrscher) auftrat, und die stärker unter seiner Kontrolle standen, wurden *praefecti Augusti* (wie z. B. der *praefectus Aegypti*) oder *procuratores* entsandt.[108] Auch was die Zuständigkeit der Statthalter angeht, wird von der Mehrheit der Autoren eine augusteische Reform vermutet, die insbesondere in Zivilsachen eine konkurrierende Gerichtsbarkeit der römischen und latinischen Städte (*municipia* und *coloniae*) vorgesehen haben dürfte. Die städtischen Magistrate waren an das Edikt des Prätors bzw. des Statthalters gebunden; sie konnten Geschworene einsetzen, Prozessformeln erteilen und konnten nach besonderer Verleihung auch andere jurisdiktionelle Maßnahmen ergreifen.[109] Die Nichtbürger, die in solchen Gemeinden ansässig waren, konnten sich ebenso wie die dort lebenden römischen Bürger oder Latiner z. T. wahlweise an den örtlichen Magistrat oder den römischen Statthalter im Rahmen seines *conventus* wenden, um prozessualen Schutz zu erhalten.[110]

Eigentumsübertragung (*traditio*), die sog. *stipulatio iuris gentium*, das Garantieversprechen in Form der *fidepromissio*: Man bezeichnete im Allgemeinen das für Bürger und Nichtbürger gleichermassen geltende Recht – spätestens ab dem Ende der Republik – als *ius gentium*. S. dazu in der fast unüberschaubaren Literatur: *Kaser*, Ius gentium (1993); *Baldus*, Vertragsauslegung I, II (1998); *Ziegler*, Völkerrechtsgeschichte (2007) 35, 44 ff.

[105] Cic. Verr. II 2,37,90; ausführlich dazu *Kaser/Hackl*, RZ 167–168 mit Fn.; *Tellegen-Couperus*, OIR 10 (1998) 85–98.

[106] *Peppe*, Labeo 37 (1991); *Maganzani*, St. Nicosia V 1–44.

[107] *Wacke*, SZ 106 (1989) 180–209; *Mantovani*, BIDR. 35–36 (1993–1994) 203–267; *Wesch-Klein*, Provinzen (2006) 133.

[108] *Faoro*, Praefectus (2011) 1–153, 155–209.

[109] *Kaser/Hackl*, RZ 177–180.

[110] S. zuletzt *Lamberti*, in: Haensch, Gerichtswesen (2016) 183–211.

V. Das römische Bürgerrecht in der Kaiserzeit und nach der *constitutio Antoniniana*

40 Ab der Zeit Caesars hatte die Ausbreitung des römischen Bürgerrechts eine neue Dimension erhalten, denn zum ersten Mal hatte man auch in den Provinzen durch eine intensive Kolonisations- und Bürgerrechtspolitik für eine breitere Romanisierung des Westens gesorgt. Als Weg einer nicht drastischen (aber allmählichen) Einführung der eroberten Bevölkerungen in die *civitas Romana* fing man an, mehreren Stadtgemeinden der Insel Sizilien, der *Gallia Narbonensis* und der *Hispania citerior* das latinische Recht zu gewähren (zwischen Caesars und Augustus Zeit):[111] Das *ius Latii*, als *ius adipiscendae civitatis Romanae per honorem*, das schon Pompeius Strabo in den cisalpinischen Gemeinden eingeführt hatte (→ Rn. 18), war eine Art Vorstufe zum römischen Bürgerrecht. Die ersten Kaiser verliehen mehreren Gemeinden der romanisiertesten westlichen Provinzen das *ius Latii*, um nicht unmittelbar (und zu großzügig) die *civitas Romana* zu vergeben und auf diese Art und Weise die führenden Eliten Italiens, die eine zu weite Ausdehnung der *civitas Romana* und der *honores* befürchteten, ruhig zu stellen.[112]

41 Auch die Gründung von römischen Kolonien außerhalb Italiens und die Deduktion von *coloniae Latinae ficticiae* (Titularkolonien) war ab der Zeit des Augustus ein Mittel der Romanisierung samt der Verleihung des Bürgerrechts oder des *ius Latii*. Alle nachhadrianischen Koloniegründungen und auch mehrere der vorhadrianischen Zeit sind fiktiver Natur: Tatsächlich handelte es sich um die Verleihung des Koloniestatus und des zugehörigen Rechts als die höchste Art von Stadtrecht an schon bestehenden Munizipien oder Städte von Nichtbürgern (*peregrini*).[113] Durch die damit verbundene Bürgerrechtsverleihung förderten die Kaiser die Verschmelzung zwischen den lokalen Eliten und dem römisch-italischen Element (den Veteranen und den römischen Bürgern aus ärmeren sozialen Schichten, die als Kolonisten in die Provinzen geschickt wurden).[114] Die Tatsache, dass *coloniae* und *municipia* in größerer Zahl im Westen als im Osten des Imperiums zu finden sind, liegt vorwiegend daran, dass die zahlreichen Poleis des Osten ihre eigene Verfassung im Falle der Umwandlung in eine *colonia* oder ein *municipium* hätten aufgeben müssen und dass sich die lokale Führungsschicht der lateinischen Sprache hätte bedienen müssen, „was ideologisch und faktisch unmöglich war".[115]

---

[111] *García Fernández*, Municipio (2001) 73–124; *Christol*, Pallas 84 (2010) 15–36; *Eck*, in: Lo Cascio/Mantovani (2018) 749 f.

[112] *Giardina*, Italia romana (1997) 1–17, 75–77; *Kremer*, Ius Latinum (2006) 146–148.

[113] *Vittinghoff*, Kolonisation (1952) 63–105; *Barbati*, RDR 12 (2012) 1–46; *Gagliardi*, MEFRA 127 (2015) 353–370.

[114] *Eck*, in: Lo Cascio/Mantovani, Diritto romano (2016) 752–754.

[115] *Eck*, in: Lo Cascio/Mantovani (2018) 758.

Die einzelnen Kaiser – wie schon in der ausgehenden Republik die *imperatores*[116] – verliehen darüber hinaus häufig die *civitas Romana* an einzelne Ausländer und Familiengruppen. Als Beispiele dieser Praxis in der Kaiserzeit seien nur der Fall des Navarchas Seleucos (der dank Octavianus das römische Bürgerrecht samt seinen Eltern, den Kindern und der Ehefrau erhielt)[117] und des Arztes Harpocras genannt, der dank Plinius dem Jüngeren vom Kaiser Trajan die *civitas Romana* empfing.[118] Aus der sog. *tabula Banasitana*, einem ‚Dossier', das Briefe von den Kaisern Marcus Aurelius, Lucius Verus und Commodus enthält, durch die das römische Bürgerrecht einer ganzen Familie aus der *Mauretania Tingitana* verliehen wurde, erfahren wir, dass in Rom ein offizielles Register der Neubürger geführt wurde (*commentarius civitate Romana donatorum*),[119] unter anderem um mögliche Missbräuche und *usurpationes civitatis* zu vermeiden. Ab der Zeit Kaiser Claudius' stellten einen weiteren Weg der Bürgerrechtsverleihung die sog. Militärdiplome dar. Es handelte sich um Urkunden, mit denen Auxiliarsoldaten und Angehörige weiterer Militäreinheiten (wie bspw. den *classiarii*) bestätigt wurde, dass ihnen vom jeweiligen Kaiser die *civitas Romana* und/oder das *connubium* mit dem existierenden Partner verliehen worden war.[120] **42**

Am Ende einer jahrhundertelangen Entwicklung verlieh im Jahr 212 n. Chr. Antoninus Caracalla durch Kaisergesetz (*constitutio Antoniniana*) das römische Bürgerrecht allen freien Bewohnern des Reichs.[121] Der kaiserliche Erlass erhielt ein verblüffend geringes Echo und scheint von den zeitgenössischen Quellen seltsamerweise ignoriert oder unterbewertet worden zu sein.[122] Als einziger Zeitgenosse erwähnte Cassius Dio die *constitutio Antoniniana*, und dies nur, um die fiskalischen und steuerrechtlichen Folgen des Erlasses zu betonen:[123] Insbesondere die Steuereinnahmen aus Freilassun- **43**

[116] Die sich i. d.R. durch Komitialgesetz autorisieren ließen: Liv. 26,33,10; Polyb. 6,14; Cic. pro Balb. 10,25, 24,55.

[117] FIRA I².55 IGLS III 1.718; s. zuletzt *Raggi*, Seleuco (2006) 1–198; FIRA rev. I 393–420; *Marotta*, Cittadinanza romana (2009) 96–98.

[118] Plin. *Epist.* 10.5, 6, 7; *Gonzales*, in: *Ratti*, Antiquité (2002) 35–49; *Marotta*, Cittadinanza romana (2009) 73–76, 86 f.

[119] ILMaroc 94; *Seston/Euzennat*, CRAI 115 (1971) 468–490; *Migliario*, Rendiconti Accademia dei Lincei (1999) 427–457; *Marotta*, Cittadinanza romana (2009) 72 f., 80–83; FIRA rev. 625–641.

[120] *Eck/Wolff*, Heer und Integrationspolitik (1986); *Pferdehirt*, Militärdiplome (2004); *Wolff*, in: Speidel/Lieb, Militärdiplome (2007) 345–372.

[121] P.Giss. I 40; s. auch *Kuhlmann*, Caracalla-Erlasse 217–23; *Marotta*, Cittadinanza romana (2009) insb. 101–131 m. w. Lit. Zuletzt *Imrie*, Antonine Constitution (2018).

[122] Die *Scriptores Historiae Augustae*, Biographen der Kaiser der Severerzeit, sprechen überhaupt nicht von der *constitutio Antoniniana*; Aurelius Victor (im J. 359/360 n. Chr.) schrieb Marcus Aurelius das Verdienst zu, das römische Bürgerrecht den gesamten Einwohnern des Reiches zuerkannt zu haben (Aurel. Vict. de Caesar. 16.12); Johannes Chysostomus am Ende des 4. Jhdts. n. Chr. sprach von Hadrian als Autor des Erlasses (Joh. Chris. Omel. ad Act. Apost. 48.1). *Spagnuolo Vigorita*, Città e impero (1996) 99 f.; *Marotta*, Cittadinanza romana (2009) 101.

[123] Cass. Dio (Xiphilin.) 77(78) 9,4–5: „Caracalla hat die gesamten Einwohner des Reiches nur als Scheinehre zu römischen Bürgern erklärt; er hatte jedoch als Ziel, die Einnahmen des Reichs zu mehren."

gen und Erbfolgen (Steuern, die eben nur die römischen Bürger trafen) seien nach der *constitutio Antoniniana* von 5 auf 10 % gestiegen.[124]

44 Lange ist diskutiert worden, ob die Verleihung des Bürgerrechts an (fast) die gesamte Bevölkerung des römischen Reiches zu einem Kontrast zwischen römischem Recht und lokalen Volksrechten geführt habe. Manche Gelehrten behaupten, dass die lokalen Rechte nach der *constitutio Antoniniana* lediglich rechtswidrig weiterexistiert hätten (oder toleriert wurden).[125] Andere Autoren meinen, dass die Persistenz der lokalen Bräuche ein gänzlich legales Phänomen darstelle, das sich aus einer Art ‚doppelten Bürgerwehrs' (der lokalen und der römischen) ergab.[126] Die Reskripte der römischen Kaiser des 3. Jh.s n. Chr. zeigen zumindest für einige Jahrzehnte nach 212 n. Chr. das Weiterbestehen von lokaler Praxis und entsprechenden Rechtsverhältnissen auf verschiedene Art und Weise.[127] Die Provinzstatthalter haben durch ihre Tätigkeit wahrscheinlich auch zu einem solchen (temporären) Weiterbestehen der örtlichen Bräuche beigetragen. Die Juristen der Kaiserkanzleien haben die verschiedenen Fragen aber auf jeden Fall unter Beachtung des römischen Rechts beantwortet.

VI. Erwerb des römischen Bürgerrechts

1. Durch Geburt

45 Wurde ein Kind in gültiger Ehe gezeugt, so wurde es – wie schon erwähnt – als römischer Bürger geboren, wenn zur Zeit der Empfängnis entweder beide Elternteile das Bürgerrecht besaßen oder der Vater *civis* war und mit der Mutter über das *connubium* verfügte (→ Rn. 32). *Vulgo concepti* folgten dem Status der Mutter.[128] Über die sog. *lex*

[124] Caracalla wollte wahrscheinlich durch diese Massnahme [redacted] der Militärkasse (*aerarium militare*) zu Hilfe kommen, die in große Schwierigkeiten geraten war, und die gerade von den Einnahmen der *vicesima manumissionum* und der *vicesima hereditatum* lebte. Denn aufgrund der außerordentlich stark gestiegenen Personalkosten des Heerwesens infolge einer freigiebigen Solderhöhung und Donationen an die Soldaten geriet der Kaiser in Not und musste neue Einkommensquellen erschließen. Umstritten ist in der modernen Forschung allerdings, inwieweit Cassius Dio in der Sache glaubwürdig ist, denn römische Bürger waren ihrerseits von vielen Steuern befreit, die nur Nichtrömer zu entrichten hatten. *Wolff*, Papyrus I (1976) 28–40; *Spagnuolo Vigorita*, Città e impero (1996) 99 f.; *Marotta*, Cittadinanza romana (2009) 127–130.

[125] Insbes. *Mitteis*, Reichsrecht (1891); *Arangio-Ruiz*, Scr. Carnelutti IV 53–77.

[126] *Schönbauer*, SZ 51 (1931) 277–335; *Schönbauer*, Anz. Ak. Wien. 17 (1949) 343–369; *Segrè*, Iura 17 (1966) 1–26; Contra Talamanca, MEFRA 103 (1991) 732–733.

[127] *Modrzejewski*, Proceedings (1970) 318–377; *Marotta*, Cittadinanza romana (2009) 133–153; *Alonso*, JJP 43 (2013) 351–404.

[128] Ulp. 27 ad Sab. D. 1.5.24: *Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit*; Nerat. 3 membr. D. 50.1.9: *Eius, qui iustum patrem non habet, prima origo a matre eoque die, quo ex ea editus est, numerari debet*; insb. Gai. 1.88: *Sed si ancilla ex cive Romano conceperit, deinde manumissa civis Romana facta sit et tunc pariat, licet civis Romanus sit qui nascitur, sicut pater eius, non tamen in potestate patris est, quia neque ex iusto coitu conceptus est, neque*

Minicia ist schon berichtet worden. In der Kaiserzeit wurde der Bürgerrechtserwerb in mancher Hinsicht durch spezielle Vorschriften der *lex Aelia Sentia* (4 v. Chr.) und von Senatsbeschlüssen der vor- und hadrianischen Zeit erleichtert.[129]

2. Durch *anniculi* und *erroris causae probatio*

Die Vorschriften, die einem *Latinus Iunianus* erlaubten, nach der Ehe mit einer Römerin oder einer Latinerin und der Geburt eines Kindes, das mindestens ein Jahr alt geworden war, aufgrund der *lex Aelia Sentia* samt seiner Familie das Bürgerrecht zu erwerben (*anniculi causae probatio*) und diejenigen, die einem römischen Bürger, der irrtümlich einen Nichtrömer geheiratet hatte, gestatteten, den Irrtum zu beweisen und für das Kind und den Ehegatten das römische Bürgerrecht zu erhalten (*erroris causae probatio*), werden unten ausführlich erörtert (→ § 34 Rn. 27, 28). **46**

3. Durch *manumissio*

Wurde ein Sklave durch einen der drei Akte der *iusta manumissio* freigelassen, so erhielt er sowohl die Freiheit als auch das römische Bürgerrecht: Für ihn galt also ganz besonders das Prinzip, nach dem *libertas* und *civitas* gleichgestellt waren (→ Rn. 4–6).[130] Es handelte sich um die sog. *manumissio vindicta* (die auf einer Nachformung der älteren *in iure cessio* beruhte), die *manumissio censu* (die durch Eintragung des Sklaven durch seinen Herren in die *census*-Listen erfolgte) und die *manumissio testamento* (die im Rahmen eines nach *ius civile* gültigen Testaments erfolgen sollte) (→ § 36 Rn. 65–71). Die Freigelassenen hatten gewisse Einschränkungen in ihrer Rechtsfähigkeit; dafür wurden die nach ihrer Freilassung geborenen Kinder *ingenui* (Freigeborene) und genossen vollen Zugang zu den bürgerlichen und öffentlichen Rechten. Während zur Zeit der früheren und mittleren Republik Freilassungen als Belohnung treuer und vertrauenswürdiger Sklaven verstanden wurden und eine Mittelschicht herstellten, die vorwiegend aus Händlern, Handwerkern, Lehrern, Ärzten und Privatsekretären bestand,[131] wuchs die Zahl der *liberti* ab der ausgehenden Republik und im früheren Prinzipat sehr stark an. Es spielte dabei die Habgier der Herren eine wichtige Rolle, die **47**

---

ex ullo senatusconsulto talis coitus quasi iustus constituitur. S. zuletzt *Peppe*, Civis Romana (2016) 177–188.

[129] S. insb. Gai. 1.29, 30, 31, 32, 32a; 1.55, 56, 57, 66–75.

[130] Es bleibt die Frage offen, ob die Freilassung schon seit alters den Bürgerrechtserwerb mit sich brachte. Zweifelnd u. a. *Levy*, SZ 78 (1961) 142–151; im bejahenden Sinne *Volterra*, St. Paoli 695–716; *Cosentini*, Misc. 201–206; *Masi Doria*, FS Waldstein, insb. 231–240; zuletzt *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 173–180; *Mouritsen*, Freedman (2011) 66–71. Spätestens ab der mittleren Republik bestehen darüber keine Zweifel, wie beispielsweise der oben erwähnte Brief des Philippos V (W. Dittenberger, Sylloge[3] n. 543, insb. Z. 29–34) beweist.

[131] S. u. A. *Treggiari*, Freedmen (1969) 97–169; *Aubert*, Business Managers (1994) 65–128; *Mouritsen*, Freedman (2011) 66–119.

Ansprüche auf die von eigenen Sklaven für die Freilassung bezahlten Gelder hatten, und darüber hinaus z. T. auch die Renommiersucht manch reicher Herren. Aufgrund derartiger unbedachter Freilassungen erhielten immer häufiger minderwertige Personen *libertas* und *civitas*.[132] Aus diesem Grund wurden ab der Zeit des Augustus einschränkende Vorschriften veranlasst. Insbesondere durch die *lex Fufia Caninia* von 2 v. Chr., die *Aelia Sentia* von 4 n. Chr. und die tiberische *Iunia Norbana* von 19 n. Chr. versuchte man, den Massenfreilassungen der Zeit Einhalt zu gebieten. Das erste Gesetz führte Quoten ein, die regulierten, wie viele aus der Gesamtzahl ihrer Sklaven die Herren testamentarisch freilassen dürften (→ § 36 Rn. 53). Die *lex Aelia Sentia* verlangte neben anderen Vorschriften ein Mindestalter für den freizulassenden Sklaven (30 Jahre) und für den freilassenden Herrn (20 Jahre). Gesetzwidrig freigelassene Sklaven erhielten das römische Bürgerrecht nicht, sondern je nach Lage entweder den *status* von *Latini Aeliani* oder denjenigen von *dediticii Aeliani* (→ § 36 Rn. 54). Die *lex Iunia Norbana* aus dem Jahr 19 n. Chr. gab den gesetzwidrig freigelassenen Sklaven den *status* von *Latini coloniarii*; entsprechend wurden sie *Latini Iuniani* benannt (→ § 36 Rn. 76).

4. Durch sog. *ius migrandi*

48 Einige Livius-Stellen,[133] die für *socii Latini nominis* die Möglichkeit erwähnen, mit der Zuwanderung nach Rom das römische Bürgerrecht zu erwerben, haben zur Vermutung geführt, es habe im Bereich des älteren Latiums schon ab der Zeit des *foedus Cassianum* (493 v. Chr.) eine Art der *isopoliteia* unter den Bürgern der zu dem Bündnis gehörenden Gemeinden (mitunter auch Roms) gegeben: Dies würde implizieren, dass schon von alters her den Angehörigen der Gruppe der sog. *Latini prisci* ein Übersiedlungsrecht gewährt wurde.[134] Gegen diese Mindermeinung behaupten die meisten Gelehrten, dass dieses sog. *ius migrandi* in Verbindung mit der Auflösung des alten Latinerbundes (338 v. Chr.) entstanden sei: Erst ab diesem Zeitpunkt hätten die Einwohner der älteren Gemeinden des *nomen Latinum* und der vom latinischen Bund gegründeten *coloniae Latinae*, vorausgesetzt, dass sie ihre Nachkommenschaft (oder mindestens ein Kind) in der Heimatstadt ließen, das Recht gehabt, nach Rom umzusiedeln und nach Eintragung in die dortigen Zensuslisten das römische Vollbürgerrecht zu erwerben (*per migrationem et censum*) (→ Rn. 18).[135] Einige Autoren sehen in Livius' Bericht, der die Jahre 187 und 177 v. Chr. betrifft, den Beweis dafür, dass vor der genannten Zeit

[132] *Kaser*, RPR 1, 296 f.

[133] S. Liv. 39.3.4–6 u. insb. Liv. 41.8.6–12, 41.9.9–12.

[134] *Humbert*, Municipium (1978) 108–110; *Kremer*, Ius Latinum (2006) 32–40.

[135] *Mommsen*, Staatsrecht 3, 635–642; *De Martino*, Storia II 75–78; *Sherwin-White*, Citizenship (1973) 153–158; *Wieacker*, RRG I 368 f.; *Laffi*, Studi di Storia romana e diritto (2001) 45–84; *Laffi*, Athenaeum 105 (2017) 85–105; ▮ Cursi, IVRA 68 (2020); auf den Kontext der Koloniegründungen (insb. nach dem Zweiten Punischen Krieg) weist mit vernünftigem Grund *Coşkun*, Großzügige Praxis (2009) 30 f.

überhaupt kein *ius migrandi* existiert habe, und dass das vermutete ‚archaische' Umsiedlungsrecht eine historiographische Erfindung sei.[136] Angesichts der Tatsache, dass der einzige ausdrückliche Beleg eines behaupteten *ius migrandi* das Zurücklassen einer männlichen Deszendenz forderte, damit der Männerbestand der Heimatgemeinde gesichert blieb, kann man mit großer Wahrscheinlichkeit vermuten, dass dieses Recht eine enge Verbindung mit der Lateinischen Kolonisation Roms hatte und deshalb nach 338 v. Chr. zu datieren ist.[137]

5. Durch *ius adipiscendae civitatis per magistratum*

Wie schon erwähnt, führten die Römer ab dem letzten Jahrhundert der Republik und **49**
dank der sog. *lex Pompeia de Transpadanis* (89 v. Chr.) einen besonderen Weg ein, das römische Bürgerrecht für die Mitglieder der cisalpinen latinischen Städte zu erhalten (→ Rn. 18, 40). Die Einwohner der cisalpinen Gemeinden waren von den Wirkungen der *lex Iulia de civitate* (90 v. Chr.) und jenen anderer Gesetze, die den Einwohnern Italiens das römische Bürgerrecht vergaben, ausgeschlossen geblieben. Dieser Ausschluss konnte potentiell zu Problemen führen, die durch eine juristische Erfindung im Voraus gelöst wurden. Den schon existierenden cisalpinen Städten wurde der Status einer ‚latinischen Kolonie' verliehen. Den Einwohnern dieser ‚Titularkolonien' wurde nicht unmittelbar das römische Bürgerrecht zuerkannt, sondern ein sog. *ius Latii* gewährt, eine ‚Zwischenstufe' zwischen dem ausländischen (peregrinen) Status und dem römischen Bürgerrecht; nur diejenigen Angehörigen der Kolonie, die eine Hauptmagistratur (*duoviratus*, *aedilitas*) in der Stadt innehatten, konnten nach dem Ablauf ihrer Amtszeit das römische Bürgerrecht erwerben (*ius adipiscendae civitatis Romanae per honorem*).[138]

6. Durch *civitatis donatio*

Ebenfalls im letzten Jahrhundert der Republik hatte sich seitens der Feldherren (*im-* **50**
peratores) die Praxis etabliert, die *civitas Romana* an einzelne Ausländer und an militärische Einheiten zu verleihen. Die Quellen bezeichnen die Aktion des Caius Marius als verfassungswidrig, der zwei Kohorten der Kamerter *virtutis causa* und *in acie* das Bürgerrecht vergab,[139] weil eine Bürgerrechtsverleihung i. d.R. nur durch Komitialver-

---

[136] Mehrdeutig *Coşkun*, Großzügige Praxis (2009) 30 f.; entschieden *Broadhead*, CCGG (2001) 69–89.

[137] *Capogrossi Colognesi*, Cittadini (2000) 69–101; in diesem Sinne lässt sich auch *Coşkun*, Großzügige Praxis (2009) 30 f., interpretieren.

[138] *Giardina*, Italia romana (1997) 1–17, 75–77; *Kremer*, Ius Latinum (2006) 146–148; zuletzt *Lamberti*, Gerión 36 (2018) 463–479 (m. w. Lit.).

[139] Val. Max. 5.2.8: *Nam C. quidem Marii non solum praecipuus, sed etiam praepotens gratae mentis fuit impetus: duas enim Camertium cohortes mira virtute vim Cimbrorum sustinentis in ipsa acie adversus condicionem foederis civitate donavit, quod quidem factum et vere et egregie excusavit dicendo,*

fahren genehmigt werden konnte (→ Rn. 42). Nach dem *bellum sociale* intensivierten sich die *donationes civitatis* seitens der Feldherren an Einzelne und an militärische Kohorten, die allerdings regelmäßig durch ein Volksgesetz (*lex comitialis*) autorisiert wurden. Sie bereiteten den gehobenen sozialen Schichten mehr als nur eine Sorge, und die Quellen bezeugen auch Reaktionen, die zu Prozessen wegen behaupteter *usurpatio civitatis* führten.[140] Von Bürgerrechtsvergaben an Einzelne und an soziale Gruppen in der Kaiserzeit ist schon oben berichtet worden (→ Rn. 42). Sie erfolgten jedoch (im Vergleich zu der republikanischen Zeit) im Rahmen einer bewussten Romanisierungspolitik und unter der eingehenden Kontrolle der zentralen Macht.

VII. Verlust des römischen Bürgerrechts

1. *Captivitas* und sonstige Fälle des Freiheitsverlustes

51 Zu den ältesten Gründen für den Verlust der *civitas* zählte die kriegerische Gefangennahme (*captivitas*). Die damit verbundene Einbuße der *libertas* beraubte die Betroffenen auch des römischen Bürgerrechts (*capitis deminutio maxima*),[141] genauso wie aufgrund völkerrechtlicher Normen der ausländische Feind durch die Ergreifung im Kriege zum Sklaven wurde (→ § 27 Rn. 2/4). Die Rückkehr des Gefangenen nach Rom (und später auf italischen Boden) bewirkte ab dem 3. Jh. v. Chr. den (erneuten) Erwerb der Freiheit und des Bürgerrechts (*ius postliminii* → § 27 Rn. 5–12).

52 Die Freiheit (samt Bürgerrecht) konnte auch aus anderen Gründen verloren gehen. Zu den ältesten zählte der Verkauf ins Ausland, etwa aufgrund magistratischen Befehls wegen Ungehorsam (wie bei einer Desertion oder der Nichtstellung bei der Rekrutierung[142]) oder seitens des Gläubigers im Rahmen der Personalexekution nach den XII Tafeln (→ § 9 Rn. 60–72).[143] Der Verkauf musste im Ausland erfolgen, weil nach älterem Recht kein römischer Bürger in seinem Heimatland Sklave werden durfte. In der Prinzipatszeit traten weitere Fälle der Versklavung hinzu, die natürlich auch den Bürgerrechtsverlust implizierten. Nach einem *SC Claudianum* sollte eine römische Bürgerin versklavt werden, die mit einem Sklaven gegen den Willen seines Herren eine

---

inter armorum strepitum verba se iuris civilis exaudire non potuisse. et sane id tempus tunc erat, quo magis defendere quam audire leges oportebat.

[140] Sallust (*ad Caes.* 2) erwähnt gerade die Unruhe, die in den gehobenen Schichten der *optimates* wegen der allzu großzügigen Bürgerrechtspolitik Caesars herrschte. Einige Jahre zuvor hatte eine *lex Papia de peregrinis* (im Jahr 65 v. Chr.) diejenigen Ausländer aus Rom ausgewiesen, die sich gesetzwidrig in die *census*-Listen eingeschrieben hatten und insoweit illegal als römische Bürger in Rom gelebt hatten (*pro cive se gerere*).

[141] Die klassischen Juristen sprachen von *servus hostium*: Gaius Inst. 1.129; Ulp. 3 ad leg. Iul. et Pap. D. 23.2.45.6; Paul. 35 ad ed. D. 24.2.1; Ulp. 1 inst. D. 49.15.24; Ulp. reg. 10.4.

[142] Liv. Per. 55; Cic. pro Caec. 34.99; Men. 1 de re milit. D. 49.16.4.10.

[143] XII Tab. 3.5; Gell. N. A. 20.1.47.

sexuelle Beziehung unterhielt; die Frau konnte jedoch (um frei und römische Bürgerin zu bleiben) eine Abmachung mit dem Herrn ihres Liebhabers treffen, nach der sie die *libertas* behielt und das Kind, das sie aus der Beziehung bekam, dem Eigentümer des Sklaven zufiel (§ 29 Rn. 36).[144] Manche kaiserlichen Erlasse gestatteten dem *manumissor* den Widerruf der Freilassung im Falle der Undankbarkeit des Freigelassenen. Möglicherweise wurde diese *revocatio in servitutem* in der späten Kaiserzeit verallgemeinert.[145]

2. Gründung einer *colonia Latina*

Das römische Bürgerrecht konnte aufgrund des Eintritts in eine peregrinische Gemeinde erlöschen. Insbesondere im Falle der Deduktion einer *colonia Latina* (→ Rn. 18) verloren die Kinder römischer Bürger, die aufgrund des Befehls ihres Gewalthabers (*iussu parentis*) zur Koloniegründung geschickt worden waren, das römische Bürgerrecht, um den latinischen Status zu erwerben: Gai. 1.131 (*Olim quoque, quo tempore populus Romanus in Latinas regiones colonias deducebat, qui iussu parentis in coloniam Latinam nomen dedissent, desinebant in potestate parentis esse, quia efficerentur alterius civitatis cives*).[146] Wahrscheinlich begründete der väterlichen Befehl für den Sohn die Notwendigkeit, sich in die *census*-Listen der neugegründeten Kolonie einzuschreiben.[147] **53**

3. Verurteilung

In der ausgehenden Republik setzte sich die Gewohnheit durch, einen wegen eines Kapitalverbrechens Verurteilten ins Ausland entfliehen zu lassen. Die Rückkehr im Rahmen eines *postliminium* war solchen Verurteilten seitens der Komitien aufgrund einer nachfolgenden *aqua et igni interdictio* untersagt. Durch sie erlosch wahrscheinlich auch das römische Bürgerrecht,[148] wenn auch nicht die Freiheit. Mit Ausnahme der Todesstrafe, die nicht ausgeführt werden konnte, traten die Folgen der kapitalen Verurteilung ein: außer dem Bürgerrechtsverlust, die Konfiskation des Vermögens (*pu-* **54**

[144] Gaius Inst. 1.91; Tac. Ann. 12.53; Paul. sent. 2.21a.

[145] S. bspw. Mode. l. s. de manumiss. D. 25.3.6.1: *Imperatoris Commodi constitutio talis profertur: cum probatum sit contumeliis patronos a libertis esse violatos vel illata manu atroci primum eos in potestate patronorum redigi et ministerium dominio praebere cogi* … Weitere Hinweise bei Ulp. 13 ad ed. D. 4.1.6; Paul. 11 ad ed. D. 4.2.21 pr.

[146] S. auch Cic. pro Caec. 98 (*Quaeri hoc solere me non praeterit … quem ad modum, si civitas adimi non possit, in colonias Latinas saepe nostri cives profecti sint. Aut sua voluntate aut legis multa profecti sunt; quam multam si sufferre voluissent, manere in civitate potuissent*) und Cic. de dom. 78 (*qui cives Romani in colonias Latinas proficiscebantur fieri non poterant Latini, nisi erant auctores facti nomenque dederant*). ▌Laffi, Index 46 (2018) 7–16.

[147] S. insb. *Negri*, in: *Sordi*, Coercizione (1995) 149–159.

[148] Obwohl nicht unumstritten. S. Polyb. 6,14,7–8; vgl. auch Cic. Caec. 100.

blicatio bonorum) und das Verbot, auf römischen Boden zurückzukehren.[149] In der Kaiserzeit bewirkte folglich jede Verurteilung zum Tod, zum Kampf in der Arena oder zur Bergwerkarbeit (*damnatio ad metalla*) auch den Verlust der Freiheit (und damit des Bürgerrechts). Weil zwischen dem Urteil und seiner Vollstreckung manchmal viel Zeit vergehen konnte, wurde in der Zwischenzeit der Verurteilte als *servus poenae* bezeichnet und fiel samt seinem Vermögen an den Staat.[150]

VIII. Die Fremden/Nichtbürger

55 ‚Fremder', *peregrinus*, war nach römischem Recht jeder freie Mensch, der kein römischer Bürger war. Es spielte dabei keine Rolle, ob es sich um eine Roms Macht unterworfene Person handelte oder nicht. Nach einem kriegerischen Sieg konnten die Römer das eroberte Gemeinwesen bestehen lassen oder wiederherstellen (*restitutio*). Die betroffene Bevölkerung konnte daher nach ihrem angestammten Recht weiterleben. Bei den Verhältnissen mit römischen Bürgern galten – dem Personalitätsprinzip entsprechend (→ Rn. 22–23) – in frührömischer Zeit die in den *foedera* enthaltenen Regeln und die eventuelle Anerkennung von *connubium* und *commercium* (→ Rn. 15–16). Ab der mittleren Republik – und u. a. dank der von Rom entwickelten Fremdengerichtsbarkeit (*praetor peregrinus*, *praefecti*) – galt bei den Beziehungen zwischen römischen Bürgern und Fremden das sog. *ius gentium*, ein Regelungskomplex, der auf alle Menschen (ohne Unterschied des Bürgerrechts) Anwendung fand. Die Normen des *ius gentium* wurden vorwiegend aus Rechtseinrichtungen im Verkehr zwischen Bürgern und *peregrini* entwickelt, die auf der *fides*, der Treuepflicht, beruhten. Die *fides* wurde ihrerseits in der Gerichtsbarkeit des Fremdenprätors als ein *oportere ex fide bona* anerkannt.[151]

56 Ab dem letzten Jahrhundert der Republik intensivierten sich Integrationsprozesse der Fremden im *imperium Romanum*: Wie gesehen, geschah dies insbesondere im Westen des römischen Reichs, einerseits durch die mannigfaltige Kolonisationspolitik Roms (→ Rn. 40), die sich auch durch die ‚mildere' Form der Verleihung des *ius Latii* und die Schaffung latinischer *municipia* abwickelte (→ Rn. 41), andererseits durch die Bürgerrechtsverleihungen an Einzelne und soziale/familiäre Gruppen oder an militärische Einheiten (→ Rn. 42). Auch die *manumissiones iustae ac legitimae* steigerten sukzessive die Anzahl der römischen Bürger und der *Latini Iuniani* und *Aeliani* (→ § 36 Rn. 54,76). Die Bindung der Fremden an die Ideale und Regelungen Roms geschah

[149] S. insbes. *Crifò*, Exsilium 1 (1985); *ders.*, ED 15 (1966) 716–732; *Santalucia*, Diritto e processo penale 88 (1982), 182.

[150] S. etwa Gai. 17 ad ed. prov. D. 28.1.8.4; Callistr. 6 de cogn. D. 49.14.12; Ulp. 8 ad Sab. D. 29.2.25.3; Ulp. 9 de off. proc. D. 48.19.8.8–12; Marcian. 1 inst. D. 48.19.17 pr. *McClintock*, Servi della pena (2010); *Beggio*, LR 1 (2012) 299–305; ▮ Beggio, Poenae (2020).

[151] *Kaser*, Ius gentium (1993) 22–44; *Baldus*, JJZ (1998) 24–40.

aufgrund der Beteiligung am städtischen Leben, aufgrund des wirtschaftlichen Fortschritts, und/oder militärischer Tätigkeiten; die (für viele Ausländer) bevorstehende Erlangung des römischen Bürgerrechts bedeutete wichtige Vorteile (wie die Befreiung von gewissen Steuern, den römisch-rechtlichen prozessualen Schutz und das Provokationsrecht), die die Notwendigkeit, *munera civilia* übernehmen zu müssen, kompensierten.

Aufgrund der Verleihung des Bürgerrechts an sämtliche Einwohner des Reichs durch **57**
die *constitutio Antoniniana* blieben als Nichtbürger nur die sog. *dediticii* und diejenigen Fremden, die ständig außerhalb der Reichsgrenze lebten; darüber hinaus die Deportierten, die das Bürgerrecht infolge Verurteilung verloren hatten. Ab dem Ende des 3. Jh. n. Chr. führte der immer stärker werdende Wanderungsdruck der Nachbarnationen des *imperium Romanum* zum intensivierten Eindringen von Fremden (*barbari*) in das Reich. Aus rechtlicher Sicht, um dieses Phänomen zu kontrastieren, wurden diese Ausländer häufig entweder als *coloni* angesiedelt (d. h. dazu verpflichtet, an der Bewirtschaftung von Großgrundbesitzen teilzunehmen) oder als Soldaten im römischen Heer eingesetzt.[152] Erst der Untergang des weströmischen Reichs führte für dessen Bereich auch zum Ende des römischen Bürgerrechts.

[152] Allgemeiner Überblick in *Barbero*, Barbari (2006) insb. 12–100.

§ 27 Kriegsgefangenschaft und Rückkehr

Francesca Lamberti

Ratti, Studi sulla *captivitas* 2, BIDR 35 (1927) 105–167; *Ratti*, Studi sulla *captivitas* 3, Ann. Macerata 1 (1927) 3–52; *Ratti*, Studi sulla *captivitas* 4, RISG 2 (1927) 3–296; *Amirante*, Captivitas e postliminium, 1950; *Amirante*, Prigionia di guerra riscatto e *captivitas* (Lezioni) I, 1969; II, 1970; *Ratti*, Studi sulla *captivitas* e alcune repliche in tema di postliminio. Con una nota di lettura di Luigi Amirante, 1980; *Maffi*, Ricerche sul postliminium, 1992; *Cursi*, La struttura del *captivitas* nella repubblica e nel principato, 1996; *Sanna*, Nuove ricerche in tema di postliminium e redemptio ab hostibus, 2001; *D'Amati*, Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico, 2004.

Inhalt Rn.

I. Die Kriegsgefangenschaft 1
II. Das *postliminium* infolge Kriegsgefangenschaft 5
1. Allgemeine Bemerkungen zum *postliminium* 5
2. *Postliminium in bello* in der Republik. 8
a. Früheste Zeugnisse 8
b. Menander und der *animus revertendi* 10
3. *Postliminium in bello* in der Kaiserzeit 11
4. *Postliminium* der Sachen 13
III. *Postliminium in pace* 15
IV. Pendenz und Wiederbelebung von Rechten 16
1. Die *captivitas* und die schwebenden Rechte 16
2. Die *lex Cornelia* und die einschlägige *fictio* 17
3. Gefangenschaft und persönliche Rechte 18
a. Das Erlöschen der *patria potestas* 18
b. Das Erlöschen der *tutela impuberum* 20
c. Die Ehe 22
4. Gefangenschaft und Vermögen 25
a. Eigentum und Besitz 25
b. Schulden und Forderungen 28
c. Erbrecht 31
V. Die *redemptio ab hostibus* 32
1. Die *redemptio* eines *liber homo* 32
2. Die *redemptio* eines Sklaven 34

I. Die Kriegsgefangenschaft

Von der Geburt durch eine unfreie Mutter abgesehen (→ § 36 Rn. 24), stellt die Kriegsgefangenschaft (*captivitas*) den wichtigsten Grund der Unfreiheit in der römischen Antike dar. Der vom Feind Gefangene verliert samt Freiheit auch die bürgerlichen Rechte, d. h. die Rechte, die mit der *civitas Romana* (und mit dem Bürgerstatus) verbunden sind.[1] 1

Der Kriegsgefangene, dem es bis zu seinem Tod nicht gelang, sich zu befreien und zurückzukehren, galt als von Anfang an verstorben.[2] Weil das Sterben im Krieg ein sozial anerkanntes Zeichen von Courage war, bildete die Gefangenschaft die schlechtere Alternative, die in politischer und sozialer Hinsicht Anlass zur Verachtung gab.[3] 2

Anscheinend war die Haltung der führenden Schichten in der römischen Republik, sich den Kriegsgefangenen gegenüber nicht verpflichtet zu fühlen und sie nicht aus öffentlichen Geldern freizukaufen.[4] Die Auslieferung von Kriegsgefangenen war Gegenstand der Friedensverträge.[5] 3

Die römischen Juristenschriften schreiben das Prinzip, nach dem der im Krieg gefangene römische Bürger *servus hostium* wird, dem sog. *ius gentium* zu.[6] In diesem Sinne gilt das *ius gentium* als ein Regelungskomplex, der allen Völkern der Antike gemein ist.[7] Die Kriegsgefangenschaft und ihre Folgen sind durch Vorschriften geregelt, die nicht nur in Rom, sondern auch bei den Nachbarvölkern gelten, und dies unabhängig von einzelnen internationalen Verträgen (*foedera*). So war z. B. nach diesen allgemeinen Regeln derjenige, der sich durch einen Eid zur Rückkehr zum Feind verpflichtet hatte, als *captivus* zu betrachten, obwohl er nach Rom verreist war, um im Auftrag des Feindes Verhandlungen über den Austausch von Gefangenen zu führen.[8] 4

---

[1] Bei den klassischen Juristen ist von *servus hostium* die Rede: s. z. B. Gai. 1.129; Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 23.2.45.6; Paul. 35 ed. D. 24.2.1; Ulp. 1 inst. D. 49.15.24; Ulp. reg. 10.4. *Cursi*, St. *Talamanca* II 328 f. Fn. 107.

[2] Ulp. 35 Sab. D. 49.15.18: … *is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.*

[3] „*Homo miser*“ (Plaut. Men. 82); „… *nemo nostrum ignorat nulli unquam civitati viliores fuisse captivos quam nostrae*“ (Liv. 22,59,1: Niederlage von Cannae, im Jahr 216 v. Chr.).

[4] Liv. 22,59–61.

[5] Polyb. 1.62.8–9. *Ziegler*, ANRW I.2 105 f.

[6] Marcian. 1 inst. D. 1.5.5.1 (… *iure gentium servi nostri sunt qui ab hostibus capiuntur* …); Gai. 2 cott. D. 41.1.5.7 (*item quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capientium fiunt* …); Inst. 1.3.4 (… *servi … fiunt aut iure gentium, id est ex captivitate* …).

[7] Über den Begriff (oder besser: die verschiedenen Begriffe) des *ius gentium* herrscht keine Meinungseinheit. Für eine Zusammensetzung allgemeiner völkerrechtlicher Normen *Lombardi*, Ius gentium (1947) 67–90; *Catalano*, Sistema sovrannazionale (1965) 3–48; *Ziegler*, ANRW 1.2 111–114; *Kaser*, Ius gentium 3–8, 10–22; *Baldus*, JJZ (1998) 19–44; *Fiori*, BIDR 101–102 (1998–1999) 165–180; *Cursi*, St. *Talamanca* II insb. 328–340; *Grotkamp*, Völkerrecht (2009) 13 f.; *Baldus*, Ess. Winkel II 61–69.

[8] Cic. off. 3,99–108; Mod. 3 reg. D. 49.15.4; Pomp. 37 Q. Muc. D. 49.15.5 (→ Rn. 8 f.).

II. Das *postliminium* infolge Kriegsgefangenschaft

1. Allgemeine Bemerkungen zum *postliminium*

Rom wollte sich einerseits nicht erpressbar machen. Daher ließ es nicht zu, dass die Kriegsgefangenen als Druckmittel verwendet wurden; andererseits war das interne Recht derart ausgestaltet, dass der Verlust des römischen Bürgerrechts (und der damit verbundenen Rechte) nicht als endgültig zu betrachten war. Dieses sog. „Rückkehrrecht", *postliminium*, entsprach älterem Gewohnheitsrecht (*mores*) und wurde mit der Zeit auch durch Gesetze geregelt.[9]

6 Als Institut ist das *postliminium* höchstwahrscheinlich vom Rückkehrecht des Auswanderers hergeleitet worden. Wenn ein römischer Bürger seinen Wohnsitz in ein anderes (befreundetes) Gemeinwesen verlegte, verlor er das römische Bürgerrecht (das mit dem Bürgerrecht der neuen Gemeinschaft nicht vereinbar war).[10] Falls er nach Rom zurückzog, durfte er die mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechtsbefugnisse wiedererlangen, aufgrund des sog. *ius postliminii*.[11]

7 Ausgehend von diesem Bereich erstreckte sich das *postliminium* auf die Lage des kriegsgefangenen Römers, der aus der *captivitas* auf die eine oder andere Weise entkommen war. Er erhielt bei seiner Rückkehr die Freiheit und das römische Bürgerrecht zurück.[12] Die Quellen unterscheiden zwischen dem Rückkehrrecht desjenigen, der von einem Feind gefangen wurde, mit dem ein formell erklärter Kriegszustand besteht

---

[9] Paul. 16 Sab. D. 49.15.19 pr.: … *ius amissae rei recipiendae … et in statum pristinum restituendae inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum* (sehr stark in justinianischer Zeit verändert nach *Solazzi*, Scr. IV 610 mit Fn. 181; *Kreller*, s. v. postliminium, RE XXII.1 (1958) 865). Zuletzt *Barbati*, ACost. XX 1–13; *Scattola*, in: Bauer/Rahn, Grenze (1997) 41 mit Fn. 22.

[10] Man neigt allgemein dazu, die Möglichkeit eines doppelten Bürgerrechts für die römische Antike zu verneinen (aufgrund von Cic. Balb. 11,28: *duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest*). Dazu u. a. *Schönbauer*, Anz. Ak. Wien. 17 (1949) 343–369; *Arangio-Ruiz*, Scr. Carnelutti IV 55–72; *Talamanca*, MEFRA 103 (1991) 709; *Cursi*, Postliminium (1996) 19 f., 27–36; *Thomas*, Origine (1996) 1–23; *Lamberti*, in: Periñan Gómez, Ciudadanía (2010) 51–53; ▌Laffi, Index 46 (2018) 16–23; ▌Cursi, IVRA 68 (2020) 147–151.

[11] Fest. p. 244 L: … *postliminium receptum, Gallus Aelius … ait esse eum, qui liber, ex qua civitate in aliam civitatem abierat, in eandem civitatem redit eo iure, quod constitutum est de postliminis.* Lit.: *Gioffredi*, SDHI 16 (1950) 17; *Kreller*, SZ 69 (1952) 172–173; *Kornhardt*, SDHI 19 (1953) 6–20; *Catalano*, Sistema sovrannazionale (1965) 255–260; *Kaser*, RP I 281, 290; *Frezza*, Corso 214; *Falcone*, AUPA 41 (1991) 225–228; *Cursi*, Postliminium (1996) insb. 13–37. Zweifelhaft ist m. E., ob hier nur das *ius migrandi* der Latiner in Frage kam (so bspw. *Ziegler*, ANRW I.2 105 f.). Zum Fall des Cn. Publicius Menander (um die Mitte des 2. Jh. v. Chr.) Cic. Balb. 11,27–28; Cic. de orat. 1,40,182; Pomp. 37 Q. Muc. D. 49.15.5.3. Lit.: *Amirante*, Captivitas (1950) 24; *Kornhardt*, SDHI 19 (1953) 35 f.; *Watson*, Persons (1967) 241; *Maffi*, Postliminium (1992) 146; *Cursi*, Postliminium (1996) 27–30; *Barbati*, ACost. XX 38; ▌Baldus, Espacios (2017) 350; ▌Stolfi, Quintus Mucius (2018) 342–346; ▌Laffi, Index 46 (2018) 20–22; ▌Cursi, IVRA 68 (2020) 147–151.

[12] Pomp. 37 Q. Muc. D. 49.15.5.1 (… *perinde omnia restituuntur ei iura, ac si captus ab hostibus non esset* …); Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.6; Ulp. 13 Sab. D. 49.15.16. Lit. wie Fn. 11.

(*postliminium in bello*, → Rn. 8, 14), und dem Rückkehrrecht des römischen Bürgers, der von einer nicht formell befeindeten Bevölkerung gefangengesetzt wurde, die auch nicht durch *foedus*, *amicitia* oder *hospitium* an Rom gebunden ist (*postliminium in pace*, → Rn. 15).

2. Postliminium *in bello* in der Republik

a. Früheste Zeugnisse

Was die Ursprünge des sog. *postliminium in bello* angeht, behauptet ein Teil der Forschung, das Gefangenenrückkehrrecht sei frühestens in der Mitte des 2. Jh. v. Chr. entstanden;[13] die Quellen weisen jedoch einen Ursprung *moribus* auf und deuten damit auf ältere Wurzeln des *postliminium* der Kriegsgefangenen, etwa im frühen 3. Jh. v. Chr.[14] **8**

Der älteste belegte Fall eines *postliminium in bello* bildet die Episode des Atilius Regulus (251–250 v. Chr.).[15] Der römische Konsul, der in Afrika während des 1. Punischen Krieges gefangengenommen worden war, wurde von den Karthagern nach Rom gesendet, um über die wechselseitige Rückgabe der Kriegsgefangenen zu verhandeln. Es ergibt sich aus den Quellen, dass er nicht das *pomerium* betrat: Dies scheint mit dem Beleg übereinzustimmen, dass er nicht als *postliminio reversus* gelten konnte.[16] Auch scheint das *postliminium* (und die Verweigerung desselben seitens der Römer) eine Rolle beim Konsul Hostilius Mancinus und den Beziehungen zu den Numantinern 137 v. Chr. gespielt zu haben.[17] **9**

---

[13] *Amirante*, Prigionia I (1969) 52–77; *Amirante*, in: Ratti, Captivitas (1980) xiii. Die Juristendebatte sei auf das Zeitalter des Publius Mucius zurückzuführen: Vor diesem Zeitpunkt seien die Kriegsgefangenen Gegenstand allgemeiner Missachtung gewesen. Erst nachdem sich der *exercitus* in Richtung einer Berufsarmee entwickelte, habe man angefangen, ernsthaft über ein Rückkehrrecht der gefangenen Soldaten nachzudenken. Die Meinung beruht auch auf der (kontroversen) Datierung der Schrift *de verborum significatione* des Aelius Gallus (zit. bei Fest. p. 244 L, o. Fn. 11) auf die Mitte des 2. Jh. v. Chr. (*Kornhardt*, SDHI 19 (1953) 6–20; *contra* statt aller *Falcone*, AUPA 41 (1991) 223–260).

[14] Paul. 16 Sab. D. 49.15.19 pr. (o.a. Fn. 9). Lit.: *Dell'Oro*, Captivus (1950) 25; *Kornhardt*, SDHI 19 (1953) 23–37; *Watson*, Persons (1967) 244–247; *Maffi*, Postliminium (1992) 39–42; ▮ Laffi, Index 46 (2018) 16–23; *Cursi*, Postliminium (1996) 37–40 mit Fn.; *Barbati*, ACost. XX 11–13, 131.

[15] Die für uns einschlägigen Quellen in Sachen Atilius Regulus sind Cic. off. 3,27,100; D. C. Frg. 43,27; Pomp. 37 Q. Muc. D. 49.15.5.3. S. insb. *Cursi*, Postliminium (1996) 41–45; ▮ Baldus, Espacios (2017) 350; ▮ Stolfi, Quintus Mucius (2018) 342–346; ▮ Laffi, Index 46 (2018) 21–22; ▮ Cursi, IVRA 68 (2020) 149–151.

[16] Pomp. 37 Q. Muc. D. 49.15.5.3. Dies erlaubt den Umkehrschluss, dass das *postliminium* schon Mitte des 3. Jh. v. Chr. bekannt war und Auswirkungen haben konnte.

[17] Cic. Caecin. 34,98; Cic. top. 8,37; Cic. de orat. 1,40,181; 2,32,137; Pomp. 37 Q. Muc. D. 50.7.18; Mod. 3 reg. D. 49.15.4. Lit.: *Pugliese*, St. d'Avack IV 451–498; *Crifò*, Stud. Schiller 19–32; *Cursi*, Postliminium (1996) 57–69; ▮ Baldus, Espacios (2017) 350; ▮ Laffi, Index 46 (2018) 10–13. Die entscheidende Frage im Fall des Mancinus war, ob die *deditio* seitens der Römer genügte, um dem

b. Menander und der *animus revertendi*

10 Am Ende der Republik gab der Fall des Freigelassenen Menander Anlass zu Debatten über die mögliche Anwendung des *postliminium* in seiner Situation.[18] Römische Gesandte nahmen den Freigelassenen griechischer Herkunft Meander als Dolmetscher nach Griechenland. Fraglich war, ob dieser durch die Rückkehr nach Griechenland das (als Freigelassener erworbene) römische Bürgerrecht verloren hätte, denn man setzte voraus, dass Menander aufgrund des *postliminium* sein ursprüngliches Bürgerrecht wiedererlangt hatte. Anscheinend kam man schon mit Q. Mucius Scaevola zum Schluss, dass, vorausgesezt, Menander wollte *civis Romanus* bleiben (*animus revertendi*), er das römische Bürgerrecht nie zugunsten des griechischen verloren hatte.[19]

3. *Postliminium in bello* in der Kaiserzeit

11 Die römischen Juristen haben die Debatte über das *postliminium in bello*, die schon seit Q. Mucius Scaevola und Servius Sulpicius belegt ist, in der Folgezeit fortgeführt. Der Kriegsgefangene, der nach Rom zurückkehrt, soll seine gesamten Rechte wiedererwerben.[20] Die Rückkehr kann anscheinend aus verschiedenen Gründen erfolgen: Befreiung im Rahmen eines Friedensvertrages,[21] aber auch durch Flucht,[22] durch *manumissio iure hostium*,[23] durch *redemptio ab hostibus* (→ Rn. 36, 38).

12 Der Gefangene soll (schon seit dem Ende der Republik) den tatsächlichen Willen haben, zurückzukehren.[24] Sollte dieser dem Feind einen Eid geleistet haben, laut dem er nach einer Gesandschaft nach Rom zurückkehren sollte, fehlt nach juristischer Anschauung der *animus revertendi*.[25] In diesem Fall wird ihm kein *postliminium* gewährt.

---

deditus das Bürgerrecht zu entziehen, oder ob eine *receptio* seitens der Feinde notwendig war, um ein solches Ergebnis zu bewirken.

[18] Cic. Balb. 11,28; Cic. orat. 1,40,182; Pomp. 37 Q. Muc. D. 49.15.5.3.

[19] Die Lehre spricht vorwiegend von „*animus remanendi*", wobei sich das Problem – anhand der Quellen – eigentlich um einen „*animus revertendi* (*ad Romanos*)" des Menander dreht (und um die Beibehaltung der *civitas Romana* auch während seiner Zeit in Griechenland): s. insb. *Bona*, SDHI 26 (1961) 217–234; *Maffi*, Postliminium (1992) 81–92; *Cursi*, Postliminium (1996) 73–84; [redacted] Stolfi, Quintus Mucius (2018) 342–346; Richtig [redacted] Baltus, Espacios (2017) 355. Einige Jahrzehnte später wäre die Erforschung des *animus* nicht mehr notwendig gewesen: Proc. 8 epist. D. 49.15.7 pr. (dazu u. a. *Barbati*, ACost. XX 27, 59).

[20] Pomp. 37 Q. Muc. D. 49.15.5.1: … *perinde omnia restituuntur ei iura, ac si captus ab hostibus non esset. Barbati*, ACost. XX 119–122.

[21] Tryph. 4 disp. D. 49.15.12 pr.; *Barbati*, ACost. XX 119–122.

[22] Lab. 4 pith. a Paul. epit. D. 49.15.28.

[23] Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.9.

[24] S. bspw. Pomp. 36 Sab. D. 49.15.20 pr.: *Si captivus … sua voluntate apud hostes mansit, non est ei postea postliminium* (i.V.m. Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.9: … *ut Sabinus scribit, de sua qua civitate cuique constituendi facultas libera est …*). *Bona*, SDHI 26 (1961) 206–208; *Cursi*, Postliminium (1996) 177–190; *Barbati*, ACost. XX 152 f. mit Fn. 316; [redacted] Baldus, Espacios (2017) 350.

[25] So wird i. d.R. Flor. 6 inst. D. 49.15.26 interpretiert (… *utrum … fallacia potestatem hostium*

4. *Postliminium* der Sachen

Das *postliminium* erstreckte sich auch auf gewisse Gegenstände, die in Feindeshände gelangt waren, falls sie in irgendeiner Weise zurück nach Rom kamen. Die Quellen liefern Angaben über die *res quae postliminio redeunt*. Es handelt sich um Sklaven, Pferde, Maultiere und Schiffe.[26] Zu diesem Kreis gehören weder Fischer- oder Sportschiffe,[27] noch *vestes* oder Waffen:[28] Letztere bilden i. d.R. die sog. *exuviae*, die den römischen Kriegern abgenommene Kriegsbeute.[29] Sklaven, Pferde, Maultiere und Schiffe sollten, falls sie dem Feind weggenommen worden waren und wieder nach Rom gelangten, *iure postliminii* in die Hände des ursprünglichen Eigentümers gelangen.[30] 13

In Bezug auf solche Gegenstände herrschte ein Reziprozitätsprinzip: Gelangten solche *res*, die dem Feind gehörten, in römische Hände, wurde ihrem ursprünglichen Eigentümer auch das *postliminium* gewährt, falls sie wieder *in hostium potestatem* zurückkehrten.[31] 14

III. *Postliminium* in pace

Wurde der römische Bürger von einer von Rom nicht anerkannten Gemeinde ohne aktiven Kriegszustand gefangen, spricht Pomponius (für den Rückkehrfall) von einem *postliminium in pace*.[32] Das Wort *pax* besitzt in diesem Kontext bei Pomponius nicht die gewöhnliche Bedeutung von „Ende eines Kriegszustandes“ (wie bspw. bei Gai. 3.94; Isid. orig. 18,1,11; Ulp. 4 ed. D. 2.14.5), sondern spielt auf die Unmöglichkeit an, bei einer Bevölkerung, die von Rom nicht anerkannt ist, einen „regelmäßigen“ Kriegs- 15

---

evaserit … si ea mente venerit, ut non illo reverteretur: nec enim satis est corpore domum quem redisse, si mente alienus est). *Kornhardt*, SDHI 19 (1953) 31; *Bona*, SDHI 26 (1961) 201 f.; *Maffi*, Postliminium (1992) 78–93; *Cursi*, Postliminium (1996) 186–190.

[26] Aelius Gallus bei Fest. p. 244 L: … *servos … Equi et muli et navis eadem ratio est postliminium receptionis quae servi …*; Cic. top. 8,36: *Postliminio redeunt haec, homo, navis, mulus clitellarius, equus, equa, quae frena recipere solent. Cursi*, Postliminium (1996) 251–259.

[27] Marcell. 39 dig. D. 49.15.2 pr.–2.

[28] Pomp. 37 Q. Muc. D. 49.15.3; ▮ Baldus, Espacios (2017) 355; ▮ Stolfi, Quintus Mucius (2018) 344–346.

[29] *Cursi*, Postliminium (1996) 252 Fn. 24.

[30] S. auch Lab. 4 pith. a Paul. epit. D. 49.15.28 und die überzeugenden Angaben von *Cursi*, Postliminium (1996) 259–269.

[31] Aelius Gallus bei Fest. p. 244 L: *quae genera rerum ab hostibus ad nos postliminio redeunt, eadem genera rerum a nobis ad hostis redire possunt*; *Kreller*, s. v. postliminium, RE XXII.1 (1958) 866.

[32] Pomp. 37 Q. Muc. D. 49.15.5.2: … *si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt … hoc quoque … casu postliminium datum est.* Nachklassich (aber ohne ausreichende Begründung) nach *Bona*, SDHI 21 (1955) 249–275; für die Echtheit *Cursi*, Postliminium (1996) 126–136; *Barbati*, ACost. XX 112–157; ▮ Periñan Gómez, Absentia y postliminium (2008) 123–133; ▮ Baldus, Espacios (2017) 350–351; ▮ Stolfi, Quintus Mucius (2018) 342–346.

zustand zu konstruieren.[33] Es ist zu vermuten, dass diese besondere Art des *postliminium* von Pomponius (oder schon von Q. Mucius Scaevola?) im Rahmen einer diairetischen Darstellung eingeführt wurde: Innerhalb des *genus postliminium* seien zwei *species* zu erkennen, das Rückkehrrecht *in pace* und das Rückkehrrecht *in bello*.[34]

IV. Pendenz und Wiederbelebung von Rechten

1. Die *captivitas* und die schwebenden Rechte

16 Im Falle der Gefangenschaft, verlor – wie erwähnt – der römische Bürger die *civitas libertasque*. Seine Rechte waren, solange die *captivitas* dauerte, *in pendenti*.[35] Kehrte er zurück, wurde er aufgrund des *postliminium* so gestellt, als ob er sie nie verloren hätte (also wurde er rückwirkend Inhaber der Rechte, die ihm vor der Gefangennahme zustanden); starb er in Gefangenschaft,[36] galten sie als mit der Festnahme erloschen. Im erbrechtlichen Bereich behandelten deshalb die Juristen die Fälle der *captivitas* auf gleiche Art wie diejenigen, bei denen eine *hereditas iacens* in Frage kam (→ Rn. 29, 32).

2. Die *lex Cornelia* und die einschlägige *fictio*

17 Aufgrund einer *lex Cornelia de captivis*, der sullanischen Zeit,[37] blieb das Testament des Kriegsgefangenen in Kraft, auch wenn er als *captivus* gestorben war. Man fingierte (zuerst nur im Hinblick auf seinen letzten Willen, danach in jedem Rechtsbereich), er sei zum Zeitpunkt der Gefangennahme (also als römischer Bürger) gestorben.[38] Die Vorschriften der *lex Cornelia* beeinflussten – insgesamt im Hinblick auf die Wiederbelebung oder das Erlöschen der Rechte des *captivus* – die Lösungen der klassischen Jurisprudenz.[39]

---

[33] *Cursi*, Postliminium (1996) 132–136. Tryph. 4 disp. D. 49.15.12 pr. handelt hingegen vom *postliminium* des Kriegsgefangenen nach Friedensschluss.

[34] Pomp. 37 Q. Muc. D. 49.15.5 pr.: *Postliminii ius competit aut in bello aut in pace.* In diesem Sinne grundsätzlich *Cursi*, Postliminium (1996) 127–132 (die schon Q. Mucius Scaevola die Unterscheidung zuschreibt); Zweifel hinsichtlich der Klassizität des postliminiums in pace noch bei [redacted] Periñan Gómez, Absentia y postliminium (2008) 139–155.

[35] Gai. 1.129 (am Beispiel der *patria potestas*): *Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii* … Näheres → Rn. 18 f.

[36] Gai. 1.129: … *si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt* …

[37] Zur genauen Datierung der *lex Cornelia de captivis Rotondi*, Leg. publ. 356; *Balogh*, St. Bonfante IV 623–688; *Amirante*, Captivitas (1950) 32–33.

[38] Iul. 42 dig. D. 28.1.12; Iul. 62 dig. D. 28.6.28; Iav. 4 epist. D. 28.3.15; Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.1; Paul. 42 ed. D. 38.2.4.1; Ulp. 12 Sab. D. 38.16.1 pr.; Paul sent. 4a.8. Die sog. *fictio legis Corneliae* könnte im Gesetz selbst vorgesehen sein (so bspw. *Kaser*, RP I 291 Fn. 23), oder durch Auslegung von der späteren Jurisprudenz aus dem Gesetzeswortlaut hergeleitet sein (so bspw. *Voci*, DER I 558–560).

[39] Iulian scheint bspw. allgemein den Gedanken der Rückwirkung des Todes zum Zeitpunkt der

3. Gefangenschaft und persönliche Rechte

a. Das Erlöschen der *patria potestas*

Der gefangene *pater familias* verlor (*libertas*, *civitas* und) die *patria potestas*. Was die Lage der Hauskinder anging, herrschten unterschiedliche Meinungen: Die eine behauptete, die Kinder seien nicht ab dem Zeitpunkt der Gefangennahme *sui iuris* geworden, sondern erst beim tatsächlichen Tod des Vaters *in captivitate*;[40] die gegenteilige Ansicht nahm an, die *filii familias* seien mit der Gefangennahme gewaltfrei geworden.[41] Beide Lösungen kamen jedenfalls erst dann in Frage, wenn man genauen Bescheid über den tatsächlichen Tod des Gefangenen hatte.[42] Letztere war diejenige, die in nachklassischer und justinianischer Zeit angenommen wurde.[43] **18**

In der Zeit zwischen der Gefangennahme und dem Tod waren daher die Rechte der Hauskinder *in pendenti*.[44] Es war in der späten Republik und in der Kaiserzeit keine Erbfolge möglich, bis man Gewissheit über die Rückkehr oder den Tod des Gefangenen hatte. Dies galt z. B. für die Forderungen gegen *filii familias*, deren Vater gefangengenommen wurde: Solange man keine Gewissheit über den Zustand des *pater familias* hatte, lag die Frage über eine mögliche Anwendung des *SC Macedonianum* (→ § 34 Rn. 46) in der Schwebe. In der Zwischenzeit sollte der Prätor den Gläubigern die Klage aus der Forderung denegieren.[45] **19**

Gefangennahme angewendet zu haben. S. etwa Iul. 62 dig. D. 28.6.28; D. 49.15.22: dazu insb. *Voci*, DER I 562–568; *Lohsse*, in: Harke, Erbrecht 93–106; zuletzt bei [redacted] Periñan Gómez, Absentia y postliminium (2008) 56–59; [redacted] Baldus, Espacios (2017) 353.

[40] Gai. 1.129: … *si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris; sed utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest.* Auf diese Situation fände die *lex Cornelia* dann keine Anwendung.

[41] Klassisch: Iul. 62 dig. D. 49.15.22.2 i. f.: … *et reverso quidem patre existimatur nunquam suae potestatis fuisse, mortuo tunc pater familias fuisse, cum pater eius in hostium potestate perveniret.* S. auch. Marcell. 22 dig. D. 49.15.1. Nachklassisch Epit. Gai. 1.6.2: … *Si vero pater, qui ab hostibus captus est, in captivitate moriatur, ab eo tempore, quo ab hostibus captus est, filii sui iuris effecti intelleguntur.* Über Meinungsunterschiede berichtet noch Theoph. inst 1,12,5. Von der dort wiedergegebenen breiten Debatte sind in Inst. 1.12.5 keine Spuren mehr.

[42] Von einem „alternativen Rechtszustand" sprach schon *Bechmann*, Ius postliminii (1872) 82 f., der sich „durch den Ausgang der Gefangenschaft rückwärts entscheiden" ließ (dazu zuletzt *D'Amati*, Civis (2004) 16–21).

[43] O. a. Fn. 41. *Barbati*, ACost. XX insb. 81 f.

[44] Gai. 1.129; Paul. 3 l. Iul. Pap. D. 49.15.8; Tryph. 4 disp D. 49.15.12.3; Pomp. 3 Sab. D. 49.15.14.1; Ulp. 12 Sab. D. 49.15.15; Ulp. 12 Sab. D. 38.16.1.10; *Ratti*, BIDR 35 (1927) 105–129; *Amirante*, Captivitas (1950) 53–57; *Kreller*, SZ 69 (1952) 187–198; *Solazzi*, Scr. IV 565–569; *Amirante*, Prigionia I (1969) 83–89; *Albanese*, Persone (1979) 33; *Nicosia*, Scr. II 714; *D'Amati*, Civis (2004) 25–36; *Barbati*, ACost. XX 42–71.

[45] Ulp. 29 ed. D. 14.6.1.1: … *si recciderit in potestatem, senatus consulto locus est, si minus cessat: interim igitur deneganda est actio. Amirante*, Prigionia I (1969) 85–87.

b. Das Erlöschen der *tutela impuberum*

20 Die Gefangenschaft des *tutor* eines Unmündigen bewirkte das Ende der Vormundschaft.[46] Im Fall der Gefangennahme eines *tutor legitimus* sollte der Prätor nach der sog. *lex Atilia* einen neuen Vormund ernennen (*tutor Atilianus*); war der Gefangene ein *tutor testamentarius* oder ein *tutor Atilianus*, schaltete sich der *tutor legitimus* ein.[47] Kehrte der Vormund zurück, galt auch für seinen Fall das *postliminium*.[48]

21 War der *pupillus* der Gefangene, blieb die *tutela* bestehen (denn der Vormund konnte seine Interesse auch während der Zeit der Gefangenschaft pflegen).[49]

c. Die Ehe

22 Anders als bei den sonstigen persönlichen Rechten, löste die *captivitas* die Ehe (→ § 33 Rn. 47) auf.[50] Hier war kein *postliminium* möglich. Kehrte der Gefangene zurück, war eine neue Willenserklärung nötig, um die Ehe wieder zu errichten.[51] Eine Ausnahme bildete die Ehe zwischen dem Patron und seiner *liberta* (wahrscheinlich wegen der engeren Bindung, die die augusteischen Ehegesetze bei solchen Eheverhältnissen vorsahen): Sie löste sich nicht wegen *captivitas* auf.[52]

23 Im Hinblick auf die Mitgift, gehen die Belege von der Gefangenschaft der Ehefrau aus: Die Ehe ist aufgelöst, und es stellt sich die Frage nach der Herausgabe der Mitgift an den Besteller.[53]

24 Gerieten beide Ehegatten in Kriegsgefangenschaft, und bekamen sie in der Gefangenschaft Kinder, erkannten Severus und Caracalla bei gemeinsamer Rückkehr die Ehe

---

[46] Ulp. 35 ed. D. 27.3.7.1: *Si tutor in hostium potestatem pervenerit … finita tutela intellegitur.* Ulp. 38 Sab. D. 26.1.15: *Si … tutor non sit captus ab hostibus … quia servus non efficitur, tutor manet.*

[47] S. insb. Gai. 1.187; Ulp. 14 Sab. D. 26.4.1.2; Ulp. 33 Sab. D. 26.2.11.3. Lit.: *Ratti*, BIDR 35 (1927) 137–149; *Amirante*, Captivitas (1950) 60–76; *Solazzi*, Scr. IV 615–627; *Amirante*, Prigionia I (1969) 87–106; *D'Amati*, Civis (2004) 72–74.

[48] Gai. 1.187 (… *reversus recipit tutelam iure postliminii*); Pap. 28 quaest. D. 27.3.8: *quamvis iure postliminii tutelam pristinam possit integrare.*

[49] Argumentum ex Ulp. 39 Sab. D. 26.2.16.2: *Solazzi*, Scr. IV 621; *Amirante*, Prigionia I (1969) 105 f.

[50] Paul. 35 ed. D. 24.2.1: *Dirimitur matrimonium … captivitate*; s. auch Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.4. Die gewöhnliche Begründung, dass die Ehe erlischt, weil sie ein faktisches Verhältnis ist, ist alles andere als unbestritten. Lit.: *Amirante*, Captivitas (1950) 149–157; *Solazzi*, Scr. IV 627–634; *Amirante*, Prigionia I (1969) 167–171; *D'Amati*, Civis (2004) 123–128, 134–141; ▌Periñán Gómez, Absentia y postliminium (2008) 52–53; ▌Baldus, Espacios (2017) 354.

[51] Pomp. 3 Sab. D. 49.15.14.1: *Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium.*

[52] Iulian bei Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 23.2.45.6 (*durare eius libertae matrimonium propter patroni reverentiam*). *Volterra*, BIDR 75 (1972) 319–345; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 183–188; *D'Amati*, Civis (2004) 128–132.

[53] Pomp. 15 Sab. D. 24.3.10 pr.; Paul. 6 Plaut. D. 24.3.56; Valer./Gallien. C. 5.18.5 (a.259); *Ratti*, BIDR 35 (1927) 157–161; *Amirante*, Prigionia I (1969) 168–170.

als fortbestehend (oder wiederbelebt) an, damit die Kinder als ehelich und in der *patria potestas* des eigenen Vaters gelten konnten.[54] Diejenigen Kinder, deren Mutter schwanger war, als sie gefangengenommen wurde, und die beim Feind geboren wurden, galten als bei der Gefangennahme schon geboren (aufgrund des Prinzips *conceptus pro iam nato habetur*) und hatten deshalb bei Rückkehr ein Recht auf *postliminium*.[55]

4. Gefangenschaft und Vermögen

a. Eigentum und Besitz

Der Kriegsgefangene verliert den Besitz (*possessio*) an seinen Sachen.[56] Mit der Zeit **25**
wurde jedoch die Möglichkeit der Ersitzung einer Sache zugelassen, durch den Besitz eines Gewaltunterworfenen, der die Sache in seinem *peculium* hatte.[57] Zu diesem Schluss kamen die Juristen aufgrund eines Vergleichs mit der Schwebezeit, die sich bei einer *hereditas iacens* ergab (→ § 56 Rn. 66): Ein *servus hereditarius* durfte in der Zeit zwischen dem Tod seines Herren und dem Erbschaftsantritt des Erben *peculiari causa* ersitzen.[58]

Die Abwesenheit des Gefangenen gab Anlass zu Streitigkeiten und Versuchen seitens **26**
Dritter, sich sein Vermögen anzueignen. Daher durften nächste Verwandte oder Gläubiger beim Prätor die Ernennung eines Verwalters beantragen.[59] Auch die Verwaltung einzelner Geschäfte durch *negotiorum gestores* (oder Sklaven) war möglich.

Dem Kriegsgefangenen gewährte man nach seiner Rückkehr die Klage auf Schadens- **27**
ersatz wegen *damnum iniuria datum* (*actio legis Aquiliae*). Auch in diesem Fall wurde mit der Analogie zur *hereditas iacens* argumentiert.[60] Man ließ auch (nicht ohne Zwei-

---

[54] In mancher Hinsicht problematisch (aber nicht bezüglich der Auswirkungen der Ehe) Sev./Ant. C. 8.50.1 pr.–1 (o.A.); zit. auch von Ulp. 12 Sab. D. 38.17.1.3; Ulp. 4 l. Iul. Pap. D. 49.15.9; Marcian. 14 inst. D. 49.15.25. Dazu u. a. *Ratti*, BIDR 35 (1927) 162–167; *Amirante*, Prigionia I (1969) 171–173; *Sanna*, Diritto@Storia 6 (2007) § 6.

[55] Iul. 69 dig. D. 1.5.26. Dazu insb. *Amirante*, Prigionia I (1969) 173 f.; *Bartosek*, RIDA 2 (1949) 28–32; *Kaser*, SZ 75 (1958) 169; *Bund*, Methode Julians (1965) 15 f.; *Meinhart*, SZ 82 (1965) 209; zuletzt *Lamberti*, Scr. Grelle I 313–328.

[56] *Neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur*: Iav. 1 epist. D. 41.2.23.1; Ulp. 12 ed. D. 4.6.23 pr.; Pap. 3 quaest. D. 4.6.19; Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.2. *Ratti*, Ann. Macerata 1 (1927) 3–7; *Amirante*, Captivitas (1950) 141–148; *Amirante*, Prigionia I (1969) 114–117.

[57] Labeo 6 pith. a Paul. epit. D. 49.15.29; Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.2; Iul. 62 dig. D. 49.15.22.2,3; Pap. 2 quaest. D. 41.3.44.7.

[58] Lab. 6 pith. a Paul. epit. D. 49.15.29: *eo modo etiam hereditas nondum nato postumo aut nondum adita augeri per servum hereditarium solet*; Pap. 27 quaest. D. 45.3.18.2; Paul. 12 Sab. D. 46.4.11. *Amirante*, Captivitas (1950) 145–147; *Solazzi*, Scr. IV 590–600; *Voci*, DER I 527 f., 557–568; *Amirante*, Prigionia I (1969) 118–120.

[59] Paul. 57 ed. D. 42.4.6.2; Ulp. 65 ed. D. 42.5.22.1; Const. C. 8.5.1 (a.326).

[60] Pomp. 19 Sab. D. 9.2.43; *Amirante*, Captivitas (1950) 81, 91; *Voci*, DER I 547 f.; *Amirante*, Prigionia I (1969) 106–108.

fel) den zurückgekehrten *captivus* zur *actio furti* für Diebstähle zu, die in der Zeit seiner Gefangenschaft stattgefunden hatten.[61]

b. Schulden und Forderungen

28 Ähnlich wie bei der Geburt eines *postumus* oder bei einem Erbschaftsantritt im Falle einer *hereditas iacens*, bei denen die Juristen für die Zeit nach der Geburt oder nach der *aditio* ihre Lösungen liefern, werden auch im Falle des Kriegsgefangenen die Entscheidungen für die Zeit nach der Rückkehr oder nach dem Tod *in captivitate* gefällt (→ Rn. 22).[62] Es ist daher zu vermuten, dass die *captivitas*-Fälle in der Antike schnell eine Lösung fanden, entweder durch Rückkehr oder durch (schnellen) Tod des Gefangenen im Feindesland.

29 Schloss der Sklave des *captivus* eine *stipulatio* ab, oder nahm er Bürgen an, so waren diese Geschäfte wirksam: Der Kriegsgefangene war aus diesen Geschäften ab dem Zeitpunkt seiner Rückkehr berechtigt.[63] Sollte der *captivus* in Gefangenschaft sterben, galt er (nach der *lex Cornelia*) als vor der Gefangennahme gestorben: Für seine Verbindlichkeiten hafteten die Erben.[64]

30 Entsprechend wurde im Fall der Erbeinsetzung eines Sklaven des Kriegsgefangenen verfahren. Zur Lösung dieses Falles nimmt Julian explizit Bezug auf die *lex Cornelia*.[65]

c. Erbrecht

31 Die meisten Lösungen im erbrechtlichen Bereich gehen von derselben Gleichstellung zwischen dem *captivus* und dem *postumus suus* aus. Stirbt z. B. bei Gefangenschaft ein *captivus*, der im väterlichen Testament *praeteritus* wurde, ist das Testament gültig (ähnlich dem Fall der Nichtgeburt des *nasciturus*);[66] kehrt er zurück, ist das Testament unwirksam (*ruptum*), wegen *adgnatio sui heredis*.[67] Setzt ihn der Vater als Erben ein oder enterbt ihn, ist das Testament sowohl beim Tod als auch bei Rückkehr wirksam.[68]

---

[61] *Poterit quis dicere eum furti habere actionem*: Ulp. 41 Sab. D. 47.2.41 pr.; Inst. 4.10 pr.; *Voci*, DER I 561 Fn. 144.

[62] S. u.a. *Amirante*, Prigionia I (1969) 122 f.; *D'Amati*, Civis (2004) 17.

[63] Ven. 12 stip. D. 45.3.25; Iav. 7 epist. D. 44.3.4; Paul. 24 ed. D. 45.1.73.1.

[64] *Voci*, DER I 560.

[65] Obwohl der Gedankengang nicht ganz geradlinig ist, erahnt man das Wesentliche aus Iul. 62 dig. D. 49.15.22.1.

[66] Paul. 2 Sab. D. 28.2.31.

[67] Scaev. 6 quaest. D. 28.2.29.10; Ulp. 10 Sab. D. 28.3.6.1.

[68] Paul. 1 Vit. D. 28.3.10; *Solazzi*, Scr. IV 603; *Voci*, DER II 645 mit Fn. 49; *Amirante*, Prigionia I (1969) 152–157; *Lamberti*, Postumi II (2001) 175 Fn. 39.

V. Die *redemptio ab hostibus*

1. Die *redemptio* eines *liber homo*

Der Kriegsgefangene konnte, abgesehen von der öffentlichen Haltung Roms den *in bello captivi* gegenüber,[69] von Freunden, Freigelassenen oder Verwandten freigekauft werden.[70] 32

Unter Septimius Severus und Caracalla wurde eine sog. *constitutio de redemptis* erlassen.[71] Anscheinend ist auf diesen Kaisererlass der Satz zurückzuführen, dass der *captivus* zwar aufgrund des *postliminium* seine ursprünglichen Rechte wiedererlangt hätte, aber in der *potestas* des Lösers blieb, bis diesem der Kaufpreis erstattet wurde.[72] Justinian wird auf vielfältige Weise die *redemptio ab hostibus* als christliche Verpflichtung fördern.[73] 33

2. Die *redemptio* eines Sklaven

Die *constitutio de redemptis* regelte jedenfalls die Lage des *servus ab hostibus captum*, der von einem *redemptor* gekauft worden war.[74] Der Sklave, der von einem Dritten *ab hostibus* freigekauft worden wäre, fiel in das Eigentum des Freikäufers. Der frühere Eigentümer konnte dem *redemptor* den Preis des Sklaven anbieten, um ihn wiederzuerlangen. Diese Möglichkeit wurde ihm für ein Jahr nach der *redemptio ab hostibus* gewährt, wenn der *redemptor* (oder ein dritter Erwerber) gutgläubig war; bei Bösgläu- 34

[69] Dazu insb. *Cursi*, Postliminium (1996) 193–195.

[70] Plaut. Asin. 104–107; Plaut. Persa 693–696; Plaut. Capt. passim; Cic. off. 2,16,55–56; 2,18,63; D. H. 2,10,2; Sen. benef. 2,21; Ps. Quint. decl. 5; 6; 9; Quint. decl. 257; 342; 343. *Levy*, CPh. 38 (1943) 160 f.; *Amirante*, Prigionia I (1969) 179–181; *Maffi*, Postliminium (1992) 177 f.; *Cursi*, Postliminium (1996) 197; *Sanna*, Postliminium e redemptio (2001) 23–25.

[71] Zwischen 161 und 198 n. Chr. nach der herrschenden Meinung: *Levy*, CPh. 38 (1943) 163–165; *Amirante*, Labeo 3 (1957) 21–23; *Amirante*, Prigionia I (1969) 186–189; *Sanna*, Postliminium e redemptio (2001) 47–61.

[72] Ulp. 1 Sab. D. 28.1.20.1: *Potestatis verbum … referendum est … etiam ad eum quem redemit ab hostibus, quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat.* In diesem Sinne *Leonhard*, s. v. redemptor, RE IA.1 447 f.; *Amirante*, Labeo 3 (1957) 45–48; *Maffi*, Postliminium (1992) 219; *Cursi*, Postliminium (1996) 201; *Sanna*, Postliminium e redemptio (2001) 70–76; eine ältere rechtliche Bindung zwischen Gefangenem und *redemptor* behauptet *Maffi*, Postliminium (1992) 176–192, 214–228. Zum *ius pignoris* des Käufers am *redemptus* Ulp. 21 Sab. D. 30.43.3; Paul. 16 Sab. D. 49.15.19.9; Ulp. 5 op. D. 49.15.21 pr. Erst im Jahre 408 n. Chr. sei das *postliminium* auch auf die Zeit der Erstattung des Lösegelds aufgeschoben worden (Honor. Const. Sirm. 16 [a.408] = Honor./Theodos. Cod. Theod. 5.7.2 [a.409]): zuletzt *Barbati*, ACost. XX 157–168.

[73] Iust. C. 1.2.21.2 (a.529); C. 1.3.45.1b (a.530); C. 1.3.48 (a.531); C. 8.53.36 pr. (a.531); Novell. Iust. 7.8 (a.535); Novell. Iust. 65.1 (a.538); Novell. Iust. 120.10 (a.544); Novell. Iust. 131.11.2 (a.545); zuletzt [redacted] Baldus, Espacios (2017) 356.

[74] Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.7,8.

bigkeit wurde sie ohne Befristung gewährt.[75] Aus der *constitutio de redemptis* scheint sich eine reiche Kasuistik betreffend den losgekauften Sklaven ergeben zu haben.[76]

[75] Zu den komplexen Angaben von Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.7–9; s. insb. *Amirante*, Prigionia I (1969) 179–183; *Sanna*, Postliminium e redemptio (2001) 55–68.

[76] S. insb. Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.10,11 (*statuliber*),12 (*servus pignori datus*),13 (*servus communis*),14 (*fideicommissa libertas captivo debita*). Dazu insb. *Sanna*, Postliminium e redemptio (2001) 68–86.

§ 28 Verlust der Ehrenstellung (*infamia*)

Constantin Willems

Greenidge, Infamia. Its place in Roman public and private law, 1894; *Pommeray*, Études sur l'infamie en droit romain, 1937; *Kaser*, Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen, SZ 73 (1956) 220–278; *Humbert*, Intestabilis, in: Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna IV, 2007, 2543–2558; *Wolf*, Das Stigma ignominia, SZ 126 (2009) 55–113; *Di Salvo*, In tema di infamia e di postulatio, in: Reduzzi Merola (Hg.), Dipendenza ed emarginazione nel mondo antico e moderno. Atti del XXXIII Convegno Internazionale GIREA dedicati alla memoria di Franco Salerno, Napoli-Ascea 30 settembre – 3 ottobre 2009, 2012, 393–396; *Chiusi*, „Fama" and „infamia" in the Roman Legal System. The Cases of Afrania and Lucretia, in: Judge and Jurist. Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry, 2013, 143–156; *Atzeri*, Die infamia in der Rechtssetzung der Soldatenkaiser, in: Babusiaux/Kolb (Hgg.), Das Recht der „Soldatenkaiser". Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs?, 2015, 127–159; *Bur*, La citoyenneté dégradée. Une histoire de l'infamie à Rome (312 av. J.-C.–96 apr. J.-C.), 2018; *Scheibelreiter*, s. v. Schande, in: Reallexikon für Antike und Christentum XXIX, 2019, 699–726.

Inhalt Rn.

I. Vorbemerkungen 1
1. Terminologisches 3
2. *Sedes materiae* 6
II. Der Verlust der Ehrenstellung im Einzelnen 8
1. *Intestabilitas* und *improbitas* 8
a. Tatbestände 8
b. Rechtsfolgen 9
2. *Infamia* und *ignominia* 10
a. Tatbestände 10
b. Rechtsfolgen 17

I. Vorbemerkungen

1 Der gute Ruf einer Person (*existimatio*, *fama*, *dignitas*)[1] hatte in der „face to face society" des alten Rom[2] zunächst Einfluss auf deren soziale Stellung und deren Ansehen in der Gesellschaft. Daneben spielte dieser aber auch für das Recht und konsequent auch in den Rechtsquellen eine Rolle. Eine Beschränkung der bürgerlichen Ehrenstellung hatte mithin rechtliche und – womöglich noch schwerwiegendere – gesellschaftliche Folgen im Sinne einer Marginalisierung bzw. Stigmatisierung.[3]

2 Dieses Kapitel konzentriert sich im Wesentlichen auf die privatrechtlichen Bezüge des Verlusts der bürgerlichen Ehrenstellung, insbesondere der Infamie, die sowohl auf gesetzlicher Anordnung als auch auf prätorischem Befehl beruhen konnte.[4] Damit wird insbesondere die am Maßstab der *mores* orientierte moralische Dimension der an eine *nota* des Zensors geknüpften Infamie[5] ausgeklammert.

1. Terminologisches

3 Die Begriffe *infamia* bzw. *infamis* bezeichneten im römischen Recht nicht nur den fehlenden guten Ruf im sozialen bzw. moralischen Sinne,[6] sondern ihnen kam auch ein rechtlicher Gehalt zu.[7] Eine juristische Definition im Sinne eines klar konturierten Rechtsbegriffs fehlte jedoch.[8]

4 Die Rechtsquellen behandeln zahlreiche Einzelfälle, wobei die einheitliche Terminologie immerhin von einer gewissen Vereinheitlichungstendenz zeugt.[9] Diese mag

---

[1] Dazu Call. 1 cogn. D. 50.13.5.1 mit *Bur*, Citoyenneté dégradée (2018) 272 und *Taylor*, OH RLS 355.

[2] *Chiusi*, Ess. Rodger 143; *Maffi*, in: Prodi, Fiducia (2007) 41.

[3] Dazu *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 15 mit Fn. 10; ferner *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 240 mit Fn. 1 und 252 f.

[4] *Kaser/Knütel/Lohsse* § 23 Rn. 13; *Kaser*, RP I 274.

[5] Zu dieser etwa detailliert *Bur*, Citoyenneté dégradée (2018) 57–229 mit *El Beheiri*, SZ 137 (2020) 383, 384–386; ferner *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 705 f.; *Bur*, in: Baudry/Hurlet, Prestige (2016) 249–263; *Chiusi*, Ess. Rodger 145; *El Beheiri*, Regimen morum (2012) 144 f.; *Wolf*, SZ 126 (2009) 55, 60 f. (= deutsche Fassung von *Wolf*, in: Corbino et al., Homo [2010] 491–550); *Camacho de los Ríos*, Infamia (1997) 57–62; *Brasiello*, s. v. Infamia (Diritto romano), NNDI VIII 642; *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 224–227; *Pommeray*, Infamie (1937) 23–39; *Greenidge*, Infamia (1894) 41–112; *Savigny*, System II 196–198.

[6] So aber *Knapp*, OH RLS 363: „extra-legal, marginalising moral black mark".

[7] *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 224.

[8] Gai. 4.182; dazu *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 227. Ebenso schon *Mommsen*, Strafrecht 995: „… in das ebenso unlogische wie unpraktische Bemühen […] einen positiven Rechtsbegriff, die sogenannte Ehrlosigkeit zu entwickeln, ist die römische Rechtswissenschaft nicht verfallen". Anders dagegen *Savigny*, System II 185, 193, der von einem „scharf bestimmte[n] Begriff", „technisch[en] Ausdruck eines festen, bekannten Rechtsbegriffs" bzw. „alt[en], bekannt[en] Rechtsbegriff" ausgeht.

[9] *Atzeri*, Scr. Corbino I 155; *Kaser*, RP I 274; *Kaser*, SZ 73 (1956) 220 f. Eine Übersicht über die Terminologie in der spätantiken Gesetzgebung bietet *Atzeri*, a. a. O. 131–139.

durch das Aufkommen der Kognitionsverfahren (→ § 15 Rn. 1 f.) gefördert worden sein, die dem Richter einen weiteren Ermessensspielraum (→ § 15 Rn. 5), auch bezüglich der Ehrenstellung einer Person, einräumten.[10]

Die Juristen sprechen Personen in gewissen Konstellationen die Fähigkeit zum Mitwirken bei formalen Akten ab (*intestabilitas*), in anderen die Rechtschaffenheit (*improbitas*), den (guten) Namen (*ignominia*) bzw. meist den (guten) Ruf (*infamia*).[11] So unterschiedlich die einzelnen Tatbestände auch waren, so hatten sie doch gemeinsam, dass sie das juristische Werturteil eines sozial verwerflichen Verhaltens tra[12] und dass infolgedessen auf der Rechtsfolgenebene die Stellung des Betroffenen im bürgerlichen Rechtsverkehr in prozessualer Hinsicht beschränkt wurde. 5

2. *Sedes materiae*

Sedes materiae im Corpus Iuris Civilis sind insbesondere der Digestentitel D. 3.2 (*De his qui notantur infamia*) sowie der Codextitel C. 2.11 (*De causis, ex quibus infamia alicui inrogatur*) und die *lex unica* in C. 10.59 (*De infamibus*); ferner wird an verschiedenster Stelle auf die *infamia* und verwandte Konzepte verwiesen. 6

Während im einschlägigen Digestentitel vor allem Fälle aufgeführt sind, in denen die genannten Personen infam werden, beinhaltet der relevante Codextitel zunächst Konstitutionen, in denen die jeweiligen Kaiser festsetzen, dass die Folge der Infamie im Einzelfall gerade nicht greift. 7

II. Der Verlust der Ehrenstellung im Einzelnen

1. *Intestabilitas* und *improbitas*

a. Tatbestände

Die Konsequenz der *intestabilitas*,[13] die mitunter in den Quellen gemeinsam mit der *improbitas* genannt wird,[14] drohte nach dem Zwölftafelgesetz, Tabula VIII demjenigen, der nicht vor Gericht als Zeuge aussagte, obwohl er bei dem streitgegenständlichen Libralakt (→ § 17 Rn. 1 ff.) als Waaghalter (*libripens*) oder als einer der Zeugen (*testes*) 8

[10] *Chiusi*, Ess. Rodger 147; *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 234.

[11] *Kaser/Knütel/Lohsse* § 23 Rn. 13; *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 704; *Chiusi*, Ess. Rodger 146; *Wolf*, SZ 126 (2009) 55 f., 58. Zur *improbitas* und deren Zusammenhang mit *infamia* siehe *Kleinfeller*, s. v. improbus, RE IX.2 1212 f.

[12] *Wolf*, SZ 126 (2009) 55, 69.

[13] Dazu *Bur*, Citoyenneté dégradée (2018) 276 f.; *Papa*, SDHI 81 (2015) 3–22; *Humbert*, St. Labruna IV 2543–2558; *Domínguez Tristán*, ACIA VI 215–228; *De Lapuerta Montoya*, ACIA VI 377–394; *Camacho de los Ríos*, Infamia (1997) 34–37; *Vincenti*, Duo genera (1989) 17–26; *Manigk*, s. v. intestabilis, RE IX.2 1729 f.

[14] Die Paarformel *improbus intestabilisque* findet sich nicht nur bei Gell. 7,7,3 und 15,13,11, sondern noch in Inst. 2.10.6. Zur *improbitas* siehe *Kleinfeller*, s. v. improbus, RE IX.2 1212 f.

fungiert hatte.[15] Die gleiche Konsequenz[16] drohte dem Verfasser einer Schmähschrift (*carmen famosum*),[17] gewissen Verurteilten[18] sowie später, zu christlicher Zeit, Apostaten.[19]

b. Rechtsfolgen

9 Die *intestabilitas* hatte zur Folge, dass der Betroffene künftig bei Libralakten weder selbst Zeuge sein noch andere als Zeugen laden konnte,[20] also etwa nicht mehr eine Sache manzipieren (→ § 17 Rn. 5), eine *emancipatio* durchführen (→ § 17 Rn. 7), im Wege der *coemptio* heiraten (→ § 19 Rn. 9) oder ein Testament *per aes et libram* errichten (→ § 18 Rn. 23 ff.) konnte.[21] Zur Zeit des Zwölftafelrechts bedeutete die *intestabilitas* damit nahezu einen Entzug des Bürgerrechts.[22]

2. *Infamia* und *ignominia*

a. Tatbestände

10 Die Begriffe *infamia* und *ignominia* verwendeten die Juristen meist synonym.[23] In den Rechtsquellen finden sich verschiedene Kataloge, wann eine Person *infamis* oder *igno-*

---

[15] Gell. 15,13,11; ferner Gell. 7,7,2–3; dazu *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 715; *Flach*, XII tab. 133 f.; *Papa*, SDHI 81 (2015) 3–5; *Humbert*, St. Labruna IV 2543 Fn. 1. *Pólay*, SZ 106 (1989) 502–504 geht dagegen davon aus, dass die Infamie an eine Verletzung der bürgerlichen Ehrenpflicht, als Zeuge oder Waagehalter zu wirken, anknüpfte.

[16] *Manigk*, s. v. intestabilis, RE IX.2 1729 f.; *Mommsen*, Strafrecht 991 f.

[17] Arc. test. sing. D. 22.5.21 pr.; Ulp. 1 Sab. D. 28.1.18.1; Ulp. 56 ed. D. 47.10.5.9; dazu *Papa*, SDHI 81 (2015) 3, 10–13, *Chiusi*, Ess. Rodger 144 und *Manfredini*, Diffamazione I (1979) 206 f. mit Fn. 57.

[18] Marcell. 3 dig. D. 19.2, Ulp. 1 Sab. D. 28.1.20.5 und Paul. 3 sent. D. 22.5.15 pr. (Verstoß gegen die *lex Iulia de repetundis*), dazu *Bur*, Citoyenneté dégradée (2018) 295–311; Pap. 1 adult. D. 22.5.14 (*adulterium*), dazu *Bur*, a. a. O. 344–346.

[19] Valentin./Theodos./Arcad. C. 1.7.3 pr. (a.391); Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 16.5.9 pr. (a.382); Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 16.7.3 (a.383); Valentin./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 16.7.4, 5 (a.391); Honor./Theodos. Cod. Theod. 16.5.54 pr. (a.414); dazu *Flierman/Rose*, Al-Masāq 32 (2020) 64, 77; *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 720 und *Papa*, SDHI 81 (2015) 3, 13–15.

[20] Gai. 22 ed. prov. D. 28.1.26; ferner Ulp. 1 Sab. D. 28.1.18 und Inst. 2.10.6. Aus der Komödie ferner Plaut. Curc. 30, 33 sowie Plaut. Mil. 1414–1421; dazu *Papa*, SDHI 81 (2015) 3, 7 Fn. 14, *Humbert*, St. Labruna IV 2546–2548 und *Daube*, Tulane Law Rev. 39 (1965) 253, 258–260.

[21] *Kaser/Knütel/Lohsse* § 23 Rn. 13; *Taylor*, OH RLS 355 (dortige Quellenverweise wenig hilfreich); *Papa*, SDHI 81 (2015) 3, 22; *Fiori*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 223 mit Fn. 234; *Humbert*, St. Labruna IV 2544, 2558; *De Lapuerta Montoya*, ACIA VI 377–394; *Manigk*, s. v. intestabilis, RE IX.2 1729; *Mommsen*, Strafrecht 990 f.; *Greenidge*, Infamia (1894) 168 f. Nur für ein Verbot des aktiven Testierens dagegen *Gardner*, Citizen (1993) 118–121.

[22] *Kaser/Knütel/Lohsse* § 23 Rn. 13; *Mommsen*, Strafrecht 959, 991.

[23] *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 706; *Wolf*, SZ 126 (2009) 55, 59; *Mommsen*, Strafrecht 993 Fn. 2 a. E. In der Spätantike verschwindet der Begriff *ignominia*, vgl. *Atzeri*, Scr. Corbino I 146–152.

minosus wird; diese überschneiden sich teilweise, es finden sich aber auch Abweichungen.[24] Im ersten Fragment des Titels D. 3.2 ist ein – wahrscheinlich interpoliertes – längeres Zitat aus Julians Ediktskommentar wiedergegeben; dieses reproduziert wiederum den Wortlaut des prätorischen Edikts und listet Fälle auf, in denen jemand von Ehrlosigkeit betroffen ist (*infamia notatur*).[25]

11 Die *Lex Iulia municipalis* (sog. *Tabula Heracleensis*)[26] beinhaltet in Z. 108–125 ebenfalls einen Katalog, der die in D. 3.2.1 genannten sowie weitere[27] Tatbestände umfasst[28] – Termini aus dem Wortfeld „Infamie" finden sich an dieser Stelle jedoch nicht.[29]

12 Ferner sind in den Institutionenlehrbüchern von Gaius und Justinian Klagen, die sich überwiegend auch in den bereits genannten Listen finden, aufgeführt, die den Verurteilten ehrlos (*ignominosus*) machen.[30] Gaius präzisiert, dass die Folge des *ignominosus esse* an keiner Stelle im Edikt *nominatim* angeordnet worden sei, sondern dass derjenige, der bestimmte im Edikt angeordnete Konsequenzen zu tragen habe (→ Rn. 18), als ehrlos gelte (*ignominosus esse dicitur*).[31] Unter anderem aufgrund dieser Aussage wird das *infamia notatur* in D. 3.2.1 für eine Interpolation gehalten.[32] In der Folge wird der Übersichtlichkeit halber versucht, eine Systematisierung der Ehrlosigkeit auslösenden Tatbestände nach Quellengruppen zu erstellen.

13 Nach den Institutionen des Gaius bzw. Justinians führen die folgenden Klagen für den Verurteilten[33] zur *ignominia*:[34] *actio furti* (→ § 93 Rn. 7),[35] *actio vi bonorum rap-*

[24] Vgl. etwa *Watson*, TR 31 (1963) 69, 77.

[25] Iul. 1 ed. D. 3.2.1.

[26] *Nicolet/Crawford*, RS I 24.

[27] Gegenüberstellung bei *Maffi*, in: Prodi, Fiducia (2007) 42–49; *d'Ors*, Scr. Guarino VI 2575, *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 237–240 und *Greenidge*, Infamia (1894) 121–143. *Lenel*, EP 79 f. ergänzt diese weiteren Tatbestände zum in Iul 1 ed. D. 3.2.1 überlieferten Edikt und geht davon aus, dass diese von den Kompilatoren gestrichen wurden; zustimmend *Wolf*, SZ 126 (2009) 55, 67.

[28] Vergleichbar ist ebenfalls der Katalog in der lex Irn. LXXXIV, der den Zuständigkeitsbereich der Munizipaljurisprudenz umschreibt; dazu *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 153–167, 349 f.

[29] Vgl. *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 707; *Savigny*, System II 206.

[30] Gai. 4.182 und Inst. 4.16.2; dazu *Wolf*, SZ 126 (2009) 55, 63 f.; *d'Ors*, Scr. Guarino VI 2575 f.

[31] Gai. 4.182 a. E.; dazu auch *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 714.

[32] Iul 1 ed. D. 3.2.1. Die Passage *infamia notatur* hält man gemeinhin für eine Zutat der justinianischen Kompilatoren, vgl. *Wolf*, SZ 126 (2009) 55, 84; *Nörr*, SZ 124 (2007) 1, 23; *Kaser*, SZ 73 (1956) 245 Fn. 111: „Kaum eine Interpolation ist so gut gesichert wie diese". Auch *Kaser*, a. a. O. 245 betont, dass „gerade der Digestentitel D. 3.2 von Justinian vornehmlich dazu benutzt worden ist, um dort seinen einheitlichen Infamiebegriff fest zu verankern".

[33] Nach Iul 1 ed. D. 3.2.1 nur bei Verurteilung *suo nomine*, d. h. die Rechtsfolge der Infamie trifft etwa nicht den Prozessvertreter (vgl. Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.2; Frg. Vat. 339) und den Erben, der im Rahmen einer *translatio iudicii in heredem* in das Verfahren eintritt (Paul. 5 ed. D. 3.2.14; Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.2; Tryph. 17 disp. D. 5.2.22.3); dazu *Erxleben*, Translatio (2017) 19, 44 Fn. 170, 162–172. Zum Fall der *translatio iudicii noxalis in libertum*, der Umstellung der ursprünglich gegen den *dominus* erhobenen Noxalklage auf den inzwischen freigelassenen unmittelbaren Schädiger, vgl. *Erxleben*, Translatio (2017) 213–216.

[34] Gai. 4.182 und Inst. 4.16.2; weitere Quellenbelege und Literatur in den folgenden Fußnoten.

torum, *actio iniuriarum* (→ § 95 Rn. 15),[36] *actio pro socio* (→ § 81 Rn. 8)[37] (jeweils sowohl bei Gaius als auch bei Justinian genannt), *actio tutelae* (→ § 84 Rn. 29 und 43),[38] *actio mandati* (→ § 82 Rn. 9 und 38),[39] *actio depositi* (→ § 85 Rn. 48)[40] (jeweils bei Gaius und Justinian genannt; Justinian[41] stellt klar, dass jeweils nur die *actio directa*, nicht aber die *actio contraria* gemeint ist) sowie die *actio fiduciae* (→ § 88 Rn. 6)[42] (nur bei Gaius genannt) bzw. die *actio de dolo* (→ § 94 Rn. 26)[43] (nur bei Justinian genannt).

14 Nach Julians Wiedergabe des prätorischen Edikts waren daneben auch weitere Personengruppen von der Infamie betroffen:[44] unehrenhaft aus der Armee Entlassene,[45] Schauspieler und Deklamatoren,[46] Zuhälter,[47] wegen vorsätzlich falscher oder

[35] Ulp. 6 ed. D. 3.2.6 pr.; Ant. C. 2.11.8 (a.205); Ant. C. 2.11.10 (a.208); Gord. C. 2.11.18 (a.260) mit *Atzeri*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 138 f.; Paul. sent. 2.31.15; *Willems*, Pauliana (2012) 120; *Kaser*, RP I 616 Fn. 22.

[36] Sev./Ant. C. 2.11.5 (a.198); *Lendon*, OH SRRW 380 f.

[37] Diocl./Max. C. 2.11.22 (a.294); *Kaser*, RP I 576. Generell zur *infamia* in den Reskripten Diokletians *Atzeri*, Font. min. XII 1–68.

[38] Nur bei vorsätzlicher Pflichtverletzung (*ex dolo* bzw. *ob dolum*), vgl. Diocl./Max. C. 5.43.9 (a.294); Inst. 1.26.6; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 73 Rn. 27; *Atzeri*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 147–150; *McGinn*, Prostitution (1998) 46 Fn. 218; *Kaser*, RP II 231. Zur Infamie des gegen seine Pflicht zur Inventarerrichtung verstoßenden *tutor* Iust. C. 5.51.13.3 (a.530) mit *Willems*, Quinquaginta Decisiones (2017) 117 f.

[39] Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.5; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 55 Rn. 8 und *McGinn*, Prostitution (1998) 46 Fn. 218: vermutlich nur bei Verurteilung aufgrund von *dolus*, Arg. ex Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.4: *damnatus infamis est* […] *propter dolum*; zur Stelle *Meissel*, Fundamina 20.2 (2014) 613, 617 f. Siehe ferner *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 709 und *Albanese*, Iura 21 (1970) 1–51. *Kehoe*, in: Kehoe/McGinn, Ancient Law (2017) 126 erwägt, dass die Strafe der Infamie das Prozessrisiko erhöhte und mithin aus ökonomischer Sicht einen Anreiz zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten setzte; dazu *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 855, 857.

[40] Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.4 (*Depositi damnatus infamis est*); *Kaser/Knütel/Lohsse* § 49 Rn. 17; *Cristaldi*, SZ 133 (2016) 135, 172; *Kaser*, RP I 535.

[41] Inst. 1.26.6; ferner Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.7; dazu *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 709 und *Schwarz*, SZ 71 (1954) 209–212.

[42] *Nicolet/Crawford*, RS I 24, Z. 111; Gai. 4.182; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 41 Rn. 12; *Kaser*, RP I 462.

[43] Ulp. 6 ed. D. 3.2.4.5; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 18 Rn. 35; *Garnsey*, Social status (1970) 185.

[44] Iul. 1 ed. D. 3.2.1; weitere Quellenbelege und Literatur in den folgenden Fußnoten.

[45] Ulp. 6 ed. D. 3.2.2 pr.–4; *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 708; *Atzeri*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 155 f.; *Carro*, Postulare (2006) 128, 130 f.

[46] Ulp. 6 ed. D. 3.2.2.5; Gai. 1 ed. prov. D. 3.2.3; Ulp. 6 ed. D. 3.2.4 pr.–2; Diocl./Max. C. 2.11.21 (a.290); *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 708; *Bur*, Citoyenneté dégradée (2018) 470–480; *Leppin*, OH SRRW 671 f.; *Carro*, Postulare (2006) 131 f.; *Pennitz*, SZ 112 (1995) 91–108.

[47] Ulp. 6 ed. D. 3.2.4.2, 3; dazu *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 708; *Wacke*, SZ 135 (2018) 261, 285 Fn. 91; *Bur*, Citoyenneté dégradée (2018) 464–470; *Mattiangeli*, Lib. Am. Végh 91–116; *McGinn*, Prostitution (1998) 53–58; ferner *McGinn*, OH SRRW 646–649; zu Umgehungsmöglichkeiten Ulp. 15 ed. D. 5.3.27.1 mit *Gamauf*, OH RLS 394.

kollusiver öffentlicher Anklage Verurteilte[48] und an der Wiederverheiratung der Witwe innerhalb der zehnmonatigen Trauerzeit[49] sowie an Bigamie Beteiligte.[50]

Die *Lex Iulia municipalis* knüpfte ihre Folgen überdies an den Verstoß gegen die *minores XXV anni* schützende *lex (P)Laetoria* (→ § 6 Rn. 44 und § 30 Rn. 14 f.)[51] sowie an mehrere vollstreckungsrechtliche Tatbestände: das Ableisten des „Offenbarungseides" (*bonam copiam abiurare*; → § 14 Rn. 3)[52] oder die Erklärung gegenüber Bürgen und Schuldnern, nicht aufs Ganze zahlen zu können,[53] sowie die anstehende Proskription des Vermögens im Vollstreckungsverfahren.[54] Letzteres bedeutete die Infamie, wenn der Schuldner bei der *missio in bona* die Zahlungsfrist verstreichen ließ (→ § 14 Rn. 3, 14);[55] die *cessio bonorum* sollte Personen senatorischen Ranges dagegen vor der Infamie bewahren (→ § 14 Rn. 20).[56] Auch der Nachlasskonkurs, die Versteigerung des ohne Erben gebliebenen Nachlasses, führte zum posthumen Ehrverlust (*ignominia*) des Erblassers.[57] 15

[48] Ulp. 6 ed. D. 3.2.4.4; Pap. 1 resp. D. 3.2.20; Gord. C. 2.11.16 (a.240) mit *Atzeri*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 140 f.; Gord. C. 2.11.17 (a.242) mit *Atzeri*, a. a. O. 143 f.

[49] Ulp. 6 ed. D. 3.2.8 und die folgenden Fragmente bis Ulp. 6 ed. D. 3.2.13 pr.; Gord. C. 2.11.15 (a.239); Theodos./Valentin. C. 5.17.8.4a (a.449); *Kaser/Knütel/Lohsse* § 58 Rn. 23; *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 709 f.; *Bur*, Citoyenneté dégradée (2018) 495 f.; *Atzeri*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 151 f.; *Wolf*, SZ 126 (2009) 55, 93; *Carro*, Postulare (2006) 137–140; *Kaser*, RP II 177; *Karlowa*, ZRG 9 (1870) 204, 229–238. Diese Trauerzeit korrespondierte mit der Maximaldauer einer Schwangerschaft, vgl. bereits *Savigny*, System II 181.

[50] Ulp. 6 ed. D. 3.2.13.1–3; Valer./Gall. C. 9.9.18 = C. 5.3.5 (a.258); *Mitchell*, SZ 133 (2016) 400, 402, 411; *Atzeri*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 152 f.; *Carro*, Postulare (2006) 140 f.; *Kaser*, RP I 313 mit Fn. 12.

[51] *Nicolet/Crawford*, RS I 24, Z. 112; dazu *Wacke*, TR 48 (1980) 203 f., 207; *Di Salvo*, Lex Laetoria (1979) 209.

[52] *Nicolet/Crawford*, RS I 24, Z. 113; dazu *Klinck*, SZ 130 (2013) 393, 397, *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 244 f., RS I 386 und *MacCormack*, Labeo 19 (1973) 306, 315 f.

[53] *Nicolet/Crawford*, RS I 24, Z. 114, 115; dazu *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 241, 244, 247–251 und *Kaser/Hackl*, RZ 388 Fn. 40.

[54] *Nicolet/Crawford*, RS I 24, Z. 115–118; dazu *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 246 und *Kaser/Hackl*, RZ 394 mit Fn. 2.

[55] Dazu – unter Rückgriff auf Cic. Quinct. 49–50 – näher *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 285–333 mit *Rüfner*, JRS 93 (2003) 306 und *Hackl*, SZ 122 (2005) 333, 341.

[56] Gai. 9 ed. prov. D. 27.10.5; Gai. 2.154; Alex. C. 2.11.11 (a.223); *Kaser/Knütel/Lohsse* § 10 Rn. 9; *Willems*, Pauliana (2012) 22 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 404 f., 630; *Garnsey*, Social status (1970) 186 f. Im Kognitionsprozess war die Infamie Folge der *distractio bonorum*, vgl. *Kaser/Hackl*, a. a. O. 629 (→ § 14 Rn. 23 und 15 Rn. 37).

[57] Gai. 2.154; Scaev. 32 dig. D. 42.8.23; dazu *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 178, 217; *Finkenauer*, TR (2017) 115, 116 und 140; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 55 f. mit *Klinck*, SZ 129 (2012) 724, 732; *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 300–318. Anders als die *sui et necessarii heredes* konnten Sklaven als Zwangserben, die für den Erblasser die *ignominia* als Folge einer insolventen Erbschaft auf sich nehmen mussten, die Erbschaft nicht ausschlagen; dazu *Kupisch*, TR 84 (2016) 379, 381 Fn. 6 mwN.

16 Daneben verhängten zahlreiche Einzelgesetze die Infamie als Folge für ein bestimmtes Verhalten,[58] etwa bei der Verurteilung aus bestimmten „Straftaten“,[59] bei Heirat eines *tutor* mit seinem Mündel[60] und beim Fordern eines ungesetzmäßigen Zinses.[61] Bezüglich der *lex Iulia de vi privata* (ergangen zwischen 19 und 16 v. Chr.) ist die Infamierung des Verurteilten erst eine spätere Entwicklung.[62] In christlichen Zeiten wurden darüber hinaus alle Häretiker zu *infames* erklärt.[63]

b. Rechtsfolgen

17 Rechtsfolge der Infamie war nach der *Lex Iulia municipalis* die Disqualifikation von den Munizipalämtern und der Mitgliedschaft im *ordo decurionum*.[64] Auch nach den weiteren Quellen resultierte die Infamie im Ausschluss von gewissen Ämtern,[65] auch des Richteramtes.[66] Im Einklang mit den generellen Entwicklungen[67] kamen *infames* in der Spätantike allerdings *ob tutelam publicam* als *curiales* in Betracht.[68]

---

[58] Dazu *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 254–264.

[59] Ulp. 6 ed. D. 3.2.13.8 (*stellionatus*) mit *Atzeri*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 128 Fn. 10 und *McGinn*, Prostitution (1998) 47; Gord. C. 9.9.13 (a.240) (*adulterium*) mit *Atzeri*, a. a. O. 153 f. und *Sivan*, SZ 116 (1999) 112, 142 Fn. 84; ferner Ulp. 6 ed. D. 3.1.1.6 (*capitale crimen*) mit *Levy*, St. Riccobono II 77–100 und *Mommsen*, Strafrecht 998 sowie Mac. 2 iud. publ. D. 48.1.7 (nur, wenn *iudicii publici causa*) mit *Savigny*, System II 174.

[60] Diocl./Max. C. 5.6.7 (o.A.); dazu *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 710; *Atzeri*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 150 f.; *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 253 f. Vgl. ferner Paul. adsign. lib. sing. D. 23.2.59. Grds. war es die Aufgabe des *tutor*, das Vermögen des Mündels vorübergehend zu verwalten; bei einer späteren Ehe bestand dagegen das Risiko, dass der *tutor* die Kontrolle des Mündelvermögens dauerhaft an sich zog; vgl. *Willems*, Quinquaginta Decisiones (2017) 284 f.

[61] Diocl./Max. C. 2.11.20 (a.290); dazu *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 712; *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 258 f. und *Savigny*, System II 176.

[62] Vgl. Marcian. 14 inst. D. 48.7.1 pr. und Mod. 2 poen. D. 47.7.8 mit *Wolf*, SZ 126 (2009) 55, 72–74 (beide Quellen am Ende interpoliert). Zur Frage auch *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 707; *Giltaij*, TR 81 (2013) 507, 514 f.; *Wankerl*, SZ 129 (2012) 577, 584 (unkritisch bezüglich der Infamiefolge).

[63] Grat./Valentin./Theodos. C 1.1.1.1 (a.380); *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 711; *Waelkens*, TR 79 (2011) 253–296; *Greenidge*, Infamia (1894) 152 f.

[64] *Nicolet/Crawford*, RS I 24, Z. 108 f., 135–137; *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 707, 714; *Wolf*, SZ 126 (2009) 55, 62 f.; *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 241 f. mit Fn. 3; *Kaser*, RP I 274; *Mazzacane*, s. v. Infamia (diritto romano e intermedio), ED XXI 384; *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 236; *Savigny*, System II 206. *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 268 erwägt die mögliche „gesetzgeberisch[e] Intention, den Ausschluss derjenigen von kommunalen Ehrenämtern zu erreichen, denen ein pflichtgemäßer Umgang mit fremden Geldern nicht zugetraut werden kann“.

[65] Etwa Ulp. 9 off. procons. D. 48.19.8 pr.; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 23 Rn. 13; *Taylor*, OH RLS 355; *Kaser*, RP I 274; *McGinn*, Prostitution (1998) 32 f.; *Mazzacane*, s. v. Infamia (diritto romano e intermedio), ED XXI 384; *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 268; *Greenidge*, Infamia (1894) 154–157.

[66] Vgl. Marcell. 3 dig. D. 1.9.2 und Paul. 17 ed. D. 5.1.12.2 für aus dem Senat entfernte Personen (*qui senatu motus est*); Ven. 3 iud. publ. D. 48.11.6.1 bei Verstoß gegen die *lex Iulia de repetundis*; dazu *Kaser/Hackl*, RZ 194 mit Fn. 22.

[67] *Eck*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 765–771; *Taylor*, OH RLS 353 f.

Darüber hinaus war nach dem prätorischen Edikt die Rechtsstellung infamer Personen im Prozess erheblich eingeschränkt.[69] Zu allgemein dürfte freilich die Aussage sein, dass diese generell „vom Recht, in Zivil- oder Strafprozessen Anträge zu stellen", ausgeschlossen waren.[70] **18**

Im Zivilprozess *per formulas* durften *infames* nur für sich selbst und enge Verwandte vor Gericht Anträge stellen;[71] die Postulationsfähigkeit für andere als deren *procurator* (→ § 12 Rn. 73 ff.) wurde ihnen dagegen abgesprochen.[72] Auch durften sich *infames* im Prozess nicht durch einen *cognitor* (→ § 12 Rn. 65) vertreten lassen,[73] was nicht nur bezüglich der Ehrenstellung, sondern auch ökonomisch nachteilig sein konnte.[74] Damit ging einher, dass *infames* bzw. *famosi* auch im Strafprozess – wo der *accusator* ebenfalls als Vertreter, namentlich der Allgemeinheit, auftrat[75] – grundsätzlich nicht das *ius accusandi* zustand;[76] ein anderes galt wiederum in eigenen bzw. Familienangelegenheiten und bei besonders schweren Verfehlungen gegenüber der Allgemeinheit, namentlich bei Verstoß gegen die *lex Iulia maiestatis* und bei Kornwucher.[77] **19**

Standen im Strafprozess mehrere Ankläger zur Auswahl, war die *dignitas* ferner eines der Auswahlkriterien.[78] Diese Beschränkungen forensischer Aktivitäten in fremden **20**

---

[68] So Diocl./Max. C. 10.59.1 (o.A.).

[69] Nach Gai. 4.182 a. E. war es eigentlich umgekehrt: Diejenigen, für die das prätorische Edikt die folgenden Konsequenzen anordnete, galten als ehrlos (→ Rn. 12).

[70] So aber *Kaser/Knütel/Lohsse* § 23 Rn. 13; ähnlich *Knapp*, OH RLS 367 f.

[71] Ulp. 6 ed. D. 3.1.1.8 (Postulationsbeschränkung für *infames*) und 11 (Personenkreis, für den diese postulieren dürfen; weitere Details in den folgenden Fragmenten); *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 707, 710, 714; *Kaser/Hackl*, RZ 208; *Kaser*, RP I 274; *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 236; *Pfaff*, s. v. infamia, RE IX.2 1539.

[72] Ulp. 6 ed. D. 3.1.1.5; Frg. Vat. 322; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 82 Rn. 6; *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 710; *Knapp*, OH RLS 367; *Atzeri*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 129; *Chiusi*, Ess. Rodger 147 f.; *Wolf*, SZ 126 (2009) 55, 97–100; *Carro*, Postulare (2006) 85, 98, 126–128; *McGinn*, Prostitution (1998) 49; *Kaser/Hackl*, RZ 208; *Kaser*, RP II 115; *Mazzacane*, s. v. Infamia (diritto romano e intermedio), ED XXI 384; *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 248 f.; *Lenel*, EP 96 f.; *Pfaff*, s. v. infamia, RE IX.2 1538; *Greenidge*, Infamia (1894) 158; *Savigny*, System II 215 f. Zur Bedeutung von *procurator* im klassischen Recht *Klinck*, SZ 124 (2007) 25–52.

[73] Inst. 4.13.11; vgl. ferner Frg. Vat. 320, 322; Gai. 4.124; *Atzeri*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 129; *Kaser/Hackl*, RZ 212; *Kaser*, SZ 73 (1956) 220, 247; *Lenel*, EP 89; *Karlowa*, ZRG 9 (1870) 204, 212–229; *Savigny*, System II 218 f. Zum *cognitor* mwN. *Rüfner*, s. v. Cognitor, EAH III 1603 f.

[74] So *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 716.

[75] So *Mommsen*, Strafrecht 366.

[76] Mac. 2 iud. publ. D. 48.2.8 (kein Akkusationsrecht *propter delictum proprium, ut infames*); Diocl./Max. C. 9.1.15 (a.294) (Akkusationsrecht nur, *si tibi existimatio integra est*); vgl. *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 714; *Robinson*, Criminal Law (1995) 102; *Mommsen*, Strafrecht 370 f.

[77] Ulp. 2 adult. D. 48.2.4 (*res sua* bzw. *mors liberorum vel patronorum suorum*); Mac. 2 iud. publ. D. 48.2.11 pr. (*sua iniuria* oder *mors propinquorum*); Marcian. 1 iud. publ. D. 48.2.13 (*annona*); Mod. 12 pand. D. 48.4.7 pr. (*lex Iulia maiestatis*); dazu *Williamson*, OH RLS 339; *Robinson*, Criminal Law (1995) 46, 78, 100; *Mommsen*, Strafrecht 371.

[78] Ulp. 2 off. cons. D. 48.2.16; dazu *Taylor*, OH RLS 355.

Sachen stellten jedenfalls für diejenigen, die vor Gericht durch das Erwecken öffentlicher Aufmerksamkeit oder den institutionalisierten Aufbau sozialer Netzwerkstrukturen die Grundlagen für eine spätere politische Karriere legen wollten, harsche Konsequenzen dar.[79]

21 Im gegenüber dem Formularverfahren wesentlich flexibleren (→ § 15 Rn. 5) Kognitionsprozess kam auch ein Ausschluss der Prozessvertretung bloß auf eine bestimmte Zeit in Betracht.[80] Andererseits drohten *famosi* härtere Strafen als *integrae famae homines*;[81] teils überdauerte die Folge der Infamie auch die sonstigen Konsequenzen einer Verurteilung.[82]

22 Ein Rückgängigmachen der Infamiefolgen im Wege der *restitutio in integrum* (→ § 110) war möglich. Der Prätor konnte dies (nur) bezüglich der Rechtsfolgen veranlassen, die das Auftreten vor ihm, also die Postulationsbefugnis, betrafen.[83] Daneben bzw. darüber hinausgehend kam im Einzelfall die generelle *abolitio infamiae* durch den Senat oder als kaiserliches *beneficium* in Betracht.[84]

[79] Vgl. *Di Salvo*, in: Reduzzi Merola, Dipendenza (2012) 395 f.; ferner *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 716.

[80] So Ant. C. 10.61.1 (a.212); mit Bezug darauf Pap. 2 quaest. D. 3.1.8 (Verbot der *advocatio* auf fünf Jahre) und Ulp. 3 off. procons. D. 50.2.3.1 (Verbot der *advocatio* auf Zeit); *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC XXIX 717; *Kaser/Hackl*, RZ 483 f., 560.

[81] Call. 6 cogn. D. 48.19.28.16; *Taylor*, OH RLS 355; *Mazzacane*, s. v. Infamia (diritto romano e intermedio), ED XXI 385; *Greenidge*, Infamia (1894) 162.

[82] Sev./Ant. C. 2.11.6 (a.203); dazu *Levy*, St. Riccobono II 87.

[83] Ulp. 6 ed. D. 3.1.1.9, 10; *Nicolet/Crawford*, RS I 24, Z. 118; dazu *Gaulhofer*, Metus (2019) 261 Fn. 676; *Bur*, Citoyenneté dégradée (2018) 578; *Atzeri*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 129; *Di Salvo*, in: Reduzzi Merola, Dipendenza (2012) 394; *Stolfi*, Libri ad edictum II (2001) 279–281; *McGinn*, Prostitution (1998) 46 f.; RS I 387; *Spengler*, Interrogatio (1994) 69 f.; *Gardner*, Citizen (1993) 153; *Greenidge*, Infamia (1894) 178 f.

[84] Ulp. 6 ed. D. 3.1.1.10; Grat./Valentin./Theodos. C. 6.56.4 (a.380): *imperiale beneficium* (C. 6.56.4 pr.) bzw. *infamiae abolitio* (C. 6.56.4.1); explizit ausgeschlossen in Arcad./Honor. C. 9.8.5.1 (a.397); Grat./Valentin./Theodos. C. 10.32.33.1 (a.381); *Greenidge*, Infamia (1894) 181.

§ 29 Rechtsstellung der Frauen[1]

Evelyn Höbenreich

Albanese, Le persone nel diritto privato romano, 1979; *Peppe*, Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in epoca repubblicana, 1984; *Gardner*, Women in Roman Law & Society, 1986 (= Frauen im antiken Rom. Familie, Alltag, Recht, 1995); *Beaucamp*, Le statut de la femme à Byzance (4e–7e siècle). I. Le droit impérial. II. Les pratiques sociales, 1990–1992; *Thomas*, La divisione dei sessi nel diritto romano, in: Duby/Perrot (Hgg.), Storia delle donne in Occidente. I. L'Antichità (a cura di Schmitt Pantel), 1994, 103–176 (= Die Teilung der Geschlechter im römischen Recht, in: Duby/Perrot (Hgg.), Geschichte der Frauen. I. Antike [hg. v. Schmitt Pantel], 1993, 105–171); *Cantarella*, Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia, 1996; *Fayer*, La familia romana I. Aspetti giuridici ed antiquari, 1994; *Rizzelli*, Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica, 2000; *Fayer*, La familia romana II. Sponsalia Matrimonio Dote, 2005; *Fayer*, La familia romana III. Concubinato Divorzio Adulterio, 2005; *Cenerini*, La donna romana. Modelli e realtà, 2013 (2009); *Milazzo* (Hg.), Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato, 2014; Rodríguez López/Bravo Bosch (Hgg.), Mujeres en tiempos de Augusto. Realidad social e imposición legal, 2015; *Peppe*, Civis Romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica, 2016.

[1] Die Literatur über die rechtliche Stellung, die soziale und sozietale Rolle von Frauen im antiken Rom, von frühen Zeugnissen bis in die byzantinische Zeit, hat in wenigen Dezennien beinahe unüberschaubare Ausmaße erreicht. In diesem Abschnitt wird daher nur auf jene Arbeiten verwiesen, die methodisch wie thematisch bahnbrechend waren und Fachgrenzen überschreitende Diskussionen ermöglicht haben. Überwiegend ist die Auswahl auf jene Studien konzentriert, die geschlechterrechtliche, rechtssoziologische und kulturanthropologische Fragen in der römischen Antike behandeln und die im vorliegenden Abschnitt relevanten Bereiche vertiefen. Bibliographie in *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 317–328; Höbenreich/Kühne, El Cisne I (2010) 255–273; Höbenreich et al., El Cisne II (2012) 399–437; *Peppe*, Civis Romana (2016) 422–480. Aus der Fülle an nichtjuristischen Werken sei *Cenerini*, Donna (2013) 211–237 wegen des Disziplinen verbindenden Ansatzes (im Besonderen im Hinblick auf archäologisch-epigraphische Evidenz) hervorgehoben. Laufend aktualisiert wird die umfangreiche Literaturliste von *Criniti*, Donne di Roma antica: Bibliografia ragionata (2018) = „Ager Veleias", 14. 09. 2019 (www.veleia.it [30. 06. 2021]).

Inhalt Rn.

I. Konturen 1
II. Gendering the Romans 2
III. Ver-/Messungen 7
IV. Komplementarität 16
V. Ideologie der Schwäche 24
VI. Frauen mit und ohne Tutor 28
VII. *Tutrix* 38
VIII. Reichtum und Autonomie der Frauen 43
IX. Restatement 49

I. Konturen

1 In diesem Abschnitt werden die Handlungsspielräume[2] von freien Frauen im römischen Privatrecht von der Republik bis in die Kaiserzeit dargestellt.[3] Dabei steht der rechtliche Aktionsradius von Römerinnen *sui iuris* im Vordergrund, der anhand institutioneller, soziologischer und wirtschaftlicher Parameter (Familienbande, Geschlechtsvormundschaft, Autonomie, Vermögensverhältnisse) gespiegelt wird. Nur ein Überblick ist möglich. Ausblicke in spätere Epochen erfolgen nicht systematisch.

II. Gendering the Romans

2 In den Aristotelischen Schriften über Biologie werden geschlechtstypische Verhaltensweisen und Charaktereigenschaften nach einem durchgängigen Muster präsentiert, das die Dominanz des männlichen Prinzips voraussetzt. Männliche Tiere werden als stark und aggressiv beschrieben, um sie vermeintlich schwächeren Artgenossen überzuord-

[2] Der Begriff der (rechtlichen) Handlungsfähigkeit erweist sich für antike Erfahrungen als problematische Zuschreibung. Er bezeichnet im geltenden Recht die Fähigkeit, durch eigene Handlung Rechtsfolgen herbeizuführen, insbesondere Rechte zu erwerben und Pflichten zu begründen. In manchen Privatrechtsordnungen folgen hierauf weitere Differenzierungen in Geschäftsfähigkeit, Testierfähigkeit, Ehefähigkeit, Deliktsfähigkeit. Die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte in eigener Person gültig vorzunehmen (Geschäftsfähigkeit), sowie die Fähigkeit, aufgrund unerlaubter Handlungen zur Verantwortung gezogen zu werden (Deliktsfähigkeit), nennen z. B. *Kaser/Knütel/Lohsse* 93. Mittlerweile nimmt man in der Forschung von der (anachronistischen, ahistorischen) Übertragung moderner Kategorien auf die Antike Abstand. Über diese Diskussionen vgl. z. B. die gesammelten Stellungnahmen von *Mantello*, Variae I (2014) 3–143; grundlegend *Bettini*, in: Bettini/Short, Romani (2014) 23–44; speziell zur Rechtssubjektivität *Stolfi*, in: Studi Senesi 126 (2014) 405–418; *Stolfi*, in: Bonin et al., Pensiero giuridico (2019) 59–88.

[3] Antike Quellenverzeichnisse bei *Evans Grubbs*, Women (2002); *Frier/McGinn*, Casebook (2004); hilfreich sind die sorgfältigen Sammlungen griechischer und lateinischer Texte samt Übersetzungen in: *Fayer*, Familia I (1994); *Fayer*, Familia II (2005); *Fayer*, Familia III (2005).

nen. Weist ein weibliches Tier aber männlich konnotierte Verhaltensmuster auf (z. B. die erfolgreiche Jagdtechnik der Pantherin oder der Spinne), wird das geschlechtsstereotypisch zurecht gerückt (feiges Anpirschen, hinterhältige Falle), damit das Konzept der bipolaren und ungleichen Ordnung aufrecht bleibt.[4] Auch unter Menschen herrscht für Aristoteles idealerweise der Mann über Frau, Kind, Sklaven.[5] Wird diese Regel missachtet, ist Chaos die Folge, wie es z. B. Aristophanes in den Ekklesiazusen verhöhnt oder Cato der Ältere angstvoll beschwört.[6] Frauen an den Hebeln der Macht in Gesellschaft und Politik, die Einfluss auf Wirtschaft und Recht nehmen, bedeuten die Verkehrung einer patrilinear aufgebauten Gesellschaft in ihr Gegenteil. Man befürchtet unsichere Verhältnisse bei Besitz und Nachkommen, die zur Auflösung der öffentlichen Ordnung führen.[7]

Das seit der zweiten Hälfte des 19. Jh.s beklagte Schweigen der Historiographie über **3**
die (Rechts-)/Geschichte der Frauen wurde erst vor rund 50 Jahren nachhaltig gebrochen. Ausgehend von der zweiten politisch bedeutenden feministischen Bewegung in den 1970er Jahren wurde der Blick erneut auf die Kategorie des Weiblichen gelenkt, der in der Folge auch zur konziseren Erfassung der Kategorie des Männlichen und schließlich zu den Gender and Diversity Studies geführt hat.[8]

Weibliche Lebensrealitäten wurden in den sich mit der Antike befassenden Diszi- **4**
plinen hartnäckig verschwiegen. Von Mommsen bis Carcopino hatten Männer Materialien aufbereitet und die Interpretation des Kanons der „klassischen" Texte geprägt. Diese „Archegeten" operierten im diskursiven Kontext der bürgerlichen Geschlechterstereotype des 19. und 20. Jh.s, arbeiteten im Rahmen von stark männerbündisch und hierarchisch organisierten Akademien und Universitäten und trugen zur Herausbildung nationaler Forschungstraditionen bei, in die nationalistische Männlichkeitsbilder eingeschrieben wurden.[9] Auch im Bereich des römischen Rechts und seiner

[4] *Saïd*, Monde (2013) 19–53.

[5] Aristot. pol. 1259b–1260b. Vgl. auch Plat. pol. 563b-d, i.V.m. Cic. rep. 1,43,67; dazu *Peppe*, Civis Romana (2016) 168–172.

[6] Liv. 34,3,2–3.

[7] Zur Einführung: *Cenerini*, Donna (2013) 39–58; *Höbenreich*, RIDA 62 (2015) 263–288; *Rizzelli*, in: Lucrezi et al., Violenza sessuale (2016) 163–170.

[8] Dieser Betrachtungsweise hat schon *Daube*, Frauenwiderstand (1971) 29, den Weg gewiesen: „Das Zusammenspiel der Geschlechter ist […] von entscheidender Tragweite. Wiederum muß man beide Gebiete gleichermaßen beachten, denn was auf dem einen vorkommt, wirft Licht auf das andere." Grundlegend *Scott*, Gender (1986) 1053–1075; The Question of Gender (2011).

[9] *Perrot*, Femmes (2012); *Schmitt Pantel/Späth*, in: Hartmann et al., Geschlechterdefinitionen (2007) 32 f.; *Feichtinger*, in: Feichtinger/Wöhrle, Gender Studies (2002) 12–15. *Feichtinger*, Rez. F. F. Grewing, BMCR (2003.04.26), hält fest: „[…] it is high time to promote research on gender-oriented issues in German, Austrian, and Swiss Classical Studies in order to bridge the academic gap that many scholars from both sides of the Atlantic Ocean increasingly seem to feel. […] philology (all too often fundamentalist by tradition) must cooperate with theory and transcend its own dogmatism: Classics must go beyond what is often (wrongly) called classical."

Geschichte fehlt[10] – wie für die Alte Geschichte[11] – zum Großteil eine kritische Reflexion der eigenen Traditionen.

5 Die Auseinandersetzung mit poststrukturalistischen Konzepten hat eine unterschiedliche Ebenen vernetzende Lektüre des historischen Quellenmaterials ermöglicht.[12] Diese und andere Lesarten nötigen dazu, sozietale Realitäten als geschichtlich, somit als relativ und veränderbar zu erfassen.[13] Auf diese Weise gelingt es, aus ideologisierten und ideologisierenden Denk- und Wahrnehmungsmustern auszubrechen.[14]

6 Durch diese Zugänge ergaben sich im Vergleich zum älteren Forschungsstand nicht nur erhebliche Korrekturen,[15] sondern auch eine fruchtbringende Umkehr der traditionellen Beziehung zwischen Studienobjekt und Referenzsystem (einzelner Institute wie des Normengefüges insgesamt).[16] Die variierenden und widersprüchlichen

---

[10] Z.B. wird in Corbino et al., Homo (2010) in den speziellen Beiträgen über *status libertatis*, *status civitatis*, *status familiae* oder Patronatsverhältnisse weder allgemein noch konkret auf Rechtssituationen von Frauen eingegangen. *Babusiaux*, SZ 130 (2013) 647 Fn. 26 weist in ihrer Rezension auf dieses Manko hin.

[11] Forderungen formulieren *Schmitt Pantel/Späth*, in: Hartmann et al., Geschlechterdefinitionen (2007) 34. Zu den Kategorien des „regelgerechten" Mannes/der „regelgerechten" Frau (regular wo/man) oder der Intersektionalität als Untersuchungsparameter vgl. *Benke*, in: McGinn, Obligations (2012) 215–219.

[12] Die Studien von *Børresen* (Subordination [1968]; Matristics [1991]) und *Pomeroy* (Goddesses [1975]) wurden zum *point of no return* für die Betrachtung der Antike aufgrund ihrer Konzepte von Androzentrismus, Matristik/Patristik oder der erst heute so genannten Intersektionalität. Grundlegende Forschungen von *Foucault*, *Veyne*, *Rousselle*, *Dixon* oder *Bettini* haben Perspektiven auf binäre Strukturen eröffnet (rechte/verkehrte Welt, Alterität/Diversität, Domination/Subordination) und das Ver-/Schweigen von/über Geschlecht durch den *linguistic turn* und *cross reading* gebrochen. In rechtshistorische Diskurse übertragen wurden diese Forderungen und Methoden z. B. von *Cantarella*, Malanno (2010); *Peppe*, Posizione (1984); *Cantarella*, Secondo Natura (2008); *Thomas*, in: Duby/Perrot, Storia I (1994) 103–176; *Cantarella*, Passato (1996); *Rizzelli*, Donne (2000); *Giunti*, Consors vitae (2004); *Giunti*, Index 37 (2009) 101–111; *Giunti*, Index 40 (2012) 342–379 (= ACop. XIV 95–143); *Lamberti*, Index 40 (2012) 244–256 (= *Lamberti*, in: Höbenreich et al., El Cisne II [2012] 189–218); *Lamberti*, QLSD 4 (2014) 61–84; *Lamberti*, La famiglia romana (2014); *Lamberti*, Estudos Corrêa 93–122; *Peppe*, Estudos Corrêa 197–217; *Peppe*, Civis Romana (2016); *Peppe*, ALJ 1 (2017) 23–38; *McClintock*, TSDP 10 (2017) 1–50.

[13] „Dichte Beschreibung" etwa (statt Beschreibung und Erklärung) versucht, die Bedeutung einer Handlung für die Person zu erfassen, die sie setzt, um eine Aussage für die Gesellschaft treffen zu können, in der diese Handlung stattfindet. Für die Antike adaptiert hat diese Methodik (schon seit den 1980er Jahren) *Bettini*, in: Bettini/Short, Romani (2014) 23–44. In der Romanistik vgl. *Nörr*, Savignys Lehrjahre (1994) (mit S. 14 Fn. 38).

[14] *Foucault*, Sexualité II (1984) 14; *Schmitt Pantel/Späth*, in: Hartmann et al., Geschlechterdefinitionen (2007) 27 f.

[15] Ein Aperçu bei *Benke*, in: McGinn, Obligations (2012) 215–219. Über Geschlecht als analytisches Instrument der historischen Arbeit s. *Schmitt Pantel/Späth*, in: Hartmann et al., Geschlechterdefinitionen (2007) 23–36. Zur Dynamik und Offenheit von Frauen- und Geschlechterforschung vgl. *Hark*, Partizipation (2005); ein Syllabus bei: *Opitz*, Um-Ordnungen (2005).

[16] *Peppe*, Posizione (1984) 8 f.

(Rechts-)/Verhältnisse unter Männern, unter Frauen, zwischen Männern und Frauen sind an den Machtstrukturen und ihrer Funktionsweise in der Gesellschaft abzulesen. Auf diese Einflussgrößen verzichtet der traditionale Rechtsdiskurs mit seinen synthetisch verdichteten, abstrakten und formalistischen Einheitsmustern (Frau, Kind, Sklave, Freigelassener – letztere beide meist und bezeichnenderweise im generischen Maskulinum gehalten).[17] Eine sensiblere Sicht löst sich hingegen von systematischen und systematisierenden Ansprüchen, sie holt individuelle und wildwuchsartige Fallkonstellationen ans Licht, diachron und schichtenspezifisch, wie Ringe an verschiedenen Bäumen, an unterschiedlichen Orten.[18] Das notwendige Abstellen auf Parameter wie *qualitas*, *dignitas*, *condicio*, *aetas*, *sexus* sprengt jedes platte Interpretationsschema.[19] So lohnt z. B. jeder tiefere Blick auf die Frauenfiguren in Ciceros Œuvre, der ein außerordentlich reiches Spektrum an Rechtsimplikationen seiner Protagonistinnen eröffnet.[20] Ein Beweis dafür, wie sich ab dem 1. Jh. v. Chr. die Stellung der Frauen im Hinblick auf jeweils unterschiedliche Aspekte von Ort zu Ort innerhalb des Imperiums Romanum verändern kann.

[17] Zur Geschlechtergeschichte und Historiographie im 21. Jh. vgl. *Schmitt Pantel/Späth*, in: Hartmann et al., Geschlechterdefinitionen (2007) 23–34. Luzide Kritik an Forschungsmethode und Interessenshorizont der Romanistik v. a. im deutsch-holländisch-italienischsprachigen Raum, im Unterschied zum französisch-anglo-amerikanischen, übt *Capogrossi Colognesi*, MEFRA 122.1 (2010) 147–174 (https://journals.openedition.org/mefra/339 [30. 06. 2021]) = *Capogrossi Colognesi*, Pagine 159–204. Zwar habe man sich generell vom Fortschrittsglauben verabschiedet, halte aber immer noch an den im 19. Jh. entwickelten Schemata fest und begnüge sich mit der bloßen Legaldefinition von „poteri e doveri". Wo doch gerade „un'adeguata comprensione della famiglia romana non poteva essere colta restando nel chiuso della pur raffinata esegesi romanistica." (Pagine, 163–167). Tatsächlich führen viele römischrechtliche Handbücher weder „Frauen" noch „Geschlechter" (i.S.v. kulturell/sozietal männlich, weiblich oder anders konnotierter Kategorien) im Sachregister.

[18] Bereits *Kunkel*, Rechtsgeschichte (1968) 86 f., bezeichnet das römische Recht als „eine in besonderem Grade historische Rechtsordnung" und kritisiert die Wissenschaft der Neuzeit, besonders die deutsche Theorie des 19. Jh.s, die ein „abstraktes System ‚römischrechtlicher' Sätze" entworfen, „geschichtlich gewordene Normen des römischen Rechts in ein zeitloses, rein rationales Schema hineingezwängt und dadurch vielfach in ihrer Bedeutung verschoben" habe. Die neuere Forschung sei bemüht, „sich von dieser ungeschichtlichen Betrachtungsweise zu lösen."

[19] Exemplarisch die epochen- und schichtenspezifischen Betrachtungen von *Cantarella*, Malanno (2010) 208–218 über die „Emanzipation" der römischen Frauen. Jeder Sprachgebrauch und jede Ausdrucksform, ob Terrakottastatue, Wachstäfelchen, Mythos oder Legende, historische, philosophische oder satirische Schrift, Theaterfiguren, Frauenporträts, Epitaph oder Ehrentafel, privates Schriftstück aus Frauenhand oder juristisches Gutachten, sei unterschiedlich und spezifisch zu beurteilen, fordert *Cenerini*, Donna (2013) 7 f.

[20] In den Verrinen findet man die junge Testamentserbin aus bester Familie; die reiche Testatorin, die ihre Tochter als Erbin einsetzen möchte; die gestraften, Roms Provinzen unterstehenden Töchter, Mütter und Ehefrauen; Priesterinnen jeden Ranges. Durch die Inszenierung dieser Frauenfiguren offenbart Cicero, ohne Absicht, ihr enges Verhältnis zum Recht und zu dessen öffentlichster Manifestation, dem privaten, „verwaltungsrechtlichen" und kriminellen Verfahren: als Prozessparteien, Zeuginnen, Opfer, Lobbyistinnen und Bestecherinnen (frei übersetzt nach *Peppe*, Civis Romana [2016] 299).

III. Ver-/Messungen

7 Während Ritus und Recht meist eine idealisierte Harmonie der Geschlechter abbilden, zeigen Mythos und Rhetorik vorwiegend Kontroversen auf.[21] Als typisch für Rom zu nennen sind Probleme der Exogamie (Raub der Sabinerinnen, Tod der Horatia)[22] und politische Freiheitskämpfe (Lucretia, Verginia),[23] die zu einer patrilinearen Gesellschaftsstruktur passen und Loyalitätskonflikte der Frauen zwischen ursprünglicher Abstammungsfamilie und Familie des Ehemannes generieren.

8 Bedingt durch die Quellenlage treten vorwiegend Frauen, die hegemonialen Schichten angehören, aus dem Schatten der Geschichte. Über sie schreiben (fast nur) Männer. Der Frage, ob mythologische, legendäre oder geschichtliche Ereignisse thematisiert werden, kommt im Hinblick auf die Texte und ihre Überlieferung geringe Bedeutung zu. Auch Wünsche und Ängste, die in Komödien oder von der Schulrhetorik vorgetragen werden, sind historische Objekte.[24] Bezeugt werden jedenfalls Rollen, die im Altertum den Frauen zugeschrieben wurden.[25] Die juristische Literatur bildet insofern keine Ausnahme. Doch haben in den letzten Jahren vor allem Inschriften und Rechtsurkunden signifikante Spuren enthüllt und der Forschung Antrieb gegeben, um eine andere, differenziertere Gestalt zu zeichnen als die der *lanifica, tacita, pudica femina/materfamilias/mulier*.[26] Das hat die Diskrepanz zwischen den Ebenen des Rechts/der Wunschvorstellungen/des Sollens und der sozietalen Realität/Lebenspraxis/des Seins im Hinblick auf Frauen noch verschärft.

9 In der Reflexion der Autoren, Juristen und Gesetzgeber ist die Andersbehandlung von Personen weiblichen Geschlechts eine Konstante. Bei der Aufzählung von Dingen, die in einer verkehrten Welt vorkommen, nennt Cicero Ehefrauen, die denselben Rechtsstatus haben wie ihre Ehemänner (*uxores eodem iure sint quo viri*).[27] Die harte und ungleiche (*lex dura, iniquior*) Behandlung der Frauen durch das Recht ist den Römern bewusst.[28] So finden sich bei den Juristen die bekannten Sätze,[29] dass die Frau

---

[21] *Wagner-Hasel*, DNP 4 (1998) 634 f.

[22] Liv. 1,9,1–16; 1,26,2–14; 1,34,4–9.

[23] Liv. 1,58–60; 3,44–48.

[24] *Lentano*, in: Capogrossi Colognesi et al., Anatomie (2019) 71–72.

[25] Vgl. *Daube*, Frauenwiderstand (1971) 11; ein Echo bei *Albanese*, Persone (1979) 349 Fn. 10.

[26] *Peppe*, Civis Romana (2016) 70–80. Man vgl. z. B. nur die Studien in ACop. XIV; Rodríguez López/Bravo Bosch, Mujeres (2015); *Peppe*, Civis Romana (2016); Capogrossi Colognesi et al., Anatomie (2019).

[27] Cic. rep. 1,67: *[…] ex quo fit ut etiam servi se liberius gerant, uxores eodem iure sint quo viri, […]*; vgl. 4,6 (Non. p. 499,13): *nec vero mulieribus praefectus praeponatur, qui apud Graecos creari solet* (vgl. Aristot. pol. 1322b); *sed sit censor qui viros doceat moderari uxoribus;* (Non. p. 5,10): *ita magnam habet vim disciplina verecundiae: carent temeto omnes mulieres.*

[28] Plaut. Merc. 835: *lege dura vivont mulieres multoque iniquiore miserae quam viri*; Cic. rep. 3,17: *lex (Voconia) utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est iniuriae.*

[29] *Mercogliano*, Index 29 (2001) 209–220; *Graziosi*, in: Filippini et al., Corpi (2002) 19–38; *Mercogliano*, TSDP 4 (2012) 1–22; *Pavón Torrejón*, in: Pavón Torrejón, Marginación (2018) 33–62.

im Vergleich zum Mann eine schlechtere Rechtsstellung (*deterior condicio*) einnimmt (Pap. 31 quaest. D. 1.5.9),[30] oder dass der Handlungsspielraum der Frau *sui iuris* auf ihre Person beschränkt ist (Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.5).[31] Derartige Äußerungen stehen in bestimmten historischen, juristischen, kulturellen und politischen Kontexten, deren Rekonstruktion ambivalent und fragmentarisch bleibt. Es lassen sich Ausnahmen, Abweichungen, gegenteilige Äußerungen auf einem Streifzug finden, der sich über mehr als 1000 Jahre erstreckt und den Großteil Europas, einige Gebiete Asiens und Afrikas durchquert.[32]

Sogar ein und derselbe Autor kann für unterschiedliche oder einander widersprechende Haltungen zitiert werden. Zum Beispiel erscheint Cato der Zensor in Livius' Erzählung über die Abrogation der *lex Oppia* (195 v. Chr.)[33] einmal als Vertreter der Theorie der weiblichen Schwäche (*impotentia mulieris*), dann wieder als Mahner vor weiblicher Präpotenz (*licentia*, *libertas*) und der unbändigen Natur (*impotens natura*) der Frauen, die mit einem ungezähmten Tier verglichen wird (*animal indomatum*) (Liv. 34,2,2). Jedenfalls dokumentiert die Episode den wirkmächtigen Auftritt einer entschlossenen Frauengruppe in der Öffentlichkeit, die eine Veränderung in der Rechtslandschaft durchgesetzt hat, über die man noch 200 Jahre später spricht. **10**

Gaius erklärt in den *Institutiones* einerseits, dass Frauen nicht vor dem Volk adoptiert werden dürfen, andererseits, dass ihnen ebenso wenig erlaubt ist zu adoptieren.[34] Aber vor dem Prätor oder in den Provinzen vor den Statthaltern werden regelmäßig auch Frauen adoptiert, so der Jurist weiter, denn das Verbot gilt nur in Rom, weil dort die Kuriatkomitien zusammentreten.[35] Es ist nicht völlig auszuschließen, dass die Arrogation von Frauen vor Iustinian (C. 5.27.6.1 [a.517]) möglich wird, weil schon Gai. reg. sing. D. 1.7.21 (*nam et feminae ex rescripto principis adrogari possunt*) eine derartige Praxis zu kennen scheint.[36] **11**

[30] Pap. 31 quaest. D. 1.5.9: *In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.*

[31] Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.5: *Mulier autem familiae suae et caput et finis est.* Der Jurist vergleicht die (zivil-)/rechtlichen Möglichkeiten einer Frau *sui iuris* mit jenen eines *paterfamilias* im Hinblick auf *patria potestas*, legitime Deszendenz, agnatische Familienbande.

[32] Vielfach schreiben antike Autoren – lobend oder tadelnd – Frauen dieselben intellektuellen und moralischen Eigenschaften zu wie Männern: Plut. muliebr. virtut. 243F; Tac. ann. 3,33,2; [Quint.] decl. 368; Colum. 12 praef. 6; Val. Max. 5,2,1; Plin. epist. 5,16. Vgl. *Thomas*, in: Duby/Perrot, Storia I (1994) 153; *Giunti*, Index 40 (2012) 350.

[33] Liv. 34,1–8; vgl. Val. Max. 9,1,3; Zon. 9,17,1–4; zur *lex Oppia* s. *Peppe*, Posizione (1984) 43–50; *Goria*, in: Uglione, Donna (1987) 265–303; *Perl/El-Qalqili*, Klio 84/2 (2002) 414–439; *Agati Madeira*, RIDA 51 (2004) 87–99; *Kühne*, Ley Opia (2008); *Cenerini*, Donna (2013) 46–49.

[34] Gai. 1.101;104. S. auch Gell. 5,19,10; 1,5,2; Ulp. reg. 8.8a.

[35] Gai. 1.100.

[36] Den Interpolationsverdacht teilen nicht alle; eine Meinungsübersicht bei *Fayer*, Familia I (1994) 306 f. Zur Arrogation von Frauen *Metro*, IAH 3 (2011) 181–186; *Peppe*, Civis Romana (2016) 89–92.

12 Die von Frauen vorgenommene Adoption hat eine komplexe und kontrovers diskutierte Entwicklung durchlaufen.[37] Im ältesten überlieferten Formular für den Komitialbeschluss wird die Ehefrau (*materfamilias*) des Arrogierenden erwähnt, offenbar, weil die zu begründende *patria potestas* über den Arrogierten nur aufgrund von *nuptiae legitimae* entstehen kann.[38] Nach Gai. 1.99 werden der Arrogierende und der zu Arrogierende vom Magistrat vor dem Volk um ihre ausdrückliche Zustimmung befragt, nicht aber die *materfamilias*. Während eine *patria potestas* erlischt, wird symmetrisch eine andere begründet. Mit der Annahme eines legitimen Sohnes soll der Fortbestand der *familia* gesichert werden. Eine Frau passt nicht in diese Konstruktion der Nachfolge von Familienoberhäuptern.[39] Ihre formale Teilnahme an oder politische Mitwirkung (*communio*) in den Komitien ist in jener frühen Zeit ebenso unvorstellbar wie für die in der Folge bis ans Ende der Republik vom *pontifex maximus* geleitete Zeremonie vor den 30 Liktoren.[40] Erst die der kaiserlichen Macht innewohnende Diskretionalität schafft andere Zugänge.

13 Yan Thomas hat Rom treffend als „Stadt der Väter" bezeichnet. In der Selbstwahrnehmung der Römer figurieren Väter und Söhne, während Mütter, Töchter und Brüder nicht vorkommen (Lassen, Lentano). Ein Charakterzug, der Sprache, Normen und Werteordnung durchflutet (*pater/familias, pater patriae, pater patruus, patronus, imperator, senatus/patres, princeps* etc.) und diese Gesellschaft auffallend von der griechischen abhebt.[41] Trotzdem sind Frauen indispensable Bestandteile in dieser Ordnung, die bestimmte Plätze einnehmen und Funktionen erfüllen. Es gibt keine parallele „Stadt der Frauen".

Durch Zeugungen und Adoptionen, natürliche und rechtliche Fortpflanzung, werden die *familiae* erhalten. *Cognatio* und *agnatio* verhalten sich zueinander wie *genus* und *species*, es gibt keine *agnatio* ohne *cognatio*. Über die Agnation hält die Natur Einzug in das *ius civile*, das Blutsband ist biologisch oder juristisch/fiktiv.[42] Adoptierte werden mit eingesetzen Zweigen (*insitivi*) in einen Baum verglichen.[43]

---

[37] Einen Überblick gibt *Fayer*, Familia I (1994) 308–311.

[38] Gai. 1.55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus.* Gell. 5.19.9 referiert den feierlichen Wortlaut der *rogatio*: *Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.* Über das Alter dieses Formulars reflektiert *Capogrossi Colognesi*, Pagine 192–195. Für *Rizzelli*, in: Capogrossi Colognesi et al., Anatomie (2019) 93 Fn. 18 ist die formelle Befragung notwendig, um die *vitae necisque potestas* zu begründen.

[39] *Peppe*, Civis Romana (2016) 89–93; *Finazzi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 311.

[40] Val. Max. 3,8,6: *Quid feminae cum contione? si patrius mos seruetur, nihil […].* Gell. 5,19,10: *Neque pupillus autem neque mulier, quae in parentis potestate non est, adrogari possunt: quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est […].*

[41] *Lentano*, in: Capogrossi Colognesi et al., Anatomie (2019) 68–72 (Zitate 68 Fn. 56).

[42] Calp. decl. 30: *Adoptio res sancta est, quidni, quae beneficia naturae et iuris imitatur*; Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.2: *sub unius potestate* entweder *natura* oder *iure*; Inst. 1.11.4.

[43] *Rizzelli*, in: Capogrossi Colognesi et al., Anatomie (2019) 95–96 Fn. 26 (*agnatio*), 119–121 (*cognatio* durch *adoptio*).

Mangels *patria potestas* können Frauen nicht adoptieren, weil die Adoption dazu dient, diese Gewalt über eine andere Person zu begründen.[44] Die Frau des Adoptierenden wird daher nicht die Mutter des adoptierten *filius familias*, obwohl die *adoptio* das Blutsband fingiert. Sie erzeugt es nur in agnatischer Linie: Jedenfalls denkt Paul. 35 ed. D. 1.7.23 an eine gewaltfreie Ehefrau, die nicht Seitenverwandte im Mannesstamm ist.

Mit der Expansion Roms erweisen sich die alten Adoptionsformen, die nur in der **14**
Urbs praktiziert werden konnten, als inadäquat. Kaiser, Magistrate und Beamte flankieren und ersetzen die republikanischen Einrichtungen. Galba wird von seiner Stiefmutter Livia Ocellina adoptiert und nimmt (bis zu seiner Machtübernahme) ihren (Gentil-)/Namen und Zunamen (*cognomen Ocellare*) an.[45] Zweifellos ein außergewöhnliches und schwierig zu interpretierendes Beispiel, politisch motiviert, da die Adoption den Eintritt Galbas in die julisch-claudische Dynastie herbeiführen soll, um die Nachfolge als Kaiser durch einen *extraneus* abzusichern. Aber der Akt ist von Augustus, der mit Livia Ocellina verwandt war, sicherlich gebilligt worden. Fälle, in denen Frauen die Kaiser fragen, ob sie adoptieren dürfen, häufen sich.[46] Unter Diocletian[47] und schließlich Iustinian[48] wird Frauen, die Kinder verloren haben, generell gestattet zu adoptieren.[49] Trotz der von Gaius genannten Verbote zeigt die praktische Handhabung von Adoptionen von und durch Frauen viele Möglichkeiten auf, die eng an geo-politische Veränderungen und die Wirksamkeit öffentlich-rechtlicher Einrichtungen gekoppelt sind.[50]

Auf die bekannte Liste der „Schlechterstellung" von Frauen im Hinblick auf Männer **15**
soll eine weniger geläufige ihrer besseren oder juristisch vorteilhafteren Situation folgen.[51] Viele Beispiele sind aus dem Strafrecht bekannt, wie mildere Sanktionen bei *maiestas* (Cod. Theod. 9.14.3.2 = Arcad./Honor. C. 9.8.5.3 [a.397]), *sacrilegium* (Ulp. 7 off. procons. D. 48.13.7 [6]), *falsum* (Cod. Theod. 9.21.1 Const. [a.319 oder 323–325]) oder *adulterium* (Paul. sent. 2.26.14), der Aufschub des Vollzugs der Todesstrafe oder das Folterverbot für Schwangere (Ulp. 27 Sab. D. 1.5.18; Ulp. 14 Sab. D. 48.19.3).[52]

---

[44] Gai. 1.104; Paul. 35 ed. D. 1.7.23. *Russo Ruggeri*, Labeo 36 (1990) 37–75; *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem I (1990) 256–277 (Livia Cic. Att. 7,8,3; Livia Ocellina Suet. Galba 4; Ulp. 5 op. D. 5.2.29.3; Syra C. 8.47 (48).5; I. 1.11.10); *Giunti*, Index 40 (2012) 362 (= ACop. XIV 121–122).

[45] Suet. Galba 4,1: *Ser. Galba imperator […] adoptatusque a noverca sua Livia nomen et Ocellare cognomen assumpsit mutato praenomine; nam Lucium mox pro Servio usque ad tempus imperii usurpavit.*

[46] Ulp. 5/(6) op. D. 5.2.29.3: *Quoniam femina nullum adoptare filium sine iussu principis potest, nec de inofficioso testamento eius, quam quis sibi matrem adoptivam falso esse existimabat, agere potest.*

[47] Diocl./Max. C. 8.47(48),5 (a.291). Die Konstitution ist an Syra gerichtet, der aufgrund des Schmerzes über den Verlust ihrer leiblichen Kinder erlaubt wird, ihren Stiefsohn (*privignus*) wie einen *filius naturalis et legitimus* zu haben.

[48] Inst. 1.11.10.

[49] *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 56–59.

[50] Diskussion bei *Sciortino*, AUPA 51 (2006) 309–349; *Peppe*, Civis Romana (2016) 89–94.

[51] *Albanese*, Persone (1979) 349–351 Fn. 9 f.

[52] *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 90–92, 229.

Gaius (2.112;113) führt als *melior condicio feminae quam masculi* die Testamentserrichtung der Frau *sui iuris* bereits ab 12 Jahren (Männer ab 14) an und fügt hinzu, dass der Tutor nur mehr dann die Genehmigung erteilen muss, wenn die Frau nicht von der Tutel befreit ist. Bei der Emanzipation der *filia familias* – sofern man darin einen Vorteil erkennt – genügt einmalige *mancipatio* (im Vergleich zur dreimaligen beim *filius familias*).[53] Der *conventio in manum* entgeht die Frau durch die *usurpatio trinoctii*. Für die Vestalin gelten viele Sonderregelungen (z. B. Testamentserrichtung ohne *coëmptio fiduciaria*, kein Geschlechtstutor). Die präsumierte *imbecillitas sexus* bringt den Vorteil, dass Frauen sich im Rechtsverkehr oder bei Gericht auf *ignorantia iuris* berufen können.[54]

IV. Komplementarität

16 Bereits in der antiken Rechtsvergleichung wird betont, dass die Position der Römerin – mit relevanteren Rollen in Religion und im Recht, mit einer stärkeren Präsenz in sozietalen, bürgerlichen und juridischen Räumen – sich von jener der Griechin markant unterscheidet.[55] Eine wichtige, wenngleich dem Mann stets untergeordnete Position. Entstehung und Etablierung des Christentums werden die Beziehung zwischen den Geschlechtern nicht wesentlich verändern, weder formal noch substantiell (vgl. z.B. Ambrosiaster Q 45,3 [circa 380 n. Chr.]).

17 Rezente Studien stützen sich zur Beschreibung dieser Situation auf Parameter der Komplementarität, da diese die tatsächliche Interdependenz der Geschlechter und ihrer Rollen in der antiken Gesellschaft schärfer fassen. In Rom sind Frauen kein schmuckes Accessoire, sondern integrierender Bestandteil in einem Gesamtkonzept. Die anfangs in der Frauen- und Geschlechterforschung verbreitete bipolare Vorstellung von Einschluss-Ausschluss, Privilegierung-Diskriminierung, Drinnen-Draußen ist nach rund 50 Jahren obsolet. Nicht mehr „ob“, sondern „wie“ die Geschlechter zusammenspielen, lautet die aktuelle Frage.[56]

18 Zentraler Akteur im politischen, sozialen und familiären Gefüge ist der *civis* und *paterfamilias*.[57] Unter den Begriff *cives* fallen Männer, Frauen und Kinder, mit unterschiedlichen Aktionsräumen. In der Praxis demonstriert die gelebte Hausgemeinschaft

[53] Allerdings scheint das einzige Dokument einer Emanzipation einer *filia familias* aus dem 3. Jh. drei *mancipationes* zu belegen (P.Lips. Nr. 136).

[54] Paul. iur. fact. ignor. sing. D. 22,6,9 pr.; *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 73 f. Allgemein: *Albanese*, Persone (1979) 351 Fn. 10 (mit weiteren Quellen, Querverweisen und Beispielen).

[55] Nep. praef. 6–7; Plut. Rom. 20,4; *Albanese*, Persone (1979) 351 Fn. 10; *Cantarella*, Malanno (2010) 257 f.; *Giunti*, Index 40 (2012) 343 f., 345 f.

[56] *Peppe*, Civis Romana (2016) 401–404; *Peppe*, ALJ (2017) 25–38, besonders 36.

[57] *Capogrossi Colognesi*, Index 40 (2012) 146–154; *Thomas*, Mort du père (2017) 47–93. *McGinn*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 190–205 (Zusammenfassung der Theorien über die *patria potestas*).

zwar die prinzipielle Abhängigkeit von einem *paterfamilias*, aber an Geschäften und der Vermögensverwaltung wirken *filii familias* und Frauen als gestaltende Entscheidungsträger mit.[58]

Während die Bezeichnung *civis* (*Romana*) erst spät belegt ist,[59] steht die Beteiligung **19**
des weiblichen Teils des *populus* an wichtigen öffentlichen und privatrechtlichen Agenden (Abgaben oder Steuerleistung der Witwe *sui iuris*,[60] Ausübung öffentlicher Funktionen im Sakralbereich[61] und in der Provinzverwaltung,[62] Teilhabe am Miteigentum im *erctum non citum*,[63] automatische Übertragung des Bürgerstatus auf das unehelich geborene Kind durch die Mutter[64]) seit dem Beginn der Republik außer Frage.[65] *Cives Romani* sind für Ulpian *patres familiarum*, *filii familiarum*, *matres familiarum*, *filiae familiarum*: Die männlichen Bürger setzt der Jurist vor die weiblichen Bürgerinnen. Auf die Reihung nach Geschlecht folgt jene nach Gewaltunterworfenheit (*patres familias*, die *suae potestatis* sind, können geschlechtsreif oder unmündig sein, in ähnlicher Weise die *matres familias*; während die *filii familias* und die *filiae familias*, unabhängig

[58] *Thomas*, Mort du père (2017) 65–76 (z. B. finanzielle Unterstützung der politischen Karriere der *filii familias* durch Mütter, Legat oder Schenkung der Mütter an den *paterfamilias* unter der Bedingung, dass er die Haussöhne emanzipiert).

[59] Cic. Balb. 55; Liv. 38,36,5; Gai. 1.29; 30; 32; 56; 66–69, etc.

[60] Zur Einführung *Klingenberg*, RIDA 30 (1983) 141–146; zuletzt *Peppe*, Civis Romana (2016) 353–359. Bereits seit frühester Zeit (Liv. 1,43,9: Servius Tullius) erbringen *viduae* (ursprünglich wahrscheinlich im engeren Sinn als „Witwen", später mit Verschwinden der Manus-Ehen allgemein zu verstehen im Sinne von „Frauen ohne Männer"; vgl. Iav. 2 post. Lab. D. 50.16.242.3) Abgaben in Form des „*aes hordearium*". Frauen *sui iuris* werden in republikanischer Zeit offenbar nicht in den Zensuslisten geführt, aber wie Unmündige *sui iuris* (*pupilli* und *pupillae*) zur Finanzierung öffentlich-militärischer Ausgaben veranlagt. *Peppe*, Posizione (1984) 48–50, 69 Fn. 146, 138–142. Zur Episode um die Steuerverweigerung der reichsten 1400 Matronen und die nachfolgend geschlechtergerechte Regelung dank Hortensias Rede im Jahre 42 v. Chr. vgl. *Peppe*, Posizione (1984) 17–50. Die Quellen über die *lex Voconia* geben Anlass zur Vermutung, dass Frauen „zensiert" waren (jedenfalls zu Beginn des 1. Jh.s v. Chr.): *McClintock*, Index 33 (2005) 321–323; *McClintock*, RIDA 60 (2013 [= 2014]) 190; *McClintock*, TSDP 10 (2017) 1–50; *Peppe*, Civis Romana (2016) 268 f. Fn. 685. In den Provinzen (außer Ägypten) zahlen Frauen wie Männer Steuern an Rom. In Syrien unterliegen Frauen der Kopfsteuer ab 12 Jahren, Männer ab 14 Jahren, jeweils bis zum 65. Lebensjahr: Ulp. 2 cens. D. 50.15.3 pr. Allgemein *Rathbone*, CCGG 4 (1993) 97–99; *Capponi*, s. v. Poll tax, EAH V 5388 f. (= http://onlinelibrary./wiley./com/doi/10./1002/9781444338386./wbeah12175/full [30. 06. 2021]).

[61] Z.B. die Vestalin oder die Flaminica; der Kult der *Bona Dea pro populo romano* ist Frauen überantwortet. *Cenerini*, Donna (2013) 151–164; *Peppe*, Estudos Corrêa 205 f.

[62] *Cenerini*, Donna (2013) 119–150; *Peppe*, Estudos Corrêa 206–208; *Peppe*, Civis Romana (2016) 219–237.

[63] Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.2; Gai. 3.154a. Allgemein *Fayer*, Familia I (1994) 24–28.

[64] Bis zur *lex Minicia/Minucia* circa 90 v. Chr.: Gai. 1.78; Ulp. reg. 5.8; *Peppe*, Estudos Corrêa 202.

[65] *Peppe*, in: Eder, Staat und Staatlichkeit (1990) 343; *Peppe*, Estudos Corrêa 201. Vgl. *Van Galen*, Women and citizenship (2016) 63–68. Den Unterschied zwischen den Termini *civis* (Frauen einschließend) und *Quiris* (Frauen ausschließend) erklärt *Peppe*, Civis Romana (2016) 367–390 mit binären Strukturen (militärisch-zivil).

von ihrem Alter, einer anderen *potestas* unterstehen),[66] auf die hier nicht weiter einzugehen ist.

20 Auch die individuelle soziale Wertschätzung innerhalb der römischen Elite zieht männliches Geschlecht dem weiblichen vor: Gleichheit (*aequabilitas*) besteht für Cicero nur unter Personen desselben Ranges (*dignitas*).[67] An Würde wird die Frau dem Mann nachgereiht, *[…] quia maior dignitas est in sexu virili* (Ulp. 62 ed. D. 1.9.1 pr.).[68] An Vertrauenswürdigkeit (konkret am Beispiel der Frage, bei wem ein Testament am besten hinterlegt werden soll) rangiert für den severischen Juristen Alter vor Jugend, höherer vor niederem Rang, Mann vor Frau, Freigeborener vor Freigelassenem.[69] Allerdings werden Testamente wichtiger Persönlichkeiten und politische Abkommen bei Vestalinnnen aufbewahrt (→ Rn. 43).

21 *Sui iuris* („eigenen Rechts“) ist ein *paterfamilias* oder *dominus*, der keiner anderen Gewalt unterworfen und mit weitreichenderen Befugnissen ausgestattet ist als die Masse der *alieni iuris*, die „fremdem Recht“ untergeordnet ist. *Sui iuris* ist auch die Frau, die seit früher Zeit als „Trägerin von Rechten und Pflichten“ auftritt und ihr Vermögen selbst verwaltet. Wenn sie bereits nach den XII Tafeln unter Zustimmung ihres Tutors eine *res mancipi* veräußern und daran Eigentum übertragen kann, so benötigt sie dessen *auctoritas* beim Verkauf einer *res nec mancipi* offenbar überhaupt nicht.[70] Sie kann *tutore auctore* einen Sklaven freilassen und ihm auf diese Weise Freiheit und Bürgerrecht verleihen. Auf diese Aspekte ist noch bei der *tutela mulierum* (→ Rn. 25 ff.) einzugehen.

22 *Materfamilias* ist ein Ehrentitel – der mit einem *paterfamilias* verheirateten *uxor* – und an keine dem männlichen Pendant vollkommen entsprechende Rechtsposition geknüpft.[71] Doch nach dem Rang wird die mütterliche *potestas* im Vergleich zur väter-

---

[66] Ulp. 1 inst. D. 1.6.4: *Nam civium Romanorum quidam sunt patres familiarum, alii filii familiarum, quaedam matres familiarum, quaedam filiae familiarum. Patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis sive puberes sive impuberes: simili modo matres familiarum; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate. […].*

[67] Cic. rep. 1,43: *Et cum omnia per populum geruntur quamvis iustum atque moderatum, tamen ipsa aequabilitas est iniqua, cum habet nullos gradus dignitatis. Albanese*, Persone (1979) 347 Fn. 2; *Peppe*, BIDR 106 (2012) 251 f.

[68] Auch bei der Frage der Reihung eines *vir praefectorius* und einer *femina consularis* geht für Ulpian der Mann vor. *Giunti*, Index 40 (2012) 342 f.; *Manfredini*, Fundamina 20 (2014) 586–596.

[69] Ulp. 50 ed. D. 22.4.6: *Si de tabulis testamenti deponendis agatur et dubitetur, cui eas deponi oportet, semper seniorem iuniori et amplioris honoris inferiori et marem feminae et ingenuum libertino praeferemus.*

[70] Gai. 2.47; (i.V.m. 2.80 und 1.192): Res [mancipi] mulieris ⟨quoque⟩, quae in agnatorum tutela erat, usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore ⟨auctore⟩ traditae essent; et ita lege XII tabularum cautum est. Eingehende Diskussion in *Finazzi*, in: Cursi (Hg.), XII Tabulae I (2018) 310, 315–325.

[71] *Thomas*, in: Duby/Perrot, Storia I (1994) 108–111, 117–121. Vgl. *Fiori*, BIDR 96/97 (1993/94) 497 f. (von den XII Tafeln bis in die Zeit des Prinzipats *per antonomasiam* die *nupta honesta*; ab der Augusteischen Sittenreform scheint der Begriff auch die *virgo* und die *vidua* zu umfassen).

lichen als *inaequalis* bezeichnet (Ulp. 38 Sab. D. 27.10.4). Der vielzitierte Satz Ulpians *mulier autem familiae suae caput et finis est* bezieht sich konkret auf die Fortsetzung einer Familie in männlicher Linie.[72] Jüngere Forschungen über *auctoritas*, *maiestas*, *potestas* von Frauen und Müttern haben die traditionelle Sicht auf die Befugnisse, Rechte und Pflichten in der römischen Familienstruktur an kardinalen Stellen durchlöchert und präzisiert. Dazu infra (→ Rn. 38a).

Häufig steht in der Elementarliteratur der römischen Juristen am Beginn die Darstellung der juristischen Stellung von Personen (*ius personarum*, *condicio*, *status*).[73] Die für Personen verwendeten Termini sind *homo*, *persona*, *caput*;[74] alle drei Kategorien umfassen auch Frauen. Eine theoretische Erfassung dieser Kategorien ist in den Quellen nicht zu finden; wenig wird über die Person im Allgemeinen ausgesagt (im Hinblick auf Schwangerschaft, Geburt, Tod).[75] Die Juristen beschäftigen sich ausgiebiger mit Fragen der Freiheit, des Bürgerrechts oder der Familienzugehörigkeit, mit besonderem Augenmerk auf den Verlust bzw. Wechsel derselben.[76] Aber nicht alle Statusveränderungen führen eine *capitis deminutio* mit sich (so ausdrücklich Gai. 3.114 oder Ulp. 29 ed. D. 14.6.3.4 in Fällen, in denen *filiae familias* oder Ehefrauen *in manu* mit dem Tod des *paterfamilias* oder Ehemannes *sui iuris* werden).[77] Die *capitis deminutio* ist thematisch mit dem Tod verwandt (Gai. 3.153). Alle drei Arten der *capitis deminutio* (*maxima*, *media/minor*, *minima*) bewirken die Tilgung der agnatischen Bande (Inst. 1.15.3; vgl. Gai. 1.158; 163). Ein Individuum hört damit durch Auslöschung („Versachlichung" aufgrund von Versklavung) oder durch Statuswechsel/-verlust auf, einer bestimmten Gemeinschaft anzugehören (Gai. 1.159). Die *capitis deminutio maxima* bedeutet Freiheitsverlust, damit auch automatisch den Verlust der Zugehörigkeit zur *civitas* und zu einer *familia*. Dies geschieht z. B., wenn eine Römerin nach Mahnung durch den *dominus* oder die *domina* eines Sklaven mit letzterem eine Lebensgemeinschaft fortführt (Gai. 1.160). Die *capitis deminutio minor* oder *media* erfolgt, wenn eine Frau z. B. ihr Recht als Bürgerin infolge einer kapitalen Verurteilung wie der *interdictio aqua et igni* einbüßt, aber frei bleibt (Gai. 1.161). *Minima* ist die *capitis deminutio* z. B., wenn eine Frau adoptiert oder über sie die *manus* durch *coëmptio* begründet wird (Gai. 1.162).[78]

23

[72] Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.5.

[73] So z. B. in den Gaius-Institutionen, die den justinianischen Institutionen als Vorbild gedient haben. Gai. 1.8; 2.1; Gai. 1 inst. D. 1.5.1; Inst. 2.12.

[74] *Albanese*, Persone (1979) 7 f.

[75] *Albanese*, Persone (1979) 11–14.

[76] Von *prioris status permutatio* schreibt Gai. 1.159 oder Gai. 4 ed. prov. D. Velleianum. S. Albanese, Persone (1979) 348 f. (mit weiteren Quellennachweisen). Allgemein Gai. 1.160–162; Paul. 2 Sab. D. 4.5.11; Ulp. reg. 11.11; Inst. 1.16 pr.–3; *Brutti*, Diritto (2011) 120–122.

[77] *Fayer*, Familia I (1994) 28 f.

[78] *D'Alessio*, Capitis deminutio minima (2014).

V. Ideologie der Schwäche

24 Die in der juristischen Literatur üblichen Behauptungen von Schwäche des weiblichen Geschlechts bleiben Worthülsen ohne Inhalt.[79] Sie reflektieren hellenistische Auffassungen von Frauen oder Frausein[80] und finden sich zum ersten Mal bei Cic. Mur. 27 (*infirmitas consilii*), der dies offenbar aus Aristot. Pol. 1260a übernommen hat.[81] Hingegen hat sich die Varro zugeschriebene (haltlose) Etymologie ‚mulier' von ‚mollis' nicht durchgesetzt. Diese römischem Denken entsprechende Sicht zeichnet die Frau dem Mann nur als physisch unterlegen, ihre Weichheit (mollities) impliziere auch Entgegenkommen und Empfindsamkeit.[82] Festgehalten sei, dass diese Topoi von Literaten und Juristen akzeptiert und verwendet werden. Sie dokumentieren daher auch eine Mentalität, die im Allgemeinbewusstsein verankert ist und männliche Vorherrschaft als gerechtfertigt, Kontrolle und Schutz der Frau durch Vater, Ehemann und Tutor als notwendig erscheinen lässt.[83] Fundamental erscheinen an dieser Stelle zwei Beobachtungen: 1. Frauen treten in den Plautinischen Komödien als ebenso starke oder schwache Charaktere auf wie Männer. 2. Schwäche wird erst zum (Schein-)Argument (Gai. 1.190), als Frauen traditionelle Fesseln (*manus, tutela*) abgestreift hatten und man ihnen neue auferlegen wollte.[84]

25 Ein Haupteinsatzgebiet dieser Gemeinplätze ist die *tutela mulierum* über geschlechtsreife Frauen *sui iuris*.[85] Für geschlechtsreife Männer *sui iuris* ist keine vergleichbare Einrichtung bekannt.[86] Den Grund für ihre Einführung kennen die Autoren

---

[79] Ner. 1 membr. D. 27.10.9; Paul. iur. fact. ignor. sing. D. 22.6.9 pr.; Marcian. SC Turp. sing. D. 48,16,1,10; Marcian. del. sing. D. 49.14.18 pr.; Ulp. reg. 11.1; Cod. Theod. 12.1.137.1 (a.393) = Theodos./Arcad./Honor. C. 10.32.44; Cod. Theod. 9.14.3.2 (a.397) = Arcad./Honor. C. 9.8.5.3; Iust. C. 4.29.22 (a.530) zum *SC Velleianum*. S. Albanese, Persone (1979) 348 f. (mit weiteren Quellennachweisen).

[80] Vgl. für alle *Cantarella*, Malanno (2010) 85–100 (Ausbildung des aristotelischen theoretischen Prinzips über Natur und Andersartigkeit der Frau); *Cantarella*, in: Corbino et al., Homo (2010) 79–89 (Sicht der weiblichen Schwäche [*metis*] gelangt von Griechenland nach Rom [*levitas animi*]).

[81] *Schulz*, CRL 181–183.

[82] Lact. opif. 12,7; Isid. orig. 10,179; vgl. auch Colum. rust. 1,1,4. Dazu die interessante Diskussion bei *Peppe*, Civis Romana (2016) 135–137 über die Entwicklung von ‚femina' – nicht ‚mulier' – als „titolare di posizioni giurdiche".

[83] *Fayer*, Familia I (1994) 524–527.

[84] *Gide/Esmein*, Condition privée (1885) 130–132, passim (Verfall von *manus* und *tutela*), 145–160; *Peppe*, in: Agostiniani/Desideri, Plauto testimone (2002) 67–91; *Peppe*, Civis Romana (2016) 209–218.

[85] Gai. 1.145;194; 3.44; 46; Ulp. reg. 26.8; 29.3; Paul. sent. 4,9,1; 4,9,5; Plut. Num. 10,5; *Fayer*, Familia I (1994) 516–518, Fn. 504 f., mit epigraphischen Belegen und Papyri; *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 165 f., 173–175; *Sacchi*, Diritto@Storia (= Ius antiquum 15 (2005)); *Tellegen-Couperus*, RHD 83/3 (2006) 423–435; *Giunti*, Index 40 (2012) 366–369; *Tellegen*, in: Rodríguez López/Bravo Bosch, Mulier (2013) 407–417; *Lamberti*, Famiglia (2014) 15–17.

[86] Mit Ausnahme der *cura minorum* (→ § 30, Rn. 13–23; § 31 Rn. 99–108). Der von der *lex Laetoria* eingeführte, vom Prätor erweiterte Rechtsschutz für jugendliche Männer vor Übervortei-

der späten Republik und des Prinzipats nicht mehr, die Frauentutel wird von den *maiores* (Cic. Mur. 27; Liv. 34,2,11) oder *veteres* (Gai. 1.144) übernommen und weiter tradiert.[87] Gaius (1.144; 190) sieht in der Zuschreibung weiblicher Leichtfertigkeit (*levitas animi*) durch die „alten Juristen" zwar kein „wertvolles Argument", sondern eine „irrationale Täuschung", einen Vorwand.[88] Eine substantielle Erklärung für die *tutela mulierum* gibt der Jurist aber nicht, die Kritik am Kriterium der *levitas animi* mündet nicht in dessen Überwindung. Gaius genügt der Hinweis auf die Aushöhlung (durch die Geschäftspraxis, das *ius liberorum* seit Augustus, die Abschaffung der *tutela legitima* der Agnaten – und damit die Unabhängigkeit vom ursprünglichen Familienverband der Frau – unter Claudius)[89] und den Werteverlust einer Einrichtung, die im Kontrast mit der sozio-ökonomischen und geo-politischen Realität seiner Zeit steht.

Keine entsprechende Argumentation findet man bei Paulus, der apropos der Rich- **26**
terbestellung, die bestimmte Qualifikationen erfordert, Personengruppen anführt, denen die Übernahme dieses Amtes aus unterschiedlichen Gründen versagt wird. Der Grund für das Verbot liegt für den Juristen nicht in der Natur – anders als bei Tauben, Stummen, dauernd Geisteskranken oder Unmündigen –, denn Frauen (ebenso wie Sklaven) seien zu rationaler Erkenntnis (*iudicium*) fähig. Beim Ausschluss von bestimmten Bürgerpflichten (*civilia officia*)[90] gehe es vielmehr darum, an altbewährten Traditionen (*mores*) fest zu halten.[91]

Ebensowenig wird der Erlass des *SC Velleianum* (54 n. Chr.)[92] vom Gesetzgeber mit **27**
diesem Topos begründet.[93] Nach dem Wortlaut der Maßnahme habe der Senat es als

---

lungen im Wirtschaftsleben leitet die Praxis ein, Rechtsbeistände bei Geschäftsabschlüssen beizuziehen, und führt zur Ausbildung der Kuratel über männliche Minderjährige unter 25 Jahren. Während die *cura minorum* im Prinzipat ihren freiwilligen Charakter behält, ist die *tutela mulierum* unabdingbar. *Musumeci*, Editto (1992); *Musumeci*, Protezione (2013).

[87] Zur Frage der rationalen Begründbarkeit *Mancinetti*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 475–495.

[88] Gai. 1.190: *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.* Vgl. *Quadrato*, in: Sini/Ortu, Scientia iuris (2001) 176–199.

[89] Gai. 1.157; 168; 171; Ulp. reg. 11.8. Zur Zeit des Gaius übriggeblieben ist nach der Claudischen Reform nur mehr die legitime Tutel des Patrons, seiner Söhne und des *parens manumissor*. *Fayer*, Familia I (1994) 531, 533; *Finazzi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 326 f.

[90] *Feldner*, RIDA 47 (2000) 381–396; *Feldner*, FHI (2002).

[91] Paul. 17 ed. D. 5.1.12.2: *Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. Lege impeditur, qui senatu motus est. Moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.* Vgl. *Peppe*, Civis Romana (2016) 302 Fn. 764, 317.

[92] Vorläuferbestimmungen sind *edicta* unter Augustus und Claudius, die Frauen das *intercedere* für ihre Ehemänner verbieten (Ulp. 29 ed. D. 16.1.2 pr.). Vgl. D. 16.1; Paul. sent. 2.11; C. 4.29. Zur Maßnahme: *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) 81 f., 357–362; *Finkenauer*, TR 81 (2013) 17–49.

[93] S. *Peppe*, Estudos Corrêa 205 f.; *Peppe*, Civis Romana (2016) 212–216, 311–315.

„nicht angemessen" erachtet, dass Frauen für Dritte interzedierten. Das Motiv liegt im Erhalt der Familienvermögen. Erst Ulpian setzt im Anschluss daran die Geschlechtsinferiorität hinzu (29 ed. D. 16.1.2.1–2). Iustinian verordnet schließlich, dass Frauen sich wegen ihrer *fragilitas* noch zwei Jahre nach der Interzession auf das SC berufen dürfen, aber nicht länger, denn dieser Zeitraum genüge, um ihr Handeln zu überdenken.[94] Paulus wiederum führt – wie schon bei der Richterbestellung (→ Rn. 24) – auch die Einführung des *SC Velleianum* auf die *mores* zurück.[95] Eine Maßnahme, vier Motive: Unangemessenheit, Gewohnheitsrecht, absolute und relative (temporäre) Schwäche des weiblichen Geschlechts.

VI. Frauen mit und ohne Tutor

28 Die *tutela mulierum* weist viele Parallelen mit der *tutela impuberum* auf, aber auch bedeutende Unterschiede. Letztere ist verpflichtend für Unmündige *sui iuris* beiderlei Geschlechts wegen altersbedingter Unerfahrenheit (*propter aetatis infirmitatem*) im Rechts- und Geschäftsleben und endet daher mit Erreichen der Pubertät; erstere ist für Frauen *sui iuris* vom Erreichen der Geschlechtsreife (*propter sexus infirmitatem*, *propter forensium rerum ignorantiam*) bis an ihr Lebensende vorgesehen.[96] Sogar, wenn sie verheiratet sind, hebt Gai. 1.144 hervor.[97] Bei beiden Formen bedient man sich ähnlicher Terminologien.[98] Für die älteste Zeit wird verbreitet angenommen, dass es sich um eine einheitliche Einrichtung gehandelt hätte, die an die *patria potestas* angelehnt war.[99] Die mehr oder weniger suggestiven Theorien, dass Frauen ursprünglich beim Tod des *paterfamilias* nicht *sui iuris* geworden wären, entbehren jeder Unterstützung durch die Quellen.[100] Im Unterschied zur *tutela impuberum*, die im Laufe der Zeit

[94] Iust. C. 4.29.22 pr. und 1 (a.530).

[95] Paul. 30 ed. D. 16.1.1.1.

[96] Ulp. reg. 11.1: *Tutores constituuntur tam masculis quam feminis: sed masculis quidem inpuberibus dumtaxat propter aetatis infirmitatem; feminis autem inpuberibus quam puberibus et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam.*

[97] Gai. 1.144; 145; Frg. Vat. 229; Inst. 1.13.3; Isid. 9,3,70; *Fayer*, Familia I (1994) 515–558.

[98] Cic. Mur. 27: *in tutorum potestate esse*; Paul. 38 ed. D. 26.1.1 pr.: *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum […]* (wohl nur für *impuberes*); Liv. 34,2,11 (*manus*). *Finazzi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 297.

[99] Servius (Paul. 38 ed. D. 26.1.1 pr.: vgl. die vorige Fn.) definiert die *tutela* als *vis ac potestas* über das Mündel zum Zwecke des Beistandes und Schutzes einer Person, die ihre Angelegenheiten noch nicht selbst besorgen kann: Der Gedanke der Protektion – so wird argumentiert – würde hier noch nicht im Vordergrund stehen. Die fehlende Bezugnahme auf Frauen durch Servius wird mit der Berichtigung durch die justinianischen Kompilatoren aufgrund der mittlerweile inexistenten Einrichtung der Geschlechtstutel zu erklären versucht. S. die nächste Fn.

[100] Zur Diskussion ausführlich *Fayer*, Familia I (1994) 389–395, 519, 532, 533 f., 537. Gegen *Monaco*, Hereditas (2000), s. *Peppe*, Iura 51 (2000) 210–217; *Venturini*, BIDR 100 (2003) 617–670; *Finazzi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 309 f.

protektive Züge entwickelt, ist die *tutela mulierum* – trotz gegenteiliger Äußerungen der antiken Autoren – nie eine Schutzeinrichtung für Frauen gewesen.[101]

29 Die Bestellungsmodalitäten sind für beide Vormundschaftsformen dieselben. Als *tutor legitimus* legen die XII Tafeln den gradnächsten oder mehrere im gleichen Grad stehende Agnaten für *impuberes* fest; fehlen diese, einen oder mehrere *gentiles*.[102] Die testamentarische Bestellung eines Tutors erfolgt durch den Gewalthaber für die unmündigen *filii* und *filiae familias* oder den Ehemann über die *uxor in manu*.[103]

30 Fehlen gesetzliche und testamentarische Tutoren oder sind sie untauglich,[104] wird ein Vormund vom Prätor unter Mitwirkung der Mehrheit der Volkstribune bestellt. Mit dieser von der *lex Atilia* 210 v. Chr. eingeführten Möglichkeit, später in den Provinzen aufgrund einer *lex Iulia* und einer *lex Titia* auch den Provinzgouverneuren erlaubt,[105] können nunmehr auch Frauen *sui iuris* jene in der Hauptsache ins antike *ius civile* fallenden Akte der Vermögensverfügung und Obligationsbegründung vornehmen, für die sie noch einen Tutor benötigen (→ Rn. 31–35). Diese sind gering an Zahl und von schwindender praktischer Relevanz, während Rechtsakte und Geschäfte des *ius gentium* und *ius honorarium* in steigender Bedeutung seit dem 3. Jh. v. Chr. von Frauen nahezu völlig frei durchgeführt werden können.[106]

31 Bereits in der späten Republik belegen *tutoris optio* und *coëmptio fiduciaria tutelae evitandae causa* den eingetretenen Verfall der Geschlechtstutel.[107] Cicero kritisiert, dass die Frauen – entgegen dem Wunsche der *maiores* – nicht mehr der Kontrolle von Tutoren unterstünden, vielmehr dank der Eingriffe der Juristen die Tutoren derjenigen von Frauen (Mur. 27). Gesetze beschleunigen diese Entwicklung. Augustus befreit Freigeborene mit drei, Freigelassene mit vier Kindern von der *tutela mulierum*.[108] Für besondere Verdienste um das Wohl der Allgemeinheit verleihen die

[101] *Fayer*, Familia I (1994) 534.

[102] Gai. 1.145; 155; 157; 2.47; Ulp. reg. 11.3, Inst. 1.15 pr.–2. Vgl. XII T. 5,6; 5,7a (= FIRA I 39 f.). *Finazzi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 297, 309–312, 325–328 argumentiert überzeugend, dass *tutela impuberis* und *tutela mulieris* in den XII Tafeln an unterschiedlichen Stellen geregelt waren.

[103] Gai. 1.144–145.

[104] Anders als bei der *tutela impuberum* kann auch ein Unmündiger, ein Geisteskranker oder ein Stummer Vormund der Frau sein. In solchen Fällen muss sie beim Magistrat einen Tutor beantragen, der fähig ist, ihre Rechtsgeschäfte zu autorisieren. Die Tatsache, dass die Frau den Vormund selbst beantragt, wenn sie ihn benötigt, unterscheidet die *tutela mulierum Atiliana* von der *tutela impuberum Atiliana*.

[105] Gai. 1.185; Ulp. reg. 11.18. Ebenso können die Munizipalmagistrate in ihren Verwaltungsterritorien Tutoren ernennen: Ulp. 36 ed. D. 26.5.3. Spätere Änderungen erfolgen unter Claudius (Nominierung durch Konsuln) und den *divi fratres* (durch den *praetor tutelaris*), schließlich durch den *praefectus urbi*. Frg. Vat. 247; Sev./Ant. C. 5.66.1 (a.203); Ant. 5.32.1 (a.215). Zur „*tutela dativa*“: *Fayer*, Familia I (1994) 421–424, 521–524.

[106] *Fayer*, Familia I (1994) 534.

[107] Die *tutoris optio* kann *plena* (unbeschränkt) oder *angusta* (ein bis zwei Mal) sein; Gai. 1.150–154; *Cantarella*, Malanno (2010) 206; *Brutti*, Diritto (2011) 157.

[108] Gai. 1.194.

Kaiser das *ius liberorum* auch Frauen, die keine oder eine nicht ausreichende Zahl an Kindern geboren haben, und konterkarieren somit die ursprüngliche *ratio legis*.[109] Daraus müsste abgeleitet werden, dass mehrfaches Gebären die Schwäche des weiblichen Geschlechts *eo ipso* beseitigt. Denn jede Frau, die drei- bzw. vierfache Mutter ist, kann dank dieses biologischen Faktums rechtlich uneingeschränkt schalten und walten.[110] Unter Claudius wird die *tutela legitima* – die einzige mit noch substanzieller Bedeutung – über *ingenuae* abgeschafft (die über *libertae* bleibt aufrecht und wird von deren Patron ausgeübt).[111] Die Entbehrlichkeit der Einrichtung auf eine zwecklose Hülse ist damit offenkundig. Zwei Gesetze Diokletians erwähnen sie noch,[112] unter Konstantin ist sie ebenso unbekannt wie unter Iustinian.[113] Für manche führt die durch die lex Claudia de tutela statuierte Liberalisierung der Stellung der Frauen geradewegs zu den durch das SC Velleianum eingeführten Beschränkungen weiblicher Handlungsspielräume.

32 In der Praxis reduziert sich die Aufgabe des Tutors auf die Erteilung seiner Zustimmung *dicis gratia*, d. h. pro forma (Gai. 1.190), zu bestimmten Rechtsgeschäften, die eine Frau *sui iuris* selbst führt und für die sie allein mit ihrem Vermögen haftet. Damit hat die *auctoritatis interpositio* jede effektive Bedeutung verloren.[114] Weigert sich der Tutor, seine *auctoritas* zu erteilen, kann seine Zustimmung von der Frau über den

---

[109] Unter Claudius wird jedem *civis* (Mann wie Frau) die *vacatio legis Papiae Poppaeae* gewährt, jedem Latiner das römische Bürgerrecht verliehen und allen Frauen das *ius IIII liberorum* (wahrscheinlich *ingenuae* wie *libertae*) mit Befreiung von der Tutel zuerkannt, wenn sie Schiffe einer bestimmten Tonnage bauen lassen und für sechs Jahre Lebensmittel zur Sicherung der *cura annonae* nach Rom befördern. Suet. Claud. 18,4–19; Gai. 1.32c; 3.44 (Einschränkung bei *libertae* auf *virilis pars* für den Patron); Ulp. reg. 3.6. Konstantin (Cod. Theod. 13.5.7 [a.334]) garantiert den *naviculari* im Osten des Reiches, neben einer Reihe von Privilegien und Befreiungen, auch die *vacatio legis Iuliae et Papiae* in der Form, dass Eheleute ohne Rücksicht auf vorhandene Kinder gegenseitig das uneingeschränkte Testamentserbe erhalten können. *Höbenreich*, Annona (1997) 77–79.

[110] *Schulz*, CRL 182, meint, wenn die *infirmitas sexus* tatsächlich existiert hätte und die Tutel daher notwendig gewesen wäre, dann hätte das Augusteische *ius liberorum* eine Strafe und keine Belohnung bedeutet.

[111] Zur *tutela legitima* des Patrons über die Freigelassene, die als ehemalige Sklavin keine agnatischen Verwandten hat (stirbt der Patron ohne Erben, muss die *liberta* bei den zuständigen Magistraten einen Tutor beantragen, wenn sie z. B. ein Testament errichten will, wie im Fall der Hispala Faecenia 186 v. Chr.: vgl. Liv. 39,9), und zu der des *parens manumissor* bei der *remancipatio* (wenn der *paterfamilias* seine Tochter emanzipiert und ihr gesetzlicher *tutor mulieris* wird) s. Gai. 1.157; 166; 172; 175; 192; 2.122; Ulp. reg. 11.8.

[112] Frg. Vat. 325; 326.

[113] *Fayer*, Familia I (1994) 535 f.

[114] Wird die Geschlechtstutel beendet, steht der Frau keine Klage gegen den Tutor zur Verfügung. Anders bei der *tutela impuberum*, wo der Vormund die Geschäfte führt und mit der *actio tutelae* zur Rechenschaft gezogen werden kann. Gai. 1.191; Ulp. reg. 11.25; Inst. 1.20.7.

Prätor erzwungen werden;[115] die Frau kann ihren Tutor bereits am Ausgang der Republik jederzeit wechseln.[116]

In den sog. *Tituli ex corpore Ulpiani* (11.27) werden einige Fälle genannt, die eine **33**
interpositio auctoritatis erfordern: *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipii alienent.*[117]

Die Interpretation ist nicht unproblematisch, weil der Epitomator – der u.a. aus den **34**
Regulae Ulpiani und den Institutiones Gai schöpft – einerseits verschiedene Rechtsepochen vermischt und verdichtet, andererseits konzeptuell unscharf formuliert und Kategorien überlappt. Das älteste Verfahren *per legis actiones* (Gai. 4.11) wird von der *lex Iulia iudiciorum privatorum* (17 v. Chr.) abgeschafft. Im jüngeren Formularprozess werden diese Klagen in die Gestalt der *iudicia legitima* gekleidet, unter weitgehender Beibehaltung ihrer Charakteristika (der Prozess muss in der Stadt Rom oder innerhalb des *pomerium* stattfinden, beide Prozessparteien und der Einzelrichter müssen römische Bürger sein: Gai. 4.103–109). Für diese auf die älteste Zivilrechtsmasse zugeschnittenen Verfahren benötigen Frauen einen Tutor. Nicht aber bei allen übrigen Prozessen, die im weitesten Sinn das *ius gentium* und das *ius honorarium* betreffen (den *iudicia imperio continentia*, die sich auf das *imperium* der Iurisdiktionsmagistrate stützen und von diesen organisiert werden). Ohne Tutor prozessieren können Frauen im Kognitionsprozess, dem sich in der Kaiserzeit nach und nach durchsetzenden Verfahren vor beamteten Richtern.

Dass Frauen überhaupt keine Schuldverhältnisse eingehen und keine zivilen Rechts- **35**
geschäfte abschließen können ohne Tutor, widerspricht dem, was Gai. 1.190 allgemein über den Handlungsspielraum von Frauen schreibt: *ipsae sibi negotia tractant* und die *auctoritas* sei nur mehr *in quibusdam causis* notwendig. Außerdem können Gaius zufolge (2.27; 81; 83; 85) Frauen uneingeschränkt über *res nec mancipi* verfügen, alles zu ihrem Vorteil erwerben, Schuldner durch Geldannahme befreien (die *acceptilatio* ausgenommen) – das sind lauter Geschäfte des *ius civile*. Daher muss der Epitomator (Ulp. reg. 11.27) in dieser Hinsicht einschränkend gelesen werden i. S.v. förmlichen Geschäften des *ius civile* und jenen Obligationen, bei denen Frauen wahrscheinlich nicht unerhebliche Schulden auf sich nehmen und ihr aktives Vermögen gefährden.[118] Nach

[115] Nach Gai. 1.192 können allerdings die *tutores legitimi* – das diene der Wahrung ihrer eigenen Interessen als gesetzliche Erben der Frauen – nicht vom Magistrat gezwungen werden, ihre *auctoritas* zu geben, wenn Frauen ein Testament errichten, *res mancipi* veräußern oder Obligationen auf sich nehmen wollen.

[116] Vgl. *Fayer*, Familia I (1994) 530 f. und die ebd. zitierte Literatur.

[117] „Die Zustimmung eines Vormunds benötigen Frauen in folgenden Angelegenheiten: Wenn sie im Legisaktionenverfahren oder im *iudicium legitimum* prozessieren; wenn sie ein Schuldverhältnis eingehen; wenn sie ein Rechtsgeschäft des *ius civile* abschließen; wenn sie ihrer Freigelassenen erlauben, in einem *contubernium* mit einem fremden Sklaven zu leben; wenn sie *res mancipi* veräußern." (Übersetzung: EH).

[118] Zu weit geht die Ansicht (z. B. *McGinn*, Prostitution [1998] 27, 29, 31; *Benke*, in: McGinn,

Gai. 1.192 bewahrt sich bei der tutela legitima der Patrone und ‚Eltern' – vielleicht sind mit ‚parentes' nicht nur die Hausväter gemeint, denn im 2. Jahrhundert werden Frauen als tutrices (→ Rn. 38 ff.) – länger ein Mitspracherecht (vis) bei Testamentserrichtung, Veräußerung von res mancipi und Übernahme von Schulden durch Frauen; trotzdem setzt sich selbst in diesen Fällen bei wichtigem Grund (magna causa) der Wille der interessierten Frau durch. Für den Juristen liegt das Motiv darin, dass diese Personen als agnatische Verwandte der Frau auch ihre gesetzlichen Erben sind und somit in ihrem Erbe geschmälert sein könnten. Diese Form der Vormundschaft spiegelt jene (frühe) Zeit, als res mancipi noch zu den res pretiosiores, wie Gaius sie nennt, zählten.

36 Eine Frau darf ihrer Sklavin nicht *sine tutore auctore* erlauben, *in contubernio alieni servi* zu leben. Dies birgt die Gefahr für die Freigelassene, nach dem *SC Claudianum* wieder versklavt zu werden, wenn der *dominus* oder die *domina* des Sklaven nicht einverstanden ist. Damit würde die Frau ihre Rechte als Patronin verlieren, an die eine Reihe von Vorteilen – auch vermögensrechtlicher Natur – geknüpft ist.

37 Zusammenfassend ist zu sagen, dass Frauen die *auctoritas tutoris* benötigen, wenn sie über *res mancipi* verfügen (Ulp. reg. 11.27; Gai. 2.80; Frg. Vat. 45), Sklaven und Sklavinnen (weil *res mancipi*) manumittieren (Ulp. reg. 1.17), eine Mitgift förmlich bestellen (Cic. Caecin. 72; 73; Gai. 1.178; Ulp. reg. 11.20; 21), weiters für die *aditio hereditatis* (Gai. 1.176; 177; Ulp. reg. 11.22), die *acceptilatio* (Gai. 1.192; 2.85) und die Testamentserrichtung (Gai. 2.118; Ulp. reg. 20.15). Zu Beginn des Prininziptes benötigen Frauen die *auctoritas tutoris* noch, wenn sie an einem Ochsen (*res mancipi*) ziviles Eigentum (*mancipatio*) und Ersitzungsbesitz (*traditio*) übertragen, bevor die *lex Claudia* die Agnatentutel abschafft. Hingegen können sie über eine Handelsflotte, Luxusgüter (Schmuck, Gewürze, Stoffe) oder ein Millionenvermögen in Geld (lauter *res nec mancipi*) völlig frei verfügen. Es stehen ihnen Bankgeschäfte, die sie gewöhnlich über Strohmänner abwickeln, die Kreditvergabe oder das höchst riskante *fenus nauticum* ebenso offen wie das Führen von Reedereiunternehmen.[119] Verfügen Frauen über das unter Augustus eingeführte *ius liberorum*, dürfen sie überhaupt alle genannten Handlungen *sine tutoris auctoritate* vornehmen.

Obligations [2012] 223), dass römische Frauen im Allgemeinen keiner *auctoritas tutoris* bedurften „to acquire or to alienate property". Dem widerspricht insbesondere Ulp. reg. 11,27 für die spätere Zeit oder die in Kampanien vor dem Vesuvausbruch 79 n. Chr. geläufige Praxis (*Reduzzi Merola*, Index 40 [2012] 380–386; *Jakab*, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 123–150), gemäß welcher bei einer Schuldübernahme die Frau regelmäßig einen Tutor zuzieht, der seine Unterschrift leistet, nicht aber die Gläubigerin.

[119] *Gide/Esmein*, Condition privée (1885) 106–111; *Fayer*, Familia I (1994) 537–554; *Halbwachs*, in: Piro, Règle (1999) 359–362; *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 46 f., 74–79, 170–175; *Benke*, in: McGinn, Obligations (2012) 226–230; *Peppe*, Civis Romana (2016) 303–304, 312–314; *Finazzi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 326 f. Zahlreiche Belege über Aktivitäten von Frauen an institutionellen Schalthebeln, im Wirtschafts- und Handelsleben Roms, Italiens und der Provinzen bietet *Cenerini*, Donna (2013) 87–150, 165–180; *Hemelrijk*, Hidden Lives (2015); *dies.*, Women and Society (2020); vgl. auch *Reduzzi Merola*, Index 40 (2012) 380–386; *Jakab*, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 123–150.

VII. *Tutrix*

Die Quellen belegen, dass Mütter für ihre unmündigen Kinder *sui iuris* die Geschäfte führen, deren Vermögen verwalten und dem *tutor impuberum* Ratschläge erteilen dürfen.[120] Kreuzt sich das mit der Verwaltung durch den Vormund, kann die Garantieleistung der Mutter seine Haftung als juristischer und nominaler Vertreter des Mündels ausschließen.[121] In einem von Pap. 2 resp. D. 3.5.30 (31).6[122] überlieferten Fall hat eine Mutter nach dem Tode des Vaters rechtsgeschäftlich für den noch unmündigen Sohn gehandelt. Trotzdem wird ihr versagt, ihn im Prozess zu vertreten, sein Vermögen durch Veräußerungen zu belasten oder den Mündelschuldner durch Annahme der Geldsumme zu befreien. Man will als juristischen Vertreter nur einen Mann akzeptieren, obwohl in anderen Rechtskreisen die Mutter den Vormund flankiert, spätestens ab der zweiten Hälfte des 2. Jh.s fallweise selbst die Tutel ausübt.[123] Die römischen Kanzleien winken kategorisch ab und tadeln jenen Provinzstatthalter (*imperitia lapsus*), der den Erblasserwillen – die testamentarische Einsetzung der Mutter als Tutorin der Kinder – vorschnell respektiert hat.[124] **38**

Ab dem 2. Jh. werden Frauen nach einer *postulatio* beim *princeps* als Tutorinnen ihrer Kinder zugelassen,[125] stets mit akkuratem Zusatz des exzeptionellen Charakters wie bei Neratius: *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent* (3 reg. D. 26,1,18). Gai. 12 ed. prov. D. 26.1.16 pr. (*tutela plerumque virile officium est*) muss nicht unecht sein,[126] wenn Alexander Severus wieder die *tutela* als männliche Pflicht unterstreichen will und den Wunsch der Otacilia abschlägt (Alex. C. 5.35.1 [a.224]). Für die institutionelle Anerkennung muss man bis Valentinian, Theodosius I. und Arcadius warten (Cod. Theod. 3.17.4; Valentin./Theodos./Arcad. C. 5.35.2 [a.390]), eingeschränkt auf Witwen, wenn gesetzliche und testamentarische Tutoren fehlen und die Frauen feierlich erklären, nicht wieder zu heiraten.[127] **39**

---

[120] Zur mütterlichen Tutel über P. Aebutius, Halbwaise und *pupillus* ohne Tutor, der in den Bacchanalienfrevel 186 v. Chr. verwickelt war (Liv. 39,9,2), vgl. *Fayer*, Familia I (1994) 436 f.

[121] Ulp. 35 ed. D. 26.7.5.8; Alex. C. 4.29.6 pr. (a.228); Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.1; *Benke*, in: McGinn, Obligations (2012) 233 Fn. 98 mit Literatur.

[122] *Quamquam mater filii negotia secundum patris voluntatem pietatis fiducia gerat, tamen ius actoris periculo suo litium causa constituendi non habebit, quia nec ipsa filii nomine recte agit aut res bonorum eius alienat vel debitorem impuberis accipiendo pecuniam liberat.*

[123] *Chiusi*, SZ 111 (1994) 155–196; *Chiusi*, in: Katzoff/Schaps, Law (2005) 105–132; *Gagliardi*, Index 40 (2012) 423–446.

[124] Pap. 4 resp. D. 26.2.26 pr.

[125] Allgemein *Fayer*, Familia I (1994) 436–445; *Giunti*, Index 40 (2012) 366 f.

[126] In diesem Sinne, entgegen der h. L., *Wenger*, SZ 26 (1905) 449 f.

[127] Iustinian motiviert die Erstreckung der Tutel auf Mütter von *liberi naturales* als *humanissimum* C. 5.35.3 (a.530); erneuert durch Novell. Iust. 22.40 (a.535); 89.14 (a.539); 94.1 und 2 (a.539); 118.5 (a.543).

40 Als der „unbefriedigendste“ Teil des römischen Privatrechts wird immer wieder das Verhältnis zwischen der Mutter und ihren Kindern beschrieben, die Ehefrau *sui iuris* lebe rechtlich wie eine Fremde im Haus ihres Mannes.[128] In den Edikten der Prätoren und gesetzlichen Maßnahmen bis Iustinian hätte man durch stärkere Betonung der Blutsverwandtschaft unablässig daran gearbeitet, das Prinzip der Patrilinearität aufzuweichen.[129] Das unter Hadrian (*SC Tertullianum*) für die Mutter nach ihrem Kind eingeführte Intestaterbrecht zieht ihr immer noch eine Reihe von Agnaten vor.[130] Zudem ist es an die Bedingung geknüpft, dass die Frau über das *ius liberorum* verfügt und zu Lebzeiten des zu beerbenden Kindes für die Nominierung geeigneter Tutoren (*petere tutores*) gesorgt hat. Ist sie dieser Pflicht nicht nachgekommen, wird sie als „unwürdig“ von der Nachfolge ausgeschlossen.[131] Damit bringe das *Tertullianum* der Mutter mehr Nachteile und Auflagen als die *bonorum possessio unde cognati*. Doch ein Paradigmenwechsel wird auf anderer Ebene konstatiert. In den Vordergrund trete das Interesse des (unmündigen) Erblassers an korrekter Verwaltung seines Vermögens und die darauf abgestellte „Elternpflicht“ der Mutter. Neratius, der dem *consilium* Trajans und Hadrians angehört, schreibt zur selben Zeit, dass die Tutel von Frauen über ihre Kinder nach speziellem Antrag vom Kaiser gewährt werden kann.[132]

41 Rechte und Pflichten von Eltern stehen in einem komplexen Zusammenspiel von natürlichen, sittlichen und juristischen Geboten. In rezenten Studien wird das Leitmotiv der „patriarchalen“ Familie durch eine Reihe von weiblichen Zwischentönen durchbrochen. Etwa wenn der Prätor der Mutter die Befugnis erteilt, die Tochter aus dem Haus des Schwiegersohnes fortzuführen (*abducere filiam*). Interessant ist dabei, dass die von Ulp. 71 ed. D. 43.30.3.4 und 6 erwähnte *nota auctoritas* der *materfamilias*, ihre unbezweifelbare, von niemandem in Frage gestellte Autorität, sich auf die außerhäusliche, öffentlich wahrnehmbare Sphäre bezieht, neben ihrer gleichermaßen erforderlichen untadeligen Lebensführung innerhalb des Hauses, im familiären Bereich. Oder wenn *pietas* und *potestas* der Mutter als *aequa* und *inaequalis* gewichtet werden im Vergleich zu jenen des Vaters (Ulp. 38 Sab. D. 27.10.4).[133]

---

[128] *Weber*, Ehefrau (1907) 165, 193. Gemeint ist das fehlende (zivile) Erbrecht zwischen Mutter und Kindern, die einseitige väterliche Gewalt über eheliche Kinder. Ausführlich *Giunti*, Index 40 (2012) 359–379.

[129] *Bartsch*, Rechtsstellung (1903) 29 f.

[130] Die *liberi* des Erblassers, dessen Vater und Brüder (männliche *consanguinei*); danach muss die Mutter mit den Schwestern des Erblassers konkurrieren. Im Gegenzug sind nach dem *SC Orfitianum* (unter Marc Aurel) die Kinder (auch aus Konkubinaten, von unbekannten Vätern oder aus verbotenen Verbindungen) in einer besseren Position, denn sie werden als Erben der Mutter allen übrigen Agnaten und Kognaten vorgezogen. Ulp. reg. 26.7; 8; *Meinhart*, Senatusconsulta (1967); *Giunti*, Index 40 (2012) 369–379.

[131] Mod. 1 excus. D. 26.6.2.1–2; Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.23; Inst. 3.3.6; *Giunti*, Index 40 (2012) 370–374.

[132] Ner. 3 reg. D. 26.1.18. S. → Rn. 38 f.

[133] *Roccia*, in: Corbino et al., Homo (2010) 273–281; *Evans*, War (2014) 177–195 (Erziehungsrecht,

42 In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass sich die starke mütterliche Präsenz in der Familie auch in der Onomastik zeigt. *Liberi naturales*, unehelich geborene Kinder, erhalten das *nomen gentile* der Mutter sowie einen Vornamen und einen beliebigen Zunamen (manchmal auch den des natürlichen Vaters). Seit dem Beginn des Prinzipats führen eheliche Kinder das doppelte *gentilicium*, also die Geschlechtsnamen beider Eltern. Anders ausgedrückt, der Sohn trägt neben dem Gentilnamen des Vaters auch den seiner Mutter.[134]

VIII. Reichtum und Autonomie der Frauen

43 Der Reichtum von Frauen beruht vorwiegend auf Zuwendungen aus Erbschaften.[135] Offenbar haben sie immer schon die volle Erbrechtsfähigkeit besessen. Bereits die XII Tafeln (XII T. 5,4) kennen im Hinblick auf das Geschlecht keinen Unterschied, männliche und weibliche Abkömmlinge eines gemeinsamen Stammvaters erben zu gleichen Teilen.[136] Zu dieser gleichberechtigten Regelung kehrt Iustinian ausdrücklich wieder zurück (Inst. 3.2.3a), denn in der Zwischenzeit sei durch die *media iurisprudentia*,[137] die Rechtsinterpretation durch Juristen und Prätoren, eine Reihe von Härten und Spitzfindigkeiten ersonnen worden, die Frauen von der Erbfolge im Mannesstamm ausgeschlossen bzw. eingeschränkt hätten (nur vatersblütige, vom gleichen Vater gezeugte Schwestern: *germanae consanguineae*). „Daher gebührte die Erbschaft der Tochter deines Bruders oder der deines Onkels väterlicherseits oder die Erbschaft deiner Tante väterlicherseits dir; deine aber gebührte ihnen nicht“. Als Motiv wird angegeben, dass die Erbschaften Männern zufließen sollen. Iustinian bezeichnet es als ungerecht (*iniquuum*), Frauen wie Außenstehende (*extraneae*) zurückzuweisen; auch

---

Interdikt *de liberis exhibendis et ducendis*); *Peppe*, Civis Romana (2016) 93, 106, 133, 173–175; *Roccia*, JLH 39 (2018) 1–17; *Rizzelli*, in: Capogrossi et al., Anatomie (2019) 122–129 (*proprium ius* der Mutter über ihr Kind, *commune ius* der Eltern, *maiestas*/*pietas*/*potestas materna*). *Bettini*, in: Lincoln, Autorità (2000) XV – XVII beobachtet *auctoritas* von (jungen) Ehefrauen.

[134] *Peppe*, Civis Romana (2016) 105–106; *Lentano*, Nomen (2018) 203 f.; *Rizzelli*, in: Capogrossi Colognesi et al., Anatomie (2019) 127–129.

[135] Über vermögende (i.S.v. wirtschaftlich, gesellschaftlich, politisch mächtige) Frauen ist viel publiziert worden. Z.B. *Dixon*, in: Rawson, Family (1986) 93–120; *Halbwachs*, in: Piro, Règle (1999) 349–363; *Feldner*, in: Meder et al., Frauenrecht (2006) 1–20; *Treggiari*, Terentia (2007); *Pellecchi*, Innocentia (2012); *Cenerini*, Donna (2013) 87–150, 165–183; *McClintock*, RIDA 60 (2013/14) 183–200; *Lamberti*, Famiglia (2014) 20 f., 38–46, 103–132, 190–197; *Peppe*, Civis Romana (2016) 227–251, 343 f., 356–360.

[136] Coll. 16,3,20; Paul. sent. 4.8.20 (22). *Balestri Fumagalli*, Lex Voconia (2008) 74 f.; *Finazzi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 239–240, 245–246, 310.

[137] *Melillo*, Personae (2006) 60–100; *Balestri Fumagalli*, Lex Voconia (2008) 39–66, 74–79; *Lambertini*, BIDR 100 (2003) 467–480.

durch die Berufung der Gruppe *unde cognati* zur Erlangung der prätorischen *bonorum possessio* habe man keine zufriedenstellende Lösung gefunden.[138]

44 Die wechselvolle Geschichte der Intestaterbfolge hat Parallelen bei testamentarischen Verfügungen. Ein vom Volkstribun Q. Voconius Saxa eingebrachtes Plebiszit (169 v. Chr.) verbietet Römerinnen, von einer Person (egal ob männlich oder weiblich) der ersten Zensusklasse (mit einem Vermögen über 100.000 Asse) als Haupterbin im Testament eingesetzt zu werden. Zudem soll niemand durch Legat oder Schenkung auf den Todesfall mehr erhalten als der oder die Erben zusammen.[139] Die *lex Voconia* fällt in die Zeit, als nach den Punischen Kriegen Luxusgüter nach Rom gelangt waren und Reichtum öffentlich gezeigt wurde.[140] Sie wird im Kontext der *leges sumptuariae* und ihrer politischen und institutionellen Profile verortet,[141] die den *mos maiorum* festigen sowie die wachsende Macht von vermögenden Frauen – greifbar in den Plautinischen Plots[142] – zurückdrängen wollen.[143] Cicero polemisiert gegen das Gesetz, weil es zum Vorteil von Männern erlassen worden sei und Frauen benachteilige.[144] Gellius sieht den Zweck der Norm darin, die Erbfähigkeit von Frauen zu beschränken, damit durch deren übermäßigen Reichtum die Gemeinschaft nicht von weiblicher Übermacht erdrückt werde.[145] Möglicherweise lag die *ultima ratio legis* auch darin, die Zahl der in der ersten Zenturien-Klasse Eingeschriebenen so hoch wie möglich zu erhalten.[146]

45 Hinter dem Verbot steht Cato der Zensor, der in der *suasio legis Voconiae* den Fall einer wohlhabenden und unabhängigen (*sui iuris*, *sine manu*) Ehefrau tadelnd vorführt.[147] Für diese Frau könnte die vornehme Aemilia (sie starb 162 v. Chr.) Modell

---

[138] Inst. 3,2,3–3b; dazu *Behrends*, in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, Institutionen 284–286. Arnold Vinnius (ein noch zur eleganten Jurisprudenz zählender Niederländer) ätzt in seinem Institutionenkommentar über Iustinians „Feminismus“: „*Noster legislator more suo pro muliebri sexu, cui impense semper favet, declamavit*“ (zit. nach *Behrends*).

[139] Cic. Verr. II,1,107 (Annaea *pecuniosa mulier* [II,1,111] setzt die Tochter des Patrons Q. Sulpicius Olympus im Testament als Haupterbin ein [II,1,125]); [Quint.] decl. 264; Gai. 2.226; 274; Gell. 6,13. Literatur: *Heyse*, Mulier (1994) Kap. 1; *Monaco*, Hereditas (2000) 185–199; *Peppe*, Iura 51 (2000) 216; *Scacchetti*, Presunzione Muciana (2002) 97–123; *Melillo*, Personae (2006) 67–100; *Balestri Fumagalli*, Lex Voconia (2008); *Spagnuolo Vigorita*, Index 40 (2012) 257–270; *Hähnchen*, in: Harke, Erbrecht (2012) 35–53; *McClintock*, RIDA 60 (2013) 183–200; *Peppe*, Civis Romana (2016) 215 f., 260 f., 267–269; *McClintock*, TSDP 10 (2017) 1–50; *Köstner*, in: Hekster/Verboven, Impact of Justice (2019) 177–195.

[140] *Balestri Fumagalli*, Lex Voconia (2008) 80–82.

[141] *Bottiglieri*, Legislazione (2002) (im Speziellen zur Epoche Catos 105–161).

[142] *Peppe*, in: Agostiniani/Desideri, Plauto testimone (2002) 67–91.

[143] Zur *lex Cincia*, *lex Oppia*, *lex Furia testamentaria*, *lex Voconia* und *lex Falcidia: Kaser*, RP I 602–604, 682–685, 756 f.; speziell im Hinblick auf Frauen *Goria*, in: Uglione, Donna (1987) 265–303; *Benke*, SZ 119 (2002) 506–510; *Balestri Fumagalli*, Lex Voconia (2008) 80–82.

[144] Cic. rep. 3,17.

[145] Gell. 20,1,23; 27,6,1; [Quint.] decl. 264 (Thema ist die *fraus legis Voconiae*). *Balestri Fumagalli*, Lex Voconia (2008) 80 f.; *Lentano*, Retorica (2014) 104–107.

[146] *Peppe*, Civis Romana (2016) 340.

[147] Gell. 17,6,1; 8–10. Zur Episode *Scacchetti*, Presunzione Muciana (2002) 37, 108–112.

gestanden sein, verheiratet mit Scipio Africanus, dem Sieger über Hannibal, Tante und Adoptivgroßmutter von Scipio Aemilianus, dem Zerstörer Karthagos, ihres Testamentserben, Mutter der Cornelia (die sie mit einer ansehnlichen Mitgift ausstattet) und damit Großmutter der Gracchen, deren außergewöhnlicher Wohlstand und Einfluss sogar dem nüchternen Polybius (Hist. 31,26–28) aufgefallen war, nicht nur, weil ihre öffentlichen Auftritte Triumphzügen glichen. Sie dürfte als Testamentserbin ihres Mannes (er starb 184 v. Chr.) zu diesem Vermögen gelangt sein. Vielleicht war sie sogar beim Matronenaufstand gegen die *lex Oppia* (195 v. Chr.) dabei, deren Abrogation Cato nicht verhindern konnte und der nun in hohem Alter dafür Rache nahm.[148]

Die Römer haben versucht, die Voconischen Verbote mit allen juristisch möglichen **46**
Techniken zu umgehen, um Mütter, Töchter, Schwestern, Ehefrauen erben zu lassen: restriktive Gesetzesinterpretation, *favor testamenti*, *praeteritio*, Partitionslegat, Vermächtnis von *ususfructus*, Teil- und Universalfideikommisse, Nichtregistrierung im Zensus.[149] Durch die *lex Furia* (4 v. Chr.) teilweise obsolet geworden, verschwindet die *lex Voconia* mit der Abschaffung des Zensus.

Häufig wird behauptet, dass mit der Expansion Roms zu einer Weltmacht im antiken **47**
Mittelmeerraum auch eine Art weiblicher „Emanzipation“ *ante litteram* einhergegangen sei.[150] Doch haben Frauen offensichtlich schon in der Frühzeit über Autonomie und Autorität verfügt.[151] Von Anbeginn an sind Frauen *cives*. Als Mitglieder des *populus* sind sie prinzipiell zu informellen Volksversammlungen (*contiones*) zugelassen, sie üben bedeutende Funktionen (Priesterämter) aus und sind zur Steuerleistung verpflichtet (das *aes hordearum* dient militärischen Zwecken). Aufgrund des militärischen Charakters der öffentlichen Einrichtungen sind sie aber von Beschlussfassungen ausgeschlossen: Die Frau ist *civis*, nicht *Quiris*. Ihre wichtigsten Aufgaben, von der Republik bis in die Spätantike, knüpfen an die Erhaltung der Familie: sei es die Unterstützung der Politik der Männer, die Verwaltung von Haus und Vermögen oder die Sorge um Nachkommen. Die Interaktion der Geschlechter ist komplementär, die Aufgabenteilung verleugnet ihre Herkunft aus der archaischen Agrargesellschaft mit dem notwendigen Konservativismus nicht.[152] Der Raum, in dem die öffentliche Partizipation und zentrale Bedeutung von Frauen ins Auge springt, ist der Kultus- und Sakralbereich (der Spiele, Euergetismus usw. einschließt). Beim Tod der *Flaminica* verliert der *Flamen dialis* seine Funktion, da dieses hohe Priesteramt nur von beiden gemeinsam

[148] *McClintock*, Index 33 (2005) 317–336 (Aemilia); *McClintock*, RIDA 60 (2013) 193–198; *McClintock*, TSDP 10 (2017) 7.

[149] *Vigneron*, Labeo 29 (1983) 148, bezeichnet diese Strategien als „Schleichwege des Lebens“. *Scacchetti*, Presunzione Muciana (2002) 120 f.; *McClintock*, RIDA 60 (2013) 189 f.

[150] *Vigneron/Gerkens*, RIDA 47 (2000) 107–121; *Giunti*, Index 40 (2012) 344, 346 f.; *Lamberti*, Famiglia (2014) 17 Fn. 54 (Literatur).

[151] *Peppe*, in: Agostiniani/Desideri, Plauto (2002) 67–91; *Peppe*, Estudos Corrêa 197–217; *Peppe*, Civis Romana (2016) 173–251 (Frauen zwischen *deterior condicio* und *nota auctoritas*).

[152] *Cantarella*, in: Gabba/Schiavone, Storia di Roma IV (1989) 557–608; *Giunti*, Index 40 (2012) 347–350, 352–356.

ausgeübt werden kann. Die Zeugenaussage der Vestalinnen bedarf keines Eides. Diese Priesterinnen bewahren Testamente (Caesar, Augustus), politische wie militärische Abkommen (II. Triumvirat) auf und begnadigen zum Tode Verurteilte.[153]

48 Vielfach betreffen die Quellen nur Angehörige der Elite. Doch auch Frauen aus niederen sozialen Schichten nehmen die fundamentalen Rechte einer Bürgerin in Anspruch. In einem der wenigen überlieferten Fälle einer *intercessio* mit anschließendem Volksprozess (wahrscheinlich 151 v. Chr.) gegen einen seine Amtspflichten missbrauchenden Magistrat gelingt es Manilia, einer *meretrix*, seine Verurteilung zu erreichen.[154] Und bei allem Anekdotenhaften an der vielbeachteten Carfania-Geschichte[155] ist festzuhalten, dass die Frau des Senators Licinius Bucco (er stirbt 49 v. Chr.) bis zum prätorischen Verbot auf der Gerichtsstätte in Rom für Dritte interzediert und postuliert hat – als „Anwältin" und ohne Tutor.

IX. Restatement

49 Zur Zeit der XII Tafeln differenziert das Intestaterbrecht nicht zwischen Erbinnen und Erben, beide Geschlechter sind zu gleichen Teilen berufen. Neben Töchtern in der väterlichen *potestas* und Ehefrauen in der *manus* gibt es Frauen *sui iuris*, die das *aes hordearium* entrichten, Frauen, die bei der Verfügung über *res nec mancipi* keinen Tutor benötigen.

50 Das sog. *Edictum de adtemptata pudicitia* (um 200 v. Chr.) spiegelt den gesellschaftlichen Bruch mit dem römischen Frauenideal der *univira* und *domiseda* ebenso wie die Plautinischen Komödien (254–280 v. Chr.).[156] Frauen gehen (auch nachts) aus, müssen sich um Begleitung sorgen und auf standesgemäßes Auftreten achten, damit ihre individuelle Ehrbarkeit ebenso öffentlich erkennbar ist wie die ihrer Familien, der sie angehören. Im „Cast" treten resolute und geschäftstüchtige weibliche Charaktere auf, die bestrebt sind, eigenes Vermögen zu vermehren.[157]

51 Im Zuge der Punischen Kriege sind viele Männer gefallen und viele Frauen *sui iuris* geworden. Diese Tatsache wird am Vermögen, das Römerinnen selbst verwalten und vorzeigen, greifbar. Catos Tadel an den vor aller Augen demonstrierenden Frauen, die schließlich doch die Abrogation der *lex Oppia* (195 v. Chr.) erreichen, fügt sich in dieses

[153] *Peppe*, Civis Romana (2016) 219–226.

[154] Gell. 4,14 (die Episode stammt aus dem neunten Buch *De iudiciis publicis* der *Coniectanea* von Capito). *Peppe*, Posizione (1984) 114–117.

[155] Val. Max. 8,3,2; Ulp. 6 ed. D. 3.1.1.5; *Benke*, Michigan Journal of Gender & Law 3 (1995) 195–256; *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 68–73; *Giunti*, Index 37 (2009) 101–111; *Cenerini*, Donna (2013) 76 f.; *Lamberti*, in: Höbenreich et al., El Cisne II (2012) 192–197; *Lamberti*, Estudos Corrêa 114–116.

[156] *Höbenreich*, RIDA 62 (2015) 45–69.

[157] *Peppe*, in: Agostiniani/Desideri, Plauto (2002) 67–91; *Cenerini*, Donna (2013) 49–51 (mit Literatur).

Mosaik. Es ist die Zeit der Einführung der *tutela Atiliana*, die eine Schwächung der tradierten Familienformen und ihrer Kontrollsysteme verrät. Ab jener Zeit wird die Angst vor dem Aussterben der Familien und die Kritik an zügellosem Sexualverhalten der Frauen zur Konstante.[158] Im selben Jahr der Vernichtung der Legionen des Varus bei Teutoburg (9 v. Chr.) zwingt die *lex Papia Poppaea* alle Römer mit empfindlichen Sanktionen zur Nachwuchszeugung.[159] Der Geburtennotstand drängt die *tutela mulierum* in den Hintergrund: Frauen erhalten das *ius liberorum* auch mit illegitimer Deszendenz.[160]

Hortensia ergreift vor den Triumviren für die 1400 reichsten Matronen das Wort und **52**
erreicht die Reduktion ihrer Steuern (42 v. Chr.); diese müssen infolge nur mehr von 400 Frauen, dafür aber auch von 400 Männern entrichtet werden.[161] Auf dem Forum vor Männern, die schweigen, für Frauen, die durch sie, entgegen dem *mos maiorum*, sprechen: ein Manifest der „autocoscienza dell'indipendenza economica femminile" (Gafforini), die Proklamation des Prinzips „no taxation without representation" (Mercogliano), eine Charta der Rechte und Pflichten römischer Frauen nach traditioneller Ideologie (Cenerini).[162]

[158] *Cenerini*, Donna (2013) 57.

[159] *Giunti*, Index 40 (2012) 359 f.

[160] Die *lex Papia Poppaea*, so scheint es, befasste sich auch mit Geburtsdokumenten für uneheliche Kinder. Für das *SC Tertullianum* war es ebenso unerheblich, ob Mütter das Kinderrecht durch *iuste procreati* oder *vulgo quaesiti* erreicht hatten.

[161] Appian. 4,32–34; Val. Max. 8,3,3. 100.000 Denarien entsprächen heute einer Million Euro? Jedenfalls waren 400 Frauen in Rom mit einem Vermögen dieser Dimension registriert: *Peppe*, Civis Romana (2016) 358–359.

[162] *Cenerini*, Donna (2013) 73–78 (ebd. Zitate von *Gafforini* und *Mercogliano*).

§ 30 Fälle beschränkter Handlungsfähigkeit

Jakob Fortunat Stagl/Giorgia Maragno

Albanese, Le persone nel diritto privato romano, 1979; *Di Salvo*, „Lex Laetoria". Minore età e crisi sociale tra il III e il II a. C., 1979; *Diliberto*, Studi sulle origini della „cura furiosi", 1984; *Ankum*, Le minor captus et le minor circumscriptus en droit romain, in: *Aubin* (rec. par), Liber amicorum. Études offertes à Pierre Jaubert, 1992; *Ankum*, Les „infanti proximi" dans la jurisprudence classique, in: Estudios en homenaje al Profesor Francisco Hernandez-Tejero II, 1994, 53–73 (= *Ankum*, Extravagantes. Scritti sparsi sul diritto romano, 2007, 257–277); *Ferretti*, Le cause della prodigalità, in: Annali dell'Università di Ferrara 10 (1996), 273–298; *Ankum*, Paiments à un pupillus en droit romain classique, in: Studi in onore di Remo Martini I, 2008, 21–46; *Moschetta*, Le verborum obligationes contratte dagli infantes, SDHI 74 (2008) 515–537; *Lamberti*, Su alcune distinzioni riguardo l'età dell'impubere nelle fonti giuridiche romane, in: Scritti di storia per Mario Pani, 2011, 211–236 (= *Lamberti*, La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica, 2014, 51–89); *Musumeci*, Protezione pretoria dei minori di 25 anni e ius controversum in età imperiale, 2013; *Lamberti*, L'età per fidanzarsi nei libri differentiarum di Modestino, in: Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel II, 2014, 518–526 (= *Lamberti*, La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica, 91–102); *Castán Pérez-Gómez*, Discapacidad y Derecho Romano, 2019.

Inhalt Rn.

I. *Impubes/pupillus: infans* und *infantia maior* 3
1. *Infantes* 3
2. *Infantia maiores* 4
a. Erlaubte Handlungen 5
b. Unerlaubte Handlungen 8
II. *Minor* 11
1. Pubertät 13
2. *Minor xxv annis* 24
III. *Maiores xxv annis* 25
1. *Furiosus* 25
2. *Prodigus* 29
IV. Menschen mit körperlichen Gebrechen 33
V. Nachklassische Entwicklungen 34

Abgesehen von der *tutela mulierum*, die nicht Gegenstand dieses Eintrages ist, geht es hier um folgende Gruppen verminderter Geschäftsfähigkeit: *infantes* (Kinder), *impuberes* (Unmündige), *minores* (Minderjährige), *furiosi* (Wahnsinnige) und *prodigi* (Verschwender). Diese Personengruppen werden im Folgenden daraufhin untersucht, inwieweit ihnen die Geschäftsfähigkeit fehlt und inwieweit ihre deliktsrechtliche Verantwortlichkeit eingeschränkt ist. Die Geschäftsfähigkeit ist definiert als die Fähigkeit, selbständig Geschäfte führen zu können – es handelt sich hierbei um eine moderne Abstraktion, welche auf die Quellen rückprojeziert wird.[1] Eine Reihe von Personengruppen sind in dieser Fähigkeit ganz oder teilweise eingeschränkt, aus Gründen wie Alter, geistiger Gesundheit und Verschwendungssucht; für sie hat das römische Recht spezifische Institute zu ihrer Betreuung geschaffen wie die Tutel und Kuratel (→ § 31). Das Problem verminderter Geschäftsfähigkeit tritt nur hervor, wenn eine Person *sui iuris* ist; sofern eine Person *alieni iuris* ist, wird ihre verminderte Geschäftsfähigkeit durch die *patria potestas* abgedeckt, ohne dass es eines Rückgriffes auf Tutel und Kuratel bedürfte. **1**

Es sei gleichfalls vorausgeschickt, dass die Römer hinsichtlich des Alters im Wesentlichen zwischen dem *pubes* und dem *impubes* unterschieden, d. h. zwischen dem Geschlechtsreifen und dem nicht Geschlechtsreifen. **2**

I. *Impubes/pupillus: infans* und *infantia maior*

1. *Infantes*

Die *impuberes*, auch *pupilli* genannt,[2] d. h. Personen, welche die Geschlechtsreife noch nicht erlangt haben, sind weiter unterteilt: Die unterste Kategorie sind die *infantes*, d. h. Kinder, welche nicht fähig sind, ordentlich zu sprechen. Die römischen Juristen erklärten dementsprechend das Wort *in-fantes* (pl.) mit der Etymologie *qui fari non possunt* (*fari* = sprechen).[3] Die *infantes* haben keinen geschäftlich relevanten Willen, können keine Rechtsakte setzen und sind nicht verantwortlich für Delikte.[4] Der noch nicht verstandesfähige *infans* kann aber mit Hilfe des *Tutors* Besitz begründen und ausüben.[5] **3**

[1] *Castán Pérez-Gómez*, Discapacidad (2019) 134.

[2] Als *pupillus* bezeichnet man den noch nicht Geschlechtsreifen, aber bisweilen auch das Mündel; s. v. pupillus, HS, 1).

[3] Z. B. Ulp. 5 fideic. D. 40.5.30.2–6.

[4] Geschäfte: Gai. 3.109; Delikte: Paul. sent. 5.4.2; Ulp. 41 Sab. D. 47.2.23; Ulp. 18 ed. D. 9.2.5.2.

[5] Paul. 15 Sab. D. 41.2.32.2.

2. *Infantia maiores*

4 Die romanistische Literatur hat lange Zeit, sich möglicherweise nicht quellenmäßiger Ausdrücke bedienend,[6] zwischen *infantes*, d. h. Kindern unter sieben Jahren, und *infantia maiores*, d. h. Personen, welche die Kindheit hinter sich gelassen, aber die Geschlechtsreife noch nicht erreicht haben, unterschieden.[7] Hierbei dürfte es sich – soweit die schwierige Quellenlage präzise Aussagen erlaubt – um nachklassische Entwicklungen handeln, die in die klassische Zeit hineinprojiziert werden. Da sich diese Begriffe etabliert haben und da sie eine geordnete Darstellung ermöglichen, werden sie hier – trotz ihres möglicherweise nachklassischen Ursprungs – weiter verwendet.

a. Erlaubte Handlungen

5 Der Wortformalismus, dessen strikte Einhaltung unabdingbar ist,[8] um Geschäfte wie *mancipatio*, *in iure cessio* oder die *stipulatio* wirksam abschließen zu können, macht es in besonderem Maße notwendig, dass die Beteiligten korrekt sprechen können.[9] Bestimmte Quellen[10] lassen darauf schließen, dass es in der klassischen Epoche für die Unterscheidung von *infantes* und *infantia maiores* dementsprechend auf die tatsächliche Fähigkeit ankam, korrekt sprechen zu können, eine Person also solange als *infans* betrachtet wurde, wie sie dazu nicht in der Lage war. Dabei muss man weiter berücksichtigen, dass das Kriterium „sprechen können" im Laufe der Klassik dahingehend psychologisiert wurde, dass man fragte, ob die Kinder „Verstand" (*intellectum*) haben.[11] Noch später, wohl aber noch in der Klassik,[12] hat sich dann, die Quellenlage ist schwierig, ähnlich wie bei der Pubertät (s. unten) ein schematisches, am Lebensalter von sieben anknüpfendes Kriterium etabliert.[13]

6 Während die *infantes*, d. h. Kinder, die noch keinen entwickelten Verstand haben, Rechtsgeschäfte nicht wirksam abschließen können, sind die *infantia maiores*, d. h. Kinder, welche ihren Verstand entwickelt haben, in der Lage Rechtsgeschäfte auch ohne Tutor wirksam abzuschließen, unter der Voraussetzung, dass diese Geschäfte für sie vorteilhaft sind. Dies ist in der Regel der Fall bei dem Erwerb einer Forderung oder von

---

[6] *Lamberti*, Scr. Pani (= *Lamberti*, Famiglia (2014) 53); *Ankum*, Est. Hernandez-Tejero II 53–73 (= *Ankum*, Extravagantes, 257–277).

[7] Z. B. *Kaser*, RP I 275 f.

[8] Hierzu ausführlich *Moschetta*, SDHI 74 (2008), 515–537.

[9] Wenn ein Kind korrekt sprechen kann, aber nicht versteht, was es sagt, wird es so behandelt, als könne es nicht korrekt sprechen, d. h. als geschäftsunfähig. Gai. 27 ed. prov. D. 46.6.6; Gai. 3.106–109. Hierzu *Lamberti*, Scr. Pani (= *Lamberti*, Famiglia (2014) 56–59).

[10] Gai. 27 ed. prov. D. 46.6.6; hierzu *Lamberti*, Scr. Pani (= *Lamberti*, Famiglia (2014) 57).

[11] Gai. 3.109.

[12] Quint. inst. 1,1,18,19; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 14 Rn. 3.

[13] Mod. 4 diff. D. 23.1.14; Ulp. 35 ed. D. 7.1.2; Theodos./Valentin. C. 6.30.18 pr. (a.426); Cod. Theod. 8.18.8.

Eigentum.[14] Die *infantia maiores* können sich aber nicht zu einer Veräußerung verpflichten, noch veräußern;[15] auch die *solutio* zugunsten des *infantia maior* gilt nicht als vorteilhaft.[16] Die vom *infantia maior* mit Einwilligung seines Tutors (*interpositio auctoritatis*) geschlossenen Geschäfte sind hingegen regelmäßig wirksam, auch wenn sie benachteiligend bzw. verpflichtend wirken.[17] Schließt der *infantia maior* ohne Tutor einen zweiseitigen Vertrag, wie z. B. einen Kaufvertrag, so erwirbt er die Forderung, ohne dass ihn selber eine Verpflichtung träfe, was man als „hinkendes Geschäft“[18] bezeichnet.[19] Der *infantia maior* kann mit Hilfe des Tutors die Erbschaft antreten (*hereditas aditio*)[20] und auch verwalten (letzteres sogar auch dann, wenn er noch nicht sprechen kann).[21]

Der *infantia maior* kann weder ein Testament errichten noch heiraten, aber er kann sich verloben.[22] 7

b. Unerlaubte Handlungen

Die Frage der deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit des *infantia maior* stellt sich vor allem bezüglich von *furtum*, *iniuria* und der *lex Aquilia*. Während das altrömische Recht nur auf die Entwendung der Sache abstellt und das *furtum* des *infantia maior* mit Prügelstrafe, nach dem Ermessen des Prätors, und Restitution der Sache bestraft,[23] stellt das klassische Recht darauf ab, ob der *infantia maior* deliktsfähig war (*doli capax*).[24] Die Quellen sind diesbezüglich kohärent:[25] Der *infantia maior* ist verantwortlich, sofern er nicht ein *infans* ist, freilich nicht jeder *infantia maior*, sondern nur derjenige, der kurz vor dem Erreichen der Pubertät steht (*proximus pubertati*). Das ist der Fall, wenn er versteht, dass er ein Delikt begeht (*ob id intellegat se delinquere*).[26] 8

[14] Inst. 3.19.9–10; Inst. 1.21 pr.; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.29.

[15] Gai. 3.107; Gai. 2 cott. D. 44.7.1.13 und Gai. 27 ed. prov. D. 46.6.6 sind – wohl – so zu verstehen, dass der Tutor hier nicht erwähnt wird, weil es selbstverständlich ist, dass er hinzugezogen wurde.

[16] Gai. ed. prov. D. 2.14.28 pr.; Paul. 6 Sab. D. 46.3.15; *Ankum*, St. Martini I 21–46.

[17] Gai. 3.107.

[18] Der Ausdruck ist nicht quellenmäßig; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 14 Rn. 5.

[19] Inst. 3.19.9,10; Inst. 1.21 pr.; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.29. Nach einem Reskript des Kaisers Pius kann der Geschäftsgegner freilich das Geleistete herausverlangen; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 14 Rn. 5.

[20] Paul. 2 Sab. D. 29.2.9: Der Fall bezieht sich auf eine *cretio*. Die Fähigkeit, verstehen zu können (*intellegere*), ist nicht wesentlich für die *hereditas aditio*, wenn sie aufgrund eines *iussus* des Gewalthabers erfolgt (Ulp. 7 Sab. D. 29.2.8.1).

[21] Maec. 5 quaest. fideic. D. 36.1.67(65).3.

[22] Mod. 4 diff. D. 23.1.14: *Lamberti*, Ess. Winkel II (= *Lamberti*, Famiglia (2014) 91–102); *Kaser/Knütel/Lohsse* § 14 Rn. 7.

[23] Gell. 11,18,8. Zum Diebstahl der Ernte Plin. nat. 8,3,12.

[24] Ulp. 41 Sab. D. 47.2.23. S. auch Iav. 9 post. Lab. D. 47.2.91(90).1; Gai. 3.208; Inst. 4.1.18(20); Gai. 2 ed. prov. D. 50.17.111.1.

[25] S. die Belege in der Fn. 20.

[26] Gai. 3.208; Gai. 2 ed. prov. D. 50.17.111.1.

Anders und auch mit Hinblick auf die *iniuria* formuliert, knüpfen die Juristen die Verantwortlichkeit des *infantia maior* daran, dass er schuldfähig *doli capax* ist, d. h. fähig, einen Diebstahl oder eine Injurie zu begehen (*capax furandi et iniuriae faciendae*).

9 Der *infantia maior* ist für den Schaden nach der *lex Aquilia* dann verantwortlich, wenn er auch ein *furtum* begehen könnte, so Labeo, bzw. wenn er *iniuriae capax* ist, wie Ulpian formuliert.[27] Ein großer Unterschied wird mit diesen beiden Kriterien nicht verbunden gewesen sein. Im Falle des *damnum iniuria datum*, welcher *dolus* bzw. Schuld voraussetzt, fordert man der *infantia maior* müsse *doli* oder *culpae capax* sein.[28] Auch wird es letztlich auf die Einsichtsfähigkeit (*intellectum*) ankommen.

10 Der deliktsfähige, da kurz vor der Pubertät stehende *infantia maior* ist nach der Meinung Ulpians (anders Labeo) der *actio de dolo* ausgesetzt;[29] er kann auch das Delikt des Widerstandes gegen die *missio in possessionem* begehen.[30]

II. *Minor*

1. Pubertät

11 Mit der Pubertät, d. h. mit Erreichen der Geschlechtsreife, ist eine Person grundsätzlich auch geschäftsfähig.[31] Seit ältester Zeit wird die Pubertät für Mädchen mit dem Erreichen des 12. Lebensjahres festgesetzt, also nicht auf ihre physische Entwicklung (*habitus corporis*) abgestellt; anders hingegen bei den Knaben: Nach den Sabinianern muss die Zeugungsfähigkeit konkret überprüft werden (*inspectio corporis*), nach den Prokulianern wird das Erreichen der Zeugungsfähigkeit mit dem 14. Lebensjahr vermutet.[32] Vermutlich in klassischer Zeit gelangte man zu einer Kompromisslösung:[33] Es musste sowohl das 14. Jahr erreicht sein als auch die *inspectio corporis* durchgeführt werden, was bis Justinian vermutlich so blieb. Justinian folgt der Meinung der Prokulianer, aus Schamhaftigkeit wie er sagt, und legt das Alter der Geschlechtsreife als unwiderlegliche Vermutung auf 12 Jahre für die Mädchen und 14 Jahre für die Knaben fest.[34]

12 Es gibt Quellen,[35] welche von einer *plena pubertas* mit Erreichen des 18. Lebensjahres sprechen. Was die Rechtsfolge dieser Altersgrenze war, ist jedoch unklar. Kaser/Knütel/Lohsse gehen davon aus, dass dies die ursprüngliche Mündigkeitsgrenze war, die dann

[27] Ulp. 18 ed. D. 9.2.5.2.
[28] Ulp. 41 Sab. D. 47.2.23.
[29] Ulp. 11 ed. D. 4.3.13.1.
[30] Ulp. 11 ed. D. 4.3.13.1.
[31] Gai. 1.196; Ulp. reg. 11.28.
[32] Gai. 1.196.
[33] Ulp. reg. 11.28.
[34] Iust. C. 5.60.3 (a.529); Inst. 1.22 pr.
[35] Mod. 1 diff. D. 1.7.40.1; Paul. sent. 3.4a.2; Inst. 1.11.4.

aus philosophischen Gründen[36] auf das Erreichen der Pubertät, mit welcher der Mensch vollständig wird, nach vorne verlegt wurde, um dann, wegen der Schwierigkeit der Lebensverhältnisse auf das 25. Lebensjahre nach hinten verlegt worden zu sein.[37] Der Forschungsstand ist unbefriedigend.

2. *Minor xxv annis*

Eine Person erreicht mit der Geschlechtsreife auch die Geschäftsfähigkeit; das gilt vor allem für den Mann, der *sui iuris* ist. Für Frauen gilt ein besonderes Regime (→ § 31 Rn. 80 ff.) und ebenfalls für die Männer, die *alieni iuris* sind (→ § 34 Rn. 32 ff.). Die Gleichsetzung von Geschlechtsreife und Geschäftsfähigkeit stammt aus der römischen Frühzeit; man geht davon aus, dass diese Regel solange Bestand hatte, wie die Wirtschaftsverhältnisse relativ überschaubar waren und die *gens* wie auch die Gesellschaft (face to face community) als solche genügend Kontrolle ausübten, um Missbräuchen vorzubeugen. Diese Situation habe sich mit dem Ausgreifen des römischen Imperiums geändert und es mit sich gebracht, dass man einen jungen Mann, der gerade die Geschlechtsreife erreicht hatte, also ungefähr 14 Jahre alt war, für nicht fähig hielt, sein Vermögen gewissenhaft zu verwalten (*res suas tueri*).[38] Das war zumindest die Begründung, welche die Juristen dafür angeben, dass eine weitere Beschränkung der Geschäftsfähigkeit eingeführt wurde: die Grenze von 25 Jahren. **13**

Diese spätere Altersgrenze, welche wohl auf die *lex Plaetoria* oder wohl besser *Laetoria*,[39] 200 oder 191 v. Chr., zurückgeht,[40] liegt für beide Geschlechter (bei der Frau aber mit weniger praktischer Bedeutung) bei 25 Jahren. Die noch nicht 25-Jährigen (*minores viginti quinque annis*)[41] gelten als noch nicht vollkommen reif, erst mit dem 25. Lebensjahr erreichen sie die für die volle Geschäftsfähigkeit notwendige Reife (*ad statum suum venire*).[42] **14**

Die *lex Laetoria* sieht zum Schutze der *minores* eine populare, pönale[43] und infamierende Klage vor, die *actio legis Laetoriae*. Die Strafe verfällt im Falle der *circumscriptio*[44] eines *minor*, sei er *sui iuris* oder *alieni iuris*.[45] Unter *circumscriptio* (Übervortei- **15**

---

[36] Sen. benef. 7,1,5.

[37] *Kaser/Knütel/Lohsse* § 14 Rn. 7.

[38] Gai. 1.197.

[39] Lex. Iul. munic. 112 (= FIRA I 149); Frg. de form. Fab. 4 (= FIRA II 431); Plaut. Rud. 1378 ff.; Cic. nat. deor. 3,74; Cic. off. 3,15,61; P. Oxy. 10, 1274, 13. S. *Kaser*, RP I 276 f.; *Wacke*, TR 48 (1980) 204; *Albanese*, Persone (1979) 515.

[40] *Di Salvo*, Lex Laetoria (1979) 41; s. auch *Wacke*, TR 48 (1980) 204 Fn. 5; *Ankum*, Lib. Am. Jaubert 36 Fn. 1.

[41] Zur Terminologie und ihren Varianten *Berger*, s. v. minores, RE XV 1860–1889.

[42] Pap. 8 resp. D. 31.77.14; *ad legitimum statum* in Alex. C. 6.53.5 (a.226).

[43] Zur Frage, ob die Klage von Hause pönal war oder erst infolge der interpretativen Tätigkeit des Prätors diesen Charakter annahm *Ankum*, Lib. Am. Jaubert 37 Fn. 4. S. Frg. de Formula Fabiana = FIRA II 431.

[44] Das Tatbestandsmerkmal *circumscriptus* ist nicht ganz klar; auch ist unklar, ob seitens des

lung) versteht man ein Geschäft zum Nachteil des *minor*, das dessen Unerfahrenheit ausnützt. Das Geschäft selber bleibt, wenn es auch pönalisiert wird, wirksam. Die *lex Laetoria* wird als die älteste Maßnahme zum Schutz der Minderjährigen (*cura minorum*) angesehen,[46] das letzte Zeugnis von ihr findet sich im *Fragmentum de formula fabiana;*[47] in der justinianischen Kodifikation hingegen fehlt jeder Hinweis auf sie.

16 Ungeachtet dessen findet sich eine Klausel zum Schutz der *minores* im *Edictum Perpetuum*, wenn man der Rekonstruktion Lenels folgt:

Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicitur, uti quaeque res erit, animadvertam.[48]

Was mit einem, der jünger als 25 Jahre alt ist, als geschehen berichtet wird, dessen bezüglich werde ich, je nach dem wie die Sache sein wird, die erforderliche Maßnahme treffen.

Auf dieser Basis aufbauend entwickelte der Prätor vor allem drei Rechtsmittel:[49]

17 a) Der Prätor gewährt eine *restitutio in integrum*, oftmals *propter aetatem* genannt, vermittelst *actiones utiles ficticiae* für den Fall, dass der *minor* wegen seiner Unerfahrenheit oder aufgrund einer böswilligen Manipulation geschädigt worden war und schon erfüllt hatte.[50] Dies wird *causa cognita* gewährt, d. h. auf der Basis einer Untersuchung des Sachverhaltes; in der klassischen Zeit wird dieses Rechtsmittel binnen einer Jahresfrist gewährt (*annus utilis*),[51] die mit dem Erreichen der Volljährigkeit beginnt.

18 b) Sofern der Geschäftspartner den *minor* verklagt, kann dieser sich mit einer *exceptio* verteidigen und damit die Klage dauerhaft blockieren.[52] In der Literatur wird diese *exceptio* oftmals *legis Laetoriae* genannt. Diese und nicht etwa eine andere *exceptio* ist auch gemeint, wenn Paulus[53] und Pomponius[54] dem *minor* eine *exceptio* wegen Übervorteilung (*cirumscriptio*) geben.[55]

Geschäftsgegners *dolus* vorausgesetzt ist; s. *Musumeci*, Protezione (2013) 65–102; *Wacke*, TR 48 (1980) 206 f.; *Ankum*, Lib. Am. Jaubert 37; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 41.

[45] So jedenfalls *Kaser*, RP I 277.

[46] *Di Salvo*, Lex Laetoria (1979) 6.

[47] Zu den möglichen Gründen des Abkommens der *actio legis Laetoria Ankum*, Lib. Am. Jaubert 38.

[48] *Lenel*, EP 116. Ulp. 11 ed. D. 4.4.1.1: *Praetor edicit: „quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam“.*

[49] S. *Musumeci*, Protezione (2013) 169–212.

[50] Durch ein *decretum* (Scaev. 1 resp. D. 4.4.47.1) oder die Gewährung einer Klage (Ulp. 11 ed. D. 4.4.13.1) oder eine *denegatio actionis* bzw. mittels einer *exceptio* (Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1) oder einer *denegatio exceptionis* (Ulp. 22 ed. D. 12.2.9.4). *Musumeci*, Protezione (2013) 180 Fn. 33.

[51] S. Ulp. 13 ed. D. 4.4.19. In konstantinischer Zeit galt ein anderes Regime; die Rechtsfolgen konnten geltend gemacht werden in Rom vor dem 30., in Italien vor dem 29., und in der Provinz vor dem 28. Geburtstag; man konnte eine Verlängerung der Frist verlangen. Nach Justinian galt eine Frist von 4 Jahren nach Erreichen des 25. Lebensjahres; *Albanese*, Persone (1979) 518 Fn. 467.

[52] Z. B. Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1 und Iul. 45 dig. D. 4.4.41.

[53] Paul. 3 Plaut. D. 43.1.7.1; Paul. 69 ed. D. 46.2.19.

[54] Pomp. 1 sen. cons. D. 16.1.32 pr.

[55] *Ankum*, Lib. Am. Jaubert 40.

c) Vor allem von Kaser und Kupisch wurde vorgetragen, dass der *minor* zusätzlich eine *actio arbitraria* gegen seinen Geschäftspartner habe. Diese Auffassung hat jedoch wenig Anhängerschaft gefunden, wenn sie auch eine gewisse Logik für sich hat.[56] **19**

Darüber hinaus kann der Prätor auf Instrumente zurückgreifen wie die *replicatio*, die *denegatio exceptionis*, die *denegatio actionis* und ein Strafversprechen (*cautio*) von Seiten des Geschäftspartners des *minor* fordern.[57] **20**

Offenbar bestand eine Tendenz seitens der Prätoren, den sehr weiten Wortlaut des Edikts zum Schutze des *minor* immer mehr auszuweiten. Hiergegen stemmen sich die Juristen, wenn sie mit Hilfe einer restriktiven Auslegung betonen, dass das Edikt eine Übervorteilung (*captio* oder *circumscriptio*) des *minor* voraussetzt und einen konkreten Schaden.[58] Mit dieser restriktiven Auslegung wird die praktische Bedeutung des Ediktes erheblich eingeschränkt.[59] **21**

Die zitierte Regel des Ediktes macht es, auch in ihrer restriktiven Auslegung, schwierig, mit dem Minderjährigen ein Geschäft abzuschließen, da sich der Minderjährige stets darauf berufen kann, er sei übervorteilt worden. Der Prätor bestellt daher auf Antrag einen Kurator für den Minderjährigen, zuerst nur für konkrete Geschäfte, später ganz allgemein bis zum Erreichen der Volljährigkeit.[60] Die Mitwirkung des Kurators gibt dem Geschäftsgegner aber keine *carte blanche* zur Übervorteilung des *minor*.[61] **22**

In der späteren Klassik kann der *minor* die Erteilung der *venia aetatis* beantragen, welche ihm die volle Geschäftsfähigkeit zugesteht. Diese wird zunächst vom Kaiser erteilt und seit Konstatin von einem Magistraten. Vorausgesetzt für einen solchen Antrag ist das Erreichen von 20 Jahren bei Männern und 18 Jahren bei Frauen sowie eine tadellose Lebensführung.[62] **23**

III. *Maiores xxv annis*

Mit dem 25. Lebensjahr wird eine Person voll geschäftsfähig: Hiervon gibt es – abgesehen von den Frauen – zwei Ausnahmen: der *furiosus* und der *prodigus*. **24**

[56] *Kupisch*, Restitutio (1974); *Kaser*, SZ 94 (1977) 155–167; *Ankum*, Lib. Am. Jaubert 39 f.
[57] *Musumeci*, Protezione (2013) 169–212.
[58] *Musumeci*, Protezione (2013) 63–141, 143–165.
[59] *Musumeci*, Protezione (2013) 137 f., 164 f.
[60] Diocl./Max. C. 2.21.3 (a.293); *Kaser/Knütel/Lohsse* § 14 Rn. 8; seit Mark Aurel kann der Kurator auf Dauer ernannt werden; Hist. Aug. Aur. 10,12.
[61] Scaev. 2 dig. D. 4.4.39.1 u. Pomp. 9 epist. D. 4.4.49.
[62] Const. C. 2.44.2 pr.–3 (a.321).

1. *Furiosus*

25 Der *furiosus* ist der „Verrückte“ bzw. „Geisteskranke“.[63] Dem *furiosus* fehlt, nach der Theorie der Römer, die Einsichtsfähigkeit und die Fähigkeit, einen eigenen Willen zu bilden, aus welchem Grund er auch kein Rechtsgeschäft wirksam abschließen kann.[64] So kann der *furiosus* auch nicht heiraten,[65] doch bleibt die einmal geschlossene Ehe – wie auch die *societas*[66] und der Ersitzungsbesitz[67] – bei nachträglichem Verlust der Verstandeskräfte grundsätzlich aufrecht:[68] Der *furiosus* kann einen Scheidebrief (*nuntium mittere*) wirksam nicht schicken; auch kann ihm gegenüber die Scheidung nicht erklärt werden, es sei denn, es handelte sich um Fälle extremer, vor allem auch gefährlicher Raserei.[69]

26 Der *furiosus* ist vermögensfähig und hat die passive Erbfähigkeit.[70]

27 Die Juristen stellen den *furiosus* dem Toten, dem Abwesenden und dem Schlafenden gleich[71] oder sogar, im Hinblick auf den Schaden, den er anrichtet, einem vierfüßigen Tier oder einem herabfallenden Ziegel.[72] Selbstverständlich kann er daher auch nicht zum Richter bestellt werden.[73]

28 Dementsprechend ist der *furiosus* nicht für Delikte verantwortlich, seien sie privater oder strafrechtlicher Natur.[74]

29 Der *furiosus*, der *sui iuris* ist, bedarf jemandes, der seine Geschäfte führt. Möglicherweise sahen bereits die Zwölf Tafeln die Kuratel für den *furiosus* vor,[75] sicher aber war der *Kurator* in der klassischen Zeit für ihn zuständig.[76] Da sich die Kuratel nicht auf persönliche Belange erstreckt, stellte sich das Problem, wie im Fall eines geisteskranken

---

[63] *Furiosi* oder *dementes, insani, non compotes mentis, mente capti*. S. *Albanese*, Persone (1979) 537; eine präzise Definition hat das Altertum nicht hervorgebracht; *Castán Pérez-Gómez*, Discapacidad (2019) 54.

[64] Gai. 3.106: *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat*; Inst. 3.19.8; Afr. 4 quaest. D. 29.2.47: *furiosi autem voluntas nulla est.* Diocl./Max. C. 4.38.2 (a.284).

[65] Ulp. 26 Sab. D. 1.6.8 pr.; Paul. 35 ed. D. 23.2.16.2; Paul. sent. 2.19.7.

[66] Ergibt sich aus lust. C. 4.37.7 (a. 531); hierzu s. *Vallar*, QL 3 (2013) 147–159.

[67] Proc. 15 epist. D. 41.2.27; Paul. 54 ed. D. 41.3.4.3.

[68] Ulp. 26 Sab. D. 1.6.8 pr.; Ulp. 26 Sab. D. 24.2.4; Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.7; Paul. sent. 2.19.7; *Castán Pérez-Gómez*, Discapacidad (2019) 123 f.

[69] Ulp. 26 Sab. D. 24.2.4; Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.7.

[70] Pomp. reg. sing. D. 28.1.16.1.

[71] *Albanese*, Persone (1979) 540.

[72] Ulp. 18 ed. D. 9.2.5.2.

[73] Paul. 17 ed. D. 5.1.12.2.

[74] Ulp. 18 ed. D. 9.2.5.2; Ulp. 56 ed. D. 47.10.3.1.

[75] S. *Guarino*, Ann. Catania 3 (1949) (= *Guarino*, Orig. 244–253).

[76] Ulp. 16 ed. D. 27.10.10; Iul. 21 dig. D. 27.10.7.1; D. Ulp. 63 ed. D. 42.5.19.1; Paul. 60 ed. 42.5.20; Gai. 24 ed. prov. D. 42.5.21; *Castán Pérez-Gómez*, Discapacidad (2019) 186–192; 197–199 zum Zuständigkeitsbereich des Kurators.

pater familias zu verfahren ist – dieser erwirbt und behält nämlich die *patria potestas* trotz seines Geisteszustandes:[77] Sofern die Zustimmung des *pater familias* zur Heirat der *filia familias* erforderlich ist, wird sie, nach umstrittener Meinung, vermutet; der Sohn wird von dem Erfordernis der Zustimmung befreit.[78]

Der *furiosus* kann in einem lichten Moment (*lucidum intervallum* oder *intermissio*) **30**
wirksam testieren[79] oder Verträge abschließen.[80] Der geistig Gesunde hingegen kann nicht wirksam testieren, wenn er aufgrund einer physischen Krankheit vorübergehend den Verstand verliert.[81] Wird ein *furiosus* testamentarisch als Tutor eingesetzt, so kann er sein Amt antreten, sobald er wieder voll im Besitz seines Verstandes ist.[82]

2. *Prodigus*

Der Verschwender (*prodigus*), das Wort kommt von *prodigere* = verbrauchen, ver- **31**
schleudern,[83] ist kein Geisteskranker, aber unfähig, sein Vermögen selber zu verwalten und wird daher „entmündigt".

Schon die *mores* und die Zwölf Tafeln[84] legten fest, dass ein Magistrat dem *prodigus* **32**
jedes *gestum per aes et libram* bezüglich der *ab intestato* vom *pater* ererbten Vermögensgegenstände verbieten kann. Die Formel lautet:

Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.[85]

Wenn Du das Vermögen Deines Vaters und Großvaters aus Sorglosigkeit verschwendest und Deine Kinder der Armut aussetzst, werde ich Dir aus diesem Grunde den Rechtsverkehr verbieten.

In der klassischen Zeit wird dieses Verbot auf alle Güter ausgedehnt, auch wenn sie nicht aus einer Erbschaft stammen.[86] Wie auch der *furiosus*, wird der *prodigus* der *cura* der Agnaten und der Gentilen unterstellt.[87]

Was die Geschäftsfähigkeit angeht, ist die Position des *furiosus* der des *infans* ange- **33**
glichen und die des *prodigus* der des *impubes infantia maior*;[88] wie dieser kann der *prodigus* nur für sich vorteilhafte Geschäfte abschließen,[89] er kann also nicht veräußern

[77] Ulp. 26 Sab. D. 1.6.8 pr.
[78] S. den Bericht in Iust. C. 5.4.25 pr. (a.530); *Castán Pérez-Gómez*, Discapacidad (2019) 203–206; *Zuccotti*, RDR 9 (2009) 9.
[79] Ulp. 1 Sab. D. 28.1.20.4.
[80] Diocl./Max. C. 4.38.2 (a.286); *Castán Pérez-Gómez*, Discapacidad (2019) 192–196.
[81] Paul. sent. 3.4a.11 (= D. 28.1.17).
[82] Ulp. 36 Sab. D. 26.2.10.3; *Castán Pérez-Gómez*, Discapacidad (2019) 207 f.
[83] Gai. 1.53; *Diliberto*, Cura furiosi (1984); *Pulitanò*, Prodigalità (2002).
[84] XII T. V.7c.
[85] Paul. sent. 3.4a.7.
[86] Ulp. 16 ed. D. 27.10.10 pr.; *Burdese*, Diritto privato (1993) 143.
[87] Ulp. reg. 12.2.
[88] Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.7; Ulp. 11 ed. D. 46.1.25.
[89] Ulp. 16 ed. D. 27.10.10 pr.; Call. 5 cogn. D. 29.5.2; Ulp. 1 Sab. D 45.1.6.

und sich hierzu nicht wirksam verpflichten und auch kein Testament errichten.[90] Entgegen einer verbreiteten Literaturmeinung gab es in klassischer Zeit neben der Bestellung des Kurators durch den Prätor keine besondere an den *prodigus* gerichtete *interdictio* im Sinne eines eigenständigen Verfahrens,[91] vielmehr ist, wie aus Inst. 2.12.2 erhellt, das Verbot der Verschwendung (*interdictio*) in der Bestellung des Kurators implizit enthalten.

34 Die Stummen und Tauben, und die Invaliden, sind, sofern sie *sui iuris* sind, geschäftsfähig, aber sie können die eigenen Geschäfte in bestimmten Fällen schon rein faktisch nicht führen, so sind ihnen beispielsweise die Formalakte in dem Ausmaß verschlossen, soweit sie physische Präsenz verlangen oder die Fähigkeit, sprechen und hören zu können, voraussetzen. Der Prätor bestellt einen *Curator ad hoc*, wenn die Notwendigkeit hierzu besteht.[92]

IV. Menschen mit körperlichen Gebrechen

35 Menschen mit körperlichen Gebrechen wie Stummheit, Taubheit[93] oder Blindheit können heiraten.[94] Sie können aber nicht zum Richter bestellt werden.[95] Stumme und Taube können keine Stipulation abschließen[96] und auch nicht testieren,[97] wenn sie nicht ein kaiserliches Privileg dazu haben;[98] sehr wohl können sie aber nichtförmliche Geschäfte abschließen.[99] Blinde sind voll geschäftsfähig.[100]

Sofern Personen mit körperlichen Beeinträchtigungen nicht selber handeln können, wird ihnen ein *curator debilium personarum* (der Begriff ist nicht ganz quellenmäßig[101]) bestellt.[102]

---

[90] *Kaser*, RP I 279.
[91] So aber *De Visscher*, Mél. Cornil II (= *De Visscher*, Et. 23–107).
[92] Inst. 1.23.4.
[93] Eine Defintion von *surdus* und *mutus* findet sich in: Paul. 1 sent. D. 50.2.7.1= sent. 1.1a.11.
[94] Paul. 2 sent. D. 23.3.73 pr. = Paul. sent. 2.21b 1a; *Castán Pérez-Gómez*, Discapacidad (2019) 122 f. mwN.
[95] Paul. 17 ed. D. 5.1.12.2.
[96] Ulp. 48 Sab. D. 45.1.1 pr.; Gai. cott. D. 44.7.1.14–15; Gai. 3.105.
[97] Gai. ed. prov. D. 28. 1.6.1; Pomp. reg. sing. D. 28.1.16 pr.; Ulp. reg. 20.13.
[98] Mac. 1 l. XX her. D. 28.1.7; hierzu *Castán Pérez-Gómez*, Discapacidad (2019) 240 f.
[99] Paul. 16 ed. D. 50.17.124 pr.
[100] Verträge: Ulp. 28 Sab. D. 18.1.11; Testamente: Paul. sent. 3.4a.4; *Castán Pérez-Gómez*, Discapacidad (2019) 253–262.
[101] Z. B. *Castán Pérez-Gómez*, Discapacidad (2019) 171 mwN. zur Verwendung dieses Begriffes.
[102] Das ergibt sich aus Ulp. 6 ed. D. 3.1.3.3–6; Paul. 5 ed. D. 3.1.4; Tryph. 13 disp. D. 27.1.45.2; Ulp. 63 ed. D. 42.5.19.1; Paul. 60 ed. 42.5.20; Gai. 24 ed. prov. D. 42.5.21. S. auch Inst. 1.23.4.

V. Nachklassische Entwicklungen

Die nachklassischen Entwicklungen lassen sich wie folgt zusammenfassen: Das siebente 36
Lebensjahr setzt sich mehr und mehr gegenüber dem Kriterium der Sprachkompetenz durch, wenn auch Justinian es nicht fixiert haben dürfte.[103] Hingegen wissen wir klar, dass er die Pubertät, aus Gründen der Schamhaftigkeit (*pudicitia*) auf die starren Kriterien von 12 Jahren für die Mädchen und 14 Jahren für die Knaben festlegt.[104] Auch die *minores* unter 25 Jahren, welche nicht unter *patria potestas* stehen, sind unter Justinian nicht voll geschäftsfähig und bedürfen eines Kurators, wenn sie auch die *venia aetatis* beantragen können: Seit Konstantin gilt das für Frauen mit dem 18. und Männer mit dem 20. Lebensjahr;[105] auch bleiben die Rechtsbehelfe der *in integrum restitutio* und der *exceptio* für den *minor* statthaft. Es wird festgelegt, dass dem *minor* gegen seinen Willen nicht ein Kurator gegeben werden kann, was aber nicht für den Prozeß gilt.[106] Die Kuratel für den *furiosus* und den *prodigus* bleibt bestehen: die Änderungen unter Justinian betreffen vor allem die Pflichten des Kuratos, wie z. B. ein öffentliches Inventar des Vermögens des *furiosus* zu erstellen.[107] Eine Konstitution aus dem Jahre 531 nimmt den Taubstummen die aktive Testamentsfähigkeit, wovon eine Ausnahme gilt, wenn die betreffende Person durch einen Unfall in diesen Zustand geraten war.[108]

[103] S. Arcad./Honor./Theodos. C. 6.30.18 pr. (a.407); Theodos./Valentin. Cod. Theod. 8.18.8 (a.426). Hierzu *Lamberti*, Scr. Pani (= *Lamberti*, Famiglia (2014) 87).
[104] Iust. C. 5.60.3 (a.529) und Inst. 1.22 pr.
[105] Const. Cod. Theod. 2.17.1.
[106] Inst. 1.23.2.
[107] Iust. C. 5.70.6.5 (a.530).
[108] C. 6.22.10 pr.–1.

§ 31 Vormundschaft (*tutela*) und Pflegschaft (*cura*)

Susanne Hähnchen

Rudorff, Das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt I, 1832. II, 1833. III, 1834; *Taubenschlag*, Vormundschaftsrechtliche Studien. Beiträge zur Geschichte des römischen und griechischen Vormundschaftsrechts, 1913; *Kaser*, Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., 1971, 85–91 und 352–372; *Sachers*, s. v. tutela, in: Paulys Realenzyklopädie der class. Altertumswissenschaft, neue Bearbeitung von G. Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus, K. Ziegler, VII A.2, 1948, 1497–1599; *Kaser*, Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Aufl., 1975, 222–237; *Albanese*, Le persone nel diritto privato romano, 1979, 437–548; *Nörr*, Zur Palingenesie der römischen Vormundschaftsgesetze, SZ 118 (2001) 1–72.

Inhalt Rn.

I. Allgemeines 1
II. Die Vormundschaft über Unmündige (*tutela impuberum*) 5
1. Definition und Bedeutung 5
2. Erwerb der Stellung des Vormunds 9
a. Person und Stellung des Vormunds 9
b. Gesetzliche Berufung des Vormunds 17
c. Testamentarische Bestellung des Vormunds 22
d. Magistratische Bestellung des Vormunds 30
3. Ablehnungsgründe und Befreiung des Vormunds 39
4. Führung der Vormundschaft 52
5. Haftung des Vormunds 66
6. Beendigung der Vormundschaft 76
III. Vormundschaft über Frauen (*tutela mulierum*) 80
IV. Pflegschaft (*cura*) 90
1. *Cura furiosi* und *cura prodigi* 90
2. *Cura minorum* 99

I. Allgemeines

Gemeinsam ist den von Vormundschaft (*tutela*) und Pflegschaft (*cura*) Betroffenen, dass sie zwar *sui iuris* (→ Rn. 7, 22) sind,[1] jedoch einer treuhänderischen Gewalt unterstehen. Vormundschaft und Pflegschaft unterscheiden sich nur in wenigen Punkten.[2] Die Vormundschaft über Unmündige umfasst die Inhaberschaft des Vermögens; die Vormundschaft über Frauen und die Pflegschaft sind hingegen als reine Zustimmungserfordernisse ausgestaltet. Allerdings ist für die Vormundschaft über Frauen von einer Entwicklung auszugehen, sodass ursprünglich ebenfalls die volle Vermögensmacht umfasst war und erst im Verlauf der Kaiserzeit eine blosse Zustimmung erforderlich wurde. In den Quellen wird die Vormundschaft jedoch viel ausführlicher behandelt. Beide Einrichtungen sollen vor Missgriffen bei der Vermögensverwaltung schützen, die Vormundschaft soll außerdem den Schützling gegenüber anderen unterstützen.[3] Sie sind in besonderem Maße der Treue (*fides*) unterworfen.[4] 1

Vormundschaft kann wegen des Alters oder wegen des Geschlechts gegeben sein. Unmündige (→ Rn. 5) und Frauen, die keiner *patria potestas* bzw. *manus*-Gewalt (→ Rn. 80) unterfallen, unterstehen der Schutzgewalt eines Vormunds (*tutor* von *tuitor* = Beschützer, Verteidiger[5]) oder mehrerer Vormünder. Für Unmündige ist es ein *tutor impuberis*, für Frauen ein *tutor mulieris*. 2

Geisteskranke, Verschwender und später auch mündige *minores*, die das fünfundzwanzigste Lebensjahr noch nicht erreicht haben, werden unter Pflegschaft gestellt. Auch für Stumme, Taube, Gebrechliche, für ein Vermögen,[6] einen Nachlass[7] oder für die Leibesfrucht[8] können ein oder mehrere Pfleger bestellt werden. 3

Die Vormundschaft geht der Pflegschaft vor,[9] d. h. wenn wegen des Alters ein Vormund erforderlich ist, wird trotz Geisteskrankheit kein Pfleger bestellt. Ein Pfleger 4

---

[1] Anderer Ansicht für die Frühzeit (Vollgewalt des Vormunds) ist *Kaser*, SZ 59 (1939) 41 Fn. 3; *Guarino*, Pagine IV 146–153.

[2] Mod. 4 excus. D. 27.1.13 pr.; vgl. auch *Windscheid/Kipp* III 117; *Leonhard*, s. v. cura, RE IV.2 1772; *Vuolanto*, in: Setälä et al., Women (2002) 205 mit Fn. 8. Anderer Ansicht *Schulz*, CRL 193: „fundamentally different".

[3] *Leonhard*, s. v. cura, RE IV.2 1771.

[4] Vgl. für die Vormundschaft Gai. 1.200; Tryph. 9 disp. D. 23.2.67.6; Mod. 1 excus. D. 26.5.21.5; Ulp. 61 ed. D. 26.10.8 = Inst. 1.26.13; Mod. heur. sing. D. 26.10.9; Pap. 5 resp. D. 27.1.28.1; Paul. 9 resp. D. 27.1.36 pr.; Pomp. 16 Q. Muc. D. 27.5.4; Tryph. 5 disp. D. 34.9.22; Inst. 1.26.5. Für die Pflegschaft Ulp. 1 resp. D. 26.7.19.

[5] Vgl. Paul. 38 ed. D. 26.1.1.1; Inst. 1.13.2.

[6] Statt einer Zwangsvollstreckung gegen eine vornehme Person, Gai. 9 ed. prov. D. 27.10.5; Ner. 1 membr. D. 27.10.9.

[7] Solange die testamentarisch eingesetzten Erben überlegen, ob sie die Erbschaft antreten wollen, Ulp. 31 Sab. D. 27.10.3.

[8] Ulp. 6 off. procons. D. 27.10.8; Ulp. 41 ed. D. 37.9.1.17–24, 26. Dazu *Rudorff*, Vormundschaft I (1832) 75–78; *Solazzi*, Scr. II 67–69.

[9] Ulp. 27 Sab. D. 26.1.3 pr., 1.

kann aber ergänzend zum Vormund bestellt werden und wird dann mehr als Vermögensverwalter angesehen.[10] Für Klagen des Mündels gegen seinen eigenen Vormund (→ Rn. 68–75; → § 84 Rn. 35) wird ihm ein Pfleger bestellt.[11]

II. Die Vormundschaft über Unmündige (*tutela impuberum*)

1. Definition und Bedeutung

5 Unmündige Jungen und Mädchen (→ § 30 Rn. 3–7), deren Vater gestorben ist, benötigen einen Vormund. Auch bei *capitis diminutio maxima* oder *media* des Vaters[12] oder bei Freilassung von Kinder-Sklaven oder Emanzipation von Hauskindern *ante pubertatem* wird ein Vormund erforderlich. Für uneheliche Kinder ist ebenfalls ein Vormund notwendig. Die Vermögenssorge wird in allen diesen Fällen grundsätzlich nicht der Mutter überlassen (→ § 84 Rn. 46 f.).

6 Die Vormundschaft wird bereits von den frühen Juristen als Schutzgewalt definiert, wie das Zitat des Servius bei Paulus zeigt:

Paul. 38 ed. D. 26.1.1. pr. *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

„Die Vormundschaft ist, wie Servius definiert, die Macht und Gewalt über einen freien Menschen, die vom Zivilrecht gegeben und gewährt worden ist, um den zu schützen, der sich wegen seines Alters nicht selbst schützen kann."[13]

7 Die Gewalt (*potestas*) des Vormunds unterscheidet sich aber deutlich von der des Vaters (*patria potestas* → § 34 Rn. 6 ff.), die weiter reicht.[14] Das Mündel (*pupillus*) ist *sui iuris* (→ Rn. 1), Hauskinder nicht. Der Vormund hat – mindestens seit der XII–Tafel-Gesetzgebung– kein Recht über Leben und Tod (*ius vitae necisque*), kein Recht, das Mündel zu verkaufen (*ius vendendi*) und kann es auch nicht adoptieren lassen. Die

[10] Pomp. 2 ench. D. 26.1.13 pr. Ausführlich zu den Fällen, bei denen ein *curator impuberis* bestellt wird, *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 47–68. Vgl. auch *Bonfante*, Corso I 661–665.

[11] Inst. 1.21.3 mit dem Hinweis, dass früher ein prätorischer Vormund bestellt worden sei.

[12] Kriegsgefangenschaft genügt nicht; in diesem Fall muss nicht ein Vormund, sondern ein Pfleger bestellt werden: Ulp. 38 Sab. D. 26.1.6.4.

[13] Vgl. auch Inst. 1.13.1, aber dort heißt es *ius ac potestas*, wobei es aber im nächsten Satz um diese Macht und Gewalt (*eam vim ac potestatem*) des Vormunds geht, d. h. die Fassung der Digesten ist wahrscheinlicher. Für ein Abschreibeversehen *Briguglio*, St. Metro I 163–179. Laut *Arangio-Ruiz*, Ist. 495 f. Fn. 4 bezog sich die Definition des Servius nur auf die gesetzliche Vormundschaft. Möglicherweise war die Definition aber auch weit und umfasste selbst die Frauentutel, so schon *Rudorff*, Vormundschaft I (1832) 29 mwN. Keine Beschränkung auch bei *Kübler*, St. Besta I 76.

[14] *Karlowa*, RRG II 270; *Kübler*, St. Besta I 76 f.; *Kaser*, SZ 59 (1939) 35, 43 f. nimmt an, dass beide ursprünglich gleich waren und die Gewalt des Vormunds nur durch die *fides* eingeschränkt war, was jedoch im Ergebnis auf das Gleiche hinausläuft. Weitgehende Gleichstellung für die Frühzeit aber bei *Mousourakis*, Fundamentals (2012) 111.

Rechte über die Person des Mündels beschränken sich auf die Bestimmung des Aufenthaltsortes, seine Erziehung und Versorgung (→ § 84 Rn. 47).

Die Vormundschaft über Unmündige hat eine deutlich größere Bedeutung als heute, **8**
da eine viel höhere Zahl von Vätern früh verstirbt.[15] Beispielsweise ist etwa ein Drittel der Elfjährigen ohne Vater.

2. Erwerb der Stellung des Vormunds

a. Person und Stellung des Vormunds

Üblicherweise können in Rom nur Männer Vormund werden.[16] In der Kaiserzeit aber **9**
werden auch Frauen (Mütter = Witwen) zum Vormund ernannt, wenn sie das als Privileg beim Kaiser beantragen.[17]

Grundsätzlich sind Mütter spätestens seit einer Epistel des Kaisers Septimius Severus **10**
verpflichtet, einen Vormund für ihre Kinder zu beantragen – wollen sie nicht ihr gesetzliches Erbrecht verlieren.[18] Dennoch kommt es in der Praxis vor, dass Mütter keinen Vormund beantragen oder statt seiner die Geschäfte selbst führen.[19] In nachklassischer Zeit wird die Vormundschaft der Mutter unter der Voraussetzung, dass kein gesetzlicher oder testamentarischer Vormund vorhanden ist und sie verspricht, nicht wieder zu heiraten,[20] auch allgemein rechtlich zulässig.[21] Justinian gibt auch Groß-

[15] Zu genaueren Zahlen jeweils mwN. vgl. *Krause*, Witwen III (1995) 4–10; *Vuolanto*, in: Setälä et al., Women (2002) 203 mit Fn. 2.

[16] Q. Muc. sing. (ὅρων) D. 50.17.73 pr.; Gai. 12 ed. D. 26.1.16 pr. – das *plerumque* („gewöhnlich") dürfte echt sein, so auch die neuere Literatur bis auf *Burdese*, Diritto privato (1993) 281 Fn. 31; Ulp. 14 Sab. D. 26.4.1.1; Ulp. 38 Sab. D. 26.4.3.4. Zur abweichenden Situation in den Papyri, wobei das provinziale Recht möglicherweise Einfluss auf das römische Recht hatte, vgl. *Wenger*, SZ 26 (1905) 451–455; *La Pira*, BIDR 38 (1930) 60–73; *Taubenschlag*, St. Bonfante I 390, 409 f.; *Chiusi*, SZ 111 (1994) 175–191 (aber Einfluss unsicher); *Vuolanto*, in: Setälä et al., Women (2002) 218–224. Zu Frauen als Vormünder auch *Kübler*, SZ 31 (1910) 184–194; *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1528–1530; *Crifò*, BIDR 67 (1964) 87–166 und *Crifò*, BIDR 68 (1965) 337–340; *Masiello*, Donna tutrice (1979); *Dixon*, Roman Mother (1988) 63–65; *Markus*, Tutela impuberis (1989); *Krause*, Witwen III (1995) 113–129.

[17] Die dies bezeugende Stelle Ner. 3 reg. D. 26.1.18 wurde früher als interpoliert angesehen, so auch noch *Albanese*, Persone (1979) 439 Fn. 37. Für Echtheit jedoch *Crifò*, BIDR 67 (1964) 98–105, 127 f., 149 f.; *Masiello*, Donna tutrice (1979) 11–21, 43, 75; *Chiusi*, SZ 111 (1994) 193; *Vuolanto*, in: Setälä et al., Women (2002) 214 f. Als Beweis der Interpolation wurde die Entscheidung des Kaisers Alexander Severus herangezogen, der einem solchen Antrag gegenüber der Otacilia grundsätzlich ablehnend gegenübersteht, Alex. C. 5.35.1 (a.224).

[18] Mod. 1 excus. D. 26.6.2.1, 2; Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.23; Diocl./Max. C. 5.31.8 (a.291); Inst. 3.3.6. Dabei muss bedacht werden, dass Mütter erst seit Mitte des 2. Jh. n. Chr. (SC Tertullianum) nach ihren Kindern erbberechtigt sind.

[19] Vgl. etwa Pap. 2 resp. D. 3.5.30(31).6; Papinian bei Ulp. 35 ed. D. 26.7.5.8; Scaev. 5 dig. D. 46.3.88; Philipp. C. 5.46.2 (a.246); Valer./Gallien. C. 5.45.1 (a.259).

[20] Das Mündelvermögen soll vor dem Zugriff eines fremden Mannes geschützt sein.

[21] Valentin./Theodos./Arcad. C. 5.35.2 (a.390); ausführlich dazu mwN. *Chiusi*, SZ 111 (1994) 161–164; *Vuolanto*, in: Setälä et al., Women (2002) 216 f.

müttern das Recht, (gesetzlicher) Vormund zu sein[22] und lässt Mütter auch als Vormünder für ihre unehelichen Kinder zu den gleichen Bedingungen wie für die ehelichen Kinder zu.[23]

11 Eine testamentarische Bestellung der Ehefrau zum Vormund durch den Ehemann ist hingegen nicht zulässig.[24] Eine Umgehungsmöglichkeit besteht seit der Kaiserzeit jedoch darin, die Frau als Erbin einzusetzen, verbunden mit einem *fideicommissum*, dass sie das Erbe zu einem bestimmten Zeitpunkt (z. B. Erreichen der Mündigkeit) an das Kind weitergibt.[25]

12 Ein Haussohn, der noch unter der Gewalt des *pater familias* steht, kann hingegen (durch den zuständigen Magistrat, → Rn. 33) zum Vormund bestellt werden, da er auch in politischen Dingen rechtsfähig ist.[26] Der Vater, der die Führung der Vormundschaft nicht genehmigt hat, haftet nur auf das *peculium* bzw. auf das in sein Vermögen Gelangte.[27] Das Gleiche gilt, wenn der Haussohn emanzipiert wird, allerdings haftet dann auch der Haussohn.[28]

13 Unmündige können keine Vormundschaft führen, Mündige unter fünfundzwanzig Jahren hingegen bis in die nachklassische Zeit schon. Letztere müssen aber nicht Vormünder werden, sie haben einen Exkusationsgrund (→ Rn. 45).[29] Erst Justinian verbietet den *puberes* – die zu dieser Zeit meist selbst einen Pfleger haben (→ Rn. 104) – die Führung der Vormundschaft.[30]

14 Sklaven kann man im Testament als Vormund bestimmen, wenn sie zugleich freigelassen werden; auch fremde Sklaven kann man als Vormünder bestellen unter der Bedingung, dass sie freigelassen werden.[31]

15 Ein Stummer kann nicht zum Vormund bestellt werden und auch bei einem Tauben spricht sich die Mehrheit der römischen Juristen gegen eine Bestellung aus, weil ein Vormund für das Mündel sprechen und hören können muss.[32] Wird der Vormund jedoch blind, so ist dies unschädlich.[33]

---

[22] Novell. Iust. 118.5 (a.543). Grundsätzlich zum Vormundschaftsrecht in den Novellen *Crifò*, Rapporti tutelari (1965).

[23] Iust. C. 5.35.3 (a.530).

[24] Pap. 4 resp. D. 26.2.26 pr.

[25] Vgl. z. B. Ulp. 57 ed. D. 28.2.18; Scaev. 22 dig. D. 32.41.14; Paul. 2 decr. D. 36.1.76.1.

[26] Dazu *Solazzi*, Scr. II 63–66.

[27] Ulp. 2 disp. D. 26.1.7; Marcell. resp. sing. D. 26.7.21: sogar trotz Genehmigung nur beschränkte Haftung.

[28] Pap. 11 quaest. D. 26.7.37.2; Paul. 8 Sab. D. 27.3.4.1; Ulp. 31 ed. D. 27.3.6; Ulp. 35 ed. D. 27.3.11.

[29] Inst. 1.25.13.

[30] Iust. C. 5.30.5 (a.529).

[31] Ulp. 36 Sab. D. 26.2.10.4; Ulp. 45 ed. D. 26.2.22; Paul. 9 resp. D. 26.2.32; Valer. C. 5.28.5 (a.260); Valer./Gallien. C. 7.4.10 (a.260); Inst. 1.14.1.; vgl. auch → § 84 Rn. 10.

[32] Paul. 38 ed. D. 26.1.1.2; Her. 2 iur. epit. D. 26.4.10; wird der Vormund nachträglich taub, stumm, geisteskrank oder gebrechlich, so kann er die Vormundschaft niederlegen: Paul. 2 sent. D. 27.1.40.

[33] ~~Paul. 1 l. Ael. Sent. D. 26.8.16, er kann aber die Vormundschaft niederlegen: Paul. 2 sent.~~ D. 27.1.40.

Das Amt des Vormunds wird als Ehre und als Pflicht angesehen. Je nach Art der Bestellung und zeitlicher Entwicklung überwiegt das eine oder das andere Element. Während die testamentarische Bestellung (→ Rn. 22–29) ursprünglich eine Ehre für den Berufenen ist, wird vor allem die magistratische Bestellung (→ Rn. 30–38), die zunehmend mit einer strikten Überprüfung (auf Antrag) einhergeht, eher als Last angesehen,[34] der man in spätklassischer Zeit durch die Heranziehung von Entschuldigungsgründen (→ Rn. 40–49) auszuweichen sucht. Die gesetzliche Vormundschaft (→ Rn. 17–21) hingegen ist bis in die klassische Zeit hinein in erster Linie eine familiäre Angelegenheit und ein Recht des Vormunds. **16**

b. Gesetzliche Berufung des Vormunds

Die vermutlich älteste Form der Vormundschaft ist die gesetzliche Vormundschaft (*tutela legitima*).[35] Die Zwölftafeln bestimmen – offenbar älterem Gewohnheitsrecht folgend – den gradnächsten Agnaten zum gesetzlichen Vormund (*tutor legitimus*).[36] Damit ist der nächste männliche agnatische Verwandte und in der Regel gesetzliche Erbe auch der gesetzliche Vormund.[37] Eine Begründung lautet, dass, wer erwarten dürfe, Erbe zu werden, das Vermögen verwaltet und dafür sorgt, dass es nicht verschleudert wird.[38] An eine andere Begründung knüpft die Diskussion an, ob die gesetzliche Vormundschaft ursprünglich (vorrangig) eigennützig – also im Interesse des Vormunds – ist.[39] **17**

Die gesetzliche Vormundschaft tritt von selbst ein, wenn testamentarisch kein Vormund berufen wurde oder wenn er ablehnt (*abdicatio*) oder wenn ein gesetzlich oder **18**

---

[34] Mod. 2 excus. D. 27.1.6.15; Her. 1 iur. epit. D. 50.4.1.4; Pap. 1 resp. D. 50.5.8.4; Paul. 1 sent. D. 50.5.12.1; Ulp. 5 off. procons. D. 50.6.4; Inst. 1.25 pr.: *munus*. Zu der Entwicklung genauer vgl. *Viarengo*, Excusatio (1996) 130–144; vgl. auch *Penta*, Index 18 (1990) 296 f. Anders *Fernández de Buján*, Tutela testamentaria (1995) 42 Fn. 12 für die *tutela testamentaria*, die er als *munus*, das auf *fides* basiert, bezeichnet.

[35] *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1499; *Arangio-Ruiz*, Ist. 494; a. A. *Fernández de Buján*, Tutela testamentaria (1995) 39: *tutela testamentaria* sei älter. Zu XII T. 5.3 vgl. *Gómez-Iglesias Casal*, REHJ 17 (1995) 67–77.

[36] XII T. 5.6; Gai. 1.155. Dazu *Solazzi*, Scr. III 219–228; *Guarino*, Pagine IV 151–153; insbesondere zu Brüdern als Vormünder *Krause*, Witwen III (1995) 50–62 zu Großvätern und 62–67 zu Onkeln.

[37] Erbschaft und Vormundschaft können aber auch auseinanderfallen, vgl. Ulp. 14 Sab. D. 26.4.1.1: Frauen können zwar Erbe, jedoch nicht Vormund sein.

[38] Ulp. 14 Sab. D. 26.4.1 pr.

[39] Dafür spricht Gai. 1.192. Betonung der ursprünglichen, überwiegenden Eigennützigkeit: *Fuchs*, FG Gerwig 46; *Kaser*, RP I 85 f., 222, 352; *Dixon*, TR 52 (1984) 350 f.; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 161; *del Carmen Cazorla González-Serrano*, RDUNED 7 (2010) 137. Zweifel bei *Karlowa*, RRG II 272 f.; *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 10; *Jörs/Kunkel*, RR 296; *Nörr*, SZ 118 (2001) 57. Anders *Arangio-Ruiz*, Ist. 494 und *Tafaro*, RDP 17 (2009) 196: gesetzliche Vormundschaft war ursprünglich im Vermögensinteresse der Familie. Vgl. auch *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1507 (Übersicht über die ältere Literatur).

testamentarisch bestellter Vormund stirbt oder einer *capitis diminutio* unterliegt.[40] Sind mehrere Verwandte gleichen Grades vorhanden, werden sie alle gemeinsam Vormünder.[41] Sind keine Agnaten vorhanden, bestimmen die Zwölftafeln den nächsten Sippenangehörigen zum Vormund.[42] Justinian überträgt bei Umwandlung der agnatischen Erbfolge in die rein kognatische auch die *tutela legitima* auf die männlichen Blutsverwandten.[43]

19 Der Vater oder Großvater, der seine Kinder oder Enkel aus der Gewalt entlässt (emanzipiert), wird deren gesetzlicher Vormund.[44]

20 Als Folge der Auslegung der Zwölftafeln[45] ist der Patron gesetzlicher Vormund (*tutor fiduciarius*) des freigelassenen Unmündigen oder auch einer Frau.[46]

21 Gesetzliche Vormundschaften sind vererblich.[47]

c. Testamentarische Bestellung des Vormunds

22 Der *pater familias* kann jedenfalls seit den Zwölftafeln[48] testamentarisch einen Vormund (*tutor testamentarius* oder *dativus*) oder mehrere Vormünder für die gewaltunterworfenen Unmündigen und *postumi*, die mit seinem Tod *sui iuris* werden, bestellen.[49] Unter Justinian ist dies auch für die unehelichen Kinder möglich.[50]

23 Durch die testamentarische Bestellung eines Dritten kann die Vormundschaft aus dem Kreis der Familie heraustreten. Eltern pflegen als Vertrauensbeweis ihre besten und treuesten Freunde als Vormünder für ihre Kinder auszuwählen.[51] Grundloses Übergehen der Freunde gilt als Kränkung.[52] Aber auch Freigelassene und Sklaven (un-

---

[40] Ulp. 37 Sab. D. 26.2.11.3, 4; Ulp. 38 Sab. D. 26.4.3.9; Paul. 38 ed. D. 26.4.6; Ulp. reg. 1.17.

[41] Paul. 38 ed. D. 26.4.8; Gai. 12 ed. prov. D. 26.4.9.

[42] XII T. 5.5; Gai. 1.164.

[43] Novell. Iust. 118.5 (a.543). Grundsätzlich zum Vormundschaftsrecht in den Novellen *Crifò*, Rapporti tutelari (1965).

[44] Gai. 1.172; Ulp. 38 Sab. D. 26.4.3.10; Inst. 1.18.

[45] XII T. 5.8: Aus der Tatsache, dass das Gesetz den Patron zum Erben des – ohne Testament oder ohne in seiner Hausgewalt stehenden Erben – verstorbenen Freigelassenen einsetzte, wurde geschlussfolgert, dass er auch Vormund sei. Genauer dazu *D'Alessio*, Labeo 50 (2004) 281–294.

[46] Gai. 1.165 (→ § 37 Rn. 7 ff., 10).

[47] Gai. 12 ed. prov. D. 26.1.16.1; Ulp. 38 Sab. D. 26.4.3.6; Inst. 1.19; pauschal Unvererblichkeit der Vormundschaft hingegen bei Pomp. 17 Sab. D. 27.7.1 pr. – bezogen aber wahrscheinlich auf die magistratische Bestellung.

[48] Liv. 1,34,12 erwähnt die *tutela testamentaria* bereits für die Königszeit.

[49] XII T. 5.3; Gai. 12 ed. prov. D. 26.2.1 pr.; Paul. 38 ed. D. 26.2.20.1; Ulp. reg. 11.14,15; Paul. test. Frg. Vat. 229; vgl. auch Gai. 1.144–147 sowie Gai. 12 ed. prov. D. 26.2.1.2. Ausführlich zur Bestellung mehrerer testamentarischer Vormünder und den Konsequenzen *Fernández de Buján*, Tutela testamentaria (1995) 66–218; *Venturini*, Labeo 45 (1999) 110–123. Vgl. auch → § 84 Rn. 110–121.

[50] Iust. C. 5.29.4 (a.530).

[51] Liv. 1,34,12; Paul. 9 resp. D. 27.1.36 pr.

[52] Cic. Cluent. 34,41; Cic. Sest. 111.

ter der Voraussetzung, dass sie freigelassen werden) werden – meist wegen ihrer besonderen Kenntnisse der Vermögensverhältnisse – als Vormünder eingesetzt.[53]

Die testamentarische Vormundschaft (*tutela testamentaria*) ist gegenüber der gesetzlichen Vormundschaft vorrangig,[54] d. h. der Wille des Erblassers geht der Bestellung der Verwandten ebenso vor wie allgemein das Testament der gesetzlichen Erbfolge. **24**

Formulierungsbeispiele finden sich bei Gaius: *Lucium Titium liberis meis tutorem do* („Lucius Titius bestelle ich zum Vormund für meine Kinder“) oder *liberis meis Titius tutor esto* („Für meine Kinder soll Titius Vormund sein“).[55] **25**

Voraussetzung für die Anordnung einer Vormundschaft durch den Erblasser ist es, dass auch eine vermögensrechtliche Zuwendung erfolgt.[56] Nur wenn dem Mündel mindestens ein Legat oder ein Teil des Erbes vermacht wird, kann also ein Vormund bestellt werden, der dann zugleich mit der personenrechtlichen Zuordnung als Vermögensverwalter eingesetzt wird. Es bestand ein Schulenstreit darüber, ob die Vormundsbestellung vor der Erbeinsetzung vorgenommen werden könne, wobei sich die Ansicht der Sabinianer durchgesetzt zu haben scheint, dass das nicht möglich sei.[57] **26**

Testamentarisch unwirksam bestellte Vormünder können durch Bestätigung (*confirmatio*) des Magistrats wirksam bestellt werden.[58] **27**

Frauen ist die Vormundsbestellung durch Testament grundsätzlich nicht gestattet.[59] Allerdings ist es Müttern seit dem Kaiser Alexander Severus erlaubt, testamentarisch einen Vormund zu bestellen, wenn sie ihrem Sohn ihr Vermögen hinterlassen;[60] allerdings wird dieser Vormund vom Magistrat auf Tauglichkeit überprüft.[61] **28**

Der testamentarisch Berufene wird mit dem Tode des Erblassers ohne weiteres Vormund. Die Übernahme des Amtes erfolgt mit dem Antritt der Erbschaft durch das Mündel.[62] **29**

---

[53] Freigelassene: Call. 2 quaest. D. 23.2.64 pr.; Ant. C. 5.43.1 (a.212); Ant. C. 5.37.4 (a.213); Alex. C. 5.38.1 (a.226); Sklaven: Ulp. 36 Sab. D. 26.2.10.4; Ulp. 45 ed. D. 26.2.22; Paul. 9 resp. D. 26.2.32; Valer. C. 5.28.5 (a.260); Valer./Gallien. C. 7.4.10 (a.260). Grundlegend zum Vormund, der wegen besonderer Kenntnisse bestellt wurde, *Solazzi*, Tutela I (1925) 50–54.

[54] Ulp. 25 ed. D. 27.3.9.1 a. E.

[55] Gai. 1.149; 2.289.

[56] Paul. 59 ed. D. 50.16.53 pr.; Her. 2 iur. epit. D. 26.3.7 pr. und Iust. C. 5.29.4 (a.530) für uneheliche Kinder. Deshalb wird teilweise angenommen, der testamentarische Vormund sei – wie der gesetzliche – ursprünglich zwingend Erbe gewesen, *Solazzi*, Scr. III 219–228; *Bonfante*, Corso I 554; *Fernández de Buján*, Tutela testamentaria (1995) 40, 43; *Sacchi*, SDHI 68 (2002) 589–624; dagegen jeweils mwN. *Arangio-Ruiz*, AAN 53 (1930) 116–130; *Rabel*, SZ 50 (1930) 316–318; *Jörs/Kunkel*, RR 298 Fn. 3; *Kaser*, SZ 59 (1939) 36–38; vgl. dazu auch *Talamanca*, Istituzioni (1990) 161.

[57] Gai. 2.231; Paul. test. Frg. Vat. 229.

[58] Vgl. D. 26.3. *De confirmando tutore vel curatore* und C. 5.29 *De confirmando tutore.*; dazu *Desanti*, De confirmando (1995).

[59] Mod. 6 excus. D. 26.3.1.1; Ner. 3 reg. D. 26.3.2 pr.

[60] Alex. C. 5.28.4 (a.224); Mod. 7 diff. D. 26.2.4; Tryph. 13 disp. D. 26.6.4.4.

[61] Alex. C. 5.29.1 (a.224).

[62] Paul. 6 quaest. D. 27.1.31.1; Tryph. 13 disp. D. 27.1.45.1.

d. Magistratische Bestellung des Vormunds

30 Die magistratische Bestellung eines Vormunds (möglicherweise ebenfalls sog. *tutor dativus*[63]) geht für die Stadt Rom auf die *lex Atilia* (um 210 v. Chr.)[64] zurück (*tutor Atilianus*[65]). In den Provinzen wird sie durch eine *lex Iulia et Titia* (31 v. Chr.)[66] geregelt. Beide Gesetze sind nicht überliefert. Jedoch diente die *lex Atilia* als Vorbild für *capitulum* XXIX der *lex municipii* (*Salpensani, Irnitani*) und *capitulum* CIX der *lex coloniae Genetivae Iuliae sive Ursonensis.*[67]

31 Die Motive für die Gesetzgebung sind unbekannt, möglicherweise waren es besonders hohe Waisenzahlen, Entwicklungen aus dem Bereich der Familienstruktur oder der Regulierung bisheriger gesellschaftlicher Freiräume.[68] Offenbar gab es aber schon früher, zur Zeit der Legisaktionen, die Möglichkeit, durch den Prätor einen Vormund bestellen zu lassen, wenn zwischen Vormund und Mündel (oder Frau) geklagt werden musste (*tutor praetorius*).[69]

---

[63] Mod. 6 reg. D. 46.6.7, Interpolationsverdacht bei *Solazzi*, Scr. II 23–25; *Schulz*, CRL 171.

[64] Die genaue Datierung ist unsicher. Üblicherweise wird aus dem Bericht des Liv. 39,9, wo die *tutela impuberum* und ausdrücklich die magistratische Bestellung der *tutela mulieris* im Zusammenhang mit dem SC de Bacchanalibus im Jahr 186 v. Chr. erwähnt wird, und Liv. 26,33,12, wo für das Jahr 210 v. Chr. ein Volkstribun namens L. Atilius berichtet wird, geschlossen, dass es sich um ein Plebiszit dieses Jahres handeln könnte, vgl. *Karlowa*, RRG II 285; *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1512; *Schulz*, CRL 168; *Kaser*, RP I 357 Fn. 42; *Albanese*, Persone (1979) 458 Fn. 145; *Melillo*, Personae (2006) 32 Fn. 2 (möglicherweise noch älter); *del Carmen Cazorla González-Serrano*, RDUNED 7 (2010) 131. Kritisch dazu *Nörr*, SZ 118 (2001) 51, der aber mit gewissen Zweifeln der üblichen Datierung doch zustimmt, *Nörr*, SZ 118 (2001) 2, 9. Ohne Begründung 186 v. Chr. bei *Rabel*, Grundzüge 37. Vgl. auch → § 6 Rn. 45.

[65] Gai. 1.185; Ulp. reg. 11.18; Inst. 1.20.

[66] Gai. 1.185; Inst. 1.20 pr. Die alte Diskussion zusammenfassend, ob es sich um ein oder zwei Gesetze handelt *Nörr*, SZ 118 (2001) 7 f.; vgl. auch *Grelle*, SDHI 72 (2006) 67–72. Überzeugend unter Berufung auf die Papyri für ein Gesetz insb. *Schulz*, CRL 168. Dafür spricht auch, dass im Jahr 31 v. Chr. C. Iulius Caesar Octavianus und M. Titius einige Monate lang gemeinsam Konsuln gewesen sind, *Albanese*, Persone (1979) 460 Fn. 149. Ohne Begründung Plural bei *Guarino*, Diritto privato (2001) 605; *Melillo*, Personae (2006) 34. Zu zwei Täfelchen aus Herculaneum, die eine Vormundsbestellung nach diesem Gesetz bezeugen (davon eine für eine Frau) vgl. *Grelle*, SDHI 72 (2006) 64–67.

[67] Daraus resultierender Rekonstruktionsversuch eines Kapitels der *lex Atilia* bei *Nörr*, SZ 118 (2001) 66. Zu *capitulum* XXIX der *lex Irnitana* vgl. *Mainino*, SDHI 72 (2006) 369–387.

[68] *Nörr*, SZ 118 (2001) 9 f. Vgl. dort 12–14 auch zu Spekulationen hinsichtlich des Unterschiedes zwischen den beiden Gesetzen (Postulationsfähigkeit des *pupillus*, Postulation des Vormunds durch Dritten, Berücksichtigung von Latini als Vormund).

[69] Gai. 1.184; Ulp. reg. 11.24. *Guarino*, Diritto privato (2001) 605 vermutet, dass mit der *lex Atilia* eine ältere Praxis legitimiert worden sein könnte; ähnlich *Crifò*, BIDR 67 (1964) 164. Anderer Ansicht *Karlowa*, RRG II 284 f.: der Inhaber der höchsten Magistratsgewalt (König, dann Konsuln, dann *praetor urbanus*) sei im Falle des Fehlens eines gesetzlichen oder testamentarischen Vormunds Vormund geworden; *Guzmán*, Tutela (1976) 115: vor der *lex Atilia* keine Kompetenz des Prätors.

Auch die magistratische geht der gesetzlichen Vormundschaft in bestimmten Ausnahmefällen vor.[70] Grundsätzlich aber wird ein Vormund vom Magistrat nur bestellt, wenn es keinen gesetzlichen oder testamentarischen Vormund gibt, was auch an der Formel der Vormundsbestellung deutlich wird, dass die Bestellung nur erfolgt, soweit es keinen rechtmäßigen Vormund gibt (*quo ne ab iusto tutore tutela abeat*).[71] Ausnahmsweise wird ein zusätzlicher Vormund oder Pfleger neben dem vorhandenen Vormund bestellt.[72] **32**

Zur Bestellung eines Vormunds berechtigte Magistrate sind in Rom der Prätor und die Mehrheit der Volkstribune[73] sowie seit Kaiser Claudius die Konsuln.[74] Seit Kaiser Marc Aurel gibt es einen speziellen *praetor tutelarius*.[75] Seit einer Konstitution des Kaisers Theodosius wurde der Stadtpräfekt unter Beiziehung von zehn Senatoren neben dem *praetor tutelarius* zuständig.[76] **33**

Außerhalb Roms sind zuständig Prokonsuln, Provinzstatthalter für ihre Provinz, der Präfekt von Ägypten, Prokuratoren, die das Amt eines Prokonsuls in einer Provinz ausüben, und Magistrate der Stadtgemeinden sowie seit Marc Aurel auch Legaten.[77] **34**

Die magistratische Bestellung eines Vormunds erfolgt auf Antrag. Antragsberechtigt ist die Mutter[78] sowie – wenn das Mündel keinen agnatischen Verwandten hat – Blutsverwandte und Verschwägerte sowie Freunde der Eltern, Erzieher und Gläubiger des unmündigen Kindes.[79] Möglicherweise ist auch das Mündel für sich selbst antragsberechtigt, zumindest in den Provinzen.[80] **35**

Manche Antragsberechtigte sind sogar verpflichtet, einen Antrag zu stellen, insbesondere die Mutter des ehelichen Kindes (→ Rn. 9 f.), nachklassisch auch die des nicht- **36**

---

[70] Ulp. 37 Sab. D. 26.2.11 pr.–2: Wenn ein testamentarischer Vormund unter einer Bedingung bestellt wurde, wenn der testamentarische Vormund ablehnt oder abgesetzt wird, nicht jedoch, wenn er stirbt (→ § 3); Gai. 1.187, Ulp. 14 Sab. D. 26.4.1.2 und Ulp. 38 Sab. D. 26.4.3.5: wenn ein gesetzlicher oder testamentarischer Vormund in Kriegsgefangenschaft geraten ist.

[71] Genauer dazu *Gómez-Iglesias Casal*, BIDR 37/38 (1995/96) 243–264.

[72] Vgl. *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1524 f.; *Schulz*, CRL 170 f.

[73] Gai. 1.85; Inst. 1.20 pr.

[74] Suet. Claud. 23.

[75] Paul. off. praet. tut. sing. Frg. Vat. 244. Zum ersten *praetor tutelarius* vgl. *Zoz*, Iura 38 (1987) 175–178.

[76] Valentin./Theodos./Arcad. C. 5.33.1 (a.389); Inst. 1.20.4.

[77] Ulp. 39 Sab. D. 26.5.1 pr.–2; Ulp. 36 ed. D. 26.5.3.

[78] Mod. 7 diff. D. 26.6.1. Vgl. dazu *Vuolanto*, in: Setälä et al., Women (2002) 212–214.

[79] Ant. C. 5.31.4 (a.215); Mod. 1 excus. D. 26.6.2 pr.

[80] Schol. Sinait. 20,54, wo von Ulpian über die *lex Iulia et Titia* (→ Rn. 30) dieser Inhalt berichtet wird. Vgl. dazu *Karlowa*, RRG II 289; *Solazzi*, Tutela II (1926) 10–19 und ausführlich *Nörr*, SZ 118 (2001) 35–38, der 67 diesen Inhalt offenbar auch für die *lex Atilia* annimmt. Pomp. 3 Sab. D. 26.1.2 wird dagegen angeführt, vgl. etwa *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1518, wonach das Mündel nicht an der Vormundsbestellung mitwirken muss; jedoch ist dem Fragment nicht zu entnehmen, dass das Mündel nicht mitwirken dürfte.

ehelichen Kindes[81] und Freigelassene.[82] Die Großmutter wurde durch Auslegung der Mutter gleichgestellt[83] und später werden die Großeltern überhaupt verpflichtet.[84] Theodosius II. dehnt die Antragspflicht noch weiter aus auf alle, welche den Pupillen beerben können.[85]

37 In dem Antrag musste ein Vormund oder eine Auswahl von Vormündern vorgeschlagen werden (*nominare*).[86]

38 Der Magistrat muss – nach Untersuchung der Voraussetzungen einer Vormundschaftsbestellung und der Person des Vormunds – einen tauglichen Vormund bestellen (*do te tutorem*). Seit der Reform des Kaisers Claudius (→ Rn. 33) erfolgt die Bestellung nicht mehr nach der *lex Atilia* und es wird Sicherheitsleistung vom Vormund verlangt.[87]

3. Ablehnungsgründe und Befreiung des Vormunds

39 Der Vormund ist spätestens in spätklassischer Zeit dazu verpflichtet, die Vormundschaft zu führen, wenn er keine Ablehnungsgründe hat.[88] Tut er das nicht, so wird er gezwungen[89] und haftet für den durch die Nichtführung entstehenden Schaden.[90] Früher hatte der *tutor testamentarius* hingegen die Möglichkeit zur Ablehnung (*abdicatio*).[91]

40 Gegen die amtliche Bestellung des Vormunds gibt es zwei Rechtsmittel: die Berufung (*appellatio*) und die Entschuldigung (*excusatio*).[92] In klassischer Zeit entwickelt sich auch die Benennung eines besser geeigneten Vormunds (*nominatio potioris*) als Rechtsmittel gegen die Berufung zum Vormund;[93] im justinianischen Recht ist sie jedoch wieder abgeschafft.

---

[81] Zeno C. 5.31.11 (a.479).
[82] Mod. 1 excus. D. 26.6.2.1.
[83] Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.28.
[84] Const. Cod. Theod. 3.18.1 (a.357).
[85] Theodos./Valentin. C. 6.58.10 (a.439).
[86] Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.23.
[87] Inst. 1.20.3; Ulp. 36 ed. D. 27.8.1.11. Vgl. auch → Rn. 66 und → § 84 Rn. 59–64.
[88] *Kaser*, RP II 228. Anderer Ansicht für die *tutela legitima* ist noch *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 2, 102: Sie sei auch in klassischer Zeit freiwillig geblieben, anderslautende Quellen, die Entschuldigungsgründe auf diese Art der Vormundschaft beziehen, interpoliert.
[89] Ulp. 35 ed. D. 26.7.1 pr.
[90] Pap. 5 resp. D. 26.7.39.6.
[91] P.BGU IV,1113 (14 v. Chr.); Ulp. reg. 11.17; dazu *Perozzi*, Abdicatio (1919); *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1532 f.; *Albanese*, Persone (1979) 443 f., 451 f.; *Nörr*, SZ 118 (2001) 25, 53, 57 f. Im Gegensatz zur Frauentutel konnte die gesetzliche Vormundschaft Unmündiger nicht abgetreten werden, so jedenfalls Gai. 1.168.
[92] Vgl. Ulp. 5 off. procons. D. 26.7.20. Nach Zurückweisung der Ablehnungsgründe bleibt noch die Berufung, Mod. 3 excus. D. 27.1.13 pr.; Ulp. 1 app. D. 49.4.1.1. Näher zu den Rechtsmitteln *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1534–1540.
[93] Paul. 8 resp. Frg. Vat. 117; Ulp. excus. tut. sing. Frg. Vat. 157–167a; Ulp. off. praet. tut. sing. Frg.

Die Ablehnung mit einem Entschuldigungsgrund (*excusatio*) hat sich anhand der magistratischen Vormundschaft entwickelt und wurde dann auf die anderen Arten übertragen.[94] Wann genau das war, ist nicht überliefert. Seit Trajan sind Exkusationsgründe feststellbar.[95] Hadrian hat sie gefördert.[96] Auffällig ist, dass Gaius in seinen Institutionen fast nichts zu Ablehnungsgründen schreibt[97] – die umfangreichen Quellen sind überwiegend spät- oder nachklassisch. Offenbar sind die Exkusationsgründe in der überlieferten Zahl erst im Laufe der Zeit erweitert worden, im Zusammenhang mit der Entwicklung der *tutela* vom *honor* zum *munus* (→ Rn. 16, → § 84 Rn. 13). **41**

Eine Systematik der Exkusationsgründe hat sich nicht entwickelt.[98] Man kann sie aber danach gruppieren, ob sie sich überwiegend auf öffentliche oder private Faktoren beziehen.[99] Detaillierter könnte man unterscheiden, ob es sich um persönliche Gründe handelt, private Lasten, öffentliche Lasten oder reine Privilegien.[100] Manche Gründe befreien dauerhaft von der Führung der Vormundschaft, andere nur eine Zeit lang.[101] Letztlich ist aber jede Einteilung der Befreiungsgründe nachträglich und künstlich. **42**

Im Folgenden werden die wichtigsten Entschuldigungsgründe aufgeführt. Die meisten beruhen auf kaiserlichen Entscheidungen.[102] **43**

Entschuldigen kann sich derjenige, der in Rom drei, in Italien vier oder in der Provinz fünf lebende Kinder hat – unabhängig davon, ob sie noch in der väterlichen Gewalt stehen.[103] Ablehnen kann man eine Vormundschaft mindestens seit den Kaisern Septimius Severus und Antoninus Caracalla auch dann, wenn im Hausverband bereits drei Vormundschaften oder Pflegschaften geführt werden.[104] **44**

Vat. 206–215. Vgl. Dazu *Solazzi*, Scr. II 26–28; *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1534; *Guzmán*, Tutela (1976) 141, 145 f.; *Albanese*, Persone (1979) 477–480; *Penta*, Index 18 (1990) 295 f., 299–311.

[94] *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 1; *Perozzi*, Istituzioni I (1928) 468; *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1508, 1541: Entwicklung in der Appellationszuständigkeit der Konsuln; *Cervenca*, BIDR 16 (1974) 139; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 62 Rn. 13; anders *Kaser*, RP I 357 und *Arangio-Ruiz*, Ist. 498: kein Exkusationsrecht des *tutor legitimus* in klassischer Zeit – anders *Windscheid/Kipp* III 129 Fn. 2 mwN. Hingegen für eine ursprüngliche Entstehung der Exkusationsgründe bei der freiwilligen *tutela testamentaria* ist *Guzmán*, Tutela (1976) 173–207, 287 f.

[95] Ulp. off. praet. tut. sing. Frg. Vat. 233; Call. 4 cogn. D. 27.1.17.6.

[96] Ulp. excus. tut. sing. Frg. Vat. 141, 151; Ulp. off. praet. tut. sing. Frg. Vat. 222, 223, 235; Paul. off. praet. tut. sing. Frg. Vat. 244.

[97] Nur in Gai. 1.182 wird die Möglichkeit der Entschuldigung knapp erwähnt.

[98] *De Filippi*, Scr. Guarino III 1161.

[99] So *Kaser*, RP I 358; *Albanese*, Persone (1979) 465–472.

[100] So *Bonfante*, Corso I 593.

[101] Überblick über weitere Einteilungen bei *Viarengo*, Excusatio (1996) 28–31, die selbst nach Personenvereinigungen, Gründen für die Befreiung und Gründen für eine Verpflichtung unterteilt.

[102] Zu Tendenzen in der kaiserlichen Gesetzgebung vgl. *Viarengo*, Excusatio (1996) 109–121.

[103] Sev./Ant. C. 5.66.1 (a.203); Mod. 2 excus. D. 27.1.2.2–8 (§ 7: auch Enkel zählen) – zum Fragment genauer *Viarengo*, MEP 9.11 (2006) 323–330; Ulp. excus. Frg. Vat. 168; Inst. 1.25 pr.; für den Pfleger Tryph. 13 disp. D. 27.1.45.2.

[104] Sev./Ant. C. 5.69.1 (a.205); Mod. 2 excus. D. 27.1.2.9; D. 27.1.4 pr.; Ulp. off. praet. tut. sing. D. 27.1.3; D. 27.1.5.; Inst. 1.25.5.

45 Zu hohes und zu niedriges Alter des Vormunds berechtigen zur Ablehnung.[105] Weitere Gründe sind Armut des Vormunds, schwere Krankheit und Analphabetismus.[106] Auch besonders problematische Beziehungen zwischen Vater oder Mündel und (potentiellem) Vormund befreien von der Pflicht zur Übernahme der Vormundschaft.[107]

46 Hat jemand, der zum Vormund berufen ist, dort, wo die Vormundschaft zu führen ist, keinen Wohnsitz, so kann er sich nach den Kaisern Septimius Severus und Antoninus Caracalla entschuldigen.[108]

47 Für das Gemeinwesen Tätige haben Exkusationsgründe.[109] Wird jemand, der als Gesandter in Rom ist, zum Vormund bestellt, so kann er ablehnen.[110]

48 Befreit von der Übernahme einer Vormundschaft sind Soldaten, Grammatik- und Rhetoriklehrer, Ärzte, Philosophen sowie in Rom tätige Rechtslehrer, bestimmte Athleten und Priester sowie städtische Magistrate.[111] Auch für die Versorgung Roms verantwortliche Personenvereinigungen, wie die Fischer und die Bäcker, können sich entschuldigen.[112]

49 Unterbrechungen und kurzfristige Befreiungen sind ebenfalls möglich.[113]

50 In den Digesten werden auch breit die Gründe aufgeführt, aus denen man die Vormundschaft *nicht* ablehnen darf.[114] Sie belegen vergeblich vorgebrachte Entschuldigungen, die von der kaiserlichen Kanzlei entgegen der Rechtsmeinung des Petenten nicht anerkannt wurden.

51 Für die Geltendmachung der Exkusationsgründe gelten Fristen, die von der Entfernung des Wohnorts des bestellten Vormunds zum Ort des zuständigen Magistraten abhängen: Bei Wohnort in derselben Stadt oder innerhalb von hundert Meilen von der Stadt sind es fünfzig Tage ab Kenntniserlangung, darüber hinaus zwanzig Meilen pro Tag plus dreißig weitere Tage.[115] Um den weiter entfernt Wohnenden nicht zu benachteiligen, wird aber eine Mindestfrist von fünfzig Tagen von den Rechtsgelehrten angenommen.[116]

---

[105] Sev. C. 5.68.1 (a.204); Mod. 2 excus. D. 27.1.2 pr.,1; Mod. 3 excus. D. 27.1.10.7; Inst. 1.25.13; vgl. auch → Rn. 12.

[106] Ulp. excus. tut. sing. D. 27.1.7 (Armut); Inst. 1.25.6–8 – einschränkender noch Mod. 2 excus. D. 27.1.6.19 für Analphabetismus und Ungebildetheit.

[107] Mod. 2 excus. D. 27.1.6.17,18; Inst. 1.25.9, 11, 12.

[108] Paul. cogn. sing. D. 27.1.46.2.

[109] Vgl. Inst. 1.25.1–3.

[110] Mod. 1 excus. D. 26.5.21.4.

[111] Ulp. excus. tut. sing. Frag. Vat. 149; Inst. 1.25.14, 15; genauer dazu Mod. 2 excus. D. 27.1.6.1–14,16, dazu *Viarengo*, Excusatio (1996) 82–107; *Germino*, St. Labruna IV 2189–2215. Differenzierend bzgl. Veteranen: Mod. 3 excus. D. 27.1.8; für Rechtsgelehrte, vgl. auch Pap. 5 resp. D. 27.1.30 pr.; weitere Ämter Her. 2 iur. epit. D. 27.1.41.

[112] Ulp. off. praet. tut. sing. Frg. Vat. 233, 235 (Fischer); Paul. cogn. sing. D. 27.1.46 pr., 1 (Bäcker); vgl. dazu *Viarengo*, Excusatio (1996) 31–47.

[113] Vgl. dazu Mod. 3 excus. D. 27.1.10.

[114] Vgl. z. B. Mod. 6 excus. D. 27.1.15; Call. 4 cogn. D. 27.1.17, Scaev. 1 reg. D. 27.1.22.

[115] Mod. 4 excus. D. 27.1.13.1, 9.

4. Führung der Vormundschaft

Dem Vormund obliegt es, sich um die Vermögensverwaltung, die Erziehung und die Ausbildung des Mündels zu kümmern sowie um dessen Lebenswandel.[117] Er muss dies jedoch nicht persönlich tun, sondern er kann bestimmen, wie es zu geschehen hat. Für die Frühzeit ist allerdings eine Aufnahme im Haushalt des Vormunds wahrscheinlich.[118] In faktischer Hinsicht spielt die Mutter eine große Rolle für die Erziehung des Mündels.[119] Alexander Severus nimmt die Mutter hinsichtlich der Beaufsichtigung der Erziehung sogar in die Pflicht und Justinian bestätigt ihn, dass die Erziehung der Halbwaisen niemandem eher als der Mutter obliege, sofern sie nicht erneut heirate.[120] Das letzte Wort in Fragen des Unterhalts und der Unterbringung hat der Prätor.[121] **52**

Ein bleibender Vermögensnachteil ist mit der Tätigkeit des Vormunds nicht verbunden, er kann seine Auslagen mit der *actio tutelae* (→ § 84 Rn. 126–134) vom Mündel wieder zurückfordern. Allerdings erhält er grundsätzlich auch keine Entschädigung für seinen zeitlichen Aufwand.[122] **53**

Die Geschäfte sind so zu führen, wie es ein ordentlicher Hausvater täte.[123] Es ist jedenfalls in spätklassischer Zeit den Vormündern verboten, Mündelgeld zum eigenen Nutzen zu verwenden.[124] Ein Kauf des Vormunds vom Mündel ist – wie jedes Insichgeschäft – ebenfalls nicht zulässig.[125] **54**

Der Vormund oder seine Söhne und Enkel dürfen ein weibliches Mündel nicht heiraten; damit soll verhindert werden, dass das Mündel in Vermögensangelegenheiten übervorteilt wird.[126] Aus dem gleichen Grund darf der Vormund ein Mündel vor Rech- **55**

---

[116] Mod. 4 excus. D. 27.1.13.2 mwN.

[117] Paul. 38 ed. D. 26.7.12.3. *Kaser*, RP I 360: ursprünglich Gewalt des Vormunds über das Mündel, später Pflicht, für die Person des Mündels zu sorgen. Anders *Karlowa*, RRG II 271 f.: Pflege und Erziehung hätten nie dem Vormund oblegen.

[118] *Kaser*, SZ 59 (1939) 44 f.; *Krause*, Witwen III (1995) 15: eher Ausnahme, ohne jedoch zeitlich zu differenzieren.

[119] Vgl. *Vuolanto*, in: Setälä et al., Women (2002) 208–211, 242 mit Beispielen aus der antiken Literatur. Mit der Zeit kann man wohl eine eigentliche Teilung der Aufgaben annehmen, → § 84 Rn. 46.

[120] Alex. C. 5.49.1, 2 (a.223); Novell. Iust. 22.38 (a.536). Grundsätzlich zum Vormundschaftsrecht in den Novellen *Crifò*, Rapporti tutelari (1965).

[121] Vgl. Ulp. 34 ed. D. 27.2.2 pr.

[122] Eine Ausnahme enthält Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.6 (Freigelassener als testamentarischer Vormund, der selbst nicht für seinen Unterhalt sorgen kann); vgl. auch Call. 4 cogn. D. 26.7.33.3.

[123] Ulp. 49 ed. D. 26.7.10; Call. 4 cogn. D. 26.7.33 pr. (auch für den Pfleger). Genauer zum Haftungsmaßstab des Tutors *De Robertis*, Responsabilità del tutore (1960). → § 84 Rn. 90–98.

[124] Paul. 9 resp. D. 26.7.46.2.; → § 84 Rn. 86–89.

[125] Pomp. 17 Sab. D. 26.8.6; Paul. 33 ed. D. 18.1.34.7; Ulp. 40 Sab. D. 26.8.5.2–6. → § 84 Rn. 69–71.

[126] Paul. adsign. lib. sing. D. 23.2.59; Pap. 1 def. D. 23.2.63; Call. 2 quaest. D. 23.3.64.1; Tryph. 9 disp. D. 23.3.67 pr. Genauer dazu *Borrelli*, Labeo 43 (1997) 365–389. → § 84 Rn. 46.

nungslegung und Herausgabe des Gutes nicht adoptieren.[127] Umgekehrt darf aber ein männliches Mündel mit der Tochter des Vormunds verheiratet werden.[128]

56 Zu Beginn der Vormundschaft ist es ursprünglich ratsam, spätestens seit den Kaisern Arcadius und Honorius verpflichtend, ein Verzeichnis des Mündelvermögens (Inventar) zu errichten.[129] Nach Beendigung der Vormundschaft erfolgt eine Rechnungslegung.[130]

57 Der Vormund erwirbt bei einem Kauf aus Mitteln des Mündels selbst das Eigentum an der Kaufsache und ist bei Beendigung der Vormundschaft verpflichtet, es auf das Mündel zu übertragen.[131] Das Vermögen des Mündels muss hingegen nicht extra auf dieses (zurück-)/übertragen werden.[132] Spätklassisch erhält es eine Hypothek an den Sachen im Besitz des Vormunds, die dieser mit Mündelgeld angeschafft hat, nachklassisch eine Generalhypothek am Vermögen des Vormunds.[133]

58 Da es im römischen Recht keine direkte Stellvertretung gibt, ist der Vormund, wenn er Verträge mit Wirkung für das Mündelvermögen abschließt, selbst Vertragspartner, nicht das Mündel. Allerdings führt er Prozesse, die das Mündelvermögen betreffen im Namen des Mündels als dessen Stellvertreter[134] und konsumiert dessen Klagerecht.[135] Der Vormund kann auch wirksam Vergleiche schließen.[136]

59 Der Vormund kann ursprünglich frei über das Vermögen des Mündels – dessen eigene Verfügung ohne Zustimmung (*auctoritas*) des Vormunds nicht wirksam ist[137] (→ § 84 Rn. 67–69) – verfügen. Er kann wie ein Eigentümer (*domini loco*) Eigentum des Mündels veräußern und verpfänden.[138]

---

[127] Ulp. 26 Sab. D. 1.7.17 pr.

[128] Call. 2 quaest. D. 23.3.64.2.

[129] Gord. C. 5.53.4 pr. (a.238); Const. C. 5.37.22.2a (a.326); Arcad./Honor. C. 5.37.24 pr. (a.396); Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.3; Mod. 6 resp. D. 26.7.32 pr.; Scaev. 10 dig. D. 26.7.57 pr.; Ulp. 35 ed. D. 26.7.7 pr. – teilweise Interpolationsverdacht bei *Solazzi*, Scr. II 21 f. und *Jörs/Kunkel*, RR 301 (ohne Spezifizierung), dagegen überzeugend *Schulz*, CRL 174: wohl klassisch.

[130] Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.3; Inst. 1.20.7.

[131] Zur früher umstrittenen Frage, ob der Vormund oder das Mündel den Besitz erwerbe, vgl. *Kübler*, St. Besta I 85 mwN.

[132] *Kaser*, RP I 87.

[133] Ulp. 35 ed. D. 27.9.3 pr.; Ulp. 3 disp. D. 20.4.7 pr.; Const. C. 5.37.20 (a.314).

[134] Gai. 4.82. Ausführlich zum Recht und zur Pflicht des Vormunds, Prozesse für das Mündel zu führen, *Rudorff*, Vormundschaft II (1833) 450–471. Zum *lege agere pro tutela* vgl. *Sciortino*, IAH 1 (2009) 159–193 mwN.

[135] Paul. 18 ed. D. 12.2.17.2; Paul. 3 ed. D. 26.7.22; Ulp. 75 ed. D. 44.2.11.7.

[136] Iul. 22 dig. D. 47.2.57.4.

[137] Gai. 2.80; Inst. 2.8.2.

[138] Iul. 44 dig. D. 41.4.7.3 (*nam tutor in re pupilli … domini loco habetur*); Iul. 22 dig. D. 47.2.57.4 (*quia tutor domini loco habetur*); Cels. 25 dig. D. 27.5.2; Paul. 18 ed. D. 12.2.17.2; Paul. 7 Plaut. D. 26.7.27. *Kaser*, SZ 59 (1939) 41: aber ursprünglich volles Eigentum des Vormunds; *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1500 spricht von zeitlich begrenztem Eigentum des Vormunds und Miteigentum des Mündels; *Kaser*, RP I 87: geteiltes Eigentum; *Guarino*, Diritto privato (2001) 611: das Mündelvermögen sei für den Vormund „patrimonio separato“. Zur Verfügung des untreuen Vormunds und der Möglichkeit der Ersitzung *Kübler*, St. Besta I 78–84.

Mit der Zeit kommt es allerdings zu Einschränkungen: Seit einer Senatsrede des Kaisers Septimius Severus (195 n. Chr.) dürfen Vormünder und Pfleger grundsätzlich keine ländlichen oder stadtnahen Grundstücke mehr veräußern (→ § 84 Rn. 82–85); wenn etwa die Veräußerung notwendig ist, um Schulden des Mündels zu begleichen, so benötigt der Vormund die Genehmigung des Prätors.[139] Hintergrund ist die besondere Wertbeständigkeit dieses Vermögens, das Feuergefahr und anderen Zerstörungen am wenigsten ausgesetzt ist.[140] Kaiser Konstantin dehnt dies 326 n. Chr. auf bewegliche und unbewegliche Sachen aller Art aus.[141] Unter Justinian bedarf dann sogar die Einziehung von Forderungen der behördlichen Erlaubnis.[142] Findet dennoch eine Veräußerung durch den Vormund statt, so kann das Mündel mit einer persönlichen Klage gegen den Vormund vorgehen oder die Sache vom Erwerber herausverlangen.[143] **60**

Den Vormund treffen zunehmend Pflichten, über deren Einhaltung der Prätor wacht.[144] Beispielsweise muss er Mündelgelder gewinnbringend anlegen und Schuldner in Anspruch nehmen.[145] Eine Mitgift für eine Schwester des Mündels soll er ebenso wenig bestellen[146] wie ungeprüft Vermächtnisse und Fideikommisse erfüllen oder Geschenke machen; Mutter oder Schwester des Mündels notwendigen Unterhalt zu gewähren – falls diese sich nicht selbst ernähren können – ist hingegen zu billigen.[147] Schenkungen des Vormunds sind nicht verbindlich.[148] Generell hat der Vormund aber entsprechend der liberalen klassischen Haltung eher freie Hand und erst spätklassisch nehmen die Einschränkungen zu.[149] **61**

Daneben kann aber auch das altersmäßig handlungsfähige Mündel (*infantia maior*) selbst über sein Vermögen verfügen. Voraussetzung ist die förmliche Zustimmung des Vormunds (*auctoritas tutoris*), dass er billigt, was abgeschlossen wird,[150] wenn sich die Rechtslage des Mündels verschlechtert. Dies ist insbesondere der Fall bei förmlichen Schuldversprechen und wechselseitigen Verbindlichkeiten wie z. B. Kaufverträgen.[151] Ohne Zustimmung wird zwar der Vertragspartner des Mündels verpflichtet, nicht jedoch das Mündel[152] (sog. *negotium claudicans*). **62**

---

[139] Ulp. 35 ed. D. 27.9.1,5. Vgl. dazu *Bachofen*, Ausgewählte Lehren (1848) 119–170.

[140] *Rudorff*, Vormundschaft II (1833) 388; *Vuolanto*, in: Setälä et al., Women (2002) 205.

[141] Const. C. 5.37.22 (a.326).

[142] Iust. C. 5.37.25 (a.531); Inst. 2.8.2.

[143] Ulp. 35 ed. D. 27.9.5.15.

[144] Vermutlich seit der *lex Atilia* (→ Rn. 30) auch für die gesetzliche und die testamentarische Vormundschaft, *Schulz*, CRL 173.

[145] Paul. 2 sent. D. 26.7.15.

[146] Paul. 38 ed. D. 26.7.12. Etwas anderes gilt, wenn die Mitgift für den Pflegling selbst bestellt wird: Paul. 7 quaest. D. 26.7.43.1.

[147] Gai. 12 ed. prov. D. 26.7.13.2; Paul. 9 resp. D. 26.7.46.7; Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.2.

[148] Paul. 3 ed. D. 26.7.22.

[149] *Schulz*, CRL 173. → § 84 Rn. 82–89.

[150] Paul. 8 Sab. D. 26.8.3.

[151] Inst. 1.21 pr.–2; vgl. auch Gai. 12 ed. prov. D. 26.8.9 pr.–2.

[152] Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.29.

63 Eine Erbschaft darf nur mit Zustimmung des Vormunds angetreten werden.[153] Auch erlischt eine an das Mündel ohne Zustimmung des Vormunds gezahlte Schuld nicht, der Schuldner kann jedoch der Forderung des Vormunds eine Einrede entgegenhalten, soweit das Mündel bereichert ist. Ebenso kann nach einem Pius-Reskript (oder aufgrund der späteren Erweiterungen) gegen das Mündel eine Klage aus nichtautorisiertem Darlehen und anderen Geschäften *in quanto locupletior factus est* – also soweit es bereichert ist – erhoben werden.[154]

64 Sind mehrere Vormünder testamentarisch oder nach Untersuchung behördlich bestellt, so genügt die förmliche Zustimmung eines Vormundes.[155] Sind hingegen mehrere gesetzliche Vormünder vorhanden oder im einfachen Verfahren behördlich bestellt, so müssen sie ursprünglich alle zustimmen;[156] im justinianischen Recht genügt jedoch auch hier die Zustimmung eines Vormunds.[157]

65 Der Vormund muss beim Abschluss des Geschäfts anwesend sein und seine Zustimmung sofort erteilen; eine später oder brieflich erteilte Zustimmung genügt nicht.[158] Der Vormund kann aber nicht seine förmliche Zustimmung zu Geschäften geben, mit denen er selbst den Vorteil erlangt bzw. das Mündel ihm gegenüber verpflichtet wird.[159] Er kann – anders als der Frauenvormund (→ Rn. 87) – nicht gezwungen werden, seine Zustimmung zu erteilen.[160]

5. Haftung des Vormunds

66 Zum Schutz des Vermögens des Mündels muss der Vormund Sicherheit leisten (*cautio / satisdatio rem pupilli salvam fore*),[161] es sei denn, er wurde testamentarisch bestellt.[162] Nach der *lex Atilia* und der *lex Iulia et Titia*[163] soll dies auch bei magistratischer Bestellung gelten. Die Begründung für die (umfangreichen) Ausnahmen liegt nach den

---

[153] Inst. 1.21.1; Gai. 12 ed. prov. D. 26.8.9.3; vgl. auch Ulp. 1 Sab. D. 26.8.1 pr. Genauer zum Antritt von Erbschaften *Rudorff*, Vormundschaft II (1833) 370–376.

[154] Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.4; Ulp. 28 ed. D. 13.6.3 pr.; Pomp. 6 Plaut. D. 46.3.66; Ulp. 40 Sab. D. 26.8.5.1, → § 84 Rn. 73 f.

[155] Pomp. 17 Sab. D. 26.8.4 pr.; vgl. auch Ulp. 40 Sab. D. 26.8.5 pr.

[156] Cic. Flacc. 84; Ulp. reg. 11.26.

[157] Iust. C. 5.59.5 pr. (a.531).

[158] Gai. 12 ed. prov. D. 26.8.9.5,6.

[159] Vgl. Lab. 5 pith. a Paul. epit. D. 26.8.22; Iul. 21 dig. D. 26.8.12; Ulp. 1 Sab. D. 26.8.1 pr.; Ulp. 40 Sab. D. 26.8.7 pr., 2; D. 26.8.5 pr., 1; differenzierend für Käufe Pomp. 17 Sab. D. 26.8.6 und Ulp. 40 Sab. D. 26.8.5.2–6.

[160] Paul. 6 ed. D. 26.8.16.

[161] Einzelheiten zur Sicherheitsbestellung → § 84 Rn. 59–64; *Rudorff*, Vormundschaft II (1833) 213–231 (jeder Vormund verpflichtet); *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 1–26 (auch magistratisch bestellter Vormund verpflichtet); *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 100–155; *Guzmán*, Caución tutelar (1974); *Albanese*, Persone (1979) 508–510.

[162] Gai. 1.199,200; Ulp. 35 ed. D. 26.2.17 pr.; Inst. 1.24 pr.

[163] Inst. 1.20.3.

Quellen darin, dass diese Vormünder bereits als geeignet ausgewählt wurden.[164] Allerdings wird in der Vormundsbestellung durch die Konsuln eine Sicherheitsbestellung üblich.[165]

Aber auch eine freiwillige Sicherheitsbestellung ist möglich, wenn einer von mehreren Vormündern die alleinige Führung der Geschäfte übernehmen will.[166] **67**

Führt der Vormund die Vormundschaft nicht ordnungsgemäß, so unterliegt er ursprünglich nur der Kontrolle der Familie,[167] später haftet er nach Beendigung der Vormundschaft mit der Klage auf Rechnungslegung (*actio rationibus distrahendis*), die Strafcharakter hat, da sie auf den doppelten Schätzwert (*duplum*) der unterschlagenen Sache geht.[168] Auch die Diebstahlsklage wird gewährt.[169] **68**

Außerdem gibt es eine auf die Zwölftafeln[170] zurückgehende öffentliche Anklage (*actio popularis*) gegen den vertrauensunwürdigen Vormund (*accusatio suspecti tutoris*).[171] Diese kann bereits während der Vormundschaft erhoben werden und zielt jedenfalls in klassischer Zeit auf die Absetzung des Vormunds. Nach altem Recht könnte die Klage auch auf eine Kriminalstrafe abgezielt haben.[172] Der wegen vorsätzlicher Untreue bzw. Betrugs abgesetzte Vormund wird ehrlos.[173] Für die Bestrafung eines untreuen Vormunds kommt es auf seinen Stand an; Personen von niedrigem Stand werden härter bestraft.[174] **69**

---

[164] *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 101 nimmt hingegen an, dass überhaupt erst eine Verbindlichkeit für den *tutor legitimus* geschaffen werden sollte.

[165] Inst. 1.20.3.

[166] Ulp. 35 ed. D. 26.2.17 pr.; Diocl./Max. C. 5.42.4 (a.294); Inst. 1.24.1. Dazu *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 11–26; *Lecomte*, Pluralité (1928) 83–92; *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 88–100. Allgemein zur Situation mehrerer Vormünder auch *Albanese*, Persone (1979) 483–486. Es war üblich, dass einer der Vormünder die Verwaltung übernahm; nur dessen Handlungen hatten dann die rechtlichen Wirkungen für das Mündel, vgl. Paul. 7 Plaut. D. 26.7.27; Iul. 44 dig. D. 41.4.7.3.

[167] *Karlowa*, RRG II 280; *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1556, 1573.

[168] Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.19–23: Ursprünglich ausschließlich bei der *tutela legitima* anwendbar: Paul. 8 Sab. D. 27.3.2.

[169] Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.22; Paul. 8 Sab. D. 27.3.2.1.

[170] XII T. 8.20; Ulp. 35. ed. D. 26.10.2.

[171] Dazu D. 26.10 und Inst. 1.26 sowie → § 84 Rn. 30–34. Ursprünglich möglicherweise ausschließlich bei der *tutela testamentaria* anwendbar: Ulp. 35 ed. D. 26.10.1.5. Ausführlicher zum *tutor suspectus* vgl. *Rudorff*, Vormundschaft III (1834) 176–204; *Solazzi*, Minore età (1913) 259–272 mit sehr weitgehenden Interpolationsvermutungen; *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 27–46; *Berger*, SZ 35 (1914) 39–94; *Laprat*, Crimen (1926); *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 207–242; *Albanese*, Persone (1979) 498–503; *Garay* Moreno, Est. Hernandez-Tejero II 221–233.

[172] *Kaser*, RP I 90.

[173] Ulp. 1 omn. trib. D. 26.10.4.1, 2; Mod. heur. sing. D. 26.10.9; Tryph. 14 disp. D. 27.2.6; Diocl./Max. C. 5.43.9 (a.294); Inst. 1.26.6.

[174] Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.16.

70 Die Ehre des Betreffenden leidet jedoch nicht, wenn der Grund, weswegen er abgesetzt wird, nicht ehrenrührig ist.[175] Es gibt nämlich – zumindest für den magistratisch bestellten Vormund – auch eine einfache Absetzung (*remotio*).[176]

71 Jünger ist die erst nach Beendigung der Vormundschaft[177] mögliche, auf die *bona fides* gestützte Klage gegen den Vormund (*actio tutelae* → § 84 Rn. 18 f.).[178] Umgekehrt kann der Vormund mit der Gegenklage (*contrarium tutelae iudicium*) vom Mündel seine Auslagen ersetzt verlangen.[179]

72 Für den Fall, dass jemand irrtümlich oder absichtlich eine Vormundschaft führt, obwohl er kein Vormund ist, gibt es die Klage wegen Scheinvormundschaft (*actio protutelae*).[180] Diese Klage steht im prätorischen Edikt und wird von den Juristen ausführlich kommentiert.[181]

73 Gegen den inaktiven Vormund (*tutor cessans*)[182] wird eine *actio tutelae utilis* auf den durch die Nichtführung der Vormundschaft entstandenen Schaden gewährt. Er kann in der außerordentlichen Gerichtsbarkeit gezwungen werden, die Vormundschaft zu führen.[183]

74 Wenn der Magistrat einer Stadtgemeinde einen ungeeigneten Vormund oder Pfleger bestellt oder die erforderliche Bestellung unterlassen hat, so haftet er selbst mit einer subsidiären Klage (→ § 84 Rn. 11 f.), nicht jedoch der Prätor oder ein anderer, dem das Recht der Vormundsbestellung zusteht.[184]

75 Mehrere Vormünder, denen Pflichtverletzungen vorzuwerfen sind, haften – sofern nicht die Verwaltung vom Erblasser oder vom Magistrat aufgeteilt ist – gesamtschuldnerisch.[185] Ein Vormund, der sich weigert, den zahlungsfähigen Erben des Mitvormunds im Namen des Mündels in Anspruch zu nehmen, wird an dessen Stelle für den Schaden haftbar gemacht, ebenso wie derjenige Vormund, der es zur Zeit der Vormundschaft versäumt hat, einen nicht zahlungsfähigen Vormund als nicht vertrauenswürdig anzuklagen.[186] Nicht haften muss der Vormund jedoch, wenn Mündelgut bei

---

[175] Vgl. Ulp. 1 omn. trib. D. 26.10.4 pr., 2.

[176] Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.4; *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 37–46; *Solazzi*, Minore età (1913) 268; *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 207–242; *Schulz*, CRL 179; *Arangio-Ruiz*, Ist. 497 f.; *Kaser*, RP II 231. Kritisch *Berger*, SZ 35 (1914) 43, 49–58.

[177] Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.24; Paul. 8 Sab. D. 27.3.4 pr.; Ulp. 25 ed. D. 27.3.9.4.

[178] *Schulz*, CRL 178 f. und *Arangio-Ruiz*, Ist. 497: ursprünglich nur gegen den magistratisch bestellten Vormund.

[179] Ulp. 36 ed. D. 27.2.2 pr.; D. 27.4.

[180] Ulp. 36 ed. D. 27.5.1 pr., 1. *Kaser*, RP II 233: Bezeichnung nachklassisch, → § 84 Rn. 30–40.

[181] Vgl. D. 27.5,6.

[182] Dazu *Solazzi*, Scr. II 37–62; *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1523 f.

[183] Ulp. 35 ed. D. 26.7.1 pr.

[184] D. 27.8; dazu *Rudorff*, Vormundschaft III (1834) 153–176; *Albanese*, Persone (1979) 511 f.

[185] Tryph. 14 disp. D. 26.7.55 pr.; Iul. 21 dig. D. 27.8.5; Carus/Carinus/Numer. C. 5.52.2 pr.,3 (a.284). Dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 28–59; *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1575–1577; → § 84 Rn. 110–121.

[186] Pap. 5 resp. D. 26.7.39.16; Pap. 7 resp. D. 26.7.41; Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.15.

einem Überfall von Räubern verloren geht oder ein seinerzeit höchst angesehener Bankier Mündelgeld nicht zurückgeben kann.[187]

6. Beendigung der Vormundschaft

Die Vormundschaft des männlichen Mündels wird regelmäßig durch die Mündigkeit beendet, d. h. in klassischer Zeit nach den Sabinianern mit Erreichen der Geschlechtsreife, nach den Prokulianern mit der Vollendung des 14. Lebensjahres.[188] Justinian schließt sich der Ansicht der Prokulianer an.[189] **76**

Das mit Vollendung des 12. Lebensjahres mündige Mädchen behält einen Frauenvormund (→ Rn. 80–89). **77**

Auch Annahme als Kind durch Arrogation oder lebenslängliche Verbannung des Mündels beenden die Vormundschaft.[190] Der Tod des Vormunds oder des Mündels oder der Verlust der Freiheit oder des Bürgerrechts des Vormunds (*capitis deminutio media*) sowie bei gesetzlicher Vormundschaft auch schon der Verlust der familienrechtlichen Stellung (*capitis deminutio minima*) beenden die Vormundschaft ebenfalls.[191] Möglich ist auch die testamentarische Bestimmung, dass der Vormund die Vormundschaft nach einer bestimmten Zeit niederlegt.[192] **78**

Ein Vormund kann auch als vertrauensunwürdig abgesetzt werden, und zwar durch *remotio* (→ Rn. 70, → § 84 Rn. 30–34).[193] **79**

III. Vormundschaft über Frauen (*tutela mulierum*)

Frauen haben zwar eine bessere soziale Stellung als etwa im antiken Griechenland;[194] sie sind jedoch bis in nachklassische Zeit nicht voll geschäftsfähig. Sofern sie nicht in der Gewalt ihres Vaters (*patria potestas*) oder Ehemannes (*manus*) stehen, weil **80**

[187] Her. 2 iur. epit. D. 26.7.50.

[188] Gai. 1.196; Ulp. reg. 11.28, der auch die dritte Meinung Javolens berichtet, der beides verlangt, Reife und Alter. Zur älteren Bestimmung der Pubertät vgl. *Rudorff*, Vormundschaft III (1834) 211–216.

[189] Iust. C. 5.60.3 (a.529); Inst. 1.22 pr.

[190] Gai. 1.196; Ulp. 37 Sab. D. 26.1.14 pr.; Inst. 1.22.1.

[191] Gai. 1.196; Paul. 8 Sab. D. 27.3.4 pr.; Inst. 1.22.3, 4; Paul. 11 ed. D. 4.5.7 pr.; Ulp. 35 ed. D. 26.4.5.5.

[192] Inst. 1.22.5.

[193] Gai. 1.196; Inst. 1.22.6.

[194] Zur Stellung der römischen Frau (→ § 29); vgl. auch *Villers*, Rec. Soc. Jean Bodin 11 (1959) 177–189 (Republik); *Gaudemet*, Rec. Soc. Jean Bodin 11 (1959) 191–222 (Kaiserzeit bis Justinian); *Fuchs*, FG Gerwig 31–54; *Burck*, Frau (1969); *Zinserling*, Frau (1972) 47–73; *Balsdon*, Frau (1979); *Waldstein*, FS Muth 559–571; *Dixon*, TR 52 (1984) 343–371; *Gardner*, Frauen (1995); *Holthöfer*, in: Gerhard, Frauen (1997); Beiträge in: Höbenreich/Kühne, Mujeres (2009); *Neils*, Frau (2012).

sie emanzipiert, geschieden oder verwitwet sind, brauchen sie einen Vormund; das Gleiche gilt für freigelassene Sklavinnen.[195]

81 Eine Ausnahme stellen die vestalischen Jungfrauen dar, die wegen der Würde des Priesterinnenamtes von der Vormundschaft frei sind.[196] Frauen im Allgemeinen hingegen unterstellt man – griechischer Philosophie folgend – Leichtfertigkeit und (Urteils-)/Schwäche (*infirmitas*) in dem Sinne, dass sie leicht zu betrügen seien.[197] Richtig daran ist die Tatsache, dass Frauen – solange ihr Platz wie im alten Rom im Haus ist und sie daher geschäftlich unerfahren sind – Unterstützung brauchen.[198] Auch die Unfähigkeit der Frauen, im Heer zu dienen und öffentliche Handlungen zu vollziehen, wird in der Literatur als Grund der Frauentutel angesehen.[199] Möglicherweise sollte ursprünglich (mit der gesetzlichen Vormundschaft) die Entfernung von Eigentum aus der Familie erschwert werden.[200] Gelegentlich werden kulturelle und soziale Gründe vermutet.[201] Es dürften verschiedene Motive mitursächlich für die Frauentutel geworden sein.

82 Auch die Vormundschaft über Frauen wird auf die XII–Tafel-Gesetzgebung zurückgeführt.[202] Wie bei Unmündigen gibt es die gesetzliche Vormundschaft, die testamentarische und die magistratische (→ Rn. 16). Der Vater, der seine Tochter emanzipiert, wird *tutor legitimus*.

83 Die gesetzliche Vormundschaft über Frauen kann abgetreten werden (*in iure cessio tutelae*, *tutela cessicia*).[203]

---

[195] Zur *tutela mulierum* vgl. *Karlowa*, RRG II 292–301; *Kübler*, SZ 30 (1909) 154–183; *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 69–86; *Bonfante*, Corso I 557–565; *Perozzi*, Istituzioni I (1928) 509–515; *Schulz*, CRL 180–190; *Arangio-Ruiz*, Ist. 501–503; *Kaser*, RP I 367–369; *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1588–1599; *Zannini*, Tutela mulierum I (1976); *Albanese*, Persone (1979) 529–537; *Zannini*, Tutela mulierum II (1979); *Zannini*, AG 204 (1984) 719–728; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 167–170; *Gardner*, Frauen (1995) 21–31; *Holthöfer*, in: Gerhard, Frauen (1997) 402–407; *Tellegen-Couperus*, RHD 84 (2006) 423–435. Insbesondere auch zum sozialen Unbehagen der Römer an der Frauentutel *Nörr*, SZ 118 (2001) 18 mwN.

[196] Gai. 1.145. Gegen die Echtheit des Bezugs auf die Zwölftafeln im Gaius-Fragment noch *Solazzi*, SDHI 9 (1943) 113–116. Ausführlich für Echtheit *Sacchi*, RIDA 50 (2003) 317–359, auch zu den weiteren Quellen Plu. Num. 10,5 und C. D. 56,10,2. Vgl. auch *Zannini*, Tutela mulierum I (1976) 13–30; *Gardner*, Frauen (1995) 31–35.

[197] Arist. Pol. 1260a; Cic. Mur. 27; Gai. 1.144; Ulp. reg. 11.1; an dieser Begründung zweifelnd aber Gai. 1.190.

[198] Vgl. Ulp. reg. 11.1 *forensium rerum ignorantia* und dazu *Karlowa*, RRG II 293; *Schulz*, CRL 182 f.

[199] *Rudorff*, Vormundschaft I (1832) 55.

[200] *Rudorff*, Vormundschaft I (1832) 56 für die gesetzliche Vormundschaft; *Zannini*, Tutela mulierum I (1976) 190–192 mit Bezug auf die Testamentserrichtung, vgl. auch *Zannini*, AG 204 (1984) 726; ohne Differenzierung nach der Art der Vormundschaft *Gardner*, Frauen (1995) 28; ähnlich *Dixon*, TR 52 (1984) 343, 346; anderer Ansicht *Schulz*, CRL 182: nicht vorrangiges Ziel der Frauentutel.

[201] *Del Carmen Cazorla González-Serrano*, RDUNED 7 (2010) 135.

[202] XII T. 5.1; Gai. 1.144,145.

[203] Gai. 1.168,169; Ulp. reg. 11.8; *Karlowa*, RRG II 300 sieht darin eine spätere Entwicklung bei für den Vormund wertloser Vormundschaft. Vgl. auch *Zannini*, Tutela mulierum II (1979) 33–58.

Ehefrauen (Witwen) kann im Testament ihres Mannes die Wahl des Vormunds (*tutor optivus*[204]) insgesamt oder für bestimmte Angelegenheiten überlassen werden.[205] Die Wahlbefugnis kann beschränkt (z. B. zwei Mal) oder unbeschränkt sein.[206] **84**

Eine Möglichkeit, einen unangenehmen Vormund zu ersetzen, bestand darin, nach einer *coemptio fiduciaria* – durch welche sich die Frau treuhänderisch in die *manus*-Gewalt eines Mannes begab – freigelassen zu werden, wodurch der kurzzeitige Gewalthaber – der nicht zwingend ein „echter" Ehemann sein musste – zum neuen Vormund wurde.[207] **85**

Bei der Vormundschaft über Frauen geht es spätestens in hochklassischer Zeit nicht mehr um die Gewalt über die Person und das Vermögen, sondern allein noch um die Mitwirkung bei Rechtsgeschäften der Frau.[208] Sie braucht die Zustimmung (*auctoritas*) des Vormunds um zu klagen, für Verpflichtungsgeschäfte, Testamente und die Manzipation.[209] Nicht zu manzipierende Sachen (*res nec mancipi*) kann die Frau – anders als das Mündel – in klassischer Zeit ohne Zustimmung des Vormunds veräußern.[210] Ein Darlehen kann die Frau ebenfalls selbständig geben, da Geld keine *res mancipi* ist und sie daher das Geld wirksam übereignen kann.[211] **86**

Der Vormund kann aber spätestens in klassischer Zeit auch durch den Prätor zur Zustimmung zu Geschäften der Frau gezwungen werden, mit Ausnahme von gesetzlichen Vormündern (= gesetzlichen Erben), die nicht zur Zustimmung zur Errichtung eines Testaments oder zur Veräußerung von wertvollen Manzipiumssachen oder zur Eingehung von Verpflichtungen gezwungen werden können, es sei denn, es liegt ein schwerwiegender Grund vor.[212] **87**

Eine Klage gegen den Frauenvormund gibt es nicht, weil diese Vormundschaft keine Übernahme des Vermögens beinhaltet.[213] **88**

In spätrepublikanischer Zeit, als die ehemännliche Gewalt zur Ausnahme wird, ist auch die Vormundschaft über Frauen zu einer Formalie geworden[214] und verschwindet allmählich in klassischer Zeit. Gemäß der bevölkerungspolitisch orientierten Augus- **89**

---

[204] Gai. 1.154. Dazu *Karlowa*, RRG II 296–298; *Zannini*, Tutela mulierum II (1979) 80–110.

[205] Gai. 1.150 mit dem Beispiel *Titiae uxori meae tutoris optionem do* („meiner Frau Titia gewähre ich die Wahlbefugnis für einen Vormund").

[206] Gai. 1.151–153.

[207] Gai. 1.115, 166.

[208] Gai. 1.190.

[209] Gai. 2.118; Ulp. reg. 11.27; 20.15. Ausführlich zur *auctoritas tutoris* bei der Frauentutel und zur Fähigkeit, ein Testament zu machen *Zannini*, Tutela mulierum I (1976) 71–192.

[210] Gai. 2.80.

[211] Gai. 2.81.

[212] Cic. Mur. 27; Gai. 1.190, 192; 2.122. Seit wann der Vormund zur Zustimmung gezwungen werden konnte, ist unbekannt.

[213] Gai. 1.191; → Rn. 1, 86.

[214] Gai. 1.190.

teischen Ehegesetzgebung (*leges Iulia et Papia Poppaea*, 18 und 9 v. Chr.) – die grundsätzlich noch einmal zu einer Wiederbelebung der Frauentutel führt und mit ihrer Begründung (Schwäche) kaum zu vereinbaren ist[215] – sind freigeborene Frauen mit drei und freigelassene Frauen mit vier Kindern von der Vormundschaft befreit (*ius liberorum*, Privileg der Kinder wegen).[216] Aber auch ohne Kinder konnten Frauen mit Zustimmung des Kaisers dieses Privileg erhalten.[217] Dann wird durch die *lex Claudia* die gesetzliche Vormundschaft (Agnatentutel) über Frauen, nicht jedoch die *tutela patroni*, abgeschafft.[218] Zur Zeit Diokletians ist die Frauentutel noch geltendes Recht, Konstantin stellt sogar kurzzeitig die Agnatentutel wieder her;[219] im Codex Theodosianus kommt sie aber nicht mehr vor. Es ist jedoch kein Akt bekannt, durch den die Frauenvormundschaft abgeschafft worden wäre. Länger hält sie sich im Osten des Reiches; sie ist in gräkoägyptischen Urkunden bezeugt[220] und wird dann von Justinian aus den Quellen getilgt oder durch die *tutela impuberum* ersetzt.[221]

IV. Pflegschaft (*cura*)

1. *Cura furiosi* und *cura prodigi*

90 Das Zwölftafelgesetz ordnet eine gesetzliche Pflegschaft für gefährliche Geisteskranke, sog. Tobsüchtige (*cura furiosi*), und Verschwender (*cura prodigi*) an.[222] Berufen sind wie bei der gesetzlichen Vormundschaft die gradnächsten Agnaten. Dem Verschwender muss zunächst mittels *interdictio bonorum* die Verwaltung seines Vermögens untersagt worden sein.[223] Ein spezielles Verfahren, den Geisteskranken für geschäftsunfähig zu erklären, gibt es nicht.

---

[215] *Schulz*, CRL 181–183; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 63 Rn. 1. Andere sehen dies eher als Schwächung der *tutela mulierum*: *Kaser*, RP I 369; *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 106, 153 f.

[216] Gai. 1.145, 194. Vgl. zum *ius liberorum* auch *Kübler*, SZ 30 (1909) 154–183.

[217] C. D. 55.2.5, 6; Gai. 1.145, 194; Paul. sent. 4.9; Plin. epist. 10,94.

[218] Gai. 1.157; Ulp. reg. 11.8.

[219] Vgl. Diocl./Max. Frg. Vat. 325,326 (a.293/294); Const. Cod. Theod. 3.17.2 (a.326).

[220] Nachklassische Erwähnungen eines Geschlechtervormunds (κύριος): P.Oxy. I 71 (a.303); P.Lond. III 971 (3./4. Jh.); Wessely, P.Klein. Form. Nr. 239 (6./7. Jh.). Hervorhebung, dass die Frau wegen Kinderrecht ohne Vormund handelt: P.Lips. I 29 (a.295); Wessely, CPR 227 (4. Jh.); APF I 299, 17 (4. Jh.); P.Grenf. II 85 (a.536). Laut *Kaser*, RPR II 222 Fn. 3 betreffen die Papyri aus dieser Zeit aber nicht den *tutor mulieris* römischer Art, sondern den hellenistischen Geschlechtsvormund; auch *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 86 sprach schon von einem griechischen Element.

[221] *Solazzi*, Tutela I (1925) 16–29; *Sachers*, s. v. tutela, RE VII A.2 1599; *Schulz*, CRL 164, 180. Eine Spur findet sich beispielsweise bei Ulp. 35 ed. D. 27.6.11.2.

[222] XII T. 5.7. Zur *cura furiosi* und zur *cura prodigi* siehe *Karlowa*, RRG II 301–305; *Bonfante*, Corso I 643–660; *Arangio-Ruiz*, Ist. 503–505; *Kaser*, RP I 90 f., 369–372; *Kaser*, RP II 236 f.; *Albanese*, Persone (1979) 537–548; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 170–172; *Lanza*, Furiosus (1990) nur zum *furiosus*; *Guarino*, Pagine IV 154–164; zum *prodigus* zur Zwölftafel-Zeit *Solazzi*, Scr. III 245–267; zum Ursprung der *cura furiosi Diliberto*, Cura furiosi (1984).

[223] Ulp. 1 Sab. D. 27.10.1 pr.

Fehlt für einen Geisteskranken oder entmündigten Verschwender ein gesetzlicher Pfleger (*curator legitimus*), so bestellt der Magistrat (Prätor bzw. Statthalter) einen Pfleger (*curator honorarius*). Auch wenn der gesetzliche Pfleger ungeeignet ist, bestellt der Prätor einen anderen.[224] **91**

Einen testamentarisch bestellten Pfleger gibt es wohl nicht.[225] Wenn ein Pfleger testamentarisch vom Vater für einen über fünfundzwanzigjährigen Geisteskranken oder Verschwender bestellt wird, muss er mindestens seit einem Reskript des Kaisers Marc Aurel durch den Magistrat bestätigt werden.[226] Der Wille des testierenden Vaters ist jedoch für den Prätor bindend.[227] **92**

Seit Kaiser Antoninus Pius kann auch der Sohn Pfleger seines Vaters sein, vorher hatten das viele Juristen abgelehnt.[228] Die Pflegschaft über die geisteskranke Mutter steht dem Sohn zu.[229] Die Pflegschaft über die eigene (geisteskranke) Ehefrau wird auch in spätklassischer Zeit noch abgelehnt.[230] **93**

Die Pflegschaft des geschäftsunfähigen Geisteskranken umfasst neben der Vermögensverwaltung auch in klassischer Zeit den Schutz seiner körperlichen Unversehrtheit und Gesundheit.[231] Vermögen und Person sind also in der Gewalt (*in potestate*) des Pflegers, er kann über das Eigentum des Geisteskranken verfügen.[232] **94**

Für den Pfleger gelten die Exkusationsgründe wie für den Vormund (→ Rn. 39–49). **95**

Auch der gesetzliche Pfleger muss – wie der gesetzliche Vormund – Sicherheit leisten, nicht der magistratisch bestellte, da er bereits einmal ausgewählt wurde.[233] **96**

Der Pfleger kann verklagt werden, wenn er die Pflegschaft nicht redlich führt.[234] Gegen ihn gibt es die Geschäftsführungsklage (*actio negotiorum gestorum*, → § 83 Rn. 26 ff.), auch schon während er noch die Pflegschaft führt.[235] Die Gegenklage des Pflegers (*actio negotiorum gestorum contraria*) steht ihm ebenfalls während bestehender Pflegschaft zu.[236] **97**

Die Pflegschaft über einen Geisteskranken endet, wenn er gesund wird, die über einen Verschwender, wenn er „vernünftige Gewohnheiten annimmt“.[237] **98**

---

[224] Gai. 3 ed. prov. D. 27.10.13.
[225] Vgl. Ulp. reg. 12.
[226] Ulp. 35 ed. D. 26.7.3.5; Tryph. 13 disp. D. 27.10.16 pr.; Inst. 1.23.1.
[227] Vgl. auch Tryph. 13 disp. D. 27.10.16.1, 3.
[228] Ulp. 3 off. procons. D. 26.5.12.1; Ulp. 1 Sab. D. 27.10.1.1; Paul. 1 off. procons. D. 27.10.2.
[229] Ulp. 38 Sab. D. 27.10.4.
[230] Pap. 5 resp. D. 27.10.14 (bzw. Paul. 3 sent. D. 27.10.15 pr., 1).
[231] Iul. 21 dig. D. 27.10.7 pr.
[232] Gai. 2.64; Pomp. 1 Plaut. D. 40.1.13; Iul. 22 dig. D. 47.2.57.4. Ausführlich zur *potestas* des Pflegers *Lanza*, Furiosus (1990) 5–67.
[233] Gai. 1.199,200.
[234] Ulp. 1 resp. D. 26.7.19; Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.2, 3.
[235] Paul. 8 Sab. D. 27.3.4.3; Ulp. 74 ed. D. 27.3.16.1.
[236] Ulp. 36 ed. D. 27.4.1.3.
[237] Ulp. 1 Sab. D. 27.10.1 pr.

2. *Cura minorum*

99 Die Pflegschaft für mündige Minderjährige (*cura minorum*)[238] ist im XII–Tafel- Gesetz nicht vorgesehen und wird – außer für Prozesse[239] – bis zu Kaiser Justinian und auch von diesem nicht als verbindliche Schutzmaßnahme eingeführt.[240]

100 Der Mündige unter 25 Jahren (*minor viginti quinque annis*) wird durch den Prätor vor Übervorteilung geschützt durch *exceptio legis Laetoriae* und *in integrum restitutio propter minorem aetatem* (→ § 30 Rn. 17 f.). Durch diesen Schutz sind mündige Minderjährige allerdings unattraktive Geschäftspartner, weshalb sich die Einschaltung eines Pflegers faktisch als vorteilhaft darstellt und spätestens in nachklassischer Zeit zur Regel wird.

101 Ab hochklassischer Zeit wird die *cura minorum* nach und nach der *tutela* angenähert.[241]

102 Mündige Minderjährige beantragen die Bestellung eines Pflegers durch den Magistrat selbst.[242] Für den Pflegers gelten die gleichen Exkusationsgründe wie für den Vormund (→ Rn. 39–49).[243]

103 Der Minderjährige behält seine volle Geschäftsfähigkeit und der Pfleger hat keine notwendigen Verwaltungsrechte hinsichtlich des Vermögens. Für die Kreditwürdigkeit

---

[238] Vgl. dazu *Rudorff*, Vormundschaft I (1832) 90–107; *Karlowa*, RRG II 305–310; *Lenel*, SZ 35 (1914) 129–213; *Solazzi*, Curator (1917); *Bonfante*, Corso I 667–692; *Schulz*, CRL 190–197; *Solazzi*, Scr. II 75–78; *Arangio-Ruiz*, Ist. 505–507; *Kaser*, RP I 369–371; *Cervenca*, BIDR 16 (1974) 139–219; *Kaser*, RP II 234–236; *Albanese*, Persone (1979) 521–528; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 172–174; *Burdese*, Diritto privato (1993) 289; *Guarino*, Diritto privato (2001) 622–624; *Kränzlein*, Schr. 9–13, 33–44.

[239] Ant. C. 5.31.1 (a.214).

[240] Noch Inst. 1.23.2 sagt, dass die Pflegschaft des mündigen Minderjährigen nur für einen Rechtsstreit gegen seinen Willen begründet wird. Inst. 1.23 pr. ist so zu verstehen, dass die *cura minorum* die Regel, nicht aber obligatorisch ist. Es gibt keine Äußerungen eines klassischen Juristen zur Zustimmung eines Pflegers zu einer Handlung eines Minderjährigen. Daher ist fraglich, wann die *cura minorum* üblich wurde. Für frühe Einführung (*lex Laetoria*) und Üblichkeit bereits zur Zeit des Kaisers Augustus ist *Rudorff*, Vormundschaft I (1832) 93, 102; differenzierend *Karlowa*, RRG II 308; *Schulz*, CRL 193 nimmt (ebenfalls) unter Verweis auf Capitolinus, M. Ant. 10,12 an, dass erst aufgrund einer Konstitution des Kaisers Marc Aurel die *cura minorum* rechtlich überhaupt verbindlich und (in klassischer Zeit) nie obligatorisch wird. *Kaser*, RP I 370: mit Marc Aurel wird die *cura minoris* zur ständigen Beaufsichtigung; *Kaser*, RP II 234 nur zur Bestellung gegen den Willen des *minor*; *Arjava*, ZPE 126 (1999) 202 und *Mousourakis*, Fundamentals (2012) 116: regelmäßig angewendet ab dem späten 2. Jh. n. Chr.; *Kränzlein*, Schr. 12: mindestens bis auf Diokletian nicht verpflichtend; *Kränzlein*, Schr. 38, 42: noch bei Justinian kein rechtlicher, nur faktischer Zwang, da der Minderjährige sonst keine Geschäftspartner findet. Es gibt aber auch Quellen, die nach obligatorischer *cura minorum* klingen, vgl. etwa Ulp. 11 ed. D. 4.4.1.3.; Ulp. 19 l. Iul. Pap. D. 4.4.2.; Ulp. 11 ed. D. 4.4.3 pr.

[241] → § 84 Rn. 142.

[242] Mod. 1 excus. D. 26.6.2.4.

[243] Genauer dazu *Cervenca*, BIDR 16 (1974) 139–219.

des *minor* hat die Zustimmung (*consensus*) des Pflegers allerdings Bedeutung, denn durch die Mitwirkung des Pflegers verliert der *minor* den besonderen, altersabhängigen Rechtsschutz.

104 Genauso, wie Frauen grundsätzlich nicht Vormund ihrer Kinder werden können (→ Rn. 9), können sie auch nicht zum Pfleger ihres noch nicht fünfundzwanzigjährigen Kindes bestellt werden.[244]

105 Die Pflegschaft über einen mündigen Minderjährigen endet mit Erreichen des 25. Lebensjahres.

106 Das Hauptproblem in der Forschung zur *cura minorum* und *tutela* hat lange Zeit die Frage der Konkurrenz beider Institute gebildet.[245] Vor allem die interpolationistische Literatur hat dabei die Vorstellung gepflegt, die Angleichung der Pflegschaft für *minores* an die Vormundschaft über *impuberes,* insbesondere die Vermögensverwaltung durch den *curator,* sei auf justinianische Eingriffe zurückzuführen.[246] Mit der jüngeren Forschung ist ein nuancierteres Bild zu zeichnen:[247]

107 Zunächst ist die Beiordnung eines *curator* bei bestehender Vormundschaft bereits für die klassische Zeit belegt, wenn der *tutor* an der Ausübung der Vormundschaft aus faktischen oder rechtlichen Gründen gehindert ist. Soweit der Hinderungsgrund fortbesteht, ist weiter zu beobachten, dass der *curator* in diesen Fällen auch anstelle des *tutor* eingesetzt und tätig werden kann.[248]

108 Ein weiteres Element der Vermischung beider Institute kann sich aus der provinzialen Praxis ergeben haben, die nicht immer streng zwischen *cura* und *tutela* unterschieden zu haben scheint, sondern den mehrdeutigen Begriff κηδεμόνες austauschbar für *tutores* (ἐπίτροποι) und *curatores* (κουράτορες) verwendet.[249] In jedem Fall ist die Annäherung der *cura* an die *tutela* bereits als ein Ergebnis der Rechtsentwicklung in der klassischen Zeit anzusehen; die spätere Entwicklung mag diese Tendenz verstärkt haben.[250]

---

[244] Mod. 1 excus. D. 26.5.21 pr.

[245] Vgl. *Solazzi*, Curator (1917) 78–137; nuancierend bereits *Taubenschlag*, Vormundschaftsrechts (1913) bes. 47–68; *Lenel*, SZ 35 (1914) 129–213.

[246] Überblick hierzu bei *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 431–433; → § 84 Rn. 142.

[247] Die Frage bedürfte neuer Bearbeitung, auch unter Einbezug der dokumentarischen Überlieferung; wichtige Aspekte behandelt *Nowak*, Bastards (2020).

[248] Zu Cels. 11 dig. D. 26.5.11; Tryph. 14 disp. D. 27.2.6; Paul. 2 ed. D. 26.5.15 sowie Inst. 1.25.2, vgl. *Taubenschlag*, Vormunschaftsrecht (1913) 52–56.

[249] Zu P.Oxy. VI 888 (= SB 16,12306), vgl. *Mitteis*, SZ 29 (1908) 390–403; *Mitteis*, Chrest. 3219; weitere Lit. bei *Kaser*, RP II 223 Fn. 13.

[250] *Kaser*, RP II 222–224.

§ 32 Vertretung von Personenmehrheiten

Bastian Zahn

Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Erster Band. Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen, 1908, 340–416; *Schnorr von Carolsfeld*, Geschichte der juristischen Person I, 1933; *De Robertis*, Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano II, 1971; *Liu*, Local Governments and Collegia. A New Appraisal of the Evidence, in: A Tall Order. Writing the Social History of the Ancient World. Essays in honor of William V. Harris, 2005, 279–310; *Bricchi*, Amministratori ed actores. La responsabilità nei confronti dei terzi per l'attività negoziale degli agenti municipali, in: Capogrossi Colognesi/Gabba (Hgg.), Gli Statuti Municipali, 2006, 335–382; *Mantovani*, Il iudicium pecuniae communis. Per l'interpretazione dei capitoli 67–71 della lex Irnitana, in: Capogrossi Colognesi/Gabba (Hgg.), Gli Statuti Municipali, 2006, 261–334; *Magioncalda*, A proposito di alcune recenti testimonianze epigrafiche relative a ‚fondazioni', MEP 11 (2006) 193–209; *Platschek*, Das „nomen universitatis" in D. 3.4.7.2 (Ulp. 10 ed.), Index 40 (2012) 617–632; *Groten*, Corpus und universitas. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik, 2015; *Zahn*, Si quid universitati debetur. Forderungen und Schulden privater Personenvereinigungen im römischen Recht, 2021.

Inhalt Rn.

I. Die ediktalen Regelungen zur Prozessvertretung von Personenmehrheiten 1
1. Die Edikte über die Prozessvertretung der Gemeinden 5
2. Das Edikt über die Prozessvertretung privater Personenmehrheiten 12
II. Die außergerichtliche Vertretung der Gemeinden 16
1. Die Vertretung bei dinglichen Geschäften 16
2. Die Vertretung bei obligationenrechtlichen Geschäften 19
III. Die außergerichtliche Vertretung der Vereine 34
1. Die Vertretung bei dinglichen Geschäften 38
2. Die Vertretung bei obligationenrechtlichen Geschäften 41
IV. Die Herausbildung allgemeiner Lehren zu Personenmehrheiten 46
V. Die weiteren Entwicklungen 49
1. Die Vereine 49
2. Die *ecclesiae* und Klöster 50
3. Die *venerabiles domus* 51

I. Die ediktalen Regelungen zur Prozessvertretung von Personenmehrheiten

Im Zusammenhang[1] mit den Edikten über die Prozessvertretung von Einzelpersonen enthält das prätorische Edikt Regelungen zu den Prozessvertretern von Personenmehrheiten, nämlich zum einen von Gemeinden, zum anderen von privaten Personenmehrheiten.[2] Die Ediktskommentare betonen, dass diese Prozessvertreter nicht die einzelnen Mitglieder vertreten, sondern die Personenmehrheit als Ganze.[3] **1**

Dagegen ist die Vertretung des römischen Staates (*populus Romanus*) im Edikt nicht geregelt, auch wenn eine Reihe von Rechtsinstituten dem Staat und den Gemeinden gemein sind (v.a. die Verdingung und Verpachtung von Vermögensgegenständen und die damit verbundene Prädiatur).[4] Generell bestimmen sich die Rechtsverhältnisse des Staates allein nach dem öffentlichen Recht.[5] **2**

Ebenfalls ohne Regelung im prätorischen Edikt ist die Vertretung des *fiscus Caesaris* geblieben, der vom Beginn des Prinzipats an vom *aerarium populi Romani* getrennt ist.[6] Vorbild sind wohl die *fisci* einzelner Provinzen, die schon während der Republik eingerichtet worden sind.[7] Der *fiscus Caesaris* wird stets als das Vermögen des jeweiligen Kaisers aufgefasst, auch wenn es zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben verwendet wird und dem Kaiser kraft seiner Stellung zusteht.[8] Grundsätzlich bedient sich der *fiscus* privatrechtlicher Formen, ist jedoch privilegierter Gläubiger.[9] Die Rechte des *fiscus* werden freilich nicht im privatrechtlichen Prozess, sondern in besonderen Verfahren durchgesetzt.[10] **3**

---

[1] *Lenel*, EP 86 f.

[2] *Lenel*, EP 97–101.

[3] Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1.1; Ulp. 8 ed. D. 3.4.2.

[4] *Mommsen*, Ges. Schr. I 357–369; *Wesenberg*, s. v. praediatura, RE Suppl. XIV 447–455; *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 446–461; *Trisciuoglio*, in: Romano, Rapporti contrattuali (1997) 191–231; speziell zur Verdingung öffentlicher Bauten *du Plessis*, J.Leg.Hist. 25 (2004) 287–314 mwN; zum Erhalt öffentlicher Straßen *Rodríguez González*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 397–410 mwN. Jüngere Quellen zur zensorischen Vergabung sind die *lex portorii Asiae* (AE 1989, 681, Ephesus, 61 n. Chr.; *cura secunda* in: Cottier et al., Customs Law (2008) 26–85), dazu *Spagnuolo Vigorita*, in: Romano, Rapporti contrattuali (1997) 113–190, *Nörr*, SZ 130 (2013) 106–120, sowie die noch unveröffentlichte *lex portorii provinciae Lyciae*, dazu *Takmer*, Gephyra 4 (2007) 165–188.

[5] *Mitteis*, RP 348 f.; *Duff*, Personality (1938) 51; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 5–7; *Kaser*, RP I 304; *Albanese*, Persone (1979) 555–558.

[6] *Lo Cascio*, in: Ferrary/Scheid, Princeps (2015) 777.

[7] Cic. Verr. II 3,197; *Alpers*, Finanzsystem (1995) 248–258.

[8] *Mommsen*, Staatsrecht II.2 998 f.; *Millar*, JRS 53 (1963) 29–42; *Kaser*, RP I 305; *Kaser*, RP II 152 f.; *Millar*, Emperor (1992) 189–201; *Alpers*, Finanzsystem (1995) 310 f.; *Lo Cascio*, Princeps (2000) 97–111, 133–149; a. A. *Mitteis*, RP 350; *Bolla*, Fiskus (1938) 32 f.

[9] *Mitteis*, RP 363 f., 370–375; *Bolla*, Fiskus (1938) 78–95; *Kaser*, RP I 306; *Wieling*, SZ 106 (1989) 404–433; *Kaser/Hackl*, RZ 402 f.

[10] *Mitteis*, RP 364–370; *Bolla*, Fiskus (1938) 98–104; *Millar*, JRS 53 (1963) 31–34; *Kaser*, RP I 305 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 454 f.; *Spagnuolo Vigorita*, ACop. VIII 449–484 mwN.

4 Ab Nerva begründen Kaiser Alimentarstiftungen in einzelnen Städten Italiens.[11] Dazu gewähren sie Darlehen[12] an wohlhabende Einzelpersonen, die Grundstücke als Sicherheit geben.[13] Die Zinserträge werden für den Unterhalt bedürftiger Kinder verwendet. Die Verwaltung obliegt teilweise kaiserlichen, teilweise munizipalen Beamten.[14]

1. Die Edikte über die Prozessvertretung der Gemeinden

5 Nach der Rekonstruktion Lenels enthält das prätorische Edikt die beiden Edikte *Quibus municipum nomine agere liceat* und *Quod adversus municipes agatur*,[15] welche die Vertretung der Gemeinden[16] vor Gericht regeln.

6 Dabei enthält das Edikt *Quibus municipum nomine agere liceat* Vorschriften zur Bestellung des *actor municipum* genannten Prozessvertreters einer Gemeinde sowohl für Aktivprozesse, in denen die Gemeinde als Klägerin auftritt, als auch für Passivprozesse, in denen sie die Beklagte ist.[17] Der *actor municipum* bedarf zur Prozessführung *nomine municipum* einer Ermächtigung, welche die *lex Irnitana* mit *mandare* und *permittere* umschreibt.[18] Sie wird mit seiner Bestellung durch *decretum decurionum* erteilt.[19] Das Edikt schreibt ausdrücklich vor, dass zum *actor* nur bestellt werden kann, wer auch zum *cognitor* bestellt werden kann (→ § 12 Rn. 65 f.).[20]

---

[11] *Blanch Nougués*, Fundaciones (2007) 124–126; *Cao*, Alimenta (2010) 25–94.

[12] Träger des Stiftungsvermögens sind somit die Kaiser selbst; *Pernice*, Labeo III.1 (1892) 167; *Wenger*, Qu. 764; *Jongman*, s. v. Alimenta, DNP I 491; ungenau *Kaser*, RP I 310.

[13] *Kaser*, RP I 310; *Albanese*, Persone (1979) 574; *Jongman*, s. v. Alimenta, DNP I 492; *Alexander*, Anstalten (2003) 72.

[14] *Laum*, Stiftungen I (1914) 236; *Eck*, Organisation (1979) 177–182; *Cao*, Alimenta (2010) 95–167. Zur Verwaltung zweier stadtrömischer Alimentarstiftungen durch das *collegium magnum arkarum divarum Faustinarum Mommsen*, Ges. Schr. III 73; *Scialoja*, BIDR 1 (1888) 24, 27–29; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 301 f.; *Wenger*, Qu. 786 mit Fn. 561; *Groten*, Corpus (2015) 200; *Zahn*, Quid universitati (2021) 187–189.

[15] *Lenel*, EP 99.

[16] Der Text des Edikts spricht wohl von *municipes*; Ulp. 10 ed. D. 3.4.7 pr.; vgl. c. *70 Lex Irn.* Die Kommentierungen des Edikts verwenden daneben die Begriffe *civitas* (Gai. 3 ed. prov. D. 50.16.16; Ulp. 9 ed. D. 3.4.3; D. 41.1.41; Ulp. 10 ed. D. 12.1.27; D. 15.4.4; D. 50.16.15), *cives* (Ulp. 9 ed. D. 41.1.41) und *res publica* (Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1.1), sodass die beiden Edikte für jede Art von Gemeinden (*coloniae*, *municipia*, *civitates*) gelten. Bereits Cic. Verr. II 2,38.45.54 berichtet vom Auftreten von Palästriten für die sizilischen peregrinen Gemeinden Syrakus und Bidis; vgl. dazu *Platschek*, SZ 118 (2001) 235–238; *Maganzani*, in: Dubouloz/Pittia, Sicile (2007) 131–134, 141.

[17] c. 70 *Lex Irn.*; *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 307 f.; *Zahn*, Quid universitati (2021) 81 mit Fn. 270; a. A. *Lenel*, EP 100.

[18] c. 70 *Lex Irn.*; *Zahn*, Quid universitati (2021) 81; vgl. *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 294.

[19] Prob. 6.23; *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 292 Fn. 112.

[20] c. 70 *Lex Irn.*; *Zahn*, Quid universitati (2021) 82 f.; vorsichtig *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 293; *Wolf*, SZ 126 (2009) 98 f.

Der *actor municipum* muss die *cautio de rato* grundsätzlich nicht leisten;[21] ob dies auf einer ausdrücklichen ediktalen Befreiung beruht oder lediglich die Praxis das Edikt entsprechend handhabt, ist umstritten.[22] Die *cautio de rato* muss jedoch geleistet werden, wenn die Wirksamkeit der Bestellung des *actor* bezweifelt wird.[23] **7**

Wer von einer Gemeinde zum *actor* bestellt worden ist, wird vom Prätor zu ihrer Defension in künftigen Passivprozessen gezwungen.[24] Diese Defensionspflicht ergibt sich aus dem Edikt *De defendendo eo, cuius nomine quis aget, et de satisdando*, das wohl auch für den *actor municipum* gilt.[25] **8**

Für den Fall der Indefension kommt es aus Gründen des öffentlichen Interesses lediglich zu Maßnahmen der Einzelvollstreckung in die Gegenstände des Gemeindevermögens (*bona publica*).[26] **9**

Die *actio iudicati* aus einem Urteil, das der *actor* für die Gemeinde in einem Aktivprozess erwirkt, wird nicht dem Prozessvertreter, sondern der Gemeinde gewährt, es sei denn, der *actor* ist *in rem suam* bestellt worden.[27] Ob dies auf einer ausdrücklichen ediktalen Regelung beruht, ist strittig.[28] **10**

In einem Passivprozess geht die *actio iudicati* nicht gegen den *actor municipum*, sondern gegen die Gemeinde.[29] Die Vollstreckungsmaßnahmen richten sich wahrscheinlich gegen einzelne Gegenstände des Gemeindevermögens.[30] **11**

[21] Frg. Vat. 335; Ulp. 9 ed. D. 46.8.9.

[22] Gegen eine ediktale Befreiung *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 294. Dagegen entfällt nach *Behrends*, SZ 88 (1971) 251–260 die Kautionspflicht aufgrund des im Edikt vorgesehenen *boni viri arbitrat[us]*.

[23] Paul. 9 ed. D. 3.4.6.3.

[24] Paul 9 ed. D. 3.4.6.3. Daneben wird der Vermögensverwalter der Gemeinde zur Defension zugelassen; Iav. 15 Cass. D. 3.4.8; *Groten*, Corpus (2015) 40 f.; *Zahn*, Quid universitati (2021) 88 f.; vgl. *Lenel*, EP 99 f.; a. A. *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 109; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 501 f., 522 Fn. 150; *Manthe*, Ex Cassio (1982) 306.

[25] *Kaser/Hackl*, RZ 218 mit Fn. 83; *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 293; *Zahn*, Quid universitati (2021) 88 f.

[26] Iav. 15 Cass. D. 3.4.8; Ulp. 10 ed. D. 50.16.17 pr.; *Lenel*, EP 99 f.; *Mitteis*, RP 390; *Solazzi*, BIDR 16 (1904) 119–121; *Manthe*, Ex Cassio (1982) 306; *Kaser/Hackl*, RZ 404; *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 295 Fn. 124; *Groten*, Corpus (2015) 41; *Zahn*, Quid universitati (2021) 92 f.

[27] Paul. 9 ed. D. 3.4.6.3.

[28] Für eine ediktale Regelung *La Rosa*, Actio iudicati (1963) 158–162; *Medicus*, SZ 81 (1964) 474; ablehnend *Lenel*, EP 405 f.; *Wenger*, Actio iudicati (1901) 178 f.; *Zahn*, Quid universitati (2021) 97 f. Offengelassen von *Kaser/Hackl*, RZ 212 Fn. 25.

[29] Frg. Vat. 335; Ulp. 58 ed. D. 42.1.4.2.

[30] *Kaser/Hackl*, RZ 218. Zur Übertragung der ediktalen Indefensionsfolge auf die Vollstreckung gegen die Gemeinde *Zahn*, Quid universitati (2021) 99–101.

2. Das Edikt über die Prozessvertretung privater Personenmehrheiten

12 Nach dem in den Digesten überlieferten Text des Kommentars des Gaius zum Provinzialedikt haben *collegia*, *societates* und sonstige *corpora*[31] nach dem Vorbild der Gemeinden (*ad exemplum rei publicae*) einen *actor* oder *syndicus* als Prozessvertreter.[32] Während die Erwähnung der *collegia* keinerlei Bedenken begegnet, hat *societas* wahrscheinlich nicht im ursprünglichen gaianischen Text gestanden.[33] Damit entfällt die Quellengrundlage für die Annahme, dass die *societas publicanorum* (→ § 81 Rn. 42–50) den Vereinen (*collegia*) gleichgestellt ist.[34]

13 Die Rechtsstellung des *actor* einer privaten Personenmehrheit entspricht weitgehend derjenigen des *actor municipum*: Die *cautio de rato* muss er grundsätzlich nicht leisten.[35] Zur Defension der privaten Personenmehrheit ist er verpflichtet.[36] Anders als bei Gemeinden wird jedoch auch ein *extraneus* zur Defension der privaten Personenmehrheit zugelassen.[37]

14 Schärfer als bei den Gemeinden ist die Folge der Indefension: Wird die private Personenmehrheit nicht defendiert, sieht das Edikt ausdrücklich die *venditio bonorum* des Vermögens der Personenmehrheit (*res communes*) vor.[38]

---

[31] Zur Geltung des Edikts für Augustalenkörperschaften *Zahn*, Quid universitati (2021) 66–70.

[32] Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1.1. Zum *syndicus De Robertis*, SDHI 36 (1970) 304–340; *Biscardi*, Iura 31 (1980) 17 f.; *Mannino*, Defensor civitatis (1984) 53–60, 64–67; *Groten*, Corpus (2015) 320–322.

[33] Gegen die Echtheit des überlieferten *societas Kniep*, Societas I (1896) 241 f.; *Mitteis*, RP 396 Fn. 25; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 153; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 386 f.; *Cimma*, Società di publicani (1981) 179–181; *Malmendier*, Societas (2002) 253 Fn. 679; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 408; *Zahn*, Quid universitati (2021) 26–30. *Cohn*, Vereinsrecht (1873) 178 f. schlägt unter Berufung auf die Erwähnung von ἑταιρεί[α] im Schol. Ὁ τίτλος zu Basil. 8.2.101 (Scheltema Bas. B I 166; Heimb. I 419) die Emendation von *societas* zu *so⟨dalicium⟩* vor; zustimmend *Kniep*, Societas I (1896) 241 f.; *Mitteis*, RP 396 Fn. 25; *Krüger*, SZ 29 (1908) 520; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 400–410; ebenso unter zusätzlichem Verweis auf c. 74 *Lex Irn. Zahn*, Quid universitati (2021) 26–30; zurückhaltender *Gierke*, Genossenschaftsrecht III 42 f. Fn. 22; *Duff*, Personality (1938) 143 f.; ablehnend *Cimma*, Società di publicani (1981) 186–190; *Meissel*, Ess. Sirks 523. Für die Emendation zu *societa⟨tem⟩ Groten*, Corpus (2015) 154. Die Emendation *societas […] haber⟨i⟩ conceditur* erwägen *Mommsen*, EM I 96 Fn. 1; *Waltzing*, Étude II (1896) 445 Fn. 3.

[34] *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 400–411; a. A. *Cimma*, Società di publicani (1981) 186–190; *Meissel*, Ess. Sirks 523.

[35] Ulp. 9 ed. D. 46.8.9; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 67; *Duff*, Personality (1938) 39; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 285 mit Fn. 232; *Groten*, Corpus (2015) 69–71; *Zahn*, Quid universitati (2021) 83–86.

[36] Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1.2; *Lenel*, EP 101; *Albertario*, St. I 107; *Zahn*, Quid universitati (2021) 87 f.; unnötig skeptisch *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 417; *Groten*, Corpus (2015) 43 f.

[37] Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1.3; *Lenel*, EP 101; *Biscardi*, Iura 31 (1980) 16; *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 294 f. Fn. 123; *Zahn*, Quid universitati (2021) 90 f.; vgl. aber *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 516 Fn. 117.

[38] Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1.2; *Lenel*, EP 101.

Zur Vollstreckung für und gegen private Personenmehrheiten sind keine Quellen überliefert; wohl wie bei den Gemeinden (→ Rn. 10 f.) wird die *actio iudicati* für und gegen die Personenmehrheit erteilt.[39] 15

II. Die außergerichtliche Vertretung der Gemeinden

1. Die Vertretung bei dinglichen Geschäften

Der Inbegriff der Vermögensgegenstände einer Gemeinde heißt technisch *res communes*;[40] die Bezeichnung *res publicae* ist nach Ulpian abusiv, wird aber häufig gebraucht und findet sich wahrscheinlich sogar im Edikt (→ Rn. 9). Davon sind die *res in usu publico* zu unterscheiden, die im Gemeingebrauch stehen (→ § 38 Rn. 9).[41] Mehrere Inschriften bezeugen die Überlassung eines *locus publicus* durch *decretum decurionum* an Augustalen, Vereine oder private Einzelpersonen.[42] 16

Die Gemeinden können Eigentum[43] ebenso haben wie aus Servitut[44] und Nießbrauch[45] berechtigt sein. Soweit die Quellen Gemeinden als Inhaber von Pfandrechten nennen,[46] könnte damit freilich die Berechtigung aus der öffentlich-rechtlichen Prädiatur gemeint sein.[47] Ihre Sklaven (*servi publici*) können mit Zustimmung der *decu-* 17

[39] *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 271; *Biscardi*, Iura 31 (1980) 12; *Kaser/Hackl*, RZ 218. Zur Übertragung der ediktalen Indefensionsfolge auf die Vollstreckung gegen die private Personenmehrheit *Zahn*, Quid universitati (2021) 101 f.

[40] *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 76 f.; *Rodríguez Neila*, in: Castillo García et al., Sociedad y economía (2003) 112–114; *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 322–324, 327 f.

[41] Celsus bei Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6 pr.; Marcian. 3 inst. D. 1.8.6.1; Ulp. 10 ed. D. 50.16.17 pr.; *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 74 f.; *De Marco*, Loci publici (2004) 11–29; *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 324–327.

[42] c. 82 *Lex Urson.*; CIL X 1783 = ILS 5919 = FIRA² III 111 (Puteoli, 110–130 n. Chr.), dazu *Degenkolb*, SZ 4 (1864) 474–488; AE 1999, 453 (Puteoli, 110–130 n. Chr.), dazu *Camodeca*, in: Finanze municipali (1999) 1–23; CIL XI 3614 = ILS 5918a = FIRA² III 113 (Caere, 113 n. Chr.); CIL XIII 11313 = ILS 9418 = AE 1908, 132 = AE 1909, 203 (Augusta Treverorum, 161–211 n. Chr.); *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 327 f.; *Rainer*, SZ 106 (1989) 330.

[43] *Duff*, Personality (1938) 78; *Albanese*, Persone (1979) 562 mit Fn. 37; zum Eigentum an Wasserleitungen *Gallo*, ACME 68 (2015) 101–128.

[44] Iav. 4 ep. D. 8.1.12; *Duff*, Personality (1938) 85; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 127; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 370.

[45] Gai. 17 ed. prov. D. 7.1.56; Gai. 3 ed. prov. D. 33.2.8; Pap. 17 quaest. D. 31.66.7; Mac. 2 l. XX her. D. 35.2.68 pr.; Mod. 3 diff. D. 7.4.21; *Duff*, Personality (1938) 85; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 162 f.

[46] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.11 pr.; Paul. 5 resp. D. 20.6.12 pr.; Ant. C. 11.30.2 (s. a.); Ulp. 7 disp. D. 20.4.8; Mod. 1 resp. D. 50.1.36.1, dazu *Mantovani*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 280 f., *Mentxaka*, SemCompl. 28 (2015) 689–710; Mod. 4 resp. D. 20.6.9.1.

[47] *Mitteis*, RP 382 Fn. 18.

riones freigelassen werden.[48] Schenkungen sind den Gemeinden dagegen verboten.[49]

18 Soweit dingliche Rechte durch *mancipatio* erworben werden, kann die Gemeinde nach allgemeiner Auffassung nur durch das Handeln eines Gemeindesklaven erwerben: Wenn Plinius der Jüngere berichtet, dem *actor publicus* der Gemeinde Como ein Grundstück manzipiert zu haben,[50] soll es sich bei diesem um einen Sklaven handeln.[51] Eine *mancipatio* zugunsten eines freien Vertreters einer Gemeinde wird von der Literatur überwiegend abgelehnt.[52] Zum Erwerb der Gemeinde durch *traditio* und *usucapio* (→ § 40 Rn. 25 Fn. 122) .

2. Die Vertretung bei obligationenrechtlichen Geschäften

19 a. Die *duumviri* dürfen Darlehen aus Gemeindegeldern nur zu Zwecken, welche die *lex municipalis* ausdrücklich gestattet, und mit Zustimmung der *decuriones* gewähren.[53] Die Gewährung dieser Darlehen wird als *mutua da[re] municipum nomine* bezeichnet. Möglicherweise gelten hierfür die Grundsätze der Darlehensvalutierung *alieno nomine* (→ § 70 Rn. 8).[54]

20 Die *lex Irnitana* enthält eine Bestimmung, welche die Aufnahme von Darlehen für Zwecke der Gemeinde regelt.[55] Voraussetzung für eine Haftung der Gemeinde auf Rückzahlung des Darlehens ist ein wirksames *decretum decurionum* über die Kreditaufnahme und die Auszahlung des Darlehenskapitals. Nach Ulpian haftet eine Gemeinde auf Rückzahlung eines Darlehens, das ihre Vertreter aufgenommen haben, wenn das Kapital für Zwecke der Gemeinde verwendet wird.[56] Beide Regelungen stellen unter-

---

[48] Varro ling. 8,41; c. 72 *Lex Irn.*, dazu *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 109–111; vgl. Pap. 14 resp. D. 40.3.3; Ulp. 8 Sab. D. 29.2.25.1; Gord. C. 7.9.1 (s. a.); *Mitteis*, RP 385; *Duff*, Personality (1938) 86; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 156; *Albanese*, Persone (1979) 563.

[49] Ulp. off. cur. reipubl. sing. D. 50.9.4 pr.; *Mitteis*, RP 384; *Duff*, Personality (1938) 84; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 133; *Albanese*, Persone (1979) 563 Fn. 39.

[50] Plin. ep. 7,18,2.

[51] *Mitteis*, RP 208 Fn. 12; *Duff*, Personality (1938) 78 f.; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 126; Weiß, Sklave (2004) 60 f.; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 368–370; *Sudi-Giral*, in: Berrendonner et al., Quotidien municipal (2008) 409 f.

[52] *Mitteis*, RP 381 f. Fn. 17; *Duff*, Personality (1938) 78 f.; zurückhaltender *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 340 f. Fn. 21; a. A. *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 125 Fn. 51; *Solazzi*, Scr. I 338–340.

[53] c. 79 *Lex Irn.*, dazu *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 111–114; *Zahn*, Quid universitati (2021) 103 f.; vgl. Suppl.It. 13 Vardacate, 1 (Vardacate, 1. Jhd. n.Chr.), dazu *Arangio–Ruiz/Vogliano*, Athenaeum 20 (1942) 1–10, *Harris*, Athenaeum, 59 (1981) 338–352.

[54] *Zahn*, Quid universitati (2021) 104–107.

[55] c. 80 *Lex Irn.*; *d'Ors*, Ley Flavia (1986) 166; *González/Crawford*, JRS 76 (1986) 226; *Lo Cascio*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 681 f.; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 356 Fn. 62; *Zahn*, Quid universitati (2021) 115 f.; a. A. *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 114–116.

[56] Ulp. 10 ed. D. 12.1.27; der Vertreter der Gemeinde handelt als indirekter Stellvertreter; *Tuhr*,

schiedliche Voraussetzungen für die Haftung der Gemeinde auf, sodass zwischen ihnen kein Zusammenhang besteht.[57]

b. Beim *mutuum cum stipulatione* erwirbt die Gemeinde die Forderung aus der Stipulation nur dann, wenn das Stipulationsversprechen gegenüber einem Gemeindesklaven erklärt wird.[58] Ist *reus stipulandi* dagegen ihr freier Vermögensverwalter, ist dieser Gläubiger der Forderung aus der Stipulation; die Gemeinde ist nicht Partei des *mutuum cum stipulatione*, vielmehr ist der Vermögensverwalter ihr gegenüber nur im Innenverhältnis auf die Erzielung eines Zinsertrags verpflichtet.[59] **21**

Bei prätorischen Stipulationen steht der Gemeinde die Klage aus der Stipulation ebenfalls nur dann zu, wenn das Stipulationsversprechen gegenüber dem Gemeindesklaven erfolgt; wird es ihrem Prozessvertreter (*actor*) gegenüber erklärt, erwirbt nicht die Gemeinde, sondern ihr Vermögensverwalter eine *actio utilis*.[60] **22**

Noviert der freie Vermögensverwalter durch Stipulation eine Verbindlichkeit der Gemeinde gegenüber ihren Gläubigern, richtet sich die *actio directa* aus der Stipulation gegen ihn; auch nach seinem Ausscheiden aus dem Amt (*post depositum officium*) wird diese Klage gegen ihn nicht denegiert.[61] Die Haftung aus der Stipulation wird also nicht mittels *actio utilis* auf die Gemeinde überleitet. Vielmehr bleibt es bei der Haftung des Vermögensverwalters mit der *actio directa*. **23**

Von hoher praktischer Relevanz ist die Stipulation im Zusammenhang mit Stiftungen. Das klassische Recht kennt keine selbstständigen, sondern nur unselbständige **24**

Actio de in rem verso (1895) 308 f.; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 355; *Zahn*, Quid universitati (2021) 114 f.; vgl. *Kniep*, Societas I (1896) 362; *Gierke*, Genossenschaftsrecht III 164; *Finazzi*, in: Padoa Schioppa, Agire (2010) 107; a. A. *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 134.

[57] *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 356 Fn. 62; *Zahn*, Quid universitati (2021) 116; ungenau *González/Crawford*, JRS 76 (1986) 226; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 116.

[58] Paul. 25 quaest. D. 22.1.11.1; *Kniep*, Societas I (1896) 354; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 140; *Solazzi*, Compensazione (1950) 220; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 380; *Zahn*, Quid universitati (2021) 118–122.

[59] Paul. 25 quaest. D. 22.1.11 pr.; *Kniep*, Societas I (1896) 368; *Solazzi*, Compensazione (1950) 220; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 379; *Zahn*, Quid universitati (2021) 118–122; a. A. *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 140 f.

[60] Paul. 1 man. D. 3.4.10; Schol. Καὶ ἐπὶ τῷ παραγγεῖλαι zu Basil. 8.2.110 (Scheltema Bas. B I 172; Heimb. I 424); *Thomas*, Hom. Lepelley 212; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 360; *Zahn*, Quid universitati (2021) 132–134; vgl. *Solazzi*, Scr. I 333; a. A. *Mitteis*, RP 222 f. mit Fn. 61; *Duff*, Personality (1938) 82; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 124, 128; *Finazzi*, in: Padoa Schioppa, Agire (2010) 168; *Harke*, Actio utilis (2016) 310; missverständlich *Kniep*, Societas I (1896) 361.

[61] Pap. 1 resp. D. 50.8.5.1; *Kniep*, Societas I (1896) 374; *Gierke*, Genossenschaftsrecht III 164; *Mitteis*, RP 224 Fn. 68, 228, 383 Fn. 21; *Solazzi*, Scr. I 333 f.; *Duff*, Personality (1938) 82 f. Fn. 6; *Wacke*, SZ 111 (1994) 350 Fn. 250; *Thomas*, Hom. Lepelley 212; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 344 f., 348 f.; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 219 f.; *Zahn*, Quid universitati (2021) 134–136; a. A. *Finkenauer*, SZ 125 (2008) 449 Fn. 44.

Stiftungen, bei denen das Stiftungsvermögen einer Personenmehrheit unter der Auflage übereignet wird, es entsprechend dem Stifterwillen zu verwenden (→ § 8 Rn. 224).[62] Die Zuwendung kann durch Schenkung unter Lebenden[63] oder von Todes wegen durch Vermächtnis (*legatum* oder *fideicommissum*;[64] zur Fähigkeit der Gemeinden zum Erwerb von Todes wegen (→ § 52 Rn. 9 f.; § 98 Rn. 15) erfolgen.[65] Gemeinden sind regelmäßig Empfänger derartiger Zuwendungen und damit Träger des Stiftungsvermögens, da sie als *aetern[a] re[s] publ(ic[a])*[66] Gewähr für die „ewige" Vollziehung des Stifterwillens bieten.[67] Die Auflage ist nicht aus sich selbst heraus verbindlich; vielmehr muss ihre Vollziehung grundsätzlich durch Stipulation versprochen werden.[68] Die Quellen erwähnen zwar die Vornahme einer derartigen Stipulation im Zusammenhang mit Stiftungen zugunsten von Gemeinden, lassen jedoch keine Details erkennen, auf welche Art und Weise sowie unter Beteiligung welcher Personen der Verbalakt vorgenommen wird.[69]

25 c. Zum Litteralkontrakt unter Beteiligung einer Gemeinde haben sich nur epigraphische Quellen erhalten. Zwei Inschriften aus Trebula Suffenatium bezeugen eine *transcriptio a persona in personam*, deren Gläubiger das *municipium Trebulanorum Suffenatium* ist.[70] Wer für die Gemeinde gehandelt hat, lässt sich den Inschriften nicht

[62] *Pernice*, Labeo III.1 (1892) 56; *Mitteis*, RP 414; *Laum*, Stiftungen I (1914) 163–166; *Le Bras*, St. Riccobono III 31 f.; *Duff*, Personality (1938) 168; *Bruck*, Kulturgeschichte (1954) 70; *De Visscher*, Et. III 194; *Amelotti*, Testamento (1966) 137 f.; *Kaser*, RP I 310; *Magioncalda*, in: Finanze municipali (1999) 175 f.; *Alexander*, Anstalten (2003) 71 f.; *Chevreau*, Mél. Lefebvre – Teillard 230; *Blanch Nougués*, Fundaciones (2007) 74–76.

[63] *Mitteis*, RP 200–203; *Kaser*, RP I 259.

[64] *Pernice*, Labeo III.1 (1892) 37; *Mitteis*, RP 197 mit Fn. 7; *Le Bras*, St. Riccobono III 46–49; *Légier*, RHD[4] 38 (1960) 372; *Grosso*, Legati (1962) 469; *Kaser*, RP I 259; *Voci*, DER II 620 f.; *Johnston*, JRS 75 (1985) 118; *Johnston*, Trusts (1988) 240; *Kaiser*, ZPE 86 (1991) 165 f.; *Magioncalda*, Fondazioni (1994) passim; *Magioncalda*, in: Finanze municipali (1999) 192.

[65] Die Zuwendung kann auch durch *pollicitatio* einseitig versprochen werden; ihre Vornahme kann dann von der Gemeinde erzwungen werden; *Kaser*, RP I 604; *Wesch-Klein*, Historia 38 (1989) 178–185; *Lepore*, Rei publicae I (2005) 115–211.

[66] CIL XIV 2795 = ILS 272, Z. 8 f. (Gabii, 140 n. Chr.).

[67] *Le Bras*, St. Riccobono III 40 f.; *Amelotti*, Testamento (1966) 139; *Magioncalda*, in: Finanze municipali (1999) 176; vgl. *Bruck*, Kulturgeschichte (1954) 75.

[68] *Di Salvo*, Legato modale (1973) 94; *Johnston*, JRS 75 (1985) 118; *Johnston*, Trusts (1988) 240; vgl. *Mitteis*, RP 197; *Kaser*, RP I 259.

[69] CIL XIV 2795 = ILS 272 (Gabii, 140 n. Chr.): *secundum exemplum codicillorum Cl(audi) Vitalis stipulatione interposita*; CIL II 4511 (Barcino, 2. Hälfte 2. Jhd. n. Chr.): *colon(is) Barcinonens(ibus) ex Hispania [cit]er(iore) / [apud q]uos natus sum HS C ita si cav[e]ant*; CIL XIV 353 = ILS 6148 (Ostia, 2. Hälfte 2. Jhd. n. Chr.): *stipulatione interposita*; CIL XIV 367 = ILS 6164 = FIRA[2] III 44 (Ostia, 182 n. Chr.): *excepta stipulatione*; CIL XIV 431 (Ostia, 3. Jhd. n. Chr.): *excepta stipulatione.*; vgl. Paul. iur. fact. ignor. sing. D. 22.6.9.5; *Le Bras*, St. Riccobono III 43 f.; *Amelotti*, Testamento (1966) 21 f.,137; *Magioncalda*, in: Finanze municipali (1999) 193 f., 198 f.; zweifelhaft die Annahme von *d'Ors*, Epig. jur. 424; *Magioncalda*, MEP 11 (2006) 201–204, dass das Stipulationsversprechen durch Munizipalmagistrate als direkte Stellvertreter der Gemeinde abgegeben wird.

[70] CIL XIV 3471 = FIRA[2] III 124 = AE 1999, 571a (Trebula Suffenatium, 54–56 n. Chr.); AE 1999,

entnehmen. Die *leges municipales* geben immerhin zu erkennen, dass die Führung der *tabulae publicae* und der *rationes* der Gemeinde den *scribae* obliegt;[71] insofern erscheint ihre Beteiligung am Abschluss des Litteralkontrakts möglich.

26 d. Gegenstände des Gemeindevermögens (*res communes*) können als *vectigalia* verkauft oder verpachtet werden,[72] wobei die Abgrenzung von *venditio* und *locatio* nicht eindeutig ist.[73] Darüber hinaus werden öffentliche Aufgaben wie Lieferungen und Dienstleistungen (*ultro tributa*) ebenfalls durch *locatio* vergeben.[74] Schließlich scheint es *locationes* sonstiger Gegenstände gegeben zu haben.[75] Dabei hat der Geschäftspartner der Gemeinde (*manceps*, *redemptor*) persönliche (*praedes*, *cognitores*) und dingliche Sicherheiten (*praedia*) nach öffentlichem Recht zu stellen.[76] Die Einzelheiten des Vertragsschlusses sind noch nicht vollständig geklärt.

27 Der Vermögensverwalter der Gemeinde scheint aus der *venditio* und *locatio* für die Gemeinde selbst zu haften, solange er im Amt ist; nach seinem Ausscheiden wird die *actio empti* oder *locati* gegen ihn denegiert.[77] An die Stelle der zivilen *actio directa* tritt wahrscheinlich eine *actio utilis* gegen die Gemeinde.[78]

28 Grundstücke im Eigentum der Gemeinde werden als *ager vectigalis* verpachtet, wobei der Pächter eine verdinglichte Rechtsstellung erlangt (→ § 51 Rn. 16–19). Diese Konstruktion wird auch für Stiftungen zugunsten von Gemeinden genutzt: Der Stifter

---

571b (Trebula Suffenatium, 98–117 n. Chr.); hierzu *Macqueron*, Contractus scripturae (1982) 169–171; *Gregori*, in: Finanze municipali (1999) 25–39; *Schnabel*, Adiectus (2015) 173–178. Für das Auftreten eines *solutionis causa adiectus Buongiorno/Cao*, St. Broilo 93 f.; dagegen zurecht *Schnabel*, Adiectus (2015) 178 f.

[71] c. 81 *Lex Urson.*; c. 73 *Lex Irn.* Zum Personal der munizipalen Finanzverwaltung *Rodríguez Neila*, CCGG 14 (2003) 115–129.

[72] *Spitzl*, Lex municipii Malacitani (1984) 83–104; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 96–105; *Rodríguez Neila*, in: Castillo García et al., Sociedad y economía (2003) 120–138. Nach Ulp. 76 ed. D. 50.17.160 pr.–1 muss die Mehrheit der Mitglieder einer Körperschaft (*univers[i]*) dem Verkauf eines Gegenstandes des Körperschaftsvermögens zustimmen, dazu *Ernst*, SZ 132 (2015) 23–28 mwN; *Zahn*, Quid universitati (2021) 175–181; vgl. c. 64 *Lex Malac./Irn.*; Ulp. 11 ed. D. 18.1.50.

[73] *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 446 f. Fn. 189; vgl. Gai. 3.145, dazu *Nelson/Manthe*, Gai. Inst. Kontraktsoblig. 293–296, *Torrent*, Index 42 (2014) 544–567 mwN.

[74] *Spitzl*, Lex municipii Malacitani (1984) 83 f.; *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 452 f.

[75] c. 63 *Lex Malac./Irn.*; *Spitzl*, Lex municipii Malacitani (1984) 83 f.; *Nörr*, SZ 132 (2015) 429. S. etwa die *leges libitinariae Puteolana* (AE 1971, 88, Puteoli, 10 v. Chr.–20 n. Chr.) und *Cumana* (AE 1971, 89, Cumae, 1–50 n. Chr.), dazu *Castagnetti*, Leges libitinariae (2012) mwN, *Nörr*, SZ 132 (2015) 421–448.

[76] c. 63–65 *Lex Malac./Irn.*; *Mommsen*, Ges. Schr. I 357–369; *Spitzl*, Lex municipii Malacitani (1984) 70–76.

[77] Pap. 1 resp. D. 50.8.5.1; *Mitteis*, RP 223 f., 383 Fn. 21; *Solazzi*, Scr. I 335, 338; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 219 f.; *Zahn*, Quid universitati (2021) 184 f.; vgl. *Kniep*, Societas I (1896) 374; *Thomas*, Hom. Lepelley 212; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 349–351; *Finkenauer*, SZ 125 (2008) 449 Fn. 44.

[78] *Mitteis*, RP 224 mit Fn. 68, 383 mit Fn. 19; *Solazzi*, Scr. I 335.

übereignet ein Grundstück der Gemeinde und erhält es als *ager vectigalis* wieder zurück; der von ihm entrichtete *vectigal* wird für den Stiftungszweck verwendet.[79]

29 e. Wird durch *constitutum debiti* die Erfüllung einer Schuld, die gegenüber einer Gemeinde besteht, dem *actor municipum* zugesagt, erwirbt nach herrschender Juristenmeinung der *actor* die Klage aus der Erfüllungszusage.[80] Nur wenn ausdrücklich die Erfüllung zugunsten der *municipes* zugesagt wird, gewährt Ulpian diesen eine *actio utilis*.[81]

30 Sagt der *actor municipum* die Erfüllung einer Leistung zu, welche die Gemeinde schuldet, haftet er selbst mit der *actio de pecunia constituta*.[82] Scheidet er aus seinem Amt aus, wird die Klage gegen ihn denegiert.[83] Wahrscheinlich haftet an seiner Stelle die Gemeinde mit einer *actio utilis*.[84]

31 f. Schließt der Sklave einer Gemeinde einen Vertrag auf das *iussum* ihres Vermögensverwalters, haftet dieser mit der *actio quod iussu*, nicht dagegen die Gemeinde, obgleich sie Eigentümerin des Sklaven ist.[85]

32 In einer Urkunde aus dem Sulpizier-Archiv verspricht ein *colonorum coloniae Puteolanae servus arcarius* durch *fidepromissio* die Rückzahlung eines Darlehens.[86] Da entgegen der üblichen Urkundenpraxis ein *iussum* nicht erwähnt wird,[87] kommt nur

---

[79] Plin. ep. 7,18,2–3; CIL X 5853 = ILS 6271 = FIRA² III 114 (Ferentinum, 2. Jhd. n. Chr.); *Mommsen*, Ges. Schr. III 256–258; *Huschke*, ZVglRWiss 1 (1878) 184–186; *Pernice*, Labeo III.1 (1892) 162 f.; *Karlowa*, RRG II 1270 f.; *Mitteis*, Erbpacht (1901) 23 Fn. 1; *Le Bras*, St. Riccobono III 38; *Johnston*, JRS 75 (1985) 117; *Magioncalda*, in: Finanze municipali (1999) 186–189.

[80] Ulp. 27 ed. D. 13.5.5.7; *Solazzi*, Scr. I 403; *Finazzi*, in: Padoa Schioppa, Agire (2010) 172; *Harke*, Actio utilis (2016) 316; *Zahn*, Quid universitati (2021) 200–202; ähnlich *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 374 f.

[81] Ulp. 27 ed. D. 13.5.5.9; *Solazzi*, Scr. I 403; *Navarra*, Utilitas (2002) 164; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 374; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 159; *Zahn*, Quid universitati (2021) 202 f.

[82] Ulp. 27 ed. D. 13.5.5.8; *Mitteis*, RP 383 Fn. 21; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 128; *Solazzi*, Scr. I 334; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 376; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 159 f.; *Zahn*, Quid universitati (2021) 204 f.

[83] Pap. 1 resp. D. 50.8.5.1; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 344, 376; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 219 f.; *Zahn*, Quid universitati (2021) 205; vgl. *Thomas*, Hom. Lepelley 212.

[84] *Mitteis*, RP 224 mit Fn. 68, 383 mit Fn. 19; *Solazzi*, Scr. I 335, 338.

[85] Pomponius bei Ulp. 10 ed. D. 15.4.4; *Kniep*, Societas I (1896) 355; *Solazzi*, Scr. I 334; *Duff*, Personality (1938) 82 f. Fn. 6; *Aubert*, CCGG 10 (1999) 60 f. Fn. 45; *Thomas*, Hom. Lepelley 212; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali (2006) 357; *Pulitanò*, Responsabilità collettiva (2018) 67; *Zahn*, Quid universitati (2021) 206–208; unzutreffend *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 123 f.; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 334 mit Fn. 143; *Albanese*, Persone (1979) 564 Fn. 44; *Biscardi*, Iura 31 (1980) 16; *Schleppinghoff*, Actio quod iussu (1996) 20 Fn. 55; *Stolfi*, Libri ad edictum II (2001) 126.

[86] TPSulp. 56 (Puteoli, 7. März 52 n.Chr.).

[87] *Camodeca*, Archivio (1992) 193; *Camodeca*, TPSulp. 147; vgl. *Del Sorbo*, Index 39 (2011) 389–405.

eine Haftung der Gemeinde *de peculio* oder *de in rem verso* in Frage,[88] wobei die Details unklar sind.

g. Ob die Gewährung der *actio utilis* gegen die Gemeinde auf einer ausdrücklichen ediktalen Verheißung beruht,[89] ist zweifelhaft. Die hierfür angeführte Paulus-Stelle[90] spricht von *contract[us] magistratuum municipalium*, während die übrigen Texte vom Vermögensverwalter[91] oder vom Prozessvertreter[92] einer Gemeinde handeln. Zudem haften nach Paulus mit den *duumviri* weiterhin Munizipalmagistrate neben der *res publica*,[93] sodass es zu keiner vollständigen Haftungsüberleitung auf die Gemeinde kommt, sondern weiterhin Einzelpersonen neben ihr haften. **33**

III. Die außergerichtliche Vertretung der Vereine

Die römischen Historiker führen die *collegia* auf die Königszeit zurück.[94] Mit dem *lapis Satricanus* bezeugt eine Inschrift die Existenz von *suodales Mamartei* bereits in archaischer Zeit.[95] Gaius berichtet, die Zwölf Tafeln hätten eine Bestimmung enthalten, die *sodales* die Befugnis einräumt, sich *pactiones* zu geben, wenn diese nicht gegen die *lex publica* verstoßen.[96] Zurecht wird dies überwiegend als Verbürgung der Satzungsautonomie interpretiert;[97] unzutreffend ist die Deutung, es handele sich um eine Garantie **34**

[88] *Zahn*, Quid universitati (2021) 209 f.; unzutreffend *Jakab*, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 138, der zufolge die Gemeinde aufgrund ihres Eigentumserwerbs auf Rückzahlung des Darlehens hafte.

[89] So *Lenel*, EP 100; *Kniep*, Societas I (1896) 375; *Mitteis*, RP 383 Fn. 19; *Solazzi*, Scr. I 334.

[90] Paul. 1 ed. D. 44.7.35.1: *In duumviros et rem publicam etiam post annum actio datur ex contractu magistratuum municipalium*, dazu *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 120 f., *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali, 352–354.

[91] Pap. 1 resp. D. 50.8.5.1: *In eum, qui administrationis tempore creditoribus rei publicae novatione facta pecuniam cavit, post depositum officium actionem denegari non oportet* […].

[92] Ulp. 27 ed. D. 13.5.5.9.

[93] Vgl. *Thomas*, Hom. Lepelley 212 Fn. 65.

[94] Plu. Num. 17; Flor. epit. 1,6,3; *Schulz–Falkenthal*, WZ Halle-Wittenberg 14/2 (1965) 55–64; *Gabba*, JRS 74 (1984) 81–86; *Groten*, Corpus (2015) 206 Fn. 8 mwN.

[95] CIL I² 2832a (Satricum, 6. Jhd.–480 v. Chr.); *Stibbe* et al., Lapis Satricanus (1980); *Versnel*, Gymnasium 89 (1982) 193–235; *Welwei*, SZ 110 (1993) 60–76; *Fiori*, FS Serrao 99–158; *Fiori*, in: Cursi, XII Tabulae II (2018) 692–694; *Lucchesi/Magni*, Lapis Satricanus (2002); *Humbert*, AUPA 53 (2009) 33; *Humbert*, XII tables (2018) 656.

[96] Gai. 4 l. XII Tab. D. 47.22.4.

[97] *Mommsen*, De collegiis (1843) 35 f.; *Cohn*, Vereinsrecht (1873) 33 Fn. 47; *Waltzing*, Étude I (1895) 79; *Waltzing*, Étude II (1896) 469; *Kornemann*, s. v. collegium, RE IV.1 404 f.; *Mitteis*, RP 395; *Radin*, Legislation (1908) 71; *San Nicolò*, Vereinswesen II (1915) 18; *Duff*, Personality (1938) 103; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 224; *De Robertis*, Corporazioni I (1971) 45–48; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 26 f.; *Behrends*, Ausgew. Aufs. II 680; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 79; *Nörr*, SZ 125 (2008) 117 Fn. 38; *Humbert*, AUPA 53 (2009) 36; ; *Humbert*, XII tables (2018) 654; *Laubry/Zevi*, Archeologia classica 63 (2012) 333; *Groten*, Corpus (2015) 208; *Zahn*, Quid universitati (2020) 279–281, 315–336.

der Vereinigungsfreiheit.[98] Der Zwölftafelsatz ist auch der Ursprung eines besonderen Vereinsvermögens, weil die *pactiones* den *sodales* ermöglichen, Regelungen für ihr gemeinsames Vermögen zu treffen.[99]

35 Für die Zeit der Republik ist die Auflösung einzelner Vereine aufgrund von Senatsbeschlüssen bezeugt, namentlich durch das *senatus consultum de Bacchanalibus* (→ § 8 Rn. 218).[100] Im 1. Jahrhundert v. Chr. scheinen die Vereine für verbotene Wahlkampfformen (*crimen sodaliciorum*) missbraucht worden zu sein, weshalb es zu verschiedenen staatlichen Maßnahmen gegen sie kommt.[101]

36 Von Caesar und Augustus werden zahlreiche Vereine aufgelöst.[102] Zugleich verlangt eine unter Augustus erlassene[103] *lex Iulia*[104] für die Bildung von Vereinen jeder Art die

---

[98] So aber *Pernice*, Labeo I (1873) 290; *Mommsen*, Strafrecht 875; *Mommsen*, Ges. Schr. III 65; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 259 f.; *Ciulei*, SZ 84 (1967) 372; *Diliberto*, Index 18 (1990) 418; *Diliberto*, XII tavole (1992) 113, 116 f.; *Chevreau*, Mél. Lefebvre-Teillard 224; *Kaser/Knütel/Lohsse* (→ § 27 Rn. 10); vgl. *Crawford*, RS II 694 f.

[99] *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 323–326, 425–427; *Duff*, Personality (1938) 131; *Zahn*, Quid universitati (2021) 330–335; vgl. *Waltzing*, Étude II (1896) 439; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 239 f., 299 f. Den Ausschluss der Teilungsklage als Regelungsinhalt des Zwölftafelsatzes vermuten *Diliberto*, Index 18 (1990) 417 mit Fn. 99; *Diliberto*, XII tavole (1992) 113 mit Fn. 315; *Kofanov*, BIDR 100 (1997) 463 f.

[100] CIL I² 581 = ILS 18 = FIRA² I 30 (Ager Teuranus, 186 v. Chr.); *Fraenkel*, Hermes 67 (1932) 369–396; *Albanese*, St. Talamanca I 1–34; *Groten*, Corpus (2015) 208–235. S. auch Liv. 39,8–19; zum Verhältnis der Überlieferung des *senatus consultum* durch die Inschrift und durch Livius *Pailler*, Bacchanalia (1988) 178–193; *Gallo*, BStLat 47 (207) 519–540.

[101] Überblick bei *Kornemann*, s. v. collegium, RE IV.1 405–408; *Radin*, Legislation (1908) 76–88; *De Robertis*, Corporazioni I (1971) 79–146; *Bendlin*, in: Kippenberg/Schuppert, Verrechtlichte Religion (2005) 89; *Groten*, Corpus (2015) 235–241; *Stroh*, FS Bürge 361–418.

[102] Suet. Iul. 42,3; Suet. Aug. 32,1; vgl. Ascon. Corn., p. 75 Cl.; *De Robertis*, Corporazioni I (1971) 85; *Marshall*, Asconius (1985) 263; *Liu*, Ess. Harris 291; *Groten*, Corpus (2015) 243.

[103] Die *lex Iulia* wurde unter Augustus erlassen, wie nunmehr der Vergleich von c. 106 *Lex Urson.* mit c. 74 *Lex Irn.* ergibt; *d'Ors*, Ley Flavia (1986) 159; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 228 f.; *Zahn*, Quid universitati (2021) 41–45; vgl. *Groten*, Corpus (2015) 266; zurückhaltend *González/Crawford*, JRS 76 (1986) 150, 224; *Liu*, Ess. Harris 290–295. Ebenfalls für eine Datierung unter Augustus bereits *Mommsen*, Ges. Schr. III 115; *Kornemann*, s. v. collegium, RE IV.1 408; *Mitteis*, RP 395; *Duff*, Personality (1938) 109; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 251 f.; *Schulz*, CRL 96; *Kaser*, RP I 308; *Albanese*, Persone (1979) 568; *Ausbüttel*, Vereine (1982) 92; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 78 f.; *Bendlin*, in: Kippenberg/Schuppert, Verrechtlichte Religion (2005) 93–95; *Groten*, Corpus (2015) 241–245; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 27 Rn 3. Überholt ist dagegen die Datierung unter Caesar durch *De Robertis*, Corporazioni I (1971) 203–208; *Randazzo*, BIDR 94/95 (1991/92) 50; *de Ligt*, in: Lo Cascio, Mercati (2000) 243; *de Ligt*, Latomus 60 (2001) 346.

[104] Dieses Gesetz wird in der Literatur häufig als *lex Iulia de collegiis* bezeichnet; s. nur *Mommsen*, Ges. Schr. III 113 ff.; *De Robertis*, Corporazioni I (1971) 189 ff.; *Bendlin*, in: Kippenberg/Schuppert, Verrechtlichte Religion (2005) 93 ff.; *Groten*, Corpus (2015) 241–305; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 27 Rn 3. Doch ist dieser Titel in den Quellen nicht belegt; zurecht sprechen daher lediglich von einer *lex Iulia Mitteis*, RP 305; *Kaser*, RP I 308; *Zahn*, Quid universitati (2021) 42 f. mit Fn. 90. Erwogen wird auch, dass die Bestimmung betreffend der *collegia* Teil einer *lex Iulia de vi* gewesen sein könnte; so *Radin*,

Erteilung einer staatlichen Erlaubnis (→ § 8 Rn. 219 f.).[105] Unter Hadrian wird durch *senatus consultum* die Bildung von *collegia* durch *tenuiores*[106] in der Stadt Rom allgemein erlaubt,[107] die an die Voraussetzung geknüpft ist, dass sich diese *collegia* nur einmal im Monat versammeln. Unter Septimius Severus wird diese generelle Erlaubnis auf Italien und die Provinzen ausgedehnt.[108] Gaius berichtet von der Erlaubnispflicht für *collegia* im Rahmen seiner Kommentierung des prätorischen Edikts über ihre Prozessvertretung.[109] Überwiegend wird daraus gefolgert, dass die Erlaubnis Voraussetzung für die Rechtsfähigkeit eines *collegium* ist.[110] Der Kontext spricht jedoch dafür, dass die Erlaubnis stattdessen Voraussetzung für seine Prozessfähigkeit ist.[111]

Legislation (1908) 92–97; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 259; *Duff*, Personality (1938) 109; *Liu*, Ess. Harris 292; a. A. *Bendlin*, in: Kippenberg/Schuppert, Verrechtlichte Religion (2005) 94.

[105] CIL VI 4416 = ILS 4966 = FIRA² III 38 (Rom, 10–14 n. Chr.); zur Auflösung der Abkürzung *C C C Mommsen*, Ges. Schr. III 114 mit Fn. 54; *Mommsen*, Strafrecht 876 Fn. 5; *Berger*, Epigraphica 9 (1947) 50–55; *Berger*, SZ 68 (1951) 486–490; *Duff*, RIDA 6 (1951) 79–81; *Saumagne*, RHD 31 (1954) 261; *Groten*, Corpus (2015) 289–293. Zahlreiche Inschriften bezeugen mit der Formel *quibus s(enatus) c(onsulto) coire licet* die Verleihung der Erlaubnis; zusammengestellt bei *Tran*, Membres (2006) 352. Zur Formel *ex s(enatus) c(onsulto) dendrophori creati* in CIL X 3699 (Cum/ae/Puteoli, 251 n. Chr.) *Van Haeperen*, ZPE 17 (2010) 259–266. Zur Erlaubnis der Bildung einer Kasse von *seviri Augustales* in CIL V 4428 = ILS 6720 (Brixia, nach 161 n. Chr.) *Mommsen*, Staatsrecht II.2 887 mit Fn. 3; *De Robertis*, Corporazioni I (1971) 253–257; *Abramenko*, Mittelschicht (1993) 168–171; *de Ligt*, Latomus 60 (2001) 357 f.; *Tran*, Membres (2006) 358–362; *Liu*, Stud. Bogaert 250 mit Fn. 60; *Groten*, Corpus (2015) 290. Zur Erlaubnis eines provinzialen *corpus* von νέοι in CIL III 7060 = ILS 7190 = FIRA² I 48 (Cyzicus 138–161 n. Chr.) *Mommsen*, EpEph 3 (1877) 156–160; *Mommsen*, Staatsrecht II.2 886 f. mit Fn. 5; *Radin*, Legislation (1908) 124 f.; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 265, 309; *De Robertis*, Corporazioni I (1971) 268 f. Fn. 139; *Randazzo*, BIDR 94/95 (1991/92) 60; *de Ligt*, Latomus 60 (2001) 351 f., 357 f.; *Groten*, Corpus (2015) 297 f.; *Eck*, QL 7 (2017) 51. Zur Erlaubnis einer Vereinigung von ναύκληροι in AE 2013, 1578 (Milet, 131 n. Chr.) *Ehrhardt/Günther*, Chiron 43 (2013) 199–220.

[106] *Tenuiores* ist strikt als Rechtsbegriff zu verstehen, der alle freien Bürger mit Ausnahme der *honestiores* (Senatoren, Ritter, *decuriones* und ihre Angehörigen) umfasst; Call. 6 cogn. D. 48.19.28.2. Es handelt sich also nicht um „kleine Leute"; zutreffend *Bendlin*, in: Kippenberg/Schuppert, Verrechtlichte Religion (2005) 100 f.

[107] Marcian. 3 inst. D. 47.22.1 pr.–1; CIL XIV 2112 = ILS 7212 = FIRA² III 35, Z. 10–13 (Lanuvium, 136 n. Chr.); AE 2010, 242 und AE 2010, 243a (Ostia, 121 n. Chr.); *Laubry/Zevi*, Archeologia classica 63 (2012) 318; ähnlich *Buongiorno*, AUPA 59 (2016) 58. Überholt sind deshalb die Datierungsvorschläge von *De Robertis*, Corporazioni I (1971) 286–293; *Randazzo*, BIDR 94/95 (1991/92) 74–77; *de Ligt*, in: Lo Cascio, Mercati (2000) 249; *de Ligt*, Latomus 60 (2001) 346.

[108] Marcian. 3 inst. D. 47.22.1 pr.

[109] Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1 pr.

[110] *Gierke*, Genossenschaftsrecht III 96 f.; *Waltzing*, Étude II (1896) 444 f.; *Kornemann*, s. v. collegium, RE IV.1 430; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 265 f.; *Behrends*, Ausgew. Aufs. II 686 f., 690 f.; *Aubert*, CCGG 10 (1999) 53; *Groten*, Corpus (2015) 311; *Kaser/Knütel/Lohsse* → § 27 Rn. 3; a. A. *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 241–246; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 78 f.

[111] *Zahn*, Quid universitati (2021) 56–61.

37 Aus der Kaiserzeit haben sich *leges collegii* erhalten, welche die inneren Rechtsverhältnisse des Vereins regeln (→ § 8 Rn. 216).[112] Sie führen ihre Geltung auf den Willen der Gesamtheit der Mitglieder zurück.[113] Nach der kaiserzeitlichen *interpretatio* des Zwölftafelgesetzes kommt den als *pactiones* bezeichneten Beschlüssen der Vereinsmitglieder rechtliche Geltung zu, wenn ihre Regelungen nicht gegen die *lex publica* verstoßen.[114] Da die *lex rivi Hiberiensis* – sie gilt für eine Wassergenossenschaft in der Baetica – eine Prozessformel überliefert, mit der aus der *lex* geklagt werden kann,[115] ist es wahrscheinlich, dass Rechtspositionen aus der *lex collegii* vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können.[116]

[112] *Lex collegii aquae* (CIL VI 10298 = FIRA² III 32, Rom, 1. Jhd. v. Chr.–14 n. Chr.); *lex incerti collegii Romae* (CIL VI 1932a = 5179, Rom, 1. Jhd. n. Chr.); *lex familiae Silvani* (AE 1929, 161 = FIRA² III 37, Trebula Mutuesca, 60 n. Chr.); *lex collegii eborariorum et citriariorum* (CIL VI 33885 = ILS 7214 = FIRA² III 33, Rom, 117–138 n. Chr.); *lex collegii Lanuvini* (CIL XIV 2112 = FIRA² III 35, Lanuvium, 136 n. Chr.); *lex collegii Aesculapii et Hygiae* (CIL VI 10234 = ILS 7213 = FIRA² III 36, Rom, 153 n. Chr.); *lex curiae Iovis* (CIL VIII 14683 = ILS 6824, Henchir Ed Dekir, 185 n. Chr.); *lex collegii cornicinum legionis III Augustae* (CIL VIII 2557 = ILS 2354 = FIRA² III 34, Lambaesis, 203 n. Chr.); *lex collegii tubicinum legionis III Augustae* (ILS 9096 = AE 1906, 10, Lambaesis, 209–211 n. Chr.); *lex collegii Carthaginensis?* (CIL VIII 12574, Carthago); *lex incerti collegii Ostiensis* (AE 2012, 312, Ostia); vgl. CIL X 1579 = ILS 4291 (Puteoli, 2. Jhd. n. Chr.).

[113] *Lex collegii Lanuvini* (CIL XIV 2112 = ILS 7212 = FIRA² III 35, Sp. 1, Z. 6, Lanuvium, 136 n. Chr.): *le[x] ab ipsis constitut[a]*; *lex collegii Aesculapii et Hygiae* (CIL VI 10234 = ILS 7213 = FIRA² III 36, Z. 23, Rom, 153 n. Chr.): *hoc decretum ordini n(ostro) placuit in conventu pleno.*

[114] Gai. 4 l. XII tab. D. 47.22.4; *Mommsen*, De collegiis (1843) 35 f.; *Waltzing*, Étude II (1896) 469; *San Nicolò*, Vereinswesen II (1915) 18; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 26 f.; *Honsell/Mayer–Maly/Selb* 79; *Nörr*, SZ 125 (2008) 117 Fn. 38; *Humbert*, AUPA 53 (2009) 36; *Humbert*, XII tables (2018) 654; *Laubry/Zevi*, Archeologia classica 63 (2012) 333; *Zahn*, Quid universitati (2021) 274–281; vgl. *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 224.

[115] § 15 *Lex riv. Hib.*: *Iudex esto. Quitquit parret e lege / [rivi (?) Hiberiensis (?)] quae lexs est ex conventione paga/[nica(?) omnium(?) C]aesaraugustanorum Gallorum Cas/[cantensium Bels]inonensium paganorum illum / illi d⟨are⟩ (?) oportere, ei]us iudex illum illi c(ondemnato), s(i) n(on) p(arret) a(bsolvito).* Zur Textrekonstruktion Nörr, SZ 128 (2008) 134 mit Fn. 124; Zahn, Quid universitati (2021) V. Kap. § 3 II.1.a)

[116] *Nörr*, SZ 125 (2008) 156 mit Fn. 240; *Zahn*, Quid universitati (2021) 281–301; gleichsinnig bereits *Waltzing*, Étude II (1896) 470; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 364, 367 f.; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 303; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 325 f.; überholt daher die ablehnende Haltung von *Kornemann*, s. v. collegium, RE IV.1 435; *Mitteis*, RP 347 Fn. 21; *Schulz*, CRL 100; *Kaser*, RP I 309; *Magdelain*, Loi (1978) 47. Eine (interne) Vereinsgerichtsbarkeit samt konkurrierender Gerichtsbarkeit des Prätor bezeugt die *lex collegii aquae* (CIL VI 10298 = FIRA² III 32, Rom, 1. Jhd. v. Chr.–14 n. Chr.); *Nörr*, SZ 125 (2008) 156–158 mwN.

1. Die Vertretung bei dinglichen Geschäften

Die Vereine haben ein eigenes Vermögen (*res communes*),[117] das erstmals im *senatus consultum de Bacchanalibus* von 186 v. Chr. erwähnt wird.[118] Eine kaiserzeitliche Inschrift überliefert eine *mancipatio*, bei der als Erwerber *immunes et curator et pleps universa collegi* auftreten; sie dient der Übereignung eines Grundstücks und der Bestellung mehrerer Servituten.[119] Ob durch die Vornahme der *mancipatio* als Kollektivakt das quiritische Eigentum übertragen und eine Servitut nach *ius civile* wirksam bestellt werden kann, ist umstritten.[120] **38**

Daneben gibt es weitere epigraphische Quellen, welche die Existenz von *usus fructus*[121] und Servituten[122] zugunsten von Vereinen bezeugen könnten. Über die Art ihrer Bestellung ist nichts bekannt. **39**

Mark Aurel verleiht den *collegi[a] quibus coeundi ius est* die Fähigkeit, ihre Sklaven freizulassen.[123] Auf welche Art und Weise die Freilassung erfolgt, ist nicht überliefert. **40**

---

[117] Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1.1; ferner Marcian. 2 iud. publ. D. 47.22.3 pr.: *pecunia[e] communes*; Marcian. 3 inst. D. 47.22.1.2: *ratio quae communis fuit.*

[118] CIL I² 581 = ILS 18 = FIRA² I 30, Z. 11 (Ager Teuranus, 186 v. Chr.): *pecuni[a] comoin[is]*; *Kaser*, RP I 309 mit Fn. 60; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 303 Fn. 2; *Albanese*, Persone (1979) 568 mit Fn. 62, 570 mit Fn. 81; *Behrends*, Ausgew. Aufs. II 688 mit Fn. 133; *Groten*, Corpus (2015) 227, 235, 359 f.; *Zahn*, Quid universitati (2021) 330–334; vgl. *Bendlin*, in: Kippenberg/Schuppert, Verrechtlichte Religion (2005) 85 f.; ablehnend *Mitteis*, RP 398 Fn. 35; *Duff*, Personality (1938) 137. Die Existenz eines Vereinsvermögens bereits für die Zeit der Zwölf Tafeln vermutet *Kofanov*, BIDR 100 (1997) 464.

[119] CIL VI 10231 = ILS 7313 = FIRA² III 93 (Rom, 71–130 n. Chr.); bei den Servituten handelt es sich um ein Wegerecht (*itu[s]*), ein Viehtriftrecht (*actu[s]*) zum manzipierten Grundstück (*ad eum locum*) sowie um das atypische Recht zum Umgang des Grundstücks (*ambitu[s]*); *Waltzing*, Étude II (1896) 451; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 344; *Zahn*, Quid universitati (2021) 156–158; ablehnend *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 328. Die Bezeichnungen *itu[s]* und *ambitu[s]* sind in Inschriften vielfältig belegt; vgl. *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 231 mit Fn. 48.

[120] Dafür *Bruck*, Kulturgeschichte (1954) 85 f.; *Zahn*, Quid universitati (2021) 156–158; zweifelnd *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 316; *Duff*, Personality (1938) 152 Fn. 1; für eine „Floskel" hält die Klausel *Mitteis*, RP 380 Fn. 15; ebenso *Mommsen*, De collegiis (1843) 123; *Waltzing*, Étude II (1896) 450 f.; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 277 f.

[121] CIL X 444 = ILS 3546 = FIRA² III 42 (Compsa/Volcei, 91–96 n. Chr.); CIL X 1579 = ILS 4291 (Puteoli, 2. Jhd. n. Chr.); *lex collegii Lanuvini* (CIL XIV 2112 = ILS 7212 = FIRA² III 35, Lanuvium, 136 n. Chr.); *Waltzing*, Étude II (1896) 451; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 328; *Duff*, Personality (1938) 152; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 275 f. mit Fn. 23; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 344; *Albanese*, Persone (1979) 571 f. Fn. 89.

[122] CIL X 444 = ILS 3546 = FIRA² III 42 (Compsa/Volcei, 91–96 n. Chr.); CIL X 1579 = ILS 4291 (Puteoli, 2. Jhd. n. Chr.); *Waltzing*, Étude II (1896) 451; *Duff*, Personality (1938) 152; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 344.

[123] Ulp. 5 Sab. D. 40.3.1; vgl. Ulp. 8 Sab. D. 29.2.25.2. *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 332 f.; a. A. *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 342 f., 359–363, der annimmt, das *ius manumittendi* habe bereits vor Mark Aurel bestanden.

2. Die Vertretung bei obligationenrechtlichen Geschäften

41 a. Aus Vereinsgeldern wurden Darlehen gegen Zins gewährt.[124] Dies setzt nach allgemeinen Grundsätzen eine Zinsabrede in Stipulationsform voraus (→ § 21 Rn. 21; § 70 Rn. 9); für Vereine haben sich jedoch keine Quellen zum Abschluss der Zinsstipulation erhalten.[125]

42 Dagegen haben sich einige Quellen zu Stipulationen erhalten, mit denen bei Stiftungen zugunsten von Vereinen die Vollziehung des Stifterwillens versprochen wird. Im Zusammenhang mit einer Stiftung zugunsten der *Augustales corporati*[126] von Misenum versprechen eigens für das Geschäft bestellte *curatores nominati* der Erbin des Stifters die Vollziehung des Stifterwillens sowie die Zahlung von Strafen für den Fall der Nichtvollziehung.[127] Im Zusammenhang mit Stiftungen zugunsten von *collegia* findet sich ferner die Formulierung *spepondit plebs*,[128] die darauf hindeutet, dass die Gesamtheit der Mitglieder des Vereins (*plebs collegii*) das Stipulationsversprechen in einem Kollektivakt abgegeben hat.[129]

43 b. Kaufverträge von Vereinen sind epigraphisch bezeugt, lassen aber kaum die Einzelheiten des Vertragsschlusses erkennen.[130] Inschriftlich überliefert ist die Zustimmung der Vereinsmitglieder zum Verkauf von Vereinsvermögen, durch welche die Gesamtheit der Mitglieder als dinglich Berechtigte dem handelnden Vereinsfunktionär die Verfügungsbefugnis einräumt.[131]

44 c. Eine Reihe von Inschriften dokumentieren Gebrauchsüberlassungen durch und zugunsten von Vereinen,[132] enthalten aber keine aussagekräftigen Indizien dafür, ob es sich jeweils um eine *locatio conductio* handelt.

---

[124] *Aubert*, CCGG 10 (1999) 64; *Liu*, Stud. Bogaert, 231–233, 244 f.

[125] *Zahn*, Quid universitati (2021) 130.

[126] Zur körperschaftlichen Organisation der ehemaligen Inhaber des munizipalen *honor* der Augustalität *Duthoy*, ANRW II.16.2 1274–1276, 1285–1287.

[127] AE 2000, 344b (Misenum, 144 n. Chr.); *D'Arms*, JRS 90 (2000) 135–141; für eine persönliche Haftung der *curatores nominati Zahn*, Quid universitati (2021) 139–150; zweifelhaft die Annahme von *Magioncalda*, MEP 11 (2006) 198–204, 208 f., dass die *curatores nominati* als direkte Stellvertreter der Augustalenkörperschaft handeln.

[128] AE 1987, 199 (Ostia, 254–256 n. Chr.); AE 1987, 198 (Ostia, 156 n. Chr.); ähnlich die Formulierung *[– – –]us et populus* im Zusammenhang mit einer Stipulationsklausel in CIL VI 10296 (Rom, 146 n. Chr.). Wahrscheinlich ist die *donatio Iuliae Monimes* (CIL VI 10231 = ILS 7313 = FIRA² III 93, Rom, 71–130 n. Chr.) ebenfalls entsprechend zu ergänzen; so *Dessau*, ILS II, p. 763; *Zahn*, Quid universitati (2021); a. A. *Arangio–Ruiz*, FIRA² III, p. 298 Fn. 5.

[129] *Nörr*, SZ 82 (1965) 401 Fn. 13; *Zahn*, Quid universitati (2021) 150–158; zurückhaltender *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 335 mit Fn. 5; ablehnend *Mommsen*, De collegiis (1843) 123; *Waltzing*, Étude II (1896) 453; *Mitteis*, RP 380 Fn. 15; *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 28; vgl. *Arangio–Ruiz*, FIRA² III, p. 119 Fn. 6; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 277 f.; *Magioncalda*, MEP 11 (2006) 203 f.; zweifelnd *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 333 mit Fn. 139.

[130] *Waltzing*, Étude II (1896) 452; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 335; *Duff*, Personality (1938) 152; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 275 f. mit Fn. 24; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 355 mit Fn. 249; *Albanese*, Persone (1979) 571 f. Fn. 89.

[131] CIL V 3411 (Verona); *Zahn*, Quid universitati (2021) 174 f.

[132] *Waltzing*, Étude II (1896) 452 f.; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 335; *Duff*,

d. Das von einem Vereinsfunktionär erklärte *pactum de non petendo* begründet eine *exceptio doli* zugunsten bzw. zulasten des Vereins.[133] Da die *exceptio doli* und nicht die *exceptio pacti* gewährt wird,[134] wird vom Verbot des *pactum in favorem tertii* nicht abgewichen; der Funktionär handelt nicht als direkter Stellvertreter des Vereins.[135] 45

IV. Die Herausbildung allgemeiner Lehren zu Personenmehrheiten

Die römischen Juristen unterscheiden die Vermögenssphären der Personenmehrheiten von derjenigen ihrer Mitglieder als Einzelpersonen.[136] Die Berechtigung der Personenmehrheit an ihrem Vermögen wird allerdings nicht dahingehend verstanden, dass die Personenmehrheit als eine abstrakte Einheit Inhaberin des Vermögens ist.[137] Vielmehr fassen die Juristen sämtliche Mitglieder der Personenmehrheit in ihrer mitgliedschaftlichen Verbundenheit als die Berechtigten auf.[138] 46

Die moderne Literatur hat die Konzeptualisierung der Berechtigung einer Personenmehrheit an ihrem Vermögen immer wieder auf einen Einfluss der griechischen 47

Personality (1938) 152; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 275 f. mit Fn. 25; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 354 f. mit Fn. 248; *Albanese*, Persone (1979) 571 f. Fn. 89; *Zahn*, Quid universitati (2021) 186–200.

[133] Ulp. 4 ed. D. 2.14.14 mit Schol. Ὥσπερ zu Basil. 11.1.14 (Scheltema Bas. B I 226; Heimb. I 584); bei dem im Digestentext genannten *magist[er] societatium* handelt es sich um einen Vereinsfunktionär; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 388 f.; *Meissel*, Ess. Sirks 529; *de Jong*, Subseciva Groningana 9 (2014) 334.

[134] *Lenel*, Pal. II 434 f.

[135] *Zahn*, Quid universitati (2021) 212–215; vgl. *Cimma*, Società di publicani (1981) 79 f.; a. A. *Kniep*, Societas I (1896) 250; *Meissel*, Ess. Sirks 529.

[136] Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1.1: *Quibus autem permissum est corpus habere collegii so⟨dalicii⟩ sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem […]*; Ulp. 10 ed. D. 3.4.7.1: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent*; vgl. auch Quint. inst. 5,10,117; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 336 f.; *Duff*, Personality (1938) 233; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 297 f.; *Lübtow*, St. Koschaker II 479–481; *Kaser*, RP I 309; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 351–353; *Albanese*, Persone (1979) 553; *Biscardi*, Iura 31 (1980) 8 f.; *Honsell/Mayer–Maly/Selb* 78; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 336; *Zahn*, Quid universitati (2021) 348–361; vgl. *Schulz*, CRL 92 f.

[137] So aber *Gierke*, Genossenschaftsrecht III 101; *Mitteis*, RP 402; *Orestano*, Persone giuridiche (1968) 183; *Behrends*, Ausgew. Aufs. II 686 Fn. 122; *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 399; *Behrends*, SZ 125 (2008) 47 f. mit Fn. 45; *Behrends*, Index 41 (2013) 146–150; *Behrends*, GGA 270 (2018) 68 f.; *Groten*, Corpus (2015) 340–343; ähnlich *Mattiangeli*, Societas (2017) 386; zweifelnd *Kniep*, Societas I (1896) 271–273.

[138] *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 298; *Philipsborn*, SZ 71 (1954) 61; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 266; *Honsell/Mayer–Maly/Selb* 78; *Platschek*, Index 40 (2012) 622 f.; *Zahn*, Quid universitati (2021) 348–361; vgl. *Schulz*, CRL 92 f., 100; *Kaser*, RP I 303 f., 309. Kritisch zur Tendenz der deutschsprachigen Literatur, dieses Phänomens mit dem Begriff der Gesamthand zu beschreiben, *Thomas*, Hom. Lepelley 204 Fn. 46.

Philosophie zurückzuführen gesucht. Eine besondere Rolle spielt dabei, dass die römischen Juristen – aber auch die Inschriften – den Begriff *corpus* für Personenmehrheiten verwenden.[139] Auf dieser Grundlage ist ein Zusammenhang mit der stoischen Lehre von den zusammengesetzten Körpern (σώματα ἐκ διεστώτων/*corpora ex distantibus*)[140] postuliert worden,[141] die Pomponius,[142] Julian[143] und Paulus[144] in sachenrechtlichen Kontexten erwähnen. Schon allein die Tatsache, dass diese Erwähnungen in keinem inhaltlichen Zusammenhang mit dem Recht der Personenmehrheiten stehen, weckt Skepsis gegenüber einem entscheidenden Einfluss der stoischen σῶμα–Lehre.[145] Zudem ist die Existenz von *suodales* bereits in archaischer Zeit bezeugt (→ Rn. 34). Schon in dieser Zeit haben also die mit Personenmehrheiten verbundenen Regelungsprobleme existiert; mit juristischen Lösungsansätzen ist also weit vor dem Zeitraum[146] zu rechnen, in dem sich die Kenntnis der stoischen Philosophie in Rom verbreitet hat.

48 Entgegen einer stark verbreiteten Literaturmeinung[147] handeln die Organe der Personenmehrheiten nicht als deren direkte Stellvertreter. Stattdessen führt das Handeln der Organe nach *ius civile* nur zum Eintritt von Rechtsfolgen in der Person der Organwalter.[148] Diese handeln vielmehr als indirekte Stellvertreter, wobei ihnen im Innenver-

---

[139] S. die Nachweise bei *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 147–159, 207–212.

[140] Sen. epist. 102,6; Plu. moralia 142E; Plu. moralia 426A; S. E. M. 7,102. 9,78; Simp. in cat., p. 214; weitere Belege bei *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 177–179. Zur stoischen Lehre ausführlich *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 180–190; *Groten*, Corpus (2015) 87–132, 147.

[141] *Orestano*, Persone giuridiche (1968) 130–132, 171–176; *Behrends*, Ausgew. Aufs. II 685–687; *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 386 f.; *Behrends*, SZ 112 (1995) 222 f.; *Behrends*, SZ 125 (2008) 48; *Behrends*, Index 41 (2013) 146, 149 f., 160 mit Fn. 44 f.; *Behrends*, GGA 269 (2017) 194 f., 224–228; *Behrends*, GGA 270 (2018) 48–65; *Groten*, Corpus (2015) 157–162; vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse* § 27 Rn. 3.

[142] Pomp. 30 Sab. D. 41.3.30.

[143] Inst. 2.20.18.

[144] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.5.

[145] *Ehrhardt*, SZ 70 (1953) 309; *Holthöfer*, Sachteil (1972) 21 f.; *MacCormack*, BIDR 75 (1972) 86 f.; *Dajczak*, RIDA 52 (2005) 121; *Platschek*, ZHR 181 (2017) 155 f.; *Zahn*, Quid universitati (2021) 30–41.

[146] S. nur die Angaben bei *Wieacker*, RRG I 640–642.

[147] *Waltzing*, Étude II (1896) 447, 452; *Eliachevitch*, Personnalité juridique (1942) 270, 274–277; *Schulz*, CRL 100 f.; *d'Ors*, Epig. jur. 424; *Kaser*, Ausgew. Schr. II 261; *Kaser*, RP I 261, 307, 309; *De Robertis*, Corporazioni II (1971) 279, 284 f.; *Biscardi*, Iura 31 (1980) 11; *Plescia*, St. Sanfilippo I 505 mit Fn. 50, 508, 513; *Behrends*, Ausgew. Aufs. II 679; *Behrends*, GGA 269 (2017) 229 Fn. 96; *Honsell/Mayer–Maly/Selb* 80; *Camodeca*, in: Finanze municipali (1999) 9 Fn. 16; *Magioncalda*, MEP 11 (2006) 203; *Chevreau*, in: Mél. Lefebvre-Teillard 227; *Groten*, Corpus (2015) 162, 317–319; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 27 Rn. 3, 8, 11; vgl. auch die Annahme einer adjektizischen Haftung der Körperschaft für das Handeln ihrer Vertreter durch *Aubert*, CCGG 10 (1999) 56–69.

[148] *Gierke*, Genossenschaftsrecht III 92 f., 156–158, 160–164; *Mitteis*, RP 382–385, 402 f.; *Thomas*, Hom. Lepelley 190–192, 207–214; *Bricchi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti municipali

hältnis die Verfügung über die Gegenstände des Körperschaftsvermögens gestattet bzw. Ersatz ihrer Aufwendungen gewährt wird.[149]

V. Die weiteren Entwicklungen

1. Die Vereine

Anknüpfend an Ansätze schon unter dem Prinzipat,[150] werden in der Spätantike bestimmte *corpora*[151] immer stärker für die hauptstädtische Lebensmittelversorgung herangezogen.[152] Die Mitgliedschaft in diesen *corpora* wird dabei teilweise erzwungen[153] und geht auf den Erben über.[154] Diese Maßnahmen führen jedoch zu keiner Änderung der vermögensrechtlichen Stellung der Vereine sowie ihrer Vertretung.[155] **49**

2. Die *ecclesiae* und Klöster

Bereits Tertullian vergleicht die christlichen Gemeinden mit *collegia*.[156] Jedenfalls ab Konstantin wird der Bischofskirche (*ecclesia*) ein Vermögen zugeordnet,[157] das vom Bischof oder seinen Vertretern verwaltet wird und über das er verfügen kann.[158] Bei Klöstern wird der Vorsteher häufig als Treuhänder des Vermögens aufgefasst.[159] **50**

(2006) 335–382; *Zahn*, Quid universitati (2021) 103–200; vgl. *Solazzi*, Scr. I 331–340; vgl. auch die zurückhaltenden Stellungsnahmen von *Cimma*, Società di publicani (1981) 215; *Malmendier*, Societas (2002) 241 f.

[149] *Zahn*, Quid universitati (2021) passim.

[150] *Sirks*, Food (1991) 40–80, 89–96; *Höbenreich*, Annona (1997) 117, 120–131.

[151] Übersicht bei *Kaser*, RP II 154.

[152] *Kaser*, RP II 154 f. mit älterer Lit.; *Sirks*, Food (1991) 108–402; *Heuft*, Zwangsverbände (2013) 66–304, 332–345.

[153] *Kaser*, RP II 155; *Heuft*, Zwangsverbände (2013) 251–297, 343 f.

[154] *Kaser*, RP II 155; *Heuft*, Zwangsverbände (2013) 221–251.

[155] *Kaser*, RP II 156.

[156] Tert. apol. 39; *Krüger*, Kirche (1935) 91–107; *Albanese*, Persone (1979) 572; *Kippenberg*, in: Kippenberg/Schuppert, Verrechtlichte Religion (2005) 52 f.

[157] Sie wird regelmäßig als körperschaftlich verfasst gedacht; Lact. mort. pers. 48,9; Eus. 10,5,10–11; 10,5,15–16; *Schnorr von Carolsfeld*, Juristische Person (1933) 14–16, 165–173; *Steinwenter*, SZ KA 19 (1930) 28–35; *Kaser*, RP II 156 f.; *Albanese*, Persone (1979) 572; *Groten*, Corpus (2015) 201–203; a. A. *Hagemann*, Piae Causae (1953) 19 f.

[158] Leo/Anthem. C. 1.2.14 (a.470); Iust. C. 1.2.24 (a.530); *Duff*, Personality (1938) 175 f.; *Hagemann*, Piae Causae (1953) 16–18; *Steinwenter*, SZ KA 44 (1958) 26 f.; *Kaser*, RP II 157; *Albanese*, Persone (1979) 573.

[159] *Steinwenter*, SZ KA 19 (1930) 37–42; *Steinwenter*, SZ KA 44 (1958) 21, 26–31; *Kaser*, RP II 157.

3. Die *venerabiles domus*

51 Im 5. und 6. Jh. entstehen zur Aufnahme hilfsbedürftiger Personen Häuser, die teilweise ihr Vermögen unabhängig von der Bischofskirche verwalten[160] und bei denen es sich insofern um Ansätze selbständiger Stiftungen[161] handelt.

[160] Iust. C. 1.3.41.11–14 (a.528); *Duff*, Personality (1938) 183; *Hagemann*, Piae Causae (1953) 51–53; *Kaser*, RP II 158; *Albanese*, Persone (1979) 575; *Alexander*, Anstalten (2003) 19–24; *Blanch Nougués*, Fundaciones (2007) 209–220.

[161] *Kaser*, RP II 158; *Alexander*, Anstalten (2003) 24–45; zurückhaltend *Hagemann*, Piae Causae (1953) 26–41; a. A. *Duff*, Personality (1938) 191–193.

§ 33 Ehe und andere Formen der Lebensgemeinschaft

Verena Halbwachs

Treggiari, Roman Marriage: Iusti Coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian, 1991; *Volterra*, Scritti Giuridici I – III, 1991; *Astolfi*, Il fidanzamento nel diritto Romano, 1994; *Astolfi*, La Lex Iulia et Papia, 1996; *Friedl*, Der Konkubinat im kaiserzeitlichen Rom: Von Augustus bis Septimius Severus, 1996; *Fayer*, La Familia Romana: Aspetti giuridici ed antiquari II. Sponsalia. Matrimonio. Dote, 2005; *Fayer*, La Familia Romana: Aspetti giuridici ed antiquari III. Concubinato. Divorzio. Adulterio, 2005; *Astolfi*, Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustinianeo, 2012; *Astolfi*, Il matrimonio nel diritto romano classico, 2014; *Fiori*, La struttura del matrimonio romano, in: Milazzo (Hg.), Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato. Relazioni del Convegno Internazionale di Diritto Romano. Copanello, 4–7 giugno 2008, 2014, 323–366; *Astolfi*, Il matrimonio nel diritto della Roma preclassica, 2018.[1]

Inhalt Rn.

I. Die römische Ehe (*iustum matrimonium*) 1
1. Einleitung: Zur Frage des rechtlichen Profils der römischen Ehe 1
2. Verlöbnis (*sponsalia*) 8
3. Zustandekommen der Ehe 19
a. Allgemeines 19
b. Ehevoraussetzungen 21
c. Ehehindernisse und Eheverbote 25
4. Exkurs: Die augusteische Ehegesetzgebung 34
5. Ehewirkungen 41
a. *Honor matrimonii* 41
b. Nachkommenschaft 43
c. Vermögensrecht 44
6. Auflösung der Ehe 45
a. Tod und Statusveränderungen 46
b. Nachträglicher Eintritt bestimmter Ehehindernisse 50

[1] Die hier getroffene Literaturauswahl verfolgt das Ziel, die rezentesten Überblicksdarstellungen der romanistischen Forschung aufzuzeigen sowie einen Einblick in im weiteren Sinn (rechts)historische Studien zu gewähren. Auch im Beitrag selbst wird für die ältere Literatur auf die Belege bei *Kaser*, RP I, RP II, sowie in den zahlreichen neueren Gesamtdarstellungen verwiesen.

c. Scheidung (*divortium*) 54
7. Wiederverheiratung 69
II. Sonstige Lebensgemeinschaften von Mann und Frau 72
1. Der Konkubinat (*concubinatus*) 73
2. Weitere nichteheliche Lebensgemeinschaften 75

I. Die römische Ehe (*iustum matrimonium*)

1. Einleitung: Zur Frage des rechtlichen Profils der römischen Ehe

1 Die römische Ehe unterscheidet sich sowohl in den Voraussetzungen ihres Zustandekommens als auch in ihren rechtlichen Konsequenzen, nicht zuletzt aufgrund der spezifisch römischen Gesellschafts- und Familienstrukturen, deutlich von modernen Konzepten der ehelichen Lebensgemeinschaft.

2 Nur die nach *ius civile* anerkannte Ehe zwischen Personen unterschiedlichen Geschlechts (*iustum matrimonium*)[2] erzeugt die wesentlichen Folgen dieser Form der Partnerschaft, wie etwa die agnatische Verwandtschaft der ehelichen Nachkommen mit dem Vater (*pater familias*). Unbestritten ist, dass die Eingehung eines *iustum matrimonium* (und zwar während der gesamten Entwicklung des römischen Rechts) nie formal-rechtlich institutionalisiert war. Dem Zustandekommen der römischen Ehe wird nach überwiegender Ansicht der Charakter eines Rechtsgeschäfts abgesprochen, was durch moderne Vorstellungen vom Eheschluss als korrespondierenden Willenserklärungen begründet sein mag, wobei aber der Eintritt der entsprechenden Rechtsfolgen von weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen abhängt und sowohl Abschluss, Inhalt und Auflösung der Ehe vom staatlichen Recht durchnormiert werden. Ein *iustum matrimonium* hingegen entstand ohne konstitutive oder begleitende hoheitliche Akte.

3 Nach heute herrschender Auffassung sind *confarreatio* und *coemptio* als Formen der *conventio in manum* (→ § 19) streng von der (rechtlich formlosen) Eingehung der Ehe zu unterscheiden. Diese Differenzierung wird freilich von der nicht primär rechtshistorisch ausgerichteten Literatur bisweilen noch immer übersehen. Seit den Studien von *Volterra* hat sich entgegen der älteren Literatur durchgesetzt, dass, selbst wenn Eheschließung und *conventio in manum* (wie oft üblich) koinzidierten, letzterer Formalakt nur Indiz blieb, aber nicht konstitutiv war.[3] Nicht überzeugend sind somit in mehrfacher Hinsicht auch Bestrebungen, die römische Ehe *sine manu* unter anderem aufgrund ihres „formlosen" Zustandekommens mit der modernen nichtehelichen Lebensgemeinschaft (die zunehmenden Verrechtlichungstendenzen unterliegt) zu

[2] Gai. 1.76; 1.55.

[3] *Volterra*, Scr. II 3–66; *Volterra*, Scr. II 83–96; *Volterra*, Scr. II 199–215; *Volterra*, Scr. III 3–107; *Volterra*, Scr. III 155–176; für einen Überblick zu den in der Forschung vertretenen Thesen s. etwa *Franciosi*, Famiglia (2003) 172–178; *Bartocci*, Species (1999) 19–45; *Fayer*, Familia II (2005) 185–199, 301–325.

vergleichen,[4] wenngleich in manchen Aspekten Gemeinsamkeiten in den Rechtsfolgen verortet werden können.[5]

Auch die äußere zeremonielle Form,[6] die sogenannte *deductio in domum*, also die feierliche Führung der Frau in das Haus des Ehemannes bzw. in das seiner Familie, ist nicht von konstitutiver rechtlicher Bedeutung. Brauchtum und Sitte oder die Bestellung einer Mitgift formieren bloß sichtbare Indizien,[7] der erforderliche *consensus* der Ehepartner und die sogenannte *affectio maritalis*, eheliche Zuneigung bzw. der Ehewille, als gleichsam „innere" Erfordernisse werden aus diesen abgeleitet, müssen aber nicht zeitlich zusammenfallen.[8] Fehlende Urkunden (*tabellae*,[9] *testationes in scriptis habitae*[10]) sind dann nicht von Belang, wenn *consensus* sowie *maritalis honor et affectio* vorhanden sind. Ob man aber deswegen dem *iustum matrimonium* das Wesen eines Rechtsverhältnisses absprechen und es als bloß „tatsächliches Verhältnis mit rechtlichen Rückwirkungen", das einen „eigentümlich außerjuristischen Charakter"[11] aufweise, und somit als „soziales Faktum"[12] bezeichnen kann, ist angesichts der massiven rechtlichen Implikationen umstritten.[13] **4**

In der jüngeren Forschung wird weiters herausgestellt, dass bei Versuchen, die rechtliche Struktur des für das Zustandekommen sowie Bestehen eines *iustum matrimonium* erforderlichen *consensus* zu erfassen, Fragestellungen an die antiken rechtlichen Quellen herangetragen werden, die von den römischen Juristen als solche weder gestellt noch beantwortet wurden.[14] So elementar das *iustum matrimonium* im Sinne der daran anknüpfenden Rechtsfolgen für zentrale Aspekte der römischen Gesellschafts- und **5**

---

[4] Vgl. nur *Grosse*, Ehe (1991); *Luidolt*, Ehe (2010); *Eggenstein*, Uxor (1995), dazu Rez. *Zimmermann*, SZ 116 (1999) 542 f.; *Pennitz*, SZ 111 (1994) 663 f.

[5] Vgl. etwa zu den erbrechtlichen Entwicklungen *Isola*, LR 7 (2018) 173–212.

[6] Zu den die Hochzeit begleitenden Riten s. ausführlich *Fayer*, Familia II (2005) 464–563; für die Frühzeit auch *Corbino*, Index 40 (2012) 161 f.; weiters *Hersch*, Wedding (2010), dazu aber kritisch *Stagl*, SZ 132 (2015) 555–560.

[7] Insofern wird freilich dem Zeitpunkt der – rituellen – Eheschließung auch mittelbar rechtliche Bedeutung zugemessen, vgl. *Cuneo Benatti*, Matrimonio (2013) 287–289.

[8] Scaev. 9 dig. D. 24.1.66 pr.; Ulp. 35 Sab. D. 35.1.15 (… *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.*); Ulp. 36 Sab. D. 50.17.30.

[9] Pap. 12 resp. D. 39.5.31 pr.

[10] Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.4; D. 22.4.4.

[11] *Kaser*, RP I 310.

[12] *Kaser/Knütel/Lohsse*, § 58 Rn. 2.

[13] Als „verwirklichte Lebensgemeinschaft", eine Formulierung, die seither in Darstellungen des römischen Eherechts traditionell übernommen, aber zunehmend differenziert betrachtet wird, wurde die römische Ehe erstmals von *Mitteis*, RP 131 Fn. 19 in Zusammenhang mit der Ehe des *captivus* definiert.

[14] Vgl. nur *Bürge*, Privatrecht (1999) 161–167; *Cuneo Benatti*, Matrimonio (2013) 287; für einen Überblick zur umfangreichen Literatur betreffend die Theorien zur rechtlichen Struktur der römischen Ehe s. zuletzt etwa *Fiori*, ACop. XIV 323–366; *Fayer*, Familia II (2005) 327–350; *Cuneo Benatti*, Matrimonio (2013) 15–51; *Giunti*, St. Guizzi II 881–883; problematisch, weil voreingenommen, *Eisenring*, Ehe (2002).

Familienstruktur und somit auch für vermögensrechtliche Fragestellungen war, so wenig wurde es von den Juristen systematisch erfasst.[15]

6 In der Literatur oft als „Definitionen" bezeichnete Aussagen römischer Juristen zum Wesen der Ehe bleiben programmatisch-abstrakt und liefern keinen unseren heutigen Begrifflichkeiten entsprechenden rechtlichen Rahmen.[16] Der zwischen Recht und sozialer Realität angesiedelte Charakter der römische Auffassung von der Ehe ist auch terminologisch greifbar: Obwohl die Ehe kein schuldrechtliches Verhältnis im Sinne eines *contractus* darstellt, findet sich in den Quellen oftmals die Wendung *matrimonium/nuptias contrahere*.[17]

7 Der exakte Zeitpunkt des Abschlusses bzw. der Auflösung einer Ehe sowie die Abgrenzung des *iustum matrimonium* von anderen Formen der geschlechtlichen Lebensgemeinschaft wie etwa des Konkubinats wird in Zusammenhang mit den vielfältigen Rechtswirkungen der Ehe thematisiert und nicht isoliert betrachtet.[18]

2. Verlöbnis (*sponsalia*)

8 Das Verlöbnis[19] ist ein auf zukünftige Eheschließung gerichteter Akt.[20]

---

[15] Vgl. *Fayer*, Familia II (2005) 327.

[16] Vgl. Mod. 1 reg. D. 23.2.1: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*; Inst. 1.9.1: *Nuptiae autem sive matrimonium et viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens.* S. etwa *Fayer*, Familia II (2005) 350–360; *Busacca*, Iustae nuptiae (2012) 56–59; *Cuneo Benatti*, Matrimonio (2013) 55–67. Signifikanterweise erfolgen Bemühungen zu einer Definition der römischen Ehe in der Literatur gehäuft aus kanonistischer Perspektive; s. *Huber*, in: Definizione del matrimonio (1980) 77–88; *Robleda*, in: Definizione del matrimonio (1980) 29–43; *Castello*, in: Colloquio rom-can (1979) 267–298; *Castello*, in: Definizione del matrimonio (1980), 57–76; *Baccari*, Scr. Franciosi I 151–165.

[17] Vgl. nur Gai. 1.59; 1.64; 1.76; 1.81; Inst. 1.10 pr.–1 (*secundum praecepta legum*); 1.10.8 (*recte contrahunt*); 1.10.11; Ulp. 3 disp. D. 23.1.10; Iul. 16 dig. D. 23.1.11; Mod. 4 diff. D. 23.1.14; Paul. 1 Sab. D. 23.2.3; Paul. 35 ed. D. 23.2.10; Iul. 62 dig. D. 23.2.11; Paul. 35 ed. D. 23.2.14; D. 23.2.16; Cels. 15 dig. D. 23.2.22; Pap. 4 resp. D. 23.2.34 pr. –1; Pap. 6 resp. D. 23.2.35; Paul. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.44; Marcian. 2 Pap. 1 adult. D. 23.2.57a; Paul. or. Ant. Comm. sing. D. 23.2.60.5; Paul. 7 resp. D. 23.2.65.1; Tryph. 9 disp. D. 23.2.67.3. Zum Verhältnis von Sprache und Recht in Bezug auf die römische Ehe s. zuletzt *Piro*, Iura 66 (2018) 65–102.

[18] So etwa um den Zeitraum der zwischen Ehepartnern verbotenen Schenkung (→ § 35 Rn. 72, 107 u. 161–164, § 45 Rn. 13, § 112 Rn. 40) festzulegen, s. z. B. Scaev. 9 dig. D. 24.1.66.1, oder, ebenfalls in Zusammenhang mit dem Verbot der Ehegattenschenkung, um eine Ehe vom Konkubinat abzugrenzen (z. B. Pap. 12 resp. D. 39.5.31 pr. → Rn. 72).

[19] D. 23.1 *De sponsalibus*. Vgl. ausführlich *Astolfi*, Fidanzamento (1994), vgl. zur 1. Aufl. (1989) Rez. *Giaro*, SZ 108 (1991) 484–488; *Fayer*, Familia II (2005) 15–184; weiters *Ferretti*, AUPA 61 (2018) 99–122; *Knütel*, FS Jayme II 1487–1501; *Karl*, Castitas (2004) 21–74; *Mitchell*, SZ 133 (2016) 400–412. Zur Handlungsmacht der Braut bzw. auch deren Mutter vgl. etwa *Treggiari*, Marriage (1991) 125–160; *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 121–124; *Astolfi*, SDHI 58 (1992) 262–280 (zu *Albanese*, AUPA 43 [1992] 134–167). Zur älteren Literatur s. *Volterra*, s. v. sponsali, NNDI XVIII 34; *Kaser*, RP I 75 Fn. 27. Zur Etymologie vgl. Ulp. spons. sing. D. 23.1.2; Varro, De lingua Latina 6,

Ursprünglich (*more veterum; moris … veteribus*)[21] sind die *sponsalia* ein verbindliches Eheversprechen, das durch *sponsio* (→ § 21 Rn. 3–5) zustandekommt. Der *pater familias* der Braut verspricht dem Bräutigam einseitig die Hingabe der Tochter oder es werden wechselseitige Versprechen abgegeben (Hingabe der Tochter durch den Gewalthaber und deren *deductio in domum* durch den Bräutigam).[22] Die Frau *sui iuris* ist – mit *auctoritas tutoris*[23] – selbst die Versprechende bzw. selbst Versprechensempfängerin, ist der Mann *alieni iuris* benötigt er seinerseits die *auctoritas patris*. **9**

Wurde das Versprechen der Hingabe nicht erfüllt und war für diesen Fall eine bestimmte Geldsumme stipuliert worden, konnte diese mittels *actio certi ex sponsione* eingeklagt werden;[24] wurde eine solche Vereinbarung nicht abgeschlossen und auf Hingabe bzw. *deductio in domum* geklagt, wird durch den *iudex* eine Schätzung des Interesses vorgenommen.[25] **10**

Der durch Stipulation formgebundene Akt der *sponsalia* weicht ab der ausgehenden Republik einem formlosen – und somit nicht mehr einklagbaren – reziproken Eheversprechen; eine nachfolgende Eheschließung ist „bloß“ ein sittliches Gebot. Dennoch zieht das Verlöbnis rechtliche Konsequenzen auf anderer Ebene nach sich, weil es eine Art Quasiverwandtschaft erzeugt; dies führt bspw. dazu, dass es für eine potentielle andere Ehe der Verlobten ein Ehehindernis darstellt,[26] Verlobte nicht gezwungen sind, für den anderen Zeugnis abzulegen,[27] der Bräutigam hinsichtlich seiner Verlobten zur *actio iniuriarum* aktivlegitimiert ist[28] sowie die Tötung des Verlobten als *parricidium* eingestuft wird.[29] Die Rechtsfolgen des Ehebruchs finden aber keine analoge Anwendung auf das Verlöbnis.[30] **11**

Das Verlöbnis wird nun durch *nudus consensus* begründet[31] (und kann auch unter Abwesenden vereinbart werden).[32] Wie bei der Ehe sind auch beim Verlöbnis die dieses begleitenden Festivitäten, z. B. die Übergabe des *anulus pronubus* (Verlobungsring), **12**

69–71; Gell. 4,4,1–2; Arnob. nat. 4,20; Serv. Aen. 10,79; Isid. orig. 9,7,3.

[20] Flor. inst. 3 D. 23.1.1.

[21] Vgl. Gell. 4,4; Ulp. 36 Sab. D. 23.1.6.

[22] Ulp. spons. sing. D. 23.1.2; Gell. 4,4 (*Quid Servius Sulpicius in libro, qui est de dotibus, scripserit de iure atque more veterum sponsaliorum*); Plaut. Trin. 1162–1163.

[23] Ulp. 36 Sab. D. 23.1.6; Paul. 35 ed. D. 23.1.7.1.

[24] Varro ling. 6,70; Gell. 4,4,2.

[25] Gell. 4.4.2–4. Diese wohl jüngere Form der *sponsio* ist bereits bei Plautus belegt; zu den literarischen Quellen s. *Kaser*, RP I 76 Fn. 35.

[26] Vgl. u. a. Servius bei Pomp. 1 ench. D. 38.10.8; Paul. 35 ed. D. 23.2.14.4 a. E.; Ulp. 26 Sab. D. 23.12.1.

[27] Vgl. Gai. 4 l. Iul. Pap. D. 22.5.5.

[28] Vgl. Ulp. 77 ed. D. 47.10.15.24.

[29] Vgl. Marcian. 14 inst. D. 48.9.4.

[30] Vgl. Sev./Ant. Coll. Mos. 4.6.1.

[31] Ulp. 35 Sab. D. 23.1.4 pr.

[32] Ulp. 35 Sab. D. 23.1.4.1; Ulp. 6 ed. D. 23.1.18 (… *per internuntium vel per epistulam … interpositis personis …*).

von keinerlei konstitutiver Bedeutung.[33] Es bedarf weder einer *testatio* (Zeugenurkunde) noch sonstiger Schriftform,[34] gewaltunterworfene Personen benötigen wie bei der Ehe die Zustimmung des Gewalthabers, wobei aber dessen passiver Konsens, also kein expliziter Widerspruch, ausreicht.[35] Bezüglich der *filia familias*[36] und des *filius familias*[37] wird betont, dass auch deren Konsens zum Verlöbnis nötig war, ein Widerspruch der Tochter aber nur dann gestattet ist, wenn der Vater einen *indignum moribus vel turpem sponsum* für sie auserwählt hat.[38] Eine Frau *sui iuris* bedarf nach wie vor der *auctoritas tutoris*, die aber, wie auch in anderen Bereichen, zunehmend zu einer Formsache wird (→ § 29 Rn. 24–25 u. 28–37 → § 31 Rn. 80–89).

13 Ehehindernisse bzw. Eheverbote betreffen die *sponsalia* gemäß deren *ratio*:[39] Anders als bei der Eheschließung ist ein Verlöbnis zwischen Provinzialbeamten und Angehörigen derselben Provinz möglich,[40] nicht aber zwischen einer *pupilla* und ihrem *tutor*[41] sowie einer *liberta* und einem Senator.[42]

14 Das Verlöbnis erfordert keine Mündigkeit, das Mindestalter beträgt, jedenfalls in klassischer Zeit, sieben Jahre.[43] Nicht auszuschließen ist, dass ursprünglich für die Verlobung – im Unterschied zur Ehe – keine Altersgrenze bestanden hat. Ein von Augustus eingeführtes Mindestalter von zehn Jahren der Frau[44] bezieht sich lediglich darauf, dass der Mann erst bei Verlobung ab diesem Alter (und bei Eheschließung zum Zeitpunkt der Mündigkeit) vor den Nachteilen der Ehelosigkeit gemäß der augusteischen Ehegesetzgebung geschützt ist.[45]

15 Geisteskrankheit steht einem Verlöbnis entgegen, löst aber ein bereits abgeschlossenes nicht auf.[46]

---

[33] Zum Brauchtum s. etwa *Treggiari*, Marriage (1991) 147–153; *Hersch*, Wedding (2010) 39–43.

[34] Paul. 35 ed. D. 23.1.7 pr.

[35] Paul. 35 ed. D. 23.1.7.1. Zum speziellen Fall der Verlobung einer *uxor in manu* s. *Karl*, Castitas (2004) 33 f.

[36] Iul. 16 dig. D. 23.1.11.

[37] Paul. 5 ed. D. 23.1.13.

[38] Ulp. spons. sing. D. 23.1.12.1; Gell. 2,7,19–20.

[39] Vgl. *Astolfi*, Fidanzamento (1994) 53–110.

[40] Paul. 2 sent. D. 23.2.38 pr–1; s. auch noch Grat./Valent./Theodos. C. 5.2.1 (a 380).

[41] Paul. or. Ant. Comm. sing. D. 23.2.60.5; Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.28; Mod. enucl. cas. sing. D. 23.1.15.

[42] Ulp. 3 I. Iul. Pap. D. 23.1.16 (in ausdrücklicher Analogie zur *oratio Antonini et Commodi* betreffend die Nichtigkeit von durch die augusteische Ehegesetzgebung verbotenen Ehen); Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.28; Paul. 1 I. Iul. Pap. D. 23.2.44 pr.

[43] Vgl. Mod. 4 diff. D. 23.1.14 (entgegen früherer Interpolationsverdächtigungen echt: vgl. *Lamberti*, Ess. Winkel II 518–526; *Lamberti*, Famiglia (2014) 91–102; *Knothe*, SDHI 48 [1982] 240–247); Paul. sent. 2.19.1.

[44] Vgl. Cass.Dio. 54,16,7; Suet. Aug. 34,2.

[45] Dazu *Karl*, Castitas (2004) 38–40, 42–44; *Piro*, Spose (2013) 102–121; *Piro*, St. Metro IV 581–599; *Casola*, Diritto@Storia 10 (2011–2012).

[46] Vgl. Gai. 11 ed. prov. D. 23.1.8.

Die Auflösung des Verlöbnisses ist in klassischer Zeit dem Mann wie der Frau ohne rechtliche negative Konsequenzen durch einseitige *renuntiatio* möglich.[47] Steht die Frau unter *patria potestas* kann ihr *pater familias* durch *nuntium remittere* das Verlöbnis lösen,[48] ohne den Willen der *pupilla* ist die Auflösung durch *nuntium* des Vormunds nicht wirksam.[49] 16

Zunehmende Verrechtlichung erfährt die Auflösung eines Verlöbnisses – vergleichbar mit der Ehe – in der Nachklassik. Durch die Einführung der *arra sponsalicia* (auch *sponsalia*), einer geldwerten Zuwendung des Mannes an die Frau, die den Abschluss des (künftigen) Eheversprechens bekräftigen soll, muss bei Rücktritt vom Verlöbnis eine mehrfache Summe des Empfangenen zurückgeleistet werden. 17

Der christliche Einfluss favorisiert die Verbindlichkeit des Verlöbnisses (ein Zwang zur nachfolgenden Eheschließung besteht aber weiterhin nicht) und nimmt hier die Idee des semitischen Brautkaufes auf, was sich in der kaiserlichen Gesetzgebung niederschlägt.[50] 18

3. Zustandekommen der Ehe

a. Allgemeines

Dass die römische Ehe für ihr Zustandekommen[51] keinerlei rechtlicher Formalismen bedarf, wurde bereits oben erwähnt.[52] Allerdings gab es Maßgaben bezüglich des Alters sowie der Zustimmungserfordernisse seitens des Gewalthabers bzw. *tutor* (→ § 31 Rn. ■); vor allem aber musste die rechtliche Kapazität zur Eingehung eines *iustum matrimonium* (*conubium*) vorhanden sein bzw. durften keine Hindernisse für ein solches, wie etwa Blutsverwandtschaft bestimmter Grade, vorliegen. 19

Wegen des Fehlens eines nach außen erkennbaren konstitutiven Akts kam es (neben dem Vorliegen der eben genannten Voraussetzungen) wesentlich auf die „innere" Haltung der (Ehe-) Partner an, durch die ein *iustum matrimonium* von einer – hinsichtlich der rechtlichen Konsequenzen – anderen Lebensgemeinschaft zu unterscheiden war. 20

---

[47] Vgl. Gai. 11 ed. prov. D. 24.2.2.2 („*condicione tua non utor*"); Diocl./Max. C. 5.1.1 (a.293). Vgl. auch das Reskript an eine Mutter namens Paulina, die sich nach der Möglichkeit der Verlöbnisaufhebung durch ihre Tochter erkundigt: Valerianus/Gallien. C. 5.17.2 (a.259).

[48] Vgl. Ulp. 3 disp. D. 23.1.10.

[49] Vgl. Ulp. 36 ed. D. 23.1.6); s. zuletzt *Ferretti*, in: Garbarino et al., Confini (2020) 142–160; weiters *Astolfi*, Fidanzamento (1994) 151–208; *Karl*, Castitas (2004) 279–288.

[50] Vgl. C. 5.1 *de sponsalibus et arris sponsaliciis et proxeneticis*; Cod. Theod. 3.5 *de sponsalibus et ante nuptias donationibus*; Cod. Theod. 3.6.1; s. *Astolfi*, Fidanzamento (1994) 146–173; *Evans Grubbs*, Law and Family (1999) 172–183 sowie dort die Quellenzusammenstellung 343.

[51] *Sedes materiae* sind hier D. 23.2 *de ritu nuptiarum* (zu diesem Digestentitel in den Basiliken s. *Lokin*, AUPA 61 (2018) 199–211; C. 5.4 *de nuptiis*; Inst. 1.10 *de nuptiis*; Paul. sent. 2.19.

[52] Auf den Unterschied zu der eine die Eheschließung (in der frühen Zeit regelmäßig, später allenfalls) begleitende *conventio in manum* (→ § 19) durch die Rechtsakte der *confarreatio* oder der *coemptio* sowie des Erwerbs der *manus* über die Frau durch *usus* wurde ebenfalls bereits hingewiesen.

Dies bedeutet den *consensus*[53] darüber, dass ihr Zusammenleben eine auf Dauer monogamisch angelegte Verbindung und auf die Erzeugung einer legitimen Nachkommenschaft ausgerichtet ist[54] sowie von der gegenseitigen *affectio maritalis* getragen sein soll, dem Willen und dem Bewusstsein, dass diese Lebensgemeinschaft eine römische Ehe (und nicht etwa ein Konkubinat) ist.[55]

b. Ehevoraussetzungen

21 Voraussetzung und Spezifikum der Ehe nach *ius civile* ist die beiderseitige rechtliche Fähigkeit zur Eingehung eines *iustum matrimonium*, welches als *conubium*[56] (→ § 26 Rn. 15 u. 32) bezeichnet wird. Das *conubium* haben römische Bürger und Bürgerinnen untereinander aufgrund ihres *status civitatis*.[57] Römischen männlichen Bürgern konnte das *conubium* mit Latinerinnen und peregrinen Frauen verliehen werden. Soldaten erhielten ein solches *conubium* anlässlich oder nach ihrer Entlassung.[58] Lebensgemeinschaften unter Sklaven und Sklavinnen (*contubernium* → § 36 Rn. 12), sowie von Peregrinen ohne *conubium* entfalten somit nicht die Rechtswirkungen eines *iustum matrimonium*.

22 Die Eheschließenden müssen mündig (*pubes*, *viripotens*) sein. War das Mädchen noch unmündig, wurde die Ehe gültig, sobald die *pubertas* erreicht war.[59] Weiters

---

[53] Zur umfangreichen älteren Literatur betreffend die Hauptthesen (*teoria contrattualistica/teoria possessoria/consenso durevole*) zur rechtlichen Struktur des *consensus* und zu den Anforderungen an diesen s. zusammenfassend *Fiori*, ACop. XIV 323–328; *Sanna*, Matrimonio (2012) 57–75; *Bartocci*, Species (1999) 11–38; *Astolfi*, Matrimonio (2014) 63–166, vgl. zur 3. Aufl. (2006) Rez. *Stagl*, SZ 125 (2008) 897–900; *Huber*, Ehekonsens (1977) 17–37, dazu Rez. *Krampe*, SZ 97 (1980); *Fayer*, Familia II (2005) 454–463 mwN.

[54] Vgl. Probus C. 5.4.9 (o.A.) (… *liberorum procreandorum causa* …); vgl. *Péter*, RIDA 38 (1991) 285–331.

[55] Vgl. nur Ulp. 32 Sab. D. 24.1.3.1 (… *quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.*).

[56] Ulp. reg. 5.2–4 (*Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes, quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.*); vgl. nur *Astolfi*, Matrimonio (2014) 171–280; *Fayer*, Familia II (2005) 389–412; *Schiemann*, s. v. Conubium, DNP III 158 f., *Corbino*, Index 40 (2012) 160 f.; *Roselaar*, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 102–122; *Urbanik*, OH RLS 474–477.

[57] Das Eheverbot zwischen Patriziern und Plebejern (XII T. 11,1) wird durch die lex Canuleia (445 v.Chr.) beseitigt: Liv. 4,1,1–3;4,4,5; 4,5,5; Cic. rep. 2,63; Flor. epit. 1,17; dazu: *Corbino*, Mél. Sturm I 85–101; *Levi*, Scr. Guarino II 491–493; *Levi*, PP 38 (1983) 241–259; *Franciosi*, ACop. II 147–165; *Franciosi*, in: Franciosi, Organizzazione gentilizia I (1984) 121–179; *Humbert*, Mél. Gaudemet 281–303. Ehen zwischen Freigeborenen und Freigelassenen sind wohl bereits seit der jüngeren Republik gültig, wenn auch sozial nicht angesehen (Cic. Sest. 52,110). Zum Eheverbot zwischen Freigelassenen und Personen senatorischen Ranges durch die Ehegesetzgebung des Augustus s. unten Rn. 36.

[58] Gai. 1.56–57.

[59] Vgl. Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.27; Ulp. 2 l. Iul. adult. D. 48.5.14.8; Ulp. reg. 5.2; Inst. 1.10 pr.; Ner. 2 membr. D. 12.4.8; dazu *Astolfi*, Matrimonio (2014) 289–306; *Tafaro*, Pubes (1988); *Piro*, Spose

müssen die Eheleute geistig zurechnungsfähig sein, wobei später auftretender *furor* (→ § 30 Rn. 25) den Fortbestand der Ehe nicht hindert.[60]

23 Zeugungsunfähigkeit wird bezüglich der Ehefähigkeit differenziert betrachtet: Die Ehe des *spado* (dem Zeugungsunfähigen im weiteren Sinn) ist gültig, die des *castratus* nicht.[61]

24 Der *filius familias* und die *filia familias* benötigen die Zustimmung ihres Gewalthabers;[62] die Frau *sui iuris* bedarf anfänglich[63] der *auctoritas* ihres Tutors (→ § 29 Rn. 24–25 u. 28–37, § 31 Rn. 80–89). Die Zustimmung des *pater familias* wird mangels Widerspruchs (wie beim Verlöbnis) vermutet.[64]

c. Ehehindernisse und Eheverbote

25 Eine Reihe von Ehehindernissen resultiert aus Verwandtschaft und Schwägerschaft.[65] So können in auf- und absteigender gerader Linie kognatisch, agnatisch oder durch Adoption Verwandte sowie verschwägerte Personen keine gültige Ehe eingehen.[66]

26 Hinsichtlich Seitenverwandter[67] ist eine zeitliche Entwicklung zu beobachten:[68] Ursprünglich galten wohl Verbindungen bis zum sechsten Grad[69] als inzestuös, später bis

---

(2013); *McGinn*, Iura 63 (2015) 107–155; zur Nachklassik s. *Musca*, ACost. VII 147–181; zu epigraphischen Quellen s. etwa: *Saller*, CPh 82 (1987) 21–34; *Evans Grubbs*, Mouseion 7 (2007) 67–71.

[60] Vgl. Pomp. 3 Sab. D. 23.2.4; Paul. 35 ed. D. 23.2.16.2; Ulp. 26 Sab. D. 1.6.8 pr; Ulp. 26 Sab. D. 24.2.4; Paul. sent. 2.19.7.

[61] Vgl. Ulp. 33 ed. D. 23.3.39.1; Ulp. 3 Sab. D. 28.2.6 pr.; Marcian. 4 reg. D. 40.2.14.1; Ulp. 3 Sab. D. 28.2.6; zur Terminologie Ulp. 1 l. Iul. Pap. D. 50.16.128; vgl. *Dalla*, Incapacità sessuale (1978).

[62] Paul. 35 ed. D. 23.2.2; Ulp. reg. 5.2. Es besteht kein Zwang zur Verheiratung der *filia familias* durch den Vater. Gemäß der *lex Julia maritandis ordinibus* kann die Zustimmung erzwungen werden (Marcian. 16 inst. D. 23.2.19 [Zitat einer Konstitution der Kaiser Septimius Severus und Caracalla]).

[63] Zur ursprünglich passiven Rolle der zukünftigen Ehefrau vgl. etwa *Karl*, Castitas (2004) 75–145. Zur späteren Entwicklung vgl. Paul. or. Ant. Comm. sing. D. 23.2.20 (*nubere autem pupilla suo arbitrio potest*); Gord. C. 5.4.8 (a241).

[64] Paul. 35 ed. D. 23.1.7.1; Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.3; Sev./Ant. C. 5.4.5 (o.A.).

[65] Zu Exo- und Endogamie in vorklassischer Zeit vgl. *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 65–118; *Franciosi*, Clan (1999), dazu Rez. *Knothe*, SZ 102 (1985) 527–537; *Astolfi*, SDHI 60 (1994); *Moreau*, Incestus (2002); *Frier*, Ess. Donahue 23–35; *Thomas*, RHD 58 (1980) 345–382; *Modrzejewski*, SZ 81 (1964) 52–82; *Humbert*, Index 15 (1987); *Castán*, SDHI 81 (2015) 121–153; *Hopkins*, CSSH 22 (1980) 303–354. Zu den spezifischen Eheverboten der augusteischen Gesetzgebung s. unten Rn. 36.

[66] Z. B. Gai. 1.58–64; Paul. 35 ed. D. 23.2.14.4; Pap. 11 quaest. D. 12.7.5.1; Ulp. reg. 5.6; Inst. 1.10.6–7.

[67] Schwägerschaft stellt ausschließlich in gerader Linie ein Ehehindernis dar (vgl. Gai. 1.63; Paul. 35 ed. D. 23.2.14.4; Pap. 11 quaest. D. 12.7.5.1), Verwandtschaft durch Adoption in der Seitenlinie nur bei aufrechtem Adoptionsverhältnis (vgl. Gai. 1.59; Gai 1.61; Inst. 1.10.2).

[68] Ulp. reg. 5.6.

[69] *Argumentum e* Liv. epit. 20.

zum vierten Grad, in der Klassik schließlich bis zum dritten Grad.[70] Ab der Spätklassik findet wiederum eine Erweiterung der Verwandtschaftsgrade zwischen Personen, deren Beziehung in der Folge als inzestuös verboten und unter Strafe gestellt wird, statt.[71]

27 Kinder aus inzestuösen Beziehungen sind mit ihrem Vater nicht verwandt.[72]

28 Blutsverwandtschaft[73] und ein der Schwägerschaft[74] entsprechendes Verhältnis von Sklaven bilden (nach deren Freilassung) ebenfalls Ehehindernisse (→ § 36 Rn. 12).

29 Das Konzept der römischen Ehe ist Monogamie,[75] getragen von dauernder *affectio maritalis*. Daraus ergibt es sich, dass durch das Eingehen einer zweiten Ehe der Ehekonsens bezüglich der ersten Ehe nicht mehr existiert und diese als aufgelöst gilt (somit Bigamie gar nicht vorliegen kann); allerdings resultiert daraus Infamie (→ § 34 Rn. [redacted]).[76]

30 Die nachklassischen Entwicklungen akzentuieren das Prinzip der monogamen Ehe insofern, als nun eine zweite Ehe nicht geschlossen werden kann, bevor nicht eine bereits bestehende Ehe aufgelöst[77] [redacted] wurde; die bloße (einseitige) Aufgabe des Ehekonsenses reicht hierfür nicht mehr aus.

31 Durch ein SC unter Marc Aurel und Commodus[78] wird die Ehe zwischen einer *pupilla* und ihrem *tutor* bzw. dessen Sohn verboten; von diesem Verbot werden weiters der *curator* sowie die Enkel und Freigelassenen von *tutor* und *curator* erfasst.[79]

32 Kaiserliche Dienstanweisungen (*mandata*) verbieten Beamten und Offizieren, die in den Provinzen[80] tätig sind, die Eingehung einer Ehe mit Frauen, die ihrer Provinz angehören – *cum ratio potentatus nuptias prohibuerit*.[81] Ein Verlöbnis ist möglich,[82] ebenso kann der Amtsträger seine Töchter in dieser Provinz verheiraten,[83] seinem Sohn darf er allerdings keine Zustimmung zu einer Ehe mit einer Frau aus derselben Provinz

---

[70] Gai. 1.60–63; Inst. 1.10.1–5; Paul. 6 Plaut. D. 23.2.39 pr.

[71] Vgl. C. 5.5 *de incestis et inutilibus nuptiis*. *Puliatti*, Incesti crimina (2001); *Cusmà Piccione*, AUPA 55 (2012) 189–278; *Sandirocco*, Matrimoni vietati (2011).

[72] Gai. 1.64. *Moreau*, Incestus (2002) 363–366; *Evans Grubbs*, in: Ando/Rüpke, Public and Private (2015) 115–141.

[73] Paul. 35 ed. D. 23.2.14.2; Inst. 1.10.10.

[74] Paul. 35 ed. D. 23.2.14.3.

[75] Gai. 1.63; Inst. 1.10.6–7; *Sandirocco*, SDHI 70 (2004) 165–216.

[76] Iul. 1 ed. D. 3.2.1; Ulp. 6 ed. D. 3.2.13 1–3 (auch zum Verlöbnis).

[77] [redacted] Zur Scheidung s. unten Rn. 54.

[78] Paul. adsign. lib. sing. D. 23.2.59; Paul. or. Ant. Comm. sing. D. 23.2.60; C. 5.6 *de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem filiosque eorum*. *Sanna*, Matrimonio (2012) 117–128; *Astolfi*, Matrimonio (2014) 231–243.

[79] Call. 2 quaest. D. 23.2.64; Paul. 2 sent. D. 23.2.66; Tryph. 9 disp. D. 23.2.67; C.

[80] Das bedeutet, dass sie nicht in ihrer Heimatprovinz Dienst leisten (Paul. 7 resp. D. 23.2.65 pr).

[81] Pap. 1 def. D. 23.2.63; Paul. 2 sent. D. 23.2.38 pr.; Ulp. 32 Sab. D. 24.1.3.1; vgl. zuletzt *Astolfi*, Matrimonio (2014) 226–231; *Fiori*, ACop. XIV 342 f.; *Sanna*, Matrimonio (2012) 132–151.

[82] Paul. 2 sent. D. 23.2.38 pr–1.

[83] Paul. 2 sent. D. 23.2.38 pr–1.

erteilen.[84] Nach Niederlegung des Amtes wird eine dennoch zuvor „geschlossene" Ehe gültig und später geborene Kinder enstammen einem *iustum matrimonium*.[85]

Inwiefern der Soldatenstand ein Hindernis zur Eingehung einer Ehe darstellt bzw. **33**
eine aufrechte Ehe während der Dienstzeit möglich ist, bleibt aufgrund der Quellenlage[86] ebenso umstritten, wie die Frage, wann ein solches Verbot gegebenenfalls eingeführt wurde und welche Dienstränge davon betroffen waren. Herodian 3,8,5 und das Fehlen von Belegen in nachseverischer Zeit für ein Heiratsverbot von Militärangehörigen lassen die Aufhebung eines solchen durch Septimius Severus vermuten.[87]

4. Exkurs: Die augusteische Ehegesetzgebung

Eine zentrale Rolle im Zuge der Verrechtlichung/Normierung ehelicher Lebensgemein- **34**
schaften nimmt die sogenannte augusteische Ehegesetzgebung[88] ein, die zunehmender Ehe- und Kinderlosigkeit sowie einem postulierten Sittenverfall entgegen wirken soll und auf eine bevölkerungs- und sozialpolitische Steuerung ausgerichtet ist.[89] Weiters

[84] Marcian. 2 inst. D. 23.2.57.

[85] Paul. 7 resp. D. 23.2.65.1 (*etsi contra mandata contractum sit matrimonium … tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici*); Gord. C. 5.4.6 (a.239).

[86] Papyrologische Zeugnisse sowie die literarischen Quellen sprechen für ein Eheverbot und stehen in Widerspruch zu Texten aus Digesten und Codex; vgl. Suet. Aug. 2,24; Cass.Dio 60,24,3; Pap. 6 resp. D. 23.2.35; Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.8; Ulp. 9 Sab. D. 29.1.7; Tert. castr. pec. sing. D. 29.1.33 pr.; Ulp. 32 Sab. D. 49.17.6; Ulp. 33 ed. D. 49.17.7; Pap. 16 quaest. D. 49.17.13; Paul. 7 resp. D. 23. 2.65 pr.; Gord. C. 2.11.15 (a.239); Ant. C. 6.21.3 (a.213).

[87] *Jung*, ANRW II.14 (1982) 302–346; *Phang*, Marriage (2001); *Mirkovic*, ZPE 40 (1980) 259–271; *Campbell*, JRS 68 (1978) 153–166; *Mann*, in: Eck/Wolff, Heer und Integrationspolitik (1986) 187–189; *Mirkovic*, in: Eck/Wolff, Heer und Integrationspolitik (1986) 167–186; *Behrends*, in: Eck/Wolff, Heer und Integrationspolitik (1986) 116–166; *Schmetterer*, Soldaten (2012) 56–75; *Sanna*, Matrimonio (2012) 128–132. Zum aus gender-historischer Perspektive (vgl. *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla [2003] 104) tendenziösen Bericht des Tacitus, warum Frauen ihre Männer, die als Magistrate oder Militäre in der Provinz wirken, nicht begleiten sollen (Tac. ann. 3,33,2–4), s. zuletzt *Galgano*, St. Labruna III 1997–2005; *Albana*, StEurGn 16 (2017) 127–153.

[88] Einen rezenten Überblick zur umfangreichen Literatur bietet *Bonin*, Intra „legem Iuliam et Papiam" (2020); dort findet sich auch eine aktuelle Darstellung des Forschungsstandes seit dem 19. Jh. (7–17); vgl. inbs. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996); *Fayer*, Familia II (2005) 563–607; *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991), dazu Rez. *Masi Doria*, SZ 111 (1994) 556–564; *Bonin*, BIDR 111 (2017) 273–297; *Raditsa*, ANRW II.13, dazu Rez. *Nörr*, SZ 99 (1982) 466–468; *Nörr*, IJ 16 (1981) 350–364 = HIA II 1369–1383; *Baltrusch*, Regimen morum (1989); *McGinn*, Prostitution (1998) 70–139; *Csillag*, Augustan Laws (1976) mit Rez. *Charbonnel*, RHD 58 (1980) 83 f.; *Dajczak*, RIDA 42 (1995) 155–166; *Della Corte*, ANRW II 30.1 539–558; *Treggiari*, Marriage (1991) 60–80; *Humbert*, Remariage (1972), dazu Rez. *Crook*, JRS 64 (1974) 234 f.; *Sanna*, Matrimonio (2012) 107–117; *Gutiérrez Masson*, Mél. Coriat 367–379; *Spagnuolo Vigorita*, Casta domus (2010), dazu Rez. (der 2. Aufl. 2002) *Höbenreich*, SZ 130 (2013); *Wacke*, RHD 67 (1989) 413–128; *Wacke*, Misc. Mainzer Akademie (2001) 133–158; *Galinsky*, Philologus 125 (1981) 126–144.

[89] Zum ideologischen Kontext s. etwa *Cascione*, ACop. XIV 23–94; *Coppola Bisazza*, Scr. Corbino II 165–208; *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 159–166.

schafft sich der Kaiser durch die erbrechtlichen Konsequenzen bei Missachtung der erlassenen Ge- und Verbote eine nicht unerhebliche neue Einnahmequelle.

35 Die entsprechenden Regelungen finden sich in drei Gesetzgebungswerken: *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 v.Chr.), *lex Papia Poppaea nuptialis* (9 n.Chr.) und *lex Iulia de adulteriis coercendis* (18 v.Chr.), wobei letztere *adulterium* (Ehebruch der verheirateten Frau) und *stuprum* (Geschlechtsverkehr mit ehrenhaften unverheirateten und verwitweten Frauen) pönalisiert.[90] Die *lex Iulia de maritandis ordinibus* und die *lex Papia Poppaea* werden bereits ab der Klassik von den Juristen als einheitlicher Regelungskomplex *lex Iulia et Papia* erfasst und zitiert, weshalb auch im Folgenden keine Zuordnung der einzelnen Bestimmungen zu einem der beiden Gesetze vorgenommen wird.[91]

36 Die Gesetzgebung statuiert einerseits Eheverbote[92] zwischen bestimmten Personengruppen; allen *ingenui* ist die Ehe mit *feminae probrosae*[93] (→ § 52 Rn. 36) (Frauen, von sittlich vorwerfbarem Lebenswandel) wie Prostituierten, Kupplerinnen, Ehebrecherinnen, evtl. auch mit im *iudicium publicum* Verurteilten und Schauspielerinnen untersagt. Weiters besteht ein Eheverbot für Senatoren und deren über den Mannesstamm vermittelte männliche wie weibliche Deszendenz bis zur dritten Generation – somit bis einschließlich des Urenkels bzw. der Urenkelin eines Senators – mit *liberti* und *libertae* (→ § 37 Rn. 62) ,[94] Schauspielern und Schauspielerinnen sowie deren Kindern.[95]

37 Entgegen dem Verbot der Ehegesetzgebung eingegangene eheliche Verbindungen sind allerdings nicht generell nichtig, sondern die Ehegatten treffen die Sanktionen der *leges* für Nichtverheiratete. Die negativen erbrechtlichen Konsequenzen gelten somit auch für Ehegatten in einer nach der *lex Iulia et Papia* verbotenen Ehe.[96] Die Nichtigkeit solcher Ehen ordnet erst ein *senatus consultum* unter Marc Aurel und Commodus an.[97]

---

[90] S. D. 48.5 *ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*. Aufgrund des strafrechtlichen Charakters der *lex Iulia de adulteriis coercendis* wird auf diese im Weiteren nicht näher eingegangen und lediglich auf einige umfassende neuere Untersuchungen mit weiterführender Literatur verwiesen: vgl. *Rizzelli*, Lex Iulia (1997); *McGinn*, Prostitution (1998) 140–247; *Rizzelli*, ACop. XIV 145–322 (vgl. auch die erweiterte Fassung *Rizzelli*, RDR 8 (2008) 1–94 (http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/); *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 228–243; *Fayer*, Familia III (2005) 189–373; *Sanna*, AUPA 54 (2010–2011) 201–230.

[91] Die rezente Studie von *Bonin*, Intra „legem Iuliam et Papiam" (2020) widmet sich nun umfassend dem Verhältnis der beiden Gesetze zueinander und unternimmt den Versuch einer Zuordnung der konkreten Regelungen zu den beiden *leges*; vgl. auch *Green/Lewis/Crawford*, RS II 801–809; zu einer Palingenesie der Kommentare zur *lex Iulia et Papia* vgl. *Astolfi*, Scr. Guarino II 835–850. Zum Einfluss späterer *senatus consulta* auf die Normen der augusteischen Ehegesetzgebung s. *Buongiorno*, BIDR 111 (2017) 299–319.

[92] Vgl. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 93–147; *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 143–146.

[93] Vgl Ulp. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.43; vgl. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 49–61.

[94] Zu *notae censoriae* im Falle unstandesgemäßer Ehen mit freigelassenen Frauen bzw. solchen von „zweifelhaftem" Ruf in der Republik s. *Tarwacka*, ZP 19 (2019) 241–255.

[95] Paul. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.44.

[96] Ulp. reg. 16.2.

[97] Paul. 35 ed. D. 23.2.16 pr.; Ulp. 32 Sab. D. 24.1.3.1; Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 23.1.16; Mod. rit. nupt. sing. D. 23.2.42.1.

Wohl mit konkreten bevölkerungspolitischen Zielsetzungen werden Ehegebote formuliert: So besteht eine Pflicht zur Verheiratung für Männer vom 25. bis zum 60., für Frauen vom 20. bis zum 50. Lebensjahr,[98] sowie zur Wiederverheiratung geschiedener und verwitweter Personen; ausgenommen sind Männer wie Frauen, die durch Zeugung/Geburt von drei (bzw. vier bei Freigelassenen) Kindern vom *ius trium (vel quattuor) liberorum* „profitieren" bzw. dieses vom Kaiser verliehen bekommen haben (→ § 29 Rn. 51, § 31 Rn. 89, § 52 Rn. 32).[99] Das sozial und moralisch höhere Ansehen der nur einmal verheirateten Frau (*univira*) steht freilich in Diskrepanz mit den Ehegeboten der augusteischen Gesetzgebung. **38**

Die rechtlichen Konsequenzen bei Missachtung der Ehegebote (bzw. der Eheverbote) und der verpönten Kinderlosigkeit entstammen primär[100] dem Erbrecht (→ § 52 Rn. 32–53, § 100 Rn. 69–76).[101] *Caelibes* (Unverheiratete) sind *ex testamento* bezüglich Erbschaften und Legaten völlig erwerbsunfähig,[102] (eine Ausnahme bilden Zuwendungen aus Soldatentestamenten[103]), *orbi* (verheiratete, aber kinderlose Personen) erwerben lediglich die Hälfte;[104] dies gilt gleichermaßen für die *bonorum possessio secundum tabulas*[105] und wurde später[106] auch auf Fideikommisse und die *donatio mortis causa* erstreckt.[107] Ausgenommen sind außerdem Aszendenten und Deszendenten des Erblassers in gerader Linie bis zum dritten Grad.[108] Ein *caducum*[109] verfällt der Staatskasse, seit Caracalla dem Fiskus. Die Intestaterbfolge ist von den Regelungen der augusteischen Ehegesetzgebung allerdings nicht tangiert. **39**

Die Vorschriften der augusteischen Ehegesetzgebung werden ab dem 4. Jh. schrittweise außer Kraft gesetzt und letztlich unter Justinian gänzlich beseitigt, nicht zuletzt, weil sie christlichen Moralvorstellungen von Ehe widersprechen.[110] **40**

---

[98] Ulp. reg. 16.1; vgl. *Karl*, Castitas (2004) 296–299; *Manfredini*, BIDR 100 (1997) 233–287.

[99] Ulp. reg. 16.1; Gai. 3.44; Gai. 1.194; Paul. sent. 4.9.1–10.

[100] Zu weiteren Einschränkungen bzw. Privilegien *Kaser*, RP I 321; *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 147 f.

[101] *Babusiaux*, Erbrecht (2021) 111–121 mit weiterführender Literatur 342; *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 151–161.

[102] Ausser sie gehen innerhalb von 100 Tagen eine Ehe ein: Ulp. reg. 17.1; Ulp. reg. 22.3.

[103] Gai. 2.111.

[104] Gai. 2.111; Gai. 2.286; Gai. 2.286a; zum Ehegattenerbrecht (durch letztwillige Verfügung) in rechtmäßiger Ehe verheirateter, aber kinderloser Personen (bzw. zu Ausnahmen für gemeinsame Kinder oder Kinder aus einer früheren Ehe) s. Ulp. reg. 15.1–3.

[105] Paul. 4 l. Iul. Pap. D. 50.16.138; zur Anwachsung an die erwerbsfähigen Erben s. *Babusiaux*, Erbrecht (2021) 113–114.

[106] Vgl. Gai. 2.286 (*olim solida fideicommissa videbantur capere posse*); Gai. 286a (*postea … prohibiti sunt*).

[107] Paul. 4 l. Iul. Pap. D. 32.87.

[108] Iust. C. 6.51.1.1b (a.534).

[109] Ulp. reg. 17.1.

[110] Cod. Theod. 8.16.1 (a.320); C. 8.57 *de infirmanids poenis caelibatus et orbitatis et decimariis sublatis*; vgl. nur *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 39 f.; 132–140; 373–376; *Spagnuolo Vigorita*, ACost. VII 251–265.

5. Ehewirkungen

a. *Honor matrimonii*

41 Als „wichtigste persönliche Wirkung", die eine „soziale mit rechtlichen Folgen" ist, bezeichnet *Kaser*[111] den *honor matrimonii*,[112] welcher der Frau ab Eingehung der Ehe attestiert wird. Der *honor matrimonii*, die *dignitas*,[113] wird gleichsam als äußere Erscheinungsform der *affectio maritalis* verstanden und unterscheidet eine im *iustum matrimonium* lebende Frau von einer *concubina*. Freilich wird in Ulp. 22 Sab. D. 32.49.4 betont, dass es bei einem Legat rechtlich gerade keinen Unterschied mache, ob es einer *uxor* oder einer *concubina* vermacht wurde (*nisi dignitate nihil interest*).[114] Das soziale Ansehen der Ehefrau steht somit beim *honor matrimonii* im Vordergrund, die „rechtlichen Folgen" sind eher Ausfluss des *iustum matrimonium*, das durch die dafür nötige innere *affectio maritalis* gekennzeichnet ist.[115]

42 Der *honor matrimonii* ist aber auch die gegenseitige, zwischen Mann und Frau in einem *iustum matrimonium* bestehende Haltung („*reverentia che l'uno doveva all'altra*"[116]), aus der sich sehr wohl Rechtsfolgen, wie etwa das Verbot infamierender Klagen oder die Dispens von Zeugenschaft ableiten lassen. Auch bei der Frage, inwiefern sich eine längere räumliche Trennung der Partner auf die Ehe (und somit auf erfolgte Schenkungen) auswirkt, wird auf das Vorhandensein des gegenseitigen *honor matrimonii* rekurriert.[117]

b. Nachkommenschaft

43 Nur die Deszendeten, die einem *iustum matrimonium* entstammen, können unter der *patria potestas* stehen[118] und gehören somit dem agnatischen Familienverband mit all den sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen (insb. dem römischen Bürgerrecht) an (→ § 34 Rn. 1–19).

---

[111] *Kaser*, RP I 322.

[112] Vgl. Pap. Frg. Vat. 253b. (*Item …. Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit, nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum reccidere quod ante iure valuit; an autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit … personis comparatis, vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi.*).

[113] Vgl. Ulp. 22 Sab. D. 32.49.4.

[114] Vgl. ebenso Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 32.29 pr.

[115] Die spärliche Quellenlage lässt auch vermuten, dass für die Juristen dieser Begriff eher als Attribut an die Frau denn als rechtlich relevanter gesehen wurde.

[116] *Fayer*, Familia II (2005) 363 mit Fn 125.

[117] Vgl. Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.13 (*sed honorem invicem habebant*); dazu *Fayer*, Familia II (2005) 335 f.

[118] Vgl. Gai. 1.76–89; 1.189.

c. Vermögensrecht

Die vermögensrechtlichen Folgen einer Eheschließung (→ § 35 Rn. 1–10) betreffen die Vermögensfähigkeit der Frau, falls diese eine *manus*-Ehe eingeht; sodann steht sie *filiae loco* und verliert somit ihre Vermögensfähigkeit. Bleibt die Frau ihrem Vater gewaltunterworfen, ist dieser Träger des Vermögens; ist sie allerdings *sui iuris* hat die Eheschließung keinen Einfluss auf ihre eigenständige Vermögensfähigkeit; in der *manus*-freien Ehe herrscht, modern gesprochen, das Prinzip der Gütertrennung.[119] Weitere vermögensrechtliche Folgen ergeben sich aus der Bestellung und eventuellen Rückforderung der *dos* (→ § 35 Rn. 11–178) und für die gesetzliche Erbfolge (→ § 54 Rn. 8 u. 76,§ 57 Rn. 241–242). **44**

6. Auflösung der Ehe

Die Ehe endet durch den Tod oder durch Verlust der Ehefähigkeit (*conubium*) eines der Ehepartner sowie durch Wegfall der *affectio maritalis*, insbesondere durch Scheidung.[120] **45**

a. Tod und Statusveränderungen

Der Tod eines der Ehepartner beendet die Ehe.[121] Die (begründete) Annahme, der Ehepartner sei tot, löst die Ehe nur dann auf, wenn die Länge der nachrichtenlosen Abwesenheit dies indiziert und somit nicht mehr von einer bestehenden *affectio maritalis* ausgegangen werden kann.[122] **46**

Da Unfreie kein *conubium* haben, bewirkt auch der Verlust der Freiheit den Wegfall der Ehefähigkeit und das Ende der Ehe, so z. B. im Falle der Kriegsgefangenschaft (*captivitas*) (→ § 26 Rn. 51–52, § 27 Rn. 22–24).[123] Anders als bei der *patria potestas* **47**

---

[119] Zum Ehegüterrecht insgesamt s. (→ § 35).

[120] Paul. 35 ed D. 24.2.1: *Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum.* Die Auflösung der Ehe ist – wie deren Zustandekommen – freilich streng von der Aufhebung einer allenfalls begründeten *manus* des Mannes über die Frau zu trennen.

[121] Zu den v. a. nichtjuristischen Quellen zu emotionalen Aspekten und Folgen des Todes eines der Ehegatten wie Begräbniszeremonie und Trauerriten, s. *Treggiari*, Marriage (1991) 483–501 mit weiterführender Literatur.

[122] Vgl. Pap. 2 adult. D. 48.5.12.12 – eine ähnliche Konstellation findet sich auch in den pseudoquintilianischen Deklamationen 347 (vgl. *Wycisk*, Quidquid in foro (2008) 110 f.; *Herberz*, Mulier (2008) 59–62) – wo erörtert wird, ob das Eingehen einer weiteren Verbindung als Ehebruch zu ahnden ist oder eine rechtmäßige zweite Ehe darstellt; dazu und zur in der Literatur kontroversen Frage, ob der vermutete Tod des Ehemannes einer Verschollenheit gleichzusetzen ist, s. *Herberz*, Mulier (2015) 47–74; denn Verschollenheit löst die Ehe nicht auf, ermöglicht allerdings eine Scheidung *inter absentes* zu erklären (vgl. *Yaron*, TR 31 (1963) 54–68).

[123] Paul. 35 ed D. 24.2.1; Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.4. Monographisch hierzu zuletzt *Herberz*, Mulier (2015), und zu ausgewählten Fragen *Sanna*, Matrimonio (2012); zum Verhältnis von Ver-

über die in einem *iustum matrimonium* geborenen Kinder oder bei der Gültigkeit eines vor Gefangenschaft errichteten Testaments, greift im Fall der Ehe das sog. *ius postliminii*[124] (→ § 26 Rn. 5–7, 22–24) nicht ein. Die Ehe wird somit nicht bis zur Rückkehr in Schwebe gehalten und lebt nach einer solchen wieder auf, sondern es ist eine neuerliche Eheschließung nötig.[125] Diskutiert wird dies unter dem Aspekt einer möglichen Wiederverehelichung während der Gefangenschaft eines der Ehegatten.[126] Geraten beide Ehegatten in *captivitas*, sind Weiterbestand der Ehe und die *patria potestas* des Vaters über die in Gefangenschaft gezeugten Kinder fraglich.[127] Kontrovers dürfte der Weiterbestand der Ehe auch in dem Fall gewesen sein, wenn ein *captivus* der Ehemann und Patron seiner *liberta* war.[128]

48 Den Einfluss des Verlustes des *ius civitatis* auf das Fortbestehen der Ehe behandeln die Quellen auch hier nur inzidenter hinsichtlich der (Nicht-) Existenz der Wirkungen eines aufrecht bestehenden *matrimonium*. So wird über Deportation oder Exil[129] und die damit verbundene *media capitis deminutio* etwa in Bezug auf die Rückforderbarkeit der *dos*[130] oder das Verbot der Schenkung unter Ehegatten (→ § 35 Rn. 72, 107 u. 161–164, § 45 Rn. 13, § 112 Rn. 40) bzw. der Schenkung *donatio mortis causa* diskutiert; obwohl die Ehe jedenfalls in klassischer Zeit durch Verbannung nicht als aufgelöst gilt, wird eine Schenkung auf den Todesfall dennoch wirksam, kann allerdings seitens des Ehemannes widerrufen werden.[131]

---

schollenheit und Kriegsgefangenschaft s. *Herberz*, Mulier (2015) 36 f.; 46 f.; weiters *Fayer*, Familia III (2005) 179–182; *Urso*, SDHI 58 (1992) 85–120; methodisch und inhaltlich wenig überzeugend zu diesem und den weiteren Punkten *Huber*, Ehekonsens (1977) 81–104.

[124] Gai. 1.129; Inst. 1.12.5. *Cursi*, Postliminium (1996).

[125] Pomp. 3 Sab. D. 49.15.14.1.

[126] Vgl. Iul. 22 dig. D. 24.2.6; dieser v. a. aufgrund der 5-Jahresfrist und des Begriffs der „*bona gratia* Scheidung" in seiner Echtheit umstrittene Text wird bis heute in Teilen als interpoliert betrachtet (zum *divortium bona gratia* siehe *Fayer*, Familia III [2005] 161–164); s. ausführlich *Herberz*, Mulier (2015) 23–37 (31–36 zu den in der Interpolationenforschung vertretenen Meinungen).

[127] Sev./Ant. C. 8.50.1 (o.A.): Wenn beide Eltern einer in Gefangenschaft geborenen Tochter wieder zurückkehren, gilt diese als *filia familias* ihres Vaters, starb der Vater und kehrt die Tochter daher nur mit ihrer Mutter zurück, folgt sie deren *status* einer Unfreien, da der Ehekonsens nicht mehr erneuert werden kann (vgl. *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 36–39, wobei anzumerken ist, dass es sich bei dem in der Quelle genannten Namen „Sarmatia" nicht um den Namen der Tochter, wovon *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 36–39 ausgehen, sondern um die Region Sarmatia handelt, in welcher sich die Eltern in Gefangenschaft befanden); zur älteren Literatur zu diesem Text s. die Nachweise bei *Huber*, Ehekonsens (1977) 87–92; das Reskript an den *praeses provinciae* von Mysia inferior Ovinius Tertullus wird auch in Ulp. 12 Sab. D. 38.17.1.3; Ulp. 4 l. Iul. Pap. D. 49.15.9; Marcian. 14 inst. D. 49.15.25 zu ähnlichen Fragestellungen zitiert.

[128] Vgl. Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 23.2.45.6, der dies – im Gegensatz zu dem von ihm zitierten Julian – nicht anders betrachtet, als wenn es sich um eine *ingenua* handeln würde, während Julian aufgrund der geschuldeten *reverentia* eine solche Ehe auch während der *captivitas* als fortbestehend betrachtet (*Herberz*, Mulier [2008] 28).

[129] Paul. reg. sing. D. 24.1.43: Eine Schenkung unter Ehegatten *exilii causa* ist gültig.

[130] Alex. C. 5.17.1 (a.229); Ulp. 33 ed. D. 48.20.5.1.

[131] Vgl. Ulp. 32 Sab. D. 24.1.13.1 (… *cum igitur deportatione matrimonium minime dissolvatur* …); zu diesem Text ausführlich *Rüger*, Donatio (2011) 132–138.

Änderungen des *status familiae* lösen eine Ehe nur dann auf, wenn, z. B. aufgrund einer Adoption, nachträglich eine Lage eintritt, in der ursprünglich eine Ehe nicht möglich gewesen wäre, weil das Ehehindernis der Schwägerschaft oder Verwandtschaft in einem die Ehe ausschließenden Grad bestanden hätte.[132] 49

b. Nachträglicher Eintritt bestimmter Ehehindernisse

Bei sonstigen nachträglich eingetretenen Ehehindernissen wurde differenziert: Geisteskrankheit bildete zwar aufgrund des Konsenserfordernisses ein Hindernis für das Eingehen einer Ehe, späterer *furor* berührte die Ehe aber nicht (→ § 30 Rn. 25.).[133] Gültig blieb auch die Ehe zwischen einer Mündel und dem Sohn eines ihr nach Eheeingehung[134] bestellten *tutor* (→ § 31 Rn. 1–4.), während einer Eheschließung aufgrund eines *senatus consultum* unter Marc Aurel und Commodus ein Ehehindernis entgegen stand.[135] 50

Einige Quellen widmen sich dem späteren Eintritt eines Tatbestandes[136] der augusteischen Ehegesetzgebung, der seit dem *senatus consultum* unter Marc Aurel und Commodus auch die Nichtigkeit einer solchen Verbindung zur Folge hat:[137] Grundsätzlich dürfte die Ehe zwischen einem Senator bzw. dessen Nachkommen und Schauspielern sowie Schauspielerinnen bzw. deren Kindern unberührt geblieben sein, jedenfalls dann, wenn der Vater oder die Mutter der Frau erst nach der Eheschließung zur Schauspielerei kamen;[138] wurde allerdings die Frau selbst Schauspielerin, musste sich der Mann von ihr trennen.[139] Eine Auflösung der Ehe *eo ipso* zeigen diese Texte aber nicht.[140] 51

Die Frage nach dem Fortbestand der Ehe nach Eintritt eines verheirateten Mannes in den Militärdienst ist aufgrund der unklaren Quellenlage in Bezug auf Geltung, Wirkung 52

---

[132] Inst. 1.10.2; Gai. 1.61; Tryph. 9 disp. D. 23.2.67.3; Gai. 11 ed. prov. D. 23.2.17.1.

[133] Paul. 35 ed. D. 23.2.16.2; Ulp. 26 Sab. D. 1.6.8 pr; Paul. sent. 2.19.7.

[134] Vgl. Sev./Ant. C. 5.6.1.(a.215).

[135] Vgl. Gord. C. 5.6.3 pr (o.A.): … *rite contractum matrimonium ex post facto vitiari non potuerit* …. Allerdings muss in dieser Konstellation ein neuer *tutor*/*curator* bestellt werden. (Der Text spricht hier vom *curator*, was auf die frühnachklassische Angleichung von *tutor* und *curator* zurückzuführen sein dürfte; möglich wäre freilich auch, dass dem Vater, der *tutor* ist, ein sogenannter *curator adiunctus* beigestellt wurde).

[136] Vgl. Paul. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.44pr–5.

[137] Zu diesem *senatus consultum* s. u. Rn. 37; vgl. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 112 f.

[138] Paul. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.44.6.

[139] Paul. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.44.7.

[140] Dies könnte möglicherweise für den Fall angenommen werden, dass der Ehemann einer freigelassenen Frau in den Senatorenstand eintritt: In C. 5.4.28 pr (a.531/532) – Justinian beseitigt endgültig die Eheverbote für Senatoren – wird erwähnt, dass bei Ulpian die Frage der Auflösung (*an solvatur matrimonium*) solcher Ehen erörtert wurde, weil die *lex Papia* den Fortbestand nicht zuließ (… *quia lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non patitur*); rein sprachlich ließe sich aber ebenfalls der Zwang zur Trennung durch den Mann subsumieren.

und Reichweite eines Heirats- bzw. Eheverbots für Soldaten nicht sicher entscheidbar. In der Literatur kontrovers erörtert werden die Varianten der Auflösung *ipso iure*, einer Suspendierung der Ehe(wirkungen) sowie die *militia* als Scheidungsgrund.[141]

53 Ähnlich wie bei der Trennung der Ehe durch Scheidung das nachklassische Recht restriktivere Regelungen festlegt, tendiert es auch bei den sonstigen Auflösungsgründen des klassischen Rechts dazu, die Ehe nun möglichst aufrecht zu erhalten. Bei *captivitas*[142] eines Ehegatten erlischt die Ehe nicht (*manere insoluta matrimonia sinimus*), wie Novell. Iust. 22.7 (a.536) erstmals ausdrücklich festlegt; die Kriegsgefangenschaft ist allerdings eine der *causae*, die eine Auflösung *bona gratia*[143] der Ehe ermöglichen. Solange der in Gefangenschaft geratene Partner noch lebt, ist eine Wiederverheiratung demnach nicht erlaubt; beim Mann wird das mit dem Verlust der *donatio propter nuptias*, bei der Frau mit dem der *dos* sanktioniert. Bei Zweifel über das Schicksal des Gefangenen ist eine neue Eheschließung aber jedenfalls nach Ablauf von fünf Jahren möglich und die Ehe wird ohne Scheidungserklärung als *bona gratia* aufgelöst betrachtet.[144] Die nachrichtenlose Abwesenheit eines in den Militärdienst aufgebrochenen Ehemannes (Kriegsverschollenheit, ohne *captivitas*)[145] wird in Hinblick auf den Bestand der Ehe lediglich unter dem Gesichtspunkt einer möglichen sanktionlosen Wiederverheiratung der Frau geregelt. Nach Const. C. 5.17.7 (a.337) ist diese nach vier Jahren,[146] nach Novell. Iust. 22.14 (a.536) erst nach zehn Jahren erlaubt.[147] Die *deportatio* lässt die Ehe schwebend aufrecht und es werden z. B. nicht widerrufene Schenkungen beim Tod des Deportierten gültig.[148]

---

[141] S. *Jung*, ANRW II.14 (1982) 304–309 mit ausführlichen Nachweisen zur älteren Forschung; *Behrends*, in: Eck/Wolff, Heer und Integrationspolitik (1986) 162–164; *Schmetterer*, Soldaten (2012) 69–71. Lediglich Gai. 11 ed. prov. D. 24.1.61 handelt explizit von der Frage des Schicksals einer bereits bestehenden Ehe (… *militiam satis commode retineri matrimonium non possit* …), dies allerdings eingeschlossen in einer Katene zwischen zwei Hermogenian-Fragmenten (zur Palingenesie *Jung*, ANRW II.14 (1982) 304).

[142] Vgl. *Fayer*, Familia III (2005) 182–185; *Vannuchi Forzieri*, ACost. VII 393–421; *Urso*, SDHI 58 (1992) 121–142; *Herberz*, Mulier (2015) 123–133.

[143] Zum *divortium bona gratia* vgl. *Fayer*, Familia III (2005) 161–164.

[144] Vgl. auch Iul. 62 dig. D. 24.2.6; Paul. 3 l. Iul. Pap. D. 49.15.8; diese beiden Texte gelten aufgrund der Regelung von Novell. Iust. 22.7 nach bis heute herrschender Lehre als interpoliert (s. *Herberz*, Mulier (2015) 128–131; *Fayer*, Familia III (2005) 182 f. mwN.

[145] Vgl. zuletzt *Herberz*, Mulier (2015) 100–123.

[146] Die Frau muss außerdem ihre Heiratsabsicht dem Vorgesetzten ihres Mannes brieflich bekanntgeben.

[147] Die Frau muss darüber hinaus versucht haben, Kontakt zu ihrem Mann aufzunehmen, und dessen Vorgesetzten davon informiert haben. Novell. Iust. 117.11 (a.542) verlangt weiters eine eidliche Erklärung des Todes von militärischen Zeugen; selbst dann darf die Frau erst nach einem weiteren Jahr heiraten, ohne sich des Ehebruchs schuldig zu machen.

[148] Const. C. 5.16.24.2 (a.321) …. *donationes a viro in uxorem collatae adhuc in pendenti maneant.* Novell. Iust. 22.13. bestätigt die konstantinische Regelung; zur *deportatio* s. *Fayer*, Familia III (2005) 185–187 mwN.

c. Scheidung (*divortium*)

Die Aufhebung[149] der römischen Ehe durch Scheidung[150] erfolgt konsequenterweise nach den Prinzipien für das Zustandekommen des *matrimonium*: Sie wird bewirkt durch den erklärten Willen, dass die Ehe beendet sein soll und die damit einhergehende Aufhebung der Lebensgemeinschaft (wie eben der Eheabschluss neben dem *consensus* der Aufnahme der Lebensgemeinschaft bedarf).[151] Die auf die Scheidungserklärung folgende Trennung der Ehepartner muss ernsthaft und von Dauer sein, damit ein *verum divortium* vorliegt.[152] Die Frage ob ein solches *verum divortium* stattgefunden hat, wird von den Juristen unter dem Aspekt diskutiert, ob die Ehe trotz zwischenzeitlicher Trennung und darauf folgender Wiederaufnahme des Zusammenlebens fortbestanden hat oder aufgelöst wurde und welche Konsequenzen sich daraus etwa für die *dos* und (Un-)/Wirksamkeit einer Ehegattenschenkung ergeben.[153] **54**

Kaser formuliert,[154] dass „die Scheidung nur ein faktischer, von der Sitte geregelter Tatbestand des sozialen Lebens", somit „kein Rechtsakt", sondern ein „reiner Privatakt" sei, dessen „Zulässigkeit … vom Privatrecht nicht geregelt, wohl aber vorausgesetzt wird …".[155] Er bezieht sich hier möglicherweise auf den Gegensatz zur modernen Konzeption des Scheidungsrechts, die eines obrigkeitlichen Aktes für die Auflösung der **55**

[149] Auch für das *divortium* gilt freilich, dass die Trennung der Ehe vom Vorgang der Aufhebung einer eventuell begründeten *manus* des Ehemannes über die Frau isoliert zu betrachten ist (durch fiduziarische *remancipatio* an den *paterfamilias* bzw. einen Treuhänder und anschließender *manumissio*) bzw. durch den *actus contrarius* der *diffarreatio*, wobei die Möglichkeit einer Scheidung bzw. Aufhebung der Ehe hier insgesamt unklar ist (→ § 19 Rn. 8).

[150] D. 24.2 *de divortiis et repudiis*; C. 5.17 *de repudiis et iudicio de moribus sublato*. Für einen ersten Überblick s. *Fayer*, Vita (2016) 118–126; weiters *Fayer*, Familia III (2005) 55–179; *Astolfi*, Matrimonio (2014) 359–403; *Giunti*, Consors vitae (2004), dazu *Peppe*, Iura 55 (2004–2005) 237–249; *Astolfi*, Matrimonio (2014) 359–418; *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 143–201; *Karl*, Castitas (2004) 227–278; *Treggiari*, Marriage (1991) 435–482, dazu Rez. *Bauman*, SZ 110 (1993) 701–703; *Robleda*, ANRW II 14 (1982) 347–390; *Huber*, Ehekonsens (1977); *Treggiari*, in: Rawson, Marriage (1991) 31–46; *Corbier*, in: Rawson, Marriage (1991) 47–63; *McGinn*, ACop XV (2014) 427–459; *Levy*, Ehescheidung (1925); zur Scheidung bei Plautus vgl. *Schuhmann*, SZ 93 (1976) 19–32; *Dees*, Iura 39 (1988) 107–120; *Costa*, Diritto (1980) 177–183; *Costa*, Luoghi (1890) 34–37.

[151] Vgl. Gai. 11 ed. prov. D. 24.2.2 pr: *Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium.*

[152] *Kunkel*, s. v. matrimonium, RE 14 2279, spricht hier von einem „gestreckten Tatbestand", da ein „Schwebezustand" besteht, solange nicht feststeht, ob die Aufhebung der Lebensgemeinschaft endgültig ist.

[153] Paul. 35 ed. D. 24.2.3; Paul. 35 ed. D. 50.17.48; Marcell. 3 l. Iul. Pap. D. 23.2.33 (nicht Marcian, wie *Kunkel*, s. v. matrimonium, RE 14 2279 und *Kaser*, RP I 327 Fn. 23, irrtümlich anführen); Iav. 6 post. Lab. D. 24.1.64 (zum dort zitierten Fall von Maecenas und Terentia s. etwa *Guarino*, Labeo 38 (1992) 137–146); Pap. 4 resp. D. 23.4.26.5.; Frg. Vat. 106 f.; s. *Giunti*, Consors vitae (2004) 162–171; *Fayer*, Familia III (2005) 122–125; *Giunti*, SemCompl 12 (2000) 133–145.

[154] *Kaser*, RP I 81.

[155] Deutlicher wird *Kaser* aber, wenn er den Vollzug der Scheidung als faktischen Vorgang folgendermaßen beschreibt: „ähnlich der Besitzaufgabe, kein Rechtsgeschäft" (*Kaser*, RP I 326 f.).

Ehe bedarf; die römischen Juristen diskutieren diese Frage jedenfalls nicht *in abstracto*. Dennoch stellt die Scheidungserklärung eines der Partner (*repudium*)[156] ein – wenn auch einseitiges – Rechtsgeschäft dar, wie Kunkel m. E. zu Recht konstatiert.[157] Eine verbindliche Form, in welcher das *repudium* zu erfolgen hat, besteht nicht; selbst die Formulierung im Zwölftafelkommentar des Gaius kann wohl entgegen früheren Vermutungen nicht als ein verbindliches Formgebot zu dieser Zeit verstanden werden.[158] Das in Paul. 2 adult. D. 24.2.9 genannte Erfordernis der Scheidungserklärung vor sieben Zeugen betrifft im klassischen Recht nur einen speziellen Anwendungsbereich: gemäß der *lex Iulia de adulteriis* musste der Ehemann im Falle des Ehebruchs seiner Frau die Scheidung erklären, um dem Vorwurf des strafrechtlichen Tatbestandes des *lenocinium* (Kuppelei) zu entgehen;[159] zur Beweisführung war daher die Hinzuziehung von Zeugen statuiert.[160] Zugleich wurde durch diesen Formalakt auch die *manus* beendet und die Frau konnte sich somit der *remancipatio* nicht durch ihre Abwesenheit entziehen. Auch die überlieferten Formeln[161] sind wohl von jeher eher dem Brauchtum zuzurechnen, als dass ihnen für die Scheidung eine konstitutive Bedeutung zugemessen werden könnte. Diese drücken sämtlich[162] die Scheidungserklärung des Mannes gegenüber der Frau aus: „*tuas res tibi habeto*“, „*tuas res tibi agito*“, „*baete foras mulier*“, „*claves adimere*“, weswegen auch vermutet wird, dass das Scheidungsrecht seinen Anfang in der einseitigen Verstoßung der Frau durch den Mann genommen hat.[163]

---

[156] *Repudium* bezeichnet nach heute herrschender Lehre die einseitige Scheidungserklärung unabhängig davon, ob diese vom Mann oder von der Frau abgegeben wurde, *divortium* den Tatbestand der Scheidung als solchen (Gai. 11 ed. prov. D. 24.2.2 pr.; Mod. 9 diff. D. 50.16.101.1; Paul. 35 ed. D. 50.16.191); zur Begrifflichkeit von *divortium* und *repudium* und der diesbezüglichen älteren Literatur s. *Fayer*, Familia III (2005) 55–60. Ob die Scheidungserklärung empfangsbedürftig ist, bleibt umstritten.

[157] *Kunkel*, s. v. matrimonium, RE XIV.2 2278 f.

[158] Gai. 3 l. XII tab. D. 48.5.44: *Si ex lege repudium missum non sit et idcirco mulier adhuc nupta esse videtur* …; vgl. XII T. 4,3; Cic. Phil. 2,28,69; s. *Giunti*, Consors vitae (2004) 130–141 mwN.; *Venturini*, Iura 41 (1990) 25–51.

[159] Ulp. 1 adult. D. 48.5.2.2; vgl. nur *Rizzelli*, Lex Iulia (1997) 62–65.

[160] Auf dieses Formgebot nehmen wohl auch Ulp. 34 ed. D. 24.1.35 (*Si non secundum legitimam observationem divortium factum sit* …) und Ulp. 47 ed. D. 38.11.1.1. (… *item Iulia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit*, …) Bezug; zur Diskussion über dieses durch die augusteische Ehegesetzgebung eingeführte Formgebot in der älteren Literatur s. *Fayer*, Familia III (2005) 112–121; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 194–203.

[161] Bis auf Plaut. Amph. 928: *Valeas, tibi habeas res tuas, reddas meas.*

[162] *Kunkel*, s. v. matrimonium, RE XIV.2 2279, spricht hier von „Überlieferungstrümmern“, aus denen auch für die Frühzeit keine sicheren Schlüsse für eine eventuell gebotene Form gezogen werden können.

[163] Vgl. Gai. 11 ed. prov. D. 24.2.2.1; XII T. 4,3; Cic. Phil. 2,28,69; Plaut. Trin. 266; Sen. suas. 1,6; Mart. epigr. 10,41,2; Apul. met. 5,26, u. a.; zu Quellen und Literatur s. *Fayer*, Familia III (2005) 60–69.

Der Scheidungswille kann persönlich,[164] brieflich oder durch einen Boten kundgetan werden, wobei der *libellus repudii* in der Klassik zwar bekannt war,[165] aber, bevor in der Nachklassik die Schriftlichkeit zum Formgebot wird, selten zur Übermittlung des Scheidungswillens eingesetzt worden sein dürfte. Das Senden eines Scheidungsboten[166] war wohl die gängigste Form der Scheidungserklärung, sodass der Ausdruck *nuntium (re)mittere* ganz allgemein die Bedeutung von „sich scheiden" annimmt.[167] **56**

Libera matrimonia esse antiquitus placuit: Das klassische römische Recht basiert auf dem Prinzip, dass Ehen frei und ohne Angabe von Gründen[168] scheidbar sind.[169] Diese Scheidungsfreiheit ist auch nicht disponibel: Weder *pacta* über die Nichtscheidung einer Ehe, noch Stipulationen, welche dem sich scheidenden Ehepartner eine *poena* auferlegen, sind durchsetzbar.[170] Für die Frühzeit[171] sind uns Einschränkungen dieser Freiheit, v. a. für den Fall der Verstoßung der Frau durch den Mann,[172] überliefert, an die sakrale Strafdrohungen anknüpfen[173] und deren Missachtung durch das *regimen morum* der Zensoren geahndet[174] wird. Aufgrund der Tatsache, dass ursprünglich die **57**

---

[164] Gai. 11 ed. prov. D. 24.2.2.3: ebenso durch eine Person zu der ein Gewaltverhältnis besteht.

[165] Vgl. Pap. 1 adult. D. 24.2.7; Diocl./Max. C. 5.17.6 (a.294).

[166] Vgl. etwa Ulp. 3 l. Iul. et Pap. D. 23.2.45.4; Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.19 f.; Ulp. 3 ed. D. 24.3.22.7; weitere Quellen bei *Fayer*, Familia III (2005) 68 Fn 63.

[167] Vorsicht ist in diesem Zusammenhang bei der neuen deutschsprachigen Digestenausgabe (*Knütel/Kupisch/Seiler/ Behrends*, CICIV) geboten, da hier in den einschlägigen Quellen in D. 23.2 (*Seiler*), D. 24.1 (*Misera*) und D. 24.3 (*Seiler*) *nuntium (re)mittere* mit „Scheidebrief übersenden" übersetzt wird.

[168] Selbst die nachklassischen Kaisergesetze, welche die rechtmäßige Scheidung an konkrete Gründe anbinden, statuieren nicht die Unwirksamkeit nach diesem Regime unbegründeter Trennungen, sondern stellen insofern *leges non perfectae* dar, als sie *poenae* in Form finanzieller Einbußen vorsehen.

[169] Eine Ausnahme bildet seit jeher die (notwendigerweise konfarreierte) unscheidbare Ehe des *flamen Dialis* und der *flaminica*: Gell. 10,15,23; Serv. Aen. 4,29; Plu. Moralia 50; *Giunti*, Consors vitae (2004) 357–377.

[170] Alex. C. 8.38.2 (a.223): *Libera matrimonia esse antiquitus placuit. ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat.* S. zuletzt *Ferretti*, in: Garbarino et al., Confini (2020) 142–160.

[171] Zur vielfach überlieferten Scheidung des Spurius Carvilius Ruga (ca. 230 v. Chr.; Val. Max. 2,1,4) als – unbestritten legendenhaft – erstes *divortium* in Rom s. weitere Quellen und Literatur bei *Fayer*, Familia III (2005) 70–86; *Robleda*, ANRW II 14 (1982) 355–365.

[172] Plu. Rom. 22,3. Vgl. *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 171–179.

[173] Für eine sanktionslose Scheidung mussten wohl bestimmte Scheidungsgründe vorliegen, die in konkreten Verfehlungen der Frau wie Ehebruch, Kinderlosigkeit, Kindesunterschiebung, Giftmischerei oder Weingenuss gesehen wurden; zu den einzelnen Tatbeständen s. *Kaser*, RP I 61 f.; *Giunti*, Consors vitae (2004) 3–52.

[174] So berichtet Valerius Maximus (9,2,9) von L. Annius, der von den Zensoren M. Valerius Maximus und C. Iunius Brutus Bubulcus (307–306 v. Chr.) aus dem Senat ausgeschlossen wurde, weil er sich von seiner Frau (*quam virginem in matrimonium duxerat*) ohne Konsultation des *consilium amicorum* geschieden hatte.

Eheschließung regelmäßig von der Herstellung der *manus* – Gewalt des Mannes bzw. dessen *pater familias* über die Ehefrau begleitet wurde, ist für die Frühzeit eine Abgrenzung zwischen Auflösung der Ehe als solcher und Aufhebung der *manus* (und der sich daraus ergebenden Beteiligung des Gewalthabers) aus den Quellen nicht mit Sicherheit ableitbar. Ob die römische Ehe überhaupt jemals unauflöslich war, lässt sich aufgrund der ausschließlich literarischen Quellenlage nicht beantworten, zumal eine Unterscheidung zwischen Trennung der Ehe und Auflösung eines allenfalls durch *confarreatio*[175] begründeten Gewaltverhältnisses für diese frühe Zeit nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann.[176] Aufgrund der literarischen Quellen ist zu vermuten, dass die Scheidung anfänglich nur durch den Mann vorgenommen werden konnte und die Scheidung durch die Frau nur bei *manus*-freier Ehe möglich war.[177] De facto mag der Ehemann in seiner Handlungsfreiheit freilich seit jeher durch drohende Vermögenseinbußen, insbesondere in Bezug auf die Rückgabe der *dos*, eingeschränkt gewesen sein.[178]

58 Zur Scheidung befugt ist in klassischer Zeit sowohl der Ehemann als auch die Ehefrau. Die Zustimmung des *pater familias* bei gewaltunterworfenen Ehepartnern[179] sowie die des Tutors (→ § 31 Rn. 1–4) der Ehefrau ist anders als in früherer Zeit nicht mehr erforderlich.[180] Auch das Recht des *pater familias* die Ehe aufzulösen[181] existiert nicht mehr (jedenfalls dann, wenn es sich um ein *matrimonium bene concordans* handelt).[182]

[175] D. H. 2,25 handelt von konfarreierten Ehen.

[176] Vgl. *Fayer*, Familia III (2005) 72–78.

[177] Vgl. *McDonnell*, AJAH 8 (1983) 54–80.

[178] Vgl. Plu. Rom. 22,3. – *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 171–179.

[179] Zur Scheidung von *filii familias* in klassischer Zeit, insb. der *filia*, s. *Astolfi*, Matrimonio (2014) 396–403.

[180] Texte, die uns zur Scheidung ihrem Vater gewaltunterworfener Ehefrauen überliefert sind, lassen weder erkennen, dass der Vater die Scheidung vornimmt, noch dass dieser zustimmen müsste (vgl. Afr. 8 quaest. D. 24.3.34; Paul. 5 quaest. D. 24.3.45; Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.2).

[181] Zur Vornahme der Scheidung durch den *pater familias* selbst s. *Fayer*, Familia III (2005) 86–95; zum Aspekt der Entscheidungsfreiheit der *filia familias* vgl. die entsprechenden Abschnitte bei *Karl*, Castitas (2004) 240–278; zum Begriff des *filiam abducere* (die Herbeiführung der Trennung durch den *pater familias* der Ehefrau) auch *De Simone*, AUPA 55 (2012) 321–384.

[182] Zur Entkräftung des *interdictum de liberis exhibendis, item ducendis* (→ § 65 Rn. 154–158) (→ § 66 Rn. 48 u. 78) (des Vaters der Frau durch den Ehemann) durch ein Reskript des Antoninus Pius vgl. Ulp. 71 ed. D. 43.30.1.5: *Et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur.*; Paul. sent. 5.6.15 (Antoninus Pius); Frag. Vat. 116; Marc Aurel bei Diocl./Max. C. 5.17.5 pr. (a.294) (…*nisi magna et iusta causa interveniente* …); Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.19; zum *interdictum de uxore exhibenda et ducenda* (→ § 66 Rn. 49 u. 79) des Ehemannes gegen den Vater Diocl./Max. C. 5.4.11 (o.A.); Herm. 6 iur. epit. D. 43.30.2; Paul. sent. 2.19.2 (zur unklaren Formulierung „*sed contracta non solvuntur*“ s. *Kaser*, SZ (1986) 41 und *Astolfi*, Matrimonio (2014) 401 f. Zu einem Fall aus der Praxis des römischen Ägypten im 2. Jh. n. Chr. betreffend die Frage eines Eheauflösungsrechts des Vaters Chairemon gegenüber seiner Tochter Dionysia (P. Oxy. II 237) (→ 8 Rn. 63–68) s. zuletzt kritisch *Platschek*, JJP 45 (2015) 145–163; weiters *Kreuzsaler/Urbanik*, JJP 38 (2008) 119–151; *Yftach-Firanko*, Marriage (2003) 81–104, jeweils mwN.

Als *divortium bona gratia* (im Gegensatz zu *cum ira sui animi et ofensa*)[183] wird die Trennung in gutem Einvernehmen, die freilich auch durch einseitige Erklärung vorgenommen werden kann, bezeichnet.[184] Da im klassischen Recht die Scheidung an keine spezifischen Schuldgründe gebunden ist, gab es auch keine Differenzierung zwischen einverständlicher und einseitiger Scheidung. **59**

Die Scheidungsfreiheit einer von ihrem Patron und Ehemann vormals freigelassenen Frau beschränkt die augusteische Ehegesetzgebung insofern, als dieser die Scheidung ohne Zustimmung ihres Patrons untersagt ist (→ § 37 Rn. 67).[185] *Ratio legis* ist es zu verhindern, dass die Frau eine Ehe nur einging, um eine Freilassung zu erreichen.[186] Bei den Konsequenzen einer *invito patrono* vorgenommenen Scheidung ist allerdings (solange der Freilasser sie als Ehefrau behalten will)[187] zu differenzieren: Die Scheidung ist wirksam,[188] aber die *liberta* verliert ihren Anspruch auf Rückgabe der *dos*; weiters kann sie ohne die Zustimmung des Patrons keine neue Ehe eingehen.[189] Eine *constante matrimonio* erfolgte Schenkung wurde, auch wenn sie vom Schenker nicht widerrufen wurde,[190] nicht gültig.[191] Als unverheiratet behandelt wurde die *liberta* auch beim Tode des Patrons und erbte somit nicht nach prätorischem Erbrecht in der Klasse *unde vir et uxor*.[192] Die vom Gesetz missbilligte Scheidung *invito patrono* wird somit bezüglich ihrer Wirksamkeit so beurteilt, dass die Frau die jeweils nachteiligen Folgen einer (Nicht)verheirateten treffen. **60**

---

[183] Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.10.

[184] S. auch Ulp. 4 adult. D. 40.9.14.4; Iul. 62 dig. D. 24.2.6 (*bona gratia dissolutum*); Herm. 2 iur. epit. D. 24.1.62 pr.; Ov. rem. am. 669 (*discedere pace*). Zum Begriffswandel von *divortium bona gratia* im justinianischen Recht, wo *divortium bona gratia* eine einseitige Scheidung ohne Verschulden eines der Ehepartner bedeutet, s. *Fayer*, Familia III, 161–168, insb. 162 Fn. 383.

[185] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 173–203; *Karl*, Castitas (2004) 272–274; Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 24.2.11 pr–2.

[186] Zur *manumissio matrimonii causa* s. *Wacke*, Misc. Mainzer Akademie 133–158 (konkret zur Scheidung 138, 149–152) bzw. *Wacke*, RHD 67 (1989) 413–428 (konkret zur Scheidung 423–425).

[187] Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 24.2.11.1: *Ait lex: ‚quamdiu patronus eam uxorem esse volet'*.

[188] Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 24.2.11 pr: … *non infectum videtur effecisse divortium, quod iure civili dissolvere solet matrimonium. Quare constare matrimonium dicere non possumus, cum sit separatum* ….

[189] Alex. C. 5.5.1 (o.A.); Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 24.2.11 pr. (*cum nullo alio conubium ei est*); Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 23.2.45 pr; anderes gilt nach Marcell. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.50 und Mod. 1 reg. D. 24.2.10 freilich, wenn die Freilassung aufgrund einer fideikommissarischen Verpflichtung und nicht *suo arbitrio* des Freilassers vorgenommen wurde. Zur in der Literatur umstrittenen Frage, ob die *lex Iulia et Papia* hier nun ein Scheidungsverbot oder bloß ein Wiederverheiratungsverbot statuiert sowie ob nur Scheidungen, die nach einer *manumissio matrimonii causa* erfolgen, von dieser Regelung erfasst sind, s. eingehend *Fayer*, Familia III (2005) 125–134 mwN.

[190] Vgl. die *oratio* Caracallas zur Bestätigung von Ehegattenschenkungen, die bei aufrechter Ehe bis zum Tode des Schenkers nicht widerrufen wurden (Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32 pr–3) (Grundsätzlich waren Schenkungen unter Ehegatten *constante matrimonio* verboten.) (→ § 35 Rn. 72, 107 u. 161–164; § 45 Rn. 13; § 112 Rn. 40).

[191] Herm. 2 iur. epit. D. 24.1.62.1.

[192] Ulp. 47 ed. D. 38.11.1.1.

61 Grundlegende Veränderungen erfährt die Auflösung der Ehe durch die nachklassische kaiserliche Gesetzgebung. Diese wird gewöhnlich auf christlichen Einfluss zurückgeführt und nimmt eine zunehmende Verrechtlichung der Scheidung vor.[193] Inwieweit die Gesetzgebung der spätantiken Kaiser christlichen Moralvorstellungen folgte oder von sozialer Disziplinierung (zumindest teilweise) motiviert bzw. überlagert war und wie sich diese beiden Normensysteme[194] vielleicht reziprok bedingten, ist freilich äußerst umstritten.[195]

62 Den Beginn dieser bis Justinian wechselvollen Entwicklung markiert eine konstantinische Konstitution,[196] nach welcher die einseitige Scheidung nur aus bestimmten Gründen (*haec tria crimina*) gerechtfertigt ist.[197] Als *crimina* seitens des Mannes werden Totschlag, Giftmischerei/Magie, Grabschändung (*homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem*), seitens der Frau Ehebruch, Giftmischerei/Magie, Kuppelei (*moecham vel medicamentariam vel conciliatricem*) angeführt.[198] Eine Trennung ohne den Beweis eines dieser *crimina* zieht sowohl für die Frau wie auch für den Mann vermögensrechtliche Folgen nach sich. Für die Frau bedeutet dies, dass sie keinen Anspruch auf Rückgabe der *dos* hat; die *interpretatio* zum Codex Theodosianus aus dem 5. Jh. erwähnt zusätzlich den Verlust der *donationes ante nuptias* (… *et donationem, quam percepit, amittat* …) (→ § 35 Rn. 5 u. 177–178; § 45 Rn. 14).[199] Der Mann wiederum muss die gesamte *dos* herausgeben, d. h. er kann auch bei Eheverfehlungen (*vitia morum*) der Frau abseits der erwähnten *crimina* keine *retentiones* (→ § 35 Rn. 86–107,

[193] *Fayer*, Familia III (2005) 134–179; *Gaudemet*, Société (1980); *Vannucchi Forzieri*, SDHI 48 (1982) 289–317 (dazu *Volterra*, Scritti VI 521–528); *Evans Grubbs*, Law and Family (1995) 225–260 (dazu Rez. *Yftach*, SZ 117 (2000) 598–603); *Memmer*, FS Mayer-Maly 489–510; *Urbanik*, St. Labruna VIII 5705–5726; *Venturini*, ACost. VIII 343–365.

[194] Vgl. *Selb*, in: Simon, Eherecht (1992) 1–14; zu diesem Band s. Rez. *Schrage*, SZ 111 (1994).

[195] Vgl. dazu im Überblick *Sargenti*, ACost. I 229–332; weiters *Fayer*, Familia III (2005) 141–143; *McGinn*, TR 67 (1999) 57–73; *García Garrido*, ACost. VII 32–41; *De Martino*, Diritto I 671–685 = FS Flume I 137–151; *Caron*, ACost. VII 287–298 (zugleich ein knapper, aber präziser Überblick zu nachklassischen Konstitutionen betreffend die Ehegesetzgebung); *Gaudemet*, ACost. VII 75–88; zu ACost. VII s. *Astolfi*, SDHI 56 (1990) 323–346 sowie *Lippold*, SZ 108 (1991) 618–624; *Harper*, Shame (2013) insb. 169–171; *Arjava*, Arctos 22 (1988) 7–21; *Fascione*, Scr. Mancini I 417–425. Zu Ehen zwischen Personen unterschiedlicher religiöser Ausrichtung sowie zur nachklassischen Ehegesetzgebung s. jetzt umfassend *Cusmà Piccione*, Non licet (2017); *Sandirocco*, Matrimoni (2016); weiters *Astolfi*, Matrimonio postclassico (2012) 171–197; *Evans Grubbs*, JEChrSt 2 (1994) 361–412; *Falchi*, ACost. VII 203–211; *Rabello*, ACost. VII 213–224; *Sargenti*, ACost. VII 49–74; *Bianchini*, ACost. VII 225–249; *Biscardi*, ACost. VIII 325–334; *Castello*, ACost. VIII 383–391; *De Robertis*, ACost. VII 299–307; *De Bonfils*, Labeo 42 (1996) 254–266; *Kuefler*, JFH 32/4 (2007) 343–370; zur Geschichte des frühchristlichen Kirchenrechts s. nur *Heggelbacher*, Geschichte (1974) 172–176; *Colantuono*, Unioni tardoantiche (2018).

[196] Cod. Theod. 3.16.1 (a.331).

[197] Diese *iustae causae* werden von den bloßen *vitia morum* differenziert.

[198] Zum Begriff *medicamentarius/medicamentaria*, der in normativem Zusammenhang nur in diesem Text überliefert ist, s. *Di Mauro Todini*, ACost. VII 343–382.

[199] Vgl. dazu *Memmer*, FS Mayer-Maly 492 f.

insb. 91–94; § 112 Rn. 32–42) geltend machen. Die Frau treffen darüberhinaus auch strafrechtliche Sanktionen (*in insulam deportari*). Weiters werden restriktive Konsequenzen bezüglich einer Wiederverheiratung reglementiert; der Mann darf sich zwar nicht wiederverheiraten, eine dennoch geschlossene weitere Ehe ist aber wohl gültig (die Konstitution ordnet nämlich an, dass die grundlos geschiedene Frau die *dos* der *posterior uxor* an sich nehmen darf).[200]

Vermutlich hebt Julian Apostata im Jahr 363 die Neuregelung Konstantins wieder **63**
auf und restauriert für kurze Zeit das klassische Scheidungsrecht im Sinne der Scheidungsfreiheit.[201]

Die nachfolgenden Kaisergesetze (durch Konstantius III.,[202] Theodosius II.[203] und **64**
Justinian), die phasenweise jeweils nur im Osten, Westen oder im gesamten Reich in Geltung standen, kehren wieder zum Verschuldensprinzip der konstantinischen Konstitution zurück. Sie halten in differenzierter Form grundsätzlich an dem Prinzip der Sanktionierung des *divortium* außer bei Vorliegen explizit normierter Gründe fest. Die Scheidungsgründe werden zunehmend ausgeweitet; dennoch können nun trotz Vorliegens eines Grundes den sich einseitig scheidenden Partner nachteilige Rechtsfolgen treffen, wobei die Gründe wie die Sanktionen in den einzelnen Gesetzen (auch für die Fälle – je nach Regulierung – grundloser Scheidung) variieren und keine kontinuierliche Entwicklung festzustellen ist.[204] Eine Tendenz zur stärkeren Restriktion von Frauen ist aber eindeutig festzumachen. Diese zeigt sich sowohl in Belangen der mehr oder weniger sanktionsfreien Scheidungsgründe sowie an den nachteiligen Konsequenzen infolge Zuwiderhandelns, wie etwa neben den vermögensrechtlichen Verlusten an der Frist für eine Wiederverheiratung von fünf Jahren (andernfalls wird die Frau infam).[205] Erstmals werden auch die aus der Ehe stammenden Kinder in die Scheidungs-

[200] Details sind umstritten; zur Diskussion s. *Fayer*, Familia III (2005) 139 f.; *Memmer*, FS Mayer-Maly, vermutet, dass das Verbot der Wiederverheiratung seine Wirkung hier „im Faktischen" entfaltet, da Frauen von der Eheschließung aufgrund des drohenden Verlustes der Mitgift Abstand genommen hätten.

[201] Cod. Theod. 3.13.2 (a.363); Ambrosiast. quaest. test. 115,12: … *ante Iuliani edictum mulieres viros suos dimittere neqibant. Accepta autem potestate coeperunt facere quod prius facere non potuerant; coeperunt enim cottidie licenter viros suos dimittere*; aufgrund der äußerst fragmentarischen Überlieferung ist die Reichweite dieser Regelung allerdings umstritten; vgl. nur *Fayer*, Familia III (2005) 145f; *Memmer*, FS Mayer-Maly 494 f.; zu eherechtlichen Fragen bei Ambrosiaster in Bezug auf die Wiederverheiratung vgl. *Heggelbacher*, Recht (1959) 122–131.

[202] So differenziert Konstantius III. Cod. Theod. 3.16.2 (a.421) die Scheidungsfolgen nach grundloser Scheidung bzw. bei begründeter Scheidung nach der Schwere des Grundes; bei Verbot der Wiederverheiratung ist eine weitere „Ehe" nichtig; zur christlichen Lehre s. etwa *Heggelbacher*, Geschichte (1974) 177.

[203] Theodos./Valentin. C. 5.17.8 (a.449). Zu einer oströmischen *interpretatio* zu diesem Gesetz im Syrisch-Römischen Rechtsbuch vgl. Selb/Kaufhold III 250–252; *Memmer*, FS Mayer-Maly 503 f.

[204] Für einen Überblick der zu bis Novell. Iust. 117 erlassenen und laufender Veränderung unterworfenen Bestimmungen s. *Fayer*, Familia III (2005) 145–165; *Memmer*, FS Mayer-Maly 495–509; *Forzieri Vannucchi*, SDHI 48 (1982) 300–317; *Kaser*, RP II 176 f., jeweils mwN.

[205] Vgl. Theodos./Valentin. C. 5.17.8.4;4a (a.449).

regeln involviert, indem das aus der Ehe gewonnene Vermögen (*omne quidquid ex nuptiis lucratum est*), wie etwa eine *donatio ante nuptias* (→ § 35 Rn. 177; § 45 Rn. 14) an die Frau, auch des schuldlos geschiedenen Elternteils zugunsten der Kinder gebunden wird: Nach dem Tode des Empfängers soll dieses Vermögen zur Gänze an die Kinder fallen, es besteht ein Veräußerungs- und Belastungsverbot; werden die Kinder nicht zu Erben eingesetzt oder treten sie die Erbschaft nicht an, sind fehlende Vermögensteile von den Erben zu ersetzen.[206]

65 Justinian, der in ersten einschlägigen Konstitutionen weitere Scheidungsgründe sowie Vermögensstrafen normiert,[207] setzt mit der umfangreichen Novell. Iust. 117 (a.542) der nachklassischen Entwicklung der Regelungen zur einseitigen Scheidung einen Schlusspunkt: Er dezimiert drastisch die Gründe sanktionsloser Scheidung[208] und verschärft zudem die Strafen[209] für die nach diesem Regime grundlosen Scheidungen.

66 Die Einführung von – wie auch immer konkret ausgestalteten – Scheidungsgründen durch die nachklassische Gesetzgebung ließe, nicht zuletzt angesichts des christlichen Konzepts der lebenslänglichen Untrennbarkeit der Ehe, erwarten, dass auch das *divortium communi consensu* einer grundlegenden Neuordnung unterworfen worden wäre. Dem ist aber nicht so: Die sanktionslose Möglichkeit zur einvernehmlichen Trennung der Ehepartner bleibt in dieser Periode unangetastet. Die Angabe eines Grundes, auf den sich die Ehepartner einigen, war nach herrschender Meinung nicht erforderlich; die Frau kann sich bereits nach einem Jahr wiederverheiraten.[210] Nur für einen kurzen Zeitraum wird die einvernehmliche Scheidung unter Justinian verboten: Im Jahr 542

---

[206] Theodos./Valentin. C. 5.17.8.7 (a.449).

[207] Vgl. C. 5.17.10 (a.528); C. 5.17.11. (a.533); C. 5.17.12 (a.534).

[208] Vgl. Novell. Iust. 117.8 (a.542): *Quia vero plurimas in veteribus et nostris invenimus legibus causas ex quibus facile nuptiarum solutiones fiunt, ea causa perspeximus ex his abscidere aliquas, quae nobis indignae ad solvendas nuptias visae sunt, et eas solum nominatim praesenti inserere legi, pro quibus rationabiliter potest sive vir sive mulier repudium mittere.* Nach dieser programmatischen Einleitung folgt eine taxative Aufzählung der Eheverfehlungen des Ehepartners, die nunmehr dem Mann (Novell. Iust. 117.8) bzw. der Frau (Novell. Iust. 117.9) eine ungestrafte einseitige Scheidung ermöglichen (zu den einzelnen Tatbeständen s. *Fayer*, Familia III (2005) 166–168). In Novell. Iust. 117.12 werden nochmals pauschaliter alle früheren *iustae causae* aufgehoben: *Et praedictas quidem dispositiones de solutis rationabiliter aut inrationabiliter nuptiis ordinavimus, et omnia de memoratis casibus secundum hanc nostram constitutionem iudicari et decidi decernimus.*

[209] Vgl. Novell. Iust. 117.5;8;9;13 (a.542); Novell. Iust. 134.11 (a.556). Abgesehen von den umfangreichen vermögensrechtlichen Folgen wird die Frau bei unbegründeter Scheidung in ein Kloster verbannt, durch Novell. Iust. 127.4 (a.584) ebenso der Mann (… *nullam esse differentiam quantum ad poenas inter virum et mulierem* …); vgl. *Fayer*, Familia III (2005) 178 f.

[210] Anastas. C. 5.17.9 (a.497): … *communi consensu tam mariti quam mulieris repudium sit missum, quo nulla causa continetur* …; dass dieses Gesetz als erstes die sanktionslose Scheidung *nulla causa* erwähnt, hat vereinzelt die Vermutung hervorgerufen, dass vor Anastasius die einvernehmliche Trennung ohne einen der in den vorangehenden Konstitutionen genannten Gründe denselben Strafen wie ein in diesem Sinne grundloses *repudium* unterworfen gewesen sei; vgl. *Fayer*, Familia III (2005) 158f; s. auch Novell. Iust. 22.3 (a.536): … *quoniam horum quae in hominibus subsequuntur, quidquid ligatur, solubile est.*

untersagt er jede Trennung *ex consensu*, außer für den Fall, dass sich die (ehemaligen) Ehepartner zur *castitas* verpflichten; bei späterem Zuwiderhandeln durch Wiederverheiratung oder ausschweifendem Lebenswandel (*alias contrahens nuptias aut luxuriose vivens*) fällt das Vermögen den Kindern bzw. dem Fiskus zu.[211] Zudem werden die Sanktionen infolge unbegründeter Scheidungen *per consensum* denen des *repudium* angeglichen.[212] Doch bereits Justinians Neffe, Justin II.,[213] restauriert das Gesetz des Anastasius (*ut antiquitus*) und ermöglicht wiederum die straflose konsensuale Scheidung,[214] ohne konkrete Gründe zu verlangen; er begründet dies damit, dass viele Eheleute die Scheidung begehrten, weil die Ehe – modern gesprochen – zerüttet ist[215] und dass sie, da sie durch wechselseitige Zuneigung geschlossen wird, auch durch Bekanntgabe der *contraria voluntas* wieder aufgelöst werden kann.[216]

Die vom Trennungswillen getragene Aufhebung der Lebensgemeinschaft reicht nun **67**
(jedenfalls im Osten des Reiches) nicht mehr zur Scheidung, sondern es bedarf konstitutiver Formalismen. Wer sich scheiden möchte, muss seinen diesbezüglichen Willen dem Ehepartner in schriftlicher Form (*libellus repudii*)[217] kundtun.[218] Im Westen finden wir die Scheidung vor Zeugen, wobei diese keinen dem *libellus repudii* vergleichbaren obligatorischen Charakter erlangt haben dürfte.[219]

Bemerkenswerterweise haben weder die konstantinische „Reform“ noch die nach- **68**
folgenden Kaisergesetze die Unwirksamkeit einer gemäß diesen Regelungen grundlosen einseitigen oder einvernehmlichen Scheidung normiert.[220] Der faktischen Absage

---

[211] Novell. Iust. 117.10 (a.542): *Quia vero et ex consensu aliqui usque ad praesens alterna matrimonia solvebant, hoc de cetero fieri nullo sinimus modo, nisi forte quidam castitatis concupiscentia hoc fecerint. …. Aliter enim separationem matrimoniorum fieri ex consensu nulla ratione permittimus.*

[212] Novell. Iust. 134.11 (a.556) praefatio: … *iubemus praeter illas causas nullo modo repudia fieri, aut per consensum nuptias solvi et concedere invicem delictis.*

[213] Novell. Iust. 140 (a.566).

[214] … *sancimus licere ut antiquitus consensu coniugum solutiones nuptiarum fieri, ⟨non⟩ ultra vero optinere constitutes poenas in constitutione nostri patris adversus eos qui cum consensu coniugii faciunt solutionem.*

[215] *Plurimi autem nos adierunt inter se coniugium horrentes et abominantes et proelia discordiasque propter hoc domi contingere accusantes (hoc quod valde doloriferum et triste consistit), dissolvere propter hoc precantes conubia, vel si occasiones non habuerunt dicere, per quas sine timore hoc lex dabat facere ipsos.*

[216] *Si enim ⟨in⟩ alterutrum adfectus nuptias solidat, ⟨merito⟩ contraria voluntas istas cum consensu dissolvit, adsignificantibus rebus quae nuptias solvunt.*

[217] In klassischer Zeit ist der Scheidebrief zwar üblich, dient aber bloßen Beweiszwecken; noch Diokletian erklärt den Nichtzugang des *libellus* an den Ehemann für rechtlich unerheblich; vgl. Diocl./Max. C. 5.17.6 (a.294); s. *Fayer*, Familia III (2005) 68 f.

[218] Novell. Theod. 12 pr. = Theod./Valentin. C. 5.17.8 pr. (a.439). Zur Diskussion über den Scheidebrief als obligatorisches Element in der älteren Literatur s. *Fayer*, Familia III (2005) 153 Fn. 350; nach *Forzieri Vannucchi*, SDHI 48 (1982) 304–308 betrifft das Erfordernis des *libellus repudii* in der theodosianischen Konstitution lediglich konsensuale Scheidungen. Einen Beleg für den Scheidungsbrief eines *pater familias* an seinen Schwiegersohn bietet P. Oxy. I 129 = FIRA III Nr. 21.

[219] Vgl. *Levy*, Ehescheidung (1925) 130–136.

[220] Inwiefern Justinian in Novell. Iust. 134.11 pr. (a.556) zumindest für bestimmte Konstellati-

an die eheliche Lebensgemeinschaft sucht man zwar durch äußerst harte Sanktionen entgegen zu steuern, das Ideal der christlichen Lehre einer absoluten Unauflöslichkeit der Ehe wird von der nachklassischen Gesetzgebung aber nicht realisiert. Es wird – anders als in nachfolgenden Zeiten – akzeptiert, dass man bei einer *contraria voluntas* das Paar nicht zur Ehegemeinschaft zwingen kann bzw. soll.[221]

7. Wiederverheiratung

69 Eine neuerliche Eheschließung[222] nach Ende der früheren Ehe durch Tod, Scheidung oder einen der sonstigen Auflösungsgründe, ist gültig.

70 Zwar bestehen seit alters her[223] sittlich-sakrale Normen, die der Witwe nach dem Tod ihres Mannes eine Trauerfrist (*tempus elugendi*) von zehn Monaten gebieten, diese bewirkt aber kein Ehehindernis. Allerdings wird der *pater familias*, der seine Tochter während der Frist verheiratet, bzw. derjenige, welcher wissentlich in diesem Zeitraum eine Witwe heiratet, nach prätorischem Recht infam (→ § 28).[224] Außerdem war wohl auch die sich innerhalb der Trauerzeit wiederverheiratende Witwe von Infamie betroffen.[225] Motiv dafür war, die Abstammung vom Ehemann (und somit die Legitimität eines nachgeborenen Kindes) feststellen zu können.[226] (Der Witwer hingegen hatte keine Trauerzeit einzuhalten).[227] Bemerkenswerterweise existierten bei der Eheauflösung durch Scheidung oder sonstige Gründe aber keine zeitlichen Hindernisse für eine Wiederverheiratung. Das Ideal der *univira*, der nur einmal verheirateten Frau, bleibt jedoch weiterhin bestehen.[228]

---

onen erstmals die Nichtigkeit (*iubemus praeter illas causas nullo modo repudia fieri*) einer grundlosen Scheidung einführt, ist in der Literatur umstritten; vgl. dazu *Fayer*, Familia III (2005) 173 f.

[221] Für die einverständliche Scheidung vgl. die Konstitution Justins in Novell. Iust. 140 (a.566) praefatio: *Agebamus vero plus nihil: quomam [vero] difficile est inmutare semel detentos inrationabili passione et horrore*; sowie cap.1.: *Si enim ⟨in⟩ alterutrum adfectus nuptias solidat, ⟨merito⟩ contraria voluntas istas cum consensu dissolvit, adsignificantibus rebus quae nuptias solvunt.*

[222] *Humbert*, Remariage (1972); *Astolfi*, Matrimonio (2014) 221–226; *Bradley*, in: Rawson, Marriage (1991) 79–98; *Treggiari*, Marriage (1991) 501 f.

[223] Plu. Num. 12, wobei eine vorzeitige Wiederverheiratung durch ein Sühneopfer gerechtfertigt wurde und der Gültigkeit der weiteren Ehe keinen Abbruch tat.

[224] Iul. 1 ed. D. 3.2.1; Paul. sent. 1.21.13; Frg. Vat. 320.

[225] Frg. Vat. 320; Ulp. 6 ed. D. 3.2.11.3 lässt die Witwe selbst in jenen Fällen, in denen ihr wegen der Verwerflichkeit ihres Mannes gewöhnlich keine Pflicht zur Einhaltung zur Trauerzeit oblag, bei Wiederverheiratung infam werden; vgl. auch Grat./Valentin./Theodos. C. 5.9.1 (a.380): *…ex iure quidem notissimo.* Zur Infamie der Witwe s. *Scheibelreiter*, s. v. Schande, RAC 29 (2019) 709–711. Eine kaiserliche Dispens ist möglich, ein Verlöbnis hat keine negativen Rechtsfolgen: Paul. 8 ed. D. 3.2.10 pr–1.

[226] Ulp. 6 ed. D. 3.2.11.1: *praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur, qui solet elugeri propter turbationem sanguinis.*

[227] Paul. 5 ed. D. 3.2.9 pr.; Sen. epist. 7,63,13.

[228] *Lightman/Zeisel*, Church History 46/1 (1977) 19–32.

Das nachklassische Recht[229] lehnt die Wiederverheiratung ab; es transformiert die moralische Missbilligung in Rechtsfolgen, die insbesondere darauf zielen, Kinder aus der vorangegangenen Ehe vor finanziellen Nachteilen zu bewahren: Die sich wiederverheiratende Person – zuerst nur die Frau, später aber auch der Mann – verliert letztlich die durch die Ehe erworbenen Vermögensvorteile zu Gunsten der Kinder.[230] 71

II. Sonstige Lebensgemeinschaften von Mann und Frau

Aus dem rigiden römischen Konzept des *iustum matrimonium* entsteht das Problem der Einordnung und Qualifikation jener real gelebten Geschlechts- und Lebensgemeinschaften, die nicht die Kriterien einer rechtlich gültigen Ehe erfüllen. Begrifflich finden sich hier in den Rechtsquellen[231] zwei Formen: der *concubinatus* und das *contubernium*. Geschlechtliche Verbindungen, die keinen der drei „Kategorien" unterfallen, werden weder rechtlich noch gesellschaftlich anerkannt, eventuell strafrechtlich sanktioniert, oder aber aus rechtlicher Sicht gänzlich ignoriert. 72

1. Der Konkubinat (*concubinatus*)[232]

Auf Dauer angelegte und unterhaltene Geschlechts- und Lebensgemeinschaften zwischen Personen, die ein *iustum matrimonium* nicht eingehen (können) und deren Verbindungen somit keine Ehewirkungen entfalteten, bilden einen fixen Bestandteil der römischen gesellschaftlichen Realität.[233] Ihre partielle soziale Anerkennung, dafür 73

[229] C. 5.9; C. 5.10; Novell. Iust. 22 (a.536); vgl. *Astolfi*, Matrimonio postclassico (2012) 203–261; *Memmer*, Entwicklung (1994) 371–447.

[230] Zu den Details der nachklassischen Regelungen s. Cod. Theod. 3.8. (*de secundis nuptiis*) Novell. Iust. 22 sowie *Kaser*, RP II (180–183).

[231] Zu den zahlreichen inschriftlichen Belegen s. die Aufstellungen bei *Friedl*, Konkubinat (1996) 333–417, *Meyer*, Konkubinat (1895) 67–77, 114–116 sowie *Rawson*, TAPA 104 (1974) 279–305.

[232] D. 25.7 *de concubinis*; C. 5.26 *de concubinis*. *Fayer*, Familia III (2005) 11–54; *Rawson*, TAPA 104 (1974) 279–305; *Vallar*, Mél. Coriat 993–1008; *Friedl*, s. v. Konkubinat *(concubinatus, contubernium)*, RAC XXI 416–435; *Karabélias*, ACost. VII 183–201; *Karabélias*, ACost. VIII 339–453; *Gaudemet*, in: Ganghofer, Droit de la famille (1992) 377–392; *Peppe*, Mél. Magdelain 343–359; *Rousselle*, Opus 3 (1984) 75–84; *Sanna*, BIDR 109 (2015) 173–206; *Sandirocco*, Labeo 50 (2004) 197–230; *Tomulescu*, St. Scherillo I 299–326; *Meyer*, Konkubinat (1895); *Treggiari*, BSR 49 (1981) 59–81; *McGinn*, TAPA 121 (1991) 335–375 (mit einem konzisen Überblick zur älteren Lit. 373–375); *Cristaldi*, in: Romeo, Relazioni affettive (2014) 143–200; *Lamberti*, RIDA 64 (2017) 155–176; *Lamberti*, in: Viarengo, Unioni (2016) 1–26; *Quadrato*, ACop. XIV 367–407 = *Quadrato*, Index 38 (2010) 223–252); *Sargenti*, ACost I (1975) 261–272.

[233] Erstmals erwähnt finden wir den Begriff *concubina* in Plautus' Miles gloriosus; detaillierte Nachweise bei *Costa*, Diritto (1890) 186 f.; dazu *Watson*, Persons (1967) 1–10. Zum bereits in der Antike (vgl. Paul. 10 l. Iul. Pap. D. 50.16.144) in unterschiedlicher Weise definierten Bedeutungs-

relevante Kriterien und darauf bezogene ethische Vorstellungen lassen sich bereits ab einem frühen Zeitpunkt feststellen. Die begriffliche Fixierung und – in Verbindung damit – die Verrechtlichung setzt allerdings erst während des Prinzipats ein. Die konzeptionelle Bestimmung des nunmehr sog. *concubinatus* erfolgte im Verhältnis zur Ehe dabei *ex negativo*.[234] So ermangelte nach einhelliger Auffassung dem *concubinatus* die *affectio maritalis*[235] und der *honor matrimonii* (→ Rn. 41–42), außerdem wurden explizit die Wirkungen eines *matrimonium* ausgeschlossen. Dem Konkubinat entspringende Kinder waren unehelich.[236] Die indirekte rechtliche Anerkennung und Erfassung war – in gewissem Sinn paradoxerweise – nach herrschender Lehre[237] ein Nebeneffekt der augusteischen Ehegesetzgebung. So eximierte die *lex Iulia de adulteriis* den Geschlechtsverkehr mit *feminae probrosae* (insb. Prostituierten, Schauspielerinnen, verurteilten Straftäterinnen) und mit *libertae* von der Sanktionierung als *stuprum*[238] (→ Rn. 35) und duldete damit mittelbar einen Konkubinat mit solchen Frauen.[239] Auch die *lex Iulia de maritandis ordinibus*, die teils Senatoren, teils allen Männern die Ehe mit jeweils bestimmten Gruppen von *feminae probrosae* verbot (→ Rn. 36; § 52 Rn. 36), sowie die Untersagung der Ehe mit Frauen aus derselben Provinz für bestimmte provinzielle Amtsträger und Militärangehörige (→ Rn. 32) standen in Wechselwirkung mit der weiten Verbreitung und Akzeptanz des Konkubinats; hier wird der Ausweg im Konkubinat gesucht und gesellschaftlich toleriert.[240] Ein (anerkanntes) Zusammenleben im Konkubinat lag weder ausschließlich im Ermessen der Beteiligten noch fand es im „rechtsfreien" Raum statt und konnte von den Beteiligten völlig frei

---

gehalt von *paelex* und seinem Verhältnis zu *concubina* vgl. etwa zuletzt die Ausführungen bei *Sanna*, BIDR 109 (2015) 179–197; *Cristaldi*, in: Romeo, Relazioni affettive (2014) 144–156; *Fayer*, Familia III (2005) 14–20.

[234] Zur Interdependenz von Eheverboten und *concubinatus* sowie zu einem Vergleich des *concubinatus* mit modernen Formen der Lebensgemeinschaft s. *Humbert*, ACop. X 312–321.

[235] Vgl. nur Paul. 19 resp. D. 25.7.4: *Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.*; Paul. sent. 2.20.1; Ulp. 32 Sab. D. 24.1.3.1, wo in Zusammenhang mit dem Verbot der Ehegattenschenkung (→ § 35 Rn. 72, 107 u. 161–164; § 45 Rn. 13; § 112 Rn. 40) festgestellt wird, dass der Senator Pontius Paulinus gegenüber seiner Freigelassenen keine *affectio maritalis* empfand (*quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae*); zum Unterschied im sozialen Status von Ehefrau und Konkubine (*dignitas*) vgl. auch Ulp. 22 Sab. D. 32.49.4; Ulp. 2 l. Iul. Pap. D. 25.7.1 pr.

[236] Zur rechtlichen Stellung der in solchen Verbindungen gezeugten Kinder s. *Arends Olsen*, Femme (1999); *Peppe*, Mél. Magdelain 343–359; *Waelkens*, TR 80 (2012) 399–414; *Wieling*, ACost. VIII 455–471; *Meyer*, Konkubinat (1895) 34–59, 110–114, 128–132, 147–157; *Niziolek*, Effects (1980).

[237] In der älteren Literatur wird teilweise vertreten, dass die augusteische Ehegesetzgebung den Konkubinat statuiert hätte; zur Diskussion s. *Fayer*, Familia III (2005) 20 f. mwN.

[238] Ulp. 2 l. Iul. Pap. D. 25.7.1.1–2; Marcian. 12 inst. D. 25.7.3. *Rizzelli*, Lex Iulia (1997) 231–239; *McGinn*, TAPA 121 (1991) 335–347.

[239] Wer seine Lebensgemeinschaft als (anerkannten) Konkubinat führt, begeht keinen Ehebruch: Marcian. 12 inst. D. 25.7.3.1.

[240] Paul. 2 sent. D. 25.7.5.

gestaltet werden. Dies zeigt sich z. B. darin, dass einerseits bestimmte (an die Ehehindernisse angelehnte) Erfordernisse wie Mündigkeit der *concubina*[241] erfüllt sein mussten oder das Zusammenleben einer *liberta* mit Deszendenten ihres Patrons, mit dem sie davor einen Konkubinat geführt hatte, als unrechtmäßig angesehen wurde (*quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facinus prohibendum est*).[242] Der Konkubinat mit einer freigeborenen Frau, die *honestae vitae*[243] ist, wird als *stuprum* qualifiziert, sofern der Mann nicht eine *testatio* abgibt, die seinen Willen zum Konkubinat bezeugt.[244]

74 Die Christianisierung zieht gerade für den Konkubinat massive Konsequenzen nach sich. Die christliche Verurteilung jeglicher sexuellen Beziehung außerhalb der Ehe führt unter Konstantin zunächst zu restriktiven Maßnahmen gegen den Konkubinat (insbesondere im Fall von Verbindungen zwischen Würdenträgern und standesniedrigeren Frauen). In weiterer Folge resultierte die christliche Missbilligung faktischer Verbreitung nichtehelicher Partnerschaften im Konstrukt eines eigenen Rechtsinstituts, nämlich des *inaequale coniugium*. Als solches wurden – meist von Personen verschiedenen sozialen Status eingegangene – Beziehungen unter der Voraussetzung anerkannt, dass keines der bereits im klassischen Recht vorgesehenen Eheverbote vorlag sowie eine dauernde Verbindung mit nur einer Frau bestand. Als spezifische Differenz zum *matrimonium* galt das Fehlen der *dignitas* (infolge der mangelnden *affectio maritalis*).

2. Weitere nichteheliche Lebensgemeinschaften

75 Aber auch geschlechtliche Beziehungen, die außerhalb der (quasi-) normativen Regelungen von Ehe und Konkubinat stattfinden, werden von den römischen Juristen thematisiert.

76 Als *contubernium* werden primär Lebensgemeinschaften von Sklaven und Sklavinnen,[245] mitunter aber auch Beziehungen zwischen *dominus* bzw. *domina* und *serva* bzw. *servus* bezeichnet (→ § 36 Rn. 12).[246]

77 Von der Ehe ausgenommen sind weiters Beziehungen zwischen Freigelassenen desselben *patronus*, zwischen einem *libertus* und dessen *patrona* sowie zwischen einem *libertus* und den weiblichen Angehörigen seines *patronus*.[247]

---

[241] Ulp. 2 l. Iul. Pap. D. 25.7.1.4.

[242] Ulp. 2 l. Iul. Pap. D. 25.7.1.3.

[243] Im Unterschied zu *obscuro loco nata* (Marcian. 12 inst. D. 25.7.3 pr), worunter in der neueren Forschung Frauen von niedrigem sozialen Status verstanden werden, die aber nicht deckungsgleich mit den *feminae probrosae* sind; dazu *Fayer*, Familia III (2005) 23–25; *McGinn*, TAPA 121 (1991) 360–362; *Treggiari*, BSR 49 (1981) 73.

[244] Marcian. 12 inst. D. 25.7.3 pr.

[245] *Willvonseder*, CRRS IV.1, dazu Rez. *Masi Doria*, SZ 129 (2012) 898–903.

[246] Zum teilweise inkonsistenten Sprachgebrauch von *contubernium* s. etwa *Simonis*, Cum servis (2017) 17–33; *Tamburi*, Lib. Am. Santalucia 395–418.

[247] Pap. 4 resp. D. 23.2.62.1; Sev./Ant. C. 5.4.3 (a.196); Paul. sent. 2.19.9; vgl. *Wacke*, RHD 67 (1989) 413–128; *Wacke*, Misc. Mainzer Akademie 155.

§ 34 Hauskinder (*filii familias*)

Francesca Lamberti

Voci, Diritto ereditario romano I, 2. Aufl., 1967; *Kaser,* Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., 1971, 50–83, 268–279; *Albanese*, Le persone nel diritto privato romano, 1979, 205–289; *Russo Ruggeri*, La *datio in adoptionem* I. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana e imperiale, 1990; *Aubert,* Business Managers in Ancient Rome. A Social and Economic Study of *Institores*, 200 B. C. – A. D. 250, 1994; *Longo, Filius familias se obligat*? Il problema della capacità patrimoniale dei *filii familias*, 2003; *Capogrossi Colognesi*, La famiglia romana, la sua storia e la sua storiografia, MEFRA 112 (2010) 147–174; *Lamberti*, La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica, 2014.

Inhalt Rn.

I. Die römische Familie: Ihre Entwicklung in rechtlicher Hinsicht 1
1. Hausgewalt: Inhalt und Grenzen 3
a. Die persönliche Seite der Hausgewalt 6
b. Die Grenzen der Ausübung der *patria potestas* in der Republik 9
c. Die vermögensrechtliche Seite der Hausgewalt 11
2. Milderung der Hausgewalt in der Kaiserzeit und in der Spätantike 13
II. Die Gewaltunterworfenen (*personae alieno iuri subiectae*) 17
1. Geburt aus *iustum matrimonium* 18
2. *Adrogatio* und *adoptio* 20
a. Wesen und Wirkungen der *adrogatio* 21
b. Wesen und Wirkungen der *adoptio* 23
3. *Conventio in manum* 26
4. *Anniculi* und *erroris causae probatio*, sowie ähnliche Gründe 27
a. *Anniculi causae probatio* 27
b. *Erroris causae probatio* 28
c. Kaisererlasse für Veteranensoldaten 29
5. Anerkennung der *liberi naturales* 30
III. *Filius* und *filia familias* 32
1. Rechtliche Stellung und Vermögensunfähigkeit 33
2. Wirtschaftliche Handlungsspielräume für *filii in potestate* 35
a. *Peculium* 36
aa. Ordentliches *Peculium* 36
bb. *Peculium castrense* 40

b. *Filius* als *institor* oder *exercitor navis* 42
c. *Iussus* 43
3. Die *lex Laetoria* und das *SC Macedonianum* 44
4. *Emancipatio* 47
5. Handlungsspielräume der *filiae familias* 50

I. Die römische Familie: Ihre Entwicklung in rechtlicher Hinsicht

Der Begriff *familia* umfasst ursprünglich alle Mitglieder – sowohl Freie als auch Sklaven – des Hausverbandes.[1] Im engeren Sinne verstehen die klassischen Juristen unter dem Ausdruck *familia proprio iure* diejenigen (freien) Personen, die der Hausgewalt des *pater familias* unterworfen sind.[2] 1

Im klassischen Recht wird auch eine (erweiterte) *familia communi iure* erwähnt, die mit den ehemaligen Gewaltunterworfenen nach dem Tod des *pater familias* fortbestand (*consortium ercto non cito*).[3] Letztere verliert jedoch schon im Laufe der Republik an Bedeutung, während die ‚Kleinfamilie', unter der *potestas* eines Hausvaters zusammengesetzt aus *filii*, *filiae* und anderen freien Gewaltunterworfenen, sich bis in die Spätantike erhält. 2

1. Hausgewalt: Inhalt und Grenzen

Der Hausgewalt des *pater familias* unterworfen sind im Falle einer *manus*-Ehe (→ § 33 Rn. 19) seine Ehefrau, sodann seine Kinder aus gültiger Ehe (*iustum matrimonium*, (→ § 33 Rn. 1), soweit sie nicht aus der Hausgewalt ausgeschieden oder, im Fall von Töchtern, nicht in die *manus* ihres Ehemannes gelangt sind. Darüber hinaus erstreckt sich die Hausgewalt auch auf die Enkelkinder und weitere Abkömmlinge, die von männlichen Kindern stammen. 3

Auch die Möglichkeit der freiwilligen Unterwerfung unter die Hausgewalt eines *pater familias* ist bekannt: Die Ehefrau kann aufgrund der Ehe in die *manus* des Mannes 4

[1] Als Gesamtvermögen des *pater familias* in erbrechtlicher Hinsicht (zusammen mit *pecunia* im Ausdruck *familia pecuniaque* oder allein) z. B. Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.1; Ulp. reg. sing. Coll. Mos. 16.4.1,2; als Sklavengruppe eines einzelnen Besitzers s. Cic. Caecin. 20,55; Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.3; Ulp. 55 ed. D. 39.4.1 pr., 5; (sog. *famuli*) Fest.verb. sign. ed. Lindsay. 77; Isid. orig. 9,4,43; für die Begriffe *familia iure proprio* und *familia communi iure* Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.2 und unten; *Voci*, DER I 23–32; *Albanese*, Persone (1979) 205–212; *Serrao*, Diritto privato I (2006) 38–41; *Bretone*, Fondamenti (1998) 247–249; *Franciosi*, SDHI 60 (1994) 597–599; *Franciosi*, Famiglia (2003) 1–30; *Fayer*, Familia I (1994) 17–32.

[2] Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.2; *Kaser*, RP I 50 f. mit Fn. 3 f.; *Albanese*, Persone (1979) 206–208; *Franciosi*, Famiglia (2003) 8–30; *Fayer*, Familia I (1994) 17–21; *Corbino*, in: Corbino et al., Homo (2010) 79–182; *Capogrossi Colognesi*, MEFRA 112 (2010) 147–154; *Cascione*, ACop. XIV 26–28; *Lamberti*, Famiglia (2014) 4–10.

[3] Wie Fn. 2.

gelangen (→ § 33 Rn. 41), ein hausfremder Mann kann durch *adrogatio* (falls gewaltfrei) oder durch *adoptio* (wenn *filius familias*) in die *potestas* eines Hausvaters aufgenommen werden.[4]

5 Die Ausübung der Hausgewalt über die freien Gewaltunterworfenen bestimmt auch die (rechtliche) Verwandtschaft, die sog. *adgnatio*: *Adgnati* sind alle freien Personen, die unter der Gewalt desselben *pater familias* stehen oder stünden, falls ihr gemeinsamer Vater oder Vorvater noch leben würde.[5] Dieses Verhältnis bestimmt auch die ursprüngliche Erbfolge (nach den Regeln des *ius civile*) (→ 54 Rn. 10). Im Laufe der Republik und der Prinzipatszeit verliert die *adgnatio* langsam an Bedeutung zugunsten der Blutverwandtschaft, der sog. *cognatio* (→ Rn. 13–16).

a. Die persönliche Seite der Hausgewalt

6 In der Kaiserzeit definiert Gaius die *patria potestas* als eine spezifisch römische Schöpfung.[6] Die damit verbundenen unterschiedlichen Befugnisse scheinen tatsächlich typisch für die römische Rechtsordnung gewesen zu sein. Die Quellen berichten über eine persönliche und über eine vermögensrechtliche Seite der Hausgewalt.

7 Was die persönlichen Befugnisse des Hausvaters angeht, scheint die ursprüngliche Strenge ihrer Ausübung schon im Laufe der Republik nachgelassen zu haben. Die sog. *vitae necisque potestas* implizierte das Züchtigungsrecht und das Recht zur Aussetzung,[7] das Verkaufsrecht,[8] und das Recht, sich durch Überlassung der Gewaltunterworfenen aus der Haftung für deren Vergehen zu befreien.[9] Solche Befugnisse, die schon für die archaische Zeit belegt sind, erleben im Laufe der Zeit eine deutliche Milderung (→ Rn. 9–10; 13–15).

---

[4] Gai. 1.97–107 (→ Rn. 20–25).

[5] Gai. 1.156 (*per virilis sexus personas* = Inst. 1.15.1 D. 26.4.7); Epit. Gai 1.7.1; Ulp. reg. 11.4 (*cognatio per patrem*); Isid. orig. 9,6,1–2; Mod. 12 pand. D. 38.10.4.2 i. f. (*civilis autem cognatio … proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit*); *Albanese*, Persone (1979) 208–210.

[6] Gai. 1.55: *ius proprium civium Romanorum.*

[7] *Ius vitae ac necis*: Dionys. ant. 2,26,4; Pap. adult. sing. Coll. Mos. 4.8.1 (*Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestas …*); *Rabello*, Patria potestas I (1979) 32–40, 118–123, 144–149; *Voci*, Iura 31 (1980) 37–100 (= Studi di diritto romano II (1985) 412–437; *Thomas*, in: Du châtiment dans la cité (1984) 499–548; *Amunátegui Perelló*, Pater familias (2009) 48–114; *Capogrossi Colognesi*, MEFRA 112 (2010) 147–154; *Scholz*, Den Vätern folgen (2011) 106–111 (minimierend); *De Simone*, Patria potestas (2017); *Ruiz Pino*, Ius romano 1 (2019) 349–362; *Youni*, DHA 45.1 (2019) 37–64; *ius exponendi*: Dionys. ant. 2,15,2; vgl. *Harris*, Stud. Schiller 81–95; *Shaw*, Mnemosyne 54 (2001) 31–77; *Corbier*, Ann. Hist. Sc. Soc. 54 (1999) 1257–1290.

[8] *Ius vendendi*: XII tab. IV.2b, Gai. 1.132; *Mayer Maly*, SZ 75 (1958) 116–155; *Rabello*, Patria potestas I (1979) 93–104; *Gioffredi*, Nuovi st. 97–105; *Amunátegui Perelló*, Pater familias (2009) 133–158; *D'Alessio*, Capitis deminutio minima (2014) 29–35.

[9] *Ius noxae dandi*: Gai. 4.79; D. 9.4 (*De noxalibus actionibus*); *De Visscher*, Noxalité (1947); *Morgese Rasiej*, AG 211 (1991) 287–333; *Amunátegui Perelló*, Pater familias (2009) 158–176; *Brandi Cordasco Salmena*, Actio iniuriarum noxalis (2012); *Solidoro*, Index 47 (2019) 207–217.

Der ursprünglichen Intensität der väterlichen Gewalt wird von manchen Autoren eine politische Bedeutung beigemessen: Da die (Groß-)/Familie am Anfang der römischen Geschichte eine ‚politische' (und militärische) Einheit bildete, sei es notwendig gewesen, dem Hausvater die Befugnisse eines kriegerischen Anführers zuzuerkennen.[10] Nach der Herausbildung des Stadtstaates (*polis*) sei diese Notwendigkeit sukzessive entfallen. Diese ‚politische Theorie', obwohl umstritten, erklärt z. T. die Abmilderung der Hausgewalt im Laufe der Zeit.[11] 8

b. Die Grenzen der Ausübung der *patria potestas* in der Republik

Nach der römischen Überlieferung hat man schon früh angefangen, die Hausgewalt in ihren strengsten persönlichen Folgen zu mildern. Die Zwölftafeln sollen z. B. eine *iusta causa* verlangt haben, um das *ius occidendi* zu rechtfertigen.[12] Sogar bereits zur monarchischen und zunehmend im Laufe der republikanischen Zeit habe man häufig für Fälle, die das Züchtigungs- und das Tötungsrecht impliziert hätten (und insbesondere beim *adulterium* seitens der Ehefrau oder Tochter[13]), ein *consilium domesticum* (Familienrat) herangezogen, das aus Verwandten und Freunden des *pater familias* bestand.[14] 9

Anscheinend konnten auch die *censores* in die Familienverhältnisse eingreifen, wo sich Zweifel über die korrekte Handhabung der *patria potestas* ergaben.[15] Weitere Grenzen sind aus der Möglichkeit entstanden, aus der Hausgewalt auszutreten, für die *filii* durch *emancipatio* und für die *filiae* durch *emancipatio* oder *manus*-Ehe (→ Rn. 47–49). 10

c. Die vermögensrechtliche Seite der Hausgewalt

Was das Familienvermögen angeht, liegen alle Rechte auf der Seite des Gewalthabers. Die Gewaltunterworfenen sind nach außen (selbst wenn sie verheiratet sind und schon Kinder haben) vermögensunfähig.[16] Auf sozialer Ebene gelten die Kinder in gewisser Weise als Miteigentümer des Familienvermögens angesichts der Tatsache, dass sie nach 11

---

[10] *Bonfante*, Corso I 7–100; *Betti*, SDHI 18 (1952) 241–258; dazu, kritisch: *Voci*, St. Arangio – Ruiz I 101–146; zusammenfassend: *Capogrossi Colognesi*, QF 17 (1988) 111–130; s. auch *Capogrossi Colognesi*, MEFRA 112 (2010) 148–154.

[11] Zuletzt *Lamberti*, Famiglia (2014) 5–6.

[12] Gai. Frg. August. 85–86.

[13] *Russo Ruggeri*, IAH. 2 (2010) 51–102.

[14] Dionys. ant. 2,25,6; Liv. 2,41,10–12; Cic. rep. 2,35,60; Val. Max. 5,8,2; 6,3,1b; Sen. Contr. 2,3,18; Plin. nat. 34,4,15; *Voci*, Iura 31 (1980) 37–100 (= Studi di diritto romano II (1985) 413–424); *Thomas*, in: Andreau/Bruhns, Stratégies familiales (1990) 449–474; *Amunátegui Perelló*, Pater familias (2009) 114–124; *Donadio*, Index 40 (2012) 175–195.

[15] Dionys. ant. 20,13,2–3; Plu Cat. ma 16; *Fayer*, Familia I (1994) 277–278.

[16] Gai. 2.87: *qui in potestate nostra est nihil suum habere potest.*

dem Tod des *pater familias* zu Erben werden:[17] Ihre latente Mitberechtigung kann jedoch durch die freie Verfügung des Gewalthabers in Frage gestellt werden (und Mitspracherechte der Kinder sind nicht überliefert).

12 In der Republik verbreitet sich in den gehobenen Gesellschaftsschichten die Gewohnheit, den *filii familias* eine Monats- oder Jahresrente zur Verfügung zu stellen.[18] Es war darüber hinaus üblich, den *filii* (sowie – aber seltener – den *filiae*) *familias* ein *peculium* als Sondergut zu gewähren. Das *peculium* gehörte jedoch nach wie vor zum Vermögen des Gewalthabers; d. h. der *pater familias* konnte (zumindest theoretisch) jederzeit eingreifen und das Sondergut wieder einziehen.[19]

2. Milderung der Hausgewalt in der Kaiserzeit und in der Spätantike

13 Aufgrund der sukzessiven rechtlichen Durchsetzung der Blutverwandtschaft (*cognatio*), insb. auf erbrechtlicher Ebene (durch die Einwirkung des Prätors: *bonorum possessio* (→ § 57 Rn. 1–243), erfährt die Hausgewalt im Prinzipat und in der Spätantike mehrere Einschränkungen.

14 Eine Lehrmeinung behauptet z. B., dass der Vater den Sohn zu einer ungewollten Ehe nicht zwingen darf;[20] die *lex Iulia de maritandis ordinibus* schrieb vor, dass der unwillige Vater dazu gezwungen werden konnte, der Ehe des Sohnes zuzustimmen, solange kein berechtigter Grund für die Weigerung vorlag; ein Reskript der Kaiser Severus und Caracalla schrieb das Gleiche vor, falls sich der Vater weigerte, der eigenen Tochter die Mitgift zu bestellen.[21] Mehrere Kaiserkonstitutionen verbieten dem Hausvater, die eigene Tochter gegen ihren Willen scheiden zu lassen.[22] Bei der Verlobung scheint der Konsens der Hauskinder weniger relevant gewesen zu sein.[23]

---

[17] Gai. 2.157: *sui heredes … domestici heredes et … quodammodo domini*; Paul. 2 Sab. D. 28.2.11; dazu *Voci*, DER I 32–38; *Lobrano*, Pater et filius (1984) 25, 37–41. Diese Anschauung betrifft auch die *uxor in manu* (*mater familias*): Gell. 18,6,9; *Fiori*, BIDR 96 f. (1993–1994) 455–498.

[18] Cic. Att. 12,32,2; 15,17,1; 15,20,4; Sen. clem. 1,15,2; Suet. Tib. 50,1; Mart. 3,10; *Fayer*, Familia I (1994) 252.

[19] Von einer *libera administratio peculii*, die der Vater ausdrücklich dem *filius familias* gewähren konnte, spricht Marcell. 18 dig. D. 42.8.12: d. h. *e contrario*, dass der Verwaltung des *peculium* Grenzen gesetzt werden konnten (→ Rn. 36–39).

[20] Terent. 3 I. Iul. Pap. D. 23.2.21; aber s. Cels. 15 dig. D. 23.2.22; *Voci*, Iura 31 (1980) 37–100 (= Studi di diritto romano II (1985) 401).

[21] Marcian. 16 inst. D. 23.2.19; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia 4 (1996) 144–160; *Bonin*, Intra ‚legem Iuliam et Papiam' (2020) 199 Fn. 133.

[22] Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.19 (Severus und Caracalla); Ulp. 71 ed. D. 43.30.1.5; Diocl./Max. C. 5.17.5 (a.294), *nisi magna et iusta causa interveniente*; Paul. 8 resp. Frg. Vat. 116; Paul. sent. 5.6.15; *Voci*, Iura 31 (1980) 37–100 (= Studi di diritto romano II (1985) 402–403 mit Fn.); *Robleda*, ANRW II.14 (1982) 378–383; *Fayer*, Familia III (2005) 88–94.

[23] Iul. 16 dig. D. 23.1.11; Paul. 35 ed. D. 23.1.7.1; Ulp. l. spons. sing. D. 23.1.12 pr.; Paul. 5 ed. D. 23.1.13; *Voci*, Iura 31 (1980) 37–100 (= Studi di diritto romano II (1985) 404–406); *Astolfi*, Fidanzamento (1994) 72–74.

Was das *ius occidendi* und das Züchtigungsrecht des Vaters angeht, scheint einerseits die *lex Iulia de adulteriis* einige Einschränkungen eingeführt zu haben,[24] andererseits haben die Kaiser sukzessive das Tötungsrecht eingeschränkt und wahrscheinlich in der späten Kaiserzeit abgeschafft.[25] Andere Befugnisse, wie das *ius exponendi* und das *ius noxae dandi*, erhalten sich bis in die Spätantike. 15

Die *patria potestas* scheint im justinianischen Zeitalter hauptsächlich eine wirtschaftliche und erbrechtliche Bedeutung beibehalten zu haben. Im Gegensatz zur Antike treten die gegenseitigen Treue-, Schutz- und Unterhaltspflichten unter engen Verwandten deutlicher hervor.[26] 16

II. Die Gewaltunterworfenen (*personae alieno iuri subiectae*)

Sowohl auf der persönlichen als auch auf der wirtschaftlichen Ebene war – zumindest in der archaischen und republikanischen Zeit – der Rechtszustand der *filii* und *filiae familias*, auch wenn diese erwachsen wurden, nicht besonders angenehm. Aus persönlicher Sicht, weil man dem Vater Gehorsam und *obsequium* schuldete und in den meisten Fällen (zumindest in der ältesten Zeit) gegen die Entscheidungen des Gewalthabers kein Widerspruchsrecht hatte;[27] aus wirtschaftlicher Sicht, weil alles, was sie an Geld und Gegenständen erwarben, nicht in ihr eigenes Eigentum, sondern in das Vermögen des Vaters fiel (→ Rn. 33). Wenngleich diese Situation bei einer auf kleiner Landwirtschaft basierten Gesellschaft, bei der die Kinder lange im Elternhaus blieben, funktionieren konnte, wurde sie allmählich problematisch, sobald einerseits umfangreicher Gebiete zu kolonisieren waren (wofür autonome Eigentümer notwendig waren) und sich andererseits eine auf Verkehr und Markt beruhende Wirtschaft ausbil- 17

[24] Paul. adult. sing. Coll. Mos. 4.2.3; Pap. 1 adult. D. 48.5.21(20), 23(22); Ulp. 1 adult. D. 48.5.22(21), 24(23); der Vater kann die *filia in potestate* (oder diejenige, die *in manu viri* ist – nicht jedoch die emanzipierte Tochter), die er *in flagranti* mit ihrem Liebhaber ertappt hat, töten. Dieses Recht hat nur der Vater, nicht auch der *avus*. Es soll sich um einen *pater familias* und nicht einen *filius familias*, der die einige Tochter entdeckt, handeln. Der Mann darf die Ehefrau, selbst wenn sie in seiner *manus* steht, und selbst wenn er sie *in flagranti* erwischt, nicht umbringen; *Voci*, Iura 31 (1980) 37–100 (= Studi di diritto romano II (1985) 424–428); Das Gesetz ging davon aus, dass der Vater aus Mitleid die eigene Tochter nicht getötet hätte: Pap. 1 adult. D. 48.5.23.4 (*quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit*); *Rizzelli*, Lex Iulia (1997) 20–54; *Rizzelli*, ACop. XIV 145–172; *Fayer*, Familia III (2005) 229–236; *Torrent*, Index 47 (2019) 321–338.

[25] Suet. Tib. 35,1; Tac. ann. 2,50; 13,32; Pap. 11 quaest. D. 37.12.5 (Reskript Trajans); Marcian. 14 inst. D. 48.9.5 (Entscheidung Hadrians gegen einen Vater, der den eigenen Sohn während einer Jagdpartie getötet hatte); Ulp. 2 off. procons. D. 1.16.9.3; Ulp. 1 op D. 37.15.1; Alex. C. 8.46.3 (a.227); Ulp. 1 adult. D. 48.8.2; *Voci*, Iura 31 (1980) 37–100 (= Studi di diritto romano II (1985) 428–439); für die Spätantike (Todesstrafe für den Mörder von eigenen Kindern oder engen Verwandten): Const. Cod. Theod. 9.15.1 (a.318).

[26] Manche dieser Unterhaltspflichten scheinen sich schon in der Kaiserzeit durchgesetzt zu haben: s. etwa Ulp. 2 off. cons. D. 25.3.5 pr.–5; *Biondi*, DRC I 40–80; *Kaser*, RP II 206.

[27] S. z. B. *Fayer*, Familia II (2005) 46–49.

dete.[28] Das Recht schuf deshalb Wege, um Haussöhne und Haustöchter aus der *patria potestas* zu befreien, ohne auf den Tod (oder auf eine *capitis deminutio*) des *pater familias* warten zu müssen, und darüber hinaus die Möglichkeit, für Verpflichtungen der *filii familias* (genauso wie der *servi*) gegen den Vater vorzugehen (→ Rn. 35–43).

1. Geburt aus *iustum matrimonium*

18 Wie gelangt man (als *filius* oder *filia familias*) in die *patria potestas*? Der gewöhnlichste und älteste Grund war die (natürliche) Geburt aus einer gültigen Ehe (*matrimonium iustum*) zwischen zwei Personen, die das *connubium* innehatten. In die *potestas* des Großvaters oder des Urgroßvaters gelangen Kinder und Enkelkinder von *filii familias* oder von *nepotes in potestate avi* aufgrund der sog. *adgnatio* (→ Rn. 5).[29] Über Wesen und Voraussetzungen der Ehe nach römischem Recht ist schon berichtet worden (→ § 33). Starb der Gewalthaber, so wurden die Kinder *suae potestatis*, d. h. *patres familiarum*: Auf diese Art und Weise erwarben sie ihrerseits die Hausgewalt über die eigenen Kinder (und eventuelle Enkel).

19 Sowohl in der *manus*-Ehe als auch in der *manus*-freien Ehe erwarb der Ehemann die Hausgewalt über die aus dem *iustum matrimonium* geborenen Kinder. Die Geburt im Rahmen einer gültigen Ehe bewirkt, dass die Kinder dem rechtlichen Status des Vaters folgen: Es handelt sich im Allgemeinen um eine Wirkung aus dem *connubium* zwischen den Ehegatten.[30]

2. *Adrogatio* und *adoptio*

20 Die römische Rechtsordnung kennt zwei Formen der Annahme an Kindes statt, die in den ersten Jahrhunderten der römischen Geschichte vorwiegend dazu dienen, dem kinderlosen *pater familias* einen Erben und einen Fortsetzer der sakralen, wirtschaftlichen und politischen Rolle seiner Familie zu schaffen: die *adrogatio* und die *adoptio*.

a. Wesen und Wirkungen der *adrogatio*

21 Die *adrogatio* ist ein sakraler, staatlicher Formalakt, durch den ein *pater familias* sich der Hausgewalt eines anderen *pater familias* zur Fortsetzung von dessen Familienkon-

---

[28] *Serrao*, Diritto privato I (2006) 226–232; *Di Porto*, Impresa collettiva (1984); *Lo Cascio*, Crescita e declino (2009) 195–296.

[29] S. z. B. (in Sachen *bonorum possessio*) Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.7–8, D. 37.4.3 pr.–16; Mod. 6 pand. D. 37.4.21 pr.

[30] Gai. 1.56: *cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, evenit ut … in potestate patris sint.* Nach *Guarino*, Diritto privato (2001) 556–557, soll es sich um eine Anwendung des Prinzips *messis sementem sequitur* (Pomp. Q. Muc. D. 22.1.45) handeln. Das uneheliche Kind (sog. *vulgo conceptus*) steht unter keiner *patria potestas*, ist deshalb *sui iuris* und hat keine adgnatische Verwandtschaft mit der Mutter: Inst. 3.5.4.

tinuität unterwirft.[31] Sie erfolgt in der frühesten Zeit durch einen Beschluss der Kuriatkomitien (hat also die Form eines Spezialgesetzes) nach Überprüfung seitens des Pontifikalkollegiums.[32] Der zu arrogierende Mann fiel mit seinen (ursprünglich) Gewaltunterworfenen und seinem Gesamtvermögen in die *potestas* des neuen Gewalthabers.[33]

Die ursprüngliche Funktion der *adrogatio*, die *sacra* eines kinder- und erbenlosen *pater familias* fortzuführen, scheint in der Republik zu einer vorwiegend politischen geworden zu sein: Die *adrogatio* diente zu diesem Zeitpunkt nämlich entweder der Herstellung politischer Verbindungen unter Familien der *nobilitas* oder – wie im Falle von Publius Clodius – der *transitio plebis*, um auch Patriziern den Zugang zu plebejischen Ämtern zu erlauben.[34] Gaius definiert sie auch als *adoptio per populum* und präzisiert, dass sie nur in Rom möglich ist: Falls sie unmöglich ist (z. B. weil man sich in einer Provinz befindet), kann sie zu Gaius' Zeit durch kaiserliches Reskript erfolgen.[35] Anscheinend gestattete Diokletian allgemein sowohl die Arrogation von Frauen als auch die Arrogation durch Frauen.[36] **22**

b. Wesen und Wirkungen der *adoptio*

Die *adoptio* entsteht erst zur Zeit der Republik aus einer von den *pontifices* geschaffenen Kombination zweier Akte, einer *emancipatio*, die nach den XII Tafeln drei *mancipationes* erforderte (→ Rn. 47–49), und einer nachfolgenden *vindicatio*.[37] Der Adoptieren- **23**

[31] Gell. 5,19,9.

[32] Gell. 5,19,7–10; Gai. 1.99–101; *Castello*, SDHI 33 (1967) 133–162; *Gardner*, in: Corbier, Adoption (1999) 63–79; *Albanese*, Persone (1979) 236–238; *Drogula*, s. v. Art. Adrogatio, EAH 1 f.; *Seelentag*, Ius pontificium (2014); *Zabocka*, ZP 19.1 (2019) 173–188.

[33] Gai. 1.107; 3.83.

[34] Cic. Att. 2,7,2–3; Cic. dom. 34; *Albanese*, Persone (1979) 236–238; *Salvadore*, Labeo 38 (1992) 285–313; *Corbier*, in: Rawson, Marriage (1991) 47–78; *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem I (1990) 81–84; *Kunst*, Römische Adoption (2005) 71, 92–98; *Lindsay*, Adoption (2009) 169–173; *Drogula*, s. v. Art. Adrogatio, EAH 1 f.

[35] Marcell. 26 dig. D. 1.7.38; Ulp. 4 I. Iul. Pap. D. 1.7.46; *Castello*, SDHI 33 (1967) 153–162; *Seelentag*, Ius pontificium (2014) 130–158.

[36] Die Unmöglichkeit der *adrogatio* von Frauen ist durch Gai. 1.101 (*feminae per populum non adoptantur*) und Gell. 5,19,10 u. a. belegt. Das gegenteilige Zeugnis von Gai. l. s. reg. D. 1.7.21 wird mehrheitlich für interpoliert gehalten: s. zuletzt *Sciortino*, AUPA 51 (2006) 309–349; *Metro*, IAH. 2 (2011) 181–185; erst Diokletian lässt die *adrogatio* von Frauen zu, Diocl. C. 8.47(48).5 (a.291); *Kaser*, RP I 348, versucht die Quellen zu harmonisieren, indem er behauptet, dass schon in klassischer Zeit die Arrogation von Frauen in Einzelfällen durch Kaiserreskripte erlaubt wurde; in diesem Sinne u. a. auch *Russo Ruggeri*, Labeo 36 (1990) 57–75; *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem I (1990) 256–277; abweichend (auch zum Thema *adoptio* durch Frauen) *Höbenreich* (→ § 29 Rn. 1 f.).

[37] Gai. 1.134; Gell. 5,19,1–3; *Albanese*, Persone (1979) 236–238; *Watson*, Persons (1967) 88–98; *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem I (1990) 315–327; *Kunst*, Römische Adoption (2005) 131–165; *Lindsay*, Adoption (2009) 62–78; *Lamberti*, Famiglia (2014) 28–31.

de vindizierte das Kind nach der dritten *mancipatio* (nach der laut Gesetz der Sohn *sui iuris* werden sollte) beim eigenen Vater (dem der Sohn remanzipiert worden war) oder beim Dritten, dem der *pater* den eigenen Sohn das dritte Mal manzipiert hatte.[38] Diese zweite Form der Adoption nennt Gaius *per magistratum*. Aufgrund der *adoptio* erwarb ein Hausvater die *patria potestas* über ein Kind, das nicht sein leiblicher Sohn war.

24 Genauso wie die *adrogatio* hat die *adoptio* in der Republik eine politische Funktion (→ Rn. 22): Häufig lassen Väter aus plebejischer Herkunft ihre Kinder von Patriziern adoptieren; auch das Gegenteil (von Plebejern adoptierte patrizische Kinder) ist in den Quellen bezeugt.[39] In der ausgehenden Republik wurde die Adoption auch dafür verwendet, dass die Kinder aus der „upper class" in eine der alliierten Familien, die hegemonisch die Macht innehatten, gelangten, um die Allianz zu stützen und die Gefahr zu vermeiden, dass die betreffende Familie infolge fehlender männlicher Nachkommen ausstarb.[40]

25 In späterer Zeit verwenden die Kaiser die Adoption auch zu dynastischen Zwecken,[41] wobei das Institut auf der privaten Seite langsam eine ähnliche Funktion wie in der modernen Zeit übernimmt: kinderlose Eltern mit Kindern zu versehen, um emotionale Bedürfnisse nach Nachkommenschaft zu befriedigen (auch in Zusammenhang mit der zunehmenden Autonomie der Hauskinder und dem Verblassen der *patria potestas*).[42] Dabei befinden sich auch sehr häufig Fälle von *alumni*, d. h. Kinder aus ärmlichen Familienverhältnissen (oder ausgesetzte Kinder oder Sklavenkinder), die in eine Familie eingenommen werden, die für ihren Unterhalt und ihre Erziehung sorgt, ohne dass eine förmliche *adoptio* stattfindet.[43] Diokletian scheint wesentlich zur Weiterbildung der *adrogatio* beigetragen zu haben, dessen Entscheidungen sich Justinian anschließt, um das Recht der *adoptio* zu reformieren.[44] Justinian unterscheidet zwischen einer *adoptio per rescriptum principis* (die ehemalige *adrogatio*) und einer *per magistratum* (die eigentliche *adoptio*, bei der die Formalien erleichtert werden). Die

---

[38] Gai. 1.134: *Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is, qui adoptat, vindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur, aut non remancipatur patri, sed ab eo vindicat is, qui adoptat, apud quem in tertia mancipatione est.*

[39] Eine detaillierte Analyse der Fälle bei *Mommsen*, Röm. Forschungen I 75–77; *Prevost*, Adoptions (1949) 18–40; *Kunst*, Römische Adoption (2005) 48–80; *Lindsay*, Adoption (2009) 146–159.

[40] *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem I (1990) 85–140; *Corbier*, in: Rawson, Marriage (1991) 47–78; *Gardner*, in: Corbier, Adoption (1999) 63–79.

[41] *Prevost*, Adoptions (1949) 18–40; *Lindsay*, Adoption (2009) 146–159; *Lamberti*, Famiglia (2014) 28–31.

[42] S. schon für die augusteische Zeit die sog. *laudatio Turiae* 2.31–36; dazu *Flach*, LT 35–36, 109–110.

[43] Über die *alumni Nielsen*, C&M 37 (1987) 141–188; *Dixon*, in: Corbier, Adoption (1999) 217–230; *Herrmann – Otto*, Ex ancilla natus (1994).

[44] *Amelotti*, Diocleziano (1960) 127–218; *Migliorini*, Adozione (2001) 165–256, will die *adrogatio per rescriptum principis* als allgemein verwendbares Institut Diokletian zuschreiben: Diocl. C. 8.47.2 (a.286); damit habe man die zu seiner Zeit noch komplexen Formalitäten der *adoptio* umgehen können. Justinian habe weitere Erleichterungen der Form eingeführt.

Adoption seitens Frauen wird im Falle von Kinderlosigkeit erlaubt, wobei auch nicht kinderlose Männer adoptieren dürfen.[45]

3. *Conventio in manum*

Frauen, die heirateten, konnten (oder in der Frühzeit: mussten) durch *conventio in manum* in die Gewalt des Ehemannes gelangen (→ § 29 Rn. 1; → § 33 Rn. 41–45): Dadurch kamen sie in die Familie des Ehegatten *filiae loco* (oder *neptis loco*, falls der Ehegatte noch *filius familias* war).[46] Dies hatte eine Bedeutung insbesondere in erbrechtlicher Hinsicht (→ § 52 Rn. 15–18, § 54 Rn. 15). **26**

4. *Anniculi* und *erroris causae probatio*, sowie ähnliche Gründe

a. *Anniculi causae probatio*

Nach der *lex Aelia Sentia* (4 v. Chr.) erhielt ein Freigelassener, der zur Zeit der *manumissio* noch nicht 30-jährig war, kein römisches Bürgerrecht: Nach der (etwas früheren, aus dem Jahr 25 oder 17 v. Chr.[47] stammenden *lex Iunia Norbana* erwarb der unregelmässig Freigelassene die sog. *latinitas Iuniana*, eine besondere Form des *ius Latii*.[48] Heiratete er eine Latinerin oder eine Römerin und bekamen die beiden ein Kind, konnten die Eltern ab einem Jahr nach der Geburt vor sieben Zeugen den Bestand der Ehe erklären und die Anwesenheit des (einjährigen) Kindes feststellen lassen. Aufgrund dieses Verfahrens konnten sie vom Prätor oder vom *praeses provinciae* das römische Bürgerrecht für beide beantragen (oder in Italien das Verfahren vor dem jeweiligen *ordo decurionum* einleiten, um ein vorbereitendes *decretum* zu erhalten).[49] Stellte der Magistrat das Vorhandensein der Voraussetzungen fest (gültige Ehe, *filius anniculus*), wurden der *latinus Iunianus*, seine Ehefrau und das Kind zu römischen Bürger erklärt (sog. *anniculi causae probatio*).[50] Das Kind fiel aus diesem Grunde in die *patria potestas* des Vaters, die diesem vor dem Erwerb des römischen Bürgerrechts nicht zustand.[51] **27**

---

[45] Inst. 1.11.4 (Theoph. inst. 1.11 pr.); Inst. 1.11.9.

[46] Gai. 1.114–117; *Zlinszky*, in: Ganghofer, Droit de la famille (1992), 233–239; *Lamberti*, Famiglia (2014) 16–18; *Vallejo Pérez*, in: Sanna u.a., Donne (2019) 235–257.

[47] Die älteste Lehre datierte die *lex Iunia de manumissionibus* auf die tiberische Zeit, auf das Jahr 19 n. Chr. Mit guten Gründen datieren die meisten Gelehrten heute die *lex Iunia* jedoch auf 25 oder 17 v. Chr., also in die augusteische Zeit und vor der *lex Aelia Sentia*: *Sirks*, RIDA 28 (1981) 247–276; *Sirks*, RIDA 30 (1983) 211–292; *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985) 13; *Lopez Barja de Quiroga*, Athenaeum 86 (1998) 137 f.; *Camodeca*, CErc 36 (2006) 199 f.

[48] Gai. 1.22, 3.56; Lit.: wie Fn. 47.

[49] So geschah es z. B. im Fall des L. Venidius Ennychus, der uns dank einer Wachstafel aus Herculaneum bekannt ist: *Camodeca*, CErc 36 (2006) 199–212.

[50] Gai. 1.29.

[51] Gai. 1.66: … *non habebit eum in potestate; sed si postea causa probata civitatem Romanam consecutus fuerit, simul eum in potestate sua habere incipit*; s. auch Gai. 1.88; s. insb. *Camodeca*, CErc 36 (2006) 203 f.

b. *Erroris causae probatio*

28 Ein ähnlicher Grund wurde durch ein *SC* (vor der hadrianischen Zeit) eingeführt: War einer der Ehegatten römischer Bürger und davon *bona fide* überzeugt, dass der andere Teil ebenfalls Bürger sei (was nicht der Fall war), und wurde ein Kind aus diesem Verhältnis geboren, konnte er (oder sie) den Irrtum beweisen und für das Kind und den Ehegatten das römische Bürgerrecht beantragen und erhalten (*erroris causae probatio*).[52] Ähnlich wie bei der *anniculi causae probatio* erwarb der Vater erst nach Erteilung des Bürgerrechts an die ganze Familie die *patria potestas* über die Kinder.

c. Kaisererlasse für Veteranensoldaten

29 Auch dank der Erteilung des Bürgerrechts an Soldaten nach einer *missio honesta*, die in der Regel *cum uxore liberisque* erfolgt, erwarb der neue Bürger die *patria potestas* über die aus dieser Ehe geborenen Kinder.[53]

5. Anerkennung der *liberi naturales*

30 Uneheliche Kinder waren seit der Geburt *sui iuris*. Es galt rechtlich nur die Verwandtschaft zu der Mutter und deren Verwandten: Mit ihnen bestand das Intestatserbrecht und eine gegenseitige Unterhaltspflicht.[54] Zu dem natürlichen Vater bestanden keine Rechtsbeziehungen.

31 In der Spätantike wird allmählich die Anerkennung von Konkubinenkindern erlaubt. In der Kaiserzeit konnte man nur mittels *adoptio* vorgehen, bis unter Konstantin die Legitimation durch nachfolgende Ehe erlaubt wird;[55] ab der Mitte des 5. Jh. wird auch die Legitimation durch Erwerb des Dekurionats (*per oblationem curiae*) gestat-

---

[52] Die Kasuistik ist bei Gai. 1.67–75 zu finden; Lit.: *Terreni*, Labeo 34 (1999) 333–367; *Bianchi*, Conceptus (2009) 88–95.

[53] Gai. 1.57: … *cives Romani et in potestatem parentum fiunt.* Die Standardformel in den *diplomata militaria* lautet: *quorum nomina subscripta sunt ipsis liberis posterisque eorum civitatem dedit et conubium cum uxoribus quas tunc habuissent cum est civitas iis data aut si qui caelibes essent cum iis quas postea duxissent dumtaxat singulis singulas* (aus dem Erwerb der *civitas Romana* und des *conubium* ergibt sich auch der Erwerb der *patria potestas*); Lit. (exemplarisch): *Eck/Wolff*, Heer und Integrationspolitik (1986); *Pferdehirt*, Militärdiplome (2004); Roxan, RMD I–III; Roxan/Holder, RMD IV; Holder, RMD V.

[54] Sie erhielten die *bonorum possessio* in der Ediktsklasse *unde cognati* (D. 38.8.2,4,8); die *SCta. Tertullianum* aus der Zeit Hadrians und *Orphitianum* 178 n.Chr. verbesserten die gegenseitige Erbfolge der Mutter und der Söhne (Ulp. reg. 26.7; 26.8; Ulp. D. 38.17.1); *Meinhart*, Senatusconsulta (1967).

[55] Zeno C. 5.27.5 pr. (a.477) mit Hinweis auf einen Erlass Konstantins (unter Einfluss christlicher Motive: Das Gesetz war wahrscheinlich Cod. Theod. 4.6.1 oder 4.6.2 [a.336]); Anastas. C. 5.27.6 (a.517); Iust. C. 5.27.10 (a.529); Inst. 1.10.13; 3.1.2; dazu insb. *Lanata*, Legislazione (1984) 33–50; *Luchetti*, Legittimazione (1990) 173–288.

tet.[56] Iustinian führt schließlich noch eine Form der Legitimation durch kaiserlichen Gnadenerlass (*per rescriptum principis*) ein.[57]

III. *Filius* und *filia familias*

In manchen Bereichen waren die männlichen und die weiblichen Kinder innerhalb der Familie gleichgestellt. Unter einem sozialen Gesichtspunkt konnten (zumindest in den gehobenen Familien) die Mädchen die gleiche Erziehung wie ihre Brüder erhalten.[58] Der Vater war dazu verpflichtet, die Hauserben (u.a. *filii* und *filiae familias*) testamentarisch einzusetzen oder zu enterben.[59] Bei der Enterbung waren die *filiae familias* zwar leicht benachteiligt, aber im Grunde waren sie erbrechtlich auf gleiche Ebene gestellt wie die männlichen Geschwister. Nur durch *emancipatio* oder *manus*-Ehe konnte man das eigene Erbrecht als Hauskind verlieren (→ § 52 Rn. 16, § 54 Rn. 19). **32**

1. Rechtliche Stellung und Vermögensunfähigkeit

Theoretisch waren die Kinder, sowohl männlichen als auch weiblichen Geschlechts, solange sie in der Hausgewalt des Vaters standen, völlig vermögensunfähig. Daraus folgte, dass jeder Erwerb ihrerseits (*inter vivos* oder *mortis causa*) in das Vermögen des *pater familias* fiel:[60] Aus diesem Blickwinkel waren sie den *servi* gleichgestellt.[61] In praktischer Hinsicht schuf jedoch das Recht frühzeitig Mittel und Wege, um den *filii familias* (genauso wie den begabtesten *servi*) wirtschaftliche Tätigkeiten zu erlauben. **33**

Die lückenhafte Überlieferung von Gai. 3.104[62] wurde i. d.R. in dem Sinne interpretiert, dass sich der *filius familias* – was die Geschäfte aus dem *ius civile* anging – verpflichten konnte, nicht hingegen die *filia familias.*[63] Überzeugender ist jedoch die **34**

[56] Novell Theod. 22,1,3–9 (a.442); Novell Theod. 22,2,11 (a.443); Iust. C. 5.27.9 pr.–8 (a.528); Novell Iust. 89.2.1 (a.539); *Lanata*, Legislazione (1984) 59–66; *Luchetti*, Legittimazione (1990) 65–172.

[57] Novell Iust. 74.1 (a.538); 89.9–10 (a.539); *Lanata*, Legislazione (1984) 182–184; *Luchetti*, Legittimazione (1990) 289–333.

[58] *Hemelrijk*, Matrona Docta (1999) 25–71.

[59] Ulp. reg. 22.14: *Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*; dazu statt aller *Voci*, DER II 343–345.

[60] Gai. 2.86–96; Ulp. 2 l. Iul. Pap. D. 29.2.79; Ulp. 50 Sab. D. 45.1.45 pr.; Ulp. reg. 19.18, 19; Paul. 1 man. Frg. Vat. 51. Ein *iussum* des Vaters wurde nur für den Erbschaftsantritt und für den Besitzerwerb verlangt, bei jeder anderen Angelegenheit war der Erwerb von dessen Wissen unabhängig; Lit.: *Nicosia*, Acquisto (1960) 20–85, 115–136, 160–339; *Briguglio*, Procurator I (2007) 88–90; *Coppola Bisazza*, Contemplatio domini (2008) 89–132.

[61] Gai. 2.86: *adquiritur autem nobis … per eos quos in potestate manu mancipiove habemus.*

[62] Gai. 3.104: *Servus quidem et qui in mancipio est et – – l ——— s et quae in manu est non solum ipsi cuius iuri subiecti subiectaeve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.*

[63] Lit. bei *Longo*, Filius familias (2003) 36 f. Fn. 75; s. z. B. *Kaser*, RP I 343.

Meinung, die von *stipulationes* und sonstigen formellen Geschäften bis in die späte Prinzipatszeit die *filii* sowie die *filiae familias* für gleichermaßen unfähig hält.[64] Auch scheint eine allgemeine Passivlegitimation der *filii* und der *filiae familias* aus Verträgen und Delikten in der klassischen Zeit unwahrscheinlich:[65] Für Delikte stand nämlich die *actio noxalis* zur Verfügung.

2. Wirtschaftliche Handlungsspielräume für *filii in potestate*

35 Ab der mittleren Republik führte der zunehmende Umfang wirtschaftlicher Aktivitäten zur Einsetzung auch von Gewaltunterworfenen als Geschäftsführer.[66] Diese konnten zugunsten der Gewalthaber Vermögensgüter erwerben, verkaufen, anderweitig veräußern, sowie Darlehen aufnehmen und andere Verpflichtungen eingehen: Ihr wirtschaftliches Handeln wirkte unmittelbar auf das Vermögen des Gewalthabers (→ Rn. 33 f.). In diesem Rahmen entwickelte jedoch die Praxis Mittel und Wege, um den Gewaltunterworfenen eine gewisse Bewegungsfreiheit zu eröffnen.

a. *Peculium*

aa. Ordentliches *Peculium*

36 Was die handels- und vermögensrechtliche Tätigkeit der *filii familias* (sowie die der Sklaven) anging, so fingen die Gewalthaber ab dem 3. Jh. v. Chr. an, diese mit einem *peculium* auszustatten (→ Rn. 3; § 102 Rn. 19–51).[67] Obwohl theoretisch der Gewalthaber jederzeit das *peculium* einziehen konnte,[68] stieß ein solcher Angriff auf soziale Missbilligung:[69] Darum galt auf gesellschaftlicher Ebene das *peculium* als eine Art Sondervermögen des Kindes, durch das der Gewaltunterworfene als praktisch wirtschaftlich unabhängig auftreten konnte.[70]

---

[64] *Longo*, Filius familias (2003) 47–91 schlägt für Gai. 3.104 folgende Lesung vor: *Servus quidem et qui in mancipio est et* fi*l*ius filiaque familias … *obligari non possunt* …; z. T. interpoliert sei daher Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141.2.

[65] Interpoliert seien deshalb Gai. 3 ed. prov. D. 44.7.39 und Ulp. 41 Sab. D. 5.1.57; *Solazzi*, BIDR 9 (1899) 113–210; *Biondi*, SZ 46 (1926) 424–433; *De Visscher*, Noxalité (1947) 510–514; *Longo*, Filius familias (2003) 278 f.; dagegen (aber nicht überzeugend) *Mandry*, Familiengüterrecht I (1871) 339–402; *Kaser*, RP I 343 Fn. 17; *Albanese*, Persone (1979) 274–275; *Lucrezi*, SC Macedonianum (1992) 77, 85.

[66] Allgemein: *Kirschenbaum*, Sons (1987) 31–121; *Aubert*, Business Managers (1994) 1–116.

[67] Die Belege reichen bis ins 3. Jh. v. Chr. zurück: Plaut. Capt. 19–20, 982, 1013; Plaut. Merc. 96–97; Plaut. Persa 201–202.

[68] *Ademptio peculii*: Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4 pr.; *Wacke*, Iura 42 (1992) 43–95.

[69] *Kaser*, RP I 64 Fn. 37.

[70] Lit. u. a.: *Mandry*, Familiengüterrecht I (1871) u. II (1876); *Longo*, AG 100 (1928) 184–203; *Longo*, BIDR 38 (1930) 29–52; *Valiño*, RDN 57/58 (1967) 99–177; *Knothe*, SZ 98 (1981) 255–302; *Knothe*, Geschäftsfähigkeit (1983) 29–51; *Kirschenbaum*, Sons (1987) 31–88; *Serrao*, Impresa (1989) 24–27; *Longo*, Filius familias (2003) 1–45; *Wacke*, Symp. Wieling 251–316; *Bürge*, in: Corbino et al., Homo (2010) 384–390; *Novkirishka-Stoyanova*, Ius romanum 1 (2019) 210–250.

Das *peculium* bestand aus Vermögensgütern aller Art (etwa Immobilien, Vieh, Geld, Sklaven) und anderen Werten (Ansprüche aus gewährten Darlehen, Nutzungsrechte usw.). Es wurde entweder aufgrund von Ersparnissen angesammelt oder dem *filius* (oder der *filia*) vom Gewalthaber bestellt.[71] In mehreren Fällen erreichten die individuellen *peculia* einen relevanten Umfang,[72] so dass sie für den Haussohn die Basis für die künftige Autonomie darstellten. **37**

Durch die Bestellung eines *peculium* und die vom Prätor entsprechend eingeführten Klagen *de peculio* (→ § 102 Rn. 3–17) konnten einerseits die Gläubiger des *filius familias* direkt gegen den Gewalthaber vorgehen, andererseits wurde seine Haftung auf das *peculium* begrenzt: Der *pater* haftete nur bis zur Höhe des aktuellen Werts des Sondergutes und nicht (wie bei den älteren *actiones institoria* und *exercitoria* (→ § 104 Rn. 1–25) unbeschränkt.[73] Der Grund lag nicht darin, dass man den *filius* (bzw. den Sklaven) als einen Manager einer Art ‚Aktiengesellschaft' betrachtet hätte, sondern in der Möglichkeit, dass dieser durch unverantwortliches Handeln potentiell dem Gewalthaber ernsthafte Schäden zufügen konnte.[74] **38**

Noch in der Spätantike scheint man die Struktur und die Regelungen des klassischen *peculium* beibehalten zu haben. Eine wesentliche Neuigkeit stellen jedoch die sog. *bona materna* dar: Über das von der Mutter vererbte Gut wird eine Art ‚funktionell' geteiltes Eigentum eingeführt, indem dem *pater familias* ein ‚Nutzeigentum' und dem Haussohn eine Art *nuda proprietas* zuerkannt wird. Der Sohn darf ohne den Konsens des Vaters die *bona materna* weder verkaufen, noch vererben; bei dessen Tod bleibt dieses Sondergut beim Kind (und geht nicht an die sonstigen Erben des Vaters über), erstarkt indessen zum gewöhnlichen vollwertigen Eigentum.[75] **39**

---

[71] Auch auf die *filii familias* anwendbar, obwohl auf die *servi* bezogen, ist die Aussage bei Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4 pr.: *Peculium est … quod dominus ipse separaverit suam a servi rationem discernens.* Über das *peculium* der *filiae familias*: *García Garrido*, Ius uxorium (1958) 5–30; *García Garrido*, Patrimonio (1982) 12–26; *Lamberti*, Famiglia (2014) 181–197 (in Sachen Cornelia, filia des Cn. [Gnaeus] Piso pater); *D'Alessio*, QL 4 (2014) 125–130; *Platschek*, QL 5 (2015) 125–138.

[72] Suet. Otho 5,2; Plin. nat. 33,145; CIL XI 5400 (= ILS 7812); CIL III 6998 (= ILS 7196).

[73] *Serrao*, Impresa (1989) 24–27; *Longo*, Filius familias (2003) 1–45.

[74] Gegen die „manager"-Theorie, die vorwiegend bei der italienischen Lehre Erfolg hatte (s. *Serrao*, Impresa (1989) 24–27; *Di Porto*, Impresa collettiva (1984), hat sich mit guten Gründen insb. *Bürge*, SZ 105 (1988) 856–865 u. *Bürge*, in: Corbino et al., Homo (2010) 384–390 gestellt (z. B. mit Hinweis auf Sen. epist. 14,18). Die gesamten juristischen Lösungen würden bescheidene Stadtgewerbe (Kleinhandel, *tabernae* usw.) und keine Großkonzerne angehen. In diesem Sinne auch *Grotkamp*, MBAH 24.2 (2005) 125–145.

[75] S. u.a. Const. Cod. Theod. 8.18.1 (a.319); 8.18.2 (a.318–319); 8.18.3 (a.334); Const. C. 6.60.1 (a.319); Leo C. 6.60.4 (a.468); Iust. C. 6.61.8.5a (a.531); Lit.: *Biondi*, DRC III 45, 145; *Bretone*, Usufrutto II (1967) 59, 84; *Albanese*, Persone (1979) 296; *Voci*, Iura 29 (1978) 17–113 (= Studi di diritto romano II (1985) 79–176); *Voci*, SDHI 48 (1982) 1–125 (= Studi di diritto romano II (1985) 177–275); *Wesener*, FG Kaser 331–346; *Scarcella*, Leone I (1997) 113–122.

bb. *Peculium castrense*

40 Eine wichtige Variante stellte dabei das *peculium castrense* dar.[76] Augustus und seine Nachfolger gewährten Soldaten, die *filii familias* waren, die Befugnis, über die *bona*, die sie während des Militärs erworben hatten, frei zu testieren. Kaiser Hadrian[77] und die Severer machten weitere Zugeständnisse.[78] Im ausgehenden Prinzipat behandeln die Kaiser dieses Sondergut allmählich als ein Eigenvermögen des Haussohnes. Dieser Rechtszustand erhielt sich in der Spätantike: Justinian wies dem *pater familias* das *peculium castrense* nur im Falle zu, dass der Haussohn *ab intestato* und ohne Kinder oder Geschwister gestorben war.[79]

41 Constantinus I. und Justinian erstreckten die einschlägigen Vorschriften auch auf die Gewaltunterworfenen, die bestimmte Amtsstellungen innehatten: Justinian fasste die verschiedenen Einzelfälle unter den Namen *peculium quasi castrense* zusammen.[80]

b. *Filius* als *institor* oder *exercitor navis*

42 Hatte der *pater familias* den Haussohn als Schiffsreeder (*exercitor navis*) oder als Leiter eines Ladens (*institor tabernae*) oder eines sonstigen Handels- oder Gewerbebetriebes eingestellt (*praepositio institoria*), konnte man gegen den Gewalthaber für Schulden des Sohnes durch die sog. *actiones exercitoria* und *institoria* vorgehen (→ § 104 Rn. 1–25). Trotz der fehlenden Rechtsfähigkeit war der Haussohn so in der Lage, ein Schiff zu bewirtschaften oder einen Handel eigenständig zu betreiben. Diejenigen, die mit ihm (genauso wie im Falle eines Sklaven oder Freigelassenen *institor* oder *exercitor*) handelten, sollten ganz genau auf den Inhalt der *praepositio institoria* achten.[81]

c. *Iussus*

43 Der Gewaltunterworfene konnte darüber hinaus Geschäfte aufgrund (und im Rahmen) einer ihm vom Gewalthaber erteilten Ermächtigung abschließen (*iussus*): Der ermächtigende Gewalthaber haftete dafür uneingeschränkt (*actio quod iussu* (→ § 101 Rn. 4).

---

[76] Ulp. reg. 20.10; Inst. 2.12 pr.; D. 49.17; C. 12.36; *Fitting*, Peculium (1871); *Guarino*, BIDR 20 (1941) 41–73; *La Rosa*, Peculii (1953) 133–170; *Schmetterer*, Soldaten (2012) 41–52.

[77] Zur Manumission eines *servus peculiaris*: Marcian. 1 inst. D. 38.2.22; Ulp. 41 ed. D. 38.2.3.8; Pap. 16 quaest. D. 49.17.13; Mod. 6 reg. D. 37.14.8 pr.; *La Rosa*, Peculii (1953) insbes. 77–81.

[78] S. u.a. Paul. sent. 3.4a.3; Ulp. 32 Sab. D. 24.1.3.4, D. 49.17.6; Ulp. I. Iul. Pap. D. 40.5.23.2; Pap. 9 resp. D. 40.5.23.2; Alex. C. 3.36.4 (o.A.), C. 9.49.3 (a.226), C. 12.36(37).1.1 (a.223).

[79] Inst. 2.12 pr.: *nullis liberis vel fratribus superstitibus.*

[80] Iust. C. 3.28.37 (a.531); Inst. 2.11.6, 2.12 pr.; Näheres bei *La Rosa*, Peculii (1953) 197–235; *Kaser*, RP II 216 mit Fn.; über die *palatini Mastrangelo*, RIDA 52 (2005) 261–308.

[81] S. z. B. Ulp. 28 ed. D. 14.3.11,13; *Wacke*, Iura 42 (1992) 43–95; *Wacke*, Symp. Wieling 251–316; *Miceli*, Rappresentanza (2008) 301–355 (→ § 104 Rn. 6).

3. Die *lex Laetoria* und das *SC Macedonianum*

Dass die jüngeren Menschen seitens erfahrener Händler und gewiefter Gauner leicht betrogen werden konnten, und dass die Rechtsordnung frühzeitig reagierte, beweist die Verabschiedung der *lex Laetoria* um 200 v. Chr.[82] Das Gesetz führte eine *actio popularis* gegen denjenigen ein, der einen *adulescens* (d. h. einen noch nicht 25-jährigen männlichen oder weiblichen Geschlechts) übervorteilt hatte (*circumscriptio*). Daran knüpfte der Prätor an, um andere Schutzmittel für den *minor XXV annorum* vorzusehen: eine *exceptio legis Laetoriae*, d. h. eine Prozesseinrede gegen die Klage des Betrügers;[83] im Falle einer Benachteiligung (auch ohne Übervorteilung) des *adulescens*, der die Verpflichtungen aus dem Geschäft erfüllt hatte, gewährte diesem der Prätor eine *in integrum restitutio*.[84] Die ediktale Klausel soll am Ende der Republik verfasst worden sein.[85] Obwohl das Gesetz diejenigen *minores* betraf, die schon *sui iuris* waren, war das Edikt über das *cum minore quam viginti quinque annis natu gestum* so weit gefasst, dass die kaiserzeitlichen Juristen den ediktalen Schutz auch auf *filii familias* erstreckten.[86] **44**

Im Laufe der Zeit etablierte die Praxis (und später die kaiserliche Justiz) die Bestellung eines *curator adulescentis*, der Hilfe und Rat beim Abschluss des Geschäfts leistete. Seit Mark Aurel wurde der *curator* für alle Geschäfte bestellt.[87] In der Kaiserzeit entwickelte sich eine reiche Kasuistik, die die Grenzen des ediktalen Schutzes genauer definierte und die wirtschaftlichen Spielräume der *adulescentes* präzisierte.[88] **45**

Unter Kaiser Vespasian verbot darüber hinaus ein *SC Macedonianum*, Geld an *filii familias* (jeden Alters) darzuleihen, es sei denn, dies geschehe mit der Genehmigung des Gewalthabers. Anlass des *SC* war das Verbrechen eines *filius familias* Macedo, der seinen Vater ermordet hatte, um seine Gläubiger zu befriedigen.[89] In manchen Fällen schienen die Vater-Sohn-Verhältnisse (trotz der Abschwächung der *patria potestas* im Laufe des Prinzipats) aus wirtschaftlichen Gründen recht angespannt gewesen zu sein. Die Texte zeigen für die Zeit auch eine nicht geringe Anwesenheit von Gauklern, die **46**

---

[82] Plaut. Rud. 1380–1385; Plaut. Pseud. 294–304; TH ll. 108–112; Cic. nat. deor. 3,30,74 (*iudicium publicum rei privatae*); Lex Irnit. IX B 11–12; Gai. 2.163, 4.57; Epit. Gai 1.1.7; Ulp. reg. 12.4; D. 4.4; *Rotondi*, Leg. publ. 271 f.; *Di Salvo*, Lex Laetoria (1979) 1–113; *Elster*, Gesetze 308–312; *Musumeci*, Protezione (2013) 63–141.

[83] Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1; *Lenel*, EP 116.

[84] Ulp. 11 ed. D. 4.4.1.1: *Quod cum minore quam viginti quinque annis natum gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam.*

[85] *Ankum*, Lib. Am. Jaubert 35–50.

[86] Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.27 pr.; Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.4; *Ankum*, Mél. Wubbe 1–14; *Musumeci*, Protezione (2013) 14–27.

[87] Hist. Aug. Aur. 10,12.

[88] *Watson*, Persons (1967) 157–158; *Albanese*, Persone (1979) 234–237; *Musumeci*, Protezione (2013) 169–253.

[89] Ulp. 29 ed. D. 14.6.1 pr.; *Mandry*, Familiengüterrecht I (1871) 431–450; *Daube*, SZ 65 (1947) 261–311; *Thomas*, in: Pellizer/Zorzetti, Paura (1983) 115–133; *Longo*, Filius familias (2003) 191–259; *Bramante*, in: Maffi/Gagliardi, Diritti (2011) 331–336.

gerne bereit waren, die Wünsche nach unzüchtigen Zeitvertreiben seitens der *adulescentes* mit Geld zu finanzieren, um ihre Forderungen nachträglich bei den Vätern geltend zu machen. Das *SC Macedonianum* stellte wahrscheinlich die Forderungen aus Gelddarlehen an *filii familias* sowohl bei den Vätern als auch bei den *filii* nach dem Tod des Gewalthabers unklagbar.[90]

4. *Emancipatio*

47 Weil die Unterwerfung der *patria potestas* seitens der *filii* potentiell zu Problemen – sowohl aus wirtschaftlicher als auch aus persönlicher Sicht – führen konnte, wurde schon früh die sog. *emancipatio* eingeführt. Ein Zwölftafelsatz schrieb vor, dass nach dreimaligem Verkauf der Sohn von der Gewalt des *pater* frei werden sollte.[91] Man fing deshalb an, dreimal den Sohn symbolisch an einen Treuhänder zu verkaufen: Der Käufer unternahm jedes Mal eine *manumissio* des an ihn verkauften Sohnes, und beim dritten Mal manzipierte der Treuhänder den Sohn dem Vater zurück, damit dieser den *filius* durch *manumissio* aus seiner *potestas* befreien konnte.[92] Bei den Töchtern und den Enkelkindern genügte eine einmalige *mancipatio*.

48 Der Emanzipierte wurde auf diese Art und Weise *sui iuris*, wenn männlichen Geschlechts auch *pater familias*. Das *peculium* wurde in der Regel nicht vom Vater wieder eingezogen, sondern dem *filius* geschenkt.[93] Es ist zwar anzunehmen, dass viele Väter vorausschauend und liberal waren, und den eigenen Kindern zur Selbständigkeit verhalfen. Die oben erwähnten Maßnahmen, wie die prätorischen Mittel, die im Sinne der *lex Laetoria* eingeführt wurden, und das *SC Macedonianum* zeigen jedoch, dass auch die Anzahl der Kinder, die *in potestate patris* blieben, selbst im Laufe der Kaiserzeit in den gehobenen Gesellschaftsschichten nicht gering war: Dem Vater stand es frei, die *emancipatio* vorzunehmen oder nicht.[94] Die Tatsache der Unterwerfung führte zu konkreten Problemen, die – wie gesehen (→ Rn. 44, 46) – eine reiche Kasuistik hervorbrachten.

49 In der Spätantike verliert die *emancipatio* aufgrund der Abschwächung der *patria potestas* an Bedeutung.[95] Sie wird nicht mehr in der älteren Form mit Mancipationen

---

[90] Ulp. 29 ed. D. 14.6.1 pr.: *saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam … incertis nominibus crederet*; dazu *Lucrezi*, SC Macedonianum (1992), und zuletzt *Longo*, Filius familias (2003) 218–221, mit Hinweis auch auf Suet. Vesp. 11 und auf Cic. S. Rosc. 14,39; s. auch *Bramante*, in: Maffi/Gagliardi, Diritti (2011) 331–355.

[91] XII T. 4.2: *si pater ter filium venum duit, filius a patre liber esto*; *Rotondi*, Leg. publ. 201–203; *Flach*, Gesetze 140–141.

[92] Gai. 1.132; *Watson*, Persons (1967) 100–101; *Kaser*, RP I, 68–71, 349–350; *Serrao*, Diritto privato I (2006) 168–170; *Lamberti*, Famiglia (2014) 9–10; *Cristaldi*, AUPA 62 (2019) 133–154.

[93] Pap. 12 resp. Frg. Vat. 260.

[94] Marcian. 5 reg. D. 1.7.31; Marcian. 8 inst. D. 30.114.8 (*non cogitur hoc facere*). In vereinzelten Fällen konnte das Kind den *pater* im Rahmen eines *extra – ordinem* – Verfahrens zur Emanzipation zwingen: Pap. 31 quaest. D. 1.7.32 pr., 33; Ulp. 5 fideic. D. 35.1.92; Paul. sent. 4.13.1; *Voci*, DER II 622, 629; *Voci*, Iura 31 (1980) 37–100 (= Studi di diritto romano II (1985) 408 f. mit Fn).

[95] Es ist jetzt von einem *ius agnationis emittere* die Rede, Const. Cod. Theod. 2.22.1 (a.320) und

und Manumissionen vollzogen, sondern vor einer Behörde vorgenommen.[96] Justinian lockert weiter die Formalien und fordert einfach eine väterliche Erklärung vor einem zuständigen Beamten.[97]

5. Handlungsspielräume der *filiae familias*

(Noch) weniger autonom als die *filii* scheinen die *filiae familias* gewesen zu sein. Unsicher ist, ob sie – wenn *puberes* – verklagt werden konnten.[98] Der Vater (und manchmal die Mutter) bestimmte für sie den Lebensgefährten und erklärte (zumindest in der ältesten Zeit) die Zustimmung zur Ehe oder zur Verlobung der Tochter (→ Rn. 14). Anscheinend konnte noch in der hohen Kaiserzeit der Vater die eigene Tochter *in potestate* ohne ihren Konsens scheiden lassen.[99] Erst ab dem späten 2. Jh. n. Chr. verboten die Kaiser einen solchen Eingriff der Väter in die Eheverhältnisse der eigenen Kinder.[100] **50**

Manche Quellen erwähnen ein *peculium* für die *filiae familias*.[101] Dies wird i. d.R. in dem Sinne interpretiert, dass ihnen eine wirtschaftliche Tätigkeit (durch Stellvertreter und insb. *servi peculiares*) möglich war. Anscheinend betrieben manche gewaltunterworfenen Frauen in der Kaiserzeit eigene Unternehmen wie Wollspinnereien und Schneidereien.[102] Das spätere Recht erkannte einen Anspruch der Töchter auf die Bestellung einer Mitgift an.[103] Viel weiter gingen verständlicherweise die Möglichkeiten, die die Rechtsordnung den nicht gewaltunterworfenen Frauen (*sui iuris*) – insbesondere Witwen oder Geschiedenen – ab der Mitte der Republik gewährte (→ § 29 Rn. 39–44).[104] **51**

Cod. Theod. 5.1.1 (a.317–319); oder einfach von *capitis deminutio*, Valentin./Valens. Cod. Theod. 5.1.2 (a.369); Honor./Theodos. Cod. Theod. 5.1.6 (a.420).

[96] Epit. Gai 1.6.4.

[97] Iust. C. 8.48.6 (a.531); Inst. 1.12.6.

[98] Anlass zu Bedenken gibt Paul. 7 Sab. D. 25.2.3.4; dazu zuletzt *D'Alessio*, QL 4 (2014) 123 f.

[99] Ulp. 26 Sab. D. 24.2.4; Ulp. 71 ed. D. 43.30.1.5; *Astolfi*, Matrimonio (2014) 370–376.

[100] Paul. sent. 5.6.15 (*Bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit, rell.*); Paul. sent. 2.19.2; Diocl. C. 5.17.15 pr. (a.294); Lit.: *Astolfi*, Matrimonio (2014) 370–376.

[101] SC de Cn. Pis. patre, ll. 104–105; dazu insb. *Lamberti*, Famiglia (2014) 181–197; Pomp. 15 Sab. D. 23.3.24; Gai 9 ed. prov. D. 15.1.27 pr.; Pap. 2 resp. D. 6.1.65.1; S. u.a. *Wacke*, Symp. Wieling 284–285; *D'Alessio*, QL 4 (2014) 125–130; *Platschek*, QL 5 (2015) 123–136.

[102] Gai. 9 ed. prov. D. 15.1.27 pr.: *maxime si qua sarcinatrix aut textrix erit aut aliquod artificium vulgare exerceat*; *sarcinatrix* und *textrix* gelten als typische Frauenberufe, s. *Günther*, Frauenarbeit (1987) 119 f.; s.a. *Buonopane/Cenerini*, Donna (2003).

[103] Gegenüber dem Vater: Diocl. C. 5.12.14 (a.293). Ein Präzedenzfall scheint schon für die Severerzeit belegt zu sein: Marcian. 16 inst. D. 23.2.19; dazu *Astolfi*, Lex Iulia et Papia 4 (1996) 156; *Stagl*, Favor dotis (2009) 43–51.

[104] *Peppe*, Posizione (1984) 19–120; *Lamberti*, Famiglia (2014) 16–21.

§ 35 Ehegüterrecht

Jakob Fortunat Stagl

Pellat, Textes sur la dot traduits et commentés, 2. Aufl., 1853; *Bechmann*, Das Römische Dotalrecht I, 1863, 1867; *Czyhlarz*, Das römische Dotalrecht, 1870; *Wolff*, Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht, SZ 53 (1933) 297–371; *Lauria*, Matrimonio-dote in diritto romano, 1952; *Palazzolo*, Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano, 1968; *Söllner*, Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae, 1969; *Goria*, Azioni reali per la restituzione della dote in età giustinianea. Profili processuali e sostanziali, in: Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario Torinese (4–5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera, 1994, 205–299; *Stagl*, Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts, 2009.

Inhalt Rn.

I. Einleitung 1
1. Güterverhältnisse der Ehe mit Gewalt (*manus*) des Ehemannes 2
2. Aufkommen der freien Ehe und Entstehung eines ehelichen Güterrechts . . . 5
3. Das „Ehegüterrecht“ (*dos*) als Ordnungsbegriff und als Gegenstand für die römischen Juristen 10
II. Parteien des Dotalverhältnisses und Dotierungspflicht 11
III. Gegenstand der Mitgift und ihre Bestellung 15
1. Gegenstand der Mitgift 15
2. Bestellung der Mitgift 17
a. Übertragung der Mitgift (*dotis datio*) 18
b. Einseitiges Dotalversprechen (*dotis dictio*) 22
c. Stipulationsmäßiges Dotalversprechen 25
d. Legat der Mitgift (*legatum dotis*) 30
e. Mitgiftverzeichnis 32
f. Nachklassische Entwicklungen 33
IV. Kollation und Erhalt der Mitgift in der prätorischen Erbfolge (*bonorum possessio contra tabulas*) 35
V. Die Mitgift in aufrechter Ehe 40
1. Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Dotalgegenstandes 40
2. Verbot, die Mitgift in aufrechter Ehe zu restituieren 45
3. Stillschweigende Wiederbestellung der Mitgift (*dos tacite redintegrata*) 47
4. Rückforderung der Mitgift wegen Insolvenz des Mannes 54
5. Zwangsverwaltung der Mitgift zum Unterhalt der Frau 56

6. Ehebruch und andere Verbrechen 57
VI. Die Dotalobligation 58
1. Objekte der Dotalobligation 58
2. Verschlechterung oder Untergang des Dotalobjekts 66
3. Minderung der Dotalforderung wegen notwendiger Aufwendungen von Seiten des Mannes 72
4. Umgestaltungen der Dotalobligation 76
5. Restitutionstermine 78
6. Die Restitution modifizierende *pacta* 82
7. Einreden des Mannes 83
8. Sicherung der Dotalforderung 85
VII. Zurückbehaltungsrechte des Mannes (Retentionen) 86
1. Abzugsrecht wegen sittlicher Verfehlung (*retentio propter mores*) 91
2. Abzugsrecht wegen gemeinsamer Kinder (*retentio propter liberos*) 95
3. Abzugsrecht wegen Aufwendungen für den Dotalgegenstand (*retentio propter impensas*) 97
4. Abzugsrecht wegen entwendeter Dotalgegenstände (*retentio propter res amotas*) und die Klage zur Wiedererlangung derselben (*actio rerum amotarum*) 102
5. *Retentio propter res donatas* 107
6. Sicherung der Dotalforderung 108
VIII. Schätzung der Mitgift (*aestimatio dotis*) und *pacta dotalia* 109
1. Schätzung der Mitgift (*aestimatio dotis*) 111
2. Vereinbarung über die Restitution der Mitgift (*pacta dotalia de reddenda dote*) 120
3. *Pacta de non petendo* 131
IX. Außerprozessuale Befriedigung der Dotalobligation 132
1. Novation und Delegation 132
2. Das Vorausvermächtnis der Mitgift (*praelegatum dotis*) 134
3. Das Vermächtnis der Mitgift halber (*legatum pro dote*), Erbeinsetzung *pro dote* und *edictum de alterutro* 139
4. Justinianische Reformen 144
X. Die Mitgift als Familienstiftung 145
1. Funktion der Mitgift 145
2. Die Privilegierung der Mitgift (*favor dotis*) 150
3. Das Eigentum am Dotalgegenstand 154
4. Soziale Tendenzen zur Vermeidung des Dotalregimes 157
5. Das Schenkungsverbot unter Ehegatten und die *lex decimaria* 161
6. Die Familienstiftung 165
XI. Kondiktion und Konfiskation der Mitgift 170
XII. Nachklassische Entwicklungen des materiellen Dotalrechts 174

I. Einleitung

1 Das Institut der Ehe als einer dauerhaften, von Religion und sozialen Rollen getragenen geschlechtlich-patrimonialen Gemeinschaft[1] lag bei den Römern der ersten drei nachchristlichen Jahrhunderte im Schnittfeld widerstreitender Interessen: Auf der einen Seite gab es die dynastisch-patrimonialen Interessen der Familien des Mannes und der Frau,[2] auf der anderen Seite die persönlichen Interessen des Mannes und der Frau nach Glück, Wohlstand und Erfolg.[3] Überlagert wurden diese Kräfte wiederum von der augusteischen Gesellschaftspolitik und Ehegesetzgebung[4] mit ihrem Bestreben, die Ehe in den Dienst des Kaisers zu stellen: Augustus hatte, wie auch seine Nachfolger, ein Interesse daran, über das Eherecht in den „Intimbereich“[5] seiner Bürger einzugreifen und die römische Bürgerschaft nach „Kopfzahl, Niveau und Moral“[6] anzuheben: So stellte er in der *lex Iulia et Papia*[7] den Ehebruch für Frauen unter Strafe und belegte die Ehe- und Kinderlosigkeit mit schweren Sanktionen. Diese Politik transformierte auch das Ehegüterrecht.[8] Das römische Dotalrecht als Produkt dieser sozialen Tendenzen, ihrer rechtlichen Hege und der kaiserlichen Politik ist nicht frei von Widersprüchen und Ambiguität.[9]

1. Güterverhältnisse der Ehe mit Gewalt (*manus*) des Ehemannes

2 In der Frühzeit dürfte die Ehe „mit Gewalt“ (*manus*), bei welcher sich die Frau in die Gewalt ihres Mannes begab und für die Dauer der Ehe vermögensunfähig war,[10] die Regel gewesen sein.[11] In dieser Eheform konnte die Frau erst bei Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes gewaltfrei und wieder vermögensfähig werden. Stand die

---

[1] Die juridische Struktur derselben ist jetzt aufgearbeitet bei *Fiori*, BIDR 105 (2011) 197–233.

[2] Einen Blick hierauf erlaubt Quint. decl. 360; dazu ausführlich *Stagl*, Index 40 (2012) 326–341.

[3] S. hierzu etwa die sog. *laudatio Turiae*, CIL VI 1527 und FIRA III 209–218.

[4] *Nörr*, HIA II 1093–1118; *Csillag*, Augustan Laws (1976); *Raditsa*, ANRW II.13 278–339; *Raditsa*, BIDR 84 (1981) 289–295. S. jetzt auch *Dolganov*, in: Harter-Uibopuu/Kruse, Gnomon des Idios Logos (im Druck); *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 325–341.

[5] *Nörr*, Rechtskritik (1974) 76: *Nörr* selbst setzt diesen Begriff in Anführungszeichen; zur Kritik, siehe auch *Humbert*, Remariage (1972) 171–173.

[6] *Kaser*, RP I 318.

[7] Inhalt und Datierung *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996); *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991). Zur Ideologie: *Nörr*, HIA II 1093–1118; *Raditsa*, ANRW II.13 278–339; s. jetzt auch *Dolganov*, in: Harter-Uibopuu/Kruse, Gnomon des Idios Logos (im Druck).

[8] Ausführlich *Lauria*, Matrimonio (1952) 121–128, 158–161; *Stagl*, Favor dotis (2009) 27–63; *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 108 f. Ein interessanter Widerhall findet sich in P.Mich. Inv. 508, einem oberägyptischen Ehevertrag aus dem 1–2. Jh. n. Chr.; hierzu *Wolff*, Aegyptus 17 (1937) 470–478.

[9] *Lauria*, Matrimonio (1952) 65; *Treggiari*, Marriage (1991) 323.

[10] Gai. 1.114, 148.

[11] *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 367; *Karlowa*, Ehe (1868) 4.

Frau nicht unter väterlicher Gewalt bei der Eheschließung, war sie *sui iuris*, wurde ihr Vermögen als *dos* (das Wort kommt von *dare, donare*[12]) Eigentum des Mannes oder dessen Gewalthabers;[13] war sie hingegen *alieni iuris*, stand sie also unter väterlicher Gewalt, so war eine Gabe ihres Gewalthabers an ihren Mann für sie vermögensrechtlich bedeutungslos, da sie kein Vermögen haben konnte.[14]

In beiden Fällen konnte die Frau die Mitgift nichts vom Mann zurückfordern, ins- **3**
besondere nicht im Falle einer Scheidung: Nur der Mann konnte sich von der Frau wegen sittlicher Verfehlungen scheiden, in welchem Fall ihm die Mitgift strafhalber verfiel.[15] Der Verbleib der Mitgift beim Manne hatte eine gewisse Logik für sich: Starb die Frau in aufrechter Ehe, so konnten die Kinder nach ihr nicht erben, partizipierten also nur über den Vater an der Mitgift; starb der Mann, erbte die *cum manu* verheiratete Frau wie eine Tochter (*filiae loco*).[16]

Von der individualistischen Vermögenszuordnung ist das von Ehemann und Ehe- **4**
frau gebildete *consortium omnis vitae,*[17] die Ehegemeinschaft, zu unterscheiden: Mit Eintritt in sein Haus überträgt der Mann der Frau die Verfügungsgewalt über die Vorratskammer (*cella penuaria, olearia*) und die dazugehörigen Schlüssel. Wird die Ehe aufgelöst, entzieht er ihr die Schlüssel und damit die Verfügungsgewalt.[18] Man könnte für die Dauer der Ehe mit einem modernen Begriff von einer Art „Gesamthandseigentum" sprechen.[19]

2. Aufkommen der freien Ehe und Entstehung eines ehelichen Güterrechts

Die Ehe mit *manus* wurde schrittweise durch die Ehe ohne *manus* ersetzt.[20] Bei dieser **5**
behält jeder der Ehegatten seine Stellung in der Ausgangsfamilie, und es kommt von Rechts wegen zu keinerlei Verschmelzung der Vermögensmassen.[21] Abgemildert wird dieser schroffe Individualismus einerseits über die gemeinsame Haushaltsfüh-

[12] Fest. 60 (ed. Lindsay) *Dotem: manifestum est ex Graeco esse. Nam* διδόναι *dicitur apud eos dare.*; Varro ling. 5,175: *Walde/Hoffmann*, s. v. donare, LEW I 360–362; weitere Nachweise bei *Lauria*, Matrimonio (1952) 68 f. Juristisch ist schenken und dotieren freilich nicht dasselbe; *Wacke*, ZP 15 (2015) 77–98; anders *Lauria*, Matrimonio (1952) 69 f.

[13] Cic. top. 4,23; Paul. Frg. Vat. 115; Serv. georg. 1,31; *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 196; *Lauria*, Matrimonio (1952) 71.

[14] So *Kaser*, RP I 330.

[15] Indirekt Gell. 4,3; 10,23,4 *multare*. *Kaser*, RP I 337; *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 195–200.

[16] Gai. 2.139, 159; 3.3. Dazu jetzt *Perelló/Carvajal Ramírez*, Fundamina 22 (2016) 1–24.

[17] Begriff verwendet in Mod. 1 reg. D. 23.2.1.

[18] Cic. Phil. 2,28,69; dazu *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 145–150.

[19] S. etwa Plu. Moralia 271E. Zu der Frage, vgl. jetzt *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 139 f.

[20] *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 191; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 58 f.; *Looper-Friedman*, TR 55 (1987) 281–296.

[21] *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 197; *Kaser*, RP I 80.

rung,[22] wie sie uns etwa in der *laudatio Turiae* entgegentritt,[23] andererseits durch den von allen Schichten der Gesellschaft gepflegten Brauch – eine Pflicht war es nicht –,[24] der Mannesseite seitens der Frauenseite[25] eine Mitgift zu bestellen.[26]

6 Durch die Mitgiftbestellung in der Ehe ohne *manus* entstand für den Mann vermögensmäßig eine ähnliche Situation wie bei der Ehe mit *manus*.[27] Der Mann konnte der Frau die Mitgift zurückvermachen, musste es aber nicht. Darüber hinaus scheint es der Sitte entsprochen zu haben, das um der Frau willen Angeschaffte (*uxoris causa parata*),[28] ihren Hausrat, soweit er dem Mann gehörte (*mundus*),[29] und einen Vorrat an Lebensmitteln (*penus*)[30] der Frau zu vermachen.[31] Ebenfalls üblich scheinen Vermächtnisse eines *ususfructus* am Vermögen[32] oder Rentenzahlungen (*annuum*) gewesen zu sein.[33]

7 Die Mitgift wird ab dem 2. Jh. v. Chr. rückforderbar gestellt,[34] zuerst vermutlich durch Stipulationen auf den Scheidungsfall. Zuvor konnte die Frau die *dos* nur dann zurückfordern, wenn sich der Mann grundlos von ihr getrennt hatte.[35] Erst ab dem Zeitpunkt, wo die Mitgift generell rückforderbar wird, kann man von einem echten

---

[22] Als Ideal formuliert in Cic. off. 1,54; Colum. 12, praef. 7.

[23] *Laudatio Turiae* 1,37–40 (= FIRA III 209–218). Ausführlich hierzu *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 95 f.

[24] Etwa Mart. 7,10,14 (Halbweltmilieu); Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10 pr. (alte Kleider); Ulp. 33 ed. D. 23.3.39 u. Proc. 7 epist. D. 23.3.67 (Pseudo-Mitgift einer Sklavin); s. auch PSI VI 730 (billiger Hausrat); Plaut. Trin. 612; ebenso *Fayer*, Familia II (2005) 673–675; *Lauria*, Matrimonio (1952) 131 f.; *Stagl*, Favor dotis (2009) 11 f. (dort auch Nachweise zur Gegenauffassung).

[25] Es gab auch das gegenläufige Phänomen der *donatio ante nuptias*, also eines Geschenkes des Bräutigams an die Braut: Iul. 17 dig. D. 39.5.1.1.; Paul. 19 ed. D. 6.2.12 pr.; Sev./Ant. C. 5.3.1 (o.A.); Diocl./Max. C. 5.3.14 (o.A.); Cic. Cluent. 9 (27). Dieses scheint aber in aller Regel so unbedeutend gewesen zu sein, dass es das Interesse der Juristen nicht auf sich zog. Nachweise bei *Fayer*, Familia II (2005) 738 f.; ausführlich *Ferretti*, Donazioni (2000); *Astolfi*, Iura 51 (2000) 181–195. Vgl. auch Inst. 2.7.3, wo Justinian ausführt, diese Form der Schenkung sei den *veteres* unbekannt gewesen, was dem aber nicht widerspricht. Man wird diese Aussage so zu deuten haben, dass sie juristisch irrelevant geblieben ist, da ein Rückforderungansanspruch nicht damit verbunden ist.

[26] Dionys. ant. 2,9; Val. Max. 4,4,10; s. auch die Dotierung der Calpurnia im *SC de Cn. Pisone patre* (*Eck/Caballos/Fernandez*, Senatus consultum [1996] 38–51) mit *Lamberti*, Famiglia (2014) 181–198; zur *mulier indotata*, vgl. *Stagl*, Favor dotis (2009) 64–70; weitere Nachweise bei *Lauria*, Matrimonio (1952) 66–68.

[27] *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 43.

[28] Pomp. 5 Q. Muc. D. 34.2.10; Pomp. 9 Q. Muc. D. 34.2.34.2.

[29] Ulp. 44 Sab. D. 34.25.10–12.

[30] Ulp. 22 Sab. D. 33.9.3 pr.–11; s. auch Gell. 4,1.

[31] Dieses Vermächtnis ist nicht durch eine Minderung nach der *lex Falcidia* bedroht: Gai. 18 ed.prov. D. 35.2.81.2.

[32] Cic. top. 17; Cic. Caecin. 11.

[33] Pap. 9 resp. D. 33.1.10.2; Paul. 7 Sab. D. 24.1.28.6.

[34] *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 43; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 227; *Lauria*, Matrimonio (1952) 87, 164: „fulcro“ (Schwerpunkt) des Dotalrechts.

[35] *Astolfi*, Matrimonio Roma preclassica (2018) 191–195.

„Ehegüterrecht“ sprechen, insoweit, als es nun ein für die Ehe bestimmtes Sondergut in Gestalt der Mitgift gibt, das gerade im Hinblick auf seine Rückforderbarkeit bei Auflösung der Ehe eine bedeutende juristische Durchdringung erfahren wird.[36]

Von der vermögensmäßigen Verknüpfung der Ehegatten durch die Mitgift abgesehen bleiben diese in der *manus*-freien Ehe in finanzieller Hinsicht weitestgehend unverbunden: So haftet jeder der Eheleute für seine Schulden.[37] Dementsprechend ist eine rechtliche Unterhaltspflicht nicht anerkannt, wenn auch eine moralische Unterhaltspflicht indirekt von der Rechtsordnung unterstützt wird: Unterhaltsbezogene Zuwendungen unterfallen nicht dem Verbot der Ehegattenschenkung,[38] und die Früchte der Mitgift können und sollen[39] für die Ehe verwendet werden: „Die Mitgift soll dort sein, wo die Lasten der Ehe sind“ (*Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*).[40] **8**

Für die zivile Erbfolge ist die Ehe ohne *manus* irrelevant; das prätorische Recht gewährt den Eheleuten die prätorische Erbfolge (*bonorum possessio unde vir et uxor*), allerdings erst nach allen übrigen Verwandten (→ § 57).[41] **9**

3. Das „Ehegüterrecht“ (*dos*) als Ordnungsbegriff und als Gegenstand für die römischen Juristen

In den Quellen findet sich nicht der Begriff des Ehegüterrechts, wohl aber jener der Mitgift (*dos*). Letzterer bezeichnet etwas funktional Vergleichbares: In der Konstitution *Omnem* berichtet Justinian davon, dass er für den Unterricht, das heißt für seine Institutionen, aus den drei Bänden, welche er „über die Mitgiften“ (*pro dotibus*) verfassen ließ, einen Band exzerpiert habe.[42] Ein Schluss auf das, was er mit dem Begriff *dos* meint, ergibt sich also aus dem Inhalt der drei Bände über die Mitgift in den Digesten.[43] In **10**

[36] Zur Bedeutung der Rückforderbarkeit im Hinblick auf die juristische Durchdringung der Mitgift: *Glück*, Pand. XXVII 112; *Scheurl*, KritV 6 (1864) 3.

[37] So *Kaser*, RP I 329.

[38] Ulp. 31 Sab. D. 24.1.7.1; Ulp. 32 Sab. D. 24.1.21 pr.; Pomp. 14 Sab. D. 24.1.29.1; D. 24.1.31.8.

[39] *Stagl*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 675–713.

[40] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.7 pr.; Paul. 6 Plaut. D. 23.3.56.1; Tryph. 9 disp. D. 23.3.76; Ulp. 34 ed. D. 23.4.11. Allgemein dazu: *Stagl*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 675–713; *Wolff*, SZ 53 (1933) 348 f.

[41] Ulp. 47 ed. D. 38.11.1.

[42] Const. Omnem § 3. Zur justinianischen Studienordnung, vgl. jetzt *Stagl*, SZ 131 (2014) 329 f., und *Stagl*, OCD (https://oxfordre.com/classics/view/10.1093/acrefore/9780199381135.001.0001/acrefore/9780199381135–e-8054, 03. 06. 2019).

[43] Titel D. 23.1 *De sponsalibus*, Titel D. 23.2 *De ritu nuptiarum*, Titel D. 23.3 *De iure dotium*, Titel D. 23.4 *De pactis dotalibus*, Titel D. 23.5 *De fundo dotali*; Titel D. 24.1 *De donationibus inter virum et uxorem*, Titel D. 24.2 *De divortiis et repudiis*, Titel D. 24.3 *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*; Titel D. 25.1 *De impensis in res dotales factis*, Titel D. 25.2 *De actione rerum amotarum*, Titel D. 25.3 *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis*, Titel D. 25.4 *De inspiciendo ventre custodiendoque partu*, Titel D. 25.5 *Si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur*, Titel D. 25.6 *Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur* und schließlich Titel D. 25.7 *De concubinis*.

einem logischen Aufbau behandeln diese zunächst das Verlöbnis, dann die Eheschließung und zum Schluss als Krönung die Mitgift, für deren Entstehen im Rechtssinne die Eheschließung vorausgesetzt ist.[44] Die beiden folgenden Titel *De fundo dotali* und *De donationibus inter virum et uxorem* beleuchten die rechtliche Situation der Mitgift während der Ehe. Es folgen die Ehescheidung und deren Auswirkungen auf die Mitgift: das Entstehen eines Restitutionsanspruchs der Frau und dessen rechtliche Ausgestaltung. Dotalrecht (*de iure dotium*) und Ehegüterrecht sind also weitestgehend identische Begriffe. Im Anschluss hieran finden sich Appendixmaterien. Diese Stoffeinteilung ist ihrerseits durch das klassische Schrifttum vorbereitet, die Gleichsetzung des Ordnungsbegriffs *dos* mit „Ehegüterrecht" ist also durchaus klassisch.

II. Parteien des Dotalverhältnisses und Dotierungspflicht

11 Im Regelfall wird die Mitgift von einem väterlichen Vorfahren (*parens*) der Braut, meist deren Vater, bestellt. Es ist aber durchaus möglich, dass die Frau selbst oder ein Dritter (*extraneus*) die Mitgift bestellt.[45] Ist der kraft des Gesetzes bestellte Vormund der Frau (*tutor legitimus*) minderjährig, so kann sie beantragen, dass ihr zum Zwecke der Mitgiftbestellung ein volljähriger Vormund (*tutor dotis constituendae causa*) zugewiesen werde.[46]

12 Die Mitgift wird dem Mann bestellt, sofern dieser gewaltfrei ist. Steht er hingegen unter väterlicher Gewalt, so kann die Mitgift auch seinem Vater bestellt werden.[47] Die Mitgift fällt ins *peculium* des Haussohnes,[48] aber nicht in das *peculium castrense* (→ § 34).[49] Wird die Mitgift dem Vater bestellt, so hat der Sohn im Erbfall ein Präzeptionsrecht;[50] dies hat er gleichfalls bei Auflösung einer *societas omnium bonorum*.[51]

13 Väter waren sittlich verpflichtet, ihre Töchter zu dotieren,[52] und werden dem hieraus entstandenen sozialen Druck im Regelfall nicht widerstanden haben.[53] Man geht im

[44] Ulp. 36 ed. D. 23.3.3; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 77–80. *Fiori*, BIDR 105 (2011) 197, 232 f. kommt in seiner Analyse der Struktur der Ehe zu dem Ergebnis, dass das Institut sehr viel weniger scharf abgegrenzt war, als bislang angenommen wurde. Dieser Punkt wäre aus dotalrechtlicher Sicht erneut zu untersuchen.

[45] Etwa Ulp. reg. 6.1–3.

[46] Ulp. reg. 11.20; Gai. 1.178; Terent. 3 l. Iul. Pap. D. 23.3.61 pr, 1.

[47] Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.12; Tryph. 12 disp. D. 24.3.53.

[48] Marcellus bei Iul. 16 dig. D. 23.3.44.1.

[49] Pap. 19 resp. D. 49.17.16 pr.

[50] Ulp. 19 ed. D. 10.2.46; Paul. 7 Sab. D. 10.2.46.

[51] Paul. 32 ed. D. 17.2.65.16; Gai. 10 ed. prov. D. 17.2.66.

[52] Plu. Rom. 13,5; D. H. 2,10; Cic. Quinct. 31,98. Von den juristischen Texten, siehe etwa Ulp. 44 ed. D. 38.5.1.10, in dem davon die Rede ist, dass es der *pietas* des Vaters entspricht, die Tochter zu dotieren. Zur *pietas*, siehe wiederum aus historischer Perspektive *Maharam*, s. v. pietas, DNP IX 1009 f. und aus juristischer Perspektive *Bonfante*, Corso I 389 und *Humbert*, Remariage (1972) 266.

[53] *Stagl*, Favor dotis (2009) 57 f.

Allgemeinen davon aus, dass es in den höheren Schichten praktisch keine Ehe ohne Mitgift gegeben hat.[54] Darüber hinaus führte Augustus eine rechtlich durchsetzbare Pflicht zur Dotierung ein, von der freilich fraglich ist, ob sie in der Praxis durchgesetzt wurde oder eher symbolischen Charakter hatte.[55] Die Mutter traf keine Dotierungspflicht.[56]

Dieser Ausgangslage entsprechend galt die Mitgiftbestellung von Dritten als Schenkung.[57] 14

III. Gegenstand der Mitgift und ihre Bestellung

1. Gegenstand der Mitgift

Jeder – im *commercium* befindliche[58] – Vermögenswert kann Gegenstand der Mitgift sein, so beispielsweise eine Forderung – sei sie neubegründet oder zediert –,[59] alle Arten dinglicher Rechte,[60] ein ganzes Vermögen;[61] auch durch den Erlass von Forderungen kann die Mitgift bestellt werden.[62] Letzteres gilt sogar für den Fall, dass es die Braut selbst ist, die ihrem künftigen Mann eine Forderung erlässt.[63] Ausschlaggebend ist in jedem Falle die Vermögensvermehrung auf Seiten des Mannes, welche etwa auch durch Ausschlagung eines Legates zugunsten des subsidiär begünstigten Mannes erfolgen kann.[64] 15

Gleichfalls ist ausreichend, dass der Mann in eine Position versetzt wird, die ihm einen, auch erst zukünftigen Vermögenszuwachs erlaubt, wie etwa Ersitzungsbesitz.[65] Die dotale Vermögensposition muss weder einen besonderen Wert haben – so werden auch Tafelgeschirr, Möbel und Kleider zur Mitgift gegeben[66] –, noch einen Ertrag abwerfen, so kann auch das „nackte Eigentum“ konstituiert werden.[67] 16

[54] Nur *Fayer*, Familia II (2005) 673–677 mwN.

[55] Marcian. 16 inst. D. 23.2.19; zu diesem sehr umstrittenen, lange für unecht gehaltenen Text, vgl. umfangreich *Stagl*, Favor dotis (2009) 38–57. S. auch Diocl./Max. C. 5.12.14 (a.293), welcher einen Gegenschluß auf die Dotierungspflicht des Vaters erlaubt.

[56] Diocl./Max. C. 5.12.14 (a.293).

[57] Paul 17 Plaut. D. 12.4.9 pr.; Paul. 14 quaest. D. 42.1.41 pr.; Ulp. 46 Sab. Frg. Vat. 269; Paul. 71 ed. Frg. Vat. 305.

[58] Gai. 22 ed. prov. D. 48.15.4.

[59] Paul. 7 resp. D. 24.3.49. Dazu *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 134 f.

[60] Pomp. 14 Sab. D. 23.3.6.1: Usukapionsbesitz; Ulp. 31 Sab. D. 23.3.7.2 u. Tryph. 11 disp. D. 23.3.78: Usufrukt; Ulp. 48 Sab. D. 23.3.36: Forderung.

[61] Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.10; Paul. 8 resp. D. 23.3.72 pr.

[62] Ulp. 36 Sab. D. 23.3.29; Paul. 35 ed. D. 23.3.41.2; Paul. 7 resp. D. 24.3.49. Dazu *Lauria*, Matrimonio (1952) 135–137.

[63] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.12.2; Tryph. 10 disp. D. 23.3.77; sie genießt für diesen Fall ein *privilegium exigendi*: Ulp. 63 ed. D. 42.5.17.1.

[64] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.5.5.

[65] Pomp. 14 Sab. D. 23.3.6.1.

[66] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.10 pr.; Iust. C. 5.12.31.5 (a.530); C. 5.12.31.6 (a.530); P.Mich. Inv. 6659 sowie P.Mich. Inv. 508, hierzu *Wolff*, Aegyptus 17 (1937) 463–478.

2. Bestellung der Mitgift

17 Das klassische Recht kennt drei Formen, die Mitgift zu bestellen: die *dotis datio*, die *dotis dictio* und die Dotalstipulation (*dotis promissio*).[68] Unbedingte Voraussetzung für das Entstehen einer Mitgift und des damit einhergehenden Regimes ist in jedem Fall der Bestand einer gültigen Ehe.[69]

a. Übertragung der Mitgift (*dotis datio*)

18 Die *datio* (auch *numeratio*[70]) ist eines der herkömmlichen Rechtsgeschäfte, welches den Übergang eines Rechts herbeiführt,[71] und sei es erst durch *usucapio*.[72] Aber auch andere Verfügungsgeschäfte fallen unter die *dotis datio*, soweit sie eine Vermögensvermehrung auf Seiten des Mannes herbeiführen, so etwa die Bestellung eines Ususfrukts[73] oder der Verzicht auf den Genuss eines solchen.[74]

19 Überträgt die Braut vor Eheschluss einen Vermögenswert als Mitgift, so stellt dies zunächst einen dotalrechtlich bedeutungslosen Vorgang dar. Erst durch den Eheschluss verwandelt sich der übertragene Gegenstand in eine Mitgift und unterliegt dem Dotalregime. Bereicherungsrechtlich gesehen handelt es sich um eine *datio ob causam*; fehlt es an der *causa* für die Hingabe des Gegenstandes, weil die Ehe in der Folge doch nicht geschlossen wird, kann die Braut das Gegebene mit der *condictio* zurückfordern.[75]

20 Allerdings hat sie sich mit der Durchsetzung ihrer Ansprüche zu beeilen, weil der Mann *pro suo* ersitzen kann.[76] Wollen die Parteien diese Konsequenz vermeiden, so bestellen sie die Mitgift bedingt auf den Eheschluss: Wird der Dotalgegenstand vor dem Eheschluss übergeben, so geht er erst mit Eintritt der Bedingung in das Vermögen des Mannes über.[77]

21 Die Übertragung muss mit Wissen und Wollen des Bestellers vonstatten gehen, sonst kann er vindizieren.[78] Bestellt hingegen eine Frau irrtümlicherweise eine größere Mitgift als geschuldet, so kann sie das Geleistete nicht kondizieren.[79]

---

[67] Das ergibt sich etwa aus Paul. 6 Sab. D. 23.3.4; im einzelnen *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 87–91.
[68] Ulp. reg. 6.1. Widerhall in Arcad./Honor. Cod. Theod. 3.12.3 (a.396).
[69] S. oben Fn. 40.
[70] Sev./Ant. C. 5.15.1 (a.204).
[71] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.7.3; D. 23.3.9 pr.–3.
[72] Ulp. 31 Sab. D. 41.9.1 pr. Schlichter Besitz reicht dementsprechend nicht, Ulp. 31 Sab. D. 23.3.7.3.
[73] Tryph. 11 disp. D. 23.3.78.2; Marcell. 7 dig. D. 24.3.57.
[74] Tryph. 11 disp. D. 23.3.78.2; weitere Einzelheiten bei *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 97 f.
[75] Ulp. 3 disp. D. 12.4.6; Iul. 16 dig. D. 12.4.7.1; Ulp. 66 ed. D. 42.5.17.1.
[76] Paul. Frg. Vat. 111; Ulp. 31 Sab. D. 41.9.1.2.
[77] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.7.3.; D. 23.3.9.1. Dazu ausführlich *Stagl*, Favor dotis (2009) 197–207. S. auch Czyhlarz, Dotalrecht (1870) 141–148.
[78] Ulp. 46 Sab. Frg. Vat. 269; Ulp. 33 Sab. D. 23.3.34.
[79] Iul. 10 dig. D. 12.6.32.2.

b. Einseitiges Dotalversprechen (*dotis dictio*)

Die *dotis dictio*[80] als vermutlich älteste Form der Mitgiftbestellung[81] war eine Dotierungszusage[82] eigener Art, bei der für das klassische Recht mangels geeigneter Quellen nicht eindeutig klar ist, ob sie eine einseitige Erklärung oder ein zweiseitiger Vertrag war, und ob sie förmlich war oder nicht.[83] **22**

Drei Personen konnten auf diese Weise eine Mitgift bestellen:[84] der Vater, die (emanzipierte[85]) Braut[86] oder ein von der Braut oder ihrem Vater angewiesener Schuldner.[87] **23**

Die *dotis dictio* wurde vermutlich mit einer Klage eigener Art durchgesetzt.[88] Sie geriet nach der Klassik in Verfall,[89] und wurde von Justinian endgültig als überholt betrachtet;[90] er ersetzte sie daher in den Digesten und dem Codex durch die Ausdrücke *dotem promittere* oder *pollicitari*.[91] **24**

c. Stipulationsmäßiges Dotalversprechen

Beim Dotalversprechen (*promissio dotis*) wird die Mitgift dadurch bestellt, dass der Mann gegen den Besteller einen Anspruch aus Stipulation erhält.[92] Diese Stipulation muss mit der inneren Bestimmung vorgenommen werden, dass das Versprechen im Hinblick auf die Dosbestellung erfolgt.[93] Anders als bei gewöhnlichen Stipulationen (→ § 21) kann eine Mitgift auch in unbestimmter Form durch Stipulation versprochen werden:[94] Die Höhe der Mitgift ist in diesem Fall nach Vermögen (*facultates*) und Stand **25**

[80] Cic. Caecin. 25,73; Cic. Flacc. 35,80; Apul. apol. 102,1; Gai. 3.95a; P.Mich. Inv. 4730; Epit. Gai. 2.9 (17).3.

[81] *Lauria*, Matrimonio (1952) 71 mwN.

[82] Sie wird also vor dem Eheschluß abgegeben; *Lauria*, Matrimonio (1952) 77–80.

[83] Zu dieser Frage, vgl. *Berger*, Anz. Ak. Krak. (1909) 75–97; *Bonfante*, Corso I 418 f.; *Karlowa*, RRG II 201 f.

[84] Ulp. reg. 6.2.; Epit. Gai. 2.9 (17).3.

[85] Gegenschluß aus Paul. Frg. Vat. 99.

[86] Einzelheiten bei *Lauria*, Matrimonio (1952) 74 f.

[87] Oder ein Schuldner der Frau auf deren Geheiß. Zu dem ganzen: Ulp. reg. 6.2; Epit. Gai. 2.9.3; ebenso der Putativschuldner Iul. 16 dig. D. 23.3.46.2.

[88] Dies ergibt sich vornehmlich aus Proc. 5 epist. D. 50.16.125; dazu *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 116; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 59,13.

[89] Dies wird bestätigt aus Theodos./Valentin. Cod. Theod. 3.13.4 (a.428).

[90] Deshalb extrapoliert er in der Parallelüberlieferung in Theodos./Valentin. C. 5.11.6 (a.428) z. B. aus vorgenannter Konstitution die Worte *dictio vel*.

[91] Ausführlich *Ortega Carrillo de Albornoz*, Dotis dictio (1975) 147–151.

[92] Iul. 2 Urs. Fer. D. 23.3.48 pr. Einzelheiten bei *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 11; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 99 f.

[93] Ulp. 35 Sab. D. 23.3.23; Cels. 26 dig. D. 45.1.97.2.

[94] Pap. 4 resp. D. 23.3.69.4; dazu ausführlich *Stagl*, Favor dotis (2009) 129–137, dort insbesondere auch zu dem Verhältnis dieses Textes zu Gord. C. 5.11.3 (a.240) und Alex. C. 5.11.1 (a.231).

(*dignitas*) der Frau zu bestimmen[95] – offenbar waren sich die Römer hinreichend einig, was sich in dieser Hinsicht gehörte.

26 Auch die Fälligkeit konnte anhand von Klauseln, die auf sittliche Kriterien abstellen, geregelt werden, wie „wann es zuerst ohne Schimpf und Schande möglich ist“[96] oder „sobald ich kann“. Diese Klauseln stellen nicht auf die Willkür des Schuldners ab, sondern auf sein objektives Leistungsvermögen.[97]

27 Die Mitgift kann der Mannesseite auch durch Delegation zugewiesen werden, wobei eine Besonderheit darin besteht, dass der Delegat dem Ehemann die Einwendungen, welche ihm gegen den Deleganten zustehen, nicht entgegenhalten kann (→ § 76), obwohl dies bei der – gleichfalls unentgeltlichen – Schenkung zulässig ist.[98] Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass es nicht, wie sonst bei der Delegation üblich, zur Novation kommt, sondern die Delegation vielmehr – im Interesse der Frau – durch den Eheschluss bedingt ist.[99]

28 Der Ehefrau bzw. dem Schwiegervater, der in der aufrechten Ehe aus dem Mitgiftversprechen verklagt werden kann, steht das sog. *beneficium competentiae* zu.[100] Dieses ist ein Haftungsprivileg, wonach der Schuldner nur in der Höhe seines tatsächlich vorhandenen Vermögens verurteilt wird (*id quod facere potest*), auch wenn seine Schulden dieses überschreiten.[101] Weder entgeht er hierdurch der Personalexekution, noch vermeidet er die mit der *venditio bonorum* einhergehende Infamie.[102] Wird der Schuldner wieder zahlungsfähig, müssen er oder seine Erben freilich den Rest leisten.[103]

29 Der Versprechensempfänger (der Ehemann oder sein Vater) und nicht etwa die Frau ist gegen die Erben des versprechenden Vaters zur Klage berechtigt.[104]

d. Legat der Mitgift (*legatum dotis*)

30 Von Todes wegen kann eine Mitgift durch Legat bestellt[105] werden (*legatum dotis constituendae causa*).[106] Vermacht der Vater der Tochter die zuvor dem Mann versprochene

---

[95] Cels. 11 dig. D. 23.3.60.

[96] Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 23.3.79.1; Proc. 5 epist. D. 50.16.125.

[97] Richtig *Wacke*, St. Metro VI 462–471, gegen *Stagl*, Favor dotis (2009) 137–139.

[98] Paul. 17 Plaut. D. 12.3.9.1; ausführlich dazu *Stagl*, Favor dotis (2009) 173 f.

[99] Paul. 12 Sab. D. 23.3.37; Iav. 6 post. Lab. D. 23.3.80.

[100] Lab. 6 pith. a Paul. epit. D. 23.3.84; Pomp. 1 Q. Muc. D. 42.1.22 pr.; aber Paul. 6 Plaut. D. 42.1.21 und Paul. 7 Sab. D. 24.3.17 pr.; so auch mit einem pandektenmorphologischen Argument *Litewski*, SZ 118 (2001) 381–387; a. A. *Wacke*, St. Metro VI 460 f. mit Fn. 34. Nach der Scheidung kommt es auf die Umstände des Falles an: Lab. 6 pith. a Paul. epit. D. 23.3.84 a. E.

[101] Dazu *Wacke*, St. Metro VI 450 mwN.

[102] Allgemein *Gildemeister*, Beneficium (1986) 3 f.; *Kaser*, RP I 482 u. *Kaser* RP II 192.

[103] Diocl./Max. C. 5.18.8 (a.294).

[104] Diocl./Max. C. 5.11.5 (a.293).

[105] Zur Bestimmtheit des Legats Alex. C. 5.11.1 (a.231).

[106] Selbst durch die Frau: Paul. 7 resp. D. 33.4.11. Natürlich ist auch eine Bestellung durch Fideikommiss möglich: Scaev. 15 dig. D. 33.4.14.

Mitgift, so zwingt eine *exceptio doli* des Erben die Eheleute dazu, sich zu entscheiden, ob sie die Mitgift gestützt auf die *actio ex testamento* (mit der Frau als Klägerin) einklagen wollen (→ § 97) oder – alternativ – der Mann aus der Stipulation gegen den Erben vorgehen will,[107] sofern der Vater nicht mit diesem Legat zum Ausdruck bringen wollte, dass er die Mitgift verdoppeln wolle.[108]

31 Vermacht der Vater die versprochene Mitgift hingegen dem Schwiegersohn – was nach allgemeinen Grundsätzen als Legat des Geschuldeten unwirksam ist –, so meint Gaius, die Frau könne in diesem Fall mit der Legatsklage gegen den Erben vorgehen,[109] Julian und Papininan hingegen meinen, der Mann könne gegen den Erben vorgehen.[110]

e. Mitgiftverzeichnis

32 Aus Gründen der Rechtssicherheit pflegt der Besteller der Mitgift ein Verzeichnis aufzusetzen (*instrumenta dotalia, instrumenta nuptialia, tabulae dotales*),[111] welches neben der Wahrnehmung der Aufstellungs- und Beweisfunktion besondere Vertragsklauseln (*pacta dotalia*) enthalten kann. Die Frau ist gut beraten, ein solches Verzeichnis anzulegen, da kraft der sog. *praesumptio Muciana* zu vermuten ist, dass Sachen im Besitz der Eheleute von der Mannesseite stammen.[112]

f. Nachklassische Entwicklungen

33 Schon von Diocletian und Maximian war eine Klage aus bloß schriftlichem Mitgiftversprechen gegeben worden,[113] eine Entwicklung, die in einer Konstitution von Theodosius und Valentinian aus dem Jahre 428 kulminiert, welcher zufolge das Versprechen auch formlos Gültigkeit entfaltet (sog. *pollicitatio dotis*).[114]

34 Ebenfalls nachklassisch[115] dürfte die höhenmäßige Beschränkung der Mitgift nach dem Vorbild der *querela inofficiosi testamenti* zum Schutze der Kinder aus erster Ehe sein,[116] wenn in Einzelfällen auch schon vorher der Familie der übervorteilten Frau geholfen wurde, welche ihr gesamtes Vermögen als Mitgift bestellt hatte.[117]

---

[107] Iul. 33 dig. D. 30.84.6.
[108] Ulp. 36 Sab. D. 23.3.29.
[109] Gai. 2 de legatis ad edictum praetoris D. 30.69.2.
[110] Iul. 2 Urs. Fer. D. 23.3.48.1; Pap. 17 quast. D. 35.71.3.
[111] Gai. form. hyp. sing. D. 22.4.4; Paul. 5 quaest. D. 24.3.45 pr.; Call. 2 quaest. D. 24.3.48; Scaev. 2 resp. D. 23.4.29; Paul. 7 resp. D. 24.3.49. Dazu *Kübler*, s. v. tabulae nuptiales, RE IV A.2 1951 f.
[112] Pomp. 5 Q. Muc. D. 24.1.51; Alex. C. 5.16.6.1 (a.229).
[113] Diocl./Max. C. 5.11.4 (a.293); s. auch Sev./Ant. C. 5.14.1 (a.206).
[114] Theodos./Valentin. C. 5.11.6 (a.428) = Theodos./Valentin. Cod. Theod. 3.13.4 (a.428).
[115] S. nämlich Alex. C. 5.12.4 (a.223).
[116] Constantius C. 3.30 (a.358).
[117] Alex. C. 2.33.1 (a.233).

IV. Kollation und Erhalt der Mitgift in der prätorischen Erbfolge (*bonorum possessio contra tabulas*)

35 Wird ein Kind emanzipiert, so hat es sich seinen seit der Emanzipation erfolgten Vermögenszuwachs gegenüber den nichtemanzipierten Geschwistern im Rahmen der Erteilung der prätorischen Erbfolge (*bonorum possessio*) auf die Erbschaft anrechnen zu lassen (*collatio bonorum,* → § 57).[118] Dieser Rechtsgedanke wurde auf die mit einer Mitgift ausgestattete Tochter übertragen (*collatio dotis*):[119] Letztere hat Aussicht, die Mitgift zu eigenem Vermögen zu erhalten[120] und wäre den Geschwistern gegenüber privilegiert, wenn sie zusätzlich ihren vollen Erbteil erhalten würde.[121]

36 Daher zwingt der Prätor[122] die dotierte Tochter, sei sie emanzipiert oder nicht,[123] beim Tode des Vaters ihren Geschwistern gegenüber stipulationsweise zu versprechen, sie werde die Mitgift[124] im Verhältnis ihres Erbteils „beisteuern" bzw. „einwerfen" (*collatio*).[125] Die Kollationspflicht bezieht sich wohl nicht nur auf die *dos profecticia*, sondern auch auf die *dos adventicia* (→ § 57 Rn. 129),[126] bei letzterer besteht die Kollationspflicht freilich nur gegenüber nichtemanzipierten Hauskindern.[127]

37 Die ursprünglich nur für den Fall geltende Regel, dass die Tochter die *bonorum possessio* beantragt, wurde durch ein Edikt des Antoninus Pius auf die Intestaterbfolge ausgedehnt.[128]

38 Setzt der Vater die Tochter als Erbin ein, so ist das Testament regelmäßig dahingehend auszulegen, dass diese die Mitgift nicht in die Erbmasse einzuwerfen hat.[129]

39 Aus der Kollationspflicht kann man schließen, dass die Ausstattung mit einer Mitgift im Laufe der Zeit die Funktion gewann, die Erbfolge vorwegzunehmen.[130] Dieser Ge-

---

[118] *Kaser*, RP I 731 f.

[119] Grundlegend *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998).

[120] Dieser Gedanke findet seinen Ausdruck etwa in Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.3; dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 19–24.

[121] *Kaser*, RP I 732. Daher muss sie nicht kollationieren, wenn ein Dritter (der Besteller) die Restitution hatte versprechen lassen: Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.1.

[122] Ulp. 40 ed. D. 37.7.1 pr.

[123] *Argumentum e* Gai. 14 ed. prov. D. 37.7.2 i. f.; *Lauria*, Matrimonio (1952) 116.

[124] In dem Zustand, in welchem sie sich gerade befindet, vor der Ehe: Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.1; mit Bedingung: Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.7; die bestellte Mitgift unter Abzug der notwendigen Aufwendungen: Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.5; bei aufgelöster Ehe das, was sie mit der Mitgiftklage bekommen kann: Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.6.

[125] Ulp. 40 ed. D. 37.7.1 pr.

[126] Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.7; Gord. C. 6.20.4 (a.239).

[127] Gord. C. 6.20.4 (a.239); so zu Recht *Kaser*, RP I 732 mit Fn. 35, der darauf hinweist, dass die Frage wohl kontrovers war; *Lauria*, Matrimonio (1952) 116.

[128] Ulp. 40 ed. D. 37.7.1 pr.; Gord. C. 6.20.4 (a.239).

[129] Ulp. 46 ed. D. 29.4.23; Gord. C. 6.20.6 (a.244).

[130] *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 31 f., und *Lauria*, Matrimonio (1952) 84, betonen, dass dies nicht die ursprüngliche Funktion der Mitgift war.

danke findet seinen Niederschlag auch darin, dass bei einer *bonorum possessio contra tabulas* das umgestürzte Testament nach dem Edikt insoweit aufrecht erhalten bleibt, als es der Tochter des Erblassers ein Legat *dotis nomine* auswirft.[131]

V. Die Mitgift in aufrechter Ehe

1. Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Dotalgegenstandes

Der Mann kann – dem Grundsatze nach – das Eigentum am Dotalgegenstand an Dritte übertragen und ihn auch mit einem Pfand belasten.[132] Hiervon unberührt bleibt seine Pflicht, der Frau Ersatz zu leisten, wenn er ihr den Dotalgegenstand im Rahmen der Dotalklage nicht mehr herausgeben kann.[133] Auch kann er den Dotalgegenstand einem Dritten vermachen, vorausgesetzt er entschädigt die Frau gleichzeitig für den Verlust.[134] Sofern er die Mitgift nicht restituieren muss, wird sie Bestandteil seines Nachlasses und geht auf seine Erben über.[135] **40**

Eine äußerst wichtige Ausnahme von der Verfügungsbefugnis über den Dotalgegenstand gilt freilich nach der *lex Iulia de fundo dotali*,[136] vermutlich ein Kapitel der *lex Iulia de adulteriis*,[137] wenigstens hinsichtlich des italischen[138] *fundus*.[139] Danach kann der Mann[140] Grundstücke ohne Einwilligung der Frau[141] nicht veräußern und selbst mit ihrer Einwilligung nicht belasten (die Klassizität der letztgenannten Regel ist freilich nicht ganz unbestritten).[142] **41**

---

[131] Ulp. 40 ed. D. 37.7.1 pr.; Alex. C. 6.12.1 (a.223); dazu *Lenel*, EP 344 f.; *Kaser*, RP I 707 f.

[132] Dies ergibt sich *e contrario* aus der sogleich zu besprechenden Ausnahme hinsichtlich des *fundus italicus* und daraus, dass der Frau diese Befugnis nicht zukommt; Diocl./Max. C. 5.12.23 (a.294). Im Ergebnis ebenso *Söllner*, Actio rei uxoriae (1969) 36.

[133] Haftung für *dolus* und *culpa*, s. dort.

[134] Ulp. 5 adult. D. 23.5.13.4.

[135] Paul. 2 man. D. 41.1.62.

[136] Dieser Ausdruck findet sich nur einmal in den Quellen, nämlich in Paul. 36 ed. D. 23.5.1 pr.; Justinian spricht von ihr als *lex Iulia fundi dotalis*; Iust. C. 5.13.1.15 (a.530). Bei dieser *lex* dürfte es sich um ein Kapitel der *lex Iulia de adulteriis* gehandelt haben; ausführlich *Wacke*, Scr. Zabłocka 1070–1072.

[137] So Paul. sent. 2.21b.2. Dazu *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 157 Fn. 20; *Kaser*, RP I 334. *Bachofen*, Ausgewählte Lehren (1848) 89 bietet eine sehr plausible Erklärung für die Anknüpfung des Veräußerungsverbotes an diese *lex*: Es sollte sichergestellt werden, dass die infolge des Ehebruchs konfiszierte Mitgift intakt blieb, um das fiskalische Interesse an einer möglichst großen Strafsumme zu gewährleisten.

[138] Bezüglich der Provinzialgrundstücke ist die Rechtslage während der klassischen Zeit unklar: Schol. Sinait. 8 f.; Gai. 2.63; ausführlich *Wacke*, Scr. Zabłocka 1116–1122.

[139] Gai. 2.63; Paul. sent. 2.21b.2; der Titel D. 23.5 *De fundo dotali*; Paul. 43 ed. D. 29.1.16; Sev./Ant. C. 5.23.1 (a.213); sowie Inst. 2.8 pr.

[140] Oder sein Rechtsnachfolger; siehe Paul. 36 ed. D. 23.5.1.1.

[141] Die Einwilligung des Vaters der Frau ist unerheblich; Pap. 1 adult. D. 23.5.12.1.

[142] Dies ergibt sich aus Inst. 2.8 pr. und Iust. C. 5.13.1.15 (a.530); skeptisch *Kaser*, RP II 188.

42 Technisch wurde dies vermutlich dadurch erreicht, dass eine solche Verfügung der Frau gegenüber – relativ – unwirksam war.[143] Ist dem Mann vor der Ehe ein *fundus* übertragen worden, so schlägt das für den *fundus* bestehende Verbot der Übertragung und Belastung schon auf den Zustand vor der Ehe durch.[144] Der Mann kann den Dotalsklaven auch gegen den Willen der Frau freilassen, schuldet ihr diesfalls aber das, was er aus der Freilassung erhalten hat.[145]

43 Wird dem Mann der mittels *datio* übertragene Dotalgegenstand evinziert, ist danach zu unterscheiden, ob es sich dabei um eine *dos aestimata* handelt oder nicht (→ § 89 Rn. 114–118). Im Fall der Aestimation der *dos* hat der Mann die Position eines Käufers und hat daher gegen den Besteller des evinzierten Dotalgegenstandes die *actio empti* bzw. die *actio ex stipulatu* (wegen der allfälligen *stipulatio duplae*).[146]

44 Ist der Dotalgegenstand dagegen nicht geschätzt worden, so hat der Mann grundsätzlich keine Klage gegen den Besteller, sondern vielmehr die Frau;[147] anderes gilt für den Fall, dass eine besondere Vereinbarung zwischen den Eheleuten für den Eviktionsfall abgeschlossen worden ist.[148] Ist die Sache versprochen worden (*dotis promissio* oder *dotis dictio*) und wird sie dann evinziert, so hat der Mann eine Klage aus der – nicht erfüllten – Stipulation.[149] Erlangt der Besteller einen Eviktionsanspruch, so wird derselbe bzw. das aus ihm Erlangte in der Regel dotal; das *duplum* tritt also als Surrogat an die Stelle der Mitgift.[150]

2. Verbot, die Mitgift in aufrechter Ehe zu restituieren

45 Die Frau kann die Mitgift während aufrechter Ehe nicht zurückfordern, der Mann sie nicht restituieren.[151] Dieses Verbot wird in den Quellen – wohl seiner Selbstverständlichkeit wegen – nirgends ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber *e contrario* aus den Ausnahmen.[152] Statuiert wird dieses Verbot, so können wir trotz fehlender expliziter Quellenbelege schließen, in der *lex Iulia et Papia*.[153] Wenn der Mann der Frau die

[143] Pap. 3 quaest. D. 41.3.42 (wenn man sich hier noch die *mancipatio* hinzudenkt); *Kaser*, RP I 334; *Söllner*, Actio rei uxoriae (1969) 43 f. Dies wie *Noailles*, Ann. Grenoble 31 (1919) 169 f. und *Pringsheim*, SZ 44 (1924) 554 als relative Unwirksamkeit zu deuten, ist wohl nicht angängig, wie jetzt *Wacke*, Scr. Zabłocka 1135 herausgearbeitet hat.

[144] Gai. 11 ed prov. D. 23.5.4; Leo/Anthem. C. 6.61.5.1 (a.473).

[145] Pap. 11 quaest. D. 24.3.61; Ulp. 33 ed. D. 24.3.62; Paul. 2 l. Iul. Pap. D. 24.3.63; Pap. 13 resp. D. 40.1.21; Paul. 22 quaest. D. 48.10.14.2; Alex. C. 5.12.3 (a.222).

[146] Sev./Ant. C. 5.12.1.1 (a.201); Paul. Frg. Vat. 105; Ulp. 34 Sab. D. 23.3.16; Marcian. 3 reg. D. 23.3.52.

[147] Tryph. 6 disp. D. 23.3.75; Pomp. 1 Plaut. D. 21.2.22.1; Afr. 6 quaest. D. 21.2.24; Paul. 16 quaest. D. 21.2.71; ausführlich *Stagl*, Favor dotis (2009) 267–281.

[148] Sev./Ant. C. 5.12.1.2 (a.201); Tryph. 6 disp. D. 23.3.75; Marcian. 3 reg. D. 23.3.52.

[149] Sev./Ant. C. 5.12.1 pr. (a.201); Ulp. 29 Sab. D. 21.2.23; Paul. 15 quaest. D. 46.3.98 pr.

[150] Tryph. 6 disp. D. 23.3.75; Paul. 16 quaest. D. 21.2.71. Dazu *Stagl*, Favor dotis (2009) 267–278.

[151] So die allgemeine Meinung: *Bonfante*, Corso I 456; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 489.

[152] Paul. 2 sent. D. 23.3.73.1; Paul. 7 Sab. D. 24.3.20.

[153] *Argumentum ex* Honor./Theodos. C. 5.19.1 (a.422): *quod legibus stare non potest*; *Stagl*, Favor dotis (200) 295–297 mwN.

Mitgift unerlaubterweise restituiert, bleibt er ihr in der Haftung,[154] kann aber wohl das Geleistete von der Frau zurückverlangen.[155]

In folgenden Fällen ist die Restitution ausnahmsweise zulässig: zur Zahlung von Schulden der Ehefrau, zur Leistung von Unterhalt an die Familie, Verwandte oder Sklaven, um damit eine günstige Investition zur Vergrößerung der Mitgift zu tätigen. **46**

3. Stillschweigende Wiederbestellung der Mitgift (*dos tacite redintegrata*)

Vor einer Umgehung des eben vorgestellten Verbotes schützt die stillschweigende Erneuerung der Mitgift (*dos tacite redintegrata*):[156] Wird die Ehe geschieden und heiraten die Eheleute darauf erneut, ohne die Mitgift restituiert oder über sie verfügt zu haben,[157] so wird die ursprünglich bestellte Mitgift als solche wieder konstituiert. **47**

Mit der Scheidung hören die als Mitgift geleisteten Gegenstände auf, dotal zu sein (*neque enim dos sine matrimonio esse potest*[158]), und der Mann schuldet Rückgewähr. Damit die seinerzeit dotalen Sachen wieder zur Mitgift werden können, müssen sie aufs Neue als Mitgift bestellt, wenn auch nicht geleistet werden (*non aliter converti in posterius matrimonium … quam cum hoc agitur*).[159] Dass die Mitgift nach dem Willen der Parteien erneut bestellt sein soll, wird freilich vermutet[160] (*dum hoc agi semper interpretemur, nisi probetur aliud convenisse*). Die Mitgift wird also technisch gesehen neu bestellt, und der hierauf gerichtete Wille der Parteien vermutet.[161] **48**

Stammt die Mitgift von der Frau und ist die Restitution an einen Dritten für den Fall der Auflösung der Ehe bedungen, so kann der Dritte die Mitgift nicht fordern, wenn die Ehe erneuert wird.[162] **49**

---

[154] So die Meinung von *Francke*, AcP 17 (1834) 12 und ihm folgend *Pellat*, Dot (1853) 364.

[155] Honor./Theodos. C. 5.19.1 (a.422).

[156] Ulp. 34 ed. D. 24.2.5; Ulp. 34 ed. D. 23.3.40, wo Ulpian ein Reskript des Septimius Severus referiert, nach welchem die Mitgift bei Wiederheirat selbstverständlich erneuert wird, da, so die Begründung, es im Willen der Frau liege, nicht undotiert in die neue Ehe zu gehen. Richtig, wenn auch nicht deutlich genug: *Wolff*, SZ 66 (1948) 41 f.

[157] Iav. 4 Cass. D. 23.3.64.

[158] Ulp. 63 ed. D. 23.3.3. Dies ergibt sich eindeutig auch aus der Fragestellung von Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.5.

[159] Paul. 7 ad Sab. D. 23.3.30.

[160] Ebenso *Donatuti*, St. I 509; *Kaser*, SZ 71 (1954) 233, die den Text insoweit freilich für interpoliert halten. Gegen den Interpolationsverdacht *Babusiaux*, Quod actum (2006) 244–250.

[161] Paul. 7 Sab. D. 23.3.30; Ulp. 34 ed. D. 23.3.40; Iav. 4 Cass. D. 23.3.64; Pap. 4 resp. D. 23.3.69.2; Mod. diff. dot. sing. D. 23.3.13: Die prozessualen Konsequenzen für die *actio rei uxoriae* im Falle der Wiederheirat zeigt Ulp. 36 Sab. D. 24.3.19. Einen besonderen Fall behandelt Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.5; ebenso *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 453 f.; *Glück*, Pand. XXV 232 f.; *Wacke*, SZ 91 (1974) 253. Abzulehnen ist die von *Bonfante*, Corso I 420 begründete und von *Kaser*, SZ 71 (1954) 234 und *Wolff*, SZ 66 (1948) 43 übernommene Ansicht, der letzte Halbsatz beziehe sich auf einen Dritten, der sich die Rückgabe hat stipulationsweise versprechen lassen – hiervon ist im Text nicht die Rede.

[162] Mod. heur. sing. D. 23.3.63.

50 Ist die Restitutionsverpflichtung stipuliert worden, so kann der Mann dem Stipulationskläger grundsätzlich die *exceptio doli* entgegenhalten, wenn die Mitgift stillschweigend wiederbestellt (*redintegratio*) worden war.[163]

51 Es gilt hier allerdings, zwei Fallgruppen unterschiedlicher Kläger zu unterscheiden. Zum einen die Frau selbst, der ein Rückforderungsrecht *ex lege* oder *ex stipulatu* zusteht: Scheidet sie sich von ihrem Mann und lässt sie die Mitgift ganz oder teilweise bei ihm stehen, so werden diese Vermögensgegenstände nach den Regeln der *dos tacite redintegrata* wiederum zur Mitgift,[164] wenn die Frau ihren ehemaligen Mann erneut heiraten sollte.[165] Hier steht dem Mann die *exceptio doli* gegen die Frau zu, sollte diese die ehemaligen Dotalgegenstände herausfordern. Wenn dem nicht so wäre, könnte die Frau das dotale Vermögen gewissermaßen in *parapherna* bzw. in ein *peculium* umwidmen.[166]

52 Als zweite Fallgestaltung ist die Situation zu nennen, in welcher der Vater der Frau oder ein Dritter die Mitgift bestellt hat:Wird die Ehe geschieden, so verfällt die Stipulation, so dass der Vater bzw. der Dritte die Mitgift fordern kann, auch wenn die Frau mit ihrem Mann die Ehe erneuert;[167] letzteres gilt aber nicht, wenn der Vater bzw. der Dritte mit der Wiederheirat einverstanden ist.[168] Die Einrede der Arglist steht dem Mann nur in letzterer Konstellation zur Verfügung.

53 Ein besonderes Problem entsteht, wenn es nach einer Schein-Scheidung mit stillschweigender Wiederbestellung der Mitgift zu einer tatsächlichen Scheidung kommt: Die bei der ersten – scheinbaren – Scheidung begründeten Retentionsrechte sind *tel quel* als fortbestehend anzusehen.[169]

4. Rückforderung der Mitgift wegen Insolvenz des Mannes

54 Ohne besonderes Hilfsmittel wäre die Frau im Falle der Insolvenz des Mannes in einer äußerst misslichen Lage: Zwar kann sie sich scheiden, doch trägt sie dann die Nachteile einer schuldhaften Scheidung und der damit verbundenen Abzugsrechte des Mannes gegenüber der *dos*. Davon abgesehen ist es unzumutbar und steht im Widerspruch zum Grundgedanken der augusteischen Ehegesetzgebung, dass die Frau sich von ihrem

---

[163] Mod. diff. dot. sing. D. 23.3.13.

[164] Es geht also um die bestellte und geleistete Mitgift und nicht um die nur versprochene. So zutreffend *Wacke*, SZ 91 (1974) 251 Fn. 193 unter Bezug auf Pap. 10 quaest. D. 23.3.68; wohl auch Pomp. 6 Sab. D. 50.16.89.1; siehe auch *Hasse*, Güterrecht (1824) 464; unklar *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 452 Fn. 1.

[165] Ulp. 34 ed. D. 23.3.40; Iav. 4 Cass. D. 23.3.64; Pap. 4 resp. D. 23.3.69.2; Mod. diff. dot. sing. D. 23.3.13; Ulp. 36 Sab. D. 24.3.19.

[166] Ein Beleg hierfür findet sich bei Ulp. 34 ed. D. 24.2.5; in Pomp. 15 Sab. D. 23.3.24 bestellt die Frau die Mitgift aus ihrem *peculium*; ausführlich, vgl. *Stagl*, Favor dotis (2009) 21, 69 mit Fn. 40.

[167] Pap. 4 resp. D. 24.3.42.3.

[168] Scaev. 2 resp. D. 23.4.29.1.

[169] Afr. 8 quaest. D. 25.2.23; dazu *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 7 f.

Mann trennen muss, um „ihre“ Mitgift zu erhalten. Um diesem Dilemma abzuhelfen und der Frau den Zugriff auf die Mitgift ausnahmsweise auch bei Fortbestand der Ehe zu erlauben, schuf der Prätor eine *actio rei uxoriae* (→ § 89) bei aufrechter Ehe, für welche die Scheidung fingiert wird (*ficto divortio*).[170]

55 Voraussetzung der Klage, welche inhaltlich wohl der Dotalklage entspricht, ist die Insolvenz des Mannes. Es muss offensichtlich sein, dass er die Dotalforderung nicht befriedigen können wird, was z. B. der Fall ist, wenn er von seinem Vater enterbt worden ist.[171] Auch gegen den insolventen Gewalthaber des Ehemannes kann die Klage erhoben werden.[172] Dass dies – in Ausnahmefällen – schon zu klassischer Zeit der Rechtslage entsprach, ist angesichts des *favor dotis* (→ Rn. 150–153) durchaus wahrscheinlich, lässt sich aber nicht mit letzter Gewissheit sagen, da Justinian im gleichen Sinne legiferierte,[173] so dass klassisches und justinianisches Recht in einer nicht mehr auflösbaren Gemengelage in den Quellen koexistieren.

5. Zwangsverwaltung der Mitgift zum Unterhalt der Frau

56 Wird die Frau geisteskrank, lässt sich der Mann aber nicht scheiden, damit er im Genuss der Mitgift verbleibt, so kann der zuständige Richter (*iudex competens*) auf Antrag des Kurators der Frau oder deren Verwandten den Mann dazu zwingen, die Mitgift für den Unterhalt der Frau zu verwenden.[174]

6. Ehebruch und andere Verbrechen

57 Wird die Frau wegen Ehebruchs verurteilt, so wird die Hälfte ihrer Mitgift und ein Drittel des übrigen Vermögens konfisziert.[175]

VI. Die Dotalobligation

1. Objekte der Dotalobligation

58 Grundregel der Herausgabepflicht ist, dass der Mann den konkreten Dotalgegenstand *tel quel* restituieren muss. Vertretbare Sachen sind in gleicher Menge und Güte zu restituieren, insoweit liegt die Gefahr für diese beim Mann.[176] Unvertretbare Sachen

[170] Iust. C. 5.12.30.2 (a.529).

[171] Ulp. 33 ed. D. 24.3.24. pr., 1; Novell. Iust. 97.6 pr.–2 (a.539). Die Klassizität dieser Regel ist stark umstritten, Nachweise bei *Goria*, Atti Provera 210–218.

[172] Ulp. 40 ed. D. 37.5.10.1.

[173] Iust. C. 5.12.29 pr., 1 (a.528); s. auch Novell. Iust. 97.6 pr.–2 (a.539); zur nachklassischen Rechtslage *Kaser*, RP II 191 f.

[174] Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.8.

[175] Paul. sent. 2.26.14; *Mommsen*, Strafrecht 699.

[176] Gai. 11 ed. prov. D. 23.3.42.

sind ohne die Früchte (→ § 38 Rn. 24), aber mit ihrem Zuwachs (*incrementa dotis*) in Natur zu restituieren.[177]

59 Folgender Zuwachs des Dotalgegenstandes verbleibt dem Mann: die *insula in flumine nata* (die in der Mitte eines Flusses durch Anschwemmung entstandene Insel);[178] das Kind der dotalen Sklavin, welches ja keine Frucht im Rechtssinne ist (→ § 38 Rn. 24);[179] der auf dem dotalen Grundstück gefundene Schatz;[180] unerlaubterweise geschlagene oder durch Sturm entwurzelte Bäume;[181] der Fruchtgenuss, welcher der ursprünglich nackt bestellten Mitgift anwächst;[182] schließlich der Erwerb des Dotalsklaven, sofern er nicht auf dessen Arbeitsleistung beruht (*ex operis servi*) oder durch Einsatz von Kapital des Mannes (*ex re mariti*) erfolgt, also: Erwerb von Todeswegen oder Schenkungen – diese aber nur dann, wenn der Erblasser oder Schenker nicht die Intention hatte, den Mann zu bereichern.[183]

60 Der Mann hat auf den Besteller zu übertragen, was er von ihm erhalten hat,[184] so auch den einfachen Besitz.[185] Ist er Usukapionsbesitzer, so hat er diese Position zu restituieren;[186] außerdem muss er zur Absicherung des Bestellers eine *cautio de dolo malo et culpa* leisten.[187] Ist er ohne sein Verschulden nicht in der Lage zu leisten, so muss er eine *cautio de restituendo* leisten, mit der er die Herausgabe bei Wiedererlangung der Herausgabefähigkeit verspricht.[188]

61 Im Falle einer *dos aestimata venditionis causa* muss der Mann die Schätzsumme restituieren. Da der Mann die Mitgift gewissermaßen gekauft hat (→ Rn. 114–117), muss er die *incrementa* des Dotalgegenstandes nicht restituieren.[189] Das vor der Ehe geschlossene Ästimationspaktum ist auf den Eheschluss hin bedingt,[190] daher gebührt ein vor Eheschluss angefallenes Kommodum der Frau und fällt demzufolge in die Schätzsumme.[191]

---

[177] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.1; Paul. 6 Sab. D. 23.3.4; Pomp. 16 Sab. D. 23.3.32 (Surrogat im Falle der Veräußerung mit Willen der Frau).

[178] Indirekt aus Ulp. 17 Sab. D. 7.1.9.4; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 230.

[179] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.2; Pap. 4 resp. D. 23.3.69.9.

[180] Ulp. 31 Sab. D. 24.3.7.12.

[181] Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 23.5.8; Ulp. 31 Sab. D. 24.3.7.12.

[182] Paul. 6 Sab. D. 23.3.4.

[183] Iul. 18 dig. D. 23.3.47; Pomp. 5 Q. Muc. D. 23.3.65; Iul. 18 dig. D. 24.3.31; Pomp. 20 epist. D. 24.3.67; Iul. 1 Urs. Fer. D. 29.2.45.1; Ulp. 29 ed. D. 15.1.19.1.

[184] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.1.

[185] Pomp. 16 Sab. D. 24.3.11.

[186] Ergibt sich indirekt aus Ulp. 72 ed. D. 41.2.13.6, wo die Anrechung der Ersitzungszeiten statuiert wird.

[187] Paul. 36 ed. D. 24.3.25.1.

[188] Paul. 36 ed. D. 24.3.25.3.

[189] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10 pr.; Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.3.

[190] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.4.; Paul. 7 Sab. D. 23.3.17.1.

[191] Iul. 16 dig. D. 23.3.47.

Bisweilen kann der Mann die Mitgift nicht restituieren, weil er die Rechtsmacht hierzu nicht hat, z. B. in dem Fall, dass er den Fruchtgenuss an einem der Frau nicht gehörigen Grundstück zur Mitgift bestellt bekommen hat; diesfalls ist mit Behelfskonstruktionen wie Miete oder symbolischem Kauf sicherzustellen, dass die Frau die Früche ziehen kann.[192] **62**

Die während der Ehe gezogenen Früchte des Dotalgegenstandes gebühren normalerweise dem Mann, werden also nicht dotal und sind infolgedessen auch nicht zu restituieren;[193] hierzu zu rechnen sind auch Tierjungen[194] und die Zivilfrüchte.[195] Sind nur die Früchte als Mitgift bestellt, bleiben sie erst recht beim Mann.[196] Das Fruchtziehungsrecht hat seinen Grund in der *aequitas*, trägt doch der Mann die Lasten der Ehe.[197] Konsequenz der Widmung der Früchte für die Ehe ist es auch, dass der Mann im Nachhinein den während der Ehe aus den Früchten bestrittenen Unterhalt der Frau nicht von dieser zurückverlangen kann.[198] Die vor der Ehe gezogenen Früchte[199] werden dotal, fallen also in die Dotalobligation,[200] sofern die Brautleute nicht etwas anderes paktiert haben.[201] Die nach der Ehe gezogenen Früchte werden gleichfalls dotal.[202] **63**

Besondere Schwierigkeiten bereiten solche Früchte, die nur einmal im Jahr gezogen werden, wie etwa bei der Weinlese. Den Juristen schien es offensichtlich zu ungenau, einfach danach zu unterscheiden, ob die Fruchtziehung vor oder nach dem Ende der Ehe erfolgt und sie je nachdem der Frau oder dem Manne zuzusprechen. Aus diesem Grund lösten sie die Fruchtverteilung von der Perzeption[203] und konstruierten ein ab dem Dotalwerden der Sache beginnendes Normaljahr, das zum Beispiel von Juli bis Juli reicht. Die Früchte des Jahres, in welches die Scheidung fällt, werden proportional zur Dauer der Ehe im letzten Dotaljahr geteilt. **64**

Wenn also die im Juli geschlossene Ehe im August aufgelöst wird, gebühren dem Mann ein Zwölftel der Früchte dieses Jahres und der Frau elf Zwölftel.[204] Problematisch ist, wie zu verfahren ist, wenn innerhalb des solchermaßen konstruierten Normaljahres **65**

---

[192] Etwa Pomp. 8 Q. Muc. D. 23.3.66; weitere Komplikationen in Marcell. 7 dig. D. 24.3.57; dazu *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 170–177.

[193] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.7 pr.; Ulp. 31 Sab. D. 23.3.10.3; Diocl./Max. C. 5.12.20 (a.294).

[194] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.3.

[195] Ulp. 31 Sab. D. 24.3.7.10, 11.

[196] Ulp. 31 Sab. D. 23.4.4.

[197] *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 236 f.; hierzu ausführlich *Stagl*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 675–713.

[198] Ant. C. 5.14.2 (a.213).

[199] Das Eigentum ist nicht entscheidend: Ulp. 31 Sab. D. 23.3.7.3.

[200] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.7.1; Iul. 8 dig. D. 23.3.47; Paul. 7 Sab. D. 24.3.6 i. f.

[201] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.7.1.

[202] Das ergibt sich indirekt aus den folgenden Ausführungen zur Verteilung der Früchte im Scheidungsjahr sowie aus Iul. 8 dig. D. 24.3.31.4.

[203] Ulp. 31 Sab. D. 24.3.7.9.

[204] Ulp. 31 Sab. D. 24.3.5; Paul. 7 Sab. D. 24.3.6; Ulp. 31 Sab. D. 24.3.7 pr.–16.

zweimal geerntet werden kann; die Einzelheiten der Behandlung dieser Frage harren noch einer eingehenderen Untersuchung.[205] Erzeugnisse eines Dotalgegenstandes, die keine Früchte sind, wie etwa Steine eines Steinbruchs, werden, wenn sie mit Einwilligung der Frau gewonnen wurden, dotal.[206]

2. Verschlechterung oder Untergang des Dotalobjekts

66 Die Verschlechterung oder der Untergang des Dotalobjekts beeinflusst bei fungiblen Sachen die Obligation des Mannes zur Restitution nicht;[207] dasselbe gilt für ästimierte Sachen – hier ist ja die Schätzsumme an die Stelle des Dotalgegenstandes getreten.[208] Bei Speziessachen ist danach zu unterscheiden, ob sie mit oder ohne Verschulden des Mannes schlechter geworden oder untergegangen sind. Der Mann haftet für *dolus* und *culpa*,[209] beschränkt auf die *diligentia quam in suis;*[210] dies gilt auch für *culpa in faciendo.*[211]

67 Besondere Grundsätze gelten für die Freilassung des Dotalsklaven hinsichtlich der Patronatsrechte des Freilassers (→ § 37).[212]

68 Erwirbt der Mann anstelle des untergegangenen Dotalgegenstandes einen Ersatz, so wird letzterer automatisch dotal (Surrogation).[213]

69 Der Mann haftet ebenfalls dafür, dass er es schuldhaft unterlassen hat, eine als Mitgift bestellte Forderung einzutreiben;[214] zusätzlich kann er die Gefahr – und damit eine verschuldensunabhängige Haftung – durch *pactum* übernehmen.[215] Der Mann übernimmt die Gefahr gleichfalls im Falle der *acceptilatio*,[216] welche ohne Willen der Frau vorgenommen wird,[217] sowie im Falle einer indirekten Anerkennung der Forderung als Bestandteil der Mitgift (*nomen debitoris sequitur*), was einerseits bei der *novatio* (*voluntaria*),[218] andererseits bei der Vereinbarung über Zinsen mit dem Schuldner zum Tragen kommt.[219]

---

[205] Besondere Schwierigkeiten bereitet Papinian bei Ulp. 31 Sab. D. 24.3.7.1. Dazu ausführlich *Windscheid/Kipp* III § 501 Fn. 8.

[206] Pomp. 16 Sab. D. 23.3.32.

[207] Gai. 11 ed. prov. D. 23.3.42.

[208] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.10 pr.

[209] Paul. 7 Sab. D. 23.3.17 pr.; Pomp. 16 Sab. D. 24.3.18.1; Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66 pr.

[210] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.10 pr.; Paul. 7 Sab. D. 23.3.17 pr.; Ulp. 33 ed. D. 24.3.24.5; Paul. Frg. Vat. 101.

[211] *Argumentum ex* Ulp. 33 ed. D. 24.3.24.5; dazu *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 257 f.

[212] Ulp. 7 l. Iul. Pap. D. 24.3.64 pr.–9; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 261–263.

[213] Tryph. 11 disp. D. 23.3.78.4.

[214] Ulp. 6 (vielleicht: 36) ad Sab. D. 23.3.33; Paul. 7 resp. D. 24.3.49 pr.

[215] Ulp. 4 ed. D. 23.4.6.

[216] Iul. 16 dig. D. 23.3.49; Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.6.

[217] Ulp. 48 Sab. D. 23.3.36.

[218] Ulp. 47 Sab. D. 23.3.35.

[219] Paul. 13 quaest. D. 23.3.71.

Vergleichbares gilt wohl auch, wenn der Mann akzeptiert, dass die Frau ihm ihren Schuldner delegiert.[220] Hat der Mann durch Nichtgebrauch ein dotales Nießbrauchsrecht verloren und ist die Frau nicht mehr Eigentümerin der Muttersache, so bleibt er dennoch in der Haftung.[221] 70

Ist der Schuldner nicht ein Dritter, sondern die Frau selbst oder ihr Vater, und ist die Forderung uneinbringlich, so kann die Frau lediglich die Befreiung verlangen, nicht aber den Betrag, den sie schuldet, da sie sich diesfalls auf Kosten des Mannes bereichern würde.[222] 71

3. Minderung der Dotalforderung wegen notwendiger Aufwendungen von Seiten des Mannes

Es sind drei Kategorien von Aufwendungen (*impensae*) zu unterscheiden: Die bloß verschönernden (*impensae voluptuosae*), die nützlichen (*impensae utiles*) und die notwendigen (*impensae necessariae*). Die *impensae necessariae* mindern *ipso iure* die Mitgift,[223] die nützlichen sind in der Regel nicht abzugsfähig,[224] ausnahmsweise aber dann, wenn sie mit Einwilligung der Frau erfolgt sind.[225] Die verschönernden Aufwendungen sind nicht abzugsfähig, der Mann kann sie aber dennoch – wiederum wenn sie mit Einwilligung der Frau erfolgt sind – in Abzug bringen.[226] Diese Regel erklärt sich daraus, dass Schenkungen unter Ehegatten verboten sind.[227] 72

Ein eigenes Klagerecht begründen die *impensae* nicht; sie sind lediglich ein Abzugsposten im Rahmen der *actio rei uxoriae* (→ § 89); dies führt freilich zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten, wenn etwa ein *fundus* herauszugeben ist.[228] In diesen Fällen kann der Mann die Dotalgegenstände im Sinne eines einheitlichen Vermögens (*universitas*[229]) solange zurückbehalten, bis ihm die Frau die *impensae* kompensiert hat. 73

Diese ebengenannte Regel ist mit den anderen Regeln hinsichtlich Abzügen von der Mitgift zu koordinieren: Im Falle einer *retentio propter liberos* oder *mores* oder eines Abzuges der *quintae* (→ Rn. 86–96) bildet offenbar die um die Aufwendungen gemin- 74

---

[220] *Argumentum ex* Ulp. 4 ed. D. 23.4.6 i. f. und Paul. 35 ed. D. 23.3.41.3. Aber bezüglich einer Speziesschuld Paul. 6 Plaut. D. 23.3.56 pr. Zu dieser Frage, vgl. *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 269–275. Das Ganze bedürfte der Aufarbeitung.

[221] Tryph. 11 disp. D. 23.3.78.2.

[222] Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.7; Labeo, Julianus bei Paul. 35 ed. D. 23.3.41.4; Sev./Ant. C. 5.15.1 (a.204); das gilt auch für den Erben: Iul. 18 dig. D. 24.3.30.1.

[223] Ner. 2 membr. D. 25.1.15; Pap. 32 quaest. D. 23.2.61; Paul. 7 Sab. D. 23.4.5.2 u. ä.

[224] Ner. 2 membr. D. 25.1.15.

[225] Paul. 7 Sab. D. 25.1.8.

[226] Ulp. 36 Sab. D. 25.1.9.

[227] Sabinus bei Ulp. 36 Sab. D. 25.1.11.1.

[228] Paul. 6 Plaut. D. 23.3.56.3; Ulp. 36 Sab. D. 25.1.5. Die Einzelheiten sind sehr umstritten: *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 277–288 mwN.

[229] Als solche bezeichnet Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.4 ausdrücklich die Mitgift in diesem Zusammenhang. Zum Begriff: *Kaser*, RP I 673.

derte Mitgift die Berechnungsgrundlage;[230] auch die *collatio dotis* findet nach Abzug der *impensae* statt.[231]

75 Weitere Konsequenzen dieser Regel sind: Die *impensae* sind vom *relegatum dotis* abzuziehen;[232] der Fiskus kann die Mitgift im Falle der Kaduzität nur unter Abzug der *impensae* verlangen;[233] im Falle einer Restitution der Mitgift ohne Abzug der *impensae* kann der Mann (nach nicht unumstrittener Meinung) den Überschuss kondizieren.[234]

4. Umgestaltungen der Dotalobligation

76 Die Parteien des Dotalverhältnisses haben es in der Hand, das Objekt der Dotalobligation auszutauschen (*permutatio dotis*), wobei einem allgemeinen Grundsatz zufolge sich die Situation der Frau nicht verschlechtern darf.[235] Beispiele: Geht der Dotalgegenstand unter, so tritt der Geldwert an die Stelle der Sache;[236] der im Teilungsverfahren zugesprochene Gegenstand tritt an die Stelle des Miteigentumsanteils;[237] im Fall einer Evikton tritt an die Stelle des dotalen Grundstücks der Ersatzanspruch des Mannes.[238]

77 Schafft der Mann mit dotalen Mitteln Gegenstände an, so werden diese als dotal angesehen (*dotales esse videntur*),[239] und zwar nicht in dem Sinne, dass sie in die Dotalobligation fielen, vielmehr stehen sie der Frau fortan als gesetzliches Pfand für das *privilegium exigendi* (→ § 89 Rn. 34–36) zur Verfügung.[240]

5. Restitutionstermine

78 Die Restitution der Mitgift erfolgt bei nicht vertretbaren Sachen sofort, bei vertretbaren, wie vor allem bei Geld, in drei Jahresraten (*annua bima trima*).[241] Diese Regel ist wohl der Kapitalarmut[242] und den relativ hohen Zinssätzen (im Durchschnitt wohl zwölf Prozent *per annum*)[243] geschuldet.

---

[230] Ulp. reg. 6.10; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 288.
[231] Ulp. 34 ed. D. 37.7.1.5.
[232] Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.4.
[233] Pap. 32 quaest. D. 23.2.61.
[234] Ulp. 36 Sab. D. 25.1.5.2.
[235] Iul. 17 dig. D. 23.4.21; Paul. 7 Sab. D. 23.3.25; Mod. 1 reg. D. 23.3.26. Weiterer Fall: Iav. 6 post. Lab. D. 23.4.32 pr.
[236] Pomp. 16 Sab. D. 24.3.18.1.
[237] Tryph. 11 disp. D. 23.3.78.4.
[238] Pap. 4 resp. D. 23.3.69.7.
[239] Gai. ad edictum praetoris titulo de praediatoribus D. 23.3.54; s. auch Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.13 i. f.; im Widerspruch dazu steht Diocl./Max. C. 5.12.12 (a.293); *Glück*, Pand. VIII 170 f.
[240] Richtig *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 294.
[241] Ulp. reg. 6.8; indirekt Iust. C. 5.13.1.7a (a.530).
[242] *Finley*, Economy (1975) 53, 196–200; *De Martino*, Storia economica I (1979) 145–147.
[243] *Billeter*, Zinsfuß (1898) 229; bestätigt von *Andreau*, Banking (1999) 90 f.

Hat der Mann sich sittliche Verfehlungen gegenüber der Frau (*mores*) zu Schulden kommen lassen, so muss er freilich sofort restituieren.[244] Die Einhaltung der Termine wird durch Strafstipulationen gesichert;[245] Zinsen sind ab *mora* des Mannes zu zahlen.[246] Sofern dies zum Vorteil der Frau gereicht, können die Termine durch *pactum* verkürzt oder ausgeschlossen werden.[247] Eine Verlängerung ist dementsprechend ausgeschlossen, unabhängig davon, wer die Mitgift bestellt hat.[248] **79**

Die gestaffelte Fälligkeit führt nicht dazu, dass die Frau die Mitgift dreimal einklagen muss, vielmehr kann sie sofort auf den gesamten Betrag klagen und die Leistung des Mannes wird durch entsprechende Kautionen gesichert.[249] **80**

Justinian schaffte die Restitutionstermine ab.[250] **81**

6. Die Restitution modifizierende *pacta*

Im Gegensatz zu der allgemeinen Regel, dass man sich zugunsten eines Dritten kein Stipulationsversprechen erteilen lassen kann,[251] ist ein solches Versprechen bei der Restitution der Mitgift erlaubt.[252] **82**

7. Einreden des Mannes

Dem Mann steht gegen die Dotalforderung die Einrede der Kompensation zu;[253] ebenso steht ihm die *exceptio doli* zu, z. B. wenn er die Mitgift dafür verwendet hat, Lösegeld für Verwandte der Frau zu zahlen (zur Frage der Inhärenz der *exceptio doli* in der *actio rei uxoriae*, → § 89 Rn. 3)[254] oder wenn der Vater die Mitgift bereits ohne Mitwirkung der Tochter[255] bzw. die Tochter ohne Willen des Vaters zurückerhalten hat.[256] Ähnliches gilt, wenn der Mann aufgrund eines Paktums die Mitgift einem Dritten überwiesen hat.[257] Wird der vom Vater ästimierte und bestellte Dotalgegenstand dem Manne evin- **83**

---

[244] Ulp. reg. 6.13. Was genau unter den *mores* zu verstehen ist, bleibt unklar; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 360 Fn. 1.

[245] Ulp. 33 ed. D. 24.3.24.2; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 359.

[246] *Argumentum ex* Ulp. 33 ed. D. 24.3.24.2.

[247] Paul. 35 ed. D. 23.4.14 mit Gai. 11 ed. prov. D. 23.4.15.

[248] Paul. 35 ed. D. 23.4.16. Ein entsprechendes *pactum* wird aber wirksam, wenn die Tochter den Vater beerbt; Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 23.4.19.

[249] Das ergibt sich aus Ulp. 33 ed. D. 24.3.24.2; wie hier *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 358–60.

[250] Iust. C. 5.13.1.7, 7a (a.530).

[251] Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.17.

[252] Paul 6 quaest. D. 24.3.45; *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 152 f.; *Lauria*, Matrimonio (1952) 163; ausführlich *Stagl*, Favor dotis (2009) 140–157.

[253] Ulp. 48 Sab. D. 23.3.38.

[254] Ulp. 3 disp. D. 24.3.21.

[255] Pomp. 15 Sab. D. 24.3.4; Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.3.

[256] Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.1.

[257] Proc. 5 epist. D. 46.3.82.

ziert, kann er sich gegen die Forderung der Frau auf die Schätzsumme mit der *exceptio doli* verteidigen.[258]

84 Zusätzlich hat der Mann dilatorische Einreden:[259] So muss die Frau den Mann wegen Pachtverträgen schadlos halten, welche er im Hinblick auf den Dotalgegenstand eingegangen ist;[260] auch für eine von ihm geleistete *cautio damni infecti* muss die Frau Schadloshaltung versprechen;[261] dasselbe gilt, wenn die Früchte des Scheidungsjahres, von denen ein Teil dem Mann gebührt, noch nicht gezogen sind.[262]

8. Sicherung der Dotalforderung

85 Es war offenbar durchaus üblich, die Dotalforderung durch Stellung eines Bürgen oder anderer Sicherheiten von Seiten des Mannes abzusichern; Justinian verbietet diese Praxis als sittenwidrige Übersicherung.[263]

VII. Zurückbehaltungsrechte des Mannes (Retentionen)

86 Der Dotalobligation kann der Mann eigene Rechte entgegenhalten:[264] Die *retentiones propter liberos* (wegen gemeinsamer Kinder), *propter mores* (wegen unsittlichen Verhaltens der Ehefrau), *propter impensas* (wegen Aufwendungen für Dotalsachen), *propter res donatas* (wegen Geschenken an die Ehefrau) und *propter res amotas* (wegen von der Frau unbefugt entwendeter Dotalsachen).[265] Bereits die klassischen Juristen unterschieden die wichtigeren beiden sittlichen Retentionen von den pekuniären.[266]

87 Die sittlichen Retentionen dienen dazu, die Ehe zu stabilisieren und für Wohlverhalten der Ehegatten zu sorgen.[267] Kann die Frau den Mann mit der Scheidung und der daraus resultierenden Restitutionspflicht „erpressen“,[268] hat der Mann in den Retentionen ein Verteidigungsmittel. Er pflegt, sich Investitionen in die Mitgift durch eine Rückgabestipulation absichern zu lassen.[269]

---

[258] Paul. 7 resp. D. 24.3.49.1.
[259] Zum Fall eines im Miteigentum stehenden Grundstückes: Tryph. 11 disp. D. 23.3.78.4.
[260] Paul. 36 ed. D. 24.3.25.4.
[261] Paul. 5 Plaut. D. 24.3.55.
[262] Ulp. 31 Sab. D. 24.3.7.15.
[263] Grat./Valentin./Theodos. C. 5.20.1 (a.381) u. Iust. C. 5.20.2 (a.530).
[264] Zur Transmission im Erbwege (nur die pekuniären Retentionen), vgl. Paul. 7 Sab. D. 24.3.15.1; dazu *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 9 f.
[265] S. die Aufzählung bei Ulp. reg. 6.9.
[266] Paul. 7 Sab. D. 24.3.15.1.
[267] Klar ausgesprochen in Paul. 7 Sab. D. 23.4.5 pr.; dazu *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 87.
[268] Diesen starken Ausdruck verwendet in diesem Zusammenhang *Karlowa*, RRG II 226.
[269] Ulp. reg. 7.3 (*praetoria* statt *tribunicia*?).

In Übertreibung der aktionenrechtlichen Sichtweise herrschte in der Forschung lange die Ansicht vor, die *retentiones* seien mit einer *exceptio doli* geltend zu machen;[270] richtig dürfte die einfachere, pragmatische Auffassung insbesondere Kasers, aber auch schon Czyhlarz' sein, dass die Retentionen in die nach dem Grundsatz des *aequius melius* durchzuführenden Schlussabrechnung einzustellen waren, der Mann die *exceptio doli* also nicht bemühen musste.[271] **88**

Hierbei vermitteln die Retentionen *propter liberos*, *propter mores* und wegen der *impensae necessariae* ein echtes Deduktionsrecht, die übrigen aber ein Zurückbehaltungsrecht.[272] Letzteres relativiert sich aber im Prozess, wo es, wie bei anderen *bonae fidei iudicia* auch,[273] zu einer Verurteilung auf den durch die Retentionsrechte geminderten Betrag der Mitgift kommt.[274] **89**

Die Retentionsrechte stammen noch aus der Republik[275] und sind nach einer plausiblen, aber quellenmäßig nicht gut abgesicherten Ansicht[276] von Augustus fixiert worden.[277] **90**

1. Abzugsrecht wegen sittlicher Verfehlung (*retentio propter mores*)

Die *retentio propter mores* dürfte daher stammen, dass die Frau ursprünglich im Falle der Scheidung, die ja nur wegen schwerer sittlicher Verfehlungen möglich war, ihrer Mitgift vollständig verlustig ging (*dote multare* oder *spoliare*), was dann später zu einem Retentionsrecht zugunsten des Mannes abgemildert wurde.[278] **91**

Die Frau kann sich gegen die Geltendmachung der *mores* seitens des Mannes mit dem *tu quoque*-Einwand verteidigen; dies führt gegebenenfalls zu einer vorzeitigen Fälligkeit seiner Rückgabeverpflichtung,[279] oder aber auch dazu, dass sich der Mann nicht auf die Retention berufen kann.[280] Die Retention steht dem Mann und seinem **92**

---

[270] So etwa *Berger*, s. v. retentiones dotales, EDRL 683; *Kaser*, RP I 522; weitere Angaben bei *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 15 Fn. 5.

[271] *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 354 f.; *Kaser*, RP I 338 (unter Bezug auf Boeth. in top. Cic. 17,65); *Kaser*, RP I 319 Fn. 52; *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 15–18; s. auch *Söllner*, Actio rei uxoriae (1969) 90 f. Diese Auffassung kann sich auf Paul. 21 ed. D. 6.1.27.5 beziehen: *quod et in area uxori donata per iudicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt.* Weitere Nachweise, auch zur Gegenauffassung, bei *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 31 f. mit Fn. 51 u. 52, der selbst, 201–203, der hier vertretenen Auffassung anhängt.

[272] So überzeugend *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 18–21.

[273] Gai. 4.61 (sofern die Ergänzung aus Gai. 4.63 zutreffend ist, wie etwa in der Edition von *David ad hunc locum*).

[274] *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 21 f.

[275] S. Cic. top. 4,19–20.

[276] Hierzu *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 160.

[277] *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 95, 102; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 407.

[278] Val. Max. 8,2,3; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 334 f.

[279] Ulp. reg. 6.13.

[280] Pap. 11 quaest. D. 24.3.39; Scaev. 19 quaest. D. 24.3.47.

Gewalthaber zu,[281] aber nicht seinen Erben;[282] ob sie auch gegen die Erben der Frau geltend gemacht werden kann, geht aus den Quellen nicht hervor.

93 Für die klassische Zeit gibt es feste Abzugsquoten: *Mores graviores*, d. h. Ehebruch, führten zu einem Abzug von einem Sechstel; *leviores*, das sind alle übrigen Verfehlungen wie etwa Trunkenheit,[283] zu einem Abzug von einem Achtel.[284] Rechtsgrundlage hierfür ist ein uns nicht näher bekanntes Gesetz,[285] vermutlich die *lex Iulia et Papia* oder die *lex Iulia de adulteriis*.[286]

94 Über das Vorliegen der Voraussetzungen dieses Abzugsrechts entscheidet der *arbiter*.[287] Ob das *iudicium de moribus* im Rahmen des *consilium domesticum* [288] hiermit in Zusammenhang steht, ist aufgrund der Quellenlage nicht geklärt.[289]

2. Abzugsrecht wegen gemeinsamer Kinder (*retentio propter liberos*)

95 Die *retentio propter liberos* ist statthaft, wenn die Ehe wegen Verschuldens der Frau oder ihres Gewalthabers geschieden wird,[290] wobei es nicht darauf ankommt, wer den Scheidebrief schickt, sondern wer den Grund zur Scheidung geliefert hat.[291] Der Mann kann diesfalls für jedes lebende[292] Kind ein Sechstel, jedoch insgesamt nicht mehr als drei Sechstel, also die Hälfte, zurückbehalten.[293] Diese *retentio* ist wohl republikanischen Ursprungs,[294] ihre Ratio liegt darin, den Mann dafür zu kompensieren, dass die Kinder im Fall der Scheidung kraft der *patria potestas* beim Vater verbleiben, woraus für ihn eine Unterhaltspflicht erwächst.[295]

96 Dementsprechend kann die *retentio propter liberos* dem Mann auch für die Scheidung *bona gratia* zuerkannt werden.[296] Über das Verhältnis dieser *retentio* zu jener

---

[281] Pap. adult. sing. D. 48.5.12.3.
[282] Paul. 7 Sab. 24.3.15.1.
[283] Plin. nat. 14,13,90; Cato bei Gell. 10,23,3–5. Dazu *Kaser*, RP I 338 Fn. 16.
[284] Ulp. reg. 6.12.
[285] Erwähnt in: Pap. 11 quaest. D. 24.3.39; Scaev. 19 quaest. D. 24.3.47; Pomp. 15 Sab. D. 45.1.19; Iust. C. 5.17.11.2b (a.533).
[286] Nachweise bei *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 335.
[287] *Argumentum e* Pap. adult. sing. D. 48.5.12.3.
[288] Gai. 4.102; dazu *Kaser*, RP I 323; *Kunkel*, SZ 83 (1966) 234–236; *Volterra*, s. v. iudicium de moribus, NNDI IX 344; neuere Literatur bei *Fayer*, Familia III (2005) 82–84.
[289] *Kaser*, RP I 323.
[290] Paul. Frg. Vat. 107; Ulp. 33 ed. Frg. Vat. 120.
[291] Pap. 4 resp. Frg. Vat. 121; Cic. top. 19.
[292] Gord. C. 5.14.3 (a.239).
[293] Ulp. reg. 6.10.
[294] Cic. top. 19.
[295] Das war jedenfalls Justinians Interpretation: Iust. C. 5.13.1.5c (a.530). Gleichfalls im Umkehrschluß aus Cic. top. 20. Derselben Meinung *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 340 f.
[296] Ulp. 19 Sab. D. 23.4.2; Flor. 3 inst. D. 23.4.24; Paul. Frg. Vat. 106.

de moribus gibt es keine Quellenaussagen; am wahrscheinlichsten dürfte eine Kumulation der Retentionsquoten sein.[297]

3. Abzugsrecht wegen Aufwendungen für den Dotalgegenstand (*retentio propter impensas*)

Retentio propter impensas: Es gibt, wie gesehen (→ Rn. 72), nützliche (*utiles*), lediglich verschönernde (*voluptuari/aevoluptuosae*) und notwendige (*necessariae*) Aufwendungen. Die Vornahme der nicht notwendigen Aufwendungen kann der Mann unterlassen, ohne der Frau verantwortlich zu werden; die letzteren muss er vornehmen, da er sonst für die Verschlechterung der Dotalsache haftet.[298] **97**

Im Einzelnen: Die nützlichen Aufwendungen sind diejenigen, welche unternommen werden, um die Ertragsfähigkeit der Sache zu steigern,[299] hierzu ist etwa das Düngen zu zählen,[300] ebenso die gewöhnlichen, regelmäßigen Investitionen in die Erneuerung der Weinstöcke, die Instandhaltung von Gebäuden, das Wohlergehen von Sklaven und Vieh,[301] sowie die Entrichtung von Grundsteuern.[302] **98**

Keine nützlichen Aufwendungen, sondern *onera fructuum*, sind diejenigen Aufwendungen, die der Mann tätigt, um die Früchte ziehen zu können, und die ihm mit seinem Fruchtziehungsrecht selbst zuzurechnen sind.[303] Als *voluptuariae* werden Aufwendungen bezeichnet, die nicht nützlich sind,[304] also z. B. nur der Bequemlichkeit und Schönheit dienen, wie Dekorierungen aller Art.[305] **99**

Die nützlichen Aufwendungen können nur dann von der Mitgift abgezogen werden, wenn sie mit Einwilligung der Frau erfolgten,[306] gegebenenfalls kann der Mann sie auch mit der Geschäftsführerklage geltend machen.[307] Bezüglich der *voluptuosae* besteht ein *ius tollendi* des Mannes, welches ihm die Frau freilich ablösen kann.[308] **100**

Generell abzugsfähig sind hingegen die notwendigen Aufwendungen (*impensae necessariae*). Diese umfassen zum Beispiel die Errichtung eines Dammes, die Rekultivierung eines Weinberges, Arztkosten eines Sklaven etc.[309] Der Richter hatte hier offenbar einen so weiten Beurteilungsspielraum, dass die Juristen es vermieden, sich genauer festzulegen.[310] **101**

---

[297] In diese Richtung auch *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 343 f., dort auch weitere Nachweise.
[298] Paul. 6 Plaut. D. 50.16.79 pr.
[299] Ulp. reg. 6.16; Paul. 6 Plaut. D. 50.16.79.1.
[300] Ulp. 5 reg. D. 25.1.14.1.
[301] Paul. 7 Sab. D. 25.1.12.
[302] Paul. 7 brev. D. 25.1.13.
[303] Ulp. 36 Sab. D. 25.1.3.1.
[304] Ulp. reg. 6.17.
[305] Paul. 6 Plaut. D. 50.16.79.2.
[306] Paul. 7 Sab. D. 25.1.8.
[307] Paul. 7 Sab. D. 25.1.12 i. f.; a. A. *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 346 f.
[308] Ulp. 36 Sab. D. 25.1.9.
[309] Labeo bei Ulp. 36 Sab. D. 25.1.1.3.

4. Abzugsrecht wegen entwendeter Dotalgegenstände (*retentio propter res amotas*) und die Klage zur Wiedererlangung derselben (*actio rerum amotarum*)

102 Hat die Frau während der Ehe dotale Sachen entwendet, um – im Hinblick auf die Scheidung (*divortii causa*)[311] – einen *fait accompli* zu schaffen, so steht dem Mann, dem hierdurch das materielle Substrat seiner Gegenrechte entzogen wird, die *retentio propter res amotas* zu[312] bzw. im Falle, dass er die Sachen selbst zurückhaben möchte, die *actio rerum amotarum.*[313]

103 Der Grund, aus dem diese spezielle Klage eingeführt wurde, ist, wie Paulus sagt,[314] die vertrackte Frage, ob der Mann oder die Frau Eigentümer der Dotalsachen ist:[315] Da nämlich der Diebstahlstatbestand voraussetzt, dass der Dieb *lucri faciendi gratia*[316] vorgeht, und die Erfüllung dieser Voraussetzung äußerst zweifelhaft ist, wenn die Frau Sachen aus ‚ihrer' Mitgift mitnimmt, schien es opportun, eine eigene Klage für diesen Tatbestand einzuführen, da eben die Mitgift genauso der Frau gehört wie dem Mann.[317] Ein weiterer Grund für die Schaffung des genannten Spezialtatbestandes liegt darin, dass die *actio furti* und die damit einhergehende Infamie mit der Würde (*honor*) der Ehe unvereinbar wäre.[318] Aus dieser Zwecksetzung ergibt sich außerdem, dass diese Klagen auch der Frau gegen den Mann zustehen, was aber ein eher seltener Fall gewesen sein dürfte.[319]

104 Im Einzelnen sind die Voraussetzungen von *retentio* und *actio* die folgenden: Ein Ehegatte muss dem anderen, oder dessen Gewalthaber,[320] während aufrechter Ehe[321] im Hinblick auf die bevorstehende Scheidung etwas entwendet haben.[322] Im Weiteren muss es tatsächlich zur Scheidung gekommen sein;[323] kommt es nicht zur Scheidung, ist die *condictio* statthaft.[324]

105 Die *condictio* als vom parallelen Retentionsrecht unabhängige[325] Klage (→ § 72) richtet sich gegen den anderen Ehegatten, auch wenn er die Sache nicht mehr hat.[326] Die

---

[310] *(…) non tam facile in universum definiri, quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt*; Ner. 2 membr. D. 25.1.15 i. f.

[311] Etwa Ulp. 33 ed. D. 25.2.11.1.

[312] *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 7–14.

[313] Paul. 7 Sab. D. 25.2.1; Diocl./Max. C. 5.21.2 (a.290/293).

[314] Paul. 7 Sab. D. 25.2.1.

[315] Anders *Guarino*, Pagine VII 121; *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 86–91.

[316] Paul. 39 ed. D. 47.2.1.3; *Mommsen*, Strafrecht 740.

[317] *Stagl*, Favor dotis (2009) 235 f., 290–294.

[318] Gai. ad edictum praetoris titulo de re iudicata D. 25.2.2; Diocl./Max. C. 5.21.2 i. f. (a.290/293).

[319] Paul. 7 Sab. D. 25.2.6.1.

[320] Ulp. 34 ed. D. 25.2.15.1; Paul. 7 Sab. D. 25.2.6.2.

[321] Paul. 7 Sab. D. 25.2.3.2; Ulp. 30 (vielleicht: 34) ed. D. 25.2.17.1.

[322] Ulp. 33 ed. D. 25.2.11.1; Marcell. 7 dig. D. 25.2.20; Marcian. 3 reg. D. 25.2.25.

[323] Marcellus bei Ulp. 33 ed. D. 25.2.11 pr.; Marcian. 3 reg. D. 25.2.25.

[324] Ulp. 5 reg. D. 25.2.24; Diocl./Max. C. 5.21.2 (a.290/293).

[325] Paul. 37 ed. D. 25.2.21.2 u. Pomp. 16 Sab. D. 25.2.8 pr.; dazu *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 28–30.

[326] Julianus bei Ulp. 30 (vielleicht: 34) ed. D. 25.2.17.2; Labeo bei Ulp. 34 ed. D. 25.2.19.

Klage ist auf den Ersatz des Schadens gerichtet, d. h. verlangt wird zunächst einmal die Restitution der Sache.[327] Der Beklagte hat unter Umständen auch das *commodum* zu leisten.[328] Insgesamt haftet sie oder er bis zum Betrag der vorhandenen Bereicherung.[329] Wenn die Ehegatten sich gegenseitig bestehlen, wird verrechnet.[330] Die Klage erlischt bei Wiederheirat und lebt bei erneuter Scheidung wieder auf.[331]

Die *actio rerum amotarum* des Mannes berechtigt zum Abzug (*compensatio*) von der Klage auf Herausgabe der Mitgift seitens der Frau.[332] **106**

5. *Retentio propter res donatas*

Die *retentio propter res donatas* ist eine Form der Umsetzung des Schenkungsverbotes unter Ehegatten. Der Mann, der die unwirksame Schenkung von der Frau herausverlangen kann, ist im Fall der Auflösung der Ehe berechtigt, seine Ansprüche stattdessen mittels des Retentionsrechts zu erzwingen bzw. zu befriedigen.[333] **107**

6. Sicherung der Dotalforderung

Im klassischen Recht war es rechtlich möglich und sozial üblich, den Anspruch der Frau auf Restitution der Mitgift durch Pfand[334] oder Bürgschaft zu sichern.[335] Justinian, der dieses Rechtsgebiet einer grundlegenden Neuordnung unterzog, hat diese Sicherheitsleistung und einen auf sie lautenden Anspruch, untersagt.[336] **108**

VIII. Schätzung der Mitgift (*aestimatio dotis*) und *pacta dotalia*

Die Brautleute und deren Familien haben es in der Hand, ohne irgendeine Vereinbarung zu heiraten und einfach eine Mitgift zu bestellen; diesfalls unterliegen sie dem gesetzlichen Dotalregime. Sie können aber auch das gesetzliche Dotalregime teilweise **109**

[327] Paul. 7 ed. D. 25.2.21.3.
[328] Paul. 7 ed. D. 25.2.21.4.
[329] Diocl./Max. C. 5.21.3 (a.290/293).
[330] Ulp. 36 Sab. D. 25.2.7.
[331] Pap. 11 quaest. D. 25.2.30.
[332] Alex. C. 5.21.1 (a.229).
[333] Diese *retentio* tritt hervor in Iav. 13 epist. D. 24.1.50 pr.; Scaev. 9 dig. 24.1.66.1; Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.1.
[334] *Argumentum e* Iust. C. 5.20.1 (a.530).
[335] Ulp. 31 Sab. D. 24.1.7.6; Ulp. 1 resp. D. 46.3.45; *argumentum e* Grat./Theodos. C. 5.20.1 (a.381) u. Iust. C. 5.20.2 (a.530).
[336] Iust. C. 5.20.2 (a.530).

abbedingen,[337] was vermittelst *pactum dotale* zu geschehen pflegt;[338] sie unterliegen dann ihrer eigenen Regelung[339] und dem gesetzlichen Dotalregime, soweit sie dieses nicht abbedungen haben.[340]

110 Derartige *pacta* können vor oder nach dem Eheschluss abgeschlossen werden; nach Eheschluss freilich nur insoweit, als sie die Situation der Frau nicht verschlechtern.[341] Dasselbe gilt auch für den Fall, dass ein Dritter die Mitgift bestellt.[342]

1. Schätzung der Mitgift (*aestimatio dotis*)

111 Geht der Dotalgegenstand unter oder wird er beschädigt, stellt sich das Problem, seinen Wert zu ermitteln. Dieses Problem lösen die Kautelarjuristen mit einer bei Bestellung der Mitgift zwischen dem Mann und der Frau[343] vereinbarten Schätzung (*aestimatio*).

112 Die *aestimatio* kann auf zwei Arten konstruiert werden: Erfolgt sie ausschließlich der Schätzung halber (*taxationis causa*), so tritt die Schätzsumme nur insoweit an die Stelle des Dotalgegenstandes, als dieser nicht mehr vorhanden ist.[344] Diesfalls ist der geschätzte Gegenstand,[345] wohl zumeist Sklaven, herauszugeben, sofern er noch vorhanden ist.[346] Da die Obligation sich primär auf den Dotalgegenstand bezieht, kann der Mann in dieser Konstellation nicht über das dotale Grundstück verfügen.[347]

113 Die zweite Möglichkeit besteht darin, die Schätzsumme[348] an die Stelle des Dotalgegenstandes zu setzen.[349] In diesem Falle ist der Schätzwert und nicht die Sache selbst als Mitgift anzusehen;[350] im Dotalfall steht der Frau daher die *actio rei uxoriae* auf die Schätzsumme zu.[351] In der Konsequenz liegt die Gefahr für den Untergang oder die Verschlechterung der Dotalsache beim Ehemann,[352] Akzessionen werden nicht dotal,

[337] Zur komplizierten Frage, wie sich die väterliche Gewalt auf das *pactum* der Frau und ihres Vaters auswirkt: Pomp. 15 Sab. D. 23.4.7.

[338] Iav. 4 Cass. D. 23.4.1.1. In diesen *pacta* werden auch nicht eigentlich dotalrechtliche Inhalte geregelt, Beispiele bei *Czyhlarz*, Dotalrecht 429 f.

[339] Paul. 3 Sab. D. 23.4.3; Ulp. 33 ed. 24.3.22 pr.

[340] Nachweise zum zwingenden Recht in der folgenden Fn.

[341] Paul. 7 Sab. D. 23.3.28 (möglicherweise auf die Zeit nach Auflösung der Ehe bezogen); Iav. 4 Cass. D. 23.4.1 pr.; Gord. C. 5.12.7 (a.238).

[342] Paul. 35 ed. D. 23.4.20.1.

[343] Bzw. dem sonst Rückforderungsberechtigten; *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 218.

[344] Pap. 4 resp. D. 23.3.69.7; Diocl./Max. C. 5.12.21 (a.294); *Bechmann*, Dotalrecht II (1867) 225 f.; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 260 f.

[345] Und auch der *partus ancillae*: Sev./Ant. C. 5.18.1 (a.197).

[346] Diocl./Max. C. 5.12.21 (a.294).

[347] *Argumentum ex* Ulp. 2 omn. trib. D. 23.5.3.1; Afr. 8 quaest. D. 23.5.11; Sev./Ant. C. 5.23.1 (a.213).

[348] Diese kann auch aus einem Verkauf resultieren: Paul. 35 ed. D. 23.4.12.3, 4.

[349] Alex. C. 5.12.5 (a.226): Der Mann wird *summae vel pretii debitor*.

[350] So *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 151.

[351] Ulp. 34 ed. D. 23.3.16.

[352] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10 pr.; Her. 2 iur. epit. D. 24.3.51; Diocl./Max. C. 5.12.10 (a.286); freilich nicht, wenn die Frau in Verzug ist: Ulp. 34 ed. D. 23.3.14.

gehören also dem Mann[353] und der Mann kann über das dotale Grundstück verfügen.[354] Im Zweifel ist von dieser Art der Schätzung auszugehen.[355]

Die Klassiker selbst bezeichnen die *dos aestimata*[356] der äußeren Ähnlichkeit wegen – **114**
Hingabe einer Sache gegen Rückgewähr von Geld – gerne als Kauf (*aestimatio venditionis causa*): Der Dotalgegenstand ist sozusagen die Kaufsache, die vom Mann bei Auflösung der Ehe zu zahlende Summe ist der Kaufpreis. Letzterer ist also bis zum Entstehen der Restitutionsverpflichtung gestundet.[357]

Zweck dieser Konstruktion ist es vor allem, die Regeln des Kaufrechts auf dieses **115**
Geschäft anwendbar zu machen, so dass der Mann im Falle der Eviktion mit der *actio empti* das *duplum* fordern kann.[358] Die technische Grundlage dieses kaufähnlichen, aber in der Substanz eher dotalen[359] Geschäftes ist ein *pactum adiectum*[360] zur Mitgiftbestellung[361] durch Stipulation oder *dotis dictio*.[362]

Dank der Parallelisierung mit dem Kauf steht dem Mann, dem eine *dos aestimata* **116**
bestellt wurde, gegen den Besteller die *actio empti* zur Verfügung;[363] die Regeln über die Gefahrtragung beim Kauf finden Anwendung;[364] eine dem Besteller nicht gehörende Sache kann der Mann ersitzen.[365] Findet die Schätzung des Dotalgegenstandes vor der Ehe statt, so wird auf die Rechtslage, die für einen durch den Eheschluss bedingten Kauf gilt, abgestellt.[366]

Im Gegensatz zu einem normalen Kaufvertrag kann die *aestimatio venditionis causa* **117**
aber nur zu einem gerechten Preis (*pretium iustum*) erfolgen,[367] auch kann sich der

---

[353] *Argumentum ex* Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.1. Für Tierjunge: Pomp. 14 Sab. D. 23.3.18. Für das Kind der Sklavin: Labeo bei Pomp. 14 Sab. D. 23.3.18 u. Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.3.

[354] *Argumentum ex* Ulp. 2 omn. trib. D. 23.5.3.1; Afr. 8 quaest. D. 23.5.11; Sev./Ant. C. 5.23.1 (a.213).

[355] Diocl./Max. C. 5.12.10 (a.286) u. Diocl./Max. C. 5.12.21 (a.294).

[356] Begriff in Diocl./Max. C. 5.12.10 (a.286).

[357] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.4, 5, 16; Pap. 4 resp. D. 23.3.69.7.

[358] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.16; Marcian. 3 reg. D. 23.3.52; Sev./Ant. C. 5.12.1.1. (a.201); Paul. Frg. Vat. 105. Im Scheidungsfall muss der Mann das *duplum* restituieren: Ulp. 34 Sab. D. 23.3.16; anders *Lauria*, Matrimonio (1952) 143.

[359] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.16: *dotis causa*.

[360] Zu dieser Kategorie insbesondere bei den *bonae fidei iudicia*: *Kaser*, RP I 487.

[361] Das hat zur Konsequenz, dass die Schätzung durch den Eheschluss bedingt ist: Paul. 7 Sab. D. 23.3.17.1.

[362] Alex. C. 2.3.11 (a.229); ergibt sich auch aus Diocl./Max. C. 5.12.10 (a.286) u. Ulp. 34 Sab. D. 23.3.12 pr.; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 153 f.

[363] Diocl./Max. C. 5.12.10 (a.286); Scaev. 7 dig. D. 19.1.52.1; Alex. C. 2.3.11 (a.229).

[364] Ulp. 34 ed. D. 23.3.14; Pomp. 14 Sab. D. 23.3.15.

[365] Paul. 54 ed. D. 41.9.2; Paul. Frg. Vat. 111.

[366] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.4. Die Rechtslage ist weiter ausgebreitet bei *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 156 f.

[367] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.12.1; allerdings nur solange die streitigen Gegenstände noch vorhanden sind, sonst wird auf den nominellen Schätzwert rekurriert; Diocl./Max. C. 5.18.6.3 (a.290/293).

Mann gegen eine Übervorteilung wehren.[368] Diese Regel ist wohl Ausfluss des Gedankens, dass das Dotalgeschäft nicht dem Zwecke der Bereicherung diene.[369]

118 Die Juristen haben diese Gestaltungsformen weiter dadurch bereichert, dass sowohl dem Mann als auch der Frau ein Wahlrecht eingeräumt wird, ob sie die Schätzsumme oder den Gegenstand haben wollen.[370] Wenn die Frau das Wahlrecht hat, so kann der Mann nicht über das Dotalgrundstück verfügen.[371]

119 Im Zusammenhang mit der Ästimation ist die Austauschmöglichkeit des Dotalgegenstandes (*permutatio dotis*) zu sehen (→ Rn. 76): Ist der Dotalgegenstand vor der Ehe ohne weiteres austauschbar,[372] kann ein entsprechender Austausch nach der Ehe nur noch zum Vorteil der Frau stattfinden.[373] Zu dieser Fallgruppe rechnen auch die Fälle, in denen der Mann mit Zustimmung der Frau den Dotalgegenstand verkauft und dafür einen anderen kauft: Es findet eine Surrogation statt.[374]

2. Vereinbarung über die Restitution der Mitgift (*pacta dotalia de reddenda dote*)

120 Eine weitere große Gruppe von *pacta dotalia* modifiziert sodann die gesetzliche Regelung über die Rückgewähr der Mitgift (*pacta dotalia de reddenda dote*). So kann der Vater, der die Mitgift in fünf Jahresraten bestellt hat, ihre Restitution seitens des Mannes ebenfalls auf fünf, statt der gesetzlichen drei Raten erstrecken, unter der zusätzlichen Voraussetzung freilich, dass die als Erbin eingesetzte Tochter dem zugestimmt hat.[375]

121 Der Vater kann für den Fall des Versterbens der Tochter auf die Restitution der Mitgift verzichten, auch wenn Kinder vorhanden sind;[376] die Frau kann hingegen nicht auf die Mitgift für den Fall verzichten, dass der Mann verstirbt.[377] Die Frau kann aber im Interesse ihrer Kinder, welche bei Auflösung der Ehe beim Mann verbleiben, auf die Rückzahlung der Mitgift im Vorhinein verzichten.[378]

122 Besonders bemerkenswert ist es, dass die Regeln über Rechtsgeschäfte zugunsten Dritter[379] bei Rückgabestipulationen zugunsten der Frau im Sinne des *favor dotis* aufgehoben sind.[380] Insbesondere in diesem Bereich stoßen die Parteien des *pactum* frei-

---

[368] Diocl./Max. C. 5.18.6.2 (a.290/293).
[369] Pomp. 14 Sab. D. 23.3.6.2.
[370] Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.6; Paul. 8 resp. Frg. Vat. 114; Sev./Ant. C. 5.23.1 (a.213); Scaev. 2 resp. D. 24.3.50.
[371] Afr. 8 quaest. D. 23.5.11; Sev./Ant. C. 5.23.1 (a.213).
[372] Paul. 7 Sab. D. 23.3.25.
[373] Mod. 1 reg. D. 23.3.26; Iul. 17 dig. D. 23.4.21.
[374] Pomp. 16 Sab. D. 23.3.32; Iav. 6 post. Lab. D. 23.4.32 pr.
[375] Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 23.4.19.
[376] Paul. 35 ed. D. 23.4.12; Pap. 4 resp. D. 23.4.26 pr.; Diocl./Max. C. 5.14.6 (a.293).
[377] Papinian bei Ulp. 19 Sab. D. 23.4.2.
[378] Ulp. 19 Sab. D. 23.4.2; Flor. 3 inst. D. 23.4.24; Ulp. 33 ed. Frg. Vat. 120; Paul. Frg. Vat. 106: *sexta*.
[379] Ulp. 39 Sab. D. 45.1.38.17.
[380] Paul. 5 quaest. D. 24.3.45; *Lauria*, Matrimonio (1952) 162 f.; *Stagl*, Favor dotis (2009) 146–157.

lich an vielen Stellen auf unabdingbares, d. h. öffentliches Recht (*ius publicum*),[381] was Paulus dahingehend kommentiert, dass bei den *pacta dotalia* der Wille der Parteien nicht immer erfüllt werde.[382]

123 Zwingendes Recht zugunsten des Mannes: Das Regime der *retentiones* ist weitestgehend unabdingbar. So kann die *retentio propter mores* nicht ausgeschlossen werden,[383] diejenige *propter liberos* wohl auch nicht.[384] Unwirksam ist ein *pactum*, in welchem der Mann auf Ersatz der *impensae necessariae* verzichtet.[385] Ein *pactum* zum Ausschluss der *retentio propter res donatas* würde gegen das Schenkungsverbot verstoßen, welches Ausfluss der *lex Iulia et Papia* ist, und wäre aus diesem Grund unwirksam.[386]

124 Auch die *retentio propter res amotas* kann nicht ausgeschlossen werden, da andernfalls, so die Begründung, die Frau zum Stehlen angeregt würde.[387] Dem Mann ist es nicht möglich, auf die während der Ehe gewonnenen Früchte zu verzichten (sofern er nicht anderweitig kompensiert wird),[388] auf die Früchte des Scheidungsjahres hingegen schon.[389]

125 Eine Vereinbarung, nach welcher die Früchte einer Sache auch zu einem Teil der Mitgift werden, ist hingegen möglich. Dies hat zur Folge, dass sie dotal werden und nach beendeter Ehe herauszugeben sind;[390] der Mann kann auf die Geltendmachung der Mitgift verzichten, wenn sich der Schwiegervater verpflichtet hat, dem Mann deren Zinsen für den Unterhalt der Tochter zu überweisen.[391]

126 Umstritten war, ob die Mitgift mit der an die Frau adressierten Klausel *cum morieris dotis nomine tot dari?* bestellt, ob also das Entstehen der Forderung auf Rückzahlung der Mitgift auf den Tod der Frau terminiert werden kann.[392] Zulässig war jedenfalls die Klausel *ne a viva exhibeatur*, gemäß welcher die Forderung mit Eheschluss entsteht, aber bis zum Tod gestundet ist.[393]

127 Zwingendes Recht zugunsten der Frau: Zugunsten der Frau ist als zwingender allgemeiner Grundsatz anerkannt, dass ein *pactum* nicht dazu dienen darf, die Frau nach

---

[381] Pap. 2 quaest. D. 2.14.38; Ulp. 50 ed. D. 50.17.45.1; *Brinz*, Pand. I § 24 i. f. und IV § 487 mit Fn. 2.

[382] Paul. 35 ed. D. 23.4.12.1 i. f.; Paul. 1 sent. Consul. 4.3; dazu jetzt ausführlich *Knütel*, Hom. Guzmán Brito III 49–52.

[383] Paul. 7 Sab. D. 23.4.5 pr.; Afr. 7 quaest. D. 23.4.23; Flor. 3 inst. D. 23.4.24.

[384] *Argumentum ex* Afr. 7 quaest. D. 23.4.23 u. Flor. 3 inst. D. 23.4.24.

[385] Paul. 7 Sab. D. 23.4.5.2.

[386] Paul. 7 Sab. D. 23.4.5.1; Schol. Sinait. 21.

[387] Paul. 7 Sab. D. 23.4.5.1; Schol. Sinait. 21; *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 23 f.

[388] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.4; Pap. 4 resp. D. 23.3.69.9.

[389] Scaev. 3 quaest. D. 23.4.31.

[390] Ulp. 31 Sab. D. 23.4.4.; Paul. 5 quaest. D. 23.4.28; Ant. C. 5.14.2 (a.213).

[391] Scaev. 1 resp. D. 17.1.60.3.

[392] Julian dafür, Paulus dagegen; Paul. 7 Sab. D. 23.3.20. S. auch Gai. 3.100.

[393] Paul. 7 Sab. D. 23.3.20.

Eheschluss in eine schwächere Position zu versetzen, als ihr vom Gesetz[394] zugestanden wird.[395] Eine Hinauszögerung der Restitutionstermine ist unwirksam,[396] erst recht ein *pactum*, nach welchem die Mitgift niemals zurückgegeben werden soll.[397] Ein Anwendungsfall von Letzterem ist das *pactum de lucranda dote*, durch welches das Rückforderungsrecht der Frau für einen bestimmten Fall (namentlich den Tod des Mannes) ausgeschlossen werden soll.[398]

128 Die Frau kann dem Mann nur unter zwei Bedingungen das *lucrum dotis* versprechen: dass Kinder vorhanden sind und dass die Ehe aus Verschulden der Frau geschieden wird.[399] Eine Gegenausnahme stellt der Fall dar, in welchem die Scheidung aus Verschulden des Mannes erfolgt ist.[400] Für den Fall des Versterbens ist es ohne weiteres möglich, dass die Mitgift dem Mann verbleibt.[401] Nicht zulässig ist hingegen eine Vereinbarung, dass den Erben des Mannes ein Teil der Mitgift verbleibt, auch wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind.[402] Es ist nicht möglich, die Haftung des Mannes für den Dotalgegenstand auf *dolus* zu beschränken.[403]

129 Bestellen Dritte die Mitgift, gelten ähnliche Grundsätze:[404] Stammt die Mitgift von einem Dritten, einem väterlichen Agnaten oder *extraneus*, so kann dieser – durch *pactum* oder *stipulatio* – die Rückgewähr an sich vereinbaren;[405] die Restitution an einen anderen als den Besteller ist freilich nicht möglich.[406] Wird solchermaßen vor der Ehe ein *pactum* geschlossen, ist nicht erforderlich, dass die Frau zustimmt; die Abrede gilt als eine *lex suae rei dicta*. Nach Eheschluss ist in jedem Fall die Zustimmung der Frau erforderlich.[407]

---

[394] Nicht die durch *pactum* erworbene Position, auf diese kann verzichtet werden: Scaevola bei Paul. 3 ed. D. 2.14.27.2.

[395] Paul. 35 ed. D. 23.4.14; Proc. 11 epist. D. 23.4.17; Scaev. 2 resp. D. 23.4.29 pr.; Paul. 1 sent. D. 4.4.48.2.; Ulp. 33 ed. Frg. Vat. 120; zuletzt *Knütel*, Fundamina 20 (2014) 470 f.

[396] Paul. 35 ed. D. 23.4.14, 16; Gai. 11 ed. prov. D. 23.4.15.

[397] Paul. 35 ed. D. 23.4.12.1 i. f.; Pap. 1 def. D. 23.4.27.

[398] Ulp. 19 Sab. D. 23.4.2; Gord. C. 5.14.3 (a.239).

[399] Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1 pr., 1 (zu diesem fälschlich vielfach für interpoliert gehaltenen Text *Knütel*, Hom. Guzmán Brito III 54 f.); Paul. 35 ed. D. 23.4.12 pr.; Pap. 4 resp. D. 23.4.26.4; Flor. 3 inst. D. 23.4.24; Paul. Frg. Vat. 106, Ulp. 33 ed. Frg. Vat. 120; *Knütel*, Fundamina 20 (2014) 471–477; *Knütel*, Hom. Guzmán Brito III 47–78.

[400] Ulp. 33 ed. Frg. Vat. 120; Paul. 8 resp. Frg. Vat. 106, 107; s. auch Cic. top. 4,19; *Knütel*, Fundamina 20 (2014) 474.

[401] Diocl./Max. C. 5.14.6 (a.293).

[402] Gord. C. 5.14.3 (a.239).

[403] Pomponius bei Ulp. 4 ed. D. 23.4.6.

[404] *Argumentum e* Gord. C. 5.14.3 (a.239); dazu *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 440.

[405] Pomp. 15 Sab. D. 23.4.7; Paul. 35 ed. D. 23.4.20.1; Alex. C. 5.12.6 (a.236).

[406] Diocl./Max. C. 5.12.19.1 (a.294); Diocl./Max. C. 5.12.26 (a.294).

[407] Paul. 35 ed. D. 23.4.20.1.; Ulp. 3 disp. D. 24.3.29; zu dem Verhältnis zu Pap. 28 quaest. D. 24.3.40, vgl. überzeugend *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 443–445.

Besondere Regeln gelten, wenn sich der väterliche Agnat für den Fall der Restitution beim Tod der Frau Abweichendes vorbehält: Da die Rechte der Frau nicht berührt sind, braucht er ihre Zustimmung nicht und genießt inhaltlich weitgehende Freiheit.[408] 130

3. *Pacta de non petendo*

Die Kautelarpraxis bemüht sich, durch *pacta de non petendo* die Fälligkeit der Mitgift soweit wie möglich nach hinten zu schieben; so gilt die Klausel, dass die Mitgift nicht zu Lebzeiten des sie versprechenden Vaters verlangt werden kann, als wirksam, wenn sichergestellt ist, dass sie während der Ehe verlangt werden kann, da es andernfalls zu einer Trennung von Mitgift und den Lasten der Ehe käme.[409] 131

IX. Außerprozessuale Befriedigung der Dotalobligation

1. Novation und Delegation

Für die Befriedigung der Dotalforderung gelten die allgemeinen Grundsätze.[410] Wird die Obligation des Mannes durch Novation aufgehoben und *dotem reddere* stipulationsmäßig vereinbart, so ist diese neue Verbindlichkeit bloß auf das gerichtet, *quod maritus facere potest*; der Mann verliert also das *beneficium competentiae* nicht.[411] 132

Bei der Delegation gilt die Besonderheit, dass nicht die Frau das Bonitätsrisiko trägt: Kann der ihr neu zugewiesene Schuldner nicht zahlen, bleibt der Mann in der Haftung.[412] 133

2. Das Vorausvermächtnis der Mitgift (*praelegatum dotis*)

Es war durchaus üblich, dass der Mann seiner Frau die Mitgift vorausvermachte,[413] was man als *praelegatum dotis* bezeichnet.[414] In diesem Fall kann die Frau mit der Legats- 134

---

[408] Diocl./Max. C. 5.14.6 (a.293) mit Pomp. 15 Sab. D. 23.4.7.1; Termine: Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 23.4.19; *pactum de lucranda dote*: Afr. 7 quaest. D. 23.4.23.

[409] Ulp. 34 ed. D. 23.4.11; weitere Kasuistik: Paul. 35 ed. D. 23.4.20.2 u. Paul. 1 imp. sent. cogn. prol. D. 50.16.240; *Lauria*, Matrimonio (1952) 145–147.

[410] Das lässt sich aus der Abwesenheit besonderer Quellen zu diesem Thema schließen.

[411] Iul. 2 Urs. Fer. D. 24.3.32.

[412] Hierzu jetzt *Wacke*, ZP 15 (2015) 79–86.

[413] Paulus bei Lab. 1 pith. a Paul. epit. D. 33.4.13: *ut solet.*

[414] In den Quellen finden sich *praelegare* und *relegare*. Nach einer Meinung ist *praelegare* die irrige Auflösung einer Abkürzung, so *Röhle*, SZ 94 (1977) 306–318; diese Theorie wurde mit großer Autorität von *Mommsen* (Note 1 zum Titel D. 33.4 in *Mommsen*, EM und Note 11 zum Titel D. 33.4 in *Mommsen*, ES) vertreten. Zu dieser sehr umstrittenen Frage, siehe auch: *Astolfi*, Legati I (1964) 127–131; *Kaser*, SZ 87 (1970) 539 f.; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 465–469; *Palazzolo*, Dos praelegata (1968) 7–10, 155–166, 219–148 hat sich in jüngerer Zeit am ausführlichsten mit dieser Frage be-

klage (*actio ex testamento* oder *rei vindicatio*) – und nicht mit der *actio rei uxoriae* – die Mitgift herausverlangen.[415] Hiervon streng zu unterscheiden ist mit den klassischen Juristen[416] das *legatum pro dote*, also einzelne Gegenstände, welche die Mitgift ausmachen (→ Rn. 139–142).

135 Beim *praelegatum dotis* vermacht der Mann der Frau die Mitgift im Sinn einer *universitas;*[417] in der Konsequenz ist dasjenige vermacht, was die Mitgift ausmacht.[418] Ist keine Mitgift vorhanden, ist das Legat mithin ungültig.[419] Nach demselben Prinzip verändert sich das Legat auch in seinem Umfang kongruent zur Mitgift.[420] Vermacht der Ehemann z. B. ein Grundstück, das er irrtümlich für dotal hält, „als Mitgift", so ist das Legat wirksam.[421]

136 Bezüglich der Retentionen gilt, dass die moralischen Retentionen beim Tod des Mannes nicht auf seine Erben übergehen, auch die pekuniären Retentionen dürften mit Ausnahme der *propter impensas* nicht statthaft gewesen sein, da diese die Mitgift von vornherein verringern.[422] Da sich dieses Legat auf eine *universitas* bezieht, ist es im klassischen Recht nur *per damnationem* oder *sinendi modo* möglich;[423] gleichfalls zulässig ist ein Fideikommiss.[424]

137 Das *praelegatum dotis* kann nicht mit Fideikommissen belastet werden (→ § 98), da die Frau *proprium recipere videtur*;[425] auch die Regeln über die falzidische Quart gelten hinsichtlich dieses Legats nicht (→ § 100).[426] Die Fälligkeit des *praelegatum dotis* richtet sich nach eigenen Regeln,[427] die uns nicht bekannt sind; vielleicht galt eine Jahresfrist.[428]

---

schäftigt: Ihm zufolge ist *praelegare* richtig, handelt es sich doch um das abgesonderte, bevorzugte Vermächtnis eines Sondervermögens, sprich der Mitgift. Auch erklärt sich aufgrund dieser Theorie die Inkongruenz von Mitgiftklage und Legatsklage in diesem Fall.

[415] Auf eine Kongruenz beider Klagen abstellend: *Bechmann*, Dotalrecht II (1867) 417–419; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 465–469; ähnlich wie hier: *Palazzolo*, Dos praelegata (1968) 57 f.

[416] Ulp. 5 disp. D. 33.4.2 pr.; Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 33.4.6.1; Ulp. 34 ed. D. 37.5.8.6.

[417] Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.4.

[418] Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1 pr., 5 spricht freilich von dem *quod actione de dote inerat*. Entweder handelt es sich um schlechte Dogmatik Ulpians oder wahrscheinlicher um eine just. Interpolation; dazu *Palazzolo*, Dos praelegata (1968) 143–148.

[419] Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.7; Paul. 41 ed. D. 37.5.15.3.

[420] Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.4, 6.

[421] Iav. 2 post. Lab. D. 35.1.40.4 u. Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.8; Inst. 2.20.15. Bezüglich einer bestimmten Menge: Alex. C. 6.44.3.1 (a.223).

[422] Iav. 7 epist. D. 31.41.1; Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.3, 4; Ulp. 5 disp. D. 33.4.2; Marcian. 3 reg. D. 33.4.5; *Palazzolo*, Dos praelegata (1968) 65–70; a. A. *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 466–468.

[423] Naturgemäß gibt es hierfür wenig Belege, einer davon ist: Iul. 34 dig. D. 33.4.3.

[424] Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.12; Marcell. 26 dig. D. 35.2.57; Scaev. 14 dig. D. 36.2.31.

[425] Paul. sent. 4.1.1.

[426] Julian bei Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.13; Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.81.1; Paul. sent. 4.1.1.

[427] Afr. 5 quaest. D. 33.4.4.

[428] Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.2. Zur Frage, vgl. *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 471 f.

Das Vorausvermächtnis der Mitgift kommt auch in der Form vor, dass der Schwiegervater der Frau, der als Gewalthaber Inhaber der Mitgift ist, diese seinem Sohn, dem Ehemann, vermacht. In diesem Fall stellt sich das Problem, wie der Erbe vor einer doppelten Inanspruchnahme zu schützen ist: Die Legatsklage geht vor, und der Legatar-Ehemann muss mittels Stipulation versprechen, den Erben von Ansprüchen der Frau aus der Mitgiftklage freizustellen.[429] Hat die Frau die Mitgift faktisch erhalten, so verfällt die Legatsklage.[430] **138**

3. Das Vermächtnis der Mitgift halber (*legatum pro dote*), Erbeinsetzung *pro dote* und *edictum de alterutro*

Im Gegensatz zum *praelegatum dotis* wird beim *legatum pro dote*, das seiner Natur nach auch als Vindikationslegat statthaft ist,[431] die Mitgift nicht als *universitas* vermacht, sondern vielmehr die Dotalgegenstände in Erfüllung des Anspruchs auf die Mitgift (*pro dote*).[432] Dementsprechend sind die Worte *pro dote* lediglich eine *falsa demonstratio*, welche *non nocet*, falls gar keine Mitgift besteht.[433] Ihrer Natur entsprechend wird diese Form des Legats durch den Umfang der Mitgift im Erbfall nicht beeinflusst,[434] und ist sogar wirksam, wenn gar keine Mitgift besteht.[435] **139**

Das *legatum pro dote* ist, wenn es vom Gewalthaber stammt, sofort wirksam, also nicht erst beim Tod des in seiner Gewalt stehenden Mannes.[436] Die Erben können sich mit Kautionen gegen eine spätere *actio rei uxoriae* schützen.[437] **140**

Besteht eine Mitgift und wird der Frau etwas *pro dote* vermacht, so kann sie die Sache entweder mit der Legatsklage herausverlangen oder, alternativ, die Mitgiftklage anstrengen.[438] Das Verhältnis der beiden Klagen zueinander ist quellenmäßig unklar, wahrscheinlich jedoch das Verhältnis der Exklusivität.[439] Das *legatum pro dote* kann bis zur Höhe der Mitgift nicht mit einem Fideikommiss belastet werden; auch die *lex Falcidia* findet in dieser Höhe keine Anwendung.[440] **141**

---

[429] Julian bei Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.10,11; Pap. 18 quaest. D. 33.47 pr.; Paul. 2 Vit. D. 33.4.16. Zu der Frage *Palazzolo*, Dos praelegata (1968) 58–63.

[430] Pap. 18 quaest. D. 33.4.7.1.

[431] Scaev. 8 quaest. D. 33.4.10.

[432] Pap. 7 resp. D. 33.4.8; Ulp. 5 disp. D. 33.4.2; Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 33.4.6.1; Scaev. 8 quaest. D. 33.4.10.

[433] Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 33.4.6.1; Cels. 20 dig. D. 31.21; Diocl./Max. C. 6.44.5. (a.294).

[434] Pap. 7 resp. D. 33.4.8.

[435] Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 33.4.6.1.

[436] Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.9.

[437] Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.9.

[438] Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 31.52 pr.

[439] *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 473 f.

[440] Bezüglich des Fideikommisses Ulp. 5 disp. D. 33.4.2.1: *quasi dos relegata accipitur*, daher wohl auch die *lex Falcidia*, *argumentum ex* Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.13.

142 Es ist auch möglich, die Frau *pro dote* als Erbin einzusetzen; schlägt sie die Erbschaft aus, kann sie gegen den Ersatzerben die *actio rei uxoriae* anstrengen.[441]

143 Die Pflicht, zwischen der *actio ex testamento* und der *actio rei uxoriae* zu wählen, scheint auch in einem (wenig belegten) *edictum de alterutro* statuiert gewesen zu sein.[442]

4. Justinianische Reformen

144 Unter Justinian wurde das Rückvermächtnis der Mitgift als Legat des Geschuldeten konstruiert (*legatum debiti*);[443] damit waren Legatsklage und Mitgiftsklage gleichgeschaltet.[444]

X. Die Mitgift als Familienstiftung

1. Funktion der Mitgift

145 Es hatte sich bei den Römern – wohl in der Frühzeit ihrer Geschichte – eingebürgert, dass die in einer Gesellschaft mit patrilinearer Verwandtschaftszurechnung als schwächer geltende Familie der Braut dem Bräutigam eine Vermögenszuwendung zu machen hatte, welche ursprünglich eine Art Preis für die Aufnahme der Tochter in den eigenen, besser gestellten Familienverband gewesen sein dürfte.[445] Ausdruck dieser ursprünglichen Funktion der Mitgift ist der Satz, dass der Mann die Lasten der Ehe (*onera matrimonii*) aus den Früchten der Mitgift zu bestreiten habe.[446]

146 Die bestimmungsgemäße Verwendung des Geldes (zu ihrem Unterhalt) konnte die Frau freilich nur indirekt einfordern,[447] indem sie mit der Scheidung und Rückforderung der Mitgift drohte;[448] eine Drohung, die zumindest in der Oberschicht wirksam war,[449] da die Scheidung keinen besonderen sozialen Makel mit sich brachte (→ § 33).[450]

---

[441] Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 31.53.1.

[442] Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 31.53 pr.; Iust. C. 5.13.1.3a (a.530). *Lenel*, EP 308; *Palazzolo*, Dos praelegata (1968) 71–94.

[443] Inst. 2.20.14, 15.

[444] Ausführlich *Palazzalo*, Dos praelegata (1968) 137–153.

[445] Allgemein hierzu: *Bourdieu*, Herrschaft (2005); in Bezug auf das Dotalrecht, vgl. auch *Manzo*, Index 25 (1997) 311.

[446] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.7 pr.: *Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere.*

[447] Das bestätigt der klar als Ausnahme statuierte Fall einer Geisteskranken, von der sich der Mann nicht scheiden lässt, aber auch nicht für ihren Unterhalt sorgt: Ulp. 33 Sab. D. 24.3.22.8; *Quintana Orive*, RIDA 47 (2000) 179–192.

[448] Ein Fall, der diesen Hintergrund gehabt haben dürfte, findet sich in Ulp. 33 ed. D. 24.2.5.

[449] Etwa Cic. Scaur. 8 und Cic. Att. 14,13,5.

[450] *Laudatio Turiae* 1,27 (= FIRA III 209–218); *Schulz*, CRL § 181 bezeichnet die Leichtigkeit der

147 Ließ die Frau sich scheiden und hatte sie ihre Mitgift zurückerhalten, so konnte sie erneut heiraten. Man kann die Mitgift in dieser ursprünglichen Funktion als Kapital beschreiben, das eine Frau von ihrer Familie aus Anlass ihrer Hochzeit erhält und das ihrem Unterhalt dienen soll, wobei der Ehemann für die Dauer der Ehe die Verwaltung dieser Mittel übernimmt. Bereits in der klassischen Zeit aber scheint dieser ursprüngliche wirtschaftlich-soziale Zweck der Mitgift nicht mehr im Vordergrund zu stehen, was sich daran zeigt, dass die Mitgift auf ein symbolisches Maß reduziert werden konnte.[451]

148 Durch die Kapitalbeteiligung der Frau an der Ehe soll eine gewisse Ebenbürtigkeit der Frau gegenüber dem Mann, zumindest in finanzieller Hinsicht, geschaffen werden.[452]

149 Unter den römischen Bedingungen der Scheidungsfreiheit scheint allerdings bald ein andersartiger Zweck ins Zentrum gerückt zu sein: Wie namentlich Bechmann herausgearbeitet hat, erhält die Bestellung einer Mitgift eine Stabilisierungsfunktion mit Blick auf die Ehe, indem sie eine Situation wechselseitiger „Erpressbarkeit“[453] schafft: Der Mann muss die Restitution der Mitgift fürchten, die Frau die Retentionsrechte des Mannes.[454]

2. Die Privilegierung der Mitgift (*favor dotis*)

150 Die ursprüngliche Konzeption der Mitgift, die Kapitalbeteiligung an der Ehegesellschaft, wird überlagert und ergänzt von einer neuen, aus der augusteischen Ehegesetzgebung stammenden Zwecksetzung, welche unter dem Begriff der klassischen Juristen *favor dotis* schlagwortartig zusammengefasst ist.

151 Nach diesem Leitsatz des klassischen Rechts[455] ist die Mitgift im Hinblick auf ihre Bestellung, Erhaltung und Restitution nach Möglichkeit zu privilegieren.[456] So ist es, wie erwähnt, möglich, *in favorem dotis* mit unmittelbarer Wirkung zugunsten Dritter zu stipulieren,[457] und damit ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, welches das Recht ansonsten rigoros ablehnt (zum *ius singulare* → Rn. 152). Auch das Verbot, über das dotale Grundstück zu verfügen, und das Verbot, die Mitgift bei aufrechter Ehe zu restituieren, sind Emanationen des *favor dotis*.[458] Seine Rechtsgrundlage hat dieser

Scheidung gar als „the keystone of the Roman legal building“. Allerdings gibt es keine Statistik hierüber, so dass man statistischen Aussagen entraten muß; s. hierzu *Stagl*, SZ 133 (2016) 547 in Bezug auf *Lamberti*, Famiglia (2014) 18.

[451] Ausführlich *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 1–32.

[452] *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 38.

[453] *Karlowa*, RRG II 226.

[454] *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 106 f.; ausführlich auch *Stagl*, TR 85 (2017) 146–149.

[455] *Stagl*, Favor dotis (2009) 27–64.

[456] *Stagl*, Favor dotis (2009) 1–85, 235–340.

[457] Paul. 6 quaest. D. 24.3.45; dazu *Stagl*, Favor dotis (2009) 146–157.

[458] *Stagl*, Favor dotis (2009) 63; anders bezüglich des Restitutionsverbotes *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 154–158.

Leitsatz in der *lex Iulia et Papia*;[459] er wird von den Juristen in denkendem Gehorsam kasuistisch weiterentwickelt.[460]

152 Die Klassiker qualifizierten die durch den *favor dotis* umgeformten Sätze des Privatrechts als *ius singulare*, um es vom üblicherweise anwendbaren Recht (*ius commune*) abzugrenzen; sie befürchteten nämlich, durch eine zu große Ausweitung des *favor dotis* könne das *ius commune* Schaden nehmen. In welchem Ausmaß das Dotalrecht als „anomal" empfunden wurde, zeigt der Umstand, dass Gaius, und ihm folgend Justinian, diese Materie nicht auf der „Einführungsebene" der Institutionen behandeln, sondern erst auf der „Vertiefungsebene" der späteren Semester.[461]

153 Der *favor dotis* lässt sich allein aus dem Privatrecht heraus nicht erklären, da grundlegende Prinzipien wie das der Privatautonomie hier offenbar nicht gelten.[462] Man sollte daher von einer öffentlich-rechtlichen Überformung des Dotalrechts sprechen.[463]

3. Das Eigentum am Dotalgegenstand

154 Diese augusteische Zwecksetzung der Mitgift spiegelt sich in der Frage nach dem Eigentum am Dotalgegenstand wider. Nach der alten Konzeption, die auch in diesem Punkte formal weiterlebt, ist der Mann Volleigentümer des Dotalgegenstandes mit allen Konsequenzen; nach der neuen Zwecksetzung hingegen haben Frau und Kinder immer weitergehende Rechte daran:[464] Auf der einen Seite kann der Mann die Mitgift verwalten, sogar über sie verfügen, auf der anderen Seite „gehört" die Mitgift auch der Frau (*mulieris tamen est*),[465] was sich an vielen Stellen zeigt, vor allem der Veräußerungsbeschränkung bei Dotalgrundstücken (*lex Iulia de fundo dotali*) und der Möglichkeit *ficto divortio* die Mitgift herauszuverlangen (→ Rn. 54) sowie dem *privilegium exigendi* (→ § 89 Rn. 34–37).[466]

155 Diese Quellenlage hat dazu geführt, dass man in der Forschung das Eigentum entweder der einen oder der anderen Seite zugeschrieben hat[467] oder versucht hat, das

[459] Marcian. 16 inst. D. 23.2.19; dazu *Stagl*, Favor dotis (2009) 27–90.

[460] Ausführlich *Stagl*, Favor dotis (2009) 91–218; nur Labeo, scheint es, widersetzt sich aus republikanischem Trotz dieser Facette der „totalitären" Politik des Augustus; *Stagl*, Favor dotis (2009) 222–234.

[461] *Stagl*, OCD (https://oxfordre.com/classics/view/10.1093/acrefore/9780199381135.001.0001/acrefore–9780199381135-e–8054, 03. 06. 2019); kritisch *Varvaro*, SemCompl. 39 (2016) 409–440; dazu wiederum *Stagl*, SZ 135 (2018) 527–536.

[462] *Stagl*, Favor dotis (2009) 295–336; *Stagl*, SZ 134 (2017) 514–523.

[463] Paul. 60 ed. D. 23.3.2; Paul. 60 ed. D. 42.5.18; Pomp. 15 Sab. D. 24.3.1; Paul. 1 sent. Cons. 4.3; gleichsinnig *Knütel*, Hom. Guzmán Brito III 49 f.; *Lauria*, Matrimonio (1952) 158. Zur möglichen Sonderstellung des Paulus, vgl. *Stagl*, Favor dotis (2009) 219–222.

[464] *Lauria*, Matrimonio (1952) 154–158.

[465] Tryph. 6 disp. D. 23.3.75.

[466] Einzelheiten bei *Stagl*, Favor dotis (2009) 251–266; jetzt *Wacke*, Scr. Zabłocka 1069–1155.

[467] Nachweise bei *Lauria*, Matrimonio (1952) 65; *Haenel*, Dissensiones (1834) 436–440; *Windscheid/Kipp* III § 496 Fn. 3 sowie neuestens bei *Stagl*, Favor dotis (2009) 246–248.

Problem auf begrifflicher Ebene zu lösen. Eine derartige Festlegung wird der Komplexität der nicht aus dem Eigentumsbegriff,[468] sondern aus einer sozialen Realität geborenen Situation nicht gerecht. Am redlichsten ist es wohl, eine Festlegung zu vermeiden und die sachenrechtlichen Verhältnisse an der Mitgift als „funktional gespaltenes Solidareigentum" zu beschreiben.[469] Dieser Neologismus soll zum Ausdruck bringen, dass beide am Mitgiftgegenstand eigentumsmäßig berechtigt sind, die normalerweise aus dem Eigentum resultierenden Rechte und Pflichten aber nicht gemeinschaftlich wahrgenommen werden, sondern nach einer Art Schlüssel auf die Eheleute verteilt sind. Die ganze Konstruktion liegt außerhalb des herkömmlichen Eigentumsbegriffs.[470]

Konsequenz der Berechtigung der Frau an der Mitgift ist es, dass aus der Sicht der **156**
Juristen ein Dritter, welcher sich die Restitution nicht hat stipulieren lassen, der Frau die Mitgift schenkt (*donare*), wenn er sie ihrem Mann bestellt.[471]

4. Soziale Tendenzen zur Vermeidung des Dotalregimes

Das Dotalregime ist in weiten Teilen eine Zwangsordnung, und so verwundert es nicht, **157**
dass es gesellschaftliche Tendenzen gibt, diese Ordnung zu umgehen und aufzuweichen: Bedeutendes Beispiel sind die *pacta dotalia,* welche sehr oft bezwecken, die Mitgift so spät wie irgend möglich dem Mann zu übertragen, um dieser Pflicht ganz entraten zu können, falls sie durch eine Scheidung obsolet gemacht wird.

Auch sind Gestaltungen zu beobachten, bei denen nur der äußere Schein einer **158**
hohen Mitgift erzeugt wird, eine reale Vermögensverschiebung in diesem Ausmaß aber nicht stattfindet.[472] Hierzu wird man auch das Phänomen der sog. *donatio in dotem redacta* rechnen müssen: Der Mann wendet der Frau einen Gegenstand mit der Maßgabe zu, dass sie ihm diesen als Mitgift bestellt. Handelt er mit *animus donandi*, so wird der Gegenstand dotal und ist bei Auflösung der Ehe zu restituieren; andernfalls verbleibt er beim Mann.[473]

Ist die Frau *sui iuris*, kann sie eigenes Vermögen haben, ist sie *alieni iuris*, kann sie ein **159**
peculium haben. Dieses eigene Vermögen der Frau wird mit dem griechischen Ausdruck Parapherna (τὰ παράφερνα) bezeichnet, d. h. *res quae extra dotem sunt*[474] oder

[468] *Schermaier*, SZ 134 (2017) 85–105.

[469] *Stagl*, Favor dotis (2009) 292–294.

[470] Hierzu *Schermaier*, SZ 134 (2017) 96 f.

[471] Paul. 71 ad edictum, ad Cinciam Frg. Vat. 305; *Lauria*, Matrimonio (1952) 68–70; a. A. *Archi*, St. Albertario II 244 f.

[472] Paul. 35 ed. D. 23.4.12.1; Iav. 6 post. Lab. D. 23.4.32.1; Paul. 7 Sab. D. 23.3.20; Paul. 35 ed. D. 23.4.12.2; Paul. 35 ed. D. 23.4.20.2; Sev./Ant. C. 5.3.1 (o.A.); Alex. C. 4.31.6 (a.229) mit Alex. C. 5.21.1 (a.229); zu diesen Texten, vgl. *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 24–28; zu der Frage insgesamt, vgl. *Stagl*, Favor dotis (2009) 133–137.

[473] Paul. 19 ed. D. 6.2.12 pr.; Sev./Ant. C. 5.3.1 (o.A.); *Brandileone*, Scr. I 143–159.

[474] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.9.3; Theodos./Valentin. C. 5.14.8 (a.450). Dazu *Platschek*, QL 5 (2015) 125–138.

auch *peculium*;[475] der ältere Cato nennt sie das – bei der Mitgiftbestellung – zurückbehaltene Geld (*pecunia recepticia*).[476] In der Oberschicht, aus welcher dieses Phänomen wohl stammt, konnten die Parapherna viermal so groß sein wie die Mitgift, wie wir von Calpurnia aus dem *SC de Gnaio Pisone patre* wissen.[477] Auch Apuleius von Madaura berichtet, die Parapherna seiner Frau seien erheblich größer gewesen als ihre Mitgift.[478]

160 In dieser Entwicklung zeichnet sich eine gewisse „Folklorisierung" der Mitgift ab, womit gemeint ist, dass sie allmählich zur bloßen Konvention wird, in die man sich der Tradition halber schickt, die aber an wirtschaftlicher Bedeutung durch die Parapherna überlagert wird.[479] Der eigentliche Trend ging aber hin zu einer immer größeren finanziellen und damit auch sozialen Unabhängigkeit der Frau;[480] bezeichnenderweise waren die Parapherna auch mit einer besonderen Klage geschützt:[481] der Klage wegen unter Ehegatten im Hinblick auf die Scheidung entwendeter Sachen (*actio rerum amotarum*), welche auch seitens der Frau gegen den Mann statthaft war.[482]

5. Das Schenkungsverbot unter Ehegatten und die *lex decimaria*

161 Inmitten dieses dialektischen Spannungsfelds zwischen Einheit und Separation der Ehegatten ist auch das Verbot der Schenkung unter Ehegatten anzusiedeln (*donatio inter virum et uxorem*, → § 89):[483] Es soll eine Vermischung der beiden Vermögenssphären verhindern. Diese – zentrale – Funktion des Ehegattenschenkungsverbotes ergibt sich daraus, dass es aus der augusteischen Ehegesetzgebung stammt,[484] was wiederum daraus geschlossen werden kann, dass es im Wesentlichen dazu dient, das Ehegüterrecht in die Formen des Dotalrechts zu kanalisieren, also Aushebelungen und Aufweichungen des Dotalregimes zu verhindern.[485]

---

[475] Pomp. 15 Sab. D. 23.3.24; dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 25–27.

[476] Gell. 17,6,1; dazu *Peppe*, Posizione (1984) 103–111 und *Stagl*, Favor dotis (2009) 223 f.

[477] *Eck/Caballos/Fernández*, Senatus consultum (1996) 103–105. Hierzu jetzt *Lamberti*, Famiglia (2014) 181–197 mwN.

[478] Apul. apol. 102. Ausführliche Exegese bei *Bonfante*, Scr. III 243–249.

[479] *Stagl*, Favor dotis (2009) 158–169, 222–224.

[480] Grundlegend *Cantarella*, Passato (1996) 84–101; s. auch *Stagl*, Index 40 (2012) 326–341.

[481] *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 77.

[482] Ulp. reg. 7.2; Diocl./Max. C. 5.21.2 (a.290/293); dazu *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 66–78.

[483] Zu diesem Zusammenhang, vgl. auch *Halbwachs*, Fundamina 16 (2010) 131 f.

[484] Dafür z. B. *Lauria*, Matrimonio (1952) 121; *Stagl*, TR 85 (2017) 141–165; dagegen z. B. *Wieacker*, RRG II 356, Fn. 52. Bibliographie: *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 160 Fn. 33; *Kaser*, RP I 331 Fn. 20.

[485] Ausführlich jetzt *Stagl*, TR 85 (2017) 141–165. Die Quellen und Literatur hierzu wurde sorgsam aufbereitet von *Andrés Santos*, BIDR 42/43 (2000/01) 317–396.

Ausnahmen von diesem Verbot gelten, wenn der Ehegatte als Beitrag zum Unterhalt des anderen oder aus einer sittlichen Verpflichtung heraus schenkt[486] und für Konstruktionen der vorweggenommenen Erbfolge unter den Ehegatten.[487] 162

Die gegen das Verbot vorgenommene Schenkung ist nichtig; offenbar war unter den Juristen umstritten, ob der beschenkte Ehegatte zur Ersitzung befähigenden Besitz an der Sache erlangen konnte.[488] Der Schenker kann die Sache vindizieren und soweit nicht mehr vorhanden kondizieren,[489] wobei die Kondiktion auf die vorhandene Bereicherung (*quatenus locupletior*) beschränkt wird.[490] Die Frau trifft die Beweislast dafür, nicht durch eine Schenkung des Mannes bereichert zu sein (sog. *praesumptio Muciana*).[491] 163

Eine Bestimmung der *lex Iulia et Papia*,[492] die uns freilich nur bruchstückhaft überliefert ist,[493] ordnet an, dass Ehegatten, sollten keine (überlebenden) Kinder aus ihrer Ehe hervorgegangen sein, nur zu einem Zehntel (*decima*) voneinander erben können,[494] wobei die Frau zusätzlich das Legat der Mitgift empfangen kann.[495] Ein überlebendes Kind aus der gemeinsamen Ehe hebt die genannte Erbunfähigkeit auf. Vorverstorbene Kinder mildern das Verbot, ebenso Kinder aus vorangegangenen Ehen.[496] Diese *lex decimaria* ist teleologisch eng mit dem Schenkungsverbot verwandt,[497] und wurde als Stammkern des Schenkungsverbotes identifiziert.[498] Zutreffender dürfte es sein, das Schenkungsverbot und die *lex decimaria* als aus Holz vom selben Stamm beschaffen zu begreifen. 164

[486] Ulp. 31 Sab. D. 24.1.7.1; Ulp. 31 Sab. D. 24.1.31; Pomp. 14 Sab. D. 24.1.29.1; Pomp. 14 Sab. D. 24.1.31.8.

[487] Schenkung auf den Todesfall: Ulp. 32 Sab. D. 24.1.9.2; Gai. 11 ed. prov. D. 24.1.10; Ulp. 32 Sab. D. 24.1.11 pr.; Pap. 29 quaest. D. 39.6.40; Schenkung auf den Fall der Auflösung der Ehe: Gai. 11 ed. prov. D. 24.1.11.11; Her. 2 iur. epit. D. 24.1.60.1–62; Bestätigung einer Schenkung durch Fideikommiss: Scaev. 15 dig. D. 32.33.1; nach einer *oratio Severi* aus dem Jahre 206 wird die nicht widerrufene Schenkung auch dann wirksam, wenn sie nicht durch Fideikommiss bestätigt worden ist; Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32 pr.–2; s. aber auch Alex. C. 5.15.2 (a.229).

[488] Julian bei Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.1; Paul. 44 ed. D. 41.2.1.4; Paul. 44 ed. D. 41.6.1.2; Ner. 5 membr. D. 24.1.44.

[489] Iul. 17 dig. D. 24.1.5.18; Paul. 36 ed. D. 24.1.36 pr.

[490] Iul. 17 dig. D. 24.1.5.18; Gai. 11 ed. prov. D. 24.1.11; Ulp. 31 Sab. D. 24.1.7 pr.; Paul. 6 quaest. D. 24.1.55; *Kaser*, RP I 599.

[491] Pomp. 5 Q. Muc. D. 24.1.51.

[492] Honor./Theodos. Cod. Theod. 8.17.2 (a.410) = Honor./Theodos. C. 8.57.2 (a.410); Ulp. reg. 16.1–4; Basil. 45.5.2 Schol. 2 (Heimb. V); *Kaser*, RP I 724 Fn. 11.

[493] Ulp. reg. 15.1–3; Paul. Frg. Berol. 6 (= FIRA II 427); P.Oxy. XVII 2089r (= FIRA II 315 f.).

[494] S. auch P.Oxy. XVII 2089r; dazu *Levy*, SZ 48 (1928) 549–555.

[495] Ulp. reg. 15.3; *Lauria*, Matrimonio (1952) 123.

[496] Hierzu *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 29 f.

[497] *Iacobus Gothofredus*, Codex Theodosianus, 1736–1745 *ad hunc locum*. Zuletzt *Kaser*, RP I 724.

[498] *Alibrandi*, Opere giuridiche I 593–603.

6. Die Familienstiftung

165 Wenn man die Zwecksetzung der augusteischen Ehegesetzgebung und die Maßnahmen zur Kapitalerhaltung bzw. zur Monopolisierung des Dotalregimes,[499] wobei zu letzteren namentlich das Schenkungsverbot unter Ehegatten und das Erfordernis des *pretium iustum* bei der Dotalästimierung zu zählen sind, in die Sprache des Privatrechts zurückübersetzt, kann man die Mitgift der klassischen Zeit als eine „Familienstiftung" bezeichnen.[500] Dieser Ausdruck wird zuerst von Bechmann zur Bezeichnung der Güterverhältnisse in der *manus*-Ehe[501] und sodann von Mitteis zur Erfassung der Mitgiftkonzeption der ersten christlichen Kaiser verwendet.[502]

166 Beobachtung und Begriff sind indes schon für die klassische Zeit maßgebend: Danach ist die Mitgift ein Sondervermögen mit öffentlicher – auf die Ehe gerichteter – Zweckbindung und Kontrolle. Der Zweck dieser Stiftung ist zunächst, der Ehe ein materielles Substrat zu geben und dieses bei Auflösung der Ehe in erster Linie zum Unterhalt der Kinder zu verwenden. Namentlich die *retentio propter liberos* und die *lex decimaria* sprechen für diese Deutung. In zweiter Linie dient die ‚Stiftung' zur Versorgung der Frau, wofür namentlich deren Aktivlegitimation für die *actio rei uxoriae* und die *actio rei uxoriae adiuncta filiae persona*, sei es im Hinblick auf eine neue Heirat, sei es für Witwenschaft, Belege sein dürften.

167 Aus der Perspektive der Mitgift als Familienstiftung erklärt sich auch die Auflösung der römischen Eigentumskonzeption hinsichtlich des Dotalgegenstandes zum Schutz des Stiftungskapitals vor dem Zugriff des Mannes und das Restitutionsverbot zum Schutz vor dem Zugriff der Frau. Auch vor kapitalvermindernden Einflüssen des Vaters der Frau wird die Mitgift geschützt; so ist es diesem,[503] wie auch dem *extraneus*,[504] nicht möglich, die Konditionen der Mitgift in aufrechter Ehe zu verschlechtern. Eheschließung und Auflösung der Ehe[505] sind die Anfangs- und Endtermine der Stiftung.

168 Der Stiftungscharakter der Mitgift manifestiert sich zudem im Eigentum am Dotalgrundstück: Der Mann verwaltet es, er haftet im Falle der *aestimatio* auch dafür, darf es aber nicht veräußern – entgegen der konventionellen Logik des Privatrechts wächst damit aber nicht der Frau die Verfügungsbefugnis zu.[506]

169 Die Bestellung einer Mitgift *in fraudem legis Papiae* war unwirksam. Wo genau die Grenzen des Zulässigen verliefen, lässt sich den justinianischen Quellen nicht entnehmen. Ebenfalls unwirksam war es, wenn die erneut heiratende Witwe ihrem zweiten

[499] Zu letzterem aufschlussreich: Cels. 26 dig. D. 45.1.97.2.
[500] In diese Richtung bereits *Lauria*, Matrimonio (1952) 187.
[501] *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 113.
[502] *Mitteis*, Reichsrecht (1891) 257: „ähnlich der *dos*", 307 f.
[503] Paul. 7 Sab. D. 23.3.28.
[504] Paul. 35 ed. D. 23.4.20.1.
[505] Bezüglich letzterer, siehe Iul. 18 dig. D. 23.4.18; Paul. 35 ed. D. 23.4.20 pr.
[506] Diocl./Max. C. 5.12.23 (a.294).

Mann mehr als drei Viertel ihres Vermögens (*dodrans*) als Mitgift bestellte, obwohl sie Kinder aus erster Ehe hatte.[507]

XI. Kondiktion und Konfiskation der Mitgift

Die Ehe als Voraussetzung der Mitgift hat zur Konsequenz, dass nur solche Personen **170**
eine Mitgift im Rechtssinne bestellen können, die wirksam eine Ehe eingehen können.[508] Verbinden sich Personen, bei denen das nicht der Fall ist, so wird ihre Verbindung nicht als Ehe im Rechtssinne angesehen, so dass die als Mitgift gedachte Vermögensverschiebung von der Frauenseite an die Mannesseite dotalrechtlich ohne Konsequenzen bleibt.[509]

Die Rückabwicklung erfolgt in diesem Fall in der Regel über die *rei vindicatio*,[510] **171**
unter Umständen auch über die *condictio*.[511] Das gilt z. B. in Fällen des Inzests, der Verbindung von Vormund und Mündel[512] oder des Überschreitens des Höchstalters für den Eheschluss.[513] Entsprechendes gilt für die Vermögenszuwendung einer Sklavin an einen Sklaven, da sie keine gültige Ehe eingehen können,[514] sondern nur ein sog. *contubernium*. In letzterem Falle wird freilich die Quasi-Mitgift in eine Mitgift im Rechtssinne umgewandelt, wenn beide die Freiheit erlangen und die Frau die Bereicherung nicht herausverlangt.[515]

Soweit das für Soldaten geltende Verbot, während der Dienstzeit eine Ehe einzuge- **172**
hen, reicht, hat dies wohl ebenfalls zur Konsequenz, dass die bestellte Mitgift rückforderbar ist. Unter Septimius Severus, der gleichzeitig das Heiratsverbot gelockert haben dürfte,[516] wurde möglicherweise sogar die Konfiskation der verbotswidrig bestellen Mitgift angeordnet.[517]

---

[507] Zu beidem, vgl. Constantius/Iul. Cod. Theod. 2.21.2 (a.360).

[508] Ulp. 63 ed. D. 23.3.3.

[509] Ulp. 63 ed. D. 23.3.3.

[510] Proc. 7 epist. D. 23.3.67.

[511] Ulp. 33 ed. D. 23.3.39 pr.; Marcell. 7 dig. D. 23.3.59.2; Proc. 7 epist. D. 23.3.67; weitere Kasuistik bei *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 78 f.

[512] Inzest: Paul. 6 Sab. D. 23.2.52; Valentin./Theodos./Arcad. C. 5.5.4 pr. (o.A.); Arcad./Honor. C. 5.5.6.2 (a.396); Vormundschaft: Diocl./Max. C. 5.6.7 (o.A.).

[513] Ner. 2 membr. D. 12.4.8. Der Gnomon des Idios Logos ordnet die Konfiskation an: Gnomon § 24–26. Diese Regel und die mit ihr verbundenen Einschränkungen werden von *SCta.* (*SC Claudianum* und *SC Calvisianum*) ausgedehnt: Ulp. reg. 16.3, 4.

[514] Für den Kastraten einerseits und den natürlichen *spado* andererseits, siehe Ulp. 33 ed. D. 23.3.39.1.

[515] Ulp. 33 ed. D. 23.3.39 pr.

[516] *Speidel*, CCGG 24 (2013) 205–215.

[517] Schol. Sinait. 1.3; Cod. Greg. 5.1; Paul. 2 sent. D. 23.2.38.1; Valentin./Theodos./Arcad. C. 5.5.4 pr. (o.A.); *Orestano*, St. Bonolis I 9–58.

173 Durch *deportatio* wird die Ehe von Rechts wegen aufgelöst und damit – eigentlich – die Rückzahlung der Mitgift fällig, doch hängt die Rückforderbarkeit davon ab, ob sich die Frau ihrem ehemaligen Manne noch verbunden fühlt.[518] Daneben gibt es eine Reihe von Gesetzen, die die vollständige oder teilweise[519] Konfiskation (*publicatio*) der Mitgift anordnen.[520] Der Mann kann gegen den Fiskus die ihm gegen die Frau zustehenden Retentionsrechte geltend machen;[521] spricht ein die *capitis deminutio* sanktionierendes Gesetz keine Rechtsfolge bezüglich der Mitgift aus, so gehört sie dem Mann (*lucrum dotis*).[522] Im Falle einer gegen die Bestimmungen der augusteischen Ehegesetzgebung bezüglich des Heiratsalters (→ § 33) verstoßenden Ehe, wird die Mitgift – zum Schaden des Mannes bzw. der Erben der Frau – für kaduk erklärt.[523]

XII. Nachklassische Entwicklungen des materiellen Dotalrechts

174 Generell laufen die nachklassischen Entwicklungen darauf hinaus, die Rechte der Frau an der Mitgift zu stärken. Besonders deutlich ist dies an der Legislation des als „Weiber-Gesetzgeber" (*legislator uxorius*) geschmähten[524] Justinian zu erkennen. Dabei stellt sich die Frage, ob Justinian nur ausspricht und systematisiert, was im klassischen Recht längstens angelegt war, oder ob er wirklich neues Recht geschaffen hat. Die hier vertretene Auffassung entspricht der ersten Meinung.

175 Sie steht im Einklang mit zwei neueren Entwicklungen in der romanistischen Forschung: Einerseits erkennt man heute die viel stärkere Bedeutung des Gesetzesrechtes auch für das klassische Recht,[525] was dafür spricht, auch die Bedeutung der *lex Iulia et Papia*, von der immerhin viele einzelne Nachrichten überliefert sind, höher einzuschätzen.[526] Andererseits wird immer deutlicher, dass der Ausklang der klassischen Rechtswissenschaft in der Epoche der Soldatenkaiser nicht zu einem Versiegen jeglicher Jurisprudenz und noch weniger zu einem Absterben des römischen Rechts führte; die klassischen Strukturen lebten, wenn auch für uns schwierig aufzuspüren, bis zur Kompilation weiter.[527] Man geht also heutzutage von einer kontinuierlichen Entwicklung

[518] Ulp. 33 ed. D. 48.20.5.1.
[519] So in der *lex Iulia de adulteriis*; Paul. sent. 2.26.14.
[520] Ulp. 33 ed. D. 48.20.3.
[521] Pap. 2 adult. D. 48.20.4.
[522] Ulp. 33 ed. D. 48.20.5.
[523] Ulp. reg. 16.4.
[524] So etwa *Bonfante*, Corso I 389 und *Koschaker*, St. Bonfante IV 11; *Volterra*, RIL 66 (1933) 295 (= *Volterra*, Scr. I 421).
[525] S. hierzu jetzt die Monographie *Mantovani*, Legum multitudo (2018).
[526] Hierzu insbesondere *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 108–177. Zu Fragen der Kaduzität, vgl. *Stagl*, TR 85 (2017) 141–165.
[527] *Mantovani*, in: Mantovani/Padoa Schioppa, Digesto (2014) 105–134. S. auch *Babusiaux/Kolb*, Soldatenkaiser (2015).

bis hin zum *Corpus Iuris Civilis* aus. Dieser Tendenz würde es entsprechen, die Ehegesetzgebung Justinians eher deklaratorisch als reformatorisch zu begreifen.

Die justinianischen Reformen oder Klarstellungen betreffen die dogmatische Struktur der *dos*: Wenn zuvor das Eigentum am Dotalgegenstand unklar geblieben ist, so wird es nun eindeutig *naturaliter* der Frau zugewiesen und die Position des Mannes als eine bloß formalrechtliche identifiziert.[528] Man kann dies als Schlusspunkt der „Folklorisierung" der Mitgift ansehen. Zudem wird die Dotierungspflicht von der *patria potestas* entkoppelt[529] und – folgerichtig – auf die Mutter übertragen.[530] Dem allgemeinen Zug der Zeit entsprechend, wird der Wortformalismus zurückgedrängt, die *dotis dictio* stirbt aus und die *instrumenta dotalia* werden gleichsam zur formellen Voraussetzung der Mitgiftbestellung.[531] Der sachliche Anwendungsbereich der *lex Iulia de fundo dotali* wird auf alle möglichen Typen von Grundstücken ausgedehnt.[532] **176**

Wie zu vermuten ist, wird dabei die Position der Frau nicht in ihrem, sondern im Interesse der Kinder gestärkt. So lässt es sich auch erklären, dass nicht nur die Mitgift, sondern auch etwaige Geschenke des Mannes an die Frau aus Anlass der Vermählung (*donatio ante nuptias*) seit Theodosius d. Gr. bis zu Justinian als eine Art „Familienstiftung" im Sinne von Mitteis betrachtet und der freien Disposition des überlebenden Ehegatten entzogen werden.[533] **177**

Neben dem Schutz der Kinder ist eine ablehnende Haltung des in der Zwischenzeit fest etablierten Christentums gegenüber der Witwenheirat als Ursache dieser Gesetzgebung anzunehmen.[534] Justinian, wie schon zuvor sein Vater, lockert das Schenkungverbot, soweit die Schenkung dazu dient, die Mitgift zu vergrößern (*donatio propter nuptias*).[535] **178**

[528] Iust. C. 5.12.30 pr. (a.529); Novell. Iust. 22.22.1 (a.535).
[529] Iust. C. 5.11.7.2 (a.531); Novell. Iust. 97.5 (a.539).
[530] Sofern man Diocl./Max. C. 5.12.14 (a.293) für itp. hält.
[531] *Kaser*, RP II 186 f.
[532] Iust. C. 5.13.1.15, 15a (a.530).
[533] Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 3.8.2 (a.382); Theodos./Valentin. Novell. Theod. 14 (a.439); Novell. Iust. 22.23, 26 (a.535); dazu jetzt ausführlich *Backhaus/Simon*, TR 80 (2012) 1–38.
[534] *Humbert*, Remariage (1972) 428; zustimmend *Backhaus/Simon* TR 80 (2012) 4.
[535] Diese erhält damit juristische Bedeutung: Inst. 2.7.3; dazu *Luchetti*, Scr. Franciosi III 1473–1496.

§ 36 Sklaven (*servi*)

Richard Gamauf

Buckland, The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian, 1908 (div. Nachdrucke); *Robleda*, Il diritto degli schiavi nell'antica Roma, 1976; *Albanese*, Le persone nel diritto privato romano, 1979; *Boulvert/Morabito*, Le droit de l'esclavage sous le Haut-Empire, in: Temporini/Haase (Hgg.), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (ANRW). Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung. Teil II: Principat. Band 14: Recht (Materien [Forts.]), 1982, 98–182; *Watson*, Roman Slave Law, 1987; *Chiusi/Filip-Fröschl et al.* (Hgg.), Corpus der römischen Rechtsquellen zur Sklaverei (CRRS), ab 1999; *Melluso*, La schiavitù nell'età giustinianea. Disciplina giuridica e rilevanza sociale, 2000; *Finkenauer* (Hg.), Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag, 2006; *López Barja de Quiroga*, Historia de la manumisión en Roma. De los orígenes a los Severos, 2008; *Finkenauer*, Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei, 2010.

Inhalt Rn.

I. Einleitung . . . 1
II. Begriff . . . 2
III. Historische Entwicklung . . . 3
IV. Ökonomische und soziale Bedeutung . . . 5
V. Sklaverei und Naturrecht . . . 7
VI. Person und Sache . . . 8
1. Allgemeines . . . 8
2. Rechtsunfähigkeit . . . 10
3. Verwandtschaft und Familie . . . 12
4. Vermögensrecht . . . 14
5. Delikte . . . 15
6. *Una condicio servorum?* . . . 16
a. Rechtliche Unterschiede zwischen Sklaven . . . 16
b. Soziale Unterschiede im Recht . . . 17
7. Religiöse Position . . . 20
VII. Entstehungsgründe der Sklaverei . . . 22
1. Allgemeines . . . 22
2. Kriegsgefangenschaft . . . 23
3. Geburt als Sklave . . . 24
4. Freiheitsverlust als Sanktion . . . 25
a. Strafrecht . . . 25

b. *Senatus consultum Claudianum* 26
5. Verkauf von Freien 27
a. Freiwilliger Verkauf und Selbstverkauf 27
b. *Homo liber bona fide serviens*/Scheinsklave 30
VIII. Beschränkungen der *dominica potestas* 32
IX. Staatliche Sicherung der Herrengewalt 36
1. „Polizeiliche" Maßnahmen 37
a. Allgemeines . . . . . [redacted]
b. *Senatus consultum Silanianum* 38
2. Privatrechtliche Rechtsbehelfe des *dominus*/Herrn/Eigentümers 39
a. Rechtsschutz des Eigentums an Sklaven 39
b. Rechtsbehelfe gegen die Beeinträchtigung der *dominica potestas* 41
aa. *Corruptio servi*/charakterliche Verschlechterung eines Sklaven 41
bb. *Iniuria* 43
X. Beendigung der Sklaverei – Erwerb der Freiheit 45
1. Einleitung 45
2. Häufigkeit 46
3. Freiheitserwerb ohne *manumissio* durch den Herrn 48
a. Belohnung für Verdienste um das Gemeinwesen 48
b. Freiheitserwerb *ex lege* 49
c. Freiheit durch Nachlassübernahme 51
4. Die augusteische Freilassungsgesetzgebung 52
a. Allgemeines 52
b. *Lex Fufia Caninia* 53
c. *Lex Aelia Sentia* 54
5. Freilassungswiderruf/*revocatio in servitutem* 55
6. Statusprozesse/*causae liberales* 56
a. Grundsätze 56
b. Legisaktionenprozess 57
c. Formularprozess 58
d. Nachklassik 60
e. Kollusiv erwirkte Freiheitsfeststellung im Statusprozess 61
XI. *Manumissio*/Freilassung 62
1. Soziale Hintergründe und Freilassungsmotive 62
a. Freikauf *suis nummis*/mit eigenem Geld 64
2. Freilassung nach *ius civile* 65
a. *Manumissio vindicta*/„Stabfreilassung" 66
b. *Manumissio censu*/Freilassung durch Eintragung in die Zensusliste 68
c. *Manumissio testamento*/testamentarische Freilassung 69
d. Fideikommissarische Freilassung 72
3. Formlose/prätorische Freilassungen 74
a. Grundsätze 74
b. Ablauf 75
c. *Lex Iunia Norbana* 76
d. *Manumissio in ecclesia*/Freilassung in der Kirche 77

I. Einleitung

1 Die Literatur zur römischen Sklaverei ist gerade während der letzten Jahrzehnte in allen altertumswissenschaftlichen Disziplinen stark angewachsen.[1] Die zahlreichen[2] Rechts-

[1] Auf *Buckland*, Slavery (1908) und die Lit. vor und bei *Kaser*, RP I/II wird nur ausnahmsweise verwiesen.

Bibliographien: *Gaudemet*, TR 50 (1982) 143–156; *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 166–182; Bib. röm. Soz.gesch. II 342–392; *Bellen/Heinen*, Bib. ant. Sklav.; „Bibliographie zur antiken Sklaverei Online" (BASO – http://www.adwmainz.de/index.php?id=1584; 17. 07. 2020); weitere online-Ressourcen bei *Reduzzi Merola*, Hominum (2014) 119–126. Lexikon: *Heinen* (Hg.), HAS I – III (2017). Rezente Gesamt- bzw. Überblicksdarstellungen und umfangreichere Einzelstudien: *Hopkins*, Conquerors (1978); *Finley*, Sklaverei (1981); *Giardina/Schiavone*, Società romana I – III (1981); *Gaudemet*, TR 50 (1982) 119–156; *Bradley*, Slaves (1984); *Brockmeyer*, Sklaverei (1987); *Dumont*, Servus (1987); *Finley* (Hg.), Classical Slavery (1987); *Yavetz*, Slaves (1988); *Bradley*, Slavery and Rebellion (1989); *Thébert*, in: Giardina, Mensch (1991) 158–199; *Wiedemann*, Slavery (1992); *Bradley*, Slavery and Society (1994); *Gardner*, Frauen (1995) 207–234; *Schiavone*, Storia spezzata (1996) 117–172; *Finley*, Ancient Slavery (1998); *Fitzgerald*, Slavery (2000); *Schumacher*, Sklaverei (2001); *Glancy*, Slavery (2002); *Rizzelli*, BIDR 101/102 (2005) 227–251; *Andreau/Descat*, Esclave (2006); *McKeown*, Invention (2007); *Roth*, Tools (2007); *López Barja de Quiroga*, Esclaves (2007); Hom. Annequin I/II; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008); *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009); *Flaig*, Sklaverei (2009); *Heinen*, Antike Sklaverei (2010); *Joshel*, Slavery (2010); *Roth*, Sweat (2010); *Bradley*, OH RS 624–636; *Bradley/Cartledge*, History of Slavery I (2011); *Schumacher*, OH SRRW 589–608; *Mouritsen*, Freedman (2011); *Bell/Ramsby*, Impact of Freed Slaves (2012); *Stewart*, Plautus (2012); *Barschdorf*, Freigelassene (2012); *Bläsdorf*, Sklaverei (2016); *Ramelli*, Social Justice (2016); *Knoch*, Sklavenfürsorge (2017) durchgehend nach der 2. Aufl zitiert; *Simonis*, Cum servis (2017); *Hunt*, Slavery (2018); *Shaner*, Leadership (2018); OH GRS. Zu Spätantike und Byzanz: *Rotman*, Slavery (2009); *Bondue*, Servus (2011); *Harper*, Slavery (2011); *Rio*, Slavery (2017).

Zur Sklaverei in Archäologie und Epigraphik: *Thompson*, Archaeology (2003); *George*, in: Heinen, Antike Sklaverei (2010) 141–160; *George*, Roman Slavery (2013); *Joshel/Hackworth Petersen*, Material Life (2014); *Bruun*, OH RE 605–626; zu Sklaven in Rechtsurkunden: *Lintott*, CQ 52 (2002) 555–565; *Gröschler*, s. v. Inschriften II. Rom B. Juristisch, HAS II (2017) 1508–1511.

Reihen: „Forschungen zur Antiken Sklaverei" (Hg. Mainzer Akademie der Wissenschaften und der Literatur); Akten der Kolloquien der „Groupe International de Recherche sur l'Esclavage dans l'Antiquité" (GIREA); „SKLAVEREI–KNECHTSCHAFT-ZWANGSARBEIT. Untersuchungen zur Sozial-, Rechts- und Kulturgeschichte" (Hg. *Herrmann-Otto*). Quellen in Übersetzung: *Wiedemann*, Slavery (1981); *Gardner/Wiedemann*, Household (1991); *Eck/Heinrichs*, Sklaven (1993); *Parkin/Pomeroy*, Social History (2007); *Fischer*, Sklaverei (2018).

[2] Vgl. *Buckland*, Slavery (1908) V: „There is scarcely a problem which can present itself, in any branch of the law, the solution of which may not be affected by the fact that one of the parties to the transaction is a slave …"

Laut *Morabito*, Réalités bzw. *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 154–159 betreffen ca. ein Viertel der Juristentexte und ein knappes Drittel der Konstitutionen in den Digesten Sklaven; ähnliche Verhältnisse zeigen die Institutionen des Gaius (28,6 %; *López Barja de Quiroga*, Esclaves (2007) 159) und der *codex Hermogenianus* (*Harper*, Slavery (2011) 369). Zu den an Sklaven adressierten Reskripten s. *Piganiol*, Romanitas I (1958) 7–18; *Connolly*, Lives (2010) 77–79. Zur Prägung des römischen Rechts durch die Sklaverei s. *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 151–154.

texte[3] liefern nicht nur Material über Sklavenrecht,[4] sondern zeigen genauso sonst unzugängliche Facetten des Alltags von Sklaven und Sklavinnen.[5] Die Erkenntnisse aus anderen Disziplinen fördern das Verständnis des Sklavenrechts ebenso, wenn aus ihnen zu dekontextualisiert überlieferten Rechtsfragen ein „Sitz im Leben" erkennbar wird.

II. Begriff

Heute versteht Art. 1 Abs. 1 Genfer Sklavereiabkommen (1926) unter Sklaverei die **2**
tatsächliche Ausübung „mit dem Eigentumsrechte verbundene(r) Befugnisse oder einzelne(r) davon" über eine Person.[6] Im Rechtsinstitut der Sklaverei/*servitus* transformierte das römische Recht die faktische Herrschaft über einen Menschen[7] zu einem personenrechtlichen *status*: Nach der *summa divisio*/Grundeinteilung des Personenrechts (Gai. 1.9 = Gai. 1 inst. D. 1.5.3) waren alle Menschen (nicht nur im *imperium Romanum*) entweder Freie oder Sklaven;[8] Zwischenstufen (aner-)/kannte das römi-

[3] Der Präsentation und Aufbereitung dieses umfangreichen Materials nach juristischen Kriterien dient das „Corpus der Römischen Rechtstexte zur Sklaverei" (CRRS; laufend seit 1999).

[4] Unübertroffen in der Kombination von umfassender Berücksichtigung aller Aspekte der Materie und Tiefgang im Detail immer noch *Buckland*, Slavery (1908); neuere Gesamtdarstellungen: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976); *Watson*, Roman Slave Law (1987); *Melluso*, Schiavitù (2000); Abrisse: *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 98–182; *Tafaro*, FS Knütel 1227–1268; *Gardner*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 414–437; *Harke*, in: Hilgendorf et al., Slavery (2015) 49–58; *Gamauf*, OH RLS 386–401; *Gamauf*, OH GRS.

[5] S. auch *Morabito*, Réalités (1981) 9–15; *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 159.

Das betrifft z. B. menschliche Eigenheiten (*Bradley*, Slavery & Abolition 11 (1990) 135–157; *Gamauf*, Misc. Mainzer Akademie 51–72), die Sklavenpsyche (*Rizzelli*, Scr. Melillo II 1058–1067; *Gamauf*, Ess. Sirks 270 Fn. 9) oder Hobbys und Freizeit von Sklaven (*Bradley*, Symb. Osl. 54 (1979) 111–118; *Rizakis*, Stud. Hist. Antig. 25 (2007) 245–260; *Gamauf*, Ess. Sirks 269–287).

„Romanhafte" Sklavenschicksale dokumentieren z. B. Ulp. 38 Sab. D. 1.14.3 (unten Fn. 67); Iav. 9 post. Lab. D. 49.15.27; Pomp. 1 var. lect. D. 49.15.6 (mit *Bradley*, Slavery and Society (1994) 38; *Wacke*, Scr. Melillo III 1473–1503; *Sanna*, Scr. Corbino VI 492–503); Alex. C. 4.55.4 (a.224) (mit *Liebs*, in: Kolb, Herrschaftsstrukturen I (2006) 148).

[6] S. dazu in *Allain*, Understanding of Slavery (2012). Zu Sklavereidefinitionen vgl. *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 15–54; *Zelnick-Abramovitz*, Concept (2005) 16–27; *Flaig*, s. v. Sklaverei, Definition, HAS III (2017) 2738–2741; zur Behandlung von Menschen als Eigentum s. die Lit. bei *Harper*, Slavery (2011) 35 Fn. 11.

[7] S. die Freiheitsdefinition bei Flor. 9 inst. D. 1.5.4 pr. (… *nisi si quid vi aut iure prohibetur*/„außer man wird durch Gewalt oder dem Recht gemäß gehindert"); vgl. Paul. 2 Ner. D. 3.5.18(19).2 (*ex necessitate servili*/aufgrund der Zwangslage eines Sklaven) zur Charakterisierung von Handlungen eines Scheinsklaven.

[8] *Quadrato*, Iura 37 (1986) 1–33; zu *persona* mit Lit. *Sacchi*, ACost. XVII.2 1189–1263; *Di Nisio*, in: Masi Doria/Cascione, Tra Italia (2013) 223–240; *Faro*, Scr. Corbino II 541–566; *Avenarius*, CRRS IV.3 16–18.

Sklavenlose Gesellschaften waren Griechen und Römern für eine mythische Vorzeit (*Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 242) oder in „exotischen" Gegenden außerhalb des

sche Recht nicht.[9] Sklaverei galt nicht als Institut des genuin römischen *ius civile*, sondern zählte zum *ius gentium* (Gai. 1.52 = Gai. 1 inst. D. 1.6.1.1 = Inst. 1.8.1: *apud omnes peraeque gentes*/denn bei allen Völkern übereinstimmend) (→§ 6 Rn. 227).

III. Historische Entwicklung

3 Über die historischen Anfänge der Unfreiheit in Italien ist nahezu nichts gesichert.[10] Die römische Historiographie setzte Sklaven bereits bei der Gründung der Stadt vor-

---

vertrauten Kulturkreises denkbar (nach Str. 15,1,54 in Indien; s. *Scott*, Worlds (2016) 3; die Römer importierten jedoch von dort Sklaven s. Marcian. del. sing. D. 39.4.16.7).

[9] Im Bereich „zwischen Freien und Sklaven" bestanden nach Pollux. Onom. 3,83 dagegen in Griechenland diverse Abhängigkeitsformen. Lit.: *Garlan*, Slavery (1988) 85–118; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 28–32; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 61–71; *Welwei*, s. v. Halbfreiheit, HAS II (2017) 1277–1279. Zur Einordnung dieser Unfreiheitsformen nach römischem Recht vgl. *Nörr*, HIA I 633–635. *Avenarius*, CRRS IV.3 26–29 vermutet hingegen Diskussionen über „Teilfreiheit" unter den Juristen.

Als Zwischenpositionen werten manche die Lage von *addicti* (*Albanese*, Persone (1979) 391), Latini Iuniani (*Sirks*, RIDA 28 (1981) 247, 249 f.; *Roth*, in: Roth, Sweat (2010) 107 [→ § 36 Rn. 76, § 37 Fn. 68]), *statuliberi* (*Melillo*, Personae (2006) 18 [→ § 36 Rn. 71]) und *bona fide servientes* (→ § 36 Rn. 30 f.). Im Kolonat (s. Fn. 35) erkennt *Panitschek*, SZ 107 (1990) 151–154 das Nachwirken volksrechtlicher Halbfreiheit. Zeitlich suspendierte Vollfreiheit resultierte nach *Memmer*, SZ 108 (1991) 66 in nachkonstantinischer Zeit aus einem Kindesverkauf (→ § 36 Rn. 28). Zur abgestuften Unfreiheit in der Spätantike vgl. *Grey*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 490. *Indra*, Status quaestio (2011) 278 bewertet das justinianische Recht als „System der abgestuften Freiheit"; für Zwischenformen beim *status libertatis* auch *Grebieniow*, in: Forschner/Willems, Acta diurna (2017) 120.

Addicti, nexi, auctorati blieben personenrechtlich frei, waren aber *de facto* in einer sklavenähnlichen Stellung. Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 179–181; *Albanese*, Persone (1979) 387–399; *Diliberto*, Auctoramentum (1981); *Sanfilippo*, St. Biscardi I 181–192; *Peppe*, Esecuzione I (1981); *Kaser/Hackl*, RZ 142–144; *Serrao*, Diritto privato I^2 (1999) 230–261; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 32–35; *Peppe*, in: Corbino et al., Homo (2010) 435–490; *Ebner*, SZ 129 (2012) 245 f., 271; *Reduzzi Merola*, Hominum (2014) 35–41; *Gröschler*, s. v. Addictio, HAS I (2017) 26 f.; *Manthe*, s. v. Auctoramentum/auctoratus, HAS I (2017) 277; *Behrends*, s. v. Schuldknechtschaft, HAS III (2017) 2519–2522.

Auch Individuen konnten nur entweder gänzlich frei oder Sklaven sein (Gai. ed. praet. urb. D. 40.12.9.2; Paul. 3 fideic. D. 40.5.31.1; Iul. 5 Min. D. 40.12.30; dazu *Capone*, St. Labruna II 695–722; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 244 f.; *Kleiter*, Entscheidungskorrekturen (2010) 206 f.; *Indra*, Status quaestio (2011) 55–57, 240–244; *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 291–309). Zu den Wirkungen einer nicht durch alle Miteigentümer vorgenommenen Freilassung s. in Fn. 383.

[10] *Kaser*, RP I 112; *Bradley*, s. v. Sklaverei, chronologisch II. Roman Slavery, HAS III (2017) 2733.

Die Sklaverei führen manche, wie auch das Wort *servus* selbst, auf die Etrusker zurück. Lit.: *De Martino*, Labeo 20 (1974) 166; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 3 Fn. 8; *Castello*, St. Biscardi I 93–116; *Gaudemet*, TR 50 (1982) 127 f.; *Walde/Hofmann*, LEW II^5 527; *Brockmeyer*, Sklaverei (1987) 148–150; *Guarino*, Diritto privato (2001) Rn. 52.2.1 mit Fn.; *Fiori*, St. Talamanca III 407 Fn. 151. ~~Überzeugende Gegenargumente bei *Rix*, Unfreiheit (1994) 62–67, der Sklaverei in Latium nicht vor~~ dem 7. Jh. ansetzt (86); so auch *Samotta*, s. v. Sklavenherkunft II. Rom, HAS III (2017) 2622.

aus.[11] Mehrere Regelungen der XII T. über Sklaverei indizieren ihre Bedeutung in der frühen Republik:[12] Aufgrund der Anordnung zum Verkauf insolventer Schuldner *trans Tiberim*/über den Tiber (d. h. in ein Gebiet außerhalb des römischen Herrschaftsbereiches; XII T. 3.5[13]) war die (private) Versklavung von Mitbürgern[14] ausgeschlossen. Sklaven sollten grundsätzlich nicht der eigenen politischen Gemeinschaft[15] entstammen („Exodoulie“);[16] zum strafweisen Freiheitsverlust (→ § 36 Rn. 25–27).

In Königszeit und früher Republik stammten die (im Vergleich zu den späteren Jahrhunderten) vergleichsweise wenigen Sklaven aus kulturell ähnlichen Nachbarvölkern. Deswegen ist anzunehmen, dass ihre Behandlung und soziale Lage weitgehend der von persönlich freien Gewaltunterworfenen entsprach („patriarchalische“ Sklaverei).[17] Ab **4**

S. weiters auch unten Fn. 52.

Zur literarischen Überlieferung über die Sklaverei der Frühzeit s. *Storchi Marino*, in: Moggi/Cordiano, Schiavi e dipendenti (1997) 183–212; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 22–31.

[11] Liv. 1,8 erwähnt flüchtige Sklaven unter den ersten Einwohnern. Lit.: *Storchi Marino*, in: Moggi/Cordiano, Schiavi e dipendenti (1997) 183–212; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 177–201; *Freyburger*, in: Dreher, Antikes Asyl (2003) 161–175; *Derlien*, Asyl (2003) 169–174; *Turner*, Asyl (2005) 88–95; *Dench*, Romulus (2005); zur ideologischen Bedeutung dieses historiographischen Konstrukts vgl. *Cornell*, Beginnings (1995) 60.

[12] Z. B. XII T. 2.1; 5.8; 7.12; 8.3, 14; 10.6a; 12.2a. Lit.: *Castello*, St. Biscardi I 113–115; *Watson*, XII Tables (1975) 81–97; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 38–47; *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 243 f.; *Buchwitz*, s. v. Zwölftafelgesetz, HAS III (2017) 3281–3286.

[13] Gell. 20,1,47. Lit.: *Kaser*, RP I 113; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 30 f.; *Albanese*, Persone (1979) 104; *Humbert/Lewis/Crawford*, RS II 629; *Flach*, Gesetze 125 f.; *Flach*, XII tab. 191 f.

[14] Z. B. *Kaser*, RP I 292; *Watson*, XII Tables (1975) 81; *Cornell*, Beginnings (1995) 281, 283; *Wieling*, CRRS I 15; *Serrao*, Diritto privato I^{2} (1999) 262 f.; *Shaw*, in: Flower, Roman Republic (2014) 196; anders *De Martino*, Labeo 20 (1974) 163–193 (gegen diesen *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 168 Fn. 9); *Amirante*, Storia costituzionale (1991) 29–41; *Tafaro*, FS Knütel 1233 f.; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 32 f.; *Gardner*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 415; vgl. auch *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 114; weitere Lit. bei *Cristaldi*, Scr. Corbino II 265 Fn. 63.

[15] Nach Cic. Caecin. 33,96 konnte die Freiheit nicht einmal per Gesetz entzogen werden.

[16] Außerhalb von Kriegen konnte man Fremde nicht willkürlich versklaven. Lit.: *Watson*, XII Tables (1975) 81; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 7 Fn. 28; *Indra*, Status quaestio (2011) 44. Zu *servitutem servire* als archaischer Bezeichnung für von Römern geleistete Sklavendienste s. *Fiori*, St. Talamanca III 355–409; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 32–36.

[17] Vgl. Plut. Cor. 24,4. Lit.: *Kaser*, RP I 112 f.; *Watson*, XII Tables (1975) 83, 93; *Gaudemet*, TR 50 (1982) 129 f.; *Wieacker*, RRG I 364 f.; *Serrao*, Diritto privato I^{2}(1999) 264 f.; *Guarino*, Diritto privato (2001) Rn. 52.2.1 mit Fn.; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 112–116; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 20–36; *Rinolfi*, Diritto@Storia 9 (2010) bei Fn. 47; *Dari-Mattiacci*, J. Econom. Hist. 73 (2013) 94 f.; *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 159, 163; mit Bezug auf das *peculium Żeber*, Peculium (1981) 47; kritisch *De Martino*, Wirtschaftsgeschichte ^{1}(1985) 87.

In den Kriegen gegen die Nachbarvölker spielte Sklavenbeschaffung eine geringe Rolle, da die unentwickelte Landwirtschaft keiner zusätzlichen Arbeitskräfte bedurfte (*Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 242–245).

XII T. 8.3 wertete die Körperverletzung am Sklaven als *iniuria* mit nur halber Buße (150 As – Freie 300 As); zur *talio* bei einer *membri ruptio*/Verstümmelung an einem Sklaven s. *Watson*, XII Tables

dem 3. Jh. v. Chr. wurde Rom jedoch zur Sklavenhaltergesellschaft:[18] Die Entstehung von landwirtschaftlichen Großbetrieben verlangte nach Arbeitskräften,[19] wofür Gefangene[20] aus Kriegen außerhalb Italiens und Kaufsklaven von hellenistischen Sklavenmärkten[21] zum Einsatz kamen. Diese und Sklaven in Manufakturen[22] wurden seitdem in erster Linie als austauschbare[23] Produktionsmittel behandelt. Die rechtliche „Dehumanisierung" von Sklaven manifestierte augenfällig die *lex Aquilia* (→ § 92), die ab dem 3. Jh. v. Chr. bei Tötung oder Verletzung eines fremden Sklaven nicht mehr Buße,[24] sondern Ersatz für den Vermögensschaden vorschrieb. Ausbeutung und Willkür provozierten zu individuellem (→ §36 Rn. 36–38) wie auch kollektivem Widerstand: Dessen Höhepunkte waren die großen Sklavenaufstände des späten 2. und frühen 1. Jh. v. Chr. in Sizilien und Süditalien. Nach Niederschlagung des Spartacus-Aufstandes (71 v. Chr.) fanden keine vergleichbaren Massenerhebungen mehr statt.[25]

(1975) 86 Fn. 22. Lit.: *Humbert/Lewis/Crawford*, RS II 607; *Flach*, Gesetze 166–169; *Hagemann*, Iniuria (1998) 1–47; *Scheibelreiter*, in: Rollinger et al., Strafe und Strafrecht (2012) 23; zur Wertrelation weiters *Rix*, Unfreiheit (1994) 54 und *Bellen*, Misc. Mainzer Akademie 13 f.

[18] *Kaser*, RP I 283 f.; *Brockmeyer*, Sklaverei (1987) 156–166. Epigraphisch dokumentierbar ist dieser Wandel nicht (*Bruun*, OH RE 605).

[19] Statt vieler *Hunt*, Slavery (2018) 54–59.

[20] Belege und Zahlenangaben bei *Bradley*, in: Finley, Classical Slavery (1987) 42–49; *Volkmann*, Massenversklavungen (1990); *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 121 f.; *Harper*, Slavery (2011) 67; *Welwei*, s. v. Kriegsgefangenschaft, HAS II (2017) 1691–1697.

Konkrete Herkunftsangaben für Individuen sind selten überliefert (z. B. CIL 10.1971 = ILS 8193 = AE 1999, 455 *Hierosolymitana captiva*/Gefangene aus Jerusalem; *Bruun*, OH RE 606 f.). Zur ethnischen und kulturellen Diversität unter Sklaven, die ihnen gemeinsamen Widerstand erschwerte, vgl. *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 245–250.

[21] Auf dem Sklavenmarkt der Insel Delos konnten angeblich mehrere zehntausend Sklaven pro Tag umgesetzt werden (Str. 14,5,2). Lit.: *Schumacher*, Sklaverei (2001) 50–54; *Bodel*, JRA 18 (2005) 181 f.; *Scheidel*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 297; *Silver*, Klio 98 (2016) 192 f.

[22] Vgl. *Prachner*, Sklaven (1980); *Fülle*, JRS 87 (1997) 111–155; *Cerami/Petrucci*, Diritto commerciale [2](2004) 64–76.

[23] „Entpersönlichend" wirkte auch die willkürliche Neubenennung durch den Herrn (*Joshel*, Slavery (2010) 95; *Bruun*, OH RE 607–609). Von den Blankettnamen der Rechtsquellen (*Morabito*, Réalités (1981) 136–141) war nur „Eros" auch praktisch verbreitet (*Solin*, Misc. Mainzer Akademie 307–330).

Agrarschriftsteller ordneten Sklaven und Tiere verwandten Kategorien zu (*instrumenti genus vocale et semivocale* / „sprechendes und halbsprechendes Werkezeug"; Varro rust. 1,17,1). Juristen zogen gelegentlich Analogien von Tieren auf Sklaven (Fest. s. v. *postliminium* p. 244 L; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.8; Gai. 3.212). Lit.: *Watson*, XII Tables (1975) 86; *Bradley*, JRS 90 (2000) 110–125; *Harper*, Slavery (2011) 335; *Aubert*, CRDF 10 (2012) 20 f.; *Joshel/Hackworth Petersen*, Material Life (2014) 142–147; *Hindermann*, s. v. Esel, HAS I (2017) 860 f.; zu Iul. amb. sing. D. 32.62 s. *Perry*, Gender (2014) 18.

[24] *Serrao*, Diritto privato I[2] (1999) 266 f.; *Buchwitz*, s. v. Zwölftafelgesetz, HAS III (2017) 3283 und die Lit. in Fn. 17; vorsichtiger *Harke*, in: Hilgendorf et al., Slavery (2015) 52 f.

[25] Sklavenwiderstand: *Yavetz*, Slaves (1988); *Bradley*, Slavery and Rebellion (1989); *Rubinsohn*, Sklavenaufstände (1993); *Bradley*, Slavery and Society (1994) 107–131; *Herrmann-Otto*, Sklaverei

IV. Ökonomische und soziale Bedeutung

Im Prinzipat erreichte die Sklaverei im *imperium Romanum* demographisch und in ihrer sozialen und ökonomischen Bedeutung den Zenit:[26] Den größten Bevölkerungsanteil an Unfreien schätzt man für die Hauptstadt Rom und den Zentralraum Italien; reichsweit variierte er regional.[27] Produktion (Landwirtschaft, Manufaktur, Bergbau),[28] Ma-

(2009) 125–144; *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 362–384; *Bradley*, in: Herrmann-Otto, Sklaverei und Zwangsarbeit (2011) 355–386; *Harper*, Slavery (2011) 254–256; *Lenski*, in: Riess/Fagan, Topography of Violence (2016) 293–295; *Urbainczyk*, s. v. Aufstände/Unruhen, HAS I (2017) 283–294; zur epigraphischen Dokumentation *Bruun*, OH RE 621.

Spartacus-Aufstand: *Shaw*, Spartacus (2001); *Urbainczyk*, Spartacus (2004); *Brodersen*, Spartacus (2010); *Schiavone*, Spartaco (2011); *Parisi Presicce et al.*, Spartaco (2017); *Urbainczyk*, s. v. Spartacus, HAS III (2017) 2897–2906; zur Erwähnung des Spartacus bei Paul. 54 ed. D. 41.2.3.10 vgl. *Mayer-Maly*, SZ 121 (2004) 336–338; *Klingenberg*, Symp. Wieling 114 f.

[26] *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 101, 103; *MacMullen*, Historia 36 (1987) 359–382; *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 251.

[27] Mangels statistisch auswertbarer Quellen sind nur Schätzungen möglich; in der zweiten Hälfte des 20. Jh. wurde sogar von bis zu 35 % Sklaven in der Gesamtbevölkerung ausgegangen. Lit.: *Alföldy*, Sozialgeschichte (2011) 117; *Harrill*, Manumission (1995) 43 f.; *Schiavone*, Storia spezzata (1996) 121; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 123.

Die Modelle von Scheidel reduzieren den anzunehmenden Sklavenanteil im Gesamtreich auf 10–15 % und auf 20–30 % in Italien. Lit.: *Scheidel*, in: Scheidel, Roman economy (2012) 89–113; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 124; *Lo Cascio*, in: Roth, Sweat (2010) 21–30; *Joshel*, Slavery (2010) 8; *Verboven*, in: Bell/Ramsby, Impact of Freed Slaves (2012) 91; *Bruun*, OH RE 606; *Perry*, Gender (2014) 193 f. in Fn. 54; *Scheidel*, s. v. Demographie, HAS I (2017) 660–662; *Hunt*, Slavery (2018) 41–47. In absoluten Zahlen können am Ende der Republik höchstens 8 Millionen Sklaven im *imperium Romanum* gelebt haben (*Harris*, in: Scheidel et al., Economic History (2007) 527). Ägyptische Zensusdaten zeigen Sklaven in 13 % der Haushalte (*Scheidel*, in: Scheidel, Roman economy (2012) 90; zur Spätantike, *Harper*, Slavery (2011) 40–42). Für die Spätantike ist mit 10–15 % Sklaven, hauptsächlich in ländlichen Regionen, zu rechnen (*Harper*, Slavery (2011) 38–60; *Temin*, Market (2013) 136 f.). Zur Demographie der Freigelassenen: *Verboven*, in: Bell/Ramsby, Impact of Freed Slaves (2012) 89–92.

Die Relation von Sklavenpreisen und Durchschnittseinkommen machten im Prinzipat Sklaven für die Mehrheit der Bevölkerung unerschwinglich (*Ruffing/Drexhage*, FS Weiler 321–351). Dass etwa für Kleinhandwerker oft mehr als ein Sklave nicht finanzierbar war, spiegeln auch Rechtstexte (*Gamauf*, in: Heinen, Kindersklaven (2012) 236–243). Als herausstechende Einzelfälle vermerken demgegenüber Quellen aus dem 1. Jh. 400 Sklaven in einem stadtrömischen Haushalt oder 4.116 Sklaven im Besitz eines einzigen Herrn (Tac. ann. 14,43; Plin. nat. 33,135). 404 n. Chr. sollen Melania die Jüngere und ihr Mann sogar 24.000 Sklaven gehabt haben (*Finley*, Sklaverei (1981) 149; *Herrmann-Otto*, FS Weiler 359; *Grieser*, s. v. Melania die Jüngere, HAS II (2017) 1902–1904). Nach den Regelungen der *lex Fufia Caninia* zu schließen, waren Haushalte mit 500 und mehr Sklaven nicht bloß singulär (Gai. 1.43) (→ § 36 Rn. 53).

[28] *Schumacher*, Sklaverei (2001) 91–162; *Rosafio*, Colonato (2002) 49–109; *Harris*, in: Scheidel et al., Economic History (2007) 526–528; *Kehoe*, in: Scheidel et al., Economic History 543–569; *Bodel*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 311–336; *Scheidel*, in: Scheidel, Roman economy (2012) 89–113; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 144–160; *Harper*, Slavery (2011) 112–135; *Temin*,

nagement[29] (→ §103; § 104), Haushaltsarbeit und persönliche Dienstleistungen[30] lagen in den Händen von Unfreien. Aus Sklaven wurden ebenso gefeierte und hochprofitable Unterhaltungsstars (Gladiatoren, Wagenlenker, Schauspieler)[31] wie Ärzte,[32] Ammen, Erzieher oder Lehrer für die Kinder der Oberschichten etc. Ebenso erbrachten Sklaven und ihre Abkömmlinge beachtliche Beiträge zu Literatur, Philosophie und den Wissenschaften.[33] Nach dem 3. Jh. n. Chr. ging die Bedeutung der Sklaverei aus ökonomischen Gründen zurück;[34] neben dem Kolonat und anderen Formen beschränkter Freiheit[35]

Market (2013) 114–138; *Carlsen*, s. v. Landwirtschaft II. Roman Republic and Roman Empire, HAS II (2017) 1721–1725.

Kaum dokumentiert ist das Leben von Sklaven in der Landwirtschaft vgl. *Bruun*, OH RE 611; s. aber *Samson*, Historia 38 (1989) 99–110; *Roth*, Tools (2007); *Diederich*, in: Kabadayi/Reichardt, Unfreie Arbeit (2007) 149–165; *Harper*, Slavery (2011) 135–142, 144–200.

Zur Ausbeutung von Sklavenkindern: *Laes*, Children (2011) 148–221; *Gamauf*, in: Heinen, Kindersklaven (2012) 235–251.

[29] *Maxey*, Occupations (1938); *Morabito*, Réalités (1981) 79–101; *Joshel*, Occupational Inscriptions (1992); *Carlsen*, Vilici (1995); *Aubert*, Business Managers (1994); *Kehoe*, Investment (1997) 166–173; *Schumacher*, Sklaverei (2001) 163–180; *Longo*, Filius familias (2003) 9 Fn. 14; *Harper*, Slavery (2011) 121–128; *Bruun*, OH RE 612 f.; *Pulitanò*, Scr. Corbino VI 85–112; *Herrmann-Otto*, s. v. Berufe/Tätigkeiten II. Rom, HAS I (2017) 373–393.

Für die Wahl von unfreien Managern sprachen neben dem Fehlen der direkten Stellvertretung durch Freie auch die Disziplinarmittel, die einem *dominus* zur Verfügung standen (s. *Dari-Mattiacci*, J. Econom. Hist. 73 (2013) 98 f. und unten in Fn. 158).

[30] *Harrill*, Manumission (1995) 47 Fn. 163; *Glancy*, Slavery (2002) 42–45; *Schumacher*, Sklaverei (2001) 195–238; *Pennacchio*, Labeo 47 (2001) 104–125; *Blänsdorf*, Misc. Mainzer Akademie 448–450; *Harrill*, in: Balch/Osiek, Early Christian Families (2003) 235 f.; *Hasegawa*, Familia Urbana (2005); *Harper*, Slavery (2011) 103–112; *Bruun*, OH RE 612; *Ligios*, Scr. Corbino IV 301–321; *Simonis*, Cum servis (2017) 117–122.

[31] *Horsmann*, Wagenlenker (1998) 155 f.; *Weiler*, s. v. Sport, HAS III (2017) 2907–2913; *Fugmann*, s. v. Wagenlenker, HAS III (2017) 3237–3241; Schauspieler: Cic. Q. Rosc. 28–29; Plin. nat. 7,128–129.

[32] *Harrill*, Manumission (1995) 47 Fn. 163.

[33] S. z. B. die Auflistung bei *Shaw*, in: Flower, Roman Republic (2014) 194–196; *Fondermann*, s. v. Literaturbetrieb, HAS II (2017) 1795.

[34] Z. B. *MacMullen*, Historia 36 (1987) 377–382; *Lenski*, s. v. Spätantike, HAS III (2017) 2883 f.; *Hunt*, Slavery (2018) 210–215.

[35] Aus der Landpacht (insb. Teilpacht) entstand ab dem 3. Jh. n. Chr. der Kolonat, sobald einzelne Kaiser der Behinderung des Abzuges der *coloni*/Pächter bei Vertragsende nicht mehr entgegentraten (so noch Philipp. C. 4.65.11 [a.244]; zum klassischen Recht Hadrian bei Call. 3 fisc. pop. D. 49.14.3.6). Ab dem 4. Jh. näherte sich (wegen Sklavenmangels und aus Steuergründen) die Rechtsstellung der Kolonen bald an die von Sklaven an; vgl. Const. Cod. Theod. 5.17.1.1 (a.332); Arcad./Honor. C. 11.50.2 (o.A.); Theodos./Arcad./Honor. C. 11.52.1 (o.A.); Valentin./Valens/Grat. C. 11.53.1 (a.371). Die Regelungen differierten nach Provinz (C. 11.51–53). *Coloni* (*adscripticii, inquilini, censiti* etc.) waren schollengebunden, vindizierbar und wurden zusammen mit dem Land verkauft, das sie zu bewirtschaften hatten (Arcad./Honor. C. 11.50.2.1 [o.A.]). Sie konnten ihre Ehepartner nicht mehr frei wählen etc. Diese Regeln prägten noch die Behandlung der Hörigen und Leibeigenen in den Germanenrechten und danach. Die neuere Literatur sieht nunmehr die Existenz

existierte sie in byzantinischer Zeit und im Frühmittelalter weiter. Das römische Sklavenrecht beeinflusste auch Regelungen bis in die Neuzeit.[36]

Sklaven bildeten ökonomisch, sozial und z. T. auch rechtlich eine äußerst inhomogene Gruppe (→ § 36 Rn. 16–19): Das untere Ende des Spektrums nahmen etwa zum Tod oder zur Bergwerksarbeit Verurteilte,[37] Gladiatoren[38] oder Prostituierte[39] und Zuhälter ein.[40] Unfreie Manager in Produktion, Handel und Landwirtschaft, die *dispen-* 6

---

eines uniformen „spätantiken Kolonats“ mit Skepsis.

Lit.: *Kaser*, RP II 142–150; *Voss*, Symp. Wieacker (1985) 117–184; *Panitschek*, SZ 107 (1990) 137–154; *Johne*, in: Johne, Gesellschaft und Wirtschaft (1993) 64–99; *Sirks*, SZ 110 (1993) 331–369; *Giliberti*, Servi (1999); *Santilli*, FS Serrao 275–291; *Rosafio*, Colonato (2002); *Weßel*, Tablettes (2003); *Höbenreich*, OIR 9 (2004) 55–71; *Koptev*, ABzF (2005) 39–71; *Wiese*, Bauern (2006) 51–70; *Grey*, JRS 97 (2007) 155–175; *Sirks*, JRS 98 (2008) 120–143; *Höbenreich*, RIDA 54 (2007) 275–292; *Schmidt-Hofner*, Regierungsstil (2008); *Schipp*, Kolonat (2009); *Grey*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 502–506; *Harper*, Slavery (2011) insb. 153–155; *Liebs*, HRG, s. v. Kolonat, Kolone, 1957–1960; *Koptev*, ACost. XVIII 305–339; *Rosafio*, s. v. Adscripticius, HAS I (2017) 28–30; *Marcone/Rosafio*, s. v. Kolonat, HAS II (2017) 1644–1660; *Drinkwater/Roth*, s. v. Laeti, HAS II (2017) 1715–1717; *Rosafio*, s. v. Servitus terrae, HAS III (2017) 2566–2568.

Ähnliche Freiheitsbeschränkungen betrafen weitere Personengruppen (Dekurionen, Purpurschneckensammler etc.). Lit.: *Murga*, St. Biscardi IV 545–585; *Wieling*, Ess. Pool 419–424.; *Wieling*, CRRS I 12–14; *Bondue*, Servus (2011) 52–55; *Baumann*, Freiheitsbeschränkungen (2014); *Rosafio*, s. v. Originarius, HAS II (2017) 2104 f.

[36] *Nehlsen*, Sklavenrecht (1972); *Voss*, Symp. Wieacker (1985) 117–184; *Crone*, Law (1987); *Watson*, Slave Law (1989); *Grieser*, Sklaverei (1997); *Melluso*, Schiavitù (2000); *Nehlsen*, Misc. Mainzer Akademie 505–521; *Nehlsen*, in: Scholler/Tellenbach, Unfreie Arbeit (2005) 31–55; *Hallebeek*, Ess. Pool 121–135; *Rüfner*, Symp. Wieling 201–221; *Mignot*, Hom. Annequin II 551–563; *Rotman*, Slavery (2009); *Sturm*, St. Metro VI 223–247; *Harper*, Slavery (2011) insb. 497–509; *Bondue*, Servus (2011); *Grey*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 482–509; *Allain*, Understanding of Slavery (2012); *Peabody*, in: Eltis/Engerman, History of Slavery III (2011) 594–630; *Rio*, Slavery (2017); *Rüfner*, s. v. Glossatoren/Kommentatoren, HAS II (2017) 1200–1202; *Korzilius*, s. v. frühneuzeitliches Sklavenrecht, HAS III (2017) 2647–2682.

[37] *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 141, 153; *Salerno*, Metalla (2003); *Millar*, Rome II 120–150; *Salerno*, Aspetti (2009) 35–88; *Wacke*, Scr. Melillo III 1487–1489; *Grey*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 499; *Groen-Vallinga/Tacoma*, in: De Vito/Lichtenstein, Convict Labour (2015) 49–78; *Sanna*, Scr. Corbino VI 473–503; weitere Lit. auch in Fn. 145.

[38] *Horsmann*, Misc. Mainzer Akademie 225–241; *Salerno*, Aspetti (2009) 35–51; *Ebner*, SZ 129 (2012) 245–285; *Kyle*, s. v. Gladiatur, HAS II (2017) 1191–1196.

[39] *Gardner*, Frauen (1995) 225 f.; *Stumpp*, Prostitution (1998); *McGinn*, Prostitution (1998); *Schumacher*, Sklaverei (2001) 230–238; *McGinn*, Economy (2004); *Harper*, Slavery (2011) 304–314; *Harper*, Shame (2013); *Rainer*, St. Labruna VII 4639–4655; *Perry*, Gender (2014) 29–36; *Rainer*, Ess. Sirks 627–640; *McGinn*, s. v. Prostitution II. Rome, III. Late Antiquity, HAS II (2017) 2354–2358.

Zu spätantiken Prostitutionsverboten (z. B. Theodos./Valentin. C. 1.4.12 und C. 11.41.4 [a.428]): *Waldstein*, ACost. VIII 141; *Carcaterra*, ACost. VIII 166 f.; *Galgano*, Index 24 (1996) 333–340; *Melluso*, Schiavitù (2000) 104–107; *Tafaro*, FS Knütel 1263–1266; zur Prostitution als Strafe: *Selinger*, in: Piro, Règle (1999) 491–505; *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 92; *Robinson*, Penal practice (2007) 191; *Grey*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 499.

[40] Der unfreie *leno*/Kuppler, der Prostituierte in seinem *peculium* hatte, war nach Freilassung

satores/Geldverwalter der Reichen oder *servi Caesaris* am Kaiserhof hatten „Spitzenpositionen“,[41] mit denen sie ökonomisch und prestigemäßig weit über dem Großteil der freien Bevölkerung rangierten.[42] Deswegen war manchmal sogar ein Freiheitsverlust akzeptabel, um Geldverwalter zu werden (→ § 36 Rn. 27) oder eine eheähnliche Lebensgemeinschaft mit einem (kaiserlichen) Sklaven aufrecht zu erhalten (→ § 36 Rn. 26).

V. Sklaverei und Naturrecht

7 Spätklassische Juristen anerkannten – anders als griechische Denker[43] – einen Widerspruch zwischen der im *ius gentium* verankerten Sklaverei und der allgemeinen Freiheit[44] und Gleichheit[45] des *ius naturale* (→ § 3 Rn. 33 f; § 6 Rn. 253).[46] Sie leiteten

---

infam (Ulp. 6 ed. D. 3.2.4.3). Lit.: *Riggsby*, SZ 112 (1995) 423–427; *McGinn*, Prostitution (1998) 55–58; *McGinn*, Economy (2004) 34 f.; *Mattiangeli*, Lib. Am. Végh 91–116; (→ § 28 Rn. 14). Kein Makel traf dagegen „ehrenwerte“ Männer, wenn sie aus der Prostitution nur mittelbar profitierten (Ulp. 15 ed. D. 5.3.27.1).

[41] Zu „privilegierten“ Sklaven in den Digesten s. *Morabito*, Index 13 (1985) 477–490. Dazu zählten: *vilici*/Gutsverwalter (*Carlsen*, Vilici (1995); *Chiusi*, SZ 108 (1991) 155–186); Manager (*Aubert*, Business Managers (1994)); *dispensatores* (Definition in Gai. 1.122; *Schäfer*, Misc. Mainzer Akademie 211–223); vor allem aber die *servi Caesaris*/kaiserlichen Sklaven (*Boulvert*, Esclaves (1970); *Kaser*, RP I 285; *Weaver*, Familia (1972); *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 145–151; *Winterling*, Aula (1999); *Schumacher*, Misc. Mainzer Akademie 331–352; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 181–190; *Mouritsen*, Freedman (2011) 93–109; *Bruun*, OH RE 617 f.). Zur „Statusinkonsistenz“ zwischen der hohen sozialen Position und juristischer Unfreiheit vgl. z. B. *Harrill*, Manumission (1995) 48 f. S. weiters auch in Fn. 82.

[42] Grafisch veranschaulicht bei *Alföldy*, Sozialgeschichte [4](2011) 125.

[43] Lit. zur Legitimierung der Sklaverei bei Platon und Aristoteles und zu den „Sklaven von Natur“: *Milani*, Schiavitù (1972) 78–139; *Klees*, Herren (1975) 200–219; *Cambiano*, in: Finley, Classical Slavery (1987) 22–41; *Garnsey*, Ideas of slavery (1996); *Flaig*, in: Hoff/Schmidt, Konstruktionen (2001) 27–49; *Klees*, Laverna 13 (2002) 91–117; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 23–26, 277–281; *Zelnick-Abramovitz*, Concept (2005) 33–37; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 17–22; *Tafaro*, FS Knütel 1236 f.; *Hunt*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 35–45; *Monoson*, in: Alston et al., Ancient Slavery (2011) 133–151; *duBois*, Slavery (2010) 54–66; *Ramelli*, Social Justice (2016) 26–76; *Schütrumpf*, s. v. Aristoteles, HAS I (2017) 180–208; *Schütrumpf et al.*, s. v. Theorien der Sklaverei, HAS III (2017) 3034–3053; *Hunt*, Slavery (2018) 193–197; zur Position Ciceros: *Dumont*, Servus (1987) 635–687; *Blänsdorf*, Sklaverei (2016).

[44] Die Freiheit war auch nicht in Geld schätzbar oder ablösbar (Paul. 2. ed. D. 50.17.106; Ven. 15 stip. D. 46.8.8.2; Paul. sent. 5.1.1). Das erklärt den Grundsatz, dass für Beschädigung des Körpers eines Freien nicht Geldersatz zustand, weil auch dieser keiner Geldbewertung zugänglich war (*liberum corpus aestimationem non recipit*; s. *Manfredini*, SDHI 76 (2010) 335–382) (→ § 92 Rn. 63). Ähnliche Gedanken legte schon Cn. Naevius (ca. 270–201 v. Chr.) in der Komödie *Agitatoria* einem Sklaven in den Mund: *potioremque habui libertatem multo quam pecuniam*/„viel höher habe ich die Freiheit geschätzt als das Geld“ (*Warmington*, Remains II (1936) 74).

Ein *pactum* konnte den *status* nicht ändern (Call. 2 quaest D. 40.12.37; Diocl./Max. C. 7.16.10

jedoch daraus weder eine Antinomie noch Anlass zur Kritik oder gar Ablehnung[47] gegenüber der Institution ab: Mit *ius naturale* verwiesen Juristen vielmehr auf einen vorgestellten, vorrechtlich präzivilisatorischen (Natur-)/Zustand („goldenes Zeitalter"),[48] der noch keine Kriege und folglich auch keine Sklaverei gekannt hätte. Grundsätzliche Kritik an der Institution übten römische wie christliche[49] Denker nicht.[50] Die

---

[a.293]; vgl. auch Scaev. 7 dig. D. 18.7.10; Diocl./Max. C. 7.16.22 [a.293]; Const. C. 8.46.10 [a.323]); auch nicht die unrichtige Beurkundung des *status* (Pap. 3 quaest. D. 1.5.8) oder Annahme der *litis aestimatio* durch einen *adsertor libertatis*/Fürsprecher der Freiheit (s. bei Fn. 337). Lit.: *Crifò*, St. Nicosia III 56 f.; *Wieling*, CRRS I 15 f.; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 248; *Connolly*, Lives (2010) 121 f.; weiters (→ § 36 Rn. 27–29).

Zur Gegenüberstellung von Sklaverei und Freiheit bei Juristen s. Flor. 9 inst. D. 1.5.4; Pap. 19 quaest. D. 40.5.21 (mit *Silla*, Cognitio (2008) 79 f.; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 53). Lit.: *Schrage*, Libertas (1975); *Crifò*, St. Nicosia III 57–65 und in Fn. 46.

Im politischen Denken der Antike wurde das Konzept der Freiheit als Gegensatz zur Sklaverei entwickelt. Lit.: *Bleicken*, s. v. Römische libertas, Brunner/Conze/Koselleck, Gesch. Grundbegr. II 431; *Albanese*, Persone (1979) 20; *Patterson*, Freedom I (1991) XIII; *Harrill*, Manumission (1995) 13; *Herrmann-Otto*, Misc. Mainzer Akademie 174 f.; *Plácido Suarez*, Hom. Annequin II 467–473; *Bradley*, OH RS 624–636; *Stolfi*, BIDR 108 (2014) 139–178; *Genovese*, s. v. Libertas, HAS II (2017) 1779–1787; zum politischen Diskurs der späten Republik im Speziellen s. *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 259.

[45] Römische Juristen erwarteten – anders als Aristoteles – bei Sklaven keine intellektuelle Unterlegenheit (Paul. 17 ed. D. 5.1.12.2 [s. auch Fn. 67]; Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.18 pr.).

[46] Ulp. 1 inst. D. 1.1.4; Flor. 9 inst. D. 1.5.4 (= Inst. 1.3.1–3); Marcian. 1 inst. D. 40.11.2; Ulp. 43 Sab. D. 50.17.32; Tryph. 7 disp. D. 12.6.64. Lit.: *Schrage*, Libertas (1975); *Didier*, SDHI 47 (1981) 247–252, 256 f.; *Kaser*, Ius gentium (1993) 75–79; *Waldstein*, SZ 111 (1994) 38–40; *Herrmann-Otto*, Ex ancilla natus (1994) 23 f.; *Querzoli*, Fiorentino (1996) 109–131; *Schiavone*, in: Moggi/Cordiano, Schiavi e dipendenti (1997) 173–182; *Waldstein*, Misc. Mainzer Akademie 31–49; *Filip-Fröschl*, St. Labruna III 1851–1872; *Starace*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 497–518; *Tafaro*, FS Knütel 1232–1246; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 26–28; *Donati*, ACost. XVII.1 104–109; *Elia*, ACost. XVII.1 237–255; *Mouritsen*, Freedman (2011) 14–20; *Ortu*, Schiavi (2012) 17 f.; *Pesaresi*, Peculio (2012) 139; *Stolfi*, BIDR 108 (2014) 139–178; *Giltaij*, OH RLS 195 f.; *Avenarius*, CRRS IV.3 15 f.

Die laut Ulp. 1 inst. D. 1.1.1.3 zum *ius naturale* zählende Ehe stand Unfreien dennoch nicht offen (*Willvonseder*, CRRS IV.1 23 f.) (→ § 36 Rn. 12).

[47] Vgl. dagegen § 16 ABGB: „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Sclaverey oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet."
Freilassung wurde auch nicht als Wiederherstellung dieser natürlichen Freiheit verstanden (*Klees*, Laverna 13 (2002) 106 f., 111).

[48] *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 242; *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 449 f. Analog rechtfertigte Augustinus die Sklaverei als Strafe für den Sündenfall (s. *Ramelli*, Social Justice (2016) 152–159).

[49] *Kaser*, RP II 123; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 98–102; *Albanese*, Persone (1979) 108 Fn. 437; *Yavetz*, Slaves (1988) 117; *Bradley*, Slavery and Society (1994) 145–153; *Gaudemet*, Et. Ankum I 112–114; *Klein*, Haltung (2000); *Melluso*, Schiavitù (2000) 257–277; *Klein*, Misc. Mainzer Akademie 401–425; *Hattenhauer*, Symp. Wieling 59–82; *Herrmann-Otto*, FS Weiler 356–360; *duBois*,

Auflösung des Spannungsverhältnisses durch die Jurisprudenz zeigt deren Etymologie des Wortes *servus*/Sklave: Dieses wurde mit *servare*/retten anstelle des offensichtlicheren *servire*/dienen[51] verknüpft.[52] Die Rechtfertigung zur Versklavung der Besiegten lag also darin, dass die Alternative deren Tod gewesen wäre; die Unfreiheit *contra naturam* war demgemäß das geringere Übel, der Preis für die Verschonung in oder nach der Schlacht.[53]

Slavery (2010) 66–69; *Glancy*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 462 f., 468–480; *Harper*, Slavery (2011) 209–214; *Hasse-Ungeheuer*, in: Herrmann-Otto, Sklaverei und Zwangsarbeit (2011) 143–147; *Grieser*, ThQ 192 (2012) 2–20; *Faro*, Scr. Corbino II 561 f. Fn. 52; *Welwei*, s. v. Sklaverei, HAS III (2017) 2723.

Zur christlichen Sklavereikritik: *Ramelli*, Social Justice (2016); *Ritter*, s. v. Christentum, HAS I (2017) 543–561; zur stabilisierenden Wirkung des Christentums *McKeown*, in: Hodkinson/Geary, Slaves and Religions (2012) 279 f., 291–300. Die Ablehnung der Sklaverei durch das Christentum und Bestrebungen zu ihrer Beseitigung behauptet dagegen *Caron*, St. Biscardi IV 311–323. Keine christlichen Tendenzen in der Sklavengesetzgebung Konstantins erkennen *Waldstein*, ACost. VIII 133, 144; *Tate*, JLR 24 (2008/09) 132, 134; *Lenski*, ACost. XVIII 236 (mit Lit. zur Gegenposition in Fn. 4); positiver noch *Kaser*, RP II 123.

Zum christlichen Einfluss auf das Sklavenrecht vgl. *Langenfeld*, Christianisierungspolitik (1977); *Albanese*, Persone (1979) 111; *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 159–166; *Harper*, Slavery (2011) 471–474; für zahlreiche kirchliche Anstöße zur Gesetzgebung bezüglich der Sklaverei auch *Carcaterra*, ACost. VIII 147–179.

Die Freilassung von *servi ecclesiae*/Sklaven im Eigentum von Klöstern oder der Kirche wurde allerdings erschwert. Lit.: *Kaser*, RP II 123; *Grieser*, Sklaverei (1997) 144–146; *Herrmann-Otto*, FS Weiler 359; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 213; *Grieser*, in: Priesching/Grieser, Theologie und Sklaverei (2016) 63. Andererseits finanzierten christliche Gemeinden auch Sklavenfreilassungen, um Konvertiten zu gewinnen (*Harrill*, Manumission (1995) 178–182). Ansonsten förderte bzw. forderte die Kirche Freilassungen nicht (*Garnsey*, Ideas of slavery (1996) 98–101; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 202 f.). Zur *manumissio in ecclesia* (→ § 36 Fn. 77).

Justinian motiviert seine Reformen im Sklavenrecht mit christlich geprägter Humanität (Inst. 1.6.2; 3.2.7; 3.6.10; skeptisch *Welwei*, s. v. Sklaverei, HAS III (2017) 2723).

[50] Zur antiken Sklavereikritik *Yavetz*, Slaves (1988) 115–118; *Garnsey*, Ideas of slavery (1996) 64–86, 237–243; *Ramelli*, Social Justice (2016). Stoa und Christentum betonten die vom rechtlichen *status* losgelöste innere Freiheit des Individuums (z. B. Sen. epist. 47,17) und hinterfragten die Sklaverei als bloß sekundären, „äußerlichen" Zustand daher nicht. Dazu und zum stoischen Einfluss auf die Rechtsentwicklung z. B. *Kaser*, RP I 284; *Manning*, ANRW II.36.3 1518–1543; *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 427–429; *Huwiler*, Mél. Wubbe 207–272; *Cavallini*, Labeo 40 (1994) 72–86; *Harrill*, Manumission (1995) 25–27; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 122; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 22–34, 209–213; *Harper*, Slavery (2011) 345–348; *Hunt*, Slavery (2018) 197–201.

Die neuere Forschung erkennt keine stoischen Ideen in den Vorschriften zum Sklavenschutz mehr (→ § 36 Rn. 34), sondern in erster Linie Pragmatismus. Lit. (und Nachweise der Gegenpositionen): *Gaudemet*, Et. Ankum I 110 f.; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 117–135; *Glancy*, Slavery (2002) 137; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 198; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 7–10; *Gardner*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 432; *Klinck*, SZ 129 (2012) 724–735; *Wojciech*, Stadtpräfektur (2010) 83 f.; *Mouritsen*, Freedman (2011) 142 Fn. 103; *Longchamps de Bérier*, Abuso (2013) 24, 32–34; *Giltaij/Tuori* in: Slotte/Halme-Tuomisaari, Human Rights (2015) 39–63; anders *Nogrady*, Strafrecht (2006) 258 f.; *Cursi*, BIDR 106 (2012) 272 f.; *Avenarius*, CRRS IV.3 14–16.

[51] So aber Isid. diff. 526,63.

[52] Flor. 9 inst. D. 1.5.4.2 (= Inst. 1.3.3); Pomp. ench. sing. D. 50.16.239.1; Isid. orig. 5,27,32;

VI. Person und Sache

1. Allgemeines

Der allgemeine Terminus für Unfreie war *servus* (weibl. *serva* oder *ancilla*).[54] Termini wie *mancipium*[55] oder *homo*/Mensch[56] bezeichneten Sklaven (primär) als Rechtsobjek- 8

9,4,43; Isid. diff. 525,63. Trotz des offenkundig ideologischen Motivs der Juristen dürfte diese Etymologie im Kern jedoch zutreffen: *Servus* geht mittelbar zurück auf altitalisch „*serwo-*“, d. h. „Hirte; jemand der die Herde bewahrt“. Lit.: *Żeber*, Peculium (1981) 38; *Lambertini*, Scr. Guarino V 2385–2394; *Rix*, Unfreiheit (1994) 54–87; *de Vaan*, Etymol. Dict., s. v. servus; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 112; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 26 Fn. 50; *Pârvulescu*, IndogermF 115 (2010) 190–197; *Babusiaux*, Ess. Winkel I 45 f. Skeptisch zur Herleitung aus *servare*: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 3 Fn. 3; *Harrill*, Manumission (1995) 32; *Wieling*, CRRS I 4, 42; *Waldstein*, in: Scholler/Tellenbach, Unfreie Arbeit (2005) 14 f.; *Harper*, Slavery (2011) 34 Fn. 6; *Ortu*, Schiavi (2012) 20; *Avenarius*, CRRS IV.3 4; *Zehnder*, s. v. Servus (Etymologie), HAS III (2017) 2569–2571; weitere Erklärungsversuche bei *McClintock*, Servi della pena (2010) 127 f. in Fn. 15 und 16.

[53] S. auch Fest. s. v. *Quot servi tot hostes* p. 314 L. Dem ehemaligen Sklaven Publilius Syrus erschien dagegen der Tod als besser (Publ. Syr. O 9; dazu *Harrill*, Manumission (1995) 1); zum Selbstmord aus Angst vor Versklavung *Bradley*, Slavery and Society (1994) 44.

Vor Einführung der Sklaverei mag Besiegten vielleicht unterschiedslos der Tod gedroht haben (*Yavetz*, Slaves (1988) 123). Später zog man der Siegerwillkür Grenzen; vgl. *Crifò*, St. Nicosia III 47, 52 f. unter Verweis auf *Nörr*, Aspekte (1989) 74 f.; weiters *De Martino*, Wirtschaftsgeschichte [1](1985) 85 f. Bei Livius enden die Schilderungen der frühen Kriege stereotyp mit Aufzählungen der getöteten und versklavten Feinde (*capti aut caesi* o. Ä.: Liv. 3,18, 19, 61; 4.61; 7,17, 19; 10,2, 15, 20, 34, 36, 46).

Das Tötungsrecht des Siegers und dem Sklaven vorerst „gestundete“ Tod legitimierten das *ius vitae necisque*. Lit.: *Wiedemann*, Emperors (1992) 104; *Bradley*, Slavery and Society (1994) 26; *Westbrook*, Historia 48 (1999) 222; *Tafaro*, FS Knütel 1243 f., 1255; *Zelnick-Abramovitz*, Concept (2005) 57; *Lenski*, in: Riess/Fagan, Topography of Violence (2016) 275. Auch die Schuldsklaverei (*trans Tiberim*) kann als Milderung gegenüber der sonstigen Tötung eines nicht ausgelösten Schuldners interpretiert werden (12 T. 3.6; dafür *Waldstein*, in: Scholler/Tellenbach, Unfreie Arbeit (2005) 16; *Waldstein*, s. v. Humanitas II. Humanitas im römischen Recht, HAS II (2017) 1455–1457).

Die Aussicht auf Freilassung soll die Sklaverei erträglich gemacht haben (so *Waldstein*, Misc. Mainzer Akademie 47 und *Waldstein*, in: Scholler/Tellenbach, Unfreie Arbeit (2005) 15). *Dumont*, Servus (1987) 634 beurteilt sie nur als transitorischen Zustand, da jeder Sklave ein potentieller Bürger war; zum Bürgerrecht nach Freilassung (→ § 36 Rn. 45); dazu kritisch *Gardner*, Citizen (1993) 14. Die Masse der Versklavten starb wohl unfrei (→ § 36 Rn. 46).

[54] S. *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 2 f.; *Capogrossi Colognesi*, in: Bieżuńska-Małowist/Kolendo, Colloque Nieborów (1979) 171–196; *Morabito*, Réalités (1981) 119–142; *Castello*, St. Biscardi I 105 f.; *Rix*, Unfreiheit (1994) 11–34, 54–87; *Tafaro*, FS Knütel 1227–1230; *Busch*, s. v. Sklaventerminologie II. Rom, HAS III (2017) 2699–2707.

[55] Z. B. in der Bezeichnung des ädilizischen Ediktes *De mancipiis vendundis* (→ § 79 Rn. 314). Abgeleitet von *manu capere*: Flor. 9 inst. D. 1.5.4.3; Inst. 1.3.3; Isid. orig. 9,4,45; Isid. diff. 525; auch Auson. Biss. 3,3–4; s. auch in Fn. 128. Zum Begriff: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 3; *Castello*, St. Biscardi I 106; *Tafaro*, FS Knütel 1231; *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 157 f.

[56] Als Beispiel für körperliche Sachen (z. B. Gai. 2.13–14) oder in Klageformeln (z. B. Gai. 4.93; 4.160; Paul. 6 ed. D. 6.1.6). Lit.: *Kaser*, RP I 285; *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 399; *Tafaro*, FS Knütel 1250 f.; *Avenarius*, CRRS IV.3 17 Fn. 124.

te. Herabsetzend wurden Unfreie jeden Alters als *puer*/Knabe und *puella*/Mädchen gerufen.[57]

9 Ein Sklave war Person[58] und Sache zugleich.[59] Die sog. *dominica potestas*/Herrengewalt[60] des *ius gentium* beinhaltete Disziplinarbefugnisse (*ius vitae necisque*) und gab dem Herrn/Eigentümer das Anrecht auf sämtlichen Erwerb des Sklaven (Gai. 1.52 = Gai. 1 inst. D. 1.6.1.1 = Inst. 1.8.1) (→ [redacted], → [redacted]).[61] Sklaven zählte das *ius civile* zu den *res mancipi*; die *dominica potestas* hatte der bonitarische Eigentümer (→ [redacted]).[62] Als *res* wurden Sklaven den allgemeinen sachen-,[63] schuld- oder erbrechtlichen Regeln unter-

---

[57] Paul. 2 epit. Alf. dig. Lab. D. 50.16.204; *Gamauf*, in: Heinen, Kindersklaven (2012) 233–235; *Harper*, Slavery (2011) 332; zur Gleichsetzung von Sklaven und Kindern bei Aristoteles *Rizzelli*, Scr. Melillo II 1055 f. Deswegen trugen Sklaven ursprünglich Namen wie *Marcipor* (*Marci puer* – Sklave des Marcus) etc. (Quint. inst. 1,4,26); dazu *Cheesman*, CQ 59 (2009) 511–531; *Bruun*, OH RE 607–609; s. auch oben in Fn. 23.

[58] Manche sehen diese „Doppelnatur" erst als Folge der legislativen Maßnahmen zugunsten von Sklaven im 2. Jh. (*Honoré*, Ulpian (2002) 84–89; *Tafaro*, FS Knütel 1257).

[59] *Kaser*, RP I 285; *Behrends*, in: Dilcher/Horn, Sozialwissenschaften IV (1978) 29 f.; *Albanese*, Persone (1979) 108 f.; *Morabito*, Réalités (1981) 35–60; *Dumont*, Servus (1987) 95–106; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 46–101; *Huwiler*, Mél. Wubbe 207–272; *Harrington*, Labeo 40 (1994) 236–245; *Bretone*, Fondamenti (1998) 141; *Spengler*, GS Blomeyer 271–283; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 99, 136, 220; *Tafaro*, FS Knütel 1247 f.; *Rinolfi*, Diritto@Storia 9 (2010) Kap. 2; *Du Plessis*, Ess. Rodger 157–165; *Avenarius*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 13 f.; *Harke*, in: Hilgendorf et al., Slavery (2015) 49–58; *Avenarius*, CRRS IV.3 1, 3 f., 13, 16–19; *Di Nisio*, Index 44 (2016) 148 Fn. 28; *Spengler*, s. v. Homo et res, HAS II (2017) 1444–1447.

[60] Der in der Forschung verbreitete Terminus *dominica potestas* erscheint einmalig bei Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.10; zur Polysemie von *postestas* s. auch Paul. l. Fuf. Can. sing. D. 50.16.215.

[61] *Gamauf*, s. v. Erwerb durch Sklaven, HAS I (2017) 843–847; *Knoch*, s. v. Herr/Herrin II. Rom, III. Spätantike, HAS II (2017) 1398–1403; *Schiemann*, s. v. Potestas (dominica, patria), HAS II (2017) 2316–2319. Inhaltlich glich sie insoweit der *patria potestas* (→ § 34 Rn. 7). Beispiele für die synonyme Verwendung von *pater familias* und *dominus* gibt *Saller*, CPh 94 (1999) 187, 191 f. Die auch eine Hinrichtung erlaubenden Disziplinarbefugnisse waren personenrechtlicher Natur und nicht Eigentumsinhalt (*abutendi potestas*); *Gamauf*, Licet confugere (1999) 100 f.; *Wimmer*, s. v. Eigentum an Sklaven, HAS I (2017) 776; anders *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 426.

[62] Gai. 1.54; Ulp. reg. 19.20: *Thomas*, in: Du châtiment dans la cité (1984) 504; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 97.

Zu *servi communes*/Sklaven im Miteigentum s. *Albanese*, Persone (1979) 165; *Melluso*, Schiavitù (2000) 175–177; *Wagner-Reitinger*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 181–198; *Wimmer*, s. v. Miteigentum an Sklaven II. Römisches Recht, HAS II (2017) 1963–1965. Das Miteigentum an Sklaven betrachtet *Di Porto*, Manager (1984) als Instrument zur Organisation gemeinschaftlicher Wirtschaftstätigkeiten; contra z. B. *Bürge*, SZ 105 (1988) 856–865; s. weiters *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010); *Rainer*, CRRS IV.2/5/6 und auch (→ § 102 Rn. 76).

[63] Herrenlos, aber nicht frei, waren derelinquierte Sklaven (z. B. zwecks Vermeidung einer Noxalhaftung [Ulp. 37 ed. D. 9.4.38.1]; die Unterlassung der Verteidigung in einem Kapitalprozess führte nicht zu dieser Konsequenz [Her. 1 iur. epit. D. 1.5.13; Marcian. 1 iud. publ. D. 48.1.9; Pap. 1 adult. D. 48.3.2.1 u. ö.]). Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 4, 103 f., 134; *Faro*, Libertas (1996) 16–18; *Botta*, Scr. Corbino I 297–322.

Ähnlich war die Lage eines Sklaven nach Annahme des Schätzwertes durch den Kläger in einer

worfen, die gelegentlich an ihre menschliche Natur angepasst waren (→ § 36 Rn. 12 f.).[64] In Juristendiskussionen bildeten sie Standardbeispiele für wertvolle bewegliche Sachen.[65]

2. Rechtsunfähigkeit

Sklaven waren generell rechtsunfähig,[66] da politische Rechte (*status civitatis*) (→ § 26) oder die Zugehörigkeit zu einer *familia* (*status familiae*) (→ § 34) jedenfalls den *status libertatis* (Freiheit) voraussetzten (Mod. 12 pand. D. 38.10.4.11). Als Nichtbürger fehlte ihnen Zugang zu öffentlichen Ämtern[67] und zum Heer.[68] Sie konnten im ordentlichen

---

vindicatio in servitutem (→ ▮ 36 Rn. 59) (*Sciortino*, Liti di libertà (2010) 242 Fn. 630; *Indra*, Status quaestio (2011) 88).

Servi sine domino waren als *res mancipi* okkupierbar (Iav. 14 epist. D. 45.3.36) (→ § 41 Rn. 14); Lit.: *Ankum*, SZ 103 (1986) 248–274; *Faro*, Libertas (1996) 41 Fn. 67.

Freiheit trat nach klassischem Recht bei Aussetzung wegen Krankheit ein (Mod. 6 reg. D. 40.8.2) (→ § 36 Rn. 34); im justinianischen Recht dagegen wurde jeder preisgegebene Sklave frei (s. Fn. 179).

[64] S. bei *Albanese*, Persone (1979) 163 f. Fn. 728; zu Eigentum bzw. Dienstbarkeiten an Sklaven *Wimmer*, s. v. Eigentum am Sklaven, HAS I (2017) 776–778, s. v. Dienstbarkeiten an Sklaven, HAS I (2017) 709–714.

[65] S. die Statistiken bei *Morabito*, Réalités (1981) 35–54, 203–214, 274–284.

[66] Ulp. 43 Sab. D. 50.17.32 *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur*/„Was das *ius civile* betrifft, existieren Sklaven nicht (als Personen)“; Paul. 11 ed. D. 4.5.3.1 *servile caput nullum ius habet*/„ein Sklave hat keinen *status*“; Ulp. 1 Sab. D. 28.1.20.7 *Servus … iuris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti.*/„Der Sklave hat am *ius civile* überhaupt keinen Anteil und auch nicht am (Recht aus dem) Edikt des Prätors“; weiters Ulp. 60 ed. D. 28.8.1 pr.; Ulp. 49 Sab D. 45.1.38.6, 7. S. zusätzlich in Fn. 71. Spätantike Quellen bei *Faro*, Scr. Corbino II 546 f.

Ausnahmen von der Rechtsunfähigkeit bewirkte nach *Buti*, Capacità (1976) 5 f. das Pekuliarrecht (→ § 102 Rn. 12. Als Erlangung von Teilrechtsfähigkeit nach Kaiserrecht wird auch die Zulassung zu Verfahren *extra ordinem* (→ § 36 Rn. 64, 72) gegen den Herrn (z. B. wegen vorenthaltener Freilassung (→ § 15) bewertet. Lit.: *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 421–427; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 183 f., 207; *Waldstein*, ACost. VIII 124 f.; *Waldstein*, FS Behrends 589–602; *Finkenauer*, FS Knütel 50; *Klinck*, SZ 129 (2012) 726; *Avenarius*, CRRS IV.3 2 f., 11.

[67] Als Grund dafür galt allein die Tradition, nicht aber das Fehlen der notwendigen Fähigkeiten (Paul. 17 ed. D. 5.1.12.2). Die Akte des in Bürgerkriegswirren zum Prätor gewählten *servus fugitivus* Barbarius (oder Barbatius) Philippus behielten (nach seiner Hinrichtung) ihre Wirksamkeit (Ulp. 38 Sab. D. 1.14.3). Lit.: *Knütel*, FS Mikat 345–365; *Marotta*, Ulpiano I (2000) 93–95; *Navarra*, Utilitas (2002) 141–148; *Klingenberg*, CRRS X.6 35 f.; *Knütel*, s. v. Barbarius Philippus, HAS I (2017) 342–344. Sklaven aus der *familia Caesaris* hatten *de facto* höchste Verwaltungsfunktionen (→ § 36 Rn. 6). In der Spätantike führte die Übernahme eines Amtes bei Zustimmung des Eigentümers zur Freiheit (*Kaser*, RP II 133; *Albanese*, Persone (1979) 110 f.).

[68] Men. mil. 1 D. 40.12.29 pr.; Marcian. 2 reg. D. 49.16.11; Isid. orig. 9,3,38; Plin. epist. 10,29 f.; zu Ulp. 8 disp. D. 49.16.8 *Söllner*, SZ 122 (2005) 59; *Indra*, Status quaestio (2011) 230; *Schmetterer*, Soldaten (2012) 13–15, 22–24. Ausnahmen ließ man nur *in extremis*, wie nach der Niederlage bei Cannae (216 v. Chr.; s. Fn. 276), zu. Lit.: *Gaudemet*, TR 50 (1982) 136 f.; *Welwei*, Unfreie (1988); *Guarino*, Diritto privato (2001) Rn. 52.2.2 mit Fn.; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 240 f.; *Herrmann-*

Prozess nicht Partei sein;[69] die *extra ordinaria cognitio* (→ § 15) der Kaiserzeit brach mit diesem Grundsatz.[70]

11 Anthropologen und Soziologen kennzeichnen Sklaverei deswegen als „sozialen Tod", weil Sklaven eigenständig keine anerkannten sozialen Beziehungen eingehen konnten.[71]

3. Verwandtschaft und Familie

12 Unfreie standen außerhalb des agnatischen Verwandtschaftssystems (→ § 34). Eine eheähnliche Gemeinschaft untereinander (*contubernium*) oder mit Freien (gelegentlich auch mit *concubinatus* bezeichnet)[72] blieb ohne familienrechtliche Anerkennung (→ § 33 Rn. 21).[73] Das Kind einer Sklavin/*partus ancillae*[74] folgte im *status* der Mutter

---

Otto, Sklaverei (2009) 120; *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 253; zur archäologischen Evidenz *Kampen*, in: George, Roman Slavery (2013) 180–197.

Nicht einmal Freigelassene wurden ursprünglich in die Legionen aufgenommen (*Mouritsen*, Freedman (2011) 71 f.). Doch dienten sehr wohl Sklaven in „Privatarmeen" (*Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 258; *Blänsdorf*, Sklaverei (2016) 51–62; *Lenski*, in: Riess/Fagan, Topography of Violence (2016) 290–292) oder unter den Truppen von Usurpatoren (*Harper*, Slavery (2011) 277–279).

In der Spätantike erhielten Sklaven dagegen sogar die Freiheit, wenn sie sich zum Heer meldeten (*Giuffrè*, Index 8 (1978/79) 227–231 = Labeo 24 (1978) 191–197; *Bondue*, Servus (2011) 91 f.).

[69] Gai. 3.179; Gai. 1 ed. prov. D. 50.17.107; Ulp. 5 ed. D. 2.7.3 pr.; Iul. 55 dig. D. 2.11.13; Gord. C. 3.1.6 (a.239); Diocl./Max. C. 3.1.7 (a.294). Daher führte den Freiheitsprozess ein *adsertor libertatis* (→ § 36 Rn. 56). Lit.: *Kaser*, RP I 287; *Biscardi*, Labeo 21 (1975) 143–171; *Reggi*, St. Donatuti II 1027; *Kaser/Hackl*, RZ 205; *Melluso*, Schiavitù (2000) 111 f. Fn. 392; *Wacke*, Symp. Wieling 256 f.; *Silla*, Cognitio (2008) 10–15; *Bürge*, in: Corbino et al., Homo (2010) 372–374; *Indra*, Status quaestio (2011) 123 f.; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 37; *Metzger*, Ess. Sirks 533–543; *Avenarius*, CRRS IV.3 17 f.; *McDougall*, s. v. Prozess II. Römisches Recht, HAS II (2017) 2362–2365.
In der Praxis mögen Sklaven, v. a. wenn sie mit einem *peculium* fern vom Herrn agierten, an Prozessen teilgenommen haben; so *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 136 und *Biscardi*, Labeo 21 (1975) 160–171, der die völlige Parteiunfähigkeit als Ergebnis einer, auch durch eine Schulkontroverse geprägten, Entwicklung sieht (dazu *Burdese*, St. Biscardi I 155–158).

[70] Lit.: *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 421–427; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 54 f.; *Melluso*, Schiavitù (2000) 112 Fn. 393; *Waldstein*, FS Behrends 589–602; s. auch in Fn. 66.

[71] *Meillassoux*, Anthropologie (1989) und insbesondere *Patterson*, Slavery (1982). Pattersons von der internationalen Sklavereiforschung generell rezipiertes Konzept der „slavery as social death" erscheint schon bei Ulp. 13 l. Iul. Pap D. 35.1.59.2 (*Avenarius*, CRRS IV.3 244); Ulp. 4 l. Iul. Pap. D. 50.17.209 und Novell. Iust. 22.9 (a.535); vergleichbare Belege weiters bei *Faro*, Scr. Corbino II 551 f. Allerdings anerkennt auch *Patterson*, Slavery (1982) 22 f., dass Sklaven stets eine gewisse Rechtspersönlichkeit verblieb (relativierend zum „sozialen Tod" auch *Herrmann-Otto*, Misc. Mainzer Akademie 173); die teilweise rechtliche und soziale Integration stellt dagegen *Dumont*, Servus (1987) 86 f., 158–160 in den Vordergrund.

[72] Paul. sent. 2.19.6. Dazu *Kaser*, RP I 284; *Dumont*, Servus (1987) 107–109; *Weiler*, Misc. Mainzer Akademie 121 f., 125; *Karl*, Castitas (2004) 215–218; *Harper*, Slavery (2011) 314–320; *Simonis*, Cum servis (2017) 17–33, 39–41.

[73] Ulp. reg. 5.5; Paul. sent. 2.19.6; *Willvonseder*, CRRS IV.1 82 f., 87; *Avenarius*, Liber singularis

(→ § 36 Fn. 24); Verwandtschaft mit dieser bestand nicht.[75] Die Blutsverwandtschaft Unfreier konnte erst nach einer Freilassung rechtserheblich werden: Eine mögliche Blutsverwandtschaft (*servilis cognatio*)[76] von ehemaligen Sklaven und Sklavinnen oder der Schwägerschaft vergleichbare Konstellationen hinderten Ehe[77] und Konkubinat.[78] Auch der Respekt vor natürlichen Eltern verbot es, diese ohne weiteres vor

---

regularum (2005) 241 f. Aufgrund solcher Beziehungen stand auch keine Ehebruchsanklage zu (Diocl./Max. C. 9.9.23 pr. [a.290]).

Lit. zu „Sklavenfamilien“: *Morabito*, Réalités (1981) 194–196; *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 138 f.; *Morabito*, in: Andreau/Bruhns, Stratégies familiales (1990) 439–446; *Evans Grubbs*, Phoenix 47 (1993) 127; *Gardner*, Frauen (1995) 216–222; *Mencacci*, in: Moggi/Cordiano, Schiavi e dipendenti (1997) 213–232; *Martin*, in: Balch/Osiek, Early Christian Families (2003) 207–230; *Filip-Fröschl*, Lib. Am. Végh 9–33; *Willvonseder*, CRRS IV.1 12–15; *Mouritsen*, in: Rawson, Companion to Families (2010) 129–144; *Harper*, Slavery (2011) 261–272; *Mouritsen*, Freedman (2011) 152 f.; *Edmondson*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 337–361; *Avenarius*, CRRS IV.3 6 f.; *Simonis*, s. v. Ehe, HAS I (2017) 767–774; *Laes*, s. v. Familie II. Rome, HAS I (2017) 918–923; *Simonis*, s. v. Verwandschaft, HAS III (2017) 3206 f.

Zur Versorgung der „Familienangehörigen“ s. *Roth*, JRA 18 (2005) 288 f.; zur epigraphischen Dokumentation *Perry*, Gender (2014) 99–128; zu per Legat vermachten Verwandten *Champlin*, Final Judgements (1991) 138 Fn. 38; *Simonis*, Cum servis (2017) 199 f.; zur Freilassung von „Familienangehörigen“ *Treggiari*, Freedmen (1969) 15 f.

In Inschriften erscheinen die Beteiligten als *maritus* bzw. *coniunx* (z. B. CIL 6.6358 = ILS 7404; dazu bei *Simonis*, Cum servis (2017) 33–38). Zu den Rechtsfolgen einer „Mitgiftbestellung“ (nach Ulp. 63 ed. D. 23.3.3 erforderte jede *dos* ein wirksames *matrimonium* [→ § 35 Rn. 10]) in einer Sklavenehe: Paul. 7 resp. D. 16.3.27 (für einen hypothetischen Fall *Evans Grubbs*, Phoenix 47 (1993) 137 Fn. 47; *Arjava*, Women (1996) 221 Fn. 106); Ulp. 33 ed. D. 23.3.39 pr.; Proc. 7 epist. D. 23.3.67; Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.13; Ant. C. 5.18.3 (a.215). Lit.: *Günther*, Frauenarbeit (1987) 183–205; *Watson*, J. Leg. Hist. 12 (1991) 132–139; *Evans Grubbs*, Phoenix 47 (1993) 135; *Gardner*, Frauen (1995) 218, 221 f.; *Buti*, Index 27 (1999) 127–140; *Pfeifer*, SZ 123 (2006) 309–314; *Willvonseder*, CRRS IV.1 32 f.; *Harper*, Slavery (2011) 265–268; *Masi Doria*, Scr. Corbino IV 611–613; *Miyasaka*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 253–275; *Simonis*, Cum servis (2017) 173, 212 f.

[74] Lit.: *Dumont*, Servus (1987) 99–105; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 102–104; *Morabito*, Réalités (1981) 60–65; *Linderski*, Labeo 33 (1987) 192–198; *Birks*, Ess. Nicholas 61–73; *Watson*, Labeo 38 (1992) 335–338; *Filip-Fröschl*, FS Waldstein 99–121; *Herrmann-Otto*, Ex ancilla natus (1994); *Gardner*, Frauen (1995) 208–216; *Abramenko*, SZ 114 (1997) 423–434; *Cardilli*, Fructus (2000); *Zuccotti*, St. Dell'Oro 185–326; *Herrmann-Otto*, RIDA 51 (2004) 167–186; *Herrmann-Otto*, in: Heinen, Kindersklaven (2012) 171–201; *Weiler*, in: Heinen, Kindersklaven (2012) 141–170; *Sanna*, SDHI 74 (2008) 397–438; *Di Nisio*, St. Labruna III 1493–1517; *Sanna*, TSDP 5 (2012); *Di Nisio*, Index 44 (2016) 141–153; *Herrmann-Otto*, s. v. Hausgeburt/Sklavengeburt, HAS II (2017) 1318–1339. S. auch in Fn. 107.

[75] Ulp. 46 ed. D. 38.8.1.2; Mod. 12 pand. D. 38.10.4.11; Paul. sing. grad. et adfin. D. 38.10.10.5; Paul. sent. 4.10.2; *Avenarius*, CRRS IV.3 361.

[76] Bei hausgeborenen Sklaven war stets mit einer Abstammung vom *dominus* oder dessen Söhnen zu rechnen (*Harper*, Slavery (2011) 298); vgl. in Fn. 209.

Zu unfreien *liberi naturales* vgl. *Willvonseder*, Misc. Mainzer Akademie 97–109; *Gamauf*, in: Heinen, Kindersklaven (2012) 257–259; *Harper*, Slavery (2011) 314 f.; *Perry*, Gender (2014) 51.

Schadenersatzrechtlich wurden solche Beziehungen nicht mitbewertet (Paul. 2 Plaut.

Gericht zu ziehen.[79] Erst Justinian anerkannte die natürliche Verwandtschaft im Erbrecht[80] und führte die Legitimation von Sklavenkindern bei Eheschließung der Eltern nach *manumissio*/Freilassung ein.[81] Die Kirche tolerierte immerhin Konkubinate zwischen Sklaven und Frauen von Stand zeitweilig,[82] anerkannte Verbindungen zwischen Sklaven oder mit Freien in römischer Zeit aber wohl noch nicht als Ehen.[83]

13 Natürliche Kinder oder Geschwister waren von den Freilassungsbeschränkungen der *lex Aelia Sentia* (→ § 54) ausgenommen; das Interesse an der Integrität von Sklavenfamilien konnte bei Auslegung von Testamenten oder Kaufverträgen berücksichtigt werden.[84] Ein Verbot der Trennung von Sklavenfamilien erlässt erstmalig Konstantin.[85]

D. 9.2.33 pr.; Paul. 5 quaest. D. 19.5.5 pr.; Paul. 2 l. Iul. Pap. D. 35.2.63 pr.). Lit.: *Wacke*, FS Behrends 555–588; *Willvonseder*, CRRS IV.1 31 f., 34 f., 55; *Centola*, Sofferenze (2011) 165 f.; *Kindler*, Affectionis aestimatio (2012) 75–93; *Zannini*, in: Masuelli/Zandrino, Linguaggio e sistematica (2014) 113–121; *Finkenauer*, Index 43 (2015) 386–392.

[77] Pomp. 5 Sab. D. 23.2.8; Paul. 35 ed. D. 23.2.14.2, 3; Inst. 1.10.10. Grund war das sakralrechtliche Inzestverbot (*Dumont*, Servus (1987) 108). Lit.: *Albanese*, Persone (1979) 108; *Fabre*, Libertus (1981) 183; *Voss*, Symp. Wieacker (1985) 123 Fn. 32; *Gardner*, Frauen (1995) 219; *Willvonseder*, CRRS IV.1 38.

[78] Ulp. 3 disp. D. 23.2.56; *Galati*, Index 24 (1996) 321–331.

[79] Auch ehemals unfreien Eltern war Respekt/*reverentia* geschuldet (Ulp. 5 ed. D 2.4.4.3; Paul. 1 sent. D. 2.4.6. Teil der Katene ist Paul. 4 ed. D. 2.4.5 mit dem Grundsatz *pater est, quem nuptiae demonstrant*/„Vater ist, wen die Ehe [mit der Mutter] ausweist"; *Melluso*, Schiavitù (2000) 153). Die Tötung natürlicher Eltern wurde wie *parricidium* behandelt (Ven. 2 iud. publ. D. 48.2.12.4; *Starace*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 497–518).

[80] Inst. 3.6.10; Iust. C. 6.57.6 (a.530); Novell. Iust. 18.11 (a.536); Lit.: *Kaser*, RP II 126 f.; *Melluso*, Schiavitù (2000) 70; *Willvonseder*, CRRS IV.1 2 f., 98, 134 f.; *Avenarius*, CRRS IV.3 366.

[81] Novell. Iust. 38.2.1 (a.535); 18.11 (a.536); 78.4 pr. (a.539). Lit.: *Luchetti*, Legittimazione (1990) 255–262, 276–281; *Melluso*, Schiavitù (2000) 155–166; *Willvonseder*, CRRS IV.1 9, 174 f.; *Sturm*, St. Metro VI 228; *Lenski*, s. v. Spätantike, HAS III (2017) 2887; zum Legitimationsverbot Konstantins *Harper*, Slavery (2011) 449 f.

[82] Diese hätten ihren Rang in einer nicht ebenbürtigen Ehe eingebüßt (Ulp. 6 fideic. D. 1.9.8; Diocl./Max. C. 5.4.10 [o.A.]; *Nasti*, St. Labruna VI 3739–3763).

Aus dem Verbot für *servi Caesaris*, Freigelassene zu heiraten (Gnomon Idios Logos § 110, FIRA I², 478), folgt für *Albanese*, Persone (1979) 110, 168 Fn. 748, dass solche Ehen sonst grundsätzlich möglich gewesen wären.

[83] Lit.: *Kaser*, RP II 164 Fn. 18 (anders aber 126); *Gaudemet*, Sociétés (1980) 104–115; *Herrmann*, Ecclesia (1980) 111–114; *Voss*, Symp. Wieacker (1985) 163–166; *Waldstein*, ACost.VIII 127–132; *Evans Grubbs*, Phoenix 47 (1993) 132–134; *Reynolds*, Marriage (1994) 157–172; *Grieser*, Sklaverei (1997) 99 f.; *Grieser*, s. v. Calixtus I., HAS I (2017) 494 f.; *Harper*, Slavery (2011) 273, 507; für die kirchliche Anerkennung der Sklavenehe hingegen *Ramelli*, Social Justice (2016) 122.

[84] Scaev. 18 dig. D. 32.37.7; dazu *Filip-Fröschl*, Lib. Am. Végh 17; *Willvonseder*, CRRS IV.1 48. Bei einem Verkauf von mehreren „Familienangehörigen" hatte die Redhibition aller zu erfolgen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.35; Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.39). Lit.: *Zoz de Biasio*, St. Biscardi IV 540–542; *Gardner*, Frauen (1995) 220 f.; *Honoré*, Ulpian (2002) 87; *Willvonseder*, CRRS IV.1 36; *Ortu*, Scr. Franciosi III 1911–1922; *Simonis*, Cum servis (2017) 203–205. Zu Ulp. 6 disp. D. 34.5.10.1 s. *Kleiter*, Entscheidungskorrekturen (2010) 78 f.

Zum Freikauf von Blutsverwandten s. Pap. 27 quaest. D. 17.1.54 pr.; Pap. 30 quaest. D. 40.1.19; weiters auch in Fn. 377 und *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 257.

4. Vermögensrecht

Ein Sklave konnte weder zivilrechtlich schulden, noch aus Forderungen oder dinglich berechtigt sein und nicht einmal im Rechtssinne besitzen.[86] Diese Vermögensunfähigkeit relativierte das *de facto* teilweise wie Eigenvermögen angesehene *peculium* (→ § 102 Rn. 15). Dennoch erwarb ein Sklave in weitgehend gleicher Weise wie ein Freier (originär bzw. derivativ) dingliche Rechte und obligatorische Ansprüche,[87] allerdings nicht für sich, sondern ausschließlich als Erwerbsorgan[88] für seinen Herrn (→ §40 Rn. 25), egal ob dieser unmündig, abwesend oder in Kriegsgefangenschaft war. Nur von der *in iure cessio* blieben Sklaven ausgeschlossen (Gai. 2.96; Frg. Vat. 51), weil sie auch nicht an Prozessen teilnehmen konnten (→ § 36 Rn. 10). Zu sachenrechtlichen Verfügungen bedurften sie einer speziellen Zustimmung oder der Generalvollmacht des Gewalthabers, als die typischerweise die Gestattung der *libera administratio* über ein *peculium* angesehen wurde (→ § 102 Rn. 21). Sklaven konnten Rechtsgeschäfte abschließen, die gegen sie aber keine nach *ius civile* klagbaren Obligationen erzeugten;[89] jedoch konnten diese Naturalobligationen über prätorische, sog. adjektizische Klagen gegen den Herrn durchgesetzt werden (→ §§ 101–104).[90] **14**

[85] Const. C. 3.38.11 (a.334) bietet die Entscheidung von Const. Cod. Theod. 2.25.1 (a.334) losgelöst vom ursprünglichen Anlassfall. Lit.: *Zoz de Biasio*, St. Biscardi IV 537–544; *Waldstein*, ACost. VIII 130 f.; *Carcaterra*, ACost. VIII 175; *Melluso*, Schiavitù (2000) 149–152; *Ortu*, Scr. Franciosi III 1887–1926; *Filip-Fröschl*, Lib. Am. Végh 17 f.; *Willvonseder*, CRRS IV.1 99; *Grey*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 487 f.; *Harper*, Slavery (2011) 271–273, 276 *Waldstein*, s. v. Theorien der Sklaverei. II. Juristisch HAS III (2017) 3051.

[86] Ein Sklave konnte weder Vermögen noch Eigentum haben (Ulp. 27 ed. D. 50.16.182; Gai. 2.87, 96) oder Gläubiger werden (Paul. sent. 5.8; Ulp. reg. 19.18 f.). Weiters kann niemand besitzen, der selbst im Besitz eines anderen steht (Pomp. 31 Q. Muc. D. 41.1.54.4; Ulp. 11 ed. D. 50.17.118; *Klinck*, Erwerb (2004) 85–87). Nicht überzeugend *Pesaresi*, Peculium (2008) 80–120, der Sklaven im Rahmen des *peculium* Besitzfähigkeit zuschreibt (→ § 102 Rn. 12).

[87] Gai. 2.87–96; zu Sklavenstipulationen Inst. 3.17; D. 45.3; Gai. 3.114, 167; *Urbainczyk*, s. v. Stipulatio servorum, HAS III (2017) 2940–2944 (→ § 21 Rn. 16).

[88] Gai. 2.86–88; Inst. 2.9; Gai. 2 inst. D. 41.1.10. Mittels *mancipatio* konnten Sklaven nur erwerben, nicht aber veräußern. Der Kauf der *puella Fortunata* (Ed. *Camodeca*, ZPE 157 (2006) 225–230) dokumentiert auch eine davon abweichende Praxis. Lit.: *Ankum*, Acta Juridica 1 (1976) 3–11; *Coppola Bisazza*, Sostituzione negoziale (2003) 89–100; *Wacke*, Symp. Wieling 288 Fn. 119; *Reduzzi Merola*, St. Labruna VII 4721–4723; *Reduzzi Merola*, Forme ²(2010) 43–64; *Novak*, JJP 41 (2011) 112 f.; *Korporowicz*, RIDA 58 (2011) 211–224; *Reduzzi Merola*, Hominum (2014) 21 f.; *Rodríguez Diez*, Potestas (2016) 239–252.

Zu Erbfähigkeit und Sklaven als Erben s. z. B. Gai. 2.185; Pomp. reg. sing. D. 28.1.16 pr. Lit.: *Buchwitz*, in: Corbino et al., Homo (2010) 393–426; *Buchwitz*, Servus (2012); *Buchwitz*, in: Buongiorno/Lohsse, Fontes Iuris (2013) 141–159; *Avenarius*, CRRS IV.3.

[89] Gai. 3.104; Inst. 3.19.6; Ulp. 28 Sab. D. 50.17.22 pr.

[90] Zur spätantiken Anerkennung einer teilweisen Vermögensfähigkeit s. *Kaser*, RP II 125 f.

5. Delikte

15 Sklaven waren durchwegs deliktsfähig: Für das Strafrecht blieben sie persönlich verantwortlich (und ihre Strafen strenger als bei Freien);[91] aus Privatdelikten haftete ihr Herr für sie noxal[92] (→ § 105). Bei Zeugenaussagen im Prozess wurden (mündige) Sklaven regelmäßig gefoltert; Anzeigen und Aussagen gegen den eigenen Herrn waren nur in Ausnahmefällen zulässig (v.a. Ehebruch, *crimen laesae maiestatis*).[93]

6. *Una condicio servorum?*

a. Rechtliche Unterschiede zwischen Sklaven

16 Eine einheitliche Rechtslage von Sklaven/*una condicio servorum*[94] postulierten spätklassische Juristen als Prinzip ungeachtet der zahlreichen (gerade auch) rechtlichen Unterschiede zwischen Unfreien: Das öffentliche Recht kannte sowohl privilegierte[95] als auch benachteiligte[96] Gruppen. Nach der *lex Aelia Sentia* (→ § 36 Rn. 54) hing

---

[91] Die Todesstrafe wurde regelmäßig durch Kreuzigung, Verbrennen oder bei Tierhetzen vollzogen. Lit.: *Albanese*, Persone (1979) 111; *Robinson*, SZ 98 (1981) 213–254; *Morabito*, Réalités (1981) 231–234; *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 110 f.; *Dumont*, Servus (1987) 131–136; *Wojciech*, Stadtpräfektur (2010) 78–81; *Aubert*, in: Aubert/Sirks, Speculum iuris (2002) 94–133; *Gerhold*, s. v. Strafe/Bestrafung II. Römisch, HAS III (2017) 2959–2963.

Die auch über vermögenslose Freie anstelle von Geldbußen verhängte Prügelstrafe bzw. Auspeitschung (Paul. 1 sent. D. 4.4.24.3; Ulp. 3 omn. trib. D. 47.10.35; Ulp. 8 disp. D. 48.19.1.3) galt geradezu als Charakteristikum des Sklavendaseins (Gell. 10,3,17; Hdt. 4,1–4). Lit.: *Finley*, Sklaverei (1981) 142 f.; *Saller*, Patriarchy (1994) 133–153; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 85 f.; *Fitzgerald*, Slavery (2000) 32–41; *Manfredini*, SDHI 76 (2010) 363 f.; *Glancy*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 458; *Perry*, Gender (2014) 15, 74; *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 161 Fn. 38.

[92] Bei einer *iniuria* wurde der unfreie Täter an den Beleidigten zur (an die archaische *talio* erinnernden) Bestrafung übergeben (Ulp. 47 Sab. D. 2.9.5; Ulp. 57 ed. D. 47.10.17.4–6; *Brandi Cordasco Salmena*, Actio iniuriarum noxalis (2012)). Zu den Spezialregelungen bei Schädigung einer *hereditas iacens* durch einen testamentarisch freigelassenen Sklaven (D. 47.4) s. *Scacchetti*, Doloso depauperamento (1994).

[93] Lit.: *Albanese*, Persone (1979) 114 f.; *Liebs*, BIDR 83 (1980) 147–189; *Brunt*, SZ 97 (1980) 256–265; *Morabito*, Réalités (1981) 234–238; *Robinson*, SZ 98 (1981) 223–227; *Schumacher*, Servus Index (1982); *Watson*, Legal Origins (1991) 282–285; *Melluso*, Schiavitù (2000) 143; *Pölönen*, RIDA 51 (2004) 217–257; *Nogrady*, Strafrecht (2006) 252 f.; *Silla*, Cognitio (2008) 90–96; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 71–76; *Brutti*, Index 38 (2010) 54–69; *Bellodi Ansaloni*, Quaestio per tormenta (2011); *Kuryłowicz*, Scr. min. sel. 146; *Knoch*, Sklavenfürsorge [2](2017) 227–242. Zu Einschränkungen der Folter ab Augustus: *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 118; *Knoch*, Sklavenfürsorge [2](2017) 227–233.

Zur teilweisen Zulassung von Anzeigen gegen den Herrn in der Spätantike s. *Kaser*, RP II 127; *Waldstein*, ACost. VIII 134 f.; *Gerhold*, s. v. Strafe/Bestrafung II. Römisch, HAS III (2017) 2961 f.; zur Denuntiation wegen Päderastie unter Justininan s. *Schumacher*, Servus Index (1982) 164 Fn. 153; *Melluso*, Schiavitù (2000) 241 f.

[94] Marcian. 1 inst. D. 1.5.5 pr.; Paul. 11 ed. D. 4.5.3.1 (für *Talamanca*, Istituzioni (1990) 77 allerdings justinianisch); Inst. 1.3.4.

[95] Zu *servi publici*/Sklaven im Staats- oder Gemeindeeigentum: *Albanese*, Persone (1979) 168;

die Freilassung von Alter, emotionaler Nähe zum Herrn[97] oder auch dem Geschlecht ab;[98] nach der *lex Fufia Caninia* (→ § 36 Rn. 53) zudem noch von der Größe einer *familia servorum* (der Gesamtheit der einer Person gehörenden Sklaven). Manchmal war sogar der „Rang" innerhalb eines Haushaltes rechtsrelevant.[99]

b. Soziale Unterschiede im Recht

Über die soziale Position eines Sklaven bestimmte sein Herr: Er hatte das *ius vitae necisque*/Recht über Leben und Tod, das erst ab der frühen Kaiserzeit beschränkt wurde (→ § 36 Rn. 32). **17**

Im Verhältnis zu Dritten, an die Sklaven zeitweilig oder für immer übertragen wurden, konnten mithilfe sachen-[100] und schuldrechtlicher Instrumente deren (spätere) Lebensbedingungen beeinflusst werden: Ein vertragliches Prostitutionsverbot (*ne serva prostituatur*-Klausel)[101] band neben dem Vertragspartner sogar dessen gutgläubige **18**

Eder, Servitus (1980); *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 145 f.; *Menner*, Et. Ankum I 317–330; *Weiß*, Sklave (2004); *Zlinsky*, Symp. Wieling 317–326; *Lenski*, in: Krause/Witschel, Stadt (2006) 335–357; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 177–190; *Simonis*, Cum servis (2017) 76–82; *Chiusi*, s. v. Fiskalsklaven (servi fiscales), HAS I (2017) 951 f.; *Weiß*, s. v. Öffentliche Sklaven (δημόσιοι, Servi publici) II. Römisch, HAS II (2017) 2097–2100.

Servi publici konnten über ihr halbes *peculium* testieren (Ulp. reg. 20.16). Lit.: *Kaser*, RP I 682; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 394 f.; *Avenarius*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 17; *Buchwitz*, in: Buongiorno/Lohsse, Fontes Iuris (2013) 141–159; *Avenarius*, CRRS IV.3 25, 52 f.; *Simonis*, Cum servis (2017) 79.

[96] Etwa *servi poenae*/Sklaven der Strafe (Verurteilte bis zur Hinrichtung) s. Fn. 145.

[97] *Filip-Fröschl*, Lib. Am. Végh 22–25; *Gamauf*, in: Heinen, Kindersklaven (2012) 256 f.; *Silla*, RDR 16/17 (2016/17); *Simonis*, Cum servis (2017) 65 f.

[98] Das Recht zur begünstigten Freilassung zwecks Eheschließung war bei einer Freigelassenen auf ihren (ehemaligen) *contubernalis* eingeschränkt (→ § 36 Rn. 54); männliche Freigelassene sollten die Witwe des Patrons nicht heiraten (Pap. 4. resp. D. 23.2.62.1; *Wacke*, Misc. Mainzer Akademie 155; *Filip-Fröschl*, Lib. Am. Végh 29 f.; in der Spätantike drohen sogar Strafen: *Albanese*, Persone (1979) 62 Fn. 217).

Lit. zu Sklavinnen: *Joshel*, Occupational Inscriptions (1992); *Herrmann-Otto*, Ex ancilla natus (1994); *Gardner*, Frauen (1995) 207–234; in: Joshel/Murnaghan, Women and Slaves (1998); *Reduzzi Merola/Storchi Marino*, Femmes-esclaves (1999); *Weiler*, Misc. Mainzer Akademie 113–132; *Weiler*, in: Heinen, Kindersklaven (2012) 141–170; *Perry*, Gender (2014); *Laes* s. v. Frauen II. Rome/III. Late Antiquity, HAS I (2017) 1042–1048.

[99] Ulp. 18 Sab. D. 7.1.15.1 (Lit. in Fn. 100); Ulp. 77 ed. D. 47.10.15.44 (→ § 36 Rn. 44).

[100] Behandlung und Versorgung von Nießbrauchsklaven hatten deren Qualifikation und „Würde" zu entsprechen (Ulp. 18 Sab. D. 7.1.15.1, 2); bei sexuellem Missbrauch einer verpfändeten Sklavin erlosch das Pfandrecht (Ulp. 30 ed. D. 13.7.24.3). Lit.: *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 28–31; *Gamauf*, OIR 4 (1999) 31 f.; *Rainer*, Ess. Sirks 629; *Avenarius*, CRRS IV.3 9; *Knoch*, Sklavenfürsorge (2017) 75 f.; *Buongiorno*, s. v. Verpfändung/Sicherungsübereignung II. Roma, HAS III [2](2017) 3190.

[101] D. 18.7; C. 4.56. Lit.: *McGinn*, SZ 107 (1990) 315–353; *McGinn*, Prostitution (1998) 288–319; *Galgano*, Index 24 (1996) 333–340; *Melluso*, Schiavitù (2000) 107 f.; *Weiler*, Misc. Mainzer Akademie 126 f.; *Rainer*, St. Labruna VII 4639–4655; *Harper*, Shame (2013) 49; *Perry*, Gender (2014) 34–36; *Rainer*, Ess. Sirks 627–640.

Nachmänner.[102] Ähnlich wirkten *leges venditionis*/Nebenabreden beim Verkauf (→ § 79 Rn. 426–434), die eine Verbringung an einen anderen Ort (*ut exportetur/ne certo loco moraretur*) oder die Pflicht zur bzw. das Verbot der Freilassung (*ut/ne manumittatur*) zum Inhalt hatten.[103] Durch Klauseln in Testamenten[104] oder Kaufverträgen[105] konnte die Integrität von „Sklavenfamilien" oder „Sklavenehen" (*contubernia*) abgesichert werden (→ § 36 Rn. 13).[106] (Vermutlich bewirkte das Regime hinsichtlich des *partus ancillae*/Sklavenkindes beim *ususfructus*/Nießbrauch oft eine Trennung von Kind und Mutter, da diese unterschiedlichen Personen gehörten. [→ § 49]).[107] Sklavinnen und Sklaven mit sozial akzeptierten[108] Nahebeziehungen zum

---

[102] Je nach Vereinbarung konnte der Verkäufer die Sklavin entweder zurückholen (*manus iniectio*) oder sie wurde frei (Paul. 50 ed. D. 18.1.56; Paul. 5 quaest. D. 18.7.9; Pomp. 27 Sab. D. 21.2.34 pr.; Mod. manum. sing. D. 37.14.7 pr.; Paul. lib. dand. sing. D. 40.8.7; Alex. C. 4.56.1 [a.223]). Lit. in Fn. 103.

[103] Zur Sicherung wurden Strafstipulationen, eine *manus iniectio* oder der Eintritt bzw. Verlust der Freiheit bei einem Verstoß vereinbart (D. 18.7). Nach einer *constitutio* Mark Aurels führte die Verletzung einer Freilassungsvereinbarung *ipso iure* zur Freiheit (z. B. Ulp. 11 ed. D. 4.4.11.1; Pap. 10 resp. D. 40.1.20 pr.; C. 4.57). Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 159 f.; *McGinn*, SZ 107 (1990) 315–353; *Sicari*, Prostituzione (1991); *Sicari*, Leges venditionis (1996); *McGinn*, Prostitution (1998) 288–319; *Wimmer*, FS Hausmaninger 343 f.; *Waldstein*, FS Behrends 594 f.; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 100; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 34–44; *Licandro*, in: Maffi/Gagliardi, Diritti (2011) 255–280; *Indra*, Status quaestio (2011) 95 f.; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 71–76; *Kindler*, Affectionis aestimatio (2012) 112–132; *Klinck*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 79–98; *Salomone*, Index 44 (2016) 322–348; *Avenarius*, CRRS IV.3 12; *Kleňová*, TR 85 (2017) 470–472.

[104] Z. B. Scaev. 22 dig. D. 32.41.2; Paul. 21 quaest. D. 35.1.81 pr.; Ulp. 4 fideic. D. 36.1.11.2 (*Avenarius*, CRRS IV.3 257 f.); Marcian. 4 reg. D. 40.2.14.1; Scaev. 23 dig. D. 40.4.59 pr.; Marcell. 15 dig. D. 40.5.9 (*Hendel*, Marcelli ratio (2015) 185 f.); Scaev. 4 resp. D. 40.5.41.15; Gai. 13 l. Iul. Pap. D. 40.7.31.1; für weitere Beispiele s. *Willvonseder*, CRRS IV.1 48–57.

Ulp. 20 Sab. D. 33.7.12.7 argumentiert mit der Vermeidung einer *dura separatio*/harten Trennung; s. *Willvonseder*, CRRS IV.1 50; *Perry*, Gender (2014) 53.

[105] S. Fn. 84.

[106] Häufiger war wohl, dass Sklaven ohne solche Rücksichtnahmen veräußert wurden. Lit.: *Gardner*, Frauen (1995) 216 f., 220; *Connolly*, Lives (2010) 122; *Simonis*, Cum servis (2017) 202 f.; *Knoch*, Sklavenfürsorge ²(2017) 155 f.; so bei Freilassungen in der Neuen Welt s. *Kleijwegt*, in: Bell/Ramsby, Impact of Freed Slaves (2012) 115 f.

[107] Das Kind stand stets dem Eigentümer der Mutter zu, während diese sich weiterhin bei dem oder der Nießbrauchsberechtigten aufhielt. Oberflächlich humanitäre Argumente in den Quellen verdecken nur, dass das Sklavenkind aus ökonomischen Motiven dem Eigentümer der Mutter vorbehalten wurde (Cic. fin. 1,12; Ulp. 15 ed. D. 5.3.27 pr.; Ulp. 17 ed. D. 7.1.68 pr. und Gai. 2 cott. D. 22.1.28.1; bezüglich Dotalsklavinnen Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.2 [→ § 35 Rn. 59]).

Lit.: *Kaser*, RP I 284; *Dumont*, Servus (1987) 102–105 (für eine Beeinflussung der Diskussion über die Menschlichkeit von Sklaven durch den sizilianischen Sklavenaufstand); *Watson*, Legal Origins (1991) 265–269; *Birks*, Ess. Nicholas 61–73; *Herrmann-Otto*, Ex ancilla natus (1994) 268–271; *Gardner*, Frauen (1995) 212 f., 215 f.; *Filip-Fröschl*, FS Waldstein 99–121; *Cardilli*, Fructus (2000) 82–96, 251–253; *Zuccotti*, St. Dell'Oro 185–326; *Willvonseder*, CRRS IV.1 37; *Quadrato*, St. Martini III 273–288; *Frunzio*, Lavorare (2014) 41 Fn. 67; *Di Nisio*, Index 44 (2016) 146–148.

Für relevant halten humanitäre Bestrebungen dagegen z. B. *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 436–449;

Herrn (*concubina, filii naturales, alumni*) galten als stillschweigend von der Verpfändung des Gesamtvermögens (→ § 48 Rn. 36) o. Ä. ausgenommen.[109]

19 Soweit Herren ihre Sklaven nicht persönlich kontrollierten, unterstanden diese oft freien und unfreien Aufsehern oder als zu einem *peculium* gehörige *servi vicarii*/Untersklaven einem *servus ordinarius*/Obersklaven.[110] An *servi vicarii* interessierten die Juristen primär haftungsrechtliche Fragen (→ § 102 Rn. 36), aber der *ordinarius* hatte auch Disziplinarbefugnisse[111] und stand für Vikarsklaven anstelle des *dominus*.[112] Derartige „Sklavenhierarchien" konnten sogar mehre Ebenen haben.[113]

7. Religiöse Position

20 Das *ius sacrum*/Sakralrecht anerkannte die menschliche Natur von Sklaven weitgehend:[114] Diese konnten an bestimmten privaten (*Lares*) und öffenlichen Kulten (*Diana, Lares compitiales*) teilnehmen;[115] darüber hinaus gab es ausschließlich ihnen vorbehal-

---

Waldstein, Operae libertorum (1986) 151; *Donati*, ACost. XVII.1 101 f.; *Waldstein*, s. v. Theorien der Sklaverei. II. Juristisch HAS III (2017) 3049. S. weiters Fn. 74.

[108] Ausnahmen von den Freilassungsbeschränkungen der *lex Aelia Sentia* versagte Ulp. 2 l. Ael. Sent. D. 40.2.16 pr. Luxussklaven wie *pueri delicati*; vgl. *Gamauf*, in: Heinen, Kindersklaven (2012) 259; *Kindler*, Affectionis aestimatio (2012) 40–44.

[109] Ulp. 73 ed. D. 20.1.6, 8; Paul. 1 sent. D. 42.5.38 pr.; Paul. sent. 5.6.16; Sev./Ant. C. 8.16(17).1 (a.197). Lit.: *Memmer*, SZ 108 (1991) 42; *Filip-Fröschl*, Lib. Am. Végh 20 f.; *Willvonseder*, CRRS IV.1 35, 87; *Gamauf*, in: Heinen, Kindersklaven (2012) 258 f.; *Simonis*, Cum servis (2017) 152, 205; zu den Auswirkungen einer Zwangsvollstreckung auf Sklaven *Harper*, Slavery (2011) 268 f.

Auch ein Erbe musste seine „natürlichen" Eltern oder Geschwister nicht an Legatare herausgeben (Ulp. 51 ed. D. 30.71.3). Lit.: *Filip-Fröschl*, Lib. Am. Végh 19 f.; *Gardner*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 425.

[110] Lit.: *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 127; *Labruna*, Index 13 (1985) 467–475; *Dumont*, Servus (1987) 112–114; *Reduzzi Merola*, Servo (1990); *Reduzzi Merola*, Forme [2](2010) 21–29; *Reduzzi Merola*, Hominum (2014) 9–27; *Simonis*, Cum servis (2017) 88–97; *Chiusi*, s. v. Servus vicarius/ordinarius, HAS III (2017) 2579–2581.

[111] Zur Disziplinargewalt von Sklaven über Sklaven auch in Fn. 194. Deswegen galt die Lage von *servi vicarii* als besonders prekär (Mart. 2,18,7).

[112] S. Ulp. 29 ed. D. 15.1.17 (*dominus eorum, id est ordinarius servus*/deren Herr, d. h. der Obersklave; *Żeber*, Peculium (1981) 48); *erus*/Herr für den Obersklaven in Plaut. Persa 280a (*Reduzzi Merola*, in: Cantarella/Gagliardi, Diritto e teatro (2007) 235 f.). Rechtswidrige Befehle sollte ein *vicarius* nicht befolgen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.7; *Reduzzi Merola*, Hominum (2014) 51).

[113] *Dumont*, Servus (1987) 113; *Kehoe*, Investment (1997) 166–173; *Gonzales*, in: Moggi/Cordiano, Schiavi e dipendenti 329–376; *Reduzzi Merola*, Hominum (2014) 28; *Avenarius*, CRRS IV.3 1 Fn. 2; *Herrmann-Otto*, s. v. Sklavenhierarchie, HAS III (2017) 2630–2636.

[114] Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 88 f.; *Albanese*, Persone (1979) 110 f.; *Morabito*, Réalités (1981) 201 f.; *Gaudemet*, TR 50 (1982) 132; *Schumacher*, CRRS VI; *Tafaro*, FS Knütel 1266–1268; *Rinolfi*, Diritto@Storia 9 (2010).

[115] *Ausbüttel*, Vereine (1982) 89–91; *Bradley*, OH RS 629 f.

Der Hang eines Sklaven zu religiösem Fanatismus und Visionen o. Ä. konnte gemäß dem ädilizischen Edikt (→ § 79 Rn. 338) nicht als Mangel gerügt werden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.9). Lit.:

tene Kulte, Feste (*Saturnalia*) und Priesterämter (*rex Nemorensis*).[116] Ihnen wurden Totengötter/-geister zugeschrieben,[117] weshalb sie in Begräbnisvereinen/Sterbekassen für ihre Bestattung vorsorgen konnten.[118] Soweit die Beerdigung von Sklaven üblich war, konnte ein Dritter die für einen fremden Sklaven aufgewendeten Begräbniskosten mit der *actio funeraria* (→ § 83 Rn, 8]) von dessen Herrn verlangen.[119] Auch das Sklavengrab wurde *locus religiosus*[120] (→ § 38 Rn. 5). Eide und *vota*/Gelübde (Ulp. 1 disp. D. 50.12.2.1) von Sklaven banden diese.[121]

21 Ab Konstantin durften Nichtchristen (insb. Juden) oder Häretiker keine christlichen bzw. rechtgläubigen Sklaven besitzen.[122] Die Kirche war gegenüber der Ordination von Sklaven zunächst skeptisch und vom ausgehenden 4. Jh. an war diese dann staatlicherseits verboten.[123] Unter Justinian kamen Sklaven, die mit Zustimmung ihrer Herrn Mönche,[124] Priester oder Bischöfe wurden, zur Freiheit.[125]

Harrill, in: Balch/Osiek, Early Christian Families (2003) 237 f.; *Knütel*, FS Huber 41–50; *Schumacher*, CRRS VI 17 f.; *Gamauf*, Ess. Sirks 284 f. Mantische Fähigkeiten eines Sklaven hingegen waren eine Einnahmequelle (*Glancy*, Slavery (2002) 41; *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 1).

[116] *Bömer*, Religion der Sklaven I (1981); *Castello*, St. Biscardi I 96–105; *Schumacher*, CRRS VI 10–17; *Rinolfi*, Diritto@Storia 9 (2010) Kap. 3; *North*, in: Hodkinson/Geary, Slaves and Religions (2012) 73 f.; *Scheidegger Lämmle*, s. v. Saturnalia, HAS III (2017) 2496–2499; zu sonstigen kultischen Aufgaben *Simonis*, Cum servis (2017) 122 f.; *Fless*, s. v. Kultdiener/-sklaven sowie s. v. Kultmusiker, HAS II (2017) 1700–1705.

[117] Varro ling. 6,24; *Schumacher*, CRRS VI 45.

[118] Marcian. 2. iud. publ. D. 47.22.3.2; FIRA III Nr. 35 coll. II Z. 3 f., 7 f. Lit.: *Ausbüttel*, Vereine (1982) 40–42, 64; *Sirks*, in: Gutsfeld/Koch, Vereine (2006) 22–25; *Schumacher*, CRRS VI 26–32; *Diosono*, Collegia (2007) 34 f.; *Buchwitz*, in: Buongiorno/Lohsse, Fontes Iuris (2013) 148–151; *Bendlin*, in: Öhler, Aposteldekret (2011) 254–257, 279–284; *Avenarius*, CRRS IV.3 9; *Cuneo*, s. v. Grab/Grabrecht, HAS II (2017) 1219–1222; *Ausbüttel/Buchwitz*, s. v. Vereine/Kollegien II. Rom, HAS III (2017) 3174–3177; zur Bestattungspraxis und zum Sozialleben in den *collegia tenuiorum Galvao-Sobrinho*, in: Bell/Ramsby, Impact of Freed Slaves (2012) 130–176.

[119] Ulp. 25 ed. D. 11.7.31.1; s. auch Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.22 (dazu *Pennitz*, Periculum (2000) 157 f.); Paul. sent. 1.21.10. Lit.: *Zoz de Biasio*, BIDR 100 (1997) 543–551; *Rinolfi*, Diritto@Storia 9 (2010) nach Fn. 132; *Cesarotto*, in: Garofalo, Corpo I (2015) 291 f.; *Cuneo*, s. v. Grab/Grabrecht, HAS II (2017) 1219–1222.

[120] Ulp. 25 ed. D. 11.7.2 pr. Lit.: *Castello*, St. Biscardi I 104; *Ducos*, in: Hinard, Mort (1995) 138; *Schumacher*, CRRS VI 45–48; *Rinolfi*, Diritto@Storia 9 (2010) nach Fn. 123; *Cuneo*, s. v. Grab/Grabrecht, HAS II (2017) 1219–1222.

[121] Ulp. 26 ed. D. 12.2.23; Ven. 7 act. D. 40.12.44 pr. Lit.: *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 109–112; *Watson*, State (1992) 46; *Calore*, Per Iovem (2000) 163–177; *Wacke*, Symp. Wieling 306 f.; *Schumacher*, CRRS VI 18–26; *Starace*, in: Cascione et al., Parti e giudici (2006) 327–368; *Harper*, Slavery (2011) 373; *North*, in: Hodkinson/Geary, Slaves and Religions (2012) 80–84; *Nicosia*, AUPA 56 (2013) 101–111; *Winkler*, Mathematik und Logik (2015) 145 f.

[122] Z. B. Const. C. 1.10.1 (a.339); Honor./Theod. Cod. Theod. 16.8.22 (a.415); Const. Cod. Theod. 16.9; Iust. C. 1.10.2 (a.534). Lit.: *Kaser*, RP II 127; *Langenfeld*, Christianisierungspolitik (1977) 41–105; *Albanese*, Persone (1979) 26; *de Bonfils*, Schiavi (1992); *Waldstein*, ACost. VIII 127, 135 f., 137–139; *Melluso*, Schiavitù (2000) 196–199; *Hezser*, Jewish Slavery (2005) 42 f.; *Schumacher*, CRRS VI 43–45; *Ramelli*, Social Justice (2016) 98 f.; *Lenski*, s. v. Spätantike, HAS III (2017) 2885 f.; zur Freiheit infolge zwangsweiser Beschneidung/*circumcisio* s. in Fn. 203.

[123] Arcad./Honor. Cod. Theod. 9.45.3 (a.398); Novell. Valent. 35.3, 6 (a.452); Zeno C. 1.3.36.1

VII. Entstehungsgründe der Sklaverei

1. Allgemeines

Sklaverei entstand nach klassischem Recht primär durch Geburt oder durch Versklavung im Krieg (Inst. 1.3.4: *Servi autem aut nascuntur aut fiunt*/„Sklaven werden aber entweder geboren oder zu solchen gemacht."). [126] Nach dem Ende der Eroberungskriege waren die meisten wohl *vernae*/hausgeborene Sklaven. [127] 22

2. Kriegsgefangenschaft

Kriegsgefangenschaft betrachteten Juristen als den ursprünglichsten Grund, aus dem ein Mensch Sklave wurde. [128] Das *ius gentium* ließ die *occupatio*/Aneignung (→ § 41 Rn. 10) der besiegten Feinde und von deren Eigentum zu. [129] Umgekehrt erlitten auch 23

(a.484). Lit.: *Klein*, FS Lippold 473–493; *Manfredini*, ACost. X 529–540; *Schumacher*, CRRS VI 32–36; *Klingenberg*, CRRS X.6 165 f.; *Bondue*, Servus (2011) 103–105; *Shaner*, Leadership (2018); auch *McKeown*, in: Hodkinson/Geary, Slaves and Religions (2012) 294 f.; den vollen Zugang zu liturgischen Ämtern vertritt dagegen *Ramelli*, Social Justice (2016) 122.

[124] Mönche konnten sie bereits davor werden (Zeno C. 1.3.37 [a.484]; *Melluso*, Schiavitù (2000) 201–208; *Hasse-Ungeheuer*, in: Herrmann-Otto, Sklaverei und Zwangsarbeit (2011) 147–155).

[125] Novell. Iust. 123.4 (a.539). Lit.: *Kaser*, RP II 133; *Albanese*, Persone (1979) 110; *Melluso*, Schiavitù (2000) 123; *Rapp*, Bishops (2005) 175.

[126] S. auch Marcian. 1 inst. D. 1.5.5.1. Lit.: *Mélèze-Modrzejewski*, BIDR 79 (1976) 1–25; *Herrmann-Otto*, Ex ancilla natus (1994) 22; *Wieling*, CRRS I 42; *Herrmann-Otto*, in: Garrido-Hory, Routes d'esclaves (2002) 113–126; *Simonis*, Cum servis (2017) 185 f.; *Baldus*, s. v. Captivitas/postliminium, HAS I (2017) 502 f.

[127] Zur Herkunft von Sklaven in der Kaiserzeit vgl. *Scheidel*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 287–310. Massenversklavungen erfolgten in der Kaiserzeit v. a. nach Aufständen (*Welwei*, s. v. Kriegsgefangenschaft, HAS II (2017) 1695 f.; zu CIL 10.1971 = ILS 8193 = AE 1999, 455 s. in Fn. 20).

[128] Flor. 9 inst. D. 1.5.4.3; Marcian. 1 inst. D. 1.5.5 pr. Lit. dazu in Fn. 126.

Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 7–22; *Storchi Marino*, in: Moggi/Cordiano, Schiavi e dipendenti (1997) 193 f., 198–201; *Wieling*, CRRS I 4–9; *Melluso*, Schiavitù (2000) 18 f.; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 26; *Ortu*, Schiavi (2012) 15–25.

S. weiters *supra* in Fn. 55.

[129] Gai. 2.69; Inst. 2.1.17. Lit.: *Kaser*, RP I 290; *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 447; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 90; *Grotkamp*, Völkerrecht (2009) 134, 137; *Ortu*, Schiavi (2012) 15–36.

Zum Loskauf von Gefangenen: *Volkmann*, Massenversklavungen (1990); *Bradley*, Slavery and Society (1994) 33; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 232–234; *Blänsdorf*, Sklaverei (2016) 18.

Offen ist, ob eher Frauen und Kinder als die eigentlichen Kombattanten versklavt wurden (so *Binsfeld*, in: Heinen, Menschenraub (2008) 92; *Hunt*, Slavery (2018) 5; anders *Perry*, Gender (2014) 185 in Fn. 4; *Lenski*, in: Riess/Fagan, Topography of Violence (2016) 277).

Gefangene wurden oft noch im Kampfgebiet *sub corona* an Sklavenhändler verkauft. Lit.: *Volkmann*, Massenversklavungen (1990); *Harrill*, Manumission (1995) 37 f.; *Welwei*, Sub corona (2000); *Schumacher*, Sklaverei (2001) 34–43; *Scheidel*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011)

kriegsgefangene Römer[130] eine *capitis deminutio maxima*/höchste Statusminderung[131] und wurden zu *servi hostium*/Sklaven der Feinde.[132] Ein zurückkehrender Römer erlangte aufgrund des *ius postliminii* (→ § 27) seine frühere Position weitgehend wieder.[133] Keine *status*-Änderung bewirkten Gefangennahmen im Bürgerkrieg, durch Piraten oder Räuber.[134] Den davon Betroffenen fehlte außerhalb ihres sozialen Umfeldes regelmäßig die Möglichkeit zur Durchsetzung ihrer Freiheit, sodass sie faktisch meist wohl in der Lage eines Sklaven verbleiben mussten (→ § 30 f.; § 38 Rn. 24).

294–297; *Ortu*, Schiavi (2012) 36–44.

Lit. zu Sklavenhandel und -händlern (*venaliciarii, mangones* etc.): *Schumacher*, Sklaverei (2001) 44–65; *Garrido-Hory*, Routes d'esclaves (2002); *Straus*, Achat et vente (2004); *Bodel*, JRA 18 (2005) 181–195; *Cerami/Petrucci*, Diritto commerciale (2010) 297–322; *Ortu*, Schiavi (2012) 69–145; Inschriften und Archäologie: *Bruun*, OH RE 618–620; *Trümper*, Slave Markets (2009); *Ghetta*, s. v. Sklavenhändler, HAS III (2017) 2596–2601; *Fischer*, s. v. Sklavenhandel, HAS III (2017) 2603–2615; *Hunt*, Slavery (2018) 61–65.

Zum Handel mit Frauen *Kroppenberg*, in: Heinen, Menschenraub (2008) 131–156.

[130] Voraussetzung war entweder ein Kriegszustand oder, dass das betreffende Volk in keinem Freundschaftsverhältnis zu Rom stand (Pomp. 2 Q. Muc. D. 50.16.118; Pomp. 37 Q. Muc. D. 49.15.5.2). Lit.: *Wieling*, CRRS I 74; *Ortu*, Schiavi (2012) 23 f., 52–56; *Wacke*, Scr. Melillo III 1489 f.

[131] Gai. 1.159 f.; Ulp. reg. 11.10 f.; Inst. 1.16 pr.–2; Paul. 2 Sab. D. 4.5.11. Der Verlust des Bürgerrechts lässt sich als Sanktion für den durch die Gefangennahme erwiesenen Mangel an militärischer *virtus* sehen (*Lendon*, in: Sabin et al., Warfare I (2007) 510).

[132] Gai. 1.129; Ulp. reg. 10.4; Pomp. 37 Q. Muc. D. 49.15.5.2; Ulp. 1 inst. D. 49.15.24; Inst. 1.12.5. Lit.: *Albanese*, Persone (1979) 30–37; *Wieling*, CRRS I 4 f.; *Cursi*, St. Talamanca II 295–340; *Sanna*, Diritto@Storia 6 (2007); *D'Amati*, Civis (2004); *Nicosia*, Index 39 (2011) 274–287; *Baldus*, Ess. Winkel I 61–69.

Dieselbe Wirkung hatte eine *deditio*/Auslieferung an Feinde wegen Übergriffen auf deren Gesandte (Pomp. 37 Q. Muc. D. 50.7.18[17]; Mod. 3 reg. D. 49.15.4.) Lit.: *Kaser*, RP I 291; *Albanese*, Persone (1979) 104; *Melluso*, Schiavitù (2000) 23; *Wieling*, CRRS I 79; *Cursi*, Postliminium (1996) 57–61; *D'Amati*, Civis (2004) 44 f.

Überläufer wurden nicht zu Sklaven (Ulp. 38 Sab. D. 26.1.15), sondern zählten als Feinde; das *postliminium* kam in solchen Fällen manchmal zur Anwendung (Call. 2 ed. mon. D. 4.6.14; Paul. 16 Sab. D. 49.15.19.4–8). Lit.: *Cursi*, Postliminium (1996) 231–234.

Einen losgekauften Römer (*redemptus ab hostibus*) band bis zur Rückzahlung des Lösegeldes ein sog. *vinculum pignoris*/„pfandartiges" Band an den Freikäufer. Lit.: *Albanese*, Persone (1979) 399–401; *Cursi*, Postliminium (1996) 191–227; *Sanna*, Redemptio (1998); *Sanna*, Postliminium e redemptio (2001); *Connolly*, Lives (2010) 127–129.

[133] Die *ingenuitas* blieb nach *ius civile* erhalten (*Melluso*, Schiavitù (2000) 19).

[134] Ulp. 5 op. D. 49.15.21.1; Marcian. 4 inst. D. 28.1.13 pr.; Paul. 16 Sab. D. 49.15.19.2; Ulp. 1 inst. D. 49.15.24. Lit.: *Treggiari*, Freedmen (1969) 2 f.; *Ziegler*, FG Kaser (1986) 381–393; *Wieling*, CRRS I 5; *Grünewald*, Räuber (1999) 24 f.; *Bodel*, JRA 18 (2005) 182 f.; *Ortu*, RDR 10 (2010); *Harper*, Slavery (2011) 80 f.; *Ortu*, Schiavi (2012) 61–69; *Wacke*, Scr. Melillo III 1483; Beispiele aus der antiken Literatur bei *Binsfeld*, in: Heinen, Menschenraub (2008) 93–97; zur Spätantike *Schipp*, in: Heinen, Menschenraub (2008) 157–181.

In der Republik verfügte der Senat wiederholt – aber nicht immer erfolgreich – die Befreiung widerrechtlich (z. B. von Publikanen) wie Sklaven verkaufter Personen. Lit.: *Treggiari*, Freedmen (1969) 19; *Reggi*, St. Donatuti II 1030; *Mouritsen*, Freedmen (2011) 15 f.

3. Geburt als Sklave

Nach *ius gentium* folgte ein unehelich geborenes Kind dem *status* der Mutter bei seiner Geburt: Unabhängig vom *status* des Vaters waren Kinder einer Sklavin daher grundsätzlich unfrei,[135] die einer Römerin hingegen freie Bürger.[136] Ab der Spätklassik[137] bewirkte der *favor libertatis*[138] die Freiheit eines Kindes, dessen Mutter irgendwann während der Schwangerschaft frei gewesen war oder deren Freilassung man rechtswidrig bis nach dem Geburtstermin verzögert hatte.[139] Das Sklavenkind/*partus ancillae* gehörte immer dem Eigentümer der Mutter (→ Rn. 12). **24**

[135] Gai. 1.89; Ulp. reg. 5.9 (*partus matrem sequitur*/„das [uneheliche] Kind folgt der Mutter"). Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 22–26; *Herrmann-Otto*, Ex ancilla natus (1994) 24 f. (tabellarische Übersicht 33 f.); *Wieling*, CRRS I 9–15; *Melluso*, Schiavitù (2000) 15–18; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 246; *Majer*, Internationales Privatrecht (2017) 105–107.

[136] Ausnahmen: Nach Gai. 1.84 behielt eine Römerin, die entgegen dem *SC Claudianum* eine Lebensgemeinschaft mit einem fremden Sklaven aufrechterhielt, durch eine Vereinbarung mit dessen Herrn ihre Freiheit (im reduzierten *status* einer kaiserlichen Freigelassenen) (→ Rn. 26); ihre Kinder galten bis zur Rechtsänderung durch Hadrian jedoch als unfrei. Laut Gai. 1.85 zeugte ein Römer mit einer irrtümlich für frei angesehenen Sklavin freie Söhne, aber unfreie Töchter, bis Vespasian die Anomalie (*inelegantia iuris*) aufhob. Nach Gai. 1.86 war weiters das wissentlich von einem fremden Sklaven empfangene Kind einer Freien unfrei.

Lit.: *Kaser*, RP I 289; *Weaver*, Familia (1972) 162 f.; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 23 f.; *Voss*, Symp. Wieacker (1985) 127–129; *Weaver*, in: Rawson, Family (1986) 145–169; *Herrmann-Otto*, Ex ancilla natus (1994) 28; *Gardner*, Frauen (1995) 231; *Wieling*, CRRS I 34 f.; *Sirks*, SZ 122 (2005) 140 f.; *Wieling*, Ess. Pool 418 f.; *Willvonseder*, CRRS IV.1 17 f.; *Koops*, in: de Kleijn/Benoist, Integration in Rome (2014) 108 f.; *Simonis*, Cum servis (2017) 166–172; *Majer*, Internationales Privatrecht (2017) 104 f.

[137] Marcian. 1 inst. D. 1.5.5.2, 3; Ulp. 27 Sab. D. 1.5.18; Ant. C. 9.47.4 (o.A.); Paul. sent. 2.24.1–4; Inst. 1.4 pr. (*Wieling*, CRRS I 43 f., 84); bei Gai. 1.91 noch unbekannt (*Kaser*, RP II 129; *Willvonseder*, CRRS IV.1 19).

[138] Quellen bei *Stagl*, Favor dotis (2009) 321 Fn. 34. Lit.: *Kaser*, RP II 125; *Huchthausen*, Philologus 120 (1976) 47–72; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 96–98; *Fabre*, Libertus (1981) 69–81; *Morabito*, Réalités (1981) 239 f.; *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 119; *Memmer*, SZ 108 (1991) 36 f.; *Ankum*, Rev. de Direitos Difusos 23 (2004) 3237–3255; *Ankum*, in: Herrmann-Otto, Unfreie Verhältnisse (2005) 82–100; *Ankum*, Annaeus 1 (2004) 3–9; *Ankum*, in: Długosz, Grecs, Juifs, Polonais (2006) 176–182; *Ankum*, Symp. Wieling 1–17; *Knütel*, Symp. Wieling 131–151; *Ankum*, Extravagantes 457–490; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 91–95; *Chiusi*, FS Wadle 86–88; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 155 f. in Fn. 380; *Stagl*, Favor dotis (2009) 327–334; *Kleiter*, Entscheidungskorrekturen (2010) 198–207; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 332–336; *Wacke*, s. v. Favor libertatis, HAS I (2017) 923–927.

[139] Marcian. 1 inst. D. 1.5.5.3. Zu fideikommissarischer Freilassung: Ulp. 12 Sab. D. 38.16.1.1; Ulp. 12 Sab. D. 38.17.1.3; Ulp. 5 fideic. D. 40.5.26.1; Scaev. 4. resp. D. 40.5.41.5; Marcian. D. 40.5.53 (*Wołodkiewicz*, Index 39 (2011) 216–221); Iust. C. 6.57.6 (a.530); Freilassung als Schenkungsauflage in Mod. 12 resp. D. 1.5.22.

Alex. C. 7.4.4 (a.222) verlangte dafür, dass die Sklavin die Freiheit eingefordert hatte; Gleiches bei einer *statulibera* (Ulp. 27 Sab. D. 40.7.6 pr.; *Wieling*, CRRS I 61).

Lit.: *Voss*, Symp. Wieacker (1985) 126; *Herrmann-Otto*, Ex ancilla natus (1994) 25 f.; *Melluso*, Schiavitù (2000) 16 f., 70; *Lamberti*, in: Reduzzi Merola/Storchi Marino, Femmes-esclaves (1999) 384–389; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 30 f.; *Avenarius*, CRRS IV.3 290–292.

4. Freiheitsverlust als Sanktion

a. Strafrecht

25 Freiheitsverlust bildete eine selbständige Strafe[140] oder trat infolge der Verurteilung zum Tod,[141] *ad ludum gladiatorium*/in die Gladiatorenschule,[142] zu Tierkämpfen/*ad bestias*[143] oder Bergwerksarbeit/*ad metalla*[144] ein. Die sog. *servi poenae*/Sklaven der Strafe unterstanden einem besonders strengen Regime.[145]

b. *Senatus consultum Claudianum*

26 Ein 52 oder 54 n. Chr. erlassenes *SC Claudianum*[146] machte eine Römerin bzw. Latinerin,[147] die mit einem fremden Sklaven trotz *denuntiatio*/Widerspruchs[148] seines

[140] Noch bis in die Klassik erfolgte eine strafweise Versklavung (durch Übergabe/Verkauf ins Ausland) wegen Missachtung der Unverletzlichkeit von Gesandten (Fn. 132) oder heimlichen Verhandlungen mit dem Feind (*Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 27–30; *Wieling*, CRRS I 15), bei Weigerung zur Stellung zum *census* (Gai. 1.160; Ulp. reg. 11.11; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 30; *Albanese*, Persone (1979) 104; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 306; *Wieling*, CRRS I 15) oder zum Militärdienst (Men. 1 mil. D. 49.16.4.10; *Schmetterer*, Soldaten (2012) 12; *Blänsdorf*, Sklaverei (2016) 13 f.).

In den XII T. wurde ein *fur manifestus* noch dem Bestohlenen durch *addictio* zugewiesen (Gai. 3.189; s. Fn. 9). Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 31; *Flach*, Gesetze 175; *Wieling*, CRRS I 37 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 147–151; *Valditara*, Riflessioni (2015) 29–37. Zum sanktionsweisen Freiheitsverlust in der Spätantike *Albanese*, Persone (1979) 107 f.

[141] Z. B. Gai. 17 ed. prov. D. 28.1.8.4; Ulp. 10 Sab. D. 28.3.6.6; Gai. 1 l. Iul. Pap. D. 48.19.29.

[142] Strafweise Gladiatur wurde nicht als Todesstrafe, sondern als Form der „Zwangsarbeit" verstanden (Plin. epist. 10,31,2; Paul. sent. 5.17.2). Nach drei Jahren konnten die Kämpfe erlassen und nach frühestens fünf Jahren die Freiheit gewährt werden (Ulp. 8 off. procons. Coll. Mos. 11.7.4). Lit.: *Frakes*, Collatio (2011) 289; *Ebner*, SZ 129 (2012) 259–261.

[143] Ulp. 9 off. procons. D. 48.19.8.11, 12; *Wieling*, CRRS I 70 f.; *Buongiorno*, s. v. Venatio (Tierkampf), HAS III (2017) 3167 f.

[144] Ulp. 8 Sab. D. 29.2.25.3; Ulp. 9 off. procons. D. 48.19.8.4, 12; Marcian. 1 inst. D. 48.19.17 pr. Lit.: *Kaser*, RP I 292; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 41–45; *Salerno*, Metalla (2003); *Millar*, Rome II 120–150; *Avenarius*, CRRS IV.3 145, 340 und in der nächsten Fn.

[145] Als deren Eigentümer galt nicht der *fiscus*, sondern die „Strafe" (Marcian. 11 inst. D. 34.8.3 pr.; Call. 6 cogn. D. 49.14.12). Novell. Iust. 22.8 (a.535) beseitigte die *servitus poena*, die Inst. 1.12.3 noch kannte. Lit.: *Kaser*, RP II 130; *Albanese*, Persone (1979) 106 f.; *Morabito*, Réalités (1981) 74–78; *Burdon*, in: Archer, Slavery (1988) 68–85; *Wieling*, CRRS I 18–20; *Melluso*, Schiavitù (2000) 48–59; *McClintock*, Hom. Annequin I 115–123; *McClintock*, Servi della pena (2010); *Avenarius*, CRRS IV.3 341 f.; *Masi Doria*, Scr. Corbino IV 597–617; *Lenski*, s. v. Spätantike, HAS III (2017) 2887; *Gallo*, s. v. Strafsklaverei, HAS III (2017) 2963–2965.

[146] Tac. ann. 12,53; Suet. Vesp. 11; Gai. 1.91, 160; Paul. sent. 2.21a. Lit.: *Kaser*, RP I 292; *Yuge*, Klio 64 (1982) 145–150; *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 139 f.; *Voss*, Symp. Wieacker (1985) 135–166; *Herrmann-Otto*, Ex ancilla natus (1994) 28–33; *Gardner*, Frauen (1995) 141–143; *Friedl*, Konkubinat (1996) 77; *Wieling*, CRRS I 20–25; *Storchi Marino*, in: Reduzzi Merola/Storchi Marino, Femmes-esclaves (1999) 391–426; *Samà*, St. Impallomeni 381–388; *Masi Doria*, Mél. Wołodkiewicz I 507–519; *Selb/Kaufhold* III 105–108; *Karl*, Castitas (2004) 188–199; *Herrmann-Otto*, RIDA 51 (2004)

Herrn[149] zusammenlebte, zu dessen Sklavin.[150] Die Frau konnte durch eine Vereinbarung mit dem *dominus* ihres Partners ihre Freiheit (aber als *liberta Caesaris*)[151] bewahren, während ihre Kinder jedoch an jenen fielen.[152] Als Gründe[153] für die außergewöhnliche und nur Frauen treffende Regelung[154] gelten Moral, der Schutz des Eigentums oder die Bewahrung von Disziplin und Standesunterschieden. Auch relevant war das Bestreben, dem Herrn die Kinder seines Sklaven zu sichern. Dieses Regime betraf vermutlich in erster Linie die sozial privilegierten kaiserlichen Sklaven, die sogar für freie Römerinnen attraktive Partner waren (→ Rn. 6).[155] Wiederholt wurde das *SC Claudianum* seit Konstantin reformiert, bis es Justinian schließlich beseitigte (Iust. C. 7.24.1 pr. [a.531–534]; Inst. 3.12.1).[156]

169–171; *Höbenreich*, OIR 9 (2004) 65–67; *Sirks*, SZ 122 (2005) 138–149; *Masi Doria*, GS Kupiszewski 132–137; *Masi Doria*, in: Cascione et al., Parti e giudici (2006) 125–156; *Schumacher*, Actes – 12 II 1331–1336; *Willvonseder*, CRRS IV.1 6–8; *Harper*, CQ 60 (2010) 610–638; *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) 311–325; *Mouritsen*, Freedman (2011) 21 f.; *Masi Doria*, in: Rodríguez López/Bravo Bosch, Mulier (2013) 157–178; *Sirks*, FS Liebs 623–635; *Masi Doria*, Scr. Corbino IV 608–617; *Simonis*, Cum servis (2017) 161–181.

[147] Deren Einbeziehung kann erst später erfolgt sein; vgl. *Simonis*, Cum servis (2017) 162.

[148] Möglicherweise war eine solche erst ab dem 2. oder 3. Jh. notwendig; drei *denuntiationes* wurden ab dem 4. Jh. verlangt (Paul. sent. 2.21a.17). Nach Const. Cod. Theod. 4.12.2 (a.317) musste die letzte Verwarnung vor sieben römischen Zeugen ausgesprochen werden. Lit.: *Böhm*, SDHI 42 (1976) 444–447; *Wieling*, CRRS I 23; *Melluso*, Schiavitù (2000) 48; *Karl*, Castitas (2004) 192, 196–199; *Willvonseder*, CRRS IV.1 7; *Simonis*, Cum servis (2017) 164.

Die nach Paul. sent. 2.21a.17 zur Versklavung führende *adiudicatio* kann entgegen *Wieling*, CRRS I 83 klassisch sein, da die schwerwiegende Sanktion wohl eine gewisse Kontrolle voraussetzte (so *Masi Doria*, in: Cascione et al., Parti e giudici (2006) 144).

[149] Gehörte der Sklave zum *peculium* eines Haussohnes, so konnte dieser selbst abmahnen (Paul. sent. 2.21a.5). Frauen bedurften der Zustimmung des Geschlechtsvormundes (→ § 29 Rn. 37; § 31 31 Rn. 80–89), um ihren Freigelassenen das Zusammenleben mit einem fremden Sklaven zu gestatten (Ulp. reg. 11.27; *Masi Doria*, GS Kupiszewski 134 f.; *Simonis*, Cum servis (2017) 163 f.).

[150] Sonderregeln galten für weibliche Freigelassene, die wieder zu Sklavinnen ihres Patrons wurden, und für Haustöchter (Paul. sent. 2.21a.6, 7, 9; *Masi Doria*, Mél. Wołodkiewicz I 507–519; *Masi Doria*, GS Kupiszewski 133 f.; *Simonis*, Cum servis (2017) 165).

[151] Tac. ann. 12,53; Paul. sent. 4.10.2; Frg. de iure fisci 12 (FIRA II, 629); *Wieling*, CRRS I 22; *Simonis*, Cum servis (2017) 170 f.

[152] Gai. 1.84; oben Fn. 136.

[153] Zuammengefasst bei *Simonis*, Cum servis (2017) 177–180.

[154] Männern brachte das Zusammenleben mit fremden Sklavinnen keine Statusänderung (Alex. C. 7.16.3 [a.225]).

Erst im 6. Jh. setzte Edict. Theodor. LXIIII vergleichbare Rechtsfolgen dann auch für Männer fest (*Voss*, Symp. Wieacker (1985) 134 f.; *Wieling*, CRRS I 21, 90); Konstantin deportierte Dekurionen, die sich mit Sklavinnen von Mächtigen einließen (Const. C. 5.5.3 = Cod. Theod. 12.1.6 [a.319]). Lit.: *Voss*, Symp. Wieacker (1985) 140–142; *Waldstein*, ACost. VIII 128 f.; *Navarra*, ACost. VIII 427–437; *Evans Grubbs*, Phoenix 47 (1993) 136.

[155] *Evans Grubbs*, Phoenix 47 (1993) 131; *Willvonseder*, CRRS IV.1 7; *Simonis*, Cum servis (2017) 68–74; *Heinrichs*, s. v. Augustus/Octavian, HAS I (2017) 578 f.

[156] *Kaser*, RP II 130 f.; *Voss*, Symp. Wieacker (1985) 138–147; *Waldstein*, ACost. VIII 131 f.; *Na-*

5. Verkauf von Freien

a. Freiwilliger Verkauf und Selbstverkauf

27 Der Verkauf eines Freien als Sklave bewirkte im klassischen Recht auch bei dessen Einverständnis keine Statusänderung.[157] Ulp. 10 Sab. D. 28.3.6.5 ließ als Ausnahmen allerdings den Verkauf, um Finanzverwalter zu werden (*ad actum gerendum*),[158] und den (betrügerischen) Verkauf zwecks Partizipation am Kaufpreis (*ad pretium participandum*) zu.[159] Im letzteren Fall denegierte der Prätor[160] zum Schutz gutgläubiger

---

varra, ACost. VIII 427–437; *Beaucamp*, Statut de la femme I (1990) 185–195; *Evans Grubbs*, in: Harries/Wood, Theodosian Code (1993) 130–133; *Evans Grubbs*, Law and Family (1995) 262–275; *Arjava*, Women (1996) 221–224; *Wieling*, CRRS I 22–25; *Melluso*, Schiavitù (2000) 47–51, 251; *Willvonseder*, CRRS IV.1 8, 104–111; *Harper*, Slavery (2011) 432–442; *Masi Doria*, in: Cascione et al., Parti e giudici (2006) 150 f.; *Grey*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 488 f.; *Bondue*, Servus (2011) 42–45; *Castagnetti*, TSDP VI (2013); *Masi Doria*, Scr. Corbino IV 608–617; *Herrmann-Otto*, s. v. Constantinus I. der Große, HAS I (2017) 605 f.; *Lenski*, s. v. Spätantike, HAS III (2017) 2887.

[157] Quellen in Fn. 44 und Fn. 172. Lit.: *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 140; *Wieling*, CRRS I 15; *Manfredini*, SDHI 76 (2010) 364 f.; *Peppe*, in: Corbino et al., Homo (2010) 457–463; *Indra/McDougall*, s. v. Selbstverkauf, HAS III (2017) 2530 f.

Nach Zwölftafelrecht führte der Verkauf des insolventen Schuldners *trans Tiberim* (→ Rn. 3) zur Sklaverei, aber im „Ausland" (*Wieling*, CRRS I 31 f.). Die *lex Poetelia* (326 v. Chr.) gestattete insolventen Schuldnern, stattdessen ihre Schulden abzuarbeiten (*Serrao*, Diritto privato I² (1999) 244–248; *Elster*, Gesetze 63–71; *Kaser/Hackl*, RZ 145).

Mächtige hielten auch später noch u. a. Schuldner widerrechtlich in eigenen Privatgefängnissen (*ergastula*) fest. In der Kaiserzeit wurde dagegen wiederholt vorgegangen (Suet. Aug. 32; Suet. Tib. 8,2; Script. Hist. Aug. Hadr. 18,10; Const. Cod. Theod. 5.8.1 [a.314]; *Ramin/Veyne*, Historia 30 (1981) 487). In solchen Notlagen genossen auch Freie Asylschutz bei Kaiserstatuen (Call. 6 cogn. D. 48.19.28.7; Plin. epist. 10,74; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 150 f.).

[158] Den Fall kennt weiters Const. Cod. Theod. 4.8.6 (a.323). Lit.: *Gardner*, Citizen (1993) 38; *Wieling*, CRRS I 53, 101; *Söllner*, CRRS IX 125–127; *Herrmann-Otto*, Misc. Mainzer Akademie 181 f.; *Indra*, Status quaestio (2011) 180; *Harper*, Slavery (2011) 402; *Lenski*, ACost. XVIII 257–259.

Die sozialen und ökonomischen Vorteile als *actor* (bzw. als Geldverwalter generell; *Schäfer*, Misc. Mainzer Akademie 211–223) wogen offenbar den Freiheitsverlust auf. Zur Unfreiheit kam es nicht aus sozialer Missbilligung (so *Söllner*, CRRS IX 28), sondern wegen der gegen Sklaven verfügbaren Disziplinarmittel (insb. Folter). Lit.: *Ramin/Veyne*, Historia 30 (1981) 488, 493–495; *Schumacher*, Sklaverei (2001) 292 f.; *Herrmann-Otto*, Misc. Mainzer Akademie 180–182; *Schumacher*, in: Roth, Sweat (2010) 31–47; *Mouritsen*, Freedman (2011) 219; *Chiusi*, s. v. Servus actor, HAS III (2017) 2571 f.

[159] Lit.: *Kaser*, RP I 292; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 35–38; *Albanese*, Persone (1979) 105; *Ramin/Veyne*, Historia 30 (1981) 488–492; *Wieling*, CRRS I 25 f.; *Melluso*, Schiavitù (2000) 27–29; *Söllner*, CRRS IX 24–28; *Herrmann-Otto*, Misc. Mainzer Akademie 180 f.; *Selb/Kaufhold* III 142 f.; *Herrmann-Otto*, RIDA 51 (2004) 175 f.; *Indra*, Status quaestio (2011) 179–198; *Harper*, Slavery (2011) 395.

Bei Verkauf eines Hauskindes konnte dessen *pater familias* wegen *iniuria* (→ § 95) klagen (Ulp. 56 ed. D. 47.10.1.5; *Klingenberg*, Ess. Winkel I 464).

[160] Ulp. 55 ed. D. 40.12.14 pr., 1; D. 40.12.18 pr.; *Lenel*, EP 387. Zu prozessualen Details und

Käufer[161] vor Betrug die *vindicatio in libertatem* und entzog so der nach *ius civile* weiterbestehenden Freiheit die gerichtliche Durchsetzbarkeit (→ Rn. 65–60), wenn der oder die[162] Verkaufte[163] über 20 Jahre[164] alt gewesen war und einen Teil des Preises in der Tat auch erhalten hatte.[165] Im spätklassischen und justinianischen Recht führte ein betrügerischer Verkauf auch nach *ius civile* zu Sklaverei.[166]

Oft mögen auch Not oder der Wunsch nach Versorgung Freie zur Einwilligung in **28**
ihren Verkauf oder zum Selbstverkauf als „Sklave" veranlasst haben.[167] Manche Volksrechte ließen zudem im Gegensatz zum römischen Reichsrecht[168] möglicherweise den

---

weiteren Rechtsfolgen *Indra*, Status quaestio (2011) 189–191, die dennoch darin eine kaiserliche Schöpfung sehen will. Nach Paul. 50 ed. D. 40.12.23 pr. könnte schon Quintus Mucius ähnlich entschieden haben.

[161] Gegen bösgläubige Käufer blieb der Statusprozess möglich; gegen einen gutgläubigen Dritterwerber nicht mehr (Ulp. 54 ed. D. 40.12.7.2; Paul. lib. caus. sing. D. 40.12.33). Kontrovers war der Verkauf an zwei Käufer, von denen nur einer gutgläubig war (Ulp. 54 ed. D. 40.12.7.3; Paul. SC Claud. sing. D. 40.13.5; *Indra*, Status quaestio (2011) 192–195).

[162] Pomp. 11 var. lect. D. 40.13.3.

[163] Ebenso bei Schenkung, Pfand- und *dos*-Bestellung (Paul. 50 ed. D. 40.12.23 pr., 1; *Wieling*, CRRS I 64 f.; *Indra*, Status quaestio (2011) 185–187) oder Verkauf fideikommissarisch freigelassener Sklaven (Paul. 12 quaest. D. 40.13.4; *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 102–107; *Wieling*, CRRS I 67 f.).

[164] Ulp. 54 ed. D. 40.12.7 pr., 1. Die Altersrenze war an der *lex Aelia Sentia* orientiert (*Indra*, Status quaestio (2011) 182). Der Verkaufte musste bei Erhalt des Preises 20 Jahre alt gewesen sein (Ulp. 2 off. procons. D. 40.13.1); eine *restitutio in integrum* (→ § 109 Rn. 3) stand einem *minor* dagegen nicht zu (Ulp. 11 ed. D. 4.4.9.4). Nach Rückzahlung des Preises wurde ein Freiheitsprozess zugelassen (Ven. 1 off. proc. D. 40.14.2. pr.).

[165] Ulp. 54 ed. D. 40.12.7.1; Ulp. 2 off. procons. D. 40.13.1 pr.; CRRS I 62, 66. Entzog sich der Verkaufte dem Käufer, konnte dieser ihn und den Verkäufer jeweils auf das Kaufpreis-*duplum* klagen (Ulp. 55 ed. D. 40.12.14.1; D. 40.12.20.4) (→ § 79 Rn. 236–294). Lit.: *Wieling*, CRRS I 63 f.; *Indra*, Status quaestio (2011) 273.

[166] Marcian. 1 inst. D. 1.5.5.1; Mod. 7 reg. D. 1.5.21; Inst. 1.3.4; Inst. 1.16.1. Lit.: *Melluso*, Schiavitù (2000) 28 f.; *Liebs*, SZ 118 (2001) 293; *Indra*, Status quaestio (2011) 187–193.

Bereits Pomp. 11 var. lect. D. 40.13.3 verweigert Kindern einer betrügerisch Verkauften die Freiheitsklage, weil sie in Sklaverei geboren waren (*qui ex ea nati tempore servitutis eius erunt*; dazu *Indra*, Status quaestio (2011) 191). *Hackl*, FS Mayer-Maly (2002) 267 Fn. 44 verbindet den Wandel mit der Konstitution Hadrians in Ven. 1 off. proc. D. 40.14.2 pr. *Wieling*, CRRS I 25 versteht bereits die *denegatio* einer *vindicatio in libertatem* als Versklavung. Zum betrügerischen Verkauf in der Nachklassik *Indra*, Status quaestio (2011) 183 f.

[167] Dafür z. B. *Herrmann-Otto*, Misc. Mainzer Akademie 178; *Söllner*, SZ 122 (2005) 52–55; *Harke*, RIDA 52 (2005) 165 Fn. 6; *Söllner*, s. v. Homo liber bona fide serviens, HAS II (2017) 1447 f.; anders etwa *Harrill*, Manumission (1995) 30 f.

Lit.: *Morabito*, Réalités (1981) 70 f.; *Ramin/Veyne*, Historia 30 (1981) 475 f., 495–497; *Herrmann-Otto*, Index 27 (1999) 148; *Herrmann-Otto*, Misc. Mainzer Akademie 178; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 196; *Silver*, AHB 25 (2011) 73–132; *Silver*, Klio 98 (2016) 184–202; *Silver*, Fundamina 22 (2016) 67–93; *Herrmann-Otto*, s. v. Armut, HAS I (2017) 217 f.; *Herrmann-Otto*, s. v. Soziale Mobilität, HAS III (2017) 2878.

[168] Selbstverkauf zählte nicht zu den nach *ius gentium* römischerseits anerkannten Gründen für

wirksamen Verzicht auf die Freiheit zu.[169] Ohne belastbare Quellenbasis[170] ist dagegen die Behauptung, dass im Prinzipat zahlreiche Menschen aus Not oder vom Bestreben geleitet, mit der Freilassung das römische Bürgerrecht zu erlangen, als „freiwillige Sklaven" gedient hätten und dies daher eine erhebliche Quelle für „Unfreie" gewesen wäre.[171] Nach denselben Grundsätzen beeinträchtigte bis Ende des 4. Jh. der Verkauf oder die Verpfändung eigener Kinder für das römische Recht deren Freiheit nicht (→ § 79 Rn. 73).[172] Aufgrund ökonomischer Krisensituationen wurde mit diesen Prinzipien gebrochen: Zuerst suspendierte Konstantin die Freiheit verkaufter Kinder und beließ aber den Eltern noch ein Lösungsrecht;[173] später konnte ein verkauftes Kind nach einer gewissen Dienstleistungsdauer seine Freiheit zurückfordern.[174]

Sklaverei (→ Rn. 22). Auch durch Ersitzung ging die Freiheit einer solchen Person nicht verloren (C. 7.22; *Kaser*, RP II 130).

[169] *Melluso*, Schiavitù (2000) 34 f.; *Liebs*, SZ 118 (2001) 289 f.; *Licandro*, in: Maffi/Gagliardi, Diritti (2011) 268 zu P.Mich. VIII 476; *Harper*, Slavery (2011) 379; *Liebs*, SZ 130 (2013) 627; zum biblischen und rabbinischen Recht *Hezser*, in: Hezser, Rabbinic Law (2003) 140 f.; *Hezser*, Jewish Slavery (2005) 233–241; *Ramelli*, Social Justice (2016) 78.

[170] Außerhalb des juristischen Corpus nur Petron. 57,4 (in allerdings fragwürdigem Kontext) und D.Chr. or. 15 (rhetorische Übertreibung). Eine gewisse Verbreitung indiziert allein die Spezialstrafdrohung gegen das Verkaufen von Soldaten (Mac. 2 mil. D. 48.19.14; *Glancy*, Slavery (2002) 85). Da Zivilisten gegen diese nur schwer gerichtlich vorgehen konnten (vgl. Men. 1 mil. D. 49.16.4.8; Iuv. 16; *Campbell*, Emperor (1984) 254–263), hatten deren Betrügereien größere Aussichten auf Erfolg. Zur Spätantike *Harper*, Slavery (2011) 79.

Ramin/Veyne, Historia 30 (1981) 496 kaschieren das Fehlen von Quellenbelegen damit, dass dieses „sujet indecent" bewusst verschwiegen worden wäre; ebenso *Söllner*, s. v. Homo liber bona fide serviens, HAS II (2017) 1448.

[171] Verfehlt ist es insofern, wenn *Ramin/Veyne*, Historia 30 (1981) 490; *Harper*, Slavery (2011) 395 und *Silver* in zahlreichen Arbeiten (Fn. 167) jeden Selbstverkauf als Grund zur Versklavung ansehen. Zu Recht ablehnend *Hackl*, FS Mayer-Maly (2002) 267 Fn. 44; *Glancy*, Slavery (2002) 80–85; *Peppe*, in: Corbino et al., Homo (2010) 457–463; *Mouritsen*, Freedman (2011) 10 f.; *Liebs*, SZ 130 (2013) 629.

Gegen eine wesentliche, quantitative Bedeutung dieser Form der „Sklavenbeschaffung": *Harris*, in: D'Arms/Kopff, Seaborne Commerce (1980) 124; *Westbrook*, Historia 48 (1999) 221; *Scheidel*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 300.

[172] Verkauf: Ant. C. 7.16.1 (o.A.); Diocl./Max. C. 4.43.1 (a.294); Const. Frg. Vat. 33 (a.315); Pfand: Paul. 5 sent. D. 20.3.5; Paul. sent. 5.1.1; Sent. Syr. 65. Lit.: *Ramin/Veyne*, Historia 30 (1981) 483–486; *Bianchi Fossati Vanzetti*, SDHI 49 (1983) 179–224; *Memmer*, SZ 108 (1991) 21–93; *Wieling*, CRRS I 16 f.; *Melluso*, Schiavitù (2000) 33–43; *Herrmann-Otto*, Misc. Mainzer Akademie 179; *Lorenzi*, Commercio di figli (2003); *Vuolanto*, AncSoc 33 (2003) 179–197; *Herrmann-Otto*, RIDA 51 (2004) 173–176; *Rotman*, Slavery (2009) 174; *Crifò*, St. Nicosia III 47–65; *Manfredini*, SDHI 76 (2010) 365–367; *Grey*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 491; *Harper*, Slavery (2011) 79; *Isola*, Venire contra factum proprium (2017) 229–236; *Lorenzi*, De iure necandi (2018).

Zur Praxis in justinianischer Zeit *Melluso*, Schiavitù (2000) 223–230; zum rabbinischen Recht *Hezser*, in: Hezser, Rabbinic Law (2003) 144–146; *Hezser*, Jewish Slavery (2005) 186–191.

[173] Const. Frg. Vat. 34 (a.313); Const. Cod. Theod. 5.10.1 (a.329) – wohl dieselbe Konstitution wie Const. C. 4.43.2 (a.329) – anerkannte den Verkauf „blutiger" Neugeborener (*a sanguine/sanguinolenti*) unmittelbar nach der Geburt und vor ihrer formellen Aufnahme als Hauskinder, vielleicht in Reaktion auf eine um sich greifende Praxis (so *MacMullen*, Historia 36 (1987) 380). Lit.: *Kaser*, RP II 126, 131; *Albanese*, Persone (1979) 105; *Bianchi Fossati Vanzetti*, SDHI 49 (1983) 187–202; *Martini*,

Ebenso ohne unmittelbare Statusfolgen war ursprünglich die in der Antike zur Beschränkung der Familiengröße vermutlich häufig praktizierte *expositio*/Kindesaussetzung:[175] Nach Aussetzung blieben freie Kinder frei,[176] unfreie wurden zu herrenlosen Sklaven.[177] Konstantin gab dem Aufnehmenden das Recht, den *status* des *alumnus*/Findelkindes festzulegen;[178] Justinian ließ alle ausgesetzten Sklavenkinder frei werden.[179] 29

b. *Homo liber bona fide serviens*/Scheinsklave

Anlass zu vielfachen Problemen gaben *homines liberi bona fide servientes*/„gutgläubig als Sklaven dienende Freie“.[180] *Bona fide* könnte dabei sowohl die Unkenntnis des „Scheinherrn“ vom wahren *status* des Dienenden[181] als auch einen Irrtum beim „Scheinskla- 30

ACost. VII (1988) 423–432; *Memmer*, SZ 108 (1991) 55–59; *Evans Grubbs*, in: Harries/Wood, Theodosian Code (1993) 133–136; *Wieling*, CRRS I 17; *Melluso*, Schiavitù (2000) 37–42; *Lorenzi*, Commercio di figli (2003) 19–21; *García Mac Gaw*, Hom. Annequin I 203–212; *Bondue*, Servus (2011) 46–49; *Harper*, Slavery (2011) 392–409; *Isola*, Venire contra factum proprium (2017) 239–242; *Rio*, Slavery (2017) 42–45; *Herrmann-Otto*, s. v. Armut, HAS I (2017) 215–217.

[174] Unklar ist, ob nach 25 Jahren im Dienst oder bei Erreichung des 25. Lebensjahres (Valent. II./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 3.3.1 [a.391]). Lit.: *Willvonseder*, SZ 100 (1983) 533–541; *Bianchi Fossati Vanzetti*, SDHI 49 (1983) 220–224; *Waldstein*, ACost. VIII 136 f.; *Memmer*, SZ 108 (1991) 72–74; *Wieling*, CRRS I 99; *Bondue*, Servus (2011) 49, 80–84; *Harper*, Slavery (2011) 409–416.

[175] Z. B. Plin. epist. 10,65, 66; Paul. 24 ed. D. 22.6.1.2; Scaev. 23 dig. D. 40.4.29; Alex. C. 8.51.1 (a.224). Lit.: *Bianchi Fossati Vanzetti*, SDHI 49 (1983) 179–224; *Boswell*, Kindness (1988); *Memmer*, SZ 108 (1991) 21–93; *Evans Grubbs*, in: Harries/Wood, Theodosian Code (1993) 133–136; *Fayer*, Familia I (1994) 179–209; *Harrill*, Manumission (1995) 37–42; *Melluso*, Schiavitù (2000) 43–47; *Ankum*, GS Kupiszewski 1–5; *Tate*, JLR 24 (2008/09) 123–141; *Evans Grubbs*, in: Cain/Lenski, Power of Religion (2009) 119–131; *Lorenzi*, ACost. XVII.2 1143–1187; *Harper*, Slavery (2011) 81–83; *Liebs*, SZ 130 (2013) 629 f.; *Lenski*, s. v. Spätantike, HAS III (2017) 2886; *Lorenzi*, De iure necandi (2018). Zur Rechtslage nach Bibel und Talmud *Hezser*, in: Hezser, Rabbinic Law (2003) 143 f.; *Hezser*, Jewish Slavery (2005) 129–139.

[176] Allerdings bedurfte ein als Sklave aufgezogener Freier der formalen Anerkennung seiner Freiheit durch Freilassung oder *vindicatio in libertatem* (Suet. gramm. 21; *Reggi*, St. Donatuti II 1012–1015).

[177] Vgl. in Fn. 63.

[178] Häufiger war die Annahme als Sklave; *Evans Grubbs*, in: Cain/Lenski, Power of Religion (2009) 121.

[179] Const. Cod. Theod. 5.9.1 (a.331); Honor. Const. Sirm. 5 (a.419); SRRB § 86; Valentin. C. 8.51(52).2 (a.374); Iust. C. 8.51(52).3 (a.529); Novell. Iust. 153 (a.541).

Neben der Lit. in Fn. 175: *Kaser*, RP II 126; *Selb/Kaufhold* III 172 f.; *Binsfeld*, in: Heinen, Menschenraub (2008) 90–92; *Harper*, Slavery (2011) 392–409, 416–423.

[180] Lit.: *Morabito*, Réalités (1981) 67 f.; *Söllner*, CRRS IX; *Klinck*, Erwerb (2004) 78 f., 91–93; *Söllner*, SZ 122 (2005) 46–61; *Harke*, RIDA 52 (2005) 164 f.; *Reduzzi Merola*, Index 39 (2011) 222–226; *Harke*, CRRS III.2 4; *Scott*, Ess. Sirks 706–708; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio I (2014) 377–383.

[181] Z. B. in Gai. 2.86 = Gai. 2 inst. D. 41.1.10 pr.; Ulp. 43 Sab. D. 41.1.23.

ven“[182] darüber indizieren. Derartige Unsicherheiten resultierten z. B. aus einem unklaren *status* der Mutter bei Geburt,[183] der Vorenthaltung testamentarisch verliehener Freiheit,[184] Piraterie, Menschen- und insb. Kindesraub[185] und wenn Freie zwecks Versorgung die Rolle von Sklaven übernahmen.[186] Diese Personen erwarben Besitz und Eigentum für ihre Scheingewalthaber (→ § 40 Rn. 28 f.), bis eine *vindicatio in libertatem* (→ Rn. 56) sie als frei feststellte.[187]

31 Im Gegensatz zur h. L. deutete hingegen Söllner die Formel *homo liber bona fide serviens* als Kurzform von *liber homo (alicui) serviens (qui) bona fide (eum possidet)*/„ein freier Mensch, der einem anderen dient, welcher ihn aufgrund eines auf der *bona fides* beruhenden Rechtsgeschäfts besitzt“. Bei den *bona fide servientes* handelte es sich nach dieser Lesart um „Knechte nach *fides*-Recht“, also entweder um (meist) durch Kauf und Übergabe (statt *mancipatio*) erworbene Sklaven vor Ablauf der Ersitzungsfrist (→ § 39, Rn. 7; § 44 Rn. 8) oder, im justinianischen Recht, um v. a. von Nichteigentümern an redliche Erwerber veräußerte Sklaven. Der Ausdruck *bona fide* hätte danach nicht einen Irrtum über den *status* indiziert, sondern bedeutet, dass der Betreffende seinem Besitzer aufgrund eines *bonae fidei negotium* diente,[188] während er ihm nach *ius civile* aber (noch) nicht gehörte. Die zahlreichen, im Detail komplexen Fragen bezüglich der Rechtsfigur des *bona fide serviens* löst diese artifizielle Konstruktion keineswegs.

VIII. Beschränkungen der *dominica potestas*

32 Im Zentrum der personenrechtlichen *dominica potestas*/Herrengewalt stand das *ius vitae necisque*/Recht über Leben und Tod, welches in der frühen Kaiserzeit formell

---

[182] Z. B. in Iul. 44 dig. D. 41.4.7.8: Lit.: *Klinck*, Erwerb (2004) 78–90; *Söllner*, SZ 122 (2005) 46.

[183] Urkundlich dokumentiert ist der Fall der im 1. Jh. um ihre Ingenuität prozessierenden Petronia Iusta. Lit.: *Weaver*, in: Rawson, Marriage, (1991) 166–172; *Gardner*, Frauen (1995) 140 f.; *Metzger*, RIDA 47 (2000) 151–165; *Donadio*, St. Labruna III 1543–1576; *Kaiser*, in: Falk et al., Fälle (2008) 29–44; *Donadio*, in: Maffi/Gagliardi, Diritti (2011) 128–151; *Indra*, Status quaestio (2011) 106–110; *Kleijwegt*, in: Bell/Ramsby, Impact of Freed Slaves (2012) 114 f.; *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 266 Fn. 20.

Sklaven fehlte überhaupt oft die Möglichkeit, ihre Mutter anzugeben (Diocl./Max. C. 7.16.22 [a.293]; *Willvonseder*, CRRS IV.1 144; *Connolly*, Lives (2010) 121 f.).

[184] Dazu *Tellegen-Couperus*, St. Biscardi V 207–215. Umgekehrt konnte ein unwirksames Testament einen *bona fide* „Scheinfreien“ hervorbringen (Ulp. 55 ed. D. 40.12.12.2).

[185] Lit.: *Morabito*, Réalités (1981) 65–67; *Herrmann-Otto*, Index 27 (1999) 149; *Herrmann-Otto*, RIDA 51 (2004) 177 f.; zu den Fällen im *codex Hermogenianus* vgl. *Connolly*, Lives (2010) 121–129.

[186] *Herrmann-Otto*, Index 27 (1999) 143 f.; *Herrmann-Otto*, RIDA 51 (2004) 175; *Söllner*, SZ 122 (2005) 50–55; *Söllner*, s. v. Homo liber bona fide serviens, HAS II (2017) 1447 f.; *Kaser/Knütel* § 11 RZ 6 f.; *Frunzio*, Lavorare (2014) 39 und die Lit. in Fn. 158.

[187] *Harke*, RIDA 52 (2005) 166.

[188] *Söllner*, SZ 122 (2005) 1–61; *Söllner*, CRRS IX; *Söllner*, s. v. Homo liber bona fide serviens, HAS II (2017) 1447 f.; *Söllner*, s. v. Servus alienus bona fide serviens, HAS III (2017) 2573 f.

kaum beschränkt war (Gai. 1.52 = Gai. 1 inst. D. 1.6.1.1 = Inst. 1.8.1), bis Justinian aber seine Bedeutung verlor.[189] Mit der umfassenden Gewalt ging die Verantwortlichkeit des Herrn für die Disziplin unter seinen Sklaven einher.[190] Anders als im Falle von Haussöhnen[191] konnte ein Gewalthaber zur Sklavenbestrafung nicht die offizielle Hilfe eines Magistrats anfordern.[192] Limitiert war die Disziplinargewalt von Personen, die fremde Sklaven aufgrund von Verträgen oder beschränkten dinglichen Rechten innehatten,[193] und von Sklaven mit Leitungsfunktionen oder *servi ordinarii*/Obersklaven gegenüber ihren *vicarii*/Untersklaven (→ Rn. 19).[194]

In der Republik fehlten rechtliche Regelungen für die Sklavenbehandlung; Ein- **33**
schränkungen der Herrenmacht ergaben sich bestenfalls aus Sitte und Herkommen.[195] Denkbar ist, dass gelegentlich Volkstribune Exzesse unterbanden oder solche

---

[189] Lit.: *Watson*, Roman Slave Law (1987) 115–133; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 81–115; *Westbrook*, Historia 48 (1999) 203–223; *Gerhold*, s. v. Strafe/Bestrafung II. Römisch, HAS III (2017) 2957 sowie (→ Rn. 34 f.).

Epit. Gai. 1.3.1 gestattete im 5. Jh. (analog zur Lage bei *filii familias*) keine Sklavenhinrichtung ohne Urteil mehr; *Krause*, Kriminalgeschichte (2004) 122 hält diese daher schon im 5. Jh. für unüblich. Lit.: *Kaser*, RP II 125; *Archi*, Epitome Gai (1937) 131–133; *Nehlsen*, Sklavenrecht (1972) 175; *Liebs*, Gallien (2002) 133; *Lucrezi*, Uccisione (2001) 94–99; *Liebs*, TR 85 (2017) 20 f. Inst. 1.8.1 enthält noch das Tötungsrecht aus Gai. 1.52; der Paralleltext Gai. 1 inst. D. 1.6.1.1 spricht davon hingegen in der Vergangenheitsform.

[190] *Knoch*, Sklavenfürsorge [2](2017) 56, 84 f. Von der Gehorsamspflicht nahmen manche Juristen Befehle zu rechtswidrigen Handlungen aus (Alf. 2 dig. D. 44.7.20; Ulp. 57 ed. D. 47.10.17.7). Lit.: *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 110; *Dumont*, Servus (1987) 135 f.; *Watson*, Legal Origins (1991) 272; *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 116–120.

[191] *Selb*, IJ 1 (1966) 136–150; *Gebhardt*, Prügelstrafe (1994) 161–163; *Arjava*, JRS 88 (1998) 153.

[192] Gegen Entgelt übernahm aber ein *servus publicus* Exekutionen (AE 1971, 88 II 8–10). Lit.: *Dumont*, Servus (1987) 127 f.; *Bradley*, Slavery and Society (1994) 166; *Bonfiglio*, Index 24 (1996) 301–319; *Schumacher*, Sklaverei (2001) 282; *Weiß*, Sklave (2004) 115 f.; *Samuelsson*, Crucifixion (2011) 199–201; *Bruun*, OH RE 620. Einige Reiche besaßen solches Spezialpersonal selbst (*tortores*; Petron. 49; *Schmeling*, Satyrica (2011) 208).

[193] Ulp. 17 Sab. D. 7.1.23.1 = Frg. Vat. 72; Ulp. 18 ed./Paul. 22 ed. D. 9.2.5.3–7 pr.; Ulp. 30 ed. D. 13.7.24.3; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.3, 5. Gleichermaßen geringer waren die Befugnisse des Ehemannes bei Dotalsklaven (Ulp. 33 ed. D. 24.3.24.5; *Spengler*, s. v. Servus dotalis, HAS III (2017) 2577 f.) (→ § 35 Rn. 66); die Züchtigung eines fremden Sklaven war dessen „Rang" entsprechend zu mäßigen (Ulp. 18 Sab. D. 7.1.15.1). Lit.: *Gebhardt*, Prügelstrafe (1994) 183–191; *Cursi*, Iniuria (2002) 101–113; *Knoch*, Sklavenfürsorge (2017) 75 f.; *Klingenberg*, SZ 126 (2009) 203 f.; *Gamauf*, in: Heinen, Kindersklaven (2012) 243–245; *De Filippi*, Dignitas (2009) 153; *Du Plessis*, in: Roth, Sweat (2010) 55; *Gerhold*, s. v. Strafe/Bestrafung II. Römisch, HAS III (2017) 2958.

Die Bestrafung fremder Sklaven konnte, wohl um einer Haftung zu entgehen, Magistraten überlassen werden (Pomp. 22 Sab. D. 12.4.15; Ulp. 30 ed. D. 13.7.24.3).

[194] Plaut. Persa 22 f.; Cato agr. 5,1; Varro rust. 1,16,5; Colum. 1,8,10, 11,1,25; Petron. 30, 52. Lit.: *Reduzzi Merola*, Servo (1990); *Veyne*, Gesellschaft (1995) 38; *Carlsen*, Vilici (1995) 76–79; *Schmeling*, Satyrica (2011) 217 f.

[195] Mäßigend mag die (rechtlich nicht geforderte) Übung gewirkt haben, schwere Strafen unter Beiziehung eines *iudicium domesticum*/Hausgerichtes zu verhängen, dem u. U. sogar Mitsklaven

im Nachhinein zu zensorischen Rügen führten.[196] Machtmissbräuche verhinderte dies genauso wenig, wie der manchmal zugestandene Asylschutz.[197]

34 Im Prinzipat wurden zahlreiche Vorschriften zugunsten von Sklaven erlassen, die oft unmittelbar von den Kaisern selbst ausgingen:[198] Ein (durch *Scta.* erweitertes) Edikt des Claudius verlieh wegen Krankheit (urspr. beim Äskulapheiligtum auf der Tiberinsel) ausgesetzten Sklaven bei Genesung die (latinische) Freiheit;[199] wer kranke Sklaven stattdessen bewusst verhungern ließ, wurde wie für einen Mord bestraft.[200] Für den Verkauf zu Tierkämpfen verlangten eine *lex Petronia* (1. Jh.)[201] und ihr nachfolgende

---

angehörten (so Plut. Cat. Ma. 21,4). Lit.: *Kunkel*, Kl. Schr. 130 f.; *Dumont*, Servus (1987) 126–129; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 94; *Knoch*, Sklavenfürsorge ²(2017) 57; *Joshel*, Slavery (2010) 57; *Donadio*, Index 40 (2012) 175–195; *Cuneo*, s. v. Hausgericht (iudicium domesticum), HAS II (2017) 1339–1341.

Weiters unterlag die Strafgewalt der sozialen Kontrolle durch Standesgenossen: z. T. fanden Bestrafungen öffentlich, z. B. während oder nach Gastmählern (Plut. Cat. Ma. 21,3; Mart. 8,23; Tac. ann. 16,19), statt und Sklaven konnten Anwesende um Fürsprache ersuchen (Petron. 30, 49, 52, 54; s. bei *Schmeling*, Satyrica (2011) zu den Stellen; *Joshel*, Slavery (2010) 224–227). Derartige Interventionen waren weder für die Sklaven noch die Dritten mit nachteiligen Rechtsfolgen verbunden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.4, 5; Ulp. 23 ed. D. 11.3.5 pr. mit *Gamauf*, Misc. Mainzer Akademie 66; *Gamauf*, Pocta Blahovi (2014) 159–176; auch *McKeown*, in: Hodkinson/Geary, Slaves and Religions (2012) 294 f.).

[196] D. H. 20,13; Sen. contr. 3,9; Ps. Quint. decl. 380. Lit.: *Kaser*, RP I 114, 284; *Dumont*, Servus (1987) 137–160; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 115–120; *Watson*, Legal Origins (1991) 279–282; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 13; *Knoch*, Sklavenfürsorge ²(2017) 48–52; *Giltaij*, in: Heirbaut et al., Histoire du droit (2009) 147–162. Lit. zum *regimen morum* bei *Humm*, in: Corbino et al., Homo (2010) 283–314; positiver bewertet die Eingreifmöglichkeit der Volkstribune *Pennitz*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 334.

[197] *Dumont*, Servus (1987) 137–143; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 195–197; *Derlien*, Asyl (2003) 145–228; *Traulsen*, Asyl (2004) 249–253; *Fanizza*, Index 40 (2012) 605–616; *Pellecchi*, Lettura (2012) 21–28; *Pennitz*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 315–338; *Gamauf*, s. v. Asyl II. Römisch, HAS I (2017) 253–256; *Harke*, in: Haedrich, Flucht (2017) 207–218.

[198] Ein spektakuläres *exemplum* lieferte Augustus mit der Rettung eines Sklaven des neureichen Vedius Pollio davor, zur Strafe lebendig an Muränen verfüttert zu werden (Sen. dial. de ira 3,40,2–5; Sen. clem. 1,18,2; Plin. nat. 9,77; D. C. 54,23,2–4). Lit.: *Liebs*, TR 85 (2017) 5 f.; *Knoch*, Sklavenfürsorge ²(2017) 82 f.; *Knoch*, s. v. Vedius Pollio, HAS III (2017) 3164 f.; zur Motivlage der Kaiser z. B. *Gamauf*, Licet confugere (1999) 22–24. Die neuere Forschung führt den rechtspolitischen Paradigmenwechsel in der Kaiserzeit nicht mehr auf (stoische) Humanitätsideen zurück (s. Fn. 50).

[199] Unter Justinian wurden ausgesetzte Sklaven generell frei (s. Fn. 179) und hatten das volle Bürgerrecht (*Kaser*, RP II 132).

[200] Suet. Claud. 25,2; Mod. 6 reg. D. 40.8.2; Iust. C. 7.6.1.3 (a.530). Lit.: *Kaser*, RP I 285 f.; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 160; *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 122; *Sirks*, RIDA 30 (1983) 244; *Major*, Scholia 3 (1994) 84–90; *Faro*, Libertas (1996); *Peluso*, Index 28 (2000) 133–153; *Melluso*, Schiavitù (2000) 98–103; *Lucrezi*, Uccisione (2001) 61 f.; *Knoch*, Sklavenfürsorge ²(2017) 137–141; *Nogrady*, Strafrecht (2006) 164; *Schumacher*, CRRS VI 37; *Tafaro*, FS Knütel 1255; *Ruciński*, Praefectus urbi (2009) 137; *Giltaij*, Mensenrechten (2011) 60, 122; *Botta*, Scr. Corbino I 311–313; *Buongiorno*, s. v. Edictum divi Claudii, HAS I (2017) 764 f.

[201] 19 n. Chr.: *Buckland*, Slavery (1908) 36 Fn. 7; unter Augustus, Tiberius oder Nero: *Kaser*, RP I

Scta. eine gerichtliche Entscheidung.[202] Ab Domitian ergingen wiederholt Verbote der Sklavenkastration.[203] Hadrian soll dann Hinrichtungen ohne Gerichtsurteil,[204] den grundlosen Verkauf an Bordellbetreiber (*lenones*) und Veranstalter von Arenaspielen (*lanistae*) sowie die Anhaltung von Sklaven in Arbeitsgefängnissen (*ergastula*) untersagt haben.[205] Keine erkennbare Präzedenzwirkung hatte die von ihm angeordnete Bestrafung einer Matrone mit fünfjähriger Verbannung wegen Misshandlung ihrer *ancillae*.[206] Spätestens ab Antoninus Pius war die grundlose Tötung eines eigenen Skla-

285 Fn. 26; *Wieacker*, RRG I 366 Fn. 47; 61 n. Chr.: *Robinson*, Criminal Law (1995) 43; *Bauman*, Human Rights (2000) 165 Fn. 43; *Liebs*, Richter Roms (2007) 131; *Buongiorno*, s. v. Lex (Iunia?) Petronia de servis, HAS II (2017) 1763 f.; *Liebs*, TR 85 (2017) 4.

[202] Mod. 6 reg. D. 48.8.11; Marcian. 1 inst. D. 18.1.42. Lit.: *Kaser*, RP I 285; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 94; *Tafaro*, FS Knütel 1255 f.; *Thomas*, Fundamina 16 (2010) 196 f.; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 85 f.; *Ebner*, SZ 129 (2012) 261 f.; *Ebner*, in: Rollinger et al., Strafe und Strafrecht (2012) 101–104.

[203] Suet. Dom. 7; Amm. Marc. 18,4,5; Nerva 97 n. Chr. (Marcian. 14 inst. D. 48.8.3.4; Ven. 1 off. proc. D. 48.8.6); Hadrian (Ulp. 7 off. procons. D. 48.8.4.2; Paul. 2 off. procons. D. 48.8.5); Const. C. 4.42.1 (o.A.) und Novell. Iust. 142 (a.558). Lit.: *Albanese*, Persone (1979) 26; *Melluso*, Schiavitu (2000) 108–111; *Nogrady*, Strafrecht (2006) 178–184; *Tafaro*, FS Knütel 1263; *Puliatti*, Ric. Gallo II 141–170; *Gerhold*, s. v. Castratio, HAS I (2017) 523 f.

Das Faible der Oberschicht und des Kaiserhofes für Eunuchen und der erlaubte Handel mit importierten Eunuchen sorgten für einen Markt, und so blieb die Sklavenkastration weiterhin lukrativ (Marcian. del. sing. D. 39.4.16.7; Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.28; Iust. C. 7.7.1.5b [a.530]; Plin. nat. 7,129). Lit.: *Guyot*, Eunuchen (1980); *Scholten*, Eunuch (1995); *Bodel*, JRA 18 (2005) 184, 193; *Grey*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 498 f.; *Harper*, Slavery (2011) 337–340; *Harper*, Shame (2013) 264 Fn. 14; *Guyot*, s. v. Eunuchen, HAS I (2017) 873–875.

Zur Einbeziehung der Beschneidung in das Kastrationsverbot: *Rabello*, ANRW II.13 699–703; *Rabello*, St. Biscardi II 187–214; *de Bonfils*, Schiavi (1992) 19–23; *Abusch*, in: Schäfer, Bar Kokhba War (2003) 71–91; *Hezser*, in: Hezser, Rabbinic Law (2003) 133 Fn. 2; *Hezser*, Jewish Slavery (2005) 41 f.; *Amabile*, RDR 18 (2018).

Konstantin verlieh Sklaven nach erzwungener Konversion zum Judentum und Beschneidung die Freiheit (Const. Cod. Theod. 16.9.1 [a.335] = Const. Sirm. 4). Lit.: *Albanese*, Persone (1979) 26; *de Bonfils*, Schiavi (1992) 37; *Waldstein*, ACost. VIII 126 f.; *Melluso*, Schiavitù (2000) 197; *Hezser*, Jewish Slavery (2005) 42; *Bondue*, Servus (2011) 72 f.; *Lenski*, s. v. Spätantike, HAS III (2017) 2885.

[204] Septimius Severus verlangte für eine Hinrichtung wegen Ehebruchs mit der Frau des *dominus* eine vorherige Entscheidung des Stadtpräfekten (Ulp. off. praef. urb. sing. D. 1.12.1.5; *Ruciński*, Praefectus urbi (2009) 137; *Wojciech*, Stadtpräfektur (2010) 78–80); zur Ehebruchsanklage gegen Sklaven s. *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 82–84. Die Rechtslage entsprach der beim Ehebruch eines Haussohns mit seiner Stiefmutter (Ulp. 1 adult. D. 48.8.2 mit *Rizzelli*, in: McClintock, Giuristi (20016) 209–213).

[205] Script. Hist. Aug. Hadr. 18,7–10. Lit.: *Gamauf*, Licet confugere (1999) 131; *Lucrezi*, Uccisione (2001) 61 f.; *Ebner*, SZ 129 (2012) 261 f.; *Ebner*, in: Rollinger et al., Strafe und Strafrecht (2012) 103 f.

[206] Ulp. 8 off. procons. D. 1.6.2 = Coll. Mos. 3.3.4; dazu *Liebs*, Richter Roms (2007) 127–139; *Pavón*, SDHI 76 (2010) 136–140; *Pavón*, SDHI 82 (2016) 286 f. Eine generelle Strafnorm erkennen dennoch darin *Nogrady*, Strafrecht (2006) 260; *Liebs*, Richter Roms (2007) 132 f.; *Harries*, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 51 und *Liebs*, TR 85 (2017) 7 f., 9, 14 f. *Gamauf*, Licet confugere (1999) 129–133 rechnet eher mit einer von Geschlechterstereotypen getragenen Einzelfallentscheidung.

ven als Mord strafbar:[207] Verboten wurden weiters übermäßige Grausamkeit,[208] sexueller Missbrauch[209] und die Vorenthaltung des Lebensnotwendigen.[210] Das Ziel dieser Regelungen war die Beschränkung von Exzessen, die zu Widerstand provozieren konnten. Inhaltlich wiederholte die Gesetzgebung nur die bereits seit dem 1. Jh. v. Chr. als adäquat akzeptierten sozialen Standards.[211]

Auslöser für die Frauen zugeschriebenen Übergriffe auf Sklavinnen mögen oft sexuelle Beziehungen zwischen dem Ehemann und Haussklavinnen gewesen sein (*Glancy*, Slavery (2002) 51 f.; *Herrmann-Otto*, FS Weiler 359). Parallelen (v.a. hinsichtlich der Strafdauer) bieten christliche Quellen (*Bradley*, Slavery and Society (1994) 147; *Glancy*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 466; *Harper*, Slavery (2011) 206–208; *Noethlichs*, s. v. Konzilskanones, HAS II (2017) 1683).

[207] Gai. 1.53 = Gai. 1 inst. D. 1.6.1.2 = Inst. 1.8.2. Lit.: *Gamauf*, Licet confugere (1999) 82; *Melluso*, Schiavitù (2000) 37 f.; *Nogrady*, Strafrecht (2006) 164 f.; *Heinen*, in: Marcone, Medicina e società (2006) 194–202; *Lucrezi*, Uccisione (2001) 56–73; s. auch *Hopkins*, Past and Present 138 (1993) 9 f. zu Gal. 5,17 (Kühn).

Bestrafungsgründe bei Marcian. del. sing. D. 39.4.16.1 (vgl. *Klingenberg*, Commissum (1977) 115 f.). An die Rechtfertigungsgründe des Herrn für eine Sklaventötung wurden keine allzu strengen Anforderungen gestellt (Diocl. Coll. Mos. 3.4.1; Const. Cod. Theod. 9.12.1 = C. 9.14.1 [a.319]). Lit.: *Watson*, Roman Slave Law (1987) 124–127; *Waldstein*, ACost. VIII 133 f.; *Watson*, Legal Origins (1991) 289–291; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 56; *Liebs*, Richter Roms (2007) 138 f.; *Rizzelli*, Scr. Franciosi IV 2283–2304; *Herrmann-Otto*, FS Weiler 362 f.; *Grey*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 488; *Liebs*, TR 85 (2017) 15 f., 17–19.

[208] Zu den äußerst brutalen physischen Strafen z. B. *Spranger*, Untersuchungen [2](1984) 84–87; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 85 f.; *Schlange-Schöningen*, Gesellschaft (2003) 276–283; *Lenski*, in: Riess/Fagan, Topography of Violence (2016) 278–284; zur Hinrichtung *Thomas*, in: Du châtiment dans la cité (1984) 503 f.

Christliche Autoren übten an grausamen Strafen wenig Kritik (*Bradley*, OH RS 631); die Auspeitschung eines unbotmäßigen Sklaven konnte sogar Gottes Willen verwirklichen (Aug. in psalm. 102,14; *Harper*, Slavery (2011) 230; *Ramelli*, Social Justice (2016) 156).

Sklaven in Leitungsfunktionen wurden anders diszipliniert, bspw. indem ihr *peculium* verringert oder entzogen wurde (*Frier/Kehoe*, in: Scheidel et al., Economic History (2007) 131; *Gamauf*, ERH 16 (2009) 337 f.). Auch (→ § 102 Rn. 28).

[209] Die sexuelle Verfügbarkeit von Sklavinnen und Sklaven war geradezu sprichwörtlich (*impudicitia … in servo necessitas*/„Unkeuschheit ist für einen Sklaven unvermeidlich"; Sen. contr. 4 praef. 10 mit *Nettis*, Index 28 (2000) 156 f.; vgl. weiters CIL 4.1863 mit *Licandro*, in: Maffi/Gagliardi, Diritti (2011) 257 f.) und auch nicht von den augusteischen Verboten von Ehebruch und *stuprum* (→ § 33 Rn. 35) erfasst (*Harper*, Slavery (2011) 428 f.); dagegen war der von seinem Sklaven „gehörnte" *dominus* eine beliebte Spottfigur (*Simonis*, Cum servis (2017) 151 f.). Auch Sanktionen wie im *SC Claudianum* (→ Rn. 26), die ein Zusammenleben mit fremden Sklavinnen beschränkt hätten, existierten für Männer nicht (s. Fn. 154).

Zur sexuellen Ausbeutung: *Kolendo*, Index 10 (1981) 288–297; *Morabito*, in: Poumarède/Royer, Histoire & Sexualité 3–20; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 86–88; *Fitzgerald*, Slavery (2000); *Glancy*, Slavery (2002) 50–70; *Glancy*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 466–468; *Harper*, Slavery (2011) 281–325; *Harper*, Shame (2013); *Perry*, Gender (2014) 8–42; *Bradley*, s. v. Sexualität II. Rome, HAS III (2017) 2585–2587.

Zu den Rechtsfolgen von sexuellem Missbrauch fremder Sklavinnen: *Gardner*, Frauen (1995) 222–224; *Gamauf*, in: Polaschek/Ziegerhofer, Recht ohne Grenzen (1998) 21–41; *Perry*, Gender

Bei Verletzungen dieser Normen konnte ein Sklave[212] entweder direkt Beschwerde an den *praefectus urbi* bzw. einen Statthalter erheben oder bei einer Kaiserstatue (*ad statuam confugere*) oder, v. a. im hellenistischen Osten, in einem Tempel Zuflucht suchen.[213] Ergaben die behördlichen Untersuchungen deren Berechtigung, war die schärfste Maßnahme ein Verkauf an einen neuen Herrn; den Erlös daraus erhielt der bisherige.[214] In der Spätantike schützte in solchen Fällen auch das Asylrecht der Kirchen.[215] 35

(2014) 24; *Rainer*, St. *Labruna* VII 4643–4648. Die Vergewaltigung einer fremden Sklavin konnte auch die Ehre ihrer Herrin beeinträchtigen (Paul. sent. 2.26.16; *Höbenreich/Rizzelli*, Scylla (2003) 23).

Ulp. off. praef. urb. sing. D. 1.12.1.8 erlaubte eine Beschwerde wegen Verletzung eines vertraglichen Prostitutionsverbots (→ § Rn. 18). Lit.: *Robinson*, Criminal Law (1995) 69; *Kaser/Hackl*, RZ 459; *Stumpp*, Prostitution (1998) 335; *McGinn*, Prostitution (1998) 308–311; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 89 f.; *Ruciński*, Praefectus urbi (2009) 135; *Wojciech*, Stadtpräfektur (2010) 91–95; *Perry*, Gender (2014) 37. Für ein generelles Beschwerderecht bei Prostitutierung durch den Herrn dagegen *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 88; *Sicari*, Prostituzione (1991) 137–158; *Nettis*, Index 28 (2000) 160–162; *Liebs*, Richter Roms (2007) 136 f.; *Liebs*, TR 85 (2017) 12–14.

Die *regula* in Gai. 1.53 verbindet das Misshandlungsverbot mit dem Rechtsmissbrauch (*male enim nostro iure uti non debemus*/„denn wir dürfen unser Recht nicht missbrauchen“) und der *interdictio* von Verschwendern (→ § 30 Rn. 31–33). Lit.: *Gamauf*, Licet confugere (1999) 98–100; *Elsener*, Racines (2004) 192 f.; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 136; *Aubert*, CRDF 10 (2012) 20; *Longchamps de Bérier*, Abuso (2013) 35–45; *Avenarius*, CRRS IV.3 13; *Liebs*, TR 85 (2017) 2 Fn. 1.

Frauen hatten keinen vergleichbaren Freiraum: Selbst Ehen zwischen *patrona* und ihrem Freigelassenen waren missbilligt, aber immerhin zugelassen (Ulp. 34 Sab. D. 23.2.13; Marcian. 4 reg. D. 40.2.14.1; s. *Harper*, Slavery (2011) 441; *Liebs*, SZ 130 (2013) 628; *Liebs*, Ess. Sirks 409–428). In der Spätantike wurden sie für Geschlechtsverkehr mit eigenen Sklaven bestraft (Const. Cod. Theod. 9.9.1 = C. 9.11.1 [a.326]). Lit.: *Carcaterra*, ACost. VIII 163 f.; *Beaucamp*, Statut de la femme I (1990) 181 f.; *Arjava*, Women (1996) 225–227; *Karl*, Castitas (2004) 203–205; *Herrmann-Otto*, FS Weiler 364; *Filip-Fröschl*, Lib. Am. Végh 28 f.; *Harper*, Slavery (2011) 335 f., 433 f.; s. weiters die Lit. in Fn. 156.

[210] Gai. 1.53 = Gai. 1 inst. D. 1.6.1.2 = Inst. 1.8.2; Ulp. 8 off. procons. D. 1.6.2 = Ulp. 8 off. procons. Coll. Mos. 3.3. Lit.: *Gamauf*, Licet confugere (1999) 81–103; *Melluso*, Schiavitù (2000) 138–142, 147 f.; *Nogrady*, Strafrecht (2006) 256–260; *Tafaro*, FS Knütel 1257–1263; *González Román*, Gerión 21 (2003) 349–361; *Rizzelli*, Scr. Melillo II 1056–1058; *Wojciech*, Stadtpräfektur (2010) 88–91; *Korzilius*, in: Herrmann-Otto, Sklaverei und Zwangsarbeit (2011) 75–81.

[211] *Dumont*, Servus (1987) 156 f.; *Gamauf*, Licet confugere (1999) 91–94. Quellenmäßiges Motiv ist die Vermeidung von Widerstandsakten (Ulp. 8 off. procons. Coll. Mos. 3.3.6 mit *Gamauf*, Licet confugere (1999) 117–135).

[212] Hinweise auf Denuntiation brutaler Herren durch Dritte fehlen.

[213] Gai. 1.53 = Gai. 1 inst. D. 1.6.1.2 = Inst. 1.8.2; Ulp. 8 off. procons. D. 1.6.2 = Ulp. 8 off. procons. Coll. Mos. 3.3; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.12; D. 21.1.19.1; Ulp. 5 off. procons. D. 47.11.5; Sen. benef. 3,22,3; Plin. epist. 10,74. Lit.: *Manfredini*, ACost. VI 39–58; *Gamauf*, Licet confugere (1999); *Gamauf*, in: Dreher, Antikes Asyl (2003) 177–202; *Derlien*, Asyl (2003) 229–334; *Schumacher*, CRRS VI 37–40; *Osaba*, St. Labruna VI 3916–3920; *Mentxaka*, Klio 90 (2008) 403–422; *Ruciński*, Praefectus urbi (2009) 134–138; *Wojciech*, Stadtpräfektur (2010) 81–91; *Korzilius*, in: Herrmann-Otto, Sklaverei und Zwangsarbeit (2011) 76–91; *Longchamps de Bérier*, Abuso (2013) 3–34.

[214] Zum Zwangsverkauf aus anderen Gründen in Ulp. 8 off. procons. D. 48.18.1.27 s. *Gamauf*,

IX. Staatliche Sicherung der Herrengewalt

36 Mit einem „policy mix" aus Schutz- und Repressionsinstrumenten,[216] unter denen die Maßnahmen des *SC Silanianum* zwar hervorstechen, ohne jedoch in rechtspolitischer Hinsicht singulär gewesen zu sein,[217] ging der römische Staat gegen die Gefahren vor, welche aus der großen Zahl von Sklaven in Rom bzw. in einzelnen Haushalten resultierten.[218] Beide Strategien sollten die Sklaverei institutionell stabilisieren, die *dominica potestas* stärken und die Sicherheit bzw. das Sicherheitsgefühl[219] von Sklavenhaltern erhöhen.

Licet confugere (1999) 63 f.; *Nogrady*, Strafrecht (2006) 255 f.; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 67 f.; *Liebs*, TR 85 (2017) 10 f.

[215] Lit.: *Langenfeld*, Christianisierungspolitik (1977) 107–209; *Manfredini*, ACost. VI 39–58; *Barone-Adesi*, ACost. VIII 695–741; *Waldstein*, ACost. VIII 139–141; *Ducloux*, Confugere (1994); *Grieser*, Sklaverei (1997) 127–134; *Mossakowski*, Azyl 2000, poln., angezeigt von *Sokala*, OIR 7 (2002) 160–162); *Melluso*, Schiavitù (2000) 208–214, 231–240; *Melluso*, DHA 28 (2002) 61–92; *Manfredini*, RDR 2 (2002) 305–326; *Derlien*, Asyl (2003) 335–362; *Franke*, Kirchenasyl (2003); *Traulsen*, Asyl (2004); *Manfredini*, in: Dreher, Antikes Asyl (2003) 237–262; *Siems*, in: Dreher, Antikes Asyl (2003) 263–299; *Turner*, Asyl (2005) 95–103; *Dreher*, in: Wiemer, Staatlichkeit (2006) 151–174; *Osaba*, St. Labruna VII 3903–3922; *Schumacher*, CRRS VI 40–43; *Traulsen*, SZ KA 93 (2007) 128–153; *Rotman*, Slavery (2009) 144–153; *Osaba García*, SemCompl. 22 (2009) 293–340; *Bondue*, Servus (2011) 67–69, 99–102; *Noethlichs*, s. v. Konzilskanones, HAS II (2017) 1683.

Zum Asylschutz bei drohender Wiedertaufe durch Donatisten: *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 161 f.; *Waldstein*, ACost. VIII 139 f.; *Schumacher*, CRRS VI 41; *Spagnuolo Vigorita*, St. Labruna VIII 5363.

[216] Zur *coercitio* gegen Sklaven s. Pap. *astynom.* D. 43.10.1.2; CIL 4.10488 = AE 1960, 276 = AE 1962, 234. Zur angemessenen Züchtigung eines fremden Sklaven wegen öffentlichen Missverhaltens war jeder Freie ermächtigt (*Harper*, Slavery (2011) 36; *Gamauf*, Scr. Corbino III 237–244).

[217] Vgl. die *laudatio* des *SC Silanianum* bei Ulp. 50 ed. D. 29.5.1 pr. und die Begründung der Schutzmaßnahmen durch Antoninus Pius in Ulp. 8 off. procons. Coll. Mos. 3.3.2, 6.

[218] Eindrücklich dargelegt in den angeblichen Worten des C. Cassius Longinus bei Tac. ann. 14,43–44. Lit. in Fn. 235.

[219] Zur sprichwörtlichen Feindschaft der Sklaven gegenüber ihren Herren (*quot servi tot hostes*/wieviele Sklaven, so viele Feinde) s. Fest. s. v. *Quot servi tot hostes* p. 314 L; Sen. epist. 47,5; Macr. Sat. 1,11,13; Curt. 7,8,28; auch Val. Max. 6,8,7 (*Harrill*, in: Balch/Osiek, Early Christian Families (2003) 231–254 und die Beiträge in: *Serghidou*, Fear of Slaves (2007)). Solche Spannungen soll die „patriarchalische" Frühphase der römischen Sklaverei (→ Rn. 4) nicht gekannt haben (Tac. ann. 14,44,3; *Watson*, XII Tables (1975) 93).

Zur Bedeutung der Gefährlichkeit eines Sklaven nach dem adilizischen Edikt s. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.1, 23.3; dazu *Bellocci*, in: Moggi/Cordiano, Schiavi e dipendenti (1997) 377–390; *Manfredini*, Suicidio (2008) 169 f.

1. „Polizeiliche" Maßnahmen

Sklavenkontrolle war – anders als in der Republik – im Prinzipat staatlich organisiert und oblag in Rom v. a. dem *praefectus urbi*/Stadtpräfekten, in den Provinzen den Statthaltern und ihren Hilfspersonen.[220] Zur Suche[221] nach flüchtigen Sklaven[222] boten der *praefectus vigilum*/Präfekt der Stadtwachen[223] in Rom sowie verschiedene Provinzialbeamte Unterstützung.[224] 37

a. *Senatus consultum Silanianum*

Das wahrscheinlich 10 n. Chr.[225] beschlossene – und von späteren *Scta.* (*Neronianum, Claudianum, Pisonianum*) ergänzte – *SC Silanianum*[226] untersagte die Öffnung des 38

[220] Tac. ann. 6,11. Lit.: *Gamauf*, Licet confugere (1999) 51 f.; *Ruciński*, Praefectus urbi (2009) 133–139; *Wojciech*, Stadtpräfektur (2010) 25 f.

[221] D. 11.4. Lit.: *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 105 f.; *Rivière*, in: Andreau/Virlouvet, Information et la mer (2002) 115–196; *Klingenberg*, CRRS X.6; *Gamauf*, FS Hausmaninger 91–108; *Gamauf*, St. Labruna III 2037–2045; *Cascione*, Scr. Franciosi I 501–522; *Klingenberg*, Lib. Am. Végh 35–48; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 68–71; *Harper*, Slavery (2011) 259 f.; *Fuhrmann*, Policing (2012) 21–43.

Zu delikts- und strafrechtlichen Folgen von Anstiftung und Beihilfe zur Flucht vgl. *Klingenberg*, CRRS X.6 10–18; *Harke*, CRRS III.2 16.

Vor dem Verbot der Entstellung des Gesichts (Const. Cod. Theod. 9.40.2 = C. 9.47.17 [a.315]) wurden Brandmarkungen/Tätowierungen am Körper des Sklaven, danach Sklavenhalsbänder verwendet, um auf den Eigentümer oder eine Belohnung bei Rückgabe des Geflüchteten hinzuweisen. Lit.: *Bellen*, Sklavenflucht (1971) 25–29; *Jones*, JRS 77 (1987) 139–155; *Hillner*, Historia 50 (2001) 193–216; *Gamauf*, FS Hausmaninger 96; *Salerno*, Aspetti (2009) 53–60; *Harper*, Slavery (2011) 257 f.; *Bruun*, OH RE 620; *Schäfer*, s. v. Brandmarkung/Tätowierung, HAS I (2017) 420–423.

[222] Grundlegend *Bellen*, Sklavenflucht (1971); Quellen mit Kommentierung in *Klingenberg*, CRRS X.6; *Klingenberg*, s. v. Flucht VII. Recht B. Römisches Recht, HAS I (2017) 972–974.

[223] Zur Republik s. Plaut. Amph. 155–158; vgl. *Dumont*, Servus (1987) 136; *Robinson*, City Planning (1992) 176 f.; *Cascione*, Tresviri (1999) 127–131.

[224] Ulp. off. praef. urb. sing. D. 1.15.4(5); D. 11.4; Paul. sent. 1.6a.6; *Klingenberg*, CRRS X.6 18–20; *Nogrady*, Strafrecht (2006) 37–40; *Klingenberg*, Lib. Am. Végh 35–48; *Fuhrmann*, Policing (2012) 21–43.

[225] Auf eine vorausgehende ältere Praxis deutet *mos vetus* im Kontext der Massenexekution von 61 n.Chr. (Tac. ann. 14,42,2; s. in Fn. 235): Die *lex Cornelia de sicariis et veneficis* (81 v. Chr.) erfasste nur am Mord unmittelbar beteiligte Sklaven (Gai. 17 ed. prov. D. 29.5.25 pr.; Ulp. 50 ed. D. 29.5.3.12; s. auch Rhet. Her. 1,14,24). Lit.: *Dumont*, Servus (1987) 132 f.; *Klingenberg*, CRRS X.6 9; *Torrent*, SDHI 74 (2008) 588 f.; *Torrent*, Index 37 (2009) 275 f.; *Harries*, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 51–70; *Piacente*, Schiavo (2018) 14–22, 39–42.

[226] D. 29.5; C. 6.35; Paul. sent. 3.5. Lit.: *Morabito*, Réalités (1981) 263–266; *Robinson*, SZ 98 (1981) 233–235; *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 107 f.; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 134–138; *Wolf*, SC Silanianum (1988) und dazu *Schumacher*, SZ 107 (1990) 641–645; *Dalla*, Silanianum (1994); *Olivero*, Index 27 (1999) 87–103; *Manfredini*, RSA 35 (2005) 307–326; *Torrent*, St. Labruna VIII 5625–5644; *Spruit*, FS Knütel 1167–1190; *Harries*, Law and Crime (2007) 118–121; *Torrent*, SDHI 74 (2008) 581–614; *Torrent*, Index 37 (2009) 271–292; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 77–82; *Skřejpek*, Bi-

Testaments[227] eines gewaltsam ums Leben gekommenen *dominus*, bevor alle zum Todeszeitpunkt mit ihm unter demselben Dach (*sub eodem tecto*) aufhältigen Sklaven gefoltert und vernommen worden waren. Daran anschließend waren diejenigen hinzurichten, die nicht mit allen Mitteln Hilfe geleistet hatten. Die Sicherheit des Herrn hatten Sklaven jedenfalls über ihr eigenes Leben zu stellen.[228] „Rechtsprechung" (Ulp. 50 ed. D. 29.5.1.27; Maec. 11 iud. publ. D. 29.5.14) und Jurisprudenz erstreckten diese Maßnahmen auf vom Wortlaut des *SC* nicht erfasste Fälle (Ermordung während einer Reise,[229] Tötung von dem *dominus* nahestehenden Personen) und zur Tatzeit *sub eodem tecto* befindliche Sklaven, die nicht dem Ermordeten gehört hatten (Ulp. 50 ed. D. 29.5.1.1–17). Verschont wurden Sklaven u. a. aufgrund körperlicher Gebrechen (Ulp. 50 ed. D. 29.5.3.7–11) oder bei faktischer Unabwendbarkeit der Tötung;[230] Unmündigen blieben Folter und Hinrichtung zumeist erspart.[231] Heute wird das *SC Silanianum* in erster Linie als von Furcht motivierte[232] „Terrormaßnahme" bewertet,[233] während die Zeitgenossen zur Rechtfertigung (für die Beeinträchtigung der Erben[234]) auf das öffentliche Interesse (*utilitas publica*) an der Sklavenkontrolle verwiesen.[235]

---

bliographia (2011) 817; *Harries*, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 51–70; *Ernst*, Fundamina 20 (2014) 240–257; *Ernst*, Rechtserkenntnis (2016) 36–55; *Pavón*, SDHI 82 (2016) 287 f.; *Wolf*, s. v. Senatus Consultum Silanianum, HAS III (2017) 2543–2545; *Piacente*, Schiavo (2018).

[227] In den Ediktskommentaren erscheint es im Nachlassverfahren; vermutlich verhieß der Prätor ein Multverfahren (Gai. ed. prov. D. 29.5.25.2 mit *Lenel*, EP 465); Details bei *Dalla*, Silanianum (1994) 39–62; *Piacente*, Schiavo (2018) 126–149.

[228] Ulp. 50 ed. D. 29.5.1 pr.; Hadrian bei Ulp. 50 ed. D. 29.5.1.28.

[229] Paul. sent. 3.5.8; Ulp. 50 ed. D. 29.5.1.31; s. auch Plin. epist. 6,25; *Gamauf*, in: Serghidou, Fear of Slaves (2007) 147–154.

[230] Ulp. 50 ed. D. 29.5.3.2, 3; D. 29.5.1.21–23. Lit.: *Küster*, Blinde (1991) 66 f. Zum Selbstmord: *Wacke*, SZ 97 (1980) 51 f.; *Manfredini*, Suicidio (2008) 104 f.; *Mentxaka*, BIDR 103/04 (2000/01) 23–50; *Frantzen*, Mors voluntaria (2012) 135–143; *Ernst*, Fundamina 20 (2014) 240–257; *Ernst*, Rechtserkenntnis (2016) 36–55; *Piacente*, Schiavo (2018) 64–78, 115–119.

[231] Ulp. 50 ed. D. 29.5.1.32, 33; anders jedoch Maec. 11 iud. publ. D. 29.5.14 (dazu *Gamauf*, FS Pichler 153–177; *Piacente*, Schiavo (2018) 69 f., 116–123); zur Folter *Bellodi Ansaloni*, Quaestio per tormenta (2011) 293–302.

[232] Lit. zum Sklavenwiderstand in Fn. 25.

[233] Z. B. *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 107; *Robinson*, Criminal Law (1995) 19; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 82; *Wacke*, Poena (2008) 227; *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 423; zur Rechtspolitik bei *Gamauf*, FS Pichler 158–162.

Watson, Roman Slave Law (1987) 134 sieht dagegen eine gelungene Umsetzung gesetzgeberischer Intentionen, da der sichere Tod als Alternative die anderen Sklaven zu äußerster Loyalität anspornte. Flucht nach Ermordung des Herrn galt als Schuldindiz (Ulp. 50 ed. D. 29.5.1.31; s. auch Plin. epist. 8,14); erlittene Wunden allein bewirkten noch keine Verschonung (Ulp. 50 ed. D. 29.5.1.37). Lit.: *Tellegen*, SZ 105 (1988) 305–310; *Gamauf*, in: Serghidou, Fear of Slaves (2007) 153; *Harries*, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 63–66; *Ernst*, Fundamina 20 (2014) 240–257; *Ernst*, Rechtserkenntnis (2016) 36–55.

[234] Nur der angegriffene *dominus* selbst, nicht aber die Erben konnten vom Vollzug des *SC Silanianum* dispensieren (Ulp. 50 ed. D. 29.5.1.38; Call. 5 cogn. D. 29.5.2); solche Milde war eher ungewöhnlich (Plin. epist. 3,14; *Tellegen*, SZ 105 (1988) 301–305; *McKeown*, in: Serghidou, Fear of Slaves (2007) 265–279; *Williams*, CJ 101 (2006) 409–424; *Bryen*, Violence (2013) 80–85).

2. Privatrechtliche Rechtsbehelfe des *dominus*/Herrn/Eigentümers

a. Rechtsschutz des Eigentums an Sklaven

Wie alle beweglichen Sachen konnten auch Sklaven mittels *rei vindicatio* (→ § 59) oder *actio Publiciana* (→ § 63) eingeklagt werden.[236] Bei Tötung stand dem Herrn[237] nach dem ersten Kapitel der *lex Aquilia* (→ § 92) der Höchstwert des Getöteten im letzten Jahr vor dessen Tod zu, bei Verletzung gemäß dem dritten Kapitel das Geldinteresse am Unterbleiben der Schädigung.[238] Die Tötung fremder Sklaven[239] galt – in der Hochklassik jedenfalls – auch als Mord i. S. der *lex Cornelia de sicariis et veneficis*.[240] **39**

Mit *actio furti* und *condictio furtiva* konnten die für Entführung,[241] Beihilfe zur Flucht[242] oder die widerrechtliche Aufnahme eines *servus fugitivus* Verantwortlichen belangt werden (→ § 93);[243] außerdem drohte die spätrepublikanische *lex Fabia* eine zusätzliche Geldstrafe wegen *plagium*/Anmaßung des Herrenrechts an.[244] **40**

---

[235] Lit. zur Ermordung des Pedanius Secundus und zur Senatsrede des C. Cassius Longinus (Tac. ann. 14,42–45): *Bellen*, Gymnasium 89 (1982) 449–467; *Nörr*, HIA III 1585–1620, 1653–1674; *Wolf*, SC Silanianum (1988); *Tellegen*, SZ 105 (1988) 294–298; *Schumacher*, SZ 107 (1990) 641–645; *Rudich*, Dissidence (1993) 49–54; *Schiavone*, Storia spezzata (1996) 117–121; *Bauman*, Crime and Punishment (1996) 81–83; *Bauman*, Human Rights (2000) 117 f.; weitere Angaben bei *Silla*, Cognitio (2008) 34 Fn. 27 und *Piacente*, Schiavo (2018) 16 Fn. 12.

[236] In der Musterformel erscheint bei Gai. 4.93 ein Sklave als Beispiel. Zur präzisen *designatio* eines Sklaven in der *intentio* einer *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 152) s. in Paul. 6 ed. D. 6.1.6; zum Umgang mit der häufigen Namensgleichheit Ulp. 16 ed. D. 6.1.5.5 (dazu *Babusiaux*, Quod actum (2006) 14 f., 18); s. auch Mod. 10 resp. D. 40.5.15 (dazu *Silla*, Cognitio (2008) 80–82).

[237] Der in Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.6 verwendete Terminus *erus*/Eigentümer war ein Archaismus (Gai. 3.154a; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 332–334) und bezeichnete ursprünglich ausschließlich den Herrn eines Sklaven. Lit.: *Capogrossi Colognesi*, in: Bieżuńska-Małowist/Kolendo, Colloque Nieborów (1979) 171–196; *Finley*, Sklaverei (1981) 86 f.; *Labruna*, Index 13 (1985) 468; *Cursi*, Iniuria (2002) 160; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 40 Fn. 63; *Nicosia*, Scr. Franciosi III 1847–1850; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 18 f.; *Capogrossi Colognesi*, Costruzione (2016) 141–143.

[238] Zur Anwendung der *lex Aquilia* bei Verletzung von Sklaven s. *Harke*, CRRS III.2 2–11; zum Verhältnis der bei Schädigung eines Sklaven anwendbaren Rechtsbehelfe zueinander vgl. *Morabito*, Réalités (1981) 228 f.; *Du Plessis*, Ess. Rodger 157–165.

[239] Zur Tötung eines eigenen Sklaven (→ Rn. 34).

[240] Gai. 3.213; Ulp. 18 ed. D. 9.2.23.9; Ulp. 57 ed. D. 47.10.7.1; Inst. 4.3.11. Lit.: *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 268 f.; *Hackl*, Praeiudicium (1976) 175; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 86 f.; *Miglietta*, Servus (2001); *Lucrezi*, Uccisione (2001); *Nörr*, FS Knütel 842; *Tafaro*, FS Knütel 1256 f.; *Reduzzi Merola*, Forme [2](2010) 77–93; *Giltaij*, Mensenrechten (2011) 116; *Pennacchio*, SDHI 80 (2014) 155 f.

[241] Die Sachverhaltsangaben erlauben kaum die Unterscheidung zwischen Entführung und Fluchthilfe.

[242] S. etwa Sabinus bei Gell. 11,18,14; Marcian. 4 reg. D. 47.2.63.

[243] Flucht war Diebstahl seiner selbst/*furtum sui* (Afr. 7 quaest. D. 47.2.61; Diocl./Max. C. 6.1.1 [a.286]). Lit.: *Watson*, Roman Slave Law (1987) 59 f.; *Klingenberg*, CRRS X.6 12; *Frunzio*, Res furtivae (2017) 184 f.

[244] Lit.: *Albanese*, Persone (1979) 112–114; *Lambertini*, Plagium (1980); *Robinson*, Criminal Law

b. Rechtsbehelfe gegen die Beeinträchtigung der *dominica potestas*

aa. *Corruptio servi*/charakterliche Verschlechterung eines Sklaven

41 Für die prätorische *actio servi corrupti*[245] wurde im 1. Jh. n. Chr. folgende Formel im Edikt proponiert:

Qui servum servam alienum alienam recepisse persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum quanti ea res erit in duplum iudicium dabo. Si servus servave fecisse dicetur, iudicium cum noxae deditione redditur.

„Wird vorgetragen, dass jemand einen fremden Sklaven oder eine fremde Sklavin aufgenommen oder arglistig zu etwas überredet hat, wodurch er ihn oder sie verschlechtert hat, gebe ich eine Klage auf das Doppelte, was die Sache wert sein wird. Wird vorgetragen, dass die Tat von einem Sklaven oder einer Sklavin begangen wurde, wird die Klage mit der Möglichkeit zur *noxae deditio* gegeben."[246]

42 Sanktioniert wurde primär[247] die charakterliche Verschlechterung[248] eines Sklaven[249] durch Anstiftung zu Flucht, Herumtreiberei, Ungehorsam oder Pflichtvernachlässigung etc. (Ulp. 23 ed. D. 11.3.1.5). In der Hochklassik haftete der Korrumpierende auf das *duplum* der dadurch verursachten Wertminderung (Ulp. 23 ed. D. 11.3.9.3); die Spätklassiker berücksichtigten u. U. weitere Nachteile (Paul. 19 ed. D. 11.3.10; einschränkend Ulp. 23 ed. D. 11.3.11).[250]

(1995) 32–35; *Selb/Kaufhold* III 110 f.; *Klingenberg*, CRRS X.6 12–15; *Kroppenberg*, in: Heinen, Menschenraub (2008) 131–156; *Lucrezi*, Asservimento (2010); *Reduzzi Merola*, Forme ²(2010) 65–76; *Harke*, CRRS III.2 15–18; *Reduzzi Merola*, Hominum (2014) 47–64; *Reduzzi Merola*, Scr. Corbino VI 259–268; *Ruffing*, s. v. Sklavenbergung, HAS III (2017) 2595 f.; *Klingenberg*, s. v. Sklavenhehlerei, HAS III (2017) 2615 f.; *Buchwitz*, s. v. Menschenraub II. Juristisch, HAS II (2017) 1921 f.

[245] Lit.: *Albanese*, Persone (1979) 136 f.; *Bonfiglio*, Corruptio (1998) und dazu *Venturini*, SDHI 66 (2000) 472–488; *Gamauf*, Misc. Mainzer Akademie 62–67; *Cerami*, Scr. Melillo I (2009) 203–209; *Reduzzi Merola*, Hominum (2014) 47–64; *Harke*, CRRS III.2 11–15; *Venturini*, Scr. 291–320; *Miglietta*, s. v. Actio servi corrupti, HAS I (2017) 20–22; zur Sanktionierung von sexuellem Missbrauch *Perry*, Gender (2014) 24 f.

[246] Ediktstext in Ulp. 23 ed. D. 11.3.1 pr. und D. 11.3.5.3; *Lenel*, EP 175.

[247] Konkurrenz zur *lex Aquilia*: Ulp. 23 ed. D. 11.3.3.1; Paul. 19 ed. D. 11.3.4.

[248] Durch Verursachung bzw. Verstärkung negativer Eigenschaften (Ulp. 23 ed. D. 11.3.1.4) oder unerwünschte Aufnahme eines fremden Sklaven (Ulp. 23 ed. D. 11.3.5 pr.). In Einzelfällen kamen daneben weiters Sanktionen wegen *iniuria* (Paul. 19 ed. D. 47.10.26) (→ § 95 fn. 17) oder *furtum* (Ulp. 23 ed. D. 11.3.1.4) (→ Rn. 40) zur Anwendung.

[249] Die *actio utilis* wegen Korrumpierung eines Hauskindes (Paul. 19 ed. D. 11.3.14.1) gilt neuerdings wieder als echt: *Cerami*, Scr. Melillo I 203–209; *Wacke*, FS Behrends 585 f.; *Harke*, CRRS III.2 110; *Kindler*, Affectionis aestimatio (2012) 93–99. Anders *Albanese*, Persone (1979) 137; *Gamauf*, Misc. Mainzer Akademie 65 mit Fn. 87; *Centola*, Sofferenze (2011) 133, 159 f.

[250] Den Schutz von Geschäftsgeheimnissen mittels *actio servi corrupti* bejahen *Schiller*, Am. Exp. 1–9; *Serrao*, Impresa (1989) 39 f.; ablehnend *Watson*, Tul.Eur.Civ.L.F. 11 (1996) 19–29. Führte die *corruptio* zur schwerwiegenden Störung des gesamten Hauswesens, wurden zusätzlich Strafen *extra ordinem* verhängt (Paul. off. adsess. sing. D. 1.18.21; *Gamauf*, Misc. Mainzer Akademie 66; *Knoch*, Sklavenfürsorge ²(2017) 75 f.).

bb. *Iniuria*

Für an Sklaven begangene Injurien (→ § 95 Rn. 17) ordnete das Edikt an:[251] **43**

Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. Item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo.

„Wenn vorgebracht wird, dass jemand einen fremden Sklaven gegen die guten Sitten ausgepeitscht oder unter der Folter vernommen hat, gegen den gebe ich eine Klage. Genauso gebe ich nach Prüfung der Umstände eine Klage, wenn vorgebracht wird, dass etwas anderes getan wurde" (Ulp. 77 ed. D. 47.10.15.34).[252]

Die Klage konnte namens des Herrn/*domini nomine*[253] oder wegen Beleidigung des Sklaven/*servi nomine* erteilt werden.

Die Klage *servi nomine*/namens des Sklaven setzte Auspeitschung oder Folterung **44**
ohne *animus iniuriandi*/Beleidigungsabsicht gegenüber dem *dominus* voraus; Klagen wegen geringfügigen Real- oder reinen Verbaliniurien wurden nur ausnahmsweise und nach prätorischer Einzelfallprüfung/*causa cognita* (→ § 6 Rn. 148; § 15 Rn. 1) erteilt (Ulp. 77 ed. D. 47.10.15.43 f.; Gai. 3.222), z. B. bei Sklaven mit Schlüsselpositionen für Wirtschaftsbetrieb oder Hauswesen (Ulp. 77 ed. D. 47.10.15.44). Die Klage *domini nomine*/im Namen des Herrn gebührte dann, wenn eigentlich dieser durch die Misshandlung seines Sklaven „getroffen" werden sollte (Ulp. 77 ed. D. 47.10.15.45). In beiden Formen schützte die *actio iniuriarum* ausschließlich Eigentümerinteressen und nicht irgendeine Form von „Sklavenehre".[254]

X. Beendigung der Sklaverei – Erwerb der Freiheit

1. Einleitung

Die Möglichkeit zur Beendigung der Sklaverei durch *manumissio*[255]/Freilassung ge- **45**

[251] Ulp. 77 ed. D. 47.10.15.35; die überlieferte *inscriptio* ist verschrieben (*Lenel*, Pal. 2, 771 Fn. 3). Lit.: *Wittmann*, SZ 91 (1974) 339–346; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 61–63; *Hagemann*, Iniuria (1998) 81–87; *Guerrero Lebrón*, Injuria (2005) 101–116; *Guerrero Lebrón*, An. Fac. Der. Coruña 11 (2007) 337–348; *Fusco*, in: Corbino et al., Homo (2010) 427–433; *Buchwitz*, in: Corbino et al., Homo (2010) 397–400; *Bellodi Ansaloni*, Quaestio per tormenta (2011) 13–78; *Giltaij*, Mensenrechten (2011) 69–73; *Harke*, CRRS III.2 18–20; *Cursi*, BIDR 106 (2012) 255–288; *Klingenberg*, Ess. Winkel I 456–466; *Gamauf*, Scr. Corbino III 221–245; *Miglietta*, s. v. Actio de iniuriis quae servis fiunt, HAS I (2017) 13–15.

[252] Zu den Formeln *Lenel*, EP 401; *Mantovani*, Formule 76. S. auch Gai. 3.222 und die weniger strikten Anforderungen bei Paul. 19 ed. D. 47.10.26.

[253] Die Formel enthielt dann zusätzlich die Klausel *Auli Agerii infamandi causa*/um den Kläger zu beleidigen (*Lenel*, EP 401).

[254] Zum Meinungsstand *Gamauf*, Scr. Corbino III 222 f. Fn. 3–6. Auch bei der *iniuria servo facta* war eine Verurteilung infamierend (→ § 95; § 28 Rn. 13) (Ant. C. 2.11.10 [a.208]).

[255] Wörtlich Entlassung aus der Gewalt (*de manu missio*; Ulp. 1. inst. D. 1.1.4; ähnlich Inst. 1.5 pr.;

hörte nach römischer Auffassung zu deren Wesensmerkmalen gemäß *ius gentium*.[256] Trotz ihres rein privatrechtlichen Charakters[257] verlieh eine römische *iusta manumissio* dem Sklaven neben der Freiheit auch das Bürgerrecht.[258] Andere antike Rechte[259] zogen diese Konsequenz nicht. In den Quellen fehlen Gründe für diesen markanten Unterschied zu anderen Sklavereisystemen.[260]

Robleda, Diritto degli schiavi (1976) 103 f.) als Umkehrung der durch *manu capere* (Fn. 55 und 128) bewirkten Versklavung von Kriegsgefangenen.

Literaturüberblick zur Freilassung bei *Giménez-Candela*, Labeo 48 (2002) 386–389; die bei Juristen zitieren Reskripte sammelt *Zoz de Biasio*, Index 26 (1998) 333–351; zu den *libri singulares* des Paulus zur Freilassung *Cossa*, BIDR 111 (2017) 237–259.

[256] *McClintock*, Servi della pena (2010) 18.

[257] Vgl. *Finley*, Sklaverei (1981) 116 f.; *Koops*, in: de Kleijn/Benoist, Integration in Rome (2014) 113. Servius bei Ulp. 42 ed. D. 38.2.1 pr. bezeichnete den Bürgerrechtserwerb als das eigentliche *beneficium* bei einer Freilassung. Dieser war auch für das römische Verständnis der Freilassung zentral (*Quadrato*, Index 24 (1996) 341; *López Barja de Quiroga*, DHA 19 (1993) 47–64; *Perry*, Gender (2014) 4).

Die magistratische Mitwirkung bei *manumissio vindicta* und *censu* beschränkte sich auf die formal rein deklaratorische Feststellung der Freiheit (vgl. *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 100; *Mouritsen*, Freedman (2011) 11 f.), die regelmäßig ohne Prüfung der Gründe erfolgte (*Klees*, Laverna 13 (2002) 92; anders *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 100).

Sollte bereits das *testamentum calatis comitiis* (→ § 18 Rn. 5–11) Freilassungen ermöglicht haben (dazu Fn. 405), wirkte anfänglich auch bei testamentarischen Freilassungen ein Staatsorgan mit. Lit.: *Watson*, XII Tables (1975) 87; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 133–135; *Giménez-Candela*, in: González Fernández, Roma y las provincias (1994) 244; *Giménez-Candela*, Labeo 48 (2002) 382; *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 167 Fn. 3. *Gardner*, Citizen (1993) 9–11 hält die Beteiligung der Volksversammlung für essentiell im Hinblick auf Freilassung und Bürgerrechtserwerb.

[258] Für abweichende Meinungen s. *Lamberti*, s. v. Freilassung II. Diritto romano, HAS I (2017) 1108.

[259] Griechische Rechte verliehen mit der Freiheit nicht das Bürgerrecht; der griechischen Mentalität war diese Konsequenz unverständlich. Lit.: *Masi Doria*, FS Waldstein 231–233; *Klees*, Laverna 13 (2002) 94 f.; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 174–180; *Zelnick-Abramovitz*, Concept (2005); *Kleijwegt*, ERH 16 (2009) 319; *Youni*, TR 78 (2010) 313; *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 254 f.; *Mouritsen*, OH RLS 403.

Freilassungen durch Peregrine erfolgten gemäß deren Heimatrecht; römisches Bürgerrecht verschafften sie nicht (Ps. Dosith. frg. iur. 12; Plin. epist. 10,5; *Majer*, Internationales Privatrecht (2017) 27–35). Zu den griechischen Freilassungsformen unter römischer Herrschaft s. *Youni*, Hom. Annequin I 161–174; *Youni*, TR 78 (2010) 311–340; zu nichtrömischen und Freilassungen in den Provinzen *Nörr*, HIA I 667–693; *Fabre*, Libertus (1981) 59–67; *Giménez-Candela*, in: González Fernández, Roma y las provincias (1994) 243–250; *Giménez-Candela*, SZ 113 (1996) 82–87; *Giménez-Candela*, Labeo 48 (2002) 381–401.

[260] Zu älteren Theorien vgl. *Chantraine*, ANRW I.2 59–67; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 126–135; *Fabre*, Libertus (1981) 7–9; *Fraschetti*, Opus 1 (1982) 97–103; *Ferenczy*, Klio 70 (1988) 469 f.; *Masi Doria*, FS Waldstein 231–260.

Als Beweggründe erwägt die neuere Literatur die häufige Abstammung vom Freilasser (*Watson*, XII Tables (1975) 82 f., 93; *Cornell*, Beginnings (1995) 280), das Bestreben zur Integration überwundener Feinde (*Watson*, XII Tables (1975) 82; *Storchi Marino*, in: Moggi/Cordiano, Schiavi e

2. Häufigkeit

Bereits Regelungen in den XII T. lassen auf verbreitete Freilassungen schließen;[261] deren Frequenz stieg bis zur späten Republik kontinuierlich.[262] Gesetzliche Beschränkungen durch Augustus[263] (→ Rn. 52–54) änderten daran nur wenig. Die im späten 20. Jahrhundert vertretene These, dass – unter (haupt-)/städtischen Verhältnissen – Sklaven regelmäßig bereits um ihr 30. Lebensjahr herum mit der Freiheit rechnen konnten,[264] hat sich jedoch als unhaltbar erwiesen. Um die resultierenden Abgänge auszugleichen und weiterhin hohe Sklavenzahlen zu erhalten (→ Rn. 5), hätten externe Quellen (Kriegsgefangene, Importe) und die natürliche Reproduktion nicht hingereicht.[265] Es ist stattdessen davon auszugehen, dass *manumissiones* durchaus selektiv erfolgten und weitaus weniger Sklaven betrafen, als von der älteren Forschung ange- 46

dipendenti (1997) 183–212; *Bradley*, OH RS 632) oder zur Hebung der Bürgerzahl (*Gardner*, Citizen (1993) 14 f.; *Herrmann-Otto*, Index 27 (1999) 141–151; *Briquel*, ACD 26 (2000) 31–49; *Perry*, Gender (2014) 62).

Historisch will man den Bürgerrechtserwerb bei *manumissio* daraus erklären, dass die ersten Sklaven den Römern stammesverwandte Latiner (*Gardner*, Citizen (1993) 15; *Klees*, Laverna 13 (2002) 97, 110; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 26–29) oder versklavte römische Schuldner gewesen wären (*De Martino*, Labeo 20 (1974) 176 f.; *Ferenczy*, Klio 70 (1988) 471; *Gardner*, Citizen (1993) 11–14; *Tafaro*, FS Knütel 1234 f.). Auch bot das geringe verfassungsrechtliche Gewicht des Bürgerrechts im gentilizischen Staat der Frühzeit politisch keinen Grund, Freigelassene davon auszuschließen (*Mouritsen*, Freedman (2011) 68–71).

[261] XII T. 7.12; Ulp. reg. 2.4. Lit.: *Treggiari*, Freedmen (1969) 28; *Watson*, XII Tables (1975) 82. Obwohl die XII T. nur die *manumissio testamento* nennen, existierte die *manumissio vindicta* bereits (*Watson*, XII Tables (1975) 86; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 111 Fn. 841; *Serrao*, Diritto privato I^2 (1999) 270; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 112).

[262] Rückschlüsse auf die Freilassungsfrequenz in der Republik versucht man aus den überlieferten Erträgen der nach der *lex Manlia de vicesima manumissionum* seit 357 v. Chr. erhobenen Freilassungssteuer (*vicesima manumissionis*) zu gewinnen. Lit.: *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 68; *Storchi Marino*, in: Moggi/Cordiano, Schiavi e dipendenti (1997) 205–207; *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 245; *Shaw*, in: Flower, Roman Republic (2014) 196; *Günther*, s. v. Freilassungssteuer, HAS I (2017) 1118 f.

Für eine spätere Datierung des Gesetzes: *De Martino*, Labeo 20 (1974) 181 f. (= Diritto III (1997) 45 f.); *De Martino*, Wirtschaftsgeschichte ^{1}(1985) 88; *Elster*, Gesetze 16–18 (mit Lit.); *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 190 Fn. 65; *Mouritsen*, Freedman (2011) 121.

Auch Bürgerkriegszeiten trugen zu Massenfreilassungen bei (*Weiler*, Sklavenstatus (2003) 193).

[263] Suet. Aug. 40,3; *Mouritsen*, Freedman (2011) 80–92.

[264] Z. B. *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 421; *Glancy*, Slavery (2002) 133; *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 43–46; *Avenarius*, CRRS IV.3 10 Fn. 72; begründet von *Alföldy*, Ausgew. Beitr. 286–331 (= RSA 2 (1972) 97–129); zu älteren Überlegungen *Treggiari*, Freedmen (1969) 31–36. Gegen *Alföldy* bereits *Wiedemann*, CQ 35 (1985) 162–175; s. weiters *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 253; *Verboven*, in: Bell/Ramsby, Impact of Freed Slaves (2012) 89; Überblicke bei *Perry*, Gender (2014) 193 f. in Fn. 54 und *Harper*, Slavery (2011) 243 Fn. 177. So noch immer für „freiwillige Sklaven" (→ Rn. 28) *Silver*, Klio 98 (2016) 199.

[265] Lit. in Fn. 27; weiters auch *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 45–47.

nommen.[266] Auch bei den niedriger anzusetzenden Freilassungsquoten waren die Aussichten auf Freiheit in der Kaiserzeit höher als in allen anderen Sklavereigesellschaften.[267]

47 Freigelassene (*liberti, libertini*)[268] blieben vom Freilasser/*patronus* abhängig und genossen geringere politische Rechte als *ingenui*/Freigeborene[269] (→ § 37). Ihnen (aber nicht mehr ihren freigeborenen Abkömmlingen) haftete noch die *macula servitutis*/das Stigma der Sklaverei an;[270] allerdings konnte ein kaiserlicher Gnadenakt (sog. *restitutio natalium*) die Ingenuität verleihen (→ § 37 Rn. 75). Einige Freigelassene machten in der frühen Kaiserzeit ökonomisch[271] wie sozial spektakuläre Karrieren; sogar Kaiser hatten Freigelassene unter ihren Vorfahren.[272]

3. Freiheitserwerb ohne *manumissio* durch den Herrn

a. Belohnung für Verdienste um das Gemeinwesen

48 Bereits in der Frühzeit[273] erhielten Sklaven Freiheit und Bürgerrecht,[274] wenn sie Verschwörungen und Verbrechen anzeigten[275] oder sich sonst um das Gemeinwohl be-

---

[266] *Glancy*, Slavery (2002) 143; *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 255 f.; *Bruun*, OH RE 606.

[267] Zur römischen Freilassungspraxis generell *Mouritsen*, Freedman (2011) 120–141; zu Genderaspekten und den größeren Freilassungsaussichten von Frauen vgl. *Gardner*, Frauen (1995) 226–230; *Weiler*, Misc. Mainzer Akademie 113 f.; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 47; *Filip-Fröschl*, Lib. Am. Végh 26; *Masi Doria*, Lib. Am. Végh 75–90; *Mouritsen*, Freedmen (2011) 190–192; *Perry*, Gender (2014) 197 f. in Fn. 83.

[268] Die Begriffe wurden *promiscue* verwendet (*Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 148 f.).

[269] Zum Überblick s. z. B. *Gardner*, Citizen (1993) 20–32; *Mouritsen*, Freedman (2011) 73–75; 248–278; *Lamberti*, s. v. Freilassung II. Diritto romano, HAS I (2017) 1111 f.

[270] Mod. 7 reg. D. 40.11.5.1; Diocl./Max. C. 7.16.9 (a.293); Iust. C. 8.51.3.1 (a.529); dazu *López Barja de Quiroga*, Historia 44 (1995) 330; *Herrmann-Otto*, Index 27 (1999) 144; *Mouritsen*, Freedman (2011) 12–34, 36; *Koops*, in: de Kleijn/Benoist, Integration in Rome (2014) 109 f.

[271] Statt vieler *Rosen*, Gymnasium 102 (1995) 79–92; *Mouritsen*, Freedman (2011) 206–278; *Verboven*, in: Bell/Ramsby, Impact of Freed Slaves (2012) 88–109; *Herrmann-Otto*, s. v. Soziale Mobilität, HAS III (2017) 2871–2883.

[272] *Földi*, Ess. Pool 98–104; *van den Bergh*, Ess. Pool 350; Söhnen von Freigelassenen war ursprünglich der Senat versperrt (Suet. Nero 15,2). Lit.: *Sirks*, RIDA 27 (1980) 290; *Herrmann-Otto*, Index 27 (1999) 144; *Herrmann-Otto*, Misc. Mainzer Akademie 173.

[273] Vgl. die (historisch wertlose) ätiologische Anekdote von der ersten *manumissio vindicta* als Belohnung eines Sklaven namens Vindicius (Vindex bei Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.24) wegen Aufdeckung einer Verschwörung (Liv. 2,5,9 f.; D. H. 5,13,1; Plut. Publ. 7,5). Lit.: *Watson*, XII Tables (1975) 88 f.; *Schumacher*, Servus Index (1982) 49–55; *Gardner*, Citizen (1993) 9 f.; *Klees*, Laverna 13 (2002) 92; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 108 f.; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 49–57; *Kleijwegt*, ERH 16 (2009) 319–330; *Perry*, Gender (2014) 61, 63; *Atzeri*, s. v. Vindicta/festuca, HAS III (2017) 3216.

[274] Lit.: *Kaser*, RP II 132 f.; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 157–159; *Fabre*, Libertus (1981) 49–52; *Melluso*, Schiavitù (2000) 86–88; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 251; *Tafaro*, FS Knütel 1235 Fn. 33.

[275] Verschwörungen (Liv. 27,3,5; Sall. Catil. 30,6); Verbrechen (Ulp. 50 ed. D. 29.5.3.13–15; Mar-

sonders verdient machten.[276] Die Freiheit wurde dabei ohne formelle *manumissio* erworben.[277] Eine Zustimmung des Eigentümers war nicht erforderlich; dieser wurde aber regelmäßig entschädigt.[278]

b. Freiheitserwerb *ex lege*

Die Verletzung einer *lex venditionis*/Nebenabrede mit einer Freilassungsverpflichtung (*ut manumittatur*)[279] oder mit einem Prostitutionsverbot (*ne prostituatur*) konnte die begünstigten Sklavinnen und Sklaven frei werden lassen (→ Rn. 18).[280] Ab dem 2. Jh. n.Chr. gestatteten Konstitutionen in solchen Situationen die Geltendmachung der Freiheit ohne *adsertor libertatis* (→ Rn. 58).[281] **49**

Seit Claudius wurden wegen schwerer Krankheit ausgesetzte Sklaven frei[282] ab Justinian alle derelinquierten[283] (→ Rn. 34); ab Konstantin gelangten widerrechtlich beschnittene Sklaven zur Freiheit (Const. Cod. Theod. 16.9.1 [a.335] = Const. Sirm. 4).[284] **50**

c. Freiheit durch Nachlassübernahme

Zur Vermeidung der postmortalen Schande aus einem Nachlasskonkurs und zur Fortführung des Hauskultes konnte für einen überschuldeten Nachlass ein Sklave zum Erben eingesetzt werden, der als *heres necessarius*/Zwangserbe die Erbschaft jedenfalls antreten musste.[285] Bei Fehlen einer derartigen Anordnung gestattete Mark Aurel ei- **51**

---

cell. 12 dig. D. 29.5.16; Paul. 3 sent. D. 35.2.39; Tryph. 21 disp. D. 28.5.91; Paul. 42 ed. D. 38.2.4; Marcian. 5 reg. D. 40.8.5; Ulp. 56 ed. D. 47.10.5.11 (dazu *Scevola*, Utilitas publica II (2012) 316–351; C. 7.13; Gratian./Valentinian./Theod. Cod. Theod. 7.18.4 [a.380]); Sklavenbeschneidung (Const. C. 1.10.1 [a.339] [→ Rn. 34]); sexuelles Verhältnis zwischen *domina* und Sklaven (Const. Cod. Theod. 9.9.1 = C. 9.11.1 [a.326], oben in Fn. 209). Zur Mitwirkung an der Aufklärung des Mordes am *dominus* vgl. *D'Ippolito*, Synt. Arangio-Ruiz II 717–721; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 161 f.; *Torrent*, Index 37 (2009) 271–292; *Hendel*, Marcelli ratio (2015) 205–207 und die Lit. in Fn. 226.

[276] Z. B. Liv. 22,33,1; 26,27,4; 32,26,4–13; Cic. Balb. 9,24 (*Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 194 f.). Zu den im 2. Punischen Krieg freiwillig dienenden Sklaven (*volones*) s. *Welwei*, Unfreie (1988) 5–18; *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 191–193.

[277] Vgl. *Eder*, Servitus (1980) 118 f.

[278] Z. B. Const. Cod. Theod. 9.21.2.1 = C. 7.13.2 (a.321) (*Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 158; *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 184–195).

[279] Die Nebenabrede, dass ein verkaufter Sklave beim Tod des Käufers frei werden sollte, führte dagegen nicht zur Freiheit (Scaev. 7 dig. D. 18.7.10; *Masiello*, Quaestiones (2000) 52 f.).

[280] *Silla*, Cognitio (2008) 116–119.

[281] S. auch Fn. 66.

[282] Lit.: *Nörr*, HIA I 684; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 252 und die Lit. in Fn. 200.

[283] Novell. Iust. 22 (a.536). Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 4, 160; *Melluso*, Schiavitù (2000) 100–103; *Tafaro*, FS Knütel 1255 und die Lit. in Fn. 179.

[284] Lit. in Fn. 203.

[285] Gai. 2.153, 154, 160; Ulp. reg. 1.14; Inst. 1.6.1. Lit.: *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 119 f.;

nem der in diesem Testament freigelassenen Sklaven die Nachlassübernahme, wenn Erben fehlten oder diese wegen der Überschuldung das Erbe ausgeschlagen hatten (*addictio bonorum libertatium conservandarum causa*).[286] Das vermied den Nachlasskonkurs und die Versteigerung derjenigen Sklaven, deren testamentarische Freilassungen diesfalls nicht wirksam geworden wären.

4. Die augusteische Freilassungsgesetzgebung

a. Allgemeines

52 Mehrere unter Augustus erlassene Gesetze brachten Freilassungsbeschränkungen (Suet. Aug. 40, 3–4; D. C. 55.13.7). Die Aufdeckung von Ehebrüchen sicherte die *lex Iulia de adulteriis* (→ § 33 Rn. 35) durch das Verbot, binnen 60 Tagen nach einer Scheidung Sklaven freizulassen oder zu veräußern, damit diese zur Folterung in einem Ehebruchsprozess gegen die Frau verfügbar blieben.[287] Die Motive der eigentlichen Freilassungsgesetze – *lex Fufia Caninia* und *lex Aelia Sentia* – sind dagegen uneindeutig: In Diskussion stehen bevölkerungspolitische Zielsetzungen,[288] die Bekämpfung von Begräbnisluxus,[289] die Beschränkung des Zugangs zum Bürgerrecht oder zu den Getreideverteilungen[290] und andere mehr.[291] Konsens besteht jedenfalls darüber, dass

---

Tellegen, St. Biscardi IV 514 f.; *López Barja de Quiroga*, Athenaeum 86 (1998) 140; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 187 f.; *Avenarius*, CRRS IV.3 21 f., 380 f.; *Manthe*, s. v. Erbrecht II. Römisches Recht, HAS I (2017) 836 f.

[286] Inst. 3.11 pr., 1. Lit.: *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 204–208; *Waldstein*, FS Behrends 596–601; *Ankum*, in: Długosz, Grecs, Juifs, Polonais (2006) 176–182; *Finkenauer*, Symp. Wieling 19–57; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 51–61; *Avenarius*, CRRS IV.3 25 f., 391–393.

[287] Ulp. 4 adult. D. 40.9.12; Paul. 3 adult. D. 40.9.13; Ulp. 4 adult. D. 40.9.14; Ant. C. 9.9.3 (a.213). Lit.: *Fabre*, Libertus (1981) 75; *Schumacher*, Servus Index (1982) 165 f.; *Willvonseder*, s. v. Lex Iulia de adulteriis coercendis, HAS II (2017) 1771–1773.

Zur Unwirksamkeit einer Freilassung, die eine Verhinderung der Folterung gegen den *dominus* zum Ziel hatte, s. Fn. 370.

[288] *Kaser*, RP I 296 f.; *Wacke*, Misc. Mainzer Akademie 141; *Klees*, Laverna 13 (2002) 112; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 63; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 51; *Venturini*, Scr. 5; *Heinrichs*, s. v. Augustus/Octavian, HAS I (2017) 304 f.

Zeitgenossen kritisierten die zunehmende Zahl moralisch fragwürdiger und kulturell fremder Sklaven und Freigelassener in Rom (D.H. 4,24,4–6; Iuv. 3,62; Tac. ann. 14,44,3).

[289] Testamentarisch freigelassene *liberti orcini* (→ Rn. 69) beklagten den Verstorbenen im Leichenzug besonders ostentativ (*Treggiari*, Freedmen (1969) 27).

[290] Bürgerrecht: *Giménez-Candela*, SZ 113 (1996) 70; *Herrmann-Otto*, Misc. Mainzer Akademie 175; *Giménez-Candela*, Labeo 48 (2002) 401; *Mouritsen*, Freedman (2011) 88; *Mouritsen*, OH RLS 406; Getreideverteilungen: D. H. 4,24,5; Suet. Aug. 42,2; *López Barja de Quiroga*, Athenaeum 86 (1998) 141; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 79–82.

[291] Weiters erwogene Gründe: erbrechtliche Motive (*Wacke*, Misc. Mainzer Akademie 141 f.; *Sirks*, SZ 129 (2012) 549–553), die Schaffung von Vorwänden zur Aufschiebung einer Freilassung (*Galvao-Sobrinho*, in: Bell/Ramsby, Impact of Freed Slaves (2012) 144) oder die Sicherung der Patronatsrechte für Außenerben (*Sirks*, s. v. Lex Aelia Sentia, HAS II (2017) 1769).

beide Gesetze die Anzahl der tatsächlichen Freilassungen nicht wesentlich verringert haben dürften.[292]

b. *Lex Fufia Caninia*

Die *lex Fufia Caninia* (2 v. Chr.)[293] beschränkte testamentarische[294] Freilassungen[295] je nach Größe der involvierten *familia servorum*: Bis zu zwei Sklaven konnten alle freigelassen werden; von drei bis zehn Sklaven die Hälfte; von elf bis 30 ein Drittel; von 31 bis 100 ein Viertel und zwischen 101 bis 500 ein Fünftel.[296] Mehr als 100 Freilassungen waren in einem Testament nicht möglich. (Zu seinen Lebzeiten konnte ein Herr jedoch beliebig vielen Sklaven die Freiheit schenken!) Testamentarische Freilassungen hatten *nominatim*[297] zu erfolgen. Die über die zulässige Zahl (*legitimus numerus*) hinausgehenden Freilassungen waren nach ihrer Reihenfolge im Testament unwirksam; Umgehungsversuche (z. B. durch die kreisförmige Anordnung der Freilassungen in der Urkunde) machten alle hinfällig (Gai. 1.46). Justinian hob diese *lex* auf (Iust. C. 7.3.1 [a.528]; Inst. 1.7).[298] **53**

c. *Lex Aelia Sentia*

Die *lex Aelia Sentia*[299] schrieb 4 n. Chr.[300] für Freilassungen *inter vivos* die *manumissio vindicta* und die Prüfung der *iusta causa manumissionis*[301] (Blutsverwandtschaft, soziale **54**

[292] *Kaser*, RP I 297; *Wacke*, Misc. Mainzer Akademie 141 f.; *Mouritsen*, Freedman (2011) 83; *Sirks*, s. v. Freilassungsbeschränkungen, HAS I (2017) 1115.

[293] Gai. 1.42–46; Ulp. reg. 1.24; Paul. sent. 4.14. Lit.: *Kaser*, RP I 297; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 151 f.; *Albanese*, Persone (1979) 48 f.; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 28 f.; *Gardner*, EMC 35 (1991) 21–39; *Gardner*, Citizen (1993) 40 f.; *Sirks*, SZ 129 (2012) 549–553; *Selb/Kaufhold* III 56 f.; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 200 f.; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 82 f.; *López Barja de Quiroga*, Hom. Annequin I 219–227; *Mouritsen*, Freedman (2011) 34 f., 83 f.; *Gardner*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 427 f.; *Perry*, Gender (2014) 64–66; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 49 f.

[294] Diese wird von einigen als die häufigste Freilassungsform angesehen (z. B. *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 36, 57 f.; anders z. B. *Treggiari*, Freedmen (1969) 27 f.), was allerdings weder epigraphisch noch papyrologisch untermauerbar ist (*Champlin*, Final Judgements (1991) 141; *Mouritsen*, Freedman (2011) 183).

[295] Ebenso die per Fideikommiss oder in einem Kodizill angeordneten (Paul. sent. 4.14.4; *Lamberti*, in: Reduzzi Merola/Storchi Marino, Femmes-esclaves (1999) 373–379).

[296] Die in der jeweils vorangehenden Kategorie höchstmögliche Anzahl konnte jedenfalls freigelassen werden (Gai. 1.45).

[297] Gai. 2.239; Ulp. reg. 1.25; *Dalla*, Labeo 30 (1984) 277–290; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 201 f.

[298] *Melluso*, Schiavitù (2000) 78–85; *Lenski*, s. v. Spätantike, HAS III (2017) 2887.

[299] Gai. 1.37–41; Ulp. reg. 1.11–13a; Ps. Dosith. frg. iur. 13, 16; Gnomon des Idios Logos § 19–21 (FIRA I², 472 f.). Lit.: *Kaser*, RP I 297; *d'Ors*, SDHI 40 (1974) 425–434; *Robleda*, Diritto degli schiavi ~~(1976) 152–155; *Albanese*, Persone (1979) 49–51; *Gardner*, Citizen (1993) 39 f.; *Giménez-Candela*~~, SZ 113 (1996) 65–87; *Gardner*, Labeo 42 (1996) 89–100; *López Barja de Quiroga*, Athenaeum 86

Nahebeziehungen,[302] beabsichtigte Bestellung zum *procurator*[303] oder Eheschließung,[304] Verdienste[305]) durch ein *consilium*[306] vor, wenn der Freilasser jünger als 20[307] oder die freizulassenden Sklaven noch nicht 30 Jahre alt waren. Ein unter 20-jähriger Herr konnte – auch *testamento*[308] – nicht freilassen; Sklaven, die die Altersgrenze nicht erfüllten,[309] erhielten zwar die Freiheit, aber nur das latinische Bürgerrecht.[310]

(1998) 150–152; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 181–189; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 75–82; *López Barja de Quiroga*, Esclaves (2007) 176–183; *López Barja de Quiroga*, Hom. Annequin I 219–227; *Kindler*, Affectionis aestimatio (2012) 42–44; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 50 f.; *Perry*, Gender (2014) 64–66; *Avenarius*, CRRS IV.3 34 f.; *Sirks*, s. v. Lex Aelia Sentia, HAS II (2017) 1764 f.

[300] In Diskussion stehen auch 4 v. Chr. oder 9 n. Chr. (*Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 181 Fn. 30).

[301] Bis zur *lex Iunia* (→ Rn. 76) war eine Freilassung ohne *iusta causa* unwirksam; danach führte sie zur Latinität (Gai. 1.17; Ulp. reg. 1.12; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 183–187). Die behördliche Billigung der *causa* verpflichtete unwiderruflich zur Freilassung (Marcian. 13 inst. D. 40.2.9.1; Ant. C. 7.1.1 [a.211]).

[302] Gai. 1.19, 39; Inst. 1.6.5; Ulp. 6 off. procons. D. 40.2.11; Ulp. 2 l. Ael. Sent. D. 40.2.12; Ulp. 1(6) off. procons. D. 40.2.13; Ulp. 2 off. procons. D. 40.2.20.3. Lit.: *Fabre*, Libertus (1981) 183 f.; *Herrmann-Otto*, RIDA 51 (2004) 180–183; *Willvonseder*, CRRS IV.1 13; *Filip-Fröschl*, Lib. Am. Végh 19 f.; *Gamauf*, in: Heinen, Kindersklaven (2012) 256; *Silla*, RDR 16/17 (2016/17); inschriftliche Belege für gemeinsame Freilassungen von Müttern mit ihren Kindern bei *Bruun*, OH RE 611; zu Freilassungen unterhalb der Altersgrenze aufgrund persönlicher Beziehungen s. *Mihailescu-Bîrliba*, Hom. Annequin II 493–500.

[303] Gai. 1.19; CIL 6.1877 = ILS 1910; *Carlsen*, Vilici (1995) 159; *Giménez-Candela*, SZ 113 (1996) 80–82.

[304] Lit.: *Gardner*, Frauen (1995) 232; *Weiler*, Misc. Mainzer Akademie 119–124; *Wacke*, Misc. Mainzer Akademie 133–158; *Masi Doria*, Lib. Am. Végh 75–90; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 56 f.; *Mouritsen*, Freedman (2011) 43 f.; *Perry*, Gender (2014) 54–56; *Simonis*, Cum servis (2017) 216 f. Epigraphische Belege zum Zusammenleben von *liberta* und (ehemaligem) *dominus* bei *Bruun*, OH RE 611.

Die *manumissio matrimonii causa* durch Frauen war kontrovers (Marcian. 4 reg. D. 40.2.14.1); seit der Wende zum dritten Jahrhundert waren Ehen zwischen *patrona* und *libertus* verboten (Sev./Ant. C. 5.4.3 [a.196]; Paul. sent. 2.19.9). Lit.: *Evans Grubbs*, Phoenix 47 (1993) 125–154; *Karl*, Castitas (2004) 41 f.; *Filip-Fröschl*, Lib. Am. Végh 27 f.; *Liebs*, SZ 130 (2013) 628; *Liebs*, Ess. Sirks 419, 421 f., 424. S. auch in Fn. 98.

[305] Paul. l. Ael. Sent. D. 40.2.15.1.

[306] Gai. 1.20 und Ulp. reg. 1.13a verlangten jeweils fünf Senatoren und Ritter in Rom bzw. 20 Rekuperatoren in den Provinzen; lokale Normen kennen abweichende Regelungen: *lex Irnitana* § 28: Duumvir und Dekurionen (dazu *Vitali*, Index 33 (2005) 389–431); Gnomon des Idios Logos § 21 (FIRA I², 473): Statthalter. Zu epigraphischen Belegen für Freilassungen mit *consilium* vgl. *Giménez-Candela*, SZ 113 (1996) 78–82; zu den Freilassungen in der *lex Irnitana* s. *Lemosse*, TR 62 (1994) 309–316.

[307] Gai. 1.38.

[308] Gai. 1.40, 41. Von einem unter 20-Jährigen per Fideikommiss angeordnete Freilassungen konnten u. U. wirksam sein (Pomp. 3 fideic. D. 40.5.34.1; *Lamberti*, in: Reduzzi Merola/Storchi Marino, Femmes-esclaves (1999) 375 f.); zur Umgehung der *lex* durch einen Verkauf *ut manumit-*

Weiters waren nach der *lex* Freilassungen wirkungslos, die mit der Absicht einer Benachteiligung von Gläubigern (*in fraudem creditorum*)[311] oder des Patrons angeordnet worden waren.[312] Für Sklaven, über die der Herr schwere Strafen verhängt hatte,[313] ordnete die *lex* den Erwerb der niedrigsten Form von Freiheit ohne Bürgerrecht als *dediticii* an.[314] Diese Regeln fanden schon in der Spätklassik keine Beachtung mehr; das justinianische Recht verzichtete dann auf die Differenzierungen beim Bürgerrecht (Inst. 1.5.3) und senkte das Alter des Manumittenden auf 18 Jahre (Inst. 1.6.7).[315]

5. Freilassungswiderruf/*revocatio in servitutem*[316]

Während in der Republik Freilassungen endgültig waren,[317] führte die Zulassung der 55
accusatio ingrati liberti/Anklage eines Freigelassenen wegen Undankbarkeit[318] in der *lex*

---

tatur s. *Hendel*, Marcelli ratio (2015) 132 f.

[309] Ausgenommen die Fälle, dass der Sklave im Hinblick auf einen Nachlasskonkurs (→ § 58 Rn. 38) und zwecks Fortsetzung der *sacra* des Erblassers eingesetzt worden war (Gai. 1.21; Ulp. reg. 1.14; Ps. Dosith. frg. iur. 17; Inst. 1.6.1). Lit.: *Albanese*, Persone (1979) 46; *Melluso*, Schiavitù (2000) 91 f.; *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 306–309; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 186 f.; *Avenarius*, CRRS IV.3 36 f., 48 f., 380 f.

[310] Gai. 1.17; zum Inhalt der Latinität *Koops*, in: de Kleijn/Benoist, Integration in Rome (2014) 108. Nachträglicher Bürgerrechtserwerb eröffnete männlichen Freigelassenen die *anniculi probatio*/Nachweis eines einjährigen ehelichen Sohnes (Gai. 1.29). Lit.: *Gardner*, Citizen (1993) 40; *López Barja de Quiroga*, Athenaeum 86 (1998) 145 f., 155–157; *Terreni*, Labeo 45 (1999) 333–367; *Corcoran*, FS Liebs 130 f.; *Venturini*, Scr. adde: *Venturini*, Index (43) 2015 506–512 (→ § 34 Rn. 27).

[311] Nur diese Bestimmung betraf auch Peregrine (Gai. 1.47).

[312] Gai. 1.37, 47; Ulp. reg. 1.15; Paul. 3 l. Ael. Sent. D. 38.5.11; Alex. C. 7.11.5 (o.A.); Ps. Dosith. frg. iur. 16. Lit.: *Hartkamp*, Zwang (1971) 137 f. Fn. 50; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 154 f.; *Fabre*, Libertus (1981) 69–74; *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 57 f., 81–89, 224–239; *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung (2003) 110–120; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 187; *Klinck*, Symp. Wieling 83–108; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 77 f.; *Silla*, Cognitio (2008) 82–86; *Waldstein*, FS Behrends 599; *Nörr*, Mél. Humbert 599–618; *Tuzow*, Scr. Corbino VII 293–316.

Eine bedingten Forderung, bei der die nachteilige Auswirkung der Freilassung noch in Schwebe war, machte den Sklaven zum *quasi statuliber* (Paul. 3 l. Ael. Sent. D. 40.9.16.4; *Wesener*, St. Donatuti III 1396).

[313] In Ketten legen, strafweise Brandmarkung/Tätowierung, Folter, Verurteilung in die Arena (Gai. 1.13; Ulp. reg. 1.11). Lit.: *Watson*, Roman Slave Law (1987) 30; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 181 f.; *Mouritsen*, Freedman (2011) 33, 83 f.; *Roth*, BSR 79 (2011) 71–94.

Zu den Bestimmungen in der *lex* für Freigelassene vgl. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 166–185; *Waldstein*, in: Corbino et al., Homo (2010) 560 f. (→ § 37 Rn. 60, 63, 69–72).

[314] *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 77; *Koops*, in: de Kleijn/Benoist, Integration in Rome (2014) 115; *Baldus*, s. v. Dediticius, HAS I (2017) 637–639.

[315] *Melluso*, Schiavitù (2000) 78–85; *Lenski*, s. v. Spätantike, HAS III (2017) 2887.

[316] Lit.: *Treggiari*, Freedmen (1969) 69–75; *Kaser*, RP I 292 f.; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 47–50; *Albanese*, Persone (1979) 70, 105; *Fabre*, Libertus (1981) 74–77; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 17 f.; *Ferenczy*, Klio 70 (1988) 474; *Sargenti*, ACost. VIII 182–197; *Falchi*, ACost. VIII 567–577; *Gardner*, Citizen (1993) 41–50; *López Barja de Quiroga*, Historia 44 (1995) 327; *Grieser*,

Aelia Sentia (→ Rn. 54; § 37 Rn. 69–74) zu Diskussionen über eine Wiederversklavung undankbarer Freigelassener.[319] Fallweise ließen Kaiser eine solche ab der Mitte des 1. Jh. zu;[320] in der Nachklassik kam es zur Institutionalisierung der *revocatio*.[321]

6. Statusprozesse/*causae liberales*

a. Grundsätze

56 Gegenstand eines Statusprozesses[322] war die gerichtliche Feststellung, ob eine Person frei oder Sklave war.[323] Bei einer *vindicatio ex libertate in servitutem*/Herausforderung aus der Freiheit in die Sklaverei nahm jemand eine in Freiheit lebende Person als seinen Sklaven in Anspruch.[324] In einer *vindicatio ex servitute in libertatem*/Herausforderung aus der Sklaverei in die Freiheit wurde die Freiheit einer Person geltend gemacht, die ein anderer wie einen Sklaven hielt. Da die umstrittene Person tatsächlich unfrei sein konnte, wurde sie nicht Partei, sondern Objekt[325] des Verfahrens zwischen dem *adsertor libertatis*/Fürsprecher der Freiheit[326] und dem vorgeblichen „Herrn". Dennoch galt die umstrittene Person während der Verfahrensdauer als frei (Paul. 51 ed. D. 40.12.24 pr.).

Sklaverei (1997) 155–157; *Sargenti*, Ric. Gallo II 241–251; *Wieling*, CRRS I 28 f.; *Melluso*, Schiavitù (2000) 29–31; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 65–67, 78; *Mouritsen*, Freedman (2011) 55–57; *Harper*, Slavery (2011) 386, 486–489; *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 67–71; *Perry*, Gender (2014) 206 in Fn. 22; *Koops*, in: de Kleijn/Benoist, Integration in Rome (2014) 111 f.; *Waldstein*, s. v. Revocatio in servitutem, HAS II (2017) 2431 f.; *Lenski*, s. v. Spätantike, HAS III (2017) 2887; zur Wiederkehr der *revocatio* im französischen Kolonialrecht s. *Mignot*, in: Gonzales, Hom. Annequin II 551–563.

[317] Zu Cic. Att. 7,2,8 s. *Blänsdorf*, Sklaverei (2016) 21 f.

[318] Ulp. 9 ed. D. 3.3.35.1; Marcell. resp. sing. D. 37.15.3; Ulp. 4 l. Ael. Sent. D. 40.9.30; Paul. 73 ed. D. 50.16.70; *Waldstein*, s. v. Accusatio ingrati liberti, HAS I (2017) 5–7.

[319] Tac. ann. 13,26–27.

[320] Claudius (Marcian. 13 inst. D. 37.14.5 pr.; Suet. Claud. 25,2); Domitian (Mod. manum. sing. D. 25.3.6.1); weiters Paul. 11 ed. D. 4.2.21 pr.; Ulp. 13 ed. D. 4.1.6.

[321] Const. C. 6.7.2 (a.326); Inst. 1.16.1. Das Konzept mag östlichen Ursprungs gewesen sein (*Falchi*, ACost. VIII 574; *Melluso*, Schiavitù (2000) 30).

[322] D. 40.12; C. 7.16; *Indra*, s. v. Causa liberalis, HAS I (2017) 535–540. Zu sozialhistorischen Aspekten *Herrmann-Otto*, Index 27 (1999) 141–151; *Herrmann-Otto*, Misc. Mainzer Akademie 171–183. Beim römischen Statusprozess erkennt *Indra*, Status quaestio (2011) 19–25 griechische Einflüsse.

[323] Im Ingenuitätsprozess wurde hingegen entschieden, ob jemand freigeboren (*ingenuus*) oder freigelassen (*libertus*) war (*Indra*, Status quaestio (2011) 16 Fn. 15). Lit. zum Prozess der Petronia Iusta in Fn. 183.

[324] Die dolose Beanspruchung einer freien Person als Sklave bildete eine *iniuria* gegen diese (Gai. 22 ed. prov. D. 47.10.12; *Kleňová*, TR 85 (2017) 435 f.).

[325] Folglich war ein Prozess sogar gegen den Willen der betroffenen Person möglich (*Indra*, Status quaestio (2011) 142–146; Quellen bei *Kleňová*, TR 85 (2017) 435 Fn. 4).

[326] Lit.: *Ferenczy*, St. Donatuti I 387–394; *Reggi*, St. Donatuti II 1005–1030; *Melluso*, Schiavitù (2000) 113 Fn. 395; *Russo*, Scr. Franciosi IV 2363–2381; *Indra*, Status quaestio (2011) 123–177. Der Prätor konnte einem *suspectus* die Zulassung als *adsertor* verweigern (Frg. Vat. 324).

b. Legisaktionenprozess

Im älteren Legisaktionenprozess[327] entsprach das Verfahren des Statusprozesses der *legis actio sacramento in rem* (→ § 9 Rn. 37–42). Wer eine Person als seinen Sklaven beanspruchte, konnte sie mittels außergerichtlicher *manus iniectio*/Handanlegung ergreifen;[328] dagegen konnte ein *adsertor*[329] auftreten. Im nachfolgenden Verfahren stellten beide Parteien[330] ihre Eigentums- bzw. Freiheitsbehauptungen auf: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse/liberum esse aio*/„Ich behaupte, dass dieser Mensch nach quiritischem Recht mir gehört/frei ist".[331] Um die Geltendmachung der Freiheit zu begünstigen (*favor libertatis*), betrug das *sacramentum* für den Prozess unabhängig vom Wert des umstrittenen „Sklaven" stets nur 50 As,[332] die *vindiciae* (Zwischenbesitz) wurden *secundum libertatem* erteilt und die Person verblieb damit bis zur Entscheidung durch die *decemviri (st)litibus iudicandis* in Freiheit.[333] Die *vindicatio in libertatem* konnte nach Prozessverlust wiederholt werden (Cic. dom. 29,78; Mart. 1,52).[334] 57

[327] Lit.: *Kaser*, RP I 114 f.; *Kaser*, RP II 128 f.; *Ferenczy*, St. Donatuti I 387–394; *Watson*, XII Tables (1975) 95–97; *Albanese*, Persone (1979) 119–121; *Serrao*, Diritto privato I² (1999) 275–283; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 62–74, 177–195; *Russo*, Scr. Franciosi IV 2363–2381; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 94–194; *Indra*, Status quaestio (2011) 37–46; *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 174–185; *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 259 f., 270; zu den Belegen bei Plautus s. auch *Stewart*, Plautus (2012); *Pellecchi*, Lettura (2012) 29–36.

[328] Liv. 3,44,6. Zum Prozess der Verginia s. *Fögen*, Rechtsgeschichten (2002) 61–124; *Hackl*, FS Mayer-Maly (2002) 266 f.; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 57–103; *Indra*, Status quaestio (2011) 133–137, 146–150.

[329] Der Freiheitsprozess bildete die Ausnahme zur Regel, dass mittels *legis actiones* nicht über fremde Rechte prozessiert werden konnte (Gai. 4.82; Inst. 4.10 pr.).

[330] Trat kein *adsertor libertatis* auf, wurde der Betroffene als *indefensus* an den ihn Beanspruchenden addiziert. Lit.: *Ferenczy*, St. Donatuti I 388. Zu den Gründen, um als *adsertor* einzugreifen s. *Ferenczy*, St. Donatuti I 392–394; *Russo*, Scr. Franciosi IV 2365 f.; zur Suche nach einem *adsertor* vgl. *Reggi*, St. Donatuti II 1022, 1029; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 105–149; *Pennitz*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 332; skeptisch zu den Chancen, die Freiheit durchzusetzen allerdings *Crook*, Law and Life (1967) 58.

In der Spätantike wurde in einem förmlichen Verfahren nach einer zur *adsertio* bereiten Person gesucht (*circumductio*; Const. Cod. Theod. 4.8.5 pr. [a.322]). Lit.: *Reggi*, St. Donatuti II 1028 f.; *Melluso*, Schiavitù (2000) 114 f.; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 115–118; *Indra*, Status quaestio (2011) 129–131; *Lenski*, ACost. XVIII 255.

[331] Zu dieser und anderen Rekonstruktionen s. *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 137–140, 153 f., der eine eigene Formel vermutet, wenn als *adsertor* der *pater familias* auftrat.

[332] Gai. 4.14; XII T. 2.1. In Frühzeit war das der Gegenwert von fünf Schafen und für einen Nichtbegüterten daher kein geringes Risiko (*Reggi*, St. Donatuti II 1023).

[333] Liv. 3,44,5; Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.24; XII T. 6.7; zum Prozess der Verginia s. die Lit. in Fn. 328.

[334] *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 262–275.

c. Formularprozess

58 Im Formularprozess[335] klagte ein *adsertor libertatis* gegen den Besitzer[336] auf Feststellung der Freiheit bzw. beanspruchte jemand eine faktisch in Freiheit lebende Person (*in libertate morari*) als seinen Sklaven. Die Klageformel dazu entsprach der bei einer *rei vindicatio per formulam petitoriam*.[337] Die Parteirollen und folglich die Beweispflichtigkeit ergaben sich nicht aus der Initiative zum Prozess, sondern aus einem Vorverfahren (*ordinatio litis*):[338] Hatte sich die umstrittene Person bei Verfahrenseinleitung ohne Bewusstsein um ihre mögliche Unfreiheit (*sine dolo malo*) in Freiheit befunden (*in libertate esse*),[339] erhielt der *adsertor* die begünstigte Beklagtenrolle. Lebte der Betreffende hingegen *dolo malo* frei, musste der *adsertor* als Kläger die Freiheit beweisen. Da die umstrittene Person während des Prozesses als frei galt,[340] konnte der unterlegene Scheingewalthaber ihr die faktische Freiheit auch nicht durch Zahlung einer *litis aestimatio* (→ § 13 Rn. 69, 73; § 59 Rn. 218–227) an den *adsertor* nehmen.[341]

59 Über die Freiheit konnte ebenso *per sponsionem*[342] oder durch Feststellungsklage (ob jemand frei sei/*praeiudicium an liber sit*)[343] entschieden werden. Zuständig waren *re-*

---

[335] Lit.: *Lenel*, EP 377–386; *Kaser*, RP I 288 f.; *Albanese*, Persone (1979) 121–124; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 370–381; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 195–291; *Indra*, Status quaestio (2011) 46–90, 122–253.

[336] Zur Vorbereitung durch eine *actio ad exhibendum* s. Paul. 26 ed. D. 10.4.12 pr. (→ § 65 Rn. 16).

[337] *Marrone*, Scr. I (2003) 337–348; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 242–259 hält diese im Fall einer *vindicatio ex servitute in libertatem* i. d.R. für ungeeignet und meint, dass das *praeiudicium an liber sit* (Fn. 343) verwendet wurde.

Es konnte aber auch aufgrund behaupteten Miteigentums oder beschränkter dinglicher Rechte geklagt werden. Bei getrennt geführten Prozessen verschiedener dinglich Berechtigter bestand das Risiko widersprechender Entscheidungen (Gai. ed. praet. urb. D. 40.12.9; Ulp. 55 ed. D. 40.12.8; Iul. 5 Min. D. 40.12.30; *Capone*, Scr. Franciosi I 479–500; *Capone*, St. Labruna II 695–722; *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 298–316).

[338] Ulp. 54 ed. D. 40.12.7.5 und die Katene aus Ulp. 55 ed. D. 40.12.10, Gai. ed. praet. urb. D. 40.12.11 und Ulp. 55 ed. D. 40.12.12 (dazu *Klingenberg*, CRRS X.6 116 f.; *Klingenberg*, Symp. Wieling 118–120); Diocl./Max. C. 7.16.21 (a.293); Inst. 4.6.13. Lit.: *Hackl*, Praeiudicium (1976) 287–292; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 197–222; *Indra*, Status quaestio (2011) 223–230; *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 264 f. (mit Lit. in Fn. 18).

[339] Ulp. 54 ed. D. 40.12.7.5; Ulp. 55 ed. D. 40.12.12 pr.; Ulp. 55 ed. D. 40.12.10; *Nicosia*, Iura 47 (1996) 216–219; *Indra*, Status quaestio (2011) 71–75.

[340] Paul. 51 ed. D. 40.12.24 pr.; *Albanese*, Persone (1979) 124; *Hackl*, FS Mayer-Maly (2002) 266 Fn. 42; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 252; *Indra*, Status quaestio (2011) 224–226.

[341] *Marrone*, Scr. I (2003) 337–348; *Hackl*, FS Mayer-Maly (2002) 268 f. Zur Unschätzbarkeit der Freiheit s. Fn. 44. Um diese Konsequenz zu vermeiden, könnte anstelle der Geldkondemnation eine *adiudicatio* stattgefunden haben; s. bei *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 269.

[342] Gai. 4.93; *Indra*, Status quaestio (2011) 89 f.; *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 265–269; nach *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 196, 228–233 nur bei einer *vindicatio in servitutem*.

[343] Zum *praeiudicium an liber sit* s. *Hackl*, Praeiudicium (1976) 204–214; seit Auffindung der *lex Irnitana* (§ 84 Z. 5 f., 15–20) steht das *praeiudicium an liber sit* außer Zweifel. Lit.: *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 264–276; *Indra*, Status quaestio (2011) 78–84; *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I

cuperatores;[344] bei Stimmengleichheit oder gleicher Zahl von Zeugen für und gegen die Freiheit wurde gemäß dem *favor libertatis* zugunsten der Freiheit entschieden.[345] Dem obsiegenden *dominus* stand die *ductio*/Wegführung des Sklaven zu; eine *litis aestimatio* musste er nicht annehmen.[346] Ein Urteil zugunsten der Freiheit war *inter partes* endgültig; *in libertatem* konnte hingegen nochmals vindiziert werden.[347] Kaiserrecht erlaubte in bestimmten Fällen einem Sklaven selbst vor den Konsuln *extra ordinem* oder dem *praetor fideicommissarius* (→ § 6 Rn. 146) die Freiheit ohne *adsertor* zu beanspruchen.[348] Fünf Jahre nach dem Tod einer Person konnte ihr *status* auch nicht mehr als Vorfrage in einem Prozess thematisiert werden.[349]

d. Nachklassik

In der Beamtenkognition (→ § 15) der Nachklassik[350] wurde auf einen *adsertor* auch in **60**
weiteren Fällen verzichtet,[351] bis ihn Justinian schließlich abschaffte[352] und die betroffene Person selbst als Partei um ihre Freiheit prozessieren ließ.[353] Die *vindicatio in libertatem* ersetzte im justinianischen Recht ein *praeiudicium* mit Rechtskraft *erga omnes*; die Möglichkeit zur Prozesswiederholung fiel weg.[354]

(2015) 266 f.

Lit. zum Provinzialprozess nach der *lex Irnitana*: *Wolf*, SDHI 66 (2000) 39 f., 52; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 233–238; *Indra*, Status quaestio (2011) 96–106.

[344] Gegen eine parallele Zuständigkeit des *iudex unus Indra*, Status quaestio (2011) 62–70; dafür *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 277–291.

[345] Paul. 17 ed. D. 42.1.38; Her. 1 iur. epit. D. 40.1.24; vgl. *Indra*, Status quaestio (2011) 29, 50–55, 237; *Ernst*, Rechtserkenntnis (2016) 26 f.

[346] Pap. 12 resp. D. 40.12.36; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 242 f.

[347] Lab. 4 post. D. 40.12.42; Ant. C. 7.16.2 (a.214); *Albanese*, Persone (1979) 125; *Hackl*, FS Mayer-Maly (2002) 259–270; *Indra*, Status quaestio (2011) 208–217; zu den konstantinischen Reformen *Lenski*, ACost. XVIII 255 f.; *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 262–330.

[348] *Indra*, Status quaestio (2011) 92–96; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 292–305; zur ähnlichen Situation bei der fideikommissarischen Freilassung (→ Rn. 72).

[349] Call. 1 fisc. pop. D. 40.15.4; Suet. Tit. 8,5; *Indra*, Status quaestio (2011) 198–200; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 297–300 sieht den Ursprung der Regel im Formularverfahren.

[350] *Kaser*, RP II 128 f.; *Indra*, Status quaestio (2011) 114–120; *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 259 mit Fn. 4.

[351] Valentinian./Theodos./Arcad. Cod. Theodos. 4.8.9 (a.393); *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 118 f.

[352] Weshalb der *adsertor libertatis* aus den klassischen Texten gestrichen wurde (*Melluso*, Schiavitù (2000) 116; *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 285, 288 u. ö.).

[353] Iust. C. 7.17.1 (a.528); C. 7.17.2 (a.531). Lit.: *Melluso*, Schiavitù (2000) 115–122; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 109 f. in Fn. 268; *Indra*, Status quaestio (2011) 254–275.

[354] *Albanese*, Persone (1979) 127; *Melluso*, Schiavitù (2000) 120 f.; *Indra*, Status quaestio (2011) 261 f.; *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 258 mit Fn. 3, 274 f.

e. Kollusiv erwirkte Freiheitsfeststellung im Statusprozess

61 Zur Umgehung von Freilassungsverboten oder zwecks Erschleichung der Ingenuität (→ § 37 Rn, 75) konnte der Eigentümer in kollusivem Zusammenwirken mit einem *adsertor libertatis* in einer *vindicatio in libertatem* bewusst unterliegen und so faktenwidrig die Freiheit seines Sklaven feststellen lassen.[355] Ein *SC Ninnianum* aus der Regierung Domitians sprach dem Aufdecker einer solchen Manipulation das Eigentum an dem Sklaven zu; Mark Aurel befristete diese Möglichkeit auf fünf Jahre.[356]

XI. *Manumissio*/Freilassung

1. Soziale Hintergründe und Freilassungsmotive

62 Die Aussicht[357] auf Freilassung war ein Anreiz für die Loyalität von Sklaven[358] gerade dann, wenn deren Tätigkeiten Eigeninitiative und -verantwortung voraussetzten und deswegen Druckausübung durch Überwachung oder Zwangsmittel ausgeschlossen blieb.[359]

63 Freilassungen lagen die unterschiedlichsten Motive zugrunde.[360] Die Freilassungsaussichten hingen von der Position innerhalb der *familia servorum*,[361] Ausbil-

[355] D. 40.16. Lit.: *Mayer-Maly*, SZ 71 (1954) 264–267; *Hackl*, FS Mayer-Maly (2002) 263 Fn. 27; *Herrmann-Otto*, Misc. Mainzer Akademie 175–177; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 298 Fn. 789; *Indra*, Status quaestio (2011) 200–203.

[356] Gai. 2 ed. praet. urb. D. 40.16.1; Ulp. 2 off. cons. D. 40.16.2; Diocl./Max. C. 7.20.2 (a.294).

[357] Zur *spes libertatis* s. *Fabre*, Libertus (1981) 81–85; *Silla*, Cognitio (2008) 75; *Avenarius*, CRRS IV.3 24. Für die Freilassung wurden die Götter um Hilfe ersucht und die Dienste von Traumdeutern und Wahrsagern in Anspruch genommen. Lit.: *Fabre*, Libertus (1981) 85–90; *Kudlien*, Sklaven-Mentalität (1991); *Dorcey*, Cult (1992) 108 f.; *Schumacher*, CRRS VI 6 f.; *Veyne*, Religion (2008) 20 mit Fn. 19.

[358] Z. B. *Findley*, Journal of Political Economy 83 (1975) 923–934; *Glancy*, Slavery (2002) 145; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 202; *van den Bergh*, Ess. Pool 348 f.; *Bradley*, OH RS 632; *Scheidel*, in: Scheidel, Roman economy (2012) 101 f.; *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 255; *Mouritsen*, Freedman (2011) 141–146; *Verboven*, in: Bell/Ramsby, Impact of Freed Slaves (2012) 89, 97; *Lamberti*, s. v. Freilassung II. Diritto romano, HAS I (2017) 1107; kritisch *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 50 f.

Zur Freilassung als Instrument der Sozialdisziplinierung vgl. *Bradley*, Slaves (1984) 111 f.; *Harper*, Slavery (2011) 241; *López Barja de Quiroga*, CIRCE 16 (2012) 57–71. Die großzügige Freilassungspraxis stabilisierte das System (*Katsari/Dal Lago*, Hom. Annequin II 541–550). Unterschiedliche Freilassungschancen brachen die Solidarität unter Sklaven auf (*Bradley*, Slavery and Rebellion (1989) 44; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 192); umgekehrt mögen die manchmal zugelassenen „Testamente" über *peculia* Sklaven ohne Hoffnung auf eigene Freilassung zu Anstrengungen für ihnen nahestehende Mitsklaven motiviert haben (→ § 102 Rn. 15).

[359] Z. B. *Serrao*, Impresa (1989) 34; *Mouritsen*, Freedman (2011) 143, 145; *Temin*, Market (2013) 122, 131; grundlegend *Fenoaltea*, J. Econom. Hist. 44 (1984) 635–668; weiters *Patterson*, Slavery (1982) 186; *Dari-Mattiacci*, J. Econom. Hist. 73 (2013) 79–116.

[360] Übersicht z. B. bei *Treggiari*, Freedmen (1969) 11–20; *López Barja de Quiroga*, Manumisión

dung[362] oder der Nähe zum Herrn[363] ab; Verdienste,[364] sexuelle Willfährigkeit[365] oder die Geburt von Kindern[366] steigerten sie. Weiters erfolgten Freilassungen aus Fürsorge,[367] aber genauso wegen Geiz,[368] Konflikten mit dem Sklaven[369] oder um dessen Folterung in einem Prozess zu hintertreiben.[370]

(2008) 45–69.

[361] Allerdings konnte die „Unentbehrlichkeit" eines Sklaven dessen Freilassungsaussichten durchaus schmälern (s. Maec. 15 quaest. fideic. D. 40.5.35; Scaev. 4 resp. D. 40.5.41.15); s. dazu *Silla*, Cognitio (2008) 31–33; *Simonis*, Cum servis (2017) 66 f., 74, 85 f., 112, 175.

[362] Eine deswegen erhaltene verantwortliche Stellung reduzierte die Freilassungschance u. U. (*Herrmann-Otto*, Index 27 (1999) 151).

[363] *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 41; *Simonis*, Cum servis (2017) 86.

[364] Z. B. Plaut. Men. 1001–1031; Cic. Balb. 24; als Belohnung für Denunziation (*Treggiari*, Freedmen (1969) 18 f.) oder für Falschaussagen (Apul. apol. 46,2).

[365] *Navarra*, ACost. VIII 436; *Glancy*, Slavery (2002) 53.

[366] Columella enthob Sklavinnen ab dem dritten Kind von (anderen) Arbeiten und ließ sie nach dem vierten frei (Colum. 1,8,19). Lit.: *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 137; *Herrmann-Otto*, Ex ancilla natus (1994) 251 f.; *Scheidel*, Latomus 53 (1994) 513–527; *Gardner*, Frauen (1995) 210 f.; *Smadja*, in: Reduzzi Merola/Storchi Marino, Femmes-esclaves (1999) 355–368; *Weiler*, Misc. Mainzer Akademie 130 f.; *Scholl*, Misc. Mainzer Akademie 164 f.; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 56; *Perry*, Gender (2014) 57–59, 197 f. in Fn. 83; *Hunt*, Slavery (2018) 41.

Die Zahlen erinnern an das Drei- bzw. Vierkinderrecht; s. auch Tryph. 10 disp. D. 1.5.15; Ulp. 6 disp. D. 1.5.16. Lit.: *Gardner*, Frauen (1995) 211; *Ankum*, FS Waldstein 1–18; *Nörr*, Römisches Recht (2005); weitere Lit. bei *McGinn*, Scr. Corbino IV 639 Fn. 59.

[367] Um den Sklaven vor einer Versteigerung zu bewahren (Cic. fam. 14,1[4],4; *Mouritsen*, Freedman (2011) 138 f.).

[368] Um die Versorgung bei Krankheit und im Alter zu ersparen: *Treggiari*, Freedmen (1969) 27 f.; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 49 f.; *van den Bergh*, Ess. Pool 350; *Mouritsen*, Freedman (2011) 122.

In Plaut. Epid. 526–532 befürchtet ein Sklave wirtschaftliche Not nach seiner Freilassung (*De Martino*, Wirtschaftsgeschichte [1](1985) 96; *Mouritsen*, Freedman (2011) 153); einschlägige Belege aus der Spätantike bei *Herrmann-Otto*, FS Weiler 359; s. auch *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 51. Nach *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 186 minderte die ungesicherte Altersversorgung den Wunsch nach Freiheit keineswegs. Zu testamentarischen Vorsorgen für die Versorgung von Freigelassenen s. *Gardner*, Citizen (1993) 32 f.

[369] Paul. 19 ed. D. 11.3.14.9 deutet eine Freilassung wegen „Unverträglichkeit" des Sklaven an. Lit.: *Gamauf*, Misc. Mainzer Akademie 71 Fn. 123; *Knoch*, Sklavenfürsorge [2](2017) 93; *Bonfiglio*, Corruptio (1998) 40–44 hält den Passus für nachklassisch. Jüdische Sklaven sollen wegen der zahlreichen religiösen Gebote im Umgang „schwierig" gewesen sein und deswegen eher die Freiheit erhalten haben (*Harrill*, Manumission (1995) 56–66); für Freilassungsgründe bei *servi publici* s. *Eder*, Servitus (1980) 117.

[370] Dann war die Freilassung nichtig, um zur Vernehmung foltern zu können (Ulp. 8 off. procons. D. 48.18.1.13; Paul. sent. 5.16.9). Lit.: *Treggiari*, Freedmen (1969) 18; *Schumacher*, Servus Index (1982) 36, 72–75; *Nogrady*, Strafrecht (2006) 247 f.; *Bellodi Ansaloni*, Quaestio per tormenta (2011) 84 f., 238 f.

a. Freikauf *suis nummis*/mit eigenem Geld[371]

64 Oftmals[372] ließ sich der Herr den eintretenden Vermögensverlust bei einer *manumissio* vom Freizulassenden mit Geld[373] oder durch Stellung eines „Ersatzsklaven" abgelten.[374] Die dazu geschlossene *pactio libertatis*/Freilassungsvereinbarung band den Herrn rechtlich nicht;[375] ein Wortbruch konnte jedoch zu Repressalien seitens des Sklaven führen.[376] Um die *manumissio* sicherzustellen, wurde daher oft ein Dritter hinzugezogen. Dieser konnte den Sklaven unter einer Freilassungsauflage (*ut manumittatur*) (→ Rn. 18; § 79 Rn. 427 f.) kaufen; häufiger war jedoch, dass er den Sklaven in dessen Auftrag und mit „seinem Geld"/*suis nummis* erwarb.[377] Das Mandat verpflichtete den sogenannten *redemptor*/Loskäufer, die Freiheit an den Sklaven zu „restituieren".[378] Ab Mark Aurel konnte der Sklave dann beim *praefectus urbi* bzw. Provinzstatthalter die vorenthaltene Freilassung durchsetzen.[379] Der Ausdruck *suis nummis emere*/„mit eigenem Geld kaufen" widersprach zwar der sachenrechtlichen Lage, sollte aber die ökonomische Realität betonen, dass das Geld dazu vom Sklaven selbst mit dem *peculium* erwirtschaftet worden war (→ § 102 Rn. 15).

---

[371] Lit.: *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 424–426; *Horsmann*, Historia 35 (1986) 308–321; *Gardner*, Citizen (1993) 36; *Knütel*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 353–374; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 245–247; *Vigneron*, St. Talamanca VIII 323–331; *Finkenauer*, FS Knütel 345–371; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 44–50; *Mouritsen*, Freedman (2011) 172 f.; *Heinemeyer*, Freikauf (2013); *Knütel*, s. v. Freikauf mit eigenem Geld, HAS I (2017) 1095–1097.

[372] Z. B. *Gardner*, Citizen (1993) 36; *López Barja de Quiroga*, Historia 44 (1995) 328 Fn. 9; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 52–57; nach *Glancy*, Slavery (2002) 143 sogar bei den meisten Freilassungen; kritisch dazu *Roth*, in: Roth, Sweat (2010) 92–94.

[373] Man konnte den Preis auch abarbeiten (Ulp. 6 disp. D. 40.1.4.10).

[374] Zur Leistung einer gestohlenen Sklavin in einem solchen Fall s. Iul. 3 Urs. Fer. D. 41.4.9; Iul. 2 Min. D. 41.4.10. Lit.: *Wesener*, St. Donatuti III 1397; *Gardner*, Frauen (1995) 223 f.; *Mouritsen*, Freedman (2011) 171.

[375] Bei Plautus könnte die Asylflucht der Durchsetzung einer Freilassungsabrede gedient haben (*Pennitz*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 332–338). Der Herr konnte nach Freilassung auf die versprochene Summe klagen (Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.1) oder „Vorauszahlung" verlangen (Alf. 4 dig. D. 40.1.6).

[376] S. Tac. ann. 14,42 und *Horsmann*, Historia 35 (1986) 308–321.

[377] Pap. 27 quaest. D. 17.1.54 pr. Lit.: *Knütel*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 353–374; *Wacke*, FS Behrends 582–584; *Willvonseder*, CRRS IV.1 33 f.; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 257; *Centola*, Sofferenze (2011) 167–173; *Kindler*, Affectionis aestimatio (2012) 99–112. Als *redemptor* kam sogar ein anderer Sklave in Frage (Ulp. 6 disp. D. 40.1.4.8).

[378] Die die fideikommissarische Freilassungen absichernden *SCta.* (→ Rn. 73) waren anzuwenden (Ulp. 6 disp. D. 5.1.67). Lit.: *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 297 f.; *Avenarius*, CRRS IV.3 12; dasselbe galt bei der Zahlung eines Dritten für eine Freilassung (Pap. 30 quaest. D. 40.1.19; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 60–62).

[379] Ulp. 6 disp. D. 40.1.4 pr.; Marcian. 2 inst. D. 40.1.5 pr.; Alf. 4 dig. D. 40.1.6. Lit.: *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 122; *López Barja de Quiroga*, DHA 19 (1993) 53; *Melluso*, Schiavitù (2000) 77; *Silla*, Cognitio (2008) 50–55; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 90; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 44; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 281–286; *Avenarius*, CRRS IV.3 12, 296–298.

2. Freilassung nach *ius civile*

Freiheit und Bürgerrecht setzten eine *iusta ac legitima manumissio*[380] voraus, d. h. für die Klassik, das Vorliegen einer nach *ius civile* anerkannten Freilassungsform (*vindicta, censu, testamento*).[381] Dazu musste der *manumissor*/Freilasser[382] als Eigentümer verfügungsbefugt[383] und geschäftsfähig sein.[384] 65

[380] Zur Terminologie *Albanese*, Persone (1979) 39. Zum Alter der Freilassungsformen: *Fabre*, Libertus (1981) 5–7; *Masi Doria*, FS Waldstein 233–240; *Klees*, Laverna 13 (2002) 91 f.; *Vetter*, RIDA 51 (2004) 357–367; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 108–113; *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 167–169. Der Mangel an aussagekräftigen Quellen macht alle Überlegungen zum relativen bzw. absoluten Alter der zivilen Freilassungsformen spekulativ.

[381] Cic. top. 10; Gai. 1.17, 35; Ulp. reg. 1.6; Ps. Dosith. frg. iur. 5. Lit.: *Reggi*, St. Donatuti II 1016; *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985) 137–140; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 174–176; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 15.

Die nur aus Fest. s. vv. *manumitti, puri* pp. 148, 297 L bekannte *manumissio sacrorum causa* sicherte mutmaßlich die Fortführung des Hauskultes. Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 109 f.; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 23; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 145 f.; *Youni*, TR 78 (2010) 339; anders *Lamberti*, s. v. Freilassung II. Diritto romano, HAS I (2017) 1109, derzufolge der Sklave Tempeldiener (*libertus numinis*) wurde.

In der Republik machte weiters die Adoption durch den Herrn frei (Inst. 1.11.12; Gell. 5,19,11–14). Lit.: *Fabre*, Libertus (1981) 37–39; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 27 f.; *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem I (1990) 57–68; *Gardner*, Citizen (1993) 16; *Melluso*, Schiavitù (2000) 95 Fn. 325; *Rinolfi*, Diritto@Storia 9 (2010) nach Fn. 48; Belege aus Plautus bei *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem I (1990) 61; *Rinolfi*, Diritto@Storia 9 (2010) Fn. 49; *Gröschler*, s. v. Adoptio servi, HAS I (2017) 27 f. Zum justinianischen Recht s. Fn. 447.

Zur Freilassung in der Komödie vgl. *Reduzzi Merola*, Hom. Annequin I 213–217; *Tarwacka*, Scr. Zabłocka 1025–1038.

[382] Sonderregeln bestanden für *servi publici*/Staats- oder Gemeindesklaven (Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.4; C. 7.9; *lex Irnitana* § 72). Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 105; *Eder*, Servitus (1980) 114–122; *Giménez-Candela*, Iura 32 (1981) 37–56; *Fear*, RIDA 37 (1990) 149–166; *López Barja de Quiroga*, DHA 19 (1993) 54 f.; *Giménez-Candela*, SZ 113 (1996) 86; *Harrill*, Manumission (1995) 154–156; *Zlinszky*, Symp. Wieling 323 f.; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 19, 89 f. Der Kaiser brauchte bei der *manumissio* von *servi Caesaris* keine Formgebote zu beachten (Paul. 16 Plaut. D. 40.1.14.1).

Zur Freilassung durch *collegia* (D. 40.3) s. *Harrill*, Manumission (1995) 154 Fn. 115; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 89; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 65 f.

[383] Bei der *societas ercto non cito* konnte noch jeder *socius* alleine freilassen (Gai. 3.154b). Freilassung durch einen bonitarischen Eigentümer brachte nur die Latinität (Gai. 1.35; Ulp. reg. 22.8; Ps. Dosith. frg. iur. 9). Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 105 f. Fn. 460; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 32; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 335–338; *Harke*, SZ (2004) 143–149; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 413 f.; *Wacke*, LR 3 (2014) 208; *Avenarius*, CRRS IV.3 53 f. Ein Irrtum des Herrn oder des Sklaven über das Eigentum hinderte die Freiheit nicht (Iul. 42 dig. D. 40.2.4.1; *Rodríguez Diez*, Potestas (2016) 159–164).

Die *iusta manumissio* eines *servus communis* durch einen Miteigentümer führte in der Klassik zu Akkreszenz beim anderen (Ulp. reg. 1.18; Paul. sent. 4.12.1; anders Pap. 22 quaest. D. 40.5.22.1; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 208), im justinianischen Recht aber zur Freiheit (Inst. 2.7.4). Lit.: *Kaser*, RP I 294; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 106–108; *Fabre*, Libertus (1981) 41–43; *Melluso*,

a. *Manumissio vindicta*/„Stabfreilassung“

66 Die *manumissio vindicta*[385] war ein der *in iure cessio*[386] nachgeformtes Rechtsgeschäft (→ § 16): Bei ihr legte ein Dritter im Einvernehmen mit dem Herrn wie ein *adsertor libertatis*[387] bei der *vindicatio in libertatem* (→ Rn. 57 f.) dem Sklaven vor einem Prätor,[388] Konsul[389] oder Provinzstatthalter[390] eine *vindicta*[391] an und behauptete dessen

---

Schiavitù (2000) 73–76; *Meissel*, Societas 86 f.; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 191–193; *Indra*, Status quaestio (2011) 193, 242; *Avenarius*, CRRS IV.3 27 f.

Ein vom Eigentümer freigelassener Nießbrauchsklave wurde *servus sine domino*/Sklave ohne Herr (Ulp. reg. 1.19; Ps. Dosith. frg. iur. 11; Iust. C. 7.15.1 [a.530]). Lit.: *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 193 f.; *Melluso*, Schiavitù (2000) 72 f.; *Avenarius*, CRRS IV.3 26 f., 300.

Bei verpfändeten Sklaven war die Gäubigerzustimmung erforderlich (Her. 1 iur. epit. D. 40.9.27.1; s. auch *Du Plessis*, in: Roth, Sweat (2010) 49–60); Dotalsklaven durfte der Ehemann ohne Haftung aus der *actio rei uxoriae* freilassen (Pap. 3 resp. D. 40.1.21; Alex. C. 5.12.3 [a.222]; Sev. C. 7.8.1 [a.205]; *Fernández Cano*, Labeo 50 (2004) 149–174).

Pekuliarsklaven konnte ein Haussohn mit väterlichem Geheiß freilassen (Mod. 1 pand. D. 37.14.13); die Freilassung zum *peculium castrense* zählender Sklaven stand dagegen allein dem Sohn zu (z. B. Mod. 6 reg. D. 37.14.8 pr.; Ulp. 41 ed. D. 38.2.3.8; Marcian. 1 inst. D. 38.2.22; Pap. 6 quaest. D. 49.17.13; Tryph. 8 disp. D. 49.17.19.3). Lit.: *Lehmann*, ANRW II.14 208 f., 244–250; *Scarano Ussani*, Utilità e certezza (1987) 155–157; *Masi Doria*, Bona (1996) 323–326; *Fildhaut*, Libri disputationum (2004) 155–161.

[384] *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 104 f.; *Albanese*, Persone (1979) 39 f.; *Fabre*, Libertus (1981) 46 f.; zu den Zusatzerfordernissen nach der *lex Aelia Sentia* (→ Rn. 54). Zur Freilassung durch Frauen vgl. Ps. Dosith. frg. iur. 15 (*Nicosia*, Iura 47 (1996) 231–235); durch Haussöhne *Mitteis*, RP 211 Fn. 23; *Coppola Bisazza*, Sostituzione negoziale (2003) 90 Fn. 24.

Taubstumme konnten in keiner Form manumittieren, Taube oder Stumme nicht in den zivilen (außer vielleicht *censu*). Im Laufe der Klassik öffnete man ihnen die prätorischen und seit Justinian alle Formen (Celsus bei Ulp. 1 Sab. D. 40.9.1; Iust. C. 6.22.10 [a.531]). Lit.: *Küster*, Blinde (1991) 122–132; *Minieri*, in: Maffi/Gagliardi, Diritti (2011) 445–459; *Caiazzo*, Ann. Molise 15/2013 (2014) 41–51.

[385] Lit.: *Treggiari*, Freedmen (1969) 21–25; *Kaser*, RP I 116 f., 294; *Watson*, XII Tables (1975) 86–90; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 110–114; *Albanese*, Persone (1979) 40–45; *Fabre*, Libertus (1981) 16–23; *Wacke*, St. Biscardi I 127–137; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 24 f.; *Salsano*, Chiron 28 (1998) 179–185; *Melluso*, Schiavitù (2000) 63–65; *Wacke*, Misc. Mainzer Akademie 140 f.; *Vitali*, Index 33 (2005) 391–398; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 16–30; *Sciortino*, Liti di libertà (2010) 52 f.; *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 29 f.; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 42 f.; *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 167–216.

Lit. zum begleitenden Brauchtum (*pilleus, circumactio, alapa*): *Tondo*, Aspetti (1967) 143–199; *Bellen*, Misc. Mainzer Akademie 13–29; *Manfredini*, RIDA 57 (2010) 247–263; *Harper*, Slavery (2011) 468–471; *Zogg*, s. v. Alapa, HAS I (2017) 77 f.; *Selinger*, s. v. Freilassungsbrauchtum, HAS I (2017) 1115–1118; *Selinger*, s. v. Pilleus, HAS II (2017) 2230–2232; zur Bedeutung von *vindicta* auch *Masuelli*, in: Masuelli/Zandrino, Linguaggio e sistematica (2014) 199–210; *Atzeri*, s. v. Vindicta/festuca, HAS III (2017) 3216 f.

Das „Relief von Mariemont“ ist entgegen älteren Deutungen wohl keine Darstellung einer *manumissio vindicta*. Lit.: *Pack*, FS Vittinghoff 179–195; *Wacke*, St. Biscardi I 117–145; *Thuillier*, Sport (1999) 100; *Bellen*, Misc. Mainzer Akademie 15 f.; *Schumacher*, Sklaverei (2001) 346 Fn. 89; *Kleijwegt*, ERH 16 (2009) 326 Fn. 17; *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 264; *Bell*,

Freiheit in *sollemnia verba*/förmlichen Worten:[392] *Hunc ego hominem ex iure Quiritium liberum esse aio*/„Ich behaupte, dass dieser Mensch nach quiritischem Recht frei ist.“:[393] Der *dominus* erkannte dies durch sein Schweigen an, und der Magistrat erteilte daher die *addictio secundum libertatem*/den Zuspruch gemäß der Freiheit. Formell war diese nur deklarativ, in den Wirkungen jedoch konstitutiv.

Ab Ende der Republik nahm der Herr die *impositio vindictae*/Stabanlegung vor dem Magistrat und einem Liktor *extra ius*[394] selbst vor und sprach nunmehr tatsächlich eine Freilassungsformel: *Hunc hominem liberum esse volo*/„Ich will, dass dieser Sklave frei ist“.[395] Selbst auf dieses Formerfordernis wird ab der Nachklassik verzichtet; als Erklärung des *dominus* vor einem Beamten existierte die *manumissio vindicta* im spätklassischen Recht und auch unter Justinian weiter.[396] **67**

---

s. v. Mariemont, Relief, HAS II (2017) 1862 f.

Freilassungen wurden privat, nicht aber auch amtlich registriert (z. B. Diocl./Max. C. 7.16.25, 26 [a.294]). Lit.: *Giménez-Candela*, in: González Fernández, Roma y las provincias (1994) 248; *Gardner*, Labeo 42 (1996) 91; *Giménez-Candela*, Labeo 48 (2002) 389; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 26–28.

[386] Dem Charakter des *actus legitimus* entsprechend war die *manumissio vindicta* bedingungs- und befristungsfeindlich (Pap. 28 quaest. D. 50.17.77; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 214). Marcell. 23 dig. D. 40.1.15 scheint eine aufschiebende *manumissio vindicta mortis causa* zuzulassen; s. aber *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 29 f. (dazu *Gagliardi*, BMCR 2009.09.34); *Rüger*, Donatio (2011) 200–220; *Hendel*, Marcelli ratio (2015) 35–37.

[387] *Gardner*, Citizen (1993) 10 versteht diesen als Vetreter des *populus Romanus*, dessen Mitwirkung zum Erwerb des Bürgerrechtes nötig war.

[388] Paul. 4 Sab. D. 1.14.1; Paul. 16 Plaut. D. 40.1.14 pr.; Varro ling. 6,30.

[389] Ulp. 2 off. cons. D. 1.10.1; Paul. 16 Plaut. D. 40.1.14 pr.

[390] Statthalter konnten unmittelbar ab dem Verlassen von Rom freilassen, da ihnen dann bereits die *iurisdictio voluntaria* zustand (Marcian. 1 inst. D. 1.16.2; Ulp. 26 Sab. D. 1.18.2; Paul. 50 ed. D. 40.2.17; Plin. epist. 7,16). Lit.: *Wacke*, SZ 106 (1989) 189–191; *Giménez-Candela*, SZ 113 (1996) 71 f.

Paul. sent. 2.25.4 nennt weiters Munizipalmagistrate; dazu *López Barja de Quiroga*, Athenaeum 86 (1998) 157–159; *Vitali*, Index 33 (2005) 391–398; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 17–19.

[391] *Atzeri*, s. v. Vindicta/festuca, HAS III (2017) 3216 f. Im Gestus will *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 161 eine symbolische Züchtigung erkennen, die nur dem Eigentümer zustand.

[392] Her. 1 iur. epit. D. 40.2.23; Boeth. in top. Cic. 1,2,10.

[393] *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 22; *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 172.

[394] Gai. 1 cott. D. 40.2.7; Ulp. 5 ed. D. 40.2.8 (ohne Gegenwart eines Liktors); Pers. 5,175. Sogar abseits des Amtssitzes – *in transitu*/im Vorübergehen oder in den Bädern – konnte die Freiheit zugesprochen werden (Marcian. 1 inst. D. 1.16.2 pr.; Gai. 1 cott. D. 40.2.7; Gai. 1.20). Allerdings waren unter dem Druck des Publikums im Circus erfolgte Freilassungen unwirksam (Paul. lib. dand. sing. D. 40.9.17 pr.; Alex. C. 7.11.3 [o.A.]; Lit. in Fn. 436). Ein Magistrat konnte eigene Sklaven selbst freilassen (Ulp. 26 Sab. D. 1.18.2; Ulp. 2 off. cons. D. 1.10.1.2; Iul. 42 dig. D. 40.2.5; *Wacke*, SZ 106 (1989) 195; *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 171); dasselbe erlaubte Konstantin Klerikern s. Fn. 450.

[395] Tryph. 1 disp. D. 49.17.19.4; Ulp. 55 ed. D. 40.12.12.2; Paul. 16 Plaut. D. 40.1.14.1. Auf das tatsächliche Aussprechen der Formel verzichtet Her. 1 iur. epit. D. 40.2.23.

[396] Inst. 1.5.1; *Wacke*, SZ 106 (1989) 194 f.; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 22–26.

b. *Manumissio censu*/Freilassung durch Eintragung in die Zensusliste

68 Die *manumissio censu*[397] entwickelte sich nach Einrichtung des Zensus (traditionell 443 v. Chr.). Dazu ließen sich Sklaven[398] auf Geheiß (*iussus*)[399] ihrer Herren in die Zensuslisten eintragen (*professio*), wodurch sie als freie Bürger bestätigt waren.[400] Bis zur Bürgerrechtsreform des Appius Claudius (312 v. Chr.) brachte wohl nur diese Form sofort das Bürgerrecht;[401] anders Freigelassene mussten sich extra in die Bürgerliste eintragen lassen und die vorangegangene *manumissio* beweisen.[402] Die *manumissio censu* wurde jedenfalls mit dem Abkommen des Zensus im Prinzipat hinfällig; sie wird aber noch von Juristen des 2. Jh. wie geltendes Recht referiert.[403]

c. *Manumissio testamento*/testamentarische Freilassung

69 Bei einer testamentarischen Freilassung[404] verlieh der Erblasser seinem Sklaven zu Lasten der Erben die Freiheit. Die Möglichkeit dazu bestand jedenfalls ab dem Mancipationstestament[405] (→ § 18 Rn. 16–22), indem der Testator förmlich etwa anord-

[397] Gai. 1.17, 44, 140; Ulp. reg. 1.8; Ps. Dosith. frg. iur. 5, 17; Boeth. in Top. Cic. 1,2,10. Lit.: *Treggiari*, Freedmen (1969) 25–27; *Kaser*, RP I 294; *Watson*, XII Tables (1975) 90 f.; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 115–121; *Albanese*, Persone (1979) 45; *Fabre*, Libertus (1981) 10–16; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 24; *Giménez-Candela*, Labeo 48 (2002) 390–392; *Vitali*, Index 33 (2005) 398–403; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 177; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 30–34; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 43 f.

[398] Zur Freilassung von Sklavinnen kam sie nicht in Frage (*Gardner*, Frauen (1995) 226).

[399] Cic. de orat. 1,183; *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 425 f. Dass die Zensoren wegen Unwürdigkeit des Sklaven die Eintragung verweigern konnten, liegt nahe, ist aber nicht belegt; s. auch Fn. 257.

[400] Zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Eintragung vgl. *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 469 Fn. 266.

[401] *Watson*, XII Tables (1975) 90 f.; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 117 f.; *Serrao*, Diritto privato I² (1999) 272–274; *Masi Doria*, FS Waldstein 240–254; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 100–108; *Wolf*, Ges. Aufs. früh. Rom 167 Fn. 3. Ansonsten bestand nur faktische, aber sakral geschützte Freiheit als Klient (*Kaser/Knütel* § 16 RZ 6).

[402] *De Martino*, Labeo 20 (1974) 184–186; zum Prozedere *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 425 f.

[403] Gai. 1.17, 44, 140; Ps. Dosith. frg. iur. 5, 17. Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 121 Fn. 516; *Sirks*, RIDA 28 (1981) 248 Fn. 1; *Nörr*, SZ 117 (2000) 200; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 177.

[404] Lit.: *Albanese*, Persone (1979) 45–47; *Watson*, XII Tables (1975) 90 f.; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 121–126; *Fabre*, Libertus (1981) 23–34; *Vitali*, Index 33 (2005) 404–409; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 34–37; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 13–26; *Mouritsen*, Freedman (2011) 180–186; *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 31 f.; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 44–46; *Manthe*, s. v. Erbrecht II. Römisches Recht, HAS I (2017) 835 f.

[405] Die Eignung des *testamentum calatis comitiis* für Freilassungen ist strittig; dafür *Watson*, XII Tables (1975) 91 f.; *Treggiari*, Freedmen (1969) 28; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 25 f.; ablehnend *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 121; *Gardner*, Citizen (1993) 10 f. Die XII T. kannten testamentarische Freilassungen jedenfalls (Ulp. reg. 1.9).

nete: *Stichus servus meus liber esto*/„Mein Sklave Stichus soll frei sein“.[406] Der Sklave wurde (in einer dem Vindikationslegat vergleichbaren Weise) (→ § 60 Rn. 3) mit Wirksamwerden des Testaments[407] (i.d.R. dem Erbschaftsantritt) *ipso iure* frei.[408] *Testamento* Freigelassene wurden zu *liberti orcini*[409] und waren somit „selbständige Freigelassene“,[410] die keiner Patronatsgewalt unterstanden (→ § 37).[411]

Die Erbeinsetzung eines eigenen Sklaven ohne ausdrückliche Freilassung galt erst im justinianischen Recht als stillschweigende Freilassung.[412] Testamentarische Freilassungen konnten befristet und aufschiebend, nicht aber auflösend, bedingt sein.[413] Gebräuchliche Bedingungen waren etwa die Erbringung von Leistungen an den Erben oder Dritte,[414] Rechnungslegung über das *peculium*,[415] eine Eidesleistung[416] oder die Geburt einer gewissen Anzahl von Kindern.[417] **70**

---

[406] Z. B. Gai. 2.267; Ulp. reg. 2.7. Anders formulierte Anordnungen waren unwirksam (Plin. epist. 4,10). Lit.: *Nicosia*, Iura 47 (1996) 221–223; *Starace*, Index 25 (1997) 537–554; *Nicosia*, RIDA 47 (2000) 225 f.; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 213–216; *Venturini*, Scr. 444–446.

[407] Die formale Freilassung konnte im selben Testament oder durch ein späteres etc. widerrufen werden (Ulp. reg. 2.12; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 218–220). Bei Nichtbeachtung des *SC Silanianum* (→ Rn. 38) waren Freilassungen nichtig (*Torrent*, SDHI 74 (2008) 581–614; *Spina*, in: Garofalo, Res iudicata I (2015) 324 f.). Aufgrund des *favor libertatis*/Begünstigung der Freiheit konnte ausnahmsweise aus einem unwirksamen Testament die Freiheit erlangt werden (Scaev. 23 dig. D. 40.4.29; *Ankum*, GS Kupiszewski 5; weiters *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 121).

[408] Gemäß der *regula Catoniana* musste er dafür bei Testamentserrichtung und im Todeszeitpunkt dem Erblasser *ex iure Quiritium* gehören (Gai. 2.267; Ulp. reg. 1.23).

[409] Wörtl. „Freigelassene der Unterwelt“, wo ihr Patron war.

[410] Dazu *Garnsey*, Klio 63 (1981) 359–371.

[411] Gai. 2.267; Ulp. reg. 2.8. Lit.: *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 216 Fn. 13; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 36 f.; *Mouritsen*, Freedman (2011) 183 f.; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 318 f.

[412] Ulp. reg. 22.7, 10. Schon in der Klassik wurde jedoch die testamentarische Bestellung zum *tutor* als Freilassungsfideikommiss ausgelegt (Paul. 9 resp. D. 26.2.32.2; Valer./Gallien. C. 7.4.10 [a.260]; Iust. C. 6.27.5.1 [a.531]; Inst. 1.6.2 entschied – wie schon SRRB § 31 – zugunsten der direkten Freiheit.). Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 126; *Albanese*, Persone (1979) 46 mit Fn. 130; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 27; *Melluso*, Schiavitù (2000) 89–91; *Selb/Kaufhold* III 89–91; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 412 f., 415; *Sturm*, St. Metro VI 229; *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 32; *Avenarius*, CRRS IV.3 20, 41 f., 370 f., 381 f.

Zur mehrfachen Freilassung eines Sklaven im selben Testament *Talamanca*, BIDR 96/97 (1993/94) 1–81; *Talamanca*, SDHI 60 (1994) 83–133; *De Filippi*, Index 34 (2006) 551–571.

[413] Von mehreren Bedingungen war nur die am wenigsten beschwerliche zu erfüllen (Val. 1 fideic. D. 35.1.87; Mod. [3] pand. D. 40.4.45; *Rascón*, RIDA 26 (1979) 337–361; *Giaro*, RJ 10 (1991) 389 f.).

Beim *testamentum calatis comitiis* war das noch nicht möglich gewesen (*Albanese*, Persone (1979) 47 Fn. 134).

[414] Geldzahlungen: Ulp. 27 Sab. D. 40.7.3.11, 12; Paul. 5 Sab. D. 40.7.4 pr.; Iul. 43 dig. D. 40.7.13.1; Erbringung von Diensten: Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 32.30.2; Paul. 5. Sab. D. 40.7.4.4, 5; Paul. 16 Plaut. D. 40.7.20.5; weitere Beispiele bei *Champlin*, Final Judgements (1991) 139.

[415] Pomp. 8 Sab. D. 40.7.5 pr.; Iul. 43 dig. D. 40.7.13.2; Pap. 21 quaest. D. 40.7.34.1. Lit.: *Pennitz*, St. Labruna VI 4098–4101; *Babusiaux*, SZ 126 (2009) 162–170; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 23.

[416] *Starace*, in: Cascione et al., Parti e giudici (2006) 327–368.

71 Regelungen für solcherart bedingt Freigelassene/*statuliberi*[418] trafen bereits die XII T.[419] Kinder bedingt freigelassener Frauen wurden unfrei geboren und gehörten dem Erben.[420] Die Auslegung der Pflichten von *statuliberi* milderte der *favor libertatis*/Begünstigung der Freiheit; der neue Eigentümer konnte ihre Position nicht verschlechtern.[421] Wurde ein *statuliber* an einen Dritten übertragen oder von diesem usukapiert, ging auch die Pflicht zur Freilassung auf diesen über.[422]

d. Fideikommissarische Freilassung

72 Sobald *fideicommissa*/Fideikommisse (→ § 98) im Prinzipat verbindlich wurden, schuf auch die im Testament formlos an einen Erben oder Legatar gerichtete Freilassungsbitte eine rechtliche Verpflichtung.[423] (Davor hatte für Erben nur eine moralische Pflicht

---

[417] *Gardner*, Frauen (1995) 211; vgl. auch in Fn. 366.

[418] Definition bei Fest. s. v. *statu liber* p. 414 L; zum Begriff *Avenarius*, CRRS IV.3 22; zur Motivation des Testators *Pennitz*, St. Labruna VI 4074 f. Lit.: *Watson*, XII Tables (1975) 93 f.; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 124 f.; *Fabre*, Libertus (1981) 29–31; *Robinson*, SZ 98 (1981) 243–250; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 25 f.; *Kupiszewski*, in: Bieżuńska-Małowist/Kolendo, Colloque Nieborów (1979) 227–238; *Talamanca*, BIDR 96/97 (1993/94) 1–81; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 204–213; *Starace*, Statuliber (2006); *Pennitz*, St. Labruna VI 4073–4101; *Pennitz*, FS Knütel 855–872; *Pennitz*, Index 38 (2010) 253–260; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 29 f.; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 46 f.; *Milazzo*, RDR 14 (2014); *Avenarius*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 10–18; *Avenarius*, CRRS IV.3 22–25; *Kleňová*, TR 85 (2017) 434–459.

Als *statuliberi* galten auch Sklaven, deren Freilassung die *lex Iulia de adulteriis* (→ § 33 Rn. 35) vorläufig entgegenstand (Paul. 3 adult. D. 40.9.13) (→ Rn. 52); zu den *quasi statuliberi* in Paul. 3 l. Ael. Sent. D. 40.9.16.4 s. in Fn. 312; zur aufschiebend befristeten Freilassung s. *Kleňová*, TR 85 (2017) 438 Fn. 13.

[419] XII T. 7.12; Ulp. reg. 2.4; Lit. in Fn. 261.

[420] Ulp. 4 reg. D. 40.7.16. Lit.: *Herrmann-Otto*, Ex ancilla natus (1994) 25 f.; *Gardner*, Frauen (1995) 211; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 187 f.; *Bradley*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 255; *Perry*, Gender (2014) 60.

[421] S. z. B. Paul. 21 quaest. D. 35.1.81 pr.; Scaev. 4 resp. D. 40.5.41.15; Paul. 5 Sab. D. 40.7.4; Ulp. 27 Sab. D. 40.7.3.14; Iav. 4 post. Lab. D. 40.7.39.4; Iust. C. 7.4.14, 16 (a.530); *Avenarius*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 10–12; *Avenarius*, CRRS IV.3 245 f.

Zufälliger Untergang des Geschuldeten, Behinderung oder unterlassene Mitwirkung durch den Erben gingen zu dessen Lasten (Ulp. 27 Sab. D. 40.7.3.2, 11; Iust. C. 6.46.6.2 [a.532]). Zum Schutz von *statuliberi* entstand der Grundsatz, dass bei Vereitelung des Bedingungseintrittes durch den Beschwerten die Bedingung als eingetreten zu gelten habe (Ulp. reg. 2.5; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 209 f.; *Avenarius*, CRRS IV.3 23 Fn. 179 f., 50–52).

[422] Ulp. reg. 2.3–4; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 206–209; *Starace*, Statuliber (2006) 202 f., 247 f.; *Manfredini*, SDHI 76 (2010) 367–369; *Avenarius*, CRRS IV.3 49 f.

[423] Gai. 2.263–266; Ulp. reg. 2.7–12; D. 40.5; C. 7.4; Inst. 2.24.2, 3 Lit.: *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 421 f.; *Boulvert/Morabito*, ANRW II.14 120 f.; *Giodice-Sabbatelli*, Tutela giuridica (1993) 119–138; *Lamberti*, in: Reduzzi Merola/Storchi Marino, Femmes-esclaves (1999) 369–390; *Nörr*, Römisches Recht (2005); *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 176–186; *Knütel*, Symp. Wieling 131–151; *Silla*, Cognitio (2008); *Waldstein*, FS Behrends 589–593; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010)

aufgrund des Appells an ihre Treue/*fides* bestanden.) Die Bitte konnte einen im selben Testament zugewendeten Sklaven, einen dem Erben selbst gehörigen oder auch den Sklaven eines Sklaven Dritten betreffen; letztere wurde hinfällig, sobald feststand, dass der Belastete diesen nicht würde erwerben können.[424] Im Gegensatz zur direkten testamentarischen Freilassung hatte der Freigelassene denjenigen zum Patron, der die *manumissio* tatsächlich vollzogen hatte.[425] War der Belastete säumig, konnte der Sklave selbst *extra ordinem* vor einem Konsul oder dem *praetor fideicommissarius* (→ § 6 Rn. 46) die Freiheit geltend machen.[426]

Mehrere Senatsbeschlüsse[427] stärkten die Position von fideikommissarisch freizu- **73**
lassenden Sklaven:[428] Die Scta *Rubrianum* (103 n. Chr.: prätorische Zuerkennung der Freiheit bei Säumnis des Belasteten),[429] *Dasumianum* (vor 123 n. Chr.: Verleihung der Freiheit durch den Prätor bei gerechtfertigter Abwesenheit oder Unmündigkeit des Belasteten),[430] *Articuleianum* (123 n. Chr: Regelungen für die Provinzen), *Iuncianum* (127 n. Chr.: Fideikommiss zur Freilassung eines Sklaven des Erben),[431] *Vitrasianum* (nach 96 n. Chr.: Regelung des Falles, dass ein Miterbe allein mit der Freilassung belastet war).[432] Veräußert werden konnte der fideikommissarisch Freizulassende nur *cum sua causa*/mit seiner Rechtslage und die Freilassungspflicht traf damit den Erwerber.[433]

26–34; *Indra*, Status quaestio (2011) 195–198; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 52–54; *Wolf*, SDHI 80 (2014) 3–15; *Silla*, RDR 15 (2015); *Avenarius*, CRRS IV.3 11; *Lamberti*, s. v. Freilassung II. Diritto romano, HAS I (2017) 1110 f.; *Kleňová*, TR 85 (2017) 459–469. Zur Freilassung in Form einer *donatio mortis causa* s. *Farr*, BASP 30 (1993) 93–104.

[424] Gai. 2.264 f.; Ulp. reg. 2.10 f.; Alex. C. 7.4.6 (o.A.); Inst. 2.24.2; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 216–218; *Silla*, Cognitio (2008).

[425] Gai. 2.266; Ulp. reg. 2.8; Paul. 4 ed. D. 2.4.9; *Silla*, Cognitio (2008) 97 f. Daher schuldete der Freigelassene keine *operae* (*Waldstein*, Operae libertorum (1986) 186–200; *Waldstein*, FS Behrends 600; *Silla*, RDR 15 (2015) 11–18).

[426] Pomp. 7 Sab. D. 40.5.44. Lit.: *Kaser/Hackl*, RZ 452 f.; *Knütel*, Symp. Wieling 134; *Silla*, Cognitio (2008) 64–77; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 286–297; *Avenarius*, CRRS IV.3 11, 312.

[427] Zur Weiterentwicklung von deren Regelungen durch Kaiser und Juristen s. *Silla*, Cognitio (2008).

[428] *Albanese*, Persone (1979) 55 Fn. 181; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 163 f.; *Lamberti*, in: Reduzzi Merola/Storchi Marino, Femmes-esclaves (1999) 381 f.; *Silla*, Cognitio (2008); *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 27; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 292–297; *Silla*, RDR 15 (2015); *Buongiorno*, s. v. Senatus consulta de fideicommissaria manumissione, HAS III (2017) 2540 f.

[429] Ulp. 5 fideic. D. 40.5.26.7; *Knütel*, Symp. Wieling 134 f.; *Silla*, Cognitio (2008) 22–25, 121–127, 137–149.

[430] Marcian. 9 inst. D. 40.5.51.4; Maec. 16 quaest. fideic. D. 40.5.36 pr.; *Knütel*, Symp. Wieling 143–145; *Silla*, Cognitio (2008) 40–44, 127–131, 149–151; *Silla*, RDR 15 (2015) 4 f.

[431] Ulp. 5 fideic. D. 40.5.28.4; Marcian. 9 inst. D. 40.5.51.8; *Silla*, Cognitio (2008) 44–47, 151–154, 183 f.; *Silla*, RDR 15 (2015) 7 f.

[432] Ulp. 5 fideic. D. 40.5.30.6; Marcian. 9 inst. D. 40.5.51.11; *Knütel*, Symp. Wieling 139–142.

[433] *Kleňová*, TR 85 (2017) 459 f.; Pap. 19 quaest. D. 40.5.21; Ulp. 5. disp. D. 40.5.45.2. Der Sklave stand *statuliberi loco* (Marcian. 9 inst. D. 40.5.51.3). Er konnte aber auch darauf bestehen, vom Belasteten freigelassen zu werden (Mod. 3 pand. D. 40.5.15).

3. Formlose/prätorische Freilassungen[434]

a. Grundsätze

74 Außerhalb der Freilassungsformen des *ius civile* gelangten Sklaven nicht zur Freiheit.[435] Tat der Herr jedoch zweifelsfrei seinen Willen kund,[436] einen Sklaven „in Freiheit verbleiben zu lassen"/*in libertate morari*,[437] wurde dieses tatsächliche Freisein (*forma liberatis*) mit prätorischer Hilfe abgesichert (*auxilio praetoris*; Gai. 3.56). Seit der ausgehenden Republik denegierte der Prätor dann eine *vindicatio in servitutem* bzw. gewährte Einreden gegen sie, sodass der Herr (wegen *venire contra factum proprium*) nicht auf die Person zugreifen oder ihre Dienste erzwingen konnte:[438] Formlos freigelassene Sklaven „lebten wie Freie, aber starben als Sklaven"/*vivunt quasi ingenui, moriantur ut servi*:[439] Ihr „Vermögen" vererbten sie nicht; es fiel wie ein *peculium* (→ § 102 Rn. 30) an den „Freilasser", da dieser noch immer deren *dominus* war.[440] Kinder formlos freigelassener Sklavinnen waren unfrei. Zivile Freiheit und volles Bürgerrecht brachte erst eine nachfolgende zivile Freilassung/*iteratio*.[441]

---

[434] Lit.: *Treggiari*, Freedmen (1969) 29 f.; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 135–142; *Albanese*, Persone (1979) 51–53; *Sirks*, RIDA 28 (1981) 247–276; *Fabre*, Libertus (1981) 52–59; *Sirks*, RIDA 30 (1983) 211–292; *Balestri Fumagalli*, AG 204 (1984) 455–504; *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985); *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 148–176; *López Barja de Quiroga*, Athenaeum 86 (1998) 133–161; *Vitali*, Index 33 (2005) 410–414; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 37–40; *López Barja de Quiroga*, Esclaves (2007) 184–187; *López Barja de Quiroga*, Hom. Annequin I 219–227; *Nicosia*, Scr. Franciosi III 1829–1845; *Youni*, TR 78 (2010) 314; *Gardner*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 428 f.

[435] Z. B. nicht durch Vereinbarung des *dominus* mit dem Sklaven oder Dritten (Call. 2 quaest. D. 40.12.37; *Albanese*, Persone (1979) 28).

[436] Die *voluntas manumittendi*/Freilassungswille musste frei sein; daher waren erzwungene Freilassungen unwirksam (Ps. Dosith. frg. iur. 7; Paul. lib. dand. sing. D. 40.9.17 pr., 1; Marcian. 1 inst. D. 40.9.9 pr.; weiter Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.2 [→ § 109 Rn. 2]; Alex. C. 7.11.3 [o.A.]; ein literarisches Beispiel für eine abgenötigte Freilassung in Mart. 11,58). Lit.: *Hartkamp*, Zwang (1971) 91–93, 117–119, 136–145; *Zoz de Biasio*, SDHI 39 (1973) 121–128; *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985) 140–143; *Quadrato*, RDR 3 (2003); *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 90 f.; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 61 f.; *Rüger*, *Donatio* (2011) 215–219; *Gamauf*, in: Harter-Uibopuu/Kruse, Sport (2014) 293–295.

Mögliche Motivationen zur Entscheidung zugunsten einer formlosen Freilassung bei *Sirks*, RIDA 28 (1981) 261–269.

[437] Belege bei *Sirks*, RIDA 30 (1983) 229–239; *Nicosia*, RIDA 47 (2000) 223.

[438] Gai. 3.56; Ps. Dosith. frg. iur. 5; Gnomon des Idios Logos § 22 (FIRA I², 473); *Venturini*, Scr. 437–451.

[439] Salvian. eccl. 3,7 (Migne, Patr. lat. 53,212); Iust. C. 7.6.1.1b (a.530); Inst. 3.7.4.

[440] Gai. 1.23; Gai. 3.56. Lit.: *Sirks*, RIDA 27 (1980) 285 f.; *Sirks*, RIDA 28 (1981) 251 f., 256; *Fear*, RIDA 37 (1990) 154 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 149–158; *Nicosia*, Scr. Franciosi III 1838–1845; *Verboven*, in: Bell/Ramsby, Impact of Freed Slaves (2012) 96; *Koops*, in: de Kleijn/Benoist, Integration in Rome (2014) 121–123; zu den ökonomischen Auswirkungen *Roth*, in: Roth, Sweat (2010) 106–120; *Manthe*, s. v. Erbrecht II. Römisches Recht, HAS I (2017) 839.

[441] Ps. Dosith. frg. iur. 14. Zur *iteratio*: *Sirks*, RIDA 28 (1981) 247–276; *Sirks*, RIDA 30 (1983)

b. Ablauf

Zu Beweiszwecken bürgerte es sich ein, den Freilassungswillen in bestimmten Formen zu äußern:[442] *Inter amicos*/unter Freunden[443] (Erklärung der Freilassungsabsicht vor Freunden bzw. – bei anderer Deutung – durch formlose Mitteilung „wie unter Freunden“ an den Sklaven);[444] *per mensam* (Zulassung zum Mahl mit Freunden des Herrn),[445] *per epistulam* (briefliche Freilassungserklärung)[446] oder Vernichtung der Urkunden über den Sklavenstatus[447] usw. **75**

c. *Lex Iunia Norbana*

Die prekäre Position formlos Freigelassener beendete die *lex Iunia Norbana* (17 v. Chr. oder 19 n. Chr.),[448] die eine Position als *Latinus colonarius* (auch *Latinus Iunianus*) **76**

246–248, 270 f.; *López Barja de Quiroga*, Athenaeum 86 (1998) 145; *Roth*, in: Roth, Sweat (2010) 109 f.; zu Plin. epist. 7,16,4 *Gonzales*, in: Moggi/Cordiano, Schiavi e dipendenti (1997) 362 f.

[442] Zu den wiederkehrenden Elementen der *manumissio inter amicos* s. *Scholl*, Misc. Mainzer Akademie 166, 169.

[443] Gai. 1.44; Paul. sent. 4.12.2; Ps. Dosith. frg. iur. 4, 6, 7, 10, 14, 15; Iust. C. 7.6.1.2 (a.530). Lit.: *Scholl*, Misc. Mainzer Akademie 159–169; *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 27 f.

[444] Zum Terminus: *Treggiari*, Freedmen (1969) 29; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 138; *Melluso*, Schiavitù (2000) 65 Fn. 196; *Scholl*, Misc. Mainzer Akademie 165; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 180 Fn. 24; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 37 f.; *Perry*, Gender (2014) 199 in Fn. 87.

Inter amicos wurde daneben Sammelbegriff für alle informellen Freilassungen (Gai. 1.44; Ps. Dosith. frg. iur. 6, 7; Sen. dial. 7,24,3; Tac. ann. 13,27,2). Lit.: *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985) 97 f.; *Melluso*, Schiavitù (2000) 65–67; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 37; *Perry*, Gender (2014) 63 f.

Das Erfordernis von 5 Zeugen in Iust. C. 7.6.1.2 (a.530) folgte wohl der Praxis (*Scholl*, Misc. Mainzer Akademie 165 f.).

[445] Diese gilt nach überwiegender Ansicht als spätklassisch (Epit. Gai. 1.1.2). Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 140–142; *Albanese*, Persone (1979) 52; *Sargenti*, Tardo imperio (1986) 59–61; *Nicosia*, Iura 47 (1996) 204–206; *Nicosia*, RIDA 47 (2000) 221. Zu Petron. 70,10 s. Paoli, SDHI 2 (1936) 369–372; *Schmeling*, Satyrica (2011) 289.

[446] Iul. 44 dig. D. 41.2.38 pr.; Paul. sent. 4.12.2; Epit. Gai. 1.1.2; Iust. C. 7.6.1.1c (a.530). Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 139 f.; *Balestri Fumagalli*, AG 204 (1984) 455–504; *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985); *Nicosia*, Iura 47 (1996) 204–236; *Nicosia*, RIDA 47 (2000) 221–233; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 39 f.; *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 28.

[447] Aug. Serm. 21,6; *Grieser*, Sklaverei (1997) 135 f.; *Melluso*, Schiavitù (2000) 98; *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 28.

Im justinianischen Recht: Bezeichung eines Sklaven als Sohn (Iust. C. 7.6.1.10 [a.530]; Inst. 1.11.12; *Melluso*, Schiavitù (2000) 93–97; *Gröschler*, s. v. Adoptio servi, HAS I (2017) 27 f.); Zustimmung zur Verehelichung einer *ancilla* mit einem Freien und Gewährung einer Mitgift (Iust. C. 7.6.1.9 [a.530]; *Willvonseder*, CRRS IV.1 138). Freiheit bewirkte in der Spätantike eine vom Herrn genehmigte Amtsübernahme (s. Fn. 67 und [→ Rn. 21]) oder der Militärdienst (s. Fn. 68).

[448] Zur Datierung und Lit.: *Treggiari*, Freedmen (1969) 30; *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 136 f. Fn. 567; *Sirks*, RIDA 28 (1981) 251 Fn. 9; *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985) 7–10; *Weaver*,

(→ § 26 Rn. 47; § 37 Rn. 68) festlegte. Damit waren nunmehr auch die Abkömmlinge formlos freigelassener Sklavinnen frei. Die Nachteile beim Bürgerrechtserwerb formlos Freigelassener hob Justinian auf.[449]

d. *Manumissio in ecclesia*/Freilassung in der Kirche

77 Seit dem frühen 4. Jh.[450] entwickelte sich die *manumissio in ecclesia*/Freilassung in der Kirche:[451] Sklaven erhielten vor der Kirchengemeinde Freiheit und Bürgerrecht, falls dies in einem Protokoll beurkundet wurde. Die *manumissio in ecclesia* scheint aus der *manumissio inter amicos* hervorgegangen zu sein[452] und war ab der Nachklassik die meistpraktizierte Form.[453]

Chiron 20 (1990) 275–305; *Giménez-Candela*, SZ 113 (1996) 68; *López Barja de Quiroga*, Athenaeum 86 (1998) 137 f.; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 196; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 73 f.; *Corcoran*, FS Liebs 130; *Mouritsen*, Freedman (2011) 86 Fn. 84; *Perry*, Gender (2014) 202 in Fn. 113; *Mouritsen*, OH RLS 407 Fn. 16; *Marotta*, s. v. Bürgerrecht II. Roma, HAS I (2017) 452–454; *Sirks*, s. v. Latini Iuniani, HAS II (2017) 1742 f.

[449] Iust. C. 7.6.1 (a.530).

[450] Const. C. 1.13.1 (a.316); Const. Cod. Theod. 4.7.1=C. 1.13.2 (a.321); Inst. 1.5.1; zum bei Sozom. Hist. Eccl. 1, 9, 6 f. erwähnten dritten Gesetz Konstantins in dieser Materie: *De Robertis*, SDHI 65 (1999) 145–149; *Harper*, Slavery (2011) 474–477; *Lenski*, ACost. XVIII 248 f.; Kleriker konnten ihre Sklaven, wie davor Magistrate (s. Fn. 394), generell formlos freilassen (*Langenfeld*, Christianisierungspolitik (1977) 31–37; *Melluso*, Schiavitù (2000) 63; *Lenski*, ACost. XVIII 250 f.).

[451] Lit.: *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 142–149; *Langenfeld*, Christianisierungspolitik (1977) 24–37; *Sargenti*, Tardo imperio (1986) 55–70; *Waldstein*, ACost. VIII 129 f.; *Carcaterra*, ACost. VIII 168 f.; *Grieser*, Sklaverei (1997) 136–139; *Melluso*, Schiavitù (2000) 62f–64; *Selb/Kaufhold* III 73–75; *Rapp*, Bishops (2005) 239–242; *Herrmann-Otto*, FS Weiler 354 f.; *Herrmann-Otto*, Sklaverei (2009) 213 f.; *Bondue*, Servus (2011) 66 f.; *Harper*, Slavery (2011) 471–477, 483–485, 489–493; *Lenski*, ACost. XVIII 247–252; *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 32–34; *Noethlichs*, s. v. Konzilskanones, HAS II (2017) 1683; *Lenski*, s. v. Spätantike, HAS III (2017) 2886 f. Demjenigen, der einen *in ecclesia* Freigelassenen wieder als Sklaven beanspruchte, drohten Kirchenstrafen (*Melluso*, Schiavitù (2000) 262).

[452] *Nörr*, HIA I 683–685; *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 201, 203; *Corcoran*, FS Liebs 137 f.; zum Einfluss der griechischen sakralen Freilassungen: *Nörr*, HIA I 687–693; *Youni*, TR 78 (2010) 339 f.; für christliche Motivationen: *Caron*, St. Biscardi IV 315. Die Unterschiede betont dagegen *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 145. Strukturell ähnelte sie eher der *manumissio vindicta* (*Lamberti*, s. v. Freilassung II. Diritto romano, HAS I (2017) 1110 f.).

[453] Sie wurde darum in Aufzählungen der Freilassungsformen *inter vivos* zuerst genannt (Epit. Gai. 1.2.1; Inst. 1.5.1; s. *Melluso*, Schiavitù (2000) 62).

§ 37 Freigelassene (*liberti*)

Carla Masi Doria

Lambert, Les operae liberti. Contribution à l'histoire des droits de patronat, 1934; *Cosentini*, Studi sui liberti: Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini I, II, 1948–1950; *Treggiari*, Roman Freedmen during the late Republic, 1969; *Fabre*, Libertus. Recherches sur les rapports patron – affranchi à la fin de la république romaine, 1981; *Waldstein*, Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven, 1986; *Masi Doria*, Civitas operae obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti, 1993; *Masi Doria*, Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali, 1996; *Signorini*, Adsignare libertum. La disponibilità del patronatus tra normazione senatoria ed interpretatio giurisprudenziale, 2009; *Mouritsen*, The Freedman in the Roman World, 2011; *Barschdorf*, Freigelassene in der Spätantike, 2012.

Inhalt Rn.

I. Einführung 1
II. Die Beziehung zwischen *patronus* und *libertus* 7
1. Konsequenzen der Freilassung 7
2. *Operae libertorum* 18
3. *Bona libertorum* 27
4. Verbot der *in ius vocatio* 55
III. Besondere Auswirkungen der augusteischen Ehegesetzgebung 60
1. Eheverbot für Senatoren 62
2. Verbot einer Verpflichtung zur Ehelosigkeit 63
3. Vorteile für Freigelassene mit Kindern: Befreiung von Dienstleistungen und freies Testament (für *libertae*) 64
4. Befreiung für verheiratete oder fünfzigjährige Freigelassene von Dienstleistungen 65
5. Mit dem Patron verheiratete Freigelassene (Ehescheidung) 67
6. *Latini Aeliani* und *Iuniani* 68
IV. A*ccusatio ingrati liberti* und *revocatio in servitutem* 69
V. *Restitutio natalium* und *ius anuli aurei* 75
VI. *Adsignatio libertorum* 78
VII. Der Verzicht auf das Patronat 80

I. Einführung

1 Die *liberti* (bzw. *libertini*),[1] die freigelassenen Sklaven, waren ein wichtiger Bestandteil der römischen Welt, einer Sklavenhaltergesellschaft, in der – freilich im Gegensatz zu anderen – Freiheit und Integration nicht unerreichbar waren, jedenfalls für bestimmte Gruppen freigelassener Sklaven.

2 Die *summa divisio* der *personae*, die Gaius in seinen *Institutiones*[2] vorstellt, ist jene zwischen Freien und Sklaven (→ § 36 Rn. 2), eine grundlegende Unterscheidung, welche die gesamte Untersuchung des ersten Teils des ersten Buches seines Handbuchs durchdringt.

3 Auf dieser Einteilung beruht auch die Rechtslage der Freigelassenen, die Freie sind, zugleich aber Sklaven waren. Nicht zufällig schreibt der Jurist, unmittelbar nachdem er die grundlegende Unterteilung *de iure personarum* abgesteckt hat: *Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini. Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini, qui ex iusta servitute manumissi sunt* (Gai. 1.10–11).[3] Bedeutungsvoll ist der *status* des Übergangs, der den freigelassenen Sklaven kennzeichnet: Er ist frei, aber „freigelassen", und verbleibt in dieser Lage. Der Makel, ein Sklave gewesen zu sein, verschwindet nicht auf magische Weise mit dem *ritus* zum Übergang in die Freiheit.[4] Das zeigt sich nicht zuletzt an Gaius' Wortwahl (vgl. das *rursus* in Gai 1.10), wenn er auf die folgende Unterscheidung (innerhalb der Gruppe der Freien) zwischen den *ingenui* und den *libertini* zu sprechen kommt. Spuren seines früheren Sklavendaseins bleiben zurück und bestimmen die soziale und juristische Position des durch *manumissio* (→ § 36 Rn. 62–67) freigelassenen Sklaven.

4 Die Quellen zeigen ein interessantes, komplexes Mosaik von Beziehungen, die diese grundlegende Verschiedenheit auf unterschiedlichen Gebieten verdeutlichen. Es ist of-

---

[1] Der Ausdruck *libertus* verweist wohl auf die Lage des ehemaligen Sklaven gegenüber seinem Patron, *libertinus* auf seinen öffentlichen *status* (s. v. *libertinus*, TLL 2a); Spuren dieser Unterscheidung in Plaut. Poen. 832; Plaut. Curc. 413, 547; s. auch Suet. Claud. 25.1; Sen. contr. 7.6.19; *Libertus* und *libertinus* werden aber häufig synonym verwendet. Wahrscheinlich ist *libertinus* ursprünglich der *liberti filius*: Suet. Claud. 24.1: … *ignarus temporibus Appi et deinceps aliquamdiu libertinos dictos non ipsos, qui manu emitterentur, sed ingenuos ex his procreatos* … (*Mommsen*, Staatsrecht III 424f.), der aber bereits ein Freigeborener (*ingenuus*) ist; vgl. *Fabre*, Libertus (1981) 125 Fn. 1; *Rix*, Unfreiheit (1994) 1 f., 88–91, 116; *Mouritsen*, Freedman (2011) 36 und Fn. 3. Nicht überzeugend ist die Auslegung des Ausdrucks *libertinus* als freigelassener *peregrinus* bei *Cels-Saint-Hilaire*, DHA 11 (1985) 330–379. Für ein Gesamtbild über die soziale Stellung von Freigelassenen s. statt aller *Andreau*, in: Giardina, L'Uomo romano (1993) 189–213.

[2] Gai. 1.9: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* …

[3] Vgl. auch Ulp. 1 inst. D. 1.1.4: … *iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi*; Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3.1: *Libertum accipere debemus eum, quem quis ex servitute ad civitatem Romanam perduxit sive sponte sive necessitate* …

[4] Aber → Rn. 71 (die *restitutio natalium*).

fensichtlich, wie viel Gewicht in diesem Zusammenhang der Gegensatz Freier/Sklave hat: Um ein anschauliches Beispiel zu geben, denke man an die verschiedenen Regeln über Beerdigungen, welche sich aus der *lex libitinaria* aus Pozzuoli ergeben.[5] Aber auch in der Figur des Freigelassenen oder der Freigelassenen zeigt sich der Unterschied bis hin zur Radikalität (und bis hin zu juristischen Regelungen) in einer regulierten Welt wie der aristokratischen (oder oligarchischen) Gesellschaft. Man denke etwa an die von Valerius Maximus überlieferte Geschichte eines Senators, der sich von seiner Frau schied (→ § 33 Rn. 54–68), weil diese in der Öffentlichkeit Kontakt zu einer *libertina vulgaris*[6] pflegte. Oder an das berühmte *dictum* des Rhetors Quintus Aterius, überliefert von Seneca dem Älteren,[7] über die verschiedenen Erscheinungsformen (*in ingenuo*, *in servo*, *in liberto*) der *inpudicitia* mit ihren unterschiedlichen Folgen (→ Rn. 25).

Mit der *manumissio* (→ § 36 Rn. 62–77) ist die römische Besonderheit verbunden, **5**
dass der ehemalige Sklave unter bestimmten Bedingungen (wenigstens formal) nicht nur die Freiheit, sondern auch das Bürgerrecht (→ § 26 Rn. 47) erhält: und wenn, auch nur mit einigen Beschränkungen in der juristischen Sphäre.[8] Anders war es in den griechischen *poleis*, in denen der befreite Sklave keine politischen Rechte genoss (und auch keinen Immobilienbesitz haben und keine legitime Heirat mit einer Bürgerin eingehen konnte) und sich im Wesentlichen in einer ähnlichen Lage wie der eines „Metöken" befand, in der ihm nur ein besonderes Dekret des Volkes das Bürgerrecht verleihen konnte.[9]

Das Erlangen des Bürgerrechts (→ § 26 Rn. 47), verknüpft mit den drei Formen der **6**
manumissio iusta ac legitima (*vindicta*, *censu* und *testamento*)[10] (→ § 36 Rn. 65–73), scheint, anders als das der Freiheit, nach antiken Vorstellungen besondere Wirkungen gehabt zu haben. Ein Beispiel davon ist ein Brief von Philipp V. von Makedonien an die Einwohner von Larissa in Tessalien, der aus den letzten Jahren des 3. Jh. v. Chr. stammt. In diesem werden die Römer für die integrierende Fähigkeit ihrer Freilassungsformen gelobt. Mit ihnen verdoppele Rom die Zahl seiner Bürger und trage so und so zu seinem Erfolg bei.[11]

---

[5] *Lex lib. Put.* II 22–23; dazu jetzt *Castagnetti*, Leg. lib. 89, 129 Fn. 44, 174.

[6] Val. Max. 6.3.11.

[7] Sen. contr. 4 praef. 10, dazu s. *Masi Doria*, SZ 110 (1993) 77–102 = Civitas (1993) 47–81.

[8] Sowohl für das Privatrecht als auch im Bereich des Öffentlichen Rechts. Über die Massnahmen der Zensoren und die Gesetze bezüglich der Stellung der Freigelassenen in den Volksversammlungen zwischen dem 3. Jh. und der ausgehenden Republik s. *Masi Doria*, FS Waldstein 231–260 = Civitas (1993) 1–45. *Liberti* waren allerdings ebenfalls im Prinzip durch ihre Herkunft von bestimmten politischen Rechten ausgeschlossen. So untersagte seit 24 n. Chr. die *lex Visellia* Freigelassenen jeden Zugang zu städtischen Ämtern und dem Dekurionat: Diocl./Max. C. 9.21.1 (a.300?); vgl. auch Lex Malac. c. 54; dazu *Mouritsen*, Freedman (2011) 73; *Weiß*, Christentum (2015) 120.

[9] Dazu s. zumindest: *Martini*, Diritti greci (2005) 46 f.; *Martini*, in: *Moggi/Cordiano*, Schiavi e dipendenti (1997) 11–18; und *Weiler*, Sklavenstatus (2003) 113–302, für eine vergleichende Betrachtung zwischen römischer und griechischer Haltung bezüglich der Stellung der ehemaligen Sklaven.

[10] Vgl. Cic. top. 2.10; Gai. 1.17–18 und PS. Dosith. frg. iur. 5. Über die *manumissiones* s. nun statt aller *Mouritsen*, OH RLS 402–419, dort weitere Literatur.

II. Die Beziehung zwischen *patronus* und *libertus*

1. Konsequenzen der Freilassung

7 Die Freilassung eines Sklaven hat in der römischen Welt offenbar seit jeher mannigfaltige rechtliche (und auch sittliche) Beziehungen zwischen dem Freilasser (*patronus*) und dem Freigelassenen (*libertus*) zur Folge gehabt.

8 Der Freigelassene blieb weiterhin an seinen ehemaligen Herrn durch eine besondere Beziehung gebunden, die verschiedene Aspekte entfaltet. In den Quellen lesen wir etwa von *obsequium*, *reverentia*, *honor*,[12] aber auch vom *officium*, das sich im Verhältnis zwischen Patron und Freigelassenem insbesondere auf *operae libertorum*[13] (→ Rn. 18–26) bezieht.

9 Die damit verbundenen Einschränkungen sind beträchtlich. Sie enthalten z. B. auch Verfahrensvorschriften wie die Begrenzung der direkten *in ius vocatio* (→ Rn. 55–59). So darf der Freigelassene gegen seinen Patron weder die *actio de dolo* (→ § 94 Rn. 30) noch die *actio iniuriarum* (→ § 95 Rn. 19) noch das Interdikt *unde vi* (→ § 66 Rn. 33) anstrengen,[14] ebensowenig *famosae actiones* (→ § 28 Rn. 12–13), also jene Klagen, die zur Infamie führen.[15]

10 Der Patron ist außerdem zur Vormundschaft (→ § 31 Rn. 20) über die unmündigen Kinder (→ § 30 Rn. 3–10) des Freigelassenen und über weibliche Freigelassene berufen;[16] wenn er gestorben ist, steht die Vormundschaft seinen gradnächsten agnatischen Abkömmlingen[17] zu.

11 Der Patron hat ein Recht, von seinem Freigelassenen Unterhalt zu verlangen.[18] *Alimenta* sind aber gemäß dem Vermögen und nur an einen bedürftigen Freilasser zu

---

[11] *SIG*³ 543 = ILS 8763, s. dazu *Masi Doria*, FS Waldstein 232 = Civitas (1993) 3.

[12] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.11,13; Mod. 1 poen. D. 2.4.25; Mod. 10 pand. D. 2.14.13; Paul. 1 sent. D. 37.14.19; Iul. 14 dig. D. 37.15.2; Ulp. 42 ed. D. 38.2.1 pr.,1; s. auch den Titel 37.15 der Digesten: *De obsequiis parentibus et patronis praestandis* und 6.6 des Codex Iustinianus: *De obsequiis patronis praestandis*.

[13] Dazu *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 265–269; s. Gai. 14 ed. prov. D. 38.1.22 pr.: … *Cum enim operarum editio nihil aliud sit quam officii praestatio* …

[14] Iul. 14 dig. D. 37.15.2.

[15] Ulp. 10 ed. D. 37.15.5.

[16] Gai. 1.165; Ulp. reg. 11.3; Ulp. 38 Sab. D. 26.4.1,3. In Bezug auf weibliche Freigelassene bedeutet die Vormundschaft eine gewisse Sicherheit des Freilassers, an deren Nachlass teilzuhaben, denn ein Testament der Frau, das den Patron nicht am Nachlass teilhaben lässt, bedarf auf jeden Fall seiner Zustimmung.

[17] Dies wird nach alter Auslegung aus der Regelung für die Intestaterbfolge der XII Tafeln abgeleitet, vgl. *Voci*, DER I¹, 66 f.; *Masi Doria*, Bona (1996) 44–49.

[18] Zur Unterhaltspflicht zwischen Patron und Freigelassenem vgl. *Kaser*, SZ 58 (1938) 134 f., der darauf hinweist, dass der Unterhaltsanspruch in die Zuständigkeit des Konsuls fällt, der im Wege einer *extraordinaria cognitio* hierüber befindet; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 177 Fn. 68, mit weiteren Hinweisen zu Quellen und Literatur; nun *Sandirocco*, RDR 13 (2013) 3–6.

leisten.[19] Das Recht auf Unterhalt geht demnach auf die Kinder des Patrons nur *causa cognita* über[20] und auf seine Eltern nur dann, wenn weder er selbst noch ein Kind am Leben und bedürftig ist.[21] Seinerseits kann auch der Freigelassene von seinem Patron Unterhalt beanspruchen: Sollte dieser seinen Verpflichtungen nicht nachkommen, verliert er *libertatis causa imposita*, Erbschaft und *bonorum possessio* (→ Rn. 36–53, → § 57 Rn. 40).[22]

Für das Verständnis der Geschichte des Patronats ist das bekannte Fragment Ulpians **12**
bedeutsam, das den Digestentitel *de bonis libertorum*[23] über das Vermögen der Freigelassenen einleitet. Es handelt sich um eine *laudatio edicti*:

Ulp. 42 ed. D. 38.2.1: *Hoc edictum a praetore propositum est honoris, quem liberti* **13**
patronis habere debent, moderandi gratia. Namque ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur. 1. *Et quidem primus praetor Rutilius edixit se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem, videlicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus.* 2. *Posteriores praetores certae partis bonorum possessionem pollicebantur: videlicet enim imago societatis induxit eiusdem partis praestationem, ut, quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret.*

Augenscheinlich wollte Ulpian von einem historischen Blickwinkel aus die ver- **14**
schiedenen Phasen des Verhältnisses Freigelassener – Patron darlegen. Die Stelle ist gewiss problematisch,[24] aber insbesondere deshalb bedeutsam, weil sie alle Eigentümlichkeiten, die die Beziehung Patron – Freigelassener prägen, enthält, so die harten Forderungen der frühen Patrone (*durissimae res*), die besonders belastende Dienstleistungen von ihren Freigelassenen einforderten, aber auch die nachfolgende Mäßigung, die jedoch das *obsequium* beibehielt. Dieses ist eine Ehrerbietung, die man auch in die Nähe einer *societas*, Gesellschaft, stellen kann.[25] Das *obsequium* scheint aufgrund seiner Verbreitung in der Praxis als Modell für die Leistungen des Freigelassenen nach seinem Tod gedient zu haben, in denen sich die *bonorum possessio* für das halbe Vermögen herausbildete.

Ulpian behandelt in Ulp. 42 ed. D. 38.2.1 in großen Linien die Geschichte des **15**
Patronatsrechts, nicht auf das Erbrecht (→ Rn. 27–29) beschränkt, und teilt uns dabei die zeitlichen Umbrüche mit: Bis zur Prätur des Publius Rutilius Rufus (ungefähr

[19] Ulp. 2 off. cons. D. 25.3.5.19.
[20] Ulp. 2 off. cons. D. 25.3.5.20.
[21] Ulp. 2 off. cons. D. 25.3.5.26.
[22] Mod. l. manum. sing. D. 38.2.33. Dazu *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 173–175; *Masi Doria*, Bona (1996) 379 f. und Fn. 341.
[23] Über die vielfaltige Kasuistik, die in dem Titel D. 38.2 zu finden sind, mit Exegesen s. *Masi Doria*, Bona (1996) 227–481.
[24] Lit. und Diskussionen über die Interpolationsvermutungen in: *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 385–392 = Civitas (1993) 115–123.
[25] Die *societas* besitzt offenkundig wirtschaftliche Zwecke, vgl. *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 372–403 = Civitas (1993) 99–136.

118 v.Chr.)[26] waren die Forderungen der Patrone sehr weitreichend (*antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere*); mit Rutilius wurden die Rechte der Patrone reduziert. Auf prozessualem Gebiet fand eine Begrenzung auf zwei Klagen statt: Diejenige auf Dienstleistungen[27] (→ Rn. 18–26), die sich auf die vom Freigelassenen versprochenen aber nicht erbrachten Leistungen bezog, und die Gesellschaftsklage (→ Rn. 41–42), die sich auf die Verpflichtung des Freigelassenen gründete, dem Patron die Hälfte der Einkünfte für den Fall des verweigerten *obsequium* zu leisten.[28] Danach haben ungenannte spätere Prätoren (*posteriores praetores*) eine *bonorum possessio* (→ Rn. 41–42) zugunsten des Patrons bei den Gütern des Freigelassenen nach der Art einer Gesellschaft (*imagine societatis*) eingeführt.[29] Auf diese Weise haben sie den Gegenstand des Interesses von einer geschuldeten Leistung auf ein Recht des Patrons auch nach dem Tod des Freigelassenen verlagert.

16 Das *obsequium*, das die alte Unterworfenheit des Freigelassenen hervorkehrt, ist nach Waldstein nur ein sittliches *reverentiae debitae munus*[30] und erst spät in einer Konstitution Gordians rechtlich geregelt worden.[31] Es ist jedoch sehr wahrscheinlich, dass das *obsequium* schon im zweiten Jh. v. Chr. mit der *societas Rutiliana* (→ Rn. 41–42) in Ulp. 42 ed. D. 38.2.1 pr. eine rechtliche Regelung[32] erfahren hat.

17 Ob ein Züchtigungsrecht des Patrons gegen den Freigelassenen bestand, wird in der modernen Literatur auf der Basis von Ulp. 57 ed. D. 47.10.7.2 (wo sich der Ausdruck *levis coercitio patroni* findet) kontrovers diskutiert. Kaser bejaht dieses Koerzitionsrecht des Freilassers, wobei er zwischen den verschiedenen Epochen unterschied,[33] Cosentini lehnt ein solches Recht ab.[34] Waldstein versteht die *levis coercitio patroni* in Bezug auf das Verbot der *in ius vocatio* wegen *iniuria*.[35] Demnach handelte es sich weniger um ein Recht des Patrons als vielmehr darum, dass der Freigelassene eine Züchtigung nicht als *iniuria* in einem Prozess gegen den Patron verfolgen konnte; deshalb habe dem Patron

---

[26] S. *Broughton*, Magistrates I 527, dort wird die Prätur des Rutilius für das Jahr 118 v. Chr. mit einem Fragezeichen versehen; er war aber Konsul im Jahre 105 v. Chr., vgl. *Kunkel*, Herkunft (1967) 15; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 131–149; *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 370–379 = Civitas (1993) 97–108.

[27] Grundlegend *Waldstein*, Operae libertorum (1986).

[28] *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 367–369 = Civitas (1993) 94–96.

[29] *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 369 = Civitas (1993) 95.

[30] *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 51–69; vgl. *Lambert*, Operae liberti (1934) 10–17, 71 f., der Plaut. Men. 1031–34 anders versteht; *Cosentini*, Liberti I (1948) 238–246; *Macqueron*, Travail (1958) 118–122; ausgewogen *Treggiari*, Freedmen (1969) 68–70; *Fabre*, Libertus (1981) 317–321; *Gebhardt*, Prügelstrafe (1994) 175.

[31] Gord. C. 6.6.5 (a.240): *Etiam liberis damnatorum consuetum obsequium libertos paternos praestare debere in dubium non venit. Proinde si non agnoscunt reverentiae debitae munus, non immerito videntur ipsi adversus se provocare severitatem.*

[32] *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 382–385 mit Lit. = Civitas (1993) 111–115.

[33] *Kaser*, SZ 58 (1938) 96–98.

[34] *Cosentini*, Liberti I (1948) 69 f.

[35] *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 269–271.

„kein eigentliches Züchtigungsrecht“[36] zugestanden. Er konnte den Freigelassenen weder mit *atrocitas* bestrafen noch ihn mit *flagra* oder *verbera*[37] verprügeln.

2. *Operae libertorum*

Die *operae libertorum* bezeichnen Leistungen, die sich der Freilasser bis in das justinianische Recht von seinem Freigelassenen aus Anlass der Freilassung eidlich (→ § 20 Rn. 4) oder durch ein förmliches Leistungsversprechen, die *stipulatio* (→ § 21 Rn. 26), versprechen lassen konnte[38] (*aut iuret aut promittat* nach Ven. 7 act. D. 40.12.44 pr.). Der Freizulassende verpflichtete sich normalerweise durch Eid[39] und wiederholte die Verpflichtung nach der Freilassung entweder in derselben Form[40] oder durch eine *stipulatio*. Nur durch die Wiederholung konnte die Übernahme der *operae* rechtlich verbindlich werden, weil der Sklave noch keine eigenen Verpflichtungen eingehen konnte.[41] **18**

Operae libertorum sind nach Paulus *diurnum officium*,[42] also „Tagwerke“, und zwar Arbeitsleistungen jeweils eines Tages, die nach Stückzahl versprochen werden,[43] als eine zivilrechtliche Obligation.[44] Die geringste überlieferte Zahl ist ein „Tagwerk“ (*una opera*), vielleicht ein symbolisches Entgelt für die Freilassung; die größte ausdrücklich überlieferte Anzahl versprochener Dienstleistungen ist 1000.[45] **19**

---

[36] *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 269–271; vgl. *Gebhardt*, Prügelstrafe (1994) 174 f., mit der Rez. von *Cascione*, Index 25 (1997) 479.

[37] Ulp. 57 ed. D. 47.10.7.2 *in fine*.

[38] Zur Entstehung der Verpflichtung ausführlich: *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 239–251, mit Hinweisen zur Literatur; für den Beweis, dass der Ausdruck *promissio iurata liberti* in den Quellen nicht vorkommt, s. *Nicosia*, AUPA 56 (2013) 101–111.

[39] Gai. 3.96; Gai. epit. 2.9.4; der Eid vor der Freilassung bildete aber die moralische und wirtschaftliche Voraussetzung für die Freilassung selbst.

[40] Mindestens in klassischer Zeit: Ulp. 28 Sab. D. 38.1.7.2: … *iurare autem debet post manumissionem, ut obligetur* … Vgl. *Masi Doria*, SZ 110 (1993) 83 = Civitas (1993) 55. Allerdings ergibt sich eine Diskussion für die ältere Zeit aus Ven. 7 act. D. 40.12.44 pr.: *Licet dubitatum antea fuit, utrum servus dumtaxat an libertus iurando patrono obligaretur* … Ein Edikt des Drusus (um 117–115 v. Chr.) bestimmte höchstwahrscheinlich, dass der *libertus*, der nach der Freilassung das eidliche Versprechen der *operae* nicht wiederholte, als nicht freigelassen gelten sollte: *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 21 f.; s. aber auch *Fabre*, Libertus (1981) 322.

[41] Ulp. 27 Sab. D. 50.17.22 pr.: *In personam servilem nulla cadit obligatio* …

[42] Paul. l. sing. var. lect. D. 38.1.1. Vgl. (grundlegend) *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 265–273. Die *operae* unterscheiden sich nach Waldstein vom *obsequium* und werden – juristisch – wie ein zivilistisches schuldrechtliches Verhältnis betrachtet, das die Leistung einer (bestimmten) Anzahl von Arbeitstagen zum Gegenstand hat.

[43] *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 209–210. Allerdings hält nun *Mancinetti*, BIDR 103–104 (2009) 445, auf der Basis von Ulp. 34 Sab. D. 38.1.8 pr., Ulp. 38 ed. D. 38.15.1, Iul. 16 dig. D. 45.1.54.1, eine Aufteilung des Arbeitstages für möglich.

[44] So *Waldstein*, FS Knütel 1368.

[45] Iul. 22 dig. D. 45.1.54.1 und Ulp. 38 ed. D. 38.1.15.1; *Waldstein*, Operae libertorum (1986)

20 *Operae* konnten *officiales* oder *fabriles* sein.[46] Im Unterschied zu den *operae officiales* (persönliche Dienste verschiedenster Art)[47] hatten die *operae fabriles* (Dienste eines Handwerkers oder auch eines Künstlers)[48] einen Verkehrswert.[49] Sie konnten daher, wenn der Patron dies wünschte, auch einem Dritten gegenüber versprochen und diesem mit befreiender Wirkung geleistet werden.[50] Um die Leistung zu erzwingen, wird zunächst die Züchtigungsgewalt des Patrons ausgereicht haben;[51] denn die Leistung von *operae* war seit alters eine sittliche Pflicht, die wahrscheinlich auch sittliche Sanktionen nach sich zog, wenn die Leistungen nicht erbracht wurden. Für die Gewährung der Freiheit und somit auch des Bürgerrechts[52] hätten die Patrone im Gegenzug von den Freigelassenen äußerst harte Leistungen, *durissimae res*, gefordert. So sei der Prätor Rutilius (→ Rn. 13–15) als Erster zur Überzeugung gelangt, der Willkür der Patrone einen Riegel vorschieben zu müssen, und habe folgende Rechtsverheißung erlassen: *se amplius non daturum patrono quam operarum*[53] *et societatis actionem.*

---

211 f.; *Waldstein*, FS Knütel 1368: „Aber selbst 1000 Tagewerke waren keine lebenslange Belastung. Kontinuierlich geleistet, konnten sie in weniger als 3 Jahren abgearbeitet sein"; *Masi Doria*, SZ 110 (1993) 95 f. = Civitas (1993) 71.

[46] Ulp. 26 Sab. D. 38.1.6; Call. 3 ed. mon. D. 38.1.38.1. Es ist hier nicht möglich, auf die seit *Mitteis*, SZ 23 (1902) 143–158, geführte Diskussion dieser Unterscheidung im Detail einzugehen. Mitteis hatte bekanntlich die Unterscheidung für das klassische Zeitalter nicht akzeptiert und behauptet, dass es sich bei den Diensten der Freigelassenen stets um *operae officiales* handelte. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 223–239, dagegen ist bemüht, gerade diese Unterscheidung hervorzuheben, auf der Basis insbesondere von Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.12 und Iul. 22 dig. D. 38.1.23 pr. In Bezug auf die Relevanz der Dienstleistungen war schon *Lambert*, Operae liberti (1934) 322, von der grundsätzlichen ökonomischen Bedeutsamkeit aller *operae* überzeugt. *Behrends*, in: *Jankuhn*, Handwerk I (1981) 191 f., nahm eine Anpassung der *operae officiales* an die verkehrsfähigen *operae fabriles* und damit eine Besserstellung der Freigelassenen an. *Masi Doria*, SZ 110 (1993) 86–97 = Civitas (1993) 58–73, spricht sich gleichfalls für die Klassizität der Unterscheidung aus: Der Quellenbefund zeigt, dass bereits Julian, Celsus und Marcellus die – einer wirtschaftlichen Schätzung und Verwertung zugänglichen – *operae fabriles* anders behandelten als sonstige aus dem *officium* ableitbare Leistungen. Dies betrifft die Möglichkeit einer Leistungserbringung an Dritte (Iul. 22 dig. D. 38.1.23 pr.) und die Kondizierbarkeit (Iulianus, Celsus, Marcellus bei Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.12). Kritisch gegen die Kondizierbarkeit unter Bezugnahme auf die *causa operarum*: *Mancinetti*, BIDR 103–104 (2009) 397–447; vgl. nun *Schnabel*, Adiectus (2015) 108–117.

[47] Wie zum Beispiel auch die Bewachung des Hauses des Patrons während seiner Abwesenheit, s. Gai. l. cas. sing. D. 38.1.49.

[48] Zu den Berufen der Freigelassenen allgemein *Treggiari*, Freedmen (1969) 87–142.

[49] *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 223–239; *Masi Doria*, SZ 110 (1993) 86–97 = Civitas (1993) 58–73.

[50] Iul. 1 Min. D. 38.1.27; Iul. 22 dig. D. 38.1.23 pr.

[51] So *Kaser*, RP II 300.

[52] Ulp. 42 ed. D. 38.2.1 pr.: … *Namque ut servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur* …

[53] Ulp. 42 ed. D. 38.2.1.1. Der Text wurde von den Kompilatoren als Einleitung an den Beginn des Titels *de bonis libertorum* gestellt, aber ist zu vergleichen mit einem weiteren Ulpiantext, nämlich Ulp.

Umstritten ist, ob Rutilius die *actio operarum* einführte[54] oder ob bis zu seiner Zeit bereits ein ziviler Anspruch[55] im Legisaktionenverfahren geltend gemacht werden konnte. Soweit es sich aus den Quellen entnehmen lässt, ist es wahrscheinlich, dass Rutilius die *actio operarum* bereits vorgefunden hat.[56] Außerdem sind das Wort *operas* in der archaischen Eidesformel[57] und die Art und Weise, wie Ulpian sich in D. 38.2.1.1 ausdrückt (… *se amplius non daturum patrono* …), weitere Hinweise auf das Bestehen der *actio operarum* zur Zeit des Rutilius.[58] Es ist aber schwierig, den Zeitpunkt ihrer Einführung zu bestimmen.[59] **21**

Nach Waldstein beruht die *actio operarum*[60] auf dem *ius civile*. Sie war auf ein *certum* gerichtet: auf (*tantas*) *operas dari*;[61] wahrscheinlich lautete die *condemnatio* auf *quanti ea res est*.[62] **22**

Die römischen Juristen besonders der severischen Zeit neigen dazu, Zeiten, Formen und Modalitäten der Leistung der *operae* zu regeln.[63] Die *operae* können nach Bedarf durch Ansage des Patrons (*indictio*) angefordert werden: Durch die *indictio* werden sie **23**

---

38 ed. D. 38.1.2, der sich auf ein *iudicium operarum* und das diesbezügliche Edikt bezieht: *Hoc edictum praetor proponit coartandae persecutionis libertatis causa impositorum: animadvertit enim rem istam libertatis causa impositorum praestationem ultra excrevisse, ut premeret atque oneraret libertinas personas.* 1. *Initio igitur praetor pollicetur se iudicium operarum daturum in libertos et libertas.* Über den hier vorgeschlagenen Vergleich s. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 131–135; *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 369 f. = Civitas (1993) 96 f.

[54] In diesem Sinne *Kaser*, SZ 58 (1938) 104–107; *Fabre*, Libertus (1981) 320.

[55] Nach *Lenel*, EP 338 f.: „Dies Edikt führte die *actio* nicht ein, sondern ließ sie bestehen."

[56] Mit Hinweisen zur Literatur: *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 137 f., der es für möglich hält, die Klage entweder mit der *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* oder mit der *legis actio per condictionem* geltend zu machen.

[57] Ulp. 28 Sab. D. 38.1.7.3: … *operas donum munus se praestaturum* …; vgl. Ven. 7 act. D. 40.12.44.1; Paul. sent. 2.32. S. *Kaser*, FS Schulz II 40; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 215; *Masi Doria*, SZ 110 (1993) 84 f. = Civitas (1993) 56 f.

[58] Vgl. → Rn. 13 das Edikt des Rutilius nach Ulp. 42 ed. D. 38.2.1.1.

[59] So *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 135–138. *Kaser*, RP II 300: In der jüngeren Republik kommt dafür die *actio operarum* auf.

[60] Zur Formel der *actio operarum*: *Lenel*, EP 338 f.; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 352–353.

[61] *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 345–352, im Gefolge *Lenels*, EP 338 f.; nach *Kaser*, RP I 300, ist sie der *condictio* nachgebildet. Es scheint, dass im Zusammenhang mit der Verpflichtung zu *operae* in den Quellen niemals das Wort *facere* verwendet wird; vgl. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 222–223, mit Lit. Ein Teil der Lehre betont dagegen als wesentlichen Aspekt der Leistung die Aktivität und betrachtet deshalb die Verpflichtung und die entsprechende Leistung als *incertum*, weshalb sie die entsprechende Verpflichtung als ein Versprechen *in faciendo* ansieht: S. *Biondi*, Ann. Perugia 28 (1914) 58–61; *Bianchi Fossati Vanzetti*, Perpetuatio (1979) 66 f.; *Martini*, Index 19 (1991) 481; nun ausführlich *Mancinetti*, BIDR 103–104 (2009) 397–447; *Schnabel*, Adiectus (2015) 107.

[62] Vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 317 Fn. 39; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 354–355.

[63] Nach *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 400–403, bestehen diese Regelungen zugunsten der Freigelassenen, jeweils unter Berücksichtigung ihres Alters, Gesundheitsstatus, ihrer Würde und Lebensart. Er betont so – neben der ökonomisch – juristischen Bedeutung der *operae* – das humane Ethos, das den genannten Regelungen zugrunde gelegen habe.

fällig.[64] Krankheit des Freigelassenen begründet den Verlust des Anspruchs auf *operae*.[65] Sie sind am Aufenthaltsort des Patrons (*loco … ubi patronus moratur*)[66] zu leisten; Bei der Berechnung der *operae* werden ferner die Reisetage einbezogen und die Reisekosten erstattet.[67] Besondere Beachtung gilt schließlich der körperliche Pflege (*cura corporis*) und den Erholungsphasen des Freigelassenen während der Erbringung der *operae*. In einem speziell dem *ius patronatus* gewidmeten Text erläutert Paulus den Schutz des Freigelassenen in Hinblick auf sein Alter und seinen körperlichen Zustand (*aetas* und *infirmitas corporis* als Grenzen der Ansprüche des Patrons) und verteidigt das *institutum vel propositum vitae* gegen den Freilasser.[68] Callistratus bezieht sich dabei ausdrücklich auf die Würde (*dignitas*) des Freigelassenen; sie darf nicht durch eine *editio operarum* des Patrons verletzt werden.[69]

24 Auch änderten sich die Bedingungen der Freigelassenen in der Zeit von der Republik – in der es die servianischen *durissimae res* gab[70] – bis in das Prinzipat. In den Schriften der römischen Juristen der severischen Zeit findet sich in beinahe standardisierter Form festgehalten, dass die *operae sine turpitudine* und *sine periculo vitae* durchführbar sein müssen.[71] Die Quellen offenbaren die Versuche der Juristen, die *operae* in quantitativer wie auch in qualitativer Hinsicht zu begrenzen. Insbesondere wurde der Freigelassene in severischer Zeit vor den Ansprüchen des Patrons auf sexuelle Leistungen und vor sonstiger Ausbeutung geschützt.

25 Ein wichtiges Problem ist die Erweiterung des *officium*, welches der Freigelassene schuldete. Wenigstens bis zu Beginn des Prinzipats waren auch sexuelle Handlungen von diesem *officium* erfasst.[72] In Senecas *Controversiae* (4 praef. 10) behauptet der

---

[64] *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 257–265.

[65] Pomp. 22 Q. Muc. D. 38.1.34: … *nam dum languet libertus, patrono operae quae iam cedere coeperunt, pereunt.*

[66] Iav. 6 Cass. D. 38.1.21.

[67] … *sumptu scilicet et vectura patroni*: Iav. 6 Cass. D. 38.1.21; vgl. Paul. 40 ed. D. 38.1.20.1; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 173–174; *Waldstein*, FS Knütel 1377, bemerkt, wie sich in diesem Ausdruck der Grundgedanke moderner Reisekostenordnungen findet, wonach die mit einer Dienstreise verbundenen Kosten vom Dienstgeber zu tragen sind.

[68] Paul. l. patr. sing. D. 38.1.17: *nec audiendus est patronus, si poscit operas, quas vel aetas recusat vel infirmitas corporis non patiatur vel quibus institutum vel propositum vitae minuitur.*

[69] Call. 3 ed. mon. D. 38.1.38.1: *Si tamen libertus artificium exerceat, eius quoque operas patrono praestare debebit, etsi post manumissionem id didicerit. Quod si artificium exercere desierit, tales operas edere debebit, quae non contra dignitatem eius fuerint, veluti ut cum patrono moretur, peregre proficiscatur, negotium eius exerceat.*

[70] Ulp. 42 ed. D. 38.2.1 (→ Rn. 13).

[71] Der Aspekt wird in einem Text von Callistratus deutlich: Call. 3 ed. mon. D. 38.1.38 pr.: *Hae demum impositae operae intelleguntur, quae sine turpitudine praestari possunt et sine periculo vitae …* Auch ein Fragment von Paulus bestätigt dies: Paul. 40 ed. D. 38.1.16 pr.: … *operas … honeste et sine periculo vitae praestantur …* Hier fasst der Jurist den Aspekt im ersten Satz mit dem Adverb *honeste* zusammen. Er geht auch auf das Erfordernis ein, dass die Leistung der *operae* für den Freigelassenen nicht lebensbedrohlich sein darf.

[72] So *Masi Doria*, SZ 110 (1993) 97–99 = Civitas (1993) 74–76; dagegen *Waldstein*, Operae liber-

Rhetor Quintus Haterius, dass die *inpudicitia* (die passive Homosexualität eines Mannes) für den Sklaven eine *necessitas* war, für den *ingenuus* ein *crimen*, für den Freigelassenen dagegen ein *officium*.[73] Doch kann man in der weiteren rechtlichen Entwicklung die Absicht erkennen, der sexuellen Ausbeutung von Sklaven und Freigelassenen ein Ende zu setzen oder diese zumindest einzuschränken. Allerdings ist aus den Quellen ersichtlich, dass zumindest zur Zeit der Severer die Juristen darauf hingewirkt haben, die *operae* qualitativ zu begrenzen: Leistungen, die nicht ehrlich erbracht werden können oder sonst als anstößig angesehen werden, sollen von ihnen nicht erfasst sein. Genau dieses Beharren der klassischen Juristen darf als Zeugnis dafür gelten, dass es in der Tat solche Praktiken gab, die auch Senecas Rhetor zur Klassifizierung passiver homosexueller Handlungen als *officium* des *libertus* bewogen. Die Reflexion der Juristen auf der einen Seite, die kaiserlichen Interventionen auf der anderen, der Einfluss des Stoizismus und schließlich des Christentums wirken als Faktoren in einer gegen die Ausbeutung des Menschen gerichteten Entwicklung. Diese Entwicklung – in welcher eine Humanisierung des Rechts erkennbar wird – führte zu einem immer intensiveren Schutz der Sklaven und Freigelassenen.[74] Die besonderen Umstände der Leistungserbringung wurden so bestimmt, dass *realiter* den Ansprüchen der Patronen Grenzen gesetzt wurden. Wie die zahlreichen Stellen des Digestentitels 38.1 *de operis libertorum* zeigen, musste die Tätigkeit *honeste*, *non contra dignitatem liberti*, *sine turpitudine* und *sine periculo vitae* erfolgen.

Nach dem Tod des Patrons hatten seine Kinder zwei Möglichkeiten, in den Genuss **26**
der von den Freigelassenen versprochenen Dienste zu kommen.[75] Die *operae* stehen den Kindern zu, wenn sie auch Erben waren; daneben konnte der Patron bereits die Stipulation auf *operae* auf „sich und seine Kinder“ (*sibi liberisque suis*) lauten lassen. Die *operae officiales*, die durch das persönliche Verhältnis zwischen Patron und Freigelassenem bestimmt werden, stehen nur dem Patron und seinen Abkömmlingen zu. Alle sonstigen Dienste (*operae fabriles*) sind auf Dritte übertragbar.[76]

torum (1986) 84 Fn. 226, 245 Fn. 30, der dazu eine differenzierende Haltung einnimmt: Eine Verpflichtung mit diesem Inhalt habe nicht bestanden.

[73] Vgl. *Masi Doria*, SZ 110 (1993) 77–81 = Civitas (1993) 47–52.

[74] So *Waldstein*, der nicht nur in seinem Werk betreffend die *operae libertorum* von 1986, aber vgl. auch *Waldstein*, Misc. Mainzer Akademie 49; *Waldstein*, FS Knütel 1383, behauptet, dass in den Schutzrechten, die von den Freigelassenen durch eifriges Betreiben mühsam erworben werden konnten, sich die Grundlinien eines ethisch begründeten Sozialrechts gegenüber dem Freigelassenen als Person erkennen lassen.

[75] Gai. 14 ed. prov. D. 38.1.22.1; Ulp. 15 Sab. D. 38.1.5; vgl. *Kaser*, RP I 300. Ausführlich zur Vererbung des Rechtes auf *operae*: *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 326–339.

[76] Vgl. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 228–232, 253–256; *Schnabel*, Adiectus (2015) 112.

3. *Bona libertorum*

27 Das Patronat hat nicht nur eine personale, sondern auch eine wirtschaftliche Dimension; das *peculium*[77] (→ § 36 Rn. 14, § 102 Rn. 10–30) war häufig die finanzielle Basis, durch welche der Sklave seine Freiheit erwerben konnte (→ 36 Rn. 64). Es gehört sicherlich zu den wichtigsten sozialen Entwicklungen in der römischen Geschichte zwischen dem Ende der Republik und dem Prinzipat, dass Sklaven mit dem Erwerb des *peculium* faktisch und nach Erhalt ihrer Freiheit auch rechtlich eigenes Vermögen (*bona*) bilden können.

28 Will man diese Entwicklung einer diachronen Sichtweise unterziehen, die bereits im XII – Tafel – Gesetz ihren Ausgang nimmt, so bietet sich insbesondere der Blickwinkel des Erbrechts an; das Erben ist ja in vorindustriellen Gesellschaften eine der wichtigsten Möglichkeiten zum Erwerb von Reichtum und die Möglichkeit des Erbens ist im Falle der Freigelassenen in erheblichem Maße durch ihren Status bedingt.

29 Bei Gaius[78] finden sich umfangreiche Ausführungen über das Erbrecht des Patrons, das diesem an den Gütern des Freigelassenen zukam. Die Bedeutung der gaianischen Belege beschränkt sich nicht auf ihren juristischen Gehalt; sie bezeugen darüber hinaus – als Faktum der Sozialgeschichte – den zunehmenden Wohlstand der Freigelassenen,[79] der in der julisch – claudischen Zeit ein bis dahin nicht gekanntes Ausmaß erreicht hatte.

30 Im dritten Buch seiner Institutionen (Gai. 3.39–54) behandelt der Jurist ausdrücklich die *bona libertorum*. Er beginnt mit einem *incipit*, das für seinen Kommentar typisch ist: *nunc de libertorum bonis videamus* („Jetzt wenden wir uns den Gütern der Freigelassenen zu …"). In Übereinstimmung mit Gai. 3.40 erörtert auch das 29. Kapitel der sog. *Tituli ex corpore Ulpiani* die Rechtslage der Güter der Freigelassenen.[80] Überdies ist ihnen ein umfangreicher Titel, Digesten 38.2 gewidemt, der 51 Fragmente aus juristischen Werken enthält.[81]

31 Nach Gaius (Gai. 3.40) erfreute sich der Freigelassene früher vollständiger Testierfreiheit und konnte ohne weiteres seinen Patron im Testament übergehen. Nur wenn er ohne Testament verstarb und keine Eigenerben hatte, wurde der Patron nach den XII Tafeln zur Nachfolge berufen.[82] Eigenerben, also *sui heredes*, waren natürliche und adoptierte Kinder sowie die *uxor in manu*, d. h. die Ehefrau, die sich in seiner Gewalt befand. Der Zweck des älteren Rechtszustandes wird von Gaius nicht näher dargelegt. Es zeigt sich jedoch, dass er ihn missbilligt, da er das Adverb *inpune* („ungestraft")

---

[77] „Start – up capital" nach *Mouritsen*, Freedman (2011) 180; vgl. *Fabre*, Libertus (1981) 271–275. Ausführlich nun über das *peculium*: *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 68–149.

[78] Gai. 3.39–54.

[79] *Mouritsen*, Freedman (2011) 248–261; *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 218–242.

[80] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 511–519.

[81] Dazu *Masi Doria*, Bona (1996) 227–481.

[82] Vgl. auch Gai. 3.46, 49, 51; Coll. Mos. 16.8.2, 9.2; Ulp. reg. 29.5–6; Frg. Vat. 308; Iul. 27 dig. D. 38.2.23.1; Ulp. 10 l. Iul. Pap. D. 37.14.11; Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3; Inst. 3.7.

gebraucht, um das Verhalten des Freigelassenen zu bewerten, der seinen Patron übergangen hatte. Die kritische Bewertung dieser Bestimmung begegnet auch einige Zeilen früher mit der Feststellung *aperte iniquum erat nihil iuris patrono superesse* („es war offenkundig unbillig, dass dem Patron keinerlei Rechte zustanden").

32 Der Beleg über die ursprünglich vollständige Testierfreiheit des Freigelassenen, den uns Gaius liefert, ist von hoher historischer Bedeutung. Auf der einen Seite diente er als gewichtiges Argument für die Auffassung, dass sich die Lage der Freigelassene im Laufe der Jahrhunderte zunehmend verschlechterte,[83] worüber allerdings bisher keine Einigkeit erzielt werden konnte.[84] Auf der anderen Seite wurden die ursprünglichen Wirkungen der Testierfreiheit in rechtsvergleichenden Untersuchungen stark relativiert.[85] In der Tat ist zu beachten, dass das Testament in früher Zeit nur in der Form des *testamentum in procinctu* und des *testamentum calatis comitiis* (→ § 18 Rn. 4) errichtet werden konnte. Beide Male handelte es sich um förmliche Testamentserrichtungen, die wohl durch die unmittelbare Teilnahme der Bevölkerung bestätigt wurden. Es ist zu vermuten, dass der *populus* und die *pontifices*, die an diesen Testamentserrichtungen beteiligt waren, letztwillige Verfügungen eines Freigelassenen nicht gebilligt hätten, wenn dieser seinen Patron ohne nachvollziehbaren Grund im Testament übergangen hätte.[86]

33 Zwar ist immerhin festzuhalten, dass in der Zeit der XII Tafeln der Freigelassene, wenn er denn römischer Bürger war, Anteil an den von dieser „Kodifikation" zugebilligten Rechten hatte.[87] Allerdings konnten um die Mitte des 5. Jh. v. Chr. die Vermögen der Freigelassenen schwerlich auf einen Umfang anwachsen, der sie für die Patrone begehrenswert machte. In dieser Zeit des ökonomischen Rückgangs stand noch das Grundeigentum im Mittelpunkt, das von Personen, die außerhalb des Gentilsystems standen, kaum erlangt werden konnte. Auch scheint die Anzahl der Sklaven und dementsprechend die der Freigelassenen zu dieser Zeit noch eher gering gewesen zu sein.[88] Es ist wahrscheinlicher, dass Gaius zeitlich die Situation bewertet, die den prä-

---

[83] Nach *Cosentini*, Liberti I (1948) 1, 34, sollen die Freigelassenen ursprünglich den Freigeborenen gleichgestellt gewesen sein; vgl. auch *Watson*, XII Tables (1975) 109.

[84] Bei der Beurteilung der allgemeinen Stellung der Freigelassenen stehen sich zwei extreme Positionen gegenüber: *Mommsen*, Röm. Forschungen I 359, geht von einer ursprünglich völligen Rechtlosigkeit der Freigelassenen aus; vgl. *Lambert*, Operae liberti (1934) 14; *Kaser*, SZ 58 (1938) 113; *Fabre*, Libertus (1981) 319; dagegen aber überzeugend *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 390: „Diesen verschiedenen, für Freigelassene teilweise sicher nachteiligen oder auch verhängnisvollen Maßnahmen steht aber gleichzeitig die Entwicklung einer Reihe bedeutender Schutzrechte gegenüber".

[85] *Fabre*, Libertus (1981) 302; schon *Hubrecht*, RSOU 9 (1958) 55 f. und *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 363 f. = Civitas (1993) 89 f.

[86] *Masi Doria*, Bona (1996) 54–57.

[87] Das XII – Tafel – Gesetz gestattete allgemein einem römischen Bürger, über sein Vermögen letztwillig zu verfügen, s. Tabula 5.3: *uti legassit suae rei ita ius esto* (→ § 18 Rn. 10).

[88] *De Martino*, Index 22 (1994) 343–359.

torischen Reformen vorangeht.[89] Sie ist auf der einen Seite durch das Auftreten des *testamentum per aes et libram* (→ § 18 Rn. 23–36) gekennzeichnet, auf der anderen Seite durch ein wachsendes Sklavenvorkommen in Rom, das mit der Expansion in Italien und im Mittelmeerraum einherging.

34 Trotz palingenetischer Unsicherheiten erlauben die Quellen eine einigermaßen zuverlässige Rekonstruktion der Regelungen der XII Tafeln über das Freigelassenenerbrecht. Die XII – Tafel – Bestimmungen, die die Erbnachfolge nach dem Freigelassenen regeln, werden von modernen Palingenesien in die Tafel V versetzt.[90] Auszugehen ist von dem ausdrücklichen Hinweis auf die XII Tafeln in Gai. 3.40, der sich wohl auf die gesetzliche Erbfolge bezieht (*ab intestato*).[91] Nach Gaius betraf das Gesetz ausschließlich die Nachfolge des Patrons bei Fehlen eines Testaments und *sui heredes*, d. h. der *uxor in manu* und natürlicher und adoptierter Kinder. Die *uxor in manu* und die gewaltunterworfenen Söhne, auch die adoptierten, folgten dem *libertus* zu vollem Recht nach. Waren *sui heredes* vorhanden, entsprach die Erbnachfolge bei den Freigelassenen folglich genau der bei Freigeborenen. In Anbetracht des Umstandes, dass bei Freien, falls *heredes sui*, der nächste Verwandte in männlicher Linie nachfolgte, der sog. *adgnatus proximus*, übernahm der Patron[92] im Hinblick auf den Freigelassenen die erbrechtliche Position, die der *adgnatus proximus* bei der Erbfolge nach dem Freien innehatte (→ § 54 Rn. 17–28).

35 Bei Gaius finden sich insoweit zwei Fallgruppen unterschieden: Hatte der Freigelassene einen natürlichen Sohn hinterlassen, sollte dieser in vollem Umfang erben können. War der *suus heres* dagegen ein Adoptivkind oder die *uxor in manu*, dann wäre es offenkundig unbillig, dass dem Patron keine Rechte an der Erbschaft zustünden; denn in diesem Fall war der *suus heres* eine Person, die nicht mit dem Erblasser blutsverwandt war und deren Belange offenkundig als weniger oder jedenfalls gleich schutzwürdig angesehen wurden wie die des Patrons.

36 Die Reaktion des Prätors (→ § 57) war demnach darauf gerichtet, mit der Einführung der *bonorum possessio dimidiae partis* (zwischen 118 und 74 v. Chr.),[93] d. h. einer

---

[89] *Masi Doria*, Bona (1996) 61–92.

[90] Nach den Bestimmungen über die Gesamtnachfolge nach Freien gewöhnlich in Tabula V.8. Vgl. *Flach*, Gesetze 140 f.; *Humbert/Lewis/Crawford*, RS II 646–648. Für einen Rekonstruktionsversuch: *Masi Doria*, Bona (1996) 24, für den zweiten Teil des Gesetzes und über die Möglichkeit einer Berufung der Gentilen des Patrons, rekonstruiert auf der Basis von Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.1: … *cum de patrono et liberto loquitur lex: ‚ex ea familia', inquit, ‚in eam familiam' …*: *Masi Doria*, Bona (1996) 27–39; *Masi Doria*, Index 27 (1999) 251–300; *Talamanca*, Index 27 (1999) 165–250. Zu dem ulpianischen Text s. auch *Bürge*, SZ 105 (1988) 313–333.

[91] *… nam ita demum lex XII tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum si intestatus mortuus esset libertus nullo suo herede relicto*; vgl. Ulp. reg. 29.1.

[92] S. Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3 pr.: *Intestato liberto mortuo primum suis deferri hereditatem verum est: si hi non fuerint, tunc patrono.*

[93] Zur Datierung der Einführung der *bonorum possessio* zugunsten des Patrons hat *Fabre*, Libertus (1981) 311 Fn. 81, gefolgt von *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 155, auf der Basis von Cic. Verr.

Erbberechtigung auf den hälftigen Betrag der Erbschaft, die Interessen solcher Patrone zu schützen, die von den Gütern ihrer ehemaligen Sklaven ausgeschlossen waren.[94] Dies geschah nicht nur im Wege der gesetzlichen Erbfolge, sofern die *sui heredes* allein aus Adoptivkindern oder der *uxor in manu* bestanden.[95] Auch wenn der Freigelassene ein Testament errichtet hatte, in welchem er einen Dritten oder einen nicht blutsverwandten *suus* zum Erben einsetzte, musste er zugleich dem Patron die Hälfte des Vermögens zuwenden. Blieb der Patron unberücksichtigt oder wurde er nur mit einer geringeren Quote bedacht, gewährte der Prätor ihm – entgegen der testamentarischen Anordnungen, *contra tabulas testamenti* – den Nachlassbesitz im Umfang der Hälfte der Güter des Freigelassenen.[96]

Bei der Patronin ist das Recht auf die *bonorum possessio contra tabulas* eingeschränkt: **37**
Sie hatte vor der *lex Papia* nur eine Erbfolge *ab intestato* nach den XII Tafeln.[97] Die prätorischen Maßnahmen beziehen sich nur auf den Patron und seine Abkömmlinge im Mannesstamm. Cicero berichtet, dass Verres als Prätor (74 v. Chr.) dem Edikt eine Klausel bezüglich eines Sonderfalles hinzugefügt habe, und zwar hinsichtlich der *bonorum possessio* einer Tochter des Patrons.[98]

Hatte der Freigelassene natürliche Kinder, selbst wenn emanzipiert oder zur Adop- **38**
tion gegeben[99] (sofern als Erben eingesetzt oder im Testament übergangen), konnte er den Patron von der Erbschaft ausschließen, sofern er die Kinder nicht enterbt hatte.[100] Auch in diesem Fall zeigt sich die allgemeine innovative Tendenz der prätorischen

---

II 1.8.125 (Verres habe im Jahr 74 v. Chr. als Prätor dem Edikt eine Klausel bezüglich eines Sonderfalles hinzugefügt) und Val. Max. 7.7.6 (das bezieht sich auf 77 v. Chr.) die Jahre zwischen 77 und 74 v. Chr. vorgeschlagen. Nach *Masi Doria*, Bona (1996) 84–92, kann dagegen der Text des Valerius Maximus nicht verwendet werden, um die Nichtexistenz der *bonorum possessio contra tabulas* im Jahre 77 v. Chr. zu beweisen. Der Patron Surdinus hatte nicht das geringste Interesse, sie zu beantragen, er versuchte im Gegenteil, den letzten Willen des Erblassers für ungültig erklären zu lassen und dessen Unfähigkeit zur Erbeinsetzung aufzuzeigen. Auf diese Weise konnte er nicht nur die halbe, sondern die gesamte Erbschaft als gesetzlicher Erbe nach den XII Tafeln erhalten.

[94] Gai. 3.41: *Qua de causa postea praetoris edicto haec iuris iniquitas emendata est …*

[95] Gai. 3.41: … *si vero intestatus moriatur suo herede relicto adoptivo filio ⟨vel⟩ uxore quae in manu ipsius esset … datur aeque patrono adversus hos suos heredes partis dimidiae bonorum possessio …*

[96] Dem Patron wird der Pflichtteil versagt, wenn er ihn durch bestimmte Missbräuche gegen den *libertus* verwirkt hat (Ulp. 45 ed. D. 38.2.14 pr.), wenn er den *libertus* wegen eines Kapitalverbrechens verklagt hat (Terent. 9 l. Iul. Pap. D. 37.14.10) oder wenn er für die Freilassung Geld empfangen hat (Ulp. 41 ed. D. 38.2.3.4); vgl. Sev./Ant. C. 6.4.1 pr. (a.210), vgl. dazu *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 46 f.

[97] Gai. 3.49: *Patronae olim ante legem Papiam hoc solum ius habebant in bonis libertorum, quod etiam patronis ex lege XII tabularum datum est. Nec enim ut contra tabulas testamenti ingrati liberti vel ab intestato contra filium adoptivum vel uxorem nurumve bonorum possessionem partis dimidiae peterent.* Vgl. Coll. Mos. 16.8; Ulp. reg. 27.1 und 29.6; dazu *Masi Doria*, Bona (1996) 49–51, 71–74.

[98] Cic. Verr. II 48,125–6: … *Sulpicii patroni filia sextam partem hereditatis ab Ligure petere coepit …*

[99] Gai. 3.41: … *sed etiam emancipati et in adoptionem dati, si modo aliqua ex parte heredes scripti sint aut praeteriti contra tabulas testamenti bonorum possessionem ex edicto petierint …*

[100] Gai. 3.41: … *nam exheredati nullo modo repellunt patronum.*

Reformen auf dem Gebiet des Erbrechts, die darauf gerichtet ist, die Blutsverwandten auch dann noch einem besonderen Schutz zu unterwerfen, wenn sie aus der Familie und damit aus der Gewalt des *pater familias* ausgeschieden sind.

39 Zwar bewirkten die Maßnahmen einen Bruch innerhalb der zivilen Kategorie der Erben erster Ordnung; die Tatsache freilich, dass die Maßnahmen Familien von Freigelassenen und damit von ehemaligen Sklaven betrafen, wird diesen magistratischen Eingriff in festgefügte Strukturen des Zivilrechts erleichtert haben.[101] Dies gilt umso mehr, als einerseits Interessen des Patrons in Rede standen, der dem Freigelassenen die Wohltaten von Freiheit und Bürgerrecht zugewandt hatte,[102] auf der anderen Seite Interessen solcher Personen betroffen waren, die mit dem Freigelassenen nur durch eine künstliche Verwandtschaft in Verbindung standen.

40 Für das Verständnis der Entstehung der *bonorum possessio* ist im Übrigen das schon genannte Fragment Ulpians bedeutsam, das den Digestentitel *de bonis libertorum* einleitet.[103]

41 Der Prätor Rutilius (ca. 118 v. Chr.) gelangte zur Überzeugung, der Willkür der Patrone einen Riegel vorschieben zu müssen. Er habe folgende Rechtsverheißung erlassen: *se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem.*[104] Letztere sei auch nur dann gewährt worden – *videlicet si hoc pepigisset* –, falls der Freigelassene nicht das gebührende *obsequium*[105] (→ Rn. 14–16) zu leisten bereit gewesen sei, und habe die Verpflichtung des Freigelassenen umfasst, dem Patron die Hälfte seiner Einkünfte zu leisten. Spätere Prätoren (*posteriores praetores*), die nicht näher namentlich bestimmt sind, hätten dem Patron in erbrechtlichen Belangen die *bonorum possessio* nach dem Vorbild der Gesellschaft (*imagine societatis*) gewährt. Die *societas Rutiliana*[106] hat in der bisherigen Lehre vielfältige Erklärungsversuche gefunden.[107] Sie wird erst nach der Freilassung[108] begründet und ist bedingt. Die bedingte Eingehung einer *societas* ist unter

---

[101] *Masi Doria*, Bona (1996) 67–69.

[102] Ulp. 42 ed. D. 38.2.1 pr.: … *ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur.*

[103] Ulp. 42 ed. D. 38.2.1, → Rn. 13.

[104] Hinsichtlich des Problems der *operae* und der *actio operarum* s. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 135 f.

[105] Zum Begriff des *obsequium*, auch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet, s. *Lambert*, Operae liberti (1934) 10–17; *Macqueron*, Travail (1958) 118–122; *Cosentini*, Liberti I (1948) 238–246; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 51–69; *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 382–385 mit Lit. = Civitas (1993) 111–115.

[106] Zur mysteriösen *societas Rutiliana* und ihrer Beziehung zur *bonorum possessio* insbesondere *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 358–403 = Civitas (1993) 83–136.

[107] Für *Albertario*, St. III 395, ist diese *societas* interpolationsverdächtig. Er stützt sich darauf, dass Labeo bei Ulp. 11 l. Iul. Pap. D. 38.1.36 und Ulp. 76 ed. D. 44.5.1.7 eine *societas* zwischen *patronus* und *libertus* als *ipso iure* nichtig angesehen wird. Ulpian schildert hier aber nur eine Stufe der historischen Entwicklung, vgl. *Lambert*, Operae liberti (1934) 172; *Pescani*, Operae (1967) 86; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 132; *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 372–376 = Civitas (1993) 99–102; skeptisch nun *Meissel*, Societas (2004) 198–204.

[108] *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 376–379 = Civitas (1993) 105–108, unterscheidet die *societas Rutiliana* von der *societas libertatis causa* in Labeo bei Ulp. 11 l. Iul. Pap. D. 38.1.36 und Ulp. 76 ed.

den *veteres* zwar diskutiert worden,[109] aber in Paul. 32 ed. D. 17.2.1 pr. ausdrücklich zugelassen.[110] Wahrscheinlich ist für das rutilianische Edikt das *obsequium* auch mit einer Verpflichtung zum *morari apud patronum*[111] und damit zu einer Aufrechterhaltung eines nachbarschaftlichen Verhältnisses samt all seinen Implikationen zu identifizieren. Entfernte sich der Freigelassene aus dieser unmittelbaren Umgebung, so kam die vereinbarte *societas* mit der Wirkung zustande, dass der *patronus* zur Hälfte an seinen Einkünften beteiligt war,[112] falls der Freigelassene den aus dem *obsequium* resultierenden Pflichten nicht mehr nachkommen wollte oder konnte, da er sich anderswo eine Existenz aufzubauen suchte.[113] Die *actio societatis* des Patrons ging auf Beteilung an den Einkünften und hatte keine auflösende Wirkung, konnte also *manente societate* erhoben werden; ebensowenig konnte der Freigelassene von sich aus die *societas* einseitig auflösen.[114] Dogmatische Überlegungen, die Nähe zur *societas leonina* und die praktischen Schwierigkeiten einer derartigen Gesellschaft *in concreto* haben sicherlich die Kritik der Juristen hervorgerufen[115] und mögen die Abschaffung der *societas Rutiliana* beschleunigt haben.

Eine Verbindungslinie von der *societas Rutiliana* zur erbrechtlichen Stellung des Patrons ist dadurch gegeben, dass die *posteriores praetores* die *bonorum possessio certae* (= *dimidiae*) *partis* am *imago societatis* orientierten (Ulp. 45 ed. D. 38.2.1.2). Ulpian schildert hier die Gewährung der *bonorum possessio* im Zuge einer Entwicklung, welche die Beschränkung der patronalen Rechte zum Inhalt hatte; bei Gaius hingegen wird der historische Entwicklungsgang als Verbesserung der ursprünglich schlechten erbrechtlichen Stellung des Patrons dargestellt: Der Hinweis auf die *societas Rutiliana* fehlt gänzlich. Es ging aber bei Gaius nur um die Darstellung der *bonorum possessio*, nicht um die obligatorischen Beziehungen zwischen Patron und Freigelassenem.[116] **42**

Die prätorischen Reformen brachten demnach das Ende der Testierfreiheit des Freigelassenen mit der Einfühung der *bonorum possessio dimidiae partis.* **43**

D. 44.5.1.7: Die letzte wird noch in der Drucksituation vor der Freilassung eingegangen und ist unbedingt.

[109] Iust. C. 4.37.6 (a.531).

[110] *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 378 f. = Civitas (1993) 108.

[111] Der Zwangscharakter des Zusammenlebens ist aber spätestens mit Rutilius als obsolet zu betrachten, was der Ansicht keinen Abbruch tut, dass nach wie vor zahlreiche Freigelassene mit ihren Patronen in Hausgemeinschaft oder in ihrer unmittelbaren Nähe wohnten; vgl. *Macqueron*, Travail (1958) 123; *Fabre*, Libertus (1981) 131–141; Wichtig ist in diesem Zusammenhang der Hinweis bei Callistratus in D. 38.1.38.1, nach dem das *morari cum patrono* als reguläre *operae* versprechen werden konnte. Dies bedeutet, dass es sich um keine Rechtspflicht mehr handeln konnte; vgl. *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 384 = Civitas (1993) 114. Aber auch nach Abschaffung der *societas Rutiliana* verblieben die im Titel D. 37.15 genannten Beschränkungen als Ausdruck des *obsequium*, d. h. die *reverentia* selbst sowie gewisse Beschränkungen in der Prozessführung (→ Rn. 55–59).

[112] Nach *Behrends*, in: *Jankuhn*, Handwerk I (1981) 187 f., eine *societas re contracta*, für *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 389–398 = Civitas (1993) 120–130, eine *societas quaestus.*

[113] *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 385 = Civitas (1993) 115.

[114] *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 396 f. = Civitas (1993) 129.

[115] Möglicherweise ist zu denken an Quintus Mucius; vgl. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 156; *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 375 f., 398 = Civitas (1993) 104, 130.

[116] *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 403 = Civitas (1993) 135.

44 Mit der *lex Papia Poppaea* (9 n. Chr.) schließlich werden die Rechte des Patrons an den Gütern des Freigelassenen erweitert. War der ehemalige Sklave ein *centenarius*, hatte er also ein Vermögen von mindestens 100.000 Sesterzen hinterlassen, stand dem Patron eine *portio virilis* an seinen Gütern auch dann zu, wenn der Freigelassene natürliche Kinder hinterlassen hatte (weniger als drei).[117]

45 In der Zeit zwischen dem Ende der Republik und dem Prinzipat erlangen die Freigelassenen eine zunehmend stärkere wirtschaftliche Bedeutung. Gerade in einer Gesellschaft, welche produktive Tätigkeit ablehnte und die für den Senatorenstand typische *luxuria* bevorzugte, erlaubte ihnen wirtschaftliche Betätigung die Akkumulation durchaus bemerkenswerter Vermögen. Bekanntheit haben die Fälle der kaiserlichen Freigelassenen in der julisch – claudischen Zeit und des Romanheldes Trimalchio erlangt, der 30 Millionen Sesterzen hinterlassen haben soll.[118] Obgleich sie nicht immer die unermesslich großen Vermögen der Senatoren erreichten, dürften viele Freigelassene in der Prinzipatszeit den Ritterzensus dennoch um ein Vielfaches überschritten haben. In den Inschriften finden wir hierfür eine Reihe von Zeugnissen.[119]

46 Wir können nun einige Eigentümlichkeiten des Erbrechts darlegen, das mit der *lex Papia* beginnt, einem Erbrecht, das später Justinian von den *inextricabiles circuitus legis Papiae* – den nicht aufzulösenden Verwicklungen der *lex Papia* – sprechen lässt und zu einer Reform des Systems bewegen wird.[120]

47 **a)** Die Rechte der Patrone und ihrer männlichen Kinder wurden gegenüber den reicheren Freigelassenen erweitert. Ihnen steht ein Erbteil auch bei Vorhandensein von natürlichen Kindern des Freigelassenen zu (wenn dieser weniger als drei Kinder hat, je ein Kopfteil an den Patron: bei einem Kind die Hälfte, bei zwei Kindern ein Drittel); anderes gilt nur, wenn der Freigelassene drei oder mehr Kinder hat.[121]

48 **b)** Die Rechte der Patronin und der weiblichen Abkömmlinge des Patrons werden ebenfalls erweitert, jedoch stehen sie – im Gegensatz zum Recht der Patrone und der männlichen Abkömmlinge – hinter dem Recht der Kinder des Freigelassenen zurück.[122] Die Patronin erhält, wenn sie als Freigeborene zwei, als Freigelassene drei

---

[117] Gai. 3.42–44: *Postea lege Papia aucta sunt iura patronorum, quod ad locupletiores libertos pertinent…*

[118] Vgl. Petron. 5–7, 9–15. In Bezug auf den Wert (vermutlich sprichwörtlich) s. *Veyne*, Società romana (1990) 41 Fn. 39.

[119] Vgl. etwa den Fall des Marcus Acutius Marci Liberti Noetus, der testamentarisch seiner Gemeinde Concordia 300.000 Sesterzen hinterlässt, allein zu dem Zweck, Spiele und Bankette zu organisieren; CIL V 1897 s., 8664. Sein Gesamtvermögen dürfte daher weitaus höher gewesen sein als diese Summe, die bereits drei Viertel des Ritterzensus ausmacht. Der Arzt Publius Decimius Eros Merula, Freigelassener des Publius, aus Assisi, besaß Güter im Wert von ungefähr 800.000 Sesterzen, eine Summe, die das Doppelte des Ritterzensus umfasst und beinahe die Höhe des Senatorenzensus erreicht; CIL XI 5400.

[120] Iust. C. 6.4.4 (a.531). Zu den augusteischen Ehegesetzen vgl. jetzt *Bonin*, Intra 'legem Iuliam et Papiam' 2020.

[121] Gai. 3.42; *Masi Doria*, Bona (1996) 136–140.

[122] Gai. 3.49–50, 3.46; *Masi Doria*, Bona (1996) 147–150.

Kinder hat, die ediktalen Rechte des Patrons; wenn sie als Freigeborene drei Kinder hat, die (weitergehenden) Rechte des Patrons aus der *lex Papia*.[123]

c) Die Freigelassene, die sich des Vier – Kinder – Rechts erfreut, wird von der Vormundschaft des Patrons (→ Rn. 10) befreit und erwirbt die Möglichkeit, ein Testament ohne Billigung ihres Patrons zu errichten.[124] **49**

Das Zugeständnis größerer Rechte an kinderreiche Frauen steht im Einklang mit der Steigerung des Bevölkerungswachstums als einem der grundlegenden Ziele der augusteischen Gesetzgebung.[125] Dieses Ziel konnte nur unter Einbeziehung aller gesellschaftlichen Schichten erreicht werden. Eine Freigelassene mit Vier – Kinder – Recht ist gegenüber der Patronin und den Töchtern des Patrons begünstigt. Dies zeigt, dass die augusteische Politik nicht auf die ethnische Herkunft der Nachkommenschaft abstellte – die Sklaven konnten aus völlig unterschiedlichen Orten der antiken Welt nach Rom gelangt sein –, sondern versuchte, das Bevölkerungswachstum auch unter Einbeziehung solcher Personen zu stärken, die nichtrömischen Ursprungs waren. **50**

Durch die Erweiterung der Rechte des Patrons gegenüber den *centenarii*, d. h. den reicheren Freigelassenen, konnte sich dieser schließlich Hoffnungen auf lukrative Erbschaften machen. Zugleich wurde die Familie eines Freigelassenen, dem die Anhäufung eines großen Vermögens gelungen war, in ihrer wirtschaftlichen Entwicklung gehemmt. Die Annahme dürfte nicht verfehlt sein, dass die augusteische Rechtspolitik auf diese Weise die Entwicklung der Familien von Freigelassenen – und damit, allgemein gesehen, von Personen, die dem Sklavenstand entstammten – in ökonomischer, sozialer und politischer Hinsicht erschweren oder einschränken wollte. **51**

Im klassischen Recht, mit Bezug auf das allgemeine System der *bonorum possessio sine tabulis* (→ § 57 Rn. 214–245), und abgesehen von den zuvor beschriebenen Besonderheiten,[126] ist für die Nachfolge der Freigelassenen relevant, dass der Patron (als legitimer Erbe) in der Klasse *unde legitimi* genannt wurde, die Familienangehörigen des Freilassers in der Klasse *unde familia patroni*, der Freilasser des Freilassers in der Klasse *unde patronus patroni*[127] und die *cognati* des Freilassers in der letzten Klasse *unde cognati manumissoris*. **52**

In der Spätantike, im Westen des Reiches wie auch im Osten, wird der Gegensatz zwischen *hereditas* und *bonorum possessio* praktisch an Wert verlieren. Für die Intestaterbfolge eines Freigelassenen berücksichtigt man auch die *servilis cognatio*, vielleicht auch unter dem Einfluss des Christentums. Diese in der Sklaverei begründete Blutsverwandtschaft schränkt das Recht des Patrons und seiner Verwandten zugunsten der **53**

[123] Gai. 3.50, 52; Ulp. reg. 29.6.

[124] Gai. 3.43–44; Ulp. reg. 29.3; vgl. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia (1996) 73; *Masi Doria*, Bona (1996) 150–156.

[125] Aus der umfangreichen Literatur s. *Mette – Dittmann*, Ehegesetze (1991) 166–186 mit meiner Rez. in: SZ 111 (1994) 556–564; *Spagnuolo Vigorita*, Casta domus (2010) 21 f., 57, 76 f.

[126] Die Klassen finden sich in Ulp. reg. 28.7.

[127] Diese zwei Klassen werden nicht von Justinian berücksichtigt: Inst. 3.9.6.

Eltern und anderen Verwandten des Freigelassenen ein. Nach einem Valentinianischen Gesetz des Jahres 447[128] werden im Westen Freigelassene, die römische Bürger sind, von ihren Abkömmlingen beerbt. Nur wenn die Freigelassenen keine Abkömmlinge hinterlassen, erhält der Patron die Hälfte (welche an seine Erben fällt, falls er schon gestorben ist);[129] die andere Hälfte fällt an die Eltern oder die Geschwister des Freigelassenen nach Gradesnähe.[130] Justinian reformierte diese Rechtslage mit einer Konstitution des Jahres 531; Iust. C. 6.4.4 (a.531). Hinterlässt der Freigelassene ein Vermögen bis 100 *aurei*, gilt noch das Erbrecht der XII Tafeln: Es erben die Abkömmlinge (anders als nach den XII Tafeln auch die kognatischen), und nur bei ihrem Fehlen der Patron.[131] Ist aber das Vermögen des Freigelassenen größer als 100 *aurei*, sind zuerst die Abkömmlinge berufen. Erneut auf Grund der *cognatio servilis* werden auch die vor der Freilassung geborenen Kinder berücksichtigt.[132] Danach sind Brüder und Schwestern berufen und dahinter der Vater und die Mutter. Erst auf alle diese folgt der Patron[133] (an dessen Stelle eventuell seine blutsverwandten Abkömmlinge treten).[134] Es folgen die *cognati* des Patrons (bis zum 5. Grad).[135] Hinter den *cognati* des Patrons war der Ehegatte des Erblassers berufen.[136] Auch die Kinder des Freigelassenen werden vom Patron und seinen Verwandten beerbt, aber erst hinter allen *cognati* des Erblassers.[137]

54 Einem besonderen Regime unterlagen Sklaven, die vom *princeps* freigelassen wurden, sowie ehemalige Sklaven der einzelnen bürgerlichen Gemeinden des Reiches. Für die *liberti* und die *libertae Caesaris* galten besondere Vorschriften, die in einem fragmentarischen Text der Jurisprudenz, dem *fragmentum de iure fisci* 11–13, bezeugt sind. Im Fall von Sklaven, die von bürgerlichen Gemeinden freigelassen wurden, standen den *municipes* die Nachlassansprüche der Patronen zu, obwohl deren Anspruch auf *bonorum possessio* in Frage gestellt wurde (Ulp. 49 ed. D. 38.3.1).

4. Verbot der *in ius vocatio*

55 Die Stellung des Patrons ist in vielerlei Hinsicht der des *pater* (oder allgemeiner der des *parens*, was auch die Mutter und die Vorfahren beiderlei Geschlechts mit einschließt)[138] gleichgestellt. Wie für den Sohn die Person des *pater*, so ist für den Frei-

[128] Novell. Valentin. 25 mit *interpretatio*.
[129] Novell. Valentin. 25.7.
[130] Novell. Valentin. 25.7.
[131] C. 6.4.4.9a; Inst. 3.7.3.
[132] C. 6.4.4.10–11; Inst. 3.6.10.
[133] C. 6.4.4.14a.
[134] C. 6.4.4.21, 22; adoptierte Kinder des Freigelassenen sind vom Erbe ausgeschlossen.
[135] C. 6.4.4.14c–14 f.
[136] Inst. 3.9.7.
[137] C. 6.4.4.23.
[138] Diskussion des Begriffs *parentes* (unter Berufung auf die *veteres*, auf Pomponius, Gaius, Cas-

gelassenen die *persona patroni* immer *honesta et sancta.*[139] Dieser Grundsatz (der mit der *reverentia,*[140] die dem ehemaligen *dominus* geschuldet wird, zusammenhängt)[141] dürfte dem besonderen prozessualen Schutz zugrunde liegen, den der Prätor dem Patron, der Patronin sowie den Vorfahren und Nachfahren des Freilassers zukommen lässt.[142] Diesen „Respektspersonen"[143] kommt das (relative) Verbot einer *in ius vocatio* (→ 9 Rn. 17; § 11 Rn. 28) seitens des ehemaligen Sklaven zugute.[144] Das ediktale Verbot ist jedoch nicht absolut: Mit Erlaubnis des Jurisdiktionsmagistrats kann eine Ladung erfolgen.

Patron im Sinne des Ladungsverbots ist zunächst derjenige, der die Freilassung **56**
vorgenommen hat,[145] auch wenn sie *ex causa fideicommissi* erfolgt ist,[146] und sogar

---

sius, Labeo und Severus) bei Ulp. 5 ed. D. 2.4.4.2,3. Zu den Nachfahren: Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.9 (mit Hinweis auf Cassius), vgl. *Masi Doria*, Bona (1996) 128 Fn. 82; *Stolfi*, Libri ad edictum II (2001) 84–96; *Donadio*, Vadimonium (2011) 188 f. Fn. 47.

[139] Ulp. 66 ed. D. 37.15.9: *Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet.*

[140] Über die *reverentia* als Begründung des prätorischen Verbots vgl.: *Gómez – Iglesias Casal*, Citación (1984) 80 f.

[141] Und daher auch dessen Familie.

[142] Die *verba edicti* gehen hervor aus Ulp. 5 ed. D. 2.4.4.1: *Praetor ait: ‚parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet'*; vgl. Ulp. 5 ed. D. 2.4.8.1; Gai. 4.183; Ulp. 5 ed. D. 2.7.1.2 (mit Hinweis auf Ofilius). Vgl. umfassend *Fernández Barreiro*, SDHI 37 (1971) 261–288; *Buti*, Praetor (1984) 242–250; *Gómez – Iglesias Casal*, Citación (1984) 55–60; *Kaser/Hackl*, RZ 222; *Donadio*, Vadimonium (2011) 187–201. Bezeichnend auch der Titel 37.15 *De obsequiis parentibus et patronis praestandis*, dessen Rubrik nach *Kaser*, SZ 58 (1938) 115, „unklassisch" ist; dagegen jedoch *Quadrato*, Index 24 (1996) 353 Fn. 87.

[143] Der Asudruck stammt von *Kaser*, RP I 299.

[144] Mod. 10 pand. D. 2.4.13: *Generaliter eas personas, quibus reverentia praestanda est, sine permissu praetoris in ius vocare non possumus*; *Fernández Barreiro*, SDHI 37 (1971) 261–288; *Buti*, Praetor (1984) 242–250; *Gómez – Iglesias Casal*, Citación (1984) 55–60; *Donadio*, Vadimonium (2011) 189–192. Das Ladungsverbot geht vermutlich auf die vorklassischen Juristen zurück und ist schon zu Zeiten des Ofilius im Edikt enthalten (vgl. Ulp. 5 ed. D. 2.7.1.2; *Lenel*, Pal. I Ofil. 3). Es zeigt sich deutlich im Titel D. 2.4, wo es im Zusammenhang mit der *reverentia* (frg. 6, 10.3, 13) und dem *honor* steht (frg. 10.1, 4, 6, 11, 13).

[145] Ulp. 5 ed. D. 2.4.8.1, wo auch die folgenden Fälle aufgelistet sind: der Fall eines, der *collusionem detexit*, der Fall einer präjudiziellen Entscheidung „*esse libertus*" (*cum alioquin non fuerit*), der Fall eines Eides „*libertum meum esse*" (aber vgl. Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 23.2.45.1), s. *Kaser/Hackl*, RZ 347. Ausgeschlossen von diesem Vorrecht sind diejenigen, gegen die eine entgegenstehende Entscheidung ergangen ist (gemeint ist sicherlich auf die Frage *an esse libertus*) sowie diejenigen, die nach Eideszuschiebung die Antwort *se libertum non esse* erhalten haben. In Ulp. 5 ed. D. 2.4.8.2 wird das Problem der Ladungsfähigkeit eines Patrons aufgeworfen, der den Freigelassenen zu dem Eid *ne uxorem ducat* gezwungen hat (bzw. die Freigelassene zu dem Eid *ne nubat*): Dieser Patron kann *inpune* geladen werden, während die Frage, ob sein Sohn geschützt wird oder nicht, umstritten ist (Diskussion zwischen Celsus und Julian). Vgl. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 374–377; *Signorini*, Adsignare libertum (2009) 164–166.

[146] Paul. 4 ed. D. 2.4.9.

dann, wenn der Freilasser den Sklaven nur zum Zwecke der Freilassung erworben hat (*ut manumittam*).[147] Wenn der Patron allerdings eine *capitis deminutio (minima)* erlitten hat und in diesem Status verblieben ist,[148] kann er nicht vor Gericht geladen werden und wird daher als jemand, der durch die Strafe der Verbannung *ad peregrinitatem redactus est*, auch nicht mehr geschützt.[149] In den Schutz des Ladungsverbots sind nach dem Ediktswortlaut *liberos, parentes patroni patronaeque* Personen beiderlei Geschlechts einbezogen.[150] Auch der zur Adoption gegebene *filius patroni* profitiert vom Verbot, wie auch der in der Adoptivfamilie geborene Enkel. Ist der Sohn dagegen emanzipiert worden und hat den Enkel adoptiert, so kann dieser nach Belieben verklagt werden, da er im Verhältnis zum Patron ein *alienus* ist.[151] Wenn die Söhne des Patrons den Freigelassenen wegen eines Kapitalverbrechens anklagen oder auf Rückführung in die Sklaverei klagen, ist ihnen kein *honor* mehr geschuldet.[152] Patron einer Sklavin, die unter der Abrede verkauft wurde, dass sie frei werde, wenn der Käufer sie zur Prostitution anhalte, wird der Verkäufer; hat der Verkäufer sich jedoch für den Fall der Prostitution den Rückerwerb vorbehalten, prostituiert er sie dann aber selbst, so hat er ihr zwar zur Freiheit verholfen, doch wäre es unbillig, ihm in diesem Falle den *honor* des Patronats zukommen zu lassen; er kann daher verklagt werden.[153] Die Freigelassene, die ihrem Patron ein Kind geboren hat, kann dieses nicht vor Gericht laden und von ihm auch nicht geladen werden.[154] Der *honor* des Patrons wird auch dann geschützt, wenn dieser als Tutor, Kurator oder Defensor tätig wird; der Tutor oder Kurator des Patrons dagegen kann ungestraft geladen werden.[155] Wenn der zu Unrecht geladene Patron davon abgehalten wird, vor dem Magistrat zu erscheinen, verfällt die im Edikt dafür vorgesehene Strafe nicht: Die Begründung liegt für Ulpian darin, dass der *vocans* unrechtmäßig gehandelt hat, nicht derjenige, *qui exemit.*[156]

---

[147] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10, mit der Ausnahme *si suis nummis emi, et fidem fregi*: In diesem Falle *pro patrono non habebor*: S. *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 274, 320. Vgl. in anderem Kontext Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 23.2.45 pr.

[148] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.2; *Masi Doria*, Bona (1996) 399 f.

[149] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.6, wo der Jurist ergänzt, dass der Patron das *commodum* aus dem Edikt zurückerhält, *si fuerit restitutus.*

[150] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.5. Mit den *parentes patroni* sind auch die Adoptiveltern umfasst, jedenfalls solange die Adoption andauert: Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.7.

[151] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.8.

[152] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.11.

[153] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.1. Vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 142; *Sicari*, Prostituzione (1991) 80 f. Fn. 27, 28; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 43 Fn. 197, mit Lit.

[154] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.10.

[155] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.13 (unter Verweis auf Pomponius); vgl. Ulp. 10 ed. D. 37.15.7.4,5. Bei einem Verfahren *per procuratorem* wird allerdings keine infamierende Klage erteilt, denn auch wenn die Verurteilung in diesem Falle nicht direkt gegen den Patron geht, so wird dieser doch *re ipsa et opinione hominum* dadurch befleckt, so Iul. 14 dig. D. 37.15.2 pr. Ist dagegen der Freigelassene ein Tutor, so kann er seine Patronin (oder seinen Patron) auch ohne Erlaubnis des Prätors *pupilli nomine* vor Gericht laden: Paul. 2 resp. D. 2.4.16.

[156] Ulp. 5 ed. D. 2.7.1.2; vgl. *Liva*, Iudex (2012) 21.

In den Fällen, in denen der Magistrat die *in ius vocatio* erlaubt, muss der Freigelassene einen tauglichen *vindex* stellen.[157] Bei infamierenden Klagen oder solchen Klagen, die *dolus* oder *fraus* als Voraussetzung erwähnen (auch wenn sie nicht zu den – ohnehin schillernden – *actiones famosae* gehören),[158] verweigert der Prätor die Erlaubnis, um den *honor* der Patrone zu schützen,[159] es sei denn, es stellte sich *causa cognita* eine zum Schaden des Freigelassenen begangene *gravissima iniuria*[160] heraus.[161] Die Einreden wegen Arglist und *vis metusve* können gegen den Patron nicht vorgebracht werden.[162] Auch müssen Patrone keinen Kalumnieneid schwören, wenn ihnen ein solcher zugeschoben wird,[163] und Freigelassene können aus einer *calumnia* ihres Patrons (oder ihrer Patronin) keine Rechte herleiten.[164] Eine etwaige Verurteilung des Patrons ist auf *id quod facere potest* beschränkt.[165] Der Freigelassene, welcher sich gegen eine Anklage des Patrons verteidigt und dafür das Gericht anruft, wird nicht als jemand angesehen, der gegen seinen Patron klagt,[166] unterfällt also nicht den Bestimmungen des Edikts; ebenso wenig derjenige, der ein *libellum adversus patronum* an den Kaiser oder den Statthalter richtet.[167] **57**

Ein gemeinschaftlicher Freigelassener muss auch für die Ladung eines seiner Mitpatrone eine Erlaubnis einholen.[168] Der Freigelassene eines *corpus* kann die einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft vor Gericht laden, nicht jedoch das *corpus* selbst (in Gestalt seiner Vertreter).[169] Wenn der Freigelassene den goldenen Ring (→ Rn. 76) verlie- **58**

[157] Ulp. 5 ed. D. 2.8.2.2 (dort *fideiussor iudicio sistendi causa*, aber vgl. Gai. 4.46). Über den *vindex* und die verbundenen prätorischen Sanktionen vgl. *Gómez – Iglesias Casal*, Citación (1984) 93–121; *Kaser/Hackl*, RZ 225.

[158] Ulp. 10 ed. D. 37.15.5.1 (*actiones famosae*; *actiones quae doli vel fraudis habent mentionem*); Ulp. 5 ed. D. 37.15.7 pr. (*licet famosae non sint*); Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.12 (*actio famosa*; eine Klage, die den *pudor* verletzt; *causa famosa*, unter Verweis auf Pedius), vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 222; Alex. C. 6.6.1 (a.223); vgl. *Fernández Barreiro*, SDHI 37 (1971) 261–288; *Buti*, Praetor (1984) 242–250; *Gómez – Iglesias Casal*, Citación (1984) 55–60; *Donadio*, Vadimonium (2011) 197–199. Paul. 11 ed. D. 37.15.6 führt konkret die *actio servi corrupti* an: *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 64 und Fn. 125.

[159] In diesem Sinne Iul. 14 dig. D. 37.15.2 pr. (*actio de dolo* und *iniuriarum*), der ebenfalls die Stellung der Patrone mit derjenigen der *parentes* in Verbindung bringt (vgl. → Fn. 158). In § 1 nimmt der Jurist auch das *interdictum unde vi* aus, vgl. Ulp. 10 ed. D. 37.15.7.2 (*interdictum unde vi* und *quod vi aut clam*).

[160] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.12, der der Meinung des Pedius folgt.

[161] Das vom Juristen angeführte Beispiel betrifft einen Patron, der *eum* (scil. *libertum*) *flagellis cecidit*.

[162] Ulp. 10 ed. D. 37.15.7.2; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 64 und Fn. 125.

[163] Paul. 11 ed. D. 37.15.7.3.

[164] Paul. 11 ed. D. 37.15.7.4 (wo sich der Fall auf eine Patronin bezieht, die Verallgemeinerung auf den Patron).

[165] Paul. l. iur. sing. sing. D. 24.3.54; Ulp. 10 ed. D. 42.1.17.

[166] Pap. 1 resp. D. 2.4.14.

[167] Paul. 1 quaest. D. 2.4.15.

[168] Marcian. 3 inst. D. 2.4.23.

[169] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.4.

hen erhält, befreit ihn dies nicht von der *reverentia* (sodass er seinen Patron ohne Erlaubnis des Prätors nicht rechtmäßig laden kann); wenn ihm dagegen vom Kaiser die *restitutio natalibus* (→ Rn. 75) verliehen wird, genießt er sämtliche Rechte eines Freigeborenen (und daher auch das Recht der freien Ladung).[170]

59 Falls der Freigelassene seinen Patron ohne Erlaubnis des Prätors geladen hat, wird eine Klage *in factum* gegen ihn (→ § 12 Rn. 32–38) gewährt (die vor den Rekuperatoren verhandelt wird),[171] *ex querela patroni*, die aktiv und passiv nicht übertragbar und auf ein Jahr befristet ist (*quod nec heredi nec in heredem nec ultra annum datur*).[172] Die Verurteilungssumme aus dieser Klage beträgt – im justinianischen Text – 50 *aurei* (nach der üblichen Umrechnung in klassischer Zeit also 50.000 Sesterzen),[173] nach Gaius dagegen nur 10.000 Sesterzen.[174] Wenn der Freigelassene gegen den Sohn des Patrons geklagt hat, der sich noch in väterlicher Gewalt befand, wurde dem Sohn, falls sein Vater abwesend war, eine Strafklage *in factum* gegen den Freigelassenen auf dieselbe Summe erteilt.[175] Auch wenn der Prätor im Edikt nicht angibt, dass er die Strafklage gegen den Freigelassenen nur *causa cognita* erteilt, so wird doch (seit Labeo) eine moderate Praxis befolgt, etwa wenn der Freigelassene Reue zeigt, wenn er seine Klage zurücknimmt, wenn der Patron nicht erscheint oder wenn der Patron *non invitus* geladen wurde[176] (wodurch es eventuell ermöglicht wurde, den Patron mit seiner Zustimmung zu laden).[177] Der Erbe des Freigelassenen behält alle seine Rechte (als Fremder) im Verhältnis zum Patron des Verstorbenen.[178]

III. Besondere Auswirkungen der augusteischen Ehegesetzgebung

60 Über den Einfluss der *lex Papia Poppaea* (9 n. Chr.) auf die Erbfolge von *liberti centenarii* und die Befreiung von der Vormundschaft des Patrons für Freigelassene mit Vierkinderrecht (→ Rn. 46–49) hinaus finden sich in den augusteischen Gesetzen zahl-

---

[170] Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.3; *Masi Doria*, Bona (1996) 390 Fn. 371. Der *per obreptionem* arrogierte Freigelassene wird kein Freigeborener und bleibt daher dem Verbot unterworfen: Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.2; *Masi Doria*, Bona (1996) 399 f.; *Masi Doria*, Index 34 (2006) 427–438; s. zuletzt zur Arrogation von Freigelassenen ausführlich *Seelentag*, Ius pontificium (2014) 159–215.

[171] Gai. 4.46, vgl. 4.183; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 64 und Fn. 125.

[172] Ulp. 5 ed. D. 2.4.24.

[173] *Kaser/Hackl*, RZ 222 Fn. 17. Aus dem Fragment geht auch die Alternative im Falle der Bedürftigkeit des Freigelassenen hervor: Er wird dann vom *praefectus urbi* so bestraft, wie wenn er sich *inofficiose* verhalten hätte.

[174] *Lenel*, EP 68 ff.; *Donadio*, Vadimonium (2011) 193 Fn. 59 (mit weiteren Nachweisen).

[175] Also 50 *aurei* nach Ulp. 57 ed. D. 2.4.12, doch ist der Tribonianismus hier offensichtlich; vgl. Inst. 4.16.3.

[176] Paul. 4 ed. D. 2.4.11; *iunge cum* Paul. 4 ed. D. 50.17.108? (vgl. *Lenel*, Pal. I Paul. 134).

[177] Vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 222 Fn. 18.

[178] Paul. 10 ed. D. 37.15.8.

reiche Bestimmungen, die sich auf die Lage der Freigelassenen auswirken.[179] Offenbar haben die Juristen mit der *lex Iulia et Papia* zwei verschiedene Gesetze, nämlich die *lex Iulia de maritandis ordinibus* aus dem Jahre 18 v. Chr. und die *lex Papia Poppea nuptialis* aus dem Jahre 9 n. Chr., zusammengefasst. Die *lex Aelia Sentia*, gleichfalls im Rahmen der bevölkerungspolitischen Maßnahmen des Augustus ergangen, stammt aus dem Jahr 4 n. Chr. Dieses Gesetz versagt unter anderem den Patronen, an Stelle von *operae* vom Freigelassenen Geld zu fordern.[180]

Die Bestimmungen der augusteischen Ehegesetze wurden zum größten Teil zwi- **61**
schen dem 4. und 5. Jh. n. Chr. aufgehoben oder gerieten außer Anwendung. Nur die Eheverbote für Senatoren und *dignitatibus praediti* und Frauen *humiles vel abiectae* leben fort,[181] bis Justinian auch diese Beschränkung mit einer Novelle aufhob.[182]

1. Eheverbot für Senatoren

Nach der *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 v. Chr.) durften Senatoren (wie auch ihre **62**
Kinder und Nachkommen in gerader männlicher Linie bis zum dritten Grad) keine Frauen heiraten, die Freigelassene waren. Das Verbot galt auch für die Verlobung. Andererseits konnten auch die weiblichen Nachkommen eines Senators mit (männlichen) Freigelassenen weder verheiratet noch verlobt werden.[183] Die *lex Iulia* erlaubte damit implizit die Ehe zwischen Freigeborenen, die nicht senatorisches Standes waren, und Freigelassenen. Die *lex Papia Poppaea nuptialis* (9 n. Chr.) wiederholte die gegen die Senatoren gerichteten Vorschriften. Kaiser Konstantin erneuerte 336 n. Chr. das Verbot für die Senatoren (wohl auch für ihre Nachkommen) und auch für die Mitglieder regionaler und lokaler Eliten. Das Eheverbot galt nicht nur in Bezug auf die Freigelassenen, sondern auch in Bezug auf die Töchter einer Freigelassenen (wie auch für Ehen mit Sklavinnen,[184] den Töchtern einer Sklavin und mit einer Reihe von moralisch verwerflichen Frauen). Die zitierte Konstitution Konstantins ist im *Codex Theodosianus* und sodann, mit Änderungen, im *Codex Iustinianus* enthalten.[185]

---

[179] Die Wirkungen dienten freilich nicht immer dem Schutz der Freigelassenen wie sonst, vgl. *Waldstein*, FS Knütel 1370. S. etwa die Erweiterung der Rechte des Patrons an den Gütern des Freigelassenen nach der *lex Papia*, falls es sich um *liberti centenarii* handelt: → Rn. 44–46; vgl. *Masi Doria*, Bona (1996) 136–140.

[180] Terent. 8 l. Iul. Pap. D. 40.9.32.1; dazu vgl. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 175–176.

[181] Cod. Theod. 4.6.3 = Const. C. 5.27.1 (a.336); dazu *Astolfi*, St. Guizzi I 52–58.

[182] Novell. Iust. 117.6 (a.542); vgl. *Astolfi*, St. Guizzi I 58.

[183] Paul. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.44 pr.–1. (*Lenel*, Pal. I 1125 Fn. 5: Evt. Paul. 2 l. Iul. Pap.); vgl. Paul. 2 l. Iul. Pap. D. 1.9.6; Paul. 2 l. Iul. Pap. D. 23.2.47.

[184] Sie behandelt aber die Ehe, nicht das Konkubinat; vgl. Novell. Marcian. 4.1, Novell. Iust. 117.6 und *Astolfi*, Lex Iulia et Papia (1996) 136–137.

[185] Cod. Theod. 4.6.3 = Const. C. 5.27.1 (a.336).

2. Verbot einer Verpflichtung zur Ehelosigkeit

63 Auch in Bezug auf die Kontrollgewalt, die Patrone über den Bereich des Liebes– und Sexuallebens und folglich über das Eheleben ihrer Untergebenen ausübten, ist die Beschränkung ihres Einflusses durch die augusteische Gesetzgebung zu beobachten. Durch ein Verbot der *lex Iulia de maritandis ordinibus* wurde ihnen untersagt, einem Freigelassenen oder einer Freigelassenen den Schwur abzuverlangen, nach ihrer Freilassung nicht zu heiraten.[186] Die Praxis des Schwures war offenbar darauf angelegt, die Entstehung von Familien Freigelassener mit legitimen Kindern zu verhindern. Diese Kinder hätten zumindest vor der *lex Papia* aufgrund des prätorischen Edikts die Patrone von jeder erbrechtlichen Nachfolge in das Vermögen ihrer Freigelassenen ausgeschlossen (→ Rn. 38). Dieses Verbot wurde in der Folgezeit durch die *lex Aelia Sentia* des Jahres 4 n. Chr. verschärft: Sowohl der Patron wie auch seine Söhne sollten im Fall einer Zuwiderhandlung des Patronatsrechts verlustig gehen.[187]

3. Vorteile für Freigelassene mit Kindern: Befreiung von Dienstleistungen und freies Testament (für *libertae*)

64 Abgesehen von den erbrechtlichen Aspekten konnte die Geburt von Kindern *in potestate* des Freigelassenen auch seine Verpflichtung zur Leistung der *operae* beeinflussen: Die Geburt zweier oder mehrerer Kinder[188] befreite ihn von dieser Pflicht.[189] Eine besondere Privilegierung folgt darüber hinaus aus der Ehegesetzgebung des Augustus, die das *ius liberorum* für die Familie der Freigelassenen ausführlich behandelte: Während der Patron bis zur *lex Papia* immer die Möglichkeit hatte, das Testament einer Freigelassenen zu kontrollieren, weil er diesem zustimmen musste, wurde nun eine Freigelassene, die vier Kinder geboren hatte (→ Rn. 49), von der Vormundschaft des Patrons befreit und erlangte auf diese Weise die *libera testamenti factio*.[190]

---

[186] Paul. 2 l. Ael. Sent. D. 37.14.6.4: *Lege Iulia de maritandis ordinibus remittitur iusiurandum, quod liberto in hoc impositum est, ne uxorem duceret, libertae, ne nuberet, si modo nuptias contrahere recte velint.* Zum Thema vgl. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 164–166; *Masi Doria*, GS Kupiszewski 123–140; *Masi Doria*, Lib. Am. Végh 75–91.

[187] Paul. 8 l. Iul. Pap. D. 37.14.15: *Qui contra legem Aeliam Sentiam ad iurandum libertum adegit, nihil iuris habet nec ipse nec liberi eius.* Wie es scheint, ist dadurch auch dem Schwur ‚*non tollere liberos*' des Freigelassenen jede Wirkung genommen; vgl. Paul. 2 l. Ael. Sent. D. 37.14.6 pr. Über das Institut des *tollere liberos*, mit einem kritischen Überblick der bisherigen Literatur: *Capogrossi Colognesi*, FS Knütel 131–146.

[188] Auch nur eines, wenn das gewaltabhängige Kind fünf Jahre alt wurde: Paul. 2 l. Iul. Pap. D. 38.1.37.1, dazu *Mette – Dittmann*, Ehegesetze (1991) 187.

[189] Paul. 2 l. Iul. Pap. D. 38.1.37 pr.; Alex. C. 6.3.7.1 (a.224). Vgl. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 170–171; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia (1996) 195–196; *Wacke*, in: Misc. Mainzer Akademie 153; *Masi Doria*, Lib. Am. Végh 78.

[190] Gai. 3.44: *Sed postea lex Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret* … Vgl. *Mette – Dittmann*, Ehegesetze (1991) 187.

4. Befreiung von Dienstleistungen für verheiratete oder fünfzigjährige Freigelassene

Wahrscheinlich gab es auch in der *lex Iulia de maritandis ordinibus* eine Regelung über die Befreiung von *operae* der verheirateten Freigelassenen.[191] Eine Freigelassene, die zwischen ihrem 20. und 50. Lebensjahr geheiratet hatte, war gegenüber dem Patron nicht zu Dienstleistungen verpflichtet;[192] denn dieser (er war normalerweise *tutor* der Freigelassenen) hatte die Ehe zugelassen.[193] Wenn er der Ehe zustimmt, verlieren sogar seine männlichen Söhne das Recht auf *operae*,[194] anders als die Patronin und die Töchter des Patrons.[195] Die Pflicht zur Leistung von Diensten wird aber erneuert, wenn die Ehe der Freigelassenen aufgelöst wird.[196] Die Befreiung wurde gewährt, um die Frau zu einer Heirat zu drängen. **65**

Ab Vollendung ihres 50. Lebensjahres konnte eine Freigelassene nach der *lex Papia Poppaea*[197] nicht mehr gezwungen werden, ihrem Patron Dienste zu leisten.[198] Das Alterskriterium stellt sich in den Quellen als allgemeine Grenze dar und unterscheidet nicht nach bestimmten zu leistenden *operae*.[199] Hinsichtlich männlicher Freigelassener findet sich eine entsprechende allgemeine Altersgrenze dagegen nicht.[200] **66**

5. Mit dem Patron verheiratete Freigelassene (Ehescheidung)

Die Kontrollgewalt des Patrons war dann stärker, wenn die Freigelassene seine Frau war. Das julische Gesetz *de maritandis ordinibus* enthielt nämlich ein Verbot für die Freigelassene, sich von ihrem Patron zu scheiden.[201] Wenn die Frau ohne Zustimmung ihres Ehemannes, der gleichzeitig auch ihr Patron war (*invito patrono*), sich schied, wurde ihr die *actio rei uxoriae* auf Rückgabe der Mitgift verweigert.[202] In diesem Fall konnte sie keinen anderen Mann heiraten (und nicht einmal eine informelle Beziehung – *concubinatus* – eingehen):[203] Tat sie es dennoch, war die Ehe nichtig.[204] Trotz der **67**

---

[191] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia (1996) 199–201.
[192] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia (1996) 199.
[193] Vgl. Ulp. reg. 11.22.
[194] Her. 2 iur. epit. D. 38.1.48 pr.; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 167–170.
[195] Her. 2 iur. epit. D. 38.1.48.2.
[196] Terent. 8 l. Iul. Pap. D. 38.1.14; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 169 f.
[197] Ulp. reg. 16.1; vgl. 16.3, 4 und Gnom. Idiol. 27–28.
[198] Paul. 2 l. Iul. Pap. D. 38.1.35: *Liberta maior quinquaginta annis operas praestare patrono non cogitur*. Vgl. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 174; s. *Masi Doria*, Lib. Am. Végh 75–90.
[199] Paul. 40 ed. D. 38.1.16.1: *Tales patrono operae dantur, quales ex aetate dignitate valetudine necessitate proposito ceterisque eius generis in utraque persona aestimari debent.*
[200] Aber s. Paul. l. patr. sing. D. 38.1.17.
[201] Vgl. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 165 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia (1996) 173–194.
[202] Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 24.2.11 pr., vgl. *Wacke*, in: Misc. Mainzer Akademie 140, 149–151.
[203] Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 24.2.11 pr. (mit Zitat von Iulianus).
[204] Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 24.2.11 pr.; Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 23.2.45 pr.; Alex. C. 5.5.1; andere Quellen, mit Diskussion der älteren Literatur, bei *Astolfi*, Lex Iulia et Papia (1996) 174 f.

Scheidung behielt sie die Rechten, die aus der Ehe stammten, bzw. konnte der Mann seine Patronatsrechte wie die *operae* nicht geltend machen.[205] Die *invito patrono* geschiedene Freigelassene konnte nicht von ihm *ab intestato* erben, denn sie durfte die *bonorum possessio unde vir et uxor* bei dem Prätor nicht beantragen.[206]

6. *Latini Aeliani* und *Iuniani*

68 Die *lex Aelia Sentia* (4 n. Chr.) stellte besondere Anforderungen an die Person des Freilassenden und des Freizulassenden: Sie setzte fest, dass die unter zwanzigjährigen Patrone nicht freilassen durften und dass den unter dreißigjährigen Sklaven grundsätzlich kein Bürgerrecht verleihen werden konnte; sie bestimmte auch, dass eine Freilassung nur im Wege der *manumissio vindicta* in Verbindung mit einer *iusta causa* möglich war, die von einem eigens bei den Gerichtsmagistraten bestellten *consilium* anerkannt werden musste.[207] Nur auf diese Weise konnten durch eine *manumissio vindicta* auch Sklaven unter 30 Jahren freigelassen werden und somit sowohl die Freiheit als auch das Bürgerrecht erlangen. Sklaven, die ohne Rücksicht auf diese Vorschriften freigelassen worden waren, erhielten kein römisches Bürgerrecht, sondern nur die Stellung der *Latini Aeliani*.[208] Das Gesetz verbot zudem die Freilassung zum Nachteil des Gläubigers (also Freilassungen durch einen insolventen Schuldner oder in einer Weise, dass durch die Freilassung und die dadurch eintretende Schmälerung des Vermögens der Schuldner insolvent wurde): Eine solcherart erfolgte *manumissio* wurde von der *lex Aelia Sentia* für nichtig erklärt.[209] Sklaven, die schwere Straftaten begangen hatten, erhielten bei einer Freilassung kein Bürgerrecht, sondern den *status* der *peregrini dediticii*[210] (und lebten so wie unterworfene Feinde).[211] Die *lex Iunia Norbana* (19 n. Chr.?)[212] sah vor,

[205] Alex. C. 6.3.9 (a.225); s. *Wacke*, in: Misc. Mainzer Akademie 152 f.; Vgl. auch Val. 5 fideic. D. 38.1.46: Der Patron konnte von seiner Freigelassenen, die auch seine *concubina* war, keine *operae* einfordern. Vgl. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 166–167.

[206] Ulp. 47 ed. D. 38.11.1.1.

[207] Gai. 1.38, dazu *Giménez-Candela*, SZ 113 (1996) 64–87.

[208] Gai. 1.18; Ulp. reg. 1.12 (nicht nur durch *manumissio vindicta*, aber auch *testamento*).

[209] Gai. 1.36–37; Paul. 3 l. Ael. Sent. D. 40.9.16.2.

[210] Gai. 1.13.

[211] Zur Definition: Gai. 1.14.

[212] Heute datieren die meisten Gelehrten die *lex Iunia* jedoch auf 25 oder 17 v. Chr., also in der augusteischen Zeit und vor der *lex Aelia Sentia*: *Treggiari*, Freedmen (1969) 30; *Sirks*, RIDA 28 (1981) 247–276; *Sirks*, RIDA 30 (1983) 211–292; *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985) 13; *López Barja de Quiroga*, Athenaeum 86/1 (1998) 137 f.; *Camodeca*, CErc 36 (2006) 199–200; vgl. *Mette – Dittmann*, Ehegesetze (1991) 19 f.; *Camodeca*, in: *Baccari/Cascione*, Tradizione (2006) 893 mit Lit.; *Camodeca*, TH I 70 s. mit Lit.; *Hirt Raj*, Historia 67 (2018) 288 f. nt. 1. Mit neuen Argumenten hat *Venturini*, BIDR 98 (1995) 219–242 die These unterstützt, dass die *Lex Iunia* mit der *Lex Iunia Norbana* aus dem Jahr 19 v. Chr. zu identifizieren sei. Nicht augusteisch, weil „fondamentalement favorable a l'affranchissement" ist sie für *Humbert*, in: Corbino et al., Homo (2010) 153 und Fn. 30; vgl. schon *Humbert*, Ktèma 6 (1981), 210 Fn. 10–12. S. *Pellecchi*, in: Ferrary/Moreau, LEPOR Notice 490 (= http://www.cn-telma./fr/lepor/Notice490/) *passim*, mit einer nützlichen Quellensammlung.

dass die durch eine prätorische Form Freigelassenen allein die Freiheit, nicht aber das Bürgerrecht, erhielten.[213] Technisch drückt dies sich darin aus, dass sie ihnen die Bedingungen der *Latini coloniari* (d. h. *Latini Iuniani*) zuschrieb. Die *liberti Latini* durften weder *testamentum facere* (Gai. 1.23, Ulp. reg. 20.14), noch *ex testamento alieno capere* (es sei denn, sie wurden innerhalb von 100 Tagen seit Eintritt des Erbfalls römische Bürger, Ulp. reg. 22.3); deren Vermögen kehrte quasi als *peculium servile* zum Patron zurück (Gai. 3.56 … *itaque iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent*). Nach der *lex Aelia Sentia* wurde ein Freigelassener mit seiner Frau und seinem Kind nach Prüfung durch einen Magistrat zum römischen Bürger erklärt, wenn er bei der Freilassung noch nicht 30 Jahre alt war, die Ehe vor sieben Zeugen (*cives Romani*) geschlossen war, seine Frau eine *civis Romana*, *Latina coloniaria* oder *Aeliana* war und das aus dieser Verbindung hervorgegangene Kind bereits ein Jahr Alter vorgegangen war (Gai. 1.29). Dies war eine weitere Möglichkeit zur Erlangung des römischen Bürgerrechts. Die interessante Geschichte von Venidius Ennicus, seiner Frau Livia Acte und deren kleinen Tochter, die uns von den Tabulae Herculanenses überliefert wird (*TH.* 5; *TH.* 89, ein Triptychon vom 23. März 62),[214] wirft, unter anderem, ein neues Licht auf das Verfahren der sog. *anniculi causae probatio*. In der Spätantike schließlich erhielten Sklaven durch sämtliche Formen der Freilassung die Freiheit und das Bürgerrecht – in einem Zusammenhang freilich, in welchem das Bürgerrecht jeden politischen Wert verloren hatte. Nur die Beschränkungen zu Gunsten von Gläubigern und Minderjährigen (für unter 18 – Jährige) blieben wirksam. Justinian hob 531 die *Latinitas Iuniana* auf und verlieh allen freigelassenen Sklaven das römische Bürgerrecht: Iust. C. 7.6.1 (a.531); Inst. 1.5.3; Inst. 3.7.4… *ut omnes liberti civitate Romana fruantur* …

IV. *Accusatio ingrati liberti* und *revocatio in servitutem*

Paul. 73 ed. D. 50.16.70: … *in lege Aelia Sentia filius heres proximus potest libertum* **69**
paternum ut ingratum accusare … In diesem Text des Paulus[215] wird das *ut ingratum*

[213] In Bezug auf den Zustand der *Latini Iuniani*, s. *López Barja de Quiroga*, in: Stud. Hist. Antig. (1986–87) 125–136; *Mette – Dittmann*, Ehegesetze (1991) 194; *Camodeca*, in: *Baccari/Cascione*, Tradizione (2006) 887–904; nun mit einer neuen Auslegung der Texte, *Nicosia*, Scr. Franciosi III 1829–1846, mit Lit.; vgl. auch *Rawson*, in: *Dasen/Späth*, Children (2010) 195–221; *Masi Doria*, Gerion 36/2 (2018) 555–571.

[214] Ausführlich *Camodeca*, CErc 36 (2006) 187–209; *Camodeca*, TH I 57–84.

[215] Vgl. auch Ulp. 4 l. Ael. Sent. D. 40.9.30 pr.–5: *Si quis hac lege servum emerit, ut manumittat, et non manumittente eo servus ad libertatem pervenerit ex constitutione divi Marci, an possit ut ingratum accusare, videamus. Et dici potest, cum non sit manumissor, hoc ius eum non habere.* 1. *Si filius meus ex voluntate mea manumiserit, an ut ingratum eum accusandi ius habeam, dubitari poterit idcirco, quia non manumisi: sed pro eo habendus sum, ac si manumisissem.* 2. *Sed si castrensem servum filius meus manumittat, dubio procul hoc ius non habebo, quia non ipse manumisi: ipse plane filius accusare poterit.*

accusare eines Freigelassenen auf die *lex Aelia Sentia* aus dem Jahre 4 n. Chr. zurückgeführt. Die sogenannte *accusatio ingrati liberti*[216] ist eine sonst nicht näher bekannte Klagemöglichkeit von Freilassern gegen ihre ehemaligen Sklaven, die es den Patronen ermöglichte, einzelne undankbare Freigelassene (*qui patrono obsequium non praestat* nach Paulus)[217] vor Gericht zu bringen.[218]

70 Die *accusatio ingrati liberti* war ausgeschlossen, wenn für den Patron eine Verpflichtung zur Freilassung bestand oder der Sklave sich mit eigenem Geld freigekauft hatte.[219] Nur wenn der Patron *nulla necessitate cogente* den Sklaven freigelassen hatte,[220] war sie möglich. Nach Paulus hat die *lex Aelia Sentia* nur dem *filius heres proximus* das Recht der *accusatio liberti paterni, ut ingratum* eröffnet.[221] Wenn der Patron den Freigelassenen einem seiner Söhne zugewiesen hatte (→ Rn. 78–79), kann nur dieser *libertum ingratum accusare.*[222]

71 Umstritten ist die vorgesehene Strafe[223] der *lex Aelia Sentia.* Nach Waldstein „lässt (sie) sich nur aus späteren Quellen entnehmen, wie etwa besonders aus einer Aussage von Ulpian 9 off. procons.“,[224] wo festgestellt ist, dass die Provinzstatthalter die Be-

---

3. *Tamdiu autem accusare quis poterit, quamdiu perseverat patronus. 4. Quotiens autem patroni libertum volunt accusare, utrum omnium consensus necessarius sit an vero et unus possit, videamus. Et est verius, si saltem in unum hoc commiserit, eum ut ingratum accusari, sed omnium consensum necessarium, si sint eiusdem gradus.* 5. *Si pater libertum uni ex filiis adsignaverit, solum eum accusare posse Iulianus scripsit: solum enim patronum esse.*

[216] *Wilinski*, St. Volterra II, 559–569; *Mantello*, Beneficium (1979) 79–83; *Fabre*, Libertus (1981) 77; *Sargenti*, ACost VIII 182–197; *Waldstein*, in: *Seifert*, Dankbarkeit (1992) 135–147; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 61 f.; *Waldstein*, s. v. Accusatio ingrati liberti, HAS; *Mette – Dittmann*, Ehegesetze (1991) 192; *Signorini*, Adsignare libertum (2009) 21–25.

[217] Paul. sent. 1.1b.2 = Paul. 1 sent. D. 37.14.19: *Ingratus libertus est, qui patrono obsequium non praestat vel res eius filiorumve tutelam administrare detractat.*

[218] *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 64.

[219] Ulp. 6 disp. D. 40.1.4.1; dazu *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 44–46; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) bes. 31–39.

[220] Ulp. 38 ed. D. 38.1.13.1.

[221] Paul. 73 ed. D. 50.16.70.

[222] Ulp. 4 l. Ael. Sent. D. 40.9.30.5. Dazu *Signorini*, Adsignare libertum (2009) 21–25.

[223] Die Stellen bezüglich der *accusatio ingrati liberti* beziehen sich vielmehr auf Probleme der Prozessvertretung und der Aktivlegitimation und weniger auf die strafrechtliche Sanktion (D. 3.3.35.1; D. 37.15.3,4; D. 40.9.30; D. 50.16.70; Paul. sent. 5.16.11; C. 6.3.8; C. 6.7.1). *Wilinski*, St. Volterra II 559–569, stellt auf Grund der *sententiae et epistulae divi Hadriani* (Goetz C. G.L. III 31 s.) die Vermutung an, dass möglicherweise die Strafe der *lex Aelia Sentia* in einer Verurteilung zu Zwangsarbeiten hätte bestehen können, vgl. auch *Mommsen*, Strafrecht 952 Fn. 1 und *Nogrady*, Strafrecht (2006) 292 (eine Form des *opus publicum*).

[224] Ulp. 9 off. procons. D. 37.14.1. Wie an dieser, so erwähnen auch weitere Stellen Strafen gegen undankbare und aufsässige (*Kaser*, SZ 58 (1938) 129 f.), aber es handelt sich dabei um Erklärungen der *coercitio* des *p. urbi* und der Provinzstatthalter; vgl. *Wilinski*, St. Volterra II 561 Rn. 10, anders *Nogrady*, Strafrecht (2006) 292: Es handele sich um „eine Straftat, die *pro tribunali* verhandelt wurde“.

schwerden der Patrone gegen die Freigelassenen anhören müssen und diese Beschwerden nicht auf die leichte Schulter nehmen dürfen.

Eine *revocatio in servitutem*, Widerruf der Freilassung, auch für schwerste Verfehlungen war noch nicht von der *lex Aelia Sentia* vorgesehen. In diesem Zusammenhang ist jedoch ein Bericht des Tacitus (ann. 13.26 f.)[225] über eine Diskussion zur Zeit des Nero, im Jahre 57 n. Chr., bedeutsam.[226] Wie Tacitus schreibt, sei im römischen Senat *de fraudibus libertorum* verhandelt worden.[227] Die Freigelassenen seien mit ihren Patronen vielfach mit unglaublicher Unverschämtheit umgegangen. Die Senatoren hätten daher darauf gedrungen, dass den Patronen das Recht verliehen werde, die Freiheit zu widerrufen. Dieser Antrag sei aber nicht befürwortet worden, weil „die Schuld weniger nur diesen selbst schaden dürfe". Kaiser Nero genehmigte diese Vorgehensweise.[228] Wäre die *revocatio in servitutem* bereits allgemein eingeführt gewesen, wären der von Tacitus berichtete Antrag an den Senat und die Diskussion darüber überflüssig gewesen. Wie Waldstein bemerkt,[229] entschied noch Diokletian, „der in der Tradition des klassischen römischen Rechts steht", dass *semel praestitam libertatem revocari non licet.*[230] Commodus gestattete die *revocatio in servitutem* erst als schwerstmögliche Strafe für einen körperlichen Angriff auf den Patron, und das auch nur, nachdem die Patronatsrechte wiedergestellt worden waren und sich die Beziehung dennoch nicht gebessert hatte. Außerdem sollte der Freigelassene durch den Staat verkauft werden und nicht weiter unter seinem alten Herrn dienen (*a praeside emptori addicentur et pretium patronis tribuetur*).[231] 72

Als Rechtseinrichtung erscheint der Vorgang erst in der nachklassischen Zeit.[232] Beginnend mit dem Dominat wird gemeinhin als ordentliche Strafe die *revocatio in servitutem* zur Anwendung gebracht, die erstmals in einer Konstitution des Konstantin aus dem Jahre 326 bezeugt ist.[233] So lautet die Konstitution: „Wenn sich ein Freigelassener 73

[225] Aus dem Text des Tacitus könnte man die Strafe der *relegatio* entnehmen, vgl. nun *Nogrady*, Strafrecht (2006) 291.

[226] S. *Wilinski*, St.Volterra II 559–569; *Waldstein*, in: *Seifert*, Dankbarkeit (1992) 135–147; *Waldstein*, s. v. Accusatio ingrati liberti, HAS; *Sargenti*, ACost. VIII 182–197.

[227] Dazu ausführlich *Waldstein*, in: *Seifert*, Dankbarkeit (1992) 142–144; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 61 f. mit Fn. 110.

[228] Vgl. Tac. ann. 13.27. Nach einem Zeugnis Suetons hat schon Claudius in Einzelfällen die Rückführung in die Sklaverei ermöglicht: Suet. Claud. 25.1: … *ingratos et de quibus patroni quaererentur revocabit in servitutem* … Vgl. *Mouritsen*, Freedman (2011) 55.

[229] *Waldstein*, s. v. Accusatio ingrati liberti, HAS.

[230] C. 7.16.20.

[231] Mod. l. manum. sing. D. 25.3.6.1; *Watson*, Roman Slave Law (1987) 17–18; *Mouritsen*, Freedman (2011) 56.

[232] So *Kaser*, RP II 292 f.

[233] C. 6.7.2; vgl. Cod. Theod. 4.10.1. Dazu *Sargenti*, ACost. VIII 182–197; *Waldstein*, in: *Seifert*, Dankbarkeit (1992) 135–147; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 61 Fn. 110; *Waldstein*, s. v. Revocatio in servitutem, HAS; *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 68–71. Speziell zu diesem Thema vgl. jetzt *Annunziata*, Sedula servitus (2020).

gegenüber seinem Patron als undankbar erweist und in irgendeiner Prahlerei oder Widersetzlichkeit sich gegen den Patron auflehnt, dann soll er vom Patron wieder in das Eigentum genommen werden, wenn die gerichtliche Prüfung der Beschwerden des Patrons den Freigelassenen tatsächlich als undankbar erweist".[234] Konstantin selbst schloss davon die Söhne der Freigelassenen, die schon *ingenui* waren, aus, weil ihnen die Vergehen der Eltern nicht schaden sollten (*quoniam illis delicta parentium non nocent*).[235]

74 Später wurden diese Gesetze weiter verschärft. Im Jahr 423 konnten auch die Kinder von Freigelassenen, obwohl *ingenui*, in die Sklaverei zurückgeführt werden, wenn sie sich als undankbar erwiesen hatten.[236] Mit der Novelle 25 hat Valentinian III. den Erben bzw. Kindern des Freilassers die *revocatio in servitutem* verboten. Diese Novelle wurde aber nicht in den Codex Justinians aufgenommen.

V. *Restitutio natalium* und *ius anuli aurei*

75 Durch kaiserlichen Gnadenakt[237] konnte der Freigelassene die Rechtsstellung eines Freigeborenen erwerben (*natalibus restitutio* bzw. *natalium restitutio*).[238] Da die Freigelassenen mit diesem *beneficium*[239] zu Freigeborenen *(ingenui)* erklärt wurden,[240] verloren die Freilasser ihre Patronatsrechte. Wenn der *restitutus* in seiner Anfrage beim Kaiser behauptet hatte, freigeboren zu sein, und er stattdessen als Sklave geboren worden war, so hat seine Anfrage keine Wirkung, auch wenn sie angenommen worden war.[241] Normalerweise erhielten die Kaiser die Zustimmung des Patrons für die Anordnung.[242] Eine derartige Zustimmung war erforderlich, weil der kaiserliche Akt den Verlust der Rechte des Patrons bedeutete, insbesondere derjenigen, die sich auf die Erbfolge bezogen.[243] Mit Zustimmung des Patrons zur *restitutio* musste dem Freige-

---

[234] So die Übersetzung *Waldsteins* (s. v. Revocatio in servitutem, HAS) der Konstitution Kaisers Konstantins.

[235] C. 6.7.2 pr.

[236] Vgl. Honor./Theodos. C. 6.7.3 (a.423) = Cod. Theod. 4.10.2 pr.; Theodos/Valentin. C. 6.7.4 (a.426) = Cod. Theod. 4.10.3; s. *Annunziata*, Sedula servitus (2020) 45–50.

[237] Diocl. C. 6.8.1 (a.290/293); vgl. *Giménez – Candela*, Iura 32 (1981) 53; Ulp. 2 resp. D. 40.11.1; Scaev. 6 resp. D. 40.11.3.

[238] Marcian. 1 inst. D. 40.11.2; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 296–299; *Lemosse*, FS Triantaphyllopulos 239–246; *Waldstein*, FS Knütel 1382.

Scaev. 6 resp. D. 40.11.3; *Masi Doria*, Bona (1996) 388–394; *Lemosse*, in: FS Triantaphyllopulos 239–246; *Waldstein*, FS Knütel 1382; *Seelentag*, Ius pontificium (2014) 184 f.

[239] Scaev. 6 resp. D. 40.11.3.

[240] Marcian. 1 inst. D. 40.11.2; Mod. 7 reg. D. 40.11.5.1.

[241] Ulp. 2 resp. D. 40.11.1.

[242] Marcian. 1 inst. D. 40.11.2. Auf der Basis dieses Textes schreibt *Waldstein*, FS Knütel 1382, dass „die Kaiser die *natalibus restitutio* auch ohne Zustimmung des Patrons gewähren konnten, auch wenn sie es nicht leicht taten".

[243] Ulp. 41 ed. D. 38.2.3.1: *Plane si natalibus redditus sit, cessat contra tabulas bonorum possessio;*

lassenen die Ingenuität zuerkannt werden, was das Erlöschen der Patronatsrechte zur Folge hatte.[244] Auch weibliche Freigelassene konnten die *restitutio* fordern und erhalten.[245]

Ansonsten blieb das Patronatsrecht im Fall der Erteilung des *ius anuli aurei* (Ehrenzeichen der Ritter) an den Freigelassenen bestehen.[246] Es ist nicht unwahrscheinlich, dass am Anfang des Prinzipats das Recht des goldenen Ringes dem Empfänger, der ein Freigelassener war, die Befreiung von den Verpflichtungen gegenüber seinem Patron gewährte. Seit Hadrian begannen jedoch die Zugeständnisse, die die Rechte des Freilassers erhalten sollten. In noch späterer Zeit wurde der Ring nur ein Ehrenzeichen, dessen Verleihung das Recht des Patrons und seiner Nachkommen nicht berührte[247] und den Einstieg in die Klasse der Ritter nicht zur Folge hatte.[248] Erstaunlich ist, dass der Freigelassene, der das Recht des Ringes erhalten hatte, zwar als freigeboren betrachtet werden konnte, sein Patron jedoch seine Rechtsstellung gegen ihn behielt.[249]. **76**

Natalium restitutio und *ius anuli aurei* bestehen weiter in der Spätantike. Justinian verallgemeinerte die Stellung des Freigeborenen für alle Freigelassenen,[250] auch ohne die Verleihungen der *restitutio natalibus* oder des Rings;[251] die Patronatsrechte wurden aber beibehalten.[252] **77**

Marcian. 1 inst. D. 40.11.2: … *nec patronus eius ad successionem venire.* Der Verlust des Erbrechts ist der Grund für die Notwendigkeit der Zustimmung auch des Sohnes des Patrons: Paul. 4 sent. D. 40.11.4.

[244] Mod. 7 reg. D. 40.11.5 pr.: *Patrono consentiente debet libertus ab imperatore natalibus restitui: ius enim patroni hoc impetrato amittitur.*

[245] Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 40.10.4.

[246] *Masi Doria*, Bona (1996) 389–393; über die Entstehung des *ius anuli aurei* s. *Lemosse*, in: FS Triantaphyllopulos 240 f.; vgl. auch *Demougin*, in: *Nicolet*, Ordres à Rome (1984) 217–241; *Eck*, in: *Demougin/Devijver et al.*, L'ordre équestre, 16 f. (und Anhang I 23–26), bemerkt, dass nur rund 25 Freigelassene von der Triumviratszeit bis ins 3. Jh. hinein zu finden sind, die entweder nachweisbar den Übergang vom *ordo libertorum* zum *equester ordo* schafften oder zumindest das Recht erhielten, *anuli aurei* zu führen; s. auch *Seelentag*, Ius pontificium (2014) 180–182, mit weiteren Hinweisen zur Literatur.

[247] Frg. Vat. 226: *Ius anulorum ingenuitatis imaginem praestat salvo iure patronorum patronique liberorum*; Ulp. 41 ed. D. 38.2.3 pr.: *Etiamsi ius anulorum consecutus sit libertus a principe, adversus huius tabulas venit patronus, ut multis rescriptis continetur: hic enim vivit quasi ingenuus, moritur quasi libertus*; Paul. 9 l. Iul. Pap. D. 40.10.5: *Is, qui ius anulorum impetravit, ut ingenuus habetur, quamvis in hereditate eius patronus non excludatur.*

[248] *Masi Doria*, Bona (1996) 389 Fn. 369 (mit Hinweisen zu Quellen und Literatur).

[249] Ulp. 1 l. Iul. Pap. D. 40.10.6. In Bezug auf die Unterschiede zwischen *restitutio natalium* und *ius anuli aurei* s. *Lemosse*, in: FS Triantaphyllopulos 241–246. S. auch Diocl. C. 6.8.2 (a.294).

[250] Iust. C. 6.4.3 (a.529), vgl. Iust. C. 6.4.4.26 (a.531).

[251] Novell. Iust. 78.1–2 (a.539).

[252] *Kaser*, RP II 142.

VI. *Adsignatio libertorum*

78 Nach dem Tod des Patrons wurden die Patronatsrechte an den Freigelassenen unter seinen ehedem gewaltabhängigen Kindern aufgeteilt. Ein *senatus consultum de adsignandis libertis* (*Ostorianum*?) des Jahres 44 n. Chr.[253] änderte die Nachfolge in die Patronatsrechte.[254] Infolge des Senatsbeschlusses konnte der Patron eines seiner gewaltabhängigen Kinder (*iustis nuptiis*)[255] als alleinigen Patron (oder Patronin) für einen jeden seiner Freigelassenen bestimmen.[256]

79 Die Zuweisung an einen alleinigen Patron konnte im Testament erfolgen,[257] offenbar aber auch ohne eine vorgeschriebene Form.[258] Damit konnte man auch verschiedene Freigelassene mehreren Kindern (wobei jedes Kind Patron eines oder mehrerer Freigelassenen wurde) zuweisen. Wurde das begünstigte Kind emanzipiert und war damit nicht mehr gewaltabhängig, war die Zuweisung nicht mehr gültig.[259] Wenn die begünstigte Person ohne gewaltabhängige Kinder gestorben war (oder eine *capitis deminutio maxima* oder *media* erlitten hatte: *si in civitate desisset*), wurden die festgesetzten Rechte an die anderen Kinder des Freilassers übertragen.

VII. Der Verzicht auf das Patronat

80 Erst im justinianischen Recht erscheint die Möglichkeit eines Erlöschens des Patronats durch Verzicht.[260] So wird in C. 6.4.3[261] der Verzicht *ex sola verborum conceptione* „legalisiert"; es ist aber unmöglich festzustellen, ob schon zuvor (und in welcher Form) die Möglichkeit eines Verzichts bestand.[262]

---

[253] Inst. 3.8.3, TPSulp. 1 bis 3.

[254] *Albanese*, Persone (1979) 71; *Talbert*, Senate (1984) 440; *Lamberti*, Postumi I (1996) 58–59; *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) 177–180, 434; umfassend nun *Signorini*, Adsignare libertum (2009).

[255] Aber auch ein *postumus*: Pomp. 4 sen. cons. D. 38.4.13.1.

[256] Der Wortlaut des *Senatusconsultum* findet sich in Ulp. 14 Sab. D. 38.4.1; Pomp. 4 sen. cons. D. 38.4.13.2. Vgl. Inst. 3.8.2,3.

[257] Sie kann gleichzeitig auch eine testamentarische Freilassung sein: Pomp. 4 sen. cons. D. 38.4.13 pr.

[258] Ulp. 14 Sab. D. 38.4.1.3 (der Text ist aber der Interpolation verdächtigt): *verbis vel nutu, vel testamento vel codicillis vel vivus.*

[259] Inst. 3.8.2,3.

[260] Vgl. in diesem Sinne *La Pira*, Successione (1930) 196, 401 Fn. 2; *Kaser*, SZ 58 (1938) 127; *Harada*, Der Verzicht, SZ 58 (1938) 136–160.

[261] Iust. C. 6.4.3 (a.529). Vgl. auch Iust. C. 6.4.4 (a.531) und s. *Barschdorf*, Freigelassene (2012) 71.

[262] So bleibt fraglich, ob die papyrologischen Zeugnisse über nicht rein mündliche Verzichte, die *Harada*, SZ 58 (1938) 136–160, für griechisch – ägyptisch aus dem 2. bis 3. Jh. hält, in einen römischrechtlichen Kontext eingebettet werden können.

§ 38 Rechtsobjekte und Sachkategorien

Ralph Backhaus

Kaser, Zum römischen Grabrecht, SZ 95 (1978) 15–92; *Schermaier*, Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht, 1992; *Bretone*, I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura, 1998; *Becker*, Die „res" bei Gaius – Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht, 1999; *Zoz de Biasio*, Riflessioni in tema di res publicae, 1999; *Cardilli*, La nozione giuridica di fructus, 2000; *Fiorentini*, Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico, 2003; *Behrends*, Die allen Lebewesen gemeinsamen Sachen, in: Behrends, Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen. Ausgewählte Aufsätze II 2004, 599–625; *Baldus*, Res incorporales im römischen Recht, in: Leible/Lehmann et al. (Hgg.), Unkörperliche Güter im Zivilrecht, 2011, 7–31; *Giglio*, Coherence and Corporeality: On Gaius II, 12–14, SZ 130 (2013) 127–163.

Inhalt Rn.

I. Bedeutungen von *res* 1
II. Nicht verkehrsfähige Sachen (*res quorum commercium non est*) 2
1. Sachen göttlichen Rechts *(res divini iuris*) 3
a. Den Gottheiten geweihte Sachen *(res sacrae)* . . . . . [redacted]
b. Dem Totenkult geweihte Sachen *(res religiosae)* . . . . . [redacted]
c. Unter Schutz der Götter stehende Sachen *(res sanctae)* . . . . . [redacted]
2. Verkehrsunfähige Sachen menschlichen Rechts *(res humani iuris extra commercium*) 9
a. Öffentliche Sachen *(res publicae)* . . . . . [redacted]
b. Allen gemeinsam zustehende Sachen *(res communes omnium)* . . . . . [redacted]
III. Verkehrsfähige Sachen (*res privatae, res quae singulorum hominum sunt*) 13
1. Körperliche und unkörperliche Sachen (*res corporales und res incorporales*) 13
2. Manzipierbare und nicht manzipierbare Gegenstände (*res mancipi und res nec mancipi*) 14
3. Bewegliche Sachen und Grundstücke (*res mobiles und immobiles*) 15
4. Vertretbare und verbrauchbare Sachen 17
IV. Einheitliche und zusammengesetzte Sachen, Sachgesamtheiten 18
1. Einheitliche Sachen (*res quae sine interitu dividi non possunt*) 19
2. Zusammengesetzte Sachen (*corpora ex contingentibus*) 20
3. Sachgesamtheiten bzw. Gesamtsachen (*corpora ex distantibus*) 22
V. Zubehör (*accessio, instrumentum*) 23
VI. Früchte 24

I. Bedeutungen von *res*[1]

1 Der Begriff *res* wird im Sachenrecht in unterschiedlichem Sinn verwendet:[2] (1) Meist bezeichnet *res* einen körperlichen Gegenstand; hierzu gehören auch Sklaven, obwohl sie zugleich *personae* sind.[3] Nur an *res* in diesem Sinn kann es Eigentum und Besitz geben. (2) Daneben wird *res* zur Bezeichnung aller Rechtsobjekte verwendet; hierzu gehören dann auch unkörperliche Gegenstände (*res incorporales*) wie Erbschaft, Nießbrauch und Forderung,[4] ferner alles, was Gegenstand einer Verfügung sein kann, also auch Hauskinder, die manzipiert werden und Frauen, die in die eheliche Gewalt gelangen sollen.[5] (3) In einem noch weiteren Sinn kann *res* das Vermögen schlechthin oder ein Sondervermögen wie etwa eine Mitgift (*res uxoria*) meinen. Der Begriff *res* wird hier ähnlich gebraucht wie *patrimonium, pecunia* oder *bona.*[6]

II. Nicht verkehrsfähige Sachen (*res quorum commercium non est*)

2 Bestimmte Sachen sind dem (Privat-)/Rechtsverkehr entzogen.[7] Hierzu findet sich bei *Gaius* folgende Systematik:[8] Sachen sind entweder göttlichen (*divini iuris*) oder

---

[1] Ältere Lit. bei *Kaser*, RP I 376 Fn. 1; *Kaser*, RP II 591.

[2] Zu weiteren Bedeutungen H-S, Handlexikon s. v. *res*; *Becker*, Res (1999) 31–33. Zur Frage eines einheitlichen Gebrauchs des Begriffs in den verschiedenen Schriften des Gaius s. *Baldus*, AUPA 55 (2012) 53–70.

[3] Gai. 2.13 (*homo* als *res*); Gai. 1.9 (*servus* als *persona*). Zu Sklaven und Tieren als *genus rei Onida*, Animali (2012) 121–123.

[4] Gai. 2.12–14. S. auch Ulp. 14 ed. D. 50.16.23; Ulp. 15 ed. D. 5.3.18.2; Cic. top. 5.26 f.; Sen. ep. 6.58.11; hierzu *Bretone*, in: Accademia nazionale dei Lincei, Filellenismo (1996) 130–132; *Bretone*, Fondamenti (1998) 173–177. Zur Affinität der *res incorporales* zu den heutigen Immaterialgüterrechten *Turelli*, TSDP 5 (2012) 15–30.

[5] Gai. 1.113, 120 (*et liberae personae mancipantur*); dazu *Pugliese*, Sat. Feenstra 43–57; *Wolf*, Mél. Magdelain 503; *Wolf*, FS Behrends 616–620 (zum *filius familias*).

[6] Zu *patrimonium* Paul. 2 ed. D. 50.16.5 pr.; zu *pecunia* als Bezeichnung für *hereditas* Cic. top. 5.29; zu *bona* Ulp. 59 ed. D. 50.16.49. Zu diesen und weiteren Bedeutungen *Becker*, Res (1999) 32 f.; *Bretone*, Fondamenti (1998) 43–46 mit Rez. *Burdese*, Labeo 45 (1999) 98–110; *Chiusi*, FS Mayer-Maly (2002) 103–110; *Gröschler*, SZ 117 (2000) 580 f.; *Biscotti*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico I (2016) 15–58.

[7] Cels./Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6 pr. (*quorum commercium non sit*). Zum *commercium Mayer-Maly*, TR 71 (2003) 1 f. S. aber auch Gai. 2.1 (*res quae extra nostrum patrimonium habentur*, was herrenlose, aber gleichwohl verkehrsfähige Sachen einschließt). Zu dieser Differenzierung *Grosso*, Problemi (1974) 21–24; zu ihrer praktischen Relevanz *Busacca*, Classificazione (1981) 125 (keine Bedeutung für die Einteilung der Sachen; zu älterer Lit a. a. O. 95–118); *Genovese*, St. Nicosia IV 110–114; *Genovese*, St. Labruna IV 2165–2167 (nur Beschreibung der *condizione attuale di essere parte o meno del patrimonio*) mwN. a. a. O. 2134 Fn. 5 und 2135 Fn. 6; anders *Falcone*, AUPA 55 (2012) 150–161 (Ansatz von Gai. 2.1 wird in Gai. 2.14 fortgeführt). Zu den *res extra commercium* als einer offenen, auf Expansion ausgerichteten Sachkategorie *Milazzo*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico I (2016) 373–404.

[8] Zu ihr knapp und treffend *Becker*, Res (1999) 35–44; ferner *Plescia*, Index 21 (1993) 433–435; *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 15–29.

menschlichen Rechts (*humani iuris*). *Divini iuris* sind geweihte Sachen (*res sacrae*), belegte Grabstätten (*res religiosae*) und Sachen, die unter dem Schutz der Götter stehen (*res sanctae*);[9] an ihnen sind Rechte Privater nicht möglich.[10] Aber auch *res humani iuris* sind nur verkehrsfähig, wenn sie einzelnen Rechtssubjekten zugewiesen sind (*res privatae*),[11] nicht aber, wenn sie dem Staat (*res publicae*) oder allen Menschen gemeinsam zustehen (*res in publico usu*, *res communes omnium*).[12] Die Spätzeit nimmt im Westen in Vereinfachung dieser Systematik eine Dreiteilung in *res nostri*, *divini* und *publici iuris* vor;[13] Justinian unterscheidet in Anknüpfung an Gaius und Marcian fünf verschiedene Sachkategorien (*res communes omnium, res publicae, res universitatis, res nullius, res singulorum*).[14] (→ Rn. 12)

1. *Sachen göttlichen Rechts* (*res divini iuris*)

a. Den Gottheiten geweihte Sachen (*res sacrae*)[15]

Wird eine Sache den Göttern (*diis superis*) geweiht (etwa: Altäre, Tempel und darin befindliche Statuen), ist sie dem Privatrechtsverkehr entzogen.[16] Die Widmung erfolgt 3

[9] Gai. 2.2;2.8; Gai. 2 inst. D. 1.8.1 pr.; s. auch Marcian. 3 inst. D. 1.8.6.2–5. Dabei gehören „in gewisser Weise" *res sacrae* den Göttern, *res religiosae* den Verstorbenen und *res sanctae* dem Volk, dazu *Maddalena*, SDHI 79 (2013) 1062. Zu den drei Subkategorien *Rives*, in: *Tellegen-Couperus*, Law and Religion (2012) 176–180 (Entstehung); *Malenica*, Diritto@storia 12 (2014) 11 (*res sacrae* und *religiosae* einerseits und *res sanctae* andererseits als Subkategorien der *res divini iuris*). Zur Unvollständigkeit von Gai. 2 inst. D.1.8.1 pr. (Fehlen der in Gai. 2.4 überlieferten Definitionen) *Kaiser*, Index 44 (2016) 11–20 mit Textrekonstruktion unter Hinweis auf Stephanus BS 2744, 7–15; danach hatte es in Gai. 2 inst. D. 1.8.1 pr. geheißen: *sacrae sunt, quae deo consecratae sunt, religiosae, quae iustae sepulturae destinatae sunt.*

[10] Gai. 2.9; s. auch Marcian. 3 inst. D. 1.8.6.2; Inst. 2.1.7 (*nullius in bonis*); Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6 pr. (*emere non posse*); Ulp. 68 ed. D. 1.8.9.5 (keine *aestimatio*); C. 1.2.21 (529) (keine Belastung). Zu ihrer Behandlung im Prozess *Thomas*, Ann. Hist. Sc. Soc. 57 (2002) 1431–1462.

[11] Gai. 2.11. Zur *hereditas iacens* Gai. 2.9. Zu *res nullius Busacca*, Classificazione (1981) 61–69; *Giagnorio*, TSDP 6 (2013) 17 f.

[12] Gai. 2.11; s. auch Marcian. 3 inst. D. 1.8.2 pr., 1; zur Verpfändung von *res* einer *civitas Trisciuoglio*, TSDP 12 (2019) 6–13 unter Hinweis auf Marcian. L. sing. ad form. hypoth. D. 20.1.11; *Trisciuoglio/Martínez Vela*, RGDR 32 (2019) 4–9 (spanische Fassung).

[13] Gai. epit. 2.1.1.

[14] Inst. 2.1.1; *Busacca*, Classificazione (1981) 69–71; *Genovese*, St. Labruna IV 2167–2176.

[15] Ältere Lit. bei *Kaser*, RP I 378 Fn. 17; *Kaser*, RP II 591; jüngst zu den *res sacrae*: *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 37–45.

[16] Pap. 3 resp. D. 18.1.73 pr.; Marcian. 3 inst. D. 1.8.6.3 (auch nach Einsturz des Tempels kein Verkauf des Grundstücks); Ulp. 68 ed. D. 1.8.9 pr.; zu Kaiserstatuen als *res sacrae* nach Einbringung in einen Tempel *Tellegen*, in: Zlinszky, Questions de responsabilité (1993) 339, 347 f. (zu Plin. ep. 10.8 f.). Zu Orten, an denen sakrale Gegenstände aufbewahrt werden (*sacrarium*), Ulp. 68 ed. D. 1.8.9.2; zum *bosco sacro* s. *Triggiano*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico (2016) I 473–525. S. ferner den Überblick bei *Spina*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico I (2016) 317–329.

durch einen öffentlichen Akt,[17] der als *consecratio* (sakrale Komponente) oder *dedicatio* (profane Komponente) bezeichnet wird.[18] Jedenfalls bei öffentlichen Sachen (*res publicae*)[19] muss diese Widmung *ex auctoritate populi Romani* erfolgen, also durch den zuständigen Magistrat, der hierzu durch Gesetz, *senatus consultum* oder kaiserlichen Akt ermächtigt sein muss.[20] In den Provinzen hat man auf die *auctoritas populi* verzichtet.[21] Eine Profanierung von *res sacrae* ist möglich, ebenso eine nachfolgende Rückkehr in den Status der *res sacra*.[22] Der Schutz der *loca sacra* erfolgt durch Interdikte (→ § 66 Rn. 29, 39).[23]

4 In der Spätantike kommt es hier unter christlichen Einflüssen zu erheblichen Veränderungen. *Res sacrae* sind nunmehr Kirchengebäude, Klöster, Geschenke der Gläubigen an die Kirche und für den Gottesdienst bestimmte Gegenstände;[24] sie gehören als *res ecclesiastici iuris* den Kirchen.[25] Zuständig für die Weihe, die durch Gebet und Aufstellen des Kreuzes vollzogen wird, sind die Bischöfe.[26] Die Veräußerung und Verpfändung dieser *res sacrae* ist grundsätzlich verboten; doch gibt es Ausnahmen.[27] Soweit diese Ausnahmen nicht vorliegen, sind Verfügungen unwirksam; die Kirchen haben ein Rückforderungsrecht, während das ihnen Geleistete zu ihren Gunsten verfällt.[28]

---

[17] Ulp. 68 ed. D. 1.8.9 pr. (*publice sunt dedicata*).

[18] Hierzu *Mutel*, Mél. Falletti 392–399 (*dedicatio*), 399–406 (*consecratio*); *Kaser*, SZ 95 (1978) 32; *Tellegen*, in: Zlinszky, Questions de responsabilité (1993) 339. Zur Beteiligung der *pontifices* an der *consecratio Rives*, in: Tellegen-Couperus, Law and Religion (2012) 170; eingehend zur *consecratio* sowie zu Ausnahmen hiervon *Ramon*, in: Garofalo, Beni di interesse publico I (2016) 264–283.

[19] Ulp. 68 ed. D. 1.8.9.1 (*locum publicum*).

[20] Gai. 2.5: *consecratio lege aut senatus consulto*; Ulp. 68 ed. D. 1.8.9.1: *dedicatio* durch den *princeps* oder mit dessen *potestas*; s. auch Cic. ad Att. 4.2.3; Liv. 9.46.6 f.

[21] Gai. 2.7.

[22] Pomp. 26 Q. Muc. D. 11.7.36 (Tempel in Feindes Hand); Paul. 72 ed. D. 45.1.83.5; dazu *Mutel*, Mél. Falletti 406–411; *Nörr*, SZ 126 (2009) 29 f.

[23] Ulp. 68 ed. D. 43.6.1 pr.; Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.19; dazu *Labruna*, Vim fieri veto (1971) 77–83; *Alburquerque*, Protección (2002) 102 f. (mit älterer Lit. Fn. 172); *Spina*, in: Garofalo, Beni di interesse publico I (2016) 334–356 (auch zur *lex Iulia peculatus* in D. 48.13).

[24] Zu den Kirchen (*aedes sacrae*) Inst. 2.1.8, zu den Klöstern (*μοναστήριον*) Novell. Iust. 5.1 (a.535), zu Spenden an die Kirche (*dona*) und Gerätschaften für den Gottesdienst C. 1.2.21 pr. (a.529). Dazu *Sargenti*, Labeo 40 (1994) 312.

[25] Gai. ep. 2.1.1.

[26] Novell. Iust. 5.1 (a.535); 67.1 (a.538); 131.7 (a.545).

[27] Iust. C. 1.2.21.2 (a.529); Inst. 2.1.8; Novell. Iust. 120.10 (a.544): Freikauf von Gefangenen; Anast. C. 1.2.17.1; Novell. Iust. 46.1, 2 (a.537): Schuldtilgung. Novell. Iust. 7.2.1 (a.535); 120.1 (a.544): Tausch mit dem Kaiser.

[28] Iust. C. 1.2.21 pr. (a.529); dazu *Murga*, Res divini iuris (1971) 19–21, 55–61; *Murga*, RIDA 18 (1971) 561–589; *Murga*, AHDE 41 (1971) 555–638.

b. Dem Totenkult geweihte Sachen (*res religiosae*)[29]

Private Grundstücke oder Teile davon werden mit der (dauerhaft gewollten)[30] Bestattung eines Verstorbenen durch den hierzu Berechtigten den *diis manibus* geweiht und damit zu *res religiosae*.[31] Dies hat zur Folge, dass sie aus dem Privatrechtsverkehr ausscheiden,[32] soweit die Grabfläche reicht.[33] Für Flächen, auf denen lediglich Denkmäler (*monumenta*) errichtet wurden, gilt das jedoch nicht.[34] Eine *res religiosa* kann ihren Status verlieren und wieder zurück gewinnen.[35] Das Bestattungsrecht liegt beim Eigentümer des Grundstücks oder von ihm hierzu ermächtigten Personen;[36] es umfasst das 5

[29] Ältere Lit. bei *Kaser*, RP I 378 Fn. 25; *Kaser*, RP II 591. Zu *loca religiosa* und ihrem Verhältnis zu den *res religiosae Fabbrini*, BIDR 73 (1970) 226–228; zahlreiche Exegesen zu verschiedenen Problembereichen (vorübergehende Bestattung, Abgrenzung zum *monumentum*, Bestattung in belasteten Grundstücken, räumlicher Umfang des *locus religiosus* u. a. m.) bei *Zarro*, RIDA 64 (2017) 389–398. Jüngst zu den *res religiosae*: *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 45–69.

[30] Marcian. 3 inst. D. 11.7.39; Paul. 3 quaest. D. 11.7.40. Zur Umbettung Ulp. 25 ed. D. 11.7.8 pr.; Marcian. a. a. O.; dazu *Paturet*, RIDA 54 (2007) 349–377 (nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes). Zur Praxis *Eck*, in: Avenarius, Hermeneutik (2008) 75, wonach vorläufige Bestattungen und nachfolgende Umbettungen häufig waren.

[31] Gai. 2.6; Flor. 7 inst. D. 11.7.42; *Padovan*, in: Garofalo, Beni di interesse publico II (2016) 121–148. Zum Bedeutungsgehalt des Begriffs *religiosus Rives*, in: *Tellegen – Couperus*, Law and Religion (2012) 173–176. Zu den Provinzialgrundstücken als *res quae pro religioso habentur* (Gai. 2.7) *Grosso*, Accademia nazionale dei Lincei, Diritti locali (1974) 69, 74 (dort auch zum Zusammenhang mit der Eigentumsproblematik bei Provinzialgrundstücken); *Grelle*, Index 18 (1990) 170–174; zur Vermischung von römischem Grabrecht und örtlichen Gebräuchen in der Provinz *Moesia inferior Radulova*, RIDA 63 (2016) 197–212; *Rosetti*, in: Garofalo, Beni di interesse publico I (2016) 465–504.

[32] Ulp. 14 ed. D. 8.5.1: kein Eigentum; Mod. 5 reg. D. 18.1.62.1: kein Verkauf; Diocl. C. 6.37.14 (286): kein Legat. Zum Sonderfall in C. I.L. 10.3334 *Tomulescu*, TR 44 (1976) 149–152. Gleichwohl vorgenommene Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte sind grundsätzlich unwirksam, vgl. die sog. *sententia Senecionis*, FIRA I 3.86; *Kaser*, SZ 95 (1978) 36, 41. Zu Einschränkungen in den Fällen, in denen nur ein kleiner Teil des verkauften Grundstücks *res religiosa* war, Ulp. 28 Sab. D. 18.1.22/24. Zu einer Vorverlegung dieser Wirkungen auf den Zeitpunkt der Grabgründung durch Verbote auf einem *monumentum Kaser*, SZ 95 (1978) 33, 42, 53, 67, 79. Zur Fertigstellung und zur Reparatur eines Grabes Ulp. 1 op. D. 11.8.5 pr., 1 und Marcian. 3. Inst. D. 47.12.7; dazu *Manfredini*, RIDA 34 (1987) 221–227; zu den Verhältnissen in den Provinzen ferner *Zarro*, RIDA 64 (2017) 398–407.

[33] Dazu Cels./Ulp. 25 ed. D. 11.7.2.5; *Kaser*, SZ 95 (1978) 64–68. Gärten innerhalb der Umfriedung von Grabstätten sind kein *locus religiosus*, Pap. 3 resp. D. 18.1.73.1, auch nicht Grundstücke im Umfeld, Philip. C. 3.44.9 (245). Zu den durch Inschriften bezeugten Rechtsfragen um *sepulchra in hortis Rodríguez López*, RGDR 10 (2008) 9–17. Zu Besonderheiten bei Grabstätten in Ägypten *Murga*, RIDA 31 (1984) 274–281 (zusammenfassend).

[34] Ulp. 25 ed. D. 11.7.6.1; Flor. 7 inst. D. 11.7.42. Doch gab es offenbar eine Gegenansicht, die vielleicht auf die Grabgründung durch die Errichtung eines *monumentum* abgestellt hat, Marcian. 3 inst. D. 1.8.6.5 (*magis placet*). Hierzu *Kaser*, SZ 95 (1978) 30 f.; *Ferretti*, SDHI 66 (2000) 417 f., 426–428 (zu den Gründen der Kontroverse und zur Konzeption Justinians).

[35] Pomp. 26 Q. Muc. D. 11.7.36 (Grabstätten in Feindes Hand).

[36] Call. 2 inst. D. 11.7.41; Pap. 8 quaest. D. 11.7.43 (zum Miteigentum); Paul. 64 ed. D. 11.7.34

Recht, sich selbst und Dritte dort bestatten zu lassen.[37] Bei Bestehen beschränkter dinglicher Rechte am Grundstück besteht ein Gegensatz zwischen Dogmatik (keine Bestattung durch den Eigentümer) und *favor religionis*, der das gegenteilige Ergebnis fordert.[38] Nach dem Tod des Eigentümers steht das *ius sepulchri* seinen Erben zu, und zwar bereits vor Antritt der Erbschaft und sogar bei Erbunwürdigkeit;[39] doch macht auch eine Bestattung des Berechtigten auf dessen Grundstück, die durch einen Nichtberechtigten erfolgte, die Grabstelle zumindest in bestimmten Fällen zur *res religiosa*;[40] auch hier schlägt also der *favor religionis* durch. Der Eigentümer, der die Grabstätte errichtet, kann ferner anordnen, dass das (aktive und passive) Bestattungsrecht nur ihm oder ihm und seinen Familienangehörigen (*familiaria sepulchra*) oder ihm und seinen (auch familienfremden) Erben (*hereditaria sepulchra*) zustehen sollte.[41]

6 Das Bestattungsrecht ist – abgesehen von den Sepulkralmulten[42] – durch Klagen und Interdikte geschützt: Wer unberechtigt einen Leichnam auf einem fremden Grundstück bestattet, haftet dem Eigentümer mit einer *actio in factum* auf dessen Interesse an der Entfernung des Leichnams oder einen (fiktiven) Kaufpreis.[43] Ebenfalls eine *actio in factum*, aber auch das Interdikt *de mortuo inferendo et sepulchro aedificando*, schützen den Grabberechtigten gegen Behinderungen des Begräbnisses.[44] Weitere *actiones in factum* bei Bestattung in einem *locus publicus* und gegen den Verkäufer einer *res religiosa*

(zum Vindikationslegat). Zur Rechtsnatur (sakrale Prägung) *Kaser*, SZ 95 (1978) 69–71. Zur in der Praxis wohl nicht seltenen Übertragung dieses Rechts unter Lebenden *Eck*, in: Avenarius, Hermeneutik (2008) 81.

[37] Call. 2 inst. D. 11.7.41.

[38] Ulp. 25 ed. D. 11.7.2.7; Pap. 8 quaest. D. 11.7.43 (Nießbrauch); Ulp. 25 ed. D. 11.7.2.8 (Servitut); Ulp. 25 ed. D. 11.7.2.9 (Pfandrecht). Nach Papinian soll in diesen Konfliktfällen das Grabrecht den Vorrang genießen, Pap. 8 quaest. D. 11.7.43 und dazu *Bodel*, AJAH 11 (1986 [1994]) 34; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 212 f. Zur Klassizität dieser Stellen *Kaser*, RP II 245 u. Fn. 41.

[39] Ulp. 25 ed. D. 11.7.4; Ulp. 68 ed. D. 11.7.33.

[40] Ulp. 25 ed. D. 11.7.4 (*naturaliter videtur ad mortuum pertinere locus*, allerdings wohl streitig: *puto*).

[41] Zu den Individualgräbern, die es immer gegeben hat, *Kaser*, SZ 95 (1978) 20. Zu den Familiengräbern Gai. 19 ed. prov. D. 11.7.5; Ulp. 25 ed. D. 11.7.6 pr., zu ihrer Entwicklungsgeschichte, zum begünstigten Personenkreis und zu ihrer Verdrängung durch die Erbengräber in der Spätantike *Kaser*, SZ 95 (1978) 43–51, 51–60; s. dazu auch Alex. C. 3.44.4 (a.223); Philip. C. 3.44.8 (a.245). Zur Bestattung von Freigelassenen und deren Abkömmlingen, die nach Ulp. 25 ed. D. 11.7.6 pr. grundsätzlich kein (aktives und passives) Bestattungsrecht hatten, *Eck*, in: *Avenarius*, Hermeneutik (2008) 79 unter Hinweis auf Grabinschriften. Zur Bestattung von Sklaven *Zoz de Biasio*, BIDR 100 (1997) 543–551.

[42] Alf. 5 dig. D. 35.1.27; Pomp. 3 Sab. D. 35.1.6 pr; *Kaser*, SZ 95 (1978) 82–89; *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 188–190.

[43] Gai. 19 ed. prov. D. 11.7.7 pr.; Ulp. 25 ed. D. 11.7.2.1, wonach diese Haftung auch den Nießbraucher trifft.

[44] Ulp. 25 ed. D. 11.7.8.5; Gai. 19 ed. prov. D. 11.7.9; *Kaser*, SZ 95 (1978) 78.

sind ebenfalls überliefert.[45] Schließlich ist wegen Grabschändung dem Grabberechtigten und subsidiär als Popularklage die *actio de sepulchro violato* eröffnet.[46]

In der Spätantike verändert sich – unter christlichem Einfluss – zunächst der Sprachgebrauch: Es ist jetzt nicht mehr von *aedificia manium*, sondern von *sepulchra* die Rede.[47] Die Gesetzgebung der Kaiser im 4. Jh. n. Chr. lässt eine Tendenz zu einem verstärkten Schutz der Grabmäler erkennen.[48] Außerdem werden die strafrechtlichen Sanktionen bei Verletzungen des Bestattungsrechts ausgeweitet.[49] Dass die stärkere Gewichtung des *favor religionis* gegenüber dem *ius sepulchri* des Eigentümers (→ Rn. 5) erst der nachklassischen Periode zuzuordnen sein soll,[50] erscheint allerdings zweifelhaft. 7

c. Unter Schutz der Götter stehende Sachen (*res sanctae*)[51]

Auch *res sanctae* wie Stadtmauern und Stadttore[52] werden trotz fehlender Weihe (*consecratio* bzw. *dedicatio*) ebenfalls als (*quodammodo*) *res divini iuris* angesehen[53] und sind darum dem Privatrechtsverkehr entzogen.[54] Dabei ging es ursprünglich um den Schutz der Stadtmauern Roms, deren Übersteigung (*transcendere*) den römischen Bürgern versagt war;[55] später hat man die *sanctitas* mit der für ihre Verletzung angedrohten 8

---

[45] Ulp. 25 ed. D. 11.7.8.1, 2; dazu *Murga*, RIDA 21 (1974) 299–318 (mit Textkritik); *Behrends*, SZ 95 (1978) 194, 204); *Zoz de Biasio*, St. Impallomeni 483–489. Zur Aktivlegitimation Ulp. 25 ed. D. 11.7.8.4 (neben dem Eigentümer des Grundstücks auch der Nießbraucher und der Inhaber einer Servitut).

[46] Ulp. 25 ed. D. 47.12.3 pr. Zum Haftungsumfang bei dieser Klage Ulp. 25 ed. D. 47.12.3.8 f. und dazu *Bürge*, SZ 106 (1989) 278–280; Ulp. 25 ed. D. 47.12.3.8 und dazu *Ziliotto*, Danno (2012) 19–21; *Padovan*, in: Garofalo, Beni di interesse publico II (2016) 149–158. Zu Verbotsverfügungen des Grabberechtigten auf Inschriften in der *Provinz Moesia* inferior und zu Rechtsfolgen des Verstoßes hiergegen *Radulova*, RIDA 63 (2016) 202–210.

[47] C. 9.19.4 (a.357); s. dazu *Cuneo*, Labeo 42 (1996) 217 f ; s. ferner *Kaiser*, Index 44 (2016) 10.

[48] Dazu *Cuneo*, St. Impallomeni 137–148 unter Hinweis auf Cod. Theod. 19.17.1–7; dagegen soll im 5. Jh. n. Chr. der Schutz der sterblichen Überreste der Verstorbenen im Vordergrund gestanden haben (*Cuneo* a. a. O. 155). Zur Spätantike ferner *Cuneo*, in: Jones, Droits de l'homme (1998) 25–38; *Impallomeni*, Impallomeni, Scr. 516.

[49] Ulp. 25 ed. D. 11.7.8.2 (*extra ordinem plectendus*, allerdings nur bei Vorsatz); dazu *Zoz de Biasio*, St. Impallomeni 483, 488 f.).

[50] So aber die ältere Lit., s. die Nachweise bei *Kaser*, RP II 245 Fn. 38–42.

[51] Ältere Lit. bei *Kaser*, RP I 380 Fn. 44; *Kaser*, RP II 591; *Tassi Scandone*, Res sanctae (2013) 1 Fn. 1; 2 Fn. 3–5; 4 Fn. 13. Jüngst zu den *res sanctae*: *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 69–74.

[52] Gai. 2.8; Marcian. 3 inst. D. 1.8.8.2; Ulp. 68 ed. D. 1.8.9.4; Pomp. 2 var. lect. D. 1.8.11; zu weiteren *res sanctae* Her. iur. epit. D. 43.6.2: *et aliis sanctis locis.*

[53] S. Gai. 2.8. Hierzu *Busacca*, Classificazione (1981) 180–188 mit älterer Lit. (127–173); *Tassi Scandone*, Res sanctae (2013) 69–119, 180–182.

[54] Gai. 2.8, 9.

[55] Pomp. 2 var. lect. D. 1.8.11. Zu den Ursprüngen *Busacca*, Classificazione (1981) 180–188; *Rives*, in: Tellegen-Couperus, Law and Religion (2012) 171 f. (*technical term designating that a* res *had been*

Kapitalstrafe (*sanctio*) begründet und so eine Ausdehnung auf die *municipia* ermöglicht.[56] *Res sanctae* genießen Schutz gegen Beeinträchtigungen (Bewohnen, Beschädigung, etc.) durch das Interdikt *ne quid in sacro loco fiat;*[57] daneben bestehen in diesen Fällen (harte) strafrechtliche Sanktionen.[58] In der Spätantike werden die *res sanctae* jedenfalls im Westen den *res publicae* zugeordnet, weil der Begriff *sanctus* jetzt der christlichen Religion und Kirche vorbehalten ist.[59] Justinian behält die Kategorie der *res sanctae* bei und sieht diese Sachen wieder – wie Gaius – als *quodammodo res divini iuris* an.[60]

2. *Verkehrsunfähige Sachen menschlichen Rechts* (*res humani iuris extra commercium*)

a. Öffentliche Sachen (*res publicae*)[61]

9 *Res humani iuris* sind dem Privatrechtsverkehr entzogen, wenn sie zu den *res publicae* zu zählen sind.[62] Hierzu zählen zum einen die *res in pecunia populi*, die im Eigentum der staatlichen oder einer kommunalen Gemeinschaft (*municipium, civitas colonia*) stehen,[63] so etwa der *ager publicus*, Bergwerke, der *servus publicus* und sein *peculium*;[64]

---

inaugurated); so auch *Smith/Tassi Scandone*, BIDR 107 (2013) 279–284, die diesen Status auf eine *inauguratio* zurückführen wollen, die ihrerseits mit dem alten Ritus des *sulcus primigenius* zusammenhängt; *Malenica*, Diritto@storia 12 (2014) 10.

[56] Zur neueren Begriffsbestimmung Ulp. 68 ed. D. 1.8.9.3 (*dicimus sancta, quae sunt sanctione quaedam confirmata*). Zur Ausdehnung auf die *municipia* Sab./Marcian. 4 reg. D. 1.8.8.2.

[57] Her. iur. epit. D. 43.6.2; Paul. 5 sent. D. 43.6.3. Zur Erstreckung dieses Interdikts auf die *res sanctae* Labruna, Vim fieri veto (1971) 78; *Busacca*, SDHI 43 (1977) 283–292; *De Giovanni*, Marciano (1989) 145.

[58] Pomp. 2 var. lect. D. 1.8.11.

[59] Gai. ep. 2.1.1; dazu *Sargenti*, Labeo 40 (1994) 312 f.; *Tassi Scandone*, Res sanctae (2013) 183 f.; *Malenica*, Diritto@storia 12 (2014) 14.

[60] Inst. 2.1.10.

[61] Ältere Lit. bei *Kaser*, RP I 381 Fn. 59; *Kaser*, RP II 591; *Grosso*, Problemi (1974) 30–39.

[62] Enger Celsus in Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6 pr.; ebenso die meisten spätklassischen Juristen: Nur dem Gemeingebrauch gewidmete öffentliche Sachen (*res in publico usu*) sind *extra commercium*; s.dazu und zu den Gründen der Restriktion (Umbau der Finanzverwaltung im Prinzipat) *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 15–29, 80 f. Zu dem in anderer Weise engeren Verständnis der *res publicae* durch Marcian (Erfassung nur der Sachen, die im Eigentum des römischen Volkes stehen) *De Marco*, Loci publici (2004) 20–22; *Groten*, Corpus (2015) 61 unter Hinweis auf Marcian. 3 inst. D. 1.8.4.1. Zur schwankenden Terminologie bei der Verwendung des Begriffs *publicus Pugliese*, Atti Scherillo 155–157; *Groten*, a. a. O.

[63] Deutlich Gai. 2.10 (*aut publicae sunt aut privatae*); *universitas* in Gai. 2.11 muss dann das Eigentum des Staates und der kommunalen Gemeinschaften umfassen. Auch Marcian. (3 inst. D. 1.8.2 pr.; 3 inst. D. 1.8.6.1) versteht *res universitatis* als Oberbegriff für Sachen des Staates und der Gemeinden: *Pugliese*, Atti Scherillo 157; *De Marco*, Loci publici (2004) 11–17; *Groten*, Corpus (2015) 59, 61–71; *Siracusa*, Universitas (2016) 47 (Gaius) und 94 (Marcian); anders *Busacca*, in: Cascione/Masi Doria, Modelli I (2013) 171–183, der als *universitas* nur die *communità minore* gelten lassen will. Zur *civitas* Marcian. 3 inst. D. 1.8.6.1; zur Stellung der *civitas* im Privatrechtsverkehr *Thomas*,

anders verhält es sich allerdings bei den Sachen des *fiscus*, die als *res privatae* angesehen werden.[65] Die zweite Gruppe der *res publicae* besteht aus den *res in publico usu*;[66] hierzu zählen etwa öffentliche Straßen, Wege, Plätze, Theater, Stadien, Bäder,[67] aber auch Häfen und Flüsse,[68] jedenfalls dann, wenn sie schiffbar sind oder ganzjährig Wasser führen.[69] Bezüglich dieser Sachen sprechen die Hochklassiker auch davon, dass sie *in*

MEFRM 114 (2002) 7–39. Zu einer Gleichbehandlung von Kommunen und staatlicher Gemeinschaft im Hinblick auf die ihnen gehörigen Sachen *Giagnorio*, TSDP 6 (2013) 18–23; zum Fall des *ager compascuus* jüngst *Merotto*, in: Garofalo, Beni di interesse publico I (2016) 193–223; *Guida*, in: Garofalo, Beni di interesse publico I (2016) 225–248.

[64] Zu Letzterem Ulp. 10 ed. D. 50.16.17 pr.; Marcian. 3 inst. D. 1.8.6.1; dazu *Fiorentini*, Analisi (2010) 47; zur Zuordnung von Kriegsbeute zu den *res in pecunia populi* oder den *res privatae* und zur historischen Entwicklung in diesem Bereich *Piquer Mari*, RGDR 18 (2012) 1–37, ders. RGDR 24 (2015) 1–27; *Barbati*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico I (2016) 505–598.

[65] Pap. 10 quaest. D. 18.1.72.1. Zur Behandlung der Fiskalgrundstücke in der Praxis nach öffentlichem Recht *Pugliese*, Atti Scherillo 160. Zur Tendenz der spätantiken Kaiser, *fundi rei publicae* den *res privatae principis* zuzuschlagen, *Pergami*, Atti Scherillo 131–149.

[66] Zu dieser Differenzierung, die wohl auf Celsus zurückgeht, s. Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6 pr. (*non in pecunia populi, sed in publico usu)*; Ner. 15 membr. D. 41.1.14 pr. (*litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi*). Dazu *Grosso*, Problemi (1974) 33–35; *Scarano Ussani*, Valori e storia (1979) 30–35; *Pugliese*, Atti Scherillo 159–161; *Di Porto*, Atti Provera 512–514; *De Marco*, Loci publici (2004) 44 (Neraz als Begründer der Differenzierung); Schiavon, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 620; *Giagnorio*, TSDP 6 (2013) 5–11; *Díez Palacios*, RGDR 31 (2018) 1–28; *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 77–94; Giagnorio, TSDP 13 (2020) 1–22.

[67] Pomp. 13 Sab. D. 43.7.1 (*viae publicae, itinera publica*); Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6 pr. (*campus Martius*); Ulp. 57 ed. D. 47.10.13.7 (Bäder). Zur Kostenfreiheit des Zugangs zu den Bädern und zu deren Grenzen *Orive*, RGDR 14 (2010) 8 f. Zur rechtlichen Zuordnung der *statuae in publico positae Musumeci*, SDHI 44 (1978) 191–203; zu den Bädern ferner *Scevola*, in: Garofalo, Beni di interesse publico I (2016) 39–49; zu den „*edifici per spettacoli*" (Theater und Ähnliches) *Pasquino*, in: Garofalo, Beni di interesse publico II (2016) 86–108. Zu Einschränkungen beim Theaterbesuch Cic. Phil. 2.18.44 und dazu *Cassarino*, SDHI 83 (2017) 577–589. Zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen „öffentlich" und „privat" bei Wäldern *Capogrossi Colognesi*, Index 46 (2018) 305–307. Zu den verschiedenen Arten von Straßen und Wegen *Herzig*, ANRW II.1 604–614.

[68] Bezüglich der Flüsse schränkt Marcian. 3 inst. D. 1.8.4.1 ein: *flumina paene omnia*; bei Justinian ist diese Einschränkung entfallen, Inst. 2.1.2 (*flumina omnia*). Zum Grund der Divergenz *Gerez Kraemer*, RGDR 5 (2005) 8–10 (Vereinfachungstendenzen bei Justinian); vielleicht bezieht sich das *paene* aber ganz konkret auf das Kriterium Schiffbarkeit oder Ganzjährigkeit, s. dazu sogleich im Text und Fn. 69. S. ferner die Titel D. 43.12–14 (*flumina publica*); hierzu *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 90–139; *Fiorentini*, Fiumi (2003) 72–75. Zur Frage, ob man bei derartigen *res publicae* von „Eigentum" im technischen Sinn sprechen kann, *Schermaier*, Mél. Humbert 776–780. Zu den (See-) Häfen als *res publicae Impallomeni*, Impallomeni Scr. 370–372; zu den verschiedenen Arten der öffentlichen Gewässer *Hinker*, FS Wesener 179 f.; *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 94–112.

[69] Zur Ganzjährigkeit Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.3 (Cassius, Celsus, Ulpian), vielleicht auch Paul. 10 Sab. D. 43.12.3 pr.; zur Schiffbarkeit s. Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.12 (dort auch zu einem von Labeo befürworteten *interdictum utile* bei nicht schiffbaren Flüssen). S. dazu *Plescia*, Index 21 (1993) 440; *Fiorentini*, Fiumi (2003) 68–99 (zu *flumen perenne* oder *torrens*), 99–134 (zu *flumen* und *rivus*);

nullius dominio bzw. *bonis* stehen;[70] gemeint ist damit aber wohl nur, dass sie nicht im Eigentum einer Privatperson stehen können, sondern der Allgemeinheit gehören.[71] Jedenfalls dürfen die *res in publico usu* im Gegensatz zu den *res in pecunia populi* grundsätzlich von Jedermann frei benutzt werden. Dieser Gemeingebrauch umfasst bei Flüssen das Recht zum Befahren, zum Fischfang und zur Wasserentnahme für den privaten Gebrauch.[72] Er besteht auch an den Flussufern (*ripae*),[73] deren Ausdehnung unterschiedlich beurteilt wird,[74] und schließt dort das Anlanden, das Vertäuen der Boote und das Löschen der Ladung ein.[75] Auch können in Ausübung dieses Gebrauchs dort bauliche Anlagen errichtet werden, die allerdings – anders als Bauten an der Meeresküste (→ Rn. 11) – jedenfalls nach Auffassung des Juristen Neraz nicht in das Eigentum des Erbauers gelangen.[76] Allerdings kann der Gemeingebrauch an ihnen beschränkt oder ausgeschlossen werden, indem einzelnen Privatleuten Sondernutzungsrechte eingeräumt werden.[77] Soweit an der Integrität der Einrichtungen ein öf-

---

Alburquerque, SDHI 71 (2005) 217–227; *Zoz de Biasio*, St. Labruna VII 6091–6093 (zum Kriterium der *vetustas* in Ulp. 33 Sab. D. 43.7.3 pr. a. a. O. 6089); *Gerez Kraemer*, RGDR 3 (2004) 1–6 (zu *videtur esse probabilis* in D. 43.12.1.3); *Gerez Kraemer*, Derecho de Aguas (2008) 180–207; *Vallocchia*, Aquedotti I (2012) 61–88; *Solidoro Maruotti*, Index 42 (2014) 465f; *Cangelosi*, Publica e communis (2014) 84–87.

[70] Ner. 5 membr. D. 41.1.14 pr. (*patrimonium populi* gegenüber *nullius dominium*); Pomp. 34 Sab. D. 41.1.30.4 (*nullius sit*); Paul. 21 ed. D. 18.1.51 (*nullius sunt*).

[71] Dies belegt Gai. 2.11 (*quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur*). S. dazu *Maddalena*, SDHI 79 (2013) 1062 f; *Groten*, Corpus (2015) 39 f.

[72] Dazu Inst. 2.1.4 (Schiffsverkehr); Pap. 10 resp. D. 41.3.45 pr.; Marcian. 5 reg. D. 44.3.7 (Fischfang); Pomp. 34 Sab. D. 43.20.3 pr., 1 (Wasserentnahme); dazu *Plescia*, Index 21 (1993) 441 f.; zum Wassermanagement auf der iberischen Halbinsel in römischer Zeit *Martinez de Morentin Llamas*, RGDR 24 (2015) 1–42; *Gerez Kraemer*, RGDR 31 (2018) 6–22.

[73] Zu den *ripae* Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.5; Paul. 16 Sab. D. 43.12.3.1. Dazu *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 106–108; *Fiorentini*, Fiumi (2003) 243–245; *De Marco*, Loci publici (2004) 115–120; *Maganzani*, in: Hermon, Riparia (2010) 248–252; *Santini/Tuccillo*, in: Hermon/Watelet-Cherton, Riparia (2014) 262–264.

[74] Nach Paul. 16 Sab. D. 43.12.3.1 war der Hochwasserstand maßgebend, nach Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.5 der Normalpegel, s. dazu *Zoz de Biasio*, St. Labruna VII 6094 f.; *Jailette*, in: Hermon, Riparia (2010) 312, 314/315; *Buzzacchi*, in: Hermon/Watelet-Cherton, Riparia (2014) 257; anders *Maganzani*, Jus 57 (2010) (= Purpura, Rev. FIRA I) 63–65 (keine Kontroverse, *naturalis rigor* bei Ulpian und *flumen plenissimum* bei Paulus bedeutet Dasselbe). Zu See- und Lagunenufern *Rodger*, TR 55 (1987) 19–29; zu einer allmählichen Ausdehnung der Zone der öffentlichen Flussufer im Interesse der Schifffahrt *Hermon*, Scr. Corbino III 607–613.

[75] Gai. 2 cott. D. 1.8.5 pr.; Inst. 2.1.4, die diesen Gemeingebrauch auf das *ius gentium* zurückführen; dazu *Tomás*, RIDA 48 (2001) 361–364; *Maganzani*, in: Hermon, Riparia (2010) 256–258; *Maganzani*, Jus 57 (2010) (= Purpura, Rev. FIRA I) 80 f.

[76] Ulp. 81 ed. D. 39.2.24 pr. (*licet cuilibet aedificare*); Ner. 5 membr. D. 41.1.15 (*qui in ripa fluminis aedificat, non suum facit*). Dazu *De Marco*, Loci publici (2004) 39 f.; *Fiorentini*, Fiumi (2003) 245; *Maganzani*, Jus 57 (2010) (= Purpura, Rev. FIRA I) 100 f. (die dabei aber eher an Bauten durch den Eigentümer des Ufergrundstücks denkt); *Maddalena*, SDHI 79 (2013) 1068.

[77] Dazu *Plescia*, Index 21 (1993) 437; *Franciosi*, RIDA 49 (2002) 101–107; eingehend *Castán Pérez-*

fentliches Interesse besteht, wird der Gemeingebrauch durch Interdikte geschützt (→ § 66 Rn. 39, 54–62),[78] so etwa bei auf staatlichem Grund errichteten Plätzen, Wegen und Straßen,[79] Flüssen und Flussufern;[80] zudem kommt Schutz durch eine *actio iniuriarum* (→ § 95 Rn. 22) in Betracht.[81]

Gómez, Concesiones (1996) 123–149 (*ager publicus*), 151–174 (Grundstücke zur Bebauung), 175–200 (Bergwerke), 225–238 (öffentliche Gewässer), mit Rez. *Trisciuoglio*, Labeo 45 (1999) 283–293. Zum Schutz des Pächters einer Fischerei in einem See (und vielleicht auch im Meer) durch ein *interdictum utile* Lab./Sab./Ulp. 68 ad ed. D. 43.14.1.7; vgl. auch Ulp. 57 ed. D. 47.10.13.7; dazu *Santini*, St. Labruna VII 5046–5052; *Santini*, De loco publico fruendo (2016) 135–150 (mit Rezension *Capogrossi Colognesi*, Index 45 [2017] 370–378 und Rezension *Fiorentini*, Iura 66 [2018] 516–538).

[78] Zur Indienststellung der Interdikte (auch) für Belange des Umweltschutzes *Monaco*, TSDP 5 (2012) 15–27; zum Schutz der *res in publico usu* und zu den Veränderungen durch den Übergang von der Republik zum Prinzipat s. auch *Vallocchia*, Scr. Corbino VII 367–377.

[79] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2 pr., 1, 20, 35, 45; D. 43.11.1 pr. Dazu *Labruna*, Vim fieri veto (1971) 41–51; *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 177–181; eingehend *Alburquerque*, Protección (2002) 63–94, 107–146, 151–180, 185–198; *Ponte Arrébola*, Vias publicas (2007) 177–213; *Ponte Arrébola*, RGDR 9 (2007) 2–11 (D. 43.8.2.35), 11–16 (D. 43.8.2.20), 16–18 (D. 43.8.2.45), 18–22 (D. 43.11.1 pr.); *Ziliotto*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico I (2016) 693–742. Zur Aktivlegitimation bei den Interdikten *Di Porto*, Atti Provera 505–514, 518; *Di Porto*, Res in usu publico (2013) 26–42 (mit Rez. *De Bujan*, Iura 64 [2016] 420–427); *Giagnorio*, TSDP 6 (2013) 35–61. Zum Verhältnis des Schutzes durch Interdikte zur erlaubten Selbsthilfe *Sasaki*, RGDR 19 (2012) 2–4. Zu Wechselwirkungen zwischen dem *interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat* (D. 43.8) und dem *interdictum uti possidetis* (D. 43.17) *Díaz-Bautista Cremades*, RGDR 19 (2012) 10–14 und 14–19; zu D. 43.8.2.3 (*insulae*) *Procchi*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico II (2016) 527–574.

[80] Ulp. 68 ed. D. 43.12–15; *Labruna*, Vim fieri veto (1971) 51–61; *Fischer*, Umweltschützende Bestimmungen (1996) 138–151; *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 151–159; *Lazo González*, REHJ 21 (1999) 69–73; eingehend *Fiorentini*, Fiumi (2003) 163–217 (mit Rez. *Rainer*, Iura 55 [2004/2005] 234); *Florentini*, a. a. O. 187 zum Zusammenhang zwischen *utilitas publica* und Privatinteressen; *Alburquerque*, Protección (2002) 199–270, 277–290, 291–298, 301–306, 307–311; *Alburquerque*, SDHI 71 (2005) 193–269 (zu D. 43.12); *Alburquerque*, RGDR 5 (2005) 7–12, 14–18; *Alburquerque*, Scr. Franciosi I 63–70, 71–74 (beide zu Ulp. 68 ed. D. 43.14.1 pr. und 15.1 pr., jeweils mwN.); *Maganzani*, in: Hermon, Riparia (2010) 252–257; *Buzzacchi*, in: Hermon/Watelet-Cherton, Riparia (2014) 257, 258; *Santini/Tuccillo*, in: Hermon/Watelet – Cherton, Riparia (2014) 265–268; *Signorini*, Jus 61 (2014), 309–331; *Cangelosi*, Publica e communis (2014) 87–94. Zu stehenden Gewässern (*lacus, stagnum, palus*) *Gerez Kraemer*, Derecho de Aguas (2008) 80–118. Zum Schutz der öffentlichen Aquädukte *Vallocchia*, Aquedotti II (2012) 123–154; *Solidoro Maruotti*, Index 42 (2014) 473 f.; *Piquer Marí*, Iura 62 (2014) 322–340; *Biavaschi*, in: Reinoso Barbero, Principios (2014) 282–285 (zu strafrechtlichen Sanktionen in der Spätantike). Zu *aquae caducae* (aus Aquädukten ausgelaufenes Wasser) Piquer Marí, Iura 62 (2014) 295–340. Zur Rolle Labeos beim Schutz von Gewässern (Ulp. 71 ed. D. 43.24.11 pr. u. a.) *Di Porto*, Tutela (1990) 99–114.

[81] So etwa, wenn jemand daran gehindert wird, einen Sportplatz, ein Theater oder ein Bad zu besuchen, falls diese Stätten öffentlich sind, Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.9; Ulp. 57 ed. D. 47.10.13.7; *Alburquerque*, Protección (2002) 96–99; *Orive*, RGDR 14 (2010) 3; Giagnorio, TDSP 13 (2020) 2236 (zur Abgrenzung von Interdiktenschutz und actio iniuriarum.

b. Allen gemeinsam zustehende Sachen (*res communes omnium*)[82]

10 Dem Privatrechtsverkehr entzogen[83] sind auch die *res communes omnium*;[84] hierzu gehören nach Marcian die Luft, fließendes Wasser,[85] das Meer und seine Küsten,[86] soweit die Flut zu steigen pflegt.[87] Als Sachkategorie finden sich die *res communes omnium* erst in den spätklassischen Quellen, und zwar vor allem bei Marcian;[88] Gaius waren sie noch nicht geläufig,[89] Celsus weist jedenfalls die Meeresküsten den *res publicae* zu.[90] Die Grundlagen dieser Sachkategorie reichen aber wohl schon in die späte

[82] Ältere Lit.: *Kaser*, RP I 380 Fn. 44; *Kaser*, RP II 591; *Grosso*, Problemi (1974) 24–30; *Klingenberg*, TR 72 (2004) 48 Fn. 69; 49 Fn. 72; *Schiavon*, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 604–616; zu einem Rückgriff auf die *res communes omnium* bei der Entwicklung eines *Space Law Falcon*, TSDP 12 (2019) 1–57.

[83] Paul. 33 ed. D. 18.1.34.1 (kein Verkauf); Pap. 10 resp. D. 41.3.45 pr. (keine *longi temporis praescriptio*), s. dazu *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 651–657; *Kaser*, Ius gentium (1993) 113–115; *Ankum*, Index 26 (1998) 370–376.

[84] Marcian. 3 inst. D. 1.8.4 pr.: freier Zugang zum Meeresufer zwecks Fischfang, aber dabei kein Betreten von Grundstücken Dritter; dazu *Fiorentini*, Index 24 (1996) 167; *Klingenberg*, TR 72 (2004) 51; *Solidoro Maruotti*, Index 39 (2011) 246; zur Charakteristik dieser Sachgruppe etwa *D'Amati*, Scr. Corbino II 341–350; Basile, Index 48 (2020) 307–322.

[85] Flüsse dürften allerdings weitgehend auszunehmen sein, weil Marcian selbst sie ganz überwiegend (*flumina paene omnia*) den *res publicae* zuordnet, s. Marcian. 3 inst. D. 1.8.4.1 (→ Rn. 9).

[86] Marcian. 3 inst. D. 1.8.2.1; Ulp. 57 ed. D. 47.10.13.7. Nach *Terrazas Ponce*, REHJ 34 (2012) 152 handelt es sich beim Meer und den Küsten um den Ausgangsfall für die Entwicklung der *res communes omnium*; hierfür könnte Ovid, Met. 6. 349 (*usus communis aquarum est*) sprechen. Zusammenfassend zu den Rechtsverhältnissen bezüglich der *litora maris García Quintas*, RGDR 15 (2010) 4–11; s. ferner *Novkirichka-Stoyanova*, RGDR 27 (2016) 1–17; *Marzano*, Sea (2013) 236–252 (auch zu Rechtsfragen der Fischerei in Griechenland und Ägypten). Zur dogmatischen Einordnung des *litus maris* in die Sachkategorien *Monterreal*, An. Fac. Der. Coruna (2013) 558–563; *D'Amati*, Scr. Corbino II 350–358; *D'Amati*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico I (2016) 654–691; zum Verhältnis zu den *res publicae D'Amati* a. a. O. 654–662.

[87] Cic. top. 7.32 unter Hinweis auf *Aquilius Gallus*, der von *litora publica* spricht; Cels. 25 dig. D. 50.16.96 pr. (unter Hinweis auf Cicero, indirekt aber vielleicht auch auf Gallus, so *Marrone*, St. Talamanca V 281); Iav. 11 Cass. D. 50.16.112; dazu *Manthe*, Ex Cassio (1982) 299–301; *Masi Doria*, in: Hermon/Watelet-Cherton, Riparia (2014) 234–237; *Wibier*, Cicero's Law 105 f.

[88] Marcian. 3 inst. D. 1.8.2 pr., 1 (*quaedam naturali iure communia sunt omnium … aer, aqua profluens, et mare et per hoc litora maris*). Zur Bedeutung Marcians für die Entwicklung dieser Sachkategorie *Grosso*, Problemi (1974) 29. Anklänge finden sich aber auch bei Ulpian (Ulp. 57 ed. D. 47.10.13.7: *mare commune omnium est et litora, sicuti aer*); dazu *De Marco*, Loci publici (2004) 23–29; *Falcon*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico I (2016) 110–132. Für eine Entstehung der Kategorie in severischer Zeit *Dursi*, Res communes (2017) 5–19, 139–141 (dort auch zu Celsus); kritisch hierzu unter Hinweis auf Ulp. 57 ad ed. D. 47.10.13.7 *Plisecka*, SZ 135 (2018) 753. Zur Entwicklung der *res communes omnium* unter dem Einfluss von *ius civile*, *ius gentium* und *ius naturale Ortu*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico I (2016) 175–188.

[89] Gai. 2.10 f.; (*aut publicae sunt aut privatae*); dazu instruktiv *Behrends*, Ausgew. Aufs. II 608, 614.

[90] Cels. 39 dig. D. 43.8.3 pr. (*Litora …. populi romani esse arbitror*). Doch ist die Frage nach einem Sonderweg des Celsus streitig; befürwortend *Greiner*, Opera Neratii (1973) 104; *Impallomeni*, Im-

Republik zurück und sind mit großer Wahrscheinlichkeit im Bereich der Philosophie zu verorten.[91] Vielleicht hat Marcian sie aus den *res in publico usu* entwickelt,[92] die von den Hochklassikern noch als Untergruppe der *res publicae* angesehen worden waren (→ Rn. 9),[93] und vielleicht ging es ihm dabei gerade um eine schärfere Grenzziehung zu den *res in patrimonio populi*.[94] Dass Marcian die *res communes omnium* explizit den *res*

---

pallomeni Scr. 372 f.; *Scarano Ussani*, Empiria (1989) 67 f., 103 f. (ökonomische Prägung des Celsus gegenüber der philosophischen des Neraz); *Plescia*, Index 21 (1993) 436; *De Marco*, Loci publici (2004) 48–55 (Zuordnung zu den *res in patrimonio populi*, um den Anwendungsbereich des *interdictum ne quid in loco publico fiat* zu eröffnen); *Fiorentini*, Index 24 (1996) 171 f.; *Behrends*, Ausgew. Aufs. II 618–621; *Kaser*, Ius gentium (1993) 108 Fn. 445; *Zoz de Biasio*, Res Publicae (1999) 54–58; *Fiorentini*, Fiumi (2003) 407 f., 453 (unterschiedliche Behandlung von *mare* und *litus* durch Celsus); *Solidoro Maruotti*, Index 39 (2011) 239, 253. Anders mit unterschiedlichen Begründungen *Gutierrez-Masson*, RIDA 40 (1993) 300, 303, 314; *Ankum*, Index 26 (1998) 363, 369–370 u. Fn. 52 (wegen der Inskription Bezug auf das *postliminium*); *Schermaier*, Mél. Humbert 783–788; *Masi Doria*, in: Hermon/Watelet-Cherton, Riparia (2014) 238; im Ansatz ähnlich *Terrazas Ponce*, REHJ 32 (2010) 155 (Begriffe *res communis omnium* und *res publica* überlappen sich, letzterer weist auf bloße staatliche Hoheitsgewalt hin); *Castán Pérez-Gómez*, Concesiones (1996) 201–224 (stets Konzession erforderlich); *Monaco*, in: Minieri/Sacchi, Traduzione (2007) 160–161; *Terrazas Ponce*, REHJ 34 (2012) 152–154 (Celsus als eigentlicher Begründer der Lehre von den *res communes omnium*).

[91] S. dazu *Charbonnel/Morabito*, RHD 65 (1987) 31 f.; *Behrends*, Ausgew. Aufs. II 607, 613 (republikanische Grundlagen eines deskriptiv-naturalistischen und eines normativen Naturrechts); zustimmend *Liebs*, SZ 128 (2011) 65; s. ferner *Gutierrez-Masson*, RIDA 40 (1993) 305; *Fiorentini*, Analisi (2010) 45; *Solidoro Maruotti*, Index 39 (2011) 246 f.; *Lambrini*, Iura 65 (2017) 402–414 und *Lambrini*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico I (2016) 93–104 (Cicero und Seneca, aber auch Hinweise bei Plautus, Petronius und Ovid); dazu auch *Dursi*, Res communes (2017) 141–145; *Schanbacher*, Ess. Hallebeek 245 f.; zuletzt *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 119–121. Anders *Robbe*, Differenza (1979) 372–377 (*res communes omnium* als eigenständige Sachkategorie unklassisch); ebenso *Robbe*, St. Arena IV 2157–2309.

[92] So etwa *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 63; *Schiavon*, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 619–626, 627–633 (Zusammenhang mit der *constitutio Antoniana* von 212 n. Chr.); *Maddalena*, SDHI 79 (2013) 1076 (Erstreckung der für den Schutz der *loca publica* zuständigen Interdikte auf die *res communes omnium*); ähnlich *De Giovanni*, Marciano (1989) 34–36 (praktische Bedürfnisse); *Giagnorio*, TSDP 6 (2013) 9–11; *Dursi*, Res communes (2017) 64. Zum Gemeingebrauch als der Klammer zwischen *res in publico usu* und *res communes omnium Piquer Marí/Ruiz Pino*, RGDR 21 (2013) 14. Zweifel an der selbständigen Bedeutung dieser Kategorie dagegen bei *Castán Pérez-Gómez*, Concesiones (1996) 201–224, 239 f. (keine juristische Relevanz); *Castán Pérez-Gómez*, Est. Reimundo Yanes I 118–121 („philosophisch, angreifbar, ungenau"); anders aber *De Giovanni*, SDHI 49 (1983) 109–112; *Trisciuoglio*, Labeo 45 (1999) 293. Überblick zur Einordnung der *res communes omnium* in die Sachkategorien bei *Monterreal*, An. Fac. Der. Coruna 17 (2013) 553–558.

[93] S. dazu insbesondere Celsus in Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6 pr. (*non in pecunia populi, sed in publico usu*); Ner. 15 membr. D. 41.1.14 pr. (*litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi*). Ähnlich anscheinend Marcian selbst, der in 3 inst. D. 1.8.4.1 die (meisten) Flüsse als *res publicae* bezeichnet; doch kann *publicus* hier auch nur den Gegensatz zu *privatus* ausdrücken wollen. Anders *Solidoro Maruotti*, Tutela (2009) 108, die zwischen dem *fiume in sè* und dem *aqua che scorre nel fiume* differenzieren will; ebenso *Cangelosi*, Publica e communis (2014) 115. Dazu auch *Lobrano*, storia@diritto 3 (2004).

[94] S. dazu *Sargenti*, Labeo 40 (1994) 314; *Schiavon*, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012)

universitatis (hier wohl: im Staats- oder Kommunaleigentum stehende Sachen),[95] den *res nullius* (hier wohl: herrenlose Sachen) und den *res singulorum* (Sachen im Privateigentum) gegenüberstellt,[96] legt es nahe, dass er sie als der Allgemeinheit der Menschen gehörig ansieht. Der für solche Sachen charakteristische Gemeingebrauch, etwa das – vielleicht auch hier durch staatliche Konzessionen beschränkbare[97] – Fischen im Meer, ist vor allem durch eine *actio iniuriarum* (→ § 95) geschützt;[98] daneben wird aber fallweise auch Schutz durch Interdikte gewährt.[99]

11 Bezüglich des Meeres und vor allem der Meeresufer besteht eine weitere Besonderheit. Dort dürfen Gebäude errichtet werden, an denen der Erbauer – anders als etwa im Fall der Bebauung des Flussufers (→ Rn. 9) – das Eigentum (oder doch ein eigentumsähnliches Recht) erwirbt; ebenso verhält es sich mit Fundamenten im Meeresgrund und dem Boden, auf dem das Gebäude oder das Fundament errichtet wurde.[100] Die

---

619–626; *Solidoro Maruotti*, Tutela (2009) 107–110; weitergehend noch *Vallocchia*, Aquedotti I (2012) 101–109: Zurückdrängung der Konzessionspraxis. *Dursi*, Res communes *omnium* (2017) 33: Möglichst weitgehender Zugang der Bevölkerung zu den primären Ressourcen. Zur Nähe der *res communes* und der *res in publico usu* sowie zur Divergenz gegenüber den *res publicae* Falcon, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico I (2016) 131 f.

[95] Etwas anders *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 23 Fn. 53; *Busacca*, in: Cascione/Masi Doria, Modelli I (2013) 178 u. Fn. 31 mwN., 183: *Universitas* bezeichnet nur kleinere Einheiten wie Gemeinden, nicht den *populus romanus*; *publicus*, das ursprünglich bei Marcian für das Staatseigentum gestanden hatte, ist aufgrund eines Abschreibversehens ausgefallen.

[96] Marcian. 3 inst. D. 1.8.2 pr.; zur Gegenüberstellung der *res nullius* und der *res communes omnium* etwa *Lobrano*, storia@diritto 3 (2004).

[97] Nicht ganz deutlich insoweit Ulp. 57 ed. D. 47.10.13.7; *Castán Pérez-Gómez*, Concesiones (1996) 218–224. Zur Beschränkung des Fischfangs im Meer durch privatrechtliche Vereinbarung s. Ulp. 6 op. D. 8.4.13 pr. (Lit. dazu bei *Purpura*, AUPA 49 (2004) 194 Fn. 31; *Purpura*, Scr. Franciosi III 2163 Fn. 1; *Carreño Sánchez*, REHJ 33 (2011) 122 Fn. 1, 2.

[98] Ulp. 57 ed. D. 47.10.13.7. Dazu *Fiorentini*, Fiumi (2003) 383–389, zur Ausdehnung dieser Klage a. a. O. 389–412; *Fiorentini*, in: Hermon/Watelet-Cherton, Riparia (2014) 267/268.

[99] Zu einem *interdictum utile* in Ulp. 68 ad ed. D. 43.8.2.8 *Kaser*, Ius gentium (1993) 110 u. Fn. 455; *Ankum*, Index 26 (1998) 364; *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 190–194; *Fiorentini*, Fiumi (2003) 328–343; *Fiorentini*, in: Hermon/Watelet-Cherton, Riparia (2014) 265/266. Zu einem *interdictum ne quid in mari inve litore quo portus, statio iterve navigio deterius fiat* s. Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.17; dazu *Fiorentini*, Index 34 (2006) 372–375; Zu den Interdikten hier auch *Dursi*, Res communes (2017) 113–138.

[100] Aristo in Pomp. 6 Plaut. D. 1.8.10; Cels. 39 dig. D. 43.8.3.1 (*iactas pilas*); Pomp. 34 Sab. D. 41.1.30.4; Pomp. 6 Plaut. D. 41.1.50; Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.18; Marcian. 3 inst. D. 1.8.6 pr. (*soli domini*). Dazu *Kaser*, Ius gentium (1993) 109 f. („kommt praktisch einem Eigentum gleich"); *Ankum*, SZ 114 (1997) 413; *Ankum*, Index 26 (1998) 365 f.; *De Marco*, Loci publici (2004) 29–33, 46 f.; *Klingenberg*, TR 72 (2004) 51; *Solidoro Maruotti*, L'Abbandono (1989) 189 f.; *Fiorentini*, in: Hermon/Watelet-Cherton, Riparia (2014) 274–278; *Solidoro Maruotti*, Index 39 (2011) 259–261; *Maddalena*, SDHI 79 (2013) 1069 f.; *Masi Doria*, in: Hermon/Watelet-Cherton, Riparia (2014) 238–240; *Monterreal*, An. Fac. Der. Coruna 17 (2013) 564–568; *D'Amati*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico I (2016) 662–672; *Dursi*, Res communes (2017) 65–111 (kein Eigentum, *solo una situazione di fatto giuridicamente rilevante*), mit teilweise kritischer Anmerkung *Plisecka*, SZ 135 (2018) 754 f.; anders

Regel *superficies solo cedit* (→ § 42 Rn. 9–20) steht dem wohl deshalb nicht entgegen, weil es vor der Bebauung kein (staatliches oder privates) Eigentum am *solum* gab.[101] Dass dieser Eigentumserwerb von einem *decretum praetoris* abhängig gewesen sein könnte, würde hierzu nicht gut passen.[102] Allerdings darf durch den Bau dessen Umgebung, insbesondere das Nachbargrundstück, nicht beeinträchtigt werden.[103] Zudem erlischt das Eigentum, sobald das Haus abgerissen oder vom Meer weggespült wird.[104]

Justinian übernimmt im Ansatz das Konzept Marcians (*res communes omnium*, *res universitatis*, *res nullius*, *res singulorum*), fügt diesen vier Kategorien aber als fünfte noch die der *res publicae* des Gaius hinzu.[105] Das könnte darauf beruhen, dass Justinian die *res publicae* anders als Marcian von den *res universitatis* geschieden wissen will, vielleicht darum, weil die *universitas* nunmehr auch private Verbände umfasste.[106] **12**

Plescia, Index 21 (1993) 439 (kein Eigentum am Grund). Zum ähnlichen Fall des Eigentums an einer *insula quae in mari nascitur* s. etwa *Gerkens*, Studi Labruna IV 2184–2188; *Gerkens*, FS Knütel 365–369.

[101] So ganz deutlich Pomp. 34 Sab. D. 41.1.30.4 (*quoniam id, quod nullius sit, occupantis fit*); vielleicht auch Cels. 18 dig. D. 6.1.49 (*solum partem esse aedium*); dazu *Klingenberg*, TR 72 (2004) 50; *Behrends*, Ausgew. Aufs. II 616; *Schermaier*, FS Knütel 1050; *Plisecka*, SZ 135 (2018) 756.

[102] Von einem solchen *decretum* ist in Pomp. 6 Plaut. D. 41.1.50 die Rede. Kritisch zum Erfordernis einer Gestattung *Fiorentini*, Index 24 (1996) 172; *Fiorentini*, Analisi (2010) 55–57; für eine fakultative Genehmigung *Ankum*, Index 26 (1998) 364; für Genehmigungspflicht *Castán Pérez-Gómez*, Concesiones (1996) 208–212; bei dauerhafter Nutzung auch *Plescia*, Index 21 (1993) 437; zur zeitlichen Zuordnung *Solidoro Maruotti*, Index 39 (2011) 266, 268; zur älteren Lit. *Klingenberg*, TR 72 (2004) 48 f. Fn. 72.

[103] Marcian. 3 inst. D. 1.8.4 pr.; Cels. 39 dig. D. 43.8.3.1.

[104] Pomp. 6 Plaut. D. 1.8.10; Ner. 5 membr. D. 41.1.14.1; Marcian. 3 inst. D. 1.8.6 pr.; Pap. 10 resp. D. 41.3.45 pr.; dazu eingehend *Schermaier*, FS Knütel 1047–1053; *D'Amati*, Scr. Corbino II 358–360; *D'Amati*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico I (2016) 672–677. Zu einer Gegenansicht, die vielleicht Ner. 5 membr. D. 41.1.14.1 noch erkennen lässt, *Kaser*, Ius gentium (1993) 111.

[105] Inst. 2.2.1 gegenüber Marcian. 3 inst. D. 1.8.2 pr.

[106] So *Groten*, Corpus (2015) 353–355; etwas anders *Kaser*, Ius gentium (1993) 108 (*publicus* als technische Bezeichnung für Staatseigentum). Noch anders *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 23 Fn. 53; *Busacca*, in: Cascione/Masi Doria, Modelli I (2013) 178 u. Fn. 31 mwN., 183 (Abschreibversehen).

III. Verkehrsfähige Sachen (*res privatae, res quae singulorum hominum sunt*)

1. *Körperliche und unkörperliche Sachen* (*res corporales* und *res incorporales*)[107]

13 Gaius teilt – wohl unter philosophischen Einflüssen[108] – die verkehrsfähigen *res* in erster Linie[109] in körperliche und unkörperliche Objekte ein.[110] Diese Differenzierung ist wohl für den Unterricht entwickelt worden, hat aber auch praktische Relevanz:[111] Nur über körperliche *res* kann, wenn sie *nec mancipi* sind, durch *traditio* verfügt werden,[112] für unkörperliche Sachen kommt dagegen grundsätzlich nur eine *in iure cessio* (→ § 43 Rn. 4 f.) in Betracht.[113] Auch eine Ersitzung ist nach klassischem Recht

---

[107] Ältere Lit. bei *Kaser*, RP I 376 Fn. 3; *Kaser*, RP II 591; *Grosso*, Problemi (1974) 39–46; *Falcone*, AUPA 55 (2012) 127 Fn. 1.

[108] Dazu *Grosso*, Problemi (1974) 47–50 (Aristoteles); *Wieacker*, RRG I 652 f. (Gemeingut der wissenschaftlichen Systembildung); *Guzmán Brito*, Cosas incorporales (1995) 19–48; *Burdese*, Atti Scherillo (= *Burdese*, Misc. 187–190); *Bretone*, in: Accademia nazionale dei Lincei, Filellenismo (1996) 132–142; *Bretone*, Fondamenti (1998) 123–126, 173–177 (Stoa, Platon, skeptische Akademie); *Bretone*, Labeo 43 (1997) 190 f.; *Behrends*, Labeo 44 (1998) 37–46 (mit scharfer Kritik an Bretone) und Replik von *Bretone*, Labeo 44 (1998) 459–461; *Becker*, Res (1999) 55–68 (Gemeinplatz der Lehre von der Argumentationskunst); *Dajczak*, RIDA 50 (2003) 99–105 (Seneca); *Behrends*, SZ 125 (2008) 44–54; *Behrends*, Index 37 (2009) 424 f.; *Möller*, Servituten (2010) 222–230 (skeptische Akademie); *Giglio*, SZ 130 (2013) 130–142 („between Stoicism and Scepticism"); zu Cic. top. 5.27 *Gilardeau*, Cicéron (2017) 123–125.

[109] Zu möglichen Gründen für diese Systematik *Zamorani*, Labeo 20 (1974) 368 f. (schwindende Bedeutung der *mancipatio*). Zum Verhältnis der Kategorien *res mancipi*/*nec mancipi* einerseits und *res corporales*/*incorporales* andererseits zueinander *Bona*, in: Bona et al., Prospettive sistematiche (1976) 439–449 (*pluralità di angoli visuali*); *Romeo*, Appartenenza e alienazione (2010) 97–109, mit Rez. *Schanbacher*, SZ 131 (2014) 517–520.

[110] Gai. 2.12–14 (*tangi possunt – tangi non possunt*); s. dazu auch Cic. top. 5.26 f.; Sen. ep. 6.58.11. Zu Unterschieden zwischen Gaius und dem Cicero-Text *Nicosia*, Scr. Melillo II 828–835; *Falcone*, AUPA 55 (2012) 128–130; dort auch zur Lesart der Passage *quae ⟨in⟩ iure consistunt* in Gai 2.14. Zur Möglichkeit eines Perspektivwechsels bei Gaius *Falcone*, in: Capogrossi Colognesi/Cursi, Obligatio-obbligazione (2011) 49 f.

[111] Zur Frage der Bedeutung der Differenzierung *Dajczak*, RIDA 50 (2003) 114; *Dajczak*, Stud. Kupiszewski 201–213; s. auch *Dajczak*, *res incorporalis* (2007) (in polnischer Sprache mit englischer Zusammenfassung); *Baldus*, in: Leible et al., Güter (2011) 10–21 (unter zutreffender Hervorhebung des systembildenden Elements der Distinktion a. a. O. 19); *Baldus*, AUPA 55 (2012) 53 und 71; *Pichonnaz*, OIR 9 (2004) 110–112 (Bedeutung der *res incorporales* für die Entwicklung der beschränkten dinglichen Rechte); anders *Baldessarelli*, RIDA 37 (1990) 87–109; *Becker*, Res (1999) 40–44, 53 f. (keine Anwendungsbezogenheit). Zur Prozessbezogenheit der Kategorisierung durch Gaius treffend *Burdese*, Atti Scherillo (= Burdese, Misc. 185–187); *Tellegen*, Labeo 40 (1994) 46–55; dazu *Burdese*, SDHI 61 (1995) 716–721; präzisierend *Giglio*, SZ 130 (2013) 154–157 (Ausrichtung des Rechtsunterrichts an der *intentio* der jeweiligen *actio in rem*); vgl. auch *Boente*, Nebeneinander und Einheit (2013) 27; dazu kritisch *Stagl*, SZ 133 (2016) 601.

[112] Gai. 2.19 (*si modo corporales sunt*). Zur subjektiven Färbung der Dichotomie (*posizione giuridica soggettiva, di un potere, di una facoltà*) *Falcone*, AUPA 55 (2012) 136–141 (m. Lit. hierzu a. a. O. 141 Fn. 38). Zur Beschränkung der *possessio* auf *res corporales Nicosia*, AUPA 56 (2013) 278–282.

[113] So bei der Bestellung eines Nießbrauchs oder einer Servitut an einem städtischen Grundstück,

nur bei *res corporales* möglich, weil nur an ihnen Besitz bestehen kann, nicht dagegen bei einer Servitut oder einem Nießbrauch.[114] Die Dichotomie *corporalis* und *incorporalis* bleibt in der Nachklassik und bei Justinian erhalten.[115]

2. *Manzipierbare und nicht manzipierbare Gegenstände* (*res mancipi* und *res nec mancipi*)[116]

Zu den *res mancipi*, deren Wurzeln im altrömischen Recht liegen,[117] zählen in Italien belegene Grundstücke,[118] Sklaven, vierfüßige zahme Herdentiere wie Rinder, Maultiere, Pferde und Esel[119] sowie Feldservituten.[120] Alle anderen Gegenstände sind *res nec mancipi*. Hierzu gehören Grundstücke in den Provinzen,[121] vierfüßige wilde Tiere wie **14**

---

s. dazu Gai. 2.29, 30; Gai. 7 ed. prov. D. 41.1.43.1; Paul. 2 man. vat. 45. Bei *servitutes praediorum rusticorum* kommt ferner eine Bestellung durch *mancipatio* in Betracht, Gai. 2.17 und 2.29.

[114] Gai. 7 ed. prov. D. 41.1.43.1; Paul. 15 Sab. D. 8.1.14 pr.; so wohl schon Sabinus, s. dazu *Astolfi*, Libri tres (2001) 54 f. Zu Problembereichen (*usucapio pro herede*, *in iure cessio hereditatis*) *Bretone*, Fondamenti (1998) 143–149. Zur Ersitzbarkeit der Servituten im älteren Recht *Möller*, Servituten (2010) 185–187; *Wesener*, Iura 59 (2011) 385; *D'Angelo*, AUPA 56 (2013) 11–19.

[115] Gai. ep. 2.1.2 f.; dazu *Sargenti*, Labeo 40 (1994) 312; Inst. 2.2.1–3.

[116] Ältere Lit. bei *Kaser*, RP I 123 Fn. 16, 17; *Gallo*, RDR 4 (2004) 10 Fn. 2.

[117] Zu den Gründen für die Zugehörigkeit von Gegenständen zur Kategorie der *res mancipi*, zur Entstehung der Kategorie sowie zur historischen Entwicklung *Gallo*, RDR 4 (2004) 10–91, zusammenfassend 92 f.; *Varela Gil*, RGDR 9 (2007) 7–12; *Amunátegui Perelló*, REHJ 33 (2011) 51–61 = TR 80 (2012) 343–351; zur Entstehung des Begriffs *res manicipi Wolf*, Mél. Magdelain 503; *Nicosia*, AUPA 59 (2016) 303–317; zur Entwicklung vom *manicipium* zum *dominium Romeo*, Appartenenza e alienazione (2010) 25–80, zusammenfassend 79 f., mit zust. Rez. *Licandro*, Index 39 (2011) 480–482. Zu *ritualistic and supernatural elements* der *mancipatio Tuori*, RIDA 55 (2008) 499–521 mit Lit. a. a. O. 499 Fn. 2. Zur Formel *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto* als Ausgangspunkt der Verfügungsfreiheit im römischen Recht *Behrends*, Iura 33 (1982) 84–96, zusammenfassend 103; s. dazu auch *Cursi*, Ess. Sirks 158–160.

[118] Zur Eigentumsfrage bei den Provinzialgrundstücken Gai. 2.7; dazu *Luzzatto*, in: Accademia nazionale dei Lincei, Diritti locali (1974) 12; *Grosso*, in: Accademia nazio-nale dei Lincei, Diritti locali (1974) 67–69 (Harmonisierung juristischer Dogmatik und ökonomischer Gegebenheiten).

[119] Hier ist der Zeitpunkt streitig, ab dem diese Tiere als *res mancipi* anzusehen sind, wobei die Geburt (Sabinianer) oder die Zähmung (Prokulianer) in Betracht kommt, Gai. 2.15; dazu *Falchi*, Controversie (1981) 99–113; *Scacchetti*, St. Biscardi V 378–381; *Pinto*, Index 35 (2007) 200–205; *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 58–69 (mit Rez. *Winkel*, TR 80 [2012] 507–509; Rez. *Platschek*, SZ 132 [2015] 581–587); *Onida*, Animali (2012) 253–263. Zu einem philosophischen Hintergrund des Meinungsstreits *Behrends*, SZ 125 (2008) 47 u. Fn. 44; zu rhetorischen Einflüssen *Leesen*, a. a. O. 66–69.

[120] Gai. 2.17; Ulp. reg. sing. 19.1 (dazu *Avenarius*, Liber singularis regularum [2005] 357–361). Zum Ursprung der Servituten bei den *res corporales Möller*, Servituten (2010) 221–230; *Wesener*, Iura 59 (2011) 383; *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 268; *Rainer*, Index 43 (2015) 313, 321.

[121] Gai. 2.21: *provincialia praedia*, die als *praedia stipendiaria* dem römischen Volk (so in den Senatsprovinzen) oder als *praedia tributaria* dem *princeps* gehören (so in den Kaiserprovinzen); s. dazu *Grelle*, Index 18 (1990) 170–174, 176 f. Zur *mancipatio* im Provinzialrecht (FIRA I 3.88 u. a.) *Lemosse*, Mél. Sturm I 301–309.

Elefanten und Kamele[122] und Servituten an städtischen Grundstücken.[123] Von Bedeutung ist die Unterscheidung bis zum Absterben der *mancipatio*[124] insbesondere für die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums, die bei (körperlichen) *res mancipi* im Regelfall[125] durch *mancipatio*, bei *res nec mancipi* dagegen durch bloße *traditio* erfolgt; hierzu und insbesondere zu den Folgen einer *traditio* von *res mancipi* näher (→ § 43 Rn. 7). Bei den Feldservituten und beim Nießbrauch dient die *mancipatio* hingegen der Bestellung des Rechts. Justinian beseitigt die längst bedeutungslos gewordene Differenzierung endgültig.[126]

3. *Bewegliche Sachen und Grundstücke* (*res mobiles und immobiles*)

15 Die Einteilung der Sachen in Mobilien und Immobilien ist seit alters her[127] vor allem für die Ersitzungsfrist (→ § 44 Rn. 19) relevant (ein Jahr bei beweglichen Sachen, zwei Jahre bei Grundstücken).[128] Ein weiterer Unterschied besteht beim Besitzschutz; bei Grundstücken und Häusern ist das *interdictum uti possidetis* einschlägig, bei beweglichen Sachen dagegen das *interdictum utrubi*[129] (→ § 66 Rn. 63, 80). Schließlich sind Servituten und ein Nachbarrecht nur bei Grundstücken und Häusern denkbar; umgekehrt kommt eine *actio ad exhibendum* nur bei beweglichen Sachen in Betracht.

16 Im Zusammenhang mit den Immobilien ist in den Quellen meist von *praedium, fundus, ager, aedificia, aedes* oder *villae* die Rede. Dabei bezeichnet *praedium* das (ländliche oder städtische) Grundstück im Rechtssinn,[130] *fundus* mitunter einen landwirtschaftlichen Betrieb in seiner Gesamtheit, mitunter aber auch ein bebautes oder unbebautes Grundstück, *ager* ein für die Landwirtschaft bestimmtes Grundstück, *aedificium* ein Gebäude, *aedes* Gebäude in der Stadt und *villae* Gebäude auf dem Land.[131] Bei

---

[122] Und zwar auch, wenn sie gezähmt sind, Gai. 2.16. Dazu *Onida*, Animali (2012) 207–209.

[123] Gai. 2.14 a.

[124] Zum Zeitpunkt und zu den Gründen des Absterbens *Gallo*, RDR 4 (2004) 96–113; *Varela Gil*, RGDR 23 (2014) 2–14 (geringere Bedeutung der *res mancipi*, kurze Ersitzungsfristen, Schutz des *bonae fidei possessor*, Schutz des Käufers durch das Vertragsrecht).

[125] Daneben konnte das Eigentum an *res mancipi* und an *res nec mancipi* auch durch *in iure cessio* übertragen werden, Gai. 2.24; zu ihrem Ursprung *Wolf*, Iura 61 (2013) 1–12. Zu den Unterschieden bei der Vornahme von *in iure cessio* und *mancipatio Corbino*, Et. Ankum I 85.

[126] Iust. C. 7.31.1.5 (a.531).

[127] Zur wachsenden Bedeutung der Differenzierung in der Spätzeit *Kaser*, RP II 245 Fn. 46 mit älterer Lit.; *Sargenti*, Labeo 40 (1994) 318–321.

[128] Gai. 2.42 mit Hinweis auf den Ursprung dieser Regelung in den 12 Tafeln (6.3).

[129] Gai. 4.149. Auch das Interdikt *de vi et de vi armata* ist nur bei Vertreibung von einem Grundstück anwendbar, Ulp. 68 ed. D. 43.16.1.3, 7; dazu *Richichi*, RDR 1 (2001) 286–289.

[130] Zur Abgrenzung von *praedia rustica* und *urbana* anhand der Kriterien Belegenheit (*locus*) oder Funktion (*materia*) s. *Mentxaka*, RIDA 33 (1986) 153–176.

[131] Zum *praedium* Pap. 7 resp. D. 7.1.57; Paul. 15 Plaut. D. 8.1.8.1 (*praedium serviens*); Call. 2 quaest. D. 50.16.220.1 (*praedium legatum*). Zum *fundus* als Ganzheit Ulp. 69 ed. D. 50.16.60 pr. (*integrum aliquid est*); Iav. 4 ep. D. 50.16.115 (*omne quidquid solo tenetur*), als Grund und Gebäude

ländlichen Grundstücken wird zwischen durch die Agrimensoren vermessenem Land (*ager limitatus*) und natürlich (etwa durch einen Flusslauf) begrenztem Land (*ager arcifinius*) unterschieden; dies ist namentlich für den Eigentumserwerb durch *alluvio* bedeutsam[132] (näher dazu → § 42 Rn. 4–8). Zu den *praedia tributaria* und *stipendiaria* schon oben (→ Rn. 14 und Fn. 121).

4. *Vertretbare und verbrauchbare Sachen*

Besonderheiten gelten für Sachen, die heute als „vertretbar" bezeichnet werden (*res quae pondere numero mensura consistunt*);[133] als Beispiele hierfür nennt Gaius Geld, Wein, Öl, Getreide, Silber und Gold.[134] Nur sie können Gegenstand eines Darlehens sein (→ § 70 Rn. 5–9), weil es hier anders als bei einer Leihe oder Verwahrung ausreicht, dass Sachen gleicher Art zurückerstattet werden.[135] An Sachen wie Öl, Wein oder Getreide, die durch den Gebrauch verbraucht werden (*res quae usu consumuntur*), kann *naturali vel civili ratione* kein Nießbrauch bestellt werden, weil dieser nur ein Recht zur Fruchtziehung *salva substantia* begründet; zu einem „Nießbrauch" an solchen Sachen, der durch nicht datierbares *senatus consultum* ermöglicht wurde und bei Justinian *quasi usufructus* heißt, näher (→ § 49 Rn. 38–41). **17**

IV. Einheitliche und zusammengesetzte Sachen, Sachgesamtheiten

In Anknüpfung an philosophische Vorbilder[136] differenziert Pomponius zwischen (1) einheitlichen Sachen wie etwa einem Sklaven, die ohne Verlust ihrer Identität nicht **18**

---

oder als Gesamtheit hiervon Flor. 8 inst. D. 50.16.211 (*omne aedificium et omnis ager, ager cum aedificio*). Zum *ager* Iav. 4 ep. D. 50.16.115 (*fundus ad usum hominis*), zu den *aedificia, aedes* und *villae* Flor. 8 inst. D. 50.16.211.

[132] Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.6/7 (*limitati agri*).

[133] Gai. 2.196; 3.90; Paul. 28 ed. D. 12.1.2.1. Grundlegend hierzu *Rüfner*, Vertretbare Sachen (2000) 24–73 (mit Rez. *Backhaus*, SZ 120 [2003] 262–266; Rez. *Baldus*, Labeo 49 [2003] 212–216; Rez. *Repgen*, TR 69 [2001] 407–409); ferner *Varvaro*, Certum (2008) 27–47 (zu den Begrifflichkeiten), 48–84; *Abatino*, Obbligazioni generiche (2012) 79–160 (zum Kaufrecht).

[134] Gai. 3.90.

[135] Paul. 28 ed. D. 12.1.2 pr. Zu weiteren Fällen, in denen die Unterscheidung praktisch relevant wird, s. Gai. 3.175; Gai. 2.196.

[136] Dazu *Grosso*, Problemi (1974) 71–73, 83–86; *Murga*, Iura 26 (1975) 52–54; *Nörr*, ANRW II.15 591; *Wieacker*, RRG I 647 f.; *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993) 12; *Schermaier*, Materia (1992) 216 u. Fn. 139 mwN; *Behrends*, SZ 112 (1995) 221 Fn. 37 (mit marginalen Einschränkungen); *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 386 u. Fn. 47; *Bretone*, Fondamenti (1998) 78–81; *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 175–177; *Stolfi*, Libri ad edictum I (2002) 295–301; *Dajczak*, RIDA 52 (2005) 122–125; *Behrends*, GS Eckert 96–98; *Nörr*, SZ 126 (2009) 46 u. Fn. 178; *Plisecka*, Tabula (2011) 82; *Onida*, Animali (2012) 273; *Meder*, Körper (2015) 33 f.; kritisch *Hammerstein*, Herde (1975) 14–21, 177 (keine inhaltliche, nur sprachliche Orientierung der Juristen an der Stoa). S. dazu ferner Alf. 6 dig.

geteilt werden können (*res quae sine interitu dividi non possunt*), (2) Sachen wie Häusern, Schiffen oder Schränken, die aus Einzelteilen zusammengesetzt sind (*corpora ex contingentibus*), und (3) Sachen, die wie etwa eine Schafherde lediglich zu einer Gruppe zusammengefasst sind (*corpora ex distantibus*).[137]

1. *Einheitliche Sachen* (*res quae sine interitu dividi non possunt*)

19 Ist eine Sache von Natur aus einheitlich (*homo, tignum, lapis*),[138] so kann ihre sachenrechtliche Zuordnung auch nur einheitlich beurteilt werden. Wird sie gleichwohl (real)[139] geteilt, so entstehen neue Sachen (*partes pro diviso*).[140] Einheitliche Sachen können aber auch durch die Vorgänge entstehen, die wir heute als Verbindung, Vermischung, Vermengung oder Verarbeitung bezeichnen.[141] Die Folgen, die hier nur in Grundzügen dargestellt werden (näher dazu → § 42 Rn. 20–22) sind unterschiedlich: Wird etwa fremdes Papier beschrieben oder fremde Wolle gefärbt („Verbindung"), so steht dem Eigentümer der Hauptsache das Eigentum an der so entstandenen einheitlichen Sache zu,[142] weil die Nebensache als solche nicht mehr vorhanden ist;[143] was

D. 5.1.76 (*ut philosophi dicerent*); zum Bezug dieser Stelle auf die Lehre Demokrits (Cic. fin. 1.6.17) *Watson*, Law Making (1974) 190 f. (*associated with Epicurus, goes back to Democritos*); *Schiavone*, Giuristi (1987) 133; D'Orta, Iura 42 (1991) 132; *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 176 (mit Rez. *Tellegen-Couperus*, TR 69 [2001] 383); *Knütel*, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999) 562 = RHD 76 (1998) 187–214; teilweise anders *Mantello*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 233 (*idea epicurea più che democritica*); *Liebs*, SZ 127 (2010) 44 (epikureisch-demokritische Atomlehre); noch anders insoweit *Horak*, Rationes (1969) 231 f. (Vulgärphilosophie mit stoischem und peripathetischem Gedankengut); *Mantovani*, in: Corbino et al., Homo (2010) 24 (*concezione commune*, deshalb spricht Alfen allgemein von *philosophi*); *Wieacker*, RRG I 649 (stoische Lehre in ihrem Zusammenhang); *Groten*, Corpus (2015) 334–336 (Herkunft aus der Stoa, wenngleich mit Wurzeln bei Demokrit, 336 Fn. 151). Zu Parallelen und Unterschieden zwischen Alf. 6 dig. D. 5.1.76 und Pomp. 30 Sab. D. 41.3.30 pr. bezüglich des Rekurses auf die Philosophie *Peppe*, Mél. Coriat 712 f., 716 f., 721.

[137] Pomp. 30 Sab. D. 41.3.30 pr., 1.; hier spricht wohl nicht Sabinus, sondern Pomponius, s. *Astolfi*, Libri tres (2001) 275 und Fn. 350. Ältere Lit. bei *Kaser*, RP I 383 Fn. 14; *Kaser*, RP II 591 f.

[138] So die Beispiele aus Pomp. 30 Sab. D. 41.3.30 pr.

[139] Zudem sind einheitliche Sachen stets einer ideellen Teilung zugänglich, durch die Miteigentum nach Bruchteilen entsteht (*pars pro indiviso*); Paul. 21 ed. D. 6.1.35.3. Zur (streitigen) Terminologie s. Paul. 21 ed. D. 50.16.25.1 (*pars* kann sowohl *pro indiviso* als *pro diviso* bedeuten, so Servius gegen Quintus Mucius), dazu und zum philosophischen Hintergrund Wieacker, RRG I 650; *Behrends*, SZ 112 (1995) 230; *Bretone*, Fondamenti (1998) 182 f.

[140] Ulp. 28 Sab. D. 8.4.6.1 (Teilung nach Bereichen); Paul. 16 Sab. D. 41.1.29 (Anschwemmung einer Flussinsel vor zwei Küstengrundstücken).

[141] Den römischen Juristen war diese Terminologie fremd, *Plisecka*, TR 74 (2006) 49.

[142] Gai. 2.77; Paul. 21 ed. D. 6.1.23.3, 5; Lab./Paul. 14 Sab. D. 41.1.26.2; zur Begründung Labeos in der letzten Stelle *Horak*, Rationes (1969) 256–258.

[143] *Plisecka*, TR 74 (2006) 45 f., 53: Der Eigentümer der Hauptsache „behält" sein (jetzt erweitertes) Eigentum (*tota einm eius sunt, cuius ante fuerant*, Paul. 14 Sab. D. 41.1.26 pr.); dazu auch *Behrends*, Index 37 (2009) 429 (*species* nicht mehr sichtbar). Zum Zusammenhang dieser Fälle mit der Regel *superficies solo cedit Rizzi*, in: Reinoso Barbero, Principios generales (2014) 363–365.

Hauptsache ist, wird dabei überwiegend nach der äußeren Anmutung beurteilt.[144] Streitig war der Fall des Malens auf fremdem Material; hier hat die überwiegende Meinung – systemwidrig – zugunsten des Künstlers entschieden,[145] Justinian folgt dem.[146] Zur Verschmelzung von Metallen und der Vermengung von Getreide näher (→ § 42 Rn. 20, 27). Umstritten war ferner die Behandlung der „Verarbeitungsfälle", in denen ein Nichteigentümer auf eigene Rechnung[147] aus fremdem Stoff eine neue einheitliche Sache fertigt (etwa: Herstellung von *mulsum* aus fremdem Wein und fremdem Honig).[148] Hier sollte das Eigentum nach den Sabinianern dem Materialeigentümer zufallen, nach den Prokulianern dem Verarbeiter;[149] nach einer *media sen-*

[144] Erwerb des Eigentums an gefärbter Wolle durch den Wolleigentümer auch, wenn der Farbstoff „Purpur" mehr wert ist als die ungefärbte Wolle, Paul. 14 Sab. D. 41.1.26.2; ebenso bei Beschreiben von Papier mit goldhaltiger Tinte, Gai. 2.77; Gai. 2 cott. D. 41.1.9.1; *Plisecka*, Tabula (2011) 83 f. unter Hinweis auf Ulp. 20 Sab. D. 34.2.19.3 und D. 34.2.19.20. Zum Sonderfall des Anschweißens und Anlötens von Gliedmaßen an eine fremde Statue Paul. 21 ed. D. 6.1.23.5; Paul. 14 Sab. D. 41.1.26 pr.,1; dazu näher (→ § 42 Rn. 20).

[145] Kritik darum bei Gaius (Gai. 2.78; 2 cott. D. 41.1.9.2: keine tragfähige Begründung) und Paulus (Paul. 21 ed. D. 6.1.23.3: systemwidrige Orientierung an den Wertverhältnissen). Hierzu *Lucrezi*, Tabula picta (1984) 250–272 (aus sozio-ökonomischer Perspektive) mit Rez. *Mayer-Maly*, Labeo 32 (1986) 78–82; Rez. *Bürge*, SZ 103 (1986) 561–570; Rez. *Watkin*, SDHI 50 (1984) 384–389 und SDHI 51 (1985) 516 (religiöser Hintergrund); Rez. *Cannata*, TR 54 (1986) 384–386; Rez. *Coppola*, Index 16 (1988) 401–409; ferner *Behrends*, GS Eckert 69–91 (stoische Lehren als *ratio decidendi*); eingehend *Plisecka*, Tabula (2011) 63–118, mit. Rez. *Schermaier*, SZ 132 (2015) 601 f.; *Rizzi*, in: Reinoso Barbero, Principios generales (2014) 365–367 (soziale und ökonomische Funktion der *pictura*).

[146] Inst. 2.1.34.

[147] Hierzu Gai. 2 cott. D. 41.1.7.7 (*suo nomine*); Pomp. 30 Sab. D. 41.1.27.1 (*cuius nomine factum sit, eius esse*); zur Abgrenzung gegenüber der Herstellung aufgrund *locatio conductio Thielmann*, FG Lübtow (1980) 191 f., 205; *Stoop*, TR 66 (1998) 8–10.

[148] So im Fall von Gai. 2.79 (*si ex vino et melle meo mulsum feceris*). Dasselbe soll nach Pomponius und Ulpian dann gelten, wenn das Eigentum am Honig und am Wein *verschiedenen* Personen zustand, etwa dem Verarbeiter und einer weiteren Person (Ulp. 16 ed. D. 6.1.5.1); doch war dies streitig (Gegenansicht: Miteigentum der Materialeigentümer). Zur Abgrenzung von Vermischung und Verarbeitung in solchen Fällen und zu den philosophischen Grundlagen *Schermaier*, RIDA 39 (1992) 243–253; s. ferner *Schermaier*, St. Talamanca VII 325; *Schermaier*, Materia (1992) 164–166.

[149] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.7: *quia sine materia nulla species effici possit* (Sabinus und Cassius) gegenüber *quia quod factum est, antea nullius fuerat* (Nerva und Proculus); dazu *Plescia*, Iura 24 (1973) 215–219; *Scacchetti*, St. Biscardi V 381–386; *Thielmann*, FG Lübtow (1980) 190 (Substantial- und Produktionsprinzip); *Plisecka*, TR 74 (2006) 57; s. auch *Schermaier*, Materia (1992) 198–206 (zum Verhältnis zu Gai. 2.79); *Schermaier*, St. Talamanca VII 292 (auch nach den Sabinianern Eigentums*erwerb* an der neuen Sache). Zur Frage, ob der Verarbeiter nur bei Gutgläubigkeit Eigentum erwerben konnte, *Kraft*, TR 74 (2006) 310–318 (tendenziell bejahend). Zu den Grundlagen des Streits *Wieacker*, RRG I 653 f. (aristotelische Kategorien maßgeblicher als die stoische Körperlehre); *Behrends*, SZ 112 (1995) 232–238 („Prävalenzprinzip" und „Strukturprinzip"); *Behrends*, Index 37 (2009) 424, 426 („Schauseite" und „Sinnprinzip"); *Bretone*, Fondamenti (1998) 71–88; *Chiusi*, FS Mayer-Maly (2002), 105 (aristotelische Prävalenz der *forma*, stoische Prävalenz der *materia*); anders *Leesen*, RIDA 53 (2006) 273–281; *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 83–90 (Rückgriff der Juristen auf Topoi der Rhetorik).

tentia sollte bei Rückführbarkeit der hergestellten Sache in den Stoff diese dem Materialeigentümer zustehen, sonst dem Verarbeiter.[150]

2. *Zusammengesetzte Sachen* (*corpora ex contingentibus*)

20 Solche Sachen entstehen typischerweise durch „Verbindung" (etwa: Anfügen eines Henkels an einen Becher, Einfügen eines Holzbalkens in ein Schiff)[151] oder „Verarbeitung" (etwa: Herstellung eines Kleides aus fremder Wolle, eines Schiffs oder Schranks aus fremdem Holz).[152] In der ersten Gruppe („Verbindung") erhält der Eigentümer der Hauptsache (Becher, Tisch, Schiff) das Eigentum an der zusammengesetzten Sache (*accessionis loco cedunt*), allerdings mit der Maßgabe, dass der (vormalige) Eigentümer der eingefügten Sache mit der *actio ad exhibendum* deren Trennung verlangen und danach die abgetrennte Sache vindizieren kann;[153] sein Eigentum „ruht" also nur während der Verbindung. In den „Verarbeitungsfällen" wird die Eigentumsfrage im Grundsatz ebenso beurteilt wie bei den einheitlichen Sachen.[154]

21 Für Grundstücke und Schiffe gelten Besonderheiten. Beim Einbau von beweglichen Sachen in Grundstücke (etwa: Bauführung auf eigenem Grund mit fremdem Material oder auf fremdem Grund mit eigenem Material) erwirbt der Grundstückseigentümer das Eigentum am Material (*superficies solo cedit*).[155] In beiden Fällen ist aber nach Abbruch des Gebäudes eine Vindikation des Materials wieder möglich (näher zu alledem → § 42 Rn. 11–14);[156] auch hier „ruht" also das Eigentum daran nur.[157] Ebenso

---

[150] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.7. Dazu *Thielmann*, FG Lübtow (1980) 188 (mit älterer Lit. zur Klassizität der *media sententia*); *Schermaier*, in: Zlinszky, Questions de responsabilité (1993) 288–291; *Schermaier*, RIDA 39 (1992) 238 f.; *Schermaier*, Materia (1992) 203, 229 (*media sententia* nachklassisch); anders *Bretone*, Fondamenti (1998) 89 f. (Paulus); *Behrends*, SZ 112 (1995) 235 f. (zur Zeit Julians entwickelt), ihm folgend *Plisecka*, Tabula (2011) 72.

[151] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.2; Paul. 14 Sab. D. 41.1.26 pr.,1 (mit weiteren Beispielen). Zur Einordnung dieser Fälle bei der Verbindung *Behrends*, SZ 112 (1995) 225–227. Die Prokulianer haben diese Lösung wohl nur befürwortet, wenn die Hauptsache *propria qualitas* aufwies, *Plisecka*, TR 74 (2006) 53 f.

[152] Gai. 2.79; Gai. 2 cott. D. 41.1.7.7; Paul. 14 Sab. D. 41.1.26 pr.

[153] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.5; dazu *Maddalena*, Labeo 17 (1971) 178 (Besonderheit der *corpora ex contingentibus*), zu den möglichen Bedeutungen von *cedere* a. a. O. 178–185; *Apathy*, FS Wesener (1992) 39; *Plisecka*, TR 74 (2006) 49.

[154] Eine eigenständige Verarbeitungslehre des Paulus vermutet *Schermaier*, SZ 105 (1988) 442–453 in Paul. 14 Sab. D. 41.1.24 und 26. Andere Autoren wollen in D. 41.1.24 das in den Vulgattexten ohnehin fehlende „non" als Abschreibversehen streichen und harmonisieren die Lösung des Paulus so mit der *media sententia*; dafür spricht die Parallele zu Paul. 2 Vitt. D. 32.78.4; dazu *Thielmann*, FG Lübtow (1980) 212–214; Nachweise zur Lit. bei *Schermaier* a. a. O. 443 Fn. 25.

[155] Zu einer Annäherung der *aedificia* in der Spätklassik an die *corpora ex distantibus Murga*, Iura 26 (1975) 54–60.

[156] Zum Aufleben der *rei vindicatio* nach Trennung Iul. 6 Min. D. 6.1.59; Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.8; Paul. 21 ed. D. 6.1.23.7; Paul. 3 ad Ner. D. 24.1.63; Ulp. 18 Sab. D. 7.1.15 pr.; dazu *Meincke*, SZ 88 (1971) 153–160 (Einbau eigenen Materials) und 143–152 (Einbau fremden Mate-

folgt beim Bau von Schiffen das Eigentum am Schiff dem Eigentum am Kiel.[158] Der (Schul-)/Fall, dass ein Schiff vollständig zerlegt und wieder zusammengebaut wird, wurde unterschiedlich beurteilt.[159]

3. *Sachgesamtheiten bzw. Gesamtsachen* (*corpora ex distantibus*)

Noch lockerer ist die Verbindung bei Sachgesamtheiten.[160] Schafe in einer fremden Herde können von ihrem Eigentümer vindiziert[161] und selbständig ersessen wer- 22

---

rials), zu möglichen Gründen der Regel 171–180; *Musumeci*, Inaedificatio (1988) 73–121 (Einbau eigenen Materials) und 123–175 (Einbau fremden Materials); *Holthöfer*, Sachteil (1972) 53–55. Zur *actio de tigno iuncto* als Grund des Ausschlusses der Vindikation während der Verbindung *Musumeci*, BIDR 81 (1978) 208–223 (altrömisches Recht) und 223–255 (klassisches Recht); *Hinker*, SZ 108 (1991) 116–118; zur *actio de tigno iuncto* als Strafklage *Jakobs*, SZ 124 (2007) 208 f.; *Hirata*, FS Bürge 151–160; für eine parallele Schadensersatzklage *Musumeci*, Inaedificatio (1988) 66–72 m. Rez. *Apathy*, Iura 42 (1991) 7–10; Rez. *Willvonseder*, SZ 108 (1991) 501 f; Rez. *Marrone*, Labeo 37 (1991) 383 f.; Rez. *Melillo*, Index 20 (1992) 556 f.; Rez. *Negri*, SDHI 55 (1992) 526.

[157] Die Terminologie ist uneinheitlich: Wie hier *Hinker*, SZ 108 (1991) 115 f.; anders *Apathy*, Iura 42 (1991) 10 (Eigentum am verbauten Material besteht fort, die Vindikation ist aber ausgeschlossen).

[158] Iul. 6 Min. D. 6.1.61; Pomp. 5 Sab. D. 30.24.4; dazu *Behrends*, SZ 112 (1995) 237 f.; *Richichi*, RDR 1 (2001) 281 f. Die Parallele zur Behandlung zum Grundstücksrecht ist evident und wird in Paul. 72 ed. D. 45.1.83.5 (*sicuti de aedibus*) auch explizit angesprochen.

[159] Jedenfalls bei allmählichem Austausch – auch sämtlicher – Planken ist das Schiff *eadem navis* (Servius in Alf. 6 dig. D. 5.1.76; Ulp. 17 Sab. D. 7.4.10.1). Dasselbe soll nach Celsus (in Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.8) gelten, wenn das Schiff in einem Arbeitsgang vollständig zerlegt und dann aus denselben Planken wieder zusammengebaut wird; gegenteilig entscheidet wohl Sabinus in Ulp. 17 Sab. D. 7.4.10.1, 7 (*usum fructum extinctum*). Dazu *Behrends*, Index 37 (2009) 423–425; 435–438; *Behrends*, SZ 128 (2011) 117 f.; anders insoweit *Nörr*, SZ 126 (2009) 2; noch anders *Thielmann*, FG Lübtow (1980) 199; *Schermaier*, St. Talamanca VII 299 (Abweichung beruht auf Besonderheiten beim Nießbrauch). Paulus (Paul. 72 ed. D. 45.1.83.5) entscheidet danach, ob die Absicht des Eigentümers dahin ging, das Schiff nach der Zerlegung wieder zusammen zu bauen; dann bleibt das ursprüngliche Schiff erhalten (*nondum intercedisse navis*), sonst nicht (*perempta prior navis*). Dazu *Murga*, Iura 26 (1975) 57 (Schulenstreit); *Schermaier*, Materia (1992) 221–223; *Behrends*, SZ 112 (1995) 220–223; *Richichi*, RDR 1 (2001) 283–286; *Harke*, SZ 123 (2006) 108 f.; s. ferner *Plescia*, Iura 24 (1973) 221; *Nörr*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 548–550; *Behrends*, Index 37 (2009) 430–438; *Nörr*, SZ 126 (2009) 21, 27 f.; *Behrends*, SZ 128 (2011) 110–122; *Marotta*, St. Santalucia 193f; *Platschek*, SZ 129 (2012) 575; *Cuena Boy*, RDR 16/17 (2016/2017) 15 f., 22.

[160] Hierzu *Holthöfer*, Sachteil (1972) 22–84 mit eigener Dogmatik (erst-, zweit- und drittstufige Integrate) mit Rez. *Grosso*, BIDR 75 (1972) 350; Rez. *Mayer-Maly*, SZ 90 (1973) 513; Rez. *Wesener*, TR 42 (1974) 331; *Grosso*, Problemi (1974) 84 (*criterio di distinzione …desunto dalla realtà economica e sociale*); ähnlich *Hammerstein*, Herde (1975) 65–176 (ökonomische Orientierung der Juristen) mit Rez. *Wacke*, Labeo 27 (1981) 111–114; Rez. *Huwiler*, SZ 98 (1981) 515 f.; ähnlich auch *Wieacker*, RGG I 649 f. (Ambivalenz der stoischen Lehre ließ den Juristen „freies Spiel“); s. ferner *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993) 23–146; *Onida*, Animali (2012) 273–279. *Orestano*, Diritto (1981) 309–314 setzt die *corpora ex distantibus* in engen Zusammenhang zu den *res incorporales*. Zu *universitas* als Synonym für *corpora ex distantibus Grosso*, Problemi (1974) 89; anders *Siracusa*, Universitas (2016) 120 f. (*totale independenza del corpus ex distantibus alle singoli elementi, laddove l'universitas è tale da*

den.[162] Doch ist es hiermit vereinbar, dass der Eigentümer der Herde diese als Gesamtheit von einem Dritten vindizieren kann.[163]

V. Zubehör (*accessio, instrumentum*)

23 Zubehör sind bewegliche Sachen, die zwar nicht *pars* einer anderen Sache, aber doch den wirtschaftlichen Zwecken der Hauptsache zu dienen bestimmt sind; meist handelt es sich bei der Hauptsache um ein Landgut, mitunter auch um ein Schiff, eine Gaststätte oder einen Handwerksbetrieb.[164] Was zum Zubehör gehört, bestimmt in erster Linie die Person, die über die Hauptsache (unter Lebenden oder von Todes wegen) verfügt; im Übrigen ist die dienende Funktion gegenüber der Hauptsache maßgeblich.[165] Praktische Bedeutung kommt dem Zubehör vor allem im Kaufrecht (→ § 79 Rn. 130 f.) und im Erbrecht (→ § 60 Rn. 12, 64) zu.[166]

VI. Früchte

24 Früchte sind Sachen, die aus der Bewirtschaftung anderer Sachen entstehen.[167] Bis zur Trennung von der Muttersache sind sie deren Bestandteil. Erst hierdurch werden sie zu einer selbständigen Sache und können Gegenstand besonderer Rechte sein Frucht eines

ricomprendere i singoli elementi).

[161] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.5; dazu *Holthöfer*, Sachteil (1972) 64; *Dajczak*, RIDA 52 (2005) 125–129; *Plisecka*, TR 74 (2006) 48 f.; *Pinto*, Index 35 (2007) 206; *Plisecka*, Tabula (2011) 82 f.; *Onida*, Animali (2012) 277 f.

[162] Pomp. 30 Sab. D. 41.3.30.2; dazu *Apathy*, FS Wesener (1992) 38–41.

[163] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.5. Für eine Anerkennung des *grex* als Rechtsobjekt *Hammerstein*, Herde (1975) 178 f. (zum wirtschaftlichen Hintergrund 22–62); mit zust. Rez. *Huwiler*, SZ 98 (1981) 516–519; zurückhaltender insoweit *Daubermann*, Sachgesamtheiten (1993) 147–151; offen *Holthöfer*, Sachteil (1972) 64–70 mwN mit älterer Lit. 69 Fn. 214. Zu einzelnen fremden Schafen in der Herde Paul. 21 ed. D. 6.1.2: keine Vindikation der fremden Schafe.

[164] D. 33.7.1–12; Lab. 1 pith. a Paul. epit. D. 33.7.29; Paul. 4 Sab. D. 33.7.13 pr.; Pomp. 6 Sab. D. 33.7.15 pr.

[165] *Ligios*, Instrumentum fundi (1996) 44–99 (*utilitas*) und 99–142 (*destinatio* durch den *dominus*, wobei ökonomische Kriterien maßgeblich sind); hierzu Rez. *Astolfi*, SDHI 63 (1997) 521–546; Rez. *Bürge*, TR 68 (2000) 573–576; s. ferner *Capogrossi Colognesi*, Ess. Sirks 91/92 (zusammenfassend).

[166] Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.31 bis Iav. Cass. D. 19.1.18 (Kauf); D. 33.7 (Legat eines *fundus cum instrumento*).

[167] Eingehend *Cardilli*, Fructus (2000) 29–322 mit Rez. *Burdese*, Iura 51 (2000) 147–159; Rez. *Zuccotti*, RDR I (2001) 498–515; zu den Begriffsbestimmungen in Paul. 49 ed. D. 50.16.77 *Zuccotti*, Fruges Fructusque (2000) 81–155; *Zuccotti*, St. Dell'Oro, 244–270; zum Konflikt zwischen Produktions- und Substantialprinzip beim Fruchterwerb *Kaser*, St. Scherillo I, 416–423; *Thielmann*, SZ 94 (1977) 76–100; *Linares Pineda*, Est. Iglesias III 1466–1470.

Grundstücks ist alles, was in der Muttersache wächst oder erzeugt wird,[168] also etwa Obst, Getreide, Wolle, Milch,[169] geschlagenes Holz oder geschnittenes Schilfrohr,[170] die Ausbeute aus einem Steinbruch,[171] die Jungen von Nutztieren[172] und erlegtes Jagdwild.[173] Früchte eines Sklaven sind die von ihm geleisteten Tagewerke (*operae*),[174] nicht aber – nach einem bereits im 2. Jh. v. Chr. ausgetragenen Meinungsstreit – die Kinder einer Sklavin.[175] Schließlich werden auch Erträge aus Vermietung oder Verpachtung als Früchte angesehen,[176] ebenso Vorteile aus beschränkten dinglichen Rechten.[177] Relevanz: Beim Nießbrauch (→ § 49) und beim Pachtvertrag (→ § 80 Rn. 33 f., 41) bildet das Recht zur Fruchtziehung den Vertragsgegenstand. Eine wichtige Rolle spielen Früchte aber auch im Dotalrecht[178] (→ § 35 Rn. 8, 63–65), bei der Verpfändung[179] (→ § 48 Rn. 41), beim Kau[180] (→ § 79 Rn. 135–138) und bei dinglichen Herausgabeklagen (*rei vindicatio*, *hereditatis petitio*) (→ § 59 Rn. 287–295), (→ § 80 Rn. 4, 30–32).[181]

---

[168] Paul. 3 sent. D. 7.1.59 pr./1 (*quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur*).

[169] Gai. 2 cott. D. 22.1.28 pr.; Inst. 2.1.37.

[170] Paul. 3 sent. D. 7.1.59.2.

[171] Ulp. 17 Sab. D. 7.1.9.2 ; anders grundsätzlich bei Marmorvorkommen, Ulp. 31 Sab. D. 24.3.7.13.

[172] Gai. 2 cott. D. 22.1.28 pr.; Ulp. 17 Sab. D. 7.1.68.1.

[173] Tryph. 7 disp. D. 7.1.62 pr.; einschränkend Iul. 6 Min. D. 22.1.26 (nur bei ausschließlicher Nutzung des Grundstücks zur Jagd).

[174] Ulp. 15 ed. D. 5.3.29; Ulp. 21 Sab. D. 30.39.1.

[175] Cic. fin. 1.4.12; Gai. 2 cott. D. 22.1.28.1; Ulp. 15 ed. D. 5.3.27 pr.; Ulp. 17 Sab. D. 7.1.68 pr. (Gleichartigkeit von Mutter und Kind). Dazu *Thielmann*, SZ 94 (1977) 98 f. (Nachwirkung des Produktionsprinzips); *Herrmann-Otto*, Ex ancilla natus (1994) 268–287 (zu den sozio-ökonomischen Implikationen) mit Rez. *Filip-Fröschl*, SZ 113 (1996) 523 f.; *Cardilli*, Fructus (2000) 84–97 (stoische Einflüsse); *Zuccotti*, St. Dell'Oro, 321–326 (geringe Bedeutung des Konzepts der siegreichen Meinung für den klassischen Fruchtbegriff); *Di Nisio*, St. Labruna III, 1495, 1517 (keine humanitären Erwägungen in D. 7.1.68 pr.); *Behrends*, Ausgew. Aufs. I, 437–445; *Behrends*, FS Knütel 98 f. Für eine Entscheidung des Meinungsstreits erst im Prinzipat *Linderski*, Labeo 33 (1987) 192–198. Zu einem Sonderweg des Trebaz in D. 41.10.4 pr. *Abramenko*, SZ 114 (1997) 426–434. Zur Ersitzung des Kindes einer *ancilla furtiva Sanna*, SDHI 74 (2008) 433–438. Weitere Lit. (→ § 45) und bei *Di Nisio*, St. Labruna III 1495 Fn. 7; *Di Nisio*, Partus vel fructus (2017) 1–28 mit den dort gegebenen Nachweisen.

[176] Ulp. 15 ed. D. 5.3.29; Ulp. 61 ed. D. 22.1.36; Ulp. 21 Sab. D. 30.39.1. Zu Zinsen aus Kaptalnutzung Ulp. 15 ed. D. 22.1.34 (Anwendbarkeit der Regeln über Früchte).

[177] Ulp. 17 ed. D. 8.5.4.2 (Vorteile aus einer Servitut).

[178] Der Mann erhält die Früchte der Dotalsachen zur freien Verfügung, nicht als Bestandteil der *dos*, PS 2.22.1.

[179] Mitverpfändung künftiger Früchte, Pap. 11 resp. D. 20.1.1.2; Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.15 pr.

[180] Zuweisung der Früchte an den Käufer, Pap. 3 resp. vat. 2; PS 2.17.7; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.13.

[181] Pflicht des Beklagten zur Herausgabe aller nach *litis contestatio* gezogenen Früchte, Paul. 21 ed. D. 6.1.33; Ulp. 21 Sab. D. 30.39.1; Pflicht des Erbschaftsbesitzers zur Herausgabe aller Früchte, Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.3.

§ 39 Eigentumsbegriffe

Fabian Klinck

Bonfante, Corso di diritto romano, II.1, 1926 (Ndr. 1966); *Kaser*, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, 2. Aufl., 1956; *Kaser*, Der römische Eigentumsbegriff, in: Dölle (Hg.), Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962, 1962, 19–38 (= Ausgewählte Schriften II, 51–71); *Capogrossi Colognesi*, La struttura della proprietà e la formazione dei ‚iura praediorum' nell'età repubblicana I, 1969; *Diósdi*, Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law, 1970; *Kaser*, Über ‚relatives Eigentum' im altrömischen Recht, SZ 102 (1985) 1–39; *Corbino*, Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica, in: Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea, 1987, 43–63; *Ankum/Van Gessel-de Roo/Pool*, Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht, SZ 104 (1987) 238–436, SZ 105 (1988) 334–435 und SZ 107 (1990) 155–215; *Behrends*, Bodenhoheit und privates Bodeneigentum im Grenzwesen Roms, in: Behrends/Capogrossi Colognesi, Die römische Feldmeßkunst. Interdisziplinäre Beiträge zu ihrer Bedeutung für die Zivilisationsgeschichte Roms, 1992, 192–280 (= Behrends, Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen. Ausgewählte Aufsätze II, 2004, 466–562); *Giaro*, Die Fiktion des eigentlichen Eigentümers, in: Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz I, 2000, 277–302; *Vacca*, ‚Dominium', ‚in bonis', ‚proprietà provinciale', in: Vacca (Hg.), Appartenenza e circolazione dei beni, 2006, 619–640; *Giglio*, The Concept of Ownership in Roman Law, SZ 135 (2018) 76–107.

Inhalt Rn.

I. Entwicklung bis zur Klassik 1
II. Quiritisches und „bonitarisches" Eigentum 7
III. Nachklassische Entwicklungen 9

I. Entwicklung bis zur Klassik

Auf einer frühen Entwicklungsstufe des römischen Rechts, die in die Zeit vor der Stadtgründung zurückreichen mag, dachte man sich die (rechtliche?) Herrschaft des *paterfamilias* über die von ihm bewirtschaftete Hofstelle einschließlich der dort lebenden Familienangehörigen, Sklaven und übrigen *res mancipi* (→ § 38, Rn. 14)[1] vermutlich als einheitliche; Quellen aus späterer Zeit legen nahe, dass diese ungeteilte Hausherrschaft als *mancipium* bezeichnet wurde.[2] Der Ausdruck *familia pecuniaque* als älteste überlieferte Sammelbezeichnung für Vermögen[3] deutet nach überwiegender Ansicht darauf hin, dass an Grund und Boden in der frühesten Zeit kein individuelles Herrschaftsrecht bestand, sondern „Kollektiveigentum" der *gens* oder einer anderen sozialen Einheit;[4] für die früheste historisch fassbare Zeit aber ist auch an Grund und Boden Individualeigentum belegt.[5] **1**

Die älteste bekannte Klage des römischen Rechts, mit der dieses Herrschaftsrecht (an Sachen und an Personen)[6] geltend gemacht wird (*vindicatio*),[7] ist die *legis actio sacra-* **2**

---

[1] Zur Frage nach Vorstellungen von „Eigentum" an *res nec mancipi* in vorhistorischer Zeit *Giuffrè*, Mél. Wołodkiewicz I 303–321; *Klinck*, Erwerb (2004) 21–25, doch scheint mir heute die dort vertretene These, an *res nec mancipi* sei ursprünglich kein quiritisches Eigentum möglich gewesen, aufgrund der damit einhergehenden Schutzlücken zweifelhaft.

[2] *Krüger*, Capitis deminutio (1887) 108, 121; *Bonfante*, Scr. II 76; *Bonfante*, Corso II.1 173; *Kaser*, Ausgew. Schr. I 21 Fn. 7 und *Kaser*, Eigentum (1956) 181–194; *Grosso*, SDHI 23 (1957) 388; *Franciosi*, Labeo 5 (1959) 377; *Diósdi*, Ownership (1970) 54; *Plescia*, BIDR 88 (1985) 184; *Giuffrè*, Mél. Wołodkiewicz I 306 Fn. 6. Ablehnend *Wieacker*, SZ 89 (1972) 417; *Capogrossi Colognesi*, Struttura I (1969) 288–301, gegen diesen wiederum eingehend *Gallo*, Labeo 16 (1970) 22–24, 38–58, demzufolge die ungeteilte Herrschaftsmacht des *pater familias* über Personen und Vermögen *potestas* hieß. Anders auch *de Visscher*, SDHI 2 (1936) 314 f. und SDHI 22 (1956) 91 (*mancipium* als „puissance quasi-souvraine de commandement du chef de famille"). Gegen die Vorstellung einer einheitlichen Herrschaftsmacht des *pater* über *res* und *personae Corbino*, Scr. Catanzaresi, zusammenfassend 62 f.

[3] So namentlich in der bei Gai. 2.104 überlieferten Formel des Manzipationstestaments.

[4] *Mommsen*, Staatsrecht III.1 22–29; *Girard/Senn*, Manuel 280; *Weiss*, s. v. Kollektiveigentum, RE XXI 1079; *Bonfante*, Corso II.1 179 f., 213–217; *Capogrossi Colognesi*, Proprietà e signoria (1994) 47–52 (mit der These, die ursprüngliche Herrschaft der *gentes* über das Ackerland entspreche einer *possessio* an *ager publicus*); *Wieacker*, SZ 89 (1972) 416; *Plescia*, BIDR 88 (1985) 184; *Burdese*, SDHI 55 (1989) 414; *Pugliese*, Istituzioni (1991) § 51.1; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung (2012) § 22 I 1; tendenziell auch *Kaser* RP I § 31 II; *Kaser*, Eigentum (1956) 228; *Wieling*, RAC XII (1983) Sp. 1180; mit weiteren Gründen *Behrends*, Ausgew. Aufs. II 522–530; *Diósdi*, Ownership (1970) 36 f. Ablehnend *Jhering*, Geist I (1891) 198 f.; *Waldstein/Rainer*, Rechtsgeschichte (2014) § 11 Rn. 14.

[5] *Meyer*, Alterthum II (1893) 517–519; *Wenger*, Misc. Ehrle II 30–33; *Weiss* s. v. Kollektiveigentum, RE XXI 1080 f.; *Zlinszky*, SZ 106 (1989) 116–118.

[6] Liv. 3,44 und auch noch Gai. 1.134. *Diósdi*, Ownership (1970) 55; *Kaser/Hackl*, RZ § 14 I pr.

[7] Für Ableitung dieser Bezeichnung von „*vim dicere*" *Jhering*, Geist I (1891) 163 f. mit Fn. 69; *Roth*, SZ 3 (1882) 128 f.; *Düll*, SZ 54 (1934) 114; *Kaser*, Ius 194 f., 327 f.; *Pugsley*, Property and Obligations (1972) 65 f.; *Wieacker*, RRG I § 12 II 4 b; wohl auch *Simon*, SZ 82 (1965) 138–141. Für einen Bedeutungszusammenhang mit einer indogermanischen Vorsilbe **veni* als Ausdruck der „Zugehörigkeit zu einem von affektiven Zusammengehörigkeitsgefühlen geprägtem Verband" *Behrends*, Aus-

mento in rem (→ § 9, Rn. 37–42, 59 Rn. 27–32); sie geht auf die Zeit vor den XII Tafeln zurück.[8] Ihr ist offenkundig auch der Akt nachgebildet, mit dem dieses Herrschaftsrecht übertragen werden konnte: die *mancipatio* (→ § 17 Rn. 5). Sowohl in der *legis actio sacramento in rem*[9] als auch bei der *mancipatio*[10] wird das Herrschaftsrecht nicht mit einem Begriff belegt; vielmehr behaupten bei der Klage beide Parteien, bei der *mancipatio* behauptet der Erwerber in Bezug auf den Gegenstand ein *meum esse ex iure Quiritium*.

3 Bei der *legis actio sacramento in rem* fordern die Parteien einander zu einem (Vermögens-)Opfer (*sacramentum*) auf, das verfällt, wenn der Richter die Rechtsbehauptung für unberechtigt (*iniuria*) erklärt. Heute wird überwiegend angenommen, dass der Richter nicht mit Blick auf die bessere Berechtigung eines Dritten die Rechtsbehauptung beider Parteien verwerfen, also beide *sacramenta* für verfallen erklären konnte.[11] Vielmehr geht man davon aus, dass er auch dann, wenn er von der besseren Berechtigung eines Dritten überzeugt war, die Rechtsbehauptung einer der Parteien für berechtigt erklären musste.[12] Trifft diese Annahme zu, konnte eine Person also auch dann füglich ein *meum esse ex iure Quiritium* behaupten, wenn die bessere Berechtigung eines Dritten feststand und das Herrschaftsrecht nur stärker als dasjenige der gegnerischen Prozesspartei war.[13] Jedenfalls im Zusammenhang mit seiner prozessualen Durchsetzung bezeichnet das *meum esse* also nicht zwingend ein absolutes Herrschaftsrecht, sondern nur eine im Verhältnis zu einem bestimmten Konkurrenten bessere Berechtigung.[14] Ob man sich das Herrschaftsrecht im Übrigen als ein absolutes

---

gew. Aufs. I 319–327, im Anschluss an *Schrader/Nehring* s. v. Familie Reallexikon I; ebenso etwa *Broggini*, SZ 76 (1959) 139 f.; *Manthe*, Geschichte (2016) 17.

[8] *Kaser/Hackl*, RZ § 14 I 1 c.

[9] Das Verfahren schildert Gai. 4.16–17.

[10] Darstellung des Aktes bei Gai. 1.119.

[11] Für diese Möglichkeit aber etwa noch *Jhering*, Geist III (1888) 93; *Wolf*, Symp. Wieacker (1985) 32 mit Fn. 162. – Zu weiteren abweichenden Deutungsversuchen überblicksweise *Diósdi*, in: Andreev et al., Gesellschaft I (1968) 67–69, der selbst in Anlehnung an *Roth*, SZ 3 (1882) 131, 136, annimmt, der Richter habe nur über die Rechtmäßigkeit der Kontravindikation des Beklagten zu entscheiden gehabt, 73–76.

[12] So *Kaser*, SZ 104 (1987) 73–79; *Kaser*, SZ 105 (1988) 124; *Kaser*, Est. d'Ors II 693–701; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 57; *Diósdi*, in: Andreev et al., Gesellschaft I (1968) 66 f.; *Diósdi*, Ownership (1970) 105; *Pugliese*, PC I 56, 295 f. Fn. 136; *Hackl*, SZ 106 (1989) 157–160; *Giglio*, SZ 135 (2018) 80.

[13] *Kaser*, SZ 104 (1987) 76. Anders *Wacke*, OIR 9 (2004) 214, ohne aber zu erklären, wie sonst der Richter die Eigentumsbehauptung einer Partei (trotz möglichen Wissens von der besseren Berechtigung eines Dritten) für zutreffend erklären kann.

[14] *Kaser*, SZ 102 (1985) 22–25; *Kaser*, SZ 105 (1988) 124; *Kaser*, Eigentum (1956) 6 und passim; *Kaser*, Ausgew. Schr. II 22–25. Zustimmend etwa *Wieacker*, SZ 67 (1950) 530; *Wieacker*, Vom römischen Recht[2] (1961) 208 f.; *Fuenteseca*, Labeo 4 (1958) 147; *Wubbe*, RIDA 8 (1961) 438 f.; *Wubbe*, Ausgew. Schr. 22; *Miceli*, Aktionenrechtliches Denken (2011) 115; *Miceli*, St. Metro I 256; *Wieling*, Sachenrecht 1 (2006) § 8 II 1 a; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung (2012) § 22 I 1. Ebenso vor *Kaser* etwa bereits *Eck*, Doppelseitigen Klagen (1870) 16 f.; *Leifer*, SZ 57 (1937) 141; tendenziell auch *Bernhöft*, Staat und Recht (1882) 167 f. Nur für den Fall, dass der nichtbesitzende Kläger obsiegt,

dachte,[15] ob man sich die Beziehung zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt in dieser Zeit überhaupt als ein absolutes subjektives Recht vorstellte, erscheint zweifelhaft: Auch der mit der *mancipatio* verbundene Gewährszug der *auctoritas*-Haftung (→ § 79 Rn. 238–252, § 44 Rn. 2) lässt sich als Hinweis darauf deuten, dass das frühe römische Recht Berechtigungen immer nur relativ im Verhältnis zweier Prätendenten zueinander ordnete.[16] Bei all diesen Überlegungen darf nicht vergessen werden, dass der Frage nach „relativem" oder „absolutem" subjektivem Recht eine Rückprojektion jüngerer Kategorien zugrunde liegt, mit denen sich das ältere Recht womöglich von vornherein nicht erfassen lässt.[17]

In der mittleren Republik macht die *rei vindicatio* im Übergang vom Legisaktionen- **4**
zum Formularverfahren eine grundlegende Wandlung durch. Im jüngeren Verfahren muss nur noch der Kläger sein Eigentum dartun, und die Klage wird unabhängig von der Rechtsposition des Beklagten abgewiesen, wenn ihm dies nicht gelingt.[18] Nichts steht der Annahme entgegen, dass man sich das Eigentum an einer Sache in dieser Zeit als eine absolute Rechtsposition vorstellte. Die Formel vermeidet aber weiterhin, das vom Kläger geltend gemachte Recht mit einem Begriff zu belegen: Der *iudex* hat zu untersuchen, ob die Sache *ex iure Quiritium* eine solche „des Klägers" ist.

Im ersten Jahrhundert v. Chr.[19] scheinen als Bezeichnungen für ein umfassendes **5**
Herrschaftsrecht die Worte *dominium*[20] und *proprietas* auf, mit unterschiedlichen Bedeutungsnuancen.[21] *Dominium* tritt in gewisser Weise an die Stelle des urtümlicheren Begriffs *mancipium*,[22] bezeichnet es doch für sich genommen die umfassende Herr-

---

auch *Zlinszky*, SZ 106 (1989) 136–138. Ablehnend *Bozza*, Iura 1 (1950) 402–404; *Voci*, Modi (1952) 280–285; *Archi*, SDHI 22 (1956) 412 f.; *Archi*, RIDA 6 (1959) 235; *de Visscher*, SDHI 22 (1956) 110; *Capogrossi Colognesi*, Struttura I (1969) 122–124, 396–407; *Capogrossi Colognesi*, Proprietà e signoria (1994) 204; *Diósdi*, in: Andreev et al., Gesellschaft I (1968) 71 (vgl. aber auch *Diósdi*, Ownership [1970] 105); *Talamanca*, Elementi (2013) 217.

[15] So *Diósdi*, Ownership (1970) 105 f., 124; *Giglio*, SZ 135 (2018) 84; letztlich auch *Kaser*, SZ 102 (1985) 24.

[16] *Kaser*, Ausgew. Schr. II 24.

[17] *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 57; *Gallo*, Labeo 16 (1970) 20 Fn. 7; *Schermaier*, SZ 134 (2017) 91 f.

[18] Nach Gai. 4.92–93 gilt das sowohl für die *formula petitoria (actor intendit rem suam esse)* als auch für die Sponsionsformel, die dem *agere per sponsionem* zugrunde liegt *(Si homo, quo de agitur, ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes)*. – Alf. 6 dig. D. 6.1.57 setzt voraus, dass ein Besitzer in zwei aufeinanderfolgenden Vindikationsprozessen verschiedenen Klägern unterliegen kann. Entgegen *Schermaier*, SZ 134 (2017) 91 schließt das keineswegs aus, dass der Beweis des Eigentums Urteilsvoraussetzung war: Der Kläger des einen oder anderen Prozesses mag den Richter zu Unrecht von seinem Eigentum überzeugt haben.

[19] Noch in der *lex agraria* aus dem Jahr 111 v. Chr. (vgl. aber immerhin Z. 27: *domneis*) und der *lex Antonia de Termessibus* wird Eigentum mit Genetivformulierungen umschrieben.

[20] *Wieacker*, SZ 89 (1972) 422; zu Quellen aus dem ersten Jh. v. Chr. *Capogrossi Colognesi*, Struttura I (1969) 473–489.

[21] *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 57.

[22] → § 39 Rn. 1. – Sicher ist dies freilich nur für *res mancipi*, die womöglich allein als Objekte des *mancipium* angesehen wurden; *Franciosi*, Labeo 5 (1959) 386, dazu *Kaser*, RP I § 31 I 1.

schaft, wie sie dem *pater familias* über sein Hauswesen zukommt;[23] in Bezug auf Sachen bezeichnet es, sofern es nicht durch Zusätze eingeschränkt wird,[24] ein umfassendes Herrschaftsrecht.[25] Mit *proprietas* ist, ausgehend von der Grundbedeutung „Eigentümlichkeit“,[26] die rechtliche Zugehörigkeit einer Sache gemeint. Beide Ausdrücke werden verschiedentlich als Synonyme verwendet.[27] Ein gewisser Unterschied aber wird deutlich in Fällen, in denen die rechtliche Herrschaft eingeschränkt ist, etwa durch das Recht eines Dritten an der Sache[28] oder durch Gemeingebrauch[29] – sie wird dann in aller Regel *proprietas*, nicht *dominium* genannt; insbesondere in Abgrenzung zum Inhaber eines Nießbrauchs, der die Sache belastet, heißt ihr Eigentümer oftmals auch *dominus proprietatis*.[30]

6 Jedenfalls seit der jüngeren Republik ist die Wendung *uti frui habere possidere* (→ § 40 Rn. 2) gebräuchlich, die ebenfalls eine recht umfassende Zugehörigkeit einer Sache zum Vermögen einer Person umschreibt, ohne dass damit freilich eine Aussage über die Eigentumslage getroffen würde:[31] In der *lex Agraria* aus dem Jahr 111 v. Chr. etwa werden so die garantierten Nutzungsrechte an Grundstücken umschrieben, unabhängig davon, ob die Grundstücke in privatem oder öffentlichem Eigentum stehen;[32] in Kaufurkunden aus späterer Zeit beschreibt die Wendung die Position, die der Verkäufer, der ohne besonderes Versprechen keine Eigentumsübertragung schuldet,[33] dem Käufer zu verschaffen hat.[34]

---

[23] Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.2 … *pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet* …

[24] Vgl. Iul. 7 dig. D. 7.6.3, wo der rechtlich unwirksame, faktisch ausgeübte Nießbrauch als *possessio usus fructus* bezeichnet und dem *dominium usus fructus* als dem rechtlich wirksamen Nießbrauch gegenübergestellt wird.

[25] Etwa die Rubrik von D. 41.1.

[26] *Georges*, HW II, s. v. proprietas I.

[27] Vgl. etwa Ner. 6 reg. D. 41.1.13 pr.

[28] Namentlich bei Belastung der Sache mit einem Nießbrauch, vgl. etwa: Ulp. 11 ed D. 4.3.7.4; Paul. 21 ed. D. 6.1.33; Paul. 21 ed. D. 6.1.35 pr.; Gai. 2 rer. cott. D. 7.1.3.2; Gai. 7 ed. prov. D. 7.1.6 pr.–3; Iav. 3 ep. D. 7.1.54; Ulp. 50 ed. D. 29.5.1.1. Bei Belastung mit einem Pfandrecht Flor. 8 inst. D. 13.7.35.1.

[29] Gai. 2 rer. cott. D. 1.8.5 pr.

[30] Etwa Gai. 2.30; Paul. 14 ed. D. 2.8.8.4; Paul. 11 ed. D. 4.3.7.4; Paul. 21 ed. D. 6.1.33; Labeo bei Ulp. 18 Sab. D. 7.1.13.7; Ulp. 18 Sab. D. 7.1.15.6–7; Pap. 8 quaest. D. 11.7.43; Pomp. 5 Sab. D. 15.1.2.

[31] *Kaser*, SZ 62 (1942) 23–25; *Kaser*, Ausgew. Schr. II 33 f.; *Behrends*, Index 32 (2004) 29; in wohl nur scheinbarem Widerspruch zu diesem *Capogrossi Colognesi*, Struttura I (1969) 409–410 („forma di appartenenza“), und *Chiusi*, St. Nicosia II 439 („provinziales Eigentum“).

[32] *Lex agraria* Z. 1–10 zu Ackerland, das bereits Privateigentum ist oder in solches überführt werden soll, Z. 11–13 zu Ackerland, das öffentliches Eigentum bleiben soll; dazu etwa *Kaser*, SZ 62 (1942) 13 f., 50–53. Entsprechend zum Nießbrauch an Provinzialgrundstücken, die dem Kaiser oder dem Volk „gehören“, Gai. 2.7,21.

[33] Ulp. 34 Sab. D. 18.1.25.1.

[34] Vgl. die Kaufurkunden in FIRA III, Nr. 88, 89. Häufig steht auch nur *habere possidere*, vgl. FIRA III Nr. 87 und etwa auch Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.8,9; Paul. 33 ed. D. 50.16.188 pr., wo allerdings wie in Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.9 darauf hingewiesen wird, dass *habere* auch „Eigentümer sein“ bedeuten könne.

II. Quiritisches und „bonitarisches“ Eigentum

Veräußert der Eigentümer eine *res mancipi*, wird dabei aber weder eine *mancipatio* noch eine *in iure cessio* durchgeführt, sondern die Sache dem Erwerber lediglich übergeben, so kann dieser nicht sogleich mit Recht behaupten, dass die Sache *ex iure Quiritium* die seine sei; nach dem *ius Quiritium* gehört die Sache weiterhin dem Veräußerer, bis in der Person des Erwerbers die Ersitzungsfrist abgelaufen ist.[35] Die Position des Ersitzungsbesitzers aber gestaltet der Prätor im Laufe der Zeit zu einer unangreifbaren aus: Einerseits kann der Ersitzungsbesitzer die Sache bei Besitzverlust seit Mitte des ersten Jahrhunderts[36] von jedem Dritten herausverlangen, denn ihm wird mit der *actio Publiciana* (→ § 63) eine Klage gewährt, in deren Formel[37] der Ablauf der Ersitzungsfrist fingiert und darauf abgestellt wird, ob die Sache dann *ex iure Quiritium* eine solche „des Klägers“ wäre. Andererseits kann der Ersitzungsbesitzer einer Herausgabeklage des Veräußerers die *exceptio rei venditae et traditae* entgegensetzen. Die Sache wird daher bereits vor Ablauf der Ersitzungsfrist als zum Vermögen des Ersitzungsbesitzers gehörig (*in bonis*) betrachtet. Das entspricht der von Gaius formulierten, klassischen Vorstellung, dass das Eigentum an einer Sache geteilt sein, sie nämlich *ex iure Quiritium* dem einen gehören und zugleich ein anderer sie in seinem Vermögen haben (*in bonis habere*) könne.[38] Das quiritische Eigentum ist in diesem Fall ein *nudum ius*:[39] Nicht der quiritische, sondern der „bonitarische Eigentümer“[40] hat die Hausgewalt (*potestas*) über den Sklaven,[41] kann die Sache wirksam verpfänden[42] und ist bei ihrer Beschädigung zum 7

[35] Gai. 2.41.

[36] Schöpfer der *actio Publiciana* ist vermutlich Q. Publicius, der 67 v. Chr. Prätor war, *Kaser*, RP I § 104 I Fn. 2 gegen *Watson*, Property (1968) 104–107.

[37] Gai. 4.36: Si quem hominem A. Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret … Nach Ulp. 16 ed D. 6.2.7.11 lautete die Formel: „… bona fide emit …“; dazu *Lenel*, EP 172; *Wubbe*, Res aliena (1960) 56 f.; gegen diesen *Kaser*, SZ 78 (1961) 186 f.

[38] Gai. 2.40. Der dort allein in Bezug genommene Fall der tradierten *res mancipi* dürfte nur das am einfachsten zu bildende Beispiel einer Aufspaltung des Eigentums *ex iure Quiritium* und *in bonis* sein; weitere Beispiele bei *Kaser*, SZ 78 (1961) 179–182 und *Kaser*, RRQ 352–355 (Quiritischer Eigentümer beerbt den nichtberechtigten Veräußerer, Zuweisung durch den Prätor mit Wirkung gegenüber dem quiritischen Eigentümer, womöglich auch Dereliktion und Okkupation einer *res mancipi*). Zu der rechtstheoretischen Frage, ob der möglichen Aufspaltung der Eigentumsposition auch ein gespaltener Eigentumsbegriff zugrunde liegt, *Giglio*, SZ 135 (2018) 85–103.

[39] Gai. 1.54.

[40] Der Ausdruck ist angelehnt an Theoph. inst. 1.5.4; *Diósdi*, Ownership (1970) 169 Fn. 20; *Kaser*, SZ 78 (1961) 179 mit Fn. 19.

[41] Gai. 1.54; durch den Sklaven erwirbt nur der bonitarische Eigentümer, Gai. 2.88 und 3.166. Eigentümlich aber die Folgen einer Freilassung, vgl. Gai. 1.35, dazu *Kaser*, RRQ 369–371.

[42] *Kaser*, RRQ 333, 364–368, und eingehend *Ankum/van Gessel-de Roo/Pool*, SZ 104 (1987) 395–428, 432–435. Nach *Wubbe*, Res aliena (1960) 81 f., 275–278, soll das *rem in bonis debitoris* der *actio Serviana* des Pfandgläubigers nicht mehr voraussetzen als bloßes tatsächliches Haben, insbesondere also genügen, wenn der Verpfänder nur die *possessio* oder gar die bloße *detentio* hatte.

Schadensersatz nach der *lex Aquilia* berechtigt.[43] Wird die Ersitzung vollendet, gehört die Sache, wie Gaius sich ausdrückt, sowohl *in bonis* als auch *ex iure Quiritium* dem Erwerber.[44]

8 Eine Ersitzung kann auch statthaben, wenn der sofortige Erwerb deshalb gescheitert ist, weil der Veräußerer der Sache nicht ihr Eigentümer war (→ § 44 Rn. 8). In diesem Fall gewährt der Prätor dem Ersitzungsbesitzer, der den Besitz verloren hat, ebenfalls die *actio Publiciana*. Gegenüber dem quiritischen Eigentümer verspricht sie aber keinen Erfolg, denn ihm gewährt der Prätor Schutz mit der *exceptio iusti dominii* (→ § 63, Rn. 25 f.).[45] Der quiritische Eigentümer seinerseits kann gegen den Ersitzungsbesitzer mit Erfolg die *rei vindicatio* anstellen. Beim Erwerb vom Nichtberechtigten hat der Ersitzungsbesitzer also, solange der Erwerb durch Ersitzung nicht vollendet ist, nur ein relatives Recht an der Sache, das nämlich gegenüber jedem Dritten geschützt wird, nicht aber gegenüber dem quiritischen Eigentümer. Wenn in den Quellen davon die Rede ist, dass jemand eine Sache *in bonis* habe oder eine Sache *in bonis* die seine sei, so ist von diesen Ausdrücken die bloß relativ geschützte Position des Erwerbers vom Nichtberechtigten nicht miterfasst;[46] sie ist kein „bonitarisches Eigentum“,[47] auch wenn diese Unterscheidung nur geringe praktische Relevanz gehabt haben dürfte.[48]

---

[43] *Ankum/van Gessel-de Roo/Pool*, SZ 104 (1987) 335–337 mit Blick auf Ulp. 18 ed. D. 47.12.2.

[44] Gai. 2.41. Entgegen *Vacca*, in: Vacca, Appartenenza (2006) 162 und 632, war die Vorstellung von einem bonitarischen Eigentum den klassischen Juristen offenbar nicht fremd.

[45] Paul. notat ad Pap. 10 quaest. D. 6.2.16.

[46] *Kaser*, SZ 78 (1961) 182–185; anders noch *Wieacker*, TR 30 (1962) 65; *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 116, 126; *Mantello*, Diritto privato II (2012) § 45.3. Zur Bedeutung der Worte *in bonis* eingehend *Ankum/van Gessel-de Roo/Pool*, SZ 104 (1987) 238–436, SZ 105 (1988) 334–435 und SZ 107 (1990) 155–215; zusammenfassend *Ankum/Pool*, Ess. Nicholas 5–41: *rem in bonis meam esse* meine ausschließlich das bonitarische Eigentum; *rem in bonis meis esse* meine auch das quiritische Eigentum, sofern es sich nicht um ein *nudum ius* handelt; letzteres schon bei *Kaser*, RRQ 357, 364. Diese Differenzierung blieb etwa *Bonfante*, Scr. II 386, und auch noch *Diósdi*, Ownership (1970) 173, verschlossen, die daher annehmen, *in bonis esse* sei kein technischer Begriff des römischen Rechts; zurückhaltend *Kaser*, RRQ 330 („in bestimmten Anwendungen technisch geworden“), 347 („gelegentlich auch von den Juristen untechnisch gebraucht“).

[47] Neben *Ankum/van Gessel-de Roo/Pool* und *Ankum/Pool* (Nachw. in Fn. 46), und *Burdese*, SDHI 55 (1989) 417, besonders deutlich *Kaser*, RRQ 332 f., 359–362, unter Aufgabe seiner zwischenzeitlich vertretenen Gegenansicht; seither etwa *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung (2012) § 22 I 2 b. Anders aber noch *Feenstra*, Symb. David I 65–71; *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 116, 126, obwohl er (mit welcher Folge?) danach unterscheiden will, ob der Ersitzungsbesitzer auch gegenüber dem quiritischen Eigentümer geschützt ist. Weitere Literatur bei *Vacca*, in: Vacca, Appartenenza (2006) 135 f.

[48] Darauf verweist mit Recht *Giaro*, Mél. Wołodkiewicz I 290–296.

III. Nachklassische Entwicklungen

In nachklassischer Zeit löst sich die klare Trennung zwischen *possessio* als tatsächlicher und *dominium/proprietas* als rechtlicher Herrschaft über eine Sache auf (→ § 40 Rn. 44). Justinian stellt sie wieder her und schafft zugleich die Unterscheidung zwischen *res mancipi* und *res nec mancipi* und damit auch den Manzipationsakt ab.[49] Folgerichtig erklärt er auch die Unterscheidung zwischen Eigentum *ex iure Quiritium* und *in bonis* für erledigt.[50] Damit verschwindet auch die Figur des „bonitarischen Eigentums" aus dem Rechtsleben; die *actio Publiciana* kann nur noch anstellen, wer vom Nichtberechtigten erworben hat.[51] 9

[49] Iust. C. 7.31.1.5 (a.531).

[50] Iust. C. 7.25.1 (a.530–531).

[51] Vgl. Gai. 4.36 mit Ulp. 16 ed. D. 6.2.1 pr. (*non a domino* hinzugefügt). Unzutreffend *Feenstra*, Symb. David 69: Ohne bonitarisches Eigentum habe die *actio Publiciana* nicht fortbestehen können.

§ 40 Der zivile Besitz (*possessio civilis*)

Fabian Klinck

Rohde, Studien im Besitzrecht I, II, 1913; *Albertario*, Il possesso romano, BIDR 40 (1932) 5–41; *Bonfante*, Corso di diritto romano III, 1933 (Ndr. 1972); *Kaser*, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, 2. Aufl., 1956; *Albanese*, Le situazioni possessorie nel diritto privato romano, 1985; *Nicosia*, Possesso nel diritto romano, in: Digesto delle discipline privatistiche XVIII, 4. Aufl., 1996, 79–97; *Nicosia*, Il possesso I. Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995–1996, 1997; *Lohsse*, Die Ersitzung im Spannungsverhältnis des ius postliminii und der fictio legis Corneliae, in: Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, 2009, 667–701.

Inhalt Rn.

I. Grundlagen; Terminologie 1
II. Besitzerwerb 8
1. Allgemeine Voraussetzungen 9
a. *Corpus* 9
aa. Allgemeines 9
bb. Besitzerwerb durch Übergabe 12
cc. Originärer Besitzerwerb 15
b. *Animus* 17
2. Erwerb durch Dritte 24
a. Erwerb durch *personae alieni iuris* 25
aa. Intellektuelles Element 18
bb. Voluntatives Element 19
cc. Geisteskrankheit, mangelnde Verstandesreife und Irrtum 22
b. Erwerb durch freie Stellvertreter 31
c. Besitzkonstitut und „Durchgangserwerb“ 33
III. Aufrechterhaltung und Verlust des Besitzes 35
1. Eigenhändig ausgeübter Besitz 35
2. Durch Dritte ausgeübter Besitz 38
3. Aufrechterhaltung des Besitzes *solo animo* 42
IV. Nachklassische Entwicklungen 44

I. Grundlagen; Terminologie

Bianca, Plurimum ex iure possessio mutuatur, in: Studi per Giovanni Nicosia II, 2007, 1–13; *Bozza*, Sull'origine del possesso, Ann. Macerata IV (1930) 189–256; *Pesaresi*, Ricerche sul peculium imprenditoriale, 2008, mit Rez. *Cerami*, Iura 58 (2010) 336–344; *Kaser*, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, 2. Aufl; *Kunkel*, Civilis und naturalis possessio – Eine Untersuchung über Terminologie und Struktur der römischen Besitzlehre, in: Symbolae friburgenses in honorem Ottonis Lenel, 1935, 40–79; *Mac Cormack*, Naturalis possessio, SZ 84 (1967) 47–69; *Riccobono*, Zur Terminologie der Besitzverhältnisse, SZ 31 (1910) 321–370; *Riccobono*, Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso, in: Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampitero Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento I, 1915, 377–424; *Wesener*, Ius possessionis, in: Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, 1976, 159–178.

Die tatsächliche Herrschaft über eine Sache kann nach klassischem Recht in vielfacher Hinsicht relevant sein: Sie ist Voraussetzung für den Erwerb durch *occupatio* (Inbesitznahme, → § 41), *traditio* (Übergabe, → § 43 Rn. 6 f.) und *usucapio* (Ersitzung, → § 44); sie ist bedeutsam für die Passivlegitimation etwa bei der *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 165–179), der *actio Publiciana* (→ § 63) oder der *actio ad exhibendum* (→ § 65); sie wird durch bestimmte Interdikte (→ § 66) geschützt; der Verkäufer haftet dem Käufer dafür, dass diesem die tatsächliche Herrschaft über die gekaufte Sache verbleibt. **1**

Die Sachherrschaft, für deren Bestand der Verkäufer dem Käufer einzustehen hat, heißt in der Sprache der XII Tafeln *usus*.[1] Aus dem Satz der XII Tafeln, dass der Verkäufer dem Käufer eine gewisse Zeit lang „Gewährschaft für den Gebrauch" der Sache zu leisten habe, entwickelte sich das Institut der Ersitzung.[2] Dieser inhaltliche Zusammenhang und die Bezeichnung *usucapio* belegen, dass die für die Ersitzung erforderliche fortdauernde Sachherrschaft zunächst ebenfalls als *usus* bezeichnet wurde.[3] Die Sachherrschaft, die der Prätor durch Interdikte schützt, heißt dagegen von Anfang an *possessio*, wie die Formel des vermutlich ältesten besitzschützenden Interdikts *uti possidetis* zeigt.[4] Noch in vorklassischer Zeit avanciert *possessio* zur allgemeinen Bezeichnung für rechtlich relevante Sachherrschaft, was etwa im Text der *lex agraria* aus dem Jahr 111 v. Chr.[5] sichtbar wird: Hier wird eine umfassende Sachherrschaft einerseits noch mit den Worten *uti frui habere possidere* umschrieben, andererseits aber auch immer wieder allein mit dem Wort *possessio* in Bezug genommen.[6] In den Quellen des klassischen Rechts schließlich bezeichnet das Wort *possessio* ganz allgemein sowohl die **2**

[1] XII T. 6.3 *Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus (esto).*

[2] Im Einzelnen (→ § 44 Rn. 1–7).

[3] *Kaser*, Eigentum (1956) §§ 11 I, 38.2; *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 7.

[4] Dazu näher (→ § 66 Rn. 63).

[5] FIRA I Nr. 8.

[6] Besonders deutlich etwa in Z. 10: … *eum agrum locum aedificium possessionem minus oetatur fruatur habeat possideatque quoque possessio inuito, mortuoue eo heredibus eius inuiteis auferatur.*

durch weitere Voraussetzungen qualifizierte Sachgewalt, die der Prätor durch Interdikte schützt, als auch die Sachgewalt, die, auf einer *iusta causa* (→ § 45) beruhend, zum Eigentumserwerb durch *usucapio* oder *traditio* führt. Die Wendung *uti frui habere possidere* aber bleibt auch in klassischer Zeit üblich als Bezeichnung für die Sachherrschaft, die der Verkäufer dem Käufer garantiert.[7]

3 In der neuzeitlichen Terminologie wird die für den Rechtserwerb durch *usucapio* oder *traditio* notwendige Sachherrschaft – im Anschluss an v. Savigny[8] – als *possessio civilis* bezeichnet, die durch den Prätor geschützte als Interdiktenbesitz (*possessio ad interdicta*).[9] Die wenigen Quellen des klassischen Rechts, in denen von *possessio civilis*, *iure civili possidere* oder *civiliter possidere* die Rede ist,[10] lassen in der Tat vermuten, dass eine qualifizierte Sachherrschaft gemeint ist, die nach *ius civile* Rechtsfolgen zeitigt, denn ihr wird zumeist eine als *naturaliter possidere* oder *tenere* gekennzeichnete Sachherrschaft gegenübergestellt, an die unabhängig vom *ius civile* – sei es im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung, sei es *in iure* durch den Prätor – Rechtsfolgen geknüpft werden.[11] Welche möglichen Rechtsfolgen die *possessio civilis* als solche kennzeichnen, geht aus den Quellen allerdings nicht eindeutig hervor.[12]

4 Der Ausdruck *possessio ad interdicta* kommt in den Quellen nicht vor. Wenn er heute dem Ausdruck *possessio civilis* gegenübergestellt wird, beruht dies auf der Annahme, dass faktische Herrschaft nach klassischem Recht auch dann als durch Interdikte geschützte *possessio* anerkannt sein kann, wenn sie nicht auf einer *iusta causa* beruht und daher nicht zum Eigentumserwerb durch *usucapio* oder *traditio* führen kann.[13] Das aber scheint nicht für alle Fälle unbestritten gewesen zu sein. Noch in spätklassischen

---

[7] Vgl. die Kaufurkunden in FIRA III Nr. 88, 89. Häufig steht auch nur *habere possidere*, vgl. FIRA III Nr. 87 und etwa auch Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.8,9; Paul. 33 ed. D. 50.16.188 pr., wo allerdings wie in Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.9 darauf hingewiesen wird, dass *habere* auch „Eigentümer sein" bedeuten könne.

[8] *Savigny*, Recht des Besitzes (1865) § 7.1.

[9] *Mayer-Maly*, in: *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 55 II 1.2; *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 24; *Kaser*, RP I § 94, II 1, III 1; *Kunkel*, Symb. Lenel 63; *Riccobono*, Scr. Chironi I 378 f.; *Riccobono*, SZ 31 (1910) 335–340.

[10] Nämlich nur in Iav. 14 ep. D. 41.2.24; Iul. 44 dig. D. 41.5.2.1; Ulp. 24 ed D. 10.4.3.15; D. 10.4.7.1; Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.9; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.7; Paul. 7 Sab. D. 24.1.26 pr. Zur Klassizität dieses Ausdrucks *Kunkel*, Symb. Lenel 40–79.

[11] Paul. 7 Sab. D. 24.1.26 pr.: Hat der Ehemann etwas gekauft und den Verkäufer angewiesen, die gekaufte Sache seiner Ehefrau zu übergeben, der er sie schenken will, so wird diese *iure civili* nicht als *possessor* angesehen, und doch wird der Verkäufer frei. Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.7: Auch ein Sklave kann sich wirksam *possidere mihi licere* stipulieren lassen, denn zwar könne er *iure civili* nicht besitzen, doch sei das Versprechen auf die *possessio naturalis* zu beziehen. Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.15 und D. 10.4.7.1: Die *actio ad exhibendum* kann angestellt werden gegen *non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni* wie etwa den Pfandgläubiger.

[12] Deutlich dagegen die Differenzierung bei Iav. 4 Plaut. D. 41.3.16 zwischen einer *possessio ad usucapionem* und *ad reliquas causas*, namentlich der Passivlegitimation bei der *actio ad exhibendum*.

[13] Vgl. schon die graphische Übersicht bei *Savigny*, Recht des Besitzes (1865) 123.

Quellen finden sich Spuren einer Ansicht, dass ein Tatbestand faktischer Sachherrschaft schlechthin nicht als *possessio* anzuerkennen sei – also offenbar auch nicht im Sinne der besitzschützenden Interdikte –, wenn sein Erwerb gegen das Verbot der Schenkung unter Ehegatten verstößt: Die Gegenansicht, dass der eine Ehegatte trotz Unwirksamkeit der Schenkung *possessor* einer Sache sein könne, die der andere ihm geschenkt hat, geht auf Julian zurück[14] und ist noch zu Paulus' Zeiten nicht unangefochten.[15]

Welche Voraussetzungen die *possessio* in der Person des Erwerbers hat, ob und wie sie **5**
durch Dritte erworben werden kann und unter welchen Umständen sie verloren geht, wird in den Fragmenten der Klassikerschriften so, wie sie in den Digesten überliefert sind, überwiegend ohne Bezug zu einer bestimmten Rechtsfolge erörtert. Insofern machten jedenfalls die Kompilatoren keinen Unterschied zwischen einer für den Rechtserwerb erforderlichen *possessio civilis* und einer *possessio ad interdicta*. Dass auch die Juristen der klassischen Zeit im Grundsatz von einem einheitlichen Besitztatbestand ausgingen, ist nicht sicher,[16] aber wahrscheinlich: Wenn Julian und Paulus allgemeine Fragen der *possessio* augenscheinlich vor allem im Zusammenhang mit der *usucapio* behandeln,[17] Ulpian sie dagegen im Zusammenhang mit den Interdikten erörtert,[18] stellen sich diese Fragen im Hinblick auf beide Funktionen der *possessio* offenbar gleich.

Possessio bezeichnet mithin in klassischer Zeit einen Tatbestand der Sachherrschaft, **6**
welchen der Prätor unter weiteren Voraussetzungen durch Interdikte schützt[19] und welcher – ebenfalls unter weiteren Voraussetzungen – in der Person ihres Inhabers zum Rechtserwerb führen kann. Dass es sich um einen Rechtsbegriff handelt, wird dadurch deutlich, dass die Juristen Tatbestände faktischer Sachherrschaft, die nicht alle Voraussetzungen der *possessio* erfüllen, aber ausnahmsweise dennoch wie *possessio* behandelt werden, als *possessio naturalis* bezeichnen.[20] Als rechtliche Kategorie[21] kann *possessio*

---

[14] Paul. 54 ed. D. 41.6.1.2; Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.1.

[15] Paul. 54 ed. D. 41.2.1.4 *(plerique putant possidere)*; vgl. dazu *Riccobono*, SZ 31 (1910) 331 f.

[16] Verneinend *Böhr*, Verbot (2002) 75; *Leifer*, RE s. v. *possessio, possessor, possidere*, Sp. 833; tendenziell auch bereits *Kunkel*, Symb. Lenel 67 ff.; offener *Kaser*, RP I § 95 I (vgl. aber noch *Kaser*, Eigentum (1956) § 40.1). Die große Mehrheit geht – jedenfalls implizit – von einem einheitlichen Besitztatbestand aus, vgl. etwa *Nicosia*, Dig. Disc. Priv. XIV 82; *Riccobono*, BIDR 49/50 (1947) 41; *Albertario*, BIDR 40 (1932) 26 f.; ferner die Lehr- und Handbuchliteratur, in welcher der Besitztatbestand, sein Erwerb und Verlust nahezu durchgängig ohne Rücksicht auf seine Rechtsfolgen dargestellt werden.

[17] Julian im 44. Buch seiner Digesten, *Lenel*, Pal. I Sp. 435–440; Paulus im 54. Buch seines Ediktskommentars, *Lenel*, Pal. I Sp. 1063–1071.

[18] In den Büchern 68–72 seines Ediktskommentars; zur Palingenesie *Lenel*, Pal. II Sp. 800–849.

[19] Die Frage, ob das Wort *possessio* in allen Zusammenhängen, in denen es im Edikt des Prätors vorkam, grundsätzlich gleich zu verstehen war, ob es also einen einheitlichen honorarrechtlichen Begriff der *possessio* gab, kann hier nicht vertieft werden; ablehnend insbesondere mit Blick auf die *bonorum possessio* und die *missio in possessionem Kunkel*, Symb. Lenel 66; ihm zustimmend *MacCormack*, SZ 84 (1967) 48; *Kaser*, Eigentum (1956) § 40.2.

[20] Vgl. außer den in Fn. 11 genannten Quellen Iul. 44 dig. D. 41.5.2.2 (*possessio naturalis* des

aus Rechtsgründen wie der Vermögensunfähigkeit des Besitzsubjekts[22] oder der fehlenden Privatrechtsfähigkeit des Besitzobjekts[23] ausgeschlossen sein. Ihre tatsächlichen Voraussetzungen aber können durch Gesetze weder geschaffen[24] noch – so jedenfalls die in der Spätklassik herrschende Ansicht[25] – ausgeschlossen werden.[26]

7 *Possessio* als solche ist in vielfacher Hinsicht rechtlich geschützt: Derjenige, der bei Ablauf der Ersitzungsfrist Eigentum erwerben würde, kann bei Entzug oder Vorenthaltung des Besitzes die *actio Publiciana* anstellen (→ § 63); weiter ist der Kreis derjenigen, die der Prätor gegen Störungen in der Sachherrschaft oder deren Entzug durch Interdikte schützt (→ § 66). Noch weiter geht der deliktsrechtliche Schutz der Sach-

---

Haussohns); Iul. 44 dig. D. 41.5.2.1 (*possessio naturalis* von *colonus* und Verwahrer); Ulp. 20 ed D. 10.3.7.11 (*possessio naturalis* von *colonus* und Verwahrer); Ulp. 70 ed. D. 41.2.12 pr. (*possessio naturalis* des Nießbrauchers); *Savigny*, Recht des Besitzes [7](1865) § 7.2–4, hatte die Ansicht vertreten, dass der Ausdruck *naturalis possessio* in den Quellen in doppeltem Sinne gebraucht werde: als Gegensatz zur *possessio civilis* bezeichne er Sachherrschaft, die nicht zur Ersitzung führe, also bloße Detention ohne Rechtsfolgen und Interdiktenbesitz; als Gegensatz zur *possessio* bezeichne er bloße Detention ohne Rechtsfolgen. Insbesondere *Riccobono*, SZ 31 (1910) 342–367, *Riccobono*, Scr. Chironi I 382, *Riccobono*, BIDR 49/50 (1947) 41, entwickelte die heute ganz herrschende Gegenthese, dass *possessio naturalis* immer bloße Detention bezeichne; so etwa auch *Talamanca*, Elementi [2](2013) 237 f.; *Voci*, Istituzioni (2004) § 78.2; *Nicosia*, Possesso (2008) 33; *Kaser*, RP I § 94 I 2; *Kaser*, Eigentum (1956) § 40.3; *Bonfante*, Corso III 266; vorsichtiger *Mayer-Maly*, in: Honsell/Mayer-Maly/Selb § 55 II 1. Das ist mit den eingangs dieser Fußnote genannten Quellen, in denen einer *possessio naturalis* Rechtsfolgen beigelegt werden, nicht vereinbar; insbesondere Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.9 muss von *Riccobono* für interpoliert erklärt werden. Der Ausdruck *possessio naturalis* lässt sich auch nicht als bloßer Gegenbegriff zur *civilis possessio* begreifen; so aber noch *Kaser/Knütel/Lohsse*, § 19 Rn. 17; *Kunkel*, Symb. Lenel 49–58; in gewissem Selbstwiderspruch auch *Kaser*, RP I § 94 I II 2. Zutreffend zur Bedeutungsbreite des Ausdrucks *Böhr*, Verbot (2002) 85–87; *Lambrini*, Index 27 (1999) 320.

[21] Pap. 2 def. D. 41.2.49.1 […] *possessio non tantum corporis, sed et iuris est.* Vgl. hierzu *Talamanca*, Elementi [2](2013) 236; *Nicosia*, Dig. Disc. Priv. XIV 90–95; *Wesener*, FS Kaser (1976) 159–178; *Bianca*, St. Nicosia II 8–12.

[22] Vgl. etwa Pap. 2 def. D. 41.2.49.1, der zur Begründung ausdrücklich auf die rechtliche Bedeutung des Besitzes abhebt (*et iuris est*). Damit ist auch die These widerlegt, *personae alieni iuris* könnten deswegen keine *possessio* erwerben, weil ihnen der *animus possidendi* fehle; so aber etwa *Voci*, Istituzioni (2004) § 78.5. Entgegen *Pesaresi*, Peculium (2008) 65–141, steht Sklaven auch an Sachen, die sich in ihrem *peculium* befinden, nicht selbst die *possessio* zu: Iul. 13 dig. D. 44.7.16, Alf. 1 dig. a Paul. epit. D. 41.3.34 und Paul.-Lab. 12 ed. D. 41.3.8 pr. machen für eine *possessio* des Sklaven keinen Beweis, und entgegen *Pesaresi* bedeutet die Anerkennung einer *possessio naturalis* des Sklaven gerade keine allgemeine Anerkennung einer eigenständigen Besitzposition; *Pesaresi* zustimmend aber *Cerami*, Iura 58 (2010) 340–344.

[23] Vgl. etwa Paul. 15 Sab. D. 41.2.30.1.

[24] So wirkt die Fiktion des *ius postliminii* auf das Vorhandensein von *possessio* als *causa facti* nicht ein, Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.2; Pap. 3 quaest. D. 4.6.19. Vgl. dazu *Lohsse*, FS Knütel 672–674; *Klinck*, Erwerb (2004) 144–148.

[25] Vgl. dazu bereits oben bei Fn. 14 im Text.

[26] Paul 54 ed. D. 41.2.1.4 *Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest …*

herrschaft.[27] Die *lex Aquilia* etwa gewährt grundsätzlich zwar nur dem Inhaber eines dinglichen Rechts eine Schadensersatzklage gegen den Schädiger: War etwa Kleidung in Verwahrung gegeben worden, so kann nur der Eigentümer, nicht der Verwahrer die *actio legis Aquiliae* anstellen, wenn sie zerrissen wird.[28] Von dieser Regel lässt man jedoch im Wege der Analogie Ausnahmen zu. So wird demjenigen, der einen Acker gepachtet hat, eine *actio in factum* gegeben, wenn der Acker durch Eintrag von Unkrautsamen verdorben wird.[29] Mit der *actio de pauperie* kann auch der Wäscher und der Entleiher Ersatz für durch „Vierfüßler" verursachte Schäden verlangen.[30] Die *actio furti*, der allerdings Strafcharakter zukommt, steht nicht nur dem Inhaber eines dinglichen Rechts an der gestohlenen Sache zu, sondern jedem, der ein ehrenhaftes Interesse vorzuweisen hat,[31] auch dem Inhaber der Sachgewalt, wenn er dem Berechtigten für die Sache haftet.[32] Die *actio bonorum vi raptorum* kann nicht nur der Inhaber der *possessio* anstellen, sondern auch der Mieter oder Verwahrer, wenn er ein Interesse daran hatte, dass ihm die Sache nicht abgenommen wird.[33]

II. Besitzerwerb

1. Allgemeine Voraussetzungen

Cannata, L'‚animo possidere' nel diritto romano classico, SDHI 26 (1960) 71–104; *Castro Sáenz*, Concepciones jurisprudenciales sobre el acto possessorio – un esayo sobre la evolución del ⟨animus⟩ en derecho romano, Iura 52 (2001) 73–129; *Eugenio*, ‚Corpus possessoris', ‚corpus possessionis', ‚possessio', in: Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero, 1994, 135–155; *Hausmaninger*, Besitzerwerb solo animo, in: Festgabe für Arnold Herdlitczka zu seinem 75. Geburtstag, 1972, 113–119; *Lambrini*, L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico, 1998; *Lambrini*, Capacità naturale e acquisto del possesso, Index 27 (1999) 317–332; *Longo*, In tema di acquisto del possesso, BIDR 42 (1934) 469–496; *MacCormack*, The Role of Animus in the Classical Law of Possession, SZ 86 (1969) 105–145; *Piro*, Damnum ‚corpore suo' dare rem ‚corpore' possidere (2004), mit Rez. *Burdese*, SDHI 72 (2006), 522; *Tondo*, Acquisto del possesso da parte del pupillo, in: Studi in onore di Emilio Betti, IV, 1962, 363–399; *Zamorani*, Possessio e animus, 1977.

[27] Zum Folgenden etwa *Wieling*, Ric. Gallo III 673–680.
[28] Ulp.-Iul. 18 ed. D. 9.2.11.9.
[29] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.14.
[30] Paul. 22 ed. D. 9.1.2 pr.
[31] Paul. 9 Sab. D. 47.2.11 (*si honesta causa interest*). Kein solches Interesse liegt etwa in der Haftung des seinerseits bestohlenen Diebes gegenüber dem Eigentümer begründet, Pomp. 38 Q. Muc. D. 47.2.77.1 und Ulp. 29 Sab. D. 47. 2.12.1.
[32] Gai. 3.205–207; Paul. 2 man. D. 47.2.86.
[33] Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.22.

8 Der Erwerb der *possessio* – sowohl im Zusammenhang mit einem Eigentumserwerb durch *usucapio* oder *traditio* als auch im Zusammenhang mit dem Schutz durch Interdikte – setzt eine körperliche und eine geistige Beziehung zur Sache voraus: *et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.*[34] An diese prägnante Formulierung aus Paulus' Ediktskommentar anknüpfend, wird das körperliche Element des Besitzes als *corpus*, das geistige als *animus* bezeichnet.

a. Corpus

aa. Allgemeines

9 In dem soeben wiedergegebenen Pauluszitat bezieht sich der Ablativ *corpore* allerdings nicht auf die Sache, sondern – wie auch der Ablativ *animo* – auf den Besitzer:[35] „Mit dem Körper erwerben wir den Besitz". In der Sache wohl zutreffend, sprachlich jedoch nicht ganz genau ist es daher, wenn im Anschluss an v. Savigny[36] *corpus* weithin als tatsächliche Gewalt definiert wird.[37] Dass physische Kontrolle den Kern des Besitztatbestands ausmacht, zeigt sich auch in der Etymologie des Wortes *possessio*: Paulus führt es unter Berufung auf Labeo auf *sedis positio* zurück;[38] heute indes neigt man zu einer Rückführung des Wortes *possidere* auf *sedere* (sitzen) und das Präfix „*pots*", das „Macht" bedeutet.[39]

10 Einen Besitzerwerb ohne physische Kontrolle über die Sache ließ das klassische Recht nicht zu.[40] Zwar ist in manchen Fragmenten von einem Besitzerwerb *(solo) animo* die Rede, doch sind damit Fälle gemeint, in denen der Erwerber die physische Kontrolle durch andere ausübt[41] oder die physische Gewalt zuvor in fremdem Interesse ausübte und sodann den Willen fasst, allein in eigenem Interesse zu besitzen,[42] oder von

---

[34] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.1.

[35] So etwa bereits *Cornil*, Possession (1905) 21 f.; *Bonfante*, Corso III 178; *Rotondi*, Scr. III 102; *Olivecrona*, Three Essays (1949) 61; *Cannata*, SDHI 26 (1960) 82, und zustimmend *MacCormack*, Est. Iglesias III 391 f.; *Nicosia*, Scr. II 773.

[36] *Savigny*, Recht des Besitzes (1865) 205.

[37] So etwa noch *Kaser/Knütel/Lohsse*, § 20 Rn. 1; *Eugenio y Díaz*, Est. Hernandez-Tejero II 136–138; *Kaser*, RP I § 95 II 2. Zu den zahlreichen, im Detail voneinander abweichenden Ansichten über die Bedeutung des Ausdrucks *corpus* vgl. *Piro*, Damnum (2004) 217–260. *Piro* selbst meint a. a. O., zusammenfassend 420 f., seit *Pomponius* bezeichne *corpus* „il ‚fatto' della oggettiva riferibilità del possesso ad un soggetto", das sich nicht notwendigerweise in einer Berührung der Sache äußern müsse; vgl. dazu die Rezension von *Burdese*, SDHI 72 (2006) 530–532.

[38] Paul. 54 ed. D. 41.2.1 pr.

[39] *Castro Sáenz*, Iura 52 (2001) 78; *Nicosia*, Scr. II 768; *Carcaterra*, Possessio (1938) 5–18; *Bonfante*, Corso III 183 f.

[40] Gai. 4.153. *Lambrini*, Elemento soggettivo (1998) 142 f.; *Nicosia*, Dig. Disc. Priv. XIV 86; *Hausmaninger*, FG Herdlitczka 119; *Cannata*, SDHI 26 (1960) 80, spricht in den nachfolgend genannten Fällen freilich von einem „acquisto smaterializzato".

[41] Iav. 5 post. Lab D. 41.2.51; dazu *Piro*, Damnum (2004) 332–339.

[42] Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.9. Ähnlich Gai. 2 cott. D. 41.1.9.5.

der Sache in seinem Einflussbereich zunächst nichts wusste, dann von ihr erfährt und den Beschluss fasst, sie zu besitzen.[43]

Verschiedentlich wird angenommen, dass in vor- und frühklassischer Zeit darüber gestritten worden sei, welchen Grad an physischer Kontrolle der Erwerber über eine Sache ausüben musste. In der Tat lassen die Quellen auf einen Schulenstreit schließen,[44] der bis in die spätklassische Zeit nachwirkt. Zwar herrscht insoweit terminologische Übereinstimmung, als sowohl Labeo[45] als auch Sabinus[46] für den Besitzerwerb darauf abstellen, ob der Erwerbsprätendent die *custodia* über die Sache hat.[47] Am Fall eines in einem Grundstück vergrabenen Schatzes aber scheiden sich die Geister. Sabinus meint, dass der Schatz gehoben (*loco motus*) werden müsse, damit der Besitzer (und Eigentümer) des Grundstücks Besitz an ihm erwerbe;[48] derselben Ansicht mag auch noch Labeo gewesen sein.[49] Prokulus und Neraz[50] aber nehmen an, dass der Besitz an dem Schatz ohne Weiteres erworben werde, sobald der Besitzer des Grundstücks ihn besitzen wolle.[51] Gibt *ego* dem *tu* Geld in Verwahrung und erlaubt er ihm sodann, es darlehenshalber für sich zu gebrauchen, ist das *mutuum* nach Ulpians Ansicht wirksam, bevor *tu* die Münzen nochmals berührt.[52] Dass Ulpian diese Einschätzung mit einer Berufung auf Nerva, Prokulus und Marcellus absichert, legt nahe, dass sie keineswegs

11

[43] Neraz und Prokulus in Paul. 54 ed. D. 41.2.3.3.

[44] So etwa *Burdese*, SDHI 72 (2006) 532; *Castro Sáenz*, Iura 52 (2001) 95–102; *Kaser*, RP I § 95 II 3 Fn. 23; *Hausmaninger*, FG Herdlitczka 117; *Wesener*, FS Kaser (1976) 166; *Cannata*, SDHI 26 (1960) 79 f., 104.

[45] Iav. 5 post. Lab D. 41.2.51.

[46] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.3.

[47] *Zamorani*, Possessio (1977) 167 mit Fn. 4 und 175–177, meint, *custodiam ponere* bezeichne bei Iav. 5 post. Lab D. 41.2.51 die Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer, dass dieser von seiner *custodia*-Haftung frei werden solle. Dagegen spricht schon, dass das Wort *custodia* in der Stelle nochmals vorkommt und dort sicher nicht diese Bedeutung hat; Ablehnung auch bei *Lambrini*, Elemento soggettivo (1998) 122 Fn. 66.

[48] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.3; ebenso Pomp. 18 Sab. D. 10.4.15 und wohl auch Pap. 23 quaest. D. 41.2.44 pr.

[49] In Pomp. 18 Sab. D. 10.4.15 geht es um den Fall eines uneigentlichen, da im Eigentum des *ego* stehenden „Schatzes", der im Grundstück des *tu* vergraben ist; *tu* duldet nicht, dass *ego* den Schatz hebt. Pomponius zitiert Labeo mit der Ansicht, dass *ego* den *tu* weder mit der *actio furti* noch mit der *actio ad exhibendum* verklagen könne, solange *ego* den Schatz nicht selbst hebe (*loco movere*). Pomponius selbst fügt die Begründung an, dass *ego* den Schatz nicht besitze, zumal er von ihm womöglich gar nichts wisse. Ob auch Labeo der Ansicht war, dass *ego* den Schatz vor einem *loco movere* nicht besitze (so *Kaser*, RP I § 95 II 2 mit Fn. 8; *MacCormack*, SZ 86 [1969] 115), ist damit nicht sicher; auffällig ist aber immerhin, dass er für die Passivlegitimation mit der Diebstahls- und Vorlageklage wie Sabinus für den Besitz auf ein *loco movere* abstellt.

[50] *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 39 Fn. 130; *Bonfante*, Corso III 302, und *Kniep*, Vacua possessio (1886) 165, vermuten, Paulus habe hier Nerva zitiert. Sicher ist jedenfalls, dass Paulus sich auf die prokulianische Rechtsschule bezog, *Hausmaninger*, FG Herdlitczka 114 Fn. 8.

[51] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.3.

[52] Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.9; ebenso wohl Pap. 26 quaest. D. 41.2.47 unter Berufung auf Nerva.

unumstritten war. Paulus dagegen nimmt an, dass der Besitz an einer in Verwahrung gegebenen Sache erst dann durch eine Unterschlagung des Verwahrers verloren gehe, wenn dieser sie berührt, nicht schon durch die Fassung der bloßen Unterschlagungsabsicht; seine Gewährsleute sind wiederum Sabinus und Cassius.[53]

bb. Besitzerwerb durch Übergabe

12 Dass Sabinus und Cassius für den Besitzverlust des Eigentümers den bloßen Entschluss des Verwahrers, die Sache fortan für sich zu verwenden, nicht genügen lassen, Nerva und Prokulus dem Verwahrer dagegen schon dann den Besitz zusprechen, wenn der Verwahrer beschließt, die Sache für sich zu verwenden, mag freilich auch darin seinen Grund finden, dass in dem von Nerva und Prokulus zu entscheidenden Fall der Eigentümer mit einem Besitzwechsel einverstanden ist, in dem von Sabinus und Cassius entschiedenen dagegen nicht. Ganz allgemein stellt man an die physische Kontrolle der Sache durch den Erwerber geringere Anforderungen, wenn zuvor jemand anderes die Kontrolle begründet hatte und mit dem Wechsel des Besitzes einverstanden war: Der Sabinianer Iavolen meint, der Besitz müsse nicht stets durch Körper und Berührung, sondern könne auch durch Augen und Einstellung (*oculis et affectu*) erworben werden, und bildet dafür Beispielsfälle, in denen sich Veräußerer und Erwerber einer Sache in deren Gegenwart auf den Besitzübergang einigen.[54] Für eine Übergabe an den Käufer genügt es, wenn dieser die schwer zu transportierende Sache zwar nicht mitnimmt, aber als eigene kennzeichnet.[55] Selbst auf die Gegenwart und Sichtbarkeit der Sache kann nach Ansicht von Iavolen und anderen Juristen verzichtet werden, wenn sie sich in einem verschlossenen Raum befindet: In diesem Fall wird die Sache „als übergeben angesehen“, wenn der Veräußerer dem Erwerber die Schlüssel zu dem Raum übergibt;[56] die Verbringung in das Haus des Erwerbers steht einer Übergabe an ihn gleich.[57]

13 Auch in den eben genannten Fällen setzt der Besitzerwerb durch Übergabe eine gewisse körperliche Beziehung des Erwerbers zur Sache voraus. Keine Ausnahme bildet die Einweisung in den offenen Besitz an einem Grundstück (*missio in vacuam possessionem*), also die Erlaubnis, Besitz an dem besitzlosen Grundstück zu ergreifen. Auch

---

[53] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.18. Nicht eindeutig Cels. 12 dig. D. 47.2.68 (67) pr.

[54] Paul. 54 ed. D. 41.2.1.21; ebenso Iav. 10 ep. D. 46.3.79.

[55] Alfenus in Paul. epit. Alf. D. 18.6.15.1 (Balken); Trebatius in Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1.2 (Weinfässer). Ulpian selbst verneint in Anschluss an Labeo die Übergabewirkung hier zwar, aber nicht wegen mangelnder physischer Kontrolle, sondern weil die Kennzeichnung der Weinfässer durch den Käufer üblicherweise nicht den Erklärungswert haben solle, dass sie ihm übergeben sein sollen (und damit die Gefahr auf ihn übergegangen sei), sondern nur erfolge, um ein späteres Vertauschen der Ware zu verhindern.

[56] Iavolen bei Paul. 54 ed. D. 41.2.1.21; ebenso Gai. 2 cott. D. 41.1.9.6, Alex C. 4.48.2 (a.223) und für den Fall, dass die Schlüssel in räumlicher Nähe zum Speicher übergeben werden, Pap. 1 def. D. 18.1.74.

[57] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.9.3; Cels. 23 dig. D. 41.2.18.2.

hier wird grundsätzlich ein körperliches Besitzergreifen für den Besitzerwerb verlangt, das bei einem Grundstück allerdings bereits darin liegt, dass nur ein Teil desselben betreten wird;[58] durch die Erlaubnis allein erwirbt man den Besitz noch nicht.[59] Wiederum aber genügt es, wenn sich Veräußerer und Erwerber im Angesicht des Grundstücks über den Besitzwechsel einigen; der Erwerber stehe in diesem Fall so, als habe er tatsächlich einen Fuß über die Grenze gesetzt.[60]

Als einziger Beleg für einen Besitzerwerb durch Übergabe ohne jede physische Kontrolle des Erwerbers über die Sache kommt eine spätklassische Konstitution in Betracht, derzufolge die Übergabe der Urkunde über den Kauf von Sklaven der Übergabe der Sklaven selbst gleichsteht.[61] Deutung und Echtheit dieser Quelle sind umstritten.[62] **14**

cc. Originärer Besitzerwerb

Originärer Besitzerwerb findet statt, wenn die Sache zuvor besitzlos war oder sich im Besitz einer Person befand, die mit dem Besitzwechsel nicht einverstanden ist. Dass für die Neubegründung des Besitzes in der Person des Erwerbers ein höheres Maß an physischer Kontrolle erforderlich ist als bei einer Übertragung des Besitzes, lässt sich in erster Linie mittelbar aus den Quellen ableiten, welche den Erwerb des Eigentums an wilden Tieren durch Okkupation behandeln – unter der in der Literatur[63] überwiegend stillschweigend übernommenen Prämisse, dass dieser Erwerb die Begründung der *possessio* voraussetzt. So erwirbt man nach Gaius an einem auf der Jagd verwundeten Tier erst dann durch Okkupation Eigentum, wenn man es tatsächlich ergreift (und nicht schon dann, wie Trebaz meinte, wenn dies möglich scheint), denn, so Gaius, es könne ja **15**

[58] Paul. D. 54 ed. D. 41.2.3.1.

[59] Deutlich Pap. 26 quaest. D. 43.16.18: Der Verkäufer eines verpachteten Grundstücks schickt den Käufer in den offenen Besitz und verbietet dem Pächter, das Grundstück zu betreten. Der Pächter aber hindert den Käufer am Zutritt, und dieser wirft daraufhin den Pächter mit Gewalt hinaus. Nach Papinian soll der Pächter dem Verkäufer mit dem Interdikt *unde vi* haften, weil der Verkäufer den Besitz trotz *missio in vacuam possessionem* nicht an den Käufer verloren habe, bis diesem das Grundstück übergeben worden sei. Die gleiche Entscheidung trifft Marcell. 19 dig. D. 43.16.12. Vgl. weiter Lab. 4 post a Iav. epit. D. 18.1.78.1; Paul. 5 Sab. D. 19.1.2.1; Pomp. 32 Sab. D. 41.2.33. Anders *Kaser/Knütel/Lohsse* § 20 Rn. 2, unter Berufung auf Scaev. 2 resp. D. 19.1.48, doch ist dort von einem Besitzerwerb des Käufers ohne Ergreifung keine Rede, sondern nur davon, dass die *vacua possessio* übergeben worden sei, was auch bedeuten kann, dass der Veräußerer beim Betreten des Grundstücks durch den Erwerber nicht zugegen war und sich darauf beschränkte, ihn auf das leere Grundstück zu schicken. Wie hier etwa auch *Verstegen*, Ess. Spruit 274 f., und *Mayer-Maly*, in: Honsell/Mayer-Maly/Selb § 56 I 3 a.

[60] Cels. 23 dig. D. 41.2.18.2. *Möhler*, SZ 77 (1960) 56, meint in Anschluss an *Kniep*, Vacua possessio (1886) 172 f., Celsus habe seine Entscheidung auf den besonderen Fall beschränkt, dass der Erwerber sich den an seinen eigenen angrenzenden *fundus* gewissermaßen einverleibe.

[61] Sev. et Ant. C. 8.53.1 (a.210).

[62] Vgl. dazu *Bonfante*, Corso III 304–308.

[63] Vgl. im vorliegenden Zusammenhang etwa *Castro Sáenz*, Iura 52 (2001) 89–92; *Kaser*, RP I § 95 I 2; *Bonfante*, Corso III 279.

noch vieles passieren, was den Zugriff auf das Tier vereitelt.[64] An einem Bienenschwarm erlangt man nach Gaius nicht schon dann Eigentum, wenn er sich in einen Baum einnistet, der einem gehört, sondern erst dann, wenn man den Schwarm in einen Bienenstock schließt; entsprechend müssen Vögel in einer Voliere gefangen werden.[65] Für die Frage, ob man durch Okkupation Eigentümer eines wilden Ebers werde, der sich in einer zur Jagd ausgelegten Schlinge verfange, erwägt Prokulus eine Reihe von Differenzierungen: ob die Schlinge auf öffentlichen oder privatem Grund, auf dem eigenen Grundstück oder dem eines anderen ausgelegt sei; ob dies auf fremdem Grund mit oder ohne Erlaubnis des Eigentümers geschehen sei; ob sich der Eber so verfangen habe, dass er sich allein nicht mehr befreien konnte. Prokulus schließt, es komme eben darauf an, ob der Eber in die Gewalt (*potestas*) des Okkupanten gelangt sei.[66]

16 Der zweite praktisch bedeutsame Fall, in dem sich die Frage nach dem Erwerb der *possessio* an zuvor besitzlosen Sachen stellt, ist derjenige des in einem Grundstück vergrabenen Schatzes. Wie bereits gesehen,[67] ist die Behandlung dieses Falles zwischen den Rechtsschulen umstritten: Während die Prokulianer annehmen, dass sich der Besitz am Grundstück bei entsprechendem Besitzwillen des Grundstückseigentümers ohne weiteres auch auf den Schatz erstrecke, verlangen die Sabinianer, deren Ansicht sich durchsetzt, dass der Schatz gehoben werde.

b. Animus

17 Der Tatbestand des Besitzes hat auch eine subjektive Seite: Der Besitzer muss eine bestimmte innere Beziehung zur Sache aufnehmen, um die *possessio* zu erwerben.

aa. Intellektuelles Element

18 Paulus berichtet, dass Brutus und Manilius noch der Ansicht gewesen seien, der Besitzer eines Grundstücks ersitze einen darin befindlichen Schatz auch dann, wenn er von diesem keine Kenntnis habe.[68] Vorausgesetzt, dass auch Brutus und Manilius *possessio* an der Sache für eine Voraussetzung der Ersitzung erachteten und dass sie zudem den Schatz nicht einfach als rechtlich unselbständigen Teil des Grundstücks begriffen, könnte man dies als Beleg dafür sehen, dass in vorklassischer Zeit noch keine hohen Anforderungen an die für den Besitzerwerb erforderliche Kenntnis von der Sache gestellt wurden. In klassischer Zeit aber setzt der Erwerb der *possessio* grundsätzlich[69] voraus, dass der Erwerber von der Sache Kenntnis hat.[70] Dabei war im Grundsatz

[64] Gai. 2 cott. D. 41.1.5.1.
[65] Gai. 2 cott. D. 41.1.5.2.
[66] Proc. 8 ep. D. 41.1.55.
[67] Oben bei Fn. 48.
[68] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.3.
[69] Zur Ausnahme beim Pekuliarerwerb (→ § 40 Rn. 25 f.), bei Erwerb durch freie Stellvertreter (→ § 40 Rn. 31 f.
[70] Vgl. etwa Paul. 54 ed. D. 41.2.3.3; Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.1.

vermutlich konkrete, auf die individuelle Sache bezogene Kenntnis erforderlich.[71] Die Figur eines generellen Besitzwillens ist den klassischen Juristen zwar bekannt,[72] aber offenbar noch kein allgemeingültiges Argumentationsmuster, so dass auch derjenige als hinsichtlich des Besitzerwerbs unwissend bezeichnet werden kann, der einen (allgemeinen) Erwerbsauftrag erteilt hat.[73]

bb. Voluntatives Element

Zahlreiche Quellen sprechen einer Person die *possessio* ab, obwohl sie wissentlich die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt. Keine *possessio* soll etwa ein *colonus* an dem von ihm bewirtschafteten Grundstück haben;[74] keine *possessio* der Mieter[75] oder Nießbraucher;[76] keine *possessio* der Eigentümer, der seine in Pfand gegebene Sache vom Gläubiger mietet;[77] keine *possessio* haben *procurator*, *tutor* und *curator* an Sachen, die sie im Rahmen ihrer Amtsführung erwerben.[78] Die *possessio* an Sachen, die ein Mieter, Pächter oder Verwahrer in Händen hat, wird dem Vermieter, Verpächter oder demjenigen zugesprochen, der die Sache in Verwahrung gegeben hat.[79] Eine Begründung dafür wird in den Quellen allenfalls vage angedeutet: Wer sich zum Diener fremden Besitzes mache, besitze selbst nicht;[80] wer eine Sache in fremden Interesse entgegennehme, erwerbe die *possessio* nicht, weil er keinen *animus possidentis* habe.[81] Die Fragen, ob damit zu den notwenigen Elementen des Besitzwillens auch ein voluntatives Element, also ein besonders qualifizierter Herrschaftswille, gezählt wird, wie dieser gegebenenfalls beschaffen sein muss und in welchem Verhältnis er zu den physischen Voraussetzungen des Besitzes steht, zählen seit Jahrhunderten zu den umstrittensten in der Interpretation der römischen Rechtsquellen. 19

---

[71] Vgl. Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.1: Wäre auch im Falle des Pekuliarerwerbs Kenntnis des *dominus* nötig, müsste er sich nach den einzelnen *species* und *causae* erkundigen. Zu beachten ist auch der Zusammenhang mit der Ersitzung: Ohne Kenntnis, um welche konkrete Sache es geht, kann der Besitzer kaum eine *bona fides* ausbilden; vermutlich aus diesem Grund lässt man auch bei Besitzerwerb durch freie Stellvertreter, der ausnahmsweise keine Kenntnis des Auftraggebers voraussetzt, die Ersitzungszeit erst mit (konkreter) Kenntnis des Auftraggebers beginnen; C. 7.32.1, Pap. 2 def. D. 41.2.49.2.

[72] Sie dient Sabinus, Cassius und Julian zur Erklärung dafür, dass der *dominus* ohne weiteres Besitz an Sachen erlangt, die Sklave oder Haussohn für ihr Pekulium erwerben: *quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus*, Paul. 54 ed. D. 41.2.1.5.

[73] Ner. 6 reg. D. 41.1.13 pr.

[74] Iul. 44 dig. D. 41.3.33.1.

[75] Marc. 17 dig. D. 41.2.19 pr.

[76] Gai. 2.93; fr. vat. 90.

[77] Paul. 5 Plaut. D. 13.7.37.

[78] Paul. 54 ed. D. 41.2.1.20.

[79] Paul. 5 Plaut. D. 13.7.37; Paul. 15 Sab. D. 41.2.30.5; Pap. 26 quaest D. 43.16.18 pr.; Gai. 25 ed. D. 41.2.9. Dazu (→ § 40 Rn. 38).

[80] Cels. 23 dig. D. 41.2.18 pr. zum *procurator*.

[81] Paul. 54 ed. D. 41.2.1.20.

20 In seiner epochemachenden Monographie über das Recht des Besitzes[82] entwickelte v. Savigny die – allerdings schon früher vertretene[83] – These, die Sachherrschaft müsse von einem *animus domini* getragen sein, um als *possessio* qualifiziert werden zu können: dem Willen, die Sache als eigene zu besitzen. Die durch Interdikte geschützte *possessio* wird aber mit dem Pfandgläubiger, dem Erbpächter, dem Prekaristen und dem Sequester auch Personen zuerkannt, die keinen solchen *animus domini* aufweisen.[84] Gleichwohl drang v. Savignys These in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts nahezu allgemein durch; Korrekturen beschränkten sich zunächst weitgehend auf Versuche, den Inhalt des *animus domini* so zu fassen, dass er auch den eben aufgezählten „anomalen" Besitzern zugeschrieben werden kann.[85] Erst v. Jhering stellte Savignys Lehre grundsätzlich in Frage:[86] Für den Erwerb der *possessio* sei neben physischen Voraussetzungen im Allgemeinen allein der von entsprechender Kenntnis getragene Wille erforderlich, die Sache zu beherrschen. Daher bestehe die Ausnahme nicht darin, dass man Pfandgläubigern, Erbpächtern, Prekaristen und Sequestern die *possessio* zugesprochen habe, sondern dass man ihn den Mietern, Entleihern, Verwahrern, Beauftragten etc. abgesprochen habe. Dies wiederum sei nicht aus dogmatischen, sondern praktischen Gründen geschehen. Dass ein *animus domini* Besitzvoraussetzung sei, entspreche mithin nicht klassischer Lehre; die Annahme sei vielmehr auf einen Versuch des Paulus zurückzuführen, die klassische Rechtslage auf die Basis einer einheitlichen dogmatischen Regel zu stellen. In gewisser Nähe zu Jhering steht die in vielen Spielarten vertretene These, dass die vor- und frühklassische Jurisprudenz *possessio* nach objektiven Kriterien bestimmt und von sonstiger Sachherrschaft abgegrenzt habe und dass erst in hoch- oder spätklassischer Zeit oder gar erst in den byzantinischen Rechtsschulen die Lehre von der Voraussetzung eines *animus possidendi* in dem von Savigny beschriebenen Sinne entwickelt worden sei.[87] Vor allem in der Lehrbuchliteratur wird

[82] *Savigny*, Recht des Besitzes (1865) mit Nachträgen von *Rudorff*, dort § 9.

[83] Etwa *Donellus*, Commentarius (1595–1596), lib. V cap. 6.

[84] Dazu → § 66 Rn. 33, 63 Fn. 329.

[85] Dazu überblicksweise *Bonfante*, Corso III 172 f., der selbst die These entwickelt, der erforderliche *animus* sei ein *animus dominantis*, ein Wille, die Sache faktisch (für eigene Zwecke?) zu beherrschen.

[86] *Jhering*, Grund des Besitzschutzes (1869), etwa 169 ff., und *Jhering*, Besitzwille (1889), etwa 246 ff.

[87] Teils wird angenommen, der Besitz sei nach frühklassischer Lehre nach den *causae possessionis* bestimmt worden: *Riccobono*, Scr. I 1 ff.; *Seligsohn*, Justa possessio (1927) passim; *Kniep*, Vacua possessio (1886) 311–316; auch noch *Wieacker*, FS Lewald 188; *Ferrini*, Manuale (1908) 304 f. Fn. 1, schreibt die Lehre vom *animus possidendi* der prokulianischen Rechtsschule zu; vorsichtig auch noch *Bonfante*, Corso III 221 f. Ähnlich *Rotondi*, Scr. III 94–121, und *Cannata*, SDHI 26 (1960) 71–104, 83, die annehmen, die prokulianische Rechtsschule habe dem *animus* nur in solchen Fällen Bedeutung für den Erwerb oder die Aufrechterhaltung des Besitzes zugewiesen, in denen sie auf eine körperliche Beziehung zur Sache verzichteten, also nur eine das körperliche Besitzelement in Ausnahmefällen ergänzende oder gar ersetzende Funktion und insgesamt im *animus* nur ein Mittel zur Veränderung des Besitzstands gesehen; erst Paulus habe den *animus* zu einem (stets) notwendigen Element des

auch heute noch verbreitet ein *animus domini* des Besitzers zu den grundsätzlich unabdingbaren Voraussetzungen der *possessio* gezählt.[88] Gleichwohl herrscht heute die Ansicht, dass dieser subjektive Tatbestand offener als „Herrschaftswillen" zu umschreiben[89] und seine Bedeutung zu relativieren sei[90] – mit Recht.

Zu den grundsätzlichen Voraussetzungen der *possessio* zählt neben einer gewissen physischen Kontrolle und der Kenntnis von der Sache zwar auch der Wille, die physische Kontrolle über die Sache auszuüben.[91] Der Wille, die physische Kontrolle „als Eigentümer" auszuüben – also ohne durch potentielle Herausgabebereitschaft eine bessere Berechtigung an der Sache anzuerkennen –, zählt dagegen offenbar nicht zu den unabdingbaren Voraussetzungen der *possessio*: Hält sich die Person, welche die Sache in Händen hält, irrtümlich für einen *filius familias*, obwohl der *pater familias* bereits gestorben ist, oder für einen Sklaven, obwohl sie in Wahrheit frei ist, kann sie keinen *animus domini* haben; gleichwohl erwirbt sie in diesen Fällen sogleich die *possessio*, ohne dass ihr *animus* problematisiert würde.[92] Die weiteren Absichten desjenigen, der die Sache physisch kontrolliert, sind nur entscheidend, wenn es um die Frage geht, ob eine andere Person durch ihn die *possessio* erwirbt oder aufrecht erhält: Nur wenn der Handelnde die physische Kontrolle über eine Sache im Interesse einer anderen Person

21

Besitzerwerbes erklärt; ähnlich auch noch *Castro Sáenz*, Iura 52 (2001) 117–123, 129 f., und mit Blick auf den Besitzerwerb durch einen *infans* auch *Tondo*, St. Betti IV 398.

[88] *Honsell*, Römisches Recht (2015) § 15 I; *Talamanca*, Elementi [2](2013) 237; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung [5](2012) § 22 II; *Brutti*, Diritto (2011) § 93; *Hausmaninger/Selb* 125; *Voci*, Istituzioni (2004) § 78.1–2, 4, § 79.1; *Gallo*, Istituzioni (2001) 140; *Guarino*, Diritto privato (2001) 514 f.; *Mayer-Maly*, Römisches Recht (1999) 55; *Arangio-Ruiz*, Ist. 277.

[89] *Kaser/Knütel/Lohsse* § 20 Rn. 1; *Mantello*, Diritto Privato II (2012) § 44.3; *Gaudemet/Chevreau*, DPR (2009) 231; *Lambrini*, Elemento soggettivo (1998) 5 f., 23; *Eugenio y Díaz*, Est. Hernandez-Tejero II 139–145; *Mayer-Maly*, in: *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 56 I 2; *Kaser*, RP I § 95 II 3 („Bewußtsein …, die Sache faktisch zu beherrschen. Dieser Wille …"). Ähnlich *Zamorani*, Possessio (1977) 10 und passim, der annimmt, *animus* bezeichne die Absicht, die physische Kontrolle über die Sache (wieder) auszuüben.

[90] *Lambrini*, Elemento soggettivo (1998) 76, 144–146, 166 (*animus* entscheidet nur in objektiv zweifelhaften Lagen); *Kaser*, RP I § 95 II 3; vgl. auch schon *MacCormack*, SZ 86 (1969) 140–145. Radikal *Zamorani*, Possessio (1977) 12 f., 54–60, 154–165, der annimmt, für die klassischen Juristen einschließlich Paulus sei es für den Erwerb der *possessio* auf einen *animus possidendi* nur angekommen, wenn über die Sache (vorerst) keine (volle) physische Kontrolle ausgeübt werden konnte.

[91] Vgl. neben Paul. 54 ad ed. D. 41.2.3.1 (*mente et cogitatione … uti … velit possidere*) und Paul. 1 inst. D. 41.2.41 *(non eo animo ingressus est ut possideat)* etwa Ulp. 76 ed. D. 41.2.17 (*possessio recedit, ut quisque constituit nolle possidere*), Cels. 23 dig. D. 41.2.18.3 (*quis clam animo possessoris intraverit*) und Afr. 8 quaest. D. 12.1.41. Hierzu *Lambrini*, Elemento soggettivo (1998) 59–76. Weitere Quellen etwa bei *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 35–39.

[92] Pap. 23 quaest. D. 41.3.44.4, 7 für den vermeintlichen *filius familias*; Proculus bei Pomp. 11 Sab. D. 41.1.21 pr. für den *liber homo bona fide serviens*. Pomp. 31 Q. Muc. D. 41.1.54.4 und Paul. 54 ed. D. 41.2.1.6 gehen davon aus, dass ein *liber homo bona fide serviens* für sich selbst keine *possessio* erwerben könne, begründen das aber nicht mit einem fehlenden *animus*, sondern damit, dass nicht besitzen könne, wer selbst besessen werde.

begründet oder aufrechterhält, kann diese durch ihn die *possessio* erwerben oder behalten.[93] Die *possessio* geht verloren, wenn der Inhaber der physischen Kontrolle die bessere Berechtigung der anderen Person nicht mehr anerkennt – jedenfalls dann, wenn diese geänderte innere Einstellung durch einen physischen Akt erkennbar wird.[94] Nur in diesen Fällen und in diesem Sinne ist ein – über den Willen zur Sachherrschaft hinausgehender – „Herrschaftswille" bestimmendes Element der *possessio*.[95]

cc. Geisteskrankheit, mangelnde Verstandesreife und Irrtum

22 Geisteskranke (*furiosi*) können durch eigene Handlungen keinen Besitz erwerben.[96] Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob ein *pupillus*, also ein vor Eintritt der *pubertas* und damit der Geschäftsfähigkeit aus der *patria potestas* Ausgeschiedener,[97] durch eigene Handlungen Besitz erwerben kann. Denn die Quellen, die diese Frage behandeln, lassen oftmals nicht erkennen, ob der *pupillus*, dessen Besitzerwerb erörtert wird, noch *infans* ist, also noch nicht in der Lage, die Formeln der Rechtsakte zu sprechen,[98] oder bereits *infantia maior*. Unter dieser Unklarheit leidet auch manche Erörterung der Frage in der romanistischen Literatur.[99] Nach herrschender Ansicht kann jedenfalls der *pupillus infantia maior* ohne Mitwirkung seines *tutor* den Besitz erwerben.[100] Was dagegen den eigenhändigen Besitzerwerb eines *infans* betrifft, so nehmen manche an, er sei in klassischer Zeit überhaupt nicht möglich gewesen,[101] während andere davon ausgehen, er habe die *auctoritas tutoris* vorausgesetzt,[102] und

[93] Besonders deutlich Paul. 54 ed. D. 41.2.1.20; weiter etwa Paul. 5 Plaut. D. 41.3.13.2.

[94] Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.9.9; Pap. 26 quaest. D. 41.2.47 pr., D. 43.16.18 pr.; Iul. 44 dig. D. 41.3.33.1. Zum Besitzverlust durch Unterschlagung vgl. noch § 40 Rn 11.

[95] Ebenso *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 85; ähnlich *Marrone*, Manuale (2004) 237; *Lambrini*, Elemento soggettivo (1998) 59–95, 166 f., meint dagegen, der *animus possidendi* sei auch in diesen Fällen nicht das entscheidende Kriterium für eine Abgrenzung zwischen *possessio* und Detention.

[96] Paul. 54 ed. D. 41.2.1.3; Cels. 23 dig. D. 41.2.18.1; *Lambrini*, Index 27 (1999) 318.

[97] Pomp. ench. sing. D. 50.16.239 pr.

[98] *Kaser*, RP I § 20 II.

[99] So differenziert etwa *Riccobono*, SZ 31 (1910) 363–365, nicht zwischen einem *infans* und einem *pupillus infantia maior*. *Longo*, BIDR 42 (1934) 478 f., *Albertario*, St. II 240, und diesem folgend *Lewald*, SZ 34 (1913) 450, sowie *Simon*, Kaiserrecht (1977) 65 mit Fn. 64, behaupten, in klassischer Zeit habe das Wort *pupillus* im Zusammenhang mit dem Besitzerwerb stets nur denjenigen *infantia maior* bezeichnet. Gegen diese These überzeugend *Tondo*, St. Betti IV 368–370.

[100] *Cannata*, SDHI 26 (1960) 98 f.; *Perozzi*, Istituzioni II (1928) 861; *Lewald*, SZ 34 (1913) 450; *Solazzi*, Scr. I 307 f.; *Albertario*, St. II 235–243. Anders aber etwa *Bonfante*, Corso III 316 f. (Erwerb nur mit *auctoritas tutoris*) und *Longo*, BIDR 42 (1934) 478 (nur Nerva und Proculus lassen einen Besitzerwerb des *pupillus infantia maior* ohne *auctoritas tutoris* zu). Nach *Lambrini*, Index 27 (1999) 321 kann der *pupillus infantia maior* zwar eigenständig den Besitz erwerben, doch beginne erst mit der *auctoritas tutoris* die Ersitzungsfrist zu laufen.

[101] So *Perozzi*, Istituzioni II (1928) 861; *Bonfante*, Corso III 317; *Longo*, BIDR 42 (1934) 478; *Albertario*, St. II 235 f., 243.

[102] So etwa *Solazzi*, Scr. I 308–310; *Rotondi*, Scr. III 219 f.; *Lewald*, SZ 34 (1913) 450, 455. *Kaser*, RP

wieder andere, ein *infans* habe zwar unabhängig von der *auctoritas tutoris* Besitz erwerben können, doch sei die *auctoritas* für den Beginn des Laufs der Ersitzungsfrist notwendig gewesen.[103] Nach richtiger Ansicht war die Frage in klassischer Zeit umstritten: Jedenfalls Paulus nahm an, ein *infans* könne nur mit der *auctoritas tutoris* Besitz erwerben, weil ihm die nötige Urteilskraft (*iudicium*) fehle;[104] nach Ansicht der Prokulianer[105] dagegen, der sich Venuleius und Papinian anschlossen,[106] konnte auch ein *infans* selbständig, also ohne Mitwirkung seines *tutor*, Besitz erwerben.[107]

Jedenfalls nach Paulus setzt der für den Besitzerwerb erforderliche *animus* also eine **23**
gewisse Urteilsfähigkeit voraus.[108] Ob der für den Erwerb der *possessio* geforderte *animus* tatsächlich „nicht als ein rechtsgeschäftlicher, sondern als ein bloß natürlicher beurteilt“ wurde,[109] ist auch mit Blick auf die Auswirkungen von Irrtümern auf den Besitzerwerb zweifelhaft. Zu dieser Frage ist allerdings nur eine Stellungnahme Ulpians überliefert. Er vertritt die Ansicht, dass Irrtümer über die Identität der Sache die Fassung eines rechtlich beachtlichen Besitzwillens hindern können:[110] Wird jemand in den offenen Besitz an Grundstück A eingewiesen, glaubt aber, es handele sich um Grundstück B, so erwerbe er nicht den Besitz an Grundstück A, obwohl er sich auf ihm befindet und es, wenn auch irrtümlich, für sich besitzen will – es sei denn, er und der Einweisende hätten sich nur über den Namen, nicht aber über die Identität des Grundstücks geirrt.

I § 95 II 4, nimmt an, in klassischer Zeit sei umstritten gewesen, ob ein *infans* mit *auctoritas tutoris* oder überhaupt nicht Besitz erwerben kann.

[103] So *Riccobono*, SZ 31 (1910) 363–365; *Kunkel*, Symb. Lenel 58 Fn. 3; *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 16 f. Fn. 36. Nach *Lambrini*, Index 27 (1999) 321, kann der *pupillus infantia maior* zwar eigenständig den Besitz erwerben, doch beginne erst mit der *auctoritas tutoris* die Ersitzungsfrist zu laufen.

[104] Paul. 15 Sab. D. 41.2.32.2; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.3. Verbreitet wird dies für eine sabinianische Schulansicht gehalten, so etwa *Cannata*, SDHI 26 (1960) 98 f., tendenziell auch *Lambrini*, Index 27 (1999) 319; jedoch lässt sich diese These nicht mit Quellen belegen.

[105] Ofilius und Nerva bei Paul. 54 ed. D. 41.2.1.3; Labeo bei Ven. 3 int. D. 43.26.22.1. Der dort genannte Fall mag einen *pupillus infantia maior* betreffen, weil er immerhin in der Lage ist, ein *precarium* zu erbitten, so *Lambrini*, Index 27 (1999) 320, gegen Tondo, St. Betti IV 390. Die Begründung *nam quo magis naturaliter possideretur nullum locum esse tutoris auctoritati* ist auf *pupilli* jeden Alters gemünzt.

[106] Papinian ist zitiert in C. 7.32.3; Ven. 3 int. D. 43.26.22.1.

[107] Zu alledem eingehend *Klinck*, Erwerb (2004) 164–178. Zustimmend *Sturm*, SZ 125 (2008) 796 (der diese Ansicht allerdings irrtümlich mit der von *Kaser* vertretenen [vgl. Fn. 102] gleichsetzt). Ebenso bereits *Watson*, Property (1968) 82; *Cannata*, SDHI 26 (1960) 98 f.; *Tondo*, St. Betti IV 397–399; *Kniep*, Besitz (1900) 67 f.

[108] Von *intellectus possidendi* ist die Rede in Paul. 54 ed. D. 41.2.1.9.

[109] *Kaser*, RP I § 95 II 3.

[110] Ulp. 7 disp. D. 41.2.34 pr.; hierzu *Harke*, Irrtum (2005) 107–109; *Raap*, SZ 109 (1992) 501–504.

2. Erwerb durch Dritte

Benöhr, Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Recht, 1972; *Brandsma*, Kann ein Detentor nach gemeinem Recht durch Konstitut Besitz verschaffen?, SZ 127 (2010), 336–344; *Briguglio*, Studi sul procurator I – L'acquisto del possesso e della prorietà, 2007; *Claus*, Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht, 1973; *Klinck*, Erwerb durch Übergabe an Dritten nach klassischem römischen Recht, 2004; *Kaser*, Durchgangserwerb, Labeo 26 (1980) 24–60; *Klingenberg*, Der servus fugitivus pro libero se gerens, in: Sklaverei und Freilassung im römischen Recht – Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag, 2006, 109–130; *Klingenberg*, Servus fugitivus, CRRS X.6, 2005; *Krüger*, Erwerbszurechnung kraft Status, 1979; *Misera*, Ergänzendes zu D. 24, 1, 3, 12, in: Iurisprudentia universalis – Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, 2002, 525–528; *Söllner*, Irrtümlich als Sklaven gehaltene freie Menschen und Sklaven in unsicheren Eigentumsverhältnissen, CRRS IX, 2000, mit Rez. *Bürge*, SZ 125 (2008) 785–789; *Sturm*, Sklavenkasse entscheidet über Eigentumserwerb, in: Sklaverei und Freilassung im römischen Recht – Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag, 2006, 222–241; *Weyand*, Der Durchgangserwerb in der juristischen Sekunde, 1989, mit Rez. *Ernst*, SZ 111 (1994) 548–556, und *Schanbacher*, Gnomon 64 (1992) 618–625.

24 Besitzerwerb setzt nach klassischem römischen Recht nicht voraus, dass der Erwerber die tatsächliche Gewalt eigenhändig begründet; er kann sich dabei anderer Personen bedienen, und zwar sowohl *personae alieni iuris* (→ § 40 Rn. 25–30) als auch *personae sui iuris* (→ § 40 Rn. 31 f.).

a. Erwerb durch *personae alieni iuris*

aa. Grundsätze

25 Der Eigentümer eines Sklaven erwirbt den Besitz an solchen Sachen, an denen der Sklave auf Weisung des Eigentümers die Sachgewalt begründet; ebenso erwirbt der *pater familias* den Besitz an Sachen, an denen seine Nachkommen, die seiner *patria potestas* unterstehen, auf seine Weisung hin Sachgewalt begründen.[111] In der romanistischen Forschung ist umstritten, ob der Eigentümer oder Hausvater auch dann den Besitz erwirbt, wenn er keine (konkrete) Erwerbsanweisung erteilt hat und vom Erwerb nichts weiß. Dies wird von vielen angenommen,[112] teils mit der Einschränkung, eine Ersitzung durch den *dominus* beginne erst, wenn er von dem Erwerb Kenntnis erlange,[113] teils mit der Einschränkung, die Frage sei in der Klassik umstritten gewesen.[114]

---

[111] Vgl. nur Gai. 2.87, 89; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.13.

[112] *Honsell*, in: *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 49 II 2; *Nicosia*, Acquisto (1960) etwa 339; *Schulz*, CRL 438 mit 440; *Beseler*, Kritik IV (1920) 61–70.

[113] So schon *Cujaz*, Comment. in tit. II de acquir. vel ammitt. lib. XLI Digest. ad L. I, § 5 item adquirimus; auch noch *Lambrini*, Index 27 (1999) 319.

[114] *Solazzi*, Scr. I 349, 354: (Nur) Ulpian habe einen Besitzerwerb des *dominus ignorans* unabhängig vom Pekuliarhandeln des Sklaven/Nachkommen anerkannt; vorsichtig zustimmend *Bonfan-*

Diese Ansicht ist mit den zahlreichen Quellen unvereinbar, denen zufolge der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige bei Unwissenheit des Gewalthabers nur stattfindet, wenn der Gewaltabhängige für ein Pekulium (*peculiari nomine*)[115] erworben hat, das ihm der Gewalthaber einräumte.[116] Mit der schon in der Pandektistik[117] und nach Rückzug der textkritischen Methode auch heute wieder herrschenden Meinung[118] ist vielmehr anzunehmen, dass die Quellen, in denen scheinbar einschränkungslos von einem Besitzerwerb durch Sklaven die Rede ist,[119] nur die allgemeine Möglichkeit eines solchen Erwerbs feststellen sollen, nicht aber, dass er keinen weiteren Voraussetzungen unterliegt. Der *dominus/paterfamilias* erwirbt durch seinen Sklaven oder gewaltabhängigen Nachkommen den Besitz also nur, wenn er von dem Besitzerwerb entweder Kenntnis hat oder der Sklave/Nachkomme für ein *peculium* erwirbt, das ihm der *dominus/paterfamilias* eingeräumt hatte. Dieses Sondervermögen, das dem Gewaltabhängigen zur mehr oder minder freien Verfügung überlassen wird, ist rechtlich zwar dem *dominus/paterfamilias* zugeordnet (näher (→ § 102 Rn. 12). Diese Zuordnung wird aber so weit gelockert, das *peculium* rechtlich so weit verselbständigt, dass ein Erwerb nach in klassischer Zeit herrschender Ansicht auch zugunsten eines eigentlich besitzunfähigen Besitzsubjekts möglich ist: einer *hereditas iacens*;[120] eines *paterfamilias*, der sich in Kriegsgefangenschaft befindet;[121] eines Munizipium.[122]

Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige wird verbreitet als Folge der rechtlichen **26**
Herrschaftsmacht des *paterfamilias* über seine Sklaven und Nachkommen gedeu-

---

te, Corso III 337 f. Etwas anders *Cannata*, SDHI 26 (1960) 100: Die Sabinianer hätten schon den Besitzerwerb, die Prokulianer dagegen nur den Beginn der Ersitzung davon abhängig gemacht, dass der *dominus* den Erwerb kennt oder der Sklave/Nachkomme für das Pekulium handelte.

[115] Zur Bedeutung des *peculiari nomine agere Klinck*, Erwerb (2004) 179–181.

[116] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.12; Paul.-Cels. 54 ed. D. 41.4.2.11; Paul.-Sab.-Cass.-Iul. 54 ed. D. 41.2.5; Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.1.

[117] *Savigny*, Recht des Besitzes [7](1865) § 26; *Mandry*, Familiengüterrecht. I (1871) 80; *Schloßmann*, Besitzerwerb durch Dritte (1881) 141; *Kniep*, Vacua possessio (1886) 215, 148; *Regelsberger*, JhJb 44 (1902) 396.

[118] *Klinck*, Erwerb (2004) 63–69; *Ankum*, RIDA 23 (1976) 87 f.; *Misera*, SZ 91 (1974) 450 f.; *Kaser*, RP I § 95 II 4 mit Fn. 26; *Benöhr*, Besitzerwerb (1972) 135–139; *Leptien*, Utilitatis causa (1967) 35–44; *Wieacker*, Iura 12 (1961) 377–386; *Voci*, Modi (1952) 69 f.; *Bonfante*, Corso III 330, 334–355.

[119] Gai. 2.87, 89; Ulp. 7 disp. D. 41.2.34.2; Paul. [Pomp.] 32 Sab. D. 41.3.31.3; Pomp. 17 Sab. D. 41.3.28.

[120] Lab.-Paul. 6 pith. a Paul. epit. D. 49.15.29.

[121] Pap. 23 quaest. D. 41.3.44.7; Lab.-Paul. 6 pith. a Paul. epit. D. 49.15.29; Tryph.-Iul. 4 disp. D. 49.15.12.2 mit der Gegenansicht des Marcellus. Dazu *Lohsse*, FS Knütel 675 (dort, 679–701, eingehend zur Möglichkeit der Ersitzung durch den Erben des Kriegsgefangenen); *Klinck*, Erwerb (2004) 148–160.

[122] Auf Pekuliarerwerb beschränkt jedenfalls Nerva filius den Besitzerwerb der *municipes*, Paul.-Nerv. 54 ed. D. 41.2.1.22. Dagegen ließen Ulp. 70 ed. D. 41.2.2 und Paul. 19 ed. D. 6.2.10 womöglich einen Besitzerwerb durch Sklaven und freie Stellvertreter unabhängig von einem Pekulium zu; so *Sturm*, SZ 125 (2008) 795 f. gegen *Klinck*, Erwerb (2004) 160–164.

tet,[123] jedenfalls der Besitzerwerb durch Sklaven aber mehrheitlich als Folge des Besitzes am Sklaven.[124] In der Tat wird in den Quellen über den Besitzerwerb durch Sklaven oftmals mit dem Besitz am Sklaven argumentiert. Allerdings wird dabei weniger der Besitzerwerb durch den Sklaven mit dem Besitz am Sklaven begründet, sondern umgekehrt in bestimmten Fällen ein Besitzerwerb durch den Sklaven abgelehnt und dabei der fehlende Besitz am Sklaven als Grund[125] oder bestehender Besitz des Erwerbsprätendenten am Sklaven als Gegengrund angeführt.[126] In anderen Fällen wiederum wird ein Besitzerwerb durch einen Sklaven zugelassen, an dem der Erwerber weder Eigentum noch Besitz hat, wenn der Sklave im Interesse des Erwerbers (*nomine eius*) handelt.[127] Und umgekehrt kann auch der Besitzer und Eigentümer den Besitz nicht durch einen Sklaven erwerben, der für einen Dritten besitzen will.[128] Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige folgt also nicht schlicht daraus, dass der Erwerber die Erwerbsperson besitzt, und auch nicht aus einer schlichten „Erwerbszurechnung kraft Status". Den Vorstellungen der klassischen Juristen entspricht wohl am ehesten diejenige, dass der Erwerber in diesen Fällen die Besitzvoraussetzungen in eigener Person, aber mithilfe Dritter verwirklicht – sofern er selbst besitzfähig ist.[129] Die subjektiven Voraussetzungen muss er ohnehin selbst erfüllen, denn im Grundsatz muss er selbst vom Besitzerwerb wissen; der Pekuliarerwerb wird teils als Ausnahme,[130] teils die Gewährung eines *peculium* als Ausdruck eines generellen Besitzerwerbswillens[131] gedeutet. Auch die physische Gewalt aber muss vom Erwerber selbst ausgehen, und so erwirbt er Besitz nur durch Personen, die er selbst tatsächlich beherrscht, was sich bei Sklaven wiederum darin ausdrücken kann, dass der Erwerber den Sklaven besitzt, dass er ihm gehört oder schlicht darin, dass der Sklave sich dem Willen des Erwerbers unterwirft.[132]

---

[123] *Honsell*, in: *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 49 II 2; *Krüger*, Erwerbszurechnung (1979) 18; *Voci*, Modi (1952) 69; Ablehnend *Bonfante*, Corso III 333.

[124] *Lohsse*, FS Knütel 674; *Harke*, RIDA 52 (2005) 165; *Lambrini*, Elemento soggetivo (1998) 89; *Misera*, SZ 91 (1974) 447 f.; *Kaser*, RP I § 95 II 5; *Wieacker*, Iura 12 (1961) 371; *Nicosia*, Acquisto (1960) 15–85, 339; *Bonfante*, Corso III 333; *Kniep*, Vacua possessio (1886) 248. Tendenziell, aber einschränkend, auch *Benöhr*, Besitzerwerb (1972) 39–82 („Eingliederung in den Wirtschaftsbetrieb").

[125] Paul. 54 ed. D. 41.2.1.6; Pomp. 31 Q. Muc. D. 41.1.54.4; Pomp.-Proc. 11 Sab. D. 41.1.21 pr. Vgl. auch Gai. 2.90.

[126] Paul. 54 ed. D. 41.2.1.15 und Iul. 44 dig. D. 41.1.37 pr. (kein Besitzerwerb des Pfandgläubigers durch den verpfändeten Sklaven).

[127] Ulp. 17 disp. D. 41.2.34.2; Paul. [Pomp.] 32 Sab. D. 41.3.31.2. Zum Nießbrauchsklaven Pap. 2 def. D. 41.2.49 pr.; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.8; Gai. 2.94. Besitzerwerb trotz fehlenden Besitzes am Sklaven bei Gai. ed. praet. urb. D. 40.12.25.2.

[128] Paul. 54 ed D. 41.2.19.

[129] Dazu oben bei Fn. 120–122.

[130] So Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.1. Vgl. auch Paul. 54 ed. D. 41.2.3.12: Im Fall des Pekuliarerwerbs erwirbt der *dominus* den Besitz durch Körper und *animus* der Sklaven!

[131] So Sab.-Cass.-Iul. bei Paul. 54 ed. D. 41.2.1.5. Damit ist Iav. 14 ep. D. 41.2.24 womöglich vereinbar, so *Sturm*, SZ 125 (2008) 792 (genereller Besitzwille umfasst den unrechtmäßigen Erwerb nicht), gegen *Klinck*, Erwerb (2004) 56–60.

bb. Einzelfälle

Ob durch einen Sklaven auch dann noch Besitz erworben werden kann, wenn er sich der tatsächlichen Herrschaft seines Eigentümers durch Flucht entzogen hat, ist umstritten.[133] Nerva und Pomponius meinen, durch einen flüchtigen Sklaven könne kein Besitz erworben werden.[134] Die sabinianische Gegenansicht, nach welcher der Eigentümer des flüchtigen Sklaven durch diesen gar unabhängig davon Besitz erwirbt, ob dieser für sein Pekulium handelt, setzt sich in der Hochklassik durch.[135] Hält sich der Sklave für frei, scheidet ein Besitzerwerb durch ihn allerdings auch nach dieser Ansicht aus.[136] **27**

Über die Gewaltunterworfenheit einer Person können in vielfacher Hinsicht Irrtümer bestehen: Der vermeintlich eigene Sklave kann in Wahrheit einem anderen gehören oder gar ein freier Mensch sein; der vermeintliche *filius familias* kann – etwa weil die versuchte *adrogatio* fehlschlug – in Wahrheit *sui iuris* sein oder – etwa weil die versuchte *adoptio* fehlschlug – der Hausgewalt einer anderen Person unterstehen. Durch einen vermeintlichen *filius familias* kann der vermeintliche *pater familias* keinen Besitz erwerben.[137] Durch den vermeintlich eigenen Sklaven dagegen kann dessen Scheineigentümer durchaus Besitz erwerben, und zwar sowohl dann, wenn der vermeintliche Sklave in Wahrheit ein freier Mensch ist,[138] als auch dann, wenn er zwar tatsächlich ein Sklave ist, aber im Eigentum eines Dritten steht.[139] Der Scheineigentümer der Erwerbsperson erwirbt den Besitz freilich nur an solchen Sachen, die der (vermeintliche) Sklave in Vermögensangelegenheiten (*ex re*)[140] des Scheineigentümers oder aus eigener Arbeit (*ex operis*) erworben hat,[141] und auch nur, wenn er den vermeintlich eigenen Sklaven in guter Treue (*bona fide*)[142] besitzt.[143] Nach heute herr- **28**

[132] Dazu *Klinck*, Erwerb (2004) 69–75, 76 f. Zustimmend *Sturm*, SZ 125 (2008) 793.

[133] Dazu *Klingenberg*, CRRS X.6 5.

[134] Nerva filius bei Paul. 54 ed D. 41.2.1.14; Pomp. 3 Sab. D. 6.2.15 (der dem Eigentümer in Ansehung der durch den flüchtigen Sklaven erworbenen Sachen aber die *actio Publiciana* gewährt).

[135] Cassius und Julian bei Paul. 54 ed D. 41.2.1.14; Labeo bei Pomp. 21 Sab. D. 46.3.19; Gai. ed. praet. urb. D. 40.12.25.2; Gai. 26 ed. prov. D. 41.2.15; Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.25, 26; Her. 5 iur. epit. D. 41.2.50.1.

[136] Her. 5 iur. epit. D. 41.2.50.1; *Klingenberg*, Symp. Wieling 118.

[137] Pap 23 quaest. D. 41.3.44 pr.; Her. 5 iur. epit. D. 41.2.50 pr.

[138] Iul. 44 dig. D. 41.4.7.8; Ulp. 43 Sab. D. 41.2.23 pr.; Pomp. 31 Q. Muc. D. 41.1.54.4; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.6.

[139] Iul. 3 Min. D. 41.1.39; Ulp. 43 Sab. D. 41.2.23 pr.; Pomp. 31 Q. Muc. D. 41.1.54.4; Pomp.-Procul. 11 Sab. D. 41.1.21 pr.; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.6; Gai. 2.94.

[140] Wie Iul. 1 Urs. Fer. D. 29.2.45.4 und vor allem Quellen belegen, in denen von einer *stipulatio ex re alicuius* die Rede ist (etwa Paul.-Sab. 14 Plaut. D. 45.3.32; Gai. 3 verb. obl. D. 45.3.28.1), verlangt ein Handeln *ex re* keine Hingabe von Vermögenswerten; ebenso *Ciulei*, Liber homo (1941) 52; *Buckland*, Slavery (1908) 343. Anders aber etwa *Sturm*, SZ 125 (2008) 793; *Krüger*, Erwerbszurechnung (1979) 68–73.

[141] Gai. 2.94, 3.164; Ulp. 43 Sab. D. 41.1.23 pr.; Pomp.-Procul. 11 Sab. D. 41.1.21 pr.

[142] Zum Begriff *Söllner*, SZ 122 (2005) 1–61.

[143] Gai. 2.94; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.6; Ulp. 43 Sab. D. 41.1.23.1.

schender Ansicht soll es dagegen nicht darauf ankommen, ob auch der vermeintliche Sklave glaubt, Sklave des Erwerbers zu sein.[144] Da die Quellen ihn als *bona fide serviens* bezeichnen, lässt sich das nur vertreten, wenn man die *bona fides* hier – gezwungen – nicht auf den Dienenden bezieht, sondern im Sinne von „rechtmäßig wie ein Sklave dienen“[145] oder gar *servire* im Sinne von *possideri* versteht.[146] Wahrscheinlicher ist, dass auch die Erwerbsperson glauben musste, Sklave des Erwerbers zu sein – er fungiert eben nur dann als Erwerbsinstrument, wenn er sich dem Willen des Erwerbers unterwirft.[147] Erwirbt der Scheinsklave seinem Scheinherrn nicht – mangels Redlichkeit oder weil der Erwerb weder in Vermögensangelegenheiten des Scheinherrn noch aus der Arbeit des Scheinsklaven erfolgte – so ist die Erwerbshandlung vollständig wirkungslos, wenn ein fremder Sklave handelte;[148] handelte ein *homo liber*, so soll er nach Prokulus selbst Besitz und Eigentum erwerben,[149] während Pomponius und Paulus auch in diesem Fall jeden Erwerb ablehnen.[150]

29 Der *bona fide serviens* wird damit einem Sklaven gleichgestellt, an dem ein Nießbrauchsrecht (*usus fructus*) besteht: Durch ihn erwirbt der Inhaber des Nießbrauchsrechts den Besitz ebenfalls an Sachen, die der *servus fructuarius* in Vermögensangelegenheiten (*ex re*)[151] des Nießbrauchers oder durch eigene Arbeit (*ex operis*) erwirbt.[152] Hier allerdings kommt auch ein Erwerb des Eigentümers in Betracht. Im Zweifel ist entscheidend, ob der Sklave für den Erwerb mit Mitteln aus dem Pekulium zahlte, das ihm der Nießbraucher eingeräumt hatte, oder aus demjenigen, das ihm der Eigentümer gegeben hatte;[153] erklärt der Sklave aber, seinem Eigentümer erwerben zu wollen, so erwirbt dieser auch dann, wenn der Sklave mit Mitteln aus dem Pekulium des Nießbrauchers zahlt.[154] Entscheidend ist wiederum, wessen Willen sich der Sklave unterwirft.

---

[144] *Harke*, RIDA 52 (2005) 165; *Söllner*, CRRS IX 19, 43, 96; *Söllner*, SZ 122 (2005) 47; *Hackl*, SZ 97 (1980) 433; *Krüger*, Erwerbszurechnung (1979) 95–98, 96 Fn. 32; *Reggi*, Liber homo (1958) 20–25; *Salkowski*, Sklavenerwerb (1881) 154 f.

[145] So *Harke*, RIDA 52 (2005) 165, in Anschluss an *Söllner*, CRRS IX 19; *Söllner*, SZ 122 (2005) 49, der wiederum *Kreller*, SZ 62 (1942) 454 folgt („Knecht nach *fides*-Recht“).

[146] So im Anschluss an *Salkowski*, Sklavenerwerb (1881) 154, etwa *Buckland*, Slavery (1908) 331 f., und *Dulckeit*, Erblasserwille (1934) 25; auch *Söllner*, CRRS IX 19.

[147] Eingehend *Klinck*, Erwerb (2004) 79–90; zustimmend *Sturm*, SZ 125 (2008) 793.

[148] Paul. 54 ed. D. 41.2.1.6; Pomp. 31 Q. Muc. D. 41.1.54.4.

[149] Pomp. 11 Sab. D. 41.1.21 pr.

[150] Fn. 148.

[151] Vgl. schon Fn. 140. Zum Nießbrauchsklaven abweichend *Sturm*, SZ 125 (2008) 794 mit Fn. 29.

[152] Pap. 2 def. D. 41.2.49 pr.; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.8.

[153] Gai. 7 ed. prov. D. 41.1.43.2 (womöglich *proprietatem* itp. für *possessionem*); wohl auch Ulp.-Iul. 17 Sab. D. 7.1.12.5 und 18 Sab. D. 7.1.25.1 sowie Paul. 1 ed aed. cur. D. 21.1.43.10. Dazu *Sturm*, Symp. Wieling 223–241.

[154] Iul. 44 dig. D. 41.1.37.5; vgl. auch Paul.-Sab. 14 Plaut. D. 45.3.32 und Gai. 3.166 (Gegenansicht zu den zitierten *quidam*). Übersehen von *Sturm*, Symp. Wieling 235, der annimmt, dass das Eigentum an einem vom Sklaven erworbenen Sklaven auch dann nicht ohne weiteres an den Nießbraucher falle, wenn der als Erwerber handelnde Sklave in der Manzipationsformel dessen Namen nennt.

Mehrere Miteigentümer des Sklaven erwerben grundsätzlich nach der Quote ihres Eigentums am Sklaven.[155] Die spärlichen Quellen deuten darauf hin, dass der Sklave auch einem seiner Miteigentümer Alleinbesitz und -eigentum erwerben konnte, wenn er diesen beim Übergabeakt als Erwerber nannte[156] oder wenn ihm die Sache auf dessen Anweisung übergeben wurde.[157] In wessen Vermögensangelegenheiten der Sklave handelte, ist für die Erwerbszuordnung hier bedeutungslos.[158] Ob sich der Wille des *servus communis* auswirkt, ist umstritten: Nach Julian scheitert der Erwerb durch den einen Miteigentümer, wenn der Sklave für den anderen erwerben will,[159] nach Ulpian dagegen ist der Wille des Sklaven unbeachtlich.[160] **30**

b. Erwerb durch freie Stellvertreter

Dass der einmal begründete Besitz durch freie Personen wie etwa einen Mieter, Pächter, Verwahrer oder Entleiher aufrechterhalten werden kann, ist in hochklassischer Zeit längst anerkannt.[161] Die Vorstellung, dass der Besitz durch freie Personen auch erworben werden kann, setzt sich dagegen erst in der Hochklassik durch;[162] im Jahr 196 n. Chr. wird die Frage durch kaiserliche Konstitution endgültig geklärt.[163] Nach heute noch immer herrschender Ansicht war eine Stellvertretung im Besitzerwerb nur möglich, wenn der Handelnde *curator, tutor* oder *procurator* des Erwerbers war.[164] Diese **31**

[155] Gai. 3.167; Ulp. 48 Sab. D. 45.3.5.

[156] Iul. 44 dig. D. 41.1.37.3 (aber *per traditionem* für *mancipio* eingefügt?).

[157] Pomp.-Ofil.-Cass.-Sab. D. 26 Sab. D. 45.3.6 (aber womöglich *per traditionem* itp. für *mancipio*).

[158] Paul. 2 man. D. 45.3.27; Gai. 7 ed. prov. D. 41.1.45: Ausgleich mit der *actio communi dividundo* oder der *actio societatis*. Vgl. auch Iul. 44 dig. D. 41.1.37.2. *Di Porto*, Impresa collettiva (1984) 100–103.

[159] Iul. 44 dig. D. 41.1.37.6.

[160] Ulp. 7 disp. D. 39.5.13.

[161] Gai. 4.153 und → § 40 Rn. 38.

[162] Ner. 7 membr. D. 41.3.41 (*per procuratorem possessionem apisci nos iam fere convieniat*) und Ner. 6 reg. D. 41.1.13 pr.; zweifelnd (*quaeritur*) noch Gai. 2.95; ablehnend Nerv. 1 ep. D. 41.2.23.2, und wohl selbst noch Call. 2 quaest. D. 41.1.59. *Briguglio*, Procurator I (2007) 266 f., schwankt zwischen einer Interpolationsvermutung und der These von *Schlossmann*, Besitzerwerb (1881) 145 f., dass sich die Quellen, in denen von einem Besitzerwerb *per liberam personam* die Rede sei, der Sache nach nur auf *procurator*, *tutor* und *curator* bezögen.

[163] Sev./Car. C. 7.32.1. Noch *Sturm*, SZ 125 (2008) 798, *Nicosia*, Dig. Disc. Priv. XIV 84, und *Claus*, Stellvertretung (1973) 168–199, halten diese kaiserliche Konstitution wie alle weiteren Quellen, die den Besitzerwerb durch eine beliebige freie Person anerkennen, für interpoliert.

[164] *Kaser/Knütel/Lohsse* § 11 Rn. 5; § 20 Rn. 4; *Briguglio*, Procurator I (2007) 46–267, 265 f.; *Hausmaninger/Selb* 133; *Nicosia*, Dig. Disc. Priv. XIV 83 f. (*procurator omnium bonorum*); *Claus*, Stellvertretung (1973) 172, 174, 178, 192, 194; *Bonfante*, Corso III 355–360. Unklar *Mayer-Maly*, in: *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 56 I 5 („in erster Linie beim Handeln eines procurator anerkannt"). Einschränkend (Spätklassik) *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung [5](2012) 119; *Kaser*, RP I § 95 II 4. Einschränkend („*procurator*, forse anche [ma eccezionalmente] qualche altra *extranea persona*")

Ansicht beruht auf einem unzutreffenden Verständnis des Wortes *procurator*, das spätestens in hochklassischer Zeit den Charakter eines Rechtsbegriffs verliert und jede Person bezeichnen kann, die im Interesse einer anderen tätig wird.[165] Wenn also in manchen Quellen der Besitzerwerb *per procuratorem* zugelassen wird,[166] in anderen *per liberam personam*,[167] so ist damit dasselbe gesagt:[168] Durch jede freie Person, die im Interesse einer anderen handelt, kann dieser der Besitz erworben werden.[169]

32 Unter den klassischen Juristen herrschte offenbar die Meinung, dass der Vertretene den Besitz nur erwarb, wenn der Vertreter den Besitz für ihn und nicht für sich selbst erwerben wollte[170] – einzig Ulpian scheint hier anderer Ansicht gewesen zu sein.[171] Einen eigenen Besitzwillen des Vertretenen dagegen setzt der Besitzerwerb durch freie Stellvertreter nicht voraus: Der Erwerb tritt auch *domini ignoranti* ein.[172] Mithin wird der *dominus* – in Kategorien des modernen Rechts gesprochen – offenkundig nicht nur in der tatsächlichen Gewalt, sondern auch in der Fassung des Besitzwillens vertreten.[173] Die in der Pandektistik[174] und auch heute noch herrschende Ansicht[175] geht allerdings dahin, dass der Besitzwille auch hier stets beim *dominus* selbst liegen müsse.

---

auch *Guarino*, Diritto privato (2001) 515. Gegen jede Stellvertretung im Besitzwillen noch *Talamanca*, Elementi [2](2013) 237.

[165] *Klinck*, SZ 124 (2007) 51 f.; der Sache nach für die Spätklassik auch *Milazzo*, Falsus procurator (2012) 115–123. Perplex *Sturm*, SZ 125 (2008) 797, der diese Ansicht zunächst irrtümlich als herrschende bezeichnet und ihr zustimmt, um ihr sogleich (798) zu widersprechen. – Daher ist auch irrelevant, ob die Lücke, die der Veroneser Codex in Gai. 2.95 aufweist, mit „*per procuratorem*" oder „*per liberam personam*" zu füllen ist; zu dieser Frage jüngst auf Grundlage neuer paläographischer Studien eingehend *Briguglio*, St. Nicosia II 107–140; *Briguglio*, Procurator I (2007) 97–115 (*per procuratorem*).

[166] Pap. 2 def. D. 41.2.49.2; Ulp. 4 reg. D. 41.2.42.1; Ulp. 7 disp. D. 41.2.34.1; Paul. 3 Ner. D. 41.3.47; Paul 54 ed. D. 41.2.1.20; Paul. sent. 5.2.2. Womöglich auch Ner. 6 reg. D. 41.1.13.1 (*proprietas*).

[167] Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.17; Ulp. 70 ed. D. 41.2.2; Ulp. 28 ed. D. 13.7.11.6; Ulp. 29 Sab. D. 41.1.20.2 (entgegen *Sturm*, SZ 125 [2008] 798 nicht eindeutig interpoliert: *omnium rerum* gehört nicht zu *per liberam personam*, sondern zu *possessionem*; vgl. dazu *Watson*, TR 29 [1961] 35 f.). Auch schon Pomp. 14 Q. Muc. D. 41.1.53 (*per quemlibet volentibus nobis possidere*).

[168] Dezidiert anderer Ansicht *Briguglio*, Procurator I (2007) 259 f.

[169] So im Ergebnis auch *Coppola Bisazza*, SDHI 76 (2010) 111; *Voci*, Istituzioni (2004) § 79.2; *Voci*, Modi (1952) 72–78; *Watson*, TR 29 (1961) 34–42.

[170] Paul. 54 ed. D. 41, 2, 1, 20; Iul. 44 dig. D. 41, 1, 37, 6.

[171] Ulp. 7 disp. D. 39, 5, 13; vgl. aber auch Ulp. 41 Sab. D. 47, 2, 43, 1.

[172] Sev./Car. C. 7.32.1 (196); Ner. 6 reg. D. 41.1.13 pr.; Paul. 3 Ner. D. 41.3.47; Pap. 2 def. D. 41.2.49.2.

[173] *Klinck*, Erwerb (2004) 246; *Vacca*, RISG 17 (1973) 264; *Last*, JhJb 62 (1913) 59–77.

[174] *Denzinger*, AcP 31 (1848) 271; *Bremer*, ZCP 11 (1856) 224; *Sintenis*, Civilrecht I (1844) § 44 III; *Biermann*, Constitutum possessorium (1885) 36–39; *Kindel*, Grundlagen (1883) 359, 393–396; *Arndts*, Pandekten (1865) § 140; *Windscheid/Kipp* I § 155 Anm. 9 (eigener Besitzwille des *dominus* „durch die Vermittlung des Vertreters").

[175] *Talamanca*, Elementi [2](2013) 237; *Kaser*, SZ 91 (1974) 185 f.; *Claus*, Stellvertretung (1973) 166 f., 315; *Bonfante*, Corso III 330; *Cornil*, Possession (1905) 183 f.

Sie fußt darauf, dass der Besitzerwerb durch eine freie Person voraussetzt, dass dem Vertreter entweder ein Auftrag erteilt wurde oder dass der Erwerber das Geschäft, mit dem der Besitzerwerb einherging, genehmigt.[176] Entgegen der herrschenden Ansicht hat diese Voraussetzung allerdings nichts mit dem Ausdruck eines Besitzwillens des *dominus* zu tun.[177] Sie soll vielmehr je nach den Umständen den Vertreter oder den Erwerber schützen:[178] Hat der Vertreter für einen anderen eine Sache erworben, soll er seinen Besitz nur verlieren, wenn er mit der *actio mandati* oder der *actio negotiorum gestorum* auf Aufwendungsersatz klagen kann; nimmt jemand auftragslos Zahlungen entgegen, soll der Schuldner nicht sofort, sondern erst dann frei werden, wenn der Gläubiger sich sicher sein kann, an sein Geld zu kommen, und er die Zahlung genehmigt.

c. Besitzkonstitut und „Durchgangserwerb“

Als Sonderform des abgeleiteten Besitzerwerbs durch eine freie Person ist bereits in hochklassischer Zeit das Besitzkonstitut anerkannt:[179] Durch den Beschluss, fortan für einen anderen zu besitzen, verliert der bisherige Besitzer die *possessio* und verschafft sie dem Erwerber. **33**

Zahlt der Schuldner auf Anweisung des Gläubigers an dessen Ehefrau, welcher der Gläubiger das Geld schenken will, so soll nach einer berühmten Entscheidung des Celsus der Schuldner frei werden, obwohl die Ehefrau aufgrund des Verbots einer Schenkung unter Ehegatten kein Eigentum an dem Geld erwerben kann. Celsus weist das Eigentum an den Münzen dem anweisenden Ehemann zu.[180] Keiner der zahlreichen Versuche, diesen „Durchgangserwerb“ mit den allgemeinen Regeln des Besitzerwerbs in Einklang zu bringen,[181] überzeugt vollends. Die Erwägungen des Celsus lassen **34**

[176] Vgl. vor allem Ulp. D. 41.2.42.1. Zur Zahlung Paul. D. 3.5.23 (24).

[177] So aber die in Fn. 174 Zitierten. *Briguglio*, Procurator I (2007) 369, 542–544, bringt wie vor ihm schon *Last*, JhJb 62 (1913) 79, das Erfordernis des Auftrags oder der Genehmigung mit der für die Ersitzung nötigen *iusta causa* in Verbindung, doch differenzieren die Quellen nicht zwischen *possessio ad usucapionem* und *possessio ad interdicta*. Nach *Savigny*, Recht des Besitzes [7](1865) § 26 B, ist der Auftrag nötig, um das körperliche Gewaltverhältnis zwischen Erwerber und Sache herzustellen.

[178] *Klinck*, Erwerb (2004) 218 f.

[179] Cels. 23 dig. D. 41.2.18 pr.; Iav. 7 Cass. D. 41.2.21.3; Marcell. 17 dig. D. 41.2.19 pr.; Venul. 3 int. D. 43.26.22 pr.; Tert. 1 quaest. D. 41.2.28; Ulp. 17 ed. D. 6.1.77. Dazu *Klinck*, Erwerb (2004) 259–287. Schwierig einzuordnen ist Pap. 10 resp. D. 41.2.48, dessen Entscheidung zur Annahme eines Besitzkonstituts und vor allem zu Ulp. 17 ed. D. 6.1.77 in schwer aufzulösendem Widerspruch steht; dazu *Klinck*, Erwerb (2004) 272–287 mit Literatur, und ohne Rücksicht auf diese polemisierend, *Sturm*, SZ 125 (2008) 801 f.

[180] Ulp.-Cels. 21 Sab. D. 24.1.3.12.

[181] Stellvertretung des anweisenden Gläubigers durch den Anweisungsempfänger (so etwa *Wieacker*, FS Erik Wolf 423; *Last*, JhJb 62 [1913] 29 f.; *Lenel*, JhJb 36 [1887] 63); Erwerb des Anweisenden durch *longa manu traditio* (*Voci*, Modi [1952] 122); Besitzkonstitut des Angewiesenen zugunsten des anweisenden Gläubigers (*Weyand*, Durchgangserwerb [1989] 106, 108 f.); Übergabe *brevi manu* vom

vermuten, dass es ihm in erster Linie darum ging, zu begründen, dass das Ehegattenschenkungsverbot auch dann Anwendung findet, wenn nicht der Ehegatte die Sache übergibt, sondern auf dessen Anweisung ein Dritter. Zu diesem Zweck zeigt er auf, dass trotz Übergabe vom Schuldner an die Frau rechtlich vom Schuldner an den Ehemann und von diesem an die Ehefrau geleistet wird. Folge dieser schuldrechtlichen Analyse ist es, dass der anweisungsgemäß leistende Schuldner frei werden muss. Dann aber ist es nur interessengerecht, dem Ehemann das Eigentum zuzuweisen. Der Eigentumserwerb des Mannes ist Folge der schuldrechtlichen Analyse; dass Celsus sich dabei Gedanken über einen Besitzerwerb des Mannes gemacht hätte, ist nicht zu erkennen.[182] Celsus' Identifikation der Leistungsbeziehungen findet allgemeine Gefolgschaft unter den klassischen Juristen, seine These von der unmittelbaren Befreiung des anweisungsgemäß Leistenden und vom Eigentumserwerb des Anweisenden dagegen nicht: Nach Julian bleibt das Eigentum beim angewiesenen Schuldner, wenn es nicht auf den Anweisungsempfänger übergehen kann; gegen erneute Inanspruchnahme wird der Schuldner, der den Besitz am Leistungsgegenstand verloren hat, durch eine *exceptio* geschützt, wenn er bereit ist, seine gegen den Empfänger gerichtete *condictio* an den Anweisenden abzutreten.[183]

III. Aufrechterhaltung und Verlust des Besitzes

D'Angelo, La perdita della possessio animo retenta nei casi di occupazione, 2007, mit Rez. *Cannata*, Iura 59 (2011) 299–311, und *Ankum*, La perdita della possessio animo retenta nei casi di occupazione, SemCompl. 22 (2009) 677–684; *Brandsma*, Kann ein Detentor nach gemeinem Recht durch Konstitut Besitz verschaffen?, SZ 127 (2010) 336–344; *Burdese*, Capacità naturale e perdita del possesso, Scr. Guarino II, 759–776; *Klingenberg*, Der servus fugitivus pro libero se gerens, in: Sklaverei und Freilassung im römischen Recht – Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag, 2006, 109–130; *Klingenberg*, Servus fugitivus, CRRS X.6, 2005; *Möhler*, Der Besitz am Grundstück, wenn der Besitzmittler es verläßt, SZ 77 (1960) 52–124; *Wieacker*, Der Besitzverlust an den heimlichen Eindringling, in: Festschrift Hans Lewald, 1953, 185–200.

Angewiesenen an den Anweisenden (*Cujaz*, Comment in lib. XVII digest. Salvii Juliani, ad § ult. L. III. et L. IV de donat. inter vir. et uxor.). Vgl. aus jüngerer Zeit die Kritik solcher Konstruktionsversuche bei *Flume*, Rechtsakt (1990) 64–73; *Kaser*, Labeo 26 (1980) 31–36.

[182] Ulp.-Cels. D. 24.1.3.12. Eingehend *Klinck*, Erwerb (2004) 306–313; ebenso schon *Flume*, Rechtsakt (1990) 69 f., und noch *Sturm*, SZ 125 (2008) 803 f. Ein „Durchgangserwerb" findet sich auch schon bei Pomp. 19 Sab. D. 47.2.44 pr. – Ob die Anhänger der celsinischen Lösung auch in ungestörten Anweisungsfällen annehmen, der Anweisende werde für eine „logische Sekunde" Eigentümer des Leistungsgegenstandes, ist angesichts des sich jedenfalls anschließenden Eigentumserwerbs des Anweisungsempfängers eine müßige Frage; zu ihr etwa (ablehnend) *Flume*, Rechtsakt (1990).

[183] Afr.-Iul. 7 quaest. D. 46.3.38.1; Iul. 5 Min. D. 24.1.39. Dazu *Klinck*, Erwerb (2004) 327–333, 337–341.

1. Eigenhändig ausgeübter Besitz

Besitz geht verloren, wenn die besessene Sache ihre Privatrechtsfähigkeit verliert.[184] **35**
Eigenhändig ausgeübter Besitz geht ferner verloren, wenn das Besitzsubjekt besitzunfähig wird, wenn also etwa der Besitzer unter fremde Hausgewalt kommt[185] oder in Kriegsgefangenschaft gerät. Im letzten Fall führt auch das *ius postliminii* nicht dazu, dass bei Rückkehr aus der Kriegsgefangenschaft fingiert wird, der Besitz habe fortbestanden.[186] Stirbt der Besitzer, geht der Besitz nicht auf die Außenerben über;[187] ob er ohne Weiteres auf die *sui heredes* übergeht, lässt sich mangels Quellen nicht sicher sagen.[188]

Im Übrigen lehrt Paulus: Wie der Besitz nur durch Körper und Willen erworben **36**
werden könne, so könne man ihn auch nur durch einen umgekehrten Akt in Körper und Willen verlieren.[189] Danach scheint es, als würde der Besitz so lange aufrechterhalten bleiben, bis der Besitzer aktiv beschließt, die Sache nicht mehr besitzen zu wollen, und sein körperliches Verhältnis zu ihr entsprechend ändert. Das entspricht allerdings nicht klassischen Rechtsvorstellungen.[190] Denn nach ihnen geht der Besitz verloren, wenn der vormalige Besitzer nachhaltig die tatsächliche Gewalt über die Sache verliert, ohne dass es auf einen fortbestehenden Besitzwillen ankäme: der Besitz an einem Grundstück dadurch, dass ein Fluss oder das Meer es überschwemmt;[191] der Besitz an Steinen dadurch, dass sie in den Tiber fallen;[192] der Besitz an Vieh dadurch, dass es entläuft;[193] nach in der Klassik überwiegender Ansicht ganz allgemein dadurch, dass die Sache unauffindbar wird.[194] Umgekehrt können auch Veränderungen allein im

---

[184] Paul. 15 Sab. D. 41.2.30.1, 3: Grundstücksteil durch Beerdigung eines Menschen, Sklaven durch Freilassung.

[185] Paul. 15 Sab. D. 41.2.30.3.

[186] Iav. 1 ep. D. 41.2.23.1; Ulp. 12 ed. D. 4.6.23.1; Paul. 19 ed. D. 41.3.11; Pap. 3 quaest. D. 4.6.19; Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.2. Dazu *Klinck*, Erwerb (2004) 138–143. Zur Ersitzung durch Erben, wenn der Kriegsgefangene in Gefangenschaft stirbt, *Lohsse*, FS Knütel 667–701.

[187] Iav. 1 ep. D. 41.2.23 pr.; dazu *Domisch*, Besitzübergang (2015) 20–33.

[188] Dafür *Kaser*, SDHI 26 (1960) 398–400, gegen *Voci*, DER I 206–208; *Domisch*, Besitzübergang (2015) zusammenfassend 225 f.

[189] Paul. 65 ed. D. 50.17.153 = D. 41.2.8.

[190] Für eine nachklassische Verallgemeinerung halten Paul. 65 ed. D. 50.17.153 = D. 41.2.8 daher *Eugenio y Díaz*, Est. Hernandez-Tejero II 151; *Kaser*, RP I § 95 III mit Fn. 47; *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 5; *Möhler*, SZ 77 (1960) 60 f. Fn. 49, 91; *Wieacker*, FS Lewald 192. Für Echtheit *Cannata*, SDHI 26 (1960) 94–96; *MacCormack*, SZ 86 (1969) 135.

[191] Paul. 15 Sab. D. 41.2.30.3; Paul.-Lab.-Nerv. 54 ed. D. 41.2.3.17. Das mag freilich damit zusammenhängen, dass das Meer und fließende Gewässer in Gemeingebrauch standen, so dass auch kein Privateigentum an ihnen bestehen konnte, Marcian. 3 inst. D. 1.8.2.1 und Pomp. 26 Q. Muc. D. 7.4.23.

[192] Ulp. 72 ed. D. 41.2.13 pr.

[193] Paul.-Nerv. 54 ed. D. 41.2.3.13.

[194] Paul.-Nerv. 54 ed. D. 41.2.3.13; Pomp. 23 Q. Muc. D. 41.2.25 pr. Anders für absichtsvoll vergrabenes Geld Pap. 23 quaest. D. 41.2.44 pr.

animus des Besitzers zum Besitzverlust führen, ohne dass die tatsächliche Gewalt aufgegeben wird – namentlich der Beschluss, die Sache nicht mehr[195] oder fortan für einen anderen besitzen zu wollen (Besitzkonstitut, → § 40 Rn. 33). Ein *pupillus* kann einen solchen Besitzaufgabebeschluss zwar nicht fassen, den Besitz aber durch Aufgabe der körperlichen Herrschaft verlieren.[196]

37 Das klassische Recht lässt sich demnach eher mit der Regel umschreiben, dass Besitz so lange aufrechterhalten bleibt, wie seine beiden Voraussetzungen – körperliche Herrschaft und *animus* – bestehenbleiben.[197] Aber auch diese Regel leidet erhebliche Ausnahmen. So geht Besitz vermutlich nicht allein dadurch verloren, dass der Besitzer geisteskrank wird und keinen Besitzwillen mehr fassen kann.[198] Besitz kann ohne körperliche Beziehung zur Sache, *solo animo* aufrechterhalten werden, wenn der Besitzer sich vorübergehend von der Sache entfernt (→ § 40 Rn. 42). Flieht ein Sklave, verliert sein Besitzer zwar ebenfalls die tatsächliche Gewalt über ihn; gleichwohl soll der Besitz am Sklaven *utilitatis causa* bestehen bleiben, solange kein Dritter den Sklaven in Besitz nimmt und solange der Sklave keinen Freiheitsprozess anstrengt,[199] allerdings nur für die Zwecke der Ersitzung, nicht etwa auch für die Zwecke der passiven Noxalhaftung.[200] Wurde der flüchtige Sklave von einem Dritten in Besitz genommen und entflieht er sodann auch diesem, fällt der Besitz am Sklaven wohl an seinen Eigentümer[201] oder gegebenenfalls an den früheren Ersitzungsbesitzer[202] zurück.

---

[195] Paul. 15 Sab. D. 41.2.30.4; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.6; wohl auch Ulp. 76 ed. D. 41.2.17.1.

[196] Marc.-Sab. 3 inst. D. 41.1.11; Ulp. 30 Sab. D. 41.2.29.

[197] So denn auch Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.2 *(eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem ammitti vel animo vel etiam copore)*; *Voci*, Istituzioni (2004) § 79.6; *Guarino*, Diritto privato (2001) 516; *Mayer-Maly*, in: Honsell/Mayer-Maly/Selb § 56 II 1; *Arangio-Ruiz*, Ist. 278; *Kaser*, RP I § 95 III, IV 1; *Wieacker*, FS Lewald 192 f.; *Bonfante*, Corso III 428.

[198] So die Einschätzung von *Arangio-Ruiz*, Ist. 278, *Kaser*, RP I § 95 III; *Burdese*, Scr. Guarino II 775 f.; wohl auch *Bonfante*, Corso III 425 (Vergleich mit dem *matrimonium*). Proc. 5 ep. D. 41.2.27 behandelt allerdings nur den Sonderfall von *animo* aufrechterhaltenem Besitz und verlangt hier einen Besitzaufgabebeschluss, den der Geisteskranke nicht fassen könne; Paul. 54 ed. D. 41.3.4.4 spricht nur von einem Fortlaufen der Ersitzungsfrist; Paul. 32 Sab. D. 41.3.31.3 handelt vom Besitz durch einen Dritten, dessen Geisteskrankheit nicht zum Besitzverlust führen soll.

[199] Gai. ed. praet. urb. D. 40.12.25.2; Paul. 15 Plaut. D. 41.3.15.1; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.10; Ulp. 72 ed. D. 41.2.13 pr.; Gai. 26 ed. prov. D. 41.2.15; wohl auch Pap.-Nerv. 26 quaest. D. 41.2.47. Dazu *Klingenberg*, Symp. Wieling 112–116; *Klingenberg*, CRRS X.6 3 f. Dass der Sklave sich nur als frei geriert, entzieht dem Eigentümer den Besitz an ihm noch nicht, Paul. 15 Plaut. D. 41.3.15.1; *Klingenberg*, Symp. Wieling 113 f., mit *Klinck*, Erwerb (2004) 133, gegen *Benöhr*, Besitzerwerb (1972) 134.

[200] Paul. 54 ed. D. 41.2.1.14; Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17.3.

[201] So jedenfalls, wenn man bei Paul. 15 Plaut. D. 41.3.15.1 und Paul. 54 ed. D. 41.2.3.10 davon ausgeht, dass *ego*, von dem der Sklave geflohen ist, nicht mit *dominus* identisch ist; für Identität aber etwa *Nicosia*, Acquisto (1960) 448 f., und *Klingenberg*, Symp. Wieling 113.

[202] Das folgt daraus, dass der Fortbestand des Besitzes gerade (nur) zum Fortlauf der Ersitzung führen soll (vgl. Fn. 200) und der flüchtige Sklave als *res furtiva* durch den zwischenzeitlichen dritten Besitzer ohnehin nicht ersessen werden kann.

2. Durch Dritte ausgeübter Besitz

Der Besitzer muss die Sachgewalt nicht in eigener Person ausüben, Besitz kann auch durch Dritte aufrechterhalten werden. Dabei kann sich der Besitzer seiner Hauskinder und Sklaven bedienen,[203] aber auch freier Personen wie Mietern, Pächtern, Verwahrern[204] oder überhaupt aller, die im Interesse des Besitzers die Sachgewalt ausüben,[205] mit Ausnahme des Prekaristen.[206] Bei der Begründung eines Besitzpfandrechts behält der Verpfänder ebenfalls den Besitz, jedoch nur im Hinblick auf den Fortlauf der Ersitzungsfrist.[207] In all diesen Fällen bleibt Besitz auch dann noch erhalten, wenn die Hilfsperson die Sache an Dritte vermietet oder in Verwahrung gibt.[208] Wie die Anerkennung eines Besitzerwerbs durch freie Stellvertreter beruht die Annahme, dass der Besitz durch freie Personen aufrechterhalten werden kann, auf Nützlichkeitserwägungen;[209] sie setzt sich aber offenbar wesentlich früher allgemein durch und wird jedenfalls in der Spätklassik in die allgemeine Besitzdogmatik integriert, mit der Vorstellung, der Besitz werde „durch den Körper“ der Hilfsperson (*corpore alieno*) aufrechterhalten.[210] **38**

Wer durch Dritte Besitz ausübt, ist in hohem Maße gegen Besitzverlust geschützt, und zwar sowohl bei möglichen Hindernissen in der Person des Besitzers als auch der Hilfsperson. Obwohl der eigenhändige Besitz durch Kriegsgefangenschaft beendet wird und dem Rückkehrer insoweit auch das *ius postliminii* nicht hilft,[211] bleibt doch nach in der Klassik herrschender Ansicht der durch Gewaltabhängige ausgeübte Besitz für die Zwecke einer Ersitzung bestehen – und zwar offenbar unabhängig von der Zugehörigkeit zu einem *peculium*.[212] Stirbt der Besitzer, geht zwar nicht der durch Dritte ausge- **39**

[203] Pomp. 23 Q. Muc. D. 41.2.25.1; Pap. 26 quaest. D. 41.2.47 pr.; Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.2; Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.22; Paul. 32 Sab. D. 41.3.31.3; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.12.

[204] Iav. 6 ep. D. 41.3.21; Pomp. 23 Q. Muc. D. 41.2.25.1; Afr. 7 quaest. D. 41.2.40.1; Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.2; Paul. 32 Sab. D. 41.3.31.3; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.12.

[205] Gai. 25 ed prov. D. 41.2.9 *Generaliter quisquis omnino nomine nostro sit in possessione, veluti procurator hospes amicus, nos possidere videmur.* Vgl. auch Lab. post. a Iav. epit. D. 19.2.60.1: Nach dem Tode des *colonus* bleibt der Besitz durch den Erben aufrechterhalten, auch wenn er kein *colonus* ist. Dagegen fordert Iav. 6 epist. D. 41.3.21 für eine Aufrechterhaltung des Besitzes durch den Mieter, dass die *locatio* wirksam ist, freilich in dem besonderen Fall, dass der Eigentümer ein Grundstück von demjenigen mietet, der es *pro herede* ersitzt.

[206] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.5: Nach sabinianischer Ansicht (der noch Pomp. 29 Sab. D. 43.26.15.4 folgt) besitzen sowohl Prekarist als auch *precarium dans*, doch dringt bis zur Spätklassik die Ansicht durch, dass nur der Prekarist besitzt; dazu *Harke*, Precarium (2016) 91–94.

[207] Iav. 4 Plaut. D. 41.3.16; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.15. Ferner Iul. 44 dig. D. 41.3.33.4, 6; Afr. 7 quaest. D. 41.2.40 pr.

[208] Pomp. 23 Q. Muc. D. 41.2.25.1; Paul. 15 Sab. D. 41.2.30.6. Anders, wenn der Pfandgläubiger einem Dritten die *possessio* (und nicht nur die Sachherrschaft) überträgt: Iul. 44 dig. D. 41.3.33.4.

[209] Afr. 7 quaest. D. 41.2.40.1.

[210] Pap. 26 quaest. D. 41.2.47 pr.; Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.2; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.12.

[211] Fn. 186.

[212] Tryph.-Iul. 4 disp. D. 49.15.12.2 mit der Gegenansicht des Marcellus; dazu *Lohsse*, FS Knütel 675 f. mit Fn. 33.

übte Besitz selbst auf den Erben über, für ihn läuft aber die Ersitzungsfrist fort.[213] Der durch gewaltabhängige oder gewaltfreie Personen ausgeübte Besitz geht (für die Zwecke der Ersitzung) nicht verloren, wenn diese Person geisteskrank wird[214] oder stirbt.[215] Die Untreue einer gewaltabhängigen Person, durch die der Besitz ausgeübt wird, wirkt sich auf den Fortbestand des Besitzes nicht aus: Er besteht fort, wenn die gewaltabhängige Person die Sache unterschlägt,[216] solange sie nur bei der gewaltabhängigen Person verbleibt und keinem Dritten übergeben wird.[217] Flieht ein Sklave, bleibt der durch ihn ausgeübte Besitz erhalten, und zwar sowohl an beweglichen Sachen, die der Sklave mitnimmt,[218] als auch an einem Grundstück, von dem der Sklave flieht.[219]

40 Inwieweit die Untreue einer gewaltfreien Besitzperson den Besitz aufhebt, ist bei beweglichen Sachen offenbar umstritten. Wer Münzen in Verwahrung genommen hat, erwirbt an ihnen nach Ansicht der *veteres* und der Sabinianer die *possessio* noch nicht dadurch, dass er den Beschluss fasst, sie zu unterschlagen: Er muss sie auch mit dieser Absicht berühren.[220] Verkauft der Mieter einer Sache dieselbe einem Dritten, von dem er sie ebenfalls mietet, und zahlt er beiden Vermietern Mietzins, so behält nach Ansicht des Paulus der frühere Vermieter den Besitz.[221] Papinian dagegen nimmt unter Berufung auf Nerva an, der Besitz einer in Verwahrung gegebenen beweglichen Sache gehe verloren, sobald der Verwahrer beschließe, sie zu besitzen und nicht mehr zurückzugeben.[222] Nach Marcellus wiederum soll es für die Frage, ob der Eigentümer den Besitz verliert, darauf ankommen, ob der Verwahrer eine *iusta et rationabilis causa non reddendi* hat-

[213] Paul. 15 Sab. D. 41.2.30.5.

[214] Pomp. 23 Q. Muc. D. 41.2.25.1; Paul. 32 Sab. D. 41.3.31.3.

[215] Pomp. 23 Q. Muc. D. 41.2.25.1; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.8; Afr. 7 quaest. D. 41.2.40.1, dazu *Möhler*, SZ 77 (1960) 70 f.

[216] Gai. 26 ad ed. prov. D. 41.2.15; Afr. 7 quaest. D. 41.2.40 pr.; Iul. 44 dig. D. 41.3.33.6.

[217] Iul. 22 dig. D. 47.2.57.3.

[218] Gai. 26 ed. prov. D. 41.2.15.

[219] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.8. Für Fortlauf der Ersitzung Iul. 44 dig. D. 41.4.7 pr. Zur Desertion der *familia* auf Betreiben eines Dritten Proc. 2 ep. D. 4.3.31.

[220] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.18, dazu oben vor Fn. 53. Für Besitzverlust, wenn der Pfandgläubiger oder Verwahrer die Sache einem Dritten übergibt, auch Ulp. 44 dig. D. 41.3.33.4. Nach *Harke*, SZ 134 (2017) 249–277, soll die Regel *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* nicht erst der Ersitzung, sondern schon dem Erwerb der *possessio* durch eigenmächtiges Aufschwingen des Fremdbesitzers entgegengestanden haben. Gegen diese These spricht etwa Pap. 6 quaest. D. 43.16.18 pr.: V vermietet ein Grundstück an M, verkauft es sodann an K und weist K an, den Besitz an dem Grundstück zu ergreifen; verweigert M dem K den Zutritt und verschafft K sich diesen sodann mit Gewalt gegen M, wird M gegen K ein Interdikt, also doch offenbar trotz eigenmächtigen Aufschwingens vom Fremd- zum Eigenbesitzer die *possessio* zugesprochen.

[221] Paul. 15 Sab. D. 41.2.32.1, dazu *Brandsma*, SZ 127 (2010) 336–344. Pomp. D. 41.2.25.1 behandelt nicht unbedingt denselben Fall, denn hier könnte der Vermieter eine Untervermietung erlaubt haben.

[222] Pap. 26 quaest. D. 41.2.47.

te.[223] Bei Grundstücken wiederum lässt auch Papinian den bloßen Wechsel der inneren Einstellung der Hilfsperson nicht für einen Besitzverlust genügen: Der Mieter oder Pächter eines Grundstücks, den der Vermieter oder Verpächter anweist, das Grundstück einem Dritten zu überlassen, erwirbt nicht schon dann die *possessio* an dem Grundstück, wenn er den Beschluss fasst, dieser Anweisung nicht Folge zu leisten, sondern erst dann, wenn er den Dritten daran hindert, das Grundstück zu betreten.[224]

Der durch Dritte ausgeübte Besitz geht verloren, wenn dem Dritten die Sache mit **41**
Gewalt abgenommen oder wenn er von dem besessenen Grundstück vertrieben wird – und zwar unabhängig davon, ob der Besitzer von der Vertreibung Kenntnis hat oder nicht.[225] Umstritten ist aber offenbar wiederum, ob der Besitz verloren geht, wenn die freie Person, durch welche der Besitz ausgeübt wurde, die Sachgewalt freiwillig aufgibt.[226]

3. Aufrechterhaltung des Besitzes *solo animo*

Der Besitzer eines Grundstücks verliert den Besitz nicht allein dadurch, dass er es **42**
verlässt, sondern nur dann, wenn er auch einen Besitzaufgabewillen hat.[227] Fehlt dieser, behält er den Besitz nach im klassischen Recht ganz herrschender, wenn auch offenbar nicht allgemeiner Meinung *solo animo*, also ohne körperliche Sachgewalt.[228] Gleiches gilt, wenn der Pächter oder Sklave, durch den der Besitzer die körperliche Sachgewalt ausübt, stirbt.[229] Diese Möglichkeit eines *animo retinere possessionem* wurde zunächst wohl nur für den praktisch besonders bedeutsamen Fall der in der jeweils anderen Jahreszeit ungenutzten Sommer- oder Winterweide akzeptiert; wohl nicht erst Ulpian, sondern jedenfalls schon der von ihm zitierte Prokulus aber erstreckt sie allgemein auf

---

[223] Marcell. 17 dig. D. 41.2.20 für folgenden Fall: X überlässt Y eine Sache zur Nutzung, verkauft sie sodann an Z und weist Y an, sie Z zu übergeben, was Y verweigert.

[224] Vgl. Pap. 26 quaest. D. 43.16.18 und dazu bereits in Fn. 59; ebenso Marcell. 19 dig. D. 43.16.12.

[225] Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.2; Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.22.

[226] Für Besitzverlust offenbar Afr. 7 quaest. D. 41.2.40.1 und *e contrario* auch Pomp. 32 Sab. D. 41.2.31. Für Aufrechterhaltung des Besitzes *animo* Paul. 54 ed. D. 41.2.3.8. Eingehend hierzu *Möhler*, SZ 77 (1960) 78–111.

[227] Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.2.

[228] Gai. 4.153 (*plerique putant animo quoque retineri possessionem*); Paul. 54 ed. D. 41.2.3.7, 11; Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.24; Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.2; Proc. 5 ep. D. 41.2.27. Für Aufrechterhaltung des Besitzes an einem Grundstück, wenn es für einen Marktbesuch verlassen wird, auch schon Labeo bei Ulp. 70 ed. D. 41.2.6.1 (sonst würde der Eindringling den Besitz nicht *clam* oder *vi* vom früheren Besitzer erworben haben). – Gai. 2.51 ist entgegen *Kaser*, RP I § 95 IV 1 mit Fn. 51, und *Bonfante*, Corso III 418 f., kein Beleg dafür, dass der Besitz an einem Grundstück dadurch verloren gehen kann, dass man es unbesetzt zurücklässt: Gaius stellt nicht fest, dass der frühere Besitzer den Besitz schon vor dem Eindringen des Dritten verloren hat, sondern nur, dass der Dritte den Besitz in diesem Fall nicht *vi* erlangt; ebenso verhält es sich mit Gai. 2 inst. D. 41.3.37.1; vgl. aber auch Paul. 54 ed. D. 41.3.4.27.

[229] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.8.

Grundstücke.[230] Paulus bezeichnet auch den an flüchtigen Sklaven fortbestehenden Besitz[231] als einen solchen *solo animo*.[232]

43 Den *solo animo* aufrechterhaltenen Besitz kann der Besitzer nur durch einen Willensakt aufgeben; das ist ihm nicht möglich, wenn er geisteskrank[233] oder noch ein *pupillus* ist.[234] Zu welchem Zeitpunkt der *solo animo* aufrechterhaltene Besitz verloren geht, wenn ein Dritter in das Grundstück eindringt, um es in Besitz zu nehmen, scheint in der Klassik umstritten gewesen zu sein. Womöglich vertrat noch Gaius die Ansicht, der Besitz gehe schon mit dem Eindringen des Dritten an diesen verloren.[235] Schon zu Zeiten des Pomponius aber herrscht die Ansicht, dass der *animo* aufrechterhaltene Besitz erst dann an den Eindringling verloren geht, wenn der Rückkehrer entweder mit Gewalt daran gehindert wird, das Grundstück zu betreten, oder aus Furcht davon Abstand nimmt, es zu versuchen.[236] Diese „nützlicher erscheinende“[237] Ansicht ist

---

[230] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.25.

[231] Oben bei Fn. 199.

[232] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.10; ebenso Paul. sent. 4.14.3.

[233] Proc. 5 ep. D. 41.2.27.

[234] Ulp. 30 Sab. D. 41.2.29. Diesen Satz hält neben vielen Stimmen aus der älteren Literatur etwa noch *Kaser*, RP I § 95 IV 1 Fn. 49, für überarbeitet; für eine Glosse hält ihn *Burdese*, Scr. Guarino II 767. Er findet aber eine gewisse Bestätigung in Marcian.-Sab. 3 inst. D. 41.1.11: Der *pupillus* kann den Besitz ohne Mitwirkung des *tutor* auch durch Übergabe nicht verlieren.

[235] Gai. 2.51 und Gai. 2 inst. D. 41.3.37.1, vgl. Fn. 228 a. E. Zweifelhaft ist die Haltung Labeos, die bei Ulp. 70 ed. D. 41.2.6.1 wiedergegeben wird. Dass der Eindringling gegenüber dem früheren Besitzer *clam* besitzt, aber *vi*, wenn er diesem die Rückkehr auf das Grundstück verwehrt, lässt sich, wenn man den Text entgegen *Wieacker*, FS Lewald 186 f. mit Fn. 12, für echt hält, unterschiedlich deuten: (1) bis zur Rückkehr des früheren Besitzers ist der Besitz in der Schwebe (so letztlich *D'Angelo*, Perdita [2007] 86–98; zustimmend *Ankum*, SemCompl. 22 [2009] 681); (2) *clam possidere* ist für Labeo kein *possidere*, so dass der Eindringling erst mit der Vertreibung des Rückkehrers Besitz erwirbt (so *Cannata*, Iura 59 [2011] 306); (3) der Eindringling erwirbt den Besitz sogleich *clam*, doch wird der Besitzerwerb in einen solchen *vi* umqualifiziert, wenn er den Rückkehrer gewaltsam am Betreten des Grundstücks hindert (*Rotondi*, Scr. III 175); (4) der vormalige Besitzer verliert den Besitz erst nach seiner Rückkehr an den Eindringling, und zwar *vi*, wenn er gewaltsam am Betreten des Grundstücks gehindert wird, sonst *clam*, obwohl er mittlerweile von der Okkupation weiß. Am wahrscheinlichsten ist allerdings, dass erst Ulpians nachgeschobene Sachverhaltsergänzung den Eindruck erweckt, Labeo habe dem Eindringling schon mit Betreten des Grundstücks, also vor der von Ulpian erst danach thematisierten Rückkehr des früheren (?) Besitzers, den Besitz (*clam*) zugesprochen.

[236] Pomp. 23 Q. Muc. D. 41.2.25.2; dazu *MacCormack*, SZ 86 (1969) 122–124, 128–130. Ebenso Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.24; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.7, 8; auch Pap. 23 quaest. D. 41.2.46, der für den Besitzverlust zwar genügen zu lassen scheint, dass der Vorbesitzer von der Inbesitznahme durch den Dritten Kenntnis erlangt, der Sache nach aber wohl meint, dass der Vorbesitzer nach Kenntniserlangung untätig bleibt; dazu *Wieacker*, FS Lewald 187; *D'Angelo*, Perdita (2007) 15–18; *Cannata*, Iura 59 (2011) 301. Womöglich steht schon Proc. 5 ep. D. 41.2.27 im Zusammenhang mit der Frage, ob auch ein *furiosus* den Besitz an einen heimlichen Eindringling verliert, wenn er gegen diesen nicht einschreitet; nur hierauf bezieht dieses Fragment *Burdese*, Scr. Guarino II 761, in Anschluss an *MacCormack*, SZ 86 (1969) 110 f., und *Rotondi*, Scr. III 189 f. *Cannata*, SDHI 26 (1960) 76, dagegen

kaum mit der allgemeinen Besitzlehre zu vereinbaren. Offenbar soll der *solo animo* aufrechterhaltene Besitz nicht ohne Wissen des Besitzers verloren gehen, damit er die kurzen Fristen der Interdikte nicht versäumt.[238] So erklärt sich auch, dass der *solo animo* aufrechterhaltene Besitzer länger fortbesteht als der durch Hilfspersonen aufrechterhaltene, der schon mit deren Vertreibung, also mit dem Eindringen des Dritten endet:[239] In diesen Fällen ist zu vermuten, dass die vertriebenen Hilfspersonen den früheren Besitzer von ihrer Vertreibung in Kenntnis setzen.

IV. Nachklassische Entwicklungen

Cannata, Possessio, possessor, possidere nelle fonti giuridiche del basso impero romano, 1962; *Levy*, West Roman Vulgar Law – The Law of Property, 1951; *Martini*, Costantino e la possessio iure, Iura 50 (1999) 113–121; *Vandendriesche*, Possessio und dominium im postklassischen römischen Recht, 2006.

Im Zuge der Vulgarisierung geht die scharfe Trennung zwischen Fragen der Berechtigung an der Sache und solchen der Sachgewalt schrittweise verloren. Der kaiserlichen Kanzlei ist sie im dritten Jh. noch bekannt,[240] doch wird schon in dieser Zeit Eigentum als *ius possessionis*,[241] *iure dominii possidere*[242] oder *iure ut dominus possidere*[243] bezeichnet: Offenbar verschiebt sich die Aufmerksamkeit bereits jetzt von der Rechts- zur tatsächlichen Herrschaft. Für Konstantin hat der Besitz neben der körperlichen eine *ratio, quae iure constitit*, und daher soll trotz körperlicher Sachherrschaft derjenige nicht als Besitzer angesehen werden können, über dessen *ius possessionis* gestritten werde.[244] In den Kaiserkonstitutionen des vierten und fünften Jhs. ist nicht mehr sicher, **44**

meint, Prokulus könne auch an einen Besitzverlust durch Besitzkonstitut gedacht haben; mit Recht noch weiter offenlassend *D'Angelo*, Perdita (2007) 68–71; *Cannata*, Iura 59 (2011) 302. – Nach *D'Angelo*, a. a. O., 11 f. und passim, geht die Ansicht, der *animo* aufrechterhaltene Besitz gehe erst dann an den Eindringling verloren, wenn der vormalige Besitzer diesen trotz Kenntnis nicht vertreibt, auf Quintus Mucius zurück; vgl. dazu die berechtigte Kritik von *Cannata*, Iura 59 (2011) 308–311.

[237] Pomp. 23 Q. Muc. D. 41.2.25.2 (*utilius videtur*).

[238] Dagegen meint *Wieacker*, FS Lewald 195 f., der Vorbesitzer solle nicht um die bislang verstrichene Ersitzungszeit gebracht werden, und zudem solle ihm Selbsthilfe auch *vi armata* erlaubt bleiben; doch würde dies die Ungleichbehandlung mit Fällen durch Dritte ausgeübten Besitzes nicht erklären.

[239] Fn. 234.

[240] Klare Trennung etwa noch in Dioclet./Maxim. C. 7.32.8 (a.294).

[241] Alex. C. 7.16.5.2 (o.A.).

[242] Gord. C. 8.22.3 (a.239).

[243] Valerian. et Gall. C. 8.55.1 (a.258).

[244] Const. C. 7.32.10 (a.314). *Levy*, Vulgar Law (1951) 27 f., meint, mit der *duplex ratio* sei die

ob Ausdrücke wie *possessio* oder (*firmiter, sine inquietudine* oder ähnlich) *possidere* bloße Sachherrschaft oder nicht doch (auch) eine Berechtigung an der Sache bezeichnen.[245] Dass *possessio* im Vulgarrecht zwischen tatsächlicher Herrschaft und Rechtsposition oszilliert, wirkt sich auf die Deutung der Besitzvoraussetzungen aus. So soll nach der *interpretatio* zu den *Pauli sententiae* der Ausdruck *animo et corpore possidere* die Herrschaft über gegenwärtige Sachen meinen, *tantum animo possidere* dagegen die (rechtliche) Herrschaft über entferntere Sachen.[246]

45 Auf der Grundlage extensiver Textkritik wurden in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts zahlreiche Theorien über die Besitzlehren der oströmischen Rechtsschulen entwickelt. Besonders verbreitet ist dabei die Annahme, eine „oströmische *animus*-Lehre" habe das subjektive Besitzelement ganz in den Vordergrund geschoben und für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Besitzes das Erfordernis einer physischen Beziehung zur Sache gelockert, teils sogar aufgegeben.[247] Die dafür ins Feld geführten Interpolationen sind allerdings schwerlich beweisbar; ein Besitzerwerb *solo animo* kommt in den Digesten nicht vor (→ § 40 Rn. 10); schon die klassischen Juristen geben das Erfordernis einer physischen Beziehung zur Sache für die Besitzerhaltung in manchen Fällen auf (→ § 40 Rn. 42 f.). Was die hier behandelten Fragen des Besitztatbestandes betrifft, lassen sich weder für das byzantinische noch für das justinianische Recht durchgreifende Änderungen ausmachen.

Unterscheidung zwischen *possessio civilis* und *possessio naturalis* gemeint; vgl. dazu aber *Martini*, Iura 50 (1999) 113–121.

[245] Vgl. etwa Const. Cod. Theod. 5.10.1 (a.329); Cod. Theod. 2.25.1 (o.A.); Cod. Theod. 3.1.2 pr. (a.337); Arcad./Honor. C. 11.70.4 (a.397); Novell. Theod. 20.1 (a.440). *Kaser*, RP II § 238 I, folgt *Levy*, Vulgar Law (1951) 22 f., 61–72, in der Annahme, hier werde Eigentum als *possessio* bezeichnet; anders für Novell. Theod. 20.1 (a.440) und Const. Cod. Theod. 5.10.1 (a.329) *Cannata*, Possessio (1962) 23 und 78–81, doch vgl. dagegen wiederum *Bretone*, Labeo 11 (1965) 196 f. und 200 f. Auch für *Cannata*, Possessio (1962) 47, ist *firma possessio* „la nuova proprietà diocleziana … che … nell'epoca postclassica costituisce il perno del sistema dei diritti reali". Ganz anders nun *Vandendriessche*, Possessio und dominium (2006) zusammenfassend 285–291: In den Quellen des Cod. Theod. und der Novell. Theod. würden *possessio* und *dominium* stets klar getrennt.

[246] IP 5.2.1. *Levy*, Vulgar Law (1951) 31.

[247] So noch *Kaser*, RP II § 239 III 2, in Anschluss an *Rotondi*, Scr. III 94–256; *Möhler*, SZ 77 (1960) 117–124; *Albertario*, St. II 128–136. Gegen diesen schon *Leifer*, RE s. v. *possessio, possessor, possidere*, Sp. 851–853.

§ 41 Die Aneignung herrenloser Sachen (*Occupatio*)[1]

Jean-François Gerkens

De Francisci, Intorno all'acquisto per occupazione delle *res hostium*, in: Atti del R. Ist. Ven. 82 (1922–23) 967–982; *Kaser*, Occupatio, in: Paulys Realencyclopädie der class. Altertumswissenschaft, neue Bearbeitung von G. Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus, K. Ziegler, Suppl. VII, 1940, 682–691; *Mayer-Maly*, Der Schatzfund in Justinians Institutionen, in: Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas, 1983, 109–117; *Knütel*, Von schwimmenden Inseln, wandernden Bäumen, flüchtenden Tieren und verborgenen Schätzen. Zu den Grundlagen einzelner Tatbestände originären Eigentumserwerbs, in: Zimmermann/Knütel et al. (Hgg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, 549–577; *Filip-Fröschl*, Cervi qui in silvas ire et redire solent. Anmerkungen zu einem exemplum iuris, Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag. 2002, 191–213; *Finkenauer*, D. 41.1.44: Das Schwein im Wolfsmaul, in: Falk/Luminati et al., Fälle aus der Rechtsgeschichte, 2008, 45–61; *Mantovani*, I giuristi, il retore e le api. Ius controversum e natura nella Declamatio maior XIII, in: Mantovani/Schiavone (Hgg.), Testi e problemi del giusnaturalismo romano, 2007, 323–385; *Onida,* Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano, 2. Aufl., 2012; *Knütel*, Derelizione a scopo di appropriazione?, Index 43 (2015) 195–217.

[1] Quellen: Call. 3 fisc. D. 49.14.3.10–11; Cels. 2. dig. D. 41.51.1; Gai. 2.66–69; Gai. 2 rer. cott. D. 1.8.5.1; D. 41.1.1.pr.–1; D. 41.1.3; D. 41.1.5; D. 41.1.7.pr.–6; Flor. 6 Inst. D. 1.8.3; D. 41.1.2; D. 41.1.4; D. 41.1.6; D. 41.1.16; Iul. 2 Min. D. 14.2.8; D. 41.7.7; Marc. 3 inst. D. 1.8.6 pr.; Ner. 5 membr. D. 41.1.14; Pap. 10 resp. D. 41.3.45 pr.; Paul. 21 ed. D. 18.1.51; Paul. 31 ed. D. 41.1.3.1; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.1; D. 41.2.3.3; D. 41.2.3.6; D. 41.2.3.13–16, 21; D. 41.7.2; Pomp. 18 Sab. D. 10.4.15; Pomp. 27 Q. M. D. 49.15.5.2; Proc. 2 epist. D. 41.1.55; Ulp. 12 ed. D. 41.7.1; Ulp. 19 ed. D. 41.1.44; Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.8; D. 43.12.1.6; Ulp. 41 Sab. D. 47.2.43.5; Inst. 2.1.11–24; Inst. 2.1.39; 46–48; Coll. 12.7.10; Cod. Theod. 10.18.1 (a.315); Cod. Theod. 15.15 (a. 364); Novell. Valent. 9 (a.440); Ps. Quint. decl. 13.

Inhalt Rn.

I. Allgemeines zur *occupatio* 1
II. Die sieben Fallgruppen 3
1. Wilde Tiere (*Omnia animalia quae terra mari caelo capiuntur*) 4
a. Nicht gezähmte Tiere 5
b. Gezähmte Tiere (*animalibus quae consuetudine abire et redire solent*) 7
2. Inseln, die im Meer (bzw. in Flüssen) neu entstanden sind (*insulae in mari/in flumine natae*) 9
3. Kriegsbeute und Feindesgut (*res hostiles*) 10
4. Auf dem Strand erbaute Gebäude (*casae in litore positae*) 13
5. Preisgegebene Sachen (*res derelictae*) 14
6. Auf dem Strand gefundene Edelsteine oder Perlen (*res inventae in litore maris*) 15
7. Der Schatzfund (*thesaurus*) 16

I. Allgemeines zur *occupatio*

1 Ursprünglich war die Aneignung herrenloser Sachen wohl hauptsächlich eine faktische Frage. Sie wird als entwicklungsgeschichtlich älteste und dogmengeschichtlich ursprünglichste Erwerbsart angesehen. Sie wird daher auch dem *ius gentium* zugeordnet:[2] Sie erfolgt durch eine formlose Bemächtigung der Sache, eine *naturalis possessio*.[3] *Occupare*[4] bezeichnet das eigenmächtige Besitzergreifen einer herrenlosen Sache,[5] durch das Eigentum erworben werden kann. Herrenlose Sachen haben entweder (noch) überhaupt keinen Eigentümer (*res nullius in bonis*) oder sind von ihrem Eigentümer preisgegeben worden (*res derelictae*).

2 Das Besitzergreifen soll vorerst rein faktisch verstanden werden. Über den Bemächtigungswillen des Okkupanten äußern sich die Quellen nicht. Der Wille muss wahrscheinlich nicht präzise sein: Der Besitzergreifer muss nicht mit Sicherheit wissen, dass die ergriffene Sache eine *res nullius* oder eine *res derelicta* ist.[6]

---

[2] Inst. 2.1.11–12; RE Suppl. VII s. v. *occupatio* 682.

[3] D. 41.2.1.1. *Mantovani*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 328–331.

[4] Das Substantiv *occupatio* welches in der Rechtswissenschaft häufig gebraucht wird, kommt in den Römischen Quellen überhaupt nicht in diesem Sinne vor, sondern ausschließlich mit der Bedeutung ‚Beschäftigung': H-S, s. v. *occupatio*.

[5] Nicht jede *res nullius* kann Gegenstand einer *occupatio* sein. Ausgeschlossen werden hier wohl die *res nullius hereditariae*, die zwar noch niemandem gehören, jedoch nicht Gegenstand einer *occupatio* sein können. S. *Franciosi*, AAN 75 (1964) 237.

[6] Dies kann man aus der Tatsache ableiten, dass, wer eine vom Eigentümer preisgegebene Sache mit dem Willen sie zu stehlen ergreift, (weil er nicht weiß, dass sie preisgegeben wurde), trotzdem keinen Diebstahl begeht: Ulp. 41 Sab. D. 47.2.43.5. RE Suppl. VII 684; zum intellektuellen Element (→ § 40 Rn. 18).

II. Die sieben Fallgruppen

Die Quellen, die hier kasuistisch vorgehen, kann man – je nach Gegenstand der *occupatio* – in sieben verschiedene Fallgruppen[7] einteilen: Wilde Tiere (1.), Inseln, die im Meer (bzw. in Flüssen) neu entstanden sind (2.), Kriegsbeute (3.), Bauten, die auf dem Strand errichtet werden (4.), Sachen, die von Ihrem Eigentümer preisgegeben worden sind (5.), Edelsteine, die auf dem Strand gefunden werden (6.), gefundene Schätze (7.). 3

1. Wilde Tiere[8] (*Omnia animalia quae terra mari caelo capiuntur*)

Gaius[9] schreibt, dass alle wilden Tiere, Vögel oder Fische,[10] die auf der Erde oder im Meer gefangen oder gefischt werden, dem Okkupierenden gehören. Haustiere werden prinzipiell nie[11] als *res nullius* betrachtet. Unter den wilden Tieren muss weiterhin zwischen gezähmten und nicht gezähmten Tieren unterschieden werden. 4

a. Nicht gezähmte Tiere

Nicht gezähmte Tiere gehören niemandem (*res nullius*), solange sie nicht unter jemandes *custodia* stehen. Wenn jemand ein solches wildes Tier fängt und unter seine *custodia* bringt, wird er unmittelbar Eigentümer des Tieres. Ob er es auf eigenem oder fremdem Grund fängt oder fischt ist prinzipiell[12] gleichgültig und hindert eine gültige Aneignung nicht.[13] Die Aneignung des wilden Tieres bedarf einer tatsächlichen Macht (*potestas*) über das Wild. Kontrovers scheint jedoch das Ausmaß dieser Herrschaft gewesen zu 5

---

[7] Es sei wohl bemerkt, dass nicht alle Gegenstände die in diesen Fallgruppen vorkommen *res nullius* sind. Umgekehrt ist auch nicht jede *res nullius* potenzieller Gegenstand einer Aneignung durch *occupatio*. S. Fn. 4.

[8] Über die *natura fera: Filip-Fröschl*, FS Mayer-Maly (2002) 198–209. Zu den Klassifikationen der Tiere, s. bes. *Onida*, Animali (2012) 145–154.

[9] Gai. 2.66–67; Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.3.

[10] Vögel und Fische werden also nur insofern als *res nullius* betrachtet, wenn sie keine Haustiere sind.

[11] Wer ein solches Haustier fängt (Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.5.6) – oder sogar nur vertreibt (Pomp. 19 Sab. D. 47.2.37) – begeht einen Diebstahl. Siehe jedoch Ulp. 19 ed. D. 41.1.44, in dem ein Schwein eines Hirten – also ein Haustier – von Wölfen geraubt wird und später von Hunden eines Bauern entrissen wird. Die Aneignung durch den Bauern scheint hier nicht ausgeschlossen zu sein. Dazu ausführlich *Finkenauer*, in: Falk et al., Fälle (2008) 45–61.

[12] Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.3.1; Inst. 2.1.12. Wenn das wilde Tier in eine Falle fällt, kann die sofortige Aneignung jedoch davon abhängen, ob der Jäger einen gesicherten Zugang zum Grund, auf dem sich die Falle befindet, hat. Er soll nämlich eine genügende *potestas* über das Tier ausüben können (Proc. 2 epist. D. 41.1.55). So RE Suppl. VII 685 und *Gerkens*, Aeque perituris (1997) 126–142.

[13] Ein sogenanntes Jagd- oder Fischerrecht hat es im römischen Recht nie gegeben. Diese Ansicht wurde zwar von *Wächter*, in: Juristenfakultät Leipzig, Abhandlungen I (1868) 333–375 behauptet, aber ist seit langem verworfen. Siehe RE Suppl. VII 685.

sein. Für manche Juristen – in diesem Zusammenhang nennt Gaius[14] nur Trebatius – genügte es ein Tier zu verletzen, um sich schon während der Verfolgung dieses Tier angeeignet zu haben. Für Gaius hingegen, der wohl die herrschende Meinung vertritt, wird der Jäger erst dann Eigentümer des Tiers, wenn er es gefangen hat „da noch vieles passieren kann" (*quia multa accidere possunt*). Proculus[15] hält es scheinbar für genügend, wenn das Tier in einer Falle festhängt,[16] vorausgenommen der Jäger habe auf diese Weise eine tatsächliche Gewalt über das gefangene Tier.[17]

6 Das Eigentum an einem gefangenen ungezähmten Tier gehört dem Okkupanten, solange er dieses Tier unter seiner *custodia* festhält.[18] Sollte es seiner Bewachung entkommen und somit in seine natürliche Freiheit[19] zurückkehren, so würde der frühere Okkupant – mit dem Verlust des natürlichen Besitzes[20] – sein Eigentum am wilden Tier auch verlieren. Somit wird das wilde Tier wieder eine *res nullius*, die durch den nächsten Okkupanten angeeignet werden kann.[21]

b. Gezähmte Tiere (*animalibus quae consuetudine abire et redire solent*)

7 Bei gezähmten Tieren gelten prinzipiell dieselben Regeln wie bei ungezähmten Tieren. Der Unterschied liegt darin, dass bei letzteren die *custodia* durch den *animus revertendi* (den Rückkehrwillen) ersetzt wird.[22] Die Quellen[23] zitieren in diesem Zusammenhang Bienen,[24] Tauben und Pfauen, wie auch die Hirsche,[25] die sich gewohnheitsmäßig in die Wälder begeben und zurückkehren.[26]

[14] Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.5.1.

[15] Proc. 2 resp. D. 41.1.55.

[16] Die Uneinigkeit der römischen Juristen scheint ein Schulenstreit gewesen zu sein, der auch in einem Paulus Text (54 ed. D. 41.2.3.3) geäußert wird. Dort heisst es, dass Proculus im Gegensatz zu den Sabinianern der Meinung ist, dass man einen Schatz schon besitzen kann, ehe man ihn anfasst. Hierzu: *Piro*, Damnum (2004) 355–369 (dazu Rez. *Falcone*, Iura 55 (2004–2005) 302–306; *Bretone*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 258–260.

[17] Siehe *Gerkens*, Aeque (1997) 126–142; *Musumeci*, Mél. Humbert 585–591.

[18] Paul. 54 ed. D. 41.2.3.14. *Onida*, Animali (2012) 294–297; 316–318.

[19] Das Tier erlangt die natürliche Freiheit, sobald es entweder unseren Blicken entschwunden ist oder zwar noch von uns gesehen werden, aber nur mit Schwierigkeiten verfolgt werden kann, Gai. 2.67; *Filip-Fröschl*, FS Mayer-Maly (2002) 197.

[20] D. 41.2.3.13–15. *Mantovani*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 329.

[21] Gai. 2.67; Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.3.2; 5 pr.; Inst. 2.1.12.

[22] Hierzu besonders *Mantovani*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 329–331; *Onida*, Animali (2012) 294–321.

[23] Gai. 2.68; Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.5.2–5; Inst. 2.1.14–15.

[24] Ob die Bienen überhaupt gezähmt sein können, wird bezweifelt (so z. B. Proc. in Coll. 12.7.10). Dennoch kann man von einem Hinweg-und-Zurückkommen der einzelnen Bienen sprechen und feststellen, dass ein Bienenschwarm entscheiden kann, ob er bleibt oder ob er endgültig Abschied nimmt. Dazu: *Filip-Fröschl*, FS Mayer-Maly (2002) 205–207; *Mantovani*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 331–336; *Onida*, Animali (2012) 319–321; *Igimi*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 158–165.

[25] Zur Plausibilität des Falles: *Flume*, SZ 79 (1962) 5.

Wenn gezähmte Tiere ihren Rückkehrwillen verlieren und somit ihre natürliche Freiheit wieder einnehmen, dann verliert der frühere Eigentümer sein Eigentum an ihnen. Solche Tiere werden dadurch wieder zur *res nullius* und können somit wieder durch *occupatio* angeeignet werden.[27]

Ausdrücklich ausgeschlossen werden die Hühner und die Gänse, die Haustiere sind, obwohl es bei diesen Tierarten eben Unterarten gibt, die als wild bezeichnet werden. Dadurch dass Hühner und Gänse Haustiere sind, bleiben sie unser Eigentum, auch wenn sie so vertrieben werden, dass wir nicht mehr wissen, wo sie sind.[28] **8**

2. Inseln, die im Meer (bzw. in Flüssen) neu entstanden sind (*insulae in mari/in flumine natae*)

Für die *insula in mari nata* (→ § 42 Rn. 6) gilt die gleiche Regel wie für die wilden Tiere: Sie gehört dem ersten Okkupanten.[29] Hierzu schreibt Gaius schlicht, dass es selten vorkommt, dass eine Insel im Meer auftaucht. Kasuistik und weitere Anwendungsregeln gibt es also nicht.[30] Für Inseln, die in Flüssen auftauchen, gilt diese *occupatio*-Regel nur, wenn der Fluss zwischen *agri limitati* – also Grundstücke die von *agrimensores* vermessen wurden – liegt.[31] Sonst gehört die Insel den Eigentümern der Ufer des Flusses.[32] **9**

3. Kriegsbeute und Feindesgut (*res hostiles*)

Gaius[33] schreibt, dass die Sachen, die dem Feind entnommen werden, uns mit Sicherheit gehören. Wir wissen jedoch, dass die Kriegsbeute, welche durch die römische Armee festgenommen wird, dem römischen Volke zugutekommt und nicht dem einzelnen Soldaten.[34] Diese, vom internationalen Recht[35] anerkannte Regel, wurde von den Römern allerdings auch zu ihren Ungunsten angewendet. **10**

---

[26] Hierzu besonders: *Filip-Fröschl*, FS Mayer-Maly (2002) 191–213.

[27] *Finkenauer*, in: Falk et al., Fälle (2008) 49–50.

[28] Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.5.6; Inst. 2.1.16.

[29] Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.7.3; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.1.; Inst. 2.1.22. In seinen Institutionen lässt Gaius den Fall der Insel, die im Meer auftaucht, jedoch aus.

[30] Zur *insula in mari nata: Gerkens*, FS Knütel 359–371.

[31] Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.6; Flor. 6. inst. D. 41.1.16.

[32] Wenn die Insel in der Mitte des Flusses entstanden ist, gehört sie gemeinsam denen, die auf beiden Seiten des Flusses unmittelbar am Ufer Grundstücke besitzen. Ist die Insel nicht in der Mitte des Flusses, so gehört sie denjenigen, die auf der am nächsten gelegenen Seite Ufergrundstücke haben. Gai. 2.72; Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.7.3.

[33] Gai. 2.69; Gai. 4.16; Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.7 pr.; Weiter auch: Cels. 2. dig. D. 41.51.1; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.1; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.21; Inst. 2.1.17.

[34] Die römischen Soldaten waren nämlich eidlich verpflichtet, bei Plünderungen die Beute den Militärtribunen abzuliefern. s. *Kaser*, RP I 425.

[35] *De Francisci*, Atti del R. Ist. Ven. 82 (1922–23) 974–976; *Bonfante*, Corso II.1 85; RE Suppl. VII 686.

11 Eine „*occupatio bellica*“ durch private Personen war also fast nur dann denkbar, wenn eine einzelne Person einer als Feind Roms erkannten Person, eine bewegliche Sache abnahm.[36] Ausnahmsweise war eine solche *occupatio bellica* auch möglich, wenn der General eine *direptio* – eine Plünderung – erlaubte.[37]

12 Ähnlich wie die wilden Tiere die ihre natürliche Freiheit zurückgewinnen konnten, so konnten auch die durch *occupatio bellica* verlorenen Sachen oder Personen durch das *ius postliminii* (→ § 27) zurückerobert werden, bzw. zu ihrem früheren Zustand zurückkehren.[38]

4. Auf dem Strand erbaute Gebäude (*casae in litore positae*)

13 Die Natur des Meeresstrandes wird generell als *res communis omnium* oder als *res publica*[39] angesehen. (→ § 38 Rn. 11). Gemeint ist damit, dass jeder den Strand frei gebrauchen kann. Obwohl der Strand in diesem Zusammenhang durch Paulus als *res nullius*[40] beschrieben wird, bedeutet dies also nicht, dass er durch *occupatio* angeeignet werden kann.[41] Den Fischern ist jedoch die Möglichkeit gegeben, eine Hütte auf dem Strand oder im Meer zu bauen,[42] solange sie dadurch nicht den Zugang anderer ans Ufer behindern.[43] Dadurch erwerben sie das Eigentum an dem Boden (*dominium soli*).[44] Dieses Eigentum dauert jedoch nur solange wie das Gebäude aufrecht bleibt.[45] Wenn es nicht mehr gebraucht wird, kehrt es zu seinem früheren Zustand zurück, *quasi iure postliminii*[46] oder ähnlich wie die wilden Tiere, die ihre natürliche Freiheit zurückgewinnen.[47] Ein neuer Fischer konnte also problemlos den Ort einnehmen und dort die Hütte bewohnen oder neu aufbauen.[48]

---

[36] Gemeint sind hier die Angehörigen eines fremden Volksverbandes, der nicht mit Rom in einem Bündnis steht. Pomp. 27 Q.M. D. 49.15.5.2; *Bonfante*, Corso II.1 85–86; *De Francisci*, Atti del R. Ist. Ven. 82 (1922–23) 976–977; RE Suppl. VII 686; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 415.

[37] *Bonfante*, Corso II.1 86; *De Francisci*, Atti del R. Ist. Ven. 82 (1922–23) 978–980. Zum nachklassischen Recht: Novell. Valent. 9 (440), Cod. Theod. 15.15 (a.364); hierzu besonders *De Francisci*, Atti del R. Ist. Ven. 82 (1922–23) 980–982.

[38] *Cursi*, Postliminium (1996); *Gaudemet/Chevreau*, Inst. 190–192.

[39] In der rechtlichen Qualifikation gibt es zwischen beiden Ausdrücken wohl keinen Unterschied: Lediglich wird hier privates Eigentum an den Sachen ausgeschlossen. So *Schermaier*, Mél. Humbert 773–792.

[40] Paul. 21 ed. D. 18.1.51.

[41] Siehe hierzu: *Masi*, in: Hermon/Watelet-Cherton, Riparia (2014) 237.

[42] Gai. 2 rer. cott. D. 1.8.5.1. Ner. 5. membr. D. 41.1.14. Dazu *Schermaier*, Mél. Humbert 784–785.

[43] Ulp. 68. ed. D. 43.8.2.8.

[44] Marcian. 3 Inst. D. 1.8.6 pr.

[45] *Schermaier*, FS Knütel 1050.

[46] Marcian. 3 Inst. D. 1.8.6. *Schermaier*, FS Knütel 1050.

[47] Ner. 5 membr. D. 41.1.14 pr. *Schermaier*, FS Knütel 1050.

[48] Pap. 10 resp. D. 41.3.45 pr. Dazu *Ankum*, Index 26 (1998) 361–381; *Schermaier*, FS Knütel 1037–1057.

5. Preisgegebene Sachen (*res derelictae*)

Die *res derelictae* sind Sachen, die ihr Eigentümer vorsätzlich weggeworfen oder preis- **14**
gegeben hat.[49] Man hat lange gedacht, dass die *res derelictae* genauso wie die *res nullius* behandelt wurden.[50] Dem ist aber nicht so, denn das einfache Okkupieren einer *res derelicta* genügte nicht immer, um sie zu erwerben. Im klassischen Recht musste man zwischen *res mancipi* und *res nec mancipi* unterscheiden. Für die Sabinianer verlor der Eigentümer seine Sache, sobald er sie aufgegeben hatte. Für die Prokulianer hingegen war die *derelictio* eher eine *traditio in incertam personam*,[51] deren Erfolg die Übernahme durch eine andere Person voraussetzte. Das heißt also, dass die *res derelictae* nur nach Ansicht der Sabinianer *res nullius* waren. Die Prokulianer hingegen unterschieden zwischen *res mancipi* und *res nec mancipi*, da die *traditio* nur bei *res nec mancipi* unmittelbar zum Erwerb führte. Das Eigentum an *res mancipi* durch *traditio* erforderte den Ablauf der *usucapio*.[52] Die Ansicht der Sabinianer hat sich jedoch schon am Ende des klassischen Rechts durchgesetzt: So verursacht die *derelictio* den sofortigen Eigentumsverlust und ermöglicht eine unmittelbare Aneignung durch den ersten Okkupanten.[53] Die Regel hat sich anscheinend auch in justinianischer Zeit nicht mehr geändert.[54]

6. Auf dem Strand gefundene Edelsteine oder Perlen (*res inventae in litore maris*)

Für die auf dem Strand gefundenen Edelsteine oder Perlen verwenden die römischen **15**
Juristen nicht das Verb *occupare*, sondern *invenire*.[55] Anders als für die wilden Tiere, spielt der Ort hier wahrscheinlich eine Rolle: Die Regel gilt nur für jene Edelsteine, die auf dem Strand – eben weil dieser Strand auch eine *res nullius* oder *res communis omnium* ist – gefunden werden und nicht auf einem fremden Grund.[56] Wahrscheinlich gehört der Edelstein dem Finder erst, wenn er ihn tatsächlich festhält, obwohl er – zum

[49] Hierzu zählen die *missilia* nicht: Inst. 2.1.46; *Benedek*, Scr. Guarino V 2019–2129; *Knütel*, Index 43 (2015) 200. Ebenfalls ausgeschlossen sind die Sachen, die zur Entlastung eines in Seenot geratenen Schiffes über Bord geworfen wurden: Iul. 2 Min. D. 41.7.7; Iul. 2 Min. D. 14.2.8; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 165.

[50] Siehe dazu *Vacca*, Derelictio (1984) 45.

[51] Der genaue Ausdruck befindet sich nicht in den römischen Quellen. Siehe *Benedek*, Scr. Guarino V 2111.

[52] Die Texte sprechen häufig von einer *usucapio pro derelicto*. S. die verschiedenen Fragmente unter Titel D. 41.7: *Pro derelicto*.

[53] Paul. 54 ed. D. 41.7.2.1; Ulp. 12 ed. D. 41.7.1; *Knütel*, Index 43 (2015) 202.

[54] Inst. 2.1.47. *Talamanca*, Istituzioni (1990) 416, schreibt jedoch, dass die Kompilatoren für den Fall der *res derelicta* eine *traditio in incertam personam* bevorzugten. Ebenda schreibt er, dass in der Spätantike die verlassenen unbeweglichen Sachen wohl dem Staate zukommen.

[55] Paul. 54 ed. D. 41.2.1.1; Flor. 6 inst. D. 1.8.3.

[56] Denn dort würden sie dem Eigentümer des Bodens gehören. *Bonfante*, Corso II.1 87.

Unterschied von den wilden Tieren (→ Rn. 5) – seiner *custodia* nicht von sich aus entkommen kann.[57]

7. Der Schatzfund (*thesaurus*)

16 Der Schatz[58] ist eine Wertsache, die solange verborgen geblieben ist, dass sich ihr Eigentümer nicht mehr ermitteln lässt.[59] Für den Schatzfund[60] galt ursprünglich die Regel der *accessio* (→ § 42 Rn. 3–19) und nicht die *occupatio*: So wurde eine Sache, die unter der Erde verborgen war – und deren Eigentümer unbekannt war – dem Eigentümer des Bodens zugesprochen.[61] Im klassischen Recht musste der Eigentümer des Grundstücks für den Erwerb des Schatzes diesen in seinen Besitz bringen.[62] Aber spätestens unter Hadrian bekam derjenige, der zufälligerweise[63] einen Schatz auf fremdem Boden fand, die Hälfte des Schatzes.[64] Marc Aurel und Lucius Verus entschieden,[65] dass, bei Funden auf öffentlichem oder religiösem Boden, die Eigentümerhälfte an den Fiskus ging. Auch Konstantin belässt dem, der seinen Schatzfund dem Fiskus freiwillig anzeigt, die Hälfte:[66] Eine Hälfte blieb dem Finder (der auch Eigentümer des Bodens sein konnte) und die andere Hälfte fiel an die Staatskasse (*fiscus*). Justinian hat an der hadrianischen Teilung festgehalten.[67]

---

[57] *Bonfante*, Corso II.1 86–87.

[58] Paul 31 ed. D. 41.1.31.1 „*Thensaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat* (…)". Dazu *Agudo Ruiz*, Scr. Franciosi I (2007) 31–33 → § 40 Rn. 11, Rn. 16).

[59] Allerdings gibt es auch Fälle, in denen der *thesaurus* nicht in Vergessenheit geraten ist und der Eigentümer wohl bekannt ist: Pomp. 18 Sab. D. 10.4.15. Dazu *Bretone*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 258–264.

[60] Der Schatzfund soll nicht mit einem gewöhnlichen Fund (der dem Finder kein Recht verschaffte) verwechselt werden. *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 165.

[61] Manilius und Brutus in Paul. 70 ed. D. 41.2.3.3.

[62] Dabei genügt für die Prokulianer möglicherweise bereits die Kenntnis vom Schatz, während Sabinus ein tatsächliches Bergen des Schatzes verlangte: Paul. 70 ed. D. 41.2.3.3.

[63] Inst. 2.1.39 (*fortuitu invenerit*). *Mayer-Maly*, Stud. Thomas 110–111.

[64] Inst. 2.1.39.

[65] Call. 3 fisc. D. 49.14.3.10–11. *Mayer-Maly*, Stud. Thomas 113–114.

[66] Cod. Theod. 10.18.1 (a.315).

[67] *Talamanca*, Istituzioni (1990) 416–417.

§ 42 Verbindung (*accessio*), Verarbeitung (*specificatio*) und Vermischung (*commixtio*, *confusio*)

Anna Plisecka

Mayer-Maly, Spezifikation: Leitfälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut, SZ 73 (1956) 120–154; *Meincke*, Superficies solo cedit, SZ 88 (1971) 136–183; *Thielmann*, Zum Eigentumserwerb durch Verarbeitung im römischen Recht, in: De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag, 1980, 187–232; *Apathy*, Paul. D. 46.3.98.8 – Zur Ersatzpflicht bei „inaedificatio", Iura 42 (1991) 1–11; *Schermaier*, Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht, 1992; *Knütel*, Arbres errants, îles flottantes, animaux fugitifs et trésors enfouis, RHD 76 (1998) 187–214; *Stoop*, Non solet locatio dominium mutare. Some remarks on specification in classical Roman law, TR 66 (1998) 3–24; *Pavese*, Fundus cum vadis et alluvionibus. Gli incrementi fluviali fra documenti della prassi e riflessione giurisprudenziale romana, 2004; *Plisecka*, Accessio and specificatio reconsidered, TR 74 (2006) 45–60; *Plisecka*, Tabula picta. Aspetti giuridici del lavoro pittorico in Roma antica, 2011; *Willems*, Vermögensallokation in Verarbeitungsfällen. Eine Effizienzanalyse von Eigentumszuordnung und Ausgleichsansprüchen im Fall der specificatio, in: Lo Cascio/Mantovani (Hgg.), Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero), 2018, 569–600.

Inhalt Rn.

I. Allgemeine Bemerkungen 1
II. Verbindung *(accesssio)* 3
1. Mutationen der Ufer und des Bettes eines öffentlichen Flusses 4
2. *Superficies solo cedit* 9
3. Verbindung von beweglichen Sachen 20
III. Verarbeitung *(specificatio)* 22
1. Schulenstreit und die *media sententia* 23
2. *Suo-nomine*-Lehre und Verhältnis zur *locatio conductio* 26
IV. Vermischung *(commixtio, confusio)* 27

I. Allgemeine Bemerkungen

1 Verbindung (*accessio*), Verarbeitung (*specificatio*) und Vermischung (*commixtio*, *confusio*) werden in der romanistischen Forschung als drei unterschiedliche Kategorien des originären Eigentumserwerbs klassifiziert.[1] Allerdings ist sowohl die Unterscheidung zwischen originären und derivativen Eigentumserwerbsarten als auch die genannte Kategorisierung den römischen Quellen fremd. Die Substantive *specificatio*, *commixtio* und *confusio* fehlen in den römischen Rechtstexten, während der Terminus *accessio* nur allgemein die Unterordnung einer Sache gegenüber einer anderen bezeichnet.[2] Die heutige Terminologie, die diese drei Eigentumserwerbsarten unterscheidet, hat sich erst im Mittelalter herausgebildet.[3] Die reiche Kasuistik, die in den Quellen zu finden ist, hat zu den modernen Kategorien von Verbindung, Verarbeitung und Vermischung geführt. In der Tat stellen die Fälle, die mit diesen drei Bezeichnungen angesprochen werden, oft die Umstände dar, unter denen das Eigentum verloren und nicht, unter welchen es erworben wird.[4]

2 In den römischen Rechtstexten spiegelt sich das Problem der Eigentumszuweisung in der Frage wider, wer die Herausgabeklage (*rei vindicatio*) erfolgreich erheben kann (→ § 59 Rn. 121–149). Die Klageerhebung verlangte die genaue Bezeichnung des vindizierten Gegenstandes. Die Herausgabeklage konnte mithin dann nicht verwendet werden, wenn eine Sache aufgrund von Verbindung, Verarbeitung oder Vermischung ihre Identität verloren hatte.

II. Verbindung (*accesssio*)

3 Unter *accessio* versteht man eine Verbindung von zwei Sachen, wobei als allgemeine Regel gilt, dass diese Sachgesamtheit dem Eigentümer der Hauptsache zufallen soll (*accessio cedit rei principali*).[5] Hierher gehören eine Reihe von Fällen, von denen Gaius[6] folgende erwähnt: die Anschwemmung (*alluvio*), die Fortschwemmung (*avulsio*), die Flussinselbildung (*insula in flumine nata*), das aufgegebene Flussbett (*alveus derelictus*), der Bau auf fremdem Grund (*inaedificatio*), die Anwurzelung (*implantatio*), die Aussaat (*satio*), das Beschreiben (*scriptura*) und die Malerei (*pictura*). Der Jurist betont dabei, dass die Eigentumszuordnung kraft natürlicher Vernunft (*na-*

[1] *Voci*, Modi (1952) 239–268; *Schermaier*, SZ 110 (1993) 130 f., 179 f.

[2] *Maddalena*, Labeo 17 (1971) 169–186.

[3] Sie erscheinen erstmals im „Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis“, einem Handbuch aus dem 12. Jh.; siehe dazu *Böcking*, Corpus legum (1829) 36; *Fitting*, Turiner Institutionenglosse (1870) 39.

[4] *Plisecka*, TR 74 (2006) 45.

[5] Ulp. 20 Sab. D. 34.2.19.13 (… *ut accessio cedat principali*).

[6] Gai. 2.70–78.

turalis ratio[7]) (→ § 3 Rn. 26–27) erfolge. Im Rahmen der Verbindung mehrerer beweglicher Sachen nennt Gaius nur *scriptura* und *pictura*, weitere Fälle sind aber aus Texten anderer Juristen bekannt und werden in der modernen Literatur unter dieselben Kategorien gebracht.[8] Dazu gehören Artefakte aus Metall, Holz und Stoff (dazu → § 38 Rn. 20).

1. Mutationen der Ufer und des Bettes eines öffentlichen Flusses

Gaius erwähnt in den Institutionen eine Reihe von Fällen, in denen die Flächenausdehnung eines am Ufer gelegenen Grundstücks durch Wasserablauf modifiziert wird. Solche Änderungen können von einer Anschwemmung (*alluvio*) verursacht werden, bei der sich Sedimente langsam entlang des Flussufers anlagern.[9] Da das Material unbekannter Herkunft ist und der Zuwachs unmerklich geschieht, wird das Eigentum des Ufergrundstücks allmählich auf die Anschwemmung ausgeweitet. Dabei erwirbt jedoch der Grundeigentümer kein neues Recht, weil die Anschwemmung keine unabhängige Sache darstellt.[10] **4**

Reisst dagegen der Fluss ein Stück Land ab und trägt es zu einem anderen hin (*avulsio*), bleibt das Eigentum des ursprünglichen Berechtigten bestehen, bis sich das fortgerissene Landstück organisch mit dem neuen Ufer verbindet, was durch Verwurzelung von Bäumen und Pflanzen stattfindet. Erst mit dem Zusammenwachsen (*coalitio*) erlischt das ursprüngliche Eigentum am fortgerissenen Stück und die angeschwemmte Landmasse wird Teil eines neuen Grundstücks, auf das sich das Eigentum des bisherigen Eigentümers des stabilen Uferteils erstreckt.[11] Die organische Verbindung, die in Folge einer *coalitio* stattfindet, ist nicht reversibel, weshalb auch bei zufälliger späterer Abtrennung dieses Grundstückes das ursprüngliche Eigentum nicht wieder neu entstehen kann. **5**

Gaius bespricht auch die Eigentumszuordnung an einer neu entstandenen Flussinsel (*insula in flumine nata*).[12] Dabei hat man, wie Paulus berichtet, zwischen schwebenden und fest mit dem Flussbett verbundenen Inseln unterschieden, wobei im ersten Fall Privateigentum ausgeschlossen war, weil eine schwebende Insel als Teil des Flusses öffentlich blieb (→ § 38 Rn. 9).[13] Bei den fest mit dem Flussbett verbundenen Inseln muss weiter danach unterschieden werden, auf welche Weise sie entstanden sind. Ist **6**

[7] Gai. 2.69.70.73; statt der *naturalis ratio* spricht Gai. 2 cott. D. 41.1.7.2 vom *ius gentium* (→ § 2 Rn. 52–54) als Grundlage.

[8] *Kaser*, SZ 65 (1947) 226–232; *Voci*, Modi (1952) 253–268; *Bonfante*, Corso II.2 91–126.

[9] Gai. 2.70; dazu *Maddalena*, Incrementi (1968) 27–29; *Pavese*, Fundus (2004) 31–38.

[10] *Maddalena*, Incrementi (1968) 21, 41 f.; *Pavese*, Fundus (2004) 37.

[11] Gai. 2.71; Gai. 2 cott. D. 41.1.7.2; Ulp. 53 ed. D. 39.2.9.2; siehe dazu *Kaser*, SZ 65 (1947) 229.

[12] Gai. 2.72.

[13] Lab. 6 pith. a Paul. epit. D. 41.1.65.2; siehe dazu *Maddalena*, Incrementi (1968) 78 f.; *Knütel*, RHD 76 (1998) 188; a. A. *Schmidlin*, ANRW II.15 115.

nämlich die Insel dadurch zustande gekommen, dass Wasser von allen Seiten auf ein privates Grundstück geflossen ist, ändert sich die Eigentumslage nicht.[14] Nur eine durch teilweise Abtrocknung des Flussbetts oder Ablagerung des Sediments entstandene Insel kann als herrenloses Gut erworben werden. Sie wächst den Eigentümern der am Ufer gelegenen Grundstücken zu, und zwar wird eine in der Mitte entstandene Insel horizontal zwischen den an beiden Seiten gelegenen Grundstücken geteilt; entsteht sie aber an einer Seite des Flusses, wird das Eigentum an ihr jenen Grundstücken zugewiesen, die am nächsten liegen. Falls sie sich an mehreren Grundstücken entlangzieht, wird das Eigentum an ihr vertikal zwischen den Eigentümern der gegenüber liegenden Grundstücke geteilt.[15] Wenn jedoch die am Ufer gelegten Grundstücke festgesetzte Grenzen hatten (*agri limitati*) (→ § 41 Rn. 9) wird die Insel durch *occupatio* (→ § 41 Rn. 1–16) erworben.[16] Die Insel, anders als die Anschwemmung, ist nicht als ein organisches Zuwachs des Bodens, sondern als eine neu entstandene Sache angesehen, deswegen erstreckt sich auch der am Grundstück bestehende Niesbrauch (*ususfructus*) (→ § 49 Rn. 1–43) auf die Insel nicht.[17]

7 Die römischen Juristen unterschieden zwischen einer (zeitweisen) Überschwemmung und einem dauerhaften Verlassen des Flussbetts. Der erste Fall hatte keine sachenrechtlichen Konsequenzen, sodass das überflutete Grundstück nach dem Wasserrücktritt wieder dem vorherigen Eigentümer gehörte.[18] Im zweiten Fall verlor der Eigentümer, dessen Grundstück unter Wasser gesetzt wurde, sein Recht mit unaufhebbaren Wirkungen, weil ein öffentlicher Fluss und sein Bett immer öffentlich bleiben und daher nicht an Private zurückfallen können; das verlassene Bett ist dagegen nicht mehr öffentlich, sondern fällt den Eigentümern der am nächsten gelegenen Grundstücke zu.[19]

8 Bei allen obenerwähnten Fällen ist zu beachten, dass die Möglichkeit, ein Grundstück durch das Wirken eines Flusses zu vergrössern, für Grundstücke mit festgesetzten Grenzen (*agri limitati*) ausgeschlossen war (→ § 38 Rn. 16).[20] In solchen Fällen war die Anschwemmung, die Insel oder das verlassene Flussbett okkupierbar (→ § 41 Rn. 9). Nur wenn das Grundstück der Kategorie der *agri arcifinii* angehörte, also keine festgesetzten Grenzen hatte (→ § 38 Rn. 16), konnte sich das Eigentum des Grundstückes direkt auf den Zuwachs erstrecken.[21]

---

[14] Pomp. 34 Sab. D. 41.1.30.2; Gai. 2.1.22.

[15] Lab. 6 pith. a Paul. epit. D. 41.1.65.2,3; Proc. 8 epist. D. 41.1.56 pr.,1; Gai. 2.72; Gai. 2 cott. D. 41.1.7.3; Pomp. 34 Sab. D. 41.1.30 pr.; Paul. 16 Sab. D. 41.1.29; Ulp. 17 Sab. D. 7.1.9.4; Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.6; Gai. 2.72.

[16] Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.6.

[17] Ulp. 17 Sab. D. 7.1.9.4.

[18] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.6; Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.9; *Sargenti*, BIDR 68 (1965) 196, 251–261; *Pavese*, Fundus (2004) 165–167.

[19] Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.7; dazu *Maddalena*, Incrementi (1968) 77–81; *Pavese*, Fundus (2004) 145.

[20] Flor. 6 inst. D. 41.1.16; Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.6,7; siehe dazu auch *Maganzani*, SDHI 59 (1993) 207–258; *Pavese*, Fundus (2004) 113–124.

[21] Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.6.

2. *Superficies solo cedit*

Die Regel *superficies solo cedit*[22] erlaubt die Feststellung der Hauptsache, wenn eine oder mehrere bewegliche Sachen mit einem Grundstück verbunden wurden. Nach dieser Regel ist der Boden immer die *res principalis* und alles, was sich mit der Grundoberfläche verbindet, verliert seine rechtliche Selbstständigkeit. Das plakativste Beispiel für die Anwendung dieser Regel ist der Bau auf fremdem Grund (*inaedificatio*). Es wird in Gaius' Lehrbuch als Ausgangsfall für weitere Beispiele angeführt. Die Verbindung ist in diesem Fall unauflösbar, weil ein Gebäude nicht ohne den Boden existieren kann. Daher handelt es sich – wie bei der Anschwemmung – um die Erstreckung eines schon existierenden Eigentumsrechts am Grundstück auf das Gebäude, das keine eigenständige Sache darstellt. **9**

Das römische *ius civile* kennt dementsprechend kein Separateigentum von Gebäude und Boden.[23] Vielmehr folgt das Gebäude immer der rechtlichen Stellung des Grundstückes. Die dies ausdrückende Regel *superficies solo cedit* fehlt, obwohl sie von den Römern als Regel des *ius naturale* angesehen wird,[24] in anderen antiken Rechten, wie dem orientalischen, griechischen und hellenistischen. Daher kann sie nicht dem *ius gentium* angehören, sondern muss als ein Prinzip des römischen *ius civile* angesehen werden.[25] **10**

Bei der *inaedificatio* unterscheidet man zwischen der Verbindung der Gebäude mit dem Grundstück einerseits, und der Verbindung von Materialien, die eine zusammengesetzte Sache, das heisst ein Gebäude bilden, andererseits. Es gibt also zwei verschiedene Verhältnisse, die unterschiedliche Rechtsfolgen auslösen. **11**

Für die Verbindung von Baumaterial gilt ein in den XII Tafeln (→ § 2 Rn. 14–19) formuliertes Verbot, einen für die Konstruktion verwendeten Balken zu entfernen (*tignum iunctum ne solvito*),[26] was mit dem Einsturzrisiko des Gebäudes begründet wurde.[27] Da die römischen Juristen die Regel *superficies solo cedit* aus dem *ius naturale* herleiten, wird in der Romanistik vermutet, die Regel habe ebenfalls schon in der Zeit des XII–Tafel-Gesetzes existiert und sei mit dem Verbot *tignum iunctum ne solvito* in Verbindung zu bringen.[28] Es ist jedoch hervorzuheben, dass sich das Verbot *tignum* **12**

---

[22] Ulp. 69 ed. D. 43.17.3.7: *Labeo ait … semper enim superficiem solo cedere*; siehe dazu *Schulz*, Prinzipien 87; *Stein*, Regulae iuris (1966) 93 f.; *Meincke*, SZ 88 (1971) 136–138; *Schmidlin*, FS Kaser (1976) 95; *Giaro*, SDHI 60 (1994) 510; *Plisecka*, Tabula picta (2011) 63 Fn. 1.

[23] *Maschi*, St. Arangio-Ruiz I 136–170; *Świrgoń-Skok*, OIR 12 (2008) 45–62.

[24] Gai. 2.73.

[25] *Maschi*, St. Arangio-Ruiz I 140–143; *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 43 Fn. 9.

[26] *Melillo*, Tignum iunctum (1964); *Quadrato*, Ann. Bari, 275–375; *Musumeci*, BIDR 81 (1978) 201–265; *Marrone*, Labeo 37 (1991) 382–388; *Hinker*, SZ 108 (1991) 94–122.

[27] *Maschi*, St. Arangio-Ruiz I 138; *Melillo*, Tignum iunctum (1964) 27 f.; *Hinker*, SZ 108 (1991) 104.

[28] *Maschi*, Concezione naturalistica (1937) 283 f.; *Voggensperger*, Ius naturale (1952) 43; a. A. *Kaser*, SZ 65 (1947) 239; *Meincke*, SZ 88 (1971) 158, 181.

iunctum ne solvito nur auf Baumaterial bezog, nicht aber das Gebäude selbst betraf, weshalb es keine Verbindungslinien zwischen beiden Regelungen geben kann. Hinzu kommt, dass das *tignum iunctum* nach einer allfälligen Trennung (z. B. infolge eines Hauseinsturzes) seine ursprüngliche Selbstständigkeit wieder erhält, sodass der frühere Eigentümer es mit der Herausgabeklage (→ § 59 Rn. 101–106) herausverlangen kann.[29]

13 Auch wenn während der Verbindung des Balkens mit dem Gebäude dem Balkeneigentümer der übliche Klageweg auf Trennung der Sachen mit Hilfe der Vorlegungsklage (*actio ad exhibendum*) (→ § 65 Rn. 1–97) und der Herausgabeklage (*rei vindicatio*) (→ § 59 Rn. 1–228) genommen war, blieb er doch nicht schutzlos: Das XII–Tafel-Gesetz erteilt ihm gegen den Grundstückseigentümer eine *actio de tigno iuncto* auf den zweifachen Wert (*in duplum*). Diese Klage wird durch die Auslegung der Juristen auf jegliches Baumaterial erstreckt.[30]

14 In diesem Kontext ist zwischen dem Bau mit fremdem Material auf eigenem Boden und dem Bau mit eigenem Material auf fremdem Boden zu unterscheiden. Die *actio de tigno iuncto* war nur für den ersten Fall vorgesehen, während im zweiten Fall der Eigentumsübergang als aus dem Willen des Erbauers erfolgt angesehen wurde, weshalb diesem weder die Herausgabeklage noch die *actio de tigno iuncto* zustand. Will freilich der Bodeneigentümer das Grundstück vindizieren, ohne den Preis des Baumaterials und das ausbezahlte Entgelt der am Bau Beschäftigten zu erstatten, kann der Erbauer die Arglisteinrede *exceptio doli* (→ § 108 Rn. 1–49) erheben.[31]

15 Gemäss Gaius tritt die Regel *superficies solo cedit* im Fall von Anpflanzungen (*implantatio*) und Aussaat (*satio*) noch deutlicher in Erscheinung.[32] Dadurch, dass sich Bäume und Pflanzen organisch mit dem Boden verbänden (*quae terrae coalescunt*[33]), entstehe eine einheitliche Sache.[34] Indem sich Bäume und Pflanzen aus dem Boden ernährten, veränderten sie ihre Identität, mit der Folge, dass sie auch nach einer späteren zufälligen Abtrennung ihre ursprüngliche Identität nicht zurück erhielten und von ihrem vorherigen Eigentümer nicht wieder vindiziert werden könnten.[35]

16 Aus demselben Grunde gehört Gaius zufolge – unabhängig vom Wert der Tinte – das, was auf einen Papyrus oder ein Pergament geschrieben wird, dem Eigentümer der Oberfläche.[36] Dem Schreiber steht jedoch eine *exceptio doli* zur Seite, wenn der Papy-

[29] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.10,11; insofern besteht am *tignum iunctum* gleichsam „ruhendes Eigentum".

[30] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.10.

[31] Gai. 2.76; Gai. 2 cott. D. 41.1.7.12; *Musumeci*, Inaedificatio (1988) 147 f.

[32] Gai. 2.74,75; Gai. 2 cott. D. 41.1.9 pr.; dazu *Kaser*, SZ 65 (1947) 226–228; *Daube*, AJ Warden Lee 181–184 (= CollStRL 739–743).

[33] Gai. 2 cott. D. 41.1.7 pr.

[34] *Kaser*, SZ 65 (1947) 226–228.

[35] Paul. 14 Sab. D. 41.1.26.1 (*alio terrae alimento aliam factam*); siehe dazu *Knütel*, RHD 76 (1998) 198–201.

[36] Gai. 2.77; Gai. 2 cott. D. 41.1.9.1; *Romano*, Collegium scribarum (1990) 1–6; *Bartocci*, Aspetti giuridici (2009) 225–232.

ruseigentümer bei der Herausgabeklage den Aufwand des Schreibers nicht erstatten will.

Der Fall von *pictura*[37] war dagegen kontrovers. Während Paulus die Regel *accessio cedit rei principali* anwandte,[38] entschied Gaius, das Gemälde falle dem Maler zu.[39] Der Unterschied zur Schrift erklärt sich daraus, dass die Tinte generell einen viel geringeren Wert hatte als das beschriebene Pergament oder der Papyrus, während bei der *pictura* umgekehrt die Malarbeit viel teurer war als die Tafel. Jene Juristen, die beide Fälle aus der Sicht der (antiken) Naturwissenschaft betrachteten, entschieden nach der Regel *superficies solo cedit*, was zur Folge hatte, dass die Eigentumszuweisung unabhängig vom ökonomischen Wert der Sachen erfolgte.[40] Dagegen sahen die Juristen, die die ökonomischen Verhältnisse vor Augen hatten, den Fall der *pictura* als ausserhalb des Anwendungsbereichs der Regel (Paul. 21 ed. D. 6.1.23.3: *licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae*). Allerdings schlägt Gaius für den Fall der *pictura* vor, dass der Eigentümer der Maltafel dem Maler, der sein Bild vindiziert, den Wert der Tafel im Wege der *exceptio doli* entgegenhalten könne. Ist jedoch, was die Regel sein wird, der Maler im Besitz des Bildes, gewährt Gaius dem Tafeleigentümer eine *rei vindicatio utilis* (→ § 59 Rn. 346–359), die umgekehrt unter Bedingung der Rückerstattung des Aufwands des Malers steht.[41] **17**

Die Fälle der *inaedificatio*, *implantatio* und *satio* einerseits, und der *scriptura* und *pictura* andererseits, sind als Anwendungsfälle derselben Regel angesehen worden, weil sie übereinstimmend das Verhältnis zwischen Oberfläche (*superficies*) und dem, was darauf aufgetragen wird, betreffen. Man darf annehmen, dass Gaius seine Beispiele mit Bedacht wählte, um die Reichweite der Regel darzustellen. Die Fälle von *inaedificatio*, *implantatio* und *satio* verdeutlichten die jeweilige Verbindung mit dem Boden, im ersten Fall in Folge menschlicher Tätigkeit, in den zwei weiteren Fällen unter Mitwirkung der Natur. Der Meinung des Gaius zufolge tritt auch das Geschriebene hinter den Schreibuntergrund mit derselben Begründung zurück (*eadem ratione*), der Jurist erweitert also die Regel *superficies solo cedit* auf einen Fall, in dem *superficies* nicht ein Grundstück, sondern eine bewegliche Sache ist.[42] Die logische Grundlage des gaianischen Gedankengangs ist mithin die Erkenntnis der Gemeinsamkeit zwischen den geschilderten Fällen, das heißt eine Analogie.[43] Die durch den Vergleich gestützte Be- **18**

[37] *Lucrezi*, Tabula picta (1984) 250–267; *Plisecka*, Tabula picta (2011) 100–118.

[38] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.3: *Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit.*

[39] Gai. 2.78: *Sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere.*

[40] In demselben Sinne schreiben Gaius über *scriptura* (Gai. 2.77) und Ulpian über Verbindung von Edelsteinen und Gold (Ulp. 20 Sab. D. 34.2.19.20).

[41] *Maddalena*, Labeo 13 (1967) 68–74; *Kaser*, TR 36 (1986) 31–56; *Plisecka*, Tabula picta (2011) 110–118.

[42] Gai. 2 cott. D. 41.1.9.1: *Litterae quoque licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea quae aedificantur aut seruntur.*

[43] *Mantello*, St. Martini II 607, 612 Fn. 12.

hauptung, das Verhältnis zwischen Buchstaben und Oberfläche sei jenem zwischen Baum und Boden oder zwischen Gebäude und Boden vergleichbar, erlaubt eine Erweiterung der Regel auf den Fall der Schrift.

19 In der nachklassischen Zeit war die Regel *superficies solo cedit* auch im westlichen Teil des römischen Reichs bekannt, galt aber nur in dem Fall, dass ohne Zustimmung des Eigentümers auf fremdem Boden gebaut, gepflanzt oder gesät wurde. Die Regel wurde analog auch auf die Fälle von *scriptura* und *pictura* angewendet.[44]

3. Verbindung von beweglichen Sachen

20 In der gaianischen Darstellung fehlen – wie erwähnt – andere Beispiele für die Verbindung von zwei beweglichen Sachen als *pictura* und *scriptura*. Die von Gaius genannten zwei Fälle unterscheiden sich von den in diesem Abschnitt besprochenen dadurch, dass weder *pictura* noch *scriptura* als individuelle Rechtsobjekte existieren, bevor die Verbindung stattfindet, Entstehung und Verbindung sind also ein zusammenhängender Vorgang. In den hier zu besprechenden Fällen werden dagegen zwei bewegliche unvertretbare Sachen verbunden, die bereits vor ihrer Verbindung als individuelle Objekte existierten. Als Konsequenz der Verbindung verliert eine der Sachen, das *accessorium*, die selbständige Existenz und wird Teil der anderen (Hauptsache, *res principalis*), wie Paulus in seinem Kommentar zum *ius civile* des Sabinus ausführt.[45] Die Rechtsfolgen einer solchen Verbindung hängen hauptsächlich davon ab, ob die entstandene Sache einen einheitlichen (*uno spiritu*) oder einen zusammengesetzten (*ex contingentibus*) Gegenstand bildet (→ § 38 Rn. 19–20). In allen Fällen von *accessio* behält nur eine der Sachen ihre Identität, sodass sich das an ihr befindliche Eigentum auch auf die Nebensache (*accessorium*) erstreckt. Das ursprüngliche Eigentum ruht bei zusammengesetzten Sachen bis zur Abtrennung, wie z. B. in dem Fall von Löten (*plumbatura*). Die Trennung kann mit der Vorlegungsklage (*actio ad exhibendum*) verlangt werden (→ § 65 Rn. 26).[46] Erst nach der Trennung kann das Akzessorium, das jetzt im ursprünglichen Zustand identifizierbar ist, mit der Herausgabeklage (*rei vindicatio*) verlangt werden (→ § 59 Rn. 80–93). Findet dagegen eine organische Verbindung statt und entsteht eine einheitliche Sache, wie in dem Fall von Schmelzschweißen (*ferruminatio*),[47] verliert der ursprüngliche Eigentümer der Nebensache sein Recht irreversibel.[48]

---

[44] Epit. Gai. 2.1.4; dazu *Lucrezi*, Tabula picta (1984) 68 f.; *Plisecka*, Tabula picta (2011) 105 f.

[45] Paul. 14 Sab. D. 41.1.26 pr.; dazu *Watson*, Property (1968) 77; *Maddalena*, Labeo 17 (1971) 183; *Plisecka*, TR 74 (2006) 53 f.

[46] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.5; Paul. 14 Sab. D. 10.4.6; Ulp. 24 ed. D. 10.4.7.1; dazu *Voci*, Modi (1952) 261 f.; *Grosso*, Problemi (1974) 75.

[47] *Forbes*, Metallurgy in Antiquity (1964) 135 f.

[48] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.5: *Scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum bracchium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. … quia ferru-*

Bei einer Verbindung absorbiert die Hauptsache die Nebensache. Die Hauptschwierigkeit liegt in der Bestimmung der Hauptsache, wozu die Juristen unterschiedliche Kriterien entwickeln, deren Anwendung bisweilen zu widersprüchlichen Konsequenzen führt. Als Nebensache wird von Sabinus[49] und Ulpian der Gegenstand betrachtet, der als Dekoration beigefügt wird, unabhängig von dem relativen Wert beider Sachen, z. B. mit Gold oder Silber verbundene Edelsteine.[50] Für ein gleichgelagertes Beispiel meint dagegen Paulus, dass, wenn eine Sache einer anderen beigefügt ist, um die andere bequemer verwenden zu können (z. B. Gold, um einen Edelstein zu tragen), die erstere zur Nebensache wird.[51] Beide Kriterien haben also keinen objektiven Charakter. **21**

III. Verarbeitung (*specificatio*)

Der Begriff *specificatio* bezieht sich auf Fälle, in denen jemand aus fremdem Stoff (*materia*) ohne Zustimmung des Eigentümers eine neue Sache (*species*) herstellt.[52] Dabei ist zu beachten, dass die Termini „Sache“ und „Stoff“ relativ gemeint sind. D. h. eine „Sache“ kann für Herstellung einer anderen als „Stoff“ verwendet werden, so ist z. B. Wein einerseits Produkt von Trauben und andererseits „Stoff“ für Honigwein. Bei der Verarbeitung entsteht ein Konflikt über die Zuweisung des Eigentums der neuen Sache. **22**

1. Schulenstreit und die *media sententia*

Das Schicksal einer neu hergestellten Sache war Gegenstand einer Schulkontroverse zwischen den Sabinianern und den Prokulianern.[53] Gaius berichtet, dass nach den **23**

---

minatio per eandem materiam facit confusionem … nam si statuae meae bracchium alienae statuae addideris, non posse dici bracchium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur; dazu *Voci*, Modi (1952) 262 f.

[49] *Lenel*, Sabinussystem (1892) 45 f.; *Lenel*, Pal. II Sab. 153; *Astolfi*, Libri tres (2001) 95; a. A. *Schulz*, Labeo 10 (1964) 235.

[50] Ulp. 20 Sab. D. 34.2.19.13, 20; dazu *Astolfi*, Libri tres (2001) 95 f.; *Plisecka*, Tabula picta (2011) 83–85.

[51] Paul. 3 Sab. D. 34.2.20; dazu *Astolfi*, Libri tres (2001) 95 f.; *Plisecka*, Tabula picta (2011) 83–85.

[52] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.7: *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit …. Est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit ….*

[53] *Wieacker*, FS Rabel II 263–292; *Albanese*, Labeo 1 (1955) 166–172; *Mayer-Maly*, SZ 73 (1956) 120–154; *Thielmann*, FG Lübtow 1980, 187–232; *Schermaier*, RIDA 39 (1992) 233–267; *Behrends*, SZ 112 (1995) 195–238; *Merwe*, RLT 96 (2004) 96–114; *Leesen*, RIDA 53 (2006) 265–282; *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 71–91; *Kraft*, TR 74 (2006) 289–318.

Sabinianern die erschöpfte Sache dem Stoffeigentümer gehören soll, weil entsprechend der natürlichen Vernunft (*naturalis ratio* → § 3 Rn. 26–28) keine Sache ohne Stoff existieren kann (Gai. 2 cott. D. 41.1.7.7: *quia sine materia nulla species effici possit*). Nach Meinung der Prokulianer könne sich dagegen der Hersteller das Produkt aneignen, weil die neu entstandene Sache noch niemandem gehört habe (Gai. 2 cott. D. 41.1.7.7: *antea nullius fuerat*). Dasselbe Argument verwendet Gaius in der Beschreibung der Aneignung (Gai. 2.66: *quae occupando ideo consequi poterimus, quia antea nullius essent*) (→ § 41 Rn. 1–2). Ähnlich kann man auch das Argument von Pomponius und Ulpian verstehen: *suam speciem pristinam non continet* (Ulp. 16 ed. D. 6.1.5 pr.), da es gleichfalls impliziert, dass die neue Sache okkupierbar ist. Die Sabinianer und Prokulianer haben sich mithin verschiedener Kriterien bedient, um die Identität des Produkts und damit auch seine Existenz zu beurteilen. Für die Sabinianer war die Sache durch ihren materiellen und ökonomischen Aspekt definiert, für die Prokulianer dagegen kam es auf die Möglichkeit an, die Sache im Rahmen eines Vindikationsverfahren mit ihrem Namen bezeichnen zu können. Nichtdestotrotz waren sich die Juristen beider Schulen einig, dass es Sachen gebe, für welche die Form konstitutiv sei, weshalb sie mit einer Änderung der Form untergingen (Handwerksprodukte).[54] Die *specificatio* verursachte den Untergang der Ausgangssache, das Eigentum an dem Produkt wurde dagegen durch *occupatio* erworben (→ § 41 Rn. 1–2). Dem ursprünglichen Stoffeigentümer standen in diesem Fall die Bereicherungsklage (*condictio*) (→ § 69 Rn. 15–17) und – sofern die Voraussetzungen für ein *furtum* (→ § 93 Rn. 1–12) vorlagen – die Diebstahlsklagen (*actio furti* und *condictio furtiva*) zur Verfügung.[55]

24 Wahrscheinlich stammt die vermittelnde Meinung (*media sententia*), die sich im Laufe der Zeit durchsetzte, von dem Juristen Salvius Iulianus. Diese Lösung stützte sich auf das Kriterium der Reversibilität der Verarbeitung und entschied, dass die sabinianische Meinung nur auf Fälle angewendet werde, in denen das Produkt wieder in den Ausgangsstoff zurückgeführt werden konnte, was sich praktisch auf die Metallverarbeitung beschränkte. In allen anderen Fällen wurde der prokulianischen Lösung gefolgt. In der neueren Literatur wurde die Klassizität der vermittelnden Meinung in Frage gestellt.[56] Jedoch fügt sich die *media sententia* gut in die nach Kompromissen suchende Methode der sabinianischen Juristen seit Julian ein. Darüber hinaus findet sich ihre Anwendung in den Werken von klassischen Juristen, wie Pomponius,[57] Pau–

[54] Paul. 7 ed. D. 50.16.14 pr.; Ulp. 7 ed. D. 50.16.13.1; dazu *Melillo*, St. Sanfilippo II 406 f.; *Melillo*, Categorie economiche (2000) 115–124; *Giachi*, Sesto Pedio (2005) 393–398; *Plisecka*, Tabula picta (2011) 94–99.

[55] Gai. 2.79; Paulus hat in dem Fall der bösgläubigen Verarbeitung auch die *actio ad exhibendum* vorgesehen: Paul. 26 ed. D. 10.4.12.3; dazu *Santalucia*, BIDR 72 (1969) 89–138.

[56] *Schermaier*, Materia (1992) 203; *Schermaier*, RIDA 39 (1992) 238; *Bretone* sieht sie erst in der Spätklassik in paulinischer Lehre: *Bretone*, Fondamenti (1998) 89 f.

[57] Ulp. 16 ed. D. 6.1.5.1: *Idem [scil. Pomponius] scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum (…) eius potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continent (…)*, dazu *Plisecka*, TR 74 (2006) 50.

lus[58] und Ulpian.[59] Aus diesem Grund ist an ihrer klassischen Herkunft nicht zu zweifeln.[60]

Die vermittelnde Meinung wurde auch von Justinian übernommen. Der Kaiser führte jedoch eine Modifikation ein, derzufolge jemand, der eine Sache teilweise aus eigenem, teilweise aus fremdem Rohstoff hergestellt hat, stets das Eigentum an ihr erhält.[61] Im Westen dagegen scheint sich weder die prokulianische Lehre noch die vermittelnde Meinung durchgesetzt zu haben, wie man der Epitome Gai entnehmen kann. Hier fand die sabinianische Lehre noch bis wenigstens in das 5. Jh. n. Chr. Anwendung.[62] 25

2. *Suo-nomine*-Lehre und Verhältnis zur *locatio conductio*

Specificatio ist eng mit handwerklicher Tätigkeit verbunden und dadurch auch mit dem Vertrag der *locatio conductio* (→ § 80 Rn. 58–86).[63] Mit Blick auf die Probleme, die mit der Definition der vertraglichen Klagen bei der Änderung der Eigentumszuordnung verbunden sind, wurde gegen die Mitte des 2. Jh.s n. Chr. das sogenannte „*suo-nomine*-Prinzip" eingeführt, demzufolge ein Handwerker nur dann das Eigentum an einem Produkt erhält, wenn er es in seinem eigenen Namen hergestellt hat.[64] Auch Ulpian betont, die Regel *non solet locatio dominium mutare*[65] schliesse Veränderungen auf Ebene des Eigentum aus, wenn eine vertragliche Bindung aufgrund einer *locatio conductio* bestehe. Die Entwicklung zeigt, dass die Juristen noch zwischen dem 2. und 3. Jh. n. Chr. häufig mit dem Problem des Eigentumserwerbs bei handwerklicher Tätigkeit konfrontiert waren. 26

IV. Vermischung (*commixtio, confusio*)

Vermischung bezeichnet die Verbindung von vertretbaren Sachen, Flüssigkeiten (*confusio*) oder Feststoffen (*commixtio*), sodass keine Hauptsache identifiziert werden kann. 27

[58] Paul. 2 Vit. D. 32.78.4; Paul. 14 Sab. D. 41.1.24; a. A. *Schermaier*, dem zufolge Paulus eine eigene, von der *media sententia* unabhängige „*materia-manens*-Lehre" entwickelt habe: *Schermaier*, Materia (1992) 206–211, 260–265.

[59] Ulp. 22 Sab. D. 32.49.5.

[60] *Behrends*, SZ 112 (1995) 235 f.; *Plisecka*, TR 74 (2006) 56.

[61] Inst. 2.1.25.

[62] Epit. Gai. 2.1.5.

[63] *Gröschler*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 59–61.

[64] *Stoop*, TR 66 (1998) 23; *Schermaier*, Materia (1992) 224 mit Fn. 16; *Fiori*, Locatio conductio (1999) 223–225.

[65] Ulp. 2 ed. D. 19.2.39; dazu *Lenel*, SZ 2 (1881) 39 f.; *De Robertis*, Rapporti (1946) 154 f.; *Mayer-Maly*, SZ 73 (1956) 130 Fn. 27; *Stoop*, TR 66 (1998) 4; *Gröschler*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 62 Fn. 12.

Bei der *confusio* denkt man sowohl an die Verschmelzung von Metallmengen als auch die Vermischung von Flüssigkeiten, wodurch auch eine neue Sache entstehen kann. Bei der *commixtio* dagegen werden Sachen vermischt, die aus verschiedenen Partikeln bestehen (*corpora ex distantibus*) (→ § 38 Rn. 22), sodass sie, auch wenn sie von einander untrennbar sind, ihre Identität behalten.[66] Das bei der *specificatio* angetroffene Kriterium der Rückführbarkeit wurde auch bei Vermischung angewendet. War diese reversibel, konnten die Eigentümer mit der Vorlegungsklage (*actio ad exhibendum*) die Trennung erreichen und sodann jeder seine Sache vindizieren. War die Vermischung dagegen dauerhaft, behielten dabei aber beide Komponenten ihre Charakteristik (*species*), wie z. B. bei Verschmelzung von zwei Mengen von Metall derselben Art (*massa confusa*), trat an Stelle des Eigentums an den Teilen Teileigentum am Ganzen (*communio pro indiviso*), das anstatt mittels *rei vindicatio* mit der *vindicatio pro parte* verfolgt werden konnte (→ § 59 Rn. 107).[67] Entsteht in Folge der Vermischung eine neue Sache (z. B. Honigwein aus der Mischung von Wein und Honig), wird diese nach Pomponius und Ulpian wie eine neue Sache im Fall der Verarbeitung erworben.[68]

28 Eine Sonderregelung gab es in Bezug auf Geld.[69] Obwohl die einzelnen Münzen im Fall der Vermengung fremder mit eigenen Münzen (*commixtio nummorum*) als solche weiterbestehen, können sie von den eigenen Münzen des Besitzers nicht mehr unterschieden werden und werden daher dessen Eigentum.[70] Da die fremden Münzen weder individualisiert noch als Menge herausverlangt werden können,[71] verliert der vorherige Eigentümer seine Vindikationsklage (→ § 59 Rn. 335; § 79 Rn. 180). Er kann aber aufgrund seines Verlusts gegen die Person, die sein Geld dolos in Verkehr gebracht hat und auf diese Weise deren Verlust verursacht hat, mit einer Diebstahlsklage (→ § 93 Rn. 1–2) vorgehen.[72]

29 Ähnliche Folgen wie die Vermengung von fremden Münzen mit eigenen hat der Geldverbrauch (*consumptio nummorum*).[73] Wenn jemand fremdes Geld (ohne Er-

---

[66] *Voci*, Modi (1952) 266.

[67] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.8,9; Pomp. 30 Sab. D. 41.1.27.2; Ulp. 16 ed. D. 6.1.3.2; D. 6.1.5 pr.,1; dazu *Warmelo*, TR 25 (1957) 136–139; *Plisecka*, TR 74 (2006) 50–60.

[68] Pomp. bei Ulp. 16 ed. D. 6.1.5.1. Die beiden Juristen zuweisen das Eigentum des Honigweins dem Hersteller, obwohl zuvor andere Juristen das Entstehen von Miteigentum befürwortet haben sollen. Für gemeinschaftliches Eigentum entscheidet Gai. 2 cott. D. 41.1.7.8,9, weil die beiden Eigentümer den Wein zusammen hergestellt haben (*alius vinum contulerit alius mel*); siehe dazu *Warmelo*, TR 25 (1957) 132–139; *Schermaier*, SZ 110 (1993) 131–139; *Plisecka*, TR 74 (2006) 58 f.

[69] *Fuchs*, Mél. Meylan I 125–137; *Wacke*, BIDR 79 (1976) 49–144; *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 166–167.

[70] Iav. 11 ex Cass. D. 46.3.78: *Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris Gaii scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret.*

[71] *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 164–167.

[72] Iav. 11 ex Cass. D. 46.3.78.

[73] Dazu *Wacke*, BIDR 79 (1976) 123–130; *Wolters*, Nummi (1999) 361–362.

mächtigung des Berechtigten) ausgibt, kann er zwar kein Eigentum übertragen, aber das fehlerhafte Geschäft erzeugt schuldrechtlich die intendierte Wirkung, sobald die Münzen von dem Empfänger verbraucht werden (*consumptio nummorum*) und damit sein Besitz an den Münzen wegfällt.[74] In der älteren Literatur (*Kaser*) herrschte die Ansicht, dass ein solcher Geldverbrauch eine Form gutgläubiger Eigentumsübertragung darstellte.[75] Neuere Forschung sieht aber zu Recht die *consumpio nummorum* in Verbindung mit dem Verlust der Herausgabeklage auf der Seite des früheren Geldeigentümers.[76] Sobald der Empfänger das Geld verbraucht hat, kann es nicht mehr mit einer Vindikationsklage (→ § 59 Rn. 335; § 79 180) herausverlangt werden, stattdessen steht dem vorherigen Eigentümer die Bereicherungsklage (*condictio*) (→ § 69 Rn. 15–17) Verfügung.[77]

[74] Gai. 12 ad ed. prov. D. 26.8.9.2; Papin. 8 quaest. D. 23.3.81; dazu: *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 10–11.

[75] *Kaser*, TR 29 (1961) 200–202; *Burdese*, RDCo 51 (1953), 288; kritisch dazu: *Wacke*, BIDR 79 (1976) 57–75; *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 223–225.

[76] *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 234–235.

[77] Ulp. 18 ad Sab. D. 7.1.25.1: *Si numeratione solvat, intererit, cuius priores nummos solvat: nam quos postea solverit, aut vindicabit aut, si fuerint nummi consumpti, ad condictionem pertinent: si vero simul in sacculo solvit, nihil fecit accipientis et ideo nondum adquisisse cuiquam dominium videtur, quia cum plus pretium solvit servus, non faciet nummos accipientis*; Ulp. 2 disp. D. 12.6.29: *Et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumptis vero condictio locum habebit.*

§ 43 Formgebundene Erwerbsgeschäfte (*mancipatio*, *in iure cessio*) und formlose *traditio*

Guido Pfeifer

Kaser, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, 1956; *Kaser*, Zur „Iusta Causa Traditionis", BIDR 64 (1961) 61–97; *Klinck*, Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römischen Recht, 2004; *Stagl*, Zur translativen Struktur des derivativen Eigentumserwerbs, Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, 2009, 1991–1206; *Laborenz*, Solutio als causa. Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht, 2014.

Inhalt Rn.

I. Gemeinsamkeiten der Erwerbsgeschäfte 1
II. *Mancipatio* und *in iure cessio* als abstrakte Übereignungsformen 4
III. *Traditio* als kausale Übereignungsform 6
IV. Nachklassische Übereignungsformen und -modalitäten 8

I. Gemeinsamkeiten der Erwerbsgeschäfte

1 Allen Rechtsgeschäften zum Erwerb des Eigentums ist gemeinsam, dass sie die Verfügungsbefugnis des Veräußerers voraussetzen, Ulp. 46 ed. D. 50.17.54 (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*).[1] Die Darstellung dieses Grundsatzes wird häufig durch den Hinweis ergänzt, dem römischen Recht sei der Eigentumserwerb vom Nichteigentümer fremd.[2] Das Honorarrecht schützt aber denjenigen, der vom Nichteigentümer erwirbt, als Ersitzungsbesitzer durch die *actio Publiciana* (→ § 63 Rn. 14).[3]

[1] Ulp. 46 ed. D. 50.17.54.
[2] Etwa bei *Kaser/Knütel/Lohsse* 145 Rn. 3.
[3] Ulp. 16 ed. D. 6.2.1; Kaser, RP I 438 f.

In diesen Zusammenhang gehört auch die in der romanistischen Forschung intensiv geführte Diskussion um die Frage nach dem translativen[4] Charakter des derivativen Erwerbs,[5] der sich auch in der Terminologie niederzuschlagen scheint.[6] 2

Eigentumsformen und -begriffe (→ § 39 Rn. 5) werden im Kontext der Erwerbsgeschäfte nicht eigens differenziert, wohl aber die Sachkategorien (→ § 38 Rn. 14) der *res mancipi* und *res nec mancipi*[7] im Anschluss an die unterschiedlichen Übereignungsformen.[8] 3

II. *Mancipatio* und *in iure cessio* als abstrakte Übereignungsformen

Sowohl der Libralakt der Manzipation in Gestalt der *mancipatio nummo uno* (→ § 17 Rn. 4) wie auch die *in iure cessio* (→ § 16 Rn. 1) sind von den ihnen zugrundeliegenden Geschäftszwecken unabhängig, mithin abstrakt, auch wenn beide Aktstypen in der Rechtspraxis regelmäßig im Kontext des jeweiligen Verkehrsgeschäfts dokumentiert werden (→ § 45 Rn. 3).[9] 4

Als dem *ius civile* zugehörige Aktstypen übertragen sie quiritisches Eigentum auf den Erwerber. Während die Manzipation den *res mancipi* vorbehalten bleibt,[10] findet die *in iure cessio* auch zur Eigentumsübertragung von *res nec mancipi* Verwendung. Die Verfügung vor dem Magistrat steht bereits in klassischer Zeit in ihrer praktischen Bedeutung hinter der Manzipation zurück;[11] beide Übereignungsformen kommen zum Ende der klassischen Zeit außer Übung[12] und werden in der justinianischen Kompilation planmäßig im Wege mechanischer Interpolationen aus den Quellen getilgt (→ § 17 Rn. 3) (→ § 16 Rn. 1). 5

[4] Translativ im Gegensatz zum Gedanken der Okkupation; auf einer anderen Ebene des derivativen Erwerbs steht translativ im Gegensatz zu konstitutiv; dazu *Kaser/Knütel/Lohsse* 144 Rn. 1.

[5] Überblick über die älteren Literaturmeinungen und eingehende Erörterung bei *Stagl*, FS Knütel 1991–1206; dazu auch *Kaser/Knütel/Lohsse* 144 Rn. 2.

[6] Ulp. 19 Sab. D. 41.1.20 pr.: *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Sie igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert.*

[7] Gai. 2.18 f.

[8] Dazu sogleich unter II. und III.; siehe auch *Kaser*, Eigentum (1956) 163–174.

[9] Siehe dazu *Kunkel*, Actes–06, p. 219, sowie *Pfeifer*, Fortschritt (2013) 109–111.

[10] Gai. 1.120.

[11] Gai. 2.25.

[12] Für ein möglicherweise etwas längeres Fortwirken der Manzipation als Urkundsgeschäft *Kaser*, RP II 274.

III. *Traditio* als kausale Übereignungsform

6 Das äußere Erscheinungsbild der *traditio* erschöpft sich in der formlosen Übergabe, meist ebenfalls im Kontext von Verkehrsgeschäften, wie Gai. 2.20 nahelegt (→ § 45 Rn. 3). Anders als Manzipation und Verfügung vor dem Magistrat ist die *traditio* jedoch grundsätzlich von der Wirksamkeit des jeweiligen Grundgeschäfts abhängig, mithin kausal,[13] auch wenn das Verständnis des Verhältnisses von *iusta causa* und Eigentumsübergang in der romanistischen Forschung durchaus kein einhelliges ist (→ § 45 Rn. 2).

7 Hauptsächlicher Anwendungsbereich der formlosen Übergabe ist die Übereignung von *res nec mancipi*;[14] an diesen überträgt sie quiritisches Eigentum und insoweit fungiert sie als Übereignungsgeschäft des Alltags. Als Entwicklung des Honorarrechts tritt die Übertragung sog. bonitarischen Eigentums (→ § 39 Rn. 7) auch an *res mancipi* hinzu:[15] Die bloße *traditio* einer *res mancipi* kann nicht das quiritische Eigentum verschaffen, der Prätor schützt aber den Erwerber bis zu dessen originären Eigentumserwerb mittels *usucapio* (→ § 44 Rn. 8) mit einer *exceptio rei venditae et traditae* vor der Inanspruchnahme durch den quiritischen Eigentümer.[16]

IV. Nachklassische Übereignungsformen und -modalitäten

8 Nachdem Manzipation und *in iure cessio* bereits zum Ende der klassischen Zeit erheblich an Bedeutung verloren haben und schließlich völlig absterben, tritt auch die formlose Übergabe als Übereignungsform in nachklassischer Zeit gegenüber Kauf und Schenkung zurück. Diese werden nicht mehr allein als Kausalgeschäfte aufgefasst, sondern als vollzogene Handgeschäfte und insoweit als sachenrechtliche Übereignungsakte.[17]

9 Das justinianische Recht etabliert erneut die (kausale) *traditio* als Übereignungsform. Das Erfordernis einer *iusta causa* (→ § 45 Rn. 1) scheint indes in Inst. 2.1.40[18] zumindest gelockert (→ § 45 Rn. 2).[19] Im Zusammenhang mit dem Kauf wird zudem die Kaufpreiszahlung oder eine entsprechende Sicherheitsleistung zur Voraussetzung für den Eigentumsübergang erhoben.[20] Inst. 2.1.41. Trotz des Verweises auf die XII T. wird dies überwiegend als nachklassische Entwicklung angesehen.[21]

---

[13] Vgl. Paul. 31 ed. D. 41.1.31 pr.; dazu *Laborenz*, Solutio (2014) 25–31.
[14] Gai. 2.19.
[15] Gai. 2.41.
[16] Vgl. Herm. 6 iur. epit. D. 21.3.3; dazu auch *Kaser/Knütel/Lohsse*, 169 Rn. 30.
[17] So *Kaser*, RP II 275.
[18] vgl. auch Gai. 2 cott. D. 41.1.9.3.
[19] *Kaser*, RP II 282.
[20] Inst. 2.1.41.
[21] *Pfeifer*, Ess. Sirks 587–589, sowie *Rüfner*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 234–236. Vgl. auch *Varro*, rust. 2,1,15; dazu *Pfeifer*, Fortschritt (2013) 109 sowie *Pfeifer*, Ess. Sirks 593–595.

§ 44 Die Ersitzung (*usucapio*)

Fabian Klinck

Mayer-Maly, Studien zur Frühgeschichte der usucapio I–III, SZ 77 (1960) 16–51, SZ 78 (1961) 221–276, SZ 79 (1962) 86–107; *Yaron*, Reflections on usucapio, TR 35 (1967) 191–229; *Nörr*, Die Entstehung der longi temporis praescriptio, 1969; *Kaser*, Altrömisches Eigentum und „usucapio", SZ 105 (1988) 122–164; *Casinos Mora*, Auctoritas rerum decemviralis, RIDA 50 (2003) 47–96; *Söllner*, Bona fides – guter Glaube?, SZ 122 (2005) 1; *Vacca*, Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà, 2012.

Inhalt Rn.

I. Vorklassische Entwicklungen 1
II. Wirkungsbereich 8
1. Eigentumserwerb 8
2. Erwerb der *hereditas* 10
3. Erwerb und Erlöschen von Servituten 13
4. Erwerb der *manus* 14
III. Voraussetzungen 15
1. *Bona fides* 16
2. Ablauf der Ersitzungsfrist 19
3. Ausschlussgründe 23
a. Entwendete und gewaltsam in Besitz genommene Sachen 23
b. Sonstige nicht ersitzungsfähige Sachen 27
c. Fehlendes Bürgerrecht des Erwerbers 31
IV. Rechtsstellung des Ersitzungsbesitzers 32
V. *Longi temporis praescriptio* 34
VI. Nachklassische Entwicklungen 36

I. Vorklassische Entwicklungen

1 Das Wort *usucapio*[1] als Bezeichnung eines Erwerbstatbestands findet in der Literatur der ausgehenden Republik regelmäßige Verwendung;[2] sein Alter lässt sich kaum bestimmen.[3] Die römischen Juristen der klassischen Phase gehen davon aus, dass die *usucapio* in den XII Tafeln geregelt worden sei.[4] Dass dort das Wort *usucapio* verwendet worden wäre, ist zwar nicht überliefert.[5] Als Regelung der *usucapio* aber identifiziert Gaius folgenden XII–Tafel-Satz: *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus (esto)* (XII T. 6.3).[6]

2 Die Deutung dieses Satzes und seiner Elemente ist bis heute höchst umstritten. *Usus* bezeichnet nach heute weit überwiegender Ansicht die rein tatsächliche Sachherrschaft.[7] Das Wort *auctoritas* wird von einigen, anknüpfend an die Grundbedeutung von *augere*, als Bezeichnung für (durch einen anderen gefördertes, geschaffenes) Eigentum oder eine sonstige gesicherte Herrschaftsposition angesehen.[8] Ganz überwiegend aber

---

[1] Zu den verschiedenen Deutungsmöglichkeiten (*usus* als Dativ oder Ablativ zu *capio* oder Asyndeton) siehe etwa *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 22–30, der selbst annimmt, das Wort bezeichne in der Frühzeit einen Erwerb (*capio*) des „*usus*-Besitzes“ und erst später einen Eigentumserwerb durch *usus*; so wohl auch *Kaser*, SZ 105 (1988) 155 Fn. 165.

[2] Etwa Varro rust. 2,10,4, Cicero spricht meist von *usucapio* (leg. 2,48 und 2,61; Caecin. 74; de har. resp. 32; Att. 1,5), zuweilen aber auch von *usus capio* (etwa leg. 1,55; top. 27); *usus capio* vor allem auch noch bei Gell. 6,10 sowie bei Gai. 2.60 und 3.80, nach dem *Codex Veronensis*, zur üblichen Emendation in *usu* vgl. *David/Nelson*, Gai. inst. comm. IV (1968) 275 f.; Julian bei Ulp. 31 Sab. D. 41.9.1.2 (nach der Florentina); Frg. Vat. 12 und 111.

[3] In der uns überlieferten Literatur ist von *usu*(*s*) *capio* erstmals bei Cicero die Rede; *Albanese*, AUPA 45.1 (1998) 17 f.

[4] Cic. leg. 1,55; Gai. 2.42.

[5] Die in Cic. leg. enthaltenen Hinweise, die XII Tafeln enthielten eine Regelung, die *forum … bustumve usu capi vetat* (2,24,61), und *usus capionem … intra quinque pedes esse noluerunt* (1,55) sind offenbar keine wörtlichen Zitate; anders aber *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 31 f.

[6] Gai. 2.42; 2.54; 2.204; Cic. Caecin. 54: *Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium; at utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur…*; Cic. top. 23: *Quod in re pari valet valeat in hac quae par est; ut: Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus. Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.* – Zur Frage, ob die XII Tafeln im Wortlaut abstrakt auf *ceterae res* verwiesen, *Albanese*, AUPA 45.1 (1998) 12–14.

[7] *Kaser*, RP I § 34 I; *Kaser*, SZ 105 (1988) 128; *Mayer-Maly*, SZ 78 (1961) 252; *Söllner*, FS Coing I 370; *Lévy-Bruhl*, Nouv. ét. 32; *Pugsley*, Property and Obligations (1972) 40–42; *Voci*, Modi (1952) 48; *Chevreau*, Temps (2006) 64, 66; *Magdelain*, RIDA 5 (1950) 139; *Bonfante*, Corso II.2 206. Stärker auf den Aspekt „Gebrauch“ abhebend *Yaron*, TR 35 (1967) 212. Ähnlich, aber weiter *Nicosia*, Possesso (1997) 53: Ausübung einer Rechtsposition. Anders *Burckhard*, SZ GA 7 (1868) 117–131 (Gebrauchsrecht), und noch *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 95, sowie *Albanese*, AUPA 45.1 (1998) 16 f., der das Wort *usus* schon in den XII Tafeln für eine Bezeichnung des Rechtserwerbs durch Ersitzung hält, doch passt dazu kaum die Angabe eines Zeitraums.

[8] So *Burckhard*, SZ GA 7 (1868) 99–117; *Casinos Mora*, RIDA 50 (2003) 71, 78 f., 96 (*auctoritas* als Herrschaftsposition, deren Fortbestand „öffentlich“ und nicht durch einen *auctor* garantiert wird);

wird es mit der Gewährschaftshilfe in Verbindung gebracht, die derjenige, der eine *res mancipi* im Wege der Manzipation veräußert hat, dem Erwerber leisten muss (→ § 79 Rn. 238–252):[9] Verklagt ein Dritter den Erwerber auf Herausgabe der Sache, muss der Veräußerer ihn gegen den Herausgabeanspruch prozessual verteidigen;[10] gewinnt der Dritte den Herausgabeprozess gegen den Erwerber (Eviktion), weil der Veräußerer ihn nicht erfolgreich verteidigt oder sich auf die Streitverkündung durch den Erwerber hin erst gar nicht zur Verteidigung bereitgefunden hat, so hat der dem Erwerber das Doppelte des Kaufpreises zu ersetzen.[11] Diese durch den Manzipationsakt ausgelöste Haftung traf in einer Veräußerungskette jeden Veräußerer, so dass der zuerst auf diese Weise in einen Eviktionsprozess Hineingezogene den Streit jeweils auf denjenigen überleiten konnte, von dem er selbst die Sache erworben hatte, bis idealerweise der Sachverhalt vollständig aufgeklärt war. Unabhängig von der Frage, ob es sich bei den Worten *usus* und *auctoritas* um ein Asyndeton handelt[12] oder *usus* im *genitivus obiectivus* zu *auctoritas* steht,[13] wird der Satz vor diesem Hintergrund ganz überwiegend als

---

Jörs/Kunkel/Wenger § 75 Fn. 1 („durch den Zeitablauf begründete ‚Wirksamkeit' des Besitzrechts"); *Guarino*, Diritto privato (2001) § 35.3.2 („uso autorizzato"); *Magdelain*, RIDA 5 (1950) 139 f. („titre de *l'usucapiens*"); *Roussier*, RHD 29 (1951) 233; *Seidl*, SDHI 39 (1973) 49, 51 (durch Zeitablauf erlangte Fähigkeit, den Richter im Zweifel vom Eigentum zu überzeugen); zu weiteren prozessualen Deutungen vgl. Fn. 16. Aus umgekehrter Perspektive *Lévy-Bruhl*, Nouv. ét. 39, und *Yaron*, TR 35 (1967) 203: *auctoritas* bezeichne das bisherige Eigentum, das durch Ersitzung erlösche. *Pugsley*, Property and Obligations (1972) 42 f., bezieht *usus* auf den tatsächlichen Besitz des Erwerbers, *auctoritas* auf das Eigentum des Voreigentümers: Dieses erlösche mit Fristablauf, jener wandele sich in Eigentum.

[9] So *Mommsen*, Ad legem (1843) 10, 18; *Vacca*, Possesso (2012) 137; *Talamanca*, Elementi (2013) § 73 a; *Pugliese/Sitzia/Vacca*, Istituzioni (2012) § 52; *Tondo*, Index 27 (1999) 346; *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 92 f.; *Voci*, Modi (1952) 48; *Chevreau*, Temps (2006) 67; *Göhlert*, Erwerb (2007) 41; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 137; *Nicosia*, Possesso (1997) 51 f.; *Arangio-Ruiz*, Ist. 208 Fn. 1; *Kaser*, Eigentum (1956) 89; *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 38; *Mayer-Maly*, SZ 78 (1961) 254; *Lübtow*, FS Schulz I 263; *Bonfante*, Corso II.2 207; *Pernice*, Labeo II.1 328 f. Nachdrücklich a. A. *Casinos Mora*, Auctoritas (2000) 98–105; *Casinos Mora*, RIDA 50 (2003) 47–63; *Huvelin*, Furtum (1915) 283–285; *Lévy-Bruhl*, Nouv. ét. 29–32.

[10] Zu prozessualen Fragen überblicksweise *Kaser/Hackl*, RZ § 14 III 3, und eingehender *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 120–136.

[11] Zur *auctoritas*-Haftung überblicksweise *Kaser*, RP I §§ 32 III 2, 33 I 1; *Kaser*, SZ 105 (1988) 133 f.; eingehend *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 40–227; *Casinos Mora*, Auctoritas (2000) 225–264; *Ankum*, ACost. III (1979) 1–45.

[12] So, insbesondere unter Verweis auf Cic. Caecin. 19 und 54 (o. Fn. 6), *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 92; *Albanese*, AUPA 45.1 (1998) 9 f.; *Nicosia*, Possesso (1997) 52; *Nicosia*, St. Martini II 868 Fn. 12; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 138; *De Visscher*, Nouv. ét. 155; *Noailles*, Fas et ius (1948) 240; *Pugsley*, Property and Obligations (1972) 40; *Chevreau*, Temps (2006) 66; *Voci*, Modi (1952) 50; *Yaron*, TR 35 (1967) 198; *Lévy-Bruhl*, Nouv. ét. 28; *Bonfante*, Corso II.2 207; ebenso bereits etwa *Burckhard*, SZ GA 7 (1868) 101 f., 118.

[13] So *Kaser*, SZ 105 (1988) 128 f. (unter Aufgabe seiner noch in RP I § 34 vertretenen Gegenansicht); *Göhlert*, Erwerb (2007) 43 f.; *Mayer-Maly*, SZ 78 (1961) 253–255. In der Sache offenbar auch *Seidl*, SDHI 39 (1973) 51 („… nützte ihm die *auctoritas usus* auch nichts").

Befristung der Gewährschaftshaftung des *mancipium dans* gedeutet.[14] Mit einer solchen Befristung verlöre die *auctoritas*-Haftung in Veräußerungsketten allerdings weitgehend ihre sachaufklärende Funktion.[15] Im Ergebnis besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass der Satz jedenfalls voraussetzt, dass der Erwerber die Sache nach Ablauf der dort genannten Fristen gegen eine Herausgabeklage des früheren Berechtigten verteidigen konnte: dass er den Nachweis einer besseren Berechtigung allein damit führen konnte, die Sache über die genannten Zeiträume hinweg im *usus* gehabt zu haben.[16] In der Zeit der XII Tafeln ist die Herausgabeklage die *legis actio sacramento in rem*, bei der Kläger und Beklagter ein *meum esse ex iure Quiritium* behaupten (→ § 9 Rn. 37, § 59 Rn. 26). Nach heute herrschender und wohl auch klassischer Deutung führt der *usus-auctoritas*-Satz also dazu, dass das *meum est* des beklagten Besitzers sich nach Ablauf der dort genannten Fristen gegen dasjenige jedes anderen Prätendenten durchsetzt – er hat, in heutiger und klassischer Terminologie (zur Begrifflichkeit der

[14] *Kaser*, SZ 105 (1988) 126, 128, 129 f., 135 mit Fn. 69 (unter Aufgabe seiner noch in RP I § 34 I Fn. 12 vertretenen Gegenansicht); *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 65; *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 38; *Mayer-Maly*, SZ 78 (1961) 223; *Chevreau*, Temps (2006) 68; *Girard*, Manuel (1906) 322 Fn. 2; *Pernice*, Labeo II.1, 328 f.; *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 93 mit Fn. 329; *Pugliese/Sitzia/Vacca*, Istituzioni (2012) § 52; *Noailles*, Fas et ius (1948) 280; *Mommsen*, Ad legem (1843) 18; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 136 f., 138, 141–149.

[15] Aus diesem Grunde ablehnend *Kaser*, RP I § 34 I Fn. 12 (s. aber Fn. 14); *Kaser*, Ausgew. Schr. II 58; diesem folgend *Yaron*, TR 35 (1967) 201 f. Dagegen nicht überzeugend *Göhlert*, Erwerb (2007) 54 f., der annimmt, dass die Verschweigungsfrist auch bei Besitzverlust fortlief. – Die von *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 141–144, für eine Befristung der *auctoritas*-Haftung angeführten Quellen (Gai. 28 ed. prov. D. 21.2.54 pr., Pap. 28 quaest. D. 21.2.66.1 und Paul. 5 quaest. D. 19.1.43) tragen diese These auch dann nicht, wenn man sie mit *Brägger* auf die *actio auctoritatis* bezieht: Gaius' Feststellung, die Haftung des Veräußerers erlösche mit Ersitzung durch den Erwerber, hat überhaupt nur Sinn, wenn die Haftung nicht ohnehin mit Ablauf der Jahres- oder Zweijahresfrist endet. Und nicht wegen ihrer Befristung, sondern weil die *auctoritas*-Haftung mit der Ersitzung durch den Erwerber endet, muss Papinian ihm eine *actio utilis* gegen den Veräußerer geben, wenn der frühere Eigentümer die Sache trotz Ersitzung mittels *actio utilis* vom Erwerber herausverlangen kann. Bei Paulus schließlich endet die *auctoritas*-Haftung, wenn sie dort überhaupt im Raume steht, wiederum nicht aufgrund einer Befristung, sondern, wie *Brägger* selbst feststellt, weil der Erwerber die Sklavin, um die es geht, selbst freigelassen hat (und daher keine Eviktion mehr eintreten kann).

[16] *Kaser*, RP I § 34 I: unter Zuhilfenahme einer Deutung von *auctoritas* als eine von der Gewährschaft des *mancipium dans* abhängige Lage des Erwerbers, aufgegeben in SZ 105 (1988) 129 mit Fn. 38, Fn. 159; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 65; *d'Ors*, AHDE 29 (1959) 597; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 138; *Chevreau*, Temps (2006) 68. Prozessual deutet den Satz auch *Söllner*, FS Coing I 371–373: Nach Ablauf der Fristen müsse der auf Herausgabe verklagte Besitzer nicht mehr seinen Gewährsmann stellen, sondern dürfe sich auf Zeugenbeweis einer *iusta causa* stützen. Jedenfalls im Ansatz ähnlich schließlich auch *Noailles*, Fas et ius (1948) 261 f., 274, und *Leifer*, SZ 57 (1937) 136 f.: *auctoritas* meine die durch den Beistand des Veräußerers (und seiner „Sippe") gestärkte Rechtsposition des Erwerbers. Nach *De Visscher*, SDHI 22 (1956) 100 f., schließlich meint *auctoritas* die Unterstützung durch den Veräußerer, auf die der Erwerber einer *res mancipi* (mit oder ohne Mancipation) zu deren prozessualer Verteidigung angewiesen ist.

Zeit: (→ § 39 Rn. 3), Eigentum erworben.[17] Mehrheitlich geht man davon aus, dass die XII Tafeln damit kein neues Recht schufen, sondern bereits bestehendes Gewohnheitsrecht verschriftlicht wurde.[18]

In offenkundigem Zusammenhang mit dem *usus-auctoritas*-Satz steht die ebenfalls 3
in den XII Tafeln enthaltene Norm *adversus hostem aeterna auctoritas (esto)*.[19] Auf Grundlage der herrschenden Deutung des Wortes *auctoritas* wird er überwiegend wie folgt verstanden: Im Verhältnis[20] zu einem Nichtrömer[21] – wenn ein Nichtrömer die Sache erwirbt – dauert die Gewährschaft durch den Vormann „ewig" an.[22] Wiederum soll als selbstverständlich vorauszusetzen sein, dass sich ein Ausländer im Eigentumsprozess gegenüber einem Römer nicht unter Berufung auf die *usus-auctoritas*-Regel allein mit ein- oder zweijährigem Besitz verteidigen kann.[23] Er wird damit von der Ersitzung ausgeschlossen, und zwar bemerkenswerterweise auch dann, wenn er das *commercium* hat, denn nur in diesem Fall konnte er überhaupt mit der Rechtswirkung einer *auctoritas*-Haftung des Veräußerers an einer *mancipatio* beteiligt sein.[24] Zudem läge das primäre Regelungsziel der Norm dann darin, dem Nichtrömer unbefristeten

[17] *Kaser*, SZ 105 (1988) 131 f., 154 f.; *Albanese*, AUPA 45.1 (1998) 15; *Lübtow*, FS Schulz I 263 f.; letztlich auch *Göhlert*, Erwerb (2007) 46–53. Als rein prozessuale (Verschweigungs-)/Regel – ohne rechtsverschaffende Wirkung – deuten den *usus-auctoritas*-Satz dagegen noch *Mayer-Maly*, SZ 78 (1961) 276, sowie die in Fn. 16 a. E. Genannten.

[18] Für Kodifikation einer bestehenden Rechtsregel, bei der nur die Fristen konstitutiv (?) festgelegt wurden, *Burckhard*, SZ GA 7 (1868) 102 f.; *Leifer*, SZ 57 (1937) 133 f.; *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 37; für die Kodifikation von Gewohnheitsrecht *Vacca*, Possesso (2012) 134; *Pugliese/Sitzia/Vacca*, Istituzioni (2012) § 52; *Voci*, Modi (1952) 48.

[19] Cic. off. 1,37: Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant duodecim tabulae: aut status dies cum hoste, itemque adversus hostem aeterna auctoritas.

[20] Vgl. *Georges*, HW I, s. v. adversor 2 II, [14](Ndr. 1976), und etwa auch Cic. off. 3,29; 3,108. Entgegen *Kaser*, RP I § 34 II 1 Fn. 25, *Kaser*, Eigentum (1956) 94, *Magdelain*, RIDA 5 (1950) 145, und auch schon *Burckhard*, SZ GA 7 (1868) 92, muss „*adversus*" keineswegs im Sinne von „zum Nachteil" konnotiert sein; vgl. *Voci*, Modi (1952) 48; *Albanese*, AUPA 45.1 (1998) 22 f.; *Casinos Mora*, RIDA 50 (2003) 83; und auch *Kaser*, SZ 105 (1988) 142 mit Fn. 106.

[21] Cic. off. 1,37 (soeben Fn. 19); Fest. 91.

[22] *Kaser*, SZ 105 (1988) 140–153; *Albanese*, AUPA 45.1 (1998) 19–25; *Tondo*, Index 27 (1999) 346; *Chevreau*, Temps (2006) 69; *Magdelain*, RIDA 5 (1950) 144–147; ebenso etwa schon *Mommsen*, Ad legem (1843) 20. Im Ergebnis auch *Leifer*, SZ 57 (1937) 133 (*auctoritas* als faktische Herrschaft überdauernde, geschützte Position dauert gegenüber Nichtrömern ewig).

[23] *Kaser*, RP I § 34 II 1; *Kaser*, Eigentum (1956) 92–95; *Albanese*, AUPA 45.1 (1998) 19 f., 25; *Tondo*, Index 27 (1999) 346; *Vacca*, Possesso (2012) 136; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 140; *Chevreau*, Temps (2006) 69; *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 94; *Arangio-Ruiz*, Ist. 208 f. Fn. 1; im Ergebnis auch *Yaron*, TR 35 (1967) 203, 204. Entsprechend diejenigen, die wie *Pugsley*, Property and Obligations (1972) 44, *auctoritas* als Eigentum des ursprünglich Berechtigten deuten (o. Fn. 8), und *Voci*, Modi (1952) 48. Dagegen meint *Casinos Mora*, RIDA 50 (2003) 85 f., der Satz verschaffe dem *hostis*, der nicht ersitzen könne, ewige Garantie seiner Sachherrschaft.

[24] Vgl. Ulp. reg. 19.4; *Kaser*, SZ 105 (1988) 140 f. – *Sixto*, REHJ 17 (1995) 154 f., 162, vermutet, mit *hostis* sei in den XII Tafeln ein Nichtrömer bezeichnet, der wirksam Akte des *ius civile* vornehmen konnte: Er hafte „ewig", der *civis accipiens* könne nicht ersitzen.

Gewährschaftszugriff auf den römischen Veräußerer zu erlauben[25] – ein allemal für die Zeit jedenfalls bemerkenswertes Regelungsanliegen![26] Diese Einwände werden vermieden, wenn man den Satz wie folgt versteht: Im Prozess gegen einen Nichtrömer kann ein Römer zeitlich unbegrenzt die Gewährschaftshilfe seines (römischen) Vormannes beanspruchen.[27] Eine solche Regelung hätte Sinn, wenn man sich gegenüber einem Nichtrömer nicht auf eine Verbesserung der Besitzposition durch Zeitablauf, nicht auf einen Erwerb durch Ersitzung berufen konnte.[28] Die Norm würde ein solches Ersitzungsverbot nicht anordnen,[29] sondern mag es vorgefunden haben[30] und würde sich als (klarstellende?) Einschränkung des *usus-auctoritas*-Satzes – zugunsten desjenigen, der eine von einem Nichtrömer beanspruchte Sache erworben hat – in den Regelungskomplex einfügen. Mit einer Ersitzung *durch* Ausländer hätte sie dann nichts zu tun (vgl. noch § 44 Rn. 31).

4 Wenn der *usus-auctoritas*-Satz auf die *auctoritas*-Haftung und damit die Gewährschaft des Vormannes Bezug nimmt, die durch den Manzipationsakt ausgelöst wird, ist zu vermuten, dass er ursprünglich nur Anwendung fand, wenn eine *mancipatio* durchgeführt worden war und zwischen zwei Sachprätendenten über die Berechtigung des dritten Veräußerers gestritten wurde.[31] Jedenfalls eine auf den *usus-auctoritas*-Satz ge-

[25] So denn auch deutlich etwa *Albanese*, AUPA 45.1 (1998) 23; *Behrends*, RIDA 21 (1974), 162 Fn. 87. Dagegen meint *Kaser*, SZ 105 (1988) 142, das Regelungsmotiv liege im „Streben nach der Erhaltung römischen Vermögens“, weil der unbegrenzte Rückgriff des Nichtrömers auf den Veräußerer dazu führe, dass dieser seinerseits seine Vormänner bemühe und dadurch geklärt werden könne, ob die Sache nicht vormals einem Römer gehört habe, der sie durch einen bislang ungeklärten Diebstahl verloren habe. Da aber der Veräußerer in der Regel Römer gewesen sein wird – zwischen Nichtrömern wird kaum eine Manzipation durchgeführt worden sein! –, der sich selbst auf den *usus-auctoritas*-Satz berufen konnte, reißt die Nachweiskette sogleich ab; Sachaufklärung kann daher kaum gesetzgeberisches Motiv gewesen sein!

[26] *Magdelain*, RIDA 5 (1950) 145; *Göhlert*, Erwerb (2007) 69.

[27] So *Noailles*, Fas et ius (1948) 277–281; *Mayer-Maly*, SZ 78 (1961) 275 f.; *d'Ors*, AHDE 29 (1959) 602–607, im Anschluss an *Mommsen*, Ges. Schr. III 464, und *Karlowa*, RRG II 406; auch *Baron*, FG Jhering Göttingen 8. Wieder anders *De Visscher*, Nouv. ét. 185: Besitze ein Römer eine Sache und werde ihm diese vor Ablauf der Ersitzungsfrist durch einen Ausländer entzogen, so könne sich der Römer dem Ausländer gegenüber ewig auf die *auctoritas* seines Vormannes berufen; so auch *Mayer-Maly*, SZ 78 (1961) 276; *Göhlert*, Erwerb (2007) 70 f. Anders auch *Voci*, Modi (1952) 48: Dem *peregrinus* (mit *commercium*) ist unbefristet Gewähr zu leisten, weil er nicht quiritischer Eigentümer werden kann; entsprechend noch *Pugliese/Sitzia/Vacca*, Istituzioni (2012) § 52.

[28] So neben den in Fn. 29 f. Genannten wohl auch *Lübtow*, FS Schulz I 265.

[29] So aber wohl *d'Ors*, AHDE 29 (1959) 602 f.

[30] So schon *Karlowa*, RRG II 406.

[31] *Kaser*, SZ 105 (1988) 155; *Pugsley*, Property and Obligations (1972) 38. Genau umgekehrt schließt *De Visscher*, SDHI 22 (1956) 98–100, aus der Gedankenfolge bei Gai. 2.18–44, dass die in den XII Tafeln angeordnete Ersitzung nur stattfand, wenn eine *res mancipi* lediglich übergeben wurde, und die Ersitzung im Fall eines Erwerbs vom Nichteigentümer erst nachträglich anerkannt wurde; vgl. auch *De Visscher*, RIDA 5 (1958) 472 f.: Bezüglich der *traditio* von *res mancipi* verweise Gaius auf die XII Tafeln, bezüglich der Veräußerung durch einen Nichtberechtigten auf ein *receptum esse*. Zweifelnd *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 18; ablehnend *Yaron*, TR 35 (1967) 193–195.

stützte Ersitzung konnte dann nur bei *res mancipi* stattfinden;[32] die Ersitzung hätte hier allein der Überwindung der fehlenden Berechtigung des Vormannes gedient. Allerdings muss schon zur Zeit der XII Tafeln der Gedanke verbreitet gewesen sein, dass die längerfristige Ausübung eines Rechts[33] auch dann zu dessen Erwerb führt, wenn ein sofortiger Rechtserwerb nicht an der fehlenden Berechtigung des Veräußerers scheiterte, sondern daran, dass die Form des Erwerbsaktes nicht eingehalten wurde: So setzt die ebenfalls in den XII Tafeln enthaltene Regelung, dass der Erwerb der *manus* über die Ehefrau durch eine jährliche Unterbrechung des *usus* verhindert wird (→ § 44 Rn. 12), eine „Ersitzung" der *manus* voraus, für die wiederum nur Raum gewesen sein konnte, wenn keine *coemptio* durchgeführt worden war.[34] Das bereits in den XII Tafeln enthaltene Verbot der Ersitzung eines fünf Fuß breiten Grenzstreifens zwischen außerhalb der Stadt befindlichen Nachbargrundstücken (→ § 44 Rn. 28) setzt voraus, dass bereits in dieser Zeit Sachen auch dann ersessen werden konnten, wenn keine Manzipation vorausgegangen war: Denn zwar sind solche Grundstücke *res mancipi*; auch mag man sich über den genauen Grenzverlauf insbesondere im Anschluss an eine Veräußerung gestritten haben; warum aber sollte man gerade für diesen Fall und gerade die Ersitzung eines Grenzstreifens ausgeschlossen haben? Näher liegt, dass die Norm einen Ersitzungserwerb nach eigenmächtiger Grenzverschiebung, die vor allem kleinere Grundstücksstreifen betroffen haben dürfte, ausschließen sollte.[35] Einer solchen Norm hätte es nur bedurft, wenn ein Ersitzungserwerb auch ohne vorangehendes Erwerbsgeschäft möglich war. Der *usus-auctoritas*-Satz hat also offenbar nur eine Ausprägung eines schon in früherer Zeit anerkannten, allgemeineren Instituts der Ersitzung[36] normiert.

Wahrscheinlich ist nach alledem, dass man noch in vorklassischer Zeit eine Ersitzung **5**
anerkannte, die in keinerlei Beziehung zu einer *auctoritas*-Haftung des Vormannes und damit der Vornahme des Manzipationsaktes stand. So waren auch *res nec mancipi* der Ersitzung zugänglich, und sie fand nun auch dann statt, wenn der Veräußerer einer *res mancipi* zwar zur Veräußerung berechtigt war, aber keine Manzipation durchgeführt, sondern die Sache dem Erwerber nur formlos übergeben wurde. Damit heilt die *usucapio* auch bei der Veräußerung von Sachen nicht nur Mängel in der Berechtigung des Veräußerers, sondern auch solche der Form des Veräußerungsaktes.

Ebenfalls noch in vorklassischer Zeit wurde die Ersitzung für den Fall ausgeschlossen, **6**
dass die Sache entwendet worden war.[37] Nach dem Bericht des Gaius enthielten bereits

---

[32] So auch *Göhlert*, Erwerb (2007) 56, und *De Visscher*, SDHI 22 (1956) 98–100, doch vgl. Fn. 31. Nach *Vacca*, Possesso (2012) 140–146, und *Kaser*, Eigentum (1956) 102–106, bezog sich bereits der *usus-auctoritas*-Satz auch auf *res nec mancipi* und Fälle formloser Veräußerung.

[33] Zur möglichen Deutung von *res* als Recht in diesem Zusammenhang etwa *Nicosia*, Possesso (1997) 58–62; *Nicosia*, St. Martini II 869; auch schon *Arangio-Ruiz*, Ist. 208.

[34] Vgl. *Kaser*, Iura 1 (1950) 76 f.; *Mitteis*, RP § 14 VI.

[35] So *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 33, der daraus aber wiederum schließen will, *usucapio* sei hier als Erwerb des (faktischen!) *usus* zu verstehen; ohne letzteren Schluss *Göhlert*, Erwerb (2007) 65 f.

[36] *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 34; *Mayer-Maly*, SZ 78 (1961) 258; *Kaser*, SZ 105 (1988) 127; *Kaser*, Ausgew. Schr. I 194 f.; *Pool*, SZ 129 (2012) 152; *Göhlert*, Erwerb (2007) 66.

[37] Zu Diebstahl und *actio furti* → § 93.

die XII Tafeln eine entsprechende Regelung,[38] doch behandelt eine *lex Atinia* aus der Zeit um die Wende des 3. zum 2. Jh. v. Chr.[39] dieselbe Frage.[40] In welchem Verhältnis diese Regelungen zueinander stehen, ist umstritten. Manche halten den Bericht des Gaius für falsch und nehmen an, nicht schon die XII Tafeln, sondern erst die *lex Atinia* habe die Ersitzung entwendeter Sachen ausgeschlossen.[41] Diese Annahme ist angesichts der Überlieferung unwahrscheinlich. Die Existenz zweier gesetzlicher Regelungen deutet auf eine Rechtsentwicklung hin,[42] deren Ausgangspunkt und Verlauf allerdings im Dunkeln liegen. Denkbar ist, dass die XII Tafeln eine Ersitzung (nur) durch denjenigen ausschlossen, dem die Sache unmittelbar vom Dieb selbst manzipiert worden war, und zwar auch dann, wenn der Erwerber von dem Diebstahl nichts wusste; die *lex Atinia* hätte dann eine Ersitzung gestohlener Sachen schlechthin ausgeschlossen.[43] Denkbar ist auch, dass bereits die XII Tafeln die Ersitzung entwendeter Sachen ausschlossen und die *lex Atinia* lediglich anordnete, dass eine Ersitzung nach Rückkehr der Sache in den Machtbereich des Eigentümers (zur *reversio in potestatem* → § 44 Rn. 23) wieder möglich ist.[44]

---

[38] Gai. 2.45–49.

[39] Zur Datierung *Mayer-Maly*, SZ 79 (1962) 101; *Mayer-Maly*, St. Betti III 488 f.; gegen ihn *Watson*, Property (1968) 24–26; eingehend nun *Giancoli*, Labeo 43 (1997) 259–271: 212 oder, wahrscheinlicher, 197 v. Chr.

[40] Inst. 2.6.2; Gell. 17,7,1–3; Paul. 54 ed. D. 41.3.4.6. *Kaser*, SZ 105 (1988) 138–140.

[41] *Casinos Mora*, RIDA 50 (2003) 91–95; *Lübtow*, FS Schulz I 263–269 (nach XII–Tafel-Recht habe nur der Dieb selbst nicht ersitzen können; Gai. 2.45 u. 49 seien durch eine Glosse entstellt); *Huvelin*, Furtum (1915) 291 f.; tendenziell auch *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 31; wohl auch *Guarino*, Diritto privato (2001) § 50.9.1.

[42] Nach Gell. 17,7,1–3 diskutierten Brutus und Manilius am Beispiel der *lex Atinia* Fragen der Rückwirkung, die sich nur bei Gesetzen stellen, welche die Rechtslage verändern; vgl. dazu nun *Calzada*, RIDA 57 (2010) 75–92.

[43] *Kaser*, SZ 105 (1988) 139 f., unter Aufgabe seiner etwa noch in RP I § 101 I 3 vertretenen Ansicht – Ausschluss der Ersitzung durch den Dieb selbst, so noch *Giancoli*, Labeo 43 (1997) 269, und wohl auch *Pugliese*, Istituzioni (1991) § 134.7 I – in Anschluss an *Mayer-Maly*, SZ 78 (1961) 270; *Mayer-Maly*, SZ 79 (1962) 104; *Göhlert*, Erwerb (2007) 62–65; *Sixto*, REHJ 17 (1995) 160 f. Hiergegen *Yaron*, TR 35 (1967) 215–225: Schon die XII Tafeln hätten die Ersitzung gestohlener Sachen ausgeschlossen, doch sei dieser Ausschluss im Zuge späterer Rechtsentwicklungen zurückgedrängt worden, und die *lex Atinia* hätte das strenge Recht der XII Tafeln wiederhergestellt.

[44] *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 65 – ablehnend aber noch *Mayer-Maly*, SZ 79 (1962) 102; *Bělovský*, RIDA 49 (2002) 59; *Calzada*, RIDA 57 (2010) 91; *Tondo*, Index 27 (1999) 348; *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 109; *Albanese*, AUPA 45.1 (1998) 25; *Voci*, Modi (1952) 51; *Talamanca*, Elementi (2013) § 73 b; *Bonfante*, Corso II.2 208, 228 f. Wieder anders *Pugsley*, Property and Obligations (1972) 49–51; *Pugsley*, RIDA 27 (1970) 259–263: Die XII Tafeln schlossen die Ersitzung von *res furtivae* aus, die *lex Atinia* die Ersitzung von *res subreptae*, und (nur) unter letztere fielen auch dem gutgläubigen Besitzer entwendete Sachen. Noch anders *Karlowa*, RRG II 407: Die XII Tafeln hätten nur die Ersitzbarkeit gestohlener Sachen ausgeschlossen, erst die *lex Atinia* hätte folgerichtig die Befristung der Gewährschaft des Veräußerers solcher Sachen aufgehoben.

Aus einem Bericht des Gaius[45] folgt, dass nach früherer Ansicht die Erbenstellung selbst (*hereditas ipsa*) als *cetera res*[46] ersessen werden konnte, nach klassischer Ansicht dagegen nur die einzelnen in den Nachlass fallenden Gegenstände (→ § 44 Rn. 10f.). Dies weist auf einen grundlegenden Deutungswandel hin: Nach dem älteren Verständnis knüpft die *usucapio* den Erwerb eines Rechts an seine längerfristige Ausübung, nach neuerem dagegen – wesentlich enger – den Erwerb des Eigentums an einer Sache an längerfristige *possessio*.[47] Dies erklärt, warum seit Beginn der klassischen Phase auch eine Ersitzung der *manus* durch eheliches Zusammenleben nicht mehr anerkannt wird (→ § 44 Rn. 14) und für den Ausschluss einer Begründung von Servituten durch Ersitzung in der späten Republik noch ein Gesetz nötig war, während die spätere Rechtswissenschaft die Ersitzung bestehender Servituten unter Hinweis auf ihre fehlende Körperlichkeit ausschloss (→ § 44 Rn. 13).[48] 7

II. Wirkungsbereich

1. Eigentumserwerb

Im klassischen Recht ist der Wirkungsbereich der *usucapio* im Wesentlichen[49] auf den Erwerb des Eigentums an einzelnen Sachen beschränkt. Sie kommt in der Regel[50] nur in Betracht, wenn eine Eigentumsübertragung versucht wurde und gescheitert ist:[51] weil (a) eine *res mancipi* veräußert, aber weder eine *mancipatio* noch eine *in iure cessio* durchgeführt wurde oder (b) der Veräußerer einer *res mancipi* oder *nec mancipi* nicht ihr Eigentümer war. In diesem letztgenannten Fall findet eine Ersitzung beweglicher Sachen nach Einschätzung des Gaius allerdings kaum statt, weil derjenige, der wissentlich eine fremde Sache veräußert, ein *furtum* begeht (→ § 44 Rn. 23).[52] 8

Ein besonderer Anwendungsfall des Eigentumserwerbs durch *usucapio* ist der *usureceptio* genannte Rückerwerb durch denjenigen, der eine Sache förmlich durch Man- 9

[45] Gai. 2.54.

[46] S. o. Fn. 6 a. E.

[47] *Nicosia*, Possesso (1997) 58–77; *Nicosia*, St. Martini II 869 f.

[48] *Capogrossi Colognesi*, Index 22 (1994) 212, sieht darin noch eine „sottile contraddizione"; dort, 213–215, auch ein Überblick über die Versuche, den Anschauungswandel zur Ersitzbarkeit von Servituten mit einem Wandel in deren dogmatischer „Konstruktion" – vom geteilten Eigentum zum *ius in re aliena* – zu erklären.

[49] Zur Ersitzung von Servituten und der *libertas servitutium* → § 44 Rn. 12.

[50] Ausnahmen: *usucapio pro herede* → § 44 Rn. 10–12; *usureceptio* → § 44 Rn. 9; *usucapio pro derelicto*, dazu *Vacca*, Possesso (2012) 23–46.

[51] So bringt denn auch Gai. 2.65 die *usucapio* mit einer *alienatio* in Verbindung; deutlicher noch Paul. 21 ed. D. 50.16.28 pr., dort aber offenkundig nur bezogen auf den Fall der *traditio* einer *res mancipi*, denn nur dort kann von einem *pati usucapi* die Rede sein; vgl. hier nur *Sturm*, Mél. Meylan I 299–323.

[52] Gai. 2.50.

zipation oder *in iure cessio* an einen Treuhänder übereignet hat: an einen Gläubiger, um diesem Sicherheit für die Bezahlung einer Schuld zu gewähren, oder im eigenen Interesse an einen Freund.[53] Die Ersitzung setzt in diesem Fall weder eine *iusta causa* (→ § 44 Rn. 15) noch *bona fides* (→ § 44 Rn. 16ff.) voraus;[54] sie findet auch bei Grundstücken in einem Jahr statt,[55] was zu der Vermutung Anlass gegeben hat, die *usureceptio* sei älter als die insoweit differenzierenden XII Tafeln.[56] Nimmt der frühere Eigentümer eine Sache, die er einem Gläubiger zur Sicherheit förmlich übereignet hat, (eigenmächtig)[57] in Besitz, begeht er dadurch keinen Diebstahl, der die Ersitzung ausschlösse.[58] Ausgeschlossen ist die Ersitzung aber, wenn der Sicherungsgeber die Schuld noch nicht zurückgezahlt und die Sache vom Gläubiger gemietet oder als *precarium* erhalten hat.[59]

2. Erwerb der *hereditas*

10 In Gai. 2.52–57 wird als besondere *species usucapionis* die *usucapio pro herede* behandelt. Sie wird wohl bereits vom älteren Pontifikaldekret vorausgesetzt[60] und geht damit jedenfalls in die Zeit vor Tiberius Coruncanius zurück, der dieses Dekret modifiziert.[61] Ob man aus der einheitlichen Jahresfrist (Gai. 2.54) schließen kann, dass sie gar in vordezemvirale Zeit zurückreicht,[62] ist zweifelhaft: Nach Gaius orientierte man sich bei der Fristbestimmung an den XII Tafeln.

---

[53] Gai. 2.59–60. Zu den denkbaren Fallkonstellationen und den Hintergründen der Einführung der *usureceptio* eingehend *Noordraven*, Fiduzia (1999) 191–207.

[54] Genauer: selbst das Wissen, dass die Ersitzung dem Willen des Fiduziars widerspricht, schadet nicht; *Noordraven*, Fiduzia (1999) 187, mit *Wubbe*, Ausgew. Schr. 6.

[55] Gai. 2.59. Womöglich, weil Gegenstand treuhänderischer Übertragungen (und damit wie bei der *usucapio pro herede* ursprünglich auch der *usureceptio*) nicht selten ein Gesamtvermögen war, *Noordraven*, Fiduzia (1999) 188 f.

[56] *Noordraven*, Fiduzia (1999) 188, in Anschluss an *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 37.

[57] Auch deshalb trifft die verbreitete Annahme, die *usureceptio* sei (vor allem) vorgekommen, wenn eine zu treuen Händen manzipierte Sache formlos zurückgegeben worden sei, nicht zu; so aber etwa *Kaser*, RP I § 109 I; *Oertmann*, Fiduzia (1890) 253 f.; *Manigk*, RE VI.2 2306, s. v. *fiducia*. Wie hier *Noordraven*, Fiduzia (1999) 187.

[58] Gai. 3.201, und dazu *Noordraven*, Fiduzia (1999) 189 f. Veräußert der Fiduziant die Sache dann aber an einen Dritten weiter, lag darin vermutlich durchaus ein *furtum*, so dass der Dritte die Sache nicht ersitzen konnte; *Kaser*, SZ 99 (1982) 272 f., in Anschluss an *Ankum*, RIDA 27 (1980) 133 mit Fn. 130.

[59] Gai. 2.60. Möglich war sie also wohl auch dann, wenn der Sicherungsgeber die Schuld noch nicht zurückgezahlt hatte und die Sache dem Gläubiger wegnahm; *Noordraven*, Fiduzia (1999) 197–202.

[60] Cic. leg. 2,2; 2,49 (*si maiorem pecuniae capiat*).

[61] Cic. leg. 2,21; 2,52; zu alledem *Mayer-Maly*, SZ 79 (1962) 90–96.

[62] *Vacca*, Possesso (2012) 148; *Pool*, SZ 129 (2012) 150, 152, in Anschluss an *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 37; *Lübtow*, St. De Francisci I 470.

Aus Gai. 2.54 folgt, dass nach älterem Recht (*olim*) auch die *hereditas ipsa*, also die Erbenstellung samt Haftung für Nachlassverbindlichkeiten und Sakralpflichten,[63] durch Ersitzung erworben werden konnte. Umstritten ist, ob diese altrömische Ersitzung der *hereditas* den Besitz des Nachlasses insgesamt voraussetzte[64] oder der Besitz an einzelnen Nachlassgegenständen,[65] womöglich der zum Nachlass gehörenden Liegenschaften,[66] genügte. Manchen Stellungnahmen liegt offenbar die Annahme zu Grunde, eine Ersitzung *pro herede* habe sich nach älterem Recht sowohl auf einzelne Nachlassgegenstände als auch auf die Erbenstellung beziehen können und im letztgenannten Fall den Besitz am Nachlass als solchem vorausgesetzt.[67] Gai. 2.54 schließt in der Tat nicht aus, dass schon nach älterem Recht eine *usucapio pro herede* einzelner Nachlassgegenstände möglich war, die keinen Eintritt in die (Teil-)/Erbenstellung nach sich zog, ist aber auch kein Beleg für diese These. Aus der Stelle folgt immerhin eindeutig, dass nach klassischem Recht die Erbschaft selbst nicht mehr Gegenstand der Ersitzung sein kann. **11**

Gegenstand der *usucapio pro herede* des klassischen Rechts sind die einzelnen in den Nachlass fallenden Sachen und das Eigentum an ihnen. Sie ist von vornherein ausgeschlossen, wenn ein Zwangserbe (*heres necessarius*) existiert.[68] Im übrigen ist der Erwerb gegenüber den allgemeinen Grundsätzen wesentlich erleichtert: Er setzt auch bei Grundstücken nur einjährigen Besitz[69] und keinen Glauben an die eigene Berechtigung voraus;[70] solange der Erbe die Nachlassgegenstände nicht in Besitz genommen hat, kann an ihnen kein Diebstahl begangen werden, der eine Ersitzung ausschlösse (→ § 44 Rn. 12 a. E.).[71] Nach einem von Hadrian angeregten Senatsbeschluss hat die Ersitzung aber gegenüber dem Erben keinen Bestand: Er kann auch nach Vollendung der Ersitzung die Nachlassgegenstände herausverlangen, als wären sie nicht ersessen worden.[72] **12**

[63] Jüngst etwa *Nicosia*, St. Martini II 866 f., 869; zuvor etwa *Pugliese*, Istituzioni (1991) § 69 II, *Franciosi*, Ric. Gallo I 253, *Franciosi*, Usucapio pro herede (1965) 6, und *Voci*, DER I 107. Anders *Gnoli*, Hereditatem expilare I (1984) 63–65, 76 f.: Als *hereditas* sei nur der Nachlass, nicht die Erbenstellung ersessen worden. Ähnlich *Gallo*, SDHI 32 (1966) 421–423: Auf den Erwerber seien die Aktiva und die Verantwortlichkeit für *sacra* übergegangen, nicht aber die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten.

[64] So etwa *Nicosia*, St. Martini II 869, 879 f. (Ausübung der Befugnisse des Erben); *Pugliese*, Istituzioni (1991) § 69 II; *Lübtow*, St. De Francisci I 472; wohl auch *Kaser*, RP I § 25 III.

[65] *Castro Sáenz*, RIDA 45 (1998) 202 f.; *Gnoli*, Hereditatem expilare I (1984) 57; *Jhering*, Scherz und Ernst (1924) 159 f.; *Voci*, Istituzioni (2004) 588 (anders womöglich noch in DER I 111).

[66] So *Pool*, SZ 129 (2012) 113–160, der die üblichen Emendationen von Gai. 2.54 ablehnt und den Text wie in der Veroneser Handschrift überliefert liest: … *quod olim rerum hereditarium possessiones ut ipsae hereditates usucapi credebantur*, doch vgl. hiergegen *Platschek*, SZ 130 (2013) 405–412, mit Replik: *Pool*, SZ 131 (2014) 370–392, und Duplik: *Platschek*, SZ 131 (2014) 392–394.

[67] So womöglich *Kaser*, RP I § 35 II 3 mit Fn. 11, § 25 III; dezidiert *Pool*, SZ 129 (2012) 117.

[68] Gai. 2.58; 3.201; dazu *Castro Sáenz*, RIDA 46 (1999) 176–182.

[69] Gai. 2.54.

[70] Gai. 2.52; 2.56.

[71] Gai. 3.201.

3. Erwerb und Erlöschen von Servituten

13 Eine *lex Scribonia* aus dem Jahr 50 v. Chr.[73] schließt zwar entgegen nahezu einhelliger Ansicht vermutlich nicht schlechthin die Ersitzung von Servituten aus,[74] wohl aber, dass Servituten durch Ersitzung begründet werden (→ § 50 Rn. 6).[75] Die Ansicht, dass auch bestehende Servituten (etwa nach Veräußerung des Grundstücks, dem sie dienen) nicht ersessen werden können, dringt offenbar erst später durch und wird nicht mit der *lex Scribonia* begründet,[76] sondern damit, dass es sich bei Servituten um *res incorporales* handelt, an denen kein dauerhafter Besitz möglich ist.[77] Weder die *lex Scribonia* noch die im klassischen Recht durchgedrungene These, dass *res incorporales* keiner Ersitzung zugänglich sind,[78] ändern etwas daran, dass bestimmte Servituten, die Gebäudedienstbarkeiten, durch Ersitzung erlöschen können, wenn sie die Nutzung des belasteten Grundstücks einschränken und es entgegen dieser Einschränkung genutzt wird.[79] Bei dieser Ersitzung der Freiheit von Servituten (*libertas servitutium*) lebt der ursprüngliche Gedanke, dass die dauernde Ausübung eines Rechts zu seinem Erwerb führt (→ 4), in gewisser Weise fort. Feldservituten dagegen erlöschen schlicht durch zweijährigen *non usus*,[80] was offenbar nicht (mehr)[81] als Ersitzung, sondern als bloßer Rechtsverlust gedacht wird.

---

[72] Gai. 2.57; dazu mit Blick auf die *usucapio lucrativa* etwa *Lambertini*, Atti Burdese II 370–372.

[73] Zur Datierung *Möller*, Servituten (2010) 247; *Capogrossi Colognesi*, Index 22 (1994) 211–230; *Capogrossi Colognesi*, Ric. Gallo I 79–96; *Rainer*, SZ 104 (1987) 631–638 und SDHI 78 (2011) 691; *Tuccillo*, Servitù (2009) 77–95.

[74] So aber etwa *Kaser*, RP I § 105 IV 1 b; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 66.3; *Guarino*, Diritto privato (2001) § 57.1.8; *Möller*, Servituten (2010) 235; *Nève*, Ess. Spruit 89; *Capogrossi Colognesi*, Index 22 (1994) 222.

[75] *Yaron*, TR 35 (1967) 226 f., mit Hinweis auf den Wortlaut des einzigen Quellenzeugnisses Paul. 54 ed. D. 41.3.4.28 (*eam usucapionem sustulit lex Scribonia quae servitutem constituebat)* und Praktikabilitätserwägungen. – Ulp. 53 ed. D. 39.3.1.23 belegt allerdings den Fortbestand der Möglichkeit, durch *longa consuetudo* eine *quasi servitus* zu begründen, die durch Interdikt und *actio utilis* geschützt wird; dazu *Rainer*, Lib. Am. Krampe 279–288; *Mannino*, Usus servitutis (1996) 73–80. Nach Ulp. 16 ad ed. D. 6.2.11.1 ist hier gar die *actio Publiciana* statthaft.

[76] *Rainer*, SZ 104 (1987) 637 nimmt an, die *lex Scribonia* habe der Klarstellung in einer rechtswissenschaftlichen Streitfrage (mit großer praktischer Relevanz) gedient; *Tuccillo*, Servitù (2009) 59–77, nimmt an, die hoch- und spätklassischen dogmatischen Erwägungen hätten einer nachträglichen Legitimierung der *lex Scribonia* gedient.

[77] Paul. 15 Sab. D. 8.1.14 pr. Ulp. 16 ed. D. 41.3.10.1 belegt allerdings womöglich, dass noch in spätklassischer Zeit (Gebäude?–)/Servituten gemeinsam mit dem Grundstück ersessen werden konnten, dem sie dienten; dazu *Tuccillo*, Servitù (2009) 52 f.; zustimmend *Rainer*, SDHI 78 (2011) 690.

[78] Gai. 2.54; Gai. 7 ed. prov. D. 41.1.43.1.

[79] Paul. 54 ed. D. 41.3.4.28; Paul. 15 Sab. D. 8.6.18.2; Gai. 7 ed. prov. D. 8.2.6. Eingehend zum Erlöschen von Servituten durch *non usus* und zur *usucapio libertatis Tuccillo*, Servitù (2009) 97–188.

[80] Gai. 7 ed. prov. D. 8.2.6; Paul. sent.1.17.1–3.

[81] Zu den möglichen Hintergründen etwa *D'Angelo*, AUPA 55 (2012) 293–320; *Grosso*, Scr. II 226–244.

4. Erwerb der *manus*

Der Grundsatz, dass ein Recht erworben wird, wenn es seinem Inhalt nach über einen gewissen Zeitraum hinweg ausgeübt wird, gilt schon nach dem Recht der XII Tafeln auch für die rechtliche Gewalt über die Ehefrau (*manus*; (→ § 19 Rn. 1, § 33 Rn. 44). Sie kann durch einjährigen *usus* erworben werden, also durch eheliches Zusammenleben,[82] ohne dass eine *coemptio* oder *confarreatio* stattgefunden hätte. Als Grundlage für diesen Rechtserwerb zog man allerdings wohl kaum den *usus-auctoritas*-Satz heran: Zwar ähnelt die *coemptio* äußerlich sehr dem Manzipationsakt (→ § 19 Rn. 9), doch kommt hier eine *auctoritas*-Haftung des Veräußerers für Eviktion schwerlich in Betracht (→ § 44 Rn. 5).[83] Im Bericht des Gaius wird zudem nicht der Erwerb der *manus* durch *usus* auf die XII Tafeln zurückgeführt, sondern vielmehr die Regel, dass die Ehefrau den Erwerb der *manus* über sich verhindern konnte, indem sie jedes Jahr für drei Tage das eheliche Haus verließ und so den *usus* unterbrach.[84] Der Erwerb der *manus* durch *usus* reicht also vermutlich in die Zeit vor den XII Tafeln zurück.[85] Er ist noch für das frühe erste vorchristliche Jahrhundert belegt,[86] für Gaius aber bereits Rechtsgeschichte. **14**

III. Voraussetzungen

Nach klassischem Recht setzt der Erwerb des Eigentums an einer Sache durch *usucapio* neben einer *iusta causa* (→ § 45) und Besitz der Sache (→ § 40) die *bona fides* des Erwerbers (sogleich (→ § 44 Rn. 16–18) und den Ablauf der Ersitzungsfrist (→ § 44 Rn. 19–22) voraus. **15**

1. *Bona fides*

Iusta causa und *bona fides* als Voraussetzungen der Ersitzung mögen bis zu einem gewissen Grad seit jeher in diesem Institut angelegt sein.[87] Die im klassischen Recht bei der *usureceptio* (→ § 44 Rn. 9) und der *usucapio pro herede* (→ § 44 Rn. 10–12) ge- **16**

---

[82] Nicht durch „Besitz“ und auch nicht durch „quasi-Besitz“ des Mannes an der *Frau*, deutlich Gai.1.111: *quae anno continuo nupta perseverabat* und eben nur *velut annua possessione usucapiebatur*. So denn auch *Chevreau*, Temps (2006) 72 f., und *Piro*, Usu (1994) 155, gegen die herrschende Ansicht, vgl. dort den Literaturüberblick auf 12–21.

[83] *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 32, 39.

[84] Gai. 1.111; vgl. auch Gell. 3,2,13.

[85] *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 39; anders aber die wohl herrschende Ansicht, derzufolge der Bericht des Gaius ungenau und das Trinoctium später eingeführt worden sei; vgl. *Piro*, Usu (1994) 16, mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 22.

[86] Gell. 3,2,12–13; Cic. Flacc. 34,84.

[87] So *Mayer-Maly*, SZ 79 (1962) 97 f.

machten Ausnahmen legen allerdings nahe, dass sie erst in späterer, vermutlich spätrepublikanischer Zeit als selbständige Elemente des Erwerbstatbestandes hervortreten.[88]

17 Gai. 2.43 scheint zu belegen, dass mit der erforderlichen *bona fides* des Ersitzungsbesitzers nichts anderes gemeint sei als der Glaube, dass der Veräußerer Eigentümer der Sache gewesen sei.[89] Folgerichtig müsste man annehmen, dass dieses Erfordernis nur relevant ist, wenn ein Nichtberechtigter die Sache veräußerte. Die Quellen belegen aber, dass eine Ersitzung mangels *bona fides* des Erwerbers etwa auch dann ausschied, wenn der Berechtigte veräußert hatte, ihm aber die erforderliche *auctoritas tutoris* fehlte und der Erwerber dies wusste,[90] wenn der Erwerber wusste, dass die Veräußerung der Sache (durch den Berechtigten) an ihn verboten war,[91] oder wenn er dies auch nur glaubte.[92] Daher lässt sich *bona fides* auch nicht verallgemeinernd als Überzeugung des Ersitzungsbesitzers umschreiben, mit dem Besitz der Sache keine Rechte Dritter zu verletzen.[93] Schon dass *bona fides* auch den Bindungsgrund bei den *bonae fidei iudicia* bezeichnet (→ § 78 Rn. 3),[94] belegt eine wesentlich umfassendere Bedeutungsbreite:[95] *Bona fides* meint den Glauben des Ersitzungsbesitzers, dass sein Erwerb mit der Rechtsordnung im Einklang stehe.[96] In dem nach justinianischem Recht einzig verbliebenen Fall der Ersitzung, demjenigen des Erwerbs vom Nichtberechtigten, lässt sich

[88] *Yaron*, TR 35 (1967) 215; *Kaser*, Eigentum (1956) 297.

[89] So denn etwa auch *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 67.5; *Gómez-Royo*, RIDA 39 (1992) 171 f. Vgl. auch Iul. 2 Minc. D. 41.4.8.

[90] Frg. Vat. 1; dazu nun *Völkl*, FS Mayer-Maly (2002) 797–801, und, freilich seinen Vorstellungen über die Einflüsse der griechischen Philosophie auf das vorklassische und klassische Recht verhaftet, *Behrends*, FS Huwiler 13–38. In dem als Parallelüberlieferung eingeordneten Fragment Paul. 8 Sab. D. 18.1.27 wird die *bona fides* allerdings abgesprochen, ohne dass die Kenntnis des Erwerbers von der fehlenden *auctoritas tutoris* genannt wird.

[91] Keine *possessio bonae fidei* bei bewusstem Verstoß gegen das Ehegattenschenkungsverbot: Julian bei Ulp. 32 Sab. D. 24.1.19 pr. und Paul. 6 Plaut. D. 41.1.57. Nach Pomp. 24 Q. Muc. D. 41.6.3 soll die Ersitzung aber möglich sein, wenn die Sache nicht dem schenkenden Ehegatten, sondern einem Dritten gehört.

[92] Pomp. 32 Sab. D. 41.3.32.1 und dazu *Wacke*, Panorami 7 (1995) 162–165.

[93] So aber *Vacca*, Possesso (2012) 148; *Talamanca*, Elementi (2013) § 73 c; *Zannini*, Atti Burdese IV 467 mit Blick auf Pomp. 32 Sab. D. 41.7.5 pr.; *Guarino*, Diritto privato (2001) § 54.4.4; *Arangio-Ruiz*, Ist. 213; *Bonfante*, Corso II.2 243; ähnlich *Wubbe*, Ausgew. Schr. 6. Aus umgekehrter Perspektive *Bignardi*, Atti Burdese I 214–216: „Ignoranza dell'altrui diritto".

[94] *Söllner*, SZ 122 (2005) 10–15; ablehnend *Sansón Rodríguez*, St. Labruna VII 4981.

[95] Das betont nachdrücklich *Söllner*, FS Coing I 374–377; *Söllner*, SZ 122 (2005) 1–61.

[96] *Kaser* RP I § 101 I 4, in Anschluss an *Hausmaninger*, Bona fides (1964) 78. Ähnlich *Mayer-Maly*, s. v. usucapio, RE IX A.1 1118 („Beachtung der Verkehrsgepflogenheiten"). Nach *Söllner*, SZ 122 (2005) 29, 30, 61, ist das „Nichtwissen um ordnungswidrige Umstände" zwar ein Element der *bona fides*, doch bezeichne diese Wendung den (objektiv) wirksamen, durch *bona fides* geschützten Erwerbsvorgang; dagegen mit Recht *Sansón Rodríguez*, St. Labruna VII 4978–4981.

die *bona fides* freilich mit Gaius und weiteren Quellen[97] zwanglos praktisch mit der Annahme gleichsetzen, man habe vom Eigentümer erworben.

Der Ersitzungsbesitzer muss nur anfänglich *bona fide* sein, wobei offenbar streitig ist, **18**
auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist, wenn Verpflichtungsgeschäft und Übergabe auseinanderfallen.[98] Ist der Ersitzungsbesitzer im Laufe der Ersitzungsfrist nicht mehr *bona fide*, hindert dies die Ersitzung nicht;[99] hat der Ersitzungsbesitzer aber den Besitz verloren, beginnt die Ersitzung mit dem Rückerwerb des Besitzes von vorn (→ § 44 Rn. 21), so dass nun wieder *bona fides* erforderlich ist.[100]

2. Ablauf der Ersitzungsfrist

Die auf den *usus-auctoritas*-Satz XII Tafeln (→ § 39 Rn. 1f.) zurückgehenden Ersit- **19**
zungsfristen von zwei Jahren bei Grundstücken[101] und einem Jahr bei anderen Sachen bleiben erhalten. Dabei wird die für Grundstücke geltende Zweijahresfrist auch auf Gebäude angewendet.[102] Werden bewegliche Sachen mit einem Grundstück verbunden, so ist unter den Juristen der klassischen Zeit offenbar umstritten, ob sie nur insgesamt als Gebäude in der für Grundstücke geltenden Frist ersessen werden können[103] oder ob die einjährige Ersitzungsfrist trotz Einbaus fortläuft.[104] Ausnahmsweise können auch Grundstücke in Jahresfrist ersessen werden: bei einer *usucapio pro herede* (→ § 44 Rn. 12) und bei der *usureceptio* (→ § 44 Rn. 9, mit der Rückausnahme der *usucapio ex praediatura*[105]).

---

[97] Etwa Paul. 2 man. D. 41.3.48; Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.17; Paul. 8 Sab. D. 18.1.27; Mod. 5 pand. D. 50.16.109; Ner. 5 membr. D. 41.10.5. Hierzu *Söllner*, SZ 122 (2005) 28 f.

[98] Nach Paul. 54 ed. D. 41.4.2 pr. muss der Erwerber bei Kaufvertragsschluss und Übergabe *bona fide* sein, während Ulp. 16 ed D. 41.3.10 pr. unter Berufung auf Sabinus und Cassius annimmt, es komme allein auf den Zeitpunkt der Übergabe an, in Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.17 aber betont, der Erwerber müsse sowohl bei Abschluss des Kaufvertrags als auch bei Übergabe *bona fide* sein. Da Ulpian hier auch Julian zitiert, wird man aus Iul. 44 dig. D. 41.4.7.4 nicht folgern dürfen, dass es nach dessen Ansicht allein auf den Zeitpunkt des Kaufvertrags angekommen sei.

[99] Vgl. neben den in Fn. 98 genannten Quellen etwa Pap. 23 quaest. D. 41.3.44.4. Insbesondere mit Blick auf Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.3 ist umstritten, ob dies auch für die Ersitzung *pro donato* gilt. Bejahend neben *Kaser*, RP I § 101 I 4 Fn. 54, und *Voci*, Modi (1952) 175, aus jüngerer Zeit *Sánchez-Moreno Ellart*, Index 29 (2001) 339–360. Dass die Ersitzung in diesem Fall fortbestehende *bona fides* vorausgesetzt habe, meinen dagegen *Santoro*, St. Talamanca VII 224–232; *Bonfante*, Corso II.2 265 f.

[100] Iul. 44 dig. D. 41.4.7.4.

[101] Zu möglichen Gründen für die eher ungewöhnliche Zweijahresfrist *Lauria*, FG Lübtow (1980) 185; *Michel*, Hom. Dekkers 135–151; *Chevreau*, Temps (2006) 66: Schutz vor Verlust während des erforderlichen Brachejahres.

[102] Cic. Caecin. 19,54 (o. Fn. 6). Seltsamerweise behauptet Gai. 2.42, schon die XII Tafeln hätten auch für die *aedes* eine zweijährige Ersitzungsfrist angeordnet.

[103] So Iav. 9 ep. D. 41.3.23 pr.

[104] So Labeo bei Pomp. 30 Sab. D. 41.3.30.1.

[105] Gai. 2.61; dazu jüngst *Platschek*, SZ 130 (2013) 409–412; *Pool*, SZ 131 (2014) 374–380 und wiederum *Platschek*, SZ 131 (2014) 392–394.

20 Für den Ablauf der Frist werden alle Tage gezählt;[106] Schalttage und -monate verlängern die Frist.[107] Für den Fristablauf genügt es, wenn die Sache am letzten Tag des Fristlaufs auch nur ganz kurz besessen wurde.[108]

21 Wird in laufender Ersitzungsfrist der Besitz unterbrochen (*usurpatio*),[109] so kommt die bis dahin verstrichene Zeit nicht mehr in Betracht: Die Ersitzungsfrist beginnt nach Rückerlangung der Sache neu. Für die Unterbrechung des Besitzes können symbolische Handlungen wie das Abbrechen eines Zweiges genügen[110] – allerdings vermutlich nur, wenn der Handelnde damit gezielt den Besitz in Frage stellen wollte, etwa im Vorfeld eines Prozesses um die Sache. Folgenlos bleibt dagegen die bloße Einlassung auf eine Herausgabeklage des Eigentümers[111] oder des Schenkers nach Widerruf der Schenkung;[112] selbst die *missio in possessionem* eines Dritten unterbricht die Ersitzung nicht.[113] Auf die XII Tafeln geht die Sonderregel zurück, dass die *usurpatio*, welche die Ersitzung der *manus* über die Ehefrau (→ § 44 Rn. 14) unterbrechen soll, voraussetzt, dass die Ehefrau drei aufeinanderfolgende Nächte außerhalb des ehelichen Hauses verbringt.[114]

22 Unter bestimmten Voraussetzungen kommt dem Ersitzenden für den Fristablauf auch die Zeit zugute, in der ein Vorgänger im Besitz die Sache besessen hat.[115] Hatte der Erblasser die Sache bereits *bona fide* besessen, so tritt der Erbe in die zugunsten des Erblassers laufende Ersitzungsfrist ein, auch wenn er selbst nicht *bona fide* ist,[116] sofern sich in der Zwischenzeit kein Dritter der Sache bemächtigt hat (gemeinrechtlich: *successio in possessionem*).[117] Konnte der Erblasser die Sache aus einem in dieser selbst liegenden Grund nicht ersitzen – weil sie etwa gestohlen war oder dem Fiskus gehörte –, beginnt die Ersitzungsfrist für den Erben zu laufen, sobald der Ausschlussgrund be-

---

[106] Pomp. 32 Sab. D. 41.3.31.1; dazu *Apathy*, FS Wesener 38–41.

[107] Marcell. 6 dig. D. 44.3.2.

[108] Ven. 5 int. D. 44.3.15 pr.; vgl. aber auch Ulp. 27 Sab. D. 41.3.7: Ideoque qui hora sexta diei kalendarum Ianuariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie kalendas Ianuarias implet usucapionem.

[109] Paul. 54 ed. D. 41.3.2.

[110] Cic. de orat. 3,28,110 und dazu *Santoro*, St. Talamanca VII 203–233.

[111] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.18; Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.20; Marcell. 22 dig. D. 41.6.2; Ulp. 16 ed. D. 6.1.17.1 a. E.; Paul. 21 ed. D. 6.1.21; Paul. 54 ed. D. 41.4.2.21. Hierzu und zu den prozessualen Folgen eines Ersitzungserwerbs durch den Beklagten im laufenden Prozess *Klingenberg*, FS Wesener 237–252. Anders für einen Sonderfall womöglich Paul. 2 Ner. D. 3.5.18.3 und dazu *Wacke*, FG Lübtow (1980) 279, der aber annimmt, hier werde der Grundsatz *mala fides superveniens non nocet* durchbrochen.

[112] Marcell. 22 dig. D. 41.4.2.

[113] Iul. 44 dig. D. 41.5.2 pr.

[114] Gell. 3,2,12–13.

[115] Dazu *Rützenhoff*, Accessio temporis (1986) 57–89; *Arangio-Ruiz*, Ist. 214 f., hält dies für nachklassisch.

[116] Pap. 22 quaest. D. 41.3.43 pr.; Paul. 54 ed. D. 41.4.2.19; Iul. 44 dig. D. 41.4.7 pr.

[117] Iav. 4 ep. D. 41.3.20; Pomp. 32 Sab. D. 41.4.6.2.

seitigt ist.[118] Der Vermächtnisnehmer steht in alledem einem Erben gleich.[119] Sofern nur der Erblasser noch zu Lebzeiten den Besitz an der Sache erworben hatte,[120] läuft die Ersitzungsfrist auch zugunsten des Außenerben weiter, bevor dieser die Erbschaft angetreten hat; so kann die Ersitzung auch zugunsten der *hereditas iacens* eintreten.[121] Diese Grundsätze werden auf den *bonorum possessor*, den mittels Fideikommisses Bedachten und denjenigen, dem der Nachlass aufgrund des *SC Trebellianum* herausgegeben wird, sowie überhaupt auf all jene übertragen, die der Prätor in das Vermögen eines anderen einweist.[122] Eine Konstitution der Kaiser Septimius Severus und Caracalla erstreckt sie am Ende der klassischen Phase auf den Käufer einer einzelnen Sache.[123]

3. Ausschlussgründe

a. Entwendete und gewaltsam in Besitz genommene Sachen

Dass entwendete Sachen nicht ersessen werden können (→ § 44 Rn. 6), schränkt die praktische Bedeutung der Ersitzung für bewegliche Sachen stark ein:[124] Wer wissentlich eine fremde Sache veräußert, begeht ein *furtum* und schließt die Sache damit unabhängig von einem guten Glauben des Erwerbers von der Ersitzung aus.[125] Möglich war die Ersitzung beweglicher Sachen daher nur in zwei Fällen: wenn auch der Veräußerer sich für berechtigt hielt, wenn er etwa als Erbe Sachen veräußert, die der Erblasser nur **23**

[118] Pomp. 24 Q. Muc. D. 41.3.24 pr.

[119] Paul. 5 Plaut. D. 41.3.14.1.

[120] Dieses Erfordernis betont Pap. 10 resp. D. 41.3.45.1: Hat nach dem Tode des Erblassers ein zum Nachlass gehörender Sklave die Sache für sein Pekulium erworben, läuft die Ersitzungsfrist damit zugunsten des Erben nicht an.

[121] Ulp. 11 ed. D. 4.6.30 pr.; Paul. 32 Sab. D. 41.3.31.5; Ner. 5 reg. D. 41.3.40; Pap. 23 quaest. D. 41.3.44.3; Paul. 54 ed. D. 41.4.2.18; Pomp. 32 Sab. D. 41.4.6.2.

[122] Paul. 54 ed. D. 41.4.2.19.

[123] Zitiert in Inst. 2.6.13 – nach *Rützenhoff*, Accessio temporis (1986) 79, bezog sich die Konstitution auf die *longi temporis praescriptio*; in diesem Sinne auch Paul. 54 ed. D. 41.4.2.16,20, dazu *Sánchez-Moreno Ellart*, BIDR 98/99 (1995/96) 541–556; *Rützenhoff*, Accessio temporis (1986) 81 f., 83–89. Dagegen könnten sich Paul. 15 Plaut. D. 41.3.14 pr. und Iav. 1 ep. D. 41.3.19 ursprünglich auch auf das Interdikt *utrubi* bezogen haben – so *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 114 Fn. 434, und *Sánchez-Moreno Ellart*, BIDR 98/99 (1995/96) 520; zur *accessio temporis* bei Einzelrechtsnachfolge hier nur Gai. 4.151. Gleiches liegt wegen des Werks, aus dem die Ausführungen stammen, für Ven. 5 int. D. 44.3.15.1–6 nahe, obwohl dort pr. von der *usucapio* die Rede ist; *Sánchez-Moreno Ellart*, BIDR 98/99 (1995/96) 491, 502. Für nachklassisch hält die *accessio temporis* bei der Ersitzung in Fällen der Singularsukzession *Zanzucchi*, AG 72 (1904) 388; hiergegen schon *Krüger*, SZ 26 (1905) 146–148.

[124] Dies betont bereits Gai. 2.50; eingehend, auch vor dem Hintergrund der Wandlungen des *furtum*-Begriffs, *Göhlert*, Erwerb (2007) 104–155.

[125] Gai. 2.50. Ebenso Diocl./Max. C. 7.27.2 (a.293) und Diocl./Max. C. 7.26.7 (a.294), dazu *Klingenberg*, FS Sutter 264–276.

geliehen oder gemietet hatte,[126] oder wenn an der Sache kein Diebstahl begangen werden kann, wie etwa an Nachlasssachen vor Antritt der Erbschaft.[127] Angesichts eines solchen Regel-Ausnahme-Verhältnisses fragt sich, wie die Ersitzung dazu beitragen konnte, dass die Eigentumslage rasch geklärt wird, womit Gaius ihre Anerkennung begründet.[128] Sollte der Nachweis, dass die Sache gestohlen wurde, dem Herausgabekläger auferlegt worden sein,[129] wären immerhin die erheblichen Beweisvorteile, welche das Institut der *usucapio* dem beklagten Besitzer verschaffte,[130] unberührt geblieben, und so mancher Prätendent hätte womöglich von einer aussichtslos erscheinenden Klage abgesehen – insofern hätte die Ersitzung trotz ihres beschränkten materiell-rechtlichen Anwendungsbereichs womöglich für einen gewissen Rechtsfrieden gesorgt.

24 Der flüchtige Sklave stiehlt sich selbst und kann daher nicht ersessen werden.[131] Wird eine Sache gestohlen, die später bei einem gutgläubigen Besitzer Früchte trägt, so wird dieser Eigentümer der Früchte (→ § 44 Rn. 33) auch dann, wenn diese im Zeitpunkt des Diebstahls bereits in der Muttersache angelegt waren.[132] Das Kind einer Sklavin aber wird nicht als deren Frucht angesehen,[133] wird daher also nicht mit seiner Geburt Eigentum des gutgläubigen Besitzers und kann, da es nach Ansicht der Juristen der klassischen Phase mit der schwangeren Sklavin gestohlen wurde, von ihm auch nicht ersessen werden.[134]

---

[126] Gai. 2.50.

[127] *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 95. Zum Ausschluss eines *furtum* an Sachen aus einer *hereditas iacens* etwa Gai. 3,201; Iul. 24 dig. D. 9.4.40; Iul. 3 Urs. Fer. D. 41.3.35; Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.14; Scaevola bei Ulp. 38 ed. D. 47.4.1.15.

[128] Gai. 2.44 (gerade in Bezug auf den Erwerb vom Nichteigentümer!); Gai. 21 ed. prov. D. 41.3.1. Dass die *usucapio* zu einer *finis sollicitudinis ac periculi litium* führe, behauptet Cic. Caecin. 26,74 nur in Bezug auf ein Grundstück; offener aber – ebenfalls bezogen auf den Erwerb vom Nichteigentümer – Ner. 5 membr. D. 41.10.5 pr. – *Giancoli*, Labeo 43 (1997) 259–271, meint, nach Ansicht des Sabinus habe die *lex Atinia* nur solche Sachen von der Ersitzung ausgeschlossen „per le quali fosse possibile … l'azione di furto".

[129] Einen schwachen Hinweis darauf gibt Phil. C. 7.26.6 (o.J.).

[130] Dazu *Göhlert*, Erwerb (2007) 162–164.

[131] Afr. 7 quaest. D. 47.2.61.

[132] So für ein Lamm, das ein trächtig gestohlenes Schaf gebiert, Paul. 7 Plaut. D. 41.1.48.2; Paul. 54 ed. D. 41.3.4.19.

[133] Gai. 2 rer. cott. D. 22.1.28.1; vgl. auch die gesonderte Aufzählung von *fructus* und *partus ancillae* bei Maec. 2 fideic. D. 34.2.30 pr.

[134] Iul. 69 dig. D. 1.5.26; Ulp. 42 Sab. D. 47.2.48.5. – Das erst beim gutgläubigen Besitzer empfangene Kind der gestohlenen Sklavin dagegen fällt zwar ebenfalls nicht sogleich in das Eigentum des Besitzers der Mutter, kann aber ersessen werden: Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.3,4; Iul. 44 dig. D. 41.3.33 pr.; Iul 2 Min. D. 41.4.7.10; Pomp. 32 Sab. D. 41.10.4 pr.; Ulp. 42 Sab. D. 47.2.48.5; Ant. C. 7.26.3 (o.J.); hierzu eingehend *Sanna*, SDHI 74 (2008) 397–438. Zur in Pomp. 32 Sab. D. 41.10.4 pr. angedeuteten Ansicht des *Trebatius Abramenko*, SZ 114 (1997) 426–434: Beginn der Ersitzungsfrist schon mit Empfängnis.

Eine gestohlene Sache kann wieder ersessen werden, sobald sie in den Machtbereich ihres Eigentümers, der nicht notwendigerweise der Bestohlene sein muss, zurückkehrt.[135] Diese *reversio in potestatem* fällt nicht notwendigerweise mit dem Erwerb der *possessio* zusammen: So genügt es etwa nicht, dass die Sache an einen *procurator* gelangt, auch wenn der *dominus* durch diesen die *possessio* erwirbt.[136] Der Eigentümer muss die Sache zudem als die seine erkannt haben, damit sie nach Rückkehr zu ihm wieder ersessen werden kann.[137] Auch der Eigentümer selbst kann ein *furtum* begehen, etwa wenn er die Sache verpfändet und sodann dem Pfandgläubiger entzieht; ob eine Ersitzung der Sache allerdings auch in diesem Fall ausgeschlossen[138] oder aber deshalb möglich ist, weil sie ja zum Eigentümer zurückkehrt,[139] ist aufgrund widersprüchlicher Stellungnahmen des Paulus zweifelhaft.[140] **25**

Eine *lex Iulia et Plautia*[141] stellt gewaltsam entzogene Sachen den gestohlenen gleich und erklärt auch sie für nicht ersitzbar.[142] Dies dürfte insbesondere bei Grundstücken praktische Bedeutung gehabt haben,[143] da diese nach klassischem Recht nicht Gegenstand eines *furtum* sein konnten.[144] **26**

b. Sonstige nicht ersitzungsfähige Sachen

Ganz allgemein können Dinge, die keinem Privateigentum zugänglich sind, nicht ersessen werden:[145] *res religiosae* und *res sacrae*;[146] *res sanctae* wie Stadtmauern und -tore;[147] *res publicae* wie der *ager vectigalis*;[148] die Provinzialgrundstücke,[149] da sie im Eigen- **27**

---

[135] Paul. 54 ed. D. 41.3.4.6; Lab. 5 pith. a Paul. epit. D. 41.3.49. Vgl. dazu aus jüngerer Zeit *Bělovský*, RIDA 49 (2002) 59–82; *Calzada*, SDHI 78 (2012) 167–196.

[136] Ner. 7 membr. D. 41.3.41. Weitere Zweifelsfragen im Zusammenhang mit Besitz durch Dritte erörtern Paul. 54 ed. D. 41.3.4.7,14 und Iul. 22 dig. D. 47.2.57.2–4.

[137] Paul. 54 ed. D. 41.3.4.12.

[138] So offenbar Paul. bei Lab. 5 pith. a Paul. epit. D. 41.3.49; auch Phil. cum consilio collocutus dixit C. 7.26.6 (o. J.).

[139] So Paul. 54 ed. D. 41.3.4.21 in Anschluss an Cassius; für Ersitzbarkeit auch Mod. 10 pand. D. 41.4.5.

[140] Dazu *Kaser*, Pfandrecht (1982) 40: eine Kontroverse, in der Paulus seine Ansicht gewechselt habe; *Bělovský*, RIDA 49 (2002) 63–71.

[141] Gai. 2,45. Nach wohl herrschender Ansicht handelt es sich um zwei Gesetze: eine *lex Plautia de vi* aus der Zeit zwischen 78 und 63 v. Chr. und eine von Caesar oder Augustus initiierte *lex Iulia de vi*; so *Kaser*, RP I § 101 I 2; *Mayer-Maly*, s. v. usucapio, RE IX A.1 1107; *Watson*, Property (1968) 30; *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 110.

[142] Gai. 2.45; 2.49; Iul. 44 dig. D. 41.3.33.2.

[143] Vgl. Gai. 2.51.

[144] Hier nur *Kaser*, RP I § 143 I mit Fn. 8 und § 41 III 1 mit Fn. 24.

[145] Gai. 4 ed. prov. D. 41.3.9.

[146] Gai. 2.48; zur Definition Gai. 2.3–4; Marcian. 3 inst. D. 1.6.3,4.

[147] Gai. 2.8.

[148] Paul. 19 ed. D. 6.2.12.2; Gai. 4 ed. prov. D. 41.3.9.

[149] Gai. 2.46.

tum des römischen Volkes oder des Kaisers stehen[150] – denn auch zulasten des Fiskus findet keine Ersitzung statt.[151] Freie Menschen können nicht (zu Sklaven) ersessen werden,[152] auch kann die Freiheitsaussicht eines *statuliber* nicht „versessen" werden.[153]

28 Bereits die XII Tafeln schlossen die Ersitzung in weiteren Fällen aus: Ein Grenzrain von fünf Fuß Breite zwischen außerhalb der Stadt befindlichen Grundstücken kann nicht ersessen werden,[154] ferner nicht Grabstätten und Orte, an denen Tote verbrannt worden waren.[155] Diese Ausschlüsse gelten in klassischer Zeit fort.[156]

29 Nach Gai. 2.47 schlossen die XII Tafeln auch die Ersitzung einer *res mancipi* aus, welche eine unter agnatischer Vormundschaft stehende Frau ohne Zustimmung ihres Vormunds veräußert hatte.[157] Dieses Ersitzungsverbot ist spätestens mit der Abschaffung der agnatischen Vormundschaft durch eine *lex Claudia*[158] gefallen. Wäre (noch in klassischer Zeit) die Ersitzung einer *res mancipi*, die von einer Frau ohne *auctoritas tutoris* veräußert wurde, allgemein nicht möglich gewesen, wie manche aus dem in Gai. 2.80 angesprochenen Veräußerungsverbot schließen wollen,[159] wäre die Darstellung in Gai. 2.47 allzu missverständlich.[160] Frg. Vat. 1 belegt, dass nach der *constitutio Rutiliana* eine ohne *auctoritas tutoris* veräußerte Sache jedenfalls nach in hochklassischer Zeit offenbar durchgedrungener Ansicht dann ersessen werden konnte, wenn der veräußernden Frau der Kaufpreis gezahlt worden war.[161]

30 Eine *lex Iulia repetundarum* aus dem Jahr 59 v. Chr. schloss die Ersitzung solcher Sachen aus, die entgegen dem im gleichen Gesetz aufgestellten Verbot Provinzialbeamten geschenkt worden waren.[162]

---

[150] Gai. 2.21.

[151] Pomp. 24 Q. Muc. D. 41.3.24.1; Mod. 5 reg. D. 41.3.18; Inst. 2.6.9; Alex. C. 7.30.2 (a.231).

[152] Gai. 2.7; 2.46; Gai. 4 ed. prov. D. 41.3.9.

[153] Dies folgt mittelbar aus Iul. 57 dig. D. 21.2.39.4, wonach derjenige, der einen *statuliber* unter Verschweigung dieser Eigenschaft veräußert, dem Käufer „ewig" für „Eviktion" haftet.

[154] Cic. leg. 1,55.

[155] Cic. leg. 2,61.

[156] Vgl. die Hinweise von Cicero (soeben Fn. 154 f.).

[157] Anders nun *Söllner*, SZ 122 (2005) 15–17, der den Text mit Emendationen als Verbot einer Ersitzung der Frau selbst liest.

[158] Ulp. reg. 11.8. Vgl. mit Bezug auf die Ersitzung der *manus* noch Cic. Flacc. 34,84.

[159] *Sturm*, RIDA 9 (1962) 398 f.; gegen ihn *Hausmaninger*, Bona fides (1964) 19 Fn. 31.

[160] Auch Frg. Vat. 259 belegt nicht, dass eine *sine auctoritate tutoris* von einer Frau erworbene *res mancipi* nicht ersessen werden konnte; *Kaser*, SZ 105 (1988) 158–160; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 65 Fn. 16. In Frg. Vat. 1 scheitert die Ersitzung einer *res mancipi*, die eine Frau ohne *auctoritas tutoris* veräußerte, nicht schlechthin, sondern weil dem Erwerber, der diese Umstände kannte, die *bona fides* fehlte – eine Ersitzung wäre also offenbar auch in diesem Fall möglich gewesen, hätte der Erwerber an die *auctoritas tutoris* oder ihre fehlende Erforderlichkeit geglaubt; vgl. *Hausmaninger*, Bona fides (1964) 19, 23.

[161] *Hausmaninger*, Bona fides (1964) 23. Gegen die Existenz einer *constitutio Rutiliana* allerdings bedenkenswert *Bauer*, TR 54 (1986) 97–100, die meint, der Text lautete … *Iulianus propter utilitatem constituit.*

[162] Paul. 54 ed. D. 48.11.8; Paul. 7 Plaut. D. 41.1.8 pr.

c. Fehlendes Bürgerrecht des Erwerbers

Nach ganz herrschender Ansicht war der Erwerb durch *usucapio* einem Nichtrömer verschlossen (→ § 44 Rn. 3). Belegt ist jedenfalls, dass es sich bei der Ersitzung wie bei der *in iure cessio* und der *mancipatio* um ein Institut des *ius proprium civium Romanorum* handelt.[163] Fraglich ist daher nur, ob ein mit *commercium* ausgestatteter Ausländer, der ja auch an einer *mancipatio* mitwirken konnte,[164] durch Ersitzung erwerben konnte. Der XII–Tafel-Satz *adversus hosten aeterna auctoritas esto* schließt das nicht zwangsläufig aus; die wenigen anderen Quellen, die diese Frage streifen, lassen keine eindeutigen Schlüsse zu.[165] **31**

IV. Rechtsstellung des Ersitzungsbesitzers

Liegen die übrigen Voraussetzungen für eine Ersitzung vor, ist aber die Ersitzungsfrist noch nicht abgelaufen, so ist der Ersitzungsbesitzer zwar noch nicht Eigentümer der Sache; der Prätor gewährt ihm jedoch bereits (nahezu) umfassenden prozessualen Schutz: Mit der *actio Publiciana* (→ § 63) kann er auf Herausgabe der Sache klagen, wenn er sie vor Ablauf der Ersitzungsfrist verloren hat; verklagt ihn der Eigentümer (mit der *rei vindicatio*) vor Ablauf der Ersitzungsfrist auf Herausgabe, kann der Ersitzungsbesitzer ihm die *exceptio rei venditae et traditae* entgegenhalten, wenn der Eigentümer ihm die Sache verkauft und übergeben hat. In diesem Fall ist der prozessuale Schutz schon vor Ablauf der Ersitzungsfrist so umfassend, dass die Sache nach Ansicht der klassischen Juristen bereits dem Vermögen des Ersitzungsbesitzers zuzuordnen ist (*in bonis*): Sein „prätorisches Eigentum“ setzt sich im Konfliktfall gegen das quiritische Eigentum durch (→ § 39 Rn. 7–8). Hat der Ersitzungsbesitzer die Sache dagegen von einem Nichtberechtigten erworben, kann er zwar ebenfalls die *actio Publiciana* erheben; gegenüber dem wahren Eigentümer aber wird ihm der prozessuale Schutz verweigert: Denn in diesem Fall kann der Ersitzungsbesitzer einer Herausgabeklage des Eigentümers, der ihm die Sache ja nicht verkauft hat, keine Einrede entgegenhalten, und er muss sich, wenn er den Eigentümer auf Herausgabe verklagt, seinerseits die **32**

[163] Gai. 2.65.

[164] Ulp. reg. 19.4; vgl. dazu etwa *Kaser*, SZ 105 (1988) 143–145.

[165] In Frg. Vat. 259 – dazu etwa *Kaser*, SZ 105 (1988) 158–160 – wird eine Ersitzung durch einen *latinus Iunianus* für den konkreten Fall abgelehnt, wobei aber unklar ist, ob dies aus prinzipiellen Gründen geschieht oder weil die Veräußererin ohne *auctoritas tutoris* handelte (aber → § 44 Rn. 28) oder schlicht deshalb, weil *in casu* die Ersitzungsfrist noch nicht abgelaufen war. Nicht eindeutig ist auch Iav. 7 Cass. D. 41.8.7. In der in FIRA III Nr. 90 abgedruckten Kaufurkunde wird der Käuferin, die offenbar nicht das römische Bürgerrecht hat, versprochen, dass sie ersitzen können soll (Z. 10), doch ist Kaufgegenstand vermutlich ein Provinzialgrundstück, das nicht ersessen werden kann; vgl. die Anmerkungen in FIRA, aber auch *Weiß*, SZ 37 (1916) 146–157, und *Kaser*, St. Arangio-Ruiz II 142 Fn. 33.

exceptio iusti dominii entgegenhalten lassen. Er erwirbt daher noch kein „prätorisches" Eigentum und muss bis zum Erwerb des quiritischen den Ablauf der Ersitzungsfrist abwarten.

33 Wer eine Sache in gutem Glauben besitzt, wird Eigentümer der aus ihr gezogenen Früchte,[166] und zwar unabhängig davon, ob er die Muttersache ersitzen kann.[167] Der gutgläubige Besitzer eines in fremdem Eigentum stehenden Sklaven erwirbt durch diesen Besitz und Eigentum an den Sachen, die der Sklave durch eigene Arbeit oder in Vermögensangelegenheiten des Besitzers erwirbt;[168] dies gilt wiederum auch dann, wenn der Besitzer des Sklaven diesen nicht ersitzen kann.[169]

V. *Longi temporis praescriptio*

34 Provinzialgrundstücke gehören dem *populus Romanus* oder dem Kaiser[170] und können daher nicht ersessen werden (→ § 44 Rn. 27). Dem langfristigen Besitzer eines solchen Grundstücks wird jedenfalls seit der Spätklassik gegen Herausgabeklagen Dritter Rechtsschutz gewährt, mittels der *praescriptio*[171] *longi temporis*, die jedenfalls[172] eine Verurteilung zur Herausgabe ausschloss.[173] Informationen über dieses Institut liefern letztlich nur ein doppelt überliefertes Reskript der Kaiser Septimius Severus und Caracalla aus dem Jahr 199 v. Chr.[174] und – insoweit wohl klassisches Recht wiedergebend – Paul. sent.5.2.3.4 sowie frühnachklassische Kaisergesetze. Spätklassische Quellen[175] deuten an, dass die Grundsätze der *longi temporis praescriptio* schon zu dieser Zeit auch auf bewegliche Sachen Anwendung fanden – womöglich zugunsten von Peregrinen, sofern diese von der Ersitzung ausgeschlossen waren (→ § 44 Rn. 31).[176]

35 Die *longi temporis praescriptio* setzt voraus, dass der Beklagte die Sache, um die es geht, in seinem Besitz (*possessio*, → § 40)[177] hatte, und zwar, wenn der Kläger mit ihm in

---

[166] Vgl. etwa Inst. 2.1.35; Iul. 7 dig. D. 22.1.25.1.

[167] Paul 7 Plaut. D. 41.1.48 pr.

[168] Gai. 2.95; Ulp. 43 Sab. D. 41.1.23 pr.; *Söllner*, CRRS IX 32; *Klinck*, Erwerb (2004) 78–90.

[169] Iul. 3 Min. D. 41.1.39.

[170] Gai. 2.7.

[171] Abgeleitet von der παραγραφή des gr. Rechts, ohne unmittelbaren Bezug zur *praescriptio* des Formularprozesses; *Arangio-Ruiz*, Ist. 209; vorsichtiger *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 26–29; mit anderer Tendenz *Cornioley*, TR 41 (1973) 122 f.

[172] Zur Frage einer rechtsverschaffenden Wirkung *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 95–105.

[173] Zur Vorgeschichte *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 42–71.

[174] FIRA I Nr. 84 und 85.

[175] Marcian. 5 reg. D. 44.3.9; Mod. 6 diff. D. 44.3.3. Aus nachklassischer Zeit Diocl./Max. C. 7.33.8 (a.294).

[176] *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 122 Fn. 462; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 67 I; *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 82–84.

[177] *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 81; *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 122.

derselben Stadt oder Provinz[178] wohnt, zehn Jahre lang, andernfalls zwanzig Jahre lang.[179] Vorausgesetzt wird nicht nur ununterbrochener, sondern ungestörter Besitz: Schon die Erhebung einer Herausgabeklage unterbricht die Frist.[180] Unter bestimmten Voraussetzungen wird der Fristlauf zum Schutz des Berechtigten ausgesetzt.[181] Gefordert wird ein *iustum initium*: Der Besitzerwerb muss von einer *iusta causa* (→ § 45) getragen[182] und der Besitzer bei Besitzerwerb *bona fide* sein.[183]

VI. Nachklassische Entwicklungen

Eine Konstitution Konstantins, die nur mittelbar überliefert ist,[184] führt eine *praescriptio* ein, mit der sich derjenige, der eine Sache 40 Jahre lang ununterbrochen und ohne Rechtsstreit in Besitz hatte, ohne Rücksicht auf einen *iustus titulus* und wohl eine auch nur anfängliche *bona fides*[185] gegen die Herausgabeklage eines Dritten verteidigen kann. Sie dürfte die spätklassische *longi temporis praescriptio* verdrängt haben[186] und wurde bereits im Laufe des vierten Jahrhunderts ihrerseits von einer ganz allgemeinen *praescriptio triginta annorum* verdrängt.[187] Die klassischen Grundsätze der (materiell-recht- **36**

[178] Nach FIRA I Nr. 84 u. 85 kommt es auf die Einwohnerschaft in derselben Polis an; der Bericht in C. 7.33.12 (a.531) deutet an, dass es für das übrige Reichsgebiet streitig gewesen sein mag, ob auf die Stadt oder die Provinz abzustellen ist; *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 80 f.

[179] Diocl./Max. C. 7.33.9 (a.294); C. 7.33.11 (a.528); C. 7.33.12 (a.531); Diocl./Max. C. 7.35.7 (o.J.); Paul. sent.5.2.3; Paul. sent.5.5a.8. *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 122.

[180] FIRA I Nr. 84, 85; Paul. sent.5.2.4; Const. C. 7.32.10 (a.310); Sev./Ant. C. 7.33.1 (a.202); Diocl./Max. C. 7.33.2 (a.286); 7.35.4 (a.292); 7.33.10 (a.294); 7.35.7 (o.J.). *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 123; *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 90 f.; *Vacca*, Possesso (2012) 182.

[181] Alex. C. 7.35. (a.224: Soldat im Feld); Diocl./Max. C. 7.35.2 (a.286: Anwesenheit am Kaiserhof); 7.35.3 (a.290: Minderjährigkeit); 7.35.4 (a.292: Abwesenheit *rei publicae causa vel maxime fortuito casu*); 7.35.6 (a.294: Kriegsgefangenschaft).

[182] FIRA I Nr. 84, 85; Diocl./Max. C. 7.32.6; 7.33.4–5 (jeweils a.293); 7.33.8 (a.294); 7.34.4–5 (beide o. J.); *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 122; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 67 I. – Gegen eine Gleichsetzung von *iustum initium possessionis* und *iusta possessio* mit *iusta causa* aber *Vacca*, Possesso (2012) 184–187.

[183] FIRA I Nr. 85; Pap. 2 def. D. 44.3.11; Diocl./Max. C. 7.33.2 (a.286); 7.33.6 (a.293). *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 122; *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 86. *Honsell/Mayer-Maly/Selb* § 67 I: spätestens seit Gord. C. 5.73.1 (a.238).

[184] Sie wird erwähnt in Valent./Val. C. 7.39.2 (a.365) und in einem Prozessprotokoll aus dem Jahr 340 n. Chr. (FIRA III Nr. 101); zu diesem nun *Bianchi*, ACost. XVII.2 (2010) 707–744.

[185] In dem in FIRA III Nr. 101 wiedergegebenen Protokoll wird vorgetragen (III, Z. 9), es komme nach der Konstitution auf einen „rechtmäßigen Beginn" des Besitzes nicht an; dazu *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 123 f. mit Fn. 470.

[186] *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 124 mit Fn. 471.

[187] Hon./Theod. Cod. Theod. 4.14.1 = C. 7.39.3 (a.424), mit der das Recht nicht reformiert, sondern bereits in Übung befindliches Recht bestätigt wurde, so *Levy*, BIDR 51/52 (1948) 361–364.

lich wirkenden) *usucapio* scheinen in dieser Entwicklung außer Übung geraten zu sein.[188]

37 Bestimmte Sachen werden von der nachklassischen *praescriptio longi temporis* ausgenommen, können also „ewig" herausverlangt werden, namentlich Sachen, die im Eigentum der Kirche oder geistlicher Einrichtungen[189] oder des Kaisers[190] stehen oder zum von der Mutter geerbten Vermögen (*bona materna*) gehören.[191]

38 Justinian gestaltet die Ersitzung grundlegend um.[192] Er schafft die Möglichkeit ab, italische Grundstücke binnen Zweijahresfrist zu ersitzen, und setzt an ihre Stelle bei allen Grundstücken eine *longi temporis praescriptio* von zehn Jahren unter Anwesenden und zwanzig Jahren unter Abwesenden, die anfängliche *bona fides* und eine *iusta causa* voraussetzen. Für bewegliche Sachen wird das Institut der *usucapio* beibehalten, aber ihre Frist auf drei Jahre verlängert. Diese Grundsätze werden ergänzt durch Einzelfallanordnungen einer dreißig-,[193] vierzig-[194] oder gar hundertjährigen[195] *praescriptio* und eine *praescriptio longissimi temporis* von dreißig oder gar vierzig Jahren, die guten Glauben, aber wohl keine *iusta causa* voraussetzt.[196]

---

[188] *Albanese*, Situazioni possessorie (1985) 124; *Levy*, Vulgar Law (1951) 179 f.; *Levy*, BIDR 51/52 (1948) 355 f. Vgl. immerhin noch Diocl./Max. C. 7.34.2 (o.J.).

[189] Valent./Theod./Arc. C. 7.38.2 (a.387); vgl. aber Fn. 195.

[190] Valent./Val. C. 7.38.1 (o.J.); Valent./Theod./Arc. C. 7.38.2 (a.387); Arc./Hon. C. 7.38.3 (a.396).

[191] Const. C. 6.60.1.2 (a.319).

[192] C. 7.31.1 (a.531) und Inst. 2.6 pr. Die dortigen Angaben zum seinerzeit in Italien geltenden Recht treffen allerdings nicht zu, so *Levy*, BIDR 51/52 (1948) 354 f. Eingehend zur Reform *Vacca*, Possesso (2012) 205–260.

[193] Etwa bei entgegen dem in Cod. Theod. 5.9.5 (a.439) aufgerichteten Verbot veräußerten Dotalsachen, Novell. Iust.22.24 (a.536); Sachen, die ohne Kenntnis des Eigentümers von einem bösgläubigen Besitzer veräußert wurden, Novell. Iust.119.7 (a.544).

[194] Bei Sachen Minderjähriger, C. 2.40.5.1 (a.531).

[195] Bei Sachen der Kirchen, Klöster oder sonstigen geistlichen Einrichtungen, C. 1.2.23.2 (a.530) und Novell. Iust.9 (a.535); später reduziert auf vierzig Jahre, Novell. Iust.111.1 (a.541) und Novell. Iust.131.6 (a.544).

[196] C. 7.39.8 (a.528) u. 7.39.9 (a.529).

§ 45 Die *causa* als Erwerbsvoraussetzung

Guido Pfeifer

Michel, Gratuité en droit romain, 1960; *Kaser*, Zur „Iusta Causa Traditionis", BIDR 64 (1961) 61–97; *Mayer-Maly*, Das Putativtitelproblem bei der usucapio, 1962; *Zimmermann*, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990 (Ndr. 1992, 1996) 477–507; *Schanbacher*, Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung bei der Übereignung durch Traditio und beim Leistungsversprechen durch Stipulatio, TR 60 (1992) 1–27; *Meissel*, Julian und die Entdeckung des dinglichen Vertrages, [illegible] in: Falk, Ulrich/Luminati, Michele/Schmoeckel, Matthias (Hgg.), Fälle aus der Rechtsgeschichte, 2008, 62–76; *Empell*, In causis vero dissentiamus, 2020; *Meincke*, Perspektiven des Schenkungsrechts in den Institutionen Justinians, FHI, 2010; *Chiusi*, Zu Archaismen und „Wiederkehrungen" im Schenkungsrecht, Iura 60 (2012) 234–246; *Laborenz*, Solutio als causa. Die Frage des Abstraktionsprinzips im römischen Recht, 2014.

Inhalt Rn.

I. iusta causa als Voraussetzung des Eigentumserwerbs 1
II. Erwerbstitel im Überblick 4
III. Irrtum über den Erwerbsgrund (error falsae causae) 6
IV. Inbesondere: Erwerb donandi causa 8
1. Rechtsnatur und Formvoraussetzungen der Schenkung (*donatio*) 9
2. Beschränkungen der Schenkung 11
3. Rechtsbeständigkeit der Schenkung 15

I. *Iusta causa* als Voraussetzung des Eigentumserwerbs

Die Frage, welche Anforderungen die römischen Juristen an eine *iusta causa* als Voraussetzung für den Erwerb von Eigentum stellten, zählt zu den am meisten diskutierten, nicht nur der modernen Romanistik.[1] Berührt wird dabei nicht allein der derivative Erwerb des Eigentums, insbesondere im Wege der *traditio* als formlosem Erwerbsgeschäft (→ § 43 Rn. 6), sondern zugleich das Verhältnis zu den Besitztiteln (→ § 40 Rn. 1) sowie zur *causa* als Zuwendungs- bzw. Behaltensgrund bei den *condictiones* (→ § 77 Rn. 8). 1

[1] Überblick bei *Laborenz*, Solutio (2014) 18–24.

2 Als grundsätzliche Voraussetzung für den Übergang des Eigentums im Zusammenhang mit der *traditio* postuliert Paul. 31 ed. D. 41.1.31 pr. ein Kausalgeschäft (*numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*).[2] Das Verständnis des Verhältnisses von *iusta causa* und Eigentumsübergang bewegt sich dabei in einem Spektrum von einer – heute so nicht mehr vertretenen – streng kausalen Abhängigkeit,[3] über die Annahme eines verselbständigten Erfüllungskonsenses als Grund des Eigentumserwerbs,[4] bis hin zur Funktion der *causa* als Zweckbestimmung, die den Eigentumsübergang rechtfertige.[5] Die Zusammenschau von Paul. 31 ed. D. 41.1.31 pr. mit weiteren Stellen[6] eröffnet indes einen zusätzlichen Deutungsspielraum: Insbesondere an Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.9.3 (*hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*) knüpft die Annahme an, dass nicht die *causa*, sondern der Wille zur Übertragung des Eigentums das entscheidende Element für letzteren darstelle.[7] Vor dem Hintergrund dieser Quellengrundlage ist schließlich auch die Entwicklung der Idee eines abstrakten dinglichen Vertrags durch Friedrich Carl von Savigny zu sehen.[8]

3 Abtretung vor Gericht und Manzipation sind hingegen im Hinblick auf die Eigentumsübertragung ohne weiteres vom Kausalgeschäft unabhängig, mithin abstrakt (→ § 43 Rn. 4), auch wenn die in den Urkunden dokumentierte Rechtspraxis den Kontext des jeweiligen Verkehrsgeschäfts stets bezeugt.[9]

II. Erwerbstitel im Überblick

4 Die häufigste Grundlage des derivativen Eigentumserwerbs (→ § 43 Rn. 2) bilden die Verkehrsgeschäfte wie Gai. 2.20 zeigt (*itaque si tibi uestem, uel aurum uel argentem tradidero siue ex uenditionis causa siue ex donationis siue quauis alia ex causa, statim tua*

---

[2] Zu den Ausnahmen siehe sogleich. Eingehend zu Paul. 31 ed. D. 41.1.31 pr. *Laborenz*, Solutio (2014) 25–31.

[3] Siehe *Laborenz*, Solutio (2014) 19, mit älterer Literatur.

[4] *Laborenz*, Solutio (2014) 19; dazu sogleich unter III.

[5] Grundlegend *Kaser*, BIDR 64 (1961) 61–97; weiters *Schanbacher*, TR 60 (1992) 1–27; dazu auch *Laborenz*, Solutio (2014) 20 f. mit weiterer Literatur, sowie *Klinck*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 19 mit Fn. 10.

[6] Insbesondere Ulp. reg. 19.7 und Gai. 2.20, dazu eingehend *Laborenz*, Solutio (2014) 25–34; zur Antinomie zwischen Iul. 14 dig. D. 41.1.36 und Ulp. 7 disp. D. 12.1.18 pr. siehe sogleich unter III.

[7] Siehe *Jahr*, SZ 80 (1963) 141–174; dazu auch *Laborenz*, Solutio (2014) 21, mit weiteren Nachweisen.

[8] Ausführlich *Meissel*, in: Falk et al., Fälle (2008) 62–76; zum dogmengeschichtlichen Hintergrund *Laborenz*, Solutio (2014) 60–89.

[9] Dazu *Kunkel*, Actes–06, p. 219, sowie *Pfeifer*, Fortschritt (2013) 109–111.

fit ea res, si modo ego eius dominus sim). Neben Kauf, Tausch, Darlehen oder Schenkung[10] können aber auch die Bestellung der Mitgift (→ § 35 Rn. 17), Erbschaft und Legat (→ § 53 Rn. 2; § 54 Rn. 2) oder die Erfüllung einer Schuld aus förmlichem Leistungsversprechen (→ § 21 Rn. 2) taugliche Erwerbsgründe darstellen.[11]

Grundsätzlich setzt der Erwerb des Eigentums die Gültigkeit des Kausalgeschäfts voraus;[12] so verhindert beispielsweise die Verbotsnichtigkeit der Ehegattenschenkung den Erwerb der übereigneten Sache.[13] Eine Ausnahme dazu bildet der Fall, in dem die *solutio* einer Verbindlichkeit den Eigentumserwerb unabhängig vom Bestehen letzterer bewirkt.[14] Hingegen scheint ein bloßer sog. Putativtitel, wie ihn die Glossatoren des Mittelalters anhand von Paul. 31 ed. D. 41.1.31 entwickelt haben,[15] und wie er für die Ersitzung (→ § 44 Rn. 15) in Einzelfällen für ausreichend erachtet wurde,[16] für den derivativen Eigentumserwerb den Quellen nicht entnehmbar.[17] 5

III. Irrtum über den Erwerbsgrund (*error falsae causae*)

Von der Problematik des Putativtitels zu unterscheiden ist der Fall, in dem zwar kein Zweifel an der Gültigkeit des Kausalgeschäfts als solcher besteht, sich die Parteien aber über den konkreten Erwerbsgrund im Dissens bzw. Irrtum befinden. Diese Konstellation hat in der Antinomie zwischen Iul. 14 dig. D. 41.1.36 und Ulp. 7 disp. D. 12.1.18 pr. besondere Prominenz erlangt.[18] Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Julian-Fragment zwei unterschiedliche Beispielsfälle thematisiert, von denen lediglich der zweite auch von Ulpian erörtert wird. Im Hinblick auf den ersten Fall bei Julian, in dem die Parteien darüber uneins sind, ob die Übergabe eines Grundstücks zur Erfüllung einer Verpflichtung aus Testament oder aufgrund einer Stipulation erfolgen solle, besteht heute weitgehende Übereinstimmung, dass die Stelle die *solutio* als eigenständige, für den Eigentumserwerb ausreichende *causa* bezeuge.[19] 6

Im zweiten Fall bei Julian steht der Hingabe als Schenkung eine Annahme als Darlehen gegenüber (*si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi* 7

[10] Zur Schenkung sogleich ausführlicher unter IV.
[11] Zu *solutio* als *causa* siehe sogleich unter III.
[12] *Kaser*, BIDR 64 (1961) 83 für den Kauf.
[13] *Kaser*, RP I 417 mit Verweis auf Ulp. 32 Sab. D. 24.1.3.10,11.
[14] *Kaser*, BIDR 64 (1961) 69–81, unter Verweis vor allem auf Gai. 3.91.
[15] Dazu *Laborenz*, Solutio (2014) 61 f.
[16] Grundlegend *Mayer-Maly*, Putativtitelproblem (1962); vgl. a. *Kaser*, RP I 421 f. mit weiterer Literatur.
[17] Eingehend *Kaser*, BIDR 64 (1961) 86–93.
[18] Siehe dazu *Meissel*, in: Falk et al., Fälle (2008) 62–76; sowie *Laborenz*, Solutio (2014) 35–54, jeweils mit reichhaltigen Literaturangaben.
[19] Vgl. nur *Kaser*, BIDR 64 (1961) 69–71; zu Einzelfragen siehe *Laborenz*, Solutio (2014) 35–42, mit Betonung des *consensus in corpore*.

creditam accipias), mithin steht also die Begründung, nicht die Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit in Frage. Julian beantwortet die Frage des Eigentumsübergangs gewissermaßen in Analogie zu dem ersten, von ihm behandelten Fall (*constat proprietatem ad te transire*); als mögliche strukturelle Begründung hierfür wird verbreitet auf das Stufenverhältnis zwischen Darlehen und Schenkung hinsichtlich der gegebenen bzw. fehlenden Rückgabeverpflichtung bei Übertragung des Eigentums in beiden Fällen verwiesen.[20] Dagegen verneint Ulpian das Zustandekommen sowohl von Schenkung als auch Darlehen und löst den Fall gewissermaßen prozessual durch die Gewährung einer Arglisteinrede gegenüber der Kondiktion des Gebers bei Verbrauch durch den Empfänger.[21]

IV. Inbesondere: Erwerb *donandi causa*

8 Obgleich die Schenkung in Gai. 2.20 gleichsam als Paradigma der unentgeltlichen Veräußerung und damit als typisches Kausalgeschäft für den Erwerb des Eigentums aufgeführt ist,[22] zeigt sie gerade als *causa* einige besondere Charakteristika.[23]

1. Rechtsnatur und Formvoraussetzungen der Schenkung (*donatio*)

9 Dazu zählt vor allem, dass die Schenkung – jedenfalls in klassischer Zeit – überhaupt nur als *causa* angesehen wird, welche die jeweilige Zuwendung rechtfertigt.[24] Sie ist also weder Vertrag noch selbstständiger Obligierungsgrund, sondern besteht in einer unentgeltlichen Zuwendung, die sowohl sachenrechtlicher wie auch schuldrechtlicher Natur sein kann, beispielsweise in Form der Sachübereignung oder der Forderungsabtretung.[25] Als solche setzt sie regelmäßig eine auf die Unentgeltlichkeit der Zuwendung gerichtete Zweckbestimmung des Schenkers (*animus donandi*) voraus.[26] Zugleich erfordert sie als bloßer Rechtsgrund zur Verwirklichung des angestrebten Erfolgs die Verbindung mit einem weiteren Rechtsgeschäft, etwa mit der *mancipatio* oder der *in*

---

[20] Als „Minimalkonsens" bei *Meissel*, in: Falk et al., Fälle (2008) 75; kritisch *Laborenz*, Solutio (2014) 43–47; zur Frage etwaiger Interpolationen *Harke*, Irrtum (2005) 104–107; *Kaser/Knütel/Lohsse*, 147 f. Rn. 12.

[21] *Meissel*, in: Falk et al., Fälle (2008) 67 f., dort auch zur Relativierung vermeintlich innovativer bzw. konservativer Lösungen.

[22] Zur Relevanz der Schenkung insoweit siehe *Lambertini*, St. Labruna IV 2752.

[23] Siehe dazu auch *Meincke*, FHI (2010) Rn. 6 f., anhand der Formulierung in Inst. 2.7. pr. (*est etiam aliud genus adquisitionis donatio*).

[24] *Kaser*, RP I 601 f.; *Zimmermann*, LO 479 f.

[25] *Kaser*, RP I 601 mit weiteren Beispielen; *Zimmermann*, LO 479 f.

[26] Zum Interpolationenstreit über die einschlägigen Stellen, insbesondere in der Folge von *Pringsheim*, SZ 42 (1921) 273–327, siehe *Kaser*, RP I 601 mit Fn. 11; sowie *Zimmermann*, LO 480 mit Fn. 15, jeweils mit Angabe weiterer Literatur.

iure cessio als abstrakten Verfügungsgeschäften oder aber der *traditio* (→ § 43 Rn. 6). Als Schenkungsversprechen ist sie hingegen nur in Verbindung mit der *stipulatio* als abstraktem Schuldversprechen (→ § 21 Rn. 2) wirksam.[27]

Dieser weitgehend disparaten rechtlichen Konzeption entspricht es, dass das römische Recht weder einen einheitlichen Begriff noch eine klare systematische Zuordnung der Schenkung entwickelt hat.[28] Erst die gesetzliche Neuordnung unter Konstantin[29] sieht für die Sachschenkung eine besondere Form vor, welche die Beurkundung vor Zeugen, die körperliche Sachübergabe vor Nachbarzeugen sowie die behördliche Registrierung (Insinuation) erfordert; damit wird die Schenkung zu einem Rechtsgeschäft sui generis, neben dem das Schenkungsversprechen erheblich an Bedeutung verliert.[30] Justinian kombiniert schließlich das Formerfordernis der Insinuation und den klassischen Rechtsgrundscharakter der Schenkung; das Schenkungsversprechen wird von der Stipulationsform gelöst und als selbständiger verbindlicher Konsensualkontrakt gestaltet.[31] Systematisch wird die Schenkung im Rahmen der justinianischen Kodifikation dem Eigentumserwerb zugeordnet.[32] **10**

2. Beschränkungen der Schenkung

Die durchaus nicht wenigen Versuche, die Schenkung zu beschränken, insbesondere durch die *lex Cincia de donis et muneribus* und das Verbot der Ehegattenschenkung, mögen eine gewisse grundsätzliche Skepsis gegenüber Vermögensverschiebungen ohne materiellen Gegenwert indizieren.[33] **11**

Als Motiv der *lex Cincia*, einem Plebiszit aus dem Jahr 204 v. Chr., kann das Bemühen gesehen werden, verschwenderischen Luxus und politische Einflussnahme durch den Einsatz materieller Mittel in der Zeit gegen Ende des zweiten punischen Krieges einzudämmen.[34] Diese Zielsetzung hat das Plebiszit mit einer ganzen Reihe weiterer *leges sumptuariae* mit ähnlicher Programmatik gemein.[35] Verboten war die Annahme von Schenkungen über einen erheblichen, in der konkreten Höhe aber unbekannten Wert hinaus; ausgenommen davon waren lediglich nahe Verwandte und dem Schenker ähnlich nahestehende Personen.[36] Aus diesen Ausnahmen lässt sich **12**

---

[27] *Michel*, Gratuité (1962) 290 f.

[28] *Pfeifer*, HKK-BGB III.1 Rn. 21 mit Verweis auf die weite Definition bei Pap. 9 resp. D. 50.17.82 (*donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur*).

[29] Const. Vat. 249; vgl. a. Const. C. 8.53.25.

[30] Siehe *Kaser*, RP II 394 f.; dort auch zum steuerpolitischen Hintergrund der Gesetzgebung; ferner *Zimmermann*, LO 492 f.

[31] *Kaser*, RP II 396 f.; *Zimmermann*, LO 494 f.

[32] Inst. 2.7; dazu auch *Meincke*, FHI (2010) Rn. 2–7; sowie *Pfeifer*, HKK-BGB III.1 Rn. 21.

[33] So etwa *Kaser/Knütel/Lohsse* 295 Rn. 7.

[34] *Kaser*, RP I 603; *Zimmermann*, LO 482 f.

[35] Zu diesen etwa *Nörr*, Rechtskritik (1974) 73–78.

[36] *Kaser*, RP I 602; *Zimmermann*, LO 483 f.; ebd. zu den Rechtsfolgen in Form von Einreden.

zudem als eine weitere Motivation der *lex Cincia* ableiten, das Vermögen möglichst innerhalb der Familie zusammenzuhalten.[37]

13 Eine ähnliche Zielsetzung macht vermutlich auch den Hintergrund des Verbots der Ehegattenschenkung (*donatio inter virum et uxorem*) aus,[38] auch wenn die Quellen vordergründig die Sanktion der Nichtigkeit unter Hinweis auf den *mos maiorum* damit begründen, dass die Ehe und ihr Hauptzweck mit der Zeugung und Erziehung von Kindern nicht durch ökonomische Erwägungen beeinträchtigt werden sollen.[39] Für die dogmatische Entwicklung des Schenkungsrechts ist das Verbot der Ehegattenschenkung insoweit von Bedeutung, als es die sedes materiae für das Kriterium der Bereicherung des Empfängers auf Kosten des Schenkers bildete, das in der Folgezeit zu einem grundlegenden Wesensmerkmal der Schenkung als solcher wurde.[40]

14 Die spätantike Entwicklung lässt mit der *donatio ante* bzw. *propter nuptias* ein eigenes ehegüterrechtliches Institut zu, das ähnlich der Mitgift die Versorgung der Ehefrau und der ehelichen Kinder nach Beendigung der Ehe bezweckt.[41]

3. Rechtsbeständigkeit der Schenkung

15 Im klassischen Recht war die Rechtsbeständigkeit im Wesentlichen nur durch ein Haftungsprivileg eingeschränkt: Die Bedürftigkeit des Schenkers führte zur bloßen Verurteilung des Schenkers auf das, was er zu leisten imstande ist (*id quod facere potest*).[42] Daneben hatte lediglich der Patron ein Widerrufrecht gegenüber dem undankbaren Freigelassenen.[43] Die kaiserliche Gesetzgebung seit Konstantin[44] erweiterte dies auf weitere Einzelfälle unter besonderen Voraussetzungen: Dazu zählt etwa, dass dem zunächst kinderlosen Patron nachträglich Kinder geboren werden oder aber, dass sich der mit dem Schenker verwandte Beschenkte schwere Pflichtverletzungen zuschulden kommen lässt, wie absichtliche Angriffe auf Person oder Ehre des Schenkers, Gefährdung seines gesamten Vermögens oder die Nichterfüllung von Auflagen.[45] Justinian

---

[37] *Pfeifer*, HKK-BGB III.1 Rn. 22.

[38] Vgl. Ulp. 32 Sab. D. 24.1.1; dazu *Zimmermann*, LO 485 f.; *Kaser*, RP I 331 f.[illegible]; *Chorus*, St. Cannata 117–144.

[39] Vgl. Paul. 7 Sab. D. 24.1.2 und die in Ulp. 32 Sab. D. 24.1.3 pr. überlieferte *oratio Severi* aus dem Jahr 206; dazu *Zimmermann*, LO 485 f.; zur Übereinstimmung mit der Programmatik der augusteischen Ehegesetzgebung *Kaser*, RP I 331.

[40] *Pfeifer*, HKK-BGB III.1 Rn. 22; *Zimmermann*, LO 486 f. zu Pomp. 14 Sab. D. 24.1.31.7, sowie *Misera*, Bereicherungsgedanke, 6 f.

[41] Dazu auch *Meincke*, FHI (2010) Rn. 37–45.

[42] Zurückgehend auf Antoninus Pius, z. B. Ulp. 6 Sab. D. 23.3.33 und Ulp. 3 disp. D. 39.5.12; dazu *Kaser*, RP I 602 Fn. 18. Als *beneficium competentiae* hat der Gedanke Eingang in das gemeine Recht gefunden; dazu *Zimmermann*, LO 498 mit Angabe weiterer Literatur in Fn. 102.

[43] Vgl. Phil. C. 8.55.1 pr.; dazu *Kaser*, RP I 604 und RP II 399.

[44] Vgl. C. 8, 55.

[45] Siehe dazu *Wacke*, in: Zimmermann et al., Rechtsgeschichte (1999) 350 f.

vereinheitlicht die Widerruflichkeit der Schenkung insoweit, als er diese Widerrufsrechte jedem Schenker gewährt, zugleich nimmt er aber die remuneratorische Schenkung aus.[46] Frei widerruflich ist die Schenkung von Todes wegen (*donatio mortis causa*); hierin zeigt sich eine gewisse Annäherung an die Verfügungen von Todes wegen, während im Übrigen die allgemeinen Regeln über Schenkungen unter Lebenden gelten.[47]

[46] Vgl. Iust. C. 8.55.10, Inst. 2.7.2; dazu *Kaser*, RP II 399.

[47] Siehe *Kaser*, RP I 763 f. und RP II 564–567; zur Förderung der Schenkung unter christlichem Einfluss *Zimmermann*, LO 493 f.

§ 46 Die Treuhand (*fiducia*)

Dietmar Schanbacher

Oertmann, Die Fiduzia im römischen Privatrecht. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung, 1890; *Erbe*, Die Fiduzia im römischen Recht, 1940; *Bellocci*, La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana, 1974; *Biscardi*, Appunti sulle garanzie reali in diritto romano, 1976; *Bellocci*, La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana I. Le nuncupationes, 1979; *Kaser*, Studien zum römischen Pfandrecht, 1982; *Bellocci*, La struttura della fiducia II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano, 1983; *Burdese*, Rez. Bellocci N., La struttura della fiducia II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano, 1983, Iura 34 (1983) 178–187; *Noordraven*, De Fiducia in het Romeinse recht, 1988 (Zusammenfassung: Die „fiducia" im römischen Recht, Index 18 [1990] 229–264; deutsche Fassung: Die „fiducia" im römischen Recht, 1999); *Dunand*, Le transfert fiduciaire: „donner pour reprendre". Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion, 2000; *Bertoldi*, Il negozio fiduciario nel diritto romano classico, 2012.

Inhalt Rn.

I. Überlieferung 1
II. Praxis 14
III. Dogmatik 19
IV. *Fiducia* und Pfandrecht 25

I. Überlieferung

Die Überlieferung zur *fiducia* stützt sich auf nicht wenige literarische,[1] urkundliche,[2] inschriftliche[3] und juristische Quellen.[4] 1

Die *fiducia* begegnet einerseits als *fiducia cum creditore contracta* (im Interesse des Nehmers begründete Sicherungstreuhand), andererseits als *fiducia cum amico contracta* (im Interesse des Gebers begründete Verwaltungstreuhand).[5] 2

Die *fiducia cum creditore contracta* hebt sich in der außerjustinianischen Überlieferung deutlich vom Pfandrecht ab.[6] In der justinianischen Überlieferung hingegen sind ihre 3

---

[1] Plaut. Aulularia 584–586; Epidicus 697–699; Mostellaria 37; Trinummus 116–118, 140–145 (*Watson*, SZ 79 [1962] 329–334; *Watson*, Obligations [1965] 172–178; vgl. [krit.] *Bellocci*, Struttura I [1979] 29–42, und s. desweiteren *Zurli*, SFL 5 [1999] 188 f.); Cic. Q. Rosc. 16; Caec. 7; fam. 7,5,3 (*Watson*, Klio 52 [1970] 473–475); 7,14,2; nat. deor. 3,74; top. 10,42; 17,66; off. 3,15,61; 3,17,70; Prob. 5,13 (FIRA II 457; s. *Zurli*, 185 f.); Tert. idol. 23; Ambr. de Tobia 12,40 (*Levy*, Vulgarrecht [1956] 43, 181 f., 183 mit Fn. 148); *Sidon.* epist. 4,24,1 (*Levy*, Vulgarrecht [1956] 183 mit Fn. 148); Boeth. in Cic. top. 10,42; 17,66; Isidor, orig. 5,25,23 (*Levy*, Vulgarrecht [1956] 184; *Mentxaka*, Et. Ankum I 335 f.). Bei der *fiducia*, von welcher Cic. Flacc. 21,51 spricht, handelt es sich hingegen um eine ὠνὴ ἐν πίστει, das griechische Pendant zur römischen *fiducia*; s. *Biscardi*, Garanzie (1976) 30; *Schanbacher*, in: *Jung/Baldus*, Differenzierte Integration (2007) 41–43. A. A. *Herzen*, Hypothèque (1899) 65 f.; *Bertoldi*, Negozio (2012) 47 f. (πρᾶσις ἐπὶ λύσει). Plin. ep. 10,4,3–4 (*Tellegen*, Labeo 43 [1997] 225–239; vgl. *Dunand*, Transfert [2000] 84 Fn. 409, 90 Fn. 427) scheint – trotz *non sine magna fiducia* (*Tellegen*, Labeo 43 [1997] 235 „*est d'un intérêt crucial*") – nicht von einer *fiducia* zu handeln. *Zurli*, in: Bianco/Tafaro, Linguaggio (2000) 185–191.

[2] Mancipatio Pompeiana, FIRA III 91 (herkömmlich in das Jahr 61 n. Chr. datiert; anders jedoch *Camodeca*, Index 21 [1993] 356; Tabulae I 18 Fn. 25 [19]; *Migliardi Zingale*, Labeo 46 [2000] 453 f.; *Bertoldi*, Negozio [2012] 62 Fn. 309, 64: 79 n.Chr.); Formula Baetica, FIRA III 92 (1./2. Jh. n. Chr.); *Wolf*, TPN 72 (Mai 53 n. Chr.)?; TPN 73 (16. Febr. 61 n. Chr.); TPN 74 (22. Febr. 61 n. Chr.); TPN 75 (4. Febr. 61 n. Chr.); TPN 76 (5. Okt. 51 n. Chr.); TPN 78 (30. Okt. 51 n. Chr.); TPN 79; TPN 80 (21. Juni 53 n. Chr.); TH 65 (20. Jan. 62 n. Chr.); TH 73 (4. Dez. 62 n. Chr.)?; TH 74 (20. Jan. 62 n. Chr.). Vgl. desweiteren *P. Marini* 73 (P.Ital. 1; 445/6 n. Chr.) mit *Levy*, Vulgarrecht (1956) 184 (Ausdruck für das Pfandrecht).

[3] *Lex Iulia municipalis* Z. 111; *lex Irnitana* Kap. 84 Z. 9. Grabinschriften: CIL VI,1, 3554.10; VI,2, 8456.11; VI,2, 11446.10; VI,4, 29909.6–7; X,1, 2244.8; *Lazzarini*, Sepulcra (1991) 37–45; *Bertoldi*, Negozio (2012) 161 Fn. 55.

[4] S. im Folgenden.

[5] Gai. 2.60. Ob es daneben noch weitere Formen der *fiducia* gab, ist fraglich und umstritten; s. *Noordraven*, Index 18 (1990) 236–241 (bejahend); *Gröschler*, Gnomon 75 (2003) 236; *Bertoldi*, Negozio (2012) [ebenso]. Die Übereignung eines Sklaven zum Zwecke seiner Freilassung (Iul. 13 dig. D. 17.1.30 = frg. Vat. 334a) etwa gehört zur *fiducia cum amico contracta*; *Lenel*, Pal. I Sp. 354 Fn. 8 (Julian fragm. 218). Fraglich und umstritten ist auch, welche der Formen älter, welche jünger ist. Dass man bis zum Beginn des 2. Jh. n. Chr. den Terminus *fiducia* noch nicht für das ganze Geschäft verwendet habe (*Bellocci*, Struttura II [1983] 63), trifft nicht zu (*Burdese*, Iura 34 [1983] 183).

[6] Gai. 2.59.; 2.60; 2.220; 3.201; 4.33; 4.62; 4.182; Paul. sent.1.9.8; 2.4 rubr. (zitiert in der lex Rom.Burg. [FIRA II 727] 13.4); 2. 13.1–7 (1a. 1b. sind Einschiebsel zum Pfandrecht; 4 zu Pfandrecht und *fiducia* [s. Liebs, Africa (2005) 96 f.]; 8 zum Pfandrecht, vgl. IP 2.13.3 [str.; s. *Krämer*, Pfandrecht (2007) 19 f.]); 2.17.15 = cons. 6.8; 3.6.16; 5.1.1; 5.26.4. Arc./Hon. Cod. Theod. 15.14.9 (a.395).

Spuren verwischt. Denn Justinian ließ alle Erwähnungen der nicht mehr praktischen *fiducia cum creditore contracta* aus den in die Digesten und den Codex aufzunehmenden Texten entfernen.[7] So verbirgt sie sich nunmehr hinter einer pfandrechtlichen, gelegentlich auch hinter einer hinterlegungs- und leiherechtlichen Terminologie.[8]

4 Im Codex scheint *fiducia* des öfteren durch *hypotheca* ersetzt worden zu sein, so in Sev./Ant. C. 6.37.3 (a.211) *pignori vel hypothecae*, ferner in Alex. C. 8.27.2 (a.223), eod. 3 (a.223) und eod. 4 (a.225).[9] Im Fall Alex. C. 8.27.4 *Creditor hypothecas sive pignus cum proscribit* scheint in der Anfrage offengelassen worden zu sein, ob verpfändet oder fiduziarisch übereignet worden war.[10] Denn die gegebene Auskunft ist mehrdeutig, *ut inferatur actio, quae eo nomine competit.*[11] Gord. C. 4.24.7 (a. 241) gehört hingegen zum Pfandrecht.[12]

5 Pfandrechtliche Terminologie verdeckt die *fiducia*. So ist etwa Afr. 8 quaest. D. 23.3.50.1 zu entnehmen, dass die *actio pigneraticia* gegen den Gläubiger sofort begründet ist, wenn der Gläubiger an Stelle des ihm pfandhalber übergebenen cornelianischen Grundstücks sich aus einer neuen Übereinkunft das titianische Grundstück übergeben lässt, um das cornelianische zu restituieren. Ursprünglich handelt der Text aber von der *actio fiduciae*[13] und von einer Ersetzung des zunächst fiduziarisch übereigneten cornelianischen Grundstücks durch das hernach fiduziarisch übereignete titianische Grundstück;[14] zugleich lässt er Rückschlüsse auf die Formelfassung zu.[15]

6 Vielfach[16] führt die Palingenesie der Texte auf die ursprünglichen Zusammenhänge.[17] Die Formeln der *actio pigneraticia* und der *actio fiduciae* standen im prätorischen

---

[7] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 8; *Frezza*, Garanzie II (1963) 6; *Kaser*, RP I 460 Fn. 1; *Kaser*, RP II 313 mit Fn. 4, 373 Fn. 45. Man kann sich fragen: Inwieweit hat dies Einfluss auf das Pfandrecht gehabt? *Kaser*, RP II 313 Fn. 4, und: Inwieweit bestanden von vornherein Parallelen? *Kaser*, Pfandrecht (1982) 107–125, 229, 231.

[8] Letzteres in Paul. 18 ed. D. 9.4.22 pr.: von *Lenel*, Pal. I Sp. 997 (Paulus fragm. 288) belassen, von *Noordraven*, Index 18 (1990) 244 mit Fn. 62 (258 f.) auf die *fiducia* allgemein bezogen; unentschieden *Kaser*, Pfandrecht (1982) 109 Fn. 274.

[9] *Erman*, Mél.Girard I 422 Fn. 1; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 109 Fn. 274, 119 Fn. 331.

[10] Auf diese Möglichkeit weist allgemein hin *Kaser*, Pfandrecht (1982) 120.

[11] Zweifelnd jedoch *Kaser*, Pfandrecht (1982) 83 Fn. 139, 117 Fn. 315, 119 Fn. 331, 124 Fn. 356. A. A. *Litewski*, Labeo 45 (1999) 188 (gegen einen Bezug auf *fiducia* und für nachklassische Anfügung von *hypothecas sive*).

[12] A. A. *Erman*, Mél.Girard I 422 Fn. 1; zweifelnd *Kaser*, Pfandrecht (1982) 117 Fn. 315, 119 Fn. 331, 124 Fn. 357.

[13] *Lenel*, Pal. I Sp. 29 Fn. 1, 4 (African fragm. 101).

[14] *Lenel*, Pal. I Sp. 29 Fn. 2, 3.

[15] *Eove nomine satisfactum esse*; *Kaser*, RP I 462 mit Fn. 26 (→ § 88 Rn. 2).

[16] Nicht im Falle Afr. 8 quaest. D. 23.3.50.1 (→ Rn. 5). Afr. 8 quaest. enthält zwar gelegentlich zur *fiducia* Gehöriges (so Afr. 8 quaest. D. 13.7.31; *Lenel*, Pal. I Sp. 30 Fn. 3, 4 [African fragm. 100]), neben anderem aber auch wichtige Stücke zum Pfandrecht: Afr. 8 quaest. D. 20.4.9 pr.–3; *Lenel*, Pal. I Sp. 23–24 (African fragm. 87).

[17] *Frezza*, Garanzie II (1963) 5 f.; *Kaser*, RP I 460 Fn. 1.

Edikt an verschiedenen Stellen, die der *actio pigneraticia* stand unter der Rubrik *De rebus creditis*,[18] die der *actio fiduciae* hingegen unter der Rubrik *De bonae fidei iudiciis*.[19] Daher finden sich auch in den Ediktskommentaren der Klassiker die bezüglichen Erläuterungen an verschiedenen Stellen. Die *actio pigneraticia* wird kommentiert in Gai. 9 ed. prov., Paul. 29 ed., Ulp. 28 ed.; die *actio fiduciae* hingegen in Gai. 10 ed. prov., Paul. 31 ed. und Ulp. 30 ed.[20] Auch sonst sind bestimmte Teile klassischer Juristenschriften gerade – so[21] Pomp. 35 Sab.[22] – oder auch – so Cels. 7 dig.,[23] Iul. 13 dig.,[24] Scaev. 6 dig.[25] – der *fiducia* gewidmet.[26]

Gelegentlich gibt ein Text schon von sich aus zu erkennen, dass er sich ursprünglich auf die *fiducia* bezogen hat.[27] Ansonsten ist die Zugehörigkeit eines Textes zu einem der *fiducia* gewidmeten Abschnitt eines Ediktkommentars oder Teil einer sonstigen Juristenschrift zunächst nicht mehr als ein Anzeichen für einen *fiducia*-Bezug. Es kann vorkommen, dass ein im palingenetischen Zusammenhang der *fiducia* stehender Text gleichwohl überhaupt nicht von der *fiducia* handelt, vielmehr vom Pfandrecht; der sachliche Zusammenhang lässt das zu.[28] 7

---

[18] *Lenel*, EP 231, 254–256; *Frezza*, Garanzie II (1963) 6 (→ § 87 Rn. 6).

[19] *Lenel*, EP 288, 291–295; *Frezza*, Garanzie II (1963) 6.

[20] *Lenel*, EP 254, 291; *Frezza*, Garanzie II (1963) 5. Demgemäß behandelt etwa Ulp. 30 ed. D. 13.7.22 pr. die Aktivlegitimation des Gläubigers einer *fiducia* zur *actio furti*; *Lenel*, Pal. I Sp. 831 Fn. 1 (Papinian fragm. 168); *Lenel*, Pal. II Sp. 618 Fn. 3 (Ulpian fragm. 902); s. *Noordraven*, Index 18 (1990) 243 mit Fn. 57 (258); 246 mit Nw. Fn. 69 (259 f.). Allerdings scheint sich Ulp. 30 ed. D. 13.7.22 pr. *sed quod ipse debitor* etc. auf das Pfandrecht zu beziehen. A. A. *Lenel*, Pal. I Sp. 831 Fn. 2 (Papinian fragm.168); *Lenel*, Pal. II Sp. 618 Fn. 3 (Ulpian fragm. 902); *Kaser*, Pfandrecht (1982) 104 Fn. 254; *Noordraven*, Index 18 (1990) 247 mit Fn. 74 (260); *Bertoldi*, Negozio (2012) 192–194.

[21] *Lenel*, Pal. II Sp. 146 Fn. 2.

[22] *Lenel*, Pal. II Sp. 146–148 (Pomponius fragm. 797–802). Bestritten von *Noordraven*, Index 18 (1990) 231–236 (für ausschließlichen Pfandrechtsbezug); ebenso *Gröschler*, Gnomon 75 (2003) 236.

[23] *Lenel*, Pal. I Sp. 138 Fn. 1 (Celsus fragm. 65).

[24] *Lenel*, Pal. I Sp. 353–355 (Julian fragm. 211–222). S., was Iul. 13. dig. D. 12.2.40 angeht, *Alonso*, St. Labruna I, 84–86 (→ § 88 Rn. 2 Fn. 13).

[25] *Lenel*, Pal. II Sp. 222 (Scaevola fragm. 22–24).

[26] *Frezza*, Garanzie II (1963) 6.

[27] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.3 (verräterisches *eam*); *Lenel*, Pal. II Sp. 146 Fn. 2. Dagegen *Noordraven*, Index 18 (1990) 234 f. (der *eam* anders erklären will). Dass der Gläubiger bei der *fiducia* als Eigentümer ohne Weiteres zum Verkauf befugt war (*Noordraven*, Index 18 [1990] 235, 247 f.), ist nur die halbe, nämlich dingliche Wahrheit; schuldrechtlich gesehen hängt seine Verkaufsbefugnis noch von einer entsprechenden Abrede (Verfalls- oder Verkaufsrechtsabrede) ab. Pomp. 35 Sab. D. 46. 3. 26 (verräterischer Vergleich am Ende *sicut in quolibet pignore vendito*); *Lenel*, Pal. II Sp. 148 Fn. 1, 2, 3 (Pomponius fragm.801). Marcell. resp. sing. D. 13.7.34 (verräterisches *eam*); *Lenel*, Pal. I Sp. 634 Fn. 3 (Marcellus fragm.278). Eher für Pfandrechtsbezug dagegen *Kaser*, Pfandrecht (1982) 74 Fn. 91 und anscheinend auch *Verhagen*, ZEuP 19 (2011) 119 f.

[28] Vgl. schon Paul. sent.2.13.1a, lb; 8 (→ Rn. 3 Fn. 6). Vom Pfandrecht handelt Pomp. 35 Sab. D. 20.4.4 (Mehrfachverpfändung); *Kaser*, Pfandrecht (1982) 76 Fn. 104; *Noordraven*, Index 18 (1990) 232. Ein Recht an der Sache (*Noordraven*, Index 18 [1990] a. O.) erwirbt der zweite Gläubiger allerdings auch bei einer Verpfändung zunächst nicht (*Schanbacher*, Konvaleszenz [1987] 35, 202).

8 Da die *fiducia* mit dem Gläubiger pfandrechtlich (*pignoris iure*) begründet wird,[29] ist an sich auch denkbar, dass, wo ein palingenetisch der *fiducia* zuzuordnender Text vom Pfandrecht spricht, Pfandrecht und *fiducia* gemeint sind.[30]

9 Gelegentlich ist ein *fiducia*-Bezug trotz palingenetischen Zusammenhangs und entgegen dem ersten Anschein sogar auszuschließen. Dies gilt etwa für Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr.,[31.32] wo es um die Frage einer Verkaufspflicht des Gläubigers geht, die Sabinus schlechthin verneint,[33] und zwar mit dem Argument, das Verkaufsrecht des Gläubigers werde im Interesse des Gläubigers vorgesehen;[34] die hingegen Atilicinus im Einzelfall annehmen will,[35] während Pomponius eine dritte Lösung vorschlägt.[36] Pomponius ist, wie die Ablehnung der Lösung des Atilicinus zeigt, dem Argument des Sabinus gegenüber aufgeschlossen und erklärt am Ende eine Verkaufspflicht des Gläu-

---

Vom Pfandrecht handelt des Weiteren Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. (sogleich). Vom Pfandrecht handelt auch Pap. 9 quaest./Ulp. 30 ed. D. 13.7.22 pr. *sed quod ipse debitor* etc. (→ Rn. 6 Fn. 20).

[29] Gai. 2.60; Gai. 10 ed. prov. D. 47.2.49 pr. *Loquimur autem scilicet de ea re, quae pignoris iure obligata non sit.* S. *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 9 (fällt unter einen allgemeinen Pfandrechtsbegriff); ähnlich *Kaser*, Pfandrecht (1982) 108 (Erscheinungsform des Pfandrechts im weiteren Sinn); 125 (weiterer Pfandrechtsbegriff). S. schon *Cuiacius*, Interpretationes in Iul. Pauli recept. Sentent. Lib. II, Opera omnia I Sp. 386E („Est autem fiducia pignus etc.“).

[30] *Kaser*, Pfandrecht (1982) 112. *Kaser* nimmt das etwa an für Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 76 Fn. 104,103 Fn. 250, 119 Fn. 330, 120 Fn. 333) [s. jedoch im Folgenden]. Die *actio fiduciae* (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 120–122) kann das *iudicium quod de pignore dato proponitur* (Pap. 3 resp. D. 13.7.42; Pap. 3 resp. D. 20.1.2) oder *redditur* (Pap. 3 resp. D. 3.5.31 pr.) jedoch kaum meinen. Denn sie setzt im Gegensatz zur ediktalen *actio pigneraticia* (→ § 87 Rn. 11) nicht voraus, dass die Sache übergeben worden ist. Auch Ulp. 28 ed. D. 13.7.13 pr. (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 122 f.) und Diokl./Max. C. 8.27.10 (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 123) sind nur auf das Pfandrecht zu beziehen.

[31] Für ausschließlichen Bezug von Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. auf das Pfandrecht auch *Noordraven*, Index 18 (1990) 233 f. und schon BIDR 83 (1980) 247–253; zustimmend *Wacke*, SZ 115 (1998) 184 Fn. 63. Eher dafür auch *Verhagen*, TR 79 (2011) 24, 43 Fn. 158. Für Bezug auf *fiducia* hingegen *Lenel*, Pal. II Sp. 146 Fn. 3, 4, 147 Fn. 1 (Pomponius fragm.797); *Schulz*, Einführung (1916) 87 f.; *Frezza*, Garanzie II (1963) 33 f.; *Biscardi*, Garanzie (1976) 80–83; *Dunand*, Transfert (2000) 138–140, 210–213; *Romeo*, Polis 2 (2006) 222 u. v.a., darunter neuerdings auch *Krämer*, Pfandrecht (2007) 185–188.

[32] Desweiteren auch für Iul. 13 dig. D. 41.2.36; *Lenel*, Pal. I Sp. 354 Fn. 3 (Trib.; jedoch „ex Iuliani scilicet sententia“) [Julian fragm. 215] gegenüber Iul. 13 dig. D. 44.7.16; *Lenel*, Pal. I Sp. 354 (Julian fragm. 217); Sp. 354 Fn. 6, 7. A. A. *Noordraven*, Index 18 (1990) 245; *Lambrini*, in: Vacca, Garanzia (2003) 265 f.; *Dunand*, Transfert (2000) 242–244 (*fiducia*); zögernd *Kaser*, Pfandrecht (1982) 109 Fn. 274, 175 Fn. 173.

[33] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. *Quamvis convenerit … caveatur.*

[34] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. *quia tua causa id caveatur.* Abw. *Verhagen*, TR 79 (2011) 24 f. (seine Ausübung).

[35] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. *sed Atilicinus … postea?*

[36] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. *melius autem* etc.; s. neuestens *Klingenberg*, Lib. Am. Krampe 203–205. Öfters wird der Text von hier an beanstandet; s. *Lenel*, Pal. II Sp. 147 Fn. 2 (Trib.); *Biscardi*, Garanzie (1976) 81, 82 (just.); *Kaser*, Pfandrecht (1982) 77 Fn. 107 (Text überarbeitet).

bigers für inhuman.[37] Dass das Verkaufsrecht im Interesse des Gläubigers vorgesehen wird, so das Argument des Sabinus, trifft nur beim Pfandrecht zu, das sich zur Zeit des Sabinus und auch noch zur Zeit der Abfassung der *libri ad Sabinum* des Pomponius[38] in jener pfandrechtsgeschichtlichen Zwischenphase befindet, in der ein Pfand ohne weiteres weder mehr verfällt noch schon verkäuflich ist (→ § 48 Rn. 22, 59–62). Das Gläubigerinteresse am Verkaufsrecht ist also zeitgeschichtlich begründet. Jenes Argument trifft dagegen nicht zu bei der *fiducia*, wo das Verkaufsrecht des Gläubigers vielmehr im Interesse des Schuldners vorgesehen wird.[39] Zwar beinhaltet die Einräumung des Verkaufsrechts an den Gläubiger[40] dessen schuldrechtliche Freistellung gegenüber dem Schuldner, was die Verfügung über die Sache angeht, wozu er als Eigentümer dinglich befugt ist.[41] Doch verbindet sich damit zugleich die Aussicht des Schuldners auf einen Mehrerlös. Diese Aussicht verdichtet sich auf der einen Seite zu einem Recht des Schuldners, zur Pflicht des Gläubigers auf der anderen Seite.

Bei der *fiducia* besteht eine Verkaufspflicht des Gläubigers.[42] Beim Pfandrecht steht sie in Frage. Gerade dieser Kontrast mag Pomponius zu dem pfandrechtlichen Exkurs (→ Rn. 9) veranlasst haben.[43] **10**

Das Interesseargument ist für Pomponius auch anderweit bestimmend. Nach Pomp. 35 Sab. D. 18.3.2 verengt das zugrundeliegende Verkäuferinteresse die Verfallsklausel (*lex commissoria*) beim Kauf dahin, dass der Verfall nur eintritt, wenn es der Verkäufer auch will.[44] Die Einstellung dieses Stücks in 35 Sab. und zu Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr.[45] gibt zu erkennen, dass dies auch bei der einer *fiducia* beigefügten Verfallsklausel so **11**

---

[37] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. *invitum enim* etc. A. A. *Schulz*, Einführung (1916) 87 (unecht); *Kaser*, Pfandrecht (1982) 77 Fn. 107 (weder Pomponius noch Justinian); zweifelnd *Hofstetter*, Mél. Sturm I 231. Eine Verkaufspflicht des Gläubigers (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 77, 239) wird abgelehnt.

[38] Zwischen 131 und 153 n. Chr.; *Liebs*, HLL IV 147.

[39] *Biscardi*, Garanzie (1976) 64, 79 f. Schwankend *Kaser*, RP I 461 (eher für Schuldnerinteresse), 462 Fn. 29 (eher für Gläubigerinteresse). Anders *Hofstetter*, Mél. Sturm I 227, 230 (für Gläubigerinteresse).

[40] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.3.

[41] Diesen Aspekt vernachlässigt *Noordraven*, Index 18 (1990) 248 f., der ein Verkaufsrecht des Gläubigers schlechthin in Abrede stellt; vgl. *Verhagen*, TR 79 (2011) 41.

[42] So schon *Noordraven*, Index 18 (1990) 248 f.

[43] Womöglich ist es gerade der Kontrast zur *fiducia*, der Iul. 13 dig. D. 41.1.36 (wo die *traditio* nicht durch *mancipatio* zu ersetzen ist; anders, jedoch zögernd *Lenel*, Pal. I Sp. 355 Fn. 1, 2, 3, Julian fragm.222) und Paul. 31 ed. D. 41.1.31 pr. in den Bannkreis der *fiducia* geraten läßt. Ähnliche Erwägungen bei *Kreller*, SZ 62 (1942) 185 und Romeo, Polis 2 (2006) 219. Zur Rekonstruktion der Formel der *actio fiduciae* (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 105 Fn. 259) [→ § 88 Rn. 2] lassen sich diese Stellen nicht verwenden.

[44] Pomp. 35 Sab. D. 18.3.2 *quia id venditoris causa caveatur.*

[45] *Lenel*, Pal. II Sp. 147 (Pomp. fragm. 797). Kritisch *Kaser*, Pfandrecht (1982) 76 Fn. 204, 105 Fn. 260 (106), 115 Fn. 301 a. E.

sein soll.[46] Dies entlastet den Gläubiger von der ‚Ersatzgefahr'.[47] Während so bei der *fiducia* das Verkaufsrecht des Gläubigers im Schuldnerinteresse besteht, besteht der Verfall beim Kauf im Gläubigerinteresse. Wieder ist es der Kontrast, der verbindet.

12 Der *fiducia cum creditore contracta* wird des Öfteren die *fiducia cum amico contracta* zur Seite gestellt.[48] Auch ihre Spuren sind in der justinianischen Überlieferung verwischt, da Justinian alle Erwähnungen aus den Texten entfernen und durch eine hinterlegungs- und leihrechtliche[49] oder auch auftragsrechtliche Terminologie ersetzen ließ.

13 So ist aus Afr. 8 quaest. D. 13.7.31 etwas zur *actio pigneraticia contraria* zu entnehmen, angesichts eines Anerbietens des Schuldners, den diebischen Pfandsklaven auszuliefern. Nach Julian soll im Falle eines hinterlegten oder verliehenen Sklaven dasselbe gelten. Das Ganze bezieht sich ursprünglich auf die *fiducia*, zunächst auf die *fiducia cum creditore contracta*, dann auf die *fiducia cum amico contracta*.[50]

Iul. 13 dig. D. 17.1.30 erörtert die Haftung eines Beauftragten aus der *actio mandati*, während es ursprünglich um die Haftung eines Treuhänders aus der *actio fiduciae* ging.[51]

II. Praxis

14 Das Aufkommen der *fiducia* wird in die ersten Jahrhunderte der römischen Republik zu datieren sein.[52]

---

[46] A. A. *Noordraven*, BIDR 83 (1980) 249 Fn. 4; Wacke, SZ 115 (1998) 186 (für Bezug auf eine beim Pfandverkauf eingesetzte Verfallsklausel und eine Verbindung mit Pomp. 35 Sab. D. 46.3.26 a. E.); vgl. auch *Noordraven*, Index 18 (1990) 248 mit Fn. 81 (261).

[47] Da die Verfallsklausel bei der *fiducia* nicht so recht bezeugt ist (vgl. jedoch, außer Pomp. 35 Sab. D. 18.3.2, Paul. sent.2.13.6 rubr. und auch, wenngleich zur ὠνὴ ἐν πίστει, Cic. Flacc.51 [→ Rn. 1 Fn. 1]), ist ihr Vorkommen bestritten; s. einerseits *Kaser*, RP I 461 Fn. 11, *Kaser*, Pfandrecht (1982) 15 Fn. 82, 84, 114 f., 115 Fn. 301 (für), andererseits *Biscardi*, Garanzie (1976) 83–87; *Noordraven*, BIDR 83 (1980) 249 und Index 18 (1990) 235 f., 247 f. sowie *Wacke*, SZ 115 (1998) 186 (gegen die Verfallsklausel bei der *fiducia*); unentschieden *Lambrini*, in: Vacca, Garanzia (2003) 267 f. Der Gläubiger braucht aber die Verfallsklausel zur schuldrechtlichen Freistellung gegenüber dem Schuldner. Für *Cuiacius*, Interpretationes in Iul. Pauli recept. sentent. Lib. II, Opera omnia I Sp. 387A ist die *fiducia* die pfandrechtliche Verfallsabrede schlechthin („Est ergo fiducia pignoris lex commissaria").

[48] Gai. 2.60 (→ Rn. 2 Fn. 5); Afr. 8 quaest. D. 13.7.31 (sogleich). Iul. 13 dig. erörtert *fiducia cum creditore contracta* und *fiducia cum amico contracta*; *Lenel*, Pal. I Sp. 353 f. (s. Sp. 353 Fn. 5, 354 Fn. 8). Auf die *fiducia cum amico contracta* konzentriert sich erklärtermaßen die Untersuchung *Dunands* (Transfert [2000] 84 f.).

[49] *Kaser*, RP I 415 Fn. 20.

[50] *Lenel*, Pal. I Sp. 30 Fn. 3, 4 (African fragm. 108). Dies wird vernachlässigt von *Braukmann*, Pignus (2008) 78–80; vgl. *Knütel*, Iura 58 (2010) 311.

[51] *Lenel*, Pal. I Sp. 354 Fn. 10 (Julian fragm. 218); vgl. frag. Vat. 334a.

[52] *Frezza*, Garanzie II (1963) 5 (zwischen 5. und 2. Jh. v. Chr.); *Bellocci*, Tutela (1974) 14; *Bellocci*, Struttura II (1983) 226–243 (6./5. Jh. v. Chr.); ähnlich *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 200 (hohes Alter); *Noordraven*, Fiduzia (1999) 1, 6 f., 187 f., 287 (schon vor den Zwölftafeln); ebenso *Gröschler*, Gno-

Die *fiducia cum creditore contracta* verbindet ein förmliches Übereignungsgeschäft (*mancipatio*,[53] *in iure cessio*[54])[55] mit einer Sicherungsabrede (*pactum fiduciae*).[56] 15

Die Sicherungsabrede sieht etwa (konkret) vor, dass die fiduziarisch übereigneten Jungen Simplex und Petrinus auf Gefahr der Schuldnerin stehen sollen,[57] sie gegen vorherige Rückerstattung des Darlehens restituiert werden sollen,[58] bei Nichtzahlung bis zum 1. November dem Gläubiger die fraglichen Sklaven am 13. Dezember gegen Barzahlung in Pompeji auf dem Forum öffentlich zu verkaufen gestattet sei,[59] im Falle 16

---

mon 75 (2003) 235 (vgl. jedoch 238 Fn. 1). Anders *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 10 (verhältnismäßig spät), 14 Fn. 19 (nicht uralt); *Maschi*, Iura 25 (1974) 200 f. (nicht sehr alt).

[53] In konkreter Form bezeugt durch die Mancipatio Pompeiana, FIRA III 91, 2.1–10; ferner durch TH 65.4.1–10 und TH 74.1.1–2; s. *Gröschler*, Tabellae – Urkunden (1997) 142; in abstrakter Form durch die Formula Baetica, FIRA III 92, Z. 1–5. Eine fiduziarische *mancipatio* von *res nec mancipi* hat es wohl nicht gegeben: *Gröschler*, Gnomon 75 (2003) 237 Fn. 1.

[54] Gegenstand einer *fiducia* durch *in iure cessio* können auch *res nec mancipi* sein; vgl. UE 19. 9 und s. *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 9; *Frezza*, Garanzie II (1963) 15 f.; *Kaser*, RP I 460 Fn. 9; *Gröschler*, Gnomon 75 (2003) 237 Fn. 1; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 15 Fn. 9.

[55] Gai. 2.59; Isidor, orig. 5,25,23.

[56] In konkreter Form bezeugt durch die Mancipatio Pompeiana, FIRA III 91, 2.10–14, 3.1–22; in abstrakter Form durch die Formula Baetica, FIRA III 92 Z. 6–11. TH 65 enthält zwar keine ausgebildete Sicherungsabrede, jedoch einen Hinweis auf den Sicherungszweck (TH 65.4.7–10). TH 74.1.1, 2 verweist auf die Sicherungsübereignung der TH 65; s. *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 141 f. Auch die Formula Baetica (*Kaser*, RP I 47 mit Fn. 47, 460 Fn. 3; *Kaser*, Pfandrecht [1982] 106 f.) verweist bereits bei der *mancipatio* auf den Sicherungszweck, Z. 3–4 *fidi fiduciae causa* – ein Hendiadyoin (*Mommsen*), was allerdings in jüngster Zeit bestritten wird; manche wollen verschiedene Bedeutungen annehmen: *Zurli*, SFL 5 (1999) 186–191; *Peppe*, in: Peppe, Fides (2008) 179–184; *Romeo*, Polis 3 (2010) 252. Dabei handelt es sich um eine alte gängige Floskel; vgl. Plaut. Trinummus 117, 142 *fide et fiduciae* (→ Rn. 1 Fn. 1). Die Einfügung dieser Worte in die Manzipationsformel (str.; so *Watson*, SZ 79 [1962] 331–333; *Watson*, Obligations [1965] 176 f.; *Wolf*, Causa [1970] 145; *Biscardi*, Garanzie [1976] 41–45; *Burdese*, Iura 34 [1983] 181–183; zweifelnd *Kaser*, RP I 47; dagegen *Bellocci*, Struttura I [1979] 155 f., II [1983] 122 Fn. 67, 151, 223, 225; *Noordraven*, Index 18 [1990] 241 [bloßer Vermerk]; vermittelnd *Kaser/Knütel/Lohsse* 54 Rz. 10) eröffnete dem Fiduzianten über tab. VI 1 den Weg zur *legis actio* (*Watson*, Obligations [1965] a. O.; *Burdese*, Iura 34 [1983] 178 f.; vgl. skeptisch *Maschi*, Iura 24 [1974] 200 „a Tab.VI. 1 … si può far dire ciò che si vuole“) (→ § 88 Rn. 1). Den Sicherungszweck vermerken auch Urkunden über die öffentliche Ankündigung eines bevorstehendenVerkaufs: *Wolf*, TPN 73.2.8–9; TPN 74.2.8–9 *fidei fiduciae causa*; TPN 75.2.8 und TPN 76.3.1 *ffc*; ebenso Urkunden, die eine Versicherung geschehener Sicherungsübereignung bezeugen: *Wolf*, TPN 78.2.14, oder eine Verschiebung des Auktionstermins: *Wolf*, TPN 79.3.1. S. *Burdese*, Iura 34 (1983) 182 f.; *Costabile*, Auctio (1992) 3–203; *Camodeca*, Tabulae I (1999) 185–204; *Migliardi Zingale*, Labeo 46 (2000) 456 f.; *Romeo*, Polis 2 (2006) 207–259. Die Floskel *fidei fiduciae causa* findet noch in der späten Emanzipationsurkunde FIRA III 14 (Oxyrhynchus; 3. Jh. n. Chr.) Verwendung (Z. 5/6).

[57] Mancipatio Pompeiana, FIRA III 91, 2.10–14, 3.17–18. Eine derartige Gefahrtragungsregelung kennt auch die Verpfändungspraxis. Auch der Schuldner von *Wolf*, TPN 69 (15. März 40 n. Chr.) übernimmt die Gefahr des im Fall verpfändeten eingelagerten Weizens; TPN 69.5.14–15 (→ § 48 Rn. 30).

[58] Mancipatio Pompeiana, FIRA III 91, 3.1–5.

[59] Mancipatio Pompeiana, FIRA III 91, 3.5–10. Z. 6–8 lauten in der Rekonstruktion Arangio-

eines Mindererlöses der Rest geschuldet bleibe,[60] im Falle eines Mehrerlöses der Überschuss an die Schuldnerin herausgegeben werden solle;[61] oder (abstrakt), dass das fragliche Grundstück oder der fragliche Sklave zu *fiducia* sein sollen, bis alles Geld gezahlt und der Gläubiger von der Treubindung (*fides*) gelöst und befreit ist;[62] falls das Geld zu seiner Zeit dem Gläubiger nicht gezahlt sei, er das Grundstück oder die Sklaven, welchen davon er wolle, gegen Barzahlung verkaufe.[63]

17 Es wird empfohlen, die Verkaufsrechtsabrede sachbezogen (*in rem*) abzufassen, um Rechtsnachfolger des Gläubigers mit einzubeziehen.[64] Das kann etwa mittels der Klausel *ad quem ea res pertinet* geschehen.[65] Ist nur der Gläubiger genannt, soll im Zweifel auch sein Erbe verkaufsbefugt sein.[66]

18 Kommt es um die Mitte des 2. Jh. n. Chr. für die Verkaufsbefugnis des Gläubigers noch auf die Abrede an,[67] so geht es später auch ohne sie.[68] Findet sich kein Käufer, kann vom Kaiser die Zulassung zum Besitz erlangt werden.[69]

Ruiz' … *ut mihi heredive meo liceat … vendere*. Anders will, in Anlehnung an die Formula Baetica, rekonstruieren *Noordraven*, Index 18 (1990) 248 mit Fn. 82 (261) *a me heredeve meo … veneant*. Das gewiss zugrundeliegende (→ Rn. 9) Schuldnerinteresse (*Noordraven*, Index 18 [1990] 234, 248) schließt ein Gläubigerrecht jedoch nicht aus (→ Rn. 9).

[60] Mancipatio Pompeiana, FIRA III 91, 3.12–13. Die Klausel erscheint als notwendig, weil jene Jungen nicht nur wegen, sondern auch an Stelle der Darlehensschuld fiduziarisch übereignet worden sind (Ersatz), *ob sestertios nummos* etc. (Z. 2.6–7).

[61] Mancipatio Pompeiana, FIRA III 91, 3.14–15. Die Notwendigkeit der Klausel ergibt sich wieder aus der Ersatzfunktion der fiduziarischen Übereignung (o. Fn. 60).

[62] Formula Baetica, FIRA III 92, Z. 6–11.

[63] Formula Baetica, FIRA III 92, Z. 11–18.

[64] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.4; *Lenel*, Pal. II Sp. 147 Fn. 7 (Pomponius fragm. 799).

[65] *Lenel*, Pal. II Sp. 148 Fn. 4; *Kaser*, RP I 461. Daran knüpft Pomp. 35 Sab. D. 50.16.181 an; *Lenel*, Pal. II Sp. 148 (Pomponius fragm. 802). Enger und zugleich weiter *Kaser*, Pfandrecht (1982) 115 (Erstreckung auf die Erben von Gläubiger und Schuldner). Ablehnend *Biscardi*, Garanzie (1976) 78 (Itp.).

[66] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.4. Mancipatio Pompeiana, FIRA III 91, 3.6 und Formula Baetica, FIRA III 92, Z. 12, 14 erstrecken das Verkaufsrecht des Gläubigers ausdrücklich auf den Erben. Allein die Erbenstellung (*Biscardi*, Garanzie [1976] 70, 79) genügte offenbar nicht. Die Einbeziehung der Erben insofern (hinsichtlich des Verkaufsrechts) und auch sonst (hinsichlich der Zahlung [Manc. Pomp. 3.4,5], hinsichtlich der *dolus*-Haftung [Manc. Pomp. 3.9], hinsichtlich des Rechts auf den Rest [Manc. Pomp. 3.13], hinsichtlich des Rechts auf den Überschuß [Manc. Pomp. 3.15]) ist bemerkenswert. Vgl. zum Phänomen *Burdese*, St. Solazzi I 324–344. Eine sofortige Restitutionspflicht des Gläubigererben im Falle des Fehlens der Zahlungsklausel (Manc. Pomp. 3.4) [*Burdese* 326–330, 344] wäre allerdings erstaunlich.

[67] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.4/5.

[68] Paul. sent.2.13.5. Skeptisch *Kaser*, RP I 461 mit Fn. 13. S. desweiteren Paul. 1 decr. D. 20.5.13 (zur *fiducia*; *Kaser*, RP II 319 Fn. 6; schwankend *Kaser*, Pfandrecht [1982] 111 Fn. 282, 124: zu *fiducia* oder Pfandrecht). A. A. *Lenel*, Pal. I Sp. 960 (Paulus fragm. 60); *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 314 Fn. 105, 106 (zum Pfandrecht).

[69] Ulp. 30 ed. D. 13.7.22 pr.; *Lenel*, Pal. II Sp. 618 Fn. 9, 11, 12 (Ulpian fragm. 903); s. *Kaser*, RP I 461; *Noordraven*, Index 18 (1990) 249 Fn. 83 (261).

III. Dogmatik

Das *pactum fiduciae* (→ Rn. 15) bezieht seine Klagebegründungseignung aus der Verbindung mit dem förmlichen Übereignungsgeschäft (→ Rn. 15),[70] wobei es auf dessen Erfolg nicht ankommt.[71] Dass man es mit einer bloßen Übergabe verbunden hätte, ist nicht überliefert[72] und auszuschließen.[73] Zuvor war es die Einfügung der Worte *fidei fiduciae causa* in die Manzipationsformel, was den Rechtsschutz (durch *legis actio*) eröffnete (→ § 40 Rn. 15 Fn.56).[74] **19**

Sowohl die im *pactum* für den Zahlungsfall getroffene Vorsorge (Restitution der Sache) als auch die für den Nichtzahlungsfall getroffene (Überschussherausgabe nach Verkauf) (→ Rn. 16) werden mittels der *actio fiduciae* (→ § 88 Rn. 1–4) realisiert.[75] Im Detail reicht die Klage freilich weiter als die Vorsorge des *pactum fiduciae* im Einzelfall. So wird mittels der *actio fiduciae* auch ein Zinsgewinn des verkaufenden Gläubigers oder dessen eigener Gebrauch des Erlöses in Form eines Zinses abgeschöpft.[76] Selbst ein räuberischer Schuldner hat Anspruch auf die vom Gläubiger gezogenen Früchte.[77] Eine schlechte Behandlung der fiduziarisch übereigneten Sache durch den Gläubiger, etwa die Verstümmelung eines Sklaven, kann im Rahmen der *actio fiduciae* zum Ansatz kommen.[78] **20**

---

[70] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 9 f.; *Watson*, Obligations (1965) 179; *Biscardi*, Garanzie (1976) 43; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 110. Bestritten von *Noordraven*, Index 18 (1990) 241–243. Gelegentlich will man die Restitutionspflicht dagegen einfach aus der *bona fides* herleiten; vgl. *Lambrini*, in: *Vacca*, Garanzia (2003) 268 (*fides*). Dagegen schon *Ambrosino*, St. Arangio-Ruiz II, 261.

[71] Ulp. 30 ed. D. 13.7.22.2; *Biscardi*, Garanzie (1976) 56 f. – Handelt es sich um einen *contractus*? Skeptisch was diese Fragestellung angeht *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 10 Fn. 8 (unfruchtbare Kontroverse unter den Älteren) und wieder *Kaser*, Pfandrecht (1982) 112 Fn. 288 (für Rom nicht zu überschätzen); anders *Frezza*, Garanzie II (1963) 13 Fn. 3; *Biscardi*, Garanzie (1976) 128–136; *Fercia*, „Fiduciam contrahere". Quellen: Ulp. 30 ed. D. 13.7.24 pr.; Mod. 4 resp. D. 13.7.39. – Pap. 7 resp. D. 33.10.9.2 steht außerhalb dieses Zusammenhangs (→ § 88 Rn. 7 Fn. 32). Ob es sich um ein ‚doppeltes' oder um ein ‚einheitliches' Geschäft handelt, kann wirklich dahinstehen; *Lambrini*, in: *Vacca*, Garanzia (2003) 263 f.

[72] *Kaser*, RP I 460.

[73] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 10; *Watson*, Obligations (1965) 179; *Biscardi*, Garanzie (1976) 29–34; *Lambrini*, in: Vacca, Garanzia (2003) 264 f.; *Romeo*, Polis 2 (2006) 218 f.

[74] Die Kontroverse, ob sich die Rückübereignungspflicht des Treuhänders aus dem *pactum fiduciae* ergibt oder aus der *mancipatio* selbst (s. nur *Dunand*, Transfert [2000] 89–144, 167, 504, der selbst letzteres annimmt, oder *Bertoldi*, Negozio [2012] 72–78, die selbst ersteres annimmt), löst sich also unter entwicklungsgeschichtlichem Aspekt auf.

[75] Ulp. 30 ed. D. 13.7.24.1,2; Paul. sent.2.13.1; *Kaser*, RP I 462. Dies und anderes sind für *Dunand*, Transfert (2000) 218–231, 265–272 Anzeichen der Treugeberstellung als eines „titulaire de la valeur patrimoniale du bien fiduciaire"; vgl. *Schmidlin*, ebd. X (mit der Unterscheidung „propriété-valeur" und „propriété-pouvoir"). Krit. *Waelkens*, TR 70 (2002) 354–356.

[76] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6.1; *Biscardi*, Garanzie (1976) 73 f.

[77] Ulp. 30 ed. D. 13.7.22.2 (→ Rn. 19 Fn. 71).

[78] Ulp. 30 ed. D. 13.7.24.3. An gewisse verwerfliche Verhaltensweisen des Gläubigers wird zudem das sofortige Ende der Pfandbindung geknüpft; Ulp. cit.

21 Dem Gebot der *bona fides*[79] widerspricht ein *dolus malus* des Gläubigers.[80] So muss der Gläubiger einer *fiducia cum servo contracta*, aufgrund einer Zusatzklausel zur *formula* der *actio fiduciae* (→ § 88 Rn. 1–6) für *dolus* einstehen.[81] Hat ein Gläubiger die *fiducia* selbst erhalten, ist er ursprünglich für *dolus*,[82] später auch für *culpa* verantwortlich.[83]

22 Eine, umgekehrt, gute Behandlung der fiduziarisch übereigneten Sache durch den Gläubiger, wie auf einen Sklaven gemachte notwendige Verwendungen (Kosten einer ärztlichen Versorgung) oder auf ein Mietshaus gemachte (Abstützung, Wiederherstellung)[84] oder die fortgesetzte oder vom Schuldner bewilligte oder notwendige Ausbildung eines Sklaven in einem Handwerk, die sorgfältige Bebauung einer Liegenschaft[85] – all das kann im Rahmen einer *actio fiduciae contraria* (→ § 88 Rn. 7) zum Ansatz kommen;[86] ebenso ein Schadensersatzverlangen des Gläubigers,[87] ein Herausgabeverlangen,[88] ein Regressverlangen.[89]

23 Der Eigentumsübergang auf den Fiduziar hängt vom *pactum fiduciae* auch dann nicht ab, wenn der Treuhandzweck in der Manzipationsformel mit erklärt worden ist (→ Rn. 15 Fn. 56).[90] Ziel der Einfügung des Treuhandzwecks in die Manzipationsformel ist es ursprünglich, dem Fiduzianten den Rechtsschutz durch *legis actio* zu eröffnen (→ Rn. 15 Fn.56).

24 Der ersitzungsweise Rückerwerb (*usureceptio*) geht bei der *fiducia cum amico contracta* leichter vonstatten als bei der *fiducia cum creditore contracta*.[91]

---

[79] Iul. 13 dig. D. 18.2.10.

[80] *Kaser*, RP I 507. Vgl. (→ Rn. 1 Fn. 1) Cic. off. 3,15,61 und Cic. nat. deor. 3,74 (*iudicia de fide mala*); Val./Gall., frg. Vat. 18 (a.255) in der Rekonstruktion von *Huschke*; s. *Oertmann*, Fiduzia (1890) 9 f., 164.

[81] Ulp. 2 disp. D. 15.1.36.

[82] Cic. Q. Rosc. 16; Caecin. 7; Cic. nat. deor. 3,74 (→ Rn. 1 Fn. 1). In der Mancipatio Pompeiana, FIRA III 91 (→ Rn. 1 Fn. 2) wird Z. 3.9–11 eine Haftung wegen *dolus* vorgesehen.

[83] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr. a. E. (ursprünglich zur *fiducia*? s. *Noordraven*, Index 18 (1990) 247 mit Fn. 75, 76 [260 f.]; *Lenel*, Pal. I Sp. 210 [Gaius fragm. 208] beläßt *pignori*). Paul. 31 ed. D. 13.7.25 *sicut enim* etc. (*Lenel*, Pal. I Sp. 1027 Fn. 2, 3, 4, 5 [Paulus fragm. 481]); Mod. 2 diff. coll. 10.2.2 *sicut enim et in fiduciae iudicium … dolus et culpa deducitur* etc.; *Santucci*, in: *Peppe*, Fides (2008) 276–289 (vgl. *Romeo*, Polis 3 (2010) 252–254); *Santucci*, Diligentia (2008) 64–80; *Bertoldi*, Negozio (2012) 142–146, 199–201 (Einstehenmüssen für *diligentia quam in suis*).

[84] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8 pr.

[85] Paul. 31 ed. D. 13.7.25.

[86] Paul. sent.2.13.7 (allgemein redend; anders *Kaser*, Pfandrecht (1982) 113 Fn. 293 [alle Verwendungen]). Im *pactum conventum* der Mancipatio Pompeiana, FIRA III 91, 3.17–18 übernimmt es die Schuldnerin noch eigens, Aufwand und Verwendungen zu tragen.

[87] Afr. 8 quaest. D. 13.7.31.

[88] Ulp. 30 ed. D. 13.7.22.3; *Lenel*, Pal. II Sp. 618 Fn. 8, 9 (Ulpian fragm. 903).

[89] Ulp. 30 ed. D. 13.7.22.4; *Lenel*, Pal. II Sp. 618 Fn. 9, 10 (Ulpian fragm. 903).

[90] Zweifelnd *Kaser*, RP I 47 mit Fn. 48; a. A. *Burdese*, Iura 34 (1983) 180 f., 185 (Umformung der *mancipatio* durch Erklärung des Treuhandzwecks in ein kausales Rechtsgeschäft).

[91] Gai. inst. 2.59/60; 3.201; Iul. 13 dig. D. 44.7.16 (*Lenel*, Pal. I Sp. 354 Fn. 6, 7, Julian fragm.217). Die auch für unbewegliche Güter geltende Einjahresfrist wirft Fragen auf; s. *Noordraven*, Index 18 (1990) 246; *Dunand*, Transfert (2000) 233 mit Fn. 962; *Gröschler*, Gnomon 75 (2003) 237 f.; *Oliviero*, St. Labruna VI 3891–3895; *Bertoldi*, Negozio (2012) 116–121. *Lambrini*, in: *Vacca*, Garanzia (2003),

IV. *Fiducia* und Pfandrecht

Um die Wende 3./2. Jh.v.Chr. wird in Rom das griechische Pfandrecht rezipiert: ein Pfandrecht, das sich begründen lässt durch bloße Abrede und doch den künftigen Verfall mit sich führt[92] (→ § 48 Rn. 6). Gleichwohl wird die *fiducia* weiterhin praktiziert. Am Vorteil der Besitzerhaltung[93] kann dies nicht gelegen haben. Denn auch ein Verpfänder kann die zu verpfändende Sache schon immer bei sich behalten[94] (→ § 48 Rn. 5). Am Gegenstand (*fiducia* als geeignete Sicherungsform für *res mancipi*?)[95] auch nicht. Denn auch *res mancipi* werden seit jeher verpfändet.[96] Oder ging es einfach darum, dem Gläubiger geradezu Eigentum zu verschaffen[97]? Bildete die *fiducia* „una sorta di „paradiso" per i creditori garantiti"[98]? Die *fiducia* mag sich, paradoxerweise, angeboten haben, wenn es darum ging, zur Sicherung einer verhältnismäßig geringfügigen Forderung ein – allein zur Verfügung stehendes – verhältnismäßig hochwertiges Pfand einzusetzen. In solchen Fällen musste der beim Pfandrecht drohende Verfall abschreckend wirken, während bei der *fiducia* die Treubindung des Gläubigers für die erforderliche Balance sorgte, und der Schuldner sich zudem über eine Verkaufsrechtsabrede (→ Rn. 16–17) den Zugriff auf einen zu erwartenden Mehrerlös eröffnen konnte.[99] Beim Pfandrecht ist man auf diese Möglichkeit (allerdings im Gläubigerinteresse) erst im Laufe des 1. Jh. v. Chr. verfallen.[100] (→ § 48 Rn. 20). Nach der schuldrechtlichen Seite hin ist das Pfandrecht erst verhältnismäßig spät ausgebildet worden; nicht vor Ausgang des 1. Jh. n. Chr. (→ § 87 Rn. 1–8).

25

269 hält daneben eine *condictio* für wahrscheinlich. Ulp. 34 Sab. D. 12.1.4.1 (*Lambrini*, a. a. O. Fn. 90) gehört jedoch zum Pfandrecht (→ § 87 Rn. 7 mit Fn. 15).

[92] *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 49–70.

[93] *Noordraven*, Index 18 (1990) 230, 239 f.

[94] *Schanbacher*, FS Mayer-Maly 644 Fn. 31; SZ 123 (2006) 49–70. Anders viele; u. a. auch *Noordraven*, Index 18 (1990) 230., 239 f. (besitzlose Verpfändung erst seit dem 2. Jh. n. Chr.: unzutreffend; s. nur *Gröschler*, Gnomon 75 [2003] 236 Fn. 1).

[95] *Noordraven*, Index 18 (1990) 239.

[96] Cato, agr. 149,2 (Sklaven); Plaut. Truc. 214 (Landgüter, Haus). Die pompejanischen Urkunden bezeugen allerdings mehrfach *fiducia* an *res mancipi* und Pfandrechte an *res nec mancipi* (→ Rn. 1 Fn. 2, → Rn. 15 Fn. 56, → § 48 Rn. 29 Fn. 153); *Gröschler*, Gnomon 75 (2003) 237 Fn. 1, 238 Fn. 2. Ob sich *Wolf*, TPN 72 betreffend die Versteigerung von Grundstücken (→ Rn. 1 Fn. 2) auf Pfandrechte oder *fiducia* bezieht, ist fraglich: *Romeo*, Polis 2 (2006) 208 f.; *Wolf*, Rechtsurkunden (2010) 107; für einen Bezug auf *fiducia* hingegen *Camodeca*, Tabulae I (1999) 196; *Migliardi Zingali*, Labeo 46 (2000) 457.

[97] *Lambrini*, in: Vacca, Garanzia (2003) 258.

[98] *Bertoldi*, Negozio (2012) 50.

[99] Man mag an Fälle denken wie den Fall TH 65.4.7–10 (fiduziarische Übereignung der *puella* Naïs wegen 600 HS – bei einem Durchschnittspreis von Sklaven von 500 Denaren: *De Martino*, Wirtschaftsgeschichte [1991] 93, 98, 109, 115). Enorme Übererlöse, wie der in *Wolf*, TPN 67 (12. Jan. 48 n. Chr.) bezeugte von 4.300 HS (*Migliardi Zingali*, Labeo 46 [2000] 457) könnten auch in diese Richtung deuten.

[100] Serv./Ulp. 77 ed. D. 47.10.15.32.

§ 47 Mehrheiten von Eigentümern

Wojciech Dajczak

Gutièrrez Masson, Del „consortium" al la „societas", I., „Consortium ercto non cito", 1987; *Gutièrrez Masson*, Del „consortium" al la „societas", II., „Societas omnium bonorum", 1989; *Drosdowski*, Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht, 1998; *Murillo Villar*, Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos: Derecho romano. Derecho histórico. Derecho español vigente, 2000; *Salazar Revuelta*, Evolución histórico-jurídica del condominio en el derecho romano, 2003; *Meissel*, Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages, 2004.

Inhalt Rn.

I. Älteste Form der Mehrheit von Eigentümern – *consortium ercto non cito* 1
1. Spuren des *consortium ercto non cito* in den Quellen 1
2. Der Ausdruck *ercto non cito* 3
3. Entstehungsgründe des *consortium ercto non cito* 4
4. Rechte der Gemeinschafter im *consortium ercto non cito* 5
5. Beendigung des *consortium ercto non cito* 6
6. Verlust der Bedeutung des *consortium ercto non cito* 7
II. Die juristische Natur der Mehrheit von Eigentümern 9
III. Entstehung einer Mehrheit von Eigentümern *pro indiviso* 11
1. Erwerb von Eigentumsbruchteilen durch Rechtsgeschäft 12
2. Ersitzung eines Bruchteils 14
3. Rein faktische Ereignisse 15
IV. Ausübung des Rechts an einer gemeinsamen Sache 16
1. Herrschaft eines Miteigentümers über die gemeinsame Sache 16
a. Nutzung der gemeinsamen Sache ohne Änderung ihres Zustandes 16
b. Änderung des Zustandes der gemeinsamen Sache 20
2. Rechtsgeschäftliche Verfügungen eines Miteigentümers 22
a. Verfügungen über einen Bruchteil 22
b. Bestellung eines dinglichen Nutzungsrechts an der gemeinsamen Sache 23
aa. Bestellung eines Nießbrauchs 23
bb. Bestellung einer Servitut 25
c. Verpfändung eines Bruchteils 27
d. Freilassung eines gemeinsamen Sklaven 29
e. *Derelictio* 30

V. Geschäfte eines gemeinsamen Sklaven 31
1. Erwerbsakte eines gemeinsamen Sklaven 31
2. Handlungen eines gemeinsamen Sklaven als Manager 32
VI. Rechtsschutz des Miteigentums gegenüber Dritten 33
1. Verteidigung des gemeinsamen Grundstücks gegen vom Nachbargrund drohenden Schaden 33
2. Schutz der Herrschaft über die gemeinsame Sache gegen einen Dritten 35
3. Die Beschädigung einer gemeinsamen Sache durch einen Dritten 38
VII. Haftung der Miteigentümer gegenüber Dritten für Sklaven- und Tierschäden 39
VIII. Aufhebung der Gemeinschaft 40

I. Älteste Form der Mehrheit von Eigentümern – *consortium ercto non cito*

1. Spuren des *consortium ercto non cito* in den Quellen

Die älteste dem *ius civile* bekannte Mehrheit von Eigentümern ist die *societas ercto non cito* (d. h. ungeteiltes Eigentum). Ein im Jahre 1933 entdecktes Fragment der gaianischen Institutionen (→ § 7 Rn. 31)[1] spielt eine fundamentale Rolle für unsere Kenntnis der juristischen Natur dieses Institutes und dient als Referenzpunkt für die Beurteilung ihrer Spuren in der Praxis und in der juristischen Debatte der republikanischen Zeit.[2] **1**

Der Vorstellung dieser Mehrheit von Berechtigten lag die Vorstellung der *fraternitas*,[3] im Sinne eines besonderen persönlichen Vertrauensverhältnisses zwischen den *sui heredes* (→ § 54 Rn. 7) zugrunde, die schon vor dem Tod des *pater familias* als „Beinahe-schon-Eigentümer" – und daher zum Erwerb des Familienvermögens in der Zukunft berechtigt – angesehen wurden.[4] Ursprünglich war dementsprechend *ercto non cito* die „natürliche" ökonomische und soziale Brudergemeinschaft.[5] **2**

2. Der Ausdruck *ercto non cito*

Wurzeln der Sprachformel *ercto non cito* liegen in der Vorstellung eines Vermögens, das ungeteilt ist.[6] Eine Gemeinschaft der zum Vermögen Mitberechtigten wurde mit den Worten *communio*, *consortium* oder *societas fratrum* bezeichnet. Die *communio* ist ein **3**

[1] Gai. 3.154, i. e. PSI XI 1182 F; vgl. *Arangio-Ruiz*, BIDR 42 (1934) 574.
[2] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 329–334; *Salazar Revuelta*, Evolución (2003) 58.
[3] *Bretone*, Labeo 6 (1960) 211–212; *Gaudemet*, Communautés (1963) 81–82; *Salazar Revuelta*, Evolución (2003) 68.
[4] Gai. 2.157; Paul. 2 Sab. D. 28.2.11; *Torrent*, AHDE 34 (1964) 498–500.
[5] *Gutiérrez Masson*, Consortium I (1987) 102 f.
[6] Serv. Aen. 8,642; Fest. p. 72 L; Gai. 3.154a.

Oberbegriff,[7] der nicht nur die Mehrheit der dinglich zu einem Objekt (→ § 38 Rn. 13) Berechtigten umfasste, sondern auch die legendären Boden-Hausgemeinschaften[8] und später alle gemeinsam zustehenden Sachen (→ § 38 Rn. 10–12).[9]

3. Entstehungsgründe des *consortium ercto non cito*

4 *Ercto non cito* war ursprünglich nur die Hauserbengemeinschaft (*societas hereditaria*), die ohne den Willensakt der Gemeinschafter zustande kam.[10] Vermutlich kam es dann aufgrund praktischer Nützlichkeitsvorstellungen zur Anerkennung von Gemeinschaften welche der *societas fratrum* nachgeahmt waren. Solche entstanden infolge eines vermögensrechtlichen Formalaktes (*in iure cessio)* (→ § 16 Rn. 1).[11] Nach dem aktuellen Quellenstand ist eine vom Prätor bestätigte gegenseitige Anerkennung der Mitberechtigung zu einer Sache (*addictio*)[12] ebenso denkbar wie etwa ein besonderer Akt der „Verbindung" (*conserere manu*) zwischen den beteiligten Parteien.[13]

4. Rechte der Gemeinschafter im *consortium ercto non cito*

5 Jeder Gemeinschafter eines *consortium ercto non cito* konnte unabhängig von den anderen alleine über die gemeinsame Sache verfügen und selbstständig etwas für die Gemeinschaft erwerben.[14] Der Verpflichtungsakt eines Mitberechtigten war – wie in der griechischen Rechtspraxis[15] auch – in der „Brudergemeinschaft" für die anderen Mitgemeinschafter bindend.[16] Die Grenze der Verfügungsfähigkeit jedes Gemeinschafters war laut h. M. ein Verbotsrecht (*ius prohibendi*) der anderen „Brüder" nach dem Vorbild der kollegialen republikanischen Magistraturen.[17] Spuren der Anwendung des *ius prohibendi* in republikanischen Gemeinschaften des Zusammenlebens und des Hauskultus sind in den Quellen allerdings nicht überliefert.[18]

---

[7] Sen. benef. 7,12,1.

[8] Varro rust. 1,10,2; Plin. nat. 18,2,7; Liv. 8,21,11; Cic. rep. 2,26.

[9] *Dirkens*, Manuale (1837) 22–23; CIL XI 1146, p. 3 lin. 54, p. 4 lin. 85; *Lambrini*, Iura 65 (2017) 403 f. Zur Möglichkeit der privaten Berechtigung an *res communes* vgl. *Schermaier*, Mél Humbert 790–792.

[10] Cic. Quinct. 76; Cic. Q. Rosc. 55; Gell. 1,9,12; Gai. 3.154b. Der Fortbestand des *consortium ercto non cito* ist jedoch vom Willen der Erben abhängig; vgl. *Müller-Kabisch*, Kündigung (2011) 63.

[11] Gai. 3.154b; vgl. *Meissel*, Societas (2004) 23; abw. von der h. L. nimmt *Wieacker*, Societas I (1936) 132 einen personenrechtlichen Akt an.

[12] Gai. 2.24.

[13] Varro ling. 6,64; vgl. *Collinet*, RHD 13 (1934) 102–104.

[14] Gai. 3.154b.

[15] Arist. EN 1159b.

[16] Scaev. 1 resp. D. 10.2.39.3.

[17] *Salazar Revuelta*, Evolución (2003) 70; *Cascione*, in: Cardilli, Modelli (2003) 41 f.

[18] Plu. Aem. 5,28; Plu. Crass. 1; Val. Max. 4,4,8; vgl. *Salazar Revuelta*, Evolución (2003) 70.

5. Beendigung des *consortium ercto non cito*

Der Tiefe der Interesseneinheit im *consortium ercto non cito* entsprach vermutlich die Idee der Unteilbarkeit dieser Art der Gütergemeinschaft.[19] Eine Aufhebung der Erbengemeinschaft ist jedoch seit der Einführung der Teilungsklage *actio familiae erciscundae* (→ § 67 Rn. 8–10) im Zwölftafelgesetz möglich.[20] Die Teilung wurde mittels *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (→ § 9 Rn. 50–56) verwirklicht.[21] Die Möglichkeit einer außergerichtlichen Aufhebung des *consortium ercto non cito* ist wahrscheinlich, aber nicht quellenmäßig belegt.[22] 6

6. Verlust der Bedeutung des *consortium ercto non cito*

Die juristische Entdeckung der Vorstellung eines Bruchteilseigentums (*pars pro indiviso*) im ersten Jh. vor Chr. durch Quintus Mucius und Servius Rufus[23] war ein bahnbrechendes Ereignis in der Geschichte des *consortium ercto non cito*. Die Anwendung der Konstruktion eines Eigentums nach Bruchteilen durch Quintus Mucius auf die *communio fratrum*[24] bestätigt die Atrophie des *consortium ercto non cito* als selbstständiger Rechtsfigur gegen Ende der Republik.[25] Diese Rechtsentwicklung verlief parallel zu dem Verschwinden von Brudergemeinschaften im Sozialleben.[26] 7

Spuren des altrömischen *consortium* sind jedoch noch in sozialen Vorstellungen der Prinzipatszeit zu finden.[27] Gaius spricht über die *societas fratrum* als „alte Art“ der Gesellschaft, die der Jurist von einer konsensualen Gemeinschaft der Gesellschafter (*societas*) generisch unterscheidet.[28] 8

II. Die juristische Natur der Mehrheit von Eigentümern

Die Mehrheit von Berechtigten an einer Sache im archaischen *consortium ercto non cito* und danach seit dem 1. Jh. vor Chr. in der *communio pro indiviso* hat keinen formalen Ausdruck in einem besonderen Begriff des Miteigentums gefunden.[29] Der Gegenstand 9

[19] Gell. 1,9,12; vgl. *Tondo*, SDHI 60 (1994) 605 f.
[20] Gai. 7 ed. prov. D. 10.2.1.
[21] Gai. 4.17a.
[22] Vgl. *Murillo Villar*, Revista Jurídica del Notariado 17 (1996) 67.
[23] Paul. 21 ed. D. 50.16.25.1; vgl. *Schiavone*, Giuristi (1992) 65 f.
[24] Pomp. 35 Q. Muc. D. 29.2.78.
[25] Vgl. *Talamanca*, Societas (2012) 52–53.
[26] Cic. off. 1,54.
[27] Plin. epist. 8,18,1; Mart. epigr. 1,3; CIL V 2, 6066; CIL VI 2, 14093; CIL VI 3, 22355a; CIL XII 5864.
[28] Gai. 3.154b; vgl. *Bretone*, Labeo 6 (1960) 169–174; *Torrent*, AHDE 34 (1964) 482.
[29] *Segrè*, Comproprietà (1931) 4. Das Wort *condominium* kommt im antiken Latein nicht vor.

der Berechtigung mehrerer Personen wird als *dominium*,[30] einer der Mitberechtigten an einer Sache dagegen als *dominus*[31] bezeichnet.

10 Die Debatte klassischer Jurisprudenz über Beziehungen zwischen Eigentümern *pro indiviso* ist von zwei Leitgedanken geprägt: Erstens dem Begriff der *pars pro indiviso* als eines körperlich die ganze Sache erfassenden, aber rechnerisch auf eine Quote beschränkten Anteils[32] und zweitens von dem Prinzip der Nichteinmischung in bestehende Gemeinschaften, d. h. es wurde grundsätzlich den Gemeinschaftern überlassen, sich im Innenverhältnis zu einigen.[33] Die Überwindung des zweiten Prinzips veranschaulicht die allmähliche Erweiterung des Anwendungsbereiches der *actio communi dividundo* (→ § 67 Rn. 20) auf die Abrechnung unter Miteigentümern ohne Aufhebung der Gemeinschaft. Diese Entwicklung steht im Zusammenhang mit dem Übergang vom Formularprozess zum Kognitionsverfahren (→ § 15 Rn. 4–5).[34] Inwieweit sich diese Änderungen im klassischen Recht durchgesetzt haben oder ob sie erst eine justinianische Schöpfung sind, bleibt nach dem heutigen Quellenstand umstritten.[35]

III. Entstehung einer Mehrheit von Eigentümern *pro indiviso*

11 Erwägungen über die Entstehungsgründe des Miteigentums sind in den Quellen nicht systematisch angeführt. Grundsätzlich ist zwischen dem Erwerb von Eigentumsbruchteilen infolge eines Rechtsaktes, durch Ersitzung und aufgrund von natürlichem Rechtserwerb zu unterscheiden.

1. Erwerb von Eigentumsbruchteilen durch Rechtsgeschäft

12 Die rechtsgeschäftlichen Entstehungsgründe des Miteigentums sind unter Lebenden der Abschluss einer *societas* (bei entsprechender Ausgestaltung) oder der gemeinsame Erwerb einer Sache, von Todes wegen die Einsetzung mehrerer Miterben und die gemeinsame Zuwendung einer Sache, bzw. die individuelle Zuwendung einer Sache an mehrere. Die Beziehung zwischen dem konsensualen Gesellschaftsvertrag und der Ent-

[30] Vgl. Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.15.
[31] Vgl. Ulp. 17 Sab. D. 7.2.3.1.
[32] Paul. 21 ed. D. 50.16.25.1; *Kaser*, RP I 411.
[33] *Misera*, SDHI 60 (1994) 395; *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 46.
[34] *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 46.
[35] Die Klassizität der Möglichkeit einer Teilungsklage ohne Aufhebung der Gemeinschaft (*manente communione*) war bis zum Anfang des 20. Jh. die h. L., vgl. etwa *Berger*, Teilungsklagen (1912) 240; *Segrè*, Comproprietà (1931) 192. Nach der heute wohl h. M. ist dies für den Regelfall im klassischen Recht auszuschließen: *Misera*, SZ 94 (1977) 285; *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 46; *Salazar Revuelta*, in: Cardilli, Modelli (2003) 355 f.; vgl. aber *Meissel*, Societas (2004) 284–286, abweichend *Di Porto*, Impresa collettiva (1984) 127–127; *Rainer*, SZ (1988) 502.

stehung des Miteigentums hing vom Typus der *societas* ab (→ § 81 Rn. 58). Notwendige Rechtsfolge der Begründung einer *societas omnium bonorum* ist die sachenrechtliche Vergemeinschaftung aller körperlichen Gegenstände der *socii*.[36] Der von einem formalen Rechtsakt und der Übergabe der Sachen unabhängige Erwerb des Eigentums nach Bruchteilen erfolgte nach der gaianischen Erklärung durch eine *tacita traditio*.[37] Die sachenrechtliche Wirkung des Abschlusses einer *societas omnium bonorum* folgt also nicht den allgemeinen Regeln des Eigentumserwerbs[38] (→ § 43 Rn. 3) und zeigt die praxisorientierte Flexibilität der römischen Jurisprudenz. Der Eigentumserwerb an einer Sache durch den *socius* einer *societas omnium bonorum* führte zur Vergemeinschaftung dieser Sache, welche nötigenfalls durch ein *societatis iudicium* (→ § 81 Rn. 58) durchsetzbar war.[39] Bei der Erwerbsgesellschaft (*societas negotiationis alicuius*) und der Gesellschaft für Einzelzwecke (*societas unius rei*) entstand das Miteigentum durch eine gesonderte Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag über die Vergemeinschaftung von Sachbeiträgen[40] und gemeinsam erworbenen Sachen oder infolge eines gemeinsamen Erwerbs einer Sache von der *socii*.[41]

Das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages zwischen mehreren Erwerbern einer Sache führte nicht zwingend zur Entstehung von Miteigentum. Diese Wirkung hatte lediglich der gemeinschaftliche Kauf einer Sache,[42] die gemeinschaftliche Schenkung an mehrere Begünstigte,[43] der Erwerb eines Bruchteils vom Bruchteilsberechtigten[44] und die einvernehmliche Vermischung oder Vermengung.[45] Die Tradition des *consortium ercto non cito* wurde durch das Miteigentum *pro indiviso* an Nachlassgegenständen unter Miterben fortgesetzt.[46] Die Mehrheit von Eigentümern an derselben Sache entstand mit dem Erwerb des Vindikationslegats (→ § 60 Rn. 3), das eine gemeinsam oder individuell an mehrere übertragene[47] Sache umfasste oder infolge der Erfüllung eines Damnationslegates (→ § 97 Rn. 20–21) bei Übertragung einer Sache an mehrere Begünstigte.[48] **13**

[36] Paul. 32 ed. D. 17.2.1.1.
[37] Gai. 10 ed. prov. D. 17.2.2.
[38] In erster Linie handelt es sich hierbei um eine Ausnahme vom sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip; vgl. *Meissel*, Societas (2004) 251 f. Die Einordnung der gaianischen *traditio tacita* als Besitzkonstitut ist umstritten; vgl. *Wieacker*, Societas I (1936) 144; *Meissel*, Societas (2004) 265; *Talamanca*, Societas (2012) 173 f.
[39] Paul. 62 ed. D. 17.2.74.
[40] Cic. Q. Rosc. 27; Ulp. 30 Sab. D. 19.5.13.1.
[41] Paul. 32 Sab. D. 17.2.65.5; Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44.1.
[42] Ulp. 31 ed. D. 17.2.33.
[43] Ulp. 30 Sab. D. 17.2.31.
[44] CIL III 2, Instrumenta Dacia VIII; BGU III 887.
[45] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.8; Inst. 2.1.27; vgl. *Thönnissen*, Vermischung und Vermengung (2008) 40 f.
[46] *Kaser*, RP I 727; *Gutiérrez Masson*, Consortium I (1987) 146 f.
[47] Gai. 2.199.
[48] Gai. 2.205.

2. Ersitzung eines Bruchteils

14 War die Erfüllung eines Kaufes oder einer Schenkung von Bruchteilen dinglich unwirksam, so konnte der Empfänger den vereinbarten Bruchteil einer Sache ersitzen (→ § 44 Rn. 8).[49] Die Mehrheit von Ersitzungsbesitzern konnte sich also in ein Eigentum nach Bruchteilen umwandeln. Die Analogie zwischen der Mehrheit von Ersitzungsbesitzern und mehreren Miteigentümern ist im Juristenrecht anerkannt.[50]

3. Rein faktische Ereignisse

15 Die Errichtung einer gemeinsamen Wand (*paries communis*) – gut bekannt in römischer Baupraxis seit der späteren Republik[51] – stellt den häufigsten Anwendungsfall von Miteigentum an einer Sache dar.[52] Rein faktisch entstand das Miteigentum auch infolge der Entfernung eines an der Grenze zweier Grundstücke liegenden Steins oder des Fällens eines an der Grenze wachsenden Baumes. Die Anteile der Miteigentümer bildeten rechnerisch die frühere Verteilung der Sache auf die benachbarten Grundstücke.[53] Durch die zufällige Vermischung und Vermengung von Gattungssachen (→ § 38 Rn. 17) entstand dagegen das Eigentum *pro diviso*, das mit der Vindikation eines mengenmäßig bestimmten Anteils (*vindicatio pro parte*) (→ § 59 Rn. 94) geschützt wurde.[54]

IV. Ausübung des Rechts an einer gemeinsamen Sache

1. Herrschaft eines Miteigentümers über die gemeinsame Sache

a. Nutzung der gemeinsamen Sache ohne Änderung ihres Zustandes

16 Jeder der Miteigentümer war zur Nutzung der gemeinsamen Sache berechtigt. Die Vorstellung des Mitbesitzes war den Römern fremd (→ § 40 Rn. 10–11). Unter Berücksichtigung der natürlichen Eigenschaften der Sache war die Beschränkung der Herrschaft eines Miteigentümers auf seinen Teil[55] möglich. Eine gerichtliche Lösung von Nutzungskonflikten ohne Aufhebung der Gemeinschaft gab es grundsätzlich nicht. Von diesem Prinzip gab es zwei Ausnahmen:

---

[49] Pomp. 26 Q. Muc. D. 41.2.26.
[50] Ulp. 60 ed. D. 40.5.4.23.
[51] *Rainer*, SZ 115 (1998) 489.
[52] Alf. 2 dig. D. 39.2.43.1; Paul. 10 Sab. D. 39.2.36.
[53] Paul. 6 Sab. D. 10.3.19; Paul. 1 man. D. 17.2.83.
[54] Ulp. 16 ed. D. 6.1.3.2; Ulp. 16 ed. D. 6.1.5 pr.–1. Für die zufällige Vermischung von Flüssigkeiten ist die Entstehung des Eigentums *pro indiviso* umstritten. Vgl. *Thönnissen*, Vermischung Vermengung (2008) 88.
[55] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.15.

Jeder Miteigentümer konnte sich dem Widerspruch gegen notwendige Wiederherstellungsarbeiten[56] oder gegen die Bestattung eines Menschen auf dem gemeinsamen Grundstück[57] mit dem Interdikt *uti possidetis* (→ § 66 Rn. 63) entgegensetzen. Im Kognitionsverfahren stand ihm die *actio communi dividundo* (→ § 67 Rn. 15) zur Durchsetzung der notwendigen Wiederherstellungsarbeiten bzw. der Bestattung zu.[58] Eine für andere Miteigentümer schädliche Nutzung der gemeinsamen Sache war nicht gestattet.[59] Jeder Miteigentümer konnte gegen den Beschädiger die *actio legis Aquiliae* (→ § 92 Rn. 9–10) geltend machen.[60] **17**

Eine selbstständige Ausbesserung der Sache durch einen Miteigentümer führte zu Regressansprüchen gegenüber den anderen. Das Recht eines Miteigentümers auf verhältnismäßigen Aufwandersatz für die Reparatur eines gemeinschaftlichen Gebäudes hat Mark Aurel unterstützt. Falls die Regressforderung innerhalb von vier Monaten nicht freiwillig erfüllt wurde, verlor der Beklagte *ex lege* seinen Anteil zugunsten des Klägers.[61] Seit der klassischen Zeit konnte der Miteigentümer die Rückzahlung der Reparaturkosten mittels *actio communi dividundo* und bei Vorliegen einer *societas* alternativ mit der *actio pro socio* (→ § 81 Rn. 102) geltend machen.[62] **18**

Die Früchte (→ § 38 Rn. 24) gemeinsamer Sachen fallen mit ihrer Trennung anteilsmäßig den Miteigentümern zu.[63] **19**

b. Änderung des Zustandes der gemeinsamen Sache

Nach dem Paulus-Bericht brachte der Bau oder Umbau des Hauses auf dem gemeinsamen Grundstück durch nur einen Miteigentümer allein „unermessliche Streitigkeiten“ (*immensas contentiones*) mit sich, die üblicherweise durch Teilung beendet wurden.[64] Die Lösung von Konflikten dieser Art ohne Aufhebung der Gemeinschaft basierte im Juristenrecht auf dem Prinzip, dass die Rechtstellung dessen, der verbietet, stärker ist.[65] Jeder der Berechtigten an einer Sache hat ein Verbotsrecht (*ius prohibendi*) gegen die Handlungen anderer Miteigentümer, die auf die materielle Änderung der gemeinsamen Sache gerichtet sind. Im Einklang mit der Tradition des *consortium ercto non cito* galt der ausdrückliche Widerspruch jedes Miteigentümers als die Grenze der zulässigen selbstständigen Bauarbeiten anderer Miteigentümer.[66] **20**

[56] Ulp. 71 ed. D. 10.3.12.
[57] Pap. 8 quaest. D. 11.7.43.
[58] Ulp. 71 ed. D. 10.3.12; vgl.: *Rainer*, SZ 105 (1988) 502; *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 151.
[59] Proc. 2 epist. D. 8.2.13 pr.; Paul. 6 Sab. D. 8.2.19 pr.
[60] Ulp. 18 ed. D. 9.2.19.
[61] Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.10.
[62] Gai. 28 ed. prov. D. 39.2.32. Vgl. *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 95 Fn. 161; *Meissel*, Societas (2004) 194 abw. *Salazar Revuelta*, Evolución (2003) 170.
[63] Iul. 7 dig. D. 22.1.25 pr.
[64] Paul. 15 Sab. D. 8.2.26.
[65] Pap. 7 quaest. D. 10.3.28.
[66] Gai. 7 ed. prov. D. 8.2.8; Pomp. 33 Sab. D. 8.2.27.1; Marcell. 6 dig. D. 8.5.11.

21 Der Verzicht auf das Verbotsrecht durch einen Miteigentümer beschränkte seinen Schutz auf den Schadenersatz im Teilungsprozess.[67] Im Kognitionsverfahren konnte jeder Miteigentümer sein Verbotsrecht mit der *actio communi dividundo* (→ § 67 Rn. 13) geltend machen.[68]

2. Rechtsgeschäftliche Verfügungen eines Miteigentümers

a. Verfügungen über einen Bruchteil

22 Im Juristenrecht galt das Einstimmigkeitsprinzip (*secundum omnium sententias*), sodass ein Miteigentümer unabhängig von den anderen Gemeinschaftern nur seinen Bruchteil veräußern konnte.[69] Die vertragliche Einschränkung der Verfügungsbefugnis war darüber hinaus möglich.[70] Das in provinzialer Praxis bekannte Verbot der Veräußerung eines Bruchteils an Dritte hat Diokletian als „unrichtig" (*falso*) erklärt.[71] Die dingliche Zuordnung des Bruchteils wurde erst durch die persönliche Konstellation der Bruchteilgemeinschaft verändert.[72]

b. Bestellung eines dinglichen Nutzungsrechts an der gemeinsamen Sache

aa. Bestellung eines Nießbrauchs

23 Die Möglichkeit der Belastung eines Bruchteils mit einem Nießbrauch (→ § 49 Rn. 32–33) ist im Juristenrecht unzweifelhaft.[73] Die Vorstellung einer *pars pro indiviso* als körperlich auf die ganze Sache bezogen provozierte jedoch Spannungen im Interessenschutz der Miteigentümer und der Nießbraucher bei der Aufhebung der Gemeinschaft. Die Sorge um den Ausgleich zwischen den Interessen eines nicht belasteten Miteigentümers und denen des Nießbrauchers kommt in der Sicherheitsleistungspflicht zugunsten des nicht belasteten Miteigentümers der unteilbaren Sache[74] zum Tragen.

24 Die für diese Interessenskonstellation relevanten Folgen einer realen Teilung eines Grundstücks, an welchem in seiner Gesamtheit ein Nießbrauch bestand, waren in der spätrepublikanischen Jurisprudenz umstritten. Im Juristenrecht setzte sich die Meinung durch, dass sich der Nießbrauch infolge realer Teilung auf alle neue Flurstücke erstreckt.[75]

---

[67] Pap. 7 quaest. D. 10.3.28.

[68] Paul. 15 Sab. D. 8.2.26; vgl. *Talamanca*, Societas (2012) 86; Ulp. 52 ed. D. 39.1.3.2. Die Durchsetzung des *ius prohibendi* im Interdiktenverfahren ist unsicher; vgl. *Segrè*, Comproprietà (1931) 116 f.; *Salazar Revuelta*, Evolución (2003) 167 Fn. 449.

[69] Gai. ed. prov. D. 17.2.68 pr.; Pap. 7 quaest. D. 21.2.64.4.

[70] Paul. 6 Sab. D. 17.2.17 pr.; vgl. *Meissel*, Societas (2004) 279 f.

[71] Diocl. C. 4.52.3; vgl. *Segrè*, Comproprietà (1931) 89.

[72] Ulp. 3 ed. D. 19.1.13.17; Nach dem Verpflichtungsgeschäft war die Teilungsklage gegen den Veräußernden möglich; *Murillo Villar*, Disposición (2000) 26–33.

[73] Pap. 7 quaest. D. 7.1.5; Ulp. 17 ed. D. 7.6.5.2.

[74] Paul. 40 ed. D. 7.9.10; vgl. *Salazar Revuelta*, Evolución (2003) 108.

[75] Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 33.2.31; vgl. *Gordon*, St. Grosso IV 307 f.

bb. Bestellung einer Servitut

Die Bestellung einer Servitut (→ § 50 Rn. 5) durch einen einzelnen Miteigentümer an einem gemeinsamen Grundstück oder zugunsten dieses Grundstücks war ungültig. Die Unteilbarkeit eines Rechts dieser Art[76] setzte für seine Entstehung die Zustimmung aller Gemeinschafter voraus.[77] 25

Jeder der Miteigentümer eines herrschenden oder dienenden Grundstücks war entsprechend aktiv[78] oder passiv[79] zur Servitutsklage (→ § 50 Rn. 1) legitimiert. 26

c. Verpfändung eines Bruchteils

Jeder Miteigentümer war zur Verpfändung (→ § 48 Rn. 1) seines Bruchteils berechtigt. In der Debatte der klassischen Juristen wurde die Meinung vertreten, dass die Belastung eines Bruchteils des Eigentums „Probleme der Gemeinschaft vermehren" könne.[80] Das gilt u. a. für die Aufhebung des Miteigentums. Das Recht des Miteigentümers, die Aufhebung der Gemeinschaft zu begehren, wird durch die Verpfändung der Bruchteile anderer Miteigentümer nicht bedroht.[81] 27

Im Fall der realen Teilung bleiben alle abgesonderten Teile der Sache nach ideellen Bruchteilen verhaftet,[82] was die Belastung aller ehemaligen Miteigentümer bedeutet. In den überlieferten Quellen wird dieses Teilungsmodell für die vertragliche Teilung ausdrücklich belegt.[83] Die gerichtliche Aufhebung der Gemeinschaft mit dem verpfändeten Bruchteil erscheint in den Quellen als Zuweisung des Alleineigentums an eine der Prozessparteien.[84] Abweichend vom Prinzip der Unwirksamkeit der Veräußerung einer verpfändeten Sache[85] konnte der Pfandgläubiger das am Eigentumsanteil gesicherte Pfandverwertungsrecht mit der *actio communi dividundo utilis* (→ § 67 Rn. 17) geltend machen.[86] 28

[76] Vgl. *Grosso*, Servitù (1969) 152 f.
[77] Iav. 2 ep. D. 8.4.5; Mod. 6 diff. D. 8.1.11.
[78] Ulp. 17 ed. D. 8.5.4.3.
[79] Ulp. 17 ed. D. 8.5.4.4.
[80] Ulp. 2 omn. trib. D. 27.9.8.2. Die Stelle betrifft die Ausweitung des Anwendungsbereiches der *oratio Severi* auf die Verpfändung eines Anteils.
[81] Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.13. Die Ermächtigung des Verpfänders eines Eigentumsbruchteils zur Erhebung der Teilungsklage war dagegen unwirksam; vgl. Ulp. 19. Ed. D. 10.3.6.9.
[82] Gai. form. hyp. sing. D. 20.6.7.4.
[83] Pap. 11 resp. D. 20.4.3.2.
[84] Ulp. 19 ed. D. 10.3.6.8–9. Denkbar ist die ökonomisch geprägte Neigung der Jurisprudenz zur Beschränkung des richterlichen Gestaltungsrechts; vgl. *Dajczak*, in: Harke, Pfandrechts (2015) 6 f. abw. *Vanezzi*, BIDR 73 (1970) 292.
[85] *Schlichting*, Verfügungsbeschränkung (1973) 107.
[86] Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.13; vgl. *Vanzetti*, BIDR 73 (1970) 363.

d. Freilassung eines gemeinsamen Sklaven

29 Die Freilassung eines Sklaven durch nur einen Miteigentümer zeigt das Spannungsverhältnis zwischen der rechnerischen Beschränkung eines nach Quoten geteilten Eigentumsrechts und der Unteilbarkeit der Freiheit.[87] Im Juristenrecht überwiegt die Meinung, dass eine solche Freilassung in einer der direkten Freilassungsformen (→ § 36 Rn. 45) *ipso iure* zum Erwerb des Bruchteils des Freilassers durch die anderen Miteigentümer führt. Das wird als Anwachsung (*ius adcrescendi*)[88] bezeichnet. Die fideikommissarische Freilassung (→ § 36 Rn. 72) eines Sklaven durch einen Miteigentümer war unwirksam.[89] Justinian erkannte die Möglichkeit der Nötigung eines Miteigentümers zum Verkauf seines Anteils am Sklaven an, wodurch die Freilassung auf den Bruchteil ab sofort gültig durchgeführt werden konnte.[90]

e. *Derelictio*

30 Im klassischen Recht galt das Prinzip, wonach eine Sache nicht zu einem Teil behalten und zum anderen Teil derelinquiert werden konnte.[91] Die Anwachsung eines aufgegebenen Anteils zu einem bereits erworbenen Bruchteil ist in den Quellen für die Freilassung eines gemeinsamen Sklaven ausdrücklich belegt.[92]

V. Geschäfte eines gemeinsamen Sklaven

1. Erwerbsakte eines gemeinsamen Sklaven

31 Im Zusammenhang mit Sklaven im Miteigentum präzisierten die römischen Juristen die Vorstellung des Sklaven als Erwerbsorgan des Herrn (→ § 36 Rn. 14) und stellten außerdem Abweichungen vom Grundfall fest, in dem es nur einen Herren gibt. Generell erwirbt der Sklave für alle seine Herren gemäß deren Anteil.[93] Das Problem der Erwerbsunfähigkeit eines Miteigentümers wurde im Juristenrecht mit verschiedenen Ansätzen gelöst.[94] Im Fall der Sklavenhandlung für einen konkreten erwerbsfähigen Miteigentümer aufgrund dessen Ermächtigung erwarb nur der Geschäftsherr.[95] Es war

[87] Iul. 5 Min. D. 40.12.30.
[88] Nach der h. L. ist das *ius adcrescendi* Beleg für die qualitative Identität des Alleineigentums und des Eigentums *pro indiviso*; *Salazar Revuelta*, Evolución (2003) 115.
[89] Ulp. reg. 1.18; Paul. sent. 4.12.1. Dosith. gramm. 10.
[90] Iust. C. 7.7 pr.–1 (a.530). Für die ähnliche hellenistische Praxis vgl. P. Oxy. IV, 722.
[91] Mod. 6 diff. D. 41.7.3.
[92] Vgl. *Segrè*, Comproprietà (1931) 76; *Romano*, Derelizione (1933) 58.
[93] Z. B.: Gai. 3.167; Ulp. 48 Sab. D. 45.3.5.
[94] Zur Frage des Vermächtnisses zugunsten eines *servus communis* vgl. *Giaro*, Stud. Litewski I 114; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 265 f.
[95] Gai. 3.167.

unter den klassischen Rechtsschulen umstritten, ob der Sklavenerwerb aufgrund eines *iussum* eines Miteigentümers, auf das im Erwerbsgeschäft aber nicht Bezug genommen wurde dennoch dazu führte, dass die Erwerbswirkung auf den Geschäftsherrn, der den Befehl gab, beschränkt blieb, oder ob dann alle Miteigentümer die Sache anteilsmäßig erwarben, als hätte es überhaupt kein *iussum* des einzelnen Miteigentümers gegeben.[96] Justinian ging von der Wirksamkeit des Erwerbs zugunsten des Miteigentümers, der das *iussum* erteilt hatte, aus.[97]

2. Handlungen eines gemeinsamen Sklaven als Manager

Für Geschäfte eines gemeinsamen Sklaven als Verwalter eines Sondergutes haftete jeder seiner Miteigentümer auf den Betrag der gesamten überlassenen Vermögensmasse (*in solidum*).[98] Als Regressklage unter Miteigentümern nennen klassische Juristen die *actio communi dividundo* (→ § 67 Rn. 15), die bei Gesellschaftern mit der *actio pro socio* konkurrierte (→ § 81 Rn. 102).[99] **32**

VI. Rechtsschutz des Miteigentums gegenüber Dritten

1. Verteidigung des gemeinsamen Grundstücks gegen vom Nachbargrund drohenden Schaden

Drohte einem gemeinsamen Grundstück ein Schaden durch den Zustand der Nachbarbauwerke, so trug der Prätor dem Nachbarn auf, jedem der Miteigentümer für seinen Anteil eine adäquate Sicherheitsleistung für den Fall künftiger Schäden (*cautio*) zu gewähren (→ § 62 Rn. 31–32).[100] **33**

Die Erklärung (*nuntiatio*) eines Bauverbotes durch einen Miteigentümer gegenüber den potentiell beeinträchtigenden Bauarbeiten am Nachbargrundstück (→ § 62 Rn. 38) bedeutete im Interdiktenverfahren gegen das Weiterbauen nicht das Verbot aller Miteigentümer.[101] Die teilweise Beseitigung des nach dem Verbot errichteten Bauwerkes war für klassische Juristen jedoch undenkbar.[102] **34**

[96] Gai. 3.167a.
[97] Iust. C. 4.27.3 (a.530).
[98] Gai 9 ed. prov. D. 15.1.27.8 *(actio de peculio)*; Ulp. 28 ed. D. 14.3.13.2 *(actio institoria)*.
[99] Vgl. *Di Porto*, Impresa collettiva (1984) 115 f.; *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 126 f.; *Meissel*, Societas (2004) 298 f.
[100] Paul. 78 ed. D. 39.2.27; Iul. 58 dig. D. 39.2.42.
[101] Ulp. 52 ed. D. 39.1.5.6.
[102] Vgl.: Paul. 12 Sab. D. 45.1.4.2.

2. Schutz der Herrschaft über die gemeinsame Sache gegen einen Dritten

35 Die Befugnis eines Miteigentümers zur Herausgabeklage (*rei vindicatio*) gegen einen unberechtigten Besitzer war auf seinen Bruchteil beschränkt,[103] welchen er im Vindikationsprozess bestimmen musste (→ § 59 Rn. 150–151).[104] War ihm die Bestimmung seines Anteils aus einem rechtlich anerkannten Grund (*iusta causa*) unmöglich, so stand dem Miteigentümer die *rei vindicatio incertae partis* zu (→ 59 Rn. 154).[105]

36 Im Fall des Konflikts über das Bestehen und die Ausübung einer zugunsten des Grundstücks bestehenden oder das gemeinsame Grundstück belastenden Servitut kann jeder Miteigentümer seine Ansprüche Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache (*in solidum*) geltend machen. Die Unteilbarkeit dieser dinglichen Rechte legitimierte ihn aktiv zur *actio negatoria* (→ § 61 Rn. 19)[106] und zur Servitutsklage (*vidicatio servitutis*) (→ § 50 Rn. 1).[107]

37 Die Effizienz des rein deliktischen Schutzes der Herrschaft über einen Bruchteil kommt in der einmaligen Verurteilung auf die ganze Geldbuße (→ § 91 Rn. 1) im Interesse aller Gemeinschafter zum Ausdruck.[108]

3. Die Beschädigung einer gemeinsamen Sache durch einen Dritten

38 Mit der *actio legis Aquiliae* (→ § 92 Rn. 9) kann jeder Miteigentümer den Dritten im Schädigungsfalls auf eine seinem Anteil entsprechende Summe in Anspruch nehmen.[109] Die *noxae datio* des Schädigers an den Kläger machte ihn jedoch zu seinem Alleineigentümer.[110] Nicht befriedigte Regressforderungen konnten die anderen Gemeinschafter mit der *actio communi dividundo* (→ § 67 Rn. 15) geltend machen.[111]

---

[103] Paul. 12 ed. D. 6.1.8.

[104] Paul. 6 ed. D. 6.1.6.

[105] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.76.1; vgl. *Segrè*, Comproprietà (1931) 131 f.; *Salazar Revuelta*, Evolución (2003) 140 f.

[106] Ulp. 17 ed. D. 8.5.6; vgl. *Boháček*, Actio negatoria (1938) 89 f.

[107] Ulp. 17 ed. 8.5.4.3; Ulp. 71 ed. D. 43.27.1.5; vgl. *Gaudemet*, Inidivison (1934) 279 f.

[108] Pomp. 20 Sab. D. 47.7.6.1; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.15; vgl. *Segrè*, Comproprietà (1931) 151. Zu den Regressforderungen schweigen die Quellen in diesem Fall.

[109] Ulp. 18. ed. D. 9.2.27.2.

[110] Abw. *Lübtow*, Lex Aquilia (1971) 54.

[111] Paul. 22 ed. D. 9.4.19 pr. Zur Itp. vgl. *Salazar Revuelta*, Evolución (2003) 148 Fn. 389.

VII. Haftung der Miteigentümer gegenüber Dritten für Sklaven- und Tierschäden

39 Für ein Delikt des gemeinsamen Sklaven[112] oder einen Angriff gemeinsamer Tiere[113] hafteten gutgläubige Miteigentümer noxal *in solidum* (→ § 105 Rn. 3 u. 24).[114] Die bösgläubige Besitzaufgabe eines Gemeinschafters berechtigte den Benachteiligten zur Wahl zwischen ziviler Klage gegen den Besitzer und prätorischer Klage gegen nichtbesitzende Miteigentümer.[115] Die Befriedigung durch die *noxae datio* (→ § 105 Rn. 6–7) setzte die Auslieferung des Schädigers zu ungeteiltem Eigentum des Klägers voraus. Im Fall der Zahlung der Bußsumme durch einen Miteigentümer konnte dieser die Regressansprüche mit der *actio communi dividundo* geltend machen.[116]

VIII. Aufhebung der Gemeinschaft

40 Die *actio communi dividundo*, die jünger als die dezemvirale Erbschaftsteilungsklage (→ § 67 Rn. 13)[117] ist, stand den Miteigentümern körperlicher Sachen zur Aufhebung ihrer Gemeinschaft zu.[118] Die Teilungsbefugnis jedes Mitberechtigten an einer Sache konnte nur im Falle der Nützlichkeit oder Billigkeit – d. h. unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Rolle für die Stabilität der Vermögensgemeinschaft[119] – vertraglich auf bestimmte Zeit ausgeschlossen werden.[120] Die umstrittene Zulässigkeit der Abwesenheit einiger Gemeinschafter im Erbschaftsteilungsprozess[121] ist für die *actio communi dividundo* quellenmäßig belegt.[122] Der Anwendungsbereich dieser Klage erstreckte sich auf vertragliche und außervertragliche Gemeinschaften (→ Rn. 11).[123] Sie hatte grundsätzlich Liquidationscharakter.[124]

---

[112] Paul. 39 ed. D. 9.4.9.
[113] Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.14.
[114] Der sich unerlaubter Handlungen bewusste Miteigentümer haftete auf das Ganze und ohne Regressanspruch; Ulp. 3 ed. D. 9.4.5 pr.; Paul. 39 ed. D. 9.4.9.
[115] Paul. 18 ed. D. 9.4.26.2; vgl. *Giangrieco Pessi*, Actio de pauperie (1995) 317 f.
[116] Ulp. 3 ed. D. 9.4.8; vgl. *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 133.
[117] Gai. 7 ed. prov. D. 10.2.1.
[118] Ulp. 19 ed. D. 10.3.4 pr.
[119] Vgl. *Meissel*, Societas (2004) 280.
[120] Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.2; Ulp. 30 Sab. D. 17.2.16.1; vgl. *Di Porto*, Impresa collettiva (1984) 151 f.
[121] Ulp. 19 ed. D. 10.2.2.2 abw. Paul. sent. 1.18.4.
[122] Paul. 23 ed. D. 10.3.8 pr. Ob diese Rechtsfolge nur im Fall der *indefensiones* eintritt ist unklar; vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 204 Fn. 4.
[123] Gai. 7 ed. prov. D. 10.3.2 pr.
[124] Ulp. 30 Sab. D. 10.3.3 pr.; *Gaudemet*, Indivision (1934) 309 f.; *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 44.

41 Aufgrund dieser Konsequenz war die Konkurrenz der *actio communi dividundo* und der *actio pro socio* für die römische Rechtspraxis wichtig. Ulpian stellte schematisch die unterschiedlichen Aufgaben beider Klagen gegenüber. Der Hauptzweck der *actio communi dividundo* war die Aufhebung der Gemeinschaft und die Umwandlung des Miteigentums in Alleineigentum (*divisio rerum communium*). Dagegen bezog sich die *actio pro socio* auf die persönlichen Leistungspflichten der *socii* (→ § 81 Rn. 102).[125] Der Liquidationscharakter der *actio communi dividundo* konnte jedoch die Teilkonkurrenz dieser Klagen im Bereich bestimmter Forderungen der Gesellschafter nicht verhindern.[126]

42 Zur von den Parteien beabsichtigten oder zweckmäßigen Verleihung des Alleineigentums[127] wurde der Richter im Formularprozess durch eine der Klageformel angehörende *adiudicatio* (→ § 67 Rn. 1–6) ermächtigt.[128] Im justinianischen Recht war die Verleihung des Alleineigentums an eine der Prozessparteien dem Richter nach Recht und Billigkeit gestattet.[129] Möglich war auch die Realteilung oder Versteigerung der gemeinsamen Sache (→ § 67 Rn. 22).[130] Das Gestaltungsrecht des Teilungsrichters blieb durch den schuldrechtlichen Rechtsakt eines Mieteigentümers über seinen Bruchteil unberührt[131] und vom Prinzip der einheitlichen Verurteilung (*condemnatio*) aller Forderungen nach ihrer Abrechnung[132] geprägt.

[125] Paul. 23 ed. D. 10.3.1.

[126] Ansprüche auf Aufwendungsersatz, Schadenersatz und wegen aus der Sache gezogenen Vorteilen. Vgl. *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 58 f.; *Meissel*, Societas (2004) 312.

[127] Ulp. 30 Sab. D. 10.3.21.

[128] Gai. 4.42.

[129] Inst. 4.6.20.

[130] Antonin. C. 3.37.1 pr. (a.213).

[131] Vgl. Ulp. 20 ed D. 10.3.7.13; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.17; *Misera*, SZ 103 (1986) 408.

[132] Vgl. Iul. 8 dig. D. 10.3.24 pr.; Diocl. C. 3.37.4; *Audibert*, RHD 28 (1904) 425 f.; *Salazar Revuelta*, Evolución (2003) 152.

§ 48 Pfandrecht

Dietmar Schanbacher

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I, 1860, II, 1864 (Ndr. 2001); *Herzen*, Origine de l'hypothèque romaine. Contribution a l'étude des rapports du droit romain avec les autres droits de l'antiquité, 1899; *Frezza*, Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano II. Le garanzie reali, 1963; *Kunkel*, Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts, SZ 90 (1973) 150–170 (= Epigraphik und Geschichte des römischen Privatrechts, in: Akten des VI. Internationalen Kongresses für Griechische und Lateinische Epigraphik München 1972, 1973, 223–242); *Biscardi*, Appunti sulle garanzie reali in diritto romano, 1976; *Kaser*, Studien zum römischen Pfandrecht, 1982; *Wacke*, Max Kasers Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts, SZ 115 (1998) 168–202; *Schanbacher*, Zu Ursprung und Entwicklung des römischen Pfandrechts, SZ 123 (2006) 49–70; *Krämer*, Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat, 2007; *Schanbacher*, Entwicklungen in der römischen Pfandrechtsdoktrin, in: Ius Romanum schola sapientiae. Pocta Petrovi Blahovi k 70. narodeninám, 2009, 401–413.

Inhalt Rn.

I. Die Anfänge 1
II. Der Verfall des Verfalls 10
III. Die Hypotheca – Rezeption 16
IV. Die Praxis der Verkaufsrechtsabrede und das Ende des Verfalls- und Ersatzpfandrechts 20
V. Klassische Pfandrechtsdogmatik rund um die *actio Serviana* 27
1. Die Formel 27
2. Pfandübereinkunft 28
3. *In bonis esse* 42
4. Forderung 50
5. Fortgang 56
VI. Die Verkaufsrechtsabrede unter neuem Vorzeichen; das Verkaufspfandrecht 59
VII. Avancement der *hypotheca* 67
VIII. Pfandrechtsmehrheiten 73
IX. Das Pfandrecht als Regressmittel 81
X. Außervertragliche Pfandrechte 82

I. Die Anfänge

1 Die Geschichte des römischen Pfandrechts beginnt um die Wende 3./2. Jh. v. Chr. Seit dem frühen 2. Jh. v. Chr. ist es quellenmäßig belegt.[1] Allein aus dem höheren Alter[2] des vieldeutigen Wortes *pignus*[3] ist nicht auf ein höheres Alter des römischen Pfandrechts zu schließen.[4] Das *foedus Cassianum* von 493 v. Chr. kennt es nicht. Seine Bestimmung *si quid pignoris nanciscitur, sibi habeto*[5] hat völkerrechtlichen Charakter.[6] Die Zwölftafeln kennen es nicht.[7] Der Zwölftafelkommentar des Gaius nimmt lediglich die Vorschrift über die *per legis actio pignoris capionem*[8] zum Anlaß, Ausführungen zur Etymologie und zum Verständnis des Wortes *pignus* zu machen.[9] Die *legis actio per pignoris capionem* selbst, mit ihrem eigentümlichen Anwendungsbereich,[10] ist vom Pfandrecht fernzuhalten,[11] erst recht so die uralte magistratische *pignoris capio*.[12]

2 Die frühesten Pfandrechtsquellen (→ Rn. 1) sind zugleich Zeugnisse einer Rezeption des Pfandrechts aus dem griechischen Recht.[13]

---

[1] *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 56–66.

[2] Das Wort begegnet schon vor dem Rhotazismus (Fest. p. 232.21 f. L *pignosa*) und schon zu Beginn des 5. Jh. v. Chr., im *foedus Cassianum* (Fest. p. 166.29–31 L *pignoris*).

[3] Allein schon bei Plautus ist das Wort *pignus* Träger vielfältiger Bedeutungsvarianten: Plaut. Amph. 68; Plaut. Poen. 1285 (genommenes Pfand); Plaut. Capt. 432–436, 653–655, 938/9 (Unterpfand); Plaut. Epid. 699, 701 (Wetteinsatz); Plaut. Most. 7/8, 978 (Anzahlung); Plaut. Pseud. 87 (Selbstpfand); Plaut. Rud. 581 (Pfand); Plaut. Truc. 214 (Hypothek); s. *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 57–61.

[4] Schanbacher, SZ 123 (2006) 56 Fn. 34. Anders *Biscardi*, Garanzie (1976) 138 (römischer Pfandrechtsbegriff schon vor dem 4. Jh. v. Chr.; arg. Fest., p. 232.21 f. L *pignosa*) oder *Braukmann*, Pignus (2008) 9 f. (noch weiter zurückgehend; arg. Fest. p. 166.29–31 L *pignoris*).

[5] Fest. p. 166.29–31 L.

[6] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 51–53; *Schanbacher*, Pocta Blahovi (2009) 401–404; A. A. (nach wie vor) *La Rosa*, St. Guizzi I, 451 f. und (zögernd) *De Iuliis*, Studi (2017) 13–19 (privatrechtlichen).

[7] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 47 mit Fn. 6; *Schanbacher*, Pocta Blahovi (2009) 404.

[8] Tab. XII tab. 1. – Für Bezug auf Tab. XII tab. 7.11 hingegen *De Iuliis*, Studi 31–75; zweifelhaft; s. *Schanbacher*, SZ 137 (2020) 463 f.

[9] Gai. 6 l. XII tab. D. 50.16.238.2 (→ Rn. 19).

[10] Gai. 4. 26–29; *Kaser/Hackl*, RZ 146 f.

[11] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 47 f.; *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 56 Fn. 34. A. A. *Biscardi*, Garanzie (1976) 139 (für „una qualche relazione storica“).

[12] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 42, 48.

[13] *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 49–70; vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse* 184 Rz. 20. Eher für eine Parallelentwicklung Verhagen, TR 79 (2011) 13. Zurückhaltend *Marino*, Accessorietà (2018) 27; *Scheibelreiter*, SZ 136 (2019) 34 Fn. 171 (35). Vielfach wird allerdings im römischen Pfandrecht ein im wesentlichen autochthones Gebilde gesehen; s. nur *Kaser*, Pfandrecht (1982) 5; *Wacke*, SZ 115 (1998) 177; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 24 f.; s. jedoch auch dens. 174–176 (mit der Forderung historischer Rechtsvergleichung). Doch schon für *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 67 ist die Annahme der Einwirkung des griechischen Rechts „fast unabweisbar“; zu weiteren dahingehenden Einschätzungen (*Rabel*, Verfügungsbeschränkung [1909]; *Taubenschlag*, Provinzialrechte [1959] 421) s. *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 51 f. *Herzen*, Hypothèque (1899) 210–216 sieht in der römischen Hypothek (deren

Von Anfang an wird in Rom für das Pfand die Bezeichnung *pignus* gebraucht. *Pignus* hängt wortgeschichtlich zusammen mit lat. *pango* und griechisch πήγνυμι (befestigen) und leitet sich wie diese Verben ab von der Wurzel *pag-/pak-/παγ-.[14] Bemerkenswerterweise begegnen sowohl griechisch πήγνυμι als auch lat. *pango* in pfandrechtlichen Zusammenhängen. Solon gebraucht in seinen berühmten Zeilen Γῆ μέλαινα, τῆς ἐγώ ποτε ὅρους ἀνεῖλον πολλαχῇ πεπηγότας, πρόσθεν δὲ δουλεύσουσα νῦν ἐλευθέρα.[15] eine Form des Wortes πήγνυμι (πεπηγότας) für ein Festsetzen der Zeichen der Belastung (ὅροι); Gai. 4.147 verwendet eine Form des Wortes *pango* (*pepigisset*) für ein Befestigen der Sache selbst in der Pfandhaftung.[16] Wendungen wie *pignori pangere*[17] oder auch *obligatio obligari*,[18] Fälle der sog. *figura etymologica*, mochten als besonders geeignet erscheinen, gerade die Pfandbindung auszudrücken.[19] **3**

Anhand der catonischen Pfandformulare[20] sowie gewisser Stücke der römischen Komödie[21] wird die Struktur des frühen römischen Pfandrechts deutlich. **4**

Das frühe römische Pfandrecht wird begründet durch bloße Einigung (Pfandübereinkunft); eine Übergabe der Sache ist nicht erforderlich.[22] Zwar soll nach den catonischen Pfandformularen[23] Pfand nur sein, was in das fragliche Grundstück einge- **5**

Erscheinen er allerdings erst in die Mitte des 1. Jh. n. Chr. setzt) ein Phänomen sowohl griechischen Ursprungs als auch römischer Originalität und Neuheit. – Für die Vermutung, das Pfandrecht sei anfangs durch die *legis actio sacramento in rem* geschützt gewesen (*Knütel*, Iura 58 [2010] 319) bleibt so allerdings wenig Raum. Nach einer Erklärung für das Fehlen einer zivilen Pfandklage (*vindicatio pignoris*) zu suchen (*Kaser*, FS Hübner 66–70, 81 f. = *Kaser*, RRQ 324–330, 342: Beweisproblem), erübrigt sich. Die verbreitete Neigung, fremde Einflüsse auf das römische Recht auszuschließen, ist problematisch; *Pelloso*, TSDP 1 (2008) 1–14.

[14] *Sandoz*, FS Risch 567–573; *De Lamberterie*, Aspects of Latin (1996) 135–152; *Minardi*, Aufidus 36 (1999) 75–93. A. A. etwa Oxford Latin Dictionary, s. v. pignus Sp. 1379 (für wortgeschichtlichen Zusammenhang mit pingo; Wurzel *pig-/pik- [„perhaps"]).

[15] „Die schwarze Erde, sie aus der ich einst Schuldsteine ausriß, hundertfältig eingepflockt, die früher eine Sklavin war; nun ist sie frei" (Hermann Fränkel), Fr.24.5–7 *Diehl*; zitiert von Aristot. Ath. Pol. 12,4.

[16] *Schanbacher*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 141 Fn. 1 (141 f.). A. A. hinsichtlich der Verse Solons *Biscardi*, Diritto greco (1982) 235–245 (ὅροι meine bloße Grenzsteine, die Solon wiederaufgerichtet habe). *Sandoz*, FS Risch 571 f. und *De Lamberterie*, Aspects of Latin (1996) 139 f. sehen in Gai. 4.147 eine Bestätigung der oben genannten Etymologie.

[17] Gai. 4.147.

[18] Mod. 3 reg. D. 20.1.23.1.

[19] *Schanbacher*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 192.

[20] Cato, agr. 146.2; 149.2; 150.2. Es handelt sich um vorformulierte Pfandabreden; *Schanbacher*, FS Mayer-Maly 644 f. A. A. *Krämer*, Pfandrecht (2007) 206–208, 351 f. (bloße Empfehlungen mit teilweisem Bezug auf die *fiducia*). *Herzen*, Hypothèque (1899) 39 f. bestreitet überhaupt den juristischen Gehalt dieser Texte; vgl. dagegen *Krämer* 160–165. Ähnlich will *Gouron*, RHD 39 (1961) 12 f., 24 f. dem catonischen Pfandrecht nur einen vor allem symbolischen Wert („une valeur surtout symbolique") zuerkennen; dagegen *Kaser*, Pfandrecht (1982) 3 Fn. 9, 6 Fn. 28.

[21] Plaut. Truc. 214; Ter. Heaut. 600–604; Ter. Phorm. 661–663.

[22] *Schanbacher*, FS Mayer-Maly 644 mit Fn. 31; *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 49–70.

[23] Cato, agr. 146.2; 149.2; 150.2.

bracht worden ist (und sich immer noch dort befindet[24]). Doch weder ist die Einbringung eine Übergabe[25] noch ist sie ein Überrest einer einstmals geforderten Übergabe.[26] Weder eine Einbringung noch eine Übergabe ist zur Begründung eines Pfandrechts von der römischen Pfandrechtsordnung jemals gefordert worden.[27] Das zeigen einige der frühesten Pfandrechtsquellen, die übergabelose Verpfändungen belegen.[28] Dass nur Eingebrachtes Pfand sein soll, ist daher keine Vorgabe der römischen Pfandrechtsordnung, vielmehr die Entscheidung des Formulars (wie es auch die Bestimmung ist, dass nur Pfand sein soll, was sich weiterhin auf dem Grundstück befindet). Erlaubtes Entfernen vom Grundstück läßt das Pfandrecht untergehen; unerlaubtes auch, indem es dieses, über die Klausel *Ne quid de fundo* etc.,[29] in Eigentum

[24] Cato, agr.146.2 *quae in fundo* (!) *inlata erunt*; *Schanbacher*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 192–194. Die Formulierung ist jüngst auch *De Iuliis*, Studi (2017) 94–97 aufgefallen („una peculiare costruzione sintattica"). Ein Reflex dieses Gedankens findet sich in Iul. 49 dig. D. 43.33.1 pr. *Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit.* Anders (jedoch voreilig) *Krämer*, Pfandrecht (2007) 107 („grammatikalisch nicht korrekt").

[25] So jedoch *Herzen*, Hypothèque (1899) 35–37.

[26] So jedoch *Rabel*, Verfügungsbeschränkungen (1909) 90 f.; *Lübtow*, Symb.Taubenschlag III 309 f.; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 3 f., 6, 138 Fn. 36, 222 f.; *Knütel*, FS Gerhardt 459; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 50, 196f; *De Iuliis*, Studi (2017) 66, 90 f.

[27] Anders die herkömmliche Ansicht, die im ‚Besitzpfandrecht' den historischen Ausgangspunkt sieht und im ‚Vertragspfandrecht' eine spätere Entwicklung: *Rabel*, Verfügungsbeschränkungen (1909) 88, 90 f.; *Rabel*, Grundzüge 157 f., 159, 162; *Frezza*, Garanzie II (1963) 81 f.; *Kaser*, RP I 463 f.; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 2–9, 27, 131–133, 214, 222; *Kunkel*, SZ 90 (1973) 150–170; *Biscardi*, Garanzie (1976) 137–156; *de Churruca*, Hom.Murga 340, 341, 346, 349, 378; *Knütel*, FS Gerhardt 459; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 1, 7, 10, 21, 23, 33 u. ö.; *Du Plessis*, RIDA 54 (2007) 223 (unter Vermengung von Pfandrecht und Realobligation); *Verhagen*, Ess. Winkel II 983; *Pelloso*, TSDP 1 (2008) 17–20; *De Iuliis*, Studi (2017) 1–255; *Marino*, Accessorietà (2018) 56–58. Aus Gai. 6 ad leg. XII tab. D. 50.16.238.2 oder Ulp. 28 ed. D. 13.7.9.2 (*Pelloso* 17 f.; *De Iuliis* 31–75) ist dafür kein Arg. zu gewinnen (→ Rn. 19, 67). Vorsichtig *Verhagen*, TR 81 (2013) 57 („In all likelihood …"); *Kaser/Knütel/Lohsse* 183 f. Rz 18–20 [„Das ist möglich …"]. Eigentümlich ist die neue These von *Braukmann*, Pignus (2008) 21–30, 40, 57, 58, 61, 116, 117, 138, 139, wonach Servius das sog. ‚Faustpfandprinzip' eingeführt habe. Dies ist unhaltbar; krit. *Schanbacher*, Pocta Blahovi (2009) 405–408 und *Schanbacher*, SZ 127 (2010) 443–447; *Knütel*, Iura 58 (2010) 306 f., 317 f.

[28] Plaut. Truc. 214; Ter. Phorm. 661–663; *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 59–61, 63. – Erscheinungen, die man bisher in Bezug gesetzt hat zu dem angenommenen Übergang vom ‚Besitzpfandrecht' zum ‚Vertragspfandrecht', sind aus diesem Bezug zu lösen und anders anzuknüpfen: so das Erscheinen der *actio Serviana* um die Mitte des 1. Jh. v. Chr. (→ Rn. 23); die sog. Hypotheca-Rezeption (→ Rn. 16–19, 67–72); die Zulassung von Pfandrechtsmehrheiten (→ Rn. 73–80). Vgl. zum letzten Punkt etwa *Krämer*, Pfandrecht (2007) 36 f., 366 Fn. 16, 369–371 (der sich wundert, dass es von der ‚besitzlosen Verpfändung' bis zur ‚Etablierung der Mehrfachverpfändung' so lange gedauert habe). Als Phänomen des (angeblichen) Übergangs konzipiert ist *Kunkels* ‚besitzloses Ersatzpfand', von welchem Lab. 1 pith. a Paul. epit. D. 20.1.35 (→ Rn. 60) handeln soll (*Kunkel*, SZ 90 [1973] 160–170), eine, wie *Kunkel* selbst sagt (160), „gewagte Hypothese", die ein geteiltes Echo gefunden hat; s. einerseits *Kaser*, Pfandrecht (1982) 18 f., 136 f. (beipflichtend), andererseits *Krämer*, Pfandrecht (2007) 232–236, 277 f. (zweifelnd); *Kaser/Knütel/Lohsse* 184 Rz. 20 (ablehnend).

[29] Cato, agr. 146.2.

überführt. Wenn daher Anfang des 1. Jh. n. Chr. zu schlagendes Holz ohne Übergabe verpfändet wird,[30] ist dies nichts Besonderes.[31] Und wenn Ende des 1. Jh. v. Chr. ein Floß ohne Übergabe verpfändet wird,[32] so ist auch dies nicht weiter auffällig.[33]

Was auf diese Weise (→ Rn. 5) entsteht, ist ein akzessorisches[34] Verfalls- und Ersatzpfandrecht.[35] Catos Pfandrecht sichert etwa die Entgeltsforderung des Verkäufers der Olivenernte (Akzessorietät). Mit Verstreichen des Zahlungstermins (1. Sept. des Folgejahres)[36] fällt das Eigentum an den Pfändern an den Gläubiger (Verfall) und die gesicherte Forderung erlischt (Ersatz). **6**

Die catonische Pfandformel *pigneri sunto*[37] enthält selbst die Anordnung des Verfalls bei Überschreiten des Zahlungstermins. Der Verfall wird eigens nur für den Sonderfall des unerlaubten Überschreitens der Grundstücksgrenze mit den Pfändern ausgesprochen.[38] Für den Normalfall des Überschreitens des Zahlungstermins gilt er jedoch erst recht.[39] Die heikle Frage des Eigentumsübergangs[40] löst sich, vor dem Hintergrund der Rezeption des griechischen Pfandrechts (→ Rn. 2), außerhalb des römischen Übereignungsrechts.[41] Zumal im Sonderfall des unerlaubten Entfernens der Pfänder vom **7**

[30] Cass./Paul. 29 ed. D. 13.7.18.3 (→ Rn. 28). Bestritten; a. A. *Kunkel*, SZ 90 (1973) 154 („Besitzpfand“).

[31] A. A. *Krämer*, Pfandrecht (2007) 249–275, 355 f. („frühklassisches Zeugnis für ein besitzloses Pfandrecht“).

[32] Paul. 5 epit. Alf. Var. dig. D. 13.7.30 (→ Rn. 10–12).

[33] A. A. *Krämer*, Pfandrecht (2007) 247 („das erste Zeugnis eines besitzlosen Pfandrechts außerhalb der Landpacht“); 354 („ältestes Zeugnis einer besitzlosen Verpfändung in den Digesten“).

[34] Bestritten; vielfach wird sog. reine Sachhaftung behauptet: *Rabel*, Grundzüge 154; *Lübtow*, Symb. Taubenschlag III 314; *Kaser*, RP I 144; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 2 Fn. 8 (2 f)., 72 Fn. 79, 110 Fn. 279, 221; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 21; *Alonso*, St. Labruna I 93 Fn. 38; *Verhagen*, TR 79 (2011) 42; *Kaser/Knütel/Lohsse* 181 Rz 4 f.

[35] Bestritten; vielfach wird ein bloßer Druckmittelcharakter angenommen: *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 44–47; *Herzen*, Hypothèque (1899) 37–61; *Burdese*, Lex commissoria (1949) 111 („una pressione psicologica“); *Biscardi*, Garanzie (1976) 142 („un mezzo di coazione psicologica“); *Wacke*, SZ 115 (1998) 169–182 („Bewahrungspfand“); gelegentlich ein Beschlags- bzw. Befriedigungsrecht: *Frezza*, Garanzie II (1963) 88, 341–344, oder nur ein Beschlagsrecht: *Murga*, Est. Hernandez-Tejero II 387.

[36] Cato, agr. 146.2.

[37] Cato, agr. 146.2.

[38] Cato, agr. 146.2. *Herzen*, Hypothèque (1899) 39 fragt nach dem Sinn der Klausel („A quoi bon cette clause …?“). Aus ihr folgt die Vindikation. – Dass die Klausel sich nur in Cato, agr. 146.2 findet, nicht dagegen in Cato, agr. 149.2, 150.2 (was *Krämer*, Pfandrecht (2007) 203–210 problematisiert), ist angesichts des Charakters der Texte (→ Rn. 4 Fn. 20) ohne Gewicht.

[39] *Schanbacher*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 155.

[40] *Burdese*, Lex commissoria (1949) 110 f. („punto nevralgico“).

[41] S. bereits *Rabel*, Verfügungsbeschränkungen (1909) 91; ferner *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 50–66. A. A. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 17 f.; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 188 f.; *Verhagen*, TR 79 (2011) 15–17, 31, 42, 46 (innerhalb). Unstimmig *Braukmann*, Pignus (2008) 118 f. – Der Weg, Unstimmigkeiten im römischen Pfandrechtssystem aus einem Einfluss des griechischen Rechts zu erklären, wird auch sonst gelegentlich verfolgt; s. *Pelloso*, TSDP 1 (2008) 1–110 (zu Marci. form. hyp. sing. D. 20.5.7.2) (→ Rn. 43 Fn. 233).

Grundstück ist ein Eigentumsübergang nach römischem Übereignungsrecht überhaupt nicht begründbar.[42] Auch dass der Verfall für den Normalfall der Überschreitung des Zahlungstermins nicht eigens ausgesprochen wird, erklärt sich so.[43] Allerdings verschärft sich bei Cato der Verfallsbegriff gegenüber dem griechischen Recht. Während nach griechischem Recht der Eigentumserwerb des Gläubigers nach Verstreichen des Zahlungstermins noch von der Vornahme eines eigenen Zugriffsakts des Gläubigers abhängt (ἐμβάτευσις),[44] fällt bei Cato das Eigentum mit dem Verstreichen des Zahlungstermins ohne weiteres an den Gläubiger (catonischer Verfall).[45] Dieser kann die fraglichen Sachen jetzt vindizieren, etwa vor dem *praefectus iure dicundo* in Venafrum oder, falls dies vorgesehen ist,[46] auch vor dem Prätor in Rom.[47]

8 Geschieht dies, erlischt die gesicherte Forderung. Dies zeigt ein Stück aus Terenz' *Heautontimorumenos*, das sowohl für das griechische wie für das römische Pfandrecht in Anspruch genommen werden kann.[48] In der von dem Sklaven Syros erfundenen Geschichte[49] hat Bacchis einer Alten aus Korinth 1.000 Silberdrachmen dargeliehen. Diese hat der Bacchis ihre Tochter Antiphila verpfändet und ist inzwischen unter Zurücklassung ihrer Tochter gestorben. Und nun heißt es von Antiphila: Sie ist dieser zu Pfand hinterlassen worden wegen und an Stelle jenes Geldes.[50] Damit ist nicht nur gesagt, dass Antiphila der Bacchis verfallen ist, und nicht nur, dass dies wegen der Darlehensforderung geschehen ist, sondern auch, dass damit die Darlehensforderung ersetzt worden ist.[51]

---

[42] *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 51. Ohne Bedenken aber *Kunkel*, SZ 93 (1973) 152 Fn. 2. Gewagte Konstruktionen bei *Kaser*, Pfandrecht (1982) 145, oder *Krämer*, Pfandrecht (2007) 195–198, 209 Fn. 147.

[43] *Schanbacher*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 155.

[44] *Mitteis*, Reichsrecht (1891) 413 f.; *Hitzig*, Pfandrecht (1895) 81–85; ferner *Fine*, Horoi (1951) 83–89, 94; *Harrison*, Law of Athens I (1998) 283 Fn. 1. S. insbesondere Dem. 28 Aphobos 2,18; *Fine* 87 f.; *Harrison* 269 mit Fn. 2, 283 Fn. 1. Der Zugriff lässt sich mittels der δίκη ἐξούλης durchsetzen; *Mitteis* a. O.; *Hitzig* 82; ferner *Thür*, in: Manthe, Rechtskulturen (2003) 234.

[45] *Schanbacher*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 193, 198 f.; *Schanbacher*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 155.

[46] Cato, agr. 149.2.

[47] *Schanbacher*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 193 f. – Abw. *Frezza*, Garanzie II 341–344 (zusätzlich „una facoltà pattizia di pignoris capio"); *Kaser*, Pfandrecht (1982) 16 f. (zusätzlich außergerichtliches Zugriffsrecht); anders *De Iuliis*, Studi (2017) 88, 98–109 (vertraglich begründete Befugnis zur Inbesitznahme, gerichtlich allseits durchsetzbar mittels eines Interdikts). Anders *Sargenti*, SDHI 22 (1956) 158–184 (Stipulationen); *Hanard*, RIDA 41 (1994) 239–286 = Centre de recherches en histoire du droit et des institutions (CRHIDI) Cahier 1 (1993) 49–80 (‚actio de rebus coloni') [ablehnend *Krämer*, Pfandrecht (2007) 158 Fn. 59]; *Wacke*, SZ 115 (1998) 173 f. (vielleicht nur metaphorische Zuerkennung von prozessualem Rechtsschutz); 199 Fn. 132 (rechtliche Konsequenzen rätselhaft).

[48] *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 61–63, 65 f.; *Schanbacher*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 146. Skeptisch *Marino*, Accessorietà (2018) 27 Fn. 147, 39–42; s. jedoch *Schanbacher*, SZ 137 (2020) 470.

[49] Ter. Heaut. 600–604.

[50] Ter. Heaut. 603 ea relicta huic arraboni est pro illo argento.

[51] *Schanbacher*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 145 f., 157 Fn. 85.

Ist das römische Pfandrecht zu Beginn wesentlich durch den Eindruck des griechischen Pfandrechts geprägt, so unterliegt es in der Folgezeit dem Einfluß der griechischen wie römischen Verpfändungspraxis, der Ausgestaltung durch die römische Pfandrechtsdoktrin und die prätorische Jurisdiktion sowie, später, der Bestimmung durch das Kaiserrecht. 9

II. Der Verfall des Verfalls

Zunächst wird das römische Pfandrecht von einer griechischen Gegenbewegung erfaßt, die gerade an dem Punkt ansetzt, an dem sich das römische Pfandrecht vom griechischen gelöst hatte (→ Rn. 7). Der römische Verfallsbegriff wird nämlich auf das bloße Verstreichen des Zahlungstermins reduziert (nachcatonischer Verfall),[52] der Eigentumserwerb des Gläubigers wieder zusätzlich von der Vornahme eines eigenen Zugriffsakts abhängig gemacht; und nicht nur das. Die Wirksamkeit dieses Zugriffsakts wird zudem an eine behördliche Ermächtigung geknüpft. Beides ergibt sich aus Paul. 5 epit. Alf. Var. dig D. 13.7.30 mit einer womöglich schon von Servius getroffenen Entscheidung zu folgendem Fall.[53] Ein Flößer hat gegen übergabelose Verpfändung seines Floßes[54] ein Darlehen erhalten.[55] Der Zahlungstermin ist verstrichen. Das Pfand ist damit verfallen. Doch ist es damit noch nicht Eigentum des Gläubigers geworden. Der Gläubiger hat zwar auf das Pfand zugegriffen, worauf es nach griechischem Recht und 10

[52] Cic. fam. 13,56,2, – *Krämer*, Pfandrecht (2007) 179 Fn. 33 (180) spricht interessanterweise von „Wahlfreiheit des Gläubigers", 187 von einem „Ausschlagen des Pfandes", 189 von einer „Option für das Pfand".

[53] Umweltgeschichtliche Aspekte werden zur Datierung von Fall und Entscheidung nicht viel beitragen können; s. *Aldrete*, Floods (2007).

[54] Der nicht auf den ersten Blick ersichtliche Pfandrechtsbezug der Stelle folgt vor allem aus der Erörterung der ‚Ersatzgefahr'. Ohne ein zugrundeliegendes Verfalls- und Ersatzpfandrecht hätte sich diese Frage nicht gestellt; zuletzt *Schanbacher*, Pocta Blahovi (2009) 407. Auch die im alfenischen Digestenauszug des Paulus vorausgehende Stelle (*Lenel*, Pal. I Sp. 52, Alf. frgm. 69) Paul. 5 epit. Alf. Var. dig. D. 12.6.36 handelt vom Fall einer Verpfändung (einer dem Verpfänder nicht gehörenden Schüssel). Schließlich ist die Stelle von den Kompilatoren nicht ohne Grund in den Digestentitel 13.7 eingestellt worden. – Doch besteht über die Zuordnung zum Pfandrecht große Unsicherheit. Öfter wird ein Selbsthilfeakt des Gläubigers angenommen: *Kunkel*, SZ 90 (1973) 154; *Bürge*, SZ 97 (1980) 112–114, 151 f.; *Bürge*, Privatrecht (1999) 60 f.; *Klingenberg*, St. Litewski I 214. Für Pfandrechtsbezug hingegen *Frezza*, Garanzie II 344 f.; *Kaser*, RP I 471 mit Fn. 21; schwankend *Kaser*, Pfandrecht (1982) 7 f. (private Pfandnahme), 8 Fn. 39, 18 Fn. 108 (oder Besitzpfand), 111 mit Fn. 284, 134 f. (besitzlose Verpfändung); *Krämer*, Pfandrecht (2007) 232, 240–248, 353 f. Gespalten *Braukmann*, Pignus (2008) 123–125 (Selbsthilfeakt im ersten Fall, Pfandrecht im zweiten). Um an die *actio Serviana* zu denken (*Krämer*, Pfandrecht [2007] 242, 247 f., 285, 299, 354, arg. *sua auctoritate*; *Kaser/Knütel/Lohsse* 184 Rz. 20), ist es allerdings noch zu früh (→ Rn. 23).

[55] Zu Zeiten von Plinius d. Ä. pflegte der Preis eines Floßes sich auf 40.000 HS zu belaufen; Plin. nat. 16.76.202; *Aldrete*, Floods (2007) 76.

jetzt auch nach römischem Recht ankommt. Es fehlte aber die behördliche Ermächtigung zum Zugriff, worauf es nach römischem[56] und dann auch nach griechischem Recht[57] ankommt. Der Gläubiger hat ‚aus eigenem Recht' (*sua auctoritate*) zugegriffen, was nicht ausreicht. Jene behördliche Ermächtigung ist nichts anderes als das in der ersten Hälfte des 1. Jh. v. Chr. eingeführte[58] *interdictum Salvianum*, das, zunächst auf den Fall der Landpacht zugeschnitten, alsbald darüber hinaus angewandt wird.[59] Das *interdictum Salvianum*[60] heilt (nomen est omen[61]) den ansonsten unter Rechtswidrigkeit leidenden Gläubigerzugriff.[62]

11 Dass der Gläubiger des Flößers kein Eigentum an dem Floß erlangt hat, zeigt sich an der Darlehensforderung, die nicht in jedem Fall weggefallen ist (kein Ersatz), deren Wegfall vielmehr in Frage steht. Was sie angeht, stellt sich die Frage, wen von den Beteiligten hinsichtlich der Darlehensforderung die Gefahr des Pfanduntergangs (‚Ersatzgefahr') trifft. Das Floß ist nämlich nach erfolgtem Gläubigerzugriff von dem an-

---

[56] Der bloße Zugriff ist selbst bei Einverständnis des Schuldners nicht rechtmäßig (mag auch ein *furtum* entfallen: Ulp. 3 disp. D. 47.2.56). Das wird allerdings vielfach anders gesehen; s. etwa *Bürge*, Privatrecht (1999) 60 oder *Klingenberg*, St.Litewski I 214 oder *Krämer*, Pfandrecht (2007) 217, 229 f., 230 Fn. 62 gegen Ende (231), 238 Fn. 88 (239), 242 f., 244, 244 Fn. 104 a. E., 247.

[57] Cic. fam. 13,56,2.

[58] *Kaser*, RP I 472 Fn. 22; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 8, 141 Fn. 51. Teilweise wird es viel früher angesetzt (*Mitteis*, Reichsrecht [1891] 416 Fn. 2 „ziemlich hohes Alter"; *Rabel*, Verfügungsbeschränkungen [1909] 92: schon zur Zeit Catos; *Hanard*, RIDA 41 [1994] 261–266 = Centre de recherches en histoire du droit et des institutions [CRHIDI] Cahier 1 [1993] 64–67: 3./2. Jh. v. Chr.), teilweise später (*Voigt*, Ber. Sächs. Akad. Leipzig 40 [1889]) 261: Einführung durch M.Salvius Otho, Prätor unter Augustus, triumvir monetalis 8 n. Chr.; ähnlich *Frezza*, Garanzie II (1963) 342 Fn. 1 [„ammodernamento del testo"]), teilweise viel später (*d'Ors*, Iura 20 [1969] 88 f.: Einführung durch Julian), teilweise sehr früh und sehr spät (*Braukmann*, Pignus [2008] 89, 99–102, 106, 114 f., 131: schon zur Zeit Catos; Wiedereinführung durch Julian); krit. *Knütel*, Iura 58 (2010) 315.

[59] Gord. C. 8.9.1 (a.238). S. desweiteren Paul. 63 ed. D. 43.1.2.3 und Paul. sent.5.6.16 (ohne Einschränkung auf den Fall der Landpacht). A. A. *Krämer*, Pfandrecht (2007) 88, 94 f., 344 Fn. 25 (Ausdehnung erst in spät- und nachklassischer Zeit; Rückführung auf den Fall der Landpacht durch Justinian). – Die Ausdehnung des *interdictum Salvianum* erreicht nicht das Vermieterpfandrecht, bei dem es dem Schuldner überlassen bleibt, sich seinerseits gegen den Gläubigerzugriff zu wenden, indem er das *interdictum de migrando* beantragt (→ Rn. 32).

[60] Wie löst sich „le mystère de son nom" (*Hanard*, RIDA 41 [1994] 265 = Centre de recherches en histoire du droit et des institutions (CRHIDI) Cahier 1 [1993] 66)?

[61] Das *interdictum Salvianum* leitet seine Bezeichnung ab von der schon in der Antike bekannten Heilpflanze (*salvia*, Salbei); *Schanbacher*, Pocta Blahovi (2009) 412 f. Ein Prätor namens Salvius (*Dernburg*, Pfandrecht I [1860] 57) des Jahres 76 v. Chr. (*Frier*, Rise [1985] 93; *Broughton*, Magistrates III 185) oder des Jahres 74 v. Chr. (*Kelly*, The Irish Jurist 1 [1966] 347 [Bedenken bei *Kaser*, Pfandrecht (1982) 8 Fn. 41]) oder gar der Jurist P. Salvius Iulianus (*d'Ors*, Iura 20 [1969] 88 f.; *Braukmann*, Pignus [2008] 102, 115, 136) brauchen daher nicht als Urheber bzw. Erneuerer des Interdikts bemüht zu werden.

[62] *Schanbacher*, Pocta Blahovi (2009) 410–413 (das *interdictum Salvianum* als Instrument des Pfandverfalls; neue Deutung) [→ Rn. 14]. Das ist mehr als bloße Durchsetzung des Gläubigerzugriffs (→ Rn. 7 Fn. 44).

geschwollenen Fluß davon getragen worden. Es werden hierbei zwei Fälle unterschieden. Der Gläubiger hat ohne den Willen des Flößers zugegriffen; er hat mit willentlichem Einverständnis des Schuldners zugegriffen. Im ersten Fall trifft die Ersatzgefahr den Gläubiger ohne jede Einschränkung, im zweiten Fall trifft sie ihn nur bei Verschulden, nicht hingegen im Falle höherer Gewalt. Einfache Zufälle, die auch den Schuldner belasten würden,[63] stehen nicht in Frage.

12 Die Fragestellung muss auch für Paulus aktuell gewesen sein, dessen alfenischer Digestenauszug sich auf die Auswahl aktueller Entscheidungen beschränkt.[64] Zwar ist zur Zeit des Paulus das Pfandrecht an sich inzwischen Verkaufspfandrecht (→ Rn. 62). Doch kann es gleichwohl, mittels besonderer Abrede, abweichend davon, immer noch als Verfalls- und Ersatzpfandrecht eingerichtet werden, was vorkommt.[65] In solchen Fällen gilt der abgeschwächte Verfallsbegriff, Eigentumserwerb des Gläubigers im Wege behördlich sanktionierten Gläubigerzugriffs und, im Falle des Fehlens der behördlichen Sanktion,[66] die Gefahrtragungsregel aus Paul. 5 epit. Alf. dig. D. 13.7.30.

13 Der neue abgeschwächte Verfallsbegriff begegnet wieder im Falle des Philocles aus Alabanda, von dem Cic. fam. 13,56,2 (51/50 v. Chr.) spricht. Cicero wendet sich hier an den seinerzeitigen Statthalter von Asia, den er auffordert dafür zu sorgen, dass Philocles von den Hypotheken weiche, welche verfallen seien, und diese den Prokuratoren des Cluvius, seines Gläubigers, übergebe oder zahle. Die Hypotheken sind verfallen (*eae commissae sunt*) und doch ist das Eigentum noch nicht auf den Gläubiger übergegangen. Denn sie können noch durch Zahlung ausgelöst werden.[67] Zum Eigentumserwerb des Gläubigers fehlt noch etwas. Aus griechischer und inzwischen auch römischer Sicht ist es der Gläubigerzugriff. Aus römischer und inzwischen auch griechischer Sicht[68] ist es die behördliche Ermächtigung dazu, derentwegen sich Cicero an den Statthalter wendet.[69]

14 Zum Zugriff ermächtigt das inzwischen auch außerhalb der Landpacht angewandte *interdictum Salvianum* (→ Rn. 10). Das *interdictum Salvianum* verbietet dem Landpächter oder Schuldner, der Wegführung der Pfänder Widerstand entgegenzusetzen.[70] Die Merkwürdigkeit, dass es nur einer ein- und erstmaligen Besitzerlangung

[63] Paul. 25 quaest. D. 22.2.6; Ulp. 73 ed. D. 20.1.21.2; Phil./Phil. C. 4.24.8 (a.246); Diocl./Max. C. 4.24.9 (a.293); Diocl./Max. C. 4.32.19.2 (o.A.).

[64] *Roth*, Alfeni Digesta 191.

[65] Sev./Ant. C. 8.13.1 (a.199); Alex. C. 8.34.1 (a.222); *Schanbacher*, FS Mayer-Maly 650 f.

[66] Vgl. Sev./Ant. C. 8.13.3 (a.205).

[67] *Hitzig*, Pfandrecht (1895) 84 Fn. 2; *Schanbacher*, in: Jung/Baldus, Differenzierte Integration (2007) 45; *Schanbacher*, Pocta Blahovi (2009) 411.

[68] Alabanda war zu jener Zeit freie Stadt (*civitas libera*). Es galt daher das griechische Stadtrecht von Alabanda; s. *Hitzig*, Pfandrecht (1895) 84; *Herzen*, Hypothèque (1899) 165, 181 Fn. 3; *Schanbacher*, in: Jung/Baldus, Differenzierte Integration (2007) 44.

[69] *Schanbacher*, in: Jung/Baldus, Differenzierte Integration (2007) 44–46; *Schanbacher*, Pocta Blahovi (2009) 411.

[70] S. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 142 (Rekonstruktion) [prohibitorisches Interdikt]; bestritten, s.

dient,[71] zeigt, dass es weniger um die Erlangung der Sache geht, als vielmehr um den damit verbundenen Eigentumserwerb, der natürlich nur einmal eintreten kann. So erscheint das *interdictum Salvianum* als ein Mittel der Verwirklichung des Pfandverfalls. Indem es den Eigentumserwerb des Gläubigers vermitteln soll, setzt es auf Landpächter- oder Schuldnerseite Eigentum voraus.[72] Eine Anwendung gegen Dritte[73] in dieser Funktion war sicherlich zu erwägen,[74] während später Gordian,[75] wohl veranlaßt durch den zugrundeliegenden Fall eines Verkaufspfandrechts, nur an seine Richtung gegen den Landpächter oder Schuldner selbst denkt.

15 Auch nach dem Abgang des Verfalls- und Ersatzgedankens (→ Rn. 22) behält das *interdictum Salvianum* seine Bedeutung, sei es als Mittel zur Verwirklichung des nunmehr inhaltsreduzierten Pfandrechts (→ Rn. 22), sei es als Mittel der Verwirklichung eigens vereinbarter Verfalls- und Ersatzpfandrechte (→ Rn. 29, 61), sei es schließlich als Mittel der Verwirklichung zunächst eigens vereinbarter, später sich von selbst verstehender Verkaufspfandrechte (→ Rn. 59–62).[76] Letzterenfalls verschafft eine statthal-

---

Kaser/Hackl, RZ 417 Fn. 6. A. A. neuerdings *Hanard*, RIDA 41 (1994) 281 f. = Centre de recherches en histoire du droit et des institutions (CRHIDI) Cahier 1 (1993) 77 f. (restitutorisches Interdikt); *De Iuliis*, Studi (2017) 238–255 (‚gemischtes Interdikt').

[71] Gai. 4.147; Inst. 4.15.3; *Kaser*, RP I 473 Fn. 34; Pfandrecht (1982) 8 Fn. 41, 24 Fn. 142.

[72] Gai. 4.147; Inst. 4.15.3; Theoph. inst. 4.15.3 (*Ferrini* 477.13–18). Weniger weitgehend *Kaser*, Pfandrecht (1982) 141 f., 144 Fn. 61 (*in bonis esse*); noch weniger weitgehend *Hanard*, RIDA 41 (1994) 279, 285 = Centre de recherches en histoire du droit et des institutions (CRHIDI) Cahier 1 (1993) 76, 80; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 90 f., 111 f., 345 (nichts); weitergehend *Braukmann*, Pignus (2008) 90–99, 115 f., 136 (einen angeblichen ‚usus der Sicherung und Verwertung' des Gläubigers); skeptisch *Knütel*, Iura 58 (2010) 314 f.; ablehnend *Schanbacher*, SZ 127 (2010) 445 f.

[73] Nach *Kaser*, Pfandrecht (1982) 142 das „Hauptproblem des interdictum Salvianum". Dafür Iul. 49 dig. D. 43.33.1 pr./1. Ob dies ernst zu nehmen ist, wird bezweifelt; vgl. *Kaser*, RP I 472 Fn. 25; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 8 Fn. 43, 141–144, 227 (selbst bejahend). Desgleichen (bejahend) *Braukmann*, Pignus (2008) 112–115; *Kaser/Knütel/Lohsse1* 189 Rz 37. Anders (verneinend) *Krämer*, Pfandrecht (2007) 52–121, 342–345, 348 (Itp.); vgl. *Knütel*, Iura 58 (2010) 316. Nach Theoph. inst. 4.15.3 (*Ferrini* 477.13–18) richtet sich das *interdictum Salvianum* gegen jeden, der Sachen des Pächters in Händen hat.

[74] Iul. 49 dig. D. 43.33.1 pr./1 scheint ein (vereinbartes, → Rn. 29, 61) Verfalls- und Ersatzpfandrecht zu betreffen. Signifikant ist der Anklang an Cato, agr. 146.2 (→ Rn. 5 Fn. 24). Der Wechsel zur *actio utilis* (Iul. 49 dig. D. 43.33.1/2) hängt offensichtlich mit dem andersartigen Verpfändungsgegenstand zusammen (Anteil).

[75] Gord. C. 8.9.1 (a.238). Der Klammersatz (*id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit*) ist vielfach Gegenstand der Kritik; vgl. *Kaser*, RP I 472 Fn. 25 (verunglücktes Glossem); *Kaser*, Pfandrecht (1982) 144 (Mißgriff eines nachklassischen Bearbeiters). *Hanard*, RIDA 41 (1994) 275–278 = Centre de recherches en histoire du droit et des institutions (CRHIDI) Cahier 1 (1993) 73–75 hält *debitoremve* für „un ajout maladroit des compilateurs" (womit die von Gordian angeblich verworfene Lösung Julians wieder zu Ehren gebracht werden sollte). Das Verhältnis von Gord. C. 8.9.1 zu Iul. 49 dig. D. 43.33.1.1 ist ‚seit jeher umstritten'; *Knütel*, Iura 58 (2010) 316. Nach *De Iuliis*, Studi (2017) 201–214 beinhaltet der Satz, dass das *interdictum Salvianum* nur gegen einen schuldenden Landpächter anwendbar sei; krit. *Schanbacher*, SZ 137 (2020) 467 f.

[76] *Schanbacher*, Pocta Blahovi (2009) 413.

terliche Ermächtigung etwa dem Gläubiger die (faktische[77]) *facultas distrahendi.*[78] So kann sich das *interdictum Salvianum* ungeachtet des Verbots der Verfallsabrede durch Konstantin (→ Rn. 63) selbst unter Justinian noch erhalten.[79]

III. Die Hypotheca-Rezeption

Gerade in die Zeit des Verfalls des Verfalls (→ Rn. 10–15) fällt das erstmalige Erscheinen **16**
des Wortes *hypotheca* in der römischen Literatur. Cic. fam. 13,56,2 (51/50 v. Chr.) verwendet für die in Frage stehenden auf Liegenschaften des Philocles aus Alabanda ruhenden Pfandrechte des Cluvius das griechische Wort ὑποθήκη, um es sodann im Sinne von ‚Pfand' in Bezug zu nehmen; schließlich gebraucht Cicero die lateinische Form *hypotheca* für das Pfand.[80] Die in ὑποθήκη enthaltene griechische Pfandrechtsvorstellung wird abgelöst durch den zeitgenössischen römischen Pfandrechtsbegriff, welcher sich allerdings mit jener letztlich deckt (→ Rn. 10). Das Wort *hypotheca* mag dann in der römischen Geschäftspraxis verwendet worden sein.[81] Viel Zeit blieb dafür allerdings nicht. Denn der dem griechischen und römischen Pfandrecht gemeinsame Verfalls- und Ersatzgedanke war dabei, sich aus dem römischen Pfandrechtsbegriff zurückzuziehen; am Ende des Jahrhunderts ist er aus dem römischen Pfandrechtsbegriff verschwunden (→ Rn. 22). Doch ist das Wort *hypotheca* noch von den *veteres* im Sinne von ‚Pfandrecht' (Verfalls- und Ersatzpfandrecht) gebraucht worden (‚Frührezeption').[82] Die *veteres*, bei welchen es sich nurmehr um Juristen der zweiten Hälfte des 1. Jh. v. Chr. handeln kann, haben das neue Wort *hypotheca* durch das alte Wort *pignus* erläutert. Der Inhalt beider Worte ist, wie sich versteht, bestimmt durch den zeitgenössischen Pfandrechtsbegriff. *Pignus* und *hypotheca* können, gesagt von den *veteres*, nur das (übergabeunabhängig begründete) akzessorische Verfalls- und Ersatzpfandrecht des zur Neige gehenden 1. Jh. v. Chr. meinen. Am Ende des Jahrhunderts ist es damit vorbei.[83]

---

[77] S. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 133 f.

[78] Diocl./Max. C. 8.27.14 (a.243). S. desweiteren Diocl./Max. C. 4.24.11 (a.294) mit der Forderung von Pfandübereinkunft und statthalterlicher Ermächtigung zur Wegnahme.

[79] Skeptisch *Kaser*, RP II 321 Fn. 20 (praktisch bedeutungslos; von Justinian nur aus Pietät beibehalten).

[80] *Schanbacher*, in: Jung/Baldus, Differenzierte Integration (2007) 44 f.

[81] So *Erman*, Mél. Girard I 435. Für *Erman* ist das Zurücktreten und spätere Wiederauftreten des Wortes kulturgeschichtlich begründet (436). S. jedoch sogleich.

[82] Pap. 2 def. D. 46.3.97 *tertio quae sub hypotheca vel pignore contracta est. quod veteres ideo definierunt. Schanbacher*, in: Lamberti et al., Culture Straniere (2015) 45–57. A. A. *Fehr*, Pfandrecht (1910) 64 f. (*hypotheca* habe *fiducia* ersetzt); 135 (Zuordnung an die *veteres* unsicher); *Erman*, Mél. Girard I 422 Fn. 1, 447 (*hypotheca* habe *fiducia* ersetzt); *Ebrard*, Digestenfragmente (1917) 60 (Itp.).

[83] Wenn nicht alles täuscht, hat auch die lex Iulia de fundo dotali (→ 35 Rn. 41) noch das Wort *hypotheca* gebraucht; C. 5.13.1.15 (a.530) und Inst. 2.8 pr. Dies leugnet *Herzen*, Hypothèque (1899)

17 So verwundert es auch nicht, dass das Wort *hypotheca* seitdem von den römischen Juristen über längere Zeit hinweg nicht mehr gebraucht wird. Es begegnet in juristischen Darlegungen erst wieder um die Mitte des 2. Jh. n. Chr., als das römische Pfandrecht sich soeben anschickt, einen neuen Begriff, den des Verkaufspfandrechts, zu gewinnen (→ Rn. 62). Zuerst Julian verwendet das Wort *hypotheca* wieder,[84] im Sinne von ‚Pfandrecht' (‚Spätrezeption'),[85] ohne zugleich den dem Worte *hypotheca* zugrundeliegenden Pfandrechtsbegriff selbst, wie es dann in der Folgezeit geschehen wird (→ Rn. 19) schon auf das durch übergabelose Verpfändung begründete Pfandrecht einzuschränken;[86] er fügt nämlich die Einschränkung noch eigens hinzu (*nuda conventione*). Auch das Wort *pignus* verwendet Julian im Sinne von ‚Pfandrecht' ohne die später häufige (→ Rn. 19, 67–68) Einschränkung auf das durch Übergabeverpfändung begründete Pfandrecht zu machen; das fragliche Pfandrecht soll nämlich gerade durch übergabelose Verpfändung begründet sein.[87] Julian gebraucht die Worte *pignus* und *hypotheca* für das Pfandrecht schlechthin und synonym. Zwar unterscheidet er in den zugrundeliegenden Konstellationen die Fälle einer Pfandübergabe und einer Nichtübergabe des Pfandes. Doch liegen die sich daran knüpfenden Unterschiede außerhalb des Pfandrechtsbegriffs.[88]

18 Pfandrechtsbegrifflich indifferente Fälle verlangen an sich nicht nach einer terminologischen Unterscheidung. Was hat Julian dazu veranlaßt, an Stelle des alteingeführten Wortes *pignus* (→ § 48 Rn. 3) das griechische Lehnwort zu benutzen, ein Wort, das

---

185 „Remarquons en premier lieu que le mot hypotheca ne pouvait pas se trouver dans la lex Julia, car il n'a eté adopté que près de deux siècles plus tard par les juristes romains". Doch gerade das trifft nicht zu (s. soeben im Text). (*Herzen* 184–188 meint, die lex Iulia de fundo dotali habe vielmehr von der *fiducia* und vielleicht von der *praediorum subsignatio* gehandelt). A. A. *Manigk*, Hypotheca (1916) Sp. 361.27–32 wegen Gai. 11 ed. prov. D. 23.5.4 (Wiedergabe des Gesetzestextes). Dass die lex Iulia de fundo dotali überhaupt auch die Verpfändung von Mitgiftgrundstücken verboten habe (Just., Inst. citt.), wird bezweifelt; *Kaser*, RP II 188 mit Fn. 31; *Kaser/Knütel/Lohsse* 360 Rz.18 [Ausdehnung auf die Verpfändung durch Justinian].

[84] *Schanbacher*, in: Lamberti et al., Culture Straniere (2015) 51–53. Herkömmlich wird es jedoch anders gesehen (erstmalige Verwendung durch Julian): *Herzen*, Hypothèque (1899) 169 f. und viele andere, darunter *Pelloso*, TSDP 1 (2008) 23 f., 27, 108; *De Iuliis*, Studi (2017) 5 f.; *Marino*, Accessorietà (2018) 57.

[85] Iul. 44 dig. D. 41.3.33.4 *plane si creditor nuda conventione hypothecam contraxerit, usucapere debitor perseverabit.* Die Digesten Julians werden im Wesentlichen in die späten Jahre des Antoninus Pius datiert (153–160); *Liebs*, HLL IV 104. – Vielfach ist allerdings angenommen worden, Julian selbst habe das Wort *hypotheca* gar nicht gebraucht, indem der *plane si*-Satz für unklassisch gehalten wurde: *Fehr*, Pfandrecht (1910) 54–57 (kompilatorisch); *Erman*, Mél. Girard I 421 Fn. 3, 431 Fn. 1, 443 (tribonianisches Einschiebsel); *Lenel*, EP 493 Fn. 13(494) [Itp.]; *Wagner*, Generalverpfändung (1968) 18 f., 25 (nachklassischer, vorjustinianischer Einschub), dagegen *Kaser*, Pfandrecht (1982) 158 Fn. 110, 187 Fn. 216.

[86] Zu Unrecht anders *Krämer*, Pfandrecht (2007) 238 Fn. 83 (239); *Braukmann*, Pignus (2008) 58, 61, 138.

[87] Iul. 44 dig. D. 41.3.33.5.

[88] *Kaser*, Pfandrecht (1982) 188.

zumal von juristischer Seite seit langem nicht mehr verwendet wurde?[89] Ging es etwa darum, mit Hilfe des Wortes *hypotheca*, im Wettstreit zwischen Reichsrecht und Volksrecht das römische Pfandrecht der Provinzbevölkerung nahezubringen?[90] Doch bedeutet *hypotheca* gegenüber *pignus* im internationalprivatrechtlichen Zusammenhang gerade das inzwischen von Rom nicht mehr geteilte Verfalls- und Ersatzpfandrecht (→ Rn. 72). Oder ging es etwa darum, für die ‚junge Bildung' des ‚verallgemeinerten besitzlosen Pfandes' in Rom eine passende Bezeichnung zu haben?[91] Indes handelt es sich bei dem ohne Übergabe begründeten Pfandrecht nicht um eine junge Bildung, sondern um eine alte (→ Rn. 5). Womöglich ging es Julian lediglich darum, den Ausdruck durch *variatio* zu beleben, was von Seiten der Rhetorik empfohlen wurde.[92] So belebt etwa Papinian in zwei inhaltlich weitgehend kongruenten Texten[93] den Ausdruck gerade so, durch *variatio*, indem er einmal das Wort *dominium* verwendet, einmal den Ausdruck *intentio dominii*.[94] Ähnlich wird Julian, variierend, zunächst das Wort *hypotheca*, dann das Wort *pignus* verwendet haben. Dass Julian Derartigem gegenüber aufgeschlossen war, ist sicher. Die Rhetorik gehört zu den *artes liberales*, von welchen Iul. 21 dig. D. 27.2.4 handelt. Julian mag das Wort in Ciceros Korrespondenz gefunden haben. Der lediglich stilistische Anlaß des Wiederaufgreifens dieses Wortes und die weitreichenden Folgen, die dies hatte – das Wort wird durch Ulpian Träger einer Variante des Pfandrechtsbegriffs und findet in der Folgezeit geradezu massenhaft Verwendung (→ Rn. 69–72) – stehen zueinander außer allem Verhältnis.

Verwendet Julian das Wort *hypotheca* noch für das Pfandrecht schlechthin, so ver- **19**
engt sich schon bei Gaius die Bedeutung von *hypotheca* auf das durch übergabelose Verpfändung begründete Pfandrecht. Denn Gaius fügt, anders als Julian, die Begründung durch übergabelose Verpfändung nicht mehr eigens hinzu.[95] Zugleich beginnt sich bei Gaius die Bedeutung von *pignus* auf das ‚übergebene Pfand' zurückzuziehen. Denn *pignus*, so führt Gaius aus,[96] leite sich ab von *pugnus*, weil die Sachen, die zu Pfand

[89] Das Erscheinen des Wortes *hypotheca* in den römischen Rechtsquellen ist rätselhaft; *Kaser*, RP I 463; Pfandrecht (1982) 129; s. schon *Erman*, Mél. Girard I 419, 425, 428 („hypotheca-Rätsel"). Weist es auf griechisch-hellenistischen Einfluß hin? Ablehnend *Frezza*, Garanzie II (1963) 87 f.; zurückhaltend *Kaser*, RP I 463; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 5. Früher hielt man das Wort *hypotheca* für itp.; so noch *Schulz*, Roman Law (1951) 409; *Schulz*, Geschichte (1961) 251 f. (teils nachklassische, teils justinianische Interpolationen); dagegen *Frezza*, Garanzie II (1963) 87 Fn. 3; *Kunkel*, SZ 90 (1973) 155 Fn. 7; *Kaser*, RP I 463 und *Kaser*, Pfandrecht (1982) 129 (abschließend). Doch unbeeindruckt weiter so *Du Plessis*, RIDA 54 (2007) 219 Fn. 2 (219 f.). *Alonso*, St. Labruna I 81 f. spricht von *hypothecae pignora* als „l'endiadi, tipicamente orientale".

[90] *Wagner*, Generalverpfändung (1968) 22 (vgl. 24 alles hypothetisch); *Kaser*, Pfandrecht (1982) 130 Fn. 6 (ansprechende Vermutung).

[91] *Kaser*, Pfandrecht (1982) 130; desweiteren 214.

[92] Quint. inst. 8.6.19.

[93] Pap. 23 quaest. D. 41.3.44.5 und Pap. 11 resp. D. 20.1.1.2.

[94] *Schanbacher*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 129 f.

[95] Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.4 *Contrahitur hypotheca per pactum conventum*; *Schanbacher*, in: Lamberti et al., Culture Straniere (2015) 53 f.

[96] Gai. 6 l. XII tab. D. 50.16.238.2 *Pignus appellatum a pugno, quia res quae pignori dantur manu*

gegeben werden, mit der Hand gegeben werden. Die von Gaius vorgetragene Etymologie beruht nicht nur auf dem lautlichen Gleichklang der Worte (*pignus*, *pugnus*). Hinzukommt für ihn die Beobachtung, dass Verpfändungen in der Praxis mit Übergaben einherzugehen pflegen.[97] Gaius neigt überdies der Meinung derjenigen zu, die den Pfandrechtsbegriff auf bewegliche Sachen beschränken wollen.[98] Ulpian läßt sich durch diese Etymologie anregen und unterscheidet das übergebene Pfand als eigentliches Pfand vom nicht übergebenen als eigentlicher Hypothek.[99] Jene Etymologie allein und die ihr mit zugrundeliegenden Beobachtungen können es jedoch nicht gewesen sein, was Ulpian zu dieser Unterscheidung geführt hat; es muss mehr dahinter stecken (→ Rn. 67–68).

IV. Die Praxis der Verkaufsrechtsabrede und das Ende des Verfalls- und Ersatzpfandrechts

20 Im Laufe des 1. Jh. v. Chr. beginnt die Verpfändungspraxis dazu überzugehen, an Stelle des Verfalls, mit dessen Realisierung sich zwangsläufig der Ersatz verbindet, ein Verkaufsrecht des Gläubigers vorzusehen.[100] Dies geschieht im Interesse der Gläubiger, die auf diese Weise mit dem Verfall und seiner Realisierung auch den Ersatz ausschließen und sich eine etwaige Restforderung erhalten.[101] Der Erhalt der Restforderung ist ein Anliegen, das selbst noch nach Abgang des Verfalls- und Ersatzgedankens (→ Rn. 16, 22) immer wieder aufscheint, wenn bei Verpfändungen eigens hinzugefügt wird, dass der Schuldner den Betrag eines Mindererlöses zahlen solle,[102] wozu schließlich Pomponius bemerkt: Dies sei überflüssig, weil es sich ohnedies von Rechts wegen so verhalte.[103] Gleichwohl wird weiter gezweifelt.[104]

---

traduntur. Die Etymologie ist unrichtig; *Manigk*, Pignus (1941), Sp. 1239.22–25; *Kaser*, RP I 463 Fn. 1; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 3 Fn. 10; *Kaser/Knütel/Lohsse* 183 Rz. 15, *Minardi*, Aufidus 36 (1999) 77 f.; *De Iuliis*, Studi (2017) 31–37. Dabei stört nicht nur die Faust (*Erman*, Mél. Girard I, 433 Fn. 3 [433 f.]), sondern vor allem, dass die Faust dem Gläubiger gehört, die Hand aber dem Schuldner.

[97] Iul. 11 dig. D. 13.7.28 pr.

[98] Nachhall in Inst. 4.6.7; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 33 Fn. 54. *Minardi*, Aufidus 36 (1999) 77 f. betont die Volkstümlichkeit der gajanischen Etymologie.

[99] Ulp. 28 ed. D. 13.7.9.2. – Die durch die Inschriften von Veleia und Ligures Baebiani (II 116, 373–380; Nr.117, 380–382) bezeugten Grundstücksbelastungen der Alimentarstiftungen Nervas und Trajans werden vom Pfandrecht gesondert; *Kunkel*, SZ 90 (1973) 156–158; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 2 Fn. 5.

[100] Serv./Ulp. 77 ed. D. 47.10.15.32.

[101] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. *quia tua causa id caveatur* (Reflex). – Schwankend *Kaser*, RP I 470 (Schuldnerinteresse) und Studien 229 (Gläubigerinteresse).

[102] *Wolf*, TPN 69.5.13/14 (15. März 40 n. Chr.). Abw. *Verhagen*, TR 79 (2011) 33, 42 (‚faktisches Ersatzpfand'). Desweiteren Pomp. 2 lect./Paul. 3 quaest. D. 20.5.9.1.

[103] Pomp. 2 lect./Paul. 3 quaest. D. 20.5.9.1.

[104] S. Scaev. 6 resp. D. 46.1.63; Paul. 3 quaest. D. 20.5.9 pr.; Alex. C. 8.27.3 (a.223).

Das Anliegen, die Restforderung zu erhalten, geht von der Befürchtung aus, durch das Pfand werde die zu sichernde Forderung nicht voll gedeckt. Dies scheint im 1. Jh. v. Chr. häufig der Fall gewesen zu sein. Zu Zeiten der Geldknappheit pflegen Sachgüter, weil unverkäuflich oder nur schwer verkäuflich, im Wert zu sinken, wodurch es zu einer geradezu flächendeckenden Unterversicherung im Pfandverhältnis kommen kann. Um die Mitte des 1. Jh. v. Chr. trieben, so berichtet Cassius Dio, die Geldverleiher, veranlaßt durch einen hohen Geldbedarf, ausstehende Darlehen mit großer Härte von den Schuldnern ein, die auch selbst kaum an Geld gelangten.[105] Die Schuldner entsagten den Pfändern, die Gläubiger forderten darüber hinaus das Kapital auch noch in Geld,[106] woraufhin Caesar bestimmte Maßnahmen traf, um beiden Seiten gerecht zu werden.[107] Die Gläubiger realisierten also nicht nur den Pfandverfall, sondern betrieben darüber hinaus noch den Einzug der an sich weggefallenen (ersetzten) Darlehensforderungen. **21**

Die Verkaufsrechtsabrede wird nun so häufig getroffen, dass der Eindruck, Verpfänden bedeute letztlich Verfall, Eigentumserwerb des Gläubigers und Ersatz, allmählich verblasst und sich schließlich verliert. Die Pfandrechtsdoktrin folgt dem Anstoß der Verpfändungspraxis. Der Verfalls- und Ersatzgedanke verläßt, ohnehin geschwächt (→ Rn. 10–15), zum Ende des Jahrhunderts den Pfandrechtsbegriff.[108] **22**

Diese auf eine Klaglosigkeit des Pfandrechts zustrebende Entwicklung ist schon um die Mitte des 1. Jh. v. Chr. abzusehen, und die prätorische Jurisdiktion stellt sich darauf ein. Zugleich nimmt sie die Gelegenheit wahr, das römische Pfandrecht zu internationalisieren.[109] Auf Anregung des Servius wird um diese Zeit vom Prätor[110] die *actio* **23**

[105] Cass.Dio 41.37.1–2.

[106] Cass.Dio 41.37.3 ἀλλ᾽οἱ μὲν τῶν ἐνεχύρων ἐξίσταντο, οἱ δὲ καὶ τὸ ἀρχαῖον ἐν ἀργυρίῳ ἀπῄτουν („aber die einen entsagten den Pfändern, die andern forderten auch das Kapital in Geld"). Die Wendung τῶν ἐνεχύρων ἐξίστασθαι („den Pfändern entsagen") entspricht *de hypothecis decedere* in Cic. fam. 13.56.2, vgl. Dem. 37 Pantainetos 49; *Fine*, Horoi (1951) 88 Fn. 102 (88 f.).

[107] Von den Maßnahmen Caesars in diesem Zusammenhang berichtet u. a. auch Suet. Iul. 42.2; s. *Mommsen*, Röm. Gesch. III 534–536; *De Martino*, Wirtschaftsgeschichte (1991) 173 f.; *Finley*, Wirtschaft (1993) 169; *Saccoccio*, in: Tafaro, Usura 99–175.

[108] Den Terminus ante quem zeigen an Entscheidungen von Sabinus und Cassius; Sab./Ulp. 41 Sab. D. 13.7.4; Iav. 15 ex Cass. D. 47.2.74; *Schanbacher*, FS Mayer-Maly 648 mit Fn. 60; in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 199 mit Fn. 36; *Schanbacher*, Pocta Blahovi (2009) 409.; *Schanbacher*, SZ 127 (2010) 447 f. Dass erst jetzt das Wort *pignus* auch in der Dichtung Raum gewinnt, ist vielleicht kein Zufall; vgl. (etwas überspitzt) *Minardi*, Aufidus 36 (1999) 88 („ha perso ogni sfumatura giuridica"). – A. A. *Verhagen*, TR 79 (2011) 1–46 (Fortdauer des Verfallspfandrechtscharakters noch im 1. Jh. n. Chr.). S. auch *Pozsonyi*, Disputationes Tirolenses (2014) 121–135 (eher für bloßes ‚Bewahrungspfand').

[109] *Schanbacher*, in: Jung/Baldus, Differenzierte Integration (2007) 32–36. Die *actio Serviana* (sogleich) ist ein von vornherein internationales Gebilde, was auch am Erfordernis des *in bonis esse* sichtbar wird. Dieses schloss das eigentumsähnliche Besitz- und Nutzungsrecht ein, das für den Einzelnen an Provinzland nur möglich war; vgl. Scaev. 7 dig. D. 18.1.81 pr. (Ägypten?); Scaev. 16 dig. D. 32.101 pr. (Syrien); *Schanbacher* 34 f. S. auch *Sirks*, SZ 136 (2019) 84–110.

[110] S. Paul. 3 ed. D. 2.14.17.2; Inst. 4.6.7.

Serviana eingeführt,[111] eine an sich auf das Pfandrecht des Landverpächters zugeschnittene Klage, deren Formel wie folgt lautet:[112] *Si paret rem qua de agitur ex his bonis Lucii Titii esse, de quibus inter illum et Aulum Agerium convenit, ut Aulo Agerio pignori essent pro mercede illius fundi, eamque mercedem* etc.[113] („Wenn es sich erweist, dass die Sache, um die es geht, aus dem Vermögen des Lucius Titius stammt, worüber man zwischen jenem und Aulus Agerius übereingekommen ist, dass es Aulus Agerius zu Pfand sei für den Pachtzins jenes Grundstücks, und dieser Pachtzins etc.“).

24 Doch werden in anderen Fällen analoge Klagen erteilt,[114] und zwar schon alsbald.[115] Bereits Labeo hat eine solche analoge Klage[116] im Blick, wenn er dem Gläubiger in einem gewöhnlichen Pfandrechtsfall die *actio ad exhibendum* zuspricht.[117] Die analoge Klage selbst wird in diesem Zusammenhang als *contraria pigneraticia* bezeichnet, was ihre Richtung gegen den Schuldner selbst ausdrücken soll,[118] wohingegen zusatzloses *pigneraticia* gelegentlich für die gegen einen Dritten gerichtete Klage gebraucht

[111] S. *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 20 Fn. 54 mit zahlr. Nw., insbes. Kaser, RP I 472; *Kaser*, RP II 590 f.; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 8 f., 145. So auch desweiteren u. a. *Mantovani*, Formule 45 Fn. 70; *Krämer*, Pfandecht (2007) 50, 341 (h.M.). Diese Ansicht war schon früher verbreitet; *Bremer*, Iurispr.antehadr.I 217–220. Verschiedentlich wird die Einführung der *actio Serviana* früher angesetzt (so von *Dernburg*, Pfandrecht I [1860] 61–66 und [leicht zögernd] *Ascoli*, Origini [1887] 58; ferner *Watson*, Law of Obligations [1965] 180 f.; *Watson*, Law Making [1974] 53–55; [zögernd] *Watson*, Law of Property [1968] 105 f.: 3./2. Jh. v. Chr.), verschiedentlich später (so von *Voigt*, Ber. Sächs. Akad. Leipzig 40 [1889] 263 f.: Einführung durch Servius Sulpicius Galba, Prätor unter Augustus, cos. 22 n. Chr.; *Herzen*, Hypothèque [1899] 167–201: um die Zeitwende; Labeo scheine die *actio Serviana*, nicht jedoch die *actio quasi Serviana* zu kennen, 182–184).

[112] *Kreller*, SZ 64 (1944) 344; zustimmend letztlich *Kaser*, Pfandrecht (1982) 149 Fn. 76, 152. Ohne Rekonstruktion *Lenel*, EP 495. Anders *Hanard*, RIDA 41 (1994) 260 = Centre de recherches en histoire du droit et des institutions (CRHIDI) Cahier 1 (1993) 63 (mit fehlsamer Rekonstruktion).

[113] Auf sie hat Bezug Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 20.6.14 und, wie es scheint, auch Cels./Ulp.73 ed. D. 20.1.14 pr. *si nondum dies pensionis venit.* – Phantastischen Charakter hat die von *Braukmann*, Pignus (2008) 63, 80–88 aufgebrachte, von ihm schon in die Zeit des P. Mucius Scaevola (cos. 133 v. Chr.) gesetzte ‚actio utilis‘; ablehnend *Knütel*, Iura 58 (2010) 312–314, 319; *Schanbacher*, SZ 127 (2010) 446.

[114] Wozu lediglich die Worte pro mercede illius fundi und eamque mercedem gegen pro pecunia debita und eamque pecuniam auszutauschen sind.

[115] So *Kaser*, RP I 473. Anders jedoch *Kaser*, Pfandrecht (1982) 111 mit Fn. 285, 147–151, 227 f. (vielleicht erst in der ersten Hälfte des 2. Jh. n. Chr.); anders auch *Kunkel*, SZ 90 (1973) 151–156 und *Kaser*, FS Hübner 70 mit Fn. 38 = Rechtsquellen (1986). 330 mit Fn. 38 (im Laufe des 2. Jh. n. Chr.). Interessant die Mitteilung von *Knütel*, Iura 58 (2010) 307 Fn. 9.

[116] Weitergehend *Krämer*, Pfandecht (2007) 280–284, 285 (die allgemeine Pfandklage).

[117] Pomp. 18 Sab. D. 13.7.3. Vgl. Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.3 (verbindet die *actio ad exhibendum* gerade mit der *actio Serviana*). Dagegen will *Kaser*, Pfandrecht (1982) 91 f. die *actio ad exhibendum* Pomponius zuweisen (kaum möglich).

[118] *Kreller*, SZ 62 (1942) 182 f. hingegen meint, der Ausdruck *contraria pigneraticia* sei von den Kompilatoren an die Stelle von ursprünglich *Serviana formula* gesetzt worden.

wird.[119] Überhaupt wäre die Verpfändungspraxis des ersten[120] und auch des beginnenden 2. Jh. n. Chr. nicht denkbar gewesen ohne die Aussicht auf Klageschutz.

Julian ersetzt schließlich im Zuge seiner Ediktsredaktion 131 n. Chr. die alte Landverpächterformel durch eine allgemeine Pfandklageformel,[121] welche wie folgt lautet:[122] *Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quominus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito* („Wenn es sich erweist, dass man unter Aulus Agerius und Lucius Titius übereingekommen ist, dass die Sache, um die es geht, dem Aulus Agerius zu Pfand sei wegen geschuldeten Geldes, und diese Sache zum Zeitpunkt der Übereinkunft im Vermögen des Lucius Titius war, und das Geld weder gezahlt noch deswegen Sicherheit geleistet worden ist, und es auch nicht an Aulus Agerius liegt, dass nicht gezahlt wird, wenn nicht diese Sache nach Einschätzung des Richters restituiert wird, soll der Richter wieviel die Sache wert sein wird, auf soviel den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen“).[123] Die Formel schließt sich im Edikt unmittelbar an das *interdictum Salvianum* (→ Rn. 14) an,[124] das seinerseits insofern die Funktion einer Rechtsschutzverheißung hat.[125]

25

---

[119] Marcell. 19 dig. D. 44.2.19. – Weitere Zeugnisse für eine analoge Klage: Sab./Pomp. 22 Sab. D. 46.3.20 (zweifelnd *Krämer*, Pfandrecht [2007] 286 f., 357 f.); Atilic./Ulp. 73 ed. D. 20.6.6.2 (a.A. *Hofstetter*, Mél. Sturm I 234, 238: Landpachtfall); Cels. 24 dig. D. 46.3.69 (a.A. *Krämer*, Pfandrecht [2007] 291–293, 358 mit Itp.behauptung); Octav./Marci. form. hyp. sing. D. 20.3.1.2 (zweifelnd *Krämer*, Pfandrecht [2007] 293–298, 358 f.: *fiducia*?).

[120] Lab.1 pith. a Paul. epit. D. 20.1.35; Cass./Paul. 29 ed. D. 13.7.18.3; *Wolf*, TPN 40 (3. März 49 n. Chr.); *Wolf*, TPN 43 und 44 (28. Juni/2. Juli 37 n. Chr.); *Wolf*, TPN 69 (15. März 40 n. Chr.).

[121] *Lenel*, EP 493–495; *Kaser*, RP I 473; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 149. Die alte Formel erübrigt sich künftig; *Lenel*, EP 495. A. A. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 151–153, 228; *Kaser*, FS Hübner, 64 Fn. 9 = Rechtsquellen (1986) 322 Fn. 9 (Fortbestand der alten Formel). Die Erweiterung wird bestritten von *Wubbe*, SZ 89 (1972) 430–432 (Skepsis noch bei *Pichonnaz/Wubbe*, Mél. Magdelain 372).

[122] *Lenel*, EP 494; *Kaser*, RP I 473 mit Fn. 42; ähnlich *Mantovani*, Formule 45 (Nr.13). Zu abw. Rekonstruktionen, die sich nicht durchgesetzt haben (*Kreller*, *d'Ors*) s. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 9–12, 152 Fn. 86; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 11 Fn. 12; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 38 Fn. 3.

[123] Wegen einer italienischen Übersetzung s. *Mantovani*, Formule 196 f.

[124] *Lenel*, EP 493. Deshalb: *et erit eis descendendum ad Servianum iudicium*; Ulp. 73 ed. D. 43.33.2 (auf der Gerichtstafel des Prätors; *Kreller*, SZ 64 [1944] 332). Einen Erfolg der *actio Serviana* (*Krämer*, Pfandrecht [2007] 56, 117–119) impliziert das nicht. – A. A. *Pichonnaz/Wubbe*, Mél. Magdelain 361–382 (eigenes Einführungsedikt).

[125] *Schanbacher*, Pocta Blahovi (2009) 413. So schon *Kaser*, RP I 472 Fn. 31; anders jedoch *Kaser*, Pfandrecht (1982) 146 mit Fn. 67 (*actio Serviana* als ‚Weiterbildung des *interdictum Salvianum*‘). Ähnlich *La Rosa*, St.Sanfilippo VII 312 Fn. 57, 315–317 (*actio Serviana* als Ausfluß des *interdictum Salvianum*); ablehnend *Krämer*, Pfandrecht (2007) 126 Fn. 19 (126 f.). Anders *Magdelain*, Consensualisme (1958) 115–117; *Hanard*, RIDA 41 (1994) 262–264 = Centre de recherches en histoire du

26 Die Bezeichnung *actio Serviana* oder auch nur *Serviana* wird jetzt auf die allgemeine Pfandklage übertragen.[126] Die Bezeichnung *quasi Serviana* erinnert an die Erweiterung des Klageschutzes im Zuge der julianischen Ediktsredaktion,[127] wie auch gelegentliches *utilis Serviana*[128] oder vereinzeltes *utilis petitio*.[129] Die Bezeichnung *actio hypothecaria* oder auch nur *hypothecaria* scheint ein Gegengewicht bilden zu wollen zu dem im 2. Jh. n. Chr. vorherrschenden Übergabeeindruck[130] (→ Rn. 19).[131] Die Bezeichnung *actio pigneraticia* oder auch nur *pigneraticia* greift die alte Pfandbezeichnung (→ Rn. 3) wieder auf.[132] Öfter werden mehrere Bezeichnungen gehäuft.[133] Die Wendung *pignus/hypothecam vindicare* oder auch nur *vindicare*,[134] die Bezeichnungen *vindicatio pignoris*[135] oder *vindicatio rei*[136] erinnern an die inzwischen weit zurückliegende Ablösung der *rei vindicatio* durch die *actio Serviana* (→ Rn. 23).[137]

---

droit et des institutions (CRHIDI) Cahier 1 (1993) 64–66 (Selbstbezug; allg. Edikt *De pactis*). Schon die alte Verpächterformel (→ Rn. 23) bedurfte daher keiner eigenen Rechtsschutzverheißung. Eine solche will allerdings annehmen *Braukmann*, Pignus (2008) 61 f.; vgl. *Knütel*, Iura 58 (2010) 310.

[126] Iul. 11 dig. D. 13.7.28 pr.; Afr. 4 quaest. D. 16.1.17.1; Ulp. 37 ed. D. 9.4.36.

[127] Gai. 9 ed. prov. D. 16.1.13.1; Inst. 4.6.7, 31; Kaser, FS Hübner 64 = *Kaser*, RRQ 322 f.; *Mantovani*, Formule 45 Fn. 70; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 50 f. Anders *Kunkel*, SZ 90 (1973) 156 Fn. 9 (Erinnerung an die analoge Anwendung der *actio Serviana*); *Hanard*, RIDA 41 (1994) 250 f., 256, 285 f. = Centre de recherches en histoire du droit et des institutions (CRHIDI) Cahier 1 (1993) 56 f., 60, 80 (vorjulianische Klage).

[128] Pap. 11 resp. D. 20.1.1.2; Pap. 11 resp. D. 20.6.1 pr.; C. 6.43.1.1 (a.529). Ablehnend hins. Pap. 11 resp. D. 20.6.1 pr. *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 323 f.; a. A. *Emunds*, Drittleistung (2007) 80–83 (*actio utilis*).

[129] Iul. 49 dig. D. 8.1.16; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 11 Fn. 58; anders *Kaser*, FS Hübner 70, 82 f. = *Kaser*, RRQ 329 f., 344 f. (Anknüpfung an die *rei vindicatio*); ähnlich *Krämer*, Pfandrecht (2007) 38 Fn. 4 (durch die *actio Publiciana* vermittelte Nähe zur *rei vindicatio*).

[130] Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11.4; Gai. 9 ed. prov. D. 16.1.13.1; Inst. 4.6.7, 31.

[131] Anders *Kaser*, RP I 463, 473 (Herkunft aus der Provinzialgerichtsbarkeit). Die These, *actio Serviana* bezeichne die Klage gegen den Schuldner, *actio quasi Serviana* oder *hypothecaria* die Klage gegen Dritte (*Watson*, SDHI 27 [1961] 356–363; *Watson*, Law of Obligations [1965] 180 mit Fn. 3), ist unhaltbar; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 154 f.

[132] Pomp. 18 Sab. D. 13.7.3; Marcell. 15 dig. D. 44.2.19; Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.12; Ulp. 75 ed. D. 44.2.11.10; Paul. 14 quaest. D. 44.2.30.1; Mod. 4 resp. D. 20.6.9 pr.; Paul. 10 Sab. D. 12.6.13 pr. (*utilis pigneraticia* für einen Sonderfall) [→ Rn. 24].

[133] Gai. 9 ed. prov. D. 16.1.13.1; Paul. 23 ed. D. 10.2.29; Inst. 4.6.7; 31 (zwei); Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.3 (drei).

[134] Scaev. 5 dig. D. 13.7.43 pr.; Paul. 3 quaest. D. 20.1.28; Diocl./Max. C. 4.10.7 pr. (a.293); Hon./Theod. Cod. Theod. 4.14.1 pr. = C. 7.39.3 pr. (a.424). Paul. 5 resp. D. 20.1.29 pr.; Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12 pr.; Gord. C. 8.25.4 (a.239).

[135] Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.16.3; Diocl./Max. C. 4.24.10.2 (a.293); Diocl./Max. C. 8.31.2 (a.294).

[136] Paul. 5 resp. D. 20.6.12.1.

[137] Anders *Kaser*, RP I 473 Fn. 44 (auffällig); *Kaser*, Pfandrecht (1982) 154 Fn. 93 (zivile Reflexwirkungen); 227 (Tendenz zur Überwindung des Gegensatzes von *ius civile* und *ius honorarium*); *Kaser*, FS Hübner 82 = *Kaser*, RRQ 343 (*actio Serviana*, verstanden geradezu als zivile Klage). Nach

V. Klassische Pfandrechtsdogmatik rund um die *actio Serviana*

1. Die Formel

Um die Formel der *actio Serviana* (→ Rn. 25) ranken sich große Teile der klassischen Pfandrechtsdogmatik. Die Monographien des Gaius und des Marcian zur *formula hypothecaria* stellen eine Vielzahl pfandrechtlicher Fragestellungen unter den Gesichtspunkt dieser Formel.[138] An der Formel der *actio Serviana* lassen sich die Voraussetzungen für Entstehung und Untergang des Pfandrechts ablesen. Welchen Inhalt das Pfandrecht hat, regelt sich dagegen außerhalb der Formel; hier wirkt, zunächst was Liegenschaften angeht, das Lageortsrecht bestimmend (→ Rn. 71). Der Formel der *actio Serviana* zufolge hängt die Entstehung des Pfandrechts ab von der zwischen den Beteiligten getroffenen Pfandübereinkunft, der Zugehörigkeit der zu verpfändenden Sache zum Vermögen des Schuldners (*in bonis esse*) zu diesem Zeitpunkt und von dem Bestehen der zu sichernden Forderung. **27**

2. Pfandübereinkunft

Die Pfandübereinkunft[139] ist Willenseinigung.[140] Vorgelagert ist die Bestimmung gewisser Gegenstände zur Verpfändung.[141] Die Willenseinigung kann auch unter Abwesenden hergestellt werden.[142] Auf die von den Beteiligten gebrauchten Worte kommt es nicht an.[143] Auch Fremdsprachen sind zugelassen.[144] Im Fall Cass./Paul. 29 ed. D. 13.7.18.3 ist ein ‚Wald' (*silva*) verpfändet worden. Dies führt nach Cassius nicht dazu, dass auch ein aus dem geschlagenen Holz gefertigtes Schiff (*navis*) Pfand wäre. Der Wille der Beteiligten, der sich in dem Wort *silva* äußert, ist auf den natürlichen Baumbestand und das künftig geschlagene Holz gerichtet; auf nichts weiter.[145] Auf die **28**

Kaser, FS Hübner 64 = *Kaser*, RRQ 323 sollten die drei letztgenannten Bezeichnungen der Gefahr einer Verwechslung mit der alten Verpächterklage vorbeugen. Ebenso *Mantovani*, Formule 45 Fn. 70.

[138] *Lenel*, Pal. I Sp. 240–242 (Gaius frgm. 399–403); Sp. 644–652 (Marcian frgm. 17–41); *Liebs*, HLL IV 193 f., 203 sowie *Liebs*, SZ 128 (2011) 49, 50, 52, 56. – Krit. zu *Lenels* Anordnung der Marcianfragmente neuerdings *Pellecchi*, SCDR 28 (2015) 809–838.

[139] Welche vom Gläubiger zu beweisen ist; Marci. form. hyp. sing. D. 22.3.23; *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 301 f.; *Lenel*, EP 493.

[140] Sev./Ant. C. 8.16.2 (a.207). – Marci. form. hyp. sing. D. 20.6.5 pr. setzt sich – hinsichtlich eines *pactum de non petendo* – über den Willen der Beteiligten hinweg, zugunsten ihres hypothetischen Willens; s. *Alonso*, St. Labruna I 99 („tramite interpretazione oggettiva del negozio").

[141] Paul. 5 resp. D. 20.3.4.

[142] Mod. 3 reg. D. 20.1.23.1.

[143] Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.4.

[144] Scaev. 27 dig. D. 20.1.34.1 (Griechisch).

[145] *Silva caedua*, wie sie öfter in den Quellen begegnet; s. Paul. 9 Plaut. D. 7.1.48.1 oder Octaven./Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.26. *silva* i. S.v. ‚Waldgrundstück' zu verstehen (verneinend *Krämer*, Pfandrecht [2007] 251–274, 355 f. nach breiter Erörterung), ist fernliegend.

Worte (*silva*, *navis*) kommt es dabei nicht entscheidend an; die Pfandübereinkunft ist kein Testament. Zwar umfaßt nach Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 32.88.1 auch ein Vermächtnis von Holz (*materia*) nicht ein daraus gefertigtes Schiff (*navis*) oder einen daraus gefertigten Schrank (*armarium*).[146] Doch ist nur bei der Pfandübereinkunft der Wille der Beteiligten schlechthin maßgeblich; beim Vermächtnis stößt der Wille des Testators an die Grenze des Wortsinns.[147] Wäre der Wille der Beteiligten im Cassiusfall beim Gebrauch des Wortes *silva* auch auf ein aus dem Holz gefertigtes Schiff gerichtet gewesen, wäre das Schiff durchaus Pfand gewesen.[148] Es liegt dies allerdings fern, und so empfiehlt Cassius den Einsatz einer ergänzenden Klausel *quaeque ex silva facta natave sint*.[149] Es kommt darauf an, ob der Wille der Beteiligten sich auf den fraglichen Gegenstand gerichtet hat, m. a.W. ob der fragliche Gegenstand das ist, was nach dem Willen der Beteiligten Pfand sein sollte. Ist es das oder ist es etwas anderes? Eine ontologische Frage. Ontologisch ist auch die Antwort: Das Schiff, so Cassius, ist ‚etwas anderes' als das Holz (*aliud*). Mit der Ablehnung eines Pfandrechts am Schiff setzt sich Cassius nicht in Widerspruch zur sabinianisch-cassianischen Verarbeitungslehre, der es[150] um die Zuweisung des Eigentums an der neuen Sache geht.[151] Des Weiteren kommt es nicht auf eine Beurkundung an.[152] Und doch legt die Verpfändungspraxis Wert darauf.

29 Gerade etwa die pompejanischen Pfandurkunden geben ein getreuliches Abbild der akribisch verfahrenden Verpfändungspraxis der Zeit.[153] Allen pompejanischen Urkunden ist die genaue Bezeichnung des Pfandgegenstandes sowie die ausdrückliche Bezugnahme auf die zu sichernde Forderung gemeinsam. Die pfandrechtsdogmatischen Vorgaben, das zu jener Zeit noch gültige Spezialitätserfordernis (→ Rn. 35) und das sich aus dem Pfandrechtsbezug der Pfandübereinkunft ableitende Erfordernis, die zu sichernde Forderung festzulegen,[154] werden gewissenhaft beachtet. Die Urkunden lassen ferner das Bewußtsein erkennen, dass allein schon mit der Pfandübereinkunft der

---

[146] *Braukmann*, Pignus (2008) 128 f. („Parallele").

[147] Serv./Cels. 19 dig. D. 33.10.7.2; *Schanbacher*, FS Knütel 1025–1035.

[148] Des ‚Mythos vom goldenen Zeitalter' (*Braukmann*, Pignus [2008] 129 f.) ungeachtet. Ähnlich wird ein Warenlager Pfand, obwohl der ‚Laden' verpfändet worden ist; Scaev. 27 dig. D. 20.1.34 pr. (→ Rn. 38).

[149] Weitergehend *Krämer*, Pfandrecht (2007) 268 (ausdrückliche Vorsorge erforderlich).

[150] Gai. 2.79; Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.7.7; Inst. 2.1.25.

[151] *Schermaier*, Materia (1992) 224–226; *Bretone*, Fondamenti (1998) 75; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 267–269; *Braukmann*, Pignus (2008) 126 f. Jeden Zusammenhang mit der Verarbeitungslehre zu verneinen (*Braukmann* 127), geht allerdings zu weit.

[152] Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.4.

[153] *Wolf*, Rechtsurkunden (2010): *Wolf*, TPN 40 (3. März 49 n. Chr.), TPN 43 (28. Juni 37 n. Chr.), TPN 44 (2. Juli 37 n. Chr.), TPN 69 (15. März 40 n. Chr.). *Camodeca*, Archivio I; Tabulae I: TP Sulp. 55, 51, 52, 79 (mit teilweise abweichender Datierung).

[154] Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.5 pr.; Sev./Ant. C. 4.32.4 (o.A.).

Gläubiger den Interdiktenbesitz erlangt,[155] was gängiger Doktrin[156] entspricht. Die Urkunden antworten den Anforderungen der römischen Rechtsordnung mit größter Genauigkeit.[157] Soweit diese Spielraum lässt, wird er von den Beteiligten freilich auch ausgeschöpft. So wird einmal ein Verfalls- und Ersatzpfandrecht bestellt,[158] dessen Sicherungszweck wenig später auf ein weiteres Darlehen erstreckt wird[159] (wobei das fragliche Pfandrecht nicht nochmals näher qualifiziert zu werden braucht);[160] ein andermal, indem eine Verkaufsrechtsabrede (samt Regelungen für die Eventualitäten eines Mehr- oder Mindererlöses) beigefügt wird,[161] ein Verkaufspfandrecht,[162] schließlich ein Pfandrecht ohne jede Spezifizierung,[163] was zu der Zeit, in der das Pfandrecht

---

[155] *Wolf*, TPN 43.3.4/5 und 5.14/15 (Verpfändung) gegenüber TPN 44.3.6–8 und 11/12 (Pfandrechtserstreckung) und TPN 86. 2.4–12; 3.1–7; 5.3–14 (2. Juli 37 n. Chr.; Speicherplatzmiete); *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 68 f. Gewöhnlich wird hingegen die Besitzerlangung schlechthin mit der Anmietung des Speicherplatzes verknüpft; s. Nw. bei *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 69 Fn. 76 und desweiteren *Kunkel*, SZ 90 (1973) 158; *Camodeca*, Tabulae (1999) I 124, 141; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 319 f., 360; *Gröschler*, St. Bogaert 314 f.; *Chevreau*, FS Knütel 188, 189; *Verhagen*, TR 79 (2011) 28, 31; *Klinck*, in: Harke, Pfandrecht (2015) 61–64.

[156] Flor. 8 inst. D. 13.7.35.1; Ulp. 71 ed. D. 43.26.6.4; *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 66–68. Vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse* 184 Fn. 20. Über ein *precarium* (Flor., Ulp. citt.) hat der Schuldner Teil am Besitzschutz; *Schanbacher*, SZ 127 (2010) 447; vgl. *Knütel*, Iura 58 (2010) 308 Fn. 11. S. desweiteren Iul. 44 dig. D. 41.3.33.6 a. E. (Häufung von *precarium und conductio* schadet). Mit dem Erlöschen des Pfandrechts fällt der Interdiktenbesitz wieder an den Schuldner zurück, und das *precarium* kann wegfallen; Cels. 7 dig. D. 43.26.11. Für Beziehung der Stelle auf die *fiducia* allerdings *Lenel*, Pal. I Sp. 138 Fn. 1 (Cels. frgm. 65); *Dunand*, Transfert (2000) 235 Fn. 973; *Bertoldi*, Negozio (2012) 88–90, 117 Fn. 54.

[157] *Wolf*, Rechtsurkunden (2010) 11 (Vorwort).

[158] *Wolf*, TPN 43.2.13, 3.1; 5.10/11 *pignoris ar(r)abonisve nomine*. Der Zusatz *ar(r)abonisve* ergänzt und verschärft die Bedeutung von *pignoris*: *Schanbacher*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 145 Fn. 23, 146 mit Fn. 27 und 28. Abwägend *Jakab*, Weinkauf 109 Fn. 42 a. E.; *Jakab*, FS Knütel 449 Fn. 53. Vielfach wird hingegen *arrabo pignus* gleichgesetzt und der Zusatz für bedeutungslos angesehen: *Krämer*, Pfandrecht (2007) 26 f., 182–184, 310 Fn. 40 (selbstverständliches Verkaufsrecht); *Gröschler*, St. Bogaert 316–319 (Bewahrungspfand); *Verhagen*, TR 79 (2011) 25–32, 41 (generell Verfallspfandrecht); *Abatino*, TR 80 (2012) 311–328; *Klinck*, in: Harke, Pfandrecht (2015) 57 Fn. 6, oder übergangen: *Chevreau*, FS Knütel 187 mit Fn. 25 (187 f.). S. jedoch schon *Wolf/Crook*, Rechtsurkunden (1989) 18 Fn. 57 (19). Bezeichnenderweise zieht Claudius Quadrigarius das Wort *arrabo* dem Wort *pignus* vor, weil ‚von schwererem und schärferem Inhalt', Gell. 17,2,21, Eine andere semantische Differenzierung verfolgen Aug. serm. 378 und Isid. orig. 5,25,20–21; s. *Minardi*, Aufidus 36 (1999) 85 Fn. 25.

[159] *Wolf*, TPN 44.3.4–13; *Schanbacher*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 146 Fn. 28 (147). – Eine Sicherungszweckerstreckung beim Verpächterpfandrecht im Zuge einer stillschweigenden Pachtverlängerung bezeugt Ulp. 32 ed. D. 19.2.13.11; *Frier*, Landlords (1980) 115, 165 f.

[160] Anders erklärt *Abatino*, TR 80 (2012) 319 das Fehlen von *arrabonis* (versehentliche Auslassung).

[161] *Wolf*, TPN 69.5.9–14. Dass hiermit nur festgelegt werde, was ohnehin gelte (*Krämer*, Pfandrecht [2007] 183; *Verhagen*, TR 79 [2011] 32–34, 40), ist unwahrscheinlich.

[162] *Wolf*, TPN 69.5.3–8.

[163] *Wolf*, TPN 40.1.4–11.

weder mehr Verfalls- und Ersatzpfandrecht (→ Rn. 22) noch schon Verkaufspfandrecht ist (→ Rn. 62), bedeutet: bloßes ‚Bewahrungspfand'.[164]

30 Ähnlich variantenreich sind die Regelungen in den Pfandurkunden hinsichtlich der Gefahrtragung. Nach der Grundregel Paul. 5 epit. Alf. Var. dig. D. 13.7.30 trägt der Gläubiger, dem das Pfand vom Schuldner ausgehändigt worden ist, die Gefahr, dass er infolge eines Pfanduntergangs seine Forderung verliert (Ersatzgefahr) nur im Fall des Verschuldens, während in Fällen höherer Gewalt (und auch bei sonstigen Zufällen) der Schuldner die Gefahr trägt und der Gläubiger seine Forderung behält (→ Rn. 11). Ähnlich verhält es sich auch außerhalb des Verfalls- und Ersatzpfandrechts (Abzugszwang; ‚Quasi-Ersatzgefahr', → § 87 Rn. 3–5). Die Beteiligten von TPN 40 belassen es dabei, indem sie insofern keine Regelung treffen. In TPN 43.3.6/7 und 5.15/16 sowie TPN 44.3.12/13 wird hingegen dem Gläubiger, der ein Verfalls- und Ersatzpfandrecht erhält (→ Rn. 29), auch die Gefahr zufälligen Pfanduntergangs zugewiesen, indem sich der Schuldner ‚von aller Gewalt' freizeichnet.[165] In TPN 69.5.14/15 nimmt dagegen der Schuldner mit ‚aller Gefahr' sogar das Risiko des Gläubigerverschuldens auf sich.

31 Die Pfandübereinkunft kann auch ohne auf das Pfand selbst bezogene Worte auskommen,[166] ja auch völlig ohne Worte (stillschweigende Verpfändung).[167] Speicherplatzvermieter pflegen sich noch im 1. Jh. n. Chr. ausdrücklich Pfandrechte an den eingebrachten Waren auszubedingen.[168] Doch seit der Wende 1./2. Jh. n. Chr. beginnt man der Annahme zuzuneigen, (unter anderem) mit der Anmietung eines Speichers verbinde sich eine stillschweigende Verpfändung der eingebrachten Sachen.[169] Bei der städtischen Wohnraummiete ist man zu dieser Zeit schon weiter fortgeschritten. Nach

---

[164] *Krämer*, Pfandrecht (2007) 182 hält ein ‚Bewahrungspfand' bei der Verpfändung eines Silberbarrens (*Wolf*, TPN 40.1.4–11) für „noch denkbar – wenn auch unwahrscheinlich", indem er die genannte pfandrechtsgeschichtliche Zwischenphase wegzudeuten sucht (184 f.).

[165] *Schanbacher*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 146 Fn. 28. Dass der Schuldner diese Gefahr übernimmt (*Wolf/Crook*, Rechtsurkunden [1989] 39; *Camodeca*, Tabulae [1999] I 141; *Krämer*, Pfandrecht [2007] 183, 311, 313, 317, 328; *Chevreau*, FS Knütel 190 mit Fn. 31; *Wolf*, Rechtsurkunden [2010] 78, 80; *Klinck*, in: Harke, Pfandrecht [2015] 73) ist unwahrscheinlich, da er sie ohnehin schon trägt.

[166] Sev./Ant. C. 8.16.2 (a.207). Vgl. auch Pap. 11 resp. D. 20.6.1.1 *cuius pignoris solutum esse pactum prima voluntate donationis* (die Aufhebungsabrede verbirgt sich hinter einem schenkweisen Erlass).

[167] Paul. 3 ed. D. 2.14.4 pr.; *Schuller*, Labeo 15 (1969) 269–272 (mit textkrit. Überlegungen).

[168] FIRA III 145 a) Z.9–11; 145 c) Z.5–7. Näheres, wie die Frage eines Verkaufsrechts, bleibt der Individualabrede überlassen. Weitergehend *Du Plessis*, RIDA 54 (2007) 234 („The transition from express to implied provision is thus already visible in these clauses"). In *Wolf*, TPN 86 (2. Juli 37 n. Chr.) und TPN 87 (40 n. Chr.) wird Speicherplatz angemietet für Waren, die mit einem Pfandrecht (des Mieters) belastet sind bzw. belastet werden sollen. Eine Verpfändung zugunsten des Speichervermieters fehlt daher verständlicherweise. Anders *Klinck*, in: Harke, Pfandrecht (2015) 65–71.

[169] Ner./Ulp. 73 ed. D. 20.2.3; *Frier*, Landlords (1980) 107 Fn. 119 (Streichung einer Klassikerkontroverse?).

Neraz ist es geltendes Recht, dass in städtische Grundstücke Eingebrachtes als verpfändet angesehen werde, als wäre man darüber stillschweigend übereingekommen (*quasi id tacite convenerit*).[170] Die in die kaiserlichen Speicher eingebrachten Steine des Marmorhändlers aus Scaev. 27 dig. D. 20.4.21.1 unterliegen daher stillschweigend einem Pfandrecht des *fiscus*.[171] Neraz' Fiktion kündet noch vom Übergang von der stillschweigenden Verpfändung zum gewohnheitsrechtlichen Vermieterpfandrecht.[172] Gegenstand der Erörterung ist die Reichweite des Sicherungszwecks[173] und der Sicherungsumfang des Vermieterpfandrechts. Als stillschweigend verpfändet unterliegen dem Vermieterpfandrecht die in den gemieteten Wohnräumen wohnenden Sklaven des Mieters, von welchen dessen ausdrücklich verpfändete Sklaven unterschieden werden.[174] Jene können bis zur sog. Perklusion freigelassen werden, diese nicht.[175] Nerva,

---

[170] Ner. 1 membr. D. 20.2.4 pr./1. Für gewerblich genutzte Räume gilt das nicht; vgl. Afr. 8 quaest. D. 20 4.9 pr. A. A. *Du Plessis*, RIDA 54 (2007) 233 Fn. 47.

[171] *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 79–81, 205. Das gesetzliche Pfandrecht des *fiscus* (*Wieling*, SZ 106 [1989] 412 f., 433) datiert erst aus severischer Zeit (→ Rn. 88). A. A. *Koops*, TR 80 (2012) 301 Fn. 128; *Klinck*, in: Harke, Pfandrecht (2015) 67 Fn. 47 (kein Pfandrecht des *fiscus*).

[172] Alex. C. 4.65.5 (a.223). Davon abrückend jedoch Ulp. 73 ed. D. 20.2.6 und Paul. 3 ed. D. 2.14.4 pr. (wieder stillschweigende Verpfändung). Anders *Frier*, Landlords (1980) 104, 110 mit Fn. 128; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 91 Fn. 115 (91 f.), 139 (mit Bedenken 139 Fn. 66 [139 f.]: für durchgehend stillschweigend vereinbartes Vermieterpfandrecht). Doch dies vernachlässigt u. a. die nerazische Fiktion; vgl. schon *Greiner*, Opera Neratii (1973) 81 f. (mit Vermutung der Unechtheit). Alex. cit. unterwirft übrigens nicht etwa auch schuldnerfremde Sachen der Pfandhaftung (so jedoch *Frier*, Landlords [1980] 110 [Mißverständnis]; s. *Krämer*, Pfandrecht (2007) 91 Fn. 115).

[173] Pomp. 40 var. lect./Marci. form. hyp. sing. D. 20.2.2: nicht nur Mietzinsforderungen, sondern auch Schadensersatzforderungen; *Frier*, Landlords (1980) 108; Ulp. 28 ed. D. 13.7.11.5 (Frier 124 f. „This passage … is extraordinarily difficult … "): Ein Untermieter verpfändet sein Eingebrachtes nicht nur dem Mieter zur Sicherung von dessen gegen ihn gerichteter Mietzinsforderung, sondern (zu gleichem Rang) auch dem Vermieter zur Sicherung von dessen gegen den Mieter gerichteter Mietzinsforderung, allerdings nur in Höhe des Betrages, den er selbst dem Mieter schuldet. Der Vermieter scheint diese Pfandübereinkunft stillschweigend selbst abgeschlossen zu haben; Ulp. cit. *videtur autem* etc. A. A. *Krämer*, Pfandrecht (2007) 134 Fn. 41; *Du Plessis*, RIDA 54 (2007) 239–241. Eine Zahlung des Untermieters an den Vermieter tilgt dann beide Forderungen (Simultanleistung). Bei kostenloser Weiterüberlassung der Wohnung ist es nicht so; bei einer Unterverpachtung auch nicht; Marci. form. hyp. sing. D. 20.2.5 pr.; Paul. 34 ed. D. 19.2.24.1. Wenig Vertrauen haben in den Text von fr.11.5 de *Churruca*, RIDA 24 (1977) 226–231 (Ausfall, Glosse, Itp.) und *Frier*, Landlords (1980) 124–132 (nimmt einerseits nachklassische Kürzungen, andererseits Interpolationen an); ähnlich *Du Plessis*, RIDA 54 (2007) 239 Fn. 62 („There is some evidence of manipulation in the text").

[174] Paul. off. praef. vig. sing. D. 20.2.9. Anders *Frier*, Landlords (1980) 119 f. (Unterscheidung speziell verpfändeter und in Übereinstimmung mit einem Vertrag verpfändeter Sklaven). *Frier*, Landlords (1980) 120 Fn. 147 meint, die Logik des Stücks verlange *inhabitantes* als Nominativ. Doch ist es gerade umgekehrt; sie schließt den Nominativ aus.

[175] Paul. off. praef. vig. sing. D. 20.2.9. Anders *Knütel*, FS Gerhardt 464–468 (für Gegenüberstellung ausdrücklich ‚speziell' und ebenso ausdrücklich ‚generell' verpfändeter Sklaven). Doch ist das Vermieterpfandrecht kein Generalpfandrecht (→ Rn. 36). Ulp. 73 ed. D. 20.2.6 bestätigt die Freilassungsmöglichkeit für stillschweigend verpfändete Sklaven (*tacite* = stillschweigend; demnach *spe-*

der die Möglichkeit einer Freilassung jener noch nach Perklusion dartun wollte, wurde verlacht.[176] Aus dem Vorhandenen sind zunächst die Bestattungskosten für einen verstorbenen Mieter zu bestreiten.[177] Das Gegenteil gilt für ländliche Grundstücke.[178] Dort wird Eingebrachtes durchwegs ausdrücklich verpfändet.[179]

32 Die Perklusion (Ausschließung des Mieters[180]) steht seit der Kaiserzeit unter der Aufsicht des *praefectus vigilum*.[181] Szenen wie der jämmerliche Auszug des Mieters Vacerra[182] werden sich nicht selten ereignet haben und zeigen, wie nötig eine öffentliche Kontrolle hier war. Denn abgesehen davon gab es zwar das *interdictum de migrando*, eine magistratische Anordnung, in der dem Vermieter unter gewissen Voraussetzungen[183] verboten wurde, den Mieter an der Wegschaffung pfandmäßig eingebrachter Sachen gewaltsam zu hindern.[184] Doch war es wohl angebracht, schon früher anzuset-

---

cialiter = ausdrücklich). Ausdrücklich verpfändete Sklaven können grundsätzlich freigelassen werden, wenn sie nicht speziell, sondern generell verpfändet worden sind; s. einerseits Scaev. 4 resp. D. 40.9.26 mit einer nota Pauli; andererseits aber Gai. 1 manum. D. 40.9.29 pr.; Sev./Ant. C. 7.8.3 (a.209). *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 512; Wagner, SDHI 33 (1967) 163–188; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 31–33; FS Hübner 75 f. = *Kaser*, RRQ 335 f. (zivilrechtliche Relevanz des Pfandrechts).

[176] Paul. off. praef. vig. sing. D. 20.2.9. *Frier*, Landlords (1980) 113 f., 119 f. (120 Fn. 148 „The tone of cold ridicule is remarkable"); *Knütel*, FS Gerhardt 468–471 (skurrile Szene).

[177] Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.1; *Frier*, Landlords (1980) 114.

[178] Ner. 1 membr. D. 20.2.4 pr. *in rusticis* etc.

[179] Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 20.6.14; Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11.2; Ulp. 73 ed. D. 20.1.21 pr.; Alex. C. 4.65.5 (a.223); Diocl./Max. C. 8.14.5 (a.294). Wie sich Iul. 49 dig. D. 43.33.1 pr./1 ausdrückt (*Krämer*, Pfandrecht (2007) 107 f.), sollte nicht zu sehr problematisiert werden. Scaev. 5 resp. D. 20.1.32 (*Krämer* 107 Fn. 171) betrifft kein Verpächterpfandrecht, sondern den Fall einer mit einer Grundstücksverpfändung verbundenen Verpfändung des Eingebrachten (mit restriktiver Interpretation; ähnlich Pomp. 13 var. lect. D. 20.2.7.1; *Frier*, Landlords [1980] 109 f.). Davon zu trennen ist der Fall der mit einer Grundstücksverpfändung verbundenen Früchteverpfändung; Pap. 11 resp. D. 20.1.1.2 einerseits, Alex. C. 8.14.3 (a.223) andererseits; *Schanbacher*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 126 f. Dieser Fall wiederum ist zu trennen vom Fall der Verpfändung der Früchte bei der Landpacht, die wiederum stillschweigend erfolgt; Pomp. 13 var. lect. D. 20.2.7 pr.

[180] *Georges*, Hdwb. II s. v. percludo Sp. 1569. Anders *Kaser*, RP I 472 Fn. 27; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 138; *Kaser/Hackl*, RZ 465 Fn. 46 (466); *Knütel*, FS Gerhardt 468 (Einschließung der Illaten); desweiteren *Murga*, Est. Hernandez-Tejero II 384 („una palabra típica del argot forense"; mit näherer Untersuchung des Phänomens 379–426).

[181] *Kaser*, RP I 472 Fn. 27; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 138 Fn. 39; *Kaser/Hackl*, RZ 465 Fn. 46 (466); *Knütel*, FS Gerhardt 464.

[182] Mart. ep. 12,32; *Frier*, Landlords (1980) 114, 121 f., 134; *Knütel*, FS Gerhardt 463 f.

[183] Der fragliche Gegenstand war (a) nicht Gegenstand der Pfandübereinkunft; oder (b) er war es, doch ist der Mietzins gezahlt worden etc. Trotz (teilweise) noch ausstehender Fälligkeit muss der (gesamte) Mietzins gezahlt sein; Lab./Ulp. 73 ed. D. 43.32.1.4; *Frier*, Landlords (1980) 114 f. Fehlt es daran, kann der Vermieter ungehindert zugreifen. Von ‚Pfändung' o. ä. sollte insofern besser nicht gesprochen werden; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 124 Fn. 8. In gefährdeter Lage kann allerdings das Anerbieten einer Sicherheitsleistung wegen des bisherigen Mietzinses genügen; Paul. 10 Sab. D. 39.2.34.

[184] Ulp. 73 ed. D. 43.32.1 pr. (Text); *Lenel*, EP 490; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 138 f. (prohibitori-

zen und die Initiative nicht dem Mieter zu überlassen. Das kaiserzeitliche Verfahren unter dem *praefectus vigilum* läßt das *interdictum de migrando* dann selten werden.[185] Neben dem *interdictum de migrando* steht konkurrierend die *actio pigneraticia* (→ § 87 Rn. 9–19).[186]

33 Was das auf diese Weise sich womöglich behauptende Pfandrecht beinhaltet, hängt zu Zeiten (→ Rn. 29) davon ab, ob, gegebenenfalls stillschweigend, Verfall und Ersatz oder ein Verkaufsrecht oder nichts vereinbart worden ist; in letzterem Fall besteht ein bloßes ‚Bewahrungspfand'.[187]

34 Justinian erstreckt das Konzept der ‚stillschweigend' entstehenden und ‚rechtlich vermuteten' Pfandhaftung (→ Rn. 31) über Rom und Konstantinopel und deren Territorien hinaus auf alle Provinzen.[188]

35 Die Phänomenologie der Pfandübereinkunft unterscheidet seit ungefähr der Mitte des 2. Jh. n. Chr. Pfandübereinkünfte, die sich auf einzelne Sachen, auch mehrere, beziehen (Spezialverpfändung)[189] und Pfandübereinkünfte, die sich auf alle Sachen beziehen, die dem Schuldner gegenwärtig, künftig oder gegenwärtig und künftig gehören (Generalverpfändung).[190] Die Spezialverpfändung ist der geschichtliche Aus-

---

sches Interdikt; unstr.). Seine Einführung mag in die Zeit der ausgehenden Republik fallen; *Frier*, Landlords (1980) 106 f. Frühester Beleg: Lab./Ulp. D. 43.32.1.4. Ist es etwa mit Servius in Verbindung zu bringen (*Frier* 107 Fn. 118)? Es steht dem mietzinszahlungs- und auszugswilligen Mieter zu, nicht dem Landpächter; Ulp. 73 ed. D. 43.32.1.1. Auf ein *in bonis esse* der fraglichen Sache beim Mieter oder auf eine gezielte Verpfändung kommt es dabei nicht an; Ulp. 73 ed. D. 43.32.1.5. Fragw. die Behandlung des Textes bei *Krämer*, Pfandrecht (2007) 129–142, 346–348. Zumal *hoc* (Ulp. cit.) läßt sich i. S.v. ‚dadurch' verstehen. – S. desweiteren Gai. 26 ed. prov. D. 43.32.2. In Fällen unentgeltlicher Überlassung einer Wohnung (*gratuita habitatio*) wird ein *interdictum utile* gewährt; Ulp. 73 ed. D. 43.32.1.3; s. desweiteren Pomp. 13 var. lect. D. 20.2.5 pr.; *Frier*, Landlords (1980) 108 f.

[185] Ulp. 73 ed. D. 43.32.1.2; s. *Kaser*, RP I 472 Fn. 28; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 138 Fn. 39; *Kaser/Hackl*, RZ 459 mit Fn. 73, 465 mit Fn. 46 (466). Dass mit dem *interdictum de migrando* einem polizeilichen Einschreiten des *praefectus vigilum* begegnet werden konnte (*Krämer*, Pfandrecht [2007] 125), ist kaum anzunehmen.

[186] Ulp. 28 ed. D. 13.7.11.5; Paul. 10 Sab. D. 39.2.34; s. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 64 Fn. 28, 91 Fn. 191.

[187] *Kaser*, SZ 78 (1961) 218 verweist die Lösung dieser Frage treffend in den weiteren Rahmen einer Geschichte des römischen Pfandrechts.

[188] C. 8.14.7 (a.532); *Knütel*, FS Gerhardt 461 f.

[189] Wozu auch die Begründung der Einbringungspfandrechte bei Miete und Pacht gehört; Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11.2 (wo *specialiter* ‚ausdrücklich' meint; bestritten). Insofern einen Mittelweg suchend *Hofstetter*, Mél. Piotet 557 („très proches des hypothèques générales") oder *Murga*, Est. Hernandez-Tejero II 390 f. („que esta curiosa hipoteca etc.").

[190] Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.15.1; Marcell./Ulp. 3 disp. D. 20.4.7.1; Pap. 11 resp. D. 20.1.1 pr. u. a. Jede Verpfändung unterliegt, wie sich von selbst versteht und sich im übrigen auch aus der Formel der *actio Serviana* (→ Rn. 25) ergibt, dem Erfordernis der Bestimmtheit (nlat. *certitudo*). Bei der Spezialverpfändung wird der Pfandgegenstand als solcher anhand seiner Erscheinung (*species*) bestimmt, bei der Generalverpfändung anhand eines Begriffes (*genus*), und zwar des Begriffes der Schuldnerzuordnung; *Schanbacher*, TR 85 (2017) 617, 622, 625 f.

gangspunkt (→ Rn. 29). Generalverpfändungen, wie sie die östliche Verpfändungspraxis schon seit langem kennt,[191] werden erst um die Mitte des 2. Jh. n. Chr. anerkannt. In Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.15.1 begegnen Spezial- und Generalverpfändung in eigentümlicher, die zeitgenössische Verpfändungspraxis widerspiegelnder Darstellung. Zu einer Spezialverpfändung tritt ergänzend die Verpfändung des übrigen gegenwärtigen und künftigen Vermögens hinzu.[192] Auch dies und die Verpfändung eines Teilvermögens ist[193] Generalverpfändung,[194] wenn sie auch von der Verpfändung eines Gesamtvermögens unterschieden wird.[195] Eine selbständige Generalverpfändung begegnet zuerst bei Scaevola, der jedoch bereits Detailfragen behandelt.[196] Die ergänzende Generalverpfändung braucht daher, auch wenn sie als solche früher belegt ist, nicht älter zu sein als die selbständige.[197] Nach Anerkennung der ergänzenden Generalverpfändung bedeutet die selbständige Generalverpfändung konstruktiv keinen Fortschritt mehr; eher ist es umgekehrt. Allerdings trägt der Bericht des Gaius deutliche Spuren einer Neuerung, indem er den ergänzenden Generalverpfändungen seiner Zeit die auf die Spezialverpfändung rekurrierende Fiktion beilegt *perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.*[198] Die auf die *actio Serviana* bezügliche Regel, dass der Gläubiger die Zugehörigkeit der Sache zum Vermögen des Schuldners (*in bonis esse*) im

[191] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 501; *Hitzig*, Pfandrecht (1895) 21 f.; *Mitteis*, Grundzüge 132. S. Dem. 49 Timoth. 11 ἡ ἄλλη οὐσία ὑπέκειτο („das übrige Vermögen war verpfändet"); 12 καὶ ὑποτίθησιν αὐτοῖς τὴν οὐσίαν („und er verpfändete ihnen das Vermögen"). Dem. 50 Polykl. 7 ὑποθεὶς δὲ τὴν οὐσίαν τὴν ἐμαυτοῦ („ich verpfändete mein Vermögen"); *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 72; *Hitzig* a. O. (insofern skeptisch); s. ferner *Finley*, Horos Inscriptions (1951) 70 f. mit Fn. 111 (260); *Fine*, Horoi (1951) 81 (zu Dem. 50 Polykl. 61 ἡ δὲ οὐσία ὑπόχρεως [„das Vermögen war verschuldet"]); desweiteren etwa P.Tor.13 (Memphis; 147 v. Chr.) Z.12; *Mitteis*, Chrest. Nr.29 (25 f.) u. a.; *Taubenschlag*, Law 125 mit Fn. 88.

[192] Von einem Mieter (*Du Plessis*, RIDA 54 [2007] 224–226 „tenant") ist nicht die Rede. (*Du Plessis* vermengt Vermieterpfandrecht und Generalpfandrecht; deutlich etwa RIDA 54 [2007] 228).

[193] Bestritten; a. A. *Wagner*, Generalverpfändung (1968) 68 f., 74 f., 82, 84, 92 Fn. 573; unstimmig 13.

[194] Pap. 3 resp. D. 20.4.2, wo *generaliter* keinesfalls durch *specialiter* ersetzt (*Wagner*, Generalverpfändung [1968] 75, 77 f., 79) werden darf. Bas. 25.5.2 (BT 1215. 15–16) stützen den überlieferten Text (abwertend *Wagner*, Vorauss. 77 Fn. 488). Freilich wollen schon *Haloander* und *Cujaz* das Wort *generaliter* durch *specialiter* ersetzen, und will *Mommsen* ad h. l. vor *generaliter* ein *non* einfügen; *Huschke* konjiziert *iam aliter*, *Lenel pignori aliter* (diesem zustimmend *Wagner*, Generalverpfändung [1968] 75, 79 f.).

[195] Pap. 26 quaest. D. 20.5.1.

[196] Scaev. 27 dig. D. 20.1.34.2; Scaev. 27 dig. D. 20.4.21 pr.

[197] So jedoch *Wagner*, Generalverpfändung (1968) 69, 75, 100.

[198] Gai. form. hyp. D. 20.1.15.1. Gaius macht sich die Fiktion zu eigen, die der Text bereits den Beteiligten zuordnet; *Schanbacher*, TR 85 (2017) 614 f. Die Auffassungen divergieren; s. *Hofstetter*, Mél. Piotet 562 f., 564 (Vertragsklausel); *van Hoof*, Generale zekerheidsrechten (2015) 39 (Absicht der Beteiligten, ein dem Spezialpfandrecht vergleichbares Sicherungsrecht zu schaffen). – Die Fiktion beseitigt etwaige Bedenken, was die Erfüllung des *convenisse, ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori esset* der servianischen Klagformel (→ Rn. 25) angeht.

Zeitpunkt der Pfandübereinkunft beweisen müsse, gilt nach Gaius für die Spezialverpfändung, nicht für die ergänzende Generalverpfändung, wo der Beweis des *in bonis esse* zu irgendeinem späteren Zeitpunkt genügt.[199] Dies und anderes[200] konnten für ein einheitliches Generalpfandrecht sprechen. Gleichwohl wird die ergänzende Generalverpfändung weiterhin praktiziert.[201] Sogar eine eine Spezialverpfändung überlagernde Generalverpfändung[202] kommt vor.[203] Gelegentlich wird eine Generalverpfändung durch eine Generalverpfändung ergänzt.[204] Die Fortführung der gajanischen Praxis mag verschiedene Gründe gehabt haben. So fußt etwa der Rangvorteil wegen sog. *versio in rem* (→ Rn. 74) gerade auf einer ‚sofortigen' Spezialverpfändung.[205] Auch fällt die Generalpfandhaftverstrickung in gewissen Hinsichten hinter die Spezialpfandhaftverstrickung zurück, indem generalpfandverhaftete Sklaven grundsätzlich freigelassen werden können, spezialpfandverhaftete dagegen nicht (→ Rn. 31 Fn.175).[206] Anders als die Veräußerung generalpfandverhafteter beweglicher Sachen ist die spezialpfandverhafteter ein *furtum*.[207] Ein speziell verpfändetes Grundstück kann nur in Grenzen zum *locus religiosus* umgewandelt werden.[208]

---

[199] *Schanbacher*, Konveleszenz 88–90. A. A. *Wagner*, Generalverpfändung (1968) 103; *de Churruca*, Hom. Murga 380 (Beweislastumkehr zugunsten des Gläubigers); *Pichonnaz/Wubbe*, Mél. Magdelain 371 („on laisse tomber le probandum"); *Du Plessis*, RIDA 54 (2007) 225 („where the question of whether the goods are in bonis of the tenant was unimportant"); *van Hoof*, Generale zekerheidsrechten (2015) 37–40, 49 f.; *van Hoof*, TR 85 (2017) 482–484 (gegen den Beweis).

[200] Ein Spezialpfandrecht nimmt dem ergänzenden Generalpfandrecht etwas von seinem zeitlich begründeten Vorrang: Sev./Ant. C. 8.13.2 (a.204), und behindert weitergehend dessen Realisierung: Diocl./Max. C. 8.27.9 (a.287). Anders *van Hoof*, Generale zekerheidsrechten (2015) 22 f., 70, 410 (Subsidiaritätsabrede); s. *Schanbacher*, TR 85 (2017) 616.

[201] Pap. 26 quaest. D. 20.5.1; Diocl./Max. C. 8.27.9 (a.287).

[202] Sev./Ant. C. 8.13.2 (a.204).

[203] Bestritten von *Wagner*, Generalverpfändung (1968) 73 f., 81 f., 89.

[204] Pap. 3 resp. D. 20.4.2.

[205] Diocl./Max. C. 8.17.7 (a.293); *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 111 f.

[206] Überzeichnend *Du Plessis*, RIDA 54 (2007) 226 („This limited the debtor's ability to dispose of the property… "), 229 f., 243 f. („nothing more than a type of floating charge"). Zu weitgehend *van Hoof*, Generale zekerheidsrechten (2015) 37 und öfter, schwankend 51, 65, 69 (keine Pfandverfolgung gegen Dritte beim Generalpfandrecht); einschränkend *van Hoof*, TR 85 (2017) 474–491 (nach Veräußerung im ordentlichen Geschäftsgang). S. krit. und ablehnend *Schanbacher*, TR 85 (2017) 613, 618, 620–622.

[207] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 512.

[208] Ulp. 25 ed. D. 11.7.2.9; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 33; FS Hübner 76 = *Kaser*, RRQ 336. – Beweisvorteile (*Wagner*, Generalverpfändung [1968] 70) bringt die Spezialverpfändung nicht mit sich, eher das Gegenteil (vgl. *Wagner* selbst, Generalverpfändung [1968] 82 Fn. 514). Geschichtlich (*Wagner*, Generalverpfändung [1968] 70 f.) läßt sich die über Gaius hinaus fortdauernde Praxis nicht erklären. *Van Hoof*, Generale zekerheidsrechten (2015) 69 und TR 85 (2017) 474, 490 f. meint, die Beteiligten hätten die ergänzende Generalverpfändung gewählt, um den Schuldner insofern in der Veräußerung freizustellen. Doch ist die Annahme, beim Generalpfandrecht habe es keinen Klageschutz gegen Dritte gegeben, nicht plausibel (→ Rn. 35 Fn. 206).

36 Was der Anerkennung bedurfte, wurde anerkannt: eine Verpfändung, die den Sachaspekt durch den Vermögensaspekt ersetzt. Auf sie beschränkt sich letztlich der (potentiell weitere) Begriff der Generalverpfändung.[209] Die seit langem übliche Verpfändung eingebrachter Sachen bei der Landpacht[210] bleibt beim Sachaspekt, ebenso die anfangs ausdrückliche, später stillschweigende Verpfändung bei der Speicherplatzmiete (→ Rn. 31) oder die zu Zeiten stillschweigende Verpfändung bei der städtischen Wohnraummiete (→ Rn. 31). Auch die Verpfändung eines ‚Waldes‘,[211] eines ‚Ladens‘,[212] einer Herde[213] bedient sich des Sachaspekts. Hier gibt es Mitte des 2. Jh. n. Chr. nichts anzuerkennen. All dies fällt nicht unter den entwickelten Begriff der Generalverpfändung.

37 Auch die Generalverpfändung ist Willenseinigung, was noch Justinian hervorhebt.[214] Daher können auch bloße Verpfändungsbruchstücke zu einer Generalverpfändung hinreichen, etwa die Floskel *fide et periculo rerum ad me pertinentium.*[215]

38 Welches Potenzial in der Pfandübereinkunft steckt, wird etwa an Scaev. 27 dig. D. 20. 1. 34 pr. deutlich. Aus der an sich nicht korrekten Verpfändung des ‚Ladens‘ (*taberna*) wird im Wege der Interpretation der Wille der Beteiligten gewonnen, 1) ein Pfandrecht an den gegenwärtig im Laden befindlichen Waren zu begründen (Warenbestand), ferner 2) ein Pfandrecht an später (allerdings nur bis zum Ableben des Schuldners) in den Laden eingebrachten Waren (Warenzugängen), ferner 3) die Pfandrechte an solchen Waren wieder aufzugeben (Aufgabeerklärung), die vom Schuldner veräußert werden (Warenabgängen).[216]

39 Die Willenseinigung (→ Rn. 28) wird, wie beim Kauf,[217] ausgeschlossen durch einen *error in corpore*,[218] während ein *error in substantia*, anders als beim Kauf,[219] unschädlich sein soll.[220]

---

[209] Vgl. Pap. 3 resp. D. 20.4.2; Pap. 11 resp. D. 20.1.1 pr.; Ulp. 73 ed. D. 20.1.6. Sev./Ant. C. 8.16.1 (a.197); Sev./Ant. C. 8.13.2 (a.204); Alex. C. 8.16.5 (a.233) mit Ergänzung des Vermögensbezugs, gegenüber Ulp. 73 ed. D. 20.1.8; Paul. 5 resp. D. 20.1.29 pr.; Diocl./Max. C. 8.27.17 (a.294) ohne. Anders *Mentxaka*, Hom. Vallet de Goytisolo III 656 Fn. 2 (657) [für Einbeziehung der Verpfändung von Sachgesamtheiten].

[210] Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 20.6.14.

[211] Cass./Paul. D. 13.7.18.3.

[212] Scaev. 27 dig. D. 20.1.34 pr.

[213] Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.13 pr.

[214] C. 8.16.9 pr. (a.528).

[215] C. 8.16.9 pr., indem er sich ausdrücklich von früheren Erlassen distanziert; *Wagner*, Generalverpfändung (1968) 12.

[216] Vgl. zu der Stelle eingehend *Sturm*, Exegese, 26–58 (allerdings abweichend); *Schanbacher*, Pocta Blahovi (2014) 531–538 (ebd. 534 Fn. 15, 535 Fn. 18 gegen die Lehre *Mentxakas* u. a. vom ‚Sachgesamtheitenpfandrecht‘).

[217] Ulp. 28 ed. D. 18.1.9 pr.

[218] Ulp. 40 Sab. D. 13.7.1.2.

[219] Ulp. 28 sab. D. 18.1.9.2.

[220] Ulp. 40 Sab. D. 13.7.1.2; *Schanbacher*, FS Liebs 541.

Die Pfandübereinkunft kann durch Abreden ergänzt werden, etwa dahingehend, dass dem Gläubiger verauslagte Steuern zu erstatten sind und ihre Zahlung dem Schuldner obliegt;[221] die Rechte des *fiscus* bleiben davon unberührt.[222] Das erkennbare Interesse des Gläubigers an der pünktlichen Entrichtung der Steuern beruht[223] auf seiner Gefährdung durch das gesetzliche Generalpfandrecht des *fiscus*, das mit der Entstehung von Steuerrückständen Vorrang gewinnt.[224] **40**

Im Zuge einer Übergabeverpfändung kann dem Gläubiger die Nutzung gestattet werden[225] (Pfandantichrese).[226] **41**

3. *In bonis esse*

Der Formel der *actio Serviana* zufolge (→ Rn. 27) hängt die Entstehung des Pfandrechts des Weiteren davon ab, dass eine zu verpfändende Sache sich zum Zeitpunkt der Pfandübereinkunft im Vermögen des Schuldners befunden hat (*in bonis esse*).[227] *In bonis esse* umfasst nicht nur ziviles und bonitarisches Eigentum, vielmehr auch sonst durch die *actio Publiciana* geschützte Positionen[228] (positiver Gehalt). In den letzteren Fällen erlangt der Gläubiger zunächst ein nur relatives Pfandrecht, welches mit dem Eigen- **42**

---

[221] Ulp. 1 opin. D. 2.14.52.2.

[222] Pap. 17 resp. D. 2.14.42; s. *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 353 f.

[223] *Klingenberg*, SZ 109 (1992) 390 f.

[224] Ant. C. 4.46.1 (o.A.).

[225] Pap. 7 resp. D. 33.10.9.2.

[226] Marci. form. hyp. sing. D. 13.7.33; vgl. Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.11.1; Kaser, Pfandrecht (1982) 5, 130 mit Fn. 8, 206–214; *de Churruca*, Hom.Murga, 349–352.

[227] Was vom Gäubiger zu beweisen ist; Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.15.1; Pap. 20 quaest. D. 20.1.3 pr.; Marci. form. hyp. sing. D. 22.3.23; *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 301 f., 303–305; *Lenel*, EP 494. Eine Ausnahme für den Fall der Klage gegen den Schuldner (*Pichonnaz/Wubbe*, Mél. Magdelain 371, 379; *Verhagen*, Ess. Winkel II 984; *van Hoof*, Generale zekerheidsrechten [2015] 30, 33, 35, 37, 49, 77 f.; TR 85 [2017] 478) besteht nicht.

[228] Paul. 19 ed. D. 20.1.18 u. a.; auffallend Paul. 20 ed. D. 5.3.19 pr. *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 116–122, 208; neuerdings *Verhagen*, Ess. Winkel II 986–988. Bestritten; a. A. unter anderem *Ankum/van Gessel-de Roo/Pool*, SZ 104 (1987) 369–436 oder *Potjewijd*, Beschikkingsbevoegdheid (1998) 46–58, 317 f. und wieder *Ankum*, FS Knütel 36 Fn. 9; *van Hoof*, TR 85 (2017) 478 (nur ziviles und bonitarisches Eigentum). Zweifelnd *Krämer*, Pfandrecht (2007) 39 Fn. 6, 131 Fn. 6 (131 f.). Widersprüchlich *Hanard*, RIDA 41 (1994) 257–260, 285 = Centre de recherches en histoire du droit et des institutions (CRHIDI) Cahier 1 (1993) 61–63, 80. – Besondere Berechtigungen, die Grundlage einer Verpfändung sein können (des Erbpächters, des Erbbauberechtigten: Scaev. 1 resp. D. 20.1.31 pr.; Paul. 29 ed. D. 13.7.16.2; des Pfandrechtsinhabers selbst: Scaev. quaest. publ. tract. sing. D. 44.3.14.3; Pap. 3 resp. D. 13.7.40.2; Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.13.2; Gord. C. 8.23.1 [a.238]; Diocl./Max. C. 8.23.2 [a.290]) fallen nicht darunter; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 45 Fn. 186, 119–121. Auch Forderungen können verpfändet werden: Pomp. 7 ed./Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.13.2; Paul. 29 ed. D. 13.7.18 pr.; Alex. C. 8.16.4 (a.225) u. a. (Felddienstbarkeiten; Nießbrauch); s. *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 210 f.

tumserwerb des Schuldners oder eines redlichen Erwerbers vom Schuldner zum absoluten Pfandrecht erstarkt.[229]

43 Die Forderung des *in bonis esse* zum Zeitpunkt der Pfandübereinkunft sichert das entstehende Pfandrecht gegen spätere Veräußerungen der Sache durch den Schuldner.[230] Es durch ein an den Schuldner gerichtetes Veräußerungsverbot, wie es die östliche Verpfändungspraxis kennt,[231] noch besonders zu sichern, schadet dem Schuldner ohne dem Gläubiger zu nützen. Die Verbindlichkeit einer solchen Abrede ist Gegenstand der Erörterung unter den römischen Juristen.[232] Marcian selbst tritt für die Verbindlichkeit der Abrede ein.[233] Die Befürchtung, Pfandrechte würden durch Veräußerungen seitens der Schuldner Schaden nehmen, besteht noch am Ende des 3. Jh. n. Chr.[234]

44 Befindet sich die verpfändete Sache zum Zeitpunkt der Pfandübereinkunft noch nicht *in bonis* des Schuldners, gelangt sie jedoch später dorthin, wird dem Gläubiger mit einer *actio utilis* geholfen,[235] und das Pfandrecht konvalesziert.[236] An die Erteilung dieser Klage werden allerdings im Rahmen der prätorischen Kognition besondere An-

---

[229] Pap. 23 quaest. D. 41.3.44.5; Pap. 11 resp. D. 20.1.1.2; *Schanbacher*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 123–140. Unter den Belegen für die genannte weite Auffassung des servianischen *in bonis esse* ist auch Iul. 44 dig. D. 13.7.29. Das ist bestritten (*Ankum/van Gessel-de Roo/Pool*, SZ 104 [1987] 428 f.), jedoch kaum bestreitbar. Eingeschlossen ist auch das eigentumsähnliche Besitz- und Nutzungsrecht an Provinzland (→ Rn. 23 Fn. 109).

[230] Paul. 29 ed. D. 13.7.18.2; Diocl./Max. C. 5.16.13 pr. (a.286). Das Generalpfandrecht (*Mentxaka*, Hom. Vallet de Goytisolo III 655–665; *Hofstetter*, Mél. Piotet 553–565; *de Churruca*, Hom.Murga 379 f.; *Pichonnaz/Wubbe*, Mél. Magdelain 371 Fn. 89 a. E.; *van Hoof*, Generale zekerheidsrechten [2015] 37) bildet keine Ausnahme.

[231] *Rabel*, Verfügungsbeschränkungen (1909) 5; *Mitteis*, Grundzüge 149 f. S. etwa P.Bas.7 (Fayum; Zeit Hadrians) Z.15; *Rabel* 97–108; *Mitteis*, Chrest. Nr.245 (277 f.); desweiteren *Rupprecht*, Et. Ankum II 427 mit Fn. 24.

[232] Marci. form. hyp. sing. D. 20.5.7.2.

[233] S. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 51–53 (verkürzter Text); *Pelloso*, TSDP 1 (2008) 29–33, 107 f. (nach griechischer Tradition entscheidend). Bestritten; a. A. *Rabel*, Verfügungsbeschränkungen (1909) 6 f. (byzantinisch); *Wacke*, Iura 24 (1973) 185–188 und SZ 115 (1998) 194, 200 (justinianische Interpolation).

[234] S. Diocl./Max. C. 8.13.15 (a.293); Diocl./Max. C. 8.25.10 (a.293); Diocl./Max. C. 8.27.12 (a.293); *Rabel*, Verfügungsbeschränkungen (1909) 95.

[235] Paul. 3 quaest. D. 13.7.41; Diocl./Max. C. 8.15.5 (a.286). Die Formel enthält dann statt des regulären *tunc cum conveniebat* (→ Rn. 25) den Hinweis auf einen späteren Zeitpunkt; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 113; *Wacke*, SZ 115 (1998) 444.

[236] *Kaser*, RP I 464 mit Fn. 8, 473 Fn. 35, 41; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 1–165, 201–211; *Wacke*, SZ 115 (1998) 438–461; *Potjewijd*, Beschikkingsbevoegdheid (1998) 211, 331. Zu den Fällen der Konvaleszenz von Pfandrechten infolge nachträglichen *in bonis esse* treten weitere Fälle, in denen das Pfandrecht behindernde Einreden entfallen oder entkräftet werden; s. insbesondere Paul. 3 quaest. D. 20.6.10 pr.; Marci. form.hyp.sing.eod. 8.7/8/11; C. 8.25.11 (a.532); *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 166–189, 211–213; *Krampe*, TR 59 (1991) 13–36; *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 171–176; *Klingenberg*, Lib. Am. Krampe 200–202, 210 f.

forderungen gestellt,[237] was sich durch eine aufschiebend bedingte Verpfändung, die zur *actio directa* führt,[238] vermeiden lässt.[239]

Ob die Beerbung des Eigentümers durch den Schuldner auch als Fall nachträglichen *in bonis esse* anzusehen sei, ist unter den Spätklassikern umstritten. Von Modestin[240] wird es bejaht, aufgrund der Erwägung, dass der Eigentümer/Erbe die Persönlichkeit des Schuldners/Erblassers fortsetze, eine Erwägung, die Paulus ausdrücklich zurückweist.[241] Von Paulus selbst wird es verneint.[242] **45**

Ein Mangel des *in bonis esse* zum Zeitpunkt der Pfandübereinkunft wird ausgeglichen durch die Zustimmung des Eigentümers.[243] Die Eigentümerzustimmung kann in einer Verbürgung liegen,[244] oder im Verfassen des das eigene Haus als Pfand aufführenden Schuldscheins für den am Schreiben verhinderten Schuldner.[245] Auch ein arglistiges Verhalten des Eigentümers anlässlich der Verpfändung ist geeignet, die Pfandhaftung zu begründen.[246] **46**

Neben den genannten Berechtigungen (positiver Gehalt) [→ Rn. 42] beinhaltet das von der *actio Serviana* geforderte *in bonis esse* bis um die Mitte des 2. Jh. n. Chr.[247] desweiteren die Pfandfreiheit des fraglichen Gegenstandes (negativer Gehalt); um im Sinne der *actio Serviana in bonis* zu sein, darf die Sache nicht bereits pfandverhaftet sein.[248] Daraus folgt, dass an einer bereits pfandverhafteten Sache kein weiteres Pfand- **47**

---

[237] Pap. 11 resp. D. 20.1.1 pr. und Diocl./Max. C. 8.15.5 (a.286); *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 96–104, 116, 206 f., 208. Anders *Verhagen*, Ess. Winkel II 988; *van Hoof*, TR 85 (2017) 479 f. (schlechthin).

[238] *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 87–104, 205 f. (konventionsverlagernde Wirkung der Bedingung). Dagegen *Wacke*, SZ 115 (1998) 450 Fn. 40, 453 und *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 323 Fn. 135 (323 f.); *van Hoof*, TR 85 (2017) 480–482.

[239] *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 73, 104, 204; bestritten: *van Hoof*, Generale zekerheidsrechten (2015) 35 Fn. 84; s. dazu *Schanbacher*, TR 85 (2017) 618 f.

[240] Mod. 7 diff. D. 20.1.22.

[241] Paul. 3 quaest. D. 13.7.41.

[242] Paul. 3 quaest. D. 13.7.41; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 122–136, 209. Zust. *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 165. Anders deutet die berühmte Kontroverse *Wacke*, SZ 115 (1998) 445–449 (Kritik an Modestin; dolo facit-Einwand als Erklärung); vgl. dazu *Schanbacher*, SZ 118 (2001) 487 Fn. 30 (487 f.) und *Wacke*, SZ 123 (2006) 205, 216, 219 und jetzt *Ankum*, FS Knütel 42 Fn. 42 (anderer Begriff der Universalsukzession).

[243] Paul. 29 ed. D. 13.7.20 pr.; Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.16.1. Die Formel enthält in solchen Fällen an Stelle des regulären *in bonis Lucii Titii fuisse* (→ Rn. 25) einen Hinweis auf den zustimmenden Dritten; Marci. form. hyp. sing. D. 22.3.23; *Ankum*, FS Knütel 36.

[244] Marci. form. hyp. sing. D. 20.2.5.2; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 145 Fn. 772 (145 f.); *Ankum*, FS Knütel 38–40 (abw.).

[245] Mod. 4 resp. D. 20.1.16.1; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 138 f., 209; *Ankum*, FS Knütel 40–43.

[246] Paul. 3 quaest. D. 13.7.41 a. E. u. a.; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 133–136; *Ankum*, FS Knütel 36–38, 43 f. Andere Deutung bei *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 162–164.

[247] Nicht mehr für Marcell. 19 dig. D. 44.2.19 (→ Rn. 73).

[248] Einem Gläubiger, der sich eine bereits verpfändete Sache verpfänden läßt, kann daher die *actio Serviana* (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 34 Fn. 203) keinesfalls zustehen.

recht entstehen kann (keine Pfandrechtsmehrheiten).[249] Was die Entstehung eines weiteren Pfandrechts hindert, ist der am Bestehen eines gegenwärtigen Pfandrechts liegende Mangel des *in bonis esse* der Sache; nicht etwa ein dem weiteren Pfandrecht von den Beteiligten (wozu?) beigelegter[250] oder (woher?) von selbst zukommender Charakter eines bedingten Nachpfandrechts.[251] Die Entstehung des Pfandrechts richtet sich nach der Formel der *actio Serviana* (→ Rn. 27). Der Weg zum Pfandrecht führt außer über die Pfandübereinkunft (→ Rn. 28–41) und über die zu sichernde Forderung (→ Rn. 50) allein über das *in bonis esse*; dort muss das Hindernis liegen.

48 Eine bereits pfandverhaftete Sache befindet sich nicht mehr *in bonis* des Schuldners. Doch mit einem Wegfall des bestehenden Pfandrechts ändert sich das (nachträgliches *in bonis esse*) und das weitere Pfandrecht konvalesziert, vorausgesetzt der Schuldner hat die Sache nicht zwischenzeitlich veräußert.[252] In diesem Fall ist das *in bonis esse* zwar in seinem negativen Gehalt wiederhergestellt; doch es fehlt am positiven Gehalt.

49 Nachträgliches *in bonis esse* eröffnet lediglich eine analoge Pfandklage (→ Rn. 44). Man sucht dem in der Praxis auszuweichen und die direkte Pfandklage zu gewinnen, indem man durch den Wegfall des bestehenden Pfandrechts aufschiebend bedingt verpfändet.[253] Daneben tritt im Hinblick auf die Eventualität des Pfandverkaufs die Verpfändung des Überschusses.[254] Die bedingte Nachverpfändung ist Sachverpfändung. Dass Forderungen verpfändet werden können, ist nach Alex. C. 8.16.4 (a.225) längst anerkannt; schon Pomponius handelt davon.[255] Der Gläubiger erhält im Falle der Forderungsverpfändung die Klagen des Schuldners als *actiones utiles*,[256] ein Überschusspfandnehmer erhält die schuldnerische *actio pigneraticia directa* (→ § 87 Rn. 9–19) als *actio utilis*.[257]

---

[249] *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 20–73, 201–204. Ablehnend *Ankum/Pool*, Ess. Nicholas 19 Fn. 86 (19 f.); *Wacke*, SZ 115 (1998) 457 Fn. 66; *Potjewijd*, Beschikkingsbevoegdheid (1998) 98 Fn. 48 (98 f.); *Krämer*, Pfandrecht (2007) 18 Fn. 17 (18 f.), 370. Zustimmend jedoch *Gröschler*, in: Harke, Pfandrecht (2015) 39–48.

[250] *Potjewijd*, Beschikkingsbevoegdheid (1998) 66 f., 98 f. (kritisch *Wacke*, SZ 115 [1998] 459 Fn. 75).

[251] So aber viele; etwa *Kaser*, AS II 175–185; RP I 467; *Kaser*, *Pfandrecht* (1982) 34, 45, 71, 225; *Kaser*, FS Hübner 80 = *Kaser*, RRQ 341. Ferner *Wacke*, SZ 115 (1998) 459 mit Fn. 75; *Ankum/van Gessel-de Roo/Pool*, SZ 104 (1987) 379; *Ankum/Pool*, Ess. Nicholas 19 f.; *de Churruca*, Hom. Murga 373–375; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 18 Fn. 17 (18 f.), 370; *Kaser/Knütel/Lohsse* 186 f. Rz. 26.

[252] Afr. 8 quaest. D. 20.4.9.3. Die Quaestionen Afrikans sind um 150 n. Chr. entstanden; *Liebs*, HLL IV 107.

[253] *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 72 f., 204.

[254] Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.15.2; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 72 f., 204. Was ersichtlich durch die östliche Verpfändungspraxis inspiriert ist; vgl. Tryph. 8 disp. D. 20.4.20 (*hyperocha*); *Kaser*, Pfandrecht (1982) 34 Fn. 202; *Schanbacher*, SZ 114 (1997) 250 f.

[255] Pomp. 7 ed./Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.13.2.

[256] Ulp. 63 ed. D. 20.1.20; Paul. 29 ed. D. 13.7.18 pr.; Alex. C. 8.16.4 (a.225); Diocl./Max. C. 4.39.7 (o.A.).

[257] *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 98, 480, 488. A. A. *Kaser*, Ausgew. Schr. II, 208–218; Iura 20

4. Forderung

Der Formel der *actio Serviana* zufolge (→ Rn. 27) hängt die Entstehung des Pfandrechts schließlich noch davon ab, dass die nach der Pfandübereinkunft (→ Rn. 28–39) zu sichernde Forderung irgendwann[258] auch besteht.[259] Fällig[260] braucht sie, auch für die Klage selbst, nicht zu sein.[261] **50**

Der Formel der *actio Serviana* zufolge (→ Rn. 27) geht das Pfandrecht unter, wenn das geschuldete Geld gezahlt wird, oder deswegen Sicherheit geleistet wird, oder es am Gläubiger liegt, dass nicht gezahlt wird. Die Zahlung des geschuldeten Geldes[262] lässt die Pfandklage entfallen und mit ihr das Pfandrecht;[263] auch ein Dritter kann zah- **51**

(1969) 184; RP I 467 f.; Pfandrecht (1982) 71 Fn. 77; *Kaser/Knütel/Lohsse* 187 Rz. 28 [*actio Serviana utilis*].

[258] Insofern gibt es keine Stichzeit; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 12; *Wacke*, SZ 115 (1998) 444.

[259] Sev./Ant. C. 8.32.1 = C. 4.30.1 (a.197); Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.5 pr. a. E.; 13.5 (bedingte Forderung). Sicherbar sind zivile, honorarrechtliche, aber auch natürliche Verbindlichkeiten; Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.5 pr.; Ulp. 73 ed. D. 20.1.14.1 u. a. (*Krämer*, Pfandrecht [2007] 47 Fn. 27 „kein enges Akzessorietätsverständnis"). Die Weite der Formel (→ Rn. 25) erlaubt den Einschluß von Schadensersatzforderungen; Pomp. 40 var. lect./Marci. form. hyp. sing. D. 20.2.2 (→ Rn. 31 Fn. 173). Die alte Verpächterformel (→ Rn. 23) war enger gefaßt und hätte das nicht zugelassen; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 149 Fn. 76. Der Beweis der Entstehung der Forderung obliegt dem Gläubiger; Diocl./Max. C. 4.24.10.2 (a.293); *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 301.

[260] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 512; II 247; *Kaser*, RP I 470; *Wacke*, SZ 115 (1998) 190; *Hofstetter*, Mél.Sturm I 234, 238.

[261] Cels./Ulp. 73 ed. D. 20.1.14 pr. S. (zögernd) *Kaser*, Pfandrecht (1982) 163–168; *de Churruca*, Hom. Murga 365, 367. So sichert auch ein Vermieterpfandrecht hinsichtlich erst künftig fällig werdenden Mietzinses; Lab./Ulp. 73. ed. D. 43.32.1.4; *Frier*, Landlords (1980) 114 f.

[262] Gai. 9 ed. prov. D. 16.1.13.1; Ulp. 73 ed. D. 20.6.6 pr.; Paul. 4 quaest. D. 36.1.61 pr.; Sev./Ant. C. 8.3.2.1 = C. 4.30.1 (a.197); Marci. form. hyp. sing. D. 46.3.49 (Details); s. desweiteren Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.16.6 (höhere Verurteilung aus der *actio Serviana*); Ulp. 28 ed. D. 13.7.11.1; Paul. 57 ed. D. 46.2.18; Paul. 5 resp. D. 46.2.30; Gord. C. 8.26.1 pr. (a.239) [Novation]; für Zuordnung zum *satisfactum esse Wacke*, OIR 6 (2000) 227–229. Tryph. 8 disp. D. 20.6.13 (Eid; Freispruch). Nicht: die Vereinigung von (versicherter) Bürgenschuld und Hauptschuld: Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.5; *Kieß*, Confusio (1995) 64–66; *Alonso*, St. Labruna I 82–84. Nicht: die prätorisch entkräftete Novation: Pomp. 9 epist.et var. lect. D. 4.4.50; Gai. 9 ed. prov. D. 16.1.13.1; Gord. C. 4.29.8 (a.238). Nicht: die Litiskontestation mit dem Schuldner oder die Verklagung eines Bürgen: Ulp. 28 ed. D. 13.7.11 pr.; *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 283. Nicht: die Verurteilung des Schuldners: Marci.form.hyp.sing. D. 20.1.13.4; *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 283–285. Gord. C. 8.13.8 = C. 8.26.1.1 (a.239). Kryptisch Gord. C. 8.30.2 (a.240); *Alonso*, St. Labruna I 80 Fn. 10. Nicht: die Vereinigung von Schuld und Forderung in der Hand des Gläubigers, der den Schuldner beerbt (Konfusion), wenn er mit einem Erbschaftsfideikommiss beschwert ist, gezwungenermaßen antritt und die Erbschaft restituiert; Paul. 4 quaest. D. 36.1.61 pr.; *Ankum*, Ess. Pool 9–14; *Ankum*, St. Labruna I 151–168.

Der Beweis der Forderungstilgung obliegt dem Schuldner; *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 301. Anscheinend a. A. *Lenel*, EP 494.

[263] Pap. 28 quaest. D. 21.2.66 pr.; Marci.form.hyp.sing. D. 20.1.13.4. Dies läßt sich als ‚Akzesso-

len.[264] Die Zahlung nur eines Teils des geschuldeten Geldes lässt hingegen Klage und Pfandrecht unberührt[265] (Grundsatz der Ungeteiltheit der Pfandhaftung).[266] Denn geschuldetes Geld im Sinne der servianischen Formel ist der gesamte Schuldbetrag. Und auch die Rückgabeverpflichtung des Gläubigers aus der *actio pigneraticia* (→ § 87 Rn. 9) wird erst durch die Zahlung des gesamten Schuldbetrages ausgelöst.[267] Der Gläubiger ist auch schuldrechtlich nicht gehalten, Pfänder freizugeben[268] und kann von mehreren Pfändern verkaufen was er will.[269]

52 Die Pfandhaftung überdauert ungeteilt eine Erbfolge sowohl auf Schuldner- wie auf Gläubigerseite. Wird der Schuldner von mehreren beerbt, so teilt sich zwar seine Schuld unter die mehreren Miterben auf. Gleichwohl bleibt das Pfandrecht des Gläubigers an der ganzen Sache bestehen und fällt erst weg, wenn der gesamte Schuldbetrag gezahlt ist.[270] Ein Miterbe kann nicht durch Zahlung des auf ihn entfallenden Schuldteils die Belastung für seinen Teil beseitigen[271] und wird ungeachtet einer solchen Zahlung, ist er im Besitz des Pfandes, nicht nur anteilsmäßig, sondern aufs Ganze mit der Pfandklage belangt.[272]

53 Wird der Gläubiger von mehreren beerbt, so teilt sich zwar seine Forderung unter die mehreren Miterben; das Pfand haftet jedoch weiterhin aufs Ganze,[273] und zwar jedem der Miterben;[274] Pfandhaftung schließt das Verkaufsrecht ein.[275] ‚Handgreiflichen und unzweifelhaften Rechts' ist dies,[276] und zwar schon für Scaevola,[277] der jedem der Miterben das Verkaufsrecht belässt, auch wenn die mehreren durch ein (!) Pfandrecht

---

rietät' beschreiben (→ Rn. 6). Doch ist Akzessorietät als solche weder Argumentationstopos noch Dogma; *Alonso*, St. Labruna I 77–99. Mehr will darin sehen *Marino*, Akzessorietät (2009), 5–152; *Marino*, Accessorietà (2018) 1–213.

[264] Scaev. 15 dig. D. 32.33.2.

[265] Paul. 23 ed. D. 10.2.25.14; Paul. 75 ed. D. 45.1.85.6; Gord. C. 8.27.6 (a.238); Gord. C. 8.28.2 (a.239). Lab./Ulp. 73 ed. D. 43.32.1.4 (zum Vermieterpfandrecht).

[266] Pap. 8 quaest. D. 21.2.65 *propter indivisam pignoris causam*. *Kaser*, RP I 465 mit Fn. 25; *Wacke*, Index 3 (1972) 454–502. Ein Grundsatz, der zwar vom attischen Recht geteilt wird, nicht jedoch dem griechisch-hellenistischen Hypothekenrecht Ägyptens entspricht; *Schanbacher*, FS Mayer-Maly 652 f.; a. A. *Wacke*, Index 3 (1972) 481 f.

[267] Ulp. 28 ed. D. 13.7.9.3; *Wacke*, Index 3 (1972) 455, 464, 479; *Wacke*, FS Kaser 1976, 503.

[268] Paul. 21 ed. D. 20.1.19.

[269] Mod. 4 reg. D. 20.5.8; s. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 147 f.; *Wacke*, Index 3 (1972) 457 f.; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 216 Fn. 523 (in Grenzen).

[270] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.2; Diocl./Max. C. 8.27.16 (a.294).

[271] Sev./Ant. C. 8.30.1 (a.206).

[272] Diocl./Max. C. 8.31.2 (a.294).

[273] A. A. *Sirks*, BIDR 89 (1986) 315.

[274] Val./Gall. C. 8.31.1 (a.257) *in solidum unicuique teneri.*

[275] *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 39–42. A. A. *Wacke*, Index 3 (1972) 473 f., 476, 479, 491; *Wacke*, FS Kaser (1976) 504 mit Fn. 17 (nur die Pfandklage).

[276] Val./Gall. C. 8.31.1 (a.257).

[277] Scaev. 1 resp. D. 20.5.11 *quisque* = Scaev. 6 dig. D. 20.5.14 *unusquisque eorum.*

gesicherten Forderungen in das Erbteilungsverfahren einbezogen und den einzelnen Miterben jeweils zur Gänze zugeteilt worden sind;[278] und auch für Ulpian,[279] der auf eine Ansicht verweist und sich ihr annähert,[280] wonach die Verkaufsbefugnis (der einzelnen Miterben[281]) vom Angebot der Rückzahlung nach einer auf eine der Teilforderungen zuvor erfolgten Zahlung abhängen soll; eine Lösung, die geeignet ist, den Grundsatz der Ungeteiltheit der Pfandhaftung zu relativieren.[282]

Das Pfandrecht, welches bisher dem Gläubiger an der Sache zustand, steht nunmehr jedem seiner Erben zu (Vervielfältigung des Pfandrechts). Im Erbteilungsverfahren wird einem der Miterben (E1) das Pfandrecht des anderen (E2) zugewiesen, gegen anteiligen Ausgleich (Wiedervereinigung der Pfandrechte). E2 bleibt als Besitzer (a) gegenüber der *rei vindicatio* des Schuldners durch eine *exceptio* (*doli*) geschützt, hinter der der Gedanke des Streitwertersatzes steht: E2 wird wegen der Übertragung des Pfandrechts auf E1 so gestellt, als wäre er einer auf den hälftigen Streitwert lautenden Verurteilung aus der dinglichen Pfandklage durch Angebot des Verurteilungsbetrages nachgekommen. E1 ist als Besitzer (b) gegenüber der *rei vindicatio* des Schuldners ebenfalls durch eine *exceptio* (*doli*) geschützt, hinter der sein Pfandrecht steht, und zwar hinsichtlich des ganzen Forderungsbetrages.[283]

Des Weiteren entfällt die Pfandklage und mit ihr das Pfandrecht durch Sicherheits- **54**
leistung;[284] ferner bei Annahmeverzug des Gläubigers.[285] Das Pfandrecht erlischt, wenn

---

[278] A. A. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 42 f. und *Wacke*, Index 3 (1972) 474 f., 478; *Wacke*, FS Kaser (1976) 509 (Zuteilung von Forderungen und deren Pfandrechten).

[279] Ulp. 28 ed. D. 13.7.11.4. A. A. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 40 f.; *Sirks*, BIDR 89 (1986) 315 f. (Ausgangspunkt Teilpfandrecht; Verkaufsrecht hinsichtlich des ganzen Pfandes als besondere Vergünstigung); zweifelnd *Wacke*, Index 3 (1972) 475, 498 Fn. 135.

[280] S. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 41; *Wacke*, Index 3 (1972) 477. Radikal *Schulz*, Einführung (1916) 98 f. (Interpolation).

[281] Arg. Scaev. 1 resp. D. 20.5.11/ 6 dig. D. 20.5.14; Val./Gall. C. 8.31.1 (a.257). A. A. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 41; *Wacke*, Index 3 (1972) 475–478; *Wimmer*, SZ 121 (2004) 359–362 (aller Miterben).

[282] Schärfer *Schulz*, Einführung (1916) 99 (Aufgabe); *Wacke*, Index 3 (1972) 477 (Widerspruch); schwächer *Wimmer*, SZ 121 (2004) 361 f. (Korrektiv).

[283] Paul. 23 ed. D. 10.2.29. Zu der Stelle eingehend *Wacke*, FS Kaser (1976) 499–532 (allerdings mehrfach abweichend).

[284] Ulp. 73 ed. D. 20.6.6 pr., 2; Paul. 14 quaest. D. 44.2.30.1 a. E.; Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.13.4; D. 20.6. 5.2,3; Marci. form. hyp. sing. D. 46.3.49. S. desweiteren Ulp. 28 ed. D. 13.7.9.3 (zur Formel der *actio pigneraticia* directa [→ § 87 Rn. 9 Fn. 22]). Die Sicherheitsleistung scheint hernach an Bedeutung zu verlieren; s. Gord. C. 8.26.1.2 (239); Diocl./Max. C. 4.32.19.2 (o.A.); *Schanbacher*, SZ 114 (1997) 257–260. Außerhalb der servianischen Formel realisieren sich Pfandverzichte; s. Ant. C. 8.25.2 (a.208); s. desweiteren etwa Marci. form. hyp. sing. D. 20.6.5 pr.; *Alonso*, St. Labruna I 86–99.

[285] Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11.4.; Gord. C. 8.27.8 (a.239); Gord. C. 8.28.2 (a.239); Diocl./Max. C. 4.32.19 (o.A.) [mit weiteren Anforderungen: Bezeugung, Versiegelung und Hinterlegung der geschuldeten Summe]. S. schon Sev./Ant. C. 8.17.1 (a.197) [→ Rn. 77 mit Fn. 395]. Diocl./Max. C. 8.30.3 (a.293) [*Klingenberg*, FS Krampe 199 Fn. 33] bezieht sich auf die *actio pigne-*

der Gläubiger Eigentum erwirbt (Konfusion).[286] Der Vorgang läßt die *actio Serviana* selbst aber unberührt.[287]

55 Gordian verschärft das Ablösungsrecht der *actio Serviana*, indem er, ersichtlich beeinflußt durch die östliche Kreditpraxis, für die Ablösung der sich auf die *actio Serviana* stützenden Pfandeinrede (*exceptio doli*) des Gläubigers vom Schuldner Zahlung oder Angebot auch durch das Pfandrecht nicht gesicherter Schuldbeträge verlangt[288] (sog. *pignus Gordianum*).[289]

5. Fortgang

56 Sind die Voraussetzungen der *intentio* der *actio Serviana*[290] zugunsten des als Pfandgläubiger aktivlegitimierten Klägers erfüllt, wird dem als Besitzer passivlegitimierten Beklagten zunächst die Restitution der Sache aufgegeben (gegebenenfalls gegen Erstattung von Verwendungen[291]). Kommt der Beklagte dem nach, wird er freigesprochen; wenn nicht, folgt grundsätzlich die Verurteilung (die sich im Falle arglistiger Besitzaufgabe, wie auch sonst, nach der eidlichen Schätzung des Klägers bemißt).[292] Dabei wird nach der Richtung der Klage unterschieden. Der Schuldner selbst als beklagter Besitzer wird auf nicht mehr als den Schuldbetrag verurteilt, denn weiter reicht das Gläubigerinteresse nicht;[293] ein Dritter hingegen kann als beklagter Besitzer auch auf mehr verurteilt werden.[294] Um dem zuvorzukommen, kann es für einen Dritten ratsam sein, durch Tilgung der Schuld der *actio Serviana* des Gläubigers den Boden zu entziehen, ein Weg, der in der Praxis beschritten worden ist.[295] Der Gläubiger behält von dem Verurteilungsbetrag einen dem Betrag der Schuld entsprechenden Teil; er ist

---

raticia directa; *Lenel*, EP 254; *Mantovani*, Formule 68 Fn. 245 (Nr.66). Ebenso Diocl./Max. C. 8.13.20 (294) [→ § 87 Rn. 9–19].

[286] Iul. 44 dig. D. 13.7.29.

[287] Paul. 14 quaest. D. 44.2.30.1; Alex. C. 8.19.1.1 (a.230); *Ankum*, Ess. Pool 2–9, 14–18; *Ankum*, FS Hausmaninger 1–13; *Ankum*, St. Labruna I 154 f., 159 Fn. 22, 162 f.

[288] Gord. C. 8.26.1.2 (a.239).

[289] *Schanbacher*, SZ 114 (1997) 235–271. In Frage steht eine *rei vindicatio* des Schuldners, nicht etwa eine *actio pigneraticia*; ebd. 242 f. Bestritten; a. A. *Kaser*, RP I 538; *de Churruca*, Hom. Murga 371; *Wacke*, SZ 115 (1998) 175 Fn. 34 a. E. (176); *Mantovani*, Formule 53 Fn. 120.

[290] Sev./Ant. C. 8.32.1 = C. 4.30.1 (a.197).

[291] Paul. 5 resp. D. 20.1.29.2.

[292] Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.16.3.

[293] So Ulp. 73 ed. D. 20.1.21.3. Anders aber Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.16.3/4/6, der eine weiterreichende Verurteilung des Schuldners zuläßt; *Kaser*, RP I 473 mit Fn. 36. A. A. jedoch *Wubbe*, FS Kaser (1976) 179–200 und, ihm folgend *Kaser*, Pfandrecht (1982) 64 Fn. 25, 188 f., *de Churruca*, Hom. Murga 368 sowie *Kaser/Knütel/Knütel* 190 Rz. 40: Ulpian handle vom ‚Besitzpfand', Marcian dagegen vom ‚besitzlosen Pfand' (kein Anhalt).

[294] Ulp. 73 ed. D. 20.1.21.3.

[295] Pap. 2 resp. D. 6.1.65 pr.; Paul. 5 resp. D. 20.6.12.1; vgl. auch Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.16.3 *et aut pecuniam solvat*. Statt dessen kann er sich für den Schuldbetrag vom Gläubiger auch die Schuldforderung abtreten lassen: Scaev. 5 resp. D. 20.4.19.

fortan gehindert, gegen den Schuldner vorzugehen.[296] Den Rest gibt er aufgrund der *actio pigneraticia* dem Schuldner heraus.[297] Nimmt dieser jetzt seinerseits den Dritten auf Herausgabe in Anspruch, muss er ihm erstatten, was dieser für ihn an den Gläubiger gezahlt hat.[298]

Ein Gläubiger hat die Wahl, ob er mit der Schuldklage gegen den Schuldner oder mit 57
der *actio Serviana* gegen den Besitzer des Pfandes oder gegen beide vorgeht;[299] der Pfandbesitzer kann den Gläubiger nicht auf ein Vorgehen gegen den Schuldner verweisen,[300] auch nicht auf ein Vorgehen gegen einen Bürgen.[301] Eine Verweisung auf den Schuldner oder den Bürgen kennt erst das spätere justinianische Recht.[302] Im Falle der Entwendung des Pfandes durch den Schuldner steht dem Gläubiger gegen diesen die *actio furti* zu,[303] wobei er sich entscheiden muss, ob er den Schuldner mit dieser Klage belangt oder mit der *actio Serviana*.[304] Ist die Sache vom Schuldner verkauft worden, steht eine Ersitzung des Käufers infrage. Dass die Sache vom Käufer ersessen werden muss, steht fest; ob sie von ihm ohne Weiteres ersessen werden kann, ist zweifelhaft.[305] Im Falle

[296] Marci. form. hyp. sing. D. 20.6.8.19.

[297] Ulp. 73 ed. D. 20.1.21.3.

[298] Iul. 11 dig. D. 13.7.28 pr.; desweiteren Gai. 9 ed. prov. D. 20.6.2.

[299] Diocl./Max. C. 8.13.14 (a.293); Diocl./Max. C. 4.10.14 (a.294). Gegen den Schuldner lassen sich Schuldklage und Pfandklage verbinden; Novell. Iust. 4.2 (a.535); *Kaser*, RP II 321 Fn. 24. In der Insolvenz des Schuldners setzt sich der Gläubiger mit der Pfandklage gegen Forderungen anderer Gläubiger, auch privilegierter, durch; Diocl./Max. C. 7.72.6 (o.A.); C. 8.12.9 (a.294). *Kaser/Hackl*, RZ 402.

[300] Diocl./Max. C. 8.13.24 (a.294). Womöglich gab ein (selbst heute noch: *de Churruca*, Hom. Murga 367) mißverständliches Reskript den Anlaß, dies mehrfach einzuschärfen: Diocl./Max. C. 8.13.10 (a.290); *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 377 f. Anders *Kaser*, RP II 321 Fn. 26 (Abwehr hellenistischer Rechtsvorstellungen). Eine abweichende Entwicklung zeichnet sich im Fiskalrecht ab; Paul. 1 decret. D. 49.14.47 pr.; Gord. C. 10.2.1 (o.A.); *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 376f; *Kaser*, RP I 473 Fn. 48, II 321 Fn. 26; *Koops*, TR 80 (2012) 279–310.

[301] Sev./Ant. C. 8.40.2 (a.207).

[302] Novell. Iust. 4. 2 (a.535); es gilt die Reihenfolge Schuldner/Bürge/Dritter; s. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 367, 379 f.; *Kaser*, RP II 321, 459 mit Fn. 18; *Koops*, Vormen van subsidiariteit (2010) 65–67, 388 f.; *van Hoof*, Generale zekerheidsrechten (2015) 23 f., 51, 70, 409 f.

[303] Lab./Pomp. 18 Sab. D. 13.7.3; Gai. 3.200, 204; Ulp. 29 Sab. D. 47.2.12.2; Ulp. 40 Sab. D. 47.2.19.5; Paul. 54 ed. D. 41.3.4.21; Paul. 1 decr. D. 47.2.88; Inst. 4.1.10. Die Unterschlagung einer speziell verhypothezierten Sache reicht zu; Iul./Ulp. 40 Sab. D. 47.2.19.6; Iul./Paul. 7 Plaut. D. 47.2.67 pr.

[304] Lab./Pomp. 18 Sab. D. 13.7.3 *Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum(!).*

[305] Mod. 10 pand. D. 41.4.5 *de usucapione dubitatum est.* S. einerseits Cass./Paul. 54 ed. D. 41.3.4.21 und Mod.cit. (bejahend), andererseits Paul. in einer Note zu Lab. 5 pith. a Paul. epit. D. 41.3.49; Phil. C. 7.26.6 (o.A.) [verneinend]; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 39–41, 259; FS Hübner 77 f. = *Kaser*, RRQ 337 f. (Ersitzung der Sache); a. A. *Krämer*, Pfandrecht (2007) 274 f. (Ersitzung der Pfandfreiheit). Ein auf der Grundlage einer Berechtigung zur *actio Publiciana* begründetes relatives Pfandrecht wird mit dem Eigentumserwerb des Schuldners oder eines redlichen Erwerbers vom Schuldner zum absoluten Pfandrecht (→ Rn. 42).

der Entwendung des Pfandes durch einen Dritten steht die *actio furti* sowohl dem Gläubiger als auch dem Schuldner zu (Klageteilung).[306]

58 Seit Gordian unterliegt die Pfandklage in der Provinz, sofern sie gegen Dritte gerichtet ist, der *longi temporis praescriptio*;[307] auch das Verkaufsrecht des Gläubigers entfällt.[308] Der auf römische oder italische Pfänder gerichteten Pfandklage kann von Seiten belangter Dritter eine *exceptio annalis Italici contractus* entgegengesetzt werden.[309] Nach dem allgemeinen Verjährungsgesetz Theodosius' II. verjährt die Pfandklage gegen Dritte in 30 Jahren.[310] Justinus lässt sie auch gegen den Schuldner, in 40 bzw. 30 Jahren, verjähren.[311] Die *exceptio annalis Italici contractus* wird von Justinian abgeschafft.[312]

VI. Die Verkaufsrechtsabrede unter neuem Vorzeichen; das Verkaufspfandrecht

59 War es das ursprüngliche Anliegen der Verkaufsrechtsabrede, den Verfall und den mit seiner Realisierung verbundenen Ersatz zu vermeiden und dem Gläubiger eine etwaige Restforderung zu erhalten (→ Rn. 20) (verdrängende oder destruktive Funktion der Verkaufsrechtsabrede), so geht es nach dem Ausscheiden des Verfalls- und Ersatzgedankens aus dem Pfandrechtsbegriff (→ Rn. 22) in der Folgezeit darum, den Pfandrechten mit dem Verkaufsrecht des Gläubigers wieder einen vollständigen Inhalt zu geben (ausfüllende und konstruktive Funktion der Verkaufsrechtsabrede), ehe der Verkaufsrechtsgedanke in der zweiten Hälfte des 2. Jh. n. Chr. selbst in den Pfandrechtsbegriff eintritt.[313]

60 Darum scheint es bereits im Falle Lab. 1 pith. a Paul. epit. D. 20.1.35 gegangen zu sein. Ein Mietshaus ist, ohne Übergabe, verpfändet worden.[314] Die Beteiligten haben

---

[306] Ulp. 29 Sab. D. 47.2.12.2. Anders Paul. 5 Sab. D. 47.2.15 pr. Paul. 1 decr. D. 47.2.88 (nur dem Gläubiger); *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 45–50, 203 (auch zur Rolle der *custodia*-Haftung in diesem Zusammenhang). Aristo/Ulp. 38 ed. D. 13.1.12.2 befürwortet eine *condictio incerti* des Gläubigers; *Kaser*, FS Hübner 79 = *Kaser*, RRQ 339 f. S. desweiteren Paul. 22 ed. D. 9.2.30.1 (Klageteilung bei der *actio legis Aquiliae*).

[307] Gord. C. 7.36.1; Diocl./Max. eod. 2. Desweiteren Diocl./Max. C. 8.44.19 (a.293); C. 4.10.14 (a.294); *Kaser*, RP I 469 mit Fn. 76; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 43 Fn. 256 (43 f.).

[308] Diocl./Max. C. 4.10.7.1 (a.293).

[309] Ulp. 3 disp. fr. Arg. II A/B, FIRA III 309 f.; Ulp. 3 disp. D. 44.3.5.1; Paul. 16 resp. eod. 12; *Kaser*, RP I 469 mit Fn. 78; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 43 Fn. 256 (44); *Sturm*, FS Schwind 323–328.

[310] Hon./Theod. Cod. Theod. 4.14.1 pr. = C. 7.39.3 pr. (a.424).

[311] C. 7.39.7 pr.–2b (a.525); *Kaser*, RP II 318 mit Fn. 39.

[312] C. 7.40.1 (a.530); *Kaser*, RP II 71 Fn. 53; *Sturm*, FS Schwind 325.

[313] *Schanbacher*, FS Mayer-Maly 647–649. Schwankend *Kaser*, Pfandrecht (1982) 19 mit Fn. 115 (Pfandverfall ohne Abrede); 72 Fn. 79, 73 Fn. 89, 228 f. (‚Bewahrungspfand').

[314] *Wagner*, Generalverpfändung (1968) 35 Fn. 241; *Biscardi*, Garanzie (1976) 157; *Wubbe*, FS Kaser (1976) 182 Fn. 17; *Schanbacher*, FS Mayer-Maly 647 Fn. 51. Str.; a. A. *Kunkel*, SZ 90 (1973)

eine Verkaufsrechtsabrede getroffen. Während dies mitgeteilt wird, wird auf die Verpfändung als solche nicht eigens hingewiesen, was auf das besondere Gewicht der Verkaufsrechtsabrede hinweist.[315] Selbstverständlich ist damit auch das Grundstück Pfand.[316] Das Mietshaus ist später abgebrannt und vom Schuldner mit seinen Mitteln wieder aufgebaut worden. Nach Labeo hat der Gläubiger hinsichtlich des neuen Mietshauses dasselbe Recht (und hinsichtlich des Grundstücks). Ungeachtet der Abhängigkeit der rechtlichen Lage des Mietshauses von der des Grundstücks mag durchaus unsicher gewesen sein, ob Verkaufsabrede und darin liegende Pfandübereinkunft sich auch bezogen auf ein vom Schuldner an Stelle des niedergebrannten errichtetes neues Mietshaus, und ob damit auch das Grundstück weiterhin Pfand sein sollte.[317]

Die Verkaufsrechtsabrede ist in der Folgezeit die Regel.[318] Sie eröffnet dem Gläubiger **61**
die Aussicht, sich aus dem Erlös des Pfandverkaufs wegen der gesicherten Forderung zu befriedigen, ohne deren völligen Wegfall befürchten zu müssen, sollte der Erlös zu ihrer Deckung nicht hinreichen. Gelegentlich wird noch der Verfall vereinbart,[319] was wiederum den Ersatz eröffnet; gelegentlich nichts weiter.[320] Eine Verkaufspflicht wird von Sabinus und Pomponius abgelehnt, von Atilicinus im gegebenen Fall befürwortet.[321]

Die ständige durch die Verkaufsrechtsabrede dominierte Verpfändungspraxis lässt **62**
den Pfandrechtsbegriff nicht unbeeindruckt. Seit Beginn der zweiten Hälfte des 2. Jh. n. Chr. tritt das Verkaufsrecht in den Pfandrechtsbegriff ein, ein Vorgang, der sich widerspiegelt in der merkwürdig gewundenen Darstellung bei Gai. 2.64.[322] Wieder einmal

---

160–165 (‚Ersatzpfand', zustimmend *Kaser*, Pfandrecht [1982] 18 f., 136 f.); *Kaser*, Pfandrecht (1982) 18 Fn. 108, 49 Fn. 284, 74 Fn. 93 (isoliertes Verkaufsrecht); *Krämer*, Pfandrecht (2007) 276–279, 350 f. (*fiducia*). Auffällig ist die Verwendung für die Pfandübereinkunft selbst und das Gläubigerverkaufsrecht gängiger Terminologie (*pactum conventum*; *licere*).

[315] S. schon *Wubbe*, FS Kaser (1976) 182 Fn. 17. Vgl. später Pap. 11 resp. D. 20.4.3.2 (Verkaufsrechtseinräumung als Verpfändung).

[316] Paul. 6 brev. D. 13.7.21.

[317] Für *Kunkel*, SZ 90 (1973) 163 und *Krämer*, Pfandrecht (2007) 277 Fn. 7 wäre bzw. ist die Entscheidung pfandrechtlich gesehen selbstverständlich. Später, als es auf die Verkaufsrechtsabrede nicht mehr ankommt (→ Rn. 62), ist sie es tatsächlich; s. Paul. 5 resp. D. 20.1.29.2; vgl. Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.16.2.

[318] Zahlreiche Quellen. *Wolf*, TPN 69.5.9–14 (15. März 40 n. Chr.); Sab./Ulp. 41 Sab. D. 13.7.4; Nerva/Proc./Paul. 5 Plaut. D. 20.4.13; Aristo/Paul. 3 quaest. D. 20.3.3; Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. und schließlich Gai. 2.64 (im Rückblick).

[319] *Wolf*, TPN 43.2.13, 3.1; 5.10/11 (28. Juni 37 n. Chr.) [→ Rn. 29].

[320] *Wolf*, TPN 40 (3. März 49 n. Chr.) [→ Rn. 29]; Cass./Jav. 15 ex Cass. D. 47.2.74; Aristo/Paul. 3 quaest. D. 20.3.3 (Unterlassung); Pomp. 19 Sab. D. 13.7.5 (Verbot).

[321] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. (→ § 46 Rn. 9).

[322] *Schanbacher*, FS Mayer-Maly 648 f. Gaius wird von *Krämer*, Pfandrecht (2007) 185 ersichtlich unterschätzt. – Der Riß geht quer durch das Werk des Pomponius: s. einerseits Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr., andererseits Pomp. 2 var. lect./Paul. 3 quaest. D. 20.5.9.1. Der Sabinuskommentar des Pomponius ist entstanden gegen Mitte des 2. Jh. n. Chr.; die Variae Lectiones nach 161 n. Chr.; *Liebs*, HLL IV 147, 150.

(→ Rn. 22) folgt die Pfandrechtsdoktrin dem durch die Verpfändungspraxis geprägten Eindruck. Mit dem Eintritt des Verkaufsrechts in den Pfandrechtsbegriff ist das Pfandrecht zum Verkaufspfandrecht geworden. Auch ohne dass es besonders vereinbart wäre, ist der Gläubiger zum Pfandverkauf befugt.[323] Der Erhalt einer etwaigen Restforderung, worum es der Verpfändungspraxis einst ging (→ Rn. 20), ist gesichert.[324] Dass der Gläubiger das Pfand verkaufen kann, ist nunmehr gemeines Recht (*ius commune*).[325]

63 Und dabei bleibt es dann auch, ungeachtet wiederum gegenläufiger Tendenzen der weiteren Verpfändungspraxis, die jetzt bisweilen, nach dem Vorbild griechisch-hellenistischer fiktiv-kaufrechtlicher Verfallsabreden, schuldrechtliche Verfallsabreden konzipiert,[326] oder auch dingliche, wie sie die griechisch-hellenistische Praxis auch kennt.[327] In solchen Fällen gilt nach wie vor (→ Rn. 12) das Erfordernis der behördlichen Sanktion des Gläubigerzugriffs.[328]

Die dingliche Verfallsabrede *(lex commissoria)* greift um die Wende des 3./4. Jh. n. Chr. dann derart um sich, dass Konstantin sich veranlaßt sieht, sie zu verbieten.[329]

---

[323] Ulp. 41 Sab. D. 13.7.4. Zu schwach *Verhagen*, ZEuP 19 (2011) 115 (stillschweigende Vereinbarung). Trotzdem fährt die Verpfändungspraxis unbekümmert fort, das Gläubigerverkaufsrecht besonders zu vereinbaren: Scaev. quaest. publ. tract. sing. D. 44.3.14.5; Alex. C. 4.24.4 (a.223) [*pactum vulgare*]. Nähere Bestimmungen zum Gläubigerverkaufsrecht sind allerdings weiterhin sinnvoll; Scaev. 6 resp. D. 46.1.63; Pap. 11 resp. D. 20.5.4; C. 8.33.3.1 (a.530). Ein Ausschluß des Verkaufsrechts (Ulp. 41 Sab. D. 13.7.4) wirft das Pfandrecht zurück auf die inhaltsreduzierte Grundform vergangener Tage (→ Rn. 22). A. A. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 21 f. (am ehesten Pfandverfall). Außerdem setzt sich der gleichwohl verkaufende Gläubiger einer Haftung wegen *furtum* aus; Ulp. cit. Der Schluss *nisi ei ter* etc. gilt als itp.; *Wacke*, SZ 115 (1998) 182 Fn. 56, 202 mit Fn. 139, *Liebs*, SZ 135 (2018) 437 f.

[324] Gai. 21 ed. prov. D. 12.1.28. Gaius' Kommentar zum Provinzialedikt entstand bis 161 n. Chr.; *Liebs*, HLL IV 190. Diocl./Max. C. 8.27.9 (a.287); Diocl./Max. C. 4.10.10 (a.294).

[325] Alex. C. 8.34.1 (a.222); s. Ulp. 10 ed. D. 22.1.37 (drohender Pfandverkauf).

[326] Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.16.9; *Schanbacher*, FS Mayer-Maly 641–644.

[327] S. C. 8.13.1 (a.194); Alex. C. 8.34.1 (a.222) [bereits mit Ausweichlösungen]; *Schanbacher*, FS Mayer-Maly 650 f. Anders jedoch *Verhagen*, TR 79 (2011) 19–21; ZEuP 19 (2011) 117 f., 121 (*datio in solutum*) und 114 (keine eigentlichen Verfallsabreden im Corpus Iuris Civilis). Auch Marcell. 5 dig. D. 20.1.27 scheint mit dem Fall einer Verfallsverpfändung befaßt zu sein, *fingamus* etc. (Ersatz und Verfall).

[328] Sev./Ant. C. 8.13.3 (a.205). Zu Unrecht abschwächend *Krämer*, Pfandrecht (2007) 230 Fn. 62 (231), 238 Fn. 87–88, 244 Fn. 104 (bloße Empfehlung). *Levy*, Vulgar Law (1951) 215 Fn. 70 nimmt eine Verfälschung an. Eine behördliche Sanktion erübrigt sich, wenn der Gläubiger das Pfand bei sich hat; Paul. sent.5.26.4 … *et pignora apud se deposita persequi et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur. Vindicare* meint hier Aneignung; *Levy*, Vulgar law (1951) 214 f. (allerdings für spätere Einfügung von *apud se deposita*).

[329] Const. Cod. Theod. 3.2.1 = C. 8.34.3 (a.320); *Schanbacher*, FS Mayer-Maly 649–657. Der Bezug des Verbots ist allerdings kontrovers; s. ebd. 654 Fn. 101; neuerdings wieder anders *Verhagen*, ZEuP 19 (2011) 122–124 (dingliche und schuldrechtliche Verfallsabreden).

Ein Gläubiger kann nunmehr ohne Weiteres zu gegebener Zeit das Pfand verkaufen; **64**
und nicht nur das. Ohne selbst Eigentümer zu sein, verschafft er dem Käufer Eigentum,[330] vorausgesetzt der Schuldner war zum Zeitpunkt der Verpfändung[331] Eigentümer. Der Gläubiger verrechnet den vom Käufer erhaltenen Kaufpreis auf die gesicherte Forderung, die, soweit der Kaufpreis reicht, erlischt,[332] soweit nicht, auch ohne entsprechende Vereinbarung,[333] fortbesteht (→ Rn. 62). Soweit der Kaufpreis die gesicherte Forderung übersteigt, ist er, verzinst, aufgrund der *actio pigneraticia* (→ § 87 Rn. 6–12) an den Schuldner herauszugeben.[334]

Die Lage verwickelt sich, war der Schuldner nicht Eigentümer der verpfändeten **65**
Sache. Denn dann erwirbt auch der Käufer kein Eigentum. Eigentümer ist ein Dritter, der die Sache demnächst beim Käufer evinziert. Der Schuldner ist auch dann von seiner Schuld befreit, wenn der Gläubiger beim Pfandverkauf seine Haftung wegen Eviktion ausgeschlossen hat[335] und daher den Kaufpreis in jedem Falle behält[336] oder erhält.[337] Der Schuldner kann dann nicht vom Gläubiger, jedoch (vor Eviktion) vom Eigentümer und (nach Eviktion) vom Käufer mit einer auf das Bereicherungsverbot gestützten *actio utilis* belangt werden.[338] Ist eine Haftung des Gläubigers wegen Eviktion nicht ausgeschlossen worden, bleibt die Befreiung des Schuldners zunächst in der Schwebe; erfolgt die Eviktion dann und muss der Gläubiger dem Käufer den Kaufpreis

[330] Gai. 2.64; Ulp. 41 Sab. D. 13.7.4; Ulp. 65 ed. D. 41.1.46; Inst. 2.8.1. Schon die Verkaufsrechtsabrede der vorangegangenen Periode befugte den Gläubiger zur Übereignung. A. A. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 3 Fn. 9, 15, 48 f., 72, 229 f., 256; FS Hübner 79 f. = *Kaser*, RRQ 340 f. (fortdauernder Pfandverfall).

[331] Bestritten; a. A. *Schlichting*, Verfügungsbeschränkung (1973) 1–9, 76 f., 116 f. (auch später noch, deshalb das Veräußerungsverbot an den Schuldner). Ablehnend *Wacke*, Iura 24 (1973) 184–196; Gnomon 48 (1976) 512–514; SZ 115 (1998) 191 f.; *Wagner*, SZ 94 (1977) 431–442; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 49; *Hofstetter*, Mél. Piotet 554 f. Das Bedenkliche an dem Veräußerungsverbot war gerade, dass es überflüssig war (→ Rn. 43). Anhand des angenommenen Veräußerungsverbots sucht neuerdings Sigel, Scaevola (2007) 30–55 die Entscheidung Scaev. 7 dig. D. 18.1.81 pr. zu erklären (fragw.).

[332] Marcell. 31 dig. D. 46.3.73 (Auswirkung auf eine Höchstbetragsbürgschaft); s. desweiteren Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.5; Diocl./Max. C. 8.30.3 (a.293).

[333] Die trotzdem vorkommt: Pomp. 2 var. lect./Paul. 3 quaest. D. 20.5.9.1; Scaev. 6 resp. D. 46.1.63.

[334] Pap. 3 resp. D. 13.7.42; Paul. 2 sent. D. 13.7.7 = Paul. sent.2.13.14; Diocl./Max. C. 8.27.20 (a.294).

[335] Wie wohl im Falle *Wolf*, TPN 69.5.11 (15. März 40 n. Chr.) geschehen, *sub praecone de condicione* (Bedeutung zweifelhaft; vgl. *Camodeca*, Tabulae [1999] I 181 f.). S. desweiteren Iul./Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.16; Paul. 4 resp. D. 17.1.59.4; Alex. C. 8.45.1 (a.223) [Verkauf *iure creditoris*]; Paul. 6 resp. D. 20.5.10 (Verkauf *lege pignoris*); Gord. C. 8.45.2 (a.240) [Verkauf *iure pignoris*].

[336] Tryph. 8 disp. D. 20.5.12.1.

[337] Pap. 11 resp. D. 21.2.68 pr.

[338] Tryph. 8 disp. D. 20.5.12.1. Abw. *Kaser*, RP I 471 Fn. 24; Pfandrecht (1982) 89 Fn. 174 (*actio utilis ex empto*).

zurückerstatten, lebt die Schuld wieder auf.[339] Der Käufer kann überdies[340] über die an ihn abzutretende *actio pigneraticia contraria* (→ § 87 Rn. 14–17) im Wege der Drittschadensliquidation ein weitergehendes Interesse verfolgen.[341]

66 Der Gläubiger muss im Hinblick auf den Pfandverkauf gewisse Regeln beachten, will er einer Schadensersatzpflicht gegenüber dem Schuldner aus der *actio pigneraticia* (→ § 87 Rn. 6–12) aus dem Wege gehen.[342] Der Pfandverkauf selbst samt Übereignung hängt von der Einhaltung dieser Regeln allerdings nicht ab.[343] Nur im Fall der Kollusion zwischen Gläubiger und Käufer kann der Schuldner sich gegebenenfalls direkt an den Käufer halten.[344] Später geht man dazu über, eine dreimalige Verkaufsankündigung an den Schuldner zu fordern.[345] Justinian verzögert den Pfandverkauf durch Einführung einer zweijährigen Frist.[346] Findet sich kein Käufer, kann beim Kaiser um die Zuweisung des Eigentums nachgesucht werden (*impetratio dominii*).[347]

VII. Avancement der *hypotheca*

67 Das Pfandrecht wird durch die Pfandübereinkunft begründet, die sich nicht in einer Übergabe der Sache zu äußern braucht,[348] sich freilich durchaus in einer Übergabe äußern kann,[349] woraus Ulpian die Folgerung zieht für den Fall, dass jemand Gold vorweist, um es zu verpfänden, dann aber Bronze übergibt.[350] Aufgrund der Pfand-

[339] Tryph. 8 disp. D. 20.5.12.1.

[340] Anders *Kaser*, Pfandrecht (1982) 88 f. (unterstellt einen Ausschluß der Eviktionshaftung).

[341] Ulp. 2 disp. D. 21.2.38.

[342] Alex. C. 8.27.4 (a.225); Gord. C. 8.29.4 (a.240); Diocl./Max. C. 8.27.9 (287). Vgl. *Wolf*, TPN 70 (6. Sept. 51 n. Chr.), TPN 71 (6./7. Sept. 51 n. Chr.); s. *Camodeca*, Tabulae (1999) I 188–190. *Wolf*, TPN 72 (Mai 53) S. *Wolf*, Rechtsurkunden (2010) 107; *Camodeca*, Tabulae (1999) I 196; *Verhagen*, TR 79 (2011) 37 Fn. 139.

[343] *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 137. Schwankend *Kaser*, RP I 471 mit Fn. 11; *Kaser/Knütel/Lohsse* 188 Rz. 34 [„muß"]; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 115 Fn. 302 („üblich"). A. A. *Romeo*, Polis 2 (2006) 221, 222, 224, 225 (für Pfandrecht und *fiducia*).

[344] Alex. C. 8.29.1 (a.222); eod. 3 (a.223); Gord. C. 8.27.7 (a.238); Gord. C. 8.29.4 (a.240); Diocl./Max. C. 8.29.5 (a.294); s. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 152–160; *Klingenberg*, SZ 109 (1992) 400–402.

[345] Paul. sent.2.5.1; IP 2.5.1, *Kaser*, RP I 471 Fn. 11; II 319 mit Fn. 5; *Kaser/Knütel/Lohsse* 188 Rz. 34; *Liebs*, Africa (2005) 121 f.

[346] C. 8.33.3.1 (a.530); *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 139–144; *Kaser*, RP II 319, 321. Was, wie es scheint, nicht ohne Vorbild ist; s. Paul. off. praef. vig. sing. D. 19.2.56 (zweijährige Wartefrist beim Vermieterpfandrecht); *Frier*, Landlords (1980) 133 f.

[347] Paul. 4 quaest. D. 36.1.61 pr.; Ulp. 35 ed. D. 27.9.7.3; Tryph. 7 disp. D. 41.1.63.4; Alex. C. 8.33.1 (a.224); Gord. eod. 2 (a.238) und schließlich Just. eod. 3 (a.530) mit ‚tief ins Detail gehenden' Regelungen: *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 139; *Kaser*, RP II 320 f.

[348] Ulp. 40 Sab. D. 13.7.1 pr.

[349] Iul. 11 dig. D. 13.7.28 pr.; Afr. 4 quaest. D. 16.1.17.1; Pap. 7 resp. D. 33.10.9.2; Ulp. 37 ed. D. 9.4.36.

[350] ~~Ulp. 40 Sab. D. 13.7.1.1; ein Fall, zu dem sich schon Sabinus geäußert hat; Ulp. 11 ed. D. 13.7.3~~ pr.; Paul. 9 Sab. D. 47.2.20 pr.

übereinkunft entsteht, sind die weiteren in der Formel der *actio Serviana* genannten Voraussetzungen erfüllt (→ Rn. 25), das Pfandrecht, unabhängig davon, ob die Sache übergeben worden ist oder nicht. Des Weiteren bestimmt sich der Rang der Pfandrechte (→ Rn. 74) nach der Priorität der Pfandübereinkunft und nicht nach jener der Übergabe.[351] Und doch trifft Ulpian, angeregt durch jene gajanische Etymologie (→ Rn. 19), eine Unterscheidung zwischen übergebenem und nicht übergebenem Pfand: jenes werde eigentlich mit dem Wort *pignus* bezeichnet, dieses eigentlich mit dem Wort *hypotheca*.[352] So unterscheidet auch Marcian,[353] dessen bekannter Ausspruch *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*[354] (Vortrag einer nur phonetischen, nicht aber semantischen Differenz) sich auf jene für das Pfandrecht essentiellen Aspekte beschränkt (Pfandrechtsbegründung, Rang)[355] und für semantische Differenz Raum lässt, was akzidentelle Aspekte angeht.[356]

An dieser Stelle rückt die schuldrechtliche Pfandklage (*actio pigneraticia*) in den **68**
Blick. Ein Gläubiger, der die Sache übergeben erhalten hat, haftet dem Schuldner aus der ediktalen *actio pigneraticia* mit *formula in factum concepta* (→ § 87 Rn. 9–11) unter den dort genannten Voraussetzungen auf Rückgabe; insofern besteht eine Realobligation.[357] Die Übergabeabhängigkeit der Realobligation aus der schuldrechtlichen Pfandklage (ediktale *actio pigneraticia* mit *formula in factum concepta*) lässt Ulpians Unterscheidung als hinreichend veranlasst erscheinen (vgl. → Rn. 19). Nur das übergebene und daher der Realobligation unterliegende Pfand ist *pignus* im eigentlichen Sinn, während das nicht übergebene außerhalb der Realobligation verbleibende im eigentlichen Sinn *hypotheca* ist.

Der Raum, den das Wort *pignus* auf seinem semantischen Rückzug (→ Rn. 19) **69**
freigibt (nicht übergebenes Pfand), wird durch das Wort *hypotheca* besetzt. Dies mochte umso leichter fallen, als es bei seinem erstmaligen Auftreten (→ Rn. 16) zufällig nicht

---

[351] Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.10.

[352] Ulp. 28 ed. D. 13.7.9.2 *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem*; s. Quint. inst. 8,2,8, *Schanbacher*, SZ 137 (2020) 461 Fn. 1. Schwierigkeiten macht seit jeher das Wort *nec* (auch nicht). Gemeint ist, dass der Gläubiger weder die fragliche Sache selbst noch (wie sonst → Rn. 29) den Interdiktenbesitz erlangt. Ergänzungen (*Lenel*, SZ 3 [1882] 106; *Miquel*, AHDE 29 [1959] 232 ⟨*nec proprietas*⟩; *Kreller*, SZ 62 [1942] 160 f. ⟨*fiduciam, quae mancipio datur creditori*⟩ ⟨*nec dominium ex iure Quiritium*⟩; *Krämer*, Pfandrecht (2007) 27–29 ⟨*fiduciam, quae mancipatur aut in iure ceditur*⟩ ⟨*nec dominium*⟩; s. a. *Erman*, Mél. Girard I 449 Erwähnung der *fiducia*) erübrigen sich. So im Erg. schon *Frezza*, Garanzie II (1963) 8 Fn. 2 („L'integrazione … appesantisce senza necessità la frase"). Anders *Marci.* form. hyp. sing. D. 41.2.37, der auch mit der *hypotheca* einen Übergang des Interdiktenbesitzes verbindet; *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 67 Fn. 67.

[353] S. nur Marci. form. hyp. sing. D. 20.5.7 pr.

[354] Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.5.1.

[355] Inst. 4.6.7 *quantum ad actionem hypothecariam.*

[356] Inst. 4.6.7 *sed in aliis differentia est. Schanbacher*, in: Lamberti et al., Culture Straniere (2015) 54 f.

[357] Gai. 2 aur. D. 44.7.1.6; Inst. 3.14.4.

übergebene Pfänder, nämlich jene Liegenschaften des Philocles aus Alabanda, bezeichnet. So bedeutete *hypotheca* einerseits ‚nicht übergebenes Pfand'. Des Weiteren bedeutete das Wort *hypotheca* ‚Verfalls- und Ersatzpfandrecht' (→ Rn. 16). In der zweiten Bedeutung wird das Wort *hypotheca* von der Pfandrechtsdoktrin der *veteres* aufgegriffen, in der ersten von der Doktrin seit Gaius. Die Pfandrechtsdoktrin der *veteres* zieht das Wort *hypotheca* unter dem Blickwinkel des Pfandrechtsinhalts heran, die Doktrin seit Gaius unter dem Blickwinkel der Pfandrechtsbegründung.

70 Überaus häufig werden in den Quellen die Worte *pignus* und *hypotheca* zusammengestellt.[358] Was damit ausgedrückt werden soll, hängt davon ab, wer spricht.[359] Juristische Darlegungen gebrauchen die Worte *pignus* und *hypotheca* oft im eigentlichen Sinn und verbinden demgemäß mit der Zusammenstellung der Worte die Alternative übergebenes/nicht übergebenes Pfand.[360]

71 Pfandverträge über Liegenschaften, die, wie es scheint, auf ein reichseinheitliches Formular zurückgreifen, nehmen hingegen mit der Zusammenstellung von *pignus* und *hypotheca* das jeweils geltende Ortsrecht in Bezug (Ortsrechtsklausel). Nach römischem internationalen Privatrecht[361] ist das Ortsrecht bestimmend für den Pfandrechtsinhalt, während sich die Pfandrechtsbegründung sowie der Untergang des Pfandrechts nach *ius gentium* richten, das sich mittels der Formel der *actio Serviana* (→ Rn. 25) in den Edikten der Prätoren und im Provinzialedikt darstellt.[362] In freien Städten (*civitates liberae*) bestimmt allerdings das Ortsrecht die Pfandrechte in jeder Hinsicht, auch ihrem Inhalt nach.[363]

---

[358] *Erman*, Mél.Girard I 419–455.

[359] Dass *pignus* das römische, *hypotheca* das griechische Pfandrecht meine (*Erman*, Mél.Girard I 419–455) läßt sich so allgemein nicht sagen. Entgegen Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.5.1 etwa in der Erman'schen Deutung (‚Marcians Rechtsangleichungsgedanke' 446) divergieren römisches und griechisches Pfandrecht der Zeit (Verkaufspfandrecht; Verfalls- und Ersatzpfandrecht).

[360] S. etwa Marci. form. hyp. sing. D. 20.5.7 pr. a. E. *sed quod Iulianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est.* Nach *Erman*, Mél. Girard I 445 stellt Marcian hier römisches und griechisches Pfandrecht nebeneinander (s. jedoch oben Fn. 359). Oder Ulp. 20 Sab. D. 32.73.2 *Eos vero, quos quis pignori hypothecaeve dedit, sine dubio inter suos legasse videbitur debitor.* Nach *Erman*, Mél. Girard I 451 f. unterscheidet Ulpian hier römisches und griechisches Pfandrecht (s. jedoch oben Fn. 359). Im Falle eines griechischen Verfalls- und Ersatzpfandrechts hätte sich jedoch die Gültigkeit eines Vermächtnisses des Gläubigers nicht schlechthin verneinen lassen; s. jed. Ulp. cit. *creditor nequaquam* und vgl. Scaev. 16 dig. D. 32.101 pr.

[361] Existenz bestritten; s. *Schanbacher*, TR 70 (2002) 262 Fn. 82. Vgl.auch *Erman*, Mél. Girard I 440 Fn. 3 (keine Rücksichtnahme seitens der Klassiker auf die Rechtsverhältnisse der Nichtbürger); desweiteren *Schanbacher*, in: Jung/Baldus, Differenzierte Integration (2007) 27–47.

[362] *Schanbacher*, in: Jung/Baldus, Differenzierte Integration (2007) 27–37. BGU III 741 (Fayum; 143/4 n.Chr.); *Mitteis*, Chrest. Nr. 244, S. 276 f.; FIRA III 119 S. 383–387 (Pfandrecht an einer Liegenschaft in Ägypten); Scaev. 7 dig. D. 18.1.18 pr. (Pfandrechte an Liegenschaften in Ägypten?); Scaev. 16 dig. D. 32.101 pr. (Pfandrechte an Liegenschaften in Syrien). – Schon *Erman*, Mél. Girard I 436–442 hat das Spannungsverhältnis von lex rei sitae und *ius gentium* gesehen (bes. 439 f.), es jedoch insgesamt zugunsten des *ius gentium* gelöst (442).

[363] *Schanbacher*, in: Jung/Baldus, Differenzierte Integration (2007) 38–46. Cic. Flacc. 51 (griechisches Sicherungseigentum); Cic. fam. 13,56,2 (griechische Hypotheken).

Juristische Darlegungen zitieren gelegentlich aus Pfandverträgen; dann handelt es sich um die Ortsrechtsklausel (→ Rn. 71).[364] Besonders liegt der Fall Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.1. Scaevola zitiert aus dem Callimachosdarlehen: *sub pignoribus et hypothecis*. Die Worte *pignus* und *hypotheca* meinen Verschiedenes,[365] nämlich Verkaufspfänder einerseits (die in Brundisium einzukaufenden und nach Berytus zu führenden Waren), Verfalls- und Ersatzpfänder andererseits (die in Berytus einzukaufenden und nach Brundisium zu führenden). Einerseits wird auf römisch-italisches, andererseits auf syrisches Ortsrecht Bezug genommen.[366] Die Verwendung der Ortsrechtsklausel bei der Verpfändung beweglicher Sachen in diesem Fall zeigt, dass die Maßgeblichkeit des Lageortsrechts inzwischen auch für bewegliche Sachen Geltung beansprucht. – Gelegentlich scheinen die Worte der Ortsrechtsklausel von fremder Hand in juristische Darlegungen eingestreut worden zu sein.[367] Die Erstreckung des römischen Bürgerrechts auf fast alle Reichsbewohner durch die *constitutio Antoniniana* 212 n. Chr.[368] ändert an der Maßgeblichkeit des Ortsrechts nichts.[369] Denn inzwischen hat sich der Zivilrechtsbegriff insofern von der Person gelöst und mit der Sache verbunden.[370] So verwundert es nicht, dass die Ortsrechtsklausel weiterhin begegnet.[371] 72

VIII. Pfandrechtsmehrheiten

Hand in Hand mit der Ausbildung des Verkaufspfandrechts (→ Rn. 59–62) erfolgt nunmehr die Zulassung von Pfandrechtsmehrheiten. Marcell. 19 dig. D. 44.2.19[372] ist das erste Zeugnis für eine Mehrheit von Pfandrechten an derselben Sache.[373] Einem zweiten Gläubiger wird ungeachtet der vorhergegangenen anderweitigen Verpfändung 73

[364] Scaev. 7 dig. D. 18.1.81 pr.; Scaev. 19 dig. D. 32.38 pr.

[365] A. A. *Erman*, Mél. Girard I 437, 447; *Lübtow*, FS Kaser (1976) 338; *Schuster*, Seedarlehen (2005) 194 (dasselbe).

[366] Beryt war römische Kolonie mit *ius Italicum*; Ulp. 1 cens. D. 50.15.1 pr.; Paul. 2 cens. eod. 8.3; *v.Premerstein*, s. v. Ius Italicum, RE X.1, Sp. 1293. 9–15; 49–54. Dort war quiritisches Grundeigentum möglich; *v.Premerstein* Sp. 1242. 6–9; 1243. 53–68; 1244.1–23; *Kaser*, RP I 214. Es galt das Recht der *exceptio annalis Italici contractus* (→ Rn. 58). Ob dort italisches Recht schlechthin gelten sollte (vgl. *v.Premerstein* Sp. 1242.14–21, 1244.42–46 „verlockend", „am einfachsten"), ist zweifelhaft. Die Verwendung der Ortsrechtsklausel im Fall des Callimachosdarlehens spricht dagegen.

[367] Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.15.2 *ut sit pignori sive hypothecae id quod pluris est* (Glosse; *P.Krüger*, ed.minor).

[368] Pap. Giss. 40 I; s. *Kaser*, RP I 218–220; *Wolff*, Recht I 122–148.

[369] *Mitteis*, Grundzüge 130; *Erman*, Mél. Girard I 440 Fn. 1, 452.

[370] *Schanbacher*, in: Jung/Baldus, Differenzierte Integration (2007) 36.

[371] Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.8; D. 22.3.23; die Pfandrechtsmonographie Marcians ist nach 217 n. Chr. entstanden (*Liebs*, HLL IV 203; *Liebs*, SZ 128 [2011] 49, 50, 52, 56); Gord. C. 4.24.7 pr. (a.241); Diocl./Max. C. 8.34.2 (a.293).

[372] Die Digesten des Marcellus sind in den 160er Jahren entstanden; *Liebs*, HLL IV 111.

[373] *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 29 mit Fn. 109, 37.

der Sache die *actio Serviana* zugesprochen. Vordem wäre seine Klage am Mangel des *in bonis esse* gescheitert. Bereits pfandverhaftete Sachen galten nämlich als nicht mehr *in bonis* des Schuldners (negativer Gehalt des *in bonis esse*-Begriffes) (→ Rn. 47). Das ist nunmehr anders; *in bonis esse* verlangt nicht mehr die Pfandfreiheit der Sache.

74 In der Folgezeit wird das Zusammenspiel mehrerer Pfandrechte durch die Doktrin und das Kaiserrecht näher ausgestaltet, während die Verpfändungspraxis eher hinterherhinkt.[374] Indem nunmehr mehrere Pfandrechte an einer Sache bestehen können, stellt sich die Frage des Ranges. Verschaffte vordem die frühere Begründung eines Pfandrechts, jedenfalls wenn die zu sichernde Forderung bestand,[375] gegebenenfalls auch ohne dies,[376] die ein später begründetes Pfandrecht verdrängende Existenz, so verschafft jetzt die frühere Begründung[377] eines Pfandrechts, jedenfalls wenn die zu sichernde Forderung besteht,[378] gegebenenfalls auch ohne dies,[379] vor später begründeten Pfandrechten den Vorrang (*prior tempore potior iure*),[380] es sei denn, diesen steht ein Rangprivileg zu, etwa wegen sog. *versio in rem*.[381] Im Einzelfall kann die Pfandrechtsbegründung auf den späteren Zeitpunkt der Darlehensvalutierung verlegt sein.[382]

75 Die zusätzliche Forderungsabhängigkeit des begründungsgestützten Ranges kann zu Rangspaltungen führen.[383] Das Verkaufsrecht, das sich vordem mit dem alleinigen

---

[374] S. Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.8 (aufschiebend bedingte Nachverpfändung); Paul. 25 quaest. D. 22.2.6 und Tryph. 8 disp. D. 20.4.20 (Überschußverpfändung).

[375] Afr. 8 quaest. D. 20.4.9.3; Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11.2. Vgl. Afr. 8 quaest. D. 20.4.9.1 a. E. und Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11 pr. (Nichtentstehung des erstbegründeten Pfandrechts aufgrund Verspätung der zu sichernden Forderung).

[376] Afr. 8 quaest. D. 20.4.9 pr.–2; Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11.1 (Entstehung des erstbegründeten Pfandrechts trotz Verspätung der zu sichernden Forderung).

[377] Nicht: Entstehung, wie jedoch vielfach gesagt wird; s. u.a. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 411–416 (‚Altersvorzug der Pfandrechte'); *Kaser*, RP I 468; II 318; *Wacke*, JA 1981, 95 f.; *Potjewijd*, Beschikkingsbevoegdheid (1998) 67 f.; *Kaser/Knütel/Lohsse* 186 f., Rz 26. Anders schon *Windscheid/Kipp* I 1229–1234. Paul. 14 Plaut. D. 20.1.14 zufolge ordnen sich konvaleszierte Pfandrechte untereinander nicht etwa nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung (was Gleichrang bedeuten würde), sondern nach den Zeiten ihrer Begründung (was zum Vorrang des zuerst begründeten Pfandrechts führt); *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 150–154, 210 f.

[378] Diocl./Max. C. 8.17.8 (a.293).

[379] Scaev. 1 resp. D. 20.4.18 (später anfallende Zinsen); Pap. 8 quaest. D. 20.4.1 pr. (Teilmitgiftrückerstattungsforderung).

[380] Pap. 11 resp. D. 20.4.3 pr.; Ant. C. 8.17.2 (a.212); Ant. eod. 3 (a.213); Val./Gall. C. 8.17.6 (a.260); Diocl./Max. C. 8.17.7 (a.293); sog. Prioritätsprinzip. Das Prioritätsprinzip hat schon bei Julian seine vollkommene und dann fortwirkende Ausprägung erlangt. Priorität ist nach Julian determinierter zeitlicher Vorprung in der Begründung des Rechts; Afr. 8 quaest. D. 20.4.9.3; s. desweiteren Iul./Ulp. 16 ed. D. 6.2.9.4; *Schanbacher*, Gnomon 69 (1997) 138 f.

[381] Ulp. 3 disp. D. 20.4.5 u. a.; s. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 427–435; *Kaser*, RP I 463; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 108–112, 207 f.

[382] Paul. 5 resp. D. 20.3.4.

[383] Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.3 (Gläubiger A kreditiert 2mal, einmal vor, einmal nach

Pfandrecht verband, verbindet sich jetzt mit dem erstrangigen Pfandrecht.[384] Im Hinblick auf das Verkaufsrecht wird im Spiel der Aktionen, Exzeptionen und Replikationen dafür gesorgt, dass die Pfandsache beim Gläubiger des erstrangigen Pfandrechts bleibt oder dorthin gelangt. Zwei Gläubigern ist zu verschiedenen Zeiten dieselbe Sache verpfändet worden. Gegen eine Klage des zweiten Gläubigers verteidigt sich der erste mit der Prioritätseinrede.[385] Gegen eine Klage des ersten Gläubigers wird sich der zweite mit der Pfandeinrede zu verteidigen suchen; doch wird sich der erste dagegen mit der Prioritätsreplikation durchsetzen.[386] Einem Dritten kann auch der zweite Gläubiger die Sache abfordern, aber nur, um sie hernach dem ersten zu überlassen.[387] Mit dem Pfandverkauf (→ Rn. 64–66) verwirklicht sich das Pfandrecht des betreibenden Gläubigers; nachrangige Pfandrechte entfallen, soweit es um die Sache geht.[388]

Der den Pfandverkauf betreibende Gläubiger verrechnet den erzielten Kaufpreis auf seine Forderung; ein Überschuss steht dem nachrangigen Gläubiger jetzt ohne Weiteres zu,[389] der ihn mit seiner Forderung verrechnet.[390] Der Zugriff auf den Überschuss wird, wie vordem nach eigener Überschussverpfändung (→ Rn. 49), mittels einer *actio pigneraticia utilis* erfolgt sein (→ Rn. 49). Unter Gläubigern gleichrangiger Pfandrechte wird der Kaufpreis proportional geteilt.[391] Im Einverständnis eines ersten Gläubigers in **76**

Gläubiger B); Pap. 11 resp./Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.5 (Gläubiger A mit 1. Rang wegen der novierten Erstschuld und 3.Rang wegen eines dritten Darlehens nach Gläubiger B mit 2. Rang wegen des zweiten Darlehens); Tryph. 8 disp. D. 20.4.20 (Gläubiger A mit 1. Rang wegen eines ersten Darlehens und 3. Rang wegen eines dritten Darlehens nach Gläubiger B mit 2. Rang wegen eines zweiten Darlehens); im Fall Pap. 8 quaest. D. 20.4.1 pr. schiebt sich das Kriterium der Gläubigerbindung vor die ansonsten eintretende Rangspaltung. *Schanbacher*, SZ 114 (1997) 248–256.

[384] Pap. 26 quaest. D. 20.5.1; Pap. 11 resp./Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.5; Marci. form. hyp. sing. D. 20.5.5 pr.; Val./Gall. C. 8.17.6 (a.260); Diocl./Max. C. 8.17.8 (a.293). Abweichend Ulp. 3 off. cons. D. 42.1.12.5 (Pfändungspfandrecht).

[385] Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12 pr. Der Prioritätsbeweis obliegt nach der Regel (Cels. 1 dig. D. 22.3.9) dem Beklagten. A. A. *Wacke*, TR 37 (1969) 395–414 (dem Kläger); zust. *Verhagen*, Ess. Winkel II 983; krit. *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 298 Fn. 69. Verpfändungsurkunden pflegen Jahr und Tag der Verpfändung anzugeben; vgl. etwa *Wolf*, TPN 40.1.2/3 (3. März 49 n. Chr.); Scaev. 27 dig. D. 20.1.34.1. Eine Verpfändung zu erdichten oder vorzudatieren, ist *crimen falsi*; Mod. 4 resp. D. 48.10.28; Phil. C. 9.34.4 (a.244); *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 417 Fn. 2. Später wird an öffentlich beurkundete oder hinreichend bezeugte Verpfändungen ein Rangprivileg geknüpft: Leo I. C. 8.17.11.1 (a.472); *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 418–425; *Kaser*, RP II 80 Fn. 57, 318 Fn. 35.

[386] Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12 pr.

[387] Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12 pr.

[388] Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.7; Alex. C. 8.19.1 pr. (a.230); Val./Gall. C. 8.17.6 (a.260); Diocl./Max. C. 4.10.6 (a.293); Diocl./Max.eod. 7.1 (a.293); *Kaser*, RP I 467 mit Fn. 50 (erlöschen); *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 299 Fn. 72 (299 f.) [*exceptio*]. Abw. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 227 f.; *Wagner*, Generalverpfändung (1968) 94 Fn. 586 (nur relative Erledigung der nachrangigen Pfandrechte).

[389] Pap. 11 resp. D. 46.3.96.3 *superfluum pignorum obligari placuit* (Glosse; *Mommsen* ad h. l.).

[390] Pap. 11 resp. D. 46.3.96.3; Pap. 11 resp./Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.5; Tryph. 8 disp. D. 20.4.20.

[391] Pap. 11 resp. D. 46.3.96.3; Marci. form. hyp. sing. D. 20.1.16.8; Paul. 29 ed. D. 13.7.20.1; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 68–71, 204.

eine zweite Verpfändung kann ein Pfandverzicht oder eine Rangzession liegen; was vorliegt, hängt vom Einzelfall ab.[392] Stimmt ein erster Gläubiger einer dritten Verpfändung zu, wird ein Pfandverzicht angenommen, eine Rangzession verneint.[393] Auszuschließen[394] ist eine solche jedoch nicht. Allerdings kann es auf diese Weise zu relativen Rangverhältnissen kommen.

77 Ein nachrangiger Gläubiger mag ein Interesse daran haben, den Pfandverkauf selbst in die Hand zu nehmen. Um an das Verkaufsrecht zu gelangen, eröffnen sich ihm zwei Wege. Einer dieser Wege ist im Pfandrechtssystem vorgezeichnet, der andere nicht. Der im Pfandrechtssystem vorgezeichnete Weg besteht darin, durch Zahlung auf die Forderung des ersten Gläubigers (*debitum*) diese mitsamt ihrem Pfandrecht zum Wegfall zu bringen, um dann mit dem eigenen Pfandrecht in den ersten Rang einzurücken (*confirmari*).[395] Man muss allerdings mit seinem Pfandrecht bereits im zweiten Rang stehen, um auf diese Weise an den ersten Rang und das Verkaufsrecht zu gelangen; ansonsten gilt es zudem die Forderungen der Gläubiger mit Zwischenrang zu tilgen. Ein nachrangiger Gläubiger übernimmt so den ersten Rang und das Verkaufsrecht für sein Pfandrecht; wegen seiner Regressforderung gegen den befreiten Schuldner[396] bleibt er ungesichert.[397]

78 Angesichts dieser Nachteile eröffnet sich für nachrangige Gläubiger ein weiterer nicht im Pfandrechtssystem vorgezeichneter Weg, der darin besteht, durch Ablösungszahlung oder auch schon das bloße Anerbieten an den ersten Gläubiger dessen Forderung samt erstrangigem Pfandrecht zu übernehmen (*succedere in locum* o. ä.).[398] Die

---

[392] Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.4.

[393] Paul. 5 resp. D. 20.6.12 pr.

[394] *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 475–479.

[395] Sev./Ant. C. 8.17.1 (a.197); Alex. eod. 5 (a.233); Gord. C. 8.26.1.3 (a.239); Diocl./Max. C. 8.13.22 (a.294); Diocl./Max. C. 8.19.3 (a.294). Die Absicht eines Beteiligten, sein Pfandrecht zu erhalten (Mod.8 reg. D. 20.5.6 *servari*) oder zu bekräftigen (Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.12 *confirmari*) verlegt nicht den zweiten Weg (sogl.).

[396] Aus Geschäftsführung ohne Auftrag: Sev./Ant. C. 2.18.3 (a.199). Eine solche scheidet aus, wird der zweite Weg (sogl.) gewählt; Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.6 (Eigengeschäft).

[397] Die o. g. (Fn. 395) Quellen gehören nicht zum sog. *ius offerendi et succedendi* (zweiter Weg, wozu im folgenden), wohin sie allerdings herkömmlich gerechnet werden; s. nur zu Sev./Ant. C. 8.17.1 (a.197) *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 507 Fn. 16, 519, 522, 526 Fn. 4; *Windscheid/Kipp* I 1176 Fn. 12; *Tondo*, Convalida (1959) 163 Fn. 1; *Miquel*, AHDE 29 (1959) 302; *Frezza*, Garanzie II (1963) 300; *Kaser*, Ausgew. Schr. II 175 Fn. 22, 187 Fn. 67, 190 Fn. 77–81, 190 f.; *Wacke*, FS Kaser (1976) 528 Fn. 148; *Emunds*, Drittleistung (2007) 103 mit Fn. 58; *Emunds/Harke*, in: Harke, Pfandrecht (2015) 15–38; *Siklsi*, Pocta Blahovi (2019) 285 mit Fn. 7, 289–291.

[398] Pap. 11 resp. D. 20.4.3 pr./ Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.5; Pap. 11 resp./Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.9; Marci. form. hyp. sing. D. 20.5.5 pr.; Sev./Ant. C. 8.18.1 (a.209); Diocl./Max. C. 8.18.4 (a.286). – Von diesem Vorgehen (der Ausübung des sog. *ius offerendi et succedendi*) ist die ‚hypothekarische Sukzession' im Sinne Aristos bei Paul. 3 quaest. D. 20.3.3 zu unterscheiden; *Schanbacher*, TR 84 (2016) 149–164. Anders *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 490–534 (mit einem weitergehenden Begriff der hypothekarischen Sukzession).

Zahlung erfolgt dabei gerade nicht auf die Forderung des ersten Gläubigers, vielmehr ablösungshalber. Es fällt auf, dass die Quellen in diesem Zusammenhang jeden Anklang an einen Bezug der Zahlung auf die Forderung des ersten Gläubigers vermeiden (*pecunia*; *summa*; *quantitas*).[399]

Läuft die Zahlung über den Schuldner, wird ein Bezug auf die Forderung des ersten Gläubigers dadurch ausgeschlossen, dass man bestimmt, der Gläubiger solle in die Stelle des ersten Gläubigers eintreten.[400] So bleiben Forderung und Pfandrecht des ersten Gläubigers erhalten, um auf den ablösenden Gläubiger überzugehen, dem am Ende zwei Forderungen und zwei Pfandrechte zustehen, von denen nach wie vor das eine den ersten, das andere den bisherigen Rang innehat.

Worin das sog. *ius offerendi et succedendi* eigentlich besteht, ist allerdings seit langem kontrovers.[401] Die Fortexistenz der Forderung des ersten Gläubigers belegt Marcian form. hyp. sing. D. 20.4.12.6, die Fortexistenz des Pfandrechts Marcian form. hyp. sing. D. 20.4.12.9. **79**

Auf diesem Weg werden die Nachteile des vorgenannten Weges (→ Rn. 77) vermieden. Der Ablösungsbetrag braucht den Betrag der Forderung des ersten Gläubigers nicht zu erreichen; soweit er dahinter zurückbleibt, teilt sich der erste Rang.[402] Ein dritter Gläubiger braucht nicht auch an einen zweiten zu zahlen, um an den ersten Rang **80**

---

[399] Pap. 2 resp. D. 20.5.2; Pap. 3 resp. D. 20.5.3 pr.; Pap. 11 resp. D. 20.4.3.1; Pap. 11 resp./Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.5,9; Marci. form. hyp. sing. D. 20.5.5 pr. (*Kaser*, Ausgew. Schr. II 189 Fn. 75 will den – bewusst unterlassenen – Bezug hineinlesen); Paul. 3 quaest. D. 20.4.16; Mod. 8 reg. D. 20.5.6; Tryph. 8 disp. D. 20.4.20; Sev./Ant. C. 8.18.1 (a.209); Diocl./Max. C. 8.17.8 (a.293); Paul. sent.2.13.8. Allein der Zahlungsbegriff (*solutio*) beinhaltet die Tilgung (*Emunds*, Solvendo quisque 103 f.) noch nicht: Gord. C. 8.42.5 (a.238) *licet solutione ab alio facta nomine debitoris* (!) *evanescere soleat obligatio. Dimittere* (Paul. 3 quaest. D. 20.4.16; Paul. sent.2.13.8) verwenden auch Pap. 26 quaest. D. 20.5.1 und Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.12 sowie Alex. C. 8.18.3 (a.224). Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11.4 (*Pellecchi*, SZ 125 [2008] 296) ist hier völlig deplaziert. Gaius kennt schon keine Pfandrechtsmehrheiten (→ Rn. 47, 73).

[400] Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.8; Sev./Ant. C. 8.18.1 pr. (a.209).

[401] Resignierend *Windscheid/Kipp* I 1177 Fn. 16 (1178 f.); zurückhaltend *Rabel*, Grundzüge 165 („quellenmäßig gar nicht lösbar"). Das Meinungsbild ist chaotisch. Vgl. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 518–539 (Erstreckung der Pfandhaftung auf den Ablösungsbetrag als Verwendung; Forderungsergänzung) [abl. *Windscheid/Kipp* I 1177 Fn. 16 f.]; *Windscheid/Kipp* I 1175 f. (Übernahme nur des Pfandrechts, das jetzt eine Forderung des Gläubigers aus Geschäftsführung ohne Auftrag sichert; Forderungsauswechselung); *Schulz*, SZ 27 (1906) 104–108 (anfangs bloßes Aufrücken, später Mithaftung des Pfandes für den Ablösungsbetrag); *Miquel*, AHDE 29 (1959) 302 f. (‚Ausdehnung' des zweiten Pfandrechts); *Emunds/Harke*, in: Harke, Pfandrecht (2015) 15–38 (Erweiterung der bestehenden Pfandhaftung); *Kaser*, Ausgew. Schr. II, 187–191; RP I 467, 468 (vgl. *Wacke*, FS Kaser 1976, 527–529) [Befriedigungsrecht im Rang des abgelösten Pfandrechts]; *Wacke*, SZ 115 (1998) 191 Fn. 95 („unklare Vorstellungen … aufgrund der nicht eindeutigen Quellenlage"); *Wacke*, OIR 6 (2000) 225 („Die Konstruktionsfrage des ius offerendi et succedendi lassen die römischen Quellen offen"). Dass Forderung und Pfandrecht des ersten Gläubigers von dem ablösenden Gläubiger übernommen werden, entspricht einer bereits alten Lehre; s. *Glück*, Pand. XIX.2 351 f.

[402] Paul. 3 quaest. D. 20.4.16.

und das Verkaufsrecht zu kommen.[403] Der Gläubiger ist wegen der übernommenen Forderung des ersten Gläubigers durch dessen mitübernommenes Pfandrecht gesichert. Diese Lösung ist aus dem Pfandrechtssystem nicht ableitbar; sie ist eine eigenwillige Schöpfung des Kaiserrechts.[404] Der die Vorgaben der Pfandübereinkunft einhaltende Pfandverkauf durch den ersten Gläubiger beendet das Ablösungsrecht,[405] ein Verkauf des Pfandes durch den Schuldner lässt es bestehen,[406] wie auch ein Verkauf (des Pfandrechts) durch den Gläubiger an einen Bürgen (→ Rn. 81).[407]

IX. Das Pfandrecht als Regressmittel

81 Ein Gläubiger, der wegen seiner Forderung sowohl durch eine Bürgschaft als auch durch ein Pfandrecht gesichert ist, kann wählen, ob er den Bürgen in Anspruch nimmt oder das Pfand verwertet.[408] Nimmt er den Bürgen in Anspruch, muss er ihm das Pfandrecht übertragen, allerdings nicht ehe ‚alle Pfandschuld' (*omne debitum*) beglichen ist.[409] Der Bürge übernimmt auch die Forderung des Gläubigers.[410] Forderung

---

[403] Pap. 11 resp./Marci. form. hyp. sing. D. 20.4.12.9; Marci. form. hyp. sing. eod. 12.8; Paul. 5 resp. D. 20.6.12 pr.; Paul. 3 quaest. D. 20.4.16. Im Fall Diocl./Max. C. 8.18.4 (a.286) löst Gläubiger C das Pfandrecht von Gläubiger B ab, der soeben das Pfandrecht von Gläubiger A ablöst (‚Kettenablösung'). Die divergierende Textüberlieferung (offerendi C; offerenti R) ist nicht alternativ, sondern kumulativ aufzulösen, *tibi secundo creditori offerenti offerendi pecuniam potestas* etc.

[404] Sev./Ant. C. 8.18.1 (a.209); Tryph. 4 disp. D. 49.15.12.12. Schon *Schulz*, SZ 27 (1906) 108 ahnte den kaiserrechtlichen Eingriff. Skeptisch *Kaser*, Ausgew. Schr. II, 190 f., verneinend *ders.* RP I 467 Fn. 49. A. A. *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 519 f. (pfandvertraglicher Ursprung) oder *Miquel*, AHDE 29 (1959) 302 (Erfindung Julians).

[405] Pap. 3 resp. D. 20.5.3 pr. Ein Pfandverkauf an einen zweiten Gläubiger wird jedoch als Ausübung des *ius offerendi et succedendi* gedeutet; Mod. 8 reg. D. 20.5.6. Anders *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 303 Fn. 82 („vendita effettiva").

[406] Pap. 3 resp. D. 20.5.3.1; s. desweiteren Paul. 6 resp. D. 20.4.17; Alex. C. 8.18.3 (a.224); *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 300 Fn. 73. Sev./Ant. C. 8.18.1 (a.209) [*Pellecchi* a. O.] gehört zum *ius offerendi et succedendi* (→ Rn. 78).

[407] Pap. 2 resp. D. 20.5.2.

[408] Sev./Ant. C. 8.40.2 pr. (a.207).

[409] Sev./Ant. C. 8.40.2.1 (a.207). S. desweiteren Alex. eod. 11.1 (a.229), Diocl./Max. eod. 21 (a.293). Novell. Iust. 4.1 a. E. (a.535) scheint demgegenüber einen Vonselbstübergang der gegen den Schuldner gerichteten Klagen vorzusehen. Für Anspruch auf Abtretung jedoch Dernburg, Pfandrecht II (1864) 367; *Windscheid/Kipp* II 1105 mit Fn. 8, 1106 mit Fn. 10; *Kaser*, RP II 460 mit Fn. 23; *Zimmermann*, Law of Obligations (1990) 136; *Dieckmann*, Derivativregreß (2003) 54; *Kaser/Knütel/Lohsse* 341 f. Rz. 22. Es kommt gelegentlich vor, dass zuviel beglichen und übertragen wird: Pap. 3 resp. D. 3.5.31 pr. (*negotiorum gestio*); vgl. unlängst *Sturm*, SZ 128 (2011) 542–544. – Auch sonstige Drittzahler können auf einer Übertragung des Pfandrechts bestehen; Ant. C. 7.73.3 (a.213); Val./Gall. eod. 7 (a.259).

[410] Iul. 89 dig. D. 46.1.17; Paul. 14 Plaut. eod. 36; Gord. C. 8.40.14.1 (a.239) [und mit ihr das Pfandrecht]. Weitergehend *Emunds*, Drittleistung (2007) 75 (muss sie übernehmen). Einschränkend

und Pfandrecht bilden die Grundlage seines Regresses gegen den Schuldner. Sie dürfen daher nicht im Zuge der Bürgenzahlung untergehen. Ihr Bestand wird gefährdet durch einen Bezug der Bürgenzahlung auf die Forderung, aber auch durch einen Verkauf des Pfandes selbst. Ihr Erhalt wird gesichert zunächst durch einen Zwang zum Forderungsverkauf,[411] der später abgelöst wird durch die schlichte Fiktion eines Forderungskaufs,[412] und durch die zwingende und gleichwohl im Wege der *interpretatio* gewonnene Annahme eines Verkaufs des Pfandrechts.[413]

X. Außervertragliche Pfandrechte

Neben das durch Pfandübereinkunft[414] begründete Pfandrecht (→ Rn. 1–81) tre- **82**
ten[415] das Pfandrecht, das durch magistratische Einweisung in einen Besitz begründet wird (*pignus praetorium*),[416] das Pfändungspfandrecht (*pignus in causa iudicati captum*), bei welchem die *auctoritas* des Anordnungsbefugten an die Stelle regelrechter Verpfändung tritt,[417] und eine Reihe gesetzlicher Pfandrechte.[418]

Wer vom Magistrat aus irgendeinem Anlaß, etwa wegen eines ihm zustehenden **83**
Vermächtnisses, in einen Besitz, etwa einen Nachlass, eingewiesen wird (*missio in possessionem legatorum servandorum causa*), erlangt, mit dem Gelangen in den Besitz, ein

Pellecchi, SZ 125 (2008) 310–327 (Forderungsübernahme mit Gewissheit erst bei Gord. C. 8.40.14 [a.239]; „secondo modello di trasferimento del pegno“).

[411] Iul. 89 dig. D. 46.1.17 *compellatur*. Nämlich *in iudicio*; *Kaser/Knütel/Lohsse* 341 Rz. 22. Dies stellt die vielfach angenommene Klagenkonsumption (→ § 73 Rn. 29) infrage. Anders *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 326 Fn. 140 (327) [„una cessione o disposta in iure o assicurata da una restitutio in integrum“] [sehr fraglich].

[412] Paul. 14 Plaut. D. 46.1.36 *quodammodo*. A. A. *Medicus*, FS Kaser (1976) 391–406; *Dieckmann*, Derivativregreß (2003) 49 f. (für Fiktion von Anfang an). Zurückhaltend *Emunds*, Drittleistung (2007) 72 Fn. 24 (eher Auslegung als Fiktion).

[413] Pap. 2 resp. D. 20.5.2. A. A. *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 276–327, bes. 300 f. (im Wege der interpretatio gewonnene Annahme eines Pfandverkaufs, woraus der Bürge allerdings die Käuferposition nur „in senso formale“ erlange, dagegen „nella sostanza“ als Pfandgläubiger behandelt werde; „primo modello“).

[414] Und gelegentlich auch durch Testament: Ulp. 3 disp. D. 13.7.26 pr.; Paul. 14 resp. D. 34.1.12; C. 6.43.1.2 (a.529).

[415] Abgesehen etwa von Pfandrechten, die aus aufgrund magistratischer Ermächtigung durch *lex censoria* erfolgenden Pfändungen der Abgabenpächter hervorgehen, oder aus Pfändungen der Zöllner nach dem Zollgesetz für Asia; s. *Klingenberg*, St. Litewski I 193–215.

[416] Der Ausdruck ist selten; Pap. 11 resp. D. 41.4.12; C. 8.21 rubr.; C. 8.21.1 (a.529) und eod. 2.1 (a.530). Doch ist die Annahme, er sei unklassisch (*Wagner*, Generalverpfändung [1968] 115; *Kaser*, RP I 459 Fn. 7; *Kaser*, RP II 317 Fn. 29), um ein Pfandrecht habe es sich hierbei nicht gehandelt (*Wagner*, Generalverpfändung [1968] 115 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 392 mit Fn. 45) überholt (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 155 Fn. 99).

[417] Ant. C. 8.22.1 (a.213).

[418] Mit alldem geht eine Erweiterung des Pfandrechtsbegriffes einher.

Pfandrecht,[419] welches Vorrang hat vor einem durch den Erben hernach bestellten Pfandrecht[420] oder einem späteren Pfändungspfandrecht,[421] sich allerdings mit dem prätorischen Pfandrecht eines später in den Nachlass eingewiesenen Vermächtnisnehmers in den Rang teilt.[422] Bestehender Ersitzungsbesitz des Erben reicht aus, um das Pfandrecht entstehen zu lassen; die Vollendung der Ersitzung beeinträchtigt das Pfandrecht nicht.[423] Dem Schutz des Eingewiesenen dient eine ediktale *actio in factum*.[424] Mit dem prätorischen Pfandrecht verbinden sich gewisse Verwaltungsbefugnisse, deren Ausübung gegen den Erben einen indirekten Druck zur Leistung entstehen lässt.[425] Unter Umständen erfolgt sogar eine Einweisung in das Eigenvermögen des Erben (sog. *missio Antoniniana*).[426] Während sonst der Gläubiger zum Pfandverkauf befugt ist (→ Rn. 62), ist er es hier zur Fruchtziehung.[427]

84 Zahlungsunwillige Schuldner sind aufgrund einer Regelung, die Inhalt eines Reskripts des Antoninus Pius ist, zur Zahlung anzuhalten.[428] Danach erhalten Schuldner, die ihre Schuld anerkannt haben oder verurteilt worden sind, eine ihren Möglichkeiten angepasste Frist zur Zahlung, nach deren fruchtlosem Ablauf gepfändet wird und, falls sie innerhalb von zwei Monaten nicht gezahlt haben, verkauft wird. Bleibt vom Kaufpreis etwas übrig, wird es an denjenigen herausgegeben, dessen Pfänder verkauft worden sind.[429] Die römischen Magistrate sollen nach einem weiteren an sie gerichteten Reskript des Antoninus Pius selbst die Urteile der von ihnen eingesetzten Richter oder Schiedsrichter vollstrecken.[430] Die auf Anordnung des zuständigen Magistrats[431] er-

---

[419] Iul. 44 dig. D. 41.5.2 pr.; Pap. 10 resp. D. 41.4.12; Ulp. 3 disp. D. 13.7.26 pr., 1; Marci. 8 inst. D. 30.114.12; Sev./Ant. C. 6.54.3 (a.196); Ant. C. 8.12.2 (a.212); Alex. eod. 5 (a.224); *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 285; 400–416.

[420] Sev./Ant. C. 6.54.3 (a.196).

[421] Ant. C. 8.17.2 (a.212).

[422] Ulp. 52 ed. D. 36.4.5.2/3.

[423] Iul. 44 dig. D. 41.5.2 pr.; Pap. 10 resp. D. 41.4.12.

[424] Ulp. 62 ed. D. 43.4.1.3.

[425] Ulp. 52 ed. D. 36.4.5.22; Ulp. 1 off. cons. D. 42.5.27.

[426] Ulp. 52 ed. D. 36.4.5.16–25; Ulp. 68 ed. D. 43.4.3.1; Alex. C. 6.54.6 (a.225); *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 403; *Lenel*, EP 370; *Kaser*, RP I 744; II 560 mit Fn. 63; *Kaser/Hackl*, RZ 428 Fn. 13.

[427] Ulp. 52 ed. D. 36.4.5.21.

[428] Call. 2 cogn. D. 42.1.31.

[429] Dieses Verfahren scheint durch das Reskript des Antoninus Pius eingeführt worden zu sein; Fleischmann, Pignus 11 f. (Einführungsgesetz); a. A. anscheinend *Kaser/Hackl*, RZ 512 (Ausgestaltung namentlich seit Antoninus Pius in Kaiserreskripten). – Fehlt ein Urteil, läuft das Verfahren nicht: Sev./Ant. C. 7.53.1 (a.206); Ulp. 2 disp. D. 42.1.58 (voreilige Pfändung).

[430] Ulp. 2 off. cons. D. 42.1.15 pr. Die ausschließliche Beziehung der Vollstreckung auf die *cognitio extra ordinem* (*Kaser*, RP I 459 f., 466; II 317 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 512–514) erscheint als fragwürdig. Für Anschluß an das ordentliche Verfahren *Fleischmann*, Pignus (1896) 7.

[431] Prätors, Provinzstatthalters oder Munizipalmagistrats; s. Ulp. 35 ed. D. 27.9.3.1; *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 417 Fn. 4; *Fleischmann*, Pignus (1896) 15–22; a. A. (konsequent) *Kaser/Hackl*, RZ 512 Fn. 17 (512 f.). (Kognitionsrichters).

folgende Pfändung führt zur Entstehung eines Pfandrechts an der gepfändeten Sache,[432] welches Vorrang hat vor später anderweitig begründeten Pfandrechten[433] oder umgekehrt etwa hinter ein früher begründetes prätorisches Pfandrecht zurückfällt.[434] Die gepfändete Sache wird zu gegebener Zeit in öffentlicher Versteigerung[435] möglichst gegen Barzahlung[436] verkauft. Vom Kaufpreis wird an den Gläubiger soviel ihm gebührt abgeführt; ein etwa verbleibender Rest geht an den Schuldner.[437]

Das Bestehen eines anderweitigen erstrangigen Pfandrechts hindert den Verkauf **85**
nicht. Die Regel, wonach allein der erstrangige Gläubiger das Verkaufsrecht hat (→ Rn. 75), wird durchbrochen. Doch wird nur ein Gebot zugelassen, das den Betrag der durch jenes Pfandrecht gesicherten Forderung übersteigt; dieses wird bedient und der Gläubiger verliert sein Pfandrecht erst, wenn er befriedigt ist.[438] Bemerkenswert ist der Anteil kaiserlicher Reskripte an der Ausbildung dieses Verfahrens.[439] Zu vielen Detailfragen äußern sich die Kaiser auch mehrmals; auch Grundlegendes muss mehrfach eingeschärft werden.[440] Schließlich bildet sich eine Pfändungsfolgeordnung, nach welcher zunächst auf Bewegliches, dann auf Unbewegliches, schließlich auf Rechte zuzugreifen ist.[441] Wird das Eigentum des Schuldners bestritten, wird auf Unbestrittenes ausgewichen.[442] Auf Bestrittenes ist jedoch zurückzukommen, wenn es nichts Unbestrittenes gibt.[443] Was bekanntermaßen Dritten gehört, darf nicht gepfändet werden.[444]

Mit der *lex Iulia de vicesima hereditatium* vom Jahre 6 n. Chr., welche römische **86**
Bürger mit einer 5 %igen Erbschaftssteuer belastet, wird, zur Sicherung der Forderungen der kaiserlichen Kasse (*aerarium militare*) gegen die Pächter der Erbschaftssteuer ein Pfandrecht an deren Vermögen eingeführt.[445] Es ist dies das erste gesetzliche

[432] Ulp. 1 resp. D. 20.4.10; Ant. C. 8.17.2 (a. 212); *Kaser/Hackl*, RZ 513. Trotzdem a. A. *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 417–421 (kein Pfandrecht).

[433] Ulp. 1 resp. D. 20.4.10.

[434] Ant. C. 8.17.2 (a.212).

[435] S. Ant. C. 7.53.2 (a.214); Alex. C. 8.22.2.1 (a,223).

[436] Ulp. 3 off. cons. D. 42.1.15.7.

[437] Ant.Pius/Call. 2 cogn. D. 42.1.31 a. E.; *Kaser/Hackl*, RZ 513 f.

[438] Ulp. 3 off. cons. D. 42.1.15.5. Ein ähnliches Verfahren beschreibt für einen anderen Zusammenhang Marci. del. sing. D. 49.14.22.1; s. *Klingenberg*, SZ 109 (1992) 388–391.

[439] *Fleischmann*, Pignus (1896) 9; *Kaser/Hackl*, RZ 512 mit Fn. 16.

[440] Ant. C. 8.22.1 (a.213).

[441] Ulp. 3 off. cons. D. 42.1.15.2/8; Ant. C. 4.15.2 (205); *Fleischmann*, Pignus (1896) 26–30; *Kaser/Hackl*, RZ 513.

[442] Ulp. 3 off. cons. D. 42.1.15.4 a. E.

[443] *Simon*, SZ 83 (1966) 151–158; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 10 Fn. 8 (10 f.) [kein Widerspruch innerhalb Ulp. 3 off. cons. D. 42.1.15.4].

[444] S. Hon./Theod. C. 12.60.4 (a.422); Novell. Iust. 52.1 (a.537); Novell. Iust. 134.4 (a.556); *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 417 Fn. 5.

[445] Fr.de iure fisci 5, FIRA II 628 (lege XXaria Böcking); *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 336 f.

Pfandrecht der römischen Geschichte.[446] Die Einordnung des Vermieterpfandrechts bei der städtischen Wohnraummiete als quasigesetzlich, gewohnheitsrechtlich begründet, schwankt (→ Rn. 31). Ein Senatus consultum unter Marc Aurel verleiht einem Gläubiger, der ein Darlehen zum Wiederaufbau eines Mietshauses gegeben hat, ein Pfandrecht an diesem,[447] während ein Edikt des Kaisers Gläubigern, die Darlehen zum Wiederaufbau von Häusern geben, ein Vollstreckungsprivileg einräumt.[448] Soweit der Wert des Pfandes durch die Investition erhöht wird, ist das Pfandrecht wegen sog. *versio in rem* (→ Rn. 74) privilegiert.[449]

87 Eine Konstitution der Kaiser Severus und Caracalla unterwirft mit Mündelgeld erworbene Sachen einem Pfandrecht des Mündels.[450] Konstantin unterwirft zur Sicherung von Mündelforderungen das gesamte Vermögen des Vormunds einem Pfandrecht des Mündels.[451]

88 Unter den Severern erhält der *fiscus* zur Sicherung seiner Forderungen aus Verträgen ein Pfandrecht am Vermögen der Vertragsschuldner[452] mit dem sich von selbst verstehenden zeitfolgebegründeten Vorrang vor später begründeten Pfandrechten,[453] dar-

---

[446] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 336 f.; *Wagner*, Legalhypotheken (1974) 7–69. Ablehnend *Koops*, TR 80 (2012) 296–301 (gegen Böckings Emendation).

[447] Pap. 10 resp. D. 20.2.1; s. *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 314–321 (weitergehend). Ablehnend *Schulz*, CRL 410 f.; zweifelnd *Kaser*, RP I 466 mit Fn. 34; *Kaser*, RP II 315 Fn. 5. Vgl. *Wagner*, Legalhypotheken (1974) 4 (die Zweifel in die Antike selbst zurückverlegend). Ein Pfandrecht an den Mietzinsforderungen wird zusätzlich vereinbart; Ulp. 63 ed. D. 20.1.20. Anders *Murga*, Est.Hernandez-Tejero II 394 Fn. 34 (anfangs).

[448] Ulp. 63 ed. D. 42.5.24.1; desweiteren Ulp. 16 ed. D. 42.3.1; Ulp. off. cons. sing. D. 12.1.25; *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 314; *Scarano Ussani*, Labeo 29 (1983) 255–264; *Musca*, Labeo 31 (1985) 15 f. Anders *Murga*, Est.Hernandez-Tejero II 393 f.; *de Churruca*, Hom. Murga 345 f. (Vollstreckungsprivileg, was sich später in ein Pfandrecht umwandelt).

[449] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 316, 319 Fn. 17, 320.

[450] Alex. C. 7.8.6; Ulp. 35 ed. D. 27.9.3 pr.; s. *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 321–327; *Kaser*, RP I 466 mit Fn. 35. Desweiteren Ulp. 3 disp. D. 20.4.7 pr. (Relativierung eines zeitlich begründeten Vorrangs; anders *Dernburg* 324 f.).

[451] Const. Cod. Theod. 3.30.1 = C. 5.37.20 (a.314); s. *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 357–373; zurückhaltend *Kaser*, RP II 234 mit Fn. 25, 317 (pfandähnliches Recht). Vgl. aus der Zeit davor Scaev. 6 dig. D. 20.2.10; Scaev. 27 dig. D. 20.4.21 pr. und danach C. 5.30.5.2 (a.529), C. 6.61.6.4 (a.524), Novell. Iust. 118.5 a. E. (a.543).

[452] Ant. C. 7.73.2 (a.213); Ant. C. 8.14.2 (a.214); *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 337–348; *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 437–443; *Wagner*, Legalhypotheken (1974) 76–83, 166–172, 191 f., 197 f.; *Koops*, TR 80 (2012) 301. Abweichend *Wieling*, SZ 106 (1989) 411–433 (schon früher). Abweichend *Kaser*, RP I 306 mit Fn. 29, 466 mit Fn. 36, 468 (pfandähnliches Zugriffsrecht), II 316 mit Fn. 12–13; *Kaser/Hackl*, RZ 402 Fn. 10 (Sicherungsrechte). Möglicherweise handelt es sich bei dem Pfandrecht des *fiscus* am Vermögen der Moschis (Paul. 1 decr. D. 49.14.47 pr.) bereits um dieses gesetzliche Pfandrecht; *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 339. Für vertraglich begründetes Pfandrecht hingegen *Wagner*, Legalhypotheken (1974) 140; für unentscheidbar hält die Frage *Koops* a. O. – Als Vorläufer erscheint die Prädiatur des Ärars; *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 26–44, 334–336.

[453] Ant. C. 7.73.2 (a.213).

über hinaus aber auch mit einem Vorrang vor früher begründeten Generalpfandrechten, was späteren Erwerb angeht.[454] Ebenfalls aus der Zeit der Severer stammt ein gesetzliches Pfandrecht des *fiscus* am Vermögen der Steuerschuldner,[455] mit uneingeschränktem Vorrang, der sich im Falle der Entstehung von Steuerrückständen realisiert.[456] So kann der Eindruck entstehen: *fiscus semper habet ius pignoris*,[457] auch wenn genügend Fälle bleiben, in denen es nicht so ist.[458]

Manche Gemeinden erhalten vom Kaiser ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen **89**
ihrer Schuldner zugesprochen,[459] darunter Städte wie Heliopolis[460] oder Thessalonike.[461] Antiochia in Syrien verfügt schon von früher her über ein solches am Vermögen seiner verstorbenen Schuldner, welches fortbesteht.[462]

Auf Leo I., vor allem aber auf Justinian gehen weitere gesetzliche Generalpfandrechte **90**
zurück,[463] so auf Justinian ein Generalpfandrecht zugunsten der Vermächtnisnehmer[464] oder ein (privilegiertes) Generalpfandrecht zugunsten der Ehefrauen wegen der

---

[454] Pap./Ulp. 3 disp. D. 49.14.28. Vgl. ergänzend Ulp. 7 disp. D. 20.4.8 und Ant. C. 8.18.2 (a.216): Nachrang nach früher begründeten Spezialpfandrechten. Was den Vorrang angeht zweifelnd *Kaser*, RP I 466 Fn. 36 a. E., 468 mit Fn. 57; einen solchen verneinend *Kaser*, RP II 318 Fn. 34; gegen einen Vorrang auch *Wagner*, Legalhypotheken (1974) 158–195, 202 (mit künstlicher Erklärung von Pap./Ulp. citt. 190, 202). Vgl. aus der Zeit davor Scaev. 27 dig. D. 20.4.21 pr./1 (→ Rn. 31).

[455] Pap. 19 resp. D. 50.15.5.2; Ant. C. 4.46.1; Ant. C. 8.14.1 (a.213); *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 348–354; *Wieling*, SZ 106 (1989) 427–429; abschwächend *Kaser*, RP I 466; *Kaser*, RP II 316 Fn. 12 (pfandähnliches Zugriffsrecht; Sicherungsrecht); *Wagner*, Legalhypotheken (1974) 96–110, 199 (pfandähnliches Recht). Unentschieden *Klingenberg*, SZ 109 (1992) 357 f., 366–373.

[456] Ant. C. 4.46.1; *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 436 f.; *Wieling*, SZ 106 (1989) 427–429); *Klingenberg*, SZ 109 (1992) 365 f., 371 f., 386–391. Am Vorrang zweifelnd *Kaser*, RP I 466 Fn. 36 a. E., 468 Fn. 57; ihn verneinend *Kaser*, RP II 318 Fn. 34 und desweiteren *Wagner*, Legalhypotheken (1974) 102–106, 199. Schon das Verkaufsrecht der Steuerpächter hatte im Falle von Steuerrückständen Vorrang vor Pfandrechten anderer Gläubiger; Scaev. 7 dig. D. 19.1.52 pr.; *Klingenberg*, SZ 109 (1992) 361–363, 369, 378, 387.

[457] Hermog. 6 iur. epit. D. 49.14.46.3. Vgl. *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 340–342 (kritisch); *Wagner*, Legalhypotheken (1974) 111–114, 154–157, 201 f. (konstantinische Bearbeitung); *Kaser*, RP II 316 Fn. 12 (fast resignierend).

[458] Etwa Decius C. 4.16.2 (a.249).

[459] Ant. C. 11.30.2; Ulp. 7 disp. D. 20.4.8; Paul. 5 resp. D. 20.6.12 pr.; Marci. del. sing. D. 50.1.10; Diocl./Max. C. 8.18.4 (a.286); *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 354; *Wieling*, SZ 106 (1989) 432.

[460] Ant. C. 8.17.4 (a.215).

[461] Diocl./Max. C. 8.44.23 (a.293).

[462] Pap. 10 resp. D. 42.5.37; *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 354 Fn. 1. Ansonsten verfügen Gemeinden zunächst im Einzelfall (Plin. ep. 10,109), später allgemein nur über ein Vollstreckungsprivileg (Paul. 1 sent. D. 42.5.38.1).

[463] S. nur *Kaser*, RP II 182, 187, 192 f., 201, 315 f., 317, 318, 560.

[464] C. 6.43.1.1/2 (a.529). Es ist dies eine von Justinian ‚in langer Nachtarbeit' angefertigte Konstitution; Inst. 2.20.2. Desweiteren C. 6.43.3.2–4 (a.531).

Mitgiftrückerstattung.[465] Angesichts einer Fülle von Rangprivilegien kann die Frage nicht ausbleiben, welchem Pfandrecht letztlich der Vorrang gebührt, wenn mehrere als solche privilegierte Pfandrechte zusammentreffen.[466]

[465] C. 5.12.30 pr./1 (a.529); C. 5.13.1.1b/c (a.530); C. 8.17.12.4–9 (a.531); Inst. 4.6.29; Novell. Iust. 91 praef./1 (a.539); Novell. Iust. 97.2 (a.539); Novell. Iust. 109.1 (a.541).

[466] S. C. 8.17.12.7 (a.531); Novell. Iust. 91 praef./1 (a.539): letztlich Vorrang eines früheren Dotalpfandrechts. Ant. C. 7.73.2 (a.213): Vorrang des Dotalpfandrechts versagt gegenüber dem *fiscus*; s. *Dernburg*, Pfandrecht II (1864) 449, 452 f.

§ 49 Nutzungrechte (*usus fructus*, *usus* und *habitatio*)

Riccardo Cardilli

Usus fructus

Riccobono, Sull'usus, in: Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia di diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja I, 1905, 581–608; *Grosso*, Usufrutto e figure affini nel diritto romano, 2. Aufl., 1958; *Wesener*, s. v. ususfructus, in: Paulys Realencyclopädie der class. Altertumswissenschaft, neue Bearbeitung von G. Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus, K. Ziegler, Suppl. X. A1, 1961, 1137–1176; *Bretone*, La nozione romana di usufrutto I. Dalle origini a Diocleziano, 1962; *Bretone*, La nozione romana di usufrutto II. Da Diocleziano a Giustiniano, 1967; *Pugliese*, Usufrutto, uso – abitazione, in: Vassalli (Hg.), Trattato di diritto civile italiano IV, 1972; *Scapini*, Usus domus e habitatio nel diritto romano, in: Studi in onore di Giuseppe Grosso V, 1972, 23–80; *Scapini*, s. v. usufrutto (diritto romano), Enciclopedia del diritto 45 (1992) 1089–1092; *Giuffrè*, L'emersione dei ‚iura in re aliena' ed il dogma del ‚numero chiuso',1992, 121–150; *Cardilli*, La nozione giuridica di ‚fructus', 2000; *Grosso*, Scritti storico giuridici II. Diritto privato. Cose e diritti reali, 2001; *La Rosa*, ‚Usus fructus'. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica, 2008; *Pietrini*, Deducto usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto, 2008; *Finkenauer*, Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht, 2010.

Usus

Albertario, Le valutazioni quantitative nel diritto giustinianeo e nelle legislazioni moderne, Rivista di Diritto Commerciale 20, (1922) 679–694.

Inhalt Rn.

I. *Usus fructus* 1
1. Definition 1
2. Ursprung des *usus fructus* 7
3. Arten der Begründung 20
4. Arten der Beendigung 28
5. Gegenstände des *usus fructus* 32
6. Inhalt des *usus fructus* 35
7. Grenzen der Nutzung durch den Usufruktuar 38
8. *Petitio ususfructus* 43
II. *Usus* und *habitatio* 46
1. *Usus* 46
2. *Habitatio* 51

I. *Usus fructus*

1. Definition

1 Nach der grundlegenden Definition des Paulus[1] ist der *ususfructus* (Fruchtgenuss, Nießbrauch)[2] das dingliche Recht des umfassenden Genusses einer fremden Sache (*ius in re aliena*). Dieser „volle Genuss" berechtigt zum Gebrauch der Sache, um aus ihr Früchte zu ziehen (*uti frui*) mit der Einschränkung, dass die Substanz der Sache, an der der *ususfructus* besteht, erhalten bleibt (*salva rerum substantia*).

2 In seiner ausgereiften Form stellt der *ususfructus* ein äußerst raffiniertes dingliches Nutzungsrecht an einer Sache eines anderen dar, in dem eine klare Trennung zwischen der Eigentümerstellung an der Sache einerseits und der Zuordnung der Güternutzung andererseits verwirklicht ist.

3 Das Nutzungsrecht inkludiert das produktive Potential der Sache ebenso wie immaterielle Aspekte der Nutzung und dient damit dem (auch öffentlichen, nicht nur privaten) Interesse an der Ausschöpfung der Produktivität und der vollen Ausnutzung von Sachen. Dies erfolgt mit juristischen Mitteln, die eine hohes dynamisches Potential aufweisen, dabei aber zugleich eine zerstörerische Verwendung der Natur und der Nutzungsmöglichkeiten der Muttersache verhindern und so das Eigentümerinteresse (und jenes der Allgemeinheit) an der dauernden Bewahrung der Sache sicherstellen.

4 Die dogmatische Konstruktion des Nießbrauchs (*ususfructus*) ist den römischen Juristen zu verdanken, die diesen als *ius in re aliena* konzipierten, welches mit einer gegenüber jedermann (*erga omnes*) durchsetzbaren *actio in rem* (genannt *vindicatio* oder *petitio usus fructus*) ausgestattet ist; vielleicht bestand eine solche Klagemöglichkeit bereits im alten Ritus des *lege agere sacramento in rem*, mit Sicherheit aber in Form einer *formula in ius* konzipierten Klage, bei welcher der Kläger in der *intentio* ein Recht des *uti frui* über die Sache behauptete.

5 Das *ius* des *uti frui* stellt sich als Recht der umfassenden Nutzung der Sache mit unabdingbaren Aspekten dar: die Unveräußerlichkeit, die zeitliche Begrenzung und die Pflicht zur Erhaltung der *substantia rei*. Aus der ausgeprägten Personenbezogenheit des Nießbrauches resultieren die Unmöglichkeit der Weitergabe und das Ende mit dem

[1] Überliefert in Paul 3 Vit. D. 7.1.1 und in I. 2.4 pr: *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.*

[2] Maßgebliche Quellen finden sich bei: Gai 2.14; D. 7.1; I. 2.4; C. 3. 33. – Neben der eingangs angeführten neueren Literatur, ist von der älteren Forschung nach wie vor wichtig: *Elvers*, Servitutenlehre (1856) 16–19; 184–192; 448–601; *Longo*, La categoria delle ‚servitutes' nel diritto romano classico, BIDR 11 (1898) 281–340; *De Ruggiero*, Usufrutto e diritti affini (c.d. servitù personali) (1913); *Pampaloni*, BIDR 22 (1910) 109–154; *Buckland*, LQR 43 (1927) 326–348; *Bonfante*, Corso III; *Masson*, RHD 13 (1934) 1–47; 161–218; *Kaser*, FS Koschaker I 445–478; *Kaser*, Eigentum (1956) 19–20; 302–306; *Vaucher*, Usufruit (1940); *Sanfilippo*, Corso (1941); *Ambrosino*, SDHI 16 (1950) 183–220; Bund, SZ 73 (1956) 155–219; *De Martino*, in: Scialoja/Branca, Commentario del Codice civile (1954); *Pugliese*, in: Vassalli IV.5.

Tod des Berechtigten; aus dem Spannungsfeld mit den Eigentümerinteressen ergibt sich als Grenze die Erhaltung der Substanz der Sache.

Der *usus fructus* ist dabei ein dingliches Recht, welches das Nutzungsrecht von jenem der eigentumsmäßigen Zuordnung trennt. Zum Fruchtgenuß gehört dabei das Management der Produktion und der Ernte der Früchte für die Zeit des *ususfructus* des Nießbrauchers, zum Eigentümer gehört die zeitliche Begrenzung des Nießbrauchs bis zum Tod des Nießbrauchers, was die römischen Juristen mit dem Terminus des „bloßen = nackten Eigentums" (*nuda proprietas*) desjenigen ausdrücken, an dessen Sache ein *ususfructus* begründet wurde. **6**

2. Ursprung des *usus fructus*

Viel diskutiert ist der Ursprung des Nießbrauchs. Es finden sich dazu folgende konkurrierende Erklärungsansätze: die Theorie des funktional geteilten Eigentums (Eigentum über die Muttersache und Eigentum über die Früchte) (Kaser); die Theorie einer Herleitung der Trennung aus der Privatisierung ursprünglich öffentlichen Landes (Elvers, De Ruggiero); die Theorie der jurisprudentiellen „Erfindung" dieses neuen dinglichen Nutzungsrechtes, um die Ernährungsbedürfnisse in der Familie für diejenigen (zuvorderst die *uxor sine manu*) sicherzustellen, welche nach dem Tod des *pater familias* nicht Erben sein konnten und die, hätten sie ein *legatum per vindicationem* an der Sache erhalten, das Familienvermögen geschmälert hätten (Grosso).[3] **7**

Die Ausgestaltung des *usus fructus* als umfassendes dingliches Nutzungsrecht an einer fremden Sache ist das Ergebnis einer konzeptionellen Verfeinerung, die von der römischen Rechtswissenschaft im Hinblick auf die agrarische Praxis erarbeitet wurde, sodass Modelle der Ausnutzung quiritischen Bodeneigentums hervorgebracht und propagiert wurden, welche gegenüber der geschlossenen Struktur der *familia proprio iure* und der *potestas* des *pater familias* als beweglicher und weniger begrenzt erschienen. **8**

Ein Beweis für diese interpretative Anstrengung ist, dass im Regelwerk des *usus fructus* Prinzipien fortleben, die nicht der Natur von dinglichen Rechten entsprechen, wie die unabänderliche zeitliche Begrenzung und die höchstpersönliche Natur. **9**

Die in den *libri iuris civilis*, in den *libri ad Quintum Mucium* und den *libri ad Sabinum* verkörperte zivilrechtliche römische Überlieferung zeigt, dass die Ausgestaltung des *usus fructus* als selbständiges Rechtsinstitut, das sich an anderen juristischen Modellen, die bei den *iura in re aliena* angesiedelt sind, anlehnt, einen Sieg der *interpretatio prudentium* gegenüber der ursprünglichen Fundierung in der testamentarischen Praxis des Nießbrauchsvermächtnisses (*legatum ususfructus*) darstellt. Dies bestätigt, dass die Konstruktion des *usus fructus* als *ius in re aliena* nicht das Ergebnis einer theoretischen **10**

[3] Zu den Theorien zum Ursprung des *ususfructus* als *ius in re aliena* s. *Grosso*, Usufrutto (1958) 13–32; *La Rosa*, Usus fructus (2008) 69–80.

Reflexion war, die darauf gerichtet gewesen wäre, das Rechtsinstitut ganz autonom zu entwickeln, sondern die praktische Konsequenz einer Präzisierung des Inhalts und der Regeln darstellt, durch die funktional auf jene Bedürfnisse geantwortet wurde, die sich in der Praxis des *Ususfructus*-Vermächtnisses manifestiert haben.

11 Insbesondere war es die Überwindung des älteren Modells, bei dem das Legat des *usus fructus* dazu benützt wurde, um eine landwirtschaftliche Rente an die *uxor sine manu* einzuräumen, was zur Herausbildung des *ususfructus* als dinglichem Recht geführt hat. Ursprünglich hat der Erblasser (*de cuius*) seinen Erben testamentarisch eine *damnatio mortis causa* auferlegt, auf dass diese den Berechtigten die Früchte des ererbten Landes an sich nehmen ließen (*legatum sinendi modo*). Diese Unterlassungsverpflichtung des Erben stellte eine „Negativzuwendung" dar, durch die dieser zu einem *pati* angehalten war, damit die *uxor* entsprechend dem Legat die Früchte an sich bringen (*fructus sumere*) konnte. Im Fall der Nichteinhaltung durch den Erben war die Vermächtnisnehmerin berechtigt, gegen diesen eine *manus iniectio* (*damnati*) vorzunehmen.

12 Aus dieser ursprünglichen Art der Einräumung des *usus fructus* leiten sich einige Regeln ab, die weder mit einer ursprünglichen Konzeption als dinglichem Recht konform gehen, noch zu einer Herleitung aus der Nutzung öffentlichen Landes passen, und auch nicht mit der Vorstellung der Isolierung einer Berechtigung aus dem Inhalt des quiritischen Eigentums vereinbar sind.

13 Dazu gehört zunächst die Regel, dass der Nießbrauchsberechtigte das Eigentum an den Früchten erst mit dem Akt der Ansichnahme (*perceptio*) erwirbt. Das Erfordernis einer Vornahme einer Handlung (*perceptio*) zum Zweck des Erwerbs und der Ausübung des Nutzungsrechts ist nicht in Einklang zu bringen mit seiner Konzeption als Eigentumskomponente (da diesfalls als Erwerbsregel die Vornahme einer *separatio* anzunehmen wäre, wie sie als Rechtsakt für den Fruchterwerb durch den *dominus* vorgesehen ist); ebensowenig entspricht das der Annahme einer Ableitung aus der Nutzung des *ager publicus* (da hier als Regel im Sinne des Produktionsprinzips die Zuerkennung der Früchte im Ausmaß der geleisteten Arbeit zu erwarten wäre) oder der dinglichen Natur des *usus fructus*. Hingegen erscheint diese Besonderheit sehr wohl kohärent mit der Notwendigkeit eines aktiven Verhaltens der berechtigten Person, der auf der anderen Seite die Unterlassungspflicht (*pati*) des Erben gegenübersteht.

14 Aus dieser schuldrechtlichen Natur in der ursprünglichen testamentarischen Praxis des Nießbrauchsvermächtnisses ergibt sich weiters auch die notwendige zeitliche Begrenzung, welche zwingend maximal bis zum Tod des Nießbrauchers reichen konnte.

15 Bei beiden soeben angeführten Regeln handelt es sich um zwei Fossilien des rechtlichen Regimes des dinglichen Nießbrauchs, die aus seiner ursprünglichen Ausgestaltung als schuldrechtliches Verhältnis zwischen Erben und Usufruktuar übernommen wurden. Wie von der Lehre überzeugend nachgewiesen, weist also die vollentwickelte Ausgestaltung des *ususfructus* einzelne bestimmte Charakteristiken auf, die sich nicht

aus seiner Konzeption als *ius in re* und einer bereits ursprünglichen direkten Konstruktion als dinglichem Recht erklären lassen.[4]

16 Die Gründe, welche die *iurisprudentia* dazu gebracht haben, das Schema der *damnatio mortis causa* zu überwinden und sich für ein Legat des Nießbrauchs *per vindicationem* zu entscheiden, sind in der Verfeinerung des rechtlichen Regimes zu suchen, durch die die – mit der Einräumung verfolgten – sozialen und wirtschaftlichen Interessen besser befriedigt werden konnten.

17 Insbesondere wurde so die Erhaltung der lebenswichtigen Rendite für den Usufruktuar gegenüber dem Rechtsträger der Sache gestärkt, indem die Geltendmachung von einem *agere in personam* auf ein *agere in rem* umgestellt wurde. Diese Umstellung erforderte eine andere Konzeption des *usus fructus*, die sich mit dem juristischen Schema der *iura in re* anbot, eines Modells, das in der *interpretatio prudentium* bereits für die Ausgestaltung der älteren urbanen Grunddienstbarkeiten erprobt war.[5]

18 Diese Veränderung begünstigte auch die langsame Loslösung des *ususfructus* vom Legat, sodass dieser auch *inter vivos* als *ius in re* durch eine *in iure cessio* begründet werden konnte.

19 Die Neuausrichtung der Inhalte des *ius civile*, die mit den *fundatores* begann und mit den *18 libri iuris civilis* des Quintus Mucius Scaevola und dann den *tres libri iuris civilis* des Masurius Sabinus eine Blüte erreichte, lässt noch eine einheitliche Behandlung des Instituts als Nießbrauchsvermächtnis erkennen, erlaubt aber auch die Hinzunahme neuer rechtlicher Aspekte, die sich mit diesem verbinden und bei den Juristen die Überzeugung heranreifen lässt, dass der Nießbrauch gegenüber dem Nießbrauchsvermächtnis eine gewisse Unabhängigkeit und Eigenständigkeit aufweist. Dies ermöglichtigte der römischen Rechtswissenschaft, die ursprüngliche Verknüpfung mit dem Legat allmählich zu überwinden und den Nießbrauch in einer konzeptionell eigenständigen Art und Weise zu betrachten, dessen Regeln neben den anderen *iura in re aliena* stehen. In voll entwickelter Form finden wir diese Systematisierung in den Institutionen des Gaius und dann noch weiter verfeinert in der justinianischen Kodifikation.

3. Arten der Begründung

20 Die älteste Form der Einräumung eines Nießbrauchs als *ius in re* stellt das *legatum per vindicationem* dar. Hinweis dafür ist die nur langsame Loslösung des *usus fructus* vom Legat des *usus fructus*. Abgesehen von dem bereits oben zur Genese des *usus fructus* (als *ius in re* zwischen *damnatio mortis causa* und *legatum per vindicationem*) Ausgeführte erscheint es klar, dass nur im Hinblick auf das Nießbrauchsvermächtnis als Vindikationslegat von der Begründung eines dinglichen Nießbrauchsrechts gesprochen werden kann.

[4] *Gallo*, Interpretazione (1993) 113–121.

[5] Grundlegend *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 271, gegen die „revolutionäre" Natur des *ususfructus* zur Überwindung des Einheitsschemas, das von *Bretone*, Usufrutto I (1962) 26, vorgeschlagen wurde.

21 Das Nießbrauchsvermächtnis *per vindicationem* hat im Hinblick auf die damit verfolgten Zielsetzungen die römische Rechtswissenschaft einige spezifische Regeln entwickeln lassen, die von den allgemeinen Regeln des Vindikationslegats abweichen: Dies betrifft sowohl den *dies cedens* als auch das *ius adcrescendi*.

22 Bezüglich des Zeitpunkts, zu dem man die Entstehung des vermachten Nießbrauchs annahm, so überwand die römische Rechtswissenschaft die ältere Regel, die diesen mit dem Tod des Erblassers identifizierte und legte ihn stattdessen mit dem Zeitpunkt der Annahme der Erbschaft (*aditio hereditatis*) fest.[6] Was die Anwachsung betrifft, so erlangt diese beim Nießbrauch eine zeitlich bewegliche Bedeutung, die der Natur als Nutzungsrecht entspricht, sodass im Fall des Verlustes der Nutzungsberechtigung (durch Tod oder *capitis deminutio* eines von mehreren Nießbrauchsberechtigen) der *usus fructus* den anderen *usufructuarii* anwächst.[7]

23 Als Akt der Begründung *inter vivos* (was seine Ausgestaltung als *ius in re* bereits voraussetzte) diente die *in iure cessio*. Dies dürfte – neben dem oben besprochenen Vermächtnis *per vindicationem* – für die Rechtswissenschaft des 3.– 2. Jh.s v. Chr. den Ausgangspunkt für die theoretische Erfassung des Nießbrauchs als dingliches Recht gebildet haben.

24 Die *mancipatio* war hingegen kein direkt anwendbares Instrument, um einen *usus fructus* zu begründen, man konnte aber mittels einer entsprechenden *nuncupatio* vorsehen, dass sich der *mancipio dans* für sich einen *usus fructus* an einer *res mancipi* behalte. Hier sprechen die Quellen von *deductio usus fructus*.[8]

25 Für Provinzgrundstücke, die von den *res mancipi* ausgeschlossen waren und für welche die *inter vivos* benutzten Rechtsakte des *ius civile* nicht anwendbar waren, entwickelt sich rasch eine Praxis von *pactiones et stipulationes*.

26 Nach der herrschenden Lehre versprach der Inhaber der *possessio vel usufructus* über das Provinzialland dabei mittels *stipulatio* zugunsten des Usufruktuars (und nur mit schuldrechtlichem Effekt), zu seinen Gunsten die Nutzung zu unterlassen; damit verband sich eine *pactio*, die dazu diente, ein dingliches Recht samt Durchsetzbarkeit mittels *actio in rem* zu begründen.[9] In Wirklichkeit dürften *pactio et stipulatio* aber eine duale Beschreibung eines einheitlichen Rechtsaktes darstellen, in dem neben der dinglichen Wirkung auch eine Garantieverpflichtung mitenthalten ist.[10] Diese Art der Begründung erlangte größere historische Bedeutung in justinianischer Zeit, als die alten Formen des *ius civile* weggefallen waren und sie als Begründungsform unter Lebenden übrig blieb.

27 Als *ius in re* – und damit im Sinne der gaianischen Systematik als *res incorporalis* – ist der Nießbrauch weder durch *traditio* noch durch *usucapio* erwerbbar. Manche Quellen

---

[6] Frg. Vat. 60; Ulp. 17 Sab. D. 7.3.1.2.
[7] Frg. Vat. 77; D. 7.2.
[8] Zuletzt zur *deductio usus fructus* s. *Pietrini*, Deducto usu fructu (2008) 63–128.
[9] *Grosso*, Usufrutto I (1962) 355–360.
[10] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 356–404.

sprechen von einem prätorischen Schutz im Hinblick auf eine *traditio usufructus* oder im Hinblick auf eine *patientia*, werden aber gemeinhin als justinianische Neuerung angesehen. Eine Konstitution des Kaisers Justinian aus 531 n. Chr.[11] lässt eine *longi temporis praescriptio* für den Nießbrauch, so wie für alle *res incorporales*, zu. Die Quellen kennen auch eine Begründung des *usufructus* im Rahmen der *adiudicatio* bei der *actio familiae erciscundae* und bei der *actio communi dividundo*.[12]

4. Arten der Beendigung

In den römischen Quellen lässt sich eine tendenzielle Unterscheidung feststellen zwischen dem, was man im Sinne der modernen Dogmatik als „Beendigungsgründe des Nießbrauchs" bezeichnen könnte, bei denen es sich um gleichsam „physiologische Gründe" des Ablaufs handelt, und sozusagen externen Gründe, durch die der Nießbrauch erlöschen konnte. Im ersten Fall sprechen die römischen Juristen von *finiri*, im zweiten Fall von *amittere*.[13] Die spezielle Terminologie lässt eine unterschiedliche Wahrnehmung des Phänomens vermuten, je nachdem, ob der Grund der Beendigung mit seiner Natur als höchstpersönliches Recht zusammenhängt, oder nicht. **28**

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint etwa der Tod des Nießbrauchsberechtigten weniger als (externer) Beendigungsgrund als vielmehr als natürliches Ende des *usus-fructus*, da dieser ja als Recht keiner Rechtsnachfolge von Todes wegen (*successio mortis causa*) zugänglich ist. Diese Regelung wurde auch als Maßstab dafür genommen, um die Frage der Dauer eines Nießbrauchs festzulegen, der zugunsten einer Gemeinschaft von Personen, etwa den *municipes* eines *municipium* begründet worden war: Diesfalls nahmen die römischen Juristen an, dass der Nießbrauch nicht länger als 100 Jahre aufrecht sein könne, da dies die maximale Lebensdauer eines Menschen sei (*quia is finis vitae longevi hominis est*).[14] **29**

Zum Unterschied vom Tod oder dem Ablauf eines auf bestimmte Zeit begrenzten Nießbrauchs erscheinen dagegen die Beendigung infolge *capitis deminutio*, jene durch *in iure cessio* zugunsten des Eigentümers, durch Vereinigung (*consolidatio*), durch Sachveränderung (*rei permutatio*) und durch Nichtausübung (*non usus*) als echte Beendigungsgründe, was von den römischen Juristen mit dem Bild des „Verlustes" bzw. der „Aufgabe" von seiten des Nießbrauchsberechtigten ausgedrückt wird (*amissio usus fructus*) (D. 7.4). **30**

Festzuhalten ist, dass das Regime der Beendigungsformen eine weitere Bestätigung dafür ist, dass in der eigentümlichen Konstruktion des Nießbrauchs im römischen Recht das *uti frui* nicht auf bloße im Individualeigentum enthaltene Befugnisse zu reduzieren ist; vielmehr zeigt sich hier (vgl. unten → § 47) die Natur des vollen Ge- **31**

[11] Iust. C. 7.33.12.4.
[12] Frg. Vat. 47a.
[13] Paul. sent. 3.6.28; 3.6.33.
[14] Gai. 17 ed. prov. D. 7.1.56 i. f.

nusses der Sache, wie sie untrennbar im Begriffszusammenhang *uti frui* ausgedrückt ist. Dies wird auch deutlich in der Art, in der die römischen Juristen die Rechtswirkungen einer Nießbrauchsbeendigung durch *in iure cessio* zugunsten des bloßen („nackten") Eigentümers darstellen: Es wird hiezu nicht das Bild eines Transfers des *ius utendi fruendi* an letzteren herangezogen, sondern die Vorstellung der Beendigung des Nießbrauchs und der Umwandlung (*conversio*) desselben in Eigentum.[15]

5. Gegenstände des *usus fructus*

32 Gegenstände des Nießbrauchs waren ursprünglich das gesamte Vermögen (*usus fructus omnium bonorum*), landwirtschaftliche Grundstücke, Häuser, Tiere und Sklaven. Innerhalb der möglichen Nießbrauchsobjekte legten die Juristen präzise das Ausmaß der Berechtigung des Usufruktuars fest. Zum Beispiel wird in der Diskussion der *prudentes* bei Landgütern die Nutzung der Produkte der Bienen, der Gruben und Bergwerke, des Zubehörs, des Vogelfangs und der Jagd, der Wälder und Bäume und anderer Nutzungsmöglichkeiten festgelegt.

33 Die römischen Juristen ließen auch – im Einklang mit der agrarischen Praxis – den Nießbrauch an einer Herde (*grex*) zu, für den sie *ad hoc* Rechtsregeln herausbildeten, die, wie man unten (→ 40) noch sehen wird, mit dem Problem der Erhaltung der Substantz verbunden waren, wobei die Regel der Substitution eines verstorbenen Herdenmitglieds (*summissio capitis demortui*) durch ein Neugeborenes angewandt wurde.

34 Für Geld und Geldforderungen verhinderte die strenge Konzeption des *usus fructus* die Ausweitung auf diese Art von Vermögenswerten. Die Neigung der Geschäftspraxis, auch bei diesen eine dingliche Nutzung, die von der Rechtsträgerschaft des Geldes oder des Kredites als solcher getrennt ist, zu ermöglichen, führte zu einer Neuerung, die in einem Senatskonsult aus der Zeit des Tiberius eingeführt wurde. Darin war die Erhaltung des Wertes einer bestimmten Menge Geldes oder eines Darlehens, die zur Nutzung überlassen waren, mittels einer *cautio* vorgesehen, in der zugesagt war ebensoviel (*tantundem*) oder den Wert des ursprünglich zur Nutzung überlassenen Kredits zurückzugeben.[16] Die Juristen qualifizierten diesen Typ von Recht mit der Bezeichnung *quasi usus fructus,* mit der Begründung, dass die Natur der Dinge auch durch die Autorität des Senats nicht verändert werden kann.[17]

6. Inhalt des *usus fructus*

35 Der Inhalt des Nießbrauchs wird von den römischen Juristen als Recht des vollständigen Genusses der Sache aufgefasst, in welchem der Gebrauch der Sache im Hinblick auf die Erzielung von Früchten (*uti frui*) mitenthalten ist. Diese stellen sich nicht als

[15] Gai. 2.30.
[16] Ulp. 18 ed. D. 7.5.1; Gai. 7 ed. prov. D. 7.5.2 pr.
[17] Gai. 7 ad ed. prov. D. 7.5.2.1: *nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potest.*

zwei getrennte, jeweils Komponenten des Individualeigentums bildende Befugnisse (*usus* einerseits und *fructus* andererseits) dar, sondern sind als konkrete (und nicht abstrakte) Vorstellung des vollen Genusses zu verstehen, wie er untrennbar in dem zusammenhängenden Begriff *usus fructus* und seiner raffinierten Konstruktion eines *ius utendi fruendi* zutage tritt.

36 Diesbezüglich läßt sich eine Überlagerung zweier Perspektiven beobachten, die die römische Rechtswissenschaft zu bestimmen scheint: In einer ersten Phase wird das *in fructu esse* hervorgehoben dh in positiver Weise die Untrennbarkeit des *uti frui* ausgedrückt und dabei konkret herausgearbeitet, dass dem Nießbraucher der volle Genuss (ohne Schädigung der Eigentümerinteressen an der Erhaltung der Zuordnung seiner Sache und ihrer produktiven Kapazität) zukommt; in einer zweiten Phase taucht hingegen eine Perspektive auf, welche den Inhalt des *ususfructus* negativ bestimmt, indem seine Grenzen hervorgehoben werden, innerhalb welcher der umfassende Genuss vom Nießbraucher frei ausgeübt werden kann.

37 Aus dieser Blickrichtung (und immer noch im Rahmen der unabänderlichen Grenze der wirtschaftlichen Bestimmung des Nießbrauchsgegenstandes, die durch das Eigentumsrecht geprägt ist), führte die agrarische Praxis im Bestreben nach Verbesserung der Produktion und dem Wunsch nach dynamischeren Modellen der produktiven Ausnutzung zu einer Ausweitung des *uti frui* des Nießbrauchers, wobei die engen Grenzen des *in fructu esse* überwunden wurden, bis hin zur Einbeziehung der *commoda* und des *reditus rei* – eine Ausweitung des Inhalts der Nutzungsberechtigung, die immer mehr mit den Eigentümerinteressen in Konflikt geriet. Spuren dieser Spannung zwischen den widerstreitenden Interessen des Nießbrauchers und des Eigentümers finden sich in der schichtenweisen Herausarbeitung der Grenzen der Nutzung, welche die römischen Juristen allmählich – auch mithilfe des Prätors (siehe sogleich → § 40) – geschaffen haben.

7. Grenzen der Nutzung durch den Usufruktuar

38 Im vorangegangenen Abschnitt hat sich gezeigt, welche Bedeutung für die Grenzen der Nutzungsbefugnisse es hat, ob die Nutzung des Nießbrauchers in positiver oder negativer Weise bestimmt wurde. Selbstverständlich konkretisiert sich die volle Nutzung durch den Nießbraucher – im Rahmen der Art der Nutzung durch den, den Nießbrauch einräumenden *pater familias* – in dem, was die Nießbrauchssache an Früchten hervorbringt; der Umfang der Nutzung innerhalb der ursprünglichen wirtschaftlichen Bestimmung der Sache hängt damit von der Enge bzw. Weite des Fruchtbegriffs ab, der in einem bestimmten historischen Kontext gültig ist.

39 In dem Moment, wo die volle Nutzungsmöglichkeit auf jeglichen Ertrag und jegliche Nutzung der Sache (inklusive der immateriellen) erweitert wird, erlangt das Problem der Nutzung im Sinne der Absicht des Bestellers des *usus fructus*, präzisere Konturen. Diesbezüglich finden wir im römischen Recht, wie so oft auch bei anderen Instituten, unterschiedliche Lösungen, auch solche in zeitlicher Überlagerung. Grenzen des vollen

Genusses durch den Usufruktuar finden sich verstreut in der *interpretatio prudentium*, werden aber auch durch den Prätor vorgegeben.

40 Die *interpretatio prudentium* hat offenbar Bewertungskriterien entwickelt, um die Grenzen der Nutzungsmöglichkeit im Hinblick auf den Usufruktuar zu entwickeln. In den Quellen begegnet dabei als ein Bewertungsmaßstab der Rückgriff auf den *pater familias*.[18] Dabei vergleicht man die Ausübung des „vollen Genusses" durch den Usufruktuar und die landwirtschaftliche Nutzung desjenigen, der den *ususfructus* eingeräumt hat. Dieses Modell scheint die römischen Juristen vor allem dort zu leiten, wo Grenzen der Nutzung von Sachen zu bestimmen sind, die nicht zur üblichen produktiven Bestimmung der Sache (*usus*) gehören.

41 Ein anderes Bewertungskriterium der Nutzung durch den Nießbraucher ist die Figur des *vir bonus*.[19] Dieser Maßstab, dem eine eigene spezifische Bedeutung im Zusammenhang mit der *conceptio verborum* bei der *cautio usu fructuaria* zukommt, erhält eine präzise dogmatische Funktion bei der entwickelten Ausgestaltung des Inhalts des *usus fructus* in der Rechtswissenschaft.[20] Dies impliziert nach Celsus[21] die rechtlich durchsetzbare Möglichkeit, eine korrekte Nutzung zu erzwingen. Eine solche mögliche Ausweitung der Gestaltbarkeit des Inhalts des Nießbrauchs führt die Rechtswissenschaft dazu, Grenzen der Nutzung negativ festzulegen, wie jene des formalen Zustandes der zum Nießbrauch gegebenen Sache oder jene der *substantia*.

42 Der durch den Prätor auferlegte Zwang für den Vermächtnisnehmer eines Nießbrauchs, eine *cautio usu fructuaria* abzuschließen, hat das Ziel, dem Erben, der bloßer Eigentümer wurde, die Erhaltung der Produktivität der Sache für jene Art der Bestimmung zu sichern, welche im Zeitpunkt der Begründung des Nießbrauchs bestand. Diese Art der Garantie wurde vom Prätor mittels zweier Klauseln eingeführt: Die eine legte dem Nießbraucher auf, den Nießbrauch entsprechend dem Urteil eines *vir bonus* auszuüben (*boni viri arbitratu usurum fruiturum*),[22] die zweite eine Rückgabeverpflichtung *quod inde extabit restituere* [23] sowie eine *clausula doli*.[24] Vor allem das mit der ersten Klausel vom Prätor eingeführte Regelwerk zielte darauf ab, eine Lücke im zivilistischen System des Nießbrauchsvermächtnisses zu schließen, welches ansonsten bei der Konkretisierung des „vollen Genusses" des Nießbrauchers und seiner Grenzen nicht in der Lage gewesen wäre (abgesehen vom Erlöschen des Nießbrauchs), die Eigentümerinteressen zur Erhaltung der Produktivkraft des Bodens zu sichern. Mit der auf das *uti frui* eines *vir bonus* abstellenden Garantiezusage wurde dem Nießbraucher

[18] Ulp. 17 Sab. D.7.1.9.2; Ulp. 17 Sab. D.7.1.9.7.

[19] Zuletzt s. *Santucci*, in: Lovato, Vir bonus (2013) 139–160.

[20] Ulp. 17 Sab. D. 7.1.9 pr.: *Item si fundi usus fructus sit legatus, quidquid in fundo mascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur.*

[21] Cels. 18 dig., zitiert bei Ulp. 17 Sab. D. 7.1.9 pr. i. f.

[22] Ulp. 18 Sab. D. 7. 9.12; D. 7.1.13 pr.

[23] Ulp. 79 ed. D. 7.9.1 pr.

[24] Ulp. 79 ed. D. 7.9.5 pr.

die Verpflichtung auferlegt, die Produktivkraft des landwirtschaftlichen Gutes nicht nur nach dem landwirtschaftlichen Usus des Bestellers des *ususfructus* zu pflegen und aufrechtzuerhalten, sondern sich auch beweglich an produktive Dynamiken anzupassen, ohne dabei das primäre Interesse des *dominus* aus dem Auge zu verlieren.

8. *Petitio ususfructus*

Einer der umstrittensten Aspekte des Nießbrauchs als dinglichem Recht betrifft die **43**
Formen der Klage, die seit seiner Entstehung zur gerichtlichen Durchsetzung dienten.

Aufgrund der wahrscheinlichen Herausbildung in der Zeit des 3.–2. Jh.s v. Chr. bringt ein Teil der Lehre den Rechtsschutz in den Zusammenhang einer *legis actio sacramento in rem*. Die Vorstellung der Einordnung des Nießbrauchs in das Verfahren einer *legis actio sacramento in rem* stößt auf die Schwierigkeit, sich die Behauptung bei der *contravindicatio* vorzustellen, die ja denselben Inhalt wie das ältere *agere* hatte. Die Hypothese der Einbeziehung des *usus fructus* in das *agere sacramento in rem*, falls es überhaupt existiert hat, dürfte sich jedenfalls nicht in Form einer Behauptung der Zugehörigkeit der Früchte der Sache in der Form eines *meum esse ex iure Quiritium*, geäußert haben, als vielmehr als Behauptung eines Rechts auf *uti frui*, ähnlich wie bei den urbanen Grunddienstbarkeiten.

Im Formularprozess wird der *ususfructus* mittels einer *actio in rem* durchgesetzt. Die **44**
Klage wird in den Quellen als *vindicatio* oder *petitio usus fructus* bezeichnet.

Die Formel der Klage wird folgendermaßen rekonstruiert: **45**

C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerio ius esse fundo quo de agitur uti frui neque ea res arbitrio C. Aquilio iudicis A. Agerio restituetur quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.[25]

C. Aquilius soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass dem Kläger das Recht zusteht, das Grundstück, um das es geht, zu nutzen und daraus Früchte zu ziehen, und die Sache nach der Schätzung des Richers C. Aquilius nicht restituiert wird, so soll der Richter den Beklagten zur Zahlung des Geldbetrages verurteilen, den die Sache wert sein wird; wenn es sich nicht erweist, so soll er ihn freisprechen.

II. *Usus* und *habitatio*

1. *Usus*

Der *usus*[26] stellt für die Römer ein Gebrauchsrecht an einer fremden Sache (*ius in re* **46**
aliena) dar, welches nicht den vollen Genuss und die Zueignung der Früchte (*nudus usus, id est sine fructu*)[27] mitumfasst.

[25] *Lenel*, EP 190; *Mantovani*, Formule 35.

[26] Maßgebliche Quellen finden sich in: D. 7.8; I.2.5; C. 3.33.

[27] Gai. 7 ed. prov. D. 7.8.1.1; vgl. auch Ulp. 17 Sab. D. 7.8.2 pr.: *cui usus relictus est, uti potest, frui non potest*; D. 7.8.10.4: *si usus fundi sit relictus, minus utique esse quam fructum longeque nemo dubitat.*

47 Die Diskussion der römischen Juristen konzentriert sich auf die konkrete Bestimmung der Grenzen des *uti* im Hinblick auf seine „negative" Ausgestaltung als *usus sine fructu*. Tatsächlich schließt diese Perspektive aber nicht aus, dass sich der Gebrauchsberechtigte (*usuarius*) hinsichtlich einzelner Gegenstände, die dem *usus* unterliegen, bestimmte Früchte zueignet. Die Komplexität der Debatte veranlasste die interpolationistische Textkritik, ein qualitatives Konzept des *usus* (welches definitionsgemäß die Ziehung von Früchten ausschloss) und der klassischen *iurisprudentia* zugerechnet wurde, von einem quantitativen Konzept (mit einer begrenzten Möglichkeit, gewisse Früchte der Sache zu ziehen), welches für justinianisch gehalten wurde, zu unterscheiden.

48 Tatsächlich haben die römischen Juristen im Rahmen der konkreten Bestimmung des *usus* als Gebrauchsrecht für die persönliche Bedürfnisbefriedigung des Gebrauchsberechtigten die Befugnis zu spezifischen Nutzungsmöglichkeiten der zum *usus* überlassenen Sache eingeräumt, ohne dass dabei je die Grenze der persönlichen Bedürfnisbefriedigung des Gebrauchsberechtigten überschritten worden wäre.

49 Zum Beispiel kann der Gebrauchsberechtigte einer *domus* diese mit seiner *familia*, inklusive (zumindest nach Celsus) der *liberti*, bewohnen und auch einen Gast aufnehmen. Was die Frage anbelangt, ob er einzelne Zimmer der im *usus* befindlichen Sache vermieten darf, scheint sich Labeo dafür entschieden zu haben, sofern der Gebrauchsberechtigte auch selbst im Hause wohnt.[28] Die Begründung liegt in einer qualitativen Konzeption des *usus*, die nicht durch eine quantitativ reduzierte und indirekt gewinnbringende Art der Raumnutzung beeinträchtigt wird, solange diese Nutzung direkt und persönlich bleibt.[29]

50 Bei einem Gebrauchsrecht an einem Landgut besteht der Angelpunkt in dem potentiellen Konflikt zwischen den Grenzen des Gebrauchsrechts des *usuarius* und der fortdauernden Bestimmung des Gutes zur landwirtschaftlichen Produktion. Dem Gebrauchsberechtigten werden dabei abgesehen vom Wohnrecht (*ius habitandi*) auch das *ius deambulandi*, dh das Recht des Spazierens am Grund, und das *ius gestandi*, dh das Recht aktive Handlungen zu setzen, damit das Recht des *usus* ausgeübt werden kann, zuerkannt.[30] Das bedeutet konkret, dass der Gebrauchsberechtigte sich für seine Ernährung versorgen durfte, indem er den Garten, das Gemüse, die Pflanzen und das Wasser gebrauchen durfte, solange er dies nicht zu einem gewinnorientierten Gebrauch (*usus ad compendium*) führte. Das galt aber nach Nerva angesichts der wirtschaftliche Bestimmung des Gutes nicht für die normalen landwirtschaftlichen Produkte. Gegenteilig entschieden Sabinus, Cassius, Labeo und Proculus, die auch für diese Produkte ein Gebrauchsrecht, beschränkt auf die Ernährung des Gebrauchsberechtigten, zuließen.[31] Das Recht des *usus* wird auf die gleiche Weise wie der *ususfructus* begründet und zum Erlöschen gebracht.[32]

---

[28] Ulp. 17 Sab. D. 7.8.2, 1–4 pr.
[29] *Grosso*, Usufrutto I (1958) 430.
[30] *Bund*, SZ 73 (1956) 180 Fn. 107.
[31] Ulp. 17 ed. D. 7.8.12 pr.–1.
[32] Gai. 2 cott. D. 7.1.3.3.

2. *Habitatio*

Das *ius habitandi* war in klassischer Zeit ein Teil des weiteren Begriffs des *uti frui* oder des *uti* an einer Liegenschaft. Das schuf immer dann interpretative Schwierigkeiten, wenn im Begründungsakt lediglich von *habitatio* die Rede war. So entscheidet sich zB Papinian im Fall eines Legats einer *habitatio*[33] zwischen den Folgen eines Legats des Eigentums am Haus oder jenen eines Gebrauchsvermächtnisses im Zweifel für letztere. Das Legat eines *usus fructus* an einem Haus, welches ausdrücklich zu Wohnungszwecken (*habitandi causa*) eingesetzt wurde, wird von Proculus und Nerva als Legat des Gebrauchs (*legatum usus*) verstanden.[34] **51**

Kaiser Justinian ordnet 530 n. Chr.[35] die selbständige Anerkennung der *habitatio* als *ius proprium*[36] an, welches eine eigene Natur (*specialis natura*) habe, zu der – neben der Charakterisierung als persönliches Recht auf Befriedigung der eigenen Wohnbedürfnisse im Haus – auch die Befugnis gehört, das Haus zu vermieten. **52**

Die Arten der Begründung der *habitatio* entsprechen jenen des Nießbrauchs und des Gebrauchsrechts in justinianischer Zeit. Aufgrund der speziellen Natur gelten für sie aber weder die Regel der Beendigung durch *capitis deminutio* des Berechtigten noch jene der Beendigung durch Nichtausübung (*non usus*). **53**

[33] Ulp. 17 Sab. D. 7.8.10 pr., 10.2.
[34] Ulp. 17 Sab. D. 7.8.10.2.
[35] C. 3.33.13 (a.530).
[36] Inst. 2.5.5 spricht von *quasi proprium aliquod ius.*

§ 50 Dienstbarkeiten (*servitutes*)

Maria Floriana Cursi

Elvers, Die römische Servitutenlehre, 1856; *Kaser*, Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht, in: Festschrift für Paul Koschaker. Mit Unterstützung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin und der Leipziger Juristenfakultät zum sechzigsten Geburtstag überreicht von seinen Fachgenossen I, 1939 (= Ausgewählte Schriften, II, 1976, 73–113); *Capogrossi Colognesi*, Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano, 1966; *Franciosi*, Studi sulle servitù prediali, 1967; *Grosso*, Le servitù prediali nel diritto romano, 1969; *Capogrossi Colognesi*, La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana, II, 1976; *Corbino*, Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù I, 1981; *Rainer*, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht, 1987; *Cursi*, Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali, 1999; *Möller*, Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB, 2010.

Inhalt Rn.

I. Wesen, Struktur und Funktion 1
II. *Iura praediorum rusticorum* 6
1. Entwicklung und Allgemeines 6
2. *Iura itinerum* 8
3. *Iura aquarum* 14
4. Die anderen Felddienstbarkeiten: das Kriterium der *utilitas fundi* 18
III. *Iura praediorum urbanorum* 22
1. Entwicklung und Allgemeines 22
2. Die *Leges aedium* und die Entstehung der Gebäude-Servituten 26
IV. Die Vereinbarung von Servituten auf provinzialen Grundstücken 34
V. Der Wandel des Systems der Dienstbarkeiten im postklassischen und justinianischen Zeitalter 36

I. Wesen, Struktur und Funktion

Traditionell sind die Grunddienstbarkeiten – *servitutes* oder *iura praediorum* – als eine auf einem Grundstück ruhende Belastung konzipiert (das belastete Grundstück wird als „dienendes" bezeichnet), die zu Gunsten eines anderen berechtigten Grundstücks geht (dieses wird „herrschendes" genannt); diese Belastung bleibt auch dann erhalten, wenn der Eigentümer des Grundstücks wechselt. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks hat eine bestimmte Einwirkung des Berechtigten auf die Sache zu dulden oder eine bestimmte Einwirkung zu unterlassen. 1

Die antike Konzeption der Dienstbarkeit verortet diese im Eigentum des materiellen Teils des dienenden Grundstücks. Somit kommt es zu einer funktionellen Unterteilung zwischen dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks, der über die Dienstbarkeit auch Eigentum an dem betreffenden Teil des dienenden Grundstücks erhält, und dem Eigentümer des dienenden Grundstücks (funktionell beschränktes Eigentum).[1] 2

Dieses charakteristische funktionell beschränkte Eigentum wird durch die Formel der *actio sacramenti in rem*[2] geschützt– welche anpassungsfähig ist, um auch die Interessen solcher Berechtigter zu schützen, denen eine Sache nicht ausschließlich zugeordnet ist.[3] 3

Die Überwindung des Eigentumsmodells und die Umwandlung der Grunddienstbarkeiten in *res incorporales* erfolgt erst später und führt zu einer abstrakteren Betrachtung der Dienstbarkeit als *ius in re aliena*. 4

Die juristische Ausgestaltung der Dienstbarkeiten hat sich nach dem Konzept der offenen Typizität[4] entwickelt: In der dezemviralen Epoche wurden erstmals einige Rechtsfiguren geschaffen, die den Feldservituten entsprachen (*iura praediorum rusti-* 5

[1] *Kaser*, FS Koschaker II = Ausgew. Schr. II 73–113; *Kaser*, SDHI 13–14 (1947–48) 392; *Kaser*, SZ 67 (1950) 486; *Kaser*, SZ 68 (1951) 186–190; *Kaser*, Eigentum (1956) 17–29, 302 f.; *Kaser*, in: Dölle, Deutsche Landesreferate VI (1962) = Ausgew. Schr. II 63; *Kaser*, RP I 143 f., der einen Denkanstoß von *Koschaker*, SZ 58 (1938) 258 f. Fn. 2 weiterentwickelt.

[2] Gai. 4.16.

[3] Ausgehend von der Anmerkung *Grosso*, Diritti reali (1944) 16 f.; *Grosso*, St. Arangio-Ruiz I 41 f.; *Grosso*, Servitù (1969) 35 f., 279 Fn. 1, auch *Kaser*, FS Koschaker II = Ausgew. Schr. II 78 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 95 Fn. 38 – zur Ausdehnbarkeit des Formulars der *actio sacramenti in rem* – welches anpassungsfähig ist, um auch die Interessen solcher Berechtigten zu schützen, denen eine Sache nicht ausschließlich zugeordnet ist – haben zuerst *Capogrossi Colognesi*, Struttura I (1969) 347–368, und in Folge *Corbino*, St. Sanfilippo VII 137–141; und *Corbino*, in: Cortese, Proprietà (1988) 32–38, in dem Ausdruck *secundum suam causam*, welcher in der gaianischen Formulierung der *actio sacramenti in rem* enthalten ist, ein Mittel gesehen, eine immer größere Spezifizierung der *vindicatio* zu ermöglichen, die trotz der Vielfalt der geschützten Situationen das vom *meum esse* verkörperte, einheitliche und rituelle Schema beibehält. → § 9.

[4] Zum Problem der Typizität vgl. *Elvers*, Servitutenlehre (1856) 135–136; *Perozzi*, Scr. II 1–78; *Brugi*, Glück, Pandette VIII 121; *Arangio-Ruiz*, Scr. II 483–515; *Biondi*, Servitutes (1938) 629–632; *Grosso*, Servitù (1969) 61–76; *Grosso*, SDHI 3 (1937) 167–172; *Rainer*, Et. Ankum II 415–424; *Corbino*, Mél. Kupiszewski 105–111; *Burdese*, AG 218 (1998) 4.

corum); in einem zweiten Schritt wurden *iura in re aliena* eingeführt, um die Verhältnisse zwischen Gebäuden im innerstädtischen Bereich zu regeln (*iura praediorum urbanorum*).[5] Die freie Bestimmung des Inhalts der Dienstbarkeit, die über eine quantitative und qualitative Charakterisierung der Rechtsfigur zum Ausdruck kommt (*modus servitutis*),[6] ist der Kern dieses Systems, das graduell auf der Bewertung der Inhalte der einzelnen Dienstbarkeiten und der Grenzen, innerhalb welcher diese entstehen können, aufgebaut wird.[7] Dieses System entwickelt sich in der spätklassischen Epoche und wird im postklassischen und justinianischen Zeitalter überwunden: Die Überschneidung der öffentlichen und der privatrechtlichen Regelungen, sowie parallel dazu die Ausdehnung des Begriffs *servitus* auf einige rechtliche Beschränkungen des Eigentums – insbesondere beim Verhältnis zwischen den Gebäuden – tragen dazu bei, den klassischen Begriff der Servitut tiefgreifend zu verändern.

II. *Iura praediorum rusticorum*

1. Entwicklung und Allgemeines

6 Die Felddienstbarkeiten gelten als ältester Typ der Servituten und gehören zur Kategorie der *res mancipi*[8] und müssen auf Dauer angelegt sein (*perpetua causa*).[9] Sie werden *inter vivos* mittels *mancipatio* (→ § 17) oder *in iure cessio* (→ § 16) begründet[10] (mit der Möglichkeit zur *deductio* von der *mancipatio* oder der *in iure cessio* soweit ein Grundstückseigentümer sich eine Dienstbarkeit auf das von ihm veräußerte

[5] Auf der Unterscheidung zwischen *iura praediorum rusticorum* und *iura praediorum urbanorum* gegründet, zuerst, von der Position der *praedia* (Ner. 1 membr. D. 20.2.4.1), später in Bezug auf den Begriff der *materia* (Ulp. 2 de omn. trib. D. 50.16.198; Ulp. 2 inst. D. 8.4.1 pr.; Inst. 2.3.1) vgl. *Arnò*, Servitù (1895) 99–103; *Solazzi*, Specie delle servitù (1948) 2–6; *Biondi*, Servitù prediali (1954) 200–205; *Grosso*, Servitù (1969) 54–57, 167–173; *Franciosi*, Servitù (1967) 181–185; *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 286–290; *Giuffrè*, Iura in re aliena (1992) 182–186; a. A. *Corbino*, Scr. Falzea (1991) IV 223–230.

[6] Pap. 7 quaest. D. 8.1.4.

[7] Vgl. *Elvers*, Servitutenlehre (1856) 135 f.; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 307–325.

[8] Gai. 2.14a, 17, 29. Der Versuch, die alte Unterscheidung *res mancipi/res nec mancipi* mit der neuen Klassifizierung *res corporales/res incorporales* zu koordinieren, ist ein Beweis für die materielle Natur der Felddienstbarkeiten. Vgl. *De Visscher*, SDHI 2 (1936) 297–303; *Grosso*, St. Besta I 45–66; *Monier*, St. Solazzi 357–374; *Gallo*, Res mancipi (1958) 203–240; *Bona*, in: Bona et al., Prospettive sistematiche (1976) 435–454; *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 259–262.

[9] Zum Problem der *perpetua causa servitutis* (Paul. 15 ad Sab. D. 8.2.28), vgl. *Elvers*, Servitutenlehre (1856) 151–160, 176–180; *Perozzi*, Scr. II 85–98, 136–140; *Solazzi*, Costituzione delle servitù (1947) 35–39; *Solazzi*, Specie delle servitù (1948) 46–50; *Biondi*, Servitutes (1938) 355–362; *Biondi*, Servitù prediali (1954) 182–188; *Grosso*, Servitù (1969) 112–126; *Capogrossi Colognesi*, Servitù d'acqua (1966) 4–12, 101–107, 156f.; *Capogrossi Colognesi*, Proprietà e diritti reali (1999) 83–89; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 157–160, *Möller*, Servituten (2010) 208–220.

[10] Gai. 2.29.

Grundstück vorbehalten wollte);[11] weiters kann eine Felddienstbarkeit auch *mortis causa* durch das *legatum per vindicationem* begründet werden.[12] Bis zur *Lex Scribonia* – einem Gesetz ungewisser Datierung, das wahrscheinlich auf die Mitte des letzten Jahrhunderts der Republik zurückzuführen ist,[13] welches die Unersitzbarkeit der Dienstbarkeiten festlegte und somit die Grundstücke von nicht von den Parteien vereinbarten Belastungen freihielt – konnten die *iura praediorum rusticorum* aufgrund ihres materiellen Charakters durch Ersitzung erworben werden. Trotz der *lex Scribonia*, und mit einer beachtlichen Zweideutigkeitsmarge hinsichtlich der Entkräftung des Besitzes im System der Felddienstbarkeiten, erlöschen diese weiterhin bei Nichtausübung innerhalb einer bestimmten Zeitspanne (*non usus*).[14]

Die *iura praediorum rusticorum* umfassen die Wegerechte (*via, iter, actus*) und den **7**
aquaeductus,[15] zu denen im Laufe der Zeit nach einem graduellen Typisierungsprozess andere neue Rechtsfiguren hinzukommen, die stets im Zusammenhang mit Regelungen der rechtlichen Verhältnisse zwischen Feldern standen: *aquae haustus* (→ Rn. 16 f.), *pecoris ad aquam adpulsus* (→ Rn. 16 f.), *ius pascendi* (→ Rn. 18 f.), *calcis coquendae* (→ Rn. 18 f.), *harenae fodiendae* (→ Rn. 18 f.).[16]

---

[11] Iav. 2 epist. D. 8.4.5; Paul. 5 ad Sab. D. 8.4.7 pr.; Ulp. 10 ad Sab. D. 8.4.10; Scaev. 4 dig. D. 8.5.20 pr.; Pomp. 22 ad Sab. D. 12.6.22.1. Vgl. *Grosso*, Servitù (1969) 187 f.

[12] Iav. 10 ex Cass. D. 8.3.13.1. So *Grosso*, St. Albertario I 597; Grosso, *Servitù* (1969) 128; *Kaser*, RP I 444 und Nt. 48; *Astolfi*, Legati III (1979) 55 Nt. 1; *Manthe*, Ex Cassio (1982) 217 und Nt. 79; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 83 f.

[13] Es wurde viel über das Gesetz geschrieben, nicht nur hinsichtlich der Datierung sondern auch zu seiner Tragweite und der *ratio*, die den Gesetzgeber dazu bewog, in einen Privatbereich einzugreifen, in dem die *interpretatio* zum gleichen Ergebnis hätte führen können, wie man der im Nachhinein von der späteren Jurisprudenz gelieferten Begründung entnehmen kann, die auf die Natur der *res incorporales* der Grunddienstbarkeiten verweist (Paul. 15 ad Sab. D. 8.1.14 pr.). Vgl. *Grosso*, Servitù (1969) 189–192, 246; *Rainer*, SZ 104 (1987) 631–638; *Rainer*, Lib. Am. Krampe 279–288; *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 437–456; *Capogrossi Colognesi*, Proprietà e diritti reali (1999) 91–127; *Tuccillo*, Servitù (2009) 1–95; *Möller*, Servituten (2010) 235–251; *D'Angelo*, AUPA 41 (2013) 11–26.

[14] Paul. 54 ed. D. 41.3.4.28; Paul. sent. 1.17.1–2; Ulp. 14 Sab. D. 8.3.18; Paul. 21 ed. D. 8.5.9.1; Paul. 21 ad ed. D. 8.6.2; Paul. 27 ad ed. D. 8.6.4; Cels. 5 dig. D. 8.6.6; Paul. 13 ad Plaut. D. 8.6.7; Paul. 15 ad Plaut. D. 8.6.8.1; Iav. 3 ex Plaut. D. 8.6.9; Paul. 15 ad Plaut. D. 8.6.10; Marc. 4 dig. D. 8.6.11 pr.; Cels. 23 dig. D. 8.6.12; Paul. 15 ad Sab. D. 8.6.18 pr.; Pomp. 32 ad Sab. D. 8.6.19; Scaev. 1 reg. D. 8.6.20; Paul. 5 Sent. D. 8.6.21; Scaev. 1 reg. D. 8.6.22; Paul. 5 Sent. D. 8.6.23; Scaev. 1 reg. D. 8.6.24; Paul. 5 Sent. D. 8.6.25; Paul. 15 ad Plaut. D. 39.3.17 pr.; Ulp. 70 ad ed. D. 43.20.1.23; Iul. 4 ex Min. D. 43.20.5.1; Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Nymphidio C. 3.34.10 (a.294); Pomp. 11 ex var. lect. D. 8.6.17. Vgl. *Grosso*, Servitù (1969) 244–249; *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 456–459; *Möller*, Servituten (2010) 252–256, 327–352; *Tuccillo*, Servitù (2009) 97–188, und *infra* → § 23.

[15] Ulp. 2 inst. D. 8.3.1 pr.

[16] Ulp. 2 inst. D. 8.3.1.1.

2. *Iura itinerum*

8 In der Lehre bestehen unterschiedliche und teilweise gegensätzliche Meinungen darüber, wie die Wegerechte entstanden sind. Um den Werdegang der Wegerechte nachzuzeichnen, ist es daher notwendig, von den Quellen auszugehen: Obligatorischer Ausgangspunkt ist ein Text von Festus zu den *viae privatae,* in dem das für die *via* geltende dezemvirale System beschrieben ist.[17]

9 Die im Wesentlichen über die Zugehörigkeit zu einem privaten Grundstück konzipierten Straßen (*viae privatae, quibus neminem uti … praeter quorum sunt*) müssen bei gerader Strecke eine Breite von acht Fuß aufweisen, an Kurven sechzehn Fuß; zudem müssen sie *munitae*, d. h. bepflastert sein. Ist die *via* jedoch nicht bepflastert, kann man das Pferd bzw. andere Tiere oder den an den Wagen gespannten Ochsen führen, wie man will.

10 Die dezemvirale Definition der *viae privatae* lässt zwei gegensätzliche Erfordernisse erkennen, die ausgeglichen werden müssen: solche, die auf den Inhaber des Wegerechts, und solche, die auf den *dominus* des Grundstücks bezogen sind. Die gleichzeitige Berücksichtigung dieser beiden Interessen begründet den Eingriff des Gesetzgebers, und zwar sowohl hinsichtlich der rechtlich festgelegten Maße der *via* (um zu vermeiden, dass der Grundstückseigentümer in der Nutzung seines Grundstücks übermäßig beeinträchtigt wird), als auch hinsichtlich der *munitio* des Weges (die eine Verpflichtung des Eigentümers des dienenden Grundstücks zu sein scheint).[18] Aufgrund der Beschaffenheit der Vorschrift erhält das Ergebnis der Zusammenführung der verschiedenen Parteieninteressen einen allgemeinen und abstrakten Charakter. Das Maß der *latitudo* der *via* scheint tatsächlich standardisiert zu sein, ebenso ist die auf der *via munita* auszuübende Befugnis des *agere iumentum* allgemein gehalten, wie jene, bei fehlender *dilapidatio* den gesamten Grund zu nutzen: das vorgeschriebene *agere iumentum* kann als Charakterisierung des Wegerechts angesehen werden, die im damaligen historischen Kontext offensichtlich den entgegengesetzten Erfordernissen der Parteien am besten gerecht wurde. Angesichts der vielfältigen Möglichkeiten der Parteien, das Wegerecht zu gestalten, typisiert der Gesetzgeber die *via* gemäß präziser struktureller Eigenschaften (*latitudo legitima*) und Funktionen (*agere iumentum*).[19]

---

[17] Fest. s. v. viae (Lindsay, 508): *viae sunt et publicae, per … e omnibus licet, et privatae, quibus neminem uti … praeter eorum quorum sunt. et ita privatae VIII pedes in latitudine iure et lege, publicae quantum ratio utilitatis permittit. lex iubet XVI ⟨in anfracto fle⟩xuque pedes esse vias ut qui vias muniunto: †onisam† dilapidassunt, qua volet, iumento ageto* (Strassen sind sowohl öffentlich, d. h. es ist allen erlaubt sie zu begehen, als auch privat, die letzteren dürfen von niemandem außer ihren Inhabern benutzt werden. Somit sind die privaten Straßen basierend auf dem Recht und dem Gesetz acht Fuß breit, während die Breite der öffentlichen von ihrer Nutzung abhängt. Das Gesetz schreibt vor, dass sie bei Wendepunkten 16 Fuß breit sein müssen und zu bepflastern sind: falls sie nicht mit Steinen bedeckt sind, darf man den Wagen führen, wie man will).

[18] *Diósdi*, Ownership (1970) 114 f. und Nt. 43; *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 250 f.; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 61–68.

[19] Abgesehen von der Ansicht *Voigt*, Ber. Sächs. Akad. Leipzig 26 (1874) 20 f. (auch *Voigt*, XII

Die Einzigartigkeit der *via*, wie auch ihre verbindliche Ausgestaltung, führt dazu, dass man es als erforderlich ansah, jenen Wegerechten, die andere strukturelle und funktionelle Eigenschaften als die dezemvirale *via* aufwiesen, eine autonome Konfiguration zu geben. Tatsächlich sind keine acht Fuß Breite erforderlich, um einen Weg zu Fuß zu begehen oder auf einem Pferd darüber zu reiten oder um eine Rinder- oder Schafsherde zu führen; dagegen könnte eine größere *latitudo* als acht Fuß notwendig sein, um den Grund mit bestimmten Wagentypen zu befahren. Somit musste die Veränderung der materiellen Struktur zur Definierung der verschiedenen Ausübungsmodalitäten der *servitus* führen: das *ire* und das *agere*, die dann zu *iter* und *actus* wurden.[20] **11**

Anders als die *via* der XII Tafeln, welche durch eine strenge materielle Struktur charakterisiert ist, scheinen *iter* und *actus* – deren *latitudo* nie standardisiert wurde – aus dem Erfordernis entstanden zu sein, die verschiedenen Durchgangsbedürfnisse zu befriedigen.[21] Statt auf das rechtliche Modell der *via* Rückgriff zu nehmen – das im Laufe der Zeit in Bezug auf die auch für diese Dienstbarkeitsart anerkannte Bestimmungsfreiheit zu einer Restgröße geworden war[22] – vereinbaren die Parteien die strukturellen und funktionellen Eigenschaften der Dienstbarkeit, die sie bestellen möchten, wobei sie von Mal zu Mal eine neue Servitutsform erschaffen.[23] Die Juristen haben jene Modelle fortschreitend typisiert, die aufgrund ihres spezifischen Inhalts und ihrer konstant wiederholten praktischen Nutzung regelrechte Typen geworden sind: eben *iter* und *actus*. **12**

Tafeln [1883] 345 f.; *Voigt*, Römische Rechtsgeschichte I [1892] 41) hinsichtlich der Neuheit der Dienstbarkeit der *via*, der *Corbino*, Servitù (1981) 134–148, 210 f., folgt, sehen die meisten Autoren in der *via* das älteste der drei Wegerechte. Nach *Puchta*, Civilistische Schriften (1851) I 4–6 §§ 2–4, VI 18 § 2, VI 124 f. § 11, war die *via* ursprünglich als gepflasterter Weg gestaltet und wurde erst später zu einer Dienstbarkeit. *Grosso*, Servitù (1969) 22–26, 30–32, geht auf die Hypothese von *Puchta* unter Heranziehung des von den *viae communes* gebotenen Modells ein – Wege, die gemäß der Bestätigung von Landvermessern und Juristen von den Eigentümern der benachbarten Grundstücke gemeinsam genutzt werden – oder von den *viae quae ad agros ducunt, per quas omnibus commeare liceat*, die außerhalb des Grundstücks liegen und *in agris* von öffentlicher Bedeutung waren (vgl. *Cursi*, Modus servitutis [1999] 42–45). Ausgehend von diesem Gedanken – der von der Forschung *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 106–109, zu den literarischen, epigraphischen sowie juristischen Quellen weiter vertieft wurde – hat *Möller*, Servituten (2010) 58–65, die Diskussion auf eine unmittelbare Identifizierung der *viae* mit *limites subruncivi* gelenkt: Wege, die als ‚öffentliche' Dienstbarkeiten gestaltet sind, um die Befahrbarkeit zwischen den Grundstücken sicherzustellen (Hyg. grom. de lim. const. 133 [Thulin]).

[20] Für *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 285, haben *iter* und *actus* den Umwandlungsprozess der Dienstbarkeiten in *iura in re aliena* vorweggenommen.

[21] Vgl. Cels. 5 dig. D. 8.6.6.1a–1b; Pomp. 14 ad Q. Muc. D. 8.1.13; Iav. 10 ex Cass. D. 8.3.13.1–3.

[22] Iav. 10 ex Cass. D. 8.3.13.2; Cels. 5 dig. D. 8.6.6.1b; Paul. 15 ad Sab. D. 8.3.23 pr.; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 140–145.

[23] Vgl. *Cursi*, Modus servitutis (1999) 131–134.

13 Die Etappen eines solchen Prozesses sind wahrscheinlich auch durch die Überwindung der potestativen Betrachtungsweise hinsichtlich des *mancipium* und vom Auftreten der jüngeren Typen des *dominium* und der *iura in re aliena* bedingt worden. Die Eigenschaft der „funktionellen Zugehörigkeit", die das *mancipium* in archaischer Epoche angenommen hatte, könnte – in seinen verschiedenen Nuancen hinsichtlich der unterschiedlichen historischen Entstehung der Wegerechte – die Umwandlung der (funktionellen) „Macht" in ein „Recht", d. h. in ein *ius in re aliena* begünstigt, wenn nicht sogar bedingt haben. Es ist nämlich wahrscheinlich, dass *iter* und *actus* nicht sofort als *iura in re aliena* konzipiert wurden, sondern ursprünglich den Charakter der „Materialität" der *via* teilten und wie diese Gegenstand einer funktionellen Zugehörigkeit waren.[24] Tatsächlich geht auch infolge der Umwandlung der Servituten *via*, *iter* und *actus* in *iura in re aliena* und somit in *res incorporales*, deren funktionelle Verbindung mit der materiellen Struktur des auf dem Grundstück einer anderen Person trassierten Weges nicht verloren, sondern es wird im Gegenteil ihre Zugehörigkeit zu den *res mancipi* betont.

3. *Iura aquarum*

14 Auch der *aquaeductus* – das Überleiten des Wassers vom Grundstück des Nachbarn zum eigenen – weist die gleiche Eigentumsstruktur wie die *iura itinerum* auf und zählt zur Kategorie der *res mancipi*.[25] Die als Eigentum aufgefassten Berechtigungen an der Quelle (*fons*) und am Kanal (*rivus*) ermöglichen die Ausübung der Dienstbarkeit ohne jegliche Einschränkung, jedoch hat im Laufe der Zeit die Anerkennung neuer Erfordernisse bei der Wasserleitung in Verbindung mit der Gliederung des *aquaeductus* gemäß *intervalla dierum et horarum*[26] (die Zeitintervalle) wahrscheinlich zur Auflösung des ursprünglichen Eigentumscharakters der Dienstbarkeit geführt, wobei eine neue Konfiguration als *ius in re aliena* aufgetreten ist, die der Nutzung der Dienstbarkeit gemäß den Zeitintervallen besser gerecht wurde.[27]

15 Diese Veränderung muss das Entstehen der Dienstbarkeit der *aqua aestiva*[28] (der auf den Sommer beschränkten Wassernutzung) begünstigt haben, welche sich von jener

[24] *Elvers*, Servitutenlehre (1856) 11–13; *Voigt*, Ber. Sächs. Akad. Leipzig 26 (1874) 20–25; *Voigt*, XII Tafeln (1883) 345–348; *Voigt*, Römische Rechtsgeschichte I (1892) 41; *Grosso*, Diritti reali (1944) 11–15, 24; *Grosso*, Servitù (1969) 16 f., 20 und Nt. 2; *Solazzi*, Costituzione delle servitù (1947) 3–5; *Solazzi*, Specie delle servitù (1948) 1 f.; *Biondi*, Servitutes (1938) 659–663; *Biondi*, Servitù prediali (1954) 35–40; *Gallo*, Res mancipi (1958) 205 f.; *Bretone*, Usufrutto I (1962) 27 f.; 34; *Franciosi*, Servitù (1967) 18–25, 94 f.; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 134–140. aA. *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 263 f.; *Corbino*, Servitù (1981) 74, 94 f.

[25] Gai. 2.14a, 17.

[26] Gai. 7 ad ed. prov. D. 8.1.5.1; Pap. 7 quaest. D. 8.1.4.2.

[27] Vgl. *Capogrossi Colognesi*, Servitù d'acqua (1966) 154–157; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 198.

[28] Ulp. 70 ad ed. D. 43.20.1–4; Ner. 3 membr. D. 43.20.6. Vgl. *Capogrossi Colognesi*, Servitù d'acqua (1966) 144–157; *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 415–435; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 160–172.

der *aqua cottidiana*[29] (des potentiell an allen Tagen des Jahres nutzbaren Wassers) unterschied; und zwar infolge einer freiwilligen Vereinbarung zwischen den Parteien, die sowohl von den Bedürfnissen des berechtigten Grundstücks bedingt war (Nutzung des Wassers nur während der Sommerzeit wegen der Trockenheit des Bodens in dieser Jahreszeit), als auch von den gegenseitigen Erfordernissen der Privaten, die sich im Titel bei der Begründung der Dienstbarkeit spiegeln. Das Auftreten des juristischen Begriffs *aqua aestiva* hatte die Wirkung, dass es den Parteien frei stand, Dienstbarkeiten zur Wasserleitung zu begründen, die von einem Zeitintervall gekennzeichnet waren, das nicht nur jenes zwischen dem einen und dem anderen Sommer war, sondern jeweils länger oder kürzer sein konnte (*intervalla dierum et horarum*). Auch in diesem Bereich sieht man somit, wie bei jenem der *iura itinerum*, eine funktionelle Anpassung des *aquaeductus* bezüglich der zeitlichen Fragmentierung der Nutzung; deren Bedeutung wird sowohl unter substantiellem Gesichtspunkt zu Zwecken der Verjährung wegen nicht erfolgter Nutzung der Dienstbarkeit, als auch in prozessualem Rahmen, zur Feststellung der Erfordernisse des Erlangensvon Schutz durch Interdikte, deutlich (→ § 66).[30]

16 Die Kategorie der *iura aquarum* beinhaltet jedoch auch einige jüngere Felddienstbarkeiten wie den *aquae haustus*,[31] welcher dazu berechtigt, auf fremdem Grund Wasser zu schöpfen, und den *adpulsus pecoris*,[32] also die Berechtigung, das Vieh an der *fons* des Nachbarn zu tränken.

17 Heute ist man fast einstimmig der Ansicht, dass die Dienstbarkeit des *aquae haustus* später als jene des *aquaeductus* und auf autonome Weise entstanden ist.[33] In Bezug auf den *aquaeductus* heben die Quellen die Wesentlichkeit des *rivus* hervor, d. h. des Kanals, durch den das Wasser geleitet wird, und des *iter aquae* längs des Grundes oder der benachbarten Grundstücke,[34] wobei die *fons*, aus der das Wasser stammt, im Hintergrund bleibt; es geht also um eine ganz andere Konfiguration als beim *aquae haustus*. Die Juristen bezeugen tatsächlich die Bedeutung der *fons*,[35] aus der Wasser geschöpft wird – sowohl als Eigentum, als auch wenn sie Gegenstand eines *ius in re aliena* ist –

---

[29] Ulp. 70 ad ed. D. 43.20.1–4; Vgl. *Capogrossi Colognesi*, Servitù d'acqua (1966) 133–143; *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 415–435; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 160–167.

[30] Vgl. *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 413–426; *Capogrossi Colognesi*, Proprietà e diritti reali (1999) 129–152; *Zuccotti*, Atti Provera 309–313, 321–338, 340–363, 382–395, 402–408, 414–435, 448–455; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 172–191; *Basile*, St. Labruna I 170–176.

[31] Paul. 4 epit. Alf. dig. D. 8.3.30.

[32] Ulp. 70 ad ed. D. 43.20.1.18.

[33] So *Grosso*, BIDR 40 (1932) 413, 435 f.; und *Grosso*, Servitù (1969) 27–29; und 59 f.; *Bretone*, Usufrutto I (1962) 28–31; *Capogrossi Colognesi*, Servitù d'aqua (1966) 107–114; *Franciosi*, Servitù (1967) 42–49; *Burdese*, St. Grosso 522 f. aA. *Voigt*, Ber. Sächs. Akad. Leipzig 26 (1874) 164–169.

[34] Vgl. *Capogrossi Colognesi*, Servitù d'aqua (1966) 52–106; aA. *Corbino*, Servitù (1981) 110–126, der die Ansicht verwirft, dass die Dienstbarkeit des *aquaeductus* in früherer Zeit als *rivus* konfiguriert war, sondern vielmehr die Bezeichnung *iter aquae* als die ältere ansieht.

[35] Vgl. *Capogrossi Colognesi*, Servitù d'aqua (1966) 107–114.

während dem *iter ad hauriendum*, das sich als instrumentales Recht zur Ausübung der Dienstbarkeit des *aquae haustus* darstellt, weniger Bedeutung zukommt. Es ist jedoch vorstellbar, dass trotz der zweifellos bestehenden Unterschiede zwischen den beiden Rechtsfiguren, die sicherlich auf eine autonome Entstehung zurückzuführen sind, ein gemeinsamer Ursprung besteht, wenn man ihre inhaltliche Nähe berücksichtigt, die von der Bildung einer einheitlichen Kategorie, den *iura aquarum,* bescheinigt wird. In den *leges venditionis* oder *mancipii* (→ § 17) konnten die Parteien durch den Erwerb des *dominium* über die *fons* unterschiedslos einen *aquaeductus* oder einen *aquae haustus* begründen – welche sich lediglich durch den mit der *fons* verbundenen *iter*-Typ (*iter aquae* oder *iter ad aquam*) unterschieden – oder einen *adpulsus pecoris* – mit der Charakteristik der Dienstbarkeit des *actus*, um die Tiere zur Tränke zu bringen (*adpulsus pecoris*).[36]

4. Die anderen Felddienstbarkeiten: das Kriterium der *utilitas fundi*

18 Neben den Wege- und Wasserrechten sind auch die *servitutes pecoris pascendi*, *calcis coquendae* und *harenae fodiendae (cretae eximendae)* zu berücksichtigen, die alle zu den Felddienstbarkeiten zählen.[37]

19 Diese drei Dienstbarkeiten haben verschiedene Inhalte: Die *servitus pecoris pascendi* besteht in dem Recht, das für die Kultivierung des eigenen Grundstücks genutzte Vieh auf dem Grundstück des Nachbarn weiden zu lassen; die anderen beiden betreffen das Recht zum Kalkkochen (*calcis coquendae*) und zum Ausheben von Sand (*harenae fodiendae*) oder zur Tonförderung am Grundstück des Nachbarn (*cretae eximendae*).

20 Der gemeinsame Nenner wurde von den Klassikern (abgesehen vom Umstand, dass die Tätigkeiten auf ländlichen Grundstücken ausgeübt werden) in der *utilitas fundi*[38] gesehen: der objektiven Nützlichkeit für das herrschende Grundstück. Das Weiden des Viehs auf dem Grundstück des Nachbarn ist tatsächlich nur dann erlaubt, wenn die Tiere für die Kultivierung des herrschenden Grundstücks genutzt werden; die Tätigkeit des Kalkkochens oder der Tonförderung für den Betrieb der Brennöfen ist nur erlaubt, wenn die in den Brennöfen hergestellten Gefäße zum Transportieren der Früchte des herrschenden Grundstücks dienen oder wenn die erzeugten Ziegel zum Bau einer *villa* auf dem herrschenden Grundstück verwendet werden. Falls die Brennöfen jedoch zur

---

[36] Vgl. *Capogrossi Colognesi*, Servitù d'aqua (1966) 96, 107–132; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 221–226. Vgl. Cic. Caec. 36, 74: leg. 2,47; Ulp. 18 ad Sab. D. 7.6.1.4 bezüglich der Bildung einer einheitlichen Gruppe von *iura aquarum*.

[37] Ulp. 2 inst. D. 8.3.1.1; Inst. 2.3.2; Ulp. 17 ad ed. D. 8.3.3 pr.; Pap. 2 resp. D. 8.3.4; Ulp. 17 ad ed. D. 8.3.5; Paul. 15 ad Plaut. D. 8.3.6. Vgl. *Giuffrè*, Iura in re aliena (1992) 194–198; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 226–241.

[38] Vgl. *Biondi*, Servitutes (1938) 376–380; *Biondi*, Servitù prediali (1954) 134 f.; *Grosso*, Servitù (1969) 97–104, 111 f.; *Rainer*, Et. Ankum II 418–424; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 233–240; *Möller*, Servituten (2010) 307–315, in Verbindung mit der *vicinitas*.

Produktion für den Markt bestimmt sein sollten, wird das Feldrecht als *ususfructus* (→ § 49) konfiguriert und an die Person des Inhabers gebunden (*servitus personarum*),[39] ohne die objektive Nützlichkeit des Brennofens zu berücksichtigen.

Die Unterscheidung zwischen der Erzeugung von Produkten zum Nutzen des herrschenden Grundstücks und jener, die für den Markt bestimmt sind (wobei im letzteren Fall die Entstehung der Dienstbarkeit ausgeschlossen wurde), hat zur Annahme geführt, dass die klassische Jurisprudenz die sogenannten industriellen Dienstbarkeiten nicht kannte.[40] In den von den Juristen untersuchten Fällen fokussiert sich die Diskussion in Wahrheit auf die objektiven Erfordernisse eines ländlichen Grundstücks und nicht auf jene eines Grundstücks, das für die Tätigkeiten eines Betriebes genutzt wird. Wenn das Grundstück hingegen der Befriedigung von unternehmerischen Erfordernissen dient und in dieser Funktion seine objektive Nützlichkeit erfüllt, dann reicht der Umfang der Dienstbarkeit nur soweit, als die Erfordernisse des Betriebes erfüllt werden. In Wahrheit ist es gerade die Einhaltung des *utilitas fundi*-Prinzips, die eine Dienstbarkeit mit industriellem Charakter schaffen kann.[41] Man denke nur an eine Weide-Dienstbarkeit zugunsten eines der Viehzucht dienenden herrschenden Grundstückes,[42] oder an die Befugnis, auf dem angrenzenden Grund das aus einer Grube geförderte Material zu deponieren,[43] oder auch an den Ausschluss des Thunfischfangs zum Schaden eines Grundstücks, wobei die Wettbewerbsbeschränkung als zu Gunsten eines anderen Grundstücks gestaltet wurde,[44] oder schließlich die Gestaltung einer *servitus fumi immittendi*, die dazu dient, um den Anforderungen der industriellen Produktion einer *taberna casearia* gerecht zu werden.[45] 21

[39] Marc. 3 reg. D. 8.1.1.

[40] In diesem Sinne siehe *Biondi*, Servitutes (1938) 419–422; *Biondi*, Servitù prediali (1954) 191–123, der befindet, dass eine ähnliche Rechtsfigur erst im justinianischen Zeitalter entstanden ist. Für eine nuanciertere Position vgl. *Grosso*, Servitù (1969) 101–103; *Capogrossi Colognesi*, Iura 20 (1969) 650 f.; und schließlich *Talamanca*, Istituzioni (1990) 457 f., der die Konfigurierbarkeit einer solchen Dienstbarkeit zwar nicht ausschließt, jedoch annimmt, dass die Frage der Zulässigkeit der so genannten industriellen Dienstbarkeiten nicht von den römischen Juristen gestellt wurde, auch unter Berücksichtigung der spärlichen Entwicklung der „Industrie“ in Rom. Vgl auch *Giuffrè*, Iura in re aliena (1992) 182 ff.; *Burdese* AG 218 (1998) 9. aA. *Rainer*, Et. Ankum II 419 f.

[41] Vgl. *Cursi*, Modus servitutis (1999) 236–238.

[42] Paul. 2 resp. D. 8.3.4.

[43] Ulp. 17 ad ed. D. 8.3.3.2.

[44] Ulp. 6 opin. D. 8.4.13 pr.

[45] Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.8.5.

III. *Iura praediorum urbanorum*

1. Entwicklung und Allgemeines

22 Die Entstehung der *iura praediorum urbanorum* wird im Allgemeinen auf das Verschwinden[46] – oder die Nichtanwendung[47] – der Bestimmung betreffend den Freiraum zwischen Gebäuden (*ambitus*) zurückgeführt, und zwar in Verbindung mit dem Wiederaufbau der *civitas* nach dem gallischen Brand sowie dem demographischen Anstieg nach dem zweiten punischen Krieg.[48] Die neue Nähe und die dadurch bewirkten Interferenzen zwischen Gebäuden erforderten eine Regelung, die ursprünglich von der Festlegung der wechselseitigen Position der Gebäude abhängen musste. Ausdruck dieser neuen Strukturierung sind die *leges privatae*, oder *leges mancipii* bzw. *leges aedium*, die der Eigentümer mehrerer Gebäude bei ihrem Verkauf den verschiedenen Käufern auferlegte, um die von ihm festgelegte Gestaltung beim Stützen auf Wände, bei den Abflüssen, den Lichtern und anderem zu erhalten.

23 Die über diese *leges privatae* erfolgte inhaltliche Festlegung solcher Dienstbarkeiten musste nach und nach, auch dank juristischer Eingriffe, zu einer Erweiterung der Servitutenkategorien durch die Entstehung der *iura praediorum urbanorum* führen.[49] Die neuen Rechtsfiguren wurden nach den bereits bekannten modelliert und nahmen in der Praxis über die *leges privatae*, noch bevor diese durch die Abhandlungen der *prudentes* erfolgte, eine eigene, obgleich noch primitive Beschaffenheit an; dies entsprach der den Römern innewohnenden Tendenz, die Probleme über ihre konkrete Darstellung (statt in ihrer abstrakten Formulierung) zu definieren und zu lösen.[50]

24 Anders als die Feldservituten haben diese neuen *iura praediorum* jegliche Verbindung mit der materiellen Anschauungsweise verloren – deren Überwindung schon mit dem Entstehen der neuen Rechtsfiguren innerhalb der Felddienstbarkeiten eingeleitet war – und stellen sich als den *res incorporales* zugeordnete *res nec mancipi* dar.[51]

---

[46] So *Elvers*, Servitutenlehre (1856) 420–422; *Arnò*, Servitù (1895) 36 f.; *Grosso*, SDHI 3 (1937) 278–281; *Grosso*, Lezioni Servitù prediali (1931/2) 59 f.; *Grosso*, Servitù (1969) 50.

[47] In diesem Sinn *Biondi*, Servitutes (1938) 41 f.; *Biondi*, Servitù prediali (1954) 204; *Franciosi*, Servitù (1967) 190 f.; *Saliou*, Bâtiments (1994) 263.

[48] So *Elvers*, Servitutenlehre (1856) 420–422; *Biondi*, Servitù prediali (1954) 204; *Grosso*, SDHI 3 (1937) 278–281, 293; *Grosso*, Lezioni Servitù prediali (1931/2) 59 f.; *Grosso*, Servitù (1969) 50; und auch *Franciosi*, Servitù (1967) 182, führt das Entstehen der Gebäudeservituten allein auf den demographischen Anstieg zurück. Dagegen nimmt *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 287–307 auf tiefgreifendere Veränderungen der Landschaft und der urbanen Strukturen Bezug. Vgl. auch *Rainer*, Nachbarrechtliche Bestimmungen (1987) 74–96, der den aus den archäologischen Ergebnissen hervorgehenden Veränderungen der urbanen Strukturen eine gewisse Aufmerksamkeit widmet.

[49] Gai. 7 ad ed. prov. D. 8.2.2; Gai. 2.14; Ulp. 29 ad Sab. D. 8.2.3; Inst. 2.3.1; Cic. de orat. 1,173; Cic. de leg. 1,14; 2,47.

[50] So *Grosso*, SDHI 3 (1937) 281, 297; *Grosso*, Scr. Ferrini beatif. II 95–98; *Giuffrè*, Iura in re aliena (1992) 137 Nt. 25.

[51] Gai. 2.14–14a. Vgl. *supra* Fn. 7.

Die gängige Entstehungsart *inter vivos* ist daher die *in iure cessio* (oder eine *deductio* von der *in iure cessio*),[52] während das *legatum per vindicationem* bei den Geschäften *mortis causa* verwendet wird.[53] Auch in diesem Fall führte (wie bei den Feldservituten) die Nichtausübung der Servitut zu deren Erlöschen; dies wurde durch die *usucapio libertatis* bewirkt,[54] das heißt einem, einen gewissen Zeitraum über andauernden Bestehen einer *de facto*-Situation, die dem Dienstbarkeitsrecht widersprach. Zu den Gebäudeservituten zählen verschiedene Rechtsfiguren, die Cicero[55] nach Bereichen gruppiert: *iura parietum, luminum, stillicidiorum.* 25

2. Die *Leges aedium* und die Entstehung der Gebäude-Servituten

Das Verschwinden oder zumindest die Nichteinhaltung des *ambitus* und die daraus resultierende Möglichkeit aneinander angrenzende Häuser zu bauen, führte zur Entstehung weiterer Arten von *servitutes* – *ius oneris ferendi*,[56] *servitus tigni immittendi*,[57] *iura proiciendi*[58] und *protegendi*[59] – welche alle in den *iura parietum* enthalten waren. 26

Abgesehen von der anomalen Konzeption der *servitus oneris ferendi* – welche unter Außerachtlassung des allgemeinen Kriteriums *servitus in faciendo consistere nequit*[60] (eine Dienstbarkeit kann nicht zu einem Tun verpflichten) die Pflicht der *refectio* der mit dieser Dienstbarkeit belasteten *aedificia* ausnahmsweise dem Eigentümer des dienenden Grundstücks (und nicht wie gewöhnlich dem Inhaber der *servitus* auferlegt)[61] – liegt die bei der Analyse der verschiedenen Dienstbarkeitsarten zu erkennende Konstante in der Bedeutung, die dem Willen der privaten Parteien bei der Definition des Inhalts der Dienstbarkeit zukommt. Die bei der Begründung der Dienstbarkeit hinzutretenden *leges aedium* passen das *ius in re aliena* den Bedürfnissen der Parteien an und schaffen somit die Voraussetzungen für eine Verfestigung von konventionellen, im Laufe der Zeit wiederholten Schemata, die sich in neuen Typen von Servituten niederschlagen. Vor allem in den Fällen, in denen die inhaltliche Nähe der Servituten evident 27

[52] Gai. 2.29. So *Grosso*, Servitù (1969) 187 f.

[53] Vgl. Fn. 9.

[54] Gai. 7 ad ed. prov. D. 8.2.6, der den Unterschied zwischen *iura praediorum rusticorum* und *iura praediorum urbanorum* unterstreicht; Iul. 7 dig. D. 8.2.32.1. Das Thema der Beziehung zwischen *non usus* und *usucapio libertatis* beschäftigt die Lehre seit Jahren: vgl. *Grosso*, Servitù (1969) 244–257; *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 459–463; *Möller*, Servituten (2010) 252–256, 327–352; *Tuccillo*, Servitù (2009) 97–188, *Basile*, Usus (2012) 89–105 und *supra* Fn. 12.

[55] Cic. de orat. 1,173, Aber auch de leg. 1,14: *de stillicidiorum ac de parietum iure*; 2,47: *de iure parietum aut aquarum*. Analog auch Vitr. 1,1,10.

[56] Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.6.2.

[57] Iav. 2 ex post. Lab. D. 50.16.242.1.

[58] Iav. 2 ex post. Lab. D. 50.16.242.1; Lab. 5 post. a Iavol. epit. D. 18.1.80.1.

[59] Iav. 2 ex post. Lab. D. 50.16.242.1; Lab. 5 post. a Iavol. epit. D. 18.1.80.1.

[60] Paul. 33 ad Sab. D. 8.1.15.1. Vgl. *Grosso*, Servitù 81–83; *Möller*, Servituten (2010) 198–208.

[61] Vgl. *Grosso*, Servitù (1969) 83–87; *Rainer*, Nachbarrechtliche Bestimmungen (1987) 19–27; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 244–255; *Möller*, Servituten (2010) 198–208.

ist, ist es leichter, die Entwicklung der einen Figur aus der jeweils anderen nachzuvollziehen. So etwa bei der *servitus oneris ferendi* und jener der *tigni immittendi*, wenn man bedenkt, dass das *immittere* eines *tignum* in die Wand des Nachbarn eine besondere Form des Anlehnens (*onus ferre*) an die gleiche Wand ist. Anschließend an diese Beobachtung ist es nicht unwahrscheinlich, dass Parteien mitunter auch vereinbart haben, das benachbarte Gebäude auf die *paries* des dienenden Grundstücks zu stützen, ohne die gesamte Wandfläche zu belasten, sondern nur mittels einer Öffnung, in die ein Balken eingeführt wird.[62]

28 Ein weiteres Beispiel kann in der Nähe von *servitus tigni immittendi* und *ius proiciendi* gesehen werden. Während man mit dem *proiectum* das Recht hat, eine Seite des eigenen Gebäudes auf das Grundstück des Nachbarn zu vergrößern (z. B. ein Balkon, ein Gesims, usw.), ohne sich dabei auf irgendeine Art auf dieses zu stützen, besteht mit dem *immissum* dagegen das Recht, einen Teil des eigenen Gebäudes auf eine Stelle des angrenzenden zu stützen, wie im Fall des Balkens.[63]

29 Die Ähnlichkeit dieser Servituten wird im Verhältnis von *proiectum* und *protectum* fast eine Identität: In beiden Fällen überragt etwas das dienende Grundstück – im ersten ein Balkon oder ein Abflussrohr, im zweiten eine Überdachung, die sich ebenfalls nicht abstützt. Es ist wahrscheinlich, dass der Wille der Parteien nach einer einfachen qualitativen Festlegung zur Entstehung der einen oder der anderen Dienstbarkeit führt.[64]

30 Zu den *iura luminum* zählen das *ius altius tollendi et officiendi luminibus*[65] und die entsprechenden Servituten *altius non tollendi*[66] und *ne luminibus officiatur*.[67]

31 Es ist nicht leicht, das Verhältnis von *servitus altius tollendi* (Servitut des Höherbauens) und *servitus altius non tollendi* (Servitut des Nichthöherbauens) zu klären. Die erste Dienstbarkeit ist als Recht, einen Bau über die vom Gesetz oder in einem von den Parteien abgeschlossenen Vertrag festgelegte Grenze hinaus zu erheben oder als Recht,

---

[62] *Elvers*, Servitutenlehre (1856) 431; *Glück*, Pand. X 73 f. = *Brugi*, Glück, Pandette VIII 180 § 667; *Scialoja*, AG 27 (1881) 161; *Rainer*, Nachbarrechtliche Bestimmungen (1987) 24; *Saliou*, Bâtiments (1994) 45 f.

[63] Iav. 2 ex post. Lab. D. 50.16.242.1. Vgl. *Cursi*, Modus servitutis (1999) 255 f.

[64] Iav. 2 ex post. Lab. D. 50.16.242.1. Vgl. *Brugi*, Glück, Pandette VIII 263 f.; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 256.

[65] Gai. 2.31; Gai. 7 ad ed. prov. D. 8.2.2; Paul. 5 ad Sab. D. 8.4.7.1; Paul. 1 man. Frg. Vat. 53. Die Lehre zweifelt an der Echtheit der *servitus altius tollendi*: *Glück*, Pand. X 77–79 = *Brugi*, Glück, Pandette VIII 183–185 § 669; *Grosso*, St. Albertoni I 455–459; *Biondi*, Servitutes (1938) 67–70; *Solazzi*, Specie delle servitù (1948) 70, 90; *Rodger*, Owners (1972) 38–76; *Rainer*, Nachbarrechtliche Bestimmungen (1987) 28–50, 242–257; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 257–277.

[66] Marc. 4 dig. D. 8.2.10; Ulp. 53 ad ed. D. 8.2.9; Ulp. 29 ad Sab. D. 8.2.15. Vgl. Fn. 59.

[67] Gai 7 ad ed. prov. D. 8.2.6; Gai. 2 rer. cott. sive aur. D. 8.4.16; Pomp. 33 ad Sab. D. 8.2.23 pr.; Paul. 2 inst. D. 8.2.4; Inst. 3.4.1. Vgl. *Glück*, Pand. X 99–116 = *Brugi*, Glück, Pandette VIII 198–212 § 670; *Solazzi*, Specie delle servitù (1948) 82 f.; *Rainer*, Nachbarrechtliche Bestimmungen (1987) 68–73; *Saliou*, Bâtiments (1994) 226; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 277–290; *Möller*, Servituten (2010) 167–173.

das aus der eingetretenen Verjährung einer zuvor bestehenden *servitus altius non tollendi* entsteht, konzipiert. Die *servitus altius non tollendi* besteht im Recht, es dem Nachbarn zu verbieten, auf seinem Grundstück ein Gebäude zu erhöhen oder ein neues Gebäude höher zu errichten, als es festgelegt wurde. Das *ius altius tollendi* stellt die physiologische Situation in Verbindung mit der vollen Ausübung des Eigentumsrechts dar, welches im *facere in suo* zum Ausdruck kommt, und zwar ohne jegliche Einschränkung, obwohl hierdurch aufgrund des Nachbarschaftsverhältnisses zwischen den Grundstücken eine Beschränkung des Rechts des Nachbarn entsteht. Das *ius altius non tollendi* stellt hingegen sozusagen einen pathologischen Umstand dar, bei dem das eigentlich von Lasten freie Grundstück aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Parteien dienend wird.

Eine mögliche Auswirkung der Erhöhung des benachbarten Gebäudes ist eine voll- **32**
ständige oder teilweise Verdunkelung des Lichts des Nachbargrundstücks. Wenn wir daher in Verbindung mit dem *ius altius tollendi* ein *ius officiendi luminibus* (Recht der Verdunkelung) finden, dessen Auswirkung die Freiheit, das eigene Gebäude *in infinitum* in der Höhe zu errichten, ist, scheint neben dem Verbot der Errichtung über eine gewisse Höhe die *servitus ne officiendi luminibus* (Recht der Nichtverdunkelung) eine eigene autonome Gestalt anzunehmen, zu der andere Servituten hinzutreten, deren Inhalt immer die Einhaltung der Lichtbedingungen oder des Ausblicks ist und die wie die ersten von der Erhöhung des Nachbargebäudes abhängen können.

Zu den *iura stillicidiorum* gehört das *ius stillicidium avertendi in tectum vel aream* **33**
vicini,[68] d. h. das Recht, Regenwasser vom eigenen Grundstück auf jenes des Nachbarn abzuleiten.[69] Je nachdem, wie die Parteien die Wasserzufuhr auf das Grundstück des Nachbarn vorgesehen haben, besteht eine Regenwasser-Servitut bei der das Wasser *stillatim*, Tropfen um Tropfen, auf das Nachbargrundstück fällt oder eine *servitus fluminum*,[70] wenn ein durchgehender Abfluss besteht – beispielsweise mit Hilfe einer Kanalisierung.

---

[68] Als *stillicidium* Paul. 21 ad ed. D. 8.2.1; Ulp. 29 ad Sab. D. 8.2.17.3; Paul. 29 ad Sab. D. 8.2.20.2–6; Scaev. 1 resp. D. 8.2.41.1; Gai. 2 rer. cott. sive aur. D. 8.4.16; oder *stillicidium proicere* Paul. 29 ad Sab. D. 8.2.20 pr.; *stillicidum recipere* Pomp. 33 ad Sab. D. 8.2.21; *stillicidium immittere* Paul. 15 ad Sab. D. 8.2.28; Paul. 21 ad ed. D. 8.5.9; Iul. 17 dig. D. 8.5.16; Paul. 15 ad Plaut. D. 8.6.8; Ulp. 53 ad ed. D. 39.3.1.17 e 19; Ven. 2 interd. D. 43.24.22.4; Gai. 25 ad ed. prov. D. 43.26.3.

[69] Trotz Bezugnahmen in einem gaianischen Zeugnis (Gai. 7 ad ed. prov. D. 8.2.2) und in den kaiserlichen Institutionen (Inst. 2.3.1) ist es jedoch sehr wahrscheinlich, dass der Verweis auf das *ius stillicidium non avertendi*, d. h. das entgegengesetzte Recht, kein Wasser auf das Grundstück des Nachbarn abzuleiten, nicht klassisch ist, weil die Entstehung einer spezifischen Dienstbarkeit zum Verhindern von Wasserzufuhr auf das eigene Grundstück nicht notwendig erscheint. Sie könnte nur damit begründet werden, dass spezifische satzungsmäßige Bestimmungen entkräftet werden sollten – die vielleicht in der postklassischen Zeit entstanden waren – und es vorgeschrieben war, die Ableitung des Regenwassers des Nachbarn zu dulden. Vgl. *Glück*, Pand. X 124–127 = *Brugi*, Glück, Pandette VIII 220–223 § 671; *Grosso*, St. Albertoni I 487 f.; *Grosso*, Servitù (1969) 237–239; *Biondi*, Servitutes (1938) 132 f.; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 293–296. aA. *Rodger*, Owners (1972) 141–144; *Möller*, Servituten (2010) 128 f.

[70] Paul. 21 ad ed. D. 8.2.1; Paul. 15 ad Sab. D. 8.2.20.5; Paul. 15 ad Sab. D. 8.2.28; Proc. 5 epist.

IV. Die Vereinbarung von Servituten auf provinzialen Grundstücken

34 Die bisher analysierten Etappen der Entstehung des typischen Systems der Servituten beziehen sich auf Dienstbarkeiten auf italischen (ländlichen oder städtischen) Grundstücken, die Gegenstand eines *dominium ex iure Quiritium* sind. Bekanntlich sind die provinzialen Grundstücke vom quiritischen Eigentum ausgeschlossen, da sie nicht in Privateigentum standen; die Entstehung der *iura in re aliena* konnte sich daher nicht der zivilen Instrumente bedienen, die man für die italischen Grundstücke (*mancipatio*, *in iure cessio*) nutzte. Gaius informiert darüber, dass man auf Basis der *fundi stipendiarii et tributarii* mittels *pactiones et stipulationes* ebenfalls die Entstehung von Dienstbarkeiten bewirken konnte.[71]

35 Es ist nicht einfach, dieses Instrument, das sich hinsichtlich der Parameter des *ius civile* zumindest unter zwei Gesichtspunkten als abweichend erweist, zu erfassen: die Kombination von *pactio* und *stipulatio* und die dingliche Wirkung des Geschäfts, bei dem die *pactio* keine translativen Wirkungen hat und die *stipulatio* (→ § 21) nur obligatorische Wirkungen erzeugt. Da der Rahmen, in dem die *pactiones et stipulationes* ihre Wirkungen entfalten, jener des *ius honorarium* ist, räumt die Lehre diesem komplexen Geschäft dennoch einstimmig dingliche Wirkung ein, obgleich dafür unterschiedliche Erklärungen geliefert werden. Einige nuancieren die dingliche Wirkung der *pactiones et stipulationes* in der Figur der *obligatio propter rem*, auf halber Strecke zwischen realen und obligatorischen Verhältnissen;[72] andere führen die reale Wirkung der Servitutsbestellung auf die *pactio* zurück, durch welche die Servitutsausübung geregelt wurde – ein Instrument, das man auch bei der *in iure cessio* heranziehen würde, um die Modalität der Servitutenausübung zu regeln.[73] Wie bereits ausgeführt, ist nicht auszuschließen, dass die *stipulatio* wie eine Strafklausel funktionierte, um den Schaden für die Nichterfüllung der Verpflichtungen des Versprechenden von vornherein festzulegen.[74]

D. 8.5.13; Pomp. 33 ad Sab. D. 18.1.33; vielleicht Ulp. 5 reg. D. 25.1.14; Ulp. 53 ad ed. D. 39.3.1.17 e 19; Inst. 2.3.1; Varr. ling. Lat. 5,27, vgl. *Giuffrè*, Iura in re aliena (1992) 132 f.; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 296–298.

[71] Gai. 2.31: … *alioquin in provincialibus praediis sive quis usufructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt* (dagegen können bei den provinzialen Grundstücken ein Nießbrauch, Wege- oder Wasserleitungsrecht oder das Recht, ein Gebäude höher zu bauen oder kein Gebäude zu bauen, das Licht des Nebengebäudes nicht zu verdunkeln und andere ähnliche Rechte, über *pactiones et stipulationes* begründet werden, da diese Grundstücke weder durch *mancipatio* noch durch *in iure cessio* übertragen werden können). Vgl. auch Gai. 2 rer. cott. vel aur. D. 7.1.3 pr.

[72] *Provera*, St. Volterra II 15 ff.

[73] Vgl. *Grosso*, Servitù (1969) 192–203; *Kaser*, RP I 445 und *Zuccotti*, Atti Biscardi 277–363, mit einem Verweis auf *Riccobono*, Corso (1935) 245–257; *Zuccotti*, St. Martini III 982–985; *Möller*, Servituten (2010) 330–333.

[74] *Zuccotti*, Atti Biscardi 362 f.; *Zuccotti*, St. Martini III 983; *Basile*, St. Labruna I 335–359; *Möller*, Servituten (2010) 333.

V. Der Wandel des Systems der Dienstbarkeiten im postklassischen und justinianischen Zeitalter

In der postklassischen Epoche erfährt das typische System der Grunddienstbarkeiten einige Veränderungen aufgrund des allgemeinen Phänomens der Vulgarisierung des Rechts. Vor allem kommt es zu einer Überlagerung der öffentlichen mit der privaten Ausübung, insbesondere bei den Wege- und Wasserrechten:[75] ein Phänomen, das zur Verwechslung des Inhalts der verschiedenen Rechtsfiguren führt und im justinianischen Zeitalter in einem Prozess der Theoretisierung – obgleich immer innerhalb des typischen Systems – der allgemeinen Kategorie der *servitus* gipfelt.[76] **36**

Auf diese generelle Tendenz ist auch die Ausdehnung des Begriffs der Servituten auf rechtliche Begrenzungen des Eigentums, insbesondere Verhältnisse zwischen Gebäuden zurückzuführen; dies bezeugt die Verfassung von Zenon περὶ τῶν καινοτομιῶν,[77] die für alle Städte des justinianischen Reichs galt. Dem klassischen Konzept, das auf der Anerkennung eines unbegrenzten, wenn auch anarchischen Rechts des *facere in suo* basierte,[78] welches nur durch die Begründung einer Servitut begrenzt werden konnte, setzen das postklassische und justinianische Recht ein System mit Beschränkungen gegenüber, um die Nachbarschaftsverhältnisse zwischen Gebäuden zu regeln und somit ein Mindestniveau der Nutzung des Grundstücks zu garantieren.[79] Diese Beschränkungen sind gesetzliche Servituten, welche die freiwilligen klassischen Servituten ersetzen. Während der *dominus* sich zuvor die beste Nutzung seines Gebäudes sichern konnte, indem er eine Servitut mit dem Nachbarn begründete, durch welche diesem verboten wurde, über eine gewisse Höhe hinaus zu bauen oder sein Licht zu verdunkeln, legt das Gesetz nun *a priori* eine Begrenzung bei der Ausübung des Eigentumsrechts fest. **37**

Der graduelle Verfall der *actus legitimi* (*mancipatio*, *in iure cessio*) – verschärft durch die Unmöglichkeit, eventuelle Fehler des Akts mit dem Ablauf des zur Usukapion erforderlichen Zeitraumes auszugleichen (verboten durch die *Lex Scribonia*) – begünstigt schließlich auch auf italischem Grund die Nutzung von Instrumenten wie der *pactiones et stipulationes* (welche in der provinzialen Praxis entstanden, jedoch weitaus flexibler als die Instrumente des *ius civile* zur Entstehung von Servituten waren) oder **38**

[75] Vgl. Lex Rom. Burg. 17.1–2 (MGH Leges, 3.607); Epit. Aeg. 1.17.1 (Haenel, 352); Epit. S. Gall. 1.17.1–2 (Haenel, 353). *Franciosi*, Servitù (1967) 140–167; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 330–345.

[76] *Biscardi*, Legislazione (1940) 48–55; *Franciosi*, Servitù (1967) 126–130; *Grosso*, Servitù (1969) 315–319; *Kaser*, RP II 298 f.; *Saliou*, Bâtiments (1994) 141–150; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 327–330.

[77] Καῖσαρ Ζήνων Ἀδαμαντίῳ ἐπάρχῳ πόλεως C. 8.10.12.2 (a.476?). Vgl. *Biondi*, Servitutes (1938) 328–333; *Saliou*, Bâtiments (1994) 238–284.

[78] Gai. 2 de test. ad ed. urbic. D. 50.17.55; Paul. 64 ad ed. D. 50.17.151; Paul. 65 ad ed. D. 50.17.155.

[79] Καῖσαρ Ζήνων Ἀδαμαντίῳ ἐπάρχῳ πόλεως C. 8.10.12.2 (a.476?); Imp. Iustinianus A. Iohanni C. 8.10.13 (a.531); Lex Rom. Burg. 17.5 (MGH Leges, 3.608); Novell. Iust. 63; 165.

der *traditio vel patientia servitutum*, die Gestattung der Servitutsausübung als Surrogat der Besitzübertragung, deren Vorläufer schon in den klassischen Quellen enthalten sind,[80] um Dienstbarkeitsverhältnisse im kaiserlichen Zeitalter zu schaffen.[81]

39 Die Unersitzbarkeit der Dienstbarkeiten (festgelegt durch die *lex Scribonia*) ersetzt Justinian durch die *praescriptio longi temporis* provinzialer Herkunft, welche die Frist der älteren Usukapion verlängert (zehn Jahre unter Anwesenden, zwanzig Jahre unter Abwesenden), wobei das klassische System aber unverändert bleibt.[82]

40 Schwieriger zu erklären ist die Beziehung zwischen den beiden Figuren der *praescriptio longi temporis* und des *non usus*, von denen die erste Erwerbswirkungen, die zweite Erlöschenswirkungen nach sich zieht. Justinian[83] (wohl im Bewußtsein der von Theodosius II[84] eingeführten allgemeinen Verjährungsfrist der Klagen von dreißig Jahren) stellt die beiden Figuren hinsichtlich der abzulaufenden Zeit von zehn oder zwanzig Jahren gleich und fördert die Attraktion des *non usus* in der Logik der *praescriptio longi temporis*.

[80] *Mannino*, Usus servitutis (1996) 14–62; *Capogrossi Colognesi*, Proprietà e diritti reali (1999) 153–181; *Tuccillo*, Servitù (2009) 36–39.

[81] Inst. 2.3.4. Vgl. *Kaser*, RP II 300.

[82] Imp. Iustinianus A. Menae C. 7.39.8 (a.531); Imp. Iustinianus A. Iohanni C. 7.31.1; Imp. Iustinianus A. Iohanni C. 7.33.12 (a.531). Vgl. *Grosso*, Servitù (1969) 212; *Kaser*, RP II 301.

[83] Imp. Iustinianus A. Iohanni C. 3.34.13 (a.531). Vgl. *Grosso*, Servitù (1969) 254–57; *Kaser*, RP II 301.

[84] Imp. Theodosius a. Asclepiodoto C. Th. 4.14.1 pr. (a.424); Impp. Honorius et Theodosius AA. Asclepiodato C. 7.39.3 pr (a.424).

§ 51 Erbbaurecht (*emphyteusis*), Baurecht (*superficies*) und Verwandtes

Federico Battaglia

Meincke, Superficies solo cedit, SZ 87 (1971) 136–183; *Simon*, Das frühbyzantinische Emphyteuserecht, in: Liebs/Mélèze-Modrzejewski et al. (Hgg.), Symposion 1977. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, 1982, 365–422; *Sitzia*, Studi sulla superficie in epoca giustinianea, 1979; *Scaffardi*, Studi sull'enfiteusi, 1981; *Pastori*, Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti, 1986; *Rainer*, Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht, SZ 106 (1989) 327–357; *Bottiglieri*, La nozione romana di enfiteusi, 1994; *Fuenteseca Degeneffe*, De emphyteutico iure, 2003; *Rizakis*, L'emphythéose en pays grec, in: Follet (Hg.), L'Hellénisme d'époque romaine: nouveaux documents, nouvelles approches (I^{er} s. a. C.). Actes du colloque international à la mémoire de Louis Robert, Paris, 7–8 juillet 2000, 2004, 55–76; *Santini*, De loco publico fruendo. Sulle tracce di un interdetto, 2016; *Zaera García*, La superficies en Derecho romano, 2017.

Inhalt Rn.

I. Einleitung 1
II. *Superficies* 7
III. *Ius in agro vectigali* 16
IV. *Emphyteusis, ius perpetuum* 20

I. Einleitung

Die formale Abspaltung zwischen dem quiritischen Eigentum des Bodens und einem langfristigen oder unbefristeten Nutzungs- und Bewirtschaftungsrecht am Boden selbst ist die Grundlage von verschiedenen *species iuris* (*superficies*, *ius in agro vectigali*, *ius perpetuum*, *emphyteusis*, zusätzlich zu den Formen des Provinzeigentums), von denen einige bereits in der klassischen Zeit beginnen, spezifische Merkmale anzunehmen. Die Vielfalt dieser Rechtsfiguren hängt ab von der Eigentumsnatur des Bodens (Privateigentum oder Staatsvermögen), vom – zeitlich und räumlich unterschiedlichen – Verwaltungsregime des öffentlichen Vermögens selbst, von der Art der Nutzung des Bodens (für bauliche oder landwirtschaftliche Zwecke),[1] sowie auch von dem for- **1**

[1] Vgl. *Pastori*, St. Donatuti II 871–896; *Burdeau*, RIDA 20 (1973) 285–310; *Capogrossi Colognesi*,

mal-rechtlichen Problem, das einen zivilrechtlichen Eigentumserwerb des Berechtigten an dem Boden oder dem Gebäude verhindert. Die in Frage kommenden Figuren sind, soweit wir im klassischen Recht Spuren davon finden können, durch einen prätorischen dinglichen Schutz gekennzeichnet. Der Prätor gewährt dem Inhaber des Nutzungsrechts Verfahrensschutz durch *actiones in rem* nach dem Vorbild der ediktalen Klagen zum Schutz des Eigentums (*actiones utiles*).

2 Einige dieser Figuren (*superficies*: → Rn. 7–15; *ius in agro vectigali*: → Rn. 16–19; *ius perpetuum* und *emphyteusis*: → Rn. 20–27) sind aus zivilrechtlicher Sicht ursprünglich als Vertragsverhältnisse ausgestaltet: Der Eigentümer des Bodens räumt einem Dritten für einen langen Zeitraum oder sogar auf ewig das Recht ein, den Boden gegen ein periodisches Einkommen zu nutzen. Dieses Vertragsverhältnis wird in der Regel als *locatio-conductio* (→ § 80; seltener als *emptio-venditio:* → § 79)[2] sowohl bei privatem Land als auch bei öffentlichem Land (*locationes censoriae*) qualifiziert. Der vom Prätor gewährte dingliche Schutz wird daher in diesen Fällen unter Bezugnahme auf die Vertragsklauseln konstruiert, welche die Fortdauer der Konzession vorsehen (*lex contractus*, insb. *lex locationis*).[3] Das Nutzungsrecht wird somit im Sinne von „*frui ex lege locationis*“ (oder „*emptionis*“) qualifiziert.[4] Diese Verankerung in der *lex contractus*

Labeo 18 (1972) 373–398; *Luzzatto*, in: Accademia nazionale dei Lincei, Diritti locali (1974) 9–53; *Grosso*, ebd. 65–76; *Tibiletti*, ebd. 89–107; *Vitucci*, ebd. 217–223; *Polacek*, Est. Alvarez Suárez 367–382; *Crawford*, in: ebd. 33–76; *Finley*, in: Finley, Proprietà (1980) 121–165; *Whittaker*, in: ebd. 167–203; *Capogrossi Colognesi*, Terra I 135–169; *Simshäuser*, Scr. Guarino IV 1793–1814; *Flach*, ANRW II.10.2 (1982) 427–473; *Kehoe*, ZPE 56 (1984) 193–219 u. 59 (1985) 151–172; *Vera*, in: Mastino, Africa romana (1987) 267–293; *Capogrossi Colognesi*, in: Cortese, Proprietà (1988) 141–182; *Corbino*, ebd. 3–38; *Burdese*, SDHI 55 (1989) 411–418; *Delmaire*, Largesses sacrées (1989) 275 f. u. 650 f.; *Solidoro Maruotti*, Abbandono (1989) 296 f.; *Voci*, Nuov. stud. 1–217; *Grelle*, Index 18 (1990) 167–183; *Capogrossi Colognesi*, in: Pani, Repubblica e principato (1991) 233–248; *Vera*, in: Christol et al., Institutions (1992) 465–490; *Quass*, Tekmeria 2 (1996) 108 f.; *Giliberti*, Index 24 (1996) 198–228; *Castán Pérez-Gómez*, Concesiones (1996); *Peyras*, DHA 25.1 (1999) 129–157; *Lo Cascio*, Princeps (2000) (= AIIS 3 [1971–1972]) 97 f.; *Lo Cascio*, Princeps (2000) (= in: Crawford, L'impero romano [1986]) 177 f.; *Solidoro Maruotti*, SDHI 67 (2001) 135–201; *Moatti*, in: Béaur et al., Exploiter la terre (2003) 185 f.; *Capogrossi Colognesi*, in: Capogrossi Colognesi/Gabba, Statuti Municipali (2006) 579 f.; *Vacca*, Appartenenza (2006) 619–640; *Sacchi*, Regime (2006); *Roselaar*, Public land (2010); *Maganzani*, IAH3 (2011) 165–180; *Longo*, SDHI 78 (2012) 255 f.; *Longo*, Locare (2012); *Torrent*, Index 42 (2014) 544 f.; *Griese*, Land (2019) 134 f.

[2] Gai. 3.145; Inst. 3.24.3. Insbesondere in Bezug auf die landwirtschaftlichen Verträge kann man erkennen, dass ihre vorwiegende Qualifikation (*locatio-conductio*) mit dem allgemeinen Modell der Bewirtschaftung der römischen Böden (die großenteils durch landwirtschaftliche Pachtverträge realisiert werden konnte), im Zusammenhang steht: *Finley*, in: Finley, Proprietà (1980) 121–142; *De Neeve*, Colonus (1984) 82 f.; *Capogrossi Colognesi*, in: Giardina, Società I (1986) 331f; *Capogrossi Colognesi*, Margini (1998) 195–233.

[3] *Bottiglieri*, Enfiteusi (1994) 1–39; *Gagliardi*, Ric. Talamanca II 5 f.; *Santini*, De loco publico fruendo (2016) 91 f.; *Zaera García*, Superficies (2017) 17 f.

[4] Vgl. Ulp. 70 ed. D. 43.18.1 pr. (*superficies*); Paul. 21 ed. D. 6.3.1 pr.,1 (*ius in agro vectigali* [und *emphyteusis*]).

ermöglicht es, im Einzelfall die Vertragsautonomie zu stärken, auch beim Schutz eines *quasi* – Eigentumsrechts. Der vertragliche Ursprung der Konzession unterscheidet diese Fallgruppe, auf Verfahrensebene, von den Fällen sog. Provinzeigentums, in denen kein Vertragsverhältnis besteht, weshalb die prätorische Verfahrensmitteln das Bewirtschaftungsrecht des Berechtigten (Konzessionärs) in rein beschreibenden Begriffen („*habere possidere frui licere*") ohne Bezugnahme auf die *causa iuris* qualifizieren.

Die fortschreitende Ausdehnung des Systems der *actiones utiles* führt in der Spätantike zur Konvergenz der verschiedenen *species iuris* vertraglicher Natur zu einer im wesentlichen homogenen Gattung von Rechtsfiguren, die durch einen Schutz des Nutzungsrechts gekennzeichnet ist, welcher dem des Eigentümers zwar ähnlich, konzeptionell davon aber getrennt ist. Das ist ein bleibendes Vermächtnis (auch noch bei der *cognitio extra ordinem*) des technischen Unterschieds zwischen dem zivilrechtlichen Eigentum am Boden und dem honorarrechtlichen *In-rem*-Schutz des Konzessionärs. Daraus erklärt sich die Schwierigkeit, sowohl für die antiken Juristen als auch für die modernen Interpreten, diese Rechtsfiguren (Situationen, die ursprünglich durch prätorische, nach dem Vorbild der Instrumente zum Schutz des quiritischen Eigentümers modellierte *actiones utiles in rem* geschützt waren) dogmatisch einzuordnen.[5] Die Tendenz – die sich bereits bei Juristen der Severerzeit findet – besteht in der Antike darin, diese *species iuris* als „Zwischenfiguren" zu betrachten, auf halbem Weg zwischen Eigentum und *iura in re aliena* (beides Situationen, die durch dingliche Klagen geschützt sind, die ihren Ursprung im Zivilrecht haben). Die Rechtswissenschaft neigt dazu, die verschiedenen *species iuris*, die sich durch einen *quasi*-herrschaftlichen honorarrechtlichen *In-rem*-Schutz auszeichnen, aus topischer Sicht in ihren Argumenten zusammenzuführen.[6] **3**

Justinian tendiert ferner dazu, diese verschiedenartigen Rechte einander anzunähern. Dies ist der Fall bei der *emphyteusis*, auf die das rechtliche Regime der *agri* **4**

[5] Vgl. *Sitzia*, Superficie (1979) 1–81; *Pastori*, ACost. IX 121–137; *Zaera García*, RIDA 51 (2004) 369–379. Vgl. auch (für den Sonderfall des *legatum superficiei*) *Mori*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 278–291.

[6] Z. B. wird bei Ulp. 19 ed. D. 10.2.10 die Berechenbarkeit von „*praedia vectigalia vel superficiaria*" in den aufzuteilenden Vermögenswerten für die Zwecke der *actio familiae erciscundae* dargelegt; vgl. auch dasselbe Paar in Ulp. 17 Sab. D. 7.4. (= Vat. Fr. 61); Paul. 29 ed. D. 13.7.16.2.

In D. 27.9.3 kommentiert Ulpian die Regel der *oratio severi de tutela*, die den Vormündern (*tutores* und *curatores*) verbietet, die *praedia rustica vel suburbana* des Mündels ohne autoritative Erlaubnis zu veräußern. Ulpian geht dabei auch der Frage einer möglichen Ausdehnung des Verbots auf andere Situationen als jenen quiritischen Eigentums nach. Im Lichte dieses Argumentationsschemas ist es wahrscheinlich, dass in D. 27.9.3.4 ein Hendiadys („*ius* ἐμφυτευτικὸν *vel* ἐμβατευτικὸν") angewendet wird. Die Bedeutung des Wortes „ἐμβατευτικόν" ist unklar; trotzdem wird das Paar bereits von den Humanisten in allgemeinem Sinn interpretiert, als jedes Recht, das durch eine prätorische *In-rem*-Klage einen ähnlichen Schutz genießt wie der quiritische Eigentümer (vgl. z. B. *Andrea Alciato*, Parergon iuris libri tres, lib. 1 cap. 36: „*Igitur hac appellatione ceu generali, id ius intellegi potest, quod et quandam detentationem respicit, et rei possidendae facultatem, tametsi proprietas vera ad alium pertineat, quale est ius superficiarii, vel eius qui fundum vectigale possideat, vel perpetuarii*").

vectigales ausgeweitet wird.[7] Ferner scheint auch die *superficies* in den Novellen Justinians unter die *emphyteusis* subsumiert worden zu sein (allerdings wahrscheinlich nur für den Sonderfall solcher Gebäudeflächen, deren Eigentümer die Kirche war, da diese letzte über ihren Grundbesitz ausschließlich durch *emphyteusis* verfügen konnte).[8]

5 Im Gegensatz zum *in bonis habere* (wofür Gaius ausdrücklich von *duplex dominium* spricht)[9] haben die Römer nie *superficies*, *agri vectigales* oder andere ähnliche Situationen im Sinne von *dominium* definiert, was konzeptionell durch die Verpflichtung zur Zahlung einer Gebühr an den zivilen Eigentümer verhindert wurde.

6 Es sind dann die mittelalterlichen Juristen, die aus diesen Situationen die für das *ancien régime* und die Feudalwirtschaft typischen Modelle der Zugehörigkeit konstruieren. Bei der Interpretation römischer Quellen schreiben z. B. die Glossatoren, dass ein *utile dominium* entstehe, wenn eine *actio utilis* gewährt wird, im Gegensatz zum *dominium directum* des zivilrechtlichen Eigentümers.[10]

II. *Superficies*

7 Unter *superficies* (das, was „über dem Boden" steht)[11] wird bereits in republikanischer Zeit das Gebäude (*aedificium, aedes*) an sich verstanden,[12] die Bedeutung reduziert sich später aber besonders auf ein Gebäude, welches auf einem fremden Boden errichtet worden ist (*quod in alieno aedificatum est*).[13] Dem aus dem *ius civile* stammenden Akzessionsprinzip (→ § 38) zufolge ist das auf dem Boden Errichtete – in Bezug auf den Boden selbst – sekundär, das Gebäude (*aedificium*) demnach als Nebensache, das Grundstück (*solum*) als Hauptsache anzusehen.[14] Der Eigentümer der Hauptsache ist

[7] Vgl. D. 6.3 „*Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur*" (nach dem Vorbid einer ediktalen Rubrik „*Si ager vectigalis petatur*" gestaltet), wo die Worte „*vel emphyteuticarius*" mit aller Wahrscheinlichkeit ein justinianischer Zusatz sind; Inst. 3.24.3 (im Vergleich zu Gai. 3.145).

[8] Vgl. Novell. Iust. 7 und 120; *Murga Gener*, Donaciones (1968) 282 f.; *Sitzia*, Superficie (1979) 70 f.; *Pastori*, Prospettiva storica (1986) 384 f.

[9] Gai. 1.54.

[10] Vgl. z. B. *Odofredus*, Lectura super Digesto veteri, ad l. Etiam vectigale: „*Tu habes utile dominium quia habes utilem in rem actionem*". Dazu vgl. *Grossi*, Locatio (1963) 11–39; *Feenstra*, ACSI III 1295–1320; *Dannhorn*, Römische Emphyteuse (2003) 11–40; *Fuenteseca Degeneffe*, De emphyteutico iure (2003) 141–166.

[11] Iav. 9 epist. D. 41.3.23 pr.; Ulp. 69 ed. D. 43.17.3.5.

[12] Z. B. Cic. Att. 4.1.7 und 4.2.5; Liv. 5.54.2; Colum. Re rust. 1.5.9.

[13] Sen. epist. 88.28; Gai. 2.73.

[14] Dieses starre Prinzip nimmt die Form einer Regel an („*superficies solo cedit*"), die mit der Zeit auch topischen Wert gewinnt. Vgl. *Pastori*, Superficie (1962) 31–33 mit älteren Literaturangaben; *Meincke*, SZ 87 (1971) 136–138; *Rainer*, SZ 106 (1989) 327–333; *Zaera García*, Superficies (2017) 70 f. Vgl. Gai. 2.73; Ulp. 6 opin. D. 9.2.50; Lib. Gai. 2.1.4. Problematisch sind traditionell Pomp. 33 Sab. D. 41.1.28 und Ulp. 69 ed. D. 43.17.3.7; dazu *Meincke*, SZ 87 (1971) 161, 170; *Sitzia*, Superficie (1979) 39–41; *Rainer*, SZ 106 (1989) 351–353; *Silveira Marchi*, Index 18 (1990) 265–274; *Silveira Marchi*, Propriedade (1995) 42–44.

folglich nach dem *ius civile* immer auch *dominus* des gesamten, sich auf dem Boden befindenden Konstrukts.

Dem gegenüber steht der wirtschaftliche Vorteil einer horizontalen Raumaufteilung. **8**
In den letzten drei Jahrhunderten der Republik verbreitet sich sowohl die Gepflogenheit, die Nutzung von Bauten, die sich auf öffentlichem Grund befinden, zu erlauben (staatsrechtliche Konzessionen: *aedes vectigales*),[15] als auch eine Praxis, auf jenem öffentlichen Boden Gebäude zu errichten.[16] Die erste greifbare Nutzung dieser Regelung betrifft die *tabernae* des *forum*.[17] Das *aedificium* wird den Privatpersonen gegen Entrichtung eines Mietzinses (*vectigal*) langfristig zum Gebrauch überlassen.

Diese Praxis erweitert sich bereits im klassischen römischen Recht[18] auf Beziehungen **9**
zwischen Privatpersonen,[19] die in vielfältigen vertraglichen Konfigurationen stehen, im Wesentlichen aber dem geschilderten System der öffentlichen Hand ähneln. Bei Privatpersonen wird die entrichtete Gegenleistung als *solarium*[20] bezeichnet. Grundsätzlich werden diese Verträge über die Nutzungsgewährung als langfristige oder unbefristete *locationes-conductiones* ausgestaltet.[21] Wird die gesamte Gegenleistung sofort beglichen, findet sich aber auch die Bezeichnung als *emptio-venditio*.[22]

Die vorwiegend vertragliche Qualifikation der Fälle schließt nicht aus, den Parteien **10**
auch einen Klageschutz *in rem* zu gewähren. Aus formular-technischer Sicht lässt sich die Entwicklung des Prozessschutzes anhand der *superficies* rekonstruieren, über die uns Ulpian (70 ed. D. 43.18.1) informiert:

---

[15] Z. B. Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.26.

[16] Vgl. *Pastori*, Superficie (1962) 27–38 (bes. 35); *Zaera García*, Superficies (2017) 70 f. Auf ein Baurecht auf öffentlichem Boden hinweisend (ohne *superficies* zu erwähnen) FIRA IIII 356–358 [n. 109, *Areae ad civitatem pertinentes iure superficiario locantur*: 1. Jh. n. Chr.] und 361–362 [n. 111, *Aedificium superficiarium puteolanum*: 2. Jh. n. Chr.]. Vgl. auch ebd. 363 (n. 112, *Fideicommissaria superficies*). Über den öffentlichen Bauauftrag: *Milazzo*, Opere pubbliche (1993); *Trisciuoglio*, Sarta tecta (1998).

[17] *Wagner*, St. Biscardi III 391–422. *Dubouloz*, Proprieté (2011) 118–121. Außerhalb Roms: *Camodeca*, in: Finanze municipali (1999) 1 f.; *Castagnetti*, Ostraka 11.2 (2002) 93 f.

[18] Darauf deutet wahrscheinlich auch der Sprachgebrauch: Das Lemma „*superficiarius*“, das sowohl sprachlich als auch begrifflich eine stabilisierte Vorstellung des Rechtsverhältnisses „*superficies*“ voraussetzt, findet sich schon bei Sen. epist. 88.28 in den Jahren 63–65 n. Chr. („*philosophia nil ab alio petit, totum opus a solo excitat: mathematice, ut ita dicam, superficiaria est, in alieno aedificat*“).

[19] Zweifelnd *Vogt*, Das Erbbaurecht (1950) 5–53, nach dem die *superficies* des klassischen Rechts als ein Institut des öffentlichen Rechts betrachtet werden muss. Vgl. aber dazu die Rez. *Kaden*, SZ 68 (1951) 607–614; *Solazzi*, Iura 2 (1951) 224–230; *Pugliese*, SDHI 17 (1951) 364–371.

[20] Z. B. Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.17; FIRA III 362.

[21] Ulp. 68 ed. D. 43.18.1 pr.–1.

[22] Ebenfalls zu beobachten ist die Kombination beider Vertragstypen, etwa wenn sich der Inhaber der *superficies* zusätzlich zur Zahlung des Kaufpreises auch verpflichtet, ein *solarium* zu zahlen. Solche Schwankungen werden verschiedenartig interpretiert. Vgl. *Pastori*, Superficie (1962) 39–68; *Mayer-Maly*, Labeo 11 (1965) 79 f.; *Pastori*, St. Donatuti II 876 f.; St. Biondi II 383–410 (dazu *Kaser* SZ 84 [1967] 552); *Rainer*, SZ 106 (1989) 333; *Sitzia*, ED XLIII (1990) 1460.

11 Ausgangspunkt ist die vertragliche Ausgestaltung der Situation. In der häufigsten Konfiguration (*locatio-conductio*) verpachtet der Eigentümer das Grundstück an einen Pächter, mit der Erlaubnis, ein Gebäude zu errichten und zu nutzen oder das bestehende Gebäude zu benutzen, normalerweise für einen langen Zeitraum. Diese Genehmigung wird dem Mieter durch Klauseln erteilt, die dem Vertrag hinzugefügt werden (sog. „*leges locationis*“) und im Lichte der *intentio incerta ex fide bona* der *actio conducti* geltend gemacht werden können. Damit ist zunächst der langfristige Mieter im Falle von Störungen durch den Eigentümer-Vermieter geschützt, wobei ihm der Prätor eine persönliche Klage aus dem Mietvertrag gewährt (*actio conducti*).

12 Die offene Struktur der *actio conducti* (als *iudicium bonae fidei*) bietet jedoch auch einen indirekten Schutz vor Störungen durch Dritte. Noch im Hinblick auf die *intentio* der Formel („*quidquid dare facere oportet ex fide bona*“) erkennen die Juristen allmählich an, dass zu den Verpflichtungen des Vermieters-Eigentümers auch die Verpflichtung gehört, dem Pächter seine dinglichen Klagen zu übertragen („*praestare et cedere*“: vgl. D. 43.18.1.1). Somit ist er verpflichtet, im Interesse des Pächters gerichtlich gegen den Dritten vorzugehen, der dem Pächter die Nutzung des Gebäudes hindern würde (oder diesem diese Rechtsverfolgung zu ermöglichen): Wenn der Eigentümer seine dinglichen Klagen gegen der Dritte nicht betrieb, kann er vom Pächter durch die *actio conducti* verklagt werden.

13 Gegen Ende der Republik (1. Jh. v. Chr.) führt der Prätor auch direkte Wege ein, um den dinglichen Schutz des Pächters zu gewährleisten. Im engeren Sinne war der Pächter weder Eigentümer (→ Eigentum, § 39) noch auch nur Besitzer (→ Besitz, § 40). Er hatte nur die Möglichkeit, das Gebäude gemäß den im Mietvertrag festgelegten Bedingungen zu genießen. Nichtsdestotrotz erkannte der Prätor an, dass in einem so gestalteten Vertrag die dem Besitz ähnliche Position des Pächters einen stärkeren Schutz verdiente. Deshalb gewährt er ein *interdictum de superficiebus*,[23] nach dem Vorbild des *interdictum uti possidetis*[24] (ein schnelles Verfahren zum Schutz von nicht fehlerhaftem Besitz: → Interdikten, § 66). Das *interdictum de superficiebus* war also demjenigen gewährt, der *ex lege locationis*[25] und *nec vi nec clam nec precario* die *superficies* genießt.[26] Der Text des Interdiktes beschreibt die geschützte Situation unter Bezugnahme auf die Bedingungen des Mietvertrags (*lex locationis*) : Das „*frui ex lege locationis*“ wird zum Analogon des zivilrechtlichen Besitzes. Dies ermöglicht dem Pächter-*superficiarius*,

[23] Ulp. 70 ed. D. 43.18.1 pr.: „*Ait praetor: ‚Uti ex lege locationis sive conductionis superficies, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quo minus fruamini, vim fieri veto‘*“; *Lenel*, EP³ 476–478; auch *Mantovani*, Formule 92.

[24] Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.2. *Pastori*, Superficie (1962) 139–141. Vgl. Ulp. 69 ed. D. 43.17.1 pr.: „*Ait praetor: ‚Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto‘*“.

[25] *Lenel*, EP³ 476 Fn. 4.

[26] *Pastori*, Superficie (1962) 129–154; *Rainer*, SZ 106 (1989) 333–334; *Sitzia* ED XLIII (1990) 14–60; *Gagliardi*, Ric. Talamanca II 14–22.

seine Position gegenüber jedem Akt von widerrechtlichen Aneignung oder Störung durch einen Dritten (und sogar den Eigentümer) zu schützen.

Darüber hinaus gesteht der Prätor nach Kenntnis der Tatsachen (*causa cognita*), also **14**
nach einer Prüfung des Sachverhalts und je nach den Umständen, auch eine Form von dinglichem Schutz zu (vgl. Ulp.70 ed. D. 43.18.1 pr.: „*Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo*“).[27] Das Adjektiv „*alia*“ und das Fehlen eines Verweises auf die dingliche Konfiguration der *actio* haben bei den Gelehrten Diskussionen über die Natur und die Struktur der erwähnten Klage ausgelöst. Systematische Überlegungen führen meistens zu der Hypothese, dass der Prätor sich auf die Möglichkeit bezog, mit großer Freiheit die geeignetsten Maßnahmen zum Schutz der *superficies* gegenüber Dritten und umgekehrt (d. h. für und gegen den *superficiarius*) zu gewähren.[28] Die *causae cognitio* wäre genau funktional gewesen, um fallweise über die Natur und die Konfiguration der Formel zu entscheiden (*actio decretalis*). Da der Schutz der *superficies* wahrscheinlich nach dem Vorbild der Klagen zum Schutz der zivilrechtlichen Herrschaft gestaltet wurde, werden die in Frage kommende Maßnahmen oft als „*utiles*“ bezeichnet.[29] Es ist möglich, dass sich das geltend gemachte Recht immer noch auf das aus dem Vertrag resultierende Recht bezog (*frui ex lege locationis* oder *venditionis*), wie im Interdikt *de superficiebus* und der *actio de fundo vectigali.*[30]

In jedem Fall trägt die römische Rechtswissenschaft dazu bei, die Anwendbarkeit **15**
analoger Klagen auf die *superficies* zu entwickeln. In seinem Kommentar zum Edikt, das unsere wichtigste Quelle ist, erwähnt Ulpian z. B. die *actiones utiles usus fructus*,[31] *servitutis*,[32] *communi dividundo*,[33] sowie eine *exceptio in factum* gegen die Vindikationsklage des Eigentümers.[34] Er erwähnt sogar die Möglichkeit für den Käufer des Bodens,

[27] Vgl. Ulp. 16 ed. D. 6.1.73 u. 75; Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.2. *Pastori*, Superficie (1962) 95–128 (zur actio *in factum* bes. 102–107, an Hand von Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.4); *Pastori*, St. Biscardi VI 325–343; *Rainer*, SZ 106 (1989) 334–335; *Sitzia*, ED XLIII (1990) 1460; *Gagliardi*, Ric. Talamanca II 22–25; *Zaera García*, Superficies (2017) 120 f. Zu berücksichtigen war z. B. der Umstand, ob die Konzession auf kurze Dauer befristet (*ad modicum tempus*) oder unbefristet war: im ersten Fall konnte der Prätor die Aktion verneinen; vgl. Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.3: *et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.* Zu diesem Ausdruck (*conductio ad modicum tempus*) als Merkmal einer umfassenden Gruppe von Instituten, siehe noch die mittelalterliche Unterscheidungen: *Grossi*, Locatio (1963) 10–11. Laut *Vogt*, Das Erbbaurecht (1950) 95–107, sei die *actio in rem de superficie* eine „nachklassische“ oder justinianische Schöpfung; vgl. aber schon die Rez. *Kaden*, SZ 68 (1951) 607–614; *Solazzi*, Iura 2 (1951) 224–230; *Pugliese*, SDHI 17 (1951) 364–371; vgl. auch *Maschi*, St. Arangio-Ruiz IV 135–170.

[28] *Gagliardi*, Ric. Talamanca II 22 f.; *Zaera García*, Superficies (2017) 120 f.

[29] Vgl. Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.6; Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.9; Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.8; Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.4; Paul. 29 ed. D. 13.7.16.2; Ulp. 53 ed. D. 39.2.13.8; Pomp. 21 Sab. D. 39.2.39.2; Ulp. 52 ed. D. 39.1.3.3.

[30] *Lenel*, EP 186–188.

[31] Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.6.

[32] Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.9.

[33] Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.8.

[34] Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.4.

falls die *superficies* evinziert werden sollte, *ex stipulatu* oder *ex empto* zu klagen.[35] In anderen Digestenstellen wird auf das *pignus*,[36] auf die *cautio damni infecti*[37] und die *operis novi nuntiatio*,[38] und vielleicht sogar auf die *actio Publiciana* Bezug genommen.[39] Während die *actio conducti* ein zivilrechtliches Instrument war, handelt es sich bei der *actiones utiles in rem*, um hononarrechtliche Rechtsbehelfe (*ius honorarium* → § 6). Da im Zivilrecht die *superficies* nur auf der Grundlage des Obligationenrechts geschützt werden kann, ist es notwendig auf das Honorarrecht zurückzugreifen, um die *superficies* durch eine *actio in rem* zu schützen. Durch dieses System von *actiones utiles* erhält schließlich der *superficiarius* im Honorarrecht einen ähnlichen Schutz wie der Eigentümer im Zivilrecht.

III. *Ius in agro vectigali*

16 In Rom und Italien ist die Gewährung von öffentlichem Land (*ager publicus*) zur Nutzung durch Private mindestens seit dem vierten Jahrhundert. v. Chr. belegt.[40] Eigentümer des öffentlichen Bodens ist der Staat, der den Einzelpersonen ein Nutzungsrecht vielfältig gewährt. Bedeutend ist hier der Zustand der sogenannten *agri vectigales*, deren Bewirtschaftung vom Staat gegen Zahlung eines Pachtzinses (*vectigal*) gewährt wird.[41] Schrittweise breitete sich eine solche Gewährung auch auf munizipale

[35] Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.5. Diese beiden Klagen würden wahrscheinlich direkt und nicht *utiliter* angewendet; jedoch bezieht sich der Jurist auf die Anwendung einer petitorischen *actio utilis* durch den *superficiarius* und auf eine konsequente interpretative Erweiterung des Inhalts des Garantieversprechens durch den Verkäufer.

[36] Paul. 29 ed. D. 13.7.16.2.

[37] Ulp. 53 ed. D. 39.2.13.8; Pomp. 21 Sab. D. 39.2.39.2.

[38] Ulp. 52 ed. D. 39.1.3.3.

[39] Die Anwendung der *actio Publiciana* ist problematisch und hat viele Zweifel aufgeworfen: vgl. *Gagliardi*, Ric. Talamanca II 22 f.; *Zaera García*, Superficies (2017) 120 f., mit weiterer Literatur.

[40] *Botteri*, CCGG 3 (1992) 45 f.; *Mantovani*, Athenaeum 85 (1997) 575 f. Die Konzessionen des *ager publicus* nehmen in Italien unterschiedliche Formen an. Die rentabelsten Böden, wie z. B. der *ager Campanus*, werden für kurze Zeit (in der Regel fünf Jahre) durch öffentliche Verpachtung (*locationes censoriae*) vermietet. Die Situation dieser öffentlichen Konzessionäre ähnelte der der privaten Pächter. In den letzten drei Jahrhunderten der Republik werden einige Teile des *ager publicus* (sog. *ager quaestorius*) von den Quästoren an den Bestbieter veräußert. Die Konzession ist in diesem Fall unbefristet, aber die Konzessionäre müssen eine periodische Gebühr an den Staat zahlen (*vectigal*). Die Zahlung der Gebühr verhindert die Zuweisung des Eigentums *ex iure Quiritium* an die Abtretungsempfänger. Diese Konzessionsart verschwindet gegen Ende des republikanischen Zeitalters und wird vielleicht zum sog. „*ager privatus vectigalisque*". *De Ligt*, Epigraphica 69 (2007) 87 f.

[41] *Bove*, Agri vectigales (1960) (Rez. *Wieacker*, Labeo 10 [1964] 443). *Capogrossi Colognesi*, in: Cortese, Proprietà (1988) 141–182 (insbes. 170–174); *De Ligt*, Epigraphica 69 (2007) 87 f.; *Maganzani*, IAH 3 (2011) 165 f.; *Griese*, Land (2019) 134 f.

Ländereien aus.[42] Die Konzessionen sind sowohl befristet (gewöhnlich fünf Jahre),[43] als auch auf längere Fristen[44] oder auf ewig (*in perpetuum*) eingeräumt.[45] In diesem Fall ist die Trennung zwischen Eigentum und Nutzungsrechten auf den Vorteil zurückzuführen, das Staatsvermögen zu wahren und es gleichzeitig als laufende Erwerbsquelle zu nutzen.[46]

Der Mechanismus der Überwindung der zivilrechtlichen Prinzipien durch die Gewährung honorarrechtlicher *actiones in rem* lässt sich auch hier verfolgen. Die tendenzielle Einstufung der *agri vectigales* im Rahmen der *locatio-conductio* wird von den Quellen bestätigt.[47] Sie beziehen sich nämlich auf die *lex locationis*, um die spezifische Art des Rechtsverhältnisses genauer zu definieren.[48] Übrigens berichtet Gaius in Bezug auf die *agri vectigales* von einem ähnlichen Schwanken zwischen Miet- und Kaufvertrag, wie es Ulpian für die *superficies* angibt.[49] **17**

Dem Vektigalisten wird aber auch ein interdiktaler Besitzschutz gewährt (je nach Fall, der übliche interdiktale Schutz oder der besondere Schutz „*de loco publico fruendo*", der wiederum einen Verweis auf das *frui ex lege locationis* enthält),[50] sowie auch, im Falle **18**

---

[42] *Longo*, Locare (2012) 1 f.; *Torrent*, Index 42 (2014) 544 f. Staat und *civitates* unterscheiden sich wahrscheinlich auch in Bezug auf die Rechtsnatur der Konzessionen. Vgl. z. B. Gai. 3 ed. prov. D. 50.16.16 („*eum qui vectigal populi Romani conductum habet, ‚publicanum' appellamus. Nam ‚publica' appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur*").

[43] Wie den *ager censorius* (s. oben, Fn. 40).

[44] Z. B. hundert Jahre bei Hyg. de cond. agr. 116.12. Vgl. *Bove*, Agri vectigales (1960) 19–121.

[45] Gai. 3. 142–147.

[46] Vgl. z. B. Ulp. l. s. off. cur. rei pub. D. 50.10.5.1: „*…si qua loca publica vel aedificia in usus privatorum invenerit, aestimare, utrumne vindicanda in publicum sint an vectigal eis satius sit imponi, et id, quod utilius rei publicae intellexerit, sequi*". Vgl. *Maganzani*, IAH 3 (2011) 168 f.

[47] Vgl. Paul. 21 ed. D. 6.3.1 und 6.3.3. Gaius benutzt die *locatio in perpetuum* als Beispiel einer atypischen Vereinbarung, nennt sie aber im Rahmen der *locatio-conductio*, weil diese gerade die herrschende Auffassung der Juristen darstellt („*magis placuit locationem conductionemque esse*"). Vgl. Gai. 3.145: „*Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio, veluti si qua res in perpetuum locata sit. Quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse*". Vgl. Inst. 3.24.3. Im Codex Justinians folgt der Titel C. 4.66 (*De emphyteutico iure*) dem C. 4.65 (*De locato et conducto*). Zum Punkt *Longo*, SDHI 78 (2012) 255 f.

[48] Paul. 21 ed. D. 6.3.1: „*Vectigales vocantur qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat.*"; Gai. 3.145: „*…in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur*". Für weitere Klauseln vgl. z. B. Scaev. 1 resp. D. 20.1.31 pr.: „*Lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat*".

[49] Gai. 3.145; vgl. Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.1.

[50] Ulp. 68 ed. D. 43.9.1 „*…interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est: tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id fruendum conduxit… Ait praetor ‚Quo*

der ewigen Miete, eine dingliche Klage (*actio de fundo vectigali*)[51] nach dem Vorbild der *rei vindicatio* mit *intentio in factum concepta*. Darin wird das geltend gemachte Recht in Begriffen wie „*(agrum a municipibus) in perpetuum fruendum conducere*" ausgedrückt und bezieht sich somit auf die vertragliche Position des Pächters als Analogon zum quiritischen Eigentums in der Vindikationsklage.

19 Auch im Fall der Vektigal-Pachtverträge diskutiert die Rechtswissenschaft die (möglicherweise mittels *actiones utiles* erfolgende) Anwendung typischer Instrumente des Eigentumsschutzes.[52] Die so gepachteten Böden gelten als *res corporales*, daher können sie nicht nur durch Gesamtrechtsnachfolge, sondern auch durch Sondertitel und durch *traditio* übertragen werden.[53]

IV. *Emphyteusis, ius perpetuum.*

20 Die Grundstücke in den Provinzen befinden sich in einem anderen Zustand als jene in Italien. Die Ausweitung des römischen Herrschaftsgebiets und die konstitutionelle Entwicklung Roms während der Kaiserzeit fördern die Integration der traditionellen Bewirtschaftungsformen des öffentlichen und provinzialen Landes mit den lokalen Rechten der eroberten Gebiete und die Reorganisation des Landsteuersystems.[54] Die Rechtsordnung dieser Gebiete kann grundsätzlich entweder ausländisch (Herrschaft

---

minus e lege locationis frui liceat'. Merito ait ‚e lege locationis': ultra legem enim vel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat"). Laut *Kaser*, SZ 62 (1942) 39 f., diente das *interdictum de loco publico fruendo* nur dem Schutz der Großpächter (*mancipes*), die vom Staat nicht die Grundstücke, sondern das Recht auf Einziehung der Pachtzinse pachteten. Vgl dazu aber *Santini*, De loco publico fruendo (2016) 39f u. 79 f., wo die Zentralität der *lex contractus* besonders hervorgehoben wird; *Capogrossi Colognesi*, Index 45 (2017) 370–379; weiters *Alburquerque*, Protección (2002) 55 f.; *Maganzani*, IAH 3 (2011) 165–180, die das Thema auch im Lichte neuer epigraphischer Funde und gromatischer Quellen behandelt.

[51] *Lenel*, EP 186 f. und *Mantovani*, Formule 39 f. Vgl. *Bove*, Agri vectigales (1960) 1–18 und 73–121; *Gallo*, SDHI 30 (1964) 1–49; *Maganzani*, IAH 3 (2011) 170 f.; *Griese*, Land (2019) 134 f. Zur Bezeichnung vgl. Pap. 28 quaest. D. 21.2.66 pr.

[52] *Petitio servitutis utilis*: Iul. 49 dig. D. 8.1.16; *interdictum (utile) ut in flumine publico navigare liceat*: Ulp. 68 ed. D. 43.14.1.7 (vgl. *Mantovani*, Formule 81). Erweiterung typischer Eigentumsschutzinstrumente: *actio aquae pluviae arcendae*: Paul 16 Sab. D. 39.3.23.1; Paul. 9 Sab. D.47.7.5.2; *actio arborum furtim caesarum*: Paul. 9 Sab. D.47.7.5.2; *actio finium regundorum*: Paul. 9 Sab. D.47.7.5.2 ; Paul. 23 ed. D. 10.1.4.9; *actio communi dividundo*: Ulp. 20 ed. D. 10.3.7 pr. Was *pignus* anbelangt, vgl. Paul. 29 ed. D. 13.7.16.1–2; Scaev. 1 resp. D. 20.1.31; dazu *Bove*, Agri vectigales (1960) 122 f.

[53] Über die Möglichkeit, ein *ager vectigalis* durch Legat zu veräußern, vgl. Ulp. 61 ed. D. 30.71.5–6.

[54] *Grelle*, Stipendium et tributum (1963) bes. 1–19; Index 18 (1990) 167–183; *Neesen*, Staatsabgaben (1980) 29 f.; *Ørsted*, in: Carlsen et al., Landuse (1994) 115 f.; *Rodríguez Neila*, in: González Román, Sociedad (1994) 425 f.; *Giliberti*, Index 24 (1996) 199 f.; *France*, Latomus 60.2 (2001) 359 f.; *Sacchi*, Regime della terra (2006) 236 f., 425 f.

iure peregrino) oder römisch sein (staatliches Eigentum: „*dominium populi Romani… vel caesaris*“, vgl. Gai. 2.7).[55] Das Land, das dieser zweiten Eigentumsform unterliegt (sog. „*praedia stipendiaria*“ in den Senatsprovinzen, „*praedia tributaria*“ in den Reichsprovinzen) kann in Form von kurzen Pachtverträgen (ohne *In-rem*-Schutz), oder durch unbefristete Pachtverträgen gegen eine Gebühr (*stipendium* oder *tributum*) gewährt werden. Die Auferlegung der Steuer impliziert die Anerkennung des Eigentumsrechts des Staates und verhindert den Erwerb des *dominium ex iure Quiritium* durch den Konzessionär. Um die Herrschaft der Konzessionäre am Provinzboden zu beschreiben verwendet Gaius (Gai. 2.7) das Hendiadys „*possessio vel ususfructus*“ (sog. „Provinzeigentum“ → § 39). Auch das Provinzeigentum wird durch dingliche *actiones utiles* geschützt, die im Provinzedikt vorgeschlagen werden. Es hat jedoch keinen vertraglichen Ursprung und das Nutzungsrecht ist, anders als bei *agri vectigales*, im Fall der Nichtzahlung der Gebühr nicht widerrufbar.

Anders verhält es sich mit dem persönlichen Eigentum des *princeps*. In der Kaiserzeit **21**
verfügt der Kaiser über ein Privatvermögen (*patrimonium Caesaris*), sowie über „Krongüter“ (*res privata Caesaris*), die auch eine große Anzahl von Landgütern umfassen (sog. „*fundi patrimoniales*“ bzw. „*fundi rei privatae*“).[56] Diese Domänen können, wie die vom *aerarium* oder vom *fiscus* verwalteten (*praedia stipendiaria* und *praedia tributaria*), kurz- bzw. – insbesondere nach der Agrarkrise des zweiten und dritten Jahrhunderts n. Chr. – langfristig verpachtet werden.[57] Aus diesem zweiten Fall gehen in der Praxis zwei unterschiedlich bezeichnete Arten von Berechtigungen hervor: *emphyteusis* (langfristige Pachten des *patrimonium Caesaris*)[58] und *ius perpetuum* (unbefristetes Pachten der *res privata*).[59] Ein Nutzungsrecht wird demjenigen gewährt, der den Boden eines Anderen

[55] Was die einzelnen Formen der Landbewirtschaftung in den Provinzen betrifft, lässt sich das Gesamtbild wie folgt zusammenfassen: In (a) nicht autonomen Gebieten und (b) in den *de facto* autonomen Städten unterliegt im Prinzip alles Land dem sogenannten *dominium populi vel Caesaris*. In diesem Fall führt die Konzession zu einem Nutzungsrecht, wenn unbefristet zum Phänomen des Provinzeigentums. (c) In den *civitates foederatae* wird das Eigentum am Land durch die eigenen Vorschriften der Stadt geregelt (Herrschaft *iure peregrino*). In den (d) *sine foedere liberae* und in den (e) *Latinae*, koexistiert die lokale Herrschaft mit dem römischen *dominium populi vel Caesaris*. In den (f) Munizipien und *coloniae civium Romanorum*, die in den Provinzen liegen, werden die Territorien in der Regel als *dominium populi Romani vel Caesaris* betrachtet. Sie können jedoch das *ius Italicum* erhalten, das es ihnen erlaubt, Privateigentum am Land zu erwerben (als *res mancipi*). Vgl. *Capogrossi Colognesi*, Terra I 135–169; *Burdese*, BIDR 88 (1985) 39 f.; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 394 f.; *Roselaar*, Public land (2010) 86 f.

[56] *Lo Cascio*, Princeps (2000) (= AIIS 3 [1971–1972]) 97 f.; *Maiuro*, Res Caesaris (2012) 17 f.

[57] *Whittaker*, in: Finley, Proprietà (1980) 167–203; *Solidoro Maruotti*, Abbandono (1989) 241–340 (insbes. 290 f.).

[58] Z. B. in den Titeln C. 11.62; 11.63; 11.65; CTh. 5.12.; 11.19.

[59] Vgl. Grat. Valentin., Theodos, C. 11.66.3 (a. 376?); CTh. 11.16.12 (a. 380); C. 10.48.10 (a. 382) ; CTh. 11.16.13 (a. 382 [383]); Theodos., Valentin C. 11.71.5. Für die angeführte Typologie siehe z. B. auch Diocl., Maxim C. 5.71.13 (a. 293): „*Etiam vectigale vel patrimoniale sive emphyteuticum praedium sine decreto praesidis distrahi non licet*“; Honor., Theodos. C. 10.17.1.1 (a.416); Const. C. 11.59.2 (a. 337) : „*Si quis ab emphyteuticario seu patrimoniali possessore*“.

kultiviert und im Gegenzug dafür einen Pachtzins (Grundrente) entrichtet. Eigenart des Rechtes ist seine prinzipielle Widerruflichkeit durch den Eigentümer des Grundstücks, sofern bestimmte Widerrufsgründe vorliegen (insbesondere bei Nichtzahlung des Pachtzinses). In beiden Fällen (*emphyteusis* und *ius perpetuum*) ist das Nutzungsrecht durch Gesamtrechtsnachfolge und wahrscheinlich auch durch Sonderrechtsnachfolge mit Zustimmung des Verpächters übertragbar. Schrittweise werden diese Verwaltungsmethoden auch in Bezug auf große private Landgüter bezeugt, die sich von den kaiserlichen unterscheiden, darunter insbesondere das kirchliche Erbe.[60]

22 Der Begriff „*emphyteusis*" wird nicht neu geprägt, sondern entstammt wiederum der Rechtspraxis der griechischsprachigen Provinzen,[61] wovon es selbst bei Juristen im Severer-Zeitalter Spuren gibt. Ulpian verwendet noch das griechische Wort (als Adjektiv: „*ius* εμφυτευτικόν");[62] für den Zeitalter Diokletians ist auch die romanisierte Form bezeugt (immer noch als Adjektiv: „*emphyteuticum praedium*").[63]

23 Die historische Entwicklung dieser Rechte ist in vielerlei Hinsicht noch immer undurchsichtig.[64] Zu den neuen Verwaltungskonzessionstypen gehören z. B. auch einige Fälle, die in ihrer Ausgestaltung noch weitgehend ungeklärt in den Quellen als Gewährung *ex lege Manciana*[65] und *ex lege Hadriana de rudibus agris*[66] bezeugt sind.[67] Ihre Spuren lassen sich bis in das Vandalenreich verfolgen.[68] Die Vielfalt der verschiedenen Rechte setzt sich bis in der Spätantike fort. Erst mit Justinian, der die *agri vectigales* mit der *emphyteusis* vereinigt,[69] erfolgt eine grundsätzliche Vereinheitlichung.

24 Das Nutzungs- und Verwertungsrecht hat vertraglichen Ursprung. Besonders deutlich wird dies in der neuen Disziplin der *emphyteusis* (mit der das *ius perpetuum* wahrscheinlich verschmolzen ist), die im fünften Jh. in der *pars orientis* des Reiches eingeführt wird.[70] Durch eine Konstitution des oströmischen Kaisers Zeno, die zwischen 476

---

[60] Z. B. *Tarozzi*, Norme e prassi (2017) 151 f.

[61] Zur Frage der *emphyteusis* im Zusammenhang mit dem gesamten Landnutzungssystem in Griechenland: *Rizakis*, in: Follet, Hellénisme (2004) 55–76; *Pernin*, Baux ruraux (2014) 502 f.

[62] Ulp. 35 ed. D. 27.9.3.4.

[63] Diocl. Maxim. C. 5.71.13 (a. 293).

[64] Es bleiben offene Fragen insbesondere im Hinblick auf die Frühgeschichte des Instituts. Vgl. *Bojarski*, Mél. Wołodkiewicz I 122–129; *Bottiglieri*, Enfiteusi (1994) 41–99.

[65] CIL VIII 25902 = FIRA I 485–490 (116–117); CIL VIII 25943 = FIRA I 490–492 (⟩130?). *De Ligt*, AncSoc 29 (1998) 219–39.

[66] CIL VIII 10570 = FIRA I 495 (180–183); CIL VIII 26416 = FIRA I 493 (193/8–211/2).

[67] *Scholl/Schubert*, APF 50.1 (2004) 79–84. Bedeutend ist die Tatsache, dass diese Konzessionen oft in Beziehung zueinanderstehen. Um ein neues Nutzungsrecht zu begrenzen, weisen die nachfolgende Maßnahme auf die Ausdehnung eines zuvor gewahrten Bewirtschaftungsecht hin (z. B. CIL VIII 26416 = FIRA I 493 auf das *ius ex lege Manciana*; CIL VIII 10570 = FIRA I 495 auf das *ius ex lege Hadriana*).

[68] *Courtois/Leschi/Perrat/Saumagne*, Tab. Albert. 223–227.

[69] Vgl. oben, → § 27.

[70] Die Entwicklung dieser Konzessiontypen im West sind unklar: Der Untergang des Reiches scheint eine substantielle Homologisierung zwischen *emphyteusis*, *superficies* und *agri vectigales* zu bewirken.

und 484 n. Chr. erlassen wurde, wird die *emphyteusis* als eigenständiger Vertrag anerkannt. Ein bestimmter Typ eines beschränkten Rechts wird somit in das römische Recht eingeführt, welches den Namen „*ius emphyteuticarium*“ trägt.[71] Ungeklärt ist aber, welcher Rechtsbehelf dafür eingesetzt wird.[72]

Noch zur Zeit Zenos und bis Justinian wird somit der im Wesentlichen vertragliche **25**
Charakter der *emphyteusis* beibehalten. Der Vergleich der Institutionen des Gaius[73] mit jenen Justinians[74] bestätigt das Schwanken der Praxis des klassischen Rechts zwischen Verkauf und Vermietung, mit Blick (für Gaius) auf die „*res in perpetuum locatae*“ (einschließlich der *agri vectigales*). Für Justinian handelt es sich um „*praedia quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur*“ (einschließlich die *emphyteusis*). In der Zeit zwischen Gaius und Justinian greift indessen die Reform des Kaisers Zeno ein. Der Vergleich zwischen Gaius und Justinian verdeutlicht, dass die Anerkennung der *emphyteusis* als unabhängiges Recht durch Zeno („*ius emphyteuticarium*“) der gleichen obligationenrechtlichen Logik gehorcht. Zenos Reform stellt nämlich einen neuen Vertragstypus („*emphyteuseos contractus*“) zur Verfügung, der sich sowohl von der *locatio-conductio* als auch von der *emptio-venditio* unterscheidet.[75] Die Reform ist weniger der dinglichen Natur des Instituts geschuldet, sondern bewegt sich auf einer Linie der Kontinuität mit der klassischen Rechtswissenschaft. Insbesondere stellt Zeno fest, dass es die Vertragsklauseln in der Autonomie der Parteien sind, die den Inhalt des Nutzungsrechts am Boden bestimmen, auch im Hinblick auf den künftigen Verkehr der Güter.[76] Justinian wiederum greift diese Formel auf,[77] die noch in Kontinuität mit der Tradition der Konsensualverträge und des prätorischen Schutzes von unbefristeten Nutzungsrechten zu stehen scheint.

Justinian selbst aktualisiert die *emphyteusis* auf zwei verschiedene Weisen.[78] Zu- **26**
nächst regelt er die materiellrechtliche Gestalt des Rechtsinstituts, indem er Voraus-

---

[71] Zeno C. 4.66.1 (a.476–484).

[72] *Segrè*, in: Bensa, et al., St. Serafini (1892) 433 Fn. 37.

[73] Gai. 3.145.

[74] Inst. 3.24.3 : „…*ut ecce de praediis quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur; lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem*“.

[75] Zeno C. 4.66.1 (a.476–484). Zur Praxis der neuen Verträge vgl. *Rodriguez López*, RIDA 55 (2008) 423–443.

[76] Vgl. Zeno C. 4.66.1 (a.476–484): „…*cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri*“.

[77] Inst. 3.24.3: „…*et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optinere ac si natura talis esset contractus* […]. *Quo iure utimur*“.

[78] Noch unbestimmt ist das Verhältnis zwischen der von Justinian geregelten *emphyteusis* und der damaligen durch Papyrusurkunden bekannten vertraglichen Praxis. Vgl. z. B. P. Cairo Masp. III 67298 u. 67299 [FIRA III 115] (Zeitalter Justinians); PSI III 176 (V Jh.: *emphyteusis* oder *superficies*?);

setzungen definiert, unter denen der Konzessionsgeber die Gewährung widerrufen kann. Ein Widerrufsrecht soll vor allem bei der Nichtzahlung in Bezug auf Gebühren und Steuern innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren gelten.[79] Weiters wird dem *emphyteuta* die Möglichkeit eingeräumt, nach vorheriger Zustimmung des Eigentümers den Boden zu veräußern.[80] Dem Eigentümer steht in diesem Fall ein Vorkaufsrecht zu. Übt er dieses nicht aus, erhält der Eigentümer 2 % des Verkaufspreises (für das Mittelalter, das sog. *laudemium*). Der *emphytheuta* dar[81] am Boden Verbesserungen vornehmen (*meliorationes, vel ea quae emponemata dicuntur*),[82] wozu insbesondere Organisationsstrukturen zählen, die die Produktivität des Bodens verbessern. Überdies darf er solche Strukturen auch dem *dominus* separat verkaufen. Schließlich schreibt Justinian vor, dass, wenn sich der *dominus* weigert, den Pachtzins entgegen zu nehmen, der *emphyteuta* von der Zahlung befreit ist, bis eine neue ausdrückliche Anfrage des Eigentümers erfolgt.[83] Die Novellen Justinians erhalten zusätzlich neue Vorgaben mit Blick auf die Vergänglichkeit des emphytheutischen Rechts (z. B. wegen Verschlechterungen des Grundstückes; des weiteren wird die *emphyteusis* von Kirchengütern durch spezielle Bestimmungen geregelt).[84] Insgesamt lässt sich beobachten, dass auch Justinian nicht auf den traditionell vertraglichen Charakter der *emphyteusis* verzichtet. Daher gelten die gesetzliche Vorgaben im Prinzip subsidiär, sofern die Parteien keine Regelung vereinbaren.[85]

27 Zweitens entscheidet sich Justinian dafür, die für die *agri vectigales* geltenden Regelungen auf die *emphyteusis* auszudehnen.[86] Diese Erstreckung hat wichtige verfahrensrechtliche Folgen: Zunächst wird dem *emphyteuta* – soweit man das in Bezug auf dieses Zeitalter sagen kann – eine prätorische Klage *in rem* gegen jede Person, die den Genuss der *emphyteusis* vorenthält, mithin auch gegen den Gewährenden, eingeräumt.[87] Durch die Gleichstellung mit den *agri vectigales* stehen dem *emphyteuta* wahrscheinlich auch weitere Klagemittel zur Verfügung.[88] Der *emphyteuta* darf auf diese

---

P. Cairo Masp. II 67257 (VI Jh.); BGU IV 1020 (VI – VII Jh.); P. Lond. 483 II 323 (a. 615 oder 616). Weitere Nachweise bei *Comfort*, Aegyptus 17 (1937) 3–24; *Jördens*, Laverna 10 (1999) 114 f.

[79] C. 4.66.2 (a.529).

[80] C. 4.66.3 (a.530).

[81] Im Mittelalter war die Verbesserung des Bodens ein wesentliches und verpflichtendes Element der *emphyteusis*; *Grossi*, Locatio (1963) 237–266.

[82] Dazu *Ortuño Pérez*, Enfiteusis (2005) 89–143.

[83] C. 4.66.4 [= C. 1.4.32] (a.531–534).

[84] Novell. Iust. 7 c. 3.2 (a.535); Novell. Iust. 55 (a.537); Novell. Iust. 120 c. 8 (a.544).

[85] C. 4.66.2.1 (a.529); C. 4.66.3 pr. (a.530).

[86] D. 6.3. (*Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur*). Das führte wahrscheinlich zu Interpolationen in den klassischen Quellen (*Kaser*, RP II 308); vgl. aber *Simon*, Symposion 1977 405 f., zur Begründung der Gleichstellung.

[87] Paul. 21 ed. D 6.3.1.1. Auch für die *emphyteusis* erschien wahrscheinlich in der *intentio* ein Hinweis auf den vertraglichen Grund des Rechtsverhältnisses.

[88] Vgl. *oben*, Fn. 52. Zu den möglichen Klagen *Scaffardi*, Enfiteusi (1981) 27–48. Zum Interdiktschutz: *Scaffardi*, Enfiteusi (1981) 39–42; *Bottiglieri*, Enfiteusi (1994) 115.

Behelfe aber nur bis zum Untergang der *emphyteusis* zurückgreifen. Danach kann der *dominus* des Bodens den *emphyteuta* vertreiben (*repellere*) und die Herrschaft über den Boden wiedererlangen, wofür ihm sowohl eine Klage *in personam* (aufgrund des Vertrags), als auch eine Klage *in rem* (als Eigentümer) zur Verfügung stehen.[89] Somit behält die *emphyteusis* auch bei Justinian die Zwischennatur, die schon im klassischen Recht für ähnliche Instrumente typisch war, und die sie zu einer zentralen Figur im System der mittelalterlichen und neuzeitlichen (Sozial- und) Landordnung macht.

[89] *Segrè*, in: Bensa et al., St. Serafini (1892) 418.

§ 52 Die Erbfähigkeit

Thomas Rüfner

Müller-Eiselt, Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht, 1982; *Dalla*, Senatus Consultum Silanianum, 1994; *Astolfi*, La lex Iulia et Papia, 4. Aufl., 1996; *Weishaupt*, Die lex Voconia, 1999; *Lamberti*, Studi sui „postumi" nell'esperienza guiridica romana I, 1996; II, 2001; *Monaco*, Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica, 2000; *Avenarius*, Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und Übersetzung, 2005; *Corbo*, Incertae personae e capacità successoria, profili di una società e del suo diritto, 2012; *Buchwitz*, Servus alienus heres. Die Erbeinsetzung fremder Sklaven im klassischen römischen Recht, 2012; *Guasco*, L'indegnità a succedere tra bona ereptoria e ‚diritto di rappresentazione', 2018.

Inhalt Rn.

I. Überblick . . . 1
II. Passive Testamentsfähigkeit . . . 3
1. Allgemeines . . . 3
2. Existenz als Person . . . 4
a. Nachgeborene Kinder . . . 5
b. *Incertae personae*, Personenverbände . . . 9
c. *Populus Romanus* . . . 11
3. Bürgerrecht . . . 13
4. Freiheit, Gewaltfreiheit . . . 15
5. Geschlecht . . . 17
III. Erwerbsfähigkeit . . . 19
1. Die *lex Iunia de manumissionibus* und *lex Aelia Sentia* . . . 19
2. Die augusteischen Ehegesetze . . . 23
a. Die Regelungen im klassischen Recht . . . 23
aa. Ehelosigkeit . . . 26
bb. Kinderlosigkeit . . . 30
cc. *Patres solitarii, feminae probrosae* . . . 35
dd. Ausnahmen vom Anwendungsbereich . . . 37
ee. Kaduzität als Sanktion . . . 41
b. Weitere Entwicklung . . . 49
IV. Die Fähigkeit zur Intestaterbfolge . . . 54
1. Erbrechtsfähigkeit . . . 54
2. Erwerbsfähigkeit . . . 59

V. Erbunwürdigkeit 60
1. Die Figur der erbrechtlichen Indignität 60
2. Tatbestände 61
a. Gewaltsamer Tod des Erblassers 61
b. Beeinträchtigung der Testierfreiheit 64
c. Anfechtung des Testaments 65
d. Formloser Widerruf des Testaments 69
e. Umgehung der augusteischen Ehegesetze 71
f. Weitere Rechtsverstöße 73
g. Exkurs: Strafrechtliche Verurteilung des Erblassers 75
3. Folgen der Indignität 76

I. Überblick

Der Begriff der Erbfähigkeit ist kein Quellenbegriff. Die Quellen sprechen im Hinblick auf die testamentarische Erbfolge von Testamentsfähigkeit (*testamenti factio*), womit prinzipiell sowohl die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, als auch die Fähigkeit, durch Testament zu erwerben, gemeint ist (→ § 18 Rn. 24). Obgleich die römischen Juristen sprachlich nicht zwischen aktiver und passiver Testamentsfähigkeit differenzierten, unterschieden sie in der Sache sehr wohl zwischen den Voraussetzungen der Testamentserrichtung und des testamentarischen Erwerbs.[1] – Bei bestimmten gesetzliche Vorschriften sprechen die Juristen davon, dass die Betroffenen das Zugewendete nicht erwerben (*capere*) können oder dass ihnen die *capacitas* fehlt.[2] Diese Erwerbsunfähigkeit wird vom Fehlen der *testamenti factio* unterschieden,[3] doch ist die Terminologie nicht immer eindeutig.[4] Die Erwerbsunfähigkeit verhinderte die Delation (→ § 56 Rn. 40) der Erbschaft.[5] Neben dem Fehlen von *testamenti factio* oder *capacitas* kann auch der Umstand, dass der als erbunwürdig (*indignus*) angesehen wird, dazu führen, dass er die Erbschaft nicht (dauerhaft) erwirbt. 1

[1] Vgl. etwa Pomp. reg. D. 28.1.16 pr.

[2] Zur Verwendung von *capere posse* und *capax* vgl. z. B. Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 34.3.29; von *capacitas* spricht Gai. 12 l. Iul. Pap. D. 31.55.1.

[3] Vgl. Ulp. reg. 11.16 und 20.8 zur (passiven) *testamenti factio* der gemäß Ulp. reg. 17.1 erwerbsunfähigen *latini Iuniani*; s. a. *Voci*, DER I 432.

[4] Vgl. den Gebrauch des Ausdrucks *testamenti factio* im Zusammenhang mit den Erwerbsverboten der augusteischen Ehegesetze in Ulp. reg. 16.1a; nach *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 341 ist diese Ausdrucksweise „korrekt"; *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 154 bezieht die Stelle – wie schon *Jörs*, Lex Iulia (1882) 39–45 auf die Einschränkungen der *testamenti factio* nach der *lex Voconia*, was jedoch aufgrund des Kontexts nicht überzeugt. Vgl. zur Terminologie auch Gai. 2.110 und Dioc./Maxim. C. 6.23.10 (a.293) mit *Tellegen-Couperus*, Testamentary Succession (1982) 30 f. Zur Unterscheidung von *capacitas* und *testamenti factio* auch *Voci*, DER I 433 f.

[5] So *Kaser*, RP I 723; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 287 unter Berufung auf Gai. 2.144; anders (Inkapazität verhindert nur den Erwerb der deferierten Erbschaft) *Jörs*, Lex Iulia (1882) 28.

2 Für die Voraussetzungen des Erwerbs *ab intestato* fehlt ein der (passiven) *testamenti factio* entsprechender Ausdruck. Jedoch gelten für den Erben *ab intestato* im Wesentlichen dieselben Voraussetzungen wie für den Testamentserben. Die gesetzlichen Tatbestände, die nach den Quellen zum Fehlen der *capacitas* führen, betreffen grundsätzlich nur den testamentarischen Erwerb. Hingegen kann der Tatbestand der Erbunwürdigkeit sowohl bei testamentarischer Erbfolge als auch bei Intestaterbfolge relevant werden.

II. Passive Testamentsfähigkeit

1. Allgemeines

3 Zur *testamenti factio* zählen die römischen Juristen insbesondere auf den personenrechtlichen Status bezogene Voraussetzungen der testamentarischen Erbfolge. Diese müssen sowohl im Zeitpunkt der Testamentserrichtung, des Erbschaftsanfalls (Delation, → § 56 Rn. 40) und – bei Erben, die nicht zum Kreis der *sui heredes* gehören – im Zeitpunkt des Erbschaftsantritts vorliegen.[6]

2. Existenz als Person

4 Grundvoraussetzung der Testamentsfähigkeit ist die Existenz des oder der eingesetzten Erben (oder bei Einsetzung von Sklaven oder Hauskindern, des Gewalthabers → Rn. 15) als rechtsfähige Person(en). Grundsätzlich muss diese schon im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gegeben sein.

a. Nachgeborene Kinder

5 Im Hinblick auf das Erfordernis der Existenz des Erben zur Zeit der Testamentserrichtung ist zunächst die Einsetzung von Kindern problematisch, die erst nach dem Tod des Erblassers geboren werden. Nur diese Kinder sind im eigentlichen Sinne *postumi*.[7] Auch bei Kindern, die vor dem Tod des Erblassers, aber nach Errichtung des Testaments geboren werden, ist die passive Testamentsfähigkeit fraglich, weil sie im Testament noch nicht namentlich benannt werden können (→ Rn. 9). Die römischen Juristen verwendeten den Ausdruck *postumi* auch für die zu Lebzeiten des Erblassers, aber nach Testamentserrichtung geborenen Kinder.[8]

6 Ein Abkömmling des Erblassers wurde zu den *sui heredes* gezählt, wenn er in der Hausgewalt des Erblassers stand und durch dessen Tod personenrechtlich frei wurde,

[6] Flor. 10 inst. D. 28.5.50.1; *Voci*, DER I 411–413; *Buchwitz*, Servus (2012) 29–32.
[7] *Lamberti*, Postumi II (2001) 147.
[8] Vgl. Epit. Gai. 2.3.2; Ulp. 4 disp. D. 28.3.12 pr.

aber auch dann, wenn er nur bei früherer Geburt in die Hausgewalt gefallen und dann frei geworden wäre (→ § 54 Rn. 8). Daher konnte die nachträgliche Geburt eines Abkömmlings, der im Testament nicht berücksichtigt war, zur Umstoßung des Testaments (*testamentum ruptum,* → § 55 Rn. 8) führen. Um diese Folge zu vermeiden,[9] wurden die Möglichkeiten, solche Abkömmlinge im Testament zu bedenken oder sie zu enterben, im Laufe der römischen Rechtsentwicklung seit der Vorklassik beständig erweitert. Schon spätestens seit dem Ende des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts war die Einsetzung oder Enterbung nach dem Tod des Erblassers geborene Söhne (*postumi* im eigentlichen Sinne) möglich und in der Testamentspraxis gebräuchlich.[10]

7 Nach dem Tod des Erblassers geborene Enkel (und entferntere Abkömmlinge) des Erblassers konnten den Tatbestand des *testamentum ruptum* auslösen, wenn ihr Vater sich in der Hausgewalt des Erblassers befand und im Zeitraum zwischen Testamentserrichtung und dem Tod des Erblasers starb. Nach dem Tod ihres Vaters geborene Kinder wurden dann als *sui heredes* des Großvaters geboren und stießen das Testament um. Die Möglichkeit, nachgeborene Enkel für den Fall einzusetzen, dass vor ihrer Geburt zunächst ihr Vater und dann der Erblasser starb, wird mit Aquilius Gallus in Verbindung gebracht. Von Aquilius stammt aber vermutlich nur die Formulierung einer Klausel zu diesem Zweck, die weite Verbreitung fand.[11] – Die *lex Iunia Vellaea* aus dem Jahr 26 n.Chr. ermöglichte ergänzend auch die Einsetzung von *postumi* im weiteren Sinn, also von Personen, die beim Tod des Erblassers schon am Leben waren.[12] Sie erlaubte die Einsetzung (1.) von Kindern, die vor dem Tod des Erblassers, aber nach Testamentserrichtung geboren wurden, und (2.) von Enkeln oder Urenkeln, die schon bei Testamentserrichtung lebten, aber erst danach durch den Wegfall ihres Vaters zu potenziellen *sui heredes* wurden.[13] Die Juristen erstreckten die von dem Gesetz eröffneten Gestaltungsmöglichkeit auf Enkel des Erblassers, die nach Testamentserrichtung geboren wurden und dann erst durch den Tod ihres Vaters zu potenziellen *sui heredes* des Erblassers wurden.[14]

8 Die im *ius civile* eingeführten Ausnahmetatbestände, die eine Einsetzung von *postumi* ermöglichten, beschränkten sich immer auf Abkömmlinge (in männlicher Linie) des Erblassers. Nur solche Abkömmlinge konnten Hauserben (*sui heredes*) des Erblassers werden. Nur bei ihnen bestand daher die Gefahr eines *testamentum ruptum.* Für die Schaffung einer Möglichkeit zur Einsetzung postumer Abkömmlinge eines anderen *pater familias* bestand ein geringeres Bedürfnis. Das erklärt vermutlich, warum diese

[9] Zu diesem Motiv *Lamberti*, Postumi I (1996) 142 und 152 sowie Postumi II (2001) 147.

[10] *Lamberti*, Postumi I (1996) 142 f.

[11] Scaev. 6 quaest. D. 28.2.29 pr. u. 1; Iul. 29 dig. D. 28.5.37 pr.; African. 2 quaest. D. 28.6.33.1; vgl. *Lamberti*, Postumi I (1996) 143–168.

[12] Scaev. 6 quaest. D. 28.2.29.11.

[13] Scaev. 6 quaest. D. 28.2.29.12–14; Ulp. 3 Sab. D. 28.3.3.1; vgl. *Lamberti*, Postumi II (2001) 154–162 und 190–200.

[14] Scaev. 6 quaest. D. 28.2.29.15; *Lamberti*, Postumi II (2001) 200–206.

sog. *postumi alieni* nur nach Honorarrecht eingesetzt werden konnten. Sie wurden nicht zivile Erben, erhielten aber die *bonorum possessio secundum tabulas.*[15]

b. *Incertae personae*, Personenverbände

9 Die ursprüngliche Unzulässigkeit der Einsetzung von *postumi alieni* wird von Gaius[16] in engen Zusammenhang mit der Regel gesetzt, derzufolge Personen, die sich zur Zeit der Testamentserrichtung nicht konkret bestimmen lassen, nicht eingesetzt werden dürfen.[17] Mit dem Verbot der Einsetzung von *incertae personae* wiederum verbinden die Quellen[18] die Beschränkungen bei der Einsetzung von Personenverbänden in der öffentlichen oder privaten Sphäre. Für die klassische römische Rechtswissenschaft, die das Konzept der juristischen Person noch nicht entwickelt hatte,[19] sondern Personenverbände als Gesamtheit von Einzelpersonen erfasste (→ § 32 Rn. 46), erschienen Gemeinden bzw. ihre Bürger (*municipia, municipes*) oder auch private Vereine als *corpora incerta*: das ist nachvollziehbar, denn zur Zeit der Testamentserrichtung stand der künftige Mitgliederbestand bei Anfall der Erbschaft nicht fest.[20] Daher war die Einsetzung des *corpus* prinzipiell ausgeschlossen.[21]

10 Das prinzipielle Verbot der Einsetzung von *corpora* wurde zunehmend aufgeweicht. Ein Senatsbeschluss aus der klassischen Zeit gestattete die Einsetzung der Gemeindebürger zu Erben durch Freigelassene der Gemeinde.[22] In nachklassischer Zeit wurde die Erbfähigkeit von Gemeinden allgemein anerkannt.[23] Überdies wurden im spätantiken Recht Zuwendungen an die christliche Kirche[24] und für mildtätige Zwecke[25] durch

[15] Ulp. 41 ed. D. 37.9.6; Inst. 2.20.28; Inst. 3.9 pr.; *Voci*, DER I 405.

[16] Gai. 2.242 und Gai. 2.287; zweifelnd *Voci*, DER I 415.

[17] Gai. 2.238; Ulp. reg. 22.4; Inst. 2.20.25; *Corbo*, Incertae personae (2012) 55–60.

[18] Ulp. reg. 22.4 und 5.

[19] Vgl. zu den Ansätzen in diese Richtung *Biscardi*, Iura 31 (1980) 1–4.

[20] *Gagliardi*, Decemviri (2002) 420; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 401; Entgegen *Groten*, Corpus (2015) 164–167 dürfte insofern ein Zusammenhang zwischen den Problemen der Einsetzung von *incertae personae* und *incerta corpora* bestehen.

[21] Ulp. reg. 22.5; Plin. epist. 5,7,1; dazu *Mayer-Maly*, Iura 39 (1988) 102 f.

[22] *Mayer-Maly*, Iura 39 (1988) 103–105; *Corbo*, Incertae personae (2012) 60–62; 77–106; vgl. *Peppe*, St. Martini III 76 zu Iul. 78 dig. D. 28.6.30; Ulp. 4 fideic. D. 36.1.64; zur Zuwendung von Legaten vgl. Gai. 3 ed. praet. urb. D. 30.73.1 und dazu *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 231–235.

[23] Leo C. 6.24.12 (469); für private Vereine (*collegia*) blieb das Verbot prinzipiell bestehen, vgl. Diocl./Max. C. 6.24.8 (a.290) und dazu *Tellegen-Couperus*, Testamentary Succession (1982) 70–72.

[24] Const. Cod. Theod. 16.2.4 (321) = C. 1.2.1; *Kunderewicz*, SDHI 47 (1981) 60 f.; *Corbo*, Incertae personae (2012) 109–114; Zu zeitweiligen Beschränkungen für die Kirche und einzelne Kleriker bei Erbschaften von Witwen und Diakonissen vgl. Valentin./Valens/Grat. Cod. Theod. 16.2.20 (a. 370); Valentin./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 16.2.27 pr. (a. 390); Valentin./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 16.2.28 (390) und dazu *Martini*, ACost. IX 325–330 sowie *Pergami*, ACost. XVII.2 924–932.

[25] Novell. Marci. 5.2 = Valentin./ Marcian. C. 1.2.13 (455); Valentin./ Marcian C. 1.2.24 (455); *Corbo*, Paupertas (2006) 211–213; *Metro*, ACost XVII.1 270 f.; *Corbo*, Incertae personae (2012) 115–143.

kaiserliche Gesetzgebung vom Verbot der Einsetzung eines *incertum corpus* ausgenommen. Die Kaiser knüpften damit an die Zulassung der Einsetzung von bestimmten paganen Gottheiten bzw. deren Heiligtümern[26] in klassischer Zeit[27] an. Ein Konstitution Justinians, die nur indirekt in byzantinischen Quellen überliefert ist,[28] brachte weitere Lockerungen des Verbots der Einsetzung von *incertae personae*, hob dieses aber wohl nicht vollständig auf.[29]

c. *Populus Romanus*

Für eine passive Testamentsfähigkeit des römischen Staates gibt es keine direkten Belege. Die Einsetzung des *populus romanus* durch eine Person mit römischem Bürgerrecht wird hauptsächlich für die legendäre Gestalt der Acca Larentia, die angebliche Namensgeberin des Festes der *Larentalia*, bezeugt, die zudem nach manchen Versionen der Erzählung nicht das römische Volk, sondern den Gründerkönig Romulus eingesetzt haben soll.[30] Eine ähnliche Legende berichtet Laktanz über Flora, von der die *Floralia* ihren Namen haben sollen.[31] Berichte, die sich auf auf reale Begebenheiten beziehen, sind nicht ersichtlich. **11**

Demgegenüber kam es in historischer Zeit mehrfach dazu, dass peregrine Herrscher ihr Reich testamentarisch dem *populus romanus* zuwendeten. Das bekannteste Beispiel ist das Testament des Königs Attalos III. von Pergamon, aufgrund dessen Rom im Jahr 129 v.Chr. aus dem bisherigen Königreich die Provinz Asia bilden konnte.[32] Indessen können diese Fälle wegen des fehlenden Bürgerrechts des Erblassers und des völker- und staatsrechtlichen Charakters der Erbfolge nicht als Belege für eine privatrechtliche *testamenti factio* des römischen Staates oder Volkes angesehen werden.[33] Gleichfalls können die Belege für Vermächtnisse an den *populus romanus*[34] nicht beweisen, dass der Staat auch als Erbe eingesetzt werden konnte. Zwar benötigt ein Vermächtnisnehmer die *testamenti factio*,[35] das macht jedoch den Schluss vom *minus* des Vermächtniserwerbs auf das *maius* der Erbfähigkeit nicht zulässig. Insgesamt fehlt es damit an **12**

---

[26] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 405.

[27] Vgl. Ulp. reg. 22.6.

[28] Iust. C. 6.48.1 (o.A.); Inst. 2.20.27.

[29] Vgl. insbesondere Iust. C. 6.48.1.27 (o.A.); Inst. 2.20.25; *Voci*, DER I 415; *Johnston*, Trusts (1988) 109–111; *Petito*, ACost. XVII.1 540.

[30] Vgl. Macr. Sat. 1,10,16 und 17 sowie die *fasti praenestini*, CIL I² 231; weitere Belege und Erläuterung bei *Corbo*, Incertae personae (2012) 67–71.

[31] Lact. Inst. 1,20,6; vgl. *Volterra*, Scr. I 576.

[32] U. a. Plu. TG 15,1; vgl. zu diesem und weiteren Fällen *Merola*, Autonomia locale (2001) 15–18; *Purpura*, Iura 53 (2002) 181 f.; *Corbo*, Incertae personae (2012) 71–74.

[33] *Voci*, DER I 417; *Kaser* RP I 685; *Corbo*, Incertae personae (2012) 77.

[34] *Corbo*, Incertae personae (2012) 74–77 zu Svet. Iul. 83,4; Tac. ann. 2,41,1 (Legat Cäsars); Svet. Aug. 101,3; Tac. ann. 1,8,2 (Legat des Augustus).

[35] Iav. 7 Cass. D. 41.8.7; vgl. *Gagliardi*, Decemviri (2002) 421.

einer hinreichenden Grundlage für die Annahme, dass der römische Staat – im Gegensatz zu den Munizipien und anderen Körperschaften – seit alters her erbfähig gewesen sei.[36]

3. Bürgerrecht

13 Die passive *testamenti factio* eines Freien erfordert prinzipiell das römische Bürgrrecht. Anders als bei der Fähigkeit zur Testamentserrichtung sind jugendliches Alter sowie geistige und körperliche Gebrechen unschädlich.[37] Die Annahme, dass neben (Voll-) Bürgern auch Inhaber des latinischen Bürgerechts – als Inhaber des *commercium* – testamentarisch zu Erben eines römischen Bürgers eingesetzt werden konnten,[38] ist neuerdings – ebenso wie die aktive Testamentsfähigkeit der Latiner (→ § 18 Rn. 25) – von Coşkun bezweifelt worden.[39] Für die passive Testamentsfähigkeit der Latiner in der ausgehenden Republik lässt sich jedoch immerhin eine Äußerung Ciceros anführen.[40] Überdies sprechen die Aussagen der Quellen zum Status der *latini Iuniani* für eine prinzipielle (aktive und passive) Testamentsfähigkeit der Latiner. Für die passive Testamentsfähigkeit zeigt dies besonders deutlich eine Äußerung des Gaius, die zwischen Peregrinen, denen *ratione civili* die Erbfähigkeit fehlt, und *latini Iuniani*, denen nur die *lex Iunia* den Erwerb verbiete, unterscheidet.[41] Schließlich erscheint die passive *testamenti factio* der Latiner als logische Folge ihrer Zulassung zu den Libralakten.[42] Demnach ist daran festzuhalten, dass Latiner, insbesondere die Bürger der latinischen Kolonien (*latini coloniarii*) testamentarische Erben eines römischen Bürgers werden konnten. Die Sonderregelung für in unvollkommener Form freigelassene Sklaven (*latini Iuniani*) betraf die Erwerbsfähigkeit, nicht aber die *testamenti factio*. Eine Ausnahme vom Erfordernis des römischen (oder latinischen) Bürgerrechts galt nur für das Soldatentestament (→ § 18 Rn. 47). Soldaten, die auch sonst von nahezu allen Beschränkungen des klassischen Testamentsrechts befreit sind, können auch Peregrine zu Erben einsetzen.[43]

14 Peregrine ohne *commercium* besitzen die (passive) *testamenti factio* nicht. Sie fehlt daher den freigelassenen Sklaven, die aufgrund der Bestimmungen der *lex Aelia Sentia*[44] den Status von Unterworfenen ohne Rechte (*dediticii*) erhalten haben.[45] Zum

---

[36] Anderer Ansicht *Voci*, DER I 417; *Peppe*, St. Martini III 75.
[37] Pomp. reg. sing. D. 28.1.16 pr. und 1; Pomp. reg. sing. D. 29.2.63.
[38] *Voci*, DER I 408 f.; *Guarino*, 270; *Luraschi*, Foedus (1979) 288 vgl. zur Problematik der *testamenti factio* von Latinern und anderen Peregrinen auch eingehend *Gagliardi*, Decemviri (2002) 416–436.
[39] *Coşkun*, Bürgerrechtsentzug (2009) 60–70.
[40] Zu Cic. Caecin. 102 *Coşkun*, Bürgerrechtsentzug (2009) 63.
[41] Gai. 2.110.
[42] Ulp. reg. 19.4; vgl. *Luraschi*, Foedus (1979) 286 f.
[43] Gai. 2.110.
[44] Ulp. reg. 1.11; dazu *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 181.
[45] Ulp. reg. 22.2.

Peregrinen wird auch, wer zur lebenslänglichen Verbannung (*deportartio*) verurteilt ist.[46] In der Spätantike wurde für vom christlichen Glauben Abgefallene und Anhänger aus Sicht der christlichen Reichskirche häretischer Lehren die Ausstoßung aus der Gemeinschaft oder Bürgerschaft und zugleich konkret der Ausschluss vom (passiven) Erbrecht ausgesprochen.[47]

4. Freiheit, Gewaltfreiheit

Obwohl die Testamentsfähigkeit prinzipiell die Existenz des Erben als Person voraussetzt, ist sie nicht auf personenrechtlich Freie oder familienrechtlich Selbständige beschränkt. Auch Sklaven und Hauskinder können Testamentserben werden.[48] Die Quellen sprechen ihnen ausdrücklich die *testamenti factio* zu.[49] Allerdings fiel die Erbschaft an den Eigentümer oder Gewalthaber. Daher muss auch im Verhältnis zu diesem die *testamenti factio* bestehen.[50] Eigene Sklaven konnte der Erblasser nur einsetzen, wenn er sie auch testamentarisch freiließ.[51] Der Sklave eines Peregrinen konnte nicht zum Erben eingesetzt werden. **15**

Von der Erbfähigkeit vollständig ausgeschlossen sind Personen, die zum Tode oder zur Bergwerksstrafe verurteilt und dadurch *servi poenae* geworden sind. Ihnen zugedachte Erbschaften fallen nicht an den Staat, vielmehr gilt die Erbeinsetzung aufgrund eines Reskripts des Kaisers Antoninus Pius als nicht geschrieben.[52] **16**

5. Geschlecht

Soweit ersichtlich gab es ursprünglich keine Beschränkungen der passiven Testamentsfähigkeit von Frauen.[53] Erst durch die *lex Voconia*, ein Plebiszit aus dem Jahr 169 v.Chr., wurde die Erbfähigkeit von Frauen eingeschränkt. Dass die römischen Juristen diese **17**

---

[46] Marcian. D. 48.22.15.1 (restitutiert aus Basil. 60.54.15); Pius C. 6.24.1 (o.A.); Pius C. 9.47.1 (o.A.); vgl. *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 218–221; *Marotta*, Multa de iure sanxit (1988) 342–344; *Bueono Delgado*, SDHI 80 (2014) 222.

[47] Vgl. z. B. Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 16.5.7 pr. (a. 381); Valentin./Theodos./Arcad. C. 1.7.3 pr. = Cod. Theod. 16.7.4 pr. (a. 391); Arcad./Honor. C. 1.5.4.2 = Cod. Theod. 16.5.40.3 (a. 407); dazu *Baccari*, SDHI 57 (1991) 281; *Vincenti*, SDHI 61 (1995) 399–412; *Baccari*, Cittadini (1996) 286 f.; *Escribano Paño*, ACost. XVIII 126; zu weiteren strafweisen Beschränkungen der Erbfähigkeit im spätantiken und justinianischen Recht vgl. *Voci*, DER I 410.

[48] Zu den Motiven der Erblasser vgl. *Avenarius*, CRRS IV.3 20–22.

[49] Gai. ed. prov. D. 28.5.31 pr.; Pomp. reg. sing. D. 28.1.16 pr.; dazu *Buchwitz*, Servus (2012) 26 f.

[50] Flor. inst. D. 28.5.50.1; Ulp. reg. D. 28.5.51 pr.; Ulp. reg. 22.9; vgl. *Buchwitz*, Servus (2012) 27–32.

[51] Gai. 2.186; Ulp. reg. 22.7; vgl. *Avenarius*, CRRS IV.3 20.

[52] Call. 6 cogn. D. 49.14.12; Marcian. 1 inst. D. 48.19.17 pr.; vgl. dazu *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 221–231; *Marotta*, Multa de iure sanxit (1988) 344; *McClintock*, Servi della pena (2010) 62–88.

[53] *Voci*, DER I 409.

Beschränkung als partielle Entziehung der *testamenti factio* (und nicht nur der *capacitas*) ansahen, lässt sich aus den Quellen nicht unmittelbar entnehmen. Die Zuordnung der Bestimmungen des Gesetzes zu dieser Kategorie ist aber plausibel.[54] Die *lex Voconia* verbot es Erblassern, deren Vermögen beim *census* auf einen bestimmten Mindestbetrag geschätzt worden war, eine Frau als Erbin einzusetzen.[55] Viele Einzelheiten sind unklar. So werden für den Vermögensbetrag, von dem an das Verbot galt, unterschiedliche Zahlen überliefert. Nach Gaius betrug der Mindestzensus 100.000 Asse.[56] Er entsprach wohl dem Mindestvermögen der obersten Zensusklasse der *classici*.[57] Unklar ist auch, wie die Verletzung des Verbotes sanktioniert war. Zum Teil wird angenommen, dass das Gesetz keine Rechtsfolge anordnete (*lex imperfecta*).[58] Wahrscheinlicher ist indessen, dass eine verbotswidrige Erbeinsetzung unwirksam war.[59] Ursprünglich trat in diesem Fall wohl die Intestaterbfolge ein,[60] was dazu führen konnte, dass die verbotswidrig eingesetzte Frau doch noch Erbin wurde, denn die Regeln der Intestaterbfolge wurden durch die *lex Voconia* nicht verändert.[61] Später wurden möglicherweise die Rechtsfolgen der augusteischen Ehegesetze auf die *lex Voconia* erstreckt. Demnach wäre der Nachlass im Testament bedachten Männern oder der Staatskasse zugefallen (→ Rn. 41–48).[62]

18 Insgesamt sind die praktischen Auswirkungen des Gesetzes, das schon in der Antike als ungerecht verurteilt wurde,[63] offenbar gering gewesen.[64] Die Möglichkeiten zur Umgehung waren vielfältig.[65] Teilweise wurde es offenbar durch die augusteischen Ehegesetze außer Kraft gesetzt. Wie lange es im Prinzipat formell in Geltung blieb, ist unklar: Aulus Gellius lässt den klassischen Juristen African erklären, das Gesetz sei

---

[54] *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 147.

[55] Zu den Zwecken des Gesetzes *Heyse*, Mulier (1994) 52–576; *Sirks*, Latomus 53 (1994) 291–296; *Van der Meer*, Made for men (1996) 52–70; *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 128–141; *McClintock*, Index 33 (2005) 317–336; *Melillo*, St. Nicosia V 302–306; *Hähnchen*, in: Harke, Erbrecht (2012) 44–52.

[56] Gai. inst. 2.274; zu den abweichenden Angaben u. a. bei D. C. 56,10,2 *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 41–47.

[57] Gell. 6,13; *Labruna*, St. Biscardi III 127; *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 45.

[58] *Guarino*, Pagine III 260; *Heyse*, Mulier (1994) 68–71; *Monaco*, Hereditas (2000) 195 f.; *Hähnchen*, in: Harke, Erbrecht (2012) 40.

[59] *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 51.

[60] *Van der Meer*, Made for men (1996) 127 f.; *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 120.

[61] *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 54–62; *Zweig*, Cicero (2003) 117; die Beschränkung des Intestaterbrechts auf Adgnatinnen bis zum zweiten Verwandtschaftsgrad wurde vermutlich durch die Juristen, nicht durch das Gesetz eingeführt, vgl. *Balestri Fumagalli*, Lex Voconia (2008) 55–58.

[62] So unter Berufung auf. Plin. paneg. 42,1 *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 322 f.; *Van der Meer*, Made for men (1996) 127 f.; *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 122; nach *Tellegen-Couperus/Tellegen*, TR 56 (1998) 82 fiel der Nachlass von Anfang an an das *aerarium*.

[63] Vgl. *Balestri Fumagalli*, Scr. Melillo I 37–40.

[64] *Evans*, War (2014) 77.

[65] Dazu insbesondere *Vigneron*, Labeo 29 (1983) 152 f.

außer Anwendung geraten. Gaius, Zeitgenosse von African und Gellius, scheint es aber noch als geltendes Recht zu behandeln.[66] Möglicherweise wurde das Erbeinsetzungsverbot dadurch obsolet, dass die tatbestandlich vorausgesetzten Zensuserhebungen in der Kaiserzeit außer Übung kamen.[67]

III. Erwerbsfähigkeit

1. Die *lex Iunia de manumissionibus* und *lex Aelia Sentia*

Das erste Gesetz, das eine Einschränkung der erbrechtlichen Erwerbsfähigkeit *(capacitas)* vorsah war, eine *lex Iunia*, die vermutlich noch vor der *lex Aelia Sentia* und damit vor dem Jahr 4 n.Chr. erlassen wurde (→ § 6 Rn. 55; § 26 Rn. 47; § 34 Rn. 27; § 36 Rn. 76; § 37 Rn. 68; § 54 Rn. 28).[68] Die *lex Iunia* regelte den Status von Sklaven, die unter Missachtung der für die Freilassung geltenden Formvorschriften freigelassen worden waren. Während solche Freilassungen nach den Regeln des *ius civile* schlicht unwirksam waren, wurden sie von der *lex Iunia* aufrecht erhalten. Jedoch blieb den betroffenen Sklaven das römische Bürgerrecht vorenthalten. Statt dessen erhielten sie nur das latinische Bürgerrecht, dieses jedoch mit der zusätzlichen Einschränkung, dass sie zwar grundsätzlich die *testamenti factio* besaßen,[69] aber aufgrund einer Erbeinsetzung oder eines Vermächtnisses nichts erwerben konnten (→ Rn. 12). Nur in einem Soldatentestament konnte ein *latinus Iunianus* zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht werden.[70] Außerdem war ihnen der Erwerb von Fideikommissen gestattet.[71] **19**

Der Status der *latini Iuniani* wurde nach Erlass der *lex Aelia Sentia* (→ § 36 Rn. 54) auch Sklaven beigelegt, die testamentarisch entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes freigelassen wurden.[72] In der Spätantike konnte ein Freigelassener strafweise in den Stand eines Latiners versetzt werden.[73] Erst Justinian schaffte die Regelung und den Sonderstatus der *latini Iuniani* ab.[74] **20**

[66] Gell. 20,1,23; Gai. Inst. 2.274.

[67] So *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 156; *Zweig*, Cicero (2003) 106; anders *Van der Meer*, Made for men (1996) 146–173; für Geltungsverlust noch in republikanischer Zeit *Tellegen-Couperus/Tellegen*, TR 66 (1998) 65–956, insbesondere 76; dagegen *Van der Meer*, TR 67 (1999) 115–123; vgl. auch *Monaco*, Hereditas (2000) 195; zum Erbrecht von Frauen in der Spätantike vgl. *Martini*, ACost. XVII.2 649–663.

[68] *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985) 203–206; zustimmend *Knothe*, SZ 105 (1988) 828–833; anders *Venturini*, BIDR 98/99 (1995/1996) 218–242; zu den Motiven für den Erlass des Gesetzes vgl. *Sirks*, RIDA 28 (1981) 257–274.

[69] Ulp. reg. 20.8.

[70] Gai. 2.110.

[71] Gai. 1.24 und 2.275; Ulp. reg. 25.7; vgl. *Masi Doria*, Gerión 36 (2018) 558.

[72] Ulp. reg. 1.12.

[73] Const. Cod. Theod. 6.7.2; dazu *Falchi*, ACost. VIII 571–576.

[74] Iust. C. 7.6.1 (a. 531); Inst. 1.5.3; *Venturini*, BIDR 93/94 (1995/1996) 225.

21 Für die Erwerbsfähigkeit nach der *lex Iunia* kam es prinzipiell auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers an; jedoch konnte ein *Latinus Iunianus*, der als Erbe eingesetzt war, binnen hundert Tagen seine Erwerbsfähigkeit herstellen, wenn er römischer Bürger wurde.[75]

22 Das rechtliche Schicksal von Zuwendungen an einen erwerbsunfähigen *Latinus Iunianus* wurde durch die *lex Papia Poppaea* ebenso ausgestaltet wie das von Zuwendungen an Personen, die nach den Ehegesetzen nicht oder nicht voll erwerbsffähig waren. Auch Zuwendungen an den *latinus Iunianus* unterlagen daher der *vindicatio caducorum* (→ Rn. 47).[76]

2. Die augusteischen Ehegesetze

a. Die Regelungen im klassischen Recht

23 Eine weitaus größere Bedeutung als den bisher genannten Beschränkungen der Erwerbsfähigkeit kommt den Vorgaben der so genannten augusteischen Ehegesetze zu (→ § 6 Rn. 52; § 33 Rn. 34–40; § 37 Rn. 44–48 und Rn. 60–67; § 100 Rn. 71–78). Es handelt sich dabei um zwei Gesetze, die *lex Iulia de maritandis ordinibus* (genaugenommen ein Plebiszit) von 18 v. Chr.[77] und die *lex Papia Poppaea*, ein Volksgesetz von 9 n. Chr.[78] Die beiden Gesetze stehen in engem Zusammenhang und bilden einen einheitlichen Regelungskomplex. Die römischen Juristen fassten beide Gesetze unter der Bezeichnung *lex Iulia et Papia* zusammen und kommentierten sie gemeinsam.

24 Die Gesetze hatten den Zweck, die Eingehung von Ehen, insbesondere von standesgemäßen Ehen zwischen Mitgliedern der Oberschicht, und die Zeugung legitimer Nachkommen innerhalb der römischen Bürgerschaft zu fördern.[79] Neben anderen Belohnungen und Strafen[80] zur Förderung dieser Ziele wurden Ehe- oder Kinderlosig-

---

[75] Ulp. re. 17.1 und Ulp. reg. 22.3; *Voci*, DER I 432.

[76] Ulp. reg. 17.1; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 215 f.

[77] *Spagnuolo Vigorita*, Casta domus [2](2002) 25; *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 52; zu vorausgehenden Versuchen zur Einführung einer Sittengesetzgebung ebenda 22–24 sowie *Moreau*, RHD 81 (2003) 462–469; *Romano* in: Ferrary, Leges publicae (2012) 194 f.

[78] *Spagnuolo Vigorita*, Casta domus [2](2002) 78; *Mantovani*, Legum multitudo (2018) 56; vgl. zur Entstehungsgeschichte auf Grundlage eines schon 5 v. Chr. veröffentlichten Entwurfs (*commentarius*) *Eck*, ZPE 200 (2016) 602–605; s. a. *Petersen*, Recht bei Tacitus (2019) 115–128 zur Darstellung der Senatsdebatte um die *lex Papia Poppaea* bei Tacitus, die den Anlass für einen längeren Exkurs über die römische Gesetzgebung bietet (Tac. ann. 3,25–28).

[79] Der bevölkerungspolitische Zweck wird explizit genannt in Ter. Clem. 5 l. Iul. Pap. D. 35.1.6.1; eingehend zu den Zwecken der Gesetze und ihrem Erfolg *Nörr*, FS Schelsky 313–318; *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 199–214; 325–375; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 326–376; *McGinn*, Prostitution (1998) 78–84; vgl. auch *Voci*, DER I 432 mit Hinweis auf Tac. ann. 3,25 sowie *Manfredini*, BIDR 100 (1997) 252 f.

[80] Vgl. dazu – und zu den korrespondierenden Belohnungen für Verheiratete und Eltern – *Jörs*, Lex Iulia (1882) 20–28; *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 146–150.

keit mit Einschränkungen der erbrechtlichen Erwerbsfähigkeit (*capacitas*) sanktioniert. Die Einschränkungen bezogen sich nach dem gesetzlichen Wortlaut auf Erbschaften und Vermächtnisse.[81] Auch die Erteilung des Nachlassbesitzes *secundum tabulas* durch den Prätor war ausgeschlossen, soweit der eingesetzte Erbe nach den Ehegesetzen erwerbsunfähig war (→ § 57 Rn. 38).[82] Durch das *SC Pegasianum* wurden Fideikommisse in den Anwendungsbereich einbezogen.[83] Ein weiterer Senatsbeschluss erstreckte die Regelungen auf Schenkungen von Todes wegen.[84] Sie wurden auch auf Leistungen angewendet, die zur Erfüllung einer Bedingung erbracht werden mussten.[85] Bei Zuwendungen an einen Sklaven wurde die Erwerbsfähigkeit des Eigentümers geprüft.[86] Damit war jeder Erwerb aufgrund letztwilliger Verfügung in den Anwendungsbereich der – in der Bevölkerung überaus unbeliebten[87] – Regelungen einbezogen.[88] Hingegen galten die Regeln der beiden Gesetze grundsätzlich nicht für die Intestaterbfolge.[89]

Im Lauf der Spätantike wurden die Regelungen der Ehegesetze nahezu vollständig **25**
abgeschafft (→ Rn. 49–53). Gleichwohl sind in die justinianische Kodifikation viele Texte aus den umfangreichen Kommentaren der klassischen Juristen *ad legem Iuliam et Papiam*[90] eingegangen. Vielen Fallgestaltungen, mit denen sich die Juristen beschäftigen, liegt eine Erwerbsunfähigkeit nach der *lex Iulia et Papia* zugrunde, ohne dass im überlieferten Text ausdrücklich darauf Bezug genommen würde. Zahlreiche Entscheidungen lassen sich nicht nachvollziehen, wenn die im Hintergrund stehenden Regelungen der Ehegesetze nicht berücksichtigt werden. Ganze Regelungskomplexe wie die Sanktionierung des *tacitum fideicommissum* (→ Rn. 71 f.) sind nur im Zusammenhang mit der Ehegesetzgebung zu verstehen.

aa. Ehelosigkeit

Grundprinzip der *lex Iulia* war eine Heiratspflicht für Männer und Frauen. Sie galt für **26**
Männer vom fünfundzwanzigsten bis zum sechzigsten und für Frauen vom zwanzigsten bis zum fünfzigsten Lebensjahr.[91] Mehrere Senatsbeschlüsse aus der frühen Prinzipatszeit präzisierten die Regelung. Ein *SC Pernicianum* oder *Persicianum*[92] aus der

[81] Gai. 2.286 f.
[82] Ulp. 48 ed. D. 37.1.12.1.
[83] Gai. 2.286a.
[84] Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35 pr.
[85] Ulp. 8 l. Iul. Pap. D. 39.6.36.
[86] Paul. 21 quaest. D. 31.1.11; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 20.
[87] *Nörr*, FS Schelsky 318–321; *Spagnuolo Vigorita*, ACost. VII 256–260.
[88] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 10–15.
[89] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 12.
[90] Vgl. dazu nur *Nörr*, FS Schelsky 314.
[91] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 1 f.
[92] Zur Bezeichnung und Datierung *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 342; kritisch zur Annahme, dass der Beschluss nach Paullus Fabius Persicus, Konsul des Jahres 34, benannt ist, *Manfredini*, BIDR 100 (1997) 246–249.

Zeit des Tiberius stellte klar, dass die Sanktionen auch für Personen in Geltung blieben, die das Höchstalter überschritten, ohne eine Ehe geschlossen zu haben. Eine Eheschließung nach Erreichen der Altersgrenzen sollte daran grundsätzlich nichts mehr ändern. Auch wenn ein Partner noch nicht die Altersgrenze erreicht hatte, galten beide als *caelibes*.[93] Unter Kaiser Claudius wurde von der letzten Regelung eine Ausnahme eingeführt. Bei der Ehe eines über Sechzigjährigen mit einer unter Fünfzigjährigen wurde angenommen, dass die Ehe noch die Chance auf Nachkommen eröffnete, daher führte die Ehe zur Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit.[94] Ein *SC Calvisianum* von 61 n. Chr. hielt fest, dass für Frauen oberhalb der Altersgrenze, die einen jüngeren Mann heirateten (sog. *inpar matrimonium*), keine entsprechende Ausnahme galt.[95]

27 Die Pflicht zur Verehelichung war mit dem Verlust der testamentarischen Erwerbsfähigkeit sanktioniert. Wer zu dem Zeitpunkt, in dem er die Erbschaft antreten könnte – grundsätzlich also im Zeitpunkt des Erbfalls, im Falle einer bedingten Einsetzung bei Eintritt der Bedingung[96] –, nicht verheiratet war, konnte die Erbschaft nicht erwerben.[97] Allerdings konnte der eingesetzte Erbe seine Erwerbsfähigkeit dadurch herstellen, dass er binnen hundert Tagen nach dem Tod des Erblassers eine Ehe einging.[98] Vermutlich genügte auch die Verlobung, um der Sanktion zu entgehen.[99] Der Zeitraum von hundert Tagen zur Herstellung der Erwerbsfähigkeit, der sich auch bei der *lex Iunia* findet (→ Rn. 21), entspricht der Frist, die maximal für den förmlichen Erbschaftsantritt (*cretio*) eingeräumt werden konnte.[100]

28 Eine Ehe stellte die Erwerbsfähigkeit nach der *lex Iulia* nur dann her, wenn die Ehe den Anforderungen des Gesetzes genügte. Bestimmte Verbindungen wurden vom Gesetz missbiligt. Sie blieben zwar prinzipiell wirksam, erweiterten die Möglichkeiten des erbrechtlichen Erwebs jedoch nicht.[101] Für Senatoren, ihre Kinder und Enkel und Urenkel beiderlei Geschlechts[102] in männlicher Linie (Adgnaten) waren Ehen und Verlöbnisse mit Freigelassenen und Frauen verboten, die selbst oder deren Eltern als

[93] Ulp. reg. 16.3; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 41 f.; anders *Manfredini*, BIDR 100 (1997) 245.
[94] Ulp. reg. 16.3; Suet. Claud. 23,1; *Buongiorno*, Senatus Consulta (2010) Nr. A 103, 338–342.
[95] Ulp. reg. 16.4; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 43; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 343 f.; *Buongiorno*, Senatus Consulta (2010) Nr. A 104, 343–345; abweichende Deutung bei *Manfredini*, BIDR 100 (1997) 253–255. Nach *Manfredini*, BIDR 100 (1997) 264 f. stellten die Senatsbeschlüsse nicht nur klar, dass Ehen von Partnern jenseits der Altersgrenzen nicht zur Herstellung der Erwerbsfähigkeit führten, sondern erklärten diese Ehen für gänzlich unwirksam. Vgl. zu den drei Senatsbeschlüssen auch *Zabłocka*, BIDR 89 (1986) 384–389; *McGinn*, Prostitution (1998) 74.
[96] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 16.
[97] Ulp. reg. 22.3.
[98] Ulp. reg. 17.1; Ulp. reg. 22.3.
[99] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 3; *Fayer*, Familia II (2005) 152; *Piro*, St. Metro IV 581–599.
[100] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 18–20; vgl. Gai. 2.170.
[101] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 93.
[102] Zur Einbeziehung von weiblichen Abkömmlingen eines Senators schon durch Augustus selbst *Karl*, Castitas (2004) 84–87.

Schauspieler aufgetreten waren. Die bewusste Zuwiderhandlung gegen das Verbot führte dazu, dass der betroffene Angehörige des Senatorenstandes trotz Ehe erwerbsunfähig blieb.[103] Für alle freigeborenen Römer (*ingenui*) waren Ehen mit Prostituierten,[104] Zuhälterinnen (*lenae*)[105] und mit Frauen, die sich des Ehebruchs schuldig gemacht hatten, verboten.[106] Ein späterer Senatsbeschluss verbot den Angehörigen des Senatorenstandes generell die Ehe mit Frauen, die wegen einer Straftat verurteilt worden waren.[107] Durch eine *oratio imperatorum Antonini et Commodi* beziehungsweise den darauf hin ergangenen Senatsbeschluss, also durch einen Gesetzgebungsakt auf Initiatve Marc Aurels, wurden die Eheverbote der *lex Iulia* für die Angehörigen des Senatorenstandes zu absoluten Nichtigkeitsgründen umgestaltet.[108]

Die Pflicht zur Eheschließung galt auch für Verwitwete und Geschiedene. Männer **29**
mussten sofort nach Beendigung der Ehe, Frauen nach einer Wartezeit erneut heiraten, um der Sanktion der Erwerbsunfähigkeit zu entgehen. Die Wartezeit für Frauen betrug ursprünglich ein Jahr nach dem Tod des Ehemannes und sechs Monate nach Scheidung. Sie wurde durch die *lex Papia Poppaea* auf auf zwei Jahre bzw. anderthalb Jahre heraufgesetzt.[109] Während der Wartezeit war die geschiedene Frau oder Witwe erwerbsfähig, auch wenn sie noch nicht wiedergeheiratet hatte.[110]

bb. Kinderlosigkeit

Die *lex Papia Poppaea* setzte zusätzlich fest, dass Kinderlose (*orbi*), auch wenn sie **30**
verheiratet waren, nur die Hälfte des ihnen Zugedachten erwerben konnten.[111] Aus einer Äußerung des christlichen Autors Tertullian geht hervor, dass das Mindestalter, von dem an die Erwerbsfähigkeit vom Vorhandensein (legitimer) Kinder abhängig gemacht wurde, ursprünglich niedriger lag als die Altersgrenzen der *lex Iulia* für die Verehelichungspflicht. Erst Septimius Severus vereinheitlichte die Altersgrenzen,[112] so

---

[103] Paul. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.44 pr.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 93–96; *McGinn*, Prostitution (1998) 72 und 92 f.; zur Bedeutung dieser Regelung für die Herausbildung eines fest abgegrenzten Senatorenstandes *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 200 f.

[104] Ulp. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.43 pr.–5; dazu *Rizzelli*, Index 40 (2012) 302–306.

[105] Ulp. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.43.6–9.

[106] Ulp. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.43.12 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 97 f. und 102; *McGinn*, Prostitution (1998) 72 und 92 f.; abweichend *Wieling* ACost. VIII 455, der im Hinblick auf den überlieferten Text von Ulp. reg. 13.2 ein Verbot der Ehe mit Schauspielerinnen für alle freigeborenen Römer annimmt. Dagegen *Demicheli*, Scr. Franciosi I 698 f.; *Loska*, Scr. Zabłocka 472.

[107] Ulp. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.43.10; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 102 f. (auch zur abweichenden Darstellung bei Ulp. reg. 13). Etwas anders *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 144; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 330.

[108] Ulp. 3 l. Iul. Pap. D. 23.1.16; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 109–114; *Karl*, Castitas (2004) 87 f.; *Fayer*, Familia II (2005) 152.

[109] Ulp. reg. 14; *Voci*, DER I 444; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 84 f.; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 331–333.

[110] *Heyse*, Mulier (1994) 127 f.

[111] Gai. 2.286a.

[112] Tert. apol. 4,8.

dass auch das Erfordernis, mindestens ein Kind[113] zu haben, für Frauen ab zwanzig und Männer ab fünfundzwanzig Jahren bestand.

31 Im Hinblick auf die im Altertum hohe Kindersterblichkeit war bestimmt, dass die Erwerbsfähigkeit prinzipiell auch bestehen blieb, wenn der im Testament begünstigte ein Kind gehabt hatte, dieses aber vor dem Erbfall verstorben war. Jedoch galt dies uneingeschränkt nur, wenn das Kind die *pubertas* erreicht hatte. Ebenso genügte der Verlust von zwei Kindern, die mit wenigstens drei Jahren verstorben waren oder von drei Kindern, die lebend zur Welt gekommen waren.[114] Von freigelassenen Frauen wurde die Geburt von vier Kindern gefordert.

32 Die Rechtsstellung einer Person mit der erforderlichen Anzahl von Kindern konnte auch durch Privileg (*ius liberorum* oder *ius trium liberorum*, für Freigelassene *ius quattuor liberorum*) hergestellt werden. Die Verleihung des *ius liberorum* stellte die Erwerbsfähigkeit her und verschaffte den Begünstigten auch ansonsten die Befreiung von den Sanktionen für Kinderlose und den Genuss der Privilegien nach den Ehegesetzen. Das Privileg wurde ursprünglich vom Senat, später (ab der zweiten Hälfte des ersten Jahrhunderts nach Christus) durch den Kaiser erteilt.[115]

33 Adoptivkinder wurden nicht zugunsten ihrer Adoptiveltern berücksichtigt. Diese Regelung war – angesichts der bevölkerungspolitischen Zielsetzung der Ehegesetze – fast selbstverständlich, scheint aber für die klassischen Juristen nicht ganz unzweifelhaft gewesen zu sein. Eine Klarstellung in diesem Sinne wurde daher unter Nero durch Senatsbeschluss herbeigeführt.[116]

34 Besondere (und komplizierte) Regeln galten für die Erwerbsfähigkeit zweier Ehepartner ohne gemeinsame Kinder im Verhältnis zueinander. Während sie im Verhältnis zu Außenstehenden zur Hälfte erwerbsfähig waren, konnten sie voneinander nur ein Zehntel des Nachlasses erwerben. Die Existenz von Kindern aus vorhergegangenen Ehen oder der Verlust von Kindern führte zur Erhöhung des Bruchteils um weitere Zehntel.[117] Wie im Verhältnis zu Außenstehenden wurde mit dem Verlust von drei Kindern die volle Erwerbsfähigkeit erreicht.[118] Überdies war es zulässig, dem Ehegatten testamentarisch ein Drittel des Nachlasses mit der Maßgabe zuzuwenden, dass ihm bis zur Herstellung der Erwerbsfähigkeit ein Nießbrauch daran zustehen sollte und das Eigentum erst mit der Geburt eines Kindes (aus einer neue geschlossenen Ehe) an den überlebenden Ehegatten fallen sollte.[119]

---

[113] Gai. l Iul Pap D. 50.16.148; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 24; *McGinn*, Prostitution (1998) 71.

[114] Ulp. reg. 16.1a; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 25–27; *McGinn*, Prostitution (1998) 73.

[115] D. C. 55,2,6; zum *ius liberorum* und seiner Bedeutung *Jörs*, Lex Iulia (1882) 54–56 und 60–63; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 75–80; *McGinn*, Prostitution (1998) 76 f.

[116] Ulp. 8 l. Iul. Pap. D. 31.51.1; Tac. ann. 15,19; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 27–29.

[117] Ulp. reg. 15.1 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 34 f.

[118] Ulp. reg. 16.1.

[119] Ulp. reg. 15.3; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 35; zum Ehegattenerbrecht auch *Heyse*, Mulier (1994) 130 f.

cc. *Patres solitarii, feminae probrosae*

Erwerbsbeschränkungen galten auch für den *pater solitarius*, also einen Elternteil,[120] der zwar nicht kinderlos, aber nicht (mehr) verheiratet war. Welchen Umfang die für *patres solitarii* geltenden Einschränkungen hatten, lässt sich nicht ermitteln.[121] 35

Nach einer Notiz bei Sueton führte Kaiser Domitian die vollständige Erwerbsunfähigkeit von bescholtenen Frauen (*feminae probrosae*) neu ein.[122] In diese Kategorie fielen Prostituierte und Zuhälterinnen sowie Ehebrecherinnen, aber auch Schauspielerinnen.[123] Da die Ehe mit den Angehörigen der ersten drei Gruppen ohnehin allen freigeborenen Römern verboten war und folglich für beide Partner nicht zur Aufhebung der Erwerbsunfähigkeit führen konnte (→ Rn. 28), war die materielle Bedeutung der domitianischen Regelung auf wenige Konstellationen beschränkt: Freigelassene waren von den Eheverboten nicht erfasst. Eine Prostituierte, Zuhälterin oder Ehebrecherin konnte also der Pflicht zur Eheschließung durch die Ehe mit einem Freigelassenen nachkommen und wurde in diesem Fall erst aufgrund der von Domitian eingeführten Sanktion erwerbsunfähig.[124] Überdies war die Ehe mit Schauspielerinnen vermutlich nicht verboten, soweit der Partner nicht zum Senatorenstand gehörte.[125] Der Ehepartner der *scaenica* war demnach erwerbsfähig, seiner Frau hingegen nahm die Vorschrift Domitians diese Rechtsstellung. Schließlich konnte die Erwerbsunfähigkeit als *femina probrosa* für verwitwete oder geschiedene Mütter Bedeutung erlangen, die ansonsten als *matres solitariae* teilweise erwerbsfähig waren. 36

dd. Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Nahe Angehörige des Erblassers waren vom Anwendungsbereich der Ehegesetze ausgenommen, konnten also eine zugedachte Erbschaft oder eine sonstige Zuwendung im vollen Umfang erwerben (sog. *exceptae personae*). Dies galt jedenfalls für Vorfahren und Abkömmlinge des Erblassers in gerader Linie bis zum dritten Verwandtschaftsgrad, also bis zu den Urgroßeltern und Urenkeln.[126] Damit waren die Personen, die in erster Linie als Intestaterben in Betracht kamen, von den Sanktionen der Ehegesetze befreit. Die Regelung fügte sich zur Begrenzung des Anwendungsbereichs der Sanktionen auf die testamentarische Erbfolge. Wen der Erblasser durch Verzicht auf ein Testament zum 37

---

[120] Das Wort *pater* ist in der Überschrift Ulp. reg. 13 vermutlich auch auf Frauen zu beziehen, vgl. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 31.

[121] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 31.

[122] Suet. Dom. 8,3; dazu und zu einer möglichen Erweiterung des Verbots auf den Erwerb aus einem Soldatentestament (Tryph. 8 disp. D. 29.1.41.1) *Demicheli*, Scr. Franciosi I 700 f.; *Loska*, Scr. Zabłocka 479–482.

[123] Einzelheiten bei *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 50 f.; anders *McGinn*, Prostitution (1998) 106–120, der unter *feminae probrosae* ausschließlich Ehebrecherinnen versteht.

[124] Vgl. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 58; vgl. auch *McGinn*, Prostitution (1998) 93.

[125] Vgl. o. Fn. 97.

[126] Ulp. reg. 18.1; Iust. C. 6.51.1.1b (534); *Voci*, DER I 445 f.; *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 156; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 66.

Erben machen konnte, den durfte er (in der Regel) auch testamentarisch einsetzen.[127] Vermutlich waren die *sui heredes* zusätzlich zur Ausnahme für Deszendenten und Aszendenten als *exceptae personae* benannt. Jedenfalls kamen als *sui heredes* spätestens nach Erlass des *SC Gaetulicianum*[128] (§ 6 Rn. 65) praktisch hauptsächlich die Deszendenten der nächsten Verwandtschaftsgrade in Betracht. Ob noch weitere Verwandte zu den *personae exceptae* zählten, lässt sich nach der Überlieferungslage nicht mit Sicherheit feststellen.[129]

38 Außer den nächsten Angehörigen waren auch alle Personen (als Empfänger einer letztwilligen Zuwendung) vom Anwendungsbereich der Ehegesetze ausgenommen, die in Staatsgeschäften ortsabwesend (*rei publicae causa absentes*) waren. Dazu wurden insbesondere Soldaten gezäht.[130] Soldaten waren auch als Erblasser im Rahmen der Privilegierung des *testamentum militis* (→ § 18 Rn. 41–47) von den Beschränkungen der Ehegesetze befreit, konnten also Zuwendungen an ansonsten nicht erwerbsfähige Personen anordnen.[131] Selbst die vielfältig privilegierten Soldaten konnten jedoch den so genannten *feminae probrosae* (→ Rn. 31) nichts hinterlassen.[132]

39 Eine weitere wesentliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Ehegesetze und ihrer erbrechtlichen Sanktionen ergibt sich aus den bestehenden Vermögensgrenzen. Aufgrund einer Passage im Gnomon des Idios Logos ist zu vermuten, dass die Erwerbsbeschränkungen nur für Männer mit einem Vermögen über 100.000 Sesterzen und Frauen mit einem Vermögen über 50.000 Sesterzen galten.[133] Personen mit geringerem Vermögen waren demnach unbegrenzt erwerbsfähig.

---

[127] *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 156; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 64 f.

[128] Vgl. zum *SC Gaetulicianum* P.Berlin. 11753 und Gai. 3.33a. Der Senatsbeschluss sollte vermutlich eine Umgehung der Ehegesetze durch Eingehung einer *manus*-Ehe verhindern: Eine *uxor in manu* wurde bei Tod ihres Mannes *sua heres* und wäre daher voll erwerbsfähig gewesen. Der Senatsbeschluss beseitigte vermutlich das Intestaterbrecht der Ehefrau als *sua heres* oder begrenzte es auf den Anteil, den die Ehefrau nach den Ehegesetzen erhalten durfte, *Noy*, TR 56 (1988) 299–304; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 222–227; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 123–127; *McGinn*, Prostitution (1998) 74; *Mercogliano*, Actiones ficticiae (2001) 123 (mit eingehender Behandlung des Berliner Papyrus 123–136); *Rüfner*, in: Reid et al., Comparative Succession Law II (2015) 8.

[129] Für die Einbeziehung aller Blutsverwandten, die in der Klasse *unde cognati* den Nachlassbesitz *ab intestato* beantragen konnten aufgrund von Ulp. reg. 16.1 *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 67, anders zu Ulp. reg. 16.1 *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 338 f.

[130] Paul. 3 l. Iul. Pap. D. 4.6.35; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 90.

[131] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 90 mit Verweis auf Gai. 2.111.

[132] Tryph. 18 disp. D. 29.1.41.1; vgl. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 53.

[133] Gnomon des Idios Logos §§ 30 und 32, BGU V 1210, 87 f. und 92 f.; dazu *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 82 f.; *McGinn*, Prostitution (1998) 75; anders *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 177, die eine nur für Ägypten geltende Regelung annimmt, und *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 151–155, die die Begrenzung auf Vermögen über 50.000 Sesterzen auf den Erblasser statt auf die (unverheiratete und kinderlose) Empfängerin beziehen will. Jedoch erscheint die Annahme von *Babusiaux*, die Wendung ἔχουσι οὐσίας σηστερτίων ν („die Vermögen von mehr als 50.000 Sesterzen haben“) sei als *dativus auctoris* auf den Erblasser zu beziehen, angesichts der Wortstellung im Satz gezwungen.

Wie bereits erwähnt (→ Rn. 30) konnte eine Person durch Verleihung des *ius liberorum* vom Anwendungsbereich der Ehegesetze ausgenommen werden. Die Kaiser nahmen dieses Privileg auch für sich selbst und ihre Ehefrauen in Anspruch. Im Lauf der Zeit entwickelte sich die Vorstellung, dass der Kaiser kraft seiner Stellung von allen Bestimmungen der Ehegesetze befreit war. Auf diese Befreiung bezog sich ursprünglich die Aussage *princeps legibus solutus est* – „Der Kaiser ist von den Gesetzen befreit.“, die aus Ulpians Kommentar zur *lex Iulia et Papia* stammt.[134] Durch die Aufnahme in den Digestentitel 1.13 mit der Überschrift *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* – „Gesetze, Senatsbeschlüsse und althergebrachte Gewohnheit“ erhielt der Satz in der justinianischen Kodifikation eine allgemeinere Bedeutung und konnte so später als Grundlage eines absolutistischen Staatsverständnisses in Anspruch genommen werden.[135] **40**

ee. Kaduzität als Sanktion

Soweit die Beschränkungen der Erwerbsfähigkeit nach den Ehegesetzen Anwendung fanden, konnten die im Testament Begünstigten die zugewendeten Gegenstände nicht erwerben. Die römischen Juristen bezeichneten diese Vermögensgegenstände als *caduca* (hinfällig/verfallen, → § 100 Rn. 67).[136] Für das weitere Schicksal der *caduca* galt ein charakteristisches Sonderregime, das durch die *lex Papia Poppaea* eingeführt wurde (→ § 100 Rn. 81–83).[137] **41**

Wenn der Anteil eines Miterben aufgrund der Sanktionen der *lex Iulia et Papia* nicht erworben werden konnte, konten dieser von den eingesetzten Miterben des Erwerbsunfähigen beansprucht werden, die ihrerseits die Anforderungen der *lex Iulia et Papia* erfüllten, also verheiratet waren und Kinder hatten (*heredes patres*).[138] Dabei hatten Miterben, die mit dem Erwerbsunfähigen gemeinsam (*coniunctim*) eingesetzt waren, den Vorrang.[139] Gab es keine qualifizierten Miterben, so waren die im Testament mit Vermächtnissen bedachten Personen berechtigt (*legatarii patres*).[140] Bei Vermächtnis- **42**

[134] Ulp. 13 l. Iul. Pap. D. 1.3.31; vgl. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 81 f.; nach *Behrends*, FS Starck 4 war die Befreiung des Kaisers ausdrücklich im Gesetzestext vorgesehen; nicht eindeutig *Nörr*, FS Schelsky 319.

[135] Zur staatsrechtlichen Bedeutung der Passage und zu ihrem Verhältnis zu Paul. 5 sent. D. 32.23 = Paul. sent. 5.12.9a, Alex. C. 6.23.3 (a.232), Inst. 2.17.8 sowie Theodos./Valentin. C. 1.14.4 (429) *Bleicken*, Prinzipat und Dominat (1978) 22–26; *Gallo*, Scr. Guarino II 651–682; *Simon*, GS Kunkel 462–467; *Gizewski*, Normativität und Struktur (1988) 233–235; *Behrends*, FS Starck 3–20.

[136] Vgl. die Erklärung bei Ulp. reg. 17.1: *veluti cecidit ab eo* und dazu *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 347 Fn. 105.

[137] Vgl. *Jörs*, Lex Iulia (1882) 48 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 251.

[138] Gai. 2.286a; *Voci*, DER I 446; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 262.

[139] Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 50.16.142; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 262; eingehend dazu *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 52–58; *Lösch*, Coniunctio (2014) 122 f.

[140] Ulp. reg. 1.21; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 263–266. Zur Gleichstellung von Fideikommissnehmern mit den Legataren *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 266.

sen, die einem Erwerbsunfähigen zugedacht waren, galt die gleiche Regel. Gab es weder erwerbsberechtigte Miterben, noch Vermächtnisnehmer, so fiel der Erbteil an die Staatskasse (ursprünglich an das *aerarium*, später an den kaiserlichen *fiscus*).[141]

43 Es fehlt ein deutlicher Quellenausspruch zu der Konstellation, dass ein eingesetzter Alleinerbe oder alle Miterben erwerbsunfähig waren. Nach einer Auffassung fiel die Erbschaft auch in diesem Fall an die Staatskasse, nach der Gegenauffassung trat Intestaterbfolge ein, weil das Testament wegen des Scheiterns der Erbeinsetzung im Ganzen nichtig war.[142]

44 Durch eine vermutlich von Marc Aurel[143] stammende Konstitution wurde das Zugriffsrecht der Miterben und Vermächtnisnehmer abgeschafft. Danach fielen die *caduca* generell an den Fiskus. Nur die besonders privilegierten Aszendenten und Deszendenten bis zum dritten Verwandtschaftsgrad (→ Rn. 37) behielten ihr vorrangiges Zugriffsrecht.[144]

45 Nach dem Grundsatz *caduca cum suo onere fiunt* – „Die Vermögenswerte verfallen mit den auf ihnen liegenden Belastungen" hafteten die Zugriffsberechtigten, wenn sie *bona caduca* beanspruchten, für die zugehörigen Nachlassverbindlichkeiten. Sie hatten deshalb insbesondere auch Vermächtnisse und Fideikommisse zu erfüllen, die der erwerbsunfähigen Person auferlegt waren.[145]

46 Das besondere Regime der *bona caduca* nach der *lex Iulia et Papia* kam nicht nur bei Vermögenswerten zur Anwendung, die wegen Ehe- oder Kinderlosigket des testamentarisch Bedachten oder aufgrund der *lex Iunia* (→ Rn. 22) nicht erworben werden konnten, sondern wurde auf weitere Tatbestände erstreckt. So galt es nach der *lex Papia Poppaea* auch für den Erbteil eines Außenerben, der vor oder nach Testamentserrichtung, aber vor der Eröffnung des Testaments verstarb und deshalb den zugedachten Anteil nicht erwerben konnte oder wenn er die Erbschaft nicht antrat (Defizienz).[146] Dies hatte zur Folge, dass anstelle der Berechtigten aufgrund des Anwachsungsrechts (→ § 53 Rn. 51) die *heredes* und *legatarii patres* und gegebenenfalls die Staatskasse Zugriff auf den Anteil des ausgefallenen Erben erhielten.[147] – Ferner wurden

---

[141] Vgl. Gai. 2.286a und Ulp. reg. 28.7, wo die *caduca* an das Volk (*ad populum*), das heißt an das *aerarium* fallen und Ulp. reg. 17.2, wo der Fiskus als Begünstigter genannt ist; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 270–272; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 348.

[142] Für den Eintritt der Intestaterbfolge unter Berufung auf Gai. 2.144 *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 285–288; für Verfall an die Staatskasse unter Berufung auf Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 28.5.73 und Maur. 3 l. Iul. Pap. D. 49.14.15.5 *Voci*, DER I 437 f.

[143] So *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 348; für Caracalla als Urheber *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 272; *McGinn*, Prostitution (1998) 74.

[144] Ulp. reg. 17.2.

[145] Ulp. reg. 17.3; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 274–283; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 351 f. Dies gilt für Privatpersonen und die Staatskasse in gleicher Weise, vgl. *Voci* DER I 447.

[146] Iust. C. 6.51.1.2a (a.534) sowie Ulp. reg. 24.12 f.; *Jörs*, Lex Iulia (1882) 29 und 36; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 43; Einzelheiten bei *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 235–250; *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 88–139.

[147] Vgl. *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 63–65.

auch Vermögenswerte, die dem Erben wegen Erbunwürdigkeit entzogen wurden (*bona ereptoria*, → Rn. 76), und solche, für die kein Intestaterbe vorhanden war (*bona vacantia*), wie *bona caduca* behandelt.[148]

Die Berechtigten wurden kraft Gesetzes Eigentümer der *bona caduca*.[149] Die prozessuale Durchsetzung des Rechts auf die *caduca* wurde sowohl für die berechtigten Privatpersonen (*heredes* und *legatarii patres*) als auch für das Ärar oder den Fiskus als *vindicatio caducorum* bezeichnet.[150] Ein Edikt Trajans schuf eine Möglichkeit der Selbstanzeige: Wer selbst meldete, dass er eine Zuwendung erhalten hatte, die der Staatskasse verfallen war, bevor es ein anderer tat, durfte die Hälfte behalten.[151] **47**

Es wird angenommen, dass es sich bei der *vindicatio caducorum* um ein besonderes Verfahren in der Form eines Kognitionsprozeses handelte.[152] Soweit die Staatskasse (Ärar bzw. Fiskus) berechtigt war, konnte jedermann den Anspruch als *delator* geltend machen[153] und erhielt im Erfolgsfall eine Prämie, die von Nero auf ein Viertel des erstrittenen Betrages begrenzt wurde, zuvor also noch höher gelegen haben muss.[154] Die Förderung des Denunziantentums durch die Ehegesetze scheint in besonderem Maße zu deren Unbeliebtheit beigetragen zu haben.[155] **48**

b. Weitere Entwicklung

Unter Kaiser Konstantin I. wurden die Regelungen der augusteischen Gesetzgebung teils aufgehoben, teils aber auch verschärft. In mehreren Konstitutionen wendete sich der Kaiser gegen das – mit dem Verfahren der *vindicatio caducorum* eng zusammhängende – Unwesen der *delatores*.[156] Vermutlich verlieh er schon zu Beginn seiner Regie- **49**

---

[148] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 301–311; vgl. auch *Tellegen-Couperus*, TR 54 (1986) 85–95.

[149] Ulp. reg. 19.17; vgl. *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 376 f.

[150] Für die *vindicatio caducorum* durch Private Gai. 2.207; Ulp. reg. 25.17; Frg. Vat. 195; Frg. de iure fisci 3; für die Staatskasse Ulp. reg. 17.2; Marcell. 29 dig. D. 28.4.3; Iust. C. 6.51.1.14a (a.534); vgl. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 292.

[151] Paul. 7 l. Iul. Pap. D. 49.14.13 pr.; dazu *Wolf*, Trajan (1978) 13 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 295; zu Folgeproblemen *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 236–241.

[152] *Kaser*, RP I 725; *Kaser/Hackl*, RZ 453 f.; Einzelheiten zum Verfahren bei *Provera*, Vindicatio caducorum (1964) (mir nicht zugänglich); *Puliatti*, De iure fisci (1992) 143–366; *Spagnuolo Vigorita*, Labeo 24 (1978) 131–168; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 291–297; *Arcaria*, Labeo 46 (2000) 25 f.; *Agudo Ruiz*, Advocatus fisci (2006) 55–108.

[153] Für eine Prozessführungsbefugnis der *advocati fisci* ohne Mitwirkung eines *delator* schon in klassischer Zeit *Lambrini*, SDHI 59 (1993) 335 unter Berufung auf Marcell. 29 dig. D. 28.4.3.

[154] Suet. Nero. 10,1; *Jörs*, Lex Iulia (1882) 52 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 292.

[155] *Wolf*, Trajan (1978) 13; *Spagnuolo Vigorita*, Exsecranda pernicies (1984) 149–166 und 83–209; *Puliatti*, De iure fisci (1992) 265 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 351; *Spagnuolo Vigorita*, ACost. VII 259–262; *Backhuys/Leiendecker/Rödder*, Hermes 141 (2013) 480–485.

[156] Const. Cod. Theod. 10.10.1 (a.313); 2 (a.319) und 3 (a.335); *Spagnuolo Vigorita*, Exsecranda pernicies (1984) 87; *Agudo Ruiz*, Advocatus fisci (2006) 72–76; vgl. auch *Russo Ruggieri*, St. Metro V 425–453.

rungszeit den *advocati fisci* das Recht, das Klageverfahren selbständig, ohne Mitwirkung eines *delator*, zu betreiben.[157] Vor allem beseitigte Konstantin die – den Kern des augusteischen Gesetzgebungswerkes bildenden – Bestimmungen über die Erwerbsunfähigkeit von Unverheirateten und Kinderlosen im Verhältnis zu Außenstehenden.[158] Andererseits erweiterte er den Anwendungsbereich der Eheverbote für Senatoren in mehrfacher Hinsicht. Betroffen waren neben den Senatoren nun auch weitere hohe zivile und religiöse Amtsträger.[159] Außerdem wurde der Kreis der Frauen, mit denen die Ehe verboten war, vergrößert. Die Senatoren und die ihnen gleichgestellten Amtsträger durften nun auch die Töchter von Gladiatoren und Schankwirten, alle Verkäuferinnen und allgemein alle Frauen, die zu den ‚Niedrigen und Verächtlichen' (*humiles et abiectae*) zu rechnen waren, nicht heiraten. Überdies machte Konstantin erstmals auch die Kinder aus missbilligten nicht ehelichen Verbindungen mit Frauen aus der genannten Gruppe oder mit Sklavinnen unfähig zum testamentarischen Erwerb nach ihrem Vater.[160]

50 Die augusteischen Bestimmungen zur Beschränkung der Erwerbsunfähigkeit im Verhältnis von Ehegatten zueinander ließ Konstantin unverändert. Allerdings verhieß eine Konstitution von 396 generelle Erleichterungen bei der Beantragung des *ius liberorum*, so dass es regelmäßig möglich gewesen sein dürfte, eine Befreiung von den verbleibenden Beschränkungen zu erlangen.[161] Endgültig wurden die Beschränkungen des erbrechtlichen Erwerbs vom verstorbenen Ehegatten durch ein Gesetz der Kaiser Honorius und Theodosius II. aus dem Jahr 410 beseitigt.[162] Möglicherweise galt dieses Gesetz zunächst nur für den Ostteil des Reiches und wurde erst mit seiner Aufnahme in

[157] Die Einzelheiten sind strittig, vgl. *Spagnuolo Vigorita*, Exsecranda pernicies (1984) 75 f.; *Puliatti*, De iure fisci (1992) 271; *Agudo Ruiz*, Advocatus fisci (2006) 74 f.; ganz anders *Lambrini*, SDHI 59 (1993) 332 (vgl. bereits Fn. 148); zur weiteren Entwicklung *Agudo Ruiz*, Advocatus fisci (2006) 76–81.

[158] Const. C. 8.57.1 = Cod. Theod. 8.16.1 (a.320); dazu *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 39; *Manfredini*, BIDR 100 (1997) 274 f.; zur (möglichen) christlichen Motivation *Heyse*, Mulier (1994) 151; *McGinn*, TR 67 (1999) 72 f.; vgl. auch *Spagnuolo Vigorita*, ACost. VII 251 f.

[159] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 132 f.; *McGinn*, TR 67 (1999) 61–67.

[160] Const. C. 5.27.1 = Cod. Theod. 4.6.3 (a.336); vgl. *Luchetti*, Legittimazione (1990) 16 –23; *Wieling* ACost. VIII 455–459; zu den späteren Modifikationen der Erwerbsfähigkeit von *liberi naturales* durch Valentin./Valens/Grat. Cod. Theod. 4.6.4 (a.371), Arcad./Honor./Theodos. Cod. Theod..4.6.6 (a.405) und Theodos./Valentin. Cod. Theod. 4.6.8 (a.228) und zur justinianischen Gesetzgebung, die in Novell. Iust. 89.12.3 (a.539)die volle Erwerbsfähigkeit der *liberi naturales* herstellte, sofern keine legitimen Kinder vorhanden waren, vgl., *Luchetti*, Legittimazione (1990) 23–33 und 43–53 sowie *Luchetti*, St. Labruna V 3007–3020.

[161] Arcad./Honor. Cod. Theod. 8.17.1 (a.396); dazu *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 77; die Formulierung bei *Heyse*, Mulier (1994) 152, es sei eine generelle Verleihung des *ius liberorum* erfolgt, dürfte zu weit gehen.

[162] Honor./Theodos. C. 8.17.2 = Cod. Theod. 8.17.2 (a.410); *Voci*, SDHI 48 (1982) 26 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 39; *Manfredini*, BIDR 100 (1997) 274 f.

den Codex Theodosianus für das Gesamtreich verbindlich.[163] Damit blieb nur noch die Erwerbusunfähigkeit der *feminae probrosae* bestehen.[164]

51 Demnach hatte der Status eines *caelebs* schon seit der Regierungszeit Konstantins keine nachteiligen Folgen mehr. Die ausdrückliche Abschaffung der Regelungen über Eheschließungen von über Fünzig- bzw. Sechzigjährigen durch Justinian war also vermutlich materiell überflüssig. Sie war vielleicht nur als Klarstellung gedacht.[165]

52 Unabhängig von der Abschaffung der erbrechtlichen Sanktion blieben die Eheverbote für Senatoren und andere Würdenträger im Verhältns zu Frauen aus der Kategorie der *humiles et abiectae* auch unter Justinian zunächst in Kraft, wie die Aufnahme der Kontitution Konstantins in den justinianischen Codex zeigt. Allerdings wurde durch Gesetze Justins und Justinians das Verbot der Ehe mit Schauspielerinnen gelockert.[166] Es galt nicht mehr für ehemalige Schauspielerinnen, die ihren Lebenswandel bereuten.[167] In seiner Novellengesetzgebung beseitigte Justinian die Eheverbote nahezu vollständig.[168]

53 In einer ausführlichen Konstitution hob Justinian überdies die Vorschriften über die Kaduzität und ihre Folgen auf.[169] Die Erwerbsunfähigkeit bestand zu diesem Zeitpunkt nur noch für *feminae probrosae* mit Ausnahme der ehemaligen Schauspielerinnen. Wie erwähnt (→ Rn. 46) ging der Anwendungsbereich der Kaduzitätsvorschriften jedoch über die Fälle der Erwerbsunfähigkeit nach den Ehegesetzen deutlich hinaus. Daher hatten die Regelungen zur Kaduzität auch nach Aufhebung der Erwerbsbeschränkungen durch die Kaisergesetzgebung des vierten und fünften Jahrhunderts noch erhebliche Bedeutung. Die *feminae probrosae* blieben wohl auch im justinianischen Recht erbunfähig, doch wurde dies nun als Fall der fehlenden passiven Testamentsfähigkeit angesehen.[170]

---

[163] So mit Hinweis auf Honor./Theodos. Cod. Theod. 8.17.4 (a.412) *Dajczak*, RIDA 42 (1995) 155–166; ähnlich bereits *Bianchini*, Caso concreto (1979) 71 f.; abweichend zu diesem Text *Samper*, Ius liberorum (1972) 29 f.; *Voci*, SDHI 48 (1982) 27 und *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 77 f.

[164] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 54.

[165] Iust. C. 5.4.27 (o.A.). An eine Klarstellung denkt *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 44; anders *Manfredini*, BIDR 100 (1997) 277–286, der in der justinianischen Konstitution die Aufhebung eines bis dahin bestehen vollständigen Eheverbots mit Nichtigkeitsfolge sieht.

[166] Dazu und zur Behandlung der *scaenicae* und *scaenici* in der vorjustinianischen Gesetzgebung *Del Genio*, SDHI 74 (2008) 642–661; *Demicheli*, Scr. Franciosi 703–719; *Loska*, Scr. Zabłocka 483 f.

[167] Iustin. C. 5.4.23 (o.A.) und Iust. C. 5.4.29 (o.A.), vgl. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 137; *Sandirocco*, SDHI 93 (2017) 179–181.

[168] Novell. Iust. 78.3 (a.539) und Novell. Iust. 117.6 (a.542), dazu *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 140.

[169] Iust. C. 6.51.1 (534) dazu *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 297–300.

[170] So *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 54 und 298.

IV. Die Fähigkeit zur Intestaterbfolge

1. Erbrechtsfähigkeit

54 Die Fähigkeit zur Erbfolge *ab intestato* unterlag prinzipiell ähnlichen Einschränkungen wie die passive *testamenti factio*. Vorausgesetzt war zunächst die rechtliche Existenz des Erben. Jedoch konnten – wie im testamentarischen Erbrecht (→ Rn. 5) – nach dem Tod des Erblassers geborene Kinder erbberechtigt sein. Zur gesetzlichen Intestaterbfolge ebenso wie zur *bonorum possessio intestati* war prinzipiell jedes Kind berechtigt, das beim Tod des Erblassers bereits erzeugt war und später tatsächlich geboren wurde.[171] Eine Intestaterbfolge von Körperschaften war im klassischen römischen Recht nicht vorgesehen. Der Anfall eines erbenlosen Nachlasses an den Fiskus, bzw. ursprünglich an das *aerarium*, wurde nicht als Erbfolge verstanden.[172] Mit der Zuweisung der Erbschaft eines ohne nahe Angehörige verstorbenen Soldaten an seine Legion[173] (→ § 54 Rn. 71) dürfte sich nicht die Vorstellung verbunden haben, dass die militärische Einheit den Status einer Körperschaft hatte.

55 In der spätantiken Gesetzgebung vermehrten sich die Konstellationen, in denen anstelle des Fiskus eine Gruppe, der der Erblasser angehört hatte, zum Zugriff auf die Erbschaft berechtigt war.[174] In einzelnen Quellen ist die Terminologie uneindeutig,[175] doch scheint die Berechtigung dieser Gruppen weiterhin nicht als Erbfolge angesehen worden zu sein.[176]

56 Zur Intestaterbfolge waren nur römische Bürger berufen.[177] Das folgte schon daraus, dass die maßgeblichen Verwandtschafts- oder Patronatsbeziehungen zwischen Erblasser und Erbe jedenfalls in der Regel nur zwischen römischen Bürgern entstehen konnten.[178]

---

[171] Vgl. z. B. Ulp. 8 Sab. D. 29.2.30.1; Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3.9; *Voci*, DER I 402–404; *Astolfi*, Iura 50 (2000) 154; *Bianchi*, Conceptus (2009) 220–263; vgl. zu den Wurzeln der Regel im Zwölftafelgesetz *Lamberti*, Postumi I (1996) 73–85; *Astolfi*, Iura 50 (2000) 153; *Bianchi*, Conceptus (2009) 112–134; *Sanna*, SDHI 79.1 (2013) 513–515.

[172] Ulp. reg. 28,7; vgl. *Kaser*, RP I 702 f.; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 506; *Rüfner*, in: Reid et al., Comparative Succession Law II (2015) 21 f.

[173] Ulp. 10 Sab. D. 28.3.6.7 (a.E.) und Ulp. 60 ed. D. 40.5.4.17.

[174] Vgl. Const. C. 6.62.1 (a.326) (Vermögen eines Reeders geht an die Reedergilde; Const. Cod. Theod. 5.2.1 (o.A.) (Anfall des Vermögens eines *decurio* an den *ordo decurionum*); Constantius C. 6.62.3 (a.349) (*cohortales* der Provinz erhalten das Vermögen eines *cohortalis*); Theodos./Valentin. C. 1.3.20 (a.434) (Nachlass von KIerikern oder Mönchen fällt an die Kirche oder das Kloster); Theodos./Valentin. C. 6.62.5 (a.439) (*fabricenses*).

[175] Vgl. vor allem Const. C. 6.62.1 (a.326) mit der Wendung *hereditatem deferri* sowie Constantius C. 6.62.3 (a.349).

[176] So *Kaser*, RP II 510; weniger entschieden *Voci*, DER II 60.

[177] *Voci*, DER I 408.

[178] Zur erbrechtlichen Irrelevanz der *cognatio servilis* vgl. Paul. grad. adfin. nom. sing. D. 38.10.10.5 und Inst. 3.6.10; dazu *Galati*, Index 24 (1996) 322–324.

Schon mangels rechtlich anerkannter Verwandtschaftsbeziehungen zu freien Römern (→ § 36 Rn. 12) konnten Sklaven nicht Intestaterben werden. Hauskinder waren nach den Regeln des Zwölftafelrechts nicht zur Intestaterbfolge berufen, wenn sie nicht durch den Erbfall gewaltfrei wurden und deshalb zu den *sui heredes* zählten. Durch das *SC Orfitianum* (→ § 54 Rn. 38) wurden Kinder zur Erbfolge nach ihrer Mutter berufen. Dies galt schon in klassischer Zeit auch für Kinder, die noch in der Hausgewalt ihres Vaters standen.[179] Allerdings wurde das Erbrecht der Kinder nach dem *SC Orfitianum* wohl erst in der nachklassischen Zeit als ein Recht verstanden, das zu einem Eigenerwerb der Kinder und damit zur Entstehung eines Sondergutes (*bona materna*) führte, das nicht wie der sonstige Erwerb durch Gewaltunterworfene an den Gewalthaber fiel.[180] **57**

Zur Intestaterbfolge waren prinzipiell Männer und Frauen berechtigt, wenn auch Frauen – unter Berufung auf die *Voconiana ratio* – gegenüber gleichnahen männlichen Angehörigen benachteiligt wurden (→ § 54 Rn. 4).[181] **58**

2. Erwerbsfähigkeit

Die Beschränkungen der Erwerbsfähigkeit nach den augusteischen Ehegesetzen betrafen – wie bereits erwähnt – nur die testamentarische Erbfolge (→ Rn. 24). Auf die Fähigkeit zur Intestaterbfolge wirkten sich Beschränkungen der *capacitas* nicht aus. Die Ausnahmen von der Ehegesetzgebung für *exceptae personae* (→ Rn. 37) stellten sicher, dass es nicht zu größeren Wertungswidersprüchen kam. Wer *ab intestato* erbberechtigt war, konnte in der Regel auch das erwerben, was ihm testamentarisch zugewendet wurde.[182] Die Gesetze wirkten sich aber insofern auf die prätorische Ordnung des Nachlassbesitzes *ab intestato* aus, als die Eheverbote (→ Rn. 28) der *lex Iulia et Papia* auch für die Berechtigung zum Nachlassbesitz in der Klasse *unde vir et uxor* relevant waren. Wer in einer von den Ehegesetzen missbilligten Ehe (*iniustum matrimonium*) lebte, erhielt den Nachlassbesitz nach dem Ehegatten nicht.[183] Auch das Erwerbsverbot für *feminae probrosae* galt vermutlich gleichermaßen für den Erwerb *ab intestato*.[184] **59**

---

[179] Gai. SC Orf. sing. D. 38.17.9; Paul. 17 resp. D. 29.2.92; vgl. *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 142–151.; *Rüfner*, in: Reid et al., Comparative Succession Law II (2015) 21; anders *Johlen*, Stellung der Frau (1999) 41; *Schnizlein*, Patchworkfamilien (2012) 2637; vgl. auch *Voci*, DER I 408.

[180] Const. C. 6.60.1 (a.319); *Voci*, DER II 43; *Fögen*, in: Simon, Eherecht (1992) 17; *Johlen*, Stellung der Frau (1999) 41–43.

[181] Paul. Sent. 4.8.20; Inst. 3.2.3a; vgl. *Melillo*, St. Nicosia V 312; *Hähnchen*, in: Harke, Erbrecht (2012) 41.

[182] *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 156.

[183] Ulp. 47 ed. D. 38.11.1 pr.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 121–123.

[184] Iustin. C. 5.4.23 (a.520–523); vgl. *Demicheli*, Scr. Franciosi I 701; *Loska*, Scr. Zabłocka 481–483 (mit Hinweise auf eine mögliche Ausnahme vom Erwerbsverbot im *SC Tertullianum*, vgl. Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.4).

V. Erbunwürdigkeit

1. Die Figur der erbrechtlichen Indignität

60 Als erbunwürdig (*indignus*) wird ein testamentarischer oder *ab intestato* berufener Erbe aufgrund verschiedener Tatbestände angesehen.[185] Zum Teil knüpfen die Regelungen an den Willen des Erblassers an, überwiegend aber an ein Fehlverhalten des Erben, das sich gegen die Person des Erblassers, den Testierakt oder das Testament oder öffentliche Belange richten kann. Der Tatbestand der Erbunwürdigkeit führt dazu, dass dem Erben die zunächst erworbene Erbschaft wieder genommen[186] und von der Staatskasse vereinnahmt wird. Auch Vermächtnisse und Fideikommisse können dem Empfänger wegen Unwürdigkeit entzogen werden. Charakteristisch für die Tatbestände der Indignität ist, dass sie fast immer eine gesetzliche Grundlage haben. Die Juristen sahen sich anscheinend nicht befugt, im Wege der Rechtsfortbildung weitere Tatbestände zu entwickeln.[187] – In der justinianischen Kodifikation sind der erbrechtlichen Unwürdigkeit mehrere Titel gewidmet.[188] Nicht für alle in diesen Titeln behandelten Konstellationen ist gesichert, dass sie von den klassischen Juristen als Fälle der Indignität im technischen Sinn angesehen wurden.[189]

2. Tatbestände

a. Gewaltsamer Tod des Erblassers

61 Mehrere Tatbestände der Indignität stehen mit einem gewaltsamen Tod des Erblassers in Zusammenhang. Der nächstliegende und am schwersten wiegende Fall ist die Tötung des Erblassers durch den Erben. Die meisten einschlägigen Quellen behandeln Fälle der vorsätzlichen Tötung.[190] Jedoch war die praktische Bedeutung der Indignität in diesen Fällen gering, weil das Vermögen des verurteilten Mörders ohnehin der strafrechtlichen Einziehung unterlag (→ Rn. 75).[191] Nach einer Äußerung Marcians, die ein Reskript des Kaisers Antoninus Pius referiert, ist anzunehmen, dass auch fahrlässige Tötungen erfasst waren.[192] Möglicherweise bildete die (fahrlässige) Tötung des

[185] Dazu *Reimundo Yanes*, Sistematización de la indignidad (1980) (mir nicht zugänglich) und *Guasco*, Indegnità (2018).

[186] *Torrent*, BIDR 103/104 (2001/2002) 67.

[187] *Voci*, DER I 482 f.

[188] D. 34.9 und C. 6.35; vgl. außerdem D. 29.5.

[189] Vgl. *Voci*, DER I 478 f.

[190] Paul. port. lib. damn. conc. sing. D. 48.20.7.4; Mod. 17 resp. D. 49.14.9; Diocl./Max. C. 6.35.10.1 (a.294); vgl. *Zimmermann*, FS Knütel 1473.

[191] *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 246 f.

[192] Marcian. 5 reg. D. 34.9.3; zur Deutung *Voci*, DER I 469; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 249–251; *Zimmermann*, FS Knütel 1470–1475.

Erblassers den Ausgangspunkt für die Herausbildung der erbrechtlichen Indignität als besondere Rechtsfigur.[193]

Größeren Raum in der antiken Diskussion[194] nimmt der Fall ein, dass der Erbe den Erblasser zwar nicht selbst getötet, es aber versäumt hat, seinen (gewaltsamen) Tod dadurch zu rächen, dass er für die gerichtliche Verurteilung des Täters sorgt. Für diesen Tatbestand ist gesichert, dass nicht nur das vorsätzliche Abstandnehmen von der Strafverfolgung, sondern auch eine nachlässige Führung des Verfahrens zur Indignität führten.[195] **62**

Die römischen Juristen kommentierten den Tatbestand der versäumten *ultio necis*, dessen Ursprünge nicht gänzlich aufklärbar sind,[196] in engem Zusammenhang mit den Vorschriften des *SC Silanianum* (→ § 36 Rn. 38). Dieser Senatsbeschluss, der vermutlich 17 v. Chr.,[197] möglicherweise aber auch erst 10 n.Chr.[198] erging, schrieb die Folterung und Hinrichtung aller Sklaven vor, die sich bei der Ermordung ihres Herrn mit ihm unter einem Dach befunden hatten. Er wurde später durch eine Reihe weiterer Senatsbeschlüsse ergänzt.[199] Erst nach der Folterung und Hinrichtung der Sklaven durfte das Testament des getöteten Sklavenhalters geöffnet oder seine Erbschaft angetreten werden. Vermutlich entstammte diese ergänzende Vorschrift nicht dem *SC Silanianum* selbst, sondern dem prätorischen Edikt oder einem weiteren Senatsbeschluss.[200] Handelte der Erbe dieser Regel zuwider, so wurde er erbunwürdig.[201] **63**

b. Beeinträchtigung der Testierfreiheit

Neben den besonders schwerwiegenden Verfehlungen gegen den Erblasser standen als weiterer Indignitätsgrund Beeinträchtigungen der Testierfreiheit des Erblassers. Wer den Erblasser von der Errichtung der Änderung seines Testaments abhielt, indem er den Schreiber hinderte, den Erblasser aufzusuchen, oder die Zeugen, sich zu versam- **64**

[193] So *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 254, der annimmt, der Begriff der Indignität sei erst nachträglich auf schon früher existierende Entziehungstatbestände wie die aufgrund des *SC Silanianum* übertragen worden.

[194] Vgl. nur Marcian. del. sing. D. 29.5.15 pr. und die bei *Torrent*, BIDR 103/104 (2001/2002) 74 aufgelisteten Quellen.

[195] Pap. 6 resp. D. 29.5.21.1 f.; *Voci*, DER I 468.

[196] Ursprünglich waren vermutlich die Adgnaten zur Blutrache verpflichtet, vgl. *Oliviero*, Index 27 (1999) 87 f.

[197] Dafür *Dalla*, Silanianum (1994) 38.

[198] So *Wolf*, SB Heidl. Akad. (1988) 10; *Spruit*, FS Knütel, 1168.

[199] *Dalla*, Silanianum (1994) 7–20.

[200] *Dalla*, Silanianum (1994) 56; für Herkunft aus dem *Silanianum* aber *Martini*, St. Sanfilippo III 421–431; *Torrent*, St. Labruna VIII 5625–5644.

[201] Ulp. 50 ed. D. 29.5.5.2; Ulp. 3 fideic. D. 36.1.3.5; Paul. sent. 3.5.12a.; Alex. C. 6.35.3 (a.222); *Dalla*, Silanianum (1994) 53–56.

meln, wurde erbunwürdig.[202] Dieselbe Sanktion galt für die Unterschlagung des wirksam errichteten Testaments.[203]

c. Anfechtung des Testaments

65 Den Fällen der Beeinträchtigung der Testierfreiheit stehen die Konstellationen nahe, in denen die (erfolglose) gerichtliche Anfechtung des Testaments zur Erbunwürdigkeit führt. Als verwerfliche Missachtung des Erblasserwillens wurde primär die erfolglose Erhebung der *querela inoffciosi testamenti* angesehen.[204] Nach Ulpian trifft die Sanktion nur den, der die Klage unredlich (*improbe*) geltend gemacht hat. Ob aus dieser Formulierung, die sich nur in einem Text findet,[205] geschlossen werden darf, dass dem Kläger *mala fides* nachgewiesen werden musste, erscheint zweifelhaft.[206] Wäre die subjektive Unredlichkeit ein Tatbestandsmerkmal der Indignität, so läge es auch nahe, dass sie wenigstens im Zusammenhang mit der Erstreckung der Sanktion auf Personen, die als Zeugen, Anwälte oder Prozessbürgen bei der Rechtsverfolgung geholfen haben, noch einmal zur Sprache kommt. Die Texte zu dieser Thematik[207] nennen eine solche Voraussetzung jedoch nicht.

66 Auch für die Anfechtung des Testaments mit der Begründung, es sei gefälscht, die ebenfalls zur Indignität führt, wird die Unredlichkeit des Klägers nicht als Voraussetzung genannt.[208] Die Sanktion ist in diesem Fall milder als bei Erhebung der *querela inofficiosi testamenti*. Der erfolglose Kläger darf Zuwendungen aus dem Testament behalten, soweit sie vom Fälschungsvorwurf nicht betroffen sind.[209]

67 Als Angriff auf das Testament wurde auch die Beantragung der *bonorum possessio contra tabulas*,[210] die Einleitung rechtlicher Schritte zur Überprüfng des *status* (und damit der Testierfähigkeit) des Erblassers[211] oder die Erhebung des Vorwurfs, ein als Erbe eingesetzter *pupillus* sei ein untergeschobenes Kind,[212] angesehen. Daher führten auch diese Tatbestände zur Indignität.

---

[202] Ulp. 3 fideic. D. 36.1.3.5; Ulp. 48 ed. D. 29.6.1 pr.; vgl. *Voci*. DER I 470–473; vgl. auch *Scotti*, Testamento (2012) 614 f. (zu dem bei Ulp. 48 ed. D. 29.6.1.1 behandelten Sonderfall).

[203] Marcell. 30 dig. D. 48.10.26; *Guasco*, Indegnità (2018) 63 f.

[204] Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.14; Paul. 7 l. Iul. Pap. D. 49.14.13.9; Tryph. 5 disp. D. 34.9.22; Paul. Sent. 4.5.9; *Voci*, DER I 473; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 257.

[205] Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.14.

[206] So *Guasco*, Indegnità (2018) 56 f.

[207] Paul. 1 fisc. D. 34.9.5.10 f.; vgl. auch § 13 und 15; dazu *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 258–262.

[208] Pap. 6 resp. D. 34.9.15; Ulp. 8 disp. D. 49.14.29.1; Gord. C. 35.8 (a.239).

[209] Vgl. z. B. Pap. 6 resp. D. 34.9.15 (Fälschungsvorwurf nur gegen das Kodizill); zu diesem Text *Guasco*, Indegnità (2018) 77 f.; vgl. auch *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 257; unklar *Voci*, DER I 473.

[210] Marcian. 11 inst. D. 34.9.2 pr.; dazu *Voci*, DER I 474.

[211] Ulp. 14 l. iul. Pap. D. 34.9.9.1 (a.E.); *Voci*, DER I 469 merkt zurecht an, dass dieser Tatbestand auch im Kontext der Intestaterbfolge relevant werden kann.

[212] Pap. 8 resp. D. 34.9.16 pr. Hintergrund der Regelung ist, dass, wenn der Vorwurf zuträfe, die Einsetzung ihre Wirkung verlöre und damit der Erblasserwille vereitelt würde. Nach Herm. 6 iur.

Nicht direkt mit diesen Fällen vergleichbar ist die Denuntiation des Erblassers durch einen eigenen Freigelassenen wegen des Handels mit *merces illicitae*, die ebenfalls zur Indignität des Denunzianten führt.[213] Man kann diese Regel als Sanktion für Respektlosigkeit des (potenziellen) Erben gegenüber dem Erblasser deuten.[214] Versteht man unter dem Handel mit *merces illicitae* allerdings die unerlaubte Lieferung von Rüstungsgütern an den Feind, was im Hinblick auf die Verwendung des Begrffs in einem Fragment aus den Paulussentenzen naheliegt,[215] so handelt es sich um eine Anzeige wegen eines Kapitalverbrechens. Die Verurteilung führte also zur teilweisen oder vollständigen Einziehung des Vermögens[216] und machte insofern die testamentarische Verfügung des Erblassers hinfällig.[217] **68**

d. Formloser Widerruf des Testaments

Keinen unmittelbaren Bezug zu einem Fehlverhalten des eingesetzten Erben weisen Fälle auf, in denen der Erblasser die Testamentsurkunde nachträglich verändert hatte und so den Willen zum Audruck gebracht hatte, das Testament zu widerrufen. Nach Zivilrecht hatte die Veränderung oder Zerstörung der Testamentstafeln auf die Wirksamkeit der Verfügung keinen Einfluss (→ § 18 Rn. 36).[218] Der Prätor gewährte jedoch aufgrund einer Urkunde, in der der Name des Erblassers gestrichen war, nicht die *bonorum possessio secundum tabulas* (→ § 57 Rn. 185), sondern ließ die Intestaterben zum Zuge kommen und schützte sie vor einer Erbschaftsklage der Testamentserben mit einer *exceptio doli*.[219] **69**

Eine Veränderung der Testamentsurkunde oder eine formlose Erklärung, aus der sich ergab, dass der Erblasser die Begünstigung einer bestimmten Person widerrufen wollte, führte jedoch nicht immer zum Eintritt der Intestaterbfolge. Statt dessen wurde **70**

---

epit. D. 49.14.46 pr. ist das untergeschobene Kind erbunwürdig, nach Ulp. 41 ed. D. 37.10.1.11 gilt die Einsetzung als nicht geschrieben; vgl. *Guasco*, Indegnità (2018) 61 Fn. 88.

[213] Marcian. 6 inst. D. 34.9.1.

[214] So *Voci*, DER I 469 f., der den Tatbestand mit der Erhebung der Statusklage und der Vornahme (unwirksamer) Schenkungen aus dem erwarteten Erbe (Marcian. 11 inst. D. 34.9.2.3 und Marcian. del. sing. D. 39.5.30; Iust. C. 2.3.30 (a.531)) zu einer Fallgruppe zusammenfasst.

[215] Paul. 5 sent. D. 39.4.11. pr., 2 und 3 = Paul. sent. 5.1a.10, 12 und 13 und dazu *Klingenberg*, Commissum (1977) 89.

[216] Zumindest in späterer Zeit wurde nach Marcian. C. 4.41.2.1 (a.455–457) das Vermögen des Täters vollständig eingezogen; nach Scaev. 4 reg. D. 48.4.4 pr. wurde die Begünstigung des Feindes schon nach klassischem Recht als Majestätsverbrechen angesehen; vgl. zur Strafbarkeit des Exports bestimmter kriegswichtiger Güter *Zamora Manzano*, SDHI 77 (2011) 337–363.

[217] Kommt es bei Verurteilung zu einer Einziehung des Vermögens, so kann, wie von *Kaser*, RP I 726 Fn. 40 entgegen *Voci*, DER I 469 angenommen, die Erbunwürdigkeit tatsächlich nur bei einer „[f]alsche[n] Anklage“ relevant werden, da es andernfalls nichts zu erben gibt.

[218] Gai. 2.151; vgl. auch *Scotti*, Testamento (2012) 521 (mit Bezug auf D. 28.4.3).

[219] So auf der Grundlage von Gai. 2.151 f. und Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.10 *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 184–188.

fallweise die Erbunwüdigkeit der Person(en) angenommen, deren Einsetzung durch eine nachträgliche Ausstreichung des Namens oder in ähnlicher Weise widerrufen wurde.[220] Vermutlich hing es von der Auslegung des Willens des Erblassers ab, ob der formlose Widerruf zur Intestaterbfolge oder zur Indignität führte.[221] Die Annahme von Indignität hatte zur Folge, dass der Nachlass an den Staat fiel, dass aber (vom Widerrufswillen nicht erfasste) Einzelverfügungen (Vermächtnisse, Freilassungen) aufrecht erhalten werden konnten.[222]

e. Umgehung der augusteischen Ehegesetze

71 Breiten Raum nimmt in der überlieferten juristischen Literatur der Tatbestand der Umgehung der *lex Iulia et Papia* durch ein so genanntes *tacitum fideicommissum* ein. Wie bereits berichtet, waren die augusteischen Ehegesetze durch das *SC Pegasianum* auf Fideikommisse erstreckt worden (→ Rn. 24). Damit verfielen Vermögenswerte, die einem Erwerbsunfähigen durch Fideikommmiss zugewendet waren, ebenso wie die einer solchen Person zugedachten Erbschaften und Vermächtnisse dem Staat.

72 Die Sanktion der Indignität stellte sicher, dass dem Beschwerten, der sich gegenüber dem Erblasser zur Ausführung eines heimlichen Fideikommisses bereit erklärt hatte,[223] kein Vermögensvorteil blieb. Beim Universalfideikommiss war dies das Viertel des

[220] Der „leading case" ist nach *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 197 Marcell. 29 dig. D. 28.4.3; wohl derselbe Fall bei Pap. 8 resp. D. 34.9.16.2; abweichende Interpretation (Umdeutung der Legate in Fideikommisse) bei *Babusiaux*, Erbrecht (2015) 316; zur Erbunwürdigkeit der im früheren Testament eingesetzten Erben führt nach Pap. 16 quaest. D. 34.9.12 auch die Errichtung eines späteren, unwirksamen Testaments; gegen die Zuordnung der Entscheidung in D. 28.4.3 zur Indignität *Garcia Sánchez*, St. Sanfilippo III 309 und 315–317; *Amaya Calarao*, Labeo 34 (1988) 27–36.

[221] So plausibel *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 194 mit Nachweisen aus der älteren Literatur; ebenso *Avenarius*, RLT 6 (2010) 12; *Hendel*, SZ 130 (2013) 422; vgl. auch *Hendel*, Marcelli ratio (2015) 217.

[222] Insofern stellt die Annahme von Indignität in Marcell. 29 dig. D. 28.4.3 eine *humanior* bzw. *benignior interpretatio* dar, vgl. *Hendel*, SZ 130 (2013) 428–430; zur Bedeutung dieser Wendungen in D. 28.4.3 eingehend *Kleiter*, Entscheidungskorrekturen (2010) 138 f.; *Rizzi*, Imperator (2012) 151–174, insbesondere 170–172; abweichend *Stagl*, Fundamina 20 (2014) 878 f., der die Wendungen primär auf die Aufrechterhaltung auch der Freilassung eines Sklaven bezieht, dessen Name durchgestrichen war. Zu diesem Punkt, der am Ende des Fragments (§ 1) zur Sprache kommt, dürfte jedoch die Interpretation bei *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 145, *Garcia Sánchez*, St. Sanfilippo III 316 und *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 22–24 vorzugswürdig sein: Die Erbeinsetzung des Sklaven, nicht aber die Anordnung der Freilassung, war durchgestrichen. Überdies spricht viel dafür, dass in der Schlusspassage ein neuer Fall behandelt wird, so *Voci*, DER II 500 und *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 22. – Die Aufrechterhaltung der Vermächtnisse und Freilassungen entsprechend den Regeln der *bona caduca* geht möglicherweise auf die Entscheidung Marc Aurels in D. 28.4.3 zurück, vgl. *Wankerl*, Appello (2006) 84; *Puliatti*, De iure fisci (1992) 257 f. betont die Unterschiede zu den *bona caduca*; zustimmend *Agudo Ruiz*, Advocatus fisci (2006) 104.

[223] Dies geschah häufig schriftlich, vgl. Iul. 38 dig. D. 30.103; 3; Gai. 15 l. Iul. Pap. D. 34.9.10 pr.; Call. 3 fisc. pop. D. 49.14.3.3; *Puliatti*, De iure fisci (1992) 247.

Nachlasses, das nach der *lex Falcidia* und dem *SC Pegasianum* beim Erben bleiben musste. Ein *SC Plancianum* bestimmte, dass der Erbe, der sich durch *tacitum fideicommissum* zur Herausgabe an einen (nach den Ehegesetzen) Erwerbsunfähigen verpflichtet hatte, die Quart nicht einbehalten durfte. Ein Reskript des Antoninus Pius ordnet an, dass die gleichwohl einbehaltene Quart dem Erben nach Indignitätsregeln entzogen werden sollte.[224] Auch andere Vermögensvorteile aus dem Fideikommissgut wie Zinsen werden dem Beschwerten (Erben oder Vermächtnisnehmer) nach den Indignitätsregeln entzogen.[225] Dem Beschwerten wird so jeder Anreiz genommen, sich auf ein *tacitum fideicommissum* einzulassen. Andererseits hatte der Fideikommissar die Möglichkeit, sich durch Selbstanzeige (→ Rn. 47) einen Teil der zugedachten Zuwendung zu erhalten.[226]

f. Weitere Rechtsverstöße

Eine Reihe weiterer Verstöße gegen das Recht werden mit Erbunwürdigkeit des Täters bzw. der Täter sanktioniert. So wird derjenige, der Erbschaftsgegenstände unterschlägt, um die Vermächtnisnehmer zu schädigen, dadurch bestraft, dass er für die falzidische Quart, die er von den unterschlagenen Gegenständen hätte einbehalten können, als erbunwürdig gilt.[227] **73**

Wer als Vormund sein früheres Mündel oder als Verwaltungsbeamter eine Frau aus der Provinz, in die er entsandt ist, ehelicht, verstößt gegen Rechtsvorschriften (→ § 33 Rn. 31 f.). Die Ehe ist ungültig. Der Ehemann ist erbunwürdig im Verhältnis zu seiner Frau.[228] Ungültig ist auch die Ehe von zwei Partnern, die (vor der Eheschließung) miteinander Ehebruch begangen haben. Auch wenn nur ein Partner verurteilt wird, ist die neue Ehe ungültig. Beide Partner sind im Verhältnis zueinander erbunwürdig.[229] Erbunwürdig im gegenseitigen Verhältnis sind auch Personen, die eine missbilligte sexuelle Verbindung (*stuprum*) miteinander eingegangen sind.[230] **74**

---

[224] Mod. 9 pand. D. 35.2.59.1; Paul. tac. fideic. sing. D. 49.14.49; zum *SC Plancianum* auch Ulp. reg. 25.17; Pap. 15 quaest. D. 34.9.11; vgl. zum Zusammenspiel des *SC Plancianum* mit dem Reskript des Antoninus Pius *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 263–282; *Johnston*, Trusts (1988) 55–61; *Puliatti*, De iure fisci (1992) 242–258; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 309–311; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 486 f.

[225] Paul. usur. sing. D. 22.1.17.2; vgl. *Voci*, DER I 477.

[226] *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 264 f.; *Johnston*, Trusts (1988) 58 f.; vor dem Reskript des Antoninus Pius hatte auch der Beschwerte die Möglichkeit der Selbstanzeige, vgl. Paul. 7 l. iul. Pap. D. 49.14.13.6 f. und dazu *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 276–279.

[227] Marcell. 22 dig. D. 34.9.6, vgl. *Voci*, DER I 476.

[228] Marcian. 11 inst. D. 34.9.2.1; dazu *Voci*, DER I 477.

[229] Pap. 32 quaest. D. 34.9.13.

[230] Vgl. Pap. 33 quaest. D. 34.9.14, wo allerdings nur die Erbunwürdigkeit der Frau ausgesprochen ist. Vgl. zu den beiden zuletzt genannten Fällen Voci, DER I 478; dort auch zur Abgrenzung von den Sanktionen aufgrund der augusteischen Ehegesetze.

g. Exkurs: Strafrechtliche Verurteilung des Erblassers

75 Nicht zu den Tatbeständen der Erbunwürdigkeit zu rechnen sind die Fälle, in denen das Vermögen eines wegen einer Straftat zum Tode Verurteilten ganz[231] oder teilweise[232] eingezogen wird und nicht den testamentarischen oder gesetzlichen Erben zufällt.[233] Diese Tatbestände werden von den Römern selbst nicht der Indignität zugerechnet. Sie passen auch nicht dazu, weil die Sanktion nicht an die Person des Erben anknüpft und weil sie nicht als Entziehung eines zunächst wirksam erwobenen Vermögenswertes konstruiert werden.

3. Folgen der Indignität

76 Soweit der Erbe unwürdig ist, wird ihm die Erbschaft durch den Fiskus entzogen (sog. *ereptio*). Das Verfahren zur Inanspruchnahme der *bona ereptoria* ist stark an dasjenige der *vindicatio caducorum* angelehnt (→ Rn. 47). Wie bei den *bona caduca* kann das Verfahren durch jeden Bürger angestrengt werden. Es folgt dem Modell des Kognitionsprozesses.[234] Wie bei den *caduca* ist der Fiskus verpflichtet, die auf dem Nachlass ruhenden Vermächtnis- und Fideikommissverbindlichkeiten zu erfüllen (→ Rn. 70).[235]

[231] So im Fall der Verurteilung wegen *maiestas* und Zauberei: Constantius Cod. Theod. 9.42.4 (a.358); Arcad./Honor. Cod. Theod. 9.14.3 (a.397) = C. 9.8.5; vgl. *Voci*, DER I 410; *Bassanelli Sommariva*, ACost. XVII.2 675 f. Vgl. auch Marcian del. sing. D. 48.21.3.1 und dazu *Bueno Delgado*, SDHI 80 (2014) 222.

[232] So in den übrigen Fällen, vgl. Paul. port. lib. damn. conc. sing. D. 48.20.7 pr.; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 245; *Bassanelli Sommariva*, ACost. XVII.2 681–702.

[233] *Voci*, DER I 480; *Voci*, SDHI 48 (1982) 8–10.

[234] *Guasco*, SDHI 81 (2015) 377 f.

[235] Gai. 17 ed. prov. D. 29.5.9; Ulp. 3 fideic. D. 36.1.3.5; Call. 3 fisc. pop. D. 49.14.3.4; *Puliatti*, De iure fisci (1992) 253; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 307.

§ 53 Die testamentarische Erbfolge

Thomas Rüfner

Wieling, Testamentsauslegung im römischen Recht, 1972; *Calore*, La rimozione del giuramento, 1988; *Paulus*, Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht. Zur gesellschaftlichen und rechtlichen Bedeutung einzelner Testamentsklauseln, 1992; *Finazzi*, La sostituzione pupillare, 1997; *Talamanca*, Adscriptio partium e ‚pollicitatio condicionis': il problema dell'assenza del relato nel testamento ‚per relationem', BIDR 98/99 (1995/1996) 571–730; *Pérez Simeón*, Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, 2001; *Lohsse*, Ius adcrescendi. Die Anwachsung im römischen Vermächtnisrecht, 2008; *Buchwitz*, Servus alienus heres. Die Erbeinsetzung fremder Sklaven im klassischen römischen Recht, 2012; *Lösch*, Die coniunctio in testamentarischen Verfügungen des klassischen römischen Rechts, 2014.

Inhalt Rn.

I. Überblick 1
II. Grundsätze der testamentarischen Erbfolge 4
III. Einsetzung eines oder mehrerer Erben 8
1. Einsetzungsformeln 8
2. Bezeichnung des Erben 9
a. Angabe des Namens und alternative Kennzeichnungen 9
b. Irrtümer 11
3. Verteilung des Nachlasses unter mehreren Erben 13
a. Festsetzung von Erbquoten 13
b. Einsetzung *ex re certa* 17
4. Nebenbestimmungen 19
a. Auflage 20
b. Befristung 21
c. Bedingung 22
aa. Arten 22
bb. Wirkungen 23
cc. Unerfüllbare Bedingungen 25
dd. Rechtlich missbilligte Bedingungen 28
IV. Ersatzerbeinsetzung 32
1. Die Vulgarsubstitution 32
2. Die Pupillarsubstitution 37
a. Ursprung 38
b. Voraussetzungen 39

c. Rechtsfolge 42
d. Doppelnatur der Pupillarsubstitution 43
e. Hauptprobleme 44
f. Weitere Entwicklung 45
3. Stillschweigende Substitution 46
V. Die Anwachsung von Erbteilen 49

I. Überblick

1 Zur testamentarischen Erbfolge war nach römischem Recht berufen, wer die passive Testamentsfähigkeit besitzt (→ § 52 Rn. 3–18), in einem formell ordnungsgemäßen Testament (→ § 18) als Erbe eingesetzt war und auch fähig war, die Erbschaft zu erwerben (*capax*, → § 52 Rn. 19–53). Er erwarb als Hauserbe *ipso iure* (→ § 56 Rn. 13), als Außenerbe mit Antritt der Erbschaft, der bei mehreren Miterben die Testamentseröffnung voraussetzte (→ § 56 Rn. 40–43). Die Erbeinsetzung war unverzichtbarer Bestandteil jedes Testaments. Wenn es nicht zum Erwerb der Erbschaft durch den oder die testamentarisch bestimmten Erben kam, wurde das Testament regelmäßig auch im Übrigen (d. h. vor allem hinsichtlich der Anordnung von Freilassungen und Vermächtnissen) hinfällig.[1]

2 Wie die Intestaterbfolge (→ § 54 Rn. 2) machte auch die testamentarische Erbfolge den oder die berufenen Erben zum Gesamtrechtsnachfolger des Verstorbenen. Der Erbe oder die Erben wurden Eigentümer aller Sachen und Inhaber aller Rechte des Erblassers. Mit der Erbfolge war auch die Nachfolge in die Passiva der Erbschaft verbunden (→ § 56 Rn. 2).

3 Die Bestimmung des Gesamtrechtsnachfolgers durch Testament eröffnete vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten. Sie wurden von römischen Erblassern dazu genutzt, die Verteilung des Nachlasses detailliert festzulegen, das Verhalten der potenziellen Erben zu steuern, und nicht zuletzt dazu, durch Bestimmung von Ersatzerben zu verhindern, dass das Testament im Ganzen wirkungslos wurde, weil es nicht zum Erwerb des Nachlasses durch einen Testamentserben kam.

II. Grundsätze der testamentarischen Erbfolge

4 Die testamentarische Gestaltungsfreiheit war nicht unbeschränkt. Einschränkungen ergaben sich unter anderem aus der *lex Falcidia* (→ § 100) und den augusteischen Ehegesetzen (→ § 52 Rn. 23) außerdem aus der Möglichkeit zur Anfechtung des Testaments mittels der *querela inofficiosi testamenti* (→ § 55).

[1] *Voci*, DER II 990.

Neben diesen Normen, die mit unterschiedlicher Zielsetzung und unterschiedlichen Auswirkungen seit der Spätphase der Republik die von Max Weber konstatierte unumschränkte Testierfreiheit[2] zunehmend einengten, zogen seit alters her die Grundsätze *semel heres semper heres* und *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* den Möglichkeiten des Erblassers eine Grenze. 5

Die gemeinrechtliche Formulierung *semel heres semper heres* entspricht dem klassischen Grundsatz *hereditatem adimi non posse*.[3] Der Erblasser konnte dem Erben die Erbenstellung nicht wieder entziehen. Deshalb blieb der Nachlass beim eingesetzten Erben und wurde von diesem an seine Erben vererbt. Der ursprüngliche Erblasser konnte grundsätzlich mit den Mitteln des Testaments nach dem *ius civile* nicht das weitere Schicksal nach dem Erwerb durch den ersten Erben steuern. Eine Ausnahme stellte das so genannte Mündeltestament dar (→ Rn. 37). Auch für Soldatentestamente galt die Regel nicht.[4] Ansonsten blieb nur der Weg über ein Erbschaftsfideikommiss (→ § 98 Rn. 40). 6

Nach der Regel *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, musste der Erblasser, wenn er sich entschloss, ein Terstament zu errichten, über sein gesamtes Vermögen verfügen.[5] Nur Soldaten waren im Rahmen des für ihre Testamente geltenden Sonderregimes auch von diesem Grundsatz befreit. Sie durften einen testamenarischen Erben mit der Folge berufen, dass der restliche Nachlass nach den Regeln der Intestaterbfolge verteilt wurde.[6] 7

III. Einsetzung eines oder mehrerer Erben

1. Einsetzungsformeln

Die Erbeinsetzung hatte – als *caput et fundamentum* des Testaments – am Anfang der Urkunde zu stehen.[7] Sie war nur wirksam, wenn bestimmte feierliche Formeln verwendet wurden (→ § 18 Rn. 33). Am gebräuchlichsten war die Form *Titius (mihi) heres esto* – „Titius soll (mir/mein) Erbe sein“.[8] Erst spät wurde die Verwendung der grie- 8

[2] *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft [5](1980) 414.

[3] Iul. 29 dig. D. 28.2.13.1; vgl. Gai. cas. sing. D. 28.5.89; vgl. auch Gai. 2.184; Pomp. 1 def. D. 28.5.34; Inst. 2.14.9; zu den Entstehungsgründen der Regel *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 66 f.; *Nörr*, SZ 86 (1972) 53–56; *Schmidlin*, BIDR 78 (1975) 81–83; s. a. *Periñán*, REHJ 27 (2005) 123–139.

[4] Ulp. 45 ed. D. 29.1.15.4; Gord. C. 6.21.8 (a.238), dazu *Stagl*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 113.

[5] Pomp. 3 Sab. D. 50.17.7; Inst. 2.14.5; zu den Ursprüngen *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 62–66; *Nörr*, SZ 86 (1972) 46–52; *Schmidlin*, BIDR 78 (1975) 73–81; *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 39–51; *Coppola*, TSDP 5 (2012) 21–38; *Borisyak*, Scr. Zabłocka 70–73.

[6] Vgl. z. B. Ulp. 5 Sab. D. 29.1.6, dazu *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 215–242; *Coppola*, TSDP 5 (2012) 95–109.

[7] Gai. 2.229; Ulp. 1 Sab. D. 28.5.1 pr., dazu *Avenarius*, FS Behrends 26 f.

[8] Ulp. 1 Sab. D. 28.5.1.3; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 38; *Nowak*, Wills (2015) 130.

chischen Sprache zugelassen (→ § 18 Rn. 35). Die Juristen diskutierten die Frage, welche Formeln zulässig waren[9] und inwieweit die Auslassung von Bestandteilen der Einsetzungsformel unschädlich war. Über Auslassungen halfen die Juristen großzügig nach der Maxime *credimus plus nuncupatum, minus scriptum* „Wir nehmen an, dass mehr gesagt als geschrieben wurde" hinweg.[10] Es wurde also unterstellt, dass bei der mündlichen Errichtung des *testamentum per aes et libram* eine formgerechte Erbeinsetzung erfolgt war. Sofern der Erblasser die Erbeinsetzung tatsächlich mündlich vorgenommen hatte,[11] war es immerhin vorstellbar, dass der konstitutive Formalakt ordnungsgemäß vollzogen worden war und lediglich die Protokollierung in der Testamentsurkunde fehlerhaft war. Wenn der Erblasser aber – wie es in der klassischen Zeit üblich war[12] – beim Manzipationsritual lediglich auf die Verfügungen in den *tabulae ceraeque* Bezug nahm, war diese Annahme eine reine Fiktion.[13]

2. Bezeichnung des Erben

a. Angabe des Namens und alternative Kennzeichnungen

9 Die römischen Juristen forderten die sichere Bezeichnung des eingesetzten Erben,[14] stellten aber, sofern die eingesetzte Person identifierbar war, keine strengen Anforderungen an die Formulierung. Sofern der Eingesetzte mit seinem Namen bezeichnet wurde, genügte gegebenenfalls die Angabe des Vornamens (*praenomen*).[15] Anstelle der Angabe des Namens genügte auch jede andere unzweifelhafte Bezeichnung.[16] Möglich war insbesondere die Angabe der Beziehung zum Erblasser (*filius meus*, *uxor mea*).[17] Nicht zulässig soll allerdings die Verwendung einer beschimpfenden Kennzeichnung (*quod contumeliae causa solet addi*) sein. Sie wurde – ebenso wie ein Vermächtnis, das nur den Zweck hatte, den Bedachten herabzusetzen,[18] – als nicht geschrieben angese-

[9] Gai. 2.117; Ulp. reg. 21.1.

[10] Ulp. 1 Sab. D. 28.5.1.5–7, dazu *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 127 und 141; Diocl./Maxim. C. 6.23.7 (a.290), dazu *Tellegen-Couperus*, Testamentary Succession (1982) 23–26.

[11] Vgl. Ulp. 1 Sab. D. 28.5.1.1 und Gord. C. 6.11.2.1 (a.242), dazu *Lambertini*, 46 (2000) 434–451; *Blanch Nougues*, RIDA 47 (2000) 123–149; → § 18 Rn. 27.

[12] Gai. 2.104; Ulp. reg. 20.9.

[13] *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 31; *Müller-Eiselt* führt das Argument auf Sabinus zurück; anders *Tellegen-Couperus*, RIDA 37 (1980) 330; vgl. auch *Blanch Nougues*, RIDA 47 (2000) 130–133.

[14] Ulp. 5 Sab. D. 28.5.9.9; Paul. 7 quaest. D. 37.11.12.

[15] Ulp. 1 Sab. D. 28.5.1.3.

[16] Ulp.51 Sab. D. 28.5.9.8.; gegen die Auslegung dieses Textes bei *Baumann*, SZ 108 (1991) 2 wendet sich *Talamanca*, BIDR 98/99 (1995/1996) 842 f.

[17] Iul. 29 dig. D. 28.2.13 pr.; Marcian. 4 inst. D. 28.5.49.1.

[18] Pomp. 8 Sab. D. 30.54 pr.; vgl. zum Zusammenhang der Regelungen zum *turpe legatum* und zur Beschimpfung des eingesetzten Erben *Periñán Gómez*, Iura 66 (2018) 242; auf einer anderen Ebene liegt die *turpis institutio* des *postumus* aus einer ehebrecherischen Beziehung, Paul. 1 Sab. D. 28.2.9.1; vgl. *Albanese*, Atti negoziali (1982) 222 Fn. 44.

hen.[19] Wurde der Erbe mündlich benannt, so genügte auch der Hinweis auf einen Anwesenden (*hic mihi heres esto* – „Dieser hier soll mein Erbe sein.“).[20]

Fehler in der Bezeichnung des Erben waren prinzipiell unschädlich, sofern der Wille des Erblassers erkennbar und die Person, die eingesetzt werden sollte, identifizierbar war. So führte weder die Hinzufügung eines falschen *praenomen* oder *cognomen*[21] noch die unzutreffende Bezeichnung des Eingesetzten als „Bruder“[22] zur Unwirksamkeit der Erbeinsetzung. Auch die Hinzufügung einer Beschimpfung beeinträchtigte die Wirksamkeit der Einsetzung nicht, wenn der Erbe namentlich bezeichnet war.[23] 10

b. Irrtümer

Wie die Römer verfuhren, wenn die Bezeichnung des Erben insgesamt fehlerhaft war, ist aus den Quellen nicht vollständig zu rekonstruieren. Nach Ulpian war die Erbeinsetzung unwirksam, wenn der Erblasser den Namen des Erben nicht nannte und ihn fälschlich statt als seinen Bruder als seinen Freilasser bezeichnete.[24] Nach einem Reskript Kaiser Gordians III. war demgegenüber eine falsche Namensangabe unschädlich, sofern keine Unsicherheit über die Person des Bedachten bestand.[25] Die beiden Quellen lassen sich miteinander in Einklang bringen, wenn man unterstellt, dass dem Reskript Gordians III. ein Testament zugrunde lag, das den Erben durch zusätzliche Angaben eindeutig kennzeichnete.[26] Versteht man die Entscheidung der kaiserlichen Kanzlei hingegen dahin, dass es genügt, wenn aufgrund von Indizien außerhalb des Testaments Klarheit über die Person des Bedachten besteht,[27] so ergibt sich ein Spannungsverhältnis. Es lässt sich vielleicht mit der Überlegung lösen, dass Irrtümer bei der Verwendung von Eigennamen anders behandelt wurden als Fehler bei der Bezeichnung des Erben über die Angabe des persönlichen Verhältnisses zum Erblasser.[28] 11

Auch zum Irrtum über den Status des eingesetzten Erben lässt sich aus den Quellen für die klassische Zeit kein eindeutiges Bild gewinnen. Aus heutiger Sicht handelt es sich um einen Irrtum im Beweggrund. Da es vom Status des eingesetzten Erben als Sklave oder Hauskind oder aber als gewaltfreier *pater familias* abhing, wem die Erbschaft wirtschaftlich zugutekam, war regelmäßig zu vermuten, dass der Irrtum über den 12

[19] So ausdrücklich *Mühlenbruch*, in: Glück, Pand. XXXVI 301.
[20] Paul. 4 Vit. D. 28.5.59 pr.
[21] Iul. 24 dig. D. 37.11.8.2; vgl. *Voci*, DER II 827; s. auch Ulp. 2 Sab. D. 28.1.21.1.
[22] Paul. 4 Vit. D. 28.5.59.1.
[23] Marcian. 4 inst. D. 28.5.49.1.
[24] Ulp. 5 Sab. D. 28.5.9 pr.
[25] Gord. C. 6.23.4 (a.239); vgl. auch Inst. 2.20.29.
[26] So wohl *Voci*, DER II 827.
[27] Dies nimmt *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 228 jedenfalls für das justinianische Recht an; jedoch ist auch der Wortlaut von Inst. 2.20.29 nicht eindeutig.
[28] In diesem Sinne *Harke*, Irrtum (2005) 34–39 mit Fn. 64.

Status ausschlaggebende Bedeutung für die Willensbildung des Erblassers hatte.[29] Die Quellen überliefern eine salomonische Lösung. Die Erbschaft, die einem Sklaven zugewendet war, den der Erblasser für einen Freien hielt, soll zur Hälfte dem Sklaven bzw. seinem Eigentümer und zur anderen Hälfte dem für ihn eingesetzten Ersatzerben zufallen.[30] Ob diese Regelung, bei der die Frage offen bleibt, wie verfahren wurde, wenn kein Ersatzerbe bestimmt war, schon in der klassischen Zeit galt, ist fraglich.[31]

3. Verteilung des Nachlasses unter mehreren Erben

a. Festsetzung von Erbquoten

13 Wenn der Erblasser ohne nähere Bestimmung mehrere Erben nebeneinander einsetzte, erbten sie zu gleichen Teilen.[32] Statt dessen konnte der Erblasser die Bruchteile festsetzen, die den einzelnen Erben zugedacht waren. Gebräuchlich war die Aufteilung der gesamten Erbschaft (*as*) in Zwölftel (*unciae*), von denen jedem Erben eines oder mehrere zugewendet wurden.[33] Dabei konnte ein Erbe auf den nach Zuweisung der Bruchteile verbleibenden Rest (*ex reliqua parte*) eingesetzt werden. Eine Einsetzung auf den Rest wurde auch angenommen, wenn nach der Einsetzung mehrerer Erben mit Angabe eines bestimmten Anteils ein weiterer Erbe ohne Festsetzung des Erbteils benannt wurde.[34]

14 Im Hinblick auf das Gebot, im Testament die ganze Erbschaft zu verteilen (→ Rn. 7), ergaben sich Schwierigkeiten, wenn der Erblasser Bruchteile angab, die zusammen weniger als 12/12 der Erbschaft ausmachten. Diese Probleme wurden nach den Grundsätzen des Anwachsungsrechts gelöst (→ Rn. 49). Der freigebliebene Teil wurde also unter den Miterben nach dem Verhältnis der ihnen zugedachten Erbteile aufgeteilt.[35]

---

[29] *Wieling*, Testamentsauslegung (1972 139 mit Fn. 36.

[30] Iul. 30 dig. D. 28.5.41 und Pomp. 12 var. lect. D. 28.5.42; Inst. 2.15.4.

[31] Für Klassizität der Aufteilung *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 138–140; dagegen *Voci*, DER II 858–861; Alex. C. 6.24.3 (a.223) enthält keine klare Entscheidung. Das Reskript ist vermutlich von den Besonderheiten des Soldatentestaments beeinflusst, vgl. *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 201 und *Buchwitz*, Servus (2012) 146 f. Zu weiteren Fällen des sog. *error falsae causae* vgl. Paul. 1 imp. sent. cogn. prol. seu decr. 2 D. 28.5.93 und Herm. 6 iur. epit. D. 49.14.16 pr., dazu *Voci*, DER II 861 f.; *Wieling*, SZ 87 (1970) 209 f.

[32] Ulp. 5 Sab. D. 28.5.9.12; Inst. 2.14.6; *Voci*, DER II 135.

[33] Nach *Talamanca*, BIDR 98/99 (1995/1996) 641–647 war die Verwendung des Unzialsystems bei der Festlegung der Erbquoten vermutlich bis in die klassische Zeit obligatorisch.

[34] Ulp. 7 Sab. D. 28.5.17.3; Pap. 1 def. D.28.5.80; Herm. 3 iur. epit. D. 28.5.88; Paul. 7 quaest. D. 37.11.12; vgl. *Voci*, DER II 136; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 55 f. (auch zu den unterschiedlichen Folgen der Einsetzung *ex reliqua parte* einerseits und ohne jede Angabe andererseits in dem Fall, dass bereits 12/12 verteilt waren).

[35] Ulp. 7 Sab. D. 28.5.13.2; Ant 6.21.3 (a.213); Inst. 2.14.7; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 55; *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 147–150 und 235–237.

Hatte der Erblasser mehr als 12/12 verteilt, so kam es zur Dekreszenz: Die Erbteile wurden verhältnismäßig gekürzt.[36] 15

Zu Irrtümern bei der Festsetzung der Erbquoten sind aus dem Sabinuskommentar des Ulpian zwei Entscheidungen überliefert. Ist im Testament infolge eines Hörfehlers beim Diktat oder eines Schreibfehlers bei eigenhändiger Niederschrift des Testaments eine niedrigere Quote für einen Erben bestimmt als vom Erblasser intendiert, so wird wieder die Fiktion des *plus nuncupatum, minus scriptum* (→ Rn. 8) mobilisiert: Es galt das Gewollte.[37] War hingegen ein größerer Erbanteil angegeben als gewollt, so folgte man der Maxime *in maiore minus inest.*[38] Es galt daher die vom Erblasser intendierte Einsetzung auf den kleineren Anteil. Die für die beiden Konstellationen verwendeten Argumentationsstrategien erscheinen zwar widersprüchlich, führen aber jeweils zur Durchsetzung des Erblasserwillens gegen den Urkundenwortlaut.[39] 16

b. Einsetzung *ex re certa*

Problematisch im Hinblick auf die Maxime *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* waren Erbeinsetzungen auf eine bestimmte Sache oder unter Ausschluss einer bestimmten Sache. Die römischen Juristen legten solche Einsetzungen so aus, dass der gesamte Nachlass verteilt wurde und das Testament im Ganzen wirksam blieb (→ § 18 Rn. 34). Wenig Schwierigkeiten bereitete dies, wenn nur ein Erbe vorhanden war: War eine Person zum Erben einer bestimmten Sache eingesetzt und ansonsten keine weitere Bestimmung getroffen, so wurde der Begünstigte Alleinerbe des gesamten Nachlasses. Die Nennung einer bestimmten Sache wurde bei der Auslegung ignoriert.[40] War einer Einzelperson der Nachlass mit Ausnahme einer bestimmten Sache zugewendet, ohne dass die ausgenommene Sache einem anderen zugewiesen wurde, so war die Ausnahme unbeachtlich und der Begünstigte wurde Alleinerbe.[41] 17

Mit der schlichten Außerachtlassung der Angabe einer bestimmten Sache ließen sich auch Fälle mit Beteiligung mehrerer Personen lösen. Waren mehrere Personen zu unterschiedlichen Quoten als Erben derselben Sache eingesetzt, so wurden die Quoten zu Erbanteilen am gesamten Nachlass umgedeutet.[42] Problematischer ist das Zusammentreffen einer Einsetzung auf eine bestimmte Sache mit einer Erbeinsetzung auf Bruchteile. Zu dieser Konstellation ist eine justinianische Reformkonstitution überlie- 18

[36] Ulp. 7 Sab. D. 28.5.13.4; Ulp. 7 Sab. D. 28.5.17.3 und 5; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 55.
[37] Ulp. 5 Sab. D. 28.5.9.2, dazu *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 141–147.
[38] Ulp. 5 Sab. D. 28.5.9.3, dazu *Pérez Simeón*, RIDA 45 (1998) 451–477.
[39] Zu beiden Texten *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 125 f.; *Backhaus*, SZ 100 (1983) 145–151.
[40] Ulp. 1 Sab. D. 28.5.1.4.
[41] Lic. Ruf. 2 reg. D. 28.5.75; vgl. *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 158–168.
[42] Ulp. 5 Sab. D. 28.5.9.1; *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 185 f.

fert, doch ist weder die klassische Rechtslage noch die Stoßrichtung der justinianischen Reform klar ersichtlich.[43]

4. Nebenbestimmungen

19 Die Erbeinsetzung konnte mit Nebenbestimmungen versehen werden. Vor allem die Bedingung (*condicio*) war ein wichtiges Gestaltungsmittel des römischen Testamentsrechts und spielt in den Quellen eine große Rolle.

a. Auflage

20 Als Auflagen können Nebenbestimmungen eingeordnet werden, mit denen der Erbe oder die Erben zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden sollen, ohne dass zugleich einem Begünstigten ein korrespondierender Anspruch erwächst.[44] Die Quellen erwähnen vor allem den Bau eines Denkmals für den Erblasser,[45] daneben die Weisung, einen bestimmten Sklaven zu veräußern (*ut servus exportandus veneat*).[46] Wenn es mehrere Miterben gab, konnte einer den anderen nach einer auf Julian zurückgehenden Auffassung mittels der *actio familiae erciscundae* zur Mitwirkung an der Erfüllung der Auflage anhalten.[47]

b. Befristung

21 Eine Befristung der Erbeinsetzung war unzulässig. Sie wurde als nicht geschrieben angesehen, so dass der Erbe als ohne Nebenbestimmung eingesetzt galt.[48] Für die auflösende Befristung folgt diese Regel unmittelbar aus dem Grundsatz *semel heres semper heres*. Sie galt aber auch für die aufschiebende Befristung. Allerdings wurde die Bestimmung eines *dies incertus* (Tod eines Dritten) als Bedingung behandelt und (von der Kanzlei Diocletians) zugelassen.[49] Im Soldatentestament war die befristete Erbeinsetzung unbeschränkt erlaubt.[50]

---

[43] Iust. C. 6.24.9 (529), dazu und zu Paul. 1 Vit. D. 28.2.19 *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 196–204.

[44] Vgl. zur mangelnden dogmatischen und terminologischen Erfassung der Auflage *Voci*, DER II 620 Fn. 2 und *Kaser*, RP I 259 mit Fn. 74. – Die Ausdrücke *modus* oder *sub modo* (Gai. 2 ed. praet. urb. 35.1.17.4) werden im Zusammenhang mit Nebenbestimmungen zur Erbeinsetzung nicht gebraucht.

[45] Ulp. 19 ed. D. 10.2.18.2; zu diesem Text und zur von Pomponius erwogenen *actio praescriptis verbis Stolfi*, Libri ad edictum II (2001) 223–227; Paul. 6 Sab. D. 10.2.44.8; Pomp. 8 Q. Muc. D. 33.1.7. Zur Möglichkeit, die Vollziehung einer Auflage durch die Festsetzung einer *multa* zu erzwingen vgl. Pomp. 3 Sab. D. 35.1.6 pr., dazu *Signorini*, Index 41 (2013) 346; vgl. auch Alf. 5 dig. D. 35.1.27.

[46] Ulp. 19 ed. D. 10.2.18.2.

[47] *Voci*, DER I 748 Fn. 93.

[48] Pap. 1 def. D. 28.5.34; Inst. 2.14.9.

[49] Diocl./Max. C. 6.24.9 (a.293), dazu *Tellegen-Couperus*, Testamentary Succession (1982) 72–74.

[50] Ulp. 45 ed. D. 29.15.4; Tryph. 18 disp. 29.1.41 pr.; Gord. C. 6.21.8 (a.238); *Voci*, DER II 617; vgl. bereits oben Fn. 4.

c. Bedingung

aa. Arten

Auflösend bedingte Erbeinsetzungen sind in den Quellen nicht belegt. Ihre Unzulässigkeit wird in den Quellen zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch folgt sie aus dem Grundsatz *semel heres semper heres*. Hingegen machten die römischen Erblasser vielfach von aufschiebenden Bedingungen Gebrauch. Sie konnten allgemein zur Steuerung des Verhaltens des potenziellen Erben eingesetzt werden, etwa, um ihn anzuhalten, eine Ehe zu schließen[51] oder ein Denkmal für den Erblasser zu errichten.[52] Häufig wurde dem Eingesetzten die Bezahlung einer Geldsumme an einen Dritten zur Bedingung gemacht.[53] Auf diese Weise wurde die Bedingung zu einer besonderen Form der testamentarischen Zuwendung. Manche Regeln zur Begrenzung erbrechtlicher Zuwendungen wurden auch auf Leistungen zur Erfüllung einer Bedingung (*condicionis implendae causa*) angewendet (→ § 100 Rn. 30, 73).[54] **22**

bb. Wirkungen

Durch die Erbeinsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung wurde die Delation der Erbschaft bis zum Bedingungseintritt hinausgezögert (→ § 56 Rn. 42): Ein Außenerbe konnte nicht antreten und auch ein Hauserbe erwarb die Erbschaft nicht.[55] Wenn es keinen unbedingt eingesetzten Miterben gab, war die Wirksamkeit des gesamten Testaments in der Schwebe. **23**

Fiel eine Bedingung aus, unter der einer von mehreren Miterben eingesetzt war und war für diesen Fall kein Ersatzerbe eingesetzt, so wuchs ein Anteil den übrigen Miterben an (→ Rn. 49). Anders als beim Wegfall eines Erben durch Tod oder Ausschlagung wurde die Rechtslage im Hinblick auf den durch Bedingungsausfall freigewordenen Anteil durch die augusteischen Ehegesetze nicht geändert.[56] **24**

cc. Unerfüllbare Bedingungen

Bedingungen, die auf ein Unterlassen gerichtet waren (etwa die Bedingung, dass der eingesetzte Ehegatte nicht wieder heiratete[57]), waren – streng genommen – erst mit dem Tod des Erben erfüllt. Erst zu diesem Zeitpunkt stand fest, dass er der Bedingung zu keinem Zeitpunkt zuwidergehandelt hatte. Die Hinausschiebung des Erbschaftser- **25**

[51] Z. B. Marcell. 12 dig. D. 28.7.23.

[52] Pompon. 8 Sab. D. 35.1.14.

[53] Iul./Marcell. 29 dig. D. 28.5.5.

[54] So namentlich die *lex Iulia et Papia*, Ulp. 8 l. Iul. Pap. D. 36.9.36, nicht hingegen die *lex Falcidia*, vgl. Maecian. 8 fideic. D. 35.2.30.7; Gai. 3 ed. praet. urb. D. 35.2.76 pr.; Maecian. 13 fidei. D. 35.2.91.

[55] Vgl. Maecian. 7 fideic. D. 28.5.87.1.

[56] Iul. 82 dig. D. 35.1.36.1; Iust. C. 6.51.1.2 (a.534); *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 74 f. und 103–108; *Lösch*, Coniunctio (2014) 3.

[57] Vgl. zur Frage, ob eine solche *condicio viduitatis* nach den augusteischen Ehegesetzten zulässig war *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 136–138.

werbs bis zur Erfüllung der Bedingung hätte also dazu geführt, dass der Begünstigte die Erbschaft zu seinen Lebzeiten nicht erhalten konnte. Auf diesen Fall war die von Quintus Mucius Scaevola ersonnene *cautio Muciana* zugeschnitten. Mit ihr versprach der Begünstigte demjenigen, dem der Gegenstand der Zuwendung bei Ausfall der Bedingung zufallen würde,[58] sich der Bedingung gemäß zu verhalten. Aufgrund der geleisteten *cautio* wurde die Bedingung als eingetreten behandelt. Der Begünstigte konnte den zugewendeten Gegenstand erwerben. Bei Zuwiderhandlung war er zur Herausgabe des Erlangten an den Versprechensempfänger verpflichtet.[59] – Nach dem Zeugnis der Quellen spielte die *cautio Muciana* für die bedingte Erbeinsetzung nur eine geringe Rolle. Ihr Einsatz ist hauptsächtlich im Zusammenhang mit bedingten Vermächtnissen belegt.[60]

26 Scheiterte die Erfüllung einer Bedingung an der fehlenden Mitwirkung einer weiteren Person, so wurde die Erfüllung der Bedingung fingiert.[61] Dies geschah, wenn derjenige, an den eine Geldzahlung zu leisten war, sich weigerte, diese anzunehmen,[62] oder wenn die Frau, die der bedingt eingesetzte Erbe heiraten sollte, die Eheschließung ablehnte.[63]

27 War der Eintritt einer Bedingung von vorn herein unmöglich, so wurde die Bedingung seit Servius Sulpicius Rufus als nicht geschrieben betrachtet und der Erbe galt als unbedingt eingesetzt.[64]

dd. Rechtlich missbilligte Bedingungen

28 Ähnlich wie unmögliche Bedingungen wurden solche behandelt, die rechtlich oder sittlich missbilligt wurden. Dies galt generell für die Bedingung, ein eidliches Versprechen zu leisten (*condicio iurisiurandi*), auch wenn die Leistungen, zu der sich der Bedachte eidlich verpflichten sollte, als solche nicht verboten war.[65] Der eingesetzte Erbe (oder auch Vermächtnisnehmer, Fideikommissar oder Empfänger einer Schenkung von Todes wegen[66]) konnte beim Prätor den Erlass (*remissio*) der Bedingung beantragen.[67] Es stand nicht in der Macht des Prätors, den Eingesetzten ohne Erfüllung zum zivilen Erben zu machen, doch gewährte er die *bonorum possessio secundum*

[58] Gai. 18 ed. prov. D. 35.1.18.
[59] Pap. 7 resp. D. 31.76.7. Zur Konstruktion *Voci*, DER II 604.
[60] *Voci*, DERI II 606–609.
[61] *Voci*, DER II 597 f.
[62] Paul. 1 Sab. D. 28.7.3;
[63] Marcell. 12 dig. D. 28.7.23.
[64] Alf. 2 dig. a Paul. epit. D. 28.5.46; die Regel gilt für alle letztwilligen Zuwendungen, vgl. Inst. 2.14.10.
[65] Zum Grund für diese Regelung vgl. Ulp. 50 ed. D. 28.7.8 pr. und dazu *Calore*, Rimozione (1988) 8–10.
[66] Ulp. 50 ed. D. 28.7.8.1–3; *Calore*, Rimozione (1988) 82.
[67] Zum Verfahren *Calore*, Rimozione (1988) 81–147.

tabulas.[68] Soweit die Leistung, die mit dem Eid versprochen werden sollte, als solche rechtlich nicht missbilligt war, gewährte der Prätor dem Erben nur dann Rechtsschutz, wenn er die geforderte Leistung erbracht hatte.[69]

29 Das Verfahren zum Erlass der Bedingung wurde auf Bedingungen erstreckt, die keine Eidesleistung verlangten, aber der Umgehung von Gesetzen dienten oder gegen die guten Sitten verstießen.[70]

30 Das besondere Verfahren des Bedingungserlasses durch den Prätor verlor im Lauf der klassischen Epoche an Bedeutung. Für die Bedingung einer Eidesleistung wurde der Erlass nach dem Zeugnis Ulpians ohne Prüfung des Einzelfalls gewährt.[71] Marcian spricht nicht mehr von der *remissio* der Bedingung, sondern erklärt, gesetzes- und sittenwidrige Bedingungen würden als nicht geschrieben behandelt.[72]

31 Rechtlich missbilligt waren auch die so genannten kaptatorischen Verfügungen, mit denen der Erblasser einen anderen unter Bedingung zum Erben einsetzte, dass dieser ihn seinerseits einsetzte. Erbeinsetzungen dieser Art wurden durch einen Senatsbeschluss verboten.[73] Möglicherweise behandelten die Juristen sie schon zuvor als unwirksam.[74] Ein Reskript des Philippus Arabs schärfte die Geltung des Verbots auch in Soldatentestamenten ein.[75]

IV. Ersatzerbeinsetzung

1. Die Vulgarsubstitution

32 Bei der so genannten Vulgarsubstitution (*substitutio vulgaris*[76]) benennt der Erblasser im Testament einen Erben für den Fall, dass der in erster Linie Eingesetzte nicht Erbe wird. Auch dem Ersatzerben kann wiederum ein Ersatzerbe eingesetzt werden, so dass potenzielle Erben auf mehreren Stufen (*gradus*) vorhanden sind.[77] Durch die Benennung mehrerer Ersatzleute konnte der römische Erblasser mit größerer Sicherheit ein Hinfälligwerden der gesamten Verfügung verhindern.

---

[68] *Calore*, Rimozione (1988) 75.
[69] Ulp. 25 ed. D. 28.7.6; *Calore*, Rimozione (1988) 120 f.
[70] Marcian. 6 inst. D. 30.112.4; Paul. 45 ed. D. 28.7.9; vgl. *Calore*, Rimozione (1988) 206–218.
[71] Ulp. 25 ed. D. 28.7.8.8; vgl. *Calore*, Rimozione (1988) 76; etwas anders *Astolfi*, SDHI 55 (1989) .371–374.
[72] Marcian. 4 inst. D. 28.7.14.
[73] Pap. 6 resp. D. 28.5.71.
[74] So *Paulus*, Postmortale Persönlichkeit (1992) 246–251 mit Hinweis auf Gai. 15 ed. prov. D. 30.64.
[75] Philipp. C. 6.21.11 (a.246), dazu *Stagl*, in Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 116 f.
[76] Vgl. Gai. 2.181; Pomp. 2 Sab. D. 50.16.162 pr. und die Rubrik D. 28.6.
[77] Z. B. Gai. 2.174; Marcian. 4 inst. D. 28.6.36 pr.; vgl. *Voci*, DER II 160.

33 Die ältesten Quellen zur Einsetzung eines Ersatzerben stammen aus der Zeit der späten Republik und stehen mit der *causa Curiana* in Zusammenhang, einem Prozess, der auf das erste Jahrzehnt des ersten Jahrhunderts vor Christus zu datieren ist (→ Rn. 47).[78] Wie die Pupillarsubstitution (→ Rn. 38) dürfte auch die Vulgarsubstitution erheblich älter sein. Der *causa Curiana* lag ein Streit darüber zugrunde, ob eine Pupillarsubstitution in eine Vulgarsubstitution umgedeutet werden kann.[79] Ein solcher Streit ist nur vorstellbar, wenn beide Gestaltungen seit langem üblich und weit verbreitet waren.

34 Die Ersatzerbeinsetzung verbindet die unbedingte Einsetzung eines Haupterben mit der bedingten Einsetzung einer Ersatzperson. Die Ersatzerbeinsetzung steht unter der Bedingung, dass der primär Eingesetzte nicht Erbe wird.[80] Der Ersatzerbe war daher sowohl für den Fall eingesetzt, dass der primär Eingesetzte noch vor dem Erblasser starb, als auch für den Fall, dass der Eingesetzte nach dem Erbfall aber vor Erbschaftsantritt starb oder dass er die Erbschaft ablehnte.[81] Die Einsetzung eines Ersatzerben verhinderte die Anwachsung[82] (→ Rn. 49) oder die Kaduzität[83] (→ Rn. 51) des Anteils, der dem primär Eingesetzten zugedacht war.

35 Ein wichtiges und von den römischen Juristen viel diskutiertes Problem ist das Schicksal der im Testament vorgesehenen Einzelzuwendungen (Legate, Fideikommisse, Freilassungen). Prinzipiell war es für den Erblasser möglich, mit solchen Beschwerungen gezielt nur den Erben auf der ersten Stufe oder nur den Ersatzerben (oder einzelne Erben einer bestimmten Stufe) zu beschweren.[84] Durch ein Reskript der Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla wurde bestimmt, dass Zuwendungen, mit denen der eingesetzte Erbe beschwert war, generell als zu Lasten des Ersatzerben nochmals angeordnet anzusehen waren.[85] Zu Einzelheiten → § 97 Rn. 42.

36 Neben dem Verhältnis der Vulgar- zur Pupillarsubstitution (→ Rn. 47) beschäftigte die römischen Juristen die Frage, wie die gegebenfalls zur Wirksamkeit der Erbeinsetzung und damit des Testaments im Ganzen erforderliche Enterbung von *sui heredes* (→ § 55 Rn. 1) so angeordnet werden konnte, dass sie die Einsetzung von Erben und Ersatzerben absicherte.[86] Außerdem wurden Gestaltungen, bei denen ein Erbe der ersten Stufe zugleich als Ersatzerbe eines anderen Erben erster Stufe eingesetzt war, im Hinblick darauf diskutiert, ob das rechtliche Schicksal der beiden Erbteile zwingend

[78] Z. B. Cic. de orat. 1.180; *Kaser*, RP I 689 Fn. 36.

[79] Vgl. die Darstellungen des Prozesses bei *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 9–15 und bei *Babusiaux*, Erbrecht (2015) 298–300.

[80] Zusätzlich konnten die Ersatzerbeinsetzung oder die primäre Erbeinsetzung mit einer weiteren Bedingung versehen werden, vgl. z. B. Gai. 13 l. Iul. Pap. D. 28.5.74.

[81] *Voci*, DER II 161.

[82] *Voci*, DER II 163 f.

[83] Vgl. Pap. 6 D. 28.5.79.3 und 81.

[84] Vgl. z. B. Ulp. 4 disp. D. 29.4.20; Paul. 17 quaest. D. 35.2.22 pr.

[85] Ulp. 4 disp. D. 30.74; *Voci*, DER II 167–169.

[86] Vgl. z. B. Ulp. 1 Sab. D. 28.2.3.6; Pomp. 1 Sab. D. 28.2.8; Afr. 4 quaest. D. 28.2.14 pr.

dasselbe war oder ob es möglich war, die Berufung als Erbe erster Stufe anzunehmen und die Ersatzerbfolge abzulehnen.[87]

2. Die Pupillarsubstitution

Bei der Pupillarsubstitution (*substitutio pupillaris*)[88] errichtete der *pater familias* zusätzlich zu seinem Testament einer Verfügung für einen minderjährigen Abkömmling. Dieses ‚zweite Testament' (*secundae tabulae*) oder ‚Mündeltestament' (*testamentum pupillare*)[89] bestimmte dem Abkömmling (der mit dem Tod des Erblassers zum Mündel eines *tutor* würde) einen Erben für den Fall, dass er seinerseits vor Erreichen der *pubertas* mit zwölf bzw. vierzehn Jahren sterben sollte.[90] **37**

a. Ursprung

Nach Ulpian hat sich die Pupillarsubstitution gewohnheitsrechtlich (*moribus*) herausgebildet.[91] Die Quellen lassen es nicht zu, dass Alter des Rechtsinstituts genau zu bestimmen.[92] Es könnte bis in die archaische Epoche zurückreichen.[93] Jedenfalls war die Pupillarsubstitution schon in der vorklassischen Zeit bekannt und verbreitet, wie insbesondere die bereits im Zusammenhang mit der Vulgarsubstitution erwähnte *causa Curiana* belegt (→ Rn. 47). **38**

b. Voraussetzungen

Die Errichtung eines Testaments für einen *pupillus* war nur dem *pater familias* für die bei seinem Tod in seiner Hausgewalt stehenden Abkömmlinge möglich.[94] Nur Soldaten konnten auch für emanzipierte Kinder ein Mündeltestament errichten.[95] Schied ein Abkömmling vor dem Tod des Erblassers aus der Hausgewalt aus, so wurde das Mündeltestament unwirksam.[96] Das Mündeltestament für einen Außenstehenden wurde **39**

---

[87] Vgl. z. B. Ulp. 9 Sab. D. 29.2.35 pr.; zu diesen Fällen *Voci*, DER II 163–167.

[88] Der Ausdruck findet sich in der Rubrik D. 28.6 und auch schon bei den klassischen Juristen, vgl. z. B. Gai. Afr. 4 quaest. D. 28.6.34.2; vgl. auch *Finazzi*, Sostituzione (1997) 425–436.

[89] Beide Bezeichnungen bei Ulp. 6 Sab. D. 28.6.2.2.

[90] Gai. 2.179; Ulp. 6 Sab. D. 28.6.2 pr.

[91] Ulp. 6 Sab. D. 28.6.2 pr.

[92] So zu Recht *López Pedreira*, Pupillaris substitutio (2006) 38.

[93] So *Finazzi*, Sostituzione (1997) 19–38, der die Wurzeln noch in der Zeit vor dem Zwölftafelgesetz vermutet.

[94] Voci, DER II 170.

[95] Dies jedoch nur beschränkt auf das, was aus dem eigenen Nachlass des Soldaten an den Sohn gelangt war: Tryph. 18 disp. D. 29.1.41.4; vgl. zu diesem und weiteren Privilegien für Soldaten im Zusammenhang mit der Pupillarsubstitution *Voci*, DER II 208.

[96] Pap. 6 resp. D. 28.6.41.2.

nur wirksam, wenn der *extraneus* noch zu Lebzeiten des Testators durch Adoption oder Arrogation zu dessen Hauskind wurde.[97] Weitere (selbstverständliche) Voraussetzung war, dass der Abkömmling zum Kreis der *sui heredes* gehörte, also mit dem Tod des Testators gewaltfrei wurde (→ § 54 Rn. 8). Fiel er mit dem Tod des Testators (als Enkel) in die Hausgewalt des eigenen Vaters, so blieb er vermögensunfähig und es gab keinen Anlass, für ihn ein Testament zu errichten.[98]

40 Erforderlich war auch, dass der Abkömmling, für den der Gewalthaber testierte, noch *impubes* war. Der Ersatzerbe wurde daher nur für den Fall eingesetzt, dass das Mündel vor Erreichen der *pubertas* (und damit der Testamentsfähigkeit) starb.[99] Ein Mündeltestament, das diese Einschränkung nicht enthielt, war (zunächst) wirksam, verlor aber seine Wirksamkeit, wenn der *pupillus* die *pubertas* erreichte.[100] Allerdings berichtet der Jurist Paulius davon, dass der Kaiser einem Vater das Privileg erteilte, für seinen Sohn, der mündig, aber stumm und darum testierunfähig war (→ § 18 Rn. 25), eine Verfügung nach Art eines Mündeltestaments zu errichten.[101] Wohl nach diesem Vorbild gestattete Justinian es allgemein, für Abkömmlinge mit einer geistigen Behinderung (*mente capti*, → § 18 Rn. 25; § 30 Rn. 25), eine *substitutio ad exemplum pupillaris* anzuordnen.[102]

41 Das Mündeltestament war akzessorisch zum eigenen Testament des Erblassers (Haupttestament, *principale testamentum*[103]): Es war nur wirksam, wenn das Haupttestament des Erblassers wirksam war und zum Erwerb der Erbschaft durch einen der eingesetzten Erben führte.[104] Hingegen war nicht erforderlich, dass das Mündel zu den im Haupttestament eingesetzten Erben gehörte. Der Hausvater konnte den *pupillus* also in der Verfügung über den eigenen Nachlass (als einer der *sui*, → § 55 Rn. 1) enterben und gleichwohl ein Mündeltestament für ihn errichten.[105] Nach Gaius wurde das Mündeltestament auf separaten Holztäfelchen aufgezeichnet, die beim Tod des Erblassers veschlossen blieben.[106]

---

[97] Ulp. 6 Sab. D. 28.6.2 pr.

[98] Ulp. 6 Sab. D. 28.6.2 pr.: *si qui non recasuri sunt in partis potestate*; vgl. auch Pap. 6 resp. D. 28.6.41.2.

[99] Zu den gebräuchlichen Formulierungen: *Voci*, DER II 171.

[100] Pomp. 2 Sab. D. 28.6.14; Pap. 6 resp. D. 28.6.7; *Voci*, DER II 170 f.; *López Predreira*, Pupillaris substitutio (2006) 57.

[101] Paul. 9 quaest. D. 28.6.43.

[102] Iust. C. 6.26.9 (528) und Inst. 2.16.1, dazu *López Predreira*, Pupillaris substitutio (2006) 109–112.

[103] Zu dieser Bezeichnung Ulp. 6 Sab. D. 28.6.2 pr. und Paul. 10 quaest D. 28.6.44 pr.; vgl. *Voci*, DER II 175.

[104] Ulp. 6 Sab. D. 28.6.2.1; *Finazzi*, Sostituzione (1997) 185–187.

[105] Gai. 2.182; Mod. 2 pand. D. 28.6.1.2; *Voci*, DER II 171; *Finazzi*, Sostituzione (1997) 448–451; *Spina* in: Reinoso Barbero, Principios generales (2014) 828 f.

[106] Gai. 2.181; vgl. Epit. Gai. 2.4.2; Inst. 2.16.3; *Finazzi*, Sostituzione (1997) 153–158.

c. Rechtsfolge

War eine Pupillarsubstitution angeordnet und verstarb der *pupillus* vor Erreichen der Mündigkeit, so wurde der im Mündeltestament benannte Ersatzerbe Erbe des Mündels. Er erhielt das Vermögen des Mündels, in dem, wenn der Hausvater und Testamentsverfasser nicht von der Möglichkeit der Enterbung des Mündels im Haupttestament Gebrauch gemacht hatte, der Nachlass des Hausvaters enthalten war.[107] **42**

d. Doppelnatur der Pupillarsubstitution

Kennzeichnend für das Rechtsinstitut der Pupillarsubstitution ist sein Changieren.[108] Gaius spricht davon, dass es sich gewissermaßen um zwei Testamente handele, oder aber um eines, durch das zwei Erbschaften verteilt werden.[109] Die Juristen behandelten das Mündeltestament als eigenständige Verfügung, zuweilen aber doch als Bestandteil[110] des väterlichen Testaments. Julian vermerkte, dass die Formulierung *Titius mihi heres esto* – „Titius soll mir Erbe sein" bei der Ernennung des Ersatzerben zwar wirksam, aber eigentlich unzutreffend sei[111] (weil der Begünstigte nicht Erbe des Testamentsverfassers wird[112]). Demnach ist die Pupillarsubstitution nur in einem uneigentlichen oder weiteren Sinn eine Ersatzerbeinsetzung. Dennoch wird sie von den römischen Juristen als solche angesprochen. Zuweilen wird der im Mündeltestament Eingesetzte sogar als Erbe des Vaters bezeichnet.[113] **43**

e. Hauptprobleme

Viele der Fragen, die in den Quellen zur Pupillarsubstitution diskutiert werden, gleichen denen, mit denen sich die Juristen im Zusammenhang mit der Vulgarsubstitution beschäftigen. Jedoch ergaben sich aus der komplexen Rechtsnatur der Pupillarsubstitution zusätzliche Schwierigkeiten. Auch im Hinblick auf die Pupillarsubstitution diskutierten die Juristen über Probleme im Zusammenhang mit zu Lasten des Mündels **44**

---

[107] Ulp. 4 Sab. D. 28.6.10.5; vgl. *Voci*, DER II 171–173; zur Klassizität des Textes *Finazzi*, Sostituzione (1997) 118 f. mwN.; für Interpolation des Hinweises auf die Möglichkeit der Enterbung des *pupillus* aber *López Pereira*, Pupillaris substitutio (2006) 51.

[108] *Finazzi*, Sostituzione (1997) 4 f. und – zusammenfassend zur Entwicklung und zur Bedeutung des Schulgegensatzes zwischen Sabinianern und Prokulianern (→ § 1 Rn. 59) – 488–490; vgl. auch *Voci*, DER II 209–213; *Falchi*, SDHI 46 (1980) 411 f.; *López Pereira*, Pupillaris substitutio (2006) 61–71.

[109] Gai. 2.180.

[110] So ausdrücklich Gai. 11 l. Iul. Pap. D. 29.3.11.

[111] Iul. 24 dig. D. 37.11.8.1; vgl. auch Pap. 6 resp. D. 28.6.41.8.

[112] *Falchi*, SDHI 46 (1980) 416–418; *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 164–168; *Finazzi*, Sostituzione (1997) 127–130.

[113] Scaev. quaest. publ. tract. sing. D. 28.6.48.2 sowie besonders prononciert Paul. 13 resp. D. 28.6.46; zu diesen Texten *Finazzi*, Sostituzione (1997) 132–137.

bzw. des Ersatzerben angeordneten Einzelzuwendungen (Vermächtnissen, Fideikommissen und Freilassungen).[114] Besonders schwierige Fragen stellten sich im Zusammenhang mit der Anwendung der *lex Falcidia* (→ § 100 Rn. 51–58). In vielen Varianten wurde die Frage behandelt, ob es möglich war, die rechtlichen Schicksale der Nachlässe des *pater familias* und des *pupillus* von einander zu trennen.[115]

f. Weitere Entwicklung

45 Im Recht der Spätantike verschwammen die Grenzen zwischen Pupillarsubstitution und dem funktional ähnlichen Erbschaftsfideikommiss. Die Kanzlei Diokletians suchte die Unterscheidung der beiden Institute aufrecht zu erhalten.[116] In den justinianischen Institutionen wird die Pupillarsubstitution entsprechend dem klassischen Rechtszustand dargestellt.[117]

3. Stillschweigende Substitution

46 Ungeachtet ihrer besonderen Rechtsnatur (→ Rn. 43) stand die Pupillarsubstitution funktional der Vulgarsubstitution nahe. Die Vermutung, dass der Erblasser den Ersatzerben, dem die Erbschaft in einem Mündeltestament zugewendet war, die Erbschaft auch in dem Fall zukommen lassen wollte, dass das Mündel vor dem Erblasser starb oder der eingesetzte *postumus* (→ § 52 Rn. 5–8) nicht geboren wurde, war plausibel. Dasselbe gilt vom umgekehrten Fall: Wer einen minderjährigen Abkömmling zum Erben eingesetzt und einen Ersatzerben für den Fall bestimmt hatte, dass der Minderjährige nicht Erbe wird (Vulgarsubstitution), wollte diesem im Zweifel die Erbschaft auch in dem Fall zuwenden, dass der Minderjährige Erbe wurde, aber starb, bevor er selbst alt genug war, um ein Testament zu errichten. Es überrascht daher nicht, dass im klassischen Recht aufgrund einer Konstitution der Kaiser Marc Aurel und Lucius Verus angenommen wurde, jede Pupillarsubstitution enthalte stillschweigend auch eine Vulgarsubstitution – und umgegekehrt.[118]

---

[114] Dazu umfassend *Finazzi*, Sostituzione (1997) 313–422; vgl. auch *Voci*, DER II 181–187; *López Pereira*, Pupillaris substitutio (2006) 81–86.

[115] Vgl. z. B. Ulp. 4 Sab. D. 28.6.10.2; Ner. 2 membr. D. 29.2.59; *Voci*, DER II 187–208; *Finazzi*, Sostituzione (1997) 242–312.

[116] Diocl./Max. C. 6.26.7 (a.293) und C. 6.26.8 (a.293), dazu *Tellegen-Couperus*, Testamentary Succession (1982) 88 f.; *Finazzi*, Sostituzione (1997) 440–442; *López Pereira*, Pupillaris substitutio (2006) 106 f.

[117] Inst. 2.16 pr. und 2–4, dazu *Finazzi*, Sostituzione (1997) 486; *Pereira*, Pupillaris substitutio (2006) 107.

[118] Mod. heur. sing. D. 28.6.4 pr.; vgl. auch Ulp. 6 Sab. D. 28.6.2.6; *Voci*, DER II 217; *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 145; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 39 f.; *Finazzi*, Sostituzione (1997) 456; *López Pereira*, Pupillaris substitutio (2006) 95.

Die Konstitution der *divi fratres* markiert den Endpunkt einer langen Entwicklung. Schon in der bereits mehrfach erwähnten *causa Curiana* ging es um die Frage, ob die zugunsten eines gewissen Curius angeordnete Pupillarsubstitution auch als (stillschweigende) Vulgarsubstitution aufgefasst werden konnte. Das Zentumviralgericht (→ § 9 Rn. 29) bejahte die Frage mit der Folge, dass Curius die Erbschaft erhielt, obwohl dem Erblasser der Sohn, für den Curius als Ersatzerbe eingesetzt war, nie geboren wurde.[119] Nach dieser Einzelfallentscheidung, die zwischen 93 und 91 vor Christus fiel,[120] vergingen noch 250 Jahre bis zur Konstitution des Marc Aurel und des Lucius Verus. Sie bestätigte nicht nur das Ergebnis der *causa Curiana*, sondern legte darüber hinaus auch umgekehrt der Vulgarsubstitution die Wirkung einer Pupillarsustitution bei.[121] **47**

Ein Reskript des Antoninus Pius bestätigte die von den *divi fratres* getroffene Entscheidung.[122] Auch damit waren jedoch nicht alle Zweifelsfragen ausgeräumt. Es stand zwar fest, dass der Vulgarsubstitution die Wirkung einer Pupillarsubstitution beigelegt werden konnte und umgehrt. Es blieb aber eine Frage des Einzelfalles, ob dies dem Willen des Erblassers entsprach. Ein Reskript des Kaisers Severus Alexander zeigt, dass ein entgegenstehender Wille des Erblassers weiterhin zu beachten war.[123] **48**

V. Die Anwachsung von Erbteilen

Zur Anwachsung von Erbteilen (Akkreszenz) konnte es aus verschiedenen Gründen kommen, wenn ein Teil des Nachlasses keinem Erben zugewiesen war. Bei der testamentarischer Erbfolge kam es zur Anwachsung, wenn ein Erblasser in seinem Testament Erben auf Bruchteile eingesetzt, aber weniger als 12/12 des Nachlasses verteilt hatte (→ Rn. 14). Sowohl bei Vorliegen eines Testaments wie bei Intestaterbfolge konnte die Akkreszenz eintreten, wenn ein Erbe nachträglich wegfiel. Bei der testamentarische Erbfolge konnte sich das bei Tod oder sonstigem Wegfall des Bedachten nach Testamentserrichtung und vor oder nach dem Erbfall ergeben. Bei der Intestaterbfolge kam es zur Akkreszenz, wenn ein Außenerbe nach der Delation (→ § 56 Rn. 40), aber vor Antritt der Erbschaft wegfiel.[124] Zur Anwachsung im Vermächtnisrecht → § 60 Rn. 46–55. **49**

[119] Cic. Caecin. 53; 67, 69; Cic. Brut. 143–145; 256; 194–198; Cic. de orat. 1,180; 238; 242–244; 2,24; 140 f.; 220–221; Cic. top. 44; Quint. inst. 7,6,9 f.; vgl. auch Cic. inv. 2.122; *Voci*, DER II 215 f.; *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 15; *Falchi*, SDHI 46 (1980) 388–398; *Finazzi*, Sostituzione (1997) 82–95; *López Pereira*, Pupillaris substitutio (2006) 87–95; *Babusiaux*, Erbrecht (2015) 298–300.

[120] Zur Datierung *Finazzi*, Sostituzione (1997) 82 mwN. in Fn. 6.

[121] So *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 39 f.; *Finazzi*, Sostituzione (1997) 456; vgl. auch *Falchi*, SDHI 46 (1980) 421–423.

[122] Mod. heur. sing. D. 28.6.4, 1, dazu *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 37–9.

[123] Alex. C. 6.26.4 (a.224); vgl. auch Iust. 6.25.10 (a.531), dazu *Finazzi*, Sostituzione (1997) 457–459; *López Pereira*, Pupillaris substitutio (2006) 96.

[124] *Lösch*, Coniunctio (2014) 3.

50 Grundsätzlich wuchs ein frei gewordener Anteil allen Miterben im Verhältnis ihrer Anteile an.[125] Jedoch konnte der Erblasser bestimmte Miterben durch geeignete Formulierung des Testaments miteinander verbinden, das heißt, sie zu einer Gruppe zusammenfassen. Fiel ein Mitglied einer solchen Gruppe von *coniuncti* weg, so wuchs der freie Anteil den übrigen Mitgliedern und nicht sämtlichen Miterben an.[126] Im Einzelnen ergab sich eine unübersichtliche Kasuistik. Die Unterscheidung verschiedener Formen von Verbindung (*coniunctio re*, *re et verbis*, *verbis tantum*), die erst in der Spätklassik entstand,[127] ist zur Systematisierung wenig hilfreich.[128]

51 Der Anwendungsbereich der Akkreszenz wurde durch die *lex Papia Poppaea* (→ § 52 Rn. 23 und 46) stark eingeschränkt. Die *lex Papia Poppaea* bestimmte, dass beim nachträglichen Wegfall eines testamentarisch Bedachten dessen Anteile ebenso behandelt werden sollten, wie Anteile, die vom Bedachten aufgrund der Erwerbsverbote *lex Iulia de maritandis ordinibus* und der *lex Papia* selbst nicht erworben werden konnten.[129] Danach kamen anstelle der anwachsungsberechtigten Miterben nur solche Miterben, die Kinder hatten (*heredes patres*), und gegebenenfalls im selben Testament bedachten Vermächtnisnehmer mit Kindern (*legatarii patres*) zum Zuge. Gab es keine Erwerbsberechtigten Miterben oder -vermächtnisnehmer, so fiel der freie Anteil an die Staatskasse.[130] Allerdings blieb die Rechtlage vor Erlass der *lex Papia* (*ius antiquum*) für Aszendenten und Deszendenten bis zum dritten Verwandtschaftsgrad anwendbar. Miterben aus dem privilegierten Personenkreis konnten daher einen freigewordenen Anteil auch weiterhin nach den Regeln des Anwachsungsrechts erwerben.[131]

---

[125] Cels. 16 dig. D. 28.5.60.3; *Zimmermann*, SZ 101 (1984) 240 f.; *Lösch*, Coniunctio (2014) 4.

[126] Iav. 1 Cass. D. 28.5.64; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 54 Fn. 140. Die Quellen sagen oft nur, dass mehrere Erben verbunden sind. Die Konsequenzen für die Anwachsung werden in Texten angesprochen, in denen es gerade nicht zur Anwachsung unter den *coniuncti* kommt; vgl. Ulp. 7 Sab. D. 28.5.17.1; Pomp. 1 Q. Muc. D. 28.5.67.

[127] *Lösch*, Coniunctio (2014) 76.

[128] Vgl. *Zimmermann*, SZ 101 (1984) 242: „should not be taken as a hard and fast rule of law".

[129] Vgl. Gai. 2.206; Ulp. reg. 24.12 (beide zu Vermächtnissen), dazu mit weiteren Quellen *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 238–242.

[130] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 43.

[131] Ulp. reg. 18.1; Iust. C. 6.51.1.1b (a.534), dazu *Pérez Simeón*, Nemo (2001) 70–72; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 64 f.

§ 54 Gesetzliche Erbfolge

Markus Wimmer

Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern Römischen Rechts, 1822; *La Pira*, La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano, 1930; *Voci*, Diritto ereditario romano I. Introduzione. Parte generale, 2. Aufl., 1967; *Voci*, Diritto ereditario romano II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria, 2. Aufl., 1963; *Meinhart*, Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, 1967; *Voci*, Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. I. Il IV secolo. Prima parte, Iura 29 (1978) 17–113; *Voci*, Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero (Il V secolo), SDHI 48 (1982) 1–125; *Manthe*, Das Erbrecht der römischen Frauen nach der lex Papia Poppaea und die ratio Voconiana, in: Nève/Coppens (Hgg.), Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag, Nijmwegen, 23. bis 27. September 1990, 1992, 33–46; *Nelson/Manthe*, Gai Institutiones III 1–87. Intestaterbfolge und sonstige Arten von Gesamtnachfolge. Text und Kommentar, 1992.

Inhalt Rn.

I. Vorbemerkung zur zivilen Intestaterbfolge 1
II. Intestaterbrecht nach *ius civile* (*ex lege XII tabularum*, 451/450 v. Chr.) 7
1. Dezemvirale Intestaterbfolge nach Freigeborenen 7
a. Hauserbfolge der *sui* 7
b. Weitere Agnatenerbfolge 10
c. *Gentiles* 13
d. Vestalinnen 14
e. Neuinterpretation durch Juristenrecht 15
aa. Beschränkung des Intestaterbrechts von Frauen auf *consanguineae* 15
bb. Weitere Eingriffe 16
2. Das Intestaterbrecht nach Freigelassenen (Patronatisches Erbrecht) 17
a. XII–Tafel-Recht 17
b. Abänderungen nach dem Edikt des Prätors 23
c. Erweiterungen nach der *lex Papia Poppaea* (9 n. Chr.) 25
d. Nachfolge in den Nachlass eines *Latinus Iunianus* 28
3. Intestaterbrecht des *parens manumissor* 29
4. Wechselnde agnatische Beziehungen 30
5. Fehlendes Intestaterbrecht des Nichtehelichen 31

III. Durch *SCta* weiterentwickeltes ziviles Intestaterbrecht 32
1. Erbrecht der durch das *ius liberorum* privilegierten Mutter nach ihren Kindern: *SC Tertullianum* (unter Hadrian) 33
2. Intestaterbrecht der Kinder nach ihrer Mutter: *SC Orfitianum* (178 n. Chr.) 38
a. Konkurrenzen zwischen *SC Tertullianum* und *SC Orfitianum* 40
b. In die *bonorum possessio* hineinwirkende *ex-SCto*-Berufung – bessere zivile *heres*-Stellung 41
IV. Stellung der Intestaterben zueinander 42
V. Weiterentwicklungen durch die christlichen Kaiser 44
1. Erbrecht der Eltern 44
a. Weiterentwicklung: Erbrecht der Mutter 45
aa. Fallkonstellationen und strittige Punkte 46
bb. Gesamtbild der Tendenzen 52
b. Weiterentwicklung: Erbrecht des Vaters 58
c. Erläuterungen und Entwicklungen zur Nachfolge in das mütterliche Vermögen 66
d. Zusammenfassende Übersicht: *bona materna/paterna* 68
2. *Lex Anastasiana*: (Anastas. C. 6.58.11 [a.502]) 69
3. Erbrecht nach der Großmutter und den mütterlichen Großeltern 70
VI. Sondererbfolgen 71
VII. Erbrecht nach zum Tode oder *in metallum* Verurteilten 72
VIII. Gesetzliches Ehegattenerbrecht (Weiterentwicklung) 76
IX. Ausblick auf die Novellen Justinians 77

I. Vorbemerkung zur zivilen Intestaterbfolge

1 Sukzession *ab intestato* in das Hausvermögen[1] ergibt sich aus der Familienverfassung.[2] Ob *hereditas* als Komplex von *nominis*, *pecuniae*, *sacrorum* (Cic. dom. 13,35) die extrapatrimonialen Rechte (*sacra*, *ius sepulchri*, Tutel, Patronat aus Klientel und Freilassung, *ultio necis*) überhaupt einschloss, gilt als unsicher;[3] doch haben Tutel und

[1] *Familia pecuniaque* ist überwiegend literarisch, sonst nur *familia* oder *pecunia* allein, *Kaser*, RP I 97 Fn. 11, 13; *Monaco*, Hereditas (2000) 11 f., 41–43; *Terranova*, Testamentum I (2011) 37 Fn. 47; *Arces*, Disporre mortis causa (2013) 95–102; vgl. Cic. top. 6,29 (*hereditas est pecunia …*); *Korošec*, Erbenhaftung (1927) 13, dort zur Scheidung von vorklassischer *hereditas* (Vererbung der hausväterlichen Gewalt) und klassischer *hereditas* (Vererbung des Vermögens) 14–24.

[2] Nur der *suus* ist im Tafelrecht als *heres* (vgl. χῆρος = verlassen) bezeichnet, was (wohl missdeutend) in etwa so viel heißen soll wie „Herr“ (etymologisch umstritten ist Festus: *heres apud antiquos pro domino ponebatur* und so noch Gai. 3.154a), *Lübtow*, St. De Francisci I 417.

[3] *Kaser*, RP I 96–98; nun *Oliviero*, SDHI 68 (2002) 626 f.; zur Tutel: *Terranova*, Testamentum I (2011) 390–392. Ob Familienvermögen und Eigengut (*sua res*) des Verstorbenen in XII tab. 5.3 geschieden sind, ist zweifelhaft (*Kaser*, RP I 98); der Tafeltext scheint die Testierbarkeit mit Legatentestamenten auf die Sachen der *sua res* beschränkt zu haben, vgl. *Wlassak*, Erb- und Vermächtnisrecht I (1933) 15. *Sacra privata* waren an das Vermögen geknüpft und gingen daher auch sogar auf den Singularsukzessor über, Cic. leg. 2,19–21; *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 238 f.

hereditas eine weitgehend identische Struktur der Sukzession.[4] Den Begriff schulkontrovers zu deuten, ist vorgeschlagen:[5] *hereditas* ist mit *pecunia* identifiziert (Cic. top. 6,29) und meint Gegenstände des Aktivvermögens (sabinianisch); prokulianisch ist *hereditas* abstrakter zu sehen: als *res incorporalis* ist sie die Gesamtheit des bei Erbgang übernommenen Vermögens.[6]

Die Vorstellung einer Gesamtrechtsnachfolge in den Nachlass[7] eines Menschen (*successio in universum ius, quod defunctus habuit* – Nachfolge in das gesamte Recht, das der Verstorbene gehabt hat)[8] ist entwickelt. Intestaterbfolge (*hereditas ab intestato*, gesetzliche Erbfolge) tritt ein, sofern eine testamentarische weder vorhanden[9] noch zu hoffen[10] ist (Diocl./Maxim. C. 6.59.8 [a.294]);[11] *intestatus* ist, wer ohne Testament starb oder wessen Erbschaft unangetreten blieb (Paul. 67 ed. D. 50.16.64; Inst. 3.1 pr.).[12] Das System, dass sukzedieren soll, wen die Gesetze als Nächsten zur Erbschaft berufen (vgl. Ulp. 13 Sab. D. 38.16.2.4: *Legitima hereditas tantum proximo defertur* … – Die gesetzliche Erbschaft fällt nur dem Nächsten an), ist nahezu durchgängig sichtbar.[13] **2**

---

[4] *La Pira*, Successione (1930) 121–131; die Tutel eines *intestatus* geht an den nächsten männlichen Agnaten; Ulp. 14 Sab. D. 26.4.1 pr., Paul. 38 ed. D. 26.4.6; Gai. 1.155; *La Pira*, Successione (1930) 121 f.

[5] *Avenarius*, St. Labruna I 240 f.

[6] *Avenarius*, St. Labruna I 241; *Wacke*, SZ 123 (2006) 208–215: nur vermögensrechtliche Fortsetzung der Persönlichkeit (209); *Manigk*, s. v. hereditarium ius, RE VIII.1 622 f.: *sacra* zählen zu den Verbindlichkeiten (623). Für die *hereditas* ist das Surrogationsprinzip herausgebildet, *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 50 Fn. 19.

[7] Zum Umfang vgl. Ulp. 15 ed. D. 5.3.18.2; Paul. 20 ed. D. 5.3.19 pr.; → § 53 Rn. 2; auch die aktive und passive Vererblichkeit der *obligatio in dando* ist „sehr alt“ und mit XII tab. 5.9 in Verbindung zu bringen, wird aber das *nomen* (die Forderung) noch nicht enthalten haben, *Finkenauer*, Stipulation (2010) 23–25; *Bullo*, Nomina et debita (2005) 13–18, 61–67; zur Vererblichkeit von Schulden → § 58 Rn. 3–11.

[8] Iul. 6 dig. D. 50.17.62; Afr. 4 quaest. D. 50.16.208; Gai. 6 ed. prov. D. 50.16.24; Paul. 19 ed. D. 50.17.128.1; zum *succedere* von *sui* in die *possessio*: *Domisch*, Besitzübergang (2015) 170–174.

[9] Gar kein oder kein gültiges Testament vorliegt, mag es von vornherein nichtig, oder durch *capitis deminutio* des Erblassers *irritum* – vgl. Ulp. reg. 23.4, bei *ab hostibus captus* Ulp. 10 Sab. D. 28.3.6.5, *Nicosia*, Index 39 (2011) 276 f. –, durch Widerruf oder *agnatio postumi ruptum* oder durch Vorversterben oder Erbunfähigkeit aller eingesetzter Erben *destitutum* (*desertum*) geworden sein; vgl. Ulp. 12 Sab. D. 38.16.1 pr.; *Terranova*, Testamentum I (2011) 390; → § 52.

[10] Erbfolge *ab intestato* tritt erst mit dem nachträglichen Wegfall aller Testamentserben ein. Intestaterbe kann auch werden, wer durch ein dahingefallenes Testament enterbt war, Tryph. 19 disp. D. 37.4.20 pr.; Ulp. 10 Sab. D. 28.3.6 pr.

[11] *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 31.

[12] *Woeß*, Erbrecht (1911) 36; intestat ist auch, *qui testamento liberis suis tutores non dedit*, Paul. 38 ed. D. 26.4.6; *La Pira*, Successione (1930) 122.

[13] Wertungen des „Nächsten“ wechseln in Systemen: von *intestatorum hereditates ex lege XII tabularum* (agnatisch Nächster) bis zur Novellenliteratur Justinians: „Nächster“ kann ein Verwandter oder ein Fremder sein, Novell. Iust. 115.3 (a.542); *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 39.

3 Bestimmte Personenkreise sind zur *hereditas* berufen a) nach dem überkommenen Intestaterbrecht der XII Tafeln und später erweitert b) nach *SCta*, die die Funktion der alten Volksgesetzgebung übernommen hatten.[14] Solche Neuschöpfungen, die selbst nur dem *ius civile* angehörten, wurden aber nicht allein in das zivile Intestaterbrecht eingefügt, sondern in das vorgefundene Doppelsystem aus *ius civile* und *ius honorarium*.[15] Nicht bloß ergänzte dann das *ius novum* der *SCta* das *ius antiquum*, sondern überschnitt sich mit ihm,[16] sodass zivile Berufungen zur *hereditas* aus *SC* mit *ius antiquum* untereinander und wiederum mit der prätorischen Zulassung zur *bonorum possessio* konkurrieren konnten. Dies gilt für die *SCta* des 2. Jh. (*SC Tertullianum* und *Orfitianum*).

4 Subtile Beeinflussungen der *successio ab intestato* von Frauen zeigen sich nach der *lex Voconia* (169 v. Chr.), die in das testamentarische Erbrecht eingriff (durch das Einsetzungsverbot von Frauen). Juristeninterpretation des Intestaterbrechts „im Geiste der Voconia" (*ratione Voconiana*) schränkte auch das Intestaterbrecht bis auf den zweiten Grad mit dem *pater familias* verwandter Frauen ein.[17] Das Prinzip, die *sacra familiaria* nur an männliche Agnaten weiterzugeben,[18] machte sich auch hier geltend. Agnatisch Verwandte[19] leiten ihr Erbrecht vom Vater her (Gai. 1.156). Frauen können keine *sui* haben (Gai. 10 l. Iul. Pap. D. 38.16.13)[20] und somit keine agnatischen Erbbeziehungen erzeugen.

5 Wer *ex lege* oder aus einem *SC* als Erbe berufen ist, kann die Erbschaft ohne weiteres einfordern,[21] wahlweise aber auch aufgrund der *lex*, des *SC* oder einer Kaiserkonstitution die *bonorum possessio* beantragen.[22]

6 Im Bereich des patronatischen Erbrechts findet sich rechtstechnisch eine Stufenfolge schrittweiser Erweiterungen des Intestaterbrechts, das vom zivilen Erbrecht des Patrons *ex lege duodecim tabularum* ausging, prätorisch durch das Edikt verbessert und

---

[14] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 315.

[15] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 332.

[16] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 329.

[17] Zur Neuinterpretation durch Juristenrecht → Rn. 15.

[18] Eine Sorge der republikanischen Römer: *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 40.

[19] Verschieden von der natürlichen Verwandtschaft (Blutsverwandtschaft), die für sich noch kein Erbrecht gab. Die Möglichkeit, Kognaten zur Intestaterbfolge zu berufen, führten erst die *SCta Tertullianum* und *Orfitianum* ein, *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 12. Von *cognati* (Blutsverwandten) sagt Paul. grad. adfin. nom. sing. D. 38.10.10.6: *Cognationis origo et per feminas solas contingit* (von derselben Mutter geborene Brüder sind untereinander kognatisch verwandt, vom selben Vater mit verschiedenen Müttern gezeugte Brüder agnatisch). Ähnlich Mod. 12 pand. D. 38.10.4.2: *naturalis cognatio quae per feminas descendit.* Der Begriff „kognatisch" findet sich über die Familienrechte hinaus auch auf Sklaven angewandt, Paul. grad. adfin. nom. sing. D. 38.10.10.5.

[20] Daher gibt es auch keine *bonorum possessio contra tabulas* gegen Testamente von Frauen, Paul. 41 ed. D. 37.4.4.2; *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 207.

[21] Paul. 43 ed. D. 38.7.3; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 117.

[22] Ulp. 49 ed. D. 38.14.1 pr.–2; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 117.

schließlich durch die *lex Papia Poppaea* (9 n. Chr.) noch einmal erweitert wurde.[23] Sie gab dem Patron ein zusätzliches Erbrecht als *bonorum possessio ex lege* (→ Rn. 25, § 35 Rn. 1, § 37 Rn. 36–53). Das Intestaterbrecht des *ius civile* umschloss das Sukzessionsrecht nach Freigeborenen und nach Freigelassenen (patronatisches Erbrecht).[24]

II. Intestaterbrecht nach *ius civile* (*ex lege XII tabularum*, 451/450 v. Chr.)

1. Dezemvirale Intestaterbfolge nach Freigeborenen

a. Hauserbfolge der *sui*

Si intestato[25] *moritur* (XII tab. 5.3),[26] trat die Gesamtrechtsnachfolge ein, deren Objekt die *familia* war.[27] Diese umfasste die freien Gewaltunterworfenen, Sklaven, Vieh und alle übrigen Sachgüter. Alles, woran der Verstorbene berechtigt war, fiel an seine *sui*. Von ihnen ist literarisch überliefert,[28] dass sie das Erbe nicht als ein fremdes und zu erhoffendes Gut verstanden, sondern als schon lange in ihrem Besitz befindliches (Plin. paneg. 37,2: … *numquam ut aliena et speranda, sed ut sua semperque possessa* … – niemals wie eine fremde und zu erhoffende, sondern wie die eigene und schon immer besessene).[29] Strittige[30] Deutung sieht dies als „latente“ Mitberechtigung aller, die *in potestate patris sui* waren, welche mit Tod des Vaters einfach fortgesetzt wurde und in eine *libera bonorum administratio* überging (schattenhaft bezeugt in Paul. 2 Sab. D. 28.2.11).[31] Doch dürfte *continuatio dominii* nur meinen, dass den *sui heredes* der 7

[23] *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 36 f.

[24] Vgl. die Systematisierung Ulpians in den Büchern *ad Sabinum* 12–14.

[25] Zweifelhaft ist, ob *intestato* im Tafeltext enthalten war, *Lübtow*, St. De Francisci I 424.

[26] Vom Intestaterbrecht des Tafelrechts ausgeschlossen waren Vestalinnen, Gell. 1,12: *Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam, sed bona eius in publicum redigi aiunt.* Da sie von der Tutel frei waren, konnten sie schon vor erreichter Mündigkeit testieren (Gell. 1,12 → Rn. 14).

[27] *Mayer-Maly*, FS Wacke 263; *Hanard*, Mél. Sturm I 212 f.; *Finazzi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 231–235.

[28] Auch in der Steuergesetzgebung differenziert nachweisbar: Mit Erbschaftssteuer belastet waren nur fremde Erben (*heredes extranei*), nicht aber die *heredes domestici* (Hauserben), *Paulus*, Postmortale Persönlichkeit (1992) 82.

[29] *Paulus*, Postmortale Persönlichkeit (1992) 82: „Konservierungsgedanke, der keine unbeschränkte Verfügungsfreiheit gewährt“.

[30] Anders *Avenarius*, St. Labruna I 240, 247 f. gegen Mitberechtigung der *sui*, sondern für Erwerbsaussicht, Anwartschaft (248); zu deuten sei aus sabinianischem Vonselbsterwerb (241) und „vorwirkender“ Mitberechtigung (236); *continuatio domini* sei tradierte Vorstellung einer innerfamiliären Struktur, nicht Nebeneinander von *pater familias* und *sui*, sondern Nachfolgekonzept.

[31] *Negri*, Clausola codicillare (1975) 160 f.: Die *actio familiae erciscundae* zerstört die Einheit der agnatischen Familie (160 Fn. 34) und zur *familia proprio iure*; dazu *Monaco*, Hereditas (2000) 37 f.; *Paulus*, Postmortale Persönlichkeit (1992) 78 f. mwN.; *Willvonseder*, Index 27 (1999) 43. Vgl. schon *Rabel*, SZ 50 (1930) 326 f.; *Wieacker*, Hausgenossenschaft (1941) 11–15; *Lübtow*, St. De Francisci I

Nachlass *ipso iure* ohne Erwerbshandlung zufiel[32] nach dem Prinzip der agnatischen Verwandtschaft zum Hausvater.[33] Agnaten (*per virilis sexus personas* verbundene *legitima cognatio*) sind alle Personen, die, wenn ihr gemeinsamer Vorfahre noch lebte, unter ihm in derselben väterlichen Gewalt stünden;[34] sie sind *ex eadem domo et gente proditi* (aus demselben Haus und Stamm hervorgebracht).[35] Eine eigentliche Erbfolge der *sui*[36] verneint für die alte Zeit Paul. 2 Sab. D. 28.2.11: *olim* gab es keine Erbschaft (*nulla hereditas*); *sui* setzten einfach das Hausrecht fort.[37] Will ein *suus* den väterlichen Nachlass nicht haben, kann er zwar das *beneficium abstinendi* vom Prätor erbitten, dessen Gewährung aber an seiner *heres*-Stellung nichts ändert. Sind *sui* vorhanden, ist eine Delation an andere Erben ausgeschlossen.[38]

8 *Sui* (Hauserben, Gai. 2.157: … *sui … ideo appellantur, quia domestici heredes sunt* … – *sui* werden sie deshalb genannt, weil sie Hauserben sind) sind zur *hereditas* berufen,[39] und zwar:

a) *Liberi in potestate* und deren Abkömmlinge im agnatischen Familienverband: Leibliche, adoptierte oder arrogierte Hauskinder, die in der Hausgewalt des Sterbenden

---

416: *Sui* waren nur dann *heredes*, „wenn ihnen schon bei Lebzeiten des Vaters ein Mitrecht an der *familia*“ zustand. *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 179 gegen ein eigentliches „succedieren“ der *sui*, „weil sie schon bey Lebzeiten ihres Vaters gewissermaßen als Miteigenthümer der väterlichen Güter angesehen wurden, und dieses Eigenthum nach dem Tod des Vaters nur fortsetzen, oder vielmehr nun ein freyes Eigenthum erhielten.“ *Voci*, DER I 35: *sui* sind *quodam modo domini*, schon während der Vater noch lebt.

[32] *Wacke*, SZ 123 (2006) 212. Anders als *sui* sukzedieren Agnaten und die Gentilen (→ Rn. 13) nur, wenn sie es wollen (eine *cretio* ist zu vermuten), *Coppola*, Pro herede gestio I (1987) 109–133; *Kaser*, RP I 103 Fn. 16.

[33] *La Pira*, Successione (1930) 131–138: strukturell identisch zur Tutel: *in legitimis non est successio*, Ulp. reg. 26.5; Inst. 3.2.7.

[34] *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 34; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 53 f.

[35] Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.2: *Communi iure familiam dicimus omnium agnatorum. Nam etsi patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.* Sie stehen in einem gemeinschaftlichen Familienverhältnis zueinander, *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 48; *Fayer*, Familia I (1994) 17–76.

[36] Der weitere Berechtigte (*proximus adgnatus*), wenn keine *sui* da waren, konnte nicht *heres* („Hauserbe“) heißen, weil er außerhalb des Hausverbandes stand (*Lübtow*, St. De Francisci I 418). Von seiner Berechtigung ist gesagt *familiam habeto* (XII tab. 5.3).

[37] *Voci*, DER I 34 f. (Entwicklung komplexer Ideen): Der Erwerb der *sui* ist zunächst eher als *continuatio dominii* als eine eigentliche *hereditas* zu verstehen; *Avenarius*, St. Labruna I 245: im Prinzipat war dies nicht mehr geltendes Recht; gegen die Deutung als „Mitberechtigung“ der dafür verwendeten Stelle Ulp. 49 ed. D. 38.9.1.12; die Deutungen von *continuatio dominii* schwanken: reines Nachfolgekonzept oder „latente“ Mitberechtigung der *sui*.

[38] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 211.

[39] Nach Gai. 3.1–4, Paul. sent. 4.8.3,4,8,10; Ulp. reg. 26.1,2 = Coll. Mos. 16.4.1; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 489–492; Gliederungen bei *Lucrezi*, Successione intestata (2005) 28–45.

standen (*liberi in potestate morientis*).[40] Beispielsweise: der Sohn oder die Tochter oder der Enkel oder die Enkelin, die von einem Sohn abstammen, der Urenkel oder die Urenkelin, die von einem Enkel abstammen, der Sohn eines Sohnes ist. Der *emancipatus* sukzediert nicht, weil die Emanzipation die agnatische Verwandtschaft zum Vater zerstörte (Gai. 3.21: … *nomen agnationis capitis deminutione perimitur*).[41] Vermögen soll nicht in eine fremde Agnatenfamilie kommen: Kinder der Tochter (*nepos/neptis ex filia*) gehören zu einer anderen Familie, beerben also den Großvater nicht. Eine agnatische Verwandtschaft konnten Frauen nicht begründen, nur die männliche Linie ist berufen: ein Enkel oder eine Enkelin, die von einem Sohn abstammen, vorausgesetzt, sie waren in der Hausgewalt des Verstorbenen. Doch erben Enkel als *sui* nur, wenn ihr Vater *vivo patre suo desierit suus heres esse* (bei Lebzeiten seines Vaters aufgehört hat, Hauserbe zu sein.[42] Sie rücken dann an die Stelle ihres Vaters (Gai. 2.156). Gai. 3.2 sagt dies in den agnatischen Beziehungen fortgesetzt: Die vom Sohn abstammenden Enkel (oder Urenkel) kommen zum Zug, wenn der im Grad vorgehende Sohn (oder Enkel) aus der Hausgewalt ausschied.[43] Dann tritt *successio in suis* ein (Repräsentation mit Teilung *in stirpes*): die Enkel dieses Sohns treten an dessen Stelle und erben den Teil, den der vorverstorbene Sohn hätte (Ulp. reg. 26.2).[44] Enkel von einer vorverstorbenen Tochter hingegen beerben den Großvater nicht, weil sie zu ihm nicht agnatisch verwandt sind.

b) Mit den Hauskindern erbt die Ehefrau des Verstorbenen, die in seiner Ehegewalt stand (*uxor in manu*).[45] Sie stand im Verhältnis einer Tochter (Gai. 3.3: *sua heres est,*

---

[40] Gai. 3.2; Inst. 3.1.2. Nicht zivil erbberechtigt ist der Emanzipierte; der Freigelassene konnte seine eigene Familie haben, wodurch er sein Erbrecht zugunsten der in der Familie gebliebenen unfreien Kindern verlor; zu Motiven: *Woeß*, Erbrecht (1911) 34.

[41] Paul. 11 ed. D. 4.5.7 pr.: Emanzipierte haben aufgehört, Agnaten zu sein (*qui desinunt esse familia mutati*).

[42] Gai. 2.156.

[43] Durch Tod oder Emanzipation, Gai. 3.2; ferner zum *suus heres esse desinere* des Sohns durch Kriegsgefangenschaft: Ulp. 12 Sab. D. 38.16.1.4,5.

[44] Zur präziseren Fassung: *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 492. Vgl. ferner Ulp. 12 Sab. D. 38.16.1.4: *Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati* … (Wenn der Sohn aufgehört hat Hauserbe zu sein, folgen in seinen Teil alle von ihm abstammenden Enkel und Enkelinnen nach). Selbst wenn kein Fall einer *successio in suis* vorlag, konnte allgemein gelten: Der Enkel beerbt als *suus* den Großvater, wenn dem Sohn die Erbschaft nicht deferierte (unsicher, ob erst später ausgeweitet), Ulp. 12 Sab. D. 38.16.1.4. Ungewiss ist, ob dem Eintreten der Enkel an die Stelle des Sohnes eine Sohnesfiktion zugrunde lag, wie griechische Paraphrasen nahelegen; vgl. *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 195 mwN.

[45] Ein Bild von der beherrschenden und schützenden Hand; die *uxor* trat in die Familie ihres Mannes durch *confarreatio*, *coemptio* oder durch *usus*, die Ehefrau *in manu mancipioque* wurde *materfamilias* genannt, Gell. 18,6: … *non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti, et in suis heredis locum venisset*, doch schillert dieser Begriff (*materfamilias* wird für die *uxor in manu* gebraucht wie auch für die Frau *sui iuris*, *Wolodkiewicz*, St. Sanfilippo III 735–756); *Amunátegui Perelló*, Pater familias (2009) 343 Fn. 644: Die *loco-filiae*-Stellung ist bei Gaius dokumentiert (mwN. Fn. 644), sonst aber literarisch selten.

quia filiae loco est). Ihr Erbrecht ergibt sich damit aus einem agnatischen Verwandtschaftsrecht.[46]

c) Die Schwiegertochter in der Ehegewalt des Sohnes (*nurus in filii manu*) stand im Verhältnis einer Enkelin (*neptis loco*). Sie erbt als *sua heres* ihres Schwiegervaters, wenn ihr Mann (= der Sohn des Erblassers) nicht mehr in der Hausgewalt des Vaters stand. Die Ehefrau in der *manus* eines Enkels stand im Verhältnis einer Urenkelin (*proneptis loco*) und erbte, wenn der Enkel bei Tod des Großvaters nicht mehr in dessen Hausgewalt stand.

d) Erst nach dem Tod des Vaters geborene Kinder (*postumi*)[47] wären in dessen Gewalt, wenn sie noch bei Lebzeiten ihres Vaters geboren wären.[48] Nachgeborene, die bei Tod des Vaters bereits *in utero* waren,[49] sind seine *sui* und sukzedieren.[50] Ein Nachgeborener, den erst der Sohn des Erblassers nach Tod des Großvaters zeugte, sukzediert nicht dem Großvater als *suus*,[51] weil er bei dessen Tod nicht schon *in utero* existierte.[52]

9 Die Prinzipien sind: Erbschaften von testamentlos Verstorbenen fallen nach dem Zwölftafelgesetz an erster Stelle an die Hauserben: *Intestatorum hereditates (ex*[53] *) lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent* (Gai. 3.1). Hinzutreten zum Agnatenverband geschieht durch Hinzugeburt, durch Annahme an Kindes Statt,[54] durch Eintritt in die eheliche Gewalt oder durch Nachrücken an die Stelle eines Hauserben, beispielsweise des Enkels an die Stelle des verstorbenen oder aus der Gewalt entlassenen Sohnes.[55] Töchter und ihre Kinder (Enkel von der Tochter) integrieren sich in fremde Familien und zerstören damit das agnatische Band.[56] Nach der zivilrechtlichen *interpretatio* von XII tab. 5.4 bildet jedes Kind, das in der Vatergewalt des Verstorbenen stand und erst durch dessen Tod gewaltfrei wurde, einen Stamm für sich,[57] wofür auch

---

[46] Zu den *iura consanguinitatis* („Verwandtschaftsrechten"): *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 223.

[47] *Nepotes postumi ex filio*, der emanzipiert wurde, zählen zu den *sui* des Großvaters: *Lamberti*, Postumi I (1996) 143.

[48] Zur Fiktion: *Lamberti*, Postumi II (2001) 6; *Terreni*, Concepito (2008) 139, 170–194; *Ferretti*, In rerum natura esse (2008) 112–114.

[49] Wofür auch *in rerum natura esse* („existieren") gesagt ist, Iul. 69 dig. D. 1.5.26, Iul. 59 dig. D. 38.16.6, Cels. 28 dig. D. 38.16.7, Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3.9, *Terreni*, Concepito (2008) 114–136.

[50] Iul. 59 dig. D. 38.16.6; Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3.9, 10.

[51] Und erhielt auch nicht *unde cognati* die *bonorum possessio*, Iul. 59 dig. D. 38.16.6.

[52] Iul. 59 dig. D. 38.16.6.

[53] Das in Coll. Mos. 16.2.1 fehlende *ex* findet sich in Inst. 3.1.1; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 55 f.

[54] Auch diese war Frauen im Allgemeinen verschlossen (*ex rescripto principis adrogari possunt*), da diese eine agnatische (und nicht kognatische) Beziehung erzeugt, Paul. 35 ed. D. 1.7.23; *Giunti*, Index 40 (2012) 362; vgl. Diocl./Max. C. 8.47.5 (a.291); *Samà*, Index 27 (1999) 125.

[55] Ulp. reg. 23.3; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 434.

[56] *D'Alessio*, Index 38 (2010) 281–285; *Astolfi*, Index 27 (1999) 27–33 (insbesondere 32).

[57] *Stirps* (Stamm) meint umfassend die Deszendenz von ein und demselben gentilen Stammvater.

gesagt wird, dass es beginnt, eine eigene *familia* zu haben (Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.2: … *cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere* – wenn der Hausvater stirbt, fangen an einzelne Familien zu haben, wie viele Köpfe ihm unterworfen gewesen sind).[58] Hat der Verstorbene einen Sohn und von einem anderen, vorverstorbenen Sohn schon einen oder mehrere Enkel, so wird nach Stämmen geteilt, das heißt, der eine Sohn hat die Hälfte und die andere Hälfte haben die Enkel, wie viele es auch sind (Ulp. reg. 26.2: *non ut in capita dividatur, sed in stirpes* – nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen wird geteilt). Gradfernere Verwandte sind nicht ausgeschlossen: Wenn ein Enkel oder eine Enkelin, die von einem Sohn abstammen, sowie ein Urenkel oder eine Urenkelin, die von einem Enkel abstammen, vorhanden sind, sind alle zugleich zur Erbschaft berufen (Gai. 3.7).[59]

b. Weitere Agnatenerbfolge

Sind keine *sui* da, erben *consanguinei*, das sind Brüder und Schwestern vom selben Vater (*si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre*, Ulp. reg. 26.1, parallel überliefert in Coll. Mos. 16.4);[60] fehlen auch diese, so die *reliqui proximi adgnati*.[61] Beide Gruppen (*consanguinei* und *reliqui*)[62] sukzedierten als nächste Agnaten:[63] *agnatus proximus familiam habeto* (der gradnächste Seitenverwandte soll die Familie haben, XII tab. 5.3.; Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.1), das sind Seitenverwandte des Erblassers, die durch ihren Vater mit dem Verstorbenen verwandt sind und durch ihn zur selben Familie gehören: *per patrem cognati ex eadem familia*, Paul. grad. adfin. nom. sing. D. 38.10.10.2; Ulp. reg. 11.4.; Gai. 3.10: *per virilis sexus coniuncti*, auch wenn sie **10**

Nelson/Manthe, Gai Inst. Intestaterb. 64, dort auch zu Cic. de orat. 1,39; 1,176 *de toto stirpis et gentilitatis iure*.

[58] *Monaco*, Hereditas (2000) 47.

[59] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 492; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 53, 64.

[60] *Sperandio*, RIDA 58 (2011) 373.

[61] Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.1 zitiert noch Tafelrecht. Es ist glaubhaft, dass der Kreis der *sui* mit Gai. 2.156 übereinstimmt. Gegen Zweifel an einer ursprünglichen Erbberechtigung von Frauen im Tafelrecht schon *Kübler*, SZ 41 (1920) 15 f.; *Balestri Fumagalli*, St. Martini I 157 Fn. 1. Ist glaubhaft, dass in den XII Tafeln Männer und Frauen auch in der Agnatenerbfolge gleichgestellt waren (Paul. sent. 4.8.20), so schwinden Bedenken gegen die *sui*-Stellung von Tochter und Enkelin. Die weiblichen *sui heredes* (Tochter und Enkelinnen, *uxor in manu*) wurden lediglich gewaltfrei und an der Herrschaft über das Familiengut beteiligt, unterlagen aber der Gewalt eines Vormunds: *Melillo*, SDHI 68 (2002) 55–93; *Melillo*, St. Talamanca V 353–393; *Finazzi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 244–252 (älteres Schrifttum bei *Kunkel*, RP 308 Fn. 4 mwN.).

[62] Nach dem Bericht von Inst. 3.2.3a ist diese Scheidung erst durch eine *media iurisprudentia* eingeführt worden, die zwar jünger als die XII Tafeln, aber älter als die Kaiserkonstitutionen ist, *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 217; *Balestri Fumagalli*, St. Martini I 158, 164 f.; *Melillo*, Personae (2006) 68.

[63] Vgl. auch Cic. inv. 2,148; Rhet. Her. 1,23 unter Auslassung der *sui*: *Si paterfamilias intestato moritur familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto*; *Negri*, Clausola codicillare (1975) 161.

verschiedene Mütter hatten; beispielsweise: *eodem patre nati fratres*;[64] ebenso der *patruus fratris filius*,[65] Gai. 3.10. In letzterem Fall war anfänglich umstritten, ob Kinder von Brüdern des Erblassers bei ungleicher Zahl *in capita* oder *in stirpes* nachfolgen. Erbteile nach Kopfquoten hat sich durchgesetzt (Gai. 3.16). Die engere Bezeichnung *consanguinei* (juristisch technisch für *eodem patre nati*),[66] nämlich die Geschwister von der Vaterseite[67] (Agnaten des zweiten Verwandtschaftsgrades in der Seitenlinie), bildete eine Zwischengruppe zwischen den *sui* und den übrigen Agnaten.[68]

11 *Ex lege duodecim tabularum* sukzedierten Agnaten ohne Unterschied des Geschlechts nur nach Nähe des Grades.[69] Der nächste Agnat schloss den gradferneren aus; gleich nahe teilten die Erbschaft nach Köpfen (*Agnatorum hereditates dividuntur in capita*, Ulp. reg. 26.4, nicht nach Stämmen wie Hauserben).[70] Schlug ein *proximus agnatus* die Erbschaft aus oder starb er, ehe er antrat, so gilt seine Delation (Erbberufung) als erledigt; sind mehrere gleich nahe Berechtigte vorhanden, fällt ihnen der Anteil des Ausfallenden zu (*ius adcrescendi*); sind keine dem Ausgefallenen gleich nahe Mitberechtigte da, steht Agnaten nachfolgender Verwandtschaftsgrade kein Erbanspruch

---

[64] Doch auch die vom gemeinsamen Vater adoptierten Geschwister des Erblassers sind Agnaten, Inst. 3.2.2; Ulp. 13 Sab. D. 38.16.2.3.

[65] Als Beispiel des 3. Verwandtschaftsgrades, vollständiger umschrieben in Gai. 8 ed. prov. D. 38.10.1.5.

[66] In der Alltagssprache jedoch in umfassenderem Sinn gebraucht, etwa synonym mit *cognatus* (Blutsverwandter), und sogar mitunter von *popularis* (Landsmann), *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 66 mwN.

[67] Dagegen gebrauchte man für Geschwister von der Mutterseite (Halbbrüder und Halbschwestern von einer Mutter) den Ausdruck *uterini(/ae)*, Inst. 3.2.4; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 66; → § 55 Rn. 49.

[68] Im Sinne einer Zwischengruppe auch Ulp. reg. 26.1: die Intestaterbschaften nach Freigeborenen gehören *primum ad suos heredes …; si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre; si nec hi sunt, ad reliquos agnatos* (zuerst an die Hauserben …; wenn keine Hauserben da sind, an die Blutsverwandten, das sind die Brüder und Schwestern vom selben Vater (abstammend); wenn auch diese nicht vorhanden sind, an die übrigen Agnaten); vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 65; *Balestri Fumagalli*, St. Martini I 159–161; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 490: Die XII Tafeln (XII tab. 5.4) hatten noch unterschiedslos die *agnati proximi* in die 2. Klasse gesetzt, erst der Gerichtsgebrauch hob die *consanguinei* (ohnedies die nächsten Agnaten) hervor und bildete daraus eine eigene 2. Klasse, während die übrigen Agnaten, zu denen nur Männer gehörten, nach den *consanguinei* berufen waren. Vgl. die Parallelüberlieferung in Coll. Mos. 16.4.1.

[69] *Balestri Fumagalli*, St. Martini I 158; vgl. Inst. 3.2.3a; *Melillo*, Personae (2006) 72 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 68 Rn. 7; zur Gradesnähe nach Zahl der Zeugungen (erster Grad: Eltern/Kinder; zweiter Grad: Großeltern/Enkel; Geschwister zueinander usw.); überliefert sind Verwandtschaftsgrade bis zum siebten (Gai. 8 ed. prov. D. 38.10.1,3) und achten Grad (Pap. 6 resp. D. 38.8.9 pr.); auch der entfernteste Blutsverwandte in der männlichen Seitenlinie ist noch den Agnaten zugeordnet (Ulp. 13 Sab. D. 38.16.2.1); zum Vorrangsrecht der Agnaten auch *longissimo gradu* vor Kognaten vgl. Inst. 3.6.12 (im agnatischen Stammbaum sind alle auf weiblicher Linie beruhende Abstammungen zu eliminieren). Zur einzelnen Terminologie in den agnatischen/kognatischen Systemen: *Bettini*, Affari di famiglia (2009) 12–29, 37–52.

[70] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 69.

mehr zu (Gai. 3.12: *sequentibus nihil iuris ex lege competit*); nach Zivilrecht der XII Tafeln deferierte dann den Gentilen; nach (schon früher) *desuetudo* gentilizischen Erbrechts hatte der Prätor einzugreifen (ediktale Berufung der Kognaten, → § 57 Rn. 233–240).[71] In Gai. 3.15 ist die Konsequenz nochmals verdeutlicht: Hat der Verstorbene einen Bruder (zweiter Grad) und einen Sohn eines anderen Bruders (dritter Grad = Neffe), so hat der Bruder das bessere Recht, weil er gradnäher ist (anders bei *sui*, wo der Neffe repräsentiert); Ulp. reg. 26.5 überliefert: Unter *agnati eodem gradu* gilt Akkreszenz; tritt aber niemand von ihnen an, transmittiert nicht auf die folgenden Grade, *quoniam in legitimis hereditatibus successio non est*; die Deutung dieser Begründung schwankt: gemeint sein kann der Ausschluss der *successio ordinum*, also keine sukzessive Delation von einer Klasse auf eine andere (beispielsweise von Agnaten auf Gentilen), oder *successio graduum* (keine Sukzession auf entferntere Grade), oder keines von beiden, sondern ein allgemeines Prinzip, wie es für das Gesamtsystem auch zwischen *sui* und *proximi agnati* gilt, sei es, dass der *suus* antritt oder sich fern hält, das Ergebnis ist dasselbe, die *successio* wird nicht zugelassen.[72]

Männer und Frauen sind in der Agnatenerbfolge ursprünglich gleichgestellt: Paul. **12**
sent. 4.8.20 (= Coll. Mos. 16.3.20); Inst. 3.2.3.[73] Unsicher zu datieren ist die spätere Beschränkung des Intestaterbrechts der Frauen *iure civili Vocaniana ratione*[74] auf die *consanguinae* (Paul. sent. 4.8.20), also auf die bis zum zweiten Grad mit dem Verstorbenen Verwandten (→ Rn. 15). Wie weit die Gruppe der *proximi adgnati* in XII tab. 5.3 reichte, ist umstritten; herrschend scheint, dass das Zivilrecht keine Einschränkung in der Ferne des Verwandtschaftsgrades kannte.[75]

---

[71] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 69 f.

[72] So *Lambertini*, St. Nicosia IV 302.

[73] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 302: Dass in den allgemeinen Begriff der Agnaten (Personen, die im selben Hausverband stehen oder stünden, wenn ihr gemeinsamer *pater familias* noch lebte) Frauen nicht einbezogen gewesen wären, sei nicht ersichtlich. Zur aus Gai. 3.14 erkennbaren Neuinterpretation des Zivilrechts in diesem Punkt: *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 72; *D'Alessio*, Index 38 (2010) 288–290.

[74] Die Beschränkung war Interpretation der Rechtsgelehrten (eingeschränkt durch eine *media iurisprudentia* noch vor den Kaiserkonstitutionen, *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 217 f.; mit *media iurisprudentia* ist die den XII Tafeln nachfolgende Jurisprudenz bis zum Eingreifen des Claudius gemeint, *Melillo*, Personae (2006) 93 f.). Zur unklaren Deutung und Datierung von *ratione Vocoiana*: *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 33: „rätselhafte Interpretation des Zwölftafelrechts im Geiste der Voconia", und 39 f., ihm folgend *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 57 f. mwN., und den Deutungserwägungen: aufgegriffener Rechtsgedanke der *lex Voconia*, womit die Intestaterbbeschränkung jünger wäre, oder Beschränkung aus gleichen Erwägungen, die zur *lex Voconia* führten. Gesichert ist mit *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 57 lediglich, dass die Beschränkung der Erbberechtigung nicht durch die *lex* selbst geschah, sondern durch Juristenauslegung.

[75] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 69 mit Hinweis auf Pap. 6 resp. D. 38.8.9 pr. (Agnat des achten Grades); *Fayer*, Familia I (1994) 51 und 57 *all infinito*; dagegen *Franciosi*, Index 27 (1999) 36, weil nicht zu sehen sei, welchen Sinn dann die Sukzession der Gentilen gehabt haben solle. *Astolfi*,

c. *Gentiles*

13 Angehörige derselben *gens*[76] sind berufen, wenn es keinen Agnaten gibt (*si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*, XII tab. 5.5; Gai. 3.17, Ulp. reg. 26.1a, parallel überliefert in Coll. Mos. 16.4.1).[77] Die Interpretation von *nec escit* schwankt: gemeint sein kann: wenn Agnaten nicht vorhanden sind (strittig); damit ist nicht der Fall gemeint, dass Agnaten das Erbe ablehnen; gibt es zwar Agnaten, lehnen sie aber ab, bliebe die Erbschaft vakant; nur wenn Agnaten überhaupt fehlen, wäre die *gens* berufen (strittig): These der Inexistenz der *successio ordinum*.[78] Adoption oder Manusehe führte oft zum Eintritt in eine andere *gens*, nicht aber die Emanzipation; in der frühen Republik kam es vor, dass der aus dem Geschlechtsverband Ausgeschiedene selbst Stammvater einer neuen *gens* wurde, allerdings nur einer plebeischen (vgl. Cic. de orat. 1,39; 1,176 zum Streit zwischen *gentiles*[79] um eine Intestaterbschaft).[80] Die gentilizische Nachfolge kam außer Übung (Gai. 3.17: *in desuetudinem abiisse*).[81] Zur Zeit der Überlieferungen Gai. 3.17; Ulp. reg. 26.1a = Coll. Mos. 16.4.1 war Gentilerbrecht gegenstandslos; der veraltete Stoff ist nur aus Prestige der XII Tafeln tradiert.[82]

d. Vestalinnen

14 Eine Vestalin erleidet mit der Aufnahme in den Priesterstand zwar keine *capitis deminutio*, sie verliert aber die agnatische Verbindung mit ihrer Familie. Zwar ist sie testierfähig, kann aber *ab intestato* weder erben noch beerbt werden.[83]

Index 27 (1999) 27–33, insbesondere 32: bis zum dritten Grad in gerader, bis zum sechsten Grad in der Seitenlinie (mit Erwägungen zum Verbot der Verwandtenehe).

[76] Zur Debatte der (personifizierten) *gentiles* und der Gruppe der *gens* als eines impersonalen Subjekts: *Talamanca*, Mél. Magdelain 452, 459–462 (insbesondere 461 Fn. 65 mwN.); literarische Nachweise zu Wortbildung und gemeinschaftlichen Rechten der *gens* (*sacris*, *sepulchra communia*) bei *Franciosi*, Clan (1999) 297–313.

[77] Zum Problem der Erbenqualität der *gens*: *Talamanca*, Mél. Magdelain 447–476.

[78] Für wenig wahrscheinlich: *Oliviero*, SDHI 68 (2002) 628; *Klenová*, Pocta Blahovi (2014) 297–310: Erbe konnte werden, wer im Moment des Todes berufen ist (entweder ein *suus* oder *agnatus* oder die *gens*); war ein Agnat berufen, konnte nicht der Fall eintreten, dass nach ihm die *gens* berufen wird; durch *in iure cessio hereditatis ante aditionem* konnte ein Agnat die Delation übertragen (doch ist diese bei mehreren Agnaten ausgeschlossen, es akkresziert den anderen Agnaten).

[79] Zur Definition vgl. Cic. top. 6,29; eingehend *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 75; *Masi Doria*, Bona (1996) 31–44.

[80] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 75.

[81] *Franchini*, Desuetudine (2005) 32–38.

[82] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 491.

[83] Auch nicht von ihren Agnaten und Gentilen, Gell. 1,12 i.f. Der Ausschluss der Vestalinnen von der Intestaterbfolge hatte für sie zur Folge, dass sie von der Tutel frei waren (vgl. XII tab. 5.1) und nach erreichter Mündigkeit selbst testieren konnten. *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 239; *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 249; *Bolla*, SZ 59 (1939) 546 f.; *Düll*, SZ 70 (1953) 381.

e. Neuinterpretation durch Juristenrecht[84]

aa. Beschränkung des Intestaterbrechts von Frauen auf *consanguineae*

Abweichend vom früheren Zivilrecht, wonach Männer und Frauen in der agnatischen Erbfolge gleichstanden, hat sich die Juristenmeinung durchgesetzt, dass die Erbschaften nicht solchen Frauen zustehen sollen, welche gradferner als die Geschwister von der Vaterseite[85] sind (Gai. 3.14: … *hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent*);[86] sinngleich ist dies in Paul. sent. 4.8.20 (= Coll. Mos. 16.3.20) mit Bezug auf eine *Vocaniana ratio* mitgeteilt[87] (in Inst. 3.2.3 ohne diese Erwähnung); dass die Einschränkung des Intestaterbrechts der Frauen auf *consanguineae* durch die *lex Voconia* (169 v. Chr.) selbst verordnet worden sei, ist preisgegeben,[88] herrschend ist *Vocaniana ratione* als „analog zu den Bestimmungen des Voconischen Gesetzes", „aufgrund derselben Motivation" zu verstehen.[89] Die Neuinterpretation des Frauenintestaterbrechts im Geiste der *Voconia* dürfte schon bald nach der *lex Voconia*, etwa um die Mitte des 2 Jh. v. Chr., herrschend geworden sein.[90] Die weibliche agnatische Erbfolge war damit praktisch nur auf einen einzigen Verwandtschaftsgrad beschränkt, nämlich auf die Schwester des Erblassers (von der Vaterseite her, weil nur sie agnatisch im zweiten Grad verwandt ist), sowie auf die in Manusehe verheiratete Mutter (oder Stiefmutter des Verstorbenen).[91] Tanten, Nichten und alle weiteren Grade waren ausgeschlossen.[92] Dies erklärt sich aus parallelen Erwägungen zur testamentarischen Erbfolge von Frauen. Nur in diese griff die *lex Voconia* durch das Einsetzungsverbot von Frauen ein[93] mit dem Ziel, den Gang der Erbschaft zu den männlichen Agnaten nicht durch Frauenerbfolge zu stören.[94] Dieses Risiko bestand bei testamentarischer Einsetzung 15

[84] Vgl. die Scheidung bei Gai. 3.18 (*Hactenus lege XII tabularum* mit dem Sinn: „Damit sind gemäß dem Zwölftafelgesetz die Möglichkeiten der Intestaterbschaften erschöpft", *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 76) und eingefügten Juristeninterpretationen in Gai. 3.7,8,13,15,16; *Balestri Fumagalli*, St. Martini I 161.

[85] Technisch: *Consanguinei sunt eodem patre nati* (Coll. Mos. 16.3.15); *Giunti*, St. Metro III 109–133 (125); *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 181.

[86] Männliche Agnaten hatten weiterhin volles ziviles Intestaterbrecht bis zum entferntesten Verwandtschaftsgrad, auch nach Verlassenschaften nach Frauen, *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 73.

[87] *Balestri Fumagalli*, Lex Voconia (2008) 55–65; *Balestri Fumagalli*, St. Martini I 172–179 (Überblick über frühe Interpretationen); *Guarino*, Labeo 28 (1982) 189; *Voci*, Iura 29 (1978) 21.

[88] *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 57 Fn. 98; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 72.

[89] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 72; *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 35: „in Anwendung des der *lex Voconia* zugrundeliegenden Prinzips".

[90] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 72: „höchstens ein paar Jahrzehnte" nach der *lex Voconia*.

[91] *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 57; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 73.

[92] *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 35.

[93] Die *lex Voconia* verbot dem Erblasser eines Vermögens von mehr aus 100 000 Assen – möglicherweise auch eines Mindestvermögens von 125 000 Assen (Gell. 7,13) –, Frauen zu seinen Erben einzusetzen (*heredem facere*, *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 59); *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 2, 4, 54–57, 103.

[94] *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 42.

weiblicher Gewaltunterworfener, denen ein testamentarischer Vormund außerhalb des Kreises der nächsten Agnaten (ein *tutor testamentarius* schloss den gesetzlichen aus)[95] bestellt war. So konnte die Erbschaft aus dem Agnatenverband ausscheiden, während im Bereich des Intestaterbrechts der Frauen die Agnatentutel[96] sicherstellte, dass der Nachlass nach Frauen ungeschmälert wieder an den nächsten Agnaten zurückfiel[97] (*redire ad agnatos*).[98] Erst die Jurisprudenz erkannte, dass auch im Bereich des Intestaterbrechts ab dem dritten Verwandtschaftsgrad von Frauen das Risiko bestand, dass die Erbschaft aus dem ursprünglichen Agnatenverband fortfiel: Erbt *ab intestato* die Tante (dritter Grad) oder die Nichte (vierter Grad), so geht die Erbschaft nach ihrem Tod (*ab intestato*) an ihre nächsten Agnaten, während ein Dazwischentreten von Frauen des ersten und zweiten Grades unschädlich war: Ihr nächster männlicher Agnat ist identisch mit dem männlichen gesetzlichen Erben des Erblassers.[99] Um das gefährdete *redire ad agnatos* auszuschalten, erklärt sich die Beschränkung auf die *consanguineae* (von Frauen ererbtes Vermögen soll nach deren Tod wieder an die männlichen Intestaterben des Erblassers zurückfallen).[100]

bb. Weitere Eingriffe

16 Ein *SC Gaetulicianum*[101] ist überliefert, doch sind Datierung (nachgaianische Zeit, 178 n. Chr. oder schon 26 n. Chr. oder etwas später [strittig])[102] und Inhalt unsicher: es

---

[95] Gesteigert war das Risiko eines familienfremden *tutor testamentarius* noch durch die *optio tutoris* der Frauen: *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 138.

[96] Die *filia* usw. stand unter der gesetzlichen Vormundschaft ihres nächsten Agnaten, der zugleich ihr nächster Intestaterbe war, Gai. 1.165; *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 40.

[97] Dies erklärt, warum die *lex Voconia* nur in das testamentarische Erbrecht der Frauen eingriff und nicht in deren Intestaterbrecht: Die Befreiung von der Agnatentutel setzte ein Testament voraus, *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 135.

[98] Gai. 3.14 (Prinzip des Agnatenerbrechts): … *feminarum hereditates … ad nos agnationis iure redeunt atque masculorum* (Erbschaften von Frauen kommen, ebenso wie die von Männern, nach agnatischem Verwandtschaftsrecht an uns); *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 40.

[99] *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 41.

[100] *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 137 f. und grundlegend *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 42 mit der Erklärung der *ratio Vocaniana*: „Eine weibliche Person wird von der Erbfolge ausgeschlossen, wenn dadurch, daß sie erbt und die Erbschaft weitergibt, die Gesamterbfolge anders verläuft als in dem Fall, daß sie gar nicht erst erbt. Dieses Prinzip erklärt das zivile Agnatenerbrecht des 1. Jh. v. Chr.“ *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 220 (mit gleichen Erwägungen zur *ratio Vocaniana*: Die Erbschaft soll nicht an eine andere Familie kommen mit Hinweis auf *Mulier autem familiae suae et caput et finis est* in Ulp. 46 ed. D. 50.16.195.5); weiterer Meinungsstand bei *Balestri Fumagalli*, St. Martini I 162 Fn. 26.

[101] FIRA II 427 f.; *Meyer*, SZ 42 (1921) 49; *Volterra*, Scr. III 103–106; *Noy*, TR 56 (1988) 299–304; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 490; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 222–227.

[102] Anders *Meinhart*, SZ 83 (1966) 132: „26 oder 55 n. Chr.“; *Noy*, TR 56 (1988) 303: Wahrscheinlicher Namengeber ist Cn. Cornelius Lentulus Gaetulicus (26 n. Chr.), doch findet sich dafür kein

dürfte der kinderlosen[103] *uxor in manu* die Rechte als Hauserbin entzogen haben. § 3 ist zu rekonstruieren: Sie war nicht mehr *sua heres*; § 6 lautet rekonstruiert: (*Item uxor*) *quae* (*liberos non habet*), *licet in manu* (*fuerit, ex lege caduca*) *r*(*i*)*a nec ex liberis est nec sua heres nec fictic*(*ia actione age*)*t.*[104] Die in Manusehe lebende kinderlose Frau zählt nicht mehr zu den Kindern, sie verliert ihre *iura consanguinitatis* (Verwandtschaftsrechte, Recht als Hauserbin) und steht nicht mehr *filiae loco*; damit ist sie auch vom Prätor nicht mehr *unde liberi*, sondern erst *unde vir et uxor* berufen;[105] § 6 bezieht sich ferner auf eine Bestimmung der *lex Papia Poppaea* (9 n. Chr.), wonach ein Ehegatte, wenn aus der Ehe keine lebenden Kinder hervorgegangen sind, vom anderen Gatten (mit wenigen Ausnahmen) nur $^1/_{10}$ erwerben darf.[106]

2. Das Intestaterbrecht nach Freigelassenen (Patronatisches Erbrecht)

a. XII–Tafel-Recht

Nach einem männlichen, zum römischen Bürgerrecht Freigelassenen (*libertus*),[107] der **17**
ohne Testament starb,[108] waren zunächst dessen *sui* berufen (XII tab. 5.8; Ulp. reg. 29.1; Gai. 3.40; Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3 pr.: *primum suis … tunc patrono*).[109] Eigene Kinder (*sui*) konnte ein Freigelassener haben, aber keine *agnati*. Da ein Freigelassener als Sklave geboren wurde, hatte er während seiner Sklavenzeit keinen gesetzlichen Vater, unter dessen *patria potestas* er gestanden wäre. Ohne väterliche Gewalt stand er in keinem Agnationsverhältnis. In diese Lücke des fehlenden Agnaten trat der Patron.[110] Somit schlossen nur *sui heredes* des Freigelassenen dessen Patron vom gesetzlichen Erbrecht aus (Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3 pr.). Hinterließ der Freigelassene keine *sui*, erbte dessen Patron wie ein *agnatus proximus* („fiktiver" *agnatus proximus*).[111]

---

sicherer Beweis, oder sein Sohn Iulius Tiro Gaetulicus oder ein anderer Gaetulicus; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 226: Plausibel ist eine Datierung ins 1 Jh., da das *SC* die *lex Papia* logisch ergänzt; gegen Spätdatierung spricht auch, dass die *conventio in manum* schon im 1. Jh. nur noch selten war.

[103] Herrschende Vermutung, *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 224.

[104] *Noy*, TR 56 (1988) 301.

[105] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 223.

[106] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 223 f.

[107] *Oliviero*, Labeo 50 (2004) 244 Fn. 37; ferner zu den *libertinorum tria genera* (Gai. 1.12: *aut cives Romani aut Latini aut dediticiorum*) 239 f.; *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985) 49, 113, 193 f.

[108] Männliche Freigelassene waren nach altem Zivilrecht gleich testierfähig wie Freigeborene; der *libertus* konnte *extranei* einsetzen und seinen Patron ganz übergehen (*olim licebat liberto patronum suum impune testamento praeterire*, Gai. 3.40), *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 109; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 50. Setzte er testamentarisch nur eigene Kinder ein, war der Ausschluss des Patrons von der Erbfolge berechtigt. Zur *bonorum possessio contra tabulas* des Patrons auf die Hälfte des Nachlasses, wenn er Adoptivkinder oder die *uxor in manu* einsetzte → § 37 Rn. 35.

[109] Ein *libertus* konnte *sui* (ferner *adoptivi* und eine *uxor in manu, nurus in manu*) haben; Ulp. reg. 29.1 und Gai. 3.40 rekonstruieren den Tafeltext; *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 50 mwN.

[110] *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 34.

[111] *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 34; *Nelson/Man-*

18 Sind mehrere durch das Patronatserbrecht berechtigt,[112] schließt der nähere Patron entferntere Patronatsberechtigte nach der Strukturregel der Agnatenerbfolge aus; so etwa schließt der Patron den Sohn eines weiteren Patrons aus (Ulp. reg. 27.2), ebenso der Sohn eines Patrons den Enkel eines Patrons (Gai. 3.60),[113] und zwar – noch genauer – auch den Enkel desselben Patrons (Ulp. reg. 27.3).[114]

19 Der Ausschluss des Patrons durch *sui* eines männlichen Freigelassenen galt auch für die Patronin; waren keine *sui* da, wurde sie Alleinerbin (Gai. 3.49: *Patronae olim … hoc solum ius habebant … , quod etiam patronis ex lege XII tabularum datum est* – Patroninnen hatten einst [vor dem Papischen Gesetz] nur das Recht [auf den Nachlass von Freigelassenen], das auch den Patronen nach den Zwölf Tafeln gewährt worden ist).

20 Weibliche Freigelassene (*libertae*)[115] konnten weder *sui* noch *agnati* haben, sodass ihr Patron immer ihr einziger Intestaterbe war[116] (Gai. 3.43; Ulp. reg. 29.2: … *licet liberi sint libertae*).[117] Auch wenn die Freilassung von einer Frau vorgenommen worden war, schloss die Patronin die Kinder der *liberta* aus, weil Frauen niemals Hauserben haben können (Gai. 3.51).[118]

---

the, Gai Inst. Intestaterb. 99 (die Position des Patrons war damit einem *agnatus proximus* vergleichbar); *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 498 (der Agnatenerbfolge Freigeborener nachgebildet) und 499 (eine Art „Heimfall an das Familienvermögen des Patrons, aus dem sein Vermögen im Kern gekommen war“).

[112] Zur Freilassung von in Miteigentum stehenden Sklaven vgl. *a duobus manumissus*, Pomp. 4 Sab. D. 38.1.4; Marcian. 3 inst. D. 2.4.23; *Buckland*, Slavery (1908) 576.

[113] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 159, bezogen auf die Erbschaft eines *libertus civis Romanus*.

[114] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 498.

[115] Die freigelassene Sklavin wird *sui iuris* und römische Bürgerin, steht aber unter der Tutel ihres Patrons, Gai. 1.165, 3.43.

[116] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 218; *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 71. Testieren konnte die *liberta*, jedoch bis zur *lex Papia* nur unter Mitwirkung ihres Patrons, sodass dieser zumeist ihr alleiniger Testamentserbe war (Gai. 3.43). Erst mit der Befreiung von der Freigelassenentutel des Patrons (infolge *ius quattuor liberorum* der *lex Papia*) konnte die *liberta* bis auf den dem Patron zustehenden Kopfteil je nach Zahl der Kinder der Freigelassenen (*pars virilis*, Gai. 3.44) frei testieren (Gai. 3.44); *Kübler*, SZ 30 (1909) 167 f. Im Intestatfall änderte aber auch die *lex Papia* nichts daran, dass der Patron einziger Intestaterbe war, Gai. 3.51. *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 72; *Mette-Dittmann*, Ehegesetze (1991) 155; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 213–218. Neu geregelt ist das Erbrecht nach Freigelassenen erst unter Justinian: Inst. 3.7.3; Iust. C. 6.4.4 (a.531). Nach überwiegender Ansicht trat bis dahin keine wesentliche Änderung ein, *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 73 mwN. Auch nach prätorischem Recht schloss der Patron die Kinder der *liberta* aus, da er in der Klasse *unde legitimi* zum Zug kam, während Kinder der Freigelassenen nur die *bonorum possessio unde cognati* beantragen konnten, *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 72.

[117] Auch wenn sie Kinder hat, erbt der Patron. Zum umfassenden zivilen Erbrecht des Patrons (*semper ad eum hereditas pertinet*) und Textstruktur (Textausfall und Ergänzungsvorschlägen in Ulp. reg. 29.2): *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 515 f.

[118] Anderes galt in dem Sonderfall, dass die Patronin eine *capitis deminutio* erlitten hatte. Dann gingen Kinder der Freigelassenen aufgrund des kognatischen Verwandtschaftsverhältnisses zur freigelassenen Mutter der Patronin vor, Gai. 3.51.

War der Patron vorverstorben, traten dessen Angehörige in das patronatische Erbrecht ein, als wären sie mit dem verstorbenen Freigelassenen agnatisch verwandt (Gai. 3.45,46). Soweit männliche agnatische Angehörige des Patrons eintraten, änderte sich seit dem Zwölftafelrecht bis Justinian nichts. Weibliche Angehörige des Patronatsstammes traten nach Tafelrecht (*olim*, Gai. 3.46) sehr wahrscheinlich ohne irgendwelche Beschränkung eines Verwandtschaftsgrades ein, ihr Erbrecht als fiktive Agnatinnen des Freigelassenen dürfte aber mit unsicherer Datierung (jedenfalls schon zur Zeit des Gaius) wie das Erbrecht von wirklichen Agnatinnen eines Freigeborenen auf den zweiten Verwandtschaftsgrad (sogenannte *consanguinae*) beschränkt gewesen sein (*ratione Vocaniana*, → Rn. 15).[119] Ist zwar herrschend zu vermuten, dass fiktive Agnatinnen des dritten Grades ausgeschlossen waren, so bleibt doch unklar, wo der dritte Grad begann, ob etwa die Tochter eines Patrons dem zweiten Grad der fiktiven Agnation angehörte (zivil erbberechtigt) oder dem dritten (nicht zivil erbberechtigt).[120] **21**

Es ergibt sich also folgendes System: Der Freigelassene steht in quasi agnatischer Beziehung[121] zum Patron und dessen *sui* (*liberi*), nicht aber umgekehrt. Patronatisches Erbrecht der „zwei Richtungen“:[122] (a) die vom *libertus* begonnene *familia* setzen (in erster Linie [*primum*], Ulp. reg. 27.1) seine *sui* fort,[123] oder (b) nach einem *libertus* ohne *sui* fällt sein Erbe zurück in die Familie, aus der er hervorgegangen ist (*redire in familiam*), also an seinen Patron oder dessen *sui*.[124] Ist der Patron vorverstorben oder hat eine *capitis deminutio* erlitten, sind nach einem *libertus* ohne *sui* die agnatischen Familienmitglieder[125] des Patrons berufen, auch wenn sie der Patron (= ihr Vater) enterbte (Gai. 3.58,64); These der „notwendigen und autonomen“ Berufung.[126] *Adsignatio* (Zuteilung) der *iura patronatus* an nur einen Sohn (*SC Ostorianum*):[127] Unter meh- **22**

[119] *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 35; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 218–220.

[120] *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 35 vermisst genaue Hinweise; wohl hatte die Patronstochter nach altem Zivilrecht gar kein Erbrecht, weil nur dann eine analog verbessernde Regelung durch die *lex Papia* (mit strittigen Erwägungen) erklärbar ist (39).

[121] Der Akt der Freilassung begründet die agnatische Beziehung, *La Pira*, Successione (1930) 184; *Masi Doria*, Bona (1996) 31 zum Tafelrecht: Beziehung ähnlich der Agnation; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 498: der Agnatenerbfolge nachgebildet.

[122] *La Pira*, Successione (1930) 183: *continuazione* der begonnenen Familie und *riassorbimento* in die Familie, aus der der *libertus* hervorging.

[123] Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3 pr.; Gai. 3.40.

[124] Gai. 3.58; Tryph. 21 disp. D. 34.5.9.2.

[125] Unter ihnen gilt Akkreszenz und Teilung nach Köpfen (nicht nach Stämmen), Ulp. reg. 27.4; *La Pira*, Successione (1930) 186.

[126] *La Pira*, Successione (1930) 185.

[127] *Signorini*, Adsignare libertum (2009) 11 f., 17 f.; *SC* zwischen 41 und 47 n. Chr., *Sirks*, RIDA 30 (1983) 258; *La Pira*, Successione (1930) 203–221; D. 38.4 (*De adsignandis libertis*); Mod. 3 pand. D. 50.16.107; → § 37 Rn. 78.

reren *liberi in potestate*[128] kann der Patron die Patronatsrechte einem zuweisen,[129] wodurch die agnatische Beziehung zu den ausgeschlossenen *liberi* des Patrons erlischt.[130]

b. Abänderungen nach dem Edikt des Prätors[131]

23 Testierte der *libertus*, musste er dem Patron die *dimidia pars* hinterlassen; hinterließ er ihm nichts oder weniger, wurde dem Patron die *contra tabulas testamenti partis dimidiae bonorum possessio* (der Nachlassbesitz an der Hälfte) gegeben (Gai. 3.41) – „Pflichtteilsrecht des Patrons" (→ § 37 Rn. 36–53). Starb der *libertus* intestat, so galt:

a) Hinterließ er als *sui* nicht-leibliche Kinder (*adoptivi*) und Personen *in manu* (*uxor vel nurus, quae in manu filii fuit*, Ehefrau oder Schwiegertochter, die in der Gewalt des Sohnes war), wurde dem Patron in gleicher Weise der Nachlassbesitz an der Hälfte gegeben (Gai. 3.41).

b) Leibliche Kinder des Freigelassenen schlossen den Patron aus,[132] und zwar nicht nur die bei seinem Tod *sui* waren, sondern auch die Emanzipierten und in Adoption gegebenen, wenn sie (entweder) *aliqua ex parte* eingesetzt waren, oder als Übergangene die *bonorum possessio contra tabulas* beantragten (wodurch sie vorrangig zum Patron das Besitzrecht am ganzen Nachlass erhielten,[133] → § 37 Rn. 36); waren ein *emancipatus/emancipata* oder *in adoptionem datus/data* dagegen enterbt, verdrängte sie der Patron (*exheredati nullo modo repellunt patronum*).[134]

24 Motive:[135] Das Edikt rüttelte an der zu weit empfundenen Berechtigung der *sui*, zu denen auch der Adoptivsohn, die Adoptivtochter und die Ehefrau in der Ehegewalt zählten; abwägend zu diesen war es gegenüber dem Patron offensichtlich unbillig (*aperte iniquum*), dass für ihn kein Recht übrigblieb (*nihil iuris patrono superesse*, Gai. 3.40). Stirbt der *libertus* intestat und hinterlässt er einen Adoptivsohn oder eine Ehefrau in Ehegewalt oder eine Schwiegertochter in der Ehegewalt seines Sohnes, so hat

---

[128] Auch an Enkel, Ulp. 14 Sab. D. 38.4.3 pr.,1; strittig war, ob auch an einen Emanzipierten: Inst. 3.8.2: wird, wem zugewiesen ist, emanzipiert, erlischt die *adsignatio*; anders Mod. 9 pand. D. 38.4.9; Ulp. 14 Sab. D. 38.4.3.4,5; *Signorini*, Adsignare libertum (2009) 84 f., 88–96.

[129] Testamentarisch, brieflich oder durch *chirographum*, Scaev. 2 reg. D. 38.4.7.

[130] *La Pira*, Successione (1930) 185.

[131] Im Laufe der ersten Hälfte des 1. Jh. v. Chr. sind prätorische Edikte zur Verbesserung des patronatischen Erbrechts anzunehmen (Indiz ist Cic. Verr. 2,1,48; 2,1,125–126) (74 v. Chr.): *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 111 f.; *Masi Doria*, Bona (1996) 84–92.

[132] Die Unterscheidung in leibliche und „hinzugekommene" *sui* ist eine Besonderheit der prätorischen Sukzessionsordnung, *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 513.

[133] Jedoch wieder verändert nach der *lex Papia*, die die Rechte der Patrone vermehrte, Gai. 3.42 (→ Rn. 25).

[134] Gai. 3.41; Ulp. reg. 29.1.

[135] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 99 f.; *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 35 f. Bericht bei Gai. 3.40,41; *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 359–370.

der Patron die *bonorum possessio* auf die Hälfte (*dimidia pars*, Gai. 3.41); diese verloren also ihre Vorrangstellung. Leibliche Kinder (*naturales liberi*), nun also auch der Emanzipierte und der in Adoption Weggegebene, schließen aber den Patron aus (Gai. 3.41); dies vermehrte die Zahl der Erbberechtigten.[136] Die *bonorum possessio dimidiae partis* des Patrons *contra suos non naturales* des *libertus* ist eine *bonorum possessio dimidiae partis* sowohl *contra tabulas* als auch *ab intestato* (Struktur nach Gai. 3.41: Testiert der Freigelassene, soll er dem Patron die Hälfte hinterlassen, die *bonorum possessio dimidiae partis* setzt aber auch bei der Intestaterbfolge ein); Ulp. 42 ed. D. 38.2.1 pr.–2 erwähnt ein Urbild der Gesellschaft (*imago societatis*), die Patron und Freigelassener eingehen (→ § 37 Rn. 41 f.); demnach ist die *bonorum possessio dimidiae partis* auch als Instrument nach der Abschaffung der *societas Rutiliana* erklärt.[137]

c. Erweiterungen nach der *lex Papia Poppaea* (9 n. Chr.)

Die *lex Papia* gab dem Patron ein zusätzliches ziviles Erbrecht[138] (eine *bonorum possessio ex lege*)[139] nach einem begüterten *libertus*:[140] Stirbt ein *libertus centenarius* (Freigelassener, der mehr als 100 000 Sesterzen hinterließ),[141] der weniger als drei Kinder gezeugt hat, intestat (oder mit Testament: *sive … testamento facto sive intestato*), so wird dem Patron neben den noch lebenden Kindern des Freigelassenen ein Kopfteil geschuldet (Gai. 3.42: *virilis pars patrono debeatur*); das heißt, der Patron tritt zu den leiblichen Kindern des Freigelassenen hinzu und teilt mit diesen mit; neben einem Kind die Hälfte, neben zwei Kindern ein Drittel; drei Kinder schließen den Patron aus (→ § 37 Rn. 44, 46–51). 25

a) Nach einer *liberta intestata*, die nicht durch das Vierkinderrecht privilegiert war, blieb der Patron nach Zivilrecht Alleinerbe (erschlossen aus Gai. 3.44).[142]

---

[136] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 100.

[137] Zur doppelten Rückführung der *bonorum possessio dimidiae partis* (auf *aperte iniquum* in Gai. 3.40,41 und nach der abgeschafften *societas Rutiliana*, vgl. *Meissel*, Societas (2004) 198–204) *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 359–370, 372–403. „Innere Rechtfertigung" dieses Erbrechts aus der Übung, als Gesellschafter am Vermögen des Freigelassenen beteiligt zu sein: *Knütel*, SZ 134 (2017) 281. Zum Verlust des Freilassererbrechts → § 28.

[138] Die Rechte der Patrone wurden „vermehrt", Gai. 3.42: *lege Papia aucta sunt iura patronorum.*

[139] Der Patron wird vom Prätor neben den Kindern des Freigelassenen vor jeder Klasse *ex lege* berufen, *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 100, 117.

[140] Gai. 3.42: … , *quod ad locupletiores libertos pertinet.* Nach allen anderen *liberti intestati* änderte sich für den Patron nichts, vgl. die Übersicht bei *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 214 und *Sirks*, RIDA 28 (1981) 275.

[141] Gegen fraudulöse Verringerung seines Vermögens sind die *actio Fabiana* und *Calvisiana* zu geben: Ulp. 10 l. Iul. Pap. D. 37.14.16 und die Titel D. 38.5 und C. 6.5; *Zoz de Biasio*, Rimedi (1978) 12–64; *Mentxaka*, RIDA 35 (1988) 223–244; *Masi Doria*, Bona (1996) 179–224.

[142] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 218; die *liberta* ohne *ius liberorum* stand weiterhin unter der Tutel des Patrons; die Frage, wer sie sonst beerben konnte, existierte nicht, *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 73; zur Frage, wann dieser Zustand endete, bestehen nur Hypothesen (*Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 73 Fn. 20).

b) Nach einer privilegierten (vier oder mehr Kinder) *liberta*, die frei von der Freigelassenentutel testierte,[143] ergaben sich Konkurrenzen mit dem Intestaterbrecht des (undankbar nicht testamentarisch bedachten) Patrons: Je nach Zahl der Kinder, die eine Freigelassene zum Zeitpunkt ihres Todes hatte, wurde ihm ein Kopfteil geschuldet (*virilis pars patrono debebatur*), also bei vier Kindern ein Fünftel;[144] hat die Freigelassene aber alle ihre Kinder überlebt, gehört die gesamte Erbschaft dem Patron (Gai. 3.44). Starb eine privilegierte *liberta* intestat, meint eine Mindermeinung auch hier, dass der Patron neben den Kindern der *liberta intestata* nur zur *portio virilis* nachfolgt, herrschend[145] ist aber, gestützt auf Gai. 3.51,[146] dass die *lex Papia* in diesem Fall nichts änderte: Da eine *liberta* keine *sui* hinterlassen konnte, beerbt sie der Patron – sowohl zivil als auch prätorisch (in der 2. Klasse *unde legitimi*) – allein und schließt ihre Kinder aus (die erst, da sie keine Hauserben waren, in der 3. Klasse *unde cognati* berufen waren).[147]

c) Die Rechte des Patrons nach b) sind übertragen auf seine Deszendenten in männlicher Linie (Gai. 3.45: *quae diximus de patrono, eadem intellegemus et de filio patroni, item de nepote ex filio, pronepote ex nepote filio nato prognato* – dasselbe, was wir vom Patron gesagt haben, werden wir auch vom Sohn des Patrons verstehen, ebenso von einem Enkel, der vom Sohn abstammt, und von einem Urenkel, der von einem Enkel abstammt, welcher Sohn eines Sohns ist); „Patron" schließt seinen Sohn, seinen *nepos ex filio* und seinen *pronepos ex nepote ex filio* ein.[148] Hausfremde Erben des Patrons sind von seinem patronatischen Erbrecht ausgeschlossen.[149]

d) Stirbt der Freigelassene intestat nach dem Patron und hinterlässt er *filii naturales*, so schließen diese die Kinder des Patrons ganz aus; hinterlässt er *filii adoptivi* oder Personen *in manu* (*uxor* oder die Schwiegertochter), haben Kinder des Patrons die Hälfte (*bonorum possessio ab intestato*) (Gai. 3.41).[150]

---

[143] Vier Kinder befreiten sie nicht *ipso facto* von der gesetzlichen Tutel des Patrons, sondern auf Antrag der Frau, *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 121 f. Frei von der gesetzlichen Vormundschaft konnte die *liberta* den Patron testamentarisch enterben und ihre Kinder einsetzen; die *bonorum possessio contra tabulas* half dagegen nicht (→ § 37 Rn. 38); erst die *lex Papia* gab dem Patron eine zusätzliche *bonorum possessio contra tabulas libertae* auf den Kopfteil, *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 36.

[144] Der Patron war durch das *ius liberorum* nicht völlig von der Erbschaft ausgeschlossen; von der Leseunsicherheit des Gaius-Textes ist die *virlis pars* des Patrons nicht betroffen; zu Konjekturen *lex prospexit, ut* ist lückenschließend Ulp. reg. 29.3 und Quint. decl. 307 herangezogen, *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 122 f. mwN.

[145] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 220; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 124.

[146] Da sich auch für eine Patronin (mit Kinderprivileg) einer intestat verstorbenen *liberta* durch das Papische Gesetz nichts änderte, muss dies umso mehr für den Patron gelten, *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 220 mit *Samper*, AHDE 41 (1971) 182.

[147] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 124; *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 72.

[148] Tabellarische Übersicht bei *Sirks*, RIDA 28 (1981) 275.

[149] Gai. 3.48: *apparet extraneos heredes patronorum longe remotos esse* (Daraus wird klar, dass hausfremde Erben der Patrone bei weitem fern stehen).

[150] Hinterlässt der *libertus* ein Testament, in dem er nicht die eigenen Kinder einsetzte, haben

e) Rechte der Patronstochter mit Kinderprivileg: Gegen nicht leibliche *sui* (*adoptivi* und Personen *in manu*) hat nur die privilegierte Patronstochter die *bonorum possessio contra tabulas* (Gai. 3.46). Nicht geregelt war, ob die Tochter des Patrons mit Kinderprivileg ein Noterbrecht gegen das Testament einer privilegierten Freigelassenen hat (Lücke im Gesetz): Soll die privilegierte Patronstochter einen Kopfteil neben den von der privilegierten *liberta* (vier oder mehr Kinder) testamentarisch eingesetzten eigenen Kindern bekommen, *contra tabulas libertae* (gegen das Testament der Freigelassenen)? Gai 3.47: Das erreicht sie nicht einmal mit Hilfe des Kinderrechts, wie einige meinen: *ne liberorum quidem consequitur, ut quidam putant.* Zu vermuten ist, dass die Patronstochter vor der *lex Papia* kein ziviles Intestaterbrecht nach einer Freigelassenen hatte (seit der Neuinterpretation des Zivilrechts *Voconiana ratione*) und erst die *lex Papia* die privilegierte Patronstochter mit einem Kopfteil neben Kindern der privilegierten Freigelassenen belohnte.[151]

Übersicht über Konkurrenzen: **26**

1) Patron oder seine männlichen Nachkommen/intestat verstorbene *liberta* mit Kinderprivileg: Der Patron (seine männlichen Nachkommen) erbt (erben) alles.

2) Kinder nach der *liberta* (*testata*/*intestata*) mit Vierkinderprivileg/Patronstochter mit Dreikinderprivileg: Nach der *liberta testata*, die ihre Kinder einsetzte, erbt die Patronstochter nichts (herrschende Meinung der *quidam*); nach der *liberta intestata* ist zu rekonstruieren:[152] Die privilegierte Patronstochter steht schlechter als die männlichen Nachkommen des Patrons; nach der *lex Papia* (Gai. 3.47) soll sie nur die *pars virilis* (den Kopfteil) haben. Eine *nicht* privilegierte Patronstochter bleibt neben Kindern einer intestat verstorbenen privilegierten *liberta* ausgeschlossen. Die Herabsetzung der privilegierten Patronstochter auf den Kopfteil verbessert umgekehrt das Erbrecht der Kinder nach der privilegierten *liberta*.

Änderungen zugunsten der Patronin (Gai. 3.49): Nach altem Zivilrecht hatte die *patrona* die gleichen Rechte wie der Patron; sie erbte also nur, wenn der *libertus* intestat ohne *sui* starb, testamentarisch konnte er sie ganz übergehen. Die Änderungen nach dem Edikt des Prätors zugunsten des Patrons (→ Rn. 23) galten für sie nicht (Gai. 3.49).[153] Erst die *lex Papia* gab einer freigeborenen Patronin mit zwei Kindern, **27**

Abkömmlinge des Patrons die Hälfte: *bonorum possessio dimidiae partis* gegen das Testament des Freigelassenen, Gai. 3.46.

[151] *Manthe*, in: Nève/Coppens, Vorträge Rechtshistorikertag Nijmwegen (1992) 38 f. Die Unsicherheit zum vorigen Rechtszustand ergibt sich daraus, dass unklar ist, ob man die Tochter des Patrons als fiktive Agnatin der *liberta* ihres Vaters zum zweiten oder zum dritten Grad ihrer fiktiven Verwandtschaft rechnet. Zählte sie zum zweiten Grad, wäre sie zivil erbberechtigt nach der *liberta* und die Gewährung (nur) eines Kopfteils nach der *lex Papia* verschlechterte ihr Erbrecht. Zählte sie zum dritten Grad (nicht zivil erbberechtigt), verbesserte sich ihr Erbrecht.

[152] *Nelson*/*Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 132 f., 219.

[153] *Masi Doria*, Bona (1996) 149–156; *Nelson*/*Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 136: Die Position der Patronin war einigermaßen mit der einer Patronstochter vergleichbar; wie diese bekam sie niemals ediktale Vergünstigungen des Prätors.

einer freigelassenen Patronin mit drei Kindern, annähernd die Rechte, die Patrone nach dem Edikt des Prätors haben (*eadem fere iura, quae ex edicto praetoris patroni habent*, Gai. 3.50 → Rn. 23, § 37 Rn. 37–39).[154] Nach einer *intestat* verstorbenen weiblichen Freigelassenen bringt auch die *lex Papia* für die Patronin nichts Neues (*nihil novi patronae liberis honoratae praestat*, Gai. 3.51): Da Frauen keine *sui* haben, konnte die Freigelassene auch nicht von ihren Kindern beerbt werden; der Nachlass einer *liberta* fällt an die Person, die sie freiließ; die Patronin schließt die Kinder der *liberta* aus, gleichgültig, ob die Patronin das Zweikinderrecht hatte oder nicht (*etiam si liberis honorata non sit patrona*); nur eine *capitis deminutio* der Patronin (wodurch die patronatische Bindung erlosch) konnte ihr das Intestaterbrecht entziehen.[155]

d. Nachfolge in den Nachlass eines *Latinus Iunianus*

28 Junianische Latiner[156] waren ursprünglich Sklaven (*olim ex iure Quiritium servos fuisse*), die nach dem Schutz des Prätors[157] in Freiheit lebten *per legem Iuniam* (Gai. 3.55), den Koloniallatinern gleichgestellt (erste Fiktion des Gesetzes).[158] Die *lex Iunia* verbot ihnen zu testieren,[159] nach ihnen war daher nur ein Nachlass *ab intestato* denkbar. Eine Intestatsukzession zwischen Römern und Koloniallatinern war freilich nicht möglich, da es zwischen Bürgern verschiedener Staaten keine Agnation geben konnte.[160] Die Patrone von Junianischen Latinern verlören damit ihre Patronatsrechte, weshalb die Gleichstellung wieder gesetzlich durchbrochen wurde: Der Nachlass nach Junianischen Latinern soll in gleicher Weise den Freilassern gehören, wie wenn das Gesetz nicht erlassen worden wäre (*proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset*, Gai. 3.56: zweite gesetzliche Fiktion),[161] ihr Vermögen soll gleichsam als Sklaven-*peculium* dem Patron zufallen (*iure quodammodo peculii ad manumissores ea lege pertinent*).[162] Auf die *bona Latini* hat der Patron eine Klage, die ihm eine *bonorum possessio*

[154] Hat die Freigelassene testiert, hat die Patronin ohne Kinderrecht keine *bonorum possessio contra tabulas* (*nihil iuris habet contra libertae testamentum*); mit Kinderrecht hat sie die *bonorum possessio contra tabulas per legem Papiam*, Gai. 3.52.

[155] Gai. 3.51; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 138.

[156] Gai. 1.22; Inst. 1.5.3; *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985) 84–87. Latiner wurden sie genannt, weil das Gesetz wollte, dass sie ebenso frei sind, als wären sie freigeborene römische Bürger.

[157] Gegen Versuche des früheren Herrn, sie mit *vindicatio in servitutem* in die Sklaverei zurückzuholen.

[158] Gai. 3.57: *ea fictione* mit der Folge: *res Latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent*. Konsequenz dieser Fiktion war, dass das Vermögen verstorbener Latiner nicht mehr dem jeweiligen Patron zustünde, weder *manumissionis iure*, noch *iure peculii*. Die (fiktive) agnatische Verbindung ist zerstört; *Sirks*, RIDA 30 (1983) 252: Gai. 3.56 ist so zu verstehen.

[159] Gai. 1.23; Ulp. reg. 20.14.

[160] Der Intestatnachlass nach einem junianischen Latiner käme an seine Deszendenten, *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 155.

[161] Gai. 3.56; doppelte Fiktion: *Balestri Fumagalli*, Lex Iunia (1985) 71 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 155.

[162] *Sirks*, RIDA 28 (1981) 271 f.

mit vollständigem Ausschluss der Kinder des Latiners oder weiterer Deszendenten gewährt.[163]

3. Intestaterbrecht des *parens manumissor*

Der Vater, der sein Kind emanzipierte[164] (*parens manumissor*), beerbt es, wenn es keine *sui* hinterlässt.[165] Das „gesetzliche" Erbrecht nach dem Emanzipierten kommt aus dem patronatischen System (XII tab. 5.8).[166] Neben *extranei heredes* (testamentarisch eingesetzten hausfremden Erben) des Emanzipierten hat der *parens manumissor* die Hälfte *contra tabulas* (Gai. 3.41). Grundlage ist das Edikt *si a parente quis manumissus sit*[167] gegen das Testament des emanzipierten Sohnes, der nicht von *liberi* beerbt wird, nach dem Beispiel der *bonorum possessio contra tabulas* des *patronus liberti*.[168] Seine Beschränkung der Testierfreiheit kann der Emanzipierte durch Geldzahlung an den Vater ablösen.[169] Keine *bonorum possessio contra tabulas* war gegen Verfügungen über das im Heeresdienst erworbene Vermögen zu geben; dieses konnte der *emancipatus filius miles* frei vererben.[170] **29**

4. Wechselnde agnatische Beziehungen

Offenbar keinen raren Sonderfall bildete es, wenn der Vater den Emanzipierten wieder adoptierte, Mod. 2 reg. D. 1.7.41;[171] damit ist sein Sohn wieder *suus*. Verblieb der Sohn eines Emanzipierten (= der Enkel) in der *potestas* seines Großvaters, so fiel der Enkel **30**

[163] *Sirks*, RIDA 30 (1983) 277.

[164] Auch, wer von weiteren Aszendenten freigelassen wird, etwa der *nepos ab avo* (der Enkel vom väterlichen Großvater), vollständig: *qui a patre avove paterno proavove paterni avi*, Ulp. 45 ed. D. 37.12.1.1; sie haben die *bonorum possessio contra tabulas exemplo patroni*, Ulp. 45 ed. D. 37.12.1 pr.

[165] Ulp. Coll. Mos. 16.9.2; Inst. 3.2.8. Justinian bewahrte die Stellung des *parens manumissor*, Iust. C. 6.4.4 (a.531); *Voci*, DER II 45.

[166] *D'Alessio*, Capitis deminutio minima (2014) 88 f.: Der *parens manumissor* hat die typischen Patronatsrechte.

[167] D. 37.12 zum Edikt *Si a parente quis manumissus sit*, *Lenel*, EP 341 f.

[168] Erklärt wird die *bonorum possessio contra tabulas* auch aus pauschaler Abgeltung der für den Emanzipierten eröffneten Möglichkeit auf eigenen Vermögenserwerb (Ulp. 45 ed. D. 37.12.1 pr.); der Gedanke der Abgeltung ist echt: *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 90 f.

[169] Ulp. 45 ed. D. 37.12.1.3: *exceptio doli* gegen die dennoch beantragte *bonorum possessio contra tabulas* des Vaters, der freiließ; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 91 Fn. 128.

[170] Paul. 7 quaest. D. 29.1.30; Marcell. 10 dig. D. 29.1.29.3; Ulp. 45 ed. D. 37.12.1.4: dem Vater verweigerte *bonorum possessio contra tabulas* gegen das Testament des *filii militis*: *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 91–93.

[171] Auch kam vor, dass der Vater seinen emanzipierten Sohn an Stelle eines Enkels wieder adoptierte (Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.7). Zu den Fällen der Adoption eines vom Emanzipierten Adoptierten: *Giunti*, St. Metro III 109–133: Wen der Emanzipierte adoptiert, ist nicht Enkel des Vaters (Iul. 70 dig. D. 1.7.26).

nach Tod des Großvaters nicht in die *potestas* seines Vaters. Da die Emanzipation des Sohnes die ursprüngliche agnatische Verwandtschaft zwischen Sohn und Enkel zerstörte, kann der *filius emancipatus* seinen Sohn (= *nepos*) nur als Kognat beerben (und nicht *ex lege duodecim tabularum*).[172] Wohl seltener war, dass der mütterliche Großvater sein Enkelkind adoptierte. War die Mutter in manusfreier Ehe in der *potestas* ihres Vaters verblieben, wird die Mutter nun zugleich agnatische Schwester ihres Kindes (Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.19). Nach *ius novum* (→ Rn. 32) ergab sich somit: Starb das Kind vor der Mutter, konnte die Mutter wählen, ob sie ihr Kind aus der agnatischen Beziehung *ex lege duodecim tabularum* oder als Kognatin *ex SCto Trebelliano* beerben wollte.[173] Fälle mehrfacher Verwandtschaft, die eine größere Erbportion ergibt, sind denkbar: Adoptiert der Großvater seinen Enkel an Stelle eines Sohnes[174] und ist seine Mutter bereits verstorben, aber mehrere Enkel vorhanden, so erbt der Enkel als Adoptivsohn ½ und nimmt als leiblicher Enkel neben den übrigen auch an der anderen ½ teil.[175]

5. Fehlendes Intestaterbrecht des Nichtehelichen

31 Das nichtehelich[176] geborene Kind (*vulgo quaesitus*; *spurius*) hat keinen Vater im Rechtssinne, da dieser *incertus* ist (Gai. 1.64: … *patrem habere non intelleguntur, cum is etiam incertus sit*).[177] Da es somit in keiner *patria potestas* steht,[178] hat es keine agnatischen Verwandten (Inst. 3.5.4)[179] und kann nach *ius civile* niemanden beerben und von niemandem beerbt werden.[180] Dies ändert sich erst, wenn es eine eigene Familie gründet.[181]

---

[172] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 283.

[173] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 291.

[174] Anders als Paul. 2 Sab. D. 1.7.10.

[175] *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 137 f.

[176] Zur Ehelichkeit vgl. Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3.12 (ehelich ist ein Kind, wenn es nach 181 Tagen nach Eheschließung geboren wird und *heres legitimus*, wenn seine Mutter vor dem 182. Tag vor der Geburt freigelassen war): *Impallomeni*, Iura 22 (1971) 106 f.; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 309.

[177] Ferner: Inst. 1.10.12; Epit. Gai. 1.4.8.

[178] *Kaser*, SZ 67 (1950) 489: Zur Fortsetzung dieser Familie war es nicht berufen, auch wenn es ein Sohn war; das im Haus der Mutter aufgezogene Kind war zwar nicht unfrei, fiel aber selbst in die Gewalt der Erben und konnte nur durch *manumissio* Person *sui iuris* werden (Quellen sind nicht überliefert).

[179] *Giunti*, St. Metro III 126 f.; vgl. auch *Astolfi*, SDHI 79 (2013) 881.

[180] Ulp. 6 reg D. 38.8.4: *Si spurius intestato decesserit, … hereditas eius ad nullum pertinet, quia consanguinitatis itemque adgnationis iura a patre oriuntur …* : Consanguinische und agnatische Beziehungen gehen vom Vater aus. Der Nichteheliche hat weder *pater* noch *fratres* oder *sorores consanguinei*; zur Stellung im System: *Balestri Fumagalli*, St. Martini I 159. Zu dessen schrittweisen Besserstellung: *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 41 f.; *Kaser*, RP II 502; Paul. sent. 4.10.1. Zur späteren Entwicklung der Quoten zugunsten nichtehelicher Kinder bei gewillkürter Erbfolge, vgl. den Titel Cod. Theod. 4.6 mit zu vermutenden neun Konstitutionen (aus weiterer Lücke der Handschrift T): so nun *Arjava*, SZ 115 (1998) 414–418.

[181] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 39.

III. Durch *SCta* weiterentwickeltes ziviles Intestaterbrecht

Die folgende Rechtsmasse wird *ius novum* genannt; eine wesentliche Zäsur zwischen beiden Rechtsschichten ist darin zu sehen, dass *capitis deminutio* agnatische Erbbeziehungen zerstört, nicht aber die Erbbeziehungen *ex legibus novis* und *ex SCtis* (Pomp. 10 Q. Muc. D. 38.16.11: *Capitis deminutione pereunt legitimae hereditates … quae autem ex legibus novis aut ex senatus consultis, non utique*). **32**

1. Erbrecht der durch das *ius liberorum* privilegierten Mutter nach ihren Kindern: *SC Tertullianum* (unter Hadrian)[182]

Nur in der Manusehe ist die Mutter agnatisch verwandt zu ihren Kindern, nämlich aus ihrer *filiae-loco*-Stellung deren agnatische Schwester (Gai. 3.2, → Rn. 8). Bei Tod des Vaters ihrer Kinder hat sie einen Erbanteil als *sua*. Stirbt ihr Kind vor ihr, beerbt sie es als *consanguinea*. Verblieb die Mutter manusfrei, konnte sie nur über ihren Vater in dem Sonderfall in eine agnatische Erbbeziehung zu ihrem Kind treten, dass der mütterliche Großvater seinen Enkel (*nepos ex filia*) adoptierte.[183] Damit wurde die Mutter agnatische Schwester zu ihrem Kind, nun aber in der Agnatenfamilie des mütterlichen Großvaters. Nach den XII Tafeln beerbte die Mutter nicht ihre Söhne (Ulp. reg. 26.8). Erst nach dem *SC Tertullianum* kam die *hereditas intestati filii* an die Mutter, wenn sie das *ius liberorum*[184] (*trium* als Freigeborene, *quattuor* als Freigelassene, Ulp. reg. 26.8; Inst. 3.3.2) hatte. Als Erblasser nannte das *SC Tertullianum* wohl nur den *filius intestatus*, doch wurde die Anwendung sehr bald auf die erblasserische Tochter (*filia sui iuris intestata*) erstreckt.[185] Das *SC* beruft die Mutter nur nach gewaltfreien Kindern, nicht nach Hauskindern. Die Mutter eines Soldaten, der Haussohn war, beerbt ihn nur testamentarisch, wenn dieser über sein *peculium castrense* testierte (Pomp. 2 sen. cons. D. 38.17.10 pr.).[186] **33**

Begrifflich setzt *intestatus* die Fähigkeit voraus, ein gültiges Testament zu errichten (Ulp. 12 Sab. D. 38.16.1 pr.). Diese Fähigkeit erhielt die Frau – also auch die *filia* – überhaupt erst ungefähr zur Zeit des *SC Tertullianum*, doch blieb der Fall der *filia* **34**

[182] Das *SC Tertullianum* ist unsicher zu datieren, ist aber jedenfalls unter Hadrian ergangen, etwa 133 n. Chr., *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 14 mwN., 25 f. Die Stellung des *SC* in den Gaius-Institutionen ist strittig, *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 91 für *Huschkes* Vermutung (*SC Tertullianum* hat bei Gai. hinter 3.33 gestanden) und gegen *Meinhart*, SZ 83 (1966) 100–141, insbesondere 138–141.

[183] Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.19.

[184] Von Justinian aufgehoben, Inst. 3.3.4. Zu Fällen der (den Anwendungsbereich des *SC* erweiternden) Verleihung des *ius liberorum*, wenn die Frau weniger als drei Kinder hatte, doch ihrer Ehepflicht genügte: *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 39 f.

[185] Iul. 42 dig. D. 40.5.47.4; Iul. 81 dig. D. 50.16.201; Paul. 2 Vit. D. 50.16.84.

[186] *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 66.

intestata selten.[187] Von diesem *ius novum* konnte nicht erwartet werden, dass ein neu eingeführtes Erbrecht der Mutter nach ihrem Kind[188] auf Kosten der seit alters in erster Linie erbberechtigten *liberi* ging;[189] Kinder des verstorbenen Kindes mussten die Mutter ausschließen. Erst in einem Mischsystem aus Tafelrecht und prätorischer Berechtigung zur *bonorum possessio* einiger der Mutter vorgehender Konkurrenten erklärt sich ihre Zulassung zur *hereditas filii intestati* (*filiae intestatae*). Die Idee, die Mutter gerade zur *hereditas* und nicht bloß zur prätorischen *bonorum possessio* zu berufen, ist rechtstechnisch dadurch motiviert, dass die Mutter den Agnaten des Vaters ihrer Kinder vorgehen sollte.[190]

35 Konkurrenten der *ex SCto* zur *legitima heres* berufenen Mutter („*neque*-Liste" der nach *ius vetus* besser Berechtigten[191] nach Ulp. reg. 26.8):

1) *Liberi* (eigene Kinder des verstorbenen Kindes) schließen die Mutter aus (Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.6; Inst. 3.3.3). Und zwar alle Deszendenten (*virilis sexus quam feminini, tam naturales quam adoptivi*),[192] auch die *emancipati*, die nur zur prätorischen Intestaterbfolge berufen waren, ohne selbst zivile Intestaterben werden zu können.[193] Der vorherrschende Wertungsgesichtspunkt ist, dass die erste prätorische Erbenklasse, nämlich alle natürlichen Deszendenten,[194] der Mutter vorgehen. Dies gilt einschließlich der *adoptivi* und der Enkel aus der Adoptivfamilie (Paul. SC Tert. sing. D. 38.17.5 pr.,1: *sed et nepos ex adoptivo filio natus ex verbis senatus consulti matri obstabit*). Adoptierte stehen natürlichen Kindern gleich,[195] solange das Adoptionsverhältnis dauert (Gai. 2.136; Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.6; Paul. 41 ed. D. 37.4.6.4).[196] Wird ein (nicht natür-

[187] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 32 Fn. 14 mwN.

[188] Der Regelfall des *SC* betraf zunächst nur die ehelich geborenen Kinder aus einem *matrimonium secundum legem Papiam Poppaeam*. Dies erklärt die erbrechtliche Konkurrentenstellung von Vater und consanguinischen Geschwistern zur Mutter (nichteheliche Kinder haben im erbrechtlichen Sinn weder *pater* noch *fratres* oder *sorores consanguinei*, Ulp. 6 reg. D. 38.8.4). Doch wurde das *SC Tertullianum* nach schrittweiser Besserstellung der nichtehelich Geborenen (nach Ergehen des *SC Orfitianum*) auf diese (*volgo quaesiti* oder *spurii*) erstreckt, Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.1; *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 32–47.

[189] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 183.

[190] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 20.

[191] Nicht das *SC Tertullianum* berief vorgehende Konkurrenten zur *hereditas*, sondern das *ius vetus*, wenn die Mutter nicht zuzulassen war. Schlossen Konkurrenten die Mutter aus, war die Funktion des *SC Tertullianum* beendet, *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 279.

[192] Möglicherweise eine Glosse (*Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 182), doch sachlich echt.

[193] Darin zeigt sich das *SC Tertullianum* als eine an das vorgefundene Doppelsystem anknüpfende Neuschöpfung, *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 332.

[194] Auch entfernteren Grades, Inst. 3.3.3 (*sive primi gradus, sive ulterioris*).

[195] Zählen also zur Klasse *unde liberi*, Ulp. reg. 28.3.

[196] Der Adoptierte ist (nur) in der fremden Familie des *pater adoptans* zur *bonorum possessio unde liberi* zuzulassen; emanzipiert ihn der fremde *pater familias*, so nun wiederum zur *bonorum possessio* seines natürlichen Vaters (Paul. 41 ed. D. 37.4.6.4). Zu weiteren Einzelheiten: *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 187.

lich verwandtes) adoptiertes Kind später emanzipiert, so ist es weder agnatisch noch kognatisch[197] zum Erblasser verwandt[198] und schließt die Mutter nicht aus. Bei natürlichen Kindern spielt der (oft bezeugt auch mehrfache)[199] Wechsel der agnatischen Beziehung keine Rolle: Emanzipierte natürliche Deszendenten, die vom eigenen Vater oder Großvater adoptiert und dann neuerlich emanzipiert werden, behalten ihre Erbberechtigung in der Klasse *unde liberi* und schließen daher die Mutter aus (Paul. 2 Sab. D. 38.6.4).[200] Deszendenten des verstorbenen Kindes kommen *gradatim* zum Zug (Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.7): jene der zweiten Generation (Enkel) erben erst, wenn die erste Generation wegfiel.

2) Der leibliche Vater[201] (nicht aber der Adoptivvater)[202] des verstorbenen Kindes (Sohnes oder Tochter) schließt die Mutter aus (Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.15): Systembildend für diese Fallgruppe ist, dass der Vater selbst ein Recht auf den Nachlass des Kindes hat, entweder als *heres* oder als *bonorum possessor*.[203] Dies ergibt sich in den Fällen, in denen der Vater entweder als *parens manumissor*[204] zur *legitima hereditas* gelangt, oder sonst nur in der Klasse *unde cognati* zur *bonorum possessio* zugelassen werden konnte (Mod. 6 diff. D. 38.16.10; Ulp. reg. 26.8).[205]

3) Agnatische Geschwister des Erblassers: Agnatische Geschwister des verstorbenen Kindes schließen die Mutter aus (Inst. 3.3.3), und zwar der Bruder die Mutter ganz, die Schwester teilt mit der Mutter. Hatte das verstorbene Kind Bruder und Schwester, so

---

[197] Adoption erzeugte zwischen *adoptans* und *adoptatus* auch Kognation, Mod. 12 pand. D. 38.10.4.2.

[198] Nach dem durch die Emanzipation wieder aufgelösten Verwandtschaftsverhältnis gelangen sie nicht mehr zur *bonorum possessio unde liberi*, Ulp. 44. ed. D. 38.6.1.6: *ad bonorum possessionem non invitantur*; Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.6. Anders nur, wenn die Adoptierten mit dem *pater adoptans* blutsverwandt sind.

[199] Iul. 23 dig. D. 37.4.13.3; Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.3 (der Großvater adoptiert seinen natürlichen Enkel *in locum filii*); Paul. 2 Sab. D. 38.6.4: … *si naturales emancipati et adopti iterum emancipati sint, habent ius naturale liberorum.*

[200] Nicht natürliche Adoptierte verlieren mit der Emanzipation das *nomen liberorum*, natürliche behalten es. Quellendeutung von Paul. 2 Sab. D. 38.6.4 zusammen mit Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.6: *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 187 f.

[201] Nicht jedoch der Großvater: *neque avus neque proavus*, Ulp. 12 Sab. D. 38.17.2.15; Inst. 3.3.3. In dem Sonderfall, dass der leibliche Vater sich seinerseits in Adoption begeben hätte, fiele er nicht mehr unter den Vaterbegriff des *SC* (*pater esse desieriz*, Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.15) und es schlösse nun umgekehrt die Mutter ihn aus.

[202] Mod. 8 reg. D. 38.17.3; Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.15; offenbar anfänglich kontrovers, *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 259 f.

[203] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 259.

[204] Dem *manumissor* des eigenen Kindes (mithin dem *naturalis pater*, der sein Kind emanzipierte) stand schon nach Tafelrecht ein Erbrecht als *quasi patronus* in der zweiten Klasse (so wie allen Patronen) zu. Zu den Fallgruppen von *parens manumissor*, *extraneus manumissor* und *manumissor servi* grundlegend *Schmidt*, Notherben (1862) (insbesondere) 131 f.

[205] Keine solchen Fälle bildeten Situationen eines *patrem esse desisse*; abgrenzend *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 267.

schließt wieder der Bruder die Mutter ganz aus und die Erbschaft geht an Bruder und Schwester zu gleichen Teilen.[206] Es ist also der Bruder, der die Mutter ganz ausschließt und die Schwester nur gekoppelt mit ihrem Bruder. Die Fälle sind nur denkbar, wenn das verstorbene Kind bei Lebzeiten ohne Emanzipation gewaltfrei wurde, sonst hätte es keine agnatischen Geschwister mehr.[207] Adoptierte Geschwister vergrößern den Kreis der Konkurrenten zur Mutter und schließen sie wie natürliche Geschwister aus.[208]

36 Besondere Konkurrenzen zeigt Ulp. 12 Sab. D. 38.17.2.18: Die consanguinische Schwester konkurriert mit der Mutter und dem Vater, der als *pater adoptatus vel emancipatus* bezeichnet ist, also zuerst emanzipiert und dann wieder zurück adoptiert wurde.[209] Somit ist der Vater zum Kind nicht mehr agnatisch, sondern nur noch kognatisch verwandt.[210] Dann beerben das Kind aus den Berufungsgründen: a) Seine Schwester *ex lege duodecim tabularum*, b) seine Mutter aus *SCto Trebelliano* und c) sein Vater nur kognatisch aus dem Edikt. Daraus ergeben sich wechselnde Konkurrenzen je nach Antrittswille oder Ausschlagung der Schwester: Tritt die agnatische Schwester an, so teilt die Mutter mit ihr[211] und der Vater ist ausgeschlossen. Hier ist es die Schwester, die den Vater ausschließt, und die Mutter gekoppelt mit ihr. Dann ist der Vater als Kognat im Nachrang und verliert den Vorrang aus *SC* gegenüber der Mutter. Verzichtet die Schwester, so schließt der Vater wiederum die Mutter von der *hereditas ex SCto* aus. Dafür reicht dem Vater, der in der eigenen Familie blieb, seine Berechtigung zur *bonorum possessio unde cognati*.[212]

37 Ergänzende (das *SC* abändernde) Bestimmungen

a) Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.9 (abgeändert durch Antoninus Pius): Der Erblasser (strittig: die Erblasserin) hinterlässt eine zur Adoption gegebene Tochter und seine Mutter: Die in fremde Familie gegebene Tochter ist mit der Mutter zur *bonorum possessio unde cognati* zuzulassen (abändernd zum Vorrang der Deszendenten des Erblassers vor der Mutter).[213]

---

[206] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 279 f.

[207] Vgl. Gai. 3.21.

[208] Paul. SC Tert. sing. D. 38.17.7.

[209] Vgl. Mod. 2 reg. D. 1.7.41.

[210] Gai. 3.21.

[211] Auch bei mehreren Schwestern teilt die Mutter nach Kopfquoten. Anders *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 295, die der Mutter die Hälfte gibt, „unbeschadet der Zahl der Schwestern“ (mit missdeutender Berufung auf *Yaron*; Kritik bei *Wesener*, SZ 85 [1968] 533). Dass die Mutter die Hälfte des Nachlasses bekam, ist erst spätere stufenweise Besserstellung der Mutter (interpr. Theodos./Valentin. Cod. Theod. 5.1.8 [a.426]; Iust. C. 6.56.7 [a.528], in der Novelle wieder beseitigt im Sinne genereller Kopfquote, Novell. Iust. 22.47.2 [a.535]); *Yaron*, TR 25 (1957) 393–396.

[212] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 284 f.

[213] Die Deutung ist umstritten: *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 307–309: Die Tochter schließt die Mutter nicht aus, beide gelangen zur *bonorum possessio* (Besserstellung der Mutter gegenüber dem *SC*); *Giunti*, Index 40 (2012) 370 Fn. 119. Gegen *Meinhart*: *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 322: „Verf. stellt Bedeutung des Dekrets auf den Kopf“, die Tochter müsste nach *SC* der in der 2. Klasse (*unde legitimi*) eingereihten Mutter weichen; *Voci*, DER II 19 Fn. 11 bezieht die Stelle auf eine

b) Mod. 1 excus. D. 26.6.2.2 (wiedergegebenes Reskript des Severus): Die Mutter verliert ihre Anwartschaft auf die Intestaterbschaft ihrer Kinder, wenn sie ihre Pflicht, geeignete *tutores* für sie zu beantragen, verletzt.[214]

2. Intestaterbrecht der Kinder nach ihrer Mutter: *SC Orfitianum* (178 n. Chr.)

Das Schwinden der Manusehe motivierte die Schaffung einer Erbbeziehung der Kinder nach ihrer *mater intestata*.[215] War die Mutter in der Manusehe *soror consanguinea* zu ihren Kindern, so bestand zwischen ihnen ein wechselseitiges Erbrecht, während die in manusfreier Ehe lebende Frau mit ihren Kindern nicht agnatisch verwandt war, sodass diese nach ihrer Mutter kein ziviles Intestaterbrecht hatten. Das *SC Orfitianum* schuf hier Abhilfe zugunsten eigenberechtigter wie gewaltunterworfener[216] Kinder der verstorbenen Mutter (Gai. SC Orf. sing. D. 38.17.9). Den Regelfall des *SC* bildet die natürliche Familie freigeborener Römer (der *mater ingenua*), zu der emanzipierte wie nicht emanzipierte Kinder gehören können. Die freigelassene Mutter (*mater liberta* oder *libertina*) war ursprünglich nicht vom Wortlaut des *SC* umfasst: Kinder beerben ihre Mutter *exclusis consanguineis et reliquis agnatis* (Ulp. reg. 26.7). Dies passt nur zur *mater ingenua*, da eine *libertina* keine Agnaten hat (→ Rn. 20). Erst der Juristenauslegung überlassen blieb es, das *SC* auf die freigelassene Mutter und deren Kinder auszudehnen (Ulp. 12 Sab. D. 38.17.1 pr. *sive ingenua sive libertina mater est* …). Die herrschende Deutung tritt für volle Analogie zur *ingenua* ein.[217] Da Kinder der Mutter nach dem *SC* den bisherigen Intestaterben vorgingen, schlossen analog Kinder der *liberta* den Patron aus. **38**

Tochter als Erblasserin, weil Inst. 3.3.3 bestätigt, dass ursprünglich Kinder der Tochter nicht der Mutter vorgezogen waren; die Tochter einer (verstorbenen) Tochter ist auch ohne *adoptio* kognatisch verwandt.

[214] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 312–314.

[215] Der Ausdruck dürfte Textwortlaut des *SC Orfitianum* sein, Ulp. reg. 26.7; *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 69. Als Erblasserin des *SC* gemeint ist nur die Mutter, die nicht in einer Manusehe lebte.

[216] Gleichgültig, ob sie in Hausgewalt des eigenen Vaters lebten oder in fremder (durch Adoption, Arrogation oder *noxae deditio*), *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 143. Die Familie mehrfach zu wechseln änderte für die *ex SC* berufenen Kinder nichts – anders als bei den *ex lege duodecim tabularum* berufenen *sui*. Das Erbrecht der Kinder ist von deren familienrechtlicher Stellung unabhängig, weil es nur auf die kognatische Beziehung der Kinder zur Mutter ankommt. Da Gewaltunterworfene nur *iussu patris* antreten können, wäre deren *aditio* bei Fehlen eines *iussum* unwirksam, Paul. 17 resp. D. 29.2.92.

[217] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 74 f. aus der Parallelität von *ingenua* und *liberta* in Ulp. 46 ed. D. 38.7.2.1 und mit starker Stütze in Ulp. 12 Sab. D. 38.17.1.9. Problematisch bleibt ein gewisser Widerspruch zum Virilteil des Patrons, den dieser nach der *lex Papia* bei testamentarischer Erbfolge neben den Kindern der *liberta* hat, während der Patron bei Intestaterbfolge neben den Kindern der Freigelassenen leer ausginge. Kritik bereits bei *Lavaggi*, SDHI 12 (1946) 175–186, der aus „harmonischer Koordination“ der *lex Papia* mit dem *SC Orfitianum* die *pars virilis* des Patrons neben den Kindern auch im Intestatfall vertritt. Dagegen *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 79 f.

39 Zum mütterlichen Nachlass *ex SCto Orfitiano* berufen sind die aus einer gewaltfreien Ehe stammenden natürlichen[218] Kinder der Mutter (Deszendenten nur ersten Grades).[219] Enkeln der Mutter galt das *SC Orfitianum* zunächst nicht.[220] Das von der Mutter hinterlassene Vermögen kam nur über den Erbantritt der eigenen Kinder an ihre Enkel (Paul. sent. 4.10.4). Transmission war ausgeschlossen (Ulp. 12 Sab. D. 38.17.1.1). Traten die Kinder nicht an, so ging der Nachlass an die Agnaten der Mutter. Das *SC* räumte den Kindern gegenüber der Mutter eine gleiche Stellung ein, wie sie sie gegenüber dem Vater bereits hatten. Geschwister und Agnaten der Mutter gingen ihnen nach (Ulp. reg. 26.7).[221]

a. Konkurrenzen zwischen *SC Tertullianum* und *SC Orfitianum*

40 Konkurrieren *ex SCto Orfitiano* berufene Kinder einer Frau mit der *ex SCto Tertulliano* berufenen Mutter, so schließen nach Kaiserkonstitutionen die Kinder ihre Großmutter aus (Theodos./Valentin. C. 6.55.11 [a.426]; Grat./Valentin. C. 6.57.4 [a.383]; Inst. 3.3.3; → Rn. 57).[222] Der Fall ist nur denkbar, wenn die intestat verstorbene gewaltfreie Frau *ingenua* war. Für eine *libertina* stellt sich die Konkurrenz nicht, weil ihre Mutter sie nicht *ex Tertulliano* beerben kann.[223]

b. In die *bonorum possessio* hineinwirkende *ex-SCto*-Berufung – bessere zivile *heres*-Stellung

41 Aufgrund der Klausel *tum quem ei heredem esse oportet* des Ediktstextes (Iul. 27 dig. D. 38.7.1) können die in beiden Senatsbeschlüssen Berufenen in der Klasse *unde legitimi* zur *bonorum possessio* berufen werden.[224] Zivile Berufung zur *hereditas* und prätorische *bonorum possessio* haben eine gemeinsame Grundlage; die Berufung zur *bonorum possessio* ist nur solange möglich, als die zivile unzerstört ist (nicht umgekehrt); die Legalberufung ist daher höher zu bewerten als die subsidiäre prätorische (höherer Rang der *heres*-Stellung).[225] Diese ist damit ein wirksames Mittel, sich gegen Agnaten

---

[218] Adoptierte Kinder scheiden aus, weil Frauen nicht adoptieren können, *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 93 Fn. 16.

[219] Und zwar Söhne wie Töchter, Alex. C. 6.57.1 (a.225). Ob die Kinder aus verschiedenen Ehen der Mutter stammten, spielte keine Rolle, Mod. 9 reg. D. 38.17.4. Wohl scheint erst Mitte des 4. Jh. für den kleinen Kreis der *mulieres illustres* zweifelhaft geworden zu sein, ob auch nichteheliche Kinder neben ehelichen die Mutter beerben. Ausgeschlossen war dies für Frauen, die einen Beamten der oberen Ränge geheiratet hatten, Iust. C. 6.57.5 (a.529).

[220] Erst die Kaiserkonstitution Valentin./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 5.1.4 (a.389) gibt Enkeln das Erbrecht nach der Großmutter. Dieses bestätigend Inst. 3.4.1 (→ Rn. 70).

[221] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 297.

[222] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 242; *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 246.

[223] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 241 Fn. 132.

[224] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 333.

[225] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 335 f.; beobachtet aus dem Zusammenspiel: Verlor die Mut-

durchzusetzen: zwar beruft der Prätor Mutter und Kind in derselben Klasse, aber nach dem Wortlaut der *SCta* vor den Agnaten.[226]

IV. Stellung der Intestaterben zueinander

Intestaterben sind gegeneinander anwachsungsberechtigt (Marcian. 5 inst. D. 38.16.9; Inst. 3.4.4). Unterschiede ergeben sich bei den *heredes legitimi*: Zwischen *heredes* nach *ius novum* (*ex SCto*) und nach *ius vetus* (*ex duodecim tabularum*) tritt keine Akkreszenz ein, obgleich beide in Bezug auf die *hereditas* die gleiche Stellung haben.[227] **42**

Die zivilen Berufungen finden sich in der prätorischen *bonorum possessio* fortgesetzt (→ § 57 Rn. 227): Die *ab intestato hereditas* deferiert entweder nach *ius civile* oder prätorisch in der *bonorum possessio ab intestato* (Coll. Mos. 16.5.1),[228] Hauserben und Agnaten sind in dieser Klasse berufen (Gai. 3.34: *intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat*).[229] **43**

V. Weiterentwicklungen durch die christlichen Kaiser

1. Erbrecht der Eltern

Ex duodecim tabularum sukzedierten *ab intestato* nur *sui*, *agnati* und *gentiles*, nicht aber Aszendenten; Eltern erbten *iure civili* nicht. **44**

a) Fehlendes Erbrecht des Vaters: Starb das Kind als Hauskind, so hinterließ es kein Vermögen, da ein Hauskind dem Vater erwirbt (→ § 34 Rn. 33–38). Stirbt der Sohn als Soldat, erwirbt der Vater das *peculium castrense* nicht *iure successionis*, sondern *iure peculii*;[230] als Erbe kam der Vater nur testamentarisch in Frage. Stirbt ein Emanzipierter (vom Vater Freigelassener) ohne Deszendenten, erwirbt der Vater als *parens manumissor* aus dem System des Patronatsrechts[231] (→ Rn. 29); prätorisch ist der Vater als

---

ter die Anwartschaft auf die *hereditas*, versagte ihr auch der Prätor die *bonorum possessio unde legitimi*; verzichtet sie aber auf die *bonorum possessio*, kann sie gleichwohl die *hereditas* antreten; solange sie auch nur in Erwägung zieht, diese anzutreten gilt: *dicendum erit adgnatum non succedere, quoniam nondum verum est non adisse matrem* (Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.21).

[226] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 338.

[227] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 287.

[228] *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 46.

[229] *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 19–23; zu Diocl./Max. C. 6.55.3 (a.293): *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 47 f.; zu Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?): *Pulitanò*, Bonorum Possessio (1999) 103–106.

[230] Ulp. 67 ed. D. 49.17.2; *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 235.

[231] *Voci*, Iura 29 (1978) 21, 87; *Voci*, DER II 24; *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 236.

Kognat berufen (→ § 57 Rn. 233 f.), der emanzipierte Vater, dessen Sohn in der Familie des Großvaters blieb, sukzediert als Kognat.[232]

b) Die Mutter beerbte vor dem *SC Tertullianum iure civili* nicht ihre Kinder, da sie zueinander nur Kognaten sind; *vi agnationis* erbte die Mutter nur als *soror consanguinea* (als agnatische Schwester), wenn sie *uxor in manu* des Vaters war (→ Rn. 8; noch Justinian sah dies als Mangel).[233] Konstantin griff erneuernd in das *SC Tertullianum* ein.[234]

a. Weiterentwicklung: Erbrecht der Mutter

45 Die Mutter beerbte ihr Kind zivil nach dem *SC Tertullianum* nur aus dem Privileg des *ius liberorum*.[235] Die privilegierte Mutter schlossen nur aus: 1) die Kinder ihres verstorbenen Kindes (ihre Enkel), 2) agnatische Brüder ihres Kindes ganz, mit den agnatischen Schwestern teilt die Mutter und 3) der Vater (Inst. 3.3.3, → Rn. 35); die agnatischen Seitenverwandten bis zum zweiten Grad stehen somit besser als die Mutter (anders prätorisch unter Kognaten: die Mutter ist im ersten Grad und geht vor; sie hat den Vorrang vor emanzipierten Geschwistern ihres Kindes). Konstantin griff in das Erbrecht der Mutter nach ihrem Kind einerseits erweiternd ein: Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?):[236] Die Mutter ohne *ius liberorum* erbt nach ihrem Kind ⅓ neben Agnaten, die sie sonst ausschlössen (interpr.: ⅔ für *patruus vel plures patrui* [Vatersbrüder], den *patrorum filios vel nepotes* [deren Söhne oder Enkel]; die Rechtsgrundlage für die Agnaten des verstorbenen Kindes ist damit geändert: sie erben nicht mehr *ex lege XII tabularum*, sondern aus der Konstitution).[237] Für die Mutter mit *ius liberorum* brachte die Konstitution eine Verschlechterung: Sie muss den Agnaten ihres verstorbenen Kindes ⅓ überlassen, auch wenn diese durch Emanzipation ihre Agnationsrechte verloren hatten (*etiam patruo eiusque filio* – dem Vatersbruder [Onkel von der Vaterseite] oder seinen Kindern [oder Enkel, aber nicht weiter][238] – *deferri tertiam portionem*); nach *SC Tertullianum* hätte sie alles geerbt (Vorzug der Mutter vor den *patrui*).[239] Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?) erwähnt nicht die Brüder des verstorbe-

[232] Reihenfolge der Tode: Stirbt der Großvater, wird sein Enkel *sui iuris*; stirbt der Enkel, beerbt ihn sein emanzipierter Vater als Kognat (*parens manumissor* konnte er dann nicht sein), *Voci*, Iura 29 (1978) 22 Fn. 11.

[233] Inst. 3.3 pr.; *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 236.

[234] *Voci*, Iura 29 (1978) 23.

[235] Die nicht privilegierte Mutter beerbte ihr Kind zivil nur als agnatische Schwester und prätorisch als Kognatin, wenn keine zivilen Erben da sind, *Voci*, Iura 29 (1978) 21.

[236] 321 ist falsch, *Voci*, Iura 29 (1978) 23.

[237] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 255 f.

[238] *Lambertini*, Novella 118 (1977) 8.

[239] *D'Ors*, St. De Francisci II 463; *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 36 (die Konstitution betrifft nur die Konstellation: Mutter / emanzipierter Onkel und dessen Kinder) mit der Vermutung: neben nicht emanzipierten, also agnatischen Onkeln müsste die Mutter mit *ius liberorum* nach dem *SC Tertullianum* alles erben.

nen Kindes. (Der emanzipierte Bruder ist nicht mehr Agnat, der agnatische Onkel und seine Nachkommen schlössen ihn aus; dem emanzipierten Onkel aber ginge er vor und konkurrierte mit der Mutter.[240])

aa. Fallkonstellationen und strittige Punkte

Durch die Konstitution geregelt: **46**

a) Privilegierte (mit *ius liberorum*) Mutter ⅔ / kognatischer (Argument: *agnatione dirempta* = emanzipierter)[241] *patruus*[242] ⅓ (die Mutter gibt ⅓ ab).

b) Nicht privilegierte Mutter ⅓ / agnatischer (nicht emanzipierter) *patruus*[243] ⅔ (die Agnaten geben an die Mutter ab). Durch die Konstitution nicht geregelt:[244]

c) Privilegierte Mutter / agnatischer *patruus*.

d) Nicht privilegierte Mutter / kognatischer *patruus*.

Daraus die Deutungen:[245]

D'Ors[246] zu Fall c): privilegierte Mutter ⅔ / agnatischer Onkel ⅓. Der Fall d) ist in der Konstitution nicht vorgesehen (einer der Defekte der Regelung). Begründung aus Fall a): wenn schon der kognatische Onkel ⅓ bekommt, dann erst recht im Fall a) der (dort nicht erwähnte) agnatische; so mit der interpr. (strittig[247]). Samper[248] zu Fall c): privilegierte Mutter ⅓; zu Fall d) nicht privilegierte Mutter ⅔ / kognatischer Onkel ⅓. Lavaggi:[249] Fall a) ist ausdehnend auf die Fälle c) und d) zu verstehen; die nicht privi-

[240] *Voci*, Iura 29 (1978) 84 f.

[241] Zu Fall a) erwogene Deutungsannahme: privilegierte Mutter ⅔ / agnatischer und selbst kognatischer (= emanzipierter) Onkel ⅓ (agnatische *patrui* könnten als selbstverständlich mitgemeint sein: die interpr. hat *etiamsi emancipati sunt* mit dem Sinn: selbst wenn sie nur noch Kognaten sind). Anders der ganz überwiegende Meinungsstand: *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 36 (Fehlen des Falles „privilegierte Mutter / agnatischer Onkel"); *Lambertini*, Novella 118 (1977) 8.

[242] Mit der Mutter konkurrieren nur der Onkel väterlicherseits, dessen Söhne und Enkel (aber nicht weiter), vgl. *usque ad nepotem* in Valentin./Valens Cod. Theod. 5.1.2 (a.369); *Voci*, Iura 29 (1978) 23.

[243] Die Konstitution nennt ihn als Beispiel und erwähnt die anderen, die nach Gradesnähe sukzedieren, allgemein: *quicumque deinceps agnati erunt*; *Voci*, Iura 29 (1978) 23.

[244] *Voci*, Iura 29 (1978) 24 ortet zwei Lücken: Die emanzipierten Brüder des verstorbenen Kindes sind nicht erwähnt; und die Lücke des Falles d) (oben).

[245] Vgl. *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 37: vermieden werden sollen Wertungswidersprüche: zwischen Fall a) und c): agnatischer Onkel nichts und kognatischer ⅓ gegenüber der privilegierten Mutter (der agnatische stünde schlechter als der kognatische); zwischen Fall a) und d): die privilegierte Mutter ⅔, die nicht privilegierte alles gegenüber kognatischem Onkel (die privilegierte stünde schlechter als die nicht privilegierte).

[246] *D'Ors*, St. De Francisci II 463 f.

[247] Dagegen *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 37, die dies der Konstitution nicht entnehmen und den Fall c) (privilegierte Mutter / agnatischer Onkel) dort überhaupt nicht geregelt finden will.

[248] *Samper*, Ius liberorum (1972) 58.

[249] *Lavaggi*, Scr. Jovene 753 f.: zu Fall d): unter nur Kognaten muss die Mutter als Gradnähere besser stehen als der Onkel, sie kann andererseits aber auch nicht besser stehen als die privilegierte Mutter; daraus ergeben sich ⅔ für die nicht privilegierte Mutter und ⅓ für den agnatischen Onkel; zu

legierte bekommt ⅔, wenn sie mit einem kognatischen Onkel konkurriert; der Fall, wo sie ⅓ bekommt, existiert nur im Fall b), sonst bekommt sie immer ⅔. Größere Meinungsschwankungen bestehen zu Fall d): Samper:[250] die Konstitution unterscheidet für die privilegierte Mutter nicht, ob sie mit einem Kognaten konkurriert (die Mutter muss ⅓ abgeben, einschließlich des Falls, dass sie pivilegiert ist). D'Ors[251] vertritt ein doppeltes Motiv der Konstitution: gemildert wird der Unterschied zwischen privilegierter und nicht privilegierter Mutter und der Unterschied zwischen agnatischen und nur kognatischen *patrui*; da kognatisch und agnatisch gleichgestellt sind, bekommen beide gegenüber der privilegierten Mutter ⅓. Voci[252] fragt zu Fall d): hat die Mutter ⅓ oder ⅔?

47 Das Erbrecht der in Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?) nicht genannten Brüder des verstorbenen Kindes regelt Valentin./Valens Cod. Theod. 5.1.2 (a.369):[253] sind *fratres consanguinei* (vom selben Vater stammende Brüder) des verstorbenen Kindes vorhanden, gilt die bisherige Rechtslage fortgesetzt: die agnatischen Brüder – auch die Adoptivbrüder – schließen die Mutter aus;[254] sie geht ihnen *proximior gradus* nur vor, wenn Brüder durch *capitis deminutio* ihr Erbrecht verloren haben; ist ein consanguineischer Bruder emanzipiert (oder in fremde Familie adoptiert) – und damit kein Agnat mehr –, tritt er in die gleiche Stellung wie ein *patruus* und erbt ⅓ neben der Mutter mit *ius liberorum* (die ⅔ erbt), oder ⅔ neben der Mutter, die das *ius liberorum* nicht hat (und nur ⅓ erbt), interpr. Valentin./Valens Cod. Theod. 5.1.2 (a.369).

48 Umstritten sind die Deutungen zur Konkurrenz zwischen emanzipierten Brüdern und *patrui*. Kreuter:[255] sind *patrui* da (deren Kinder oder Enkel), denen die privilegierte Mutter ⅓ abgeben muss, geht der *frater emancipatus* weiterhin leer aus; nur wenn diese Agnaten fehlen, erbt der emanzipierte Bruder das ⅓ neben der privilegierten Mutter; anders Voci:[256] der *frater emancipatus* geht dem *patruus emancipatus* vor und bekommt dessen ⅓. Wie Voci auch Bauer-Gerland:[257] Valentin./Valens Cod. Theod. 5.1.2 (a.369) hebt die Zurücksetzung der kognatischen Söhne gegenüber kognatischen *patrui* auf; wenn Mutter, emanzipierte Brüder und Onkel vorhanden sind, beruft die Konstitution den Bruder vor dem Onkel aus dem Prinzip der Gradesnähe; kognatische *patrui* wären nur bei vorverstorbenen Brüdern berufen.[258]

Fall c): nach *SC* hätte die Mutter den *patruus* ganz ausgeschlossen, aber der agnatische *patruus* kann nicht schlechter stehen als der kognatische, daher gibt auch hier die Mutter ⅓ an ihn ab (Mutter ⅔, *patruus* ⅓); zustimmend *Lambertini*, Novella 118 (1977) 8 Fn. 8.

[250] *Samper*, Ius liberorum (1972) 58–60.

[251] *D'Ors*, St. De Francisci II 463 f.

[252] *Voci*, Iura 29 (1978) 24.

[253] *Voci*, Iura 29 (1978) 24, 84.

[254] Interpr. Valentin./Valens Cod. Theod. 5.1.2 (a.369): *in totum excludunt.*

[255] *Kreuter*, Interpretatio (1993) 52 aus dem Textteil, dass die Beteiligung des *frater emancipatus* das *ius constitutionis* von Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?) nicht beeinträchtigen dürfe.

[256] *Voci*, Iura 29 (1978) 84 f.; so auch *Lambertini*, Novella 118 (1977) 8 f.

[257] *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 38.

[258] *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 39 mit *Voci*, Iura 29 (1978) 84: Der Emanzipierte geht dem

Erbt die Mutter nur neben (vom selben Vater stammenden) Schwestern ihres Kindes, **49**
bekommt sie die Hälfte (interpr. Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 3.8.2.3 [a.382]: *eo casu, ut matrem et sorores … et fratrem non dimittat, qui matrem possit excludere … mater cum filiabus vel filia aequali sorte succedat*: die Mutter ½ und die Töchter zusammen ½).[259]

Vor Valentinian III. galt: Die privilegierte Mutter kommt nach den Kindern und **50**
nach den Brüdern (ihres verstorbenen Kindes), die Agnaten blieben; mit emanzipierten (nur noch Kognaten) konkurriert sie und gibt ihnen ⅓ ab, gleichgültig, ob sie privilegiert ist oder nicht. Gegenüber weiteren Seitenverwandten des verstorbenen Kindes galt: die nicht privilegierte nimmt ⅓ neben jenen, die Agnaten blieben; gegenüber nur Kognaten gibt sie ⅓ ab, wenn es sich um den Bruder des Vaters oder seine Nachkommen (Sohn oder Enkel) handelte.[260] Mit Valentinian III. gilt: Kinder und agnatische Brüder schließen die Mutter weiterhin aus. Konkurriert sie mit dem Emanzipierten, erhält sie ⅔, gleichgültig, ob sie privilegiert ist. Theodos./Valentin. Cod. Theod. 5.1.7 (a.426) wiederholt aus Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?): Konkurriert die Mutter mit dem Vatersbruder oder dessen Kindern (Sohn oder Enkel), soll sie, gleichgültig, ob sie das *ius liberorum* hat, ⅓ an diese abgeben, also nur ⅔ erben (Neuerung: dies bestimmt zum ersten Mal, dass die Quoten auch im Fall „nicht privilegierte Mutter / emanzipierter [kognatischer] Onkel“ gelten).[261] Der emanzipierte Bruder des verstorbenen Kindes, den die Mutter bis dahin ausschloss, soll mit ihr sukzedieren und *exemplo patrui* ⅓ bekommen. Prinzipien: Das *ius liberorum* spielt keine Rolle mehr; auch ist agnatische und kognatische Verwandtschaft zum verstorbenen Kind gleichgestellt, die Konkurrenz ist beschränkt auf den Bruder des Vaters und seine Nachkommen (Kinder und Enkel); Agnaten weiterer Grade sind immer ausgeschlossen; insoweit verbessert sich die Position der Mutter. Die Quoten bleiben: die Mutter nimmt ⅓ gegenüber Agnaten und gibt ⅓ an Kognaten ab.[262] Ergebnis der Entwicklung:
a) Mutter ⅔ / Onkel (*patruus*) ⅓ (Besserstellung der Mutter gegenüber: nicht privilegierte Mutter ⅓ / agnatischer Onkel ⅔).
b) Mutter ⅔ / emanzipierter Bruder (nur Kognat) ⅓ (als Kognatin im ersten Grad schlösse die Mutter den kognatischen Bruder aus, gibt also ⅓ ab).

Ab Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?) ergibt sich: **51**
a) Agnaten verlieren ⅓ gegenüber der nicht privilegierten Mutter, Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?).

---

emanzipierten Onkel vor und konkurriert mit der Mutter, gleichgültig, ob sie privilegiert ist oder nicht.

[259] *Kaser*, RP II 504 mwN.; vgl. Burg. Rom. 28.3: *mater et filie, quante fuerint, aequales capiunt portiones*, *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 64.

[260] *Voci*, SDHI 48 (1982) 3.

[261] *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 39; vgl. Überblick oben Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?) Fall d).

[262] *Voci*, SDHI 48 (1982) 4.

b) Der agnatische Bruder schließt die Mutter ganz aus, Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?); Valentin./Valens Cod. Theod. 5.1.2 (a.369); Theodos./Valentin. Cod. Theod. 5.1.7 (a.426), und wie schon vorher
c) Die privilegierte Mutter muss den Onkel (Const. Cod. Theod. 5.1.1 [a.321?]) und den Bruder (Valentin./Valens Cod. Theod. 5.1.2 [a.369]) mit ⅓ beteiligen.

bb. Gesamtbild der Tendenzen

52 Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?):

a) Die privilegierte Mutter gibt ⅓ an die kognatischen *patrui* ab (bis dahin: Vorrang vor den *patrui*) und behält ⅔.

b) Die nicht privilegierte bekommt ⅓ neben agnatischen *patrui* (nach *SC* erbte sie gar nicht).

c) Privilegierte Mutter / agnatische *patrui*: unklar: möglicherweise gibt die Mutter ab wie im Fall a) oder Fall c) ist überhaupt im Fall a) enthalten.

d) Nicht privilegierte Mutter / kognatische *patrui*: Auch dies ist ein Fall, wo die Mutter abgibt, aber nun als Kognatin: im ersten Grad schlösse sie den gradferneren emanzipierten *patruus* ganz aus.

53 Valentin./Valens Cod. Theod. 5.1.2 (a.369) (Mutter / emanzipierte Brüder ihres verstorbenen Kindes): die Brüder haben die gleiche Stellung wie *patrui* in Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?):

a) Als privilegierte gibt die Mutter ⅓ ab (aus *SC* schlösse sie emanzipierte Brüder ganz aus).

b) Als nicht privilegierte gibt sie als Kognatin an die kognatischen Brüder ⅔ ab (im ersten Grad schlösse sie sie aus); die Quoten sind zweifelhaft; sie gibt ⅔ ab aus der Wertung „nicht privilegierte / *patrui*“;[263] Beleg für diese Quoten ist die interpr. Valentin./Valens Cod. Theod. 5.1.2 (a.369): *tertiam mater … duas partes etiam emancipati exclusis patruis.*

54 Theodos./Valentin. Cod. Theod. 5.1.7 (a.426) zu: nicht privilegierte Mutter / kognatischer *patruus*:[264]

a) Die Konstitution nennt erstmals die Quoten für diesen Fall: ⅔ für die Mutter und ⅓ für den kognatischen Onkel (Text: so wie die privilegierte *dare iussa est tertiam portionem* ⅓ dem *patruo capite minuto*, also dem emanzipierten, abgeben muss, so auch die nicht privilegierte den *patrui*).

b) Der kognatische Bruder hat ⅓ *exemplo patrui* (Text: er soll *cum matre quattuor uncias* erben, die Mutter gibt ihm, den sie sonst aus dem Prinzip der Gradesnähe ganz ausschlösse, ⅓ ab).

---

[263] Doch passte dies nur angelehnt an: „nicht privilegierte Mutter / agnatische *patrui*“.

[264] Davor ist aus Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?) wiederholt, dass die privilegierte Mutter ⅓ an den kognatischen *patruus* abgibt, *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 39 f.; erläuternde Abfolge des Textes bei *Kreuter*, Interpretatio (1993) 53–56.

Strittig ist die Auffassung zu Fall a). Kreuter:[265] Der agnatische *patruus* ist mitgemeint, seine Stellung verschlechtert sich gegenüber Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?) und die der Mutter verbessert sich (bestritten[266]). 55

Erst mit Justinian (Iust. C. 6.56.7 [a.528]) schloss die Mutter den Vatersbruder und seine Kinder ganz aus;[267] die Mutter teilt nur noch mit den Brüdern (agnatischen oder emanzipierten), nicht mehr aber mit weiteren Seitenverwandten.[268] 56

Die nach dem *SC Orfitianum* berufenen Kinder einer verstorbenen emanzipierten Tochter schlossen die Mutter (= *aviae suae*) aus (Grat./Valentin. C. 6.57.4 (a.383), wie überhaupt das Prinzip galt, dass Kinder einer verstorbenen Frau Vater und Mutter ausschlossen.[269] Strukturprinzip des ganzen Intestaterbrechts ist der absolute Vorrang der Deszendenten vor den Aszendenten, sodass eine Teilung zwischen Mutter und Tochter der Erblasserin (Enkelin/Großmutter) nicht in Frage kam.[270] 57

b. Weiterentwicklung: Erbrecht des Vaters

Das Prinzip, dass Hauskinder ihrem Vater erwerben, schränkte Konstantin für die *bona materna*[271] ein, Const. Cod. Theod. 8.18.1 (a.319?). Vermögen nach seiner Herkunft zu unterscheiden in *bona materna* (mütterliches Vermögen, erweitert auch *bona materna et avita*[272]) und *bona paterna* (väterliches), ist jedenfalls seit dem *SC Orfitianum* nachweisbar.[273] Kindern bei Tod des *pater familias* oder auch bei Emanzipation die *bona materna* zukommen zu lassen, scheint Übung, möglicherweise sittliche Pflicht des Vaters gewesen zu sein.[274] Die Trennung kommt auch bei Teilungsanordnungen vor (Pap. 6 resp. D. 28.5.79 pr.). 58

Die Mutter tritt durch manusfreie Ehe nicht in die Gruppe der Agnaten des Mannes. Träger des Familienvermögens ist nur der Mann und die Hauskinder erwerben für ihn (auch Erbschaften).[275] Das Vermögen der Mutter kam an ihre Agnaten, nicht an die Kinder (prätorisch sukzedieren Kinder als Kognaten der Mutter, wenn keine Agnaten der Mutter da sind); erst das *SC Orfitianum* (178 n. Chr.) berief die Kinder zur Erbschaft ihrer Mutter (→ Rn. 38). Kinder in der *potestas* des Vaters erwerben die mütter- 59

[265] *Kreuter*, Interpretatio (1993) 53 f.
[266] *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 54.
[267] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 257.
[268] *Lambertini*, Novella 118 (1977) 9 f.
[269] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 242.
[270] *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 242.
[271] Weiterentwicklungen bei *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 125–132; *Johlen*, Stellung der Frau (1999) 40–43.
[272] Paul. 1 imp. sent. cogn. prol. D. 36.1.83: Erbeinsetzungen *exceptis bonis maternis eorum et avitis* mit Deutung als Sondergut: *Wesener*, FG Kaser 334 mwN.
[273] *Wesener*, FG Kaser 333 f.
[274] *Wesener*, FG Kaser 334 f.
[275] *Voci*, Iura 29 (1978) 56.

liche Erbschaft dem Vater. Der Erwerb geschieht durch gekoppelte *cretio*: *patre iubente filioque cernente* (*cretio* des Sohnes auf Geheiß des Vaters). Hinsichtlich der *bona materna* haben Sohn und Vater Rechte verschiedener Art: Const. Cod. Theod. 8.18.1 (a.319?) = C. 6.60.1: Das Recht des Vaters ist schwankend umschrieben mit *ius fruendi*, aber auch mit *ita … in parentum potestate atque dominio, ut … fruendi pontificium habeant*, überwiegend als Nießbrauch für den Vater zu verstehen,[276] ihn trifft eine Verwaltungs- und Vermögenssicherungspflicht (*tuendae rei diligentiam adhibere*). Der Sohn hat bei Tod des Vaters das *praecipuum*, ein Voraus- und Vorwegnahmerecht an der mütterlichen Erbschaft; sie gehört dem Sohn und fällt nicht in die Erbteilung. Wird der Sohn emanzipiert, wird er *rei suae dominus effectus* und der Nießbrauch bleibt dem Vater (*ius fruendi … penes patres remaneat*).[277] Weitere Entwicklungen sind nur punktuell: Novell. Valentin. 35.10 (a.452): Der Vater hat den Nießbrauch zur Gänze, bis der Sohn 20 Jahre alt ist, danach zu ½.[278]

60 Die zweite Konstitution Const. Cod. Theod. 8.18.2 (a.319) bestätigt das Veräußerungsverbot (*alienandi vero licentiam facultatemque non habeant*); emanzipiert der Vater den Sohn, soll ihm ⅓ als *praemium emancipationis* bleiben.

61 Nachfolgende Konstitutionen bestimmen: Constantius Cod. Theod. 8.18.4 (a.339) (die Konstitution ist lückenhaft); sie beseitigt die *cretio*; stirbt das Kind vor seinem sechsten Jahr, geht die mütterliche Erbschaft an die Eltern der Mutter, stirbt es nach dem sechsten Jahr, kommt sie an den Vater (*paterna paternis, materna maternis*). Deutung (nach Voci): die Delation des verstorbenen *infans* ist nur provisorische *bonorum possessio* des Vaters, die des *impuber infantia maior* nicht mehr provisorisch, sondern bereits dem Vater allein erworben (*sine cretionis necessitate*).[279] Aus *bonorum possessio* und *hereditas* gleichstellenden Motiven ist der gekoppelte Antritt *patre iubente filioque cernente* hinfällig.

62 Constantius Cod. Theod. 8.18.5 (a.349) zeigt, dass *bona materna* noch nicht ausgedehnt waren auf die *bona maternis generis* (hier: Vermögen des Großvaters mütterlicherseits).[280]

63 Mit Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 8.18.6 (a.379) und Arcad./Honor. Cod. Theod. 8.18.7 (a.395) sind auch die *bona maternis generis* (Vermögen der Großmutter und des Großvaters mütterlicherseits) erfasst.

64 Arcad./Honor./Theodos. Cod. Theod. 8.18.8 (a.407): Der Vater kann für den *infans bonorum possessio* und *hereditas* erwerben, das heißt, es gibt keinen provisorischen *bonorum-possessio*-Erwerb mehr, der Sohn wird unmittelbarer Erbe;[281] wer das siebte Jahr vollendet hat, kann allein erwerben (keine gekoppelte *cretio* mehr), die *scrupulosa sollemnitas* der *cretio* ist endgültig beseitigt.

---

[276] *Voci*, Iura 29 (1978) 59, 75; *Wesener*, St. Talamanca VIII 394 f., 397.
[277] *Voci*, Iura 29 (1978) 60.
[278] *Voci*, Iura 29 (1978) 61.
[279] *Voci*, Iura 29 (1978) 64; *Wesener*, FG Kaser 343.
[280] *Voci*, Iura 29 (1978) 66.
[281] *Voci*, Iura 29 (1978) 68.

Valentinian III. überliefert die Masse Theodos./Valentin. Cod. Theod. 4.1.1 (a.426); Theodos./Valentin. Cod. Theod. 8.18.9,10 (a.426); Theodos./Valentin. C. 6.30.18 (a.426): Theodos./Valentin. Cod. Theod. 8.18.9 (a.426) (Theodos./Valentin. C. 6.60.3 [a.426]): Die Mutter hinterlässt Kinder oder Enkel: a) für Hauskinder ändert sich nichts: Der Vater hat den Nießbrauch und eventuell das *praemium emancipationis* (⅓, wenn er emanzipiert);[282] b) sind die Kinder vor dem Tod der Mutter emanzipiert, hatten die vorangegangenen Gesetze dem Vater nichts gegeben; Valentinian gibt dem Vater eine gleiche Quote des Nießbrauchs wie für jeden Sohn (die Fälle a) und b) sind kombiniert: zur Gruppe der Haussöhne den Nießbrauch und konkurrierend mit Emanzipierten die Quote). Das Prinzip ist auf Enkel ausgedehnt. Für emanzipierte Enkel gilt dieselbe Regelung (Theodos./Valentin. Cod. Theod. 8.18.10 [a.426]: Sukzession in die *bona materna* und *materni generis*; der Sohn hat die *bona* als Erbe, auch wenn er *alieni iuris* ist, dem Vater bleibt der Nießbrauch). Theodos./Valentin. Cod. Theod. 4.1.1 (a.426): Der Sohn, auch der *infans*, ist Erbe der *bona materna* (Arcad./Honor./Theodos. Cod. Theod. 8.18.8 [a.407]; stirbt der *infans*, erbt sein Vater die *bona materna*: so genannte *transmissio ex capite infantiae*).[283] Theodos./Valentin. C. 6.30.18 (a.426) dehnt für den *minor* (*septem annis*) *in potestate patris, vel avi vel proavi* auf jede Erbschaft *a matre vel linea ex qua mater descendit* aus. 65

c. Erläuterungen und Entwicklungen zur Nachfolge in das mütterliche Vermögen

Hauskinder haben am mütterlichen Erbgut eine Position, die sie zur Vindikation berechtigte,[284] der Vater daran nur den Nießbrauch[285] auf Lebenszeit[286] (Const. Cod. Theod. 8.18.2 [a.319] mit interpr.: *Materna bona filiorum defuncta uxore pater ita possidebat, ut usumfructum de his habeat*; Const. C. 6.60.1 [a.319]; Const. Cod. Theod. 8.18.3 [a.334]).[287] Die Position an den *bona materna* ist schrittweise erweitert: Gratian, Valentinian und Theodosius dehnen das Eigentum der Kinder auf alle *bona materna* (von der Mutter und den mütterlichen Großeltern herkommendes Vermögen) aus (Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 8.18.6 [a.379], bestätigt durch Arcad./Honor. Cod. Theod. 8.18.7 [a.395] sowie Arcad./Honor. C. 6.60.2 [a.395], und nochmals erweitert auf 66

[282] *Dalla*, Praemium emancipationis (1983) 1–17, 65–93.

[283] *Voci*, Iura 29 (1978) 70.

[284] Interpr. Theodos./Valentin. Cod. Theod. 8.19.1 (a.426): *filii ad integrum vindicabunt.*

[285] Gegen die Auffassung, dass beide, Vater und Kind, Eigentümer seien *Sirks*, SZ 108 (1991) 210 Fn. 74.

[286] Das Prinzip, dass der *pater familias* alleiniger Träger und Eigentümer des Familiengutes ist, ist insoweit verlassen; die dingliche Position der Hauskinder an den *bona materna* gilt wegen Begriffsunschärfen als ungeklärt, das Veräußerungs- und Verpfändungsverbot des Vaters zugunsten der verbotsberechtigten Hauskinder ist aber gesichert, Meinungsstand bei *Wesener*, FG Kaser 337; zur Einschränkung des Rechtes des Vaters am mütterlichen Vermögen auf die Stellung eines Tutors: *Sargenti*, Mél. Sturm I 407–418.

[287] Die Zuordnung zu Konstantin wird für unsicher gehalten, verlässlicher ist Constantius.

lucra nuptialia[288] durch Theodos./Valentin. Cod. Theod. 8.19.1 [a.426], *sponsalitias largitates* durch Leo/Anthem. C. 6.61.5 pr.,1 [a.473]). Bei Tod der Kinder gilt nun:

1) Stirbt ein Sohn noch als Hauskind (*adhuc in potestate patris*) und hinterlässt er Kinder (*liberis extantibus*), so kommt das Sondervermögen als *peculium adventicium* an seine Kinder (*iure hereditatis*), dem Vater verbleibt der Nießbrauch auf Lebenszeit (*usufructu dum supererit reservando*: durchbrochenes *iure-peculii*-Prinzip: *non ad patres iure peculii*, Theodos./Valentin. C. 6.61.3 [a.439]). Die Konstitutionen sprechen von *proprietas* (*defuncti filiis proprietate servata*), abgesichert durch ein Veräußerungs- und Verpfändungsverbot.[289]

2) Hat der verstorbene Sohn keine Kinder, aber Geschwister, gehen diese dem Vater vor (Leo/Anthem. C. 6.61.4 pr.–2 [a.472]); und zwar soll das Sondervermögen zuerst an die vollbürtigen Geschwister, dann an die Halbgeschwister fallen. Der Vater sukzediert erst, wenn keine Geschwister da sind. Ihm verbleibt der Nießbrauch auf Lebenszeit.

3) Hinterlässt das verstorbene Kind weder Kinder noch Geschwister, fällt das *peculium* an den Vater, aber nicht *iure peculii*, sondern *iure hereditario* nach Theodos./Valentin. C. 6.61.3 (a.439); Leo/Anthem. C. 6.61.4 (a.472).[290] Der Vater wird damit gesetzlicher Erbe seines Kindes (*heres ex lege*).[291]

67 Constantius unterschied, ob das Kind nur mütterliches Vermögen hinterließ, oder Vermögen, das von väterlichen Verwandten oder Freunden zugeflossen ist; letzteres erbt der Vater. Bei mütterlichem Vermögen ist zu unterscheiden: Stirbt das Kind vor seinem sechsten Jahr, fällt das Vermögen an die mütterlichen Verwandten, stirbt es nach seinem sechsten Jahr, fällt es an den Vater *iure patrio* (Constantius Cod. Theod. 8.18.4 [a.339]). Valentinian hob diesen Unterschied wieder auf (Theodos./Valentin. Cod. Theod. 4.1.1 [a.426]: *morienti filio infanti in qualibet aetate sine ambiguitate succedat*).[292] Stirbt ein Enkel ohne Kinder, der einen Vater noch in der väterlichen Gewalt seines Großvaters hinterlässt, so sukzediert der Vater in das mütterliche Vermögen und der Großvater hat den Nießbrauch auf Lebenszeit (Theodos./Valentin. C. 6.61.3.1 [a.439]). Stirbt ein emanzipierter Sohn, so schließen seine Kinder den Großvater aus. Stirbt eine emanzipierte Tochter, die das *ius liberorum* nicht hatte, sukzediert der Großvater zusammen mit den Enkeln. Gratian, Valentinian und Theodosius hoben den Unterschied auf: Kinder der Tochter schließen den Großvater aus (Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 5.1.3 [a.383]).[293]

---

[288] *Wesener*, St. Talamanca VIII 394, 397.

[289] Const. Cod. Theod. 8.18.2 (a.319); die interpr. Const. Cod. Theod. 8.18.1 (a.319?) hat *nec vendere nec donare*; *Archi*, Symb. David I 42 f.; *Kaser*, RP II 217 Fn. 28 mwN.; Leo/Anthem. C. 6.61.4 pr. (a.472): *quocumque modo alienandi vel pignoris seu hypothecae iure obligandi … interdicta.*

[290] *Wesener*, St. Talamanca VIII 396–398; *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 283 zu weiteren Konsequenzen: Der Vater konnte daher die Mutter nicht ausschließen und auch das *peculium* ohne *aditio hereditatis* nicht erwerben.

[291] *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 153, 156.

[292] *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 284.

d. Zusammenfassende Übersicht: *bona materna/paterna*

Zusammenfassend gilt: **68**

1) Vor dem *SC Orfitianum* kam der mütterliche Nachlass an die Agnaten der Mutter.

2) Nach dem *SC Orfitianum* (178 n. Chr.) erben ihre Kinder vor den Agnaten der Mutter; gewaltunterworfene Kinder erwerben das mütterliche Erbe ihrem Vater.

3) Mit Const. Cod. Theod. 8.18.1 (a.319?); Const. Cod. Theod. 8.18.2 (a.319?) hat der Gewalthaber an den *bona materna* nur noch ein beschränkes Eigentum („qualifizierten Ususfrukt"); mit Emanzipation werden die *bona materna* freies Eigentum des Kindes, der Vater erhält als *praemium emancipationis* ⅓.

4) Constantius Cod. Theod. 8.18.4 (a.339): Stirbt ein Hauskind vor seinem sechsten Jahr[294] (als *infans*), so zerfällt der Nachlass in väterliches und mütterliches Erbgut (*paterna paternis*, *materna maternis*):[295] Rückfall des Erbguts an die Familie, von der es stammt (weder in die *Lex Romana Visigothorum* noch in den Codex Iustinianus aufgenommen).

5) *Lex Feminae* von Theodosius I., Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 3.8.2 (a.382) = C. 5.9.3: Eine Frau, die sich wiederverheiratet, muss die vom ersten Mann erlangten Vorteile (Eheschenkung und sonstige Zuwendungen) auf die Kinder aus erster Ehe übertragen.[296]

6) Neben bei Tod der Mutter bereits Emanzipierten erhält der Vater (als Ersatz für den ihm entgehenden *ususfructus*) den Nießbrauch an den *bona materna* zu einem Kopfteil neben den Kindern (*oratio* Valentinians III., Theodos./Valentin. Cod. Theod. 8.18.9 [a.426]).

2. *Lex Anastasiana*: (Anastas. C. 6.58.11 [a.502])[297]

Bei Emanzipation durch kaiserliches Reskript (der Vater erbittet sie), behalten die Kinder die Agnations- und Sukzessionsrechte (aufgrund ausdrücklicher Bitte, diese vorzubehalten). Auch wem der *status familiae* bei der Emanzipation verloren ging, hat ein gesetzliches Erbrecht: die Emanzipierten, nicht aber deren Kinder, sukzedieren dem verstorbenen Bruder oder Schwester (zusammen mit nicht emanzipierten Geschwistern) mit dem Unterschied, dass der nicht emanzipierte Bruder noch einmal so viel wie der emanzipierte erhalten soll (rekonstruiert aus Inst. 3.5.1).[298] **69**

[293] Vgl. gekürzt (itp.) Grat./Valentin./Theodos. C. 6.57.4 (a.383).

[294] *Wesener*, FS Knütel 1404 Fn. 16; *Kaiser*, Authentizität (2007) 432 f.: Die Witwe hat den Zuerwerb aus dem Mannesvermögen, gleich aus welchem Rechtsgrund, an die Kinder aus erster Ehe herauszugeben; offen ist, ob *transmittant* im erbrechtlichen Sinn oder als Übergabe an die Kinder sogleich bei Wiederheirat der Mutter zu verstehen ist (433).

[295] Sogenanntes „Fallrecht", *Wesener*, FS Knütel 1403–1406; *Wesener*, FG Kaser 342–344.

[296] *Wesener*, FG Kaser 339.

[297] Auszugsweise noch in Anastas. C. 5.30.4 (a.498) und bei Iustinian erwähnt: C. 6.58.15.1b (a.534), Inst. 3.5.1.

[298] *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 288 f.; *Voci*, DER II 38; *Lambertini*, Novella 118 (1977) 19.

3. Erbrecht nach der Großmutter und den mütterlichen Großeltern

70 Nach *SC Orfitianum* beerben nur Kinder ihre manusfreie Mutter, nicht aber Enkel ihre Großmutter und auch nicht den mütterlichen Großvater.[299] Erst Valentin./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 5.1.4 (a.389), gekürzt in Valentin./Theodos./Arcad. C. 6.55.9 pr.–2 (a.389), bestätigt in Inst. 3.4.1, gab Enkeln das Intestaterbrecht nach der Großmutter und bestimmte, dass *ex filia nepotes* wie Enkel von Söhnen den mütterlichen Großvater beerben.[300] Die interpr. erläutert das gekürzte Erbrecht: sie sollen ⅓ weniger (also nur ⅔) von dem Erbteil erhalten, den ihre Mutter oder ihr Vater neben Brüdern und Schwester des Verstorbenen geerbt hätte.[301]

VI. Sondererbfolgen

71 Das Vermögen des Soldaten ohne Erben kommt an die Legion (Ulp. 10 Sab. D. 28.3.6.7 a. E.: *cognatis aut, si non sint, legioni*; Ulp. 60 ed. D. 40.5.4.17; Constantius Cod. Theod. 5.6.1 [a.347]; Constantius. C. 6.62.2 [a.347]).[302] Vermögen von erblos gebliebenen *navicularii* (Reeder) geht an deren Korporation (Const. C. 6.62.1 [a.326]: *non ad fiscum, sed ad corpus navicularium*).[303] Wer gemeinsam mit anderen vom Kaiser eine Schenkung erbat (*qui communi nomine donatum aliquid a nostra impetraverunt clementia*), wird *socius liberalitatis imperialis* genannt; stirbt er erblos, geht sein Anteil an der Zuwendung an den anderen *socius petitionis* (Const. Cod. Theod. 10.14.1 [a.315?]; Constantius Cod. Theod. 10.14.2 [a.348]).[304] Die Hinterlassenschaft des erblosen *decurio* geht an seine Kurie (Const. Cod. Theod. 5.2.1 [a.319?]).[305]

VII. Erbrecht nach zum Tode oder *in metallum* Verurteilten

72 Seit der Prinzipatszeit galt: Die *ad ferrum*, *ad bestias* oder *in metallum damnati* büßten ihre *testamenti factio* ein, ihre Testamente wurden hinfällig (Gai. 17 ed. prov.

---

[299] Nur kognatisches Erbrecht des Prätors (→ § 57 Rn. 233 f.); *Schirmer*, Erbrecht (1863) 165.

[300] Nicht aber umgekehrt kognatische Aszendenten ihre Enkel, *Schirmer*, Erbrecht (1863) 165.

[301] *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 272–275; *Schirmer*, Erbrecht (1863) 165, 266 Fn. 32; *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 78; *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 30; damit ist erstmals auch den Enkeln die Querel gegen das Testament der Großeltern mütterlicherseits eröffnet, *Kreuter*, Interpretatio (1993) 130. *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 275: Auch *nepotes* von Emanzipierten beerben die Großeltern.

[302] *Voci*, Iura 29 (1978) 25 f.; *Mentxaka*, Index 38 (2010) 121–133; der Selbstmord des Soldaten macht ihn intestat, Pap. 14 quaest. D. 29.1.34 pr.; *Mentxaka*, Index 38 (2010) 133 f., 150 f. (113–153).

[303] *Voci*, Iura 29 (1978) 25.

[304] *Voci*, Iura 29 (1978) 25.

[305] *Voci*, Iura 29 (1978) 26 f.

D. 28.1.8.4: *libertatem perdunt bonaque eorum publicantur*); der Verurteilte erlitt den zivilen Tod und wurde *servus poenae*, sein Vermögen wurde konfisziert.[306] Nach ihm trat Repräsentation seiner Kinder ein (Ulp. 25 Sab. D. 1.6.7: und seiner Enkel: *nepos filii loco succedit*), die *capitis deminutio* löst die Repräsentation aus (Pomp. 4 Sab. D. 38.16.4).[307] Auch bei Totalkonfiskation wurden Kindern *portiones* überlassen[308] (*portio tribuitur*, Call. 1 fisc. pop. D. 48.20.1 pr.–3):[309] die in § 3 erwähnte *pars dimidia* war keine starre Quote; hatte der Verurteilte *plures filios*, waren diesen *omnia bona damnati concessa* (Paul. port. lib. damn. conc. sing. D. 48.20.7.3: war 1/12 nicht ausreichend für den Unterhalt, bekamen die Kinder alles und für den Fiskus blieb nichts übrig).[310] Mit Paul. port. lib. damn. conc. sing. D. 1.5.7:[311] der schon Gezeugte und nach der Verurteilung Geborene zählt mit.

Die Verurteilung eines Patrons wirkt sich auch auf die *bona libertorum* aus, doch sind auch diese den Kindern von Verurteilten vor dem Fiskus vorbehalten (Her. 5 iur. epit. D. 48.4.9; Marcian. 5 inst. D. 37.14.4).[312] **73**

Analog erhielt der Mann die *dos* seiner *serva poenae* gewordenen Frau „wie wenn sie tot wäre“ (*quasi mortua*), außer die *dos* war *ex lege* konfisziert in den Fällen Ulp. 33 ed. D. 48.20.3.[313] **74**

Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 9.42.9 (a.280): Den zum Tode Verurteilten sukzedieren zuerst seine Kinder und Enkel (*filiis … deferatur prima successio*). Sind keine *sui ex lege XII tabularum* oder *unde liberi* zur *bonorum possessio* Berufenen da, sind die Enkel der Tochter berufen (*nepotes ex filia*; hier wird *in stirpes*, nicht *in capita* geteilt). Emanzipierte müssen ihr Vermögen konferieren, die Töchter ihre *dos*.[314] In dritter Linie sukzedieren Urenkel vom Sohn zu ½ und ½ kommt an den Fiskus (ausgenommen Majestätsverbrechen; in diesem Fall erben die Kinder *sextantem* (1/6). Sind keine Deszendenten da, erben Vater und Mutter ⅓ (*in trientem dumtaxat*) und ⅔ fallen an den Fiskus (*besse ad aerarium publicum transferendo*). Unter den Eltern ist aufzuteilen: die Mutter mit *ius liberorum* teilt gleichteilig mit dem Vater, ohne *ius liberorum* erhält sie **75**

---

[306] *Manfredini*, Suicidio (2008) 38–40; vgl. zu den Deportierten Ulp. 10 Sab. D. 28.3.6.7 (*non statim irritum fiet testamentum, sed cum princeps factum comprobaverit*): *Mentxaka*, Index 38 (2010) 121–133.

[307] Als *servus poenae* hatte er keine *patria potestas* (bestätigt: Inst. 1.12), *McClintock*, Servi della pena (2010) 92 f. *Banfi*, SDHI 78 (2012) 685–689: Nur der *servus poenae* erlitt den zivilen Tod, nicht auch der Deportierte (687).

[308] *Puliatti*, Iure fisci (1992) 188 f.

[309] *McClintock*, Servi della pena (2010) 94.

[310] *Santalucia*, Diritto penale (2009) 420 Fn. 40; *Voci*, Iura 29 (1978) 27: Motiv: besser die Erben als die *potentes*.

[311] *Gómez-Iglesias Casal*, SemCompl. 9–10 (1997–1998) 306.

[312] *Signorini*, Adsignare libertum (2009) 173–177; *Masi Doria*, Bona (1996) 431 f.; *Knütel*, SZ 134 (2017) 282, 306–308.

[313] *McClintock*, Servi della pena (2010) 93 f.

[314] Angeschlossen an das bestehende System der *collatio emancipati* und *dotis*, vgl. *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 27–29.

1/12 und ¾ der Vater. Lebt nur noch der Vater, soll er das ganze ⅓ haben. Lebt nur noch die Mutter, bekommt sie das ⅓, wenn sie das *ius liberorum* hatte (drei Kinder genügen); ohne *ius liberorum* bekommt sie 1/6. Nach den Eltern, erben die Geschwister, diese zusammen aber nur ¼. Nach diesen, auch nur auf ¼, die Großeltern väterlicherseits.[315] Nach der zweiten Lex Theodos./Valentin. Cod. Theod. 9.42.24 (a.426) sukzedieren Kinder eines *latro nefarius* nur in ½ neben dem Fiskus (*dimidia parte aerario … alia damnati filiis reservetur*). Ist der *latro* ein *decurio* und hat er keine Kinder, sukzediert die *curia* (*succedat curia*), hat er Töchter, bekommen sie ½, hat er einen Sohn, bekommt dieser alles (erschlossen).[316]

VIII. Gesetzliches Ehegattenerbrecht (Weiterentwicklung)

76 Noch für die Republik war bezeugt: Starb die Frau vor dem Mann, war kein Raum für das Erbrecht: Cic. top. 4,23: *omnia, quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.*[317] Bei ohne *conventio in manum*[318] geschlossener Ehe beerben sie einander nicht *iure civili* (zur *bonorum possessio unde vir et uxor* → § 57 Rn. 241). Theodos./Valentin. Cod. Theod. 8.18.9 (a.426) gibt dem Mann neben gemeinsamen Kindern ein gesetzliches Erbrecht auf das Vermögen der Frau:[319] Der Witwer tritt neben die gemeinsamen gewaltfreien Kinder ersten Grades und erhält daraus seinen Kopfteil zum Nießbrauch (etwa neben fünf Kindern 1/6 zum Nießbrauch; sind von den fünf nur drei mit der Mutter gemeinsam, tritt er nur zu den drei und bekommt ¼ von den 3/5, also 3/20; sind Kinder noch in väterlicher Gewalt, bekommt er deren Erbteil als *peculium adventicium* zum Nießbrauch und teilt nur mit den übrigen; ebenso tritt der Witwer neben Enkel).[320]

IX. Ausblick auf die Novellen Justinians

77 Justinian beseitigt den Ausschluss der nicht consanguinischen Agnaten. Das Prinzip konsanguinischer und agnatischer Erbbeziehungen, die nur vom Vater ausgehen konnten, wird zugunsten der Gleichstellung preisgegeben (*consonantia … tam in maribus quam in feminis legitimis et in eorum successionibus*), Iust. C. 6.58.14 (a.531); Inst. 3.2.3a,3b.[321]

---

[315] Weitere Einzelheiten bei *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 292.

[316] *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 292 f.

[317] *Piro*, Usu (1994) 101 Fn. 88.

[318] Mit *conventio in manum* trat die Frau in die Familie ihres Mannes (Gai. 1.111); *Piro*, Usu (1994) 69.

[319] *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 293–304.

[320] Zweifelsfragen bei *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 303 f.

[321] *Balestri Fumagalli*, St. Martini I 163–171; *Lambertini*, Novella 118 (1977) 23–28.

§ 55 Testamentsanfechtung (*querela inofficiosi testamenti*)

Markus Wimmer

Woeß, Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der constitutio Antoniniana, 1911; *La Pira*, La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano, 1930; *Voci*, Diritto ereditario romano II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria, 2. Aufl., 1963; *Di Lella*, Querela inofficiosi testamenti, 1972; *Sanguinetti*, Dalla querela alla portio legitima, 1996; *Ribas Alba*, La desheredación injustificada en derecho romano. Querela inofficiosi testamenti: Fundamentos y régimen clásico, 1998; *Gagliardi*, Decemviri e centumviri. Origini e competenze, 2002; *Gagliardi*, Studi sulla legittimazione alla querela inofficiosi testamenti in diritto romano e bizantino, 2017.

Inhalt Rn.

I. Vorbemerkung: Formelles Noterbenrecht 1
II. Verhältnis von Querel zur *bonorum possessio contra tabulas* 11
III. *Pietas*-Verletzung und frühe Fälle 17
1. Aktivlegitimation 21
2. Passivlegitimation 22
IV. Querelausschluss 23
1. Konkurrenzen 26
a. Querel von testamentssichernder Wirkung betroffen 28
b. Querel nicht von testamentssichernder Wirkung betroffen 32
c. Quellendeutung zu den Konkurrenzen 38
2. Weitere Konkurrenzen unter Noterben 41
a. Gleich berechtigte Noterben 41
aa. Söhne (überhaupt *liberi*) untereinander 41
bb. Sohn/Enkel (absteigende Linie ein Grad dazwischen) 44
b. Nicht gleich berechtigte Noterben 45
aa. Aufsteigende/absteigende Linie (zwei Grade dazwischen) 45
bb. Aufsteigende Linie (erster Grad)/Seitenlinie (zweiter Grad) 46
V. Verfahren 48
1. *Bonorum possessio litis ordinandae gratia* 52
2. Wirkungen durchgedrungener Querel (Wirkung unter Noterben) 53
a. Reszission 54
b. Petitorische Folge 59
3. Urteilswirkungen gegen Dritte 61
4. Prozessverlust 65

5. Vererblichkeit der Querel 66
6. Verjährung 67
VI. *Querela inofficiosae donationis* 68
VII. *Dos inofficiosa* 82
VIII. *Quarta divi Pii* 83
IX. Weitere Entwicklungen der Testamentsquerel 84
1. Aktivlegitimation 84
2. Vorläufer der *actio ad implendam legitimam* 91
3. Verbindende Fälle zur *actio ad implendam legitimam* und Novell. Iust. 115 (a.542) 94

I. Vorbemerkung: Formelles Noterbenrecht

1 Hauserben können nicht durch Übergehen (*praeterire*) von der Erbschaft ausgeschlossen werden, sie sind entweder zu Erben einzusetzen oder zu enterben (Gai. 2.123; Ulp. reg. 22.14,20: *Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*).[1] [2]

2 Ein den Befehlsworten *heres esto* antithetisch[3] daneben gesetztes *exheredes sunto* (Gai. 2.128) ist in wechselnden Klauselfassungen[4] reich bezeugt, ihre Urform jedoch unsicher. Vermutlich ist die Klauselfassung einer *exheredatio inter ceteros* ältester Bestandteil und die Wurzel des formellen Noterbrechts (strittig).[5] Diese erklärt sich als antithetische Vervollständigung der Erbeinsetzung,[6] später auch mit durchmischter Klauselfassung *ceteri, omnes filii filiaeque meae, exheredes sunto* (Paul. 12 resp. D. 28.2.25 pr.). Ein Fehlen der *exheredatio* neben der *institutio* verfehlte die Einsetzungsförmlichkeit. Erst nach späterer Hinzubildung zur ursprünglichen Klauselfassung einer *exheredatio inter ceteros*, vermutlich aus dem Fall des irrtümlich für tot gehaltenen Sohnes hervorgegangen,[7] sind Söhne *nominatim* zu enterben (Ulp. reg. 22.20; Gai. 2.123; Gai. 2.134),[8] andernfalls gelten sie als nicht enterbt (Gai. 2.127).[9]

---

[1] *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 98: Die Regel begrenzt, wenn auch nur formal, die Testierfreiheit; *Sanguinetti*, SDHI 59 (1993) 278: Vor der Regel galt keine Einschränkung der Testierfreiheit.

[2] Emanzipierte sind weder einzusetzen noch zu enterben, weil sie keine *sui* sind (Gai. 2.135).

[3] Zu auch sonst üblichen antithetischen Klauseln: *Woeß*, Erbrecht (1911) 159.

[4] *Woeß*, Erbrecht (1911) 152: spätantike Zeugnisse (152–156).

[5] *Woeß*, Erbrecht (1911) 159. Dafür spricht die historische Notiz von Iust. C. 6.28.4 (a.531); für justinianisch zuverlässigen Bericht: *Schmidt*, Notherben (1862) 57 Fn. 166.

[6] *Woeß*, Erbrecht (1911) 160; *Schmidt*, Notherben (1862) 46 f.

[7] *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 99 mit Cic. de orat. 1,175 = Val. Max. 7,7,1: Erbeinsetzung unter *ceteri omnes exheredes sunto*. Die Querel *apud centumviros* des irrtümlich für tot gehaltenen *filius miles* (Cic. de orat. 1,175 und Val. Max. 7,7,1) drang durch: *Woeß*, Erbrecht (1911) 153. Um sicher zu gehen, dass der Testator an seinen Sohn gedacht habe, war dieser namentlich zu enterben (*Wieling*).

[8] Töchter entweder *nominatim* oder *inter ceteros* (Gai. 2.134).

[9] *Di Lella*, Querela (1972) 151 f.

Das Alter der Regel ist nicht geklärt: *heres* in Ulp. reg. 22.14 (jüngere Formulierung) und in Gai. 2.123 soll auf *sui* der XII–Tafeln zu beziehen sein; *sui* sind auszuschließen, wenn *extranei* eingesetzt werden sollen.[10] Die Regel auf die Mitberechtigung der *sui* am Vermögen des Vaters zurückzuführen, ist unsicher (→ § 54 Rn. 7);[11] strittig ist, ob die Regel im Fall des irrtümlich für tot gehaltenen *filius miles* (Cic. de orat. 1,175) schon gegolten hat;[12] plausibel kann die Regel an den Übergang vom *testamentum calatis comitiis* (damit war Publizität der Enterbung hergestellt) auf das *testamentum per aes et libram* mit nun Formalerfordernis der *exheredatio* angeschlossen haben;[13] nach überwiegenden anderen Meinungen[14] soll die Regel (ausgehend vom *filius-miles*-Fall) Divergenzen zwischen *scriptum* und *voluntas* vermieden haben. Das Prinzip galt unabhängig von gewollter Übergehung, gewollte wie ungewollte sind erfasst.[15] **3**

Testamente von Frauen sind von der Regel nicht betroffen, da Frauen keine *sui* haben können (→ § 54 Rn. 8). **4**

Übergehung eines Haussohnes[16] machte das Testament nichtig[17] (Gai. 2.123: *si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur*; Gai. 17 ed. prov. D. 28.2.30: … *filio … praeterito inutile est testamentum*).[18] **5**

Der Zeitpunkt, zu dem das Testament *iure civili* unwirksam ist, war schulkontrovers:[19] nach den Prokulianern ist ein den *suus* übergehendes Testament gültig errichtet[20] und wird erst ungültig, wenn der übergangene Sohn bei Tod des Erblassers noch als **6**

---

[10] *Di Lella*, Querela (1972) 79–95; die Regel war zur Zeit Ciceros noch nicht ausgebildet (ebd. 79), sie findet sich erstmals bei Gaius (ebd. 82); *Sanguinetti*, SDHI 59 (1993) 260 Fn. 4, 261 Fn. 6 f.

[11] *Avenarius*, St. Labruna I 233.

[12] *Negri*, Clausola codicillare (1975) 286–289 (nicht subjektiv, sondern nur objektiv inoffiziös, ebd. 289): der Fall gehe von *praeteritio* aus, die nichtig war („nullità della *praeteritio*“, ebd. 289), kritisch *Sanguinetti*, SDHI 59 (1993) 264 f.: die Regel war im *filius-miles*-Fall noch nicht ausdrücklich formuliert (ebd. 264).

[13] *Sanguinetti*, SDHI 59 (1993) 276; weitere Deutungen: *sui* sind auf ihre Eignung zu prüfen: *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 416; *Schmidt*, Notherben (1862) 71: im Testament ist ein Urteil über die *liberi* auszusprechen, ehrend durch Erbeinsetzung oder entehrend durch *exheredatio*; ebd. 82 zum Fortwirken bei der *bonorum possessio contra tabulas.*

[14] *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 99; *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 63 (die Regel schützt vor Vergessen), 65 (vor Irrtum); *Sanguinetti*, SDHI 59 (1993) 278.

[15] *Sanguinetti*, SDHI 59 (1993) 266.

[16] *Schmidt*, Notherben (1862) 20: Dessen Erbrecht ist ein anderes und besseres als das der übrigen *sui heredes.*

[17] Die Deutung als „rechtlich inexistent“ ist unscharf, vgl. *Di Lella*, Querela (1972) 176 f.

[18] Übergehung eines *non quasi filius* (eines nicht als Kind Anerkannten) macht das Testament nicht unwirksam, *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) 94.

[19] Gai. 2.123; Pomp. 1 Sab. D. 28.2.8.

[20] Vgl. zu *extitisse tabulas* (es existiert ein Testament), aus dem die *hereditas* angetreten oder die *bonorum possessio secundum tabulas* beantragt werden kann Tryph. 15 disp. D. 37.4.19 und Ulp. 44 ed. D. 38.2.12.5.

Noterbe vorhanden ist,[21] nach den Sabinianern (justinianisch excerpiert[22]) ist das Testament von Anfang an ungültig;[23] damit sind auch Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Freilassungen und Enterbungen ungültig.[24]

7 Sind andere Hauskinder (Ulp. reg. 22.17: *filia*, *nepos*, *neptis* – Haustochter, Enkel beiderlei Geschlechts) übergangen, beispielsweise eine Tochter, blieb das Testament gültig,[25] doch war die Tochter als *quasi scripta*[26] neben den eingesetzten Testamentserben zu beteiligen. Neben eingesetzten *sui heredes* „wächst ihr" ihr Intestatteil zu, neben einem eingesetzten Außenerben die Hälfte von dessen Erbteil (*in partem adcrescunt*: Gai. 2.124; Ulp. reg. 22.17[27]), so genanntes „Einwachsungsrecht"[28] (*adcretio in partem*[29]) der übergangenen *sua*,[30] vermutlich herausgebildet durch die Praxis des Zentumviralgerichts, später erweitert durch *bonorum possessio contra tabulas* (*bonorum possessio contra tabulas*) der übergangenen *sua*.[31] Nach Antoninus Pius sollten Frauen nicht mehr erhalten als nach dem Einwachsungsrecht möglich war: Gai. 2.126; Iust. C. 6.28.4.1 (a.531).[32]

8 Ist ein Nachgeborener (*postumus*) weder eingesetzt noch enterbt, so ist das Testament *ruptum* (unwirksam):[33] Gai. 2.130–132; Ulp. 3 Sab. D. 28.3.3 pr.–6; Pomp. 1 Sab. D. 28.2.10; Ulp. reg. 22.21: *Postumus filius nominatim exheredandus est* (der nachgeborene Sohn ist namentlich zu enterben); weibliche *postumae* sind entweder *nomina-*

---

[21] Gai. 2.123: Lebt der übergangene Haussohn noch bei Tod des Vaters, „steht er eingesetzten Erben im Weg" (*impedimento eum esse scriptis heredibus*) und wird Erbe, ohne dass ein Testament vorliegt (*ab intestato heredem fieri*).

[22] Inst. 2.13 pr.

[23] Gai. 2.123: *statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito. Schmidt*, Notherben (1862) 21 vermutet als Vorbild den Satz *postumi agnatione testamentum rumpi* mit dem Gedanken: das Testament ist ungültig, sobald der *suus* vorhanden ist.

[24] *Schmidt*, Notherben (1862) 21.

[25] Epit. Gai. 2.3.1. S. *Schmidt*, Notherben (1862) 22: Sind andere als Haussöhne übergangen, ist das Testament niemals nichtig.

[26] Iust. C. 6.28.4.1 (a.531).

[27] Paul. sent. 3.4b.8; Inst. 2.13 pr.; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 418; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 63–71.

[28] *Kübler*, SZ 41 (1920) 28–30.

[29] *Gutiérrez-Masson*, BIDR 103/104 (2000/2001) 187 Fn. 11; *Di Maria*, Cancelleria (2010) 123–126.

[30] Das *ius vetus* ist korrigiert durch Iust. C. 6.28.4 pr.–3 (a.531): *Di Maria*, Cancelleria (2010) 123–126. Umstritten ist das Verhältnis der Regel zum Einsetzungsverbot der *lex Voconia*: Deutungsvorschlag von *Kübler*, SZ 41 (1920) 27, 29: Wem vermacht ist (Frauen konnte nach der *lex Voconia* die Hälfte vermacht werden), gilt als nicht übergangen; so aus Gai. 2.132: … *dum tamen, si inter ceteros exheredentur, aliquid eis legetur, ne videantur per oblivionem praeteritae esse.* Zweifelnd (nur auf die *filia postuma* bezogen) *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 63–67.

[31] Gai. 2.125; Labeo bei Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.11.

[32] *Kübler*, SZ 41 (1920) 30.

[33] Formel formgerechter Enterbung von *postumi* bei Paul. adsign. lib. sing. D. 28.3.14; Ulp. 3 Sab. D. 28.3.3.5 (*non rumpet testamentum*); Gell. 3,16,13: *Signorini*, Adsignare libertum (2009) 205 f.

tim (namentlich) oder *inter ceteros* („unter allen anderen") mit dem Beisatz *dummodo inter ceteros exheredatis aliquid legetur* (wenn denn nur [Wunsch] den *inter ceteros* Enterbten etwas vermacht wird) zu enterben; vgl. Gai. 2.132: *aliquid legetur, ne videantur per oblivionem praeteritae esse* (sofern ihnen irgendetwas vermacht ist, damit es nicht so aussieht, als ob sie aus Vergesslichkeit übergangen worden seien);[34] Enkel und Urenkel und andere Nachgeborene außer dem Sohn können *nominatim* oder *inter ceteros* mit Hinzufügung eines Vermächtnisses enterbt werden; sicherer aber ist (*tutius est*), sie *nominatim* zu enterben (Ulp. reg. 22.22).[35]

Dies spiegelt die Testiersitte wider, Fremde erst nach den eigenen Kindern zu Erben einzusetzen (*favor heredum legitimorum*).[36] **9**

Prätorischer Schutz durch *bonorum possessio contra tabulas*[37] (→ § 57 Rn. 42–171): Sind *liberi* (Kinder) weder eingesetzt noch enterbt (also übergangen), verheißt ihnen der Prätor die *bonorum possessio contra tabulas* (Gai. 2.135; Ulp. reg. 22.23).[38] *Sui* sukzedieren *ex iure civili* (*lege duodecim tabularum*), wenn sie übergangen sind oder ein Testament fehlt.[39] *Liberi* sukzedieren *ex iure honorario* wie *sui* („Suitäts-Fiktion"); fehlt ein Testament, erlangen sie die *bonorum possessio sine tabulis*, sind sie übergangen, die *bonorum possessio contra tabulas* wie *sui*. Sind sie eingesetzt, haben sie die *bonorum possessio secundum tabulas*, ihre *exheredatio* schließt sie aus.[40] **10**

[34] *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 63–65.

[35] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 421 f.; *Di Maria*, Cancelleria (2010) 127 Fn. 92 zu Paul. sent. 3.4b.10; *Lambertini*, Postumi II (2001) 108–136, 209–228; *Bianchi*, Conceptus (2009) 184–220.

[36] *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 99.

[37] Liste der zur *bonorum possessio contra tabulas* Zuzulassenden bei *La Pira*, Successione (1930) 323 f.; reiche (bei *La Pira*, Successione (1930) 341 kritisierte) Systemuntersuchung von *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 64–164; *Vacca*, BIDR 80 (1977) 159–193; dazu kritisch (Pius-Konstitutionen als Zwischenglied in der Entwicklung der *bonorum possessio contra tabulas*) *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 93 Fn. 140: Gai. 2.126; Iust. C. 6.28.4.1 (a.531): begrenzt die *bonorum possessio contra tabulas* einer gewaltunterworfenen Frau auf die Quote, die ihr nach dem Anwachsungsrecht nach *ius civile* zustand (→ Rn. 1): *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 64; zur Aufrechterhaltung von Erbteilen zugunsten von *personae exceptae* ebd. 72–90. *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 43–73 zur *bonorum possessio contra tabulas* des *suus* und *emancipatus*.

[38] *Voci*, DER II 652, 662; jedoch keine *bonorum possessio contra tabulas*, wenn sie das Testament anerkannt haben (ebd. 652 Fn. 28).

[39] Bei zweifelhaftem *suus*-Status (*an inter liberos sit*) schützt eine *bonorum possessio Carboniana* (vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.10.1.3); zum Verhältnis zur *bonorum possessio contra tabulas*: *Segnalini*, Editto Carboniano (2007) 38–55.

[40] *Negri*, Clausola codicillare (1975) 141.

II. Verhältnis von Querel zur *bonorum possessio contra tabulas*

11 Sind *liberi*[41] enterbt, geht der Prätor gegen einen ausdrücklichen Enterbungswillen nicht mit einer *bonorum possessio contra tabulas* vor. Einen Enterbungswillen umzustoßen, war der Urteilsautorität der *centumviri* (zur Durchsetzung der Testiersitte) vorbehalten (Ulp. 40 ed. D. 37.4.8 pr.: *exheredati* sind auf die Querel verwiesen, ein *iure civili* formgerecht geäußerter Enterbungswille wird durch das prätorische System nicht gestört: *nec iure civili testamenta parentium turbant*).[42]

12 Dagegen besteht bei *liberi praeteriti* (übergangenen Kindern) kein ausdrücklicher Enterbungswille[43] und der Prätor kann sein neues System auch gegen das Testament (*contra lignum*[44]) anwenden.[45] Daraus erhellt:

1) Enterbte *liberi* (*emancipatus exheredatus* wie auch *exheredatus suus*) haben nur die Querel; dringt diese durch, erreichen sie die *bonorum possessio ab intestato* (→ Rn. 41; Ulp. 40 ed. D. 37.4.8 pr.;[46] D. 37.4.8.2: *non quaevis exheredatio summovet filium a contra tabulas bonorum possessione, sed quae rite facta est* [nicht eine jede Enterbung schließt den Sohn von der *bonorum possessio* aus, sondern nur eine, die formgerecht gemacht ist]: der formgerecht Enterbte hat nur die Querel; Tryph. 19 disp. D. 37.4.20.1: *exheredatus nominatim non est vocatus ad bonorum possessionem contra tabulas*; Ulp. 40

---

[41] Eine Begriffskonstruktion des Prätors: *La Pira*, Successione (1920) 320.

[42] *Di Lella*, Querela (1972) 158–160.

[43] Ein unter kasueller Bedingung eingesetzter *suus* ist übergangen für den Fall des Ausfalls der Bedingung; daher muss eine Enterbung für den umgekehrten Fall beigefügt sein, damit er für keinen Fall übergangen ist: *Schmidt*, Notherben (1862) 42; *Voci*, DER II 651; Alex. C. 6.25.4 pr. (a.224): kasuell bedingt einsetzen und bei Ausfall enterben ist richtig, sonst ist nicht *iure testatus*; *Meinhart*, FS Kaser (1973) 120; zum bedingt eingesetzten Sohn: Iulian bei Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.12: in der Pendenz hat er nicht die *bonorum possessio contra tabulas*; wenn die Bedingung ausfällt, ist er übergangen und hat die *bonorum possessio contra tabulas*: *Meinhart*, FS Kaser (1973) 127 f.; der kasuell bedingt eingesetzte Emanzipierte ist *heres scriptus* und hat (schon während der Pendenz) die *bonorum possessio secundum tabulas* (und daher nicht die *bonorum possessio contra tabulas*): Ulp. 8 disp. D. 37.11.6; gleich Iulian bei Ulp. 41 ed. D. 37.11.2.1 für beliebige Bedingung (auf einen *suus* zu beziehen: *Meinhart*, FS Kaser (1973) 128 f.). Der bedingt enterbte Sohn hat sogleich die *bonorum possessio contra tabulas*, mag er auch als bedingt Eingesetzter von der *bonorum possessio contra tabulas* ausgeschlossen sein: Her. 3 iur. epit. D. 37.4.18; beschränkt auf Potestativbedingung: Pap. 16 quaest. D. 28.7.15: nichtiges Testament, wenn der Haussohn unter unerlaubter Bedingung eingesetzt ist; doch zu Marcian. 4 inst. D. 28.7.14 (sittenwidrige Bedingungen gelten als nicht geschrieben) → § 53.

[44] Vgl. Tryph. 15 disp. D. 37.4.19.

[45] *Di Lella*, Querela (1972) 160, da der Erblasser dann auch das *iussum* des Prätors, nicht Eingesetzte zu enterben (Gai. 2.135), verletzte. Ist die *exheredatio*, wenn auch durch Falschurteil, beseitigt, schließt sie nicht mehr die *bonorum possessio* aus: Der Sohn eines Freigelassenen, obwohl wirksam enterbt, ist zur *bonorum possessio* zuzulassen sogar aufgrund des unrichtigen Urteils, dass er nicht enterbt ist: Ulp. 44 ed. D. 38.2.12.3 (*cum esset exheredatus, pronuntiatus vel perperam sit exheredatus non esse*, → § 13 Rn. 100).

[46] *Di Lella*, Querela (1972) 159 Fn. 68: auf *liberi* zu beziehen wegen *testamenta parentium*.

ed. D. 37.4.10.5: *edictum non committunt … eis querella superest*), dann bekommen sie die *bonorum possessio sine tabulis*.[47]

2) Der *emancipatus praeteritus* hat nur die *bonorum possessio contra tabulas*[48] und nicht die Querel (Paul. inoff. test. sing. D. 5.2.23 pr.,[49] → Rn. 42). Ein *suus praeteritus* zieht den Intestatfall nach sich (→ Rn. 2).[50] Die *bonorum possessio contra tabulas* unterstützt hier die Nichtigkeit nach *ius civile* (→ § 57 Rn. 1, 43 ff.f.).[51]

Konsequenzen aus der Kombination beider Fälle sind überliefert: Tryph. 19 disp. D. 37.4.20 pr. (*suus exheredatus*/*emancipatus praeteritus*/eingesetzte *extranei*): Die Enterbung greift der Prätor nicht an (der *suus* ist auf die Querel verwiesen); für den *praeteritus* korrigiert der Prätor das Testament: *emancipatus … petens contra tabulas bonorum possessionem solus habebit bonorum possessionem* (der Emanzipierte hat allein die *bonoum possessio contra tabulas*, → Rn. 42). **13**

Marcian. 2 reg. D. 28.2.32 (*suus praeteritus*/*emancipatus exheredatus*): das Testament ist *iure civili* ungültig, somit auch die Wirkung der Enterbung (→ Rn. 41). Gleich: Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.9 (*suus praeteritus*/*emancipatus exheredatus*): das Testament ist ungültig und somit auch die Enterbung wirkungslos; der Prätor kann so vorgehen *atque si nullas tabulas pater reliquisset*; beide Kinder sind zur *bonorum possessio unde liberi* zuzulassen. **14**

Nur die Querel (und keine *bonorum possessio contra tabulas*) stand ferner zu Gebote: **15**

1) Nach dem Testament der Mutter: Frauen hatten keine *liberi* (erweiterter Begriff des Prätors). Gegen das Testament der Mutter (und später erweitert des mütterlichen Großvaters, → Rn. 87) gab es daher keine *bonorum possessio contra tabulas* (Paul. 41 ed. D. 37.4.4.2), sondern nur die Querel;[52] und zwar auch die Querel gegen das Testament

---

[47] *Voci*, DER II 662; vgl. Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.9.

[48] System: Zur *bonorum possessio contra tabulas* zuzulassen sind alle *liberi*: *naturales* (also auch Emanzipierte) wie auch *adoptivi*, wenn sie übergangen sind (Ulp. 39 ed. D. 37.4.1 pr.), nicht aber *liberi*, wenn sie enterbt sind (Ulp. 40 ed. D. 37.4.8 pr.); auch der *postumus* teilt in der *bonorum possessio contra tabulas* mit (Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.5); nur die *rite* (formgerechte) *exheredatio* hält von der *bonorum possessio contra tabulas* fern (Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.2), schließt diese aber immer aus (Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.11 und Tryph. 19 disp. D. 37.4.20.1). Sind einige Kinder übergangen und andere eingesetzt, sind auch die *liberi instituti* zur *bonorum possessio contra tabulas* berufen aus der Person des Übergangenen: *commisso per alium edicto*: Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.11 (obwohl *heredes scripti* die *bonorum possessio secundum tabulas* haben, sind sie, *si alius committat edictum*, selbst zur *bonorum possessio contra tabulas* zuzulassen); Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.14: *Schmidt*, Notherben (1862) 91 f.; *Voci*, DER II 649; *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 53–63 (→ § 59). Wer *primo* enterbt und als Substitut eingesetzt ist, hat die *bonorum possessio commisso edicto* somit nur in dem Grad, in dem er eingesetzt ist (Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.4). Zu Konsequenzen des Systems für Klagsrollen: Tryph. 19 disp. D. 37.4.20 pr. (der *suus* ist *exheredatus*, hat also die Querel; der *emancipatus* ist *praeteritus*, hat also die *bonorum possessio contra tabulas* gegen *extranei scripti*, → Rn. 42).

[49] *Di Lella*, Querela (1972) 157 f.; *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 231 f.

[50] Paul. 41 ed. D. 37.5.15 pr., Ulp. 4 disp. D. 37.5.16; *Di Lella*, Querela (1972) 173 Fn. 93.

[51] *Voci*, DER II 652.

[52] Vgl. auch Philipp. C. 3.28.15 (a.245); *Tort-Martorell Llabrés*, Lib. Am. Miquel 995.

der Mutter, die ihren Sohn für tot hielt (Ulp. 6 op. D. 5.2.27.4; Paul. Cvir. iud. sing. D. 5.2.28: Querel ohne *pietas*-Verletzung [strittig][53]).

2) Nach dem Testament der Kinder (*sui iuris*): Enterben oder übergehen sie ihre Eltern und zwar a) den Vater,[54] so ist eine *bonorum possessio* vereinzelt genannt in Val. Max. 7,7,5; davon zu trennen ist die *bonorum possessio* des Vaters, der seinen Sohn freiließ und somit Patron des Emanzipierten ist; die *bonorum possessio* des *parens manumissor* kommt aus einem anderen System; der Vater hat die Querel. b) Übergehen sie ihre Mutter, so hat diese nur die Querel.

3) Geschwister haben nur die Querel (später einengend, wenn ihnen *turpes personae* vorgezogen wurden, → Rn. 85).

16 Nach vorgedrungenen Meinungen[55] ist die Querel älter als die *bonorum possessio contra tabulas*,[56] die möglicherweise erst später ediktal wurde[57] (strittig,[58] → § 57 Rn. 45). Zur *bonorum possessio* ist die Querel subsidiär.[59]

III. *Pietas*-Verletzung und frühe Fälle

17 Umstoßung des lieblosen Testaments ist vermutlich gegen Ausgang der Republik aufgekommen.[60] Testamentsreszission war neuartig; sie scheint einem breiten Bedürfnis,

---

[53] *Sanguinetti*, SDHI 59 (1993) 267: Querel auf der Grundlage von *aequitas*, vgl. noch Sev./Ant. C. 3.28.3 (a.197); bestrittene Querel (nur der Irrtum ist zu sanieren): *Di Lella*, Querela (1972) 234–236; zur „objektiven Inoffiziosität" („inofficiosità obiettiva") bei irrtümlicher Enterbung: *Negri*, Clausola codicillare (1975) 289.

[54] *Sui* seines Sohns gehen ihm vor (*iure civili*), *ab intestato* erbt er erst hinter den Hauserben des Emanzipierten: *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 90.

[55] *Gagliardi*, Decemviri (2002) 266 f.; *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 171–173, 230 f.; *Masi Doria*, Bona (1996) 98–106, 110–122 (112: „la *bonorum possessio contra tabulas* non viene concessa *ex edicto*"), 125 f. (Fn. 78); *Di Lella*, Querela (1972) 54 f.

[56] Doch nicht um viel; die *bonorum possessio contra tabulas* datiert in die jüngere Republik; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 63.

[57] Zur *bonorum possessio* des *praetor urbanus* C. Calpurnius Pius (ca. 70 v. Chr., zur Zeit des Aufkommens der Querel); *Voci*, DER I 135; zur *bonorum possessio* Val. Max. 7,7,5: man könne sie nicht anders nennen als eine *bonorum possessio contra tabulas*, jedoch noch fern dem klassischen (ediktalen) System; die *bonorum possessio contra tabulas* war unter Augustus „nelle sue linee fondamentali" bekannt (*Voci*, DER I 135), Labeo erwähnt sie mehrfach (Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.11; Ner. 6 membr. D. 37.10.9; Lab. 1 pith. a Paul. epit. D. 38.2.51), Sabinus einmal bei Gell. 3,16,23 (= Plin. nat. 8,5,4). *Di Ottavio*, Querela (2012) 22 f. gegen die Ansicht, die Querel aus der *bonorum possessio contra tabulas* abzuleiten.

[58] Anders *Schmidt*, Notherben (1862) 66: „eine *contra tabulas possessio* [ist] so früh vorhanden gewesen, als es überhaupt eine *bonorum possessio* gab".

[59] Vgl. Iust. C. 6.28.4.4 (a.531); Inst. 2.18.2; *Windscheid/Kipp* III 394 Fn. 10; *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 230–232.

[60] *Voci*, DER II 670 (52 v. Chr.); *Di Ottavio*, Querela (2012) 10. *Woeß*, Erbrecht (1911) 199–207 (mwN. gegen Stimmen höheren Alters). *Krüger*, FS Koschaker II 256, 262. *Fernández de Buján*, SDHI

pietas-pflichtwidrige Testamente aufzuheben, entsprochen zu haben.[61] Verletzung der *pietas erga liberos* durch *praeterire* (übergehen) oder[62] *exheredare*[63] (enterben), wie auch der *pietas erga parentes* ist als leitende Vorstellung bei der Bildung der Querel noch greifbar (Marcian. 4 inst. D. 5.2.2, Marcell. 3 dig. D. 5.2.3; Paul. sent. 4.5.1);[64] *pietas in parentibus et propinquis* (Cic. rep. 4,16) bezog sich auf den Kreis der Familie und Blutsverwandtschaft.[65]

---

55 (1989) 102 (mit *Voci*); zum rechtlichen Umfeld *Paulus*, SZ 111 (1994) 425–435; nun wieder für Rückführung auf die *lex Glitia*: *Longchamps de Bérier*, Abuso (2013) 105–107.

[61] *Di Ottavio*, Querela (2012) 43–47; *Querzoli*, Testamenta (2000) 21, 138 f., 151–173; Motivenbericht bei Inst. 2.18 pr.: *Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant vel omittunt, inductum est …* : *Longchamps de Bérier*, Atti Burdese II 409, doch mit zweifelhafter Nähe zu letztwilligen Verfügungen *poenae nomine* (414); *Woeß*, Erbrecht (1911) 215 und für Anlehnung an das Rhetoren-Thema der Verstoßung, ebd. 191; zweifelnd *Wurm*, Apokeryxis (1972) 76, dazu *Thür*, Iura 23 (1972) 289: gleiche Argumente finden sich bei der Testamentsquerel wie bei der *abdicatio* (Enterbung wird mit dem Vorwurf des Wahnsinns bekämpft), doch war die *abdicatio* der Schule vorbehalten, die Querel wurde verhandelt: Quint. inst. 7.4.11. Zu *abdicatio* bei den Römern „closely linked to the *exheredatio*“: *López Barja de Quiroga*, SZ 123 (2006) 303 f. und *Masi Doria*, Index 40 (2012) 313–325 (zu *abdicatus de bonis paternis nihil habeat*: ebd. 317 Fn. 20 mwN.).

[62] Für zeitliche Trennung beider Fälle: *Di Lella*, Querela (1972) 111–124: Reszissibel war die Erbeinsetzung zunächst nur bei *praeteritio*, erst unter Augustus bei *exheredatio*, doch ist dies nicht ohne Bedenken geblieben: *Kaser*, RP II 611; dazu noch Cic. S. Rosc. 19,53, der bereits von *exheredare* spricht.

[63] Cic. S. Rosc. 19,53.

[64] *Voci*, DER II 678–681; *Renier*, Querela (1942) 54–76 mit wohl überschätzten griechischen Einflüssen; *Di Lella*, Querela (1972) 101; *Di Ottavio*, Querela (2012) 35–48, 65–77. *Querzoli*, Testamenta (2000) 138–186; dazu *Spengler*, SZ 122 (2005) 294–299, zu *pietas* als konzeptartigen Begriff ebd. 298.

[65] Cic. inv. 2,66: *pietatem, quae erga patriam aut parentes aut alios sanguine coniunctos officium conservare moneat.* Cic. off. 1,14; 1,44; Sen. benef. 6,23,5; *Koch*, s. v. pietas, RE XX.1 1221; *Querzoli*, Testamenta (2000) 151–186; *Manthe*, OIR 10 (2005) 151–145; *Voci*, DER II 678–680; Kinder schulden *pietas erga parentes* wegen des *donum vitae*: gegenüber dem Vater, der das Leben schenkte (Sen. benef. 3,35,1–2), dem Vater, der den Sohn ernährte (Sen. benef. 3,32,1); unberücksichtigt gebliebenes *beneficium educationis* macht das Testament des Sohnes gegenüber dem Vater pflichtwidrig (Val. Max. 7,7,2). Umgekehrt, zur *pietas erga liberos*: Dem Sohn, der den Vater rettete oder ihn vor Gericht verteidigte, ist *pietas* geschuldet (Sen. benef. 3,33,1–5), doch sonst schon aus *naturalis caritas*, vgl. Pap. 14 quaest. D. 5.2.15 pr. (… *non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet*) zeigt, dass *pietas erga parentibus* und *erga liberis* in die Juristenliteratur eingedrungen ist. Ähnlich Pap. 29 quaest. D. 38.6.7.1, vgl. *Voci*, DER II 679 mwN.; *Manthe*, FS Wolf 178 und zur *ratio* der Querel in Pap. 14 quaest. D. 5.2.15 pr., wieder aufgenommen in Const. Cod. Theod. 2.19.2 (a.321) = C. 3.28.28: ebd. 175 Fn. 57); *Manthe*, OIR 10 (2005) 154 f. Zum begründeten Enterben: Cic. S. Rosc. 18,52–19,54 (beabsichtigtes *exheredare*); der Querel entgegentretend kann der Enterbungswille des Vaters durch *vitia ac peccata filii* gerechtfertigt sein (Cic. S. Rosc. 19,53); wegen Nichtigkeiten (*nugatoria*) soll aber nicht enterbt werden: Cic. S. Rosc. 19,52; Sen. clem. 3,12,1 (*numquid aliquis sanus filium a prima offensa exheredat?* – indiziert umgekehrt die Entsprechung von *pietas*-Verletzung und *insania*); ebenso *inpii* korrespondiert *insaniunt* (pflichtvergessen sind sie … sie sind nicht bei Sinnen): Sen. benef. 5,17,3.

18 Verletzte Testiersitte *favor heredum legitimorum*, vgl. Gai. l. Glit. sing. D. 5.2.4; Marcell. 3 dig. D. 5.2.3; Inst. 2.18 pr.) ist reich belegt bei Blutsverwandten,[66] erschöpft sich darin aber nicht. Die Querelbeschwerde war erfolgreich: Vom in Adoption gegebenen Sohn gegen das Testament seines natürlichen Vaters (Val. Max. 7,7,2: *testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumviros rescidit*).[67] Vom enterbten natürlichen Vater gegen das lieblose Testament seines in Adoption gegebenen (vom Adoptivvater emanzipierten) Sohnes (Val. Max. 7,7,5[68]). Von der Mutter, die in freier Ehe lebte, gegen das Testament ihres Sohnes (Quint. inst. 9,2,9; 9,2,34–35);[69] Klagen der Kinder gegen das Testament der Mutter (Val. Max. 7,8,2; Plin. epist. 5,1) finden sich früh; die Querelberechtigung der Kognaten war Inoffiziositätspraxis.[70] Nach vereinzelter Meinung schien selbst der Gatte querelberechtigt, doch ist dies zweifelhaft (Apul. apol. 100[71]); Plin. epist. 8,18 scheint unergiebig.[72] In manchen frühen Centumviralfällen[73] hatte der Querelkläger überhaupt kein gesetzliches Erbrecht.[74] Fälle der Undankbarkeit gegen den Freund sind bezeugt (Val. Max. 7,8,5–9);[75] das Freundschaftsband schätzte man nicht geringer als die Blutsverwandtschaft.[76]

---

[66] Val. Max. 7,7,4: Eingriff des Augustus *extra ordinem* (die Söhne sollen die mütterliche Erbschaft haben): *Di Lella*, Querela (1972) 132; *Di Ottavio*, Querela (2012) 119; *Querzoli*, Testamenta (2000) 40; Val. Max. 7,8,4: (keine Querel erhoben): *praelatio contumeliosa* (beleidigendes Vorziehen anderer) ist Beispiel eines *testamentum inofficiosum*: Der Bruder übergeht seinen Bruder und zieht ihm *alieni et humiles* vor. *Di Lella*, Querela (1972) 97; *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 118. Val. Max. 7,8,1: Tuditanus verhielt sich auch sonst verrückt; er setzte seine Tochter ein (unsichere Lesart: *Kübler*, SZ 41 (1920) 33–35); die Querel eines engen Blutsverwandten (*sanguine ei proximus*) scheiterte.

[67] Leitender Grund ist die *coniunctio sanguinis*: *Di Lella*, Querela (1972) 99; *Querzoli*, Testamenta (2000) 216–218. Später war die Querel in einem solchen Fall unter den Klassikern umstritten: Kontroversenbericht bei Iust. C. 8.47.10 pr. (a.530).

[68] Dekretal erledigte *querella* zur Zeit Ciceros, vermutlich 70 v. Chr. (*Prätor urbanus* Calpurnius Piso, Konsul 687/67 v. Chr.): *Krüger*, FS Koschacker II 259; *Woeß*, Erbrecht (1911) 202: der leibliche Vater erhielt die *bonorum possessio* und war vor der *legis actio* der Testamentserben geschützt: *bonorum possessio unde cognati cum re*: *possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est*; *Di Ottavio*, Querela (2012) 19; *Di Lella*, Querela (1972) 111; *vinculum vitae* zwischen natürlichem Vater und seinem zur Adoption gegebenen Sohn: *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem I (1990) 132–137: bereits auf juristischer Ebene ist das *vinculum sanguinis*, das *donum vitae*, das *beneficium educationis* berücksichtigt (ebd. 136); *Masi Doria*, Bona (1996) 128.

[69] *Di Ottavio*, Querela (2012) 100–102.

[70] *Woeß*, Erbrecht (1911) 233 f. sieht die späteren *SCta* (*Tertullianum* und *Orfitianum*) durch die Inoffiziositätspraxis vorbereitet.

[71] Wegen *nomen maritus in uxoris tabulis non haberem.*

[72] Doch *Woeß*, Erbrecht (1911) 234.

[73] Val. Max. 7,7,2, Quint. inst. 9,2,9; 9,2,33.

[74] *Woeß*, Erbrecht (1911) 215 (Val. Max. 7,7,2; Quint. inst. 9,2,9; 9,2,33).

[75] Freunde und Wohltäter, die den *honos institutionis* erwarten durften: Val. Max. 7,7,8: *ad alios, quam qui exspectabant honorem hereditatis transtulerunt*; *Woeß*, Erbrecht (1911) 234; *Querzoli*, Testamenta (2000) 44.

[76] Val. Max. 4,3,7 (*amicitiae vinculum … neque ulla ex parte sanguinis viribus inferius*): *Negri*,

Die Querel *apud centumviros* blieb *legis actio per sacramentum* (→ Rn. 48) noch in der Zeit des Formularprozesses (Gai. 4.95). *Sponsio* und *provocatio* dürften sich um die Frage *uter dignior hereditate sit* (wer von den Streitteilen der würdigere Erbe ist) gedreht haben (Quint. inst. 3,10,3: *apud centumviros post alia quaeritur et hoc, uter dignior hereditate sit*),[77] möglicherweise bildete diese auch den Inhalt einer *sponsio praeiudicialis*.[78] Zu der seit Vespasian mit der Centumviralquerel konkurrierenden *cognitio extra ordinem* siehe → Rn. 51. Die Klagebehauptung wird im Umkreis der in → Rn. 49 genannten Quellen zu suchen sein; *dicam inofficiosum* (Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8) und *inofficiosum testamentum dicere* (Marcell. 3 dig. D. 5.2.3) scheinen zentral und möglicherweise hinreichend. **19**

Wenngleich in Querelprozessen berücksichtigte Kognatenbeziehungen überwogen, so war doch kein fest umrissener Personenkreis zur Querel zuzulassen.[79] An die Berufung zur Intestaterbfolge scheint die Querel anfangs nur entfernt gekoppelt. Die Autorität der *centumviri* konnte *ius civile* abändern und andere „zum Erben machen".[80] Die Aktivlegitimation zur Querel ist erst im Laufe der Entwicklung stärker durchgebildet. **20**

1. Aktivlegitimation

Zur Inoffiziositätsquerel zuzulassen[81] waren:[82] **21**

a) Nach dem Testament des Vaters: Seine Kinder (*filii/filiae/postumi*[83]),[84] Enkel (*nepotes*) usw., alle Abkömmlinge, die *ab intestato* zur *successio in locum* berechtigt wa-

---

Clausola codicillare (1975) 181–197; zu *grate pieque* gegenüber Freunden als *officium pietatis* im *supremum iudicium*: *Querzoli*, Testamenta (2000) 44 (mwN. Fn. 96). Kaiser kassierten, wenn sie nicht bedacht waren, Testamente ihrer Freunde als undankbar (Suet. Cal. 38,2: *testamenta primipilarium … ut ingrata rescidit*): *Querzoli*, Testamenta (2000) 45 f. Zur Dankespflicht an den Kaiser (hergeleitet aus dem Titel *parens patriae*): *Bund*, FS Wieacker 52.

[77] *Gagliardi*, BIDR 40/41 (1998/1999) 388: Dem Würdigeren „veniva attribuito il patrimonio"; ebd. 422–425.

[78] Dafür *Klíma*, ACI Verona III (1951) 96.

[79] *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 103; *Wesener*, s. v. querela, RE XXIV 860. Dies macht die These von *Di Lella*, Querela (1972) 96 wahrscheinlich, das Centumviralgericht habe auch nicht intestaterbberechtigte Kläger als *heredes* anerkannt, den siegreichen Kläger an Stelle des Testamentserben zum Erben gemacht (als *dignior heres*): *Kaser*, RP II 610 f.

[80] *Gagliardi*, Decemviri (2002) 271 f., 514; *Di Lella*, Querela (1972) 96.

[81] Häufig *admittere ad inofficiosum* (u.a. Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.15; Ulp. 2 disp. D. 5.2.25.1); sinngleiche Ausdrücke bei *Krüger*, FS Koschaker II 264 f.; *Pérez Simeón*, Iura 65 (2017) 247.

[82] *Negri*, Clausola codicillare (1975) 148 f., *La Pira*, Successione (1930) 419–433; *Ribas Alba*, Desheredacin (1998) 203–227; *Gagliardi*, Legittimazione (2017) 4–11.

[83] Ulp. 14 ed. D. 5.2.6 pr. Vor Übergehung sind sie schon durch die Regel *testamentum agnatione postumi rumpitur* (vgl. Ulp. 3 Sab. D. 28.3.3 pr.) geschützt: *Lamberti*, Postumi I (1996) 117–123; *Lamberti*, Postumi II (2001) 211–221, 225–228; *Bianchi*, Conceptus (2009) 171–220; *Woeß*, Erbrecht (1911) 157 Fn. 16; Entwicklungsstufen bei *Schmidt*, Notherben (1862) 8–39.

[84] Ulp. 14 ed. D. 5.2.1 *omnibus tam liberis*. Sind sie unmündig, ist der Vormund für seinen Mündel

ren.[85] Überhaupt der Kreis der *sui* und *liberi*, der emanzipierte, der adoptierte und der in Adoption gegebene (umstritten).[86] Enterbt der Erblasser ein Kind, das er nicht als das seine anerkennt,[87] kann das Kind querelieren (Ulp. 6 op. D. 5.2.27.1; Scaev. 2 quaest. D. 5.2.20).[88]

b) Nach dem Testament der Mutter (Marcell. 3 dig. D. 5.2.5): Ihre Kinder[89] als *cognati*.[90]

c) Nach dem Testament von (emanzipierten) Kindern:[91] Die Eltern als Blutsverwandte: *parentes* (Vater[92] und Mutter[93]) als *cognati*: Ulp. 14 ed. D. 5.2.1.

d) Nach dem Testament von Geschwistern: Brüder und Schwestern sind als *cognati proprii* zuzulassen.[94] Verwandte der Seitenlinie *ultra fratrem et sororem* werden zusehends von der Querel abgeschnitten, Cousins, Onkeln[95] und Tanten bzw. Neffen und

---

querelberechtigt. Zum Fehlen der Prozesslegitimation des *tutor impuberis* bei testamentarischer Tutorenbestellung (Pap. 4 resp. D. 26.2.26.2): *Backhaus*, Casus (1981) 157 f.

[85] Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8; Paul. inoff. test. sing. D. 5.2.23 pr.

[86] Iust. C. 8.47.10 pr. (a.530): kontrovers zwischen Papinian (ablehnend) und Marcian (befürwortend): *Querzoli*, Testamenta (2000) 214–218; *Schindler*, Justinians Haltung (1966) 285–290; *Waldstein*, SZ 111 (1994) 50. Aus anderem Aspekt (Änderung des Adoptionsrechts in *adoptio minus plena* und *plena*) änderte Justinian die Berechtigung zur Querel: Iust. C. 8.47.10 pr.,1 (a.530): *Di Maria*, Cancelleria (2010) 128–134 (zur Klassikerkontroverse); *Voci*, DER II 672 f.; zum prätorischen Schutz des *in adoptionem datus* (Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.11): *Di Lella*, Querela (1972) 168 f. Von der *bonorum possessio contra tabulas* und von der *bonorum possessio unde liberi* nach seinem natürlichen Vater war der in Adoption gegebene Sohn ausgeschlossen. Vor der Novell. Iust. 118 (a.548) konnte er seinen natürlichen Vater nur aus der *bonorum possessio unde cognati* beerben, nach der Novell. Iust. 118 (a.548) hatte er ein Erbrecht als Deszendent.

[87] Vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.10.1.9,10 (*filium … ex adulterio conceptum*).

[88] *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) 92 f., 160; die *bonorum possessio Carboniana* hat auch das unmündige Kind nicht: *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) 92 f.; *Segnalini*, Editto Carboniano (2007) 159–161.

[89] Ebenso der *postumus matris* (Nachgeborener nach dem Testament der [bei der Geburt verstorbenen] Mutter, Ulp. 14 ed. D. 5.2.6 pr. [i.f.]): *Lamberti*, Postumi II (2001) 225–228.

[90] Philipp. C. 3.28.15 (a.245): Die von der Mutter übergangenen Kinder hatten nur die Querel; Marcell. 3 dig. D. 5.2.5; Pap. 2 resp. D. 5.2.16 pr. (Bruder gegen eingesetzten Bruder); Paul. 2 quaest. D. 5.2.19 (Tochter gegen extraneus und eingesetzte Schwester); Tryph. 17 disp. D. 5.2.22 pr.

[91] Seltenerer Fall, der die natürliche Ordnung störte (Pap. 29 quaest. D. 38.6.7.1): *Manthe*, OIR 10 (2005) 155 f.; doch aus *pietas*-Pflicht, die Eltern zu bedenken (Pap. 5 quaest. D. 5.2.15 pr.: *non minus parentibus … pie relinqui debet*): *Manthe*, FS Wolf 178; *Manthe*, OIR 10 (2005) 154–156.

[92] Val. Max. 7,7,5: der Vater nach dem Emanzipierten als *parens manumissor*; ihm ist *pietas* geschuldet.

[93] Ulp. 14 ed. D. 5.2.1: *tam parentibus* (Vater und Mutter); Marcell. 3 dig. D. 5.2.5; Val. Max. 7,7,2; 7,7,4; 7,8,2; Plin. epist. 5,1. Apul. apol. 99–100. Frauen konnten zwar im Allgemeinen nicht adoptieren (Ulp. reg. 8.8a), doch war ihnen dies *iussu principis* (mit Reskript des Kaisers) möglich; Ulp. 5 op. D. 5.2.29.3: Querel des Kindes nach der Adoptivmutter.

[94] Ulp. 14 ed. D. 5.2.1 (*cognati proprii*, abweichende Lesart: *proximi*: *Haloander*); das sind die Seitenverwandten: *Krüger*, FS Koschaker II 267 Fn. 27; *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 103–106.

[95] Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.5: … *nec patris frater*; *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 113 f.

Nichten[96] sind zu entfernt, um Inoffiziosität darzustellen, Diokletian schloss sie aus (Diocl./Maxim. C. 3.28.21 [a.294]: *fratris vel sororis filii, patrui vel avunculi, amitae …inofficiosum frustra dicunt*, in der Seitenlinie [*ex transversa linea*] sind nur noch Bruder und Schwester zugelassen).[97] Doch waren schon die severischen Juristen bemüht, solche Querelprozesse zurückzudrängen (Ulp. 14 ed. D. 5.2.1: *qui sunt ultra fratrem … spem non haberent*).[98] Noch weiter schränkte später Konstantin die Querel von Halbgeschwistern auf *consanguinei*[99] ein (Const. Cod. Theod. 2.19.1 [a.319], → Rn. 84).

2. Passivlegitimation

Mit der Querel verklagt werden konnten **22**

a) Der Testamentserbe[100] nach Erbantritt.[101],[102]

b) Der *bonorum possessor contra tabulas* (Pap. 2 resp. D. 5.2.16.1).[103]

c) Der Fideikommissar, an den restituiert wurde;[104] ferner, wer *pro herede* oder *pro possessore* besitzt (Sev./Ant. C. 3.28.1 [a.193]). Ebenso der Fiskus.[105]

---

[96] Sev./Ant. C. 3.31.3 (a.205): die Nichte gegen das Testament der Schwester ihrer Mutter; zwar war sie zur Querel zugelassen, verlor diese aber (auf die *hereditatis petitio* verwiesen): *Krüger*, FS Koschaker II 267.

[97] *Sanguinetti*, Querela (1996) 11 f.; 12 Fn. 7 mit vergleichendem Hinweis auf Sent. Syr. 36.

[98] Inst. 2.18.1: *ultra fratres et sorores nullo modo aut agere possunt aut agentes vincere*. Wer sind die *ultra fratrem*? *La Pira*, Successione (1930) 420 Fn. 2: Kognaten, interpretiert aus Ulp. 14 ed. D. 5.2.6.1; *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 104–106.

[99] Coll. Mos. 16.3.15: *consanguinei sunt eodem patre nati*: *Giunti*, St. Metro III 109–133 (125).

[100] Auch wenn der Kaiser eingesetzt war: Paul. sent. 4.5.3 mit klassischer Vorlage: Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.2. Zur Erb- oder Miterbeinsetzung von Kaisern: *Bund*, FS Wieacker 53; auch erbeingesetzte Municipien (Paul. Cvir. iud. sing. D. 5.2.31.1: *vel municipibus*): *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 117 Fn. 70; *Arcaria*, St. Metro I 65.

[101] Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.10 (*ante aditam hereditatem nec nascitur querella*). Gegen den bedingt eingesetzten Erben, der die *bonorum possessio secundum tabulas* erhielt, kann die Querel erhoben werden: vgl. *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 304 zu Ulp. 12 Sab. D. 38.17.1.7.

[102] = Basil. 39.1.34.

[103] *Voci*, DER II 703 Fn. 3; *Di Lella*, Querela (1972) 167 Fn. 81. Ferner Tryph. 19 disp. D. 37.4.20 pr.: Querel des *suus* gegen den Emanzipierten, der die Erbschaft durch *bonorum possessio contra tabulas* erlangte; erst recht gegen einen, der sie durch *bonorum possessio secundum tabulas* erhielt: *Francke*, Notherben (1831) 288.

[104] Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.14; Sev./Ant. C. 3.28.1 (a.193); *La Pira*, Successione (1930) 443–449; *Voci*, DER II 703..

[105] Ant. C. 3.28.10 (a.223).

IV. Querelausschluss

23 Mit Plinius (etwa um 93 bis 96 n. Chr. zu datierender Rechtsfall[106]) ist eine möglicherweise schon gefestigte Vergleichspraxis überliefert: zweifelhafte Querelprozesse werden mit ¼ des Intestaterbteils verglichen.[107] An der Falzidischen Quart orientiert sich das Argument (Plin. epist. 5,1,9): Hätte die Mutter den Sohn *ex asse* eingesetzt und mit Legaten überschwert, verbliebe ihm auch nur ¼; kannst du dich etwa beschweren: *num queri posses*? Ist er enterbt, muss ihm ¼ als Vergleichsquote genügen. Querelberechtigten ¼ – dies ist ausreichend ehrend – vom Intestaterbteil zu hinterlassen, schloss von der Testamentsquerel aus.[108] Dies dürfte aus der Vergleichspraxis zur Bewältigung von Urteilsrückständen beim Centumviralgericht (wahrscheinlich unter Domitian[109]) allmählich durchgedrungen sein[110] und auch auf die Testierpraxis eingewirkt haben. Unsicher ist dagegen eine Anstandspflicht, gegen Ergänzung auf das ¼ von der Querel zurückzutreten.[111] Diente die *Falcidia* zwar als Vergleichsbasis,[112] so dürften das die Querel verhindernde ¼ und die Falzidische Quart doch nur eher lose nebeneinander gestanden sein.[113] Verfestigte Tendenzen einer querelausschließenden Quart in Testamenten sind belegt.

24 Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.6: durch *mortis causa donatio* hinterlassenes ¼: *quartam partem … puto secure … testari*. Das ¼ hat testamentssichernde Wirkung im Umfang des Intestaterbteils; Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.11: Bei restitutionsbelasteter Teilerbeneinsetzung unter falzidischem ¼ -Abzug – durch Einrechnung der Früchte in die Quart gebildet – schloss das ¼ die Querel aus:[114] *nihil habet quod queratur* (so hat er keinen Grund, dass

---

[106] *Woeß*, Erbrecht (1911) 244; für *querela inofficiosi testamenti*: *Tellegen*, Law of Succession (1982) 91 f.; *Klingenberg*, SZ 100 (1983) 696: *exheredatus a matre* ist technisch; schwankend *Di Lella*, Querela (1972) 123 (*Centumviri* waren anfangs Richter der *praeteritio*); *Gulina*, SDHI 75 (2009) 299–308 (zur Quart: ebd. 304–307).

[107] *Woeß*, Erbrecht (1911) 230.

[108] Plin. epist. 5,1,9; *Schanbacher*, SZ 118 (2001) 481; die Praxis ist nicht bezweifelt: *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 238; *Tellegen*, Law of Succession (1982) 91 f.; *Di Lella*, Querela (1972) 122 f.; *Voci*, DER II 677.

[109] *Woeß*, Erbrecht (1911) 245.

[110] *Woeß*, Erbrecht (1911) 231, 245; *Di Lella*, Querela (1972) 123: doch war zunächst von Fall zu Fall zu entscheiden, ein wie großer Teil angemessen war, um nicht zu querelieren. Schemenhaft noch Sen. contr. 9,5,15 zu frühem Centumviralfall: 1/12 für die der Giftmischerei verdächtigte Tochter: *nocenti nimium, innocenti parum* (für eine Schuldige zuviel, für eine Unschuldige zu wenig).

[111] Bestritten: *Woeß*, Erbrecht (1911) 231. Ein Anhaltspunkt scheint *augebo* in Plin. epist. 5,1,9 (*Igitur sufficere tibi debet, si exheredatus a matre quartam partem ab heredibus eius accipias, quam tamen ego augebo*), *Tellegen*, Law of Succession (1982) 92.

[112] *Woeß*, Erbrecht (1911) 230 mit Val. Max. 7,8,2; 7,8,4; Plin. epist. 5,1,9.

[113] *Schanbacher*, SZ 118 (2001) 480 f., beide in „Zweck und Wirkung" aber vergleichbar (ebd. 480). Die Querelquart aus der falzidischen Quart (stärker dogmatisch) herzuleiten versucht *Krüger*, BIDR 47 (1940) 73; *Hennig*, Lex Falcidia (1999) 26.

[114] *Sanguinetti*, Querela (1996) 55.

er sich beklagt); allgemeiner belegt ist die testamentssichernde Wirkung der querelausschließenden Quart: Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8 (*quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querellam* – ein Viertel der geschuldeten Portion [= des Intestaterbteils] genügt zum Querelausschluss).

Jedes *mortis causa*[115] hinterlassene ¼ schloss die Querel aus,[116] gleichgültig, ob das ¼ als Institutionsportion, als Vermächtnis,[117] als Fideikommiss oder durch *mortis causa donatio*[118] hinterlassen war (Inst. 2.18.6.; Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.6). Die Quart hatte die Funktion eines Prozesshindernisses.[119] Das ¼ wirkte sich zur ganzen *pars ab intestato* zugunsten des Testaments aus.[120] Ist, wenn ¼ hinterlassen ist, nicht mehr *totum testamentum* reszissibel, kann ein Noterbe, der nichts bekommen hat und daher querelieren kann, das Testament neben einem mit der Quart abgefundenen Noterben nicht zur Gänze umstoßen. Die Querel auf Gesamtreszission ist indirekt – durch die Quart des anderen – um den Intestaterbteil des anderen gekürzt.[121] Die testamentssichernde Wirkung der Quart des einen führt zur indirekt gekürzten Querel des anderen.[122] **25**

1. Konkurrenzen

In den Fällen einer Mehrheit von Noterben der Fallkonstellation „klagender/nicht klagender Noterbe" gilt die Quellenlage als verworren:[123] Manchmal tritt Teilreszission, **26**

[115] Zum Querelausschluss (*inofficiosi querellam cessare*) durch Schenkung unter Lebenden, wenn der Erblasser *hac contemplatione, ut in quartam habeatur* schenkte: Ulp. 2 disp. D. 5.2.25 pr.

[116] Paul. sent. 4.5.6: *Quartae portionis portio …, ut ab inofficiosi querela excludantur*; Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.9: *non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam*; *Di Lella*, Querela (1972) 123 Fn. 164. *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 84; *Sanguinetti*, Querela (1996) 52: Ant. C. 3.28.6 (a.212); zur Quartberechnung (abzuziehen sind Begräbniskosten und Freilassungen): Paul. sent. 4.5.6.

[117] Paul. 1 fisc. D. 34.9.5 pr.: *Post legatum acceptum … inofficiosum autem dicere non permittitur*; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 198 f. Widerrufenes Vermächtnis schließt von der Querel nicht aus: Mod. praescr. sing. D. 5.2.12.2.

[118] Plin. epist. 5,1,9; Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8; *Marrone*, AUPA 24 (1955) 73 Fn. 144; *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 84, 296; *Negri*, Clausola codicillare (1975) 147.

[119] *Sanguinetti*, Querela (1996) 52. Zwischen dem Noterben, der nichts bekommen hat und dem Noterben, der die Quart hat, bestand Ungleichbehandlung („marcata disparità"), ebd. 78.

[120] Entwickelt aus Plin. epist. 5,1,9: Die Quart vom Ganzen schließt vom ganzen Erbe aus (¼ von 1 schließt von 1 aus), bei zwei Teilerben: die Quart von der Hälfte schließt von der Hälfte aus (¼ von ½ = ⅛ schließt von ½ aus) usw. Ferner Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.6: Der durch die Quart von der Querel ausgeschlossene Noterbe kann auch nicht durch die Querel des anderen zu seinem Intestaterbteil kommen, das Testament bleibt zur ganzen Intestatportion (und nicht nur zum erhaltenen ¼) unangefochten.

[121] Wertung: Der Querelausschluss durch die Quart wirkt sich zugunsten des Testamentserben aus, nicht zugunsten der anderen Noterben.

[122] Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8; Paul. 2 quaest. D. 5.2.19.

[123] *Kaser*, RP I 712 Fn. 33: Klagt einer von mehreren Querelberechtigten, so wird die Klage „auf die ihm zukommende Quote beschränkt" (zitiert: Papinian bei Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8; Pap. 2 resp. D. 5.2.16. pr.), „anders Paul. eod. 23.2"; ferner kontrovers zwischen Papinian bei Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8. und Paul. 2 quaest. D. 5.2.19.

manchmal Gesamtreszission ein. Überwiegende Meinungen[124] erklären dies aus Juristenkontroversen, doch werden auch inexistente Kontroverse und Interpolationen vertreten (Ribas-Alba:[125] Klassisch war nur Gesamtreszission, Teilreszission ist itp. mit nachklassischen Texteinschüben[126]).

27 Eigene Ansicht: Wohl ist zu scheiden nach Quellengruppen, a) in denen die Querel von testamentssichernder Wirkung betroffen ist, und b) Quellen, wo dies nicht der Fall ist.

a. Querel von testamentssichernder Wirkung betroffen

28 Zur ersten Gruppe gehört Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8:

a) Zwei *filii exheredati*, einer von ihnen, *qui non queritur*.

b) Motiv der einleitenden Frage: *Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querellam videndum erit* (da ja aber ein Viertel der geschuldeten Portion genügt, um die Querel auszuschließen, wird man prüfen müssen)

c) *an exheredatus partem faciat qui non queritur* (ob der Enterbte, der nicht klagt, [ihm] „einen Teil macht").

29 Aus b) ist rückzuschließen auf a): der exheredierte *qui non queritur* hatte die Quart.[127] Deutung: Damit war das Testament durch die Quart im Umfang der Intestatportion des Ausgeschlossenen (zu ½) gesichert; der andere *filius* kann daher nur auf ½ querelieren (zur anderen ½ bleibt es bei der gesicherten *institutio heredis* des *extraneus*).

d) Entscheidung: *non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere* (so darf ich nicht die ganze Erbschaft, sondern nur die halbe herausverlangen).[128] Nach der Notiz von

---

[124] *Voci*, DER II 693 (Papinian/Ulpian: weitere Noterben begrenzen die Klagslegitimation; teilweise nicht geteilt von Paulus, der Akkreszenz zulässt); *Di Lella*, Querela (1972) 227–229.

[125] *Ribas Alba*, Iura 39 (1988) 75–98; zusammenfassend *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 284–287.

[126] Nachklassische Einschübe in Papinian bei Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8. und Paul. 2 quaest. D. 5.2.19; *Renier*, Querela (1942) 238–241 schlägt byzantinische Paraphraseneinschübe vor. *Gagliardi*, Legittimazione (2017) geht prinzipiell von Teilreszission aus (modellhaft erläutert: S. 27). In der Querel über die eigene Quote liege eine *pluris petitio*. Nachträgliche Ausdehnung sei damit aber noch nicht ausgeschlossen. Verliert ein Mitquerelierender seine Querel, so habe sich das *petitum* des Obsiegenden nachträglich als *minoris petitio* herausgestellt und wird korrigiert (S. 84). *Pérez Simeón*, Iura 65 (2017) 255: Reszission nur zur Intestatquote.

[127] Zu Basil. 39.1.8.18 (*Scheltema*) = Hb vgl. *Pescani*, St. Sanfilippo IV 589 f. Das Scholion 18 (= 16 Hb) fasst zunächst richtig auf „der nicht Klagende mindert den Teil des Klagenden", der Scholiast legt sich das Fallbeispiel aber anders zurecht: Jener, der die Quart hatte, klagte (*ad supplendum*): denn er habe das ¼ nicht, weil der nicht Klagende „ihm keinen Teil mache" (nicht konkurriert). *Gagliardi*, Legittimazione (2017) 94–116 sieht in Frg. 8.8 eine Textlücke durch kompilatorische Streichung (S. 101); Frg. 8.8 zerfalle in ein generelles Prinzip (erster Satz), dann folge eine Lücke; die erweiterte Fragmentvorlage sei im Scholion erhalten geblieben und daraus rekonstruierbar (S. 111).

[128] *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 240, 285, 296 („parcialmente interpolado") für nachklas-

Ulpian respondierte so auch Papinian. Die testamentssichernde Wirkung der querelausschließenden Quart des einen kürzt die Querel des anderen auf ½.

Sehr umstritten[129] ist Paul. 2 quaest. D. 5.2.19 (Querel gegen das Testament der Mutter[130]): **30**

a) *extraneum ex dodrante heredem instituit* (ein *extraneus* ist zu ¾ Testamentserbe), *filiam unam ex quadrante* (eine Tochter Testamentserbin zu ¼ = *filia scripta*), *alteram praeteriit* (die andere Tochter ist übergangen); diese klagte *de inofficioso* und obsiegte (*et optinuit*).[131]

b) *Quaero scriptae filiae quomodo succurendum sit* (ich frage, wie der *filia scripta* zu helfen sei).[132]

c) Entscheidung (*responsum*): die übergangene Tochter vindiziert (nur), was sie *ab intestato* hätte (hier: ½).

Wertend ist zu deuten: Wenn schon die Quart (hier ¼ von ½, also 1/8) testaments- **31** sichernd wirkte, dann hier umso mehr die Institutionsportion (¼) der *filia scripta*. Somit wirkte ihre Institutionsportion im Umfang ihrer Intestatportion (zu ½) testamentssichernd für ihre Institutionsportion von ¼, die unangefochten bleibt; und zum restlichen ¼ profitiert der *extraneus* vom Ausschluss der Querel (im Umfang des Intestaterbteils der *filia scripta*) gegen das Testament. Die *filia praeterita* vindiziert (mit der Querel) somit (nur) *quod intestata matre habitura esset*, also ½; unter e) präzisiert: *et ideo ab extraneo semissem vindicandum* (und daher ist vom *extraneus* die Hälfte zu vindizieren), und zwar diese ½ nur vom *extraneus*.[133] Ergebnis: Von den ¾ des *extraneus* infirmiert die Querel ½ und restlich mit ¼ bleibt dessen Testamentserbeinsetzung aufrecht, also: Teilreszission.[134]

---

sischen Einschub (störender Textteil zur Teilreszission; – klassisch war nur Gesamtreszission); itp. nach *La Pira*, Successione (1930) 457; echt mit *Marrone*, Querela (1962) 150 f., weil die Querel ein Typ der *hereditatis petitio* ist; *Voci*, DER II 693, *Di Lella*, Querela (1972) 205 f.; *Sanguinetti*, Querela (1996) 51 f. *Gagliardi*, Decemviri (2002) 359. *Gagliardi*, Legittimazione (2017) 95 fasst (aus dem Scholion erschlossen) den Fall so auf: Keiner hatte die Quart und nur einer klagte. Dieser müsse die Existenz des anderen berücksichtigen und dürfe daher nur auf ½ klagen.

[129] *Lex damnata*: *La Pira*, Successione (1930) 461 Fn. 1; *Di Lella*, Querela (1972) 211 Fn. 59; Boyé, TR 5 (1924) 464–488 nimmt vorjustinianische Einfügungen an. *Marrone*, AUPA 24 (1955) 70–79 (verändert); *Tort-Martorell Llabrés*, RIDA 43 (1996) 315–341. Kritik der neueren Deutungen bei *Gagliardi*, Legittimazione (2017) 151–166.

[130] Nach dem Testament der Mutter steht nur die Querel offen (→ Rn. 15).

[131] Verdächtigt von *Marrone*, AUPA 24 (1955) 71, weil nicht gesagt ist, gegen wen geklagt wurde (gegen die *scripta*? den *extraneus*? gegen beide?). *Gagliardi*, Legittimazione (2017) 168: verklagt ist nur der *extraneus*.

[132] *Tort-Martorell Llabrés*, RIDA 43 (1996) 331 f.: die *scripta* war zur Querel nicht legitimiert; auszuschlagen wäre zu unsicher gewesen; wollte sie am Nachlass teilhaben, musste sie antreten (ebd. 332).

[133] Die Vindikation von ½ (*semissem*) ist nicht nach Testamentsquoten aufzuteilen (nicht: drei Teile vom *extraneus* und ein Teil von der *filia scripta*; dies ist Konsequenz daraus, dass die *filia scripta* der Querelkonkurrenz „näher" ist, nur sie wäre davon betroffen, der *extraneus* ist kein Noterbe).

[134] Anders *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 277: Die *filia praeterita* hatte gegen beide Testa-

d) Zurückgewiesenes Argument: Indes,[135] man könnte sagen, dass die *filia praeterita totam hereditatem petat et obtineat*, wie wenn die *filia scripta* ausgeschlagen hätte (also Gesamtreszission). Paulus weist den Standpunkt der Klägerin zurück mit dem Argument, man müsse außerdem sagen, dass die, *quae ex testamento* antritt, nicht einer ähnlich sei, die ausschlug (keine konkludente Ausschlagung ihrer *pars ab intestato* durch Erbantritt *ex testamento*).

e) Konsequenz: *et ideo ab extraneo semissem vindicandum* … (und daher ist vom *extraneus* ½ zu vindizieren). *Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur* ([und zwar] im Einklang damit, dass das Testament nicht zur Gänze entkräftet wird, sondern sie [die Mutter] nur zum Teil intestat gemacht wird, mag auch ihr letzter Wille als der einer gleichsam Verrückten verurteilt werden); somit: Teilreszission; der *color insaniae* steht dem nicht entgegen, zwingt also nicht zur Gesamtreszission).

f) Wenn jemand meinte *totum testamentum infirmari*, so ist zu sagen *etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem* (Paraphrase des abschließenden Arguments: wer antritt, weil er nicht damit rechnete, dass eine Querel reszindieren würde, scheint damit noch nicht seine *legitima* auszuschlagen [möglicherweise *in fine* erläuternder späterer Zusatz]).

b. Querel nicht von testamentssichernder Wirkung betroffen

32 Zu dieser Gruppe gehört Paul. inoff. test. sing. D. 5.2.23.2:

a) *duo … exheredati, ambo de inofficioso testamento egerunt* … (wenn zwei Söhne enterbt sind und beide wegen pflichtwidrigen Testamentes geklagt haben – somit: keiner von beiden hatte die Quart)

b) *et unus postea constituit non agere* … (und einer später beschlossen hat, nicht zu klagen – einer setzt den Querelprozess nicht fort, verzichtet)

c) *pars eius alteri adcrescit* (so wächst sein Teil dem anderen an).

33 Der Querelportion wächst nach dem Muster der Akkreszenz mehrerer *ab intestato* Berufener an (Wegfall eines konkurrierenden Mitberechtigten dehnt die Intestatportion aus, und hier die Querelportion);[136] *constituit non agere* begünstigt nicht den Testamentserben.

---

mentserben obsiegt mit Totalreszission; sonst hätte sich die Frage *quomodo succurendum* nicht gestellt (ebd. 278). Ferner *Ribas Alba*, Iura 39 (1988) 89: Es ist von zwei Querelen auszugehen: die erste Querel der *praeterita* erreichte Gesamtreszission; damit ist die Testamentserbenstellung der *instituta* und des *extraneus* zur Gänze beseitigt (diesem blieb auch nicht das ¼); mit der zweiten Querel klagt nun umgekehrt die *filia scripta* (nun aktivlegitimiert, weil sie ihre Testamentsportion verlor) gegen die siegreiche *praeterita* (mit problematischer Passivlegitimation). Noch anders *Tort-Martorell Llabrés*, RIDA 43 (1996) 341 f.: Paulus gleicht die Konsequenzen der Querel denen der *bonorum possessio contra tabulas* an; daraus ergibt sich Teilreszission und nicht Gesamtreszission.

[135] Textanknüpfung mit *itaque* (*Mommsen*, ES), sachlich richtiger: *atquin* (*Voci*, DER II 694) oder *atqui correctivum* (und doch, indes).

[136] Vgl. bereits *Brinz*, Pand. III.2 255 Fn. 15. Doch nennt dieser Papinian bei Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8

Weiterhin Paul. 2 quaest. D. 5.2.17 pr.: **34**

a) *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti …* (wer mit dem Willen, auszuschlagen, nicht zur Anklage gegen das pflichtwidrige Testament schreitet). Erläuterung: *repudiantis animimo* ist byzantinisch interpretiert durch Stephanos im Scholion zu Frg. 17 pr. (Basil. 39.1.14 Schol. 1): Nicht querelieren ist zu scheiden in: ἁπλῶς („schlicht" nicht klagen wollen) oder ῥεπουδιατεύοντος ψυχῇ (mit dem Willen, auszuschlagen);[137] ῥεπουδιατευσάντων τὴν μέμψιν, ἤδη τεθνάναι νομιζομένων (jene, welche die Klage ausschlugen, sind für „schon verstorben" zu halten).

b) … *partem non facit his qui eandem querellam movere volunt* (er macht nicht einen Teil denen, die dieselbe [str.: zugleich] Querel erheben wollen: Wer nicht klagt, „macht den anderen keinen Teil"[138]); dies belegt die Anwachsung an die Querel der anderen (strittig[139]).

Ferner Pap. 2 resp. D. 5.2.16 pr. (Querel gegen das Testament der Mutter[140]): **35**

a) *Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et optinuit,*

b) *filia, quae non egit aut non optinuit in hereditate legitima fratri non concurrit.*

Mit Voci[141] ist wohl herrschende Interpretation: Zwei *filii*, der enterbte und der eingesetzte, und die enterbte (oder übergangene) *filia*. Mit *de parte* ist ⅓ gemeint[142] (weil *ab intestato* alle drei Kinder je ⅓ erbten). Abweichend meint Ribas Alba, es sei von zumindest zwei Instituten auszugehen: Der Sohn querelierte nur gegen einen Instituten (seinen Bruder), nicht auch gegen den anderen, klagte also *de parte*.[143] **36**

Non concurrit fassen viele[144] als Beleg gegen die Anwachsung auf, gegenteilig **37**

---

mit Paul. 2 quaest. D. 5.2.19 und Pap. 2 resp. D. 5.2.16 pr. zusammen (Papinian bei Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8 und Paul. 2 quaest. D. 5.2.19 gehören in die andere Gruppe).

[137] Basil. 39.1.14.1 (*Heimbach*): οὐχ ἁπλῶς, ἀλλὰ ῥεπουδιατεύοντος ψυχῇ. Einer (von den Söhnen) verhielt sich ruhig (klagte nicht), „nicht schlechthin, sondern mit dem Willen, auszuschlagen".

[138] Also wächst der mit der Querel herausverlangte Intestatteil an. *Brinz*, Pand. III.2 256: „… macht er seinen querelirenden Miterben ‚keinen Theil', vielmehr accrescirt sein Teil dem Querulanten, oder was eins ist, … der Richter [kann] sprechen, wie wenn der Ausgefallene gar nie existirt hätte". *Francke*, Notherben (1831) 258: *partem non facit* „heißt, er wird nicht mitgezählt als Erbe."

[139] Anders *Wieling*, SZ 102 (1985) 302 „… wächst die Hälfte des Verzichtenden dem klagenden Bruder nicht an." Doch überwiegend echt: *Gagliardi*, Legittimazione (2017) 118 mit weiteren Nachweisen. Diesem zustimmend *Koch*, SZ 136 (2019) 497: *ius accrescendi*, wenn ein klarer Ausschlagungswille vorlag.

[140] Nach Testamenten von Frauen steht nur die Querel offen (→ Rn. 15).

[141] *Voci*, DER II 693. Konform in der Fallauffassung zuletzt *Gagliardi*, Legittimazione (2017) 127.

[142] *Tort-Martorell Llabrés*, Lib. Am. Miquel 995 f.

[143] *Ribas Alba*, Iura 39 (1988) 80: „al menos dos hijos instituidos" (*de parte* meine nicht „por su parte", ebd. Fn. 18).

[144] Vgl. *Kaser*, RP I 712 Fn. 33, der „Ulp., Pap. D. 5, 2, 8, 8; 16 pr.; anders Paul. eod. 23, 2" zitiert. Und nun *Tort-Martorell Llabrés*, Lib. Am. Miquel 996 f.: für „rescisión parcial" und „no cabe el acrecimiento". Im Punkt der Akkreszenz von *Voci* abweichend: *Gagliardi*, Legittimazione (2017) 130.

Ribas Alba.[145] Doch scheinen Querel auf ⅓ und Anwachsung vereinbar: Der Sohn klagte zuvor auf ⅓; die Schwester a) klagte dann (endgültig) nicht oder b) sie unterlag. Nun konkurriert sie nicht mehr gegenüber dem Bruder in dessen Intestatsukzession; *non concurrit* entspricht dem *partem non facit* in Paul. 2 quaest. D. 5.2.17 pr.[146]

c. Quellendeutung zu den Konkurrenzen

38 Hervorgekehrt sind Auffassungsunterschiede zwischen Papinian/Ulpian (beide für *partem facit* in Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8) und Paulus (für *partem non facit* in Paul. inoff. test. sing. D. 5.2.23.2 und Paul. 2 quaest. D. 5.2.17 pr.).[147]

39 Di Lella: Für Papinian sind reszissorisch und petitorisch zwei verschiedene Aspekte derselben Klage, die sich wechselseitig so bedingen, dass die konkret herauszuverlangende Portion auch die reszissorische Wirkung der Querel begrenzt.[148] Paulus denke dagegen in zwei unabhängigen Klagen, die reszissorische geht immer auf Gesamtreszission, der eine Partialvindikation folgen kann.[149] Strittige reszissorische Wirkung der Querel (für Papinian/Ulpian war ein Nebeneinander von testamentarischer und Intestaterbfolge, sohin Teilreszission, vorstellbar, während für Paulus nur Intestaterbfolge zur Gänze denkbar war und somit stets Gesamtreszission[150]) ist deutende Hypothese geblieben. Ebenso vermutete nachklassische Einschübe aller Textpassagen zur Teilreszission.[151]

---

[145] *Ribas Alba*, Iura 39 (1988) 79: „como prueba de la falta de acrecimiento … . Es precisamente lo contrario."

[146] Die prozessuale Konsequenz von *non concurrit* ist nicht geklärt, vgl. *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 304 f. Nur für Teilreszission: *Ribas Alba*, Iura 39 (1988) 94: die *querela inofficiosi testamenti* eröffnet nicht die Intestatsukzession, sondern korrigiert nur die Erbeinsetzung; insoweit zustimmend *Tort-Martorell Llabrés*, Lib. Am. Miquel 998: zum Erbteil der nicht klagenden Schwester (zu ihrem ⅓) bleibt das Testament gültig. Wohl ist neu zu verteilen mit nun ½ *ab intestato* für den Querelkläger und zu ½ bleibt das Testament gültig (Neufeststellung der Quote des Querelierenden durch Urteilsautorität der *centumviri*).

[147] *Voci*, DER II 693. Kontroverse Deutung scheint zweifelhaft wegen Bildung neuer Widersprüche: Papinian bei Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8 (*dimidiam petere*, also Teilreszission) schiene mit Pap. 2 resp. D. 5.2.16 pr. (*non concurrit fratri* = Anwachsung [doch strittig] wegen Wegfalls einer Intestaterbberechtigten) in Widerstreit zu stehen und Paul. 2 quaest. D. 5.2.19 (Teilreszission) mit Paul. inoff. test. sing. D. 5.2.23.2 und Paul. 2 quaest. D. 5.2.17 pr. (Gesamtreszission).

[148] *Di Lella*, Querela (1972) 218.

[149] *Di Lella*, Querela (1972) 218 in der Deutung zu Paul. 2 quaest. D. 5.2.19: Während für Paulus die *filia scripta* auch *ab intestato* in die Hälfte sukzedieren könnte (Konsequenz der Gesamtreszission), ist für Papinian „… coesistenza di *successione intestata* e *successione testamentaria*" vorstellbar und daher konkurriert in der testamentarischen Erbfolge die *filia instituta* mit dem *extraneus*, beide mit je ¼.

[150] *Di Lella*, Querela (1972) 227: Papinian begrenzte die Querel auf das Interesse des Querelierenden (sohin auf seine Intestatportion).

[151] Im Überblick *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 284–287 für systematische Einschübe (als itp. zu streichen): klassisch sei nur Gesamtreszission. Die (vermutete) Kontroverse zwischen Papinian/

Die Schwierigkeiten schwinden, indem sich konsequente Wertungen zeigen: 40

a) Vergleich (*transactio*) auf Basis von ¼ der *portio intestata* wirkt zugunsten des Testamentserben und lässt das Testament unberührt (Ulp. 5 op. D. 5.2.29.2: *res transactione decisa …, tamen testamentum in suo iure manet*).[152] Gleiche Wirkung hat die vom Erblasser hinterlassene Quart, um das Testament vor der Querel zu schützen. Das ¼ wirkt sich zugunsten des Testamentserben aus und nicht zugunsten des konkurrierenden Noterben (*pro parte qui non queritur*; testamentssichernde Quart in Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8 und zur Intestatportion testamentssichernde Institutionsportion in Paul. 2 quaest. D. 5.2.19).

b) Wo aber die Querel nicht von testamentssichernder Wirkung betroffen ist (Paul. inoff. test. sing. D. 5.2.23.2, Paul. 2 quaest. D. 5.2.17 pr.), konkurrieren Querelen auf Gesamtreszission,[153] somit die damit erreichbaren Intestatsukzessionen und es gilt Anwachsung an die Querel wie auch sonst unter Intestaterben.[154]

2. Weitere Konkurrenzen unter Noterben

a. Gleich berechtigte Noterben

aa. Söhne (überhaupt *liberi*) untereinander

Ist der *filius emancipatus* enterbt und der *suus* übergangen, sind beide in der *bonorum possessio ab intestato* gleichgestellt, Marcian. 2 reg. D. 28.2.32: Das Testament ist *iure civili* unwirksam (übergangener *suus*), womit auch die darin geäußerte Enterbung des Emanzipierten fiel; damit gibt es nichts, was der Prätor *contra lignum* korrigieren kann (*emancipatus si contra tabulas petat, nihil agit*,[155] → Rn. 14), beide *liberi* sind prätorisch berufen (*ab intestato autem et suus et emancipatus venient*).[156] Ebenso Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.9: den Emanzipierten schützt der Prätor mit der *bonorum possessio unde liberi*: ‚… *usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset*' (bis zur Hälfte, so als ob der Vater kein Testament hinterlassen hätte). 41

Ulpian und Paulus sei „inexistent". Gegen eine Kontroverse beim *ius adcrescendi* (Paulus habe die Akkreszenz zugelassen, Ulpian/Papinian sie jedoch verneint) nun auch *Gagliardi*, Legittimazione (2017) 78: Alle drei Juristen haben die Anwachsung bejaht, wenn einer die Querel ausschlug, und verneint, wenn einer sie nicht ausschlug.

[152] Vgl. ferner Iust. C. 3.28.35.2 (a.531).

[153] Auf *universam successionem*; nicht itp. in Paul. 2 quaest. D. 5.2.19; vgl. *Di Lella*, Querela (1972) 215 Fn. 65. Ist der *heres scriptus* zugleich Noterbe, bleibt er Testamentserbe, seine Institutionsportion ist auf den Umfang seiner Intestatportion eingeschränkt (erschlossen aus Pap. 2 resp. D. 5.2.16 pr. [doch strittig]).

[154] Vermutete Kontroversen zwischen Papinian/Ulpian und Paulus sind nach diesem Quellenbild wenig wahrscheinlich. Zur Bestimmung der Intestatquoten durch Urteilsautorität in Paul. 2 quaest. D. 5.2.17 pr. → Rn. 58.

[155] Deutungen bei *La Pira*, Successione (1930) 99 f.; *Di Lella*, Querela (1972) 172; *Voci*, DER II 662.

[156] *Di Lella*, Querela (1972) 172 f.

42 Ist umgekehrt der *suus* enterbt und der Emanzipierte übergangen, bot sich Raum für die Querel (Tryph. 19 disp. D. 37.4.20 pr.): *suus exheredatus/emancipatus praeteritus/extranei* (*scripti heredes*). Erst die Querel des *suus* und die *bonorum possessio contra tabulas* des Emanzipierten teilen die väterliche Erbschaft unter dem enterbten Haussohn und dem übergangenen Emanzipierten (→ Rn. 12):

43 Tritt der *extraneus* (Testamentserbe) an,[157] bekommt der Emanzipierte mit der *bonorum possessio contra tabulas* alles (*emancipatus … solus habebit bonorum possessionem*).[158] Der *suus* quereliert gegen den Emanzipierten;[159] *ab intestato* ist er alleiniger ziviler Erbe, jedoch prätorisch korrigiert zugunsten des Emanzipierten: somit ½ *iure civili* für den *suus* und ½ prätorisch aus *bonorum possessio contra tabulas* für den Emanzipierten.[160] Schlägt der *extraneus* aus,[161] so ist auch die Enterbung des *suus* unwirksam (*exheredatio non adita hereditate ex testamento nullius est momenti*). Gegen den *suus* als *ex asse heres ab intestato* (*iure civili*) schützt der Prätor den Emanzipierten *in parte dimidia*.[162] Die Fälle entsprechen einander spiegelbildlich: Ist es bei Erbsentschlagung des Testamentserben die *bonorum possessio* des Prätors, die den Emanzipierten gegen den *suus ex asse heres ab intestato* schützt (und zu je ½ teilt), so ist es im anderen Fall die Querel des *suus*, die ihn gegen die alleinige *bonorum possessio* des Emanzipierten schützt (und zu ½ teilt).

bb. Sohn/Enkel (absteigende Linie ein Grad dazwischen)

44 Der enterbte Emanzipierte ist querelberechtigt gegen seinen Sohn, der in der Gewalt des Großvaters blieb (Paul. inoff. test. sing. D. 5.2.23 pr.): Der Sohn des emanzipierten Sohnes (der Enkel) beerbt seinen Großvater. Ist der Emanzipierte übergangen, hat er gegen seinen Sohn die *bonorum possessio contra tabulas*, nicht aber die Querel (*filius potest contra filium suum, testatoris nepotem petere bonorum possessionem, queri autem de inofficioso testamento non poterit*). Ist der Emanzipierte aber enterbt, kann er querelieren und gelangt gekoppelt mit seinem Sohn *ab intestato* zur väterlichen Erbschaft (*… poterit queri et ita iungetur filio suo et simul cum eo hereditatem optinebit*).[163]

[157] Ein (versuchter) Kollusionsfall des *extraneus* mit dem *emancipatus* gegen den *suus*, weil *adita hereditate* die *exheredatio* des *suus* wirksam wird und der *emancipatus* durch die *bonorum possessio contra tabulas* alles bekommt: *Di Lella*, Querela (1972) 164. Doch korrigierte die Querel des *suus*.

[158] Vgl. auch *Meyer*, SZ 42 (1921) 54 (zu P.Berol. 11753 [BKT IX 200] § 8b entscheidet anders); *Fildhaut*, Libri disputationum (2004) 41: Zwar wird durch die *bonorum possessio contra tabulas* die Erbeinsetzung hinfällig (was die *scripti heredes* ausschließt), nicht aber die Enterbung des *suus*, sodass auch dieser nichts vom Nachlass erhält und auf die Querel verwiesen ist: vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.4.8 pr. und Ulp. 40 ed. D. 37.4.10.5.

[159] Die Querel ist hier der einzige Schutz für den *suus*, er hat nicht die *bonorum possessio contra tabulas*: *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 46.

[160] *Di Lella*, Querela (1972) 161–167; *La Pira*, Successione (1930) 355 f.

[161] Weil er gegen die *bonorum possessio contra tabulas* des Emanzipierten ohnedies nichts bekommt: *Di Lella*, Querela (1972) 163.

[162] Strittige Deutungen anderer dazu bei *Fildhaut*, Libri disputationum (2004) 44 Fn. 155 mwN.

[163] Der Enkel steht hier nach *ius civile ab intestato* an Stelle eines Sohnes des Großvaters, vgl. Gai. 2.156; 3.2.

b. Nicht gleich berechtigte Noterben

aa. Aufsteigende/absteigende Linie (zwei Grade dazwischen)

In der Konkurrenz Großvater/Enkelin geht die Enkelin vor (Pap. 2 resp. D. 5.2.16.1): Der Großvater beerbt seinen Sohn als *parens manumissor* und erhält die *bonorum possessio*; seine Enkelin (*filia defuncti, quam ipse exheredavit*) quereliert gegen ihn und bekommt alles. **45**

bb. Aufsteigende Linie (erster Grad)/Seitenlinie (zweiter Grad)

Setzt der Bruder seine Schwester ein und übergeht seine Mutter, so ist die Mutter querelberechtigt: Carinus/Numer. C. 3.28.17 (a.284).[164] **46**

Nicht gleich berechtigte Noterben können sukzessive zur Querel zugelassen werden (Paul. Cvir. iud. sing. D. 5.2.31 pr.).[165] **47**

V. Verfahren

Die Querel als *legis actio sacramenti in personam*[166] zu sehen (mit *sponsio praeiudicialis*) scheint zurückgedrängt. Die Querel als *legis actio sacramenti*[167] *in rem* dürfte flankiert, aber nicht formell ersetzt worden sein durch ein *lege agere in rem per sponsionem.*[168] Eine *sponsio praeiudicialis*[169] ist zu vermuten.[170] Die Auffassung, dass die Querel bereits als eine inzidente *hereditatis petitio* entstanden ist (These der „Inzidentquerel"), scheint zu überwiegen;[171] querelieren ist zugleich *vindicare hereditatem.*[172] **48**

---

[164] *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 107; zeigt implizit, dass auch die Schwester querelberechtigt ist.

[165] *Di Lella*, Querela (1972) 187.

[166] *Voci*, DER II 670 ff.; zustimmend *Tellegen*, Law of Succession (1982) 85–89.

[167] Val. Max. 7,7,5: *sacramento contendere noluit*; der Sakramentsprozess war bei Aufkommen der Querel (1. Jh. v. Chr.) noch in Gebrauch und wurde auch nie formell aboliert; erst schrittweise verringerte er sich für die Querel: *Gagliardi*, Decemviri (2002) 294. Jedoch nur für *agere per sponsionem Ribas Alba*, Desheredación (1998) 166.

[168] *Gagliardi*, Decemviri (2002) 290–296, insb. 294.

[169] Plin. epist. 5,1: Testament der Mutter (Pomponia Galla) *exheredato filio* (Brief von 105 oder 106 n. Chr., also vor dem *SC Orfitianum* [178 n. Chr]; der Sohn war noch kein ziviler Erbe, hatte also nicht die *hereditatis petitio*; er bekämpfte das Testament mit einem *praeiudicium*): *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 167: dies indiziert, dass sich Plinius auf die *sponsio praeiudicialis* des *agere per sponsionem* bezieht; *Gulina*, Scr. Melillo II 567, 575.

[170] *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 166; *Di Lella*, Querela (1972) 136.

[171] Prägend zum Konzept der „Inzidentquerel": *Marrone*, AUPA 27 (1959) 175–177; St. Betti III 401–410 (beinhaltet eine *vindicatio hereditatis* in der Form einer *legis actio per sponsionem*, ebd. 408); zustimmend *Gagliardi*, Decemviri (2002) 288–296 (insb. 292) und BIDR 40/41 (1998/1999) 387 („nacque probabilmente come un particolare tipo di *hereditatis petitio*") mit Fn. 4; ablehnend *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 161 (weil zum aktivlegitimierten Personenkreis der Querel auch nicht zivile Erben zuzulassen waren, die die *hereditatis petitio* nicht hatten; Val. Max. 7,7,2), 165: die

49 Die nicht überlieferten Spruchformeln sind nur als spurenhaft zu stützende Hypothesen wahrscheinlich zu machen; als Klagsbehauptungen kommen vor: *si dicam inofficiosum* (Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8: wenn ich behaupte, dass das Testament pflichtwidrig sei); *qui se lege heredem aiebat esse, is eam hereditatem ad se pertinere dicebat, alter, … aiebat testamento se heredem esse* (Pomp. 18 Q. Muc. D. 40.7.29.1: er, der gesetzlicher Erbe zu sein behauptete, behauptete, dass diese Erbschaft ihm gehöre, der andere behauptete, er sei Testamentserbe); *uter dignior hereditate sit* (Quint. inst. 3,10,3: welcher von beiden würdiger im Hinblick auf die Erbschaft sei); zur Querel als *hereditatis petitio* noch Paul. sent. 1.13b.6: … *ad se magis quam ad eum qui possidet (scil. hereditatem) pertinere* (dass der Nachlass eher ihm, als dem, der ihn besitzt, gehöre).[173]

50 Der Verfahrensgegenstand schloss an die Testiersitte an. Wer das Testament als pflichtwidrig angriff, hatte darzulegen, warum er nicht enterbt oder übergangen hätte werden dürfen (Marcell. 3 dig. D. 5.2.3: *Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit*[174]). Drang dieser Beweis durch, schien der Testator bei Testamentserrichtung nicht bei Verstand: *resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse,*[175] *cum testamentum inique*[176] *ordinaret* (Marcell. 3 dig. D. 5.2.5).

51 Eine *cognitio extra ordinem* konkurriert seit Vespasian mit der Centumviralquerel.[177]

Querel war verschieden und unabhängig von der *hereditatis petitio*. *Pérez Simeón*, Iura 65 (2017) 269 f.: die nach-hadrianischen Quellen zeigen Unabhängigkeit der Querel von der *hereditatis petitio*. Die Querel als eine *hereditatis petitio* in der Form der *legis actio sacramenti in rem* (jedenfalls bis zum Ende des 1. Jh. n. Chr.) für übergangene (oder enterbte) Kognaten nimmt *Di Lella*, Querela (1972) 30 f., 126 an; doch bezweifelnd *Voci*, Iura 23 (1972) 280, weil nicht zu sehen ist, wie ein Kognat die *hereditatis petitio* anstellen konnte. Für nur prätorische Berechtigung der Kognaten zur Intestatsukzession: *Marrone*, St. Betti III 408 f. (→ Rn. 52).

[172] Anders: *Hecht*, Symmachus (2006) 352 für Trennung (Querel richtet sich nur auf Ungültigerklären, dem eine *hereditatis petitio* nachfolgt).

[173] Prätendentenstreit darüber, wer der Erbschaft würdiger sei: *Kaser*, SZ 104 (1987) 78 f.; SZ 102 (1985) 7 Fn. 17 vermutet von beiden Parteien mit „*hereditatem meam esse ex i. Q.*“ behauptetes besseres Recht auf die Erbschaft wie auch sonst zur *hereditatis petitio*. Bei der Querel vielleicht auch *me* [*lege*] *digniorem heredem esse aio* (Kläger) / *me* [*testamento*] *digniorem heredem esse aio* (Beklagter), auch *me lege heredem esse aio* (Kläger) / *me testamento esse heredem aio* (Beklagter) oder anfänglich bloß gegenseitiges *me digniorem heredem esse aio*; weitere Vorschläge bei *Eisele*, SZ 15 (1894) 261 f.

[174] Ebenso Marcell. 3 dig. D. 5.2.5: … *docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum.*

[175] Gleichlautend Marcell. 3 dig. D. 5.2.2 mit Abgrenzung: War der Testator tatsächlich verrückt, so war das Testament nichtig (*nullum*): *Di Lella*, Querela (1972) 144 f.

[176] Das heißt, gegen das *officium pietatis*: *Di Lella*, Querela (1972) 144; *Samper*, SDHI 37 (1971) 77; die *dementia* war nur eine Figur (*tamquam pater demens*): *Di Ottavio*, Querela (2012) 125–133 und für pflichtverletzend testieren gebräuchlich, vgl. auch Sen. benef. 5,27,5: *dementissime testabitur*; nur für rhetorischen Ausweg: *Spina*, Successione testamentaria (2012) 567.

[177] *Arcaria*, St. Metro I 70 f.; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 515, 518 f. (zum Motiv kürzerer Ver-

1. *Bonorum possessio litis ordinandae gratia*

Die *bonorum possessio litis ordinandae gratia*[178] (namentlich bekannt nur aus Papinian bei Ulp. 14 ed. D. 5.2.8 pr.) war im Edikt des Prätors Kognaten verheißen, um *de inofficioso* analog einem *heres legitimus* klagen zu können.[179] Als eine besondere *bonorum possessio ab intestato unde cognati* war sie keine eigentliche *bonorum possessio ab intestato*,[180] sondern ein Instrument, den Querelprozess zu initiieren.[181] Als *bonorum possessio* vorläufig *sine re* wurde aus ihr im Falle des Obsiegens eine *bonorum possessio ab intestato cum re*.[182] Durch sie war vermieden, dass die Erbschaft womöglich keinen Erben fände, wenn sich ein siegreicher *extraneus* nicht in den Erbschaftsbesitz einweisen ließe.[183] 52

fahrensdauer); *Querzoli*, Testamenta (2000) 67; *Di Lella*, Querela (1972) 147; *Marrone*, AUPA 24 (1955) 62; die Idee von den zwei Querelen von *Eisele*, SZ 15 (1894) 258–264, nämlich *extra ordinem* aufgrund *iniuria* und Centumviralquerel aufgrund von *color insaniae*, scheint gegenwärtig ganz preisgegeben: *Marrone*, St. Betti III 402 und schon *Renier*, Querela (1942) 298–309. Koexistenz beider Verfahrensarten seit Vespasian: *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 167; *Di Censo García*, Querela (2012) 183.

[178] Ihre Funktion ist in Umrissen geklärt: Nachweise zu verschiedenen Funktionsdeutungen bei *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 96 Fn. 9 mwN.

[179] *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 96: nur die prätorischen Intestaterben benötigten sie zur Begründung ihrer Aktivlegitimation. *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 358: Da der *emancipatus* nach Zivilrecht nicht *ab intestato* erbte, konnte er auch die Querel nicht anstellen, doch erhält der zwar *rite*, aber *inique* enterbte *emancipatus* durch die *bonorum possessio litis ordinandae gratia* die Intestaterbenstellung.

[180] *Gagliardi*, Decemviri (2002) 304, da das Testament nur von den *centumviri* reszindiert werden konnte und nicht vom Prätor.

[181] *Gagliardi*, Decemviri (2002) 304.

[182] Vgl. Sev./Ant. C. 3.28.2 (a.196); *Gagliardi*, Decemviri (2002) 302 (*bonorum possessio sine re*), 305: im Wesentlichen mit *Marrone*, St. Betti III 408, um mit der *bonorum possessio litis ordinandae gratia* die Aktivlegitimation von Kognaten zur Querel als einer *hereditatis petitio* zu erklären: Der übergangene (oder enterbte) nicht besitzende Kläger, der *testamentum inofficiosum dicere* will, beantragt sie; erhielt er sie, wurde er unter prätorischer Sanktion gezwungen, gegen den Testamentserben die *hereditatis petitio* in der Form einer *legis actio per sponsionem* anzustellen (ebd. 408); die *bonorum possessio* des Klägers war *sine re*, drang er aber durch, wurde sie automatisch *cum re* (ebd. 409), und erlangte damit das *interdictum quorum bonorum* (→ § 64 Rn. 36, § 66 Rn. 21). Kognaten des Testators hatten nur prätorische Berechtigung zur Intestatsukzession („titolo di successione *ab intestato* meramente pretorio“ (ebd. 409). Für Zugang zum *interdictum quorum bonorum* einschließlich einer *hereditatis petitio possessoria* (→ § 57 Rn. 4, § 64 Rn. 40) und als klassisch verteidigt: *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 220.

[183] *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 97.

2. Wirkungen durchgedrungener Querel (Wirkung unter Noterben)

53 Die Querel ist auch petitorisch, nicht nur reszissorisch;[184] sie eröffnet die Intestaterbfolge.[185]

a. Reszission

54 Die Reszissionswirkung ist überwiegend mit *testamentum … ipso iure rescissum est*[186] oder ähnlichem überliefert.[187] Gegenstand der Reszission ist (wohl) die *heredis institutio* des Beklagten; die einzelnen Erbeinsetzungen sollen als pflichtwidrig festgestellt und reszindiert werden.[188] Die These, die *institutio* des weniger Würdigen zu reszindieren, scheint im Vordringen,[189] sie schließt an die relative Feststellung des *dignior hereditate* an und erklärt Teilreszissionen bei einer Mehrheit von beklagten Testamentserben; *rescisso testamento* wird der Erbantritt *ex testamento* wegfingiert (Paul. 3 resp. D. 5.2.21.2: *ac si hereditas adita non fuisset*).[190]

55 Teilreszissionsfälle[191] kommen bei Beklagtenmehrheit vor: Ulp. 2 disp. D. 5.2.25.1;[192] Gord. C. 3.28.13 (a.239): Gegen den zu $^{7}/_{12}$ eingesetzten Testamentserben drang die Querel durch, gegen den anderen $^{5}/_{12}$-Testamentserben scheiterte sie, das Testament ist *pro parte resolutum*; Ulp. 48 Sab. D. 5.2.24: *diversae sententiae* wegen *heredes scripti diversi iuris*;[193] ferner in Fällen teilweisen Obsiegens: Ulp. 44 ed. D. 38.2.12.4; Pap. 14 quaest. D. 5.2.15.2 (*de inofficioso actione adversus duos heredes … diversas sententias iudicium tulit et unum vincit, ab altero superatus est* – [der Sohn], der die Klage wegen Pflichtwidrigkeit gegen zwei Erben angestellt hatte, hat zwei entgegen-

---

[184] *Gagliardi*, Decemviri (2002) 259 f.; *Marrone*, St. Betti III 402.

[185] Zivile oder prätorische, wenn diese beantragt wird (Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.16 : … *et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit*): *Di Lella*, Querela (1972) 230 f.; Ebenso für die spätere Periode (Const. Cod. Theod. 2.19.2 [a.321]): *Samper*, SDHI 37 (1971) 95: „anulación total del testamento … y la consiguiente apertura de la sucesión intestada".

[186] Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.16 zur Kognitionsquerel.

[187] Reiche Zeugnisse sinngleicher Wendungen (*intestatum facere*, *testamentum infirmari*, *removere testamentum*, *rescindere testamentum*) bei *Renier*, Querela (1942) 240–243; *Pérez Simeón*, Iura 65 (2017) 268: *Testamentum … subvertere* (Val. Max. 7,8,1), *convellere* (Val. Max. 7,8,3).

[188] Dies ist – ganz überwiegend wahrscheinlich – mit *Di Lella*, Querela (1972) 96 hervorgekehrt: „l'azione non ha ad oggetto il testamento, ma la singola istituzione che vi è contenuta"; im Wesentlichen zustimmend *Kaser*, RP II 610 f.

[189] *Gulina*, Scr. Melillo II 564.

[190] Der Testamentserbe muss herausgeben, als ob er niemals angetreten hätte: *Ankum/Gessel-de Roo/Pool*, SZ 105 (1988) 357 f.

[191] Mit der Folge *pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur* (Ulp. 48 Sab. D. 5.2.24): *Di Lella*, Querela (1972) 196–200.

[192] Ein in der Konkurrenz Zurückgesetzter wurde zur Querel gegen einen von mehreren Testamentserben zugelassen; *Marrone*, AUPA 24 (1955) 80–84 (überarbeitet); möglicherweise auf einen *pseudosuus* zu beziehen, vgl. Ulp. 14 ed. D. 5.2.6.1: *Bluntschli*, Erbfolge (1829) 187 Fn. 267.

[193] *Gagliardi*, BIDR 40/41 (1998/1999) 421–428.

gesetzte Urteile erwirkt, gegen den einen hat er obsiegt, gegenüber dem anderen ist er unterlegen);[194] Pap. 7 resp. D. 31.76 pr. (*divisis tribunalibus*[195]).

Im Fall mehrerer Klageberechtigter scheint durchgedrungene Auffassung, dass, wenn auch nur einer klagte, das Testament ganz unwirksam wurde.[196] Strittig scheint, ob die Erbschaft dann auch allen *ab intestato* berufenen Noterben zufiel oder nur dem Kläger.[197] Klagte einer von mehreren nicht, weil er durch die Quart von der Querel ausgeschlossen war, so blieb das Testament zum Intestaterbteil des nicht Querelierenden wirksam (testamentssichernde Wirkung der querelausschließenden Quart, → Rn. 25, 40). In diesen Fällen trat die *pro-parte-testatus-pro-parte-intestatus-decessisse*-Folge ein.[198] **56**

In allen anderen Fällen wurde das Testament ganz unwirksam, wenn auch nur einer klagte (strittig). Zusammen mit dem Obsiegenden kommt aber nicht zur *successio ab intestato*, wer auf seine Querel verzichtete (Paul. 2 quaest. D. 5.2.17 pr.), die Querel verjähren ließ (Paul. inoff. test. sing. D. 5.2.23.2 i. f.), oder das Testament anerkannte[199] (Paul. 2 quaest. D. 5.2.17 pr.).[200] **57**

Die Urteilsautorität der *centumviri* (→ Rn. 20) bestimmte in diesen Fällen, wer zur *successio ab intestato* gelangte (Paul. 2 quaest. D. 5.2.17 pr.): Die Stelle ist umstritten:[201] Von zwei enterbten *liberi* klagte einer, der andere verzichtete (*repudiantis animo*) auf die Querel; *testamento rescisso* wäre als Konsequenz der Gesamtreszission an sich auch der andere (Verzichtende) zur Intestaterbfolge berufen und daher hätte der Querelierende nicht die ganze Erbschaft vindizieren können (*et ideo universam hereditatem* **58**

---

[194] Vgl. oben: *diversae sententiae* in *una atque eadem causa*, Ulp. 48 Sab. D. 5.2.24.

[195] Zum Meinungszwiespalt der Kammern: *Woeß*, Erbrecht (1911) 246 f.; *Gagliardi*, BIDR 40/41 (1998/1999) 421–428.

[196] *Wieling*, SZ 102 (1985) 302; *Klíma*, ACI Verona III (1951) 96 f.: „… una *querella* vinta“ (sehr wahrscheinlich); „con la maggior probabilità, che la *querella* classica poteva provocare l'annullamento completo del testamento …“ (ebd. 96).

[197] *Wieling*, SZ 102 (1985) 302 mwN. gegen *Kaser*, RP I 712 Fn. 33: Klagt nur einer, so ist seine Querel auf die ihm zukommende Quote (seinen Intestaterbteil) beschränkt. Doch dazu → Rn. 32–37.

[198] Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8: *non totam hereditatem …, sed dimidiam petere*; Paul. 2 quaest. D. 5.2.19: *non in totum testamentum infirmatur*; die *filia praeterita* vindizierte mit der Querel nur ihren Intestaterbteil (*quod intestata matre habitura esset*); *Gagliardi*, BIDR 40/41 (1998/1999) 389: Vermutlich schon unter Traian, sicher aber in severischer Zeit praktizierten die *centumviri* die Reszission *pro quota*.

[199] Wer irrtümlich anerkannte, gab freilich sein Intestaterbrecht und die Querel nicht auf: Paul. 16 ed. D. 5.3.8.

[200] Dem Denkbild, dass der ausschlagende Noterbe als vorverstorben (ἤδη τεθνάναι, → Rn. 34) gilt, entspricht in Paul. 2 quaest. D. 5.2.17 pr. *quasi centumviri hunc solum filium* (als ob der querelierende *filius* allein) *in rebus humanis esse … crediderint*; ἤδη τεθνάναι wird klassisches Recht interpretieren, nicht aber nachklassisches einfälschen.

[201] *Marrone*, AUPA 24 (1955) 64–69; zum Wechsel von *ius adcrescendi* zur *auctoritas rei iudicatae*: ebd. 65 und → Rn. 34.

non recte vindicasset);[202] Gegen diesen Einwand des Testamentserben beruft sich der obsiegende Kläger *rei iudicatae auctoritate* darauf, dass die *centumviri* den ihn allein als existent ansahen, als sie ihn *intestatus* machten (*quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint*).[203] Mit dem Anfang der Stelle (*Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt* – wer mit dem Willen, auszuschlagen, nicht zur Anklage gegen das pflichtwidrige Testament schreitet, „macht keinen Teil" denen, die dieselbe Querel erheben wollen) hat dies beispielsweise weiter zur Konsequenz: Klagen von drei enterbten Noterben zwei und einer verzichtet, so ist der Verzichtende als inexistent anzusehen, „macht" den beiden Klägern also „keinen Teil", so dass die Urteilsautorität der *centumviri* den Erblasser ganz intestat macht zu je ½ der beiden Kläger – Feststellung der Intestatsukzession kraft Urteilsautorität (→ Rn. 20).[204]

b. Petitorische Folge

59 Mit der Querel *vindicare* oder *petere* kommt häufig vor;[205] wohl schloss sie eine *hereditatis petitio* auf den Intestaterbteil in sich (These der Inzidentquerel, → Rn. 48).[206] Ob später Querel und *hereditatis petitio* überhaupt zu einer einzigen Klage vereinheitlicht

[202] *Wieling*, SZ 102 (1985) 302: Wenn auch nur einer klagte, wurde das Testament ganz unwirksam; ob die Erbschaft dann allen gesetzlichen Erben zufiel oder nur dem Kläger, war unklar: Paulus war sich unschlüssig. Da durch die Klage des einen beide gesetzliche Erben wurden, kann der Kläger nur die Hälfte vindizieren; vindiziert er die ganze Erbschaft – und sprechen ihm die *centumviri* die Erbschaft wegen des Verzichts des anderen allein zu – so ist der Kläger Alleinerbe und der Verzichtende kann seine Meinung nicht mehr ändern. Ändert er sie, steht ihm die Autorität des Urteils entgegen.

[203] *Wieling*, SZ 102 (1985) 301–304, der die Stelle jedoch auf den Streit unter den Brüdern bezieht: keine Folge der Rechtskraftwirkung, sondern der Autorität des Urteils der *centumviri*, „die diesen Verzicht ihrem Urteil zugrunde gelegt und unabänderlich gemacht haben." (ebd. 303).

[204] Will der auf die Querel Verzichtende seine Intestatportion von ⅓, scheitert er an der Urteilsautorität der *centumviri*.

[205] *Gagliardi*, Decemviri (2002) 259 f.; *Quadrato*, Hereditatis petitio possessoria (1972) 22 Fn. 45; *Renier*, Querela (1942) 185 f., 237–239; vgl. *dimidiam petere* (Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.8); *semissem vindicandum* (Paul. 2 quaest. D. 5.2.19); *qui legitimam hereditatem vindicabat* (Pap. 20 quaest. D. 20.1.3 pr.). Doch konnte eine *hereditatis petitio* oder Teilungsklage auch nachfolgen: In D. 5.2.15.2 dürfte *corpore vindicare* mit einer nachfolgenden *hereditatis petitio* oder die Erbteilung (*familiae erciscundae iudicium*) mit einer gesonderten Klage geltend zu machen gewesen sein (wegen der Parallele zu *debitores convenire*, was nach dem Urteil zu denken ist). *Sanguinetti*, Querela (1996) 32 sieht überhaupt die Querel als autonome und von der *hereditatis petitio* unabhängige Klage.

[206] *Marrone*, St. Betti III 401–410 (= Scr. I 99–108): Diskussionspunkt ist, ob die Querel überhaupt eine selbständige Klage oder ein bloßes Inzidens einer *hereditatis petitio* war (vgl. *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 95); *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 100: Die Querel war schon in ihren Ursprüngen „simple *hereditatis petitio* auf der Grundlage von *color insaniae* oder *iniuria*". *Gagliardi*, BIDR 40/41 (1998/1999) 387 Fn. 4 mwN.

waren, gilt als umstritten (vgl. Tryph. 19 disp. D. 37.4.20 pr.: … *ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querellae*).[207] Mit dem Verschwinden des *ordo iudiciorum privatorum*[208] verschmelzen Querel und *hereditatis petitio.*[209] Weitere Entwicklung: Im Osten unter Justinian ist die Querel überhaupt eine *hereditatis petitio ex nomine de inofficioso*[210] oder *hereditatis petitio ex causa inofficiosi querellae*[211] genannt, wie sie auch im Westen denselben Regeln wie die allgemeine *hereditatis petitio* folgte.[212]

Die Querel kann auch als Verteidigungsmittel (*in modum contradictionis*) gegen die *hereditatis petitio* des Testamentserben geltend gemacht werden (Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.13).[213] **60**

3. Urteilswirkungen gegen Dritte

Das Querelurteil wirkt gegen aus dem Testament Bedachte,[214] es hat Tatbestandswirkung. Dritten[215] ist eine erneute Sachprüfung der Gültigkeit des Testaments verwehrt.[216] **61**

Reszission des Testaments als pflichtwidrig verneint inzident die *testamenti factio*[217] des Testators[218] als *quasi a demente*[219] oder *quasi furiosus.*[220] Die zerstörende Wirkung der Inoffiziositätsquerel auf alle vom Testament abhängigen Singularverfügungen gilt prinzipiell (Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.16: … *et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur* …),[221] und zwar: **62**

[207] Echt: *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 168 f. Zum Vereinheitlichungsprozess *Fildhaut*, Libri disputationum (2004) 45 f. (Fn. 159 bis Fn. 161 mwN.); *Hecht*, Symmachus (2006) 353.

[208] Ende des 2. Jh. n. Chr., vgl. *Marrone*, NNDI XIV 672. Doch zur fortdauernden Bedeutung des *ordo iudiciorum* (bezogen auf die Abwicklung erbschaftlicher Klagen aus Fideikommissen) vgl. *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 170.

[209] *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 168.

[210] Iust. C. 3.28.34 pr. (a.531).

[211] Tryph. 19 disp. D. 37.4.20 pr.; vgl. *Collinet*, SDHI 19 (1953) 279.

[212] *Schellenberg*, Interpretationen (1965) 70.

[213] *Fildhaut*, Libri disputationum (2004) 46 Fn. 160; *Gagliardi*, BIDR 40/41 (1998/1999) 433 f.

[214] Pap. 20 quaest. D. 20.1.3 pr.; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 120. Direkte Wirkung gegen den Legatar ferner bei Pap. 7 resp. D. 7.1.57 pr.: … *legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est.*

[215] Jedoch keine Tatbestandswirkung unter Noterben: Pap. 11 resp. D. 44.2.29 pr.; *Di Censo García*, Querela (2012) 195, 215.

[216] Pap. 20 quaest. D. 20.1.3 pr.

[217] *Testamenti factio non privati, sed publici iuris est* (Pap. 14 quaest. D. 28.1.3); *Corbo*, Incertae personae (2012) 47–49.

[218] Paul. 2 quaest. D. 5.2.17.1: … *testamenti factionem habuisse defunctus non creditur.*

[219] Scaev. 3 resp. D. 5.2.13: *Paulus notat:* , … *nec fideicommissa ab intestato deberi, quasi a demente.*'

[220] Tryph. 18 Scaev. dig. D. 32.36.

[221] Wohl zur Kognitionsquerel, doch werden zwei weitere Auffassungen vertreten: Formularverfahren und Itp. *iudex* statt *centumviri*: *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 104–106; für klassisch: *Di Lella*, Querela (1972) 231.

a) Für Vermächtnisse[222] und Restitutionsbitten (*fideicommissa*); Teilreszission zerstört Vermächtnisse und Fideikommisse – sofern diese nicht Freilassungsbitten sind – *pro parte*: Gord. C. 3.28.13 (a.239): *pro ea parte, qua resolutum est testamentum … neque legata neque fideicommissa debentur*; Pap. 7 resp. D. 31.76 pr.

b) Für direkte testamentarische oder fideikommissarische Freilassungen.[223]

c) Wohl gelten sie auch nicht kraft Kodizillarklausels[224] (als *fideicommissa ab intestato*[225]); die Deutung in Scaev. 3 resp. D. 5.2.13 mit *nota* des Paulus ist unsicher; ablehnend ist Scaev. 18 dig. D. 32.36: *nec fideicommissa ab intestato data debentur*.[226]

63 Zur Centumviralquerel Scaev. 3 resp. D. 5.2.13: *Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit. … Quaesitum est, si soror* (= die Schwester der *filia instituta*, also eine *filia*

---

[222] Schon erfüllte Vermächtnisse kann entweder der Testamentserbe zurückfordern (und dann den Nachlass unvermindert an den Noterben herausgeben) – doch zweifelhaft, ob mit *condictio indebiti*: *González Roldán*, Diritto ereditario (2014) 64, weil der Testamentserbe nicht auf ein *indebitum* zahlte –, oder der obsiegende Noterbe (Intestaterbe) mit einer *condictio utilis* gegen den Legatar: Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.16 (*nec legata debentur … sed soluta repetuntur, aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui obtinuit, et haec utili actione repetuntur*); für *condictio utilis indebiti*: *Bluntschli*, Erbfolge (1829) 193 und nun auch herrschende Interpretation (*utilis*, weil der Intestaterbe selbst nicht leistete): *Valiño*, Actiones utiles (1974) 197 schließt auf eine *formula ficticia* mit der Wirkung einer Legalzession; kritisch und anders *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 109: durch Fiktion wurde der Bezug der Zahlung auf das Damnationslegat entfernt (mit weiterer Auffassung: die *utilis condictio* hat Hadrian eingeführt und Pius später beide Klagen abgegrenzt, ebd. 109–113). Zum Reskript Hadrians zum selben Problem (vgl. Ulp. 16 Sab. D. 12.6.2.1): *González Roldán*, Diritto ereditario (2014) 65–68; *Fargnoli*, Labeo 47 (2001) 258–280; *Harke*, Actio utilis (2016) 297–302. Weitere mittelbare Wirkungen der Reszission auf Vermächtnisse bei Pap. 7 resp. D. 7.1.57 pr. (Eigentumslegat an den Nießbraucher): die Testamentsquerel kassiert mit dem Testament auch das Eigentumslegat und damit die Konsolidationsfolge für den Nießbrauch, der damit im Nachhinein wirksam blieb (*mansisse fructus ius integrum ex post facto*); *Kieß*, Confusio (1995) 118 f.; *Hinker*, SZ 115 (1998) 560.

[223] Ist das Testament zur Gänze aufgehoben, sind auch die Freilassungen zerstört. Anders bei Teilreszission: der wirksame Teil ergreift aus *favor libertatis* die Freilassungsverfügung als solche und belässt die *libertates* wirksam: Gord. C. 3.28.13 (a.239) (→ Rn. 64).

[224] Kritisch *Negri*, Clausola codicillare (1975) 323: Kodizillarklausel ist Fideikommissbitte, der Erblasser bittet direkt die gesetzlichen Erben. Konversion in ein Kodizill ist ein historisches Pseudoproblem („pseudoproblema storico", ebd. 323).

[225] Scaev. 3 resp. D. 5.2.13 mit dem Klauselwortlaut: *Ea omnia quae supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore qui mihi erit etiam iure intestato: item quae dari iussero, ea uti dentur fiantque, fidei eius committo*; Form der *repetitio generalis*: *Negri*, Clausola codicillare (1975) 320.

[226] *Negri*, Clausola codicillare (1975) 323: „Se Titia [in Scaev. 3 resp. D. 5.2.13] non ha consapevolmente violato il diritto della figlia preterita, il fedecommesso è dovuto." Anders zu Scaev. 3 resp. D. 5.2.13: *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 170 f.: Scaevola bezieht sich allgemein auf ein Zentumviralurteil, nicht speziell auf die Inoffiziositätsquerel. Allgemein („en general") können Fideikommisse auch Intestaterben belasten. Doch vgl. Iust. C. 6.42.31 (a.531): Ist der enterbte Emanzipierte, dem nichts hinterlassen ist, mit einem Fideikommiss „vorausbeschwert" (*fideicommisso praegravavit*), muss er dieses nicht als Intestatfideikommiss erfüllen (wenn er quereliert); *Spina*, Successione testamentaria (2012) 562–575.

praeterita[227]) *centumvirali iudicio optinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur* (Titia hat ihre Tochter zur Erbin eingesetzt und dem Sohn ein Vermächtnis hinterlassen … Gefragt worden ist: wenn die Schwester im Centumviralverfahren obsiegt hat, ob die Fideikommisse vom oben Eingesetzten geschuldet werden). Zerstört ist auch das Fideikommiss *ab intestato (quasi a demente* [*nota* des Paulus], *quasi furiosus* [Tryph. 18 Scaev. dig. D. 32.36]).

Durchbrechungen begegnen: **64**

1) Dringt die Querel infolge Säumnis des Beklagten (Spezialfall der Kollusion[228]) durch, so ist die *testamenti factio* nicht verneint (da es zu keiner richterlichen Sachentscheidung kommt:[229] *non creditur ius ex sententia iudicis fieri*, Paul. 2 quaest. D. 5.2.17.1); direkte testamentarische oder fideikommissarische Freilassungen sowie Vermächtnisse können geltend gemacht werden.[230] Diese Regel der *divi fratres* (Ulp. 14 ed. D. 49.1.14.1 – *libertates, legata vel fideicommissa* sind aufrechtzuerhalten, *perinde ac si nihil esset iudicatum*) scheint in das System der Gesamtreszission übernommen.[231]

2) Kollusion zwischen Querelkläger und Testamentserben zum Nachteil von Vermächtnisnehmern lässt diesen gegenüber keine reszissorische Wirkung eintreten. Bereits bei *suspecta collusio* sind diese dem Verfahren beizuziehen und appellationsberechtigt (Reskript des *divus Pius*).[232] Liegt kein Kollusionsfall vor, gilt Drittwirkung des Urteils gegenüber Legataren und fideikommissarisch Freigelassenen (Pap. 20 quaest. D. 20.1.3 pr.; Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.16).

3) Bei nur zum Teil aufgehobenem Testament bleiben direkte testamentarische und fideikommissarische Freilassungen aus *favor libertatis* wirksam: Gord. C. 3.28.13 (a.239): *libertates et directae competant et fideicommissariae praestari debeant.*[233]

4. Prozessverlust

Wer unberechtigt klagte, wurde *quasi indignus*[234] und verlor alles, was ihm im Testament hinterlassen war. Gleich einem Unwürdigen wurde es ihm vom Fiskus entrissen **65**

---

[227] *Negri*, Clausola codicillare (1975) 323.

[228] *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 134 zur für diesen Fall preisgegebenen präjudiziellen Bindungswirkung des Querelurteils.

[229] *Impallomeni*, Manomissioni (1963) 192 f.

[230] Paul. 2 quaest. D. 5.2.17.1; Ulp. 14 ed. D. 49.1.14.1 (→ § 13 Rn. 101).

[231] *Di Lella*, Querela (1972) 252, jedoch enger bezogen auf Paulus: „La regola … viene da Paolo inquadrata nel sistema dell'effetto rescissorio totale … ".

[232] Ulp. 5 op. D. 5.2.29 pr.; Ulp. 14 ed. D. 49.1.14 pr.; *Mayer-Maly*, SZ 71 (1954) 242–264; zu Marcian. 1 app. D. 49.1.5: *De Giovanni*, Marciano (1998) 87 f.; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 120–135; *Sturm*, SZ 113 (1996) 550.

[233] *Di Lella*, Querela (1972) 203, 255 f.

[234] Vgl. Sev./Ant. C. 3.28.12 (a.229): er beleidigte das Andenken des Erblassers: vgl. *Woeß*, Erbrecht (1911) 209. Zu paralleler Folge bei Querel und *accusatio falsi*: *Fildhaut*, Libri disputationum (2004) 131 Fn. 520.

(Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.14: … *qui testamentum inofficiosum improbe dixit et non optinuit, id quod in testamento accepit perdere, et id fisco vindicari quasi indigno ablatum*).[235] Doch trifft ihn dieser Nachteil nur, wenn er bis zum Urteil bei der Querel verharrte (ebd.: *sed ei demum … perseveravit*). Stand er vorher vom Prozess ab, starb er oder trat Säumnis des Klägers ein, so blieb ihm, was er erhalten hat (ebd.: *conservandum quod accepit*). Mehr, als der Kläger bekam, konnte ihm aber nicht entrissen werden: Querelierte der mit Gesamtfideikommiss beschwerte Fiduziarerbe unberechtigt, verlor er die pegasianische Quart (Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.14 i. f.; Paul. sent. 4.5.9).[236]

5. Vererblichkeit der Querel[237]

66 Erst mit *litem praeperasse* wird die Querel vererblich[238] (Paul. VIIvir. iud. D. 5.2.7); sie ist damit *semel nata querela* (vgl. Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.10); beantragte *bonorum possessio litis ordinandae gratia* soll dafür nicht erforderlich gewesen sein, *denuntiatio* oder *datio libelli* schien für die *transmissio actionis* (*ad heredem actionem transmittat*) genügt zu haben (strittig).[239] Die *praeparatio facta ad inofficiosi querellam* erwähnt Justinian noch, ist aber mit Repräsentation durch den Enkel obsolet: Die Querel transmittiert auf den Enkel, indem dem Enkel dieselben Rechte gegeben werden wie dem Sohn (Iust. C. 3.28.34 pr. [a.531]; Iust. C. 3.28.36.2b [a.531]).[240]

---

[235] Anders beim Tutor in Erfüllung vormundschaftlicher Pflicht: Der Legatar, der als Vormund für sein Mündel erfolglos das Testament angreift, wird nicht erbunwürdig und verliert nicht die ihm hinterlassenen Vermächtnisse: Tryph. 5 disp. D. 34.9.22; was er als Vormund tun musste, darf ihm als Legatar nicht schaden: *Fildhaut*, Libri disputationum (2004) 130–135. Anders auch Paul. sent. 4.5.10 (fortgesetzt aus Paul. sent. 4.5.9): Klagt der Fiduziarerbe unberechtigt, verliert er die Quart an den Substituten (nicht an den *fiscus*).

[236] I. f.: *Papinianus … refert, si heres fuit institutus et rogatus restituere hereditatem, deinde in querella inofficiosi non optinuit, id quod iure Falcidiae potuit habere solum perdere*; dies meint Gesamtfideikommiss mit mehr als ¾ zu restituieren, so dass der Pegasianische Quartabzug (Argument: i*ure Falcidiae*) – *zur quarta, quae per Falcidiam retinetur* für die pegasianische Quart: *Manthe*, Pegasianum (1989) 76 Fn. 6 – von der Querel ausschloss (unberechtigt zugelassen und wegen des Quartabzuges unberechtigte Querel, so wie in Paul. sent. 4.5.9). Anders *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 199 Fn. 170: das ¼ schloss den Fiduziar von der Querel nicht aus, „weil er *id quod in testamento accepit* noch nicht tatsächlich entgegengenommen hat". Vgl. ferner zum Querelausschluss wegen der *Quarta divi Pii* (Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.15) und hier *Quarta Falicidia*: *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 154 f. (insbes. Fn. 113).

[237] *La Pira*, Successione (1930) 474–481.

[238] *Eisele*, SZ 15 (1894) 300–305; *Marrone*, SDHI 21 (1955) 100–103.

[239] Für Vererblichkeit der Kognitionsquerel sollen dieselben Erfordernisse bestanden haben wie für die *vindicatio hereditatis*: *Arcaria*, St. Metro I 57–61. Zur Vielzahl von Streitfragen (Centumviral- oder Kognitionsquerel? Querel als inzidente *hereditatis petitio*? *instituere* technisch? *bonorum possessio litis ordinandae gratia* erforderlich?): *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 95–104.

[240] *Di Maria*, Cancelleria (2010) 119–122; *Collinet*, SDHI 19 (1953) 270 f.

6. Verjährung

Ähnlich der Klage über den Status des Verstorbenen (Marcian. del. sing. D. 40.15.1.1–4; Pap. 14 resp. D. 40.15.2 pr.,1 u.a.) verjährt die Querel in fünf Jahren (Mod. inoff. test. sing. D. 5.2.9);[241] der Beginn des Fristenlaufes war umstritten: ab Tod des Erblassers (Modestin, berichtet in Iust. C. 3.28.36.2–2b [a.531]: *Modestini sententia recusata, qui a morte testatoris*; ab Erbschaftsantritt des Testamentserben (Ulp. 14 ed. 5.2.8.10: *ante aditam hereditatem nec nascitur querella*). Justinian ließ die Verjährung mit Erbantritt beginnen (*secundum Ulpiani opinionem*, Iust. C. 3.28.36.2–2b [a.531]), beschleunigte aber durch Fristsetzung die Antrittserklärung: Abwesende haben binnen eines Jahres, Anwesende binnen sechs Monaten den Erbantritt zu erklären.[242] **67**

VI. *Querela inofficiosae donationis*

Gegen Aufzehrung[243] des Vermögens durch Schenkungen bildete sich in vordioklet-ianischen Reskripten nach dem Vorbild der *querela inofficiosi testamenti*[244] die *querela inofficiosae donationis* heraus.[245] Erster greifbarer Beleg ist eine Konstitution von Alexander Severus, Paul. 14 resp. D. 31.87.3, der, wie anfangs in diesen Fällen wohl überwiegend, die Erbeinsetzung[246] eines Pflichtteilsberechtigten auf nicht mehr vorhandenes (verschenktes) Vermögen zugrunde lag;[247] ebenso in den bald folgenden Konstitutionen Philipp. C. 3.29.1 (a.245) (… *ad deludendam inofficiosi querellam paene universas facultates … factis donationibus … exhausit … fecit heredes* – [eure Mutter hat] … um der Inoffiziositätsquerel zu spotten, beinahe ihr gesamtes Vermögen … durch gemachte Schenkungen … erschöpft … und euch zu Erben eingesetzt) und Valer./Gallien. C. 3.29.3 (a.257) (… *cum testamento facto vivi patrimonium suum immensis donationibus exinanissent, inane nomen heredum liberis reliquissent* – … nach- **68**

[241] Vgl. Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 2.19.5 (a.383): die Frist gilt auch für die *liberi parentum* (Interpr.: *a die mortis*): *Voci*, Iura 29 (1978) 91 f.

[242] *Di Maria*, Cancelleria (2010) 119–122.

[243] Wo *exhaurire* gebraucht wird, meint es meist völlige Aufzehrung: *Schanbacher*, Ratio (1995) 93. Zu *exhaurire*, *exinanire* noch *Simon*, SZ 87 (1970) 364.

[244] Diocl./Max. C. 3.29.8 (a.294): *ad instar inofficiosi testamenti*; Diocl./Max. C. 3.29.4 (a.286); Diocl./Constantius Frg. Vat. 270 (a.293/294); Diocl./Max. C. 3.29.6 (a.286): *ad exemplum inofficiosi testamenti*; Diocl./Constantius Frg. Vat. 271 (a.286); Diocl./Max. Frg. Vat. 293 (a.293); Valer./Gallien. C. 3.29.2 (a.256): *ad similitudinem inofficiosi querellae*; Const. C. 3.29.9 (a.361): *ad similitudinem inofficiosi testamenti*; Const. Cod. Theod. 2.20.1 (a.361); *Steinwenter*, St. Arangio-Ruiz II 172.

[245] *Steinwenter*, St. Arangio-Ruiz II 172 f.; *Voci*, DER II 727; *Wesener*, s. v. querela, RE XXIV 865; *Tellegen-Couperus*, RIDA 26 (1979) 399 f.

[246] Strittig: Für Intestaterbfolge: *Rüger*, Donatio (2011) 84; für Hinterlassung eines Testamentes: *Krüger*, SZ 60 (1940) 83.

[247] Paul. 14 resp. D. 31.87.4 mit Bezug auf das Reskript von Alexander Severus: *Rüger*, Donatio (2011) 83.

dem sie nach Testamentserrichtung – noch bei Lebzeiten [der Kinder] – ihr Vermögen durch maßlose Schenkungen leer machten, den leeren Namen von „Erben" den Kindern hinterlassen hatten) mit Ausdehnung auf Intestaterben (*sed ad intestatos quoque … extenditur*).[248]

69 Die Parallele zur *querela inofficiosi testamenti* ist zutreffend gedeutet noch in der Interpr. zu Cod. Theod. 2.20.1 (a.361): *sicut inofficiosum testamentum, ita potest agere, ut donatio vacuetur*: Wie beim pflichtwidrigen Testament kann [der Pflichtteilsberechtigte] klagen, dass die Schenkung entkräftet wird; (*donationes*) *rescindi* (Diocl./Constantius Frg. Vat. 270 [a.293/294]) kommt ebenso vor wie *quod donatum est revocari*[249] (und Sinngleiches). Die Fälle betrafen Schenkungen an Kinder oder Enkel,[250] die der Schenker anderen Pflichtteilsberechtigten[251] vorzog.

70 Schlüsselstelle für die Erschließung eines Gesamtbildes ist Paul. 14 resp. D. 31.87.3. Die Großmutter schenkte alles dem Enkel: *quod donatum est, pro dimidia parte revocari* ([die *ratio* verlangt, dass das], was geschenkt worden ist, zur Hälfte zurückgeholt wird).

71 Die herrschende Interpretation vermutet zwei Enkel[252] und Intestaterbfolge, doch ist dies unsicher.[253] Nach Valer./Gallien. C. 3.29.3 (a.257), Philipp. C. 3.29.1 (a.245) deckte die Schenkungsquerel beide Fälle ab, a) verschenktes Vermögen an den Bevorzugten und Erbeinsetzung des Benachteiligten (oder beider[254]) auf ein *inane nomen heredis*,

---

[248] Zwar für itp. doch mit Problemsicht (der Schenker starb testat/intestat): *Donatuti*, St. Riccobono III 427–433.

[249] Paul. 14 resp. D. 31.87.3; *quod immoderate gestum est revocabitur* (Diocl./Max. C. 3.29.7 [a.286] u.a.). Die revozierte Schenkung kommt wieder in das erblasserische Vermögen: *Kaser*, RP I 713: Das nichtig Geschenkte „wird zum Nachlass gezogen"; *Wesener*, FS Kränzlein 151: „die pflichtwidrige Schenkung wird als unwirksam behandelt, und das Geschenkte fällt in den Nachlaß"; *Krüger*, SZ 60 (1940) 84, 87 f.

[250] Beschränkend auf diese: *Tellegen-Couperus*, RIDA 26 (1979) 400 Fn. 8 („children or grandchildren … not gifts to other persons"), doch hat Philipp. C. 3.29.1 (a.245) *factis donationibus sive in quosdam liberos sive in extraneos*.

[251] *Voci*, DER II 728: Als Noterben genannt sind häufig Kinder, auch Enkel, einmal der Vater, doch dieser nach Diocl./Max. C. 3.29.4 (a.286) mit *restitutio in integrum ex persona filii*.

[252] *Zoz de Biasio*, Rimedi (1978) 81: „due nipoti"; *Sanguinetti*, Querela (1996) 16 Fn. 14: „ognuno dei due ebbe un'uguale parte", mit Deutung der *dimidia* als Intestatquote des benachteiligten Pflichtteilsberechtigten; so auch *Kreuter*, Interpretatio (1993) 134 Fn. 68; *Rüger*, Donatio (2011) 84 Fn. 318.

[253] Herrschende Interpretation (ein zweiter Enkel ist zu ergänzen) mit *Voci*, DER II 729 f. Denkbar ist eine agnatische Erbbeziehung des Enkels nach der Großmutter, die *uxor in manu* eines vorverstorbenen *pater familias* war, von dessen verstorbenen Sohn der Enkel stammt (der Enkel beerbt sie im *filiae loco*-Bild als agnatische „Tante"); ein Intestaterbrecht der Enkel nach der Großmutter (der Großeltern) mütterlicherseits gab dagegen erst die Kaiserkonstitution Valentin./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 5.1.4 (a.389), gekürzt: Valentin./Theodos./Arcad. C. 6.55.9 pr.–2 (a.389), bestätigt in Inst. 3.4.1 (*Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 78; *Glück*, Intestaterbfolge (1822) 272; → § 54), womit die Querel erstmals Enkeln gegen das Testament der Großeltern mütterlicherseits zu geben war: *Kreuter*, Interpretatio (1993) 130.

[254] Paul. 14 resp. D. 31.87.4: erbeingesetzt in das verringerte Vermögen ist auch der beschenkte Sohn.

und spätere Ausdehnung auf den Fall b) verschenktes Vermögen an den Bevorzugten und Intestaterbfolge des Benachteiligten (oder beider). Zu Paul. 14 resp. D. 31.87.3 ist vorzuschlagen: Die *avia* zog den Enkel dem eigenen Kind vor; sie setzte Sohn und Enkel testamentarisch ein,[255] schenkte aber bei Lebzeiten alles dem (emanzipierten) Enkel. Genau die *dimidia* ist in das Vermögen zurückzuführen. Mit Testamentserbfolge (nach gleichen Quoten) in die *dimidia* kommt ¼ an den Enkel (der damit ¾ hat) und ¼ an den Sohn. Dies bildete die Quart seines Intestaterbteils (der Sohn geht seinem Kind vor, *ab intestato* beerbte er seine Mutter allein, so dass seine Quart ¼ ist). Genau die *dimidia* schlösse die Querel aus.

Wie weit die *querela inofficiosae donationis* das Muster der *querela inofficiosi testamenti* wiederholte, ist umstritten geblieben. Ungeklärt ist, ob die ganze Schenkung entkräft wurde (völlige *revocatio*),[256] oder zumindest zum Teil des (ganzen) Intestaterbteils[257] oder nur zur Quart des Intestaterbteils.[258] **72**

Schon vordiokletianische Konstitutionen haben nahezu durchgehend (vereinzelt anders, nämlich *revocatio pro dimidia*, in Paul. 14 resp. D. 31.87.3[259]) die Beschränkung **73**

[255] Testamentserbfolge (und nicht Intestaterbfolge) scheint für die frühen Fälle (wegen Ausdehnung auf Intestatfälle: Valer./Gallien. C. 3.29.3 (a.257): *sed ad intestatos quoque … extenditur*) wahrscheinlicher; *Krüger*, SZ 60 (1940) 83 nimmt ein Testament zugunsten eines „letzten Abkömmlings" an und hält ½ für verändert: die *ratio* der Analogie zur *querela inofficiosi testamenti* erfordere, „daß alles, was geschenkt worden war (und nicht bloß die Hälfte davon), revoziert wird" (84).

[256] *Krüger*, SZ 60 (1940) 84; *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 120–122; *Zoz de Biasio*, Rimedi (1978) 78–105 (Unterscheidung von *petitum* und *causa petendi*: 92 f.), zu diokletianischen Konstitutionen: 105–133, 173: „le donazioni … vadano interamente revocate … vengono così ad acquistare l'intera quote virile …"; *Tellegen-Couperus*, RIDA 26 (1979) 399–415 (*pro ratione quartae* ist justinianisch verändert mit *Krüger*: 411–413); *Tellegen-Couperus*, SZ 116 (1999) 614 f.; für glaubhaft: *Wesener*, FS Kränzlein 151.

[257] Zuletzt *Tellegen-Couperus*, SZ 116 (1999) 614 (gegen *Sanguinetti*): „… the *qid*, just like the *qit*, could be used to claim the whole share that would have devolved to an heir in case of intestacy".

[258] *Kreuter*, Interpretatio (1993) 132: Spätestens seit Diokletian geht die *querela inofficiosae donationis* nur auf die Quart; *Voci*, DER II 728: „non per intero, ma quanto basti per la ricostruzione della *quarta*" (sicher seit Diokletian); *Kaser*, RP I 713; RP II 521 Fn. 60; *Cervenca*, NNDI XIV 669 f.

[259] An das Reskript zur *querela inofficiosae donationis* schließt Paul. 14 resp. D. 31.87.4 den Fall an: umfangreiche Schenkungen an einen Sohn, Erbeinsetzung der Frau und aller Kinder (auch des Beschenkten) auf das geringe Restvermögen mit den Anordnungen zweier Prälegate für den Beschenkten und Belastung des Beschenkten mit Geldfideikommissen von Erträgnissen aus den geschenkten Grundstücken (*ex reditibus praediorum, quae … donaverat*) zugunsten einer Tochter und eines weiteren Sohnes. Der Beschenkte will die Geldfideikommisse falzidisch kürzen. 1) Die Schenkungsquerel revoziert gegen den Willen des Erblassers, hier aber hat schon der Erblasser selbst mit den Geldfideikommissen für den Rückfluss von Vermögen gesorgt. 2) Aber wenn die *Falcidia* eingriffe (*sed si Falcidia lex intercedat*) sind die Fideicommisse ganz zu leisten (*fideicommissa in solidum esse praestanda propter immodicarum donationum rationem*); zu deuten: ¼ wäre von den Geldfideikommissen falzidisch abzuziehen (zugunsten des Beschenkten), umgekehrt ginge aber ¼ vom Geschenkten zurück (wegen der Schenkungsquerel); das hebt sich auf, so dass die Fideikommisse *in solidum* zu leisten sind. Deutete man *ea, quae donata sunt revocari* im Sinne völliger *revocatio*, stellte sich die Frage der falzidischen Kürzung nicht. Anders *Krüger*, SZ 60 (1940) 94 für Einrechnung der

der Schenkungsquerel auf die querelausschließende Quart. Stilles Indiz ist Philipp. C. 3.29.1 (a.245): *utpote quartam partem non habentibus desideratis* (da ihr ja den vierten Teil nicht habt), doch deutlicher mit *ut finale*: Valer./Gallien. C. 3.29.2 (a.257): *ut tibi quartam debitae ab intestato portionis praestet incolumem* (dass er dir den vierten Teil von deiner Intestatportion ungeschmälert leistet).[260] Die Schenkungsquerel dürfte an den Querelausschluss der Quart angelehnt sein, das ¼ dort schon feststehendes Recht (Diocl./Maxim. Frg. Vat. 280 [a.286]: *ut quartae partis dimidiam, quam ad excludendam testamentum sufficere constat, … revocabit* – dass [der *praeses provinciae*] die *dimidia* [die Häfte] zur Quart, von der feststehendes Recht ist, dass sie zum Querelausschluss genügt, … zurückholen wird: die Mutter schenkte alles dem Bruder; ¼ der *dimidia* wird revoziert).

74 Für die diokletianischen Konstitutionen besteht Meinungszwiespalt mit systematischen Itp.-Annahmen: Die Textteile zur Quart seien nach der Novell. Iust. 115 (a.542) zurechtgemacht (justinianisch interpoliert) oder nachklassisch glossiert nach dem Muster von Paul. sent. 4.5.7[261] (eigenständiger Anspruch auf die Quart[262]) oder echt.[263]

75 Diocl./Maxim. C. 3.29.5 (a.286) betraf eine bloße Anfrage an die kaiserliche Kanzlei: Der Schenker selbst fragte wegen an die eigenen emanzipierten Kinder gemachter Schenkungen an, weil er dadurch Benachteiligung von *filii vel nepotes postea nati* (nach den Schenkungen geborener Kinder und Enkel) befürchtete. Ist das gesamte Vermögen verschenkt (*totas facultates tuas per donationes vacuefecisti*), wird ¼ (*id, quod ad submovendas inofficiosi testamenti querellas non ingratis liberis relinqui necesse est*[264]) in das Vermögen des Schenkers zurückkehren[265] (*ad patrimonium tuum revertetur*[266]).

---

geschenkten Grundstücke in den Erbteil des Beschenkten. Erwägungen für Anfechtung bis zur Inoffiziositätsgrenze bei *Zoz de Biasio*, Rimedi (1978) 89 (mit Beispielsannahme Fn. 17), jedoch wegen Paul. 14 resp. D. 31.87.3 für Rückführung der gesamten Intestatquote (90).

[260] Für itp. noch *Voci*, DER II 729 f.: echt erst seit Diokletian.

[261] *Wesener*, FS Kränzlein 152: nicht justinianisch itp., sondern nachklassisches Glossem übereinstimmend mit Paul. sent. 4.5.7.

[262] Doch ist auch dies umstritten (→ Rn. 92).

[263] Mit *Voci*, DER II 728 nun *Sanguinetti*, Querela (1996) 16–31. Für unter Diokletian gefestigte Praxis einer Verringerung der Schenkung auf ¼ schon *Samper*, SDHI 37 (1971) 96 f.

[264] Strittig (itp.), doch hat Diocl./Constantius Frg. Vat. 270 (a.293/294) *rescissio* der Schenkungen für den Fall *quarta non retenta patrimonium exhaustum*. Echt mit *Sanguinetti*, Querela (1996) 22: Ende des 3. Jh. galt für die *querela inofficiosae donationis* die Quote, die auch die *querela inofficiosi testamenti* ausschlösse.

[265] Mit strittiger Deutung: Sonst verlören die Beschenkten von den Schenkungen die höheren Intestatquoten: *Tellegen-Couperus*, RIDA 26 (1979) 402 f.; anders *Sanguinetti*, Querela (1996) 21.

[266] Die Interpretation von *revertetur* ist umstritten: Für *restitutio in integrum* des Schenkers wegen unmäßiger Schenkungen nach der *lex Cincia*: *Krüger*, SZ 60 (1940) 81. Für Klage eigener Art: *Archi*, St. Solazzi 745; *Zoz de Biasio*, Rimedi (1978) 132 mit vermuteter Vorlage für Burg. Rom. 1.1. (Fn. 105); *Tellegen-Couperus*, RIDA 26 (1979) 403 f. für freiwillige Rückgabe auf Druck drohender Querel aus Autorität des Reskripts; *Sanguinetti*, Querela (1996) 21 f.: Cottabeus benützt die Autorität

Diocl./Maxim. C. 3.29.6 (a.286): *quantum ad submovendam querellam sufficiat* (der Vater schenkte alles dem Sohn und überging die Tochter). Diocl./Maxim. C. 3.29.7 (a.286) = Frg. Vat. 280: die Mutter verschenkte ihr Vermögen an einen Sohn, sein Bruder quereliert: *quod immoderate gestum est revocabitur* ist verdeutlicht mit *ut quartae partis dimidium, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querellam adversus te sufficeret* (… dass die Hälfte zu einem Viertel, was genügte, um die Inoffiziositätsquerel gegen dich auszuschließen …); dies ist *revocatio* zur Ausschlussquote der Querel (Intestatquoten der Brüder je ½, davon ¼ bedeutet *revocatio* von 1/8 – doch strittig). Auch Frg. Vat. 280 hat diesen Textteil. Diocl./Maxim. C. 3.29.8 (a.294): die Mutter schenkte alles dem einen Sohn und benachteiligte den anderen (… *matrem tuam … patrimonium suum donationibus in unum filium … exhausisse* … – [wenn geklärt ist, dass] deine Mutter … ihr gesamtes Vermögen durch Schenkungen an einen Sohn … erschöpft hat – mit *quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti … deminuetur* – was geschenkt worden ist, wird entsprechend einem Viertel nach dem Vorbild der Testamentsquerel verringert).

Systematische Itp.-Annahmen sind wenig wahrscheinlich, die querelausschließende **76**
Quart ist das vorgefundene System (Diocl./Maxim. Frg. Vat. 280 [a.286]: *constat*); *querela inofficiosae donationis ad instar querelae inofficiosi testamenti* scheint dem Schema zu folgen: ¼ ist ausreichend ehrend; verbleibt ¼ im Nachlass, ist die Schenkung nicht mehr *pietas*-verletzend.[267] Es werden insoweit jedoch verschiedene Meinungen vertreten.

Nach einer Ansicht sind die Konstitutionen itp.; die *querela inofficiosae donationis* **77**
reszindiert die Schenkung zum Intestaterbteil (noch weiter nur Krüger [das ganze Geschenkte wird revoziert],[268] Zoz de Biasio,[269] Tellegen-Couperus,[270] Bauer-Gerland[271]); Argumente:

---

des Reskripts; zurückzuführen war nur soviel, wieviel zum Querelausschluss nötig war. *Cusmà Piccione*, SDHI 84 (2018) 270 f.: weder *in integrum restitutio* noch *condictio ex lege*: gegenüber Cottabeus waren die Schenkungen nicht pflichtwidrig (S. 276); für Widerruf unmittelbar aus der Konstitution, auf die sich die Nachgeborenen berufen können: S. 278 (im Futur gesagt: *revertetur*).

[267] Querelausschließende Quart ist nicht *portio debita*; doch für Annäherung des ¼ an eine *portio debita*: *Samper*, SDHI 37 (1971) 77; *Ribas Alba*, Iura 39 (1988) 96.

[268] *Krüger*, SZ 60 (1940) 80–94: deutungsoffen ist Diocl./Max. Frg. Vat. 280 (a.286) = C. 3.29.7 (*Krüger*, SZ 60 (1949) 89); Diocl. C. 3.29.8 pr. (a.294): *pro ratione quartae* ist itp. (ebd.); Valer./Gallien. C. 3.29.2 (a.256): justinianisches Recht, vom Excerptor abgeändert (a.a.O., 90).

[269] *Zoz de Biasio*, Rimedi (1978) 115: *pro ratione quartae* ist nicht das *petitum*, sondern die *causa petendi* (der Anlass zu klagen); das *petitum* ist die ganze Schenkung („il *petitum* è l'intera donazione" so wie bei der *querela inofficiosi testamenti* das *petitum* „la invalidazione del testamento" ist); ablehnend *Kreuter*, Interpretatio (1993) 132 f. (gegen Itp.).

[270] *Tellegen-Couperus*, SZ 116 (1999) 614 f.; RIDA 26 (1979) 410–415 mit der Begründung zu 1). Zustimmend *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 120; *Hecht*, Symmachus (2006) 350 f. (Fn. 613: für itp.); eingeschränkt zustimmend *Wesener*, FS Kränzlein 152.

[271] *Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 123: Auch die Testamentsquerel geht auf *totam hereditatem obtinere* (Diocl./Max. C. 3.28.22 pr. [a.294] u.a.); dies ist unstrittig für die von querelausschlie-

1) Eine später eingeführte suppletorische Klausel auf das ¼ wäre überflüssig gewesen, wenn schon Diokletian bloße Ergänzung auf den Pflichtteil vorgesehen hätte (Tellegen-Couperus).

2) Wie die *querela inofficiosi testamenti* zum Intestaterbteil reszindiert (*ad instar/ad exemplum querelae inofficiosi testamenti*) auch die *querela inofficiosae donationis.*

78 Die Meinungen deuten im Einzelnen: In Paul. 14 resp. D. 31.87.3 (zur Zeit Alexander Severus') ist mit der *querela inofficiosae donationis* der Intestatteil revoziert;[272] jedoch unsicher (→ Rn. 71). Der Textteil *pro ratione quartae* in Diocl./Maxim. C. 3.29.8 (a.294) ist spätere Hinzufügung (strittig).[273] Constantius Cod. Theod. 2.19.4 (a.361): Der Testator konnte suppletorische Klauseln vorsehen; diese wären nicht nötig, wenn schon die *querela inofficiosae donationis* auf das ¼ ginge.[274]

79 Zu den Ergänzungsklauseln ist überliefert (→ Rn. 91): Nach Constantius Cod. Theod. 2.19.4 (a.361) sind beide, *querela inofficiosi testamenti* und *inofficiosae donationis*, ausgeschlossen (*nec super testamento nec donationibus querellam remanere*), wenn das ¼ in Geld ergänzt wird (*in pecunia compleatur*). Grundlage der Ergänzung ist die erblasserische Anordnung *compleatur*. Erst Paul. sent. 4.5.7 bringt die Ergänzung gegen den Willen des Erblassers, wenn eine suppletorische Klausel fehlte (strittig, → Rn. 92). Da mit der *querela inofficiosae donationis* stets gegen den erblasserischen Willen geklagt wird, schwächt sich das Argument ab: Eine Ergänzung im Sinne des Erblassers ist nicht deshalb unnötig, weil schon eine Klage gegen seinen Willen (also eine Querel) auf das ¼ ginge.

80 Die genannten Stimmen sind nicht als bereits herrschende Interpretation zu bezeichnen. Mit den Wortfolgen *quod immoderate gestum est revocabitur* (Diocl./Maxim. C. 3.29.7 [a.286]: was unmäßig geschenkt wurde, wird zurückgefordert), *ad patrimonium … revertetur* (Diocl./Maxim. C. 3.29.5 [a.286]: wird zum Vermögen zurückkehren) – zwar nicht zur *querela inofficiosae donationis*, aber mit der Wertung, dass ¼ verbleiben soll –, *quod donatum est … deminuetur* (Diocl./Maxim. C. 3.29.8 [a.294]: was geschenkt worden ist, wird verringert), *has (scil. donationes) rescindi* (Diocl./Constantius Frg. Vat. 270 [a.293/294]: diese Schenkungen werden aufgehoben) analog zur *querela inofficiosi testamenti* kann auch gemeint sein: Schloss ¼ die *querela inofficiosi testamenti* aus, so *ad instar querelae inofficiosi testamenti* auch die *querela inofficiosae*

ßender Quart nicht betroffenen Fälle, dort: *ex asse* eingesetzte Ehefrau, enterbte Haustochter, *nihilque ei relictum* und damit *totam hereditatem obtinere* (somit: keine querelausschließende Quart; daher Reszission und Intestaterbteil); ferner Argument aus Interpr. zu Const. Cod. Theod. 8.12.1 (a.316?): *Si modum excesserint … non valebunt* (*Bauer-Gerland*, Erbrecht (1995) 124); die Interpr. lautet davor: … *de inmodica donatione proponere, hoc est si quartam sibi facultatis suae donator non reservaverit, non valebunt.*

[272] *Tellegen-Couperus*, RIDA 26 (1979) 414: „full intestate portion".

[273] *Tellegen-Couperus*, RIDA 26 (1979) 413 f.

[274] *Tellegen-Couperus*, RIDA 26 (1979) 413 f.: wenn schon Diokletian nur die Ergänzung auf das ¼ („supplement to a quarter") generell akzeptiert hätte („had been generally accepted"), „then such a complicated juridical procedure would not have been necessary".

donationis; Vorbild der *querela inofficiosae donationis* war die querelausschließende Quart bei der *querela inofficiosi testamenti*.

Die Gegenansicht:[275] Die *querela inofficiosae donationis* reszindiert vom Geschenkten so viel, dass der Noterbe die Quart hat; die Konstitutionen (teils erst seit Diokletian) sind in den Wortfolgen zum ¼ echt; anders nur Paul. 14 resp. D. 31.87.3 (*revocatio* im Umfang des Intestaterbteils).[276] Ähnlich scheint die *querela inofficiosae donationis* in Philipp. C. 3.29.1 (a.245): die Mutter verschenkte fast alles, um der Testamentsquerel zu spotten (*ad deludendam inofficiosi querellam*) durch Erbeinsetzung auf ein *inane nomen*; die Wortfolge *subveniri vobis utpote quartam partem non habentibus* (wird euch geholfen, weil ihr ja den vierten Teil nicht habt) kann so zu sehen sein, dass die *querela inofficiosae donationis* eine Lage herstellt, wie sie einem verbliebenen ¼ entspricht. **81**

VII. *Dos inofficiosa*

Wie durch Schenkungen kann Vermögen auch durch eine übermäßige *dos* (*dos immodica*) verringert werden (*omnis hereditas dote … exhausta*, Constantius Cod. Theod. 2.21.1 [a.358] = C. 3.30). Eine *dos ultra dodrantem* ist inoffiziös (Constantius Cod. Theod. 2.21.2 [a.360]),[277] übersteigt sie nicht ¾ des Vermögens, gibt es keine Klage *de hac (scil. dote) repetenda* (Interpr.: die Frau bestellte ihrem zweiten Mann die *dos*, so dass ihren Kindern, die sie von ihrem ersten Mann hatte, nicht ¼ blieb;[278] *dos contra legem Papiam … non valebit*). Die Klage *de hac (scil. dote) repetenda* ist der *querela inofficiosi testamenti* nachgebildet[279] (*ad exemplum inofficiosi testamenti*, Constantius Cod. Theod. 2.21.1 [a.358] = C. 3.30). **82**

[275] *Sanguinetti*, Querela (1996) 16–31; *Voci*, DER II 728 Fn. 10 (seit Diokletian); *Samper*, SDHI 37 (1971) 96 f. und zwar auch für die *querela inofficiosi testamenti* (76 f.); die Querelen (*testamenti/donationis/dotis*) sind nachklassisch verschmolzen und gehen alle auf das ¼; für die *querela inofficiosi testamenti* (bezweifelnd *Kreuter*, Interpretatio (1993) 132, 135–137); *Cervenca*, NNDI XIV 669 f.; *Kreuter*, Interpretatio (1993) 132 f.; *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 289–291 schließt daraus auch auf die *querela inofficiosi testamenti* (nicht gesichert).

[276] Doch könnte auch diese Stelle schon im System der querelausschließenden Quart zu erklären sein; ähnlich Paul. 14 resp. D. 31.87.4 (auch der Beschenkte ist auf das verringerte Vermögen eingesetzt); es ist auch für Paul. 14 resp. D. 31.87.3 Erbeinsetzung beider auf ein *inane nomen* (faktisch auf Nichts mehr) denkbar, da dies die frühen Fälle der *querela inofficiosae donationis* bildete: ein Sohn der *avia* und der ihm vorgezogene beschenkte Enkel sind (*sine partibus* oder gleichteilig) testamentarisch eingesetzt: ½ ist in den Nachlass zurückzuführen, damit der Sohn das ¼ hat. Deutungshypothese: → Rn. 71.

[277] *Voci*, Iura 29 (1978) 42.

[278] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia (1996) 118–121; zu den zwei Fällen *Voci*, St. Grosso I 137–140; *Samper*, SDHI 37 (1971) 96–98: das ¼ schließt an die *Falcidia* an, nicht an die *lex Cincia* (100 f.); wohl: an die querelausschließende Quart der *querela inofficiosi testamenti*.

[279] Die (in den Quellen nicht so genannte) *querela inofficiosae dotis* (analog der *testamenti querela*) „ist eigentlich mit der *querela inofficiosae donationis* ein und dasselbe Rechtsmittel“: *Francke*, Notherben (1831) 537 f.; beide sind durch den Namen *actio ad exemplum inofficiosi querelae* bezeichnet.

VIII. *Quarta divi Pii* (→ § 100)

83 Wer einen Unmündigen arrogiert, muss ihm aus seinem Vermögen ¼ geben, wenn er ihn *sine iusta causa* emanzipiert oder enterbt (Inst. 1.11.3);[280] das ¼ beteiligt den Adoptierten am Vermögen des Adoptivvaters; zugleich soll eingebrachtes (dem Vater erworbenes) Vermögen wieder an den Arrogierten oder an seine Erben zurückfließen. Die Quart[281] schloss die Testamentsquerel aus (Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.15).[282]

IX. Weitere Entwicklungen der Testamentsquerel

1. Aktivlegitimation

84 Für Halbgeschwister schränkte Konstantin die Zulassung zur Querel auf *consanguinei* (selber Vater, verschiedene Mütter[283]) ein und schloss sie für *uterini* (selbe Mutter, verschiedene Väter) aus[284] (Const. Cod. Theod. 2.19.1 [a.319] = C. 3.28.27: *Fratres et sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur: consanguinei autem … quaestionem movere possunt* [= Basil. 39.1.52] – *uterini* sind von der Inoffiziositätsquerel gegen das Testament ihres Bruders oder ihrer Schwester gänzlich ausgeschlossen, *consanguinei* aber … können die Klage erheben –; Brüder und Schwestern haben die Querel gegen Testamente von Brüdern und Schwestern; dies ist unklar: Halbgeschwistern mütterlicherseits ist die Querel genommen[285]). Vor dem Ausschluss der *uterini* von der Querel (Neuerung Konstantins) galt nur: *cognati proprii qui sunt ultra fratrem* (Seitenverwandte über den Bruder [= über den 2. Grad] hinaus); in Ulp. 14 ed. D. 5.2.1 schlossen *fratres uterini* nicht aus,[286] erst Konstantin drängte die Querel von Geschwistern auf *germani*, *consanguinei* zurück.

85 Erfolgreich querelieren konnten *consanguinei*/*germani* nur, wenn ihnen *turpes*[287]

---

[280] *Schiffner*, Vermächtnisse (1895) 112–116; *Francke*, Notherben (1831) 470–481; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 138–168.

[281] Für Mittelstellung zwischen Erbrecht und Forderungsrecht: *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 149; für „Erbersatz“ mit dem „Charakter eines pauschalierten gesetzlichen Mindestpflichtteils“ und „Querelsurrogat“ a. a. O. 156 f., 167.

[282] *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 83; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 152–158.

[283] Vgl. Coll. Mos. 16.3.15: *consanguinei sunt eodem patre nati* (→ § 54).

[284] Const. Cod. Theod. 2.19.1 (a.319): *Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur … .*

[285] *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 106–108.

[286] *Sanguinetti*, Querela (1996) 36 f.

[287] Const. Cod. Theod. 2.19.1 (a.319): *et germanis tantummodo fratribus adversus eos dumtaxat institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis …* (Interpr.: *turpis personis, id est infamibus … hoc est pro libidine meretricibus aut pro inhonesto affectu …*); *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 116–122: Der Codex Theodosianus interpretiert sie mit *notas, detestabilis turpitudinis*, der Codex Iustinianus mit *infames, turpes levis notae macula*, die Interpr. hat nur noch *turpibus personis* (120); vgl. *Greenidge*, Infamia (1894) 164–166 (*luxuriosi, prodiges, viles*); 186–198; *Franke*, Notherben (1831) 197.

vorgezogen waren (Const. Cod. Theod. 2.19.1 [a.319];[288] Inst. 2.18.1). Deutungen: Konstantin schränkte die Legitimation zur Querel auf consanguinische agnatische Geschwister ein:[289] *germani* haben, wenn sie Agnaten blieben, die *querela inofficiosi testamenti* gegen *personae turpes*; als *legitimi heredes* benötigen sie keine *bonorum possessio litis ordinandae causa*.[290] In der Entwicklung begriffen sind die Termini: Const. Cod. Theod. 2.19.1 (a.319) hat *fratres et sororem germani* (Kinder vom selben Vater und selber Mutter, genauer: die auch agnatisch zum Vater verwandt sind); *fratres et sorores uterini* (Kinder von derselben Mutter); Const. C. 3.28.27 (a.319) hat: *fratres et sorores consanguinei* und *fratres et sorores uterini*; die neue Bezeichnung *germani*, im Gegensatz zu *consanguinei*, soll nicht auf Konstantin, sondern auf Justinian zurückgehen (unsicher).[291] Const. Cod. Theod. 2.19.3 (a.332?) gibt Brüdern des Erblassers, der einen Sklaven *cum libertate* einsetzte, die *querela inofficiosi testamenti* (Brüder sollen *liberti* vorgezogen werden).[292]

Als Entwicklung ist anzunehmen, dass die Klagslegitimation von Halbgeschwistern **86**
ohne Unterscheidung in *germani*, *consanguinei* und *uterini* zuvor etabliert war (Diocl./Maxim. C. 3.28.21 [a.294]). Weitere der *transversa linea* sind ausgeschlossen *exceptis fratre et sorore*.[293] Die Konstitution Const. C. 3.28.27 (a.319) gilt als verändert, sie ist verschmolzen aus Const. Cod. Theod. 2.19.1 (a.319) und Const. Cod. Theod. 2.19.3 (a.332?).[294]

Mit Valentin./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 5.1.4.3 (a.389) sind in paralleler Ent- **87**
wicklung zu den *bona materna* nun auch Enkel zur Querel gegen das Testament des Großvaters mütterlicherseits und der Großmutter zuzulassen; Interpr.: *nepotes ac neptes ex filia* (Enkel von der Tochter) haben die *actio de inofficioso contra testamentum avi vel avae, quae matri eorum competere potuit*.[295]

Beweisthemen zur Querel (Sohn gegen mütterliches Testament und umgekehrt) **88**
sind nun näher geregelt: Bekämpfte der Sohn das Testament der Mutter, musste er beweisen, seine *pietas*-Pflichten nicht verletzt zu haben (*nullo suo vitio factum nec offensionem* und Interpr. zu Const. Cod. Theod. 2.19.2 [a.321]);[296] umgekehrt genügte bis dahin der Mutter ihre bloße Stellung als Mutter. Const. Cod. Theod. 2.19.2 (a.321) nennt nun typische Enterbungsgründe feindseliger Gesinnung gegenüber dem Sohn (*ut inimica eius potius quam mater crederetur*).[297]

---

[288] Inst. 2.19.3.

[289] Zu *iura consanguitatis* abgrenzend in den Fällen der *adoptio ut nepos*: *Giunti*, St. Metro III 109–133: wen der Emanzipierte adoptiert, ist nicht Enkel des Vaters (Iul. 70 dig. D. 1.7.26); Adoption als Enkel durch den Vater erzeugt keine *iura consanguinitatis* unter den Enkeln.

[290] *Voci*, Iura 29 (1978) 40.

[291] *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 115. *Frater germanus* findet sich schon bei Cic. Planc. 11,27, vgl. *Monaco*, Hereditas (2000) 44 Fn. 54.

[292] *Voci*, Iura 29 (1978) 41.

[293] *Fernández de Buján*, SDHI 55 (1989) 114.

[294] *Voci*, Iura 29 (1978) 41.

[295] *Voci*, Iura 29 (1978) 88 f.; *Kreuter*, Interpretatio (1993) 130.

[296] *Waldstein*, SZ 111 (1994) 21 f.

89 Das ¼ wird vereinheitlichend *quarta Falcidia* genannt[298] und verhindert wie auch die pegasianische Quart die Querel.

90 Paul. sent. 4.5.5: *Ex asse heres institutus inofficiosum dicere non potest: nec interest, exhausta necne sit hereditas, cum apud eum quarta aut legis Falcidiae aut senatus consulti Pegasiani beneficio sit remansura* (dem vermächtnisbeschwerten oder mit Restitutionsbitte belasteten Alleinerben verbliebe die Quart, er kann daher nicht querelieren). Ferner Paul. sent. 4.5.9 zur versuchten Querel des Fiduziarerben nach Restitution gegen den Fideikommissar: *Rogatus hereditatem restituere etsi inofficiosi querelam instituerit, fideicommisso non fit iniuria* (der unberechtigt klagende Fiduziarerbe verliert die pegasianische Quart[299].

2. Vorläufer der *actio ad implendam legitimam*

91 Suppletorische Testamentsklauseln dürften schon in severischer Zeit üblich gewesen sein (doch als itp. verdächtigt[300]). Hinterließ der Erblasser einem Noterben weniger als die Quart, konnte er testamentarisch die Ergänzung auf das Fehlende[301] anordnen (Ulp. 2 disp. D. 5.2.25 pr.: … *si minus habeat, quod deest, viri boni arbitratu repleatur*).[302] Nachfolgend zu diesen Klauseln ist Const. Cod. Theod. 2.19.4 (a.361) überliefert mit der Nuance[303] der Ergänzung in Geld (*Cum scribit moriens, ut arbitratu boni viri, si quid minus filiis sit relictum quam modus quartae … id ipsum ab herede iisdem in pecunia conpleatur* … – wenn der Sterbende schreibt: wenn etwa den Söhnen weniger als ein Viertel hinterlassen ist, soll nach dem Ermessen eines gerechten Mannes … ihnen das vom Erben in Geld ergänzt werden).

92 Umstritten in ihrer Grundlage und Konsequenz ist die Fassung in Paul. sent. 4.5.7: *Filius iudicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut quarta sibi a coheredibus citra inofficiosi querellam impleatur, iure desiderat* (der Sohn verlangt zu Recht, dass ihm *citra inofficiosi querellam* [ohne Querel = „außer der Querel", „abgesehen von der Querel"] ein Viertel von den Miterben ergänzt wird, wenn er nach dem letzten Willen des Vaters weniger als das Viertel erlangt hat).[304] Nach herrschender Interpreta-

---

[297] *Voci*, Iura 29 (1978) 41 f.

[298] *Voci*, DER II 677 Fn. 33 mwN.

[299] Die westgotische Interpretatio zu Paul. sent. 4.5.9 (*Bianchi Fossati Vanzetti*, Paul. Sent. 88) bringt die paraphrasierende Fallverdeutlichung einer Querel des Fiduziars auf *id, quod fideicommissum est, ut redderet*; und zum Quartverlust wegen verlorener Querel: *suo vitio perdit*, beides mit klassischer Entsprechung in Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.14; *Samper*, SDHI 37 (1971) 87, 98.

[300] *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 290. *Voci*, DER II 733 (kompilatorisch); für spätere Bildung solcher Klauseln *Woeß*, Erbrecht (1911) 252–254; Meinungsübersicht bei *Wesener*, FS Kränzlein 155 Fn. 20.

[301] Auf ¼ des Intestaterbteils.

[302] *Sanguinetti*, Querela (1996) 84–86; für Itp.: *Ribas Alba*, Desheredación (1998) 290.

[303] Klarstellend: Schon *quod deest, viri bono arbitratu repleatur* meint Ergänzung in Geld.

[304] *Samper*, SDHI 37 (1971) 99 f.: in Constantius Cod. Theod. 2.19.4 (a.361) ist das Testament aus

tion[305] ist in *iure desiderat* eine eigenständige Grundlage zu sehen, die Ergänzung zu verlangen, wenn eine suppletorische Klausel fehlte (strittig).[306] Wer weniger als die Quart bekam, kann die Ergänzung auf das ¼ verlangen und hat die Wahl zwischen Ergänzung und Testamentsquerel;[307] abweichend: Paul. sent. 4.5.7 enthielt eine suppletorische Klausel (und keine eigenständige *iure*-Klagegrundlage auf Ergänzung);[308] diese schloss, wie schon in Const. Cod. Theod. 2.19.4 (a.361), die Querel aus.[309]

Ähnlich, doch schon früher entwickelt, sind die Ergänzungsklagen aus dem patro- **93**
natischen System: Hat der *libertus* ohne *sui* seinem Patron weniger als die *dimidia pars* hinterlassen, hat der Patron die Ergänzungsklage (Ulp. 44 ed. D. 38.2.10 pr.: *ut eius portio suppleatur ex eo, quod extraneo heredi et quod patrono supra suam portionem relictum est* – bei mehreren Freilassern auch gegen den bevorzugten Patron, → § 54 Rn. 25).[310]

3. Verbindende Fälle zur *actio ad implendam legitimam* und Novell. Iust. 115 (a.542)

Mit der Konstitution Iust. C. 3.28.30 (a.528) ist eine Pflichtteilsergänzungsklage einge- **94**
führt, die (wohl richtig) als *actio ad implendam* oder *replendam legitimam* (nach Paul. sent. 4.5.7 *ut quarta repleatur*) zu bezeichnen ist.[311] Die Testamentsquerel ist auf den Fall zurückgedrängt, dass einem Pflichtteilsberechtigten überhaupt nichts hinterlassen

---

einer Verfügung *mortis causa* korrigiert, in Paul. sent. 4.5.7 korrigiert der Richter ein pflichtwidriges Testament; *Voci*, Iura 29 (1978) 42 f.: „Costanzo risolve un caso pratico"; *Bluntschli*, Erbfolge (1829) 176 f. nimmt eine bestehende Sitte an: Der Erblasser trägt dem Erben eine *cautio* auf, falls der Noterbe zu wenig bedacht sein sollte, *viri boni arbitratu* zu ergänzen; die *cautio* ist wahrer Wille des Erblassers (177); *Gutiérrez-Masson*, BIDR 103/104 (2000/2001) 206–210 vertritt dafür eine *actio incerti ex testamento* mit der *intentio* wie in Gai. 2.213: *quiquid heredem ex testamento dare facere oportet* (206); nach Novell. Iust. 115 (a.542) eine *condictio ex lege* (208). Für Rechtsfortbildung zwischen Constantius Cod. Theod. 2.19.4 (a.361) (Möglichkeit suppletorischer Klauseln im Testament) und Paul. sent. 4.5.7 (Anspruch auf Ergänzung auch ohne Testamentsklausel) *Hecht*, Symmachus (2006) 347 (Paul. sent. 4.5.7 wäre demnach eher nach 361 zu datieren). *Hecht*, a. a. O. 346–349 gegen Ergänzungsklage in § 7 der Relation 19; kritisch *Simon*, SZ 125 (2008) 779.

[305] *Wesener*, FS Kränzlein 150; *Sanguinetti*, Querela (1996) 87–95.

[306] Bezweifelnd *Tellegen-Couperus*, SZ 116 (1999) 614 f.: „PS 4.5.7 merely states that a son is justified *iudicio patris* in asking for a supplement … ." – Der Streitpunkt ist sprachlich zu bestimmen: Ist *iudicio patris* zu *minus … consecutus sit* zu ziehen oder zu *impleatur* oder an das Ende zu *iure desiderat* (so *Tellegen-Couperus*, diese mit der Vermutung, dass eine suppletorische Klausel angeordnet war „and the son did not have any choice at all" [dann gilt: nur Ergänzung und keine Querel])?

[307] *Woeß*, Erbrecht (1911) 253; *Wesener*, FS Kränzlein 150; *Sanguinetti*, Querela (1996) 87–95; bezweifelnd *Tellegen-Couperus*, SZ 116 (1999) 614 f.

[308] *Gutiérrez-Masson*, BIDR 103/104 (2000/2001) 191; *Tellegen-Couperus*, SZ 116 (1999) 615.

[309] *Tellegen-Couperus*, Testamentary Succession (1982) 156 f.; *Tellegen-Couperus*, SZ 116 (1999) 614 f.

[310] *Gutiérrez-Masson*, BIDR 103/104 (2000/2001) 192 f.

[311] *Wesener*, FS Kränzlein 149, 154 Fn. 1; *Coppola Bisazza*, Successione (2014) 107–115.

ist. Ist ihm, wenn auch noch so geringfügig, zumindest etwas hinterlassen, jedoch weniger als die Quart seines Intestatteils, ist die Querel nunmehr ausgeschlossen und der Pflichtteilsberechtigte auf die Ergänzung zum ¼ beschränkt. Die Reform hat testamentssichernde Absicht (*firmum quidem testamentum sit*).[312]

95 In Novell. Iust. 115.5 (a.542) kehren Fälle ähnlich Marcian. 4 inst. D. 36.1.30 (nur leicht verändert ist Inst. 2.17.3) wieder:[313] Die *institutio ex re certa*[314] (*in eo certarum rerum heres scriptus*)[315] und die Restitutionsbitte unter Einzelvorbehalt[316] (*ut contentus rebus sibi datis … restituat*, → § 100);[317] die Novell. Iust. 115.5 (a.542) ordnet die Ergänzung an, wenn der restitutionsbelastete Fiduziarerbe die Quart nicht schon durch den Einzelvorbehalt hat: κἂν εἰ ῥητοῖς πράγμασιν ἀρκεσθῆναι προσταχθεῖεν (auch wenn er anordnete, sich mit bestimmten Sachen zufrieden zu geben) … παρὰ τῶν κληρονόμων ἀποπληροῦσθαι (soll von den Erben ergänzt werden). Auth.: *etiamsi certis rebus fuerint esse contenti … praecipimus, quidquid … minus ei legitima portione relictum est, hoc … ab heredibus adimpleri* (auch wenn sie sich mit bestimmten Sachen zufrieden geben sollten, … ordnen wir an: Wieviel auch immer [gemeint: das Fehlende auch ist] … , wenn ihm weniger als die gesetzliche Portion hinterlassen ist, soll ihm das von den Erben ergänzt werden). *Testamentum rescindi* ist verboten (διαθήκην μὴ ἀνατρέπεσθαι προστάττομεν – dass das Testament nicht umgestoßen wird, ordnen wir an).[318]

96 Ein Strang der Entwicklung zur Novell. Iust. 115 (a.542) geht von suppletorischen Klauseln (→ Rn. 91) aus.

97 Stufen der Entwicklung sind so hervorgekehrt:[319]

a) Die suppletorische Klausel in Const. Cod. Theod. 2.19.4 (a.361) schloss *de inofficioso testamento* und *de inofficiosa donatione* zu klagen aus (*manifestum est nullam … querellam remanere*);[320] *revocatio* bei der *querela inofficiosae donationis* belastete den Beschenkten, die Zahlung des Fehlbetrages den Erben (Const. Cod. Theod. 2.19.4

---

[312] Vgl. auch Novell. Iust. 118 (a.543): *firmitatem testamenti conservandi causa.*

[313] *Gutiérrez-Masson*, BIDR 103/104 (2000/2001) 192–196, 200–203.

[314] Erbeinsetzung auf eine bestimmte Einzelsache.

[315] Der auf die Einzelsache Eingesetzte hat weniger als das ¼.

[316] Der Erbe ist gebeten, die Erbschaft (der Teilerbe seinen Erbteil) unter Vorbehalt (Zurückbehalt) einer bestimmten Sache oder Summe herauszugeben (technisch: zu restituieren): *praecepta, accepta, retenta, deducta certa re vel summa*; die Figur war stark etabliert, vgl. *Manthe*, Pegasianum (1989) 134–156; *Wimmer*, Prälegat (2004) 190–231.

[317] Nach Restitution unter Rückbehalt der Einzelsache verbleibt ihm weniger als das ¼.

[318] *Heimbach*: *certis rebus contenti esse iubeantur, propterea testamentum rescindi vetamus: sed quod forte minus legitima portione iis relictum fuerit, hoc … ab heredibus suppleri iubemus. Gutiérrez-Masson*, BIDR 103/104 (2000/2001) 201: Recht auf Ergänzung auf gesetzlicher Grundlage.

[319] *Sanguinetti*, Querela (1996) 78–138; bezweifelnd *Tellegen-Couperus*, SZ 116 (1999) 614 f.

[320] *Sanguinetti*, Querela (1996) 79 f., 86; *Voci*, Iura 29 (1978) 42 f. (Konstantin entschied einen vorliegenden Fall); *Tellegen-Couperus*, Testamentary Succession (1982) 156 (der Testator geht sicher, dass die *querela inofficiosi testamenti* nicht anwendbar ist).

[a.361]: *ab herede … compleatur*).[321] Der Klausel folgte als nächste Stufe der Entwicklung Paul. sent. 4.5.7.

b) Nach einem Teil der Meinungen ist mit dem Ergänzungsanspruch in Paul. sent. 4.5.7, wenn eine suppletorische Klausel fehlte,[322] eine *actio ad implendam legitimam* in der Epoche der Redaktion schon eingeführt, aber neben der Querel;[323] wahlweise stand die *querela inofficiosi testamenti* auf den Intestatteil oder Ergänzung auf die *pars debita* offen (strittig).[324] Erst die *interpretatio* zu Paul. sent 4.5.7 schloss die *querela inofficiosi testamenti* aus (nur noch *suppleri*; *inofficiosi actio removetur*). Dem folgte die Novell. Iust. 115 (a.542).

c) Die Innovation von Iust. C. 3.28.30 (a.528) schloss dann für die Fälle des *minus relictum*[325] die Querel ganz aus und beließ nur noch die Ergänzung. Justinian bringt die Generalisierung der *actio ad implendam legitimam* (Iust. C. 3.28.30 [a.528]).[326]

[321] *Sanguinetti*, Querela (1996) 81 f.

[322] *Sanguinetti*, Querela (1996) 104; doch für suppletorische Klausel *Tellegen-Couperus*, SZ 116 (1999) 615 (→ Rn. 92).

[323] *Wesener*, FS Kränzlein 150 mit *Woeß*, Erbrecht (1911) 253; *Sanguinetti*, Querela (1996) 87 f. zur umstrittenen Deutung von *citra inofficiosi querellam*.

[324] *Sanguinetti*, Querela (1996) 87 f.

[325] War gar nichts hinterlassen, blieb die Testamentsquerel.

[326] *Sanguinetti*, Querela (1996) 88 f., 104; vgl. den Motivenbericht der Novell. Iust. 118 (a.543) (*firmitatem testamenti conservandi causa*); *Gutiérrez-Masson*, BIDR 103/104 (2000/2001) 185–212.

§ 56 Anfall, Antritt und Ausschlagung der Erbschaft

Benedikt Strobel

Solazzi, Diritto ereditario Romano I, 1932; II, 1933; *Biondi*, Diritto ereditario Romano. Parte Generale, 1954; *Voci*, Diritto ereditario Romano I. Introduzione, Parte generale, 2. Aufl., 1967; *Voci*, Diritto ereditario Romano II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria, 2. Aufl., 1963; *Beduschi*, Hereditatis aditio I. L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica, 1976; *Coppola*, Studi sulla pro herede gestio I. La struttura originaria del „gerere pro herede", 1987; *Coppola*, Studi sulla pro herede gestio II. La valutazione dell'animus nel „gerere pro herede", 1999; *Longchamps de Bérier*, Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective, 2011, 133–137, 184 f.; *Strobel*, Römische Testamentsurkunden aus Ägypten vor und nach der Constitutio Antoniniana, 2014, 39–43, 54–64; *Babusiaux*, Wege zur Rechtsgeschichte. Römisches Erbrecht, 2015, 83–96.

Inhalt Rn.

I. Universalsukzession 4
II. Hauserben 6
1. Begriff und Personenkreis der Hauserben 8
2. Erwerb 12
3. Enthaltung 23
4. Nachklassische Entwicklung 37
III. Außenerben 38
1. Begriff und Personenkreis der Außenerben 38
2. Erwerb 40
3. Ausschlagung 76
IV. *Usucapio pro herede* 82
V. Testamentseröffnung 84
VI. Testamentsvollstreckung 88

1 Für die hier interessierende Rechtslage nach dem *ius civile* gilt, dass der wirksame Erwerb der Erbschaft nach römischem Recht zur Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession) führt. Eine Einzelrechtsnachfolge (Singularsukzession) gibt es nicht (→ Rn. 4), sieht man von den Sonderregeln für die Soldaten (sog. Soldatentestament) ab (→ Rn. 4).

Bei dem Erwerb und der Ausschlagung ist zu unterscheiden zwischen den zwei Kategorien von Erben, die das römische Recht kennt: den sog. Hauserben (→ Rn. 6) und den sog. Außenerben (→ Rn. 38). Die Differenzierung betrifft nur den Erwerbsvorgang; denn sobald der Erwerb einmal erfolgt ist, werden beide Arten gleichbehandelt.[1] 2

Der Grund sowohl für das Konzept der Gesamtrechtsnachfolge (→ § 54 Rn. 2) als auch für die Unterscheidung zwischen Haus- und Außenerben dürfte in der (freilich naturgemäß schwer rekonstruierbaren) altrömischen Vorstellung liegen, wonach die *sui heredes* den Haus- und Kultverband des Erblassers fortsetzten und so schon gewissermaßen (*quodammodo*[2]) zu dessen Lebzeiten mitberechtigt waren.[3] 3

I. Universalsukzession

Nach römischer Vorstellung führt der Erbschaftserwerb immer zur Gesamtrechtsnachfolge, sei es umfassend als Alleinerbe, sei es, bei Miterben, in einen rechnerischen Bruchteil des Vermögens.[4] Eine Singularsukzession kann die Erbschaft – außer nach den Sonderregeln für die Soldatentestamente[5] – nicht bewirken, weshalb eine Einsetzung in Einzelgegenstände ausgeschlossen ist. Nimmt der Testator eine solche *heredis institutio ex re certa*[6] vor, wird diese wegen des *favor testamenti* durch Auslegung in das System der Universalsukzession eingepasst.[7] Im Grundsatz[8] gilt: Die Erwähnung der *res certa* wird gestrichen. Damit wird, wenn die *institutio ex re certa* lediglich eine Person betrifft, diese Alleinerbe.[9] Mehrere Personen werden, nach allerdings umstrittener 4

[1] Gai. 3.86 a. E.

[2] Gai. 2.157.

[3] Gai. 2.157; Paul. 2 Sab. D. 28.2.11; Inst. 3.1.3. Ob die Juristen die Mitberechtigung im rechtlichen Sinn verstanden oder sich lediglich einer bildlichen Ausdrucksweise bedienten, ist strittig; s. *Lübtow*, St. De Francisci I 427–431; *Avenarius*, St. Labruna I 231–252, mwN. 233–236.

[4] Gai. 6 ed. prov. D. 50.16.24; Iul. 6 dig. D. 50.17.62; Pomp. 3 Sab. D. 29.2.36. Zur Rechtsstellung: *Wallinga*, OIR 12 (2008) 99–116.

[5] Das klassische Soldatentestament erlaubte die sonst nicht mögliche *institutio ex re certa*, Ulp. 1 fideic. D. 36.1.17.6; *Neuner*, Heredis institutio (1853) 485–526; *Voci*, DER II 158. Zum Militärtestament insgesamt siehe Gai. 2.109–111; D. 29.1; Inst. 2.11; C. 6.21 und *Scarano Ussani*, Scr. Guarino III 1383–1395; *Meyer-Hermann*, Testamentum militis (2012); *De Falco*, SDHI 80 (2014) 419–446; *Stagl*, REHJ 36 (2014) 129–157; *Stagl*, in: Babusiaux/Kolb, Soldatenkaiser (2015) 109–126.

[6] Eine ähnliche, aber nicht identische Erscheinung ist die Teilungsanordnung (*divisio*), die sich vor allem als *divisio parentis inter liberos* findet, s. *Voci*, DER II 476–479.

[7] *Neuner*, Heredis institutio (1853); *David*, Heredis institutio (1930); *Voci*, DER II 142–160.

[8] Unter Umständen erscheint der vorrangige Fall denkbar, dass der Testator bei mehreren Erben durch die Zuteilung der Gegenstände individuelle, aus dem Wert des Zugewendeten zu berechnende Erbquoten bilden wollte – s. *Neuner*, Heredis institutio (1853) 131–137; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 210, krit. dazu *Babusiaux*, SZ 133 (2016) 528–532.

[9] Ulp. 1 Sab. D. 28.5.1.4; Pap. 6 resp. D. 28.6.41.8; Marcian. 4 inst. D. 36.1.30 = Inst. 2.17.3.

Ansicht, Miterben zu gleichen Teilen;[10] jedoch erhält im Erbteilungsverfahren jeder die ihm zugeteilten Gegenstände *vice praeceptionis*.[11] [12]

5 Die *hereditas* umfasst das gesamte Vermögen,[13] sowohl *res corporales* als auch *incorporales*, des Erblassers, mit Ausnahme der unvererblichen Positionen.[14] Sie bringt die Erbenhaftung mit sich (→ § 58 Rn. 1). Die Erbschaft wird als *universitas* aufgefasst[15] und zählt selbst zu den *res incorporales*.[16]

II. Hauserben[17]

6 Die sog. Hauserben (*domestici heredes*,[18] → Rn. 8) erwerben die Erbschaft von Rechts wegen von selbst, ohne ihr Zutun (sog. Vonselbsterwerb, → Rn. 12 f.).[19] Darin besteht der grundlegende Unterschied zu den sog. Außenerben (*extranei*), welche erst einen Erwerbsakt vornehmen müssen, um die Erbschaft zu erlangen (→ Rn. 40).

7 Diese Differenzierung zwischen Hauserben und Außenerben legen die römischen Juristen als selbstverständlich zugrunde; die Dreiteilung bei Gai. 2.152 (*Heredes autem*

---

[10] Celsus bei Ulp. 5 Sab. D. 28.5.9.13; Paul. 1 Sab. D. 28.5.10; Proculus bei Iav. 7 epist. D. 28.5.11.

[11] Hier gibt es sodann zwei Möglichkeiten: Ist die *res certa* weniger wert als der Erbteil, so soll es dabei sein Bewenden haben, Ulp. 4 disp. D. 28.5.35; Cod. Greg. 3.8.1; *Kaser*, RP I 688 Fn. 25. Ist sie mehr wert, so ordnet der Teilungsrichter nicht eine Ausgleichszahlung an, so *David*, Heredis institutio (1930) 30 f.; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 209; a. A. *Kaser*, RP I 688. Die Schulden werden nach Papinian bei Ulp. 4 disp. D. 28.5.35.1 nach der formellen Erbquote geteilt; vorsichtige Überlegungen zur Praxis (P.Oxy. VI 907, 3–5) bei *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 206–214.

[12] Dass im Übrigen die *heredis institutio ex re certa* über das Fideikommissrecht, insbesondere dergestalt gelöst werden konnte, dass der *heres ex re certa* als mit einem Universalfideikommiss an die übrigen Erben und diese wiederum als mit einem Einzelrück- bzw. Einzelpräfideikommiss an den mit der *certa res* Bedachten belastet aufgefasst wurden, ist zwar konstruktiv – vorausgesetzt, der Dritte, zu dessen Gunsten das Universalfideikommiss gelten soll, steht fest – denkbar, aber, von besonders gelagerten, weil vom Testator angeordneten bzw. deutlich gewollten Fällen (Pap. 19 quaest. D. 31.69 pr.; Marcian. 4 inst. D. 36.1.30) abgesehen, nicht ersichtlich und dürfte damit entgegen *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 152–159 und *Babusiaux*, SZ 133 (2016) 528–532 nicht verallgemeinerungsfähig sein; wie hier wohl *Voci*, DER II 144 f., 147 mit Fn. 39.

[13] Zur Frage der Fortsetzung der Persönlichkeit: *Wacke*, SZ 123 (2006) 197–247.

[14] Namentlich: *ususfructus* und *usus*; manche Pönalklagen sowie solche Forderungen, die individuell dem Erblasser zugeordnet sind (etwa aus *societas* oder *mandatum*).

[15] Afr. 4 quaest. D. 50.16.208.

[16] Gai. 2.14.

[17] Gai. 2.152–173; Inst. 2.19.

[18] Der Ausdruck findet sich bei Gai. 2.157, ihm folgen Inst. 2.19.2; er ist von Gaius nicht technisch gemeint (*Kaser*, RP I 714 Fn. 3). Das rührt daher, dass Gaius begrifflich von drei Kategorien von Erben ausgeht (*necessarii*; *sui et necessarii*; *extranei*), weshalb sich für ihn die Frage eines technischen Oberbegriffs über die *necessarii* und die *sui et necessarii* nicht stellt. In der Sache hat das freilich keine Auswirkungen.

[19] Gai. 13 l. Iul. Pap. D. 38.16.14.

aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii aut extranei) widerspricht dem nicht, denn die von Gaius vorgenommene Einteilung beruht einzig auf einer anderen Terminologie, indem Gaius auf einen Oberbegriff über die *sui heredes* und den *cum libertate* institutierten Sklaven verzichtet.

1. Begriff und Personenkreis der Hauserben

Hauserben, die nur bei einem männlichen Erblasser auftreten können,[20] sind zum einen die *sui heredes* und zum anderen die Sklaven, die *cum libertate* eingesetzt, also gleichermaßen freigelassen wie zum Erben bestimmt, sind (zur Reihenfolge von Freilassungsanordnung und Erbeinsetzung beim Sklaven → Rn. 11). **8**

Sui heredes sind diejenigen Personen, welche, im Todesmoment in der Gewalt des Erblassers stehend, durch dessen Tod gewaltfrei werden.[21] Zum Begriff und Personenkreis näher bei → Rn. 8. **9**

Unerheblich für die Eigenschaft als *suus heres* ist der Berufungsgrund, d. h. sowohl der *ex testamento* als auch der *ab intestato* Berufene kann *suus heres* sein.[22] **10**

Die *institutio servi cum libertate*, die Einsetzung des erblassereigenen[23] Sklaven[24] mit Freilassung desselben, setzt voraus, dass der Testator sowohl die Freilassung als auch die Erbeinsetzung anordnet. Der Sklave wird daher zum *libertus orcinus*. Fehlt die Freilassungsanordnung, so kann der Mangel nicht mehr geheilt werden, Gai. 2.186,187. Die Reihenfolge beider Anordnungen war im klassischen Recht in das Belieben des Testators gestellt, Gai. 2.186.[25] **11**

2. Erwerb

Zum Ursprung und Grund des Vonselbsterwerbs der *sui heredes* siehe → § 54 Rn. 2. **12**

Die Wirkung des Erbschaftserwerbs der Hauserben ist folgende: Die Hauserben erwerben die Erbschaft ohne jegliches eigenes Zutun von Rechts wegen.[26] **13**

Vorausgesetzt ist weder die Geschäftsfähigkeit noch ein Erwerbswille; insbesondere kann auch ein entgegenstehender Wille den Erwerb nicht verhindern; ein *pupillus* benötigt nicht die *auctoritas tutoris*, ein *furiosus* nicht das Handeln seines *curator*.[27] **14**

---

[20] Das ergibt sich daraus, dass den Frauen die *patria potestas* nicht zustehen konnte, Inst. 2.19.3.

[21] Einzelheiten bei Gai. 3.1–8.

[22] Gai. 2.157.

[23] Die Erbeinsetzung eines fremden Sklaven war möglich, dessen Freilassung konnte der Testator jedoch nicht bestimmen, s. dazu *Scheidel*, SZ 110 (1993) 648–651; *Buchwitz*, Servus (2012).

[24] War der Sklave schon vor dem Tod des Testators freigelassen, so erbt er als *heres voluntarius*.

[25] Zur Frage, ob ursprünglich es der Grundsatz der *heredis institutio* als *caput et fundamentum totius testamenti* gebot, die Erbeinsetzung des Sklaven voranzustellen, *Backhaus*, Casus (1981) 41–43; zur Praxis BGU I 326, 4–7 mit *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 118. – Zur *ademptio* in Kodizillen: *Kupisch*, TR 84 (2016) 379–400.

[26] Gai. 2.153,157; Gai. 13 l. Iul. Pap. D. 38.16.14.

[27] Marcell. Pomp. reg. sing. D. 29.2.63; Paul. sent. 4.8.5,6; Inst. 3.1.3.

15 Aus diesem Grund heißen die Hauserben *necessarii heredes*. In dieser Eigenschaft unterscheiden sich die *sui heredes* und der *cum libertate* eingesetzte Sklave nach *ius civile* nicht.[28] Allerdings haben im Gegensatz zu diesem die *sui heredes* die Möglichkeit, im Ergebnis den wesentlichen Rechtsfolgen der Erbschaft (nicht aber: der zivilen Erbenstellung als solcher) zu entkommen. Dies geschieht dadurch, dass der Prätor den *sui heredes* unter gewissen Voraussetzungen ein Ausschlagungsrecht in Form des Sich-Enthaltens (*se abstinere*) gibt (*beneficium abstinendi*, → Rn. 24). Der *servus cum libertate* hingegen erhält allenfalls die *separatio bonorum* (→ Rn. 35 f.).

16 Der Zeitpunkt des Erwerbs tritt grundsätzlich mit dem Tod des Erblassers ein. Es gibt aber Ausnahmen: Steht die Erbeinsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung, sei sie potestativer,[29] sei sie kasualer Art, wird erst bei Bedingungseintritt erworben; besondere Aufmerksamkeit war hier beim *filius suus*[30] und bei der Klausel *si volet*[31] geboten. Ebenfalls hinausgeschoben ist der Erwerb durch einen *suus*, wenn dieser zunächst zugunsten eines *extraneus* enterbt wurde und sodann, nachdem jener den Antritt unterlassen hatte, nur *secundo gradu* erbt.[32]

17 Eine *hereditas iacens* liegt regelmäßig, wegen des sofortigen Erwerbs, nicht vor. Eine *usucapio pro herede* ist ausgeschlossen.[33] Anders ist es nur in den in → Rn. 16 genannten Fällen.

18 Die Frage einer Transmissibilität im engeren Sinne[34] stellt sich beim *suus heres* nicht, da wegen des Vonselbsterwerbs im Todesmoment der Anfall bereits erfolgt ist, so dass eine *transmissio delationis* von vornherein ausscheidet. Vererblich ist freilich nach den allgemeinen Regeln das Vermögen des Erben, zu dem wiederum der diesem angefallene Erbteil gehört.[35]

19 Davon zu unterscheiden ist die Frage einer Abtretbarkeit der Erbschaft (*in iure cessio hereditatis*):[36]

20 Eine noch nicht erworbene Erbschaft kann ein *suus heres* nicht iniurezedieren;[37] hier, vor dem Tod des Erblassers, gibt es noch keine dem *suus heres* zustehende Position, die dieser abtreten könnte.

---

[28] Begrifflich heißen die *sui heredes* in dieser Hinsicht *sui et necessarii heredes*, während der Sklave nur als *necessarius* tituliert wird; der *in mancipio* Befindliche ist zwar nicht Sklave, steht aber *servi loco* (Gai. 1.138) und ist daher *necessarius*, aber nicht *suus*, so dass der Prätor für den Fall, *cum liber et heres institutus sit*, erst dessen *potestas abstinendi* schaffen muss, Gai. 2.160.

[29] Her. 3 iur. epit. D. 28.7.12.

[30] Zu den Anforderungen an eine bedingte Erbeinsetzung beim *filius suus* s. *Meinhart*, FS Kaser (1973) 111–136, dazu *Sturm*, SZ 93 (1976) 474 f.; ferner: *Vogel*, SZ 68 (1951) 490–502.

[31] S. Maec. 7 quaest. fideic. D. 28.5.87; Her. 3 iur. epit. D. 28.7.12.

[32] So das Beispiel bei *Voci*, DER I 577 Fn. 5, und *Kaser*, RP I 714.

[33] Gai. 2.58.

[34] Zum Begriff *transmittere*, der „übertragen“ schlechthin bedeutet, HS, s. v. transmittere, 592 unter 3.

[35] Paul. 1 Sab. D. 29.2.7.2.

[36] Hierzu: *Lübtow*, St. Scherillo I 327–340; *Torrent*, St. Volterra III 237–245; *Ricart*, Lib. Am. Miquel 877–920. Weitere Lit. bei *Kaser*, RP I 726 Fn. 26.

[37] Umkehrschluss aus Gai. 2.37; 3.87.

Hinsichtlich einer von einem *suus heres* bereits erworbenen Erbschaft ist die Zulässigkeit der Abtretbarkeit umstritten:[38] Die Sabinianer lehnen dies ab. Die Prokulianer erkennen bei einer durch die *sui et necessarii heredes* erworbenen Erbschaft die Möglichkeit einer *in iure cessio* an, welche allerdings nicht auf die Übertragung der Erbenstellung als solcher gerichtet ist. Vielmehr erwirbt der Zessionar lediglich die körperlichen Erbschaftsgegenstände, ist also nur Einzelrechtsnachfolger,[39] während der Erbe weiter für die Schulden haftet und die aktiven Erbschaftsforderungen erlöschen.[40] Die Begründung der Prokulianer ist, dass es keinen Unterschied macht, ob jemand freiwilliger oder notwendiger Erbe ist.[41] **21**

Für das justinianische Recht ist die Rechtslage wegen des Mangels an Quellen dunkel und in der Literatur umstritten: Teilweise wird aus dem Außergebrauchtreten der *in iure cessio* im 3. Jh. der Wegfall auch der Abtretbarkeit der Erbschaft schlechthin gefolgert;[42] das wird jedoch in Anbetracht von Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.28 sowie des vergleichbaren Umstandes, dass Justinian die *transmissio* umfassend begünstigt hat, in der Sache unwahrscheinlich sein.[43] **22**

3. Enthaltung

Nach *ius civile* ist bei den Hauserben als den notwendigen Erben der Erwerb der Erbschaft zwingend. Diese strenge Rechtsfolge wurde jedoch spätestens zu Beginn der klassischen Zeit als unbillig empfunden und so gewährte der Prätor unter bestimmten Voraussetzungen Abhilfe. Insoweit gilt es zu unterscheiden zwischen den *sui heredes* (→ Rn. 24) und dem *cum libertate* eingesetzten Sklaven (→ Rn. 35):[44] **23**

Die *sui heredes*, sowie das Hauskind *in mancipio*,[45] erhalten das Recht, sich der Erbschaft zu enthalten (*se abstinere*), *beneficium abstinendi*. Die Voraussetzungen dafür sind verschieden, je nachdem, ob es sich um einen mündigen oder einen unmündigen *suus* handelt:[46] **24**

Der mündige *suus* darf sich noch nicht eingemischt haben (*se* [*im*]*miscere hereditati*).[47] Das bedeutet, dass er noch nicht ein Verhalten an den Tag gelegt hat, aus dem **25**

---

[38] Gai. 2.37; 3.87.

[39] Sachlich eng verwandt ist damit der Erbschaftskauf, Gai. 2.252; D. 18.4. Zu diesem s. *Torrent*, Venditio hereditatis (1966); *Kaser*, BIDR 74 (1971) 45–59.

[40] Gai. 2.37; 3.87. Im justinianischen Recht nicht mehr vorhanden, findet sich die *in iure cessio hereditatis* noch erwähnt in Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.28.

[41] Gai. 2.37; 3.87.

[42] *Torrent*, St. Volterra III 245.

[43] *Biondi*, DER 178 f.; *Lübtow*, St. Scherillo I 331 f.; für möglich erachtet von *Solazzi*, Diritto ereditario I (1932) 268–270 mwN.

[44] Gai. 23 ed. prov. D. 29.2.57 pr.,1 im Gegensatz zu § 2.

[45] Gai. 2.160.

[46] Gai. 2.163; Pomp. 3 Sab. D. 29.2.11; Gai. 23 ed. prov. D. 29.2.57 pr.

[47] Gai. 2.163; Pomp. 3 Sab. D. 29.2.11; Ulp. 11 ed. D. 29.2.12; Gai. 23 ed. prov. D. 29.2.57 pr.; Paul. sent. 3.4b.11. Der Ausdruck *immixtio* findet sich nicht in den Quellen: *Voci*, DER I 580.

geschlossen werden kann, dass er Erbe bleiben will.[48] Die Voraussetzungen decken sich mit den Handlungen eines Außenerben, welche bei diesem die *pro herede gestio* darstellen (→ Rn. 64).[49] Insbesondere verlangt der Prätor, dass die Erbschaftsmasse nicht verringert worden ist.[50] Auch hier empfahl sich zur Abgrenzung von Handlungen, die *pietatis vel custodiae causa* vorgenommen wurden und damit nicht zur Einmischung führten, eine *testatio* (→ Rn. 65).[51]

26 Bei den unmündigen *sui* gelten großzügigere Grundsätze, indem diese trotz Einmischung noch das *beneficium abstinendi* haben.[52]

27 Auf Antrag des *suus heres*, beim *pupillus* seines Tutors,[53] kann der Prätor zur Entscheidung über die Enthaltung ein *spatium deliberandi* festsetzen.[54] Das Verstreichenlassen dieser Frist wird zum Verlust des *ius abstinendi* geführt haben.[55]

28 Bei den Rechtsfolgen der wirksamen Enthaltung ist zu differenzieren:

29 Den Sich-Enthaltenden behandelt der Prätor in wesentlichen Aspekten nicht als Erben.[56] Im Besonderen entgeht er der Erbenhaftung, weil der Prätor die Gewährung der aktiven und passiven Erbschaftsklagen verweigert.[57]

30 Gleichwohl besteht die zivile Erbenstellung fort,[58] die der Prätor nicht beseitigen kann. Dies hat nicht allein formellen Charakter,[59] sondern bringt darüber hinaus den Fortbestand einiger Rechtswirkungen für den Sich-Enthaltenden mit sich, etwa: Die Belastung mit Freilassungen[60] sowie mit einem Universalfideikommmiss[61] bleiben ebenso aufrecht erhalten wie eine Pupillarsubstitution,[62] weiter das Recht auf die *operae*[63] und die *bona libertorum*.[64]

---

[48] Pap. 10 resp. D. 29.2.87 pr.; Gai. 2.163.

[49] Pap. 10 resp. D. 29.2.87 pr.; Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.7; Ulp. 61 ed. D. 29.2.20.1.

[50] Ulp. 61 ed. D. 29.2.71.3–9.

[51] Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.7; Ulp. 61 ed. D. 29.2.20.1; *Voci*, DER I 581 f.

[52] Gai. 2.163; Pomp. 3 Sab. D. 29.2.11; Ulp. 11 ed. D. 29.2.12; Gai. 23 ed. prov. D. 29.2.57 pr.

[53] Ulp. 60 ed. D. 28.8.7 pr.; zur Frage der Möglichkeit der Verringerung der Erbschaft ebd.; Scaev. 5 resp. D. 42.1.44. – Gibt es keinen *tutor*, so ist ein *curator* zu bestellen, s. dazu *Voci*, DER I 582 mit Fn. 25.

[54] Ulp. 61 ed. D. 28.8.8; *Voci*, DER I 581 mit Fn. 18.

[55] *Kaser*, RP I 715.

[56] Iul. 36 dig. D. 30.89.

[57] Gai. 23 ed. D. 29.2.57 pr.; Pomp. 1 sen. cons. D. 29.2.99.

[58] Gai. 23 ed. D. 29.2.57 pr.; Ulp. 5 fideic. D. 40.5.30.10.

[59] So behält der Erbe das *nudum nomen sui heredis*: Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.8, sowie das Recht am Familiengrab: Ulp. 25 ed. D. 11.7.6 pr.

[60] Ulp. 65 ed. D. 40.4.32 (*manumissio testamento*); Pap. 22 quaest. D. 40.5.22.2 (*manumissio fideicommissaria*).

[61] Iul. 40 dig. D. 36.1.28.3.

[62] Iul. 26 dig. D. 29.2.41.

[63] Ulp. 64 ed. D. 38.1.29.

[64] Mod. 9 reg. D. 37.14.9 pr.

Im Übrigen wendet der Prätor die Grundsätze über die *bonorum possessio* an.[65] 31

Zur Frage der Widerruflichkeit der Enthaltung siehe Ulp. 61 ed. D. 28.8.8 und – für das justinianische Recht – Iust. C. 6.31.6 (a.532).[66] 32

Das *ius abstinendi* ist insoweit transmissibel, als der *suus heres* eines *suus heres*[67] sich noch enthalten kann, wenn ersterer verstorben war, bevor er von seiner Erbenstellung wusste.[68 69] 33

Zur *restitutio in integrum* siehe → § 58 Rn. 40 ff. 34

Der *servus cum libertate* erhält das beschriebene, den *sui heredes* vorbehaltene Ausschlagungsrecht nicht. Denn der Zweck seiner Erbeinsetzung besteht gewöhnlich genau darin, ihm unabänderlich den Nachlasskonkurs und nach durchdrungener Ansicht auch die damit verbundene *ignominia* aufzubürden.[70] 35

Allerdings gewährt der Prätor diesem Sklaven eine andere Abhilfe: Er erhält die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass (*separatio bonorum*), sog. *beneficium separationis* (→ § 58 Rn. 47).[71] 36

4. Nachklassische Entwicklung

Ob im nachklassischen Recht von den Hauserben ein Erbschaftsantritt verlangt wird, ist wegen der wenigen Quellen umstritten.[72] Bei Justinian findet sich der klassische Rechtszustand.[73] 37

[65] Scaev. 5 resp. D. 42.1.44; Ulp. 43 ed. D. 38.2.6; Einzelheiten bei *Voci*, DER I 582–585.

[66] Ferner: Paul. 17 ed. D. 11.1.12 pr.; *Voci*, DER I 580 f., auch zur Frage der Widerruflichkeit der *immixtio*.

[67] Die Ausdehnung dieses Grundsatz auf den *heres extraneus* eines *suus heres* ist vorstellbar, *Lübtow*, St. Scherillo I 327 mwN., dagegen aber wegen des persönlichen Charakters des *beneficium abstinendi Voci*, DER I 581 Fn. 20. – Zum justinianischen Recht s. Iust. C. 6.30.19 pr. (a.529).

[68] Überlegenswert ist, ob dasselbe auch für den Fall der Kenntnis bei gleichzeitiger Nichteinmischung galt, s. dazu Glosse *sciret* zu D. 29.2.7.1.

[69] Paul. 1 Sab. D. 29.2.7.1, im Gemeinen Recht *transmissio ex capite suitatis* genannt.

[70] Gai. 2.154, auch zur Gegenansicht des Sabinus; Inst. 2.19.1.

[71] Gai. 2.155; Ulp. 64 ed. D. 42.6.1.18; *Voci*, DER I 676. Zu einem minderjährigen Sklaven: Ulp. 11 ed. D. 4.4.7.5.

[72] Epit. Gai. 2.3.6; 2.4.1 einerseits; Ulp. reg. 22.24 f. andererseits. Für das Erfordernis des Erbschaftsantritts der Hauserben *Archi*, Epitome (1937) 253–271, ihm folgend *Kaser*, RP II 524 f. mwN.; dagegen *Voci*, DER I 586 mit Fn. 43.

[73] C. 6.31; Iust. C. 6.30.22.1b (a.531); zu den Neuerungen hinsichtlich eines Antritts trotz Enthaltung s. Iust. C. 6.31.6 (a.532); *Voci*, DER I 587; *Solazzi*, Diritto ereditario II (1933) 247–250.

III. Außenerben

1. Begriff und Personenkreis der Außenerben

38 Außenerben (*extranei*) sind all diejenigen Erben, die nicht Hauserben sind (→ Rn. 8). Sie heißen auch *voluntarii heredes*,[74] weil der Erwerb der Erbschaft von ihrem Willen abhängt.

39 Als Berufungsgrund kommen auch hier gleichermaßen Testament wie Intestatordnung in Betracht.

2. Erwerb

40 Die Außenerben erwerben die Erbschaft nicht von Rechts wegen von selbst, sondern erst, wenn sie ordnungsgemäß einen Erwerbsakt vorgenommen haben (*adire hereditatem*, *aditio*, sog. Antrittserwerb). Mithin vollzieht sich der Vorgang des Erbschaftserwerbs beim Außenerben in zwei Akten: Zunächst wird dem Erben die Erbschaft „angeboten" (deferiert, daher: Delation[75]), in einem zweiten Schritt tritt er sie dann gegebenenfalls an (*accipere hereditatem*, *acquirere hereditatem*, daher: Akquisition).

41 Diese Zweiaktigkeit hat zur Folge, dass in der Zeit zwischen der Delation und der Akquisition die Erbschaft ohne einen Erben ist; in der Sprache der römischen Juristen „ruht" sie (*iacere*, daher: *hereditas iacens*, → Rn. 66).

42 Der Zeit nach tritt die Delation grundsätzlich mit dem Tod des Erblassers ein. Folgende Ausnahmen bestehen: Bei testamentarischer Erbfolge kommt es bei einer aufschiebend bedingten Erbeinsetzung auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts an.[76] Bei der Intestaterbfolge gilt: Ist diese deshalb einschlägig, weil ein Testament nicht zur Geltung gelangt (etwa infolge Bedingungsausfalls, Nichtantritts des *heres institutus*, wegen der *querela inofficiosi testamenti*, → § 55 Rn. 53), so verschiebt sich die Delation auf den Zeitpunkt, an dem der Ausfall der testamentarischen Erbfolge feststeht.[77]

43 Die *lex Papia Poppaea* (9 n.Chr.) schließlich verlagerte für den *heres ex quota* die Delation auf den Zeitpunkt der Testamentseröffnung.[78] Für den *heres ex asse* galt das wohl nicht.[79] Justinian kehrt für den Normalfall zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurück.[80]

---

[74] Julian bei Ulp. 16 Sab. D. 28.6.18 pr.; Scaev. quaest. publ. tract. sing. D. 28.6.48.2; Ulp. 7 Sab. D. 29.2.15; Ulp. 24 ed. D. 29.2.16; Pap. resp. frg. 8.18.

[75] Terent. 5 l. Iul. Pap. D. 50.16.151; zum Begriff *deferre*: *Meinhart*, SZ 83 (1966) 104.

[76] Ulp. 7 Sab. D. 29.2.13 pr.

[77] Gai. 3.13; Ulp. 13 Sab. D. 38.16.2.6; Iul. 59 dig. D. 38.16.8.1; Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.22.

[78] Iul. 31 dig. D. 35.1.21; Ulp. reg. 17.1.

[79] Paul. 44 ed. D. 22.6.1.4. – *Voci*, DER I 456 Fn. 96; *Kaser*, RP I 716 Fn. 6.

[80] Iust. C. 6.51.1.1c,5 (a.534).

Der Antritt kann in zeitlicher Hinsicht erst ab der Delation erfolgen;[81] vorherige Antrittshandlungen sind nichtig. **44**

Im Übrigen unterlag der Antritt ursprünglich wohl keiner zeitlichen Begrenzung, wenn man von der Gefahr absieht, dass mit Blick auf die Erbschaft, später die Erbschaftsgegenstände, die *usucapio* drohte (→ Rn. 82). Aus Gründen des Gläubigerschutzes und der Rechtssicherheit bildeten sich freilich Einschränkungsmöglichkeiten heraus: Erstens konnte der Testator durch die Anordnung einer *cretio* selbst vorsorgen (→ Rn. 55). Zweitens konnte der Prätor dem Außenerben ein *ius deliberandi* gewähren.[82] **45**

Das Verfahren war dabei folgendes: Auf Antrag der Nachlassgläubiger wird dem Berufenen in der *interrogatio in iure* vor dem Prätor eröffnet, *an heres vel quota ex parte sit.*[83] Daraufhin kann der Berufene ein *tempus ad deliberandum* von regelmäßig 100 Tagen[84] erbitten, nach dessen fruchtlosem Ablauf der Prätor ihn von der Erbschaft ausschließt[85] und die Erbschaft dem Nächstberufenen anbietet. Findet sich schließlich kein Antrittswilliger, so kommt es zum Nachlasskonkurs. Die Führung eilbedürftiger Geschäfte ist möglich.[86] **46**

Ein Teilantritt ist nicht möglich;[87] nimmt der *heres ex asse* nur zum Teil an, so wird dies als Annahme der ganzen Erbschaft gedeutet.[88] Nichtig ist ein Antritt unter einer Bedingung oder zeitlichen Beschränkung.[89] **47**

Ist jemand zu mehreren Quoten berufen, so muss er entweder alle annehmen oder alle ausschlagen.[90] **48**

Ist der Testamentserbe auch Intestaterbe, so kann er zwar *ex testamento* ausschlagen und *ex intestato* annehmen;[91] das Edikt *si quis omissa causa* bewirkt jedoch, dass er namentlich die Belastung mit Legaten, Fideikommissen[92] und Freilassungen[93] nicht umgehen kann.[94] **49**

---

[81] Ulp. 6 Sab. D. 29.2.3; Ulp. 7 Sab. D. 29.2.13.1; Ulp. 7 Sab. D. 29.2.21.2; Labeo bei Pomp. 3 Sab. D. 29.2.27; Her. 3 iur. epit. D. 29.2.94. Sachlich eng damit verwandt ist wohl die Unwirksamkeit des Vertrags über den Nachlass eines noch Lebenden: Pomp. 9 Sab. D. 18.4.1; Diocl./Max. C. 8.38.4 (a.293).

[82] Gai. 2.162; D. 28.8; C. 6.30.

[83] Gai. 3 ed. prov. D. 11.1.5.

[84] Einzelheiten bei D. 28.8.1–4.

[85] *Lenel*, EP 418; *Kaser*, RP I 718; a. A. *Solazzi*, Diritto ereditario II (1933) 164 Fn. 4.

[86] Ulp. 70 ed. D. 28.8.5.1; Gai. 23 ed. prov. D. 28.8.6; Ulp. 60 ed. D. 28.8.7; Paul. 58 ed. D. 28.8.9.

[87] Paul. 2 Sab. D. 29.2.1.

[88] Ulp. 7 Sab. D. 29.2.10.

[89] Afr. 4 quaest. D. 29.2.51.2; Pap. 28 quaest. D. 50.17.77.

[90] Ulp. 4 Sab. D. 29.2.2. S. a. *Voci*, DER I 620.

[91] Zu Irrtumskonstellationen: Ulp. 7 Sab. D. 29.2.17.1.

[92] Maec. 4 quaest. fideic. D. 29.4.28.1.

[93] Ulp. 50 ed. D. 29.4.12 pr.; Maec. 4 quaest. fideic. D. 29.4.28.1; Ulp. 5 fideic. D. 29.4.29.

[94] D. 29.4; C. 6.39. S. a. *Voci*, DER I 618–620.

50 Weiter waren folgende Regeln zu beachten, die insgesamt betrachtet strenger als bei der *bonorum possessio* (→ § 57 Rn. 182 f.) waren:[95]

51 Der Antritt musste grundsätzlich[96] persönlich erfolgen.[97] *Pupilli* und Frauen bedurften der *auctoritas tutoris*.[98] Ein *infans* konnte zunächst nicht antreten; dieses Problem wurde jedoch nach und nach überwunden.[99] Ein *furiosus* konnte an sich nicht antreten,[100] möglich war jedoch ein Antritt über einen Gewaltunterworfenen.[101] Ein *mutus*[102] und ein *surdus* konnten antreten, ebenso der *prodigus*.[103] Wegen des Haftungsrisikos konnte das Hauskind nur *iussu patris*, der zum Erben eingesetzte Sklave[104] nur *iussu domini* antreten;[105] sie mussten den Antrittsakt als solchen jedoch selbst vornehmen.[106]

52 Mit Blick auf die Kenntnis des Antretenden hinsichtlich der grundlegenden Umstände seiner Berufung als Außenerbe gelten umfassende Anforderungen:[107] Erforder-

---

[95] Zum nachklassischen und justinianischen Recht s. *Voci*, DER I 643–654.

[96] Zum Erwerb des Gewaltunterworfenen für den *furiosus* s. sogleich; zu den möglichen Aufweichungen der Praxis s. Fn. 97.

[97] Eine „gewillkürte Stellvertretung" wird üblicherweise (*Voci*, DER I 638, s. aber *Biondi*, DER 281–292) wegen Paul. 12 resp. D. 29.2.90 pr. und Pomp. 31 Q. Muc. D. 41.1.54 pr. abgelehnt; s. a. Ulp. 16 ed. D. 1.19.1.2. Kritisch zu diesen Stellen und für eine großzügigere Handhabung in der Praxis (v.a. Cic. Att. 13,46) *Coppola Bisazza*, Iura 49 (1998) 41–73; *Buchwitz*, Servus (2012) 273 f. S. ferner *Krüger*, SZ 64 (1944) 394–416.

[98] Ulp. 7 Sab. D. 29.2.8 pr.; Paul. 2 Sab. D. 29.2.9; Valer./Gallien. C. 6.30.5 (a.257).

[99] Allmählich wurde der Weg zu dem in der Praxis erforderlichen Erbschaftserwerb eines *infans* als *heres extraneus* (man denke nur an die Erbfolge der Kinder nach der Mutter, namentlich das *SC Orfitianum*) geebnet: Zunächst genügte für den Erwerb schon die Fähigkeit zu sprechen (*si fari potest*): Paul. 2 Sab. D. 29.2.9; Diocl./Max. C. 6.56.1 (a.291); damit war noch die Lücke für die sprachunfähigen *infantes* auszufüllen, s. Maec. 5 quaest. fideic. D. 36.1.67.3, s. dazu *Coppola Bisazza*, Iura 53 (2002) 199–215. Zur großzügigen Praxis (PSI IX 1027; M.Chr. 327) s. *Coppola Bisazza*, Iura 49 (1998) 60–65. Zum nachklassischen Recht, das den Erbschaftserwerb jedes *infans* zuließ: Theodos./Valentin. C. 6.30.18.2 (a.426). – Zu einer Alternativlösung, der Erbeinsetzung eines Sklaven des *infans*, s. *Buchwitz*, Servus (2012) 257–261.

[100] Marcell. Pomp. reg. sing. D. 29.2.63. – Ob ihm ein *curator* helfen konnte, war wohl umstritten, Iust. C. 5.70.7.3 (a.530); s. a. Paul. 12 resp. D. 29.2.90 pr. (wo aber vielleicht der *curator* für *procurator* steht).

[101] Marcell. Pomp. reg. sing. D. 29.2.63. Zu einer Alternativlösung, der Erbeinsetzung eines Gewaltunterworfenen des *furiosus*, s. *Buchwitz*, Servus (2012) 263–267.

[102] Naheliegenderweise wird beim *mutus* die *cretio* nicht möglich gewesen sein, s. *Voci*, DER I 641 Fn. 83; zu einer Alternativlösung, der Erbeinsetzung eines Gewaltunterworfenen des *mutus*, s. Paul. 3 sent. D. 29.2.93.1 (= Paul. sent. 3.4b.13), dazu *Buchwitz*, Servus (2012) 261–263.

[103] Ulp. 1 Sab. D. 29.2.5.

[104] Dem Sklaven stehen sowohl *cretio* als auch *pro herede gestio* offen, s. *Buchwitz*, Servus (2012) 43–45 mwN. zur überholten Gegenansicht; zum *liber homo bona fide serviens* s. *Voci*, DER I 654–657.

[105] Gai. 2.189; Ulp. 6 Sab. D. 29.2.6 pr.; Ulp. 7 Sab. D. 29.2.8.1; Ulp. 8 Sab. D. 29.2.25.4–15 (insbesondere zu Zeitpunkt und Inhalt des *iussum*); Paul. 17 resp. D. 29.2.92; Maec. 5 quaest. fideic. D. 36.1.67 pr.; s. a. *Voci*, DER I 638–641; *Buchwitz*, Servus (2012) 35–50.

[106] S. dazu insbesondere oben Fn. 99.

[107] Einzelheiten bei *Voci*, DER I 621–637.

lich ist neben der Kenntnis des Todes des Testators[108] die Überzeugung von der Gültigkeit des Testaments.[109] Weiter muss der Erbe von dem Grund der Delation wissen.[110] Die Fragen, ob er seinen eigenen Status[111] sowie seine Erbquote[112] kennen musste, beurteilten die römischen Juristen jeweils unterschiedlich.[113]

Wer *metus causa* angetreten hat, erhält das *beneficium abstinendi*.[114] **53**

Arten des Antritts gibt es im klassischen[115] Recht zwei,[116] die *cretio* und die sog. *pro herede gestio*:[117] **54**

Die *cretio*[118] (von *cernere*: sich entscheiden)[119] war zunächst[120] nur einschlägig, wenn sie der Testator angeordnet hatte.[121] War dies der Fall, musste der Testamentserbe seinen Antritt grundsätzlich[122] auf diese Weise bewirken; die *pro herede gestio* war ihm versagt.[123] Schon zu Gaius' Zeiten konnten sie auf freiwilliger Basis der Testamentserbe, dem sie nicht auferlegt war, sowie der Intestaterbe vornehmen.[124] **55**

---

[108] Paul. 59 ed. D. 29.2.19; Ulp. 8 Sab. D. 29.2.32 pr.; vgl. auch Ulp. 7 Sab. D. 29.2.13.1.

[109] Ulp. 7 Sab. D. 29.2.17 pr.; Ulp. 8 Sab. D. 29.2.30.8; Afr. 1 quaest. D. 29.2.46; Afr. 4 quaest. D. 29.2.51 pr.; Paul. 3 decr. D. 29.2.97.

[110] Paul. 2 Sab. D. 29.2.22; Paul. 3 sent. D. 29.2.93 pr.; vgl. auch Ulp. 7 Sab. D. 29.2.17.1.

[111] Pomp. 3 Sab. D. 29.2.23; Julian bei Ulp. 6 Sab. D. 29.2.6.4; Einzelheiten bei *Voci*, DER I 625 f.

[112] Marcell. 9 dig. D. 29.2.75; Ulp. 7 Sab. D. 29.2.21.3; Paul. 2 Sab. D. 29.2.22.

[113] Zu weiteren Zweifeln s. *Voci*, DER I 629–637.

[114] Pap. 30 quaest. D. 29.2.85; Paul. 11 ed. D. 4.2.21.5; zu einer möglichen Gegenansicht, wonach der Antritt bereits nichtig war, s. *Voci*, DER I 637.

[115] Zu den nachklassischen Entwicklungen s. *Voci*, Iura 29 (1978) 50–56; *Voci*, SDHI 48 (1982) 33 f.; *Coppola*, Pro herede gestio II (1999) 289–373.

[116] Zur Frage der *nuda voluntas* in Gai. 2.167 s. unten Fn. 159.

[117] *Beduschi*, Hereditatis aditio (1976), mit Rez. *Apathy*, SZ 95 (1978) 505–512; *Coppola*, Pro herede gestio I (1987), mit Rez. *Völkl*, SZ 106 (1989) 665–672; II (1999); *Castro*, Iura 47 (1996) 43–91; *Paricio*, Labeo 45 (1999) 244–253; *Valiño*, Index 33 (2005) 337–373; *Rüfner*, SZ 127 (2010) 286–295; *Avenarius*, AUPA 55 (2012) 9–40. – Ob die *cretio* oder die *pro herede gestio* älter ist, ist strittig, s. *Beduschi*, Hereditatis aditio (1976) 7–18; *Coppola*, Pro herede gestio I (1987) 14–61, je mwN.

[118] Gai. 2.164–173; Ulp. reg. 22.25–34; Varro ling. 6,81; 7,98; Cic. Att. 11,2; 11,12; Plin. epist. 10,75,2. *Voci*, DER I 588–594; *Beduschi*, Hereditatis aditio (1976) 19–39; *Coppola*, Pro herede gestio II (1999) 245–285.

[119] Zur Geschichte des Wortes *cernere* s. *Beduschi*, St. Donatuti I 55–88.

[120] Hinsichtlich des Zeitpunkts ihrer Entstehung ist umstritten, ob sie schon mit dem Erbeinsetzungstestament auftrat: Bejahend *Karlowa*, RRG II 896 f.; *Lübtow*, St. De Francisci I 461 f., 474; dagegen: *Lenel*, in: Vinogradoff, Essays (1913) 123 f., 129 Fn. 1; *Siber*, Römisches Recht (1928) 385 Fn. 4. Bei Plautus findet sie sich noch nicht, *Kaser*, RP I 717 Fn. 29.

[121] *Solazzi*, Diritto ereditario II (1933) 40–52, schreibt überdies dem *SC Orfitianum* ein Kretionserfordernis zu; dagegen aber zu Recht *Biondi*, DER 245 f.; *Biondi*, Scr. III 548–550.

[122] Zu den Rechtsfolgen einer *cretio imperfecta* s. Gai. 2.177,178 sowie sogleich im Text.

[123] Gai. 2.166,168.

[124] Gai. 2.167; *Biondi*, DER 241.

56 Der Testator bestimmte für die *cretio* regelmäßig[125] eine Entscheidungsfrist (von typischerweise[126] 100 Tagen); fehlte, wie mitunter in der Praxis,[127] die Frist, so ist zu vermuten, dass die Anordnung der *cretio* nichtsdestotrotz wirksam war und der zuständige Magistrat erforderlichenfalls eine Frist setzte.[128]

57 Solange die Kretionsfrist noch nicht abgelaufen war, schadete eine Ausschlagung des Erben nicht; er konnte dann innerhalb der Frist die *cretio* noch abgeben.[129]

58 Der Fristlaufbeginn konnte durch den Testator nach objektiven oder nach subjektiven Kriterien bestimmt werden: Im ersten Fall nennt man die *cretio continua*,[130] im zweiten, dem häufigeren und vorzugswürdigen,[131] *vulgaris*.[132] [133]

59 Hat der Testator, wie regel- und zweckmäßig, im Anschluss an das Kretionserfordernis die Enterbung des die *cretio* nicht oder nicht ordnungsgemäß abgebenden Erben angeordnet, so heißt die *cretio perfecta*; fehlt dies, ist sie *imperfecta*.[134] Die *cretio imperfecta* ist als solche nicht unwirksam;[135] dem Erben ist nun jedoch auch die *pro herede gestio* eröffnet, was für den Fall, dass ein Substitut bestimmt war, Schwierigkeiten hervorruft:[136] Nach strittiger Meinung führte dann das *pro herede gerere* des Erben dazu, dass der Ersatzerbe zu einem Kopfteil berufen wurde;[137] erst eine Konstitution Mark Aurels bestimmte, dass auch die *pro herede gestio* zum Ausschluss des Ersatzerben genügte.[138]

60 Typisch ist demnach die Kombination der Anordnung von *cretio vulgaris* und *perfecta*, etwa nach folgendem Muster: *Titius heres esto cernitoque in C diebus proxumis, quibus sciet poteritque;*[139] *quodni ita creverit, exheres esto*[140] (Titius soll Erbe sein und sich in den nächsten 100 Tagen förmlich entscheiden, nachdem er Kenntnis erlangen und sich entscheiden können wird; wenn er sich nicht dergestalt förmlich entschieden haben wird, soll er enterbt sein).

---

[125] Gai. 2.170: *omnis autem cretio certo tempore constringitur …* .

[126] Gai. 2.170; andere Fristen, wie etwa 60 Tage (Cic. Att. 13,46), sind möglich, Gai. a.a.O. Zu lange Fristen kann der Prätor verkürzen, Gai. 2.170.

[127] *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 121 f.

[128] *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 122.

[129] Gai. 2.168; Ulp. reg. 22.30.

[130] Gai. 2.173; ein anderer Ausdruck ist *cretio certorum dierum*, Gai. 2.171,172.

[131] Gai. 2.173.

[132] Gai. 2.171,173.

[133] Zum Begriff *cretio libera* bei Cic. Att. 13,46 s. *Voci*, DER I 590 Fn. 13; *Coppola Bisazza*, Iura 49 (1998) 44 Fn. 11; zu dem der *cretio simplex* bei Cic. Att. 11,12 s. *Karlowa*, RRG II 897.

[134] Ulp. reg. 22.34; Gai. 2.177 spricht von der *cretio sine exheredatione*.

[135] Zu den Einzelheiten *Voci*, DER I 590–594.

[136] Gai. 2.177,178; Ulp. reg. 22.34; *Avenarius*, AUPA 55 (2012) 26–29 mwN.

[137] Einzelheiten bei Gai. 2.177,178.

[138] Ulp. reg. 22.34.

[139] *Cretio vulgaris*.

[140] *Cretio perfecta*.

Die *cretio* als solche, die der Erbe[141] abgab, lautete etwa wie folgt: *Quod me Publius Mevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque* (was den Sachverhalt betrifft, dass mich Publius Maevius in seinem Testament zum Erben eingesetzt hat, trete ich diese Erbschaft an und entscheide mich förmlich).[142] **61**

Zeugen mussten nicht herangezogen werden;[143] ihre Anwesenheit war aber möglich und üblich,[144] ebenso wie die Anfertigung einer Zeugenurkunde.[145] **62**

Abgeschafft wurde die *cretio* mit ihrem Wortformalismus in der spätrömischen Gesetzgebung.[146] **63**

Pro herede gerere ist die zweite Art der Erbschaftsantretung.[147] Einschlägig ist sie bei dem *sine cretione* Institutierten sowie bei dem Intestaterben; zu dem Fall der *pro herede gestio* bei einer *cretio imperfecta* beim Zusammentreffen mit einem Substitutserben siehe (→ Rn. 59).[148] **64**

Erforderlich für die sog. *pro herede gestio*[149] ist ein Verhalten des Erben, aus dem geschlossen werden kann, dass er die Erbschaft antreten will;[150] eine bestimmte Form ist nicht vorgeschrieben.[151] Typische Fälle sind die Ergreifung des Besitzes an oder der Gebrauch von Erbschaftsgegenständen,[152] die Verwaltung des Erbschaftsvermögens,[153] die Veräußerung von Erbschaftsgegenständen,[154] die Erfüllung von Schulden oder die Einziehung von Forderungen.[155] [156] Abzugrenzen sind sie von solchen Handlungen, die der Erbe lediglich *pietatis vel custodiae causa* vornimmt;[157] relevant ist dies **65**

---

[141] Zu unmündigen Erbinnen und deren vormundschaftlicher Begleitung siehe die *cretio Herenniae Helenae* (*tutor*), PSI IX 1027 sowie die *cretiones Valeriae Serapiadis*, M.Chr. 327 (*procurator*/*ἐπίτροπος*).

[142] Gai. 2.166; Ulp. reg. 22.28.

[143] *Buckland*, TR 3 (1922) 241–246, zust. *Buchwitz*, Servus (2012) 43 Fn. 100; zur Frage, ob der Testator die Beiziehung von Zeugen bestimmen konnte: Varro ling. 6,81.

[144] S. nur Gai. Aug. 42 u. Paul. 17 ed. D. 11.1.3: *quia plerumque difficilis probatio aditae hereditatis est.*

[145] Beispiele aus der Praxis: PSI IX 1027; M.Chr. 327; s. a. P.Princ. II 38, 5 (3. Jh.), dazu *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 179–196.

[146] Cod. Theod. 4.1; Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?); Cod. Theod. 8.18.1.1,4,5 (a.319?); Arcad./Honor. C. 6.30.17 (a.407).

[147] *Voci*, DER I 594–606; *Beduschi*, Hereditatis aditio (1976) 41–240.

[148] Gai. 2.167.

[149] Das Substantiv ist nur in Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.8 belegt; es wird, im Gegensatz zur Verbalform *pro herede gerere*, für unklassisch gehalten, *Kaser*, St. Biondi I 126.

[150] Gai. 2.166 a. E.; Julian bei Ulp. 61 ed. D. 29.2.20 pr. S. a. *Voci*, DER I 601–606.

[151] Gai. 2.169; Ulp. reg. 22.29; Paul. 4 sent. D. 29.2.95 = Paul. sent. 4.4.1.

[152] Gai. 2.166 a. E.; Ulp. 61 ed. D. 29.2.20 pr.; Ulp. reg. 22.26; Paul. sent. 4.8.23; Inst. 2.19.7.

[153] Paul. sent. 4.8.23; Inst. 2.19.7.

[154] Ulp. reg. 22.26; Ulp. 4 disp. D. 29.2.42.2.

[155] Alex. C. 6.30.2 (a.223).

[156] Zur Auslegung der Beantragung der *bonorum possessio* zugleich als *pro herede gestio*, s. Diocl./Max. C. 6.30.12 (a.294).

[157] Ulp. 61 ed. D. 29.2.20.1.

vor allem bei objektiv ambivalenten Akten wie der Bestattung des Erblassers oder Notverwaltungsmaßnahmen.[158] Entscheidend ist demnach der Wille des Erben;[159] damit dieser zutreffend ermittelt werden kann, ist dem Erben zu einer *testatio* zu raten.[160] Zur Feststellung des Umfangs und der Werthaltigkeit der Erbschaft darf der Erbe Einsicht in die Unterlagen nehmen, was als solches nicht eine *pro herede gestio* darstellt.[161]

66 Die Wirkung des Antritts tritt nach wohl überwiegender Ansicht rückwirkend auf den Zeitpunkt der Delation ein;[162] doch haben die Römer hieraus nicht mit voller Konsequenz Rechtsfolgen abgeleitet. Vielmehr werden die Sachfragen der *hereditas iacens*, also der bis zum Antritt ruhenden Erbschaft, pragmatisch gelöst.[163] Im Zentrum des Interesses stehen Erwerbs- und Verpflichtungshandlungen durch den *servus hereditarius* (Erbschaftssklaven).[164]

67 Eine eigenständige dogmatische Konstruktion der *hereditas iacens* kennen die römischen Juristen nicht, insbesondere ist ihnen die Vorstellung einer juristischen Person fremd, die erst dem Gemeinen Recht entspringt.[165]

68 Eine Nachlasspflegschaft ist möglich.[166]

69 Transmissibel ist nach klassischem Recht die mit der Delation einhergehende Position grundsätzlich nicht im Sinne einer *transmissio delationis*, d. h. der Erbe des Erben, dem die Erbschaft lediglich deferiert, aber noch nicht akquiriert war, erwirbt nicht das Recht, dessen Erbschaft anzutreten.[167] Das hat seine Ursache wohl darin, dass eine

---

[158] Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.8; Ulp. 61 ed. D. 29.2.20 pr.,1.

[159] Paul. 1 quaest. D. 29.2.88; Diocl./Max. C. 6.30.6 (a.290); Gai. Aug. 44; Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321?); s. a. Ulp. 7 Sab. D. 29.2.21.1. Gai. 2.167 (*nuda voluntate*) hebt ebenfalls den Willen besonders hervor, meint damit aber wohl nichts anderes als einen Unterfall des *pro herede gerere* (Argument: *vel*, nicht *aut*), so *Kaser*, RP I 718 Fn. 44; *Voci*, DER I 599–601; *Coppola*, Pro herede gestio II (1999) 185–207 mwN.; s. a. *Castro*, Iura 47 (1996) 43–91, *Paricio*, Labeo 45 (1999) 244–253; *Avenarius*, AUPA 55 (2012) 9–40. – Zur Bedeutung des Willens insgesamt s. a. *Beduschi*, Hereditatis aditio (1976).

[160] Zur *testatio* über die Absicht bei der Vornahme der Handlung: Ulp. 61 ed. D. 29.2.20.1; *Vážný*, AUPA 8 (1921) 481–495; *Tondo*, AG 153 (1957) 49–77; *Pringsheim*, SZ 42 (1921) 315–320; *Dulckeit*, Erblasserwille (1934) 129 f.

[161] Aristo bei Ulp. 8 Sab. D. 29.2.28; Pomp. 3 Sab. D. 29.2.29; Aristo bei Ulp. 70 ed. D. 28.8.5 pr.

[162] Flor. 8 inst. D. 29.2.54; Gai. 3 verb. obl. D. 45.3.28.4; Paul. 27 ed. D. 50.17.138 pr.; Cels. 38 dig. D. 50.17.193. Aus Gai. 3 verb. obl. D. 45.3.28.4 wird für Proculus die gegenteilige Ansicht gefolgert: *Kaser*, RP I 721 mit Fn. 11. Zum Ganzen *Voci*, DER I 516–576.

[163] Zur *hereditas iacens*: *Biondi*, DER 299–311; *Lübtow*, St. Grosso II 581–636; *Robbe*, Hereditas iacet I (1975); *Orestano*, Iura 33 (1982) 1–24; *Lemosse*, RHD 76 (1998) 255–260; *Alonso*, Labeo 47 (2001) 209–244; *Dovere*, SDHI 70 (2004) 13–54.

[164] *Voci*, DER I 518–536.

[165] *Lübtow*, St. Grosso II 581–636; *Orestano*, Iura 33 (1982) 1–24; *Dovere*, SDHI 70 (2004) 13–54.

[166] Ulp. 60 ed. D. 42.4.8; Ulp. 31 Sab. D. 27.10.3; Her. 1 iur. epit. D. 50.4.1.4. *Voci*, DER I 538 f.

[167] Diocl./Max. C. 6.30.7 (a.293); Iust. C. 6.51.5 (a.534). – *Lübtow*, St. Scherillo I 327–340, 332; *Ribas Alba*, BIDR 94/95 (1991/1992) 289–307; *Galgano*, SDHI 64 (1998) 297–325; *Galgano*, Index 28 (2000) 409–420; *Galgano*, Transmissio delationis (2007).

„Zersplitterung der Erbschaft [vermieden]“ werden sollte;[168] bei der testamentarischen Erbfolge dürfte noch der Gedanke der Höchstpersönlichkeit hinzukommen, wonach der Wille des Testators sich gerade auf den Instituierten, nicht aber notwendig auf dessen Erben, erstreckt.

In der Sache allerdings gibt es eine Ausnahme: Der Prätor ermöglicht es im Wege der *in integrum restitutio* dem Erben desjenigen Berufenen, der unverschuldet nicht in der Lage war, die ihm deferierte Erbschaft anzutreten, und währenddessen starb, seinerseits die Erbschaft anzutreten.[169] **70**

Im nachklassischen Kaiserrecht bildeten sich weitere Transmissionsfälle heraus,[170] bevor Justinian sehr weitgehend die Vererblichkeit der Delation innerhalb eines Jahres zuließ.[171] **71**

Hinsichtlich einer Abtretbarkeit (*in iure cessio hereditatis*) gilt es wiederum zu unterscheiden:[172] **72**

Vor der Delation gibt es keine erbrechtliche Position, die nach römischer Vorstellung übertragbar wäre. **73**

Das Recht, eine noch nicht erworbene, aber bereits deferierte Erbschaft anzutreten, können die *ab intestato* berufenen Agnaten und Gentilen abtreten;[173] bei einer Berufung *ex testamento* ist dies aufgrund des entgegenstehenden Testatorwillens nicht möglich.[174] Die Rechtsfolge einer zulässigen Abtretung ist, dass der Zessionar in die Stellung eines Außenerben versetzt wird, mit der Folge, dass er antreten kann.[175] **74**

Eine bereits erworbene Erbschaft kann der Außenerbe, gleich ob er *ab intestato* oder *ex testamento* berufen ist, iniurezedieren. Doch gelten auch hier die oben beschriebenen Einschränkungen (→ Rn. 21), wonach der Zessionar lediglich die körperlichen Erbschaftsgegenstände erhält, während der Erbe weiter für die Schulden haftet und die aktiven Erbschaftsforderungen erlöschen.[176] **75**

---

[168] *Kaser*, RP I 723 Fn. 38.

[169] Scaevola bei Paul. 1 sent. D. 4.4.24.2; Ulp. 50 ed. D. 29.5.3.30, im Gemeinen Recht *transmissio ex capite in integrum restitutionis* genannt. S. *Bonfante*, Corso VI 304–308; *Solazzi*, Diritto ereditario I (1932) 273–286; *Biondi*, DER 182; *Voci*, DER I 506–512.

[170] Theodos./Valentin. C. 6.52.1 (a.450): sog. *transmissio ex iure sanguinis* = *transmissio Theodosiana*: Der eingesetzte Abkömmling vererbt das Recht auf Erwerb der Erbschaft auf seine Kinder. – Zur sog. *transmissio ex capite infantis* = *transmissio ex iure patrio*, die eigentlich nur die Ausübung der *patria potestas* darstellt, s. Theodos./Valentin. C. 6.30.18.1,3 (a.426); Theodos./Valentin. Cod. Theod. 4.1.1 (a.426).

[171] Iust. C. 6.30.19 (a.529), sog. *transmissio Iustiniana*. S. *Masi*, Synt. Arangio-Ruiz II 1026–1036; *Voci*, DER I 506–512. – Zu Novell. Iust. 158 (a.544) s. *Di Marzo*, RIDA 2 (1949) 243–246.

[172] Frühester Fall bei Polyb. Hist. 32,28 (= 32,14).

[173] Gai. 2.35; 3.85; Ulp. reg. 19.13 f. – Krit. zur Veräußerbarkeit der Delation *Beduschi*, StParm. 13 (1967) 347–363.

[174] Gai. 2.36; 3.86.

[175] Gai. 2.35; 3.85.

[176] Gai. 2.37; 3.87. Im justinianischen Recht nicht mehr vorhanden, findet sie sich noch erwähnt in Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.28.

3. Ausschlagung

76 Um den Erwerb der Erbschaft zu vermeiden, genügt für den Außenerben bloßes Nichtstun (*omittere hereditatem*).[177]

77 Möglich ist aber auch eine ausdrückliche sowie eine konkludente Ausschlagung (*repudiare hereditatem*).[178] Die Anforderungen an eine wirksame Ausschlagung sind grundsätzlich[179] dieselben wie beim Erwerb,[180] insbesondere bedürfen *pupilli* auch hier der *auctoritas tutoris*.[181]

78 Eine bestimmte Form ist für die Ausschlagung nicht vorgeschrieben.[182]

79 In zeitlicher Hinsicht ist die Ausschlagung möglich, sobald auch der Antritt möglich ist.[183]

80 Eine Frist zur Entscheidung über die Ausschlagung kannte das *ius civile*, außer bei der *cretio* (→ Rn. 55), nicht.[184] Der Prätor bestimmte jedoch auf Antrag der Erbschaftsgläubiger ein *tempus ad deliberandum*, nach dessen Ablauf die Gläubiger den Nachlass verkaufen dürfen (→ Rn. 45).[185]

81 Die getroffene Ausschlagung ist grundsätzlich[186] unwiderruflich.[187] Anderes gilt, wenn eine *cretio* angeordnet ist: Dann kann innerhalb der Kretionsfrist stets noch die Annahme erklärt werden.[188]

IV. *Usucapio pro herede*[189]

82 Ursprünglich bestand bei einer *hereditas iacens*[190] die Möglichkeit, durch einjährigen Besitz der „Erbschaft" (s. im Einzelnen sogleich) die Erbenstellung[191] zu ersitzen.[192] Da

---

[177] Zur Terminologie *Biondi*, DER 293 f.

[178] Gai. 2.168; Ulp. reg. 22.29; Ulp. 7 Sab. D. 29.2.13 pr.

[179] Zu den Einzelheiten s. *Solazzi*, Diritto ereditario II (1933) 181–190; *Biondi*, DER 296–298.

[180] Paul. 2 Sab. D. 29.2.18. – Zur Auswirkung eines *dolus*, der zur Ausschlagung geführt hat: Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.28; *Solazzi*, Diritto ereditario II (1933) 188–190.

[181] Diocl./Max. C. 6.31.5 (a.293).

[182] Paul. 4 sent. D. 29.2.95.

[183] Ulp. 7 Sab. D. 29.2.13 pr.

[184] Gai. 2.167.

[185] Gai. 2.167.

[186] Zu den Einzelheiten: *Biondi*, DER 296–298.

[187] Ulp. reg. 22.29; Diocl./Max. C. 6.31.4 (a.293).

[188] Gai. 2.168; Ulp. reg. 22.30.

[189] Zum Begriff *Coppola*, Pro herede gestio I (1987) 65 Fn. 1; *Coppola Bisazza*, RDR 11 (2011) 1 Fn. 1.

[190] *Voci*, DER I 107.

[191] Nach a. A. wird nicht der Titel *heres*, sondern die *hereditas* ersessen: *Biondi*, Scr. III 483; *Gnoli*, Hereditatem expilare I (1984) 76 f.; *Voci*, Istituzioni [4](1994) 588.

[192] Gai. 2.54. – Zur Funktion der ursprünglichen *usucapio pro herede*: *Coppola Bisazza*, RDR 11 (2011) 1–12; *Domisch*, Besitzübergang (2015) 69 f. mit Fn. 264.

die Quellenlage dünn ist (vor allem Gai. 2.54[193]), sind die Voraussetzungen sehr umstritten. Auf der Grundlage der Emendation der Gaius-Stelle *possessione ipsae hereditates* lässt man zum Teil die Ergreifung irgendeiner Erbschaftssache (unabhängig von deren Wert) genügen,[194] zum Teil denkt man an die Gesamtheit.[195] Wieder andere gehen von einem *usus* hinsichtlich der Position als *heres* über ein Jahr hinweg aus.[196] Pool beschränkt, auf der Grundlage der Lesung *possessiones ut ipsae hereditates*, die Möglichkeit der Ersitzung der Erbenstellung auf die Ergreifung von Immobilien, indem er *possessiones* als „Grundstücke" versteht.[197] Gegen Letzteren hat sich aber zu Recht Platschek gewandt, indem er aufzeigt, dass *possessione* ein verdorbener Ablativ ist.[198] Die Stellung des Erben ersaß man also, wenn man die Erbschaft (*res hereditariae*) ein Jahr in Besitz hatte.

Spätestens im 1. Jh. n.Chr. führt die *usucapio pro herede* nur noch zur Ersitzung der einzelnen Erbschaftsgegenstände (zur *usucapio* → § 44 Rn. 10). Den Erwerb der Erbenstellung bringt sie daher fortan nicht mehr mit sich.[199] **83**

V. Testamentseröffnung

Die Testamentseröffnung (Apertur),[200] verstanden im engeren Sinne als ein von Rechts wegen vorgeschriebenes, förmliches Verfahren, hat ihren Ursprung in der *lex ⟨Iulia de⟩ vicesima hereditatium* und dient demnach der Durchsetzung dieser zunächst fünf-, vorübergehend unter Caracalla zehnprozentigen und zu Justinians Zeiten abgeschafften Erbschaftssteuer.[201] Sie musste grundsätzlich innerhalb von drei oder fünf Tagen erfolgen, wobei die Frist *a praesentibus* mit dem Tod, *ab absentibus* mit der Zusam- **84**

[193] Nach *Studemund*, Apographum (1874) 67: … *quod olim rerum h(ere)ditariar⟨(um)⟩ possessiones ut ipsae h(eredita)tes usucapi credebant(ur)* …; die (seit *Brinkmann*, Notae subitaneae (1821) 16 f.) übliche Emendation ist … *quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur* … , wobei *velut* mitunter zu *ut* oder sogar ganz weggelassen wird. Einzelheiten zur Textgeschichte bei *Pool*, SZ 129 (2012) 117, 132 f. – s. ferner Cic. Att. 1,5,6; Sen. benef. 6,5,3.

[194] *Gnoli*, Hereditatem expilare I (1984) 57; *Voci*, Istituzioni [4](1994) 588 (anders aber in DER I 107).

[195] *Albanese*, AUPA 20 (1949) 400–409.

[196] *Franciosi*, Usucapio pro herede (1965) 51–53; *Franciosi*, Ric. Gallo I 250–257; *Nicosia*, St. Martini II 866; *Domisch*, Besitzübergang (2015) 70 mit Fn. 266.

[197] *Pool*, SZ 129 (2012) 113–160; *Pool*, SZ 131 (2014) 370–392; in der Sache für möglich gehalten von *Kaser/Knütel/Lohsse* § 72 Rn. 3. Dagegen *Platschek*, SZ 130 (2013) 405–412; *Platschek*, SZ 131 (2014) 392–394; *Domisch*, Besitzübergang (2015) 72 f.

[198] *Platschek*, SZ 130 (2013) 405–412; *Platschek*, SZ 131 (2014) 392–394.

[199] Gai. 2.52,54; 3.201.

[200] D. 29.3; Paul. sent. 4.6; C. 6.32.

[201] Zur Testamentseröffnung: *Nisoli*, Testamentseröffnung (1949); *Günther*, Vectigalia (2008) 40–42; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 54–64; *Nowak*, Wills (2015) 73–103.

menkunft der Zeugen zu laufen begann.[202] Zuständig war der Prätor,[203] in den Provinzen der jeweilige Magistrat, etwa in Ägypten der Stratege.[204]

85 Das *interdictum de tabulis exhibendis* erzwingt die Vorlage des Testaments vor den Magistrat.[205]

86 Das Verfahren war folgendes:[206] Die zusammengerufenen Testamentszeugen werden über die Anerkennung ihrer Siegel befragt, daraufhin wird das Testament geöffnet und sein Inhalt vorgelesen. Anschließend wird ein Protokoll über die Eröffnung verfasst, das auch den (wesentlichen) Inhalt des Testaments wiedergibt. Das Testament selbst wird, jedenfalls nach späterer Rechtslage, öffentlich verwahrt.[207]

87 Die Nichtbeachtung der Regeln über die Testamentseröffnung zieht zwar eine Geldstrafe nach sich,[208] nimmt dem Testament aber grundsätzlich weder seine Wirksamkeit[209] noch hat sie sonst Auswirkungen auf die erbrechtliche Lage nach dem *ius civile*.[210]

VI. Testamentsvollstreckung

88 Trotz der Erscheinung des *familiae emptor* hat sich im römischen Recht eine Testamentsvollstreckung als eigenständiges Institut nicht ausgebildet.[211] Eine ähnliche Funktion übernahmen jedoch zum einen das starke sittliche Empfinden des vom Testator Beauftragten und zum anderen das Fideikommissrecht (→ § 67 Rn. 1 ff.).

---

[202] Paul. sent. 4.6.3.

[203] Gai. 17 ed. prov. D. 29.3.1 pr.

[204] *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 57–61.

[205] D. 43.5.

[206] Paul. sent. 4.6; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 61–64.

[207] Paul. sent. 4.6.1. – Siehe aber auch Ulp. 19 ed. D. 10.2.4.3. – Lit.: *Nisoli*, Testamentseröffnung (1949) 56; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 64.

[208] Paul. sent. 4.6.2a.

[209] *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 54 f. Eine einschneidende Rechtsfolge gibt es aber im Anwendungsbereich des *SC Silanianum*, wo die verfrühte Eröffnung zur Einziehung der Erbschaft an den Fiskus führt, Ulp. 50 ed. D. 29.5.3.18,29; D. 29.5.5.2.

[210] Zur *missio Hadriana*, die der Erhöhung des Steueraufkommens wegen demjenigen Erben, der innerhalb eines Jahres ein formell ordnungsgemäßes Testament beibrachte, den Erbschaftsbesitz gab, s. Paul. sent. 3.5.14–18; Iust. C. 6.33.3 (a.531); *Weiss*, s. v. missio in possessionem 12. missio Hadriana, RE XV.2 2061 mwN.

[211] Scaev. 21 dig. D. 36.1.80.1: … *quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem.* Zur Praxis s. *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 141–146.

§ 57 Nachlassbesitz (*bonorum possessio*)

Ulrike Babusiaux

Leist, in: Glück, Christian Friedrich von, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, XXXVII/XXXVIII.1, 1870; XXXVII/XXXVIII.2, 1873; XXXVII/XXXVIII.3, 1875; *Leonhard*, s. v. Bonorum possessio, in: Paulys Realenzyklopädie der class. Altertumswissenschaft, neue Bearbeitung von G. Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus, K. Ziegler, III.1, 1897, 708–712; *Woeß*, Das römische Erbrecht und die Erbanwärter. Ein Beitrag zur Kenntnis des römischen Rechtslebens vor und nach der Constitutio Antoniniana, 1911; *La Pira*, La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano, 1930; *Biondi*, Diritto ereditario romano. Parte generale, 1954; *Voci*, Diritto ereditario romano. I. Introduzione. Parte generale, 2. Aufl., 1967; *Voci*, Diritto ereditario romano II. Parte speciale, Successione ab intestato, Successione testamentaria, 2. Aufl., 1963.

Inhalt Rn.

I. Begriff, Arten und Entwicklung der *bonorum possessio* 1
1. Definition und Rechtsnatur 1
2. *Bonorum possessio* und Erbschaftsersitzung (*usucapio pro herede*) 7
3. Zur Entwicklung des Instituts und zur Quellenlage 11
II. Ediktale Regelungen und Arten der *bonorum possessio* 16
1. Zum *successorium edictum* 17
2. Das Verhältnis von *bonorum possessio* und *aditio hereditatis* 25
3. *Agnitio bonorum possessionis* 28
4. Ediktsaufbau (Rekonstruktion nach Lenel) 39
III. Die *bonorum possessio contra tabulas* 42
1. Enterbungsregeln des *ius praetorium* 43
2. Überblick über das Ediktssystem 47
3. Antragsberechtigte 48
4. Verhältnis zur *bonorum possessio secundum tabulas* 59
5. Die *bonorum possessio commisso per alium edicto* 64
6. Annexedikte zur *bonorum possessio contra tabulas* 70
a. Das Edikt *de legatis praestandis* 70
b. Das Edikt *de collatione bonorum emancipati* 90
c. Das Edikt *de collatione dotis* 119
d. Das Edikt *de coniugendis cum emancipato liberis eius* 130
e. Die *missio in possessionem* des ungeborenen Abkömmlings 147
f. Das *edictum Carbonianum* 153

7. *Ius civile* und *ius praetorium* bei der *bpct* 171
IV. Die *bonorum possessio secundum tabulas* 174
1. Persönliche Voraussetzungen des Nachlassbesitzes aufgrund Testaments 177
a. Anforderungen an die Beteiligten: *testamenti factio* 178
b. Die Erbeinsetzung, namentlich der bedingt Eingesetzte als Berechtigter 184
c. Miterben, Substitution und Anwachsung 188
2. Anforderungen an die Testamentsurkunde des Sieben-Zeugen-Testaments 191
a. Schriftträger und Urkundenmaterial 191
b. Zur Siegelung des Testaments 194
3. Das Verhältnis der *bpst* zum zivilen Testamentserbrecht 198
4. Zur *bonorum possessio ex testamento militis* 210
V. Die *bonorum possessio ab intestato* 214
1. Anwendungsbereich 214
2. Die verschiedenen Klassen des prätorischen Intestaterbrechts 219
a. *Unde liberi* (Abkömmlinge des Erblassers) 220
b. *Unde legitimi* (Intestaterben des *ius civile*) 227
c. *Unde cognati* (Blutsverwandte als Intestaterben) 233
d. *Unde vir et uxor* (Ehegatten untereinander) 241
3. Die *collatio bonorum* bei der *bonorum possessio ab intestato* 243
VI. Entwicklungslinien des prätorischen Erbrechts zwischen Diokletian und Justinian 246
1. Diokletian 246
2. Konstantinische Zeit 250
a. Testamentsrecht und *bonorum possessio secundum tabulas* 251
b. Angleichung von *agnitio bonorum possessionis* und *aditio hereditatis* . . . 255
c. Intestaterbrecht und *bpai* 256
3. Honorius/Theodosius und Valentinian 258
VII. Die *bonorum possessio* im justinianischen Erbrecht 263
1. *Bonorum possessio secundum tabulas* 266
2. *Bonorum possessio contra tabulas* 269
3. *Bonorum possessio ab intestato* 273

I. Begriff, Arten und Entwicklung der *bonorum possessio*

1. Definition und Rechtsnatur

1 Als *bonorum possessio* (*bp*) wird die Einweisung in den Nachlassbesitz bezeichnet, die der Prätor seit republikanischer Zeit zur Unterstützung, Ergänzung oder auch zur Korrektur des zivilen Erbrechts gewährt.[1] Der Begriff *possessio* weist dabei ursprünglich

[1] Diese Anlehnung an Papinians Beschreibung des prätorischen Rechts (Pap. 2 def. D. 1.1.7.1) findet sich in Inst. 3.9 pr.–12; frühere Belege (auch zur *hereditatis possessio*) bei Cic. Verr. II 1,117; II 1,118; II 1,124; Cic. Flacc. 34,85; Cic. Phil. 2,62; Cic. Att. 6,1,16; Cic. part. 98; Cic. top. 18; Cic. fam. 7,23, zu allen *Voci*, DER I 131 f.

nicht auf die (rechtliche oder faktische) Herrschaft über die erbschaftlichen Gegenstände,[2] sondern auf die durch den Prätor erteilte und damit gleichsam „faktische" Innehabung der Erbenstellung (*iuris possessio*).[3]

2 Die prätorische Einweisung in den Nachlass bedeutet keine tatsächliche Besitzerlangung,[4] sondern gibt dem Eingewiesenen lediglich das Recht auf Besitzschutz durch den Prätor,[5] der dem *bonorum possessor* das Interdikt *quorum bonorum*[6] verheißt (→ § 66 Rn. 21). Es ist auf Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft ausgerichtet[7] und erlaubt dem *bonorum possessor* zudem eine Verurteilung des Besitzstörers in Höhe des Besitzinteresses an der Erbschaft.[8] Verkürzt sprechen daher die römischen Juristen von einer Besitzwirkung der *bp* für Erbschaftssachen.[9]

3 Die Entstehungsgeschichte der *bp* liegt im Dunkeln.[10] Folgt man der von Jörg Domisch begründeten Annahme, dass der Erbe (nach *ius civile*) keineswegs automatisch in die Besitzposition des Erblassers einrückte,[11] hat die bereits von Leist vertretene Ansicht, dass die *bp* eine „magistratische Erbbesitzregulierung"[12] sei, die besten Argumente für sich: Da das *ius civile* nur die Rechtsnachfolge bestimmt, bedarf es einer ediktalen Regelung der (faktischen) Zugriffsmöglichkeiten auf den Nachlass. Diese

---

[2] Hier findet die oft bemühte Parallele zwischen *possessio* und *bp* einerseits, Eigentum und *hereditas* andererseits ihre Grenze, vgl. dazu *Castro Sáenz*, RIDA 47 (2000) 193–220.

[3] Zur *successio in ius*, vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.1.3.1, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 4 f. sowie 292–307.; *La Pira*, Successione (1930) 232 f., der auch auf Gai. 4.34 verweist; dies ergibt sich auch aus der Regelung der *usucapio pro herede*, vgl. *Huschke*, ZgR 14 (1848) 145–273, 160–163; *Franciosi*, Usucapio pro herede (1965) bes. 5–72; *Voci*, DER I 195 f.

[4] Dies teilt sie mit der *missio in possessionem*. Zur (möglichen) Alternativität von *bp* und *missio in possessionem*, vgl. *Quadrato*, BIDR 77 (1974) 84 f. (zum *edictum Carbonianum*).

[5] Hierin liegt erneut eine Parallele zur *missio in possessionem*, die dem Eingewiesenen die Ergreifung erlaubt, keineswegs aber selbst die faktische Besitzübertragung vornimmt.

[6] Zur Fassung, vgl. *Mantovani*, Formule Nr. 108 Fn. 385–389 mwN.

[7] Gai. 4.144; dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 399–407; *Schmidt*, SZ 17 (1896) 326; *Dénoyez*, St. Arangio-Ruiz II 287–292; ein Anwendungsfall offenbar bei Cic. fam. 7,19 (21), dazu *Zweig*, Cicero (2003) 29 f.

[8] Vgl. Ulp. 76 ed. D. 43.2.1.1 *hoc interdictum restitutorium est et ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet et appellatur ‚quorum bonorum' et est apiscendae possessionis universorum bonorum*, dazu *Dénoyez*, St. Arangio-Ruiz II 296 f.; *Domisch*, Besitzübergang (2015) 176–185; Paul. 20 ed. D. 43.2.2, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 407–410.

[9] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.1.3.1 und Ulp. 39 ed. D. 37.1.1; zum Besitz am Gesamtvermögen, vgl. *Leonhard*, s. v. Bonorum possessio, RE III.1 708 f.; anders *Albanese*, Successione ereditaria (1949) 276–294; ähnlich *Quadrato*, Hereditatis petitio possessoria (1972) 97–101; weitere Nachweise bei *Franciosi*, Usucapio pro herede (1965) 167 Fn. 102, der die Idee eines Bedeutungswandels auf S. 184 f. widerlegt.

[10] Ein Überblick über die verschiedenen Rekonstruktionen bei *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 40–45.

[11] Wichtigster Beleg ist Paul. 12 ed. D. 4.6.30 pr., dazu *Domisch*, Besitzübergang (2015) bes. 101–134, 225 f.; vgl. auch *Babusiaux*, SZ 133 (2016) 509–517.

[12] *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 bes. 47 und 430 f.; vgl. auch *Voci*, DER I 178 f.

Regelung besteht in der Einweisung in die *possessio*, aufgrund der prätorischer Rechtsschutz, namentlich durch Interdikte, erreichbar wird.[13] Wie in anderen Zusammenhängen auch (→ § 6 Rn. 163–170) wird also das *ius civile* durch den Prätor in eine verfahrensrechtliche Rechtsfolge „übersetzt".[14]

4 Nach dem Antrag auf *bp* kann der Erbe die Verteilung der Prozessrollen dadurch bestimmen, dass er mit dem Interdikt *quorum bonorum* die Erbschaftssachen herausverlangt,[15] um in der *hereditatis petitio* (→ § 64) oder der *rei vindicatio* (→ § 59) die Besitzerposition einzunehmen. Es obliegt dann der gegnerischen Partei, das Erbrecht oder das Eigentum zu behaupten und zu beweisen. Damit steht der Erbe, der zugleich *bonorum possessor* ist, besser, als wenn er sich auf sein ziviles Erbrecht beschränkt.[16]

5 Nach alldem ist die *bp* ursprünglich ein prätorisches Mittel zum Schutz des zivilen Erben.[17] Die Vorteile der prätorisch vermittelten *possessio* am Nachlass liegen einerseits im interdiktalen Schutz, den der Prätor dem *bonorum possessor* verheißt, andererseits in einer Verbesserung der prozessualen Situation in anderen Klagen, die der Durchsetzung des Erbrechts dienen.

6 Gleichzeitig verhindert die dem Erben mögliche Besitzergreifung[18] aufgrund der *bp* den Verlust der Erbschaftssachen durch straflose Entziehung,[19] wie sie bei der *hereditas iacens* vor der Besitzerlangung durch den Außenerben möglich wäre.[20]

2. *Bonorum possessio* und Erbschaftsersitzung (*usucapio pro herede*)

7 Mit der Ergreifung des tatsächlichen Besitzes an Erbschaftssachen wird der *bonorum possessor* zum Ersitzungsbesitzer nach den Grundsätzen der *usucapio pro herede*.[21] Damit ist gemeint, dass der Nachlassbesitzer das Eigentum an den Erbschaftsgegenstän-

---

[13] Ein weiteres Indiz könnte sich aus Cic. Verr. II 1,143 ergeben, in dem Cicero vom *edictum de hereditate* spricht; a. A. *Zweig*, Cicero (2003) 83 f., der Cicero fehlende Präzision vorwirft.

[14] *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 96–102 bekämpft die zu seiner Zeit h. M., nach der sich die *bp* ursprünglich nur auf Teile der Erbschaft bezogen habe; es ist zu beachten, dass diese Frage nicht ohne Rücksicht auf die *usucapio pro herede* entschieden werden kann, für die jüngst eine ähnliche Kontroverse entstanden ist, vgl. *Pool*, SZ 129 (2012) 129–160; *Platschek*, SZ 130 (2013) 405–412; *Pool*, SZ 131 (2014) 370–392; *Platschek*, SZ 131 (2014) 392–394.

[15] Vgl. *Dénoyez*, Pétition d'hérédité (1953) 170–179; angedeutet bei Ulp. 39 ed. D. 5.1.62, dazu *Voci*, DER I 193 f.

[16] Grundlegend *Siber*, Scr. Ferrini beatif. IV 118–122.

[17] *Voci*, DER I 177 f. „*regolamento possessorio della posizione dei chiamati*".

[18] Vor der Besitzergreifung steht dem Eingewiesenen seit einer *oratio divi Marci* die Klage aus dem *crimen expilatae hereditatis* zu, vgl. Ulp. 9 off. procons. D. 47.19.2.1, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 418 f.

[19] Der Tatbestand des *furtum* wird bei einer *hereditas iacens* mangels Besitz nicht verwirklicht.

[20] Gai. 3.201, dazu zuletzt *Domisch*, Besitzübergang (2015) 56–101 mwN. Vgl. ferner Iav. 6 epist. D. 41.3.2, dazu *Huschke*, ZgR 14 (1848) 190 f.

[21] Zur Bedeutung der *usucapio pro herede* für die *bp*, vgl. *Dénoyez*, Pétition d'hérédité (1953) bes. 78–87.

den erwerben kann;[22] keineswegs ist damit ausgesagt, dass der *bonorum possessor* die (zivile) Erbenstellung ersitzen könne. Die *bp* setzt damit eine jüngere Entwicklungsstufe der *usucapio pro herede* voraus.

8 Die *usucapio pro herede* war ursprünglich eine Ersitzung der Erbenstellung;[23] sie wurde durch *pro herede gerere* ausgelöst, knüpfte also nicht an der faktischen Innehabung von Gegenständen an, sondern an der Übernahme der Erbenstellung.[24] Durch eine Reform Hadrians wurde die (bösgläubige) Ersitzung der Erbenstellung ausgeschlossen;[25] die *usucapio pro herede* wurde damit ihrer ursprünglichen Funktion beraubt und wandelte sich zu einem rein sachenrechtlichen Ersitzungstatbestand,[26] der – wie die anderen Arten der *usucapio* – die *possessio* an den einschlägigen Gegenständen verlangt[27] (→ § 44 Rn. 10–12). Als wichtigstes Relikt[28] der früheren *usucapio pro herede* blieb nur die kurze Ersitzungsfrist von einem Jahr bestehen, die sich auch auf erbschaftliche Grundstücke erstreckte,[29] für die nach den üblichen Voraussetzungen nicht die einjährige, sondern die zweijährige Ersitzungszeit gelten würde (→ § 44 Rn. 19).

9 Es ist plausibel, dass der Bedeutungswandel der *usucapio pro herede* mit einem Bedeutungsaufschwung der *bp* einherging. Zwar kann der nicht nach *ius civile* berufene *bonorum possessor* niemals formell zum *heres* werden;[30] der Prätor stellt ihn aber klagetechnisch dem Erben gleich (→ Rn. 22), indem er für[31] und gegen[32] ihn die erb-

---

[22] Vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 93 f. Beleg für den Erwerb des prätorischen Eigentums ist Gai. 3.80 *Neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex iure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt.* …, dazu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 196 f. Plakativ spricht *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 425 f. vom „Usucapionsbesitz".

[23] Zum Ursprung der *usucapio pro herede*, vgl. *Mayer-Maly*, SZ 77 (1960) 16–51; zuletzt *Pool*, SZ 129 (2012) 129–160 mwN.

[24] *Franciosi*, Usucapio pro herede (1965) 6–15; *Coppola*, Pro herede gestio I (1987) 101 f.

[25] Gai. 2.57, dazu *Dénoyez*, Pétition d'hérédité (1953) 76–78 und allgemein zu ebd. 95–138; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig.; *González Roldán*, Diritto ereditario (2014) 268–272.

[26] Vgl. *Voci*, DER I 112.

[27] Gai. 2.254, dazu *Krüger*, SZ 54 (1934) 80–97; *Franciosi*, Usucapio pro herede (1965) 132–167; *Kaser*, St. Biscardi II 248 f.

[28] Zu den Relikten des Erbrechts gehört die *testamenti factio* des Ersitzenden, vgl. Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 41.5.4 *Constat eum, qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse*, dazu *Huschke*, ZgR 14 (1848) 174 f.

[29] Neben Gai. 3.80 ist auch Iul. 44 dig. D. 41.3.33.1 heranzuziehen, vgl. hierzu *Kaser*, St. Biscardi II 248 f. zuletzt *Domisch*, Besitzübergang (2015) 84 f.

[30] Vgl. Gai. 3.32 *Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem principalem. Sed cum eisdem praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur*, Rekonstruktion von *David/Nelson*, Gai. inst. comm. IV (1954) auf Grundlage von Inst. 3.9.2, dazu *Voci*, DER I 179.

[31] Gai. 4.34, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 360 f.; *Bianchi*, Fictio (1997) 266–286 mwN.

[32] Ulp. reg. 28.12, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 366–368.

schaftlichen Klagen erteilt.[33] Durch diese formulare Fiktion wird eine Emanzipation der *bp* von der zivilrechtlichen Erbenstellung erreicht; der offenbar zunehmend als fragwürdig empfundene Erwerb der Erbenstellung durch *usucapio pro herede* wird damit – wie Hadrians Reform belegt[34] – letztlich entbehrlich.[35]

10 Seit der Severerzeit ist zudem eine eigens zum Schutz des *bonorum possessor* erteilte *hereditatis petitio possessoria* bezeugt.[36] Sie ist der Herausgabeklage des zivilen Erben auf den Gesamtnachlass (*hereditatis petitio*)[37] nachgebildet (→ § 64), verlangt aber nicht die Erbenstellung, sondern nur den Nachweis des Nachlassbesitzes.[38] Interpolationsverdächtigungen[39] gegen diese Fortbildung der Klageformel überzeugen nicht.[40]

3. Zur Entwicklung des Instituts und zur Quellenlage

11 Historische Stufungen der *bp* lassen sich aus einem Vergleich zwischen Ciceros Schriften und der Überlieferung in den Digesten erschließen. Bereits zu spätrepublikanischer Zeit scheint die *bp* tralatizisch gewesen zu sein.[41] Allerdings sind gewisse Unterschiede zum Recht des hadrianischen Edikts zu beobachten: So ist die *bonorum possessio ab intestato (bpai)* (→ Rn. 214–240) bei Cicero noch ganz an die Erbfolge des *ius civile* angelehnt;[42] die *bonorum possessio secundum testamento (bpst)* (→ Rn. 147–197) verlangt auch bei Cicero nur die Beurkundung der Erbeinsetzung.[43]

---

[33] *Voci*, DER I 177 f. bezeichnet diesen Schutz als „*l'aspetto (…) sostanziale*" der *bp*.

[34] Reformen auch unter Antoninus Pius, vgl. Gai. 2.120,126,151, dazu *Voci*, DER I 179 f. und *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 63–72, 169–175, 184–198.

[35] Gleichsinnig *Schmidt*, SZ 17 (1896) 327 f.; *Franciosi*, Usucapio pro herede (1965), bes. 190–204; allgemein zuletzt *Castro Sáenz*, RIDA 45 (1998) 194–197.

[36] Vgl. Sev./Ant. C. 8.2.1 (a.197), dazu *Quadrato*, Hereditatis petitio possessoria (1972) 40–42.

[37] Der Beklagte ist der *pro herede* oder *pro possessore* Besitzende. Zu dieser Übereinstimmung zwischen *usucapio pro herede* einerseits, *hereditatis petitio* und *quorum bonorum* andererseits, vgl. *Huschke*, ZgR 14 (1848) 163 f.; *Kaser*, SZ 72 (1955) 90–126; *Kaser*, St. Biscardi II 236 f.

[38] Iul. 23 dig. D. 37.4.13 pr. zur *bp* des *emancipatus*, dazu *Quadrato*, Hereditatis petitio possessoria (1972) 33–39.

[39] *Lenel*, EP 180–183 richtet seinen Interpolationsverdacht nur gegen eine ediktale Rubrik, hält aber eine fiktizische Formel für möglich; die Formel folgt den Grundsätzen in Gai. 4.34, vgl. *Mantovani*, Formule Nr. 90.

[40] Für interpoliert hält die Formel noch *Kaser*, RP I 740; dagegen *Quadrato*, Hereditatis petitio possessoria (1972) 7–31; vgl. auch *Stiegler*, SZ 92 (1975) 359: „Wenn aber dem *bonorum possessor* nach dem Willen der Kompilatoren die *her. pet.* als solche ebenso wie einem *heres* zustehen sollte, wäre es unnütz und widersprüchlich gewesen, die *her. pet. poss.* als besondere Klage des *bonorum possessor* erst künstlich zu schaffen…".

[41] Cic. Verr. II 1,114–119, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 50–63; *Voci*, DER I 133; *Watson*, Succession (1971) 71–77.

[42] Cic. Cluent. 165, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 68 f.; *Costa*, Cicerone I (1927) 214 f.; *Di Lella*, Querela (1972) 54–59; vgl. auch *Watson*, Succession (1971) 175–187.

[43] Cic. Verr. II 1,117, dazu *Voci*, DER I 131 f. mit Fn. 85 gegen *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 329, der ein nach *ius civile* wirksames Testament verlangt; ferner *Biondi*, DER 126.

Ob die *bonorum possessio contra tabulas (bpct)* (→ Rn. 42–69) bereits zur Zeit Ciceros existierte, ist unklar.[44] Die von ihm erwähnte *bonorum possessio sine lege aut sine testamento* kann am ehesten als dekretale Erteilung der *bp* im Einzelfall gedeutet werden;[45] da diese offensichtlich auf dem *imperium* des Prätors beruht, ist vorstellbar, dass auch bei Präterition eines *emancipatus* ein entsprechendes *decretum* erteilt werden konnte[46] oder wenn der Antragsteller sonst nicht nach *ius civile* berechtigt war.[47] Erst das hadrianische Edikt scheint aber die Interessen übergangener Nicht-Hauskinder systematisch geschützt zu haben (→ Rn. 47). **12**

Als *beneficium praetoris*[48] bezeichnen die nachhadrianischen Juristen alle drei Erscheinungen der *bp*: die *bonorum possessio secundum tabulas (bpst)*, die den testamentarisch eingesetzten Erben gewährt wird, die *bpct*, mit der ein übergangener Abkömmling gegen ein Übergehen im Testament des Vaters oder ein Patron gegenüber Missachtung im Testament eines Freigelassenen (→ § 37 Rn. 36–43) geschützt wird[49] sowie die *bpai*, die eine prätorische Intestaterbfolge etabliert. **13**

Spätere Ergänzungen des hadrianischen Edikts beruhen auf Kaiserrecht, das durch Senatsbeschlüsse und Konstitutionen neue oder Sonderformen der *bp* schafft.[50] Auch diese Erbberechtigungen werden vom Gerichtsmagistraten umgesetzt, der in seinem Edikt sowohl eine Klausel für die Erbberechtigungen aufgrund von *senatus consulta* vorsieht (→ Rn. 232), als auch eine besondere Klausel für das durch kaiserliches Mandat eingeführte Militärtestament (→ Rn. 210–213). **14**

In der späten Kaiserzeit und im Dominat verschwimmen die Grenzen zwischen *bp* und *hereditas* (→ Rn. 255–262). Terminologisch bleibt die Dualität aber bis in das justinianische Recht erhalten und wird trotz der fortschreitenden Angleichung beider Erscheinungen auch fortgeführt (→ Rn. 263–265). **15**

---

[44] Vgl. Cic. part. 98; Cic. de orat. 1,175, dazu *Watson*, Succession (1971) 80–82; *Di Lella*, Querela (1972) 76–85; *Kaser*, RP II 610.

[45] Cic. part. 98, zumal die Darlegung, die Argumentation aus der *aequitas* illustrieren soll; zur Sachfrage, vgl. bereits *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 63–68; *Voci*, DER I 134 f.; zuletzt *Zweig*, Cicero (2003) 65 f.

[46] *Zweig*, Cicero (2003) 71 f. Wenig aufschlussreich ist auch der Fall in Val. Max. 7,7,5, der Argumente von *querela* und *bp* vermischt, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 70–76; *Watson*, Succession (1971) 77–84.

[47] Eine Ediktsrekonstruktion bei *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 76 f. und Erläuterung 87–89.

[48] Vgl. Paul. 41 ed. D. 37.1.6.1 *Bonorum possessionis beneficium multiplex est: …;* weitere Belege zu *beneficium:* Ulp. reg. 28.12; Gai. 3.34; Ulp. 1 reg. Coll. Mos. 16.5.1; Paul. 41 ed. D. 37.4.4.3; Ulp. 40 ed. D. 37.4.10.6; Pap. 3 quaest. D. 37.6.8; Ulp. 45 ed. D. 37.12.1 pr.; Gai. 2 ed. praet. urb. D. 38.2.30; Ulp. 49 ed. D. 38.9.1.14; Pap. 5 quaest. D. 46.5.8 pr.

[49] Zum Erbrecht des Patrons nach dem *libertus*, vgl. Gai. 3.39–52, dazu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 214–221.

[50] Zutreffend *Voci*, DER I 135 f. mwN.

II. Ediktale Regelungen und Arten der *bonorum possessio*

16 Die *bp* gilt als eine der wichtigsten Rechtsschöpfungen des Prätors. Es ist wahrscheinlich, dass die ediktale Regelung auf einer Verallgemeinerung von Einzelfallentscheidungen beruht, die Gerichtsmagistrate nicht nur zugunsten des zivilen Erben, sondern auch aus Billigkeitsgründen zum Schutz Nicht-Erbberechtigter erließen. Noch die kaiserzeitlichen Juristen sehen die *aequitas* des Prätors, d. h. die Einzelfallgerechtigkeit, die aus der Interessenkollision im konkreten Fall die Rechtsfolgen bestimmt (→ § 6 Rn. 176), als Entstehungsgrund der *bp* an.[51]

1. Zum *successorium edictum*

17 Die prätorische Regelung der Einweisung in den Nachlassbesitz weicht – wie gesehen (→ Rn. 7–10) – von der ursprünglich im *ius civile* geltenden Lösung mittels *usucapio pro herede* ab: Die Ersitzung der zivilen Erbenstellung diente nach dem Bericht des Gaius dem Schutz der Gläubiger sowie der Pflege der *sacra* der Erbschaft;[52] zudem erleichterte sie dem Außenerben den Erbschaftserwerb.[53] Auch das *ius praetorium* strebt danach, den erbenlosen Nachlass und damit den Nachlassverkauf (*venditio bonorum*)[54] durch die Erbschaftsgläubiger zu verhindern.[55] Zu diesem Zweck sieht das Edikt eine Rangfolge für die Personen vor, die den Nachlassbesitz beantragen können und definiert Fristen und Voraussetzungen für den Antrag (*edictum successorium*).

18 Der Inhalt des *edictum successorium*[56] wird von Ulpian wie folgt wiedergegeben:[57]

Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent et creditoribus longior mora fieret. e re igitur praetor putavit praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto.

„Das Edikt über die Rechtsnachfolger ist deshalb verheißen worden, damit die erbschaftlichen Sachen nicht länger herrenlos offen liegen bleiben und den Gläubigern langer Verzug geschieht. Und aus diesem Grund meinte der Prätor, jenen, denen er die *bp* eröffnet hat, auch untereinander eine Reihenfolge zu erteilen, damit die Gläubiger genau ermitteln können, ob sie einen haben, gegen den sie vorgehen, oder ob die *bona vacantia* an den Fiskus angefallen sind, oder ob sie eher zur *bp* schreiten müssen, gleichsam als sei der Verstorbene ohne Rechtsnachfolger."

---

[51] Belege zur *aequitas* der *bp*, vgl. Paul. 41 ed. D. 37.1.6.1; Ulp. 40 ed. D. 37.5.1 pr.; Ulp. 40 ed. D. 37.6.1 pr.; Ulp. 41 ed. D. 37.11.2 pr.; Ulp. 45 ed. D. 37.12.1 pr.; Gai. 16 ed. prov. D. 38.8.2.

[52] Zu dieser Kultverstetigung, vgl. zuletzt *Avenarius*, in: Zimmermann, Erbrecht (2012) 48–71.

[53] Die *sui heredes* benötigen die *usucapio pro herede* dagegen nicht, vgl. auch Gai. 2.58 *Suo et necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest.* Zur Bedeutung der *aditio*, vgl. *Domisch*, Besitzübergang (2015) 69 f. mwN.

[54] Gai. 3.79, dazu *Solazzi*, Concorso I (1937) 35 f.; *Voci*, DER I 578–587.

[55] Zu *hereditas iacens*, vgl. *Voci*, DER I 516–518.

[56] *Voci*, DER I 177–179.

[57] Ulp. 49 ed. D. 38.9.1 pr., dazu *La Pira*, Successione (1930) 256 f.; *Voci*, DER I 515 f.

In der für Ulpian maßgeblichen Fassung des *edictum perpetuum* wird die *bp* als vom *ius civile* teilweise abweichende Erbrechtsordnung vorausgesetzt.[58] In der späten Kaiserzeit beschränkt sich der Zweck des Edikts damit auf die Etablierung einer Rangfolge zwischen verschiedenen anerkannten Erbberechtigten:[59] Vorrangig berechtigt sind dabei die zur *bpct* Berufenen, auf welche die Antragsberechtigten nach der *bpst* folgen, bevor die Klassen der *bpai* zur Anwendung kommen. **19**

Eine Reihe von anderen Klauseln des *edictum perpetuum* zeigt allerdings, dass der ursprüngliche Zweck der prätorischen Rechtsschöpfung in der Ordnung der zivilen Erbfolge zu sehen ist. So werden in dem von Lenel als „Realexekution" (→ § 14 Rn. 9–15) systematisierten Ediktsabschnitt unter dem Titel „*quibus ex causis in possessionem eatur*" die *missiones in bona vivorum* und *in bona mortuorum* geregelt.[60] Im Sinne einer Vorbereitung der *missio in bona mortuorum* lassen sich auch die Edikte *cui heres non extabit*, *de iure deliberandi* und *si suus heres erit* verstehen,[61] auf die das Edikt über die *venditio bonorum* (*de bonis possidendis proscribendis vendundis*) folgt.[62] **20**

All diese Edikte behandeln die Voraussetzungen für die Einweisung der erbschaftlichen Gläubiger in den Nachlass: Das Edikt „*cui heres non exstabit*"[63] formuliert als allgemeine Voraussetzung für das prätorische Eingreifen das Fehlen eines Erben; das Edikt „*de iure deliberandi*" räumt dem (antrittsberechtigten) Erben die Möglichkeit einer Deliberationsfrist ein, während derer er den Antritt prüfen kann.[64] Tritt er nicht an oder versäumt er die Frist, können die nachrangig Berechtigen angegangen werden.[65] **21**

Zur *bonorum venditio*[66] durch die Gläubiger kommt es nach dem *edictum successorium* erst dann, wenn die Antragsfristen aller Erbberechtigten ungenutzt verstrichen sind[67] und auch der Fiskus den Nachlass nicht als *bona vacantia* für sich beansprucht. In diesem Fall können die Gläubiger auf Antrag selbst in den Besitz eingewiesen werden (*missio in bona)* und den Nachlass zur Schuldentilgung veräußern (→ § 14 Rn. 9–15). **22**

---

[58] Zum Erbrecht des Fiskus, vgl. Call. 1 fisc. D. 49.14.1.1. Diese Stellungnahme legt nahe, dass auch das Fiskuserbrecht als ein bestehendes Recht vom Prätor prozessual rationalisiert wurde, vgl. *Puliatti*, Iure fisci (1992) 195–197; zum Erbrecht des Fiskus an *bona vacantia*, vgl. zuletzt *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 131–134.

[59] *Lenel*, EP 361: § 165 *Quis ordo in possessionibus servetur.*

[60] *Lenel*, EP 44 zur Systematik.

[61] Gai. 2.158; *Lenel*, EP 44, 413–423.

[62] *Lenel*, EP 423–427.

[63] *Lenel*, EP 416 f.; vgl. Gai. 3.78.

[64] Gai. 2.167; vgl. auch Ulp. 1 Sab. D. 28.5.1.1; *Lenel*, EP 417 f.

[65] Die Nachrangigkeit einer Berechtigung folgt entweder aus dem Testament (Einsetzung von mehrstufigen Ersatzerben), dem Gesetz (*lex duodecim tabularum* über die Intestaterbfolge) oder dem prätorischen Recht. Zur *interrogatio in iure*, vgl. *Spengler*, Interrogatio (1994) 71–73.

[66] Vgl. Gai. 3.78; zur *bonorum venditio*, vgl. zuletzt *Pérez Álvarez*, Bonorum venditio (2000).

[67] Ulp. 49 ed. D. 38.9.1.10. Dieses Prinzip wird als „Delation" bezeichnet, vgl. *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 303–305; *La Pira*, Successione (1930) 249.

23 Reformatorisch gegenüber dem *ius civile* wirkt das Edikt nur insoweit, als der Prätor auch nicht-zivile Erben in der Rangfolge der Berechtigten berücksichtigt und in den Nachlassbesitz einweist.[68] Beachtet man allerdings, dass auch nach der altzivilen *usucapio pro herede* Nichterben zu Erben werden können (→ Rn. 8), lässt sich auch diese Neuerung des prätorischen Rechts als bloße Variation des *ius civile* lesen.

24 Der genetische Zusammenhang von *bp* und *edictum successorium* erklärt die Ähnlichkeiten zwischen der Einweisung in den Nachlassbesitz und der *missio in bona*: Beide werden auf Antrag und Prüfung durch den Prätor erteilt und in beiden Fällen erhält der Eingewiesene Interdiktenschutz.[69] Der Hauptunterschied liegt darin, dass die *bp* auf Dauer angelegt ist, während die *missio in bona* zeitlich befristet ist und nur vorläufige Verwaltungshandlungen erlaubt.[70] Allerdings existieren auch zeitlich befristete Erscheinungsformen der *bp*, wie etwa die *bonorum possessio ventris nomine* (→ Rn. 147–152), die in ihren Rechtsfolgen der *missio in possessionem* nahestehen.[71]

2. Das Verhältnis von *bonorum possessio* und *aditio hereditatis*

25 Nach *ius civile* muss ein Außenerbe, dem die Erbschaft anfällt (*delatio*), förmlich den Antritt erklären (*cretio*) oder sich als Erbe gerieren (*pro herede gerere*), um die Erbenstellung zu erwerben.[72] Sofern der Erblasser nicht testamentarisch eine Frist gesetzt hat, steht dem Erben dieses Recht unbefristet zu. Durch das Edikt *de iure deliberandi* eröffnet der Prätor den Gläubigern die Möglichkeit, dem Erben eine Frist setzen zu lassen, innerhalb derer er sich über die Annahme der Erbschaft erklären muss,[73] wenn er den Verkauf des Nachlasses durch die Gläubiger verhindern will.

26 Die Parallele zwischen dem Edikt *de iure deliberandi* und dem *edictum successorium* ist darin zu sehen, dass beide die Rechtsnachfolge für Dritte, vor allem Erbschaftsgläubiger, planbar gestalten sollen:[74] Während aber das Edikt *de iure deliberandi* die zivile

---

[68] Vgl. Ulp. reg. 28.12 *Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur*, dazu zuletzt *Bianchi*, Fictio (1997) 285 f.

[69] Einzelheiten zum Schutz des *missus* bei *Ramadier*, Missio in bona (1911) 11–39; *Lepri*, Missiones in possessionem (1939) bes. 41–87; *Betancourt*, AHDE 53 (1982) 353–510; *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 155–167.

[70] Zum möglichen Wandel der *missio in bona* zur *bp*, vgl. *Lenel*, EP 22 f.; *Ramadier*, Missio in bona (1911) 38 f.

[71] Vgl. *Voci*, DER I 191.

[72] Zum Erbschaftsantritt, vgl. zuletzt *Beduschi*, Hereditatis aditio (1976); *Coppola Bisazza*, RDR XI (2011) (http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano, 24. 01. 2019).

[73] Gai. 2.167 … *Solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.* Das Edikt *de iure deliberandi* gilt für den Außenerben; gleichsinnig kann der Hauserbe eine Ausschlagung (*beneficium abstinendi*) geltend machen, vgl. *Lenel*, EP 417 f., *Spengler*, Interrogatio (1994) 71–73; wichtig *Coppola*, Pro herede gestio II (1999) 248–261, welche die notwendige Parallelität der beiden Institute herausarbeitet.

[74] Ulp. 60 ed. D. 28.8.1, dazu *La Pira*, Successione (1930) 245 f.

Erbenstellung betrifft,[75] handelt das *edictum successorium* von der *bp*, die sowohl dem zivilen Erben als auch dem zivilen Nichterben zustehen kann.

Im Recht des Prinzipats kann die *aditio hereditatis* ebenso wie der Verzicht auf das zivile Erbrecht formlos erfolgen;[76] dagegen ist der Antrag auf Erteilung der *bp* fristgebunden (→ Rn. 32) und formgebunden.[77] Aus diesem Grund kann die *petitio bonorum possessionis* als (formlose) *aditio hereditatis* gedeutet werden,[78] während die (formlose wie förmliche) *aditio hereditatis* umgekehrt nicht als *agnitio bonorum possessionis* ausgelegt werden kann.[79] Hingegen können der Verzicht auf die *hereditas* und die *repudiatio bonorum possessionis* zusammenfallen.[80] **27**

3. *Agnitio bonorum possessionis*

Die Erteilung der *bp* bedarf eines Antrags (*adgnitio bonorum possessionis*).[81] Mit dem Wort *agnitio* wird die Anerkennung der behördlichen Zuständigkeit bezeichnet, die gleichzeitig die Akzeptanz der behördlichen Entscheidung beinhaltet.[82] Einzelheiten zur Förmlichkeit dieses Antrags lassen sich aus der dokumentarischen Praxis ableiten, wie sie für das römische Ägypten nach der *Constitutio Antoniniana,*[83] aber auch in den *Tabulae Herculanenses*[84] überliefert ist.[85] **28**

---

[75] Vgl. Marcell. 28 dig. D. 28.8.10 zu unterschiedlichen Gradeseinsetzung von Erben im Testament.

[76] Die Entwicklung ist umstritten; die moderne Literatur geht davon aus, dass die *cretio* bereits zu Beginn der Kaiserzeit entbehrlich war und die *pro herede gestio* ausreichte, vgl. *Coppola*, Pro herede gestio II (1999) 51–182.

[77] Vgl. Gai. 3.35–37, dazu *La Pira*, Successione (1930) 247 f.

[78] Wenn die *bp* dem *ius civile* nicht widerspricht, vgl. z. B. Antrag des *emancipatus* auf *bpct* in Iav. 1 post Lab. D. 29.2.60, dazu *Coppola*, Pro herede gestio II (1999) 71 f.

[79] Vgl. Gai. 2.167, dazu *La Pira*, Successione (1930) 241; zuletzt *Avenarius*, AUPA 55 (2012) 9–40.

[80] Vgl. Ulp. 13 Sab D. 38.17.2.21, dazu *La Pira*, Successione (1930) 246 f.; vgl. auch Paul. SC Orf. sing. D. 38.17.6.1, dazu *La Pira*, Successione (1930), 250 f.

[81] Vgl. Gai. 2 fideic. D. 36.1.65.14 … *is passus fuerit diem bonorum possessionis adgnoscendae transire* …; Ulp. 39 ed. D. 37.1.3.4 *A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio adgnosci potest.* …; Paul. 7 quaest. D. 37.9.10 *Postumus natus quocumque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere bonorum possessionem*: …; Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.2 … *ut bonorum possessio secundum tabulas agnoscatur*; Marcell. 9 dig. D. 38.15.5 pr. *Cum filio familias bonorum possessio delata est, dies, quibus certiorare patrem non potest, ut vel iubeat adgnosci bonorum possessionem vel ratam habeat agnitionem bonorum possessionis, non cedunt. Voci*, DER I 606 f. „*bonorum possessionis petitio*".

[82] *Leonhard*, s. v. Agnitio, RE I.1.

[83] Alle bisher bekannten Dokumente stammen von nach 212 n. Chr., vgl. *Kreller*, Erbrechtliche Untersuchungen (1919) 124–126; *Katzoff*, TR 37 (1969) 415–437; *Gagos/Heilporn*, Ess. Thomas 179 f.; *Camodeca*, Mél. Humbert 34 Fn. 29 mwN.

[84] Vgl. *Camodeca*, Mél. Humbert 27–37 (= TH² A3).

[85] Explizit als *agnitio bonorum possessionis* behandelt worden sind (in chronologischer Reihenfolge): P.Bagnall.3 = ChLA XLVII 1442 = P.Duk.inv. 466 (212 oder 239 n.Chr.), dazu *Aubert*, FS

29 Der Antrag ist in lateinischer Sprache abzufassen und wird nach der Anrede des entscheidenden Magistraten als Bitte formuliert:[86] *rogo, domine, mihi… des bonorum possessionem….*[87] Es folgt der Name des oder der Verstorbenen und der Rechtsgrund für den Antrag, indem entweder auf das Testament- (*secundum tabulas testamenti … ex edicto possessionem dedit*)[88] oder das Intestaterbrecht des Edikts (*ex ea parte edicti qua legitimis hereditus dari pollicetur*[89]) verwiesen wird.[90]

30 Wie auch die Juristenschriften zeigen, kann der Antrag auf *bp* nur *pro tribunale*[91] erfolgen, setzt also den Antrag am Amtssitz des Prätors[92] oder Statthalters[93] voraus. Während Voci dies auf die *bonorum possessio decretalis* beschränkt und behauptet, die *bonorum possessio ex edicto* könne auch *de plano* erteilt werden,[94] ist Camodeca darin zuzustimmen, dass die Unterscheidung von *bonorum possessio decretalis* und *edictalis* keine Bedeutung für die Frage des Erlassortes hat.[95]

31 Die *bonorum possessio decretalis* bezeichnet die vermutlich ursprüngliche, auf das Ermessen im Einzelfall (*causae cognitio*) gestützte Erteilung des Nachlassbesitzes (→ Rn. 12, 34), während mit der *bonorum possessio edictalis* der nach der Rechtsschutzverheißung des Edikts zustehende Nachlassbesitz gemeint ist.[96] Die Unterscheidung geht mithin auf die Selbstbindung des Prätors durch sein Edikt zurück, wie sie seit der *lex Cornelia de edictis* vom Jahre 67 n. Chr. anzunehmen ist (→ § 6 Rn. 140–142).

32 Der Antrag auf die Erteilung des Nachlassbesitzes ist fristgebunden und steht den Berechtigten nach ihrer im Edikt festgelegten Rangfolge zu.[97] Die Fristen unterscheiden

---

Bagnall 17–20; P.Amh. II 72 vom 16. Juni 246, dazu *Mitteis*, SZ 22 (1901) 198 f.; ChLA X 386 = SB I 1010 = CPL 216 = Jur.Pap. 27 vom 15.Sept. 249, dazu *Eger*, SZ 32 (1911) 378–382; vgl. auch P.Iand.inv. 253 = SB 9298 = ChLA XI 486 vom 14. Sept. 249, dazu *Kalbfleisch*, SZ 64 (1944) 416–419; P.Thomas 20 = P.Mich.inv. 1946, dazu *Gagos/Heilporn*, Ess. Thomas 175–186 mit einer Übersicht zu den bisherigen Belegen 176–179.

[86] Abweichend nur TH² A3, Z. 2 „*postulante*“, dazu *Camodeca*, Mél. Humbert 31 (= *Camodeca*, TH I 86). Hier ist zu beachten, dass TH² A3 die bereits stattgefundene Erteilung der *bp* berichtet, also nicht den Antrag enthält. Es könnte daher im Antrag gut „*postulo*“ gelautet haben.

[87] Vgl. P.Mich.inv. 1946, 3–5; ebenso P.Duk.inv. 466, 3.

[88] So TH² A3; andere Beispiele PSI X 1101 (nur in griechischer Sprache), dazu *Gagos/Heilporn*, Ess. Thomas 177; evtl. P.Ryl. IV 610, dazu *Daris*, Misc. Roca-Puig 111–115; anders *Gagos/Heilporn*, Ess. Thomas 177 Fn. 9.

[89] P.Mich.inv. 1946, 7; ebenso P.Duk.inv. 466, 4 f.

[90] Auch für die *bpct* ist ein entsprechender Antrag zu vermuten; dokumentarische Quellen hierzu fehlen.

[91] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.1.3.8 *Si causa cognita bonorum possessio detur, non alibi dabitur quam pro tribunali, quia neque decretum de plano interponi neque causa cognita bonorum possessio alibi quam pro tribunali dari potest*, dazu *Kaser/Hackl*, RZ 201 Fn. 4 und *Camodeca*, Mél. Humbert 34 mit Fn. 28.

[92] Gerichtsort der Prätoren in Rom ist das *comitium*, vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 201.

[93] Zu den Amtssitzen des Statthalters, vgl. zuletzt *Färber*, Gerichtsorte (2014) 144–160.

[94] Vgl. *Voci*, DER I 187–191.

[95] Vgl. Cic. Att. 6,1,15, dazu *Camodeca*, Mél. Humbert 35 f. mit Fn. 36.

[96] Vgl. *Leonhard*, s. v. Bonorum possessio, RE III.1 710; *Biondi*, DER 134–139.

[97] Vgl. Ulp. 69 ed. D. 29.2.69, dazu *La Pira*, Successione (1930) 240 f.

sich nach Art der zum Antrag Berufenen: Während für *parentes* und *liberi* die Jahresfrist gilt,[98] müssen alle anderen Berechtigten innerhalb von 100 Tagen den Antrag stellen.[99] Fristbeginn ist der Tod des Erblassers.[100] Die Frist ist als *tempus utile* ausgestaltet,[101] was bedeutet, dass Zeiten, in den der Berechtigte durch Nichtwissen oder Nichtkönnen an der Antragstellung gehindert ist, nicht eingerechnet werden.[102] Über diese Fälle hinaus ist eine Fristverlängerung nicht möglich;[103] Rechtsunkenntnis schadet.[104]

In gewissen Fällen beginnt die Frist eines nachrangig Berufenen nicht zu laufen, weil weitere Bedingungen eintreten müssen. Dies gilt namentlich bei der vorläufigen Einweisung eines ungeborenen Kindes (*si venter in possessionem missus est*),[105] bei der zunächst die Geburt und sodann das Verstreichen der Jahresfrist zugunsten des *postumus* zuzuwarten ist[106] (→ Rn. 34, 159); Vergleichbares gilt bei vorrangiger Antragsberechtigung eines *furiosus*, *infans* oder *impubes*.[107] **33**

Die justinianischen Quellen kennen die Unterscheidung einer *bonorum possessio ordinaria* von einer *bonorum possessio extraordinaria*.[108] Sie entspricht sachlich der Differenzierung zwischen den *bp decretales*, die eine *causae cognitio* voraussetzen und daher als *extraordinariae* bezeichnet werden, und der ohne Einzelfallprüfung erteilten *bp edictalis (ordinaria)* (→ Rn. 30–31). Da eine *causae cognitio* in den Fällen der *bp ventris nomine*, der *bp ex edicto Carboniano* und der *bp furioso data* erforderlich ist, knüpft diese Einteilung offensichtlich an das Recht der Prinzipatszeit an. **34**

Antragsberechtigt zur *bp* ist nicht nur ein *pater familias*,[109] sondern auch ein *filius familias*, der über ein *peculium castrense* verfügt, also begrenzt testierfähig ist;[110] andere **35**

---

[98] Ulp. 49 ed. D. 38.9.1.12. Die Frist gilt für alle Arten der *bp*, vgl. Iul. 28 dig. D. 38.15.4.1.

[99] Ulp. 49 ed. D. 38.9.1.8, dazu *Biondi*, DER 136. *La Pira*, Successione (1930) 238 vermutet, dass die Frist von 100 Tagen ihr Vorbild in der *cretio* des *ius civile* habe.

[100] Pap. 6 resp. D. 38.8.9.1; die für die *aditio hereditatis* nach der *lex Iulia et Papia* eingeführte Fristverschiebung auf die Testamentseröffnung ist offenbar nicht auf die *agnitio bonorum possessionis* übertragen worden, vgl. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 225–233.

[101] Vgl. *La Pira*, Successione (1930) 237 f.

[102] Ulp. 49 ed. D. 38.15.2 pr. …, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.2 131–133. Zur Kasuistik der Verhinderung, v. a. bei der *bp* zugunsten des Haussohnes, vgl. Ulp. 49 ed. D. 38.15.2.5; Paul. 44 ed. D. 38.15.3; Marcell. 9 dig. D. 38.15.5 pr.,1.

[103] Ulp. 45 ed. D. 29.1.15.6. Die Aussage ist auf das Soldatentestament bezogen, hat aber allgemeine Geltung, vgl. *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.2 130 f.

[104] Paul. 2 Sab. D. 37.1.10, dazu *Winkel*, Rechtsirrtum (1985) 111–119.

[105] Ulp. 49 ed. D. 38.15.2.4.

[106] Vgl. *La Pira*, Successione (1930) 235.

[107] Ein Überblick dazu bei *Voci*, DER I 642 f. mwN.

[108] Inst. 3.9.7, dazu *Stiegler*, St. Volterra IV 231–247.

[109] Dieser kann auch für ein Hauskind den Antrag stellen, vgl. Pap. 15 quaest. D. 37.3.1, dazu *Biondi*, DER 136.

[110] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.1.3.5 *Dari autem bonorum possessio potest tam patris familias quam filii familias, si modo ius testandi habuit de peculio castrensi vel quasi castrensi.*

Hauskinder bedürfen des ermächtigenden *iussum* des Hausvaters;[111] Sklaven sind soweit antragsberechtigt, als dem Prätor ihr Rechtszustand bekannt ist, sie also für ihren Herrn die *bp* erwerben;[112] der Antrag richtet sich auch sonst nach dem für den Herrn geltenden Recht. Auch der Einsatz von *procuratores* oder sonstigen Sachwaltern[113] wird von Ulpian als zulässig angesehen und ist auch in der dokumentarischen Praxis bezeugt;[114] Frauen ohne *ius liberorum* benötigen die Zustimmung ihres Vormunds.[115]

36 Ein Unmündiger bedarf der Zustimmung des Tutors, um den Antrag zu stellen;[116] entsprechend beginnt der Fristlauf erst nach Kenntnisnahme durch den Vormund.[117] Der Schutz des Mündels (→ § 84 Rn. 94) bedingt, dass der Tutor nur den Antrag auf *bp* stellen darf, keinesfalls aber auf die *bp* verzichten kann.[118] Ist der Erwerb der *bp* für den Unmündigen im Ergebnis nachteilig, haftet der Tutor[119] mit der *actio tutelae* (→ § 84 Rn. 66).

37 Sind mehrere nebeneinander zur *bp* berechtigt, beantragen aber nur einige oder nur einer von ihnen den Nachlassbesitz, kommt es – nach dem Vorbild des *ius civile* (→ § 53 Rn. 49.51; → § 54 Rn. 42) zur Anwachsung.[120] Dies gilt auch dann, wenn die anderen nur deshalb ausgeschlossen sind, weil sie die Frist zum Antrag verpasst haben.[121]

38 Verschiedene Personengruppen[122] sind vom Erwerb der *bp* ausgeschlossen. So ordnet das Edikt an, dass strafrechtlich zu *mors* oder *interdictio aqua et igni* Verurteilte

---

[111] Einzelheiten bei *Voci*, DER I 641 f. mwN.; zuletzt *Coppola*, Contemplatio domini (2008) bes. 89–154.

[112] Ulp. 1 Sab. D. 37.1.7 pr. *Servus bonorum possessionem recte admittere potest, si praetor de condicione eius certus sit:* …; vgl. auch Ulp. 1 Sab. D. 37.1.3.7, dazu *Biondi*, DER 136.

[113] Aufgrund einfachen Mandats, vgl. Ulp. 8 Sab. D. 29.2.25.7 und Ulp. 39 ed. D. 37.1.3.7, dazu *Biondi*, DER 136; *Coppola*, Contemplatio domini (2008) 263–313.

[114] *Cognitor* in TH² 3A, dazu *Camodeca*, Mél. Humbert 31; *mihi et fratribus meis*, vgl. P.Thomas 20, col. 1, 3, dazu *Gagos/Heilporn*, Ess. Thomas 180f; *curator* in P.Ryl. IV 610. Zum *curator furiosi*, vgl. Proc. 8 epist. D. 31.48.1, dazu *Biondi*, DER 136.

[115] *Voci*, DER I 643. Nur auf die Sklavin, die für ihren Herrn beantragt, bezieht sich Ulp. 1 Sab. D. 37.1.7 pr. … *ergo et femina poterit alii bonorum possessionem petere.* Fehlgehend *Lenel*, Pal. II 2425 Fn. 5 *sibi non poterit nisi tutore auctore*?

[116] Ulp. 1 Sab. D. 37.1.7.1 *Impubes nec bonorum possessionem admittere nec iudicium sine tutoris auctoritate accipere potest*; aus der dokumentarischen Praxis, vgl. P.Mich.inv. 1946, 4 mit *Aubert*, FS Bagnall 19; SB I 1010, dazu *Eger*, SZ 32 (1911) 380 f.

[117] Ulp. 1 Sab. D. 37.1.7.2 *Quia tutor pupillo et pater infanti filio bonorum possessionem petere possunt, dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet.*

[118] Paul. 8 Plaut. D. 37.1.8 *Tutor autem bonorum possessionem pupillo competentem repudiare non potest, quia tutori petere permissum est, non etiam repudiare*, dazu *Voci*, DER I 642 mit Fn. 93.

[119] Gai. 14 ed. prov. D. 37.1.11 *Si pupillo tutor bonorum possessionem petierit et plus incommodi quam commodi haec bonorum possessio habeat, tutor tutelae iudicio tenetur.*

[120] Ulp. 39 ed. D. 37.1.3.9; Ulp. 39 ed. D. 37.1.5, dazu *La Pira*, Successione (1930) 234 f.; *Voci*, DER I 692.

[121] Gai. 8 l. Iul. Pap. D. 37.1.4; Iul. 28 dig. D. 38.15.4 pr.

[122] Personenmehrheiten (*municipia, societates, decuria* und *corpora*) sind nach Ulp. 39 ed. D. 37.1.3.4 ebenfalls antragsberechtigt.

(*damnati*) nicht zur *bp* zugelassen werden.[123] Zudem respektiert der Prätor die Erwerbsunfähigkeitsregeln der *lex Iulia et Papia*, die durch verschiedene Senatsbeschlüsse konkretisiert und verschärft wurden;[124] danach sind Unverheiratete, die nicht zur Gruppe der privilegierten Familienangehörigen gehören, testamentarisch erwerbsunfähig und auch von der *bpst* ausgeschlossen; kinderlose Verheiratete können die *bpst* in Höhe der Hälfte des Erbteils erlangen, der ihnen testamentarisch zugeschrieben wurde.[125]

4. Ediktsaufbau (Rekonstruktion nach Lenel)

Nach Lenels Rekonstruktion des *edictum perpetuum* ist ein eigener Ediktsteil *de bonorum possessionibus* anzunehmen, der in zwei Abschnitte aufgeteilt war. Der erste lautete: *si tabulae testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatae*[126] („wenn Testamentstafeln vorhanden sein werden, die von nicht weniger als sieben Zeugen gesiegelt worden sind"), setzte also die Existenz eines Testaments voraus und umfasste sowohl die *bpst* als auch (und zwar an erster Stelle!) die *bpct* mit ihren Nebenedikten;[127] der zweite Abschnitt *si tabulae testamenti nullae extabunt*[128] („wenn keine Testamentstafeln vorhanden sein werden") regelte hingegen die Intestaterbschaft. In einem Anhang waren allgemeine Regeln der *bp* niedergelegt.[129] **39**

Die *bp* des Patrons gegenüber dem *libertus* war als Sonderfall der *bpct*[130] geregelt (→ § 37 Rn. 28–49) und sah zudem Regelungen für den Fall der Veräußerung von Erbschaftsgegenständen *in fraudem patroni* vor (*edictum Fabianum*; *edictum Calvisianum*).[131] Weitere Edikte dieses Abschnitts betrafen die prätorischen Rechte der Abkömmlinge des Patrons (*de liberis patroni*)[132] und setzten Ausschlusstatbestände für den treulosen *patronus* fest (*quibus bonorum possessio liberti non datur*).[133] **40**

---

[123] Vgl. Afr. 5 quaest. D. 37.1.13.

[124] Ulp. 48 ed. D. 37.1.12.1 *Ubicumque lex vel senatus vel constitutio capere hereditatem prohibet et bonorum possessio cessat*, dazu auch *Zweig*, Cicero (2003) 58 f. Zu den Senatsbeschlüssen zur Konkretisierung der *lex Iulia et Papia*, vgl. zuletzt *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 144–148 mwN.

[125] Vgl. *Solazzi*, Scr. IV 352–372. Belegt ist allerdings nur die Einschränkung der *bpai unde vir et uxor* durch das *iniustum matrimonium*, vgl. Ulp. 47 ed. D. 38.11.1 pr., dazu *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 121–123.

[126] Vgl. *Lenel*, EP 342–354.

[127] *Voci*, DER I 181 f. Fn. 14 erklärt dies zutreffend wie folgt: „*La bpsect è data a condizione che il testamento rispetti i diritti dei liberi; se non lo rispetta, la sanzione è la bpct.*"

[128] Vgl. *Lenel*, EP 355–359.

[129] Vgl. *Lenel*, EP 360 f.

[130] Vgl. *Lenel*, EP 350–352.

[131] Vgl. *Lenel*, EP 352 f.

[132] Vgl. *Lenel*, EP 353.

[133] Vgl. *Lenel*, EP 353 f.

41 Als Sonderfall der *bpst* war die *bonorum possessio ex testamento militis* in einem eigenen Edikt geregelt.[134] Die Notwendigkeit einer eigenen Ediktsklausel erklärt sich daraus, dass das formlose Militärtestament als *ius singulare* angesehen wurde,[135] für das nicht die für das Testament nach *ius civile* geltenden Klausel verwendet werden konnte.

III. Die *bonorum possessio contra tabulas*

42 Die ediktale Regelung der *bpct* ist die umfangreichste des gesamten Titels. Ihr Kernstück bildet die Rechtsschutzverheißung zugunsten der im Testament übergangenen *liberi* des Erblassers.[136] Aufgrund dieses formellen Noterbrechts[137] erhalten die übergangenen Abkömmlinge den Nachlassbesitz am väterlichen Vermögen, womit der Prätor das zivile Testament (teilweise) missachtet.

1. Enterbungsregeln des *ius praetorium*

43 Die *bpct* knüpft an die im *ius civile* geltende Vorgabe (→ § 55 Rn. 1–10) an, dass *sui heredes* entweder einzusetzen oder zu enterben sind.[138] Für Haussöhne gilt dabei, dass sie *nominatim* enterbt werden müssen;[139] die übrigen Hauskinder (Haustöchter, Enkel) können *inter ceteros* enterbt werden.[140] Wird der Haussohn nicht oder nicht wirksam enterbt und gilt damit als übergangen (*praeteritus*), ist das Testament nach *ius civile* unwirksam; sind die übrigen Hauskinder übergangen worden, wachsen die übergangenen Hauskinder dem eingesetzten Erben an.[141] Bei hauseigenen Testamentserben wird die Erbschaft nach Stämmen verteilt; bei hausfremden Testamentserben erhalten die übergangenen Kinder die Hälfte der Erbschaft.[142]

---

[134] Vgl. *Lenel*, EP 354 f.

[135] Eine Sonderfrage ist die der Antragsberechtigung für die *bpct* nach einem aus dem *peculium castrense* freigelassenen Sklaven, die von Hadrian in dem Sinne entschieden wird, dass der Haussohn als Freilasser antragsberechtigt ist, vgl. Ulp. 41 ed. D. 38.2.3.8; Marcian 1 inst. D. 38.2.22 und Mod. 6 reg. D. 37.14.8 pr., dazu *González Roldán*, Diritto ereditario (2014) 223–231.

[136] *Lenel*, EP 343 f.

[137] *Woeß*, Erbrecht (1911) 135–138; *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 7 f.

[138] Gai. 2.123; Ulp. reg. 22.14, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 80–88; *Woeß*, Erbrecht (1911) 138–143; *Watson*, Succession (1971) 40–44; *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 141 f.; *Sanguinetti*, SDHI 59 (1993) 259–278; ein Überblick bei *Zimmermann*, in: Reid et al., Succession (2007) 27–48 mwN.

[139] Gai. 2.127.

[140] Gai. 2.128; auch Adoptivkinder zählen zu den *sui heredes*, vgl. Ulp. 12 Sab. D. 38.16.1,2, dazu *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 124 f.; zur Stellung der Töchter: v. a. *Woeß*, Erbrecht (1911) 82–84; 152–168.

[141] Vgl. auch Iust. C. 6.28.4.1 (a.531). Besondere Regeln gelten für die Enterbung des nachgeborenen Kindes (*postumus*), vgl. Gai. 2.130–134.

[142] Gai. 2.124.

Der Prätor adaptiert die Vorgaben des *ius civile*, indem er den Hauskindern auch im Fall der Anwachsung den gesamten Nachlass zuspricht,[143] ihnen also erlaubt, mit der *bpct* die gesamte Erbschaft vom Testamentserben herauszuverlangen, wenn dieser hausfremd ist. Vor allem aber stellt der Prätor die emanzipierten Kinder den Hauskindern insofern gleich, als er auch für sie die Enterbung verlangt,[144] wobei er zwischen den männlichen Abkömmlingen, die *nominatim* enterbt werden müssen, und den weiblichen Abkömmlingen, die auch *inter ceteros* wirksam enterbt werden können, differenziert.[145] **44**

Die Fassung der *bpct* im hadrianischen Edikt geht auf republikanische Vorläufer zurück, die vermutlich ursprünglich dazu dienten, Lücken der zivilen Erbfolge zu regeln und im Sinne der *aequitas*, und d. h. der Familienerbfolge, zu schließen (→ Rn. 13). Das technische Mittel, das es dem Prätor erlaubt, einen zivilen Nichterben in den Nachlassbesitz einzuweisen, ist die Fiktion, der *emancipatus* sei in der Gewalt des Vaters verblieben.[146] Diese Vorstellung erklärt, warum die *bpct* nicht gegenüber Testamenten von Frauen gewährt wird, da sie mangels Gewaltverhältnis keine *sui heredes* haben.[147] Hier bleibt den Kindern nur die *querela inofficiosi testamenti*, wenn ihre Erwerbserwartung enttäuscht wurde (→ § 55 Rn. 15). **45**

Wird ein nicht in seiner Gewalt befindliches Kind von seinem Vater dadurch übergangen, dass er sein Testament entgegen den prätorischen Enterbungsregeln errichtet, findet die *bpct* Anwendung.[148] Sie zeichnet sich dadurch aus, dass das Testament nach *ius civile* wirksam ist, nach *ius praetorium* aber insoweit als aufgehoben behandelt wird, als es der legitimen Erwerbserwartung des übergangenen Abkömmlings widerspricht. Der hiermit notwendige Kompromiss zwischen *ius civile* und *ius praetorium* erklärt die **46**

---

[143] Gai. 2.125. Das Kaiserrecht hat die Gleichstellung von männlichen und weiblichen Hauserben aufgehoben, indem die *bpct* für Frauen aufgrund eines Reskripts des Antoninus Pius auf den Anteil nach Anwachsungsrecht beschränkt wurde, vgl. Gai. 2.126, dazu *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 64–71.

[144] Die emanzipierten Kinder werden hervorgehoben in Gai. 2.135; Ulp. reg. 28.2.4, Paul. 41 ed. D. 37.1.6.1, dazu *La Pira*, Successione (1930) 320 f.

[145] Gai. 2.129; erst unter Justinian müssen auch Töchter *nominatim* enterbt werden, vgl. Iust. C. 6.28.4.6 (a.531) und Inst. 2.13.5, dazu *Schindler*, Justinians Haltung (1966) 34 f.

[146] *Vacca*, BIDR 80 (1977) 170 f.; *Bianchi*, Fictio (1997) 273–286 mwN. in Fn. 240. In der Lit. wird die Fiktion der „Suität" oder „*suità*" als wichtigstes Prinzip der *bpct* angesehen, vgl. v. a. *Fein*, Collation (1842) 1–9; *La Pira*, Successione (1930) 317; korrigierend *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 55–60, der herausarbeitet, dass im Laufe der Kaiserzeit die agnatische Verwandtschaft immer stärker in den Hintergrund tritt und zunehmend die gemeinsame Abstammung der männlichen Abkömmlinge vom *pater* in den Vordergrund rückt, um die Erbberechtigung gegen das Testament zu erklären; kritisch auch *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 30–32 (allerdings von einem interpolationistischen Standpunkt aus).

[147] Paul. 41 ed. D. 37.4.4.2 *Ad testamenta feminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet, quia suos heredes non habent.* Die Gleichstellung für mütterliche Testamente erfolgt erst in der Spätantike.

[148] *La Pira*, Successione (1930) 343 f.

Komplexität der ediktalen Regeln und ihre die Komplexität noch steigernde Fortbildung in der kaiserzeitlichen Rechtssetzung.

2. Überblick über das Ediktssystem

47 Das Edikt enthält nicht nur die Rechtsschutzverheißung zugunsten des übergangenen Abkömmlings, sondern eine Reihe von Annexbestimmungen, welche die Aufteilung des Nachlasses regeln und die Rechtsfolgen der teilweisen Aufrechterhaltung des Testaments bestimmen. Im Einzelnen handelt es sich um folgende ediktale Klauseln:

- das Edikt *de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*,[149] aufgrund dessen bestimmte Personen vom *bpct* die Erfüllung der ihnen im Testament ausgesetzten Vermächtnisse verlangen können (→ Rn. 70–89);
- das Edikt *de collatione bonorum*, das dem emanzipierten Sohn, der die *bpct* gegenüber den in der Gewalt verbliebenen Kindern verlangt, die Einwerfung (Kollation) des eigenen Vermögens auferlegt (→ Rn. 90–118);
- das Edikt *de collatione dotis*, das der dotierten Tochter, die von der *bpct* profitiert, eine Ausgleichspflicht auferlegt (→ Rn. 119–129);
- das Edikt *de coniugendis cum emancipato liberi eius* (= *nova clausula Iuliani*), welches das Aufeinandertreffen vom emanzipierten Haussohn und seinen in der Gewalt des Großvaters verbliebenen Hauskindern regelt (→ Rn. 130–146);
- das Edikt *de ventre in possessionem mittendo et curatore eius*, das zum Schutz des ungeborenen *postumus* des Erblassers eine Besitzeinweisung der schwangeren Frau gemeinsam mit den *liberi* des Erblassers anordnet (→ Rn. 147–152);
- das *edictum Carbonianum*, das dem Schutz des *impubes*, dessen Zugehörigkeit zu den *liberi* des Erblassers bestritten wird, dient, indem es eine Besitzeinweisung und den Aufschub der Statusfrage bis zur Erreichung der Volljährigkeit anordnet (→ Rn. 153–170).

3. Antragsberechtigte

48 Antragsberechtigt zur *bpct* sind die Abkömmlinge des Erblassers (*liberi*), die gleichzeitig die erste Klasse der prätorischen Intestaterben darstellen (→ Rn. 220–221). Voraussetzung für die *bpct* ist, dass der Vater seine *liberi*,[150] die sowohl natürliche als auch Adoptivkinder (→ Rn. 220) sein können, weder als Erben eingesetzt noch enterbt hat.[151] Leibliche Kinder können die *bpct* auch aufgrund eines früheren Kindschafts-

[149] *Lenel*, EP 344 f.

[150] Zu den Antragsberechtigten *liberi* zählen ursprünglich auch Frauen, vgl. Gai. 2.126, die mehr als ihr ziviles Anwachsungsrecht geltend machen wollen, vgl. Gai. 2.125. Zum Verhältnis von *liberi* und agnatischer Verwandtschaft, vgl. *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 10–26; *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 8–11.

[151] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.4.1 pr. *In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive*

verhältnisses erhalten, Adoptivkinder nur solange sie sich in der Gewalt des Vaters befinden.[152]

Anders als im *ius civile* sind auch die *emancipati* und deren Abkömmlinge gegen das **49**
Übergehen im väterlichen Testament geschützt.[153] Dabei kommt es jedenfalls in der hohen Prinzipatzeit nicht mehr darauf an, ob diese Deszendenten tatsächlich einmal in der Gewalt des Erblassers gestanden haben oder ob diese nur fiktiv ist (→ Rn. 141–146).

Auch das in Adoption gegebene und nicht vom Adoptivvater emanzipierte[154] Kind **50**
des Erblassers kann am Nachlass des leiblichen Vaters partizipieren,[155] wenn dieser es zum Erben eingesetzt hat[156] und die *bpct* durch einen übergangenen Abkömmling verlangt werden kann[157] (→ Rn. 69). Grund für die Einbeziehung des Kindes aus einer fremden (Adoptiv-)/familie ist die durch das Testament des leiblichen Vaters zum Ausdruck gekommene Nähebeziehung: *nec enim in totum extranei sunt.*[158]

Bei Kindern, die durch Adoption aus dem Gewaltverhältnis ausgeschieden sind, **51**
kommt es – anders als für die Adoptivkinder des Erblassers – für die Antragsberechtigung nicht darauf an, ob der Adoptivvater noch lebt.[159] Davon ist der Fall zu unterscheiden, dass der Sohn übergangen wurde, bevor er adoptiert worden ist, denn hier bleibt ihm die einmal angefallene *bpct* gegen das väterliche Testament erhalten.[160]

---

naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 102 f.; *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 55–63; *La Pira*, Successione (1930) 323 f.; *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 141 f.

[152] Vgl. Gai 2.136; ferner Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.6, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 125; *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 84–92; *La Pira*, Successione (1930) 324 f.

[153] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.4.3 pr., dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 106–110; *La Pira*, Successione (1930) 321–327.

[154] Gai. 2.136,137; Paul. 41 ed. D. 37.4.6.4, dazu *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 146 f., der hieraus den Satz ableitet: „*adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in familia aliena sit.*"

[155] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.12, dazu *La Pira*, Successione (1930) 340. Die Begründung ist umstritten, vgl. *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 117–134, der annimmt, die Adoption solle die Natur imitieren, weshalb jeder nur eine Abstammungslinie haben könne; nicht einschlägig *Marastoni/Mastrocinque/Poletti*, Hereditas (2011), die allein die politischen Fragen der Herrschaftsübertragung betrachten.

[156] Fällt die Erbeinsetzung durch Bedingungsausfall dahin, verliert der in Adoption Gegebene seinen Vorteil, vgl. Paul. 41 ed. D. 37.4.11 pr., dazu *La Pira*, Successione (1930) 339.

[157] Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.11 dazu *La Pira*, Successione (1930) 338 f.; *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 148 f.; *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem (1990) 457 f.; Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.13, dazu *Vacca*, BIDR 80 (1977) 173 f.; *Russo Ruggeri*, a. a. O. 459–468. *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 169–179 sieht hierin zutreffend eine Mischung von testamentarischer Erbfolge und *bpct*. Maßgeblich ist nicht der Antrag des Berechtigten, sondern die Delation, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.4.10.1 … *nec enim exigimus, ut adeat hereditatem, sed sufficit, ut ei delata sit adquirique possit.*

[158] *Vacca*, BIDR 80 (1977) 173 f.

[159] Gai. 14 ed. prov. D. 37.4.9 *Utrum autem pater adoptivus vivit an defunctus est, nihil interest: nam hoc solum quaeritur, an in adoptiva familia sit.*

[160] Ulp. 40 ed. D. 37.4.10 pr. *Si post mortem testatoris heres institutus filius in adoptionem se dederit, bonorum possessionem contra tabulas accipere potest, quia scriptis heredibus instituti non solet nocere adoptio.*

52 Der in Adoption gegebene Sohn, der im Testament des leiblichen Vaters als Erbe eingesetzt ist, muss abwägen, ob er aus dem Testament oder aus der *bpct* erwerben will: Hat er bereits ein Legat oder die Erbschaftsportion erhalten, wird ihm die *bpct* verweigert.[161]

53 Zu den *liberi* der *bpct* zählen – wie im *ius civile*[162] – auch die nachgeborenen Kinder des Erblassers (*postumi*).[163] Dies sind zunächst die Kinder, die nach dem Tod des Vaters zur Welt gekommen sind, aber bereits (ehelich) gezeugt waren;[164] hierzu gehören ferner die *quasi postumi sui*, d. h. die „an Sohnes statt" nachrückenden Enkel, wenn der Sohn aus der Gewalt des Vaters durch Tod, Emanzipation oder anders ausgeschieden ist.[165] Auch der aufgrund des *ius postliminii* zurückgekehrte und in seine Sohnesstellung wieder restituierte Sohn kann zur *bpct* zugelassen werden.[166]

54 Ausgeschlossen von der *bpct* sind alle (wirksam) enterbten Abkömmlinge.[167] Die Enterbung ist nur dann unbeachtlich, wenn das Testament aufgrund Übergehung eines *suus heres* nach *ius civile* unwirksam ist; in diesem Fall tritt die *bpai* ein,[168] an der auch enterbte Abkömmlinge teilhaben. Zu beachten ist, dass die Enterbung für jeden Grad vorgenommen werden muss: Kommt es zur Ausschlagung durch den erstrangigen Erben und ist der Abkömmling für den Fall der Ersatzerbschaft nicht enterbt worden, kann er die *bpct* wegen der *praeteritio* im folgenden Grad erheben.[169]

55 Allgemein ausgenommen von der *bpct* sind Personen, die von Rechts wegen nicht als Erben eingesetzt werden können.[170] Hier ist an das Fehlen der *testamenti facti* der Erben, z. B. wegen fehlenden römischen Bürgerrechts (→ § 26 Rn. 35) oder aufgrund Sklavenstellung (→ § 36 Rn. 10) zu denken.

56 Sind mehrere Abkömmlinge vorhanden, verheißt der Prätor die *bpct* in der Rangfolge des *ius civile*, d. h. nach dem Grade der Verwandtschaft,[171] so dass Kinder des

---

[161] Ulp. 40 ed. D. 37.4.10.3 Dieser Ausschluss gilt allgemein, vgl. Hermog. 3 iur. epit. D. 37.4.18.1.

[162] Abweichungen bei *Robbe*, Postumi (1937) 263–313, der für das *ius civile* eine veränderte Rechtsfolge gegenüber dem Übergehen von *postumi* und *filii* postuliert.

[163] Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.2 *Haec autem clausula etiam ad postumos videtur pertinere.*

[164] *Sachers*, s. v. postumus als juristischer Begriff, RE XXII.1 957–967; *Lamberti*, Postumi II (2001) bes. 37–66.

[165] Gai. 2 inst. D. 28.3.13; Paul. 1 Sab. D. 28.2.9.2; Ulp. 3 Sab. D. 28.3.6 pr.; Pap. 29 quaest. D. 38.6.7 pr., zu allen *Sachers*, s. v. postumus als juristischer Begriff, RE XXII.1 964 f.; zu den *quasi postumi*, vgl. aber die Einschränkungen bei *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 92 f.

[166] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.3–5. Die Zulassung des zurückgekehrten Sohnes ist bemerkenswert, weil ihn der Vater bei Testamentserrichtung nicht berücksichtigen musste, vgl. *Voci*, DER I 399 f.

[167] Ulp. 41 ed. D. 37.4.8 pr., dazu *La Pira*, Successione (1930) 328 f.; die Enterbung muss ihrerseits *rite facta* sein, vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.4.8.2; unwirksam ist die bedingte Enterbung, vgl. Hermog. 3 iur. epit., D. 37.4.18 pr.

[168] Vgl. *La Pira*, Successione (1930) 346 f., der von einer *bpct* spricht, die sich in eine *bpai* „umwandele".

[169] Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.1.

[170] Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.10, dazu *Woeß*, Erbrecht (1911) 171 f., der dies zu recht nicht auf die *lex Voconia* und damit die Begrenzungen des Frauenerbrechts bezieht.

[171] Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.1 *Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo iure*

Erblassers den Enkeln vorgehen, die ihrerseits Urenkel verdrängen (Repräsentationsprinzip).[172] Aus diesem Grund kommt die *bpct* nicht zur Anwendung, wenn ein Sohn als Erbe eingesetzt oder enterbt worden ist und der Enkel übergangen wurde, da der Enkel zu Lebzeiten des Sohnes keine Erwerbserwartung hat.[173]

Zudem gilt das Stammesprinzip, so dass die von einem Sohn abstammenden Enkel insgesamt einen Teil des Nachlasses erhalten;[174] hierzu gehört auch, dass bei Ausfall eines vom gleichen Vater abstammenden Sohnes, dem anderen der Erbteil anwächst.[175] **57**

Verkompliziert wird die Repräsentation durch die häufig belegte Praxis, den Sohn unter Beibehaltung der Enkel in der Gewalt zu emanzipieren oder in Adoption zu geben, denn auf diese Weise sind die Enkel nach *ius civile* aufgrund „Nachrückens" vorrangig berechtigt, während der Sohn ihnen nach *ius praetorium* als nächster Abkömmling vorgeht.[176] Die hieraus entstehenden Schwierigkeiten hinsichtlich Zulassung und Berechnung der *bpct* löst das Edikt *de coniugendis cum emancipato liberis eius* und die hieran anknüpfende Juristeninterpretation (→ Rn. 130–146). **58**

4. Verhältnis zur *bonorum possessio secundum tabulas*

Der Begriff des Testaments ist für die *bpct* nach prätorischem Recht zu bestimmen, knüpft also an die Testamentsurkunde an,[177] die vom Prätor als Grundlage der *bpst* angesehen wird (→ Rn. 191–197). Wenn daher ein *testamentum imperfectum*, weil es das spätere ist, für die Erteilung der *bpst* maßgeblich ist, und der Sohn in diesem Testament übergangen worden ist, während er in einem ersten, wirksam errichteten Testament wirksam enterbt war, kann der Sohn die *bpct* gegen das zweite Testament verlangen.[178] **59**

Die *bpct* setzt voraus, dass überhaupt einer der eingesetzten Erben den Antrag auf *bpst* stellen könnte.[179] Fehlt es an Testamentserben, weil sie alle schon verstorben sind **60**

---

eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civili, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 130 f.

[172] Vgl. Paul. 41 ed. D. 37.4.6 pr.–2; vgl. *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 141–154, der hieraus und aus dem Prinzip, dass jeder nur eine Abstammungslinie haben könne, das Konzept der *simple famille paternelle* entwickelt.

[173] Paul. 41 ed. D. 37.4.4.1.

[174] Zum Stammesprinzip, vgl. Paul. 41 ed. D. 37.4.11.1, dazu *La Pira*, Successione (1930) 345.

[175] Gai. 14 ed. prov. D. 37.4.12 pr.

[176] Zur sog. Testamentsadoption und ihren Auswirkungen auf die Erbfolge, vgl. *Voci*, DER I 135–137.

[177] *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 119 f.

[178] Vgl. Gai. 14 ed. prov. D. 37.4.12.1.

[179] Dass das bloße Vorliegen eines Testaments genügt, ergibt sich aus Tryph. 15 disp. D. 37.4.19; Paul. 41 ed. D. 37.4.4 pr. sowie aus der Regelung *de legatis praestandis*, die gerade keinen Antritt und damit Wirksamkeit der Legate voraussetzt, vgl. *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 119 f.; *La Pira*, Successione (1930) 353 f.

oder keine *testamenti factio* haben, kann die *bpct* nicht beantragt werden, weil es an einem Testament im Sinne des Ediktes fehlt.[180]

61 Kinder, die als Erben eingesetzt worden sind und daher die *bpst* verlangen, können die *bpct* nicht aus eigenem Recht erhalten; sie können aber an einer fremden *bpct* partizieren,[181] wenn sie selbst im Fall der Präterition zur *bpct* berechtigt wären (→ Rn. 64–69). Der Ausschluss gilt auch bei indirekter Erbeinsetzung durch einen Sklaven, dem der Abkömmling den Antritt befehlen kann.[182]

62 Da ihm die *bpst* zusteht (→ Rn. 186–187), kann auch der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe nicht die *bpct* verlangen. Fällt allerdings die Bedingung aus, steht ihm die *bpct* zu, weil er dann als übergangen (*praeteritus*) im Sinne des Ediktes anzusehen ist.[183]

63 Der Ausschluss der *bpct* gilt erst recht, wenn ein Haussohn unter einer Nicht-Potestativbedingung eingesetzt worden ist, weil diese als unwirksam zu streichen und die Erbeinsetzung als unbedingt zu behandeln ist und somit zur *bpst* berechtigt.[184] Dies gilt auch bei der Einsetzung von Enkeln unter einer Nicht-Potestativbedingung.[185]

5. Die *bonorum possessio commisso per alium edicto*

64 Ohne dass dies im Edikt ausgesprochen wäre, kann die *bpct* auch von einem Abkömmling verlangt werden, der zwar zur Gruppe der *liberi* gehört, aber selbst kein Antragsrecht hat, weil er zum Erben eingesetzt worden ist und daher die *bpst* hätte.[186] Hier gebietet einerseits die Gleichbehandlung der *liberi*,[187] andererseits der auch im *ius civile* anerkannte Grundsatz *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*[188] die Teilhabe des Testamentserben an der fremden *bpct*.

65 Wenn daher nur ein anderer aus der Gruppe der *liberi* zur *bpct* berechtigt ist, kann auch der im Testament eingesetzte *liber* die *bpct* verlangen, vorausgesetzt, dass er sich noch nicht zum Antritt *ex testamento* entschieden hat.[189] Umgekehrt führt die Parti-

---

[180] Tryph. 15 disp. D. 37.4.19 … *nam si vel omnes instituti substitutique ante testatorem decesserint vel is scriptus heres fuit, cum quo testamenti factio non fuit, peti contra tabulas inane est, quae sine effectu forent.*

[181] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.11, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 111 f.; *La Pira*, Successione (1930) 331.

[182] Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.15. Dies gilt auch beim Erwerb eines Legates durch das Kind oder durch einen Sklaven für das Kind, vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.16.

[183] Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.12, dazu *La Pira*, Successione (1930) 332.

[184] Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.13.

[185] Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.14 *Sed et si nepos sub huiusmodi condicione scriptus sit heres, idem erit dicendum.*

[186] Die beste Darstellung der *bp commisso per alium edicto* bei *Leist*, Bonorum possessio II.1 (1848) 138–153.

[187] So auch *La Pira*, Successione (1930) 333.

[188] Auch hierzu *La Pira*, Successione (1930) 333.

[189] Afr. 5 quaest. D. 37.4.14 pr., dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 116 mit Fn. 36; *La*

zipation an der *bpct* eines anderen zum Ausschluss der testamentarischen Rechte.[190] Ausgeschlossen von der *bpct commisso per alium edicto* ist erneut der im Testament enterbte *liber*, da er ja auch die *bpct* selbst nicht beantragen könnte (→ Rn. 54).[191]

66 Das Recht, sich auf die Anwendung des Edikts der *bpct* auf einen anderen zu berufen, also an der fremden *bpct* zu partizipieren, besteht unabhängig davon, ob sich der Berechtigte selbst schon zur *bpct* entschlossen hat;[192] vielmehrt genügt die abstrakte Möglichkeit der *bpct*.

67 Motiv für den eingesetzten Erben, sich anstelle der *bpst* auf die *bpct* zu berufen, ist dabei regelmäßig die (potentielle) Erhöhung seines Anteils durch den Ausschluss der hausfremden Erben:[193] Während die Legate zugunsten von Eltern und Kindern und die Erbteile der eingesetzten *liberi* auch in der *bpct* zu beachten sind (→ Rn. 70–89), werden eingesetzte Hausfremde durch die *bpct* aus dem Nachlass gedrängt, was die Erbquote der beteiligten Kinder erhöhen kann.[194]

68 Beteiligt sich der übergangene Abkömmling nicht an der *bpct* bzw. tritt allein der eingesetzte Abkömmling die *bpct* an, muss er die Legate so leisten, als habe er die *bpst* erhalten.[195] Auf diese Weise soll vermieden werden, dass der *heres scriptus* die *bpct* nur deshalb beantragt, um sich den Verpflichtungen aus dem Testament zu entziehen.

69 Anwendungsfälle der *bp commisso per alium edicto* sind neben dem Abkömmling, der auf einen geringeren Teil eingesetzt wurde als er nach prätorischem Intestaterbrecht erhielte,[196] das in Adoption gegebene Kind, das dann an der fremden *bpct* partizipieren kann, wenn es vom Ursprungsvater im Testament bedacht wurde (→ Rn. 50) sowie die verschiedenen Situationen der *coniunctio* zwischen dem aus der Gewalt entlassenen Sohn und seinen in der Gewalt des Vaters verbliebenen Enkeln (→ Rn. 130–146).

Pira, Successione (1930) 335 f., 364. Dies gilt auch von einem *suus heres*, der ja die Erbschaft *ipso iure* erhält; bei ihm gilt die *pro herede gestio* als maßgeblich, vgl. *La Pira*, Successione (1930) 336.

[190] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.5.5.4, dazu *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 75 Fn. 60.

[191] Ulp. 40 ed. D. 37.4.10.5, dazu *La Pira*, Successione (1930) 344 f.; vgl. auch Ulp. 40 ed. D. 37.4.10.6, dazu *La Pira*, Successione (1930) 342.

[192] Ulp. 40 ed. D. 37.5.14 pr., dazu *La Pira*, Successione (1930) 334 f.

[193] Zu beachten ist, dass der Prätor bei Erteilung der *bpct* die Erbteile der Abkömmlinge ohnehin nach dem Intestaterbrecht kürzt, vgl. Paul. 41 ed. D. 37.5.15.2, dazu *La Pira*, Successione (1930) 336.

[194] Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.14 *Non est novum, ut emancipatus praeteritus plus iuris scriptis heredibus fratribus sui tribuat, quam habituri essent, si soli fuissent …;* die Pflicht, Legate zu erfüllen, trifft alle an der *bpct* Beteiligten, vgl. Paul. 41 ed. D. 37.5.15.1, dazu *La Pira*, Successione (1930) 335.

[195] Ulp. 40 ed. D. 37.5.14 pr. *Nonnumquam contra tabulas bonorum possessionem quis habet iure secundum tabulas bonorum possessionis:* …; Paul. 41 ed. D. 37.5.15.1.

[196] Ulp. 41 ed. D. 37.4.8.14, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 166 f.; *La Pira*, Successione (1930) 333 f.; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 44–46.

6. Annexedikte zur *bonorum possessio contra tabulas*

a. Das Edikt *de legatis praestandis*

70 Durch die Erteilung der *bpct* wird das zivile Testament nicht aufgehoben (→ Rn. 171–173); vielmehr führt die Intervention des Prätors dazu, dass nicht alle Anordnungen aus dem Testament durchgesetzt werden können. Das Edikt *de legatis praestandis*,[197] das den nächsten Familienmitgliedern die Vermächtnisse erhält, bringt diese Fortgeltung des Testaments besonders klar zum Ausdruck.[198]

71 Geschützt sind Abkömmlinge (*liberi*),[199] Vorfahren (*parentes*), die Ehefrau (*uxor*) und die Schwiegertochter (*nurus*).[200] Sie sind *personae exceptae*[201] in dem Sinne, dass sie die prätorische Aufhebung des Testaments nicht gegen sich gelten lassen müssen; nicht hierzu gehören die Geschwister des Erblassers.[202]

72 Für die Ehefrau (*uxor*) und die Frau des Sohnes oder Enkels (*nurus*)[203] gilt dieses Privileg ausschließlich mit Blick auf die Mitgift,[204] d. h. für all das, was der Frau zum Zwecke der *dos*-Bestellung hinterlassen worden ist.[205] Voraussetzung für die Geltendmachung ist damit der Fortbestand der Ehe.[206] Daher können Frauen, die keine Mitgift haben können, weil es an einer rechtlich wirksamen Ehe fehlt, nicht in den Genuss des Privilegs kommen.[207]

73 Die Privilegierung der *personae exceptae* gilt nur für die ihnen direkt hinterlassenen Vermächtnisse, *nicht* aber für solche, die ihnen indirekt über Sklaven zukommen.[208] Ebenso ist das Edikt nicht anwendbar, wenn die *persona excepta* das Empfangene selbst aufgrund eines Fideikommisses wieder herausgeben muss.[209]

---

[197] Zum Edikt *de legatis praestandis*, vgl. *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 181–203.

[198] Vgl. *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 154 f.; *La Pira*, Successione (1930) 363 f.

[199] Auch für die *liberi* unter dem Edikt *de legatis praestandis* gilt der Einbezug der Adoptivkinder, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.5.1.2, dazu *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem (1990) 463–465.

[200] *La Pira*, Successione (1930) 352.

[201] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.5.3 pr., dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 152 f., der zu recht hervorhebt, dass diese Personen alle materielle Noterben sind und daher die *querela inofficiosi testamenti* erheben können.

[202] Ulp. 40 ed. D. 37.5.3.1 *Liberis autem tantum et parentibus praetor prospexit, non etiam fratri et sorori conservavit legatum.*

[203] Ulp. 40 ed. D. 37.5.8.4, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 153.

[204] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.5.1 pr., dazu *La Pira*, Successione (1930) 358 f.

[205] Zu eng insoweit: Ulp. 40 ed. D. 37.5.8.3; die weitere Auslegung in: Ulp. 40 ed. D. 37.5.8.6.

[206] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.5.10.1 mit unterschiedlichen Formulierungen für *uxor* und *nurus*.

[207] Paul. 41 ed. D. 37.5.15.3 *Ei, quae dotem non habet, nullum legatum debebitur, licet sub praetextu dotis legetur.*

[208] Ulp. 40 ed. D. 37.5.3.2; bei verbundener Aussetzung an einen Sklaven und eine *persona excepta* kommt es insoweit zur Teilung des Vermächtnisses, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.5.3.3 *Sed et si coniunctim ei fuerit legatum relictum cum eo, cui non praestatur, sua tantum portio ei conservabitur.*

[209] Ulp. 40 ed. D. 37.5.3.4; ein Fideikommiss, das einem Vermächtnisnehmer zugunsten einer *persona excepta* auferlegt ist, muss geleistet werden, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.5.3.5 *Sed si proponas extero legatum rogatumque eum praestare hoc alicui ex liberis parentibusque, consequenter dicemus praestari debere* und Ulp. 40 ed. D. 37.5.3.6.

Für die Abkömmlinge und Vorfahren gibt es keine von der Gradesnähe abhängige Begrenzung; auch kommt es nicht auf das Geschlecht oder die Art der Verwandtschaft an; insbesondere sind auch nur kognatisch (also über Frauen miteinander) verwandte Personen zur Einforderung der Legate zugelassen.[210] **74**

Unter die *liberi* fallen – wie für die *bpct* selbst (→ Rn. 48–52) – auch die in Adoption Gegebenen und die Adoptivkinder, solange das Adoptionsverhältnis nicht aufgehoben ist.[211] Auch die den *postumi* hinterlassenen Legate werden erfasst.[212] **75**

Ausgeschlossen von der Berufung auf das Edikt *de legatis praestandis* sind die *liberi*, die sich als eingesetzte Erben oder Legatare einer fremden *bpct* anschließen; sie müssen vorab entscheiden, ob sie die testamentarische Begünstigung oder die *bpct* erhalten wollen.[213] Der Ausschluss wird auf jeglichen Erwerb *ex voluntate* erstreckt, erfasst also auch den als Ersatzerben eingesetzten Bruder, der im ersten Grad übergangen worden ist.[214] **76**

Stellt sich erst nachträglich heraus, dass derjenige, der die *bpct* verlangt hat, nicht zu den Antragsberechtigten *liberi*, wohl aber zu den im Edikt *de legatis praestandis* ausgenommenen Personen gehört, kann ihm nachträglich die Klage auf Erfüllung der Legate erlaubt werden.[215] **77**

Der *bonorum possessor* ist nur dann zur Leistung der Legate verpflichtet, wenn diese unabhängig von der *bpct* wirksam ausgesetzt sind.[216] Auf den Antritt der Erbschaft durch den eingesetzten Erben kommt es im Gegensatz zum *ius civile* (→ § 97 Rn. 38 f.) nicht an.[217] Entscheidend ist allein, dass die Legate den Grad der Erbeinsetzung betreffen, gegen den die *bpct* erteilt worden ist.[218] **78**

Keine Verpflichtung zur Legatserfüllung besteht, wenn der Erbe sie selbst nicht zu erbringen braucht; daher braucht der *bonorum possessor* die im ersten Grad ausgesetzten Legate nicht zu erfüllen, wenn die ersteingesetzten Erben verstorben sind.[219] Ebenso **79**

---

[210] Ulp. 40 ed. D. 37.5.1.1; zur Kognation, vgl. auch *La Pira*, Successione (1930) 359.

[211] Ulp. 40 ed. D. 37.5.1.2 *Liberos autem etiam eos ad legatorum petitionem admittimus, qui in adoptionem dati sunt vel etiam adoptivi, dummodo maneant liberi.*

[212] Ulp. 40 ed. D. 37.5.1.3; Iul. 23 dig. D. 37.5.2.

[213] Legat: Ulp. 40 ed. D. 37.5.5.2; Erbenstellung: Pap. 5 resp. D. 37.5.22.

[214] Ulp. 40 ed. D. 37.5.5.4.

[215] Ulp. 40 ed. D. 37.5.5.3.

[216] Ulp. 40 ed. D. 37.5.3.7 *Ea autem legata sola praestant qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt, verum idcirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit.*

[217] Iul. 23 dig. D. 37.5.4 *Cum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, cum scirent emancipatum aut petisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem*, dazu *La Pira*, Successione (1930) 354.

[218] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.5.10.2, dazu *La Pira*, Successione (1930) 360; ferner Ulp. 40 ed. D. 37.5.12; Paul. 41 ed. D. 37.5.11. Zur Frage, vgl. auch *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 187–190 (zu Ulp. 40 ed. D. 37.5.10.2); *La Pira*, Successione (1930) 353.

[219] Ulp. 40 ed. D. 37.5.10.2., dazu *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 188–192; *La Pira*, Successione (1930) 360 f.

entfällt die Verpflichtung, wenn der Erbe unter einer Potestativbedingung eingesetzt worden ist und diese nicht befolgt hat oder wenn eine kasuelle Bedingung ausgefallen ist.[220]

80 Die im Testament nur einem Miterben auferlegten Legate wirken bei einer von mehreren gemeinsam ausgeübten *bpct* zulasten aller Inhaber.[221] Eine Ausnahme gilt für den in der Gewalt befindlichen Sohn, der übergangen worden ist und die *bpct* verlangt hat: Da er ja auch die *bpai* verlangen könnte, schuldet er die Legate nicht.[222]

81 Beinhaltet die Erfüllung des Legates eine Gegenleistung vom Begünstigten, z. B. die Zahlung von zehn, kann auch der Inhaber der *bpct* sie verlangen.[223] Nach einer Entscheidung Julians geht auch die Haftung, die den eingesetzten Erben für den verschuldeten Untergang der vermachten Sache trifft, auf den *bonorum possessor* über.[224]

82 Seit Julian wird das *de legatis praestandis* auf Erbeinsetzungen zugunsten der *liberi* erweitert.[225] Die Erstreckung wird durch eine Konstitution des Antoninus Pius verbindlich,[226] der gleichzeitig bestimmt, dass sie nicht zur vermögensrechtlichen Entwertung der *bpct* führen darf. Daher nehmen die Juristen an, dass die Berücksichtigung von Erbeinsetzungen der *liberi* nur bis zur *portio virilis* möglich ist, also in Höhe des Anteils bei Intestaterbfolge.[227] Diese Beschränkung gilt nicht für das Legat der Mitgift.[228]

83 Während die Vermächtnisse unabhängig davon geschuldet werden, ob der Erbe nach *ius civile* antritt (→ Rn. 78), hat ein parallel zur *bpct* erfolgender Erbschaftsantritt

---

[220] Tryph. 2 disp. D. 37.5.13, dazu *La Pira*, Successione (1930) 362.

[221] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.5.14.1; vgl. auch den umgekehrten Fall in Ulp. 4 disp. D. 37.5.16.

[222] Paul. 41 ed. D. 37.5.15 pr., dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 159 f.

[223] Paul. 41 ed. D. 37.5.15.4.

[224] Iul. 36 ed. D. 37.5.17.

[225] Die auf *liberi* beschränkte Wirkung betont *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 187 f.; Ulp. 40 ed. D. 37.5.5.6; Iul. 23 dig. D. 37.5.6, dazu *La Pira*, Successione (1930) 365 f.; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 73–78 mwN.

[226] Ulp. 40 ed. D. 37.5.5.6 *Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibusve est, an ei conservanda sit, ut solent legata? et Iulianus saepissime scripsit in portione quoque hereditatis idem quod in legato probandum, cuius sententia rescripto divi Pii comprobata est, cum hereditates non modo honestiore titulo, sed et pleniore onere tribuantur*; weitere Belege für die Konstitution: Tryph. 16 disp. D. 37.5.7; Tryph. 16 disp. D. 37.8.7, zu beiden *La Pira*, Successione (1930) 365 f.; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 78–82; ferner Marcell. 9 dig. D. 37.8.3 und Hermog. 3 iur. epit. D. 37.5.23.

[227] Ulp. 40 ed. D. 37.5.5.7; vgl. v. a. Tryph. 16 disp. D. 37.5.7; Marcian. 4 reg. D. 37.5.20 pr. Zur Berechnung, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.5.8 pr. Zum Zusammentreffen von Legat und Erbeinsetzung, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.5.8.1. Anlass der kaiserlichen Entscheidung ist – wie *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 87 festhält – die Ungleichbehandlung von verschiedenen *personae exceptae*: „Während die in der Klasse *unde liberi* zur *bp* berechtigten Abkömmlinge auf die *bpct commisso per alium edicto* ausweichen und sich damit ihren Erbteil sichern konnten, gingen die übrigen nicht zur *bpct* berechtigten *exceptae personae* bei Erbteilen leer aus."

[228] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.5.8.5; Paul. 41 ed. D. 37.5.9; Ulp. 40 ed. D. 37.5.10 pr.

(*aditio hereditatis*) zur Folge, dass auch die testamentarischen Freilassungen zu erfüllen sind, was zu einer Verringerung des erbschaftlichen Vermögens führt. Nach Ulpian haftet der eingesetzte Erbe, der trotz der Kenntnis von der *bpct* die Erbschaft antritt, dem Nachlassbesitzer für die hierdurch entstehenden Einbußen mit der *actio doli*.[229]

84 Da die Erbeinsetzungen von *personae exceptae* erhalten bleiben, sind auch die auf diesen lastenden Vermächtnisse zugunsten von *liberi* und *parentes* zu erfüllen; dabei kommt es zur Anwachsung von Vermächtnisteilen von *extranei*.[230]

85 Schlägt einer der Erben, dem die *portio virilis* zu leisten wäre, die Erbschaft aus, trägt der Sohn, der die *bpct* erhalten hat und dem der Anteil anwächst, die Last der Legate, die zugunsten *personae exceptae* ausgesetzt wurden.[231]

86 Eine weitere Ausweitung des Edikts findet sich bei Ulpian, der auch Schenkungen auf den Todesfall[232] erfasst sehen will; seine Ausdrucksweise *credo tuendae sunt* weist allerdings darauf hin, dass diese Erweiterung nicht unumstritten war.[233]

87 Bei der Anwendung des Edikts *de legatis praestandis* sind auch die Vorgaben des *edictum de coniugendis* (→ Rn. 130–146) zu beachten: Der in der Gewalt verbliebene Enkel kann sein Legat nur vom emanzipierten Sohn des Erblassers (= dem Vater des Enkels) und auch nur in der ihm zustehenden Quote vom Stamm des Sohnes verlangen.[234] Erhalten sie die *bpct* zusammen, wird ihr Anteil entsprechend geteilt.[235]

88 Seit Antoninus Pius wird das Edikt als Argument für die zunehmende Berücksichtigung der natürlichen Verwandtschaft und namentlich auch für ein (untechnisches, weil nur im Rahmen des Gewaltverhältnisses vorstellbares) „Nachrücken" von Enkeln im Stamm des Vaters herangezogen. So beruft sich Marcellus u. a. auf die im Edikt *de legatis praestandis* eröffnete Möglichkeit, den gesetzlichen Erbteil gegen das Testament des Großvaters zu erhalten, um dem Enkel unabhängig von einem Gewaltverhältnis auch ein „Nachrücken" in die erbrechtliche Berechtigung des emanzipierten oder in Adoption gegebenen Sohnes zu erlauben.[236]

---

[229] Ulp. 40 ed. D. 37.5.8.2.

[230] Ulp. 40 ed. D. 37.5.5.8. Zur Abwägung, vgl. Iul. 23 dig. D. 37.5.6, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 168 f. mit Fn. 76; *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 183–187.

[231] Pap. 13 quaest. D. 37.5.21. *Si portio hereditatis, quam excepta persona beneficio legis habere potuit, repudietur, pro ea quoque parte filius, qui bonorum possessionem accepit, non aliis quam exceptis personis legata praestabit.*

[232] Vgl. auch *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 154 f.

[233] Ulp. 40 ed. D. 37.5.3 pr.; Marcian. 4 reg. D. 37.5.20 pr.

[234] Afr. 4 quaest. D. 37.5.18,19, dazu *La Pira*, Successione (1930) 367 f.

[235] Afr. 5 quaest. D. 37.5.19; abweichend Tryp. 16 disp. D. 37.8.7, dazu *La Pira*, Successione (1930) 368 f.

[236] Marcell. 9 dig. D. 37.5.25 pr.–2: Während im pr. die Argumentation aus der *coniunctio* überwiegt, ist in § 2 der Verweis auf den *nepos ex filia* und die *mater defuncti*, die im Edikt *de legatis* als kognatische Deszendenten oder Aszendenten begünstigt sind, entscheidend, um die Weitergabe der Erbberechtigung vom Sohn auf den Enkel unabhängig jeglichen Gewaltverhältnisses zu rechtfertigen, vgl. auch *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 167–169; *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem (1990) 464 f.

89 Besondere Fragen stellen sich bei Legaten, die für den Fall einer Pupillarsubstitution (→ § 53 Rn. 37–45) ausgesetzt worden sind.[237] Hier wirkt sich bei Eintritt des Ersatzerben die Streitfrage aus, ob die väterliche Erbschaft und das Pupillenvermögen gesondert oder gemeinschaftlich betrachtet werden müssen.[238] Für diesen Fall geht Schanbacher von einer getrennten Betrachtungsweise aus und schließt eine *contributio legatorum* aus.[239]

b. Das Edikt *de collatione bonorum emancipati*

90 Das Edikt *de collatione bonorum*[240] wird von Lenel als ein Annexedikt zur *bpct* rekonstruiert,[241] ist aber auch auf die *bpai unde liberi* anwendbar.[242] Es dient dazu, zwischen dem emanzipierten Sohn, dem die *bpct* erteilt wird, und den in der Gewalt befindlichen Kindern einen Ausgleich dadurch zu schaffen, dass der emanzipierte Sohn sein eigenes Vermögen „einwerfen" oder „ausgleichen" (*conferre*) muss,[243] um den Eigenerwerb mit den in der Gewalt befindlichen Kindern zu teilen.[244]

91 Grundgedanke der *collatio bonorum* ist das Gerechtigkeitsgebot, die Abkömmlinge gleich zu behandeln:[245] Da die emanzipierten Kinder aufgrund des Ausscheidens aus

---

[237] Die zentralen Fragmente sind Afr. 5 quaest. D. 28.6.35; Ulp. 50 ed. D. 37.5.5 pr.; Paul. sec. tab. sing. D. 30.126 pr.; Paul. 8 Plaut. D. 35.1.43 pr.

[238] *Cosentini*, Annuario dir. comp. 22 (1946) 151–162.

[239] *Schanbacher*, Ratio (1995) 163–174.

[240] Vgl. D. 37.6. *De collatione bonorum* und C. 6.20 *De collationibus*. Aus der Lit., vgl. *Fein*, Collation (1842); *Guarino*, Collatio bonorum (1937); *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997); Das Werk von *Tyler*, Collatio bonorum (2017) ist ohne wissenschaftlichen Wert.

[241] *Lenel*, EP 345 f. *Inter eos, quibus ita bonorum possessio data erit, ita collationem fieri iubebo, ut hi, qui in potestate morientis non fuerint, his, qui in potestate morientis fuerint, recte caveant se, quidquid moriente patre in bonis habuerint, dolove malo fecerint quo minus haberent, boni viri arbitratu collaturos esse.*; anders *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 203–206, allerdings aufgrund zu weitreichender Interpolationsannahmen.

[242] Vgl. Pap. 5 resp. D. 37.6.9; Iul. 23 dig. D. 37.6.3.6, dazu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 32 f.; das Übergewicht der *bpct* in den Quellen lässt sich damit erklären, dass die *bpct* ediktal der *bpai* vorangeht.

[243] Zur Terminologie, vgl. *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 12–15; *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 37 f.; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 5 mwN.

[244] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.6.1 pr. Die gemeinrechtliche Literatur hat daraus geschlossen, die *collatio bonorum* beruhe auf einer „Fiktion der Suität", vgl. vor allem *Fein*, Collation (1842) 119–123, ihm folgend *La Pira*, Successione (1930) 371–375; anders bereits *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 205–208; nun auch *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 40 f. Fehlgehend *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 23–43, der den Ausdruck *in medium conferre* für interpoliert erklärt, dazu schon kritisch *Kaden*, SZ 58 (1938) 327 f.

[245] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1 pr.; Ulp. inst. Coll. Mos. 16.7.2; zu diesem Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit, vgl. *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 207 f.; *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 26 f.; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 3 f. Zu Unrecht verdächtigt von *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 23–25; zur Diskussion, vgl. *Stagl*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 675–713.

der Gewalt in der Lage waren, selbst Vermögen zu erwerben, sollen sie das väterliche Vermögen nur insofern beanspruchen dürfen, als sie das eigene mit den in der Gewalt verbliebenen Kindern teilen, die außerstande waren, selbst Vermögen zu bilden.[246]

92 Der Begriff der *emancipati* in diesem Edikt wird von den Juristen weit verstanden; er umfasst alle *liberi*, die bei seinem Tod nicht in der Gewalt des Vaters waren,[247] also auch den in Adoption gegebenen Sohn oder den von einem emanzipierten Sohn geborenen Enkel.[248]

93 Dabei wird hingenommen, dass mehrere *emancipati* miteinander in Konkurrenz treten können, womit sich für den einzelnen *emancipatus* die Gefahr erhöht, vom eigenen Vermögen mehr einzuwerfen, als er aus der Erbschaft des Vaters im Rahmen der *bpct* oder *bpai* erhält. Cassius und Julian halten das Risiko für gerechtfertigt, da der *emancipatus* nicht zum Antrag auf *bpct* verpflichtet sei, also selbst wählen könne, ob er die Beteiligung mit Ausgleichung wünsche oder sich mit dem eigenen Vermögen zufrieden gebe.[249]

94 Die *collatio bonorum* kommt beim Antrag eines aus der Gewalt ausgeschiedenen Kindes auf die *bpct* oder *bpai* nach dem leiblichen Vater zur Anwendung,[250] sofern *sui heredes*, also in der Gewalt verbliebene Abkömmlinge, vorhanden sind.[251] Hierzu zählen auch *postumi*.[252]

95 Umgekehrt kann ein *postumus* zur *collatio bonorum* verpflichtet werden, wenn er die *bpct* von seinem Großvater anstelle seines vorverstorbenen emanzipierten Vaters verlangt.[253]

96 Die Verpflichtung zur Einwerfung besteht nach dem Edikt nur gegenüber den *sui heredes*, die sich entscheiden, an der *bp* des *emancipatus* zu partizipieren,[254] also mit ihm in die *possessio* eingewiesen worden sind.[255]

---

[246] Zur lebzeitigen Vermögensbeteiligung der Hauskinder am Vermögen des Hausvaters, vgl. Paul. 2 Sab. D. 28.2.11, dazu *Wacke*, SZ 123 (2006) 197–247.

[247] *Fein*, Collation (1842) 3–5; *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 45–49; *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 26 mit Fn. 15 und Verweis auf Pomp. 4 Sab. D. 38.6.5.1.

[248] *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 208 f.

[249] Paul. 41 ed. D. 37.6.2.5, dazu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 79; *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 87–91.

[250] Iul. 23 dig. D. 37.6.3.3 *Emancipati bona sua conferre cum his, qui in potestate fuerunt, iubentur*; dazu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 66 f.; vgl. auch Diocl./Max. C. 6.20.9 (a.293), dazu *Burillo*, SDHI 31 (1965) 203.

[251] *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 209 *emancipati unius loco sunt*; diese Situation kann durch eine *controversia* nach dem *edictum Carbonianum* verkompliziert sein, vgl. Iul. 23 dig. D. 37.6.3.1, der dennoch nach dem Streitentscheid zur Einwerfung gelangt, dazu auch *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 42 f.

[252] Paul 41 ed. D. 37.6.12 betrifft die *collatio bonorum* zugunsten des *postumus*, dazu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 67–70.

[253] Paul. 41 ed. D. 37.6.2 pr., dazu *Ferretti*, In rerum natura esse (2008) 72 Fn. 167 mwN. Der posthume Enkel kann aus eigenem Recht nur die *bpai unde cognati* verlangen, vgl. *Lamberti*, Postumi II (2001) 45–66.

[254] Scaev. 5 quaest. D. 37.6.10, dazu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 193–195.

97 Schon bei Scaevola findet sich die in der Severerzeit offenbar allgemein akzeptierte Ansicht,[256] dass die *collatio bonorum* unabhängig von der förmlichen Beteiligung des *suus heres* an der fremden *bpct* (→ Rn. 64–69) zu gewähren ist, wenn dem Hauserben durch die Beteiligung des *emancipatus* am Vermögen des Vaters Verluste drohen.[257] Diese Ansicht unterscheidet nicht mehr streng zwischen *bp* und *hereditas*, sondern stellt eine Gesamtbetrachtung[258] an, wie sie auch für das Edikt *de legatis praestandis* (→ Rn. 70–89) und das Edikt *de coniugendis emancipato cum liberis eius* typisch ist (→ Rn. 90–118).

98 Die Ausgleichsquote wird berechnet, indem man die Vermögenslage der Abkömmlinge bei Anwendung der *bpct* mit der im väterlichen Testament vorgesehenen Verteilung vergleicht.[259] Daher braucht der *emancipatus* keine Ausgleichung vorzunehmen, wenn er durch die *bpct* nur so viel erhält, wie ihm vom Vater durch Legat zugedacht wurde.[260] Ebenso wird in Abzug gebracht, wenn der *suus heres* durch die prätorische Ausschaltung eines testamentarischen Außenerben mehr erhält, als vom Vater vorgesehen.[261]

99 Die Kollationspflicht trifft nicht nur den *emancipatus*, sondern auch denjenigen, der in der Adoptivfamilie ist (→ Rn. 133, 139–140),[262] sofern für ihn die *bpct* gegen das Testament seines leiblichen Vaters eröffnet ist und er diese Möglichkeit wählt (→ Rn. 50). Ist er schon vor dem Antrag auf die *bpct* vom Adoptivvater emanzipiert worden (und damit aus der Adoptivfamilie ausgeschieden und wieder in seine leibliche

---

[255] Vgl. noch Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.1 *Inter eos dabitur collatio, quibus possessio data est*, hierzu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 36f; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 61 f.

[256] Für die Severerzeit, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.5 *Totiens igitur collationi locus est, quotiens aliquo incommodo adfectus est is qui in potestate est interventu emancipati: ceterum si non est, collatio cessabit*, dazu *Burillo*, SDHI 31 (1965) 204 f.; *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 76 f.

[257] Vgl. Scaev. 5 quaest. D. 37.6.10. Es kommt hiernach nicht darauf an, ob der *suus* die *bpct* beantragt, sondern nur darauf, ob er zu den Mitberechtigten zählt, vgl. *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 65–71, die auf die Parallele zum Edikt *de legatis praestandis* verweist; ähnlich *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 64 f. Zu den von *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 193–197 formulierten Interpolationsvorwürfen, vgl. *Papakonstantinou*, a. a. O. 64 Fn. 160 mit treffender Widerlegung.

[258] *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 58 spricht von einer „Brücke", welche die *collatio* zwischen dem *ius civile* und dem *ius praetorium* schlage; vgl. auch Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.3 … *argumentum pro hac sententia adfert Pomponius, quod filius emancipatus nepotibus ex se natis solis conferre cogitur.*

[259] Zur Fortgeltung des väterlichen Testaments bei der *bpct*, vgl. auch *La Pira*, Successione (1930) 347 f.

[260] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.6,7; zur Frage, vgl. auch *Fein*, Collation (1842) 24–26.

[261] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.3,4, dazu *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 76 f., 81–85; allgemein zu den Vorteilen der *bpct*, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.4.8.14, dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 44–46.

[262] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.14, dazu *Fein*, Collation (1842) 20 f.; *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 61 f.; *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 135–139.

Familie zurückgekehrt), wird sein Adoptivvater nicht zur *collatio* gezwungen, es sei denn die Emanzipation erfolgte zum Nachteil der Geschwister.[263]

Dagegen trifft denjenigen, der durch das *postliminium* von den Feinden zurückgekehrt und restituiert worden ist, immer eine Ausgleichungspflicht: Auch wenn er nämlich in der Zwischenzeit kein Vermögen erwerben konnte, muss er jedenfalls das ausgleichen, was er vor der Gefangenschaft an Vermögen hatte.[264] **100**

Kollationsberechtigt sind nach dem Zweck des Edikts die *sui heredes*,[265] die sich einer *bpct* durch einen übergangenen *emancipatus* oder ihm gleichgestellte Personen ausgesetzt sehen (→ Rn. 96–97). Die Beschränkung der Berechtigung ist vor allem dann zu beachten, wenn mehr als ein *emancipatus* an der *bpct* beteiligt ist und einwirft. Wie Julian an einem Beispiel erläutert,[266] wird zwar die Erbmasse nach *portiones viriles* zwischen allen *sui* und *emancipati* geteilt, das eingeworfene Vermögen des *emancipatus* kommt aber nur jeweils zugunsten den *sui heredes* zur Ausgleichung.[267] **101**

Bei mehreren Berechtigten ist die familienrechtliche Ordnung, insbesondere auch das Edikt *de coniugendis* (→ Rn. 130–146), zu beachten. Dies bedeutet, dass der *emancipatus*, der mit seinen eigenen Kindern als *sui heredes* des Großvaters berufen ist, nur diesen Kindern innerhalb des Stammes[268] die Hälfte seines Vermögens einzuwerfen hat, genauso wie sie den Anteil des Sohnes vom großväterlichen Erbe untereinander aufteilen.[269] Erst nachrangig kommt es zur Kollation mit seinen in der Gewalt verbliebenen **102**

---

[263] Dies bestimmt ein Reskript der *divi fratres*, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.14; Ulp. 79 ed. D. 37.6.5 pr., dazu *Fein*, Collation (1842) 21 f.; *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 50 f.; *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 118–126 mwN.; *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem (1990) 472–475. Zur Ausnahme, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.14 … *sed ita demum adoptivus emancipatus collatione fratres privabit, si sine fraude hoc factum sit.*

[264] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.17, dazu *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 178 f.

[265] Vgl. Iul. 23 dig. D. 37.6.3.2 und Ulp. 79 ed. D. 37.6.1.5, dazu *Fein*, Collation (1842) 23 f.; allgemein *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 45–70 (mit unhaltbaren Interpolationsannahmen); *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 32–34. Kein Gegenargument ist Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.16, dazu zutreffend *Fein*, Collation (1842) 26–31; anders *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 83.

[266] Das Beispiel lautet: Im Nachlass des Vaters, der zwei *sui heredes* und zwei *emancipati* hinterlässt, sind 400; der *emancipatus* 1 hat ein Vermögen von 100, der *emancipatus* 2 ein Vermögen von 60. Die Erbschaft wird zwischen allen vieren geteilt, so dass jeder 100 erhält; *emancipatus* 1 teilt die 100 mit den beiden *sui*, so dass jedem noch 33 1/3 zugeschlagen werden, während *emancipatus* 2 seinerseits die 60 mit den *sui heredes* teilt, so dass jeder 20 erhält. Im Ergebnis haben die *emancipati* somit 133 1/3 bzw. 120 erhalten, die *sui* jeder hingegen 155 1/3.

[267] Vgl. Iul. 23 dig. D. 37.6.3.2, dazu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 72–77; ein weiteres Beispiel bei Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.24, dazu *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 32–37.

[268] Paul. 41 ed. D. 37.6.2.7 und Cels. 13 dig. D. 37.6.7, zu beiden *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 80–82; *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 101–107.

[269] Vgl. Iul. 23 dig. D. 37.6.3.6; dies wird von Ulpian als wesentlicher Zweck des Edikts *de coniugendis* bezeichnet, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.13 … *Sed si sint nepotes, voluit eum praetor filiis suis qui sunt in potestate, solis conferre* …; zum Anteil, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.14 … *Et puto dimidiam tantum bonorum eis partem conferre* ….

Geschwistern oder – wenn solche fehlen – mit den Geschwistern von der Vaterseite.[270]

103 Das Kollationsrecht geht auch auf den Erben des Haussohnes über, wenn er verstorben ist, nachdem der emanzipierte Sohn die *bpct* angenommen hat.[271]

104 Auch wenn der Terminus *conferre* an einen Realakt denken lässt, betonen die Juristenkommentare, dass die *collatio* regelmäßig durch Ableistung einer prätorischen Stipulation[272] in Form der *satisdatio* zu erfolgen hat.[273] Grund dafür ist, dass der Nachlass erst geteilt werden muss, um überhaupt einzelne Bestandteile zuzuweisen;[274] Inhalt des Versprechens ist daher, Vermögensgegenstände im Wert des Anteils zu überlassen.[275] Daneben erlaubt Pomponius, dem sich Ulpian anschließt, auch die Sicherheitsleistung durch Pfandbestellung.[276]

105 Die Sicherheitsleistung durch Sachübergabe (*re*) wird von Ulpian der Vermögensteilung (*divisio*) gleichgestellt. Entsprechend soll der emanzipierte Sohn sein Vermögen zwischen sich und den Brüdern real aufteilen können und nur soweit die verfügten Barmittel nicht ausreichen, die Forderung der Brüder zu erfülllen, Sicherheit durch Kaution leisten müssen.[277]

106 Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, die Ausgleichung durch Rückgabe von väterlichem Vermögen in die Erbmasse vorzunehmen.[278]

107 Die Quellenlage zur Frage, was bei Ausbleiben der Kaution geschieht, ist auf den ersten Blick widersprüchlich, was zu weitreichenden Interpolationsannahmen geführt hat, die allerdings in ihrer Willkür nicht haltbar sind.[279]

---

[270] *Fein*, Collation (1842) 24 f.; *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 145–153. Vgl. auch Paul. 41 ed. D. 37.6.2.6, dazu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 79 f.

[271] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.8, dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1994) 59 f.

[272] Die Verortung in Ulpians Kommentar zeigt, dass es sich um eine prätorische Stipulation handelt, die im Edikt verheißen waren; vgl. auch *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 121.

[273] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.9 *Iubet autem praetor ita fieri collationem, ut recte caveatur: caveri autem per satisdationem oportere Pomponius ait.* …; dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 222 f.; *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 99–105 (mit zu weitgehender Textkritik); *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 155–158; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 123 f.

[274] Zutreffend *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 117. Dies übersieht *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 108–136, weshalb er annimmt, die der Stipulation vorangehende Erteilung der *bp* sei nicht logisch; wie *Guarino* auch *Kaden*, SZ 58 (1938) 328 f.

[275] Eine Rekonstruktion der Formulierung der Stipulation bei *Lenel*, EP 536; vgl. auch *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 177. Zur Frucht- und Zinsersatzpflicht, vgl. *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 224 f.

[276] *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 123 f.

[277] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.11 *Quamvis autem edictum praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem Pomponius libro septuagensimo nono ad edictum scripsit.* …, dazu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 89–92 (mit zu weitreichender Textkritik).

[278] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.12, dazu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 92 f., der dies als nachklassisch ansieht.

[279] In diesem Sinne auch *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 182–185, die zutreffend das „*régimen jurídico de la promesa de colación*“ von der Frage der Voraussetzungen der Stipulation trennt.

Im gemeinen Recht herrschte die Ansicht vor, die Kollationsstipulation sei infolge der Erteilung der *bp* abzugeben.[280] Dagegen hat Guarino die Meinung entwickelt, die *stipulatio collationis* stelle eine Voraussetzung der *bpct* oder der *bpai* dar.[281] Guarino stützt sich namentlich auf Ulp. reg. 28.4, in dem es heißt: *emancipatis liberis ex edicto datur bonorum possessio, si parati sunt cavere fratribus suis*,[282] woraus er schließt, dass die *bp* nur gewährt werde, wenn die Kaution abgegeben worden sei. **108**

Allerdings überzeugt Guarinos Herleitung nicht, weil die Frage der Kollation oftmals gar nicht vor der Erteilung der *bp* geklärt werden kann.[283] Zudem ist auf die von Guarino willkürlich für interpoliert erklärte Äußerung Julians zu verweisen, nach der die *bpct* nicht unter der Bedingung der *collatio* erteilt werde, sondern vielmehr umgekehrt die Ausgleichungspflicht aus der erteilten *bpct* fließe.[284] **109**

Julian gibt auch einen Hinweis darauf, welche Folgen die Nichterfüllung der Kollationspflicht, namentlich das Ausbleiben der Kaution, für den *bonorum possessor* hatte: *intellegendum est bonorum possessionem accipere et antequam caveat, sed si non caverit, ita observabitur, ut tota hereditas apud eum, qui in potestate fuerit, remaneat*;[285] die Erbschaft verbleibt also beim *suus heres* und muss von diesem nicht an den Nachlassbesitzer herausgegeben werden. Ähnlich erklärt Papinian, dass dem *emancipatus*, der seinen gewaltunterworfenen Geschwistern nicht Kaution leiste, die erbschaftlichen Klagen zu denegieren seien.[286] Beides belegt, dass der *bpct* ohne Kollationskaution[287] ein geringerer Durchsetzungsgrad zukommt, sie also als *bp* ohne Sachzugriff (*sine re*) anzusehen ist; erst mit Abgabe der Kaution erhält der *emancipatus* die *bp cum re*, durch die der Prätor den Nachlassbesitzer dem Erben gleichstellt (→ Rn. 202–204). **110**

Mit dieser Annahme lassen sich auch die unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Kautionsausfall aufgrund *inopia* oder *contumacia* erklären:[288] Während *inopia* die Mittel- **111**

---

[280] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.1 und Iul. 23 dig. D. 37.6.3 pr., dazu *Fein*, Collation (1842) 88–93; *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 223 Fn. 34; so noch *Lenel*, EP 348; jetzt *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 159–164; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 115 mit Fn. 256.

[281] *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 105–136.

[282] *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 120–129.

[283] *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 116; ein Anwendungsfall bei Iul. 23 dig. D. 37.6.3.5: Hier kann der *bonorum possessor* die zur Sicherheit getätigen Leistungen vom Erben zurückverlangen.

[284] Vgl. Iul. 23 dig. D. 37.6.3 pr., dazu *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 164–167.

[285] Iul. 23 dig. D. 37.6.3 pr., dazu auch *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 502 f.

[286] Pap. 28 quaest. D. 36.3.5.1 … *sicuti, cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione cavere non potest, quia denegamus ei actiones, defertur condicio cavendi fratribus ex forma iurisdictionis, quod ex portione fratris fuerint consecuti* …, dazu *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 166 f.

[287] Gleichsinnig (für die *collatio dotis*): *Szlechter*, RHD 31 (1954) 195 f.

[288] Vgl. etwa die Gegenüberstellung bei Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.13, dazu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 167–170, *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 169 f. In diesem Beispiel hat ein *emancipatus*, der zwei Hauskindern einzuwerfen hat, nur einem eingeworfen, dem anderen aber die Kaution *per contumaciam* verweigert. Ulpian entscheidet, dem *emancipatus* sei jegliches Klagerecht aufgrund des ihm eigentlich zustehenden Drittels der Erbschaft zu versagen und er werde mit dem

losigkeit erfasst, die den Betreffenden daran hindert, geeignete Bürgen zu finden, bezeichnet *contumacia* die ungerechtfertigte Weigerung des Antragstellenden, den *sui heredes* Sicherheit zu leisten.[289]

112 Beruht der Ausfall der Kaution auf *inopia* des *emancipatus*, können die Hauserben die erbschaftlichen Klagen erhalten, sofern sie in der Lage sind, Sicherheit für die spätere Ausgleichung der so erlangten Vermögensteile zu leisten.[290] Andernfalls kann – wenn auch die Hauserben keine Kaution leisten – ein *curator* bestellt werden, der den Erbteil des *emancipatus* bis zur Ableistung der Kaution verwaltet und für ihn die erbschaftlichen Klagen ausübt.[291]

113 Dagegen hat die *contumacia* des *emancipatus* mit Blick auf die Kaution zur Folge, dass ihm der Zugriff auf die Erbschaft und alle erbschaftlichen Klagen verweigert wird. Zwar hat der *emancipatus* die Möglichkeit, durch spätere Sicherheitsleistung wieder Zugriff auf den Nachlass zu erlangen.[292] Aufgrund seines *contumacia* bedarf es aber keiner Garantien von Seiten der *sui heredes*, um ihm während dieser Zeit den Nachlass ungeschmälert zu erhalten.

114 Der Kautionsverfall tritt ein, wenn die durch Satisdation versprochene Einwerfung im Rahmen des Teilungsverfahrens auch nach erneuter Fristerteilung nicht oder nicht vollständig durchgeführt wird.[293] Das Erfordernis einer erneuten Frist ergibt sich aus dem im Edikt vorgeschriebenen Maßstab des *arbitratus boni viri,* nach dem Zeit gewährt werden muss, um die zur Ausgleichung benötigten Geld- oder Sachmittel zu beschaffen.[294] Umgekehrt verlangt die Vorgabe, sich als *bonus vir* zu verhalten, dass der Verpflichtete auch das zu leisten hat, was er aufgrund seiner Arglist nicht in die Ausgleichung einbringen kann.[295]

Vorbringen, dass er ja für einen Haussohn geleistet habe, also die Hälfte seiner Verpflichtung erbracht habe, nicht gehört. Liege hingegen eine Nichterfüllung der Kaution aufgrund *inopia* vor, sei dem *emancipatus* die Klage nur auf 1/6 zu denegieren; der fehlende Teil (1/6) sei von ihm auf andere Weise (Realkollation oder Verzicht auf Teile der Erbschaft) zu erbringen oder aber durch die Verwaltung eines *curator* zu sichern.

[289] *Leist*, in: Glück Pand. XXXVII/XXXVIII.3 227 f.

[290] Paul. 41 ed. D. 37.6.2.9; vgl. auch Pap. 28 quaest. D. 36.3.5.1 zu den *mutuae cautiones*, dazu *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 167–169; zum Papiniantext, vgl. zuletzt ausführlich *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 187–192.

[291] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.10 *Si frater cavere non possit, curator portionis eius constituitur, apud quem refecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat quod redactum est, cum bona propria contulerit.*

[292] Pap. 3 quaest. D. 37.6.8, dazu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 113–116; *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 174–176; Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.10; Diocl./Max. C. 6.20.11 (a.293), dazu *Caballé Martorell*, a. a. O. 170–174.

[293] Ulp. 79 ed. D. 37.6.5.2,3; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 118.

[294] Anders *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 139–149, der alle Bezugnahmen auf den *arbitratus boni viri* in diesem Zusammenhang für interpoliert erklärt. Gerade der Zusammenhang zur *actio familiae erciscundae* spricht für die Authentizität dieses Maßstabes. Zum *bonus vir*, vgl. allgemein *Giannozzi*, Fundamina 22 (2016) 205–231.

[295] Ulp. 79 ed. D. 37.6.5.3, dazu nur *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 121 f.; zum Inhalt, vgl.

Einzubringen ist das im Todeszeitpunkt des Erblassers vorhandene Vermögen des **115**
emancipatus.[296] Hierzu zählen alle Aktiva, d. h. körperliche Gegenstände sowie Forderungen gegenüber Dritten, soweit letztere nicht höchstpersönlich sind.[297] Dabei sind Passiva zu berücksichtigen, so dass der *emancipatus* Schulden in Abzug bringen kann. Für bedingte Schuldforderungen gilt, dass sie gegen Sicherheitsleistung der *sui heredes* auf Rückzahlung in Ausgleich zu bringen sind.[298]

Auch erbschaftlicher Erwerb ist zu berücksichtigen; daher muss der emanzipierte **116**
Sohn, ein Legat, das ihm von einem Dritten *cum pater morietur* hinterlassen worden ist, einbringen.[299] Dies gilt im Gegensatz zu Fideikommiss *cum morietur*, da dieses erst nach dem Tod des Vaters in das Vermögen des Sohnes gelangt.[300] Allerdings hält Paulus das bedingte Legat, dessen *dies cedens* erst nach dem Tod eintritt, deshalb für nicht ausgleichspflichtig, da er auch als gewaltunterworfener Sohn die Klage gehabt hätte.[301] Die durch das Edikt *de collatione emancipati* angestrebte Gleichbehandlung von *emancipatus* und *sui* führt hier also zur Klagebegrenzung.

Die Kollationspflicht betrifft nicht das *peculium castrense* oder *quasi castrense*, da **117**
dieses nach den kaiserlichen Konstitutionen als Vorwegempfang (*praecipuum*)[302] behandelt werden muss und auch einem *suus heres* als eigenes Vermögen zustehen würde.[303] Dies gilt auch für das *peculium castrense*, das einem Sohn gehört, der in der Gewalt des zur Einwerfung verpflichteten *emancipatus* steht.[304]

Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.23, dazu *Burillo*, SDHI 31 (1965) 203 f.; zu einem nichtverschuldeten Untergang, vgl. Paul. 41 ed. D. 37.6.2.2, dazu *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 139–145 (mit zu weitreichender Textkritik).

[296] Ulp. reg. 28.4, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 211 f.

[297] Für die *actio iniuriarum*, vgl. Paul. 41 ed. D. 37.6.2.4, dazu *Fein*, Collation (1842) 38 und *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 213 f.

[298] Paul. 41 ed. D. 37.6.2.1. Ein Sonderfall ist die Klage des arrogierten *impuber* auf die *Quarta divi Pii*, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.21, dazu *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 179; weiterführend *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 159–162 mwN., der hervorhebt, dass die Qualifizierung als *actio personalis* durch Ulpian zeigt, dass die Klage des *impubes* mit der Delation entstehe und keinen Erbschaftsantritt voraussetze.

[299] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.18 *Si emancipato legatum fuerit, cum pater morietur, etiam hoc conferre debet.*

[300] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.19 und *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 215 f.; zur Maßgeblichkeit des Erwerbszeitpunkts, vgl. auch Paul. 11 resp. D. 37.6.11.

[301] Paul. 41 ed. D. 37.6.2.3.

[302] *Praecipuum* ist hier der Gegenbegriff zu *conferendum*, vgl. auch Ulp. inst. Coll. Mos. 16.7.2, dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 77 Fn. 183; es steht dem Prälegat nahe.

[303] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.15 *Nec castrense nec quasi castrense peculium fratribus confertur: hoc enim praecipuum esse oportere multis constitutionibus continetur.* Dies folgt daraus, dass das *peculium castrense* zu Lebzeiten des Sohnes dem Vater entzogen ist. Selbst wenn er sich also in der Gewalt befände, könnte er den Zugriff des Vaters hierauf verhindern, vgl. *Lehmann*, ANRW II.14 207–210; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 3 f.

[304] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.22. Eine Ausnahme gilt, wenn der Sohn, dem das *peculium castrense* gehörte, schon verstorben ist, ohne es dem Vater zu entziehen. Auch wenn der Vater nicht verpflich-

118 In Abgrenzung zur *collatio dotis* (→ Rn. 119–129), kann eine Mitgift auch im Rahmen der *collatio emancipati* als Vermögensvorteil beachtlich sein. Dabei gilt, dass die *dos profecticia* vom klageberechtigten Vater oder Sohn auszugleichen ist,[305] während die Mitgift, die der emanzipierte Sohn von einer Frau erhalten hat, nicht ausgleichpflichtig ist.[306] Auch die Mitgift, die der emanzipierte Sohn seiner Tochter *nomine suae* erteilt hat, ist nicht einzuwerfen.[307] Somit entscheidet nicht nur die Art der Mitgift, sondern auch die Zweckbestimmung des Mitgiftgebers über die Ausgleichungspflicht,[308] woraus sich eine reiche Kasuistik ergibt (→ § 35 Rn. 35–39).

c. Das Edikt *de collatione dotis*

119 Die im Edikt zur *bpct* wie zur *bpai* geregelte *collatio dotis* im Sinne einer Ausgleichungspflicht für die Mitgift[309] hat ihren Grund darin, dass die dotierte Tochter bereits als versorgt gilt; sie muss daher zwischen der erbrechtlichen und der güterrechtlichen Versorgung wählen.[310] Wenn die Tochter die *bpct* oder *bpai* beantragt, zwingt sie der Prätor daher zur *collatio dotis*. Diese Verpflichtung erweitert Antoninus Pius auf den Fall, dass sich die gewaltunterworfene Tochter in die *hereditas* des Vaters eingemischt hat.[311] Auf diese Weise wird die ediktale Kollationspflicht auf die zivile Intestaterbfolge erstreckt.[312]

120 Die *collatio dotis* setzt voraus, dass der Tochter oder dem Vater *nomine filiae*[313] eine Rückforderungsklage auf die Mitgift zusteht;[314] hieraus erklärt sich, dass bei der Be-

---

tet ist, das *peculium* für sich zu beanspruchen, fällt es ihm schon ohne Erklärungen oder auch nur den Erbschaftsantritt mit dem Tode des Sohnes an und ist deshalb ausgleichspflichtig, vgl. *Lehmann*, ANRW II.14 257 f. mwN.

[305] Cels. 10 dig. D. 37.6.6.

[306] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.20, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 219 f.

[307] Afr. 4 quaest. D. 37.6.4.

[308] Zum Willen des *dans*, vgl. zuletzt *Stagl*, Favor dotis (2009) 51–54.

[309] Tryph. 19 disp. D. 37.4.20 pr.,1, dazu *Caballé Martorell*, Collatio emancipati (1997) 45–51; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 47–59 mwN.; Tryphonin arbeitet heraus, dass die *collatio bonorum* bei der *bpct* wie bei der *bpai* anwendbar ist; das Problem des Falls liegt darin, dass die Anwendbarkeit der Kollationsregeln bezweifelt werden kann, vgl. *Fildhaut*, Libri disputationum (2004) 38–51 mwN.

[310] Vgl. *Szlechter*, RHD 31 (1954) 170 f.; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 23 f.

[311] Vgl. *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 228; *Guarino*, BIDR 49 (1947) 269.

[312] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.7.1 pr., dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 230 f.; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 70; für eine Interpolation hingegen: *Guarino*, BIDR 49 (1947) 264 f.; dagegen *Szlechter*, RHD 31 (1954) 173 f. weitere Entwicklungshypothesen bei *Gardner*, Women (1986) 112; vgl. ferner Gord. C. 6.20.4 (a.239); die Erzwingung im Rahmen der zivilen Erbfolge erfolgt über die Erbteilung (*actio familiae erciscundae*).

[313] Die *collatio dotis* beschränkt sich nicht auf die *filia in potestate*, vgl. *Szlechter*, RHD 31 (1954) 178; anders *Fein*, Collation (1842) 147.

[314] *Fein*, Collation (1842) 148–154, *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 228 f.; vgl. auch *Szlechter*, RHD 31 (1954) 176 f. mwN.; ferner Paul. 7 quaest. D. 26.7.43.1, dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 93.

rechnung der Ausgleichung die Abzugsposten, welche die Höhe der *actio rei uxoriae* schmälern, zu beachten sind (→ § 35 Rn. 72–75).[315] Solange die Ehe fortbesteht, ist grundsätzlich der als Mitgift bestellte Betrag zu kollationieren.[316] Ist die Mitgift bereits zurückgeleistet, muss die Frau nur das ausgleichen, was sie tatsächlich zurückerhalten hat.[317]

121 Die *bpct* kommt entweder dann zur Anwendung, wenn die Tochter im Testament des Vaters selbst übergangen worden ist, oder wenn sie sich mittels *bpct commisso ab alio edicto* an der *bpct* eines anderen Abkömmlings beteiligt. Im zweiten Fall ist sie nur dann zur *collatio dotis* verpflichtet, wenn sie nach *ius praetorium* mehr erhält, als sie durch das Testament erhielte.[318] Weiter ist zu unterscheiden, ob die Tochter die *bp* als Gewaltunterworfene oder als emanzipiertes Hauskind beantragt.[319] Als *emancipata* ist sie – zusätzlich zur *collatio dotis* – auch zur *collatio bonorum* verpflichtet.[320]

122 Berechtigt, die *collatio dotis* zu verlangen, sind im Regelfall nur die gewaltunterworfenen Kinder (*sui heredes*);[321] erst seit einer Reform Leos im Jahre 472 besteht eine allgemeine Verpflichtung zur *collatio descendentium* (→ Rn. 262, 272), die Justinian in der Novell. Iust. 18, c. 6 weiter präzisiert und vom Willen des Testators abhängig macht (→ Rn. 272).

123 Auch im Recht der Prinzipatszeit ist die Kollationspflicht von der erblasserischen Gestaltung abhängig: Da die *bpct* das Testament nur insoweit entkräften soll, wie für die Partizipation des übergangenen Abkömmlings notwendig, ist die Tochter nur dann zur *collatio dotis* gezwungen, wenn ihre Beteiligung in der *bpct* den vom Erblasser vorgesehenen Erbteil übersteigt.[322]

124 Schlägt die Tochter die testamentarische Erbfolge aus, kann sie die Mitgift ungeschmälert behalten und muss diese den Geschwistern nicht kollationieren;[323] sie kann sich auch der Intestaterbfolge enthalten und entsprechend von den Brüdern die Leis-

---

[315] Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.5, dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 128 f.

[316] *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 127 f.

[317] Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.6, dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 129 f.

[318] Ulp. 4 disp. D. 37.7.3 … *nam quod habuit ex iudicio, convertitur ad contra tabulas bonorum possessionem* …, dazu *Fein*, Collation (1842) 167–174 mwN.; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 71–74.

[319] Anders *La Pira*, Successione (1930) 374, der die *collatio dotis* auf die gewaltunterworfene Tochter reduziert.

[320] *Szlechter*, RHD 31 (1954) 177 f.; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 92 f.

[321] Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.24, dazu *Fein*, Collation (1842) 163 f.; *Woeß*, Erbrecht (1911) 101 f.; *Szlechter*, RHD 31 (1954) 179 f.; zur Interpretation von Gord. C. 6.20.4 (a.239), vgl. *Pringsheim*, SDHI 4 (1938) 533–545 und (korrigierend) *Szlechter*, RHD 31 (1954) 180–186; zu Ausnahmen, vgl. *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 79–82, 102 f., die wegen Pap. 5 resp. D. 37.7.5 pr. bei der *bpai* eine *collatio dotis* zug. der *emancipati* annimmt.

[322] Ulp. 4 disp. D. 37.7.3, dazu *Szlechter*, RHD 31 (1954) 168 f.; bei der *bpai* gilt der Grundsatz Gleichheit unter den Erbberechtigten, vgl. Pap. 5 resp. D. 37.7.5 pr., dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 79–82.

[323] Pap. 11 resp. D. 37.7.8, dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 85–88.

tung der Mitgift verlangen.[324] Insoweit ersetzt die güterrechtliche Lösung die erbrechtliche Teilung.

125 Auch für die *collatio dotis* gilt das Stammesprinzip: Treten von ein- und demselben Sohn abstammende Enkel und Enkelin gemeinsam mit einem anderen Sohn (ihrem Onkel) in den Nachlass ein, muss die Enkelin, falls sie eine Mitgift erhalten hat, diese nur mit dem anderen Enkel vom gleichen Sohn in Ausgleichung bringen.[325] Repräsentiert die Enkelin den Stamm des Sohnes allein, muss sie die Mitgift auch gegenüber den anderen Stämmen ausgleichen.[326]

126 Sind mehrere dotierte Töchter vorhanden, müssen sie das Empfangene untereinander ausgleichen.[327] Es gelten hier die gleichen Regeln wie für den Ausgleich gegenüber den anderen, d. h., dass mehrere Töchter eines Stammes untereinander ausgleichen. Wenn nur eine Tochter im Stamm vorhanden ist, muss sie dagegen auch mit den anderen Stämmen die Mitgift teilen.[328]

127 Die *collatio dotis* kann wie die *collatio bonorum* durch Kautionen[329] oder durch reale Einbringung des entsprechenden Vermögens durchgeführt werden.[330] Daneben ist die Idealkollation, das heißt die Anrechnung der Mitgift auf den Erbteil der Tochter, belegt.[331] Da die Mitgift oftmals vom Vater durch Stipulation versprochen wird, ohne dass es zu einer Auszahlung kommt, kann die *collatio* auch durch teilweise Befreiung des mit der Klage belasteten Miterben erfolgen.[332] Gerät die Tochter mit der Kollation in Verzug, muss sie Zinsen leisten.[333]

128 Die *collatio dotis* scheidet aus, wenn die Mitgiftrestitution nicht der Tochter, sondern einem Dritten zusteht (*dos recepticia*).[334] Auszugleichen ist hingegen eine vom Vater (= dem Erblasser) bestellte Mitgift (*dos profecticia*),[335] weil sie als Anteil der Tochter am Familienvermögen gilt (→ § 89 Rn. 15 f.).

---

[324] Tryph. 6 disp. D. 37.7.9, dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 88–90.

[325] Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.2, dazu *Guarino*, BIDR 49 (1947) 270 f.; *Szlechter*, RHD 31 (1954) 186 f.; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 98 f.

[326] Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.3, dazu *Szlechter*, RHD 31 (1954) 187; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 99.

[327] Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.4, dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 100 Fn. 230.

[328] Zum Ausgleich der Töchter untereinander, vgl. *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 101, anders *Szlechter*, RHD 31 (1954) 187 f.

[329] Vgl. *Fein*, Collation (1842) 164; ein Beispiel in Ulp. 19 ed. D. 10.2.20 pr., dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 124–126; die Kaution greift auch bei bedingten Mitgiftversprechen, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.7.

[330] Umstritten ist die Möglichkeit der „Realkollation“ durch Zession der *actio rei uxoriae* bei fortbestehender Ehe, vgl. *Fein*, Collation (1842) 164; *Szlechter*, RHD 31 (1954) 188 f.; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 111.

[331] Gord. C. 6.20.5 (a.239), dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 108.

[332] Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.8, dazu *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 109.

[333] Pap. 5 resp. D. 37.7.5.1, dazu *Fein*, Collation (1842) 174 f.; *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 130–133.

[334] Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.1 betont, dass wenn die Frau das Restitutionsrecht habe (oder ein Dritter es für sie ausübt), eine Ausgleichspflicht bestehe; vgl. *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 127.

[335] Vgl. Ulp. reg. 6.3,4, dazu *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 250 f. Die *dos profecticia*

Umstritten ist die Kollation bei der *dos adventicia,* die von einem Dritten bestellt wird und beim Tod der Tochter grundsätzlich dem Ehemann verbleibt.[336] Eine Konstitution Gordians C. 6.20.4 Gord. (a.239) bestimmt, dass eine *dos adventicia* nur gegenüber den gewaltunterworfenen Kindern, nicht aber gegenüber den *emancipati* zum Ausgleich gebracht werden müsse.[337] Diese Differenzierung lässt sich mit Papakonstantinou daraus erklären, dass die *dos adventicia* einer Ausstattung der Tochter gleichkam, die – wie jeder Dritterwerb – nur gegenüber den *sui heredes* zum Ausgleich gebracht werden musste.[338] **129**

d. Das Edikt *de coniugendis cum emancipato liberis eius*

Eine explizit als Neuerung Julians bezeichnete Ediktsklausel des hadrianischen Edikts (*nova clausula Iuliani*)[339] ordnet für *bpct* wie für die *bpai unde liberi* an, den emanzipierten Sohn mit den in der Gewalt verbliebenen Enkeln (→ Rn. 244) zu verbinden (*coniugere*). **130**

Dieses Edikt löst den allein durch das Repräsentationsprinzip (→ Rn. 56) nicht entscheidbaren Konflikt zwischen dem *ius civile* (= Erbenstellung der *sui heredes*) und dem *ius praetorium* (= Schutz des *emancipatus*) dadurch, dass sich der gewaltfreie Vater und die (aus Sicht des Erblassers) gewaltunterworfenen Enkel den Anteil des Vaters am großväterlichen Vermögen hälftig teilen.[340] Die gleichmäßige Berücksichtigung wird als Gebot der *aequitas* angesehen.[341] **131**

Als Regelungsanlass ist die Praxis zu vermuten, die Enkel unter Emanzipation oder Weggabe des Sohnes in eine Adoptivfamilie in der Gewalt zu behalten.[342] Hierbei han- **132**

---

fällt auch beim Tod der Frau während der Ehe an den Vater zurück, wird also zum Familienvermögen gerechnet; nur wenn der Vater schon verstorben ist, verbleibt die Mitgift beim Tod der Tochter beim Ehemann.

[336] Ulp. reg. 6.5,6, dazu *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 252 f.

[337] Gord. C. 6.20.4 (a.239), dazu *Pringsheim*, SDHI 4 (1938) 535; *Guarino*, BIDR 49 (1947) 272 f. (beide mit zu weitreichenden Interpolationsannahmen); *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 134–138.

[338] *Papakonstantinou*, Collatio dotis (1998) 137. Zur *dos adventicia*, vgl. auch *Fein*, Collation (1842) 154–158.

[339] Hauptbeleg: Marcell. 9 dig. D. 37.8.3 … *propter id caput edicti, quod a Iuliano introductum est, id est ex nova clausula, nec debet deterioris esse condicionis, quia pater eius exheredatus sit.* …, dazu *Burillo*, SDHI 31 (1965) 205 f.; *Vacca*, BIDR 80 (1977) 159–193; *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 204–212; *Babusiaux*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 9–31; ferner Ulp. 41 ed. D. 37.9.1.13, der die *coniunctio* auf die *bp* zugunsten des *venter* erstreckt, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 131 f.

[340] Zur Teilung, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.7, dazu *Volterra*, BIDR 79 (1976) 223; Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.6; Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.11; Einzelheiten bei *Babusiaux*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 17 f. auch zur *successio in locum.*

[341] Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.1, dazu *Babusiaux*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 19 f. mwN.

[342] Bspl. sind Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.7,8; Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.3; Paul. 41 ed. D. 37.4.6.3; Mod. 6 pand. D. 37.8.4; Tryph. 16 disp. D. 37.8.7; Marcell. 9 dig. D. 37.8.3.

delt es sich um eine Manipulation der Familienstruktur, mit dem Ziel die Intestaterbfolge zu bestimmen und auf diese Weise die letztwillige Planung auch bei Unwirksamkeit des Testaments zu erhalten.[343] Diese Gestaltung kann als Reaktion auf die strenge Betonung der Hauserbeneigenschaft (*sui heredes*)[344] in der dezemviralen Rechtssetzung verstanden werden.[345]

133 Die vom Edikt angeordnete *coniunctio* ist an die ursprünglichen familienrechtlichen Verhältnisse angelehnt: Wäre der Sohn nicht emanzipiert (oder in Adoption gegeben)[346] worden, hätte er die Enkel zu Lebzeiten verdrängt, sie beim Tod des Großvaters aber in seine Gewalt übernommen, so dass sie an seinem Vermögen partizipiert hätten.[347] Die Emanzipation hat die familienrechtliche Vermögensordnung aufgelöst; die ediktale *coniunctio* stellt die Verbindung von Sohn und Enkeln wieder her.

134 Bei Ulpian ist die *nova clausula* mit folgendem Wortlaut überliefert:

Si quis ex his, quibus bonorum possessionem praetor pollicetur, in potestate parentis, cum is moritur, non fuerit, ei liberisque quos in eiusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit neque notam exheredationis meruerunt, bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam liberi eius hisque dumtaxat bona sua conferat:[348]

„Wenn jemand von denjenigen, denen der Prätor die *bp* versprochen hat, als dieser verstarb, nicht in der Gewalt des Vaters war, wird ihm und den Kindern, die er in der gleichen Familie hatte, wenn ihnen die Erbschaft in seinem Namen zufallen wird und sie auch nicht durch Enterbung ausgeschlossen sind, die *bp* für diesen Teil gegeben, der ihm zustände, wenn er in der Gewalt verblieben wäre, so dass er aus diesem Teil die Hälfte, das Übrige seine Kinder haben und er nur ihnen seine Güter einwirft."

135 Die *coniunctio* setzt mithin voraus, dass ein nicht in Gewalt befindlicher früherer Hausohn, der die *bpct* gegen das Testament seines Vaters verlangt, von ihm abstammende Kinder in der Gewalt der Vatersfamilie zurückgelassen hat.[349] Sofern diese Kinder nicht

---

[343] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.7, dazu *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 144 f.; zur Verhinderung der Hinfälligkeit des Testaments, vgl. Pap. 12 quaest. D. 28.2.23.1 *Si Titius heres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, qui heres invenitur*, dazu *Volterra*, BIDR 79 (1976) 218–228; *Vacca*, BIDR 80 (1977) 184 mit Fn. 60.

[344] Gai. 1.97; Gai. 2.136, dazu *Vacca*, BIDR 80 (1977) 164 f.

[345] *Vacca*, BIDR 80 (1977) 160–162. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Einführung der *bpct* auch als Versuch dar, die Effekte der „künstlichen" Hauserbenschaft zu verringern, der Emanzipation wie der Weggabe in Adoption also nur begrenzte Rechtswirkungen zuzuerkennen.

[346] Gai. 2.137, dazu *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 125 f. Die gestaltende Funktion für das Erbrecht wird v. a. deutlich an Paul. 15 quaest. D. 45.1.132 pr., dazu *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem (1990) 420 f.; zur Adoption als Strategie, vgl. ferner *Corbier*, in: Rawson, Marriage (1991) 47–78; *Gardner*, in: Corbier, Adoption (1999) 63–79 mwN.

[347] Vgl. Ulp. reg. 10.2 und Gai. 1.127, dazu *Volterra*, BIDR 79 (1976) 208–210; *Vacca*, BIDR 80 (1977) 175.

[348] Ulp. 40 ed. D. 37.8.1 pr., dazu *Babusiaux*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 11 f.

[349] Zur Frage des „Nebeneinanders" von Sohn und Enkeln, vgl. *Leist*, Bonorum possessio II.1 (1848) 153–160, der zu recht die Eigenständigkeit des Rechts der Enkel betont.

wirksam enterbt worden sind,[350] werden sie im Stamm des Sohnes miteinander verbunden, womit der Sohn die eine Hälfte, seine Kinder die andere Hälfte erhalten.

136 Weiter kommt es nur dann zur *coniunctio*, wenn der Enkel „im Namen" (*nomine*) des Sohnes den Nachlass erhält; damit ist gemeint, dass der Enkel als Nachfolger des Sohnes gedacht wird, namentlich aufgrund der *successio in locum* nach *ius civile* (→ § 54 Rn. 8) bei Ausscheiden des Sohnes aus der väterlichen Gewalt.[351] Erwirbt der Enkel den Nachlass aus anderen Gründen, kommt das Edikt daher nicht zur Anwendung.[352]

137 Sind mehrere Enkel vorhanden, müssen sie die vom Erbteil des Sohnes erhaltene Hälfte unter sich nach Kopfteilen teilen.[353] Auch die Anwachsung wie die *collatio bonorum* (→ Rn. 90–118) finden vorrangig innerhalb des Stammes, also zwischen dem emanzipierten Sohn und seinen Kindern statt.[354] Soweit die Enkel am Anteil des Sohnes der *bpct* partizipieren, müssen auch sie die Legate nach dem Edikt *de legatis praestandis* (→ Rn. 70–89) erfüllen.[355]

138 Über den Wortlaut der *nova clausula* hinaus wird das Edikt auch auf den Fall angewendet, dass der Sohn (= Vater der Enkel) selbst nicht zur *bpct* zugelassen ist, weil er wirksam enterbt wurde;[356] ebenso kommt die *coniunctio* zum Tragen, wenn der Vater den Sohn unter Zurückbehaltung von Enkeln in Adoption gegeben hat.[357] Auf den vom Großvater in Adoption gegebenen Enkel ist das Edikt *de coniugendis* mit Blick auf die großväterliche Erbschaft hingegen nicht anwendbar,[358] da hier der Anlass für die Nachfolge in die Erbposition des Sohnes fehlt.

---

[350] Auch der Paralleltext für die *bpai* in Pomp. 4 Sab. D. 38.6.5 pr. enthält diese Voraussetzung, was *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 206, für absurd hält. Es kann sein, dass sich das Zitat des Pomponius ursprünglich ebenfalls auf die *bpct* bezog und nur im Wege der Juristeninterpretation auf die *bpai* erstreckt wurde.

[351] *Babusiaux*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 17 f.

[352] Ein Beispiel bei Mod. 6 diff. D. 37.8.5 …, *iungi patri suo nepos non poterit, sed ut extraneus excludetur, quia non suo nomine avo heres extiterit:* Hier hat der vom Großvater enterbte Enkel den Nachlass als Erbe des eingesetzten Testamentserben erhalten; wenn der Sohn als Übergangener die *bpct* verlangt, besteht hier kein Anlass für eine *coniunctio* zwischen dem Enkel und dem Sohn.

[353] Einzelheiten bei Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.11.

[354] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.12 (Anwachsung); Ulp. 40 ad ed. D. 37.8.1.13 (*collatio bonorum*); zu den Modalitäten, vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.14–17.

[355] Vgl. Paul. 41 ed. D. 37.8.2. Dies könnte eine Anpassung durch die Jurisprudenz sein.

[356] Vgl. Marcell. 9 dig. D. 37.8.3; gleichsinnig Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.4; vgl. auch Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.5.

[357] Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.2 *Et in adoptionem datus filius et heres institutus ad hoc edictum pertinet, ut ei iungatur nepos, qui in avi sui naturalis potestate est. iungitur autem nepos patri suo emancipato, sive pater praeteritus sit sive institutus.* …. Diese Erweiterung geht auf Julian zurück, vgl. Iul. 23 dig. D. 37.4.13.2, dazu *Vacca*, BIDR 80 (1977) 176 („*applicazione un pò forzata*"); *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem (1990) 462 f.

[358] Iul. 23 dig. D. 37.4.13.1 … *respondi: in adoptionem datus nepos et heres scriptus, quamdiu pater eius aut in potestate aut emancipatus est, non potest contra tabulas bonorum possessionem accipere: sed et si pater eius, antequam bonorum possessionem acciperet, decesserit, non admittitur nepos ad bonorum possessionem*, dazu *Vacca*, BIDR 80 (1977) 175; *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem (1990) 461 f., die betont, dass diese Regelung nur bei natürlicher Verwandtschaft gilt.

139 Verkompliziert wird die Anwendung des Edikts durch eine verbreitete Praxis der Emanzipation und Adoption von Enkeln „an Sohnes statt“[359] oder von Söhnen „an Enkels statt“,[360] denn hier stellt sich die Frage, ob die durch Adoption hergestellte oder die natürliche Verwandtschaft maßgeblich sein soll.[361] Ein Spannungsverhältnis zum Edikt *de coniugendis* ergibt sich vor allem daraus, dass der Enkel vom Stamm des Sohnes getrennt[362] bzw. zum Stammhalter gegenüber dem Sohn erklärt wird.[363]

140 Die familienändernde Adoption ist erbrechtlich solange maßgeblich, wie sie besteht: So entscheidet Julian, dass der Enkel als „Sohn“ erben kann, wenn der Vater Sohn und Enkel emanzipiert und sodann den Enkel „an Sohnes statt“ adoptiert hat,[364] also einen eigenen Stamm neben dem emanzipierten Sohn bildet.[365] Ebenso wird der „an Enkels statt“ adoptierte Sohn neben dem Enkel berufen.[366] Wird der „an Sohnes“ oder „an Enkels Stelle“ adoptierte Abkömmling aus der Gewalt entlassen, verliert er die durch Adoption verliehene Position[367] und die aus der natürlichen Abstammung fließende Erbberechtigung lebt wieder auf. Folglich ist der als Enkel adoptierte Sohn wieder als Sohn, der als Sohn adoptierte Enkel lediglich als Enkel antragsberechtigt.[368]

141 Eine andere Erweiterung des Edikts *de coniugendis* ergibt sich mit Blick auf Enkel, die nach der Hingabe des Sohnes in Adoption geboren sind und daher nie in der Gewalt ihres leiblichen Großvaters gestanden haben. Ihre Berechtigung zur *bpct* im Stamm des Sohnes kann sich allenfalls aus dem Gedanken der *coniunctio suo nomine* ergeben.

---

[359] Ulp. 26 Sab. D. 1.7.15.1, dazu *Gardner*, in: Corbier, Adoption (1999) 71 f.

[360] Vgl. *Volterra*, BIDR 79 (1976) 208–219; *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 144 f. zu Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.7.

[361] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.1, dazu *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 143, der zutreffend von einem „Problem der Agnations- und Kognationskonkurrenz“ spricht; ferner *Gardner*, in: Corbier, Adoption (1999) 72 f.

[362] Paul. 4 Sab. D. 1.7.11, dazu *Volterra*, BIDR 79 (1976) 215.

[363] Voraussetzung der Adoption des Enkels an Sohnes statt ist die Zustimmung des Sohnes, vgl. Paul. 35 ed. D. 1.7.6, dazu *Volterra*, BIDR 79 (1976) 214 f.

[364] Iul. 23 dig. D 37.4.13.3, dazu *Vacca*, BIDR 80 (1977) 177 f.; vgl. auch Ulp. 35 Sab. D. 37.4.17, dazu *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 108.

[365] Vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.8.1.9, dazu *Volterra*, BIDR 79 (1976) 222.

[366] So explizit Iul. 23 dig. D. 37.4.13.3 … *cum sit aequius eum, qui in locum filii adoptatus est, non minus habere, quam si non ex numero nepotum, sed extraneus adoptatus esset;* Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.3 *Si filium habens et ex eo nepotem in locum filii nepotem adoptavero, ambo admittentur: plane si fuerit emancipatus nepos, non admittetur, quia pater eum praecedit*, dazu *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 143 f.; ferner *Gardner*, in: Corbier, Adoption (1999) 72 f.; vgl. Ulp. 40 ed. D. 37.4.1.7, dazu *Volterra*, BIDR 79 (1976) 223; Ulp. 40 ed. D. 38.6.1.7.

[367] Vgl. Paul. 41 ed. D. 37.4.6.4 … *adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in familia aliena sit. ceterum emancipatus ad bonorum possessionem parentium naturalium venit, sed emancipatus vivis eis, non etiam post mortem eorum: hoc enim verius est post mortem eorum emancipatum non admitti*; ferner Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.2; Ulp. 39 ed. D. 37.4.1.6, dazu *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 142 f., 146 f.

[368] So die Nomenklatur in Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.1–3, dazu *Volterra*, BIDR 79 (1976) 225; *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 143 f.; vgl. auch Ulp. 39 ed. D. 34.7.1.7 … *puto enim et emancipato patre nepotem quoque cum patre suo ex edicto admitti*, dazu auch *Vacca*, BIDR 80 (1977) 186 f.

Julian sieht diese als gegeben an, wenn der Enkel die zivile Erbberechtigung in der Adoptivfamilie durch Emanzipation verloren hat, da er andernfalls von jeglicher Erwerbserwartung ausgeschlossen wäre: *ne alioquin ab omnium bonis excluderetur.*[369] Ulpian lehnt die Anwendung des Edikts ab, weil der vom emanzipierten Sohn geborene und in Adoption beim Großvater gegebene Enkel mit der Emanzipation vom Großvater ein eigenes Erbrecht erhalte.[370]

Hingegen findet das Edikt in dem Fall, dass der Vater sich durch Arrogation unter **142**
Zurücklassung des emanzipierten Sohnes in eine andere Familie begeben hat, Anwendung. Da die Entscheidung des Vaters den Sohn ohne Erwerbserwartung zurücklässt und keine kompensierende Adoption stattfindet, erhält der Sohn die *bpct* gegen das väterliche Testament.[371] Und noch weitergehender lässt Ulpian aus Gründen der *humanitas*[372] den Sohn auch dann am väterlichen Erbe durch *bpct* partizipieren, wenn der Vater in der Adoptivfamilie verstorben ist.[373]

Im severischen Recht hat sich die durch das Edikt de *coniugendis* eröffnete Möglich- **143**
keit, eine Nachfolge des nur natürlich verwandten Enkels in die Position des Sohnes zuzulassen, durchgesetzt.[374] Übernimmt etwa der Vater einen in der Gewalt des Großvaters zurückgelassenen Enkel durch Adoption, wird der Enkel auch zu Lebzeiten des (Adoptiv-) Vaters zur *bpct* nach dem *avus* zugelassen.[375] Dies gilt auch für den umgekehrten Fall, in dem der *emancipatus* einen nach der Emanzipation geborenen Enkel dem Vater zur Adoption übergeben hat.[376]

Zuletzt entscheidet Modestinus, dass dem Enkel auch dann die *bpct* gegen das Tes- **144**
tament des Sohnes zu erteilen sei, wenn der Vater den Sohn unter Zurückbehaltung des Enkels in Adoption gegeben habe und der Sohn vom Adoptivvater emanzipiert worden sei.[377] Es komme allein darauf an, dass der Enkel die *bpct* hätte verlangen können, wenn der Sohn in der Gewalt des Vaters verblieben wäre.[378]

---

[369] Afr. 4 quaest. D. 37.4.14.1, der dies als einen Fall einer *bpct decretalis* ansieht, die auf der besonderen Härte einer abweichenden Entscheidung für den Enkel beruht, vgl. auch *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 157–159, der diese Entscheidung als Beleg für die zunehmende Bedeutung der *simple famille paternelle* ansieht; kritisch hierzu: *La Pira*, Successione (1930) 322 und *Partsch*, SZ 32 (1911) 440–446.

[370] Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.4 … *nec debet patri suo iungi*….

[371] Ulp. 35 Sab. D. 37.4.17 … *Marcellus autem ait iniquum sibi videri excludi eos a bonorum possessione, cum pater se dedit in adoptionem: ubi enim filius non datur in adoptionem, at pater se dat, nullum patrem filio adsignat: quae sententia non est sine ratione*, dazu *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 108–112. Dieser Fall entspricht der Variante bei Afr. 4 quaest. D. 37.4.14.1; zur Diskussion, vgl. *Vacca*, BIDR 80 (1977) 180–183 mwN.

[372] Zum Argument, vgl. *Kunst*, Römische Adoption (2005) 277–289.

[373] Ulp. 39 ed D. 37.4.3.9; anders im justinianischen Recht, vgl. Iust. C. 8.47.10 (a.530), dazu *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 150–154; *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem (1990) 452–456.

[374] Eine Nomenklatur bei Paul. 41 ed. D. 37.4.6 pr.–3; zu Ulpian, vgl. *Vacca*, BIDR 80 (1977) 185–190 mwN.

[375] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.7.

[376] Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.8, dazu *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 114 f.

[377] Mod. 6 pand. D. 37.4.21.1, dazu *La Pira*, Successione (1930) 262 f.; *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 147 f.

145 Ein Reskript des Antoninus Pius[379] stattet auch diejenigen, die keine *bpct* verlangen können, über eine Analogie zu den im Edikt *de legatis praestandis* geschützten *personae exceptae* mit Antragsberechtigung aus,[380] um ihnen die Erbeinsetzung aus dem Testament zu erhalten (→ Rn. 70–89). Hierzu gehören der von einer Tochter abstammende Enkel (*nepos ex filia*), der nach der Emanzipation des Sohnes gezeugte Enkel (*nepos post emancipationem patris susceptus*) und der in der Adoptivfamilie des Sohnes geborene Enkel sowie die Mutter (des Erblassers).[381]

146 Dieses Kaiserrecht steht in einem Spannungsverhältnis zum Edikt *de coniugendis*: Während nach der Konstitution des Antoninus Pius dem nach der Emanzipation gezeugten Enkel grundsätzlich die *pars virilis* (Kopfteil) erhalten bleibt, steht dem Enkel, der in der Gewalt verblieben ist, nur die Mitberechtigung am Nachlass des eigenen, emanzipierten Vaters zu.[382] Bei Modestinus sind daher die Enkel des Erblassers unabhängig davon, ob sie in der Gewalt des Großvaters waren oder vom emanzipierten Sohn nach der Emanzipation gezeugt worden sind, mit Blick auf den Nachlass des Sohnes (= ihres Vaters) gleichberechtigt.[383]

e. Die *missio in possessionem* des ungeborenen Abkömmlings

147 Auch der ungeborene Abkömmling des Erblassers (*venter*) kann in der Klasse der *liberi* in den Nachlassbesitz eingewiesen werden.[384] Voraussetzung ist, dass der Hausvater das posthume Kind nicht enterbt hat;[385] die Einweisung kann in Anlehnung an das *edictum Carbonianum* auch erfolgen,[386] wenn die Ehelichkeit oder die Abstammung des Kindes vom Hausvater bestritten wird (→ Rn. 153–170).

---

[378] Mod. 6 pand. D. 37.4.21 pr., dazu *Vacca*, BIDR 80 (1977) 191.

[379] Es wird zitiert bei Marcell. 9 dig. D. 37.8.3.

[380] Vgl. Tryph. 16 disp. D. 37.8.7, dazu *La Pira*, Successione (1930) 368 f.

[381] Grundlegend *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 83–90 mwN.

[382] Das Beispiel in Tryph. 16 disp. D. 37.8.7 ist das folgende: Hinterlässt der Erblasser einen emanzipierten Sohn, einen von diesem nach der Emanzipation gezeugten Enkel und einen gewaltunterworfenen Sohn, führt die kaiserliche Konstitution zur Berechnung nach Kopfteilen. Mithin erhielte der Enkel 1/3 des großväterlichen Nachlasses; nach dem Edikt *de coniugendis* würde hingegen der Nachlass zwischen dem emanzipierten Sohn und dem in der Gewalt Verbliebenen hälftig geteilt, wobei der *emancipatus* seinen Teil mit dem Enkel teilen müsste, weshalb dieser 1/4 erhielte, vgl. zuletzt *Fildhaut*, Libri disputationum (2004) 57–64 mwN.

[383] Mod. 6 pand. D. 37.8.4.

[384] Vgl. *Lenel*, EP 347 f. mit Verweis auf Ulp. 5 disp. D. 40.4.13.3; vgl. ferner Ulp. 41 ed. D. 37.9.1 pr., dazu *Ferretti*, In rerum natura esse (2008) 165–168. Die Geburt eines *postumus* als *suus heres* führt nach *ius civile* zur Unwirksamkeit des Testaments, vgl. Gai. 2.143. Der *postumus* kann aber – wie jeder *liber* – an einer fremden *bpct* partizipieren, vgl. *Sachers*, s. v. postumus als juristischer Begriff, RE XXII.1 979–982.

[385] Ulp. 41 ed. D. 37.9.1.2.

[386] Diese Übertragung des *edictum Carbonianum* auf die *missio ventris in possessionem* beruht vermutlich auf einer *epistula Hadriani*, vgl. Ulp. 68 ed. D. 43.4.3.3; Ulp. 41 ed. D. 37.9.1.14, dazu *González Roldán*, Diritto ereditario (2014) 236–238.

Die Einweisung des *venter* ist eine vorläufige; sie endet mit der Geburt des *postumus*, **148**
der fortan als *liber* an der *bpct* teilhat[387] (→ Rn. 53). Verstirbt das Kind vor der Geburt oder kommt es nicht lebensfähig zur Welt, wächst sein bisheriger Anteil den übrigen *liberi* an.[388] Verstirbt ein lebensfähig geborenes Kind nach der Geburt, geht seine Erbberechtigung im Wege der Intestaterbfolge auf die Mutter über.[389]

Zweck der *missio in possessionem ventris* sind die Sicherung des Erbrechts wie des **149**
Unterhalts des (ungeborenen) Kindes und der Mutter. Dem *venter* wird ein *curator* bestellt,[390] der für die Versorgung des Kindes sorgt und das Vermögen verwaltet.

Auf Betreiben der Witwe kann überprüft werden, ob tatsächlich eine Schwanger- **150**
schaft besteht und ob diese zu Lebzeiten des Mannes begonnen hat (*edictum de inspiciendo ventre*).[391] Das prätorische Edikt schreibt vor, wie dabei medizinisch zu verfahren ist und trifft Vorkehrungen zum Schutz der Intimität der Frau wie der Identität des Kindes.[392] Stellt sich später heraus, dass die Einweisung in den Besitz nicht angezeigt war, weil die Frau die Vaterschaft des Verstorbenen vorgetäuscht hat, steht gegen sie oder ihren Gewalthaber eine Klage auf den Ersatz der Unterhaltsleistungen aus dem Nachlass zu.[393]

Infolge des Edikts *de coniugendis* werden auch die *postumi* eines *emancipatus* oder **151**
eines in Adoption gegebenen Sohnes mittels der *missio in possessionem ventris* geschützt, wenn sie die Voraussetzungen für die Gewährung der *bpct* erfüllen.[394]

Die genannten Regelungen sind auch auf die *bpst* und die *bpai* anwendbar, wenn der **152**
postumus testamentarisch zum Erben eingesetzt wurde (→ Rn. 182) oder nach Intestaterbrecht nach dem Edikt *unde liberi* oder *unde cognati* den Nachlassbesitz verlangen kann (→ Rn. 220).

f. Das *edictum Carbonianum*

Die Bezeichnung *edictum Carbonianum*[395] geht auf einen nicht näher bekannten re- **153**
publikanischen Prätor Carbo zurück.[396] Im hadrianischen Edikt als Annexedikt der

[387] Vgl. Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3.9, Paul. 1 l. Iul. Pap. D. 50.16.129, zu beiden *Sachers*, s. v. postumus als juristischer Begriff, RE XXII.1 964.

[388] Zu den mit der Lebensfähigkeit verbundenen Fragen, vgl. Ulp. 9 Sab. D. 28.2.12.1; Paul. 4 sent. D. 1.5.14 und Paul. sent. 4.9.3,4, dazu *Dalla*, Scr. Guarino II 519–532.

[389] Zu den umstrittenen Fragen, vgl. Iust. C. 6.29.3.1 (a.534), dazu *Ambrosino*, RISG 14 (1940) 3–26; *Impallomeni*, Iura 22 (1971) 99–120.

[390] Zum *curator ventris*, vgl. zuletzt *Baccari Vari*, Curator ventris (2012) 173–206, 211–235.

[391] Vgl. *González Roldán*, Diritto ereditario (2014) 239–241; zuletzt *McGinn*, OH CECW 351–353.

[392] Einzelheiten Ulp. 24 ed. D. 25.4.1.10. *De inspiciendo ventre custodiendoque partu sic praetor ait:* …, dazu *Metro*, Synt. Arangio-Ruiz II 944–957; *Terreni*, Concepito (2008) 262–264.

[393] Einzelheiten Ulp. 34 ed. D. 25.6.1 pr.–12, dazu *Below*, Lucrum cessans (1964) 75 f.

[394] Zur Kasuistik, vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.9.1. 11–13.

[395] Lit.: *Niedermeyer*, SZ 50 (1930) 78–139 (trotz übertriebener Textkritik); *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) (maßgebliche Studie trotz gewisser Abhängigkeit von *Niedermeyer*); *Segnalini*, Editto Carboniano (2007) (mit prozessualem Ansatz, der aber im Ergebnis nicht konsequent durchgeführt wird).

bpct verortet, ist es auch auf die *bpai* anwendbar.[397] Es gewährt dem Unmündigen (*impubes*), dessen Kindschaftsverhältnis zum Erblasser bestritten wird, mittels Fiktion[398] die *bp ex edicto Carboniano*.[399]

154 Anlass für die Gewährung dieser besonderen *bp* ist die *controversia, an impubes*[400] *inter liberos sit*.[401] Der Streit muss sowohl den *status* des Unmündigen als auch die Erbberechtigung betreffen.[402] Zudem muss die Kontroverse ernsthaft sein, es darf sich also nicht um einen offensichtlichen Fall einer nur vorgetäuschten Bestreitung handeln. Das Vorliegen dieser Voraussetzung prüft der Prätor *causae cognitio*.[403]

155 Die Abstammung des Kindes kann neben dem Bestreiten der Blutsverwandtschaft auch dadurch in Frage gestellt werden, dass dem Betroffenen die Freiheit abgesprochen wird,[404] oder die Existenz des Gewaltverhältnisses im Moment der Geburt bezweifelt wird.[405]

156 Spezifische Fragen ergeben sich bei der Unterschiebung eines Kindes (*subiectio partus*).[406] Das *edictum Carbonianum* kann auch dem ungeborenen Kind nach Eid der Mutter vom Erblasser, schwanger zu sein, zugestanden werden.[407] Die Anwendung des Edikts wird aber durch parallele strafrechtliche Verfahren u. U. eingeschränkt.

157 Ziel des *edictum Carbonianum* ist es, nachteilige Entscheidungen über den Status im Rahmen der *bp* zu verhindern und zu vermeiden, dass der Unmündige durch schlechte Prozessführung dauerhaft Rechtsnachteile davonträgt. Entsprechend findet es keine Anwendung, wenn ein Zuwarten zum Nachteil des Unmündigen wäre

---

[396] Nachweise zur möglichen Identität bei *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) 17 Fn. 1, 22 Fn. 6; *Segnalini*, Editto Carboniano (2007) 11–13, 200 Fn. 17.

[397] Vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.10.3 pr. *Carbonianum edictum aptatum est ad contra tabulas bonorum possessionem et intestati* …. Ulpian befürwortet zudem die analoge Anwendung im Fall eines eingesetzten *postumus*, vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.10.3 pr. … *cum et in secundum tabulas in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum: veluti si paterfamilia ita instituerit, posthumus heres esto, vel posthuma heres esto, et negetur esse verum, quod in testamentum scriptum est.* Entsprechendes wird auch durch Konstitutionen genauer ausgestaltet, vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.2, dazu *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) 57 f.

[398] *Niedermeyer*, SZ 50 (1930) 85: *ac si nulla de ea re controversia esset.*

[399] Ulp. 41 ed. D. 37.10.1 pr.,1; *Lenel*, EP 348; *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) 18, 28 f.

[400] Die Vortäuschung der Unmündigkeit führt nicht zur Gewährung des *edictum Carbonianum*, vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.3.; auch der *minor* kann sich nicht auf das Edikt berufen, vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.3.

[401] Vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.6, dazu *Niedermeyer*, SZ 50 (1930) 81; *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) 48 f.

[402] Vgl. Paul. 41 ed. D. 37.10.6.3, dazu *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) 49 f.; Pap. 13 quaest. D. 37.10.11, dazu *Niedermeyer*, SZ 50 (1930) 83–85 (trotz Textkritik).

[403] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.4, dazu *González Roldán*, Diritto ereditario (2014) 232.

[404] Behauptung des Sklavenstatus, vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.10.1.5, dazu *Niedermeyer*, SZ 50 (1930) 104–106.

[405] Vgl. Afr. 4 quaest. D. 37.10.8.1, dazu *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) 55–57.

[406] Zum *postumus*, vgl. Nerat. 6 membr. D. 37.10.9.

[407] Marcell. 7 dig. D. 37.10.10.

(→ Rn. 160–161). Dies erklärt auch, warum – wenn mehrere Unmündige vorhanden sind, deren Status bestritten wird – grundsätzlich zugewartet werden muss, bis alle das Mündigkeitsalter erreicht haben.[408]

158 Die Anwendung des *edictum Carbonianum* ist ausgeschlossen, wenn der Unmündige die *bp* auch ohne Feststellung der Abstammung erhalten kann.[409] Dies gilt insbesondere dann, wenn der Unmündige als Erbe im Testament eingesetzt worden ist, ohne als Sohn bezeichnet zu sein. Ebenso ist das Edikt ausgeschlossen, wenn die *bp* auch bei Bestehen der Abstammung nicht erworben werden könnte, etwa weil der Betreffende vom Vater enterbt worden ist.[410]

159 Ist ein Unmündiger im Testament als *postumus* eingesetzt, kann er sich ebenfalls auf das *edictum Carbonianum* berufen, weil in diesem Fall die Abstammung auch für den testamentarischen Erwerb notwendig ist.[411] Ebenso kann ein enterbter Unmündiger das Edikt geltend machen, wenn der Vater ihn nicht als „Sohn", sondern mit der Klausel „*quisquis filium meum se esse dicit*", enterbt hat.[412] Mit dem Beweis der Sohneseigenschaft wird die Enterbung hinfällig und der Berechtigte kann die *bpct* oder die *bpai* verlangen.

160 Dem Schutzgedanken des Edikts entsprechend muss der Prätor untersuchen, ob der im Edikt vorgesehene Aufschub des Streites bis zur Mündigkeit vorteilhaft ist. Ist der Nachweis der Abstammung im Zeitpunkt der Entscheidung leicht möglich, weil Zeugen vorhanden sind, die beim Abwarten bis zur Mündigkeit verstorben sein könnten oder deren Zeugnis durch Zeitablauf an Wert verlieren würde,[413] muss über den Status sofort entschieden werden.

161 Im Kaiserrecht existiert eine umfangreiche Kasuistik, wann das *edictum Carbonianum* nicht zur Anwendung kommt, weil die Streitdilation nicht im Interesse des Mündels ist;[414] dies gilt etwa bei dem gegen die Mutter erhobenen Vorwurf der Kindesunterschiebung (*subiectio partus*), da hier in der Regel die Abstammungsfrage sofort und auf bester Tatsachengrundlage geklärt werden kann.[415]

162 Als Klagegegner des *impubes (adversarius)* kommt jeder in Betracht, der eine konkurrierende Erbberechtigung behauptet: So kann die Mutter die Abstammung des Kindes vom Vater bestreiten, um den Nachlass für sich allein zu beanspruchen.[416] Stehen sich hingegen mehrere Unmündige als Streitparteien gegenüber und bestreiten sie gegenseitig die Abstammung, kommt das *edictum Carbonianum* mit Blick auf alle

[408] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.8.
[409] Pap. 13 quaest. D. 37.10.11.
[410] Iul. 24 dig. D. 37.10.7.2.
[411] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3 pr.
[412] Iul. 24 dig. D. 37.10.7.6.
[413] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.5.
[414] Vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.5, dazu *González Roldán*, Diritto ereditario (2014) 232–235.
[415] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.6.
[416] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.7.

zur Anwendung. Wird nur einem von ihnen die Kindeseigenschaft abgesprochen, kommt das *edictum Carbonianum* nur in Höhe des Erbteils zur Anwendung, der von der *controversia* betroffen ist.[417] Auch die Erbschaftsgläubiger[418] oder der Fiskus[419] können die Kindeseigenschaft des *impubes* in Frage stellen, um den Nachlass für sich zu beanspruchen.

163 Der durch das *edictum Carbonianum* erreichte Streitaufschub betrifft nicht nur die Erbschaft, sondern auch die Feststellung der Erbenstellung, etwa wenn ein Sklave, der testamentarisch freigelassen worden ist und die Erbschaft erhalten hat, die Stellung des unmündigen Sohnes des Erblassers als Intestaterbe bestreitet.[420]

164 Der Rechtsgedanke des *edictum Carbonianum* wird auf andere Fälle erstreckt:[421] So wird auch der *impubes* geschützt, dessen Adoption[422] bezweifelt wird, sowie der Unmündige, der gegen das Testament eines väterlichen Freigelassenen die *bp* verlangt.[423] Ob Aufschub für die Anklage wegen *adulterium* gegen die Mutter gewährt werden sollte, war umstritten.[424]

165 Für die Anwendbarkeit des *edictum Carbonianum* spielt der Besitzstatus des Unmündigen keine Rolle; er wird sowohl als Besitzer der Erbschaft als auch als Nichtbesitzer geschützt.[425] Wie Niedermeyer plausibel gemacht hat, scheint der Hauptzweck des *edictum Carbonianum* in der Gewährung prätorischen Besitzschutzes gelegen zu haben, also namentlich in der Gewährung des Interdikts *quorum bonorum* für den Berechtigten.[426]

166 Die *bp ex edicto Carboniano* wird von manchen römischen Juristen auch als *missio in possessionem ex edicto Carboniano* bezeichnet.[427] Dies erklärt sich aus dem vorläufigen Charakter der Maßnahme, was der *missio rei servandae causa* entspricht (→ Rn. 33).

167 Die zeitliche Beschränktheit der Anordnung wirkt sich auch auf die Rechtsstellung des Berechtigten aus:[428] Er kann die *hereditatis petitio possessoria* nicht aufgrund der *bp*

---

[417] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.10, dazu *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) 51 f. mit zu weitgehender Textkritik.

[418] Vgl. Iul. 24 dig. D. 37.10.7.5.

[419] Ulp. 41 ed. D. 37.10.1.7, dazu *Segnalini*, Editto Carboniano (2007) 149 f.

[420] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.11.

[421] Vgl. allgemein *Segnalini*, Editto Carboniano (2007) 183–200. Die Erstreckung auf die Erbfolge nach der Mutter könnte eine Interpolation im Sinne der Gleichstellung von Vater und Mutter sein, vgl. Paul. 41 ed. D. 37.10.6 pr.

[422] Iul. 24 dig. D. 37.10.7 pr.,1. Das Edikt selbst scheint nur von der natürlichen Abstammung gesprochen zu haben, vgl. Nachweise bei *Niedermeyer*, SZ 50 (1930) 93–95 (trotz übertriebener Textkritik zutreffend).

[423] Iul. 24 dig. D. 37.10.7.7.

[424] Vgl. Paul. 11 resp. D. 37.10.13; Paul. 1 adult. D. 37.9.8, dazu *Niedermeyer*, SZ 50 (1930) 116 f.; *González Roldán*, Diritto ereditario (2014) 242 f.

[425] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.9.

[426] *Niedermeyer*, SZ 50 (1930) 129 f.

[427] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.13; vgl. auch *Kaser*, RP I 699 Fn. 2. Zur *missio in possessionem ex edicto Carboniano*, vgl. *La Rosa*, Ann. Catania 6/7 (1951/53) 152–167.

[428] Einzelheiten bei *Stiegler*, St. Volterra IV 243 Fn. 38.

ex edicto Carboniano erheben, sondern muss die Erbschaftsklage auf sein (ziviles) Erbrecht stützen. Die zugewiesene *possessio* wirkt sich also prozessual nicht zum Nachteil der Gegner aus.[429]

168 Die beschränkte Wirkung der *bp ex edicto Carboniano* erklärt, warum der *impubes* zusätzlich die *bp ordinaria* verlangen sollte.[430] Die Jahresfristen für beide Arten der *bp* beginnen allerdings an unterschiedlichen Zeitpunkten zu laufen. Für die ordentliche *bp* ist die Kenntnis vom Tod des *pater familias* entscheidend; die Frist für die *bp ex edicto Carboniano* beginnt hingegen mit dem Zeitpunkt, an dem der Betroffene wusste, dass man seinen Status in Frage stellt.[431]

169 Wird das Kindschaftsverhältnis von einem anderen Abkömmling bestritten,[432] sind sie beide zusammen in die *possessio* einzuweisen.[433] Die gemeinsame Einweisung in den Besitz kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Unmündige von niemandem verteidigt wird und keine Sicherheit leistet.[434] Kann keiner der Beteiligten Sicherheit leisten, übernimmt ein *curator* die Verwaltung des Nachlasses.[435]

170 Im justinianischen Recht ist die prozessuale Funktion der *bp ex edicto Carboniano* teilweise verloren; der Hauptzweck liegt nunmehr in der Schutzwirkung zugunsten des *impubes*; Veränderungen zum Recht der Prinzipatszeit ergeben sich auch daraus, dass die *missio* in der *cognitio extra ordinem* (spätestens seit Diokletian) nicht nur Interdiktenschutz gewährt, sondern reale Besitzeinweisung bedeutet.[436]

7. *Ius civile* und *ius praetorium* bei der *bpct*

171 Trotz der umfassenden prätorischen Regelung kann die *bpct* das zivile Erbrecht nicht abändern; der eingesetzte Erbe bleibt – sofern er das Erbe antritt – *heres* im Sinne des *ius civile* und damit aktiv- und passivlegitimiert für die erbschaftlichen Klagen; diese werden durch Einreden[437] und prätorische Fiktion auf den *bonorum possessor* umgeleitet.[438]

---

[429] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.13. Für interpoliert hält dies *Niedermeyer*, SZ 50 (1930) 126 f.

[430] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.15; weitere Belege bei *Niedermeyer*, SZ 50 (1930) 88–92 (zutreffend trotz übertriebener Textkritik). Zur Unterscheidung von *bp ordinaria* und *extraordinaria*, vgl. *Stiegler*, St. Volterra IV 231–247.

[431] Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.16; Iul. 20 dig. D. 37.10.4. Einzelheiten bei *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) 61.

[432] Iul. 24 dig. D. 37.10.7.5.

[433] Ulp. 41 ed. D. 37.10.5 pr., dazu *Niedermeyer*, SZ 50 (1930) 79 f., *Stiegler*, Edictum Carbonianum (1972) 52 f.; ferner *Segnalini*, Editto Carboniano (2007) 132–153.

[434] Ulp. 41 ed. D. 37.10.5.1,2.

[435] Ulp. 41 ed. D. 37.10.5.5.

[436] Zutreffend insoweit *Niedermeyer*, SZ 50 (1930) 132–134; zu Veränderungen der *missio in possessionem* schon im Recht der Severerzeit, vgl. zuletzt *Babusiaux*, SZ 136 (2019) bes. 198–205.

[437] Zu den *exceptiones*, vgl. Marc. 5 reg. D. 37.4.15; Ulp. 4 dig. D. 44.7.15, dazu *La Pira*, Successione (1930) 348 f.

[438] Insoweit ist der *bonorum possessor* dem Universalfideikommissar vergleichbar, vgl.

172 Der Erbschaftsantritt des Testamentserben führt dennoch dazu,[439] dass bestimmte testamentarische Anordnungen trotz *bpct* bestehen bleiben, namentlich die Enterbung[440] (→ Rn. 54), die Pupillarsubstitution,[441] die Einsetzung von Tutoren,[442] die Freilassung von Sklaven[443] und die *adsignatio libertorum*.[444] Während die *bpct* und die Verpflichtung zur Erfüllung der Legate an bestimmte *exceptae personae* unabhängig davon besteht, ob der Erbe antritt, sind die genannten testamentarischen Anordnungen vom Antritt abhängig. Schlägt der Erbe aus oder verweigert er den Antritt, fallen sie dahin, obgleich die *bpct* manche Legate und Erbeinsetzungen auch ohne Antritt des eingesetzten Erben aufrechterhält (→ Rn. 25–27).

173 Für das Verhältnis von *bonorum possessores* und *heredes* gilt unter dem Edikt der *bpct* folgender einfacher Grundsatz: Ist der *heres institutus* ein Außenstehender, erwerben die *liberi* die *bpct cum re*;[445] der Erbe muss alle bereits erworbenen Vorteile aus der Erbschaft an die *bonorum possessores* herausgeben;[446] alle übrigen *liberi* sind über die *bp commisso per alium edicto* am prätorischen Erbrecht zu beteiligen (→ Rn. 64–69); *sui heredes* gegenüber muss der *emancipatus* durch Kaution ausgleichen; bei Verweigerung der Kautionsleistung ist die *bpct sine re*, beschränkt sich also auf die formelle Einweisung ohne Sachzugriff und ohne Klageerteilung (→ Rn. 110).

IV. Die *bonorum possessio secundum tabulas*

174 Die *bonorum possessio secundum tabulas*[447] gilt als älteste Form des prätorischen Nachlassbesitzes.[448] Sie ist schon bei Cicero bezeugt (→ Rn. 11), wenngleich die in den Juristenschriften vorausgesetzte Formulierung des hadrianischen Edikts in Details von den bei Cicero mitgeteilten Klauseln abweicht.

Gai. 2.252,253; Pap. 3 quaest. D. 36.1.51; dazu *La Pira*, Successione (1930) 348 f.; zur Frage auch *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 167–171.

[439] Zur Diskussion, vgl. Tryph. 19 disp. D. 37.4.20 pr.–3, dazu *La Pira*, Successione (1930) 355–357.

[440] Tryph. 19 disp. D. 37.4.20 pr., dazu *La Pira*, Successione (1930) 351.

[441] Afr. 4 quaest. D. 28.6.34.2, dazu *La Pira*, Successione (1930) 350.

[442] Pomp. 3 ad Q. Muc. D. 26.2.9, dazu *La Pira*, Successione (1930) 351.

[443] Ulp. 40 ed. D. 37.5.8.2, dazu *La Pira*, Successione (1930) 351.

[444] *La Pira*, Successione (1930) 348.

[445] Vgl. Gai. 2.125, dazu *La Pira*, Successione (1930) 348.

[446] Iul. 23 dig. D. 37.4.13 pr., dazu *La Pira*, Successione (1930) 350.

[447] Vgl. *Amelotti*, Testamento (1966); *Strobel*, Testamentsurkunden (2014); *Nowak*, Wills (2015); *Voci*, St. Grosso I 97–133.

[448] Vgl. Gai. 3.34, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXVIII.1 447, der folgendes „Princip formulirt: daß der Prätor in der b. p. sec. tab. eine nicht dem Civilrecht entgegenstrebende, sondern rein auf die civilrechtlichen Grundsätze über Gültigkeit der Testamente gebaute testamentarische Succession aufgestellt hat“; vgl. auch Cic. Verr. II 1,117, dazu *Zweig*, Cicero (2003) 46–48.

Grundlage der *bpst* ist die Testamentsurkunde (*tabulae*) und damit ein Schriftstück,[449] das auch für die Testamentserrichtung *per aes et libram* nach *ius civile* Verwendung findet: So berichtet Gaius, dass der Erblasser im Rahmen des Manzipationsrituals die Urkunde „öffentlich bezeugen" (*nuncupare*)[450] ließ; daneben blieben mündliche Erklärungen möglich,[451] so dass zu Recht von einer mündlich-schriftlichen Mischform des *ius civile* gesprochen wird.[452] **175**

Im *ius praetorium* kommt es nur auf das Schriftstück an; die Vornahme der Manzipation wird nicht geprüft, sondern durch die Urkunde als bewiesen angesehen.[453] Damit ist die Manzipation, selbst wenn sie beurkundet wird, entbehrlich. Die Maßgeblichkeit der *tabulae testamenti* führt umgekehrt dazu, dass die Zerstörung der Urkunde auch das Testament unwirksam werden lässt, während die Testamentserrichtung nach *ius civile* auch ohne Schriftstück bewiesen werden kann.[454] Inwieweit das prätorische Testament andere Unwirksamkeitsgründe des *ius civile* zu überwinden vermochte, ist nicht mehr mit Sicherheit zu klären (→ Rn. 198–209). **176**

1. Persönliche Voraussetzungen des Nachlassbesitzes aufgrund Testaments

Die *bpst* ist nachrangig gegenüber der *bpct*,[455] denn nur durch den prozessualen Vorrang der *bpct* kann die Erwerbserwartung von nicht nach *ius civile* berechtigten *liberi* geschützt werden:[456] Gibt es keine zur *bpct* Berechtigten oder verzichten diese auf die Geltendmachung, sind die im (schriftlichen) Testament genannten Erben zur *bpst* berufen. **177**

a. Anforderungen an die Beteiligten: *testamenti factio*

Maßgeblich für die Erteilung der *bpst* ist die dem Prätor vorgelegte Testamentsurkunde. Damit das Schriftstück die Qualität eines Testaments aufweist, sind materielle wie formelle Voraussetzungen zu beachten. So kann von *tabulae testamenti* nur bei Testierfähigkeit des Testators[457] gesprochen werden: Er muss also römischer Bürger,[458] im **178**

---

[449] Paul. 3 Sab. D. 37.2.1, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 439 f.

[450] Zum Inhalt der Testamente, vgl. *Amelotti*, Testamento (1966) 111–190 mwN.; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 18–53; zuletzt *Avenarius*, FS Behrends 19–28.

[451] Gai. 2.104, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 444 f.

[452] Vgl. *Serangeli*, Revoca del testamento I (1982) 92–94; die Qualifizierung des Testaments nach *ius civile* ist umstritten; für einen mündlichen Akt, vgl. *Voci*, DER II 70; für eine Mischform, vgl. *Archi*, St. De Francisci IV 285–318; *Talamanca*, Mél. Cannata 73–90.

[453] Dies bildet den Hauptansatzpunkt der Studien von *Amelotti*, Testamento (1966) 190–215.

[454] Gai. 2.151, dazu *Biondi*, DER 137.

[455] Ulp. reg. 28.5 *Secundum tabulas bonorum possessio datur scriptis heredibus, scilicet si eorum, quibus contra tabulas competit, nemo sit, aut petere nollent*; vgl. auch Alex. C. 6.12.2 (a.224), dazu *Voci*, St. Grosso I 100 mwN.

[456] Ulpian sieht hierin ein Gebot der *aequitas*, vgl. Ulp. 41 ed. D. 37.11.2 pr.

[457] Vgl. v. a. Gai. 2.147 … *nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres*

Besitz seiner geistigen Kräfte und *sui iuris* sein.[459] Frauen konnten ursprünglich nur durch *capitis deminutio* die Testierfähigkeit erwerben;[460] die Augusteische Ehegesetzgebung schuf mit dem *ius liberorum* erleichterte Voraussetzungen; ein Senatsbeschluss unter Hadrian schaffte das Erfordernis ganz ab.[461] Die Zustimmung des Vormunds der Frau blieb aber erforderlich und üblich.[462]

179 Während nach *ius civile* die Testierfähigkeit des Testators von der Errichtung des Testaments bis zum Todeszeitpunkt vorliegen muss (→ § 18 Rn. 24 f.), verlangt die *bpst* lediglich das Vorliegen im Zeitpunkt der Testamentserrichtung und im Todeszeitpunkt.[463] Auf diese Weise sind zwischenzeitliche Verluste der Testierfähigkeit unerheblich;[464] anfängliche Unfähigkeit schadet auch nach *ius praetorium*, so dass die Einsetzung im Testament eines *filius familias*, der im Glauben *sui iuris* zu sein, testiert hat und dann als *pater familias* verstorben ist, kein Anrecht auf *bpst* verleiht.[465]

180 Besonders diskutiert wird in diesem Zusammenhang die Situation des Haussohnes, der über sein *peculium castrense* testiert hat, für das er eine sachlich begrenzte Testierfähigkeit besitzt, sodann vollständige Testierfähigkeit als *sui iuris* erlangt und in dieser verstorben ist, ohne ein neues Testament zu errichten. Ulpian entscheidet, dass die teilweise Testierfähigkeit bei Testamentserrichtung ausreiche, um dem eingesetzten Erben die *bpst* zu erteilen.[466]

181 Mit Blick auf den nachträglichen Verlust der Testierfähigkeit erweist sich das *ius praetorium* als nachsichtig: Wenn der Testator nach Testamentserrichtung zum *furiosus*

---

secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit … Cic. top. 18 und 50 *argumentum ab adiunctis*, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 456 f. Cic. top. 50, dazu *Zweig*, Cicero (2003) 27 f.; Mod. 5 pand. D. 28.1.19 pr.: Die zivilrechtliche Nichtigkeit wird auch vom Prätor beachtet, dazu auch *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 455 f.

[458] Vgl. Gai. 2.147 *civis Romanus*. Die Bezugnahmen auf die *civitas Romana* sind in den justinianischen Quellen weitgehend getilgt, vgl. *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 174.

[459] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.8, dazu *Amelotti*, Forme II (1967) 38 f.; zur *capitis deminutio*, vgl. Gai. 2.145, dazu *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 131 f.

[460] Vgl. Cic. top. 18, dazu *Zweig*, Cicero (2003) 27 f., allgemein zuletzt *Monaco*, Hereditas (2000) 171–184.

[461] Gai. 1.115a und Gai. 2.112. Klassisch hierzu die Darstellung bei *Volterra*, BIDR 48 (1941) 74–87; zuletzt *González Roldán*, Diritto ereditario (2014) 25–31.

[462] Zur dokumentarischen Praxis, vgl. BGU V 1210, 93–95, dazu *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 156–159.

[463] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.8 *Exigit praetor, ut is, cuius bonorum possessio datur, utroque tempore ius testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum et cum moritur. …*; *Voci*, DER I 396.

[464] Hinweise in Gai. 2.147; ferner Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.8, dazu *Biondi*, DER 138; *Voci*, DER II 996 Fn. 32.

[465] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.8 … *sed et si filius familias putans se patrem familias testamentum fecerit, deinde mortis tempore pater familias inveniatur, non potest bonorum possessio secundum tabulas peti. ….*

[466] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.8 … *sed si filius familias veteranus de castrensi faciat, deinde emancipatus vel alias pater familias factus decedat, potest eius bonorum possessio peti. ….*

geworden oder *bonis interdictum* ist, kann der eingesetzte Erbe nach Ulpian die *bpst* verlangen.[467]

Auch der beantragende Eingesetzte muss die *testamenti factio* („Erbeinsetzungsfähigkeit") haben,[468] denn diese ist als relative Fähigkeit zwischen Testator und Erbe zu begreifen.[469] Ausnahmen werden vor allem mit Blick auf eingesetzte *postumi* zugelassen (→ § 52 Rn. 5), die erst nach dem Erbfall zur Welt kommen und dennoch die *bpst* beantragen können.[470] **182**

Der Erbe, der nicht unter die nach der *lex Iulia et Papia* fallenden privilegierten Personen fällt, muss zudem (→ Rn. 38) erwerbsfähig sein, also verheiratet sein, und Kinder haben. Bei der Einsetzung von Erbinnen sind die Erwerbsbeschränkungen der *lex Voconia* zu beachten (→ § 52 Rn. 17), die auch vom Prätor respektiert werden.[471] **183**

b. Die Erbeinsetzung, namentlich der bedingt Eingesetzte als Berechtigter

Für die Erbeinsetzung ist den nach *ius civile* üblichen Formulierungen „*heres esto*" bzw. „*heredes sunto*" auszugehen (→ § 53 Rn. 8).[472] Wie nach *ius civile* ist auch die Einsetzung von Sklaven möglich und üblich und erlaubt die *bpst* zugunsten des Herrn.[473] Die *institutio heredis* muss zivilrechtlich wirksam sein.[474] Verschreibungen des Namens sind – sofern sich der Erblasser nur mit Blick auf *praenomen* und *cognomen* geirrt hat – unschädlich.[475] **184**

Besondere Fragen ergeben sich bei der Streichung des Namens eines Erben in der Testamentsurkunde. Nach *ius praetorium* ist zu differenzieren: Ist die Streichung vom Willen des Erblassers getragen, führt sie zum Verlust des Antragsrechts der *bp*.[476] Han- **185**

---

[467] Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.9. Nicht entschieden werden kann, ob die anschließende Generalisierung (*et hoc generaliter de omnibus huiusmodi dicitur, qui amittant mortis tempore testamenti factionem, sed ante factum eorum testamentum valet*) ebenfalls bereits den Stand des klassischen Rechts wiedergibt.

[468] Aus der nichtjuristischen Lit., vgl. Cic. Arch. 11; Cic. Caecin. 102, dazu *Zweig*, Cicero (2003) 32 f.

[469] Cels. 16 dig. D. 28.5.60.4, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.2 110; zum Begriff der passiven *testamenti factio*, vgl. *Schulz*, SZ 35 (1914) 112–128; *Krüger*, SZ 53 (1933) 505–508.

[470] Vgl. Paul. 41 ed. D. 37.11.3 *Verum est omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse;* diese Situation ist streng zu scheiden vom *praeterire* des *postumus*, wie es z. B. in Alex. C. 6.12.2 (a.224) thematisiert wird.

[471] Einziger Beleg ist Cic. Verr. II 1,106–113, dazu *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 10–14 mwN.

[472] Ein indirekter Beleg ist Ulp. 8 disp. D. 37.11.6.

[473] Als bewusstes Gestaltungsmittel des Erblassers erweist sich diese Möglichkeit in Ulp. 41 ed. D. 37.11.2.9, dazu *Buchwitz*, Servus (2012) 75 f.

[474] Vgl. auch Paul. 7 quaest. D. 37.11.12, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 453 f.

[475] Iul. 24 dig. D. 37.11.8.2 *Sed et cum in praenomine cognomine erratum est, is ad quem hereditas pertinet etiam bonorum possessionem accipit.*

[476] Vgl. Iul. 24 dig. D. 37.11.8.3; Ulp. 41 ed. D. 37.11.2.7, dazu *Scotti*, Testamento (2012) 736 f.; *Serangeli*, Revoca del testamento I (1982) 7–30 mwN.; weitergehend dann die Umdeutungsmöglich-

delt es sich um ein Versehen, ist mit Paulus weiter danach zu unterscheiden, ob der Name während der Errichtung der Urkunde oder nach Durchführung der *nuncupatio* gestrichen wurde.[477] Fehlt der Name des Erben schon bei der zivilen Testamentserrichtung, kann keine *bpst* erteilt werden; wird er hingegen erst anschließend gestrichen (*post prolatas tabulas),* soll dem Eingesetzten die *bp* zustehen. Auch im Rahmen der *bp* kommt damit der *nuncupatio*[478] gewisse Bedeutung zu.

186 Für bedingte Erbeinsetzungen ist zu beachten, dass Haussöhne nach *ius civile* nur unter einer Potestativbedingung eingesetzt werden können,[479] eine Regelung, die der Prätor auch auf *emancipati* ausgeweitet hat. Aus diesem Grund kann der Sohn – dies gilt für den Haussohn wie für den *emancipatus* – auch dann die *bpst* beantragten, wenn er unter einer Nicht-Potestativbedingung eingesetzt wurde.[480] Selbst wenn die Bedingung ausfällt, bleibt ihm die *bpst* erhalten.[481]

187 Auch andere bedingt eingesetzte Erben können schon vor dem Bedingungseintritt die *bpst* verlangen.[482] Dabei ist zwischen Potestativbedingungen und kasuellen Bedingungen zu unterscheiden:[483] Liegt eine Potestativbedingung vor, kann die Verzögerung der Bedingungserfüllung als Weigerung verstanden werden, die *bpst* zu beantragen; entsprechend kann der Prätor das Antragsrecht entziehen, indem er die Frist als abgelaufen behandelt.[484] Bei einer *condicio causalis* kann der Eingesetzte die *bp* erhalten, wenn er dem Ersatzerben Sicherheit leistet.[485]

---

keiten im Kaiserrecht, vgl. Marcell. 9 dig. D. 28.4.3, dazu zuletzt *Hendel*, SZ 130 (2013) 419–431 mwN.

[477] Paul. 3 Sab. D. 37.2.1, dazu *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 198 f.; *Scotti*, Testamento (2012) 721–723.

[478] Entsprechend heißt die *bpst* bisweilen auch *bp secundum nuncupationem*, vgl. Gord. C. 6.11.2.1 (a.242), dazu *Leist*, Bonorum possessio II.2 (1848) 80–84; die Frage ist umstritten, vgl. *Solazzi*, SDHI 13/14 (1947/48) 312–315; *Lambertini*, Labeo 46 (2000) 434–451.

[479] Grundlegend *Meinhart*, FS Kaser (1973) 111–136.

[480] Die Bedingung wird gestrichen, so dass die Erbeinsetzung als unbedingte wirksam ist; vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.13, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 147 f.

[481] Beide Varianten in Ulp. 41 ed. D. 37.11.2.1, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 146 Fn. 60, der dies als prätorische Aufrechterhaltung eines zivilrechtlich unwirksamen Testaments ansieht; zur Abgrenzung von *bpst* und *bpct* in diesem Fall, vgl. auch Ulp. 39 ed. D. 37.4.3.12, dazu *Meinhart*, FS Kaser (1973) 127 f.

[482] Vgl. Pomp. 1 Sab. D. 28.5.23 pr., dazu *Biondi*, DER 138.

[483] Auch die in Ulp. 41 ed. D. 37.11.2.6. vorgesehene Rechtsfolge *bonorum autem possessionem, antequam existat condicio, neutrum petere* erklärt sich aus dem Potestativcharakter der Bedingung.

[484] Pomp. 1 Sab. D. 28.5.23.1.

[485] Der Fortgang von Pomp. 1 Sab. D. 28.5.23.2–4 behandelt die in § 1 geschilderte Situation, dass der Erbe bei einer *condicio causalis* die *bp* nicht beantragt, woraufhin die Gläubiger nicht zum weiteren Abwarten gezwungen werden können, sondern entsprechende *missiones* verlangen können. Vgl. auch Ulp. 77 ed. D. 2.8.12.

c. Miterben, Substitution und Anwachsung

Miterben können die *bpst* nach ihren Erbteilen beantragen; soweit einer der Miterben keinen Antrag stellt, wächst die *bpst* den übrigen an, sofern die Deliberationsfrist auch für diese abgelaufen ist.[486] **188**

Die *bpst* kann – wie die Erbenstellung (→ § 53 Rn. 32–36) – auch in Graden verliehen werden, indem der Erblasser Ersatzerben und Ersatzersatzerben bestellt; Voraussetzung für den Antrag eines nachrangig Berechtigten ist der Ausfall oder Verzicht der Vorangehenden.[487] Sind Ersatzerben unter unterschiedlichen Bedingungen eingesetzt worden, können sie die *bpst* nach den für sie geltenden Vorgaben beantragen; in diesem Fall findet keine Anwachsung statt.[488] **189**

Besondere Regeln gelten für die Pupillarsubstitution (→ § 53 Rn. 37–45). Zum Schutz des *pupillus* wird die *bpst* auch aus einem mündlichen Testament gewährt, falls das Testament des Vaters selbst ordnungsgemäß errichtet und gesiegelt worden ist.[489] Genauso wie nämlich das Testament für den *pupillus* in einem separaten Schriftstück errichtet werden kann, soll dem Vater auch die Möglichkeit gegeben werden, das Pupillentestament im Rahmen der *nuncupatio* und damit vom eigenen Schriftstück getrennt zu errichten.[490] **190**

2. Anforderungen an die Testamentsurkunde

a. Schriftträger und Urkundenmaterial

Als *tabulae testamenti* des *ius civile* wie des *ius praetorium* sind alle dauerhaften Schriftträger anzusehen;[491] Ulpian führt verschiedene, u. a. Holztäfelchen, Papyrusrollen oder auch Tierhäute, als Träger der Urkunde an.[492] Dabei kann das Testament sowohl auf neuem als auch auf bereits beschriebenem Papier errichtet werden; es kann auf Vor- oder Rückseite des Papiers geschrieben sein.[493] **191**

Voraussetzung für die *bpst* ist, dass das vorgelegte Schriftstück als Testament intendiert ist und dass es sich um die letzten Testamentstafeln eines Verstorbenen handelt.[494] Im Gegensatz zum *ius civile* erlangen diese *tabulae testamenti* nach prätorischem **192**

---

[486] Ulp. 41 ed. D. 37.11.2.8; Ulp. 41 ed. D. 37.11.2.2.

[487] Ulp. 41 ed. D. 37.11.2.4, dazu *Babusiaux*, Erbrecht (2015) 167.

[488] Ulp. 41 ed. D. 37.11.2.3.

[489] Iul. 24 dig. D. 37.11.8.4, dazu *Amelotti*, Forme II (1967) 57; *Nowak*, Wills (2015) 20 Fn. 3; zur Siegelung, vgl. Pomp. 2 Sab. D. 37.11.9; alles weitere bei *Finazzi*, Sostituzione (1997) 149–206.

[490] Einen Einzelfall der Auslegung behandelt Pap. 13 quaest. D. 37.11.11 pr.

[491] Ulp. 39 ed. D. 37.11.1 pr. *Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram …*, dazu und zum gesamten Abschnitt, vgl. *Scotti*, Testamento (2012) 730–735.

[492] Ulp. 39 ed. D. 37.11.1 pr. … *sive igitur tabulae sint ligneae sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae sive membranae sint vel si corio alicuius animalis, tabulae recte dicentur.*

[493] Ulp. 42 ed. D. 37.11.4 *Chartae appellatio et ad novam chartam refertur et ad deleticiam: proinde et si in opisthographo quis testatus sit, hinc peti potest bonorum possessio.*

[494] Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.1. Damit scheiden bloße Entwürfe aus, vgl. Paul. 14 resp. D. 28.1.29 pr.

Recht ihre Wirksamkeit nicht durch die öffentliche Bekanntmachung (*nuncupatio*), sondern allein durch ihr Vorliegen im Todeszeitpunkt.[495] Sind sie später untergegangen, kann die *bpst* dennoch verlangt werden.[496]

193 Hat der Testator zwei Abschriften des Testaments anfertigen lassen, genügt ein Exemplar, um die *bpst* zu verlangen.[497] Widersprechen sich die zeitgleich gesiegelten Tafeln hinsichtlich dem eingesetzten Erben, sind beide zur *bpst* berufen; die zwei widersprechenden *tabulae* werden also als einheitliches Testament gewertet.[498] Ist aber ein Schriftstück als Original, das andere als Abschrift anzusehen, ist nur der im Original eingesetzte Erbe zur *bpst* berechtigt.[499]

b. Zur Siegelung des Testaments

194 Die Authentizität des Schriftstücks wird durch Siegel bestätigt.[500] Für die *bpst* muss das Testament durch sieben Zeugen gesiegelt sein.[501] Die Anzahl entspricht den sieben am Vorgang der *nuncupatio* beteiligten Personen (5 Zeugen, 1 Waagehalter, 1 *familiae emptor*) ohne den Erblasser.[502] Das Erfordernis zeigt den Bedeutungsverlust des Manzipationsrituals:[503] Während der Waagehalter und der *familiae emptor* ursprünglich als Akteure des Manzipationsaktes anzusehen sind, erscheinen sie nur noch als Zeugen der öffentlichen Bekanntmachung des Schriftstückes.[504] Dies erklärt, warum auch mehr als sieben Zeugen das Testament siegeln können, um der Ungültigkeit eines oder mehrerer Siegel vorzubeugen.[505]

---

[495] Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.2,3.

[496] Paul. 3 Sab. D. 37.2.1 … *nam et si mortis tempore tabulae fuerint, licet postea interierint, competet bonorum possessio, quia verum fuit tabulas exstare.*

[497] Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.5; zu möglichen Motiven, vgl. Florent. 10 inst. D. 28.1.24 (Seereise).

[498] Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.6.

[499] Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.7; vgl. auch Ulp. 46 ed. D. 28.3.11, wo das zweite Testament „leer" ist, also keine Erbeinsetzung enthält.

[500] Vgl. Cic. Verr. II 1,117; Inst. 2.10.3, dazu *Nowak*, Wills (2015) 51 f.; vgl. *Lenel*, EP 342, 348; Cic. ad Q. fr. 3,7,8, dazu *Zweig*, Cicero (2003) 60 f.

[501] Gai. 2.119 *Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur* …; Gord. C. 6.11.2 pr. (a.242) *Bonorum quidem possessionem ex edicto praetoris non nisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non venit.* Vgl. *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 469 f.; *Amelotti*, Testamento (1966) 208 f.; als Wirksamkeitserfordernis in Diocl./Max. C. 6.23.12 pr. (a.293), dazu *Nowak*, Wills (2015) 54.

[502] So schon *Leist*, Bonorum possessio II.2 (1848) 90 f.; auch der *familiae emptor* und der *libripens* sind *adsignatores*, vgl. *Voci*, St. Grosso I 112 f.

[503] *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.1 464 f.; zu späteren Ausnahmen von der Sieben-Zeugen-Regelung (*testamentum ruri conditum*), vgl. *Nowak*, Wills (2015) 52–55.

[504] Vgl. *Meyer*, Legitimacy (2004) 158–163; *Nowak*, PapCongr. XXVI 576, welche die Veränderungen der Zeugenrolle mit dem Aufkommen der *bonorum possessio cum re* in Verbindung bringt.

[505] Iul. 23 dig. D. 37.11.7.

Für die Wirksamkeit des Testaments nach *ius civile* war die Siegelung ursprünglich nicht erforderlich; erst die *lex Cornelia*[506] und sodann das *SC Neronianum*,[507] ordneten die Siegelung (*obsignarentur*) zur Sicherung gegen Verfälschungen an. In diesem Zusammenhang sind auch die dokumentarisch häufig belegten Unterschriften der Siegelzeugen zu sehen: Sie dienen der Identifikation der beteiligten *testes*.[508] Mit Einzug der förmlichen (öffentlichen) Testamentseröffnung seit Augustus ist die Siegelung auch als Voraussetzung der Testamentswirksamkeit nach *ius civile* anzusehen.[509] Daher gilt die Entsiegelung durch den Erblasser als Aufhebung des Testaments und führt zur Unwirksamkeit nach *ius praetorium* und *ius civile*.[510] **195**

Verschiedene Digestentexte behandeln die Frage, inwieweit Beschädigungen der Testamentsurkunde dem Antrag auf *bpst* entgegenstehen.[511] Ulpian entscheidet, dass das Aufschneiden der Bänder, welche die Tafeln verbinden, nur dann als Aufhebung der Siegelung gelten kann, wenn es durch den Testator oder mit dessen Willen geschehen ist.[512] Entsprechend führen Verwitterung, Verderbnis oder Zerfraß durch Mäuse nicht zum Verlust des Siegels, und auch nicht zur Unwirksamkeit der Urkunde.[513] **196**

Beim Pupillentestament genügt es, das gleichzeitig errichtete väterliche Testament zu siegeln,[514] um den *pupillus* vor vorzeitiger Kenntnisnahme der Substitutionsregelung durch den Ersatzerben zu schützen. **197**

[506] Zur *lex Cornelia de falsis*, vgl. *Kocher*, Anwendungsbereich (1965) bes. 34–39; zu den bes. Vorschriften zum Testament,vgl. zuletzt *Marino*, SZ 105 (1988) 634–663 mwN.

[507] Das *SC Neronianum* wird belegt durch Ulp. 8 off. procons. Coll. Mos. 8.7.1; Paul. sent. 5.25.1 und Suet. Nero 17, zu allen *De Sarlo*, Riv. dir. proc. civ. 14 (1937) 317–353 (vorrangig zu den strafrechtlichen Anordnungen); zu den privatrechtlichen Folgen, vgl. *Amelotti*, Testamento (1966) 178 f.; *Nowak*, Wills (2015) 55 f.; zum historischen Hintergrund, vgl. *Meyer*, Legitimacy (2004) 163–168 mwN.

[508] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 28.1.22.4, dazu *Nowak*, Wills (2015) 58–60, die auf S. 60 das Fazit zieht: „Hence, we may conclude that these signatures were both a confirmation that a witness had placed a seal, as well as a method of identifying a witness by their seal."; anders noch *Voci*, St. Grosso I 101 mit Fn. 8.

[509] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 28.1.22 pr.–7; *Nisoli*, Testamentseröffnung (1949) 46–59. Grundlage für Rom war die *lex Iulia de vicesimaria hereditatum* von 6 n. Chr., dazu *Günther*, Vectigalia (2008) 40–94; zur Eröffnung, vgl. *Amelotti*, Forme I (1966) 240–248; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 54–64; *Nowak*, Wills (2015) 73–103.

[510] Ulp. 4 disp. D. 28.1.23, dazu *Amelotti*, Testamento (1966) 194 f.

[511] Nach *ius civile* sind Beschädigungen der Urkunde unerheblich, vgl. Gai. 2.151, dazu *Voci*, St. Grosso I 108.

[512] Vgl. Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.10.

[513] Ulp. 39 ed. D. 37.11.1.11.

[514] Ulp. 16 Sab. D. 28.6.20 pr.

3. Das Verhältnis der *bpst* zum zivilen Testamentserbrecht

198 Die *bpst* hat ursprünglich die Funktion, dem zivilen Testamentserben den prätorischen Schutz mit Blick auf die Erbschaft zu verschaffen (→ Rn. 3–5).[515] Soweit das Testament auch nach *ius civile* wirksam ist, besteht also Einklang zwischen der Eigenschaft als testamentarischer *heres* und als *bonorum possessor secundum tabulas.*[516] Im Fall der bedingten Erbeinsetzung und im Fall der Einsetzung eines *postumus alienus* kommt der *bpst* gegenüber dem *ius civile* ergänzende Wirkung zu.[517]

199 Eine Divergenz zwischen *ius civile* und *bpst* kann sich – wie gesehen (→ Rn. 179) mit Blick auf die Testierfähigkeit ergeben, da sie nach *ius civile* ununterbrochen vorhanden sein muss, während das *ius praetorium* nur *testamenti factio* bei Testamentserrichtung und Tod des Erblassers verlangt.[518] Nach Gaius[519] erhält der eingesetzte Erbe zwar die *bpst*, muss die Erbschaft aber dem zivilen Intestaterben herausgeben, falls dieser sie verlangt.

200 Auch bei anderen Abweichungen von den Anforderungen des *ius civile* erteilt der Prätor nach Gaius die *bpst* nur mit Nachrang zur zivilen Erbenstellung:[520] Dies gilt zunächst für den Fall, dass eine Frau ihr Testament ohne Beiziehung eines Vormundes errichtet hat.[521] Der so eingesetzte Erbe kann die *bpst* nur dann erhalten, „wenn niemand vorhanden ist, dem die Erbschaft *ab intestato*“ zusteht.[522] Dieser Vorrang des zivilen *heres* wird in Gai. 2.119 dahingehend verallgemeinert, dass der Prätor auch in anderen Fällen, in denen die äußeren Förmlichkeiten der Testamentserrichtung nach *ius civile* nicht beachtet worden sind, die *bpst* aus dem Testament erteilt, wenn es von sieben Zeugen gesiegelt ist.[523]

---

[515] Vgl. *Voci*, St. Grosso I 109.

[516] Vgl. Ulp. 4 disp. D. 28.1.23 … *utroque iure valebit tam civili quam praetorio*; Pap. l. sing. de adul. D. 22.5.14.

[517] So *Voci*, St. Grosso I 110 f.

[518] Vgl. Gai. 2.147. Die weiteren von Gaius behandelten Unwirksamkeitsgründe sind: Enterbung oder Einsetzung von Haussöhnen (Gai. 2.123,127), die *inter ceteros* Enterbung von sonstigen Hauskindern (Gai. 2.124,128), die Enterbung von *postumi* (Gai. 2.130–134,138–140), Errichtung eines neuen Testaments (Gai. 2.144), *capitis deminutio* des Erblassers (Gai. 2.145). Sie sind alle auch für das prätorische Recht maßgeblich.

[519] Gai. 2.149, dazu *Amelotti*, Forme II (1967) 31 f.

[520] Zu Gai. 2.118–120, vgl. *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.2 82 f.; *Amelotti*, Forme II (1967) 26–30; *Voci*, St. Grosso I 111.

[521] Gai. 2.118, dazu *Serangeli*, Revoca del testamento I (1982) 159 f.

[522] Gai. 2.119 … *si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius.* …, dazu *Amelotti*, Forme II (1967) 33; *Serangeli*, Revoca del testamento I (1982) 171 f.

[523] *Wolff*, SZ 84 (1967) 499, der von einem Herabsinken zu einem bloßen Formerfordernis spricht. Ein in Gai. 2.148 versteckter weiterer Fall betrifft die Aufhebung eines ersten Testaments durch ein weiteres: Nach *ius civile* ist das erste Testament damit unwirksam; nach *ius praetorium* kann auch der Erbe des ersten Testaments die *bpst* erhalten. Erst wenn der Erbe des zweiten Testaments seinerseits die *bpst* beantragt, wird die *bpst* des ersten zu einer *bonorum possessio sine re.*

Ähnliches lässt sich für das Zusammentreffen von *bpst* und Intestaterbfolge beobachten, wenn der Testamentserbe die Erbschaft antritt, ohne die *bpst* zu beantragen;[524] hier kann der Prätor den Intestaterben die *bpai* zusprechen,[525] genauso kann auch ein nachrangiger Intestaterbe die *bpai* beantragen, wenn der vorrangig berechtigte Intestaterbe nur die zivile Erbenstellung einnimmt.[526] Auch hier kann der zivile Erbe die Erbschaft jederzeit von den (nur nachrangig berechtigten) *bonorum possessores* mit der *hereditatis petitio* herausverlangen. **201**

In all den Fällen, in denen der *bonorum possessor* einem vorrangigen zivilen (oder prätorischen) Erben weichen muss, spricht Gaius von einer *bp sine re*, welche er wie folgt definiert: *ita datur bonorum possessio ut is, cui data sit, non optineat hereditatem.* Der Gegenbegriff ist die *bp cum re*, durch die der Nachlassbesitzer den tatsächlichen Sachzugriff erhält.[527] Das Begriffspaar *cum re – sine re* bezieht sich mithin auf die Frage, ob der *bonorum possessor* gegen den zivilen Erben das Interdikt *quorum bonorum* mit Erfolg erheben kann bzw. ob der zivile Erbe mit der *hereditatis petitio* gegen den *bonorum possessor* durchdringt.[528] **202**

Als entscheidender Einschnitt für die Entwicklung der *bpst* im Verhältnis zum zivilen Erbrecht wird eine bei Gaius erwähnte Reform des Antoninus Pius angesehen:[529] Der Kaiser habe dem *bonorum possessor secundum tabulas* in einem Reskript die *exceptio doli* gegen den zivilen Intestaterben erteilt, wenn er den Nachlassbesitz *secundum tabulas testamenti non iure factas* erhalten habe.[530] Jedenfalls für das Verhältnis von prätorischem Testamentserben und zivilem Intestaterben scheint Gaius damit dem *ius praetorium* den Vorrang zuzuerkennen;[531] die *bpst* erscheint in diesem Fall als *bonorum possessio cum re.* **203**

Die Folgerungen, die aus diesem Bericht zu ziehen sind, sind umstritten:[532] Gaius selbst wirft die Frage auf, ob sich die Entscheidung des Kaisers, die sich auf ein formell ungültiges Testament eines Mannes beziehe, auch auf das ohne Vormund errichtete **204**

[524] Gai. 3.36, dazu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 93 f.

[525] Gai. 3.35–37, dazu *Babusiaux*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 22–24.

[526] Gai. 3.37, dazu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 95 f.

[527] Zur Terminologie, vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 94 f. mwN.

[528] Vgl. auch Ulp. reg. 28.13, dazu *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 509 f.; *cum re* bedeutet, dass sich die *bp* durchsetzt; als *sine re* ist die *bp* ein prätorischer Titel, der sich nicht gegen das zivile Erbrecht behaupten kann; gleichsinnig *Serangeli*, Revoca del testamento I (1982) 171–174.

[529] Die Reform wird genannt in Gai. 2.120 und Gai. 2.149a.

[530] Gai. 2.120, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.2 88; *Amelotti*, Forme II (1967) 27–31.

[531] *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 171 zieht den Schluss, dass diese *bp* nunmehr auch *cum re* erteilt worden sei.

[532] Vgl. Paul. 4 sent. *sub titulo de intestatorum successionibus* Coll. Mos. 16.3.1,2, dazu *Frakes*, Collatio (2011) 196 f., 306 f.; *Voci*, St. Grosso I 116: „Esposte però le cause, per le quali si può essere detti intestati (…), si viene a porre una limitazione: tuttavia non possono dirsi intestati coloro che sono autori di un testamentum iure praetorio factum (…).“

Testament einer Frau beziehen könne, lässt die Entscheidung aber offen.[533] In der Literatur hat man das Reskript einerseits als Paradigmenwechsel hin zu einem eigentlichen prätorischen Testament,[534] andererseits als Zwischenstufe einer schrittweisen Umformung des zivilen Testaments durch die Anforderungen der prozessualen Praxis gedeutet.[535]

205 Die Diskussion um die Existenz eines eigenen „prätorischen" Testaments ist als zu begrifflich geprägte Frage zu verwerfen.[536] Soweit die justinianischen Quellen überhaupt Entwicklungshypothesen erlauben, liegt es zudem näher, von einem schrittweise erfolgenden Anpassungsprozess der zivilen Kategorien aufgrund der prozessualen und beweisrechtlichen Vorgaben des prätorischen Verfahrens auszugehen.[537] Die damit einhergehende Verschiebung der testamentarischen Förmlichkeiten kann man als *testamentum praetorium* bezeichnen, ohne dass damit eine das *ius civile* überwindende Kategorie gemeint sein muss.[538]

206 Die wenigen in den Digesten überlieferten Fälle, die eine Konkurrenz von zivilem Intestaterben und *bonorum possessor secundum tabulas* aufgrund eines nicht vollständig wirksamen Manzipationstestaments behandeln, legen in der Tat eine die Reform des Antoninus Pius fortführende Entwicklung nahe. So spricht sich Papinian dafür aus, dass ein durch ein zweites aufgehobenes erstes Testament zur *bpst* führen kann, wenn der Testator die zweite Urkunde zerstört und damit die Grundlage für eine *bpst* aufgrund dieses Testamentes vernichtet hat.[539]

207 Zudem berichtet Ulpian von der *bpst* aufgrund eines Testaments, das durch Hinzugeburt eines übergangenen *postumus* vor dem Tod des Erblassers zivilrechtlich als unwirksam anzusehen ist.[540] Nach einem Reskript Hadrians (und einer weiteren Bestätigung durch Caracalla) erhalte der eingesetzte Erbe dennoch die *bpst cum re*, setze sich also gegen die zivilen Intestaterben durch.[541]

---

[533] Vgl. Gai. 2.118. Die Bewertung ist auch hier umstritten, vgl. *Voci*, St. Grosso I 103: „ma non par dubbio che essa, alla fine, sia stata affermativa", mwN. in Fn. 15; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 171 f.

[534] Für die Annahme eines eigenen prätorischen Testaments, vgl. *Voci*, St. Grosso I bes. 124–133; *Voci*, DER II 73; kritisch zuletzt *Nowak*, Wills (2015) 34–41 mwN. in 34 Fn. 44.

[535] *Amelotti*, Testamento (1966) 191–215 mwN.; *Amelotti*, Forme II (1967) 1–26.

[536] Vgl. auch *Wolff*, SZ 84 (1967) 499.

[537] So zutreffend *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 173.

[538] Der wichtigste Beleg hierfür ist Gai. 3.33b,34 = Inst. 3.9.1, dazu *Amelotti*, Forme II (1967) 54 f.; in der Folgezeit kann dies freilich zu einer eigenen Kategorie erstarkt sein, vgl. Gord. C. 6.11.2 pr.,1 (a.242), dazu *Leist*, Bonorum possessio II.2 (1848) 96 f.; vgl. auch Consult. § 6, auch dazu *Leist*, Bonorum possessio II.2 (1848) 98 f.

[539] Pap. 13 quaest. D. 37.11.11.2, dazu *Voci*, St. Grosso I 107 f.; *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 132 f. Der Fall entspricht der Konstellation in Gai. 2.148.

[540] Ulp. 4 disp. D. 28.4.3.12 pr.; *Amelotti*, Forme II (1967) 32 f.; *Serangeli*, Revoca del testamento I (1982) 161, 171.

[541] Vgl. *Biondi*, DER 131; *Voci*, St. Grosso I 106; *González Roldán*, Diritto ereditario (2014) 221–223.

Schließlich entscheidet Papinian, dass der Erbe, der in einem Testament, das der Erblasser als *sui iuris* errichtet hat, später dann per *adrogatio* in fremde Gewalt begeben hat und zuletzt als *sui iuris* verstorben ist, eingesetzt worden ist, mit der *exceptio doli mali* abgewehrt wird,[542] wenn er die *hereditatis petitio* erhebt.[543] Wie Papinian betont, kommt es für die Erteilung der *exceptio doli* auf die Umstände des Einzelfalls an.[544] Die spezifische Situation eines Erblassers, der sich in fremde Gewalt begibt (*adrogatio*), scheint dabei eine Ausnahme von der prätorischen Regel der Testierfähigkeit im Augenblick der Testamentserrichtung wie des Todes zu rechtfertigen. **208**

Gerade das letzte Beispiel belegt, dass die bei Gaius zitierte Entscheidung des Antoninus Pius nur ein Element für die Bewertung des Verhältnisses von zivilem Intestaterben und *bpst* im Fall eines nach *ius civile* unwirksamen Testamentes sein kann. Daher ist es nicht gerechtfertigt, die von Gaius genannte Einzelfallentscheidung des Antoninus Pius als Wendepunkt des gesamten Testamentsrechts anzusehen. **209**

4. Zur *bonorum possessio ex testamento militis*

Die *bp* aus dem Soldatentestament (*bptm*) wird in einem eigenen Edikt geregelt.[545] Es wird aufgrund der Form- und Regellosigkeit seiner Errichtung als *ius singulare* qualifiziert, das nicht zum Vorbild für Analogien gemacht werden darf und die bestehenden Regeln des Testamentsrechts nicht in Frage stellen soll.[546] **210**

Voraussetzung der *bptm* ist ein nach den kaiserlichen Konstitutionen zulässigerweise errichtetes Soldatentestament (*ex constitutionibus principalibus*). Diese Bedingungen sind veränderlich.[547] Es lässt sich sogar vermuten, dass das Soldatentestament ursprünglich nicht vollkommen formfrei war, sondern nach den jeweils einschlägigen Regeln des Herkunftsrechts des Soldaten errichtet werden musste, um wirksam zu sein.[548] **211**

Erst in der Severerzeit scheint sich die generelle Formfreiheit durchgesetzt zu haben;[549] diese bezieht sich nicht nur auf die äußere Form, das heißt die Abwesenheit der *mancipatio nummo uno*, sondern auch auf die inneren Förmlichkeiten, namentlich die *institutio heredis* und die Enterbungsvorschriften. Nicht gebunden sind die Soldaten **212**

[542] Zur Bedeutung der *exceptio doli* in diesen Fällen, vgl. *Biondi*, DER 131 f.; *Cerami*, AUPA 50 (2005) 61–63.

[543] Zu Pap. 13 quaest. D. 37.11.11.2, vgl. *Amelotti*, Forme II (1967) 36 f.; *Serangeli*, Revoca del testamento I (1982) 162–167; *Scotti*, Testamento (2012) 739–741; umstritten ist, wer hier als Klagegegner anzusehen ist. Für einen Dritten, vgl. etwa *Voci*, DER II 520 f.; für einen Intestaterben, vgl. hingegen *Costa*, Exceptio doli (1897) 17 f.

[544] Gleichsinnig *Cerami*, AUPA 50 (2005) 62.

[545] Vgl. Gai. 15 ed. prov. D. 29.1.2, dazu *Lenel*, EP 354.

[546] Zum *ius singulare* des Soldatentestaments, vgl. *Stagl*, REHJ 36 (2014) 129–157.

[547] Der beste Überblick bei *Amelotti*, Forme I (1966) 35–73.

[548] Vgl. § 34 Gnomon = BGU V 1210, 96–98, dazu *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 162–171.

[549] Ulp. 45 ed. D. 29.1.1 pr., dazu zuletzt *Lovato*, Scr. Pani 257–266.

auch an die *lex Iulia et Papia*, die den Erwerb von Unverheirateten und Kinderlosen aus dem Testament beeinträchtigt.[550]

213 Für die Intestaterbfolge nach einem Soldaten bedarf es hingegen keines eigenen Edikts; hier genügt die auch für Zivilpersonen verheißene *bpai*, welche im Titel *unde cognati* auch die Berücksichtigung von Blutsverwandten erlaubt;[551] Soldaten, die nach Dienstende das Bürgerrecht für sich und ihre Kinder erwerben, können auch nach *unde liberi* beerbt werden.[552]

V. Die *bonorum possessio ab intestato*

1. Anwendungsbereich

214 Die *bpai* als prätorisches Intestaterbrecht greift ein, wenn entweder kein Testament hinterlassen worden ist oder innerhalb der zustehenden Fristen weder eine *bpct*[553] noch eine *bpst* verlangt worden ist.[554] Ihre Subsidiarität kommt auch in der ediktalen Ordnung zum Ausdruck, in der die *bpai* erst nach *bpct* und *bpst* verheißen wird.[555] Die *bpai* wird ihrerseits gestuft nach Graden verliehen:[556] So sind im ersten Grad die Abkömmlinge des Erblassers (*liberi)* zugelassen (*unde liberi*),[557] im zweiten Grad die nach *ius civile* berufenen gesetzlichen Erben (*unde legitimi*),[558] im dritten die Blutsverwandten (*unde cognati*)[559] und im vierten die Ehegatten untereinander (*unde vir et uxor*).

215 Das Antragsrecht der *bpai* besteht ab dem Zeitpunkt, an dem feststeht, dass die *bpct* oder *bpst* nicht verlangt werden kann oder nicht verlangt wird. Bestehen Zweifel über den Status des Erblassers, namentlich über seine Testierfähigkeit, beginnt die Frist für die *bpst* erst zu laufen, wenn feststeht, dass der Erblasser testierfähig war.[560]

216 Wäre der zur *bpai* zugelassene Antragsteller bereits zur *bpct* berechtigt gewesen und hat er die hierfür eingeräumte Frist ungenutzt verstreichen lassen, wird ihm die *bpai*

---

[550] Vgl. Gai. 2.111, dazu *Stagl*, REHJ 36 (2014) 133.

[551] Vgl. § 35 Gnomon = BGU V 1210, 99 f., dazu zuletzt *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 171–173.

[552] Vgl. *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 81 Fn. 43 unter Hinweis auf *ipsis liberis posterisque eorum civitatem romanam dedit;* zur Frage, vgl. zuletzt umfassend *Sánchez-Moreno Ellart*, SZ 125 (2008) 348–374 mwN.

[553] Der Verlust der *bpst* kann auch durch Fristablauf geschehen, vgl. Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.3.

[554] Vgl. Gai. 3.35,36; Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.2; Mod. 6 pand. D. 38.15.1.1; vgl. *La Pira*, Successione (1930) 259 f.

[555] Ulp. 44 ed. D. 38.6.1 pr., dazu *Manfredini*, Volontà (1991) 133; ferner Ulp. reg. 28.7, dazu *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 504–506.

[556] Vgl. Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.1; Mod. 6 pand. D. 38.15.1 pr.–2, dazu *La Pira*, Successione (1930) 242 f.

[557] Vgl. Gai. 3.26, dazu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Intestaterb. 79–82.

[558] Vgl. Gai. 3.34; unter Ausschluss der *gentiles*, vgl. Gai. 3.17.

[559] Gai. 3.28–31, dazu nur *Voci*, DER II 10–17.

[560] Ulp. 46 ed. D. 38.7.2.3.

verweigert. Dies gilt etwa für den übergangenen *emancipatus*, der die *bpct* nicht erhoben hat, aber nach dem Verzicht des Testamentserben auf die *bpst* die *bpai* beantragen will.[561] Auf diese Weise soll verhindert werden, dass der *emancipatus* die unter Anwendung der *bpct* teilweise in Kraft bleibenden Anordnungen des Testaments durch die *bpai* umgeht. Der Ausschluss gilt nur dann, wenn der Berechtigte die Möglichkeit hatte, die *bpst cum re* zu erhalten.[562]

Die von der *bpai* vorausgesetzte Testamentslosigkeit ist nach *ius praetorium* zu bestimmen.[563] Entsprechend kann die *bpai* verlangt werden, wenn keine von sieben Zeugen gesiegelte Testamentsurkunde vorliegt (→ Rn. 194–197).[564] Ebenso steht bei einer aufgeschnitten oder sonst geöffneten Testamentsurkunde, die den Testamentserben daran hindert, die *bpst* zu verlangen (→ Rn. 196), die *bpai* offen, obgleich die Erbeinsetzung nach *ius civile* wirksam sein kann.[565] In diesem Fall steht den Intestaterben der Nachlass mittels *bpai* zu, und zwar auch mit Wirkung gegenüber dem zivilen Testamentserben (*cum re)* (→ Rn. 206–209). **217**

Umgekehrt achtet der Prätor die zivilen Testamentsregeln insofern, als er die Übergehung eines Haussohnes im Testament als Unwirksamkeitsgrund ansieht. Daher entscheidet Ulpian, dass auch ein enterbter *emancipatus* die *bpai* für den Nachlass des Vaters verlangen kann, wenn ein Haussohn übergangen wurde.[566] Die im unwirksamen Testament ausgesprochene Enterbung ist in diesem Fall auch nach prätorischem Recht unbeachtlich. **218**

2. Die verschiedenen Klassen des prätorischen Intestaterbrechts

Die Intestaterbfolge des prätorischen Edikts ist nach Klassen gegliedert, die nacheinander zur *agnitio bonorum possessionis* berufen sind (→ Rn. 18–20);[567] hierbei gelten die allgemeinen Fristen, d. h. ein Jahr für *liberi*, einhundert Tage für die übrigen (→ Rn. 32–33). **219**

---

[561] Iul. 27 dig. D. 38.6.2, dazu *Voci*, DER II 655 Fn. 36.

[562] Vgl. Pap. 6 resp. D. 38.6.8. In Papinians Entscheid ist zu berücksichtigen, dass die Einsetzung des Haussohnes unter der Bedingung der Emanzipation keine Potestativbedingung ist, weshalb das Testament als unwirksam anzusehen ist, vgl. auch Pap. 13 quaest. D. 28.7.28, dazu *Meinhart*, FS Kaser (1973) 116–126.

[563] Liegt eine *bp ex edicto Carboniano* vor, kann aufgrund der Vorläufigkeit dieser Maßnahme (→ Rn. 153–170) die *bpai* von einem anderen beantragt werden, vgl. Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.4, dazu *La Pira*, Successione (1930) 259 f. mit Fn. 4.

[564] Ulp. 8 Sab. D. 38.6.3 *Bonorum possessio potest peti ab intestato, si certum sit tabulas non extare septem testium signis signatas.*

[565] Vgl. Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.8, dazu *Voci*, DER II 511 f.

[566] Vgl. Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.9.

[567] Ein Edikt *de postumis*, vgl. Schol. 1 zu Basil. 39.1.6 (Heimb. IV 5 = Schelt. B VI 2296–2298), erscheint nicht notwendig, denn seine Berechtigung ist im Begriff der *liberi* erfasst, vgl. *Meinhart*, SZ 82 (1965) 203 f. zu Scaev. 2 resp. D. 38.8.10.

a. *Unde liberi* (Abkömmlinge des Erblassers)

220 Die *liberi* (Abkömmlinge des Erblassers) stehen bei der *bpai* an erster Stelle der Antragsberechtigten.[568] Wie bei der *bpct* (→ Rn. 48–55) betrifft der Begriff der *liberi* zunächst die leiblichen wie die adoptierten Hauskinder des Vaters, die bis zum Tod des Erblassers unter seiner Gewalt standen.[569] Ist das adoptierte Kind zu Lebzeiten des Vaters emanzipiert worden, steht ihm keine *bpai* zu;[570] nur bei einer Adoption innerhalb der gleichen Familie erhält es nach der Emanzipation seinen ursprünglichen Status[571] zurück und kann aufgrund dessen zur *bpai* gelangen (→ Rn. 139–140).

221 Den Hauserben gleichgestellt sind sodann die emanzipierten Hauskinder, deren Berufung neben den *sui heredes* als *aequitas*-konforme Errungenschaft des prätorischen Rechts[572] gegenüber dem *ius civile* gilt, das die *emancipati* aufgrund ihres Statusverlusts der Familie von der Intestaterbfolge ausschließt (→ § 54 Rn. 8).

222 Ist das Hauskind nicht nur emanzipiert, sondern in Adoption gegeben worden (→ Rn. 139–146), kann es – solange das Adoptionsverhältnis andauert – die *bpai* in der Ursprungsfamilie nicht verlangen.[573] Hat der Adoptivvater das Kind zu Lebzeiten emanzipiert, kann es, wenn die Emanzipation vor dem Tod des leiblichen Vaters stattfindet, in der Klasse *unde liberi* erben; wird es erst nach dem Tod des *pater naturalis* emanzipiert, kann es die *bpai* nur in der Klasse *unde cognati* beantragen.[574]

223 Auch (von Söhnen abstammende) Enkel oder von (männlichen Enkeln abstammende) Urenkel können die *bpai unde liberi* beantragen.[575] Solange der gradnähere lebt, gilt aber das Repräsentationsprinzip, so dass der Sohn den Enkel und der Enkel den Urenkel ausschließt (→ Rn. 56–58, 131). Dabei ist zu beachten, dass in der Severerzeit auch diejenigen Abkömmlinge die *bpai* erlangen konnten, die nie in der Gewalt des Erblassers waren.[576]

224 Für den hinsichtlich des Rangverhältnisses unklaren Fall, dass der Sohn emanzipiert worden ist, der Enkel hingegen in der Gewalt seines Großvaters verblieben ist, sorgt die

---

[568] Vgl. Ulp. reg. 28.8, dazu *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 65–67; Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.5. Eine pathetische Rechtfertigung dieser Nachfolge bei Pap. 29 quaest. D. 38.6.7.1.

[569] Die Erbfolge nach der Mutter ist vom Edikt *unde liberi* nicht erfasst, vgl. Inst. 3.1.15, dazu *La Pira*, Successione (1930) 265. Vgl. auch *Fein*, Collation (1842) 8 f.; *La Pira*, Successione (1930) 260 gliedert: „*i sui, naturali ed adottivi, figli, o nipoti succeduti in locum patris (…); gli emancipati, quando siano però figli naturali.*“

[570] Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.6, dazu *La Pira*, Successione (1930) 260; *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 126 f. Dies ist der Unterschied zwischen der *bpct* und der *bpai unde liberi*, vgl. *Moriaud*, Famille paternelle (1910) 165 f.

[571] Paul. 2 Sab. D. 38.6.4, dazu *La Pira*, Successione (1930) 261; *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 127 f.

[572] Gai. 3.25,26; gleichsinnig Inst. 3.1.9, dazu *La Pira*, Successione (1930) 260.

[573] Inst. 3.10.11, dazu *La Pira*, Successione (1930) 261 f.

[574] Inst. 3.1.13, dazu *La Pira*, Successione (1930) 262 f.

[575] Ulp. 39 ed. D. 37.4.3 pr., dazu *La Pira*, Successione (1930) 264.

[576] Pomp. 4 Sab. D. 38.6.5.1; Paul. 41 ed. D. 37.4.6.2; Mod. 6 pand. D. 37.4.21 pr., zu allen *La Pira*, Successione (1930) 263 f.

nova clausula Iuliani[577] für einen Ausgleich zwischen *ius civile* und *ius praetorium*, indem sie weder dem Sohn (als vorrangiger natürlicher Abkömmling) noch den Enkel (als *sui heredes* des *ius civile*) den Vorrang einräumt,[578] sondern beide miteinander auf den Erbteil des Sohnes einsetzt (→ Rn. 130–146).

225 Als eine Konsequenz der *nova clausula Iuliani* ist es anzusehen, dass bei Verzicht des emanzipierten Sohnes auf die Erbschaft sein Anteil nur den von ihm stammenden Enkeln anwächst.[579] Genau wie bei der *bpct* wird die *coniunctio* auch bei der *bpai* verwendet, um Rangfragen zu entscheiden, wenn die Erbfolge durch Emanzipation und Adoption modifiziert wurde: Hat etwa der Erblasser einen emanzipierten Sohn an Enkels Stelle adopiert und sodann wieder emanzipiert, wird dieser Sohn gemeinsam mit dem in der Gewalt des Großvaters verbliebenem Enkel zur *bpai* berufen.[580]

226 Unter dem Edikt *unde liberi* können auch Enkel, die in der Gewalt des Vaters zurückgeblieben sind, die *bpai* am Vermögen des emanzipierten Sohnes verlangen. Da hier im Ergebnis der Großvater den Vermögensvorteil aus dem Nachlass erhält, verlangt Ulpian, dass er mit den Geschwistern des Verstorbenen ausgleiche (*collatio bonorum*), um in den Genuß des Nachlasses des Sohnes zu gelangen (→ Rn. 90–118).[581]

b. *Unde legitimi* (Intestaterben des *ius civile*)

227 Das Edikt *unde legitimi* knüpft an die Intestaterbfolge nach *ius civile* an, indem es im Wege einer hypothetischen Betrachtungsweise denjenigen zum Antrag beruft, „der ihm Erbe sein müsste, wenn er ohne Testament verstorben worden wäre“ (*tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset*).[582] Berufen sind damit die nach der *lex XII tabularum* Erbberechtigten[583] *sui heredes* und der *proximus agnatus* (→ § 54 Rn. 10–12).

228 Das Recht legitimer prätorischer Erben bestimmt sich nach *ius civile*, was bedeutet, dass nur die zum Todeszeitpunkt in der Gewalt befindlichen Kinder und die nicht emanzipierten agnatischen Verwandten zur *bpai unde legitimi* berufen sind.[584] Vor

---

[577] Vgl. Pomp. 4 Sab. D. 38.6.5 pr. Die Fassung des Textes spricht dafür, dass es sich um einen Auszug aus dem Edikt zur *bpct* handelt, für welche die Enterbung ein Hinderungsgrund wäre.

[578] Die Vorrangstellung des *suus heres* behandelt Pap. 29 quaest. D. 38.6.7 pr.

[579] Vgl. Pomp. 4 Sab. D. 38.6.5.2.

[580] Vgl. Ulp. 44 ed. D. 38.6.1.7.

[581] Ulp. 39 ed. D. 38.6.6, dazu *La Pira*, Successione (1930) 264, der betont, dass den Enkeln die *bpai* in diesem Fall allein aufgrund der Tatsache verliehen wird, dass sie seine *sui heredes* gewesen wären, falls sie nicht emanzipiert worden wären; ferner *Guarino*, Collatio bonorum (1937) 52–56 mit weitreichender Interpolationenkritik.

[582] Ausnahmen vom Zeitpunkt des Todes bei Iul. 27 dig. D. 38.7.1,4, dazu *La Pira*, Successione (1930) 267 f.

[583] Ulp. 46 ed. D. 38.7.2.4, dazu *La Pira*, Successione (1930) 268. Zur Rekonstruktion des Zwölftafel-Satzes zur Intestaterbfolge (XII Tab. V, 4–5), vgl. *Humbert*, XII Tables (2018) 195–204; *Finazzi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 231–296.

[584] Vgl. Gai. 3.27; Pomp. 4 Sab. D. 38.8.5, dazu *La Pira*, Successione (1930) 265 f.

allem ist zu beachten, dass das *ius civile* keine sukzessive Delation[585] und für den *proximus agnatus* keine Nachfolge[586] kennt (*successio in locum*, → § 54 Rn. 11).

229 Die strikte Anwendung dieser zivilen Regeln im *ius praetorium* hat zur Folge, dass der *proximus agnatus*, wenn *sui heredes* vorhanden sind, welche auf die *bpai unde legitimi* verzichten, i. d. R. nicht zum Zuge kommt.[587] Der *proximus agnatus* hat also nur dann realistische Chancen, die *bpai unde legitimi* zu erhalten, wenn *sui heredes* gänzlich fehlen.[588] Man wird diese von den römischen Juristen in verschiedenen Konstellationen erörterte Konsequenz auch aus dem Zweck erklären können, möglichst schnell zur *bpai unde cognati* zu gelangen.[589]

230 Da die Hauskinder sowohl nach dem Edikt *unde liberi* als auch nach dem Edikt *unde legitimi* als *sui heredes* antragsberechtigt sind, stellt sich die Frage, ob der Verzicht auf das vorrangige Antragsrecht zum Verlust des nachrangigen Antragsrechts führt. Nach Ulpian soll hier anders zu entscheiden sein als für das Verhältnis von *bpct* und *bpai* (→ Rn. 216), da beide Antragsrechte unmittelbar aufeinander folgen. Daher kann der Abkömmling, der auf den Antrag *unde liberi* verzichtet, die *bpai unde legitimi* erheben.[590]

231 Die *bpai unde legitimi* ist nicht auf männliche Erblasser oder Freigeborene beschränkt; vielmehr können auch Frauen und Freigelassene von ihren Geschwistern von der Vatersseite (*consanguinei*) oder Agnaten beerbt werden.[591]

232 Im severischen Recht steht die *bp unde legitimi* nicht nur aufgrund der gesetzlichen Erbfolge der Zwölftafelgesetzgebung, sondern auch aufgrund der in den Senatsbeschlüssen der Kaiserzeit angeordneten Erbfolge des Kindes nach der Mutter (*SC Orphitianum*) und der Mutter nach dem Kind (*SC Tertullianum*) zu.[592] Allerdings ist es wahrscheinlich, dass diese Sondererbrechte ursprünglich nach der Ediktsklausel „*uti me quaque lege senatus consulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo*“[593] gel-

---

[585] Umstritten für den Fall, dass der *proximus agnatus* die Erbschaft ausgeschlagen hat, vgl. Gai. 3.28.

[586] Gai. 3.12,13; es gilt entsprechend dem *ius civile* der Zeitpunkt, an dem gewiss ist, dass die *bpai* einschlägig ist, als maßgeblich für die Delation.

[587] Vgl. Ulp. 46 ed. D. 38.7.2 pr., dazu *La Pira*, Successione (1930) 266.

[588] Auch Frauen können *proximus agnatus* sein, vgl. Ulp. 46 ed. D. 38.7.2.2.

[589] So *La Pira*, Successione (1930) 253 f. Zur Kasuistik, vgl. Mod. 3 pand. D. 38.7.5.1; Iul. 27 dig. D. 38.7.4; ferner Ulp. 13 Sab. D. 38.16.2.4,5.

[590] Vgl. auch Ulp. 49 ed. D. 38.9.1.11 … *poterit igitur ex sequenti parte succedere ipse sibi…* , dazu *La Pira*, Successione (1930) 251.

[591] Ulp. 46 ed. D. 38.7.2.1,2, dazu *La Pira*, Successione (1930) 267.

[592] Ulp. 46 ed. D. 38.7.2.4 … *denique mater, quae ex senatus consulto venit Tertulliano, item qui ex Orphitiano ad legitimam hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt*, dazu *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 331 f., die unter Berufung auf Ulp. reg. 26.8 hervorhebt, dass die Mutter allen Deszendenten nachgeht, die Erbfolge nach *ius civile* somit nach dem Muster des *ius praetorium* formuliert wird. Zum *SC Tertullianum*, vgl. zuletzt *González Roldán*, Diritto ereditario (2014) 201–220 mwN.

[593] Ulp. 49 ed. D. 38.14.1 pr. *Praetor ait: ‚uti me quaque lege senatus consulto bonorum possessionem*

tend gemacht wurden, mit welcher der Prätor die senatorischen Vorgaben in sein Edikt umsetzt.[594]

c. *Unde cognati* (Blutsverwandte als Intestaterben)

Die dritte Klasse der prätorischen Erben, *unde cognati*, ist eine Neuschöpfung des Prätors im Verhältnis zum *ius civile*, da damit Blutsverwandte ein Recht auf den Nachlassbesitz erhalten.[595] Die *bpai unde cognati* kommt zur Anwendung, wenn weder *liberi* noch *legitimi* vorhanden sind oder keiner der in diesen Klassen Berechtigten die *bpai* beantragt hat.[596] **233**

Die Blutsverwandtschaft wird definiert durch die Abstammung, kann also sowohl im Vaterstamm als auch im Mutterstamm begründet sein.[597] Legitime Ehe der Eltern ist nicht erforderlich, vielmehr sind auch uneheliche Kinder (*vulgo quaesiti/spurii*) innerhalb der mütterlichen Familie zur *bpai* zugelassen;[598] es muss sich allerdings um freie Personen handeln.[599] Eine Ausnahme besteht für den in Gefangenschaft befindlichen Römer; obgleich dieser als Sklave aufgefasst wird, kann er nach seiner Rückkehr die *bpai unde cognati* verlangen.[600] **234**

Blutsverwandte werden nach Graden und Klassen berufen;[601] berechtigt sind grundsätzlich die Gradnächsten;[602] maßgeblich für die Gradberechnung ist der Zeitpunkt, an dem die *bpai* anfällt, was allenfalls bis zur Entscheidung der Testamentserben über den Antrag auf *bpst* dauern kann;[603] wird die Geburt eines gradnäheren *cognatus* erwartet, ist der Antrag des gradferneren, der bereits lebt, bis zur Geburt aufgeschoben.[604] **235**

Die *bpai* wird bis zum sechsten Grad erteilt; aus dem siebten Grad werden noch die von einem *sobrinus* oder einer *sobrina* geborenen Kinder (*filius sobrinus, filia sobrina*) berufen.[605] Hierbei handelt es sich um Cousins oder Cousinen siebten Grades,[606] deren Großeltern Geschwister waren. **236**

---

dare oportebit, ita dabo‘; Paul. 43 ed. D. 38.7.3, dazu Voci, DER I 186 f.; *Meinhart*, Senatusconsulta (1967) 333–337.

[594] Zum Wahlrecht, vgl. Ulp. 49 ed. D. 38.14.1.1, dazu *Stiegler*, St. Volterra IV 238 f.

[595] Ulp. 46 ed. D. 38.8.1 pr.; Gai. 16 ed. prov. D. 38.8.2, dazu *La Pira*, Successione (1930) 269.

[596] Inst. 3.6.12.

[597] Ulp. 46 ed. D. 38.8.1.1 *Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint.*

[598] Auch nichteheliche Kinder stehen in Verwandtschaft zur Mutter und zu den von ihr abstammenden anderen Geschwistern, vgl. Gai. 16 ed. prov. D. 38.8.2; noch weitergehender Ulp. 6 reg. D. 38.8.4; Mod. 14 resp. D. 38.8.8.

[599] Ulp. 46 ed. D. 38.8.1.2: für Sklaven ist keine rechtlich relevante Verwandtschaft anerkannt.

[600] Ulp. 46 ed. D. 38.8.1.11; abweichend Mod. 6 reg. D. 38.8.7.

[601] Zu den Verwandtschaftsgraden, vgl. Gai. 8 ed. prov. D. 38.10.1 pr.–7 und Gai. 8 ed. prov. D. 38.10.3 pr.–2 sowie Paul. grad. adfin. nom. sing. D. 38.10.10 pr.–13.

[602] Vgl. Ulp. 46 ed. D. 38.8.1.5; Gradgleiche werden gemeinsam zugelassen, vgl. Ulp. 46 ed. D. 38.8.1.10.

[603] Ulp. 46 ed. D. 38.8.1.7.

[604] Ulp. 46 ed. D. 38.8.1.8.

[605] Ulp. 46 ed. D. 38.8.1.3; vgl. auch Paul. grad. adfin. nom. sing. D. 38.10.10.18 … *is de cuius*

237 Die *bpai unde cognati* steht seit einer *epistula Hadriani* auch den Soldatenkindern zu, die – mangels *matrimonium iustum* – nicht in der Gewalt des Vaters gestanden haben und daher nicht zur *bpai unde liberi* zugelassen sind.[607] Die Anerkennung der Blutsverwandtschaft wird auch durch die Eheverbote der römischen Armee nicht verhindert.[608]

238 Zu beachten ist, dass auch die Adoption rechtlich gesehen zur Blutsverwandtschaft (*cognatio*) führt.[609] Diese (fingierte) Blutsverwandtschaft besteht solange, wie die Adoption andauert;[610] wird das Adoptivkind emanzipiert, erlischt – wenn nicht zusätzlich ein natürliches Verwandtschaftsverhältnis besteht – auch die Kognation zwischen dem Adoptierten und der Adoptivfamilie.[611]

239 Mit dem *SC Orphitianum* wird für die *bpai* nach der Mutter eine Antragsmöglichkeit nach dem Edikt *unde legitimi* eröffnet (→ Rn. 232); diese *bp* schließt die *bp unde cognati* in der mütterlichen Verwandtschaft nicht aus, verbessert aber auch dort die Position der Mutter als *heres legitimus*.[612] Die Möglichkeit, die *bpai* als Kind nach der Mutter zu beantragen, steht auch dem Kind zu, das nach dem Tod der Mutter lebend geboren wurde.[613] Maßgeblich hierfür ist der Anfall der *bpai*, also der Moment, an dem feststeht, dass keine *bpct* oder *bpst* verlangt werden wird.[614]

240 Auch zwischen dem Edikt *unde liberi* und dem Edikt *unde cognati* besteht eine Doppelung, da der nach dem Edikt *unde liberi* berufene *proximus agnatus* auch der *proximus cognatus* sein kann, der nach dem Edikt *unde cognati* die *bpai* verlangen kann.[615]

d. *Unde vir et uxor* (Ehegatten untereinander)

241 In der vierten Klasse der prätorischen Intestaterbfolge sind Ehegatten berufen. Voraussetzung ist ein *iustum matrimonium*, das die Eheverbote der *lex Iulia et Papia* respektiert (→ § 33 Rn. 34–37). Zudem muss die Ehe im Moment des Todes bestanden haben und darf nur durch den Tod aufgelöst worden sein.[616]

---

cognatione quaeritur, sobrino natus est … ipse autem isdem sobrino sobrinave natus …; zum Begriff des *propior sobrinus*, vgl. *Röhle*, SZ 98 (1981) 341–365.

[606] Zu den terminologischen Verwerfungen, vgl. *Kaiser*, SZ 134 (2017) 353–408.

[607] BGU I 140 (lat. Übersetzung bei FIRA I 428–430, Nr. 78), dazu *Berger*, JJP 1 (1946) 28–33; zur Erweiterung auf alle Blutsverwandten, vgl. § 35 Gnomon (= BGU V 1210, 99–100), dazu Babusiaux, SZ 135 (2018) 171–173 mwN.

[608] Vgl. *Wolff*, Recht I 159 f.; *Phang*, Marriage (2001) 318–320 mwN.; *Speidel*, CCGG 24 (2013) 205–215.

[609] Gai. 3.31, dazu *La Pira*, Successione (1930) 270; *Kuryłowicz*, Adoption (1981) 129. Grund hierfür ist die bezweckte Gleichsetzung von natürlicher Vaterschaft und Adoptivvaterschaft, vgl. *Russo Ruggeri*, Datio in adoptionem (1990) 424–438.

[610] Ulp. 46 ed. D. 38.8.1.4 *Cognationem facit etiam adoptio…*.

[611] Iul. 27 dig. D. 38.8.3, dazu *La Pira*, Successione (1930) 273.

[612] Vgl. Scaev. 2 resp. D. 38.8.10 und Ulp. 46 ed. D. 38.8.9 mit *La Pira*, Successione (1930) 274 f.

[613] Vgl. Ulp. 46 ed. D. 38.8.1.9, dazu *Ferretti*, In rerum natura (2008) 124.

[614] Iul. 27 dig. D. 38.8.3.

[615] In diesem Sinne auch Mod. 3 pand. D. 38.7.5 pr.

Die vierte Klasse der prätorischen Intestaterbfolge wird durch die weitergehenden Regeln des Ehegüterrechts (→ § 35), wie der Mitgiftrestitution im Todesfall, überlagert (→ § 89). In der Regel wird die Witwe mit einem Legat abgefunden. 242

3. Die *collatio bonorum* bei der *bonorum possessio ab intestato*

Wie bei der *bpct* besteht auch bei der *bpai unde liberi* eine Verpflichtung zur *collatio bonorum* (→ Rn. 90–118), wenn emanzipierte *liberi* mit *sui heredes* zusammentreffen. Voraussetzung ist, dass die Konkurrenz der *emancipati* mit den *sui* bei diesen zu einer Verringerung des Erbrechts führt, der *emancipatus* also tatsächlich die *bpai unde liberi* beantragt hat und gemeinsam mit den *sui* an dieser beteiligt ist.[617] 243

Emanzipierte Abkömmlinge leisten untereinander keinen Ausgleich (→ Rn. 96); im Fall von strategischen Emanzipationen und Adoptionen innerhalb einer Familie ist das Edikt *de coniugendis* genauso zu beachten wie bei der *collatio bonorum* im Rahmen der *bpct* (→ Rn. 130–146). 244

Die *collatio dotis* findet als Sonderfall auch bei der *bpai unde liberi* neben der *collatio bonorum* statt, wenn eine *emancipata* sowohl mit Blick auf ihr Eigenvermögen als auch die Mitgift ausgleichspflichtig ist (→ Rn. 119–129). 245

VI. Entwicklungslinien des prätorischen Erbrechts zwischen Diokletian und Justinian

1. Diokletian

Das diokletianische Erbrecht[618] knüpft an das Recht des Prinzipates an; mit Blick auf das Testament ist eine weitere Lockerung der Förmlichkeiten zu beobachten. Sie führt eine bereits im klassischen Recht begonnene Auflösung der Testamentsform unter dem Eindruck des Fideikommissrechts fort.[619] Dies gilt namentlich für die testamentarische Erbfolge der Kinder nach ihrem Vater (*divisio parentium*).[620] 246

Die diokletianischen Quellen trennen die *bp* terminologisch und sachlich von der zivilrechtlichen *hereditas*.[621] Bisweilen sind Überschneidungen und Gleichstellungen 247

[616] Ulp. 47 ed. D. 38.11.1 pr.,1.

[617] Vgl. *Fein*, Collation (1842) 17 f.

[618] Lit.: *Timbal*, RHD 19 (1940/41) 365–396; *Kaser*, RP II; *Voci*, Iura 29 (1978) 17–113; *Voci*, SDHI 48 (1982) 1–125; *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999); *Amelotti*, ACost. XVII.1 25–42.

[619] *Voci*, Iura 29 (1978) 37 zur *divisio parentis inter liberos*.

[620] Const. C. 3.36.26 (a.321); zum diokletianischen Vorbild, vgl. *Voci*, Iura 29 (1978) 38.

[621] Vgl. *La Pira*, Successione (1930) 296 f.; *Biondi*, DER 142 f.; zuletzt *Amelotti*, ACost. XVII.1 25 f.; vgl. die Formulierung *nec civili nec honorario iure defertur hereditas* in Diocl./Max. C. 3.42.8.1 (o.A.); Diocl./Max. C. 6.59.10 (a.294). Zu beachten ist, dass – wie *Timbal*, RHD 19 (1940/41) 371 hervorhebt – schon Mod. 6 pand. D. 38.15.1 pr. beide Erscheinungen in einem Atemzug nennt.

erkennbar, die auf eine weitergehende Überlagerung der beiden Institute schließen lassen.[622] Der Befund lässt sich als Fortschreibung der bereits in den severischen Quellen ersichtlichen Wechselwirkungen zwischen beiden Erscheinungen verstehen, zumal die *bp* in der Severerzeit durchgängig *cum re* erteilt wird und damit das zivile Erbrecht weitgehend substituiert.[623]

248 Der wichtigste Beleg für die Fortführung der Dualität ist das Überleben der *bp sine re*,[624] wie es in einem Reskript Diokletians und Maximinians zum Ausdruck kommt. Sie entscheiden, dass der Vater für seine Kinder, die unter der Bedingung *si a patre emancipati fuerint* von der Mutter eingesetzt worden sind, nur die *bp sine re* erhalte. Auf diese Weise wird dem Vater der tatsächliche Zugriff auf das Vermögen der Frau verwehrt, gleichzeitig wird ihm die formelle Stellung als *bonorum possessor* und damit als Rechtsnachfolger der Erblasserin zuerkannt.[625] Als solcher haftet den Erbschaftsgläubigern bis zur Herausgabe der Erbschaft an die als Erben eingesetzten Kinder.

249 Daneben besteht die Tendenz, die *agnitio bonorum possessionis* im Sinne einer formlosen *pro herede gerere* zu vereinfachen.[626]

2. Konstantinische Zeit

250 Die Zeit Konstantins wird als Umbruchszeit auch im Erbrecht angesehen; viele angebliche Anpassungen aus dem Geist des Christentums,[627] erweisen sich bei nüchterner Betrachtung als wenig plausibel. Allein die Reformen des Eherechts, zu denen auch die Aufhebung der erbrechtlichen *incapacitas* für *caelibes* und *orbi* gehört, ist als dem Christentum verpflichtete Reform anzusehen,[628] die sich auf die *bp* insofern auswirkt, als nunmehr auch Ehe- und Kinderlose die *bpst* beantragen können.

---

[622] Vermischungen sind in der justinianischen Überlieferung vor allem mit Blick auf die Intestaterbfolge ersichtlich, was sich aus Texteingriffen aufgrund von Novell. Iust. 118 erklären ließe, vgl. etwa Diocl./Max. C. 6.14.1 (a.286), wo die *bonorum possessores unde liberi* als *heredes* angesprochen werden, dazu *Biondi*, DER 143 und *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 194–205.

[623] *Timbal*, RHD 19 (1940/41) 370.

[624] Vgl. Diocl./Max. C. 3.28.25 (a.301), dazu *Glück*, Pand. XXXV 408–422.

[625] Die Bedingung wird als Fideikommiss zugunsten der Kinder ausgelegt.

[626] Vgl. vor allem Diocl./Max. C. 6.58.4 (a.290); anders *Flach*, Bonorum Possessio (1870) 27–32, der den Wendepunkt bereits bei Diokletian ansiedelt, der neben der *cretio* und der *gestio pro herede* auch die *agnitio bonorum possessionis* als Antritt der Erbschaft ansehe. Diocl./Max. C. 6.30.7 (a.293) belegt nur, dass die *bp* neben der *pro herede gestio* möglich ist und über den Übergang der Erbschaft entscheidet; wie bereits im Recht der Prinzipatszeit gilt die Beantragung der *bp* als Einmischung in die Erbschaft und damit als *pro herede gestio*; genau diese Überlegung spricht auch dagegen, Diocl./Max. C. 6.15.4 (a.293) oder Diocl./Max. C. 6.58.8 (a.293) als Belege eines Bedeutungswandels anzusehen.

[627] So vor allem *Biondi*, DRC III 323–357.

[628] Const. Cod. Theod. 8.16.1 (a.320) und Const. Cod. Theod. 13.5.7 (a.334), dazu *Voci*, Iura 29 (1978) 47 f.; allgemein zur Reform des Eherechts aus christlichen Motiven, vgl. *Falchi*, Augustinianum 50 (2010) 351–407.

a. Testamentsrecht und *bonorum possessio secundum tabulas*

Auch für das konstantinische Testamentsrecht sind die Divergenzen von *ius civile* und *ius praetorium* als Schwierigkeit anzusehen, wobei die Tatsache, dass die Manzipationsform nicht länger beachtet wurde (→ Rn. 176), eine Vereinheitlichung erleichterte.[629] **251**

Als Hauptbelege einer Reform gelten ein Bericht des Eusebius von Caesarea und eine an das Volk gerichtete Konstitution des Konstantin von 339 n. Chr.[630] Während Voci diese Überlieferung als Ausdruck der Abschaffung des förmlichen Testaments nach *ius civile* ansieht,[631] betonen jüngere Untersuchungen, dass es sich auch lediglich um eine Abschaffung der traditionellen Wortformeln handeln könne, zumal das Fünf-Zeugen- und Sieben-Zeugen-Testament als unterschiedliche Testamentsformen erhalten blieben.[632] **252**

Unabhängig von dieser Bewertungsfrage lässt sich die Aufweichung der Testamentsform, v. a. für das später so genannte *testamentum parentis inter liberos*,[633] beobachten, das Konstantin als *divisio parentis inter liberos* privilegiert, indem er es für formlos wirksam erklärt, wenn ein Elternteil eigene Kinder einsetzt, um das Vermögen unter ihnen aufzuteilen.[634] **253**

Als Ausdruck eines bereits aus dem klassischen Recht bekannten Konkurrenzproblems stellt sich der Fall dar, der Konstantin 321 n. Chr. zur Außerkraftsetzung der *Notae* des Ulpian und des Paulus zu Papinians Schriften veranlasste.[635] Nach der Deportation des Vaters hatte der Sohn wirksam ein Testament errichtet und war nach der Begnadigung des Vaters als Gewaltfreier verstorben, ohne ein neues Testament verfasst zu haben. Nach *ius praetorium* wäre dem im Testament des Sohnes eingesetzten Erben **254**

---

[629] *Voci*, Iura 29 (1978) 30: „L'innovazione più urgente era quella che riguardava la forma dei testamenti. In teoria esistevano il test. civile e il test. pretorio; ma la situazione non era soddisfacente, perché la forma dell'uno non era rispettata, e le conseguenze dell'altro erano di minore efficacia."; ferner *Sturm*, in: Buchholz et al., Überlieferung (1993) 347–356.

[630] *Eus.*, De vita Constantini 4,26 (sowie Const. C. 6.23.15 pr. [a.339] *Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa.)*, dazu *Albanese*, Scr. II 1650 f.; *Amelotti*, Forme II (1967) 124 f.; *Voci*, Iura 29 (1978) 30–34; zuletzt *Amelotti*, ACost. XVII.1 31 mwN.

[631] Vgl. auch Const. C. 6.37.21 (a.326); C. 6.23.15.2 (a.326), dazu *Voci*, Iura 29 (1978) 30–34; auch *Tate*, TR 76 (2008) 237–248.

[632] *Nowak*, JJP 41 (2011) 114–122; *Sánchez-Moreno Ellart*, in: Caseau/Huebner, Inheritance (2014) 234–242, der 257 erwägt, dass sich die Unterschiede in der Differenzierung zwischen diktiertem und handschriftlich verfasstem Testament fortsetzten.

[633] Vgl. *Voci*, Iura 29 (1978) 37–39 mit Aufgabe der Position aus *Voci*, DER II 101.

[634] Const. Cod. Theod. 2.24.1 (a.321), dazu *Amelotti*, Forme II (1967) 121 f.; *Voci*, Iura 29 (1978) 38 f. Zur Erstreckung auf die Mutter, vgl. Const. Cod. Theod. 2.24.2 (a.327).

[635] Const. Cod. Theod. 9.4.3.1 (a.321) = Const. C. 9.51.13 (a.321): … *remotis Ulpiani atque Pauli notis Papiniani placet valere sententiam, ut in patris sit filius potestate, cui dignitas ac bona restituta sunt.* Vgl. auch Const. Cod. Theod. 9.43.1.1 (a.321), dazu *Voci*, Iura 29 (1978) 48–50.

die *bpst* zu erteilen, weil der Testator an den beiden entscheidenden Zeitpunkten testierfähig war (→ Rn. 179). Dies hätte allerdings die Begnadigung des Vaters entwertet, weshalb Paulus und Ulpian die rückwirkende Aufhebung der Testierfähigkeit verlangten. Papinian hingegen entschied, das Testament sei aufrecht zu erhalten, wenn der Sohn kein *minor* gewesen sei und die testamentarischen Anordnungen nicht nachträglich selbst aufgehoben habe.[636]

b. Angleichung von *agnitio bonorum possessionis* und *aditio hereditatis*

255 Der Unterschied zwischen automatischem, höchstpersönlichem Erbschaftsanfall und der nur befristet möglichen, aber der Stellvertretung zugänglichen *agnitio bonorum possessionis* bleibt bewusst,[637] wenngleich die *agnitio* zunehmend als umständlich und schwerfällig angesehen wird.[638] Hintergrund ist, dass sich ein allgemeines Konzept der *successio* herausbildet, das nicht länger zwischen *bp* und *hereditas* unterscheidet.[639] Konstantin lockert daher das Antragserfordernis insofern, als die *bp* nunmehr vor jedem Gericht und sogar vor dem Munizipalmagistraten verlangt werden kann.[640] Das Fristerfordernis und die Form der *agnitio* bleiben erhalten.[641] Sie wird durch Konstantin nur für das *testamentum parentis* für entbehrlich erklärt[642] und erst durch Justinian gänzlich abgeschafft.[643]

c. Intestaterbrecht und *bpai*

256 Das zivile Intestaterbrecht bleibt unter Konstantin und seinen Nachfolgern weitgehend unberührt;[644] eine Innovation betrifft nur das Erbrecht der Mutter nach ihrem Kind (*SC Tertullianum*). In einer von 318[645] oder 321 datierten Konstitution[646] setzt Kon-

---

[636] Vgl. *Babusiaux*, in: Mantovani/Wibier, Late Antiquity in Vorb.

[637] So *Voci*, Iura 29 (1978) 51–53 mwN.; anders *Biondi*, DER 142 f.; wie hier (zu Const. Cod. Theod. 5.1.1 [a.321]) auch *Coppola*, Pro herede gestio II (1999) 304–309.

[638] Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a.321), dazu *Voci*, DER I 608 und *Voci*, Iura 29 (1978) 53, der hierin einen Beleg für das Ideal der *simplicitas* sieht; zur Frage der *cretio*, vgl. *Coppola*, Pro herede gestio II (1999) 269–292, welche die *cretio* erst durch Justinian für abgeschafft erachtet; zum Ganzen auch *Amelotti*, ACost. XVII.1 27–29.

[639] Belege bei *Biondi*, DER 143.

[640] Const. C. 6.9.9 (a.339), dazu *Timbal*, RHD 19 (1940/41) 373; *Voci*, DER I 608 f.; *Voci*, Iura 29 (1978) 37 f.; der Stellenwert des Textes ist umstritten, vgl. Nachweise bei *Frier*, C. Just. 1459 Fn. 75.

[641] Vgl. Const. C. 6.23.15 pr.–2 (a.339); C. 6.37.21 (a.339); C. 6.9.9 (a.339), dazu *Voci*, DER I 608; *Voci*, Iura 29 (1978) 30–39; zuletzt *Amelotti*, ACost. XVII.1 31 mit Fn. 75.

[642] Const. C. 6.9.8 (o.A.).

[643] *Voci*, Iura 29 (1978) 54 f., der auf Inst. 3.9.12 und Iust. C. 5.70.3a (a.530) verweist.

[644] *Voci*, Iura 29 (1978) 21–23 resümiert: „Costantino non è un grande innovatore in materia di successione ab intestato."

[645] Vgl. *Seeck*, Reg. 428.

[646] Const. Cod. Theod. 5.1.1 (a. 321), dazu *Voci*, Iura 29 (1978) 23–25 mwN.

stantin fest, dass die mit *ius liberorum* ausgestattete Mutter mit den Agnaten, die nicht Geschwister des Kindes sind, zu 1/3 berufen wird. Trifft die Mutter mit *ius liberorum* mit Seitenverwandten zusammen, die das Agnationsrecht verloren haben, erhält sie 2/3, jene als Kognaten 1/3. Dabei ist in der Konstitution der Unterschied zwischen *ius civile* und *ius praetorium* noch greifbar: *quoniam huius legis, non praetoris, est beneficium.* Der wichtigste Unterschied zum früheren Rechtszustand betrifft den Erbschaftserwerb, für den festgehalten wird, dass er formlos möglich ist.[647]

Weiter besteht die Tendenz, die Klasse der *unde cognati* in die Klasse *unde legitimi* zu **257**
überführen. Eine Konsequenz dieser Erweiterung der legitimen Erben ist die Übernahme der sukzessiven Delation auch in die Klasse *unde legitimi.*[648] Gleichzeitig verschwindet in diesem Bereich die sachliche Unterscheidung von *ius civile* und *ius praetorium.*[649]

3. Honorius/Theodosius und Valentinian

Mit Blick auf die *petitio bonorum possessionis* bestimmen Honorius und Theodosius II., **258**
dass der Antritt der Erbschaft (*aditio*) als Antrag auf die *bp* gilt, wobei diese Gleichsetzung zunächst auf denjenigen beschränkt ist, der in einem *testamentum principi oblatum* eingesetzt worden ist.[650] Von Theodosius und Valentinian II. stammt die Erweiterung des Privilegs auf den Fall, dass der Vater vom Sohn die *bona adventicia* verlangt;[651] im Jahre 446 erstreckt eine Novelle beider Kaiser die Gleichsetzung auf jede Art der testamentarischen Sukzession.[652] Entsprechend heißt es in der *interpretatio* zum *Codex Theodosianus*:[653] *bonorum possessio praesumitur.* Die vor Gericht abgegebene Erklärung des Erbschaftsantritts gilt auch als Antrag auf die *bp (testatio apud acta)*.[654]

Indem das nachkonstantinische Recht die *bp* vom Erbschaftsantritt abhängig macht, **259**
also jeden Erben, der die Erbschaft antritt, als *bonorum possessor* behandelt, wird die nach klassischem Recht notwendige formulare Fiktion zugunsten des *bonorum possessor* entbehrlich.[655] Dennoch bleibt der Unterschied von Delation und automatischem

---

[647] Zum Erbrecht der Mutter ohne *ius liberorum*, vgl. *Voci*, Iura 29 (1978) 24.

[648] *La Pira*, Successione (1930) 296.

[649] *Leist*, Bonorum possessio II.2 (1848) 114 f.

[650] Honor./Theodos. C. 6.23.19.3 (a.413), dazu *Voci*, DER I 609.

[651] Theod./Valentin. Cod. Theod. 4.1.1 (a.426), dazu *Coppola*, Pro herede gestio II (1999) 350–373 mwN.; *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 146–157.

[652] Novell. Valent. 21.1.5 (a.446), dazu *Voci*, DER I 609 mit Fn. 9; anders *Luchetti*, Legislazione imperiale (1996) 381 Fn. 64, der betont, dass die Konstitution nicht in der *pars Oriens* zur Anwendung gekommen sei.

[653] Vgl. *Timbal*, RHD 19 (1940/41) 374; *Voci*, DER I 610.

[654] Bspl. in Const. Cod. Theod. 8.18.8 (a.319), dazu *Voci*, DER I 610 mit Fn. 12; *Coppola*, Pro herede gestio II (1999) 344–349.

[655] *Voci*, DER I 198; die Terminologie bleibt erhalten, vgl. *Timbal*, RHD 19 (1940/41) 377; *Voci*, SDHI 48 (1982) 30–32.

Erbschaftserwerb auch in dieser Epoche erhalten.[656] Anstelle der Unterscheidung von Erbenstellung und *bp* wird stärker zwischen der allgemeinen Erbfolge und Sondererbfolgen differenziert.[657]

260 Während sich im Bereich der *bpst* die Veränderungen des Testamentsrechts, namentlich die Einrichtung formfreier Testamente,[658] auswirken, verändert sich das prätorische Intestaterbrecht aufgrund der Anpassungen im zivilen Intestaterbrecht: Hierzu gehört namentlich die Trennung von väterlichem und mütterlichem Vermögen (*bona paterna*; *bona materna*)[659] und die zunehmende Gleichstellung der Eltern als Erblasser.[660]

261 Eine echte Innovation bedeutet die von Valentinian vorgenommene Ausweitung des Repräsentationsprinzips,[661] welches nunmehr nicht nur für die Abkömmlinge von Söhnen, sondern auch für die Enkel der Töchter Geltung beansprucht[662].

262 Da Gewaltunterworfene nach spätantikem Recht vermögensfähig sein können, wandelt sich die Funktion der *collatio emancipati* und der *collatio dotis* (→ Rn. 90–129). Wichtig ist eine Reform des Leo (472), welche die *collatio* (im Rahmen der Intestaterbfolge)[663] auf jegliche Erbfolge von Deszendenten nach einem Aszendenten erstreckt.[664] Diese *collatio descendentium* gilt auch für Erbschaften von Frauen und unabhängig davon, welchen Status die beteiligten Erben haben,[665] ist also nicht länger ein Mittel zum Schutz der *sui heredes*. Der Gegenstand der *collatio* wird vereinheitlicht und umfasst neben der Mitgift auch die *donationes propter nuptias*: Frauen müssen ihre Mitgift,[666] Männer die *donationes* einwerfen;[667] der *emancipatus* muss jegliche *donatio* kollationieren, die er als Ausstattung bei oder nach der Emanzipation erhalten hat.[668]

---

[656] Vgl. Valentin. Cod. Theod. 16.2.20 (a.370); Theod. Cod. Theod. 9.42.9 (a.380), dazu *Voci*, Iura 29 (1978) 98 f.

[657] *Voci*, Iura 29 (1978) 99–101.

[658] Namentlich das *testamentum parentis inter liberos*, dazu Const. Cod. Theod. 2.24.1 (a.324), dazu *Amelotti*, ACost. XVII.1 31 Fn. 21.

[659] Zu den *bona materna*, vgl. die Darstellung bei *Voci*, Iura 29 (1978) 56–66, 74–79.

[660] Zu Anpassungen des *SC Tertullianum* und des *SC Orphitianum*, vgl. *Voci*, Iura 29 (1978) 84–86.

[661] Valentin. Cod. Theod. 5.1.4 (a.389), dazu *Voci*, Iura 29 (1978) 88 f.

[662] Vgl. auch *Voci*, SDHI 48 (1982) 2–5.

[663] Leo/Anthem. C. 6.20.17 (a.472), dazu *Fein*, Collation (1842) 199–207; *Szlechter*, RHD 31 (1954) 169 f.; *Burillo*, SDHI 31 (1965) 217; *Voci*, SDHI 48 (1982) 71 f. Die Konstitution nennt die *bpct*, die als ein Anwendungsfall des Intestaterbrechts erscheint.

[664] Bereits Gordian scheint die *collatio dotis* um eine Ausgleichspflicht zugunsten emanzipierter Geschwister bei der *dos profecticia* erweitert zu haben, vgl. Gord. C. 6.20.4 (a.239), dazu *Fein*, Collation (1842) 189 f.

[665] Vgl. *Pringsheim*, SDHI 4 (1938) 539 f.; *Szlechter*, RHD 31 (1954) 184 f.

[666] So noch Iust. C. 6.20.19.2 (a.528), dazu *Fein*, Collation (1842) 207–210, 343–352; *Szlechter*, RHD 31 (1954) 169; *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 175–185.

[667] Zum Begriff der *donatio ante nuptias* in diesem Zusammenhang, vgl. *Fein*, Collation (1842) 203. Da dem Mann ein Restitutionsanspruch gegen die Frau unter der Bedingung der Eheaufhebung zusteht, ist die Situation mit der Mitgift vergleichbar.

[668] Vgl. auch Arcad./Honor. Cod. Theod. 4.2.1 (a.396); Cod. Theod. 5.1.5 (a.396?), dazu *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 169–174.

VII. Die *bonorum possessio* im justinianischen Erbrecht

Auch unter Justinian[669] bleibt die terminologische Unterscheidung von *hereditas* und *bp* bestehen, wie schon die Titel D. 37.1. bis D. 37.13,[670] D. 38.5. bis D. 38.15[671] sowie C. 6.9. bis C. 6.21[672] belegen, die spezifisch das prätorische Erbrecht behandeln. In Inst. 3.9.7,8 stellt Justinian die *bpct*, die *bpst* und die *bpai* als *bp ordinariae* der *bp extraordinaria* gegenüber, worunter er die *bp tum quibus ex legibus* versteht.[673] **263**

Auffällig ist, dass die justinianischen Juristen hauptsächlich mit dem überkommenen Material arbeiten und allenfalls Umdeutungen vornehmen.[674] So wird – nachdem die Erklärung aus der Ermächtigungsgrundlage weggefallen ist (→ Rn. 34) – etwa der Gegensatz zwischen der dekretalen und der ediktalen *bp* aus der Art der Beantragung erklärt: Während die dekretale nur durch förmliche *petitio* beantragt werden kann, kann die ediktale auch inzident durch bloße *aditio* erlangt werden.[675] **264**

Die Frage der Kontinuität zum klassischen Recht wie zum Recht zwischen Diokletian und Konstantin wird man dabei für jede einzelne Frage zu beantworten haben; generalisierende Konzepte der Vulgarisierung oder auch der „klassizistischen Tendenz" Justinians haben sich als nicht tragfähig erwiesen, um die oftmals vielschichtigen und mitunter auch widersprüchlichen Entwicklungen zu erfassen. Im Folgenden wird ein **265**

---

[669] Lit.: *Van der Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998); *Luchetti*, Legislazione imperiale (1996); *Lambertini*, Novella 118 (1977); *Manfredini*, Volontà (1991); *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999).

[670] D. 37.1 *De bonorum possessionibus*; D. 37.2 *Si tabulae testamenti extabunt*; D. 37.3 *De bonorum possessione furioso infanti muto surdo caeco competente*; D. 37.4 *De bonorum possessione contra tabulas*; D. 37.5 *De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*; D. 37.6 *De collatione bonorum*; D. 37.7 *De dotis collatione*; D. 37.8 *De coniungendis cum emancipato liberis eius*; D. 37.9 *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*; D. 37.10 *De Carboniano edicto*; D. 37.11 *De bonorum possessione secundum tabulas*; D. 37.12 *Si a parente quis manumissus sit*; D. 37.13 *De bonorum possessione ex testamento militis.*

[671] D. 38.5 *Si quid in fraudem patroni factum sit*; D. 38.6 *Si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi*; D. 38.7 *Unde legitimi*; D. 38.8 *Unde cognati*; D. 38.9 *De successorio edicto*; D. 38.10 *De gradibus et adfinibus et nominibus eorum*; D. 38.11.0. *Unde vir et uxor*; D. 38.12 *De veteranorum et militum successione*; D. 38.13 *Quibus non competit bonorum possessio*; D. 38.14 *Ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio detur*; D. 38.15 *Quis ordo in possessionibus servetur.*

[672] C. 6.9 *Qui admitti ad bonorum possessionem possunt et intra quod tempus*; C. 6.10 *Quando non petentium partes petentibus adcrescunt*; C. 6.11 *De bonorum possessione secundum tabulas*; C. 6.12 *De bonorum possessione contra tabulas quam praetor liberis pollicetur*; C. 6.13 *De bonorum possessione contra tabulas liberti, quae patronis vel liberis eorum datur*; C 6.14 *Unde liberi*; C. 6.15 *Unde legitimi et unde cognati*; C. 6.16 *De edicto successorio*; C. 6.17 *De Carboniano edicto*; C. 6.18 *Unde vir et uxor*; C. 6.19 *De repudianda bonorum possessione*; C. 6.20 *De collationibus*; C. 6.21 *De testamento militis.*

[673] *Stiegler*, St. Volterra IV 233–237, der auch auf Schol. 1 zu Basil. 39.1.6 (Schelt. B VI 2296–2298) verweist; ferner *Luchetti*, Legislazione imperiale (1996) 381 f.

[674] So auch das Fazit von *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 257–291.

[675] Zu weiteren Unterschieden, vgl. Schol. 3 zu Basil. 45.2.29 (Schelt. B VII 2696): Die dekretale *bp* führt nicht zum *ius hereditatis* und bedarf der *causae cognitio*; dazu *Stiegler*, St. Volterra IV 245–247.

Überblick anhand der wichtigsten Konstitutionen und Novellen gegeben; das Thema bedarf neuer Bearbeitung.

1. *Bonorum possessio secundum tabulas*

266 In der justinianischen Kodifikation sind die Unterschiede zwischen prätorischem und zivilem Testament noch erkennbar.[676] Bemerkenswert ist, dass noch bis in die Spätantike zwischen dem Fünf-Zeugen- und Sieben-Zeugen-Testament unterschieden wird, also die Erinnerung an die zivile wie die prätorische Form des Testaments fortbesteht.[677]

267 Justinians Reformen im Testamentsrecht dienen vor allem der Formerleichterung, wie sie im *testamentum rusticum*, für welches drei Zeugen genügen,[678] und im *testamentum parentis inter liberos*, für das die Schriftform mit Unterschriften ausreicht,[679] zum Ausdruck kommen.

268 Ein Teil der Änderungen des Verhältnisses von der *bp* und *hereditas* geht auf Reformen in anderen Bereichen des Erbrechts zurück, so etwa die Tilgung der *cretio*,[680] welche die Tendenz der konstantinischen Zeit zur Gleichsetzung von *aditio hereditatis* und *agnitio bonorum possessionis* fortsetzt. Dennoch sprechen die Institutionen Justinians noch von zwei unterschiedlichen Akten, da sie zwar jedes *indicium* als ausreichend für den Antrag auf *bp* ansehen,[681] aber für die *petitio bonorum possessionis* die Fristen des *edictum successorium* Anwendung erhalten.[682]

2. *Bonorum possessio contra tabulas*

269 Novell. Iust. 115 unterzieht die Enterbungsregeln einer Neuordnung, die auch für das Recht der *bpct* von Bedeutung ist.[683] So ordnet Justinian an, dass Vater oder Mutter ihre Kinder und Abkömmlinge im Testament weder enterben noch übergehen dürfen, führt

---

[676] *David*, SZ 52 (1932) 314–325 mit Zusammenstellung der wesentlichen Texte aus den Rechtsquellen.

[677] *Nowak*, JJP 41 (2011) 103–122; *Sánchez-Moreno Ellart*, in: Caseau/Huebner, Inheritance (2014) 229–257.

[678] Novell. Iust. 73 c. 9, dazu *van der Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998) Rn. 924.

[679] Novell. Iust. 107 c. 1–3, dazu *Voci*, Iura 29 (1978) 38 f.; *van der Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998) Rn. 925 f.

[680] *Voci*, DER I 611.

[681] Inst. 3.9.12 verweist auf die *anteriores principes* und erweitert die in Const. C. 6.9.9 (a.339) liegende Anordnung der Gleichsetzung von *aditio hereditatis* und *agnitio bonorum possessionis*, vgl. *Voci*, DER I 614.

[682] Inst. 3.9.9; hierzu fügt sich, dass sowohl die Digesten (D. 38.9 und D. 38.15) als auch der Codex (C. 6.16) einen eigenen Titel zum *successorium edictum* enthalten.

[683] Vgl. *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 182–198; *Bluntschli*, Erbfolge (1829); *Francke*, Notherben (1831); *Schröder*, Notherbenrecht (1877) äußert sich nur zum vorjustinianischen Recht; ausführlicher *Woeß*, Erbrecht (1911) 257–276, zuletzt *Kursa*, Diseredazione (2012).

also das materielle (→ § 55 Rn. 57) wie das formelle Noterbenrecht zusammen,[684] was gleichzeitig zu einer Angleichung des väterlichen mit dem mütterlichen Testament führt.[685] Die Abkömmlinge dürfen nur dann vom Erbe der Eltern ausgeschlossen werden, wenn ein Grund hierfür besteht und dieser im Testament angegeben ist.[686] Liegt kein anerkannter Grund vor, ist die Erbeinsetzung unwirksam[687] und es tritt Intestaterbfolge ein.[688]

Diese Regelung wirft die Frage auf, ob die in den Digesten und im Codex noch **270**
erkennbare Unterscheidung von *sui heredes* und *emancipati* aufgegeben wurde,[689] insbesondere ob das Übergehen eines *emancipatus* zur Intestaterbfolge und nicht zur *bpct* führen soll.[690] Der Wortlaut der Regelung, die ohne Differenzierung von Deszendenten spricht, kann als Argument für die Vereinheitlichung des Rechtsregimes im Sinne der Unwirksamkeit des Testaments angesehen werden;[691] gleichzeitig ergibt die ausführliche Regelung der *bpct* in Digesten und Codex kaum Sinn, wenn sie lediglich antiquarische Interessen berücksichtigen würde.[692] In der Tat werden einige Gedanken der prätorischen Regelung auch in Justinians Reform hinübergenommen, namentlich die Vorstellung, dass der Abkömmling zwischen dem testamentarischen Vorteil und dem Intestaterbrecht zu wählen hat, was der Regelung des Edikts *de legatis praestandis* entspricht.[693]

---

[684] Es gibt eine *portio legitima* für Deszendenten, Aszendeten und in Einzelfällen auch für Geschwister, vgl. Novell. Iust. 1 praef. § 2, dazu *van de Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998) Rn. 950; sie besteht aus einem Viertel des Intestaterbrechts, vgl. Novell. Iust. 1 c. 1 § 1.

[685] Novell. Iust. 115, c. 3 pr. … *Sancimus igitur non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcumque modum eis dederint legibus debitam portionem* …, dazu *Bluntschli*, Erbfolge (1829) 209 f.; *Francke*, Notherben (1831) 350 f.

[686] Novell. Iust. 115, c. 3 pr. … *nisi forsitan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento*, …dazu *Francke*, Notherben (1831) 351 f.

[687] Novell. Iust. 115, c. 3.1–14, dazu *Bluntschli*, Erbfolge (1829) 222–233; *Francke*, Notherben (1831) 404–416; *van der Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998) Rn. 960–967; die übrigen Bestimmungen des Testaments bleiben in Kraft, vgl. *van der Wal*, a. a. O. Rn. 949 mit Fn. 60, Rn. 957.

[688] Novell. Iust. 115, c. 3 pr., dazu *Bluntschli*, Erbfolge (1829) 221 f.; *Francke*, Notherben (1831) 352–354. Auch den Deszendenten wird die Übergehung und Enterbung ohne Grund verboten, vgl. Novell. Iust. 115, c. 4.

[689] Zur Abgrenzung von Querel und Intestaterbrecht, vgl. *Bluntschli*, Erbfolge (1829) 234–242.

[690] Die *collatio bonorum* wird durch Novell. Iust. 115 weitgehend entbehrlich, vgl. *Fein*, Collation (1842) 145.

[691] So namentlich *Bluntschli*, Erbfolge (1829) 249 f., 252 f.; *Francke*, Notherben (1831) 354–382.

[692] Hiervon geht aber *Francke*, Notherben (1831) 366 f. aus: „Justinians Vorschriften über die Gültigkeit oder Nichtigkeit des Testaments sind für alle Fälle, welche unter die Novelle gehören, dieselben".

[693] Novell. Iust. 115 c. 3, dazu *Francke*, Notherben (1831) 389 f., der auf Ulp. 40 ed. D. 37.5.5.2 verweist.

271 Die Novell. Iust. 115 ist im Licht einer im Codex mitgeteilten Reform Justinians zu Übergehung und Enterbung zu sehen.[694] So ordnet Justinian in Iust. C. 28.6.1.4–8 (a.531)[695] an, dass die Enterbungsregeln in Korrektur des alten Rechts (*maximum vitium antiquae subtilitatis praesenti lege corrigimus*) für Töchter und Söhne identisch sein sollen.[696] Dabei wird nicht nur vorgeschrieben, dass Töchter in den gleichen Worten zu enterben sind; vielmehr löst das Übergehen der Töchter die gleichen Rechtsfolgen aus, wie das von Söhnen. In diesem Zusammenhang werden die Nichtigkeit des Testaments und die *bpct* als gleichwertige Möglichkeiten genannt,[697] was dafür spricht, dass hier nur noch terminologisch, nicht mehr inhaltlich zwischen *bp* und *hereditas* unterschieden wird.[698]

272 Die Novell. Iust. 18 bestimmt, dass auch bei der testamentarischen Erbfolge der Deszendenten eine Ausgleichspflicht (*collatio descendentium*) besteht, um die notwendige *aequalitas* zwischen den Abkömmlingen des Erblassers herzustellen.[699] Die Ausgleichspflicht erstreckt sich auf Mitgift, *donatio propter nuptias* und *simplex donatio*.[700] Mit Blick auf die *collatio dotis* präzisiert die Novell. Iust. 18 c. 6 in Abweichung von der *collatio descendentium* des Leo (→ Rn. 262), dass auch die als Erbin eingesetzte Frau ihren Miterben ausgleichspflichtig ist, wenn nicht der Vater eine abweichende Bestimmung getroffen hat.[701]

3. *Bonorum possessio ab intestato*

273 Auch die *bpai* wird durch die Novellengesetzgebung angepasst; insbesondere wird durch Novell. Iust. 118[702] die Ungleichheit von Mann und Frau im Intestaterbrecht

[694] Vgl. auch Iust. C. 3.28.35 (a.531) und C. 3.28.36 (a.531).

[695] Iust. C. 28.6.1.4–8 (a.531) richtet sich an den *praefectus praetorio* Iohannes; Hintergrund ist ein Rechtsstreit, vgl. *Bluntschli*, Erbfolge (1829) 209.

[696] Iust. C. 28.6.1.6 (a.531), dazu auch *Woeß*, Erbrecht (1911) 257 f.; erst unter Justinian müssen auch Töchter *nominatim* enterbt werden, vgl. auch Iust. C. 6.28.4.6 (a.531) und Inst. 2.13.5, dazu *Leist*, in: Glück, Pand. XXXVII/XXXVIII.3 174–177; *Schindler*, Justinians Haltung (1966) 34 f.

[697] Vgl. Iust. C. 28.6.1.6 (a.531) … *et contra tabulas possessionem talem habere, qualem filius suus vel emancipatus, ut et ipsa, si fuerit praeterita, ad instar filii emancipati vel sui vel testamentum ipso iure evertat vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur;* vgl. auch die Schilderung des alten Rechts in Iust. C. 28.6.1.1 (a.531) *Et si praeteritus fuerat filius, vel ipso iure testamentum evertebat vel contra tabulas bonorum possessionem in totum accipiebat, filia autem praeterita ius adscrescendi ex iure vetere accipiebat* (…).

[698] Vgl. Ulp. 14 ed. D. 37.1.2; Paul. 4 l. Iul. Pap. D. 50.16.138; Paul. 11 ed. D. 50.17.117, dazu *Voci*, DER I 199 f.; auch die konstantinischen Belege werden in diesem Sinne verwendet, vgl. Const. C. 6.9.8 (a.339), dazu *Voci*, DER I 615; zu den Tendenzen dieser Gleichsetzung im klassischen Recht vgl. *Kaser*, RP II 472 mit Fn. 21.

[699] Novell. Iust. 18 c. 1–5, dazu *Fein*, Collation (1842) 371–382.

[700] *Fein*, Collation (1842) 388 f.

[701] Novell. Iust. 18 c. 6, dazu *Fein*, Collation (1842) 394–397; *Szlechter*, RHD 31 (1954) 170.

[702] Zu Novell. Iust. 118, vgl. die Darstellungen von *Bossowski*, FS Koschaker II 277–303 mwN.; *Lambertini*, Novella 118 (1977) 1–42 (auch zum Kontext in Justinians Gesetzgebung).

beseitigt,[703] wobei die sukzessive Delation aus dem prätorischen Erbrecht in die zivile Intestaterbfolge übertragen wird.[704]

Die erste Klasse der Erbberechtigten sind die Deszendenten, die unabhängig vom **274**
Verwandtschaftsgrad die anderen Verwandten ausschließen;[705] anschließend erben die Aszendenten und erst auf letzter Stufe die Seitenverwandten.[706] Sind mehrere Abkömmlinge vorhanden, wird der Nachlass unter ihnen nach Stämmen geteilt (nicht nach Kopfteilen).[707] Der Ausgleich zwischen emanzipierten und in der Hausgewalt verbliebenen Kindern durch *collatio bonorum* wird entbehrlich.[708]

Das justinianische prätorische Intestaterbrecht unterscheidet noch immer 1) *unde* **275**
liberi, 2) *unde legitimi*, 3) *unde cognati* und 4) *unde vir et uxor*.[709] Allerdings sind in der Kategorie *unde liberi* alle Kinder und Enkel erfasst, unabhängig davon, ob sie vom Sohn oder von der Tochter abstammen.[710]

Bereits eine Reform der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius aus dem Jahre **276**
389 ließ auch die Enkel *ex filia* zur Erbfolge des Großvaters zu. Sie erhielten 2/3 der Quote, die ihrer vorverstorbenen Mutter zugestanden hätte.[711] Das verbleibende Drittel war entweder für die Kinder (= Onkel/Tanten der Enkel) des Erblassers oder die Agnaten vorgesehen.[712] Diese Regelung sollte unabhängig davon gelten, ob der Großvater mütterlicher- oder väterlicherseits verstarb.[713] Justinian vollendet die Reform, indem er den Enkeln aus dem Stamm der Tochter die volle Erbquote zuschlägt.[714] Diese Reformen des *ius civile* wirken sich auch auf Ebene der *bpai* aus, denn sie verlagern die Erbberechtigung der Abkömmlinge im Tochterstamm von der Klasse *unde cognati* in die Klasse *unde legitimi*.[715]

---

[703] Vgl. Iust. C. 6.58.14 (a.531), dazu *Bossowski*, FS Koschaker II 279 f.

[704] Daraus erklärt sich der Titel von C. 6.15 *unde legitimi* und *unde cognati*. Die übrigen Klassen des früheren prätorischen Rechts sind entbehrlich geworden, vgl. *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 207 f.

[705] *Bossowski*, FS Koschaker II 281 f.

[706] Man streitet darüber, ob Novell. Iust. 118 klassisches Recht fortführt oder einen Paradigmenwechsel im Sinne einer „orientalischen" oder „christlichen" Gesetzgebung darstellt, dazu kritisch *Lambertini*, Novella 118 (1977) 43–85.

[707] *Bossowski*, FS Koschaker II 283.

[708] *Fein*, Collation (1842) 138–144.

[709] *La Pira*, Successione (1930) 296 f.; zu *unde vir et uxor*, vgl. *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 237–253.

[710] *La Pira*, Successione (1930) 297.

[711] Cod. Theod. 5.1.4 pr.; Const. C. 6.55.9 (a.389); hiervon berichtet Inst. 3.1.15; vgl. auch *van der Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998) Rn. 889 mit Fn. 10; *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 164–168.

[712] Cod. Theod. 5.1.4.1, dazu *La Pira*, Successione (1930) 297.

[713] Cod. Theod. 5.1.4.2, dazu *La Pira*, Successione (1930) 297.

[714] Iust. C. 6.55.12 (a.528) und Inst. 3.1.16 sowie Novell. Iust. 18 c. 4, dazu *van der Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998) Rn. 889.

[715] *La Pira*, Successione (1930) 298; *Pulitanò*, Bonorum possessio (1999) 161–168.

277 Auch die Stellung von in Adoption gegebenen Kindern in ihrer Herkunftsfamilie wird gestärkt:[716] Ihnen bleiben nach einer Reform Justinians auch während der Fortdauer des Adoptivverhältnisses alle Erbberechtigungen in ihrer Ursprungsfamilie erhalten.[717]

278 Die Bedeutung des Gewaltverhältnisses für die Erbfolge wird verringert. So bestimmt eine nicht direkt überlieferte *lex Anastasiana*, dass die emanzipierten Geschwister gemeinsam mit den in der Gewalt verbliebenen Brüdern das Intestaterbrecht nach dem Bruder oder der Schwester erhalten, wobei die *emancipati* – wie es Justinian nennt – *aliqua deminutio* hinnehmen müssen.[718]

279 Justinian ordnet sodann an, dass die emanzipierten Kinder Erbrecht nach dem Vater und auch untereinander gegenüber den in der Gewalt verbliebenen Geschwistern haben.[719] Sie werden damit zu *legitimi* im Sinne des prätorischen Intestaterbrechts.[720] Gleichzeitig wird die sukzessive Delation zwischen dem 2. und 3. Grad angeordnet.[721] Zudem bestimmt eine Konstitution aus dem Jahre 531,[722] dass die Begrenzung der agnatischen Erbfolge über die Geschwister von der Vatersseite hinaus (*consanguinitas*) aufzuheben sei und zur Erbfolge nach dem Onkel neben den Kindern des Bruders auch die Kinder der Schwester zuzulassen seien.[723]

280 Auch die Erbfolge der Mutter wird gestärkt, indem sie auch ohne *ius liberorum* ihr Kind beerbt.[724] Mit dieser Entscheidung führt Justinian Tendenzen, die bereits unter seinen Vorgängern erkennbar waren, zu Ende: Nach einer Konstitution Konstantins aus dem Jahre 326 sollte die Mutter auch ohne *ius liberorum* vom Onkel des Verstorbenen oder von seinen Abkömmlingen ein Drittel der Erbschaft erhalten können und umgekehrt von der aus dem *SC Tertullianum* erhaltene Erbschaft zwei Drittel herausgeben.[725] Eine Konstitution der Kaiser Valentinian und Valens aus dem Jahre 369 bestimmte weiter, dass die Mutter nicht durch den Bruder von der Vatersseite verhindert werde, wenn dieser emanzipiert worden sei. Sie müsse ihm aber ein Drittel der Erbschaft herausgeben, sofern sie das *ius liberorum* habe und zwei Drittel, wenn es ihr nicht zustehe.[726]

---

[716] Umgekehrt verlieren sie aber die *bpct* in der Adoptivfamilie, vgl. Inst. 3.1.14.

[717] Iust. C. 8.47.10.1 (a.530); Inst. 3.1.14.

[718] Inst. 3.5.1, dazu *La Pira*, Successione (1930) 299 f., der auch auf C. 5.70.5 verweist.

[719] Iust. C. 6.58.15.1 (a.531), dazu *La Pira*, Successione (1930) 300.

[720] Vgl. auch Iust. C. 6.58.2 (a.531), dazu *La Pira*, Successione (1930) 300 f.

[721] Iust. C. 6.58.15.3a (a.531), dazu *La Pira*, Successione (1930) 301.

[722] Iust. C. 6.58.1 (a.531).

[723] Inst. 3.2.3,3b; Iust. C. 6.58.14.4 (a.531), dazu *La Pira*, Successione (1930) 300; zuletzt ausführlich *Melillo*, St. Nicosia V 287–292, 208–302.

[724] Inst. 3.2.4; Iust. C. 8.58.2 (a.528); Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2 pr., dazu *La Pira*, Successione (1930) 301; *Melillo*, St. Nicosia V 293–297.

[725] Cod. Theod. 5.1.1, dazu *La Pira*, Successione (1930) 301.

[726] Cod. Theod. 5.1.2, dazu *La Pira*, Successione (1930) 301.

Justinian schafft alle diese Zwischenschritte ab und legt fest, dass die Mutter allen anderen *legitimi* vorgezogen wird und nur mit der Schwester die Hälfte teilen muss; gibt es mehrere Geschwister des Verstorbenen und auch einen Bruder, wird nach Köpfen mit der Mutter geteilt.[727] **281**

Mit Blick auf den Vater des Verstorbenen legt Justinian fest, dass die Brüder die *nuda proprietas* der Erbschaftssachen erhalten, während der Vater Nießbraucher wird.[728] Im Verhältnis zur Mutter gilt, dass bei einem *filius sui iuris* die Eltern sich 2/3 des Nießbrauches teilen; bei einem *filius sub potestate* wird die Mutter gemeinsam mit den anderen Geschwistern zur Erbfolge berufen und der Vater bleibt Usufruktuar über das Vermögen des Sohnes.[729] **282**

Justinians Reformnovellen (Novell. Iust. 118 und Novell. Iust. 127) versuchen, Widersprüche des gewachsenen Intestaterbrechts zu beseitigen.[730] Novell. Iust. 118 schafft die Unterscheidung von *cognatio* und *agnatio* ab und hebt alle Differenzierungen zwischen Männern und Frauen auf.[731] Die Zulassung zum Nachlass erfolgt nach Klassen,[732] wobei in der ersten Klasse die Deszendenten berufen sind, die sich die Erbschaft nach Kopfteilen teilen. Dabei werden Vorverstorbene Deszendenten von ihren Abkömmlingen repräsentiert.[733] In der zweiten Klasse werden die Aszendenten und die von gleichen Eltern abstammenden Geschwister des Verstorbenen berufen, wobei näheren Verwandten die entfernteren verdrängen.[734] Mehrere Aszendenten teilen nach Stämmen; wenn Geschwister dabei sind, erfolgt die Teilung nach Köpfen. In dritter Linie werden Geschwister und Halbgeschwister des Verstorbenen berufen,[735] wobei auch hier Vorverstorbene durch ihre Abkömmlinge vertreten werden. Männer und Frauen werden ebenso gleichberechtigt wie Kognaten und Agnaten. **283**

Novell. Iust. 127 sieht in Korrektur von Novell. Iust. 118 auch in der zweiten Klasse eine Repräsentation von Geschwistern durch ihre Abkömmlinge vor.[736] Neben den Verwandtschaftsgraden ist auch im Edikt *unde cognati* der Vorrang der „*sui*" (Deszendenten) zu berücksichtigen.[737] Fehlen „*sui*" sind agnatisch Verwandte vorrangig erbberechtigt.[738] **284**

[727] Inst. 3.3.5 … si *vero matre superstite et fratre vel fratribus solis vel etiam cum sororibus sive legitima sive sola cognationis iura habentibus intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur eius hereditas;* vgl. auch Iust. C. 6.56.7 pr. (a.528), zu beiden, vgl. *La Pira*, Successione (1930) 302.

[728] Iust. C. 6.58.13 (a.531), dazu *La Pira*, Successione (1930) 302.

[729] Iust. C. 6.56.7.2 (a.531), dazu *La Pira*, Successione (1930) 302.

[730] *Woeß*, Erbrecht (1911) 123–125; *Biondi*, DER 140–142.

[731] Novell. Iust. 118 c. 4, dazu *Manfredini*, Volontà (1991) 140–145; *van der Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998) Rn. 895.

[732] Iust. C. 6.4.4.20,20a, dazu *Manfredini*, Volontà (1991) 145.

[733] Novell. Iust. 118 c. 1, *La Pira*, Successione (1930) 302.

[734] Novell. Iust. 118 c. 2.

[735] Novell. Iust. 118 c. 3, dazu zuletzt *Vinci*, BIDR 107 (2013) 235–247.

[736] Novell. Iust. 127 c. 1, dazu *van der Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998) Rn. 896; zuletzt *Vinci*, BIDR 107 (2013) 247–250.

[737] Inst. 3.6.11; *La Pira*, Successione (1930) 269–275 mit weiteren Bspl.

285 Novell. Iust. 53[739] überträgt der nicht mit Mitgift oder durch *donatio propter nuptias* ausgestatteten Witwe, die ohne Schriftstück verheiratet ist, ein Viertel am Nachlass ihres Mannes. Dies gilt unabhängig davon, welche Art der Erbfolge eintritt und wieviele Kinder sie haben.[740] Hinterlässt er ihr ein Legat, das weniger als ein Viertel der Erbschaft beträgt, kann sie auf das Fehlende klagen. Die Regelung wird auch auf den bedürftigen Witwer übertragen.[741]

286 Novell. Iust. 117 hebt das gegenseitige Erbrecht der bedürftigen Ehegatten wieder auf: Der arme Witwer erhält nichts mehr von den Gütern seiner verstorbenen reichen Frau, der Anteil der armen Witwe ist auf den Erbteil eines Kindes beschränkt, wenn mehr als drei Kinder vorhanden sind; sind Kinder aus einer weiteren Ehe vorhanden, erhalten sie das Eigentum und die Witwe den Nießbrauch an ihrem Erbteil.[742]

287 Leibliche Kinder des Verstorbenen können gemeinsam mit ihrer Mutter 1/6 des Nachlasses des Verstorbenen erhalten, wenn keine ehelichen Kinder und keine Witwe vorhanden sind. Sie teilen den Nachlass nach Köpfen.[743] Dies gilt nicht für *spurii*, im *adulterium* und durch Inzest gezeugte Kinder.[744]

288 Nach alldem weicht das justinianische Recht der *bonorum possessio* in vielen Einzelfragen, vor allem mit Blick auf das Intestaterbrecht, von der früheren Rechtslage ab; dennoch bleibt die aus der Prinzipatszeit überlieferte Unterscheidung von *bp* und ziviler *hereditas* bestehen; vor allem aber haben die justinianischen Kompilatoren das ausgefeilte und differenzierte Regelungswerk der *bpct* (→ Rn. 42–173) in die Digesten und in den Codex aufgenommen, um die darin zum Ausdruck kommenden Wertungen und Einzelfallentscheidungen zugunsten des Familienerbrechts auch in ihre Zeit zu transportieren.

---

[738] Dieser Vorrang der agnatischen Familie gilt nicht bei emanzipierten Geschwistern von der Vaterseite. Sie kommen mit Blick auf den Nachlass ihrer Geschwister vor den Agnaten zur *bpai*, vgl. Inst. 3.6.12.

[739] Novell. Iust. 53 c. 6 pr., dazu *Manfredini*, Volontà (1991) 145 f.

[740] Die Position der Witwe wird weiter gestärkt in Novell. Iust. 117 c. 5, dazu *Manfredini*, Volontà (1991) 146.

[741] Novell. Iust. 53 c. 6 § 2, dazu *van der Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998) Rn. 898.

[742] Novell. Iust. 117 c. 5, dazu *van der Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998) Rn. 899.

[743] Novell. Iust. 18 c. 5 und Novell. Iust. 89 c. 12 § 4, dazu *van der Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998) Rn. 900.

[744] *Van der Wal*, Manuale Novellarum Justiniani (1998) Rn. 901–903 mwN.

§ 58 Erbenhaftung

Wolfram Buchwitz

Korošec, Die Erbenhaftung nach römischem Recht, 1927; *Kaser*, Die altrömische Erbenhaftung, AHDO-RIDA 1 (1952) 507–544; *Voci*, Diritto ereditario romano I. Introduzione. Parte generale, 2. Aufl., 1967, 45–56, 221–322, 659–688; *Wesener*, Zur Erbenhaftung in historischer Sicht, in: Festschrift zum 90. Geburtstag von Ulrich von Lübtow, 1991, 113–128; *Wesener*, Beschränkungen der Erbenhaftung im römischen Recht, in: Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, 1993, 401–416; *Finkenauer*, Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht, 2010; *Casella*, La trasmissibilità ereditaria della stipulatio, 2018.

Inhalt Rn.

I. Ursprung und Grundsätze der Erbenhaftung 1
II. Arten von Verbindlichkeiten 3
1. Rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten 3
2. Deliktische Verbindlichkeiten 11
3. Erbfallschulden 12
III. Haftung bei Umgehung des Testaments (*si quis omissa causa*) 14
IV. Haftung mehrerer Erben 20
1. Ursprung der Regel *nomina ipso iure divisa* 21
2. Teilbare Schulden 23
3. Unteilbare Schulden 28
4. Vertragsstrafen 30
5. Abweichende Verfügungen 33
V. Haftungsbeschränkungen 35
1. Erbantritt (*aditio*) und Erbausschlagung (*ius abstinendi*) 35
2. Wiedereinsetzung (*restitutio in integrum*) 40
3. Sicherheitsleistung (*cautio suspecti heredis*) und Vermögenstrennung (*separatio bonorum*) 43
4. Inventarerrichtung (*beneficium inventarii*) 49
5. Konsensuale Möglichkeiten 52
VI. Prozessuale Besonderheiten der Erbenhaftung 54
1. *Interrogatio in iure* und *ius deliberandi* 55
2. *Exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* 58

I. Ursprung und Grundsätze der Erbenhaftung

1 Die Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers ist eine der ältesten Einrichtungen des römischen Privatrechts.[1] Aufgrund der Quellenlage ist keine exakte Datierung möglich. Für die Frühzeit Roms ist aber zu vermuten, dass die Erbenhaftung noch nicht existierte, da die zu dieser Zeit allein mögliche Personalvollstreckung nur gegen denjenigen durchgeführt werden konnte, der sich selbst verpflichtet hatte, nicht gegen dessen Erben.[2] Für ursprüngliche Unvererblichkeit spricht weiter, dass die ältesten Arten von Obligationen auch in klassischer Zeit noch unvererblich waren (→ Rn. 4). Entstanden ist die Erbenhaftung aber jedenfalls vor dem Zwölftafelgesetz, da sie hier schon vorausgesetzt wird (→ Rn. 21).[3] Auch die römischen Juristen der klassischen Zeit setzen die Erbenhaftung voraus und befinden sie keiner näheren Begründung für nötig.

2 Die Erbenhaftung ist grundsätzlich unbeschränkt. Der Erbe haftet also nicht nur mit dem ererbten Vermögen, sondern auch mit seinem etwaigen sonstigen Vermögen (*ultra vires hereditatis*). Der Erbschaftsgläubiger kann so auf Kosten des Erben einen unverdienten Vorteil erhalten. Trotzdem wurde dem Erben erst unter Justinian ein wirksames Mittel zur Haftungsbeschränkung zur Verfügung gestellt (→ Rn. 49–51). Der Grund für die unbeschränkte Haftung des Erben kann darin liegen, dass in den typischen Fällen der Familienerbfolge vor dem Erbfall gar kein Eigenvermögen des Erben existiert, sodass dem Erbschaftsgläubiger vor wie nach dem Tod des Erblassers dieselbe Haftungsmasse zur Verfügung steht. Denn die *sui* als die primär in Betracht kommenden Erben werden erst bei Tod ihres *pater familias* überhaupt vermögensfähig.[4] Jedenfalls ist auch die unbeschränkte Haftung für die römischen Juristen so selbstverständlich, dass sie nicht gesondert begründet wird.[5]

II. Arten von Verbindlichkeiten

1. Rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten

3 Der Erbe haftet nicht für jede Art von Verbindlichkeit, die der Erblasser eingegangen ist. Grund dafür ist einerseits die höchstpersönliche Natur mancher Verbindlichkeiten, andererseits auch die historische Entwicklung der Rechtsinstitute.

---

[1] Vgl. etwa Gai. 2.55 (*veteres … illis temporibus … ut creditores haberent*); 3.84.

[2] *Biondi*, Iura 1 (1950) 166–169; *Kaser*, AHDO-RIDA 1 (1952) 517 f.; *Kaser*, RP I 151.

[3] Vgl. Diocl./Max. C. 4.16.7 (a.294); *Bonfante*, Corso VI 159–161; *Kaser*, AHDO-RIDA 1 (1952) 542 f.; *Biondi*, DER 74, 346 Fn. 2; *Voci*, DER I 46; a. A. *Korošec*, Erbenhaftung (1927) 126 f. (Erbenhaftung stammt aus der jüngeren Republik).

[4] *Voci*, DER I 49; *Wesener*, FS Waldstein 402.

[5] *Bonfante*, Corso VI 347; *Voci*, DER I 663 f.

Die ältesten römischen Haftungsverhältnisse, die *sponsio* und die *fideipromissio*, sind passiv unvererblich (→ § 73 Rn. 17). Grund dafür ist der Ursprung der *sponsio* als religiöser Eid, der den Schuldner bei Nichtablösung seiner Schuld göttlicher Strafe verfallen ließ, was auf seine Erben nicht übertragen werden konnte. Die *fideipromissio* ist gleichermaßen passiv unvererblich, da sie nur eine Nachformung der *sponsio* für den Rechtsverkehr mit Peregrinen ist.[6] **4**

Anders verhält es sich jedoch mit den übrigen Arten der einseitig begründeten Verbindlichkeiten. Darunter fällt zunächst die *fideiussio*, das in klassischer Zeit übliche Bürgschaftsversprechen. Die Haftung der Erben des Bürgen ist bei dieser Art von Versprechen unstreitig (→ § 73 Rn. 18).[7] **5**

Auch bei sonstigen Arten der *stipulatio* ist die Erbenhaftung im Wesentlichen anerkannt. Dies betrifft zunächst alle Stipulationen, die auf ein *dare* gerichtet sind.[8] Aber auch Stipulationen auf *facere* sind nach heutiger Ansicht praktisch immer vererblich; Gleiches gilt für Stipulationen auf Gewährleistung, auf die Befolgung von Schiedssprüchen, die Bestellung eines Nießbrauchs, o. ä. (näher → § 21 Rn. 75).[9] In der älteren Forschung wurde dagegen meist angenommen, dass bestimmte Arten von Stipulationen nur dann passiv vererblich sind, wenn dies durch eine Erbenklausel (z. B. *neque per te neque per heredem tuum fieri*) ausdrücklich bestimmt wurde.[10] Es ist allerdings eher anzunehmen, dass diese Klauseln keine konstitutive Bedeutung hatten, sondern sich aus einer alten Formularpraxis erhalten haben (näher → § 21 Rn. 75). **6**

Verbindlichkeiten aus Konsensualverträgen sind vererblich, soweit nicht die Person des Schuldners ausnahmsweise von Bedeutung ist. Die Klagen gegen Käufer und Verkäufer (*emptio venditio*) sind daher vererblich (→ § 79 Rn. 27),[11] ebenso grundsätzlich die Klagen aus Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag (*locatio conductio*.[12] Da es sich um *iudicia bonae fidei* handelt, ändert sich mit dem Tod des ursprünglich Verpflichteten aber ggf. deren Inhalt. Unvererblichkeit ist nur bei höchstpersönlichen Leistungspflichten anzunehmen, etwa wenn der Handwerker ausdrücklich die eigenhändige Errichtung eines Bauwerks versprochen hatte.[13] **7**

---

[6] Gai. 3.120; 4.113; vgl. v. a. *Kaser*, AHDO-RIDA 1 (1952) 511 f.; s. a. *Biondi*, Iura 1 (1950) 167; *Biondi*, DER 93; *Pastori*, Concetto (1985) 387 f., 404; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 24.

[7] Gai. 3.121; Inst. 3.20.2; *Voci*, DER I 233 f.; *Zimmermann*, LO 120 f.

[8] *Voci*, DER I 221–225; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 25–33; *Casella*, Trasmissibilità (2018) 15–18.

[9] V. a. *Finkenauer*, Stipulation (2010) 5 f., 25–185; *Casella*, Trasmissibilità (2018) 18–113; s. a. *Biondi*, DER 93–95.

[10] *Korošec*, Erbenhaftung (1927) 66–72; *Scherillo*, BIDR 36 (1928) 29–97; *Voci*, DER I 225–233; die Zweifel gründen auf Iust. C. 8.37.13 (a.530).

[11] Ulp. 46 Sab. D. 19.1.10; Paul. 6 resp. D. 19.1.47 a. E.

[12] Ulp. 32 ed. D. 19.2.19.8,9; Paul. 34 ed. D. 19.2.24.5; Gord. C. 4.65.10 (a.239); Diocl./Max. C. 4.65.24 (a.293); zur Aktivvererblichkeit vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.2.15.9; Lit.: *Biondi*, DER 95–99; *Voci*, DER I 234 f.; *Du Plessis*, in: Cairns/Du Plessis, Beyond Dogmatics (2007) 139–153; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 37 f., 41 f.

[13] Vgl. Ulp. 7 disp. D. 46.3.31 (zur Stipulation); *Finkenauer*, Stipulation (2010) 40 f.

8 Die Gesellschaft (*societas*) endet mit dem Tod eines Gesellschafters, sodass dessen Erben nicht in die Gesellschafterstellung nachrücken, wohl aber auf etwaige einzelne Verpflichtungen des Erblassers oder eine Auseinandersetzungsschuld haften (→ § 81 Rn. 27).[14] Der Auftrag (*mandatum*) endet mit dem Tod einer der Parteien,[15] allerdings können deren Erben ggf. mit Verpflichtungen aus der *actio mandati* in Anspruch genommen werden (→ § 82 Rn. 30 ff.).[16]

9 Die sich aus Realkontrakten (*commodatum*, *depositum*, *mutuum*) ergebenden Rückgabeverbindlichkeiten gehen ebenfalls auf den Erben über (→§ 85 Rn. 27, § 86 Rn. 30).[17] Problematisch ist jedoch die Behandlung des *precarium*.[18]

10 Auch wenn rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten damit grundsätzlich auf die Erben übergehen, so besteht doch für die vertragsschließenden Parteien insoweit eine Grenze, dass sie keine Vereinbarung treffen können, wonach nur die Erben haften sollen, die Verbindlichkeit also erst in der Person der Erben entsteht (*ab heredis persona obligatio incipere non potest*).[19] Ein Versprechen, dass „nach dem Tod" geleistet werde, war daher unwirksam. Gültig war hingegen ein Versprechen unter der Bedingung „wenn ich sterbe". Da die Wirksamkeit damit nach klassischem Recht nur von subtilen Unterschieden in der Formulierung abhing, beseitigte Justinian die Regel *ab heredis persona*.[20]

2. Deliktische Verbindlichkeiten

11 Die meisten Deliktsobligationen haben eine Doppelnatur und dienen nicht nur dem Ausgleich von Vermögensschäden, sondern auch der Sühne des Tatunrechts. Die Haftung aus diesen Klagen ist daher auf die Person beschränkt, die das Unrecht begangen hat. Dementsprechend werden Pönalklagen wegen Handlungen des Erblassers nicht gegen den Erben erteilt (→ § 91 Rn. 4, § 92 Rn. 10, § 93 Rn. 10, § 94 Rn. 26, § 96 Rn. 10).[21] Hat der Erblasser allerdings schon die *litis contestatio* bewirkt, geht die Haftung auf seine Erben über.[22]

---

[14] Ulp. 30 Sab. D. 17.2.35,36; Pomp. 17 Sab. D. 17.2.40; Pomp. 12 Sab. D. 17.2.59; Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.9; D. 17.2.63.8; Lit.: *Biondi*, DER 99–103; *Voci*, DER I 236 f., 240 f.; *Meissel*, Societas (2004) 97–99, 212–217.

[15] Gai. 3.160; Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.3; Paul. 32 ed. D. 17.1.26 pr.; Diocl./Max. C. 4.35.15 (a.294); Inst. 3.26.10.

[16] Paul. 4 quaest. D. 17.1.58 pr.; Lit.: *Biondi*, DER 99 f., 103–105; *Watson*, Mandate (1961) 125–153; *Voci*, DER I 235 f.; *Randazzo*, Mandare (2005) 105.

[17] Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.3; Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.1,47; Ulp. 31 ed. D. 16.3.3; Ulp. 30 ed. D. 16.3.7.1; Paul. 31 ed. D. 16.3.2; Paul. 17 ed. D. 16.3.9; Marcell. 5 dig. D. 16.3.22.

[18] Dazu näher *Voci*, DER I 237–242; *Biavaschi*, Precarium (2006) 163–168, 278–282, 342–345.

[19] Gai. 3.100,158.

[20] Iust. C. 8.37.11 (a.528); Iust. C. 4.11.1 (a.531); zum Ganzen *Voci*, DER I 250–270; *Kaser*, RP I 492; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 16–19, 316–321.

[21] Gai. 4.112; Ulp. 57 ed. D. 47.10.13 pr.; Inst. 4.12.1; Lit.: *Biondi*, Iura 1 (1950) 166; *Kaser*, AHDO-RIDA 1 (1952) 508–510; *Biondi*, DER 109; *Voci*, DER I 51–56, 302–314; *Kaser*, RP I 151; *Wesener*, FS Waldstein 402.

[22] Gai. ed. praet. urb. D. 50.17.139 pr.; Paul. 51 ed. D. 50.17.164; Call. 1 ed. mon. D. 44.7.59(58); *Riccobono*, SZ 47 (1927) 75–116; *Biondi*, DER 112 f.; *Voci*, DER I 314 f.; *Kaser*, RP I 612.

3. Erbfallschulden

Neben den vom Erblasser herrührenden Schulden treffen den Erben auch als solchen besondere Verbindlichkeiten, die erst durch den Erbfall entstehen. Dazu zählen Vermächtnisse (→ § 97), Fideikommisse (→ § 98), Freilassungen, Bestattungskosten[23] und die Erbschaftssteuer.[24] 12

Die Haftung aus diesen Arten von Schulden ist von vornherein auf die Erbschaft beschränkt.[25] Für Vermächtnisse und Fideikommisse folgt schon durch die *lex Falcidia* eine Begrenzung (→ § 100). Aber auch wenn die *Falcidia* nicht anwendbar ist, muss der Erbe Vermächtnisse nur dann auszahlen, wenn nach Freilassung der Sklaven und nach Abzug der vom Erblasser eingegangenen Schulden noch Vermögen vorhanden ist.[26] Nach Teilen der Literatur gilt jedoch eine unbeschränkte Haftung, wenn die *Falcidia* nicht greift.[27] 13

III. Haftung bei Umgehung des Testaments (*si quis omissa causa*)

Wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht annimmt bzw. ausschlägt, so wird er kein Erbe und haftet demnach auch nicht für die Nachlassverbindlichkeiten. Eine Ausnahme davon statuiert das Edikt *si quis omissa causa*:[28] Wenn ein testamentarischer Erbe gleichzeitig gesetzlicher Erbe des Verstorbenen ist und die testamentarische Erbschaft ausschlägt, sodass er sie als gesetzlicher Erbe unbelastet erhält, haftet er trotzdem auf die Vermächtnisse. Gleiches gilt, wenn er den Erwerb der Erbschaft arglistig vereitelt. Die entsprechende Ediktsformel lautet: 14

Si quis omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve eius possidebit dolove malo fecerit, quo minus possideret, causa cognita de legatis perinde actionem dabo atque si hereditatem ex testamento adisset.[29] Wenn jemand seine testamentarische Berufung übergeht und die Erbschaft oder einen Teil davon als Intestaterbe in Besitz nimmt oder die Inbesitznahme arglistig unterlässt, dann werde ich nach Prüfung des Sachverhalts wegen der Vermächtnisse eine Klage gewähren, so als wenn er die Erbschaft aus dem Testament angetreten hätte. 15

Zu beachten ist, dass diese Klage vom Prätor erst nach eigener Prüfung des Sachverhalts (*causa cognita*) erteilt wird.[30] Den Vermächtnisnehmern steht damit ein Mittel 16

[23] Ulp. 26 ed. D. 11.7.12.2–5; *Bonfante*, Corso VI 349; *Voci*, DER I 666.
[24] Paul. sent. 5.12.10; *Bonfante*, Corso VI 349 f.; *Voci*, DER I 666 f.
[25] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.5: *ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii*; Ulp. 18 l. Iul. Pap. D. 35.2.66.1; Lit.: *Biondi*, DER 345; *Voci*, DER I 664 f.; *Kaser*, RP I 734; *Manthe*, Pegasianum (1989) 139–141; *Schanbacher*, Ratio (1995) 23–39; *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 190–224.
[26] Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.12; *Kaser/Hackl*, RZ 403.
[27] *Bonfante*, Corso VI 348 f.
[28] Dazu *Voci*, DER I 618–620.
[29] *Lenel*, EP 363 f.; vgl. Ulp. 50 ed. D. 29.4.1 pr.
[30] Dazu näher Ulp. 50 ed. D. 29.4.6.3 f.

zur Verfügung, das ihnen Zugewandte zu erhalten, auch wenn das Testament mangels Antritt gar nicht wirksam geworden ist. Der Zweck dieses Edikts liegt allerdings nicht in erster Linie im Schutz der Vermächtnisnehmer, sondern im Schutz des Testators, dessen Verfügungen nicht umgangen werden sollen.[31] Dies zeigt sich auch daran, dass die Klage nicht gegeben wird, wenn der Testator dem Erben die Ausschlagung ausdrücklich gestattet hatte.[32]

17 Die Klage *si quis omissa causa* wird von den römischen Juristen recht weit ausgelegt. Dies betrifft zunächst den Personenkreis. Es haftet nicht nur ein gesetzlicher Erbe, wie es der Wortlaut *ab intestato* eigentlich nahelegt, sondern auch ein testamentarischer Ersatzerbe.[33] Dies ist auch insofern bemerkenswert, als dass der Ausschlagende und der Empfänger des Nachlasses in diesem Falle verschiedene Personen sind. Das Edikt zielt damit nicht auf eine Sanktionierung des Verhaltens einer Person, sondern auf gerechte Verteilung des Nachlasses.[34] Weiterhin haften nicht nur die gesetzlichen Erben, welche die ihnen ausgesetzte testamentarische Erbschaft ausgeschlagen haben, sondern auch solche gesetzlichen Erben, die gar nicht eingesetzt worden sind. Sind sie Miterben, so reicht der dadurch erlangte Vorteil für die Haftung aus;[35] sind sie Alleinerben, so wird zusätzlich ein arglistiges Zusammenwirken mit den Testamentserben verlangt.[36] Nicht belangt werden können Erbschaftskäufer und andere Erwerber,[37] wohl aber der Verkäufer.[38]

18 Das Edikt *si quis omissa causa* wird von den römischen Juristen auch gegenständlich erweitert. So haftet der Erbe nicht nur auf Vermächtnisse, sondern auch auf (Einzel- oder Gesamt-)/Fideikommisse.[39] Außerdem sind die vom Erblasser angeordneten Freilassungen wirksam, seien es direkte[40] oder fideikommissarische Freilassungen.[41]

19 Insgesamt zeigt das Edikt *si quis omissa causa* damit den starken Wunsch der römischen Jurisprudenz, den letzten Willen zu schützen.[42] Der Erbe darf nur dann die testamentarische Erbschaft ausschlagen und stattdessen die gesetzliche Erbschaft unbelastet erhalten, wenn er dafür im Einzelfall einen anerkennenswerten Grund (*iusta causa omittendi*)[43] vorzuweisen hat.

---

[31] Vgl. Ulp. 50 ed. D. 29.4.1 pr.
[32] Vgl. Ulp. 50 ed. D. 29.4.1.5; D. 29.4.6 pr.–3.
[33] Vgl. auch zu weiteren Umgehungsfällen Pomp. 3 Sab. D. 29.4.3; Ulp. 50 ed. D. 29.4.4.
[34] Vgl. auch Ulp. 50 ed. D. 29.4.6.4.
[35] Ulp. 50 ed. D. 29.4.10 pr.
[36] Pap. 6 resp. D. 29.4.27.2; Ulp. 50 ed. D. 29.4.4.2.
[37] Her. 3 iur. epit. D. 29.4.30.
[38] Ulp. 50 ed. D. 29.4.4.3.
[39] Ulp. 7 Sab. D. 29.4.2 pr.; Maec. 4 quaest. fideic. D. 29.4.28.1.
[40] Ulp. 50 ed. D. 29.4.6.10; D. 29.4.12 pr.
[41] Maec. 4 quaest. fideic. D. 29.4.28.1; Ulp. 5 fideic. D. 29.4.29.
[42] Ulp. 50 ed. D. 29.4.1 pr.; D. 29.4.4 pr.
[43] Ulp. 50 ed. D. 29.4.6.3; Iul. 31 dig. D. 29.4.22.2.

IV. Haftung mehrerer Erben

Besondere Fragen stellen sich bei einer Mehrzahl von Erben. Hier gilt grundsätzlich die Regel, dass die Schulden des Erblassers unter den Erben automatisch nach dem Verhältnis ihrer Erbteile aufgeteilt werden (*nomina ipso iure divisa sunt*). 20

1. Ursprung der Regel *nomina ipso iure divisa*

Die Ursprünge der Regel *nomina ipso iure divisa* sind umstritten. In den Quellen wird sie auf die XII Tafeln zurückgeführt, sowohl was die Teilung von Erbschaftsschulden[44] angeht, als auch umgekehrt die Teilung von Erbschaftsforderungen.[45] Daher wird auch in der Literatur meist vertreten, dass eine entsprechende Regelung zur Teilung von Forderungen und Schulden im Zwölftafelgesetz selbst enthalten gewesen sei (XII tab. 5.9).[46] Einige Autoren nehmen jedoch an, dass das Zwölftafelgesetz keine Regelung zur Teilung der *nomina* enthielt, wofür sprachliche Merkmale[47] sowie Interpolationsvermutungen und Plausibilitätserwägungen[48] angeführt werden. Diese Bedenken sind nicht zwingend.[49] Jedenfalls steht fest, dass die Teilungsregel auf die Zeit der XII Tafeln zurückgeht. Denn die Erbenhaftung als solche bestand damals schon und mit Einführung der *actio familiae erciscundae* durch die Dezemvirn musste man sich zwangsläufig auch mit der Frage beschäftigen, wie Forderungen und Schulden aufgeteilt werden. Da Forderungen nicht unter die *actio familiae erciscundae* fielen, also nicht vom Richter adjudiziert wurden, nahm man an, dass sie automatisch unter den Erben aufgeteilt wurden. Entsprechend verfuhr man mit den Erbschaftsschulden. Noch in klassischer Zeit wurde daher der Grundsatz *nomina ipso iure divisa* hauptsächlich im Zusammenhang mit der *actio familiae erciscundae* diskutiert.[50] 21

Die Regel *nomina ipso iure divisa* überdauerte alle Entwicklungsphasen des römischen Rechts und fand auch in manche moderne Gesetzgebungswerke Eingang. 22

2. Teilbare Schulden

Den größten Anwendungsbereich hat die Regel *nomina ipso iure divisa* bei teilbaren Schulden, die teilweise erfüllt werden können. Hatte der Erblasser etwa eine bestimmte Geldsumme versprochen, schulden seine Erben diese dem Gläubiger anteilig im Verhältnis ihrer Erbteile.[51] 23

---

[44] Diocl./Max. C. 2.3.26 (a.294); Paul. 23 ed. D. 10.2.25.9,13.

[45] Gord. C. 3.36.6 (o.A.).

[46] *Kaser*, AHDO-RIDA 1 (1952) 532–535; *Voci*, DER I 51; *Kaser*, RP I 733; *Parenti*, In solidum obligari (2012) 141–153.

[47] *Crawford/Humbert/Lewis*, RS II 649.

[48] *Korošec*, Erbenhaftung (1927) 54–59.

[49] Gegen *Korošec* vgl. *Bonfante*, Corso VI 160 f.

[50] Vgl. Ulp. 19 ed. D. 10.2.2.5; D. 10.2.4 pr.; Paul. 23 ed. D. 10.2.25.1,9.

24 Der Gläubiger sieht sich durch diese Aufteilung zwar mehreren Schuldnern gegenüber, doch beeinträchtigt dies seine Interessen nicht,[52] da die Miterben einen gemeinsamen Prozessvertreter (*procurator*) bestellen müssen, der Sicherheit zu leisten hat und an den sich der Gläubiger dann auch alleine halten kann.[53] Auch im Übrigen werden die Interessen der Erben und der Gläubiger durch die automatische Aufteilung im Regelfall nicht beeinträchtigt, da die Aufteilung der Schulden der Aufteilung der Aktiva entspricht, sodass jeder Miterbe anteilig aus dem erworbenen Vermögen leisten kann. Probleme entstehen erst dann, wenn der Erblasser diese Korrespondenz von Aktiva und Passiva durch Vorausvermächtnisse zugunsten eines Miterben oder umgekehrt durch Vermächtnisse nur zu Lasten eines Miterben zerstört.[54]

25 Bestimmte Arten von Schulden sind zwar teilbar, lassen sich jedoch nicht teilweise erfüllen. Unter diese Art von Schulden fällt die Leistung unbestimmter Sachen, zum Beispiel „eines" Sklaven, sowie andere Arten von Wahlschulden. Hier haftet jeder Erbe nur auf einen Anteil, doch muss die Schuld zunächst durch Ausübung des Wahlrechts konkretisiert werden, was nur alle Erben gemeinsam tun können. Ähnlich verhält es sich, wenn der Erblasser ein Unterlassen versprochen hat (*per te non fieri* …). Hier kann zwar jeder Erbe für sich genommen dem Unterlassungsversprechen nachkommen, sodass die Schuld für sich genommen teilbar ist. Allerdings wird dem Interesse des Gläubigers nur dann Genüge getan, wenn alle Erben die Handlung unterlassen. Die Erfüllung verlangt also auch hier die gemeinsame Handlung (bzw. Unterlassung) aller Erben. In diesen Fällen teilbarer Schulden, die nicht teilweise erfüllt werden können, wenden die römischen Juristen gleichwohl die Regel *nomina ipso iure divisa* an, da die Schuld selbst teilbar ist. Dies hat Bedeutung, wenn der Gläubiger nur gegen einen der Erben klagt und den Prozess verliert, oder wenn der Gläubiger einem der Miterben die Schuld erlässt. Der betreffende Erbe ist dann befreit und der Gläubiger kann sich nur noch an die anderen Miterben halten, die ihm auf ihre Anteile haften.[55]

26 Die Schuldenteilung darf jedoch nicht zu einer inhaltlichen Veränderung der Schuld führen, welche die Rechte der Erben oder die Rechte der Erbschaftsgläubiger beeinträchtigen würde. Es gilt der Satz: *non enim ex persona heredum condicio obligationis immutatur.*[56] Leistet etwa einer der Miterben einen Anteil an einem bestimmten Sklaven, obwohl der Erblasser einen unbestimmten Sklaven versprochen hatte, wird er nicht befreit.[57] Er hat dadurch nämlich das Wahlrecht der Miterben verletzt, die dem Gläubiger möglicherweise einen anderen Sklaven geben wollten. Verletzt einer der Miterben eine vom Erblasser versprochene Unterlassungspflicht, so haftet nicht nur

---

[51] Paul. 75 ed. D. 45.1.85.1.
[52] A. A. *Finkenauer*, Stipulation (2010) 186.
[53] Vgl. Ulp. 77 ed. D. 46.7.5.7 (*nam et plures heredes* …) i. V.m. Gai. 4.101.
[54] *Lübtow*, Erbrecht II (1971) 1182.
[55] Paul. 12 Sab. D. 45.1.2.3.
[56] Paul. 12 Sab. D. 45.1.2.2.
[57] Paul. 12 Sab. D. 45.1.2.2 (erster Teil).

dieser Erbe dem Gläubiger auf einen Anteil, sondern alle Miterben haften, sodass der Gläubiger die gesamte Summe erhält.[58] Anderenfalls hätte die Aufteilung der Schuld unter mehrere Personen die Situation des Gläubigers verschlechtert.

27 Die Miterben, welche die Unterlassenspflicht nicht verletzt haben, können allerdings bei dem Miterben, der sie verletzt hat, aus der *actio familiae erciscundae* Regress nehmen.[59]

3. Unteilbare Schulden

28 Die römischen Juristen unterscheiden weiterhin Schulden, die als solche nicht teilbar sind, aber bei ihrer Erfüllung teilbar werden. Dazu zählt im Wesentlichen die Haftung für Rechtsmängel beim Kauf (→ § 79 Rn. 236–279). Die Regel *nomina ipso iure divisa* gilt hier nur hinsichtlich der Erfüllung aus der *stipulatio duplae*, nicht aber hinsichtlich der eigentlichen Auktoritätshaftung. Stirbt also der Verkäufer, müssen alle Miterben dem Käufer im Eviktionsprozess als Prokuratoren beistehen. Diese Schuld ist unteilbar. Wird dem Käufer die Sache jedoch erfolgreich evinziert, schulden die Miterben das *duplum* nur entsprechend ihren Erbteilen.[60]

29 Vollends unanwendbar ist die Regel *nomina ipso iure divisa* schließlich bei den Arten von Schulden, die weder teilbar sind noch teilweise erfüllt werden können. Dazu zählen etwa das Versprechen, eine Dienstbarkeit zu bestellen, und das Versprechen, ein Bauwerk zu errichten. Hatte der Erblasser also versprochen, ein Wegerecht einzuräumen, haftet jeder Miterbe dem Gläubiger auf das Ganze (*in solidum*). Wird einer der Miterben auf das Ganze in Anspruch genommen, kann er im Innenverhältnis von den anderen Miterben Ausgleich aus der *actio familiae erciscundae* verlangen.[61] Gleichermaßen haftet jeder Miterbe dem Gläubiger auf die gesamte Summe, wenn ein vom Erblasser versprochenes Bauwerk nicht errichtet wird.[62]

4. Vertragsstrafen

30 Hatte der Erblasser eine Vertragsstrafe versprochen, geht diese Stipulation grundsätzlich auf seine Erben über (→ § 21 Rn. 76 Rn. 6). Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Vertragsstrafe auch dann für alle Miterben verfällt, wenn nur einer von ihnen gegen die sanktionsbewehrte Pflicht verstößt. Hier handelt es sich weniger um ein Problem der Erbenhaftung als vielmehr der Vertragsstrafe, nämlich ob die Bedingung, unter der die

[58] Paul. 12 Sab. D. 45.1.2.5; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.3.1 (*enimvero* …); Paul. 12 Sab. D. 45.1.4 pr.; D. 45.1.4.1 (*illam stipulationem* …); Paul. 75 ed. D. 45.1.85.3; Julian bei Scaev. 13 quaest. D. 45.1.131 pr.

[59] Paul. 12 Sab. D. 45.1.2.5; Paul. 75 ed. D. 45.1.85.3.

[60] Paul. 75 ed. D. 45.1.85.5; Ven. 6 stip. D. 45.1.139.

[61] Paul. 23 ed. D. 10.2.25.10; Paul. 12 Sab. D. 45.1.2.2 (*et ideo* …); *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 189–193; *Harke*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 5–9.

[62] Paul. 75 ed. D. 45.1.85.2.

Strafe versprochen wurde, eingetreten ist. Dies richtet sich nach der zugrundeliegenden Verpflichtung, sodass auch insofern nach denselben Kriterien unterschieden wird:

31 Ist die zugrundeliegende Pflicht unteilbar, zum Beispiel die Einräumung einer Dienstbarkeit oder die Verschaffung eines bestimmten Grundstücks, so haften bei Verstoß eines Miterben alle auf Zahlung der Strafe.[63] Die Schuld am Unterlassen der geforderten Leistung trifft die Miterben nämlich ungeteilt, sodass die Vertragsstrafe insgesamt für alle Miterben verfällt. Jeder Miterbe haftet auf Zahlung in Höhe seiner Erbquote, auch wenn er zur Leistung bereit war.

32 Anders verhält es sich bei teilbaren Schulden, die mit einer Vertragsstrafe gesichert sind. Hier haftet nur ein Miterbe, der seinen Anteil an der Schuld nicht erfüllt hat, auf einen seinem Erbteil entsprechenden Teilbetrag der Vertragsstrafe. Die übrigen Miterben, welche die Schuld erfüllen, in deren Person die Bedingung der Vertragsstrafe also nicht eintritt, haften nicht. Als Beispiel findet sich in den Quellen insofern nur das Prozessversprechen, eine Forderung nicht ein weiteres Mal einzuklagen (*amplius non agi*).[64] Dabei handelt es sich scheinbar um eine normale Unterlassungspflicht, die alle Erben des Versprechenden gemeinsam erfüllen müssten. Tatsächlich liegen jedoch geteilte Unterlassungspflichten vor, da die Forderung des Erblassers durch den Erbfall unter den Miterben aufgeteilt worden ist (→ Rn. 23). Jedem Miterben steht nach dem Erbfall somit nur noch ein Teil der Forderung zu, die nicht ein weiteres Mal eingeklagt werden darf.[65] Klagt ein Miterbe nun diesen Teilbetrag ein, verfällt auch die Vertragsstrafe nur anteilig.

5. Abweichende Verfügungen

33 Die Erbenhaftung ist zwingend in dem Sinne, dass der Erblasser sie nicht einseitig durch testamentarische Verfügung zu Lasten der Gläubiger ausschließen oder begrenzen kann. Gleichermaßen ist auch die Aufteilung der Verbindlichkeiten[66] unter den Miterben durch die Regel *nomina ipso iure divisa* zwingend. Testamentarische Verfügungen, durch die einem Miterben allein die Haftung für bestimmte Verbindlichkeiten auferlegt wird, sind daher im Verhältnis zum Gläubiger unbeachtlich. Sie haben allerdings für den Ausgleich der Erben im Innenverhältnis Bedeutung.[67] Ebenso wirken Vereinbarungen der Erben untereinander nur im Innenverhältnis.[68]

---

[63] Cato bei Paul. 12 Sab. D. 45.1.4.1 (*ab omnibus si …*); Paul. 76 ed. D. 45.1.85.6; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 83–85; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 172; *Casella*, Trasmissibilità (2018) 126–130.

[64] Cato bei Paul. 12 Sab. D. 45.1.4.1 (*at si de eo cautum sit …*); unklar ist, warum hier nicht der *procurator* der Versprechende ist, vgl. Pomp. 26 Sab. D. 46.8.18.

[65] Vgl. *Knütel*, SZ 92 (1975) 146 f.

[66] Die Aufteilung von Forderungen kann dagegen in bestimmten Fällen frei vereinbart werden, vgl. etwa Ven. 1 stip. D. 45.1.137.8.

[67] Papinian bei Ulp. 19 ed. D. 10.2.20.8; vgl. auch Paul. 75 ed. D. 45.1.85.4 (*quod non potuit defunctus …*).

[68] Diocl./Max. C. 2.3.26 (a.294); *Biondi*, DER 346 f.

Durch eine Vereinbarung mit dem Gläubiger kann der Erblasser nicht die Haftung auf einen seiner Miterben beschränken. Der Gläubiger muss sich dann trotzdem an alle Erben anteilig halten; der *nomina*-Satz ist also zwingendes Recht.[69] Dies schützt zunächst den Erben, der von der Vereinbarung möglicherweise nichts weiß. Kennt der Erbe die Vereinbarung, schützt es den letzten Willen, da der Erbe den ungleich belasteten Erbteil trotzdem gefahrlos antreten kann. 34

V. Haftungsbeschränkungen

1. Erbantritt (*aditio*) und Erbausschlagung (*ius abstinendi*)

Hat der Erbe die Erbschaft einmal erworben, haftet er grundsätzlich unbeschränkbar auf die Erbschaftsschulden (→ Rn. 2). Die wirksamsten Möglichkeiten, die Haftung zu vermeiden, sind daher der Nichtantritt der Erbschaft bzw. die Erbausschlagung. 35

Außenerben (*heredes extranei*) erwerben die Erbschaft erst mit Antritt (→ § 56 Rn. 40), sodass sie durch Nichtantritt ihre Haftung für die Erbschaftsschulden vermeiden können.[70] 36

Zwangserben (*heredes necessarii*) erwerben die Erbschaft dagegen automatisch (→ § 56 Rn. 6,13). Wenn es sich um Hauserben handelt (*sui heredes*), erhalten sie aber vom Prätor das Recht, die Erbschaft auszuschlagen (*ius abstinendi*). Sie bleiben zivile Erben, können aber von den Gläubigern nicht mehr belangt werden. Dieses Recht steht den Abkömmlingen des Erblassers, die mit dessen Tod gewaltfrei werden, und seiner Ehefrau *in manu* zu. Es kann allerdings nicht mehr in Anspruch genommen werden, wenn die Erbschaftsgegenstände bereits in Besitz und Verwaltung genommen sind (*se immiscere hereditatem*).[71] 37

Anders verhält es sich mit dem eigenen Sklaven, der gleichzeitig mit der Erbeinsetzung testamentarisch die Freiheit erhält. Dieser bleibt Zwangserbe ohne die Möglichkeit der Ausschlagung, da es gerade der Sinn dieser Art von Erbeinsetzung ist, die Schande der Insolvenz auf den Sklaven abzuwälzen.[72] Immerhin kann der Sklave aber eine Vermögenstrennung beantragen, sodass er wirtschaftlich nicht geschädigt wird (→ Rn. 47). 38

Da der Nichtantritt bzw. die Erbausschlagung grundsätzlich die einzigen Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung sind, ist der Erbe gezwungen, zuvor ausreichend Informationen zum Bestand der Nachlassverbindlichkeiten einzuholen. Dies ist schon aus praktischen Gründen nicht immer möglich, sodass ein Haftungsrisiko bleibt, das 39

[69] Iul. 52 dig. D. 45.1.56.1 (Zahlungspflicht); Julian bei Scaev. 13 quaest. D. 45.1.131 pr. (Unterlassungspflicht); anders in bestimmten Fällen bzgl. der Aktiva: Ulp. 50 Sab. D. 45.1.45.2; Ven. 1 stip. D. 45.1.137.8 u. a.; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 25, 186–207.

[70] Gai. 2.162; *Kaser*, RP I 733; *Wesener*, FS Waldstein 405.

[71] Gai. 2.156–159, 163; Inst. 2.19.2; *Bonfante*, Corso VI 388–391.

[72] Gai. 2.153 f.; Inst. 2.19.1.

den Erben vom Antritt abhalten und damit auch die Interessen des Erblassers an einem Nachfolger vereiteln kann. In klassischer Zeit wurden trotzdem nur im Einzelfall bzw. für einzelne Personengruppen weitergehende Haftungsbeschränkungen gewährt (→ Rn. 40–48); erst das justinianische Recht führte eine allgemeine Möglichkeit der Haftungsbeschränkung ein (→ Rn. 49–51).

2. Wiedereinsetzung (*restitutio in integrum*)

40 Ist der Erbe bei Erbantritt jünger als 25 Jahre (*minor*), kann er beim Prätor eine Wiedereinsetzung (*restitutio in integrum*, → § 110 Rn. 3) beantragen, wenn er die Erbschaft voreilig angetreten hat, sich also nachträglich eine Überschuldung herausstellt.[73] Nicht ausreichend sind allerdings nachteilige Veränderungen der Erbschaftsgegenstände nach Erbantritt, da zufällige Ereignisse jeden Eigentümer gleichermaßen treffen, es sei denn, ein Geschäftserfahrener hätte auch diese vorausgesehen.[74]

41 Das Recht der Wiedereinsetzung wurde seit Hadrian im Einzelfall auch einem über 25-Jährigen (*maior*) gewährt. Dies erforderte allerdings einen Antrag beim Kaiser. Inhaltlich war gleichermaßen erforderlich, dass sich die Überschuldung erst nachträglich herausgestellt hatte.[75] Antoninus Pius gewährte die *restitutio* außerdem in dem Sonderfall, dass der Erbe vom Prätor gezwungen wurde, die Erbschaft anzutreten, weil er sie einem Fideikommissar herausgeben musste, dieser aber nicht mehr auffindbar war.[76]

42 Die *restitutio* bewirkt wie die Erbausschlagung einen prätorischen Schutz, jedoch keinen Verlust der zivilen Erbenstellung.

3. Sicherheitsleistung (*cautio suspecti heredis*) und Vermögenstrennung (*separatio bonorum*)

43 Ist der Erbe zahlungsunfähig, müssten sich die Gläubiger des Erblassers mit den übrigen Gläubigern des Erben um den Nachlass streiten. Um zu vermeiden, dass die Forderungen der Nachlassgläubiger durch die Überschuldung des Erben vereitelt werden, gewährt der Prätor ihnen verschiedene Rechte. Zunächst können sie vom Erben Sicherheit für die Erfüllung der Erbschaftsschulden verlangen (*cautio suspecti heredis*). Verweigert der Erbe die Sicherheitsleistung, können sich die Nachlassgläubiger gesondert an das Nachlassvermögen halten.[77]

---

[73] Gai. 2.163; vgl. auch Pap. 9 resp. D. 4.4.31; Ulp. 60 ed. D. 40.5.4.1,2; Inst. 2.19.5; 3.11.5; *Solazzi*, Diritto ereditario II (1933) 265–267; *Voci*, DER I 668 f.; *Reggi*, Beneficium (1967) 6 f.; *Wesener*, FS Waldstein 405.

[74] Ulp. 11 ed. D. 4.4.11.5.

[75] Gai. 2.163; GA 28–33; Inst. 2.19.6; Scaev. 26 dig. D. 29.2.98; *Solazzi*, Diritto ereditario II (1933) 267–275; *Voci*, DER I 679; *Cervenca*, Restitutio (1965) 77–83; *Reggi*, Beneficium (1967) 7–26.

[76] Ulp. 64 ed. D. 42.6.1.6; *Bonfante*, Corso VI 360 f.; *Voci*, DER I 677 f.; *Wesener*, FS Waldstein 409 f.

[77] Ulp. 2 omn. trib. D. 42.5.31 pr.–3; *Lenel*, EP 421; *Bonfante*, Corso VI 351–353; *Biondi*, DER 360 f.; *Voci*, DER I 674–676; *Kaser*, RP I 734.

Sodann gewährt der Prätor den Gläubigern das Recht, eine Vermögenstrennung zwischen dem Eigenvermögen des Erben und dem Nachlassvermögen zu verlangen (*separatio bonorum*), welche innerhalb von fünf Jahren ab Erbantritt beantragt werden muss.[78] Die Erbschaftsgläubiger werden dann, im Rahmen eines einheitlichen Insolvenzverfahrens gegen den Erben,[79] separat aus dem Nachlass befriedigt, die Gläubiger des Erben nur aus dessen Eigenvermögen.[80] Dieses Sonderrecht der Nachlassgläubiger ist dadurch begründet, dass sie sich den Erblasser als Schuldner ausgesucht haben, nicht den Erben. Sie verlieren das Recht der Separation daher in dem Moment, wo sie sich auf den Erben einlassen, etwa indem sie ihn als Bürgen akzeptieren oder sich die Schuld von ihm novieren lassen.[81] **44**

Anders als den Erbschaftsgläubigern steht den Gläubigern des Erben das Recht der *separatio bonorum* nur in Ausnahmefällen zu. Denn so wenig sie andere nachteilige Handlungen des Erben verhindern können, werden sie grundsätzlich vor einem nachteiligen Erbantritt seinerseits geschützt.[82] **45**

Der Erbe selbst kann keine *separatio bonorum* verlangen, da er eine überschuldete Erbschaft nicht antreten muss. Tritt er sie voreilig an, muss er sich dies selbst zuschreiben. Eine Ausnahme besteht für Soldaten, die seit einer Konstitution Gordians ihre Haftung auf den Nachlass beschränken können, was einer *separatio bonorum* gleich kommt.[83] **46**

Außerdem kann auch der als Erbe eingesetzte und testamentarisch freigelassene eigene Sklave des Erblassers die *separatio bonorum* erlangen, da er als *heres necessarius* keine Möglichkeit hat, den Erbschaftserwerb zu vermeiden (→ Rn. 38).[84] **47**

Die *separatio bonorum* bewirkt eine getrennte Befriedigung der Gläubiger aus verschiedenen Vermögensmassen und ist damit weniger weitgehend als das *ius abstinendi* (→ Rn. 37) und die *restitutio in integrum* (→ Rn. 40–42), welche die Erbenhaftung ganz beseitigen und dem Erben das Insolvenzverfahren damit ersparen. **48**

4. Inventarerrichtung (*beneficium inventarii*)

Das klassische römische Recht gab dem Erben lediglich die Möglichkeit, die Erbschaft insgesamt zu erwerben oder nicht, sah aber keine allgemeine Möglichkeit zur Haf- **49**

---

[78] Ulp. 64 ed. D. 42.6.1.13.

[79] *Voci*, DER I 672; a. A. *Kaser*, RP I 734.

[80] Ulp. 64 ed. D. 42.6.1 pr.,1; Gord. C. 7.72.2 (o.A.); Diocl./Max. C. 7.72.7 (a.294); Lit.: *Lenel*, EP 433; *Bonfante*, Corso VI 354–358, 365–387; *Biondi*, DER 361–379; *Kaser/Hackl*, RZ 400 f.; *Voci*, DER I 669–674; *Kaser*, RP I 734; *Wiechmann*, Separatio bonorum (1992); *Wesener*, FS Waldstein 406–410; *Giunti*, Separatio bonorum (1993); *López-Barajas Mira*, Separatio bonorum (1995).

[81] Ulp. 64 ed. D. 42.6.1.10,11.

[82] Ulp. 64 ed. D. 42.6.1.2; *Bonfante*, Corso VI 358–360; *Biondi*, DER 364–366; *Voci*, DER I 677 f.

[83] Inst. 2.19.6; Iust. C. 6.30.22 pr. (a.531); *Voci*, DER I 679; *Reggi*, Beneficium (1967) 23–47.

[84] Gai. 2.153–155; Ulp. 64 ed. D. 42.6.1.18; Lit.: *Bonfante*, Corso VI 391; *Guarino*, SZ 60 (1940) 185–225; *Guarino*, SDHI 10 (1944) 240–266; *Ankum*, St. Grosso II 563–579; *Voci*, DER I 676; *Kaser*, RP I 733; *Wesener*, FS Waldstein 409.

tungsbeschränkung auf den Nachlass vor. Eine solche Reform geschah erst unter Justinian, der im Jahr 531 das Recht zur Inventarerrichtung (*beneficium inventarii*) einführte, wodurch sich jeder Erbe vom Risiko der Überschuldung der Erbschaft befreien konnte.[85]

50 Um dieses Recht in Anspruch zu nehmen, muss der Erbe nach Testamentseröffnung innerhalb von drei Monaten, bzw. bei auswärtig belegenem Vermögen innerhalb eines Jahres, ein Vermögensverzeichnis über den Nachlass errichten, dessen Richtigkeit und Vollständigkeit versichern und ggf. auch beschwören.[86] Währenddessen können ihn die Gläubiger nicht belangen.[87] Durch die Errichtung des Inventars beschränkt sich die Haftung für Erbschaftsschulden auf das Nachlassvermögen. Unterlässt der Erbe die Errichtung des Inventars, haftet er auch mit seinem sonstigen Vermögen.

51 Das justinianische Inventarrecht hatte große Nachwirkungen und ging in die meisten modernen Gesetzgebungen ein.

5. Konsensuale Möglichkeiten

52 Sofern der Erbe mit den Erbschaftsgläubigern eine Vereinbarung herbeiführen kann, hat er weitere Möglichkeiten, seine Haftung für die Erbschaftsschulden zu begrenzen. Der Erbe kann sich von den Gläubigern zum Erbantritt beauftragen lassen, wenn er die Überschuldung befürchtet. Die auftraggebenden Gläubiger haften ihm dann aus der *actio mandati contraria* auf etwaige Nachteile.[88] So erwirbt der Erbe einen Regressanspruch, wenn nachträglich weitere Erbschaftsschulden bekannt werden. Das Risiko des Erbantritts geht damit auf die Auftraggeber über, die freilich nur selten zu einem solchen Auftrag bereit sein werden.

53 Alternativ kann der Erbe mit den Gläubigern vereinbaren, dass er die Erbschaft zwar antreten, die Forderungen der Gläubiger aber nur aus dem vorhandenen Vermögen im Verhältnis ihrer Erbquoten befriedigen werde.[89] Dieser Gesamtvergleich, der vom Magistrat bestätigt werden muss,[90] hat für die Gläubiger ähnliche wirtschaftliche Folgen wie ein Erbschaftsinsolvenzverfahren, bringt aber dem Andenken des Erblassers Vor-

---

[85] Iust. C. 6.30.22 (a.531); Lit.: *Bonfante*, Corso VI 396–400; *Solazzi*, Diritto ereditario II (1933) 283–301; *Biondi*, DER 349–358; *Reggi*, Beneficium (1967) 55–161; *Voci*, DER I 684–688; *Kaser*, RP II 543 f.; *Wesener*, FS Lübtow (1990) 113–128; *Wesener*, FS Waldstein 410–416.

[86] Iust. C. 6.30.22.2,3,10 (a.531).

[87] Iust. C. 6.30.22.11 (a.531).

[88] Iul. 3 Urs. Fer. D. 17.1.32; Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.18; Celsus bei Ulp. 76 ed. D. 44.4.4 pr.; Plin. epist. 2,4; Lit.: *Bonfante*, Corso VI 394; *Solazzi*, Diritto ereditario II (1933) 277–279; *Biondi*, DER 348; *Sanfilippo*, Mél. Meylan I 293–297; *Voci*, DER I 684; *Kaser*, RP I 734; *Duplá Marín*, ACIA VII 335–349.

[89] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.17–19; D. 2.14.7.10; Pap. 10 quaest. D. 2.14.8; Paul. 62 ed. D. 2.14.9; Lit.: *Bonfante*, Corso VI 394–396; *Solazzi*, Diritto ereditario II (1933) 279–282; *Biondi*, DER 348 f.; *Voci*, DER I 683 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 407.

[90] Scaev. 4 resp. D. 40.4.54.1; Scaev. 5 resp. D. 42.8.23.

teile, da dieser nicht erbenlos bleibt und die Schande der Insolvenz vermieden wird.[91] Der Erbe wird diesen Weg wählen, wenn schon die Forderungen der ihm bekannten Gläubiger den Wert der Erbschaft übersteigen. Unsicher ist, ob er durch den Gesamtvergleich vor etwaigen Forderungen weiterer, unbekannter Gläubiger geschützt wird.

VI. Prozessuale Besonderheiten der Erbenhaftung

Klagt ein Erbschaftsgläubiger gegen den oder die Erben, stehen beiden Parteien prozessuale Sondermittel zur Verfügung. **54**

1. *Interrogatio in iure* und *ius deliberandi*

Die *interrogatio in iure* (Befragung vor dem Gerichtsmagistrat) ermöglicht es dem Erbschaftsgläubiger, den Beklagten vor dem eigentlichen Prozess zu befragen, ob und zu welchem Anteil er Erbe sei. Der Beklagte muss darauf antworten und ist an seine Antwort gebunden.[92] Auf diese Weise kann der Gläubiger die Vorfrage der Erbenstellung des Beklagten, also die Passivlegitimation, klären, ohne die Klage zur Hauptsache auf Zahlung etc. erheben zu müssen. **55**

Da die Frage, ob jemand Erbe geworden ist, aus Sicht eines Außenstehenden oft schwer feststellbar ist, bietet sich dem Gläubiger so ein einfacher Weg, Gewissheit für den Prozess zu erlangen und zu entscheiden, ob er weiter gegen den Beklagten vorgehen möchte. Von besonderer Bedeutung ist auch die Auskunft des Beklagten über die Höhe seiner Erbquote, denn infolge der automatischen Teilung der Verbindlichkeiten unter den Miterben (→ Rn. 20–34) muss der Gläubiger wissen, in welchem Umfang er gegen die einzelnen Miterben jeweils vorgehen kann.[93] Beurteilt er die Erbquote zu hoch, droht ihm das Risiko des Klageverlusts wegen *pluris petitio*.[94] Auch davor schützt die *interrogatio in iure*, da der Beklagte an seine Auskunft zur Höhe der Erbquote gebunden ist, diese also als richtig gilt. **56**

Hat der Beklagte die Erbschaft noch nicht angetreten, weil er sich unsicher über den Bestand etwaiger Nachlassverbindlichkeiten ist, hat er das Recht, vor der Beantwortung der Frage des Gläubigers beim Prätor eine Überlegungsfrist zu beantragen (*ius deliberandi*).[95] Diese Frist ist freilich nur von Bedeutung, wenn der Erblasser selbst keine Frist zum Erbantritt (Kretionsfrist) gesetzt hat.[96] **57**

---

[91] Vgl. Plin. epist. 2,4; Scaev. 5 resp. D. 42.8.23.

[92] Vgl. TPSulp. 23 und 24; Call. 2 ed. mon. D. 11.1.1 pr.; Ulp. 22 ed. D. 11.1.6.1; D. 11.1.9.3; *Lenel*, EP 145–149; *Voci*, DER I 501–503; *Spengler*, Interrogatio (1994) 3–10; *Mantovani*, Formule 109 f.; *Pellecchi*, Praescriptio (2003) 449–489.

[93] *Spengler*, Interrogatio (1994) 32.

[94] Call. 2 ed. mon. D. 11.1.1 pr.

[95] Ulp. 60 ed. D. 28.8.1.1; *Lenel*, EP 416–421; *Voci*, DER I 501–503.

2. *Exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*

58 Ein als Erbe Verklagter kann sich in bestimmten Fällen der Einrede *si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat* (sofern in der vorliegenden Sache kein Präjudiz für die Erbschaftsklage geschaffen wird)[97] bedienen. Diese Einrede, die im altrömischen Recht noch eine *praescriptio* war, tritt in den Quellen häufig dann auf, wenn jemand von einem Erbschaftsprätendenten auf Herausgabe einzelner Nachlassgegenstände verklagt wird. Der Beklagte kann dann einwenden, dass durch eine solche Singularklage ein Präjudiz für den eigentlichen Erbschaftsprozess, die *hereditatis petitio*, geschaffen werde. Ein solches Präjudiz ist aber unzulässig, da für die Gesamtklage der *hereditatis petitio* jedenfalls bei größeren Erbschaften das Zentumviralgericht zuständig ist, in dessen Jurisdiktionsgewalt der Einzelrichter[98] nicht eingreifen darf (→ § 64 Rn. 7–13). Daher kann der Beklagte eine Singularklage mit dieser Einrede zu Fall bringen, soweit sie auf Erbrecht gestützt wird.[99]

59 Ob die *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* auch im Falle einer Klage eines Erbschaftsgläubigers dem Erben zusteht, ist für die klassische Zeit unsicher. Zwar kann die Einrede selbst in einem Freiheitsprozess[100] und auch in Prozessen gegen Dritte[101] eingewandt werden, sodass man vermuten kann, die präjudizielle Feststellung der Erbenstellung des Beklagten müsste auch im Verhältnis zum Gläubiger vermieden werden. Im justinianischen Recht steht die Einrede dem von einem Erbschaftsgläubiger in Anspruch genommenen Beklagten jedoch nicht zu. Stattdessen erhält er einen Ausgleichsanspruch gegen den wahren Erben, wenn dieser ihm später erfolgreich die Erbenstellung streitig macht.[102]

60 Unsicher ist auch, ob der Erbschaftsgläubiger mittels *praeiudicium* auf Feststellung der Erbenstellung klagen kann. Mit *praeiudicium* wird dann nicht die Präjudizwirkung von Vorfragen bezeichnet, sondern das eigenständige Klageverfahren auf Feststellung, dessen Klageformel nur aus der *intentio* besteht.[103] Die Existenz eines solchen *praeiudicium an heres sit* ist nicht ausgeschlossen, in den Quellen jedoch nicht belegt.[104] Angesichts der *interrogatio in iure* bestand wohl kein praktisches Bedürfnis dafür.

---

[96] Vgl. Gai. 2.164–170.

[97] Wortlaut u. a. in Gai. 7 ed. prov. D. 10.2.1.1; Iul. 50 dig. D. 44.1.13.

[98] Bzw. der *arbiter*, Paul. 13 ed. D. 4.8.32.10.

[99] Vgl. v. a. Gai. 4.133; Ulp. 14 ed. D. 5.3.5.2; Iust. C. 3.31.12 (a.531); Lit.: *Kaser*, RZ 184–186; etwas anders *Kaser/Hackl*, RZ 247–250; *Kaser*, RP I 739; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 23 f., 271–287, 365 f.; *Sturm*, St. Talamanca VIII 132 f.; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 245–258 (mit etwas anderer Begründung); *Fiori*, Ea res agatur (2003) 21 f.; *Varvaro*, Praescriptio (2008) 24–72.

[100] Ulp. 14 ed. D. 5.3.7 pr.

[101] Vgl. etwa Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.17.

[102] Iust. C. 3.31.12.1 (a.531).

[103] Dazu vgl. *Hackl*, Praeiudicium (1976) 24–29.

[104] Vgl. *Hackl*, Praeiudicium (1976) 189–318.

§ 59 Herausgabeklage des Eigentümers (*rei vindicatio*)

Christian Baldus

Schipani, Responsabilità del convenuto per le cose oggetto di azione reale, 1971; *Thür*, Justinians Publiciana und directa „in rem", SZ 89 (1972) 362–375; *Kupisch*, In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht, 1974; *Marrone*, voce Rivendicazione (Diritto romano), Enciclopedia del Diritto 41 (1989) 1–29 (= *ders.*, in: Scritti giuridici I, 2003, 383–413); *Kaser*, Nochmals über Besitz und Verschulden bei den ‚actiones in rem', SZ 98 (1981) 77–146; *Pennitz*, Der „Enteignungsfall" im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktional-rechtsvergleichende Darstellung. 1991; *Wimmer*, Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten, 1995; *González-Palenzuela Gallego*, Las impensas en el Derecho romano clásico, 1998; *Gamauf*, Vindicatio nummorum. Eine Untersuchung zur Reichweite und praktischen Durchführung des Eigentumsschutzes an Geld im klassischen Römischen Recht, Habilitationsschrift, Wien 2001; *González Roldán*, Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica, 2010; ‚Actio in rem' e ‚actio in personam' in ricordo di Mario Talamanca, 1, II, 2011; *Viaro*, L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano, 2012; *Santucci*, Die rei vindicatio im klassischen römischen Recht – ein Überblick, Fundamina 20, 2014 833–846.

Inhalt

		Rn.
I.	Einleitung	2
II.	Quellenbestand zur *rei vindicatio* und zur Pfandvindikation	11
III.	Entwicklungsschritte und Verknüpfungen	26
1.	Bis zum Legisaktionenverfahren	26
2.	*Rei vindicatio per sponsionem* und *per formulam petitoriam*	33
3.	Nachklassisches und justinianisches Recht	48
IV.	Formelrekonstruktion und Probleme für die klassische Zeit	52
1.	Überblick	52
2.	Prozesseinleitung: Indirekter Einlassungszwang, Sicherheitsgestellungen und vorgeschaltete Rechtsbehelfe	57
3.	*Iudex unus*	66
4.	*Si paret fundum quo de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse*: Objekte	71
a.	Körperliche Sache	71
b.	Sachexistenz; Sachteil und Sachverbindung	80
c.	*Tignum iunctum*	101
d.	Teilvindikation	107
e.	*Res sacrae* und *res religiosae*	109
f.	Sachgesamtheiten	112

5. *Si paret fundum quo de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse*: Aktivlegitimation . . . 121
a. Regelfall . . . 121
b. Veränderungen nach Litiskontestation . . . 135
c. Vererblichkeit . . . 141
d. Beweislast . . . 142
e. *Longi temporis praescriptio* . . . 145
f. Sonderregeln . . . 148
6. *Si paret fundum …* : Objektsbezeichnung . . . 150
7. Passivlegitimation . . . 156
a. *Possidere* . . . 165
b. *Dolo malo desinere possidere* . . . 180
c. *Liti se offerre* . . . 188
d. Passive Vererblichkeit . . . 192
e. Besitztitel und Beweislast . . . 195
f. Sonstiges . . . 199
8. *Neque … arbitrio … restitueretur*: Arbiträrklausel und *iussum de restituendo* 200
9. *Condemnatio* . . . 210
a. Prinzip . . . 210
b. *Taxatio*? . . . 215
c. Rechtsfolgen der Litisästimation . . . 218
10. *Denegatio actionis* . . . 228
11. Exzeptionen und sonstige Verteidigungsmöglichkeiten des Beklagten . . . 230
a. *Exceptio rei venditae et traditae* . . . 232
b. *Exceptio doli* . . . 242
c. *Exceptio rei iudicatae* . . . 259
d. *Exceptio iurisiurandi* . . . 268
e. Weitere *exceptiones* . . . 269
f. Sonstige Fälle . . . 275
12. *Cum omni causa restituere*: „Eigentümer-Besitzer-Verhältnis“ . . . 284
a. Früchte und Nutzungen als Gegenstand der Verurteilung in der Hauptsache . . . 287
b. Verwendungen . . . 296
c. Schadensersatz . . . 297
V. Konkurrenzen . . . 300
1. Besitzinterdikte für bewegliche Sachen . . . 300
2. *Interdictum quem fundum* . . . 306
3. *Actio ad exhibendum* . . . 312
4. *Hereditatis petitio* . . . 315
5. *Actiones divisoriae, actio finium regundorum* . . . 318
6. Klagen aus *iura in re aliena* . . . 324
7. *Actio legis Aquiliae* und andere Deliktsklagen . . . 325
8. *Actio quod metus causa* . . . 334
9. *Condictio(nes)* und Verwandtes . . . 335
10. Vertragsklagen . . . 339
11. *Actiones utiles/in factum* . . . 346
VI. *Vindicatio pignoris* . . . 360
1. Quellenlage . . . 361

2. Entwicklung und Begrifflichkeit 372
3. Formelelemente und Probleme 388
a. Übersicht 388
b. Klageziel 391
c. Legitimation, Rechtsbegründung und Objektsstatus 393
d. Wegfall des Leistungsinteresses 415
e. Prozessbeendigung 417
f. Rechtskraft 420
g. Erweiterungen 422
h. *Exceptiones* 432
i. *Replicationes* 446
j. Konkurrenzen 448
VII. *Interdictum Salvianum* 450

Formel[1]

C. Aquilius iudex esto. Si paret fundum quo de agitur ex iure Quiritium A. Agerii esse neque is fundus arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito. **1**

Gaius Aquilius soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass das Grundstück, um das gestritten wird, aus dem Recht der Quiriten dem Kläger gehört und dieses Grundstück nicht nach dem Ermessen des Richters Gaius Aquilius dem Kläger restituiert wird, so soll der Richter Gaius Aquilius den Beklagten zu Gunsten des Klägers in so viel Geld verurteilen, wie dies wert sein wird; wenn es sich nicht erweist, soll er die Klage abweisen.

I. Einleitung

Der heutige[2] Jurist denkt bei den Worten Vindikation, *rivendica* usw. zumeist an die dingliche Klage auf Herausgabe einer Sache. Diese Assoziation ist Frucht der antikrechtlichen Entwicklung. In der Antike selbst ist das Konzept der *vindicatio* breiter, mit **2**

[1] Rekonstruktion nach *Mantovani*, Formule 37 f.; *Lenel*, EP 185 f.

[2] Grundlegend für die moderne romanistische Forschung zum Institut (wenngleich nicht als umfassende Darstellung gedacht und in einigen Thesen angreifbar) ist *Wetzell*, Vindicationsproceß (1845): Eine Arbeit eines *Puchta-Schülers*, die nicht auf Konstruktion im pandektenwissenschaftlichen Sinne, sondern auf Rekonstruktion der wesentlichen prozessualen Züge der Sachvindikation aus ist und dazu zentral die seinerzeit neu entdeckten Gaius-Institutionen heranzieht (s. insb. S. VIII f.). *Wetzells* sehr kritische Einschätzung der älteren, heute kaum noch auffindbaren Schriften (a.a.O. ohne bibliographische Daten) beruht eben auf der – richtigen – Prämisse, dass ohne die Gaiustexte die „Kluft (…) zwischen der rein antiquarischen und rein dogmatischen Behandlung der Eigenthumsklage“ nicht zu überbrücken gewesen sei (a.a.O., auch differenzierend zum Wert von Vorarbeiten über Einzelfragen). Diese Schriften bleiben daher zwar zu untersuchen, aber primär für das Recht der frühen Neuzeit, weniger für neue Erkenntnisse über die Antike.

einer gewissen Tendenz in der klassischen Zeit dazu, die Sachvindikation in den Vordergrund zu stellen. Die Etymologie des Begriffs ist umstritten (→ § 9 Rn. 37) und jedenfalls ohne sicheren Bezug zu den Sachlösungen der Juristen. Zum *vindex* siehe → § 9 Rn. 63–65. Erst recht kann dahinstehen, ob die frühe römische Rechtsgeschichte von einem „Vindikationsmodell" gekennzeichnet ist;[3] letztere These ist spekulativ.

3 Es haben sich aus dem alten *lege agere sacramento in rem* verschiedene *vindicationes* herausgebildet, unter denen die *rei vindicatio* ab einem bestimmten Punkt der Entwicklung anscheinend als Paradigma galt. Ob diese Klage oder die *hereditatis petitio* (→ § 64 Rn. 7–13) näher am historischen Ausgangspunkt der dinglichen Rechtsbehelfe steht, kann aus den Quellen allenfalls erschlossen werden und spielt für das klassische Recht nur selten eine Rolle. Einen Automatismus in der Qualifikation als dinglich (*in rem*)[4] gab es nicht: Die *actio finium regundorum* qualifiziert Paulus (23 ed. D. 10.1.1) als der Sachvindikation funktionsverwandt, aber persönlich.[5] Die gaianische Formel (Gai. 4.5), *actiones in rem* nenne man *vindicationes,* findet sich ähnlich in Ulp. reg. sing. D. 44.7.25 pr.[6] und bleibt in den justinianischen Institutionen nahezu unverändert (Inst. 4.6.15; vgl. Inst. 4.6.1).

4 *Vindicare/vindicari* führt auf die Sprachschicht des Legisaktionenverfahrens und hier auf die *vindiciae*, den vom Gerichtsherrn interimistisch zugewiesenen Besitz (→ Rn. 28), zurück.[7] In der Sprache der klassischen Juristen bezeichnet *vindicare* meist das Herausgabeverlangen mittels der Eigentumsklage (dann bisweilen als *rem vindicare*, *rei vindicatio* ausgewiesen)[8] oder anderer dinglicher Klagen, namentlich der *hereditatis*

---

[3] Dafür *Behrends*, Symp. Wieacker (1991). Immerhin kann man *Behrends'* grundsätzliche Zweifel an einer „Selbsthilfetheorie, die das Privatrecht aus einer Staat und Rechtsordnung vorgelagerten Eigenmacht des Einzelnen ableitet" (S. 3), aus verschiedenen Perspektiven teilen, etwa aus der, dass Staatsbildung – wie in Rom – über Verfahrensherrschaft konstruiert werden kann.

[4] Begriffsbestimmung bei Gai. 4.3; vgl. auch Sturm, Et. Ankum II 505–511; auch in Sturm, Ausgew. Schr. II 629–635.

[5] Zum Institut *Vinci*, Fines regere (2004) 311–317 zur substanziellen Echtheit und zur Tragweite der Paulusstelle.

[6] Eine Parallelüberlieferung im pseudo-ulpianischen *liber singularis regularum* ist nicht erhalten.

[7] Dies betont bereits *Wetzell*, Vindicationsproceß (1845) 5 f. (auch nichtjuristische Quellen).

[8] Vorwiegend kaiserrechtlich dokumentiert (allerdings mit klarem Schwerpunkt in epiklassischer Zeit) ist hingegen die dogmatischer gefasste Wendung *dominium vindicare* (bisweilen *vindicatio dominii*) s. Diocl./Max. C. 3.19.1 (a.293); C. 3.32.14 (a.293); C. 3.32.15.2 (a.293); C. 5.37.16 (a.293); C. 5.21.3 (a.290/293); C. 3.32.23 (a.294); C. 3.33.11 (a.294); C. 5.51.10 pr. (a.294) mit dem aus dem Sachverhalt erklärlichen Binom *vindicare vel tenere*; C. 7.35.6 (a.294); C. 8.44.31 (a.294); Iust. C. 1.4.24 (a.529); C. 8.51.3 pr. (a.529); C. 3.33.16.1 (a.530), um nur einen Teil der einschlägigen Stellen zu nennen. In den Digesten ist diese Wendung so nur zu finden bei Pap. 3 resp. D. 13.7.40 pr. und Ulp. 55 ed. D. 40.12.8.1. Die Papinianstelle unterliegt Echtheitszweifeln, wird aber vorwiegend unter Aspekten der Nichtigkeitslehre sowie des Verhältnisses von *pignus* und *fiducia* besprochen. Eine dogmatisierende Raffung durch die Kompilatoren ist nicht auszuschließen. Sehr selten ist *ius dominii vindicare*: Philipp. C. 8.10.4 (a.245). In Ulp. 55 ed. D. 40.12.8.2 erscheint auch das ansonsten bei den Juristen seltene *proprietatem vindicare*; im Kaiserrecht erscheint es zeitgleich bei Alexander Severus (Alex. C. 3.42.1 [a.222]; C. 3.42.3 [a.223]; C. 7.26.4 [o.A.]). Von Hermogenian, der biswei-

petitio[9] und der konfessorischen Klagen aus Nießbrauch und Dienstbarkeit.[10] Daneben stehen Stellen, die mit *vindicare* eine Verfolgung rechtswidrigen Handelns (durch Behörden oder Private) bezeichnen.[11] *Petere* bezeichnet oft, aber nicht mit der systematischen Präzision moderner Gesetzbücher,[12] dingliche Klagen;[13] *in rem agere* hingegen hat durchgängig diese Bedeutung. In der Terminologie der Ediktsrubriken dominiert für solche Klagen *petere*.[14] Beide Verben erscheinen auch zu Freiheitsprozessen.[15]

Welche Klage gemeint ist, ergibt sich meist aus dem Zusammenhang. Oft steht *vindicare* (*posse*) usw. einfach dafür, dass jemand Eigentum erhalten oder behalten hat,[16] auch in atypischen Zusammenhängen wie etwa der *querela inofficiosi testamenti*.[17] Aktionenrechtlich gedacht: Es liegt nicht ein abstraktes Recht „Eigentum" der Vindikation zugrunde, sondern umgekehrt ist prinzipiell das Eigentum, was vindiziert werden kann; die Sachvindikation ist das Feld, in dem Eigentumsdogmatik entsteht.[18] Zahlreiche Stellen mit *vindicare* enthalten aus moderner Sicht daher „lediglich" Aussagen über das Eigentum, nicht über die Klage. Bewusst gegeneinander abgegrenzt 5

---

len in Verbindung mit der Welle diokletianischer Konstitutionen von 293/294 gebracht wird (vgl. *Honoré*, Emperors (1994) 177–181), ist nur *dominium quaerere* überliefert, nicht *dominium* (oder *proprietatem*) *vindicare*: Her. 5 iur. epit. D. 41.2.50 pr.; Her. 6 iur. epit. D. 39.5.33.1.

[9] Dem entspricht aus der Testierpraxis etwa die in Scaev. 15 quaest. D. 28.5.83 zitierte Wendung.

[10] Darüber hinaus finden sich ausdrückliche Parallelisierungen von Nießbrauch und Eigentum mit *vindicare* etwa in Iul. 78 dig. D. 33.2.10; Marcell. 13 dig. D. 31.23; Ulp. 21 Sab. D. 30.34.14. Fall, in dem es um Eigentum und eine Dienstbarkeit ging: Marcell. 29 dig. D. 33.3.3. Nießbrauch und Dienstbarkeit nebeneinander jeweils mit *vindicare*: z. B. Ulp. 18 Sab. D. 7.6.1 pr.; Ulp. 17 ed. D. 7.6.5.1; vgl. dazu noch Ulp. 71 ed. D. 43.25.1.4 und aus der neueren Lit. *La Rosa*, Usus Fructus (2008) 106–117; *Zuccotti*, Atti Biscardi 282–320.

[11] Zum Übersetzungsproblem bei Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.4,5 bereits Fn. 35 in *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus iuris civilis II 248.

[12] Vereinzelt findet sich auch bewusste Gegenüberstellung zur *vindicatio*, so in Paul. sent. 4.1.18.

[13] Vgl. Ulp. 49 Sab. D. 50.16.178.2. Zur sprachlichen Varianz der Quellen s. nur Paul. 3 fideic. D. 35.2.36.3: *vindicari petive*. Wiederum theoriegeleitet konstruiert *Behrends*, FS Sellert 11–66.

[14] S. aber *vindicare*, außer in *de rei vindicatione* (*Lenel*, EP 69 und *Rudorff*, De iuris dictione edictum (1869) 73 f.), noch in *Lenel*, EP 73 (S. 186–189) und *Rudorff*, De iuris dictione edictum (1869) 79 f. Die Rubrik wird aus dem Digestentitel 8.5 *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* rekonstruiert (→ Rn. 52–56).

[15] Vgl. *Indra*, Status quaestio (2011) 85–91 zu der Frage, welche sklavenrechtliche *vindicatio* welchem Modell aus dem Bereich der Sachvindikation folgte: die *vindicatio in servitutem* der *formula petitoria* (→ Rn. 43), wohingegen für die *vindicatio in libertatem* umstritten ist, ob die *formula petitoria*, der Eigentumsprozess *per sponsionem* (→ Rn. 33–47) oder ein *praeiudicium* die Quellen erklärt. Dazu auch die Rez. von *Sciortino*, SCDR 26 (2013) 402 und ausführlich bereits *Sciortino*, Liti di libertà (2010). Justinian verwendet für die *vindicatio in servitutem* bisweilen *in dominium vindicare*: Iust. C. 8.51.3 pr. (a.529).

[16] Plastisch Ulp. 29 ed. D. 14.6.9.1 (→ Rn. 253): Auf die Frage nach dem *vindicare* wird für eine Variante gesagt *et fieri nummos accipientis*. Vgl. auch Ulp. 30 Sab. D. 46.3.14.8.

[17] Pap. 14 quaest. D. 5.2.15.2; Paul. 2 quaest. D. 5.2.19; Mod. 3 resp. D. 5.2.11.

[18] Vgl. Cels. 18 dig. D. 6.1.49.1: *meum est … cuius vindicandi ius habeo*; beiläufig etwa Ulp. 44 Sab. D. 34.2.27.4.

werden Eigentumsposition und Vindikationsmöglichkeit allenfalls dort, wo sie ausnahmsweise auseinanderfallen, so beim *tignum iunctum*[19] (→ Rn. 101–106). In manchen Fällen ist nur auf exegetischem Wege zu ermitteln, ob die Einzelklage auf Erbschaftsgegenstände oder die *hereditatis petitio* im Streit stand.[20] Gemeint sein kann auch das Verlangen von Rechtspositionen oder Vorteilen durch Amtsträger oder Private.

6 Häufig ist *fisco vindicari*, was immerhin eine eigentumsrechtliche Komponente haben kann;[21] oft freilich wird die Konfiskation ohne weitere Erläuterungen angeordnet oder in Bezug genommen. Spätantik kommt die ebenfalls bisweilen als *vindicare* bezeichnete Einziehung von Objekten zu Gunsten der Kirche oder des *usus publicus* hinzu.[22]

7 Zur Spätantike hin wird der allgemeine Sinn von „verfolgen" bzw. „sanktionieren", bezogen vor allem auf strafrechtliches Vorgehen, Konfiskationen usw., häufiger. Doch enthält auch das nachklassische Recht Stellen, in denen das Verb[23] die prozessuale Durchsetzung von Eigentum bezeichnet; inwieweit dem eine der klassischen vergleichbare Dogmatik zu Grunde liegt, lässt sich nicht immer sagen (→ Rn. 14). Viele Stellen bezeichnen mit allgemeinem (*severissime* usw.) *vindicare* Inhalte wie „vorgehen gegen, bekämpfen, unterdrücken", die nichts mit der Herrschaft über Objekte zu tun haben müssen; häufig ist in diesem Sinne eine strafrechtliche Bedeutung, etwa *crimen vindicare*, auch da, wo klassisch etwa *animadvertere* nahegelegen hätte. Gemeint sein kann weiterhin „ein Privileg, einen Rechtsstatus (usw.) beanspruchen".[24] Manche Texte kombinieren klassisch Unvereinbares.[25] Ganz am anderen Ende der Skala steht vor allem[26] bei Justinian[27] Metaphorik wie „(keinen) Platz (im Gesetz) haben".

8 Die spät- und nachklassische Rechtssprache bringt den Begriff damit wieder zu großer Weite, bisweilen Unschärfe. Entsprechend finden sich auch Stellen, die im sel-

---

[19] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.10.

[20] Bisweilen ist die Unterscheidung freilich für die Juristen relevant und wird ausdrücklich angesprochen, so in Paul. 20 ed. D. 5.3.19.1.

[21] Für ausdrückliche Anknüpfung in einer Fiskusstelle an die allgemein-privatrechtliche Situation etwa Paul. 7 l. Iul. Pap. D. 35.1.60.1; vgl. für die Pflichten des Fiskus unter dem *Trebellianum* Ulp. 4 fideic. D. 36.1.6.3; für einen Grenzfall (*in publicum vindicare*) Ulp. off. cur. reipubl. sing. D. 50.10.5.1. Hier nur zu erwähnen ist die Hypothese, dass der Fiskalprozess in mancher Hinsicht und in manchen Gebieten Vorreiterfunktion für sonstiges Prozessrecht gehabt habe.

[22] Vor allem zu Lasten von Häretikern; s. etwa Honor./Theod. Const. Sirmond. 12 (a.407); vgl. die Version in Cod. Theod. 16.5.43 (a.408/407?). Zu dieser v. a. im 16. Buch des Cod. Theod. dokumentierten Materie etwa *Kunz*, SCDR 28 (2015) 537–553.

[23] *Rei vindicatio* erscheint nominal hingegen nach Diokletian in einzelnen Texten so gut wie nicht mehr: *Thür*, SZ 89 (1972) 367.

[24] Vgl. etwa Ulp. 2 op. D. 50.5.1 pr.

[25] Vgl. nur Arcad./Honor. C. 7.62.29 pr. (a.398): (*nulli…*) *per vim atque usurpationem vindicare liceat ac tenere.*

[26] Vgl. auch, ähnlich weit von sachenrechtlichen Bedeutungen, Leo/Anthem. C. 3.12.9.2 (a.469).

[27] Const. *Deo Auctore* 8, *Tanta* 15, *Omnem* pr.

ben thematischen Zusammenhang unterschiedliche Verwendungen und Bedeutungen von *vindicare* enthalten.[28] Die Prägekraft bestimmter vorklassischer und klassischer Vindikationsbegriffe in ihren Wechselwirkungen zur nichtjuristischen Sprache bleibt aufzuhellen. Bei Justinian wird *actio in rem* zum Systembegriff, wie ein Vergleich zwischen seinen Institutionen und denen des Gaius[29] zeigt (→ Rn. 23).

9 Die folgende Darstellung zu den hier zu besprechenden Formen (Sachvindikation und sog. Pfandvindikation, genannt *vindicatio pignoris* oder *actio Serviana*) skizziert zunächst den Quellenbestand, so wie er sich vor allem in den justinianischen Texten darbietet (II.), also die Grenzen romanistischer Erkenntnisgrundlagen. Einer Skizze zur prozessrechtsgeschichtlichen Entwicklung (III.) mit Schwerpunkt in später Republik und Prinzipat („Vorklassik", „Klassik") folgt die Darstellung aus den Quellen ersichtlicher Anwendungsprobleme einschließlich der jeweiligen Beweislast. Diese Darstellung orientiert sich an der formularen *rei vindicatio* klassischer Zeit (IV.); soweit Abweichungen früherer oder späterer Prozessmodelle bekannt sind, sind diese beim jeweiligen Sachproblem vermerkt. Schuldrechtliche Ausgleichsmechanismen zur Ergänzung der Vindikation, heute als Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bezeichnet, sind an ihrem prozessualen Ort besprochen, also namentlich der Verwendungsersatz bei der *exceptio doli*. Die Konkurrenz zu anderen Klagen und zur sog. *vindicatio utilis* verlangt darüber hinaus zusammenfassende Behandlung (V.). Abschließend werden als Annexe *vindicatio pignoris* (VI.) und *interdictum Salvianum* (VII.) behandelt.

10 Die *actio ad exhibendum* ist auch, aber nicht nur Vorschaltklage zur Sachvindikation (→ § 65 Rn. 11 f.) und daher gesondert behandelt.

II. Quellenbestand zur *rei vindicatio* und zur Pfandvindikation

11 Die vorjustinianische Überlieferung besteht im Wesentlichen aus den Institutionen des Gaius (v.a. Bücher 2 und 4, s. Gai. 4.16,17). Die spätantiken Gaiusderivate nehmen einzelne der einschlägigen Passagen auf.

12 Der (pseudo-)/ulpianische *liber singularis regularum* in seiner unabhängig überlieferten Fassung interessiert sich vor allem für das Vindikationslegat, nennt aber auch bei der *in iure cessio*, also allgemeiner, den *vindicans* (Ulp. reg. 19.9,10), verweigert in Fällen der *tacita fides* den Anfall (*nec … vindicare*) der verfallenen Erbteile an den Erben (Ulp. reg. 25.17) und kennt daneben das *fisco vindicare* (Ulp. reg. 17.2).

13 Der *Codex Theodosianus* verwendet *vindicare* insgesamt zwar häufig, aber selten unter prozessualem Aspekt im Sinne von „Sachvindikation" (zu solchen Fällen → Rn. 16).[30]

[28] Vgl. etwa Constantius/Constans C. 1.11.1.2 (a.353).

[29] Zum gaianischen Binom *in rem – in personam* und seinen Wurzeln monographisch *Silla*, Genera actionum (2012) 11–65.

[30] Vgl. immerhin Valentin./Valens Cod. Theod. 13.6.5 (a.367); Valentin./Valens/Grat. Cod. Theod. 13.6.6 (a.372), dort auch: *actio in rem*; weiterhin Const. Cod. Theod. 11.39.1 (a.325).

14 Der kurze[31] Titel *de rei vindicatione* im *Codex Theodosianus* (2.23) betrifft einen Sonderfall (Besitzrecht eines Soldaten bei Bau auf öffentlichem Grund); das Wort erscheint in diesem Titel nach der Überschrift nicht mehr. Hingegen finden sich eigentumsrechtlich technische Verwendungen an anderer Stelle im *Codex Theodosianus*.[32] Einzelne Texte zeigen eine nach dem Kriterium der Dinglichkeit differenzierende Wortwahl[33] oder sonstige Eigenheiten, die an klassischen Technizismus erinnern.[34] Einige erbrechtlich radizierte Stellen mit *vindicare* berühren auch Eigentumsrecht. Dabei ist eine eindeutige Unterscheidung zwischen Fällen, die klassisch allein die *hereditatis petitio* betroffen hätten, und solchen, bei denen auch an ein Herausverlangen der Einzelsache kraft Eigentums zu denken gewesen wäre, nicht immer möglich. Auch in anderen, etwa familienrechtlichen, Zusammenhängen kann ein rechtliches, aber nicht eigentumsrechtliches Fordern gemeint sein, ein rechtmäßiges oder rechtswidriges. In einzelnen Stellen ist das „Verlangen" gänzlich metaphorisch gemeint (wenngleich rechtlich relevant).[35]

15 Die inhaltliche Verflechtung mit Eigentumsfragen allein indiziert noch keine eigentumstechnische Bedeutung von *vindicare*, wie Valentin./Valens Cod. Theod. 10.12.1.1 (a.368/370/373)[36] zeigt: Dort heißt es, „auch" Eigentümer dürften vindizieren. In einer anderen Konstitution derselben Kaiser[37] wird das Wort auf den Vollstreckungszugriff nach dem Urteil bezogen. Der auf Sachen zugreifende *fiscus* ist oft vertreten, *vindicare* kann aber im selben Zusammenhang wie „konfiszieren" auch ein Behaltendürfen gegenüber dem Fiskus bedeuten.[38] Bisweilen liegt ein sachenrechtlicher Zusammenhang ganz fern. Sonderbedeutungen kommen hinzu.[39]

---

[31] Die Textverluste sind für die ersten fünf Bücher des Cod. Theod. besonders empfindlich, vgl. *Coma Fort*, Codex Theodosianus (2014) 38.

[32] Etwa Theodos./Valentin. Cod. Theod. 10.8.5 (a.435).

[33] Vgl. Theodos. Cod. Theod. 4.14.1 pr. (a.424).

[34] Vgl. Theodos./Valentin. Cod. Theod. 10.8.5 (a.435): *iure possidere vel vindicare* beim Rechtsschutz gegen den *fiscus*.

[35] Vgl. Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 12.1.84 (a.381): *clericatus obsequia vindicarunt*, nämlich deswegen entschuldigte und folglich für die Beschlussfähigkeit des Rates nicht mitzuzählende Dekurionen.

[36] Zum Datierungsproblem (eine Festlegung auf eines der drei Jahre ist nicht möglich) *Pergami*, Legislazione (1993) 184.

[37] Valentin./Valens Cod. Theod. 10.12.2 pr. (a.368/370/373).

[38] Eindrücklicher Wechsel zwischen beiden Bedeutungen bei Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 9.42.8,9 (beide a.380). In Honor./Theodos. Cod. Theod. 10.10.27.6 (a.415[418]) ist *vindicare* sprachlich sogar auf den von den Kaisern selbst ausgeübten Schutz gegen den *fiscus* bezogen, nicht auf die Rechtsbehauptung des Betroffenen. Vergleichbare Kombination zweier Nennungen des Wortes in verschiedener Bedeutung in Honor./Theodos. Cod. Theod. 12.1.181 pr. (a.416): Der Rat kann jemanden als *decurio* „verlangen"; wer aber nach gerichtlicher Entscheidung nicht verpflichtet ist, das Amt auszuüben, ist vor jeder Sorge deswegen zu „bewahren".

[39] S. statt aller die aus heutiger Sicht etwas kurios wirkende Stelle Valentin./Valens C. 9.30.3 (a.365). Dort: „bewahren" vor dem Verdacht einer Straftat (*ab … sceleris suscipione … vindicavit*).

Korrespondierend zu diesem Befund zeigt sich, dass die Kategorien für Rechtsobjekte und Vermögen vielfältiger werden und sich überschneiden: *possessiones*, *facultates*, *substantia* usw.[40] *Potestas* für Eigentum in Verbindung mit *vindicare* (aber ohne dass von einem beklagten Besitzer die Rede wäre)[41] kommt gleichfalls vor.[42] Zu denkbaren zeitlichen oder thematischen Schichtungen, zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in einzelnen Bedeutungen besteht weiterer Forschungsbedarf. **16**

Nachklassische, aber klassisch jedenfalls radizierte Sammlungen wie die *Fragmenta Vaticana* und die Paulussentenzen[43] weichen in der Breite der Begriffsverwendung kaum vom bisher Dargestellten ab. **17**

In den justinianischen Digesten konzentriert sich im heutigen Sinne Prozessuales im Titel 6.1, der mannigfaltige Querverbindungen vor allem zu D. 5.3 (*de hereditatis petitione*, hieraus einige Prägungen, siehe → § 64) sowie zu D. 6.2 (*de Publiciana actione* → § 63 Rn. 1, 23) aufweist. Weitere funktionelle Beziehungen bestehen zum Vindikationslegat (→ § 60 Rn. 6 f.),[44] zu den bisweilen vorgeschalteten Rechtsbehelfen, der *actio ad exhibendum* (D. 10.4, vgl. → § 65 Rn. 11 f.) und den Besitzinterdikten (→ § 66 Rn. 20–41, 63–65, 80). Namentlich aus der *Publiciana*, als deren Modell die *rei vindicatio* ausdrücklich qualifiziert wird,[45] kann hinsichtlich vieler Fragen zurückgeschlossen werden.[46] Darüber hinaus enthalten zahlreiche Bücher der *Digesta Iustiniani* Texte, in denen Fragen eigentumsrechtlicher Art unter Vindikationsaspekten behandelt oder vorausgesetzt werden. **18**

„Vor Strafe bewahren“: in einer in Cod. Theod. wie C. mehrfach überlieferten Konstitution von Arcadius und Honorius (a.398), vgl. nur Cod. Theod. 9.40.16 pr.; Cod. Theod. 11.30.57; C. 1.4.6; C. 7.62.29. U. a. in Cod. Theod. 9.40.16.1 dann wieder im Sinne von „bestrafen“. „Von Lasten ausnehmen“ z. B. in Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 11.16.15 (a.382). „Schützen“ in Valentin./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 9.44.1 (a.386, auch in C. 1.25.1); vgl. *Gamauf*, Licet confugere (1999) 138–144; die dort erwähnte, gedanklich möglicherweise vorausliegende Callistrat-Stelle (Call. 6 cogn. D. 48.19.28.7) formuliert noch anders. – „Tilgen“ in der von Arcad./Honor. Cod. Theod. 9.40.17 (a.399) angeordneten *damnatio memoriae*.

[40] Vgl. *Vandendriessche*, Possessio und dominium (2006) 286–291 (Zusammenfassung) mit der These, *possessio* bedeute im *Theodosianus* zumeist faktische Sachherrschaft bzw. Passivlegitimation bei der *rei vindicatio*, werde also vorwiegend technisch verwendet. Entsprechendes gelte für *dominium*. Gewisse Unschärfen wird man gleichwohl kaum bestreiten können, deutlich etwa an Binomina wie *ius ac proprietas* (Theodos./Arcad./Honor. Cod. Theod. 9.42.11 [a.393]). Vgl. aus der zeitgenössischen Konstitutionenlit. etwa die Abwesenheit von Erwägungen zur Vindikation bei Const. C. 9.12.7 (a.319) – in einer nach klassischem Recht eindeutig vindikatorischen Situation.

[41] Ähnlich bei der Aneignungsbefugnis nach Valentin./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 12.1.123.6 (a.391).

[42] Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 10.18.2 (a.380) – Schatzfund.

[43] Zu letzteren *Ruggiero*, Pauli Sententiae (2017).

[44] Die justinianische Angleichung der Einzelanordnungen von Todes wegen hat auch hier Spuren hinterlassen, s. etwa Iust. C. 6.43.1 (a.529); C. 6.43.3b (a.531).

[45] Paul. 1 ed. praet. D. 44.7.35 pr.

[46] S. ausdrücklich Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.8, weiterhin Ulp. 17 ed. D. 6.1.73 pr.

19 Die ausdrücklich in D. 6.1 abgelegten Quellen stellen jedenfalls nicht den gesamten Bestand erhaltener Sachvindikationsfälle dar. Dies gilt umso mehr, als wir nicht wissen, welche Anteile der drei Massen[47] bei Redaktion des Buches 6 bereits vollständig erfasst waren und welche nicht. Es darf gleichwohl auch aus palingenetischen Erwägungen vermutet werden, dass die Kompilatoren in D. 6.1 diejenigen Texte konzentriert haben, denen sie spezifische Bedeutung für die *rei vindicatio* zuschrieben:

20 Nach allen Rekonstruktionen[48] ist in D. 6.1 vor allem Material aus der Ediktsmasse verwertet. Bluhme/Krüger sehen die ersten 50 der insgesamt 80 Fragmente als nahezu geschlossen ediktal an, worauf in atypischer Reihung kleinere Blöcke aus der Sabinus-, der Papinians- und wiederum der Ediktsmasse folgen sollen, abgeschlossen durch drei Appendixtexte.

21 Palingenetisch dominieren Paul. 21 ed. und Ulp. 16 ed. Inwieweit Ulpian inhaltlich von Paulus abhängt (bzw. beide von gemeinsamen Vorlagen über den Ediktstext hinaus, namentlich Julian), ist nicht hinreichend untersucht. Katenenbildung durch die Kompilatoren muss daher nicht zwingend auch sachlichen Eingriff bedeuten. Ältere Zitate (selbständige oder indirekte) gehen zwar bis Alfen zurück, ihre geringe Zahl erlaubt es aber nur punktuell, innerklassische Entwicklungen nachzuvollziehen (→ Rn. 159). Die Kompilatoren scheinen einige Texte im Block, nicht kapillar nach Sachfragen zusammengestellt zu haben: Mit Frg. 23 beginnen erneut Grundfragen vor allem aus Paulustexten ähnlich den ab Frg. 1 vor allem mit Ulpianstellen erörterten. Dieses Nacheinander zweier Serien mag einen relativ geringen Grad an inhaltlicher Abstimmung indizieren.

22 Wie die Digestentexte, so geht auch ein substantieller Anteil der im *Codex Iustinianus* erhaltenen Quellen auf die klassische Zeit zurück; speziell in C. 3.32 (*de rei vindicatione*) finden sich ausschließlich Texte aus dem 3. Jh., und inhaltlich wird oftmals ein Festhalten am Überkommenen deutlich. Justinian selbst hat über 50 lexikalisch einschlägige Codexstellen hinterlassen (→ Rn. 49), sodass ein Vergleich mit den klassischen und epiklassischen Texten möglich ist.

23 Die Institutionen Justinians enthalten neben generischem *vindicare* (etwa im Sinne von „erbrechtliche/schadensrechtliche Ansprüche erheben") auch eigentumsrechtlich technische Bedeutungen. Auf der Grenze liegt etwa Inst. 4.6.4 zur *Publiciana* (→ § 63 Rn. 1, 18, 31), wobei die etwas lehrhaft klingende Wendung *eam rem se usu cepisse et ita vindicat suam esse* so kein Vorbild bei Gaius hat.

24 Die sonstigen nachklassischen Quellen sind nur teilweise unter Vindikationsaspekten untersucht,[49] Indizien für grundsätzliche dogmatische Neubestimmungen sind

[47] Die Richtigkeit der Bluhme'schen Massentheorie zu Grunde gelegt, s. die nächste Fn. Zu neueren Forschungen vgl. die Beiträge von *Baldus*, *Blanch Nougués*, *Ehmer*, *Ehrenhard-Dickescheid*, *Keller*, *Nitsch* und *Varvaro*, IP 2.1 (2017) 41–216.

[48] Die Ergebnisse von *Bluhme* und *(Mommsen/)Krüger* einmal als richtig unterstellt; grundlegend für eine zeitgemäße Ausformulierung der von ihnen begründeten h. M. *Mantovani*, Masse bluhmiane (1987); zur Kritik bereits des frühen 19. Jh. (*Reimarus*) *Baldus*, IP 2.1 (2017) 203–216.

[49] Einige Stellen bei *Vandendriessche*, Possessio und dominium (2006).

nach heutigem Erkenntnisstand jedoch nicht bekannt.[50] Das Bemühen um dogmatisch belastbare Lösungen ist bisweilen auch in Texten zu erkennen, die auf zeittypische Probleme in zeittypischer Sprache reagieren.[51]

Die sogenannte Pfandvindikation ist vor allem aus D. 20.6 zu rekonstruieren. 25

III. Entwicklungsschritte und Verknüpfungen

1. Bis zum Legisaktionenverfahren

Die Vorgeschichte der Legisaktionen kennen wir nicht sicher (→ § 9 Rn. 6). Es darf vermutet werden, dass eigentumsschützende Rechtsbehelfe erst entstanden, als Objekte kleineren Gruppen oder Einzelpersonen zugeordnet wurden: das frühe *meum esse* als dogmatisch noch nicht weiter durchgebildete Zuordnung von Gütern unterhalb der gentilizischen Ebene, praktisch[52] also zum *pater familias*. 26

Die *legis actio sacramenti in rem* verlangt von beiden Prätendenten die sakralrechtlich bewehrte[53] Behauptung des *meum esse*. Sie wird symmetrisch erhoben, und es gibt keine „natürliche" Zuweisung einer entsprechenden Behauptungslast an eine als Kläger identifizierbare Partei. Vielmehr ist es im Ritual die zweite Partei (in modernen Rekonstruktionen der „Beklagte"), von der die erste verlangt, sie möge ihr Recht begründen (was dann aber im Ritual, bis zur Sakramentseinsetzung, nicht geschieht).[54] Ob über diese Behauptung, also den eigentlichen, aber nur über das *sacramentum* indirekt in den Prozess einführbaren Streitgegenstand, der Gerichtsherr selbst oder ein Dritter, möglicherweise bereits ein in Abstimmung mit den Parteien benannter *iudex*, entschied, wissen wir nicht (→ § 9 Rn. 25–28 für die Existenz eines solchen dritten). Eine *condemnatio* gab es möglicherweise noch nicht.[55] 27

---

[50] So nimmt etwa Novell. Theod. 14.4 in eherechtlichem Zusammenhang die klassische Unterscheidung zwischen verbrauchten und nicht verbrauchten fremden Sachen auf.

[51] Exemplarisch Leo/Anthem. Novell. Anth. 3 (a.468): Die Wendung *res aliqua vindicatur a possessore* im pr. ändert nichts daran, dass es den Kaisern im Kern darum geht, die Sondergesetzgebung über *bona vacantia* nicht zu Lasten der Rechtssicherheit ausufern zu lassen.

[52] Die *familia* ist Sammelbezeichnung für eine ganze Herrschaftssphäre (→ Rn. 32). Ob man innerhalb dieser Sphäre eine „ruhende Mitberechtigung" der *filii familias* annimmt, ist retrospektive Konstruktionsfrage.

[53] Die zentrale Rolle des *sacramentum* (→ § 9 Rn. 31–36) muss daher nicht als Ausdruck von Irrationalität gelesen werden (so aber *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 47), auch dann nicht, wenn man annimmt, es habe eine Grundbedeutung „Eid" ohne den von den späteren Quellen betonten Aspekt der Deponierung, Zahlung oder wenigstens Versprechung von Geld gegeben (näher *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 46–52): Die *pontifices* spielen eine bedeutende Rolle bei der Zentralisierung des römischen Gemeinwesens (→ Rn. 30), vgl. zu diesem Zentralisierungsprozess auch *Baldus*, Vertragsauslegung I (1998) 449–460.

[54] Hauptquelle ist Gai. 4.16.

[55] *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 258.

28 In der Formel der *legis actio sacramenti in rem* wird der Besitz bereits fassbar, und zwar als zugewiesene, der Urteilserfüllung funktional untergeordnete Sachherrschaft. Es ist der Gerichtsherr, der die Prätendenten (streng symmetrisch) anweist, ihren rituell durch Stabanlegung ausgedrückten Herrschaftsanspruch zurückzunehmen (*mittite ambo hominem*), und der dann einem der Prätendenten für die Zeit des Verfahrens Sachherrschaft hoheitlich zuweist (*vindicias dicere*), aber nur gegen das durch Bürgen (*praedes litis et vindiciarum*)[56] gesicherte Versprechen, im Unterliegensfall diese Herrschaft wieder aufzugeben und auch eventuelle Früchte zu restituieren.[57]

29 Mit der zuvor bestehenden faktischen Sachherrschaft (welcher Person auch immer) hat dieser „Besitz" also nichts zu tun, sondern es liegt nahe, eine Entscheidung gemäß dem Interesse an einer geordneten Durchführung des Verfahrens anzunehmen.[58]

30 Umstritten ist, was in diesem Zusammenhang unter den mit einer Haftung auf die *duplio* belegten *vindicia falsa* zu verstehen ist, die in den XII Tafeln angeordnet worden sein soll:[59] Da der Sachbesitz zugewiesen wurde, liegt es nicht nahe, eine Haftung des interimistischen Sachbesitzers für schlichtes Unterliegen im Prozess anzunehmen. Vielmehr dürfte es um Sachuntergang oder Sachverschlechterung gegangen sein.[60]

31 Beweis- und Beweislastfragen können allenfalls erschlossen werden. Unwahrscheinlich ist eine Regelbeweislast einer Seite (so wie später des nichtbesitzenden Eigentumsprätendenten), weil es noch nicht die – für das Formularverfahren typische – Unterscheidung von Kläger und Beklagtem in der Formel gab; die sprachliche Parallelität der widerstreitenden Rechtsbehauptungen indiziert ebenso das Gegenteil wie der hoheitlich-funktionale Charakter der Besitzzuweisung.

32 Die dingliche Legisaktion und ihre Fortentwicklungen fügen sich in die Differenzierungs- und Stabilisierungsprozesse des frührömischen Gemeinwesens ein.[61] Güter werden zugeordnet: dem einzelnen *pater familias* (oder, wenn man so will, der *familia*); es gibt auch bei hochwertigen Objekten keine gentilizische Zuordnung oder Kontrolle mehr (soweit man nicht die Notwendigkeit von Libralakten als Restbestände solcher Zuordnung oder Kontrolle ansehen will). Im Gegenzug muss aber verhindert werden, dass Unklarheiten, Konflikte oder dezentrale Konfliktlösungen die neu entstehenden Strukturen gefährden, in denen die einzelnen *patres* unter weiterer Schwächung der gentilizischen Zwischenebene eine ihren Interessen dienende Ordnung aufbauen. Das leistet für die Zuordnung umstrittener Objekte die *legis actio sacramenti in rem*.

---

[56] Vgl. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 258.

[57] Vgl. Gai. 4.16; Gai. 4.94: *vindiciae* als Gegenbegriff zu *lis* (der streitbefangenenen Sache selbst).

[58] Vgl. *Baldus*, OH RLS 542. Tendenziell anders (mit Lit.) *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 53–56, der eine Ermessensausübung zu Gunsten des bisherigen Sachbesitzers als des prima vista besser Berechtigten annimmt.

[59] *Fiori*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 100–102, auch zur – unvollständigen – Textüberlieferung; vgl. *Humbert*, XII Tables (2018) 822–825. Aus der älteren Lit. insb. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 258 f.

[60] Vgl. *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 62–64.

[61] Vgl. *Capogrossi Colognesi*, Costruzione (2016) 164–177.

2. *Rei vindicatio per sponsionem* und *per formulam petitoriam*

Eine Übergangsform vom Legisaktionenverfahren zum klassischen Prozess stellt das (dingliche)[62] Sponsionsverfahren dar, dessen genaues Alter umstritten ist (→ § 75 Rn. 2–9, auch zu sonstigen prozessualen Fragen).[63] Speziell für dieses Verfahren ist auch umstritten, wie die Zuständigkeiten zwischen Prätor und Cviri abgegrenzt waren.[64] **33**

Hier ist der eigentliche Streitgegenstand (die Eigentumsbehauptung und hinter dieser die Herausgabepflicht) immer noch von dem förmlichen (der Sponsion) verschieden. Doch liegen nach mittlerweile ganz h. M.[65] nicht mehr wortgleiche „gekreuzte" Stipulationen vor, sondern nur eine (die des Provozierten als Beklagter, s. sogleich), sodass die Parteirollen kategorial unterscheidbar werden. Möglicherweise ist dies auch der Hauptgrund für die Einführung des Sponsionsverfahrens.[66] **34**

Aus der Konstruktion folgt aber nicht, dass den Beklagten auch die Beweislast für sein eigenes Eigentum (als Vorfrage der Sponsion) träfe. Vielmehr kann er sich auf die Aussage *non oportere*[67] beschränken.[68] Der Kläger hingegen muss – als *stipulator* – im Gewand einer persönlichen Klage[69] die Richtigkeit seiner Eigentumsbehauptung erweisen. Es verhält sich also insoweit anders als bei einer nichtprozessualen Stipulation, weil von vornherein nach dem Eigentum als dem gefragt wird, was der *causa stipulationis*[70] entspricht. **35**

Die Sponsionsformel lautet: *si homo quo de agitur ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes*? *Spondeo.*[71] **36**

---

[62] „Dinglich" wegen seines eigentlichen Zweckes, der Eigentumsfeststellung (sogleich). Zu nichtdinglichen Anwendungen *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 30–42 (36–42 zu Interdikten).

[63] Monographisch *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967); zu Hypothesen über die Entstehungszeit Seiten 85–92 und mit einer eigenen Rekonstruktion der Vorgeschichte und anfänglichen Ausgestaltung Seiten 93–143. Die maßgebliche Synthese bei *Marrone*, ED XLI 8–11 (= Scr. I 392–395); a. a. O. 11 (= Scr. I 395) zu der Frage, welche Eigenheiten der späteren *formula petitoria* bereits auf das Sponsionsverfahren zurückgehen.

[64] Diskussion insbesondere der Augustus zugeschriebenen Einführung einer unteren Wertgrenze für die (dann ausschließliche) Zuständigkeit des Zentumviralgerichts bereits bei *Wetzell*, Vindicationsproceß (1845) 75–79.

[65] *Kaser/Hackl*, RZ 105 f.

[66] *Kaser/Hackl*, RZ 106.

[67] Gai. 4.17a.

[68] Anders etwa *Wetzell*, Vindicationsproceß (1845) 82: trotz nur einseitiger Sponsion *vindicare* und *contravindicare*.

[69] Nach Gai. 4.95 war dies, wenn nicht vor dem Prätor, sondern vor den Cviri geklagt wurde, ein *lege agere* (also *sacramento in personam*, s. *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 19 f.). Dazu → § 75 Rn. 1.

[70] Zu dieser → § 21 Rn. 17.

[71] Die Rekonstruktion nach Gai. 4.93 wirft keine Kontroversen auf; s. nur *Mantovani*, Formule 37. Die Ersetzbarkeit von *spondere* durch andere, auch Peregrinen zugängliche Verben vermutet *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 13, nach *Perozzi*, Scr. III 391 f.

Wenn der Sklave, um den gestritten wird, nach dem Recht der Quiriten mir gehört, versprichst du dann, 25 *nummi* zu geben? Ich verspreche es.

37 Im Sponsionsverfahren wird vom Beklagten eine *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* verlangt.[72] Aus dieser haftet – anders als in den Legisaktionen – auch er selbst.[73] Der Kläger muss selbst nichts versprechen, ebenso wenig ein *cognitor*,[74] anders jedoch ein *procurator*[75] und grundsätzlich auch ein *tutor* oder *curator*.[76]

38 Die Sponsion wird als *sponsio praeiudicialis* allein zu dem Zweck abgegeben (regelmäßig *in iure*),[77] die Eigentumslage festzustellen, und nicht vollstreckt.[78] Vielmehr ging es um die Haftung aus der *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*. Der siegreiche Kläger konnte, wenn der Beklagte nicht leistete, *ex sponsione praeiudiciali* sowohl mit einer persönlichen Legisaktion als auch mit der *formula petitoria* vorgehen,[79] worin sich der Übergangscharakter des Sponsionsverfahrens zeigt.

39 Das Verfahren wird zugänglicher, indem sowohl die ökonomische Hürde des *sacramentum* als auch der Wortformalismus der Legisaktion wegfallen. Es kann damit einem wirtschaftlich und kulturell größeren Kreis von Parteien dienen. Das gilt vor allem dann, wenn es – wie wohl regelmäßig – vor dem Prätor stattfindet; zulässig bleibt daneben eine Durchführung in Legisaktionsform vor dem Zentumviralgericht.[80]

40 Ob die Veränderung gegenüber dem Legisaktionsverfahren zugleich als Ausfluss eines Übergangs von einem „relativen“ zum „absoluten“ Eigentum gelesen werden kann,[81] mag für die hier allein interessierende prozessuale Seite offenbleiben (zur Konzeptualisierung des Eigentumsgedankens siehe → § 39 Rn. 1–5 u.ö.).

41 Jedenfalls bringt das Sponsionsverfahren eine Parteirollendifferenzierung und damit eine asymmetrische Beweislastverteilung in den Eigentumsstreit; in Verbindung damit eine Prozessstruktur, die derjenigen der jüngeren Legisaktionen und derjenigen des Formularverfahrens entspricht. Die Entscheidung über das Versprechen des Beklagten, dem Kläger sponsionsgemäß zu leisten, wenn dessen Behauptung, Eigentümer

---

[72] Gai. 4.91. Zu Details und Problemen der Sicherheitsleistungen → 75 Rn. 5–9 und *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 259 f. Näher zur älteren Diskussion namentlich um die einzelnen Klauseln der *cautio* sowie zu Abweichungen von der sakramentalen *datio praedium* vgl. *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 20–30.

[73] Näher *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 27 und öfter.

[74] Gai. 4.96, 97.

[75] Gai. 4.98: *satisdare iubetur ratam rem dominum habiturum.*

[76] Gai. 4.99 mit dem Hinweis, bisweilen werde die *satisdatio* erlassen.

[77] Vgl. *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 13 f.

[78] So *Kaser*, RP I 435 nach Gai. 4.94. Zur Höhe der Sponsionssumme und der Zuständigkeit für deren Festsetzung *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 11 f.: Gai. 4.95 behandelt nur Klagen vor dem Zentumviralgericht.

[79] *Marrone*, ED XLI 9 (= Scr. I 393).

[80] Gai. 4.95 und dazu *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) (v.a. 88 f.).

[81] In diesem Sinne *Kaser*, RP I 435 nach *Kaser*, Eigentum (1956) 277–293 (282–288). Zum Problem zuletzt *Giglio*, SZ 135 (2018) 76–107.

zu sein, zutrifft, führt zu einer Untersuchung der Eigentumslage. Der *iudex* muss diese Behauptung prüfen, und für sie wird die Beweislast dem Kläger zugewiesen – nach dem (in der Sache) aufkommenden Prinzip *actor probare debet*,[82] nicht aus spezifisch eigentumsrechtlichen Gründen und nicht als „diabolische", unüberwindbare Schwelle.[83]

Damit gewinnt der Besitz eine neue Qualität, möglicherweise in nicht nur zeitlicher **42**
Parallele mit der Entstehung der Interdikte.[84] Darüber, ob beim Sponsionsverfahren die indirekt streitbefangene Sache *in iure* vorgelegt werden musste, sind wir nicht sicher informiert.[85] Eine etwa erfolgte Besitzzuweisung mochte außerhalb des Verfahrens stattgefunden haben, nämlich vorher und interdiktal.[86] Jedenfalls wird der Beklagte die tatsächliche Sachherrschaft innegehabt haben.[87]

Mit der Einführung des Verfahrens *per formulam petitoriam* können wir annehmen, **43**
dass die Regelbeweislast den Kläger traf: als solchen,[88] nicht wegen einer spezifischen „materiellrechtlichen" Begünstigung des Besitze(r)s. Insbesondere das Eigentum ist ein Formelelement, dessen tatsächliches Vorliegen dem Kläger zugutekommt, wohingegen der Beklagte kein dingliches Recht an der Sache behaupten oder beweisen muss, und auch im Fall der *exceptio rei venditae et traditae* (→ Rn. 233–244) nur ein obligatorisches.

Die später aufgekommene Vorstellung, dem Besitzer komme aus „materiell" sa- **44**
chenrechtlichen (nicht prozessualen) Gründen positiv eine Vermutung zugute (→ Rn. 142), sodass der Eigentumsbeweis besonders „diabolisch" sei, lässt sich nicht auf klassische[89] Quellen zurückführen (unabhängig davon, inwieweit man die Figur der Vermutung insgesamt für klassisch halten will).

Kaser hat diese Entwicklung so gedeutet, dass die mit dem Sponsionsverfahren ge- **45**
schaffene Einseitigkeit Folge der Ausbildung des Interdiktenschutzes im 3. Jh. v. Chr. gewesen sei (nach einem früheren Nebeneinander[90] von Vindikation und Besitzinterdikten): Weil dem Besitzer die summarische Prüfung im Interdiktenverfahren zur Seite gestanden habe, habe er nur nachgewiesenen Eigentumsbehauptungen weichen müs-

---

[82] Zu dessen Entwicklung *Wacke*, SZ 109 (1992) 411–449.

[83] *Marrone*, ED XLI 10 (= Scr. I 394). Noch skeptischer gegenüber der Beweisbelastung des Klägers *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 72–97.

[84] In diesem Sinne auch *Capogrossi Colognesi*, Costruzione (2016) 176 f. (mit Einordnung in die Entwicklung der prätorischen Stipulationen).

[85] *Kaser*, SZ 51 (1931) 100 Fn. 2 mwN. schließt ein Vorlageerfordernis aus dem Fehlen einer Aussage über das Besitzerfordernis in der Prozessformel der *rei vindicatio*. A. A. *Marrone*, ED XLI 9 (= Scr. I 393): Die Sache sei in der *sponsio praeiudicialis* lediglich zu beschreiben gewesen.

[86] Daraus leitet *Wetzell*, Vindicationsproceß (1845) 97 f. her, deswegen hätten die *vindiciae* entfallen können; zu neueren Lehren s. sogleich im Sachtext.

[87] *Marrone*, ED XLI 9 f. (= Scr. I 393 f.).

[88] Das wird selbst in auffällig formulierten epiklassischen Texten wie Diocl./Max. C. 3.32.28 (a. 294) noch deutlich.

[89] Diskussion justinianischer Veränderungen bei *Thür*, SZ 89 (1972) 370–373.

[90] *Kaser*, Eigentum (1956) 282.

sen. „Nicht also, weil der Sieger im Besitzstreit die *contravindicatio* im petitorischen Verfahren nicht aufstellen k o n n t e, sondern weil er es nicht mehr zu tun b r a u c h t e, schuf man ein neues Verfahren, das sich mit der einseitigen Eigentumsbehauptung des Klägers begnügt."[91]

46 Dabei sei das Interdiktenverfahren ursprünglich zwingende Voraussetzung des Sponsionsverfahrens gewesen.[92] In der Konsequenz dieser Deutung liegt die Annahme, für die Passivlegitimation im Sponsionsverfahren sei allein entscheidend gewesen, ob der Beklagte sich selbst für den Besitzer erklärt habe; hingegen sei beim Fehlen einer solchen Behauptung denegiert,[93] bei Ableitung der Inhabung vom Kläger dieser auf die persönliche Klage verwiesen worden, bei Ableitung von einem Dritten habe der Dritte die Sache verteidigen können, andernfalls sei die Anordnung des *duci vel ferri* ergangen. Erst später habe man den Richter für jedenfalls befugt gehalten, den Besitz des Beklagten festzustellen.[94] Der Befund ist auch deswegen unsicher, weil bei wichtigen Quellen zur *interrogatio in iure* noch im Formularverfahren nicht belastbar gesagt werden kann, ob sie sich auf die *rei vindicatio* oder auf andere Klagen beziehen.[95]

47 Soweit das Sponsionsverfahren nach alldem rekonstruiert werden kann, beschränken sich seine spürbaren Auswirkungen auf das sogleich näher darzustellende formulare Vindikationsverfahren auf einzelne Punkte. Zentral ist die Vorabverteilung der Parteirollen. Eine wichtige Rolle spielt es überdies als Übergang vom Legisaktionenverfahren, für das keine persönliche Vollstreckungsmöglichkeit gegen den Beklagten selbst nachweisbar ist, sondern nur gegen Bürgen,[96] hin zur vollen persönlichen Haftung für die Urteilssumme im Formularverfahren, nämlich aufgrund der *cautio pro praede litis et vindiciarum*. Dieses Institut, im Formularverfahren nur noch Relikt, bewirkte im Sponsionsverfahren eine Erweiterung der persönlichen Haftung auf den Beklagten selbst.[97]

3. Nachklassisches und justinianisches Recht

48 Wann und in welchen Schritten das Kognitionsverfahren in den Vindikationsprozess eingedrungen ist, lässt sich nur punktuell erfassen. Die große Mehrzahl der überlieferten Juristentexte enthält keine eindeutigen Hinweise. In der Nachklassik führt die

---

[91] *Kaser*, Eigentum (1956) 286.

[92] *Kaser*, Eigentum (1956) 287.

[93] *Kaser*, Eigentum (1956) 291: „die Vindikation zurückgewiesen".

[94] *Kaser*, SZ 51 (1931) 101–108 im Zusammenhang der Frage, zu welchen Zeitpunkten Besitz gefordert wurde; teils stark textkritisch geprägt; die Ergebnisse zusammenfassend *Kaser*, Eigentum (1956) 291.

[95] Vgl. insbesondere zu Paul. 2 quaest. D. 11.1.20.1 *Spengler*, Interrogatio (1994) 142–149 (145 f. zu den literarisch vertretenen Zuordnungen).

[96] Unter dem Vorbehalt der zur *datio praedium* bestehenden offenen Fragen (→ Rn. 37).

[97] Diesen Übergangsaspekt betont *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 76–83 (78). Zum Formularverfahren unten sub IV. ab Rn. 52.

tendenzielle Annäherung von Besitz und Eigentum zu einer unübersichtlichen, bislang nur teilweise aufgearbeiteten Quellenlage. Details des Vindikationsprozesses spielen schon deswegen eine geringe Rolle, weil am Besitz oder an hybriden Instituten (→ Rn. 16, § 40 Rn. 44) orientierter Rechtsschutz für die Praxis wichtiger wird. Es bleibt jedoch auch nachklassisch bei der Beweislast des Klägers.[98]

49 Justinian äußert sich selten zur Sachvindikation (und dann sachlich[99] wie terminologisch[100] nicht immer in Anknüpfung an klassisches Recht),[101] häufiger sind andere Bedeutungen von *vindicare*. Ein gerade für ihn prägender Sprachgebrauch ist für *vindicare* nicht nachweisbar.

50 Die justinianischen Institutionen nehmen zur *actio in rem* nur einzelne Elemente des gaianischen Vorbildes auf,[102] weil Justinian dem Begriff eine andere Bedeutung unterlegt und die sachlich neuen Unterkategorien der *actio directa* und *Publiciana in rem* schafft:[103] Die *Publiciana* wird der Sachvindikation im justinianischen Recht angeglichen, auch beweisrechtlich; es genügt der Beweis von Erwerbstitel und Besitz.[104] Unterschieden wird nur noch begrifflich nach dem Vortrag des Klägers: Tritt er als Eigentümer auf, spricht Justinian von der *actio directa in rem*, wenn hingegen als Ersitzungsbesitzer, von der *Publiciana in rem*. Damit bleiben die beiden Klagen formell unterschieden, aber nicht mehr durch die allein im Formularverfahren sinnvolle Fiktion des Fristablaufs.

51 In spezifischem Zusammenhang (nämlich zur *longi temporis praescriptio* im Rechtsstreit unter Einwohnern verschiedener Provinzen, siehe → Rn. 145) qualifiziert Justinian das *ius vindicationis* als unkörperlich.[105] Systematische Konsequenzen aus dieser an die gaianischen Institutionen (Gai. 2.12) erinnernden theoretischen Positionierung für die Vindikation und deren Objekt[106] sind nicht ersichtlich.

---

[98] Arcad./Honor. Cod. Theod. 11.39.12 (a.396) (*omnem probationem exigi oporteat ab eo, qui vindicare nititur*); auch in C. 3.31.11; Brev. 11.14.6; knapp Edict. Theod. 132.

[99] An klassische Fragen des Dotalrechts knüpfen etwa Iust. C. 5.12.29 pr. (a.528); C. 5.12.30 pr. (a.529) an.

[100] Bisweilen mit der – klassisch seltenen (→ Rn. 4) – Wendung *dominium vindicare*, s. Iust. C. 3.33.13 pr.; C. 3.33.16.1 (beide a.530); aber auch: einen (angeblichen) Sklaven *in suum dominium vindicare*, Iust. C. 1.4.24 (a.529).

[101] Vgl. Iust. C. 3.33.13 pr. (a.530) zur *habitatio*.

[102] Vgl. jeweils den Anfang von Gai. 4 und Inst. 4.6.

[103] *Thür*, SZ 89 (1972) 362–375 (auch zum Folgenden).

[104] *Thür*, SZ 89 (1972) 362, 374.

[105] Iust. C. 7.33.12.3a (a.531).

[106] Wohl aber für die Ausdehnung der Regeln zur *longi temporis praescriptio* auf *iura in re aliena*, s. Iust. C. 7.33.12.4 (a.531). Vgl. → § 49 Rn. 27.

IV. Formelrekonstruktion und Probleme für die klassische Zeit

1. Überblick[107]

52 Die Formel lässt auf der Tatbestandsseite namentlich offen, wer passivlegitimiert ist.[108] Das scheint nicht auf einem Überlieferungszufall zu beruhen, sonst hätten sich mehrere vieldiskutierte Fragen nicht gestellt (→ Rn. 156–164). Vielmehr liegt nahe, dass bei Entstehung der *formula petitoria* eine hinreichend belastbare einheitliche Besitzkonzeption noch nicht existierte (→ Rn. 42–45), auf die ein entsprechendes Merkmal hätte Bezug nehmen können.

53 Die Erlangung von Usukapionsbesitz durch einen Dritten sowie die Perpetuierung einer tatsächlichen Sachentziehung durch einen Bösgläubigen stellen die zentralen Gefahren für den wahren Eigentümer dar, zumal die bloße Klageerhebung der Ersitzung nicht entgegenstand.[109] Auf Usukapionsbesitz konnte die Formel sich nicht beschränken, sollte der Eigentümer nicht schutzlos gegen *sine causa* Sachherrschaft ausübende Personen sein. Der Interdiktenbesitz wurde ursprünglich auch Personen eingeräumt, die von vornherein nicht vindizieren konnten (den Prekaristen), und für ihn kam es auf einen Besitztitel gerade nicht an. Die dritte Funktion „des Besitzes" aber, die Passivlegitimation zur Sachvindikation, ist gerade erst Ergebnis der Arbeit an der *rei vindicatio*.[110] Diese funktionale Dreiteilung des erst spät einheitlich formulierten Instituts Besitz, die sich auch in der uneinheitlichen Begrifflichkeit von *possessio* und *possidere* spiegelt, stand einer unproblematischen Nutzung als Formelelement entgegen.

54 Dazu fügt sich, dass bei Schaffung der *formula petitoria* möglicherweise noch das Erfordernis einer Präsenz der streitbefangenen Sache *in iure* bestand. Die Entwicklung wird vielfach so gelesen,[111] dass die quellenmäßigen Diskussionen um Ersatztatbestände für den Besitz Erweiterungen spiegelten: auf die Situation schuldhaften Besitzverlustes (→ Rn. 180–187) seit republikanischer Zeit, auf vorgespiegelten Besitz (→ Rn. 188–191) vielleicht erst in klassischer.

---

[107] Nachweise zu den jeweils verwerteten Texten bei *Lenel*, EP 185 f.; *Mantovani*, Formule 37 f. Fn. 7–10. Vgl. grundsätzlich zu den Formelelementen und ihrer Rekonstruierbarkeit → § 12 Rn. 20–49).

[108] Vgl. Gai. 4.87.

[109] Vgl. Marcell. 22 dig. D. 41.6.2. Kaiserrechtlich: Alex. C. 7.26.4 (o.A.) für einen Fall guten Glaubens auf Verkäufer- wie auf Käuferseite. Keine Ersitzung hingegen gab es bei als *furtum* zu qualifizierenden Veräußerungen: Ant. C. 7.26.1 (a.213); für eine vorsätzliche und rechtswidrige Beschlagnahme durch den Steuereinnehmer vgl. Alex. C. 6.2.8 (a.231). Vgl. → § 44 Rn. 21 (und → § 44 Rn. 35 zu Sonderregeln bei der *longi temporis praescriptio*).

[110] Vgl. *Kiefner*, SZ 79 (1962) 258–306 (und dazu kritisch *Thür*, SZ 89 (1972) 362, 370–372); *Baldus*, in: Hattenhauer/Schroeder/Baldus, Thibaut 223–251. Aus der Anfang des 19. Jh. erschienenen Lit. außer *Savigny* sticht (auch wegen der umfangreichen Dokumentation) hervor *Unterholzner*, Verjährung (1815).

[111] So etwa *Kaser*, SZ 51 (1931) 100 Fn. 2 mwN.; *Kaser*, Eigentum (1956) 290–292.

Mit der Lücke bei der Passivlegitimation weist die Formel eine Eigenheit auf, die ihrerseits auf die Auslegung der positiv formulierten Anwendungsvoraussetzungen ausstrahlt: Weil über den Besitz nichts in der Formel gesagt ist und weil nach allgemeinen Regeln ohnehin in Geld vollstreckt wird, muss die Abgrenzung der Anwendungsfälle über die *res qua de agitur* und deren Bezeichnung geleistet werden. 55

Nicht gesagt ist in der Formel weiterhin, wen die Beweislast trifft; in dieser (durchaus üblichen) Situation liegt das zentrale Anwendungsproblem in nachrömischer Zeit begründet.[112] 56

2. Prozesseinleitung: Indirekter Einlassungszwang, Sicherheitsgestellungen und vorgeschaltete Rechtsbehelfe

Als *actio in rem* kennt die Sachvindikation keinen Einlassungszwang. Wohl aber kann auf verschiedenen Wegen indirekt Einlassung erzwungen werden. 57

Bei Immobilien wird gegen den potentiell Beklagten, der die Einlassung verweigert, das *interdictum quem fundum*[113] gegeben, wenn er besitzt oder den Besitz arglistig aufgegeben hat; es geht auf *restituere*, und die Einlassung kann erzwungen werden. Die Verurteilungssumme bei Nichtrestitution entspricht derjenigen aus der (nicht erfolgten) Vindikation,[114] und zwar ohne dass die Voraussetzungen der Vindikation geprüft würden (→ § 12 Rn. 14, § 66 Rn. 35). 58

Bei Mobilien kommt es darauf an, ob die streitbefangene Sache *in iure* zugegen ist. Wenn dem so ist, kann der potentiell Beklagte, wenn er die Sache nicht verteidigen will, die Anordnung des *duci vel ferri* gegen sich ergehen lassen; dann treten die Rechtsfolgen der Indefension (→ § 12 Rn. 13–15) ein. 59

Diese Anordnung sichert dem solcherart in den Besitz eingewiesenen Kläger die Möglichkeit, die Sache seinerseits in einem von dritter Seite angestrengten Vindikationsprozess zu verteidigen.[115] Weigert sich der Passivlegitimierte auch, der Duktionsan- 60

---

[112] Vgl. nochmals *Kiefner*, SZ 79 (1962) 258–306 und *Baldus*, in: Hattenhauer/Schroeder/Baldus, Thibaut 223–251.

[113] Formel nach *Mantovani*, Formule 87 f. (entspricht weithin *Lenel*, EP 475, der vor *vindicare* noch einfügt *a te*; dagegen *Wlassak*, SZ 48 (1928) 562 f.): *Quem fundum ille vindicare vult quem possides dolove malo fecisti quo minus possideres eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur si rem nolis defendere eum illi restituas.*

Das Grundstück, das du besitzt oder das nicht zu besitzen du arglistig herbeigeführt hat, will jener vindizieren, und deswegen ist dir Sicherheit geleistet worden, oder es liegt an dir, dass keine Sicherheit geleistet wurde. Wenn du die Sache nicht verteidigen willst, dann gib es jenem zurück.

Vgl. *Mantovani* a. a. O. auch zu der abweichenden Rekonstruktion von *Falcone*, AUPA 43 (1995) 547: *Falcone* hält das das Interdikt gegen die ganz h. M. nicht für restitutorisch und schlägt statt *eum illi restituas* vor *quo minus illi eum ingredi liceat vim fieri veto.*

[114] So *Kaser*, RP I 434 f.; vgl. zu Ulp. frg. Vind. 4 auch *Spengler*, Interrogatio (1994) 148; ein direkter Beleg aus den Quellen ist freilich nicht ersichtlich.

[115] Nach *Kaser*, Restituere [1](1932) 27 f. schon zur Zeit des Legisaktionenverfahrens: Der Eingewiesene konnte in einem weiteren Verfahren das *meum esse* vortragen, gestützt aber nicht auf die Duktion selbst, sondern auf den Grund, den er bereits im ersten Verfahren hatte anführen wollen.

ordnung Folge zu leisten, (nur) dann fällt er unter das Edikt *qui ius dicenti non obtemperavit.*[116]

61 Ist das Objekt nicht gegenwärtig, so kommt die *actio ad exhibendum* in Betracht. Sie ist persönlicher Natur, sodass Einlassungszwang besteht. Zu diesem Rechtsbehelf als typischer Vorschaltklage bei Nichtvorlage der (beweglichen) Sache und zu deren Konkurrenz mit Interdikten siehe näher → § 65 Rn. 118, 131. Legt der Beklagte die Sache nicht vor, so wird er verurteilt wie aus der *rei vindicatio*;[117] legt er vor, lässt sich aber auf die Vindikation nicht ein, dann weist der Prätor die Sache ohne weitere Prüfung dem Kläger zu.[118]

62 Zum beweisrechtlichen Vorteil des Vorgehens aus besitzrechtlichen Interdikten (*uti possidetis*, *utrubi*) gegenüber der *rei vindicatio* siehe → Rn. 142.

63 Die Pflicht zur Gestellung von Prozessbürgen stellt sich im Formularverfahren wie folgt dar: Der Kläger selbst muss nichts versprechen, sein *procurator* schon.[119] Für den Passivlegitimierten darf ein *procurator* auftreten, muss aber zwecks umfassender Sicherung des Klägers außer der *cautio iudicatum solvi*[120] auch die *cautio de rato* leisten.[121] *Tutores* und *curatores* werden wie Prokuratoren behandelt.[122]

64 Keine Satisdationspflicht trifft den *procurator* (auf Kläger- wie auf Beklagtenseite), wenn der *dominus* selbst anwesend ist.[123]

65 Die Litiskontestation begründet neben der allgemeinen Litispendenz eine nur punktuell, nämlich in einer auf Julian zurückgehenden Afrikanstelle,[124] dokumentierte *exceptio quod praeiudicium praedio* (bzw. *fundo partive eius*) *non fiat*: Jedenfalls die konfessorische Klage auf ein Wegerecht, eine *actio communi dividundo* und die *condictio* auf Früchte waren so lange gesperrt, wie eine vorgreifliche Vindikationsklage nicht entschieden war.[125]

---

[116] Ulp. 1 ed. D. 2.3.1.1.

[117] Vgl. zum *iusiurandum in litem* Marcian. 4 reg. D. 12.3.5 pr. (mit dogmatischer Unterscheidung von *actio ad exhibendum* und *actiones in rem*).

[118] *Kaser/Hackl*, RZ 275 f.

[119] Vgl. Paul. 1 sent. Frg. Vat. 336 sowie die zusammenfassende Darstellung des früheren Rechts bei Inst. 4.11 pr. Zu dieser Stelle aus neuerer Zeit *Schiavo*, Ann. Ferrara 24 (2010) 59–92.

[120] Vgl. → § 75 Rn. 43–49; Gai. 4.91. Zu dieser *cautio* ausführlich bereits *Wetzell*, Vindicationsproceß (1845) 100 und öfter; programmatisch als „Grundklage des neuen Verfahrens" bezeichnet. Vgl. → § 12 Rn. 58 und allgemein zu Prozessvertretern → § 12 Rn. 65–81.

[121] Ulp. 9 ed. D. 3.3.40.2. Vgl. auch Paul. sent. 1.3.4, ausführlicher in Frg. Vat. 335, 336. Vgl. → § 75 Rn. 38–42.

[122] Vgl. Inst. 4.11 pr. i. f.

[123] Diocl./Constans Frg. Vat. 326 (a.294). Vgl. zum Text *De Filippi*, Fragmenta Vaticana (1998) 170 f.

[124] Vgl. in den beiden Texten (nächste Fn.) *putavit* bzw. *putat*.

[125] So Afr. 9 quaest. D. 44.1.16/18; die eingeflochtene Paulusstelle 70 ed. D. 44.1.17 stellt klar, dass eine zuerst erhobene Dienstbarkeitsklage nicht nachträglich blockiert werden kann. Vgl. *Hackl*, Praeiudicium (1976) 105–107, und in einem hier relevanten Punkt krit. die Rez. von *Marrone*, Labeo 24 (1978) 83, 88 (= Scr. II 1040, 1045): Der *iudex* habe abweisen, nicht suspendieren müssen. Zum Text noch *d'Ors*, Quaestiones (1997) 445–447.

3. *Iudex unus*

Zuständig nach Streitbefestigung ist im Formularverfahren der *iudex unus.* 66

Ulp. 16 ed. D. 6.1.9 bezeichnet es als Aufgabe des *iudex*, die Passivlegitimation kraft Besitzes festzustellen; diese Aussage, soweit klassisch, deutet auf eine einheitliche Prozessleitung durch den *iudex* im Sinne des Kognitionsverfahrens hin. Für den Formularprozess ist es schwierig, Texte zur prätorischen *interrogatio in iure* eindeutig auf die Sachvindikation zu beziehen. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die Frage *apud iudicem* zu klären war.[126] 67

Vielleicht noch auf den Formularprozess bezieht sich auch ein – nicht näher datierbares[127] – Senatusconsultum zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen bei behauptetem Miteigentum.[128] 68

Ab Gordian ist die Zuständigkeit des Provinzgouverneurs positiv belegt.[129] 69

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich zunächst aus dem Wohnsitz des Beklagten;[130] spätantik wird außerdem das Forum am Belegenheitsort der Sache zugelassen.[131] 70

4. *Si paret fundum quo de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse*: Objekte

a. Körperliche Sache

Im heutigen deutschen Recht verleitet das Zusammenspiel von §§ 90, 93 f. und § 985 BGB zu der Annahme, vindizierbar sei alles, was im Allgemeinen Teil als (körperliche) Sache qualifiziert wird. Das trifft bereits für das BGB nicht uneingeschränkt zu. 71

Im römischen Recht verhält es sich jedenfalls ganz anders: Es gibt allenfalls einen weiten und polyvalenten Begriff der *res* (→ § 38 Rn. 1), und nicht er füllt die Formel der Sachvindikation aus, sondern aus den Quellen der Sachvindikation lässt sich ersehen, dass *res* für die Zwecke dieser Klage praktisch enger gelesen wurde als bisweilen sonst. 72

Der Ausdruck *res qua de agitur* bezeichnet – in heutiger Terminologie – nicht den Streitgegenstand, sondern die streitbefangene „Sache“. Auch dies konnte aber nicht jeder beliebige Gegenstand von Rechten oder auch nur dinglicher Rechte sein. Wir finden keine abstrakte Abgrenzung, wohl aber Fälle, die es uns erlauben, den Anwendungsbereich der Klage präziser zu bestimmen: 73

---

[126] Vgl. nochmals *Spengler*, Interrogatio (1994) 146.

[127] Vgl. *Meffert*, Streitgenossenschaft (1974) 23 f. D. 40.12.8.1 ist auch in Terrinoni/Buongiorno, Edoardo Volterra, Materiali (2018) nicht nachgewiesen.

[128] Ulp. 55 ed. D. 40.12.8.1: wohl bezogen auf eine *vindicatio in servitutem*, textlich aber nicht entsprechend beschränkt.

[129] Gord. C. 3.32.5 pr. (a.239).

[130] So noch Diocl./Constans Frg. Vat. 326 (a.294).

[131] Grat./Valentin./Theodos. C. 3.19.3 (a.385).

74 Es geht immer um körperliche – und damit herausgabefähige – Gegenstände, weswegen auch die Wendung *corpora vindicare* erscheint (etwa Pap. 14 quaest. D. 5.2.15.2 im Gegensatz zur Erbschaft insgesamt).

75 Münzen[132] werden bisweilen gesondert neben den körperlichen Gegenständen genannt,[133] was aber keine prinzipielle Sonderbehandlung zum Ausdruck bringt (zur *condictio* bei Geldverbrauch → Rn. 336).[134]

76 Klärungsbedarf bestand in der Frage, wie mit Teilen oder Zusammenfassungen körperlicher Objekte umzugehen sei. Hier half dem Kläger (abgesehen von der *hereditatis petitio*) keine andere Klage, auch keine andere *vindicatio*, allenfalls war an eine *actio in factum* oder *utilis* zu denken (→ Rn. 83, 91), es kam also auf die Voraussetzungen gerade der Sachvindikation an.

77 Hingegen standen für *iura in re aliena* andere Klagen zur Verfügung (→ § 61). Die Frage, ob man *iura in re aliena* als unkörperliche Gegenstände qualifizieren könne, mag also Gaius für die Zwecke seiner Systembildung und auch andere Römer zwecks Bestimmung des richtigen Übertragungsmodus interessiert haben; prozesspraktisch spielte sie keine Rolle.

78 Auch für komplexe Objekte war praktisch durchaus beachtlich, wie genau der potentielle Kläger die Sache zu *bezeichnen* hatte.

79 Hier ist folglich davon zu handeln, welche Objekte nach den Quellen, die von einer Vindikation sprechen, erstens überhaupt eigentumsfähig sind und zweitens im Wege der Vindikation eindeutig zugeordnet (und nicht aufgeteilt wie bei den *iudicia divisoria*, siehe → § 67) werden können; drittens, welche Anforderungen prozessual an das *rem designare* gestellt werden. Dabei ist nur für einen Teil der Sachverhalte entweder eine allgemeine Meinung oder aber eine Kontroverse eindeutig auszumachen.

b. Sachexistenz; Sachteil und Sachverbindung

80 Das Objekt muss physisch und rechtlich existieren.[135]

81 Vindizierbar sind bewegliche und unbewegliche Sachen,[136] auch Sklaven und Tiere, nicht aber freie Personen.[137]

---

[132] Möglicherweise insoweit wertungsparallel, als es nicht allein auf den Materialwert ankommt, sondern auf das Objekt als solches, stellt Gai. 17 ed. prov. D. 29.3.3 klar, dass eine Testamentsurkunde ebenso vindizierbar ist wie andere Erbschaftsgegenstände. Vgl. für die Abgrenzung zum *interdictum de tabulis exhibendis* (→ § 62 Rn. 135–141) noch (aber bezogen auf die Lebzeit des Testators) Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.5. Ausführlich zu Geld als Vindikationsgegestand *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001).

[133] So in Iav. 4 Plaut. D. 12.6.46. Zu *pecunia* und anderen Objektsbegriffen zuletzt *D'Alessio*, Denaro (2018) 20–26 (21 f. zur Quelle).

[134] Das ist str., vgl. zur Forschungsgeschichte *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 22–25.

[135] Inst. 2.1.26 i. f.

[136] Ulp. 16 ed. D. 6.1.1.1.

[137] Ulp. 16 ed. D. 6.1.1.2 mit dem Sonderfall des *adiecta causa* herausverlangten Sohnes.

Für Sachteile wird die Frage der Vindizierbarkeit differenziert entschieden, und zwar[138] in Abhängigkeit davon, ob (noch) Sondereigentum an ihnen besteht oder kraft Akzession untergegangen ist (vgl. → § 38 Rn. 18–22).[139] Dafür ist im Wesentlichen entscheidend, ob eine Abtrennung noch möglich ist. **82**

Für Erdschollen kommt es auf die Verbindung mit dem Grundstück an, für Bäume auf das Anwurzeln.[140] Solange Bäume auf dem Grundstück stehen, ändern schuldrechtliche Abreden nichts daran, dass sie nicht gesondert vindiziert werden können.[141] Ist ein Baum auf fremdem Grund so fest angewachsen, dass er Wurzeln getrieben hat, so bekommt der Eigentümer eine *actio utilis*; bis zu diesem Zeitpunkt hat er die Sachvindikation.[142] Saatgut (wo das Kriterium des „Anwurzelns" nicht so gebraucht werden könnte wie bei ganzen Pflanzen) fällt an den Grundeigentümer.[143] **83**

Für Sachverbindungen durch Schweißen oder Löten, aber auch für das Vermengen[144] ist bereits für das 1. Jh. n. Chr. eine lebhafte Diskussion nachgewiesen.[145] Beim Löten kommt es – anders als beim Schweißen – nicht zu einer *confusio per eandem materiam*; daher belässt Paulus[146] dem Eigentümer eines angelöteten Teils die selbständige Vindikationsmöglichkeit. Verallgemeinernd verneint er im Übrigen[147] Sondereigentum an Sachteilen, die einer Sache bewusst eingefügt worden sind (verschiedene Beispiele). **84**

Zu beschriebenen Materialien und *tabulae pictae*[148] sowie zu gefärbter Wolle → Rn. 349.[149] **85**

[138] Bisweilen ist nicht unmittelbar ersichtlich, was das Kriterium ist oder ob das Problem der Vindizierbarkeit überhaupt im Teilcharakter wurzelt; s. etwa Alex. C. 5.44.2 pr. (a.224).

[139] Verständnisprobleme bereitet zum Verhältnis von Grundstück und Gebäude Cels. 18 dig. D. 6.1.49 pr.

[140] Ulp. 53 ed. D. 39.2.9.2.

[141] Pomp. 31 Q. Muc. D. 19.1.40.

[142] Varus, Nerva bei Ulp. 16 ed. D. 6.1.5.3. Die Deutung (und Übersetzung) des Textes ist im Einzelnen kontrovers. Zu den Rechtsfolgen des *coalescere* vgl. auch Alfenus bei Ulp. 53 ed. D. 39.2.9.2. Über beide Stellen *Silla*, Genera actionum (2012) 46–48.

[143] Pomp. 31 Sab. D. 6.1.53.

[144] Bei nicht vermengten Sachen bleibt das Eigentum unberührt, wie – vergleichsweise – im Fall der *navis Saufeii* festgehalten wird: Alf. 5 dig. a Paul. epit. D. 19.2.31.

[145] Pomp. 30 Sab. D. 41.1.27 (Cassius, Proculus, Pegasus in § 2).

[146] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.5.

[147] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.2.

[148] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.3 spricht die Streitfrage (zu *contra sentire* als Ausdruck für Juristenkontroverse vgl. *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 191 f.) für die *tabula* an und entscheidet zu Gunsten des Materialeigentümers. Gai. 2 cott. D. 41.1.9.2 betrachtet den ursprünglichen Herrn der *tabulae* nach dem Bemalen nicht mehr als deren Eigentümer und gibt daher nicht die *rei vindicatio*, sondern eine *utilis actio*, der eine *exceptio doli* entgegensteht, wenn der Kläger nicht die Aufwendungen des Malers ersetzt. Umgekehrt bekommt der Maler die *recta vindicatio*, muss aber den Wert der Tafeln ersetzen. Vgl. *Plisecka*, Tabula picta (2011) 110–118. Vgl. Gai. 2.78.

[149] Die Kasuistik entzieht sich einer wirtschaftlich kohärenten Erklärung, möglicherweise deshalb, weil hier – atypischerweise – philosophische Gesichtspunkte eine Rolle spielten. Vgl. *Schermaier*, Materia (1992) 191–211 und öfter.

86 Bei nachträglich eingebauten Schiffsteilen gehört das gesamte Schiff dem Eigentümer des Kiels.[150] Sondereigentum an Schiffsausrüstung ist aber denkbar.[151]

87 Allgemeiner und mit den bisher genannten Quellen nicht leicht vereinbar gibt Paulus[152] die Teilvindikation auch dann, wenn die Sache durch Trennung zerstört würde; noch generischer äußert er sich zur *Publiciana*.[153]

88 Bisweilen werden Objekte als Sachteile qualifiziert, ohne dass aus dem justinianischen Zusammenhang klar würde, ob es um deren gesonderte Vindikation oder um die der Gesamtsache geht.[154]

89 Wenn ein Sachteil vindizierbar ist, gelten nach Gaius auch die Regeln über das mit dem Objekt Zurückzugebende entsprechend.[155]

90 Zubehör als Gegenstand der Klage wird bei der *Publiciana* erwähnt[156] (→ § 63 Rn. 40), könnte also auch von der *rei vindicatio* erfasst gewesen sein

91 Konstruktiv kann der Anspruchsteller nach Untergang seines Eigentums am Sachteil auf eine *actio ad exhibendum* (→ § 65 Rn. 55 Fn. 104; Rn. 107) oder, wenn auch diese ausscheidet,[157] auf eine *vindicatio utilis* (→ Rn. 346)[158] oder eine *actio in factum* (→ Rn. 349) ausweichen.

92 Soweit Verarbeitung das Eigentum an Materialien beseitigt, können Produkte dieser Materialien nicht vindiziert werden.[159]

93 Vermengung und Vermischung schließen nach Pomponius[160] die Vindikation des Ganzen dann aus, wenn keine Trennung möglich ist (Metall; Gegenbeispiel: Blei und Silber, trennbar[161]); anders für Honigwein gegen ältere Stimmen Pomponius und Ulpian:[162] Eigentum des Herstellers. Bei Untrennbarkeit kann der Gewichtsanteil (Metall) oder Mengenanteil[163] verlangt werden, wenn nicht Getreide im Konsens vermengt wurde (dann Teilungsklage). Gaius lässt bei im Konsens erfolgter *confusio* immer eine einheitliche Sache entstehen.[164]

---

[150] Iul. 6 Min. D. 6.1.61; vgl. Pomp. 5 Sab. D. 30.24.4 für ein Vindikationslegat.

[151] Ulp. 16 ed. D. 6.1.3.1.

[152] Paul. 21 ed. D. 6.1.35.3.

[153] Paul. 19 ed. D. 6.2.12.6 (→ § 63 Rn. 40).

[154] Gai. 29 ed. prov. D. 6.1.44: hängende Früchte und Grundstück.

[155] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.76. Die Verallgemeinerung in dieser Aussage und der Bezug auf das *officium iudicis* begründen allein noch keinen Interpolationsverdacht.

[156] Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.6–10.

[157] Näher Paul. 21 ed. D. 6.1.23.5 – Metallfälle (→ Rn. 94).

[158] *Kaser*, RP I 431 Fn. 59 nennt hier – parallel zu Ulp. 16 ed. D. 6.1.5.3 – auch Gai. 11 ed.prov. D. 24.1.30 (kurzer Einschub in einer Katene).

[159] Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 32.88 pr.,1.

[160] Pomponius bei Ulp. 16 ed. D. 6.1.3.2.

[161] Ulp. 16 ed. D. 6.1.5.1.

[162] Ulp. 16 ed. D. 6.1.5.1. Vgl. auch zu philosophischen Hintergründen *Schermaier*, Materia (1992) 164–166, 169–174, 254 f.

[163] Für Getreide Pomponius bei Ulp. 16 ed. D. 6.1.5 pr.

[164] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.8,9; weithin übernommen in Inst. 2.1.27,28.

Paulus[165] lässt für Metall die Klage auf den Anteil mit der *actio communi dividundo* sowie – bei vorsätzlicher Verschmelzung – mit der *actio furti* und der *actio ad exhibendum* konkurrieren. **94**

Werden Geldzeichen so vermengt, dass keine Unterscheidung mehr möglich ist, lässt Javolen auch kein anteiliges Eigentum an Geld bestimmten Wertes mehr bestehen.[166] Sind die Geldzeichen noch unterscheidbar, so ist durch die bloße Übergabe auch an einen Gutgläubigen (nach allgemeinen Regeln) noch kein Eigentumswechsel eingetreten.[167] Die Vermengung war in Rom bei wichtigen Geschäften möglicherweise deswegen seltener, weil die Münzen in solchen Fällen nach Prüfung bisweilen in gesonderten Säckchen aufbewahrt wurden.[168] **95**

In der Insolvenz eines *mensularius* belässt Ulpian den Einlegern die Vindikation hinsichtlich noch vorhandener[169] Geldzeichen.[170] **96**

Nahe liegt es, dass bei Geld eine *litis aestimatio* (→ § 13 Rn. 69), die den Nennwert der Münzen überschritten hätte, und damit ein *iussum de restituendo* keinen Sinn hatte.[171] **97**

Muss die Sache veräußert werden, so geht der Anspruch des Klägers nur noch auf den Erlös.[172] **98**

Beim Sklaven liegt rechtlich ein Sachuntergang nur dann vor, wenn er die Freiheit erlangt oder stirbt. Flieht er, so existiert das Objekt noch, wenngleich nicht mehr im Zugriffsbereich des Beklagten. Falls der (gutgläubige) Beklagte die Fluchtneigung nicht erkennen konnte, sind sich die Juristen darüber einig,[173] dass die vor der Flucht gezo- **99**

---

[165] Paul. 21 ed. D. 6.1.4 (siehe → Rn. 318) Vgl. auch → § 67 Rn. 16.

[166] Iav. 11 Cass. D. 46.3.78: *actio furti* gegen den, der das fremde Geld ausgegeben hat. Zur Stelle (einschließlich ihrer Querverbindungen zur Objektsdogmatik und zur *vindicatio pro parte*) *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 149–196.

[167] Die bei *Kaser*, RP I 431 Fn. 52 zitierten Stellen tragen zwar im Ergebnis die Aussage, gutgläubiger Verbrauch fremden Geldes mache den Erwerber zum Eigentümer, befassen sich primär aber mit schuldrechtlichen Fragen (Erfüllungswirkung, *condictio* usw.). Immerhin sachenrechtliche Akzente etwa bei Paul. 17 Plaut. D. 12.1.31.1; Ulp. 26 ed. D. 12.1.11.2 i. f.; D. 12.1.13 (ursprünglich wohl verbunden mit Frg. 11, vgl. *Lenel*, Pal. II Ulp. 769). Zu der Frage, was Geldverbrauch war, *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 197–235.

[168] *Kaser*, TR 29 (1961) 178 f., 181.

[169] Grundsätzlich gegen die h. M., die bei *nummi extantes* an gesonderte Aufbewahrung denkt, und für Deutung als schlichtes Vorhandensein beim Beklagten *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 121–148.

[170] Ulp. 63 ed. D. 42.5.24.2.

[171] *Kaser*, TR 29 (1961) 182 f. Nicht ganz klar hierzu *Wolters*, Nummi (1999) 361 f. mit Fn. 72: Dass die konkreten Vindikationsobjekte nicht herausgegeben werden mussten, folgt nicht aus einer Abweichung vom Sachenrecht oder einer spezifischen Nähe zur *condictio*, sondern aus dem Prinzip der Geldverurteilung. Weiterhin näher auch zur tatsächlichen Seite *Hasler*, Geld (1980) 33–61.

[172] Ulp. 16 ed. D. 6.1.15.1 (vgl. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 243, 305): nämlich (im Zweifel) nach Streitbefestigung. Das führt zu dem Problem, in welchem Zeitpunkt Besitz vorliegen muss, damit die Passivlegitimation angenommen werden kann (→ Rn. 166).

[173] Vgl. Paul. 21 ed. D. 6.1.21 und dazu *Schipani*, Responsabilità (1971) 58–62: Erklärung der

genen Früchte zu erstatten sind; war erkennbar gewesen, dass der Sklave bewacht werden musste, darüber hinaus sein Sachwert.[174] War Ersitzung eingetreten, so muss der Beklagte dem Kläger seine Klagen (gegen Dritte) abtreten; sonst nicht, was die Juristen zu der Frage führt, wie der Kläger gegen Dritte vorgehen könne, wenn die Ersitzungsfrist nach der Flucht ablaufe. Für den Fall, dass der Sklave vom (freizusprechenden) Beklagten wiedererlangt werde, hatte dieser Sicherheit zu leisten.[175]

100 Inst. 2.1.28 gibt bei Vermischung von Getreide eine *actio in rem pro modo frumenti cuiusque* mit arbitraler Schätzungsbefugnis des Richters und nimmt argumentativ die Debatte zum *grex* (→ Rn. 112–116) in Bezug.

c. *Tignum iunctum*

101 Einem traditionellen Sonderregime (XII tab. 6.8)[176] mit eigener (diebstahlsähnlicher) Klage (*actio de tigno iuncto*, vgl. → § 93 Rn. 18)[177] auf das *duplum* unterliegen Bauteile nach *inaedificatio*:[178] *tigna iuncta* (→ Rn. 101–106).[179] Der Bauherr schuldet dem Bauteileigentümer den doppelten Wert der Bauteile.[180]

102 *Tignum iunctum* ist über Balken i. e.S. hinaus jedes Bauteil eines Hauses oder einer dem Weinbau dienenden Anlage.[181] Die Vindikation ist gesperrt, solange die Verbindung andauert.[182] Steine fallen beim Bau auf fremdem Grund an den Grundeigentümer,[183] werden mit dem Abriss aber wieder vindizierbar,[184] ebenso Fenster und Türen mit dem Wiederausbau.[185]

---

paulinischen Lösung aus dem Modell der außervertraglichen Haftung. Zuletzt ausführlich zur Stelle (und zu verbleibenden Zweifeln) *Wacke*, Actiones praestare (2010) 73–82.

[174] Dann allerdings gegen Abtretung von Klagen des Klägers gegen Dritte an den Beklagten: Paul. 21 ed. D. 6.1.21.

[175] Paul. 21 ed. D. 6.1.21 unter Berufung auf Julian und Pomponius.

[176] Zu Textquellen, Rekonstruktionen und Lit. zuletzt *Cursi*, in: Cursi, XII Tabulae II (2018) 599–601, 600: TIGNUM IUNCTUM AEDIBUS VINEA[E]VE [ET CONCAPIT] NE SOLVITO; *Humbert*, XII Tables (2018) 307–312 (307): TIGNVM IVNCTVM AEDIBVS VINEAVE E[T] CONCAPI[T] NE SOLVITO; S. 312 f. (313) skeptischer als *Cursi* (a.a.O. 601–605), was eine Verbindung mit XII tab. 6.9 angeht.

[177] Dass Festus (Fest. s. v. Tignum p. 502 L) die Klage nicht erwähnt, wird heute allgemein als unschädlich angesehen, s. nur *Humbert*, XII Tables (2018) 311.

[178] Vgl. *Musumeci*, Inaedificatio (1988) mit Rez. *Marrone*, Labeo 37 (1991) 382–388.

[179] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.6; Ulp. 37 ed. D. 47.3.1; vgl. Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.8.

[180] Ulp. 37 ed. D. 47.3.1 pr.

[181] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.10; Gai. 26 ed. prov. D. 50.16.62; Ulp. 37 ed. D. 47.3.1.1 (auch zu *vineae necessaria*); in der Formulierung noch weiter Ulp. 24 ed. D. 10.4.7 pr.

[182] Vgl. Ulp. 42 Sab. D. 47.3.2.

[183] Ulp. 17 ed. D. 6.1.39 pr. für Bauunternehmer.

[184] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.7; s. auch Gai. 2 cott. D. 41.1.7.11; vgl. jedoch Inst. 2.1.30.

[185] Iul. 6 Min. D. 6.1.59; die Lösung geht nach *Cursi*, in: Cursi, XII Tabulae II (2018) 601 „vermutlich“ bereits auf Minicius zurück; allgemein und erläuternd zu Baumaterialien Gai. 2 cott. D. 41.1.7.10 mit Inst. 2.1.29.

Die Haftung auf das *duplum* weist auf den Strafcharakter und damit auf *dolus* als Haftungsvoraussetzung hin; eine Erweiterung auf nichtdolosen Einbau lassen Texte erkennen, die bei *scientia* des Einbauenden überdies die *actio ad exhibendum* gewähren.[186] **103**

Versuche, aus der Kasuistik eine dogmatisch eindeutige Aussage über Untergang oder bloßes „Ruhen" des Eigentums an zeitweilig nicht vindizierbaren Teilen zu gewinnen,[187] bleiben mit der Unsicherheit behaftet, dass es der römischen Praxis auf diese eher theoretische Frage regelmäßig nicht ankam.[188] Erkennbar ist, dass es um einen praktikablen Kompromiss zwischen Erhaltung bestehender Gebäude[189] und Interessen des Bauteileigentümers geht. **104**

Eine Ausdehnung der *actio de tigno iuncto* auf Materialien, die mit Willen der Ehefrau in ein Gebäude des Mannes eingebaut wurden, verwirft Paulus anscheinend, gibt – nach Ausbau – aber die Sachvindikation.[190] Möglicherweise hat schon der von Paulus an dieser Stelle kommentierte Neraz den Gutgläubigen (also im Fall des *tignum alienum*, nicht *furtivum*) nur auf den einfachen Sachwert haften lassen, was als Annäherung an die *rei vindicatio* gelesen werden könnte.[191] **105**

Wer bewusst auf fremdem Boden baut, verliert nach Gaius[192] das Eigentum am Material (und bekommt, anders als der Gutgläubige,[193] auch keinen Verwendungsersatz). **106**

d. Teilvindikation

Gaius[194] lässt eine Teilvindikation ausnahmsweise (*si iusta causa interveniat*) auch dann zu, wenn der Teil unbestimmt ist; Tragweite und Klassizität der Stelle sind zweifelhaft.[195] **107**

---

[186] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.6. Zu verbleibenden Unsicherheiten auch in der Überlieferung zuletzt *Cossa*, Studio (2018) 37 Fn. 107 (39 f.).

[187] Meinungsstand bei *Kaser*, RP I 429 mit Fn. 39 (außerdem *Melillo*, Tignum iunctum (1964) mit Rez. *Kaser*, Labeo 12 (1966) 104–111), und seither bei *Musumeci*, Inaedificatio (1988) mit Rez. *Marrone*, Labeo 37 (1991) 382–388; *Hinker*, SZ 108 (1993) 94–122. Diskussion der älteren Lit. (und nähere Begründung für die These vom Ruhen des Eigentums) bei *Monier*, Tignum iunctum (1922).

[188] Dogmatisch gefasst (*nec … desiit … dominus esse*) freilich Gai. 2 cott. D. 41.1.7.10.

[189] So ausdrücklich Ulp. 37 ed. D. 47.3.1 pr.: *ne … aedificia sub hoc praetexto diruantur.*

[190] Paul. 3 Ner. D. 24.1.63. Vgl. v. a. zu den Unterschieden zwischen Neraz und Paulus *Cursi*, in: Cursi, XII Tabulae II (2018) 602–604. Die Quelle wirft erhebliche Deutungsprobleme nicht nur wegen des atypischen Rekurses auf den „historischen Gesetzgeber" auf, sondern auch hinsichtlich des Verständnisses von Paulus' eigener Aussage.

[191] Vgl. *Humbert*, XII Tables (2018) 312.

[192] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.12.

[193] S. auch Cels. 3 dig. D. 6.1.38.

[194] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.76. Vgl. Gai. 4.54 (zu Grundstücksteilen und unter Hinweis auf die Seltenheit der Fälle).

[195] Näher benannt werden Berechnungsunsicherheiten zur falzidischen Quart (→ Rn. 252), wobei

108 Näher zur *vindicatio incertae partis* → Rn. 154.

e. *Res sacrae* und *res religiosae*

109 Die Vindizierbarkeit von Objekten kann durch sachenrechtlichen Sonderstatus ausgeschlossen sein: *res sacrae* und *religiosae* (→ § 38 Rn. 2–8).[196]

110 Dieses Problem kann sich mit dem der Verbindung von Baugrund und Baumaterialien überschneiden: Dann hilft die in → Rn. 101–105 dargestellte Lösung nicht, weil die Steine ihren Charakter als *res religiosae* nicht verlieren, und zwar auch nach Ausbau aus einem (bereits benutzten)[197] Grab nicht. Der Eigentümer bekommt aber *extra ordinem* eine Klage *in factum* auf Herausgabe, wenn ein solcher Ausbau stattgefunden hat.[198]

111 Klargestellt wird, dass der Status als *res religiosa* die Zuwegung zum Grab nicht erfasst, sodass diese *via* allgemeinen Regeln der *vindicatio servitutis* unterfällt.[199]

f. Sachgesamtheiten

112 Geht es nicht um einzelne Objekte, sondern um Sachgesamtheiten (Herde, Bibliothek, Quadriga),[200] so finden sich andere Unsicherheiten. Die Quellen behandeln primär Herden; eine allgemeine Dogmatik der Sachgesamtheiten ist dort wegen der wirtschaftlichen Besonderheit des Objekts nicht zu suchen.[201]

113 Einzelne Tierjunge gehören dem Eigentümer des Muttertieres.[202]

114 Ulpian[203] gibt den ganzen *grex*, auch wenn einzelne Tiere nicht dem Vindikanten gehören, Paulus[204] lehnt eben dies ab,[205] verbietet dem Legatar andererseits aber, nur

---

zumindest die Nennung des *iudex* anstelle des Prätors verdächtig ist, ebenso die generische Ausdehnung am Schluss der Stelle auf *ceterae res*.

[196] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.1.

[197] Sonst kann vindiziert werden: Paul. 27 ed. D. 6.1.43 i. f.

[198] Paul. 27 ed. D. 6.1.43.

[199] Ulp. 14 ed. D. 8.5.1.

[200] Vgl. → § 38 Rn. 22; aus der älteren Lit. insbesondere *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993); *Hammerstein*, Herde (1975).

[201] So zutreffend *Hammerstein*, Herde (1975) 179; großzügiger *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993) 47.

[202] Pomponius bei Ulp. 16 ed. D. 6.1.5.2.

[203] Ulp. 16 ed. D. 6.1.1.3.

[204] Paul. 21 ed. D. 6.1.2.

[205] Weitere Variante in Ulp. 16 ed. D. 6.1.3 pr. Eine Harmonisierung der von Paulus und Ulpian vertretenen Positionen versucht, mit Nachweisen auch zu älteren Positionen, *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993) 38–46 als objektive Klagenhäufung: Ein Teil der Tiere sei zwischenzeitlich ersessen worden, im Übrigen bekomme der Kläger – unter Beweiserleichterungen – nur seine Tiere; es werde so eine Präsenz der gesamten Herde *in iure* vermieden. Vgl. krit. die Rez. von *Schermaier*, SZ 112 (1995) 606 f. und *Baldus*, SemCompl. Suplemento 1992–93 (1994) 63–65.

einen Teil der Herde herauszuverlangen.[206] Julian bejaht in Legatsfällen wohl die Vindikation für nach Testamentserrichtung hinzugekommene Tiere.[207] Das lässt sich aus dem typischen Erblasserwillen begründen und entspricht der Lösung, die Pomponius – ebenfalls bei einem Legat – sogar für den Fall vertritt, dass die Herde sich auf ein Tier reduziert hat, als Objektsmehrheit also nicht mehr existiert.[208]

Hingegen lässt Scaevola nach einer Zeit, in der möglicherweise[209] keine Identität der einzelnen Tiere mehr bestand, die Vindikation seitens eines früheren Mündels gegen den Erben eines pflichtwidrig handelnden Vormundes nicht zu.[210] **115**

Dass die vermachte Herde (oder sonstige Sachgesamtheit) nur ganz verlangt werden kann, nicht teilweise, wird erbrechtlich begründet.[211] **116**

Peculia sind jedenfalls bis Julian[212] nicht *in cumulo* vindizierbar. Paulus hingegen soll nur die Vindikation des gesamten Sonderguts zugelassen haben, ebenso bei Silbergeräten, Kleidung *et similibus*, die unter einer solchen Sammelbezeichnung vermacht waren.[213] **117**

Für Münzen gilt (anders als bei der Stipulation),[214] dass auch bei einem *corpus nummorum* Vindikationsgegenstand die einzelnen Münzen sind.[215] Es finden also allgemeine Regeln Anwendung. **118**

Insgesamt zeigt sich, dass eine Objektsdogmatik aus prozessual entwickelten, oft bereichsspezifischen Lösungen entsteht, nicht umgekehrt eine Bestimmung des Vindikationsgegenstandes aus vorausliegender Eigentumsdogmatik. Die Sachvindikation steht im Zentrum der klassischen Lösungsversuche zu den meisten Nutzungskonflikten, muss aber dort zurückstehen, wo andere Klagen den Juristen besser geeignet erscheinen. Nahezu folgenlos bleibt die gaianische Konstruktion der *res incorporalis*.[216] **119**

---

[206] Paul. l. Falc. sing. D. 31.6.

[207] Vgl. Inst. 2.20.18. Zu dem Julianzitat in der Institutionenstelle existiert keine Parallelüberlieferung, doch gibt es sachlich gleichbedeutende Aussagen anderer Juristen, etwa Ulp. 15 Sab. D. 30.21.

[208] Pomp. 5 Sab. D. 30.22 (und s. nochmals Inst. 2.20.18), dazu *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 28–30; vielleicht immerhin wertungsparallel Pomp. 31 Sab. D. 44.2.21.3 (*res iudicata*) (→ Rn. 262).

[209] Der inhaltliche Bezug von *animalia* im letzten Halbsatz ist nicht eindeutig.

[210] Scaev. 4 dig. D. 26.7.56.

[211] Paul. l. Falc. sing. D. 31.6.

[212] Iul. 78 dig. D. 6.1.56. Das Sondergut nimmt erst mit Tryphonin eigentumsähnliche Züge an, s. *Stepan*, Scaevola noster (2018) 56 f., 207 f. Eine andere Frage ist, ob ein *peculium* eine *species* i.S.v. Paul. 6 ed. D. 6.1.6 darstellen kann; dazu (zurückhaltend und differenzierend) *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 64–67.

[213] Paul. l. Falc. sing. D. 31.6. Die Spannung zu anderen Stellen löst sich möglicherweise dann auf, wenn man die *ratio* der Entscheidung nicht in Objektsdogmatik, sondern im Erbrecht sucht: Der Legatar, der einzelne Objekte herauspicken möchte, entfernt sich vom Willen des Erblassers.

[214] Deutlich Ulp. 46 Sab. D. 45.1.29 pr. (*absurdum est*).

[215] Alex. C. 3.41.1 (a.222): *corpus nummorum*, aber *eos vindicare*.

[216] Das kann schon deswegen nicht verwundern, weil Gaius selbst von ihr kaum Gebrauch macht,

120 Auch spätantik ist eine systematische Neustrukturierung nicht festzustellen, obwohl die für das klassische Recht noch bedeutsame Unterscheidung von *res mancipi* und *nec mancipi* an Bedeutung verliert und schließlich beseitigt wird und obwohl (oder gerade weil) die Formen der Sachherrschaft unübersichtlicher werden.

5. *Si paret fundum quo de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse*: Aktivlegitimation

a. Regelfall

121 Ist das Objekt eigentumsfähig und damit im Regelfall vindizierbar, so kann (nur) der Eigentümer vindizieren; Personen, die von ihm Rechte ableiten, werden nicht genannt. Die Formel verlangt ein *ex iure Quiritium (actoris) esse*, was archaisch klingt und die neueren Begriffe *dominium* und *proprietas* (→ Rn. 4, § 39 Rn. 5)[217] vermeidet. Offenbar in grundsätzlicher Absicht betont Paulus,[218] dass *iure gentium* erworbenes Eigentum genüge; praktische Probleme hierzu sind nicht überliefert.

122 Noch mehr als zur Objektsnatur finden sich auch zum Eigentumserwerb Texte, die von *vindicare/vindicatio* sprechen, aber keine spezifisch prozessualen Aussagen treffen. Der sprachliche Vindikationsbezug verschlüsselt bisweilen, dass der Jurist etwas zum Eigentum sagen will. Modern materiellrechtlich gedacht läge es nahe, vom Eigentum als „Vorfrage" der Vindikation zu sprechen; andere Akzente setzen bisweilen die Quellen.[219]

123 Beim derivativen Erwerb muss die Eigentumsübertragung abgeschlossen sein.[220] Ist in Form der *in diem addictio* verkauft, so kann der Käufer, wenn man einen Ulpiantext beim Wort nimmt, sofort vindizieren, wenngleich nur so lange, wie kein besseres Gebot seinen Erwerb vereitelt.[221] Generell schadet die bloße Möglichkeit, dass künftig eine auflösende Bedingung eintreten könnte, in der Gegenwart nicht.[222] Die Regeln des Doppelverkaufs (→ § 79 Rn. 72) nimmt Ulpian (für einen durch Erbgang weiter komplizierten Fall) in Bezug.[223]

---

wo es um praktische Rechtsanwendung geht; vgl. für eine Sondierung *Baldus*, in: Leible et al., Unkörperliche Güter (2011) 7–31, überarbeitet in *Baldus*, Espacios (2017) 137–163.

[217] Grundlegend zu Wirtschafts- und Wissenschaftsgeschichte sowie zur Terminologie *Capogrossi Colognesi*, Struttura I/II (1969/1976).

[218] Paul. 21 ed. D. 6.1.23 pr. Zur Einordnung *Kaser*, Ius gentium (1993) 103.

[219] Vgl. Ulp. 44 Sab. D. 34.2.27.2.

[220] Call. 2 ed. mon. D. 6.1.50. Zu einem Sonderfall des Besitzerwerbs Ulp. 17 ed. D. 6.1.77; über die Klassizität im Anschluss an *Wacke*, Besitzkonstitut (1974) 13 f. etwa *Meissel*, Societas (2004) 234.

[221] Ulp. 17 ed. D. 6.1.41 pr. (für Klassizität – als frühes Beispiel eines dinglich wirkenden Rückfalls – bereits *Kaser*, RP I 562 mit Fn. 79). Gute Gründe sprechen freilich bei näherer Sachverhaltsanalyse dafür, die – atypische – Aussage auf die *Publiciana* zu beziehen, so *Nicosia*, In diem addictio (2013) 135–141. Vgl. jetzt *Ngouah-Ngally*, in: Ayasch et al., Wiener Schriften (2018) 175–189.

[222] Paul. 2 quaest. D. 6.1.66.

[223] Ulp. 16 ed. D. 6.1.72. Dazu *Misera*, FS Laufs 215–218. Zu möglicherweise verwandten Sachverhalten *Mattioli*, SDHI 82 (2017) 405 f. Fn. 29. Ausführlich bereits *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) 50–57, 70–72.

Auch wer von einer Hilfsperson wirksam erwirbt, hat die Vindikation.[224] **124**

Vindiziert werden kann auch originär, etwa durch Aneignung, Erworbenes.[225] Auf das Recht des Fundes (vgl. → § 41 Rn. 5) bezieht sich Scaevola.[226] **125**

Wer irrig Eigentum eines anderen annahm, auch im Zusammenhang eines Prozesses gegen einen Dritten, kann nach Aufklärung des Irrtums gleichwohl selbst vindizieren;[227] es kommt auf die Realität an, nicht auf die Vorstellung. **126**

Der Schutz aus dem *SC Vellaeanum* (→ § 29 Rn. 27)[228] bewirkt, dass die Garantin auch nach Veräußerung des verpfändeten Grundstücks gleichwohl vindizieren kann.[229] **127**

Wird die *actio quod metus causa* als dingliche gegeben, so wird der Bedrohte weiterhin als Eigentümer der (unfreiwillig übereigneten) Sache behandelt.[230] **128**

Miteigentum genügt für die Aktivlegitimation.[231] Tritt rückwirkend Volleigentum ein, so wird der Berechtigte ebenfalls rückwirkend als aktivlegitimiert behandelt.[232] Steht Erben eines Vindikationslegatars auch eine persönliche Klage zu, müssen sie sich darüber einigen, mit welchem Rechtsbehelf sie vorgehen wollen.[233] **129**

Der Käufer hat vor Übergabe noch kein Eigentum; wird aber die verkaufte Sache beim Verkäufer gestohlen, ohne dass diesem ein Verstoß gegen das geschuldete Maß an *custodia* zur Last fiele, dann ist (auch) die Vindikationsklage an den Käufer abzutreten.[234] **130**

---

[224] Ulp. 17 ed. D. 6.1.41.1. Nach *Krüger*, Exceptio doli (1892) 59 mit Fn. 72 handelt es sich nicht um eine direkte Anwendung der Sachvindikation, sondern um einen Fall der *Publiciana* oder (eher) um eine *in factum* gefasste *vindicatio utilis*.

[225] Ein atypischer Fall in Ulp. 19 ed. D. 41.1.44; dazu *Finkenauer*, in: Falk et al., Fälle (2008) 45–61.

[226] Scaev. 1 resp. D. 6.1.67.

[227] Ulp. 6 op. D. 6.1.54. Exegese bei *Wacke*, DG Nishimura 365–367. Vgl. freilich die Sachverhaltsdeutung bei *Krüger*, Exceptio doli (1892) 61.

[228] Vgl. im Übrigen *Manthe*, DG Nishimura 167–177.

[229] Ulp. 17 ed. D. 6.1.39.1; Katene mit Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.40. Die Aussage wird auch von *Gradenwitz*, Ungültigkeit (1887) 161 f. für echt gehalten und in der neueren Literatur zum *Vellaeanum* nur am Rande erwähnt. Vgl. → § 79 Rn. 44. Nach *Krüger*, Exceptio doli (1892) 232 spricht Ulpian in 17 ed. D. 6.1.39.1 von einer *vindicatio utilis in factum concepta*.

[230] Vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.4–6 und dazu *Kupisch*, Vindicatio utilis (1974) 134–136. *Gaulhofer*, Metus (2019) 310–317 (und dies. 144–148 zur Bezeichnung der *actio quod metus causa* als *in rem scripta*). *Kaser*, RP I 244 Fn. 20 spricht von einer *actio in rem* nach dem Vorbild der *rei vindicatio*.

[231] Vgl. Paul. 12 ed. D. 6.1.8; vgl. Paul. 9 Plaut. D. 30.27 i. f.; jeweils zum Verhältnis von ideellen Bruchteilen und konkreten Eigentumsobjekten

[232] Marcell. 21 dig. D. 9.2.34; D. 9.2.36, eingeschoben (wenn formell justinianische „Dogmatisierung“, dann jedenfalls inhaltlich „klassizistisch“) Ulp. 18 ed. D. 9.2.35.

[233] Iul. 33 dig. D. 30.84.13, zur auf Dinglichkeit hindeutenden Formulierung siehe → § 60 Rn. 2. *Knütel/Kupisch/Rüfner/Seiler*, CIC V 559 nehmen freilich an, dass wie in D. 33.7.12.43 ein Vermächtnis mit auch schuldrechtlicher Wirkung ausgesetzt worden sei, s. Fn. 4 a. a. O.

[234] Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.4.

131 Liegt auf der Sache ein Fiskalpfandrecht, hindert dies den Eigentümer nicht an der Vindikation (gegen andere Private).[235]

132 Für den Schutz des aus Gefangenschaft Zurückgekehrten gelten die Regeln des *postliminium*,[236] auch nachklassisch.[237] Auch wer *rei publicae causa* abwesend war,[238] hat gegen den (usukapierenden) Besitzer nach Rückkehr noch ein *annus utilis* für die Herausgabeklage.

133 Wenn Justinian den klassischen Juristen Diskussionen über ein *dominium vindicare* aus *habitatio* zuschreibt,[239] ist dies nicht als historische Aussage über den technischen Begriff zu verstehen.

134 Üblicherweise wird in der Lit. vermerkt, die *rei vindicatio* stehe nur dem nichtbesitzenden Eigentümer zu. Das ergibt sich aus ihrer Funktion, und keine klassische Stelle steht dem entgegen.[240]

b. Veränderungen nach Litiskontestation

135 Hat der Eigentümer nach der *litis contestatio* das Eigentum durch Ersitzung an den Besitzer verloren, darf die Vindikation nicht funktionslos werden (denn gerade gegen dieses Risiko soll sie schützen). Der Besitzer muss ihm also gleichwohl die Sache übereignen[241] und auch gegen sonstige Gefährdungen des Eigentums, etwa Verpfändung und Freilassung,[242] Sicherheit leisten.

136 Daher erfüllt der Beklagte seine Verpflichtung aus der *actio ad exhibendum* nicht, wenn er die Sache nach Prozessbegründung zwar vorlegt, aber als (nunmehr) ersessen (→ § 65 Rn. 88); er muss sich vielmehr auf die Vindikation *repetita die* einlassen (und

[235] Pomp. 39 Q. Muc. D. 50.17.205 (auch wenn man der näherliegenden Lesart *interdum* folgt).

[236] Lit. bei *Baldus*, Espacios (2017) 347–357; s. insb. *Barbati*, ACost. XX 587–813 (776–789 zu Immobilien).

[237] Diocl./Max. C. 3.32.24 (a.294): *citra beneficium actionis rescissoriae directa permanet integra vindicatio*; Diocl./Max. C. 7.35.6 (a.294) stellen klar, dass Zeitablauf dem Vindikationsgegner in Fällen des *postliminium* nichts nützt; gleiche Linie bis weit in nachklassische Zeit, s. nur Valentin./Valens/Grat. (a.366), interessant wegen der verschiedenen Versionen: Cod. Theod. 5.7.1; C. 8.50.19; Brev. 5.5.1 und *interpretatio*. Diocl./Max. C. 2.53.5 (a.294) geben dem Erben nach dem Tod der Erblasser in Gefangenschaft eine Herausgabeklage nach dem Vorbild der *utilis actio* bei *in integrum restitutio*.

[238] Alex. C. 2.50.3 (a.223).

[239] Iust. C. 3.33.13 pr. (a.530), vgl. § 1.

[240] In Inst. 4.6.2 i. f. wird zwar für einen Fall, in dem *qui possidet nihilo minus actoris partes optinet*, auf nähere Behandlung in den Digesten verwiesen; dieser Fall ist aber nicht identifiziert („rätselhaft" nach *Kaser*, RP I 432).

[241] Beim Sklaven also: zurückmanzipieren, *Wimmer*, Besitz (1995) 53.

[242] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.18. Weiteres dazu, dass die Klageerhebung die Ersitzung nicht unterbricht, bei *Kaser*, RP I 423 und *Wimmer*, Besitz (1995) 53. Zur *cautio de dolo* vgl. *Wimmer*, Besitz (1995) 57; *Gaulhofer*, Metus (2019) 318–321.

von diesem zurückgerechneten Zeitpunkt an auch Früchte erstatten, soweit er nach allgemeinen Regeln dazu verpflichtet ist).[243]

Ulp. 13 ed. D. 4.7.4 pr. löst den Fall der Übereignung an einen gutgläubigen Dritten (der dann ersessen hat) unter Hinweis auf das Edikt *de alienatione iudicii mutandi causa facta*.[244] **137**

Justinian stellt bei gläubigerbenachteiligenden Übereignungen an Dritte das Eigentum des Gemeinschuldners wieder her, nämlich um den Gläubigern Zugriff gegen die Dritten zu verschaffen; dieser ist als *rem petere* konstruiert.[245] **138**

Geht das Objekt nach Litiskontestation unter (zum Erfordernis der Sachexistenz → Rn. 80–100), so stellt sich die Frage, unter welchen Bedingungen der Beklagte gleichwohl verurteilt werden kann (→ Rn. 297 f.). **139**

Vereinzelt wird die Frage nach der (fortbestehenden) Existenz des Objekts mit dem bereicherungsrechtlichen *locupletior*-Kriterium verbunden. Dies überrascht nicht, soweit es um eine an die Stelle der Vindikation tretende *condictio* geht (zur Konkurrenz → Rn. 336–339).[246] Hingegen ist bisweilen[247] die tatbestandliche Einschlägigkeit der *rei vindicatio* problematisch; zur diskutierten *exceptio* → Rn. 270.[248] **140**

c. Vererblichkeit

Die aktive Vererblichkeit wird in mehreren Stellen vorausgesetzt; dies ist unproblematisch, da der Erbe des früheren Eigentümers selbst Eigentümer wird. Zur Passivlegitimation siehe → Rn. 156–164. **141**

[243] Paul. 26 ed. D. 10.4.9.6.

[244] Vgl. dazu → § 109 Rn. 3, 10). Zum Verhältnis zwischen diesem Edikt und der Figur des *dolo desinere possidere* vgl. *Marrone*, AUPA 36 (1976) 401–407 (= Scr. II 285–291): Der spezifische *dolus*, dessen Bekämpfung das Edikt gedient habe, sei darauf gerichtet gewesen, den Kläger zu einem prozessual weniger günstigen Vorgehen gegen einen anderen Gegner zu zwingen (aaO. auch zu verbleibenden Kumulationsfällen). Weiterhin *Kupisch*, Vindicatio utilis (1974) 254 f.

[245] Inst. 4.6.6.

[246] So in Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.18; Ulp. 36 Sab. D. 24.1.33.1. Iul. 5 Min. D. 24.1.39 erklärt sich dann, wenn man aus dem Gebrauch von *petere* nicht auf eine *rei vindicatio* schließt. Näher zur Konstellation *Misera*, Bereicherungsgedanke (1974) 31–38 (37). Die Münzen, die der Ehemann in diesem Bereicherungsdreieck fordern kann, standen zuvor nicht in seinem Eigentum. Erklärungsbedürftig ist, dass keine Rückforderung einer unwirksam vom Ehemann geschenkten Sache stattfinden soll, wenn der Vermögenssaldo keine Bereicherung mehr aufweist (so aber Ulp. 31 Sab. D. 24.1.7.1). Auch die Gewährung einer Berufung auf den Wegfall der Bereicherung ist nicht evident. *Misera*, Bereicherungsgedanke (1974) 138–141 ventiliert eine unterhaltsrechtliche Deutung. Anders *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 213 f.

[247] Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.17.

[248] Auch Paul. 6 quaest. D. 24.1.55 nimmt das *locupletior*-Kriterium in Bezug, die Vindikation ist dort aber nur Vergleichsfall.

d. Beweislast

142 Die Beweislast für das Eigentum liegt beim Kläger: nach allgemeinen Regeln.[249] Er muss (wegen der Unmöglichkeit sofortigen gutgläubigen Erwerbs)[250] beweisen, dass er vom Berechtigten erworben hat,[251] ggf. also eine auf ihn zuführende Erwerbskette. Darüber hinausgehende Vermutungen zu Gunsten des Besitzers, deretwegen man von der sog. *probatio diabolica* gesprochen hat, sind nachantik.[252] Attraktiv war daher die Beklagtenrolle, in die man namentlich über ein Besitzinterdikt kommen konnte.[253]

143 Wie ein Eigentümer wird gestellt nach der *Publiciana* (Fiktion des Fristablaufs) der Ersitzungsbesitzer (→ § 63 Rn. 15); weiterhin (aber nur *causa cognita*) der Superfiziar (→ § 48 Rn. 3, 14 f.), für den Ulpian generisch von einer *actio in rem* spricht,[254] ebenso wie Paulus[255] für den Vectigalpächter (mit ausdrücklicher Betonung, dass dieser nicht Eigentümer sei). Ulpian verlangt dafür freilich Bedienung der Pachtforderung.[256]

144 Der Besitzer, dem der Kläger den Eid zugeschoben hatte,[257] wird mit der beeideten Aussage gehört, die Sache gehöre ihm; die Klage ist dann abzuweisen (→ Rn. 269).

e. *Longi temporis praescriptio*

145 Zur *longi temporis praescriptio* (→ § 44 Rn. 34 f.) ist der Quellenbefund mager. Sie geht auf eine ursprünglich wohl als sondergesetzlich gedachte Anordnung von Septimius Severus und Caracalla aus Ägypten[258] zurück und konnte sich dann vor allem in den Provinzen neben und anstelle der *usucapio* halten.[259] Üblich ist angesichts der schlechten Quellenlage[260] eine Qualifizierung als „eigentumsähnliche Position“,[261] deren Wir-

---

[249] Vgl. *Wacke*, SZ 109 (1992) 411–449.

[250] Vgl. Ulp. 46 ed. D. 50.17.54.

[251] Von der *origo rei* sprechen Diocl./Max. C. 4.24.10.1 (a.293). Zur Stelle *Harke*, Iuris prudentia (2019) 323 f.

[252] Vgl. erneut → Rn. 41, 44.

[253] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.24.

[254] Ulp. 16 (17?) ed. D. 6.1.75: soweit die Verflechtung mit D. 6.1.73.1, nach der *inscriptio* aus Ulp. 17 ed., inhaltlich das Richtige wiedergibt (was nach dem erläuternden Einschub Paul. 21 ed. D. 6.1.74 denkbar ist).

[255] Paul. 21 ed. D. 6.3.1.1; D. 6.3.3. Das Frg. 1 behandelt die unbefristete, das Frg. 3 die befristete Pacht.

[256] Sofern der Verkettung zu trauen ist: Ulp. 17 ed. D. 6.3.2.

[257] Allgemein zur Eidesdelation → § 12 Rn. 82–97, § 13 Rn. 58.

[258] Von 199 n. Chr.; BGU I 267; ausführlicher P.Stras. 22; FIRA I 437–442. Zu den Dokumenten *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 74 f. und öfter.

[259] Den maßgeblichen Forschungsstand bezeichnet nach wie vor *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969); dort mehrfach (zusammenfassend 103 f., 111) zu den Grenzen einer vergleichenden Erklärung aus der *usucapio*. *Kaser*, RP I 424 f. und *Kaser*, Ius gentium (1993) 113 f. folgt *Nörr*. Vgl. jetzt aber näher *Lehne-Gstreinthaler*, SZ 137 (2020) 163–172: Indizien für klassischen Ursprung.

[260] Die Quellen sind gering an der Zahl, und terminologische Varianten erschweren die Zuordnung bisweilen. Vom einer *diuturni silentii praescriptio* spricht etwa Gord. C. 4.52.1 (o.A.).

[261] *Kaser*, RP I 424 f.

kungen auf der Passivseite denen einer *exceptio* verglichen werden.[262] Für eine vindikationsähnliche Klage zum Schutz dieser Position sind die Indizien schwach.[263] Jedenfalls nachklassisch ist die Vorstellung, der Besitzer einer Sache[264] könne durch *longi temporis praescriptio* und Eid die Aktivlegitimation im Vindikationsprozess erlangen.[265]

Auf der Passivseite betrachten bereits Diokletian und Maximian die *longi temporis praescriptio* als Sperre für alle (rein) dinglichen Klagen.[266] **146**

Justinian diskutiert in der Absicht umfassender Regelung einige Fragen zur *longi temporis praescriptio* in den Codextiteln 7.33–35.[267] Vindikationsaspekte stehen dabei jedoch nicht im Vordergrund. **147**

f. Sonderregeln

Zum *postliminium* auf der Aktivseite des Vindikationsstreits siehe → Rn. 132. **148**

Das späte Kaiserrecht enthält Sonderregeln für den Eigentumserwerb und -erhalt zugunsten der Kirche,[268] außerdem weitere eigentumsrechtlich relevante Aussagen kirchenrechtlichen Einschlags über den Erwerb durch Geistliche und Konfiskation des Gutes von Häretikern.[269] **149**

6. *Si paret fundum …* : Objektsbezeichnung

Unabhängig von der für den modernen Juristen materiellrechtlichen Frage danach, was Objekt der Vindikation *sein* kann, stellt sich die auch für die Römer rein prozessuale, wie das Objekt zu *bezeichnen* ist. Sie ist jedenfalls für die Zeit der formularen Prägung des Vindikationsprozesses von nicht zu unterschätzender Bedeutung. **150**

---

[262] So bei *Kaser*, RP I 424.

[263] Pap. 10 resp. D. 41.3.45 pr. lässt allenfalls indirekte Schlüsse auf Grundstücke zu, die nicht *iuris gentium* sind (*Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 97 f.); der bisweilen hergestellte Bezug zu Paul. 19 ed. D. 6.2.12.2 ist spekulativ (zu Recht sehr vorsichtig *Nörr* a. a. O. 100 f.). Von einer Klage des aus *longi temporis possessio* Berechtigten *ad vindicandam eandem rem* spricht erst Iust. C. 7.39.8 pr. (a.528) und muss dabei die Unklarheit der *veteres leges* einräumen.

[264] Noch weiter vom klassischen Recht entfernt sind etwa die Regelungen über den Wechsel der Berechtigung an *coloni* durch Zeitablauf, s. Honor./Theod. Cod. Theod. 5.18.1 (a.419).

[265] Ulp. 22 ed. D. 12.2.13.1 mit Julianzitat (wohl itp., s. auch *Nörr*, Longi temporis praescriptio (1969) 32). *Harke*, Eid (2013) 67 f. betrachtet den Hinweis auf die *longi temporis praescriptio* als itp. (für *usucapionem*). Klassizität jetzt *Lehne-Gstreinthaler*, SZ 137 (2020) 170 f.

[266] Diocl./Max. C. 3.31.7.1 (a.294), wohl der *hereditatis petitio* zuzuordnen. Von einer *longi temporis possessio* sprechen (mit restriktiver Berechnungsmethode) dieselben Kaiser: Diocl./Max. C. 3.32.26 (a.294).

[267] Programmatisch etwa Iust. C. 7.33.12 pr. (a.531). Vgl. auch → § 44 Rn. 34–38.

[268] Vgl. etwa Leo/Anthem. C. 1.2.14.4 (a.470): Grundstücke; Iust. C. 1.2.21 pr. (a.529): Kultgefäße. Iust. C. 1.2.23.3 (a.530): hundertjährige Verjährung.

[269] Vgl. nochmals → Rn. 6.

151 Die Kernstelle, in der zugleich die Brücke zur objektiven Abgrenzung der Vindikationsgegenstände geschlagen wird, ist Paul. 6 ed. D. 6.1.6:[270] *Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat: appellatio enim rei non genus, sed speciem significat.*

Wenn jemand auf eine Sache klagt, dann muss er die Sache bezeichnen, und ob er sie ganz oder einen Anteil verlangt. Der Ausdruck „Sache" bedeutet nämlich nicht die Gattung, sondern die einzelne Sache.

152 Das wird an Beispielen ausgeführt (Stoffe; Gefäße; Sklave;[271] Grundstück[272]). Kontrovers ist, was aus der Stelle für das Maß der Präzision einzelner Objektsarten folgt, insbesondere, ob Gleichlauf zwischen der *intentio* und den Beweiserfordernissen im späteren Prozessverlauf folgt oder nicht. Die Frage konzentriert sich auf die Deutung des Wortes *species*. Unterschiedliche Ergebnisse entstehen vor allem, wenn Geld vindiziert wird: Sieht man die bloße Angabe einer Summe als für die Klageerhebung hinreichend an, so konnte auch ein Prozess über beim Beklagten möglicherweise vorhandene, aber nicht unterscheidbare Geldzeichen immerhin beginnen.[273]

153 Der bloße (gemeinsame) Irrtum in der Bezeichnung schadet auch prozessual nicht.[274] Nach Celsus führt der in Unkenntnis des Wahlrechts auf eines von mehreren Objekten beschränkte Antrag beim Wahlvermächtnis hingegen zum Verlust des Alternativobjekts.[275]

154 Problematisch ist der Fall, dass der Kläger aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen das Klageziel nicht präzise angeben kann. Gaius lässt hier eine *vindicatio incertae partis* zu, spezifisch für Unsicherheiten, die aus der *lex Falcidia* resultieren,[276] zugleich unter – wohl schon klassischer – Verallgemeinerung.[277] Der Bezug auf die *Falcidia* fügt sich dazu, dass Ulpian im Erbrecht bei vom Kläger nicht zu verantwortender Unsicherheit eine synonym als *vindicatio* und *hereditatis petitio incertae partis* bezeichnete Klage gibt.[278]

155 Kein Fall der *vindicatio incertae partis*, sondern ein Regelfall der *rei vindicatio* ist nach heute h. M. die Grenzstreitigkeit *de loco* (→ Rn. 322), dies mit der Konsequenz, dass der

---

[270] Aus der Lit. etwa *Schermaier*, Materia (1992) 276–279.

[271] Dazu auch Pomponius bei Ulp. 16 ed. D. 6.1.5.5. Zur näheren Identifikation des Vindikationsobjekts durch den Formeleinschub *qua de agitur* s. *Babusiaux*, Quod actum (2006) 14 f.

[272] Zur Bezeichnung ideeller Grundstücksteile (und zur materiellen Rechtslage) Paul. 12 ed. D. 6.1.8. Zur Bezeichnung der Grundstücksgrenze bei der *controversia de loco* → Rn. 322.

[273] Dafür gegen die herrschende Auffassung und mit ausführlichen Nachweisen *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 27–56.

[274] Ulp. 16 ed. D. 6.1.5.4 für ein Grundstück.

[275] Cels. 18 dig. D. 31.19; ebenso die Leistung auf das alternativ gefasste Urteil (dies, weil mit Erfüllung der Anspruch erlischt).

[276] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.76.1; → § 100 Rn. 40. Vgl. auch das bei Scaev. 5 resp. D. 35. 2. 26 pr. behandelte Problem.

[277] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.76 pr.,1 i. f.

[278] Ulp. 5 ed. D. 5.4.1.5.

Kläger in der *intentio* den Grenzverlauf beschreiben muss und das Risiko einer *plus petitio* trägt.[279] Die damit erforderliche Annahme, in der Formel genüge die namentliche Bezeichnung des Grundstückes dann nicht, ist mit dem Wortlaut von Paul. 6 ed. D. 6.1.6 i. f. (*et quo loci sit*) gut vereinbar. Sie geht jedenfalls weniger weit als die von der Gegenmeinung[280] postulierte Existenz einer Adjudikationsklausel für solche Fälle. Im Hintergrund steht die Grundsatzfrage nach plausiblen Annahmen über das ursprüngliche Verhältnis von *iudex* und *arbiter* (→ § 9 Rn. 28, 51–56, § 78 Rn. 18)

7. Passivlegitimation

Das Prinzip der Pekuniärkondemnation[281] (→ § 13 Rn. 68) ermöglicht es, auch Nichtbesitzer zu verklagen: Zahlen kann prinzipiell jeder, notfalls im Wege der Gesamtvollstreckung. **156**

Die Vorstellung, Besitz sei eine sozusagen natürliche Voraussetzung der Passivlegitimation zur Vindikation, ist modern; prägend dafür wirkten die Einführung des Naturalvollstreckungsprinzips und die dogmatische Verfestigung der Besitzlehre. In Rom ist *possessio* ein durchaus uneinheitliches normatives Konstrukt, dessen Grundlagen in der Besitzzuweisung für die Zeit des Verfahrens im Legisaktionenprozess liegen (→ Rn. 28). **157**

Die klassischen Juristen können daher, in der textlichen Lücke der Formel, zwar im Grundsatz ein *possidere* verlangen (a.), diesem aber vorsätzliche Besitzaufgabe (b.) und vorsätzliche Besitzvorspiegelung (c.) gleichstellen. Besondere Fragen stellen sich bei der *rei vindicatio* gegen den Erben des Besitzers (d.). Fragen des Besitztitels beschäftigen im Zusammenhang der Sachvindikation erst die Spätantike (e.). **158**

Insgesamt spricht einiges für die Annahme, dass die Passivlegitimation in klassischer Zeit zunächst durch Gleichstellung anderer Situationen mit dem tatsächlichen Besitz (bei Streitbefestigung und Urteil) erweitert wurde, dann durch Übertragung der weiten Kriterien aus der *actio ad exhibendum* auf die Sachvindikation. Diese Entwicklungen fanden im nachklassischen Recht deswegen keine lineare Fortsetzung, weil nunmehr bestimmte verfestigte Formen tatsächlicher Herrschaft in verschiedener Weise auf der Aktivseite geschützt wurden, die klassische Grundsituation der Vindikation also in Konkurrenz zu anderen Instituten trat.[282] Dies wiederum wurde auch von Justinian nicht vollständig rückgängig gemacht. Daher stehen verschiedene Stadien der dogmatischen Entwicklung zur Passivlegitimation in den Digesten nebeneinander. **159**

[279] So *Vinci*, Fines regere (2004) 431–444.

[280] Ausführlich *Cromme*, Vindicatio (1971) 135 auf der Grundlage von *Broggini*, Iudex (1957) 166.

[281] Umfassende Synthese mit Blick auf die formulare *rei vindicatio* bei *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 249–320.

[282] Größerer Zusammenhang dieser Entwicklung ist die Tendenz zur Auflösung der scharfen Grenze zwischen Eigentum und Besitz in nachklassischer Zeit.

160 Noch weitergehend lässt sich überlegen, ob *possessio* und *possidere* deswegen keine idealen Kategorien für die Begrenzung der Passivlegitimation gaben, weil in *possessio*/*possidere* typischerweise die Zuweisung einer aktiven Handlungsbefugnis verschlüsselt ist.[283]

161 Hintergrund der einzelnen dokumentierten Fragen ist eine Schulkontroverse, die sich wie folgt zusammenfassen lässt: Unstreitig ist passivlegitimiert, wer im Zeitpunkt der Litiskontestation wie auch in dem der Urteilsfällung besitzt. Das *restituere* (→ Rn. 200–209) ist dann jedenfalls möglich. In beiden Zeitpunkten (und auch dazwischen) kann es aber sein, dass kein Besitz besteht, und bis zum Urteil wird es überdies wegen der Möglichkeit eines *iussum de restituendo* (→ Rn. 200) oftmals nicht gekommen sein. Leistet der Beklagte nach Litiskontestation, aber vor Verurteilung, so war schulkontrovers, ob ein (klageabweisendes) Urteil noch möglich war.

162 Diese Kontroverse wird in eine Entwicklung eingeordnet, bei der die tatsächliche Möglichkeit zur Rückgabe eine immer größere Rolle eingenommen habe: Dieser Rekonstruktion zufolge wurde vorklassisch nach der Litiskontestation ohne Rücksicht auf die Besitzlage verurteilt (wie es das Prinzip der *condemnatio pecuniaria* eben ermöglicht), solange nicht restituiert war. In der Klassik sei es dann zu einer Berücksichtigung der *possessio* (sowie eventuell der Gründe für deren Verlust und weiterhin eventuell eines nur vorgespiegelten Besitzes) gekommen, wobei spätklassisch anstelle des *possessio*-Modells der Gedanke der *facultas restituendi* für die *rei vindicatio* fruchtbar gemacht worden sei.[284] Schwierigkeiten bereitet in diesem Modell vor allem die Bestimmung der Kriterien, nach denen ein anfänglicher oder späterer Besitzverlust den Beklagten entlasten konnte, zumal einige der relevanten Stellen auch aus der Sicht einer moderaten Textkritik nicht ohne Weiteres als belastbar gelten dürfen.

163 Insoweit ist zu unterscheiden zwischen den denkbaren Zeitpunkten des Besitzverlustes einerseits und der subjektiven Seite beim Beklagten (*dolus*?) andererseits.

164 Im Folgenden wird die prinzipielle Plausibilität des Modells angenommen, weil es die geringsten Eingriffe in den Textbestand erfordert und weil es erklären kann, warum das *possessio*-Kriterium sich nur eingeschränkt in die prozessuale Funktionalität der Sachvindikation fügte.

a. *Possidere*

165 Mehrere zentrale Aussagen enthält Ulp. 16 ed. D. 6.1.9.[285]

166 Der *iudex*,[286] nicht der Prätor, muss prüfen *an reus possideat*,[287] es kommt danach also jedenfalls nicht allein auf den Zeitpunkt der Litiskontestation an, soweit Ulpian sich hier noch auf den Formularprozess beziehen sollte (s. bereits → Rn. 67 f.).

[283] Dazu *Baldus*, Possessores (in Vorb.).

[284] Näher *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 282–298.

[285] Vgl. zum Text zunächst *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 284–287.

[286] Vgl. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 285.

[287] Das genügt noch nicht für eine Interpolationsannahme, denn *possessio* ist auch faktisch bestimmt, sodass eine Zuweisung zur Handlungssphäre des *iudex* im Formularverfahren nicht fernliegt.

Hintergrund der Frage nach dem Zeitpunkt ist eine Veränderung, die üblicherweise auf die Frühzeit des Formularprozesses datiert wird:[288] Anders als im Legisaktionen- und möglicherweise auch noch im Sponsionsverfahren muss die streitbefangene Sache nicht mehr *in iure* vorliegen (→ Rn. 43), sodass die Frage nach den tatsächlichen Herrschaftsverhältnissen sich jedenfalls stellen kann. **167**

Erwirbt der Beklagte den Besitz erst nach Litiskontestation, so genügt dies nach prokulianischer Lehre, der sich Paulus anschließt.[289] **168**

Die Unterscheidung *possessio*/*possessor* – *detentio*/*detentor* ist in der heute tradierten Form nachantik und auch im nachklassischen Recht nur punktuell radiziert.[290] Auch im justinianischen Recht erscheint *possessio* als prägendes Merkmal der Passivlegitimation.[291] Die Aussage, bloße Detentoren seien nicht passivlegitimiert gewesen, korrespondiert daher nicht immer mit antiken Sichtweisen und jedenfalls nicht mit antiker Begrifflichkeit. **169**

Zur Ersetzung des Besitzes durch dolose Besitzaufgabe (*dolo desinere possidere*) → Rn. 180–187 bzw. Vorspiegelung in Wahrheit nicht existierenden Besitzes (*liti se offerre*) → Rn. 188–191. **170**

Was aber heißt *possidere* für die spätklassische Zeit, also den Schwerpunkt unserer Quellen, die *possessio* des Beklagten zumindest als Regelfall zugrunde legen? Gegen Pegasus und andere, die Interdiktenbesitz verlangen,[292] vertritt Ulpian in D. 6.1.9, soweit ersichtlich als erster: *puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.…* ich aber meine, man könne gegen alle klagen, die Inhaber sind und die Möglichkeit zur Herausgabe haben. **171**

Diese weite Definition ist auch anderwärts zu finden, namentlich[293] bei der *actio ad exhibendum*, hier relevant als Vorschaltklage zur Vindikation (→ Rn. 10).[294] Das Nebeneinander von *tenere* und *facultatem restituendi habere* wirft Fragen auf. *Tenere* ist in dinglichem Zusammenhang ansonsten klassisch spärlich belegt,[295] etwas häufiger jus- **172**

[288] *Kaser*, RP I 433: „wohl schon im klassischen Formularprozess aufgegeben". Eine genauere zeitliche Bestimmung dürfte kaum möglich sein.

[289] Paul. 21 ed. D. 6.1.27.1 (am Anfang des Paragraphen erscheint Besitz zu beiden Zeitpunkten freilich noch als Regelfall). Vgl. als Parallelentscheidung zur *actio de peculio* (für die wiederum u. a. Proculus zitiert wird) Ulp. 29 ed. D. 15.1.30 pr. Dass Paulus in Paul. 17 Plaut. D. 5.1.24.2 auf die *praesens possessio* bei Klageerhebung abstellt, erklärt sich als Bezug auf den Regelfall in einem anderweitig problematischen Zusammenhang.

[290] So spricht Iust. C. 7.39.8.1a (a.528) vom *iniustus detentor* und im selben Zusammenhang vom *iniustus possessor* als Passivlegitimiertem; ähnlich § 2.

[291] Inst. 4.1.19 (21).

[292] Nach *Kaser*, Eigentum (1956) 287 f., handelt es sich bei dieser Meinung um einen Reflex eines in den Anfängen des Sponsionsverfahrens bestehenden Erfordernisses, zunächst das Interdiktenverfahren durchzuführen. Aus neuerer Zeit zum Verhältnis zwischen Sachvindikation und *interdictum quem fundum* bei Grundstücken *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 274–278 (→ Rn. 306–311).

[293] Zum Publikanenedikt vgl. Gai. 13 ed. prov. D. 39.4.13.4.

[294] Vgl. einstweilen *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 271–274.

[295] Gaius verwendet *tenere* sonst anders, etwa zur Beschreibung physischen Haltens bei Ritualen.

tinianisch[296] (anders allerdings bei Diokletian).[297] Ulpian zieht möglicherweise aus der praktischen Verflechtung[298] von *actio ad exhibendum* und *rei vindicatio* den Schluss, auch das Besitzerfordernis bei der Vindikation als *facultas restituendi* zu fassen.

173 Unsicher ist hier, ob dafür eine lediglich faktische Herausgabemöglichkeit genügt oder ob der faktische Sachherr auch herausgabe*befugt* sein muss. Vorzugswürdig ist die Deutung, beides sei kumulativ erforderlich.[299]

174 Ulpian tritt der dogmatischen Verwirrung im Felde der *rei vindicatio* entgegen, indem er ein dieser Klage funktionsgerechtes Kriterium formuliert. Wer herausgeben kann und darf, *qui tenet et habet restituendi facultatem*, gegen den ist sinnvoll zu vindizieren. Ob man das *possessio* nennt oder nicht, ist sekundär.

175 Die *possessio* kommt dogmengeschichtlich aus dem Bereich der Interdikte und aus dem der Ersitzung. Sie ist ein strukturell Aktivlegitimation schaffendes und markierendes Kriterium. Für die Passivlegitimation in der *rei vindicatio* passt sie folglich schlecht. So erklärt sich, dass Ulpian sich mit *ego autem puto* der festgefahrenen Diskussion entzieht; und es ist nachvollziehbar, dass er dafür die Diskussion zu *actio ad exhibendum*, Interdikten und *hereditatis petitio* verwertet.[300]

176 Passivlegitimiert ist der Besitzer auch dann hinsichtlich der ganzen Sache, wenn er seinen Besitz als bloßer Miterbe erlangt hat.[301]

177 Unvorsätzlicher Besitzverlust nach Litiskontestation hindert nach klassischem Recht die Verurteilung.[302] Die Kernstelle (Paul. 21 ed. D. 6.1.27.1) wirft zahlreiche Fragen auf; am ehesten plausibel ist die Deutung, der Beklagte könne sich bei Besitzverlust nur entlasten, wenn er (substantiiert) den Entlastungsbeweis führe, dass er den Besitz ohne

---

Bei Paul. 54 ed. D. 41.2.1.5 und Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.22 bezeichnet *tenere* die Sachbeherrschung des Unterworfenen, durch den ein anderer im Rechtssinne besitzt (zu diesen beiden Texten *Klinck*, Erwerb (2004) 50 f. bzw. 251 f.). Ulp. 40 Sab. D. 47.2.19.6 nennt den *tenens* neben dem *possidens*.

[296] Bedeutungsidentisch oder -ähnlich mit *possidere* in pfandrechtlichem Zusammenhang in Iust. C. 8.21.2.1 (a.530) und C. 8.25.11.2 (a.532); ehegüterrechtlich Iust. C. 5.12.29 pr. (a.528); zur *longi temporis praescriptio* Iust. C. 7.33.12.3b (a.531).

[297] *Tenere* im Zusammenhang dinglicher Klagen bei Diocl./Max.: C. 5.12.30 (a.293) (in Abgrenzung zu deliktischen Klagen); C. 4.19.16 (a.294); C. 3.42.8 pr. (a.293): Vindikation und *actio ad exhibendum* (vgl. *Harke*, Iuris prudentia (2019) 287 f.); C. 4.10.7 pr. (a.293) zu passivlegitimierten Inhabern von Pfandsachen; ebenfalls in pfandrechtlichem Zusammenhang (sowie zur *longi temporis praescriptio*) C. 4.24.10.1 (a.293); für die Passivlegitimation des Usukapienten bei Restitutionsansprüchen eines Minderjährigen C. 2.35.1 (a.294); in C. 3.33.8 (a.294) stellen dieselben Kaiser für die Aktivseite fest, dass Fruchtziehungsrechte keine *causa* eines *tenere* seien, aus denen der *tenens* oder dessen Erben Eigentumserwerb konstruieren könnten.

[298] → Rn. 159, § 65 Rn. 68–71. Inwieweit das – nicht sicher bestimmbare – Verhältnis beider Klagen in älterer Zeit dabei nachwirkt, ist für Ulpians Lösungsansatz nachrangig.

[299] Umfassend *Marrone*, Scr. I 155–166; ihm folgend und mwN. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 287.

[300] Vgl. nochmals *Baldus*, Possessores (in Vorb.).

[301] Iul. 55 dig. D. 6.1.55.

[302] Paul. 21 ed. D. 6.1.27.1 und (Geisteskranke, *infantes*) Pomp. 29 Sab. D. 6.1.60.

Arglist (zu dieser → Rn. 181–187) verloren habe.[303] Hingegen müsse eine – dem Beklagten ebenfalls schädliche – bloße *culpa* hinsichtlich des Besitzverlustes vom Kläger bewiesen werden.[304]

Zum dolosen oder fahrlässigen Besitzverlust siehe sogleich → Rn. 180–187. **178**

Auch die Nachklassik hält daran fest, dass der Besitzer den Besitz*grund* im Regelfall nicht nennen muss;[305] erwähnt wird der Punkt bisweilen möglicherweise deswegen, weil immerhin Formulierungen des Typus erscheinen, jemand vindiziere aus einem bestimmten Geschäft.[306] **179**

b. *Dolo malo desinere possidere*

Vorsätzliche Besitzaufgabe nach Litiskontestation beseitigt die Passivlegitimation in der Regel[307] nicht.[308] **180**

Die Ausdehnung dieser Regel auf Zeitpunkte vor Prozessbegründung (*ante litem contestatam*) begründet Paulus[309] durch Übertragung aus dem Recht der *hereditatis petitio* (*SC Iuventianum*, → § 64 Rn. 27–32). Die Stelle ist methodisch bemerkenswert und inhaltlich umstritten, weil aus einer gemeinsamen Natur der *actiones in rem* geschlossen wird.[310] Sei diese systematisierende Begründung, für die sich eine ungefähre Parallele im *Codex Theodosianus* findet,[311] nun klassisch oder nicht, ist doch anzunehmen, dass bereits die klassischen Juristen die sachliche Parallele und eventuell den historischen Zusammenhang (→ Rn. 315) zwischen den beiden Klagen sahen und argumentativ verwerteten, wo – wie hier – Begründungsbedarf bestand. Entsprechend lässt sich annehmen, dass die Ausweitung der Haftung auf vorprozessualen Besitzverlust im spätklassischen Recht zumindest angelegt ist.[312] **181**

Ausgehend vom Grundfall der Besitzaufgabe nach *litis contestatio* werden Probleme diskutiert. **182**

Ist zwar nicht der Besitzverlust vorsätzlich herbeigeführt, wohl aber (bei einem Sklaven) eine Verschlechterung, die dann zum Tod des Sklaven führt, so unterscheidet **183**

---

[303] *Wimmer*, Besitz (1995) 12–32 (17–19).

[304] *Wimmer*, Besitz (1995) 12–32 (19 f.): durchgedrungene sabinianische Ansicht.

[305] Mit den in Arcad./Honor. C. 3.31.11 (a.396, zur *hereditatis petitio*; ausführlicher in Cod. Theod. 11.39.12) genannten Ausnahmen für *pro herede* und *pro possessore*.

[306] Vgl. Gord. C. 5.16.12 (a.243): *ex donatione … vindicas*.

[307] Besonders gelagert ist etwa Ulp. 16 ed. D. 6.1.17 pr., wo Sachverkauf nicht als dolos gewertet wird; vgl. *Wimmer*, Besitz (1995) 94.

[308] Argument aus Paul. 21 ed. D. 6.1.27.1.

[309] Paul. 21 ed. D. 6.1.27.3. Vgl. *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 216–228 und öfter.

[310] Vgl. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 294–298.

[311] Zur Verjährung Theodos. Cod. Theod. 4.14.1 pr. (a.424).

[312] Vgl., auch zu weiteren Quellen, *Wimmer*, Besitz (1995) 39–47.

Paulus:[313] Aus der *rei vindicatio* wird, dogmatisch konsequent, nicht verurteilt, der Kläger aber kann sein Interesse mit der *actio legis Aquiliae* verfolgen.[314]

184 Damit steht in einer gewissen Spannung,[315] dass Gaius[316] die *rei vindicatio* gibt, wenn der Besitzer einen Sklaven oder ein Schiff fahrlässig in Gefahr gebracht hat. Paulus[317] setzt Gleiches voraus. Ulpian[318] differenziert: Alle Besitzer müssen Sicherheit für den fahrlässigen Verlust eines Sklaven leisten, aber der Gutgläubige, der mit der Gegenseite eine Absprache zur Prozessvermeidung getroffen hat (sodass keine Litiskontestation eingetreten ist), nur für *dolus*.

185 Keine vorwerfbare Besitzaufgabe liegt vor, wenn der Depositar die Sache an den Scheineigentümer des deponierenden Sklaven herausgegeben hat; der wahre Eigentümer muss sich an den Scheineigentümer halten und hat gegen diesen jedenfalls bei Bösgläubigkeit die *rei vindicatio* auch im Falle des Sachverbrauchs.[319]

186 Diese Rechtslage wird bisweilen vereinfachend in die Regel *dolus pro possessione est* gefasst,[320] die palingenetisch freilich zur aquilischen Noxalhaftung gehört, nicht zur Herausgabeklage:[321] Wer zu dem Zeitpunkt, für den Besitz verlangt wird, nach durchgedrungener Meinung also zumindest Litiskontestation oder Urteil, aufgrund eigenen vorsätzlichen Handelns nicht besitzt, muss sich als passivlegitimiert behandeln lassen.[322]

187 Diokletian gibt bei Veräußerung der Sache durch den Beklagten dem Kläger die Wahl, gegen wen er vorgehen will.[323]

---

[313] Paul. 21 ed. D. 6.1.27.2. Dazu *Rossetti*, Poena (2013) 101: Wo keine Verbindung zwischen Sachverlust und Schädigung besteht (*ex alia causa mortuus sit*), kann der Schaden nicht mehr in den Vindikationsprozess einbezogen werden. Vgl. auch die nächste Fn.

[314] Das führt zu der Frage nach der jeweiligen Schadensberechnung; zu den hier bestehenden Unsicherheiten vgl. *Wimmer*, Besitz (1995) 82–92.

[315] Vgl. aber *Wimmer*, Besitz (1995) 48 f.

[316] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.36.1.

[317] Paul. 17 Plaut. D. 45.1.91 pr.: *culpa*-Haftung in der *rei vindicatio* als argumentativer Vergleichspunkt für die Stipulationsschuld.

[318] Ulp. 68 ed. D. 6.1.45.

[319] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.32.

[320] Paul. 22 ed. D. 50.17.131.

[321] *Wimmer*, Besitz (1995) 14.

[322] Vgl. *Kaser*, RP I 433 Fn. 15 zu Paul. 22 ed. D. 50.17.131; Ulp. 16 ed. D. 6.1.22 und dazu *Wacke*, Actiones praestare (2010) 86, der für Frg. 21 wie 22 eine Flucht erst nach Litiskontestation annimmt.

[323] Diocl./Max. C. 2.54.1 (a.294); unter Bezug auf das Edikt *de alienatione iudicii mutandi causa facta*.

c. *Liti se offerre*

Passivlegitimiert ist nach einer noch im 2. Jh. streitigen[324] Auffassung auch, wer bei[325] oder nach[326] der Litiskontestation Besitz vorspiegelt. Aus dem uneinheitlichen Quellenbefund ist von manchen die Konsequenz gezogen worden, es liege ein Schulenstreit vor, in dem sich am Ende die Prokulianer mit der Lehre durchgesetzt hätten, eine dingliche Verurteilung sei möglich (sodass es keines Rückgriffs auf die *actio de dolo* oder eine *cautio iudicatum solvi* bedurft habe); andere kommen ohne Bezug auf die Schulen zu einer Durchsetzung der dinglichen Haftung ab der Mitte des 2. Jh.[327] Ob Schulkontroverse oder nicht, jedenfalls stand eine Sanktionslosigkeit des Verhaltens nicht im Raum. Die Juristen scheinen konstruktiv am Ende eine einheitliche Lösung über die *rei vindicatio* vorgezogen zu haben. Das fügt sich zeitlich zu den Unsicherheiten über Tragweite und Bestimmung der *possessio* als Voraussetzung für die Passivlegitimation zur *rei vindicatio*. **188**

Die Regel bekämpft die Gefahr, dass derweil ein Dritter ersitzen könnte. Die Beweislast für das Vorspiegeln trägt der Kläger.[328] Der wahre Besitzer bleibt auch nach einem Urteil gegen den Scheinbesitzer passivlegitimiert;[329] die daraus resultierende doppelte Befriedigungsmöglichkeit für den Kläger wird daraus erklärt, dass der Beklagte bei der *oblatio liti* eine Sanktion tragen muss, nicht einen Preis zahlt.[330] **189**

Schon Diokletian muss klarstellen, dass der Besitzer (und nicht der Verkäufer der von einem Dritten verlangten Sache) passivlegitimiert ist.[331] **190**

Konstantin ordnet für den, der provinzialen Grund in fremdem Namen „besitzt“, die Bestimmung einer Frist zur Benennung des *dominus* an.[332] **191**

---

[324] Die wohl jüngste Quelle, die noch *de dolo* haften lässt, ist Gai. 27 ed. prov. D. 4.3.39. Für die siegreiche „vindikatorische“ Position wird u. a. Cels. 4 dig. D. 5.3.45 zitiert; dort ist freilich zumindest nicht ausdrücklich von der dinglichen Klage die Rede und ein Passus auffällig (nur knapp zum letzten Punkt *Wacke*, Actiones praestare (2010) 99). Der erste sichere Beleg ist Marcellus in Ulp. 70 ed. D. 6.1.25 (s. sogleich).

[325] Paul. 2 Plaut. D. 6.1.27 pr.

[326] Ulp. 70 ed. D. 6.1.25: vorher unschädlich. Zum Bezug der Stelle vgl. *Bürge*, SZ 112 (1995) 7: *interdictum quem fundum*; *Spengler*, Interrogatio (1994) 148 f. (mit Zweifeln an der Aussagekraft des Textes): *rei vindicatio*. Ebenso *Wacke*, Actiones praestare (2010) 103. Wichtig ist der Text wegen des Marcelluszitats, das auf einen Wendepunkt in der Diskussion hindeutet (*Wacke*, a. a. O. 103).

[327] Näher *Wacke*, Actiones praestare (2010) 96–106.

[328] S. Paul. 21 ed. D. 6.1.27 pr.; vgl. auch Paul. 2 Plaut. D. 6.1.26.

[329] Pedius bei Paul. 11 ed. D. 6.1.7 für einen *fundus*. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 291: aus *actio de dolo*.

[330] So *Wimmer*, Besitz (1995) 121 Fn. 528, mit Parallele zum *dolo desinens*.

[331] Diocl./Max. C. 3.19.1 (a.293) mit Betonung des Umstandes, dass es auf die bessere oder schlechtere räumliche Erreichbarkeit der potentiellen Beklagten (*in alia provincia*) nicht ankomme.

[332] Const. C. 3.19.2 (a.331).

d. Passive Vererblichkeit

192 Die Klage ist nicht als solche passiv vererblich, sondern trifft den Erben nur dann, wenn er selbst besitzt; dann haftet er für eigenes Verschulden.[333]

193 Jedenfalls in Situationen der Konkurrenz mit Deliktsklagen[334] genügt auch eigene arglistige Besitzaufgabe seitens des Erben.

194 Ansonsten haftet der Erbe für einen vom Erblasser nach Litiskontestation verursachten Schaden;[335] bei doloser Besitzaufgabe durch den Erblasser vor Litiskontestation nach Julian nicht aus Vindikation, sondern kraft einer *actio in factum* auf die vorhandene Bereicherung.[336]

e. Besitztitel und Beweislast

195 Im klassischen Recht ist der Besitztitel kein abstrakt als Prozessvoraussetzung oder unter allgemeinen Beweislastaspekten zu erörternder Punkt, sondern Frage der konkret erhobenen *exceptio* (→ Rn. 231). Gerade weil nicht nur gegen Besitzer (schon gar nicht nur gegen Usukapionsbesitzer) vorgegangen werden kann und die Frage der Besitzqualifikation für die Passivlegitimation umstritten ist (→ Rn. 171–175), ist auch nur eine solche konkrete Betrachtung sinnvoll.

196 Bei Diokletian hingegen wird bisweilen thematisiert, was der Kläger – in Abhängigkeit von seinen Behauptungen über den Eigentumserwerb – dartun müsse.[337]

197 Konstantin[338] hält prinzipiell am klassischen Beweislastmodell fest, will aber den Besitztitel des Besitzers aufgeklärt sehen, wenn der Kläger beweisfällig wird.

198 Arcadius und Honorius[339] entscheiden, dass der Kläger die Beweislast trägt und deswegen der Beklagte seinen eigenen Besitztitel nicht beweisen muss.[340]

f. Sonstiges

199 Auf eine dingliche Klage wegen Sachen, die der Sohn als Teil seines *peculium castrense* besitzt, muss der Vater sich nicht einlassen.[341]

---

[333] Pomp. 16 Sab. D. 6.1.51.

[334] Ulp. 41. Sab. D. 47.1.1 pr. behandelt eine Vielzahl konkurrierender Klagetypen. *Wimmer*, Besitz (1995) 95 nennt zur Stelle die *condictio furtiva*.

[335] Paul. 26 ed. D. 6.1.42.

[336] Iul. 55 dig. D. 6.1.52. Zu dem schwierigen Text *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 295 Fn. 207; vgl. *Baldus*, IP 4.1 (2019) 433–435.

[337] Vgl. Diocl./Max. C. 4.19.21 (a.294); auch C. 4.19.16 (a.294).

[338] Const. Cod. Theod. 11.39.1 (a.325).

[339] Arcad./Honor. Cod. Theod. 11.39.12 (a.396/402, vgl. *Pharr*, Theod. 341).

[340] Möglicherweise schon in dieselbe Richtung weist der Ausdruck *ex causa donationis vindicare* in der ansonsten auf die Eigentumsfrage bezogenen Stelle Diocl./Max. C. 3.32.15.2 (a.293).

[341] Maec. 1 quaest. fideic. D. 49.17.18.4.

8. *Neque … arbitrio … restitueretur*: Arbiträrklausel und *iussum de restituendo*

Das Prinzip der Pekuniärkondemnation besagt, dass die Herausgabe der Sache weder ausgeurteilt noch vollstreckt wird (→ Rn. 210). Praktisch bedeutsam ist jedoch eine bereits dem Formularverfahren angehörige Relativierung dieses Prinzips durch das *iussum de restituendo*: Wie in einigen anderen Verfahren auch, kann (nicht muss) der *iudex* eine *pronuntiatio* zu Gunsten des Klägers abgeben und den Beklagten zur Herausgabe auffordern (*iussum*). **200**

Ob diese Möglichkeit im Interesse des Beklagten (der solcherart die im Zweifel großzügige Schätzung durch den Kläger vermeidet) oder in dem des Klägers (der möglicherweise Naturalleistung vorzieht) besteht, ist umstritten.[342] Jedenfalls gewinnt damit die Leistungsfähigkeit des Instituts *rei vindicatio*, das Fehlzuordnungen von Objekten vermeiden soll; gutgläubiger Erwerb ist besser als Herrenlosigkeit, aber schlechter als Rückkehr zum eigentlich Berechtigten. Die Restitutionsmöglichkeit nähert die praktische Funktion des Instituts derjenigen einer Klage mit Naturalvollstreckung an. **201**

Restituiert der Beklagte auf das *iussum* hin, so ergeht kein Urteil. Die Restitution kann zunächst versprochen und mit *stipulatio poenae* gesichert werden.[343] Die erfolgte Restitution begründet zumindest bonitarisches Eigentum (vgl. auch zur Problematik dieses Begriffs → § 39 Rn. 7) in der Person des Restitutionsempfängers.[344] **202**

Die Sache muss dort herausgegeben werden, wo sie sich befindet.[345] **203**

Wertminderungen der Sache sind auszugleichen, sonst liegt kein ordnungsgemäßes *restituere* vor. Das hat der *iudex* bei seiner Anordnung zu berücksichtigen.[346] Doch kann der Beklagte, der sich auf den Prozess eingelassen hat und dem kein *dolus* hinsichtlich einer Restitutionsunmöglichkeit zur Last fällt, sich in bestimmten Fällen durch Leistung des Sachwertes befreien.[347] **204**

Wer auf das *iussum* hin restituiert, soll vor bösen Überraschungen aus einem Parallelverfahren geschützt sein, das ein anderer Prätendent betreibt. Im ersten zur Entscheidung über das *iussum* reifen Streit von mehreren wird es daher nur gegen Sicherheitsleistung seitens des Klägers gewährt.[348] **205**

---

[342] Vgl. *Viaro*, Arbitratus (2012); weiterhin *Gaulhofer*, Metus (2019) 178.

[343] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.7 (zum Rechtsschutz des Beklagten gegen doppelte Inanspruchnahme, mit Auffälligkeiten). Zu den denkbaren Sachverhaltsannahmen *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 274–277 (278): Eine erneute *vindicatio* seitens des Klägers liege nahe, das *iussum* habe sich auf die Anordnung der Kaution beschränkt.

[344] *Marrone*, AUPA 24 (1955) 281–296 näher auch zur älteren textkritischen Diskussion.

[345] Lic. 4 reg. D. 5.1.38 (für Vindikationslegate).

[346] Damit wird integriert, was der Kläger aus einer konkurrierenden Deliktsklage fordern könnte, vgl. Ulp. 16 ed. D. 6.1.13,15 und dazu *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 298 Fn. 218.

[347] Dafür spricht jedenfalls Ulp. 16 ed. D. 6.1.15.1; dagegen Lab. 6 pith. a Paul. epit. D. 6.1.79. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 305 sieht in der Labeostelle eine Ausnahme.

[348] Alf. 6 dig. D. 6.1.57 (näher zur Stelle *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 282–284 Fn. 162). Ebenso Ner. 7 membr. D. 5.3.57 zur *hereditatis petitio*; die Entscheidung ist jünger und ausführlicher dokumentiert, womit noch nichts darüber gesagt ist, ob eine Übernahme des Gedankens in der einen oder der anderen Richtung vorliegt.

206 Wer das *iussum* deswegen nicht befolgt, weil er den streitbefangenen Sklaven in einem parallelen Deliktsverfahren zulässigerweise noxal dediert hat, kann nicht aus der *rei vindicatio* verurteilt werden.[349]

207 Unklar ist, ob es klassisch besondere Rechtsfolgen vorsätzlicher Verstöße gegen das *iussum* gab, nämlich bei Handlungen über die schlichte Herausgabeverweigerung hinaus, deren Folge lediglich ist, dass der Beklagte ein (ihm im Zweifel ungünstiges) Urteil riskiert.

208 Für den Fall einer Falschbehauptung des Inhalts, die Herausgabe sei unmöglich, spricht Ulpian[350] von einer Wegnahme *manu militari*; für die vorsätzlich herbeigeführte tatsächliche Unmöglichkeit von einer Litisästimation *sine ulla taxatione in infinitum* (zur *taxatio* → Rn. 216–218). Die Echtheit dieser Aussage[351] ist nicht nur wegen der starken Betonung (sowie wegen des lehrhaft-generalisierenden Duktus v. a. am Ende der Stelle) zweifelhaft: Von solchen Regeln ist sonst nirgends die Rede, und der Vorsatz mochte schwierig zu beweisen sein; die üblichen Schätzungsregeln scheinen ansonsten genügt zu haben. *In infinitum* kommt bei Justinian, aber auch bei Ulpian reichlich vor.[352] Was die – seltene –[353] Wendung *manu militari* für die Vollstreckung (→ Rn. 200–209) angeht, würde sie sich in justinianische Vorstellungen fügen, ist aber dann kein sicheres Interpolationsindiz, wenn man die Quelle dem Kognitionsprozess zuordnet;[354] für eine solche Zuordnung ist wiederum der Hinweis auf den Zwang essentiell. Die Frage ist offen.

209 Ambivalent fällt die Gegenüberstellung mit Furius Anthianus[355] aus: Dieser begründet die (unzweifelhaft richtige) Aussage, niemand müsse sich auf eine *actio in rem* einlassen (→ Rn. 57) mit *quia licet alicui dicere se non possidere*; andererseits soll der Kläger, wenn er dem Beklagten eine Falschbehauptung nachgewiesen hat, auch ohne Eigentumsnachweis den Besitz bekommen. Möglich ist immerhin, dass Ulpian für einen Einzelfall in der *cognitio* entschied und die Generalisierung in D. 6.1.68 später hinzugefügt wurde.

---

[349] Alfenus bei Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 6.1.58 (vgl. nochmals *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 282–284 Fn. 162 [283], sowie *Wimmer*, Besitz (1995) 29 Fn. 158).

[350] Ulp. 51 ed. D. 6.1.68.

[351] Skeptisch etwa *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 301. Für nur begrenzte nachklassische Überarbeitungen und mit Hinweis auf fortbestehenden Forschungsbedarf *Winkel*, St. Metro VI 481–488.

[352] Vgl. namentlich Ulp. 36 ed. D. 12.3.4.2.

[353] Zu Ulp. 68 ed. D. 43.4.3 pr. im Vergleich zu Ulp. 51 ed. D. 6.1.68 jetzt *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 156 f.; Lit. bei *Gaulhofer*, Metus (2019) 213 f.; *Isola*, SZ 137 (2020) 104–115, 119; auch zur Inskription: keine Korrektur von 51 ed. in 51 Sab.

[354] Nach *Winkel* (a.a.O.) liegt ein ursprünglicher Bezug des Textes auf die *cognitio extra ordinem* palingenetisch fern. *Rüfner*, OH RLS 265 greift *Winkels* Gedanken eines durch die Geldentwertung im späten 3. Jh. motivierten epiklassischen Texteingriffs auf.

[355] Fur. ed. D. 6.1.80. Dazu etwa *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 265 Fn. 83: auch der Ausdruck *per iudicem* sei plausibel, da der Text für das Verfahren in iure geschrieben sei; insoweit anders *Wimmer*, Besitz (1995) 44.

9. *Condemnatio*

a. Prinzip[356]

Das Urteil ergeht in Geld. Der Kläger schätzt den Geldwert in zwei (häufigen) Fällen eidlich (*iusiurandum in litem*):[357] bei verweigerter Mitwirkung des Beklagten (der dann *contumax* ist) und bei doloser Zerstörung oder Weitergabe der streitbefangenen Sache. In den so bestimmten Geldwert wird dann verurteilt (*litis aestimatio*).[358] Die zahlreichen Streitfragen zum *iusiurandum in litem*[359] lassen sich nicht sicher auf die *rei vindicatio* beziehen.[360] Sicher übertragbar ist jedenfalls die Aussage,[361] dass der Kläger *ultra rei pretium* schätzen kann (zur *taxatio* → Rn. 216–218). Ist hingegen der Beklagte weder *contumax* noch trifft ihn *dolus* hinsichtlich der Nichtrestitution, so schätzt der *iudex*.[362] **210**

Will der Kläger nicht schwören, obwohl er könnte, so wird lediglich in den (vom *iudex* und daher im Zweifel vorsichtiger geschätzten) Sachwert verurteilt.[363] **211**

Hinweise auf eine weitergehend „objektive" Wertbestimmung sind selten.[364] **212**

Das *peculium* als Rechts- und Sachgesamtheit ist netto zu berechnen, also unter wertmäßigem Abzug der Schulden.[365] **213**

Soweit ersichtlich, wird die Frage, ob der Beklagte mit Herausgabe nach Urteilserlass seine Lage noch verbessern kann, kaum diskutiert.[366] **214**

---

[356] Die ältere Diskussion zum Alter der Pekuniärkondemnation referiert *Ziegler*, Sponsionsverfahren (1967) 71–74. Neuerer Versuch, *iusiurandum in litem* und *contumacia* in ein System zu bringen, bei *Gaulhofer*, Metus (2019) 212–220 (teils gegen ältere Lit.).

[357] Systematisierend Marcian. 4 reg. D. 12.3.5 pr. (und dazu *Harke*, Eid (2013) 171); D. 12.3.5.3: *ob dolum solum*. Vgl. auch Diocl./Max. C. 3.32.21 (a.294) zur *iurisiurandi sollemnitas* als Voraussetzung der Verurteilung.

[358] Der *iudex* ästimiert, nicht der Kläger: präzise Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 6.1.58 i. f.

[359] Zuletzt *Harke*, Eid (2013) 152–186; *Einheuser*, Lex Rivi Hiberiensis (2017) 67–104.

[360] S. aber zu Ulp. 22 ed. D. 12.2.11 → Rn. 269.

[361] Ulp. 51 Sab. D. 12.3.1.

[362] Dieses Bild lässt sich nur durch Übertragung aus anderen Quellen gewinnen, ist aber plausibel. Vgl. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 300–306; s. jetzt *Isola*, SZ 137 (2020) 119.

[363] Paul. 13 Sab. D. 6.1.71; vgl. *Harke*, Eid (2013) 153: Bezug auf die Sachvindikation richtig.

[364] Iul. 32 dig. D. 30.81.4 spricht bei einem Vindikationslegat vom *verum pretium*, dies aber in Abgrenzung zu einer vom Erblasser selbst gegebenen Wertbestimmung. Die spezifische Formulierung ist selten, vgl. aber, ebenfalls zur *lex Falcidia*, Iav. 4 epist. D. 35.2.61 und einige Ulpianstellen: Ulp. 14 ed. D. 35.2.42; Ulp. l. Iul. Pap. D. 35.2.62.1. Ebenfalls von Ulpian sind zwei deliktsrechtliche Texte: Ulp. 37 ed. D. 47.2.50 pr. (*actio furti*); Ulp. 56 ed. D. 47.8.4.11 (*de turba*). Ein *iustum pretium* nennt in einem schenkungsrechtlichen Fall mit Bezug auf die *causa possidendi* Paul. 36 ed. D. 24.1.36 pr. (als Meinung bereits des Pedius). Die Beurteilung aller Texte hängt davon ab, wie strikt man sich die Orientierung der Klassik am Gedanken subjektiver Äquivalenz vorstellt.

[365] Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6 pr.

[366] Vgl. aber *Marrone*, AUPA 24 (1955) 160 f., 165–170 zu einer nicht präkludierten *cognitio extra ordinem* für den Verurteilten sowie zu einer nach Ulp. 75 ed. D. 44.2.9.1 denkbaren *replicatio rei iudicatae*.

b. *Taxatio*?

215 Eine Beschränkung der Schätzungsbefugnis durch magistratische *taxatio*[367] kommt bei dinglichen Arbiträrklagen (wie auch, wegen der häufigen funktionellen Verknüpfung, bei der *actio ad exhibendum*, siehe zur richterlichen *taxatio* → § 65 Rn. 97) nicht in Betracht,[368] weil das richtige Maß erst im Lauf des Verfahrens *apud iudicem* gefunden werden kann.[369]

216 Damit ist aber noch nichts über eine *richterliche* Taxation gesagt.[370] Ulpian[371] spricht für den Fall vorsätzlicher Restitutionsverweigerung (→ Rn. 207) von einer Verurteilung *sine ulla taxatione* (→ Rn. 208). Paulus[372] gibt bei bloßer *culpa* das Klägerinteresse als Schätzungsmaßstab, sagt aber nichts von einer *taxatio*.

217 Die Quellen lassen positiv nichts Belastbares erkennen, sodass eine (richterliche) Taxationsmöglichkeit bei nichtdolosem Handeln weder belegbar noch auszuschließen ist.

c. Rechtsfolgen der Litisästimation

218 Mit der *litis aestimatio* ist der Rechtsstreit beendet, obwohl die Sache nicht herausgegeben ist.

219 Nach *litis aestimatio* und Zahlung darf keine Unsicherheit über die Eigentumslage eintreten. Daher werden ab Julian die Rechtsfolgen eines Kaufs angenommen[373] (Paulus[374] spricht zur Begründung von *transigere* und betont den sofortigen Eigentumserwerb), sofern der Beklagte Besitz an der Sache hat.[375] Der Besitzer wird also ohne auf Eigentumsverschaffung gerichtete Übergabe und *cum causa* Eigentümer.

---

[367] Eigentlich: *praefinitio*, vgl. Gai. 4.51.

[368] Näher (mit Formeln) Gai. 4.51. Ebenso für die *actio ad exhibendum*.

[369] *Nörr*, SZ 112 (1995) 72 (= HIA III 2050).

[370] Über das schwach dokumentierte (vgl. jedenfalls Paul 11 ed. D. 4.3.18 pr. zur *actio de dolo*; Echtheit unsicher, vgl. für Itp. *Kaser/Hackl*, RZ 340) Verhältnis beider Institute *Nörr*, SZ 112 (1995) 70–72 (= HIA III 2048–2050).

[371] Ulp. 51 ed. D. 6.1.68 (möglicherweise itp.) (→ Rn. 209).

[372] Paul. 13 Sab. D. 12.3.2.

[373] Vgl. für die *Publiciana* Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.1 mit Zitat aus Iul. 22 dig.; für die *actio rerum amotarum* Iul. 19 dig. D. 25.2.22 pr. (dazu → § 13 Rn. 73 und *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 137 f.); genauer Bezug des *similis* nicht mehr aufzuklären für Ulp. 75 ed. D. 41.4.3 (vgl. Ulp. 75 ed. D. 44.2.9.2 mit Julianzitat). Für Itp. die ältere Lit.: *Ehrhardt*, Litis aestimatio (1934) 177–179; *Carrelli*, Litis aestimatio (1935) 97–110, greift vor allem die Qualifikation des Erwerbs als originär oder als *transactio* an. Weitere Stellen für die kaufähnliche Wirkung der *litis aestimatio* bei *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 306–315, v. a. Ulp. 6 fidei. D. 42.4.15 und Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.1. Vgl. auch → Rn. 220 Fn. 376, § 79 Rn. 15.

[374] Paul. 10 Sab. D. 6.1.46 (palingenetisch: für das 10. Buch die *inscriptio*, für 13 Sab. *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, CIC II 572); vgl. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 317, dazu, dass hier wohl eine vorherige Eigentümerstellung des Klägers mitgedacht ist.

[375] Paul. 17 Plaut. D. 6.1.47 auch zur *cautio*, die der Kläger ansonsten zu leisten hat.

Unklar ist, ob an *res nec mancipi* solcherart ziviles oder bonitarisches Eigentum entstand; weiterhin, ob im Urteils- oder erst im Leistungszeitpunkt.[376] 220

Usucapio an einer zuvor dem Vindikanten gestohlenen Sache wird möglich, wenn der Vindikant die Litisästimation akzeptiert.[377] 221

Hat der Beklagte den Besitz (lediglich) fahrlässig verloren, wird er infolge der Litisästimation ebenfalls wie ein Eigentümer behandelt: Er kann vom Kläger im Gegenzug zur *litis aestimatio* Abtretung der *actio* (also der *rei vindicatio*) verlangen.[378] 222

Etwas anders formuliert Paulus[379] für den Fall vorsätzlicher Bewirkung des Besitzverlustes, der Beklagte könne vom Kläger keine Sicherheit für die Abtretung der *actiones* (Plural) verlangen. Das lässt offen, ob der Kläger (später?) nicht doch abtreten muss. 223

Auf diese paulinische Aussage ist durch chronologisch unmögliche[380] Katene die Aussage bezogen, der vorsätzlich den Besitz aufgebende Beklagte bekomme auch keine *quasi Publiciana*, weil er sich sonst (im Ergebnis) eigenmächtig, wenngleich gegen Zahlung des *iustum pretium*, den Besitz verschaffen könne.[381] Der Hinweis auf das *iustum pretium* ebenso wie der auf die *quasi Publiciana*[382] macht die Stelle verdächtig.[383] Dass gegen den Willen des Eigentümers Eigentumsverlust eintreten kann, liegt im Wesen der *emptio ab invito*. Die gesamten Aussagen über eine Ausnahme hiervon bei vorsätzlicher Besitzaufgabe[384] sind möglicherweise unklassisch. 224

Ein belastbares Bild über die Existenz oder Nichtexistenz von Sonderregeln zur Sanktionierung des vorsätzlich seinen Besitz verschleiernden Beklagten ist aufgrund dieser Quellen kaum zu gewinnen. 225

Unsicher ist auch die Echtheit der in Pap. 12 quaest. D. 6.1.63 zu findenden Aussage, bei fahrlässiger Besitzaufgabe und folgender *litis aestimatio* könne der Beklagte im Gegenzug unabhängig von der Besitzlage Abtretung der Klagen verlangen.[385] 226

---

[376] Diskussion bei *Wacke*, Actiones praestare (2010) 270–320. *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) 119–124 diskutiert ältere Theorien unter dem Aspekt, ob eine *exceptio rei venditae et traditae* eingegriffen habe, und spricht sich für eine *exceptio doli* oder *exceptio in factum* aus.

[377] Paul. 54 ed. D. 41.3.4.13 diskutiert hierzu allein Fragen der *possessio*.

[378] Pap. 12 quaest. D. 6.1.63 und dazu ausführlich *Wacke*, Actiones praestare (2010) 89–95, 298–317 und öfter. Vgl. für die Abtretung der Vindikation, wenn die Kaufsache nicht übergeben wurde, Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14 pr.

[379] Paul. 13 Sab. D. 6.1.69. Vgl. *Wacke*, Actiones praestare (2010) 83–85, 320–334 (auch zur Spannung mit Marcell. 4 dig. D. 42.1.12).

[380] Was bei Sabinus stand, wissen wir nicht. Immerhin denkbar ist (v.a. mit Blick auf den Fortgang in Frg. 71: wieder mit Paul. 13 Sab.) auch, dass Pomponius bei Paulus indirekt zitiert war und die Kompilatoren das Direktzitat eingesetzt haben.

[381] Pomp. 29 Sab. D. 6.1.70.

[382] Skeptisch insoweit auch *Wacke*, Actiones praestare (2010) 280.

[383] *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 158 f. sieht die Wertung hingegen in einer Linie mit anderen dem Juristen zugeschriebenen Stellen. Zur *quasi Publiciana* zuletzt *De Jong*, SZ 137 (2020) 173–193.

[384] D. 6.1.68–70.

[385] Ausführlich *Wacke*, Actiones praestare (2010) 298–317 und öfter mit Zusammenfassung der Sachverhaltsdeutung, die Echtheit als denkbar erscheinen lässt, auf S. 317.

227 Eine weitere Folgefrage zur Geldverurteilung ist die, was geschieht, wenn die Sache in Wahrheit einem Dritten gehören könnte und der Beklagte nach Leistung des Schätzwertes befürchtet, von dem Dritten in Anspruch genommen zu werden. Dieses Risiko, gleich zweimal mehr zahlen zu müssen, als die Sache wert ist, kann der Verurteilte nicht auf den Kläger abwälzen, indem er Sicherheit von diesem verlangt (Paulus nennt den Fall des *de evictione cavere*), denn er hätte vorher durch Herausgabe den Kläger in die Lage versetzen können, sich bilateral mit dem Dritten auseinanderzusetzen.[386] Hier zeigt sich, dass auch die klassische *rei vindicatio* keine Rechtssicherheit über das Verhältnis der Parteien hinaus schafft. Im Verhältnis zu einem dritten Prätendenten gelten die allgemeinen Regeln über Rechtserwerb und Verfahren.

10. *Denegatio actionis*

228 Denegiert wird die *rei vindicatio* nach dem ausdrücklichen Zeugnis der Quellen in folgenden Fällen: unter Spielern;[387] gegenüber dem Vindikationslegatar, der eine Frist zur Auswahl unter Sklaven hat verstreichen lassen, aber nur dann, wenn der Erbe nach Fristablauf bereits über einige oder alle verfügt hatte;[388] gegen einen Gesandten.[389]

229 Die bisweilen beklagte scheinbare[390] oder wirkliche Systemlosigkeit der Denegationsfälle ist für die Sachvindikation vorbehaltlich besserer Erkenntnis hinzunehmen. Das prätorische Denegationsermessen macht vor dieser Klage nicht Halt.

11. Exzeptionen und sonstige Verteidigungsmöglichkeiten des Beklagten

230 Die Quellen nennen ausdrücklich die *exceptio rei venditae et traditae* (mit Bezügen zur *actio Publiciana*), die *exceptio doli* und die *exceptio rei iudicatae*. Bisweilen ist auch von einer *exceptio in factum* die Rede. Nicht förmlich als *exceptio* bezeichnet ist die Abwehrmöglichkeit in einigen anderen Fällen.

231 Die Tatbestände sind nicht leicht zu systematisieren. Eine allgemein akzeptierte Entwicklungshypothese existiert derzeit nicht. Die Schwierigkeiten resultieren auch daraus, dass das Verhältnis von *exceptio rei venditae et traditae* und *exceptio doli* im Edikt[391] nicht sicher rekonstruierbar ist (→ Rn. 25). Denkbar bleibt (neben anderen

---

[386] Paul. 21 ed. D. 6.1.35.2: *sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem.* Vgl. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 316 f.

[387] Ulp. 23 ed. D. 11.5.1.3 (gegen eine bei Pomponius berichtete Beschränkung auf Pönalklagen).

[388] Pomp. 6 Sab. D. 33.5.6. Vgl. *Metro*, Denegatio actionis (1972) 154 f.; *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 161 f.

[389] Julian bei Paul. 17 Plaut. D. 5.1.24.2 (gegen eine differenzierende Meinung des Cassius).

[390] Skeptisch bereits *Lévy-Bruhl*, Denegatio actionis (1924); die Frage darf auch ein halbes Jahrhundert nach den Monographien von *Metro*, Denegatio actionis (1972) und *Zwalve*, Denegatio actionis (1981) als weiterhin klärungsbedürftig bezeichnet werden, zumal die sicheren oder denkbaren Denegationsstellen zu dinglichen Klagen nirgends vollständig einbezogen werden.

[391] Die Auffassung, die *exceptio rei venditae et traditae* sei gar nicht ediktal (*Krüger*, Exceptio doli

Hypothesen), dass erstere erst in hochklassischer Zeit für Fälle entwickelt wurde, in denen der Beklagte schutzwürdig erschien, dem Kläger aber kein *dolus* vorgeworfen werden konnte[392] – nicht zuletzt im Lichte der Wandlungen des *dolus*-Begriffs (→ § 94 Rn. 14–22). Jedenfalls hat die *exceptio rei venditae et traditae* eine spezifische Funktionalität für die Vindikation gewonnen und ist daher im Folgenden vor der *exceptio doli* zu behandeln.

a. *Exceptio rei venditae et traditae*

Die *exceptio rei venditae et traditae* hindert den Veräußerer an (als treuwidrig bewerteter) Rückholung der verkauften und übergebenen Sache und hat noch in den justinianischen Digesten einen eigenen Titel, D. 21.3. **232**

So muss der Vindikant nicht selbst verkauft und übergeben haben; es genügt, wenn in seinem Auftrag gehandelt wurde,[393] wenn er den Voreigentümer nach dem Verkauf beerbt[394] oder wenn er selbst zuvor das Grundstück des Voreigentümers verkauft hatte.[395] **233**

Ulpian lässt es genügen, wenn der Erwerber zwar nicht durch Übergabe, wohl aber *sine vitio* den Besitz erlangt hat.[396] **234**

(1892); zur resultierenden Erklärung für die Stellung von D. 21.3 vgl. insb. S. 90–92), hat sich nicht durchgesetzt (→ Rn. 258).

[392] Dafür näher *Krüger*, Exceptio doli (1892) 76–90 (81); vgl. aber auch *Collinet*, Mél. Fournier 71–85; *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939).

[393] Ulp. 76 ed. D. 21.3.1.2. Die Einschränkung im Schlusssatz ist verdächtig, weil eine vertragskonstitutive Bedeutung der Preiszahlung anklingt (nicht nur wegen *nisi probetur*). Hingegen könnte Doch hat die ältere Lit. den Text nicht primär unter textkritischen Aspekten behandelt, vgl. *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) 87–90, 100 f. Hingegen könnte der Ausschluss der *exceptio* in der Konstellation von Celsus bei Ulp. 76 ed. D. 21.3.1.3 sich daraus erklären, dass der Auftraggeber sich Eigenmächtigkeiten des für ihn Handelnden sachenrechtlich nicht zurechnen lassen muss (*non videtur alienata*). Vgl. noch Iul. 44 dig. D. 41.4.7.6 (dazu *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 135 f.) mit einer *exceptio rei voluntate eius venditae* und einer dagegen gerichteten *replicatio doli*; nach *Krüger* *exceptio in factum*, weil der *dolus* nur entweder in der *exceptio* oder in der *replicatio* erscheinen kann (Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.13): *Krüger*, Exceptio doli (1892) 54. Weiterer Replikationsfall (*doli vel in factum* gegen *exceptio pacti*): Diocl./Max. C. 2.4.28.1 (a.294). Zur *exceptio rei venditae et traditae* bei der kaufähnlichen Wirkung der *litis aestimatio* s. → Rn. 220 Fn. 376.

[394] Ulp. 76 ed. D. 21.3.1.1. Vgl. die – auch palingenetisch nahestehende – Konstellation von Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.32 (*exceptio doli*; mit *Publiciana*). An die letztgenannte Stelle sowie an Ulp. 76 ed. D. 21.3.1.4 (Vindikation in freilassungsrechtlicher Situation) knüpft *Krüger*, Exceptio doli (1892) 13–38 seine These, unter dem Namen einer *exceptio in factum* erscheine bisweilen die *exceptio rei venditae et traditae*, die als solche nicht ediktal gewesen sei. Zu dieser und sonstigen älteren Bemühungen, die Texte im Zusammenhang zu erklären, *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) 50–57 und noch mehrfach (etwa 92–97 für Fälle der Kuratel, Tutel, *procuratio*; 68–70, 107 f. zu Ulp. 76 ed. D. 21. 3. 1. 4); jeweils gegen *Krüger*.

[395] Marcellus bei Ulp. 76 ed. D. 21.3.1 pr. Die Frage nach dieser Ausdehnung der *exceptio rei venditae et traditae* ist str., vgl. *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) 48–50 und weiter.

[396] Ulp. 76 ed. D. 21.3.1.5. Zweifelhaft ist der *nisi*-Anschluss (→ Rn. 239).

235 Gebunden sind auf beiden Seiten auch die Rechtsnachfolger.[397]

236 Der Verkäufer kann sich auch nicht auf anderweitig begründetes Eigentum berufen.[398]

237 Gegen die *exceptio rei venditae et traditae* wird eine *replicatio ex SCto Vellaeano* gegeben, wenn die veräußernde Frau die Einnahme nicht selbst realisieren, sondern die Schuld eines Dritten tilgen wollte.[399]

238 Nicht näher spezifiert ist die *replicatio* aufgrund einer *iusta causa*, von der Ulpian in einer möglicherweise itp. Stelle spricht.[400]

239 Eine der *exceptio rei venditae et traditae* in der Wertung ähnliche *exceptio conventionis* gibt unter einschränkenden Bedingungen Proculus (5 epist. D. 2.14.36) für den Fall, dass Besitzer und Eigentümer Übergabe eines Grundstücks an einen Dritten ausgemacht haben: wenn die Übergabe bereits erfolgt oder im Interesse des Besitzers ausgemacht und aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen noch nicht erfolgt war.[401]

240 Hinsichtlich einer tradierten Sache folgt eine *exceptio* auch aus einem (testamentarisch angeordneten) Nießbrauch, aber nur dann, wenn taugliche Sicherheit geleistet worden ist.[402]

241 Der beklagte Besitzer kann nicht einwenden, dass er für die Sache an einen Dritten gezahlt habe.[403]

b. *Exceptio doli*

242 Die *exceptio doli* wird namentlich für den Verwendungsersatz bedeutsam (→ Rn. 244). Es erscheinen aber auch andere Anwendungsfälle, so das Wohnrecht des Erben aus *superficies*.[404]

---

[397] Her. 6 iur. epit. D. 21.3.3. Vgl. *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) 72–75.

[398] Auf Ulp. 29 Sab. D. 21. 2. 17 lässt diese Aussage sich freilich nur zurückführen, wenn man *exceptione doli* hier für interpoliert hält. Es handelt sich um einen der Fälle, in denen das Verhältnis beider Exzeptionen in ihrer Entwicklung besondere Schwierigkeiten bereitet. Textkritische Diskussion bei *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) 45–47.

[399] Pomp. 1 sen. cons. D. 16.1.32.2.

[400] Ulp. 76 ed. D. 21.3.1.5, dazu *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) 57 f., 130–132 und *Feenstra*, TR 58 (1990) 137.

[401] *Kaser*, RP I 433 findet Proc. 5 epist. 2.14.36 „nicht schlüssig"; vgl. knapp *Krampe*, Proculi epistulae (1970) 51.

[402] Ulp. 79 ed. D. 7.9.7 pr. (vgl. Ulp. 18 Sab. D. 7.9.12).

[403] Alex. C. 3.32.3 pr. (a.222).

[404] Iul. 32 dig. D. 30.81.3 mit Differenzierungen auch zur Testamentsauslegung. Vgl. *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 308 f.

Verwendungen[405] des gutgläubigen Besitzers[406] (vor Prozessbeginn),[407] insbesondere die Errichtung von Gebäuden auf fremden Grundstücken,[408] begründen eine *exceptio doli*, wenn der Kläger auf *denuntiatio* seitens des Beklagten hin nicht zur Erstattung bereit ist,[409] auch in dem Fall einer mit dem Grundstück beschenkten Ehefrau.[410] Auch für Saat[411] und Pflanzungen auf fremdem Grund bekommt der Gutgläubige die *exceptio*.[412] **243**

Hingegen wird demjenigen, der gutgläubig ein Grundstück erwarb, es dann aber nach Eintritt der Bösgläubigkeit bebaute, keine *exceptio* gewährt; Ulpian gibt, nachdem Julian noch gezweifelt hatte, nur ein Wegnahmerecht.[413] **244**

Ein Spezialfall sind Verwendungen, die in der Ausbildung[414] oder im Unterhalt[415] eines Sklaven bestehen.[416] **245**

Die Juristen diskutieren, ob die Wertungen aus dem Verwendungsersatzmodell der Vindikation auf andere Klagen übertragen werden können.[417] Was die schulmäßige Einteilung nach nützlichen, notwendigen und Luxusverwendungen angeht, ist sie ihrerseits anderwärts entstanden, nämlich im Dotalrecht (→ § 35 Rn. 72), und findet im allgemeinen Recht des Eigentumsschutzes allenfalls Anklänge. Das kann angesichts des unklaren Verhältnisses von Eigentum und dotaler Verwaltungsbefugnis[418] kaum überraschen. **246**

---

[405] Monographisch zu den im Folgenden genannten Quellen *González-Palenzuela Gallego*, Impensas (1998). Als mittels der *exceptio doli* konstruierten Verwendungsersatzfall kann man auch Cels. 3 dig. D. 6.1.38 begreifen; zur Stelle vgl. *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 29 f.

[406] Pap. 2 resp. D. 6.1.48; dort auch zur Verrechnung mit gezogenen Nutzungen (ebenso Pap. 2 resp. D. 6.1.65, zu beiden Texten vgl. *Raff*, Erhaltungskosten (2017) 242–292) und dazu, dass der Besitzer keine Möglichkeit aktiver Rechtsverfolgung hat.

[407] Die Einschränkung macht ausdrücklich Paul. 21 ed. D. 6.1.27.5. Zu Impensen nach der *litis contestatio Kaser*, Restituere [1](1932) 99 f., 215 f.

[408] Paul. 3 resp. D. 44.4.14; vgl. Diocl./Max. C. 3.32.16 (a.293).

[409] *Denuntiare*: Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.30. Weitergehende Sachverhaltsannahme bei *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus iuris civilis I 646.

[410] Pomp. 14 Sab. D. 24.1.31.2; ebenso Iul. 18 dig. D. 39.6.14 für eine Schenkung von Todes wegen. Vgl. Marcian. 3 reg. D. 44.4.10.

[411] Ohne ausdrückliche Beschränkung auf Gutgläubige Gai. 2 cott. D. 41.1.9 pr.

[412] Diocl./Max. C. 3.32.11.1 (a.293); der Bösgläubige nicht, ebd. pr.

[413] Ulp. 17 ed. D. 6.1.37. Vgl. auch Ulp. 18 Sab. D. 7.1.15 pr.: ausnahmsweises Wegnahmerecht des Nießbrauchsvermächtnisnehmers für *refixa*.

[414] Soweit die Kette in D. 6.1.27.5 i. f. – D. 6.1.31 noch zuverlässige Schlüsse auf klassisches Recht zulässt. Mod. 8 diff. D. 6.1.32 wirft Verständnisprobleme auf und wird daher bei *Otto/Schilling/Sintenis*, Corpus iuris civilis I 646 anders übersetzt als bei *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, CIC II 568.

[415] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.9 (Schutz des Verwenders auch gegen einen minderjährigen Vindikanten).

[416] Weiterhin ordnen Diocl./Max. inzident an, dass Heilfürsorgeaufwendungen für einen Sklaven ersatzfähig sind, den der Pflegende für einen von Feinden verletzten Freien hielt: C. 7.34.5 (o.A.) im Zusammenhang der *longi temporis praescriptio* (diese abgelehnt).

[417] Vgl. für die *actio communi dividundo* mit Konstruktion aus der *aequitas ipsius iudicii* Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.1.

[418] Dazu zuletzt *Stepan*, Scaevola noster (2018) 94–96.

247 Mit einer *exceptio doli* ist auch die Wertersatzpflicht nach Eigentumserwerb durch Verbindung und Verarbeitung bewehrt.[419]

248 Die *exceptio doli* dient weiterhin dem Interessenausgleich zwischen Eigentümer, gutgläubigem Besitzer und Geschädigtem bei der Noxalhaftung (→ § 105): Für einen vom Sklaven verübten Diebstahl haftet der Besitzer und kann sich durch *noxae deditio* befreien; dadurch erlangt der Geschädigte zwar kein Eigentum, er kann aber die Sachvindikation des Eigentümers abwehren, denn sonst bekäme letzterer im Nachhinein den Sachwert des Sklaven, ohne den Schaden ausgeglichen zu haben.[420]

249 In der Wertung verwandt ist der Fall, dass ein Pfandschuldner nicht bezahlt hat und der (dritte) Besitzer der Pfandsache sich auf die Herausgabeklage des Gläubigers hin in den Schätzwert verurteilen lässt: Wenn dann der Schuldner (als Eigentümer) den Besitzer auf Herausgabe verklagt, muss dieser nur gegen Zahlung der Schuldsumme leisten, denn sonst bereicherte sich der Schuldner.[421]

250 Der Geschäftsführer, der zu Gunsten des abwesenden Geschäftsherrn ein Pfand ausgelöst hat, hat gegen dessen Vindikationsklage eine *exceptio doli*.[422]

251 Weitere, teils spezifische[423] Anwendungsfälle, in denen ausdrücklich[424] die *exceptio doli* gegen die Sachvindikation gegeben wird, sind erbrechtlich konnotiert: Beim *coniunctim* vermachten Grundstück schützt sie gegen eine Inanspruchnahme über den (einfachen) Wert hinaus;[425] sie sichert Bedingungskonstruktionen, solange die Unsicherheit andauert,[426] und das Recht des Erben, die Belastung aus der falzidischen Quart

---

[419] Die Verallgemeinerung in Paul. 21 ed. D. 6.1.23.4 mag trotz sprachlicher Auffälligkeiten bereits klassisch sein, nämlich Paulus' Tendenz zur Systembildung spiegeln. Vgl. Gai. 2 cott. D. 41.1.9.1 zu *litterae* auf fremder Schreibgrundlage (der Eigentümer des Materials kann vindizieren, der Schreibende hat die *exceptio doli* wegen der Impensen), Gai. 2.78 und Gai. 2 cott. D. 41.1.9.2 zur *tabula picta* (zu den dort behandelten Konstellationen von Vindikation und *actio utilis* siehe → Rn. 347).

[420] Ulp. 7 ed. D. 9.4.11 (auf die Klassizität der Schlusswendung kommt es hier nicht an); vgl. auch Afr. 6 quaest. D. 9.4.28; Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.27.1.

[421] Gai. 9 ed. prov. D. 20.6.2.

[422] Pap. 11 resp. D. 20.6.1 pr. Vgl. auch den komplizierten (und spiegelbildlich angelegten) Mandats- und Erbrechtsfall Marcell. 6 dig. D. 17.1.49 und dazu die (voraussetzungsreiche) Exegese bei *Krüger*, Exceptio doli (1892) 54–58; w.N. bei *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) 84.

[423] In Ulp. 19 ed. D. 10.2.18 pr. dient die *exceptio* der Beweissicherung.

[424] Naheliegende weitere Fälle kommen hinzu (s. etwa Paul. 3 reg. D. 30.33: Ähnlichkeiten zu Paul. 11 Plaut. D. 30.85, wo die *exceptio* ausdrücklich genannt ist, s. nächste Fn.; Paul. 23 ed. D. 10. 2–29). Für eine (gemäßigt interpolationistische und die ältere Literatur strukturiert verwertende) systematische Durchsicht der Quellen auf offene oder verdeckte Erwähnungen der *exceptio rei venditae et traditae* vgl. *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) nach Reg. sowie S. 28 f. (Liste). Dort auch zu einigen der im Folgenden angesprochenen Texte. Eine Neubesichtigung hätte zu beachten, dass *Gonvers*' Grundthese durchaus zutreffen könnte: Der Bestand lässt es als möglich erscheinen, dass infolge der Abschaffung der *mancipatio* prinzipiell auch die *exceptio rei venditae et traditae* ihre frühere Hauptfunktion verlor, den Kompilatoren aber vor allem einige Erwähnungen des Instituts an vom Kaufrecht abgelegener Stelle entgingen. Dann ist eine Rekonstruktion nicht ohne systematische Reflexion auf den justinianischen Umgang mit den klassischen exceptiones möglich.

[425] Paul. 11 Plaut. D. 30.85. Zur Konkurrenz *Lösch*, Coniunctio (2014) 94 (mit Parallelstellen).

[426] ~~Val. 1 fideic. D. 35.1.89; Pap. 13 resp. D. 39.6.42 pr. Vgl. zur zweiten Stelle *Krüger*, Exceptio doli~~ (1892) 94–96.

weiterzugeben.[427] Zum Schutz des Nießbrauchslegatars gegen den, dem Eigentum am selben Objekt vermacht ist, setzt Ulpian[428] in einer Sonderkonstellation die *exceptio doli* ein.[429] Der vermächtnisweise mit seinem *peculium* bedachte Sklave kann dem Erben (der sich auf interne Pekuliarschulden ihm gegenüber beruft) die *exceptio doli* entgegenhalten, wenn der Erblasser ihm die Schulden erlassen hat.[430] Scaevola sichert die Durchsetzung des Erblasserwillens in einer Konstruktion aus zwei Fideikommissen durch *exceptio doli*,[431] ebenso Papinian in einem (potentiellen) Kollationsfall.[432]

Außerhalb des Erbrechts dient der Einsatz der *exceptio doli*[433] gegen die Vindikation **252**
bisweilen der Abwicklung von Unwirksamkeitsfällen, z. B. bei unzulässigen Ehegattenschenkungen[434] oder wenn ein Vormund[435] gutgläubig im Mündelinteresse gehandelt hat,[436] sowie bei Widerspruch zum eigenen Vorverhalten.[437]

Gegen die vorzeitige Vindikation von Mitgiftsachen (vor Scheidung) ist nach Ulpian **253**
eine *exceptio aut doli aut in factum* gegeben.[438]

Geschützt werden weiterhin fideikommissarische Freilassungsanordnungen.[439] **254**

---

[427] Paul. 71 ed. D. 44.4.5.1.

[428] Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.17.

[429] Weitere Fälle des Interessenausgleichs in erbrechtlichen Nießbrauchsfällen: Marcell. 16 dig. D. 31.26; Flor. 11 inst. D. 30.116.4.

[430] Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6.1.

[431] Scaev. 20 dig. D. 34.4.30.1.

[432] Pap. 11 resp. D. 37.7.8.

[433] Auch hier gibt es Fälle, in denen die Auslegung nahelegt, dass die *exceptio doli* gemeint ist, der Quellentext dies aber nicht spezifiziert; s. etwa Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.9 zum *SC Macedonianum*. Dolos ist hier die Berufung des Erben auf das *SC*: *Wacke*, SZ 112 (1995) 305 f. Zur Rückabwicklung nach Zahlung auf ein eventuell gegen das *Macedonianum* verstoßendes Darlehen weiterhin Ulp. 29 ed. D. 12.1.14; D. 14.6.3.2 (Pekuliargeld; vgl. *Wacke*, SZ 112 (1995) 274 f.); D. 14.6.9.1 (von Drittem zugewandtes Geld; dazu *Wacke*, SZ 112 (1995) 306). Über das Verhältnis der letztgenannten Stelle zu Ulp. 29 ed. D. 12.1.14 näher *Wacke*, SZ 112 (1995) 305 f. Fn. 192. Der kritische Ansatz von *Longo*, SC Macedonianum (2012) 245 f. führt die Verf. nicht zu von der h. M. abweichenden Deutungen auch der genannten Stellen.

[434] Iul. 5 Min. D. 24.1.39.

[435] Vgl. auch, schon nachklassisch angehaucht, Diocl./Max. C. 5.71.16 (a.294).

[436] Paul. or. Sev. sing. D. 27.9.13. Ähnlich gelagert ist die in Iul. 21 dig. D. 27.10.7.1 genannte Kombination von *exceptio* und Duplik; *Krüger*, Exceptio doli (1892) 64 ventiliert eine der *replicatio in factum* folgende *triplicatio doli*. Zu den erheblichen textkritischen und sachlichen Unsicherheiten der Deutung (sowie Konsequenzen für die Formelrekonstruktion) *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) 80 f.

[437] Alex. C. 8.44.11 (a.231), diese Stelle offenbar gemeint bei *Wacke*, DG Nishimura 366 Fn. 29. Aus der älteren Lit. *Krüger*, Exceptio doli (1892) 60 f.

[438] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.7.3. *Krüger*, Exceptio doli (1892) 21 f. (und öfter) will hierin allenfalls eine *exceptio rei venditae et traditae utilis* sehen. Auch dagegen *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) 114 f. Verallgemeinernd zum Verhältnis von *exceptio doli* und *exceptio in factum* vgl. Ulp. 76 ed. D. 44.4.2.5.

[439] Ulp. 6 disp. D. 40.5.46.5.

255 Die *exceptio doli* muss sich auch der Rechtsnachfolger des ursprünglichen Eigentümers entgegenhalten lassen,[440] wenn der Rechtsübergang unentgeltlich erfolgte[441]

256 Umgekehrt wird die *exceptio doli* in bestimmten Konstellationen zum Eigentumsschutz in der Person des Mündels fruchtbar gemacht.[442]

257 Eine systematische Abgrenzung des Anwendungsbereichs von *exceptio rei venditae et traditae* und *exceptio doli* in klassischer Zeit (→ Rn. 231) sieht Kaser darin, dass erstere allein den Fall des auf Kauf beruhenden bonitarischen Eigentums geregelt habe.[443]

258 Für ein solche Einstufung als Spezialvorschrift spricht einiges, auch wenn eine ediktale Grundlage der *exceptio rei venditae et traditae* nur erschlossen werden kann.[444]

c. *Exceptio rei iudicatae*

259 Die Einrede der Rechtskraft (*exceptio rei iudicatae*)[445] erfasst auch neue Klagen auf einzelne Sachteile;[446] erst recht wird sie dann gegeben, wenn nach Klagabweisung ein neuer Sachteil hinzukommt (nämlich durch Anschwemmung zum Grundstück).[447]

260 Die Unklarheit der Eigentumslage beim *grex* wirkt sich auch bei der *exceptio rei iudicatae* aus: Pomponius[448] lässt Identität eines einzigen Tieres zu beiden Klagezeitpunkten für die *exceptio* hinsichtlich dieses einen Tieres genügen.[449]

261 Die Abweisung der Vindikationsklage begründet entgegenstehende Rechtskraft für eine Nießbrauchsklage nur dann, wenn das Recht am Grundstück und das am Nieß-

---

[440] Diocl./Max. C. 3.32.14 (a.293) beschränken die Rechtsnachfolge auf den Umfang der Erbquote. Vgl. Diocl./Max. C. 4.51.3 (a.293). Weitere Fälle bei *Krüger*, Exceptio doli (1892) 64–70.

[441] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.29 (mit Wendungen, die kontroverse Diskussion erkennen lassen). Ebenso Frg. 30 für die *actio Serviana*; Frg. 31 diskutiert, in welchen Fällen entgeltlichen Erwerbs der *dolus* des Vormannes nicht schadet.

[442] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.24 (vgl. D. 44.4.4.24a,25). Zu den Stellen *Krüger*, Exceptio doli (1892) 62–64.

[443] *Kaser*, RP I 439.

[444] Die prinzipiellen Zweifel an der Existenz einer solchen Grundlage (*Krüger*, Exceptio doli (1892) 6–12, 47–76) haben sich nicht durchgesetzt. Gleichwohl bleibt im Lichte einer moderaten Interpolationenkritik zu fragen, wie sich der heutige Zustand des Digestentitels 21.3 erklärt. Zur Quelle jetzt monographisch *Falcon*, Dicatio ad patriam (2020), non vidi.

[445] Vgl. allg. Gai. 4.106,107. Die bei Gaius ebenfalls genannte *exceptio rei in iudicium deductae* erscheint in den zur *rei vindicatio* überlieferten Quellen, soweit ersichtlich, nicht. Zu fr. Aug. 109 vgl. *Rodríguez Martín*, Fragmenta Augustodunensia (1998) 406–409. Zur Einrede der Rechtskraft allgemein → § 13 Rn. 89–94.

[446] Ulp. 75 ed. D. 44.2.7 pr.; vgl. § 1 zum umstrittenen Sonderfall des Sklavenkindes, § 2 zur Ausnahme für *tigna*, § 3 zu *fructus* und *partus*.

[447] Pap. 17 quaest. D. 7.1.33.1 (mit Begründung für die abweichende Lösung zum Nießbrauch). Ebenso für eine *insula in flumine nata* Afr. 9 quaest. D. 44.2.26.1.

[448] Pomp. 31 Sab. D. 44.2.21.1.

[449] Vgl. *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993) 49–54; krit. die Rez. von *Schermaier*, SZ 112 (1995) 607 f. und *Baldus*, SemCompl. Suplemento 1992–93 (1994) 64.

brauch hinsichtlich dieses Grundstücks auf eine identische *causa* gestützt worden waren.[450]

Hingegen kann ein Grundstücksteil, der mit der Vindikation nicht erlangt wurde, mittels einer Teilungsklage nicht mehr erlangt werden.[451] **262**

Wird die Sachvindikation abgewiesen, weil der Vindikant sein Eigentum nicht beweisen kann, so ist damit nicht für eine Pfandvindikation gegen ihn ausgeschlossen, dass er die Sache *in bonis* hatte.[452] **263**

Erbschaftsklage und Vindikationsklage, soweit sie dieselbe Sache erfassen (zur *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* siehe → Rn. 270), entfalten Rechtskraftwirkung auch gegeneinander.[453] **264**

Keine Rechtskraftwirkung zu Lasten dinglicher Klagen entfaltet die Entscheidung über ein Besitzinterdikt[454] oder die (auf Ermöglichung der Vindikation gerichtete) *actio ad exhibendum*;[455] letzteres erst recht dann, wenn die Vorlegungsklage deswegen abgewiesen worden war, weil der Beklagte nicht besessen hatte, er später aber Besitz erlangt.[456] **265**

Paulus betont den dogmatischen Zusammenhang zwischen der Einordnung bestimmter Klagen als dinglich und ihrer Behandlung als *eadem res* betreffend in Rechtskraftfragen.[457] **266**

Gebunden ist auch der Rechtsnachfolger im Eigentum.[458] **267**

d. *Exceptio iurisiurandi*

Ulp. 22 ed. D. 12.2.11 pr. gibt dem Beklagten, der entsprechend zu schwören bereit ist, die *exceptio iurisiurandi* im Vindikationsverfahren.[459] Justinian, der die Rolle des Parteieides verändert und erweitert,[460] lässt die *exceptio iurisiurandi* bei dinglichen Klagen **268**

---

[450] Pomp. 31 Sab. D. 44.2.21.3.

[451] Iul. 51 dig. D. 44.2.8.

[452] Pap. 20 quaest. D. 20.1.3 pr.

[453] Ulp. 15 ed. D. 44.2.3. Die zitierte Allgemeinaussage Julians erscheint auch in Ulp. 75 ed. D. 44.2.7.4. Vgl. weiterhin Ulp. 75 ed. D. 44.2.7.5 zur Sperrwirkung der Erbschaftsklage für alle *corpora et actiones* im Nachlass; Ulp. 75 ed. D. 44.2.11.1,5.

[454] Paul. 70 ed. D. 44.2.14.3 (*quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur*); die erwähnte *exceptio* wird man in der Einrede der Rechtskraft suchen dürfen. Der dogmatische Unterschied zwischen *actiones (in rem)* und Interdikten wird auch auf der Ebene kaufrechtlicher Mängelhaftung durchgehalten, vgl. Ulp. 70 ed. D. 19.1.35.

[455] Alex. C. 3.42.3 (a.223) (*quia commutatione litis alia res esse incipit*; der Ausdruck ist so ohne Parallele).

[456] Ulp. 80 ed. D. 44.2.18.

[457] Paul. 70 ed. D. 44.2.14.2.

[458] Pap. 27 quaest. D. 44.2.28.

[459] Zur Stelle *Einheuser*, Lex Rivi Hiberiensis (2017) 72 f. Bezüge auf dingliche Klagen auch etwa bei Paul. 18 ed. D. 12.2.28.7; Ulp. 22 ed. D. 12.2.3.1.

[460] Vgl. die Thesen von *Münks*, Parteieid (1992) 7–48; *Harke*, Eid (2013) 145–145.

selbst für den Fall zu, dass die Eigentumsbehauptung des Klägers wahr sein solle, und zwar bezogen auf die beeidete Aussage des Beklagten, er selbst sei Eigentümer.[461]

e. Weitere *exceptiones*

269 Im Zusammenhang der *hereditatis petitio* diskutiert Ulpian[462] die *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit.* Zu dieser → § 58 Rn. 58 f., § 64 Rn. 26.

270 Den früheren Eigentümer schützt eine *exceptio si non eius sit res*, aber nicht dann, wenn er einen Prozess um dieselbe Sache gegen den Kläger bereits verloren hat.[463]

271 Eine nicht namentlich benannte Einrede schützt die Bürger einer Gemeinde gegen die Vindikation von Statuen, die im öffentlichen Raum verbleiben sollten.[464]

272 Ist eine zur Erbschaft gehörige Sache einem Nießbraucher übergeben worden, ohne dass dieser die *cautio usufructuaria* geleistet hat, so kann der Sachvindikation zwar eine *exceptio de re usus fructus nomine tradita* entgegengesetzt werden, doch kann der Erbe replizieren.[465]

273 Gordian gibt eine *exceptio utilis*, wo der Versuch einvernehmlicher Lösung eines innerfamiliären Streits über Besitzfragen gescheitert ist.[466]

274 Umstritten ist die Natur der *exceptio*, die Julian[467] der Ehefrau nach Litisästimation in der *actio rerum amotarum* gibt.[468]

f. Sonstige Fälle

275 Schließlich gibt es Texte, bei denen nicht ausdrücklich gesagt wird, ob die Klage bereits durch Denegation, durch Gewährung einer *exceptio* oder auf sonstige Weise blockiert wird.[469]

276 Soweit eine *lex commissoria* (→ § 79 Rn. 215–226) zugelassen wurde, zwingt Alexander Severus den Verkäufer dazu, sich zwischen Verfolgung des (verzinsten) Zahlungsanspruchs und Herausgabeklage zu entscheiden.[470]

---

[461] Inst. 4.13.4; vgl. *Harke*, Eid (2013) 149 f. Zur *exceptio iurisiurandi* siehe → § 12 Rn 85.

[462] Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.17; *in concreto* verneint, Echtheit des Schlusses hier nicht entscheidend.

[463] Iul. 9 dig. D. 44.2.24: *replicatio „at si res iudicata non sit“*.

[464] Ulp. 9 ed. D. 41.1.41.

[465] Ulp. 79 ed. D. 7.9.7 pr.

[466] Gord. C. 2.4.9 (a.241).

[467] Iul. 19 dig. D. 25.2.22 pr. (→ Rn. 328).

[468] *Exceptio rei venditae et traditae, quasi venditae et traditae* oder *doli*: *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 120 mit Fn. 23.

[469] Vgl. etwa Marcell. 13 dig. D. 33.2.15.1, wo Erbe und Nießbrauchslegatar parallele Interessen haben und die (mit *non aliter concedendum esse* umschriebene) Beschränkung der Vindikation diese Interessen gegen einen weiteren Legatar sichert, näher → § 60 Rn. 23.

[470] Alex. C. 4.54.4 (o.A.).

Eine Durchsetzungssperre aus der *aequitas* zu Gunsten dessen, dem der Vormund oder Pfleger ein Grundstück verbotswidrig veräußert hatte, nennt Ulpian.[471] 277

Nach irrtumsbehafteter richterlicher Abwicklung einer *actio familiae erciscundae* hat der durch den Irrtum Belastete keine Klage gegen die Begünstigten.[472] 278

Es gibt für den Erwerber einer abhandengekommenen Sache auch kaiserrechtlich keine Verteidigungsmöglichkeit des Inhalts gegen den Vindikanten, dass er von diesem Erstattung des an einen Dritten gezahlten Preises verlangen könnte.[473] Ebensowenig kann der Besitzer noch unterscheidbaren Geldes sich gegen die Vindikation darauf berufen, dass er das Geld von einem Dritten darlehensweise bekommen habe.[474] 279

Nach dem Tode des aus *habitatio* Berechtigten steht das dingliche Wohnrecht einer Sachvindikation nicht entgegen.[475] 280

Im Fall eines zum Schutz eines *pupillus* verbotenen und deshalb unwirksamen Vergleichs wird zwar die Herausgabe zu Rückabwicklungszwecken zugelassen, aber nur im Gegenseitigkeitsverhältnis.[476] 281

Eine besondere, mit der Sonderrolle der *navicularii* verknüpfte Verteidigungsmöglichkeit findet sich im nachklassischen Kaiserrecht.[477] 282

Insgesamt spätantik ist die Entstehung einer Verjährungslehre.[478] Für bestimmte privilegierte (u.a. dingliche) Positionen gewährt Justinian eine hundertjährige Verjährung.[479] 283

12. *Cum omni causa restituere*: „Eigentümer-Besitzer-Verhältnis“

Die (in heutigen Begriffen schuldrechtliche) Abwicklung von Vindikationsfolgen ist in Rom unselbstständiger[480] Teil des Vindikationsprozesses. Das kommt in der Wendung zum Ausdruck, das *restituere*[481] müsse auch die *causa rei*[482] umfassen. *Causa* in diesem 284

[471] Wenn im Verfahren gegen den Vormund oder Pfleger die Litisästimation erfolgt ist: Ulp. 6 op. D. 27.9.10. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 313 Fn. 280, vermutet Denegation.

[472] Paul. 2 quaest. D. 10.2.36; anders bei Teilung *sine iudice*.

[473] Diocl./Max. C. 3.32.23 (a.294). Zur Frage eines „Lösungsrechts“ und zur Stelle *Felgentraeger*, Lösungsrecht (1933) 15 f., 92 f., 100.

[474] Diocl./Max. C. 4.34.8 (a.293); vgl. v. a. zur darlehensrechtlichen Seite *Harke*, Iuris prudentia (2019) 104 f.

[475] Vgl. die Klarstellung bei Diocl./Max. C. 3.33.11 (a.294).

[476] Valer./Gallien. C. 5.71.4.1 (a.260): *mutuo*.

[477] Valentin./Valens/Grat. Cod. Theod. 13.6.6 (a.372).

[478] Honor./Theodos. C. 7.39.3 pr. (a.424) legen die dreißigjährige Verjährung bei *actiones in rem speciales* bereits zu Grunde. Vgl. weiter Leo/Anthem. C. 6.61.4.3 (a.472); Iust. C. 1.2.23.3 (a.530); C. 8.4.11.2 (a.532); zur vierjährigen Verjährung auch dinglicher Klagen den Codextitel C. 7.37; aus der Lit. *Piekenbrock*, Rechtsänderungen (2006) 61–82.

[479] Iust. C. 1.2.23 (a.530), v. a. § 4.

[480] Entsprechend verlangt Paul. 21 ed. D. 6.1.35.1, ein Fehlurteil hinsichtlich der Sache konsequent auch auf die Früchte zu erstrecken.

[481] Grundlegend auch zu anderen Klagen *Kaser*, Restituere [1](1932).

[482] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.20. Vgl. auch Julian (wohl 6 dig.) bei Ulp. 16 ed. D. 6.1.17.1: *omnis causa* ist mehr als Fruchtersatz; Pomp. 16 epist. D. 50.16.246.1. Vgl. Gord. C. 3.32.5 (a.239): *et omni causa*.

Sinne ist die gesamte „Rechtslage" des Vindikationsgegenstandes. Der Kläger ist im Prinzip so zu stellen wie im hypothetischen Fall einer Sachherausgabe bei Litiskontestation.[483] Im Einzelnen kommt es dann aber zu mannigfachen Differenzierungen in den Quellen, die zumeist mit den unterschiedlichen Tatbeständen der Passivlegitimation zusammenhängen.

285 Einheitliche Erklärungen für das Haftungsregime sind immer wieder versucht worden, nicht zuletzt mit Blick auf Schulkontroversen, doch geht keine von ihnen ganz auf, denn auch Positionen, die sich als sabinianisch oder prokulianisch identifizieren lassen, „unterliegen mannigfachen Differenzierungen, die im wesentlichen auf eine *casus-mixtus*-Haftung hinauslaufen".[484] Eine griffige Zusammenfassung, die nicht mit wenigstens einer möglicherweise echten Stelle kollidierte, ist nicht ersichtlich; einfacher als in der letzten Gesamtdarstellung von Wimmer[485] wird es nicht. Wenn die im deutschen Sprachraum meinungsbildende Synthese eine „Kreuzung dreier Leitgedanken" postuliert, die „aus getrennten Perspektiven" zu begründen seien,[486] dann ist dies nur eine von mehreren mit den Quellen bei entsprechender Interpretation vereinbaren Sichtweisen, vor allem aber Ausdruck des modernen Bedürfnisses nach widerspruchsfreien Modellen auch dort, wo die römische Praxis selbst solche Modelle möglicherweise nicht brauchte. Insoweit sollte zur Vorsicht mahnen, dass Entsprechendes beim BGB auch nicht gelungen ist, obwohl die §§ 987–1003 den Versuch einer schlüssigen kodifikatorischen Darstellung unternehmen: Lehren, die diese Normen möglichst wortlautgemäß und theoriearm anzuwenden suchen,[487] sind nach wie vor nicht herrschend.

286 Von den heutigen Elementen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses sind mit dem *restituere cum omni causa* Nutzungsersatz, vor allem Ausgleich für die Fruchtziehung(-smöglichkeit), und Schadensersatz erfasst; für letzteren Punkt spielt auch die Konkurrenz zu Deliktsklagen (→ Rn. 325–333) eine Rolle. Der Verwendungsersatz wird über die *exceptio doli* (→ Rn. 243–259) konstruiert.

a. Früchte und Nutzungen als Gegenstand der Verurteilung in der Hauptsache

287 Frucht ist auch die Arbeitsleistung eines Sklaven.[488] Zu den Früchten zählen Gebrauchsvorteile.[489] Solange die Früchte noch mit der Muttersache verbunden sind, sind

[483] Das stützt *Kaser*, RP I 35 f. namentlich auf Paul. 17 ed. D. 50.16.35.

[484] So zutreffend *Wimmer*, Besitz (1995) 123; s. dort 1–11 zur Forschungsgeschichte.

[485] *Wimmer*, Besitz (1995) (Ergebnisse S. 122–124).

[486] *Kaser*, SZ 98 (1981) 78 f., zu Recht herausgestellt bei *Wimmer*, Besitz (1995) 9.

[487] Vgl. nur *Raff*, MüKo-BGB, Vor § 987 Rn. 1–15, 58–60.

[488] Im Fall des Sklaven, der einem Gutgläubigen unvorhersehbarerweise entflieht, nur für die Besitzzeit: Paul. 21 ed. D. 6.1.21. Zur Stelle *Wimmer*, Besitz (1995) 51–56. An anderer Stelle stellt Paulus klar, dass die Dienste eines bereits vor Prozessbeginn arbeitsunfähigen Sklaven nicht angesetzt werden können (zu Lab. 6 pith. a Paul. epit. D. 6.1.79). Soweit die Früchte auf Ausbildung beruhen, ist der vom Besitzer getragene Ausbildungsaufwand abzuziehen; vgl. Paul. 21 ed. D. 6.1.31. Zur Verrechnung vgl. auch Pap. 2 resp. D. 6.1.48 und oben → Rn. 244.

[489] Pap. 20 quaest. D. 6.1.64.

sie deren unselbständige Teile[490] und als solche geschuldet. Angeschwemmtes Land wird als Frucht des Grundstücks behandelt.[491]

Der gutgläubige Besitzer muss die seit der *litis contestatio* gezogenen[492] Früchte (und Nutzungen) ersetzen,[493] der bösgläubige auch die schuldhaft nicht gezogenen (wobei hypothetisch darauf abgestellt wird, ob der Kläger sie hätte ziehen können).[494] In die Richtung dieser Grundunterscheidung weist jedenfalls ein Teil der Quellen. **288**

Wegen verbrauchter Früchte wird gegen den Bösgläubigen die *condictio* gegeben.[495] **289**

Bei vom Besitzer verschuldetem Sachuntergang sind auch die (und zwar bis zum Urteilszeitpunkt) schuldhaft nicht gezogenen Früchte zu ersetzen.[496] **290**

Diokletian[497] fasst epiklassisch etwas unpräzise zusammen: *Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos* (Es steht fest, dass die bösgläubigen Besitzer mit der Sache selbst alle Früchte herauszugeben pflegen, die gutgläubigen hingegen die noch vorhandenen, nach der Streitbefestigung alle). **291**

Der Kläger kann Ersatz für Früchte nur insoweit verlangen, als er das Fruchtziehungsrecht nicht einem anderen übertragen hat.[498] **292**

Werden gezogene Früchte veräußert, damit sie nicht verderben, so ist nur der (tatsächlich) erzielte Preis zu erstatten.[499] **293**

Diokletian dehnt die Anrechnung von Fruchtziehung (zu Lasten des Besitzers) und Verwendungen (zu dessen Gunsten) auf die Konstellation aus, dass der nach Doppel- **294**

---

[490] Gai. 29 ed. prov. D. 6.1.44.

[491] Soweit die Katene klassisches Recht wiedergibt (auch: der kompilatorisch hergestellte Bezug geht speziell auf das in Paul. 21 ed. D. 6.1.33 i. f. behandelte Verhältnis von Nießbraucher und Eigentümer), Iul. 7 dig. D. 6.1.34.

[492] Ulp. 16 ed. D. 6.1.17.1. Weiterhin Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.20; auch dort zum *partus ancillae* (ohne ausdrückliche Stellungnahme zur Frage der Qualifikation als Frucht). Fruchtziehung bedeutet nicht Verarbeitung bis zur Endstufe, sondern es genügt die Trennung von der Muttersache: Paulus zu Lab. 4 pith. a Paul. epit. D. 6.1.78.

[493] Die Gutgläubigkeit wird nicht immer ausdrücklich benannt, die Stellen aber, in denen ein Ersatz für schuldhaft nicht gezogene Früchte bzw. Nutzungen verneint wird (etwa Lab. 4 pith. a Paul. epit. D. 6.1.78) erklären sich anders nicht. Vgl. für weitere Stellen und die ältere Lit. *Kaser*, RP I 436.

[494] Pap. 6 quaest. D. 6.1.62 (zur rhetorischen Struktur des Passus *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 243).

[495] Ulp. 30 ed. D. 13.7.22.2; Diocl./Max. C. 4.9.3 (a.294) und dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 51.

[496] Paul. 21 ed. D. 6.1.33.

[497] Diocl./Max. C. 3.32.22 (a.294).

[498] Ab Nießbrauchsbegründung nicht mehr: Paul. 21. ed. D. 6.1.35 pr.; bei Beendigung eines Nießbrauchs für die Zeit von da an bis zum Urteilszeitpunkt: Paul. 21 ed. D. 6.1.33 (ausweislich der Zitate jedenfalls im 1. Jh. n. Chr. noch kontrovers).

[499] Ulp. 16 ed. D. 6.1.15.1 i. f.

verkauf beklagte Besitzer die Sache nicht behalten will, sondern Rückerstattung des Preises fordert.[500]

295 Justinian befreit den gutgläubigen Besitzer von der Pflicht, gezogene Früchte zu ersetzen.[501]

b. Verwendungen

296 Zu Verwendungen (→ Rn. 242–246).

c. Schadensersatz

297 Die Quellen ergeben kein eindeutiges Bild, was die Voraussetzungen für Schadensersatz angeht. Einige Texte lassen nicht erkennen, ob sie sich auf Besitzverlust, Sachuntergang oder Sachbeschädigung beziehen. Entsprechend problematisch ist der Versuch, dogmatische Linien nach Art der Schädigung oder Schulzugehörigkeit der Autoren zu ziehen.[502] Die traditionelle Synthese lautet bei Kaser:[503] „Bei der Haftung für Schäden, die die vindizierte Sache seit der *lit. cont.* erlitten hat, klingt das *restituere*-Prinzip nur ausnahmsweise an. Im allgemeinen lassen die Prokulianer den Beklagten nach der *lit. cont.* auch für Zufall haften, die Sabinianer dagegen zunächst nur für *dolus*, doch hat man diese Haftung schon in der klassischen Zeit auf die *culpa* erstreckt. Für die Durchsetzung einer Haftung für vor der *lit. cont.* eingetretene Schäden ist in der Vindikation kein Raum; der Geschädigte mag mit der *actio legis Aquiliae* vorgehen."

298 Die Zuordnung der Positionen zu den Schulen[504] ist jedenfalls angesichts der geringen Zahl an Quellen nicht sicher. Ab der Hochklassik werden die Belege hingegen dichter. Danach lässt sich sagen: Schäden an der Sache ab der *litis contestatio* sind jedenfalls bei *dolus* des Besitzers zu ersetzen. *Culpa* lässt in allgemeiner Form Gaius[505] genügen, ebenso – bezogen auf Rechtsnachfolger des Besitzers – Pomponius;[506] mehrfach erscheint (neben dem *dolus* oder allein)[507] die *culpa* dann bei Paulus,[508] punktuell auch bei Ulpian.[509]

---

[500] Diocl./Max. C. 3.32.15.2 (a.293).

[501] *Pro cultura et cura*: Inst. 2.1.35. Vgl. *Raff*, Erhaltungskosten (2017) 263 f.

[502] Vgl. immerhin den entsprechenden Vorbehalt bei *Kaser*, RP I 436 Fn. 50 i. f. (vor dem Erscheinen von *Schipani*, Responsabilità (1971) und *Wimmer*, Besitz (1995)). Auch der bei *Kaser* a. a. O. Fn. 48 gezogene Schluss aus Alf. 6 dig. D. 6.1.57 und Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 6.1.58 (beides Konkurrenzfälle), nach prokulianischer Lehre bestehe ab der *litis contestatio* „im allgemeinen" eine Zufallshaftung, geht weit.

[503] *Kaser*, RP I 436.

[504] Vgl. auch *Liebs*, in: ANRW II.15 270 f.

[505] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.36.1 (mit Beispielen).

[506] Pomp. 16 Sab. D. 6.1.51.

[507] *Kaser*, RP I 436 Fn. 50 ventiliert eine Beschränkung auf *dolus* beim Besitzverlust gegenüber einer Erweiterung auf *culpa* bei Sachuntergang und Sachbeschädigung.

[508] Paul. 21 ed. D. 6.1.16 (mit Beispielen); D. 6.1.33 (Sachuntergang *dolo aut culpa*, wenngleich

Ab der Spätklassik kann die Lehre damit als gesichert gelten. 299

V. Konkurrenzen

1. Besitzinterdikte für bewegliche Sachen

Vor Klageerhebung wird der Eigentumsprätendent sich fragen, ob ein Besitzinterdikt ihn in die beweisrechtlich günstigere Besitzerposition bringen kann.[510] In diesem sicherlich häufigen Fall konkurrieren Interdikt und *rei vindicatio* also nicht, sondern sind hintereinandergeschaltet. Das wird auch im Kaiserrecht betont.[511] Überdies befreit interdiktale Sachverschaffung den Prätendenten von dem Problem, dass der aktuelle Besitzer sich auf die Vindikation nicht einlassen könnte (→ Rn. 57). 300

Unbekannt ist selbstverständlich, in wie vielen Fällen nach dem Interdiktenverfahren gar kein Petitorium mehr folgte. Dafür ist nicht nur die beweisrechtliche Seite zu bedenken, sondern auch die Frage, ob der erneute Verfahrensaufwand sich für die Parteien lohnen konnte. Es kann sein, dass es oft beim Ergebnis des Interdiktenprozesses blieb, weil der Verlierer seine Chancen im petitorischen Vindikationsverfahren – namentlich beweisrechtlich – als gering einschätzte. Soweit andere Klagen konkurrierten, mag er im Einzelfall auch diese statt der Vindikation angestellt haben. 301

Umgekehrt wird klargestellt und dogmatisch untermauert, dass die Erhebung der Vindikationsklage nicht zur Denegation eines später beantragten Interdikts führt.[512] 302

Im epiklassischen Kaiserrecht wird ein Vorrang des Possessoriums als Regelfall angesehen;[513] später sind die Kategorien und Verfahren weniger klar unterscheidbar. 303

Justinian räumt den Interdikten zwar eine geringere Bedeutung ein als nach klassischem Recht, weil sein Verfahrensrecht größere Flexibilität in allen Verfahren gewährt (Inst. 4.15.8), und er fügt sie mit Schaffung der *actio ex interdicto* neu in das Klagen- 304

Vorfrage zur Rechtslage bei Früchten); vgl. Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 6.1.58 (bezogen auf Veräußerung, in der Sache vielleicht schon auf Servius rückführbar); Paul. 13 Sab. D. 12.3.2: *culpa* (verallgemeinernd). Paul. 21 ed. D. 6.1.21 spricht nicht von *culpa*, sondern vom Bewachungsbedarf, die Nichtbewachung eines bewachungsbedürftigen Sklaven (im Unterschied zu einem, der *integrae opinionis videbatur*) ist aber kulpos.

[509] Ulp. 16 ed. D. 6.1.15.3: *dolus et culpa* (Sachuntergang, dazu *Lohsse*, in: Buongiorno/Lohsse, Fontes Iuris (2013) 167 f.); Ulp. 29 Sab. D. 21.2.21.3: *culpa* (geflohener Sklave).

[510] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.24. Zu den Besitzinterdikten insbesondere → § 66 Rn. 48, 80.

[511] Vgl. nur Call. 5 cogn. D. 5.1.37 und Marcian. 14 inst. D. 48.6.5.1: *Si de vi et possessione…*, mit der Merkwürdigkeit, dass die von beiden Juristen zitierte Epistel an die Thessalier von Callistrat Hadrian, von Marcian aber Antoninus Pius zugeschrieben wird; dazu jetzt *Mattioli*, SDHI 83 (2017) 397–413, 406–413.

[512] Pap. 26 quaest. D. 43.16.18.1 für das *interdictum unde vi*; Ulp. 70 ed. D. 41.2.12.1 für das *interdictum uti possidetis*.

[513] Vgl. Diocl./Max. C. 3.32.13 (a.293).

system ein.[514] Er betont aber für die Interdikte *Uti possidetis* und *Utrubi*, die er möglichst parallel behandelt sehen will (Inst. 5.15.4a am Ende), dass die vorherige Klärung der Besitzfrage Voraussetzung der *petitoria actio* sei (Inst. 4.15.4).

305 Das fügt sich zu der justinianisch wieder klarer akzentuierten dogmatischen Unterscheidung von Eigentum und Besitz.

2. *Interdictum quem fundum*

306 Das *interdictum quem fundum*, gerichtet auf *restituere* und von Ulpian[515] qualifiziert als *interdictum adipiscendae quam reciperandae possessionis*, dient dazu, den widerstrebenden Besitzer eines Grundstücks zur Einlassung auf die Sachvindikation zu zwingen: Weigert er sich, so wird er ohne Prüfung der Eigentumslage zur Restitution verurteilt (→ Rn. 58).

307 Formel:[516]

Quem fundum ille a te vindicare vult, quem possides dolove malo fecisti quo minus possideres, si rem nolis defendere eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur, eum illi restituas.

Jenes Grundstück, welches jener von dir vindizieren will, das du besitzt oder es dolos bewirkt hast, dass du nicht mehr besitzt, wenn du es nicht verteidigen willst und dir deswegen Sicherheit geleistet worden ist oder es an dir liegt, dass keine Sicherheit geleistet worden ist, sollst du ihm herausgeben.

308 Das Verfahren ist zweistufig ausgestaltet. Die Quellenlage gibt Anlass zu einigen Zweifeln, weithin anerkannt ist heute aber,[517] dass der Prätor die Restitution anordnet, wenn der Kläger die Nichteinlassung des Beklagten auf die dingliche Klage vorträgt.

309 Der Beklagte kann nach dem prätorischen Restitutionsbefehl noch eine *formula arbitraria* beantragen, die zu einer Prüfung der Interdiktsvoraussetzungen durch den *iudex* und bejahendenfalls wiederum zu einer Restitutionsanordnung führt. Der Vorteil für den Beklagten liegt darin, dass eine weitere Frist in Lauf gesetzt wird und der Kläger keine Sponsion von ihm verlangen, also das Verfahren sofort weitertreiben kann. Auf der anderen Seite nahmen die Prokulianer anscheinend an, in dem Antrag liege ein *confiteri* hinsichtlich der Herausgabepflicht, womit sie sich aber nicht durchsetzten.[518]

310 Wird die Restitutionsanordnung befolgt, so kann der Beklagte vom Kläger Sicherheitsleistung verlangen.[519] Wird sie nicht befolgt, so ergeht die Verurteilung in *quanti ea res est*.[520] Rechtskraftwirkungen hinsichtlich der Eigentumsfrage entfaltet die Leistung

---

[514] Vgl., auch zum Zusammenhang mit der Neuakzentuierung des Gegensatzes von Besitz und Eigentum, *Provera*, Lezioni (1989) 450 f.

[515] Ulp. frg. Vind. 4.1 (FIRA II 306). Vgl. → § 66 Rn. 35.

[516] *Lenel*, EP 474–476 (475).

[517] Vgl. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 274–278 mwN.

[518] So deutet *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 276 f. plausibel Gai. 4.163.

[519] So zumindest die Deutung von Paul. sent. 1.11.1. durch *Lenel*, EP 475 Fn. 6.

[520] Gai. 4.163.

in Geld nicht, und auch eine *causa* für den Eigentumserwerb des Beklagten ist damit nicht gesetzt, weil es im Interdiktsverfahren nicht um Eigentum geht. Der Beklagte hat damit für den Fall nichts gewonnen, dass nunmehr der wahre Eigentümer gegen ihn vorgeht.[521]

311 Inwieweit für weitere Einzelheiten zum Verfahren, den Verurteilungsvoraussetzungen und -folgen des *interdictum quem fundum* aus der *rei vindicatio*, der *actio ad exhibendum* oder dem *interdictum quam hereditatem* geschlossen werden kann, ist durchaus zweifelhaft. Das betrifft etwa den Rechtsschutz des Verurteilten nach Litisästimation gegen Dritte, die später Sachbesitz erlangen.[522]

3. *Actio ad exhibendum*

312 Die *actio ad exhibendum* findet sich häufig, aber nicht ausschließlich in Erzwingungsfunktion der *rei vindicatio* vorgeschaltet, und zwar für *in ius* nicht präsente bewegliche Sachen (näher → Rn. 62 f., § 65 Rn. 3, 11 f., 105–107, 127). Ist die streitbefangene bewegliche Sache bereits präsent und wird sie vom Beklagten nicht durch Einlassung auf die *litis contestatio* verteidigt, wird der Vindikationsprätendent die Ermächtigung zum *duci vel ferri* beantragen (→ Rn. 59 f.).

313 Von manchen wird die *actio ad exhibendum* als Ausdrucksform eines allgemeinen Beweisvereitelungsverbots gedeutet, die sich lediglich aus historisch kontingenten Gründen auf dingliche Klagen beschränkt habe[523] (→ § 65 Rn. 128).

314 Modellfunktion für die Sachvindikation scheint sie bei den spätklassischen Diskussionen um die Passivlegitimation gehabt zu haben (→ Rn. 172–175).

4. *Hereditatis petitio*

315 Stets selbstständig geblieben, aber strukturverwandt[524] zur Sachvindikation ist die Erbschaftsklage. Klassisch sein können daher auch Übertragungen von der einen auf die andere Klage wie bei Paul. 21 ed. D. 6.1.27.3 (→ Rn. 181).

316 Wenn das Eigentum des Prätendenten auf Erbgang beruht, konkurrieren beide Klagen hinsichtlich der Einzelgegenstände; der Kläger muss sich entscheiden,[525] die einmal erhobene Erbschafts- oder Singularklage konsumiert den jeweils anderen Rechtsbehelf, vgl. → § 64 Rn. 25. Hat der Erbe hingegen aufgrund eines nicht erbrechtlichen Titels ersessen, so kommt für ihn nur die Sachvindikation in Frage.[526]

---

[521] *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 278.

[522] Eine Klagemöglichkeit analog zur Rechtslage bei der Vindikation ventiliert *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 278.

[523] Vgl. bereits die Hinweise bei *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 268 f., und nunmehr prononciert *Harke*, Actio ad exhibendum (2019).

[524] Welche der beiden auch immer Vorläuferin der anderen gewesen sein mag (vgl. zur Genese der Erbschaftsherausgabeklage → § 64 Rn. 2, 7–13). Vgl. Ulp. 16 ed. D. 6.1.1 pr.,1; Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.18.

[525] Vorausgesetzt in Paul. 7 Sab. D. 25.2.6.6.

317 Der zentrale Vorteil der *hereditatis petitio* liegt in ihrer Rechtskraftwirkung: Sie klärt, ob der Kläger deswegen Eigentümer ist, weil er Erbe ist. Wenn der Kläger den entsprechenden Beweis führen kann, gewinnt er also mehr als mit der Einzelklage. Der Prätor fördert solche Klärung nachdrücklich, indem er auf Antrag des Beklagten die Einzelvindikation mit der *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* (→ § 58 Rn. 58 f., § 64 Rn. 26) blockiert.

5. *Actiones divisoriae, actio finium regundorum*

318 Im Klageziel sind Teilungsklagen und Sachvindikation abstrakt klar zu unterscheiden: Wer *in rem* gegen einen Nichteigentümer klagt, trägt bestehendes Eigentum an der ganzen Sache vor, wer Teilung will, tut dies gerade nicht. Gleichwohl zeigen die Fälle der *vindicatio incertae partis* (→ Rn. 154), dass konkret durchaus Abgrenzungsschwierigkeiten denkbar waren.[527]

319 Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.3 scheint der *actio communi dividundo* (*utilis*) eine allgemeine Auffangfunktion gegenüber der Sachvindikation zu geben.[528] Ob eine solche *utilis actio* im Edikt eigenständig proponiert war,[529] ist unsicher (vgl. → § 67 Rn. 19).[530] Zu den Fällen der Metallverschmelzung siehe → Rn. 94.

320 Bei Afrikan heißt es jedenfalls für den Zuständigkeitsbereich desselben Richters, eine rechtshängige Sachvindikation begründe eine *exceptio* gegen die *actio communi dividundo*.[531]

321 Solange die Erbteilung nicht durchgeführt ist, steht nur die *actio familiae erciscundae* zur Verfügung.[532]

322 Die *actio finium regundorum* wird klassisch bei einer *controversia de fine* (um den Verlauf der Grenze) gegeben, wohingegen eine *controversia de loco* (um den Eigentumserwerb) mittels der Sachvindikation zu klären ist. Es kommt also auf die Klägerintention an. Die (in der Sekundärliteratur kontroverse) Unterscheidung wird heute (auch anhand der gromatischen Schriften) hingegen mehrheitlich nicht danach getroffen, ob die fünf Fuß Randstreifen eines Ackers physisch überschritten werden sollten.[533]

---

[526] Paul. 20 ed. D. 5.3.19.1. Die erwähnte Einrede ist die *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*. Zweifel am Sinn der Stelle bei *Talamanca*, Legittimazione passiva (1956) 166.

[527] Vgl. für einen Fall der *lex Falcidia* Paul. 23 ed. D. 10.3.8.1 (im pr. zu der Möglichkeit, eine gerichtliche Entscheidung nur für einen Teil der Beteiligten herbeizuführen).

[528] Schwierigkeiten bereitet Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.9, bis heute oft als itp. angesehen; näher zuletzt *Valiño*, Actiones utiles (1974) 110 f. *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* CIC II 839 unterstellen eine bereits eingetretene Ersitzung.

[529] Dafür unter erheblichen textkritischen Bedenken *Lenel*, EP 212 f.

[530] Vgl. *Berger*, Teilungsklagen (1912) 68–77.

[531] Afr. 9 quaest. D. 44.1.18, wohl Julian (*putat*); siehe → Rn. 65.

[532] Diocl./Max. C. 3.36.15 (a.293).

[533] Vgl. *Vinci*, Fines regere (2004) 389–431 sowie → § 67 Rn. 27–29.

Konstantin gibt dann dem Besitzstreit zeitlichen Vorrang vor „zusammenhängenden“ Grenz- und Eigentumsfragen.[534] 323

6. Klagen aus *iura in re aliena*

Für die konfessorische Klage auf eine *via* ist eine *exceptio quod praeiudicium praedio non fiat* dokumentiert.[535] Die einzige Parallelstelle betrifft die *actio communi dividundo* und die *condictio*,[536] siehe → Rn. 65. 324

7. *Actio legis Aquiliae* und andere Deliktsklagen

Mehrfach wird die Konkurrenz zur Deliktshaftung erörtert.[537] Der praktisch wesentliche Unterschied liegt im *duplum* oder *quadruplum*, das aus den einzelnen Deliktsklagen geschuldet sein konnte; sicherzustellen war, soweit dem Kläger dieser Weg offenstand, dass die Rechtsfolgen mit denen der ebenfalls eröffneten (aber nicht gewählten) Vindikation abgestimmt wurden. Dabei verführt das in den gaianischen wie auch in den justinianischen Institutionen anzutreffende Schema (sachverfolgende, pönale, gemischte[538] Klagen) dazu, Besonderheiten des Einzelfalls zu übersehen.[539] 325

Sachentwendung konnte prinzipiell zur Diebstahlsklage, zur Eigentumsklage und zur *condictio* sowie zur *actio ad exhibendum* führen.[540] Mit Ausnahme der *actio furti* trifft die Erben nach Ulpian dann eine eigene Haftung aus diesen Klagen, wenn ihre Passivlegitimation kraft Besitzes oder doloser Besitzaufgabe begründet war.[541] 326

Hatte ein Sklave mit Verwicklung seines Herrn in die Tat einen Diebstahl verübt, konkurrieren *actio furti*, *condictio* und Vindikation gegen den *dominus*.[542] 327

Einen Spezialfall stellt die *actio rerum amotarum* (→ § 93 Rn. 17) als Sonderform der Diebstahlsklage, die jedoch *rei persecutionem continet*,[543] dar.[544] Sie setzt bereits tatsäch- 328

---

[534] Const. C. 3.39.3 pr. (a.330).

[535] Afr. 9 quaest. D. 44.1.16 (wohl Julian).

[536] Afr. 9 quaest. D. 44.1.18 (wohl Julian).

[537] Monographisch zu den Quellen *Rossetti*, Poena (2013). Zu der kuriosen Schweinejagd in Ulp. 19 ed. D. 41.1.44 vgl. *Finkenauer*, in: Falk et al., Fälle (2008) 45–61.

[538] Terminologisch: Gai. 4.6 spricht noch nicht wie später Justinian (Inst. 4.6.16 und öfter) von *actiones mixtae*, wohl aber von Klagen auf *rem et poenam*.

[539] Zu Recht betont bei *Rossetti*, Poena (2013).

[540] Ulp. 42 Sab. D. 13.1.7.1. Für den Sonderfall des *tignum iunctum* vgl. aber Ulp. 42 Sab. D. 47.3.2: keine Vindikation. Vgl. zur vindikatorischen Nachforderung auf den Rest, wenn das Interesse des Diebstahlsklägers nicht vollständig befriedigt worden und auch kein Vergleich geschlossen worden war, Diocl./Max. C. 6.2.13 (a.293), und dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 237.

[541] Ulp. 41 Sab. D. 47.1.1 pr.; Diocl./Max. C. 5.12.30 (a.293) lehnen passive Vererblichkeit der *actio furti* ausdrücklich auch insoweit ab, als es um *instrumenta* geht. Vgl. nochmals → Rn. 192–194.

[542] Diocl./Maxim. C. 3.41.5 (a.294). Vgl. *Harke*, Iuris prudentia (2019) 287 f.

[543] Paul. 37 ed. D. 25.2.21.5.

[544] Nach Iul. 19 dig. D. 25.2.22 erwirbt die beklagte Ehefrau durch Litisästimation die Aktivle-

lich erlangten Besitz des geschädigten Erben voraus.[545] Ulpian betont ausdrücklich die Wahlmöglichkeit des Geschädigten zwischen Vindikation und Kondiktion.[546]

329 Gegen die Witwe können die Erben des Mannes nicht aus dem *crimen expilatae hereditatis* vorgehen, sondern nur *in rem*, ggf. mit vorgeschalteter Exhibitionsklage.[547]

330 Mit der *actio vi bonorum raptorum* konkurriert die Sachvindikation frei.[548]

331 In Sachbeschädigungsfällen löst Ulp. 16 ed. D. 6.1.13 die Konkurrenz so, dass der Kläger die Wertminderung im Rahmen der *rei vindicatio* ersetzt bekommt, aber eine *cautio* des Inhalts abgeben muss, er werde keine aquilische Klage erheben (notwendig, weil nicht *eadem res*). Ältere textkritische Zweifel betreffen vor allem die Frage, ob die angebliche *cautio* nicht einen klassischen Rekurs auf die *exceptio doli* ersetze.[549] Unbestritten ist heute, dass jedenfalls die *actio legis Aquiliae* blockiert wurde, nicht die Vindikation. Jedenfalls in der Substanz klassisch[550] ist auch die kompilatorisch mit Frg. 13 verkettete, in der Sache konsequente Aussage des Paulus (21 ed. D. 6.1.14), dass die Vindikation nicht zu gewähren sei, wenn der Kläger sich weigere, die *cautio* abzugeben (sodass ihm die aquilische Klage weiterhin offensteht).

332 Bei Sachzerstörung stellt sich die Frage nach der Konkurrenz zur *actio legis Aquiliae*, sofern Litiskontestation eingetreten war oder der Beklagte wegen Bösgläubigkeit bereits vor Litiskontestation für den Sachuntergang haftete.[551]

333 Justinian bleibt bei der Kumulierbarkeit von dinglicher Klage und *actio furti*, weil letztere als rein pönal gefasst ist;[552] hingegen werden die *actio vi bonorum raptorum* und die *actio legis Aquiliae* als gemischte Klagen verstanden, bei denen die Wertberechnung zugleich das Herausgabeinteresse umfasst.[553]

---

gitimation zur dinglichen Sachverfolgung gegen Dritte, wenn sie das Objekt wiederum verliert. Im Verhältnis Mann-Frau schließen *rei vindicatio* und *actio rerum amotarum* einander hingegen aus, vgl. *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 120 unter Berufung auf Diocl./Max. C. 5.21.3 (a.290/293). Neuere Besprechung der Diocletianstelle bei *Harke*, Iuris prudentia (2019) 54 f.

[545] Paul. 7 Sab. D. 25.2.6.6. Vgl. auch – für die diebstahlsanaloge Klage gegen den Freigelassenen, der dem Erben etwas vorenthält – Ulp. 9 off. procons. D. 47.19.2.1.

[546] Ulp. 5 reg. D. 25.2.24; vgl. *Levy*, Konkurrenz I (1918) 46 (keine Prozesskonsumption) und *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 105–113.

[547] Gord. C. 9.32.4 (a.242); vgl. Diocl./Max. C. 6.2.17 (a.294) und dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 52 (mit Einordnung in die klassische Juristendiskussion zum *furtum*).

[548] Gai. 4.8; evtl. einschlägig auch Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.26.

[549] Dazu sowie zur ganz abweichenden Deutung bei *Lübtow*, Lex Aquilia (1971) 36–68, vgl. *Rossetti*, Poena (2013) 83–96. Weitere Lit. bei *Gaulhofer*, Metus (2019) 230.

[550] Zweifel bestehen nach wie vor wegen der Formulierung des zweiten Satzes. Vgl. die Nachw. bei *Rossetti*, Poena (2013) 97–101.

[551] Iul. 48 dig. D. 9.2.42 nennt nur die Vorlegungsklage (vgl. *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 156); gegen einen Bezug auch auf die *rei vindicatio Valditara*, Superamento (1992) 124–128, mit Hinweis auf Gai. 17 ed. prov. D. 29.3.3.

[552] Inst. 4.6.18.

[553] Inst. 4.6.19.

8. *Actio quod metus causa*

Wer wegen einer durch *vis* erzwungenen Übereignung auf das *quadruplum* klagen will, muss sich zwischen dieser Klage und der Sachvindikation entscheiden.[554] **334**

9. *Condictio(nes)* und Verwandtes

Die Konkurrenz zur *condictio* richtet sich danach, ob der Kläger noch Eigentum geltend macht.[555] Das wird praktisch, wenn an den Objekten zwischenzeitlich anderweitiger Eigentumserwerb eingetreten ist: Dann ist der frühere Eigentümer auf die *condictio* verwiesen, wie für Geld[556] und Früchte[557] gesagt wird.[558] Ist der Eigentumsstreit noch rechtshängig, steht der *condictio* auf Früchte eine *exceptio* entgegen[559] (→ Rn. 65). **335**

Hat der Kläger hingegen noch Eigentum, konkurrieren (neben der *actio furti*) Vindikation und *condictio* (*ex causa furtiva* → § 93 Rn. 16 mit Fn. 165) dann frei, wenn eine deliktische Sachentziehung in Rede steht.[560] Sinnvoll ist der Rückgriff auf die *condictio ex causa furtiva* dann, wenn der Kläger vom Untergang des Vindikationsobjekts vor Klageerhebung ausgeht.[561] Ob Pomponius' Erwägungen zur Verhinderung einer Kumulation von Vindikation und Kondiktion gegen den Dieb[562] klassisch sind, ist umstritten. **336**

Die Abgrenzung zur *actio de in rem verso* erfolgt nach der Eigentumslage.[563] **337**

In einem eherechtlichen Sonderfall lässt Ulpian[564] Vindikation (des noch Vorhandenden)[565] und *condictio* frei konkurrieren. **338**

---

[554] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.6 spricht von *finiri*. Vgl. zur Tragweite der Stelle *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 244 Fn. 22; jetzt ausführlich *Gaulhofer*, Metus (2019) 234–238 (sowie 326–335): Eine Klagenhäufung scheitere daran, dass sowohl die dingliche Klage als auch die *actio quod metus causa* eine Restitutionsklausel enthielten.

[555] *Sustmann*, Rückabwicklung (2000) 55–69, 59 f. (s. aber S. 60 f. zum *furtum* und S. 61–69 zur *condictio incerti*).

[556] Vgl. für den Fall tatsächlichen Verbrauchs Ulp. 18 Sab. D. 7.1.25.1; Ulp. 2 disp. D. 12.6.29; Einordnung u. a. dieser Quellen in die prozessualen Möglichkeiten der Parteien bei *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 133–138. S. auch Paul. 17 Plaut. D. 12.1.31.1.

[557] Ulp. 30 ed. D. 13.7.22.2.

[558] Vgl. noch zur Revokation von unwirksam Geschenktem Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.18.

[559] Afr. 9 quaest. D. 44.1.18 (wohl Julian: *putat*).

[560] Ulp. 42 Sab. D. 13.1.7.1; vgl. Diocl./Max. C. 6.2.12.1 (a.293). Besprechung und weitere Quellen bei *Pika*, Ex causa furtiva condicere (1988) 108–112 (Pomp. 6 Sab. D. 47.2.9.1; Ulp. 18 Sab. D. 7.9.12; Ulp. 27 ed. D. 13.3.1.1); zu C. 6.2.12.1 auch *Harke*, Iuris prudentia (2019) 26 f.

[561] *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 264 (mit Bezug wohl auf Gai. 2.79).

[562] Pomp. 6 Sab. D. 47.2.9.1 i. f.

[563] Vgl. Ulp. 29 ed. D. 15.3.7.2 und dazu *Chiusi*, Actio de in rem verso (2001) 169 f.

[564] Ulp. 36 Sab. D. 24.1.33.1: jährlicher Unterhalt für den Mann seitens der Frau.

[565] Die geradezu formelhafte Verbindung von *extans* und *vindicare* bleibt bis weit in die Nachklassik erhalten, s. etwa (nicht spezifisch prozessual) Leo/Anthem. C. 5.9.6.11 (a.472) oder Iust. C. 5.12.30 pr. (a.529). Für Früchte siehe → Rn. 291.

10. Vertragsklagen

339 Selten wird die Konkurrenz zu Vertragsklagen erörtert.[566] Das gilt auch für Leihe und Kommodat, nach deren praktischem Einsatz und deren Vorgeschichte sich die Frage am ehesten stellen könnte.

340 Der Vindikationsgegner in Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.32 ist nicht Entleiher. Die *actio commodati*[567] ist gegen Geisteskranke gesperrt, sodass eine Rückforderung gegen sie mittels der Sachvindikation (ggf. vorbereitet durch die *actio ad exhibendum*) stattfindet.[568] Ansonsten erörtern die Juristen zwar diverse andere Konkurrenzfragen zur *actio commodati* (zu dieser → § 86 Rn. 46–50) und betonen auch, dass der Verleiher Eigentümer bleibe;[569] selbst an einer Stelle jedoch, die anscheinend alle in Betracht kommenden Klagen aufzählt, ist von der Vindikation nicht die Rede.[570]

341 Ähnlich verhält es sich beim *depositum*.[571]

342 In dem Prätendentenstreit von Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33[572] wird nur gesagt, dass die Hinterlegung am Eigentum nichts ändert. Das (Julian oder) Afrikan in Afr. 8 quaest. D. 15.1.38 pr. eigentlich interessierende Problem liegt im Pekuliarrecht, nicht bei *actio depositi*, *rei vindicatio* oder *actio ad exhibendum*. Daher wird der ergänzende Hinweis auf die beiden letztgenannten Klagen nur nachgestellt.

343 Im spät- und epiklassischen Kaiserrecht findet sich zunächst eine Konstitution von Alexander Severus[573] zu Maßstäben für die Haftung des Depositars und seines Erben bei Überfällen, die ausdrücklich *actio ad exhibendum* und *rei vindicatio* neben die *actio commodati* stellt (sowie die für diese Klagen typische Figur des *dolo desinere possidere* verwendet, siehe → Rn. 180–187).

344 Diokletian gibt *actio ad exhibendum* und *rei vindicatio* im Drittverhältnis des Eigentümers gegen eine (*tenens* genannte → Rn. 172 f.) Person, an die ein Objekt vom Prekaristen verliehen oder bei der es von diesem deponiert worden war.[574] Entsprechend

---

[566] Anders noch – auf der Grundlage seiner spezifischen Prämissen – *Siber*, Passivlegitimation (1907) 44–70.

[567] Vgl. *Zannini*, Commodatum (1983) 159–167: geringe Relevanz des Problems, da *actio commodati* praktikabler.

[568] Paul. 29 ed. D. 13.6.2. Der kompilatorische Anschluss dieses Textes an Ulp. 28 ed. D. 13.6.1.2 leuchtet ein; für Pupillen dürfte also dasselbe gegolten haben, soweit keine *auctoritas tutoris* vorlag.

[569] Pomp. 5 Sab. D. 13.6.8; Ulp. 2 ed. D. 13.6.9.

[570] Ulp. 48 Sab. D. 13.6.14 (ebenso kein Hinweis auf eine bereits anfängliche *condictio*).

[571] Vgl. → § 85 Rn. 51 sowie ausführlich *T. Walter*, Die Funktionen der actio depositi (2012) 309–323 mwN.

[572] Nach *Levy*, Konkurrenz I (1918) 18 f. besteht schlicht keine persönliche Klage; ebenso *Scotti*, Deposito (2008) 98 f. Fn. 478. Nach *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 183–188 umfassend interpoliert.

[573] Alex. C. 4.34.1 (a.234), auch in Coll. Mos. 10.8; an einen Soldaten, es wird aber nicht klar, welche Partei im Prozess der Soldat ist. Vgl. zu den Texten bereits *Siber*, Passivlegitimation (1907) 20, 65.

[574] Diocl./Max. C. 3.42.8 pr. (a.293): Kommodatar, Depositar.

wird für den Empfänger weitergegebenen Geldes entschieden, soweit dieses beim Dritten noch unterscheidbar vorhanden ist.[575]

Justinian erwähnt in einer generalisierenden Konstitution[576] zum Kommodat die **345**
actiones in rem (neben anderen) zwar nur argumentativ auf der Beklagtenseite, doch mag man die Wendung *reddere ilico modis omnibus compellatur* als auch dingliche Klagemöglichkeiten des Verleihers umfassend lesen (zumal ebenso generalisierend die *exceptio doli* des Beklagten ausgeschlossen wird).

11. *Actiones utiles/in factum*

Vereinzelt wird dem Vindikationsprätendenten eine *actio utilis* oder *in factum* auf **346**
Sachherausgabe[577] gegeben, wenn eine Voraussetzung der *rei vindicatio* fehlt, ohne dass insoweit dogmatische Verfestigung zu beobachten wäre.[578] Insbesondere gibt es kein wiederkehrendes Muster einer *vindicatio utilis* gegen den Eigentümer.[579]

Jherings Versuch, die überlieferten Fälle der *rei vindicatio utilis* einheitlich als per- **347**
sönliche (!) Klage zu erklären,[580] hat mit Recht keinen Anklang gefunden.[581]

Auch die Begrifflichkeit schwankt. Überholt ist aber die Auffassung, im Zweifel liege **348**
eine Interpolation vor.[582]

Zu Verarbeitungsfällen und Ähnlichem[583] sind einzelne, wohl schon klassi- **349**
sche,[584] Gewährungen von *actiones utiles* überliefert[585] (→ Rn. 74–93); die Verarbei-

---

[575] Diocl./Max. C. 4.34.8 (a.293). Entsprechend für itp. gehalten von *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 164.

[576] Iust. C. 4.34.11 pr. (a.529).

[577] Vgl. auch Ulp. 38 ed. D. 13.7.13 pr.: Pfandschuldner nach Veräußerung der Pfandsache an Dritten und Zahlung gegen den Dritterwerber; *actio in factum* möglicherweise alternativ zur Vindikation. Zu Paul. 21 ed. D. 6.1.23.5 → Rn. 83 (*rei vindicatio*) und → § 65 Rn. 106 (*actio ad exhibendum*). Die verschiedentlich erhobenen Echtheitszweifel beruhen auf der Verallgemeinerung auf *omnes casus* und bleiben auch aus der Sicht einer zurückhaltenden Textkritik zu bedenken.

[578] Vgl. aber *Gröschler*, Actiones (2002) 197–202, der Konstruktionsmöglichkeiten für eine persönliche und eine dingliche Klage sieht. Auch *Kupisch*, Vindicatio utilis (1974) 255 f. betont (für Restitutionsfälle) flexible Punkte im antiken Verfahren. Eine Gesamtdarstellung unternimmt *Brezzo*, Utilis actio (1889). *Krüger*, Exceptio doli (1892) 232 sieht eine palingenetische Grundlage für die Zusammenstellung verschiedener Fälle der *vindicatio utilis* in Ulp. 17 ed.; vgl. noch ebd. S. 59 f. Fn. 72 und seinen dort zitierten Aufsatz in *Krüger*, SZ 12 (1892) 163–171 (168). Als Gegenmeinung wird *Lenels*, EP (d. h. die 1.A.) 145 Fn. 3 sowie *Lenel*, Pal. II Ulp. 581–589 angegeben. Vgl. *Gaulhofer*, Metus (2019) 280 zu weiteren denkbaren Fällen der *vindicatio utilis*.

[579] So auch *Sotty*, Utiles actiones (1977) 255 f.

[580] *Jhering*, Ges. Aufs. I 47–121 (111 f.).

[581] Kritisch schon *Brezzo*, Utilis actio (1889) 20, 210 und öfter.

[582] So noch *Pringsheim*, Kauf (1916) 123–129 im Anschluss an *Mancaleoni*, StSass. I 1 (1901) 1–50 (non vidi); vgl. *Kaser*, TR 36 (1968) 41–56.

[583] S. etwa Paul. 27 ed. D. 6.1.43 für aus einem benutzten Grab ausgebaute Steine.

[584] Vgl. bereits *Kaser*, RP II 296 f.

[585] Gai. 2.78 und Gai. 2 cott. D. 41.1.9.2 sowie Inst. 2.1.34 (*tabula picta*); nach *Kaser*, TR 36 (1968)

tungsdogmatik war so verworren, dass prozessuale Erweiterungen am ehesten sinnvolle Ergebnisse zeitigen konnten.

350 In den Besonderheiten des Prozesseides begründet ist die *actio in factum* desjenigen, der im Vorprozess gegen einen Vindikationskläger *rem suam esse* (und nicht nur *rem petitoris non esse*) geschworen, dann aber den Sachbesitz just an den Kläger des Vorprozesses verloren hat.[586]

351 Im Kaiserrecht dient eine *actio in factum* dem Schutz des Soldaten, mit dessen Geld ein anderer ein Erwerbsgeschäft getätigt hat.[587]

352 Daneben stehen Fälle, bei denen ein anderes Klageziel als Sachherausgebe *in factum* gegen Rechtsnachfolger[588] oder *utiliter* gegen Dritte, namentlich schutzbedürftige Mündel[589] oder Pfleglinge,[590] gegeben wird: Sind Geldmittel verbraucht, kann nur noch Ersatz gegeben werden, der aber bei Geld für den Gläubiger so gut ist wie der ursprüngliche Herausgabeanspruch.

353 Schutzerwägungen spielen auch bei der *actio in rem* eine Rolle, die Ulpian bei *metus* gibt.[591]

354 Für eine Sondersituation von Verarbeitungsfällen unter Ehegatten siehe → Rn. 346. Ansonsten ist unter Ehegatten die allgemeine Vindikation eröffnet.[592]

355 In der älteren Literatur wird problematisiert, ob die in bestimmten Fällen des Eigentumserwerbs durch Hilfspersonen (Ulp. 17 ed. D. 6.1.41.1) gegebene Klage eine *vindicatio utilis* sei.[593]

---

49 echt, bei (mittels *exceptio doli*) auf Wertersatz gerichtetem Klageziel; S. weiterhin Varus, Nerva bei Ulp. 16 ed. D. 6.1.5.3 (Anwachsen einer Pflanze); Gai. 11 ed. prov. D. 24.1.30 (Wolle) – vorausgesetzt, die Einfügung in die Katene (D. 24.1.29.1 – D. 24.1.30 pr.,1) hat keine inhaltlichen Bezüge verändert; der Text steht aber nicht im Wertungswiderspruch zu sonstigen Gaiusstellen über Verarbeitung.

[586] Ulp. 22 ed. D. 12.2.11.1; vgl. die im Einzelnen variierenden Sachverhaltsdeutungen bei *Gröschler*, Actiones (2002) 160–162; *Harke*, Eid (2013) 64–67; *Einheuser*, Lex Rivi Hiberiensis (2017) 72 f. Über Ulp. 22 ed. D. 12.2.13.1 (*actio utilis* nach Eid) ausführlich *Gröschler* a. a. O. 154–158 und jetzt *Lehne-Gstreinthaler*, SZ 137 (2020) 170 f.

[587] Philipp. C. 3.32.8 (a.246). Dazu *Liebs*, in: *Babusiaux/Kolb*, Soldatenkaiser (2015) 101 f.: verfahrensrechtliches Soldatenprivileg, das möglicherweise auf griechisch geprägte Vorstellungen Rücksicht nimmt. Nähere Darstellung der Literaturmeinungen bei *Plisecka*, Tabula picta (2011) 110–118. Den Mündelschutz betont *Harke*, Actio utilis (2016) 171. Bereits *Valiño*, Actiones utiles (1974) 250 f. hält die Entscheidung für atypisch, aber echt, wenngleich Vorläuferin justinianischer Erweiterungen.

[588] Zu Iul. 55 dig. D. 6.1.52 siehe → Rn. 193.

[589] Allgemein gefasst in Ulp. 1 op. D. 26.9.2; Paul. 4 quaest. D. 15.1.52 pr. behandelt atypische Fälle der Tutel und gibt dort, wenn die Münzen von den (Darlehens-)/Schuldnern verbraucht worden sind, zu Gunsten des Mündels eine *actio in factum*, wohl auf den Gegenwert. Die Stelle wurde möglicherweise bereits zu klassischer Zeit mit der erklärenden Glosse *scilicet si nummos consumpserunt* versehen. Monographisch *Gamauf*, Vindicatio nummorum (2001) 226 f.

[590] Monographisch zu Ulp. 1 op. D. 26.9.2, Ant. C. 5.51.3 (a.215) *Drey*, Utilis actio (1882).

[591] Zu Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.4,6 siehe → Rn. 128.

[592] S. etwa Pomp. 14 Sab. D. 24.1.31.2.

[593] *Krüger*, Exceptio doli (1892) 59 mit Fn. 72: Eher *vindicatio utilis* als *Publiciana*. Siehe → Rn. 124.

Möglicherweise[594] eine *vindicatio utilis* gibt Scaev. 2 quaest. D. 11.7.46.2, wenn *vestimenta legantur, si in funus erogata sint.* Hier kommt jedoch eher die *actio funeraria*[595] als Modell in Frage (→ § 60 Rn. 6). **356**

Im diokletianischen Recht wird zum Schutz des *postliminio reversus* auch nach Ablauf des (Ersitzungs-) Jahres eine Klage *exemplo utilis actionis, quae in integrum restitutis datur*, eröffnet.[596] **357**

Schon in Ablösung von klassischen Modellen (und unter unklarer Berufung auf ältere Konstitutionen)[597] geben Valerian und Gallienus ein Rückforderungsrecht aus *vindicatio utilis* (*id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi*) und Kondiktion, wenn bei einer Schenkung unter Verwandten die erwartete Gegenleistung ausgeblieben ist.[598] Der Interpolationsverdacht[599] ist nicht ausgeräumt, zumal später Justinian ein zeitlich begrenztes Eigentum zulässt.[600] Konstantin gewährt für einen Rückforderungsfall bei einer Schenkung, der kein Eheschluss gefolgt ist, eine *actio utilis*.[601] **358**

Schließlich gibt es Stellen, die nur auf den ersten Blick Konkurrenzen zur Sachvindikation zu behandeln scheinen, in der Sache aber lediglich (mehr oder minder naheliegende) Zugriffe auf fremdes Eigentum und anderweitige Lösungsmöglichkeiten diskutieren.[602] **359**

VI. *Vindicatio pignoris*

Vgl. zunächst § 48 und die dort zitierte Literatur.
Kaser, Studien zum römischen Pfandrecht (1982); *Du Plessis*, The Interdictum de Migrando revisited, RIDA 54 (2007) 219–244; *Giachi*, L'interdictum de migrando e l'origine della tutela del pegno, in: Studi in onore di Remo Martini II (2009) 267–296; *Marino*, Sull'accessorietà del pegno per la giurisprudenza romana (2018).

[594] Dafür beiläufig *Plisecka*, Tabula picta (2011) 118; im Text heißt es unspezifisch *actio*.
[595] Dafür *Harke*, Actio utilis (2016) 227, arg.: *privilegium funerarium*. Näher jetzt *Baldus*, in: Isola, Klauselgestaltungen (im Druck).
[596] Diocl./Max. C. 2.53.5 (a.294).
[597] Valer./Gallien. C. 8.54.1.1 (a.258) i. f. ohne den Zusatz „*utilem*".
[598] Valer./Gallien. C. 8.54.1 pr.,1 (a.258).
[599] *Valiño*, Actiones utiles (1974) 252 f.
[600] Vgl. *Kaser*, RP II 296 f.
[601] Const. C. 5.3.15.1 (a.319); im pr. gegen die *veterum sententia*.
[602] Vgl. etwa Diocl./Max. C. 5.51.10 pr. (a.294).

360 Formel:[603]

Gaius Aquilius iudex esto. Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse, eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur neque[604] *ea res arbitrio Gai Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam Gaius Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Gaius Aquilius soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass der Kläger und Lucius Titius abgemacht haben, dass die Sache, um die es hier geht, dem Kläger wegen geschuldeten Geldes verpfändet sein solle, und diese Sache dann, als die Abmachung getroffen wurde, im Vermögen des Lucius Titius war, und dieses Geld nicht gezahlt noch deswegen Sicherheit geleistet wurde und es nicht dem Kläger zuzurechnen ist, dass es nicht gezahlt wurde, und diese Sache nicht nach dem Ermessen des Richters Gaius Aquilius dem Kläger geleistet wird, dann soll der Richter Gaius Aquilius den Beklagten zu Gunsten des Klägers in so viel Geld verurteilen, wie dies wert sein wird; wenn es sich nicht erweist, soll er die Klage abweisen.

1. Quellenlage

361 *Vindicatio pignoris* ist eine der in den Quellen zu findenden Bezeichnungen für die Klage des Pfandgläubigers gegen den Besitzer einer Pfandsache (zu Rechtsbehelfen des Schuldners → § 87 Rn. 9–19). Unsicherheiten in der Formelrekonstruktion (→ Rn. 390) ebenso wie die Überlagerung mehrerer Bezeichnungen für die Klage (→ Rn. 380–387) erklären sich daraus, dass die Frühgeschichte des Instituts unsicher ist (näher → Rn. 373–377). In dieser Frühgeschichte verbinden sich zwei Phänomene: das Nebeneinander mehrerer Sicherungsformen und die Entstehung des Rechtsschutzes für formlose Abreden.

362 Die justinianische Quellenbearbeitung erschwert den Blick auf klassisches Recht deswegen, weil der Kaiser im Felde des Pfandrechts die Texte systematisch bearbeiten ließ – nicht so weit, dass ein geschlossenes neues Bild entstanden wäre, aber doch weit genug, dass einiges beseitigt und verändert wurde.[605]

363 Das betrifft zunächst die Beseitigung von Bezügen auf die *fiducia* (als Libralakt),[606] weswegen von vielen Stellen nicht sicher zu sagen ist, ob sie klassisch von der *fiducia* (anstatt vom *pignus*) sprachen: Wir wissen nicht, wo die Kompilatoren, anstatt Texte komplett wegzulassen, den Wortlaut entsprechend verändert haben. Nur in einzelnen Fällen legt der Wortlaut der Quelle einen ursprünglichen Bezug auf die *fiducia* so nahe, dass man den betreffenden Text für Untersuchungen zum Pfandrecht beiseite lassen kann.

---

[603] Im Wesentlichen nach *Lenel*, EP 494 und wie → § 48 Rn. 25. Auch zu Varianten dort (insb. → § 48 Rn. 25 Fn. 121 f.).

[604] *Lenel*, EP 494: *nisi.*

[605] Das geht bis zu Unklarheiten in der Abgrenzung zwischen *rei vindicatio* (*utilis*?) und dinglicher Pfandklage, vgl. *Lokin*, Subseciva Groningana 7 (2001) 28 f.

[606] Vgl. *Heinemeyer*, Akzessorietät (2017) 81 mwN.

Weiterhin betonen die Kompilatoren die möglicherweise bereits in der Klassik angelegte Annäherung von *pignus* (klassisch oft für Besitzpfandrecht) und *hypotheca* (klassisch oft für das besitzlose Pfandrecht), wiederum ohne dass für jede einzelne Stelle sichere Schlüsse möglich wären. Entwicklung und Tragweite der begrifflichen Unterscheidung sind auch für die Klassik und für den Gebrauch bei einzelnen Juristen sowie für die folgenden Epochen umstritten, namentlich im Zusammenhang mit der Frage, inwieweit aus der griechischen Herkunft des Wortes *hypotheca* auch eine inhaltliche Prägung folgt (→ § 48 Rn. 16–19, 67–72). **364**

Dass eine vollständige Fusion nicht möglich war, belegt Const. Tanta 5. Wichtig war es Justinian ausweislich Inst. 4.6.7 jedenfalls, die Klagen aus *pignus* und *hypotheca* tendenziell gleich auszugestalten, auch wenn der kategoriale Unterschied zwischen Besitzpfand und besitzlosem Pfand nicht eingeebnet werden konnte (siehe auch → § 48 Rn. 26, 67, 126). Ob in diesem Lichte die berühmte Aussage Marcians[607] *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt* als echt (und ggf. als repräsentativ) gelten darf, ist schwierig, weil auch pr. und § 2 der Stelle allgemein gehalten sind, und hier, unter primär prozessualem Aspekt, nicht zu entscheiden. **365**

Damit ist jeder Versuch, vom Wortlaut der Quellen aus zu einem Bild der Klassik zu kommen, mit Unwägbarkeiten belastet. **366**

Die Digesten spiegeln, was die Durchsetzung von Pfandrechten angeht, keine sicher erkennbare ediktale Struktur. D. 13.7 behandelt im Zusammenhang anderer ediktal unter *de rebus creditis* eingeordneter Institute[608] die *actio pigneraticia (vel contra)*, also die persönlichen Klagen zwischen Verpfänder und Gläubiger. Hier gibt es also einen eigenen Titel zum Rechtsschutz. Aussagen zur dinglichen Pfandklage hingegen stehen nicht in der Nähe anderer dinglicher Klagen (etwa bei D. 5.3 oder D. 6.1), sondern verteilt auf das insgesamt pfandrechtliche Buch 20 mit Schwerpunkt im Titel 6 (Untergang von Pfandrechten), also nach Ausführungen zur Begründung von Pfandrechten (D. 20.1–3), zum Rang (D. 20.4) und zur Pfandverwertung (D. 20.5). Einen eigenen (kurzen) Titel zum Rechtsschutz finden wir dann wieder in D. 43.33: Als letztes Interdikt wird das *Salvianum* behandelt, das möglicherweise als Vorstufe der Pfandvindikation für den Spezialfall der Landpacht anzusehen ist (das Verhältnis Interdikt – Klage ist mithin genetisch anders als bei der Sachvindikation → Rn. 26–51). Es steht damit nach dem *interdictum de migrando* (D. 43.32).[609] Die ediktale Reihenfolge[610] *Salvianum interdictum – Serviana formula* spiegelt sich damit im Digestenaufbau nicht mehr wider.[611] **367**

---

[607] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.5.1; anders Ulp. 28 ed. D. 13.7.9.2.

[608] Vgl. in der Rekonstruktion *Lenels* (EP XVIII) 96–99 (entsprechen den Rubriken von D. 13.4–7; § 95 entspricht inhaltlich D. 13.1–3, wenn man die justinianische Kondiktionenlehre in Rechnung stellt); *De compensationibus* (100) hat in D. 16.2 einen Platz zwischen *Senatus consultum Vellaeanum* und *depositum* gefunden.

[609] Zu diesem *Giachi*, Interdetto (2008). Vgl. → Fn. 622 und → Fn. 779.

[610] *Lenel*, EP 266, 267 (S. 493); ebenso *Rudorff*, De iuris dictione edictum (1869) 232–235 (§§ 271, 272). Für eine Grundsatzkritik an *Lenel* vgl. mit Lit. *Pichonnaz/Wubbe*, Mél. Magdelain 366–372.

368 Das für die Pfandvindikation mithin zentrale Buch 20 zeigt auch im Einzelnen Spuren kompilatorischer Umgestaltung.

369 Eine (im Sinne Bluhmes)[612] reguläre Massenfolge findet sich nur im kurzen Titel D. 20.3, alle anderen weisen ein erhebliches Maß an Versetzungen auf. In D. 20.6 gibt die Sabinusmasse den roten Faden, was in der Masse der Texte spürbarer wird als nach der schlichten Abfolge, weil der lange Passus Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8 dieser Masse entstammt[613] und mit insgesamt 20 Paragraphen ohne Umstellung[614] in die Digesten übernommen ist.

370 Insgesamt sind lange Zitate aus den Monographien von Gaius und Marcian in Buch 20 nicht selten[615] und zwar in der thematischen Abfolge schlüssig, teilweise aber mit Formulierungen durchsetzt, die auch eine vorsichtige Textkritik nicht unbedacht übergehen kann.

371 Soweit einzelne Stellen die Parallelen zu anderen dinglichen Klagen oder die Unterschiede zu persönlichen Klagen besonders betonen, muss dies kein justinianischer Beitrag sein, gerade weil die Kompilatoren eine äußere Eingliederung in die Darstellung der *actiones in rem* nicht vorgenommen haben; doch bleiben Sach- und damit Echtheitsfrage für die einzelnen Klassiker zu untersuchen, zumal *vindicatio pignoris/pignus vindicare* nicht etwa der (im erhaltenen Quellenbestand) dominierende Ausdruck ist (sondern das allgemeinere *persecutio pignoris/pignus persequi*), siehe → Rn. 386.

2. Entwicklung und Begrifflichkeit

372 Zur Entwicklung des Pfandrechts siehe zunächst → § 48 Rn. 1–26, 59–74. Für die Darstellung der Klage wird von folgender Rekonstruktion[616] ausgegangen:

373 Über die archaischen Zustände ist nichts Sicheres bekannt. Das frührepublikanische Recht brauchte möglicherweise kein besitzloses Pfandrecht, weil die *mancipatio cum creditore* zur Verfügung stand. Ein Besitzpfandrecht mag[617] als Verfallspfand existiert

---

[611] Wenn man nicht den auf das *Servianum iudicium* (Begriff übrigens ἅπαξ λεγόμενον) hinweisenden Schluss von Ulp. 70 (oder 73) ed. D. 43.33.2 (*descendendum*) als Reminiszenz früherer Systembildung ansehen will. Vgl. → § 48 Rn. 25 Fn. 124.

[612] Vgl. nochmals Fn. 46 f.

[613] Die pfandrechtlichen *libri singulares* von Gaius und Marcian werden der Sabinusmasse zugeordnet (*Mantovani*, Masse bluhmiane (1987) 92: keine Regelmäßigkeit in der Abfolge der beiden Werke untereinander). Eine vergleichende Typologie der Werke versucht *Ebrard*, Digestenfragmente (1917) 75–122 (stark interpolationistisch geprägt, aber mit konkreten Erwägungen zur Kompilationsarbeit S. 79–81: zunehmendes Gewicht von Marcian als Vorlage).

[614] So jedenfalls *Lenel*, Pal. I 646–648.

[615] S. etwa D. 20.1.5,11,13,16 (alle Marcian. form. hyp. sing.).

[616] Vgl. *Marino*, Accessorietà (2018) 35–69 mwN. auch zum älteren Schrifttum. Nur mit Vorbehalten zu verwerten hingegen die andere aktuelle Darstellung der Problematik (*De Iuliis*, Pignus conventum (2017) dazu *Mentxaka*, IP 3.2 (2018) 310–317; *Schanbacher*, SZ 137 (2020) 461–468; *Baldus*, AG 2021 i. V.).

[617] Dafür → § 48 Rn. 6–9, 10–13, 20–22. Die Möglichkeit, Verfallsklauseln immerhin zu verein-

haben; sollte dem so gewesen sein, bedurfte es keiner Rechtsbehelfe des Pfandgläubigers,[618] wenn er die Sache bereits physisch beherrschte; wenn nicht, so stand ihm nach dem Verfallszeitpunkt möglicherweise bereits die *rei vindicatio* zur Verfügung. Vertreten wird auch, persönliche Sicherheiten hätten bereits zu Beginn der römischen Rechtsentwicklung dominiert. In jedem Fall sind Quellen, die belastbare Aussagen für die Zeit vor dem 3. Jh. v. Chr. ermöglichten, nicht bekannt.

Plausibel ist eine hoch- und spätrepublikanische Entwicklung, die zur Schaffung **374**
eines Verkaufspfands führte und auf einer Geschäftspraxis beruhte, die man (abgesehen von Plautus und Terenz) üblicherweise Catos *de agri cultura* entnimmt.[619]

Landpächter hatten zur Sicherung der Pachtforderung[620] oftmals nichts anderes zu **375**
bieten als Objekte, die erst zum Zweck der Bewirtschaftung des Grundstücks in dieses eingebracht wurden (*invecta et illata*). Für diese Objekte wurde (nachdem die Klagbarkeit formloser Abreden für einzelne Vertragstypen bereits bekannt war) eine formlose Verpfändung zugelassen, wobei streitig ist, welche Rolle der Abrede (*conventio*) einerseits, der Einbringung andererseits für die Entstehung des Pfandrechts zukam. Unklar ist, ob insoweit sinnvoll zwischen Besitzpfand und besitzlosem Pfand unterschieden werden kann: Es ging immer um Objekte auf dem Grundstück, also in klassischer Begrifflichkeit Fälle des *pignus datum*; man nimmt aber auch eine *conventio* an, wobei wiederum unklar ist, inwieweit Bezüge zum später dem Pedius zugeführten *conventio*-Begriff (vgl. Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.3 → § 22 Rn. 4) bestehen.[621]

Die Interessen des Pfandgläubigers soll zunächst, vielleicht schon im 3. Jh. v. Chr., **376**
das *interdictum Salvianum* geschützt haben (zu dessen klassischem Gebrauch → Rn. 459).[622] Auf diesem Interdikt aufbauend soll Ser. Sulpicius Rufus die nach ihm benannte Klage eingeführt haben. Den Anstoß hierfür gibt nach der Lehre vom „Verfall des Verfalls" der Umstand, dass ein Pfandrecht ohne Verfallsmöglichkeit sonst ohne Klageschutz gewesen wäre; das *interdictum Salvianum* erfasste nicht alle Konstellationen, in denen der Gläubiger Rechtsschutz brauchte (→ § 48 Rn. 23).

Die Formel der ursprünglichen *Serviana* kann nur mit Unsicherheiten rekonstruiert **377**
werden, doch wird angenommen, dass sie von der späteren, vielleicht auf die augusteische Zeit zurückgehenden,[623] Fassung des julianisch redigierten Edikts (s. sogleich) geringfügig abgewichen sei.[624] Zum Forschungsstand siehe → § 48 Rn. 23.

---

baren, blieb bis zum Verbot der *lex commissoria* unter Konstantin (→ § 48 Rn. 63) bestehen, s. noch Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.9. Vgl. → § 48 Rn. 33.

[618] Vgl. aber → § 48 Rn. 5–7. Zu der Frage, ob ein Selbsthilferecht am Anfang des Pfandrechtsschutzes stand, aus neuerer Zeit etwa *Giachi*, St. Martini II 275 und öfter.

[619] Zu denkbaren Vorstufen *Hanard*, RIDA 41 (1994) 249–254: Eine *actio de rebus coloni* sei vorcatonianisch, aber bereits dem Formularverfahren zuzuordnen. Formelrekonstruktion S. 254 f.

[620] Für Erweiterungen bspw. Marcian. form. hyp. sing. D. 20.2.2: städtisches Grundstück, Beschädigungen durch Mieter. Vgl. *Marino*, Accessorietà (2018) 115 mwN.

[621] Vgl. grundsätzlich *Magdelain*, Consensualisme (1958), aufgegriffen speziell für die *Serviana* von *Hanard*, RIDA 41 (1994) 233–286 sowie von *Pichonnaz/Wubbe*, Mél. Magdelain 361–382.

[622] Über das wohl erst spätrepublikanische, umgekehrt den Mieter (nicht den Pächter, Ulp. 73 ed. D. 43.32.1) schützende *interdictum de migrando* → Rn. 457 f.

[623] Varianten und Nachweise bei *Marino*, Accessorietà (2018) 58. Eine sichere Datierung dürfte

378 Zumindest die erschließbare julianische Formel, vielleicht bereits die ursprüngliche (in diesem Sinne → § 48 Rn. 23), beschränkt sich nicht auf *invecta et illata.* Ebenso unterscheidet möglicherweise bereits die servianische Formel nicht zwischen Besitzpfand und besitzlosem Pfand (nach verbreiteter Terminologie zu identifizieren mit *pignus datum/pignus conventum*), sondern stellt einheitlich auf das *convenire*[625] ab (→ § 48 Rn. 23).

379 Jedenfalls (zum Problem siehe → § 48 Rn. 5) ab julianischer Zeit sind damit auch Pfandverhältnisse erfasst, bei denen der Gläubiger keinerlei Zugriff auf die Pfandsache hatte.

380 Umstritten ist die begriffliche Unterscheidung von *actio Serviana* und *quasi Serviana.* Nach Inst. 4.6.7 bezeichnet *Serviana* die ursprüngliche Klage für die genannten Landpachtverhältnisse, *quasi Serviana* die Erweiterung auf *pignora hypothecasve* im Allgemeinen (und zwar ohne prozessualen Unterschied zwischen *pignus* und *hypotheca*).[626] Dem entspricht in der modernen Forschung sachlich die Einstufung von Klagen mit *pro pecunia debita* und *eamque pecuniam* statt *pro mercede illius fundi* und *eamque mercedem* als „analog" zur ursprünglichen *Serviana* (→ § 48 Rn. 26). Alle denkbaren Verpfändungsfälle werden jedoch ab der Ediktsredaktion unter die *Serviana* gefasst, sodass die Rede von der *quasi Serviana* im Rahmen der insgesamt uneinheitlichen Begrifflichkeit als bloße Reminiszenz an frühere Beschränkungen gelesen werden kann (→ § 48 Rn. 26).

381 Gesichert ist die Terminologie schon deswegen nicht, weil nur eine klassische Stelle (aus dem gaianischen Kommentar zum Provinzialedikt) geblieben ist,[627] die von der *quasi Serviana* spricht.[628] Bei Justinian erscheint der Begriff zweimal,[629] sodass ein Interesse der Kompilatoren an dessen vollständiger Tilgung nicht nahe liegt. Überdies ist in der Gaiusstelle eingeschoben „*quae et hypothecaria vocatur*", was man für eine Glosse halten kann,[630] und Kontext ist das *SC Vellaeanum* (→ § 29 Rn. 27); Gaius gibt eine ausdrückliche Begründung dafür, dass die *quasi Serviana* in dieser Konstellation *utilis* sei (Vgl. → Rn. 423), sodass eine ganz spezifische Verwendung von *quasi* denkbar ist.

---

unmöglich sein. *Lenels* (EP 493, 495) Einschätzung, die Unterscheidung von *Serviana* und *quasi Serviana* sei byzantinisch, ist überholt.

[624] *Marino*, Accessorietà (2018) 52 mwN. auch zur Entwicklung von *Lenels*, EP.

[625] *Marino*, Accessorietà (2018) 59 f. Fn. 113 vermutet, dass die ursprüngliche *Serviana* an dieser Stelle „in alcune ipotesi" stattdessen Bezug auf die *datio pignoris* genommen habe.

[626] Anders etwa *Watson*, SDHI 27 (1961) 358–363: *Serviana* als Ausgangsfall und nur gegen den Schuldner, *quasi Serviana* (nach *Watson* auch *hypothecaria*) jünger und gegen Dritte; aber in der Tat „nicht erweislich" (*Kaser*, RP I 473 Fn. 46).

[627] Entsprechender vorjulianischer Sprachgebrauch ist nicht direkt belegbar, Indizien für die sachliche Unterscheidung zwischen Pacht- und anderen Fällen gibt es aber; vgl. zuletzt *Marino*, Accessorietà (2018) 53 v. a. zu Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 20.6.14.

[628] Gai. 9 ed. prov. D. 16.1.13.1.

[629] Inst. 4.6.7; Inst. 4.6.31.

[630] Vgl. zweifelnd *Kaser*, RP I 473 Fn. 43.

Vermutlich wurde also jedenfalls seit der Ediktsredaktion die Bezeichnung *Serviana* auf alle dinglichen Klagen des Pfandgläubigers angewandt.[631] Lenel geht im Anschluss an Wlassak[632] davon aus, dass ein gesondertes Edikt nicht existiert habe, vielmehr die Formel der Pfandklage unmittelbar auf die des *interdictum Salvianum* (→ § 48 Rn. 10–15, 25) gefolgt sei.[633] **382**

Ausschließlich kann aber auch ein solcher Sprachgebrauch nicht gewesen sein. Begrifflich kommen hinzu:[634] *vindicatio pignoris*, *actio hypothecaria* (vor allem, aber nicht nur[635] in justinianischen Texten), *persecutio pignoris*, *actio pigneraticia in rem*. Die nächstliegende Begründung für diese Vielfalt liegt darin, dass der Ausdruck *actio Serviana* ohnehin mehrdeutig war: Er konnte auch auf die *Publiciana* bezogen werden, deren Entstehung gleichfalls auf Servius zurückgeführt wird.[636] Außerdem schlägt sich die stufenweise Entwicklung der dinglichen Pfandklage in den verschiedenen Ausdrücken nieder (→ § 48 Rn. 26). Rekonstruktionsmodelle, die eine einheitliche Begrifflichkeit mit aus solcher Begrifflichkeit ableitbaren technischen Unterschieden annehmen,[637] sind heute selten und jedenfalls kontrovers. **383**

Vindicatio pignoris (oder *pignus vindicare*)[638] betont die Nähe zur Sachvindikation und damit den dinglichen Charakter des Pfandrechts,[639] auch im Kaiserrecht.[640] **384**

---

[631] Vgl. aus dem Kaiserrecht Diocl./Max. C. 4.32.19.2 (o.A.); Gord. C. 8.9.1 (a.238) mit Abgrenzung zum *interdictum Salvianum* als speziellem Rechtsbehelf für Pachtverhältnisse.

[632] *Wlassak*, Edict und Klageformel (1882) 130.

[633] Noch etwas weiter geht die Formulierung bei *Kaser*, RP I 472 Fn. 31: „[D]as Interdikt fungiert zugleich als Edikt für die ihm nachfolgende *formula*". *La Rosa*, St. Sanfilippo VII 312, 316 f. begreift das *descendere* in Ulp. 70 ed. D. 43.33.2 als Hinweis nicht nur auf eine prozesspraktische Hintereinanderschaltung von Interdikt und Klage: Die *actio Serviana* selbst sei entwicklungsgeschichtlich „la *formula arbitraria* derivante dall'interdetto Salviano" (316).

[634] Vgl. auch die Quellenaufzählung bei *De Iuliis*, Pignus conventum (2017) 139–141.

[635] *Marino*, Accessorietà (2018) 53 sieht diese Bezeichnung als die infolge der Ediktsredaktion reguläre an; s. auch 56–58. Paul. 23 ed. D. 10.2.29 verbindet die Namen *hypothecaria* und *Serviana* mit *vel*. Marcian. form. hyp. sing. D. 20.4.12 pr.: *si … vindicet hypothecaria actione*. Vgl. zur Begrifflichkeit *Watson*, SDHI 27 (1961) 356–363.

[636] Nicht quellenmäßig ist der Ausdruck hingegen für die Klage des Vermögenskäufers mit Erbenfiktion: *Platschek*, SZ 128 (2011) 367 f.

[637] Insbesondere *Fuenteseca*, Pignus (2013) (→ Rn. 387).

[638] Vgl. an Texten, in denen für Pfandsachen von einem *vindicare* oder *vindicari* seitens des Gläubigers die Rede ist, Scaev. 5 dig. D. 13.7.43 pr.; Paul. 3 quaest. D. 20.1.28; Paul. 5 quaest. D. 20.1.20 pr.; Paul. 5 resp. D. 20.1.29 pr.; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.3 (mit geradezu ostentativer Betonung des Charakters *in rem*); D. 20.4.12 pr.; Mod. 4 resp. D. 20.1.26.2. Ulp. 15 ed. D. 20.1.17 spricht von einer *in rem actio*. Vgl. Gord. C. 8.25.5 (a.241) (*usitato more pignora vindicare*); im späteren Kaiserrecht Honor./Theodos. C. 7.39.3 pr. (a.424), wo aber auch generisch von *quali-cumque actione vel persecutione* die Rede ist.

[639] Vgl. die Ausführungen zur Passivlegitimation bei Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.3. (nach *Kaser*, RP II 321 itp., mit Begründung nunmehr aus *Kaser*, Iura 18 (1967) 14 f.). Für Echtheit hingegen *Schipani*, Responsabilità (1971) 134 f. Diocl./Max. C. 4.24.10.2 (a.293) bezeichnen die Anforderung an die Passivlegitimation mit *tenere* (interessant wegen denkbarer Querverbindungen

385 *Actio pigneraticia* ohne Zusatz ist mehrdeutig, weil außer der hier in Rede stehenden dinglichen[641] auch die persönliche Pfandklage, als *directa* oder *contraria* (vgl. D. 13.7), gemeint sein kann; daher der (selten quellenmäßige) Zusatz *in rem*.[642] Freilich richtet sich die *actio pigneraticia in personam* (→ § 87 Rn. 9–24) als Klage des Schuldners auf Pfandrückgabe gegen den Gläubiger. In der Anspruchsrichtung, aber nicht im konkreten Rechtsschutzziel parallel zur dinglichen Pfandklage des Gläubigers ist mithin nur die *actio pigneraticia (in personam) contraria*,[643] die aber nicht auf Herausgabe geht, sondern auf *quod interest creditoris*,[644] regelmäßig also auf Schadensersatz.[645]

386 Der Ausdruck *persecutio pignoris* (*pignus/pignora persequi*) erscheint vereinzelt in D. 13.7, bisweilen mit dinglichem Sinn,[646] es dominieren aber dingliche Verwendungen außerhalb dieses Titels bei Julian,[647] Gaius,[648] Marcellus,[649] Scaevola,[650] Paulus,[651] Ulpian[652] sowie im Kaiserrecht.[653]

---

zur *rei vindicatio* → Rn. 171 f.). Heute, soweit ersichtlich, nicht mehr vertreten wird die These *Exners* (Pfandrechtsbegriff (1873); Zusammenfassung S. 191–193), *actio hypothecaria* bezeichne technisch die dingliche Klage des Sachpfandgläubigers nach Fälligkeit, *pignoris persecutio* hingegen sei eine Sammelbezeichnung für alle der Realisierung von Pfandrechten dienenden Klagen.

[640] Diocl./Max. C. 4.10.7 pr. (a.293) vgl. *Harke*, Iuris prudentia (2019) 307.

[641] Etwa Paul. 10 Sab. D. 12.6.13 pr. (*utilis*). Vgl. → § 48 Rn. 26, § 42 Rn. 3: Aufgreifen alter Begrifflichkeit.

[642] Beiläufig bei Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.12; Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.3 kombiniert in einer Aussage zur *actio ad exhibendum* (→ § 65 Rn. 15) gleich drei Bezeichnungen (*pigneraticia Serviana sive hypothecaria*), der dingliche Bezug ist aber eindeutig. Vgl. zu den verschiedenen Rechtsbehelfen *Ortu*, Ric. Talamanca II 41–76.

[643] Systematisch Paul. 29 ed. D. 13.7.16.1. Vgl. die Konstellationen von Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8 pr.; Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.1; Ulp. 40 Sab. D. 13.7.1.2 für den Fall, dass das verpfändete Objekt aus einem weniger wertvollen Material ist als in der *conventio* vorgesehen, und zwar zusätzlich zu der Klage aus *stellionatus*; Ulp. 28 ed. D. 13.7.9 pr.; Ulp. 30 ed. D. 13.7.22.3; D. 13.7.22.4; Ulp. 31 ed. D. 13.7.25; Ulp. 2 disp. D. 21.2.38; Marcian. 4 reg. D. 13.7.32; Sonderfall: Ulp. 30 ed. D. 13.7.24 pr. Pomp. 18 Sab. D. 13.7.3 wird auf die *actio Serviana* bezogen (→ § 87 Rn. 22).

[644] Paul. 3 quaest. D. 46.1.54. Vgl. auch Diocl./Max. C. 8.15.6 (a.293), wo ausdrücklich die *Serviana* bei unwirksamer Verpfändung fremder Sache abgelehnt, die *pigneraticia contraria* gegeben wird.

[645] So in Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.1.

[646] Pap. 3 resp. D. 13.7.40.2; Paul. 3 quaest. D. 13.7.41.

[647] Iul. 49 dig. D. 43.33.1.2.

[648] Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.27 pr.

[649] Marcell. 5 dig. D. 20.1.27.

[650] Scaev. 5 resp. D. 42.8.22.

[651] Paul. 5 resp. D. 20.1.29.2 mit Gewährung von Verwendungsersatz; Paul. 5 quaest. D. 18.4.6; Paul. 25 quaest. D. 22.2.6.

[652] Ulp. 15 ed. D. 20.1.17: *Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori*; Ulp. 73 ed. D. 20.1.14 pr., Ulp. 3 disp. D. 44.3.5.1.

[653] Ant. C. 8.18.2.1 (a.216); Alex. C. 8.19.1.1 (a.230); im pr. spricht derselbe Kaiser von *persecutio hypothecaria*, in Alex. C. 8.27.1 (a.223) von *debitum persequi*; Umschreibung mit *cessis actionibus uti* in einem Fall des Pfandübergangs: Alex. C. 8.40.11.1 (a.229); Philipp. C. 8.44.15 (a.245); Diocl./Ma-

Nahezu alle Einzelheiten dieser Rekonstruktion der Entwicklung waren bestritten. In neuerer Zeit ist noch die insgesamt abweichende Deutung vertreten worden, zu unterscheiden sei zunächst nach Verpfändung (stets unter *conventio pignoris*) mit oder ohne *traditio*, für die Klassik dann klagentypologisch nach *actio Serviana* (ursprünglich nur gegen Dritte) und *actio hypothecaria* (auch gegen den Schuldner).[654] Die Vielfalt der Quellenzeugnisse lässt eine solche Systematisierung jedoch als zumindest angreifbar erscheinen.[655] **387**

3. Formelelemente und Probleme

a. Übersicht

Die Formel verbindet die Grundstruktur einer *actio in rem* mit ergänzenden Elementen (*conventio*, weder Rückzahlung noch Sicherheitsleistung noch Gläubigerverschulden). **388**

Üblicherweise werden die wesentlichen Verurteilungsvoraussetzungen in einem Dreischritt zusammengefasst: (bonitarisches) Eigentum des Schuldners bei Verpfändung, *conventio*, fortbestehende Schuld. Der mehrdeutige Begriff *obligatio* (Schuldverhältnis; pfandrechtlich: Verhaftetsein eines Objekts) erscheint in der Formel nicht. **389**

Die von Lenel rekonstruierte Formel enthält diese Elemente im Grundaufbau einer *vindicatio*. Der doppelt atypische Charakter als prätorische[656] (wie die *Publiciana*)[657] und als *in factum* konzipierte[658] Klage erklärt sich aus der spezifischen Entwicklung. Neben der *rei vindicatio* war sie jedenfalls ab dem historischen Moment erforderlich, in dem eine ursprünglich bestehende Verfallskonstruktion (→ Rn. 373) nicht mehr existierte: Dann bestand kein Eigentum (oder ein anderweitig zivil vertyptes *ius in re aliena*) mehr, und der Prätor musste die spezifische Situation mit seinen Mitteln bewältigen. **390**

---

xim. C. 5.71.9.1 (a.285); C. 8.13.10 (a.290); C. 4.10.6 (a.293); C. 8.13.15 (a.293). C. 8.13.18 (a.293): *Pignoris vel hypothecae persecutio in rem est.* Bei Diocl./Max. C. 4.32.19.2 (o.A.) verbunden mit *actio Serviana* („*declarat*"). Gord. C. 8.9.1 (a.238) bezieht *persequi* auf die Pfandsachen und spricht von der *actio Serviana*; mehrfach betont Gordian den Unterschied zur persönlichen Klage: Unschädlichkeit der *longi temporis praescriptio* für die persönliche Klage, Gord. C. 7.36.1 (o.A.), siehe → Rn. 440; Kumulierbarkeit von persönlicher Klage und Pfandverfolgung: Gord. C. 8.13.8 (a.239); C. 8.26.1.1 (a.239; i. f. *geminata* zu C. 8.13.8).

[654] *Fuenteseca*, Pignus (2013) 1–205.

[655] Zustimmend freilich die Besprechung von *Robles*, RIDROM 11 (2013) 606–616; etwas zurückhaltender *Ramos Blanco*, An. Fac. Der. Coruña 18 (2014) 441–450.

[656] *Kaser*, RP I 459.

[657] Verschiedentlich wird eine innere Nähe der beiden Klagen betont, so bei *Kaser*, RP I 459. Grundsätzlich (auf der Basis einer von *Lenel* abweichenden Ediktsrekonstruktion) *Pichonnaz/Wubbe*, Mél. Magdelain 368, 372–381.

[658] Dazu etwa *Hanard*, RIDA 41 (1994) 248 f.

b. Klageziel

391 Die Klage zielt auf Sachherausgabe, die ebenso wie bei der *rei vindicatio* durch ein der Geldverurteilung vorgeschaltetes *iussum de restituendo* (→ § 48 Rn. 56) gefördert wird. Verurteilt wird in Geld; noch in der Spätklassik scheint kontrovers gewesen zu sein, ob die Verurteilungssumme bei Klage gegen den Schuldner auf den Schuldbetrag begrenzt war.[659]

392 Diokletian muss klarstellen, dass ein durch Pfandveräußerung erzielter Überschuss nicht dinglich herausverlangt werden kann, auch nicht nach Investition in die Sache.[660]

c. Legitimation, Rechtsbegründung und Objektsstatus

393 Aktivlegitimiert ist der Pfandgläubiger; wenn er die Pfandsache veräußert hat, der Erwerber.[661]

394 Passivlegitimiert ist der jeweilige Besitzer der Pfandsache.[662] Für den indirekten Rechtszwang gegen den Besitzleugner vermutet man die Anwendung der *actio ad exhibendum* bzw. des *interdictum quem fundum* wie bei der Sachvindikation.[663]

395 Zwischenzeitliche Ersitzung *pro emptore* oder *pro herede* schließt die Klage nicht aus;[664] Versteigerung der Pfandsache durch den *fiscus* hingegen schon.[665]

396 Wenn der Pfandgläubiger aber gegen den Nachbarn vorgehen will, der wegen eines vom Grundstück aus drohenden *damnum infectum* in den Besitz des Schuldnergrundstückes eingewiesen worden ist, wird die Klage denegiert.[666]

397 Die *conventio* ist formlos möglich. Ob insoweit Identität mit der gaianischen Lehre vom Konsensualvertrag[667] oder mit derjenigen Vorstellung besteht, die nach Ulpian[668] spätestens Pedius ins römische Obligationenrecht einführte,[669] ist nicht sicher zu entscheiden.

---

[659] Für Beschränkung auf die Schuldsumme Ulp. 73 ed. D. 20.1.21.3, dagegen Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.3,4,6. Zur kontroversen Deutung im Anschluss an Ulpian → § 48 Rn. 56.

[660] Diocl./Max. C. 8.27.20 (a.294). Wohl aber: persönliche *pigneraticia* des Schuldners → § 48 Rn. 64, § 87 Rn. 6–12.

[661] Diocl./Max. C. 8.27.15 (a.294).

[662] Diocl./Max. C. 8.13.14 (a.293). Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.3 betont die Parallelen zur *rei vindicatio* in der Passivlegitimation (und in der *condemnatio*, → Rn. 210).

[663] *Lenel*, EP 495. Zur *actio ad exhibendum* → § 65 Rn. 12.

[664] Pap. 23 quaest. D. 41.3.44.5 mit näherer Begründung. Vgl. *Schanbacher*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 135–139.

[665] Diocl./Max. C. 8.25.8 (a.290).

[666] Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.25. Hingegen gibt Afr. 9 quaest. D. 39.2.44.1 dem Eingewiesenen nur Impensenersatz, wohl aus *exceptio doli*, und führt vergleichsweise aus, dass ein Käufer auch diesen nicht bekomme.

[667] Das will Gaius selbst vermitteln: Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.4 (s. auch die Parallelstelle Gai. form. hyp. sing. D. 22.4.4).

[668] Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.3 (→ § 22 Rn. 4).

[669] Dafür *Marino*, Accessorietà (2018) 55 mwN. zur Diskussion.

Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.4 erwähnt den Nutzen von Verpfändungsurkunden und stellt bei deren Fehlen die Maßgeblichkeit des *quod actum* unter den Vorbehalt der Beweisbarkeit.[670] **398**

Die *conventio* kann auch *generalis* sein.[671] **399**

Bei unwirksamer *conventio* wird der Pfandrechtsprätendent auf die (überdies nur als *utilis* gewährte) persönliche Klage verwiesen.[672] **400**

Die gesicherte Obligation muss bestehen, aber nicht notwendig fällig sein: Die Klage schützt nicht nur jeden Pfandgläubiger, wenn die gesicherte Schuld nicht beglichen wird, sondern den Besitzpfandgläubiger auch gegen zwischenzeitlichen Besitzverlust an Dritte,[673] da dieser im Ergebnis das Sicherungsinteresse ebenso gefährdet und den Gläubiger überdies, wenn der Schuldner später ordnungsgemäß leistet, dessen persönlicher Pfandklage aussetzt[674] (→ § 48 Rn. 50). Sie kann beliebigen Inhalts sein,[675] eigen oder fremd.[676] Bei Interzessionen ist das *SC Vellaeanum* zu beachten (→ Rn. 423). Begründung durch Gewaltunterworfene gibt nur eine *actio utilis*[677] (→ Rn. 424). **401**

Bei bedingter Obligation wird eine vor Bedingungseintritt erhobene Klage denegiert.[678] Ist die Schuld unbedingt, das Pfandrecht aber bedingt, so sucht Marcian einen Interessenausgleich durch Sicherheitsleistung.[679] **402**

Die Beweislast für das Entstehen der Schuld trifft nach epiklassischem Kaiserrecht den Gläubiger.[680] **403**

Wirksam ist nur eine *conventio* über Sachen, die bei Abschluss im (zumindest) bonitarischen Eigentum des Verpfänders standen (Einzelheiten → § 48 Rn. 42–49). Das ist auch dann möglich, wenn der Verpfänder im Vindikationsstreit gegen einen Dritten beweisfällig geblieben ist.[681] Objekte im bloßen Miteigentum des Verpfänders können prozessual nur mit einer *actio utilis* verfolgt werden.[682] *Extra commercium* befindliche Objekte können nicht wirksam verpfändet werden.[683] **404**

[670] Vgl. (auch zur *geminata* in Gai. form. hyp. sing. D. 22.4.4) *Babusiaux*, Quod actum (2006) 171–173: klassisch.

[671] Pap. 11 resp. D. 20.1.1; Paul. 5 resp. D. 20.1.29 pr. betont, dass auch in diesem Fall späterer Eigentumserwerb durch den Erben nicht genügt; Ulp. 75 ed. D. 20.1.6 zu Grenzen hinsichtlich persönlicher Gegenstände des Schuldners. Näher zur Generalverpfändung → § 48 Rn. 35.

[672] Gord. C. 5.70.2.1 (a.238).

[673] *Wubbe*, FS Kaser (1976) 184.

[674] Vgl. *Wubbe*, FS Kaser (1976) 184.

[675] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.5 pr. Zur Naturalobligation → § 68 Rn. 7.

[676] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.5.2.

[677] Paul. 10 Sab. D. 12.6.13 pr.

[678] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.13.5: *non recte agi*. Vgl. *Marino*, Accessorietà (2018) 50 Fn. 66.

[679] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.13.5 ordnet für diesen Fall eine arbiträre Verurteilung unter *cautio* an. Vgl. *Wacke*, TR 37 (1969) 390–394.

[680] Diocl./Max. C. 4.24.10.2 (a.293). Vgl. → § 48 Rn. 50 mwN.

[681] Pap. 20 quaest. D. 20.1.3 pr. Siehe → Rn. 264 und *Ankum*, TR 53 (1985) 284 f. sowie – auf der Grundlage der These, es bestehe eine strukturelle Verwandtschaft zwischen *Serviana* und *Publiciana* – *Pichonnaz/Wubbe*, Mél. Magdelain 376–378, die überdies eine Nähe zu Paul. 19 ed. D. 20.1.18 sehen.

[682] Iul. 49 dig. D. 43.33.1.2.

405 Künftige oder künftig eigene[684] Objekte können unter entsprechendem Vorbehalt gleichfalls verpfändet werden,[685] wenn eine Grundlage für ihre Gewinnung besteht.[686] Zur *actio utilis* bei sonstigem späterem Erwerb siehe → § 48 Rn. 44, 49. Zur späteren Veräußerung des Objekts durch den Verpfänder siehe → Rn. 416.

406 Die Beweislast dafür, dass ein bestimmtes Objekt *in bonis debitoris* ist, trifft den Kläger, dem aber die übliche Verpfändungsklausel zugute kommen kann.[687]

407 Nichteigentümer können ausnahmsweise verpfänden (→ § 48 Rn. 42): der Vectigalpächter,[688] der Superficiar,[689] der Pfandgläubiger.[690] Der Nießbraucher kann (nicht die Sache, aber) den Nießbrauch verpfänden.[691]

408 Veränderungen der Sache nach der *conventio* schaden nicht.[692] Stellen, die in Parallele zur *rei vindicatio* (→ Rn. 112–116) die Objektsbezeichnung allgemein oder unter dem Aspekt von Veränderungen des zu Bezeichnenden problematisierten, sind nicht überliefert.[693]

409 Sachuntergang im Rechtssinne beseitigt auch das Pfandrecht.[694]

410 Gezogene Früchte sind im Regelfall ab der *litis contestatio* herauszugeben.[695] Das Regime der Fruchtherausgabe weicht jedenfalls insoweit von dem der *rei vindicatio* ab, als ein Fruchtziehungsrecht für den Gläubiger vereinbart ist.

411 Auch vertraglich kann[696] ein Fruchtziehungsrecht des Gläubigers vereinbart werden,[697] auch beschränkt auf eine Verrechnung gegen die Darlehenszinsforde-

---

[683] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.3.1.2.

[684] Unter entsprechender Bedingung: Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.7.

[685] Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.15 pr.

[686] Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11.3.

[687] Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.15.1. Vgl. → § 48 Rn. 35; *Du Plessis*, RIDA 54 (2007) 228–235 mit weiteren Quellen und für die Deutung des Klauselinhalts als „floating charge".

[688] Scaev. 1 resp. D. 20.1.31 pr.; Paul. 29 ed. D. 13.7.16.2.

[689] Paul. 29 ed. D. 13.7.16.2 mit systematisierender Begründung, möglicherweise schultraditionell auf Scaev. 1 resp. D. 20.1.31 pr. aufbauend.

[690] Scaev. quaest. publ. tract. sing. D. 44.3.14.3; Pap. 3 resp. D. 13.7.40.2; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.13.2 (*actio utilis*); ebenso (mit dem Hinweis *iam dudum placuit*) Gord. C. 8.23.1 (a.238); Diocl./Max. C. 8.23.2 (a.290).

[691] Dafür jedenfalls Papinian, vgl. Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.11.2.

[692] Vgl. Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16 pr.: Anschwemmung; D. 20.1.16.2: Haus statt Garten auf dem Grundstück; zwischenzeitliche Anpflanzung.

[693] So zeigt Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.13 pr. keine Spuren der Debatten über Sachgesamtheiten als Vindikationsobjekte: Der *grex* in seinem jeweiligen Bestand haftet. Dazu ausführlich *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993) 105–116.

[694] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.13.1 (*statuliber*); D. 20.6.8 pr. (*res corporalis*; ausgedehnt auf Nießbrauch).

[695] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.4, auch zur ausnahmsweisen Haftung der vor *litis contestatio* gezogenen Früchte (wenn der Wert der Hauptsache nicht genügt).

[696] Vermutung für eine stillschweigende Vereinbarung bei ländlichen Grundstücken: Pomp. 13 var. lect. D. 20.2.7. Vgl. → § 48 Rn. 31.

[697] So im Sachverhalt von Mod. 4 resp. D. 13.7.39: *in compensationem*. Wohl Antichrese; so nach-

rung.[698] Ein solches Recht wirkt jedoch nicht gegen einen gutgläubigen Dritten als Grundstückserwerber.[699]

Verrechnung findet auch gegen Verwendungen statt.[700] **412**

Die Haftung erfasst auch Zinsen und *poenae*.[701] **413**

Bei Mehrfachverpfändung stellt sich die Frage, in welchem Umfang jeder einzelne Gläubiger gegen den Besitzer vorgehen kann.[702] **414**

d. Wegfall des Leistungsinteresses

In Ergänzung zum Modell der Sachvindikation kennt die Formel einige Elemente, die spezifisch die Verknüpfung von Schuld und Haftung betreffen. Die Klage hat auch bei Vorliegen einer *conventio* und ursprünglichem Bestehen einer pfandrechtlichen *obligatio* keinen Erfolg unter Voraussetzungen, die alle im weitesten Sinne das Leistungsinteresse betreffen: Ist gezahlt[703] oder hat der Gläubiger eine *satisfactio*[704] akzeptiert[705] oder hat er verzichtet[706] oder ist er im Gläubigerverzug,[707] so steht der Durchsetzung des Pfandrechtes eine *exceptio* (ggf. *doli*)[708] entgegen. **415**

---

drücklich *Manigk*, Gläubigerbefriedigung (1910) 47 f., 58 f.; auch *de Churruca*, Hom. Murga Gener 349–352: Antichrese im Anschluss an die Vereinbarung des *pignus*; vgl. weiterhin *Kaser*, SDHI 45 (1979) 82 f.

[698] Pap. 11 resp. D. 20.1.1.3. Ebenso bei einer Antichrese, solange das Kapital nicht zurückgezahlt ist, Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.11.1. Ulp. 52 ed. D. 36.4.5.21 nimmt eine pfandrechtliche Regel in Bezug, der zufolge eine Anrechnung der Fruchtziehung erst auf die Zinsen erfolgt, dann auf das Kapital. Sonderfall (zinsloses Darlehen, gleichwohl Fruchtziehungsrecht des Gläubigers im gesetzlichen Umfang): Paul. 2 sent. D. 20.2.8.

[699] Pap. 11 resp. D. 20.1.1.2: Keine *actio utilis*, denn die vom Erwerber verbrauchten Früchte haben dem Schuldner nie gehört.

[700] Insb. nach Pap. 11 resp. D. 20.1.1.4; vgl. zur Quelle und zum möglicherweise hinter ihr stehenden Prinzip *Raff*, Erhaltungskosten (2017) 275 f. und öfter.

[701] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.13.6.

[702] Differenzierend Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.8.

[703] Zu klären bleibt, ob insoweit eine *exceptio* erforderlich war. Bei *litis aestimatio*: *exceptio doli*, Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.19. Hier wurde die *litis aestimatio* von einem Dritten geleistet (nicht vom Pfandbesteller); die *exceptio doli* (vgl bei Fn. 710) wird dann vom Schuldner gegen die Klage auf Zahlung erhoben. Siehe auch *Wacke*, FS Kaser (1976) 515.

[704] Zugeschobener Eid genügt: Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.5.3. Vgl. zur *satisdatio* auch Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.5.2. Näher → § 48 Rn. 54 und *Marino*, Accessorietà (2018) 78–81.

[705] Die beiden ersten Fälle sind *condiciones* der *actio* nach Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.13.4.

[706] Gai. form. hyp. sing. D. 20.6.7.2 (Verzichtsabreden mit Hilfspersonen des Schuldners; zu den *exceptiones* → Rn. 435); s. u. → Rn. 435 zu Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.5 pr.

[707] Ein Sonderfall in Gai. form. hyp. sing. D. 20.4.11.4 (*inutilem esse*): Der vorrangige Gläubiger lehnt eine Zahlung durch den nachrangigen ab. Vgl. *Marino*, Accessorietà (2018) 80 Fn. 197. Ältere Deutungen der Stelle: *Apathy*, FG Kaser 11; *Erman*, SZ 11 (1890) 252.

[708] So bei Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.19.

416 Mehrfach diskutiert wird der Fall, dass der Gläubiger dem Verkauf (*venditio*; dieser Begriff wird jedenfalls in der Spätklassik in pfandrechtlichem Zusammenhang weit gefasst)[709] der Pfandsache durch den Schuldner[710] zugestimmt[711] hat. Dann muss er sich die *exceptio „si non voluntate creditoris veniit“* entgegenhalten lassen.[712]

e. Prozessbeendigung

417 Die Arbiträrklausel ermöglicht wie bei der *rei vindicatio* faktisch Durchsetzung in Natur.[713]

418 Kommt es zur *condemnatio*, hat also der Beklagte nicht restituiert, so kann die Pfandsache verkauft werden. Das Interesse wird durch Litisästimation,[714] also ggf. auch hier Klägereid, ermittelt. Ob das Interesse über den Forderungsbetrag hinausgehen kann, ist kontrovers.[715] Praktisch relevant wird das bei Klagen gegen andere Besitzer als den Schuldner: Von diesen[716] darf der Gläubiger den vollen Sachwert verlangen, weil er dem Schuldner die Sache zurückgeben muss, wenn die Schuld beglichen wird,[717] und

[709] Vgl. Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.11 zum Legat, § 12 zu unvollständigen Verkaufsvorgängen; § 13 zur Mitgift (Entgeltlichkeit wegen der *onera matrimonii*) und über weitere Abgrenzungen zu Schenkungsfällen; verneinend bei abredewidrig niedrigem Preis § 14; § 15 zu Anforderungen an den *consensus* des Gläubigers. Die Schlusswendungen in §§ 15 und 16 wirken justinianisch.

[710] Ausdehnung auf den Erben: Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.16. Besitznachfolger des Schuldners: nicht automatisch, Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.17.

[711] Gai. form. hyp. sing. D. 20.6.7 pr. Zeitlich beschränkbar: Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.18. Für Teilveräußerung Gai. form. hyp. sing. D. 20.6.7.3. Die Frage, welche *exceptio* dort einschlägig sei, ist ungeklärt (und offengelassen bei *Vanzetti*, BIDR 12 (1970) 309).

Möglicherweise auch unter Zugrundelegung heutiger Maßstäbe als itp. anzusehen: Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.6,7.

[712] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.9. *Repellere* im weiteren Fortgang der Stelle (§§ 12–14) wird man ebenso auf diese Einrede beziehen wie *exceptione summovere* (§ 13) und *exceptionem nocere* (§ 17). Hingegen bezieht § 18 sich ausdrücklich auf die *exceptio doli*.

[713] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.3,4 und D. 20.4.12.1 lassen sich mit *Mantovani*, Formule 45 als Hinweise auf ein richterliches *arbitrium* lesen; ausdrücklich dann Inst. 4.6.31. Nach *Wubbe*, FS Kaser (1976) 189 folgt aus der Funktion der Pfandklage, dass der Beklagte auf das *iussum* hin (anders als bei den anderen dinglichen Klagen) wahlweise die Sache oder Geldersatz restituieren kann.

[714] Zur Litisästimation gegen den dritten Besitzer der Pfandsache (jeweils: im konkreten Fall bereits erfolgt) und der daraus resultierenden *exceptio* (*doli*) gegen den später vindizierenden Pfandschuldner Iul. 11 dig. D. 13.7.28; Gai. 9 ed. prov. D. 20.6.2 (diese beiden mit der Möglichkeit für den Kläger, seinerseits durch Zahlung die *exceptio* auszuschließen; nicht itp., vgl. *Wubbe*, FS Kaser (1976) 192) und in der Tendenz bereits *Gonvers*, Exceptio rei venditae et traditae (1939) 121 f.; Paul. 23 ed. D. 10.2.29.

[715] Dafür Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.3,4,6 (3 i. f. betont als Vorteil gegenüber der persönlichen Klage), dagegen Ulp. 73 ed. D. 20.1.21.3. Vgl. → § 48 Rn. 56 mit Fn. 293; aus der älteren Lit. insb. *Wubbe*, FS Kaser (1976) 186–191 und weiter, Forschungsgeschichte 196–200.

[716] Vom Schuldner nicht → § 48 Rn. 58. Vgl. auch *Kaser*, St. Grosso I 51, 54 m. Hinweis u. a. auf Gai. form. hyp. sing. D. 20.1.15.2; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.4.12.5.

[717] ~~*Wubbe*, FS Kaser (1976) 184; dort auch zum Sonderfall einer Entwendung durch den Schuldner~~ (Paul. 1 decr. D. 47.2.88).

auch sonst einen Überschuss (*superfluum*, *hyperocha*) dem Schulder im Innenverhältnis überlassen muss.[718]

Ist die *condemnatio* in einen die Schuld einschließlich Zinsen überschreitenden Betrag erfolgt, kann der Schuldner die Pfandsache gleichwohl durch Leistung des Geschuldeten befreien.[719] **419**

f. Rechtskraft

Hat der Schuldner den Prozess gegen den Pfandgläubiger verloren und ist immer noch oder wieder im Besitz der Sache, so steht dem Pfandgläubiger die *vindicatio pignoris* offen; der *exceptio rei iudicatae* kann er eine *replicatio „si secundum me iudicatum non est“* entgegensetzen.[720] **420**

Hingegen muss der Pfandgläubiger eine rechtskräftige Fehlentscheidung im Vorprozess gegen den Verpfänder auch gegen sich gelten lassen.[721] **421**

g. Erweiterungen

Im Zusammenhang mit Verpfändungen, bei denen eines der oben aufgezählten Merkmale fehlt, erscheinen mehrfach Diskussionen über *actiones utiles*[722] oder *in factum*. Einige der Texte betreffen freilich den Fall, dass der Pfandgläubiger für die Zwecke anderer Klagen einem Eigentümer gleichgestellt wird.[723] Die *actio (quasi) Serviana* selbst wird insbesondere in folgenden Fällen erweitert (oder aber die Erweiterung abgelehnt): **422**

Ob eine wirksame Schuld bestand, konnte von der Anwendbarkeit des *Senatusconsultum Vellaeanum* abhängen. Gaius sagt im Anschluss an eine Aufzählung von Ausnahmen, in denen die Frau in Wahrheit eine eigene Schuld übernommen hatte (also wirksam),[724] der Gläubiger einer solchen Schuld benötige keine neue Klage *cum quasi Serviana (quae et hypothecaria vocatur) in his utilis sit*, denn *conventio* und Nichtzahlung seien gegeben.[725] Diese Begründung für das *utilis esse* spricht dafür, dass hier keine *actio* **423**

[718] Gegen Relevanz des *superfluum* beim besitzlosen Pfandrecht *Wubbe*, FS Kaser (1976) 185.

[719] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.6 mit Argument aus der *humanitas* gegen überkommene Prozesslogik. Der früher verbreitete Interpolationsverdacht bleibt im Raum. Vgl. *Kaser*, Iura 18 (1967) 15–17.

[720] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.5 mit der offenbar nötigen Klarstellung, eine Sachvindikation komme nicht in Betracht.

[721] Pap. 20 (nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* CIC III eher Buch 26) quaest. D. 20.1.3.1, in Parallele zu Pap. 27 quaest. D. 44.3.28.

[722] Aufzählung und Literaturhinweise ohne systematische Aufarbeitung bei *De Iuliis*, Pignus conventum (2017) 206 f.

[723] Etwa Iul. 49 dig. D. 8.1.16 (Dienstbarkeitsklage), Paul. 22 ed. D. 9.2.30.1 (*actio legis Aquiliae*, differenzierend); Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.6 (*actio communi dividundo* unter Pfandgläubigern).

[724] Gai. 9 ed. prov. D. 16.1.13 pr. Vgl. → Rn. 381.

[725] Gai. 9 ed. prov. D. 16.1.13.1. Zu *quasi* in der Klagebezeichnung → Rn. 380–382, § 48 Rn. 26; jedenfalls neben *utilis* kein Hinweis auf eine punktuelle „Analogie“.

utilis im prozesstechnischen Sinne gemeint ist, sondern nur das Eingreifen der (*quasi*) *Serviana*.[726]

424 Hat ein Gewaltunterworfener die Schuld begründet, so wird die *actio pigneraticia* als *utilis* gegeben.[727]

425 Ist eine Sache quotal verpfändet, gibt Julian die *Serviana* als *actio utilis*[728] und stellt ausdrücklich den Fall gleich, dass der Verpfänder nur Miteigentum hat.[729] Die Unterverpfändung wird mit einer *actio utilis* (und einer *exceptio*) geschützt.[730]

426 Verliert der Gläubiger einer Antichrese den Besitz, so gibt Marcian eine *actio in factum*.[731]

427 Die Formelrekonstruktion erfasst weiterhin nur den Fall, dass die Pfandsache zur Zeit des Abschlusses der *conventio* im Vermögen des Beklagten war (→ Rn. 404). Für den Fall, dass sie erst später dorthin gelangt, geben Paulus (Sacherwerb durch den beklagten Schuldner)[732] und Modestin (Sacheigentümer beerbt den Schuldner)[733] eine *utilis actio pigneraticia*;[734] ebenso das epiklassische Kaiserrecht.[735]

428 Gord. C. 8.9.1 (a.238) bereitet Schwierigkeiten: Warum es hier kumulierend heißt *Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis*, ist seit langem ebenso umstritten wie das Verständnis des Fragments insgesamt.[736]

429 Papinian lehnt eine *utilis Serviana* gegen den gutgläubigen Dritten ab, der die Früchte eines mitsamt Früchten verpfändeten Grundstücks verbraucht hatte.[737]

430 Ebenfalls Papinian gibt dem Geschäftsführer keine *actio utilis*, wenn er zu Gunsten des abwesenden Geschäftsherrn das Pfand ausgelöst hatte (wohl aber eine *exceptio doli* gegen dessen Vindikationsklage).[738]

431 Von klassischen Modellen abgelöst ist die *utilis Serviana* genannte Klage in Iust. C. 6.43.1.1 (a.529).

---

[726] Vgl. zum Problem *Frezza*, Scr. II 300 f.

[727] Paul. 10 Sab. D. 12.6.13 pr.

[728] Iul. 49 dig. D. 43.33.1.1.

[729] Iul. 49 dig. D. 43.33.1.2: *idem servari.*

[730] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.13.2; Gord. C. 8.23.1 pr. (a.238).

[731] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.11.1 i. f.

[732] Paul. 3 quaest. D. 13.7.41. Vgl. auch (für eine Generalverpfändung) Pap. 11 resp. D. 20.1.1 pr. *Kaser*, RP I 464 sieht auch in Afr. 8 quaest. D. 20.4.9.3 einen Hinweis auf eine *actio utilis.*

[733] Mod. 7 diff. D. 20.1.22. Insoweit geht Modestin weiter als Paulus in Paul. 3 quaest. D. 13.7.41, Variante.

[734] *Frezza*, Scr. II 147 ventiliert, ob der Kläger zwischen dinglicher und persönlicher Klage wählen können.

[735] Diocl./Max. C. 8.15.5 (a.286). Ungewöhnlich ist jedenfalls die Wendung *ordinaria actio super pignore*, erst recht in Verbindung mit *aequitatem facere, ut.* Vgl. zur Stelle auch → § 48 Rn. 44.

[736] Nachw. zuletzt bei *De Iuliis*, Pignus conventum (2017) 201–214.

[737] Pap. 11 resp. D. 20.1.1.2, siehe → Rn. 411.

[738] Pap. 11 resp. D. 20.6.1 pr.

h. *Exceptiones*

Vgl. zunächst → Rn. 415 f. **432**

Zur *exceptio* des einen Pfandgläubigers gegen den anderen (bei mehrfacher Verpfändung und einheitlicher Pfandhaftung der ganzen Sache) nennt Marcian[739] zwei Formulierungen: zugunsten des zeitlich früher in die Gläubigerstellung Eingerückten *si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata*; zu Gunsten des zweiten *si non convenit, ut sibi res sit obligata*. Der zweitrangige Gläubiger kann klagen, wenn dem erstrangigen gegenüber erfüllt ist.[740] **433**

Nicht klar geregelt ist mit der Formel die Situation, dass mehrere als Pfandgläubiger hinsichtlich derselben Sache auftreten. Ulp. 73 ed. D. 20.1.10 gibt drei Varianten: Bei gleichzeitiger Verpflichtung bekommen die Gläubiger gegen Dritte die *actio Serviana in solidum*; klagt einer gegen den anderen, so gilt *melior est condicio possidentis*, und zwar mittels einer von Ulpian wörtlich wiedergegebenen *exceptio*, die freilich nicht bei der *possessio* ansetzt: *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset*. Ist aber die Sache nach Teilen verpfändet,[741] bekommt jeder der Gläubiger eine Klage (*utilis*) auf seinen Anteil, untereinander wie gegen Dritte.[742] **434**

Verzichtsabreden begründen eine *exceptio pacti*, wenn sie mit (dem Schuldner selbst oder) dessen Sklaven getroffen sind, und eine *exceptio doli*, wenn für den Schuldner ein *procurator* aufgetreten ist.[743] Eine uneingeschränkte Verzichts- oder Stundungsabrede begründet eine *exceptio pacti* auch zu Gunsten eines dritten Besitzers der Pfandsache.[744] Eine zeitlich befristete Stundungsabrede hinsichtlich der gesicherten Forderung wird so verstanden, dass auch der Pfandklage so lange die *exceptio pacti* entgegensteht. **435**

Weitere in der Literatur genannte Fälle sind im Detail nicht eindeutig.[745] **436**

Ansätze einer Einrede des nicht schuldenden Pfandbesitzers, der Gläubiger möge zuerst den Schuldner in Anspruch nehmen (*prius convenire*; spätantik: *beneficium excussionis personalis* → Rn. 445), finden sich seit Scaevola.[746] Im epiklassischen Kaiserrecht tritt die Kanzlei jedoch der (möglicherweise durch Geldentwertung motivierten) Vorstellung entgegen, Pfandhaftung habe Vorrang vor persönlicher Haftung.[747] **437**

---

[739] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.4.12 pr.; auch zur *replicatio* und zum Vorgehen gegen einen dritten Besitzer.

[740] Der Erfüllung wird eine *litis aestimatio* nach Verurteilung zu Gunsten des erstrangigen Gläubigers gleichgestellt, Marcian. form. hyp. sing. D. 20.4.12.1.

[741] Zu dieser Möglichkeit *Mentxaka*, Pignoración (1986) 46–53. Zuletzt *Dajczak*, in: Harke, Pfandrecht (2015) 1–14.

[742] Der letztgenannte Fall auch bei Iul. 49 dig. D. 43.33.1.1 (im Zusammenhang des *interdictum Salvianum*, aber wohl auf die *actio Serviana* zu beziehen).

[743] Gai. form. hyp. sing. D. 20.6.7.2. Zum *procurator in rem suam* (auf beiden Seiten des Rechtsstreits) vgl. Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.2.

[744] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.5 pr.

[745] Vgl. *Kaser*, RP I 469 („*exceptio pacti* oder *doli*") zu Ulp. 21 Sab. D. 34.3.1.1; Ant. C. 8.25.2 (a.208); Diocl./Max. C. 8.25.7 (a.287).

[746] Scaev. 5 resp. D. 20.4.19; Paul. 1 decr. D. 49.14.17.

[747] Diocl./Max. C. 8.13.10 (a.290) und dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 111 f. mit weiteren

438 *Pacta* zu Gunsten des Erben kommen auch dem Restitutionsfideikommissar nach dem Senatusconsultum Trebellianum zu Gute.[748]

439 Die *exceptiones Senatusconsulti Macedoniani* und *Vellaeani* werden dem Verpfänder gegeben, wenn die gesicherte Verpflichtung wegen eines dieser Senatsbeschlüsse unwirksam ist.[749]

440 Für eine *exceptio longae possessionis* wird Ulpian in einem Fall zitiert, in dem es um die Anrechnung von Besitzzeiten eines Dritten geht.[750] Gordian betont, dass die *longi temporis praescriptio* nur die dingliche Klage ausschließe, nicht auch die persönliche;[751] allgemeiner dann Honorius und Theodosius für die dreißigjährige *praescriptio*.[752] Justinus führt schließlich eine Frist von 40 Jahren (oder 30 seit dem Tode des Schuldners) ein.[753]

441 Der jeweilige Besitzer kann die Pfandvindikation durch Befriedigung des Pfandgläubigers abwenden (*removeri*).[754]

442 Durch Prozesseid kann der Beklagte den Prozess ebenfalls gewinnen, wobei Julian aus einer dauernden Einrede die Ähnlichkeit zu einer *acceptilatio* herleitet.[755]

443 Für die *exceptio rei litigiosae* wird vertreten, sie sei (auch) bei beweglichen Pfandsachen zu gewähren.[756]

444 Weiterhin wird die allgemeine *exceptio doli* gegeben.[757]

445 Justinian gewährt in Nov. 4.2 (a. 535) dem Dritten[758] das Privileg (sog. *beneficium excussionis personalis*), den Gläubiger zunächst auf ein Vorgehen gegen den persönli-

---

Quellen: Diocl./Max. C. 4.10.14 (a.294) – Kumulation von persönlicher Klage und Pfandklage –; C. 8.13.14 (a.293); C. 8.13.24 (a.294).

[748] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.1.

[749] Gai. form. hyp. sing. D. 20.3.2. In casu verneinend (wegen Zustimmung seitens des Vaters) Sev./Ant. C. 4.28.4 (a.201).

[750] Ulp. 3 disp. D. 44.3.5.1: Dem Erben kommt nach Wiedererwerb der Sache die Besitzzeit dessen zugute, der vom Verpfänder erworben hatte. Zur Stelle im Vergleich mit Ulp. disp. frg. FIRA II 309 f. *Lovato*, Disputationes di Ulpiano (2003) 213. Klassisch möglicherweise *exceptio annalis Italici contractus*, siehe → § 48 Rn. 58 und nächste Fn.

[751] Gord. C. 7.36.1 (o.A.): *inefficacem actionem constituit*; dieselbe Unterscheidung lässt sich aus Diocl./Max. C. 4.10.14 (a.294) lesen. Nach → § 48 Rn. 58 (dort auch Details) gab es die *longi temporis praescriptio* nur provinzial, in Italien parallel seit Ulpian eine später (Iust. C. 7.40.1 [a.530]) wieder beseitigte *exceptio annalis Italici contractus*.

[752] Honor./Theodos. C. 7.39.3 pr. (a.424); auch in Theodos. Cod. Theod. 4.14.1 pr. (o.A.); vgl. Brev. 4.12.1. Vgl. auch Diocl./Max. C. 3.31.7 pr. (a.294) für die *hereditatis petitio* und § 1 für die als rein dinglich betrachteten Klagen.

[753] Iustinus C. 7.39.7 pr.–2b (a.525) mit Differenzierungen.

[754] Paul. 5 resp. D. 20.6.12.1. Vgl. Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.12 i. f.

[755] Iul. 13 dig. D. 12.2.40; vgl. *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 143; *Harke*, Eid (2013) 79, auch zu der Frage, ob der Text sich ursprünglich auf die *fiducia* bezog.

[756] Octavenus (Grundstücke) und Scaevola (bewegliche Sachen) bei Marcian. form. hyp. sing. D. 20.3.1.2.

[757] Scaev. 5 dig. D. 13.7.43 pr. bei Verletzung von Nebenpflichten durch den Gläubiger (und ~~Beweisnot des Schuldners); s. bereits o. → Rn. 415, 434.~~

[758] Weit formuliert: *et qui hypothecariis actionibus teneri possint.*

chen Schuldner zu verweisen, und zwar in Parallele zum primär behandelten Schutz persönlicher Sicherungsgeber.[759]

i. *Replicationes*

Zu *replicationes* s. bereits → Rn. 238 f., 420. **446**

Der Pfandgläubiger hat überdies eine *replicatio rei sibi ante pignoratae* gegen den rangschlechteren Prätendenten[760] sowie eine *replicatio doli*, wenn der Schuldner nach genehmigtem Verkauf wieder in den Besitz des zuvor verpfändeten Grundstücks kommt,[761] ebenso dann, wenn der Schuldner die Pfandsache vom Nichteigentümer gutgläubig erworben[762] hat.[763] **447**

j. Konkurrenzen

Ist der Schuldner zugleich Besitzer des Pfandes, stehen dem Gläubiger persönliche Klage und *Serviana* offen.[764] Die *Serviana* konkurriert mit der *actio furti*, wenn auch deren Voraussetzungen vorliegen.[765] **448**

Die *actio ad exhibendum* kann vorgeschaltet werden.[766] **449**

---

[759] Vgl. *Briguglio*, Fideiussoribus succurri solet (1999) 102.

[760] So jedenfalls *Kaser*, RP I 467 Fn. 44 mit Hinweis auf Ulp. 73 ed. D. 20.1.10.

[761] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.7 (itp.?).

[762] Julian bei Ulp. 73 ed. D. 20.1.21.

[763] Der Text ist überdies für die Frage nach Parallelen zur *Publiciana* (→ Rn. 404 m. Fn. 681) erheblich; vgl. *Pichonnaz/Wubbe*, Mél. Magdelain 379–381.

[764] Ausdrückliche Belege im epiklassischen Kaiserrecht: Gord. C. 8.13.8 (a.239); C. 8.26.1.1 (a.239; i. f. *geminata* zu C. 8.13.8; ohne das dort stehende *adhuc*); Diocl./Max. C. 8.13.14 (a.293); C. 4.10.14 (a.294), siehe bereits → Rn. 437. Auch zu anderen Konstellationen und zur Kumulation nach Iust. Novell. Iust. 4.2 (a.535) → § 48 Rn. 57.

[765] Belegt ab Labeo bei Pomp. 18 Sab. D. 13.7.3; weitere Texte bei → § 48 Rn. 57. Möglicherweise Kumulation, vgl. *Krämer*, Pfandrecht (2007) 274 f.

[766] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.3. Vgl. → § 48 Rn. 24, auch zu Pomp. 18 Sab. D. 13.7.3, wo ein mit dem Schuldner kollusiv zusammenarbeitender Dritter die tatsächliche Herrschaft über die Pfandsache ausübt.

VII. *Interdictum Salvianum*

450 Formel:[767]

Si is homo quo de agitur est ex his rebus de quibus inter te et illum convenit, ut quae in fundum illius invecta, illata, importata ibi nata factave essent, ea pignori illi pro mercede eius fundi essent, neque ea merces illi soluta eove nomine satis factum est, aut per illum stat quo minus solvatur, ita quo minus illi eum hominem inde abducere liceat, vim fieri veto.

Wenn der Sklave, um den gestritten wird, zu den Sachen gehört, von denen zwischen dir und dem Kläger abgemacht ist, dass alles, was in dieses Grundstück eingebracht, auf ihm geboren oder hergestellt sei, ihm zum Pfand für die Pacht dieses Grundstücks zustehen soll, und die Pacht ihm nicht gezahlt oder deswegen Sicherheit geleistet worden ist oder es an ihm liegt, dass nicht gezahlt wurde: so verbiete ich, dass Gewalt geschehe, sodass der Kläger daran gehindert werde, ihn wegzuführen.

451 Das *interdictum Salvianum* unterscheidet sich in seinem Verhältnis zur dinglichen Pfandklage essentiell von der Situation, die wir bei den Besitzinterdikten gegenüber der Sachvindikation finden (→ Rn. 300–305). Es ist kein neuer Rechtsbehelf, der sich in den Modernisierungsprozess einer funktionell bereits vorhandenen Klage einfügt und diesen fördert, sondern die Vor- oder Frühform[768] der Klage selbst.[769]

452 Das gilt jedenfalls dann, wenn man mit der h. M. die *actio Serviana* als einen ursprünglich auf die Sondersituation der Landpacht zugeschnittenen Rechtsbehelf ansieht. War der Pächter mit der Pacht im Rückstand, konnte der Verpächter sein *pignus* durch Zugriff auf beim Pächter vorhandene Objekte realisieren. Dem durfte der Pächter keinen Widerstand entgegensetzen.

453 Legt man zu Grunde, dass zur Entstehungszeit des *Salvianum* noch Pfandverfall geherrscht habe, so kann man erklären, dass die Quellen das Interdikt als auf Besitzerlangung gerichtet (*adipiscendae possessionis*) einordnen: Besitzerwerb als Element des Eigentumserwerbs (→ § 48 Rn. 14; § 48 Rn. 15 zum Weiterleben nach Aufgabe des Verfallsgedankens). Jedenfalls qualifizieren Gai. 4.147[770] und nahezu wortgleich die justinianischen Institutionen (Inst. 4.15.3 i. f.) das *Salvianum* als Interdikt *adipiscendae possessionis* und erläutern seine auf die Sicherung der Pachtforderung gerichtete Funktion.[771]

---

[767] *Rudorff*, De iuris dictione edictum (1869) 232 f. (§ 271); neuere Vorschläge: *Kaser*, Pfandrecht (1982) 142; auch zum Verhältnis von *Serviana* und *Salvianum* vgl. *Pichonnaz/Wubbe*, Mél. Magdelain 366–372. Umstritten ist namentlich, ob das Interdikt prohibitorisch oder restitutorisch war, dazu → Rn. 458.

[768] *Hanard*, RIDA 41 (1994) 265 versucht eine Datierung auf die Wende vom 3. zum 2. Jh. v. Chr.

[769] Daher rührt auch der Versuch, das Interdikt selbst als dinglich zu qualifizieren: so bei *Hanard*, RIDA 41 (1994) 266–282.

[770] Missverständlich ist der Hinweis bei *Kaser*, RP I 473 Fn. 34: Gai. 1.144 spricht nicht ausdrücklich vom *Salvianum*.

[771] Jeweils: … *eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset*. Vgl. *Giachi*, St. Martini II 285; weiterhin (auch zu Theoph. 4.15.3, 4.17.8) *Hanard*,

Die Formelrekonstruktion ist deswegen schwierig, weil für manche Stellen nicht ermittelbar ist, ob sie sich ursprünglich auf das *interdictum Salvianum* oder auf die *actio Serviana* bezogen.[772] Digesten (D. 43.33) und Codex (C. 8.9) enthalten jeweils nur kurze Rubriken zum *Salvianum* ohne wörtliche Ediktslaudation (→ Rn. 367).[773] **454**

Eine Hilfe kann sein, dass das nur[774] für städtische Grundstücke geltende *interdictum de migrando* in gewisser Weise spiegelbildlich angelegt war: Wenn ein Objekt zwar in das Grundstück eingebracht war, aber nicht haften sollte, dann konnte der wegzugswillige Mieter einem Zugriff des Verpächters auf diese Objekte mit diesem Interdikt entgegentreten (näher sogleich). Damit markiert das *interdictum de migrando* einen Bereich, in dem der Pfandgläubiger das *interdictum Salvianum* gerade nicht brauchte, weil er – anders als bei ländlichen Grundstücken – ein Selbsthilferecht hatte.[775] Die Konstruktion verweist ebenfalls möglicherweise auf Zeiten zurück, in denen das Pfand Verfallspfand war, der Vermieter also Eigentum behauptete (→ § 48 Rn. 32). **455**

Für das *interdictum de migrando*[776] referiert Ulpian (73 ed. D. 43.32.1)[777] den Wortlaut: **456**

Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur: ita, quo minus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto.

Wenn der Sklave, um den gestritten wird, nicht zu den Sachen gehört, von denen zwischen dir und dem Kläger abgemacht ist, dass alles, was in diese Wohnung eingebracht, in ihr geboren oder in ihr hergestellt sei, dir zum Pfand für die Miete dieser Wohnung, um die gestritten wird, zustehen soll, oder er zu diesen Sachen gehört und die Miete dir gezahlt oder dir deswegen Sicherheit geleistet worden ist oder es an dir liegt, dass nicht gezahlt wurde: so verbiete ich, dass Gewalt geschehe, sodass derjenige, der den Sklaven als Pfand eingebracht hat, daran gehindert werde, ihn wegzuführen.

Das *interdictum de migrando* schützt den Mieter eines städtischen Grundstücks gegen eine Blockade von Pfandsachen, wenn er die Miete gezahlt (usw.) hat oder die streit- **457**

RIDA 41 (1994) 277–279, aber mit Qualifikation des Interdikts gegen die h. M. als restitutorisch (im Anschluss an *La Rosa*, St. Sanfilippo VII 282–317).

[772] *Lenel*, EP 490 Fn. 13 nimmt an, bereits in den klassischen Texten habe es eine „allgemeinere Einleitung" zu beiden Instituten gegeben.

[773] Daraus sowie aus Ulp. 63 ed. D. 43.32.1.2 wird bisweilen hergeleitet, das *Salvianum* habe frühzeitg an Bedeutung verloren: *Giachi*, St. Martini II 267.

[774] Ulp. 63 ed. D. 43.32.1.1.

[775] Vgl. *Giachi*, St. Martini II 285. Zur Erklärung aus der schwachen sozialen Stellung des Wohnungsmieters schon *Kaser*, RP I 472.

[776] In der Literatur hat sich eine Datierung auf die späte Republik eingebürgert, für die immerhin Indizien vorliegen, vgl. *Du Plessis*, RIDA 54 (2007) 220; *Giachi*, St. Martini II 288 f.

[777] Vgl. *Mantovani*, Formule 96, auch zu den punktuellen Abweichungen von Ulp. 73 ed. D. 43.32.1.

befangene Sache nicht verpfändet war, näher → § 48 Rn. 32. Es stellt sich damit als Rechtsbehelf zur Kontrolle des dem Pfandgläubiger zustehenden Selbsthilferechts dar.[778] Die Digesten befassen sich punktuell mit Ausdehnungen und Grenzen dieses Interdikts.[779]

458 Schlüsse vom einen Interdikt auf das andere sind danach jedenfalls insoweit möglich, als eine Spiegelbildlichkeit der Formulierung naheliegt. Die Qualifikation als prohibitorisch[780] oder restitutorisch, soweit es den römischen Juristen darauf überhaupt ankam, ergibt sich dann nicht unmittelbar aus der Formel. Wohl aber zeigt der Fall einer Anwendung *utiliter* gegen einen Dritten, dass eine auch restitutorische Anwendung möglich war.

459 Ungeachtet der Schwierigkeiten bei der Formelrekonstruktion lässt der Anwendungsbereich des *interdictum Salvianum* sich einigermaßen sicher umreißen: Pfandrechtsverwirklichung durch Besitzverschaffung (zu den Varianten im Laufe der geschichtlichen Entwicklung → § 48 Rn. 14 f.).

460 Spezifisch prozessuale Erwägungen erscheinen in den Quellen kaum oder sind nicht sicher auf das Interdikt zu beziehen.[781]

461 Ein *utile interdictum* wird für den Fall gegeben, dass ein Sklavenkind nach Verkauf und Übergabe der Sklavin an einen Dritten geboren wird.[782] Die nächstliegende[783] Erklärung ist die, dass der Dritte außerhalb des Pfandverhältnisses steht[784] Das führt zu der Frage, ob das *Salvianum* auch in direkter Anwendung gegen Dritte gegeben werden konnte.[785]

462 Das Verhältnis von Interdikt und *actio Serviana* erscheint an zwei Stellen: Ulpian[786] sieht das Interdikt anscheinend als vorgeschaltet.[787] Gordian[788] unterscheidet in

---

[778] Zur Singularität dieses Selbsthilferechts und den daraus abzuleitenden Folgerungen etwa *Giachi*, St. Martini II 267 mwN.

[779] Vgl. Ulp. 73 ed. D. 43.32.1.1 (verneinend zum Pächter), 2 (generisch zur geringen Bedeutung wegen konkurrierenden Rechtsschutzes *extra ordinem*), 3 (*gratis habitare*), 4 (Fälligkeit der Miete), 5 (mieterfremde Sachen – auch zur Richtigkeit dieses Verständnisses von *aliena* vgl. *Du Plessis*, RIDA 54 (2007) 230 f.), 6 (Vererblichkeit); Gai. 26 ed. prov. D. 43.32.2 (mieterfremde Sachen).

[780] Dafür *Giachi*, St. Martini II 267 f., 277 f. mit Bezug auf die Einschränkung der ansonsten erlaubten *vis*.

[781] Zu Iul. 49 dig. D. 43.33.1.1 → § 48 Rn. 15 sowie *Mentxaka*, Pignoración (1986) 81.

[782] Iul. 49 dig. D. 43.33.1 pr.

[783] Vgl. aber → § 48 Rn. 15 mit Fn. 74 (andersartiger Verpfändungsgegenstand). Ansonsten könnte man noch fragen, ob die Worte *ibi nata factave essent* in der Formel des *Salvianum* (aber nicht *de migrando*) fehlten, was wenig praktisch erscheint.

[784] Vgl. für eine Gegenüberstellung von Iul. 49 dig. D. 43.33.1 pr. mit anderen Texten sowie textkritische Erwägungen *Hanard*, RIDA 41 (1994) 267–276.

[785] Erwogen → § 48 Rn. 15.

[786] Ulp. 70 ed. D. 43.33.2.

[787] Für eine Deutung von *descendere* im Sinne der ediktalen Reihenfolge → § 48 Rn. 25. Dieser Sinn des Ausdrucks kommt in den Digesten vor, es kann aber auch (nicht zuletzt bei Ulpian) um die Entscheidung zwischen rechtlichen Lösungsansätzen bzw. Rechtsbehelfen gehen. Vgl. kurz *Ment-*

einer etwas auffällig formulierten Stelle nach der Zielrichtung, indem er das Interdikt *tantummodo adversus conductorem debitoremve* gibt, hingegen die *Serviana actio* (sowie deren Erweiterungen → Rn. 422) gegen den Käufer der Pfandsache.

Den Grund für die fast völlige Abwesenheit von Quellen zum *Salvianum* in nach- **463**
klassischer Zeit erblickt man in der prozessualen Angleichung von Interdikt und Klage.[789]

xaka, Pignoración (1986) 81, für D. 43.33.1.1. → Rn. 425. *La Rosa*, St. Sanfilippo VII 315–317 deutet den Ausdruck im Sinne ihrer eigenen Entwicklungshypothese (vgl. → Rn. 382).

[788] Gord. C. 8.9.1 (a.238). Vgl. *Watson*, SDHI 27 (1961) 359 (363); *Knütel*, Iura 58 (2010) 316.

[789] *Kaser*, RP II 321.

§ 60 Dinglich wirkendes Vermächtnis (*legatum per vindicationem*)

Markus Wimmer

Kretschmar, Die Natur des Prälegats nach Römischem Recht, 1874; *Ferrini*, Teoria generale dei legati e dei fedecommessi, 1889, (Ndr. 1976); *Bernstein*, Zur Lehre vom römischen Voraus (legatum per praeceptionem), SZ 15 (1894) 26–144; *Wlassak*, Vindikation und Vindikationslegat, SZ 31 (1910) 196–321; *Leuba*, Origine et nature du legs per praecpetionem, 1962; *Grosso*, I legati nel diritto romano, 2. Aufl., 1962; *Voci*, Diritto ereditario romano II, 2. Aufl., 1963; *Astolfi*, Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano I. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria, 1964, II, 1969. III, 1979; *Wimmer*, Das Prälegat, 2004; *Lohsse*, Ius adcrescendi. Die Anwachsung im römischen Vermächtnisrecht, 2008.

Inhalt Rn.

I. Form . . . 1
II. Erwerb . . . 3
III. Wirkung des *recta-via*-Erwerbs . . . 5
IV. Inhalte dinglicher Vermächtnisse . . . 6
1. Eigentumsvermächtnis . . . 6
2. Vindikationslegate beschränkter dinglicher Rechte . . . 17
a. Servitutenlegate . . . 19
b. Nießbrauchs- und Gebrauchsvermächtnis . . . 24
aa. Vermächtnis des Quasi-Nießbrauchs . . . 26
bb. Dies-cedens-Verschiebung beim Nießbrauchsvermächtnis . . . 28
cc. Erlöschen und Unwirksamkeitsfälle . . . 30
V. Dinglich wirkendes Wahlvermächtnis . . . 31
VI. *Do-lego*-Legate an Kollegatare . . . 36
1. Konkurrenzen zwischen Eigentums- und Nießbrauchsvermächtnis . . . 37
2. Konkurrenzen zweier Nießbrauchsvermächtnisse . . . 38
3. Weitere *do-lego*-Konkurrenzen . . . 39
a. Eigentums- und Nießbrauchsvermächtnis von Geld . . . 40
b. Konkurrenzen zwischen Eigentums- und dinglichem Optionslegat . . . 43
c. Konkurrierende Optionslegate . . . 45
4. Anwachsung . . . 46
a. Fallgruppen bevorzugter Anwachsung . . . 50
aa. *Partes et totus fundus legatus*: Legate mit Teilbestimmung konkurrieren mit dem Legat des Ganzen . . . 50
bb. „Engere Teilbildung" . . . 51

b. Anwachsung unter Nießbrauchslegataren 52
c. Einschränkung des Anwachsungsrechts durch die *lex Papia Poppaea* 54
d. Ausschlagung und Anwachsung 55
VII. *Legatum per praeceptionem* 56
VIII. Vereinzelte Fälle 68
1. *Legatum debiti per vindicationem* 68
2. Dingliches Nachlegat 69
3. *Ager vectigalis* („Ewigpacht", D. 6.3) 70
4. Bezweifelte Fälle (Prätorischer Ususfrukt, Pfandrecht, Superficies, Emphyteusis) 71
IX. Umzudeutende *do-lego*-Legate 72
1. Befreiungsvermächtnis 72
2. *Legatum nominis* 73
3. *Legatum kalendarii* beim Präzeptionslegat 74
X. *Ademptio legati* (Widerruf des Vermächtnisses) 75
1. Teilwiderruf 76
2. *Translatio legati* 78
3. Begrenzende Verfügungen 80
XI. Spätere Entwicklungen 81

I. Form

Vermächtnisse werden „befehlsweise" (*imperative*)[1] im Testament angeordnet (Ulp. reg. 24.1), wie auch hier die Hauptformel *do lego*[2] (ich gebe und vermache) zeigt.[3] Die zulässige Wortwahl ist erweitert: *Per vindicationem his verbis legamus: ‚do lego', ‚capito', ‚sumito', ‚sibi habeto'* (durch Vindikationslegat vermachen wir mit diesen Worten: „Ich **1**

[1] Abgrenzend zu den *precativo modo* (durch formlose Bitte) angeordneten Fideikommissen (Ulp. reg. 24.1; bittend gebrauchte Worte bei *Voci*, DER II 233); *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 443 f. Legate sind durch *verba civilia* auszusetzen, nicht durch *verba precativa*; für klassisch *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 475.

[2] Oder auch nur *do* oder nur *lego* (Gai. 2.193); *sumito sibique habeto* (Alf. 5 dig. D. 33.8.14); nur *sibi habento* (Lab. post. a Iav. epit. D. 32.29.4); *d'Orta*, Heredis institutio (1996) 156–158; *Lübtow*, St. De Francisci I 494: *do lego* ist aus dem *pecunia*-Testament übernommen, später ähnlich wie *sibi habeto, sumito, capito* als dem Legatar frei gegebener dinglicher Zugriff. Nun *Terranova*, Testamentum I (2011) 231–244 zu *do* als *suprema contestatio* des *testamentum per aes et libram* (236) und zur späteren Angleichung der anderen Formen *sumito, sibi habeto, capito* an *do lego*.

[3] Nach Ulp. reg. 19.17 war dieses bereits den XII Tafeln bekannt, vgl. XII tab. 5.3 *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*; vgl. Pomp. 5 Q. Muc. D. 50.16.120. *Terranova*, Testamentum I (2011) 232 f. Fn. 488. Zu Deutungen des Legatentestaments siehe die älteste Fassung des Legatssatzes über die *res suae* bei Gai. 2.224, woraus auf das Alter zu schließen ist: *Kaser*, Ius (1949) 153: Das dingliche Vermächtnis war Vorstufe der *mancipatio familiae*, die rechtlich ein auf das Gesamtvermögen erweitertes Vindikationslegat war (Wortformel: *ita do ita lego ita testor*, Gai. 2.104). Zum hohen Alter des Vindikationslegats (älter als das Damnationslegat): *Wlassak*, SZ 31 (1910) 199–220; *Kaser*, SZ 67 (1950) 350 f.; *Grosso*, Legati (1962) 5–21; *Terranova*, Testamentum I (2011) 232 Fn. 488.

gebe und vermache“, „soll nehmen“, „soll an sich nehmen“, „soll für sich haben“, Ulp. reg. 24.3; Gai. 2.193).[4]

2 Kombinierte Vermächtnisworte[5] *do lego darique volo* kommen vor bei Scaev. 20 dig. D. 34.4.30 pr.,4; Papinian bei Ulp. 20 Sab. D. 33.7.12.43 (*do lego darique iubeo*),[6] auch *do lego praeterea generaliter damnavit heredes* (Scaev. 16 dig. D. 34.3.28.2) – so genannte *repetitio* oder *confirmatio generalis*[7] –, ferner doppelte Formen im *testamentum Dasumii*, 125[8] (*do lego damnasque esto dare*); Iul. 33 dig. D. 30.84.13 (*qua actione uti vellet*); möglicherweise eine Mischform bei *coniunctim* bedachten Kollegataren belegt Paul. 11 Plaut. D. 30.85; Paul. 3 reg. D. 30.33.

II. Erwerb

3 Nach dem (blanketthaften) Muster *Titio hominem Stichum do lego* (Gai. 2.193; Frg. Vat. 47,57,83) fällt die vermachte Sache unmittelbar vom Erblasser in das Eigentum des Vermächtnisnehmers (Ner. 1 membr. D. 47.2.65: … *recta via ab eo qui legavit* … – direkt [geraden Weges] von dem, der vermacht hat; Pap. 1 def. D. 31.80).[9] Der Zeitpunkt des Eigentumserwerbes war schulkontrovers: Für die Sabinianer wird der Vindikationslegatar sofort mit Erbschaftsantritt Eigentümer[10] (Gai. 2.194: *post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit* – nach Erbantritt fällt die Sache sofort in das quiritische Eigentum des Legatars), kann das Vermächtnis aber ausschlagen.[11]

---

[4] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 445; *Ferrini*, Teoria generale (1889) 2. Nochmals erweitert: Epit. Gai. 2.5.1: *vel illam rem tibi praesume, habe, vindica*: mit dem *legatum per praeceptionem* bereits verschmolzener Legatstyp (→ Rn. 56); doch für Missdeutung: *Kaser*, RP II 551 Fn. 10 (→ Rn. 82). Auch das einfache καταλείπω genügte, *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 191; zu Präzeptionsvermächtnissen (→ Rn. 56) auf Griechisch: *Häusler*, SZ 133 (2016) 441–443.

[5] Deutung von *legatum per vindicationem* gehäuft mit *legatum-per-damnationem*-Worten: *Talamanca*, Revoca (1961) 127, 149 Fn. 292; zu Fällen der Überleitung 71–85; *Negri*, Clausola codicillare (1975) 86 zu Paul. 3 reg. D. 30.33 (*alter vindicet, alter ex testamento agat*); *do lego* verbunden mit Fideikommissworten: Marcell. resp. sing. D. 35.1.36 pr.; *lego concedique volo* in Scaev. 3 resp. D. 34.3.31.4 wirkt obligatorisch (Befreiung von der Darlehensschuld); die Verbindung mit verschiedenen Vermächtnistypen ist als geltungserhaltender Zusatz zu sehen, *Zülch*, Marcellus (2001) 147; *Voci*, DER II 588 f.; *Spina*, Successione testamentaria (2012) 533 Fn. 72; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 47.

[6] *Ferrini*, Teoria generale (1889) 24; vgl. Pap. 17 quaest. D. 31.66.5 (*non saepius … legare, sed loqui saepius*).

[7] *Negri*, Clausola codicillare (1975) 82–91; *d'Orta*, Legatum per praeceptionem (2004) 113: *repetitio legati*: *legatum per vindicationem* im Testament und *legatum per damnationem* im konfirmierten Kodizill.

[8] CIL VI 10229 (= *Bruns*, Fontes 308).

[9] Der *recta-via*-Erwerb vermied die Konfusion, vgl. *Kieß*, Confusio (1995) 84 Fn. 19.

[10] Selbst wenn er nicht weiß, dass ihm ein Vermächtnis hinterlassen ist, Gai. 2.195; Pomp. 32 Sab. D. 8.6.19.1.

[11] Der ausschlagende Legatar ist so anzusehen, als wäre er nie bedacht gewesen, Gai. 2.195 (*proinde*

Nach den Prokulianern erwirbt er die Sache nur, wenn er will, dass sie ihm gehöre (Gai. 2.195: … *non aliter … rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere* – die Sache falle [nach Nerva und Proculus] nur dann in das Eigentum des Legatars, wenn er will, dass sie ihm gehöre), bis zur Annahme des Vermächtnisses ist die Sache herrenlos (Gai. 2.200);[12] ob Antoninus Pius die prokulianische Position (Erwerb des Vindikationslegats erst nach Äußerung des Erwerbswillens) bestätigte (Gai. 2.195), gilt als unsicher.[13] Der Schulengegensatz ist auch für das aufschiebend bedingt hinterlassene Vindikationslegat überliefert. Während Schwebens der Bedingung gehörte die Sache nach sabinianischer Meinung dem Erben nach dem Beispiel des *statuliber* (Bedingtfreien), nach prokulianischer Auffassung gehörte sie niemandem (Gai. 2.200).[14] Die Kontroverse berührte weder die dingliche Wirkung noch die zulässigen Formulierungen.[15] Noch im sabinianischen System der *repudiatio*[16] zu sehen ist Iul. 32 dig. D. 30.81.6:[17] Wusste der Legatar nichts vom Vermächtnis, so kann (noch) sein Erbe

---

esse atque si legatum non esset); Pomp. 6 Sab. D. 30.38.1; Iul. 43 dig. D. 30.86.2; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 102 f.; *Falchi*, Controversie (1981) 50 f.: Julians Position ist „strikt abhängig" von der sabinianischen.

[12] Die Kontroverse ist nicht einhellig gedeutet: *Stolfi*, SDHI 63 (1997) 54 f. Fn. 250; *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 113 f.; *Ferrini*, Teoria generale (1889) 389 Fn. 1: Zur Zeit des Schulenstreits war die *hereditas iacens* noch nicht begründet. Am weitesten reduziert die Kontroverse *Steinlechner*, Schwebendes Erbrecht (1893) 402–405: Rechtssetzend ist nur die Willensäußerung des Erblassers (403); die Prokulianer verlangten deren Anerkennung, für die Sabinianer genügte ein nicht entgegengesetzter Wille (405). Nun *Falchi*, Controversie (1981) 51–56: Wahrscheinlich konstruierten die Prokulianer den Legatserwerb analog zum Antritt der Erbschaft; die ursprüngliche Idee des einseitigen Erwerbs ist typisch für den alten Eigentumserwerb durch Ergreifung; prokulianisch ist der Erwerb als einseitiger Akt des Bedachten, begleitet von der *causa adquirendi* (*causa legati*) zu sehen (56); die Sabinianer begrenzten die *res-nullius*-Fälle, wofür sie (in der Epoche des Gaius) die Fiktion benötigten, dass mit Ausschlagung des Legatars rückwirkend der Erbe erwirbt (51); Julian erklärt dann den Eigentumserwerb ohne Fiktion mit der Schwebe des Eigentums (51). Doch ist dies strittig, *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 113 f.; nicht gefolgt ist *Falchi* darin, dass die Sabinianer damit den Erblasserwillen stärker berücksichtigten als die Prokulianer, *Honsell*, SZ 100 (1983) 646. Zu Tendenzen der Schulen: *Scacchetti*, St. Biscardi V 401. Die Auffassung der „Schwebe" Julians (*in suspenso*: Iul. 34 dig. D. 30.86.2) ist herrschende Interpretation, *Wlassak*, SZ 31 (1910) 301–321; *Voci*, DER II 373–377; *Romano*, Acquisto (1933) 20–42.

[13] Bezweifelnd *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 235, 311; sicherer *Voci*, DER II 372; *Koeppen*, JhJb 5 (1861) 192.

[14] *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 101–118; *Starace*, Statuliber (2006) 162 f.; *Flume*, Rechtsakt (1990) 146.

[15] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 445.

[16] Teilausschlagung des Legats ist nicht möglich (Pomp. 6 Sab. D. 30.38 pr.; Paul. 8 Plaut. D. 31.4; Paul. sent. 3.6.12). Sind *mehrere* Legate hinterlassen, kann das eine angenommen und das andere ausgeschlagen werden (Paul. 7 quaest. D. 31.5.1 pr.). Vor *dies veniens* kann ein Vermächtnis nicht ausgeschlagen werden, ein bedingtes Vermächtnis auch nicht während Schwebens der Bedingung (allgemein: Pomp. 8 Q. Muc. D. 31.45.1, → § 97 Rn. 51).

[17] Anders *Romano*, Acquisto (1933) 32–36: auch nicht sabinianisch erklärbar (33).

ablehnen.[18] Unsicher (möglicherweise justinianisch verändert, → Rn. 31) ist Paul. sent. 3.6.7, 7a.: Das Vindikationslegat ist transmissibel, auch wenn der Transmittent sich nicht äußerte, es haben zu wollen.

4 Das Aufkommen des *dies cedens* beim Vindikationslegat ist nur hypothetisch erschlossen, eine gemeinsame Entwicklung mit dem Damnationslegat ist wahrscheinlich;[19] *transmissio legati* als Wirkung des *dies legati cedens* (→ § 97 Rn. 49) bezeugt: Das *do-lego*-Gattungslegat transmittiert, wenn der Legatar stirbt, ehe er eine konkrete Sache vindizierte, Ulp. 23 Sab. D. 36.2.12.7 (*antequam vindicet decesserit, ad heredem suum legatum transfert* – ist er gestorben, ehe er vindiziert, geht das Vermachte auf seinen Erben über); zum *dies cedens* beim Optionslegat (Tag der Wahl) → Rn. 43. *Dies-cedens*-Verschiebungen begegnen: beim (nicht transmissiblen) Nießbrauchsvermächtnis (→ Rn. 28); beim Vermächtnis an den vermachten Sklaven (→ Rn. 65). Erwerb mit Erbschaftsantritt meint in den Quellen überwiegend, dass der Legatar *adita hereditate* von selbst erwirbt (Gai. 2.194; Pomp. 32 Sab. D. 8.6.19.1).

III. Wirkung des *recta-via*-Erwerbs

5 Der Vonselbsterwerb[20] *causa legati* direkt abgeleitet vom Erblasser zeigt sich mit folgenden Konsequenzen: Beim aufschiebend bedingt hinterlassenen *do-lego*-Legat ist Kehrseite der Suspensivbedingung, dass der Erbe nur auflösend bedingtes Zwischeneigentum an der vermachten Sache hat.[21] Zwischenverfügungen des Erben[22] können die Lage des Legatars nicht verschlechtern, wohl aber verbessern.[23] Belastet der ver-

[18] Lehnt der Erbe des Bedachten nicht ab, erwirbt der vom Bedachten bedachte weitere Legatar (Iul. 32 dig. D. 30.81.6); *Romano*, Acquisto (1933) 32–36; vgl. *Kreller*, SZ 58 (1938) 338 f. zur „sabinianischen Rückwirkung der Ausschlagung"; *Falchi*, Controversie (1981) 48 f.; vgl. Marcian. 2 reg. D. 34.5.15 (Annahme oder Ausschlagung wirkt auf den Verkauf durch den Erben zurück); *retro*-Erwerb: Ulp. 22 Sab. D. 30.44.1; noch im System des Vonselbsterwerbes mit Ausschlagung Pomp. 32 Sab. D. 8.6.19.1 (Vonselbsterwerb des *via*-Legats), *recta-via*-Erwerb in Ner. 1 membr. D. 47.2.65; *Kreller*, SZ 58 (1938) 336, 339 f.

[19] *Sommer*, SZ 34 (1913) 396: Nicht schon das Vindikationslegat der XII Tafeln brachte die *dies-cedens*-Theorie, da zu dieser Zeit die *aditio hereditatis* selten war; erst mit dem Damnationslegat wurde sie notwendig.

[20] *Wlassak*, SZ 31 (1910) 231; *Voci*, DER II 372, 382 („la tesi sabiniana prevalga in età classica"); *Brinz*, Pand. III.2 411 Fn. 37. Der Erwerb kann von einer Zahlung an den Erben abhängig gemacht werden, die für diesen → *mortis causa capio* ist, vgl. Iul. 32 dig. D. 30.81.5.

[21] Zwischeneigentum nach dem Vorbild des *statuliber*: Ulp. 19 ed. D. 10.2.12.2 (*interim heredum est*); Ulp. 50 ed. D. 29.5.1.4 (*medio tempore heredis*); *Starace*, Statuliber (2006) 166–171; *Jahr*, FS Niederländer 35; *Peter*, Geschäft (1994) 148–150; *Wesener*, FG Herdlitczka 280 f.; *Jhering*, JhJb 10 (1871) 498–503.

[22] *Flume*, SZ 92 (1975) 121 f.

[23] Marcell. 4 dig. D. 8.6.11.1 (am Ende): In die herrschende Stellung kann der Erbe das dinglich bedingt vermachte Grundstück bringen.

mächtnisbeschwerte Erbe die bedingt vermachte Sache mit Servituten, erlöschen diese mit Eintritt der Vermächtnisbedingung von selbst (Marcell. 4 dig. D. 8.6.11.1: *Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguentur, si legati condicio existat.* – Wenn der Erbe, obgleich das Grundstück unter einer Bedingung vermacht war, es mit Dienstbarkeiten belastet hat, so erlöschen diese, wenn die Vermächtnisbedingung eintritt. Pomp. 5 epist. D. 35.1.105: *imposita servitus finietur existente condicione* – die auferlegte Dienstbarkeit wird beendet, wenn die Bedingung eintritt).[24] Verkauft der Erbe den dinglich bedingt vermachten Sklaven[25] und tritt dann die Legatsbedingung ein, kann der Legatar vindizieren (Gai. ed. praet. urb. D. 30.69.1).[26] [27] Der mit einem aufschiebend bedingten Vindikationslegat beschwerte Erbe kann die Vermächtnissache seinerseits nur auflösend bedingt vermachen (Iul. 32 dig. D. 30.81 pr.; Pomp. 5 epist. D. 35.1.105). Vermacht auch der vermächtnisbeschwerte Erbe dieselbe Sache (unter derselben Bedingung) dem schon vom ersten Erblasser bedachten Legatar, erwirbt der Legatar vom ersten Erblasser her (Iul. 77 dig. D. 30.100).[28] Umstritten, doch systembildend ist Marcell. 16 dig. D. 31.26 (der nießbrauchsbelastete Erblasser vermacht die Nießbrauchssache und setzt den Nießbraucher zum Erben ein):[29] Der Vindikation des Eigentumslegatars steht die *exceptio doli* des Nießbrauchers/Erben nicht entgegen:[30] Die *proprietas* konsolidiert nicht,[31] aber die *cautio usufructuaria* konfundiert beim Nießbraucher/Erben; damit ist der Legatar ungesichert und kann vindizieren (der Erbe müsste die *cautio* nun dem Legatar leisten,

[24] „Vorwirkung der Bedingung" überdehnt begrifflich: Das Erlöschen ist eine Folge des abgeleiteten Erwerbs vom Erblasser, bei dem die Sache unbelastet war. Zur Beendigung der Wirkungen von Zwischenverfügungen des Erben Ulp. 5 disp. D. 7.4.16: *usus fructus ab herede relictus finiatur*; *Peter*, Geschäft (1994) 142 f.

[25] Gai. 2 ed. praet. urb. D. 30.69.1; die bedingt vermachte Sache ist zwischenzeitig dem Erben zuzuteilen; zur Teilungsklage: Ulp. 19 ed. D. 10.2.12.2 (*interim heredum est et ideo venit in familiae erciscundae iudicium*); *Grosso*, Legati (1962) 454 f.

[26] Vom Käufer, vgl. Iust. C. 6.43.3.3 (a.531); *Peter*, Geschäft (1994) 150 Fn. 20: vom Erben.

[27] Justinianisch ausgedehnt auf Fideikommisse: Iust. C. 6.43.3.3 (a.531).

[28] Vgl. ähnlich zum Damnationslegat Pap. 17 quaest. D. 31.66 pr.

[29] Parallel zum Damnationslegat ist Flor. 11 inst. D. 30.116.4; Papinian zu Paul. 31 quaest. D. 8.1.18; *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 179–181.

[30] *Kaser*, SZ 98 (1981) 92 Fn. 56 f.: verwehrte *exceptio doli de re usus fructus*; überwiegend nun *exceptio doli* als *petere contra voluntatem*; aus dem Erblasserwillen erklären: *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 181 f. („volontà del testatore … che l'erede perdesse l'usufrutto"); *ter Beek*, Dolus II (1999) 966 (indem der Legatar sich weigert, den Fruchtgenuss zuzugestehen, handelt er in Übereinstimmung mit dem Erblasser); Eigentumslegat mit (*proprietas deducto usufructu legari*) und ohne Vorbehaltsklausel kam vor, vgl. Gai. 7 ed. prov. D. 7.1.6 pr.; *Schulz*, SZ 50 (1930) 219, doch war die *proprietas* des Testators bereits nießbrauchsbelastet; *Kieß*, Confusio (1995) 19 f. (vermacht war nicht *per vindicationem*, sondern *per damnationem*); doch *Voci*, DER II 256 Fn. 26 (für Vindikationslegat); wieder anders *Kretschmar*, Confusion (1899) 64 (Untergang des Nießbrauchs durch Konfusion); *Ferrini*, Teoria generale (1889) 284 (Vindikation des *plenum dominium*); wie oben aber schon *Marrone*, AUPA 28 (1961) 145–153.

[31] Vermiedene Folge des *recta-via*-Erwerbs der *nuda proprietas* des Testators.

will er weiterhin den Nießbrauch ausüben).[32] Anders in Pap. 7 resp. D. 31.76.2: Der Nießbraucher erbt und die *proprietas* ist bedingt vermacht; dort konsolidiert die *proprietas* beim Erben.[33] Mit Eintritt der Legatsbedingung lebt der Nießbrauch nicht wieder auf. Anders, wenn der Erbe Servitutsberechtigter aus Prädialservitut, entgegengesetzt zum vorübergehenden Nießbrauch war.[34] Prädialservituten sind von selbst dinglich wiederhergestellt, wenn die Legatsbedingung eintritt.[35]

IV. Inhalte dinglicher Vermächtnisse

1. Eigentumsvermächtnis

6 Der Vindikationslegatar hat die *rei vindicatio*[36] (→ § 59 Rn. 1), vorbereitend die *actio ad exhibendum* (→ § 65 Rn. 1) und in besonderen Fällen, in denen sich die Passivlegitimation zur Vorlegungsklage auch nicht auf vorprozessuale dolose Besitzpreisgabe stützen ließ, eine *actio in factum*: Der Eigentumslegatar hat in der Konkurrenz seines Geldvindikationslegats (*decem in arca*) mit einem Nießbrauchslegat am selben Geld (*eorum usus fructus*) 1) die *vindicatio nummorum* gegen den Erben; 2) die *actio ad exhibendum* gegen den Erben, der sich die *cautio usufructuaria* nicht leisten ließ (bei doloser Preisgabe der Geldverfolgung)[37] und 3), wenn der Erbe vom dinglichen Geldlegat nichts wusste, eine *actio in factum* des Geldvindikationslegatars gegen den Nießbraucher (Marcellus bei Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.17; → Rn. 42). Ähnlich Marcellus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.4 in der Konkurrenz bedingtes Geldvindikationslegat/unbedingtes Geldnießbrauchslegat:[38] Der Legatar hat die *actio ad exhibendum* gegen den Erben, der sich die *cautio usufructuaria* nicht leisten ließ, doch bei *nullus dolus* eine *actio in factum adversus fructuarium* (→ Rn. 42).[39] Call. 4 ed. mon. D. 31.63:[40] Bei unwissentlich vom

---

[32] Einredefrei: Proculus bei Ulp. 79 ed. D. 7.9.7 pr.; vgl. auch umgekehrt: Der Prätor verweigert die *vindicatio ususfructus* gegen den Eigentümer, solange der Nießbraucher die *cautio* nicht geleistet hat (Ulp. 18 Sab. D. 7.1.13 pr.).

[33] Vgl. Julian bei Ulp. 17 Sab. D. 7.1.12.5 (*exemplo rei sub condicione legatae, quae interim heredis est*); *Wlassak*, SZ 31 (1910) 224 Fn. 1.

[34] *Ferrini*, Teoria generale (1889) 284.

[35] *Bund*, SZ 73 (1956) 199 f.

[36] Ferner in Rechtsfortwirkung untergegangenen Eigentums: Ulp. 18 ed. D. 9.2.13.3 (*actio legis Aquiliae*); Julian bei Afr. 2 quaest. D. 12.1.23 (Surrogatkondiktion gegen den Dritten).

[37] *González Roldán*, Dolo desinere (2010) 124: *quasi una perdita dolosa del possesso.*

[38] *Gröschler*, Actiones (2002) 226 (Fn. 140) –236; *González Roldán*, Dolo desinere (2010) 118–122.

[39] *Gröschler*, Actiones (2002) 231: direkter Anspruch des Geldvindikationslegatars gegen den Nießbraucher; dort zu weiteren strittigen Auffassungen (erweiterte *actio ad exhibendum*): *Murga*, RIDA 21 (1974) 310 Fn. 30.

[40] Für Vindikationslegat: *Voci*, DER II 399 Fn. 22 (*actio utilis funeraria*) mit *Ferrini*, Opere IV 355–357; anders *Valiño*, Actiones utiles (1974) 232 f. „eher“ für Damnationslegat (jedoch zweifelhaft: die Klage schließt an eine verneinte Voraussetzung der *actio ad exhibendum* an); für *in factum*

Erben für das Begräbnis verwendeter vermachter Sache (*in funus consumpsit*) hat der Vindikationslegatar eine *actio in factum*[41] gegen den Erben auf Schadloshaltung (*indemnitas*).[42]

Mit der Vindikation (Gai. 2.194: *si eam rem legatarius … petat, vindicare debet* – wenn der Legatar die Sache verlangt, muss er vindizieren) stimmt überein: Durch Vindikationslegat konnten nur Sachen[43] vermacht werden, an denen der Erblasser quiritisches Eigentum hatte (*hae autem solae res per vindicationem legantur, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt* – allein aber diese Sachen werden per vindicationem vermacht, die dem Erblasser selbst nach quiritischem Recht gehören, Gai. 2.196).[44] **7**

Ist ein in Kriegsgefangenschaft befindlicher Sklave vermacht, kann das Legat nach *ius postliminii* wirksam werden (Iul. 78 dig. D. 30.101.1: *postliminio confirmari potuit*). **8**

Nach Gewicht, Zahl oder Maß bestimmte Sachen[45] müssen dem Erblasser zum Zeitpunkt des Todes gehören, unvertretbare Sachen zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung und des Todes[46] (Ulp. reg. 24.7; Gai. 2.196). **9**

---

abgewandelte *actio funeraria*: *Harke*, Actio utilis (2016) 227 mit Scaev. 2 quaest. D. 11.7.46.2 (Verwendung von *per vindicationem* vermachten Kleidern für das Begräbnis).

[41] Tatbestandserweiternde Klage: *Gröschler*, Actiones (2002) 37 Fn. 46.

[42] Doch vgl. Paul. 64 ed. D. 11.7.34; zur Besitzpreisgabe in solchen Fällen: Paul. 15 Sab. D. 41.2.30.1 (*actio in factum* als erweiterte *actio ad exhibendum*). Der Damnationslegatar hat bei Verwendung der vermachten Sache als Grab die *actio ex testamento*, Pap. 17 quaest. D. 31.66.4; enger: Ulp. 25 Sab. D. 30.53.7 (Bestattung auf dem vermachten Grundstück) (→ § 97 Rn. 2).

[43] Während man in der decemviralen Zeit des Libraltestaments noch ungeschieden von *mancipium* (oder *familia pecuniaque*) sprach, sind *proprietas* oder *dominium ex iure Quiritium* spätere Ausprägungen: *Terranova*, Testamentum I (2011) 234 f. (→ § 39 Rn. 1 und 5); *Rainer*, SZ 115 (1998) 163. Zu Früchten als Teil der dinglich vermachten Muttersache: Paul. sent. 3.6.46 (*fructus, qui solo cohaerebant mortis testatoris tempore, ad legatarium pertinent: ante percepti ad heredem*); *Kreller*, SZ 58 (1938) 344 f.; hängende Früchte gehören dem Nießbrauchslegatar, Ulp. 18 Sab. D. 7.1.27 pr.; das dingliche *fundus*-Legat schließt die Früchte ein, auch wenn der *fundus* verpachtet war, Ulp. 2 resp. D. 30.120.2 (Vindikationslegat bricht Pacht) = Frg. Vat. 44; Iul. 4 Min. D. 19.2.32; *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 181 f.; ebenso *ad exemplum venditionis*: Paul. 3 sent. D. 7.1.59.1 = Paul. sent. 3.6.27b (*potest usufructuarius conductorem repellere*). Künftige Früchte eines Grundstücks wurden hingegen durch Damnationslegat vermacht, *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 412; vgl. Epit. Gai. 2.5.3.

[44] *Ligios*, Alienazione I (2012) 94–100; zur Identität der Sache bei stückweiser Ausbesserung Gai. 1 ed. praet. urb. D. 30.65.2: *Ligios*, Alienazione I (2012) 247 Fn. 42. Auch der treuhändisch gebundene Fiduziar kann die ihm sicherungsweise übereignete Sache wirksam vermachen: Paul. sent. 2.13.6; *Noordraven*, Fiduzia (1999) 162. Umgekehrt kann der Fiduziant die *in fiducia* übertragene Sache beispielsweise *per praeceptionem* vermachen, Gai. 2.220: *Noordraven*, Fiduzia (1999) 173 (→ Rn. 57).

[45] Zu dem aus dem Griechischen stammenden Ausdruck: *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 417 f. Das Vindikationslegat über lediglich der Menge nach bestimmter Sachen wie etwa *lego auri pondo tot* (Marcell. resp. sing. D. 34.2.6 pr.) ist wirksam; der Legatar wählt aus (vgl. Gai. 2.196), *Zülch*, Marcellus (2001) 134 f.; zu *per damnationem* vermachten Mengen (Weizen, Öl) vgl. Iav. 2 post. Lab. D. 33.6.7.1 *Biavaschi*, Caesari familiarissimus (2011) 167–169.

[46] Gai. 2.210 *per vindicationem nisi suam rem legare non potest*. Ebenso schon das Legatentesta-

10 Die Erstreckung des Vindikationslegats auf Sachen *in bonis* des Testators[47] ist undeutlich belegt,[48] wohl war nach *SC Neronianum*[49] umzudeuten:[50] Ulp. reg. 24.11a bezieht sich auf fremde Sachen: *Si ea res, quae non fuit … testatoris ex iure Quiritium, per vindicationem legata sit, licet iure civili non valeat legatum, tamen senatus consulto Neroniano firmatur … perinde sit ac si optimo iure legatum esset: optimum autem ius legati per damnationem est* (wenn die Sache, die dem Erblasser nicht nach quiritischem Recht gehörte, *per vindicationem* vermacht ist, so wird das Vermächtnis, mag es auch nach *ius civile* nicht gültig sein, dennoch nach dem Neronianischen Senatsbeschluss wirksam … so als ob es „nach bestem Recht" [mit bester Rechtswirkung] vermacht worden wäre: beste Rechtswirkung eines Vermächtnisses ist [jene] *per damnationem*).[51] Parallel ist das *legatum per praeceptionem* von Sachen, die der Erblasser nur *in bonis* hatte, nach *SC Neronianum* umgedeutet wirksam (Gai. 2.222).[52] Das *SC* selbst erwähnt nicht das Damnationslegat als Ergebnis der Umdeutung, sondern nur eine *actio utilis*; dass darunter zumeist eine *actio utilis ex testamento* und nicht eine *actio utilis in rem* zu verstehen sein wird, scheint herrschende Meinung, doch findet sich bei dem nach *SC* umgedeuteten Nießbrauchslegat einer *res aliena* zu Fragen der Anwachsung *quoniam exemplum vindicationis sequimur debeat dici utilem actionem amisso usufructu ab altero alteri dandam* (weil wir dem Beispiel der Vindikation [des Vindikationslegats] folgen, muss gesagt werden, dass nach Erlöschen des Nießbrauchs dem einen gegen den anderen eine *actio utilis* zu geben ist) (Frg. Vat. 85).[53] Die (von Ankum, van Gessel-

---

ment XII tab. 5.3: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*. Die beiden Stichzeitpunkte sind damit zu erklären, dass beim Libraltestament der Zwölftafelzeit der Testator bereits durch die *mancipatio familiae* zugunsten des treuhänderischen Erbschafts-Scheinkäufers verfügte. Bei vertretbaren Sachen galt anderes, weil sich der Bestand bis zum Tod noch ändern könnte, *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 448 und dort auch zu allmählich erleichterten Voraussetzungen des Gattungslegats; *Rüfner*, Vertretbare Sachen (2000) 30 f.

[47] Dafür, jedenfalls in severischer Zeit, *Grosso*, Legati (1962) 77 f., erschlossen aus Ulp. 3 disp. D. 13.7.26 pr.: *testamento quoque pignus constitui posse imperator noster … saepissime rescripsit* (→ Rn. 71). Dagegen *Huschke*, Publicianische Klage (1874) 46 Fn. 76.

[48] Für Vindikationslegat von Sachen *in bonis*: *Ankum/van Gessel-de Roo/Pool*, SZ 105 (1988) 354–356 mit Paul. 2 Vit. D. 31.12 pr.: *pecunia legata in bonis legantis non sit*; auf Vindikationslegat bezogen schon *Lenel*, Pal. I Sp. 1302 Fn. 1 (wegen *dare compellitur* zweifelhaft); dafür auch *Grosso*, Legati (1962) 78 f., mit technischer Schwierigkeit, den Vindikationslegatar zu schützen; *Ankum/van Gessel-de Roo/Pool*, SZ 105 (1988) 356 vermuten eine *vindicatio utilis* für den nichtbesitzenden Vindikationslegatar.

[49] Zwischen 54 und 68 n. Chr.; Liste der Fälle bei *Biondi*, Successione (1955) 280–284.

[50] Zur Umdeutung von Vindikationslegaten nicht nur in Damnationslegate, sondern auch in Fideikommisse vgl. Ulp. 2 fideic. D. 32.11.12 (→ Rn. 75) und *Zülch*, Marcellus (2001) 136–138.

[51] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 451 f. (→ § 6 Rn. 62, § 97 Rn. 9).

[52] *Bernstein*, SZ 15 (1894) 50–52, doch gegen die Folge, das umgedeutete *legatum per praeceptionem* als selbständiges Damnationslegat zu behandeln: Die *damnatio* soll nur die *praeceptio* verwirklichen. *Ciapessoni*, St. Bonfante III 691; *d'Orta*, Legatum per praeceptionem (2004) 38 Fn. 68 (→ Rn. 33).

[53] *Voci*, DER II 227 f. hält eine *actio utilis ex testamento* auch hier für wahrscheinlicher als eine *actio*

de Roo, Pool) vermutete *vindicatio utilis* des Vindikationslegatars, dem eine Sache *in bonis* des Erblassers vermacht war, scheint unsicher.[54]

Unter den gattungsmäßig bezeichneten Gegenständen[55] (bei Sklaven etwa: *homo generaliter legatus*,[56] Ulp. 23 Sab. D. 36.2.12.7) ist bezeugt: **11**

– Vermachte *singuli servi* an Kollegatare (*Tito et Maevio singulos servos do lego*) begründen nicht Miteigentum, indem das Legat keine Konkurrenz um denselben Gegenstand entstehen lässt (Iul. 33 dig. D. 30.84.12).

– Ist mit dem Vindikationslegat einer Sklavengruppe nur eine (zu $^{5}/_{12}$ eingesetzte) Teilerbengruppe beschwert, so ist auch das Vermächtnis der Sklavengruppe (auf $^{5}/_{12}$) gekürzt (Iul. 32 dig. D. 30.81.4: *servos illum et illum lego … non amplius quincuncem in servis vindicare posse* – ich vermache die und die Sklaven … [so kann daher der Legatar] nicht mehr als fünf Zwölftel an diesen Sklaven vindizieren).

Für die Konsequenz, ob ein oder mehrere Vermächtnisse vorliegen,[57] kann es auf begriffliche Kollektivvorstellung ankommen:[58] *plures res in legato* drücken *plura legata* aus,[59] während nur *unum legatum* vorliegt, wenn *supellex*,[60] *argentum*, *peculium* oder *instrumentum* (Geräte/Zubehör)[61] vermacht sind (Paul. 75 ed. D. 31.2). *Cum instrumento fundus legatus sive instructus* wird als zwei Vermächtnisse aufgefasst (Paul. 4 Sab. D. 33.7.1 pr.), doch das *instrumentum* als Nebensache gesehen:[62] Ist der *fundus* (vom Testator) verkauft, kann auch das *instrumentum* nicht vindiziert werden (Paul. 4 Sab. **12**

---

utilis in rem (228); für Fiktion einer zivilrechtlichen Schuld des Erben: *Harke*, Actio utilis (2016) 98; eher für *in rem*: *González Roldán*, Scr. Corbino III 473, 475, 480.

[54] Indiz scheint Paul. 4 resp. D. 31.85 (→ Rn. 71).

[55] Das Vermächtnis *id quod uxoris causa paratum emptumve est* (Wolle, Kleidung, Schmuck, Gold, Silber) kommt sowohl dinglich (Iav. 2 post. Lab. D. 32.100.2: *omne do lego*) als auch obligatorisch vor, *Astolfi*, Legati II (1969) 232–273; unsicher ist Paul. 54 ed. D. 34.2.4 (Wolle): *Klinck*, Erwerb (2004) 196 für Damnationslegat.

[56] Dinglich (*antequam vindicet*).

[57] Vgl. ferner (*duo legata*: wahlweise) Paul. 9 Plaut. D. 31.8.1.

[58] Zum aus dem Kriterium der Destination entstehenden Sachgesamtheiten: *John*, Auslegung (1970) 57–69.

[59] Doch vgl. umgekehrt Paul. sent. 3.6.68: *Villis et agris separatim legatis alterum alteri cedit* (Auslegungsergebnis).

[60] *Astolfi*, Legati II (1969) 286–293 (*domesticum instrumentum*); Aufzählung der Gegenstände bei Paul. 4 Sab. D. 33.10.3 pr.,1,5; abgrenzend: Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 33.10.6 pr.,1; nicht aber die Wohnung, Mod. 9 resp. D. 33.10.13; für „Auffangtatbestand" des *supellex*-Legats (was nicht schon durch andere Legate abgedeckt war): *Heyse*, Mulier (1994) 85.

[61] Vgl. *Ligios*, Instrumentum fundi (1996) 239–267; im Zweifel ist das *instrumentum* mitvermacht, *Ligios*, Instrumentum fundi (1996) 19–33; vgl. Paul. 3 sent. D. 33.7.22.1. Zum Zubehör mit den Worten *cum his quae ibi sunt* Ulp. 4 disp. D. 28.5.35.3 (Treiber, wenn er dauernd eingegliedert war: *missus in villam*): *Horak*, Rationes (1969) 215 f.; *Wolf*, St. Nicosia VIII 462 f., 468 (Cassius [11], Sabinus [12], Scaevola [13] bei Paul. 2 Vit. D. 33.7.18 pr.–14 mit wechselndem Gebrauch von *deberi* und *ad legatarium pertinere*).

[62] *Ligios*, Alienazione I (2012) 104–107; Alienazione II (2012) 54–58; einschränkend Scaev. 3 resp. D. 32.93.4: *fundus cum silvis* mit *uti-optimus-maximusque*-Klausel, *Baldus*, Scr. Corbino I 157–168.

D. 33.7.1.1);[63] parallel gilt dies auch beim *servus legatus cum peculio*: Ist der Sklave verkauft oder freigelassen, erlischt auch das *legatum peculii* (Paul. 4 Sab. D. 33.8.1); *servus* und *peculium* stehen im Verhältnis von Haupt- und Nebensache (Gai. 18 ed. prov. D. 33.8.2).[64]

13 Unter den dinglich vermachten Sachgesamtheiten[65] kommen vor:

– *Grex*[66] (Herde, Pomp. 5 Sab. D. 30.22; Ulp. 15 Sab. D. 30.21; Paul. l. Falc. sing. D. 31.6;[67] Inst. 2.20.18). Der Austausch von Tieren nach Testamentserrichtung verändert den *grex* nicht.[68] Im Grenzfall der Verringerung auf ein einziges verbleibendes Stück bleibt das Vermächtnis gültig, obwohl es den *grex* nicht mehr gibt (Pomp. 5 Sab. D. 30.22).[69]

– *Quadriga* (Pap. 16 quaest. D. 31.65.1).[70]

– Ähnlich: Sklavengruppen wie *lecticarii* (Sänftenträger, Pap. 16 quaest. D. 31.65 pr.: *lecticariis aut pedisequis legatis*).

– *Familia* (Gesinde), die generell oder einschränkend vermacht sein konnte: *universam familiam suam sive certam (veluti urbanam aut rusticam) legaverit* (mag er sein gesamtes Gesinde oder nur einen bestimmten Teil, etwa das Gesinde in der Stadt oder auf dem Landgut, vermacht haben, Pap. 16 quaest. D. 31.65 pr.). Die Zerlegung in Einzelsachen ist in diesem Fall bezeugt:[71] *chorus aut familia legetur perinde est quasi singuli homines legati sint* (werden Sänger und Tänzer oder das Gesinde vermacht, so ist es so, als ob einzelne Sklaven vermacht sind, Cels. 9 dig. D. 32.79 pr.).

---

[63] *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 120 f.

[64] *Ligios*, Alienazione II (2012) 51–54.

[65] „Komplexe Sachen“: *Astolfi*, Legati II (1969) 36 Fn. 111; Bibliothek: häufig Damnationslegat, doch kann diese im *instrumentum fundi* oder in der *domus* enthalten sein, *Astolfi*, Legati II (1969) 274–285, oder *instrumentum viatorium* sein, *Astolfi*, Legati II (1969) 282 Fn. 23.

[66] Zum Problem der Vindikation des *grex* als objektive Klagenhäufung (Vindikation der einzelnen Tiere, so *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993) 35–54) oder Vindikation der Sachgesamtheit kritisch *Baldus*, SemCompl. suplemento 1992–93, 63–66; *Girtanner*, JhJb 3 (1859) 112, 153 f.

[67] *Astolfi*, Legati II (1969) 323.

[68] Zum Problem der *pecora substituta* (starben Tiere vor Tod des Testators, war umstritten, ob neu zur Herde hinzukommende *pecora substituta* unter das Legat fallen): *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993) 83–103.

[69] *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 28–30; *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993) 97: Das Vindikationslegat umfasst immer auch die Reste der vermachten Sache.

[70] Wohl dinglich (*si medio tempore deminuta suppleatur, ad legatarium pertinebit* – wird in der Zwischenzeit das verminderte Gespann wieder ergänzt, so steht es dem Legatar zu); zum strittigen Erlöschen bei Tod des Leittieres vgl. ferner das Nießbrauchslegat der Quadriga, Ulp. 17 Sab. D. 7.4.10.8: *Mayer-Maly*, Est. d'Ors II 864–867 (doch dort unsicher, ob Vindikations- oder Damnationslegat, 865); *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993) 98–103; vgl. Pap. 16 quaest. D. 31.65.1: stirbt ein Pferd, ohne ersetzt zu werden, war Gesamtnichtigkeit kontrovers, *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 174 f.

[71] Zur Vorstellung der Zerlegung und Konsequenzen der Deutung: *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993) 97 Fn. 74.

Bei Tod Vorhandenes kann dinglich vermacht sein: *quae ibi mobilia mea erunt, do lego* (Cels. 9 dig. D. 32.79.1);[72] Geld,[73] etwa *decem, quae in arca erant* (Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.17); ausgenommen jedoch Geld in der Kassa, das für Darlehensgewährung vorbehalten ist (Proculus bei Cels. 9 dig. D. 32.79.1).[74] Für bedingtes Vindikationslegat von Geld[75] belegt den Klagenschutz durch *vindicatio nummorum* und *actio ad exhibendum* Marcellus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.4 (→ Rn. 6, 41 f.). Zu Sachen mit wechselndem Bestand – wie die *familia* – zählt auch das *peculium* (Pap. 16 quaest. D. 31.65 pr.: *peculium legatum augeri et minui potest*; dieses ist Sachkomplex auch künftiger Sachen, Ulp. 29 ed. D. 33.8.11). Das *legatum peculii* kann dinglich wirken (Iul. 78 dig. D. 6.1.56;[76] Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6 pr.,1).[77] Mit Julian und Celsus Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6 pr.: Besteht das *peculium* nur aus körperlichen Sachen (*puta fundi vel aedes*) und schuldet der Sklave seinem Herrn nichts, gilt *integra corpora vindicabuntur*; sonst mindern Schulden den Wert der Sachen verhältnismäßig; *deductio* (Abzug der Schulden) begründet *incertae partis vindicatio* (Paul. 23 ed. D. 10.3.8.1);[78] das dingliche Legat des *peculium non deducto aere alieno* (ohne Abzug der Schulden) ist gültig (Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6.1).[79] Von dritter Seite empfangene, mit *lego*-Legat vermachte Erbschaft ist belegt mit Pap. 7 resp. D. 31.76.1: *lego omnem hereditatem.* **14**

Sind mehrere *do-lego*-Legate auf dieselbe Sache zu beziehen, entsteht Miteigentum. Dies kann sich auch infolge unklarer Trennungsvorbehalte ergeben: *Titiae textores meos omnes, praeterquam quos hoc testamento alii legavi, lego. Plotiae vernas meos omnes, praeterquam quos alii legavi, lego* (Der Titia vermache ich alle meine Weber außer denen, die ich in diesem Testament einem anderen vermacht habe. Der Plotia vermache ich alle meine im Haus geborenen, ausgenommen die, die ich einem anderen vermacht habe.); **15**

---

[72] Möglicherweise dinglich (doch unsicher) hier noch Mod. 9 reg. D. 31.32.2 (*cum omnibus rebus, quae in eodem fundo erunt', mancipis quoque continentur* – „mit allen Sachen, die auf diesem Grundstück [= auf diesem Hof] sein werden", beinhaltet auch die Sklaven); Mod. 9 reg. D. 31.32.3 (*quidquid in horreo meo erit* [was in meinem Speicher sein wird]); dinglich Paul. adsign. lib. sing. D. 34.2.30 (*mundum ornamenta* ist verglichen *mit vina, quae in urbe habeo seu in portu, do lego*), vgl. *Signorini*, Adsignare libertum (2009) 208; unsicher (möglicherweise dinglich) Scaev. 6 dig. D. 33.7.27 pr.; Paul. 2 Vit. D. 33.7.18.13; *Ligios*, Alienazione I (2012) 239 Fn. 25, 240 Fn. 26. Beispiele hier für obligatorisch wirkende Vermächtnisse bei *Biavaschi*, Caesari familiarissimus (2011) 161–166.

[73] Sofern es vorhanden war; vgl. auch AE 1948 168 (= FIRA III 47); *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 94.

[74] Weitere Fälle bei *Voci*, DER II 275 Fn. 29.

[75] Zur *transmissio legati* eines unter aufgeschobener Klagbarkeit hinterlassenen *do-lego*-Geldlegats: Alex. C. 6.53.5 (a.226); *Zülch*, Marcellus (2001) 158 f.

[76] Iul. 78 dig. D. 6.1.56: *res singulas is, cui legatum peculii est, petet.*

[77] Unsicher, ob dinglich wirkend, ist Scaev. 14 dig. D. 34.4.31.3: *Ligios*, Alienazione I (2012) 257–259; zum *peculium*-Legat *per praeceptionem* → Rn. 58, 60.

[78] *Astolfi*, Legati III (1979) 46.

[79] *Astolfi*, Legati III (1979) 42, *Voci*, DER II 334.

sind einige Sklaven sowohl Weber als auch Haussklaven, gilt *communes ambobus esse*, „gehören sie beiden gemeinsam“ (Labeo bei Pomp. 6 Sab. D. 30.36 pr.).[80]

16 Bei bebauten Grundstücken kann das Gebäude vom Vermächtnis ausgenommen werden (Iul. 32 dig. D. 30.81.3: *fundum excepto aedificio legat* – [wer ein] Landgut mit Ausnahme des Gebäudes vermacht; damit kann gemeint sein: das Wohnrecht am Gebäude oder der Grundstücksteil, auf dem es errichtet ist).[81]

2. Vindikationslegate beschränkter dinglicher Rechte

17 Nur das dinglich wirkende *do-lego*-Legat begründet unmittelbar das dingliche Recht (Vermächtnis eines Wegerechts: Frg. Vat. 56: *via legatur*; Pomp. 32 Sab. D. 8.6.19.1; sowie der Digestentitel *De servitute legata* D. 33.3; des *usus*[82] oder des *usus fructus* an der Sache des Testators, Frg. Vat. 47; Paul. sent. 3.6.17: *ipso iure constituetur*[83]), während aus einem *per damnationem* hinterlassenen Nießbrauch nur die Verpflichtung des Erben zur Bestellung des *usus fructus* entsteht (→ § 97 Rn. 17).[84]

18 Berührungspunkte mit dem Eigentumslegat zeigen sich:

– Die Kombination mehrerer Nießbrauchsvermächtnisse mit „dahinter“ angeordnetem Eigentumsvermächtnis kommt so vor: *libertis usus fructus legatur et ei, qui novissimus supervixerit, proprietas* (Iul. 36 dig. D. 34.5.11: dem letzten überlebenden Nießbrauchslegatar ist das Eigentum vermacht).

– Wem ein Eigentumslegat hinterlassen ist, kann das Eigentum nicht auf den Nießbrauch daran reduzieren (dazu müsste ihm wahlweise *fundum vel usumfructum fundi* vermacht sein, Marcell. 13 dig. D. 31.23).

– Sonderprobleme ergaben sich bei Trennung eines Gebäudekomplexes durch Legate:[85] Die trennende Mittelwand stand durch die Trennung im Miteigentum (Kollega-

[80] *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 28 (doch wegen *lego* wohl Vindikationslegat); *Backhaus*, Casus (1981) 64–68, 190–203.

[81] Darin liegt eine *habitatio* für den Erben; das *aedificium* hat dieser aus dem Erbgang; vgl. *Rainer*, SZ 106 (1989) 343; vindiziert der Legatar den (bebauten) *totus fundus*, muss er dem Erben das Wohnen gewähren (*ut sibi habitare in villa liceat*, einschließlich Zugangsweg: *in quo inerit, ut iter quoque et actum in ea habeat* [dies umfasst], „dass er auch ein Durchgangs- und Viehtriftrecht hat“); *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 178 f.

[82] Das Vermächtnis des Wohnungsgebrauchsrechtes (*habitatio legata*) begegnet schuldrechtlich (Damnationslegat oder *legatum sinendi modo*): Paul. 9 Plaut. D. 34.3.18; *Astolfi*, Legati I (1964) 41–43; *De Villa*, Liberatio legata (1939) 37–39; doch auch dinglich (wenn auch dort verneint: *habitationem vindicare*): Mod. 9 resp. D. 33.10.13; Alf. 8 dig. D. 33.2.40 (*illi cum illo habitationem lego*).

[83] Paul. sent. 3.6.17: *ipso iure per vindicationem*.

[84] Das Vermächtnis des Nießbrauchs an einer *fremden* Sache ist demnach als Damnationslegat bezeugt (Frg. Vat. 85: *per damnationem ususfructus*); Ususfruktlegat an *omnium praediorum* durch Damnationslegat: Gai. 2 cott. D. 7.1.3 pr. (→ § 97).

[85] Soweit diese nicht vom Verbot des *SC Acilianum* (122 n. Chr.) betroffen war; Legate von *res aedibus iunctae* waren *ipso iure* nichtig, wenn Ziegel, Balken, Türen abzutrennen waren, *Rainer*, Nachbarrechtliche Bestimmungen (1987) 290–293; *Murga*, BIDR 79 (1976) 155–192 zur ausdehnenden Auslegung (180–186) und Zweck (*de aedificiis non diruendis*: 160–162).

tare der Mittelwand); Streitigkeiten daraus sind nicht nach Servitutenrecht, sondern durch den *arbiter communi dividundo* zu entscheiden (Iav. 9 epist. D. 33.3.4). Bei Trennung eines stützenden Gebäudekomplexes (die untere *taberna* stützte die obere) durch separate Legate der *tabernae* scheint auch die Dienstbarkeit der Stütze (*servitutem [scil. oneris ferendi] impositam videri*) stillschweigend letztwillig begründet (Iul. 1 Min. D. 33.3.1), doch war dies strittig (→ Rn. 23); zur Position Julians noch Iul. 33 dig. D. 30.84.4: Gebäude des Erben dienten vermachten Gebäuden; bejaht ist die Verpflichtung des Erben, dem Legatar Gebäudeservituten einzuräumen (*posse legatarium ex testamento agere*; → § 97).

a. Servitutenlegate

Iter oder *actus* kann *per vindicationem* ohne nähere Bestimmung vermacht sein (Iav. 10 Cass. D. 8.3.13.1),[86] wie überhaupt alle Feldservituten *simpliciter per fundum* (Paul. 47 ed. D. 8.3.26: *via iter actus aquae ductus legetur simpliciter per fundum*; Cels. 5 dig. D. 8.1.9: *simplicius via per fundum*).[87] Ob hier nur der Legatar den Verlauf bestimmte, ist unsicher.[88] Zu fideikommissarisch hinterlassenen Durchgangsrechten im städtischen Bereich → § 50 Rn. 25.[89] **19**

Nur dem Eigentümer des Grundstücks, das durch das *via*-Legat in die herrschende Stellung kommt, kann die *via* wirksam vermacht sein; ein *via*-Legat an den Sklaven des Grundstückseigentümers ist unwirksam (*servo via inutiliter legatur*, Frg. Vat. 56; Pap. 16 quaest. D. 33.3.5: *ad fundum domini via servo frustra legatur*).[90] Miteigentümern kann **20**

[86] Dann ist gleichsam *totus locus* belastet (*locus* steht hier für „Teil", Ulp. 69 ed. D. 50.16.60 pr.), *Manthe*, Ex Cassio (1982) 217 f.; *Möller*, Servituten (2010) 68–75: Der *usus* erstreckt sich „potentiell auf das gesamte Grundstück" (71), doch mit untechnischem Verständnis von *via* (Oberbegriff von *iter* und *actus*); *Backhaus*, SZ 100 (1983) 615: Bei *actus* oder *iter* ohne Breitenangabe ist die Acht-Fuß-Regelung damit verdrängt (zu dieser Gai. 7 ed. prov. D. 8.3.8; *Möller*, Servituten (2010) 46 f.; Paul. 15 Sab. D. 8.3.23 pr.; Varro ling. 7,15: breiter als 8 Fuß, sodass ein Fahrzeug [in gerader Richtung] passieren kann [in der Biegung 16 Fuß]; *Pavese*, Iter actus (2013) 132 f.). Zur Bestimmung des Weges durch den Schiedsrichter – und offen, ob beim Vermächtnis eines *iter* oder *actus* der Erbe oder Legatar den Weg wählte: *Manthe*, Ex Cassio (1982) 217 Fn. 79. Zu *ire, agere civiliter modo* in solchen Fällen vgl. Cels. 5 dig. D. 8.1.9; *Masuelli*, Refectio (2009) 119 f. Bei *simpliciter per fundum* konnte der Erbe den Weg bestimmen, Paul. 47 ed. D. 8.3.26.

[87] *Cursi*, Modus servitutis (1999) 82–88. Auch unter Lebenden kam die Einräumung *non destinata parte* vor, Paul. 15 Sab. D. 8.3.21.

[88] *Astolfi*, Legati III (1979) 63 f. will unterscheiden: Bei *per damnationem* vermachte(r) *via, iter, actus, aquae ductus* bestimmt ihn der Erbe (Paul. 47 ed. D. 8.3.26), *per vindicationem* der Legatar (64).

[89] Ist der Tochter die *domus* mit Durchgangsrecht vermacht (*per domus hereditarias ius transeundi paestari voluit*), so ist auch ihr Mann durchgangsberechtigt; andernfalls wäre auch ihr das Durchgangsrecht nicht gewährt (Pap. 7 resp. D. 33.3.6).

[90] *Astolfi*, Legati III (1979) 61–63; Träger der *via*-Legatsdelation ist der Sklave selbst; anders als beim Wegerechtsvermächtnis kann dem Sklaven (als Erwerbsorgan seines Herrn) ein Wegerecht stipulationsweise versprochen werden; *Buchwitz*, Servus (2012) 206–210 (209 f.).

eine *via* vermacht werden (Marcell. 13 dig. D. 33.3.2).[91] *Fundus*-Legat zusammen mit *via*-Legat (*fundus et ad eum viam*) kommt auch in der Konkurrenz von *eundem fundum sine via* an den Kollegatar vor (Marcell. 29 dig. D. 33.3.3; → Rn. 36).

21 Erwerb des *via*-Legats bei Erbenmehrheit: Die *via* kann (mit der *vindicatio servitutis*, → § 59 Rn. 77, § 61 Rn. 18) vindiziert werden, sobald auch nur ein Teilerbe antritt (Paul. 21 quaest. D. 33.3.7).[92]

22 Bei der *superficies legata* an den Bodeneigentümer (Iul. 34 dig. D. 30.86.4) ist Vermächtnisvorteil, dass der Bodeneigentümer von seiner Servitutsbelastung frei wird (*servitute liberetur et superficiem lucrifaciat*); ferner Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.7. Ob dies nur auf die schon bestehende oder auf durch Legat zu begründende zu beziehen ist, scheint zweifelhaft:[93] Für Rainer[94] sind nur Legate an bereits bestehenden *superficies* belegt. Eine Begründung der *superficies* durch schuldrechtlich wirkendes Legat hält Pastori[95] für möglich, angelehnt an das *legatum sinendi modo*, etwa mit den Worten *heres meus damnas esto sinere … ut superficiem fruat.*[96] Abrissgebäude (*aedes destruendae*) können nicht vermacht werden (Marcian. 8 inst. D. 30.114.9, durch *SC* bekräftigt).

23 Stillschweigend erweiterte Legate finden sich zumeist abgelehnt:[97]

a) Mit dem *fundus* ist nicht auch sein *instrumentum* mitvermacht, wenn dieses nicht ausdrücklich erwähnt ist (Call. 3 cogn. D. 33.10.14: *nisi specialiter id expressum*).[98]

b) Bei Trennung eines stützenden Gebäudekomplexes (→ Rn. 18; Iul. 1 Min. D. 33.3.1) ist eine schlüssig mit zu verstehende *servitus oneris ferendi* bezweifelt:[99] Julian verlangt *nominatim* Servitutenbegründung oder Bezug auf den bestehenden Zustand (*uti nunc est*) im *do-lego*-Legat der *taberna*.

c) Wäre der Nießbrauchslegatar ohne *via*, kann er deren Begründung vom Erben verlangen (Marcell. 13 dig. D. 33.2.15.1).[100]

---

[91] Beiden, nicht aber einem allein (Marcell. 29 dig. D. 33.3.3; → § 47 Rn. 16, 26; Mod. 6 diff. D. 8.1.11: *Pro parte dominii servitutem adquiri non posse*).

[92] Nicht nur zur Quote des angetretenen Teilerben, weil das Wegerecht unteilbar ist.

[93] *Grosso*, Legati (1962) 78 f.

[94] *Rainer*, SZ 106 (1989) 342.

[95] *Pastori*, Superficie (1962) 63–67.

[96] *Pastori*, Superficie (1962) 65; kritisch (ablehnend) *Rainer*, SZ 106 (1989) 342.

[97] Auslegungsregeln finden sich unter anderem herausgebildet für vermachte Sommer- und Winterweiden: Marcian. 7 inst. D. 32.67 erweiternd (*hoc amplius*): vermacht sind *res, quae ibi esse solent*, doch eingeschränkt auf *quae perpetuo ibi sunt*. Nicht mit der *supellex* mitvermacht gilt die *habitatio, in qua supellex fuit*, Mod. 9 resp. D. 33.10.13 (→ Rn. 12).

[98] Einschränkend ferner Scaev. 3 resp. D. 32.93.4; *Baldus*, Scr. Corbino I 157–168.

[99] *Astolfi*, Legati III (1979) 83 f.; zu unter Lebenden stillschweigend mitvereinbarten Rechten bei Servituten: *Möller*, Servituten (2010) 264.

[100] *Randazzo*, Scr. Franciosi IV 2226–2228; *Hendel*, Marcelli ratio (2015) 167 f.; *Astolfi*, Legati III (1979) 80–82; systembildend (*duos fundos … unum legavit et alterius fundi usum fructum alii legavit*): Verpflichtet ist der Erbe, von dem der Eigentumslegatar jedoch nicht vindizieren kann, ehe er nicht dem Nießbrauchslegatar das Zufahrtsrecht einräumt. Vgl. auch Ulp. 18 Sab. D. 7.6.1.1; *Astolfi*, Legati III (1979) 73–77. Vgl. auch Frg. Vat. 54 (der Nießbrauchslegatar hat auch Anspruch auf das *iter*);

b. Nießbrauchs- und Gebrauchsvermächtnis

Ususfruktlegate begegnen an Grundstücken, Gebäuden (Ulp. 17 Sab. D. 7.1.7 pr.,1: *legatum usus fructus* [*aedificiorum*, *aedium*, *insulae*]),[101] an der *area* (Paul. sent. 3.6.21), an Schiffen (Ulp. 17 Sab. D. 7.1.12.1), am *grex* (Ulp. 17 Sab. D. 7.1.68.2; Paul. sent. 3.6.20; Inst. 2.1.38),[102] *in servis*,[103] *iumentis ceterisque rebus* (Gai. 2 cott. D. 7.1.3.1).[104] Das *usus-fructus-do-lego*-Legat einer *insula*[105] kann auch mit der Verpflichtung zur Begründung einer Servitut (Verbot des Höherbauens) zugunsten einer anderen *insula hereditaria* hinterlassen werden (Proculus bei Pomp. 5 Sab. D. 7.1.19 pr.).[106] Das Vermächtnis des *usus* und der *habitatio*[107] ist in der Begründungsart dem Nießbrauch angelehnt (Gai. 7 ed. prov. D. 7.8.1;[108] zu deren Inhalt: Ulp. 17 Sab. D. 7.8.2 pr.). An Prädialservituten können keine Usus- oder Ususfruktlegate begründet werden: Paul. 3 Sab. D. 33.2.1: *Nec usus nec usus fructus itineris actus viae a[e]quaeductus legari potest* (an einem Durchgangs- Viehtrift- Wege- oder Wasserleitungsrecht kann weder ein Gebrauchsrecht noch ein Nießbrauch vermacht werden).[109] *Fructus legatus* allein kommt vor, schließt aber den *usus* mit ein (Paul. sent. 3.6.24: *Fructus enim sine usum esse non possunt*; → Rn. 39). *Do-lego*-Legat jährlicher Einkünfte (*fructus annos fundi*): Iav. 2 post. Lab. D. 33.2.41; Ulp. 18 Sab. D. 7.1.20. **24**

Der Nießbrauch kann an einzelnen wie auch an mehreren Sachen, also auch an Teilmengen, vermacht werden (Ulp. reg. 24.26: *Ususfructus legari potest iure civili … tam singularum rerum, quam plurium, id est partis.* – Der Nießbrauch kann nach *ius civile* an einzelnen wie auch an mehreren Sachen, das heißt, an einem Teil vermacht werden.); unter *partis* ist teilbare *universitas rerum* oder ein Bruchteil des Nachlasses (*pars bonorum*)[110] zu verstehen.[111] Vermacht ein Miteigentümer den Nießbrauch, ist **25**

Neraz bei Ulp. 17 ed. D. 8.5.2.2; mit nötigen Nebenrechten zur Nießbrauchsausübung, Ulp. 18 Sab. D. 7.6.1.1; *González Roldán*, Scr. Corbino III 449–480.

[101] *Bretone*, Usufrutto II (1967) 106 f.

[102] Zur Ersetzungspflicht des Nießbrauchslegatars und dem Problem, wem die ersetzten Tiere gehören: *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993) 55–74.

[103] Zum Inhalt Gai. 7 ed. prov. D. 7.7.3 (*operae … et ob operas mercedes*); Ulp. 17 Sab. D. 7.1.21 und Ulp. 18 Sab. D 7.1.22 zu Zuwendungen an den Ususfruktsklaven *contemplatione fructuarii*. Nießbrauchslegat an der *ancilla* schloss ihren *partus* nicht ein, weil dieser nicht als Frucht galt, Paul. sent. 3.6.19.

[104] So die weit überwiegende Zahl der Fragmente in D. 7.1 und ferner der Digestentitel D. 33.2. Zum Ursprung des Ususfruktlegats: *Pietrini*, Deducto usu fructu (2008) 52–61.

[105] Weitere Beispiele eines *usus fructus insulae legatus*: Iav. 2 epist. D. 7.1.53.

[106] Mit zwei Fassungen zur Begründung einer *servitus non altius tollendi*.

[107] Die dem Haussohn oder Sklaven vermachte *habitatio* erwirbt dieser nicht dem Vater/Herrn, wenn der Sohn/Sklave vor Erbantritt stirbt (Ulp. 21 Sab. D. 36.2.9).

[108] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 474.

[109] *Astolfi*, Legati III (1979) 57–59; vgl. Afr. 9 quaest. D. 8.3.33.1.

[110] Vgl. Ulp. 7 reg. D. 7.1.43: *Etiam partis bonorum usus fructus legari potest*; Scaev. 15 dig. D. 33.2.32.8 (*tertiae partis bonorum*).

[111] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 469 f. mwN. Fn. 116.

nach Realteilung nur die *pars* des Erben mit dem Nießbrauchslegat belastet (strittig gegen Trebaz: Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 33.2.31).[112] Versorgungsvermächtnisse[113] können den Nießbrauch am gesamten Vermögen auch zeitlich begrenzt[114] hinterlassen (Scaev. 33 dig. D. 33.2.37: *Uxori meae usum fructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim.* – Meiner Ehefrau vermache ich den Nießbrauch an meinem Vermögen solange, bis meine Tochter das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat.).[115] Der *ususfructus omnium bonorum* ist Quasi-Nießbrauch, die in Sev./Ant. C. 3.33.1 (a.199) erwähnte *cautio* jene aus *SC.*[116]

aa. Vermächtnis des „Quasi-Nießbrauchs"

26 *Omnium rerum ususfructus legari poterit* (Ulp. 18 Sab. D. 7.5.1) meint, dass an jeder beliebigen Sache[117] der Nießbrauch vermacht werden kann, auch an solchen Sachen, die zum Verbrauch bestimmt sind, wie beispielsweise Wein, Öl, Weizen (*etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini, olei, tritici*, Ulp. reg. 24.27: aus dem ertragreichen Oliven- und Weinanbau der Villenwirtschaft entnommene Beispiele).[118] Gai. 7 ed. prov. D. 7.5.2 (einschließlich *pecuniae usus fructus*) nennt dies *quasi usus fructus*, andere Quellen *ususfructus irregularis* (→ § 49 Rn. 34). Sein Alter ist strittig,[119] geht aber jedenfalls auf einen Senatsbeschluß der frühen Kaiserzeit zurück.[120] Der Quasi-Usufruktuar erhält an den ihm vermachten Sachen, die bestimmungsgemäß aufgezehrt werden, das volle Eigentum[121] und haftet dem Beschwerten aus der *cautio usufructuaria* auf Rückübereignung der gleichen Summe oder Menge. Wirtschaftlich

[112] *La Rosa*, Usus fructus (2008) 12–15; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 17 Fn. 47.

[113] Usufructlegat am häuslichen und sonstigen Vermögen außer an Geld: Scaev. 15 dig. D. 33.2.32.2; *Pietrini*, Deducto usu fructu (2008) 9. Weitere Ususfruktlegate zur Versorgung der Witwe: *Heyse*, Mulier (1994) 77 f., 89 f.; *Wesener*, SZ 114 (1997) 598 (zu Rentenlegaten *Unger*, Erbrecht (1894) 313–315; *Biavaschi*, Caesari familiarissimus (2011) 218–221).

[114] Paul. sent. 3.6.33: *Finitur usus fructus aut morte aut tempore … velut biennio aut triennio.*

[115] *Giliberti*, Legatum Kalendarii (1984) 59–63.

[116] *Salazar Revuelta*, SDHI 65 (1999) 126.

[117] Vgl. Pomp. 5 Sab. D. 35.2.69; *Omnium rerum* heißt nicht „Sachgesamtheiten", schließt diese aber ein, wie der – vermutlich schon frühere – *ususfructus bonorum* an einer *cella* (Lager mit wechselndem Bestand wie *cella vinaria* oder *olearia*) bei Cic. top. 3,17 zeigt: *Crifò*, RIDA 24 (1977) 177–188. Das zu *omnium rerum* erörterte, unter den Klassikern umstrittene Nießbrauchslegat an einer Forderung Ulp. 18 Sab. D. 7.5.3 (*an et nominum*?) mit dem Sonderfall des Nießbrauchsvermächtnisses an der Forderung zugunsten des Schuldners kann nur obligatorisch wirken (Vermächtnisvorteil ist die Ersparnis der Zinsen; → § 49 Rn. 32).

[118] Doch auch Wolle, Parfum, Ulp. 18 Sab. D. 7.5.11; zu Kleidern und Quasiususfrukt: *Sesma*, Est. Iglesias III 1641–1660; zu Geld: *Longo*, St. Nicosia IV 517–530.

[119] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 470 Fn. 118 gegen die Annahme, der Quasi-Nießbrauch finde sich schon bei Cic. top. 3,17.

[120] Ulp. reg. 24.27; Ulp. 18 Sab. D. 7.5 pr.; Paul. 3 Sab. D. 33.2.1; Pomp. 5 Sab. D. 35.2.69; zum *SC*: *Salazar Revuelta*, SDHI 65 (1999) 117–144.

[121] Anders Iul. 38 dig. D. 36.4.6 pr.

liegt darin ein Kreditverhältnis; nach dem Tod des bedachten Usufruktuars wird dem Erben Wertersatz geleistet.[122] Schuldrechtliche Wirkung des Quasi-Nießbrauchslegats belegt Gai. 7 ed. prov. D. 7.5.7: *Si vini olei frumenti usus fructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet* (wenn ein Nießbrauch an Wein, Öl oder Getreide vermacht ist, muss das Eigentum auf den Vermächtnisnehmer übertragen werden); Inst. 2.4.2;[123] der Erbe muss übereignen gegen Leistung der *cautio usufructuaria* (*cautio senatus consulti*).[124]

Quasi-Nießbrauchslegat an Geld[125] wirkt nach strittiger Auffassung als Damnationslegat.[126] Nach *SC* ist das Geldnießbrauchslegat wirksam (Ulp. 18 Sab. D. 7.5.5 pr.: *pecuniae usum fructum*, der Zusatz *et si fuerint alienae* wohl aber erst Juristeninterpretation des *SC*). Ausgegebenes Geld ist außer aus der *cautio usufructuaria* auch mit *condictio incerti* kondizierbar (Ulp. 18 Sab. D. 7.5.5.1).[127] Geldvindikationslegat (dinglich) konkurriert mit Geldnießbrauchslegat (strittig, ob dinglich oder obligatorisch wirkend) in Iul. 35 dig. D. 7.5.6 pr.; Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.17: *Si decem quae in arca erant mihi legata sint, tibi eorum usus fructus legatus sit* (wenn zehn, die in der Hauskassa waren, mir vermacht sind und dir der Nießbrauch daran vermacht ist);[128] ferner bedingtes Geldvindikationslegat mit unbedingtem Geldnießbrauchslegat in Marcellus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.4 (→ Rn. 41).[129] **27**

bb. *Dies-cedens*-Verschiebung beim Nießbrauchsvermächtnis

Der *dies cedens* wird bei Vermächtnissen unvererblicher Rechte (nicht transmissiblen Legaten)[130] verschoben.[131] Zwei Rechtssätze des persönlichen Charakters des Rechts **28**

[122] *Wesener*, s. v. usus fructus, RE IX A.1 1171; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 470; zur *cautio*: *Giliberti*, Legatum Kalendarii (1984) 60 mwN.; *Gröschler*, Actiones (2002) 229 Fn. 142, Fn. 145.

[123] *Salazar Revuelta*, SDHI 65 (1999) 129; *Gröschler*, Actiones (2002) 228.

[124] *Salazar Revuelta*, SDHI 65 (1999) 129; Gai. 7 ed. prov. D. 7.5.2 pr.; Ulp. 22 ed. D. 12.2.11.2; zur *actio ex iureiurando* aus beschworener Verpflichtung zur Nießbrauchsbestellung: *Harke*, Eid (2013) 75 f. Fn. 65; Ulp. 18 Sab. D. 7.5.5.1 spricht bei Fehlen der *cautio* von *condici incerti condictione*.

[125] Irreguläres Gebrauchsrecht an Geld erwähnt Ulp. 18 Sab. D. 7.5.5.2: *usum pecuniae*.

[126] *Gröschler*, Actiones (2002) 228 („in Wirklichkeit ein Kreditverhältnis", 229 Fn. 145); anders (als Vindikationslegat) *Burillo*, SDHI 26 (1960) 277 f.; *Marrone*, AUPA 26 (1957) 431 (→ Rn. 40); *Longo*, St. Nicosia IV 524 f. unterscheidet beide Formen (*legatum per vindicationem*/*legatum per damnationem*): Der Legatar hat die *rei vindicatio*, wenn er die *cautio* leistete (524).

[127] *Hähnchen*, Causa condictionis (2003) 67–70; *Heine*, Condictio (2006) 139–147.

[128] *Peter*, Geschäft (1994) 144; *Harke*, Actio utilis (2016) 172.

[129] *Peter*, Geschäft (1994) 93, 143 f.

[130] Die Unvererblichkeit des Nießbrauchs, da dieser *personae cohaeret* (Ulp. 17 Sab. D. 7.4.3.3; Marcell. 7 dig. D. 24.3.57; Paul. 3 Sab. D. 33.2.5; Paul. sent. 3.6.33; Inst. 2.4.3) ist insofern durchbrochen, als die Ausübungsstipulation vererblich ist, Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.12; (*uti frui licere sibi heredique*) *Finkenauer*, Ess. Sirks 241–255.

[131] *Sommer*, SZ 34 (1913) 397; *Voci*, DER II 311, 370 f.; *Duplá Marín*, Est. Reimundo Yanes I 183–195; *Wacke*, SZ 122 (2005) 386.

rechtfertigen die Verschiebung: 1) *usus fructus sine persona esse non potest* (der Nießbrauch kann nicht ohne die Person sein [die ihn ausüben kann]), gleichbedeutend: *tunc constituitur usus fructus, cum quis iam frui potest* (dann [erst] wird der Nießbrauch begründet, wenn schon wer die Früchte ziehen kann, Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 60)[132] und 2) Ulp. 5 disp. D. 36.2.2,3: weil das Ususfruktlegat nicht transmissibel ist, fällt es nicht vor Erbantritt an; ebenso Ulp. 20 Sab. D. 36.2.5.1 (*dies-cedens*-Verschiebung wegen ausgeschlossener Transmission). Doch ist die *dies-cedens*-Fixierung als in mehrfacher Weise strittig überliefert: In der Gruppe der *in menses vel in dies vel in annos singulos* hinterlassenen Nießbrauchslegate[133] schien unklar, ob *semel cedit dies* (ob einmal anfällt) oder mehrfach *per tempora adiecta*[134] (Ulp. 17 Sab. D. 7.3.1 pr.). Dies hat die – bezweifelte – Deutungsthese der täglichen Neuentstehung des Nießbrauchs („fortlaufende Erneuerung des Rechts") befruchtet.[135] Umstritten schien, ob das Ususfruktlegat so wie die übrigen Legate anfällt (dafür Labeo nach dem Kontroversenbericht in Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 60: *ante aditam eam diem eius* [*usus fructus*] *cedere ut reliquorum legatorum*) oder erst zugleich mit dem Erbschaftsantritt (so Julian: *tunc constituitur ususfructus, cum iam frui potest*). Diese Auffassung hat sich durchgesetzt: Ulp. 17 Sab. D. 7.3.1.2 = Frg. Vat. 60: *Dies autem usus fructus, item usus non prius cedet quam adita hereditate* (der [vermachte] Nießbrauch, ebenso das [vermachte] Gebrauchsrecht, fällt nicht eher an, als mit Erbantritt).

29 Die Deutung des *dies cedens* = *constituitur usus fructus* (Ulp. 17 Sab. D. 7.3.1.2) aus der täglichen Neuentstehung des Nießbrauchs (*usus fructus cotidie constituitur et legatur* – der Nießbrauch wird täglich begründet, Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 77) hat zwar die Vorstellung für sich, der Nießbrauch bestehe aus einzelnen Handlungen des *uti* und *frui* (Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 59: *usus fructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo eius, qui fruitur et utitur* – der Nießbrauch besteht aus der Fruchziehung, das heißt in irgendeiner Handlung dessen, der Früchte zieht und gebraucht), sodass Fruchtziehungshandlungen für das Nießbrauchsvermächtnis rechtsbegründend sind, doch ist mit dem allgemein geltenden Satz *tunc constituitur usus fructus, cum quis iam frui potest* (Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 60 = D. 7.3.1.2) gemeint, dass der Nießbrauch nicht entsteht, solange er nicht vom Bedachten ausgeübt werden kann.[136] Das einem Erbschaftssklaven hinterlassene Nießbrauchsvermächtnis entsteht erst, wenn es auch einen Eigentümer des Erbschaftssklaven gibt, der gebrauchen und nutzen kann (… *in usu fructu tamen*

---

[132] *Duplá Marín*, Est. Reimundo Yanes I 188: *ius singulare* innerhalb des normalen Regimes (mwN.).

[133] Zwischenzeitiger Verlust des Bürgerrechts schadet dem Ususfruktlegat *in singulos annos* nicht, vgl. Maur. 2 l. Iul. Pap. D. 33.2.23; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 312.

[134] Mehrere *dies cedentes* ähnlich dem Rentenlegat, vgl. *Unger*, Erbrecht (1894) 306: Inbegriff mehrerer Vermächtnisse; Paul. 13 Plaut. D. 7.4.28; Maur. 2 l. Iul. Pap. D. 33.2.23; vgl. Ulp. 15 l. Iul. Pap. D. 33.2.22 (das Damnationslegat der Einkünfte aus Vermögen ist dem Ususfruktlegat ähnlich); Scaev. 3 resp. D. 33.2.38.

[135] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 153–158, 171.

[136] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 217.

personam domini expectari, qui uti et frui possit … – beim Nießbrauch wartet man [gleichsam] auf die Person des Eigentümers, der nutzen und Früchte ziehen kann, Julian bei Ulp. 17 Sab. D. 7.3.1.2); *dies eius non cedit statim* ist hierfür mehrfach belegt (Frg. Vat. 55 = Paul. 1 man. D. 45.3.26);[137] die *dies-cedens*-Verschiebung meint den Antritt der Erbschaft, zu der der Sklave gehört; damit besteht eine Beziehung des Nießbrauchs auf den Erben (Julian bei Ulp. 17 Sab. D. 7.3.1.2),[138] doch meinte anders Labeo bei Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 60, der Erbschaftssklave kann das Nießbrauchsvermächtnis schon vor Annahme durch seinen Herrn ausüben.[139] Das Ususfruktlegat an den Gewaltunterworfenen erwirbt dieser für sich selbst, wenn er vor Erbantritt *sui iuris* wird (Ulp. 20 Sab. D. 36.2.5.7).

cc. Erlöschen und Unwirksamkeitsfälle

Das Ususfruktlegat an überschwemmtem Gebiet (Morast: *inundatus/stagnum/palus*) **30**
erlischt; ebenso bei Kahlschlag (Ulp. 17 Sab. D. 7.4.10.2,4); zur Umgestaltung der Nießbrauchssache (*transfiguratum*): Ulp. 17 Sab. D 7.4.10.6 (*extinguit usum fructum*). Unwirksam ist das Ususfruktlegat für den Zeitpunkt hinterlassen, da der Bedachte stirbt (Mod. 9 diff. D. 7.1.51,[140] Paul. 3 Sab. D. 33.2.5; zur Ausdehnung der *cautio Muciana* auf *sub condicionem non faciendi* hinterlassenen Vermächtnissen: Pap. 1 def. D. 35.1.79.3).[141]

V. Dinglich wirkendes Wahlvermächtnis

Dinglich wahlweise vermachte Sachen begegnen als *do-lego*-Optionslegat (*utrum eo-* **31**
rum volet, do lego, Iul. 32 dig. D. 33.5.9 pr.)[142] mit sinngleichen Wendungen wie *electio vel optio datur, legatarius optabit quem velit* (Ulp. 20 Sab. D. 33.5.2 pr.); auch findet sich *electio legata* (Pomp. 6 Sab. D. 33.5.6: *Mancipiorum electio legata est*);[143] als weitere typische Formel des Vindikationslegats kehrt auch hier *sumito sibique habeto* (*Vestimenta quae volet triclinaria Titius sumito sibique habeto*)[144] wieder. Die dinglich ver-

[137] *Buchwitz*, Servus (2012) 209.

[138] *Flume*, Rechtsakt (1990) 140.

[139] Strittig; *Voci*, DER II 311: Dem ruhenden Nachlass kann durch den *servus hereditarius* der Nießbrauch nicht erworben werden; doch vgl. Iul. 35 dig. D. 36.2.16.1; *Duplá Marín*, Est. Reimundo Yanes I 187–195; *Wacke*, SZ 122 (2005) 386; durch *uti frui* als Realakte des Erbschaftssklaven würden sonst Vorteile des Nießbrauchlegats für die Zwischenzeit dem ruhenden Nachlass erworben.

[140] *Backhaus*, Casus (1981) 6 f., 87–89, da es zu dem Zeitpunkt zustehen soll, wo es nicht mehr zustehen kann (88).

[141] Bezweifelnd *Backhaus*, Casus (1981) 69 f. (Papinian hat die *cautio* auf solche negative Potestativbedingungen beschränkt, bei denen erst mit Tod des Bedachten feststand, ob die Bedingung eintrat oder ausfiel); *Voci*, DER II 605.

[142] *Voci*, DER II 264; *Winkler*, Mathematik und Logik (2015) 118–120.

[143] *Gómez-Iglesias*, St. Metro III 149.

[144] Lab. post. a Iav. epit. D. 33.5.20.

machte *optio servi*[145] (der Legatar kann unter mehreren Sklaven[146] des Erblassers einen wählen) wirkt mit ausgeübter Wahl als Vindikationslegat hinsichtlich des Sklaven; *optio* war förmliche Auswahl nach *ius civile* (*actus legitimus*);[147] dass das Recht schon vor Justinian transmissibel war, ist herrschend verneint (weil das Legat in sich eine Bedingung trägt, die ausfällt;[148] weil erst mit dem Tag der Wahl anfällt:[149] Inst. 2.20.23; Iust. C. 6.43.3 [a.531], doch auch schon Paul. 3 sent. D. 33.5.19, jedoch möglicherweise justinianisch verändert);[150] vor Erbantritt kann nicht gewählt werden: Terent. l. Iul. Pap. D. 33.5.16; die vorher ausgeübte Wahl wäre nichtig.[151] Die Auffassung, dass das *legatum optionis* das einzige Gattungslegat *per vindicationem* war,[152] scheint preisgegeben.[153]

---

[145] *Optio* oder *electio servi* (der älteste Fall des Optionslegats) ist am häufigsten überliefert, bisweilen *optio servi et rerum*, auch *optio rerum* oder *electio rerum*; Übersicht bei *Hofmann/Proto Pisani*, Labeo 2 (1956) 23; *optio servi* kommt als Auswahl unter namentlich genannten Sklaven vor wie auch von *singuli servi*; ist die *servorum electio* vermacht und nicht gesagt, wie viele, kann der Legatar drei wählen (*divus Pius rescripsit*), Ulp. 2 Sab. D. 33.5.1.

[146] Inst. 2.20.23 oder anderen Sachen (*ex servis suis vel aliis rebus*); möglicherweise anfangs nur *optio servi*, *Gómez-Iglesias*, St. Metro III 143 Fn. 10 mwN.; ausgedehnt auch in Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.6.

[147] Pap. 28 quaest. D. 50.17.77; *Voci*, DER II 265; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 456 Fn. 58 zum Unterschied vom gewöhnlichen Alternativ- oder Gattungslegat, bei dem es keine *optio* gibt.

[148] *Schindler*, Justinians Haltung (1966) 214 Fn. 75 und insgesamt 213–218 zu dem unter den *veteres* als kontrovers ausgegebenen Bericht: Iust. C. 6.43.3 pr. (a.531).

[149] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 112 Fn. 321, 239. Anders Paul. sent. 3.6.7a: *Illud aut illud, utrum elegerit legatarius: nullo a legatario electo decedente eo post diem cedentem ad heredem transmitti placuit.* (= Paul. 3 sent. D. 33.5.19). Doch ein Legat mit *dies incerta* transmittiert nicht, Paul. 2 Vit. D. 31.12.1.

[150] *Bernstein*, SZ 1 (1880) 159 f.: Das Optionslegat ist unvererblich wegen der „Aufforderung zur Wahl“ (*optato*); „nicht weil es bedingt war, war es unvererblich, sondern weil es unvererblich war, wurde es als bedingt gedacht“ (160); *Ferrini*, Teoria generale (1889) 252 f.: Das Optionslegat *per vindicationem* (der Legatar wählt) ist nicht transmissibel vor der Wahl; *Grosso*, Legati (1962) 287 sieht die Wahl streng persönlich (nicht transmissibel); *Voci*, DER II 265: vor ausgeübter Wahl: *non si trasmette agli eredi* (mit Inst. 2.20.23); nicht hierher gehört Ulp. 23 Sab. D. 36.2.12.8 (Tod nach ausgeübter Wahl des Dritten); zum Standort in der Palingenesie: *optio servi* in der Nähe zu *de legatis in diem incertam relictis* und *de vino legato*, *Rodger*, SZ 98 (1981) 366–368. *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 239: *dies cedens* und zugleich Zeitpunkt des Erwerbs ist beim dinglichen Optionslegat der Tag der Wahl. Anders *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 456: „Das Recht geht auf den Erben des Legatars über“.

[151] *Gómez-Iglesias*, St. Metro III 145 f.

[152] So *Hofmann/Proto Pisani*, Labeo 2 (1956) 24 („l'unico tipo di legato generico *per vindicationem*“ mit dem anordnenden Wort *optato*).

[153] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 456. Doch kann dies nur die Form betreffen; in der Sache ist ein dingliches Gattungslegat (– der Legatar sucht aus) ein Wahlvermächtnis; vgl. Ulp. 20 Sab. D. 33.5.2.1 *homine generaliter legato arbitrium eligendi … ad legatarium pertinet.*

Beim Optionslegat *per vindicationem* wählt der Legatar:[154] Ulp. reg. 24.14: *Optione autem legati per vindicationem data, legatarii electio est, veluti: hominem optato, eligito…* . Zum Unterschied vom Wahlvermächtnis *per damnationem*, bei dem im Zweifel der Erbe wählen kann,[155] → § 97 Rn. 24 f. (Ulp. reg. 24.14; Ulp. 21 Sab. D. 30.37 pr. [Gattungslegat]; Ulp. 51 ed. D. 30.71 pr.; Cels. 18 dig. D. 31.19). Beim dinglichen Optionslegat kann der Erbe die Wahl nicht durch Freilassung vereiteln oder auch nur schmälern (Gai. 2 ed. praet. urb. D. 40.9.3: Die Konstruktion des bedingten dinglichen Legats der *singuli* ist entsprechend angewandt).[156] **32**

Versionen mehrerer Optionslegate ordnet Iust. C. 6.43.3 pr. (a.531) neu[157] einschließlich der Wahl durch einen Dritten.[158] **33**

Zur Vorbereitung der Wahl (*si optare velim servum*) kann der Optionslegatar *ad exhibendum* klagen und aus den vorgewiesenen Sachen vindizieren (Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.6); bei Wahl durch einen Dritten kann, solange der Dritte nicht wählte, nicht vindiziert, sondern nur *ad exhibendum* geklagt werden (Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.10).[159] **34**

Zwei *do-lego*-Legate können auch gekoppelt in der Form eines *do-lego*-Optionslegats (*utrum legatarius voluerit*) vorkommen: Ist wahlweise der Nießbrauch an einer Sache oder Geld vermacht, so ist sowohl der auf den Erbantritt verschobene *dies cedens* des Nießbrauchslegats als auch der *dies cedens* des Geldlegats (Tod des Erblassers) beachtlich, obwohl vor Erbschaftsantritt von einer Wahl nicht die Rede sein kann (*nondum electioni locus esse potest*: Ulp. 24 Sab. D. 36.2.14 pr.); das Geldlegat bleibt auch in diesem Fall transmissibel: Julian bei Ulp. 24 Sab. D. 36.2.14.1. Zu Eigentums- und mit diesem konkurrierenden Optionslegat *per vindicationem* Iul. 70 dig. D. 30.99 (→ Rn. 43). **35**

---

[154] Ulp. 20 Sab. D. 33.5.2 pr.,1. Zu (bloß) faktisch eingeengter Wahlmöglichkeit bei fideicommissbelastetem Wahlvermächtnis *per vindicationem*: Iul. 39 dig. D. 30.94.2; *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 231 f. Wusste der Legatar nichts von seiner Wahlmöglichkeit und vindiziert einen, ist die Nachholung der Wahl ausgeschlossen, Cels. 18 dig. D. 31.19; *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 19 f.; *d'Orta*, Legatum per praeceptionem (2004) 117 Fn. 32. Doch ist bei Missgriff das Wahlrecht nicht verbraucht, Ulp. 2 Sab. D. 33.5.2.3. Vgl. auch zum obligatorisch wirkenden Wahlvermächtnis (→ § 97 Rn. 24): Von der einmal ausgeübten Wahl kann der Erbe nicht mehr abgehen (Pomp. 7 Plaut. D. 31.11.1; Paul. 1 Sab. D. 30.5 pr.: *semel dumtaxat*).

[155] Wer die *potestas* hat, welche Klage er anstellen will, Afr. 5 quaest. D. 30.108.2; die Stelle ist möglicherweise von Mischformen zu denken (→ Rn. 2).

[156] Vgl. Pomp. 6 Sab. D. 33.5.6; Iav. 2 Cass. D. 33.5.14; *Gómez-Iglesias*, St. Metro III 149–153.

[157] Bezogen auf Uneinigkeit unter (wahlberechtigten) Miterben, die hier Transmissare sind, doch insgesamt für unecht *Schindler*, Justinians Haltung (1966) 214.

[158] *Ferrini*, Teoria generale (1889) 253 zwar für degeneriertes Institut, aber echt. Die Vindikation wird mit ausgeübter Wahl des Dritten erworben (Ulp. 23 Sab. D. 36.2.12.8).

[159] *Gómez-Iglesias*, St. Metro III 157.

VI. *Do-lego*-Legate an Kollegatare

36 Mitvermächtnisnehmern[160] kann dieselbe Sache gemeinsam (*coniunctim*) oder getrennt (*separatim* = *disiunctim*) vermacht sein. Die Musterformen der erwähnten Satzverbindungen lauten beim Vindikationslegat: *Titio et Seio hominem Stichum do lego* in einer Satzverbindung (*coniunctim*)[161] oder in getrennten Sätzen (*disiunctim*) *Titio hominem Stichum do lego. Seio eundem hominem do lego* (Gai. 2.199; Ulp. reg. 24.12). Sind zwei oder mehrere *separatim* bedacht, so sind sie *re coniuncti, non etiam verbis* (Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 32.89; → Rn. 51).[162] Sowohl bei *coniunctim* als auch bei *disiunctim* Bedachten entsteht eine *partes-concursu-fieri*-Situation, sodass alle anwachsungsberechtigt sind[163] und sich Auslegungsfragen darauf einengen, ob der *coniunctim* Mitbedachte dem *disiunctim* Mitberufenen vorgeht.[164] *Re et verbis coniuncti* bilden gleichsam eine „Binnengruppe" unter den Anwachsungsberechtigten; konkurrieren sie mit *disiunctim* Bedachten, wächst zunächst nur unter ihrer engeren Gruppe an („engere Teilbildung", → Rn. 51).[165] *Re coniuncti* verbundenen Kollegataren kann auch mit verschiedenem dinglichen Inhalt vermacht sein, beispielsweise dem einen ein *fundus et ad eum viam*, dem anderen *eundem fundum sine via* (Marcell. 29 dig. D. 33.3.3).[166] Verzögerter Ver-

[160] Ein dingliches Legat an Mitvermächtnisnehmer kann auch so zum Ausdruck gebracht werden: *Titio cum Seio do lego* (Marcian. 6 inst. D. 30.112.2); dann ist beiden vermacht; gleich: Marcian. 3 reg. D. 30.121 (*Titio cum Maevio*: Einer allein kann das Vermächtnis haben).

[161] Doch ist *coniunctim* nicht auf die Form einer Satzverbindung beschränkt, *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 38–40 (vgl. Ulp. 7 Sab. D. 28.5.15 pr. zur Teilerbenberufung: Der *ex parte dimidia* Eingesetzte und der auf dieselbe *pars* [*ex eadem parte*] Eingesetzte sind *in unum semissem coniunctim* eingesetzte Teilerben; dazu *Lösch*, Coniunctio (2014) 30: Sachliche Verbindung soll von der wörtlichen ursprünglich abhängig gewesen sein, doch hat man später [unter Julian] den Erblasserwillen stärker berücksichtigt); unter den Juristen wurde der Begriff nicht einheitlich gebraucht, Cels. 35 dig. D. 32.80: *coniunctim legari* bedeutet, dass jedem das ganze Vermächtnis gegeben ist und die Teile durch das Zusammentreffen entstehen (*partes concursu fieri*); Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 32.89: *re coniuncti* = *separatim* (getrennt vermacht ist jedem das Ganze [= die *eadem res* und nicht Teile]); die Unterscheidung spielt für die bevorzugte Anwachsung eine Rolle: Der *re et verbis coniunctus* wird dem *re tantum coniunctus* vorgezogen, *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 41 f.; → Rn. 51.

[162] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 275; *Zimmermann*, SZ 101 (1984) 243–245.

[163] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 452 f.; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 283. Jedem ist die ganze Sache vermacht und erst das Zusammentreffen konkurrierender Mitberechtigungen bildet Teile (*partes concursu fiunt*) und lässt Miteigentum entstehen. Verschiedene Bedeutung haben die Formen beim Damnationslegat, Gai. 2.205: Ist (*per damnationem*) getrennt vermacht, so ist jedem das Ganze geschuldet (der eine bekommt die Sache, der andere den Schätzwert); ist *singulis coniunctim* vermacht, entstehen Teilforderungen, *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 5–7. Vgl. Ulp. reg. 24.13; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 453 f.

[164] Vgl. Ulp. 17 Sab. D. 7.2.1.2 (= Frg. Vat. 75.3).

[165] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 283.

[166] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 104–108; *Romano*, Acquisto (1933) 56–59; *fundus*-Legat noch mit *do-lego*-Legat der *via* (*viae legatum*), welches das Grundstück in die herrschende Stellung bringt; vgl. *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 105.

mächtniserwerb ist denkbar; ein Kollegatar kann bereits vindizieren, während der andere Kollegatar noch überlegt, ob er das Vermächtnis haben will (*si prius … fundum vindicaret altero deliberante*).[167]

1. Konkurrenzen zwischen Eigentums- und Nießbrauchsvermächtnis[168]

Eigentums- und Ususfruktlegat teilen im *uti frui*. Afr. 5 quaest. D. 7.2.9: *Si proprietas* **37**
fundi duobus, usus fructus uni legatus sit, non trientes in usu fructu habent, sed semissem duo, semissem fructuarius (wenn das Eigentum an einem Grundstück zweien, der Nießbrauch [daran] einem vermacht ist, so haben sie den Fruchtgenuss nicht zu einem Drittel, sondern die zwei zur Hälfte und zur [anderen] Hälfte der Nießbrauchsberechtigte).[169] Konkurrenzen im *uti frui* entstehen entsprechend den beiden Legatsverfügungen, die die einzelnen Vermächtnisnehmer so zusammenfasst, wie wenn sie *coniunctim* bedacht und damit den anderen *disiunctim* gegenübergestellt wären (½ für das Eigentumslegat und ½ für das Ususfruktlegat; erst innerhalb dieser Gruppen wird weiterverteilt),[170] Paul. 10 quaest. D. 33.2.26.1.[171] Zur Abtrennung vom *uti frui* zwischen konkurrierendem Eigentums- und Ususfruktlegat, sodass eine *nuda proprietas* zurückbleibt, bedarf es der formelhaften Hinterlassung *detracto usufructu*[172] (Mod. heur. sing. D. 33.2.19). Ist einem Eigentumslegatar auch ein Ususfruktlegat zusammen mit anderen Nießbrauchslegataren vermacht, so teilt er das *uti frui* mit den Nießbrauchslegataren (Iul. 35 dig. D. 7.2.4: dessen Anteil am Ususfruktlegat „mischt sich

[167] Der Legatar vindiziert den *fundus cum via*, da auch ihm der ganze *fundus* vermacht ist (die *via* für den *totus fundus* ist wirksam, nicht aber für eine *pars*); vindiziert dann auch der andere Kollegatar den *fundus*, geht das *via*-Legat unter, weil es in eine Lage gerät, in der es nicht begründet werden könnte („Initialrückziehung", vgl. Mod. 6 diff. D. 8.1.11); *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 106: Erst die Ausschlagung des *fundus*-Legats durch den anderen Kollegatar führt zum Alleineigentum mit Wegerecht.

[168] Vgl. *Rainer*, SZ 115 (1998) 163–167.

[169] *Item contra, si duo fructuarii et unus fundi legatarius sit*; umgekehrt, bei zwei Nießbrauchslegataren und einem Eigentumslegatar bilden sich auch nicht ⅓ – Berechtigungen im *uti frui*, sondern wieder eine ½ – Berechtigung zum *uti frui* für den Eigentumslegatar und ½ *uti frui* – Berechtigung für die Nießbrauchslegatare, die diese ½ – Berechtigung untereinander weiter teilen (je ¼).

[170] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 186.

[171] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 204–206; → Rn. 51.

[172] Nur diese ist inhaltlich trennende Verfügung (*Titio fundum detracto usu fructu lego*); diese dürfte so stark etabliert gewesen sein, dass sie der Erblasser zwingend verwenden musste, wollte er den Eigentumslegatar vom Nießbrauch ausschließen, *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 183 Fn. 508 (andernfalls konkurrierten Eigentums- und Ususfruktlegat im *uti frui* auch gegen den Willen des Erblassers: *quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur … quod interdum plus valet scriptura quam peractum sit*, Mod. heur. sing. D. 33.2.19 in fine); *Gröschler*, Actiones (2002) 229 Fn. 143: Konkurriert Eigentums- mit Nießbrauchslegat, verbleibt nicht bloß eine *nuda proprietas*; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 182–185. Zur inhaltlich trennenden Verfügung der *deductio usufructus* bei der *mancipatio* vgl. *Pietrini*, Deducto usu fructu (2008) 86–108.

mit seinem Eigentum“: *proprietate*[173] *miscebitur*).[174] Umstritten ist Iul. 35 dig. D. 7.4.17: Unbedingtes Nießbrauchslegat konkurriert mit bedingtem *proprietas*-Legat *detracto usufructu*, während dessen Pendenz der Nießbrauchslegatar die *nuda proprietas* vom Erben erwarb. Tritt die Legatsbedingung ein, hat der Eigentumslegatar die *plena proprietas*; der Nießbrauch konsolidierte und lebt nicht einmal nach der *detracto-usufructu*-Klausel wieder auf (vgl. Pap. 3 resp. D. 31.76.2; → Rn. 5).[175]

2. Konkurrenzen zweier Nießbrauchsvermächtnisse

38 Unbedingtes *fundus*-Nießbrauchslegat konkurriert mit bedingtem: Ulp. 17 Sab. D. 7.2.6.2 (*mihi usus fructus fundi pure, tibi sub condicione* – mir ist der Nießbrauch am Grundstück unbedingt, dir unter einer Bedingung [vermacht]); dies zeigt keine Anomalie: *ego* hat während der Pendenz den ganzen Nießbrauch (*totius fundi usum fructum ad me pertinere interim* – der Nießbrauch am ganzen Grundstück steht während der Schwebe mir zu), mit Eintritt der Legatsbedingung teilt er ihn (*communicandum usum fructum*).[176]

3. Weitere *do-lego*-Konkurrenzen

39 Ist dem einen der *usus*, dem anderen der *fructus* vermacht, konkurrieren beide im *usus* (Paul. sent. 3.6.25; → Rn. 24).[177]

a. Eigentums- und Nießbrauchsvermächtnis von Geld

40 Konkurriert Geldeigentumslegat mit Geldnießbrauchslegat, bildet sich keine *nuda proprietas* für den Geldeigentumslegatar. Dieser erwirbt das ganze Geld und der Geldnießbrauchslegatar hat nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben. Das Geldnießbrauchslegat wirkt als Damnationslegat (Quasiususfrukt als reines Kreditverhältnis, → Rn. 27).

---

[173] Abweichende Lesart *proprietati*: *Mommsen*, ES.

[174] *Si tibi proprietas fundi legata fuerit, mihi autem et Maevio et tibi eiusdem fundi ususfructus, habebimus ego et Maevius trientes in usu fructu, unus triens proprietate miscebitur* … : Anders als oben bilden sich hier keine (in ½ und ½ geteilte) Gruppen entsprechend dem Eigentums- und Nießbrauchlegat, sondern Teile nach Köpfen (je ⅓), doch hat *tu* das ⅓ nicht als Nießbrauchs-, sondern (konsolidiert) als Eigentumslegatar. Bei Ausfall eines zu ⅓ im *uti frui* konkurrierenden Mitberechtigten wächst den anderen gleichteilig an (mit je 1/6 zum ⅓, sodass jeder ½ hat), *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 196 f.

[175] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 198–204.

[176] Zu Marcellus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.4: *Gröschler*, Actiones (2002) 229 Fn. 144; *Marrone*, AUPA 26 (1957) 431 Fn. 432.

[177] *Fructuarius in usu concurrit*, *Bretone*, Usufrutto II (1967) 73.

Konkurriert ein Geldnießbrauchslegat mit einem aufschiebend bedingten Geldeigentumslegat, kann das Geldnießbrauchslegat das Geldeigentumslegat ganz zerstören (Marcellus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.4);[178] der derivative Eigentumserwerb des Geldvindikationslegatars scheitert hier, weil der Nießbrauchslegatar das Geld verbrauchen kann und damit zu Lasten des Eigentumslegatars verfügungsberechtigt ist.[179] **41**

Stützende Quellen zu Debatten und Deutungen sind: Iul. 35 dig. D. 7.5.6 pr.: Geldeigentumslegat von zehn für *tu* / Geldnießbrauchslegat (*eorundem decem*) für *ego*: *fient quidem tua tota decem* (der Geldeigentumslegatar erwirbt die ganzen zehn; *sed mihi quinque numerari debebunt*, wenn *ego* dem *tu* die *cautio* leistet). Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.17: Geldeigentumslegat von zehn für *ego* / Geldnießbrauchslegat für *tu* (*decem quae in arca erant mihi legata sint, tibi eorum usus fructus legatus sit* – zehn, die in der Hauskassa waren, sind mir vermacht, dir der Nießbrauch daran); *ego* erwirbt *ipso iure* die ganzen zehn (*cui proprietas legata est ipso iure decem vindicabit*). Die Konkurrenzen teilen die vermachte Summe (in je fünf): *fructuarium … quinque usum fructum petiturum constat.*[180] Vindiziert der Geldvindikationslegatar vom Erben die ganzen zehn, wäre die Geldvindikation dolos, wenn der Erbe bereit ist, ihm fünf zu zahlen und die *actio ex stipulatu* aus der *cautio usufructuaria* (geldverfolgende Klage des Erben gegen den Nießbraucher) abzutreten.[181] Marcellus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.4: Bedingtes Geldvindikationslegat konkurriert mit unbedingtem Geldnießbrauchslegat: *tibi decem nomismata sint sub condicione legata et mihi decem ususfructus pure* (dir sind zehn Münzen unter einer Bedingung vermacht und mir der Nießbrauch an den zehn unbedingt).[182] Das Geldnießbrauchslegat zerstört hier das Geldeigentumslegat (*legatum tuum evanesceret, cum iam nummos vindicare non possis* – dein Vermächtnis fällt in sich zusammen, weil du die Münzen nicht mehr vindizieren kannst), da *ego* die zehn verbrauchen konnte.[183] Doch wird abweichend vertreten: 1) in beiden Fällen (Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.17 und Marcellus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.4) konkurrierten zwei Vindikationslegate (auch das Quasiususfruktlegat ist Vindikationslegat);[184] 2) zwischen beiden Legaten galt das Prinzip der *communicatio* (die Summe ist dinglich im *uti frui* geteilt);[185] der Erbe hätte auch in der Pendenz fünf zurückhalten müssen.[186] Die unter- **42**

[178] *Gröschler*, Actiones (2002) 229 f.

[179] *Gröschler*, Actiones (2002) 229 und Fn. 145.

[180] *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 146 f.; *Peter*, Geschäft (1994) 144.

[181] *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 147: Die *exceptio doli* verwirklicht den Willen des Erblassers; *Harke*, Actio utilis (2016) 172.

[182] *Peter*, Geschäft (1994) 143 f., 93 Fn. 15.

[183] *Gröschler*, Actiones (2002) 229 f.

[184] So *Burillo*, SDHI 26 (1960) 277 f. (concurrían dos legados *per vindicationem*); *Marrone*, AUPA 26 (1957) 431.

[185] *Marrone*, AUPA 26 (1957) 431; *González Roldán*, Dolo desinere (2010) 120 f. und Fn. 26: „La quantità doveva dividersi tra i due *legatari*; *communicatio usus fructus*“ (123).

[186] *Burillo*, SDHI 26 (1960) 278 („y conserva los otros cinco“); dagegen *Gröschler*, Actiones (2002) 229 Fn. 144 mit Ulp. 17 Sab. D. 7.2.6.2.

schiedliche Behandlung von Quasi-Nießbrauch und gewöhnlichem Nießbrauch ist strittig.[187]

b. Konkurrenzen zwischen Eigentums- und dinglichem Optionslegat

43 Die *dies cedentes* sind hier verschieden: *dies cedens* für den Optionslegatar ist der Tag der Wahl.[188] Bis zur (bloß möglichen) Wahl besteht zwar noch keine aktuelle, doch eine latente Konkurrenz, die den Erwerb der vermachten Sache teilt; der bloß potentiell konkurrierende Teil verbleibt zwischenzeitig beim Erben. – Iul. 70 dig. D. 30.99: Ist dem Herrn der Stichus vermacht und seinem Sklaven die *optio data*, erwirbt der Herr nur die Hälfte am Stichus, weil der freigelassene Sklave denselben Stichus wählen könnte – *dimidiam Stichi … ad dominum pertinere, quod possit servus manumissus eundem Stichum optare*. Damit hat die andere Hälfte bis zur Wahl der Erbe;[189] wählt der (freie) Sklave den Stichus, so erwirbt er die Hälfte des Erben;[190] wählt er einen anderen, wird der Eigentümer nun durch Anwachsung Alleineigentümer.[191]

44 Von der Konkurrenz zwischen dinglich vermachtem Sklaven und dinglich vermachter *optio servi* ist das dem Sklaven hinterlassene Vermächtnis nicht betroffen. – Iul. 36 dig. D. 33.5.11: Dem Seius ist der Eros vermacht, dem Eros ein *fundus* und dem Maevius die *optio servi*. Seius wird bei Erbantritt der Einzige sein, der den Eros und das diesem anhängende *fundus*-Legat erwerben konnte – *aditae hereditatis tempore is solus erit, ad quem posset legatum pertinere*;[192] der *fundus* gehört dem Seius allein, wenn Maevius den Eros wählt – *Erotem optaverit, fundus ad solum Seium pertinebit.*

c. Konkurrierende Optionslegate

45 Pomp. 6 Sab. D. 33.5.8.2 (*unius hominis mihi et tibi optio data*): wählen beide denselben, steht der Gewählte im Miteigentum. Wählt bei Fideikommissbelastung eines Wahlge-

---

[187] *Gröschler*, Actiones (2002) 229 Fn. 144: kein sachlicher Grund für unterschiedliche Behandlung; dagegen *Marrone*, AUPA 26 (1957) 431 („regime diverso“) und (vergleichend mit einem *fundus*-Legat) *González Roldán*, Dolo desinere (2010) 122 f.: Bei einem *fundus*-Legat hätte der Eigentumslegatar mit Bedingungseintritt die Vindikation auf ½ des *fundus* gegen den Nießbraucher, nicht aber so bei Geld (123); Funktion der *cautio* ist, dass der Eigentumslegatar bei Bedingungseintritt die fünf haben kann, übereinstimmend mit Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.17 (123).

[188] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 112; *Voci*, DER II 371.

[189] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 113; *Buchwitz*, Servus (2012) 178 f.

[190] Derivativ vom Erblasser konkurrierend mit dem Eigentümer, der seine ½ schon hat; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 113: Das bis dahin bloß potentielle Zusammentreffen verwirklicht sich nun endgültig.

[191] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 113.

[192] Träger der Vermächtnisdelation des *fundus* ist der Eros selbst; die Vermächtnisberufung wird nicht auf seinen Herrn übergeleitet, sondern nur der Erwerb daraus, vgl. *Wimmer*, SZ 121 (2004) 379. Mit Erklärung aus Gai. 2 de legat. ad ed. pr. D. 30.69 pr.: *Gómez-Iglesias*, St. Metro III 137.

genstandes der dinglich berechtigte Optionslegatar den anderen Gegenstand, so trifft ihn dennoch die Fideikommissbitte bezogen auf den nicht gewählten: Er muss das Fideikommiss abwickeln (den nicht gewählten kaufen und restituieren, Iul. 39 dig. D. 30.94.2).

4. Anwachsung

Anwachsung kommt nur bei dinglich wirkenden Vermächtnissen vor (*legatum do lego* und *per praeceptionem*, Gai. 2.199 und 223; Ulp. reg. 24.12; Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 75.1), während bei Damnationslegaten Teilforderungen der Kollegatare entstehen (→ § 97 Rn. 44).[193] Anders erst unter Justinian: Iust. C. 6.51.11,11a (a.534): Anwachsung auch unter *re et verbis coniuncti* Damnationslegataren.[194] Ausgangspunkt der Anwachsung ist, dass mehreren Kollegataren *eadem res* vermacht ist. Aus den Konkurrenzen eines jeden um die ganze *eadem res* bilden sich Teile: *tota legata singulis data … partes … concursu fieri* (Cels. 35 dig. D. 32.80; Ulp. reg. 24.12: *iure civili concursu partes fiebant*).[195] Fällt ein Kollegatar aus, so dehnt sich die davor nur durch das Zusammentreffen konkurrierender Mitberechtigter eingeschränkte Legatsdelation in den verlassenen Teil aus (Ulp. reg. 24.12: *non concurrente altero pars eius alteri adcrescebat*). Anwachsung ist Delationsausdehnung durch Wegfall (oder Änderung) der *partes-concursu-fieri*-Situation.[196] Den Anwachsungsbruchteil erwirbt der Kollegatar aus seiner „ursprünglichen", nun ausgeweiteten Delation (nicht aus einer neuen),[197] die ihn zur ganzen *eadem res* berechtigte. Sind ausdrücklich nur Teile zugedacht, ist die Anwachsung ausgeschlossen (Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 75.1).[198] **46**

---

[193] Bei verbundenen Damnationslegataren gilt der Satz *damnatio ab initio partes facit* (Ulp. 21 Sab. D. 30.34.9; Iul. 33 dig. D. 30.84.8; Frg. Vat. 85; Gai. 2.205; → § 97 Rn. 44).

[194] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 272–278; *ius antiquum* ist übereinstimmend mit dem Kaduzitätsrecht beschränkt auf *coniuncti* im Sinne der *lex Iulia et Papia* wiederhergestellt (*coniunctim* und *disiunctim* sind damit im Anwachsungsrecht nicht mehr gleichgestellt), *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 282; daraus erklärt sich (mit *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 281), dass nur *re et verbis coniuncti* Kollegataren *cum suo onere* anwächst, nicht aber *disiunctim* (= *re tantum coniuncti*) Bedachten: Eine dem ausgefallenen Kollegatar persönlich auferlegte Last geht nicht durch Akkreszenz auf seinen Mitvermächtnisnehmer über, Iust. C. 6.51.11e–11g (a.534).

[195] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 127–130.

[196] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 15 f., 21–23, 127–130; *Robbe*, NNDI I 156 mwN. Die früh herrschende Dogmatik (*Windscheid/Kipp* III § 644 S. 635, *Puchta*, Pandekten (1877) 768 Anm. b zu § 542 mwN.) sieht demnach die Anwachsung auch als „Nichtabwachsungsrecht"; am begrifflichen Wert zweifelnd: *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 130–133.

[197] Anders als bei einem echten Zuwachs, bei dem der Berechtigte bekommt, was er vorher nicht hatte, erwirbt dieser den Anwachsungsbruchteil aus derselben Berufung zum ganzen Legat. Zum Zuwachs vgl. die *alluvio* und den Erwerb einer *insula in flumine nata*: Sprachgebrauch überwiegend *accedere*, nur vereinzelt *adcrescere*, *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 1.

[198] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 10 f. (gegen *Robbe*), 14–24 zu Teilbestimmungen beim Vermächtnis.

47 Einzelfälle des Ausschlusses: Ist einem *servus communis* vermacht und schlägt ein Miteigentümer das Legat aus, wächst sein Teil nicht an, weil nur *partes* vermacht sind (Cels. 19 dig. D. 31.20): Die Miteigentumsanteile am Sklaven verhindern das Zusammentreffen im Erwerb (Ulp. 24 Sab. D. 30.50 pr.).[199]

48 Anwachsung an den Transmissar belegt Iul. 82 dig. D. 35.1.26.1: *eadem res alteri pure alteri sub condicione legatur*: Stirbt der Legatar, dem unbedingt vermacht ist, so wächst seinem Erben die bedingte *pars* seines Kollegatars an,[200] wenn die Legatsbedingung ausfiel. Der Transmissar erwirbt die anwachsende *pars* aus der transmittierten Delation. Daraus erhellt *portio portioni adcrescit*:[201] Der Legatsportion wächst an, wo auch immer sie sich befindet, Iul. 82 dig. D. 35.1.26.1: Die *portio*, an die anwuchs, war im Augenblick der Anwachsung beim Transmissar; wohl Anwachsung *ex nunc* (strittig).[202]

49 Umstritten ist, ob stets rückwirkend auf den *dies cedens* anwächst. Im Vordringen scheint, dass die These der „Rückwirkung der Anwachsung“[203] ungenau ist:[204] Ob die Anwachsung zurückwirkt, hängt davon ab, ob der Grund, aus dem anwächst, auf den *dies cedens* zurückwirkt; ist Ausschlagung der Grund für die Anwachsung, so wirkt die Akkreszenz zurück, weil die Ausschlagung zurückwirkt (anders aber, wenn der Tod der Grund für das Ausfallen ist): stets akkresziert in dem Moment, in dem sich die *partes-concursu-fieri*-Situation ändert.

a. Fallgruppen bevorzugter Anwachsung

aa. *Partes et totus fundus legatus*: Legate mit Teilbestimmung konkurrieren mit dem Legat des Ganzen

50 Ist zwischen zwei Kollegataren Teilbestimmung angeordnet (jedem die *pars dimidia fundi*) und konkurrieren sie mit einem dritten Kollegatar, dem der ganze *fundus* vermacht ist, kommt der Wille der Bevorzugung im Verteilungsverhältnis 2:1 zum Ausdruck: Iav. 7 epist. D. 31.41 pr. (umstritten): *Maevio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego* (dem Maevius vermache ich den halben Teil am Grundstück, dem Seius die [andere] Hälfte: dasselbe Grundstück vermache ich dem Titius).[205] Nur zwischen Maevius und Seius gilt die Teilbestimmung. Zusammen

---

[199] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 229–231: Teile des Vermächtnisses bilden sich nicht erst durch das Zusammentreffen, es fehlt an der *coniunctio re* (231).

[200] Ein bedingtes Legat fällt erst mit Bedingungseintritt an (→ § 97 Rn. 51; dem Kollegatar cedierte noch nicht).

[201] Auch: Anwachsung an die veräußerte *portio*; vgl. Pap. 17 quaest. D. 7.1.33.1; *Robbe*, NNDI I 158; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 120–127, 141 f., 201, 287.

[202] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 116.

[203] *Voci*, DER I 692 offenbar generell vertreten: „L'acquisto per accrescimento ha efetto retroattivo.“

[204] *Wimmer*, Prälegat (2004) 123–125; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 115–127, 141 f.

[205] Erwerben alle den *fundus*, so mit den Teilen (Maevius) ¼ (Seius) ¼ (und Titius) ½, *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 89, 91.

mit beiden Teillegataren (*separatim = re coniuncti* vgl. Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 32.89)[206] ist dem Titius der *totus fundus* vermacht. Damit ist *separatim et partes fundi et totus legatus*, sodass Titius im Erwerb des *totus fundus* mit den *partes dimidiae* konkurriert: *si Seius decesserit, pars eius utrique adcrescit* (wenn Seius vorverstorben ist, wächst beiden an), und zwar in der Konkurrenz von *totus* mit der *dimidia pars*, also (wohl 2:1) des *fundus*, sodass dem Titius ⅔ und dem Maevius ⅓ gehören[207] (strittig,[208] doch belegt: *pro portione legati … adcrescat*).[209] Fallen Titius und Seius aus, bekommt Maevius die *pars dimidia* und teilt den *fundus* mit dem Erben.[210]

bb. „Engere Teilbildung“[211]

Konkurrieren *re et verbis coniuncti* (jedem ist die ganze Sache und unter Verbindung ihres Namens vermacht) mit *disiunctim* (= *re tantum coniuncti*) Bedachten, so wächst bei Ausfall eines *re-et-verbis-coniuncti*-Kollegatars zunächst nur innerhalb dieser Gruppe an, Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 75.3 = D. 7.2.1.2 (doch umstritten) und Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 76; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 32.89 (→ Rn. 36); ferner in der Konkurrenz der zwei Gruppen Eigentums- und Nießbrauchslegatare Paul. 10 quaest. D. 33.2.26.1 (innerhalb der Gruppe wächst an, → Rn. 37). 51

b. Anwachsung unter Nießbrauchslegataren

Coniunctim bedachte Nießbrauchskollegatare sind gegeneinander anwachsungsberechtigt (Paul. sent. 3.6.26: *coniunctim duobus usus fructus do lego legatus altero mortuo ad alterum in solidum pertinebit* – ist mit verbundenen Worten beiden *do lego* vermacht, gehört der Nießbrauch, wenn einer von beiden stirbt, dem anderen zur Gänze; Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 75.1–77;[212] *coniunctim* als Voraussetzung der Anwachsung scheint Einzelmeinung gewesen zu sein [Frg. Vat. 77: Vindius]; anders Julian: *nihil refert coniunctim an separatim relinquatur* – es kommt nicht darauf an, ob er coniunctim oder separatim hinterlassen wird);[213] Teilbestimmungen schließen auch hier die Anwach- 52

[206] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 41 f.

[207] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 91; im Ergebnis auch *Eckardt*, Iavoleni epistulae (1978) 127–130, doch für „besonderen Fall der Akkreszenz, der eigenen Regeln folgt“ (130).

[208] Scheinwiderspruch zum Akkreszenzausschluss bei Teilbestimmungen (zwischen Maevius und Seius wäre sie ausgeschlossen und zwischen Maevius und Titius gilt Legatskonkurrenz entsprechend dem Willen, dem Titius mehr vom Vermächtnis zuzuwenden als dem Maevius); zu älteren Debatten des Scheinproblems *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 79–88 und *Lösch*, Coniunctio (2014) 56–60.

[209] Verhältnismäßige Reduktion im Zusammentreffen der so Bedachten: *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 283.

[210] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 285.

[211] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 283, 204 f.

[212] Überblick kontroverser Meinungen bei *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 265–267.

[213] Nun auch *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 19–21, 151–153 abgekehrt von der These *Robbes*, dass nur *coniunctim* bedachten Nießbrauchslegataren anwachse.

sung aus (Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 75.1: *si separatim unicuique partis rei usus fructus sit relictus … ius adcrescendi cessat* – wenn mit getrennten Worten einem jeden der Nießbrauch an einem Teil der Sache hinterlassen ist, entfällt das Anwachsungsrecht). Doch ist ein gegenseitiges Anwachsungsrecht gegenüber einem Eigentumslegatar bestritten: Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 83: *duobus do lego usus fructus legetur, erit ius adcrescendi* (unstrittig: zwei *do-lego*-Nießbrauchskollegatare konkurrieren im *uti frui* und sind daher gegeneinander anwachsungsberechtigt); *et si alteri usus fructus, alteri proprietas* (die Gegenseitigkeit der Anwachsung ist bestritten: nur der Eigentumslegatar ist gegenüber dem Nießbrauchslegatar anwachsungsberechtigt, nicht aber umgekehrt; Julian hat die Gegenseitigkeit der Anwachsung verneint[214]).

53 Für das Nießbrauchsvermächtnis gilt nicht *portio portioni adcrescit*, sondern *usus-fructus personae adcrescit* (Pap. 17 quaest. D. 7.1.33.1; Paul. 70 ed. D. 44.2.14.1),[215] erläutert in Ulp. 17 ed. D. 7.2.10 (Anwachsung auch nach Verlust des ursprünglichen Anteils).

c. Einschränkung des Anwachsungsrechts durch die *lex Papia Poppaea*

54 Der Anteil dessen, der das Vermächtnis wegen fehlender *capacitas* nicht annehmen konnte, verfiel (Ulp. reg. 24.12: *post legem Papiam Poppaeam non capientis pars caduca fit*). Der kaduke Anteil fiel an die im Testament bedachten Erben und Legatare, die Hauskinder hatten (Gai. 2.206).[216] Beim Nießbrauchsvermächtnis trat nicht Kaduzität ein, weil die *caducorum vindicatio* mit der Bindung des Nießbrauchs an die Person des Bedachten nicht zu vereinbaren war.[217]

d. Ausschlagung und Anwachsung

55 Schlüssige Ausschlagung findet dort ihre Grenze, wo zwei selbständige Vermächtnisberufungen vorliegen: Ist dem Herrn eines Sklaven durch Kodizill und seinem Sklaven durch Testament dieselbe Sache *per vindicationem* vermacht, so kann der Herr das seinem Sklaven anhängende Vermächtnis ausschlagen und dennoch die ihm vermachte

---

[214] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 196 f. Vgl. Iul. 35 dig. D. 7.2.4: Dem *tu* ist die *proprietas fundi* und dem *tu*, *ego* und Maevius der *usus fructus fundi* vermacht: Jeder hat ⅓, das ⅓ des *tu* konsolidiert (*proprietate miscebitur*); fällt *ego* oder Maevius aus, haben *tu* und der verbleibende Nießbrauchslegatar je ½: *triens dividetur*. Sonderfall ist Iul. 35 dig. D. 7.4.17 (unbedingtes Nießbrauchslegat/bedingtes Eigentumslegat): Der Nießbrauchslegatar erwarb das auflösend bedingte Zwischeneigentum vom Erben; damit konsolidierte sein Nießbrauch und mit Bedingungseintritt hat Titius den *fundus pleno iure* (→ Rn. 37).

[215] *Wesener*, s. v. usus fructus, RE IX A.1 1164; *Wolff*, FS Schulz II 145; *Robbe*, NNDI I 158; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 120–127, 212; *La Rosa*, St. Nicosia IV 340–347.

[216] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 452 f.

[217] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 287.

(selbe) Sache zur Gänze vindizieren (Iul. 78 dig. D. 30.101 pr.);[218] der Fall schien strittig, Terent. 15 l. Iul. Pap. D. 31.59 (*Si mihi pure, servo meo vel pure vel sub condicione eadem res legata est*: schlägt der Herr sein Vermächtnis aus und will er das seinem Sklaven hinterlassene erwerben, so ist auch respondiert: *partem legati deficere*).

VII. *Legatum per praeceptionem*

Das *legatum per praeceptionem*[219] nach dem Muster *L. Titius hominem Stichum praecipito* (Gai. 2.216; Ulp. reg. 24.6) konnte ursprünglich nur einem Erben gegeben werden[220] und berechtigte, die *per praeceptionem* hinterlassene Sache aus dem noch ungeteilten Nachlass (*e media hereditate*)[221] „voraus und vorweg zu nehmen" (*praecipuum sumere*, Gai. 2.217); sie bildete ein Sondergut vor der Teilung.[222] Durchzusetzen war das *legatum per praeceptionem* im Erbteilungsverfahren (Gai. 2.219: *adiudicetur*).[223] Verlor der Präzeptionslegatar seine Erbenstellung, so büßte er nach sabinianischer Auffassung auch die Berechtigung zum Präzeptionsvoraus ein, die prokulianische und später herrschende Meinung deutete das *legatum per praeceptionem* in einem solchen Fall in ein gewöhnliches Vermächtnis um.[224] Das einem Außenlegatar (Nichterben/*extraneus*) **56**

[218] *Buchwitz*, Servus (2012) 179 f. für Anwachsungsfolge, wenn der Herr sein Vermächtnis annimmt und das seinem Sklaven hinterlassene ausschlägt (davor für Konkurrenz beider Vindikationslegate zu je ½).

[219] Übersicht über das Schrifttum bei *d'Orta*, Legatum per praeceptionem (2004) 20 Fn. 40; *Arces*, Diritto@Storia 9 (2010) 1.

[220] Später anders: Wer seinen Erbteil ausschlägt, kann dennoch das Präzeptionslegat haben, Ulp. 15 Sab. D. 30.17.2: *sed et si abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat*; *Magliocca*, St. Grosso V 289 f.; *Kretschmar*, Prälegat (1874) 1, 22, 96–106, 125.

[221] Scaev. 3 resp. D. 31.88.3: *e media hereditate sumito sibique habeto*, oder nur *praecipitote* (Scaev. 3 resp. D. 31.88.2); von Geld: *tot aureos e medio praecipito* (Scaev. 3 resp. D. 31.88.1); Scaev. 3 resp. D. 33.8.26; Paul. 13 resp. D. 32.92 pr.; übliche Fasssungen: *d'Orta*, Legatum per praeceptionem (2004) 21 Fn. 41.

[222] Bei Tod des *pater familias* erhielt der Haussohn sein *peculium* häufig als Prälegat (Digestentitel D. 33.8): *Wesener*, FG Kaser 334; dafür kommt vor: *sibi habeto* (Alf. 5 dig. D. 33.8.14) wie auch *praelegare* (Pomp. 7 Sab. D. 33.8.10); *Bernstein*, SZ 15 (1894) 28. Sinn des Präzeptionslegats war auch der Ausgleich unter Erben, die schon bei Lebzeiten Vermögen bekamen gegenüber dem, der seinen Teil erst aus dem Nachlass nehmen soll, Ulp. 24 Sab. D. 35.1.12; *Bernstein*, SZ 15 (1894) 81. Der Erbe erwirbt den Voraus *extra partem hereditatis* (herrschende Deutung), *Palazzolo*, Dos praelegata (1968) 192 mit *Bernstein*, SZ 15 (1894) 33; *Wimmer*, Prälegat (2004) 1 Fn. 2.

[223] Zur durch Präzeptionslegate übernommenen Funktion der Erbteilung: *d'Orta*, Legatum per praeceptionem (2004) 43–98.

[224] *Stolfi*, SDHI 63 (1997) 64; *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 122; 133 f. (zur sabinianischen Meinung); 123, 134 f. (zur prokulianischen); *Leuba*, Legs per praeceptionem (1962) 57–77; *Falchi*, Controversie (1981) 133–141: prokulianisch erwirbt der Präzeptionslegatar analog dem Vindikationslegat (durch einseitigen Akt des Bedachten; → Rn. 3).

hinterlassene Präzeptionslegat[225] wirkte mit den Prokulianern dinglich, indem diese Schule für diesen Fall *Titius hominem Stichum capito* las und die überflüssige Vorsilbe *prae* tilgte (Gai. 2.221: mit der Folge *ideoque per vindicationem eam rem legatam videri*);[226] Hadrian bestätigte die Wirksamkeit des *legatum per praeceptionem* an einen Dritten (Gai. 2.221). Mit der durchgedrungenen prokulianischen Auffassung hat sich das *legatum per praeceptionem* mit anderen Vermächtnissen, insbesondere mit dem Vindikationslegat mehrfach kombiniert,[227] wonach in diesem Wandlungsprozess das *legatum per praeceptionem* im Vindikationslegat aufging.[228] Gebräuchlich wurde die kombinierte Formel P. S.T.H. (für *praecipito, sumito, tibi* [oder *tibique*] *habeto*, Gai. 2.193,209, wobei sich der Textteil *sumito tibique habeto* aus dem später abgestorbenen *legatum sinendi modo* erklärt).[229] Mit dem Vindikationslegat bereits verschmolzen findet sich das *legatum per praeceptionem* bei Scaev. 14 dig. D. 32.32; Pap. 6 resp. D. 31.75.1; Alex. C. 6.37.12 (a.240).[230] Das Präzeptionslegat als Vindikationslegat an einen Miterben berechtigte zur Vindikation (Gai. 2.222),[231] wenn die Sache im zivilen Eigentum des Erblassers stand (→ Rn. 7). Hatte der Erblasser die *per praeceptionem* einem Miterben vermachte Sache nur *in bonis*, war das *legatum per praeceptionem* mit der *actio familiae erciscundae* geltend zu machen (Gai. 2.222).[232] Gehört die *per praeceptionem* vermachte Sache dem Erblasser nicht, ist das *legatum per praeceptionem* (an einen Erben ebenso wie an einen Dritten) nach *SC Neronianum* wirksam (Gai. 2.222).

57 Das *legatum per praeceptionem* einer fremden Sache begegnet bei der *fiducia cum creditore contracta* des Erblassers (dem nach Sicherungsübereignung die *per praeceptionem* vermachte Sache nicht mehr gehörte: die Miterben haben das Sicherungsgut auszulösen, damit es der Präzeptionslegatar als vermachte Sache vorwegnehmen kann, Gai. 2.220: *officio iudicis cogi … soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere*); zur Lösungspflicht ebenso bei der *per praeceptionem* vermachten Pfandsache: Gai. 7 ed. prov. D. 10.2.28.[233]

---

[225] Nach sabinianischer Auffassung nichtig, Gai. 2.218 mit der Begründung aus Gai. 2.219 (weil nur im Verfahren unter Miterben die *per praeceptionem* vermachte Sache adiudiziert werden kann).

[226] *Ankum*, FS Lübtow (1990) 80; *d'Orta*, Legatum per praeceptionem (2004) 37–42; *Falchi*, Controversie (1981) 135, 141: Die Prokulianer konstruierten das *legatum per praeceptionem* analog dem Vindikationslegat mit Entwicklung einer autonomen Struktur (141).

[227] Prägend für diese Deutung: *Kretschmar*, Prälegat (1874) 125–145.

[228] *Kretschmar*, Prälegat (1874) 125 f.; *Ankum*, FS Lübtow (1990) 81 bei P. S.T.H.-Klauseln.

[229] Zu „*sumito*" als Vindikationslegat: *Kretschmar*, Prälegat (1874) 140; → Rn. 1; *Ferrini*, Teoria generale (1889) 14; *Kretschmar*, Prälegat (1874) 126.

[230] *Ankum*, FS Lübtow (1990) 83; schwankend *Leuba*, Legs per praeceptionem (1962) 124 f.; *Wimmer*, Prälegat (2004) 107; 3 Fn. 9.

[231] *Ankum*, FS Lübtow (1990) 81.

[232] *Kaser*, SZ 82 (1965) 427; *Kretschmar*, Prälegat (1874) 136–140; *d'Orta*, Legatum per praeceptionem (2004) 38, 124.

[233] *Leuba*, Legs per praeceptionem (1962) 100 nimmt einen veränderten („adaptierten") Text an, nachdem die Sicherungsübereignung außer Übung kam; inhaltlich passt die Stelle sowohl zur *fiducia* als auch zum *pignus*: *Noordraven*, Fiduzia (1999) 175 f.

So wie in das Vindikationslegat Sachgesamtheiten mit wechselndem Bestand einbezogen werden konnten, begegnet dies auch beim *legatum per praeceptionem*[234] (Scaev. 6 dig. D. 33.7.27.3: *praecipito tibique habeto … , quae in eodem erunt cum moriar, familiaque*, einschließlich Weinlager, Schuldurkunden und Geld: *in eo fundo aliquantum vini in doliis … in eo fundo instrumenta calendarii et nummos*).[235] **58**

Geld in der Kassa (Scaev. 6 dig. D. 33.7.27.3) konnte *per praeceptionem* dinglich hinterlassen werden; *per praeceptionem* vermachtes, im Nachlass nicht vorhandenes Geld (*per praeceptionem uni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant*) haben die Miterben im Erbteilungsverfahren zu leisten (Paul. sent. 3.6.1: *officio familiae herciscundae a coheredibus praestabuntur*). Die Gültigkeit des Präzeptionslegats von *pecunia, quae domi relicta non est* war nicht in Zweifel gezogen (Paul. 23 ed. D. 10.2.25.22).[236] **59**

Das *legatum per praeceptionem* des *peculium* an den Sohn[237] (oder Sklaven) enthielt die *deductio* (Abzug der Schulden), wenn diese nicht ausdrücklich ausgeschlossen war (Pomp. 7 Sab. D. 33.8.10).[238] **60**

Das Präzeptionslegat bewahrte sich eine elastische Anwendung, die Inhalte einschloss, die sonst nur für das Damnationslegat typisch sind: **61**

- Einem Miterben zugewandtes Befreiungsvermächtnis: *uni ex heredibus*: *quod mihi debet, praecipito* (Pomp. 6 Sab. D. 10.2.42); die *liberatio legata per praeceptionem* ist *officio iudicis familiae erciscundae* zu berücksichtigen.[239]
- Einem Miterben *per praeceptionem* vermachte Forderung gegen einen Dritten (Pomp. 6 Sab. D. 10.2.42): Die Forderung teilt sich in Teilforderungen nach Erbquoten (*nomina ipso iure divisa*);[240] zum eigenen Erbteil sukzediert der Präzeptionslegatar in die Forderung aus dem Erbrechtstitel und der andere Forderungsteil ist ihm *iure legati* vom Miterben abzutreten (die Abtretung der Teilforderungen ist im

[234] Wohl schon als Vindikationslegat, ohne dass der Bedachte Erbe sein musste; anders *Jakab*, SZ 119 (2002) 179: „zugunsten eines Miterben".

[235] Dingliches Vermächtnis von Geld in der Hauskassa; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 80 f.; *Jakab*, SZ 119 (2002) 180. Doch vgl. beim Nießbrauchsvermächtnis *domuum et omnium rerum, quae in his domibus erant* Scaev. 15 dig. D. 33.2.32.2: *excepto argento*. Unsicher ist, ob erst mit dem durch *SC* eingeführten *omnium rerum ususfructus legari* ein Nießbrauchslegat auch an vorhandenem Geld aufkam.

[236] *Leuba*, Legs per praeceptionem (1962) 102: Handelte es sich um eine andere Sache als Geld, wäre das Legat nichtig.

[237] Häufig *praelegare* für *legare per praeceptionem*; Scaev. 3 resp. D. 33.8.26 (*per praeceptionem peculia filiis*); *Spina*, Successione testamentaria (2012) 181–183.

[238] *Astolfi*, Legati III (1979) 43.

[239] *De Villa*, Liberatio legata (1939) 12; *Astolfi*, Legati I (1964) 15.

[240] Die Entwicklung zum *legatum per praeceptionem* von *nomina* ist an den Zwölftafel-Satz (*nomina hereditaria ipso iure dividuntur*) anzuschließen; prinzipiell sagt Ulp. 19 ed. D. 10.2.4 pr.: *Ceterae … res praeter nomina veniunt in hoc iudicium. Sin autem nomen uni ex heredibus legatum sit, iudicio familiae erciscundae hoc heres consequitur*; an sich sind Forderungen vom Präzeptionslegat ausgenommen, weil sie schon *ipso iure* nach Erbquoten geteilt sind; die mit dem *legatum per praeceptionem* angestrebte Teilungsanordnung kann davon abgehen, vgl. *Magliocca*, St. Grosso V 323 f.

Erbteilungsverfahren geltend zu machen: *officio iudicis actiones ei praestari … pro portione coheredis*);[241] *heredi a semet ipso inutiliter legatur* auch auf das *legatum per praeceptionem* einer Forderung angewandt zu sehen, scheint haltbar.[242]

– *Per praeceptionem* vermachte *nomina ex calendario* mit Wahl der Forderung *ex calendario* durch den Präzeptionslegatar ist mit *dare-damnas*-Formel bezeugt[243] (Scaev. 16 dig. D. 32.34.1).[244]

– *Per praeceptionem* vermachte Rechnungsbücher (Ulp. 19 ed. D. 10.2.8 pr.).[245]

62 Bild der Quellen: Das *legatum per praeceptionem* an einen Dritten (*extraneus*) wirkt stets als Vindikationslegat; schlägt ein Teilerbe seinen Erbteil aus, kann er die ihm *per praeceptionem* vermachte Sache vindizieren (Papinian bei Alex. C. 6.37.12 [a.240]).[246] Ein *legatum per praeceptionem* mit einem Vermächtnisinhalt, der sonst nur *per damnationem* denkbar ist, kommt nur in Miterbenkonstellationen vor und ist *officio iudicis familiae erciscundae* zu berücksichtigen.[247]

63 Vom Präzeptionsvermächtnis zu unterscheiden ist das Prälegat, das keine eigenständige Vermächtnisform ist,[248] sondern sich durch jedes *heredi instituto legare* beliebiger Vermächtnisformen[249] zugunsten eines Miterben bildet.[250] Von einem eigentlichen Prälegat sollte man sprechen, wenn die Erbteile der Gesamtheit aller Erben vermächtnisbeschwert sind, auch der eigene Erbteil.[251] Im Umfang der Selbstbelastung ist das

---

[241] *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 30.

[242] Die These vom *legatum per praeceptionem* als einem Sonderinstitut, das von Neuerungen verschont blieb (*Leuba*), insbesondere auf das der *heredi-a-semet-ipso-inutiliter legatur*-Satz nicht angewandt wurde, ist überwiegend bezweifelt, *Selb*, TR 33 (1965) 129.

[243] *Leuba*, Legs per praeceptionem (1962) 47 f.: *legatum per praeceptionem* ist hier *legatum per damnationem*.

[244] *Giliberti*, Legatum Kalendarii (1984) 41–46 zutreffend für Anwendung der *heredi*-Regel (45); ein eigenständiges *legatum kalendarii* ist umstritten; *Giliberti* sieht es als Gattungslegat (*cosa collettiva*, 59); zweifelnd *Rainer*, SZ 103 (1986) 541–544: „Gab es überhaupt jemals das *legatum kalendarii*?“ (544).

[245] Mit Verpflichtung der Miterben (*rationes … tradendas*); zur Übergabepflicht: *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 27.

[246] Doch soll *vindicare* nicht technisch sein, *Leuba*, Legs per praeceptionem (1962) 78 f. (zweifelhaft); zur Verbindung von *vindico* mit *praeceptiones*: *García Quintas*, AG 235 (2015) 460.

[247] Vgl.: *actio mixta: tam in rem quam in personam* (Inst. 4.6.20); *d'Orta*, Legatum per praeceptionem (2004) 74; *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 124–126.

[248] Zu erzeugten Falltypen: *Wimmer*, Prälegat (2004) 14 f.

[249] Auch als Präfideikommiss: Iul. 39 dig. D. 30.92 pr.; Mod. 10 resp. D. 31.34.1; Pap. 7 resp. D. 31.77 pr.; Pap. 8 resp. D. 31.77.19 (Worte: *praecipiat sibique habeat volo*).

[250] Ein Vermächtnis an einen Alleinerben wäre nur sinnvoll, wenn dieser restitutionsbelastet die Erbschaft herausgeben soll, sodass ihm das Vermächtnis verbliebe, *Wimmer*, Prälegat (2004) 11 f.

[251] Schlägt der Prälegatar die Erbschaft aus, kann er dennoch das ganze Vermächtnis haben (auch den unwirksamen Teil); beim Prälegat an den Haussohn scheint dies nur zögernd durchgedrungen, Pap. 18 quaest. D. 30.87: Vermächtnis an den zum Teilerben eingesetzten Haussohn, der das *beneficium abstinendi* beantragt; die abweichende Meinung des Legatsverlustes ist als *durissima* zurückgewiesen; zur Absicht des Vaters, der Sohn solle das Vermächtnis nur haben, wenn er erbt, siehe Marcian. 6 inst. D. 30.88.

Vermächtnis unwirksam (*a semet ipso inutiliter ei legatum*);[252] die Legatsdelation trifft bei *dies cedens* auf die Erbendelation, von der sie abhängt (die vom selben Erblasser her kommt, der auch das Vermächtnis hinterlässt), sodass zwei unentgeltliche dauerhafte Erwerbsgründe zusammen treffen mit der auch sonst bezeugten Folge rechtsaufhebender Wirkung zweier unentgeltlicher Erwerbsgründe (*concursus causarum lucrativarum* von Erben- und abhängiger Legatsdelation); fällt die Erbschaft restitutionsbelastet (fideikommissbeschwert) an, bildet die Erbendelation keinen endgültigen Behaltensgrund, sodass das Vermächtnis auch zur eigenen Erbquote wirksam ist[253] (Iul. 40 dig. D. 35.2.86);[254] dies gilt generell in der Fallreihe, in der sich keine bleibende *onus-a-semet-ipso*-Lage (keine dauerhafte Selbstbelastung) bildet (Erbsentschlagung: Scaev. 14 dig. D. 32.32; Alex. C. 6.37.12 [a.240], trebellianische Restitution: Iul. 40 dig. D. 35.2.86 u. a.). Zentral für die Erklärung der *heredi*-Regel ist Pap. 6 resp. D. 31.75.1 zusammen mit Scaev. 14 dig. D. 32.32: Dem Prälegatar ist substituiert; stirbt er nach *dies cedens*, transmittiert nur der die Miterben belastende Teil, der selbstbelastende *heredi*-Teil kommt *iure hereditario* an den Ersatzerben (Papinian); schlug er aber vorher die Erbschaft noch aus und starb dann, transmittiert das ganze Vermächtnis (Scaevola); daraus erklärt sich die *heredi-a-semet-ipso-inutiliter*-Folge aus dem *concursus causarum lucrativarum* der Delationen bei *dies cedens* (Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Delationen), wovon die Papinian-Stelle betroffen ist, nicht aber die Scaevola-Stelle, da die Auschlagung rückwirkend auf den Anfall den *concursus causarum lucrativarum* der Delationen beseitigte, sodass auch der selbstbelastende Teil *iure legati* transmittierte.[255] Ist dem Prälegatar zusammen mit einem Dritten ein Vindikationslegat hinterlassenen, wächst der *a-semet-ipso-inutiliter*-Vermächtnisteil dem Außenlegatar an (Ulp. 21 Sab. D. 30.34.11; Flor. 11 inst. D. 30.116.1); unter zwei Miterben/Koprälegataren wachsen die unwirksamen Teile wechselseitig an (Ulp. 21 Sab. D. 30.34.12).[256]

---

[252] Iul. 31 dig. D. 30.18; Ulp. 17 Sab. Frg. Vat. 87.

[253] Doch zeigen sich nicht bloß Konstruktions-, sondern Auslegungsfragen: Scaev. 14 dig. D. 34.4.31.1 (*praedia* waren der Teilerbin restitutionsbelastet vermacht, das Fideikommiss dann durch Kodizill widerrufen – offenbar sollten dann auch die *praedia* nicht vermacht sein); Mod. 10 resp. D. 31.34.1; *Häusler*, SZ 133 (2016) 441.

[254] Doch ist näher zu unterscheiden: Ist pegasianisch zu restituieren, so ergibt sich im Umfang des eigenen Erbteils eine bleibende (selbstbelastende) *onus-a-semet-ipso*-Lage, da die *onera* beim Fiduziar bleiben; ist trebellianisch herauszugeben, so behält der Fiduziar nur die inhaltsleere Rechtshülle des *nudum nomen heredis* und die Erbschaftslasten werden auf den *heredis-vice*-stehenden Fideikommissar überwälzt, sodass keine bleibende *onus-a-semet-ipso*-Situation beim restituierenden Prälegatar vorliegt und somit kein dauerhafter Behaltensgrund nach Erbrecht (gültiges Legat); Deutungsvorschlag bei *Wimmer*, Prälegat (2004) 151–161, 164–167 zur unklaren Quellenlage, ob das Vermächtnis, soweit es den eigenen Erbteil beschwert, als *iure-hereditario*-Teil mit zu restituieren ist (in das gebundene Vermögen fällt, Ulp. 15 Sab. D. 36.1.19.3) oder als Vermächtnis dem Prälegatar verbleibt.

[255] *Wimmer*, Prälegat (2004) 106–138.

[256] *Wimmer*, Prälegat (2004) 69–100 und weitere Anwachsungsfälle bei ungleichen Erbquoten: 232–267.

64 Das Prälegat begegnet auch in der Funktion einer Teilungsanordnung:[257] *Filio ex parte heredi instituto duos fundos cum mancipiis et instrumento omni legavit … uxori plura legata et servos Stichum et Damam legavit* (dem zum Teilerben eingesetzten Sohn hat er zwei Grundstücke [Höfe] mitsamt den Sklaven und allem Wirtschaftsgerät vermacht, seiner Ehefrau mehrere Vermächtnisse und die Sklaven Stichus und Dama), Scaev. 14 dig. D. 34.4.31 pr.;[258] und auch weiter verteilend mit restitutionsbelastetem Vorausvermächtnis zugunsten eines Fideikommissars, Scaev. 14 dig. D. 34.4.31.1.

65 Die Wirksamkeit im Fall eines „indirekten Prälegats", in dem ein Gewalthaber zum Erben eingesetzt und seinem Gewaltunterworfenen vermacht war (Gai. 2.244) oder umgekehrt der Unterworfene zum Erben berufen und dem Gewalthaber vermacht (Gai. 2.245), war in der ersten Fallkonstellation schulkontrovers.[259] Das „indirekte" Prälegat der *nuda proprietas* (*deducto usufructu*) beim Gewaltunterworfenen war wirksam (Gai. 7 ed. prov. D. 7.1.6.3). Der *dies cedens* beim Vermächtnis an den vermachten Erbschaftssklaven ist verschoben (Iul. 36 dig. D. 36.2.17;[260] Paul. 12 Plaut. D. 35.2.49 pr.,1),[261] um das dem Sklaven anhängende Legat an den Legatar des Sklaven oder an diesen selbst gelangen zu lassen.[262]

66 Zu *praecipere* bei Restitution unter Einzelvorbehalt → § 100 Rn. 63.[263]

---

[257] *D'Orta*, Legatum per praeceptionem (2004) 61: Wie das Prälegat wirkt auch das *legatum per praeceptionem* als Teilungsanordnung; diese kann auch durch einschränkende Erbeinsetzung (*heres institutus excepto fundo*, Lic. 2 reg. D. 28.5.75) erreicht werden, *d'Orta*, Legatum per praeceptionem (2004) 27. Sonst (ohne Legatsworte) zu Teilungsanordnungen: bei ungleichen Erbeinsetzungsquoten vgl. Scaev. 20 dig. D. 34.4.30.3; wohl fideikommissarisch in Pap. 7 resp. D. 34.4.23. Die Teilungsanordnung mit Legatsworten wirkt nur in der Stellung als Miterbe in der Erbengemeinschaft (bei Erbsentschlagung berechtigen diese nicht zum Vermächtnis), Pap. 18 quaest. D. 30.90.1. Zur Teilungsanordnung durch Teilerbeneinsetzung mit Ausnahme von Einzelgegenständen (etwa: *heres esto ex semisse bonorum meorum excepta domu mea*, Paul. 10 resp. D. 31.86 pr. u. a.) und grundlegend zur *institutio ex re certa*: *Neuner*, Heredis institutio (1853) 167–225; *divisio inter liberos* durch Intestatkodizille, Prälegate: *Blanco Rodríguez*, Testamentum parentum (1991) 162–172; im *testamentum Aurelii Hermogenis*, P.Oxy. VI 907; *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 209–211.

[258] *Ligios*, Alienazione I (2012) 265–268.

[259] *Wimmer*, Prälegat (2004) 268–281 mit weiteren Konsequenzen und Falltypen 281–297. Ist der Herr *heres institutus* und seinem Sklaven vermacht (kontrovers unwirksam), gilt ferner: Ist *pure* (unbedingt) vermacht und das Legat bedingt widerrufen, konfirmiert es dennoch nicht (Flor. 11 inst. D. 34.4.14 pr.).

[260] *Winkler*, Mathematik und Logik (2015) 204–208; *Wimmer*, Prälegat (2004) 288 f. Verschoben wird der *dies fideicommissi cedens* des unbedingten Fideikommisses an den Haussohn zu Lasten des zum Erben eingesetzten Hausvaters auf den Zeitpunkt des Gewaltfreiwerdens (Tod des Vaters), Paul. 1 fideic. D. 32.8.2; Paul. 3 Sab. D. 36.1.20 pr.; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 312.

[261] *Buchwitz*, Servus (2012) 153–157; *Wimmer*, Prälegat (2004) 289–291; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 312.

[262] Vgl. auch die *dies-cedens*-Verschiebung im einfacheren Falltyp des Freiheitsvermächtnisses an den Erbschaftssklaven: Ulp. 24 Sab. D. 36.2.8 (*Wimmer*, Prälegat (2004) 291 f.); Ulp. 20 Sab. D. 36.2.7.6; *Voci*, DER II 371 Fn. 15.

[263] Vgl. Pap. 19 quaest. D. 31.69 pr. u. a. *Praecipere* heißt hier einfach „bei Restitution vorweg-

Die Sonderform des Prälegats der *dos*[264] (→ § 35 Rn. 137) kommt auch vermischt zusammen mit anderen Gegenständen vor, Scaev. 3 resp. D. 31.88.7: *uxori dotem praelegavit*[265] *item ornamenta et servos et aureos decem.* 67

VIII. Vereinzelte Fälle

1. *Legatum debiti per vindicationem*

Schuldet der Erblasser dem Legatar bereits die vermachte Sache, so ist Vorteil des Vermächtnisses, dem Legatar unmittelbar das Eigentum zu verschaffen; das *legatum debiti per vindicationem* ist daher gültig, Marcellus bei Ulp. 19 Sab. D. 30.28.1; Ulp. 1 fideic. D. 32.3.2 (*dominium nanciscitur statim*).[266] 68

2. Dingliches Nachlegat

Ein bedingtes *do-lego*-Nachlegat kommt vor bei Iul. 32 dig. D. 30.81.2: *Stichum Sempronio do lego*: *si … intra annum non manumiserit eundem Stichum Titio do lego*; der Nachlegatar erwirbt nach dem Vorlegatar (wenn dieser den Sklaven nicht freiließ) abgeleitet vom Erblasser. Ferner belegt Ant. C. 6.37.7 pr. (a.215): Der Brüdergruppe ist der *fundus* vermacht, *tu* ist Nachlegatar nach beiden (*fundum primo … fratribus per praeceptionem ac mox tibi*): Fällt ein Bruder aus, erwirbt *tu* das *dominium concursu* mit dem anderen Bruder (und nicht dieser allein den ganzen *fundus* durch Anwachsung); die Substitution geht der Akkreszenz vor;[267] dies gilt auch für den dinglichen Nachlegatar. 69

3. *Ager vectigalis* („Ewigpacht", D. 6.3)

Am *fundus municipium* konnte zwar nicht das Eigentum, jedoch das *ius in agro vectigali* (→ § 51 Rn. 16) vermacht werden[268] (Ulp. 51 ed. D. 30.71.6: *non videri proprietatem rei legatam, sed id ius quod in vectigalibus fundis habemus* – sei nicht anzunehmen, dass er das Eigentum an der Sache vermacht hat, sondern das Recht, das wir an Erbpachtgrundstücken haben),[269] und zwar entweder an die *municipes* oder an Dritte (Ulp. 51 70

---

nehmen und behalten" (nicht: „vom Fideikommissar zurückempfangen"; zur Thematik des „sekundären Präfideikommisses" → § 100 Rn. 63); Diskussionsstand und Quellen: *Manthe*, Pegasianum (1989) 133–156; *Wimmer*, Prälegat (2004) 190–230.

[264] *Palazzolo*, Dos praelegata (1968); *Astolfi*, Labeo 10 (1964) 239–351.

[265] Lesart *Mommsen*, ES: *relegavit*.

[266] *Astolfi*, Legati I (1964) 111–114; *Wesener*, SDHI 31 (1965) 390.

[267] *Wimmer*, Prälegat (2004) 251 f.

[268] Pap. 2 resp. D. 50.16.219; *Rainer*, SZ 106 (1989) 343 Fn. 42.

[269] Vgl. *petique possit*: technisch: dinglich klagen.

ed. D. 30.71.5,6).[270] Vectigal gehört zum *fructuarius* in Paul. sent. 3.6.27c = Paul. 3 sent. D. 7.1.59.2. *Municipiis*[271] kann auf hundert Jahre, das ist die längste Lebenszeit, ein Nießbrauchslegat hinterlassen sein (Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 33.2.8: *usus fructus municipibus legatus … centum annos … qui finis vitae longissimus esset* – ist ein Nießbrauch den Bürgern einer Stadtgemeinde vermacht, … ist festgesetzt, dass hundert Jahre anzuerkennen sind; denn dies wäre die äußerste Grenze des Lebens),[272] jedoch nach *SC Apronianum* (117 oder 123 n. Chr.) nur fideikommissarisch.[273]

4. Bezweifelte Fälle (Prätorischer Ususfrukt, Pfandrecht, Superficies, Emphyteusis)

71 Herrschend wird angenommen, dass ein prätorischer Ususfrukt, ein Pfandrecht, eine *superficies* (→ Rn. 22) oder Emphyteusis nicht Gegenstand eines Vindikationslegats sein können, weil dieses quiritisches Eigentum des Testators voraussetzte (Gai. 2.196).[274] Pfandrechtsbegründung durch Vindikationslegat (sohin auch an Sachen *in bonis* des Testators) ist umstritten; zur Zeit der Severer soll es anerkannt gewesen sein (Ulp. 3 disp. D. 13.7.26 pr.).[275] Testamentarische Pfandrechte deutet man herrschend als zur Sicherung von Alimentationsvermächtnissen gegeben,[276] Paul. 14 resp. D. 34.1.12: *Praedia his pignoris iure testator obligare voluit, ut ex reditu eorum alimenta perciperent* (der Erblasser wollte, ihnen sollen bestimmte Grundstücke verpfändet sein, damit sie aus deren Erträgen den Unterhalt beziehen). Pap. 7 resp. D. 33.1.9 betrifft ein Funduslegat an Freigelassene, die Sicherung des Alimentationsvermächtnisses ist fideikommissarisch geltend zu machen: *fundus, quem pater familias libertis legatorum nomine, quae in annos singulos relinquit, pignus esse voluit, ex causa fideicommissi rei servandae gratia recte petetur* (ein Landgut, von dem der Hausvater wollte, dass es seinen Freigelassenen für die jährlich fälligen Vermächtnisse als Pfand diene, kann zu Recht aus dem Rechtsgrund des Fideikommisses herausverlangt werden). Unsicher für ein dinglich wirkendes testamentarisches Pfandrecht ist Ulp. 3 disp.

---

[270] *Longo*, SDHI 78 (2012) 308 f., *Lanfranchi*, Ager vectigalis (1938) 36–38; *Scaffardi*, Enfiteusi (1981) 45 f.; *Ferrini*, Teoria generale (1889) 302 f.; *Grosso*, Legati (1962) 255.

[271] Zur Erbeinsetzung von *municipia* → § 52 Rn. 9; *municipia* können *detracto usufructu* mit Eigentumslegat beschwert sein, Pap. 17 quaest. D. 31.66.7.

[272] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 140. Auch kommt vor, dass sie *detracto usufructu* zum Erben eingesetzt und mit dem Eigentumslegat belastet sind, Pap. 17 quaest. D. 31.66.7; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 158.

[273] *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 403 (Ulp. reg. 22.5), 470 f. (Ulp. reg. 24.28); Plin. epist. 5,7 in Fideikommiss umgedeutetes Präzeptionslegat an das Munizipium *Mayer-Maly*, Iura 39 (1988) 99–106.

[274] *Kaser*, SZ 101 (1984) 90 f.; *Kaser*, SDHI 45 (1979) 29 Fn. 99: Hat der quiritische Eigentümer die Sache zugleich *in bonis*, kann er sie nach Honorarrecht belasten, aber nicht *per vindicationem* vermachen.

[275] *Grosso*, Legati (1962) 78 f.; *Ankum/van Gessel-de Roo/Pool*, SZ 105 (1988) 355.

[276] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 282; *Wagner*, Generalverpfändung (1968) 50 Fn. 337.

D. 13.7.26 pr. … *cum testamento quoque pignus constitui posse imperator noster cum patre saepissime rescripsit* (da unser Kaiser mit seinem Vater [Antoninus Caracalla und Septimius Severus] sehr oft auf Anfrage entschieden hat, dass auch durch Testament ein Pfandrecht begründet werden kann). Dernburg[277] deutet: „Aus meinen Sachen soll mein Gläubiger ein genügendes Pfand erhalten"; der Gläubiger kann wie beim *genus*-Legat die Pfandsache wählen und hat die Pfandklage auf das Gewählte.[278]

IX. Umzudeutende *do-lego*-Legate

1. Befreiungsvermächtnis

Die richtige Form der *liberatio legata* ist *per damnationem* oder *sinendi modo* (Paul. sent. 3.6.11); *per praeceptionem* ist sporadische Figur;[279] dieses in Pomp. 6 Sab. D. 10.2.42 umzudeuten in ein Damnationslegat,[280] erübrigt sich, da das *legatum per praeceptionem* auch obligatorisch im Erbteilungsverfahren wirkt (→ Rn. 61). Kein eigentliches Befreiungsvermächtnis, sondern nur Befreiungswirkung von der Pacht liegt in den Fällen, in denen der Verpächter dem Pächter den Nießbrauch vermacht (Iav. 2 post. Lab. D. 33.2.30.1; Iul. 35 dig. D. 7.1.34.1).[281] **72**

2. *Legatum nominis*

Das *legatum nominis* (Vermächtnis einer Forderung) in *do-lego-* (oder nur *lego-*) Form[282] ist umzudeuten.[283] Das Legat der Schuldurkunde (*chirographum*)[284] ist als **73**

[277] *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 287.

[278] Erwogen ist damit nur der Fall, dass der Erblasser der Schuldner, nicht aber, dass er testamentarisch pfandbestellender Dritter ist; ein *do-lego*-Legat *pignori* an den Gläubiger mit dem Vorteil der dinglichen Sicherung, oder an den Schuldner mit dem Vorteil, dass dieser Kredit bekommt, den er sonst nicht bekäme, ist nicht überliefert.

[279] *De Villa*, Liberatio legata (1939) 31 f.; Pomp. 6 Sab. D. 10.2.42: *quod mihi debet praecipito*: geltend zu machen ist im *officium* des Teilungsrichters *ne ab eo coheredes exigant*, *Bianco*, SDHI 64 (1998) 331.

[280] *Voci*, DER II 320 (Umdeutung ist nicht auszuschließen). Ein Befreiungsvermächtnis *per vindicationem* findet *De Villa*, Liberatio legata (1939) 12 in Ulp. 5 disp. D. 30.75.2 (*decem quae mihi Titius debet lego*).

[281] *Bianco*, SDHI 64 (1998) 345–347.

[282] Ulp. 5 disp. D. 30.75.2.

[283] *Voci*, DER II 318.

[284] Zum häufigsten Inhalt (Stipulationsdarlehen): *Hackl*, SZ 109 (1992) 768; *Wolf*, SZ 118 (2001) 113–124 (*per chirographo dedit credidit* [117]); *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraksoblig. 216 f., 521 f. Darlehens-Chirographa kommen überwiegend ohne, selten mit Rückzahlungstermin vor, bisweilen mit Stipulation von Strafzinsen, *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 149, 151, aber auch als Quittungsurkunden (*accepisse*), *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 311–313. Zu letztwillig für unwirksam erklärten *tabulae* oder *chirographum*, um das Geschuldete *mortis causa* zu schenken: Marcell. resp. sing. D. 39.6.28; *Zülch*, Marcellus (2001) 168–174.

Vindikationslegat nicht denkbar (→ § 97 Rn. 17).[285] Vgl. Ulp. 22 Sab. D. 30.44.5 (*eum, qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas* – dass der, der eine Schuldurkunde vermacht, das Geschuldete vermacht, nicht nur die Urkunde);[286] Iul. 34 dig. D. 32.59 (*Qui chirographum legat, non tantum de tabulis cogitat, sed etiam de actionibus* … . – Wer eine Schuldurkunde vermacht, denkt nicht nur an die Urkunde, sondern auch an die Klagen.). Das *do-lego*-Legat des *chirographum* in Scaev. 3 resp. D. 31.88.8 (*civibus meis do lego chirographum Gaii Seii* – die Schuldurkunde des Gaius Seius vermache ich meinen Mitbürgern) sieht die herrschende Interpretation in ein Damnationslegat umgedeutet.[287] Das *lego*-Legat in Proc. 5 epist. D. 31.46 (*quidquid mihi L. T. dare facere oportet, Sempronio lego* – was auch immer L. T. [Lucius Titius] mir geben oder machen muss, vermache ich dem Sempronius) ist herrschend[288] als *legatum nominis* (Iul. 1 Min. D. 30.105) zu sehen und daher umzudeuten.

3. *Legatum kalendarii* beim Präzeptionslegat

74 Das *legatum kalendarii* (Register der *foenera*)[289] kommt zusammen mit dem *legatum per praeceptionem* vor und ist dort als Teilungsanordnung unter Miterben zu sehen (Afr. 6 quaest. D. 32.64; Scaev. 16 dig. D. 32.34.1: *per praeceptionem* vermachte *nomina ex calendario* begründen im Teilungsverfahren die Verpflichtung zur Zession aus dem *kalendarium* ausgewählter Forderungen;[290] Scaev. 16 dig. D. 32.34.3: *filio et filia heredibus … certa praedia et kalendaria praelegasset*).[291] Das Versorgungsvermächtnis des Nießbrauchs am gesamten Vermögen (*usum fructum lego … item calendarii usus fructus*, Scaev. 33 dig. D. 33.2.37) ist Quasiususfrukt (→ Rn. 26).[292]

---

[285] *Talamanca*, Revoca (1961) 51; *Astolfi*, Legati I (1964) 15: „non è concepibile l'uso valido del *legatum per vindicationem*"; Iul. 33 dig. D. 30.84.7 ist Damnationslegat; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.3.1 ist *datio quasi pro fideicommisso*, *Bianco*, SDHI 64 (1998) 343–345.

[286] *Astolfi*, Legati I (1964) 14 f.

[287] *Voci*, DER II 226 Fn. 21, 318. Ein *chirographum* kann auch ein Fideikommiss enthalten, *Tellegen-Couperus*, in: Tellegen-Couperus, Quintilian (2003) 237–243; *Schanbacher*, SZ 124 (2007) 596.

[288] Mit *Voci*, DER II 318 Fn. 251 (*disposto per vindicationem, si converta*); *Giliberti*, Legatum Kalendarii (1984) 42 Fn. 8; doch wird einzuschränken sein: leistete der Schuldner noch an den Testator, wird das Geleistete dinglich vermacht sein (*lego* mit Gai. 2.193); dann noch umzudeuten, schiene unnötig.

[289] *Rainer*, SZ 103 (1986) 542; zur Bedeutung: *Giliberti*, Legatum Kalendarii (1984) 23–38; Zinsdarlehensbuch, eines der Hausstandsbücher, auch: Eingangs- Ausgabenbuch als Beweisurkunde (*Giliberti*, Legatum Kalendarii (1984) 32 f.); *Spina*, Successione testamentaria (2012) 156–168.

[290] Vgl. Scaev. 3 resp. D. 31.88 pr.; *Giliberti*, Legatum Kalendarii (1984) 52–55.

[291] *Giliberti*, Legatum Kalendarii (1984) 44–46, 59–63.

[292] *Giliberti*, Legatum Kalendarii (1984) 59–63; → Rn. 61.

X. *Ademptio legati* (Widerruf des Vermächtnisses)

Der Widerruf des *do-lego*-Legats[293] im selben Testament oder in einem testamentarisch bestätigten Kodizill muss die bei der Bestellung gewählten Worte in verneinendem Sinn wiederholen: *neque do neque lego* (Pomp. 5 Sab. D. 34.4.2 pr.);[294] *eodem modo adimatur, quo modo datum est* (Ulp. reg. 24.29) ist eine allgemein anzutreffende Strukturregel eines Konträrakts.[295] Aufweichungen der *contraria verba*[296] (stillschweigender Widerru[297]) finden im dinglichen Vermächtnis kaum eine Fallgruppe, weil bei Veräußerung,[298] Zerstörung,[299] Umgestaltung oder Verbrauch der vermachten Sache durch den Testator sich schon daraus die Unwirksamkeit des Vindikationslegats ergibt, dass die Sache dem Testator bei Tod nicht mehr gehört.[300] Veräußerung der mit *do lego* vermachten Sache ließ herrschend auch keine Umdeutung nach dem *SC Neronianum* in ein Damnationslegat zu (Gai. 2.198);[301] doch strittig: zur Umdeutung von Vindikationslegaten in Fideikommisse, wenn der Erblasser durch Verkauf der vermachten Sache das Vindikationslegat nicht schlüssig widerrufen wollte: Ulp. 2 fideic. D. 32.11.12.[302] 75

1. Teilwiderruf

Beim *fundus*-Legat kann eine *pars fundi* widerrufen werden (Pomp. 5 Sab. D. 34.4.2.2). Der Teilwiderruf kann auch nur den Rechtsinhalt reduzieren: Das *fundus*-Legat kann *praeter usum fructum* aufgehoben werden (Pomp. 5 Sab. D. 34.4.2 pr.: *fundum illi* 76

[293] Ein bedingt widerrufenes Legat transmittiert auch dann nicht, wenn die Widerrufsbedingung ausgefallen ist, weil das Legat als unter konträrer Bedingung gegeben anzusehen ist, Iul. 37 dig. D. 34.4.10 pr.

[294] Wohl nicht auf ein Vindikationslegat zu beziehen ist der Widerruf oder *non recte relictum* in Pomp. 32 Sab. D. 41.10.4.2, *Bauer*, Ersitzung (1988) 131–134 (für Damnationslegat); *Laborenz*, Solutio (2014) 188 f. (für Vindikationslegat); zur umstrittenen Ersitzung aus Putativtitel *Jakobs*, FS Flume I 80–87; *Mayer-Maly*, Putativtitelproblem (1962).

[295] Vgl. Ulp. reg. 2.12; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 218, 471; *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 4.

[296] Zu sonstigen Fällen *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 76 f.

[297] In belastenden Verfügungen nach Testamentserrichtung liegt kein Widerruf, Ant. C. 6.37.3 (a.211); Paul. sent. 3.6.16 auf das Damnationslegat bezogen, *Ligios*, Alienazione II (2012) 15–27, 31.

[298] Widerruf durch Verkauf und späterer Wiedererwerb betrifft ein Damnationslegat in Paul. adsign. lib. sing. D. 34.4.15 (→ § 97 Rn. 63).

[299] *Ligios*, Alienazione I (2012) 249–251.

[300] Zu Fällen der Erstreckung: Paul. 4 Sab. D. 33.7.1.1 (Veräußerung des vermachten *fundus* hebt auch das Legat seines *instrumentum* auf); ebenso das Legat des *peculium* bei Veräußerung oder Freilassung des *cum peculio* vermachten Sklaven, Paul. 18 ed. prov. D. 33.8.1.

[301] Anders beim Damnationslegat: Inst. 2.20.12; *Ligios*, Alienazione I (2012) 35–50, 70–72; → § 97 Rn. 63.

[302] *Zülch*, Marcellus (2001) 138.

praeter usum fructum neque do neque lego). Dagegen ist ein *actus* nur zusammen mit dem *iter* denkbar: Ist der *actus* vermacht und das *iter* widerrufen, so ist nichts widerrufen (Paul. 3 Sab. D. 34.4.1). Das Vermächtnis einer *via pro parte* ist unwirksam (unteilbare Wegerechtsservitut) und damit auch ein *pro parte* Widerruf der *via* (Flor. 11 inst. D. 34.4.14.1). Widerruft der Erblasser beim Ususfruktlegat an einem *locus* das *iter* (Wegerecht zum *locus*), so wirkt der Widerruf nicht und mindert auch das Nießbrauchsvermächtnis nicht (Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3.6).

77 Ein Gattungslegat wird durch Widerruf eines konkreten Stücks nur eingeschränkt („dünner gemacht"), aber nicht aufgehoben (Iul. 54 dig. D. 34.4.11: *hominem legat et Stichum adimit, non peremit legatum sed extenuat*).[303]

2. *Translatio legati*

78 Die Fallgruppe der *translatio legati* kann sich mit dem Widerruf berühren: Stillschweigender Widerruf durch austauschende Nennung eines neuen Bedachten liegt in der Formulierung *quod Titio legavi, id Seio do lego* (Gai. 2 ed. praet. urb. D. 34.4.5).[304]

79 Umwandlung eines *do-lego*-Legats in ein Damnationslegat kommt vor mit Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3 pr.: *Titio fundum do lego: si Titius decesserit Seio heres meus damnas esto*: Der Substitut[305] eines Vindikationslegatars kann ein Damnationslegatar sein.

3. Begrenzende Verfügungen

80 Das Eigentumslegat begrenzende dingliche Verfügungen kommen beim *do-lego*-Legat eines *statuliber* vor: Iav. 4 post. Lab. D. 40.7.39 pr. (*Stichum do lego, si … centum dederit, liber esto*: Der *statuliber* wird testamentarisch frei, wenn er an den Vindikationslegatar zahlt).[306] Im Fall von *servus legatus* und *liber esse iussus* (direkte testamentarische Freilassung) schlägt der *favor libertatis* durch (Paul. 4 Vit. D. 31.14 pr.; jedoch tritt *ademptio libertatis* ein, wenn nachfolgend nochmals vermacht ist). Ein Eigentumslegat auf Lebenszeit des Legatars bildet sich beim *legatum servi* mit direkter testamentarischer Freilassung bei Tod des Legatars, Pap. 16 quaest. D. 31.65.2,3.[307] Vindikationslegate am *statuliber* (*Stichum do lego* mit *liber esto*) kommen auch als Kombinationstyp direkter testamentarischer zusammen mit fideikommissarischer Freilassung vor: Iul. 32 dig.

---

[303] Unklar ist, ob die Stelle zum Vindikations- oder Damnationslegat gehört; von den Kompilatoren ist sie möglicherweise vom dinglichen Vermächtnis aufgefasst (ein Ulpian-Fragment mit Wahl des Legatars ist angereiht).

[304] *Tacita ademptio in persona*; *Talamanca*, Revoca (1961) 101.

[305] Substitution kommt unter dem Begriff der *translatio* vor: Iul. 32 dig. D. 34.4.8.

[306] *Voci*, DER II 570–578; *d'Orta*, Legatum per praeceptionem (2004) 11–14; Vindikationslegat mit bedingter direkter testamentarischer Freilasssung: *Gómez-Iglesias*, St. Metro III 168 f., 181; *Biavaschi*, Caesari familiarissimus (2011) 182–188.

[307] In § 3 als Prälegat an den Teilerben mit *liber esse iussus*.

D. 40.4.15;[308] Gai. cas. sing. D. 40.7.37; Pomp. 3 fideic. D. 40.5.34.2;[309] der Sinn der Abfolge eines Vindikationslegats belastet mit Freilassungsbitte mit dahinter angeordneter direkter testamentarischer Freilassung ist, dass der Legatar die Patronatsrechte erwirbt und die Freiheit des *statuliber* durch die direkte testamentarische Freiheit im Fall der Verpflichtungsverletzung abgesichert ist. Ein Ususfruktlegat am *statuliber* belegt Pomp. 8 Q. Muc. D. 33.2.20.

XI. Spätere Entwicklungen

Die strikten Legatsworte (→ Rn. 1) sind aufgeweicht mit Const. C. 6.37.21 (a.339).[310] **81**

Temporalia legata hat erst Justinian für gültig erklärt (Iust. C. 6.37.26 [a.532]). Die Beifügung des Endtermins gilt als stillschweigend beigefügtes befristetes Fideikommiss zugunsten des Erben.[311] **82**

[308] *Gómez-Iglesias*, St. Metro III 174–177.

[309] *Talamanca*, Legato e manomissione (1961) 47–50. Fideikommissarische Freilassung mit dahinter angeordneter direkter testamentarischer, indem die direkte testamentarische Freiheit erst bedingt durch den Fall der Verletzung der Freilassungsbitte eintrat: Iul. 43 dig. D. 40.7.13 pr.; Iul. 3 Urs. Fer. D. 40.4.19; Paul. 16 Plaut. D. 40.7.20.6.; *Wimmer*, FS Hausmaninger 344–347.

[310] *Voci*, DER II 234 f.; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 445 Fn. 16.

[311] *Scheurl*, Nebenbestimmungen (1871) 65 f. Fideikommissarische Nachlegate begegnen dagegen schon früher (vgl. auch das Rückfideikommiss an den Erben: Paul. 2 fideic. D. 35.2.29): Marcian. 7 inst. D. 7.5.12: Geldvindikationslegat unter Restitutionsbitte bei Tod des Vorlegatars: Ist *usus* am Geld für den Vorlegatar zudem beigefügt, drückt dies nur aus, dass das Geldlegat mit Tod erlischt; dinglich vermacht ist die *proprietas*, restitutionsbelastet zugunsten des Nachlegatars (Reskript von Septimius Severus und Caracalla).

§ 61 Die Eigentumsfreiheitsklage (*actio negatoria*) und die Feststellungsklage des dinglich Berechtigten (*actio confessoria*)

José-Domingo Rodríguez Martín

Segrè, La denominazione di „actio confessoria" in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù, in: Mélanges P. F. Girard. Études de droit romain dédiées à M. P. F. Girard à l'occasion du 60e anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912 II, 1912, 511–599; *Boháček*, L'actio negativa nell'ambiente dell'usufrutto, BIDR 44 (1936–37) 19–90; *Solazzi*, La tutela e il possesso delle servitù prediali, 1949; *Pezzana*, Azione confessoria e negatoria, Enciclopedia del diritto 4 (1959) 838–842; *Grosso*, Le servitù prediali nel Diritto Romano, 1969; *Rodger*, Actio confessoria and actio negatoria, SZ 88 (1971) 184–214; *Zuccotti*, Sulla tutela processuale delle servitù cosidette pretorie, in: Atti del Convegno Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. In memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13–15 dicembre 2001), 2001, 277–531; *Van Es*, De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht, 2005; *La Rosa*, Usus fructus. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica, 2008; *Ferretti*, Azione atipica di accertamento negativo: la *actio negativa* e la regola *De suo iure agere oportet*, in: Garofalo (Hg.), „Actio in rem" e „actio in personam" in ricordo di Mario Talamanca I, 2011, 525–571.

Inhalt Rn.

I. Dogmatischer, formeller und prozessualer Begriff 1
II. Terminologische (und sachliche) Probleme 5
1. *Actio confessoria vs. vindicatio* und *actio de servitute* 6
2. *Actio negatoria vs. negativa* oder *contraria* 9
III. *Actio confessoria* und *negatoria usufructus* 17
1. Die Formeln 17
a. *Formulae confessoria* und *negatoria* 17
b. Der Sonderfall der Formel „*prohibitoria*" *usufructus* 24
2. Prozessuale Eigenschaften der usufruktuarischen Klagen 27
IV. *Actio confessoria* und *negatoria servitutis* 34
1. Die Formeln 34
2. Prozessuale Eigenschaften der Klagen 49
a. Merkmale der *actio confessoria servitutis* 49
b. Merkmale der *actio negatoria servitutis* 54

I. Dogmatischer, formeller und prozessualer Begriff

In den dogmatischen Darstellungen des römischen Privatrechts werden die *actiones confessoria* und *negatoria* hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt ihres Rechtsziels betrachtet. In diesem Sinne wird die *actio negatoria* als Rechtsmittel konzipiert, das dem Eigentümer zum Schutz seines Rechtes gegen behauptete Eingriffsrechte oder Immissionen zur Verfügung steht. Ebenso wird die *actio confessoria* als Rechtsinstrument definiert, mit dem der Rechtsträger einer Dienstbarkeit oder eines Nießbrauchs sein Recht an der Sache behauptet und schützt. Diese beiden Begriffe gehen auf die justinianische Fassung der römischen Rechtsquellen zurück, deren Bearbeitung im Zuge der Rezeption des römischen Rechts in Europa dazu geführt hat, dass „*actio confessoria*“ und „*actio negatoria*“ als abstrakte Spiegelbezeichnungen der Rechtsmittel für und gegen die Behauptung von beschränkten dinglichen Rechten im modernen bürgerlichen Recht verwendet werden.[1] 1

Die zusammenfassende und zT neu gestaltete Version Justinians verdeckt eine viel reichere Realität, denn in klassischer Zeit scheint eine Vielzahl technischer Begriffe verwendet worden zu sein, die mit der Behauptung oder der Abwehr von beschränkten Sachenrechten in Zusammenhang standen. Bezeichnungen wie *actio „negativa“*, *actio „prohibitoria“* oder *„vindicatio servitutis/ususfructus“* finden sich in den Quellen neben den Begriffen *„confessoria“* und *„negatoria“*. Auf der anderen Seite lassen viele Indizien vermuten, dass manche dieser Bezeichnungen nicht unbedingt auf das materielle Ziel des Rechtsmittels sondern auf die (positiv oder negativ formulierte) formelle Gestaltung des Textes an den einzelnen Prozessformeln verweisen, in welchen diese Rechtsmittel sich verkörpern. 2

Vielleicht das deutlichste Bild der Perspektive der Klassiker in Bezug auf diese Rechtsbehelfe ergibt sich aus unserer Rekonstruktion des *Edictum Perpetuum*. Im Gegensatz zu den herkömmlichen dogmatischen Systematisierungen – in welchen die beiden *actiones* getrennt behandelt werden, denn die *actio negatoria* wird systematisch unter den Behelfen des Eigentümers zum Schutz seines Eigentums aufgezählt und die *confessoria* wird mit den Dienstbarkeiten und dem Nießbrauch als separater Schutzbehelf dargestellt – wurden im Edikt die „konfessorischen“ und „negatorischen“ Fassungen jeder Formel immer zusammen dargelegt. Das stimmt mit der römischen prozessualen Konzeption der Rechte überein: Die *actio confessoria* und die *actio negatoria* stellten nur die zwei Seiten eines einzigen Rechtsinstitutes (*ususfructus* oder *servitus*) dar. 3

Deshalb wird hier zuerst die Terminologie der Quellen erklärt; danach werden die zwei Formeln der einzelnen Dienstbarkeiten zusammen in dem Versuch behandelt, möglichst nahe an der ediktalen Vorstellung der beiden *actiones* zu bleiben. 4

[1] Die (angesichts der propädeutischen Rolle in den Studienplänen zur Ausbildung der heutigen Juristen verständliche) didaktische Orientierung vieler Darstellungen des römischen Rechts trägt dazu bei, diese dogmatische Konzeption der beiden *actiones* zu verallgemeinern.

II. Terminologische (und sachliche) Probleme

5 In den Quellen begegnen Begriffe wie „*vindicatio ususfructus*“ oder „*actio negativa*“ zum Teil in Kontexten, in denen auch von *actiones confessoria* und *negatoria* die Rede ist. Dies wirft die Frage auf, inwieweit diese unterschiedlichen Bezeichnungen nur alternative Benennungen für dieselben Rechtsbehelfe sind oder ob sie eine Entwicklung nicht nur der Benennung, sondern auch der substantiellen Vorstellung der Klagen verraten.

1. *Actio confessoria vs. vindicatio* und *actio de servitute*

6 „*Vindicatio (servitutis / ususfructus)*“ scheint die übliche technische Bezeichnung in den klassischen Quellen für die *actio* zum Schutz der dinglichen und persönlichen Dienstbarkeiten zu sein.[2] Aber in sechs Paragraphen des 17. Buches des ulpianischen Kommentars *ad Edictum*[3] wird auch eine „*confessoria*“ *actio* erwähnt, die eine ähnliche Funktion wie die *vindicatio* zu haben scheint.[4] Um die uneinheitliche und wechselhafte Terminologie der Quellen zu erklären, hat die Doktrin zuerst behauptet, die Bezeichnung „*confessoria*“ sei nicht klassisch, sondern nachklassisch oder sogar byzantinisch.[5] Die klassischen Texte, in welchen „*confessoria*“ verwendet wird, sollten deshalb für interpoliert gehalten werden.[6]

---

[2] So *Kaser*, RP I 446 (s. auch Fn. 74 mit Lit.). Weitere Bezeichnungen für „*vindicatio*“ sind die üblichen Bezeichnungen „*petere*“ oder „*agere*“. Über diese alternativen Bezeichnungen in den Quellen s. *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 48. Vermutlich sind die *actio confessoria* und die *negatoria* ursprünglich durch die Abspaltung aus der archaischen *rei vindicatio* entstanden (s. *Kaser*, Eigentum [1956] 302–306; *Kaser*, SZ 102 [1985] 32–36). Diese wäre die prozessuale Folge der Ausgliederung der beschränkten Sachenrechte aus dem primitiven römischen Eigentumsbegriff (so *Kaser*, RP I 437 Fn. 55) und könnte sich aus dem Gegenspiel von *vindicatio* und *contravindicatio* entwickelt haben; in diesem Sinne *Kaser*, FS Koschaker I 448–449; *Kaser*, RP I 143 Fn. 6, über die altrömische Formel zweifelnd.

[3] Ulp. 17 ed. D. 7.6.5.6; D. 8.5.2 pr.,1,3; D. 8.5.4.2,5.

[4] Zu beachten ist, dass die Bezeichnung „*confessoria*“ in den Quellen auch in Zusammenhängen verwendet wird, die nichts mit dem Schutz von Servituten oder Nießbrauch zu tun haben: die aquilianische *actio in simplum* (*ex capite primo*) gegen den *confessus* wird auch „*confessoria*“ in den Quellen benannt (*Lenel*, EP 202; *Mantovani*, Formule 64, Nt. 54) (→ § 92).

[5] Diese Meinung wurde hauptsächlich von *Segrè*, Mél. Girard I 511–599, vertreten: der Ausdruck „*confessoria*“ sei erst ab der nachklassischen Zeit in christlichen Quellen wie Tertullian oder Augustinus zu finden (*Segrè*, a. a. O. 555). Für *Segrè* wäre es undenkbar, dass in klassischer Zeit zwei verschiedene *actiones* (*vindicatio servitutis* oder *ususfructus* und *actio* gegen den *confessus*) denselben Namen haben könnten (*Segrè*, a. a. O. 562). Seiner Theorie wurde u. a. von *Lenel*, EP 190 Fn. 8 und *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 5–9 gefolgt; weitere zust. Lit. bei *Rodger*, SZ 88 (1971) 184 Fn. 2. S. auch *Pezzana*, ED IV 841; *Bonfante*, Corso III 155–156.

[6] In diesem Sinne *Bonfante*, Corso III 155.

Spätere kritische Studien meinten im Gegensatz dazu, dass der Ausdruck „*confessoria*“ schon in klassischer Zeit verwendet wurde.[7] Auf Basis dieser Ergebnisse wird auch eine eklektische Meinung vertreten, die behauptet, dass die Bezeichnung „*confessoria*“ in klassischer Zeit tatsächlich verwendet wurde, sie aber eine untechnische Redensart geblieben sei.[8] **7**

In den Quellen taucht auch der Ausdruck „*actio de servitute*“ auf, der sich auf die Klage zum Schutz der Dienstbarkeit bezieht.[9] Obwohl es möglich ist, die Klassizität dieser Bezeichnung festzustellen,[10] scheint ihre Verwendung trotzdem häufig untechnisch[11] zu sein; bei manchen Texten verursacht sie Verdacht bezüglich der Echtheit des Textes.[12] **8**

2. *Actio negatoria vs. negativa* oder *contraria*

Auch im Fall der *actio negatoria* ist die Terminologie der Quellen sehr variabel. Da die alternative Bezeichnung „*actio negativa*“[13] in denselben Kontexten wie die *negatoria*[14] auftaucht, muss man zuerst zu klären versuchen, ob beide Bezeichnungen dieselbe Bedeutung haben und ob sie zur selben Zeit gehören. **9**

Traditionell hat die Doktrin behauptet, „*negativa*“ wäre die klassische Bezeichnung und „*negatoria*“ der byzantinische Name: die Kompilatoren hätten den Ausdruck als Gegenbegriff zur ebenfalls angeblich nachklassischen Bezeichnung „*confessoria*“ geprägt.[15] Auf der anderen Seite wurde „*negativa*“ in klassischer Zeit verwendet, um die **10**

---

[7] *Rodger*, SZ 88 (1971) 184–214, der unterstreicht, dass auch die Zahl der Texte, die „*vindicatio servitutis / ususfructus*“ bezeugen, ebenso selten sind wie jene, in welchen der Ausdruck „*confessoria*“ zu finden ist (*Rodger*, a. a. O. 191).

[8] Dass weder Gaius (Gai. 4.3,5) noch Justinians *Institutiones* (Inst. 4.6.1,2) die Bezeichnung „*confessoria*“ verwenden (s. *Segrè*, Mél. Girard I 574), wird damit erklärt, dass die Redewendung noch in klassischer Zeit untechnisch war (*Rodger*, SZ 88 [1971] 212–214). S. *Mantovani*, Formule 40 Fn. 19; mit *Rodger* zust. *Kawasumi*, Beseitigungsanspruch (2001) 27 und Fn. 73. *Kaser*, RP I 446; *Kaser* war in der ersten Auflage seines Handbuchs *Segrès* Anschauung (s. o. Fn. 5) gefolgt, aber *Rodgers* Forschungen über die umstrittenen Texte haben einen Meinungswechsel verursacht: s. dazu schon *Rodger*, SZ 88 (1971) 184 Fn. 2.

[9] *Boháček*, BIDR 46 (1939) 182, findet keinen Anlass dafür, die Redewendung „*actio de servitute*“ als alternative Bezeichnung für *actio negatoria* anzusehen. *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 3–4, bezweifelt die Echtheit der Formulierungen „*actio/agere de servitute*“.

[10] *Boháček*, BIDR 46 (1939) 181, betont, dass die Klassizität des Ausdrucks oft nur mittels des Kontexts überprüft werden kann.

[11] *Kaser*, RP II 301–302 Fn. 41 zu Ulp. 14 ed. D. 8.5.1; Ulp. 17 ed. D. 8.5.4.1.

[12] *Kaser*, RP II 301–302 Fn. 41 zu Ulp. 52 ed. D. 39.1.3.

[13] Gai. 4.3; Ulp. 17 ed. D. 7.6.5 pr.; Inst. 4.6.2.

[14] „*Actio negatoria*“ wird in drei von den sechs Texten erwähnt, in welchen „*actio confessoria*“ bezeugt ist (Ulp. 17 ed. D. 7.6.5.6; D. 8.5.2 pr.,4.2).

[15] *Marrone*, AUPA 28 (1961) 121; *Segrè*, Mél. Girard I 511–599; a. a. O. 521 Fn. 2, erklärt, dass Labeo den Ausdruck „*negatoria*“ (oder „*confessoria*“) nicht verwendet haben könnte. Wie im Fall der Bezeichnung „*confessoria*“ werden lexikographische Argumente (*Segrè*, a. a. O. 521 Fn. 2, 555: der

materielle Abwehrtätigkeit des Eigentümers gegen die *vindicationes* der Dienstbarkeitsinhaber zu beschreiben.[16]

11 Wie im Fall des Ausdrucks „*confessoria*" wurde auch die Gegenmeinung verteidigt, dass sowohl „*negatoria*" wie „*confessoria*" klassische Bezeichnungen gewesen seien.[17] Und auch hier wurde erwogen, dass die klassische „*negatoria*" noch eine untechnische Redewendung gewesen sei.[18]

12 Das terminologische Problem wurde auch von einem anderen Gesichtspunkt betrachtet, denn es wurde diskutiert, ob die Existenz verschiedener Bezeichnungen daran liege, dass jeder Name auf verschiedene (formelle oder substantielle) Aspekte der *actio* verwies. In diesem Sinne würde der Name „*negativa*" sich auf die formelle Textgestaltung der Formel beziehen, in welcher die Abwehr des Rechtes eines Dritten mittels einer negativen Redewendung („*ius non esse…*") ausgedrückt würde. Als Indiz des nur formellen Wesens des Gebrauchs des Adjektivs würde dienen, dass auch die „konfessori-

---

Ausdruck wurde nicht vor Tertullian verwendet) erhoben, um die Klassizität des Ausdrucks „*negatoria*" zu leugnen. *Cannata*, Processo civile II (1982) 76 hält diese Auffassung für wahrscheinlich.

[16] *Segrè*, Mél. Girard 551. Die didaktische Anschaulichkeit des Namens „*negativa*" im Gegensatz zu den „*vindicationes*" würde auch erklären, dass zwei von drei Texten, in denen die Bezeichnung auftaucht, *Institutiones*- Bücher sind (Gai. 4.3 und Inst. 4.6.2): darüber *Boháček*, BIDR 44 (193–637) 20, wo der Verf. die Auskunft von Inst. 4.6.2 mittels Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.11.2 zu bestätigen versucht, und *Boháček*, BIDR 46 (1939) 179. *Beseler*, SZ 46 (1926) 268, behauptet, der Hinweis auf die *actiones „negativae"* in Gai. 4.3 sei eine „ungeschickte Glosse"; abw. *Biondi*, Ann. Messina (1929) (= Scr. II) 600, der den Text für echt hält; dazu auch *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 47. *Boháček*, BIDR 46 (1939) 154, behauptet, dass die klassische *formula negativa* aus der Formel der *legis actio per sacramentum in rem* entstammte; *La Rosa*, Usus fructus (2008) 89–90, 118, empfindet dagegen die *formula* der *l.a. per sacramentum in rem* als zu abstrakt für die *confessoria*, und glaubt, die alte *negatoria* hätte nicht „*nego…*" enthalten, sondern die Gegenbehauptung zu dem, was in der *vindicatio* angeführt wurde. *Gardini*, Regime (2013) 169–170 erhebt die Möglichkeit des *agere per sponsionem*.

[17] Für *Rodger*, SZ 88 (1971) 211–212, ist die Tatsache verdächtig, dass „*negativa*" nur in den o. a. Texten (s. o. Fn. 13) bezeugt wird. Aus methodologischen Gründen sollte *Rodgers* Meinung nach von der Klassizität der Ausdrücke „*negatoria*" und „*confessoria*" ausgegangen werden („The terms … should be given the benefit of the doubt and restored to the vocabulary of classical law", a. a. O. 214). Zur Lit. für und gegen diese Behauptung s. *La Rosa*, Usus fructus (2008) 118 Fn. 64–65.

[18] *Kaser*, RP I 437. Die *actio negatoria* ist in nachklassischer Zeit im Westen nicht bezeugt, anders als im Osten, wo der Name schon technisch zu sein scheint (*Kaser*, RP II 297 Fn. 45, unter Bezug auf Theoph. inst. 4.6.2); sie verweist nicht auf die sprachliche Fassung der Formel, sondern auf die Abwehraktivität des Eigentümers: in dieser Zeit wurde die allgemeine Verteidigung des Eigentums als „negatoriως κινεῖν" beschrieben; s. *Boháček*, BIDR 46 (1939) 190. In diesem Sinne wurde die nachklassische *actio negatoria* – aus einem doktrinären Gesichtspunkt – erstmals als Eigentumsfreiheitsklage konzipiert; so *Boháček*, BIDR 46 (1939) 192; in 190–192 identifiziert *Boháček* die zwei Faktoren, die diese Entwicklung erklären, und zwar die Politik, die Selbsthilfe zu beschränken, und die Konzeption der Ausübung der *Servituten* als Rechtsbesitz; zust. *Kaser*, RP II Fn. 46. Für *Trèves*, NNDI II (1958) 57–59, wäre das untechnische Wesen der *actio negatoria* in klassischer Zeit kein Hindernis dafür, sie hätte schon in dieser Epoche eine funktionelle (und nicht nur formelle) Bedeutung.

schen" Klagen, die ein Recht des Eigentümers leugnen (d. h. verbietende Servituten wie die *vindicatio servitutis altius non tollendi*, → Rn. 42), wegen ihrer in negativer Textform verfassten Formeln ebenfalls als „*negativae*" bezeichnet werden könnten.[19] Folglich würden aber auch von der Kategorie „*negativae*" die „negatorischen" Klagen ausgeschlossen, die sich gegen eine prohibitorische Dienstbarkeit wenden, denn ihre *intentiones* enthalten die positive Redewendung „*ius esse…*".[20]

Anders als in der klassischen Zeit, wo die Bezeichnung „*negativa*" sich auf die Be- **13**
schreibung der formellen Textgestaltung der *intentio* beschränkt hätte, würde der Name „*negatoria*" in nachklassischer Zeit auf den substantiellen Aspekt der *actio*, d. h. ihr Rechtsziel zur Abwehr beschränkter Sachenrechte an der eigenen Sache, verweisen.[21] Die Entwicklung des Begriffs von „*servitus*" in der nachklassischen Zeit[22] und die systematisierenden und zusammenfassenden Richtlinien Justinians an die Kompilatoren (→ § 5 Rn. 17) hätten dazu geführt, alle Rechtsbehelfe, die dem Dienstbarkeitsinhaber früher zur Verfügung standen, in einem einzigen Rechtsmittel (der *actio „negatoria"*) zu integrieren.[23] Der Name „*negatoria*" sei deshalb als Gegenbezeichnung bezüglich der auch zum materiellen Inhalt der Klage ausgerichteten Benennung *actio „confessoria"* in dieser Zeit für geeignet gehalten worden.[24]

Ein Teil der Doktrin behauptet aber, dass beide Bezeichnungen schon in klassischer **14**
Zeit verwendet wurden, und zwar „*negativa*" im rein formellen Sinne – bezüglich der Textgestaltung der *intentio*– und „*negatoria*", um auf den materiellen Zweck der *actio* zu verweisen.[25] Andere Autoren vermuten sogar, dass „*negativa*" und „*negatoria*" in jeder Epoche austauschbare Bezeichnungen gewesen seien; beide Bezeichnungen hätten in klassischer Zeit nur eine formelle Bedeutung, die erst in nachklassischer Zeit in eine funktionelle Bezeichnung übergegangen sei.[26]

---

[19] In diesem Sinne *Grosso*, St. Albertoni I (1935) 477, 482, und *Boháček*, BIDR 46 (1939) 144–154; zust. *Kaser*, RP I 437 Fn. 58.

[20] Nach *Segrés* zweifelnder Meinung (Mél. Girard I 547) wurden die Klagen trotzdem in solchen Fällen als „*negatoriae*" bezeichnet, was dafür spräche, dass nicht nur die formellen Aspekte der Klage, sondern auch ihre materiellen Zwecke schon in klassischer Zeit mit dem Namen bezeichnet würden; abw. *Boháček*, BIDR 46 (1939) 183–185 und *Lázaro Guillamón*, La Acción negatoria (2007) 33–47, die mittels der Glosse zu Inst. 4.6.2 versucht, diese Gegenmeinung zu bestätigten. Über die Verwendung dieser Terminologie im Falle einer *remissio servitutis* s. *Russo Ruggeri*, AG 192 (1977) 66–78; s. auch *Tucillo*, Index 39 (2011) 478, die zweifelt, die *confessoria* könnte als Grundlage einer *remissio* via *in iure cessio* verwendet werden.

[21] *Grosso*, St. Albertoni I (1935) 403; *Boháček*, BIDR 46 (1939) 180, glaubt, dass die Ersetzung des Suffixes *-ivus* von *-orius* deutlich zeigt, dass es sich um einen neuen Begriff der *actio* in nachklassischer Zeit handelt.

[22] Nämlich die Schaffung einer neuen Ausgestaltung der Dienstbarkeiten als selbstständige Rechte (→ § 50 Rn. 36).

[23] In diesem Sinne *Grosso*, St. Albertoni I (1935) 478, der sich auf die Gegenstellung von *confessoria* und *negatoria* in Ulp. 17 ed. D. 8.5.2 pr. und die Ergebnisse von *Segrè* (s. *Grosso* a. a. O. 479) stützt.

[24] *Boháček*, BIDR 46 (1939) 179; *Biondi*, Ann. Messina (1929) (= Scr. II) 621–622.

[25] So *Pezzana*, ED IV (1959) 839 mit Lit.; auch *Kaden*, Iura 1 (1950) 391–400. *La Rosa*, Usus fructus (2008) 118 hält diese Auffassung für die h. M.

15 Nennenswert ist auch die Theorie Biondis,[27] der behauptet, die *actio „negativa"* würde keinen Rechtsbehelf des Eigentümers gegen Dienstbarkeitsinhaber bezeichnen, sondern eine Klage, die der Inhaber eines solchen beschränkten Sachenrechtes gegen einen Dritten einsetzen konnte, der seinerseits Rechte an der Sache behaupten würde.[28] Dieser Vorschlag ist isoliert geblieben, aber wegen seiner Originalität wird auch er von der Doktrin häufig erwähnt und diskutiert.[29]

16 Eine letzte Bezeichnung, die in den Quellen in diesem Sachzusammenhang verwendet wurde, ist *actio „contraria"*.[30] Diese isolierte Benennung könnte als Anhalt dazu dienen, den Ursprung der *actio confessoria* als *„contravindicatio"* zu kennzeichnen.[31]

III. *Actio confessoria* und *negatoria usufructus*

1. Die Formeln

a. *Formulae confessoria* und *negatoria*

17 Obwohl die *formulae confessoria* und *negatoria* des Nießbrauchs nicht direkt überliefert sind, können sie im Wesentlichen mit Sicherheit[32] in der Ediktsrubrik XV § 72 *„Si usufructus petatur vel ad alium pertinere negetur"* wiederhergestellt werden:

18 ***Vindicatio usufructus (actio confessoria)***:[33]

C. Aquilius iudex esto. Si paret Aulo Agerio ius esse eo[34] *fundo quo de agitur uti frui neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*
Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Kläger das Recht dazu hat, dieses Grundstück, um das es hier geht, zu gebrauchen und zu genießen, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung des Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden

---

[26] In diesem Sinne *Nicosia*, Iura 61 (2013) 274.

[27] *Biondi*, Ann. Messina (1929) (= Scr. II) 599–662.

[28] *Biondi*, Ann. Messina (1929) (= Scr. II) 599–601, stützt sich auf die Formulierung des Gaius in Gai. 4.3: *„actio ex diverso adversario est negativa"*; dazu *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 46. Die Klage hätte also dieselbe Funktion wie die *vindicatio*, würde aber gegen einen anderen Gegner als den Eigentümer gerichtet.

[29] Darüber s. *Kaser*, RP I 446 Fn. 75. Für Argumente gegen *Biondis* Auffassung s. z. B. *Boháček*, BIDR 46 (1939) 186 oder *Grosso*, St. Albertoni I (1935) 404–405.

[30] Vgl. Ulp. 17 ed. D. 8.5.8 pr.

[31] Ein Vorschlag *Franciosis*, Servitù (1967) 13 Fn. 45.

[32] So wörtlich *Lenel*, EP 190. *Mantovani* warnt trotzdem in seinem Werk mit kursiver oder runder Schrift vor den unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsstufen seiner Rekonstruktionen; s. *Mantovani*, Formule 24.

[33] *Mantovani*, Formule 40; *Lenel*, EP 190. Alle Formeln in diesem Abschnitt nach *Mantovani*, mit Verweis zu Abweichungen in *Lenels* Wiederherstellung.

[34] *Eo* nur in *Lenel*, EP 190. Im Übrigen schließen *Lenels* rekonstruierte Formeln, wie allgemein bekannt ist, die Ernennung des *iudex* und die *condemnatio* nicht ein.

wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

Actio negatoria (usufructus):[35] **19**

C. Aquilius iudex esto. Si paret Numerio Negidio ius non esse eo[36] *fundo quo de agitur uti frui invito Aulo Agerio neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Beklagte das Recht dazu nicht hat, dieses Grundstück, um das es hier geht, gegen den Willen des Klägers zu gebrauchen und zu genießen, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung des Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

Während die konfessorische Formel mit den Worten „*ius esse*“ auf das Recht zum *uti frui* des Nießbrauchers verweist, wird dasselbe Recht in der negatorischen Version der Formel mittels der entgegengesetzten Wendung „*ius non esse*“ verneint. Nur wenn der Kläger gegen eine verbietende Servitut vorgeht, muss die Formel der *actio negatoria* positiv („*ius esse…* “) verfasst werden.[37] **20**

Obwohl es sich in beiden Fällen um *actiones in rem* handelt und sie deshalb im Prinzip *erga omnes* gelten, wird der Name des Beklagten ausdrücklich in der Formel erwähnt.[38] **21**

Dass beide Formeln eine restitutorische Klausel (*„neque ea res arbitrio… iudicis… restituetur*“) beinhalteten – wie die *rei vindicatio* oder die *hereditatis petitio* – wird heute auf der Basis der Quellenlage ohne weiteres akzeptiert,[39] anders als im Fall der Formeln der Servituten (→ Rn. 37, 40, 43, 46 und 48).[40] Obwohl die negatorische Fassung der *actio* dasselbe praktische Ziel (die *restitutio* der Sache) wie die *rei vindicatio* hat, werden beide Klagen durch ihre juristischen Zwecke abgegrenzt (→ § 59 Rn. 77).[41] **22**

Es gibt im Edikt keine spezifischen Klagen zur Abwehr beschränkterer Rechte wie *usus, fructus sine usu* oder *habitatio,* aber wahrscheinlich wurde in solchen Fällen die *actio negatoria usufructus* in Form einer *actio utilis* gewährt.[42] **23**

---

[35] *Mantovani*, Formule 40; *Lenel*, EP 190. *Kaser*, RP I 437 Fn. 59, verweist auf *Boháček*, BIDR 46 (1939) 18, über die Ediktrubrik „*…uel ad alium pertinere negetur*“.

[36] *Eo* nur in *Lenel*, EP 190.

[37] *Kaser*, RP I 437.

[38] *Cannata*, Processo civile II (1982) 76.

[39] *Segrè*, BIDR 41 (1933) 17, zust. *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 36 f.

[40] S. bes. Fn. 78 und s. u. auch Fn. 95.

[41] *Boháček*, BIDR 44 (193–637) 25; 88.

[42] *Pezzana*, ED IV (1959) 839.

b. Der Sonderfall der Formel *„prohibitoria" usufructus*

24 In einem byzantinischen Scholion von Stephanus[43] ist der Verweis zu einer rätselhaften *actio „prohibitoria"* zu finden. Da der Text die *actio* neben den *actiones confessoria* und *negatoria* erwähnt, hat die Doktrin mehrfach darüber diskutiert, welches Ziel und welche Bedeutung diese dritte Klage haben könnte.[44]

25 Obwohl ein Teil der Doktrin ursprünglich behauptete, die *„prohibitoria"* wäre nichts anderes als eine frühere Bezeichnung der *negatoria,*[45] akzeptiert die h. M., dass die *prohibitoria* eine selbständige Klage gewesen sei, und sogar klassisch.[46] Komplizierter ist es zu präzisieren, welche bestimmte Funktion die *prohibitoria* hatte,[47] oder durch welche Merkmale sich beide *actiones* unterschieden.[48]

26 Trotz der Unsicherheit über ihre Funktion ist die Formel der *actio* folgendermaßen zu rekonstruieren:[49]

---

[43] Schol. 6 zu Bas. 16.6.5 (Ulp. 17 ed. D. 7.6.5.1); *Scheltema*, Bas. B3 993 f. Das Scholion wurde von K. E. *Zachariä* aufgefunden, s. *Lenel*, EP 190–191. Für weitere mögliche byzantinische Belege s. *Ferretti*, GS Talamanca I 537 Fn. 44; *Nörr*, Lib. Am. Miquel 734 Fn. 60. Die Redewendung *„prohiberi"* wird auch im Zusammenhang mit der Abwehr von beschränkten Sachenrechten in Ulp. 17 ed. D. 7.6.5 pr. und Marcell. 6 dig. D. 8.5.11 verwendet.

[44] *Solazzi*, Specie delle servitù (1948) 146: „L'*actio prohibitoria*, che dal 1845 è l'enigma della scienza romanistica" (sic). Kommentierte Literatur in *Ferretti*, Ric. Talamanca I 541–545.

[45] Dazu s. *Bonfante*, Corso III 157. Obwohl schon *Voigt*, Ber. Sächs. Akad. Leipzig 26 (1874) 221–223, die Meinung verteidigt hat, der Usufruktuar habe neben seiner restitutorischen *actio* noch zwei prohibitorische Klagen, hat *Ferrini*, Opere II (1888) 161, diese Möglichkeit heftig abgelehnt. Auch *Betancourt*, AHDE 43 (1973) 353–383, behauptet, das Auftreten von *„negare"* und *„prohiberi"* im selben Text (Ulp. 17 ed. D. 7.6.5 pr.) beweise, dass es sich um eine einzige *actio* handle: *„prohibere"* wäre nichts anderes als die Beschreibung des Inhaltes der *negatoria.* Gegen dieses Argument s. aber *Zuccotti*, Atti Biscardi 11.

[46] Gegen die Behauptung, die *prohibitoria* sei eine byzantinische Schöpfung, argumentiert *Pezzana*, ED IV 840, dass es sinnlos wäre, eine klassizistische Formel in der Zeit der *cognitio extra ordinem* zu schaffen und ihr Ziel als neue Klage nicht zu erklären.

[47] Nach *Bonfante*, Corso III 157, eignete sich die *negatoria* dafür, das von einem Dritten behauptete Recht zu verneinen, während die *prohibitoria* gegen den Dritten eingesetzt werde, der sein Recht missbräuchlich ausübte; *Lenel*, EP 190 behauptet, die *negatoria* würde ein Recht schützen und die *prohibitoria* die Ausübung eines *ius prohibendi;* nach *Ferretti*, Ric. Talamanca I 558, wurde die *prohibitoria* gegen einen Dritten eingesetzt, der das *uti frui* mittels einer *stipulatio* erworben hatte; s. auch *Biondi*, Ann. Messina (1929) (= Scr. II) 628–638, aber immer von seinem oben kommentierten (→ Rn. 15) Standpunkt: die *prohibitoria* wäre noch ein Schutzmittel für den Usufruktuar, neben der *negativa* und der *vindicatio usufructus.* Dagegen ausführlich *Buckland*, Law Quarterly Review 46 (1930) 447–464. *Bortolucci*, BIDR 21 (1909) 122–125, behauptet, die *prohibitoria* sei gegen Missbrauch in der Ausübung des *usufructus* verwendet worden; dazu *Grosso*, Usufrutto (1958) 275–277. *Kaser* RP I 446 Fn. 75, glaubt nicht, dass die *actio* aus einem alten *„ius prohibendi"* entstanden sei.

[48] *Zuccotti*, Atti Biscardi 11, glaubt, dass jede *actio* eine unterschiedliche Aktivlegitimation hat: die *negatoria* stehe dem Eigentümer zu, und die *prohibitoria* dem *usufructuarius* gegen Dritte; zust. *Ferretti*, Ric. Talamanca I 537.

[49] *Lenel* ändert seine Meinung in der zweiten Auflage seines *Lenel*, EP (S. 190) und schlägt eine Rekonstruktion vor; in diesem Sinne auch *Mantovani*, Formule 41 Fn. 27. Zweifelnd über die Mög-

C. Aquilius iudex esto. Si paret Aulo Agerio ius esse prohibendi fundo quo de agitur Numerium Negidium uti frui neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Kläger das Recht hat, zu verbieten, dass der Beklagte das Grundstück, um das es hier geht, gebraucht und genießt, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung des Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

2. Prozessuale Eigenschaften der usufruktuarischen Klagen

a. Merkmale der *actio confessoria usufructus*

Aktivlegitimiert ist der Usufruktuar[50] und Ziel der *actio confessoria usufructus* ist die Wiedererlangung der Ausübung des Nießbrauchs und die Restitution der Früchte. Der *actor* muss nur die Existenz seines Rechtes beweisen.[51] **27**

Die Weite der Passivlegitimation ist umstritten: vom Eigentümer abgesehen könnte der Usufruktuar der h. M. nach im Prinzip auch gegen Dritte, die die Ausübung seines Rechts behindern,[52] wie z. B. die *ficti possessores*,[53] die *actio confessoria* erheben; das wurde aber von einem Teil der Doktrin in Zweifel gezogen.[54] Aus historischer Perspektive erscheint es wahrscheinlich, dass die ursprünglichen *vindicationes* nur zwischen Eigentümern eingesetzt werden konnten[55] und dass die Passivlegitimation erst später gegenüber Nichteigentümern (und sogar Personen, die nicht *possessores*[56] waren) erweitert wurde.[57] **28**

---

lichkeit, die Formel zu rekonstruieren, *Biondi*, Ann. Messina (1929) (= Scr. II) 638–641, und *Pezzana*, ED IV 841; s. auch *Kaser* RP I 446 Fn. 75. Über die *intentio* der *actio prohibitoria* s. ausführlich *Ferretti*, GS Talamanca I 545–547.

[50] S. *Marrone*, AUPA 28 (1961) 103–121. Nicht der *nudus dominus* gegen Dritte, die die Ausübung des Nießbrauchs stören: das wird mittels der berühmten Redewendung „*de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet*“ in Ulp. 17 ed. D. 7.6.5. pr. ausgeschlossen (so *Ferretti*, Ric. Talamanca I 534). Über die Redewendung ausführlich *Bignardi*, De suo iure (1992). Dazu s. auch u. Fn. 66.

[51] S. für alle *Bonfante*, Corso III 155.

[52] Die These stützt sich auf Ulp. 17 ed. D. 7.6.5.1 und Paul. 5 sent. D. 7.1.60.1. S. *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 61 und 86.

[53] Über diesen und die anderen Fälle ausführlich *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 50–56.

[54] Denn auch die Juristen scheinen darüber diskutiert zu haben: zur Frage s. *Biondi*, Ann. Messina (1929) (= Scr. II) 605–608, mit kommentierter Literatur.

[55] Vorschlag *Kasers*, Labeo 9 (1963), 366–376, zu *Bretone*, Usufrutto I (1962); s. auch *Biondi*, Ann. Messina (1929) (= Scr. II) 609. Zust. *La Rosa*, Usus fructus (2008) 91.

[56] In diesem Sinne *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 87, der den Fall des *possessor* studiert, der die materielle *naturalis possessio* der Sache einem anderem übertragen hat; auch schon *Biondi*, Ann. Messina (1929) (= Scr. II) 616.

[57] *Pezzana*, ED IV (1959) 842, sich auf Ulp. 17 ed. D. 7.6.5.1 stützend.

29 Zur Einlassung wird der Beklagte im Fall eines Grundstückes mittels des *interdictum quem usum fructum*[58] gezwungen; für Nießbrauch an beweglichen Sachen wird die *actio ad exhibendum* verwendet.[59] Die tatsächliche Ausübung des Nießbrauchs wird auch durch *interdicta* geschützt: *interdictum uti possidetis utile* (prohibitorisches, gegen eine *deiectio*),[60] und *interdictum si uti frui prohibitus esse dicetur* (restitutorisches, gegen eine *molestia*).[61]

b. Merkmale der *actio negatoria ususfructus*

30 Die *actio negatoria* im Fall des Nießbrauchs hatte eine ähnliche Struktur wie die *actio negatoria servitutis* (→ Rn. 54–57) und deshalb werden beide in den Quellen von den Juristen gemeinsam behandelt;[62] als *in rem*-Klage sind auch hier die gleichen Regeln zum Einlassungszwang wie im Fall der *rei vindicatio* anwendbar (→ § 59 Rn. 57).[63]

31 Aktivlegitimiert ist der Eigentümer, der die Klage gegen denjenigen erhebt, der ein *uti frui* an der Sache des Eigentümers behauptet.[64] Obwohl die *negatoria* faktisch wie ein

[58] *Lenel*, EP 475 verweist auf Frag. Vat. 92 und den Edikttitel „*A quo usus fructus petetur, si rem nolim defendere*“ (§ 248 in EP) aber Lenel rekonstruiert die Formel nicht. Dazu s. *Falcone*, AUPA 43 (1995), 538–543. Man weiß nicht, ob auch ein umgekehrter Titel „*Ad quem usus fructus pertinere negabitur*“ proponiert war, *Lenel*, EP 475 Fn. 9. S. auch *Bonfante*, Corso III 156; *Kaser*, RP I 453 Fn. 61; *Kaser/Hackl*, RZ 276 Fn. 15.

[59] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.4, *Kaser/Hackl*, RZ 276 Fn. 15; s. aber *Lemosse*, Iura 34 (1983), 67–73.

[60] Frag. Vat. 90; das Interdikt konnte auch *inter fructuarios* verwendet werden; dazu *Lenel*, EP 473–474, mit der Formel und der Diskussion zur Wiederherstellung (Fn. 2). Zur Passivlegitimation bei diesem Interdikt s. *Biondi*, Ann. Messina (1929) (= Scr. II) 641–650, der die Gegenüberstellung *deiectio vs. molestia* verwendet; *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 68; *Marrone*, AUPA 28 (1961) 89–96. Es gibt keine Nachricht über die Handhabung bei Mobilien, *Kaser*, RP I 453 Fn. 64. S. auch *Capogrossi-Colognesi*, Struttura II (1976) 368–378; dazu ausführlich *La Rosa*, Usus fructus (2008) 114–115 Fn. 60.

[61] Frag. Vat. 90–91, Ulp. 69 ed. D. 43.16.3.15–17; über das *interdictum unde vi utile* und Frag. Vat. 90 s. *Marrone*, St. Biondi II 269–281; *Musumeci*, St. Sanfilippo VII 489–528. *Lenel*, EP 468 rekonstruiert die Formel im Titel § 245 *Unde vi*. Dass in nachklassischer Zeit die beiden Interdikte nicht als *utiles* sondern direkt erlassen wurden, deutet auf einen nicht nur rechtlichen Besitz, sondern Sachbesitz des Usufruktuars (→ § 49 Rn. 5), *Kaser*, RP II 305. S. auch *Boháček*, BIDR 46 (1939) 27; *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 93–110; *Bonfante*, Corso III 156. Diese neue Rechtsvorstellung ermöglicht, dass der Usufruktuar auch mit der *rei vindicatio* beklagt werden kann; s. *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 26–29.

[62] S. z. B. Ulp. 17 ed. D. 8.5.2. pr., Inst. 4.6.2; *La Rosa*, Usus fructus (2008) 118. In der Tat hat Justinian den Nießbrauch in die Liste der Servituten mit eingeschlossen (→ § 50 Rn. 36–40), s. Kaser, RP I 297.

[63] Kaser, RP I 437 Fn. 60; s. auch *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 34–36.

[64] Nicht nur wird der Usufruktuar passivlegitimert: auch der, der das Recht nur faktisch ausübt; s. *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 25; *Grosso*, Usufrutto (1958) 407–408. Die *negatoria* kann auch gegen den erhoben werden, der behauptet, er habe ein Pfand an einem Nießbrauch: Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.11.2, *Kaser*, RP I 437 Fn. 56; *Kaser*, SZ 101 (1984) 412. Wenn eine *cautio usufructuaria* besteht, wird es einfacher, mittels der *actio ex stipulatu* als mit der *actio negatoria* einzuklagen; *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 26.

allgemeiner Eigentumsanspruch funktioniert, kann sie nur im Fall einer solchen Beeinträchtigung des Eigentumsrechts erfolgreich eingesetzt werden, die der tatsächlichen Ausübung eines Nießbrauchs entspricht.[65] Auf der anderen Seite kann die Klage nur gegen das Nichtvorhandensein des fremden *ususfructus* gerichtet werden, aber nicht, um das Eigentumsrecht des Gegners zu bestreiten.[66]

Eine traditionelle Diskussion der Doktrin betrifft die Beweislast bei der Erhebung der *actio negatoria,* und zwar, ob der Eigentümer nur sein *dominium* feststellen muss,[67] oder ob er auch behaupten muss, dass sein Eigentum beschränkungsfrei ist.[68] Auf jeden Fall verliert der *dominus* den Prozess, wenn er sein Eigentum nicht beweisen kann, selbst wenn der Gegner kein Usufruktuar wäre.[69] 32

Siegt der Eigentümer im Prozess mit der *actio negatoria,* muss der Verurteilte die Ausübung des *uti frui* beenden und gegebenenfalls die *cautio de amplius non turbando* leisten, also das Versprechen, die Beeinträchtigungen des Eigentumsrechts in Zukunft zu unterlassen.[70] 33

IV. *Actio confessoria* und *negatoria servitutis*

1. Die Formeln

Der Edikttitel XV trägt die Rubrik § 73 „*Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*“,[71] und gleich wie im Fall der entsprechenden Nießbrauchsrubrik werden so- 34

[65] S. *Van Es*, De actio negatoria (2005) 314. Eine spezifischere Klage als die *rei vindicatio* gegen Beeinträchtigungen von Dritten ist notwendig, erklärt *La Rosa*, Usus fructus (2008) 128–129 (*Marrone*, AUPA 28 [1961] 121–131 folgend), denn die bloße Feststellung des Eigentums gegen einen *ususfructus* (mit welchem das *dominium* kompatibel wäre) „avrebbe girato a vuoto“. In diesem Sinne auch *Grosso*, Usufrutto (1958) 406.

[66] Also nur im Fall von *res incorporales*, so Inst. 4.6.2 (und Theoph. inst. 4.6.2); zur Regel „*de suo non de alieno iure agere oportet*“ in diesem Kontext s. *Ferretti*, Ric. Talamanca I 563–567; für die Literatur zur Interpolationskritik des Textes siehe *Ferretti*, Ric. Talamanca I 533 Fn. 31. Zu Papin. 13 resp. D. 39.6.42 pr. und der Klagenkonkurrenz zwischen *rei vindicatio* und *actio negatoria* s. *Marrone*, St. Nicosia V 209–223.

[67] *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 30, erklärt, der Eigentümer „*agit de suo*“ trotz der negativen Abfassung der Formel („*ius non esse N. N…*“); dazu ausführlich *Bignardi*, De suo iure (1992) 78; *Ferretti*, GS Talamanca I 536 Fn. 38. S. aber *Grosso*, Usufrutto (1958) 407–408, der glaubt, Ulp. 79 ad ed. D. 7.9.7 pr. sei nicht echt.

[68] Lit. zu dieser minoritären Meinung und Quellenkommentar (Ulp. 17 ed. D. 7.6.5 pr., Steph. schol. zu Bas. 16.6.5, Afr. 9 quaest. D. 39.1.15) bei *Arangio-Ruiz*, Scr. st. (= Rariora Scr. I) 15–21, der aber meint, dass eine solche Beweislast für den Eigentümer eine „*probatio diabolica*“ bedeuten würde.

[69] So nach Ulp. 17 ed. D. 7.6.5 pr. Anders *Wacke*, SZ 109 (1992) 443–444 Fn. 87: der Usufruktuar muss auch sein eigenes Recht beweisen.

[70] Paul. 21 ed D. 8.5.7; Iav. 2 ep. D. 8.5.12; s. *Pezzana*, ED IV (1959) 842; *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 40; *Biondi*, Servitù prediali (1969) 354–355; *Bonfante*, Corso III 157; *Van Es*, De actio negatoria (2005) 314.

[71] *Lenel*, EP 191–194.

wohl die „konfessorische“ als auch die „negatorische“ Fassung der Formel zusammen dargestellt. Zum anderen gibt es keine allgemeine Formel zum Schutz der Dienstbarkeit als abstrakten Begriff, sondern eine besondere Formel für jede Art von Servitut. Jedoch kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob es tatsächlich Formeln für alle möglichen Servituten im Edikt gab.[72]

a. *Iter actus via*

35 Immerhin gab es eine einzelne allgemeine Fassung für alle ursprünglichen ländlichen Wegedienstbarkeiten, was einen vereinigenden Servitutsbegriff (*ius eundi agendi*, → § 50 Rn. 12) verrät:[73]

36 ***Confessoria:***[74] *C. Aquilius iudex esto. Si paret Aulo Agerio ius esse per fundum illum*[75] *quo de agitur ire agere*[76] *neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis*[77] *Aulo Agerio restituetur,*[78] *quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium*[79] *Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

---

[72] S. *Pezzana*, ED IV (1959) 839. Außer den nachfolgend dargestellten Formeln, sind keine anderen aus unseren Quellen wiederherstellbar. Wahrscheinlich mussten die Formeln zu den nicht typisierten Dienstbarkeiten mittels der Beschreibung des konkreten *ius* angepasst werden; s. *Cannata*, Processo civile II (1982) 76–77.

[73] *Lenel*, EP 192.

[74] *Mantovani*, Formule 41; *Lenel*, EP 193. Alle Formeln in diesem Abschnitt nach *Mantovani*, mit Verweis zu Abweichungen in *Lenels* Wiederherstellung. Es musste auch eine Version der Fassung für Provinzialgrundstücke geben, s. *Kaser*, RP I 447.

[75] *Illum* nur in *Lenel*, EP 193; dasselbe gilt für die folgenden Wiederherstellungen der Formeln.

[76] *Lenel*, EP 193 Fn. 8 gegen *Rudorffs* Zusatz „*per hoc illum N° N°* “, denn „allein die *actio* setzt nicht voraus, dass der Beklagte Eigentümer des dienenden Grundstücks ist“.

[77] Nach *Segrè*, BIDR 41 (1933) 17–79, ist die *clausula arbitraria* sowohl in der *confessoria* der Servituten sowie in der *negatoria* zu finden, gegen *Lenel*, EP 193; zust. *Burdese*, NNDI XVII (1970) 123; *Kaser/Hackl*, RZ 335 Fn. 5; *Masuelli*, La Refectio (2009) 93; in 207–209 erklärt *Masuelli* trotzdem, dass die *refectio* auch ohne *clausula arbitraria* möglich war (dasselbe gilt für die folgenden Wiederherstellungen der Formeln). Nach *Gardini*, Servitù (2013) 171 würde die Zahlung des Betrags durch den Angeklagten das Erlöschen *iure pretorio* (via *denegatio actionis*) der im Prozess bestätigten Grunddienstbarkeit bewirken.

[78] *Lenel*, EP 193 Fn. 6 gegen den Bestand einer restitutorischen Klausel in der Formel, sich auf Paul. 20 ed. D. 5.3.19.3 und Inst. 4.6.31 stützend; dafür *Mantovani*, Formule 41 Fn. 32, der *Segrè*, BIDR 41 (1933) folgt. Ebenfalls dafür *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 42; *Pezzana*, ED IV 840; *Grosso*, Servitù (1969) 294–298; *Kaser*, Restituere (1968) 17–19; *Kaser*, RP I 438 Fn. 61, 447 Fn. 79; *Kaser/Hackl* RZ 335 Fn. 5; *Pistolesi*, St. Biscardi V 267–288; *Masuelli*, La Refectio (2009) 85–86; *Zuccotti*, Ric. Gallo II 607–675. *Cardilli*, Fructus (2000) 169–170 untersucht, welche Früchte zu restituieren sind; dazu schon *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 36–39. Für *Bürge*, Privatrecht 156 Fn. 14 ist die Frage der *clausula restitutoria* das Hauptproblem der Forschungen über die *actio negatoria*. All das gilt für die folgenden Wiederherstellungen der Formeln.

[79] Wie in jeder *actio in rem*, wird der Beklagte nur in der *condemnatio* (nicht in der *intentio*) erwähnt (*Kaser/Hackl*, RZ 332).

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Kläger das Recht dazu hat, durch jenes Grundstück, um das es hier geht, zu gehen oder Vieh zu treiben, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung des Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

Negatoria:[80] *C. Aquilius iudex esto. Si paret Numerio Negidio ius non esse per fundum illum quo de agitur ire agere inuito Aulo Agerio neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.* **37**

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Beklagte das Recht dazu nicht hat, durch jenes Grundstück, um das es hier geht, gegen den Willen des Klägers zu gehen oder Vieh zu treiben, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

b. *Aquaeductus*

Die Wasserleitungsservituten befinden sich im Edikt überraschenderweise nicht zusammen mit den Wegeservituten, sondern an einem anderen Ort, und zwar im Titel XXX, Rubrik § 176 „*De aqua*“, also in demselben Titel, in welchem die *actio aquae pluuiae arcendae* dargestellt wird (Rubrik § 177).[81] **38**

Confessoria:[82] *C. Aquilius iudex esto. Si paret Aulo Agerio ius esse per fundum illum quo de agitur aquae ducendae*[83] *neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur,*[84] *quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absoluito.* **39**

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Kläger das Recht dazu hat, durch jenes Grundstück, um das es hier geht, Wasser zu leiten, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

Negatoria:[85] *C. Aquilius iudex esto. Si paret Numerio Negidio ius non esse per fundum illum quo de agitur aquae ducendae aquam ducere inuito Aulo Agerio neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.* **40**

---

[80] *Mantovani*, Formule 43; *Lenel*, EP 193.

[81] *Lenel* (in *Lenel*, EP 373) erklärt, *Rudorff* hatte das nicht bemerkt. Diese Aufstellung der Servituten im Edikt entspricht dem archaischen Servitutenbegriff, in welchem „die Sache“ das Wesentliche sei und „nicht die Rechtsfigur“ (*Kaser*, FS Koschaker I 448).

[82] *Mantovani*, Formule 41; *Lenel*, EP 373–374.

[83] *Aquam ducere*, *Lenel*, EP 374.

[84] S. *Masuelli*, La Refectio (2009) 88 über das Problem der *refectio* im Fall einer Wasserservitut.

[85] *Mantovani*, Formule 43; *Lenel*, EP 374.

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Beklagte das Recht dazu nicht hat, durch jenes Grundstück, um das es hier geht, gegen den Willen des Klägers Wasser zu leiten, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung des Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

c. *Altius non tollendi*[86]

41 Die Formel der Urbanalservitut *altius non tollendi* ist ein besonderer Fall, der verbildlicht, was o. (→ Rn. 12) über die terminologischen Fragen dargestellt wurde, denn die Formel der *confessoria* wird „negatorisch" gefasst, und umgekehrt „positiv" im Fall der *negatoria*.[87]

42 ***Confessoria:***[88] *C. Aquilius iudex esto. Si paret Numerio Negidio ius non esse aedes suas altius tollere*[89] *inuito*[90] *Aulo Agerio neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Beklagte das Recht dazu nicht hat, sein Gebäude gegen den Willen des Klägers höher zu errichten, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung des Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

43 ***Negatoria:***[91] *C. Aquilius iudex esto. Si paret Aulo Agerio ius esse aedes suas (usque ad decem pedes)*[92] *altius tollere invito Numerio Negidio neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absoluito.*

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Kläger das Recht dazu hat, sein Gebäude gegen den Willen des Beklagtes (bis zu zehn Fuß) höher zu errichten, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung des Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers in den

---

[86] S. *Rodger*, Owners (1972) 90–113; *Rainer*, Baurechtliche Bestimmungen (1987) 27–56; *Lee*, Servitus altius tollendi (1999).

[87] *Arangio-Ruiz*, Scr. st. (= Rariora Scr. I) 21 Fn. 1, gefolgt von *Lenel*, EP 194; s. *Mantovani*, Formule 41 Fn. 35.

[88] *Mantovani*, Formule 41; *Lenel*, EP 194.

[89] Wenn das Bauwerk schon fertig war, wurde die folgende Ersatzformel verwendet: „*ius non esse ita aedificatum habere*", *Mantovani*, Formule 41 Fn. 35 (*Lenel*, EP 194, Fn. 2: „*ita aedificatum habere*").

[90] Über die Klausel „*invito te*" und die Ausübung der *prohibitio* s. *De Simone*, AUPA 48 (2003) 100–103; darüber auch *Cannata*, Scr. II 370–372.

[91] *Mantovani*, Formule 43; *Lenel*, EP 194.

[92] Die Höhenbegrenzung nicht zu erwähnen, ist ein Fall von *pluris petitio* (*Mantovani*, Formule 43 Fn. 53, aus Fr. Vat. 53).

Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

d. *Oneris ferendi*[93]

Es ist wahrscheinlich, dass in diesem Fall nur die „konfessorische" Fassung der Formel im prätorischen *album* angeboten wurde:[94] **44**

C. Aquilius iudex esto. Si paret Aulo Agerio ius esse ut aedes Numerii Negidii onus aedium Auli Agerii sustineant neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur,[95] *quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Kläger das Recht dazu hat, dass das Gebäude des Beklagten die Last des Gebäudes des Klägers zu tragen hat, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung des Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

e. *Tigni immittendi*

Confessoria:[96] *C. Aquilius iudex esto. Si paret Aulo Agerio ius esse in parietem*[97] *aedificii quo de agitur tigna immitendi*[98] *neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.* **45**

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Kläger das Recht dazu hat, die Balken [des eigenen Gebäudes] in die Mauer des Gebäudes, um das es hier geht, einzufügen, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung des Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten dem Kläger in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

---

[93] Über die Formel s. *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 22–26; dazu auch *Burdese*, Scr. Bonfiglio 59–76; *Basile*, Servitus (2012).

[94] In diesem Punkt gibt es Übereinstimmung zwischen *Mantovani*, Formule 42 und 43 Fn. 56 und *Lenel*, EP 194 Fn. 3.

[95] *Lenel*, EP 194 (aus Ulp. 17 ed. D. 8.5.6.2, 8.2) rekonstruiert die Formel wieder anders: „*(ius esse) cogere N. Negidium, ut A. Agerii onera sustineat* [*Lenel*, EP 194 Fn. 3: vielleicht *ferat*] *et parietem reficiat ad onera ea sustinenda*". Über die Formel *Segrè*, BIDR 41 (1933) 61, 71 und 77; *Kaser*, RP I 447 Fn. 78; ausführlich *Rainer*, Baurechtliche Bestimmungen (1987) 19–26; *Masuelli*, La Refectio (2009) 93–96 über die *refectio* in dieser Formel. Die prozessuale Gestaltung der Formel würde beweisen, dass eine *clausula restitutoria* in jeder Servitutsformel zu finden ist; *Mantovani*, Formule 42 Fn. 38; darüber *Segrè*, BIDR 41 (1933) 52–77.

[96] *Mantovani*, Formule 42; *Lenel*, EP 194.

[97] *Lenel*, EP 194: „*in parietem illius*".

[98] *Lenel*, EP 194: „*tigna immitere*". Ein „*invito N. Negidio*" ist für *Mantovani*, Formule 42 Fn. 42 und *Lenel*, EP 194 Fn. 4 unwahrscheinlich.

46 ***Negatoria:***[99] *C. Aquilius iudex esto. Si paret Numerio Negidio ius non esse in parietem*[100] *aedificii quo de agitur tigna immitendi*[101] *neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Beklagte das Recht dazu nicht hat, die Balken [des eigenen Gebäudes] in die Mauer des Gebäudes, um das es hier geht, einzufügen, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung des Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten dem Kläger in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

f. *Stillicidii/Fluminis*

47 ***Confessoria:***[102] *C. Aquilius iudex esto. Si paret Aulo Agerio ius esse in tectum aedificii quo de agitur immitendi stillicidium*[103] *neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Kläger das Recht dazu hat, das Regenwasser auf das Dach des Gebäudes, um das es hier geht, abtropfen zu lassen, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung des Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

48 ***Negatoria:***[104] *C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidio ius non esse in tectum aedificii quo de agitur immitendi stillicidium*[105] *invito Aulo Agerio neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Der Richter soll C. Aquilius sein. Wenn es sich erweist, dass der Beklagte das Recht dazu hat, das Regenwasser auf das Dach des Gebäudes, um das es hier geht, gegen den Willen des Klägers abtropfen zu lassen, und wenn diese Sache dem Kläger gemäß der Ermessensentscheidung des Richters C. Aquilius nicht herausgegeben werden wird, soll der Richter C. Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird, verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

---

[99] *Mantovani*, Formule 43–44; *Lenel*, EP 194.

[100] *Lenel*, EP 194: „*in pariete illius*“

[101] *Lenel*, EP 194: „*tigna immissa habere inuito A. Agerio*“.

[102] *Mantovani*, Formule 42; *Lenel*, EP 194.

[103] *Lenel*, EP 194: „*…ius esse stillicidium (flumen) in tectum illius aedificii (aream illam) immitere* [Fn. 7: vielleicht auch „*auertere*“], *neque…*“. S. darüber auch *Mantovani*, Formule 42 Fn. 45.

[104] *Mantovani*, Formule 44; *Lenel*, EP 194.

[105] *Lenel*, EP 194: „*…ius non esse stillicidium (flumen) in tectum illius aedificii (aream illam) immitere, inuito…*“. S. darüber auch *Mantovani*, Formule 44 Fn. 60.

2. Prozessuale Eigenschaften der Klagen

a. Merkmale der *actio confessoria servitutis*

Ziel der *actio confessoria servitutis* ist die Feststellung der Servitut[106] und damit auch die Herstellung des früheren Zustandes.[107] Aktivlegitimiert wird der Eigentümer des herrschenden Grundstücks. Dass es im archaischen römischen Prozess (→ § 9 Rn. 37–38) undenkbar wäre, dass ein bloßer *possessor* eine *contravindicatio* gegen einen Eigentümer einwenden könnte, erklärt, dass nur der Eigentümer aktivlegitimiert war.[108] Wegen der Unteilbarkeit der Dienstbarkeit steht jedem *condominus* die Klage *in solidum* zu.[109] **49**

Manche Texte lassen aber vermuten, dass auch Inhaber verschiedener Sachenrechte am herrschenden Grundstück mit der *actio confessoria* klagen konnten;[110] die Fälle des Inhabers eines Nießbrauchs[111] oder einer *superficies*[112] wurden von den Juristen besonders diskutiert. Dem gutgläubigen Besitzer des herrschenden Grundstücks konnte auch die *actio publiciana* als *confessoria* gewährt werden.[113] **50**

---

[106] Nach *Pezzana*, ED IV 841 Fn. 11, könnte der Schutz auch via *utilis actio* hinsichtlich einer Dienstbarkeit gewährt werden, die *pactionibus et stipulationibus* (Gai. 2.31) entstanden ist; in diesem Sinne auch *Gardini*, Servitù (2013) 172–175. Möglicherweise wird auch die *vindicatio servitutis* für die Aussonderung der Dienstbarkeit verwendet, die nicht zu einem Konkursvermögen gehört (*Kaser/Hackl*, RZ 402 Fn. 3).

[107] So, als ob dem Berechtigten die Ausübung seit der *litis contestatio* gewährt worden wäre, *Kaser*, RP I 447; nach *Bonfante*, Corso III 155, auch der Schadenersatz. S. allgemein *Biondi*, Servitù prediali (1969) 343–355.

[108] Dazu s. *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 50, und *Boháček*, BIDR 46 (1939) 151; *Franciosi*, Servitù (1967) 13–15; *Grosso*, Servitù (1969) 281–285, und bes. *Kaser/Hackl*, RZ 90 Fn. 3, mit der Literatur zur Vor- und Frühgeschichte des Servitutenschutzes und die Rolle der Sakramentsklage. S. auch *Boháček*, BIDR 46 (1939) 134; *Kaser*, Labeo 9 (1963) 369; *La Rosa*, Usus fructus (2008) 92; *Burdese*, NNDI XVII (1970) 123.

[109] Ulp. 17 ed. D. 8.5.4.3; D. 8.5.6.4; Ulp. 71 ed. D. 43.27.1.5; Marcian. 5 reg. D. 8.5.19.

[110] Nämlich der *conductor* des *ager vectigalis* und der Erbpächter (Iul. 49 dig. D. 8.1.16), der Pfandgläubiger (Iul. 49 dig. D. 8.1.16; Gai. ed. prov. D. 39.1.9; Ulp. 71 ed. D. 43.25.1.5) und der Besitzer *bonae fidei* (Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.1). Die Texte wurden trotzdem von der Interpolationskritik stark diskutiert; darüber *Pezzana*, ED IV 841. Pfandgläubiger und Vektigalist hätten die *actio utilis*, s. *Burdese*, NNDI XVII (1970) 123; dasselbe gilt für den Erbpächter oder den Superfiziar in nachklassischer Zeit (*Perozzi*, Istituzioni I [1928] 128; *Bonfante*, Corso III 155; *Burdese*, NNDI XVII [1970] 123). *Biondi*, Servitù prediali (1969) 348–352 untersucht die dogmatischen und historischen Probleme dieser Erweiterung der Aktivlegitimation, die auf jeden Fall aus praktischen Gründen einleuchte.

[111] Verneinend Ulpian (Ulp. 18 Sab. D. 7.6.1 pr., Marcellus, Nerva und Labeo folgend); dafür Julian (Ulp. ed. D. 43.25.1.4); dazu *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 10–12; *Pezzana*, ED IV 841–842; *Burdese*, NNDI XVII (1970) 123.

[112] Über die Einzelheiten dieser Diskussion s. *Pezzana*, ED IV 841.

[113] *Bonfante*, Corso III 156; aber nur im nachklassischen Recht nach *Burdese*, NNDI XVII (1970) 123.

51 Die *actio* wird im Prinzip gegen den Eigentümer des dienenden Grundstückes gerichtet, der das Recht des Inhabers der Dienstbarkeit leugnet.[114] Diskutiert wird aber, ob auch der *possessor* des dienenden Grundstückes passivlegitimiert sein kann;[115] auch der Besitzer scheint dann passivlegitimiert zu sein, wenn es auf ihn ankommt, dass die Ausübung der Dienstbarkeit möglich ist.[116] Dass die *confessoria,* als *in rem actio, erga omnes* wirkt, stützt auch diese Auslegung, und auch der Umstand, dass die Formel die Rolle des Beklagten nicht erwähnt.[117] Wird die Klage bloß gegen den Besitzer erhoben, würde das Urteil allerdings nicht gegen den Eigentümer des Grundstücks wirken.[118]

52 Der Kläger muss die Existenz seines Rechtes beweisen, im Fall einer Prädialservitut[119] auch das Eigentum des herrschenden Grundstückes. Nach dem Urteil[120] muss der Beklagte – neben der Restitutionspflicht[121] – die *cautio amplius non turbando* leisten.[122] Die gleichen Regeln zum Einlassungszwang wie im Fall der *rei vindicatio*[123] gelten auch hier; trotzdem ist es zweifelhaft, dass es ein dem *interdictum quem usum fructum* entsprechendes „*interdictum quam servitutem*“ gab.[124]

53 Der Rechtsträger einer Dienstbarkeit hatte im klassischen Recht neben der *actio confessoria* auch andere Rechtsmittel wie z. B. die *actio aquae pluviae arcendae*((§ 62, Rn. 55–70), die *operis novi denuntiatio* (→ § 62 Rn. 1–30) oder das *interdictum quod vi*

---

[114] Nach Ulp. 17 ed. D. 8.5.4.5 auch dann, wenn er die faktische Ausübung der Servitut blockiert, obwohl er das Recht selbst nicht leugnet; in diesem Sinne *Pezzana*, ED IV 842. Darüber ausführlich *Grosso*, Servitù (1969) 285–294.

[115] Wiederum wird damit argumentiert, dass im archaischen Prozess nur Eigentümer teilnehmen konnten; dazu s. *Kaser*, RP I 446. Die klassischen Rechtsmittel für diesen Fall wären die *actio legis Aquiliae* oder die *actio iniuriarum;* zum Thema s. *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 21 und *Pezzana*, ED IV 842 und Fn. 13 mit Literatur.

[116] Als Beispiel, wo nur der Eigentümer geklagt werden kann, erwähnt *Kaser*, RP I 446 Fn. 76 die *servitus oneris ferendi*, nach Ulp. 17 ed. D. 8.5.6.3; im Gegensatz dazu kann z. B. jeder Besitzer, der die Ausübung der *servitus aquae ductus* behindert, nach Ulp. 53 ed. D. 8.5.10.1 geklagt werden. Dazu *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 14–20, mit kritischer Exegese der Quellen; s. auch *Kaser*, RP I 446 Fn. 77 mit Literatur.

[117] So *Kaser*, RP I 446. Ausführlich zum Problem der Passivlegitimation s. *Arangio-Ruiz*, Struttura (1909) 54–60; *Boháček*, BIDR 44 (1936–37) 49–50; *Franciosi*, Servitù (1967) 15; *Burdese*, NNDI XVII (1970) 123.

[118] In diesem Sinne *Pezzana*, ED IV 842.

[119] „Cioè nelle vere *servitutes*“, *Bonfante*, Corso III 155.

[120] Auch wegen der Interdikte, s. *Boháček*, BIDR 46 (1939) 152–153.

[121] S. o. Fn. 78 und Fn. 95.

[122] Ulp. 17 D. 7.6.5.6; Paul. 21. ed. D. 8.5.7. Darüber *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 40; *Bonfante*, Corso III 155; *Burdese*, NNDI XVII (1970) 123.

[123] Und wie die *vindicatio ususfructus*, s. o. Fn. 63; *Kaser*, RP I 447.

[124] Nach Paul. sent. 5.6.8c (= Paul. 5 sent. D. 43.20.7), Afr. 9 quaest. D. 39.1.15 und Scaev. 12 quaest. D. 39.2.45 glaubt *Lenel* in *Lenel*, EP 481–482, dass es vielleicht ein nicht ediktales Interdikt nach dem Muster des *interdictum quem fundum* gab. Dafür *Boháček*, BIDR 46 (1939) 152–153 und *Bonfante*, Corso III 155; dagegen *Solazzi*, RIDA 5 (1950) 465–475; *Grosso*, Servitù, (1969) 299–301; zweifelnd *Kaser/Hackl*, RZ 276.

aut clam (→ § 66 Rn. 39).[125] Neben diesen Rechtsmitteln werden auch spezifische Interdikte erlassen, die nicht nur für den Rechtsinhaber sondern auch für denjenigen zur Verfügung stehen, der das Recht tatsächlich ausübt.[126] Nach Lenels Rekonstruktion sind diese Interdikte unter den Ediktrubriken § 249 („*De itinere actuque privato*“),[127] § 250 („*De aqua cotidiana et aestiua*“),[128] § 251 („*De riuis*“),[129] § 252 („*De fonte*“)[130] und § 253 („*De cloacis*“)[131] zu finden. Wie im Fall des *ususfructus*, setzt der Erlass dieser Rechtsmittel schon die Entwicklung der Rechtsvorstellung der Dienstbarkeiten als *possessio* voraus (→ § 50 Rn. 36–40).[132]

b. Merkmale der *actio negatoria servitutis*

Die *actio negatoria* gegen Dienstbarkeiten hatte eine ähnliche Struktur wie die *negatoria usus fructus*; beide werden in den Quellen von den klassischen Juristen gemeinsam behandelt.[133] **54**

Mittels der *actio negatoria* schützt der *dominus* sein Eigentum gegen Dienstbarkeiten, die von Nachbarn behauptet werden, sowie gegen andere mögliche *immissiones*;[134] **55**

---

[125] S. *Burdese*, NNDI XVII (1970) 123–124; *Musumeci*, St. Sanfilippo VII 489–528; *Kawasumi*, Beseitigungsanspruch (2001) 32–38.

[126] *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 51–92; *Biondi*, Servitù prediali (1969) 355–366; *Burdese*, NNDI XVII (1970) 124; ausführlich *Zuccotti*, SDHI 60 (1994) 159–260.

[127] In dieser Rubrik finden sich zwei Interdikte (*Lenel*, EP 478–479): das *interdictum de itinere actuque privato utendo* (mit zwei Fassungen der Formel: *vulgare, Mantovani*, Formule 92 und *emptori*, 93) und *de itinere actuque privato reficiendo*. Dazu *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 21; *Grosso*, Servitù (1969) 304–313; *Bonfante*, Corso III 156; *Burdese*, NNDI XVII (1970) 124. Über die Beziehung des Interdikts *de aqua* und des *uti possidetis Capogrossi-Colognesi*, St. Watson 31–36; *Gardini*, Regime (2013) 177. S. auch *Masuelli*, La Refectio (2009) 90–92 über die Konkurrenzprobleme zwischen Interdiktenschutz und *actio confessoria*.

[128] In diesem Fall gibt es drei Interdikte in der Rubrik (*Lenel*, EP 479–480; *Mantovani*, Formule 93, mit den Formeln): *de aqua cottidiana*, *de aqua aestiva* und *de aqua ex castello*. Dazu *Bonfante*, Corso III 126; *Burdese*, NNDI XVII (1970) 124; ausführlich *Zuccotti*, Atti Provera 303–480.

[129] Formeln in *Lenel*, EP 480 und *Mantovani*, Formule 93; s. *Burdese*, NNDI XVII (1970) 124.

[130] Mit den zwei Interdikten *de fonte utendo* und *de fonte purgando reficiendo;* Formeln in *Lenel*, EP 480 und *Mantovani*, Formule 94; dazu *Burdese*, NNDI XVII (1970) 124.

[131] Interdikt *de purgandis reficiendis;* Formel in *Lenel*, EP 481; *Mantovani*, Formule 94. Dazu *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 20–21; *Bonfante*, Corso III 156: der Erlass dieses Interdikts setzt nicht einmal die *possessio nec vi nec clam nec precario* voraus.

[132] S. *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 111–138; *Bonfante*, Corso III 156; s. auch o. Fn. 61.

[133] S. o. (→ Rn. 30) mit Fn. 62; *Grosso*, Servitù (1969) 301–303. Über die möglichen Unterschiede – bes. im Gebiet der Legitimation – , s. *Franciosi*, Servitù (1967) 13, über prozessuale und substantielle Aspekte dieser Unterscheidung; auch *La Rosa*, Usus Fructus (2008) 121–122; *La Rosa*, Usus fructus (2008) 126, erklärt, die Ähnlichkeiten könnten nur zwischen den *actiones negativae* der ländlichen Prädial- und Personaldienstbarkeiten anerkannt werden.

[134] Über Arten von *immissiones* und die Verwendung der *actio negatoria* s. *Boháček*, BIDR 46 (1939) 160–173. Die Erhebung der *negatoria* gegen *immissiones* wäre laut *Kaser*, RP I 441 Fn. 8, schon klassisch, aber nur, wenn die *immissio* ein Recht beeinträchtigt; andernfalls wird das *interdictum uti*

ungewiss erscheint, ob diese *immissiones* nur aus Dienstbarkeiten bestehen können.[135] Möglicherweise kann die *actio* auch gegen Missbrauch von an sich bestehenden Dienstbarkeiten eingesetzt werden.[136] Nur ausnahmsweise kann der Kläger auch neben dem *restituere* einen Nutzungs- oder Schadenersatz verlangen.[137]

56 Neben der Feststellung der Freiheit des Eigentums wird auch die Herstellung des früheren Zustandes verlangt.[138]

57 Der Kläger muss sein Eigentum und den verursachten Schaden beweisen, aber nicht die Nichtexistenz der Dienstbarkeit,[139] denn der *actor* agiert nur *de suo*.[140] Auch hier muss der Verurteilte die *cautio de amplius non turbando* leisten; anderenfalls muss er die *litis aestimatio* bezahlen, womit die Dienstbarkeit für ihn legitim begründet wird.[141]

---

possidetis (→ § 66 Rn. 63) eingesetzt; *Kaser*, RP I 497 Fn. 33; *Kaser*, RP II 297 Fn. 46; dazu s. auch *Bürge*, RP 157, und ausführlich *Bignardi*, Index 12 (1983–84) 465–525, sowie *Rainer*, Baurechtliche Bestimmungen (1987). Es ist nicht klar, ob es auch eine *confessoria* zum Schutz der *immissiones* gab; dazu *Kaser*, RP I 441 Fn. 8.

[135] Dagegen *Arangio-Ruiz*, Scr. st. (= Rariora Scr. I) 1–21; dazu *Pezzana*, ED IV 839–840, der vorschlägt, dass vielleicht genau dies die Rolle der *prohibitoria* (→ Rn. 24–26) gewesen sei. Nach *Kaser*, RP I 437 Fn. 57 kann die *negatoria* nur gegen Dienstbarkeiten verwendet werden; zust. *Van Es*, Negatoria (2005) 315: gegen nicht aus Dienstbarkeiten bestehende *immissiones* hätten Interdikte eingesetzt werden müssen. S. auch *Valiño*, Revista de estudios histórico-jurídicos 24 (2002) 35–42 und *Rainer*, Entwicklungsgeschichte (2015) 315, zu *Möllers* Exegese von D. 8.5.17.2.

[136] *Bonfante*, Corso III 156.

[137] In diesem Sinne *Kawasumi*, Beseitigungsanspruch (2001) 37.

[138] *Kaser*, RP I 438.

[139] Das wäre eine *probatio diabolica*, *Bonfante*, Corso III 156. In diesem Sinne auch *Pezzana*, ED IV 840. Dazu s. auch *Capogrossi-Colognesi*, St. Watson 31–36 und Tucillo, Index 39 (2011) 477–478, die die Ähnlichkeit zwischen der Beweislast der *actiones negatoria* und *confessoria* unterstreicht.

[140] Darüber s. *Cannata*, Profilo (1982) 76–77; *Bignardi*, De suo iure (1992) 153; s. auch o. Fn. 66.

[141] *Pezzana*, ED IV 840.

§ 62 Nachbarrechtliche Rechtsbehelfe (*operis novi nuntiatio*, *cautio damni infecti*)

Johannes Michael Rainer

Stölzel, Die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam, 1865; *Burckhard*, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfried. Ein Commentar begründet von D. Chr. Fr. Glück fortgesetzt von etc und von H. Burckhard. Serie der Bücher 39–40, 1. Teil §§ 1670–1675: operis novi nuntiatio, 1871; *Burckhard*, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfried. Ein Commentar begründet von D. Chr. Fr. Glück fortgesetzt von etc und von H. Burckhard. Serie der Bücher 39–40, 2. Teil §§ 1675–1682: cautio damni infecti, 1875; *Branca*, Danno temuto e danno da cose inanimate nel Diritto romano, 1937; *Rodger*, Owners and Neighbours in Roman Law, 1972; *Paricio*, La denuncia de obra nueva en el derecho Romano clasico, 1982; *Rainer*, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht, 1987; *Santucci*, Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia, 2001; *Rainer*, Quintus Mucius, der Besitz und die cautio damni infecti, in: Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, 2009, 887–908; *Rainer*, Julian und die cautio damni infecti, in: Libellus ad Thomasium Essays in Roman Law, Roman-Dutch Law and Legal History in Honour of Philip J. Thomas, 2010, 359–365; *Finkenauer*, Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht, 253–269, 2010.

Inhalt Rn.

I. *Die operis novi nuntiatio* 1
1. Einführung 1
2. Entstehung 3
3. Die Voraussetzungen 5
a. Das *opus novum* 5
b. Der Zeitpunkt 6
c. Der Ort 7
d. Nuntiationsgrund 8
e. Die Aktivlegitimation 9
4. Die Nuntiationsgründe 14
5. Weitere zu den Gründen 16
a. Die *operis novi nuntiatio iuris nostri conservandi causa* 16
b. Die *operis novi nuntiatio damni depellendi gratia* 18
c. Die *operis novio nuntiatio iuris publici tuendi gratia* 19
6. Die Aufhebung: *Satisdatio-Remissio* 20
7. Das *interdictum demolitorium* 26
8. *Conclusio* 30

II. Die *cautio damni infecti* 31
1. Einführung 31
2. Die Entstehung 37
3. Das *vitium operis* 39
4. Das *vitum aedium* 44
5. Die Missionen 46
6. Die *cautio de praeterito* 48
7. Die *actio ficticia* 49
8. Der Ersatz der Schäden 52
III. *Actio aquae pluviae arcendae* 55
1. Die Voraussetzungen 55
2. Der Schaden 62
3. *Servituten* und *actio aquae pluviae arcendae* 63
4. Aktiv- und Passivlegitimation 65
5. Die *condemnatio* 68
6. Konklusionen 70

I. Die *operis novi nuntiatio*

1. Einführung

1 Die *operis novi nuntiatio* kann als wesentlicher Rechtsbehelf des privaten Baurechts bezeichnet werden. Der Digestentitel 39.1 ist die eigentliche *sedes materiae*, eine der Reformkonstitutionen Justinians aus dem Jahre 532 ist der *operis novi nuntiatio* gewidmet.[1] Hinweise in anderen Quellen findet man nicht.

2 Die Nuntiation erfolgte unmittelbar und formlos ohne vorgeschriebene Worte und ohne Befassung der Staatsgewalt[2] durch den Nuntianten und war gerade deshalb von außerordentlicher Schlagkraft, da sie ihre Wirkungen unverzüglich entfaltete, unabhängig davon, ob die bauliche Veränderung rechtens (*iure*) oder nicht (*iniuria*) durchgeführt wurde.[3] Die Wirkungen bestanden in einem sofortigen Innehalten jeder Aktivität, somit in einem uneingeschränkten Baustopp durch den Bauführer, d. h. denjenigen, dem die Nuntiation übermittelt worden war und der als Nuntiat bezeichnet wird. Das *opus novum* wird als jede bauliche Veränderung definiert: *aedificare* ebenso wie *demoliri*,[4] ausgeschlossen waren nur notwendige Restaurierungsarbeiten zur Erhaltung des Gebäudes selbst.[5] Die Nuntiation konnte an allen Tagen des Jahres ausgesprochen werden und unterlag somit nicht den zeitlichen Einschränkungen der Rechtsprechung.[6] Die Wirkungen der Nuntiation konnten – aber ebenfalls unmittelbar

[1] Iust. C. 8.10.14 (a. 532).
[2] Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.2.
[3] Ulp. 52 ed. D. 39.1.1 pr.
[4] Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.11–12.
[5] Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.13.
[6] Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.4.

– durch eine Sicherheitsleistung (*satisdatio*) oder ein prätorisches Remissionsverfahren aufgehoben werden.

2. Entstehung

Die von den klassischen Juristen überlieferte Nuntiation ist von Prätoren geschaffen worden und steht in engem Zusammenhang mit der Entstehung und Entwicklung der Gebäudeservituten (→ § 50 Rn. 22). Die Aufnahme in das Edikt erfolgte durch den *praetor urbanus* gegen Ende des 2. Jh. v. Chr. oder in den ersten Jahrzehnten des 1. Jh. v. Chr. Eine genauere Präzisierung ist nicht möglich.[7] Zumindest die wichtigsten Bausteine wie Nuntiation und Aufhebung der Nuntiationswirkung mussten gleichzeitig in das Edikt aufgenommen worden sein.[8] Der überlieferte Wortlaut des Edikts und die Erläuterung der verschiedenen Verfahrensschritte durch die Juristen belegen die Vorrangigkeit eines der Nuntiationsgründe, und zwar des *ius nostrum conservare* primär nicht im Sinne eines allgemeinen Schutzes des Eigentumes oder der *iura praediorum rusticorum*, sondern bereits differenzierter *iura in re aliena*[9] im Bereiche des Bauwesens. Angesichts des durchaus als systematisch zu bezeichnenden Aufbaus dieses Instituts, mit der unmittelbaren Wirksamkeit des Baustopps auf der einen und der ebenso unmittelbaren Möglichkeit der Aufhebung der Nuntiationswirkung auf der anderen Seite, ist von einer bewussten Aufnahme in das Edikt infolge juristischer Diskussionen auf höchster Ebene auszugehen. Die schöpferische Schaffenszeit des Quintus Mucius erscheint somit als der ehest mögliche Zeitpunkt. In späterer Zeit erfolgte dank rechtswissenschaftlicher Tätigkeit eine Erweiterung des Anwendungsbereiches auf das *damnum infectum* und das *ius publicum*. Was die *operis novi nuntiatio damni depellendi gratia* anbelangt, war Paricio[10] von einer Anerkennung erst um die Mitte des 2. Jh. n. Chr. ausgegangen. Dabei stützte er sich auf die verschiedenen Definitionen der Nuntiationsgründe bei Sextus Pedius und Ulpian. Im Gegensatz zu Ulpian in D. 39.1.1.16 habe Pedius (D. 39.1.5.9) nur *causae naturales, publicae* und *impositiciae* gekannt, die Erzwingung einer *cautio damni infecti* vermittels Nuntiation sei ihm noch unbekannt gewesen. Demgegenüber ist aber festzuhalten, dass die *causa naturalis* ganz allgemein den Schutz des Eigentums bezwecken sollte und somit problemlos auch der *cautio* im Sinne dieses Schutzes dienen konnte. Im Übrigen erscheint die Erweiterung der Nuntiation auf einen Baustopp auf der Grundlage eines befürchteten Schadenseintrittes auf dem Grundstück des Nuntianten in eine Zeit des demographischen und urbanistischen

3

[7] Für eine langsame und stufenweise Entwicklung und Einführung in das Edikt *Branca*, SDHI 6 (1941) 336 und 356.

[8] *Rainer*, Bestimmungen (1987) 229 ff.

[9] *Paricio*, Denuncia (1982) 30–50 (bes. 41–47), sowie *Cosentini*, Misc. 122–124, die das Verständnis der städtischen Dienstbarkeiten als *res incorporales* in den Vordergrund stellten. Beide schrieben der *lex Scribonia* große Bedeutung zu, datierten sie freilich um die Mitte des 2. Jh. v. Chr.

[10] *Paricio*, Denuncia (1982) 105–109.

„Booms" zu fallen.[11] Auch ein erheblicher juristischer Sachverstand ist vorauszusetzen, so dass man an die Zeit des Servius oder des Labeo denken möchte. Bauwut und juristische Expertise waren somit während des gesamten 1. Jh. v. Chr. vorhanden. Spätestens am Beginn des 1. Jh. n. Chr. wird auch dieser Nuntiationsgrund im Edikt genannt gewesen sein. Nicht anders verhält es sich mit der *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia,* die jedenfalls von Labeo erwähnt wird.[12] Die *operis novi nuntiatio* wurde auch in die Provinzialedikte eingefügt.[13]

4 Bereits Karlowa,[14] aber auch Kaser[15] und Santucci[16] sind von einem viel früheren, teilweise auf die XII Tafelzeit zurückgehenden Ursprung der *operis novi nuntiatio* ausgegangen. Möllers[17] rezente Untersuchungen lassen frühe altzivile Vorgänger durchaus möglich erscheinen. Nach Möller hätte die *operis novi nuntiatio* zum Schutze des „Normalzustandes" der Gebäude zueinander eingesetzt werden können, damit sei in vorklassischer Zeit der *usus* geschützt gewesen. Bereits zur Zeit der XII Tafeln sei das Veränderungsverbot des Nachbarn auf diese Weise beachtet worden.

3. Die Voraussetzungen

a. Das *opus novum*

5 Ein *opus novum* muss vorliegen, dabei handelt sich um jegliche Art baulicher Tätigkeit, um ein *aedificare* gleichermaßen wie um ein *demoliri.*

b. Der Zeitpunkt

6 Die Nuntiation konnte nur so lange betrieben werden, wie die Arbeiten im Gange waren. Nach Abschluss der Arbeiten war die Nuntiation wirkungslos. Sie konnte bereits anlässlich vorbereitender Maßnahmen ausgesprochen werden.[18]

c. Der Ort

7 Die Nuntiation hatte stets vor Ort der Tätigkeit *in praesenti* zu erfolgen.[19]

---

[11] *Rainer*, Bestimmungen (1987) 209 f.
[12] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.14.
[13] Ulp. 52 ed. D. 39.1.3 pr.
[14] *Karlowa*, Rechtsgeschichte II, 471–473.
[15] *Kaser*, RP I 126.
[16] *Santucci*, in: Avenarius, Hermeneutik (2008) 40.
[17] *Möller*, Servituten (2010) 132–148.
[18] Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.1.
[19] Ulp. 52 ed. D. 39.1.5.2,4.

d. Nuntiationsgrund

Erforderlich war die Berufung auf einen der ausdrücklich anerkannten Nuntiationsgründe:[20] *iuris nostri conservandi causa, damni depellendi gratia, iuris publici tuendi gratia.* Eine Berufung auf weitere war unmöglich. 8

e. Die Aktivlegitimation

Je nach Nuntiationsgrund gab es verschiedene Berechtigte: Im Zusammenhang mit der *operis novi nuntiatio iuris nostri conservandi causa* spricht Ulpian davon, dass derjenige das Recht habe, die Nuntiation auszusprechen, dem die Sache anvertraut ist: *ad quem res pertinet.*[21] Grundsätzlich konnte und musste der Eigentümer des herrschenden Grundstückes, der sich auf eine Verletzung der Dienstbarkeit berief, die Nuntiation aussprechen, bezüglich des Nießbrauchers stehen wir vor einer Juristenkontroverse. Ulpian[22] schloss ihn aus, Julian dagegen hatte seine Berechtigung betont.[23] Auch der Vertreter, der namens des Eigentümers auftrat (*procurator*)[24] konnte wirksam nuntieren, ebenso der Superfiziar[25] und der Pfandgläubiger.[26] Standen die Berechtigten unter *tutela* oder war ihnen ein Kurator bestellt worden, so stand die Nuntiation Tutoren und Kuratoren zu, hatte ein Unmündiger von sich aus die Nuntiation angestrengt, so musste der Vormund diesen Akt ausdrücklich billigen.[27] Die Aktivlegitimation war nicht vererblich, auch im Falle einer Veräußerung erlosch die Wirkung der Nuntiation.[28] 9

Bei der *operis novi nuntiatio damni depellendi gratia* waren alle diejenigen aktivlegitimiert, die die *cautio damni infecti* verlangen durften. 10

Die *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia* stand grundsätzlich allen Bürgern offen.[29] 11

f) Die Passivlegitimation

Weit war der Kreis der Legitimierten, beginnend mit dem Eigentümer und grundsätzlich jedem Besitzer,[30] aber auch jeder, von dem man ausgehen konnte, er könne die 12

[20] Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.16,17.
[21] Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.19.
[22] Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.20 mit dem Hinweis, er dürfe nur *procuratorio nomine* sein.
[23] Ulp. 71 ed. D. 43.25.1.4.
[24] Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.3 und D. 39.1.5.18–20.
[25] Ulp. 52 ed. D. 39.1.3.3.
[26] Gai. ed. urb. de o. novi nunt. D. 39.1.9.
[27] Ulp. 52 ed. D. 39.1.5 pr.
[28] Paul. 48 ed. D. 39.1.8.6.
[29] Ulp. 52 ed. D. 39.1.3.4.
[30] Iav. 7 ep. D. 39.1.23.

Nuntiation dem Eigentümer weiterleiten: Sklave, Sohn, Ehefrau und sämtliche am *opus novum* eingesetzte Arbeiter.[31] Selbst Unmündigen oder Geschäftsunfähigen gegenüber konnte die Nuntiation ausgesprochen werden.[32] Bei Miteigentümern reichte die an einen einzigen gerichtete Nuntiation aus und verpflichtete auch alle übrigen zum Baustopp. Baute nur einer der Miteigentümer weiter, so haftete nur dieser.[33]

g) Unter Umständen *ius iurandum*

13 Kam es zu einem Remissionsverfahren vor dem Prätor, konnte der Nuntiat vom Nuntianten auch ein *ius iurandum* fordern, das vom Prätor auferlegt werden konnte. Der Nuntiant musste sodann eidlich bekräftigen, dass er die Nuntiation nicht willkürlich angestrengt hatte (*non calumniae causa*).[34]

4. Die Nuntiationsgründe

14 Der außerordentlich hohen Wirksamkeit und damit verbunden der Beeinträchtigung des Bauens und der grundsätzlichen Beschränkung des Eigentums selbst stand das Gebot gegenüber, die Nuntiation ausschließlich auf anerkannte Gründe stützen zu müssen: Ohne Erwähnung eines der möglichen Nuntiationsgründe, war jede Nuntiation null und nichtig. Ulpian nennt diese abschließend in D. 39.1.1.16:

1. Die Wahrung eines eigenen, genauen und konkret zu nennenden Rechts bei der *operis novi nuntiatio iuris nostri conservandi causa.*
2. Abwehr eines Schadens bei der *cautio damni infecti.*
3. Die Wahrung eines öffentlichen Rechts im Fall der *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia.*

15 Ulpian selbst bezieht sich aber auf eine zumindest der Terminologie nach verschiedene Definition des hochklassischen Juristen Sextus Pedius (Ulp. D. 39.1.5.9), derzufolge es *causae naurales, publicae, impositiciae* gegeben habe. Ulpian selbst lobt die Einteilung des Pedius und bezeichnet sie trefflich als „*belle*“. Für Pedius war der Inhalt der *causa naturalis* der Schutz des Eigentums, vor allem bei Immissionen jeglicher Art sowie baulichen Veränderungen auf dem Grund des Nuntianten durch einen Dritten. Ulpian hatte damit kein Problem, hob allerdings hervor, dass der Eigentümer effizientere Rechtsbehelfe zur Verfügung gehabt habe, wie die Besitzinterdikte *quod vi aut clam* sowie *uti possidetis* (→ § 66 Rn. 39, 63). Auch den Schutz des Eigentums auf dem Wege der *cautio damni infecti* lässt sich unter die *causae naturales* des Pedius subsumieren, wenn man bedenkt, dass der Schadensfall auf dem Grundstück des Nuntianten durch Einwirkungen („Immissionen“) infolge der Bauführung des Nuntiaten befürch-

[31] Ulp. 52 ed. D. 39.1.5.1,3.
[32] Ulp. 45 Sab.D. 39.1.10 und Paul. 11 Sab. D. 39.1.11.
[33] Ulp. 52 ed. D. 39.1.5.5.
[34] Ulp. 52 ed. D. 39.1.5.14.

tet wurde, während die *causa imposticia* den Schutz der städtischen Servituten bezweckte. Der Nuntiationsgrund *causa publica* ermöglichte die Anstrengung der Nuntiation bei jeder Art von Bauführung, die nicht auf gesetzliche Bestimmungen baurechtlicher Art Rücksicht nahm. Diese konnten so Pedius auf *leges, senatusconsulta* und Kaiserkonstitution beruhen.

5. Weiteres zu den Gründen

a. Die *operis novi nuntiatio iuris nostri conservandi causa*

Die *operis novi nuntiatio iuris nostri conservandi causa* konnte ausschließlich bei einer behaupteten Verletzung von Gebäudedienstbarkeiten zur Anwendung gebracht werden (*iura praediorum urbanorum/servitutes urbanae*).[35] Die Entstehung und Perfektionierung dieser Servituten zur Regulierung städtischer, insbesondere stadtrömischer Bebauung, wird in systematischer Weise zur Entwicklung der *operis novi nuntiatio* beigetragen haben. Die Quellen sprechen von einem *ius prohibendi* seitens des Berechtigten, welches die Nuntiation rechtfertigt. In der Tat steht es einem jeden dinglich Berechtigten zu, Maßnahmen, die die Existenz der Servitut in Frage stellen, mittels dinglicher Klage (*actio confessoria*) zu verhindern bzw. zu verbieten.[36] Auf diesem Prohibitionsrecht, das nicht als eigenständiges Recht,[37] sondern als Ausfluss der Dienstbarkeit zu begreifen ist, fußt die Nuntiation. Betroffen waren sämtliche Licht- und Aussichtsdienstbarkeiten, sowie die Stütz- und Traufrechte. Ausdrücklich wird die *operis novi nuntiatio* zum Schutz folgender Servituten genannt: *servitus ne luminibus officiatur*;[38] *servitus oneris ferendi;*[39] *servitus ne prospectui offendatur (obsit)*[40] und *servitus altius non tollendi.*[41] Hinzu kommt der Schutz der *servitutes stillicidii* und *tigni immittendi.* Der Nuntiant hatte in jedem einzelnen konkreten Fall diejenige Dienstbarkeit zu nennen, die durch den erwünschten Baustopp geschützt werden sollte. **16**

Bereits im Vorfeld baulicher Aktivitäten konnte geklärt werden, ob eine Dienstbarkeit existierte oder nicht. Hatte ein Bauwilliger zur Klärung der Rechtslage im Voraus die *actio negatoria* angestrengt, um sicherzugehen, dass er in Ermangelung einer Dienstbarkeit uneingeschränkt bauen dürfe, der Nachbar sich jedoch nicht substantiell **17**

---

[35] So schon *Hasse*, RhMJ 3 (1829) (1829) 579–583, sowie *Rainer*, Bestimmungen (1987) 166 f.; *Branca*, SDHI 6 (1941) 342, und *Solazzi*, Servitù prediali (1949) 88 f., hatten die Auffassung vertreten, dass vermittels der Nuntiation sämtliche Servituten geschützt werden hätten können.

[36] Ulp. 52 ed. D. 39.1.1.17 und Iul. 49 dig. D. 39.1.2.

[37] So *Stölzel*, Operis novi nuntiatio (1865) 38–44. *Burckhard*, in: Glück, Pand. XXXIX/XL.1 76, hatte die Servituten in *servitutes faciendi, prohibendi* und *habendi* eingeteilt, nur die *servitutes prohibendi* und *habendi* hätten die Nuntiation ermöglicht.

[38] Ulp. 29 Sab. D. 8.2.15; Ulp. 52 ed. D. 39.1.5 pr.

[39] Ulp. 17 ed. D. 8.5.6.7.

[40] Ulp. 52 ed. D. 39.1.5 pr.

[41] Jul. 49 dig. D. 39.1.2; Afr. 9 quaest. D. 39.1.15; Ulp. 53 ed. D. 39.2.13.10; Ulp. 71 ed. D. 43.25.1.4.

in die Klage eingelassen (*indefensio*), so konnte letzterer nach der Rechtsmeinung Julians durch den Richter zur Leistung eines Garantieversprechens derart angehalten werden, dass er im Falle der Bauführung keine *operis novi nuntiatio* aussprechen würde.[42]

b. Die *operis novi nuntiatio damni depellendi gratia*

18 Die *operis novi nuntiatio damni depellendi gratia* ist ein Rechtsbehelf, der im Zusammenhang mit der *cautio damni infecti* steht. Die *cautio* konnte auch dann verlangt werden, wenn der Nachbar einen Schaden durch bauliche Tätigkeiten befürchtete. Diese baulichen Tätigkeiten (*opus novum*) mussten geeignet sein, zu einem *vitium operis* zu führen, welches einen Schaden befürchten ließ. Die Nuntiation führte zu einem sofortigen Baustopp. Rechtsverbindlich konnte nur von demjenigen, der eine *cautio damni infecti* postulieren konnte, nur demgegenüber der Baustopp ausgesprochen werden, von welchem die *cautio damni infecti* verlangt werden konnte. Der Baustopp konnte nur durch die Leistung einer *cautio damni infecti* wieder aufgehoben werden. Der Eingriff in die Rechte des Bauführers, der zweifellos *iure* – somit auf einem Grundstück, auf welchem der Bauführer uneingeschränkt und unbehindert von irgendwelchen Dienstbarkeiten bauliche Veränderungen vornehmen durfte – seine Tätigkeit aufgenommen hatte, kann als überaus weitreichend bezeichnet werden, musste er doch allein wegen des Hinweises durch den Nachbarn, dass ein möglicher Schaden auf dessen Grundstück drohe, jede weitere Aktivität abbrechen und entweder tatsächlich die Kaution leisten oder beim Prätor ein Remissionsverfahren beantragen. Darin lag für den bedrohten Nachbarn ein erheblicher Vorteil, ersparte er sich doch auf diese Weise den ansonsten unerlässlichen Gang zum Prätor, welcher auf Grund einer *causae cognitio* ein *iussum de cavendo* erteilen konnte, wollte er die Kaution erzwingen. Stellte der Bauführer jede Aktivität ein, so war der *operis novi nuntiatio* genüge getan; bestand der gefährdete Nachbar weiterhin auf der *cautio damni infecti*, so musste er das hierfür vorgesehene Verfahren betreiben, der Weg zum Prätor blieb ihm somit nicht erspart.

c. Die *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*

19 Dieser Nuntiationsgrund umfasst zwei tatbestandsmäßige Gruppen: Zum einem galt es, bei jeder Art von Bauführung auf gesetzliche Bestimmungen baurechtlicher Art Rücksicht zu nehmen. Sex. Pedius (Ulp. D. 39.1.5.9) spricht in diesem Zusammenhang von der Beachtung von *leges, senatusconsulta constitutionesque principum*. Ulpian nennt (D. 39.1.1.17) *leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt*, wobei er ausdrücklich hervorhebt, dass es sich dabei um Bestimmungen handelt, die die Bauweise betreffen. Zu denken wäre an Höhenbeschränkungen und die Baustoffe betref-

[42] Afr. 9 quaest. D. 39.1.15.

fende Ge- bzw. Verbote.[43] Hinweise auf derartige Maßnahmen finden sich allerdings nur in der literarischen Überlieferung. Sueton[44] berichtet von einer *oratio Rutilii* im Senat *de modo aedificiorum*, Tacitus spricht im Zusammenhang mit dem Wiederaufbau nach dem verheerenden Brand Roms unter Nero ganz allgemein von *cohibita aedificiorum altitudine.*[45] Die zweite Gruppe umfasste den Schutz aufgrund normativer Beschränkungen von besonders ausgewiesenen nicht-privaten Grundstücken: *loca sacra, loca religiosa,* sowie allgemeine *loca publica,* sowie Flussufer und wohl auch andere mehr, die allesamt durch der Allgemeinheit offenstehende Interdikte geschützt waren, wobei bei einem nicht näher definierten *locus publicus* nur diejenigen aktivlegitimiert waren, die selbst einen Nachteil und sei es den Verlust eines Vorteils erlitten hatten,[46] ansonsten *quivis ex populo.*[47] Ausgeschlossen war die Nuntiation bei wichtigen Instandsetzungsarbeiten von Kloaken und Flussufern sowie bei Renovierungsarbeiten auf öffentlichem Grund bei Gefahr in Verzug.[48] Entgegen der immer wieder behaupteten Bedeutungslosigkeit[49] dieses Nuntiationsgrundes haben Santuccis Untersuchungen das weite und bedeutende Anwendungsfeld bestätigt.[50] Paulus Aussage zur *ratio legis* ist diesbezüglich wohl entscheidend: D. 39.1.4: *Nam rei publicae interest quam plurimos ad defendendam suam causam admittere.*

6. Die Aufhebung: *Satisdatio-Remissio*

Der Baustopp wurde durch die *operis novi nuntiatio* erzwungen und konnte nur entweder durch ein besonderes Verfahren, die *remissio,* oder durch eine *satisdatio* wieder aufgehoben werden. Diese Möglichkeiten standen dem Bauführer zur Verfügung, wollte er seine Tätigkeit legal fortsetzen. Es handelt sich um zwei voneinander unabhängige Optionen: Die *satisdatio* kann keinesfalls als Voraussetzung der *remissio* begriffen werden.[51] Die Aussage in Ulp. D. 43.25.1.2: (*ceterum sive satisdatio interveniat sive non,* **20**

[43] Zweifelnd noch *Rainer*, Bestimmungen (1987) 213 f. und 223 f. *Stölzel*, Operis novi nuntiatio (1865) 141 f., hatte angenommen, dass mit Hilfe dieses Nuntiationsgrundes ausschließlich bauliche Veränderungen auf öffentlichem Grund beeinsprucht werden konnten. *Burckhard*, in: Glück, Pand. XXXIX/XL.1 125–129, akzeptierte zwar die *operis novi nuntiatio* bei baulichen Veränderungen entgegen gesetzlicher Bestimmungen auf Privatgrund, hielt die Nuntiation allerdings für einen besonderen Fall des *ius nostrum conservare. Santucci*, Operis novi nuntiatio (2001) 103–109, verteidigt die Klassizität des gesamten Textes.

[44] Suet. Vita Aug. 89.

[45] Tac. Ann.15,43.

[46] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.5–15.

[47] Ulp. 52 ed. D. 39.1.3.4.

[48] Ulp. 52 ed. D. 39.1.5.11–12.

[49] *Cosentini*, Misc., *Melillo*, Labeo 12 (1966) 196 f.

[50] *Santucci*, Operis novi nuntiatio (2001) 157–162.

[51] *Rainer*, Bestimmungen (1987) 184, in diesem Sinne *Branca*, SDHI 6 (1941) 316 f.; *Bonfante*, Corso II.1 455. Anderer Auffassung *Burckhard*, in: Glück, Pand. XXXIX/XL.1 337–340, und zuletzt unter Verweis auf Ulp. D. 43.24.7.2 *Paricio*, Denuncia (1982) 167–174.

remissio facta hoc tantum remittit, in quo non tenuit nuntiatio. plane si satisdatum est, exinde remissio facta est, non est necessaria remissio)[52] ist unzweideutig. Im Remissionsverfahren klärte der Prätor *causa cognita*, ob tatsächlich der vom Nuntianten angeführte Grund vorlag oder nicht, ob er die Nuntiation kraft seines *ius prohibendi*[53] ausgeübt habe oder nicht. Die Entscheidung wurde in Form eines Dekrets getroffen.[54] Es handelt sich somit um ein besonderes prätorisches Verfahren. Der Remission ist zwar ein eigener Digestentitel (43.25) gewidmet, dieser wurde aber von den Kompilatoren unter die Interdikte gereiht. Diese Entscheidung erfolgte wohl aus palingenetischen Gründen, stammen die Fragmente doch allesamt aus Ulpians 71. Buch des Ediktkommentars. In diesem Zusammenhang behandelte Ulpian das *interdictum demolitorium* und verwies dabei folgerichtig auf das Remissionsverfahren. Der Nuntiat verlangte in diesem Verfahren keine endgültige Entscheidung bezüglich der Existenz oder Nichtexistenz eines dinglichen Rechts, vielmehr waren die Abläufe bestimmt von einer raschen Beweisaufnahme alleine die Behauptungen betreffend, auf welchen die Nuntiation beruhte und welche den Prätor ebenso rasch überzeugen mussten. Es handelt sich um eine einem possessorischen Verfahren insofern vergleichbare Vorgehensweise, als über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines dinglichen Rechts nicht endgültig entschieden wurde. Wurde der Prätor von der Fehlerhaftigkeit der Nuntiation überzeugt, konnte er insbesondere keinen der angeführten Nuntiationsgründe erkennen, oder war eine der anderen Voraussetzungen nicht erfüllt worden, so wurden mit dem Erlass eines Dekrets die Wirkungen der Nuntiation aufgehoben, der Bauführer konnte seine bauliche Tätigkeit fortsetzen. Entsprach die Nuntiation nicht den genannten Voraussetzungen, so konnte sie auch keine Wirkungen entfalten.

21 Auch im Falle einer *operis novi nuntiatio damni depellendi gratia* konnte das Remissionsverfahren Anwendung finden. Dabei musste es neben der Prüfung der allgemeinen Voraussetzungen darum gehen, den Prätor davon zu überzeugen, dass die bauliche Tätigkeit zu keinem *vitium operis* und in weiterer Folge zu keinem Schadensfall führen konnte. Es erscheint durchaus gerechtfertigt zu sein, auch dem Nuntiaten die Möglichkeit einer *aditio praetoris* zu geben, auf dass möglichst schnell unter Mitwirkung des Prätors auf dem Wege einer *causae cognitio* über die tatsächliche Notwendigkeit einer *cautio damni infecti* entschieden werden konnte.[55] Üblicherweise hätte der gefährdete Nachbar ohnehin den Weg zum Prätor beschreiten müssen, um ein *iussum de cavendo* zu erreichen. Im Rahmen des prätorischen Kognitionsverfahrens blieben aber auch die

[52] Vgl. auch Ulp. 80 ed. D. 39.1.21.1.

[53] Ulp. 52 ed. D. 39.1.1. pr.

[54] *Rainer*, Bestimmungen (1987) 171–173.; *Stölzel*, Operis novi nuntiatio (1865) 190–205, und besonders *Burckhard*, in: Glück, Pand. XXXIX/XL.1 389–397, dagegen hatten die Lehre vertreten, dass es sich um ein Interdiktenverfahren gehandelt haben musste. Für ein prätorisches Dekret auch *Biondi*, BIDR 29 (1916) 235–241, sowie *Kaser*, RP I, 409. Zum gesamten Verfahren vgl. *Paricio*, Denuncia (1982) 149–194.

[55] *Rainer*, Bestimmungen (1987) 206 f., sowie *Burckhard*, in: Glück, Pand. XXXIX/XL.1 152–154.

Rechte des Bauführers gewahrt. Leistete der Nuntiat die *cautio damni infecti* dagegen unmittelbar als Reaktion auf die Nuntiation, so entfiel die prätorische Kontrolle. Insofern erscheint die Möglichkeit des Remissionsverfahrens durchaus im Sinne eines Interessenausgleichs bewertet werden zu können.

Auch im Falle einer *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia* sollte die Anwend- **22**
barkeit des prätorischen Remissionsverfahrens angenommen werden.[56] Im Gegensatz zur *operis novi nuntiatio iuris nostri conservandi causa* konnte bei einer Bauführung *in publico* die Wirksamkeit der Nuntiation durch eine einfache *repromissio* ohne eine verpflichtende Bürgenstellung aufgehoben werden. Der Inhalt der Kaution entsprach jenem der *satisdatio*, somit die Wiederherstellung des Zustandes vor der baulichen Veränderung.[57]

Zur Klärung der Rechtslage war dem Nuntiaten jedenfalls entweder die Sicherheits- **23**
leistung oder das Remissionsverfahren zu empfehlen.[58] Tat er dies nicht, da er von der Unwirksamkeit der Nuntiation überzeugt war, so konnte er diese Argumente in einem möglicherweise vom Nuntianten angestrebten Verfahren auf der Grundlage des *interdictum demolitorium* dartun. Scheute der Nuntiat den Weg zum Prätor zwecks Erlangung der Remission, konnte er jederzeit dem Nuntianten von sich aus eine *satisdatio* anbieten.[59] Die *satisdatio* in Stipulationsform enthielt ein Versprechen *de restituendo*, dass der Bauführer, sollte der Nuntiant im Verfahren bezüglich des Rechtes selbst, somit der dinglichen Klage, Recht behalten, die baulichen Maßnahmen rückgängig machen würde.[60] Auch die Haftung des Erben wurde ausdrücklich in die Stipulation aufgenommen.[61] Eine *satisdatio* implizierte auch eine Absicherung durch Bürgenstellungen. Das Angebot der *satisdatio* seitens des Nuntiaten wurde als ausreichend erachtet[62] um weiterbauen zu dürfen, der Nuntiant war freilich gut beraten, selbige anzunehmen. Wollte er weiterhin auf seinem Recht bestehen und die Bautätigkeit des Nuntiaten in Frage stellen, so musste er seinerseits die dingliche Klage anstrengen. Der Vorteil für den Nuntianten war – neben der ökonomischen Potenz der Bürgen – wohl darin zu sehen, dass er im Falle des Prozessgewinnes im Rahmen einer *actio confessoria* oder auch bei der *indefensio* im Rahmen der dinglichen Klage den Nuntiaten oder wahlweise den Bürgen unmittelbar belangen konnte. Waren weder Nuntiat noch Bürgen bereit, die Restitution vorzunehmen, somit den ursprünglichen baulichen Zustand wiederherzustellen, so waren sie auf der Grundlage der Arbiträrklausel in der vom Kläger bestimmten Höhe[63] auf Geld zu verurteilen.

---

[56] *Rainer*, Bestimmungen (1987) 220; so schon *Burckhard*, in: Glück, Pand. XXXIX/XL.1 405–422 und *Paricio*, Denuncia (1982) 176–181; anderer Auffassung *Branca*, SDHI 6 (1941) 318–321 und *Cosentini*, Misc. 164 f. und 178 f.

[57] Ulp. 70 ed. D. 46.5.1.6.

[58] Anders noch *Rainer*, Bestimmungen (1987) 173 und 175.

[59] Ulp. 71 ed. D. 39.1.20.1,5.

[60] Vgl. *Burckhard*, in: Glück, Pand. XXXIX/XL.1 436 ff.

[61] Paul. 48 ed. D. 39.1.8.7.

[62] Ulp. 71 ed. D. 39.1.20.5.

24 Remission und *satisdatio* sind jedenfalls selbständige Rechtsbehelfe mit demselben Ziel, die sofortige oder zumindest alsbaldige Aufhebung des Baustopps zu erwirken. Ebenso wie die Nuntiation selbst, der von den Prätoren eine unmittelbare und drastische Wirkung beigemessen wurde, entfalteten sie unmittelbare Wirkungen zugunsten des Bauwilligen; somit erscheint eine wohlüberlegte, geradezu systematische Entstehung all dieser Rechtsbehelfe als wahrscheinlich.[64]

25 Hatte der Nuntiat die *satisdatio* geleistet oder zumindest angeboten, so sollte er uneingeschränkt weiterbauen dürfen, insbesondere sollte ihn der Nuntiant nicht, auf welche Weise auch immer, daran hindern können. Zu diesem Zweck hatte der Prätor ein prohibitorisches Interdikt in sein Edikt aufgenommen, das gemeinhin als „*ne vis fiat aedificanti*" bezeichnet wird.[65] Ausdrücklich wird die *repromissio* als geeignete Voraussetzung des Interdikts ausgenommen mit dem Argument, dass bei baulichen Veränderungen auf öffentlichem Grund das Recht zur Bauführung ehest möglich zu klären sei.[66]

7. Das *interdictum demolitorium*

26 Für den Fall, dass der Baustopp nicht erfolgte, die *operis novi nuntiatio* somit nicht beachtet wurde, sowie weder eine *satisdatio* angeboten worden noch eine *remissio* erfolgt war, konnte der Nuntiant ein besonderes Interdikt anstrengen, das *interdictum demolitorium*,[67] wie es seit der Glosse genannt wird,[68] und so gegen den Nuntiaten oder gegen dessen Erben[69] vorgehen. Das Interdikt war aktiv vererblich und konnte auch vom Einzelrechtsnachfolger angestrengt werden.[70] Von erheblichem Interesse ist die Frage, ob auch der Einzelrechtsnachfolger mit diesem Interdikt belangt werden konnte. Anhand des Verkaufs einer Liegenschaft, auf welcher eine bauliche Veränderung vermittels *operis novi nuntiatio* beeinsprucht worden war, wurden verschiedene Lösungen aufgezeigt: Javolen[71] war der Auffassung, dass der Käufer, falls er selbst bauliche Veränderungen trotz der dem Verkäufer gegenüber erfolgten Nuntiation vorgenommen hatte, belangt werden könne, weil: *nuntiatio operis non personae fit et is obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est.* Dagegen war Gaius der Auffassung, dass ein Käufer, der gegen die Nuntiation verstoßen hatte, nicht haftbar ge-

[63] Ulp. 80 ed. D. 39.1.21.4; Paul. 73 ed. D. 46.5.2 pr. 1.
[64] Vgl. *Möller*, Servituten (2010) 134.
[65] Ulp. 71 ed. D. 39.1.20.9.
[66] Ulp. 71 ed. D. 39.1.20.13.
[67] *Rainer*, Bestimmungen (1987) 188–195.
[68] Ulp. 71 ed. D. 39.1.20 pr und 1.
[69] Ulp. 71 ed. D. 39.1.20.8.
[70] Ulp. 71 ed. D. 39.1.20.8 unter Hinweis auf Labeo, der eine *taxatio* in die Klageformel hineinreklamiert hatte, um die Höhe der Verurteilung in Geld auf den Vorteil zu beschränken, den der Erbe des Nuntiaten gezogen hatte.
[71] Iav. 7 ep. D. 39.1. 23.

macht werden könne, weil *ei nuntiatum non sit.*[72] *In iure* prüfte der Prätor die Voraussetzungen: Aktivlegitimation zur Nuntiation, Ort, Zeit, *opus novum,* vorgetragener Nuntiationsgrund,[73] sowie das Faktum der Fortsetzung der baulichen Tätigkeit trotz des Verbotes unabhängig davon, ob dem Nuntianten ein *ius prohibendi* zustand oder nicht, ob die Tätigkeit *iure* erfolgt war oder nicht.[74] Bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen und damit der Wirksamkeit der *operis novi nuntiatio* erließ er sodann das Interdikt, das zum Ziel hatte, sämtliche bauliche Veränderungen, die seit der Nuntiation erfolgt waren, wieder rückgängig zu machen. Dies beinhaltete der ausdrückliche Auftrag des Prätors in Form eines restitutorischen Interdikts. Tat dies der Nuntiat nicht, so wurde ein Prozess auf der Grundlage des Interdikts eingeleitet, in welchem ein Geschworener Behauptung und Beweise zu prüfen hatte. Gelangte dieser zur Überzeugung, dass tatsächlich auf Grund der genannten Voraussetzungen gegen ein Bauverbot verstoßen worden war, so wurde dem beklagten Nuntiaten im Rahmen der Arbiträrklausel die Restitution aufgetragen, sowie im Weiteren das Versprechen unter Stellung von Bürgen, sich an den Baustopp halten zu wollen. Erfolgte die Restitution nicht zum festgesetzten Zeitpunkt, wurde dem Kläger der Schätzeid ermöglicht. Die Summe des Geldes spiegelte somit ökonomisch das gesamte Ungemach wider, das der Nuntiant in Folge des Weiterbaus trotz des Baustopps erleiden hatte müssen. Wurde der Erbe belangt, so oblag diesem im Rahmen seiner Restitution nur ein *patientiam praestare*: der Nuntiant war ermächtigt, eigenständig die bauliche Veränderung wieder rückgängig zu machen.[75] Für die Einzelrechtsnachfolge nach erfolgtem Verstoß gegen die Nuntiation fehlen die Hinweise in den Quellen, eine analoge Anwendung des *patientiam praestare* womöglich in Verbindung mit schadenersatzrechtlichen Konsequenzen beim Veräußerer sind wahrscheinlich.[76] Ausdrücklich[77] wird unterstrichen, dass im Verfahren *ex interdicto* die Rechtsfrage selbst nicht behandelt werden durfte. Allein die Nichtbefolgung einer gültigen Nuntiation löste die Rechtsfolgen aus.[78]

Jederzeit konnten Nuntiant und Nuntiat bei Unstimmigkeiten bezüglich des Nuntiationsgrundes die Rechtslage vor Gericht prüfen lassen. **27**

Hatte der Nuntiat Sicherheit geleistet oder eine Remission erwirkt, oblagen die weiteren Schritte dem Nuntianten: Im Falle einer *operis novi nuntiatio iuris nostri conservandi causa* musste er die *actio confessoria* der entsprechenden Dienstbarkeit anstrengen. Dem Nuntianten verblieb so als letzte Möglichkeit, sich auf die dingliche Klage bezüglich der Existenz der Servitut zu stützen. **28**

---

[72] Gai D. 4.7.3.3.

[73] *Rainer*, Bestimmungen (1987) 192 f.; *Burckhard*, in: Glück, Pand. XXXIX/XL.1 239.

[74] Ulp. 71 ed. D. 39.1.20.1,3.

[75] Marcell. 15 dig. D. 39.1.22 mit dem Hinweis, dass die Restitution aus dem Interdikt als *poena* zu verstehen sei und als solche nicht vererbbar sei.

[76] *Rainer*, Bestimmungen (1987) 192; *Burckhard*, in: Glück, Pand. XXXIX/XL.1 201–208.

[77] Eine andere Möglichkeit bestand im Verfahren *per sponsionem*. Die Verfahrenswahl *per formulam arbitrariam* lag beim Nuntiaten.

[78] Ulp. 71 ed. D. 39.1.20.11.

29 Im Falle eines Begehrens einer *cautio damni infecti* war das eigens hierfür vorgesehene Verfahren zu beachten. Im Falle des Schutzes eines *ius publicum* waren die hierfür eingerichteten Verfahren (zumeist Interdikte) zu wählen.

8. *Conclusio*

30 Die *operis novi nuntiatio* ist ein Rechtsbehelf, der als wichtigster Eingriff zur Regulierung der baulichen Tätigkeiten entwickelt wurde. Ein überaus raffiniertes Verfahren soll den Interessensausgleich zwischen Bauführer und Nachbarn, zwischen Nuntiat und Nuntiant garantieren. Der primäre Ablauf ist durch bemerkenswerte Schnelligkeit und Effizienz gekennzeichnet: Unter Einhaltung sämtlicher Prämissen wird der Baustopp im Augenblick der Nuntiation sofort fällig. Ebenso schnell kann aber der Bauwillige den Baustopp durch eine Sicherheitsleistung wieder aus der Welt schaffen. Bemerkenswert ist dabei, dass das Verfahren ausschließlich in den Händen der Privaten lag, ohne dass die staatliche Gewalt in irgendeiner Weise beansprucht werden musste.

II. Die *cautio damni infecti*

1. Einführung

31 Die *cautio damni infecti* war eine besondere Form einer Sicherstellung, die, falls nicht freiwillig geleistet, beim Prätor oder bei Gefahr in Verzug beim Munizipalmagistrat[79] beantragt (postuliert) werden musste und vom Prätor bzw. dem Munizipalmagistrat, zumeist einem *duovir*, auferlegt wurde. Die weiteren Verfahrensschritte, insbesondere die Missionen blieben den Prätoren oder *praesides* in den Provinzen vorbehalten, in Italien möglicherweise besonderen, für einzelne Sprengel eingesetzten Gerichtsmagistraten, wie den *iuridici*.[80] Wer auch immer von einem nachbarlichen Bauwerk oder einer baulicher Tätigkeit am Nachbargrundstück einen Schaden befürchtete, somit einen Schaden, der noch nicht eingetreten war, war berechtigt, diesen Antrag zu stellen. Voraussetzung war, dass der Postulant eidmäßig schwor, die Kaution nicht willkürlich verlangen zu wollen (*non calumniae causa*).[81] Die Leistung eines derartigen Eides führte dazu, dass der Prätor die Voraussetzungen der Aktivlegitimation bezüglich der Postulation nicht mehr substantiell zu prüfen brauchte.[82] Er setzte einen Zeitpunkt fest, innerhalb dessen die Kaution geleistet werden musste. Es ist davon auszugehen, dass die Zeitspanne aller Regel nach äußerst knapp bemessen wurde. Das *damnum* selbst musste durch ein *vitium*, sei es *aedium*, sei es *loci*, sei es *operis*, befürchtet

[79] Ulp. 1 ed. D. 39.2.1.
[80] Ulp. 1 ed. D. 39.2.4.4.
[81] Ulp. 53 ed. D.3 9.2.7 pr. sowie Ulp. 53 ed. D. 39.2.13.3.
[82] Ulp. 53 ed. D. 39.2.13.

werden. Die *cautio damni infecti* diente zum einen der Erhaltung der Gebäude, zum anderen zwang sie Bauwillige zu erhöhter Vorsicht. Damit kam diesem rein privatrechtlichen Instrument auch eine wichtige öffentliche Funktion zu.

Beginnend mit dem Eigentümer eines Grundstücks waren all jene postulationsberechtigt, somit berechtigt, die Kaution beim Prätor zu beantragen, die selbst Schäden zu befürchten hatten oder für eventuelle Schäden die Gefahr trugen:[83] Eigentümer, Usufruktuar, Superfiziar, Pfandgläubiger, gutgläubiger Besitzer, Mieter[84] und selbst die Frau des Mieters oder Menschen, die ständig in dessen Haushalt wohnten. Der Mieter konnte die Kaution freilich nicht vom Vermieter verlangen, er hatte sich aus dem Mietvertrag schadlos zu halten.[85] Bezüglich der Kautionsberechtigten waren die Juristen lange Zeit unterschiedlicher Auffassung gewesen, Marcellus hatte dem Pfandgläubiger und dem gutgläubigen Besitzer dieses Recht abgesprochen,[86] auch bezüglich des Usufruktuars und des Superfiziars gab es Meinungsverschiedenheiten, die zur Zeit Ulpians ausgeräumt waren.[87] Zur Kautionsleistung verpflichtet und geradezu mit einer elektiven Korrealhaftung belegt waren Eigentümer, Usufruktuar, Superfiziar[88] und wohl auch der Pfandgläubiger[89] und gutgläubiger Besitzer,[90] wobei im Falle des Eigentümers und des gutgläubigen Besitzers ein einfaches Schuldversprechen (*repromissio*) ausreichend war, alle anderen hatten auch Bürgen zu stellen (*satisdatio*). Musste der Eigentümer anstelle des Usufruktuars die Kaution leisten, so erlosch der Nießbrauch,[91] es sei denn der Nießbraucher versprach seinerseits dem Eigentümer, ihn schadlos zu halten. Leistete der Usufruktuar die Kaution wegen eines *vitium soli*, so wurde er selbst Eigentümer.[92] Leisteten im Falle eines Nießbrauchs weder der Eigentümer, noch der Usufruktuar die Kaution, so erlosch gleichermaßen mit Einweisung des Kautionsberechtigten in den Besitz der Nießbrauch.[93] Im formelhaften Wortlaut der Kaution wurden regelmäßig Erben und Einzelrechtsnachfolger des Kaventen genannt.[94] Mehreren Postulanten gegenüber wurde ohne Bestimmung einer Quote caviert, jeder von ihnen hatte dadurch Anspruch auf Ersatz des ihm persönlich entstandenen Schadens, konnte also nie *in solidum* Ersatz verlangen. Auf Seiten der Caventen dagegen belief sich die Haftung je nach der Quote ihrer Berechtigung am Grundstück.[95] Diese Quote „*pro dominicis partibus*“ musste sich in der Stipulation selbst

32

[83] Paul. 48 ed. D. 39.2.18 pr.
[84] Ulp. 53 ed. D. 39.2.13.5 sowie Paul. 8 Plaut. D. 39.2.21.
[85] Ulp.42 Sab. D. 39.2.33.
[86] Ulp. 53 ed. D. 39.2.11.
[87] Ulp. 53 ed. D. 39.2.13.8: *hodie.*
[88] Ulp. 53 ed. D. 39.2.9.4.
[89] Arg. e Ulp. 53 ed. D. 39.2.11 sowie Ulp. 53 ed. D. 39.2.13.1.
[90] Ulp. 53 ed. D. 39.2.13 pr.
[91] Ulp. 53 ed. D. 39.2.9.5 sowie Paul. 48 ed. D. 39.2.10.
[92] Paul. 48 ed. D. 39.2.10 unter Bezugnahme auf Julian.
[93] Ulp. 53 ed. D. 39.2.9.5.
[94] Ulp. 81 ed. D. 39.2.24.1.
[95] Paul. 78 ed. D. 39.2.27.

wiederfinden.[96] Verkaufte ein Postulationsberechtigter, dem die Kaution geleistet worden war, das Grundstück, so konnte sich auch der Käufer im Schadensfall auf diese Kaution berufen. Aristo hatte dies abgelehnt, weil er befürchtete, dass der Cavent dadurch beiden gleichermaßen haftete. Dem widersprach Paulus mit dem Argument, dass die *condemnatio* nur das *quanti ea res erit* berücksichtigen würde, so dass nur der zukünftige Schaden, also jener, der den Käufer treffen würde, zu ersetzen sei. Bis zur *traditio* müsse freilich der Verkäufer danach trachten, die *cautio damni infecti* zu erwirken, erst ab diesem Zeitpunkt der Käufer. Da der Verkäufer im Zeitraum zwischen Vertragsabschluss und Übergabe auf der Grundlage der *custodia* hafte, müsse er dem Käufer gegenüber alle Vorsichtsmaßnahmen obwalten lassen, *omniam diligentiam emptori praestare,* und daher die Konsequenzen tragen für den Fall, dass er die Kaution nicht verlangt hatte.[97]

33 Der Wortlaut muss derart gewesen sein: „Versprich Du mir, jeden Schaden zu ersetzen, der durch Dein Gebäude (deinen Baum, deinen Grund, deine bauliche Tätigkeit) auf meinem Grund auftreten wird."

34 Die Kaution selbst trug ein Ablaufdatum und war damit terminisiert: Nur innerhalb dieses Zeitraumes konnte der Schaden Berücksichtigung finden.[98] Der Termin wurde vom Prätor *causa cognita* festgesetzt.

35 Sinn und Zweck einer Kaution für zukünftige Schadensfälle war die Festsetzung einer Haftung im Sinne der Gefahrtragung im Bau- und Nachbarrecht jenseits der aquilischen Haftung, welcher ja ein Verschuldensbegriff (*iniuria*) zugrunde lag. Damit stellt die *cautio damni infecti* eine bemerkenswerte Frühform der Gefährdungshaftung dar. Sobald der Schaden tatsächlich eingetreten war, konnte vermittels *actio ex stipulatu* der Ersatz verlangt werden, wobei nur die Kausalität zwischen *vitium* und *damnum* zu beweisen war. In der Formel findet sich bei der *condemnatio* die Formulierung des *quanti ea res erit.*[99]

36 Weigerte sich der Nachbar (in der Literatur findet sich auch der Begriff Impetrat) die Kaution zu leisten, so standen dem Prätor Rechtsbehelfe zur Verfügung, *missiones*, die letzten Endes zur Enteignung des Grundstückes, von welchem der Schaden drohte, zu Gunsten des Postulationsberechtigten, führten.

2. Die Entstehung

37 Die *cautio damni infecti.* steht im engen Zusammenhang mit der massiven Urbanisierung der 2. Hälfte des 2. Jh. und wurde nach Vorschlägen genialer Juristen, die dogmatisch die Kategorie der Gefahrtragung erfassten, von den Prätoren in das Edikt aufgenommen. Doch es kann kein Zweifel darüber bestehen, dass die Problematik des

[96] Ulp. 43 Sab. D. 39.2.40.2 unter Berufung auf Julian.
[97] Paul. 48 ed. D. 39.2.18.9, 10.
[98] Ulp. 53 ed. D. 39.2.13.15.
[99] Paul. 48 ed. D. 39.2.18.10 sowie Ulp. 81 ed. D. 39.2.28 pr.

damnum infectum bereits in früheren Zeiten Beachtung gefunden hatte. Nach Gaius IV, 31 konnte auch nach Abschaffung der Legisaktionen durch das augusteische Gesetz des Jahres 17 v. Chr. (*lex Julia iudiciorum privatorum*) weiterhin im Falle des *damnum infectum* auf der Grundlage des Legisaktionenverfahrens vorgegangen werden. Gaius meint allerdings, dass zumindest zu seiner Zeit die Kaution *plenius* und *commodius* gewesen sei. Wir haben von einer *legis actio per pignoris capionem* auszugehen, deren Zweck es war, dem Nachbarn 30 Tage lang ein Pfandrecht an der Liegenschaft zu gewähren, von welcher der Schaden auszugehen drohte. Während dieser 30 Tage sollte dem Eigentümer ein letztes Mal die Möglichkeit gegeben werden, bauliche Maßnahmen zu ergreifen, um die Gefahr zu beseitigen.[100] Tat er das nicht, so verfiel das Grundstück. Diese Art der Berücksichtigung des drohenden Schadens musste von alters her für die *vitia aedium* und *loci* beabsichtigt gewesen sein und angesichts der Tatsache, dass der augusteische Gesetzgeber daran festhalten wollte, durchaus effizient gewesen sein. Insofern ist entgegen anderslautenden Vermutungen[101] davon auszugehen, dass die Kaution vom *praetor urbanus* zum Zweck der Berücksichtigung des *vitium operis* in das Edikt aufgenommen wurde. Dafür spricht nicht zuletzt die enge Verbindung zwischen *damnum infectum* und *operis novi nuntiatio.*

Gerade bei gefährlicher Bauführung konnte das *opus* vermittels Nuntiation gestoppt **38**
werden. Das bereits zu anderen Zwecken (Schutz der Gebäudedienstbarkeiten) im Edikt verankerte Institut der *operis novi nuntiatio* wurde nun auf das *damnum infectum* ausgedehnt und in diesem Zusammenhang die Kaution als neuer Rechtsbehelf eingeführt. Die Erwähnung des Peregrinenprätors in der *lex Rubria de Gallia Cisalpina* im Zusammenhang mit der *cautio damni infecti* erklärt sich damit, dass es sich dabei um Provinzialrecht handelte. Die eingehende Auseinandersetzung des Alfenus[102] und Labeo[103] mit der gesamten Problematik des *damnum infectum* belegt aber, dass bereits in augusteischer Zeit die Kaution auch bei befürchteten Schäden infolge eines *vitium aedium* oder *loci* verlangt werden hätte können und die Formel in ihrer Gesamtheit im Edikt des Prätors aufscheinen musste. Diesbezüglich ist auch die fundierte Kommentierung des Servius[104] ein Hinweis auf die bereits erfolgte Aufnahme der tatbestandmäßigen Voraussetzung des *vitium aedium* in das Edikt zu einem noch früheren Zeitpunkt. Möglicherweise bestanden aber noch Unklarheiten bezüglich der genauen Vorgangsweise bei den Missionen oder bei der Vorgehensweise im Falle, dass die Postulation der Kaution versäumt worden war, so dass das Festhalten am altzivilen Verfahren geboten erschien.

[100] *Falcone*, APal 43 (1987) 521–525.; *Rainer*, FS Hausmaninger 246–253.

[101] Vgl. insbesondere *Rainer*, Bestimmungen (1987) 145 f., für eine Schöpfung des *praetor peregrinus* im Rahmen der *vitia aedium.*

[102] Alf. 2 dig. D. 39.2.43.

[103] Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.32–35; Ulp. 81 ed. D. 39.2.24.3–5,11.

[104] Ulp. 81 ed. D. 39.2.24.4, 5.

3. Das *vitium operis*

39 Das *vitium operis*[105] bedeutet eine mangelhafte Bauführung, wobei der Mangel bei jeder Art von baulicher Tätigkeit ebenso wie beim fertiggestellten Produkt dieser Tätigkeit auftreten konnte, die letztendlich zum Schadensfall auf dem nachbarlichen Grundstück führte.[106] Die bauliche Tätigkeit (*aedificare, scindere*) ist dabei weit zu verstehen, auch jede Grabung fällt darunter (*fodere*).[107] Die *c .d. i.* diente somit nicht generell der Abwehr von Immissionen, die das Resultat eines beliebigen *facere* gewesen sein könnten (eine Lehre, die insbesondere von Burckhard[108] vertreten wurde), sondern nur dann, wenn diese die Folge einer mangelhaften Bauführung oder eines mit Mängeln behafteten Ergebnisses dieser Bauführung waren. Ebenso wenig benötigte es eine *cautio damni infecti*, um im Falle einer *actio negatoria* Schadensersatz einklagen zu können. Dies war von Burckhard auf der Grundlage von Alfen. D. 39.2.17.2, dem berühmten „Misthaufenfall" vertreten worden. Die aus dem Misthaufen austretende Gülle hatte die Mauer des Nachbarn beschädigt, die Antwort Alfens lautete: … *si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.*[109] Infolge mangelhafter baulicher Vorkehrungen – eben *vitium operis* – war es zum Schadensfall gekommen, die *actio ex stipulatu* konnte durchaus eine eigenständige Bedeutung haben, etwa wenn die Immission bereits beseitigt worden war und daher die *actio negatoria* als unzweckmäßig erscheinen musste.

40 Wer durch bauliche Tätigkeit auf eigenem Grund (*facere iure in suo*) dem Nachbarn Annehmlichkeiten nimmt, auf die er kein Recht hat – Sperren eines Wasserzuflusses etwa – kann nicht auf Grund der *cautio damni infecti* belangt werden.[110] Dagegen hatte freilich der Frühklassiker Trebatius die Auffassung vertreten, dass vom beeinträchtigten Nachbarn gerade in Ermangelung einer *servitus altius non tollendi* bei einer Bauführung, die den Lichteinfall schmälere, Schadensersatz auf Grund der *cautio damni infecti* gefordert werden könne.[111] Dagegen hatte Proculus die Ansicht vertreten, dass bei rechtmäßigen baulichen Veränderungen, also in Ermangelung von Dienstbarkeiten, schadensersatzrechtliche Forderungen auf der Grundlage der *cautio damni infecti* nicht möglich wären: Es sei dabei darauf zu achten, ob ein tatsächlicher Schaden vorliege, oder ob dem Nachbar nur eine Bevorzugung, ein Vorteil (*lucrum*) geschmälert wer-

---

[105] Ulp. 81 ed. D. 39.2.24.1.

[106] Ulp. 81 ed. D. 39.2.24.1.

[107] So *Rainer*, Nachbarrechtliche Bestimmungen (1987) 113.

[108] *Burckhard*, in: Glück, Pand. XXXIX/XL.2 162.

[109] So aber *Burckhard*, in: Glück, Pand. XXXIX/XL.2 232–238, 248–250, der jedes *facere* im Rahmen der *cautio* berücksichtigt wissen wollte. Insbesondere bei indirekten Immissionen, die nicht vorhersehbar gewesen seien, sei die Kaution zur Erlangung des Schadensersatzes nötig gewesen. Vgl. in diesem Sinne auch *Hesse*, Rechtsverhältnisse (1880) 291–293.

[110] Ulp. 81 ed. D. 39.2.26.

[111] Paul. 78 ed. D. 39.2.25.

de.[112] Die eher vorsichtige Aussage Ulpians, dass ihm die Rechtsmeinung des Proculus als die richtige erscheine,[113] belegt, dass offenbar beide Auffassungen weiterhin vertreten wurden. Aus der neueren Literatur seien insbesondere die Bemühungen von Rodger genannt, die *cautio damni infecti* bei Verringerung des Lichteinfalls als grundlegenden Rechtsbehelf in den Vordergrund zu stellen.[114]

Bei baulicher Tätigkeit auf öffentlichem Grunde konnten natürlich auch *vitia* auf- **41**
treten. Mit Hilfe der *cautio damni infecti* konnten aber nur jene *opera* Berücksichtigung finden, die von Privaten durchgeführt wurden. Wurden die Arbeiten von der öffentlichen Hand durchgeführt, so war diese der Ansprechpartner, ebenso wie bei *vitia aedium* oder *loci* betreffend den öffentlichen Grund.[115]

Schließlich konnte eine *cautio damni infecti* auch bei Bauarbeiten auf eigenem Grun- **42**
de verlangt werden, und zwar stets dann, wenn ein Servitutenberechtigter diese durchführte, etwa zur Errichtung oder Renovierung eines Aquäduktes.[116]

Die Kaution war dem Edikt zufolge zu terminisieren, dabei reichte es aber aus, dass **43**
das schädigende Ereignis, nicht aber auch die Schäden in diese Zeitspanne fielen.[117] Unerheblich war die Frage nach dem Verschulden, der *imperitia* des Bauführers.

4. Das *vitum aedium*

Im Gegensatz zum *vitium operis* ist das *vitium aedium* nicht die Folge oder das Ergebnis **44**
baulicher Tätigkeiten, sondern es entsteht infolge von Untätigkeit, insbesondere fehlender oder unzureichender Instandsetzungs- und Erhaltungsarbeiten, sei es an Gebäuden oder am Grund und Boden selbst, sowie den Früchten des Bodens wie insbesondere den Bäumen. Allerdings wurde davon ein *vitium naturale* unterschieden, das die Haftung ausschloss. Dazu zählten etwa eine sandige oder sumpfige Bodenbeschaffenheit.[118] Außergewöhnliche Naturereignisse und Naturgewalten, wie Erdbeben, Überschwemmungen oder Stürme, die ein *vitium aedium* bewirkten, das seinerseits auf dem nachbarlichen Grund zum Schadensfall führte, lösten dagegen nicht die Folgen der Kaution aus,[119] es sei denn, dass bewiesen wurde, dass das Gebäude wegen Unterlassung vorbeugender oder beseitigender Maßnahmen[120] bereits zum Schadensfall ge-

---

[112] Ulp. 81 ed. D. 39.2.26.

[113] *…mihi videtur vera esse Proculi sententia.*

[114] *Rodger*, Owners (1972) 41–47, der infolge der Annahme eines allgemeinen „Lichtschutzes“ die Notwendigkeit einer *servitus altius tollendi* für Bauwillige, die *iure* bauen wollten, vorgeschlagen hatte. In Ermangelung einer solchen sei die *cautio damni infecti* zum Einsatz gebracht worden. Dazu *Rainer*, Nachbarrechtliche Bestimmungen (1987) 242–254.

[115] Ulp. 81 ed. D. 39.2.24 pr.,1.

[116] Ulp. 81 ed. D. 39.2.30 pr.–2.

[117] Paul. 48 ed. D. 39.2.18.11. unter Hinweis auf Sabinus.

[118] Ulp. 81 ed. D. 39.2.24.2.

[119] Ulp. 81 ed. D. 39.2.24.3, 4.9–10. und Alfen. 2 dig. D. 39.2.43 pr.

[120] Ulp. 81 ed. D. 39.2.24.5 unter Verweis auf Labeo.

eignete *vitia* aufwies.[121] Gleiches galt für umstürzende Bäume. Grundsätzlich analog zu behandeln ist das *vitium loci*. Dabei ging es um Schäden auf der nachbarlichen Liegenschaft, die durch den Grund und Boden selbst (Erdrutsch etc.) hervorgerufen wurden. Der durch die Kaution Verpflichtete war angehalten, die möglichen „Erhaltungs-" sprich Konsolidierungsmaßnahmen durchzuführen. Dem *naturale vitium*, das dem Grund innewohnt, wird dabei jenes gegenübergestellt, das durch äußerliche Einflüsse (*accidens extrinsecus*)[122] hervorgerufen wird; Einflüsse, deren Auswirkungen durch Menschenhand wieder behoben werden können,[123] also nicht solche, die durch unveränderbare, vorgegebene oder unaufhaltbare Naturgewalten bestimmt sind. Mit dem Grund verbunden werden auch die Bäume als typische Schadensquelle angesehen. Verursachte ein durch einen Sturm (unabwendbare Naturgewalt) umgeworfener Baum einen Schaden, konnte demnach nicht aus der Kaution geklagt werden, wohl aber, wenn verabsäumt wurde, einen schadhaften Baum rechtzeitig zu fällen.[124]

45 Einen Sonderfall stellen gemeinsame Mauern – *parietes communes* – dar. Nach Pomponius war es geradezu üblich, dass sich derartige Miteigentümer einander die *cautio damni infecti* versprachen, sei es, weil man einseitige Bauarbeiten befürchtete, sei es, dass man mangelnde Restaurierungsmaßnahmen als Ausgangspunkt des Schadens in Erwägung zog.[125]

5. Die Missionen

46 Sobald die vom Prätor festgesetzte Frist, innerhalb welcher der Nachbar die Kaution leisten hätte müssen, abgelaufen war, konnte der Postulant (Impetrant) vom Prätor eine erste *missio ex primo decreto* verlangen. Diese konnte auf dem Wege eines Dekrets in das gesamte Grundstück bzw. Gebäude erfolgen, oder wenn dies ausreichend erschien, in einen Teil desselben,[126] wobei das Ausmaß der Einweisung von einer genauen Prüfung abhing. Noch Sabinus war der Auffassung gewesen, dass das gesamte Gebäude davon betroffen sein müsse, Ulpian dagegen bevorzugte eine Unterscheidung je nachdem, ob ein bestimmter Teil genau abgegrenzt werden konnte.[127] Der Inhalt dieser *missio* wurde auf unterschiedliche Weise bezeichnet: Der von Ulpian überlieferte Wortlaut des Ediktes ist dabei ganz allgemein für das Verständnis von Besitz entscheidend: Ulp. D. 39.2.7pr: *…eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo.* „Ich werde demjenigen, dem auf diese Weise das Kautionsversprechen nicht geleistet wird,

[121] Ulp. 81 ed. D. 39.2.24.10, 11.
[122] Dazu eingehend *Branca*, Danno (1937) 129–133 sowie 378.
[123] Ulp. 81 ed. D. 39.2.24.2.
[124] Ulp. 81 ed. D. 39.2.24.9.
[125] Pomp. 21 Sab. D. 39.2.39 pr.
[126] Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.13 und Paul. 10 Sab. D. 39.2.38.1.
[127] Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.12–13.

befehlen, sich in den Besitz jener Sache zu begeben, deretwegen er die Kaution beantragt haben wird und wenn ein rechtfertigender Grund vorliegen wird, werde ich ihm befehlen, den Besitz auszuüben". Somit wird klar zwischen *in possessionem ire* und *possidere* unterschieden. Pomponius[128] überliefert uns die juristische Erklärung für das in *possessionem ire: Cum… quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere praetor permittit, non possidemus, sed magis custodiam et observationem nobis concedit.* Im klassischen Recht wurde somit dieser sachenrechtliche Zustand schlicht mit *custodia* und *observatio* definiert. Q. Mucius hatte offenbar diese Unterscheidung nicht vorgenommen und wurde deshalb von Paulus äußerst scharf („*ineptissime*") gerügt.[129]

Um die genaue Abgrenzung zwischen der sachenrechtlichen Position des *missus ex primo decreto* und dem *missus ex secundo decreto* hat sich Labeo große Verdienste erworben,[130] so dass die endgültige dogmatische und verfahrensrechtliche Klärung der Missionen damit feststand, wiewohl die Diskussion unter den Juristen fortgesetzt worden sein könnte, wie die ausdrückliche Beibehaltung der *legis actio per pignoris capionem* im Zusammenhang mit der *cautio damni infecti* durch die *lex Julia* des Jahres 17 v. Chr. belegen könnte. Schließlich unterstreicht auch Ulpian mit einem kräftigen Lob für Pomponius – „*bellissime*" – dessen Betrachtungen offenbar einen Schlussstrich unter die Diskussion gezogen haben müssen, die unterschiedlichen sachenrechtlichen Folgen der beiden Missionen. Bei *custodia* und *observatio* geht es insbesondere um den Schutz der gefährlichen Immobilie, um deren Sicherung und Absicherung,[131] wobei derartige Einweisungen wohl nur bei *vitium aedium, vitium soli und vitium operis perfectum* sinnvoll erscheinen. Beim *vitium operis quod fit* war die *operis novi nuntiatio damni depellendi gratia* der geeignete Weg, um die Kaution zu erhalten. In dieser Phase konnte der Eingewiesene seinerseits Maßnahmen ergreifen und so das *vitium*, auf Grund dessen er einen Schadenseintritt befürchtete, beseitigen, musste dies aber nicht tun.[132] Hatte er es getan, so hatte er Anspruch auf Kostenersatz, der ihm im Rahmen der Kaution versprochen werden konnte, sollte sich der Eigentümer doch noch bereitfinden, diese zu leisten,[133] für den Fall, dass der säumige Nachbar sich noch vor dem zweiten Einweisungsdekret zur Leistung der Schuldversprechens bereit erklärte. Leistete der Nachbar die Kaution, so war die Einweisung automatisch beendet. Tat er dies nicht oder verwehrte der Nachbar dem Eingewiesenen den Zutritt, so konnte dieser ein zweites Dekret (*missio ex secundo decreto*) erwirken. Stellte der Prätor eine *iusta causa* fest, so erfolgte die Einweisung in den unangreifbaren Ersitzungsbesitz. Eine *iusta causa* ist darin zu sehen, dass der zur Kautionsleistung Verpflichtete den Eingewiesenen daran hinderte, das Grundstück zu betreten oder Refektionsmaßnahmen zu setzen. Auch der

47

[128] Pomp. 23 Q. Muc. D. 42.4.12.
[129] Paul D. 41.2.3.23, Vgl. *Rainer*, FS Knütel 890–894.
[130] Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.20. Vgl. *Branca*, St. Solazzi 483–506, und *Rainer*, FS Knütel 894 f.
[131] Vgl. *Metro*, Obbligazione di custodire (1966) 83–89 und 191–194.
[132] Wiewohl es Juristen gab, die für eine Refektionspflicht plädierten, vgl. Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.30.
[133] Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.31; Ulp. 81 ed. D. 39.2.28 pr.

zeitliche Faktor mag eine Rolle gespielt haben, derart, dass man dem Verpflichteten noch eine kurze Überlegungspause gewährte. Eines besonderen Schutzes bedurfte der *missus ex primo decreto* nicht, die Sanktion war das zweite Dekret und somit die Eröffnung des prätorischen Eigentums.[134] Gegen diese *possessio civilis* war der Eigentümer machtlos. Er konnte mittels eines besonderen prohibitorischen Interdikts vertrieben werden.[135] Im Übrigen stand dem *missus* auch die *actio Publiciana* zur Verfügung und es stand dem Nachbarn nun nicht mehr zu, die Kaution anzubieten.[136] Der Besitz wird als *ius dominii*[137] bezeichnet, es handelt sich somit um das prätorische Eigentum. Auf dieser Grundlage wird das quiritische Eigentum ersessen. Die Rechtslage wird von Julian zweifelsfrei überliefert.[138] Die Weigerung der durch prätorisches Dekret auferlegten Leistung der *cautio damni infecti* führte somit in letzter Konsequenz zu einer Enteignung. Mehrere Berechtigte werden zu gleichen Teilen eingewiesen.[139] Eine interessante Weiterentwicklung, die offenbar auf Julian zurückging, ist bei Afrikan überliefert: Das infolge der zweiten Mission ersessene Grundstück war verpfändet gewesen. Der Pfandgläubiger versuchte es zur Verwertung in seinen Besitz zu bekommen. Dies sei wegen des auf dem Grundstück lastenden dinglichen Rechts durchaus möglich gewesen, jedoch hätte der Pfandgläubiger zuvor dem *immissus* sämtliche Aufwendungen ersetzen müssen.[140]

6. Die *cautio de praeterito*

48 War ein Schaden eingetreten, bevor die Kaution geleistet werden konnte, so blieb der Geschädigte ursprünglich auf die aquilische Haftung verwiesen und konnte sich jedenfalls diejenigen Gegenstände, die den Schaden auf seiner Liegenschaft verursacht hatten, im besten Falle gutes Baumaterial, behalten.[141] In der Folgezeit wurden jedoch neue Rechtsbehelfe zur Vervollständigung des Verfahrens und zum Schutz potentiell gefährdeter Nachbarn entwickelt und wohl auch in das Edikt aufgenommen. Eine herausragende Rolle bei der Weiterentwicklung der *cautio damni infecti* hat Julian gespielt.[142] War ein Schadensfall eingetreten, weil ab Erkennen der Gefahr bis zur Kautionsleistung die Zeit knapp geworden war oder war der Postulationsberechtigte

[134] Anders *Branca*, Danno (1937) 223, vgl. *Rainer*, Nachbarrechtliche Bestimmungen (1987) 127–130, und *Rainer*, FS Knütel 907, wo entgegen der jetzigen Auffassung die Erweiterung des Interdikts auf die erste Mission behauptet wurde. Vgl. Ulp. D. 53 ed. 39.2.15.16 unter Bezug auf Julian.

[135] Ulp. 69 ed. D. 43.4.4 pr.

[136] Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.33.

[137] Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.33.

[138] Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.16 sowie Paul 54 ed. D. 41.2.3.23 und Paul. 1 ed. D. 39.2.5 pr.

[139] Paul. 1 ed. D. 39.2.5.1. sowie Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.15,18.

[140] Afr.9 quaest. D. 39.2.44.1.

[141] Gai. 1 ed. prov. D. 39.2.6.

[142] Dazu *Rainer*, Ess. P. J. Thomas 359–365.

„dienstlich" im Namen des Staates unterwegs, so konnte zum Hilfsmittel der *cautio de praeterito* gegriffen werden.[143] Die Formulierung *aut damnum sarciat aut aedibus careat* weist daraufhin, dass bei Weigerung der Kautionsleistung die Prätoren auch in all diesen Fällen das probate Mittel der Missionen anwendeten. Als Unterfall der *cautio de praeterito* muss jener angenommen werden, dass der Kautionsverpflichtete als Folge der ersten Mission bereit ist, die Kaution zu leisten, sie betrifft gegebenenfalls auch das *praeteritum*. Auch das Retentionsrecht an den schadensursächlichen Materialien wurde offenbar von Julian neuen Bestimmungen unterworfen: Wollte der Eigentümer dieser Materialien sie wiedererlangen, so hatte er die *cautio de praeterito* zu leisten. Vorläufer dieser allgemeinen Bestimmung finden sich bereits zur Zeit des Trebatius, als nach einem verheerenden Tiberhochwasser den Eigentümern der vom Fluss mitgerissenen Materialien die Möglichkeit eröffnet wurde, diese wiederzuerlangen unter der Voraussetzung, dass sie den Eigentümern, die dadurch zu Schaden gekommen waren, eine *cautio de praeterito* leisteten.[144] Beabsichtigte ein Eigentümer die Materialien zu derelinquieren, so stand dem Geschädigten seit Julian ein besonderes Interdikt zur Verfügung, mit Hilfe dessen er den Eigentümer dazu zwingen konnte, die Materialien zu entfernen oder aber seines eigenen Grundstückes, wohl über prätorische Einweisung, verlustig zu gehen.[145]

7. Die *actio ficticia*

Sollte dem Postulanten die *cautio* nicht versprochen worden sein, so gewährte ihm der **49**
Prätor unter verschiedenen Voraussetzungen dennoch eine schadenersatzrechtliche Klage nach dem Muster der *actio ex stipulatu* auf der Grundlage der *cautio damni infecti*, wenn der Schaden eingetreten war:

1. Im Zeitraum zwischen *postulatio cautionis* und *iussum cavendi*, jedenfalls aber vor der Kautionsleistung.
2. Nach erfolgtem Einweisungsdekret, aber vor erfolgtem Eintritt (*admissio*) in die jeweilige sachenrechtliche Position sowohl nach dem ersten wie nach dem zweiten Dekret bzw. nach erfolgter Vertreibung des *missus* aus dem Grundstück durch den Kautionsverpflichteten.

Zu prüfen war stets, ob der Postulant aus Verschulden (*culpa*) zu spät die ersten **50**
Maßnahmen getroffen hatte. War dem Verpflichteten dagegen die Kaution vom Prätor bereits aufgetragen worden und der Berechtigte infolge fehlender Leistung derselben in das Grundstück immittiert worden, er aber noch nicht in der Lage gewesen war, es tatsächlich zu betreten, so sollten ihm nach Julian alle Rechte erhalten bleiben.[146]

---

[143] Ulp. 53 ed. D. 392.9 pr. unter Hinweis auf die Rechtsmeinung Julians. Nach *Lepri*, Note (1939) ist die *cautio de praeterito* Ausdruck einer allgemeinen justinianischen Legaldefinition.

[144] Ulp. 53 ed. D. 39.2.9.1.

[145] Ulp. 53 ed. D. 39.2.7.2. unter Hinweis auf Julian. Vgl. *Rainer*, FS Knütel (2009) 899 f.; anders *Branca*, Danno (1937) 242 (Interpolationsverdacht).

[146] Afr. 9 quaest. D. 39.2.44 pr.

51 Der Wortlaut der Klage ist bei Ulpian (D. 39.2.7 pr.)[147] überliefert: … *in eum, qui neque caverit neque in possessionem esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset.* „Gegen denjenigen, der weder die Kaution geleistet haben, noch die Einweisung in sein Grundstück vermittels des ersten oder zweiten Dekrets, gestattet haben wird, werde ich eine Klage gewähren, auf dass er so viel leistet, wieviel er auf Grund des Dekrets, das ich selbst oder derjenige, dem ich die Gerichtsbarkeit anvertraut habe, erlassen haben werde, leisten hätte sollen." Die Klage wird als *actio in factum*[148] bezeichnet. Mithilfe derselben wird die geleistete Kaution fingiert, auf dass genau deren Rechtsfolgen eintreten können; aus diesem Grunde ist man berechtigt, von einer *actio ficticia* zu sprechen.[149] Sie war aktiv wie passiv vererblich.[150] Wir kennen den Wortlaut auch aus der *lex Rubria de Gallia Cisalpina* c. 20. Von besonderem Interesse ist die Tatsache, dass dieses Gesetz und daher wohl auch die *actio ex stipulatu ex cautione damni infecti* den entscheidenden Zusatz „*ex fide bona*" enthielt, der nicht in der Version des Edikts, wie sie in den Digesten überliefert ist, aufscheint. Die im Gesetz genannte Formel enthielt auch eine *taxatio,* somit eine pekuniäre Höchstgrenze.[151] War der *missus ex secundo decreto* entweder am Betreten des Grundstückes gehindert worden oder wieder aus demselben vertrieben worden, so kann es zu einer elektiven Klagenkonkurrenz kommen: Entweder der auf solche Weise an der Erlangung oder Ausübung des prätorischen Eigentumes gehinderte Kautionsberechtigte strengt das ihm zustehende Interdikt oder die *actio Publiciana* an, oder er hat die Wahl anstelle dieser Rechtsbehelfe, sich auf die *actio in factum* zu stützen.[152]

8. Der Ersatz der Schäden

52 Das zu ersetzende *damnum* betraf alle materiellen Schäden, allerdings wurde ausdrücklich auf eine Mäßigung der Ansprüche hingewirkt. Nach Ulpian in seinem Kommentar zu Sabinus dürfe im Rahmen der *cautio damni infecti* keine *infinita vel immoderata aestimatio* angestellt werden, dies gerade bei teuren Überdachungen oder Malereien. Auch die *ratio legis* ist bemerkenswert: *quia honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda.*[153]

---

[147] Vgl. Ulp. 69 ed. D. 43.4.4.2.

[148] Ulp. 53 ed D. 39.2.15.34,36 und Ulp. 53 ed. D. 39.2.17.3.

[149] Vgl. *Branca*, Danno (1937) 223–273, sowie gegen die Bezeichnung *actio ficticia Betancourt*, AHDE 43 (1975) 81 f., *Rainer*, Bestimmungen (1987) 132–135 sowie *Rainer*, FS Knütel (2009) 902–907.

[150] Ulp. 53 ed. D. 39.2.17.3–4.

[151] Zur *lex Rubria Rainer*, Bestimmungen (1987) 137–139 sowie *Rainer*, FS Pool (2005) 265–274.

[152] Paul. 48 ed. D. 39.2.18.15. Vgl. *Rainer*, FS Knütel (2009) 905 f. Nach *Betancourt*, AHDE 43 (1975) 82–90 und *Betancourt*, Defensa pretoria 434–441, hätten die Kompilatoren systematisch das Interdikt durch die *actio in factum* ersetzt.

[153] Ulp. 43 Sab.D. 39.2.40 pr.

Gerade auch in baurechtlichen Belangen konnten sich Probleme bei Mietverträgen ergeben. Zu diesem Problem hatten die Juristen eine einhellige Meinung seit den Tagen des Servius, der von Alfenus[154] zitiert wird, bis zu Gaius[155] und Ulpian:[156] Hatten Eigentümer infolge eines im Bereiche der *cautio damni infecti* relevanten Schadensfalls Mieteinbußen erlitten, so waren diese zu ersetzen. 53

Auch die Kosten für vorbeugende Stütz- und Schutzmaßnahmen an eigenen Gebäuden konnte auf der Grundlage der *cautio damni infecti* gefordert werden.[157] 54

III. *Actio aquae pluviae arcendae*[158]

1. Die Voraussetzungen

Die von den justinianischen Juristen vorgenommene Einteilung dieser Klage unmittelbar nach der *cautio damni infecti* beruht auf der Ordnung des prätorischen Edikts und insbesondere Ulpians Ediktskommentars. Im 52. Buch kommentierte der große severische Jurist das *damnum infectum*, im 53. die Problematik des Abflusses des Regenwassers. Ausgangspunkt ist das Verhältnis nachbarlicher Grundstücke untereinander und die natürliche Lage der Wasserläufe. Der Ablauf kann von Regen zu Regen in bestimmten nur für den „Regenfall" vorgesehenen Betten oder Rinnen erfolgen, er kann sich aber auch in Bächen oder Flussläufen ergießen und so zu deren Anschwellen und damit deren Gefährlichkeit beitragen.[159] So wie die Natur den Abfluss des Regenwassers vorgegeben hat, so soll es grundsätzlich bleiben, ein auf Grund der natürlichen „Abläufe" der Regenmengen erfolgter Schaden am Nachbargrundstück kann keine Berücksichtigung finden. Dagegen dürfen bauliche Maßnahmen, *opus factum* jeder Art, keinen Schaden am nachbarlichen Grundstück anrichten. Bei der Klage geht es um die Abwehr eines noch nicht eingetretenen Schadens (*damnum nondum factum*). Die baulichen Arbeiten können dazu führen, dass das Regenwasser, in größeren Mengen, schneller oder heftiger fließt, bzw., dass es durch Verbauungen zu Stauungen kommt und zum Überfließen Richtung nachbarlichen Grundstücks.[160] 55

[154] Alfen. 2 dig. D. 39.2.43.1.
[155] Gai. 28 ed. prov D. 39.2.29.
[156] Ulp. 81 ed. D. 39.2.28.
[157] Ulp. 81 ed. D. 39.2.28 unter Hinweis auf Cassius.
[158] *Burckhard*, Actio aquae pluviae arcendae (1881); *Sargenti*, Actio aquae pluviae arcendae (1940); *Schönbauer*, SZ 54 (1934) 233–257; *Branca*, St. Albertario I 352 f.; *Watson*, Property (1968) 155–159; *Rodger*, TR 38 (1970) 417–431; *Sitzia*, Ricerche (1977); *Möller*, Servituten (2000) 87 f., 291 f. und 347 f.; *Donadio*, Jus 2 (2014) 231–254; *Pulitanó*, Jus 2 (2014) 255–272; *Scotti*, Jus 2 (2014) 273–308.
[159] Ulp. 53 ed. D. 39.3.1 pr.
[160] Ulp. 53 ed. D. 39.3.1.1.

56 Die Klage ist typischerweise dem ländlichen Bereich zuzuordnen und findet in urbanen Siedlungen keine Anwendung: ...*ut si in urbe fines non reguntur neque aqua in urbe arceatur… sic, si aqua pluvia in urbe nocet, quoniam res tota magis agrorum est, aquae pluviae arcendae adigere non possis arbitrum* heißt es bei Cicero.[161] Die Klage war, wie Pomponius berichtet, schon in den XII Tafeln vorhanden: …*sic et verba duodecim tabularum veteres interpretati sunt si aqua pluvia nocet, id est si noceri poterit.*[162] Es waren also die *veteres*, die die Klage bereits vor einem möglichen Schadenseintritt gewährten, auf dass dieser verhindert werden konnte.

57 Schwierig erwies sich die Unterscheidung zwischen baulichen Maßnahmen zur Veränderung des Ablaufes des Regenwassers und Maßnahmen, die zur Verbesserung des Bodens und oder einfach zu Erntezwecken vorgenommen werden, und etwa mit dem Pflug durchgeführt werden. Quintus Mucius zählte zu den erlaubten Maßnahmen das Ziehen von Furchen zur Trockenlegung eines Grundstücks.[163] Das Auslegen von Weidengeflechten (*salicta*), das dazu führt, das das Wasser nicht mehr abfließen kann und so am nachbarlichen Grundstück Schaden anrichtet, liegt nach Auffassung der Schüler des Servius (*Servi auditores*) im Anwendungsbereich der Klage.[164] Nach Labeo konnten sämtliche Maßnahmen, die ergriffen wurden, um Früchte zu ernten, nicht vermittels der *actio aquae pluviae arcendae* bekämpft werden.[165] Jeder Eigentümer konnte, so Sabinus und Cassius, im Übrigen Maßnahmen setzen, um das Regenwasser auf seinem eigenen Grundstück zu halten sowie um es von benachbarten Grundstücken auf das eigene Grundstück zu leiten, wenn diese Maßnahmen auf das eigene Grundstück beschränkt waren. Der Nachbar konnte auch nicht gezwungen werden, seine Äcker in eine bestimmte Richtung zu pflügen, allerdings konnte ihm untersagt werden – so Alfenus – neben den Ackerfurchen besondere Furchen zum Abfluss des Regenwassers anzulegen.[166] Ausgehobene Gruben, die sich mit Regenwasser füllen konnten und dadurch zum Schaden am nachbarlichen Grundstück führten, konnten verhindert werden.

58 Ulpian selbst weist ausdrücklich darauf hin, dass die Klage sowohl vom Eigentümer des unteren Grundstücks gegen den Eigentümer des höher gelegenen Grundstücks angestrengt werden konnte, auf dass dieser keine Maßnahmen ergreife, durch die der Abfluss des Regenwassers verändert werde als auch vom Eigentümer des höher gelegenen Grundstücks gegen den Eigentümer des unterhalb gelegenen, auf dass dieser keine Maßnahmen ergreife, die den natürlichen Abfluss behindern können.[167]

---

[161] Cic. top. 4,10.
[162] Pomp. 7 Plaut. D. 40.7.21 pr.
[163] Ulp. 53 ed. D. 39.3.1.4.
[164] Ulp. 53 ed. D. 39.3.1.6.
[165] Ulp. 53 ed. D. 39.3.1.7.
[166] Alfen. 4 Paul. epit. D. 39.3.24 pr.–1.
[167] Ulp. 53 ed. D. 39.3.1.13.

Unter Labeo war bereits eine Erweiterung derart erfolgt, dass bei Vorliegen eines Kanals, der vor sehr langer Zeit angelegt worden war, dieser vom Eigentümer des tieferliegenden Grundstücks „gewartet" werden musste, auf dass der Rückstau am höhergelegenen Grundstück keinen Schaden anrichte.[168] Labeo war weiters der Auffassung, dass jede vom Menschen geschaffene Veränderung am Grundstück, die zu einem Schaden durch das Regenwasser am nachbarlichen Grundstück führe müsse, mit Hilfe der *actio* bekämpft werden könne, selbst dann, wenn sie seit unvordenklicher Zeit existiere.[169] Während Namusa der Auffassung war, dass die *actio* auch dazu herangezogen werden könne, Abflusswege, die durch Unrat aller Art verstopft worden waren, wieder reinigen zu können, hatte Labeo gegen Namusa vorgebracht, dass auch Böden auf natürliche Weise Veränderungen unterworfen sein können, die nicht vermittels der Klage rückgängig zu machen seien. Ausdrücklich verweist Labeo auf Naturkatastrophen wie Erdbeben oder Stürme hin.[170] **59**

In spätrepublikanischer Zeit scheint es überhaupt divergierende Standpunkte gegeben zu haben. Für Trebatius war klar, dass, wenn nach Errichtung einer Wäscherei/Färberei auf einem Grundstück, das hierfür ausreichende Quellen bot, die Abwässer auf ein nachbarliches Grundstück gelangten, diese Tätigkeit nicht mittels der Klage verhindert werden könne. Die meisten Juristen haben freilich angenommen, wenn durch die Zuführung von schmutzigen Abwässern in zum Abfluss des Regens geeigneten „Wasserwegen" ein Schaden am Nachbargrundstück auftreten könne, dieser Zufluss mit der Klage verhindert werden könne;[171] Trebatius wiederum glaubte, dass insbesondere auch die Zufuhr warmen Wassers verhindert werden könne, was wiederum Ulpian mit dem Hinweis ablehnte, dass warmes Wasser kein Regenwasser sei.[172] Somit war eine *actio aquae pluviae arcendae* ohne maßgeblichen Anteil von Regenwasser unmöglich. **60**

Wenn der Nachbar in voller Kenntnis der möglichen schädlichen Konsequenzen die Vorgehensweise, dh das den Fluss des Regenwassers verändernde *opus*, billigte, war die Klage ausgeschlossen. Labeo sprach in diesem Zusammenhang von *patiente vicino*,[173] was eine ganz eindeutige Zustimmung sein musste. Pomponius wies ausdrücklich darauf hin, dass diese Billigung nicht durch Irrtum oder Unkenntnis der Dinge beeinträchtigt werden durfte.[174] **61**

[168] Paul. 49 ed. D. 39.3.2.1.
[169] Paul. 49 ed. D. 39.3.2.5.
[170] Paul. 49 ed. D. 39.3.2.6.
[171] Ulp. 53 ed. D. 39.3.3 pr.
[172] Ulp. 53 ed. D. 39.3.3.1.
[173] Pomp. 4 Quint. Muc. D. 39.3.19.
[174] Pomp. 34 Sab. D. 39.3.20.

2. Der Schaden

62 Die zur Veränderung des natürlichen Abflusses des Regenwassers getroffene Maßnahme muss zu einem befürchteten (dh theoretisch möglichen) Schaden am Grundstück selbst (*ager*) führen und darf nicht Gebäude betreffen.[175] Sehr wohl kann aber die Klage wegen eines Gebäudes angestrengt werden, welches den natürlichen Lauf des Regenwassers verändert. Von Interesse ist die enge Begrifflichkeit des Schadens ausschließlich im Sinne eines *damnum emergens*. Verhindert ein Nachbar durch bauliche Maßnahmen, dass Regenwasser auf mein Grundstück fließen kann und ich so einen Vorteil verliere (*proesse*), so kann ich diese Maßnahme nicht mit dieser Klage verhindern. Diese Rechtsauffassung geht auf Ofilius und Labeo zurück.[176]

3. Servituten und *actio aquae pluviae arcendae*

63 Ebenso wenig kann mit Hilfe dieser Klage verhindert werden, dass der Nachbar eine bauliche Veränderung wieder rückgängig macht und so dem natürlichen Ablauf des Regenwassers wieder freien Lauf lässt, auch wenn dadurch am nachbarlichen Grundstück Schäden entstehen können, da stets die natürlichen Gegebenheiten geradezu in Form einer Legalservitut das tiefergelegene Grundstück zwingen, Regenwasser vom höhergelegenen aufzunehmen.[177]

64 Im Übrigen, so Ulpian, käme es auf den Inhalt einer konkreten Servitut (*lex dicta*) an, um Abweichendes von der Grundregel der natürlichen Aufnahme des Regenwassers erkennen zu können. Bereits Ofilius und nach ihm Labeo hatten festgehalten, dass, wenn eine Dienstbarkeit des Inhalts, dass der Nachbar das Wasser aus dem benachbarten Grundstück aufnehmen müsse, errichtet worden war, die Anwendung der *actio* ausgeschlossen sein müsse. Paulus ist dieser Rechtsmeinung beigetreten.[178] Eine derartige Servitut kann auch durch die *vetustas* entstehen, durch den *diu usus,* wobei die Voraussetzung ist, dass dieser Gebrauch weder *clam* noch *precario* erfolgte. D. 39. 3. 1. 23 ist ein weiterer Beweis dafür, dass Ulpian grundsätzlich die *longa consuetudo* zur Überwindung der *lex Scribonia* und des Ersitzungsverbots der Servituten einsetzte.[179]

4. Aktiv- und Passivlegitimation

65 Die *actio aquae pluviae arcendae* wurde als persönliche, und nicht als dingliche Klage bezeichnet.[180] Dies ist bemerkenswert, da bei Aktiv- wie Passivlegitimation dem Ei-

[175] Ulp. 53 ed. D. 39.3.1.17.
[176] Ulp. 53 ed. D. 39.3.1.21.
[177] Ulp. 53 ed. D. 39.3.1.22.
[178] Paul. 49 ed. D. 39.3.2.9.
[179] Vgl. Ulp. 1 off. cons. D. 8.2.11 pr.–1; Iust. C. 3.34.1 (a.211).
[180] Ulp. 53 ed. D. 39.3.6.5.

gentümer eine fast ausschließliche Rolle zuteilwurde und auch der Inhalt der *condemnatio* primär in der *restitutio* seitens des Beklagten zu sehen ist. Grund für diese so klare Hervorhebung Ulpians in dieser Stelle dürfte das *oportere* in der *intentio* gewesen sein. Aktivlegitimiert war grundsätzlich der Eigentümer des Grundstücks, auf dem der Schaden befürchtet wurde. Ausdrücklich hob Ulpian hervor, dass es nicht auf das Eigentum zur Zeit der Veränderung am nachbarlichen Grundstück ankäme, sondern auf den befürchteten Schadenseintritt, den nur der jeweilige Eigentümer einschätzen könne.[181] Passivlegitimiert war grundsätzlich nur der Eigentümer desjenigen Grundstücks, auf dem die Bodenveränderung stattgefunden hatte, nicht aber der Nießbraucher.[182] Allerdings gewährte Pomponius eine *actio utilis* gegen den Nießbraucher, wenn dieser die Veränderung durchgeführt hatte.[183]

Die Juristen berichten jedoch von einigen bemerkenswerten Ausnahmen. Wer durch **66**
die Errichtung eines Grabmals, den Lauf des Regenwassers derart veränderte, dass ein Schaden auf dem nachbarlichen Grundstück befürchtet werden musste, konnte mit der Klage belangt werden und – obwohl er infolge der neuen Qualität des Grundstücks als *locus religiosus* daran das Eigentum verloren hatte – auch auf Restitution verurteilt werden.[184] Julian war der Auffassung, dass der Veräußerer, somit der frühere Eigentümer, verurteilt werden könne, wenn das Verfahren bereits begonnen hatte, also wohl nach erfolgter *litis contestatio*.[185] Pomponius war offenbar der Auffassung, dass der frühere Eigentümer und Verkäufer in einem derartigen Fall die Restitution dem Käufer geradezu schulde. Hier klingt wohl der Gedanke der Rechtsmängelhaftung an.[186] Sofern das Verfahren noch nicht eingeleitet worden war, musste gegen den Erwerber bzw. andere Rechtsnachfolger vorgegangen werden, wobei dieser zwar auch restituieren konnte, aber grundsätzlich nur zum *patientiam praestare* angehalten werden konnte.[187]

Der Veräußerer oder Schenker, welcher die Veränderung vorgenommen hatten, **67**
musste freilich für allen Schaden und Aufwendungen aufkommen, die im Rahmen der Klage entstanden waren, und zwar mit Hilfe des Interdikts *quod vi aut clam*.[188] Nach Ablauf der Jahresfrist, innerhalb welcher das Interdikt hätte angestrengt werden können, wurde nach Antaeus der Kläger auf die *actio de dolo* verwiesen.[189] Der Eigentümer – so Julian – sei auch heranzuziehen, wenn der Landpächter (*colonus*) das *opus* errichtet hatte, allerdings könne er nur zum *patientiam praestare* verurteilt werden, der *colonus*

[181] Ulp. 53 ed. D. 39.3.6.4.
[182] Ulp. 53 ed. D. 39.3.3.4.
[183] Pomp. 10 var. lect. D. 39.3.22.2.
[184] Ulp. 53 dig. D. 39.3.4 pr.
[185] Ulp. 53 dig. D. 39.3.4.1.
[186] Pomp. 20 Sab. D. 39.3.16.
[187] Paul. 16 Sab. D. 39.3.12.
[188] Gai. ed. praet. urb. tit. de a. pluv. arc. D. 39.3.13.
[189] Paul 49 ed. D. 39.3.14 pr.

hingegen müsse mit dem Interdikt *quod vi aut clam* gezwungen werden die Beseitigungskosten sowie den angefallenen Schaden zu ersetzen.[190] Dieselbe Vorgehensweise trifft auch auf den *procurator* zu.[191] Bereits Labeo hatte im Falle des Landpächters dieselbe Rechtsmeinung vertreten und weiters auf die Anwendbarkeit der *actio locati* hingewiesen, die angestrengt werden hätte können, wenn der Eigentümer Aufwendungen anlässlich der vom *colonus* zu verantwortenden Restitution gehabt hätte.[192] Beruht die zum Schaden führende Veränderung auf der Tätigkeit eines entfernteren Grundeigentümers, so kann die *actio* entweder gegen den unmittelbaren Nachbarn oder gegen den entfernteren Dritten angestrengt werden.[193] Miteigentum auf Kläger- und Beklagtenseite muss zu anteilsmäßigen Urteilen führen.[194]

5. Die *condemnatio*

68 Grundziel der Klage ist die Zurückversetzung des Grundstücks des Beklagten in jenen Zustand, der herrschte, bevor die Maßnahme ergriffen wurde, die zu einer Veränderung des Abflusses des Regenwassers führte, wodurch ein möglicher Schadenseintritt auf dem Grundstück des Klägers befürchtet wurde. Der Richter musste somit *iubere restituere*. Dieses *restituere* war Gegenstand rechtswissenschaftlicher Interpretation, bei der die verschiedenen Möglichkeiten der Wiederherstellung des früheren Zustandes erörtert wurden, etwa *cogere purgare*.[195] Im Übrigen musste der Beklagte auch jenen Schaden ersetzen (*damnum sarcire*), der nach Perfektion der *litis contestatio* eingetreten war, nicht aber jenen, der zuvor eingetreten war – nach dem Prinzip, dass die Klage nur geeignet war, zukünftige Schäden zu verhindern.[196]

Es handelte sich somit um eine Arbiträrklage. Wurde nicht restituiert, so wurde der Beklagte in den – wohl vom Kläger – geschätzten Geldbetrag verurteilt. Hatte aber nicht der Eigentümer selbst die Bodenveränderung, das *opus factum*, geschaffen, so konnte er selbst nicht zur Restitution gezwungen werden, sondern er musste nur gestatten, dass der gefährdete Nachbar selbst die Veränderung beseitigte (*ut patiar te tollere*). Geschuldet war somit das *patientiam praestare*.[197] Dem *cogere purgare* entsprach nun das *ut sineat purgari*. Konnte die Veränderung einem Sklaven zugeschrieben werden, so konnte ihn dessen Herr an den Nachbarn ausliefern (*noxae deditio*[198]). Der Eigentümer eines ererbten Grundstücks war freilich für die Veränderungen seines Erblassers verant-

[190] Ulp. 53 dig. D. 39.3.4.2.
[191] Ulp. 53 dig. D. 39.3.4.3.
[192] Paul. 49 ed. D. 39.3.5.
[193] Ulp. 53 ed. D. 39.3.6 pr.
[194] Ulp. 53 ed. D. 39.3.6.1.
[195] Paul. 49 ed. D. 39.3.2.1.
[196] Ulp. 53 ed. D. 39.3.6.6.
[197] Ulp. 53 ed. D. 39.3.6.7.
[198] Ulp. 53 ed. D. 39.3.6.7.

wortlich und musste selbst die Restitution vornehmen. Beim *bonae fidei emptor* hingegen war Paulus der Meinung, er müsse lediglich die Rückgängigmachung tolerieren.[199] Das *patientiam praestare* wurde im Übrigen bereits von Trebatius in jenen Fällen befürwortet, in welchen der natürliche Abfluss des Regenwassers durch eine Überschwemmung eines Flusses (*vi fluminis*) verändert wurde, etwa durch Zerstörung von Dämmen oder Verstopfungen durch Steine, Kies oder Sand.[200]

Der von Sitzia vorgeschlagene Wortlaut der Formel – *Si paret aquam pluviam quae* **69**
opere (manu) facto, agro Auli Ageri nocet Numerium Negidium Aulo Agerio arcere oportere, neque ea es arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit – dürfte von sämtlichen vorgeschlagenen der Wahrheit am ehesten nahekommen.[201]

6. Konklusionen

Die Bedeutung dieser Klage für eine Agrargesellschaft ist evident. Der Abfluss des **70**
Regenwassers auf einem Grundstück sollte nur dann verändert werden können, wenn dadurch auf dem Grundstück des Nachbarn kein Schaden entstand. Bereits die XII Tafeln hatten sich für eine Sonderregelung entschieden, die letztlich zu einer Einschränkung der Eigentumsfreiheit führte und den natürlichen Gegebenheiten des Grundstücks den Vorrang ließ. In der Tat gab und gibt es im Kernland Roms, in Latium, damals wie heute, ergiebige und anhaltende Regenfälle, die zu schweren Schäden führen können, sei es durch Sturzbäche, sei es durch Vermurungen oder einfach durch Überschwemmungen. Gerade nach länger anhaltenden Trockenperioden können diese Regen besonders heftig ausfallen. Auch Frontin wusste von den möglichen Schäden durch Regenfälle: „Häufig kommt es in Italien zu Streitigkeiten bezüglich der Abwehr des Regenwassers…in Italien kann es oft zu erheblichen Schäden kommen, wenn Du Wasser auf das nachbarliche Grundstück ableitest“.[202] Gerade die frühen Juristen ab Quintus Mucius haben sich bemüht, sowohl die Voraussetzungen, wie auch den Schaden und die Kondemnation eingehend zu behandeln und Klärungen durchzuführen. Diese Bestrebungen wurden von Servius und seinen Schülern weiterverfolgt und schließlich von den großen augusteischen Juristen Ateius Capito und Labeo zu einem Abschluss gebracht.[203] Gerade letzterer hat sich eingehend mit dem Verhältnis zwischen *actio aquae pluviae arcendae* und den Servituten als Korrektiv dieser Klage beschäftigt. Als Fazit kann hervorgehoben werden, dass alle Tätigkeiten, die mit der Bestellung der Felder in Zusammenhang standen und die auch dazu dienen sollten, den Ertrag zu steigern, nicht mittels *actio aquae pluviae arcendae* verhindert werden konnten.

---

[199] Paul. 18 ed. D. 39.3.7.1.

[200] Paul. 49 ed. D. 39.3.11.6.

[201] Vgl. die eingehende Darstellung der verschiedenen Vorschläge bei *Sitzia*, Ricerche (1977) 165–227.

[202] Front., De controv. Agrorum, in: Agrimensores ed. Lachmann II, 36, 17ff sowie 57, 23 f.

[203] Eingehend und zutreffend *Möller*, Servituten (2010) 347 f.

§ 63 Herausgabeklage des redlichen Erwerbers (*actio Publiciana*)

Johannes Platschek

Wubbe, Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne, RIDA[3] 8 (1961) 417–440; *Sturm*, Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana, RIDA[3] 9 (1962) 357–416; *Diósdi*, Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law (1970); *Wubbe*, Ungewißheit und Unbehagen in Eigentumsfragen, GS Jäggi (1977) 95–133; *Apathy*, Die publizianische Klage. Das relative dingliche Recht des rechtmäßigen Besitzers (1981); *Kaser*, Nochmals zu 'in bonis habere', HB Warmelo (1984), 144–163 (= ders., Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode [1986], 346–372); *Di Lella*, *Formulae ficticiae*. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto (1984); *Benedek*, Ursprung und Funktion der *actio Publiciana*, St. Pólay (1985) 71–91; *Vacca*, Il c. d. *duplex dominium* e *l'actio Publiciana*, in: Cortese (Hg.), La proprietà e le proprietà (1988) 39–74; *Sansón Rodríguez*, La transmisión de la propriedad (1998) 127–153; *Apathy*, „Noxae deditio", „actio Publiciana" und „usucapio", Mél. Sturm I (1999) 27–39; *Giaro*, Die Fiktion des eigentlichen Eigentümers, Mél. Wołodkiewicz I (2000) 277–302; *Vacca*, Osservazioni in tema di *actio Publiciana* e acquisto *a non domino*, Scr. Corbino VII (2016) 317–337; *Sirks*, A question about the *actio Publiciana*, in: Garofalo/Zhang (Hgg.), Dirittto romano fra tradizione e modernità (2017) 307–320.

Inhalt Rn.

I. Normative Grundlagen 1
1. Edikt 1
a. Rubrik 2
b. Rechtsschutzverheißung 3
2. Klageformel 17
a. *Intentio* 17
b. *Exceptio iusti dominii* 25
c. *Replicatio rei venditae et traditae* 27
3. *Actio Publiciana rescissoria* 29
II. Ediktsauslegung, Fallgruppen, Kasuistik 35

I. Normative Grundlagen

1. Edikt

Die *actio Publiciana* ist eine Klage des prätorischen Rechts, die nach I. 4.6.4 ein Prätor Publicius erstmals ediktal verheißen haben soll.[1] Dessen Identifizierung mit Q. Publicius (pr. 67 v. Chr.)[2] ist verbreitet,[3] zu Zwecken der weiteren Interpretation aber nicht belastbar.[4] Da die Klageformel die formulare *rei vindicatio* abwandelt, muss sie jünger sein als diese, mithin jünger als die *lex Aebutia* (Gai. 4.30)[5], die man im 2. Jh. v.Chr. verortet.[6] Die *actio Publiciana* schützt denjenigen, der den Besitz an einer Sache 1

[1] In den Gaius-Institutionen (4.36) fehlt diese Information – trotz Gai. 4.35 mit entsprechender Erklärung zur *actio Rutiliana*. Die *actio Rutiliana* (samt dem Prätor P. Rutilius) fehlt wiederum in den justinianischen Institutionen (und bei Theophilos). Dass es sich bei I. 4.6.4 (*a Publicio praetore*) schlicht um eine Kontamination mit Gai. 4.35 (*a praetore Publio Rutilio*) handelt, lässt sich keineswegs ausschließen.

[2] Cic. Cluent. 126.

[3] Literatur bei *Frier*, TAPhA 113 (1983) 228 Fn. 34; *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 70 Fn. 4. Mit interpretativen Ableitungen *Behrends*, in: Behrends/Sellert, Nomos und Gesetz (1995) 150; *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung (2003) 68 mit Fn. 320. Nach *Brennan*, Praetorship II (1990) 449 war im Jahr 67 v. Chr. M. Iunius *praetor urbanus*; Q. Publicius käme dann als *praetor peregrinus* des Jahres in Betracht, s. *Serrao*, Iurisdictio del pretore peregrino 111. *Sturm*, RIDA[3] 9 (1962) 358 Fn. 2 motiviert deshalb die Entstehung der *actio Publiciana* gerade zum Schutz des römischen Erwerbers einer *res mancipi* vom Nichtrömer, dem die Manzipation nicht offensteht. Vor dem *praetor peregrinus* hätte der Römer Rechtsschutz freilich nur gegen einen besitzenden Peregrinen – nach *Sturm*, ebd. 395 wohlgemerkt in erster Linie nicht gegen den peregrinen Veräußerer, sondern gegen einen an der Veräußerung „unbeteiligten Dritten, der vor Ablauf der Ersitzungsfrist den Besitz an der gekauften Sache erlangt hatte". Ausgangsfall des Sturmschen Prätor Publicius wäre demnach gerade der Rechtsstreit zwischen einem *Römer*, der von einem *Nichtrömer* erworben hatte, und einem anderen, besitzenden *Nichtrömer*! Um die Klage auch gegen besitzende Römer zu aktivieren, bedürfte es der Rezeption in das Edikt des *praetor urbanus*. Methodisch ist all das überaus bedenklich. Das sog. bonitarische Eigentum dürfte auch nicht der Ausgangspunkt des Edikts gewesen sein (→ Rn. 11–12). Kritische Literatur auch bei *Benedek*, St. Pólay 72 Fn. 10. Nach *Sirks*, in: Garofalo/Zhang, Tradizione e modernità (2017) 317 könnte Publicius (den er mit dem Prätor von 67 v. Chr. identifiziert, S. 315 bei Fn. 30) eine prätorische (!) Klage ohne Fiktion (aber mit der Bedingung im Irrealis: *tum si … eius esse oporteret*!? → Rn. 23) aus dem frühen zweiten Jahrhundert v. Chr. vorgefunden haben, die auf alle „bona fide buyers … whether Romans or peregrines" Anwendung fand. Publicius hätte sie um die Fiktion der *usucapio* ergänzt – weshalb, bleibt ebenso unklar wie die Funktionsweise der fiktionslosen Klage.

[4] *Sturm*, RIDA[3] 9 (1962) 358 f. Fn. 2: „so kommen wir doch über ein bloßes *vielleicht* nicht hinaus"; *Frier*, TAPhA 113 (1983) 228: „widespread, but doubtful, belief among legal historians"; *Benedek*, St. Pólay 72. Auf das Ende des 1. Jh.s n. Chr. und – versuchsweise – Publicius Certus (pr. 93 n. Chr.) datiert sie *Watson*, Hom. Sánchez del Río y Peguero 194 mit Fn. 8: „in the 1st century A. D. … there could have been dozens [of praetors] called Publicius"; dagegen *Kaser*, RP I[2] 438 Fn. 2; *Benedek*, St. Pólay 73; zustimmend und argumentativ unterstützend jedoch *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 67–110.

[5] *Benedek*, St. Pólay 71; *Sansón Rodríguez*, Transmisión (1998) 129 f.

[6] *Wieacker*, RRG I 450 Fn. 25; *Benedek*, St. Pólay 72 Fn. 4.

vor Vollendung der *usucapio* (→ § 44) an einen anderen verloren hat. Veränderungen des Edikts von seiner ersten Verheißung bis zu den einzigen wörtlichen Zitaten bei Ulpian[7] sind denkbar.

a. Rubrik

2 Ein Edikt *De Publiciana actione* ordnet Lenel im Titel *De his quae cuiusque in bonis sunt* ein.[8] Die erstgenannte Bezeichnung übernimmt er dabei aus der Rubrik des Digestentitels 6.2. Zur Zeit seiner Entstehung kann unser Edikt kaum so geheißen haben (der Prätor Publicius wird kein Edikt *De Publiciana actione* proponiert haben).[9] Wenn es – wie durchaus wahrscheinlich – unter einer Rubrik aufgenommen wurde, so wäre diese zweifellos aussagekräftig im Hinblick auf die ursprüngliche Zielsetzung des Edikts. Doch lässt sich eine solche Rubrik nicht sicher identifizieren. Ob die Worte *qui bona fide emit*, die Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.11 als Ediktswortlaut wiedergibt, allerdings erst nach dem Zitat der Rechtsschutzverheißung (und deren eingehender Kommentierung), aus der Rubrik stammen können (*De eo qui bona fide emit*?), bedürfte der Untersuchung.[10] Es sei hier zurückhaltend vermutet. Immerhin heißt es bei Ulp. 16 ed. D. 6.2.3.1 schon innerhalb der Kommentierung der Rechtsschutzverheißung (und dort der Worte *ex iusta causa*), die Klage stehe nicht nur dem *emptor bonae fidei* zu.[11] Wenn dieser dem Edikt voranstand, ist die Klarstellung besonders gefordert. Der Aufbau der Kommentierung wäre gerade dadurch erklärbar, dass die Rubrik – jedenfalls zur Zeit Ul-

[7] Ulp. 16 ed. D. 6.2.1 pr.; 6.2.3.1; 6.2.7.11.

[8] *Lenel*, EP 169. Der Ediktstitel ist nirgends quellenmäßig, sondern von *Lenel* formuliert (EP 35). Zur Frage der ursprünglichen Zielsetzung des Edikts (Schutz des sog. „bonitarischen Eigentümers"? → Rn. 11–12) kann er nicht argumentativ herangezogen werden, ohne dass man die Gefahr eines Zirkelschlusses zumindest gewärtigt. Zur Einbeziehung auch des gutgläubigen Besitzes in den Ausdruck *in bonis alicuius esse* s. die Literatur bei *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 539 Fn. 1; *Giaro*, Mél. Wołodkiewicz I 283; 288.

[9] *Watson*, Property (1968) 106 Fn. 2.

[10] Nach *Lenel*, EP 171 f. handelt es sich ursprünglich um ein Fragment der Klageformel: „[Die Kompilatoren] haben aus dem A^s A^s ein ‚qui' gemacht"; weitere Literatur bei *Diósdi*, Ownership (1970) 157 Fn. 49; *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 76 f. Fn. 20. Dagegen spricht das Formelzitat bei Gaius inst. 4.36 nach der einzigen Handschrift (→ Rn. 15). Bis auf *emit* zeigt es keine Übereinstimmung mit Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.11. Die Aussage etwa *Giaros*, Mél. Wołodkiewicz I 280: „die Musterformel [nannte] den Kauf im guten Glauben (G. 4,36; Ulp. D. 6,2,7,11)" ist zu unkritisch. In der Klageformel wäre *bona fide* auch nicht veranlasst: Die Redlichkeit ist ohnehin Voraussetzung für den Eigentumserwerb durch *usucapio*; da sie zugunsten des Klägers vermutet werden muss (→ Rn. 20 bei Fn. 62), ist ihre besondere Betonung neben den vom Kläger zu beweisenden Elementen *emit* und *traditus est* nicht wahrscheinlich; ganz anders *Behrends*, Gesetz und Sprache 150. Literatur bei *Diósdi*, Ownership (1970) 158 Fn. 55. S. auch → Rn. 16 bei Fn. 54. *Vacca*, Scr. Corbino VII 323 f. Fn. 16 sieht in D. 6.2.7.11 „chiaramente" Ediktstext.

[11] *Sirks*, in: Garofalo/Zhang, Tradizione e modernità (2017) 318 schließt daraus, dass *ex iusta causa* nicht im Edikt stand.

pians[12] – tatbestandlich enger ist als die Rechtsschutzverheißung; der Kauf ist ein Fall der *iusta causa traditionis* und erscheint – neben einem ganzen Katalog anderer[13] – mit Varianten[14] bei der Kommentierung von *ex iusta causa*. Anlass zur sinnvollen eigenen Kommentierung geben die Worte *qui bona fide emit* (auch dann, wenn sie dem Edikt voranstehen) erst im Hinblick auf *bona fide* (Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.11–17).

b. Rechtsschutzverheißung

Nach der Digestenüberlieferung zitiert Ulpian die ediktale Rechtsschutzverheißung folgendermaßen: **3**

Ulp. 16 ed. D. 6.2.1 pr.
Ait praetor: 'Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.'

„Der Prätor sagt: 'Wenn jemand das, was übergeben wird, verlangen wird/einklagen will, zu anerkanntem Zweck, nicht vom Eigentümer und noch nicht ersessen, werde ich eine Klage geben.'"

Der Text kann mechanischer Textverderbnis ebenso ausgesetzt sein wie willkürlichen Eingriffen der Kompilatoren. Das generische Präsens *quod traditur* ließe sich allenfalls damit erklären, dass Sachen gemeint sind, die der Übergabe zugänglich sind (also *res corporales/quae tangi possunt*).[15] Lenel kombiniert eine ersetzende Interpolation (*traditur* für ⟨*mancipio da*⟩*tur*)[16] mit einer sprachlichen Glättung durch die Kompilatoren (Streichung von ⟨*traditum*⟩ hinter dem entstandenen *traditur*), bei Ulpian habe es **4**

[12] Dass noch Julian den Fall des Behaltens der Streitsache gegen Bezahlung der *litis aestimatio* nur durch Gleichsetzung mit dem Kauf unter die *actio Publiciana* bringt, deutet nach *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 80 darauf hin, dass sich zu seiner Zeit der Wortlaut des Edikts auf den *emptor bonae fidei* beschränkte. *Ex iusta causa* im Verheißungsedikt wäre dann eine spätere Erweiterung des Wortlauts (ohne Veränderung der Rubrik). Die Gleichsetzung der *litis aestimatio* mit dem Kauf ist freilich auch unter dem Wortlaut *traditum ex iusta causa* sinnvoll: Denn für sich genommen bereitet es Schwierigkeiten, das *Behalten* der Sache gegen Zahlung des Schätzwerts als Fall der *traditio ex iusta causa* zu qualifizieren.

[13] Ulp. 16 ed. D. 6.2.3.1, 6.2.5, 6.2.7 pr.–1/3/5/7: *dos, iudicatum, noxae deditio, adiudicatio*, Bezahlung der *litis aestimatio* (aber Pomp. 29 Sab. D. 6.1.70), *lucrativae caus/aedonatio, permutatio, ius iurandum*. Zur *noxae deditio* s. auch Afr. 6 quaest. D. 9.4.28, wo außerdem die *ductio iussu praetoris* genannt wird. Bei Paul. 19 ed. D. 6.2.2/4/6 begegnen außerdem die Übergabe *solvendi causa* und die *ductio* des im Noxalprozess unverteidigten Sklaven.

[14] Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.2: Kauf vom *furiosus*; § 4: Kauf vom *minor*.

[15] Gai. 2.13.

[16] Die Juristen der Kaiserzeit hätten diesen Wortlaut jedenfalls überwunden, sie geben die *actio Publiciana* auch bei *res nec mancipi* (Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.1: *usus fructus, servitutes urbanorum praediorum* → Rn. 32; Pomp./Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.8: *statuae rescisae partes* – allerdings *similis actio*, bei *statua* die gewöhnliche *actio Publiciana*?; Paul. 19 ed. D. 6.2.12.2: *vectigalia* → Rn. 32 a. E.; s. auch Ulp. 16 ed. D. 6.2.9.6: *aliqua res*).

geheißen: *Si quis id quod mancipio datur traditum … petet*[17] – „Wenn jemand das, was der *mancipatio* zugänglich/vorbehalten ist, wenn es übergeben worden ist …, verlangen wird/einklagen will." Wenn die Worte *non a domino* – „nicht vom Eigentümer" überhaupt im Edikt standen,[18] so bezogen sie sich nicht (wie jetzt)[19] auf *petet* (zur Qualifizierung des Beklagten als Nichteigentümer), sondern auf die erfolgte Übergabe der Sache (zur Qualifizierung des Veräußerers als Nichteigentümer).[20] Das Edikt schützte im überlieferten Bereich dann nur den Erwerber vom Nichteigentümer, nicht aber den formlosen Erwerber einer *res mancipi* vom Eigentümer (Gai. 2.41; sog. bonitarischer Eigentümer → § 39 Rn. 7).[21]

5 Ohne die Worte *non a domino* eignete sich das überlieferte Edikt auch zum Schutz des bonitarischen Eigentümers – solange es diesen gab: Da Justinian die *mancipatio,* die Kategorien der *res mancipi/nec mancipi* und damit das bonitarische Eigentum beseitigte,[22] konnte das justinianische Recht den Anwendungsbereich der *actio Publiciana* ausdrücklich beschränken.[23] Dabei ist eine Interpolation durch Einfügung von *non a domino* mit Bezug auf *petet* denkbar. Die Kompilatoren würden damit sicherstellen,

[17] *Lenel*, EP 171. Für eine ursprüngliche Struktur *traditum et nondum usucaptum* (nicht aber für irgendeine Erwähnung der *mancipatio/res mancipi*) spricht Ulp. 16 ed. D. 6.2.1.2, wonach das Edikt „nur die *traditio* und die *usucapio* erwähnt", obwohl es noch viele andere Möglichkeiten des Eigentumserwerbs gebe. Hinsichtlich *res mancipi* ist die *traditio ex iusta causa* gerade keine Möglichkeit des (zivilen) Eigentumserwerbs, auf die der Prätor Bezug nehmen könnte; sie *wird* zur Möglichkeit des (*prätorischen*) Eigentumserwerbs (auch) durch die *actio Publiciana. Lenel* müsste also auch D. 6.2.1.2 für interpoliert erklären (→ Rn. 8). *Sirks*, in: Garofalo/Zhang, Tradizione e modernità (2017) 319 gelangt zu einer Rekonstruktion *Si quis qui bona fide emit id quod traditur* (!) *et nondum usucaptum* (!) *petet, iudicium dabo* – „If somebody who has bought in good faith claims that which is transferred (!) and not yet usucapted, I shall give an action." *Nondum usucaptum* sei entweder interpoliert oder beziehe sich auch auf die Ersitzung durch den Beklagten.

[18] Dagegen *Lenel*, EP 171: {*non a domino*}, dessen Argumente in Fn. 2 überzeugen nicht; weitere Literatur bei *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 75 f. Fn. 19; *Apathy*, Actio Publiciana (1981) 19; *Benedek*, St. Pólay 75 Fn. 21; *Giaro*, Mél. Wołodkiewicz I 281; jetzt *Söllner*, SZ 122 (2005) 13; *Sirks*, in: Garofalo/Zhang, Tradizione e modernità (2017) 318; s. auch unten Fn. 26 und Fn. 44.

[19] Dazu führt das *et* vor *nondum usucaptum*; Ulp. 16 ed. D. 6.2.3.1 scheint (auch) *ex iusta causa* auf *petet* zu beziehen. *Lenel* ergänzt das Zitat zu ⟨*traditum*⟩ *ex iusta causa petet*; alternativ könnte *petet* nachträglicher Zusatz sein, um das Zitat unter verändertem Verständnis zu vervollständigen (wer *non a domino* auf *petet* bezieht, wird dies konsequent auch mit *ex iusta causa* tun). *Petet* entspricht in der Kommentierung Ulpians in etwa den Worten *utitur Publiciana* (besser entspräche ihnen *iudicium dabo*): *Qui igitur iustam causam traditionis habet* (entspr. *ex iusta causa*), *utitur Publiciana.*

[20] Ner. 3 membr. D. 6.2.17 verneint ein mögliches Obsiegen des Klägers gegen den *dominus* mit dem Hinweis auf die Gerechtigkeit und die Existenz der *exceptio iusti dominii*, nicht aber auf den Wortlaut des Edikts. Fand Neraz dort die Worte *non a domino* vor, so konnte er sie also nicht auf *petet* beziehen.

[21] Die gängige Bezeichnung als bonitarischer Eigentümer ist quellenmäßig nur bei Theoph. inst. 1.5.3: *bonitarios.*

[22] C. 7.31.1.5 (531).

[23] *Diósdi*, Ownership (1970) 158; *Söllner*, SZ 122 (2005) 13.

dass der Kläger vor Ablauf der Ersitzungsfrist nur gegen einen Nichteigentümer, nicht aber gegen den Eigentümer obsiegt. Im Formularverfahren wurde dies mit der *exceptio iusti dominii* erreicht (genauer → Rn. 25–26); später musste daraus ein negatives Tatbestandsmerkmal werden.

Von Bedeutung ist der kurze Bericht des Gaius in Gai. 4.36: **6**

⟨*Alia actio, qua actor fingitur rem usu ce⟩pisse, Pu⟨blic⟩iana vocatur.*[24] *Datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit: Nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit velut hoc modo …*

„⟨Eine andere Klage, bei der unterstellt wird, der Kläger habe eine Sache er⟩sessen, heißt Pu⟨bli-zi⟩anische Klage. Diese Klage aber wird demjenigen gewährt, der eine Sache, die ihm aus anerkanntem Grund übergeben worden ist, noch nicht ersessen hat und diese Sache nach Verlust des Besitzes einklagt. Denn weil er nicht geltend machen kann, dass die Sache nach dem Recht der Quiriten die seine sei, wird unterstellt, er habe die Sache ersessen, und so als wäre er bereits Eigentümer nach dem Recht der Quiriten, formuliert er die *intentio* etwa folgendermaßen: …"

In entscheidenden Elementen stimmt diese Darstellung mit dem Ediktszitat bei Ulpian überein. Unterstellt man, dass Gaius das Edikt ohne Unterdrückung wichtiger Tatbestandelemente paraphrasierte, so enthielt es weder eine Bezugnahme auf *res mancipi* (Lenels *quod ⟨mancipio da⟩tur*)[25] noch den Ausdruck {*non a domino*}. Anstelle des ganz ungewöhnlichen *id* im überlieferten Ulpian-Text, findet sich bei Gaius ein unauffälliges *rem*. **7**

Für die Worte *non a domino* spricht freilich Ulp. 16 ed. D. 6.2.1.2, wonach das Edikt (nur) auf *traditio* und *usucapio* als Vorgänge des Eigentumserwerbs Bezug nehme. Da es einerseits auf die unvollendete *usucapio* abstellt, ist Ulpians Aussage sinnvoll, wenn er parallel dazu die wegen fehlenden Eigentums des Veräußerers (*non a domino*) gescheiterte *traditio* vor Augen hatte.[26] Dieser Schluss lässt sich wohl nur durch Inter- **8**

[24] Zur Überlieferung und Textgestaltung s. *Platschek*, SZ 128 (2011) 366–369; anders *Sirks*, in: Garofalo/Zhang, Tradizione e modernità (2017) 308. Nach *Sirks* „there is non cogent need to assume that [Gaius] mentioned the name *Publiciana*"; das berücksichtigt zu wenig den Handschriftenbefund (vor *vocatur* steht dort sicher ein *Name*, davor wiederum sicher *pisse* von ⟨*usu ce⟩pisse*) – oder soll hier ein *anderer* Name gestanden haben?

[25] S. auch *Giaro*, Mél. Wołodkiewicz I 281: „Gaius bezeichnet den Streitgegenstand allgemein als *res* (G. 4,36), weshalb er den Sklaven (*homo*) seiner exemplarisch angeführten (*veluti*) Musterformel wohl nicht als ein Beispiel von *res mancipi* zu verstehen glaubte." Anders *Vacca*, in: Cortese, Proprietà (1988) 40 f.

[26] Das ediktal nicht berücksichtigte *legatum* wird von Ulpian hier nicht als *iusta causa traditionis*, sondern als vollständiger Erwerbstatbestand behandelt (was die Stellung der Erörterung vor der Kommentierung der *iusta causa*, ab D. 6.2.3.1, beweist); Ulpian spricht also vom Vindikationslegat (→ § 60). Er subintelligiert in einer Reihe mit der (am fehlenden Eigentum des Veräußerers gescheiterten) *traditio* und der (unvollendeten) *usucapio* das unwirksame *legatum per vindicationem* (vom Nichteigentümer). Die Übersetzung von D. 6.2.1.2 durch *Wollschläger*, in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, CIC II 581 führt hier in die Irre: „Warum erwähnt er nur die Übergabe [aufgrund Kaufvertrags] (!) und die dadurch begründete (!) Ersitzung, wo es doch viele Rechtsgründe (!) gibt,

polationsverdacht auch gegen Ulp. 16 ed. D. 6.2.1.2 (*traditionis* für urspr. ⟨*mancipa*⟩*tionis*) vermeiden.

9 Mit einer Rubrik *De eo qui bona fide emit* würden die Worte *non a domino* als Bezeichnung des Erwerbs vom Nichteigentümer harmonieren.[27] Sie hätten keineswegs zur (absurden) Folge, dass der Kläger der *actio Publiciana* das fehlende Eigentum seines Vormanns zu beweisen hätte.[28] Denn für die Klageformel (s. sogleich) ist der Umstand unerheblich.

10 Denkbar ist beim überlieferten Zitat Ulpians eine mechanische Verderbnis (und anschließende Glättung) von

Si quis {*id*}[29] *qu*⟨*i*⟩*d*[30] ⟨*ei?*⟩ *traditu*⟨*m*⟩ *ex iusta causa* {*non a domino?*} *et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*[31]

„Wenn jemand etwas (ihm?) aus anerkanntem Grund {nicht vom Eigentümer?} Übergebenes und noch nicht Ersessenes verlangen wird/einklagen will, werde ich eine Klage gewähren."

Nach einer ursprünglichen Verderbnis zu *traditu*{*r*} hätte man versucht, den Text syntaktisch zu retten.[32]

11 Eine verbreitete Ansicht (insbes. Lenel, De Visscher, Sturm) sah im Schutz des formlosen Erwerbers einer *res mancipi* vom Eigentümer das originäre Ziel der *actio Publi-*

---

aus (!) denen man Eigentum erwerben kann? Wie zum Beispiel das Vermächtnis." Zu den *aliae pleraeque* – „mehreren anderen (Tatbeständen des Eigentumserwerbs: *iuris partes quibus dominium quis nancisceretur*)", Ulp. 16 ed. D. 6.2.3 pr., gehören die *donationes mortis causa* (Paul. 19 ed. D. 6.2.2), *quia ad exemplum legatorum capiuntur* – wiederum irreführend *Wollschläger* (ebd.): „weil die [von Todes wegen geschenkten] Sachen (!) nach dem Vorbild vermachter Sachen (!) ersessen (!) werden." Die Terminologie *legatum capere* wird hier mit *rem usu capere* kontaminiert. – Stand bei Ulpian neben dem *legatum* die ⟨*mancipatio*⟩? Auf *iusta causa traditionis* in § 3 kann sich *aliae pleraeque* nicht beziehen, s. aber *Sirks*, in: Garofalo/Zhang, Tradizione e modernità (2017) 318.

[27] Nach *Söllner*, SZ 122 (2005) 12–15 beschränkt sich *bona fide emere* aber nicht auf den Erwerb vom Nichtberechtigten, s. unten Fn. 33.

[28] S. *Giaro*, Mél. Wołodkiewicz I 281 mit Fn. 24.

[29] Oder ⟨*s*⟩*i*⟨*bi*⟩? Bei Gai. 4.36 findet sich immerhin *traditam sibi rem*; in der dort zitierten Klageformel: *ei traditus est.*

[30] Vgl. auch Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1: *Verba autem edicti talia sunt: 'Si cuius quid de bonis, … item si quis quid usu suum fecisset …'* Der Tatbestandsbeginn *si quis quid …* ist indirekt als Edikts- bzw. Dekretsprache des Verres belegt (Cic. Verr. 2.2.59: *Si quis quid ab absente peteret, se auditurum*; im Edikt zu erwarten ist also: *Si quis quid ab absente petet, audiam*). Eine Nähe zur Ediktssprache ist nicht zu verkennen bei Gell. 14.2.26 (Cato): *Si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, … illi unde petitur, potius credendum esse.* In der Gesetzessprache: *Lex de piratis persequ.* 10 – *si quis quid adversus hanc legem fecerit …* Bei den Juristen: Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.10; Gai. 3.158.

[31] Inhaltlich entsprechend, aber weiter vom überlieferten Digestentext entfernt, bereits *Schulz*, CRL 376; zustimmend und mit weiterer Literatur *Kaser*, RP I 438 mit Fn. 5; s. auch *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 87 Fn. 47.

[32] Das konkrete *id* vor dem generischen Relativsatz im Indikativ ist sowohl nach dem überlieferten Text als auch nach *Lenels* Emendation fragwürdig. Die beiden Partizipien *traditum et nondum usucaptum* sind innerhalb der Konstruktion *id … petet* unbefriedigend.

ciana.[33] Vorurteile über einen „Kampf gegen den zivilrechtlichen Formalismus“[34] als treibende Feder der prätorischen Rechtsentwicklung, über das frühzeitige Absterben der Manzipation (zugunsten des bonitarischen Eigentums) und die Bedeutungslosigkeit der Ersitzung beim Erwerb vom Nichteigentümer (wegen der großzügigen Bejahung von *furtum* und Furtivität als Ersitzungshindernis)[35] bedürfen angesichts kaiserzeitlicher urkundlicher Belege für die *mancipatio*[36] und der ältesten Aussage über den Zweck der *actio Publiciana*[37] (die zugleich zu den ältesten Belegen für deren Existenz gehört[38]) jedoch der Überprüfung; vor allem aber darf die Bedeutung der Ersitzung nach Erwerb vom Nichteigentümer als „Hilfsvorbringen“ des Erwerbers *vom Eigentümer* nicht unterschätzt werden, wenn der Erwerber auf Beweisprobleme für das Eigentum seines Vormannes stößt.[39]

Nach Teilen der Literatur wäre bei Schaffung gerade zum Schutz des bonitarischen Eigentümers in der Klageformel die Fiktion der durchgeführten *mancipatio* (und nicht diejenige der abgelaufenen Ersitzungsfrist → Rn. 21–22) zu erwarten.[40] Auch die bei der **12**

---

[33] Literatur bei *Sturm*, RIDA³ 9 (1962) 361 f. Fn. 1012; *Kaser*, RRQ 352 Fn. 24; *Wieacker*, RRG I 456 Fn. 57; *Apathy*, Actio Publiciana (1981) 13; *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 86 Fn. 44; *Benedek*, St. Pólay 78 Fn. 29; 79 Fn. 37; *Sansón Rodríguez*, Transmisión (1998) 151–153; s. auch *Behrends*, in: Behrends/Sellert, Nomos und Gesetz (1995) 150; *Söllner*, SZ 122 (2005) 12–15 versteht *bona fide emere* (das er in der Klageformel verortet) als manzipationslosen käuflichen Erwerb einer *res mancipi*.

[34] *Giaro*, Mél. Wołodkiewicz I 283.

[35] *Sturm*, RIDA³ 9 (1962) 398416; nach Gai. inst. 2.50 kommt es bei beweglichen Sachen *non facile* zur Ersitzung des Gutgläubigen (= Erwerbers vom Nichteigentümer); freilich nennt er neben konkreten Konstellationen einen offenen Bereich „anderer Fälle“. Kritisch gegen *Sturm*: *Diósdi*, Ownership (1970) 159; *Apathy*, Actio Publiciana (1981) 14.

[36] Etwa Sklavenkäufe: TH 61 (63 n. Chr.); *Tomlin*, Britannia 34 (2003) 41–51 = *Camodeca*, ZPE 157 (2006) 225–230 (1./2. Jh. n. Chr.); CIL III p. 936,06 (p. 2215) (= FIRA III 87; 139 n. Chr.) u. a.; Grundstückskäufe: CIL VI 36245 (1. Jh. n. Chr.); CIL III p. 944,08 (= FIRA III 90; 159 n. Chr.); *fiducia*: TPSulp 49 (49 n. Chr.); TPSulp 85 (51 n. Chr.); TPSulp 90–92 (61 n. Chr.); CIL IV 3340,155 (p. 454) (= FIRA III 91; 61 n. Chr.); *Arangio-Ruiz/Pugliese Carratelli*, Par. Pass. 9 (1954) 64 (62 n. Chr.); CIL II 5042 (= FIRA III 92; *Formula Baetica*, 1./2. Jh. n. Chr.); Schenkungen: CIL VI 10231 (= FIRA III 93; 1./2. Jh. n. Chr.); CIL VI 10239 (= FIRA III 94) u. a.

[37] L. Neratius Priscus (cos. suff. 97 n. Chr.) spricht 3 membr. D. 6.2.17 nur vom gutgläubigen Erwerber vom Nichteigentümer.

[38] Ebenfalls auf Neratius geht zurück Ulp. 16 ad ed. D. 6.2.9.3.

[39] Dazu *Wubbe*, GS Jäggi 111; *Benedek*, St. Pólay 87, s. sogleich Fn. 40 und → Rn. 13.

[40] *Wubbe*, RIDA³ 8 (1961) 430; *Giaro*, Mél. Wołodkiewicz I 282 mit Literatur in Fn. 25; dagegen *Sturm*, RIDA³ 9 (1962) 388. Um *Wubbe* zu widerlegen, konstruiert *Sturm* eine Klageformel, die er als „Monstrum“ abtut: Mit *emit* und *traditus est* (→ Rn. 19) stellte sie „in ihren tatsächlichen Voraussetzungen auf Erwerb durch usucapio ab“, damit hätte eine Fiktion der durchgeführten *mancipatio* „nichts gemein“. Dass *emit* und *traditus est* in dieser Formel weiterhin auf die *usucapio* abstellten, erscheint zirkulär. Kritisch gegen *Sturm* insbesondere *Apathy*, Actio Publiciana (1981) 14; *ders.*, St. Sanfilippo I 29. Zum dinglichen Schutz gerade des bonitarischen Eigentümers wäre darüber hinaus an eine Übertragung der zivilen *rei vindicatio* auf ihn (durch Subjektswechsel) zu denken; seine Beweislage entspräche dann der des zivilen Eigentümers. Warum sollte der Prätor gerade für den

Klage des bonitarischen gegen den zivilen Eigentümer erforderliche besonders aufwendige Formelgestaltung (→ Rn. 25–28), die den zivilen Eigentümer zunächst durch *exceptio iusti dominii* vor dem Kläger schützt und erst durch *replicatio rei venditae et traditae* dem bonitarischen Eigentümer zum Sieg verhilft, passt nicht zur Vorstellung eines originären Schutzes gerade des bonitarischen Eigentümers – denn dann ließe sich der formlose Erwerb vom Eigentümer bereits in der *intentio* erwarten, *exceptio* und *replicatio* wären irrelevant. Die *actio Publiciana* wurde demnach nicht gerade und ausschließlich zu dem Zweck geschaffen, den Formalismus der *mancipatio* zu überwinden.[41] Dafür, dass sie überhaupt auf den bonitarischen Eigentümer Anwendung fand, fehlen unmittelbare Belege in den Quellen,[42] spricht aber eine gewisse Wahrscheinlichkeit.[43] Stand *traditum … non a domino* im Edikt,[44] so müsste man zur Anwendung auf den bonitarischen Eigentümer den Wortlaut (mithilfe eines Erst-recht-Schlusses) überwunden haben.

13 Damit bleibt nur ein Entstehungsmodell der Ergänzung der *rei vindicatio* durch die *actio Publiciana*, um Fällen gerecht zu werden, in denen der Kläger eine im Vergleich zum Beklagten bessere Berechtigung, nicht aber sein Eigentum nachweisen kann. Nach Wubbe waren diese Fälle von der *legis actio sacramento in rem* (→ § 9 Rn. 37–42) insofern erfasst, als der Richter dort, auch wenn keine der Parteien ihr Eigentum beweisen konnte, die Sache dem *relativ besser Berechtigten* zusprechen konnte und musste. Mit der Verengung auf die formulare *rei vindicatio*, bei der (nur) der Kläger sein ziviles Eigentum zu beweisen hat, sei dieser Schutz weggefallen und von der *actio Publiciana*

---

bonitarischen Eigentümer mit der *actio Publiciana* hingegen eine Klage geschaffen haben, die diesem Dritten gegenüber Schutz unter geringeren Voraussetzungen verschafft, als es die *rei vindicatio* zugunsten des zivilen Eigentümers tut (s. auch *Giaro*, Mél. Wołodkiewicz I 281 f.)? Bei einer Schaffung zugunsten des Erwerbers vom Nichteigentümer lässt sich immerhin noch sagen, dass eine Übertragung der *rei vindicatio* des Eigentümers auf ihn nicht immer möglich ist. Nach *Benedek*, St. Pólay 87, wurde die *actio Publiciana* freilich für den zivilen Eigentümer (in Beweisnöten) geschaffen (und sowohl Erwerber *a non domino* als auch bonitarischer Eigentümer profitierten davon) → Rn. 13.

[41] Eine Beschränkung unseres Edikts auf *res mancipi* (mit *Lenel*, s. oben bei Fn. 17) wäre also nur mit einer Beschränkung der *usucapio* auf dieselben zu erklären (→ § 44 Rn. 4).

[42] Was in den justinianischen Quellen wiederum nicht verwundern kann (→ Rn. 5). Gaius spricht das bonitarische Eigentum ausdrücklich nur in materiell-rechtlichem Zusammenhang an (1.54; 2.41); der von ihm in 4.36 beschriebene Anwendungsbereich der *actio Publiciana* (→ Rn. 6) kann das bonitarische Eigentum freilich umfassen.

[43] Aus den verbliebenen Anwendungsfällen sind Schlüsse möglich: Wenn die *actio Publiciana* den formlosen Erwerber eines *usus fructus* und einer Grunddienstbarkeit schützt (Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.1 → Rn. 38), dann wohl auch den bonitarischen Eigentümer. Nach Afr. 16 quaest. D. 9.4.28 steht die *actio Publiciana* dem (manzipationslosen) Empfänger der *noxae deditio* eines Sklaven (vom Nichteigentümer!) zu, *quamvis sciens alienum possidea*(*t*); dazu im Hinblick auf das bonitarische Eigentum *Apathy*, Mél. Sturm 37.

[44] → Rn. 4 mit Fn. 18 und Rn. 8. Zur Verteidigung von *non a domino* s. *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 96.

übernommen worden.[45] Quellen dafür, wie die *legis actio sacramento in rem* endete, wenn keine der beiden Parteien (absolutes) Eigentum beweisen konnte, fehlen; dass der Richter *suum esse ex iure Quiritium* auch beim besser berechtigten Nichteigentümer bejahen musste, ist also nicht belegt. Die Verschiebung vom symmetrischen Prätendentenstreit der *legis actio sacramento in rem* zur asymmetrischen *rei vindicatio* mit der einseitigen Behauptung des Klägers *ex iure Quiritium Auli Agerii esse* kann als solche den Richter auch nicht gezwungen haben, einen lediglich besser berechtigten Kläger, dem er im Sakramentsverfahren die Sache zugesprochen hätte, nunmehr abzuweisen – dessen Beweisthema *rem meam esse ex iure Quiritium* hatte sich ja nicht geändert. Doch kann eine Verabsolutierung des *meum esse ex iure Quiritium* vom neuen Verfahren begünstigt worden sein. Dass die Römer unter Geltung der *actio Publiciana* den lediglich besser Berechtigten auch mit der formularen *rei vindicatio* geschützt hätten, ist jedenfalls nicht erkennbar.[46] Die *actio Publiciana* selbst beweist vielmehr, dass ein *suum esse ex iure Quiritium* nicht schon beim besser Berechtigten bejaht werden konnte – *quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere* (→ Rn. 6) –, sondern erst, wenn alle Ersitzungsvoraussetzungen einschließlich der vollendeten Frist vorlagen. Unsere Klage ist damit Beweis gegen die Vorstellung von „relativem Eigentum" im Zeitpunkt ihrer Entstehung.

Wählt man die Worte *qui bona fide emit* zum ediktalen Ausgangspunkt für den **14**
Schutz des Besserberechtigten, lässt sich formulieren: Die *actio Publiciana* erspart dem Erwerber einer Sache durch Kauf und Übergabe bei seiner dinglichen Klage den Beweis des Eigentums,[47] indem sie sich dazu bekennt, dass derjenige, der gutgläubig von einem

[45] *Wubbe*, RIDA[3] 8 (1961) 422 f.; zustimmend *Kaser*, RRQ 350 mit weiterer Literatur in Fn. 21. Teile einer solchen Schutzlücke lassen sich wohlgemerkt über die Verteilung des Besitzes, d. h. der Parteirollen und damit der Beweislast, mittels der *rei vindicatio* vorgelagertem Interdiktenverfahren (*Uti possidetis*, → § 66 Rn. 63) schließen. Kritisch gegen einseitige Modelle *Apathy*, Actio Publiciana (1981) 16. Nach *Benedek*, St. Pólay 90 kann ein Unterschied zwischen *legis actio sacramento in rem* und formularer *rei vindicatio* im Hinblick auf das zu beweisende Eigentum nicht erkannt werden. Zur „Relativität" des Eigentums unter Geltung der formularen *rei vindicatio* in der Kaiserzeit zuletzt – methodisch bedenklich (s. sogleich Fn. 46) – *Schermaier*, SZ 134 (2017) 87–102; *Giglio*, SZ 135 (2018) 77–107.

[46] *Schermaier*, SZ 134 (2017) 90–91 sieht ein Gegenargument in Alf. 6 dig. D. 6.1.57 begründet: Wenn dort zwei Kläger unabhängig voneinander dieselbe Sache vom selben Besitzer vindizieren und von vorneherein feststeht, dass beide obsiegen können, zeige dies, dass sie nicht ihr absolutes Recht beweisen müssen. Ähnlich *Giglio*, SZ 135 (2018) 101: „This situation required two valid ownership rights over the same thing backing the respective claims." Die Stelle lässt sich aus den möglichen Folgen unterschiedlicher Beweissituationen vor zwei verschiedenen Richtern und der Relativität *der Prozessverhältnisse* erklären (→ § 39 Rn. 4 Fn. 18); die von Alfenus geforderte *cautio* entschärft zugunsten des doppelt Beklagten diese Relativität. Stattdessen (*Giglio*: „Alfenus' answer … is for our purposes of no significance") oder zusätzlich (*Schermaier*: „nicht nur die Beweisanforderungen relativiert") relatives oder zweifaches *Eigentum* zur Erklärung zu bemühen, überzeugt unter Geltung des Sparsamkeitsprinzips nicht. Die von den Autoren angebotene objektiv-materiellrechtliche Erklärung ist überschießend.

[47] Die Schwierigkeiten dieses Beweises vor Vollendung der Ersitzung lassen sich nicht als unklas-

Nichteigentümer durch Kauf und Übergabe erworben hat, schon vor Ablauf der Ersitzungsfrist aktiven dinglichen Rechtsschutz verdient.[48]

15 Die *actio Publiciana* entstand aus einer Verhandlungssituation *in iure*, in der ein Kläger – der objektiv bereits ziviler Eigentümer sein konnte – wegen Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Eigentums seines Vormannes und wegen bei Besitzverlust noch nicht abgelaufener Ersitzungsfrist die Erfolglosigkeit einer *rei vindicatio* gewärtigen musste, aber darauf bestand, dass der Beklagte, solange er sich nicht seinerseits auf Eigentum berief, um nichts schutzwürdiger sei als bei vorangehendem Besitz des Klägers über die gesamte Ersitzungsfrist; dass die noch nicht abgelaufene Ersitzungsfrist einem dritten Eigentümer (wenn es diesen denn gäbe!) die Verfolgung seines Rechts ermöglichen solle, keinesfalls aber den Besitz des Beklagten aufwerten dürfe. Für den Beklagten wäre dies ein unverdienter Glücksfall, für den Kläger ein Nachteil gegenüber dem Beklagten aus einem Schutzmechanismus, der gar nicht zugunsten des Beklagten bestehe. Diesem Überschießen der Ersitzungsvoraussetzungen stehe der redliche Erwerb des Klägers gegenüber, der nur dann unbeachtlich wäre, wenn die Sache nicht der Ersitzung zugänglich gewesen wäre. Der Prätor folgte dem: Die *actio Publiciana* ist Ergebnis der Heraustrennung der abgelaufenen Ersitzungsfrist aus dem Beweisprogramm der *rei vindicatio*; der Prätor verwirklicht damit eine teleologische Reduktion der Ersitzungsvoraussetzungen im Verhältnis zu Dritten, und zwar auch – angesichts der Seltenheit der Ersitzung nach Erwerb vom objektiv Nichtberechtigten eher: gerade – zum Schutz des klagenden zivilen Eigentümers.[49] Dass die Ersitzungsfrist dem Schutz eines möglicherweise vorhandenen vom Kläger verschiedenen Eigentümer dient, wird in Gestalt der *exceptio iusti dominii* (→ Rn. 25–26) weiterhin berücksichtigt.

16 Im Bereich der *res mancipi* kommt es für die Ersitzung nach Kauf und Übergabe auf die Vornahme der *mancipatio* nicht an (Gai. 2.43). Im Verhältnis zu Dritten profitiert der bonitarische Eigentümer daher zwangsläufig vom selben Schutzniveau.[50] In seinem

---

sisches „Dogma von der probatio diabolica" abtun, so aber *Sturm*, RIDA[3] 9 (1962) 364. Der Prätor wird den Kläger auch nicht mit den (von *Sturm* argumentativ verwerteten) Freiheiten des Richters vertrösten können, die eine strenge Beweislastregelung aufweichen: Denn der Beklagte wird stets auf einem absoluten Verständnis von *suum esse ex iure Quiritium* bestehen. Literatur zur *probatio diabolica* bei *Wacke*, FG Zlinszky 69 Fn. 19.

[48] *Wubbe*, GS Jäggi 111; nach *Benedek*, St. Pólay 89 ist der sofortige „dingliche Rechtsschutz vom Augenblick des Erwerbs an" erst mit dem Verbot der Ersitzung furtiver Sachen durch die *lex Atinia* (→ § 44 Rn. 6) möglich. Der Erlass der *lex Atinia* (die man am Ende des 3. Jh.s/Beginn des 2. Jh.s verortet) ist für *Benedek* aber nicht nur *terminus post quem* für unser Edikt, sondern der zeitnahe Grund für dessen Verheißung.

[49] Gaius formuliert (Gai. 1.54; 2.41), dass eine Sache sowohl *ex iure Quiritium* als auch *in bonis* ein und derselben Person sein kann; dazu *Giaro*, Mél. Wołodkiewicz I 287.

[50] Ähnlich *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 84–91; *Benedek*, St. Pólay 86. Gleiches muss für den Schutz des bonitarischen Eigentümers durch die *legis actio sacramento in rem* gelten (soweit sich die Beweislage hier überhaupt von der formularen *rei vindicatio* unterschied, s. oben Fn. 45). Umgekehrt wäre der Schutz des Erwerbers vom Nichteigentümer keineswegs zwingende Folge aus dem Schutz des bonitarischen Eigentümers: Wer beim Erwerb vom nachweislichen Eigentümer auf die

Fall verdient auch der beklagte (zivile) Eigentümer keinen Schutz durch die Ersitzungsfrist: Die *exceptio iusti dominii* wird deshalb durch die *replicatio rei venditae et traditae* überwunden (→ Rn. 27–28).

2. Klageformel

a. *Intentio*

Die (bzw. eine: *velut*) *intentio* der *actio Publiciana* gibt Gaius in inst. 4.36 wieder. Die gängigen Editionen gestalten den Text[51] folgendermaßen: **17**

… ⟨vel⟩ut hoc modo: 'Iudex esto. Si quem hominem A(ulus) A(gerius) emit †is† ei traditus est, anno possedisset, tum si eum homin(em), de quo agit(ur), e(ius) ex i(ure) Q(uiritium) e(ss)e o(porte)ret' et reliqua.

„ … zum Beispiel folgendermaßen: '(Der und der) soll Richter sein. Wenn [der Kläger] den Sklaven, den er gekauft hat, dieser (!) ihm übergeben worden ist, ein Jahr lang besessen hätte, wenn dann dieser Sklave, um den es geht, nach dem Recht der Quiriten sein Eigentum sein müsste' usw."

Das *velut* – „zum Beispiel" bei Gaius ist ernstzunehmen: Ihm muss mindestens eine andere Gestaltung der Formel vor Augen stehen. Das kann sich auf die streitige Sache und die dazugehörige Ersitzungsfrist beziehen (*velut '… hominem … anno'*; im Gegensatz insbesondere zu **fundum … biennio*), aber auch auf den Erwerbsvorgang (*velut '… emit'*).[52] Lenel ergänzt aufgrund seiner Interpolationsvermutung gegen Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.11[53] vor *emit* die Worte *bona fide*.[54] Dass in diesem Fall „Gaius unvollständig **18**

Form der *mancipatio* verzichten will, nimmt damit keine Weichenstellung für den Schutz des Erwerbers vom Nichteigentümer vor. Vermittelnde Ansichten (insbes. *Apathy*, Actio Publiciana [1981] 16) sehen im Schutz sowohl des bonitarischen Eigentümers als auch des Erwerbers vom Nichtberechtigten eine doppelte Zielsetzung des edizierenden Prätors. Die erstmalige Gestaltung und Gewährung der Klage *in iure* kann aber nicht einen doppelten Anlass gehabt haben. Dass die Klage erst ediktal verfestigt wurde, nachdem der Prätor erkannt hatte, mit welcher Gestaltung sie in beiden Fällen Abhilfe schaffen kann, ist spekulativ.

[51] Die *cruces* stammen von mir, dazu sogleich.

[52] So etwa *Diósdi*, Ownership (1970) 157.

[53] S. o. Fn. 10.

[54] Zustimmend zuletzt *Söllner*, SZ 122 (2005) 12. S. auch *Burdese*, in: Vacca, Vendita e trasferimento (1997) 122 f. Mit dem „Formelzitat" in Theoph. inst. 4.6.4 zu argumentieren (so *Lenel*, EP 172 Fn. 1), ist bedenklich. Denn mit der Formel bei Gaius (und den Formeln des Formularverfahrens) hat die dortige Wiedergabe kaum etwas gemeinsam: … λέγω, ἐπειδὴ τόδε το πρᾶγμα ἐξ εὐλόγου αἰτίας, οἷον πράσεως ἢ δωρεᾶς ἢ προικός, ἐνεμόνην bona fide, ἔτρεχε δέ μοι ἡ usucapion καὶ ἐν τῷ μεταξὺ πρὸ τοῦ τέλους τῆς usucapionos ἐθέπεσον, ὡσανεὶ usucapiteusa· εἰ φαίνεται τόδε τὸ πρᾶγμα τῆς ἐμῆς εἶναι δεσποτείας – „… nachdem ich diese Sache aus anerkanntem Grund, nämlich aus Kauf, Schenkung oder Mitgiftbestellung, *bona fide* in Besitz genommen habe und die *usucapio* zu meinen Gunsten lief und ich inzwischen vor dem Ende der *usucapio* den Besitz verloren habe, sage ich so, als hätte ich die *usucapio* abgeschlossen: Wenn es sich erweist, dass diese Sache mein

zitier[en]“ würde,[55] ist freilich nicht ohne Weiteres „anzunehmen“, sondern ein Argument gegen Interpolation im Digestentext (denn ohne ausdrücklichen Hinweis zitiert Gaius auch sonst nicht unvollständig). Nach dem oben Gesagten gibt es keine Notwendigkeit, D. 6.2.7.11 (*qui bona fide emit*) als interpoliertes Zitat der/einer Klageformel zu behandeln. Auch inhaltlich besteht kein Anlass, beim Erwerb vom Nichteigentümer die Worte *bona fide* in die Formel aufzunehmen: *Bona fides* bei Begründung des Besitzes ist dort Voraussetzung für den Eigentumserwerb durch *usucapio* und für die Bejahung von *eius ex iure Quiritium esse* erforderlich.[56]

19 Hinter den Worten *et reliqua* verbergen sich jedenfalls eine *clausula arbitraria*[57] (→ § 59 Rn. 200) und die *condemnatio* (→ § 12 Rn. 41). Sie unterscheiden die *actio Publiciana* nicht von anderen dinglichen Klagen und sind daher im Zitat des Gaius verzichtbar. Dass Gaius spezifische Einreden und Gegeneinreden (*exceptio iusti dominii* und *replicatio rei venditae et traditae*) kaum unter *et reliqua* fassen würde, spricht dagegen, dass sie bereits in einer ediktalen Musterformel standen.

20 Die *intentio* der Formel ist im zitierten Bereich hybride Kombination eines rein prätorischen (*in factum* konzipierten) Tatbestands und einer durch Fiktion brauchbar gemachten (*in ius* konzipierten) Eigentumsklage.

(1) ***in factum* konzipierte Elemente**

21 Die mehrgliedrige Bedingung des Kaufs, der Besitzerlangung durch Übergabe und des unterstellten Besitzes über ein Jahr ist *in factum* konzipierter Teil der *intentio*. Zu Beginn lautet die Grundstruktur des Bedingungssatzes der Musterformel: *Si Aulus Agerius hominem anno possedisset* – „Wenn [der Kläger] den Sklaven ein Jahr lang besessen hätte“. Sie wird ergänzt um den Relativsatz *quem emit*, in den das Objekt *hominem* gezogen wird. In den Relativsatz gehören außerdem die Worte *ei traditus est*. Es kommt also innerhalb des Relativsatzes zu einem Subjektswechsel (von *Aulus Agerius* zum Sklaven). Gleichzeitig vermisst man sowohl eine verbindende Konjunktion

---

Eigentum ist“. Zum „Formelzitat“ wird das Ganze, indem es I. 4.6.3,4 umsetzt: *actor diceret se quasi usucepisse … inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usu cepisse et ita vindicat suam esse.* Auf eine originäre Formel mit *bona fide* lässt die Stelle nicht schließen. Zur Stelle *Thür*, SZ 89 (1972) 368 f.

[55] Zustimmend *Söllner*, SZ 122 (2005) 12.

[56] → Rn. 2 Fn. 8 – weshalb sich die Formel sowohl für den gutgläubigen Erwerber vom Nichteigentümer als auch für den bonitarischen Eigentümer eignet; die Vermutung der Koexistenz von zwei ediktalen Formeln ist nicht begründet, so aber *Behrends*, in: Behrends/Sellert, Nomos und Gesetz (1995) 149 Fn. 37. Die Parallele, die *Behrends* zu „anderen Dubletten“ ziehen will, scheitert auch daran, dass diese jeweils aus einer *in ius* und einer *in factum* konzipierten Formel bestehen; dieser Gegensatz wäre bei zwei Formeln der *actio Publiciana*, die sich lediglich in den Worten *bona fide* unterschieden (im Übrigen aber dasselbe hybride Gebilde aus *in ius* und *in factum* konzipierten Elementen darstellten) nicht zu beobachten (und auch unter weitergehenden Modifikationen der Formeln nicht herzustellen). (Rein) *in ius* konzipierter Konterpart der *actio Publiciana* ist – die *rei vindicatio*!

[57] Vgl. noch I. 4.6.31: *actio Publiciana* als Beispiel für eine *actio arbitraria in rem*.

zwischen *emit* und *traditus est* als auch ein Relativpronomen für das geänderte Subjekt (also **quem emit quique ei traditus est*), stattdessen begegnet übergangslos *is*. Lenel ergänzt davor *et* und verweist auf Beispiele für derart durchbrochene Relativsätze.[58] Die Faksimileausgabe der Veroneser Gaius-Handschrift[59] zeigt nach *emit* mit einiger Wahrscheinlichkeit wohlgemerkt kein I, sondern Reste eines P (nach unten verlängerte Haste). Als Ursprung des (verdorbenen) PS[60] kommt insbesondere die Konjunktion *postquam* in Betracht: *Si … hominem …, postquam ei traditus est, anno possedisset.* Mit Überlieferungsfehlern durch verdorbene Abkürzung ist im stark abgekürzten und häufig entstellten Text des Veroneser Gaius zu rechnen.

Der Besitz des Klägers über ein Jahr ist Bedingung im Irrealis. Gaius spricht davon, **22**
dass bei der *actio Publiciana ⟨actor⟩ fingitur rem usu cepisse.* Wubbe weist auf die „Zweideutigkeit" der Formulierung hin:[61] Nicht die Ersitzung durch den Kläger werde „fingiert" („dann [wäre] der Prozeß überflüssig, weil ja dann der Kläger ohne Weiteres Eigentümer ist"), sondern lediglich dessen Besitz über die Ersitzungsfrist; die weiteren Voraussetzungen der *usucapio* seien weiterhin gerichtlich zu untersuchen. Die Zweideutigkeit lässt sich nicht bestreiten, aber doch damit erklären, dass der Richter die Voraussetzungen des Kaufs und der Übergabe nicht erst bei der Untersuchung des *eius ex iure Quiritium esse* im Rahmen des Tatbestands der *usucapio* überprüfen muss, sondern bereits als *in factum* konzipierte Tatbestandselemente der Klage. Fehlende Ersitzbarkeit, insbesondere aufgrund Furtivität, und fehlenden guten Glauben wird stets der Gegner einwenden müssen.[62] Mit der Unterstellung des Besitzes über die Ersitzungsfrist wird also das Einzige fingiert, was der Kläger andernfalls bei der Behauptung *se usu cepisse* noch zu beweisen hätte.

---

[58] *Lenel*, EP 171 mit Fn. 5 mit Hinweis einerseits auf tab. Heracl. 157: *qui pluribus in municipieis … domicilium habebit et is Romae census erit*, andererseits auf Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17.2: *servus, quem emi traditusque mihi est.* In beiden Stellen findet sich eine Konjunktion (*et/-que*), die *Lenel* zur Herstellung der Vergleichbarkeit in Gaius inst. 4.36 erst ergänzen muss. In tab. Heracl. 157 liegt gerade kein Subjektswechsel vor; so nahe Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17.2 unserem Text erscheinen mag, fehlt doch gerade *is*. Gleiches gilt für Gai. 7 ed. prov. D. 41.1.43.2: *Cum … hominem emit et ei traditus est.*

[59] Nach Faks. *Spagnolo* (1909) 55r.

[60] PS findet in der Handschrift als Abkürzung von *possessio* Verwendung: *Studemund*, Apographum (1874) 289. Doch lässt sich eine Form von *possessio* nicht ohne schwerwiegende weitere Änderungen in den Text einpassen (z. B. *cuiusque possessio ei tradita est*). Zu erwägen wäre zwar auch eine Abkürzung PS für *p(ecunia) s(oluta)* oder *p(retio) s(oluto)*. Doch sagt Gai. 7 ed. prov. D. 6.2.8 vom Edikt, dass *de pretio soluto nihil exprimitur*, und schließt daraus auf den fehlenden Willen des Prätors, die erfolgte Kaufpreiszahlung zum Tatbestandselemt zu erheben. Dann kann sie auch nicht in der ediktalen Musterformel aufgeschienen sein.

[61] *Wubbe*, GS Jäggi 107 Fn. 30. Schwerer nachvollziehbar *Sirks*, in: Garofalo/Zhang, Tradizione e modernità (2017) 309: „The fiction as related by Gaius is that if possession had been for one year, the bought thing belongs by quiritary right to the buyer. One might say that only the year is the fiction of fact …"

[62] *Giaro*, Mél. Wołodkiewicz I 282 mit Literatur in Fn. 29.

(2) *in ius* konzipiertes Element

23 Im Übrigen entspricht die Formel derjenigen der *rei vindicatio* mit *formula petitoria* (→ § 59 Rn. 1),[63] wobei das in Abhängigkeit vom lediglich unterstellten ein- bzw. zweijährigen Besitz stehende zivile Eigentum des Klägers als irreal gekennzeichnet ist.[64] Einer Umsetzung der Formel der *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 1; *Si paret … ex iure Quiritium Auli Agerii esse*) in den Irrealis entspräche dabei *si pareret …*[65] Die Veroneser Handschrift zeigt freilich *si … o(porte)ret.*[66] Eine Emendation zu *si … ⟨pare⟩ret* ist verbreitet.[67] Ein tiefer liegender Überlieferungsfehler, der auf ein ursprüngliches *tum si ⟨pareret⟩ eum hominem … {eius} ex iure Quiritium e⟨ius⟩ e⟨sse⟩* zurückginge, ist angesichts weiterer Unstimmigkeiten wahrscheinlicher.[68] Dann lautete die Musterformel:

24 *Iudex esto.*
Si quem hominem Aulus Agerius emit, postquam ei traditus est, anno possedisset,
tum si pareret eum hominem, de quo agitur, ex iure Quiritium eius esse,
si ea res arbitrio tuo non restituetur,
quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.

---

[63] Daher Paul. 1 ed. praet. D. 44.7.35 pr.: *Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur*; Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.8.

[64] Ohne diese Abhängigkeit ist der Irrealis bei *oporteret* (oder *pareret*) nicht erklärbar, s. aber oben Fn.

[65] In Theoph. inst. 4.6.4 findet sich: εἰ φαίνεται … Neben den Bedenken o. Fn. 54 ist zu beachten, dass der Irrealis jedenfalls keine Berücksichtigung findet.

[66] Eine Lücke an dieser Stelle ist in der Handschrift entgegen *Betti*, DR I 520 Fn. 2 nicht vorhanden; s. schon *Mantovani*, Formule 46 Fn. 78.

[67] Etwa *Sturm*, RIDA[3] 9 (1962) 357 f. Fn. 1: „Da die rei vindicatio mit si paret beginnt, muss in der fiktizischen Publiciana si pareret gestanden haben: Der Richter hat sich davon zu überzeugen, daß der Kläger nach Ablauf der Ersitzungsfrist wirklich ziviler Eigentümer geworden wäre." Auf den Aspekt des Beweises durch den Kläger nimmt Sturm dabei keine Rücksicht: Sobald der Kläger Kauf und Übergabe beweisen kann (also die realen *in factum* konzipierten Elemente zu bejahen sind) und nichts gegen die Ersitzungsfähigkeit der streitigen Sache und den guten Glauben des Klägers eingewandt wird (→ Rn. 22 bei Fn. 62), muss sich der Richter nicht mehr „überzeugen". Zu Beweislast und Folgen fehlender Aufklärbarkeit vertritt *Sturm* freilich eine eigene, stark relativierende Ansicht (S. 370–386). In der fiktizischen *actio certae creditae pecuniae* des *bonorum possessor* in Gai. 4.34 setzen die Editoren regelmäßig *pareret*; die Handschrift liest *paret*.

[68] Die Wortstellung … *agit(ur), e(ius) ex i(ure) Q(uiritium) e(ss)e* … entspricht nicht der Erwartung: Zu erwarten wäre, insbesondere angesichts der fiktizischen *rei vindicatio* des *bonorum possessor* in Gai. 4.34: … *agitur, ex iure Quiritium eius esse*… (weshalb *Huschke*, Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt [1861] 261 den überlieferten Text entsprechend umstellt); s. auch die *intentio* in Gaius inst. 4.41: *Si paret homin(em) ex i(ure) Q(uiritium) A(uli) A(gerii) e(ss)e*; vgl. ferner die Formel der *legis actio sacramento in rem* bzw. der *mancipatio* in Gaius inst. 1.119; 2.24; 4.16: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*. Bei der fiktizischen *rei vindicatio* in Gaius inst. 4.34 ist eine Ergänzung um *oporteret* (wie die Editoren zumeist wollen) unveranlasst (s. *Platschek*, SZ 128 (2011) 367 f.). Angesichts der fiktizischen *actio in personam* in Gaius inst. 4.34: *tum si pare(re?)t N(umerium) N(egidium) S(esertium) (decem) mil(ia) d(are) o(portere)* ist bei einer Übertragung von *si paret* … in ~~die fiktizische *rei vindicatio* des *bonorum possessor* und die *actio Publiciana* außerdem zu erwarten:~~ *tum si pareret eum fundum/hominem … eius esse.*

„(Der und der) soll Richter sein.
Wenn [der Kläger] den Sklaven, den er gekauft hat, nachdem er ihm übergeben worden ist, ein Jahr lang besessen hätte,
wenn es sich dann erwiese, dass dieser Sklave, um den es hier geht, nach dem Recht der Quiriten sein Eigentum wäre,
wenn diese Sache/Angelegenheit nicht nach deinem Ermessen erstattet wird,
dann sollst du, Richter, [den Beklagten] zugunsten [des Klägers] zu soviel Geld verurteilen, wieviel diese Sache/Angelegenheit wert ist. Wenn es sich nicht erweist, sollst du ihn freisprechen."

b. *Exceptio iusti dominii*

Aus Ner. 3 membr. D. 6.2.17 pr. ergibt sich der Wortlaut einer Negativbedingung, die den Beklagten vor einer Verurteilung schützt: *si ea res possessoris non sit.*[69] Innerhalb der Klageformel muss sie lauten: **25**

si ea res Numerii Negidii non est.

„wenn diese Sache nicht dem [Beklagten] gehört."

Der besitzende Beklagte kann demnach nur verurteilt werden, wenn er nicht Eigentümer der Streitsache ist. Dabei trägt der Beklagte die Beweislast für sein Eigentum. Die Bezeichnung *exceptio iusti dominii* erscheint in Paul. not. ad Pap. 10 quaest. D. 6.2.16.[70] Der Kläger erhält Schutz gegenüber jedermann mit Ausnahme des zivilen Eigentümers. Nach Pap. 10 resp. D. 17.1.57 wird die *exceptio iusti dominii* nach summarischer Prüfung durch den Prätor (*causa cognita*) eingeschaltet. **26**

c. *Replicatio rei venditae et traditae*

Der *exceptio iusti dominii* des zivilen Eigentümers kann der Kläger in bestimmten Fällen eine *replicatio* entgegensetzen. Kann der Kläger ihre Voraussetzungen beweisen, so wird der beklagte zivile Eigentümer verurteilt. Ulp. 16 ed. D. 6.1.72 lässt dies in dem Fall zu, in dem die Sache dem Kläger vom Beklagten verkauft und gegen Bezahlung des Kaufpreises übergeben worden ist; die Besonderheit des Falls liegt darin, dass der Verkäufer bei Kauf und Übergabe Nichteigentümer war und erst später das Eigentum an der Sache erlangt hat. Desweiteren begegnet die Gegeneinrede *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit* in dem Fall, in dem ein Nichteigentümer mit Zustimmung des beklagten Eigentümers an den Kläger verkauft hat.[71] **27**

[69] In Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.32 heißt es *adversus excipientem 'si non suus esset'*, in Afr. 6 quaest. D. 9.4.28: *adversus excipientem 'si dominus eius sit'* (die Negation ist hier entweder der Überlieferung oder einem Zitat *ad sensum* – Schutz des Beklagten, wenn er Eigentümer ist – zum Opfer gefallen).

[70] Außerdem in Pap. 10 resp. D. 17.1.57; *exceptio dominii* in Ulp. 16 ad ed. D. 6.1.72.

[71] Ulp. 16 ed. D. 6.2.14; zur Stelle mit Literatur *Krampe*, Ess. Pool 182–189; *Rodríguez Diez*, Potestas alienandi (2016) 66–67; 188–193.

28 Der einfachere Fall von Verkauf und (formloser) Übergabe durch den Eigentümer ist in den Digesten als Anwendungsfall der *replicatio* nicht mehr zu erwarten:[72] Die Abschaffung der *mancipatio* und der Kategorie der *res mancipi* durch Justinian führt in diesem Fall dazu, dass der Verkäufer stets das Eigentum an den Käufer verliert, in den Kategorien des Formularprozesses also bereits seine *exceptio iusti dominii* tatbestandlich unbegründet wäre und deshalb keine Notwendigkeit der *replicatio* bestünde. Zu beachten ist außerdem, dass im Verhältnis zwischen formlosem Erwerber und veräußerndem Eigentümer für eine dingliche Klage angesichts des Rechtsschutzes aus Kauf (bzw. dem gleichgestellten Kausalgeschäft) niemals dringender Bedarf bestand. Warum der Erwerber hier der *actio Publiciana* den Vorzug vor der schuldrechtlichen Klage geben sollte (abgesehen von Fällen, in denen der Kläger den Beklagten irrtümlich als Dritten betrachtet), bedürfte (zumal unter Beachtung der *condemnatio pecuniaria*, → § 12 Rn. 41) der Untersuchung. Virulent werden *actio Publiciana* und *replicatio* aber jedenfalls in Fällen, in denen der später beklagte Eigentümer eine *res mancipi* verkauft und lediglich übergeben und der Erwerber sie als ziviler Nichteigentümer an den Kläger weiterveräußert hat. In anderen Fällen wird die *exceptio iusti dominii* durch *replicatio doli* überwunden.[73]

3. *Actio Publiciana rescissoria*

29 a) Als Πουβλικιανὴν ῥεσκισσορίαν[74] bezeichnet Dorotheos[75] bei der Kommentierung von Pap. 10 resp. D. 17.1.57 die *actio Publiciana* gegen einen Beklagten, der bereits durch *usucapio* ziviler Eigentümer geworden ist, dem jedoch Schutz durch die *exceptio iusti dominii* vom Prätor verweigert wird.[76] Bei Papinian selbst begegnet die Begrifflichkeit *rescindere usucapionem* o. Ä. hier nicht.

30 b) Paul. 1 ed. praet. D. 44.7.35 pr. spricht eine Konstellation an, in der *rescissa usucapione redditur* – „sie nach/unter Aufhebung der Ersitzung gewährt wird“; letztgenanntes Subjekt ist *Publiciana*. Die Klage werde hier *contra ius civile* gegeben und sei deshalb nicht – wie sonst – unbefristet, sondern in Jahresfrist zu erheben.

31 c) I. 4.6.5 schließlich beschreibt nach Darstellung der *actio Publiciana* des Ersitzungsbesitzers den „umgekehrten Fall“ (ohne ihn mit dem Namen *Publiciana* zu belegen): Wird Eigentum eines *rei publicae causa* oder in feindlicher Kriegsgefangenschaft Abwesenden ersessen, so kann es dieser nach seiner Rückkehr innerhalb eines Jahres

---

[72] Sein Fehlen in unserer Überlieferung kann daher nicht *argumentum e silentio* sein, so aber *Sturm*, RIDA[3] 9 (1962) 389 f.

[73] Afr. 16 quaest. D. 9.4.28, dazu *Apathy*, Mél. Sturm 29–39.

[74] Scholion Πουβλικιανήν (4) zu B. 14.1.57 (Hb. II 138; Sch. B II 792).

[75] Nicht Stephanos, so aber *Lenel*, EP 123; *Kaser/Hackl*, RZP 426 Fn. 46; *Mantovani*, Formule 46 Fn. 78. Von Stephanos stammt aber Scholion Πουβλικιανήν (5) (Hb. II 138; Sch. B 792), das die Verwendung der Πουβλικιανή als τὴν γενομένην ἀνασχίζουσα οὐσουκαπίονα beschreibt.

[76] Zur Stelle mit Literatur *Rodríguez Diez*, Potestas alienandi (2016) 193–195.

rescissa usucapione herausverlangen. Nach I. 4.6.5 „trägt der Kläger dabei vor, der (beklagte) Besitzer habe die Sache nicht ersessen und sie gehöre deshalb ihm“. Die (zu beweisende) *Behauptung* der fehlenden Ersitzung ist nach objektiv vollendeter Ersitzung nicht mehr zielführend.[77] Vielmehr müsste wiederum eine fiktizische *intentio*, ein *Unterstellen* der fehlenden Ersitzung, beschrieben sein:

Si Numerius Negidius hominem, quo de agitur, usu non cepisset (oder *anno non possedisset?*),
tum si pareret eum hominem, de quo agitur, ex iure Quiritium Auli Agerii esse,
…

„Wenn [der Beklagte] den Sklaven, um den es hier geht, nicht ersessen hätte (oder: nicht ein Jahr lang besessen hätte?),
wenn es sich dann erwiese, dass dieser Sklave, um den es hier geht, nach dem Recht der Quiriten Eigentum [des Klägers] wäre, …“

Nach Brandsma handelt es sich in den drei Stellen keineswegs um ein und dasselbe **32**
Phänomen. In I. 4.6.5 sei keine *actio Publiciana* beschrieben, sondern eine *vindicatio rescissoria* (mit hinwegfingierter *usucapio* des Beklagten).[78] D. 17.1.57 hingegen spreche von einer *actio Publiciana* (mit fingiertem Besitz des Klägers über die Ersitzungsfrist), gegen die dem Beklagten die *exceptio iusti dominii* verweigert werde. Letzteres bezeichnet Brandsma als „restored Publician action“ und übernimmt von Dorotheos dafür die Bezeichnung *Publiciana rescissoria*. Dasselbe Phänomen sei in D. 44.7.35 pr. angesprochen.[79] Ohne den Vorgang dieses „restoring“ würde einem Kläger die *actio Publiciana* verweigert („denied“), sobald ein anderer die Sache durch *usucapio* zu Eigentum erlangt habe; denn dann hätte der Kläger auch in der fiktiven Lage mit zu seinen Gunsten abgelaufener Ersitzungsfrist doch kein Eigentum (*tum si pareret eum hominem, de quo agitur, ex iure Quiritium eius esse* bzw. *esse oporteret*). Zutreffend ist, dass die Verweigerung der *exceptio iusti dominii* in D. 17.1.57 nicht zu der für I. 4.6.5 rekonstruierten *intentio* passt.[80]

Doch ist schon unklar, warum durch Verweigerung der *exceptio iusti dominii* das **33**
Problem des aufgrund der Fiktion zu überprüfenden Klägereigentums überwunden würde. Jedenfalls im Fall von D. 17.1.57 würde die *actio Publiciana* nicht an ihrer

[77] Die Lösung *Thürs*, SZ 89 (1972) 369 für den umgekehrten Fall in I. 4.6.4, wonach *dicit se usu cepisse* heiße „er behauptet, er habe zu ersitzen begonnen“, ist jedenfalls in I. 4.6.5: *ut dicat possessorem usu non cepisse* nicht sinnvoll.

[78] *Brandsma*, Subseciva Groningana 5 (1992) 57: „This action is nowhere called *Publiciana* and it looks more like a *vindicatio*, especially its *intentio* (*suam esse rem*).“ Letzteres sollte zur Unterscheidung nicht ausschlaggebend sein (→ Rn. 23).

[79] So schon *Kupisch*, In integrum restitutio (1974) 76 Fn. 71.

[80] Die in I. 4.6.5 beschriebene *vindicatio rescissoria* scheint ediktal zu sein; wenn sich ihr Anwendungsbereich nach dem Edikt auf den *rei publicae causa absens* und den Kriegsgefangenen beschränkt, so war sie im Fall des Eigentümers, der sich schlicht *in provincia* aufhielt (D. 17.1.57), nicht einschlägig. Anstatt ihren Anwendungsbereich in diesem Fall durch Analogie auszuweiten, greift Papinian zur *actio Publiciana* unter Verweigerung der *exceptio iusti dominii*.

intentio, sondern an der *exceptio iusti dominii* scheitern. Desweiteren fällt es schwer, D. 44.7.35 pr. der verweigerten *exceptio iusti dominii* zuzuweisen. Die Stelle besagt, dass die Klage *cum rescissa usucapione redditur* nur innerhalb eines Jahres gegeben wird – und nicht, dass die *exceptio iusti dominii* nur innerhalb eines Jahres verweigert wird. Für die Frage der Verfristung ist also bereits die *intentio* der Klage maßgeblich; zumindest müsste sich die *rescissio usucapionis* in einer (dennoch gewährten) *exceptio iusti dominii* abbilden: Der Beklagte könnte sich zwar auf sein ziviles Eigentum berufen, nicht aber gerade auf ein solches aufgrund der im fraglichen Zeitraum vollendeten *usucapio*. *Rescissa usucapione* (das sowohl in D. 44.7.35 pr. als auch in I. 4.6.5 begegnet und das den Terminus *Publiciana rescissoria* geprägt haben muss, wenn ihn Dorotheus bereits in anderen klassischen Quellen vorfand) lässt sich mit *rescissa capitis deminutione* in Gai. 4.38 parallelisieren. Dort ist die Rede von der *actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse*. Die in D. 44.7.35 pr. angesprochene Klage, *cum rescissa usucapione redditur*, ist demnach eine Klage „*in qua fingitur res usucapta non esse*". Das entspricht dem Phänomen in I. 4.6.5, nicht aber dem in D. 17.1.57 – auf die Kommentare des Dorotheos und Stephanos dazu ist am wenigsten Verlass.

34 Damit kommen verschiedene Modelle in Betracht: Entweder heißt die „*vindicatio rescissoria*" mit hinwegfingierter *usucapio* stets *actio Publiciana rescissa usucapione reddita* bzw. *rescissoria* – es wäre ja tatsächlich eine *actio Publiciana* mit umgekehrten Vorzeichen.[81] Oder in D. 44.7.35 pr. war Subjekt von *cum rescissa usucapione redditur* ursprünglich nicht *Publiciana*.[82] Unwahrscheinlich ist, dass D. 44.7.35 pr. nur die Kombination aus (echter) *actio Publiciana* und Wegfiktion der unstrittigen Ersitzung des Beklagten meinte.[83] Denn das Ziel einer solchen Klage wäre nach dem oben Gesagten wohl schon durch Verweigerung der *exceptio iusti dominii* erreichbar.

II. Ediktsauslegung, Fallgruppen, Kasuistik

35 Die Juristen ermitteln die Grenzen des ediktalen Tatbestands und ziehen Schlüsse aus der Funktionsweise der Klageformel. Materiellrechtlich lassen sich ihre Kommentare zumeist auf die Voraussetzungen der (zivilen) *usucapio* beziehen (→ § 44 Rn. 15–31). Der Wortlaut des Edikts: ⟨*ei?*⟩ *traditum ex iusta causa* schlägt sich in der Musterformel in Gestalt der Worte *si quem hominem Aulus Agerius emit, postquam ei traditus est* nieder. Damit ist der Fall beschrieben, in dem Käufer (*emit*), Empfänger der *traditio* (*ei tra-*

[81] *Lenel*, EP 123; dagegen *Kupisch*, In intergrum restitutio (1974) 76 Fn. 71.

[82] Denkbar ist dabei insbesondere, dass der Text als weiteres Beispiel für eine reipersekutorische prätorische Klage nach Erwähnung der schuldrechtlichen Klage gegen den *bonorum possessor* eine entsprechende dingliche Klage vor Augen hatte: *item* ⟨*ea actio*⟩, *quae ad exemplum vindicationis datur*. Die Klage *rescissa usucapione* wäre schlicht eine solche *ad exemplum vindicationis*.

[83] *Lenel*, EP 123 mit Fn. 7.

ditus) und Kläger (*Aulus Agerius*) dieselbe **Person** sind. Die Juristen gehen auf Fälle ein, in denen sich diese Rollen anders verteilen: Die Klage ist aktiv vererblich.[84] Aktivlegitimierter Kläger ist dann der Erbe dessen, der den Tatbestand durch Kauf und Übernahme verwirklicht hat. Den Tatbestand kann aber auch der Erblasser (durch Abschluss des Kaufs) beginnen und der Erbe (durch Vollzug der *traditio*) vollenden.[85] Aktivlegitimation einer Person ergibt sich auch aus dem Kauf durch ihren Sklaven, *procurator*, *tutor*, *curator* und „jeden anderen, der mein Geschäft führt".[86] Entscheidend ist stets die Gutgläubigkeit des Käufers (ohne Rücksicht auf den Rechtsnachfolger bzw. *dominus*), die die Ersitzung ermöglicht.[87] Das Einverständnis der Käufers mit der Übergabe der Sache an einen anderen verschafft Letzterem nach einem Reskript des Septimius Severus die Aktivlegitimation zur *actio Publiciana*.[88]

Bei Doppelverkauf und -übergabe vom Nichteigentümer ist nach Ner. 3 membr. **36**
D. 19.1.31.2 stets derjenige Erwerber „zu schützen" (*tuendus*), dem die Sache als erstem übergeben wurde.[89] Julian hingegen unterscheidet (bei Ulp. 16 ed. D. 6.2.9.4): Haben die beiden Prätendenten vom selben Nichteigentümer erworben, so ist derjenige „in der besseren Position" (*potior*), dem die Sache als erstem übergeben worden ist; bei Erwerb von verschiedenen Nichteigentümern ist der aktuelle Besitz ausschlaggebend (*melior causa sit possidentis quam petentis*). Die erste Alternative überträgt die Grundsätze des derivativen Eigentumserwerbs[90] auf den Erwerb vom Nichteigentümer: Der Empfänger des zuletzt abgeschlossenen Erwerbsvorgangs kann beim Erwerb vom originären Nichteigentümer nicht besser stehen als beim Erwerb vom originären Eigentümer (der zum Zeitpunkt der zweiten Übergabe bereits Nichteigentümer wäre).[91] In der zweiten Alternative kann derselbe Grundsatz nicht zur Berücksichtigung des Zeitmoments der Übergabe führen; da also kein relevanter tatbestandlicher Unterschied festzustellen ist, bleibt der aktuelle Besitz maßgeblich. Ulpian erörtert Doppelverkauf

---

[84] Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.9.

[85] Ulp. 16 ed. D. 6.2.9 pr.

[86] Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.10. Die anderen anerkannten Kausalgeschäfte finden dort ebensowenig Erwähnung wie das Element der *traditio*. Zur Aktivlegitimation der *municipes* nach Übergabe an ihren Sklaven s. Ulp. 16 ed. D. 6.2.9.6; zum Erwerb durch den *servus hereditarius* bei ruhender Erbschaft → Rn. 41 mit Fn. 111.

[87] Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.12–13.

[88] Ulp. 16 ed. D. 6.2.11 pr.

[89] *Ernst*, in: Ernst/Jakab, Kaufen nach römischem Recht (2008) 86 f. spricht von der Bevorzugung desjenigen, „dessen 'Anwartschaft' auf den Eigentumserwerb durch Ersitzung im Hinblick auf den notwendigen Zeitablauf am weitesten 'fortgeschritten' war." Auf die Dauer des Besitzes wird wohlgemerkt nicht abgestellt; s. auch Paul. 19 ed. D. 6.2.12.7.

[90] Nämlich den Gedanken *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, Ulp. 46 ed. D. 50.17.54.

[91] *Apathy*, SZ 99 (1982) 181; *Ernst*, in: Ernst/Jakab, Kaufen nach römischem Recht (2008) 87; *Vacca*, Scr. Corbino VII 332; „aus dem Gebot der 'guten Treue' als umfassendem Maßstab des gutgläubigen Erwerbs" will *Harke*, RR § 14 Rn. 40 die „Reihung" ableiten (da Julian „den Erwerb vom Nichtberechtigten nicht für translativ" halte).

und -übergabe als Problem der Aktivlegitimation (*quis magis Publiciana uti possit*); die prozessuale Situation bedürfte genauerer Untersuchung.[92]

37 Verkauft und übergibt (nach Kaufpreiszahlung) dieselbe Person zunächst als Nichteigentümer an einen ersten, später als (ziviler) Eigentümer an einen zweiten Erwerber,[93] so steht dem Ersterwerber nach Julian prätorischer Schutz (durch die *actio Publiciana*) zu; der Schutz gegen den Veräußerer als Eigentümer durch *replicatio rei venditae et traditae* muss sich gegen den Zweiterwerber fortsetzen. Dieser erwirbt lediglich das *nudum ius Quiritium*.

38 Ausgangspunkt ist Erwerb und Übergabe einer **Sache**. Kauf einer (gesamten) Erbschaft und Übergabe einer einzelnen zur Erbschaft gehörigen Sache verwirklichen hinsichtlich dieser Sache den Tatbestand der *actio Publiciana*,[94] obwohl Gegenstand des Kaufs die Erbschaft war. Nach Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.1 sind auch die formlosen Erwerber eines Nießbrauchs (*usus fructus*) oder einer Dienstbarkeit (*servitus*) vom Eigentümer zur *actio Publiciana* berechtigt.[95] Zumindest Letzteres wirkt befremdend, können Dienstbarkeiten aufgrund der *lex Scribonia* doch nicht durch *usucapio* begründet werden (Paul. 54 ed. D. 41.3.4.28; → § 44 Rn. 13).[96] Eine justinianische Interpolation[97] ist aber unwahrscheinlich: Die Anwendung der *actio Publiciana* gerade auf den formlosen Erwerb vom Eigentümer ist nur vor dem Hintergrund eines zivilen Formerfordernisses verständlich (nämlich der Bestellung von Dienstbarkeiten durch *in iure cessio/mancipatio* oder *legatum*; → § 50 Rn. 6). Da dieses Erfordernis nach justinianischem Recht nicht mehr besteht, haben die Kompilatoren auch keinen Anlass, bei formlos bestellten Dienstbarkeiten gerade die *actio Publiciana* zu aktivieren.[98] Denkbar ist vielmehr, dass bereits zur Zeit Ulpians die *actio Publiciana* entsprechend modifiziert wurde.[99] Freilich

---

[92] *Wubbe*, FS Mayer-Maly 915 f.

[93] Iul./Pomp. 2 ex Plaut. D. 21.3.2; Iul./Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.32; Ulp. 16 ed. D. 6.1.72; dazu *Vacca*, in: Cortese, Proprietà (1988) 65–68; *Giaro*, Mél. Wołodkiewicz I 290, jeweils mit Literatur.

[94] Ner./Ulp. 16 ed. D. 6.2.9.3.

[95] Anderweitig ist der aktive Rechtsschutz des formlosen Erwerbers der Dienstbarkeit lediglich mit *actione quadam tueri* (Iul. 7 dig. D. 8.5.16) bzw. *utilem actionem habere* (Ulp. 53 ed. D. 39.3.1.23) beschrieben. *Tuccillo*, Studi su costituzione (2009) 66 Fn. 197 ordnet auch die erstgenannte Stelle der *actio Publiciana* zu (und erwähnt die zweite nicht).

[96] *Tuccillo*, Studi su costituzione (2009) 59–77; *Rainer*, LA Krampe 279–288. Zur Frage der Ersitzungsfähigkeit des *usus fructus* s. die Literatur bei *Kaser*, RP I 452 Fn. 44.

[97] Literatur bei *Kaser*, RP I 452 Fn. 46.

[98] Ulpian sprach mit großer Wahrscheinlichkeit von der *actio Publiciana*; eine Interpolation kann schon daher kaum in ihrer Erwähnung bestehen. Denkbar wäre eine Interpolation durch Streichung einer ursprünglichen Verneinung und/oder (massive) Ergänzung des Ulpian-Texts. Auch der Aufbau der Stelle spricht aber deutlich gegen Interpolation: Bei *usus fructus* und *servitutes urbanorum praediorum* kann Ulpian begründungslos auf anerkannte Rechtsprechung zurückgreifen (*Publiciana datur*); die Anwendung auf *servitutes rusticorum* bedarf noch der Motivierung (*nam et hic* …).

[99] Durch Hinwegfingieren der *lex Scribonia*? Durch Abstellen auf die *longi temporis praescriptio*? Durch Anknüpfen an eine virtuelle Ersitzung des Eigentums? Durch Beschränkung der *intentio* auf *in factum* konzipierte Elemente?

müssten sich die Modifikationen in einem Rahmen bewegt haben, innerhalb dessen die entstehende Formel weiterhin den Namen *actio Publiciana* verdiente. Entsprechendes muss für die Anwendung der *actio Publiciana* auf gutgläubig erworbene, der *usucapio* nicht zugängliche *vectigalia et alia praedia* und die *insula superficiaria* (Paul. 19 ed. D. 6.2.12.2–3) gelten. Der Fragenkreis bedarf weiterhin der Untersuchung.

39 Da Furtivität die Ersitzung ausschließt, kommt dem Erwerber einer *res furtiva* die *actio Publiciana* nicht zugute.[100] Die Juristen problematisieren in diesem Zusammenhang die Anwendung der *actio Publiciana* auf das Kind einer furtiven Sklavin.[101] Gesetzliche oder kaiserrechtliche Veräußerungsverbote entziehen eine Sache der Anwendung der *actio Publiciana.*[102]

40 Ferner erörtern die Juristen die Anwendung der *actio Publiciana* auf mit der erworbenen Sache verbundene Sachen,[103] die durch Bebauung oder Abriss veränderte Sache,[104] abgetrennte Bestandteile[105] und einen Bruchteil (*pro parte*).[106]

41 Zur Übergabe (*traditio*) gehört grundsätzlich die Erlangung des (Eigen-)/Besitzes. Auf die Dauer des Besitzes kommt es nicht an.[107] Auf die Erlangung des Besitzes verzichtet man bei der *hereditas restituta ex SC Trebelliano*,[108] beim Sklavenkind, das beim Besitzer der Mutter gezeugt wird[109] und beim Erwerb der Sache durch einen flüchtigen Sklaven (der keinen Besitz vermittelt).[110] Kauf durch und Übergabe an einen *servus hereditarius* bei ruhender Erbschaft verwirklichen den Tatbestand zugunsten des Erben, *quasi ipse possedisset.*[111] Die Belassung der an ihn verkauften Sache beim bisherigen Verwahrer, Leihnehmer oder Pfandgläubiger wird der Übergabe gleichgestellt.[112]

42 Die Redlichkeit (*bona fides*) des Erwerbers ist als guter Glaube an die Berechtigung des Veräußerers im Zeitpunkt der Besitzbegründung bei Erwerb vom Nichteigentümer

---

[100] Ulp. 16 ed. D. 6.2.9.5.

[101] Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.2: Kind wird beim gutgläubigen Käufer der Mutter gezeugt; Iul./Ulp. ebd. § 3: Schenkung der furtiven Mutter an einen Gutgläubigen mit anschließender Zeugung und Geburt des Kindes bei fortbestehendem guten Glauben des Erwerbers der Mutter; ebd. § 4: Erstreckung auf alle Kausalgeschäfte, die auch die Ersitzung der nichtfurtiven Mutter ermöglichen würden; ebd. § 5: Übertragung auf *ex partu partus* und auf den Kaiserschnitt (bei jedem *partus*; kein Unterfall gerade des *ex partu partus*, so aber *Wollschläger*, in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, CIC II 586 und die meisten anderen Übersetzungen).

[102] Paul. 19 ed. D. 6.2.12.4; Fall (in Abgrenzung) zum Schenkungsverbot: Paul. 19 ed. D. 6.2.12 pr.

[103] Pomp./Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.6: *accessio* bei *aedes*; ebd. § 7: *alluvio* bei *fundus.*

[104] Pomp./Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.9: *aream emero et insulam in ea aedificavero*; ebd. § 10: *insulam emi et ad aream ea pervenit.*

[105] Pomp./Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.8: *partes rescisae* einer Statue.

[106] Paul. 19 ed. D. 6.2.12.6; s. auch Ulp. 17 ed. D. 6.1.73.

[107] Paul. 19 ed. D. 6.2.12.7: *etiam is, qui momento possedit.*

[108] Paul. 19 ed. D. 6.2.12.1.

[109] Ulp. 16 ed. D. 6.2.11.2; Literatur bei *Kaser*, RRQ 362 f. Fn. 66.

[110] Pomp. 3 Sab. D. 6.2.15; Literatur bei *Kaser*, RRQ 349 Fn. 16; 362 Fn. 65.

[111] Ulp. 16 ed. D. 6.2.9.6.

[112] Ulp. 16 ed. D. 6.2.9.1.

Ersitzungsvoraussetzung. Kennt der Erwerber andere Hindernisse des Eigentumserwerbs,[113] so fehlt ihm auch beim Erwerb vom Eigentümer die *bona fides*. Das kann nicht von der Kenntnis der Erforderlichkeit der *mancipatio* beim Erwerb von *res mancipi* gelten. Das (vom Beklagten zu beweisende) Fehlen der *bona fides* bei der Übergabe lässt den fiktiven Eigentumserwerb durch Ersitzung scheitern. Nach Iul. 44 dig. D. 41.4.7.4 und Paul. 15 Plaut. D. 41.3.15.2 verhindert nach Besitzverlust aufkommende Bösgläubigkeit eine Ersitzung auch bei Wiedererlangung des Besitzes.[114] Hat der zunächst gutgläubige Ersitzungsbesitzer also den Besitz verloren und – gegebenenfalls mit Hilfe der *actio Publiciana* – im Zustand der Bösgläubigkeit wiedererlangt, so kann er *nicht mehr* ersitzen. Nach Kaser hat er „darum auch nicht mehr die *a*(*ctio*) *Publ*(*iciana*)".[115] Letzteres ergibt sich weder aus den genannten Fragmenten noch aus Edikt oder Klageformel der *actio Publiciana*. Denn diese stellt nicht auf die letzte Erlangung des Besitzes, sondern auf den ursprünglichen Erwerb ab. Die *actio Publiciana* ist nur dort erfolglos bzw. unstatthaft, wo bereits die Übergabe *ex iusta causa* zu keiner Ersitzung geführt hätte[116] – „eine erfolgreiche *actio Publiciana* [stellt] nicht notwendig den Ersitzungsbesitz wieder her".[117]

43 Die Klage ist – als prätorische, aber reipersekutorische – unbefristet. Wird sie *rescissa usucapione* gewährt (→ Rn. 29–34), kann sie nur innerhalb eines Jahres (nach Rückkehr des bisherigen Eigentümers) erhoben werden.[118]

[113] *Wubbe*, SZ 80 (1963) 175 ff.; *Hausmaninger*, Bona fides (1964) 70 ff.

[114] *Apathy*, St. Sanfilippo I 36 mit Literatur in Fn. 57.

[115] *Kaser*, RRQ 350 Fn. 19.

[116] Iul./Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.17.

[117] *Apathy*, St. Sanfilippo I 36.

[118] Paul. 1 ed. praet. D. 6.2.35 pr. Die Begründung, die Paulus nach dem überlieferten Text dafür gibt: *quia contra ius civile datur*, ist überaus knapp. Auch der bonitarische Eigentümer setzt sich *contra ius civile* gegen den zivilen Eigentümer durch – bei Letzterem ist freilich kein schützenswertes Vertrauen in sein Behaltendürfen vorhanden.

§ 64 Die Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*)

Francisco Javier Andrés Santos

Francke, Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione, 1864; *Carcaterra*, La hereditatis petitio, Ann. Bari 3 (1933) 35–122; *Longo*, L'hereditatis petitio, 1933; *Di Paola*, Saggi in materia di petitio hereditatis, 1954; *Kreller*, Studien zum Aufbau des Digestentitels ‚de hereditatis petitione', in: Studi in onore di Pietro de Francisci III, 1956, 285–302; *Schwarz*, Studien zur hereditatis petitio, TR 24 (1956) 279–323; *Talamanca*, Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio, 1956; *Quadrato*, Hereditatis petitio possessoria, 1972; *Quadrato*, s. v. Petizione di eredità (diritto romano), Enciclopedia del diritto 33 (1983) 609–616; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage, 1998; *Casinos Mora*, De Hereditatis Petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en Derecho romano, 2006.

Inhalt Rn.

I. *Hereditatis petitio* 1
1. Begriff und Rechtsnatur 1
2. Gegenstand der Klage 3
3. Prozessuales 7
4. Aktivlegitimation 14
5. Passivlegitimation 17
6. Einzelklagenkonkurrenz 23
7. Haftung des Erbschaftsbesitzers. Das *SC ‚Iuventianum'* 27
II. *Si pars hereditatis petatur* 33
III. *Interdictum quorum bonorum* 36

I. *Hereditatis petitio*

1. Begriff und Rechtsnatur

Als Folge der Erwerbung der Erbschaft gehen auf den Zivilerben (*heres*) alle Vermögenrechte, also auch die Klagerechte, die der Erblasser hatte (*successio in locum* bzw. *in* [*universum*] *ius* [*defuncti*]) (→ § 54 Rn. 2) über. Zum Schutz seiner eigenen Rechtslage 1

hat er außerdem die *hereditatis petitio*,[1] mit der er die Feststellung seines zivilen Erbrechts gegen jeden und demzufolge die Herausgabe der Erbschaft als Gesamtheit, oder einen Teil davon, verlangt.

2 Ähnlich wie der quiritische Eigentümer sein Eigentumsrecht gegen Dritte geltend macht und die Herausgabe der Sache mit der *rei vindicatio* als einer ‚Einzelklage' (als *actio singularis*) fordert, kann der Erbe auf den Nachlass mit der *hereditatis petitio* als „Gesamtklage" (*actio de universitate*[2] oder *ad universitatem*) Anspruch erheben. Sie ist grundsätzlich eine *actio in rem*, die das Vorbild der *rei vindicatio* nachahmt (*vindicatio hereditatis*).[3] Im Hinblick auf ihren vielfältigen Gegenstand (*hereditas*) (→ § 56 Rn. 5) ist ihre Rechtsnatur freilich problematisch: In altrömischer Zeit, als die *hereditas* als bloße Summe von bestimmten körperlichen Sachen begriffen wurde (*res corporalis*), als deren *dominus* der *heres* auftrat, galt die Klage als eine echte *actio in rem*.[4] Diese Eigenschaft behält sie noch in klassischer Zeit, aber teilweise nuanciert,[5] indem ihre Bezeichnung als *petitio* – statt *vindicatio* – nicht bedeutungslos zu sein scheint, weist dies doch auf eine gewisse ‚Entfärbung' ihrer Dinglichkeit hin.[6] Allerdings, wenn eine ‚Entmaterialisierung' der *hereditas* auftrat und diese eher zu den *res incorporales* (*ius*) zählte, fiel ihr Charakter als *actio in rem* aus und sie wurde zunehmend als *actio personalis mixta* konzipiert, d. h. unter eine gemischte Kategorie bezüglich der *summa divisio* der *genera actionum* eingeordnet.[7] Unter Justinian wurde sie tendenziell als eine *actio in personam* und als *iudicium bonae fidei* betrachtet.[8]

---

[1] D. 5.3; C. 3.31.

[2] Ulp. 16 ed. D. 6.1.1 pr. Untechnisch, aber echt (*Kaser*, RP I 735 Fn. 2), gegen den Interpolationsverdacht; es wurde allerdings von den nachklassischen (Hon.-Theod. Cod.Theod. 4.14.1 pr. = C. 7.39.3 [a.424] itp.) und byzantinischen Rechtsschulen als technischer Begriff angenommen (schol. 2 ad Bas. 42.1.10; schol. 16 ad Bas. 42.1.20); Lit. *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 609 Fn. 1; *Siracusa*, SDHI 66 (2000) 119–146 (mit Lit.); *Siracusa*, in: Di Renzo Villata, Diritto fra scoperta e creazione (2003) 271–285.

[3] Gai. 2.20; Paul. VII vir. iud. D. 5.2.17 pr.; D. 5.2.19; Paul. 15 ed. D. 5.3.8; Paul. 75 ed. D. 35.3.4.1; Paul. port. lib. damn. conc. sing. D. 48.20.7.4; Ulp. 5 ed. D. 5.4.1.1; Ulp. 31 Sab. D. 23.3.5.5; Ulp. 3 fideic. D. 36.1.3.5; Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.2; Ulp. 5 Sab. D. 40.3.2; Ulp. 8 disp. D. 48.4.11; Pap. 11 resp. D. 20.1.3 pr.; Scaev. 15 quaest. D. 28.5.83 (82); Iul. 24 dig. D. 37.11.8.1; Iul. 42 dig. D. 40.5.47.4; Mod. manum. sing. D. 40.5.12.2; Marcian. 2 iud. publ. D. 47.19.3; Gai. 11 I. Iul. Pap. D. 49.14.14; Iul. bei Pomp. 11 epist. D. 49.14.35; Lit. *Kaser*, RP I 104 Fn. 1.

[4] Dazu *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 76 f. (mit Lit. und Quellen).

[5] Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.18; Paul. 21 ed. D. 6.1.27.3; Lit. *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 611 f.; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1257; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 702; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 79–92. Vgl. jedoch Paul. 1 ed. D. 5.3.4; Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.41; Gai. 2 ed. praet. urb. D. 29.4.16; Gaius erwähnt sie nicht an der Reihe von den *actiones in rem* u. *in personam* bei Gai. 4.2–3. Gegen ihre Erwägung als eine *actio in rem*, s. Lit. bei *Kaser*, RP I 735 Fn. 3.

[6] Pap. 1 def. D. 44.7.28; Ulp. 49 Sab. D. 50.16.178.2; aber vgl. Paul sent. 4.1.18; Flor. 8 inst. D. 46.4.18.1; Iul. 5 Min. D. 46.8.23; Call. 5 cogn. D. 47.21.3 pr.; Iust. Inst. 3.29.2; Lit. *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 611 f.; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1256; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 82–84. Zur '*petitio*' (→ § 59 Rn. 4).

[7] Diocl. C. 3.31.7 pr. (294–305): '*cum-compellat*' itp.? (s. Ind. cod. 66); Lit. *Liebs*, Index 1 (1970) 153; Fn. 88; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 610; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1257; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 70–76; 87–92.

2. Gegenstand der Klage

Gegenstand der Klage ist die *hereditas* als eine Gesamtheit (*universitas*) (→ § 38 Rn. 22). Damit verlangt der Kläger alles, was der Nachlass umschließt, sowohl *corpora* (die der Erblasser als quiritischer oder bonitarischer Eigentümer hatte), wie auch *iura* (vor allem Forderungen),[9] auch wenn sie während der *hereditas iacens* erworben wurden.[10] 3

Sie umfasst all den vor oder nach dem Erbschaftsantritt gezogenen Zuwachs der *res hereditariae*, sofern dieser sich aus äußerlichen Gründen ergibt.[11] Dazu zählen auch solche Ansprüche, die aus Beschädigung von Erbschaftssachen hervorgehen,[12] und vor allem Früchte, die vor der Litiskontestation gezogen wurden, sogar solche, die aus den dem Erblasser verpfändeten Sachen stammen, unabhängig davon, ob der beklagte Erbschaftsbesitzer gut- oder bösgläubig war.[13] Ebenfalls erfasst sind Gegenstände, die durch Erbschaftssklaven erworben wurden[14] und die Güter, die an die Stelle von Erbschaftsgegenständen getreten sind (*res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei*), wenn die Anschaffung im Interesse und im Namen der Erbschaft stattgefunden hat (*causa hereditatis*).[15] Um dies richtig einzuschätzen, ist die vom Erbschaftsbesitzer ausgeführte Tätigkeit nach objektiven Kriterien zu evaluieren, ähnlich wie bei der 4

[8] Just. C. 3.31.12.3 (a.530); Iust. Inst. 4.6.28; Lit. *d'Ors*, Derecho privado (2004) 337.

[9] Ulp. 15 ed. D. 5.3.18.2–20.5; Ulp. 5 ed. D. 5.4.1.1; Ulp. 75 ed. D. 44.2.7.5; Pap. 6 quaest. D. 5.3.50 pr.; Lit. *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 611; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 51 f., 76–78; *Castro Sáenz*, Herencia yacente (1998) 45; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 49, 69. Vgl. unten Fn. 65. Servituten sind nicht erfasst, Singularklagen sind jedoch möglich: Paul. 20 ed. D. 5.3.19.3.

[10] Paul. 3 ed. D. 2.14.27.10; Ulp. 16 ed. D. 6.2.9.6; Paul. 2 reg. D. 28.5.53; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.5; Pap. 23 quaest. D. 41.3.44.3, 45.1; Lab. post. a Iav. epit. D. 28.5.65; Iul. 13 dig. D. 44.7.16; Paul. 12 Sab. D. 46.4.11.2; Lit. *Kaser*, RP I 720 f.; *Castro Sáenz*, Herencia yacente (1998) 69 f.

[11] Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.6; 15 ed. D. 5.3.20.3; Her. 6 iur. epit. D. 41.1.61 pr.; Ulp. 49 Sab. D. 50.16.178.1; Lit. *Castro Sáenz*, Herencia yacente (1998) 54–56.

[12] Paul. 20 ed. D. 5.3.36.2; Iul. 60 dig. D. 5.3.55; Ulp. 18 ed. D. 9.2.13.2 pr.; jedoch vgl. Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.4.

[13] Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.7; D. 5.3.20.3; D. 5.3.25.20; D. 5.3.27 pr., 29; Pap. 2 resp. D. 5.3.51.1; Pap. 20 quaest. D. 22.1.34; Paul. 20 ed. D. 5.3.26, 36.5, 40.1; Iul. bei Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.41.1; Afr. 4 quaest. D. 5.3.56; Sev.-Ant. C. 3.31.2 (a.200); aber vgl. Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.14; Lit. *Kaser*, SZ 98 (1981) 116; *Liebs*, Index 1 (1970) 152 f.; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 7; *Cardilli*, Fructus (2000) 300–311; *Zuccotti*, ‚Fruges fructusque' (2000) 97–103; *González Roldán*, An. Mex. Hist. Der. 15 (2003) 701–712; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 241 f.; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 151, 153.

[14] Paul. 20 ed. D. 5.3.32.

[15] Ulp. 15 ed. D. 5.3.18 pr.; D. 5.3.20 pr.–2: D. 5.3.33.1; Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.35; Paul 20 ed. D. 5.3.36 pr.; Iav. 3 Cass. D. 5.3.48 usw. Lit. *Schipani*, Responsabilità (1971) 172–187; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 614; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 545; *Welle*, In Universalibus (1987) 33 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 76–78, 110–134; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 353; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 133 f., Fn. 348, 151–157; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 118–122, 158–163.

negotiorum gestio (→ § 83 Rn. 14).[16] Demzufolge fällt der Erlös in die *petitio*, wenn der Beklagte Erbschaftsforderungen eingezogen hat,[17] aber der Kläger kann wählen, entweder die Leistung zu genehmigen und die Herausgabe des Geleisteten vom Beklagten zu fordern, oder sie nicht zu genehmigen und die Leistung wieder vom Erbschaftsschuldner herauszufordern.[18] Hat der Beklagte mit den Erbschaftsmitteln einem Dritten etwas kreditiert, kann der Kläger wählen, ob er die Kreditierung genehmigen oder die Kapitalsumme verlangen will.[19] Hat der Beklagte Erbschaftsschulden *hereditatis causa* bezahlt, können die Leistungen in Abzug gebracht werden;[20] wenn die Erbschaftsschuld zugunsten des Erbschaftsbesitzers besteht, kann dieser sie, für den Fall, dass er gutgläubig ist, in Aufrechnung bringen.[21] Was der Beklagte zu Unrecht bezahlt oder einkassiert hat, wird nicht in die *petitio* eingerechnet.[22] Ab dem 2. Jh. n. Chr. wurde diese Regelung durch das sog. *SC Iuventianum* umgestaltet (→ Rn. 27–32).

5 Zum Gegenstand der Klage gehörten auch körperliche Sachen, die keine *res hereditariae* sind, für die aber der Erbe einem anderen als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Entleiher oder Verwahrer haftet.[23] Der Kläger muss in der *petitio* alle diese Sachen nicht einzeln benennen oder beschreiben, da sie sämtlich unter der Bezeichnung der *hereditas* mitumfasst sind.[24]

6 Da man mit dieser Klage die *hereditas* als eine *universitas* (*rerum*) (→ § 56 Rn. 5) verfolgt, ist es gleichgültig, ob der Beklagte alle *res hereditariae* besitzt, nur einen Teil davon, oder sogar nur eine einzelne Sache: Das, was er besitzt, wird der Kläger damit erlangen.[25] Deshalb werden, wenn der Beklagte irgendeine Erbschaftssache besitzt, auch die anderen, die der Beklagte nach der Prozesseinleitung erworben hat, von der *petitio* umfasst;[26] ebenso wäre es möglich, dass jemand irrtümlicherweise beklagt wird, obwohl er keine Erbschaftssache besitzt: falls er während des Verfahrens etwas aus der Erbschaft erwirbt, kann er auch zu dessen Herausgabe verurteilt werden.[27]

---

[16] *Talamanca*, Istituzioni (1990) 704; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 126, Fn. 286–287; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 201–206; zweifelnd *Kaser* RP II 547 Fn. 21.

[17] Ulp. 15 ed. D. 5.3.16.1; D. 5.3.25.18; D. 5.3.31.5. Lit. *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 58 f., 72 f.; Fn. 101, 129 f., 135–138; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 158–163.

[18] Iul. bei Ulp.15 ed. D. 5.3.31.5; Lit. *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 129 f.

[19] Iul. bei Paul. 20 ed. D. 5.3.30; Lit. *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 101 f.; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 246 f.

[20] Ulp. 15 ed. D. 5.3.31 pr.; Ant. C. 3.31.5 (a.213). Lit. *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 67 f.; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 110–119, 134–152.

[21] Ulp. 15 ed. D. 5.3.31.1; Lit. *Kaser*, RP I 738; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 123 Fn. 279.

[22] Iul. bei Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.18; vgl. Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.17; Pap. 26 quaest. D. 12.6.3 (Legate).

[23] Paul. 20 ed. D. 5.3.19 pr.; Lit. *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 7.

[24] Ulp. 15 ed. D. 5.3.18.2; Ulp. 75 ed. D. 44.2.7.4.

[25] Paul. 1 ed. D. 5.3.4; Paul. 16 ed. D. 5.3.9; Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.10 pr.; Ulp. 5 ed. D. 5.4.1.1.

[26] Paul. 1 ed. D. 5.3.4; Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.41 pr.; Ulp. 22 ed. D. 12.2.11.3. Früchte: Pap. 2 resp. D. 5.3.51.1; Afr. 4 quaest. D. 5.3.56; M. Aur. C. 3.31.1,2 (a.170); Lit. *Kaser*, SZ 98 (1981) 114 Fn. 131; *Luchetti*, St. Martini II 518–520.

[27] Celsus bei Ulp. 15 ed. D. 5.3.18.1; Lit. *Talamanca*, Legittimazione passiva (1956) 42 f.; Fn. 109; *Sacconi*, Pluris petitio (1977) 24 f.

3. Prozessuales

In altrömischer Zeit wurde die Klage, ähnlich wie die *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 26–32), als eine *legis actio sacramento in rem* durchgeführt: Sie war also ein doppelseitiges Verfahren, eine *vindicatio* des Nachlasses vom Erbrechtsprätendenten (*hanc ego hereditatem meam esse aio ex iure Quiritium*) gegen die gleichlautende Gegenbehauptung (*contravindicatio*) des anderen: Es ging nicht primär um das Eigentumsrecht am Nachlass, sondern eher um den Grund für die gegenseitigen Behauptungen von *meam esse* (*secundum suam causam*).[28] Die Lage beider Vindikanten war – entgegen der hA[29] – nicht völlig symmetrisch: Der Vindikant, der zuerst sprach (*qui prior vindicaverat*), handelte in der Tat als ‚Beklagter' im Verfahren, der zweite (*alterum*) jedoch als ‚Kläger': Nachdem dieser vom ersten danach befragt wurde, warum er die Vindikation erhoben hat (*postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*), und seine Antwort als rechtswidrig bezeichnet und sie daher erwidert wurde (*quando tu iniuria vindicavisti*), forderte er ihn formell unter Eid heraus (*sacramento te provoco*). Das Urteil, das darüber erging, stellte fest, wessen *sacramentum iustum*, wessen Eid also rechtens war, und demzufolge als Vorfrage, wer den richtigen Titel als ‚*heres*' hatte.[30] In diesem Verfahren war es eine Voraussetzung, dass der streitige Gegenstand vorhanden war und dass dessen *adprehensio in iure* stattgefunden hat; im Fall der *petitio hereditatis* reichte aber eine *pars aliqua inde*, d. h. eine *res hereditaria* als Symbol für die ganze Erbschaft.[31] **7**

Dieses Verfahren, wie die meisten der Fälle der *legis actio sacramento*, zumindest seit der zweiten Hälfte des 3. Jh. v. Chr., wurde vor dem Zentumviralgericht (*centumviri*) geführt, das für erbrechtliche Streitigkeiten von besonderem Gewicht zuständig war (*iudicia centumviralia*).[32] In dieser Zeit ist es unwahrscheinlich, dass es irgend ein Verfahren *apud iudicem* gab, sodass alle gerichtlichen Handlungen vor dem Zentumviralgericht durchgeführt werden mussten.[33] **8**

In klassischer Zeit dagegen, seit der *lex Aebutia*, standen ähnlich wie bei der *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 33–47),[34] zur Durchführung des Streits zwei Verfahrensarten **9**

---

[28] Gai. 4.16; Lit. *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1262–1264; *Kaser/Hackl*, RZ 90, 95; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 95 f.

[29] So *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 96 f. Für die *communis opinio* s. nur *Kaser/Hackl*, RZ 82, 92, 95.

[30] Gai. 4.16; Lit. wie Fn. 28.

[31] Gai. 4.17; Gell. 20,10,1 f. (s. oben Fn. 25).

[32] Vgl. Ov. trist. 2,91,94; Phaedr. 3,10,34–35; Quint. inst. 4,1,57; 5,1,12; Plin. epist. 2,14; Suet. Aug. 36 (bis *centumviralis*); Lit. *Kaser/Hackl*, RZ 52–55 (mit Lit. bei Fn. 1 u. 22), 90 Fn. 5; weiterhin *Gagliardi*, Decemviri (2002) 99–502. Über die Zuständigkeit des Zentumviralgerichts: *Dernburg*, Hereditatis petitio (1852) 5–12; *Bozza*, Competenza (1928); *Marrone*, AUPA 24 (1955) 36 f.; *Ribas Alba*, Desheredación (1988) 149; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 117–163, 200–368, 508–519; *contra*, *Fuenteseca*, AHDE 34 (1964) 220; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 103–106; unsicher *Kaser/Hackl*, RZ 54 (mit Lit. bei Fn. 26–27).

[33] Argumentum ex Gai. 4.15–17; Lit. *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 98–102.

[34] Gai. 4.91–95.

zur Verfügung,[35] sowohl ein Verfahren *per sponsionem* vor dem Zentumviralgericht,[36] als auch – trotz einiger Zweifel in der älteren Literatur[37] – ein Verfahren *per formulam petitoriam* vor einem *iudex unus*.[38] Es ist unklar, wie das zuständige Gericht bestimmt wurde: Entweder durch Wahl der Streitparteien oder *ratione valoris* nach dem Streitwert oder aus der Entscheidung des Gerichtsmagistrats nach der *causae cognitio* gemäß den Ediktsbestimmungen.[39]

10 Das erste Verfahren – jedenfalls bei wichtigen Streitsachen,[40] vielleicht mit einem Mindeststreitwert von 100 000 Sesterzen,[41] ist eine *legis actio sacramento in rem* (→ § 9 Rn. 37) samt einer *sponsio praeiudicialis* (→ § 59 Rn. 38),[42] wo der Kläger sich vom Beklagten einen Geldbetrag für den Fall versprechen läßt, dass die Erbschaft letztlich dem Kläger gehört; wenn dieser Betrag dann eingeklagt wird, enthält der Richterspruch mittelbar auch eine Entscheidung über den Rechtstitel an der Erbschaft, sodass die praktischen Nachteile und formellen Schwierigkeiten der traditionellen *legis actio sacramento* umgangen werden:[43] Die notwendige, für diese Verfahrensart typische Bür-

---

[35] Statt aller, *Kaser/Hackl*, RZ 346; zuletzt *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) (mwN. bei Fn. 1), 32; *Casinos Mora*, RGDR 4 (2005) 1–5; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 106–123.; aber vgl. unten Fn. 37.

[36] Cic. leg. agr. 2,44; de orat. 1,42,176; Caecin. 53; Brut. 144; de orat. 1,10,42; Verr. 2,115; vgl. Gai. 4.30–31; Paul. sent. 5.9.1; Gell. 16,10,8; Lit. Quadrato, ED XXXIII (1983) 609; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1264–1266; *Kaser/Hackl*, RZ 53 f. (mit Lit. bei Fn. 22; 24), 346; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 24–27; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 128–164.; *Casinos Mora*, RGDR 4 (2005) 1–4; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 106–119.

[37] Grundlegend *Bozza*, Competenza (1928) 43, 80; *Bozza*, St. Bonfante II 605–613; zustimmend *d'Ors*, Derecho privado (2004) 335 f. Fn. 1; s. weiterhin Fn. 38 i. f.

[38] Argumentum ex Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.3, 10.1; Ulp. 15 ed. D. 5.3.33.1; Ulp. 5 ed. D. 5.4.1 pr.; Ulp. 15 ed. D. 5.5.1; Ulp. 24 Sab. D. 30.50.1; Paul. 20 ed. D. 5.3.38; D. 5.3.40.1; Ner. 7 membr. D. 5.3.57; Scaev. 3 dig. D. 5.3.58; Pomp. 18 Q. Muc. D. 40.7.29.1; unschlüssig Cic. Verr. 2,115; Quint. inst. 5,10,115; Tac. dial. 38. Über die *exceptio ‚si in ea re praeiudicium hereditati non fiat'*, s. unten im Text und Fn. 88; Lit. *Hackl*, Praeiudicium (1976) 72–76; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 609 f.; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1266–1268; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 702 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 54 Fn. 22–23 mwN, 346; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 28–36.; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 245–257; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 104–107 und 111–117. Für seine Einführung erst nach der *lex Iulia iudiciorum privatorum*: *Marrone*, AUPA 24 (1955) 32 f. (mit Lit. bei 38 Fn. 44), 41 f.; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 200–235 (mwN) 513.

[39] *Kaser/Hackl*, RZ 346 f.; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 32 f.; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 322–342 mwN.; *Casinos Mora*, RGDR 4 (2005) 7; De hereditatis petitione (2006) 115–117.

[40] Cic. orat. 1,238 (*maximas centumvirales causas*); Lit. bei *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 32 Fn. 72; weiterhin *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 100 f.; s. oben bei Fn. 32.

[41] Argumentum ex Paul. sent. 5.9.1; Lit. *Lenel*, EP 528 f.; *Kaser/Hackl*, 53 f.; Fn. 23; dagegen *Gagliardi*, Decemviri (2002) 326–342 (mit Lit. bei Fn. 542) 513.

[42] Gai. 4.93. Formel: *Si hereditas L. Titii. qua de agitur mea est ex iure Quiritium, quia inritum ⟨iniustum, inofficiosum*, etc.⟩ *est testamentum, cxxv sest. dare spondes*? („Wenn die Erbschaft, um die es hier geht, nach dem Recht der Quiriten mir gehört, weil das Testament unrichtig ⟨rechtswidrig, pflichtwidrig⟩, gelobst du, dass mir 125 Sesterzen gegeben werden?"); Lit. *Bozza*, St. Bonfante II 626; *Kaser/Hackl*, RZ 105 f. (mit Lit. bei Fn. 102).

[43] Gai. 4.16; Lit. statt aller *Kaser/Hackl* RZ 81 f.

genstellung (*praedes sacramenti*) ist hier durch eine *cautio pro praede litis et vindiciarum* (→ § 12 Rn. 58) ersetzt, die diejenige Streitpartei versprechen muss, die den vorläufigen Besitz der Nachlasssachen (*lis vindiciarum*) erhalten hat,[44] um die Herausgabe der Erbschaft samt Früchten und Zuwachs zu sichern. Durch diese Verfahrensart konnte ja der Beklagte *in ipsam rem* verurteilt werden.[45] Möglicherweise bestand dieser Zentumviralprozess auch noch nach der *lex Iulia de iudiciis privatis*, bis er endgültig durch die *cognitio extra ordinem* ersetzt wurde (→ § 15).[46]

Das andere Verfahren ist ein von den prätorischen Ediktsrubriken erfasstes,[47] zwei- **11**
geteiltes Formelverfahren, dessen (nicht direkt überlieferte) *formula petitoria* wie folgt gelautet haben könnte: „*Si paret hereditatem Publii Maevi ex iure Quiritium A. A. esse neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. A. restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. N. A. A. condemnato; si non paret, absolvito*“ (= Wenn es sich erweist, dass die Erbschaft von Publius Maevius, um die es hier geht, nach dem Recht der Quiriten dem Kläger gehört, und wenn sie nicht gemäß der Ermessenentscheidung des Richters herausgegeben werden wird, verurteile, Richter, den Beklagten dem Kläger in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird; wenn es sich nicht erweist, sprich frei).[48] Wahrscheinlich enthielt die Formel eine *clausula arbitraria*, damit der Beklagte durch ein *iussum de restituendo* zur Naturalrestitution aufgefordert und, wenn diese unterblieb, regelmäßig gemäß dem *iusiurandum in litem* des Klägers in Geld verurteilt werden konnte (→ § 13 Rn. 60–61).[49]

Für den Fall, dass der Beklagte bei der *litis contestatio* nicht mitwirken wollte, gab der **12**
Gerichtsmagistrat wie bei anderen *actiones in rem* dem Kläger das restitutorische *in-*

---

[44] Zur Formel s. Gai. 4.91,94; Prob. litt. sing. 5.22; Cic. Verr. 2,115; Frg. Vat. 336; Lit. *Lenel*, EP 516 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 281 f. mit Fn. 31; *Mantovani*, Formule 103.

[45] Gai. 4.48; Lit. *Kaser/Hackl*, RZ 105 f. u. Fn. 100 mwN; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 308–312.

[46] Argumentum ex Gai. 4.95; Ulp. 14 ed. D. 5.3.5.2 itp? (s. Ind.); Paul. 10 quaest. D. 34.3.30; Paul. sent. 5.16.2; Just. C. 3.31.12 pr. (a.530); Quint. inst. 4,2,5; Lit. *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 30; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 200–368 mwN; *Paricio*, Foro. Revista de Ciencias (2004) 108 f.; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 114 f. Zum Wegfall seiner Zuständigkeit nach den *leges Iuliae*: *Marrone*, AUPA 24 (1955) 34 f., 40; *Talamanca*, St. Cagliari 43 (1962/63) 158.

[47] Arg. ex Ulp. 5 ed. D. 5.4.1 pr.; Paul. 20 ed. D. 5.6.2; Lit. *Koschaker*, SZ 50 (1930) 686; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 609; *Mühler-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 29; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 113.

[48] *Mantovani*, Formule 39 (vgl. Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.10.1); Lit. *Lenel*, EP 177 (aber vgl. EP[1] 140); weiterhin *Lenel*, SZ 46 (1926) 1 f., 18; *Arangio-Ruiz*, Ist. 561; *Kaser*, RP I 737; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 610; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1266 f.; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 20; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 244 (mit Lit. bei Fn. 345); *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 120; *Betancourt*, Derecho romano (2010) 458.

[49] Inst. 4.17.2; 4.6.27; Alf. 6 dig. epit. D. 6.1.57; Ulp. 51 ed. Sab. D. 6.1.68; Lit. *Kaser*, RP I 435, 737; *Kaser/Hackl*, RZ 335 f., 346; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 22, Fn. 16; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 245 (mit Lit. bei Fn. 346). *Contra Pugliese*, PC II.1 190 Fn. 96 (*arg. a silentio*); *Düll*, SZ 96 (1979) 290 f.; *Romano*, Economia (1986) 131, 140; *Casinos Mora*, RGDR 4 (2005) 8–12; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 121 f.

terdictum quam hereditatem,[50] wenn er eine *cautio* leistete: Gemäß diesem Rechtsbehelf wird der Beklagte verurteilt, wenn er dem Kläger die Erbschaft nicht restituiert, so als ob die *petitio hereditatis* hätte durchgeführt werden können. Der Kläger brauchte nicht sein Erbrecht zu beweisen, sondern nur, dass der Beklagte die Nachlasssachen (oder ihre Surrogate) „*pro herede*“ oder „*pro possessore*“ besitze. Justinian hat dies beseitigt und führte an seiner Stelle die zwangsweise durchgeführte Übertragung des Besitzes vom Beklagten, der die Einlassung verweigerte, auf den Kläger ein.[51]

13 In der Kaiserzeit wurde, wie bei der *querela inofficiosi testamenti* (→ § 55 Rn. 51), die *hereditatis petitio* wohl *extra ordinem* durchgeführt, auch wenn es sehr wahrscheinlich ist, dass die *cognitio extraordinaria* vor Hadrian selten war; nach Hadrian allerdings, und insbesondere ab dem 3. Jh., wurde die Zuständigkeit der kaiserlichen Gerichte für alle Rechtsstreitigkeiten verallgemeinert und so sicherlich auch für die Erbschaftsklage.[52]

4. Aktivlegitimation

14 Kläger der *hereditatis petitio* ist prinzipiell nur der *heres*, d. h. derjenige, der sein eigenes Erbrecht gemäß dem Zwölftafelgesetz oder einem gültigen Testament verlangt (→ § 53 Rn. 1–2), wenn er einziger Erbe ist.[53] Bei der *legis actio sacramento in rem* konnte nur der zivile Erbe klagen, aber beide Vindikanten diesen Rechtstitel herausfordern; es oblag also beiden, die Beweise dafür darzulegen. Im Sponsionsverfahren und im Formularverfahren jedoch lag die Beweislast nur beim Kläger, da die Lage beider Streitparteien unsymmetrisch war, ähnlich wie bei der *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 27). Dem Miterben, der nur einen Erbschaftsteil verlangte, wurde eine besondere Klage (*pro*

[50] Cic. Verr. 2,116; Ulp. inst. frag. Vind. 4 (FIRA II 306); doch vgl. Paul. 63 ed. D. 43.1.2.3. Formel (ähnlich wie beim *interd. quem fundum* → § 66 Rn. 35): „*Quam hereditatem ille vindicare vult quem possides dolove malo fecisti quo minus possideres eoque nomine tibi satisdatam est aut per te stat quo minus satisdetur si hereditatem nolis defendere eum illi restituas*“ (Die Erbschaft, die er vindicieren will, die du besitzt, oder endlich arglistigerweise getan hast, dich dessen Besitzes zu entledigen, und dir mit diesem Titel gewährt worden ist, oder für dich ist sie nicht gewährt, die sollst du dem herausgeben), vgl. *Lenel*, EP 454 f.; Lit. *Watson*, Succession (1971) 198; *Kaser*, St. Biscardi II 231 Fn. 40; *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 265 f., 274 f.; *Falcone*, AUPA 43 (1995) 537 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 276, 282, 332; *d'Ors*, Derecho privado (2004) 140 Fn. 5, 335 Fn. 5; *Betancourt*, De interdictis (1997) 669–683; *Betancourt*, Derecho romano (2010) 461–463; *Domisch*, Besitzübergang auf den Erben (2014) 203 f.

[51] *Kaser*, RP II 546, Fn. 12; *d'Ors*, Derecho privado (2004) 319 Fn. 5.

[52] Ulp. 14 ed. D. 5.3.7.1,2; Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.6, D. 5.3.25.16; Paul. 2 Plaut. D. 5.3.43; Paul. 5 sent. D. 28.5.93; vgl. Bas. 42.1.20.6. Weitere Hinweise auf den *iudex* bei Ulp. 15 ed. D. 5.3.33.1; Paul. 20 ed. D. 5.3.38, 40.4; Ner. 7 membr. D. 5.3.57; Scaev. 3 dig. D. 5.3.58; Ulp. 24 Sab. D. 30.50.1; Pomp. 18 Q. Muc. D. 40.7.29.1; Lit. *d'Ors*, Derecho privado (2004) 319 f.; Fn. 1; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 342 f. (mwN).

[53] Paul. sent. 1.13b.6 = Consult. 6.5a; Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.1; Iul. 9 dig. D. 12.2.12; Lit. *Honsell/Mayer – Maly/Selb* 544; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1261; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 159 f.

parte) gewährt, mit der sich der 4. Titel des 5. Buches der Digesten (*si pars hereditatis petatur*) beschäftigt.[54]

Außerdem können sich dieser Klage bedienen: das *aerarium* (danach der *fiscus*), um die *bona caduca* (→ § 52 Rn. 41–48) zu verlangen;[55] auch derjenige, der vom Fiskus die Nachlasssachen gekauft hat;[56] und auch *utiliter* der Universalfideikommissar (→ § 98 Rn. 50) mit der sog. *hereditatis petitio fideicommisaria*.[57] **15**

In spätklassischer Zeit erweiterte sich die Aktivlegitimation auch auf den *bonorum possessor* durch eine sog. *hereditatis petitio possessoria*, die vom Prätor erteilt wird[58] und einen eigenen Digestentitel[59] darstellt; (echt trotz früherer Interpolationsverdachte).[60] Die allmähliche Gleichstellung der *bonorum possessio* mit der *hereditas* (→ § 57 Rn. 11–15) hat in der klassischen Jurisprudenz dazu geführt, dem *bonorum possessor* einen geeigneteren Rechtsbehelf als das *interdictum quorum bonorum* zu sichern, da dieses nur auf den erstmaligen Besitzerwerb von Nachlasssachen (und nicht zu ihrer Wiedererlangung) und nur auf die *corpora* beschränkt wurde (→ Rn. 3). Demzufolge wurde auch die *petitio hereditatis* dem *bonorum possessor* zugestanden, während das traditionelle *interdictum* bestehen blieb, da es ein schnelleres Verfahren darstellte und die Beweislastumkehr zugunsten des *possessor* vorsah, falls ein Erbrechtsstreit stattfinden würde.[61] **16**

5. Passivlegitimation

Die Passivlegitimation bei dieser Klage war sehr weit und ist eine der strittigsten Fragen in der Regelung dieser Rechtsfigur.[62] Grundsätzlich war Beklagter der gegenwärtige Besitzer der gesamten Erbschaft oder einer Einzelsache des Nachlasses,[63] oder deren **17**

---

[54] D. 5.4; dazu s. unten → Rn. 33–35.

[55] Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.6–7, s. unten → Rn. 29; Fn. 103.

[56] Iul. 6 dig. D. 5.3.54.

[57] D. 5.6; Lit. *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 615.

[58] Arg. ex Ulp. 16 ed. D. 5.6.1; vgl. Ulp. 5 ed. D. 5.5.1–2; schol. 1 ad Bas. 42.2.11; Bas. 42.2.12. Über ihre hypothetische Formel, *Quadrato*, Hereditatis (1972) 55–67, 100 f.

[59] D. 5.5; Lit. Grundlegend, *Quadrato*, Hereditatis (1972) 33–72.

[60] Iul. 23 dig. D. 37.4.13 pr.; Ulp. 41 ed. D. 37.10.3.13; Her. 3 iur. epit. D. 37.10.15; Lit. grundlegend *Quadrato*, Hereditatis (1972) 34–72; *Quadrato*, ED 33 (1983) 615 f.; weiterhin *Kaser*, RP II 612 (aber vgl. RP I 740 und Fn. 52 mit Lit.); *Talamanca*, Istituzioni (1990) 705; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 4 Fn. 1, 29 Fn. 53; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 160–163; skeptisch *Longo*, Iura 23 (1972) 271 f.; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1261 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 547; *d'Ors*, Derecho privado (2004) 320 f.

[61] Vgl. Gai. 3.34; Paul. sent. 4.8.5 = Coll. Mos. 16.3.5; Lit. *Quadrato*, Hereditatis (1972) 73–101; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 163.

[62] Lit. *Kaser*, St. Biscardi II, 221–260; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 544 f.; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 612 f.; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1257 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 54–76; *Andrés Santos*, ACIA III 27–35; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 4; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 163–177.

[63] Paul. 1 ed. D. 5.3.4; Ulp. 15 ed. D. 5.3.9; Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.10 pr.; Paul. 3 quaest. D. 20.4.16.

Surrogate.[64] Es musste sich wohl nicht um eine körperliche Sache handeln, sondern es genügte auch eine *res incorporalis* (*possessio iuris*) (→ § 38 Rn. 13).[65] In Bezug auf den für den Besitz relevanten Zeitpunkt (Urteilsfällung oder *litis contestatio*), gab es in klassischer Zeit einen Schulenstreit ähnlich wie bei der *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 161–164).[66]

18 Jedenfalls musste der Passivlegitimierte immer *pro herede* oder *pro possessore* besitzen.[67] *Possessor pro herede* ist derjenige, der irrtümlich Erbe zu sein glaubt, sei er ziviler *heres* oder nicht, gut- oder bösgläubig, und auch der *bonorum possessor* (→ § 57 Rn. 4).[68] In der alten *legis actio sacramento in rem*, konnte die Klage nur gegen jemanden gerichtet werden, der selbst mit einer *contravindicatio* Erbe zu sein behauptete; es war also unmöglich zu unterscheiden, wer sich auf einen Erbrechtstitel berief und wer nicht, da beide Streitparteien dieselben *certa verba* aussprechen und ihre eigene Behauptun-
7 gen beweisen mussten (s. oben). In den jüngeren Verfahrensarten war es anfangs ebenfalls nur erlaubt, gegen den *possessor pro herede* die Klage zu erheben; wenn der Beklagte sich auf keinen Erbrechtstitel berief, wurde die Klage denegiert und der provisorische Besitz der Nachlasssachen direkt dem Kläger ohne jede Prüfung seines Erbrechts mit-
12 tels des *interdictum quam hereditatem* (s. oben) zugewiesen. In der Hochklassik wurde dann die Klage auch gegen denjenigen zugelassen, der nur *possessor pro possessore* war.[69] Es ist ungewiss, wie die Juristen die Rechtslage des Beklagten bestimmt haben, ob gemäß einem prozessualen oder einem materiellen Kriterium.[70] Im ersten Fall (*inter-*

---

[64] Ulp. 15 ed. D. 5.3.9; D. 5.3.16.1,2, 5; D. 5.3.18 pr.; D. 5.3.31 pr.; Ulp. 5 ed. D. 5.4.1.1; Gai. 2 ed. praet. urb. D. 29.4.16 usw. Lit. *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 54–76.; weiterhin s. oben → Rn. 4 u. unten → Rn. 31–32.

[65] Paul. 16 ed. D. 5.3.9; 5.3.13.15; 18.1; Iul. bei Ulp. 15 ed. D. 5.3.16.4,7; bei Paul. 20 ed. D. 5.3.34.1; bei Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.35; Ulp. 5 ed. D. 5.4.1.1; Pap. 6 quaest. D. 5.4.10; vgl. Labeo bei Ulp. 39 ed. D. 37.1.3.1 usw.; klassisch, trotz Interpolationsverdacht. Lit. *Calonge Matellanes*, Est. Álvarez Suárez 29–44; *Kaser*, St. Biscardi II 257–260; *Kaser*, St. Sanfilippo II 248–271.; *Quadrato*, Hereditatis (1972) 75–85; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 612; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 705; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1261; *Honsell/Mayer – Maly/Selb* 545; Fn. 6; *d'Ors*, Derecho privado (2004) 332, 337 Fn. 8; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 56–58, 61–68; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 7–10, 231 f.; Fn. 41, 253–293.; *Solidoro Maruotti*, Tutela (2009) 324; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 81 f., 164, 171–174; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 122 f. und Fn. 38; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 228–230. Über die Erbschaftsschuldner, s. unten → Rn. 20.

[66] Ulp. 15 ed. D. 5.3.18.1.

[67] Ulp. 15 ed. D. 5.3.9; D. 5.3.13 pr.,1,3,8; Pap. 6 quaest. D. 5.4.10; Sev.-Ant. C. 3.28.1 (a.193); Diocl.-Max. C. 3.31.7 (a.294); 7.34.4 (a.293), usw.; vgl. Gai. 2 ed. praet. urb. 29.4.16; Lit. grundlegend *Kaser*, St. Biscardi II 224–257; s. w. Lit. oben Fn. 62, 65.

[68] Arrianus-Proculus bei Ulp. 15 ed. D. 5.3.11 pr.; Gai. 2.52 (*usucapio pro herede*) (→ § 56 Rn. 82–83); Gai. 2 ed. praet. urb. D. 29.4.16 (*hereditario nomine possideat*); Inst. 4.15.3 (aber vgl. Theoph. inst. a. a. O.). Über den Einfluss vom SC ‚Iuventianum', s. unten → Rn. 30–32. Lit. *Kaser*, St. Biscardi II 225–229, 248–252; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 703; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 13 f. Fn. 40 mwN.

[69] *Kaser*, St. Biscardi II 228.

[70] *Talamanca*, Legittimazione passiva (1956) 2–5; *Talamanca*, St. Cagliari 43 (1962/63) 178 f.;

rogatio in iure) (→ § 12 Rn. 7), wenn der Beklagte *in iure* auf die Frage des Klägers „*cur possides*“ (warum besitzst du?) antwortet: „*quia heres sum*“ (weil ich Erbe bin), wird er sofort zum Beklagten, auch wenn er wußte, dass er kein *heres* war, bösgläubig war oder nicht.[71] Nach dem zweiten Kriterium ist der Rechtstitel ausschlaggebend.[72]

Possessor pro possessore ist derjenige, der entweder den Nachlass, einen Teil davon **19**
oder einzelne Erbschaftssachen inne hat, aber weder einen Erbrechtstitel noch irgend einen anderen Rechtsgrund zum Besitz nennen kann.[73] Überhaupt besitzen *pro possessore* diejenigen, die irgendwie die Erbschaft oder einige Einzelsachen davon *sine causa possessionis* haben, weil sie wissen, dass sie keine Erben sind;[74] typischerweise sind dies der Dieb und der Räuber (*fur* und *praedo*).[75] Bei der *interrogatio in iure* antwortet er auf die Frage „*cur possides*“ einfach „*quia possideo*“ (weil ich besitze).[76] In klassischer Zeit jedenfalls ist die Bedeutung dieses Unterschieds faktisch unbedeutend, weil beide Arten von *possessores* ähnlich behandelt werden, besonders nach dem sog. *SC ‚Iuventianum‘* (s. unten → Rn. 29–32), wo der relevante Unterschied zwischen *bonae fidei* und *malae fidei possessores* getroffen wird.

Weiters ist der Schuldner (als *possessor iuris*) passivlegitimiert, sowohl der Schuldner **20**
des Erblassers,[77] wie auch der Erbschaftsschuldner, der erst während der *hereditas iacet* (→ § 56 Rn. 66–67) zum Schuldner geworden ist (z. B. weil er dem *servus hereditarius* etwas versprochen hat),[78] vor allem wenn er Erbschaftsgeschäfte geführt hat;[79] oder jemand, der in dieser Phase ein Delikt begangen hat, so dass er zur Zahlung einer Geldstrafe verpflichtet ist.[80]

Kaser, St. Biscardi II 229–234; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 13 f. Fn. 40; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 165–170.

[71] Ulp. 67 ed. D. 5.3.12 (arg. *a contrario*); Arcad.-Hon. Cod. Theod. 11.39.12 (a.396/402) (= C. 3.31.11). Die Gleichstellung zwischen *possessor pro herede* u. *bonae fidei possessor* ist byzantinisch: Theoph. inst. 4.15.3 (vgl. Inst. a. a. O.); Lit. *Kaser*, St. Biscardi II 231–234, 253 f. (Schulenstreit); *contra*, *Talamanca*, Legittimazione passiva (1956) 7 f.; Ist. 703; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 613; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 545; *Spengler*, Interrogatio (1994) 150–153; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 141.

[72] Gai. 4.144; Ulp. 67 ed. D. 5.3.12; vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.2; Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.1, 3, 8, 11; D. 5.3.16.4; Pomp. 9 epist. D. 35.1.110; Iul. 44 dig. D. 41.3.33.1; Pomp. 24 Q. Muc. D. 41.6.3; Lit. *Kaser*, St. Biscardi II 231–234; Fn. 40, 254–257; *Gnoli*, Hereditatem expilare (1984) 53–55; *Quadrato*, Hereditatis (1972) 75 f., 85–90; *Talamanca*, Legittimazione passiva (1956) 19–43; Ist. 703; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 545 u. Fn.; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 166–170; weiterhin s. unten Fn. 74.

[73] Statt aller *Kaser*, St. Biscardi II 225, 253–257.

[74] Gai. 4.144 (*int. quorum bonorum*); Ulp. 15 ed. D. 5.3.11 pr.,1; Iul. bei Ulp. 15 ed. D. 5.3.16.4; *a sensu contrario* Gai. 2 ed. praet. urb. D. 29.4.16 (*hereditario nomine possideat*); Lit. wie Fn. 72.

[75] Ulp. 15 ed. D. 5.3.11.1, D. 5.3.13 pr.; Ner. bei Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.3.

[76] Ulp. 67 ed. D. 5.3.12.

[77] Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.15; vgl. Ulp. 67 ed. D. 5.3.42; Pap. 6 quaest. D. 5.4.10. Lit. *Kaser*, St. Biscardi II 258–260; *Calonge*, Est. Álvarez Suárez 33; Fn. 16 (mit Lit.), 42 f.; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 614; *Burdese*, Rec. II 304.

[78] Paul. 20 ed. D. 5.3.14.

[79] Ulp. 15 ed. D. 5.3.16.3.

21 Ähnlich wie bei der *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 180–187), gemäß dem Grundsatz (*fictio iuris*) *dolus pro possessione est*[81] gibt es andere Umstände, in denen auch jemand, der *nihil possidet*, mit der Klage belangt werden kann (*ficti possessores*). Dies ist der Fall, wenn jemand in dem Bewusstsein, nicht zu besitzen, den Besitz vorspiegelt, und dadurch die Klage gegen sich betrügerisch veranlasst (*oblatio liti*),[82] sodass irgend ein anderer die Erbschaftssachen ersitzen kann, wie auch der Fall, wenn jemand um der Klage zu entgehen, absichtlich den Besitz an der Erbschaft oder den Nachlasssachen aufgibt (*qui dolo desierit possidere*).[83]

22 Wer *titulo singulari*, d. h. auf Grund eines wirklichen oder vermeintlichen besonderen Titels (*pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, usw.) die Erbschaft oder einen Teil davon besitzt, ist dagegen für die ordentliche Erbschaftsklage in der Regel nicht passivlegitimiert. Nichtsdestoweniger gibt es einige Ausnahmefälle (etwa der Erbschaftskäufer bzw. der Erbschaftsfideikommissar *parvo pretio*, oder der die Erbschaft *pro dote* besitzende Ehemann), in welchen Fällen die Klage als *actio utilis* von einzelnen Klassikern dem Erben zugewiesen wird.[84]

6. Einzelklagenkonkurrenz

23 Gegen den Besitzer von Erbschaftsgegenständen stehen dem Erben alle Einzelklagen zu, mit denen der Erblasser gegen Dritte seine Recht geltend machen konnte, manchmal in Konkurrenz mit der *petitio hereditatis*, manchmal nicht:

24 (i) Gegen den, der nur aus einem bloßen Einzelerwerbsgrund (*pro emptore*, *pro donato*, *pro soluto*, usw.) Nachlasssachen besitzt, wird ja die *petitio hereditatis* dem Erben weder ordentlich noch *utiliter* gewährt;[85] er muss deshalb die entsprechende

---

[80] Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.15; Paul. 20 ed. D. 5.3.24; Iul. 8 dig. D. 10.2.51.1.

[81] Ulp. 15 ed. D. 5.3.27 pr.; Ulp. 71 ed. D. 50.17.157.1; Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.41 pr.; Paul. 75 ed. D. 35.3.4.2 usw.; vgl. Ulp. 16 ed. D. 6.1.22; Paul. 22 ed. D. 50.17.131; Lit. *Kaser*, SZ 98 (1981) 106–110, 126–135; *Kaser/Hackl*, RZ 252; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 324; Fn. 40; *González Roldán*, Rev. inv. jur. 27 (2003) 314–317; über das SC ‚Iuventianum' hierzu s. unten → Rn. 30 u. Fn. 107–108.

[82] Gai. 27 ed. prov. D. 4.3.39; Celsus bei Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.13; Cels. 4 dig. 5.3.45; Lit. *Albanese*, AUPA 33 (1972) 404 f.; *Kaser*, SZ 98 (1981) 142 f.; *Kaser*, St. Sanfilippo II, 234–236; *Schipani*, Responsabilità (1971) 196–204; *Talamanca*, Ess. lustrum VI Utrecht 169–172; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 614; Fn. 64; *Müller – Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 316 f., 324; *González Roldán*, RIJ 27 (2003) 323–341.; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 174–177.

[83] Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.14, D. 5.3.20.6c, D. 5.3.25.2,7; vgl. Ulp. frg. vind. 4 (FIRA II 306). Lit. *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 614; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1260; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 58; Fn. 49, 85 f.; Fn. 162, 126 Fn. 287; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 157, 276 f., 299 f., 304 f., 323 f., 355, 382 f.; *González Roldán*, RIJ 27 (2003) 317–323; *González Roldán*, Dolo desinere (2010) 15–258; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 175.

[84] Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.4, 5, 8–10; Lit. *Hackl*, Praeiudicium (1976) 77–83, 90, 94; *Valiño*, Actiones utiles (1974) 157–162; *Calonge*, Est. Álvarez Suárez 41; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 614; *Klingenberg*, RIDA 34 (1987) 190–193.

[85] Paul. 16 ed. D. 5.3.9, mit Ulp. 15 ed. D. 5.3.13 pr.; Diocl.-Max. C. 3.31.7 (a.294); C. 7.34.4

Einzelklage erheben, typischerweise die *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 316), oder ggf. die *vindicatio servitutis* (→ § 61 Rn. 6) für die Servituten, oder die eigentliche Forderungsklage usw.

(ii) Gegen den Besitzer von Erbschaftssachen *pro herede* oder *pro possessore* hat er die **25**
petitio hereditatis oder die *rei vindicatio* zur Wahl (→ § 59 Rn. 315–317); gegen den Erbschaftsschuldner hat er diese Wahl zwischen der Universalklage oder der einzelnen Forderungsklage. Sobald aber die *hereditatis petitio* angestrengt worden ist, werden die Singularklagen konsumiert, ebenso konsumieren die Singularklagen die Erbschaftsklage.[86]

(iii) Wenn der Erbe eine Singularklage als Erbe erhebt, kann aus dem Urteil insofern **26**
ein Problem für den Beklagten entstehen, als dieses Urteil die allgemeine Wirkung als *res iudicata* erlangt; die Rechtsfrage könnte also nicht mehr in irgendeinem anderen Prozess erhoben werden, obwohl es für ihn von Interesse sein könnte, insbesondere dann, wenn der Erbschaftsbesitzer sich wirklich das Erbrecht anmaßt und selbst die *hereditatis petitio* anstrengen möchte.[87] Um diese Folge zu verhindern, muss der Beklagte vom Gerichtsmagistrat erbitten, dass er die Einzelklage nur mit einer *exceptio* (ursprünglich *praescriptio pro reo*) wie folgend erteilt: „*quod praeiudicium hereditati non fiat*“ (Dass über die Erbschaft keine bindende Vorentscheidung getroffen wird):[88] Der Richter darf dann die Erbschaftsfrage (als Vorfrage) nicht prüfen, er darf also nur dann verurteilen, wenn er das eingeklagte Einzelrecht des Klägers bejahen kann, ohne über das Erbrecht entscheiden zu müssen. Wenn es diesem unmöglich ist, seinen Anspruch geltend zu machen, ohne sich auf das Erbrecht zu berufen, ist er bei Androhung der Einrede praktisch dazu gezwungen, direkt die Erbschaftsklage anzustellen, sonst läuft er Gefahr, den Prozess zu verlieren, wenn er darauf besteht, die Singularklage zu betreiben.[89] Justinian trifft im Anschluss an diese Einrede Vorsorge für den Schutz Drittberechtigter, die ihre Rechte geltend machen wollen, noch bevor über den Erbschaftsanspruch entschieden worden ist.[90]

(a.293); Ulp. 75 ed. D. 44.2.7.4–5; Arcad.-Hon. Cod. Theod. 11.39.12 (a.396/492); Lit. *Kaser*, RP I 739; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 176 f.

[86] Iul. bei Ulp. 75 ed. D. 44.2.7.4–5.

[87] D. 5.3.5.2; Just. C. 3.31.12 pr. (a.531).

[88] Gai. 4.133 (s. *Lenel*, EP 505 f.); Lit. *Kaser*, St. Biscardi II 229; Fn. 36; *Hackl*, Praeiudicium (1976) 33–42, 65–104; *Hackl*, FG Kaser 45–57; *Kaser/Hackl*, RZ 249 (mit Lit. bei Fn. 54) 25 f.; *Sacconi*, Pluris petitio (1977) 54–56.

[89] Gai. 4.133; Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.17; Gai. 7 ed. prov. D. 10.2.1.1; Iul. 50 dig. 44.1.13; Lit. *Hackl*, Praeiudicium (1976) 83–104; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 102–109 (mit Lit. bei Fn. 216); *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 271–293; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 136–141.

[90] Just. C. 3.31.12 (a.531); vgl. Ulp. 75 ed. D. 5.3.6; Ulp. 14 ed. D. 5.3.7 pr.,1; Alex. C. 6.37.9 (a.223); Ulp. 79 ed. D. 35.3.3.6–10; Lit. *Wubbe*, TR 58 (1990) 258; *Aricò Anselmo*, AUPA 42 (1992) 398–404; *Kaser/Hackl*, RZ 584, 588.

7. Haftung des Erbschaftsbesitzers. Das *SC ‚Iuventianum'*

27 Die Restitution von Seiten des verurteilten Beklagten erfasst alle *res hereditariae*, sowohl körperliche wie auch unkörperliche Sachen, wenn der Kläger Alleinerbe ist;[91] sonst nur den entsprechenden Erbschaftsteil.[92]

28 Der Besitzer der Erbschaft oder eines Nachlassgegenstandes haftet dem Erben für die aufgrund von *dolus* und *culpa* verursachten Beschädigungen der Erbschaft (z. B. wegen der nicht erfüllten Erbschaftsschulden):[93] In diesem Fall muss jede Verringerung bzw. Verminderung der Erbschaftsgüter bei der Herausgabe berücksichtigt werden,[94] sowie auch jeder unsittliche Gewinn.[95] In der Regel soll der gutgläubige Besitzer eine günstigere Behandlung erfahren;[96] dementsprechend wird dem Satz *mala fides superveniens nocet* gefolgt.[97] Ähnlich wie bei der *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 200–209) ist der Kläger gemäß dem *restituere*-Prinzip nach der *litis contestatio* dazu berechtigt, die Erbschaft in solchem Bestand zu bekommen, als ob sie ihm im Augenblick der *litis contestatio* herausgegeben worden wäre, samt dem späteren Zuwachs;[98] nach der *litis contestatio* (oder *post controversiam motam*) werden alle Erbschaftsbesitzer als *malae fidei possessores* betrachtet.[99]

29 Diese Materie wurde durch ein sog. *SC ‚Iuventianum'* 129 n. Chr. neu geregelt. Dessen traditionelle (unrömische) Bezeichnung ergibt sich daraus, dass es unter dem Konsulat des Juristen Publius Iuventius Celsus erlassen wurde, dessen Rechtsdenken auch im Inhalt des Beschlusses ersichtlich ist. Der ursprüngliche Name des Senatbeschluss es wird eher *SC Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum* gelautet haben[100] und wurde vermutlich von einer vorbereitenden *oratio principis* des Kaisers

---

[91] Ulp. 15 ed. D. 5.3.18.2; vgl. Paul. 20 ed. D. 5.3.19.3.

[92] Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.10.

[93] *Dolus*: Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.6; D. 5.3.25.7–10; *culpa*: Paul. 20 ed. D. 5.3.19.2; Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.2; D. 5.3.31.3; vgl. Pap. 3 quest. D. 5.3.49; Lit. *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 322–326.

[94] Paul. 20 ed. D. 5.3.36.2; Iul. 6 dig. D. 5.3.54.2; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 227–230, 247–250, 325 f.

[95] Her. 2 iur. epit. D. 5.3.52.

[96] Paul. D. 20 ed. D. 5.3.36.3.

[97] Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.5. In Beziehung mit der *usucapio pro herede* (→ § 56 Rn. 82–83), s. unten Fn. 101.

[98] Paul. 20 ed. D. 5.3.40 pr.; Lit. wie Fn. 26–27. Bei Schädigung der Erbschaft *post litem contestatam*, Schulenstreit: Paul. 20 ed. D. 5.3.40; vgl. Ulp. 15 ed. D. 5.3.27 pr.; Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.41 pr.; Ner. 7 membr. D. 5.3.57; Paul. 75 ed. D. 35.3.4.2 itp; Lit. *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 546 und Fn. 10; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 376–383.

[99] Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.11, D. 5.3.25.7, D. 5.3.31.3.

[100] Text des SC: Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.6–6d, und Ulpians Kommentar darauf; Lit. gundlegend nun *González Roldán*, SDHI 72 (2006) 197–227; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) (aber vgl. *Camodeca*, QL 1 [2011] 85–98 [= Scr. Amirante] 87 Fn. 7); weiterhin *Kaser*, RP I 739; Fn. 41 (mit Lit.); SZ 98 (1981) 112–126; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 614; Fn. 72; *Kaser/Hackl*, RZ 297; Fn. 13; *Welle*, In universalibus (1987) 26–35; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1258 f.; *Andrés Santos*, Subrogación

Hadrian (*oratio Hadriani*) eingeleitet.[101] Das SC wurde zur Entscheidung einer vom *fiscus* (*aerarium*?)[102] erhobenen *hereditatis petitio* gegen jemanden, der als *heres* Erbschaftssachen verkauft hatte, obwohl diese Sachen nach den Ehegesetzen des Augustus (→ § 33 Rn. 23–48) als *bona caduca* dem Ärar zustehen sollten, beschlossen. Es führte eine Regelung für den Fall ein, dass der Erbschaftsbesitzer die *bona caduca* vor der *litis contestatio* bei der *vindicatio caducorum* (→ § 52 Rn. 47) veräußert hatte.[103] Seine Bestimmungen wurden bald, vielleicht von Anfang an, um andere Fälle von Erbschaftsansprüchen des Fiskus und der anderen öffentlichen Körperschaften (*civitates*)[104] erweitert, sowie auch um die privaten *hereditatis petitiones*; deswegen kann man in der Folge von einer ‚juventianisierten' Erbschaftsklage sprechen.[105]

Das SC behandelte vor allem die Fragen der Veräußerung von Erbschaftssachen, des **30**
dolus praeteritus des Erbschaftsbesitzers und der Verteilung der Erbschaftsfrüchte;[106] seine Regelungen gingen aber darüber hinaus, auch wenn es die meisten bisherigen Grundsätze in Einzelheiten weitergebildet hat.[107] Jedenfalls hat das SC zwei wichtige Neuerungen in der Regelung der Haftung des beklagten Erbschaftsbesitzers eingeführt:[108] Zuerst gewährt es dem Kläger die Möglichkeit, die aus den verkauften Erbschaftssachen stammenden Erlöse zu verlangen, auch wenn diese beim Verkäufer nicht mehr vorhanden und für ihn und den Erben verloren waren.[109] Zweitens unter-

---

(1997) 68–72, 78–109; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 46 f., 316–385, usw.; *Casinos Mora*, Rev. Est. Hist.-Jurídicos 23 (2001) 53–74; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 125–157.

[101] Wortlaut teilweise überliefert: Paul. 20 ed. D. 5.3.22; vgl. D. 5.3.40 pr.; M. Ant. C. 3.31.1 pr. (a.170); Lit. wie vorige Fn., und besonders *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 373–396. Die Reform bezieht sich auf die Aufhebung der *usucapio pro herede lucrativa* (Gai. 2.57 → § 56 Rn. 82) und mit einem Reskript Hadrians über die Zurückforderung der vom verurteilten Verkäufer gezahlten Legate (Ulp. 15 Sab. D. 12.6.2; 3 Sab. D. 12.6.4); Lit. *d'Ors*, Derecho privado (2004) 336 Fn. 2.

[102] Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.6a, 6d: [*fisco*] ⟨*aerario*⟩ (wahrscheinlich schon klassisch: vgl. *Provera*, Vindicatio caducorum (1964) 34 Fn. 35); Lit. *González Roldán*, REHJ 22 (1998) 139–187; 25 (2001) 229–283; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 24 f., 49–54, 66–72, 305–337, 396–413.

[103] *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 56; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 56 f.

[104] Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.8; Lit. *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 339 f.

[105] *Kaser*, SZ 72 (1955) 116 f.; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 704. Über seinen Einfluß auf die *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 288): Paul. 21 ed. D. 6.1.27.3 itp; Lit. *Kaser*, SZ 98 (1981) 112 f.; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 346–355; *Díaz Bautista*, Atti Burdese I 501–503; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 216–226.

[106] Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.6; Lit. wie Fn. 100.

[107] *Schipani*, Responsabilità (1971) 180–182; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 614 Fn. 72; *Andrés Santos* Subrogación (1997) 87 Fn. 165; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 133–136; *contra*, *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 545; *De la Rosa*, Est. Iglesias III 1260 f.; *d'Ors*, Derecho privado (2004) 336 Fn. 2; Diskussion bei *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 46–48 usw.

[108] *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 136–151; *Gonzalez Roldán*, Senatusconsulto (2008) 107–304.

[109] Antoninus Pius bei Iul. 68 dig. D. 4.2.18; Ulp. 15 ed. D. 5.3.18 pr., D. 5.3.23 pr., D. 5.3.25.1, D. 5.3.33.1; Lit. *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 225 f., 332 f., 350–365; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 110 f. (mit Lit. bei Fn. 8).

scheidet es schärfer in der Behandlung des mit der *hereditatis petitio* Beklagten, je nachdem ob er gutgläubiger (*iustus possessor*) oder bösgläubiger Besitzer (*praedo*) ist, sodass seine Haftung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen aus den Verwaltungshandlungen des Nachlasses ermessen wird („*in quo locupletiores facti sunt*“).[110] Gemäß diesem Kriterium werden die Grenzen der Haftung des Beklagten wie folgt festgelegt:[111]

31 (i) *Possessor bonae fidei.* Das SC sieht für ihn eine begrenzte *locupletior*-Haftung vor. Die Herausgabepflicht wird also nur auf die bei Prozessbeginn noch vorhandene Bereicherung beschränkt, die verzehrten oder verschenkten Erbschaftssachen sind nicht davon umfasst.[112] Bezüglich der nicht erfüllten Erbschaftsforderungen genügt es, dass der Beklagte sie dem Kläger überträgt (damit aber auch das Risiko).[113] In Bezug auf die *ante petitam hereditatem* verkauften Erbschaftssachen, erfasst die Herausgabepflicht nur den erlangten Erlös, nicht aber die gezogenen Zinsen; hat er diesen noch nicht erhalten, genügt es, die Forderungsklage zu übertragen.[114] Im Fall von Verkauf und Wiederkauf von Erbschaftssachen, sind bloß die Güter und nur der behaltene Teil des erlangten Preises umfasst.[115] Früchte sind nur diejenigen, die der Besitzer wirklich gezogen hat, es sei denn, dass er daraus anderweitig bereichert worden ist.[116] Er hat eine *exceptio doli* (→ § 108 Rn. 48), um den Abzug bzw. die Erstattung der notwendigen oder nützlichen vor der *litis contestatio* gemachten Aufwendungen durchzusetzen.[117] Bezüglich der Erbschaftsschulden, kann der Besitzer das ohne Kaution abrechnen, was von ihm gezahlt wurde; wenn die *obligatio* (sogar bloß *naturalis*) zugunsten des Besitzers selbst bestand, konnte er sie jedenfalls aufrechnen.[118]

---

[110] Paul. 20 ed. D. 5.3.28; Lit. *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 144, 268 f.

[111] Lit. *Talamanca*, Istituzioni (1990) 704; *Welle*, In Universalibus (1987) 29 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 96 f.; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 315–333; *Díaz Bautista*, Atti Burdese I 494–501; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 132 f., 151–154; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 107–163.

[112] Ulp. 15 ed. D. 5.3.23 pr., D. 5.3.25.1,11–17; Lit. *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 357–367; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 107–110, 127–131.

[113] Paul. 20 ed. D. 5.3.30; Lit. *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 226–250, 294–297.

[114] Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.6a/b,15,17,25; Paul. 20 ed. D. 5.3.24; Lit. *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 88–95 m. Fn. 177; *González Roldán*, RIJ 28 (2004) 241–297; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 107–163.

[115] Paul. 20 ed. D. 5.3.23; Ulp. 15 ed. D. 5.3.24,25; Lit. *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 93–95; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 127–163.

[116] Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.4; Paul. 20 ed. D. 5.3.40.1; Lit. *Cardilli*, La nozione (2000) 303 f.; *González Roldán*, An. Mex. Hist. Der. 15 (2003) 675–715; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 251–270.

[117] Paul. 20 ed. D. 5.3.38 itp.; Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.39.1; Pap. 6 quaest. D. 5.3.50.1; Lit. *González-Palenzuela Gallego*, Impensas (1998) 42, 111 f., 223 f., 241 f.; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 177–180, 428–430.

[118] Ulp. 15 ed. D. 5.3.31 pr., 2. Über Legate: Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.17; Lit. *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 110–119, 294–296, 348–350; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 133 f.

(ii) *Possessor malae fidei.* In diesem Fall wird die *locupletior*-Regel mit einigen An- **32**
passungen unbegrenzt angewandt. Er muss die gesamte Bereicherung herausgeben, die er aus dem Verkauf der Erbschaftssachen erlangt hat und zwar inklusive der Zinsen.[119] Seine Haftung reicht auch in die Zeit *ante litem contestatam* (im Sinne eines *dolus praeteritus*) zurück.[120] Wenn der Verkauf *ante petitam hereditatem* und *hereditatis causa* durchgeführt worden ist, hat der Kläger die Wahl, entweder die verkauften Sachen selbst (inklusive der Früchte) oder den Kaufpreis mit den *post motam controversiam* gezogenen Zinsen zu verlangen.[121] Geschah jedoch der Verkauf *sui causa*, dann umfasst die Restitution die Sachen selbst sowie die Früchte, oder ggf. deren Schätzwert gemäß *arbitrio petitoris*; im Falle von Beschädigung oder Verlust der Sachen, deren *verum pretium.*[122] Wenn die Erbschaftssachen wiedergekauft worden sind, umfasst sie sowohl die Güter selbst wie auch die durch das Geschäft erlangte Bereicherung.[123] Er muss alle Früchte, sogar die *fructus percipiendi* (→ § 38 Rn. 24), herausgeben.[124] Die notwendigen oder nützlichen Aufwendungen können im klassischen Recht nicht abgezogen oder erstattet werden; Justinian allerdings gewährte, dass die Erstattung *officio iudicis* stattfindet, allerdings nur wenn der Nutzen noch vorhanden ist.[125] Der Beklagte konnte gegen Kaution auch die *hereditatis causa* gezahlten Erbschaftsschulden abziehen (ausgenommen die Schulden zugunsten des Besitzers selbst).[126]

II. *Si pars hereditatis petatur*

Abgesehen von der *petitio hereditatis*, mit der ein Alleinerbe die gesamte Erbschaft **33**
verfolgt, gibt es im prätorischen Edikt auch eine Rubrik unter dem Titel: „*si pars hereditatis petatur*" (Wenn ein Erbschaftsanteil eingeklagt wird),[127] die auch dem Erben,

[119] Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.6; D. 5.3.23 (*a contrario*); Lit. *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 91 mit Fn. 177, 96; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 127–163.

[120] Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.7; Lit. *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 86; Fn. 163; *González Roldán*, RIJ 27 (2003) 305–361; Senatusconsulto (2008) 166–228.

[121] Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.12; vgl. ebd. 20.2 (Erbschaftsschulden); Lit. *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 94–101, 104, 121, 161–163.

[122] Ulp. 15 ed. D. 5.3.20.2,12,21; Lit. *Kaser*, SZ 98 (1981) 126 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 91 Fn. 177, 96 f.

[123] Paul. 20 ed. D. 5.3.22; Lit. wie Fn. 101.

[124] Ulp. 15 ed. D. 5.3.25.4; D. 5.3.27 pr., 1; Paul. 20 ed. D. 5.3.40.1; Inst. 4.17.2; Lit. *Kaser*, RP II 547, Fn. 23.

[125] Paul. 20 ed. D. 5.3.38 itp.; Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.39.1 (*ius tollendi*); vgl. Scaev. 3 dig. D. 5.3.58; Lit. *González-Palenzuela Gallego*, Impensas (1998) 111 f.

[126] Ulp. 15 ed. D. 5.3.31 pr., 1; Lit. *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 110–119.; *González Roldán*, Senatoconsulto (2008) 133 f.

[127] D. 5.4; Lit. *Glück*, Pand. Pand. I – LXVI (VIII) 1 f. (mit Lit.); modern: *Mitteis*, SZ 28 (1907) 391–393; *Redenti*, AG 79 (1907) 16–18; *Arangio-Ruiz*, BIDR 21 (1909) 241 m. Fn. 1; *Watson*, Succession (1971) 196–198.

der nur ein Teilerbrecht erlangt, eine Klage (*petitio hereditatis pro parte indivisa*)[128] gewährt. Ihre Formel wird wie folgend gelautet haben: „*Si paret hereditatem Titii pro parte illa ex iure Quiritium A. A. esse, nisi N. N. eam partem arbitratu tuo A. A. restituat, quanti ea res est, tantam pecuniam ⟨iudex⟩ N. N. A. A. condemna, si non paret absolvito*“ (Wenn es sich erweist, dass ein Anteil der Erbschaft von Titius, um die es hier geht, nach dem Recht der Quiriten dem Kläger gehört, und wenn dieser Anteil nicht gemäß der Ermessenentscheidung des Richters herausgegeben werden wird, verurteile, Richter, den Beklagten dem Kläger in den Geldbetrag, den der Gegenstand wert sein wird; wenn es sich nicht erweist, sprich frei).[129]

34 Diese Klage ist immer noch als Universalklage zu verstehen, in dem Sinne, dass der Kläger damit weder einzelne Erbschaftsgegenstände noch einen Teil davon, der einer Erbschaftsquote entspricht, verlangt, sondern die Quote selbst (*pro indiviso*), was diese Klage von der *actio familiae erciscundae* (→ § 67 Rn. 10) unterscheidet. Im Großen und Ganzen kommen die gleichen Grundsätze wie bei der ordentlichen *petitio hereditatis* zur Anwendung. Der einzuklagende Erbschaftsteil entspricht dem, wozu der Erbe berechtigt ist, nicht dem, was der Besitzer wirklich besitzt.[130]

35 Die Klage ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn jemand eine Erbschaftsquote entgegen dem Testament erlangen möchte, und sein Teilerbrecht wider den eingesetzten Erben geltend machen muss, der die gesamte Erbschaft als vermeintlicher Universalerbe besitzt, ohne andere später eingetretene Erben zu beachten: das ist der Fall bei einem übergangenen Erben nach dem *ius civile* (→ § 55 Rn. 10), dem *bonorum possessor contra tabulas* (→ § 57 Rn. 48–58) oder dem zur *querela inofficiosi testamenti* Berechtigten (→ § 55 Rn. 21, 84–90). Ebenso dient diese Klage den *postumi* (→ § 55 Rn. 21): Hier wird von manchen Juristen (wie etwa Sabinus und Cassius) präsumiert, dass, wenn der oder die Nachkömmlinge nur von einer Mutter zu erwarten sind, Drillinge geboren werden, und danach der jetzt eventuell zu verlangende Teil bestimmt; wenn sie von mehreren Müttern geboren werden, so darf auf einen unbestimmten Teil geklagt werden, dessen Größe sich dann später nach den erfolgten Geburten bestimmt.[131]

---

[128] Ex Iul. 8 dig. D. 5.4.7: *cum ad officium iudicis nihil amplius pertineat, quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui mihi iubeat.*

[129] *Lenel*, EP 179 (vgl. Ulp. 5 ed. D. 5.4.1 pr.; s. auch Gai. ed. prov. D. 5.3.10.1; Paul. sent. 1.13b.5 = Consult. 5.5); Lit. *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 29, Fn. 52; *Mantovani*, Formule 39 Fn. 16; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 238–245; *Betancourt*, Derecho romano (2010) 458.

[130] D. 5.4.1.1,2; Lit. *Di Paola*, Saggi (1954) 11, 30, 56; *Talamanca*, Legittimazione passiva (1956) 160 Fn. 37, 163 Fn. 43, 181 f.; *Provera*, Pluris petitio I (1958) 182; *Hackl*, Praeiudicium (1975) 100–104; *Quadrato*, Hereditatis (1972) 57–61; *Kaser*, St. Sanfilippo II 269 f.; *Schermaier*, SZ 110 (1993) 163–165; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 242 Fn. 339, 370.

[131] Gai. 4.54; vgl. Ulp. 5 ed. D. 5.4.1.5; Paul. 17 Plaut. D. 5.4.3 (*petitio hereditatis incertae partis*). Über die Formel, s. *Lenel*, EP 179 Fn. 8; Lit. *Vaccaro Delogou*, L'accrescimento (1941) 10–12; *Provera*, Pluris petitio I (1958) 180 f.; *Kaser*, RP I 699 Fn. 20; *Nörr*, Rechtskritik (1974) 135 f. m. Fn. 10; *Sacconi*, Pluris petitio (1977) 70 f.; *Fiori*, BIDR 96–97 (1993–94) 497; *Kaser/Hackl*, RZ 326; Fn. 34; *Lamberti*, Postumi I (1996) 69 Fn. 44; *Mantovani*, Formule 39 Fn. 16; *Betancourt*, Derecho romano

III. *Interdictum quorum bonorum*

Ein *bonorum possessor*, der nicht zugleich auch einen Erbrechtstitel hat, ist zur ordentlichen *petitio hereditatis* nicht berechtigt; der Prätor erteilt ihm statt dessen ein restitutorisches *interdictum quorum bonorum*,[132] dessen Fomel lautet: „*Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti ut desineres possidere, id illi restituas*“ (Welchen Nachlasses Besitz jemandem aus meinem Edikt erteilt worden ist, was du von diesem Nachlass als Erbe oder Besitzer besitzt, oder [als solcher] besitzen würdest, wenn es nicht [von dir] ersessen worden wäre, was du endlich arglistigerweise getan hast, dich dessen Besitzes zu entledigen, das sollst du dem herausgeben).[133] **36**

Damit kann er die Nachlassgegenstände als eine Gesamtheit (*universa bona*) verfolgen, seien sie der ganze Nachlass, ein Teil davon, oder nur eine Einzelsache (die nicht als solche, sondern als ein Teil der *universa bona* eingeklagt wird).[134]

Kläger bei diesem Interdikt ist derjenige, dem wirksam die *bonorum possessio* (→ § 57 Rn. 4–5) gewährt worden ist. Ihm steht hier der *heres* gleich, der den Besitz der Erbschaft nicht erlangt hat; in diesem Fall erhebt er das Interdikt allerdings nicht als *heres*, sondern als *bonorum possessor*.[135] **37**

Beklagter ist jemand, der entweder *pro herede* oder *pro possessore* die Sachen besitzt, oder sie arglistig zu besitzen aufgehört hat (*quodque dolo malo fecisti, ut desineres possidere*). In diesem Fall ist es, im Unterschied zur *hereditatis petitio* (→ Rn. 18), unbestritten, dass *possessor pro herede* nur der Zivilerbe oder der gutgläubige Besitzer ist, während *possessor pro possessore* derjenige ist, der sich auf keinen gültigen Rechtstitel berufen kann, um den Besitz der Nachlassgegenstände zu genießen, und daher schlechtgläubiger Besitzer ist.[136] Hier muss er Besitzer von körperlichen Sachen sein: die *possessio iuris* genügt nicht. Deshalb ist dieses Interdikt bezüglich der Erbschaftsschulden nicht relevant.[137] **38**

(2010) 458; *Terreni*, Puero venter (2008) 43 f.; *Bianchi*, Conceptus (2009) 226 f.; *Binachi*, RDR 11 (2011) 6.

[132] D. 43.2; C. 8.2; vgl. Gai. 4. 114; Inst. 4.15.3; vgl. Theoph. inst. a. h.l. Lit. *Quadrato*, Hereditatis (1972) 73–101.; *Quadrato*, ED XXXIII (1983) 615 f.; *Betancourt*, AHDE 53 (1983) 50 f.; Fn. 8; *Betancourt*, De interdictis (1997) 64, 96 f., 122 f., 647 Fn. 351, 685; *Honsell/Mayer – Maly/Selb* 547; Fn. 12 (mit Lit.); *Gómez Royo*, RIDA 39 (1992) 173 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 399 Fn. 28; *Castro Sáenz*, RIDA 47 (2000) 211, 218–220; *Castro Sánez*, Herencia (2002) 128 f., 222, 227; *Martín Minguijón*, Acciones ficticias (2001) 48–55 (mit Lit. Fn. 107–108); *Tellegen-Couperus*, RBPh 84 (2006) 66; *Tellegen-Couperus/Tellegen*, RIDA 53 (2006) 397–400; *Casinos Mora*, De hereditatis petitione (2006) 181 f.; *Terrazas Ponce*, REHJ 34 (2012) 141; *Camodeca*, Mél. Humbert 33 f. Fn. 21 u. 32; *Domisch*, Zur Frage (2014) 176–184, 204.

[133] Ulp. 67 ed. D. 43.2.1 pr.; Lit. *Lenel*, EP 452; *Kaser*, RP I 740; *Mantovani*, Formule 85; *Martín Minguijón*, Acciones ficticias (2001) 52 f.; *Betancourt*, Derecho romano (2010) 465.

[134] Ulp. 67 ed. D. 43.2.1.1.

[135] *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 547 Fn. 13.

[136] Gai. 4.144; Lit. wie Fn. 72.

39 Für die Antragstellung für dieses Interdikt ist es unerheblich, ob die Sachen schon ersessen worden sind (*usucapio pro herede*) (→ § 56 Rn. 82–83); aufgrund des Formelwortlautes hebt das Interdikt die Wirkung der Ersitzung auf (*Quorum bonorum… quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve si nihil usucaptum esset … id illi restituas*).[138] Das ist dadurch zu erklären, dass der *bonorum possessor* sonst durch die Fristen der sukzessiven Berufung von der Verfolgung der inzwischen ersessenen Sachen abgeschnitten wäre.[139]

40 Da es ein Interdikt *adipiscendae possessionis* ist (→ § 66 Rn. 14), zielt es auf den erstmaligen Erwerb des Besitzes, nicht aber den Wiedererwerb nach Verlust der Sachen;[140] in letzterem Fall soll sich der *bonorum possessor* auf eine *vindicatio utilis* berufen (→ 59 Rn. 346–359). Der erste Erwerb ist vor allem gegenüber dem Zivilerben relevant, der den Besitz völlig oder teilweise dem *bonorum possessor* –sogar *sine re* (→ § 57 Rn. 202) – überträgt.[141] Falls er *bonorum possessor cum re* ist und wirksam den Nachlassbesitz erworben hat, wird er gegen die *petitio hereditatis* des zivilen Erben mit einer *exceptio doli* geschützt, die sich aus einer Konstitution des Kaisers Antoninus Pius (→ § 108) ergibt.[142]

41 Dem *bonorum possessor*, wie dem *heres* (→ Rn. 11–15), stehen auch die Einzelansprüche aus den (sowohl dinglichen wie auch persönlichen) ererbten Rechten zur Verfügung, welche aber nur als *actiones utiles* gewährt wurden, d. h. mit einer *formula ficticia* (*si heres esset*).[143] Deswegen muss er die entsprechende Einzelklage erheben, wie bei der *petitio hereditatis* (→ Rn. 24), wenn er eine Einzelsache gegen jemanden, der sie weder *pro herede* noch *pro possessore* (also *titulo speciali*) besitzt, beansprucht.

42 In klassischer Zeit existiert dieses Interdikt parallel zur *hereditatis petitio possessoria* (s. oben Rn. 24). In der Spätzeit allerdings, wo *hereditas* und *bonorum possessio* immer mehr zusammenfließen (→ § 57 Rn. [redacted]), wurde es auch auf den Schutz des *heres* ausgeweitet,[144] diente aber vor allem als Vorbereitung der (petitorischen) Erbschaftsklage, zum vorläufigen Schutz des Erbschaftsbesitzers und der Verteilung der Parteirollen im Prozess, wie auch die Besitzinterdikte bei der *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 300–305).[145]

---

[137] Paul. 20 ed. D. 43.2.2; Lit. *Quadrato*, Hereditatis (1972) 38; Fn. 22, 78–80, 86 f.

[138] Die Aufhebungsklausel ergibt sich aus dem SC Hadrians, das die *usucapio pro herede lucrativa* abgeschafft hat (Gai. 2.57); s. unten Fn. 101.

[139] *Kaser*, RP I 740; Fn. 57.

[140] Gai. 4.144; Lit. wie Fn. 72.

[141] *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 547 Fn. 13.

[142] Gai. 2.120, 149a, 151; vgl. Paul. sent. 4.8.2; Pap. 13 quaest. D. 37.11.11.2; Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.10; Lit. *Kaser*, RP I 676; Fn. 30, 680, 691 Fn. 14, 692 Fn. 20, 740; *Castro Sáenz*, RIDA 45 (1998) 171; *Castro Sáenz*, Herencia yacente (1998) 250; *Brutti*, Diritto (2011) 419 f.

[143] Gai. 4.34; Lit. *Lenel*, EP 182 f.; *Kaser*, RP I 676, 740; *Quadrato*, Hereditatis (1972) 19–28, 74 f., 100.

[144] Sev.-Ant. C. 8.2.1 (a.197); Lit. *Quadrato*, Hereditatis (1972) 15, 39–42.; *Kaser*, RP II 548; Fn. 38.

[145] Const. Cod. Theod. 11.36.22 (a.374); Arcad.-Hon. C. 4.21.1 (a.395) mit Vis. Interpretatio (= C. 8.2.3); Auson. Gryph. 63 f.; Symm. rel. 16; Lit. *Quadrato*, Hereditatis (1972) 98 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 619.

§ 65 Vorlegungsklage (*actio ad exhibendum*) und Verwandtes

Christian Baldus

Bühler, Die actio ad exhibendum, 1859; *Demelius*, Die Exhibitionspflicht, 1872; *Lenel*, Rei vindicatio und actio ad exhibendum, GrünhutsZ 37 (1909) 515–552 (SdDr. 1910); *Bossowski*, De actione ad exhibendum, Bulletin International de l'Académie Polonaise des Sciences et des Lettres, 1927, 180–192; *Marrone*, Actio ad exhibendum, AUPA 26 (1957/1958) 177–692; *Burillo*, Contribuciones al estudio de la „actio ad exhibendum" en derecho clásico, SDHI 26 (1960) 190–281; *Kaser*, Die formula der actio ad exhibendum, RIDA 14 (1967) 263–299; *Harke*, Actio ad exhibendum. Vorlegungsklage im römischen Recht, 2019.

Inhalt Rn.

I. Einleitung . . . 1
II. Überlieferung . . . 7
III. Formelelemente und Sachprobleme . . . 10
1. Übersicht . . . 10
2. Aktivlegitimation . . . 15
3. Passivlegitimation . . . 44
a) Rekonstruierbarkeit der Formel . . . 45
b) *Possessio* des Beklagten oder gleichgestellte Tatbestände: *possidet dolove malo fecit quo minus possideret* . . . 49
c) Fälle zweifelhafter oder fehlender *possessio* ohne arglistige Aufgabe . . . 59
d) Besitzkonstruktion bei Personenmehrheiten . . . 63
e) *Facultas restituendi* . . . 64
f) Maßgeblicher Zeitpunkt und Vererblichkeit . . . 72
4. Objekt . . . 78
5. *Exhibere* . . . 80
6. Arbiträrklausel . . . 90
7. *Condemnatio* . . . 92
IV. Exzeptionen . . . 98
V. Konkurrenzen mit anderen Rechtsbehelfen . . . 104
1. Dingliche Klagen, insbesondere *rei vindicatio* . . . 105
2. Persönliche Klagen . . . 108
3. Klagen mit *adiudicatio* . . . 112
4. *Actio in factum / utilis* . . . 113
5. Interdikte . . . 118
VI. Grundsatzfragen . . . 123

VII. Interdikte auf Vorlegung 129
1. Systematik 129
2. *De tabulis exhibendis* 134
3. *De homine libero exhibendo* 145
4 *De liberis exhibendis (item ducendis)* 154

Formel[1]

1 *C. Aquilius iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio hominem quo de agitur exhibere oportere quem Numerius Negidius possidet [dolove malo fecit] quo minus possideret neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis exhibebitur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

… soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass der Beklagte dem Kläger den Sklaven, um den gestritten wird, vorlegen muss und der Beklagte den Sklaven besitzt [oder es arglistig bewirkt, dass er nicht (mehr) besitzt,] und wenn dieses Objekt nicht nach dem Ermessen des Richters vorgelegt wird, so soll der Richter den Beklagten zu Gunsten des Klägers in so viel Geld verurteilen, wie dieses Objekt wert sein wird; wenn es sich nicht erweist, soll er die Klage abweisen.

I. Einleitung

2 Die *actio ad exhibendum*, im Deutschen meist mit „Vorlegungsklage“ übersetzt, dient im klassischen Recht vor allem,[2] aber nicht nur zur Vorbereitung dinglicher Klagen → Rn. 15–22, 128. Anhand ihrer Formel lassen sich die Sachprobleme weithin in Parallele zur Sachvindikation gliedern, solange man sich nur der Tatsache bewusst bleibt, dass es auch andere Anwendungsfelder gibt.

3 Die Lehre, der zufolge die Vorlegungsklage gar nicht vorbereitenden Charakters sei, sondern nur anstelle anderer Klagen erhoben werden könne,[3] hat sich nicht durchgesetzt:[4] Sie kommt nicht ohne die Annahme erheblicher Texteingriffe aus. Ihr zentrales Argument sind die Stellen, in denen nur von der *actio ad exhibendum* die Rede ist. Deren Existenz lässt sich jedoch auch damit erklären, dass in der Praxis oftmals keine

[1] Rekonstruktion nach *Mantovani*, Formule 60, der wiederum *Kaser*, St. Volterra III folgt (dort Argumente gegen Talamanca, Iura 10 (1959), 277). Zu Problemen sogleich → Rn. 4, 66–68. Für die von *Rudorff*, De iuris dictione edictum (1869) 97 f. (§ 86) vorgeschlagenen Abweichungen namentlich in der *intentio* (*Quantae pecuniae paret Ai Ai interesse rem de qua agitur sibi exhiberi* …) ist kein zwingender Grund ersichtlich.

[2] Ulp. 24 ed. D. 10.4.1 mit auffälligen, freilich auch sonst bei Ulpian belegten Wendungen (*perquam necessarius* ist allein ulpianisch). Nach *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 11 von Ulpian möglicherweise historisch gemeint. Alle dinglichen Klagen: Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.3,4.

[3] Vgl. *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 540–619 (599–605).

[4] Vgl. die Rezensionen von *Kaser*, Labeo 5 (1959) 218–224 und *Talamanca*, Iura 10 (1959) 268–280 (mit verschiedenen Kritikpunkten). Von *Talamanca* s. auch NNDI I 254–257.

weitere Klage erhoben werden musste, weil der Beklagte entweder die Sache freigab oder aber sich bereits auf die Vorlegungsklage nicht einließ:[5] In diesen Fällen löste die Vorlegungsklage das Problem entweder durch freiwilligen oder durch erzwungenen[6] Gehorsam. Es konnte aber auch sein, dass der Beklagte sich auf den Vorlegungsstreit einließ. Was die in einigen Quellen ausdrücklich angesprochene Vorbereitungsfunktion zu dinglichen Klagen angeht, ergeben sich Komplikationen namentlich daraus, dass es auch Interdikte auf Vorlegung gibt.

4 Diese Fragen wirken sich unmittelbar auf die Formelrekonstruktion aus. Die lebhaften Auseinandersetzungen zur Rekonstruktion vor Lenel[7] sind aus heutiger Sicht nicht erledigt, zumal Lenel[8] mit weitgehenden Interpolationsannahmen arbeiten muss, um sein Ergebnis zu gewinnen: Durch Zweifel an Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.9–12, Gai. ed. praet. urb. D. 10.4.13, Paul. 4. epit. Alf. D. 10.4.19 beseitigt er[9] die Stellen, die einer Ausdehnung auf andere als dingliche Klagen vor allem im Weg stehen. Das andere Extrem markiert noch vor Lenel Rudorffs[10] Rekonstruktion. Sie betont das pekuniäre Moment bereits in der *intentio*[11] und vermeidet den problematischen (→ Rn. 47–71) Bezug auf die *possessio* mit einer Umschreibung.[12] Neuere Varianten kommen hinzu, und selbst am Sinn von Rekonstruktionsversuchen überhaupt wird gezweifelt.[13] Wie im Folgenden darzulegen (→ Rn. 68), ist es wohl am wenigsten angreifbar, die *possessio* und nur diese für ein ursprüngliches Formelelement zu halten.

5 Rechtsbehelfe, die der römischen Vorlegungsklage entsprechen, haben in modernen Rechten vor allem deswegen geringe Bedeutung, weil diese *actio* eine Besonderheit römischen Prozessrechts spiegelt: die prinzipielle Freiheit, sich auf eine dingliche Klage einzulassen oder auch nicht (→ § 59 Rn. 57). Mit dieser Besonderheit sind unter modernen Bedingungen auch die meisten Anwendungsfälle der *actio* weggefallen; rechtsschutzintensivere Ansprüche können sogleich geltend gemacht werden.

6 Das schlägt sich in einem vergleichsweise geringen Interesse der Romanistik an der *actio ad exhibendum* nieder. Die lange Zeit letzte Monographie von Bühler (aus der Schule Kellers) datiert von 1859[14] und verweist ihrerseits für Älteres auf eine einzige

---

[5] Ausführlich *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 36–77.

[6] Zu den in Betracht kommenden Zwangsmitteln siehe → Rn. 13; § 12 Rn. 13.

[7] Geschildert in *Lenel*, EP 220–225.

[8] *Lenel*, EP 225.

[9] In Abweichung von den beiden ersten Auflagen des EP und in Anlehnung an *Beseler*, Kritik I (1910) 1–45.

[10] *Rudorff*, De iuris dictione edictum (1869) 97 f. (§ 86).

[11] *Quantae pecuniae paret Auli Agerii interesse rem de qua agitur sibi exhiberi.*

[12] *Si ea res penes Numerium Negidium est dolove malo Numerii Negidii factum est quo minus penes eum esset.* Das ist zwar kaum positiv an Quellen zu belegen, aber immerhin in der Besitzfrage vorsichtig.

[13] *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 7 f., referiert die Diskussion vor und nach *Lenel* und betrachtet sie als weithin spekulativ sowie – wegen des Kognitionsverfahrens – für die Spätklassik irrelevant.

[14] *Bühler*, Actio ad exhibendum (1859).

weitere Monographie von 1816,[15] im Übrigen vorwiegend auf Traktate und Kommentare seit dem Humanismus sowie auf die Produktion der Historischen Schule. Alle durch die Auseinandersetzung mit der Spätpandektistik[16] und dann der Interpolationenkritik[17] hervorgerufenen Fragen waren daher lange Zeit nur insoweit aufgearbeitet, als Aufsätze sie in den Blick genommen haben.[18] Erst jüngst fragt die Monographie von Harke wieder grundsätzlich nach Funktion und Genese der Klage.[19]

II. Überlieferung

7 Der Digestentitel 10.4 (*ad exhibendum*) wird quantitativ dominiert von Texten aus dem 24. Buch des ulpianischen Ediktskommentars; daneben finden sich Paulustexte sowie punktuell Julian, Pomponius und Gaius. Ulpian verwertet eine Vielzahl vor allem hochklassischer Texte, und meist ist die zitierte Textstufe noch von der ulpianischen unterscheidbar. Die Ediktsmasse führt, Texte aus der Sabinusmasse sind nachgestellt oder punktuell in die Ediktsmasse versetzt, wo solcherart Ergänzendes zum roten Faden aus der ulpianischen Ediktskommentierung beigetragen werden konnte. Ältere Autoren (bis zurück zu Labeo) sind indirekt vor allem bei Ulpian zitiert. Die Papinianmasse fehlt, was sich daraus erklärt, dass Stellen aus dieser Masse, die auch die Vorlegungsklage ansprechen, zumeist andere Problemschwerpunkte aufweisen.[20]

8 Ein Rückgriff auf ältere Schichten bis zur Frühklassik ist damit nur eingeschränkt möglich. Wie alt die Klage ist, kann erst recht nur erschlossen werden; namentlich folgt kein sicheres Argument aus der Annahme, das Legisaktionenverfahren habe Präsenz der Sache *in iure* vorausgesetzt, denn auch und gerade in einem solchen System lag es nahe, diese Sachpräsenz indirekt zu erzwingen.

9 Für den jedenfalls teilweisen Fortbestand des Formularverfahrens finden sich Belege bis zu Alex. Severus[21] und Diokletian.[22] Im epiklassischen Kaiserrecht ist die Klage bei Diokletian zu finden.[23] Nachklassisch finden sich kaum Belege. Justinian greift die Klage wieder auf, aber mit gewissen Veränderungen (→ Rn. 29, 80, 88, 90, 96).

---

[15] *Einert*, Tractatus (1816); non vidi.
[16] Vgl. *Demelius*, Exhibitionspflicht (1872).
[17] *Beseler*, Kritik I (1910) 1–45; aus derselben Zeit *Levi*, St. Mar. D'Amelio II 311–324.
[18] Maßgeblich bis heute *Marron*e, Actio ad exhibendum (1958) 177–692.
[19] *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 7–9, 78–117.
[20] Näher *Baldus*, IP 7.2 (2022) i. V.
[21] Diocl. C. 3.42.1 (a.222) für den Provinzialprozess.
[22] Diocl./Max. C. 3.32.13 (a.293) zur Abfolge Vorlegungsklage – Possessorium – Petitorium (weiterhin zur Identität des Richters).
[23] Diocl./Max. C. 3.42.9 (a.294) (→ Rn. 24).

III. Formelelemente und Sachprobleme

1. Übersicht

Die Formel nennt ausdrücklich **10**

1. das Objekt (im Blankett: *hominem quo de agitur*),
2. die Vorlegungspflicht, *exhibere opertere*,[24]
3. zur Passivlegitimation möglicherweise (und, wenn es so war, anders als die Sachvindikation) ausdrücklich die *possessio* des Beklagten, noch unsicherer auch gleichgestellte Tatbestände: *possidet dolove malo fecit quo minus possideret*. Wir besitzen zwar keine wörtliche Ediktslaudation, Julians Ediktskommentierung muss nicht zwingend auf den Wortlaut führen, und valide statistische Aussagen sind schon gar nicht möglich. Doch erscheinen der Besitz und die dem Besitz gleichgestellte Situation häufig parallel. Auf der anderen Seite kann nicht nur zur Vorbereitung einer dinglichen Klage *ad exhibendum* vorgegangen werden, wie Ulpian in einer heute nicht mehr als itp. angesehenen Stelle (Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.1) ausdrücklich und programmatisch sagt (→ Rn. 15). Sichere Schlüsse auf den Ediktswortlaut sind damit nicht möglich. Nahe liegt es, eine Bezugnahme auf die *possessio* als Regelfall in der Formel zu vermuten, daneben aber Erweiterungen in der Praxis einerseits auf Fälle des *dolo malo desinere possidere*, andererseits auf Sonderfälle, in denen es gar nicht um dingliche Klagen ging, sodass Besitzfragen sich anders stellten. Diese Einschätzung bleibt aber mit Unsicherheiten behaftet.
4. die Arbiträrklausel, und zwar in der Abwandlung *neque ea res arbitrio … iudicis exhibebitur*.
5. wie die Sachvindikation die übliche *condemnatio* auf Geld.

Im Folgenden wird bei Betrachtung der einzelnen Elemente punktuell hervorzuheben sein, inwieweit die Quellen ein reines Vorschaltverfahren zur Sachvindikation sowie Einflüsse der letzteren auf die Vorlegungsklage erkennen lassen – und wie sich solche Befunde zu anderen Aufgaben der *actio ad exhibendum* verhalten. **11**

Der jedenfalls typische Vorschaltcharakter der Klage resultiert aus den Begrenzungen, denen die Zwangswirkung der *rei vindicatio* unterlag: Niemand konnte unmittelbar gezwungen werden, sich auf eine dingliche Klage einzulassen – anders bei der *actio ad exhibendum* als persönlicher[25] Klage (vgl. § 12 Rn. 13). **12**

---

[24] Die Intention ist damit auf ein *incertum* gerichtet: Gai. 4.51; Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33. Die von *Lenel*, EP 222 f. (dort auch zu Meinungsänderungen gegenüber den Vorauflagen) angenommene, auf eine indirekt angestrebte Vindikation hinweisende *demonstratio* begründet er eben damit, dass eine *intentio incerta* vorliege, weil nicht immer von vornherein sicher sei, welches Objekt Gegenstand von Klage und Verteidigung sein werde, und eine solche *intentio* immer eine *demonstratio* verlange: *Quod Aulo Agerio Stichum hominem* (es folgen Beispiele für Präzisierungen) *a Numerio Negidio vindicare vult…* Diese Position ist an den Quellen nicht sicher zu belegen und hat sich daher nicht durchgesetzt.

[25] Dieser Charakter wird heute nicht mehr bestritten; zur Gegenmeinung (*Donellus*) noch *Bühler*,

13 Vorschaltcharakter hatten oftmals aber auch die Besitzinterdikte, sodass ein Eigentumsprätendent erwägen musste, welche der drei Rechtsbehelfe er anstellen wollte und gegebenenfalls in welcher Reihenfolge. Wählte er die *actio ad exhibendum*, stellten sich vor allem etwaige Probleme der Passivlegitimation zur *rei vindicatio* bereits für die *actio ad exhibendum*, und die Juristen mussten entscheiden, inwieweit sie beide Klagen parallel behandeln wollten.

14 Bei nicht-dinglichen Klagen ebenso wie bei dinglichen wirkt sich ein Vorteil der Vorlegungsklage gegenüber den mit ihr typischerweise vorbereiteten Rechtsbehelfen aus: Das mit diesen geltendzumachende Recht muss vom Kläger *ad exhibendum* nicht nachgewiesen werden.[26] Dass gleichwohl dingliche Klagen in den Quellen dominieren, erklärt sich zwanglos daraus, dass nur Objekte vorgelegt werden können, wie sie typischerweise auch Gegenstand (dinglicher) Herausgabebegehren sein können.

2. Aktivlegitimation

15 Aktivlegitimation wird in den Quellen jedenfalls dann angenommen, wenn der Kläger hierüber bestimmte Rechtsbehelfe vorbereiten will, wenn also das *exhibere oportere* prozessual begründet ist. Als einschlägig werden genannt von Ulpian generisch alle *actiones in rem* unter besonderer Erwähnung der Pfandklage;[27] er sagt aber auch, dass keine Beschränkung auf eigentumsschützende Klagen bestehe, weil es viele *causae ad exhibendum agendi* gebe.[28] Bereits auf Neraz führt Ulpian die noch weiter verallgemeinernde Aussage zurück, eine *iusta et probabilis causa* sei erforderlich[29] (→ Rn. 31–39).

16 An dinglichen Klagen werden im Einzelnen genannt

– die Vindikationsklage des Sklaven-[30] und des Urkundeneigentümers;[31] des Legatars,[32] auch des Optionslegatars,[33] und auch ein vom Optionsberechtigten unter-

Actio ad exhibendum (1859) 16–21 (mit zum Teil zeittypisch stark auf „materielles" Obligationenrecht gestützten Argumenten).

[26] *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 78 f., der im Weiteren vor allem auf den Aspekt einer Sanktion für Beweisvereitelung abstellt.

[27] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.3. Zur Begrifflichkeit (*pigneraticia Serviana sive hypothecaria*) → § 59 Rn. 384. Vgl. auch Ulp. 24 ed. D. 10.4.1: *maxime propter vindicationes introducta.*

[28] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.1.

[29] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.11 (→ Rn. 31). Sprachlich bezieht die Rede von der *iusta et probabilis causa* sich nicht etwa auf die Passiv-, sondern auf die Aktivlegitimation. Vgl. zu D. 10.4.3.9–13 *Simon*, SZ 83 (1966) 207 f. mit nicht von der Hand zu weisendem Interpolationsverdacht.

[30] Alex. C. 3.42.1 (a.222).

[31] Iulianus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.14 (zur i. f. genannten *actio in factum*, wenn Eigentum und damit auch die Vorlegungsklage nicht in Frage kommen, → Rn. 113). Auch in Gai. 17 ed. prov. D. 29.3.3 geht es um eine Urkunde und wohl um Sachvindikation (oder, in freierem Sprachgebrauch, um eine *hereditatis petitio*).

[32] Lic. 4 reg. D. 5.1.38. Möglicherweise auch Pomp. 6 Sab. D. 33.6.2.1 (→ Rn. 18).

[33] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.6. Vorausgesetzt auch in Pap. 12 quaest. D. 47.2.81.2 (das Problem betrifft die *actio furti*).

schiedener Begünstigter kann klagen;[34] die letzteren Fälle liegen gesondert, weil zu Beginn noch kein dingliches Recht des Klägers besteht, es vielmehr erst im Laufe der Nachlassabwicklung durch weitere Schritte entsteht;[35] gegen den geisteskranken Entleiher;[36]
- bisweilen wird nur gesagt, dass auf Vorlegung geklagt werden könne, weil Eigentum bestehe;[37]
- die Nießbrauchsklage;[38]
- die *hereditatis petitio*;[39]
- die einer Sachvindikation immerhin strukturähnliche (→ § 59 Rn. 3 f.) *vindicatio in libertatem*.[40]

Der prozessuale Vorteil, den eigentlich angestrebten Rechtsbehelf mittels Vorlegungsklage vorzubereiten, liegt hier in der Struktur der *actiones in rem*: Die *actio ad exhibendum* schafft mittelbar den eigentlich nicht existierenden (→ § 59 Rn. 61) Einlassungszwang. **17**

Bei nicht-dinglichen Klagen vermitteln eine Aktivlegitimation zur *actio ad exhibendum*: **18**
- möglicherweise die *actio ex testamento*;[41]
- die *actio furti*[42] und die *actio bonorum raptorum*;[43]
- die Situation, in der eine Diebstahlsklage und eine *condictio furtiva* mangels Eigentümers scheitern;[44]
- die *actio legis Aquiliae*;[45]

---

[34] Iulianus bei (offenbar zustimmend) Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.10. Der Begünstigte wäre sonst benachteiligt, weil der nur zum Optieren, aber nicht zur Erlangung des Legatsgegenstandes Berechtigte kein unmittelbares Interesse an der Wahl hat.

[35] Richtig *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 27; vgl. → § 66 Rn. 31–34.

[36] Paul. 29 ed. D. 13.6.2.

[37] So in Pomp. 22 Sab. D. 19.5.16 pr.; vgl. *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 19 f.

[38] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.4. *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 12 f., erklärt das ausdrückliche Pomponiuszitat damit, dass der Nießbraucher keinen Usukapionsbesitz hat, also erhöhter Begründungsbedarf bestand.

[39] Wenn man *vindicatio* in Gai. 17 ed. prov. D. 29.3.3 nicht auf die Einzelklage bezieht. Jedenfalls greift die verbreitete Parallelbehandlung beider Klagen auch hier. Vgl. noch Paul. 20 ed. D. 5.3.36.1.

[40] Paul. 26 ed. D. 10.4.12 pr.

[41] Zu Pomp. 6 Sab. D. 33.6.2.1 ist unsicher, ob ein schuldrechtliches oder ein dingliches Legat gemeint ist; zur zweiten Lösung tendierend *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 28.

[42] Zum Verhältnis zwischen *actio furti*, *crimen expilatae hereditatis* und *rei vindicatio* als Ziele des Exhibitionsklägers Ulp. 9 off. procons. D. 47.19.2.1; vgl. für Ehegatten Pap. 10 resp. D. 3.5.32.

[43] Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.2; Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.6; auch Ulp. 32 ed. D. 18.1.30, wenn die Verkettung mit Frg. 29 sachlich das Richtige trifft. Vgl. noch Iulianus bei Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.32 i. f. (zur Konkurrenz → Rn. 122). Paul. 39 ed. D. 47.7.8.2 stellt *actio furti*, *condictio* und *actio arborum furtim caesarum* für einen Fall ungenehmigten Holzeinschlags nebeneinander.

[44] Iul. 22 dig. D. 9.4.40 (*ante aditam hereditatem*).

[45] Ulp. 11 ed. D. 4.3.7.4 (Konstellation: Tötung des *servus usuarius* durch den besitzenden Eigentümer).

– Noxalklagen;[46]
– die Klage auf Herausgabe von Sklaven zur Vernehmung.[47]

19 Der Zweck der Vorlage in diesen Fällen geht über die reine Vorlage zwecks Umgehung des mangelnden Einlassungszwangs hinaus. So dient die Vorlage hier etwa dazu, dass überhaupt der Rechtsbehelf in der Hauptsache ermöglicht wird. Ohne etwa den für einen Schaden verantwortlichen Sklaven identifiziert zu haben, kann die *intentio* für die eigentlich angestrebte *actio* nicht abgefasst werden.

20 Schließlich wird eine *actio ad exhibendum* auch angenommen in den folgenden Fällen:

– *interdictum de vi* bei gewaltsam vom Grundstück verbrachten beweglichen Sachen.[48]
– Nach Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.5 scheinen auch künftige Interdiktenkläger im Allgemeinen aktivlegitimiert zu sein, einige weitere Stellen komplizieren aber das Bild: In bestimmten erbrechtlichen Situationen sollen nur Interdikte eingreifen.[49] Zu diesen Konkurrenzen (→ Rn. 143).

21 Ist eine Sachvindikation mittelbares Ziel des Klägers, so spiegelt die Gewährung (oder Verweigerung) der Vorlegungsklage bisweilen eigentumsrechtlich kontroverse Punkte; Paulus begründet vom Substanzschutz (→ § 59 Rn. 91) her, warum dem Eigentümer verarbeiteter Trauben, Oliven oder Wolle die Vorlegungsklage zustehe.[50] Hier berührt sich die Frage nach dem Anwendungsbereich mit derjenigen nach der Aktivlegitimation.

22 Mehrfach wird die Einschlägigkeit der *actio* auch in Abgrenzung zu anderen Rechtsbehelfen betont, was eine Beschreibung der geschützten Situation ermöglicht. Das zeigt sich insbesondere in einigen Stellen, die den offenbar häufigen Fall einer Vorlegungsklage auf Urkunden betreffen. Beispiele für die Urkundenkonstellation:

– Der noch lebende Testator verlangt Vorlegung seines Testaments.[51]

---

[46] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.7 mit Begründung aus der praktischen Schwierigkeit, Sklaven zu identifizieren. Möglicherweise ist eine Noxalklage auch der Zusammenhang von Ulp. 5 ed. D. 2.7.3 pr. (so *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 25). Hingegen gibt Paul. 10 Sab. D. 10.4.16 für die dort diskutierte Konstellation nur die Noxalklagen, keine Vorlegungsklage. Problematisch wegen des Bezuges auf ein *crimen* Alex. C. 3.42.2 (a.222): zivilrechtliche Haftung nach *De Sarlo*, Documento (1935) 249, und nicht *exhibere reum* iSv vorführen; für Kriminalstrafrecht hingegen *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 177–692, 258 f.; *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 26.

[47] Ulp. 2 reg. D. 10.4.20: *vindicare* iSv Mitwisser ermitteln. Auch hier stellt sich die Frage, ob eine Zuordnung zum privaten Deliktsrecht oder zum Kriminalstrafrecht sinnvoll möglich ist. Vgl. *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 25.

[48] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.32.

[49] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.8.

[50] Paul. 26 ed. D. 10.4.12.3. Inhaltlich motivierte Echtheitszweifel bei *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 91 f.

[51] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.5: kein Fall des *interdictum de tabulis exhibendis*; mit verallgemeinerndem, möglicherweise itp. Nachsatz zu „allen Urkunden“.

– Ist die Urkunde bereits zerstört, so kommt die *actio ad exhibendum* gleichfalls in Frage (mit Verurteilung in das Interesse, vgl. → Rn. 94).[52]
– Der Gläubiger einer getilgten[53] Vertragsschuld kann von Dritten Vorlegung von diesen Vertrag betreffenden Urkunden verlangen.[54] Unterlagen des Geschäftsgegners (allgemein) hingegen können nicht verlangt werden.[55]
– Hingegen werden Nichterben, die Testament oder Kodizille sehen wollen, auf *interdicta in hanc rem competentia* verwiesen,[56] was in der Substanz[57] klassisch sein, nämlich das *interdictum de tabulis exhibendis* (→ Rn. 135) bezeichnen[58] könnte.
– Steht dem Kläger eine Vindikation hinsichtlich einer Urkunde aus atypischem Grunde nicht offen, gibt Julian vorsichtig nur eine *actio in factum*.[59]

Der Juliantext steht zeitlich am Beginn der soeben referierten Anwendungsfälle der Klage. Er ist gelesen worden als erste Spur eines Abstellens auf „geistiges Eigentum" in dogmatischen Sonderfällen, und zwar in Reaktion auf Paul. 4 epit. Alf. D. 10.4.19.[60] Das entspricht einer typischen Funktion der *actio in factum*, den Rechtsschutz zu erweitern, ohne dass verfrüht etwas präjudiziert würde. **23**

Auch im epiklassischen Kaiserrecht kommt die Klage (des Schuldners nach Tilgung) auf Herausgabe eines *chirographum* vor.[61] **24**

Ein Sonderfall ist das *tignum iunctum*: Da die Zwölf Tafeln die Herauslösung von Bauteilen (im weitesten Sinne, nicht nur Balken)[62] aus fremden Gebäuden verbie- **25**

[52] Ulp. 41 Sab. D. 47.2.29, soweit die Verkettung mit fr. 28 und 30 sachlich das Richtige noch erkennen lässt (im Ergebnis bejahend *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 114 f.).

[53] Zum gleichwohl denkbaren Interesse vgl. *Alonso*, RIDA 46 (1999) 99–122, 101 f. Fn. 7: namentlich Schutz vor der *condictio indebiti* seitens des Schuldners. Hingegen denkt *De Sarlo*, Documento (1935) 250 f., an eine erwartete *actio ad exhibendum* des Schuldners gegen den Gläubiger.

[54] Ulp. 6 op. D. 10.4.18. Hier keine Abgrenzung zu anderen Rechtsbehelfen.

[55] Paul. 4 epit. Alf. D. 10.4.19 mit Einschränkung des allgemeinen *interesse*-Kriteriums, allgemeinen Aussagen zur Auslegung sowie *argumentum ad absurdum* („Interesse" des Wissenschaftlers an Fachliteratur).

[56] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.8 unter Berufung auf Pomponius.

[57] *Competens* bezogen auf Rechtsbehelfe ist ansonsten erst ab Diokletian (C. 8.1.3 pr.,1 [a.293]) vereinzelt belegt.

[58] So *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 29.

[59] Iulianus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.14: wenn das Schreibmaterial und damit die Urkunde dem Kläger nicht gehören, die aus den Urkunden ersichtlichen Vorgänge aber Geschäfte des Klägers betreffen. Ob der begründende Verweis auf die *aequitas exhibitionis* bereits julianisch ist, fragt sich; Ulpian wird noch zweimal für ähnliche Aussagen zitiert (Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.7; D. 10.4.11 pr.). Jedenfalls ist denkbar, dass die Juristen den Folgen einer wenig praxisgerechten Verarbeitungsdogmatik entkommen wollten (vgl. → § 59 Rn. 92, 344).

[60] Näher *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 28–33.

[61] Diocl./Max. C. 3.42.9 (a.294). *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 32 f. sieht in der Konstitution die Fortführung einer von Alex. C. 3.42.4 (a.230) und Philipp. C. 3.42.6 (a.244) kommenden, in Iulianus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.14 angelegten Linie.

[62] Ulp. 24 ed. D. 10.4.7 pr.; die Verkettung mit Paul. 14 Sab. D. 10.4.6 lässt vermuten, dass die Kompilatoren vor dieser *appellatio* eine andere Aussage Ulpians weggelassen haben, näher *Baldus*, IP 7.2 (2022) i. V.

ten,[63] ist mit der Sachvindikation auch[64] die Vorlegungsklage (nur) für die Dauer der Integration in das fremde Gebäude gesperrt.[65] Vieles spricht dafür, diese Sperrwirkung als ein Relikt aus Zeiten der Naturalkondemnation anzusehen, das später dadurch stabilisiert wurde, dass man die Verankerung des Verbots in den XII Tafeln betonte.[66]

26 Im Gegenschluss ist bei Teilen, die nicht in Gebäude, sondern in andere Objekte integriert sind, die Vorlegungsklage möglich und eröffnet erst den Weg zur Vindikation der einmal herausgetrennten Teile.[67]

27 Hingegen steht die Klage demjenigen nicht offen, der selbst (von einem Dritten) auf Vorlegung in Anspruch genommen wird.[68]

28 Jedenfalls kaiserrechtlich wird die *actio ad exhibendum* auch unabhängig vom verfolgten Fernziel hinsichtlich von Beweismitteln eröffnet, die beim Gegner sind (was wiederum der Kläger zu beweisen hat); legt der Gegner sie nicht vor, ist dem Kläger das *iusiurandum in litem* eröffnet.[69]

---

[63] Vgl. → § 59 Rn. 101–105.

[64] In Auslegung der XII Tafeln; für eine Erwähnung der seinerzeit wohl noch nicht existierenden *actio ad exhibendum* im Wortlaut des Gesetzes gibt es keine Indizien, vgl. *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 143.

[65] Gai. 2 cott. D. 41.1.7.10; Paul. 14 Sab. D. 10.4.6 i. f.; Paul. 21 ed. D. 6.1.23.6 (auch zur *actio de tigno iuncto*). Anders Ulp. 37 ed. D. 47.3.1.2 für den Fall, dass das *tignum* vorsätzlich eingefügt wurde, mit der weiteren Erläuterung, der Beklagte sei nicht als Besitzer, sondern als doloser Nichtbesitzer (vgl. → § 59 Rn. 180–187) passivlegitimiert; die textkritischen Bedenken gegen diese Stelle sind nicht ausgeräumt, der Passus lebhaft umstritten: für Itp., im Ergebnis aber wie im Sachtext *Melillo*, Tignum iunctum (1964) 102–108; hingegen schließt die Itp. nach *Musumeci*, Inaedificatio (1988) 179 f., weitergehende Schlüsse aus; günstiger urteilt (mit Unterscheidung nach Fallvarianten) *Hinker*, SZ 108 (1991) 112–115. Vgl. zur Klagefunktion *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 47 f.; 49 zu konstruktiven Parallelen mit dem Optionslegat.

[66] *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 143.

[67] Paul. 14 Sab. D. 10.4.6 (*gemma*, *sigillum*): *ut excludatur, ad exhibendum agi potest*; Ulp. 24 ed. D. 10.4.7.1 (Rad im Wagen, nach Pomponius), 2 (diverse zusammengesetzte Objekte, raffenderweiternde Aufzählung ohne Zitat eines älteren Autors). Die Versetzung der Paulusstelle in die Kette aus dem ulpianischen Ediktskommentar könnte sich damit erklären, dass bei den – durchaus reichlich erhaltenen – Ulpianstellen zur *gemma*, die wie Paul. 14 Sab. D. 10.4.6 zur Sabinusmasse gehören, weder die Vorlegungsklage angesprochen wird noch die Abgrenzung zum *tignum iunctum*. Vgl. *Baldus*, IP 7.2 (2022) i. V.

[68] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.11. *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 15 sieht den Grund für Ulpians Absurditätsargument in der vorherigen arglistigen Besitzaufgabe seitens des Prätendenten; doch sagt der erste Satz der Quelle noch nichts von Arglist, sondern ist allgemein gehalten. Näher zur Stelle (auch mit textkritischen Zweifeln) *González Roldán*, Dolo desinere (2010) 139–141.

[69] Alex. C. 3.42.4 (a.230). Zur Konkurrenz mit einem etwa in der Beweisentziehung liegenden *crimen* vgl. Philipp. C. 3.42.6 (a.244). Hingegen verlangt Julian nach Ulp. 24 ed. D. 10.4.5.2 auf der Seite der Passivlegitimation *possessio* oder deren dolose Aufgabe als Voraussetzung eines *iusiurandum in litem*. Entsprechend (unter Parallelisierung mit der *contumacia*) Paul. 13 Sab. D. 12.3.2 und zu beiden Stellen *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 90.

Erst justinianisch ist belegt eine *actio ad exhibendum* gegen den Mündel, der bösgläubig Geld aus einem unwirksam gewährten Darlehen verbraucht hat.[70] 29

Ausgeschlossen sind nicht-pekuniäre Rechtsschutzziele.[71] 30

Die Unübersichtlichkeit dieses Befundes wirft zum einen die Frage auf, ob es ein gemeinsames Kriterium, zum anderen – wenn diese erste Frage verneint wird – die zweite, ob es vielleicht gar keine einheitliche Klage gibt. Die ältere Literatur[72] hat sich durch eine besonders allgemeine Formulierung Ulpians dazu verleiten lassen, eine allgemeine Regel jenseits der einzelnen genannten Tatbestände aufzustellen und mit einem wertenden Begriff aufzuladen: Aus 31

Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.9
Sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cuius interest exhiberi: iudex igitur summatim debebit cognoscere, an eius intersit, non an eius res sit, et sic iubere vel exhiberi, vel non, quia nihil interest.

Ulpian in seinem 24. Buch zum Edikt.
Man muss aber wissen, dass die Vorlegungsklage nicht nur denen zusteht, die wir genannt haben, sondern auch dem, der ein Interesse an der Vorlegung hat. Deshalb wird der Richter summarisch prüfen müssen, ob ein Interesse des Klägers besteht, nicht, ob es seine Sache ist, und entsprechend das Vorlegen anordnen oder nicht, weil kein Interesse besteht.

scheint eine generelle Zurückstellung des eigentumsschützenden Moments zu Gunsten des Merkmals *interesse* (in seiner Allgemeinheit wohl nur mit „Interesse“ übersetzbar) zu folgen. Dasselbe gilt für ein Neraz-Zitat am Ende eines zunächst spezifischer ansetzenden, in Teilen auffällig[73] formulierten Textes, doch schränkt Neraz die Öffnung sogleich wieder ein:

Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.11[74]
Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego ob hoc, quod conventus sum ad exhibendum actione, agere ad exhibendum non possum, quamvis videatur interesse mea ob hoc, quod teneor ad restituendum. sed hoc non sufficit: alioquin et qui dolo fecit quo minus possideret poterit ad exhibendum agere, cum neque vindicaturus neque interdicturus sit, et fur vel raptor poterit: quod nequaquam verum est. eleganter igitur definit Neratius iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.

Ulpian in seinem 24. Buch zum Edikt.
Wenn ich auf Vorlegung verklagt worden bin, dann kann ich nicht (selbst, scil. gegen einen Dritten) deswegen auf Vorlegung klagen, weil ich (selbst) in der Vorlegungsklage Beklagter bin, obwohl es als mein Interesse angesehen wird, weil ich auf Herausgabe hafte. Aber das reicht nicht: Sonst wird auch auf Vorlegung klagen können, wer es arglistig bewirkt hat, dass er nicht besitzt,

[70] Inst. 2.8.2. *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 56 f., sieht Ulp. 26 ed. D. 12.1.11.2 als Vorbild der Institutionenstelle.
[71] Gai. ed. praet. urb. D. 10.4.13: nur Interdikt.
[72] Etwa *Bühler*, Actio ad exhibendum (1859) 23.
[73] Vgl. *Simon*, SZ 83 (1966) 142–218, 207 f.
[74] *Bühler*, Actio ad exhibendum (1859) 23: „§ 12“, gemeint ist aber 11.

obwohl er weder vindizieren noch ein Interdikt beantragen kann, und der Dieb oder Räuber wird es können, was keinesfalls wahr ist. Daher definiert Neraz treffend, dass der Richter insoweit prüfen müsse, als (erforderlich, um) zu ermitteln, ob er (der Kläger) einen gerechten und plausiblen Grund für die Klage hat, dessentwegen er begehrt, dass ihm vorgelegt werde.

32 Dazu lässt sich noch der (möglicherweise auf Alfen rückführbare)[75] Einleitungssatz von Paul. 4 epit. Alf. D. 10.4.19 stellen: *Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest.*[76] Paulus (oder seine ältere Quelle) bringt dann allerdings so nachdrücklich Einschränkungen, dass am Ende nicht klar ist, was *interesse* eigentlich positiv bedeuten soll.

33 Textkritische Fragen zu beiden Ulpianstellen[77] lassen sich hier weder abtun noch von den sachlichen trennen. Beide Texte geben Anlass zur Nachfrage. Warum aus dem angeblichen allgemeinen *interesse* folgen soll (*igitur*), dass der Richter (nicht etwa der *praetor*) *summatim* das Vorliegen des *interesse* (*vel non*, wie mit einer gewissen Pedanterie wiederholt wird) prüfen müsse, erschließt sich jedenfalls für das Formularverfahren nicht. Das Verhältnis zu den Interdikten bleibt ebenfalls unklar. *Cognoscere* mag man als Hinweis auf ein Verfahren *extra ordinem* lesen.

34 § 11 schränkt die Relevanz des Interesses mit *argumenta ad absurdum* ein, von denen das erste (sonst wäre auch der *dolo desinens possessionem* aktivlegitimiert) zumindest der Erläuterung bedürfte: Es könnte bedeuten, dass Ulpian eine Aktivlegitimation zur Vorlegungsklage für den (und für ihn *ad absurdum*) diskutierte, der seinerseits nur deswegen der Vorlegungsklage eines Dritten ausgesetzt ist, weil er den Besitz arglistig aufgegeben hat. Die Frage ist jedoch, warum das so absurd wäre: Wenn er mit einer *actio ad exhibendum* gegen den, der die Sache bekommen hat, am Ende dazu beitragen könnte, dem Berechtigten wieder Sachzugriff zu verschaffen, könnte dies durchaus seinen praktischen Sinn haben – auch wenn dadurch eine Erweiterung der Klagemöglichkeiten in einer theoretisch potentiell unendlichen Kette eintritt.

35 Weiterhin fragt sich, warum das generalisierend wirkende Neraz-Zitat erst am Ende des § 11 mit seiner spezifischen Situation erscheint. Im Verein mit den Zweifeln hinsichtlich des Ausdrucks *iusta et probabilis causa* bewirkt dieser Aufbau Unsicherheiten zumindest in der Frage, ob die Ulpian zugeschriebene Aussage auf ältere Entwicklungen rückführbar ist.

36 Mit dem Begriff *interesse* arbeiten, wenn wir Ulpian glauben dürfen, zur Vorlegungsklage schon Julian,[78] Pomponius und möglicherweise Labeo.[79]

---

[75] Zu der vieldiskutierten Stelle unter dem Aspekt der Lehren Alfens zuletzt *Miglietta*, St. Metro IV 322–326.

[76] Tendenziell gegen einen kompilatorischen Eingriff spricht hier, dass die Stellen aus der Sabinusmasse ab D. 10.4.14 nicht themenscharf in den Gedankengang von Ulp. 24 ed. eingearbeitet, sondern ohne Rücksicht auf Berührungspunkte dahinter gestellt worden sind (anders als die Frg. 4, 6, 8). Zum in Paul. 4 epit. Alf. D. 10.4.19 folgenden Urkundenbeispiel → Rn. 23.

[77] Radikal *Beseler*, Kritik I (1910) 5, 19, 29, 41; moderatere Zweifel referiert *Aldinger*, Eleganter (1976) 125–129. Zu Paul. 4 epit. Alf. D. 10.4.19 s. etwa *Burillo*, SDHI 26 (1960) 239 f.; *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 266–268.

[78] Vgl. Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.10 (Julian), D. 10.4.3.12 (Pomponius). Pomponius ist auch direkt mit

Probabilis im Sinne von „beifallswürdig“ ist mehrfach, die dann naheliegende Verbindung von *iustus* und *probabilis* ebenfalls oft genug klassisch[80] belegt;[81] jedenfalls ist sie nicht typisch justinianisch. Ein näher definiertes sachliches Kriterium für die Entscheidung der Gerichtsperson in Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.11 hat man zwar auch mit dem bewertenden *probabilis* nicht, ebenso verhält es sich aber bei den anderen Texten, die mit diesem sozusagen generalklauselartigen Begriff arbeiten. **37**

Hält man die drei zitierten Stellen mit *interesse* als allgemeine Klagevoraussetzung für echt, so hat spätestens Ulpian die *actio ad exhibendum* zu einem Passepartout ausgeweitet; sind sie unecht, so war dies die Intention eines späteren Bearbeiters. **38**

Für die erste Variante muss man die Stellen betrachten, in denen Ulpian selbst die *actio* nicht gibt, denn diese könnten erkennen lassen, wo das „Interesse“ fehlt. Für die zweite wäre der Vergleich mit nachklassischen Texten wesentlich, doch gibt es außer epiklassischen Konstitutionen (→ Rn. 9) kaum Belege. **39**

Für das *interesse* scheint bereits in frühklassischer Zeit ausgemacht gewesen zu sein, dass es sowohl bei Prozessbegründung als auch im Urteilszeitpunkt bestehen müsse.[82] **40**

Dass mehrere Personen hinsichtlich eines Objekts aktivlegitimiert sein können, soll bereits Pomponius (in einem einigermaßen didaktisch wirkenden Text) auf die Vielzahl der denkbaren Rechtsgründe eines *interesse* bezogen haben.[83] **41**

Ist eine Prozessprokuratur auf der Aktivseite für die Herausgabeklage erteilt, deckt diese auch die *actio ad exhibendum*.[84] **42**

Die Beweislast trifft den Kläger (hinsichtlich *omnia* und damit auch für die Voraussetzungen der *intentio*, wie auch immer diese zu fassen sei).[85] **43**

---

quanti interfuerit (nämlich *licere tibi degustare* bei einem Optionslegat über Wein) zitiert in Pomp. 6 Sab. D. 33.6.2.1.

[79] Vgl. Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.12 (Zuordnung des letzten Halbsatzes nicht eindeutig); D. 10.4.7.7 (*placet* kann sich auf das Ergebnis oder auch auf die Kategorie des *interesse* beziehen).

[80] Ulpian gebraucht auch in anderen unter seinem Namen überlieferten Stellen *iustus*, *probabilis* und *causa*, aber nicht in Verbindung aller drei Elemente.

[81] Vgl. Paul. 2 sent. D. 19.2.55.2 mit Paul. sent. 2.18.5 sowie zu Inst. 3.26.10 und Gai. 3.160 (insoweit identisch und im Falle des Gaiusinstitutionen sicher echt); der *nisi*-Anschluss in Marcell. 19 dig. D. 43.16.12 ist allerdings verdächtig. Neben (*iusta et*) *probabilis causa* finden sich, in vergleichbar bewertender Funktion, v. a. Verbindungen mit *sententia*, *modus*, *sumptus*.

[82] Vgl. Labeo, Pomponius bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.7.7.

[83] Pomponius bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.12. (Zuordnung der Beispiele zu Pomponius oder Ulpian freilich unsicher).

[84] Ulp. 66 ed. D. 3.3.56.

[85] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3 pr.: *omnia nosse debet et dicere argumenta rei de qua agitur*. *Lenel*, EP 223 gewinnt aus der Wendung *argumenta rei* einen Grund für die Annahme, in der Formel (→ Rn. 1) sei die Sache in einer *demonstratio* näher beschrieben worden.

3. Passivlegitimation

44 Hier liegt der quantitative Schwerpunkt der in D. 10.4 überlieferten Stellen.

a. Rekonstruierbarkeit der Formel

45 Die Formel spricht nach der üblichen Rekonstruktion – anders als diejenige der Sachvindikation – von *possidere* (→ Rn. 68).

46 In der älteren Lit. wird ventiliert,[86] ursprünglich müsse eine weiter gefasste Formulierung existiert haben, weil zur Zeit des vindikatorischen Sponsionsverfahrens eine Sachpräsenz *in iure* ausnahmslos erforderlich gewesen sei; daher sei jeder Inhaber unabhängig von seinem eigenen Besitzstatus passivlegitimiert gewesen.[87]

47 Für die spätere Klassik fragt sich insbesondere dann, wenn man die Stellen zum klägerischen *interesse* für echt hält, ob man die *possessio* des Beklagten für ein den Anwendungsbereich der Klage wieder einschränkendes Formelelement halten will.

48 Die klassische Jurisprudenz spricht eine Vielzahl einzelner Konstellationen an (sogleich b. – d.), von denen einige überdies für die Rekonstruktion der Passivlegitimation bei der *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 156–199) indirekt Bedeutung erlangen.

b. *Possessio* des Beklagten oder gleichgestellte Tatbestände: *possidet dolove malo fecit quo minus possideret*

49 Bisweilen erscheinen Besitzkategorien zwecks Unterscheidung solchen Besitzes, der die Passivlegitimation eröffnet, von sonstiger Sachherrschaft. Javolen[88] verweigert die Vorlegungsklage gegen den Verpfänder mit der Begründung *ad usucapionem tantum possidet*. Ulpian nennt *civilis* und *naturalis possessio* einschließlich derjenigen des Pfandgläubigers.[89] Auf das *civiliter possidere* wird in einem Einbaufall[90] ausdrücklich verzichtet.

50 Ebenso sind passivlegitimiert Eigentümer, auf deren Grund Objekte ohne ihren Willen gelangten, nämlich durch Anschwemmung[91] oder Herabfallen.[92]

---

[86] Nachw. bei *Kaser*, Eigentum (1956) 291 Fn. 2.

[87] Namentlich *Wlassak*, SZ 42 (1921) 432–435 hat daher für die *actio ad exhibendum* ebenso wie für das *interdictum quam hereditatem* und das *interdictum quem fundum* auf die weite Formulierung *quodve tu meum habes tenes possides* in Flor. 8 inst. D. 46.4.18.1 (*stipulatio Aquiliana*) zurückgegriffen. Vgl. auch → § 66 Rn. 22. Zu *Rudorffs* Variante *si ea res penes Numerium Negidium est dolove malo Numerii Negidii factum est quo minus penes eum esset* → Rn. 4. Zur Angreifbarkeit des Arguments aus dem ursprünglichen Sachpräsenzerfordernis bereits → Rn. 8.

[88] Iav. 4 Plaut. D. 41.3.16.

[89] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.15. Der Pfandgläubiger erscheint als Vergleichsfall auch in Iav. 4 Plaut. D. 41.3.16. *Pignus tenere* taucht als Argument für Passivlegitimation weiterhin in der bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.5 pr. referierten julianischen Diskussion auf.

[90] Pomponius bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.7.1 (Wagenrad; im Anschluss an allgemeine Ausführungen zum *tignum iunctum* im pr.).

[91] Neraz bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.5.4 ohne besitzrechtliche Qualifikation (Kahn); mit der weiteren

Es genügt eine *possessio rerum vel legatorum servandorum causa*, welcher der Besitz des Nießbrauchers gleichgestellt wird.[93] **51**

Die Passivlegitimation des Sequesters in einem Prätendentenstreit wird ohne Hinweis auf seinen Interdiktenbesitz begründet.[94] **52**

Mehrfach erscheint die sprachliche Kombination von *possessio* und *dolo facere quominus possideat / dolo desinere possidere*[95] mit anschließender Bejahung[96] von Besitz oder doloser Besitzaufgabe.[97] Beispiele sind Tötung und Veräußerung[98] eines Sklaven, Verschütten und Vernichten von Flüssigkeiten;[99] bei Pomponius erscheint weiterhin die Leistung von unwirksam geschenktem Geld an einen Gläubiger.[100] Dolos kann auch eine Leistung aus dem Nachlass an einen Fruchtziehungsberechtigten sein, wenn der Erbe[101] wusste, dass der Leistungsgegenstand vermacht war.[102] **53**

Unvorsätzlicher Besitzverlust schadet jedenfalls insoweit, als die Klage mehrere Objekte betrifft: Dann muss der Beklagte bei Verlust nach Litiskontestation in jedem Fall alle noch vorhandenen Stücke vorlegen.[103] **54**

Frage nach der Reichweite von Sicherheitsleistungen zu Gunsten des Grundeigentümers.

[92] Ulp. 24 ed. D. 10.4.5.5: *licet non possideas*; andere Schwerpunktsetzung (Verhältnis zum *interdictum de glande legenda*) in Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.1.

[93] Iulianus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.5.1 (auch zu Differenzierungen in der Rechtsfolge).

[94] Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33.

[95] Vgl. auch *González Roldán*, RIJ 31 (2007) 443–529.

[96] Selten wird die nicht erfüllte Variante ausdrücklich abgelehnt (nicht als…, sondern). Ulp. 37 ed. D. 47.3.1.2 formuliert zwar so, doch bestehen Echtheitszweifel (→ Rn. 25).

[97] Iul. 9 dig. D. 10.4.8; Iulianus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.5.2; Pomp. 14 Sab. D. 10.4.14; in concreto verneinend Pomp. 14 Sab. D. 10.4.15; beiläufig (mit der ungewöhnliche Wendung *litem excipiet*) Pap. 26 quaest. D. 20.5.1. Für einen atypischen Fall (des *tignum iunctum*) zusprechend Ulp. 37 ed. D. 47.3.1.2. Verneinung in einem ebenfalls atypischen Fall (deswegen *actio in factum* → Rn. 113) bei Call. 4 ed. mon. D. 31.63. Kaiserrechtlich in der Variante *dolo fecit, quominus exhiberet* unter Berufung auf Modestin: Gord. C. 3.42.5 (a.293).

[98] Allgemeiner (und etwas repetitiv) zum *ad alium pervenire* Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.2. Einen ganz atypisch gelagerten Fall aus dem Bereich des Zusammenspiels mit der Deliktshaftung, Pomp. 22 Sab. D. 12.4.15, behandeln in der neueren Lit. *Stolfi*, SDHI 63 (1997) 24–36; *Pennitz*, SZ 134 (2017) 176–178; *Albers*, Perpetuatio obligationis (2019) 174–178. Auch die ältere Literatur hält jedenfalls die Passage zur *actio ad exhibendum* für echt: Ausführlich *Wolff*, FG Lübtow (1970) 537–544, ebenso trotz Skepsis im Übrigen *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 427–429.

[99] Vgl. Iulianus (Tötung, Veräußerung) bei Ulp. (*vinum vel oleum vel quid aliud*) 24 ed. D. 10.4.9 pr.

[100] So für eine Ehegattenschenkung Pomp. 14 Sab. D. 10.4.14.

[101] Vgl. zur Erbenhaftung auch Ulp. 41 Sab. D. 47.1.1 pr.

[102] Marcellus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.4; i. f. zum Rechtsschutz des Legatars, wenn der Erbe nicht dolos handelte: *actio in factum* gegen den Fruktuar.

[103] Ulp. 24 ed. D. 10.4.11.2. Zweifelhaft ist, ob die Quelle gegen die Tauglichkeit von Sachgesamtheiten als Gegenstand der Klage spricht (so *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 659–661). Immerhin denkbar ist, dass der Beklagte aus dem unvorsätzlichen Verlust einzelner Stücke einen Vorwand für das Behaltendürfen insgesamt konstruieren wollte.

55 Weitergehend will Paulus den Besitzer „bisweilen“ (*interdum*) auch bei unvorsätzlichem Besitzverlust nach Litiskontestation haften lassen, soweit dem Kläger bei Vorlegung zu Prozessbeginn kein Schaden entstanden wäre; dazu gibt er lediglich ein Beispiel, sodass die genaue Tragweite der Rechtsansicht unklar bleibt.[104]

56 Bisweilen wird (auch)[105] bezüglich der *actio ad exhibendum* verkürzend formuliert *nec dolus… intercessit.*[106]

57 Die Vorlegung eines verschlechterten Objekts schließt Haftung nicht aus. Diese in allgemeiner Form auf Sabinus[107] zurückgeführte Aussage verbindet Ulpian einschränkend mit einem *dolus*-Erfordernis.[108] Die Verschlechterung kann auch rechtlicher Natur sein, etwa wenn der Beklagte zwischenzeitlich ersessen hat.[109] Zu der Frage, wann eine Verschlechterung lediglich mit der *actio legis Aquiliae* sanktioniert wird und wann sie so weit geht, dass der Kläger sein Interesse mittels der Vorlegungsklage liqudieren kann, siehe → Rn. 83.

58 Das Kriterium der *possessio* kann zu eng, aber auch zu weit sein, und letzterenfalles wird es bei Ulpian aufgegeben zu Gunsten des noch näher zu erörternden (→ Rn. 64–67) Kriteriums der *facultas restituendi*: Ulp. 24 ed. D. 10.4.5.6 verweigert eine Haftung[110] *ad exhibendum*, wenn ein Sklave auf der Flucht oder anderweitig für den beklagten *dominus* nicht erreichbar ist. Hier setzt sich also ein faktisches Herrschaftsverständnis durch. Doch muss der *dominus* Sicherheit für künftige Exhibition leisten.[111]

c. Fälle zweifelhafter oder fehlender *possessio* ohne arglistige Aufgabe

59 Einige Stellen lassen sich nur dann unter das Merkmal „Besitz“ bringen, wenn man auch Sachherrschaft ohne Interdiktenschutz und Usukapionsmöglichkeit als Besitz ansieht.

---

[104] Paul. 26 ed. D. 10.4.12.4; *eo casu* mag zu lesen sein als Risikozuweisung für zufälligen Sachuntergang an den Beklagten, die Beweislast für einen hypothetischen Kausalverlauf bleibt mit *si apparebit* offen.

[105] Zur regelhaften Verdichtung *dolus pro possessione* (vgl. Paul. 22 ed. D. 50.17.131) → § 59 Rn. 186.

[106] Für eine Kombination von *facultas exhibendi* und *dolus* in anderem Zusammenhang (Publikanenedikt) vgl. Gai. 13 ed. prov. D. 39.4.13.

[107] Sabinus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.3: *aeque*, es könnte sich also um einen Fall frühklassisch noch diskutierter Haftungserweiterung handeln.

[108] Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.3 (*sed hoc ibi utique verum est*) mit Rekurs auf Verarbeitungskategorien (*forma/substantia rei*, dazu → Rn. 83).

[109] Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.6; siehe → Rn. 88.

[110] Der textkritische Generalverdacht gegen *teneri ad* (vgl. etwa *Levy*, Konkurrenz II (1922) 189) lässt sich nicht aufrechterhalten.

[111] Ulp. 24 ed. D. 10.4.5.6 (*Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 480–482, sieht eine aufschiebend bedingte zweite *actio ad exhibendum*); bei Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.11 sind *cautio* und Passivlegitimation u. a. zur *actio ad exhibendum* in zweifelhafter Weise (mit *nihilo minus*) kumuliert. Allgemeiner Paul. 26 ed. D. 10.4.12.5. Vgl. Paul. 6 ed. D. 2.9.2.1.

So soll nach Pomp. 6 Sab. D. 10.4.4 die Rechtsstellung eines Depositars oder Kommodatars genügen. Die Stelle ist durch Katene an die Ulpian zugeschriebene Aussage zur *naturalis possessio* in D. 10.4.3.15 angeflochten, sodass jedenfalls formal ein kompilatorischer Eingriff vorliegt. Doch spricht die eher beiläufige Erwähnung der *actio ad exhibendum* in Pomp. 6 Sab. D. 33.5.8.3 dafür, den Hinweis auf den Depositar für echt zu halten.[112] **60**

Die Kette geht weiter mit einem Celsus-Zitat bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.5 pr., wo Waren von einem Transportunternehmer (*conductor*) in einem Lagerhaus untergebracht wurden. Celsus will den *conductor*, nach dessen Tod dessen Erben und bei Abwesenheit eines Erben den Lagerhausvermieter passivlegitimiert sein lassen: *si a nullo, inquit* [sc. Celsus], *possidentur, verum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere*, „wenn [die Waren] von niemandem besessen werden, so trifft zu, dass entweder der Lagerhalter besitzt oder er es doch ist, der vorlegen kann". **61**

Der rein funktionale Charakter der Bestimmung eines „Besitzers" wird hier deutlich, und Ulpian schließt unter anderem in diesem Text sein *facultas*-Kriterium an, das vom Besitzerfordernis befreien soll (→ Rn. 64–71). **62**

d. Besitzkonstruktion bei Personenmehrheiten

Ebenfalls Fragen der *possessio* stellen sich bei der Passivlegitimation von Personenmehrheiten. Ulp. 24 ed. D. 10.4.7.3 stellt nicht auf das *municipium*, sondern auf die *municipes* ab, die besitzen und ersitzen könnten (*constat*) und schließt, moduliert mit *dicendum erit*, eine gleichsinnige Aussage für *collegia ceteraeque corpora* an.[113] **63**

e. *Facultas restituendi*

Das Kriterium der *facultas restituendi* (oder *exhibendi*) erweist sich damit jedenfalls ab Ulpians Zeit als geeignet zur Überwindung der Probleme, die aus der Divergenz von *possidere*-Kriterium in der Formel und Vielfalt der mittelbaren Klageziele resultieren. Seine – im Vergleich zur *rei vindicatio* und auch zu anderen Klagen, bei denen es punktuell erscheint – vergleichsweise breite Durchsetzung spiegelt vermutlich eben diese Spannung. **64**

Das aus der *rei vindicatio* bekannte Problem, ob *facultas* jede faktische Möglichkeit (hier: der Vorlegung) oder nur die auch rechtlich zulässige ist, lässt sich trotz des bei der *actio ad exhibendum* größeren Fallmaterials nicht eindeutig entscheiden, weil die Juristen die Frage nicht ansprechen; ein Prätendentenstreit etwa, in dem es hierauf ankommen könnte, ist jedenfalls nicht mit einer Entscheidung aus der *facultas* überliefert. Zu Personen *alieni iuris* → Rn. 67. Immerhin spricht der Fall des *horrearius* (Ulp. 24 ed. D. 10.4.5 pr. → Rn. 61) für eine faktische Betrachtung. **65**

[112] Palingenetische Gründe für die Authentizität bei *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 335, 357–360.

[113] Vgl. *Groten*, Corpus (2015) 184.

66 Entsprechend dem oben Gesagten (und in Parallele zu anderen Rechtsinstituten)[114] wird dem *facultas*-Kriterium bisweilen eine *dolus*-Haftung an die Seite gestellt (ohne dass wir daraus mit letzter Sicherheit schließen könnten, ob der Formeltext den *dolus* nannte):

67 Bisweilen, aber nicht immer mit Rekurs auf das *possessio*- oder *facultas*-Kriterium werden Fälle gelöst, deren Schwierigkeit in der Beteiligung von Personen *alieni iuris* liegt. So entscheidet Maecian, Pekuliarherrschaft (*rem … tenebit*) des Sohnes an fremder Sache genüge nicht, um dem Vater die Verteidigung gegen die Vorlegungsklage (oder eine *actio in rem*) zuzumuten.[115] Das steht möglicherweise im Widerspruch zu Paulus' allgemein gehaltener Aussage *Et filius familias ea actione tenetur, si facultatem rei exhibendae habet* (auch ein Haussohn haftet aus dieser Klage, wenn er die Möglichkeit zur Vorlegung der Sache hat)[116] sowie zu einer konkreten Aussage dieses Inhalts für die Erbschaftsklage.[117] Ebenfalls Paulus lässt den *dominus* auf Vorlegung haften *cum servus tenet aliquid*,[118] es sei denn, dass der Sklave ohne Wissen des Herrn *dolo fecit quo minus habeat*: Dann haftet der Herr *noxal* wegen *furtum* oder *dolus malus*, aber nicht, auch nicht *utiliter*, auf Vorlegung.[119]

68 Der unübersichtliche Quellenbefund führt zu folgender Entwicklungs- und Rekonstruktionsannahme: Die Formel sprach in der Tat von *possidere*, zugleich aber sollte die Klage eine Vielzahl von Situationen abdecken, die sich nicht auf die Vorbereitung von Sachvindikationen beschränkten. Selbst abgesehen von punktuellen Erweiterungen etwa bei in bewegliche Sachen eingebauten Teilen gab es auch Fälle, in denen die *rei vindicatio* nur eine von mehreren in Frage kommenden Klagen war oder in denen von vornherein nur andere Klagen in Betracht kamen. Auf die umstrittene Frage, ob die Vorbereitung nicht-dinglicher Klagen einen atypischen Erweiterungsbereich der Vorlegungsklage darstellte oder ein an sich denkbares, aber aus kontingenten Gründen nicht ausgefülltes Anwendungsfeld,[120] kommt es für diese Feststellung nicht an. Damit

---

[114] Vgl. nochmals Gai. 13 ed. prov. D. 39.4.13.3 zum Publikanenedikt.

[115] Maec. 1 quaest. fideic. D. 49.17.18.4. Ob der Ausdruck *in rem* in diesem Text eine bereits klassische Verallgemeinerung oder erst justinianischen Sprachgebrauch (itp. nach *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 329 f.) darstellt, kann an dieser Stelle offen bleiben. Ulp. 29 ed. D. 15.1.30 pr., wo ebenfalls (und zwar vergleichsweise) von der Vorlegungsklage die Rede ist, betrifft hingegen den Fall, dass grundsätzlich *de peculio* geklagt werden könnte und Zweifel lediglich daraus resultieren, dass bei Klageerhebung das *peculium* nicht werthaltig ist (wohl aber im Urteilszeitpunkt). Hier zieht Ulpian die Lehre, dass bei der *rei vindicatio* Besitz im Urteilszeitpunkt für die Passivlegitimation genüge (zu Paul. 21 ed. D. 6.1.27.1 → § 59 Rn. 177), als Argument für die klägerfreundliche Lösung auch bei der *actio de peculio* heran und erweitert diese Vergleichsbasis auf die Vorlegungsklage. Zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Passivlegitimation → Rn. 72–77.

[116] Paul. 26 ed. D. 10.4.12.1.

[117] Paul. 20 ed. D. 5.3.36.1.

[118] Paul. 10 Sab. D. 10.4.16.

[119] Paul. 10 Sab. D. 10.4.16 i. f.

[120] Vgl. zuletzt *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 117.

war das *possessio*-Kriterium – schon bei der *rei vindicatio* in Randbereichen dysfunktional – für die Vorlegungsklage kaum handhabbar.

Schon die Hochklassiker sahen sich daher zu Randkorrekturen und Erweiterungen gezwungen. Sie griffen aber, soweit ersichtlich,[121] noch nicht zu der breiteren Kategorie der *facultas restituendi*. Diese hingegen wurde von Paulus und vor allem von Ulpian eingeführt. Inwieweit die Juristen dazu wiederum auf Dogmatik anderer Rechtsbehelfe zurückgreifen konnten – namentlich von Interdikten auf *exhibere* –[122] oder ob auch für diese Rechtsbehelfe die *actio ad exhibendum* Vorläuferfunktion hatte, ist eine weitere Frage. **69**

Paulus schließt in einem Fall ausdrücklich von der *facultas restituendi* bei der Vorlegungsklage auf die *hereditatis petitio*.[123] **70**

Im Lichte dieser Entwicklung erklärt sich, dass Ulpian einen entsprechenden Versuch bei der *rei vindicatio* unternahm (zu Ulp. 16 ed. D. 6.1.9 → § 59 Rn. 171–174), und möglicherweise auch, dass wir keine Nachrichten über Erfolg oder Misserfolg dieses Versuchs haben: Bei der Sachvindikation war die Zahl der Konstellationen, in denen ein Abstellen auf die *possessio* (in welchem Sinne auch immer verstanden) Schwierigkeiten bereitete, deutlich geringer. **71**

f. Maßgeblicher Zeitpunkt und Vererblichkeit

Immerhin lässt Ulp. 29 ed. D. 15.1.30 pr. beiläufig erkennen, dass für die Passivlegitimation zur *actio ad exhibendum* Besitz[124] im Urteilszeitpunkt genügte. Ob man die Aussage für klassisch hält, wird im Wesentlichen davon abhängen, wie man Paul. 21 ed. D. 6.1.27.1 einschätzt, dazu → § 59 Rn. 177. Eine – wenngleich vorsichtig formulierte – Parallelaussage im Digestentitel *ad exhibendum* enthält Ulp. 24 ed. D. 10.4.7.4: Besitz im Urteilszeitpunkt genügt; für den umgekehrten Fall (Besitzverlust ohne *dolus* nach Litiskontestation) stellt Ulpian ebenfalls auf den Urteilszeitpunkt ab, sodass die Klage abzuweisen ist,[125] Ulp. 24 ed. D. 10.4.7.5 (gegen Bedenken, die noch Pomponius gehegt hatte). **72**

---

[121] Pomp. 6 Sab. D. 33.5.8.3 bezieht das Wort *facultas* auf eine Möglichkeit, die dem Kläger zu verschaffen ist, also auf ein Klageziel. Gleiches gilt für die möglicherweise bereits pomponianische Wortverwendung zum *interdictum de glande legenda* in Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.1. Paulus zitiert in der einzigen zu ihm inskribierten einschlägigen Stelle (Paul. 26 ed. D. 10.4.12.1) niemanden. Ulpian führt *facultas*, bezogen auf die Passivlegitimation, an Stellen ein, in denen er entweder ebenfalls keine älteren Juristen zitiert oder nach dem Zitat selbst spricht (so in Ulp. 24 ed. D. 10.4.5 pr. nach dem Celsusreferat: *quae species ostendit*…).

[122] Vgl. etwa Ulp. 67 ed. D. 43.3.1.7 zum *interdictum quod legatorum*; noch andere Verknüpfung von Interdikt, *possessio* und *facultas* etwa bei Ulp. 76 ed. D. 41.2.17 pr.

[123] Paul. 20 ed. D. 5.3.36.1: *quia restituendi facultatem habet, sicut ad exhibendum.*

[124] Stellen zur Zeitpunktfrage für eine anders als mit *possessio* begründete Passivlegitimation sind nicht ersichtlich.

[125] Vorsichtig *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 97.

73 Vorübergehender Besitzverlust zwischen den beiden Zeitpunkten ist unerheblich, eine denkbare ältere Diskussion darüber, ob ein Wechsel der Besitzcausa eine Rolle spielen könne, scheint bereits zu hochklassischer Zeit erledigt gewesen zu sein.[126]

74 Die Klage ist nicht als solche passiv vererblich, sondern es wird eine eigene Passivlegitimation des Erben verlangt.[127]

75 War freilich gegen den Erblasser die Klage wegen *dolus* zu geben, so soll nach Paulus[128] Bereicherung der Erbmasse genügen (vgl. zum Parallelproblem bei Iul. 55 dig. D. 6.1.52 → § 59 Rn. 194). Ulpian gibt sachverfolgende (nicht pönale) Klagen gegen die Erben, wenn ein *furtum* seitens des Erblassers in Rede steht.[129]

76 In diesen Differenzierungen spiegelt sich die mehrfache Funktionalität der Klage: Soweit sie – wie praktisch wohl dominierend – Besitz verschaffen sollte, und zwar möglichst ohne Erhebung eines weiteren Rechtsbehelfs, war sie vor allem gegen Besitzer sinnvoll; die Belastung auch des *dolo desinens*, wenn eine *condemnatio* erging, übte pekuniären Druck aus, war im Zweifel aber nicht das erste Ziel des Klägers. Besitz aber wurde nicht vererbt.[130]

77 Soweit Pönalklagen vorbereitet werden sollten, lag eine Übertragung der passiven Unvererblichkeit nahe, doch wollte man – wie bei der Vindikation – jedenfalls in den Fällen den Erben nicht frei ausgehen lassen, in denen er bereichert war. Die Konstellation einer aus *dolus* des Erblassers begründeten Passivlegitimation schuf eine Nähe zu den Pönalklagen, deren Folge aber keine Freistellung auch des bereicherten Erben sein sollte.[131]

4. Objekt

78 Nur bewegliche Sachen kommen in Betracht.[132]

79 Typisches Beispiel ist der Sklave, die Quellen kennen aber auch andere Fälle.[133]

---

[126] Vgl. die Wendung *sive… sive* in Pomponius bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.7.6.

[127] Iul. 9 dig. D. 10.4.8 (Besitzerwerb durch den Erben *ex eadem causa*); Paul. 26 ed. D. 10.4.12.6 (ausdrücklich: *non quasi heres sed suo nomine*).

[128] Paul. 26 ed. D. 10.4.12.6. Zur Stelle knapp *Niederländer*, Bereicherungshaftung (1953) 146 Fn. 6: im Ergebnis echt.

[129] Ulp. 41 Sab. D. 47.1.1 pr.

[130] Monographisch *Domisch*, Besitzübergang (2015).

[131] Vgl. *Baldus*, IP 4.2 (2019) 435.

[132] Vgl. Ulp. 66 ed. D. 3.3.56; Iul. 9 dig. D. 10.4.8 gibt kein Gegenargument, da der *fundus* lediglich vergleichsweise erwähnt wird (richtig *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 11). Bestritten wird diese heute ganz h. L. mit einigen Argumenten noch von *Bühler*, Actio ad exhibendum (1859) 35–38.

[133] Vgl. etwa Ulp. 24 ed. D. 10.4.7.2; D. 10.4.5.3 (Dünger auf fremdem Grundstück; mit der interessanten und in die Logik der Geldkondemnation nicht ganz leicht umzusetzenden Einschränkung, dass der Grundeigentümer nur die *komplette* Entfernung verlangen kann). *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 39 nimmt die Stelle als Beleg dafür, dass Klageziel das Mitnehmen der Sache sein kann (und ggf. das ganze Mitnehmen sein muss).

5. *Exhibere*

Die Juristen befassen sich mehrfach mit der Bedeutung von *exhibere*. Gaius[134] betont, dass es nur um körperliche Zugänglichmachung gehe, nicht – wie beim *restituere* – auch um Besitz und Früchte. Diese Begrifflichkeit verallgemeinert Justinian durch Aufnahme der Gaiusstelle in D. 50.16 und führt in seinen Institutionen[135] Näheres zu den Konsequenzen für das Urteil aus: Auch nach Ersitzung durch den Beklagten ist zu verurteilen, Früchte (→ Rn. 93) sind ab Litiskontestation zu erstatten. **80**

Paulus[136] stellt auf die öffentliche Zugangsmöglichkeit für den ab, der einen Rechtsbehelf geltend machen will. Ulpian spricht, jeweils in interdiktalem Zusammenhang, von *materiae ipsius adprehendendae copiam facere*[137] und (bezogen auf einen *homo liber*) von der Möglichkeit des Anschauens und Anfassens.[138] **81**

Ob damit eine wenigstens für Vorlegungsklage und Vorlegungsinterdikte einheitliche Terminologie entstanden ist, muss hier nicht entschieden werden.[139] **82**

Auf Vorlegung kann auch geklagt werden, wenn eine identitätsändernde oder – zerstörende Verschlechterung eingetreten ist; dann verfolgt der Kläger mit der *actio ad exhibendum* sein aus einer solchen Verschlechterung resultierendes Interesse (bei geringeren Beschädigungen ist dafür hingegen die deliktische Haftung zuständig).[140] **83**

Zu erfolgen hat die Vorlegung prinzipiell jedoch in dem (*causa*: auch rechtlichen) Zustand, in dem die Sache bei Prozessbeginn war.[141] *Causa* bedeutet bei der Sklavin, dass ein Kind nicht nur dann mit zu restituieren[142] ist, wenn die Sklavin bei Prozess- **84**

---

[134] Gai. 4 ed. prov. D. 50.16.22: *Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam „exhibere" est praesentiam corporis praebere, „restituere" est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.* Zu den Grenzen palingetischer Einordnung bei dieser Stelle wie bei Pomp. 16 epist. D. 50.16.246 vgl. Harke, Actio ad exhibendum (2019) 40 f.

[135] Inst. 4.17.3, ohne erkennbare Parallele in Gai.

[136] Paul. 21 ed. D. 10.4.2: *Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei qui agat experiundi sit copia.* *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 108 f., betont, dass *experiri* hier über die Inaugenscheinnahme hinaus die Möglichkeit der Klageerhebung meine.

[137] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.8.

[138] Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.8; dort auch Etymologie.

[139] *Bühler*, Actio ad exhibendum (1859) 4–7 unternimmt es, *exhibere* verschiedenen Begriffen (*restituere*, *sistere* und *edere*) gegenüberzustellen, muss auch dazu aber erst einen „technischen Sinn" des Begriffs *exhibere* isolieren.

[140] Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.3; Ulp. 9 omn. trib. D. 10.4.17; so seit der Hochklassik, vgl. *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 111–116 mit weiteren Texten (Iul. 17 dig. D. 24.1.37; Iul. 48 dig. D. 9.2.42; Iulianus in Ulp. 24 ed. D. 10.4.9 pr.; Marcell. 5 dig. D. 20.1.27 pr.; Ulp. 41 Sab. D. 47.2.29, kateniert; Urkunde als Ausnahme, die die Regel bestätigt: Unleserlichkeit ist so gut wie Zerstörung und eröffnet daher die *actio ad exhibendum*). Ulp. 9 omn. trib. D. 10.4.17 ist freilich auffällig formuliert und könnte ausweislich der Wendung *directam actionem* (→ § 59 Rn. 50) von der justinianischen Vindikationslehre beeinflusst sein.

[141] Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.5. Bei Justinian: Inst. 4.17.3.

[142] So (*restituere*, nicht *exhibere*, vgl. die folgende Rn.) soll Sabinus formuliert haben: Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.7.

beginn[143] bereits schwanger war, sondern auch dann, wenn sie es erst „später" (*postea* wird man lesen können als „vor dem Urteilszeitpunkt") wurde.[144]

85 Ulpian begründet das angesichts des Wortlautes (*exhibere*, nicht *restituere*) offenbar begründungsbedürftige Erfordernis zeitlichen Rückbezugs hier mit der Funktion der Vorlegungsklage, eine andere Klage zu ermöglichen.

86 Verfolgt der Kläger indirekt eine Sachvindikation, ist das wichtigste Risiko, gegen das er geschützt werden muss, Ersitzung in der Person des Beklagten (→ § 59 Rn. 53). Ist *usucapio* im Zeitpunkt des Vorlegungsurteils bereits eingetreten, wird er dadurch geschützt, dass der Beklagte *ad exhibendum* (also in den Geldwert) verurteilt wird, wenn er die Sache nur physisch, aber als bereits ersessen, vorlegt.

87 Das klassische Recht verlangt im Ersitzungsfall zur Abwendung einer Verurteilung aus der Vorlegungsklage, dass der Beklagte sich gleichwohl auf die Vindikationsklage einlässt, und zwar *repetita die*,[145] d. h. bezogen auf einen Zeitpunkt vor Ersitzungseintritt.[146] Hier ist vieles umstritten.[147] Ulpian sagt nicht genau, wie dieser Zeitpunkt zu bestimmen sei, gibt aber als (weiteres) Ziel dieser Konstruktion an, dass der Beklagte auch in den Wert der Fruchtziehung (vgl. → Rn. 93) verurteilt werden kann. Der Zeitpunkt kann also nicht allzu weit in der Vergangenheit liegen.

88 Justinian verkürzt dieses Problem prozessual: *nihilo minus condemnatur*.[148]

89 Den Ort der Vorlegung[149] wollte Labeo dort fixieren, wo die Sache bei *litis contestatio* war; Pomponius erlaubt dem Kläger die Klage auf Vorlegung einer andernorts befindlichen Sache, wenn er Kosten und Gefahr übernimmt;[150] Ulpian differenziert mit verschiedenen Wertungserwägungen.[151]

6. Arbiträrklausel

90 Die Arbiträrklausel ist in den justinianischen[152] Institutionen zur Begründung einer Ästimationsbefugnis *ex bono et aequo* belegt.[153] Außerdem führt Justinian aus, auf das

[143] So liest die Stelle gegen eine ältere Ansicht *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 655.

[144] Sabinus, Pomponius bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.7.

[145] Der Ausdruck erscheint sonst nur noch in Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.9,10 (*de itinere actuque privato*), in Frg. 9 auch verallgemeinernd zu Interdikten auf *restituere*, in Frg. 10 unter Qualifikation des zeitlichen Rückbezugs als *aequissimum*.

[146] Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.6.

[147] Vgl. *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 653.

[148] Inst. 4.17.3.

[149] Lic. 4 reg. D. 5.1.38 behandelt zwar die Frage, ob am Ort der Klage zu leisten ist, beantwortet sie aber für die (persönlichen wie dinglichen) Legatsklagen und fügt nur ergänzend eine Bemerkung zur Vorlegungsklage an.

[150] Pomp. 22 Sab. D. 16.3.12.1, und zwar beiläufig (als Argument für die Parallelfrage bei der *actio depositi*).

[151] Näher Ulp. 24 ed. D. 10.4.11.1.

[152] Vgl. bei Gaius immerhin die Andeutung in Gai. 4.163.

[153] Inst. 4.6.31.

iussum des Richters hin müsse der Beklagte entweder leisten oder, wenn er aktuell nicht leisten könne, Sicherheit für künftige Leistung stellen.[154] Nur die letztere Aussage findet eine Grundlage auch in den Juristenschriften.[155]

Mit Blick auf die Funktion der Klage liegt es jedoch nahe, eine den sonstigen Arbiträrklagen entsprechende Handhabung bereits für die klassische Zeit zu vermuten.[156] In welcher Weise dem *iussum* zu gehorchen ist, ergibt sich aus dem Inhalt des *exhibere* (→ 80–89). **91**

7. *Condemnatio*

Verurteilt wird in Geld.[157] **92**

Die Wertberechnung schließt Früchte[158] und entgangene Vorteile[159] ein. Aus der klassischen Jurisprudenz ist dazu wenig überliefert. **93**

In Abweichung von der Sachvindikation ist für Neraz nicht der Sachwert Ausgangspunkt der Schätzung, sondern das Interesse des Klägers an rechtzeitiger Vorlage (das Exhibitionsinteresse); damit ist ein Kriterium gefunden, das auch dort funktioniert, wo das weitere Ziel des Klägers nicht Vindikation ist.[160] Dieses Interesse kann geringer sein als der Sachwert,[161] aber auch erhebliche Vermögenswerte über die Sache hinaus umfassen, etwa den Verlust einer Erbschaft[162] (auf die der nicht exhibierte Sklave eingesetzt gewesen war). **94**

Der Erbschaftsverlust hängt im Zweifel damit zusammen, dass der Sklave – da nicht in der *potestas* des Klägers – nicht oder nicht rechtzeitig angenommen hatte; parallele Probleme konnten sich bei einer fristgebundenen *optio* stellen.[163] **95**

---

[154] Inst. 4.17.3.

[155] Paul. 26 ed. D. 10.4.12.5 spricht von der Sicherheitsleistung unter der Voraussetzung einer den Aufschub legitimierenden *iusta causa*; Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.13 erwähnt das *iussum* im Zusammenhang der Unterscheidung zweier Gruppen von Exzeptionen.

[156] Dies qualifiziert als nicht mehr streitig *Viaro*, Arbitratus (2012) 30; unter Hinweis darauf, dass die früher vereinzelt vertretene Auffassung vom restitutorischen Charakter der Klausel bei der Vorlegungsklage (*Schönbauer*, St. Riccobono II 408 f.) mit Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.5 schwerlich vereinbar ist.

[157] Vgl. Gai. 4.51. Das gilt unabhängig von der → Rn. 3 angesprochenen Frage, ob die *intentio* der Formel von *pecunia* sprach oder nicht.

[158] Vgl. Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.6 (sowie D. 10.4.9.7 zum *partus ancillae*).

[159] Neraz bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.8.

[160] Neraz bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.8. *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 85, liest in der Quelle, dass es um die Einbeziehung von Folgeschäden über den Marktwert des Objekts selbst gegangen sei.

[161] Dies gibt Neraz bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.8 ausdrücklich zu bedenken.

[162] Ulp. 24 ed. D. 10.4.11 pr. mit Rekurs auf *aequitas* und *officium iudicis*, der aber angesichts der nur mittelbaren Bewirkung des Verlustes durchaus klassisch sein kann.

[163] Paul. 26 ed. D. 10.4.10 mit Differenzierung nach der Verantwortlichkeit des beklagten Erben. Vgl. *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 98–103 zu Spannungen zwischen diesem Paulustext und anderen Quellen.

96 Justinian widmet sich Berechnungsfragen in Inst. 4.17.3.

97 Das *iusiurandum in litem* wird auch[164] bei der *actio ad exhibendum* gewährt, und zwar dann, wenn dem Beklagten Vorsatz zur Last fällt, nicht nur Fahrlässigkeit.[165] Für den säumigen Beklagten wird ausdrücklich eine richterliche *taxatio* erwähnt.[166]

IV. Exzeptionen

98 Eine systematisierende Übersicht gibt Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.13:

Ibidem subiungit iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor obicit, et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi, si obscurior vel quae habeat altiorem quaestionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa: de quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione iudicat, veluti pacti conventi, doli mali, iurisiurandi reique iudicatae.

Ulpian in seinem 24. Buch zum Edikt.
Ebendort fügt [sc. Pomponius][167] hinzu, dass der Richter kraft des ihm in dieser Klage eingeräumten Ermessens auch Einreden würdigen soll, die der Besitzer erhebt, und wenn eine so evident ist, dass sie den Kläger leicht zurückschlägt, den Besitzer freizusprechen hat, wenn sie (aber) dunkler ist oder zu einer schwierigeren Frage führt, den Rechtsstreit ins weitere Verfahren zu bringen hat, nachdem Vorlegung der Sache angeordnet ist. Jedenfalls muss er selbst über Einreden entscheiden, die er in der Vorlegungsklage zu beurteilen hat, so die Einrede der vertraglichen Abrede, der Arglist, des Eides und der Rechtskraft.

99 Einige sprachliche Auffälligkeiten beiseite gelassen,[168] fällt zunächst auf, dass dem Wortlaut der Quelle nach die vier am Ende genannten *exceptiones* nicht so „dunkel" oder „hoch" sein können, dass der *iudex* den Beklagten ihretwegen auf das der Vorlegungsklage folgende Verfahren verweisen könnte. Der Prozessbeschleunigung müsste eine derart pauschale Lösung nicht dienen, denn etwa der Beweis eines *pactum* oder die Bewertung eines *dolus* konnte durchaus kompliziert sein. Weiter stellt sich die Frage, ob das *veluti* einen abschließenden Katalog der für die Vorlegungsklage zugelassenen Exzeptionen einleitet oder eine lediglich bespielhafte Aufzählung. Ersteres ist behauptet

[164] Vgl. Marcian 4 reg. D. 12.3.5 pr.; weniger deutlich der Bezug auf die Klage in Call. 1 quaest. D. 12.3.10.

[165] Paul. 13 Sab. D. 12.3.2: Klägerinteresse bei bloßer Fahrlässigkeit, Klägereid bei Säumnis oder Vorsatz.

[166] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.2; kein Hinweis auf eine *taxatio* allerdings bei Paul. 13 Sab. D. 12.3.2. *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 90 f., erklärt beide Stellen daraus, dass bloße Fahrlässigkeit bei der Vorlegungsklage, die noch keinen Eigentumsnachweis voraussetze, eine unbeschränkte Schätzungsbefugnis nicht rechtfertige.

[167] Vgl. Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.13.

[168] Insbesondere fällt die Rede vom *iudicium directum* auf, und die *altior quaestio* ist nur hier belegt. Für itp. hielt die Stelle *Levy*, Konkurrenz II (1922) 128 f. Weitere Lit. bei *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 82–84.

worden,[169] aber ohne zwingenden Grund: *de quibusdam … qui iudicat* schließt nicht aus, dass es weitere in der Vorlegungsklage geben könnte, schon gar nicht im Lichte des *omnimodo*, und es erschließt sich auch nicht, wozu die allgemeinen Kategorien *obscurus* und *altius* dienen sollten, wenn bereits ein Katalog existiert.

Das Nebeneinander von Allgemeinkategorien und Aufzählung lässt sich immerhin teilweise anhand anderer Texte überprüfen, die jedoch nichts zur Aufgabenverteilung zwischen *praetor* und *iudex* im Vorlegungsprozess[170] sowie ggf. in einem Folgeverfahren sagen: **100**

Paulus entscheidet für Konstellationen, in denen sachverhaltlich nicht ganz klar ist, ob es um Litispendenz oder um die *exceptio rei iudicatae*[171] geht, dem Kläger schade nur mehrfaches Vorgehen aus derselben *causa*.[172] *Causa* ist hier verstanden als das mit der Vorlegung mittelbar angestrebte weitere Prozessziel, also beispielsweise Vindikation oder *actio furti*. **101**

Ulpian lässt die ausdrücklich so benannte *exceptio rei iudicatae* nicht zu, wenn die erste Klage daran gescheitert ist, dass der Beklagte nicht besaß (und dies nunmehr tut).[173] **102**

Nach einem Reskript des Alex. Severus entfaltet die Abweisung einer Vorlegungsklage keine Rechtskraftwirkung, wenn ein neues prozessuales Fernziel angestrebt wird.[174] Darin spiegelt sich die Eignung der Klage, prinzipiell jedem nach Exhibition möglichen Klagebegehren zu dienen. **103**

V. Konkurrenzen mit anderen Rechtsbehelfen

Nennt eine Quelle die *actio ad exhibendum* neben anderen Rechtsbehelfen, so stellt sich zumeist die Frage nicht, ob der eine den anderen ausschließe: Der Kläger wird die *actio ad exhibendum* vorschalten,[175] wenn ihm dies prozessual notwendig oder sinnvoll erscheint. Möglicherweise ist mit der Vorlegung sein Interesse auch schon befriedigt **104**

[169] *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 426.

[170] In Scaev. 5 dig. D. 13.7.43 pr. geht es zwar um ein *exhibere*, der aktive Rechtsschutz für den Schuldner wird aber auf die diesem zustehende *actio pigneraticia* gestützt.

[171] Für Letzteres *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 20, unter Einbeziehung von Ven. 15 stip. D. 46.8.8 pr.

[172] Paul. 26 ed. D. 10.4.12.2.

[173] Ulp. 80 ed. D. 44.2.18. Ebenso (für die Auswirkung auf Prozessbürgen) Ven. 15 stip. D. 46.8.8 pr.

[174] Alex. C. 3.42.3 (a.223) mit dem offenbar nötigen Hinweis, dass auch die Sachvindikation (hier genannt *proprietatis vindicatio*) selbst nicht gesperrt sei, und der dogmatischen Begründung *quia commutatione litis alia res esse incipit.*

[175] Immer vorausgesetzt, man nimmt nicht mit *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 543 f., eine strikte Alternativität zwischen *actio ad exhibendum* und weiteren Rechtsbehelfen an, was weitere Konkurrenzüberlegungen entbehrlich macht.

(oder nicht mehr erreichbar). Konkurrenz ist hier also (jedenfalls wenn man dem ganz herrschenden Verständnis der Vorlegungsklage folgt, siehe → Rn. 3) typischerweise kein Nebeneinander, sondern ein potentielles Hintereinander der Rechtsbehelfe.

1. Dingliche Klagen, insbesondere *rei vindicatio*

105 Die parallele Nennung von Sachvindikation und Vorlegungsklage, klassisch[176] mehrfach belegt, verdichtet sich bisweilen in Wendungen wie *exhibere et exhibitam vindicare*[177]

106 Haben Sachteile keine eigentumsrechtliche Autonomie, so ist die Vorlegungsklage nicht nur prozesstaktisch günstig, sondern technisch notwendig, damit später vindiziert werden kann.[178]

107 Bei *tigna iuncta* kommt nur die spezielle, auf die Zwölf Tafeln zurückbezogene Klage in Betracht, bei anderen eingebauten Objekten ist nur die Vindikation gesperrt, wird aber mit der erfolgreichen Vorlegungsklage möglich (→ Rn. 26).

2. Persönliche Klagen

108 Wird eine Urkunde beschädigt zurückgegeben, konkurrieren *actio depositi*, *actio legis Aquiliae* und *actio ad exhibendum*.[179] Die *actio depositi* des Optionslegatars konkurriert frei mit seiner Legatsklage gegen den Erben darauf, dass dieser dem Legatar die Wahlmöglichkeit durch Klage gegen den Depositar verschaffen möge.[180] Nur Vorlegungsklage (und Vindikation) kommen in Betracht, wenn Geld bei einem Haussohn hinterlegt worden (und nichts im *peculium*) ist.[181]

109 Die Vorlegungsklage steht ebenso neben der *actio furti*, wie die Sachvindikation (als ebenfalls sachverfolgende Klage) es tut.[182] Anders verhält es sich bei einem Sklaven-

[176] Zweifelhaft hingegen Wendungen wie in Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.11: *in rem vel ad exhibendum vel si qua alia ei competit actio* (…). Nebeneinander erscheinen beide Klagen bisweilen auch dort, wo ihre Anwendung verneint wird: Ulp. 23 ed. D. 11.5.1.3.

[177] Vgl., mit Varianten, etwa Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33; Paul. 29 ed. D. 13.6.2; Ulp. 41 Sab. D. 47.1.1 pr. Zu diesem Ausdruck *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 45.

[178] Paul. 21 ed. D. 6.1.23.5.

[179] Iul. 48 dig. D. 9.2.42.

[180] Pomp. 6 Sab. D. 33.5.8.3. *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 357–360 begründet textkritisch, warum in Wahrheit der Erbe gegen den Depositar klage, um (selbst) den Legatsgegenstand auswählen zu können.

[181] Afr. 8 quaest. D. 15.1.38 pr.

[182] Vgl. von den Konkurrenzstellen zu *actio furti* Ulp. 11 ed. D. 4.4.11 pr.; Ulp. 19 ed. D. 41.1.44 i. f.;weiterhin Ulp. 9 off. procons. D. 47.19.2.1, auch zum *crimen expilatae hereditatis*. *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 535 sieht den *quamvis*-Satz zur *rei vindicatio* am Ende lediglich als Vergleichsargument, nicht als Hinweis auf eine im konkreten Fall zeitlich früher eröffnete Klage. *Perozzi*, Scr., in: Scritti III 264–270, hält den Text für weitgehend unecht. Für Sonderfälle noch Pomp. 18 Sab. D. 13.7.3 (pfandrechtliche Konstellation, vielleicht Schulfall); Pomp. 22 Sab. D. 12.4.15 (und dazu die in → Rn. 53 Fn. 98 angegebene Literatur); Paul. 21 ed. D. 6.1.4.

delikt in Kenntnis des Herrn: nur Deliktshaftung, auch die anscheinend ventilierte *actio ad exhibendum utilis* verwirft Paulus.[183] Pomponius lässt die *actio furti* mit der Vorlegungsklage in einer bestimmten Konstellation des Schatzfundes konkurrieren,[184] weiterhin – unter zusätzlichen Voraussetzungen – beim *depositum*.[185] Ebenfalls Pomponius will unter Spielern nur Pönalklagen denegiert sehen, nicht auch Vorlegungs- und Vindikationsklage; Ulpian hingegen sperrt alle.[186]

Ulp. 32 ed. D. 18.1.30 gibt die *actio ad exhibendum* neben der *condictio furtiva*, wenn die Verkettung mit Frg. 29 sachlich das Richtige trifft.[187] **110**

Die *actio ad exhibendum* des Erben gegen die Witwe hinsichtlich von *res amotae* konkurriert mit der *hereditatis petitio*.[188] Steht Geschäftsführung für den Ehemann in Rede, konkurriert sie mit der *actio negotiorum gestorum*.[189] **111**

3. Klagen mit *adiudicatio*

Paulus[190] lässt in einem Fall dolosen Zusammenschmelzens von zwei Silbermassen die *actio ad exhibendum* (gerichtet auf Teilvindikation) mit der *actio furti* und der *actio communi dividundo* konkurrieren und sieht eine Anrechnung des Sachwertes auf das Interesse bei der Vorlegungsklage vor. **112**

4. *Actio in factum / utilis*

Vielleicht wegen der großen Flexibilität, mit der die Spätklassik die Passivlegitimation zur Vorlegungsklage behandelte, erscheinen kaum Erwägungen zu Erweiterungen: Julian[191] gibt eine *actio in factum* bei durch die Verarbeitungsregeln bedingter atypischer Eigentumslage an einer *charta* (siehe zu diesem Problemfeld → § 59 Rn. 82–94). Callistrat schützt den Erben, der unwissentlich eine vermachte Sache *in funus consumpsit*, mangels Besitzes oder doloser Besitzaufgabe vor der Vorlegungsklage, gibt aber eine **113**

---

[183] Paul. 10 Sab. D. 10.4.16.

[184] Pomp. 18 Sab. D. 10.4.15 i. f., siehe → Rn. 115 f.

[185] Zu Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.2 siehe → Rn. 117.

[186] Ulp. 23 ed. D. 11.5.1.3.

[187] Gegen ältere Interpolationsannahmen zu Ulp. 43 Sab. D. 18.1.29; *Pika*, Ex causa furtiva condicere (1988) 93 f.; *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 330 betrachtet das Fragment als aus dem Kontext gerissen.

[188] Iul. 19 dig. D. 25.2.22.1; Paul. 7 Sab. D. 25.2.6.5 (unter Hinweis darauf, dass Aristo auch die *condictio* gibt). *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 47 sieht die a. r. a. in solchen Fällen als verdrängt an.

[189] Pap. 10 resp. D. 3.5.32: kein *crimen expilatae hereditatis*.

[190] Paul. 21 ed. D. 6.1.4, sofern die Verkettung den Bezug auf das Zusammenschmelzen von Metallen nicht erst hergestellt hat; vgl. Ulp. 16 ed. D. 6.1.3.2. Argumente dagegen, dass die *actio ad exhibendum* hier eine Teilvindikation vorbereiten soll, bei *Schermaier*, SZ 110 (1993) 141–143.

[191] Iulianus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.14.

actio in factum auf eine *indemnitas*.[192] Paulus lehnt eine *actio utilis* ab,[193] wo der Kläger bereits deliktisch klagen kann.

114 Eine *actio in factum* gibt Marcellus dem Legatar gegen einen Dritten, nämlich einen Fruktuar, dem der Erbe Legatsgegenstände in Unkenntnis des Legats überlassen hatte.[194]

115 Nicht als *actio in factum* qualifiziert, aber auch anderweitig nicht näher benannt wird das *iudicium*, das Pomp. 18 Sab. D. 10.4.15 gegen einen Grundeigentümer gibt, der einen auf seinem Grund liegenden Schatz des Klägers weder selbst ausgräbt (sodass Pomponius dem überlieferten Text zufolge[195] sowohl *possessio* als auch *dolo desinere possidere* verneint), noch ihm erlaubt, ihn auszugraben. Dieses *iudicium* steht neben einem ebenfalls auf Duldung des Ausgrabens gerichteten Interdikt *ne vim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam tollam exportem*. Für beide verlangt Pomponius einen Kalumnieneid und eine *cautio damni infecti* seitens des Klägers.

116 Ist der Schatz gestohlen, so gibt Pomponius auch die *actio furti*.

117 *Actio praescriptis verbis* und Vorlegungsklage schließen einander nach Papinian (bei Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.2)[196] aus, wenn eine zur Prüfung überlassene Sache nach Aussage des Prüfenden verloren ist: Auf Vorlegung kann der Überlassende nur klagen, wenn er weiß, dass die Sache in Wahrheit noch beim Prüfenden ist (und dann auch mit der *actio furti* und der *condictio*); weiß er es nicht, muss er *praescriptis verbis* vorgehen. Das läuft, soweit die Angaben des Klägers über seinen eigenen Wissensstand nicht überprüft werden können, auf ein faktisches Wahlrecht hinaus.

5. Interdikte

118 Erörtert wird namentlich[197] die Konkurrenz zu den Interdikten auf Vorlegung (→ Rn. 129–158).

---

[192] Call. 4 ed. mon. D. 31.63: *Si heres rem, legatam ignorans, in funus consumpsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet nec dolo malo fecit quo minus possideret. sed per in factum actionem legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur.*

[193] Paul. 10 Sab. D. 10.4.16.

[194] Marcellus bei Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.4; i. f. zum Rechtsschutz des Legatars, wenn der Erbe nicht dolos handelte: *actio in factum* gegen den Fruktuar. In der (Teil-) Geminata Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.17 (Ähnlichkeiten in Sachverhalt und Argumentation, identisches Marcelluszitat am Schluss, nur ohne Nennung der *actio in factum*) fehlt der Hinweis auf einen *dolus* als Voraussetzung der Passivlegitimation des Erben, hingegen wird die *exceptio doli* gegen die Klage des Legatars genannt. Anstelle der *actio in factum* des Legatars gegen den Fruktuar soll Marcellus nach dieser Textvariante dem Erben oder dem Fruktuar eine *actio utilis* gegen den Legatar gegeben haben. Vgl. → § 60 Rn. 6, 42.

[195] Das ist besitzrechtlich kaum zu erklären. An der Klassizität zweifelt folglich *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 296 f.

[196] Textkritik bei *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 347–354. Aus neuerer Zeit *Artner*, agere praescriptis verbis (2002) 200 und *Harke*, Freigiebigkeit (2006) 22 f.

[197] Angesichts der Quellenlage kaum noch überprüfbar ist, ob das in Ulp. 53 ed. D. 39.2.9.1 genannte Interdikt eigenständigen Charakter trug und ob man (die Quelle sagt es nicht ausdrück-

Das Verhältnis zum *interdictum de glande legenda*[198] kann nur von Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.1 sowie der in der Sachverhaltsbeschreibung nahezu textidentischen Stelle Ulp. 41 Sab. D. 19.5.14.3 her bestimmt werden, da D. 43.28 nicht mehr enthält als die Ediktslaudation, aber keine Aussagen zu Konkurrenzen. Aus der Ediktslaudation resultiert, dass im Ediktsformular *Tu* der Eigentümer des Grundes ist, auf dem die *ex illius* (des Klägers) *agro* herabgefallenen Früchte liegen. Beide Texte bereiten freilich Verständnisprobleme und waren folglich Gegenstand zahlreicher Interpolationsvermutungen;[199] nicht alle lassen sich pauschal als Ausdruck textkritischen Radikalismus von der Hand weisen. **119**

Früchte[200] sind vom Baum des *Tu* auf das Grundstück des *Ego* gefallen, und *Ego* lässt sie von seinem Vieh[201] fressen. Im Sabinuskommentar äußert Ulpian sich nicht zur Vorlegungsklage, zitiert aber Aristo mit der Aussage, keine vorhandene Klage passe, und gibt daher eine *actio in factum*. Dem überlieferten Text[202] zufolge ist nach einer Klage des *Ego* gefragt, was aber kaum einsichtig ist. Emendiert man *possis* für *possim*, so bekommt *Tu* die *actio in factum*, sodass sich eine Wertung zu Gunsten des Baumeigentümers erkennen lässt. Das verweist auf die Frage, ob *Ego* die Früchte fressen lassen durfte. Das *interdictum de glande legenda* schützt (nur) das Recht des Grundeigentümers, die Früchte jeden dritten Tag[203] aufzusammeln (*legere auferre*), sagt also im Tenor weder etwas dazu, was der Baumeigentümer dürfe, noch dazu, ob „Aufsammeln" auch durch Weidevieh erfolgen dürfe. Im Ediktskommentar ist *Tu* wieder der Baum- und *Ego* der Grundeigentümer, und gefragt wird nach einer Klage gegen *Ego*. Hier erweitert Ulpian eine Lösung des Pomponius, der die *actio ad exhibendum* gegen *Ego* dann gibt, wenn die Tiere vorsätzlich auf die Weide geschickt wurden, auf dass sie die Früchte fräßen. Das wird jedoch damit begründet (*nam*), dass *Ego* hypothetisch noch vorhandene Früchte wegnehmen dürfe (wohl: jeden dritten Tag), und in einer folgenden Erweiterung auf *materia* wechselt die Personenbezeichnung dahingehend, dass nun- **120**

---

lich) Konkurrenz mit der Vorlegungsklage annehmen kann. *Bühler*, Actio ad exhibendum (1859) 50 f. konstruiert ein *interdictum propter Tiberis inundationem*. Ähnlich immerhin die Konstellation in Ulp. 24 ed. D. 10.4.5.4 (siehe → Rn. 50).

[198] Kein Vorlegungsinterdikt. Die Formel wird rekonstruiert nach Ulp. 71 ed. D. 43.28.1 pr. (vgl. → § 66 Rn. 77) mit: *Glandem quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat vim fieri veto.* Ich verbiete, dass jenem Gewalt geschieht, damit er die Eichel, die von seinem Feld auf deines fällt, nicht jeden dritten Tag wegschafft.

[199] Statt aller *Burillo*, SDHI 26 (1960) 200 Fn. 25 und 275 Fn. 305.

[200] Zur terminologischen Weite von *glans* s. Gai. 4 l. XII tab. D. 50.16.236.1; Ulp. 71 ed. D. 43.28.1.1.

[201] *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, CIC II* et al., Digesten II a. h. l. (Ulp. 24 ed. D. 10.4.9.1, ctrl für Ulp. 41 Sab. D. 19.5.14.3) übersetzen, passend zur Grundbedeutung von *glans*, jeweils „Schweine".

[202] Der Hinweis auf eine *Eisele* zugeschriebene Interpolationsvermutung in der *ed. minor* a. h. l. (*possis* statt *possim*) lässt sich nicht ohne weiteres verifizieren. Vgl. aber die radikale (und apodiktische) Textkritik bei *Kerr Wylie*, St. Riccobono IV 518 f.

[203] Zur Berechnung (zweiter oder dritter Tag) vgl. *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* CIC II Anm. 2 zu D. 10.4.9.1.

mehr *Ego* offenbar Eigentümer von Sachen auf dem Grund eines *quis* ist. Ulpian gibt im nächsten Satz ohne Benennung der Personen die Vorlegungsklage unabhängig vom Schicksal der Früchte. Das ist prozessual möglich und materiell sinnvoll, wenn Beklagter der Grund- und Tiereigentümer ist: Wurden sie gefressen, dann kann der Eigentümer der Tiere in Geld belangt werden. Der Sinn des weiteren Gedankengangs hängt davon ab, ob man das Interdikt als zweischneidig ansieht: Dann kann der Baumeigentümer außer der Vorlegungsklage auch das Interdikt erheben (umgekehrt ist der Sinn einer *cautio* nicht ersichtlich, da der Grundeigentümer nicht auf das Grundstück des Baumeigentümers will) und sich jeden zweiten Tag die Früchte holen. Dann aber muss *Ego* – wie in dem eben referierten Begründungssatz – nunmehr der Baumeigentümer sein:

„Wenn aber die Früchte noch vorhanden sind, dann werde ich auch das *interdictum de glande legenda* gebrauchen können, damit mir die Möglichkeit offenstehe, jeden zweiten Tag die Früchte aufzusammeln, wenn ich nur Sicherheit für dabei verursachten Schaden leiste."

121 Liest man den Text so, dann ergibt sich für die Konkurrenz: Das *interdictum de glande legenda* ist – parallel zur Vorlegungsklage – gegen den Eigentümer des Grundes eröffnet, auf dem die Früchte liegen, aber nur, solange sie dort noch liegen und Sicherheit für Schäden am Grundstück geleistet wird. Unabhängig vom Schicksal der Früchte bleibt die Vorlegungsklage erhalten. Über eine Anrechnung für den Fall, dass der Beklagte die noch vorhandenen Früchte nicht vorlegt, sagen die Texte nichts.

122 Anlässlich des *interdictum de vi armata* (zuständig für Grundstücke) hält Ulpian fest, bei beweglichen Sachen konkurrierten die *actiones furti* bzw. *vi bonorum raptorum* frei mit der *actio ad exhibendum*.[204]

VI. Grundsatzfragen

123 Die Kategorisierung der *actio ad exhibendum* hat vor allem die ältere Literatur beschäftigt, wohingegen die neuere einen pragmatischen Ansatz vorzieht.

124 Für den zivilen und nicht prätorischen Charakter der Klage hat schon Bühler[205] die Argumente *pro et contra* referiert.

125 Erledigt ist jedenfalls die These, es sei ein *arbiter* und kein *iudex* eingesetzt worden:[206] Sinn der Arbiträrklausel ist gerade der, dem *iudex* erweiterte Befugnisse zu geben.[207] Aus der Erwähnung eines *arbitrium* kann jedenfalls nicht regelmäßig auf die eines *arbiter* geschlossen werden,[208] schon weil es unterschiedliche Prozessbeteiligte

[204] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.6; die Lesart *potest et ad exhibendum agi* ist vorzugswürdig gegenüber einer Weglassung des *et* (so F^2). Weiterhin Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.32 im Anschluss an Julian.

[205] *Bühler*, Actio ad exhibendum (1859) 8–15.

[206] Vgl. *Bühler*, Actio ad exhibendum (1859) 14.

[207] *Viaro*, Arbitratus (2012) 106 mN aus verschiedenen Verfahren.

[208] Vgl. zuletzt zu den grundsätzlichen Fragen, die sich hinsichtlich des Verhältnisses von *iudex*

gibt, denen in den Quellen ein *arbitrium* zugeschrieben wird,[209] und daneben noch die standardsetzende Kunstfigur des *arbitrium boni viri*.[210]

Ebenfalls erledigt ist die Meinung, die *actio ad exhibendum* sei eine dingliche und keine persönliche Klage (→ Rn. 12). Die hinter dieser Frage stehenden Zweifel wirken aber insoweit fort, als eine einheitliche Qualifikation der Klage nach wie vor Schwierigkeiten bereitet. Die ebenfalls nicht mehr vertretene Lehre, unter der einheitlichen Bezeichnung versteckten sich insgesamt vier verschiedene Arten der Vorlegungsklage,[211] kann beiseite gelassen werden. Heute wird die Problematik entweder von der Frage nach einem spezifischen Bezug auf die *rei vindicatio* her (Ulp. 24 ed. D. 10.4.1: *maxime*) angegangen oder von der These her, die Klage sanktioniere Beweisvereitelungsversuche des Beklagten (→ Rn. 128). **126**

Sowenig die Quellen eine Statistik erlauben, wird doch klar, dass man nur unter massiven textkritischen Eingriffen, für die keine unabhängige Überlieferung vorliegt, entweder bestreiten kann, dass die Vorbereitung einer dinglichen Klage dominiert, oder aber die Fälle aussondern kann, in denen doch andere Klagen im Hintergrund stehen. Hier haben die römischen Juristen offenbar keine Exklusivität angestrebt. **127**

Harke zieht aus dem Quellenbefund den Schluss, die Vorlegungsklage habe prinzipiell für alle Verfahren die beweisrechtliche Situation des Klägers ohne unzumutbare Belastung des Beklagten verbessern sollen, und zwar als spezifischer Verwirkungsmechanismus. Dieser habe bei dinglichen Klagen wegen der generellen Geldvollstreckung auch gut funktioniert. Eine Ausdehnung auf andere Klagen sei durchaus denkbar gewesen, nicht aber notwendig, weil nachrömisch zum einen die Vorstellung, Beweisvereitelung legitimiere beweisrechtliche Sanktionen, unabhängig von einzelnen Klagetypen an Boden gewonnen habe, zum anderen mit der Ausbreitung der Naturalvollstreckung die prozessuale Vorwegnahme des dinglichen Verfahrens nicht mehr möglich gewesen sei. Dieses Modell bleibt vor allem im Lichte der – ihrerseits nicht vollständig geklärten – Konkurrenzen zur *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 300–359) zu prüfen. **128**

---

und *arbiter* für das römische Recht in seinen verschiedenen Entwicklungsstufen stellen, *Paricio*, Derecho Procesal II 153–156. Siehe auch → § 49 Rn. 42.

[209] Abgesehen vom *arbiter*: außer dem *iudex* bisweilen auch dem *praetor* (um nur textlich eindeutige Stellen zu erwähnen: Paul. 12 ed. D. 4.6.16; Ulp. 24 ed. D. 25.4.1.13; Ulp. 35 ed. D. 27.9.5.9; Ulp. 53 ed. D. 39.2.15 pr.; Ulp. 61 ed. D. 42.5.8.1; Ulp. 5 omn. trib. D. 2.15.8 pr./14/15/16; s. noch Alex. C. 5.50.2 pr. (a.223) und Iust. C. 7.7.1 (a.530), mit Juristenzitaten) und punktuell sogar dem Kaiser, vgl. Ulp. 65 ed. D. 42.7.2.3. Die Vorlegungsklage ist in diesen Texten nicht ausdrücklich angesprochen, ein Schwerpunkt bei Ulpian wird deutlich; eine neuere Untersuchung, die die in der vorigen Fn. erwähnten Grundsatzfragen einbeziehen müsste, fehlt.

[210] Dazu *Baldus*, SZ 133 (2016) 239–264.

[211] Dagegen knapp und überzeugend *Bühler*, Actio ad exhibendum (1859) 21 f.

VII. Interdikte auf Vorlegung

1. Systematik

129 Die Tragweite der Unterscheidung von *interdicta exhibitoria, prohibitoria* und *restitutoria* (Ulp. 67 ed. D. 43.1.1.1) ist im Einzelnen problematisch (→ § 66 Rn. 13, 19). Jedenfalls ist die Kategorie der *interdicta exhibitoria* unzweifelhaft quellenmäßig, ebenso wie die Einordnung dieser Interdikte als *duplicia* (Paul. 63 ed. D. 43.1.2 pr.). Die im Digestentitel 43.1 überlieferten Allgemeinaussagen mögen von Justinian isoliert herausgestellt sein, sie gehen aber auf bereits klassische Versuche zurück, die Vielfalt der Interdikte zu ordnen. Entsprechendes gilt für die in den Zitaten aus Ediktskommentaren zu findenden Querverweise[212] von einem Interdikt auf ein anderes.

130 Angesichts der höchst unterschiedlichen Dichte an Quellen zu den einzelnen Interdikten verbietet es sich jedoch, ohne exegetische Untersuchung von den Voraussetzungen eines Interdikts auf ein anderes oder von „typischen" auf weniger typische Interdikte zu schließen.

131 Von den v. a. in D. 43 überlieferten Interdikten auf *exhibeas* sind im Folgenden anzusprechen die *interdicta de tabulis exhibendis, de homine libero exhibendo, de liberis exhibendis.*[213]

132 Zum Interdiktenverfahren (→ § 66). Im Folgenden sind Einzelheiten zum Verfahren nur insoweit erwähnt, als sie für das Verhältnis zur *actio ad exhibendum* bedeutsam sein können.

133 Die funktionelle Parallele zwischen *actio ad exhibendum* und Interdikten liegt in der nicht ausnahmslos anzutreffenden, aber typischen Hinordnung auf ein mittelbares prozessuales Ziel: Bisweilen genügt dem Kläger praktisch die Vorlegung, bisweilen muss er tatsächlich weiter prozessieren.

2. *De tabulis exhibendis*

134 Ulpian[214] referiert die Formel[215] wie folgt:

Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas. item si libellus aliudve quid relictum esse dicetur, decreto comprehendam.

---

[212] Vgl. an Stellen über *interdicta superiora*: Ulp. 68 ed. D. 43.13.1.12; Ulp. 70 ed. D. 43.19.3.13; D. 43.20.1.39,44; D. 43.22.1.3; Ulp. 71 ed. D. 43.30.1.2; D. 43.30.3.1.

[213] Über das bei Paul. 63 ed. D. 43.1.2.1 genannte itd. *de liberto exhibendo*, das *officii causa* bestehe (vgl. → § 66 Rn. 18), kann mangels weiterer klassischer Quellen wenig gesagt werden.

[214] Ulp. 68 ed. D. 43.5.1 pr.

[215] Vgl. → § 66 Rn. 45.

Was die sein Testament betreffenden Tafeln betrifft, von denen gesagt wird, dass Lucius Titius sie hinterlassen habe, wenn sie bei dir sind oder es durch deine Arglist bewirkt wurde, dass sie es nicht mehr sind, so sollst du sie jenem vorlegen. Ebenso werde ich ein Dekret erlassen, wenn gesagt wird, dass eine Schrift oder etwas anderes hinterlassen sei.

Das Interdikt ist verfahrensrechtlich in mehrfacher Hinsicht privilegiert.[216] **135**

Causa testamenti wird gelesen als sämtliche Testamente,[217] Testamentsteile[218] sowie Kodizille[219] des Erblassers, wirksame und unwirksame,[220] umfassend. Welche Rechtswirkungen die Dokumente entfalten, wird erst im nächsten Schritt geprüft. Damit ist die Klärung inhaltlicher Fragen im Interdiktenverfahren nicht möglich. **136**

Der Erblasser muss aber bereits verstorben sein;[221] lebt er noch, so kann er nur mit der *actio ad exhibendum* vorgehen.[222] **137**

Aktivlegitimiert ist, wer aus dem Testament Rechte herleitet; genannt werden der (eingesetzte)[223] Erbe und der Legatar[224] sowie deren Erben.[225] **138**

Passivlegitimiert ist für einen Sklaven sein Herr,[226] für einen Mündel der Tutor.[227] Wenn das Testament bei einem Dritten hinterlegt wurde, kann sowohl der Hinterleger als auch der Depositar[228] in Anspruch genommen werden. **139**

Ulpian qualifiziert das Interdikt als exhibitorisch[229] und präzisiert, dass *exhibere* materielle Vorlegung (*materiae ipsius adprehendendae copiam facere*) vor dem Prätor zum Zweck auch der Befragung der Testamentszeugen bedeute.[230] **140**

Der Antragsgegner bekommt eine Vorlegungsfrist eingeräumt, wenn er vorab einräumt, das Testament im Besitz zu haben.[231] **141**

---

[216] Vgl. Pomp. 2 Plaut. D. 3.3.62 (kein Einwand fehlenden Mandats, wenn ein Prokurator klagt); Ulp. 5 ed. D. 2.12.2 (Feriensache).

[217] Ulp. 68 ed. D. 43.5.1.4,6.

[218] Paul. 64 ed. D. 43.5.2 in – inhaltlich plausibler – Katenierung zwischen Ulp. 68 ed. D. 43.5.1.11; D. 43.5.3 pr.,1.

[219] Ulp. 68 ed. D. 43.5.1.2.

[220] Ulp. 68 ed. D. 43.5.1.3,5; vgl. §§ 7–9 zu statusrechtlichen Zweifelsfällen.

[221] Ulp. 68 ed. D. 43.5.1.10.

[222] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.5 mit Erweiterung auf andere *corpora instrumentorum* im Schlusssatz. (Die Formulierung ist auffällig, inhaltlich aber unbedenklich: Wo das Interdikt nicht greift, ist im Zweifel die Vindikation und, dieser vorgeschaltet, die Vorlegungsklage einschlägig.).

[223] Diese Einschränkung findet sich nicht bei Gai. 17 ed. prov. D. 29.3.3.

[224] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.13,14. Für Substituten Valer./Gallien. C. 8.7.1 (a.260).

[225] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.16.

[226] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.4.

[227] Paul. 64 (69 ist denkbar mit Blick auf Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.23, vgl. *Lenel*, Pal. I a. h.l. Sp. 1084 Fn. 2, wegen Paul. 64 ed. D. 43.5.2 liegt aber Schreibfehler näher) ed. D. 43.5.4.

[228] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.2; § 3 für den Fall übernommener *custodia* zum *tabularius* oder *aedituus*.

[229] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.7.

[230] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.8,9.

[231] Ulp. 68 ed. D. 43.5.1.1.

142 Ergeht ein Urteil, so findet eine Ästimation nach dem Klägerinteresse statt, das wiederum von der im Testament eingeräumten Rechtsposition abhängt.[232]

143 Konkurrenz zur *actio ad exhibendum* (→ Rn. 137): Unterschieden wird danach, ob der Erblasser noch lebt, die Rechtsbehelfe schließen einander für ihn also aus; dem Erben stehen beide Rechtsbehelfe offen.[233]

144 Das Interdikt kann hingegen bei doloser Urkundenunterdrückung gehäuft werden mit der *lex Cornelia testamentaria*.[234]

3. *De homine libero exhibendo*

145 Die Formel lautet nach Ulp. 71 ed. D. 43.29.1 pr. „*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*“: „Führe den Freien vor, den du arglistig zurückhältst“.

146 Erfasst sind alle freien Personen.[235] Zur Abgrenzung vom Interdikt *de liberis exhibendis*, das im EP folgt[236] und mit dem das *interdictum de homine libero exhibendo* im Codex Iustinianus unter einer Rubrik (C. 8.8) zusammengefasst ist, siehe → Rn. 157.

147 Der Begriff *exhibere* wird auch hier definiert, und zwar als in *publicum producere et videndi tangendique hominis facultatem praebere* mit der weiteren Erläuterung *proprie autem exhibere est extra secretum habere*.[237] Da das Interdikt vor allem die heimliche Entziehung von Personen im Auge hat, bezeichnen die Begriffe *in publicum – extra secretum* den Kern. Eine weitere Diskussion an Beispielen gibt es auch hier nicht.

148 Das Interdikt dient ausschließlich dem Freiheitsschutz, nicht dem Aufspüren versteckter Schuldner.[238]

149 Aktivlegitimiert ist *favore libertatis* jedermann,[239] zumal die verschiedenen Anwendungssituationen eine Umschreibung des Kreises der Berechtigten nicht leicht gemacht hätten.

150 Anstelle einer *exceptio rei iudicatae* gibt es Regeln dafür, wann ausnahmsweise das Interdikt wiederholt zugelassen werden kann.[240]

151 Die Verurteilung unter Litisästimation[241] schützt den Beklagten nicht vor erneuter Erhebung des Interdikts.[242]

---

[232] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.11–13 (14 zu Bedingungen, Folgefrage in 15).
[233] Gai. 17 ed. prov. D. 29.3.3 (*quoque*).
[234] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.6. Vgl. Valens/Grat./Valentin. C. 9.31.1 (a.378), entspricht Cod. Theod. 9.20.1.
[235] Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.1; §§ 2–7 sowie Ven. 4 interd. D. 43.29.4 zu Grenz-, Sonder- und Zweifelsfällen.
[236] *Lenel*, EP 488.
[237] Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.8.
[238] Ven. 4 interd. D. 43.29.4.3.
[239] Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.9; §§ 10–12 zu Einschränkungen und Vorrangregeln.
[240] Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.13.
[241] Zum atypischen Charakter der Schätzbarkeit eines Freien vgl. *Indra*, Status quaestio (2011) 87.
[242] Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.13 i. f.

Konkurrenzen spielen gleich eingangs der ulpianischen Darstellung im Ediktskommentar eine Rolle: Das Interdikt kann mit der *lex Fabia* gehäuft werden.[243] 152

Hingegen ist eine Konkurrenz mit der *actio ad exhibendum* allenfalls bei der *vindicatio in libertatem* denkbar.[244] Da diese aber keinem pekuniären Zweck dient, sondern dem Freiheitsschutz, führt die Vorlegungsklage nicht zur Verurteilung.[245] 153

4. *De liberis exhibendis (item ducendis)*

Ulpian[246] nennt zwei zu unterscheidende[247] Formeln, eine exhibitorische und eine prohibitorische: 154

Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas. si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est, quo minus eum Lucio Titio ducere liceat, vim fieri veto.[248]

Wer in der Gewalt des Lucius Titius steht, die oder den führe vor, wenn er oder sie bei dir ist oder es durch deine Arglist geschehen ist, dass er oder sie nicht bei dir ist. Wenn Lucius Titius in der Gewalt des Lucius Titius steht, dann verbiete ich, dass Gewalt dagegen geschehe, dass es ihm freistehe, den Lucius Titius wegzuführen.

Aktivlegitimiert ist der Gewalthaber, passivlegitimiert die Person, von welcher der Kläger sagt, sie halte das Kind zurück.[249] 155

Auf den Grund des Zurückhaltens kommt es nicht an, die Exhibition muss grundsätzlich in jedem Falle erfolgen.[250] 156

In konkurrenzrechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, welches Interdikt eingreift, wenn ein Kind frei und zugleich in der *patria potestas* des Klägers ist. Nach Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.1 sind auch Personen *alieni iuris* vom *interdictum de homine libero exhibendo* erfasst. Verlangt also der *pater familias* die Vorführung eines eigenen Kindes, dessen Freiheitsstatus in Abrede gestellt wird, stehen ihm beide Interdikte zu; seine Erfolgsaussichten könnten aber beim *interdictum de liberis exhibendis* größer sein, weil es dort auf behauptete Rechtsgründe des Behaltendürfens nicht ankommt,[251] er also nur den *status familiae* dartun muss. 157

Das prohibitorische Interdikt *de liberis ducendis* baut auf dem exhibitorischen *de liberis exhibendis* auf (→ § 66 Rn. 48, 78). 158

---

[243] Ulp. 71 ed. D. 43.29.3 pr.

[244] Zur Anwendbarkeit der Vorlegungsklage Paul. 26 ed. D. 10.4.12 pr.

[245] Näher Gai. ed. praet. urb. D. 10.4.13; vgl. *Harke*, Actio ad exhibendum (2019) 33.

[246] Ulp. 71 ed. D. 43.30.1 pr.; D. 43.30.3 pr.

[247] Ulp. 71 ed. D. 43.30.3.1; § 2 zur Übertragbarkeit einzelner Voraussetzungen des exhibitorischen Interdikts auf das prohibitorische.

[248] Vgl. für eine noch striktere Trennung in der Formulierung *Rudorff*, De iuris dictione edictum (1869) 230 (§§ 265 f.).

[249] Ulp. 71 ed. D. 43.30.1.1.

[250] Ulp. 71 ed. D. 43.30.1.2; Ausnahmen für Mütter und Ehegatten: §§ 3–5; vgl. Her. 6 iur. epit. D. 43.30.2 zum gegenläufigen Rechtsschutz des Ehemannes *de uxore exhibenda*.

[251] Ulp. 71 ed. D. 43.30.1.2.

§ 66 Interdikte

Lisa Isola

Berger, s. v. Interdictum, in: Paulys Realencyclopädie der class. Altertumswissenschaft, neue Bearbeitung von G. Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus, K. Ziegler, IX.2, 1916, 1609–1707; *Lenel*, Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl., 1927 (Ndr. 1985) 446–500; *Biscardi*, La tutela interdittale ed il relativo processo: corso di lezioni 1955–1956, a cura e con una nota di lettura di Remo Martini, RDR 2 (2002) 9–98; *Gandolfi*, Contributo allo studio del processo interdittale romano, 1955; *Luzzatto*, Il problema dorigine del processo extra ordinem I. Premesse di metodo. I cosidetti rimedi pretori, 1965 (Ndr. 2004) 121–205; *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, Enciclopedia del diritto 21 (1971) 901–928; *Labruna*, Vim fieri veto. Alle Radici di una ideologia, 1971 (Ndr. 2017); *Falcone*, Ricerche sull'origine del interdetto uti possidetis, AUPA 33 (1996) 1–360; *Nörr*, Zum Interdiktenverfahren in Irni und anderswo, in: Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca VI, 2001, 73–117; *Nicosia*, Il possesso I. Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995–1996, 2. Aufl. 2008, 87–171.

Inhalt Rn.

I. Einleitung 1
II. Die einzelnen Interdikte 12
1. *Interdicta restitutoria* 20
2. *Interdicta exhibitoria* 44
3. *Interdicta prohibitoria* 50
III. Das Nachverfahren 82
1. Nachverfahren bei den *interdicta restitutoria* und *exhibitoria* (‚*decreta*') 87
2. Nachverfahren bei den *interdicta prohibitoria* (‚*interdicta*' im engeren Sinn) 93

I. Einleitung

1 Schon Steinwenter bezeichnete die Interdikte als „eines der eigenartigsten und anziehendsten Gebilde des klassischen Verfahrensrechts";[1] ihnen kam „in der römischen

[1] *Steinwenter*, SDHI 5 (1939) 263. Dennoch fehlt eine neuere Gesamtdarstellung, während die ältere Lit. „a conclusioni diversissime e spesso opposte" gelangte, wie *Luzzatto*, Processo extra ordinem I (1965) 122 einleitend zu seinem umfangreichen Kapitel über das Interdiktenverfahren

Rechts- und Friedensordnung eine wesentliche Rolle“[2] zu. Das Interdikt als solches – dh der magistratische Befehl, welcher nach überwiegender Meinung primär aufgrund von *imperium*, nicht Jurisdiktionsgewalt,[3] erlassen wird – zielt auf die rasche, wenn auch provisorische Bewahrung des Status quo und somit der öffentlichen Ordnung ab.[4] Erst ein möglicher zweiter Verfahrensabschnitt endet mit einer urteilsmäßigen Entscheidung in der Sache, zu welcher es aber nur kommt, sofern zumindest eine Partei dem Interdikt zuwiderhandelt.

Als Gemeinsamkeit aller Interdikte hervorgehoben wird häufig das ‚öffentliche Interesse‘, welches zumindest bei ihrer Schaffung im Vordergrund gestanden sei und durch Private bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche (mit)verfolgt werde.[5] Damit im Zusammenhang stehen auch Vermutungen zu den Anfängen der Interdikte als Rechtsphänomen; unmittelbare Quellenzeugnisse zum Hergang fehlen, weswegen Rekonstruktionen sich nur an vereinzelte (ihrerseits umstrittene) Hinweise in der nichtjuristischen Literatur[6] halten und aus dem überlieferten Wortlaut sowie aus den Funktionen **2**

---

feststellt. Siehe die zusammenfassende Darstellung der etwa von Gioffredi, Biscardi und Gandolfi vertretenen Ansichten bei *Luzzatto* ibid. 167–184. *Luzzatto* selbst weist ibid. 170, 177 f., insbes. die Annahme eines Administrativprozesses zurück und betont ibid. 195–205 die Rolle der Parteien.

[2] *Wesener*, St. Labruna VIII 5925. Vgl. auch *Baldus*, OH RLS 541 im Hinblick auf die Interdikte: „*the significance … cannot be overestimated for Roman practice*“.

[3] Siehe nur *Kaser/Hackl*, RZ 408 Fn. 2 mit der älteren Lit.; darunter weist inbes. *Gandolfi*, Processo interdittale (1955) 24–30 trotz des *imperium* als Grundlage doch auf die Zugehörigkeit zur *iurisdictio* hin; zust. *Biscardi*, Iura 7 (1956) 354 f.; siehe auch *Luzzatto*, Processo extra ordinem I (1965) 191–193, 203. Siehe schon *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 206 für den Hinweis, dass es sich immerhin um „ein Glied des Ordinarverfahrens“ handelt, sodass hier keine generellen Abweichungen von den allgemeinen Regeln zu erwarten seien; ibid. 314 zum Hinweis, dass diese „Befugnis zum Erlass von dergleichen Spezialbefehlen“ aus der Amtsgewalt des Magistrats, dh seinem *imperium*, folge. *Rampazzo*, Index 28 (2000) 511 zählt sie zum „gemischten *imperium*“, welches die – delegierbare – *iurisdictio* umfasse. Ibid. 517 f. Fn. 1–3 für weiterführende Lit. *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 915 warnt davor, dass hierbei zu sehr von modernen Vorstellungen ausgegangen werde. Für eine Zuweisung zum *imperium* vgl. in der neueren Lit. *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 12; *Schanbacher*, s. v. interdictum, DNP V 1032; *Baldus*, OH RLS 541. Ein Hinweis darauf mag inbes. in Iul. 48 dig. D. 43.8.7 liegen (*…qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: alioqui inane et lusorium praetoris imperium erit*). Eine ausführliche Diskussion dieser Frage findet sich schon bei *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 6–19. Die *lex Irnitana* zählt die Interdikte zur Jurisdiktion der Muizipalmagistrate, dazu *Nörr*, St. Talamanca VI 84; *Torrent*, An. Fac. Der. Coruña 12 (2008) 987–1006. Siehe zu den Kompetenzen der Munizipalmagistrate im Zusammenhang mit den Interdikten auch *Rocca*, St. Martini III 343–377; *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 904.

[4] Isid. Orig. 5,25,33: *Interdictum est, quod a iudice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur: salva propositione actionis eius.* Zum Zusammenhang der Interdikte mit der Zurückdrängung der Selbsthilfe siehe *Behrends*, SZ 119 (2002) 79–89.

[5] Nachweise bei *Kaser/Hackl*, RZ 409 Fn. 9. Zum öffentlichen Interesse im Interdiktenverfahren vgl. darüber hinaus *Gallo*, SDHI 62 (1996) 8 f.; *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 14 f.; *Scevola*, Utilitas publica II (2012) 101. Dennoch sind die Parteien stets Privatpersonen, weswegen Paulus darauf hinweist (D. 47.10.14): *ad privatas enim causas accomodata interdicta sunt, non publicas.*

[6] Die möglicherweise ältesten Anklänge auf Interdikte finden sich bei Plautus (Stich. 696;

der einzelnen Interdikte rückschließen können.[7] Angenommen wird etwa, das öffentliche Interesse sei ausschlaggebend dafür gewesen, für derartige Ansprüche keine *legis actiones* zu gewähren, welche ausschließlich der Verfolgung privater Interessen vorbehalten gewesen seien (→ § 9 Rn. 3); stattdessen sei als eine Art Vorstufe zu den sich später ausdifferenzierenden Interdikten ein spezielles Verwaltungsverfahren geschaffen worden.[8] Ein Hinweis darauf finde sich schon im Namen *interdicta* (von *interdicere* = untersagen[9]), der ursprünglich nur die prohibitorischen Interdikte erfasst habe.[10] Ihren Ausgang sollen sie beim *interdictum uti possidetis* und dem Schutz des *ager publicus* genommen haben, was mit der Umständlichkeit dieses Interdikts auch noch im entwickelten Recht begründet wird. Dieses habe eine Nachbildung im *interdictum utrubi* für bewegliche Sachen gefunden und von hier ausgehend die weitere Entwicklung angestoßen.[11]

3 Trotz ihrer mitunter sehr unterschiedlichen Anwendungsbereiche wurden die Formeln sämtlicher Interdikte in einem Anhang des prätorischen Edikts gemeinsam proponiert. Auch unter den (Spät-)/Klassikerwerken finden sich eigenständige Darstellungen zu diesem Themenkomplex,[12] der sich damit als eigenständige Rechtsmasse fassen

---

748–750; Asin. 504–509), Terenz (Eun. 319 f.) – kritisch zu diesen beiden Quellen allerdings *Labruna*, Vim fieri veto (1971) 64–69 –, sowie in der *lex Agraria* von 111 v. Chr. (Z. 18). Auch Cic. de orat. 1,10,41 spielt darauf an.

[7] Siehe *du Plessis*, in: Johnston, Roman Law (2015) 189 zu der Vermutung, dass die Notwendigkeit der Schaffung von Interdikten auf ein „*fairly unsettled property regime which would be in keeping with the political and societal turmoil of the late republic*" hinweise.

[8] Lit. dazu bei *Kaser/Hackl*, RZ 413 Fn. 42. *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 314 und *Pfersche*, Interdicte (1888) 31 gingen von einer Vorläuferschaft zu den *actiones in factum* aus, denn die Aufgabe der Interdikte scheint ihnen zu sein, „entweder Lücken des *ius civile*" zu füllen, oder „die von demselben gezogenen Grenzen" zu erweitern (*Schmidt* ibid. 299, 313), was bei Paulus zum *interdictum de precario* ausdrücklich gesagt wird (Paul. D. 43.26.14: *Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset* …) und für alle Interdikte gelte; durch das Versprechen im Edikt, *interdicta* zu erlassen, sei eine Art Rechtspflicht geschaffen worden, welche sodann dank der *sponsiones* des Nachverfahrens durch eine *legis actio* klagbar wurde (*Schmidt* ibid. 315). Dagegen wandte sich insbes. *Biscardi*, Protezione interdittale (1938) 92–94. Zur These von *Falcone*, AUPA 44 (1996) 160–162, wonach für die Entstehung des *uti possidetis* schon das frühe 4. Jh. v. Chr. anzusetzen sei, gegen den für die Schaffung des *uti possidetis* von *Thür*, SZ 94 (1977) 299–305 und *Labruna*, Vim fieri veto (1971) 137–286 vorgeschlagenen Zusammenhang mit den Gracchischen Bodenreformen im frühen 2. Jh., siehe unten → Fn. 315.

[9] Zur in der heutigen Lehre überwiegend abgelehnten, jedoch in Inst. 4.15.1 erwähnten Ableitung von ‚*inter duos dicuntur*' bzw. der von Isidor von Sevilla vorgeschlagenen Etymologie im Sinne einer Ableitung von ‚*interim dicere*' und weiteren Bedeutungen von *interdicere* (*interdictio aqua et igni*; *interdictio prodigi*) siehe nur *Nicosia*, Possesso (2008) 108–111.

[10] Dass die die übrigen *decreta* genannt wurden, berichtet auch Gai. 4.139,140. Siehe *Luzzatto*, Processo extra ordinem I (1965) 198; *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 919 dazu, dass die prohibitorischen Interdikte mit großer Wahrscheinlichkeit die ältesten sind und die ursprüngliche Terminologie nur sie betraf.

[11] *Kaser/Hackl*, RZ 410 f., 413 f.; *Nicosia*, Possesso (2008) 87,103–107; *Baldus*, OH RLS 540 f.

[12] Vgl. bspw. die *libri de interdictis* des Paulus (dazu → § 7 Rn. 41), sowie des Ulpian und des

lässt. Aufgrund von Lücken im Veroneser Gaius-Manuskript sind weite Strecken der Ausführungen zu den Interdikten verloren; dennoch verdanken wir einem eigenen Abschnitt des vierten Buches der gaianischen Institutionen den Großteil unserer Kenntnisse des mit den Interdikten in Zusammenhang stehenden Verfahrensrechts.[13] In den Digesten ist den Interdikten das gesamte 43. Buch gewidmet (immerhin 32 Titel), im Codex die Titel 1–9 des 8. Buches. Erwähnungen kommen aber auch außerhalb dieser *sedes materiae* zahlreich vor; als wesentlich hervorzuheben ist etwa die Funktion bei einzelnen Klagen, vorbereitend[14] durch Interdikte die Parteirollen zuzuweisen. Aus dieser Überlieferung lässt sich der materielle Anwendungsbereich der einzelnen Interdikte aus mitunter durchaus reicher Kasuistik erschließen.

Gemeinsam ist den Interdikten vor allem der Verfahrensablauf, der die Zusammen- **4**
fassung rechtfertigt. Ob das Edikt einen allgemeinen Abschnitt enthielt, welcher das Verfahren oder sonstige allgemeine, alle Interdikte gleichermaßen betreffende Punkte behandelte, gilt als unklar.[15] Zur Einleitung bedarf es in jedem Falle des Antrags[16] einer Partei; die Quellen sprechen auch hier vom *actor*,[17] obwohl es sich um keine ‚*actio*' im engeren Sinne handelt (dazu sogleich → Rn. 10). Sofern dem Antrag ein ediktales Interdikt entspricht oder der Prätor ein *interdictum utile* für angemessen erachtet (entweder in Anlehnung an ein ediktales, oder auch ein für den konkreten Fall völlig neu geschaffenes[18]), erfolgt daraufhin ein magistratischer Befehl[19] an den *reus* oder an *actor*

Venuleius; nach Ulpians Bericht soll auch Arrian ein Werk zu diesem Gegenstand hinterlassen haben (siehe Ulp. 15 ed. D. 5.3.11 pr.). Für eine „*Palingenesia de interdictis ex libris iurisconsultorum, qui ante Hadrianum floruerunt*" siehe *Biscardi*, Protezione interdittale (1938) 121–125.

[13] So ist wahrscheinlich auch eine umfassendere Darstellung zur *vis ex interdicto* verloren gegangen, *Nörr*, St. Talamanca VI 87 f.

[14] So empfiehlt Gai. 7 ed. prov., D. 6.1.24, stets nach Möglichkeit zunächst ein Interdikt zu erwirken, um im Prozess um das Recht die bessere Position des Beklagten einnehmen zu können. Siehe nur Diocl./Max. C. 8.1.3 (a. 293) dazu, dass im Falle eines Streits über Verfügungsrecht und Besitz zuerst über den Besitz zu entscheiden ist.

[15] Dazu *Domingo*, Est. Hernandez-Tejero II 123–126.

[16] *Postulare, interdicere, ad interdictum provocare* bezeichnet die Antragstellung. Dazu *Scevola*, Utilitas publica II (2012) 100 Fn. 33 mit Zusammenfassungen der älteren italienischen Lit. (Capogrossi Colognesi; Talamanca; Pugliese; Gandolfi). Die Notwendigkeit der Anwesenheit des Antragstellers ergibt sich aus dem Prinzip, dass Anträge *in iure* prinzipiell mündlich zu stellen sind: So schon *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 20; dazu auch *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 904,910 f. Siehe auch *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 209 (ibid. 212–217 zur Frage der Möglichkeit einer Vertretung). Im „quellenleeren Raume" (*Steinwenter*, SDHI 5 [1939] 265) bewegen sich hingegen Spekuationen darüber, ob der Antragsgegner mittels *in ius vocatio* oder mittels amtlicher *evocatio* zu laden ist. Während bspw. *Ubbelohde*, Interdicte II (1890) 3 „ohne Zweifel" von der *in ius vocatio* ausging, hegt etwa *Kaser/Hackl* RZ 414 Sympathie für magistratischen Ladungszwang (Lit. dazu ibid. Fn. 52).

[17] Zur Person des *actor* siehe schon *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 126–136 (ibid. 136–151 zum „Übergang auf die Erben").

[18] *Steinwenter*, St. Arangio-Ruiz II 175–178; *Betancourt*, Est. d'Ors I 249–281. Vgl. auch die Darstellung bei *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 13–23; *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 29–32;

und *reus*. Dabei handelt es sich zwar um *cognitio* des Prätors, nicht aber um *cognitio extra ordinem*, denn die Klassiker ordneten die Interdikte dem *ius ordinarium* zu.[20] Wird dem Interdikt freiwillig Folge geleistet, so hat es sein Ziel erreicht;[21] im Falle der Nichtbefolgung hingegen kommt es zur Einsetzung eines *iudicium*, welches seinerseits dem Schema eines ordentlichen, zweigeteilten Zivilprozesses folgt (dazu unten → Rn. 87–99).

5 Der Prätor (bzw. Provinzstatthalter) spricht die vom Ge- oder Verbot betroffene/n Partei/en direkt an, was auch in den ediktalen Blankettformeln seinen Niederschlag findet: Der Antragsgegner wird meist mit *tu* angesprochen, der Antragsteller als *ille* bezeichnet; mitunter werden beide Parteien in der zweiten Person Plural adressiert.[22] Wo Eigennamen im konkreten Fall einzusetzen sind, finden sich im Blankett bspw. Lucius Titius oder Gaius Seius, die – wie Aulus Agerius und Numerius Negidius bei den *actiones* – als bloße Platzhalter anzusehen sind.[23]

6 Grundlage der interdiktalen Befehle dürften ohne nähere Verhandlung lediglich die Behauptungen des Antragstellers sein, weswegen die Befolgungspflicht auf Seiten des Antragsgegners von deren Zutreffen abhängig ist.[24] Es wird daher mitunter in diesem Zusammenhang auch von einem ‚bedingten', ‚beschränkten' oder ‚hypothetischem' Befehl gesprochen.[25] Ist der Antragsgegner der Ansicht, dass die Behauptungen des

---

Riccobono sen. jun., s. v. interdicta, NNDI VIII 794.

[19] *Interdictum reddere* (*editio interdicti*: dazu *Gandolfi*, Processo interdittale [1955] 76–84; *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 913). Weil das Interdikt mündlich erlassen und der Antragsgegner unmittelbar persönlich angesprochen wurde, ist seine Anwesenheit prinzipiell erforderlich (abgesehen von der Möglichkeit einer Vertretung). Abwesenheit führte vermutlich zur Indefensionsfolge der *missio rei servandae causa*. Siehe Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.14 im Zusammenhang mit dem *interdictum de homine libero exhibendo*; zur Verallgemeinerungsfähigkeit schon *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 20–22.

[20] *Luzzatto*, Processo extra ordinem I (1965) 172 f. mit Fn. 75; *Kaser/Hackl*, RZ 409 mit Fn. 6. Vgl. Ulp. 34 ed. D. 25.5.1.2; Front. de contr. agr. 16,3. Bei *Riccobono* sen. jun., s. v. interdicta, NNDI VIII 793 sowie *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 902,913–916 ist die These eines ‚Administrativverfahrens' vertreten (*Riccobono* sen.); vgl. dagegen aber bereits die im Appendice von *Riccobono* jun. angeführte Ansicht *Gandolfi*s, welcher die durch *Biscardi* repräsentierte Lehre vom Administrativprozess abgelehnt hatte; dagegen auch inbes. *Luzzatto* ibid. (siehe dazu schon oben Fn. 1).

[21] *Exner*, SZ 8 (1887) 184 zur Wirkung, welche eine persönliche Anrede durch den Prätor auf dem Forum etwa auf einen römischen Bauern ausgeübt haben mag; ähnlich *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 319 zur „Eindringlichkeit" derartiger mündlicher Befehle des Magistrats.

[22] Für davon abweichende Formulierungen sowie generell „Die allgemeinen Voraussetzungen in der Person des Interdictenverklagten", dh des *reus*, siehe *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 331–457. Zur Person des *reus* auch *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 151–171.

[23] Siehe nur *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 3–7, insbesondere unter Hinweis auf die Darstellung bei Theophilus.

[24] Zum darin enthaltenen Syllogismus siehe *Biscardi*, Protezione interdittale (1938) 38.

[25] Siehe *Luzzatto*, Processo extra ordinem I (1965) 126 f.,165 f.,174–176,185 f. (unter Auseinandersetzung mit der älteren Lit.) zu der Diskussion, inwiefern hier von ‚Bedingtheit' die Rede sein kann; dazu auch eingehend *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 912 f. mit Fn. 60 sowie 914 f. Vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 415 mwN in Fn. 60.

Antragstellers nicht zutreffen, so kann infolge der Nichtbefolgung des prätorischen Befehls die Eröffnung des zweiten Verfahrensabschnitts bewirkt werden, zu dessen Zweck jedoch eine neuerliche Ladung erfolgen muss.

Trotz dieser generellen ‚Bedingtheit' bzw. ‚Beschränktheit' der Interdikte gibt es mitunter noch zusätzlich einschränkende Klauseln, welche zum Teil bereits ediktmäßig enthalten sind,[26] mitunter aber auch auf den Einzelfall zugeschnitten werden.[27] Diese werden wie bei den *actiones* als *exceptiones* bezeichnet, so bspw. die Klausel ‚*nec vi nec clam nec precario*' als *exceptio vitiosae possessionis* oder ‚*si non plus quam annus est cum experiendi potestas est*' bei den einjährig befristeten Interdikten als *exceptio annua*.[28] Vor allem bei den Besitzinterdikten ist jedoch die ‚petitorische Einrede' ausgeschlossen, dh die Einrede aus dem Recht zum Besitz. **7**

Die zu schützende *possessio* der Besitzinterdikte ist nicht zu einem einheitlichen Typ des ‚Interdiktenbesitzes' entwickelt worden (→ § 40 Rn. 2–7).[29] Auch der Gemeingebrauch von *res publicae* wurde durch Interdikte geschützt (→ § 38 Rn. 9[30]); teilweise strittig ist Interdiktenschutz von *res communes omnium* (→ § 38 Rn. 10[31]). **8**

Streit herrscht in der Literatur insbesondere über die Frage, inwiefern Gewalt (*vis*) – ggf. auch als simulierte ‚*vis*' – eine einheitliche Voraussetzung darstellt, welche dem Interdiktenschutz in all seinen Facetten inhärent ist.[32] Die unterschiedlichen Schutz- **9**

---

[26] Zu unterscheiden ist nach *Biscardi*, RDR 2 (2002) 141 f. auch hier zwischen „eccezioni stabili e non stabili", wobei erstere stets im Formular enthalten sind, zweitere nur auf Antrag. Vgl. auch schon *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 96 sowie rezenter *Rampazzo*, Index 28 (2000) 512.

[27] Dekretale, vom Prätor *ad hoc* geschaffene Einreden, ‚*exceptiones in factum*': *Wesener*, SZ 112 (1995) 110–114 und 149 f. Siehe dazu schon *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 96,103 f. und *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 457–488; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1689; *Biscardi*, Protezione interdittale (1938) 43 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 412 f.

[28] Dazu *Wesener*, St. Labruna VIII 5909–5926 (zur Unterscheidung von ediktalen und dekretalen Einreden siehe ibid. 5925 f. mwN); *Bandieramonte*, Koinonia 39 (2015) 477–492; *Kaser/Hackl* RZ 412 f. mit Fn. 37–41. Diese *exceptiones* können auch in die *iudicia* des Nachverfahrens eingefügt werden; dazu → Rn. 87–97. Zur *exceptio vitiosae possessionis* insbesondere beim *interdictum uti possidetis* unten → Rn. 65.

[29] Strittig ist insbesondere die Berechtigung des Sequesters: dazu *Nicosia*, SemCompl. 11 (1999) 65–81, St. Broggini 277–309; *Albanese*, AUPA 48 (2003) 45–69; *Rodriguez Martín*, SemCompl. 20–21 (2007–2008) 361–387.

[30] Siehe außer der bei → § 38 Rn. 9 Fn. 79 f. genannten weiterführenden Lit. insbes. auch das Kapitel zur *tutela interdittale dei luoghi pubblici* bei *Scevola*, Utilitas publica II (2012) 75–180 sowie die bei *Schiavon*, Interdetti (2019) 3 Fn. 11–13 angeführten Publikationen.

[31] Siehe → § 38 Rn. 10 Fn. 99 für weiterführende Lit.; zuletzt umfassend unter Auswertung der vorhandenen Lit. *Schiavon*, Interdetti (2019) 112–141.

[32] Siehe auch den Begriff ‚*Vis*-Formalismus'. Strittig ist schon die Kernfrage, ob die *vis*, um welche im Sponsionsverfahren prozessiert wird, die ursprüngliche Gewaltausübung betrifft, oder eine sich an das Gewaltverbot anschließende, gegen das Interdikt verstoßende. Vgl. außer *Wieacker*, RRG I 249–251 und *Labruna*, Vim fieri veto (1971) 33–36 aus der älteren Lit. dazu insbesondere *Balzarini*, Danno violento (1969) 94–135; *Mayer-Maly*, s. v. vis (III. vis in den Interdikten), RE II.17 323–327; *Siber*, Scr. Ferrini beatif. IV 103 f.; *Niedermeyer*, St. Riccobono I 212–243 (hier findet sich insbes.

gegenstände legen nahe, dass die betreffende *vis* je nach Interdikt unterschiedlich zu definieren ist.[33]

10 Während man in der Forschung zunächst noch davon ausging, dass die Interdikte von den römischen Juristen als spezieller Typ der *actiones* betrachtet wurden,[34] haben Pfersche[35] und Czyhlarz[36] aufgezeigt, dass hier sehr wohl sorgsam unterschieden wurde. Auf Albertario[37] geht die These zurück, dass die Kompilatoren planmäßig in Texte eingegriffen und an die Stelle von *interdicta actiones* gesetzt hätten; *agere* (*ex*) *interdicto* wurde jedoch noch nicht einmal von den entschiedensten ‚Interpolationenjägern' generell als klassische Wendung beanstandet und heute überwiegt wohl die Ansicht, dass der engere Begriff der *actio* vom *interdictum* zwar verschieden, *actio* aber auch allgemein als Rechtsschutzbegehren aufzufassen ist, in welchen die *interdicta* einzubeziehen sind.[38]

11 Da im nachklassischen Recht die Teilung des Zivilprozesses in die Verfahrensabschnitte *in iure* und *apud iudicem* infolge der Zurückdrängung des Formularprozesses zugunsten der Kognition zunehmend obsolet wurde (→ § 15 Rn. 1 f.), erscheinen auch die Unterschiede zwischen Interdikt und Klage verwischt.[39] Bei den Besitzinterdikten

---

auch eine Gegenüberstellung der in den Digesten überlieferten Stellen aus Ulpians Editkskommentar mit der Basiliken- bzw. Scholienüberlieferung, wenn auch der Autor wohl zu weitgehend von Interpolationen ausgeht); schließlich auch schon *Exner*, SZ 8 (1887) 167–195. In der neueren Lit. hat insbes. *Platschek*, St. Labruna VI 4412 betont, dass die *vis ex interdicto* in der von Gai. 4.170 gebrauchten Bedeutung nicht mit der *vis ac deductio*, wie sie für das *interdictum uti possidetis* zentral ist und in diesem Zusammenhing inbes. bei Cicero mehrfach begegnet, kontaminiert werden dürfe; für Lit. dazu ibid. Fn. 54; zur *vis ac deductio* seither auch *Platschek*, Symp. Pieler 127–136. Siehe dazu auch unten → Fn. 326 f. Zur Bedeutung der *vis* im Hinblick auf die Zuständigkeit im Interdiktenverfahren *Nörr*, St. Talamanca VI 83 und 85.

[33] *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1663 f. Dazu näher unten bei den jeweiligen Interdikten.

[34] So etwa *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 320 und *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 5.

[35] *Pfersche*, Interdicte (1888) 22 Fn. 1.

[36] *Czyhlarz*, Institutionen (1933) 384.

[37] *Albertario*, Actio e interdictum (1911), RISG 52 (1912) 13 (= St. IV 115). Diese Ansicht fand weite Verbreitung; nicht nur in den Gesamtdarstellungen in Lehr- und Handbüchern, sondern auch in Darstellungen des Prozessrechts, bis hin zur monographischen Darstellung des Interdiktenverfahrens bei *Biscardi*, Protezione interdittale (1938) 14–16. Auch bspw. *Krämer*, Pfandrecht (2007) 103 f. hängt dieser Meinung noch an. Gegen *Albertario* Stellung bezogen jedoch bereits *Wlassak*, Prozeßformel I (1924) 72 Fn. 2 und *Gandolfi*, Processo interdittale (1955) 36, sowie schließlich *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 902 f. mit Fn. 5. Siehe auch *Kaser/Hackl*, RZ 415 mwN.

[38] *Sturm*, Stipulatio Aquiliana (1972) 243–248 (insbesondere 246).

[39] Siehe *Luzzatto*, Processo extra ordinem I (1965) 204 dazu, dass mit dem Vordringen der *cognitio extra ordinem* kein Bedarf mehr am speziellen Interdiktenverfahren bestand. *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 321 weist darauf hin, dass „man wohl einem andern einen Auftrag und die dazu gehörigen Instruktionen geben kann, nicht aber, vernünftiger Weise, sich selber"; demensprechend fielen die an den Richter adressierten *formulae actionum* weg, was zunächst nur zu einer Veränderung der *ex interdicto* zu gewährenden *actiones* führte, später aber auch die Interdiktsformeln selbst betraf. *Ubbelohde*, Interdicte II (1890) 405–490 hebt bei seiner Darstellung vom „Untergang des Interdic-

hängen deren Entwicklungen in der Nachklassik auch eng mit allgemeinen Tendenzen im Hinblick auf das Verständnis von *possessio* zusammen (→ § 40 Rn. 44).[40] Im justinianischen Recht bleiben von den klassischen Interdikten nur noch Tatbestände als materielle Grundlage von Rechtsschutz zurück; eine Entwicklung in diese Richtung ist aber wohl bereits im Verlaufe der Klassik zu vermuten.[41] Das spezielle Verfahren existiert nicht mehr, weswegen es sich beim Rechtsschutz in diesen Fällen nach justinianischem Recht um Klagen handelt, welche ‚anstelle der Interdikte' verwendet werden.[42] Das Interdiktenverfahren wird als veraltet und seine Darstellung daher als ‚heute' überflüssig bezeichnet.[43] Der Digestentitel D. 43.1 heißt denn auch *De interdictis sive de extraordinariis actionibus, quae his competunt.* Dennoch finden sich auch in den Digesten noch Hinweise auf das Interdiktenverfahren, was damit zu erklären sein wird, dass die Interdikte „mit dem ganzen Rechtssystem, das Justinian übernommen, zu sehr verwachsen (waren), als daß sie durch einfache Streichungen ausgemerzt werden könnten. Dann hätte auch die Verarbeitung des einschlägigen Materials nicht wenig Mühe gekostet";[44] außerdem wollte man das materielle Recht der Interdikte schließlich zum Großteil beibehalten.

---

tenverfahrens" hervor (insbes. ibid. 415–417), dass die Interdikte zunächst gerade die Besonderheit hatten, im Gegensatz zu den *actiones* nicht an bestimmte Sitzungsperioden (*rerum actus, conventus*) gebunden zu sein (zu dieser Besonderheit siehe auch *Biscardi*, Protezione interdittale [1938] 32); da die *iudicia extraordinaria* jederzeit stattfinden konnten und dies auch für die später allgemeine Kognition galt, sei das Bedürfnis für Interdikte weggefallen. *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 920 betont in seiner Darstellung der nachklassischen Entwicklung schließlich, dass das Interdiktenverfahren sich nunmehr weder in seiner Funktion, noch in Form einer speziellen Struktur von anderen Prozessen abheben konnte. Dazu auch *Kaser*, RP II 43 f.

[40] In diesem Zusammenhang ist auch die *vis*-Kriminalisierung unter Konstantin zentral. Es kommt in der Folge zur Abschaffung der *exceptio vitiosae possessionis*; siehe dazu eingehend *Levy*, Vulgar Law (1951) 243, dort auch allgemein zum ‚Interdikten'-Besitzschutz nach dem im Cod. Theod. und den Paul. sent. überlieferten Rechtszustand. Zentral ist hierbei die Konstitution Konstantins C. 9.12.7 = Cod. Theod. 9.10.3 (a. 319); dazu *Wesener*, FS Kaser (1976) 175 f. Vgl. zum Problemkreis außer *Kaser*, RP II 184–189 in der jüngeren Lit. *Vandendriessche*, Possessio und Dominium (2006) sowie *Solidoro Maruotti*, Tutela del possesso (1998), welche insbes. ibid. 68 auf die Zusammenziehung von Strafverfahren, *possessorium* und *petitorium* hinweist, wodurch nunmehr strenggenommen drei Verfahren gemeinsam vor einem Richter abgeführt werden. Zum nachklassischen *interdictum momentariae possessionis* siehe *Kaser* ibid. 185; *De Malafosse*, L'interdit momentariae possessionis (1967); *Solidoro Maruotti* ibid. cap. II (dazu *Wimmer*, SZ 117 [2000] 592–596).

[41] So jedenfalls bei Diocl./Max. C. 8.1.3 (a. 293). *Lemosse*, RHD 79 (2001) 506–509 für einen radikalen Wandel während der Klassik.

[42] Inst. 4.15 pr.

[43] Inst. 4.15.8.

[44] *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1705.

II. Die einzelnen Interdikte

12 Nach engeren Gemeinsamkeiten wurde schon zur Zeit der Klassik eine Zusammenfassung in und Unterscheidung von bestimmten Gruppen von Interdikten im Sinne einer Klassifizierung unternommen.[45]

13 So werden die *interdicta* bei Gaius zunächst nach der Art des Befehls eingeteilt in *interdicta restitutoria*, *exhibitoria* und *prohibitoria* (Gai. 4.140 und 142). An dieser auch für die spätere Entwicklung wirkmächtigsten *principalis divisio* werden auch wir uns für die folgende Darstellung der einzelnen Interdikte orientieren. Innerhalb dieser Einteilung folgen wir weitgehend der Reihenfolge der einschlägigen Titel in den Digesten, unter Einfügung der sachlich zugehörigen, aber außerhalb des 43. Buches der Digesten behandelten Interdikte an geeignetem Orte.

Die *interdicta restitutoria* und *exhibitoria* bestehen in einem Befehl, daher werden sie – im Gegensatz zu den *interdicta prohibitoria*, welche ein Verbot beinhalten – auch *decreta* genannt (Gai. 4.139,140). Insbesondere hinsichtlich der Möglichkeiten im Nachverfahren (dazu unten → Rn. 87–99) unterscheiden sich diese zwei Gruppen (*interdicta restitutoria* sowie *exhibitoria* als *decreta* in diesem Sinne einer- und *interdicta prohibitoria* als insofern *interdicta* im engeren Sinne andererseits).

In D. 43.1.1.1 spricht Ulpian (67 ad ed.), ohne Beispiele zu nennen, von Interdikten, welche gleichzeitig prohibitorisch und exhibitorisch (Florentina) bzw. prohibitorisch und restitutorisch (ed. Schmallenburg)[46] wirken sollen. Diese ‚*interdicta mixta*' gelten gemeinhin als interpoliert.[47] Eine Erklärung für diese Formulierung könnte jedoch sein, dass von manchen Interdikten eine restituorische und eine prohibitorische Fassung existiert.[48] Zudem werden wir bei den prohibitorischen Interdikten sehen, dass auch hier – bspw. beim *interdictum uti possidetis* – mit dem Befehl des *vim fieri veto* mitunter eine rekuperatorische Wirkung erziehlt werden kann[49] und daher hier, wie auch bei

[45] Siehe dazu nur *Daube*, RIDA 6 (1951) 23–78. Schon *Niedermeyer*, St. Riccobono I 213 bemerkt, dass die Interdikte „bereits in klassischer Zeit in einen näheren systematischen Zusammenhang untereinander gebracht worden (sind), als es in den übrigen Teilen des prätorischen Rechts der Fall war".

[46] Dem schließt sich schon etwa *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 269 f. an; vgl. auch *Liebs*, Index 1 (1970) 164 Fn. 23.

[47] So neben *Berger*, SZ 36 (1915) 198–222, s. v. interdictum RE IX.2 1615 auch noch etwa bei *Kaser/Hackl*, RZ 420 Fn. 35 sowie *Luzzatto*, Processo extra ordinem I (1965) 131. Anders jedoch schon *Liebs*, Index 1 (1970) 147 f.

[48] Dagegen *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 73 f. Siehe im hier vertretenen Sinne aber auch *De Iuliis*, Pignus conventum (2017) 246–252 mwN zur älteren Lit. über D. 43.1.1.1 und die *interdicta mixta*.

[49] Wie bereits *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 270 festgestellt hat, ergibt sich die ‚gemischte Natur' hier daraus, dass die prohibitorische Natur auf der Fassung des Interdikts beruht, die restitutorische hingegen auf der Wirkung. Vgl. dazu auch *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 906 f. mit Fn. 23. *Kaser*, RP I 396 kritisiert die Einteilung in *interdicta adipiscendae, retinendae* und *recuperandae possessionis* durch die Klassiker aufgrund dieser rekuperatorischen Funktion der *interdicta uti possidetis* und *utrubi*.

anderen Formen der Kategorisierung,[50] insofern ‚gemischte' Interdikte begegnen. Ulpian selbst führt zudem etwa im Zusammenhang mit dem *interdictum ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*[51] aus, dass dieses Interdikt sowohl prohibitorisch als auch restitutorisch sein könne und auch hinsichtlich des *interdictum de aqua cottidiana*[52] weist er vergleichbar auf dieses Phänomen hin.[53]

Gaius unterscheidet weiters solche Interdikte, welche für den erstmaligen Besitzerwerb einschlägig sind – *interdicta adipiscendae possessionis*[54] –, von solchen, welche der Erhaltung bestehenden Besitzes dienen – *interdicta retinendae possessionis*[55] – sowie solchen, welche zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes gewährt werden – *interdicta recuperandae possessionis*[56] (Gai. 4.143[57]). Davon sind jedoch nur Besitzinterdikte erfasst, die zwar ein wesentliches Kernstück, nicht aber die einzige Gruppe von Interdikten darstellen.[58] **14**

So ist es in der Lehre auch üblich geworden, im Zusammenhang mit den Interdikten – stärker ‚materiell' orientiert – je nach dem betroffenem Rechtsgebiet von Besitzinterdikten,[59] erbrechtlichen Interdikten und familien- bzw. statusrechtlichen Interdik- **15**

---

[50] ZB ‚Interdikte *mixtae naturae, tam retinentae quam recuperandae possessionis*'; oder Interdikte, welche teils *in praesens* und teils *in praeteritum* lauten, dazu *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 182–184 und 271; ibid. 190.

[51] Ulp. 68 ed. D. 43.4.3.2. Dazu unten → Rn. 25.

[52] Ulp. 70 ed. D. 43.20.1 pr. Dazu unten → Rn. 68.

[53] Dazu *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 905 aE.

[54] Gaius nennt: *quorum bonorum* (Gai. 4.144; dazu unten → Rn. 21); *possessorium* (145; dazu unten → Rn. 27); *sectorium* (146; dazu unten → Rn. 28); *Salvianum* (147; dazu unten → Rn. 43). Siehe die Ergänzungen bei *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 179–181.

[55] Hierzu führt Gaius aus, dass derartige Interdikte meist dann erteilt würden, wenn das Eigentum strittig ist und als Vorfrage dazu geklärt werden müsse, wer besitzen und wer herausverlangen solle; er nennt *uti possidetis* und *utrubi* (Gai. 4.148; dazu unten → Rn. 63 und 80); diese beiden führt er auch als *duplicia* an (161; dazu sogleich → Rn. 16). *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 181 f. nennt weitere mögliche *interdicta retinendae possessionis*.

[56] Gaius erwähnt hierzu lediglich das *unde vi* (Gai. 4.154); es dürfte aber mehr als nur ein derartiges Interdikt geben, nachdem Gaius selbst im Plural spricht. Vermutet wurde etwa, dass auch das *de precario* (dazu unten → Rn. 41) ein solches Interdikt gewesen sei – insbes. im Anschluss an *Savigny*; kritisch dazu *Siber*, Scr. Ferrini beatif. IV 105. *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 181 vermutete hier etwa auch das *quod vi aut clam* sowie *demolitorium*.

[57] Vgl. auch Paul. 63 ed. D. 43.1.2.3; dazu *Nörr*, Lib. Am. Miquel 721–736. Überdies führt Ulp. Inst. Fr. Vind. 4.1. die *interdicta quem fundum* und *quam hereditatem* als *interdicta adipiscendae quam recuperandae possessionis* an.

[58] Dh. für die *interdicta privata quae ad rem familiarem spectant*. Siehe für eine Charakterisierung dieser Kategorien den Überblick bei *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 171–185 (ibid. 185 auch zu der Feststellung, dass diese in den Quellen vorgefundene Einteilung der *interdicta rei familiaris* eine systematische Bedeutung in keiner Weise beanspruchen dürfe).

[59] Diese Kategorie wurde in der Lit. des 19. Jh. auch dargestellt unter dem Schlagwort ‚Besitzklagen': Siehe nur *Bruns*, Besitzklagen (1874); *Pflüger*, Besitzklagen (1890); *Ubbelohde*, Interdicte V (1896) mit dem zusätzlichen Titel ‚Besitzklagen'.

ten zu sprechen. Ebenfalls aus den Quellen abgeleitet wurde auch eine Unterscheidung etwa zwischen *interdicta privata* und *interdicta popularia* (nach der Person des Berechtigten)[60] sowie *interdicta, quae proprietatis causam continent* und *interdicta, quae possessionis causam continent* bzw. *definitorium* und *provisorium* (je nachdem, ob ‚nur' um Besitz bzw. Quasibesitz gestritten wird oder der Interdiktenschutz von der Ausübung eines vermeintlich, oder tatsächlich vorliegenden, korrespondierenden Rechts abhängig gemacht wird);[61] schließlich in *primaria* (ein quellenmäßig nicht belegter Begriff, der sich lediglich aus einem Rückschluss ergibt) und *secundaria*,[62] wobei die letztere Kategorie lediglich eine konkrete Konstellation im Nachverfahren (→ Rn. 99) zu einem der *primaria* betrifft.

16 Schließlich differenziert Gaius noch zwischen *interdicta simplicia* und *interdicta duplicia*, je nachdem, ob der magistratische Befehl nur eine Partei (nur den Antragsgegner) oder beide Parteien betraf (Gai. 4.156[63]). *Interdicta duplicia* sind dabei deutlich in der Minderzahl.[64]

17 Ulpian und Paulus gliedern in erster Linie nach dem Schutzgegenstand: Ulpians Einteilung in *interdicta de divinis rebus* und *interdicta de humanis rebus* wird an die Spitze des Buches zu den Interdikten gestellt.[65] Die *res hominum* werden weiter untergliedert in solche, die jemandem gehören und solche, die niemandem gehören; Sachen, die jemandem gehören wiederum in durch Interdikte geschützte Sachgesamtheiten und Einzelgegenstände.[66]

18 Außerdem differenziert Ulpian zwischen *interdicta inter praesens* und *in praeteritum relata*[67] sowie *interdicta annalia* und *perpetua*.[68] Paulus nennt zudem bei den ‚für die

[60] Paul. 8 ed. D. 47.23.1. Dazu *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 40–92 (ibid. 53 f. für eine Auflistung der Popularinterdikte). Dazu auch *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 907 f.

[61] Paul. 63 ed. D. 43.1.2.2. Dazu *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 86; *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 92–171 (ibid. 170 f. für eine Auflistung der *interdicta rei persecutionem continentia*). Siehe auch *Riccobono* sen. jun., s. v. interdicta, NNDI VIII 793 f.; *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 908 f.

[62] *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 295–330.

[63] Vgl. auch Paul. 63 ed. D. 43.1.2 pr.

[64] *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 906 weist zu Recht darauf hin, dass – entgegen *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 180–188; im Anschluss an *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 271–295 (ibid. auch zur Zurückweisung der z. T. vertretenen Vorstellung im Zusammenhang mit den *duplicia*, dass hier eine Zusammenfassung zweier *interdicta simplicia* mit entgegengesetzten Parteirollen vorliege) – die exhibitorischen und restitutorischen Interdikte stets *simplicia* sind.

[65] Ulp. 67 ed. D. 43.1.1 pr.

[66] Diesem Schema folgt auch *Lenel*, der in seiner Rekonstruktion des Abschnitts im *edictum perpetuum* zunächst die *interdicta de universitate* und anschließend *interdicta de singulis rebus* darstellt: *Lenel*, EP Tit. XLIII. Eine übersichtliche Darstellung aller Interdikte samt Einordnung in eine solche Gliederung bieten *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 33–39 und *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1627 f. Auch *Riccobono* sen. jun., s. v. interdicta, NNDI VIII 794–797 sowie *Luzzatto*, Processo extra ordinem I (1965) 142–158 folgen diesem Ordnungskriterium. Zur Bedeutung dieser Einteilung für die Kategorien von *res* insgesamt siehe *Schiavon*, Interdetti (2019) 11–21.

[67] Ulp. 67 ed. D. 43.1.1.2. Dazu ausführlich *Beretta*, St. Albertario II 129–170 insbesondere im

Menschen' geschaffenen Interdikten diejenigen, welche das öffentliche Wohl betreffen (*ad publicam utilitatem pertinentia*), sowie solche, welche sich auf den Schutz der eigenen Rechte (*sui iuris tuendi causa*), auf Pflichten (*officii causa*) oder auf Vermögen (*rei familiaris*) beziehen.[69] Daneben gibt es vermutlich noch die bei Paulus eigens erwähnte Kategorie der *interdicta noxalia*.[70]

Schwierigkeiten ergeben sich beim Versuch einer Zuordnung zu den einzelnen oben **19**
erwähnten Gruppen mitunter schon aufgrund der überlieferungsbedingten Unklarkeiten bzgl. der Formulierung im Edikt, da – wie oben → Rn. 11 bemerkt – im justinianischen Recht nur noch die materielle Grundlage, nicht aber die formelle Vorgehensweise interessiert; das schlägt mitunter auf die Überlieferung in der Kompilation durch, während gleichzeitig Lücken in der gaianischen Überlieferung zu beklagen sind. Etwa Berger[71] entschied sich deshalb schlicht für eine alphabetische Reihenfolge; angesichts des Zieles einer prozessual orientierten Darstellung scheint doch der Versuch einer Gliederung nach dem (zu vermutenden) Formelbefehl geboten, wobei wir uns bei einem derartigen Vorgehen auf das Vorbild von *Mantovani* berufen können, welcher die rekonstruierbaren Formeln in ebendieser Reihenfolge angibt.[72]

1. *Interdicta restitutoria*

Bei den restitutorischen Interdikten handelt es sich um solche magistratische Befehle, **20**
quibus praetor restitui aliquid iubet (Inst. 4.15.1). Der Prätor trägt dem Antragsgegner also auf: ‚Stelle den vorherigen Zustand wieder her!' Gemeint ist damit entweder die Herausgabe einer Sache vom *reus* an den *actor* oder aber die Rückgängigmachung bestimmter durch den *reus* bewirkter Änderungen.[73]

Zusammenhang mit der Frage nach Pönalität. Siehe auch schon *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 76–81; *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 185–192; *Riccobono* sen. jun., s. v. interdicta, NNDI VIII 794.

[68] Ulp. 67 ed. D. 43.1.1.4. Siehe zur Frage der Verjährung von Interdikten auch schon *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 116–125.

[69] Paul. 63 ed. D. 43.1.2.1. Für eine Gegenüberstellung der Einteilung nach Ulpian und nach Paulus siehe *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 38–40; für eine quasi graphische Übersicht der Gliederung durch die beiden Spätklassiker *Biscardi*, Protezione interdittale (1938) 109 f. Zu den *interdicta rei persecutionem continentia, non continentia* vgl. schon *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 81–95.

[70] Paul. 13 Sab. D. 43.1.5. Siehe → § 105 Rn. 3 mit Fn. 28.

[71] *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1631.

[72] *Mantovanti*, Formule, Abschnitt IV; vgl. auch schon *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853).

[73] *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 905. Dazu auch *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 32 („Zuweilen nämlich soll eine Sache an eine Person, zuweilen dagegen soll eine Sache als solche restituiert … werden") und *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 195–201. *Cannata*, Atti Biscardi 68 geht davon aus, dass der *iudex* eine vom Beklagten durchgeführte Restitution stets überwachte und sich dabei in der Praxis der Administrativorgane bedient habe, welche *manu militari* agierten. Zur Annahme einer Durchsetzung des magistratischen Befehls *manu militari* auch schon *Gandolfi*, Processo interdittale (1955) 106–108; dagegen *Biscardi*, Iura 7 (1956) 362.

21 Das *interdictum quorum bonorum* beantragt derjenige, welcher vom Prätor in die *bonorum possessio* (dazu → § 57) eingewiesen worden und damit zwar bereits zur Besitzergreifung ermächtigt ist, tatsächlich aber noch keinen Besitz erworben hat. Es richtet sich gegen denjenigen, welcher den betreffenden Nachlass *pro herede* oder *pro possessore* besitzt.[74]

Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti ut desineres possidere, id illi restituas.[75]

Du sollst jenem das herausgeben, was du von dem Nachlass, in welchen jener aufgrund meines Edikts eingewiesen worden ist, ‚als Erbe oder als Erbschaftsbesitzer' besitzt oder derart besitzen würdest, wenn es nicht ersessen worden wäre oder du bösgläubigerweise den Besitz aufgegeben hast.

Verlangt wird die Herausgabe des gesamten Nachlasses[76] (allerdings auf die *corpora* beschränkt[77]), um erstmals Besitz daran zu erwerben; es handelt sich um ein *interdictum adipiscendae possessionis.*[78] Nicht geschützt ist daher derjenige, welcher nach Besitzverlust die Wiedererlangung erwirken möchte; zu diesem Zweck ist er auf die allgemeinen Besitzinterdikte verwiesen, etwa auf das *interdictum utrubi*,[79] oder muss petitorisch vorgehen. Passivlegitimiert ist, wer behauptet, *pro herede* oder *pro possessore* zu besitzen.[80] Zweck ist neben der Erwirkung des vorläufigen Schutzes des *bonorum possessor* insbesondere die Vorbereitung einer *hereditatis petitio* oder *rei vindicatio*. Eine etwaige Verurteilung bei Nichtbefolgung des Interdikts und Durchführung des Nachverfahrens erfolgt in Höhe des Besitzinteresses an der Erbschaft.[81] Siehe weiterführend → § 64 Rn. 36–42.

---

[74] Zur Abgrenzung zu *actiones utiles* mit der Fiktion *si heres esset* siehe *Gaulhofer*, Metus (2019) 342 mwN in Fn. 928. Zur Bedeutung der *causa possessionis* in diesem Zusammenhang siehe *Harke*, SZ 134 (2017) 238–243; zur Begrifflichkeit *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 11. Vgl. die drei Reskripte des Codextitels *quorum bonorum* (C. 8.2) zur Berechtigung des in den Nachlassbesitz eingewiesenen Übergangenen (Sev./Ant. C. 8.2.1, a. 197); nach einer kinderlosen, testamentslos verstorbenen Cousine (Diocl./Max. C. 8.2.2, a. 294); sowie von Blutsverwandten einer während aufrechter Ehe verstorbenen Frau (Arcad./Hon., C. 8.2.3, a. 395).

[75] Ulp. 62 ed. D. 43.2.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 108; *Lenel*, EP § 227; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1666 f.; *Riccobono* sen. jun., s. v. interdicta, NNDI VIII 794 (Nr. 1) sowie → § 64 Rn. 36 Fn. 132. Ausführlich zum *interdictum quorum bonorum* mit einer entwicklungsgeschichtlichen Darstellung *Ubbelohde*, Interdicte III (1891) 1–139.

[76] Ulp. 67 ed. D. 43.2.1.1.

[77] Paul 20 ed. D. 43.2.2.

[78] Ulp. 67 ed. D. 43.2.1.1.

[79] Dazu *Domisch*, Besitzübergang (2015) 185–189.

[80] Dazu *Kaser*, St. Biscardi II 236 f. Eingehend mit weiterführender Lit. *Domisch*, Besitzübergang (2015) 176–185 und 204.

[81] *Dénoyez*, St. Arangio-Ruiz II 296 f.

Im Falle der Verweigerung der Einlassung auf eine *hereditatis petitio* war ansonsten insbesondere das *interdictum quam hereditatem* (*a quo hereditas petetur, si rem nolit defendere*) einschlägig.[82] **22**

Quam hereditatem ille vindicare vult quem possides dolove malo fecisti quo minus possideres eoque nomine tibi satisdatam est aut per te stat quo minus satisdetur si hereditatem nolis defendere eum illi restituas.[83]

Du sollst jenem die Erbschaft herausgeben, welche er vindizieren will und die du besitzt, oder hinsichtlich derer du bösgläubigerweise den Besitz aufgegeben hast, und für welche dir Sicherheit geleistet worden ist, oder hinsichtlich derer es an dir lag, dass dafür keine Sicherheit geleistet worden ist, sofern du die Erbschaft nicht verteidigen möchtest.

Das Interdikt wurde beantragt, um die Einlassung auf die petitorische Klage indirekt zu erzwingen: Die Wirksamkeit dieses ‚Zwangsmittels' ergibt sich insbesondere daraus, dass der im Nachverfahren unterliegende widerspenstige Antragsgegner in die Summe verurteilt wurde, auf welche auch bei Unterliegen im Rahmen der *hereditatis petitio* verurteilt worden wäre. Dazu → § 64 Rn. 12.

Gegen Eigenmacht von Seiten der Legatare wurde der *bonorum possessor*, welcher bereit ist, Sicherheit für die Erfüllung der letztwilligen Verfügung zu leisten, vor allem durch das *interdictum quod legatorum* geschützt.[84] **23**

Quod de his bonis, quorum possessio ex edicto meo illi data est, legatorum nomine non voluntate illius possides quodque dolo malo fecisti quo minus possideres, id si eo nomine satisdatum sit sive per illum non stat ut satisdetur illi restituas.[85]

Du sollst das herausgeben, was du von dem Nachlass, in dessen Besitz jener aufgrund meines Edikts eingewiesen worden ist, aus dem Titel eines Legats gegen seinen Willen besitzt oder du bösgläubigerweise den Besitz aufgegeben hast, wenn er dafür Sicherheit geleistet hat oder es nicht an ihm gelegen ist, dass keine Sicherheit geleistet wurde.

Der in den Nachlass Eingewiesene wehrt sich gegen einen Legatar, der sich einen Erbschaftsgegenstand eigenmächtig verschafft hat.[86] Der *bonorum possessor* (bzw. ggf. sein Rechtsnachfolger[87]) soll im Streit um Nachlassgegenstände die günstigere Position

[82] *Domisch*, Besitzübergang (2015) 203.

[83] Für die Rekonstruktion des Wortlauts idS siehe → § 64 Rn. 12 Fn. 50. *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1659 hatte darauf verwiesen, dass das Formular zwar unbekannt sei, die Vergleichbarkeit mit dem *interdictum quem fundum* (dazu unten → Rn. 35) aber naheliege; es sei lediglich an Stelle von *fundus* von *hereditas* die Rede gewesen. Ibid. zur Bedeutung des Ulp. Frg. Inst. Vindob. 4. Vgl. auch *Riccobono* sen. jun., s. v. interdicta, NNDI VIII 794 (Nr. 3).

[84] Dazu *Babusiaux*, Erbrecht (2015) 257 f. Zur Entwicklung dieses Interdikts *Ubbelohde*, Interdicte III (1891) 140–190.

[85] Ulp. 67 ed. D. 43.3.1.2. Siehe *Mantovani*, Formule Nr.109; *Lenel*, EP 453 f.; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1661 f. (Nr. 46).

[86] Zu den Schwierigkeiten, welche sich daraus ergeben können, dass unklar ist, auf welchen Grund der eigenmächtig Besitz Ergreifende sich stützt, siehe *Bürge*, SZ 112 (1995) 9–12.

[87] Ulp. 67 ad ed., D. 43.3.1.3. Vgl. Auch Diocl./Max. C. 8.3.1.1 (a. 293).

des Besitzers einnehmen können.[88] Vermutlich war der zivile Erbe nur dann aktivlegitimiert, sofern er vom Prätor in den Nachlassbesitz eingewiesen worden, also zugleich auch *bonorum possessor* war. Wie das *interdictum quorum bonorum* ist auch das *interdictum quod legatorum* für die erstmalige Besitzerlangung einschlägig, nicht aber für eine Wiederbeschaffung nach Verlust des bereits erlangten Besitzes; es ist also ebenfalls ein *interdictum adipiscendae possessionis.*[89] Geht der einmal erworbene Besitz nachträglich verloren, so ist der Erbe bzw. Nachlassbesitzer auf die allgemeinen Besitzinterdikte verwiesen. Ein *interdictum utile* wurde gewährt, wenn das Legat einen *usus-fructus* zum Gegenstand hatte (welcher dem Besitz nicht zugänglich ist).[90] Für weitere Abgrenzungsfragen siehe → § 100 Rn. 44.

24 Wird umgekehrt ein Legatar vom Erben (bzw. *bonorum possessor*) daran gehindert, am Legatsgegenstand Besitz zu ergreifen obwohl er vom Prätor bereits dazu ermächtigt worden ist, nachdem der Erbe sich geweigert hatte, die *cautio legatorum servandorum causa* für ein bedingt oder befristet ausgesetztes Legat zu leisten, so kann auch er mit einem Interdikt vorgehen: dem *interdictum ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit.*[91] Eine parallele Sicherung wurde nach diesem Vorbild auch für Fideikommisse geschaffen.[92] Das Formular des *interdictum ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* ist ebensowenig erhalten wie das des *interdictum ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit* oder des *interdictum ne vis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus erit,*[93] weswegen die genaue Abfassung im Dunkeln bleibt und lediglich Rückschlüsse von den übrigen Interdikten zur Durchsetzung einer prätorischen Besitzeinweisung gezogen werden können. Ein Unterschied zwischen dem Interdikt zum Schutz des Legatars und den anderen beiden eben genannten Interdikten besteht darin, dass nur ersteres unbefristet, die übrigen jedoch einjährig sind und auch nur das erste passiv vererblich ist; alle drei sind jedoch aktiv vererblich.[94] Eine Verurteilung erfolgt auf das Besitzinteresse.[95] Ba-

[88] Ulp. 67 ad ed., D. 43.3.1.2.

[89] Dazu auch *Riccobono* sen. jun., s. v. interdicta, NNDI VIII 794 (Nr. 2).

[90] Ulp. 67 ad ed., D. 43.3.1.8 und Frg. Vat. 90, dazu *Betancourt*, Hom. Valls Taberner XVIII 5293–5348 (inbes. zur Passivlegitimation) – dazu *Filip-Fröschl*, SZ 112 (1995) 698 f. –; *Betancourt*, El libro anónimo (1997) 525. Vgl. *Mantovani*, Formule 86 Fn. 398 und auch bereits *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 13 f.

[91] Dazu *Ubbelohde*, Interdicte III (1891) 191–234.

[92] Ulp. 68 ed. D. 43.4.3 pr.

[93] Siehe *Gröschler*, Actiones (2002) 100 zur Annahme, dass es „für sämtliche Fälle der *missio in possessionem* ein einheitliches Interdikt ‚*ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*'" gab; auch der Titel D. 43.4 trägt diesen Titel. *De Iuliis*, Pignus conventum (2017) 250 spricht ebenfalls von einem einheitlichen Interdikt *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, von welchem es aber spezielle Versionen (unter anderem die ‚speciale versione *ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit*'") gegeben habe. Für weitere Nachweise siehe *Gröschler* ibid. Fn. 281 sowie *De Iuliis* ibid. Fn 261–263. Dazu, dass es Schwierigkeiten bereitet, zwischen den verschieden Arten der *missio* zu unterscheiden, weil in diesem Bereich mit justinianischen Interpolationen zu rechnen ist, siehe *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 155 mit Fn. 68.

[94] D. 43.4.1.8. Zum Anwendungsbereich der daneben bestehenden *actiones in factum* siehe

busiaux ging rezent davon aus, dass es sich beim *interdictum ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* um ein sowohl prohibitorisches als auch restitutorisches Interdikt gehandelt habe;[96] für das *interdictum ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit* spricht Ulpian diesen Umstand ausdrücklich aus.[97] Je nach Funktion wäre es daher mit unterschiedlichen Formeln denkbar und ggf. den *interdicta mixtae* (dazu oben → Rn. 13) zuzuordnen: Der Legatar könnte die Besitzerlangung etwa in Form eines den sonstigen zur Durchsetzung von prätorischen Besitzeinweisungen ähnlichen restitutorischen Interdikts verlangt haben;[98] andererseits wurde mittels prohibitorischen Interdikts möglicherweise Gewaltausübung gegen ihn untersagt, wenn er den Besitz erlaubtermaßen selbst faktisch ergreifen wollte. Im Falle der ‚*missio Antoniniana*'[99] wurde das Interdikt analog gewährt.

Die *bonorum possessio ventris nomine* (behandelt inbesondere in D. 37.9; dazu → § 57 Rn. 147–152) ist zeitlich befristet und steht in ihren Rechtsfolgen der *missio in possessionem* nahe. Das Interdikt zu ihrem Schutz – das *interdictum ne vis fiat ei quae ventris nomine in possessionem missa erit* – steht aufgrund der zeitlichen Befristung dem *interdictum possessorium* näher als dem *interdictum quorum bonorum*, in dessen Rahmen ein auf Dauer angelegter Besitzstand geschützt wird. Wie erwähnt weist Ulpian ausdrücklich darauf hin, dass das Interdikt prohibitorisch und restitutorisch sei.[100] Die Konstruktion lässt sich wie beim *interdictum ne vis fiat ei qui legatorum servandorum causa in possessionem missus erit* als restitutorisches *interdictum adipiscendae possessionis* einer- **25**

Gröschler, Actiones (2002) 99–105; ibid. 102 unter kritischer Auseinandersetzung mit der Lehre von *Betancourt*.

[95] Ulp. 72 ed. D. 43.4.1.5.

[96] *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 155–156. Für Nachweise und Literatur siehe ibid. Fn. 71. Nach *Lenel*, EP § 228 war dieses Interdikt hingegen „ohne Zweifel prohibitorisch gefasst".

[97] Ulp. 68 ed. D. 43.4.3.2. Dazu sogleich → Rn. 25.

[98] Siehe allerdings Ulp. 72 ed. D. 43.4.3, wonach nicht nur erstmalige Besitzerlangung, sondern auch Wiedererlangung verlorenen Besitzes mittels dieses Interdikts durchgesetzt werden könne; hierin weicht – Echtheit vorausgesetzt – dieses Interdikt von den *interdicta quod legatorum* und *quorum bonorum* ab.

[99] Die *missio Antoniniana* beruht vermutlich auf einem Reskript Caracallas; siehe dazu *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 163–166; ibid. auch zu den unterschiedlichen Deutungen (Ausweitung der *missio in rem* auf das Vermögen des Erben oder Ausweitung der außerordentlichen Form der Vollstreckung auf Legate) mwN. Ihrer Neudeutung entsprechend betrifft das Reskript vor allem eine Ergänzung der Einzelvollstreckung im Hinblick auf die Früchte. Siehe dazu auch *Palazzolo*, Potere (1974) 144–161 und insbes. *Betancourt*, AHDE 53 (1982) 373–510, 416–419 und 445–480.

[100] Ulp. 68 ed. D. 43.4.3.2. Gegen die Deutung, dass es neben der prohibitorischen Fassung auch eine restitutorische gegeben habe (Ulpian spiele lediglich darauf an, dass das prohibitorische Interdikt auch restitutorisch wirken könne), haben sich bspw. *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 68 f. und *Ubbelohde*, Interdicte III (1891) 214 ausgesprochen. Angesichts der von *Liebs*, Index 1 (1970) 147 f. aufgezeigten Schutzlücke geht schließlich jedoch auch *Gröschler*, Actiones (2002) 101 Fn. 282 von der Existenz beider Varianten aus. Siehe auch *De Iuliis*, Pignus conventum (2017) 249 f. zum betreffenden Text im Zusammenhang mit ihrer Deutung der *interdicta mixta*.

und prohibitorisches Interdikt zum Schutz vor Gewalt bei der Besitzergreifung andererseits vorstellen (*interdictum mixtum*, → Rn. 13), wenngleich Belege dazu fehlen.[101]

26 Das *interdictum ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus erit* steht dann zur Verfügung, wenn bei drohendem Schaden eine *cautio damni infecti* nicht geleistet wurde und der Prätor daher in den Besitz eingewiesen hat.[102] Wurde die *cautio* geleistet oder zwar angeboten, aber die Annahme widerrechtlich verweigert, so kann der Eingewiesene dieses Interdikt hingegen nicht erfolgreich beantragen.[103]

27 Wie dem in den Erbschaftsbesitz Eingewiesenen, so steht auch dem Vermögenskäufer ein Interdikt zum Schutz seines Besitzes zur Verfügung (Gai. Inst. 4.145: *Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant*). Zunächst musste der Vermögenskäufer – gleich einem *bonorum possessor* – durch den Prätor in den Besitz eingewiesen worden sein.[104] Das *interdictum possessorium* steht dem *bonorum emptor* sodann als Mittel zur erstmaligen Besitzerlangung (es wird von Gaius zu den *interdicta adipiscendae possessionis* gezählt) neben den zwei – je nachdem, ob es sich um das Vermögen eines Lebenden oder eines Verstorbenen handelte[105] – Klagen (zu diesen → § 14 Rn. 15) zur Verfügung. Der Hauptunterschied zwischen der Einweisung in den Nachlassbesitz als *bonorum possessor* und der Einweisung in ein als *bonorum emptor* erworbenes Gesamtvermögen liegt darin, dass die *bonorum possessio* auf Dauer zugewiesen wird, während bei der *missio in bona* eine zeitliche Befristung vorgesehen ist und nur vorläufige Verwaltungshandlungen vorgesehen sind; siehe dazu → § 57 Rn. 24.

28 Das *interdictum sectorium* wird vom *bonorum sector* (dh dem Käufer eines vom Staat veräußerten Vermögens, welches nicht nur weiterveräußert, sondern bei der Weiterveräußerung auch zerstückelt werden musste[106]) zu dem Zweck beantragt, erstmals Besitz zu erwerben; auch hier handelt es sich also wieder um ein *interdictum adipiscendae possessionis*.[107] Außer einer Erwähnung in Gai. 4.146 (*Item ei qui publica bona emerit, eiusdem condicionis* [*i.e. adipiscendae possessionis*] *interdictum proponitur, quod appellatur sectorium* …) sind zu diesem Interdikt keine weiteren Hinweise erhalten.

---

[101] *Lenel*, EP § 231.

[102] Ulp. 69 ed. D. 43.4.4 pr.: *Per interdictum etiam ei subvenit praetor, qui damni infecti ab eo in possessionem missus est, ne ei vis fiat.*

[103] Ulp. 69 ed. D. 43.4.4.1. Siehe *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1657 (Nr. 40.c). Vgl. auch *Lenel*, EP § 246.

[104] Vgl. *Domisch*, Besitzübergang (2015) 197. Siehe dazu auch *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 51 f.

[105] Zur Möglichkeit, dass die Erteilung der *bonorum possessio* und die *missio in possessionem* alternativ zur Verfügung gestanden sein könnten vgl. *Quadrato*, BIDR 77 (1974) 84 f.; vor allem im Zusammenhang mit dem *edictum Carbonianum*. Zum *Carbonianum* und seinem Zusammenhang mit den drei Typen der *bonorum possessio* siehe auch *Segnalini*, Index 36 (2008) 127–158.

[106] Zum Verfahren bei der *bonorum sectio* siehe *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung (2003) 21.

[107] *Lenel*, EP § 234; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1669 f. (Nr. 50).

Heilige (ggf. auch durch Bestattung dem Privatrechtsverkehr entzogene oder geweihte[108]) Orte werden durch der Allgemeinheit offenstehende Interdikte geschützt. Antragsberechtigt ist *quivis ex populo*.[109] Befohlen wird dem Bauführer im Rahmen des *interdictum de locis sacris* (*religiosis sanctis*): **29**

Quod in loco sacro (religiosove) factum habes, restituas.[110]

Du sollst rückgängig machen, was du auf einem geweihten (oder durch Bestattung dem Privatrechtsverkehr entzogenen) Ort errichtet hast.

Siehe dazu → § 38 Rn. 6. Für das entsprechende prohibitorische Interdikt siehe unten → Rn. 51.

Auf die Beseitigung von auf öffentlichen Wegen[111] aufgeführten Bauwerken oder sonstigen Anlagen, welche einen solchen Weg verschlechtern und dadurch dessen Gebrauch beeinträchtigen bzw. auf die Rückgängigmachung von durch Immissionen[112] bewirkten Beeinträchtigungen ist das *interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat* (*quod in itinere publico factum erit, ut restituatur*) gerichtet. **30**

[108] Zur Diskussion um die Frage, ob neben dem *locus sacer* auch der *locus religiosus* und allenfalls auch der *locus sanctus* geschützt wurde, siehe *Lenel*, EP § 235; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1655 f. Im neueren Schrifttum geht etwa *Spina*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico (2016) 353 Fn. 77 davon aus, dass ein exklusiv für *res sacrae* zuständiges Interdikt nachträglich auf *res religiosae* erstreckt wurde; siehe auch *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 32–34, die annimmt, dass zwar der *locus religiosus* ebenfalls interdiktal geschützt wurde, nicht aber *res sanctae*. *Busacca*, SDHI 43 (1977) 281 f. schließt jedenfalls das prohibitorische Interdikt für *res religiosae* aus; *Casavola*, Actiones populares (1958) 69 meint hingegen, das *interdictum ne quid in loco religioso* sei überhaupt das erste Mittel zum Schutz des *locus religiosus* gewesen. Zur Gruppe der *res divini iuris*, welche *res sacrae*, *religiosae* und *sanctae* umfasst, siehe → § 38 Rn. 2.

[109] Ulp. 52 ed. D. 39.1.3.4. Wie bei den *actiones* (dazu Paul. 1 ed. D. 47.23.2) wird der Prätor unter mehreren Interessierten den Geeignetsten auswählen; der persönlich Interessierte geht jedoch vor. Vgl. D. 43.29.3.12 zum popularen *interdictum de homine libero exhibendo* (dazu auch unten → Rn. 46). Kommt es im Nachverfahren zu einer *condemnatio* (*pecuniaria*), so darf der Kläger das Erstrittene behalten und muss es nicht in die Staatskasse abführen. Dazu und zur Berechnung des klägerischen Interesses in solchen Fällen schon *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 44–49 (ibid. 48 zur Annahme des Betrages, welcher zur Beseitigung des ediktswidrigen Zustandes erforderlich wäre, zzgl. eines ggf. dem Kläger entstandenen Schadens); *Karlowa*, RRG II 1020; sowie *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 907 f.

[110] *Mantovani*, Formule Nr. 110; *Lenel*, EP § 235. Zum Titel *Ne quid in loco sacro religioso sancto fiat* siehe schon *Ubbelohde*, Interdicte IV (1893) 1–15.

[111] Zur *via* siehe → § 50 Rn. 9–11. Im Zusammenhang mit den Interdikten beschäftigt Ulpian sich mit der Terminologie der Wege und Straßen insbesondere in Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.21–23; dazu *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 162; *Pavese*, Iter actus (2013) 108–110.

[112] Zum Konzept der *immissio* im römischen Recht vgl. *Seyed-Mahdavi Ruiz*, Immissionen (2000) 13–48; (Zusammenfassung ibid. 142 f.); zu *facere* und *immittere* im gegebenen Zusammenhang *Schiavon*, Interdetti (2019) 244–254.

Quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas.[113]

Du sollst rückgängig machen, was du auf öffentlicher Straße oder auf öffentlichem Wege errichtet oder hineingeleitet hast, wodurch diese Straße oder dieser Weg verschlechtert wurde oder werden wird.

Es handelt sich auch hierbei wieder um ein unbefristetes Popularinterdikt.[114] Passivlegitimiert ist derjenige, welcher die betreffende Anlage innehat, selbst wenn er nicht ihr Urheber gewesen sein sollte.[115] Die Restitution kann sich auf Entfernung des Errichteten bzw. Beendigung/Aufhebung/Rückgängimachung der sonstigen Einwirkung richten, mitunter aber auch darauf, dass etwas Weggeschafftes wieder herbeigeschafft wird oder – sofern der Besitzer nicht auch Urheber der Störung war – auf bloße Duldung der Wiederherstellung des vorigen Zustandes.[116] Restitutorisch geschützt ist – im Gegensatz zum prohibitorischen Interdiktenschutz – nur der öffentliche Weg, nicht aber andere *loca publica*. Für das entsprechende prohibitorische Interdikt siehe unten → Rn. 54.

31 Für öffentliche Wege, die nicht über Land sondern über Wasser führen,[117] besteht ein eigener Interdiktenschutz. Der Prätor sicherte den Gemeingebrauch von Gewässern[118] für die Schifffahrt,[119] indem er verschiedene Interdikte[120] zu dessen Schutz versprach. Das *interdictum ne quid in flumine publico ripave eius facias* zielt auf die Rücknahme nachteiliger Veränderungen an öffentlichen Flüssen oder ihren Ufern ab.

---

[113] D. 43.8.2.35. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 111; *Lenel*, EP § 237; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1654 (Nr. 35.c). Zum Titel *De locis et itineribus publicis* vgl. schon *Ubbelohde*, Interdicte IV (1893) 16–212; zum *interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat* ibid. 213–283.

[114] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.44. Dazu *Scevola*, Utilitas publica II (2012) 96–103.

[115] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.38. Dazu *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1654 f. Vgl. auch *Ponte Arrébola*, Vías (2007) 200–202. Hat er den Besitz arglistig aufgegeben, so wird das Interdikt gegen ihn dennoch gewährt (Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.42). Nach D. 43.8.2.39 wird ein analoges Interdikt gegen den Urheber gewährt, der sein Werk *pro derelicto* verlassen hat.

[116] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.43.

[117] Vgl. die Wendung in Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.14: *iterque navigii*. Siehe zum interditkalen Schutz von Straßen und Wasserwegen zuletzt den Überblick bei *Rainer*, in: Ronin/Möller, Straßen und Wasserleitungen (2019) 47–54.

[118] Zur Definition von *flumen* und *ripa* in juristischen Quellen siehe zuletzt *Angelosanto*, BIDR 113 (2019) 196–198 mit der neueren Lit. Vgl. auch *Zoz de Biasio*, Res Publicae (1999) 92–95, 100 f. (zum *flumen*) und 106–108 (zur *ripa*) sowie 124–127 (zu *flumen* und *ripa*). Umfassend zum Thema des Interdiktenschutzes von öffentlichen Flüssen *Fiorentini*, Fiumi (2003) 159–275.

[119] Siehe dazu *Tomás*, RIDA 48 (2001) 362; ibid. 364–366 besonders zur Bedeutung der Schifffahrt für die Hispania sowie die Entwicklung des Rechtsschutzes im Rahmen der *Lex Visigothorum* (8.4.29; dazu ibid. 367–370) und dem arabischen *Ibn Abdun.*, Norm 60, aus Sevilla (ibid. 370–372). Umfassend zum Thema des Interdiktenschutzes der Meeresschifffahrt *Fiorentini*, Fiumi (2003) 277–379.

[120] *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1634 (Nr. 5) bespricht alle einschlägigen Interdikte „unter der Gesamtrubrik *de fluminis publicis*“, deren Existenz allerdings – wie er auch selbst eingesteht – nicht belegt ist.

Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, restituas.[121]

Du sollst das rückgängig machen, was du in einem öffentlichen Fluss oder an einem Ufer errichtet oder was du in diesen Fluss oder auf dieses Ufer hineingeleitet hast, wodurch ein Anlegeplatz oder Wasserweg für die Schifffahrt (jetzt) verschlechtert ist oder (zukünftig) werden wird.

Der Schutz durch dieses Interdikt ist nicht generell daran geknüpft, dass die nachteilige Handlung auf eine öffentliche Sache bezogen ist: Zwar wird das *flumen* schon im Interdiktswortlaut als *publicum* qualifiziert, nicht aber die *ripa*.[122] Auch hinsichtlich anderer Sachen wird auf die Qualifikation der *res* als *publica* stets ausdrücklich hingewiesen: So bspw. bei den *viae* bzw. *itinera* im Fall des prohibitorischen *interdictum in via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto* (dazu unten → Rn. 55). Des weiteren spricht Ulpian in seinem Ediktskommentar von *qui … ripas possidet* (Ulp. 68 ad ed. D. 43.12.1.6[123]). In der restitutorischen Fassung befiehlt der Magistrat also die Entfernung dessen, was zur Verschlechterung der Bedingungen der Schifffahrt auf einem (öffentlichen) Gewässer oder hinsichtlich dessen (ggf. auch privaten) Ufers geführt hat, so etwa Arbeiten, die zu einem Absinken des Wasserpegels[124] oder auch zur Verschlechterung von Schiffsanlegestellen führen.[125] Voraussetzung ist, dass es sich prinzipiell um ein schiffbares Gewässer handelt; für nicht schiffbare Gewässer wurde der Schutz analog gewährt.[126] Passiv legitimiert ist derjenige, der die Anlage innehat, auch wenn er sie nicht errichtet hat.[127] Eine nichtediktale Einrede gegen dieses Interdikt belegt Ulp. 68 ad ed., D. 43.13.1.6: Eingewendet werden kann, dass die Anlage errichtet wurde, um das Ufer zu befestigen.[128] Für das entsprechende prohibitorische Interdikt[129] bei erst drohenden, aber noch nicht vollzogenen Störungen siehe unten → Rn. 59.

---

[121] Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.19. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 112; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1635 (Nr. 5b).

[122] Was unter ‚*flumen*' zu verstehen ist, wird in Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.1–4 und 8–10 sowie Paul. 16 ad Sab. D. 43.12.3 pr. eingehend erörtert. Zur *ripa* siehe Ulp. 68 ed. D. 43.12.1.5 und Paul. 16 ad Sab. D. 43.12.3.1.

[123] Dazu *Di Porto*, Res in usu publico (2013) 31; *Buzzacchi*, in: Hermon/Watelet-Cherton, Riparia (2014) 258; *Angelosanto*, BIDR 113 (2019) 198.

[124] Ulp. 68 ad ed., D. 43.12.1.15.

[125] Zur Def. von *statio* siehe Ulp. 68 ad ed., D. 43.12.1.13.

[126] Ulp. 68 ad ed., D. 43.12.1.12; dazu *Fiorentini*, Fiumi (2003) 222–230 sowie bereits *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 19.

[127] Ulp. 68 ad ed., D. 43.12.1.22.

[128] *Wesener*, St. Labruna VIII 5921 f.

[129] Ulpian weist ausdrücklich darauf hin, dass das Interdikt zum Schutz des Wassers „*prohibitorium et interdum restitutorium est*" (Ulp. 70 ad ed. D. 43.20.1.1) obwohl zwei gesonderte Formeln – eine prohibitorische und eine restitutorische, nicht aber eine ‚gemischte' – überliefert sind. *Lenel*, EP 480 hält diese Passage für interpoliert; zur Bedeutung dieser Formulierung für die Theorie der *interdicta mixta* siehe jedoch *De Iuliis*, Pegno conventum (2017) 251. Vgl. bereits oben → Rn. 13.

32 Wird ein Wasserlauf durch die Errichtung von Anlagen gegenüber dem Vorjahr verändert, wodurch sich etwa das Flussbett verlagert oder der Fluss austrocknet, so kann auch hier die Entfernung mittels Interdikts aufgetragen werden.

Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes, si ob id aliter aqua fluit atque uti priore aestate fluxit, restituas.[130]

Du sollst das rückgängig machen, was du in einem öffentlichen Fluss oder an einem Ufer errichtet oder was du in diesen Fluss oder auf dieses Ufer hineingeleitet hast, wodurch das Wasser anders fließt als es im vorigen Sommer geflossen ist.

Auch nicht schiffbare Gewässer werden durch das *interdictum quod in flumine publico ripave eius factum erit, si ob id aliter aqua fluit atque uti priore aestate fluxit, ut restituatur* gegen derartige Anlagen geschützt.[131] Im Falle solcher Gewässer steht dem Antragsgegner jedoch die Einrede offen, dass er durch den bisherigen Flusslauf erheblichen Schaden erleiden würde.[132] Zum entsprechenden prohibitorischen Interdikt bei erst drohenden nachteiligen Arbeiten siehe unten → Rn. 60.

33 Unter der Rubrik *unde vi* waren im Edikt mehrere Interdikte proponiert. Sie sind Besitzinterdikte und auf die Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes gerichtet, also *interdicta recuperandae possessionis.*

Wer aus dem Besitz einer unbeweglichen[133] Sache gewaltsam vertrieben wurde, hat das *interdictum unde vi* (*non armata*).[134]

Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit cum ille possideret quod nec vi nec clam nec precario a te possideret eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.[135]

Du sollst jenen wieder dorthin und in das einsetzen, was er damals dort hatte, von wo du jenen in diesem Jahr gewaltsam vertrieben hast, oder dein Gesinde ihn vertrieben hat, wenn jener weder gewaltsam noch heimlich noch in Bittleihe von dir besessen hat.

Vorausgesetzt ist die unmittelbare Gewaltanwendung gegen die Person des Antragstellers (*vis atrox*[136] bzw. *vis corporalis*[137]). Was genau als *vi deiectio* zu gelten hat, war

---

[130] Ulp. 68 ed. D. 43.13.1.11. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 113; *Lenel*, EP § 242; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1636 (Nr. 5.c); *Fiorentini*, Fiumi (2003) 187–206; *Ubbelohde*, Interdicte IV (1893) 514–531.

[131] Dazu *Abelenda*, SDHI 78 (2012) 333; *Zoz de Biasio*, Res Publicae (1999) 113 f., 154–156.

[132] Ulp. 68 ed. D. 43.13.1.6.

[133] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.3,6–8.

[134] Zum berühmten Rechtsstreit zwischen Caecina und Aebutius um ein von Caesennia nachgelassenes Grundstück und das in diesem Zusammenhang von Caecina beantragte *interdictum unde vi* siehe Cic. Caecin. 77–79; dazu *Platschek*, Symp. Pieler (2009) 127–136; *Lehne-Gstreinthaler*, Iurisperiti et oratores (2019) 158 f. (mwN).

[135] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1 pr.; Cic. Pro Tull. 19,44; Gai. 4.154. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 114; *Lenel*, EP § 245–1; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1677–1680 (Nr. 54a); RP I 399. *Nicosia*, Possesso (2008) 170 möchte in dieser Formel den *procurator* ergänzen und schlägt ‚*Unde tu illum vi deiecisti aut familia aut procurator tuus deiecit*' vor. Siehe zu dieser Frage eingehend *Paperi*, SDHI 63 (1997) 401–475.

[136] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.3. Zur *vis atrox* bei Ulpian – wenn auch hinsichtlich *omnis vis* wohl zu

unter den Klassikern lebhaft umstritten; insbesondere hinsichtlich Flucht und Furcht,[138] namentlich in Abgrenzung zur *actio quod metus causa*.[139] Siehe dazu → § 106 Rn. 30. Gewaltanwender ist entweder der Antragsgegner selbst oder ein Angehöriger seiner *familia*,[140] worunter aber nur Sklaven zu verstehen sind, während das Interdikt im Falle eines gewaltsam vertreibenden Haussohn es gegen dessen *pater familias* analog gewährt wird;[141] es sei denn, es ist aus der gewaltsamen Vertreibung etwas an den Hausvater gelangt, dann haftet er darauf unmittelbar selbst.[142] Der Antragsteller muss vor dem Gewaltakt des Antragsgegners selbst fehlerfrei gegenüber dem Antragsgegner besessen haben;[143] Gewalt dürfe – so zitiert Ulpian Cassius – mit Gewalt abgewendet werden (*vim vi repellere licet*[144]). Der Besitz muss allerdings keine *possessio civilis* sein; auch die *naturalis possessio* ist geschützt.[145] Die Entwicklung, welche dieses Interdikt durchlaufen hat und welche durch einen Vergleich zwischen den Digestentexten und der Überlieferung bei Cicero offenbar wird, hängt mit der Entwicklung des Besitzbegriffs zusammen; dazu → § 40 Rn. 44. Die Wiedereinsetzungspflicht inkludiert die Verschaffung der Vermögenslage, welche der Antragsteller hätte, wenn er nicht gewaltsam vertrieben worden wäre.[146] Eine Verurteilung erfolgt in Höhe des Besitzinteresses,[147] wobei auch bewegliche Sachen, welche sich auf dem Grundstück befunden hat-

---

sehr von Interpolationen ausgehend – *Niedermeyer*, St. Riccobono I 220 f.,223,239.

[137] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.29; Paul. sent. 5.6.4.

[138] Siehe etwa Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.29 (Flucht aus Angst vor einem großen Haufen) und Ulp. 69 ed. D. 43.16.3.7 (Flucht aus Angst vor bewaffneter Gewalt). Siehe aber auch Ulp. 11 ed. D. 43.16.5 zu einer mit Gewalt erzwungenen Übergabe, welche nicht als gewaltsame Vertreibung gewertet wird und daher nicht zum Interdikt berechtigt; hingegen die Bsp. bei Pompon. 6 ex Plaut. D. 43.16.11 dazu, dass auch derjenige den Gebrauch durch den Besitzer gewaltsam verhindert, der die Ausübung des Besitzes dadurch verhindert, dass er auf dem Grund sät, pflanzt, pflügt oder baut.

[139] Zu Gemeinsamkeiten der *interdicta unde vi* und *quod vi aut clam* sowie *actio quod metus causa* siehe auch *Gaulhofer*, Metus (2019) 194.

[140] Zu der damit in Zusammenhang stehenden Kasuistik siehe Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.11–21.

[141] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.20.

[142] Ulp. 69 ed. D. 43.16.16.

[143] Diese ‚*exceptio vitii*' schafft Justinian ab: Inst. 4.15.6. Eine Verknüpfung mit dem Streit um das Eigentum brachten Valentinian II, Theodosius I und Arcadius (Cod. Theod. 4.22.3 = C. 8.4.7, a. 389).

[144] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.27. Vgl. auch Iul. 48 dig. D. 43.16.17 sowie Diocl./Max. C. 8.4.1 (a. 290), 4 (a. 294).

[145] Zur Qualifikation des Besitzes und dessen Ausübung Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.9 f.; 22–26; 46 f. Für Kasuistik zur Aktivlegitimation siehe auch Marcell. 19 dig. D. 43.19.12 und Papin. 26 quaest. D. 43.16.18 pr. (beteiligt sind Pächter, Verpächter und Käufer). Zu D. 43.16.18 pr. und der Frage „could the *interdictum unde vi* be brought by a tenant?" siehe *Brandsma*, Subseciva Groningana 9 (2014) 319–326; zum Text insbes. auch *Sklenár*, RIDA 41 (1994) 379–389 unter vergleichender Heranziehung von Marcell. 19 dig. D. 43.16.12 pr.; Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.2 sowie der Basilikenscholien. Siehe auch *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 193 (ohne Diskussion zum Interdikt, aber mwN).

[146] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.31–38 und 41.

[147] Paul 17 ed. D. 43.16.6; Paul. 65 ed. D. 43.16.9 pr.; Paul. 13 ad Sab. D. 43.16.15.

ten, umfasst sind.[148] Das Interdikt kann innerhalb eines Jahres[149] gegen den Gewaltanwender (selbst wenn dieser nicht Besitzer sein sollte)[150] angestrengt werden und ist aktiv vererblich.[151] Passiv vererblich ist dieses Interdikt jedoch wegen seines pönalen Charakters[152] nicht. Nach Ablauf des Jahres steht nur noch eine (nicht pönale) *actio in factum* zur Verfügung; ebenso gegen Rechtsnachfolger des Gewalttäters auf das, was an sie gelangt ist (oder aufgrund ihres eigenen *dolus* nicht an sie gelangt ist),[153] wobei diesbezüglich die Jahresfrist entfällt.[154]

Hat sich der gewaltsame Vertreiber des Besitzers einer unbeweglichen Sache bei der *deiectio* bewaffneter Gewalt[155] bedient, so wird das für den Antragsteller günstigere *interdictum unde vi armata* gewährt.[156]

Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.[157]

Du sollst jenen wieder dorthin und in das einsetzen, was er damals dort hatte, von wo du jenen mit bewaffneter Gewalt vertrieben hast oder dein Gesinde ihn vertrieben hat.

Im Unterschied zum *interdictum unde vi non armata* entfällt hier einerseits die Jahresfrist[158] und andererseits die *exceptio vitiosae possessionis*. Eine Einrede hat der Antragsgegner nur, wenn ihn der Antragsteller zuvor umgekehrt selbst *vi armata* aus dem Besitz verdrängt hatte.[159]

34 Im Zusammenhang mit dem *interdictum unde vi* entwickelt, späterhin jedoch als eigenständiges Interdikt erfasst wurde der vorläufige Schutz des Usufruktuars durch ein *interdictum si uti frui prohibitus esse dicetur* in dem Fall, dass ihm der Nießbrauch an einer unbeweglichen Sache gewaltsam entzogen wurde.[160]

---

[148] Iul.-Tryphon. 15 dig. D. 43.16.19.

[149] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.39,40.

[150] Paul. 24 ed. D. 43.16.7; Paul. 13 ad Sab. D. 43.16.15.

[151] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.44.

[152] Zur Pönalität trotz der restitutorischen Zwecke vgl. *Kaser*, Restituere (1968) 200 f.

[153] Dazu auch Diocl./Max. C. 8.4.2 (a. 293).

[154] Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.48; Paul. 65 ed. D. 43.16.2.

[155] Zur Kasuistik, was unter Vertreibung mit bewaffneter Gewalt zu verstehen ist, siehe Ulp. 69 ed. D. 43.16.3.3–12.

[156] Siehe aber auch die 76 v. Chr. von M. Lucullus eingeführte Strafklage bei Schädigungen durch einen bewaffneten Haufen (belegt bei Cic. Tull. 3,7–5 und 11 sowie 13,31). Zur *lex Iulia de vi armata*, welche außergerichtliche Selbsthilfe untersagte, siehe Mod. 2 de poen. D. 48.7.8; Inst. 4.15.6. Mark Aurel erließ ein Dekret, wonach der Täter etwaig bestehende Ansprüche verlor: Call. 5 de cogn. D. 4.2.13 (= D. 48.7.7).

[157] Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 115; *Lenel*, EP § 245–2; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1680 f. (Nr. 54b).

[158] Ulp. 69 ed. D. 43.16.3 pr.

[159] Cic. ad fam. 7,13,2; Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.27; D. 43.16.3.9.

[160] Ulp. 69 ed. D. 43.16.3.13–18.

Quo fundo in hoc anno tu illum uti frui prohibuisti aut familia tua prohibuit, cum ille nec vi nec clam nec precario a te uteretur fruetur, eo restituas.[161]

Du sollst jenen wieder in den Nießbrauch des Grundstücks einsetzen, von welchem du jenen in diesem Jahr abgehalten hast oder dein Gesinde abgehalten hat, wenn jener den Nießbrauch nicht gewaltsam, heimlich oder in Bittleihe dir gegenüber ausgeübt hat.

Der Nießbrauch musste wohl wie beim *interdictum unde vi non armata* im vergangenen Jahr zumindest ein Mal dem Antragsgegner gegenüber fehlerfrei faktisch ausgeübt worden sein und auch hier wird die *familia* des Antragsgegners einbezogen gewesen sein.

Will jemand ein Grundstück vindizieren und weigert sich der Besitzer (bzw. derje- **35**
nige, der den Besitz arglistig aufgegeben hat), sich auf die Klage einzulassen, so kann der Kläger das *interdictum quem fundum* (proponiert unter der Rubrik *a quo fundus petetur si rem nolit defendere*) beantragen, um die Herausgabe zu erzwingen.[162]

Quem fundum ille vindicare vult quem possides dolove malo fecisti quo minus possideres eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur si rem nolis defendere eum illi restituas.[163]

Du sollst das Grundstück herausgeben, welches jener von dir vindizieren will, welches du besitzt oder es bösgläubig herbeigeführt hast, dass du nicht mehr besitzt, wofür dir Sicherheit geleistet wurde oder es an dir lag, dass keine Sicherheit geleistet wurde, wenn du es nicht verteidigen möchtest.

Unterlässt der Antragsgegner die Herausgabe gemäß dem Interdikt, so wird er in dieselbe Summe verurteilt wie bei der *rei vindicatio*. Weiterführend dazu → § 59 Rn. 306–311.

Sollte es ein ediktales *interdictum quam servitutem* (*a quo servitus petetur sive ad eum* **36**
pertinere negabitur, si rem nolit defendere) tatsächlich gegeben haben,[164] so entsprach es vermutlich weitgehend dem *interdictum quem fundum*.[165] Ein solches Interdikt könnte aber auch ohne Formel im Album in Analogie zu *quem fundum* gewährt worden sein. Siehe dazu → § 61 Rn. 52 (mit Fn. 124).

---

[161] *Lenel*, EP § 245 (3); *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1681 f. (Nr. 54c). Siehe Ulp. 69 ed. D. 43.16.3.15–17; Frg. Vat. 90–91. Zu Frg. Vat. 90 siehe *Betancourt*, Hom. Valls Taberner XVIII 5293–5348 (unter Annahme eines Glossems in Frg. Vat. 90 hinsichtlich der *interdicta utilia* zum *interdictum uti possidetis* sowie *unde vi* gegen den Usufructuar); *Betancourt*, El libro anónimo (1997) 582–663 dazu Kritik von *Kaiser*, SZ 116 (1999) 363. Vgl. auch die Lit. bei → § 61 Rn. 29 Fn. 61.

[162] Zur Verwandtschaft mit dem *interdictum quam hereditatem* siehe *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1660 (Nr. 44); dazu bereits oben → Rn. 16.

[163] Frg. Vat. 92. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 116; *Lenel*, EP § 248.

[164] Dafür: *Boháček*, BIDR 46 (1939) 152–153 und *Bonfante*, Corso III 155; dagegen: *Solazzi*, RIDA 5 (1950) 465–475 und *Grosso*, Servitù (1969) 299–301; zweifelnd: *Kaser/Hackl*, RZ 276. Dazu *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1659 f. (Nr. 43).

[165] *Lenel*, EP 481 f. auf Grundlage von Paul. sent. 5.6.8c (= Paul. 5 sent. D. 43.20.7), Afr. 9 quaest. D. 39.1.15 und Scaev. 12 quaest. D. 39.2.45.

37 Ebenfalls dem *interdictum quem fundum* nachgebildet,[166] diente das *interdictum quem usumfructum* auf dieselbe Weise der Erzwingung der Einlassung auf die *vindicatio ususfructus*, wie das *interdictum quem fundum* hinsichtlich der *rei vindicatio*. Dazu → § 61 Rn. 27 (mit Fn. 58).

38 Der Prätor sorgte durch Interdiktenschutz auch dafür, dass die Kloaken in brauchbarem Zustand blieben.[167] Diese Interdikte hatten eine nicht zu unterschätzende Bedeutung, nachdem verschmutzte oder beschädigte Kloaken als Herd gefährlicher Krankheiten die öffentliche Gesundheit (*salubritas civitatium*[168]) und damit Sicherheit bedrohten.[169] Das restitutorische *interdictum quod in cloaca publica factum erit* zielt auf die Wiederherstellung des früheren Zustandes ab, wenn öffentliche[170] Kloaken durch nachteilige Einbauten oder Immissionen verschlechtert wurden oder zu werden drohen (das prohibitorische Interdikt zum Schutz von Kloaken hatte demgegenüber einen anderen Schutzgegenstand,[171] siehe unten → Rn. 74).

Quod in cloaca publica factum sive immissum habes, quo usus eius deterior sit fiat, restituas.[172]

Du sollst entfernen, was du in einer öffentlichen Kloake errichtet oder hineingeleitet hast, wodurch ihr Gebrauch (jetzt) schlechter ist oder (zukünftig) werden wird.

Irrelevant für den Schutz ist, ob es sich um offene Kanäle oder um geschlossene Rohre handelt.[173] Wurde die Kloake durch ein Bauwerk oder sonst in die Kloake Eingebrachtes in ihrer Funktion beeinträchtigt, so liegt es im öffentlichen Interesse, dass dieses wieder entfernt und der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt wird. Aus diesem Grunde wurde ein populares Interdikt gegen den Störer verheißen. Daneben behielt sich der Prätor aber auch vor, sonst gegen drohende Störungen einzuschreiten;[174] dies erfolgte allerdings vermutlich eher in Form prohibitorischer Interdikte. Auch der Bau neuer Kloaken wurde derart durch ein – wohl prohibitorisches – Interdikt geschützt.[175]

---

[166] Frg. Vat. 92; dazu *Betancourt*, De interdictis (1997) 680–710. Vgl. auch Ulp. Frg. Inst. Vindob. 4.

[167] Siehe dazu schon *Biscardi*, s. v. interdicta de cloacis, NNDI VIII 798 f.

[168] Ulp. 71 ed. D. 43.23.1.1. Zum Schutz der *salubritas* durch Interdikte in der Zeit vom 3. bis 1. Jh. v. Chr. siehe nur *Fasolino*, Scr. Melillo 337–351 (= TSDP 3 (2010) 1–31); zu *salubritas* und *interdictum quod vi aut clam* vgl. *Fargnoli*, Legittimazione (1998) 109–140. Siehe die Bibliographie zum Thema bei *Basile*, Usus (2012) 44 f. Fn. 91.

[169] Dazu *Zoz de Biasio*, Res Publicae (1999) 138 mit Fn. 443. Siehe aus der älteren Lit. insbes. *Schmidt*, ZgR 15 (1850) 51–89.

[170] Es gab wohl auch ein solches restitutorisches Interdikt zum Schutz privater Kloaken, doch ist dessen Wortlaut nicht überliefert. Vgl. dazu *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1633 (Nr. 4b).

[171] Siehe dazu *Fiorentini*, Index 46 (2018) 320 mit grundlegender Kritik an *Israelowich*, Patients (2015) in Fn. 2.

[172] Ulp. 71 ed. D. 43.23.1.15. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 117; *Lenel*, EP § 254.

[173] Vgl. die Definition von *cloaca* in Ulp. 71 ed. D. 43.23.1.4–6. Dazu *Fiorentini*, Index 46 (2018) 322 mwN.

[174] Ulp. 71 ed. D. 43.23.1.15 f.

[175] Ofilius, Trebatius, Labeo bei Venulei. 1 interdict. D. 43.23.2.

Demjenigen, welcher hinsichtlich einer unbeweglichen[176] Sache gewaltsam oder heimlich Änderungen vorgenommen hat, wodurch einem anderen Schaden zugefügt wurde, wird die Wiederherstellung des vorigen Zustandes mittels *interdictum quod vi aut clam* aufgetragen.[177] 39

Quod vi aut clam factum est qua de re agitur id, si non plus quam annus est cum experiundi potestas est, restituas.[178]

Du sollst in der Sache, um die es geht, das rückgängig machen, was gewaltsam oder heimlich bewirkt worden ist, wenn nicht mehr als ein Jahr vergangen ist, seit die Möglichkeit besteht, es nachzuweisen.

Ob die widerrechtliche Handlung auf eigenem oder auf fremdem Grund, auf *loca publica, sacra* oder *religiosa* vorgenommen wurde, ist ohne Belang.[179] Erfasst ist jede Form von Werk oder Handlung, welche ein Grunstück verändert hat, sofern nur der Boden in irgendeiner Form betroffen ist[180] und sich daraus nachweislich ein Nachteil für den Antragsteller ergibt; der Titel D. 43.24 liefert reiche Kasuistik dazu (davon hier einige Beispiele: Fällen von Bäumen oder Abroden von Weinstöcken[181] bzw. Ausreißen von Weinpfählen;[182] Graben eines Grabens in einem öffentlichen Wald; Entfernung von Dachziegeln[183] oder Abreißen einer Statue von einem Haus[184]). Eine *exceptio* wird gewährt, wenn der Antragsgegner zwar *vi aut clam* agiert hat, aber nur, um zu beseitigen, was der Antragsteller selbst zuvor *vi aut clam* bewirkt hatte.[185] Aktivlegitimiert ist neben einem etwaigen Eigentümer auch jeder sonst dinglich (Nutzungs-)/Berechtigte;[186] Besitz ist zur Passivlegitimation für dieses pönale Interdikt nicht notwen-

[176] Eigens weist Paul. 13 ad Sab. D. 43.24.20.4 darauf hin, dass bspw. Schiffe oder andere, noch so große bewegliche Sachen nicht erfasst sind. Vgl. zum Anwendungsbereich des *interdictum quod vi aut clam* insbes. *Capogrossi Colognesi*, Index 21 (1993) 231–280.

[177] Für eine umfangreiche Bibliographie siehe *Fargnoli*, Legittimazione (1998) 1 f. Fn. 1 sowie *Fargnoli*, FS Knütel 338 Fn. 33. Zu Ansätzen von Umweltschutz durch das *interdictum quod vi aut clam* siehe *Fargnoli*, Legittimazione (1998) 4, FS Knütel 337–340, in: Fargnoli/Rebenich, Vermächtnis der Römer (2012) 160–162, LR 2 (2013) 235–237 (Lit. zum Thema ibid. 228–230 Fn. 1–15 und 235 Fn. 28). Zur Bedeutung des *interdictum quod vi aut clam* im Baurecht *Rainer*, St. Talamanca VII 1–11; zur kontextualen Verortung des *interdictum quod vi aut clam* zwischen *lex Aquilia* und *interdictum demolitorium* siehe *Llanos Pitarch*, Restitución en la posesión (1995) 55; *Rampazzo*, Index 28 (2000) 513.

[178] D. 43.24.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 118; *Lenel*, EP § 256; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1662–1666 (Nr. 47); *Longo*, s. v. interdictum quod vi aut clam, NNDI VIII 808 f.

[179] Paul. 13 ad Sab. D. 43.24.20.5.

[180] Dazu *Fargnoli*, Legittimazione (1998) 20–28.

[181] Ulp. 71 ed. D. 43.24.7.5.

[182] Ulp. 71 ed. D. 43.24.11.3.

[183] Ulp. 71 ed. D. 43.24.7.10; Venulei. 2 interdict. D. 43.24.8; Ulp. 71 ed. D. 43.26.9 pr.

[184] Ulp. 71 ed. D. 43.24.9.2.

[185] *Quod non tu vi aut clam feceris*: Ulp. 71 ed. D. 43.24.7.3; Venulei. 2 interdict. D. 43.24.22.2.

[186] Zur Aktivlegitimation siehe Ulp. 71 ed. D. 43.24.11.14; Venulei. 2 interdict. D. 43.24.12; Ulp. 71 ed. D. 43.24.13 pr.–5; Paul. 67 ed. D. 43.24.16 pr.–1; D. 43.24.17; Ulp. 57 ed. D. 43.24.19. Für

dig.[187] Als *vis* gilt in diesem Zusammenhang alles, was gegen ausdrückliches Verbot des Antragstellers geschieht;[188] als *clam* eine Handlung, welche demjenigen, von welchem der Handelnde weiß, dass er ihre Rechtmäßigkeit bestreitet, nicht angezeigt wird.[189] Selbst wenn tatsächlich ein Recht zur betreffenden Handlung bestanden sein sollte, wird Interdiktenschutz bei ihrer gewaltsamen oder heimlichen Vornahme gewährt.[190] Gegen Rechtsnachfolger wird das Interdikt auf ein Jahr befristet erteilt.[191] Zu einer gewissen ‚Drittwirkung' des *interdictum quod vi aut clam* siehe → § 108 Rn. 13 mit Fn. 9.

40 Das *interdictum ex operis novi nuntiatione* wird auch als *interdictum de opere (novo) restituendo* oder – nicht quellenmäßig – als *interdictum demolitorium* im Zusammenhang mit der Rubrik *De operis novi nuntiatione* (D. 39.1) und damit außerhalb der *sedes materiae* des Interdiktenrechts diskutiert. Es dient der Beseitigung eines neu errichteten Bauwerks, gegen welches Einspruch erhoben worden war.

Quem in locum nuntiatum est ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset ut remitti deberet, factum est id restituas.[192]

Du sollst den vorigen Stand an dem Orte wiederherstellen, bezüglich dessen Einspruch gegen ein neues Bauwerk erhoben worden ist, worum es geht, so wie er war, bevor der Einspruch aufgehoben wurde, oder die Lage sich derart gestaltete, dass eine Aufhebung erfolgen musste.

Nach einer *operis novi nuntiatio* durfte mit dem betreffenden Bau nicht fortgefahren werden, bis der Einspruch aufgehoben oder Sicherheit geleistet wurde (und darum der Einspruch aufzuheben war). Erfolgten dennoch weitere Baumaßnahmen, obwohl beides (noch) nicht der Fall ist, so konnte der Nuntiant die Beseitigung begehren. Siehe

---

Kasuistik zur Aktivlegitimation im Fall des Verkaufs siehe Ulp. 71 ed. D. 43.24.11.8–13. *Fargnoli*, Legittimazione (1998) legt den Schwerpunkt ihrer Studien auf die Aktivlegitimation (inbes. ab S. 47).

[187] Paul. 67 ed. D. 43.24.16 pr. Zur Passivlegitimation siehe auch Ulp. 70 ed. D. 43.24.5.8–14; Ulp. 71 ed. D. 43.24.7 pr.–1; D. 43.24.11.6,7; D. 43.24.13.6,7; Ulp. 71 ed. D. 43.24.15 pr.–3; Paul. 67 ed. D. 43.24.6; D. 43.24.16.2; Iul. 68 dig. D. 43.24.14. Vgl. zur Passivlegitimation *Fargnoli*, Legittimazione (1998) 37–46.

[188] Ulp. 71 ed. D. 43.24.1.5. Vgl. Paul. 13 ad Sab. D. 43.24.20 pr.–2 zur *vis* in Form der Verhinderung, etwas zu tun. Zur Bedeutung von *vis* in diesem Zusammenhang vgl. *Fargnoli*, Legittimazione (1998) 8–13.

[189] Ulp. 71 ed. D. 43.24.3.7 f.; Venulei. 2 intercit. D. 43.24.4; Ulp. 70 ed. D. 43.24.5 pr.–7. Vgl. *Lehne-Gstreinthaler*, Iurisperiti et oratores (2019) 183 f. zu der Vermutung, das bei Venuleius überlieferte *responsum* des Servius könnte im Zusammenhang mit der Definition von *clam* bei Scaevola (D. 50.17.73.2) stehen. Zur Bedeutung von *clam* in diesem Zusammenhang vgl. weiters *Fargnoli*, Legittimazione (1998) 13–15. Ibid. 16–20 zur Bedeutung der Konjunktion *aut* zwischen *vi* und *clam*.

[190] Ulp. 71 ed. D. 43.24.1.2 f.

[191] Ulp. 71 ed. D. 43.24.15.3–6 (mit Kasuistik zur Fristberechnung). Für die Interesseberechnung siehe ibid. §§ 7–12.

[192] Ulp. 71 ed. D. 39.1.20 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 119; *Lenel*, EP § 257; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1646 (Nr. 19), 149 f. (Nr. 30 und 31) und 1676f (Nr. 52c).

dazu → § 62 Rn. 20, 23 und insbes. 26. Zum entsprechenden prohibitorischen Interdikt unten → Rn. 75.

Mittels *interdictum de precario* verlangt ein *precario dans* die Rückgabe des prekaristisch Überlassenen vom Prekaristen.[193] 41

Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.[194]

Du sollst das jenem zurückgeben, was du in Bittleihe von jenem hast oder bösgläubig aufgehört hast, das zu haben, worum es geht.

Wer etwas aufgrund einer Bittleihe überlässt, tut dies in der Absicht, es jederzeit herausverlangen zu können. Will er von seinem jederzeitigen Widerrufsrecht Gebrauch machen, so steht ihm dazu das *interdictum de precario* zur Verfügung. Dem Beklagten steht jedoch der Einwand offen, dass er Eigentümer sei;[195] daraus wird auch gefolgert, dass dieses Interdikt nicht zur Vorbereitung eines Eigentumsstreits dient.[196] Der Vorbereitung auf ein petitorisches Verfahren kann es aber etwa dienen, wenn ein Sicherungsgeber den Sicherungsgegenstand vom Gläubiger prekaristisch überlassen erhält: Dann kann der Gläubiger den Sicherungsgegenstand mittels *interdictum de precario* beschleunigt herausverlangen.[197] *Interdictum Salvianum* (dazu unten → Rn. 43) und *interdictum de migrando* werden wohl wegen der praktischen Bedeutung dieser Fallkonstellation im selben Codex-Titel (C. 8.8) behandelt.[198] Sollte der Geber sich zur Absicherung die Rückgabe hingegen stipuliert haben lassen, so fand das *interdictum de precario* keine Anwendung.[199] Weil prekaristischer Besitz häufig für eine längere Zeitspanne als nur ein Jahr eingeräumt werde, unterliegt der interdiktale Schutz nach Labeo bei Ulp. 71 ed. D. 43.26.8.7 keiner derartigen zeitlichen Beschränkung.

---

[193] Zum ‚gleichzeitigen Besitz beim *interdictum de precario*' und der Ansicht des Trebaz dazu siehe *Lehne-Gstreinthaler*, Iurisperiti et oratores (2019) 285 mwN in Fn. 1653.

[194] Ulp. 71 ed. D. 43.26.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 120; *Lenel*, EP § 258; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1646 (Nr. 20). Zur dokumentarischen Überlieferung siehe *Rodriguez Martín*, RIDA 45 (1998) 243–254.

[195] Ulp. 71 ed. D. 43.26.4.3. Vgl. zum Problemkreis des *precarium* an eigener Sache auch D. 43.26.6.4; dazu *Schanbacher*, SZ 123 (2006) 66 f.: Abgespalten werde die prekaristische Berechtigung vom Besitz, nicht vom Eigentum; im Ergebnis ähnlich *Harke*, Precarium (2016) 65 f. (zum „ambivalenten Besitzstatus" ibid. 86–94).

[196] *Siber*, Scr. Ferrini beatif. IV 107.

[197] *Siber* aaO. *Kunkel*, SZ 90 (1973) 159 war davon ausgegangen, dass hier lediglich die *fiducia*, nicht aber das *pignus* betroffen sein könne; Kritik an den damit verbundenen Interpolationsbehauptungen schon bei *Tondo*, Labeo 5 (1959) 179–182 und *Kaser*, Pfandrecht (1982) 169. *Braukmann*, Pignus (2008) 36–40 hat im Anschluss an *Behrends* in den Quellen angedeutete Kontroversen in einem Schulenstreit und der divergiereden Auffassung hinsichtlich eines ‚vorklassischen' bzw. ‚naturrechtlichen Nutzbesitz(es)' (ibid. 39) verortet.

[198] Zum Zusammenhang auch Flor. 8 inst. D. 13.7.35.1. Näheres zu dieser Funktion des *precarium* bei *Sirks*, FS Knütel 1141 f. Dazu auch unten bei → Fn. 202.

[199] Pomp. 29 Sab. D. 43.26.15.3. Zur Abgrenzung des *interdictum de precario* von der *actio praescriptis verbis* und *condictio incerti* siehe *Harke*, Precarium (2016) 43–46.

Das *precarium* ist außer als Grundlage des *interdictum de precario* im prätorischen Edikt als Tatbestand des fehlerhaften Besitzes mehrfach erwähnt (neben einem *vi* und *clam* erlangten Besitzstand), und zwar ebenfalls im Abschnitt über die Interdikte: Wie sich bei einzelnen Interdikten zeigt, ist in ihrem Formular mitunter ediktsmäßig eine *exceptio* eingeschaltet, aufgrund welcher im Falle des prekaristischen Besitzes – wie bei gewaltsamer oder heimlicher Erlangung einer Sache – ein Interdiktenschutz versagt wird (dazu schon einleitend oben → Rn. 7); dies ist der Fall beim schon besprochenen restitutorischen *interdictum unde vi non armata*, → Rn. 33 (sowie dem diesem nachgebildeten *interdictum si uti frui prohibitus esse dicetur*, → Rn. 34); und wird noch eine Rolle bei einer Reihe von unten darzustellenden prohibitorischen Interdikten spielen: beim *interdictum uti possidetis* → Rn. 63; dem *interdictum de superficiebus* → Rn. 65; dem *interdictum de itinere actuque privato utendo* → Rn. 66; dem *interdictum de itinere actuque privato reficiendo* → Rn. 67; den *interdicta de aqua cottidiana* und *aestiva* → Rn. 68 und → Rn. 69; dem *interdictum de rivis* → Rn. 71 und dem *interdictum de fonte utendo* → Rn. 72; sowie schließlich insbesondere auch beim *interdictum utrubi* → Rn. 80.

Als Ursprung dieser Form des relativ zwischen Geber und Nehmer betrachtet ‚fehlerhaften' Besitzes, der seinerseits Dritten gegenüber geschützt ist, wurde traditionell einerseits die Vergabe des *ager publicus* durch den römischen Staat an Bürger, andererseits aber auch die Vergabe von Privatgrund durch einen Patron an seine Klienten gesehen.[200] Aufgrund der Beobachtung, dass die klassischen Juristen dieses Rechtsinstitut vorrangig im Zusammenhang mit der Absicherung von Dienstbarkeiten[201] sowie zum Schutz von Kreditsicherheiten[202] zum Einsatz brachten, erblickte Harke darin jedoch jüngst weniger ein der (isolierten) Sachüberlassung an den Nehmer,[203] als vielmehr ein der Stärkung der Position des Gebers dienendes Instrument. Es sei zu dem

[200] So auf der Grundlage von Niebuhr und Savigny insbes. *Zamorani*, Precario habere (1969) und *Kaser*, SZ 89 (1972) 94–148. Siehe dazu unter Einbeziehung der Erkentnisse von Capogrossi Colognesi zur Vergabe des Staatsgrundes die Übersicht bei *Sirks*, FS Knütel, 1135–1140; ibid. 141 zu der These, das *precarium* habe seinen Ursprung im *ius gentium*. Zum Meinungsstand auch *Harke*, Precarium (2016) 8 mwN; weitere Lit. bei *Biavaschi*, Precarium (2006) 5–42,348 f.

[201] Vgl. Iul. 7 dig. D. 8.2.32 pr.; Pap. 7 quaest. D. 8.4.17; Ulp. 25 ed. D. 11.7.12 pr.; Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.6; Gai. 25 ed. prov. D. 43.26.3; Pomp. 29 Sab. D. 43.26.15.2.

[202] Dazu Ulp. 2 resp. D. 43.26.20; Cels. 25 dig. D. 43.26.12 pr.; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.20 f.; Ulp. 71 ed. D. 43.24.11.12; Alex. C. 4.54.3 (o.A.); Gai. 2.60; Iul. 13 dig. D. 44.7.16; Isid. Etym. 5,25,17; Ulp. 71 ed. D. 43.26.6.4; Macer 1 apell. D. 2.8.15 pr.; Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.5; Ulp. 30 ed. D. 13.7.22.3; Iul. 13 dig. D. 41.2.36; Iul. 44 dig. D. 13.7.29; Alex. C. 8.27.2 (a. 223); Cels. 7 dig. D. 43.26.11.

[203] *Harke*, Precarium (2016) 26–35 räumt Zweifel aus, welche durch Ulp. 17 Sab. D. 7.1.12.2; Pomp. 16 Sab. D. 19.2.4; Ulp. 69 ed. D. 41.2.10; Iav. 7 Cass. D. 41.2.21 pr.; Pomp. 32 Sab. D. 41.4.6; Iul. 44 dig. D. 41.3.33.6; Ulp. 71 ed. D. 43.26.6.2; Pomp. 29 Sab. D. 43.26.15.1; Venon. 4 act. D. 43.26.21; Diocl./Max. C. 8.9.2 (a. 293); Valent./Valens C. 7.39.2 (a. 365); Paul. sent. 5.6.10 und Interpr. Paul. sent. 5.7.8 erweckt werden könnten. Zum Vergleich mit *donatio* und *commodatum* siehe Ulp. 1 inst. D. 43.26.1; Ulp. Frag. Vindob.; Pomp. 29 Sab. D. 43.26.15 pr.; Valerian./Gallien. C. 7.10.4 (a. 260). Zur Abgrenzung von *precarium* und *commodatum* siehe → § 86 Rn. 3 mit Fn. 9.

Zweck geschaffen worden, „durch Vereinbarung die Wirkung zu erzeugen, die von einer gewaltsamen oder heimlichen Entwendung der Sache ausgeht“;[204] die in den Quellen mitunter begegnende Betonung der Freigiebigkeit des Gebers diene rein der formalen Rechtfertigung seines Rückforderungsrechts.[205] Das *interdictum de precario*, welches hier einen vereinfachten Zugriff ermöglichte, sei möglicherweise erst später geschaffen worden und auch die Aufnahme der Einrede des fehlerhaften Besitzes in die Interdiktsformeln sei nicht zwingend der Ursprung des Prekariums.[206]

Außerhalb des 43. Buches, im Titel D. 42.8 (*Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*),[207] ist weiters ein Interdikt belegt, welches sich gegen denjenigen richtet, welcher wissentlich mit jemandem Geschäfte abgeschlossen hat, der seinerseits bei drohender Zahlungsunfähigkeit in gläubigerschädigender Absicht agiert hat. Die geschädigten Gläubiger (welche dem Geschäft nicht zugestimmt haben[208]) können von ihm (nach hL nach Abschluss des Konkursverfahrens[209]) mittels pönalem *interdictum fraudatorium* die Herausgabe des auf diese Weise Erlangten verlangen. **42**

Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis quibus de agitur fecit: ea illis, quos eo nomine quo de agitur ex edicto meo in possessionem ire esseve oportet, si non plus quam annus est cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas.[210]

---

[204] *Harke*, Precarium (2016) 36. Mittels „Besitzvertrages“ (ibid. 37) – als Ergänzung zu anderen, schuldrechtlichen Vereinbarungen – habe sich der Prekarist auf eine Stufe mit Räubern und Dieben gestellt, um dadurch den Zugriff des Gebers zu erleichtern. Zum sich daraus ergebenden Spannungsfeld zwischen tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen Elementen siehe ibid. 53–75.

[205] *Harke*, Precarium (2016) 52. Siehe auch zusammenfassend ibid. 105.

[206] *Harke*, Precarium (2016) 37. Zust. *Heinemeyer*, SZ 135 (2018) 862.

[207] Außerhalb dieser *sedes materiae* ist es auch in Val. 3 fideic. D. 36.1.69.1.2, sowie in Pap. 11 resp. D. 46.3.96 pr. erwähnt.

[208] Ulp. 66 ed. D. 42.8.6.9.

[209] Anders *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung (2003) 36–56; dazu *Kroppenberg*, SZ 123 (2006) 436. Zu *interdictum fraudatorium* und *in integrum restitutio ob fraudem* siehe *Ankum*, Synt. Arangio-Ruiz II 779–785. Zur Problematik des Zusammenfließens der verschiedenen Rechtsmittel für die Gläubigeranfechtung, hier neben dem *interdictum fraudatorium* insbesondere auch der *in integrum restitutio ob fraudem* (daneben bestand auch die Möglichkeit der – nicht revokatorischen – *denegatio actionis ob fraudem*) in der *actio Pauliana* siehe bereits *Talamanca*, s. v. Azione revocatoria (diritto romano), in: ED IV 884. Zur Entwicklung der *actio Pauliana* im justinianischen Recht vgl. *Willems*, Pauliana (2012) 20–42 (insbes. ibid. 25 f. auch zum *interdictum fraudatorium*). *d'Ors*, Interdicto (1974) 201 kommt zwar zu dem Ergebnis, das *interdictum fraudatorium* sei das einzige Rechtsmittel in klassischer Zeit gewesen, doch hat daran bereits *Impallomeni*, Labeo 23 (1977) 90 die Kritik geübt, dass *d'Ors* sich bei seiner Analyse weit von den Quellen entferne. Siehe zum Thema weiters *Ankum*, Synt. Arangio-Ruiz II 779–785 und *Impallomeni*, Revoca (1958); Scr. 391–399; *Solazzi*, Revoca (1945). Siehe zur *in integrum restitutio ob fraudem* sowie zur *actio Pauliana* → § 14 Rn. 19 sowie § 110 Rn. 3, 10.

[210] Ulp. 73 ed. D. 42.8.10 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 121; *Lenel*, EP § 268.

Was Lucius Titius mit deinem Wissen in betrügerischer Absicht in Bezug auf das Vermögen gemacht hat, worum es geht, das sollst du jenen ersetzen, die aus diesem Titel, um den es geht, nach meinem Edikt Besitz erlangen oder erlangen müssten, wenn nicht mehr als ein Jahr vergangen ist, seit hinsichtlich dieser Sache, um die es geht, die Möglichkeit besteht, es nachzuweisen.

Die Veräußerung[211] muss *fraudandi causa* geschehen sein. Der Antragsgegner *tu* ist Vertragspartner des Schuldners Lucius Titius; *tu* hatte Kenntnis (*sciens*) von der Gläubigerschädigungsabsicht des Lucius Titius und von ihm verlangt der beantragende Gläubiger (*ille*) Restitution (an ihn selbst bzw. an die Gläubigergemeinschaft, sofern mehrere Gläubiger vorhanden sind). Seit das Interdikt erstmals beantragt werden konnte, darf nicht mehr als ein Jahr vergangen sein, widrigenfalls nur noch eine *actio in factum* gewährt wurde.[212] Im Einzelfall wurde auch gegen einen unwissenden Dritten, welcher Vorteil aus einem gläubigerschädigenden Geschäft gezogen hatte, ein *interdictum utile* gewährt.[213] Das anfechtbare Veräußerungsgeschäft muss nicht in einer unentgeltlichen Eigentumsübertragung von Vermögensgegenständen des Schuldners bestehen, sondern kann auch bspw. Schuldtilgung vor Fälligkeit;[214] Pfandbestellung;[215] Schuldenerlass oder absichtliches Unterliegen im Prozess wegen fraudulos schlechter Prozessführung sowie absichtliches Verjährenlassen[216] sein. Restituiert werden muss das Erlangte samt Früchten.[217]

43 Das *interdictum Salvianum* zur Sicherstellung des Pachtzinses ist auf die erstmalige Besitzerlangung durch den Verpächter an dem Pächter gehörenden, in das Pachtgrundstück eingebrachten Gegenständen gerichtet.[218] Hinsichtlich dieses Interdikts ist umstritten, ob es prohibitorisch oder restitutorisch gefasst war. Während der überwiegende Teil der Lehre[219] es prohibitorisch rekonstruiert (es werde dem Pächter verboten, den Verpächter an der Inbesitznahme zu hindern), gibt es auch einige Stimmen, welche für eine restitutorische Ausgestaltung eintreten;[220] zuletzt hat De Iuliis[221] überzeugend

---

[211] Nicht erfasst werden durch dieses Interdikt fraudulose Freilassungen; siehe dazu *Klinck*, Symp. Wieling 88.

[212] So Ulp. 73 ed. D. 42.8.10 pr. im Anschluss an die Wiedergabe der Formel.

[213] Ulp. 66 ed. D. 42.8.6.11 und 13; Venulei. 6 interdict. D. 42.8.25 pr.

[214] Ulp. 73 ed. D. 42.8.10.11.

[215] Ulp. 73 ed. D. 42.8.10.12.

[216] Ulp. 66 ed. D. 42.8.1.2. Zum *consilium fraudis* siehe *Centola*, SDHI 81 (2015) 361–373 (insbes. 368–373 zu Iulian. 49 dig. D. 42.8.17.1).

[217] Ulp. 73 ed. D. 42.8.10.19–21; Venulei. 6 interdict. D. 42.8.25.4–6. Für eine Exegese zu Lab.-Ven. 6 interdict. D. 42.8.25.6 sowie Ulp. 6 disp. D. 42.8.14 und die Ableitung daraus, dass es sich im klassischen Recht daher um ein reines Besitzinterdikt gehandelt habe, siehe *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung (2003) 37 f.

[218] Gai. 4.147; Inst. 4.15.3.

[219] *Karlowa*, RRG II 1281; *Lenel*, SZ 3 (1882) 180–190 (mit weitgehenden Interpolationsvermutungen); *Lenel*, EP § 266; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1668 unten (Nr. 49); *Burdese*, Iura 3 (1952) 257; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 142; *Kaser/Hackl*, RZ 417 Fn. 6; *La Rosa*, St. Sanfilippo VII 307.

[220] So seit *Huschke* insbes. *Daube*, RIDA 6 (1951) 26,46–61, der allerdings prohibitorische *interdicta adipiscendae* und *recuperandae possessionis* für das klassische Recht generell ablehnt; kritisch

im *interdictum Salvianum* ein *interdictum mixtum* erblickt, welches die eine, aber auch die andere Form annehmen könne. Es ist das letzte der im 43. Buch der Digesten angesprochenen Interdikte (D. 43.33), wobei aber von der Formel hier nichts wiedergegeben wird. Siehe weiterführend dazu → § 48 Rn. 10 sowie Rn. 14 f.

2. *Interdicta exhibitoria*

Der interdiktale Befehl auf Vorlegung (*per quae iubet exhiberi:* Inst. 4.15.1) erfolgt mit dem Befehl ‚*exhibeas*'. Zur Systematik siehe → § 65 Rn. 129–133. Nur eines der ohnehin nicht besonders zahlreich belegten *interdicta exhibitoria* bezieht sich auf die Vorlegung von Sachen; die übrigen betreffen eine Vorführung von Personen.[222] **44**

Wer die Vorlage des Testaments eines Verstorbenen[223] vor den Magistrat bewirken will, tut dies mit dem *interdictum de tabulis exhibendis*. Der Prätor befiehlt: **45**

Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas.[224]

Du sollst jenem die Urkunden vorlegen, von welchen behauptet wird, dass Lucius Titius sie zum Zwecke seines Testaments hinterlassen habe, wenn sie bei dir sind oder es durch deine Bösgläubigkeit bewirkt wurde, dass sie nicht mehr bei dir sind.

Antragsberechtigt zu diesem unbefristeten[225] exhibitorischen Interdikt ist jeder, der ein Interesse an der Einsicht in das Testament glaubhaft machen kann, um festzustellen, ob er darin in irgendeiner Form bedacht ist. Antragsgegner ist der Inhaber des Testaments bzw. derjenige, der die Innehabung arglistig aufgegeben hat; außerdem haftet derjenige, bei welchem das Testament hinterlegt wurde.[226] Analoge Rechtsbehelfe werden demjenigen gewährt, welcher in andere schriftliche letztwillige Verfügungen Einsicht nehmen möchte.[227] Eine Verurteilung erfolgt auf das Interesse.[228] Siehe weiterführend → § 65 Rn. 134–144 und → § 56 Rn. 85. Zur Verwendung der Urkunde *apud iudicem* → § 13 Rn. 55.

---

dazu *Burdese*, Iura 3 (1952) 256 (= Rec. I [2009] 20); *Hanard*, RIDA 41 (1994) 282.

[221] *De Iuliis*, Pignus conventum (2017) 238–255, insbesondere 253 f.

[222] Zu dieser Beobachtung siehe schon *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 201.

[223] In Testamente von Lebenden kann keine Einsicht begehrt werden: Ulp. 68 ed. D. 43.5.1.10. Er selbst klagt mit der *actio ad exhibendum*: dazu → § 65 Rn. 137, 143.

[224] Ulp. 68 ed. D. 43.5.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 122; *Lenel*, EP § 232; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1648 (Nr. 26); *Riccobono* sen. jun., s. v. interdicta, NNDI VIII 794 (Nr. 6) sowie *Biscardi*, s. v. interdictum de tabulis exhibendis, NNDI VIII 804–807. Vgl. auch schon *Ubbelohde*, Interdicte III (1891) 235–277.

[225] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.16. Zur Frist, welche zur Auslieferung (nicht) zu setzen ist, siehe Venulei. 4 interdict. D. 43.29.4.2.

[226] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.2,3 und 6.

[227] Ulp. 68 ed. D. 43.5.1 pr. als weitere Rechtsschutzverheißung im Anschluss an die Interdiktsformel.

[228] Ulp. 68 ed. D. 43.5.3.11–15.

46 Bei widerrechtlichem[229] und bösgläubigem[230] Festhalten eines Freien wird mittels des *interdictum de homine libero exhibendo* die Vorführung[231] befohlen.

Quem liberum dolo malo retines exhibeas.[232]

Du sollst den Freien vorführen, den du bösgläubig festhältst.

Es handelt sich um ein unbefristetes[233] Popularinterdikt[234] *tuendae libertatis causa.*[235] Siehe dazu → § 65 Rn. 134–144.

47 Ein Patron, der von seinem Freigelassenen *opaerae libertorum* einfordern möchte, hat zu diesem Zweck ein besonderes Interdikt auf Vorführung des Freigelassenen: Das *interdictum de liberto exhibendo*. Es dient „dem Zweck, dem Patron die *operarum indictio* zu ermöglichen".[236] Erwähnt wird es bei Gai. 4.162 (*… exhibitorium interdictum redditur, veluti ut … exhibeatur libertus, cui patronus operas vellet*); darüber hinaus ist seine Existenz durch Paul. 63 ed. D. 43.1.2.1 sowie Inst. 4.15.1 belegt, ohne dass hier oder dort Teile der Formel wörtlich zitiert würden.[237]

48 Für die Durchsetzung einer strittigen *patria potestas* werden in den Digesten im Zusammenhang mit der *rei vindicatio* Abgrenzungsfragen hinsichtlich mehrerer Rechtsmittel diskutiert.[238] Als Möglichkeiten neben einem *praeiudicium*, prätorischer Voruntersuchung, bzw. der Aufnahme des familiären Rechtsverhältnisses in die Klagsformel der Vindikation, finden sich auch zwei Interdikte: einerseits das *interdictum de liberis exhibendis* auf zwangsweise Vorführung des Hauskindes *in iure* und andererseits das sich daran anschließende *interdictum de liberis ducendis* auf ungestörte Wegführung des Hauskindes (dazu unten → Rn. 78). Der Prätor spricht im Rahmen des *interdictum de liberis exhibendis* auf Antrag desjenigen, der die *patria potestas* über ein Hauskind behauptet, welches sich bei einem Dritten befindet, letzterem gegenüber aus:

---

[229] Erlaubt ist das Festhalten von Freien, welche in der *potestas* des Festhaltenden stehen (Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.2) oder wenn derjenige, der den Freien festhält, diesen von Feinden losgekauft hat (Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.3).

[230] Zweifelsregeln dazu in Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.4–7; siehe auch Venulei. 4 interdict. D. 43.29.4 pr.–1.

[231] Zur Def. von *exhibere* in diesem Zusammenhang siehe Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.8. Vgl. dazu → § 65 Rn. 147. Dazu, dass es juristisch möglich war, „dass ein freier Mann durch die condemnatio pecuniaria zumindest bis zur Klärung der Streitfrage Besitz eines anderen ist", siehe *Indra*, Status quaestio (2011) 87 unter Berufung auf *Marrone*, Scr. Guarino VI 2953.

[232] Ulp. 71 ed. D. 43.29.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 123; *Lenel*, EP § 261; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1638 (Nr. 8).

[233] Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.15.

[234] Zur Aktivlegitimation siehe Ulp. 71 ed. D. 43.29.3.9–13.

[235] Ulp. 71 ed. D. 43.29.1.1. Zur Konkurrenz mit der *actio legis Fabiae* siehe Ulp. 71 ed. D. 43.29.3 pr. Zur Rezeption siehe *Dicenta Moreno*, ACIA X 183–190.

[236] *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 262.

[237] Siehe *Lenel*, EP § 263; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1643 (Nr. 13).

[238] Siehe insbes. Ulp. 16 ad ed., D. 6.1.1.2. Dazu *Hackl*, SZ 90 (1973) 141–143. Zur Formel *Kaser*, PR I (1971) 342.

Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas.[239]

Du sollst den oder die vorführen, der oder die unter der *potestas* des Lucius Titius steht, wenn er oder sie bei dir ist oder es durch deine Bösgläubigkeit bewirkt wurde, dass er oder sie nicht mehr bei dir ist.

Wer einen Gewaltunterworfenen *dolo malo* festhält, ist passiv legitimiert. Aktiv legitimiert ist der Gewalthaber des Festgehaltenen. Einreden werden etwa der Mutter gewährt, wenn das Interdikt vom Vater ihres Kindes gegen sie angestrengt wird, der Verbleib bei der Mutter aber dem Kindeswohl entspricht; dem Ehemann, wenn der *pater familias* die Ehefrau aus der harmonischen Ehe lösen will; oder für den Fall, dass bereits in einem *praeiudicium* festgestellt wurde, dass keine *patria potestas* besteht.[240] Näheres dazu bei → § 65 Rn. 154–158.

Unter Diokletian wird auch dem Ehemann ein entsprechendes *interdictum de uxore exhibendo* für den Fall gewährt, dass ihm seine Ehefrau vorenthalten wird.[241] **49**

3. *Interdicta prohibitoria*

Mittels *interdicta prohibitoria* ordnet der Prätor insbesondere das Unterlassen bestimmter Verhaltensweisen an:[242] *Quibus vetat aliquid fieri* (Inst. 4.15.1). Im Gegensatz zu den redhibitorischen und exhibitorischen Interdikten bezieht sich ein prohibitorisches Interdikt nicht auf eine in der Vergangenheit liegende Handlung, welche ausgeglichen werden soll, sondern auf ein in der Zukunft liegendes Verhalten, welches untersagt wird (selbst wenn sich dieses im Einzelfall auf ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten beziehen mag).[243] Die Verhaltensanordnung erfolgt meist mit den Worten *vim fieri veto* oder *ne* … + Konj. Praesens (zB *facias, immittas* etc.; aber auch bspw. *facere immittere veto* kommt vor) mit den Bedeutungsschattierungen, dass die erste Formulierung (mit Erwähnung von *vis*) typischerweise die Verhinderung der Ausübung eines Rechts verbietet, zweitere der Verhinderung einer Handlung, welche der Antragsgegner auszuführen im Begriff ist, dient.[244] Entweder ist das Verbot an den *reus* allein (*simplex*) oder – seltener – an *reus* und *actor* (*duplex*) gerichtet (dazu bereits oben → Rn. 16). **50**

---

[239] D. 43.30.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 124; *Lenel*, EP § 262; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1641 f. (Nr. 12a). Dazu auch *Torrent*, Index 36 (2008) 425–460; *Masi*, s. v. interdictum de liberis ducendis (exhibendis), NNDI VIII 801 f.; *Rabello*, Ess. Daube (1974) 270–276.

[240] Ulp. 71 ad ed., D. 43.1.3–5; Paul sent. 5.6.15. Dazu *Wesener*, St. Labruna VIII 5923 f.

[241] Herm. 6 iuris epit. D. 43.30.2; Diocl./Max. C. 5.4.11 (o.A.; vermutl. aufgrund der Abfolge der Fragmente innerhalb dieses Titels nach 241, aber vor 285).

[242] *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 49: „Unterlassungsgebote".

[243] *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1688; *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 910.

[244] *Riccobono* sen. jun., s. v. interdicta, NNDI VIII 793; *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 905; sowie insbes. *Labruna*, Vim fieri veto (1971) 39 f.

51 Vom restitutorischen Interdikt zur Beseitigung von Anlagen, welche auf einem heiligen Ort aufgeführt wurden, war bereits oben → Rn. 29 die Rede. Das entsprechende prohibitorische *interdictum de locis sacris* (*religiosis sanctis*)[245] bzw. *ne quid in loco sacro* (*religioso sancto*) *fiat* wendet sich schon gegen den Beginn derartiger Arbeiten, oder immerhin gegen in Ausführung befindliche.

In loco sacro (religiosove) facere inve eum immittere quid veto.[246]

Ich verbiete, auf einem heiligen (oder durch Bestattung dem Privatrechtsverkehr entzogenen, oder einem geweihten) Orte etwas zu errichten oder etwas in ihn hineinzuleiten.

Verboten ist nicht die Verschönerung des heiligen Ortes, aber seine Entstellung oder die Verursachung von Unbequemlichkeit.[247] Explizit wird von Hermogenian in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass Mauern und Tore sowie „andere geweihte Orte" ebenfalls erfasst sind.[248] Siehe dazu auch → § 38 Rn. 8 sowie → § 62 Rn. 19.

52 Im Zusammenhang mit dem *locus religiosus* ist auch das *interdictum de mortuo inferendo* von Interesse, welches in den Digesten außerhalb des 43. Buches beim Grabrecht[249] im Titel *De mortuo inferendo et sepulchro aedificando* (D. 11.8) seinen Platz gefunden hat.[250]

Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est, quo minus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepelire liceat, vim fieri veto.[251]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener nicht dort einen Toten beisetzen und begraben kann, wo jener das Recht hat, auch gegen deinen Willen beizusetzen.

Aktivlegitimiert ist in erster Linie der Grundstückseigentümer, welcher auf seinem Grund eine Bestattung vornehmen möchte, daran aber gehindert wird;[252] darüber hinaus aber auch sonst jeder, der ein Recht zur Bestattung an einem bestimmten Ort

---

[245] Siehe bereits oben → Rn. 29.

[246] Ulp. 68 ed. D. 43.6.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 125; *Lenel*, EP § 235; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1655 f. (Nr. 36).

[247] Ulp. 68 ed. D. 43.6.1.2: *…non ad hoc pertinet, quod ornamenti causa fit, sed quod deformitatis vel incommode.*

[248] Hermogen. 3 iur. epit. D. 43.6.2: *In muris itemque portis et aliis sanctis locis aliquid facere, ex quo damnum aut incommodum irrogetur, non permittitur.*

[249] In D. 11.7. (*De religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere liceat*) werden zunächst das Bestattungsrecht und damit in Zusammenhang stehende Rechtsfragen dargestellt; daran schließt sich die Darstellung des interdiktalen Rechtsschutzes an, welcher aber auch bspw. in Ulp. 25 ed. D. 11.7.8.5 und Gai. 19 ed. prov. D. 11.7.9 bereits Erwähnung findet. Ulpian kommentiert das Interdikt hingegen in seinem dem Interdiktenrecht gewidmeten Buch 68 des Ediktskommentars.

[250] *Padovan*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico (2016) 148. Zur *actio in factum* in derartigen Fällen siehe *Gröschler*, Actiones (2002) 139–141.

[251] Ulp. 68 ed. D. 11.8.1. pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 126; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1646 (Nr. 18).

[252] Ulp. 68 ed. D. 11.8.1.2.

hat.[253] Passivlegitimiert ist derjenige, welcher eine Störung unternimmt, sofern er nicht zur Störung berechtigt ist. Die untersagte *vis* bezieht sich auf ein ‚Abhalten'; dieses kann in einer Störung der Bestattung am Begräbnisplatz selbst bestehen, oder aber im Versperren des Weges dorthin.[254] Siehe dazu → § 38 Rn. 6.

Eine ähnliche Funktion wie das *interdictum de mortuo inferendo* erfüllte auch das im selben Digestentitel behandelte *interdictum de sepulcro aedificando*. Verboten wird die Gewaltausübung durch einen Nichtberechtigten gegen die Errichtung eines Grabmals durch einen dazu Berechtigten.[255] **53**

Quo illi ius est invito te mortuum inferre, quo minus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto.[256]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener nicht dort ohne Bösgläubigkeit ein Grabmal errichten kann, wo jener das Recht hat, einen Toten auch gegen deinen Willen beizusetzen.

Das Interdikt dient dem Schutz des Totenkults.[257] Nicht nur die Errichtung eines neuen Grabmals ist hierdurch geschützt, sondern auch die Restaurierung eines alten.[258] Die Gewaltausübung kann auch bspw. im Umstoßen eines bereits aufgestellten Grabmals bestehen.[259] Näheres dazu bei → § 38 Rn. 6.

Droht der Gebrauch eines öffentlichen Ortes[260] gestört zu werden, so gewährt der Prätor das *interdictum ne quid in loco publico fiat.*[261] **54**

Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est.[262]

Du sollst nicht etwas auf öffentlichem Orte errichten, oder in diesen öffentlichen Ort hineinleiten, wodurch er beschädigt wird, außer es ist dir gesetzlich, durch Senatsbeschluss, Edikt oder kaiserliches Dekret gestattet worden.

Ist ein Dritter im Begriff, eigenmächtig und ohne besondere Ermächtigung[263] ein Bauwerk oder etwas Vergleichbares auf öffentlichem Grund aufzuführen, so kann derjenige, welcher dadurch einen Nachteil[264] erleiden würde – etwa weil ihm der Zugang zu

[253] Ulp. 68 ed. D. 11.8.1.1 (erster Satz).
[254] Ulp. 68 ed. D. 11.8.1.1 (zweiter Satz).
[255] *Padovan*, in: Garofalo, Beni di interesse pubblico (2016) 148.
[256] Ulp. 68 ed. D. 11.8.1.5. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 127; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1647 (Nr. 24).
[257] Ulp. 68 ed. D. 11.8.1.6.
[258] Ulp. 68 ed. D. 11.8.1.9.
[259] Ulp. 68 ed. D. 11.8.1.10.
[260] Zur Diskussion, was darunter zu verstehen sei, siehe Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.3–5.
[261] Dazu *Scevola*, Utilitas publica II (2012) 75–88; *Schiavon*, Interdetti (2019) 228.
[262] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 128; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1653 f. (Nr. 35a). Zuletzt dazu *Schiavon*, Interdetti (2019) 145–226.
[263] Ohne entsprechende Genehmigung; dazu *Fiorentini*, Fiumi (2003) 301 f.; *Labruna*, Vim fieri veto (1971) 42.
[264] Zum drohenden Schaden siehe Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.10; dazu *Scevola*, Utilitas publica II (2012) 82–84; *Alburquerque*, Publicis locis (2002) 96; *Fiorentini*, Fiumi (2003) 303.

seinem Grundstück dadurch erschwert oder er in seiner Aussicht beeinträchtigt würde[265] –, die Durchführung verhindern, indem er das Interdikt *ne quid in loco publico fiat* erwirkt; ist der Bau einmal vollendet, so hilft es ihm hingegen nicht mehr. Geschützt ist das Privatinteresse des Antragstellers: er droht einen Vorteil (*commodum*) zu verlieren, welchen er aus dem öffentlichen Grund bislang zieht.[266] *Interdicta utilia* sind belegt für den Fall, dass eine auf einem öffentlichen Ort errichtete Anlage zur Beschattung eines privaten Grundstücks führt,[267] sowie im Hinblick auf das Meer.[268]

55 Das *interdictum ne quid in itinere publico fiat*[269] ist hingegen für den Fall einschlägig, dass eine öffentliche Straße oder ein öffentlicher Weg durch ein Bauwerk oder eine sonstige Einwirkung verschlechtert zu werden droht (gleich oder in der Zukunft). Ist ein Dritter im Begriff, eine solche eigenmächtig herbeizuführen, so gewährt der Prätor den interdiktalen Schutz.

In via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto.[270]

Ich verbiete, auf einer öffentlichen Straße oder auf einem öffentlichen Weg etwas zu errichten oder etwas hineinzuleiten, wodurch diese Straße oder dieser Weg (sofort) schlechter wird oder (zukünftig) werden wird.

Der Schutzbereich erfasst nur die *via rustica*, nicht aber *urbica*, nachdem die Sorge um letztere Aufgabe der Magistrate ist.[271] Die Benützung der *via publica* muss für Fußgänger oder Fuhrwerke erschwert oder verhindert zu werden drohen,[272] was sich entweder unmittelbar aus den Arbeiten, oder zukünftig durch eine errichtete Anlage oä ergeben kann.[273] Bspw. das Ableiten einer Kloake auf einen öffentlichen Weg wurde als Immission gewertet;[274] ebenso das Ziehen eines Grabens auf eigenem Grund, sodass Wasser auf die öffentliche Straße abrinnt;[275] strittig hingegen war das Bauen auf eigenem Grun-

[265] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.12.

[266] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.11. Zur Störung des öffentlichen Gebrauchs, und der hier gewährten Antragsberechtigung für *quivis ex populo* siehe Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.2; dazu *Scevola*, Utilitas publica II (2012) 77–85 (inbes. 82 f. mit Fn. 10).

[267] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.6: *Ne quid … qua ex re luminibus Gaii Seii officias.*

[268] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.8, dazu *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 86; *Fiorentini*, Fiumi (2003) 328–343. Vgl. *Mantovani*, Formule 90 Fn. 444; *Ankum*, Index 26 (1998) 364 insbes. zur Abgrenzung von der *actio iniuriarum* und Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.9; dazu auch *Fiorentini*, Index 24 (1996) 169 f.; *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 150; *Schiavon*, Interdetti (2019) 177–186.

[269] Zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche des *interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat* und des *interdictum uti possidetis* siehe *Díaz-Bautista Cremades*, RGDR 19 (2012) 10–14 und 14–19.

[270] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.20. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 129; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1654 (Nr. 35b). Dazu auch *Ponte Arrébola*, Vías (2007) 191–199; *Schiavon*, Interdetti (2019) 228.

[271] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.24, dazu *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 181; *Schiavon*, Interdetti (2019) 232–238.

[272] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.32: bspw. durch Verursachung von Unebenheiten; Aufweichen; Verengung. Dazu *Schiavon*, Interdetti (2019) 255–258.

[273] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.31 unter Hinweis auf ‚*sit fiat*'.

[274] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.26.

[275] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.27.

de, welches zu Folge hatte, dass sich Wasser unmittelbar auf dem öffentlichen Weg gesammelt hat.[276] Auch Gestank kann zu diesem Interdikt berechtigen.[277] Das unbefristete Popularinterdikt[278] richtet sich gegen den Bauführer bzw. Immittierenden. Für das entsprechende restitutorische Interdikt gegen den Besitzer siehe oben → Rn. 30.

56 Gegen die Hinderung an der Nutzung von (ländlichen oder städtischen) öffentlichen Wegen oder Straßen richtet sich das *interdictum ut via publica itinereve publico ire agere liceat.*

Quo minus illi via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri veto.[279]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener nicht auf öffentlicher Straße oder öffentlichem Weg gehen oder fahren kann.

Im Gegensatz zum popularen *interdictum ne quid in itinere publico fiat* ist zum *interdictum ut via publica itinereve publico ire agere liceat* nur der unmittelbar Betroffene aktivlegitimiert (siehe das ‚*illi*' in der Formel).

57 Der Pächter eines *locus publicus* kann, wenn er in der Ausübung seiner Rechte aus dem Pachtvertrag gestört wird, das *interdictum de loco publico fruendo* beantragen.[280] Der Prätor verbietet daraufhin dem Störer die Ausübung von Gewalt gegen die Nutzung des Pächters.

Quo minus loco publico, quem is cui locandi ius fuerit fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto.[281]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit es an dem öffentlichen Ort, den dieser, der das Recht zu Verpachten hat, irgendwem zur Fruchtziehung verpachtet hat, dem, der gepachtet hat, oder dessen Gesellschafter, nicht möglich ist, gemäß der Pachtvereinbarung Früchte zu ziehen.

Durch dieses Interdikt sollen auch die staatlichen Einnahmen gesichert werden, welche durch den Pächter in Form von Zinszahlungen für die Nutzung von Staatsgrund gespeist werden.[282] Der *socius* wird in der Formel erwähnt, weil sich für die Pacht größerer Staatsdomänen üblicherweise mehrere Pächter zusammenschlossen.[283] Beantragen sowohl der Pächter als auch der Gesellschafter das Interdikt, so wird es zugunsten des

[276] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.28 mit weiterer Kasuistik.
[277] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.29.
[278] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.34.
[279] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.45. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 130; *Lenel*, EP § 238; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1655 (Nr. 35d). Dazu auch *Ponte Arrébola*, Vías (2007) 202–204; *Schiavon*, Interdetti (2019) 272–286.
[280] Siehe dazu *Santini*, De loco publico fruendo (2016); *Capogrossi Colognesi*, Index 45 (2017) 370–378. Ausführlich schon *Ubbelohde*, Interdicte IV (1893) 284–309.
[281] Ulp. 68 ed. D. 43.9.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 131; *Lenel*, EP § 239; zuletzt behandelt bei *Griese*, Land (2019) 253 mwN in Fn. 1049.
[282] Ulp. 68 ed. D. 43.9.1.1. Dazu *Klingenberg*, TR 72 (2004) 45.
[283] *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1643 (Nr. 16); vgl. dazu *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 199.

Pächters gewährt, der hier Vorrang genießt.[284] Die Formel nimmt ausdrücklich auf den Vertrag als Grundlage Bezug, der damit auch die Grenzen des Rechtsschutzes bestimmt.[285] Geschützt wird auch ein *conductor*, dessen Pachtgegenstand die Meeresfischerei ist.[286]

58 Wer eine öffentliche Straße oder einen öffentlichen Weg wiederherstellen oder ausbessern möchte und daran gehindert oder dabei gestört wird, kann – sofern er den Gebrauch der Straße bzw. des Weges durch seine Arbeiten nicht auf andere Weise erschwert – das *interdictum de via publica et itinere publico reficiendo* beantragen.

Quo minus illi viam publicam iterve publicum aperire reficere liceat, dum ne ea via idve iter deterius fiat, vim fieri veto.[287]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener eine öffentliche Straße oder einen öffentlichen Weg nicht wiederherstellen oder ausbessern kann, solange diese Straße oder dieser Weg nicht verschlechtert werden wird.

Das unbefristete populare[288] Interdikt schützt Handlungen, durch welche der vorige Zustand der öffentlichen Straße oder des öffentlichen Weges wiederhergestellt werden soll. Zur Ausbesserung zählt dabei insbesondere die Reinigung und damit die Beseitigung von etwas, das auf der Straße bzw. dem Weg liegt.[289] Nicht geschützt ist hingegen derjenige, welcher Straße oder Weg verlängert oder verbreitert, erhöht oder vertieft, pflastert oder mit Kies bestreut.[290]

59 Auch beim prohibitorischen Schutz gibt es wie bei den restitutorischen Interdikten nicht nur einen Schutz der Nutzung öffentlicher Landwege, sondern auch öffentlicher Wasserstraßen.[291] Wie beim entsprechenden restitutorischen Interdikt (oben → Rn.

[284] Ulp. 68 ed. D. 43.9.1.2.

[285] Ulp. 68 ed. D. 43.9.1.3.

[286] *Klingenberg*, TR 72 (2004) 44 f. *Behrends*, FS Wolf 50 Fn. 89 sieht hier allerdings vielmehr den vorklassischen *usus*-Besitz geschützt und meint, die betreffende Stelle (D. 47.10.13.7) beziehe sich auf das *interdictum uti possidetis*. Dieses Konzept wird auch etwa von *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung (2003) 36–56 für die Darstellung des *interdictum fraudatorium*, von *Seyed-Mahdavi Ruiz*, Immissionen (2000) 127,140 bei Überlegungen zum *interdictum uti possidetis* sowie von *Braukmann*, Pignus (2008) 38 f. für weiterführende Überlegungen zum *interdictum de precario* als gegebene Voraussetzung übernommen. *Klingenberg* ibid. 46 löst den Widerspruch zwischen D. 47.10.13.7 und D. 43.14.1.7 (wo das *interdictum ut in flumine publico navigare liceat* analog gewährt wird) durch die Annahme auf, im einen Fall gehe es um die Gefährung der Exklusivität der Nutzung, während es im anderen um die Behinderung des Pächters selbst gehe. Insbes. zur zweitgenannten Stelle auch *Santini*, St. Labruna VII 5023–5052.

[287] Ulp. 68 ed. D. 43.11.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 132; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1642 (Nr. 10 am Ende). Dazu auch *Zoz de Biasio*, Res publicae (1999) 178; *Ponte Arrébola*, Vías (2007) 204–206; *Basile*, Usus (2012) 54–66; *Schiavon*, Interdetti (2019) 239–243. Siehe weiters schon *Ubbelohde*, Interdicte IV (1893) 315–322.

[288] Ulp. 68 ed. D. 43.11.1.3.

[289] Ulp. 68 ed. D. 43.11.1.1.

[290] Ulp. 68 ed. D. 43.11.1.2.

[291] Siehe für den Vergleich von Straßen, welche über Land, und solchen, welche über Waser führen, auch Ulp. 68 ed. D. 43.14.1.

31) soll durch das *interdictum ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* die Schifffahrt geschützt werden. Jede Anlage, welche in einem öffentlichen Fluss oder an seinen Ufern errichtet wird und (sofort oder zukünftig) zur Verschlechterung der Bedingungen für die Schifffahrt oder auch zur Verschlechterung von Schiffsanlegestellen führt, wird untersagt.[292]

Ne quid in flumine publico ripave facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat.[293]

Du sollst nichts in einem öffentlichen Fluss oder auf dessen Ufer errichten und nichts in einen öffentlichen Fluss oder auf sein Ufer hineinleiten, wodurch ein Anlegeplatz, der Wasserweg oder die Schifffahrt (sofort) schlechter wird oder (zukünftig) werden wird.

Labeo bei Ulp. 68 ad ed., D. 43.12.1.16 berichtet von einer *exceptio extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit*[294] gegen dieses Popularinterdikt, welche in die *sponsio ex interdicto* bzw. in das *iudicium ex sponsione* eingefügt werden könne; hierdurch beruft der Antragsgegner sich darauf, dass er die Anlage zur Befestigung des Ufers vorgenommen habe oder eine besondere Ermächtigung zu ihrer Errichtung vorliege.[295] Als *interdictum utile* wurde dieses Interdikt auch für das Meer anwendbar gemacht.[296]

Droht ein Flusslauf im Vergleich zum Vorjahr[297] verändert zu werden, so kann jeder[298] gegen den Bauführer[299] das *interdictum ne quid in flumine publico ripave eius, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit* beantragen.[300] **60**

In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumine ripamve eius immittere quid, quo aliter aqua fluat quam priore aestate fluxit, veto.[301]

Ich verbiete, dass in einem öffentlichen Fluss oder auf dessen Ufer etwas errichtet oder in diesen Fluss oder auf sein Ufer etwas hineingeleitet wird, wodurch das Wasser anders fließt als es im vorigen Sommer geflossen ist.

Verhindert werden soll insbesondere, dass Flüsse durch Ableitungen austrocknen oder Nachbarn geschädigt werden.[302] Der Schutz ist dementsprechend unabhängig davon,

---

[292] Siehe dazu auch *Abelenda*, SDHI 78 (2012) 332.

[293] Ulp. 68 ed. D. 43.12.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 133; *Lenel*, EP § 241; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1634 f. (Nr. 5a). Dazu *Fiorentini*, Fiumi (2003) 163–182; *Alburquerque*, SDHI 71 (2005) 193–269. Vgl. außerdem bereits *Ubbelohde*, Interdicte IV (1893) 323–513.

[294] Dazu *Scheibelreiter*, in: Antrittsvorlesungen IV (2019) 58 f.

[295] Dazu *Wesener*, St. Labruna VIII, 5922 f.

[296] Labeo bei Ulp. 68 ad ed., D. 43.12.1.17; dazu *Fiorentini*, Fiumi (2003) 343–351, Index 36 (2006) 372–375 sowie bereits *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 16.

[297] Zur Begründung, warum auf den Sommer abgestellt wird und nähere Def. siehe Ulp. 68 ed. D. 43.13.1.8.

[298] Ulp. 68 ed. D. 43.13.1.9, dazu *Zoz de Biasio*, Res Publicae (1999) 149.

[299] Zu Aktiv- und Passivlegitimation siehe Ulp. 68 ed. D. 43.13.1.9 f.

[300] Dazu zuletzt *Schiavon*, Interdetti (2019) 327–358.

[301] Ulp. 68 ed. D. 43.13.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 134; *Lenel*, EP § 242; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1636 (Nr. 5c).

[302] Ulp. 68 ed. D. 43.13.1.1.

ob es sich um ein schiffbares oder ein nicht schiffbares Gewässer handelt.[303] Maßgeblich ist, dass sich der Wasserlauf ändert; eine Ableitung, welche an der Richtung und Strömung nichts ändert, ist hiervon hingegen nicht erfasst.[304] Für das entsprechende restitutorische Interdikt siehe oben → Rn. 32.

61 Wer bei der Nutzung öffentlicher Flüsse gestört wird, kann das *interdictum ut in flumine publico navigare liceat* beantragen.[305]

Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam eius onerare exonerare liceat, vim fieri veto.[306]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener nicht mehr auf einem öffentlichen Fluss mit dem Schiff oder Floß fahren, oder am Ufer be- oder entladen kann.

Ebenso wie die Schifffahrt auf Flüssen und die damit in Zusammenhang stehende Ladetätigkeit, wird auch die Schifffahrt auf stehenden öffentlichen Gewässern geschützt.[307] Analoge Rechtsbehelfe werden zum Schutz des Fischfanges zugunsten des Pächters öffentlicher Teiche[308] sowie der Zutrift von Vieh an einen öffentlichen Fluss[309] gewährt.

62 Werden am Ufer eines öffentlichen Flusses Bauarbeiten vorgenommen, um das Ufer zu stützen oder das umliegende Land vor Überflutungen zu schützen, so sind diese Bauten mittels *interdictum de ripa munienda* gegen Beeinträchtigungen geschützt.[310] Voraussetzung ist einerseits, dass sie die Schifffahrt nicht beeinträchtigen[311] und andererseits, dass Sicherheit durch den Bauführer dafür geleistet (oder ordnungsgemäß angeboten, aber vom Antragsgegner widerrechtlich nicht angenommen) wurde, dass der nunmehr als Störer die Rolle des Antragsgegners Einnehmende in den kommenden zehn Jahren keinen Schaden durch das Bauwerk erleide.

---

[303] *Abelenda*, SDHI 78 (2012) 332.

[304] Ulp. 68 ed. D. 43.13.1.3.

[305] *Zoz de Biasio*, Res Publicae (1999) 156 f.; *Abelenda*, SDHI 78 (2012) 333; *Schiavon*, Interdetti (2019) 358–374.

[306] Ulp. 68 ed. D. 43.14.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 135; *Lenel*, EP § 243; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1636 f. (Nr. 5e). Dazu *Fiorentini*, Fiumi (2003) 182–187; *Alburquerque*, Scr. Franciosi I 63–75; außerdem schon *Ubbelohde*, Interdicte IV (1893) 532–537.

[307] Ulp. 68 ed. D. 43.14.1.4–7. Dazu auch *Zoz de Biasio*, Res Publicae (1999) 130.

[308] Ulp. 68 ed. D. 43.14.1.7. Dazu *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 18; zur schichtenweisen Entstehung siehe *Klingenberg*, TR 72 (2004) 45 f.; ibid. S. 46 f. zur Abgrenzung zwischen *interdictum de loco publico fruendo* und analogem *interdictum ut in flumine publico navigare liceat* bei der Störung von Pächtern der Meeresfischerei.

[309] Ulp. 68 ed. D. 43.14.1.9. Dazu *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 19.

[310] *Zoz de Biasio*, Res Publicae (1999) 158 f.; *Fiorentini*, Fiumi (2003) 206–222; *Abelenda*, SDHI 78 (2012) 333; *Di Porto*, Salubritas (2014) 31; *Schiavon*, Interdetti (2019) 320–327. Siehe außerdem bereits *Ubbelohde*, Interdicte IV (1893) 538–544.

[311] Daraus ergibt sich auch, dass lediglich schiffbare Flüsse betroffen sind; siehe *Zoz de Biasio*, Res Publicae (1999) 158.

Quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive qui circa ripam est tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitratu satisdatum est aut per illum non stat quo minus viri boni arbitratu satisdetur, vim fieri veto.[312]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener in einem öffentlichen Fluss oder an dessen Ufer nicht mehr bauen kann, um das Ufer und den angrenzenden Acker zu schützen, solange dadurch die Schifffahrt nicht verschlechtert wird, dir nach Ermessen eines *vir bonus* auf zehn Jahre Sicherheit für drohenden Schaden geleistet wurde oder es nicht an jenem gelegen ist, dass nicht nach Ermessen eines *vir bonus* geleistet worden ist.

Begründet wird der interdiktale Schutz mit der Nützlichkeit derartiger Bauten.[313]

Eines der bedeutendsten Interdikte war zweifellos das *interdictum uti possidetis*. Ge- **63**
schützt wird nicht nur der fehlerfreie Besitz an dem Privatrechtsverkehr offenstehenden Gebäuden und Grundstücken,[314] sondern – und zwar wohl: ursprünglich – auch der Besitz am *ager publicus*.[315] Die Bedeutung dieses *interdictum prohibitorium ad retinendam possessionem*[316] dürfte sich im Laufe der Zeit vom primären Ziel der Besitzerhaltung[317] hin zur Vorbereitung des Vindikationsprozesses verschoben haben.[318] Durch dieses alte Grundstücksinterdikt – das wohl älteste Besitzinterdikt[319] und

[312] Ulp. 68 ed. D. 43.15.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 136; *Lenel*, EP § 244; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1637 (Nr. 5 f.) und 1647 (Nr. 22); *Biscardi*, s. v. interdictum de ripa munienda, NNDI VIII 802 f.

[313] Ulp. 68 ed. D. 43.15.1.

[314] Siehe zum Schutzgegenstand Labeo bei Ulp. 69 ed. D. 43.17.3.7 (*aedes*); D. 43.17.1.5 (*praedium*),7,9 (*fundus*), 2,8 (*solum*).

[315] Während *Thür*, SZ 94 (1977) 299–305 die von *Labruna*, Vim fieri veto (1971) in dessen ausführlichen *Capitolo quarto* (‚*uti possidetis*' *e* ‚*lex de modo agrorum*': *nella crisi di una società*) 137–286 entwickelte Auffassung verfeinernd die Schaffung des *interdictum uti possidetis* im Zusammenhang mit den Bodenreformen der Gracchen Anfang des 2. Jh. v. Chr. sieht (als Schutz von im Besitz Privater stehender Teile des *ager publicus*; idS auch *Bignardi*, Controversiae agrorum [1984]; *Kaser*, SZ 102 [1985] 29 – seine ursprünglich vertretene These verlassend –; sowie *Kaser/Hackl* RZ 410 Fn. 13), geht *Falcone*, AUPA 44 (1996) 160–162 davon aus, dass es im 3. Jh. v. Chr. jedenfalls schon existiert haben müsse und vermutlich zwischen der Eroberung von Veii (396 v. Chr.) und den *leges Liciniae Sextiae* (367 v. Chr.), dh im frühen 4. Jh. v. Chr., geschaffen worden sei (cfr. ibid. 218–220); zweifeld *Reduzzi Merola*, Index 27 (1999) 334, 340 f.; zust. *Willvonseder*, SZ 119 (2002) 467. Siehe dazu auch *Capogrossi Colognesi*, Labeo 43 (1997) 445–459. Zur Frage des Schutzes der Ausübung des *maris proprium ius* mittels *interdictum uti possidetis* siehe *Klingenberg*, TR 72 (2004) 37–60 (insbes. 41 f. sowie 44–47; *Klingenberg* kommt zu dem Ergebnis, dass der Zusammenhang erst durch die Kompilatoren hergestellt wurde und ursprünglich vielmehr ein Zusammenhang mit dem *interdictum de loco publico fruendo* bestand; siehe oben → Rn. 2).

[316] Ulp. 69 ed. D. 43.17.1.1.

[317] Zu einem Vorläufer des *interdictum uti possidetis* im Zusammenhang mit der *lex Icilia de Aventino publicando* (456 v. Chr.) siehe *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 131–133.

[318] Zur Bedeutung des Interdikts im Zusammenhang mit den Parteirollen bei der Vindikation siehe auch Ulp. 69 ed. D. 43.17.1.3.

[319] So die hL seit *Klein*, Sachbesitz (1891); vertreten namentlich auch bei *Kaser*, Eigentum (1956) 248–251.

vielleicht älteste Interdikt überhaupt[320] – untersagt der Prätor beiden Parteien die Gewaltausübung (es handelt sich also um ein *interdictum duplex*[321]): Dem Unterliegenden wird Eigenmacht verboten, aber auch der Sieger darf den ihm zugewiesenen Besitzstand nicht überschreiten.[322]

Uti nunc[323] *eas aedes* (*eum fundum*), *quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.*[324]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, um den Besitzstand zu verändern, wie ihr dieses Gebäude (dieses Grundstück), um das es geht, jetzt besitzt, vorausgesetzt, dass ihr nicht gewaltsam, heimlich oder der eine in Bittleihe vom anderen besitzt.[325]

Das prohibitorische *interdictum uti possidetis* wird in den Digesten im Anschluss an die restitutorischen *interdicta unde vi* (*non armata* und *armata*) diskutiert. Ulpian erläutert zur Abgrenzung, dass das *unde vi* einen gewaltsam verlorenen Besitz wieder verschaffe, während das *uti possidetis* davor schütze, dass der bestehende Besitz aufgrund von Gewalt[326] verloren gehe; zu diesem Zweck werde die Gewaltausübung[327] untersagt. Dementsprechend greife das *unde vi* den Besitzer an, während das *uti possidetis* ihn schütze.[328] Geschützt ist, wer fehlerfrei besitzt;[329] ihm gegenüber wird die gewaltsame

---

[320] Dazu bereits oben → Rn. 2. Zu Ähnlichkeiten zwischen dem *interdictum uti possidetis* mit den *uti-possidetis*-Klauseln zwischenstaatlicher Vereinbarungen des 5./4. Jh. v. Chr. und dem *kerygma* (Proklamation eines Programms, Rechtsschutzverheißung, bzw. eine Art ‚Edikt') des *archon eponymos* (Ath. Pol. 56,2) siehe *Scheibelreiter*, Ess. Sirks 657–668; SZ 132 (2015) 68–95 (zum *interdictum uti possidetis* insbes. ibid. 88–91). Im völkerrechtlichen Kontext begegnet auch die Übertragung eines *interdictum uti possidetis* in die griechische Sprache: siehe IC III iv 9,51–54 (dazu *Scheibelreiter* ibid. 93 f. mwN).

[321] Ulp. 69 ed. D. 43.17.3.1. Erwägungen zu einem möglichen, aber nicht belegten *interdictum simplex* zur Abwehr von Störungen finden sich bei *Falcone*, AUPA 44 (1996) 121–139, der vorsichtig für ein solches plädiert (ablehnend hingegen *Willvonseder*, SZ 119 [2002] 465 f.).

[322] *Kaser/Hackl*, RZ 414 Fn. 48.

[323] Zum ‚*nunc*' in der Formel siehe *Nicosia*, Possesso (2008) 143–145; *Labruna*, Vim fieri veto (1971) 110–119.

[324] *Lenel*, EP § 247 (noch ohne ‚*nunc*') aus Ulp. 69 ed. D. 43.17.1 pr. und Festus, s. v. possessio (ed Lindsay p. 260). Siehe auch Gai. 4.149. Vgl. *Mantovani*, Formule Nr. 137; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1682–1684 (Nr. 57); *Labruna*, Vim fieri veto (1971) 89–135.

[325] *Platschek*, TR 74 (2006) 253 Fn. 38.

[326] Zur Bedeutung der *vis ac deductio* als Vorbereitungshandlung für ein Interdiktenverfahren *uti possidetis* siehe *Falcone*, AUPA 44 (1996) 274–288; dazu auch *Bürge*, Privatrecht (1999) 55; dagegen *Platschek*, St. Labruna VII 4410–4413: Einvernehmliche *vis* vor Erlass des Interdikts sei geradezu widersinnig; das interdiktale Gewaltverbot beziehe sich auf die Zukunft, lediglich die *exceptio vitiosae possessionis* nehme auf Gewalt in der Vergangenheit Bezug. *Vis ac deductio* vor Erlass des Interdikts würde demnach dazu führen, dass die *exceptio* erfüllt wäre und der *ducens* sich *vi* in Besitz befände.

[327] Diese *vis ex interdicto* iSv Gai. 4.170 ist von der eben Fn. 326 erwähnten *vis ac deductio* streng zu unterscheiden: Sie ist ein einvernehmlicher und beiderseitiger Verstoß gegen ein Interdikt nach seinem Erlass, um das Verfahren zur Prüfung in Gang zu bringen. Siehe dazu *Platschek*, St. Labruna VII 4412.

[328] Ulp. 69 ed. D. 43.17.1.4.

[329] Ulp. 69 ed. D. 43.17.1.5,9; nicht entscheidend ist hingegen, ob der Besitz durch eine *iusta causa*

Änderung des Besitzstandes untersagt. Wer dem anderen gegenüber hingegen fehlerhaft besitzt, muss das streitgegenständliche Grundstück restituieren bzw. darf sich der Besitzergreifung durch die andere Partei nicht gewaltsam widersetzen; insofern hat dieses prohibitorische Interdikt mitunter auch rekuperatorische Funktion.[330] Die untersagte Gewalt besteht darin, dass der Besitzer seinen Besitz nicht ungestört nutzen kann;[331] auch das Verhindern von Bauarbeiten auf dem betreffenden Grund oder die Hinderung der Ausbesserung eines (vermieteten) Gebäudes sind bspw. erfasst.[332] Zur Erzwingung der Einlassung auf die *actio usufructus* mittels *interdictum uti possidetis utile* siehe → § 61 Rn. 29 (mit weiterf. Lit. in Fn. 60).

64 Vermutlich wurde ein *interdictum de clandestina possessione* zwar regelmäßig gewährt, wenn ein Grundstück heimlich in Besitz genommen wurde, seine Blankettformel aber nicht in das hadrianischen Edikt aufgenommen.[333] Als Grund für Nichtaufnahme in das *edictum perpetuum* wird der Wandel in den Ansichten zum Besitzverlust an einen heimlichen Eindringling in ein Grundstück vermutet.[334]

65 Das *interdictum de superficiebus* ist dem *interdictum uti possidetis* zwar ähnlich,[335] stellt aber einerseits auf eine *lex locationis sive conductionis* und damit eine vertragliche Einigung ab und schützt andererseits nicht eine *possessio*, sondern die Nutzung und Fruchtziehung des Erbpachtgegenstandes.

---

gerechtfertigt ist: Paul. 65 ed. D. 43.17.2; zum Text und der Frage, welches Interdikt Paulus hier mit *hoc interdicto* gemeint habe – in den Digesten steht der Text im Titel zum *uti possidetis*, doch könnte die Palingenesie eine Bezugnahme auf das *unde vi* bzw. allenfalls *ne vis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus erit* nahelegen – siehe *Nicosia*, Iura 63 (2015) 1–159. Vgl. zu der Ansicht, dass die *exceptio vitiosae possessionis* im Formular des *interdictum uti possidetis* möglicherweise jünger ist als das Interdikt selbst, *Kaser*, Eigentum (1956) 248–251; *Labruna*, Vim fieri veto (1971) 119–135. Dagegen *Thür*, SZ 94 (1977) 300–302); *Bürge*, Privatrecht (1999) 52; *Nicosia*, Possesso (2008) 157–160. Vgl. auch die unten → Fn. 413 zur *exceptio vitiosae possessionis* beim *interdictum utrubi* angeführte Lit.

[330] Dazu bereits oben → Fn. 49. Zur Diskussion um die Höhe der Verurteilungssumme siehe Ulp. 69 ed. D. 43.17.3.11. Zur Beziehung des Interdikts *de aqua* und des *uti possidetis* vgl. *Capogrossi Colognesi*, Ess. Watson 34.

[331] Zur Durchsetzung von Immissionsberechtigungen durch das *interdictum uti possidetis* siehe *Seyed-Mahdavi Ruiz*, Immissionen (2000) 125–141; für eine Gegenüberstellung des *interdictum uti possidetis* mit den Interdikten, welche die faktische Ausübung von Servituten schützen, siehe *Basile*, Usus (2012) 126–160.

[332] Ulp. 69 ed. D. 43.17.3.2 f. Kasuistik zu Gebäudeteilen, welche über fremden Grund oder in fremde Gebäude ragen, findet sich in Ulp. 69 ed. D. 43.17.3.5–7 und 9.

[333] *Ankum*, SZ 114 (1997) 402, 405–406.

[334] *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1682 (Nr. 54c).

[335] Siehe zu den Gemeinsamkeiten Ulp. 70 ed. D. 43.18.1.2: *Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti uti possidetis. tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, veluti uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat: unum tantum requirit, num forte vi clam precario ab adversario possideat. omnia quoque, quae in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur.*

Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruimini, quo minus ita fruamini vim fiero veto.[336]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit ihr nicht so fruchtziehen könnt, wie ihr nach dem Bestandvertrag, um den es hier geht, der eine vom anderen Früchte zieht, vorausgesetzt, dass ihr nicht gewaltsam, heimlich, oder der eine in Bittleihe vom anderen Früchte zieht.

Die Formel enthält wie das *uti possidetis* eine *exceptio vitiosae possessionis* und schützt daher nur bei fehlerfreier Nutzung. Auch hier werden wieder beide Parteien angesprochen, welche den vertragsgemäßen Genuss nicht verändern düfen (*interdictum duplex*). Siehe dazu → § 51 Rn. 14.

66 Der Schutz der faktischen Ausübung von Wegerechten[337] stellt auf die Nutzung zu irgendeinem Zeitpunkt im vergangenen Jahr (bzw. über einen Zeitraum von zumindest dreißig Tagen hinweg) ab; begründet wird dies damit, dass an Fußsteigen oder Fahrwegen häufig kein ständiger Bedarf besteht.[338] Sollte die Nutzung etwa wegen einer Überschwemmung nicht möglich gewesen sein, so kann eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (→ § 110) begehrt und das vor dem Jahr der Überschwemmung liegende Jahr als Grundlage herangezogen werden.[339] Das einschlägige Interdikt ist einerseits in einer Grundform proponiert (‚*vulgare*'), andererseits auch zugunsten eines Käufers (‚*emptori*').

Das *interdictum de itinere actuque privato utendo ‚vulgare'* setzt voraus, dass das fremde Grundstück vom Antragsteller in der Absicht genützt worden ist, ein Wegerecht auszuüben.[340] Der tatsächliche Bestand der Servitut ist nicht vorausgesetzt, daher kommt der vorläufige Schutz auch dem Nichtberechtigten zu; notwendig ist allerdings die fehlerfreie Ausübung im betreffenden Zeitraum.[341]

Quo itinere actuque quo de agitur hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus est, quo minus ita utaris vim fieri veto.[342]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit du den Fußsteig oder die Viehtrift, um welche/n es geht, nicht mehr so benützt, wie er/sie in diesem Jahr weder gewaltsam noch heimlich oder aufgrund von Bittleihe jenem gegenüber benützt worden ist.

---

[336] Ulp. 70 ed. D. 43.18.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 138; *Lenel*, EP § 249; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1647 (Nr. 25).

[337] Mit zahlreichen Interpolationsannahmen dargestellt bei *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1639–1641 (Nr. 9). Siehe zum Thema auch *Basile*, Usus (2012) 22–25. Geschützt ist nur die Ausübung ländlicher Servituten: Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.1.

[338] Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.2 (*si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus*).

[339] Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.9.

[340] Vivian.-Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.6; Cels. 25 dig. D. 43.19.7.

[341] Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.2; eine nachfolgende fehlerhafte Ausübung schadet nicht: Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.12; Paul. 66 ed. D. 43.19.2; Ulp. 70 ed. D. 43.19.3 pr. Siehe auch *Corrêa Fattori*, Panorami 9 (1997) 73–97.

[342] Ulp. 70 ed. D. 43.19.1 pr.

Ausnahmsweise ist *tu* hier der Antragsteller, nicht -gegner. Abgestellt wird darauf, dass er den Weg dem Antragsgegner *ille* gegenüber nicht fehlerhaft benützt hat. *Iter* und *actus* werden ausdrücklich erwähnt;[343] geschützt ist damit auch die *via* als ‚vollständiger Weg'.[344] Das Interdikt dient insbesondere zur Vorbereitung einer *vindicatio servitutis*. Auch Pächter oder Gäste werden in den Kreis der Berechtigten einbezogen.[345]

Nicht nur ein Universalrechtsnachfolger des Servitutsberechtigten wird durch das Interdikt infolge der faktischen Ausübung seines Vorgängers geschützt, sondern – mittels *interdictum de itinere actuque privato utendo ‚emptori'* – auch ein Käufer des herrschenden Grundstücks.

Quo itinere actuque quo de agitur is a quo emisti hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus est, quo minus ita utaris vim fieri veto.[346]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit du den Fußsteig oder die Viehtrift, um welche/n es geht, nicht mehr so benützt, wie er/sie in diesem Jahr weder gewaltsam noch heimlich oder aufgrund von Bittleihe jenem gegenüber von demjenigen, von welchem du gekauft hast, benützt worden ist.

Selbst der Einzelrechtsnachfolger kann sich somit darauf berufen, dass sein Vormann die Voraussetzungen des Interdikts erfüllt hat. Zu *interdicta utilia* für andere Fälle der Singularsukzession abgesehen vom Kauf siehe Ulp. 70 ed. D. 43.19.3.5–10 (Beschenkter, Legatar, *dos*-Empfänger etc.).

Wer über einen Weg auf fremdem Grund gehen oder fahren oder sein Vieh darüber **67**
treiben darf, darf diesen Weg auch ausbessern. Dagegen, dass der fehlerfrei Nützende an solchen Arbeiten gehindert wird, ist das *interdictum de itinere actuque privato reficiendo* gerichtet.

Quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, quo minus id iter actumque ut tibi ius est reficias vim fieri veto.[347]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit du den Fußsteig oder die Viehtrift, um welche/n es geht, welche/n du in diesem Jahr weder gewaltsam noch heimlich oder aufgrund von Bittleihe jenem gegenüber benützt hast, nicht mehr so ausbessern kannst, wie es deinem Recht entspricht.

Nachdem das Wegerecht nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn der Weg nicht mehr passierbar ist, darf der Berechtigte ihn ausbessern,[348] sofern er dem Beschwerten Sicherheit für ihm daraus etwaig entstehende Schäden leistet.[349] Das Interdikt steht auch

[343] Der private Weg muss entweder als Fußsteig oder zur Viehtrift benützt worden sein: Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.4.

[344] Vgl. Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.11; dazu *Wimmer*, SZ 137 (2020) 312–318.

[345] Pedius-Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.7.

[346] Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 139; *Lenel*, EP § 250.

[347] Ulp. 70 ed. D. 43.19.3.11. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 140; *Lenel*, EP § 250. Vgl. auch *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 21; *Grosso*, Servitù (1969) 304–313; *Bonfante*, Corso III 156; *Burdese*, s. v. servitù prediali (diritto romano), NNDI XVII 124. *Masuelli*, Refectio (2009) 90–92 zu Konkurrenzen zwischen Interdiktenschutz und *actio confessoria*.

[348] Ulp. 70 ed. D. 43.19.3.12.

[349] Ulp. 70 ed. D. 43.19.3.11; Ulp. 70 ed. D. 43.19.5.4.

für und wider Rechtsnachfolger in das herrschende oder dienende Grundstück zu. Anders als beim *interdictum de itinere actuque privato utendo* muss beim *reficiendo* aber nicht nur der faktische fehlerfreie Gebrauch im vergangenen Jahr bewiesen werden, sondern auch das Bestehen der Servitut als Recht sowie der Umfang dieses Rechts.[350] Bei der Ausbesserung darf nur der vorherige Zustand wiederhergestellt, dh keine Erweiterung, Verlängerung, Vertiefung oder Erhöhung vorgenommen werden.[351] Die Errichtung einer Brücke zur Befestigung des Weges ist jedoch erlaubt.[352] Verhindert werden darf auch nicht das Herbeischaffen von Material zur Ausbesserung, sofern nicht ein umständlicherer Weg zum Nachteil des Beschwerten gewählt wird als notwendig.[353]

68 Das erste von insgesamt drei ‚*interdicta de aqua*' – das *interdictum de aqua cottidiana* – ist als *interdictum simplex* für den Fall vorgesehen, dass zwischen einem Grundstückseigentümer und jemandem, der Wasser über dieses Grundstück leitet, Streit entsteht.

Uti hoc anno aquam qua de agitur non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas vim fieri veto.[354]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit du das Wasser, um welches es geht, nicht mehr so leiten kannst, wie du es in diesem Jahr von jenem geleitet hast, sofern du es weder gewaltsam noch heimlich oder in Bittleihe von jenem geleitet hast.

Auch hier liegt, wie bei der faktischen Ausübung von Wegerechten, wieder eine Ausnahme von dem Prinzip vor, dass *tu* stets Antragsgegner ist: *tu* stellt hier den Antrag, denn er will weiterhin Wasser leiten und erwirken, dass *ille* dagegen keine Gewalt anwenden darf. Gegner ist, wer *tu* am *aquam ducere* hindert. Das Wasser muss nicht tatsächlich täglich geleitet werden, doch muss das potentiell möglich sein. Der Antragsteller muss im vergangenen Jahr auch zumindest einmal tatsächlich fehlerfrei Wasser geleitet haben.[355] Geschützt ist nicht nur das Wasserleiten im Rahmen von ländlichen, sondern auch von städtischen Servituten.[356] Das Recht muss zwar nicht tatsächlich bestehen, der Antragsteller muss jedoch in dem Glauben gehandelt haben, dass es bestehe.[357] Auch ein Rechtsnachfolger – und zwar auch ein Singularsukzessor – kann sich darauf berufen, dass sein Vormann die Voraussetzungen des Interdikts erfüllt hat. Diese Gemeinsamkeit mit dem *interdictum de itinere actuque privato* wird in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben.[358] Wird zwischen zwei Wasser Leitenden gestritten, so

[350] Ulp. 70 ed. D. 43.19.3.13 f.
[351] Ulp. 70 ed. D. 43.19.3.15.
[352] Ulp. 70 ed. D. 43.19.3.16.
[353] Venul. 1 interdict. D. 43.19.4; Ulp. 70 ed. D. 43.19.5.
[354] Ulp. 70 ed. D. 43.20.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 141; *Lenel*, EP § 251; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1630 (Nr. 1a).
[355] Ulp. 70 ed. D. 43.20.2–4.
[356] Ulp. 70 ed. D. 43.20.1.11. Zur Diskussion, ob auch warme oder nur kalte Gewässer umfasst sind (es sind auch warme umfasst), siehe Ulp. 70 ed. D. 43.20.1.12.
[357] Ulp. 70 ed. D. 43.20.1.10 und 19. Dazu *Mannino*, Mél. Sturm 350 f.
[358] Ulp. 70 ed. D. 43.20.1.37.

wurde das *interdictum de aqua cottidiana* auch als *interdictum duplex* gewährt.[359] Als *interdictum utile* wird der Schutz gewährt, wenn zwar das Wasserleiten als solches nicht verhindert, aber das Wasser unbrauchbar gemacht wird.[360] Zu den *aquae cottidianae* als Dienstbarkeit siehe → § 50 Rn. 15.

Zwischen dem *interdictum de aqua cottidiana* und dem *interdictum de aqua aestiva* **69**
besteht lediglich ein Unterschied hinsichtlich der Art und des Umfangs der Wassernutzung:[361] Das Letztere stellt nicht auf den fehlerfreien Gebrauch im vergangenen Jahr, sondern auf einen ebensolchen im vergangenen Sommer ab.[362]

Uti priore aestate aquam qua de agitur nec vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas vim fieri veto.[363]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit du das Wasser, um welches es geht, nicht mehr so leiten kannst, wie du es im vorigen Sommer von jenem geleitet hast, sofern du es weder gewaltsam noch heimlich oder in Bittleihe von jenem geleitet hast.

Zur Dienstbarkeit der *aqua aestiva* als auf den Sommer beschränkte Wassernutzung siehe → § 50 Rn. 15. Wurde das betreffende Wasser üblicherweise im Winter genutzt, so wurde das Interdikt analog gewährt, ebenso wie bei der Nutzung im gegenwärtigen und nicht im vergangenen Sommer.[364]

Das dritte und letzte *interdictum de aqua* ist auf den Schutz des Bezugs von Wasser **70**
aus einem befestigten Wasserreservoir am Ende eines Aquädukts (*castellum aquae*) gerichtet.[365]

Quo ex castello illi aquam ducere ab eo cui eius rei ius fuit permissum est, quo minus ita uti permissum est ducat vim fieri veto.[366]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener, dem Wasser zu leiten von dem gestattet worden ist, der das Recht an dieser Sache hatte, nicht so, wie es erlaubt ist, aus diesem Wasserspeicher von jenem Wasser leitet.

---

[359] Ulp. 70 ad ed., D. 43.20.1.26.

[360] Ulp. 70 ed. D. 43.20.1.27.

[361] Ulp. 70 ed. D. 43.20.1.3: *usu differt, non iure*; zur einheitlichen Kategorie der *iura aquarum* siehe → § 50 Rn. 17 mit Lit. Vgl. Cic. Caec. 36,74: leg. 2,47; Ulp. 18 ad Sab. D. 7.6.1.4 bezüglich der Bildung einer einheitlichen Gruppe von *iura aquarum*.

[362] Ulp. 70 ed. D. 43.20.1.31. Zur Def. des (vorigen) Sommers siehe ibid. §§ 32–34. Zur Abgrenzung des Anwendungsbereiches im Vergleich zum *interdictum uti possidetis* vgl. *Abelenda*, SDHI 78 (2012) 339 f.

[363] Ulp. 70 ed. D. 43.20.1.29. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 142; *Lenel*, EP § 251; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1631 (Nr. 1b).

[364] Ulp. 70 ed. D. 43.20.1.35,36.

[365] Ulp. 70 ed. D. 43.20.1.38–44; Front. Aq. 107. Strittig ist die personale oder reale Berechtigung zum Bezug. Siehe dazu *Corda*, BIDR 113 (2019) 211 und 234 f. (zur Konstruktion eines öffentlichen *castellum* ibid. 214–228; zur eines privaten *castellum* ibid. 228–233); *Petrucci*, Labeo 42 (1996) 190; *Palma*, Index 15 (1987) 447.

[366] Ulp. 70 ed. D. 43.20.1.38. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 143; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1631 (Nr. 1c).

Im Gegensatz zu den beiden anderen Wasserinterdikten stellt das *interdictum de aqua ex castello* auf eine besondere Berechtigung ab.[367]

71 Ein *rivus* (Kanal) diente ebenfalls dazu, Wasser von fremdem Grund auf eigenen zu leiten.[368] Zum Schutz vor Störungen bei der Reinigung oder Ausbesserung derartiger Vorrichtungen verspricht der Prätor das *interdictum de rivis.*

Rivos specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat quam uti priore aestate non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto.[369]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener nicht zum Zwecke der Leitung von Wasser Kanäle, unterirdische Wassergänge oder Schleusen ausbessern oder reinigen kann, solange er das Wasser nicht anders leitet, als er es im vorigen Sommer weder gewaltsam, noch heimlich, noch in Bittleihe von dir geleitet hat.

Dieses Interdikt wurde außer zum Schutz der Reinigung[370] oder Ausbesserung[371] an den im Blankett erwähnten Kanälen,[372] unterirdischen Wassergängen[373] und Schleusen[374] auch bei Störungen von Reinungs- oder Ausbesserungsarbeiten an Gräben (*fossae*) und Brunnen (*putei*) gewährt;[375] bei *cunculi*, durch welche kein Wasser, sondern Dampf geleitet wurde, gewährte der Prätor ein *interdictum utile.*[376] Die Aktiv- und Passivlegitimation entspricht denjenigen bei den *interdicta de aqua.*[377] Venuleius hebt hervor, dass beim *interdictum de rivis* anders als beim *interdictum de itinere actuque privato reficiendo* eine Berechtigung nicht notwendig vorliegen müsse, da die Ausbesserung der Kanäle wichtiger sei als die der Wege, nachdem schadhafte Kanäle dazu führen würden, dass das Wasser nicht fließt und infolge dessen Menschen verdursten;[378] dennoch ist immerhin fehlerfreie Wasserleitung im vorigen Sommer Voraussetzung.

72 Eine andere Art der Nutzung von Gewässern schützt das *interdictum de fonte utendo.* Wer aus einer Quelle bereits Wasser geschöpft hat, ohne dass er dies gewaltsam, heimlich oder bloß aufgrund von Bittleihe getan hat, der kann beschleunigten prätorischen Schutz dagegen beantragen, dass ihm diese Nutzung fortan verwehrt wird.

---

[367] Dazu *Basile*, Usus (2012) 26 f.; *Abelenda*, SDHI 78 (2012) 333 und 337.

[368] Zum interdiktalen Schutz des *ius aquae ducendae* vgl. *Zuccotti*, Atti Provera 303–480.

[369] Ulp. 70 ed. D. 43.21.1 pr.; Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 144; *Biscardi*, s. v. interdictum de rivis, NNDI VIII 803 f.

[370] Ulp. 70 ed. D. 43.21.1.7 zur Def. des Reinigens (*prugare*).

[371] Ulp. 70 ed. D. 43.21.1.6 zur Def. des Ausbesserns (*reficere*).

[372] Ulp. 70 ed. D. 43.21.1.2 zur Def. des Kanals (*rivus*).

[373] Ulp. 70 ed. D. 43.21.1.3 zur Def. des unterirdischen Wassergangs (*specus*).

[374] Ulp. 70 ed. D. 43.21.1.4 zur Def. der Schleuse (*septa*).

[375] Ulp. 70 ed. D. 43.21.1.5. Dazu *Zoz de Biasio*, Res Publicae (1999) 131–133.

[376] Ulp. 70 ed. D. 43.21.3.6.

[377] Ulp. 70 ed. D. 43.21.3.7.

[378] Venulei. 1 interdict. D. 43.21.4.

Uti de eo fonte quo de agitur hoc anno aqua nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris vim fieri veto.[379]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit du das Wasser aus der Quelle, um welche es geht, nicht mehr so nützt, wie das Wasser in diesem Jahr weder gewaltsam, noch heimlich oder aufgrund von Bittleihe jenem gegenüber genützt worden ist.

Erneut ist *tu* derjenige, der gegen Gewaltausübung geschützt wird. Als Recht betrachtet handelt es sich um die Servitut des *aquae haustus*;[380] auch hier begegnet wieder das Kriterium, dass diese im vergangenen Jahr (zumindest ein Mal) fehlerfrei faktisch ausgeübt worden sein muss. Wie die Nutzung der Quelle ist auch die Nutzung von Seen, Brunnen und Fischbecken geschützt,[381] nicht aber von Behältnissen, in welchen sich bloß Regenwasser sammelt, wie bspw. Zisternen.[382] Das Tränken von Vieh fällt ebenso in den Schutzbereich wie das Wasserschöpfen.[383]

Schutzzweck des *interdictum de fonte purgando reficiendo* ist die Verhinderung von Störungen bei der Reinigung oder Wiederherstellung einer Quelle.[384] **73**

Quo minus fontem quo de agitur purges reficias ut aquam coercere utique ea possis, dum ne aliter utaris atque uti hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, vim fieri veto.[385]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit du nicht die Quelle, um die es geht, reinigen oder ausbessern kannst, um das Wasser aufzufangen und zu nützen, solange du sie nicht anders nützt, als du es im vorigen Jahr weder gewaltsam, noch heimlich, noch in Bittleihe von jenem genützt hast.

Das Interdikt verfolgt denselben Zweck wie das *interdictum de rivis* (→ Rn. 71);[386] die Aktivlegitimation entspricht derjenigen zum *interdictum de aqua aestiva* (→ Rn. 69).[387]

Das prohibitorische Interdikt zum Schutz von Kloaken, das *interdictum de cloacis purgandis reficiendis*, verbietet Gewaltausübung gegen denjenigen, der an einer privaten[388] Kloake Reinigungs- oder Ausbesserungsarbeiten durchführt. **74**

---

[379] Ulp. 70 ed. D. 43.22.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 145; *Lenel*, EP § 253 (unter der Rubrik *de fonte*); *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1637 f. (Nr. 6a).

[380] Ulp. 70 ed. D. 43.22.1.1.

[381] Ulp. 70 ed. D. 43.22.1 pr.

[382] Ulp. 70 ed. D. 43.22.1.4.

[383] Ulp. 70 ed. D. 43.22.1.2.

[384] Dazu *Basile*, Usus (2012) 66–72 mwN.

[385] Ulp. 70 ed. D. 43.23.1.6. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 146; *Lenel*, EP § 253 (unter der Rubrik *de fonte*); *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1638 (Nr. 6b).

[386] Ulp. 70 ed. D. 43.23.1.7.

[387] Ulp. 70 ed. D. 43.23.1.11.

[388] Ein solches prohibitorisches Interdikt zugunsten Privater zum Schutz öffentlicher Kloaken gab es nicht, weil hierfür ein öffentlicher Schutz vorgesehen war: D. 43.23.1.3. Vgl. *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1633 (Nr. 4a am Ende).

Quo minus illi cloacam quae ex aedibus eius in tuas pertinet qua de agitur purgare reficere liceat vim fieri veto.[389]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jene Kloake, um welche es geht, die aus seinem Gebäude in deines führt, nicht gereinigt oder verbessert wird.

Es fehlt hier eine *clausula vitii*, weil es selbst dann, wenn *vi, clam* oder *precario* agiert worden war, der *utilitas publica* entspricht, eine Kloake zu reinigen oder auszubessern.[390] Wohl aus diesem Grunde weist Ulpian ausdrücklich darauf hin, dass das *interdictum uti possidetis* auf Kloaken keine Anwendung finde;[391] es bestünde die Gefahr des *caelum pestilens*, wenn Kloaken in schlechtem Zustand blieben.[392] Auch eine Nuntiation ist bei Instandsetzungarbeiten an Kloaken ausgeschlossen (→ § 62 Rn. 19). Vermutlich betraf das Interdikt ursprünglich nur direkte Nachbarn, wurde jedoch später in seinem Anwendungsbereich ausgedehnt.[393]

75 Hat ein Bauführer der Person, welche Einspruch gegen einen geplanten oder in Ausführung befindlichen Neubau erhoben hat, Sicherheit geleistet (oder der Gegner die ordnungsgemäß angebotene Sicherheit widerrechtlich abgelehnt), so kann er, falls er bei den Bauarbeiten dennoch gestört wird, das *interdictum ne vis aedificanti* beantragen (überliefert außerhalb des 43. Buches, im Titel D. 39.1: *De operis novi nuntiatione*).

Quem in locum nuntiatum est ne quid operis novi fieret, qua de agitur, si de ea re satisdatum est quod eius cautum sit aut per te stat quo minus satisdetur: quo minus illi in eo loco opus facere liceat vim fieri veto.[394]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener nicht an diesem Ort ein Bauwerk errichten kann, im Hinblick auf welchen Einspruch gegen einen Neubau erhoben wurde, worum es geht, wenn in dieser Angelegenheit Sicherheit geleistet wurde oder es an dir lag, dass keine Sicherheit geleistet wurde.

Will der Störer den Bau weiterhin verhindern, so ist er auf eine *actio* (idR wohl *negatoria*) verwiesen. Siehe dazu → § 62 Rn. 20. Zum Formular des entsprechenden restitutorischen Interdikts siehe oben → Rn. 40.

---

[389] Ulp. 71 ed. D. 43.23.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 147; *Lenel*, EP § 254. Für eine Worterklärung von ‚*pertinet*' siehe Ulp. 71 ed. D. 43.23.1.10.

[390] Ulp. 71 ed. D. 43.23.1.7; dazu *Fiorentini*, Index 46 (2018) 323 f.; *Palma*, Iura vicinitatis (1988) 142.

[391] Ulp. 69 ed. D. 43.17.1 pr.

[392] Ulp. 71 ed. D. 43.23.1.2. Zu diesem Zusammenhang *Fiorentini*, Index 46 (2018) 324–327; *Fasolino*, TSDP 3 (2010) 13; *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 85 f.

[393] Ulp. 71 ed. D. 43.23.1.8 f. (*ex aedificio eius in tuum aedificium*); Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.11. Siehe *Fiorentini*, Index 46 (2018) 329; *Palma*, Iura vicinitatis (1988) 145; *Capogrossi Colognesi*, Struttura II (1976) 343–345. Dazu außerdem *Solazzi*, Tutela delle servitù (1949) 20–21; *Bonfante*, Corso III 156.

[394] Ulp. 71 ed. D. 39.1.20.9. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 148; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1656 (Nr. 37) und 1670 f. (Nr. 52a).

Der Schutz vor einem Überhang von fremdem auf eigenen Grund wurde durch zwei Interdikte geregelt, welche im prätorischen Edikt unter derselben Rubrik proponiert waren.[395] Mit dem ersten dieser beiden – dem *interdictum de arboris adimendis* – setzt sich der Nachbar desjenigen zur Wehr, der den Überhang seines Baumes nicht entfernt, um die Beeinträchtigung eines Gebäudes am Nachbargrund zu beseitigen. 76

Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat quo minus eam adimas, tunc quo minus illi eam arborem adimere sibique habere liceat vim fieri veto.[396]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener den Baum, der von deinem Haus über das von jenem herüberhängt, nicht entfernt und behält, wenn es an dir liegt, dass du ihn nicht entfernst.

Der Belästigte – der Eigentümer, Miteigentümer oder Nießbraucher des beeinträchtigten Gebäudes ist – darf den Baum[397] selbst fällen und sich das Holz aneignen, sofern der Baumeigentümer der Aufforderung, den Überhang zurückzuschneiden, nicht nachgekommen ist.[398] Dagegen, dass der Baumeigentümer ihn dabei stört, ist das Interdikt gerichtet. Erstreckt sich der Überhang auf den Nachbarsgrund, ohne ein Gebäude zu beeinträchtigen, so ist das zweite Interdikt einschlägig, das *interdictum de arboris pedes quindequim a terra altius coercendis*:

Quae arbores agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc quo minus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat vim fieri veto.[399]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener den Baum, der von deinem Acker über den von jenem herüberhängt, nicht bis zur Höhe von fünfzehn Fuß über der Erde entfernt und behält, wenn es an dir liegt, dass du ihn nicht entfernst.

Der Eigentümer des beeinträchtigten Grundes darf den Überhang hier nur bis fünfzehn Fuß[400] über dem Boden abschneiden und sich das Holz aneignen. Wiederum ist vorausgesetzt, dass der Baumeigentümer einer entsprechenden Aufforderung nicht Folge geleistet hat.

---

[395] *Lenel*, EP § 259. Ulp. 71 ed. D. 43.27.1 pr.,7.

[396] Ulp. 71 ed. D. 43.27.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 149; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1632 (Nr. 2a).

[397] Nicht nur das, was überhängt: Ulp. 71 ed. D. 43.27.1.2. Erfasst sind auch Weinstöcke: siehe ibid. § 3.

[398] Hindert er hingegen seinerseits den Nachbarn am Abschneiden, so kann jener ihm das *interdictum uti possidetis* (dazu oben → Rn. 63) entgegensetzen, woraufhin ihm die Gewaltausübung dagegen – sprich: die Verhinderung des Abschneidens – untersagt wird: Ulp. 69 ed. D. 43.17.3.4. Dazu *Ceglia*, Labeo 3 (1957) 363–366.

[399] Ulp. 71 ed. D. 43.27.1.7. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 150; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1632 f. (Nr. 2b).

[400] Diese Regelung soll auf eine Vorschrift der XII–Tafeln (7.9a) zurückgehen, wonach das Auslichten bei Beschattung durch einen Baum vom Nachbarsgrund verlangt werden konnte: Ulp. 71 ed. D. 43.27.1.8. Vgl. dazu *Flach*, XII tab. 119.

77 Das sogenannte ‚Überfallsrecht' wird durch das *interdictum de glande legenda* geschützt. Wer einen fruchttragenden Baum hat, dessen Früchte auf den Nachbarsgrund fallen, der darf jenen betreten, um seine Früchte einzusammeln. Wird der Baumeigentümer in diesem Recht gestört, so kann er ein Interdikt zum Verbot der Gewaltausübung erwirken.

Glandem quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat vim fieri veto.[401]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener die Eicheln, die von seinem Acker auf deinen fallen, nicht jeden dritten Tag einsammelt und wegschafft.

Die in der Blankettformel erwähnten Eicheln stehen für jede Baumfrucht schlechthin.[402] Siehe zu diesem Interdikt weiterführend → § 65 Rn. 119–121.

78 Wer von einem Dritten an der Ausübung der *patria potestas* über sein Hauskind gehindert wird, kann das *interdictum de liberis ducendis* beantragen, durch welches die Gewaltausübung gegen die eigenmächtige Wegführung des Kindes untersagt wird.[403]

Qui quaeve in potestate L. Titii est, quo minus eum eamve Lucio Titio ducere liceat vim fieri veto.[404]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit Lucius Titius den oder die, der oder die unter der Hausgewalt des Lucius Titius steht, nicht wegführt.

Der Vater hat das Interdikt gegen jeden Dritten, der ihn an der Ausübung der *patria potestas* hindert,[405] nicht aber gegen das Kind selbst.[406] Hält der Sohn sich freiwillig bei einem Dritten auf, so kann das Interdikt nicht angestellt werden; es sei denn, der Dritte und der Kläger behaupten beide, der *pater familias* des Betreffenden zu sein.[407] Zur Vorbereitung dient das exhibitorische *interdictum de liberis exhibendis* (siehe oben → Rn. 48).[408]

---

[401] Ulp. 71 ed. D. 43.28.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 151; *Lenel*, EP § 260.

[402] Ulp. 71 ed. D. 43.28.1. Auch hier geht der Schutz auf die XII–Tafeln (7.10) zurück: jeden zweiten Tag darf der Nachbarsgrund zu diesem Zweck betreten werden.

[403] Vgl. auch *Hackl*, SZ 90 (1973) 142 mwN in Fn. 146.

[404] Ulp. 71 ed. D. 43.30.3 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 152; *Lenel*, EP § 262; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1642 (Nr. 12b).

[405] Davon getrennt zu betrachten ist die Frage nach einer Bestrafung des Dritten aufgrund der etwaigen Verwirklichung des *crimen plagii*. Ob es rechtmäßig ist oder nicht, dass er sich die *patria potestas* anmaßt oder den Vater ohne Rechtsbehauptung an der Ausübung seiner Hausgewalt hindert, ist zu diesem Zeitpunkt außerdem noch offen.

[406] Ulp. 71 ad ed., D. 43.30.3.3. Zur Überlegung, dass in Afr. 4 quaest. D. 43.30.4 – wie auch dem dazu zum Teil parallelen Fall, welcher Antonin. C. 8.8.1 (a. 212) zugrunde liegt – deshalb ein *inderdictum de liberis ducendis* thematisiert wird (obwohl es keinen Dritten zu geben scheint, welcher den Unmündigen festhält), weil möglicherweise ein Vormund passivlegitimiert ist, siehe *Isola*, Venire contra factum proprium (2017) 88–96 (insbes. 94 f.).

[407] Venulei. 4 interdict., D. 43.30.5.

Wie das *interdictum de uxore exhibendo* dem *interdictum de liberis exhibendis* nachgebildet ist, gilt das auch für das *interdictum de uxore ducenda* im Verhältnis zum *interdictum de liberis ducendis*.[409] **79**

Das *interdictum utrubi* richtet sich an beide Parteien (*interdictum duplex*) zur Wiederherstellung bzw. Bewahrung des ungestörten Besitzes (*interdictum retinendae possessionis*) an beweglichen Sachen. **80**

Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, maiore parte huius anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat vim fieri veto.[410]

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit der von euch beiden den Sklaven, um den es geht, nicht wegführt, bei welchem er den größeren Teil dieses Jahres verbracht hat, und zwar weder aufgrund von Gewalt, Heimlichkeit oder in Bittleihe dem anderen gegenüber.

Es obsiegt derjenige, welcher im Vergleich zum anderen im vergangenen Jahr relativ länger fehlerfrei besessen hat,[411] wobei eine *accessio temporis* im Falle der Rechtsnachfolge zulässig ist.[412] Nach der neueren wohl hL ist die *exceptio vitiosae possessionis* dem *interdictum utrubi* seit jeher inhärent.[413] Dem Unterlegenen wird Gewaltanwendung untersagt (falls sich die Sache bei der siegreichen Partei befindet) bzw. die Herausgabe aufgetragen. Zweck ist hier vielleicht noch mehr als bei den übrigen Interdikten die Vorbereitung auf die Vindikation. Das *interdictum utrubi* wurde dem *interdictum uti possidetis* (→ Rn. 63) schrittweise angeglichen.[414]

Des *interdictum de migrando* bedient sich der Mieter einer Wohnung, welcher seine Verpflichtungen erfüllt hat und beim Auszug[415] vom Vermieter zuvor perkludierte Gegenstände wieder an sich bringen möchte; er beantragt die Untersagung von Gewaltanwendung dagegen. **81**

Si is homo quo de agitur non est ex his rebus de quibus inter te et illum convenit ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat quo minus solvatur: ita quo minus illi eum inde abducere licaet vim fieri veto.[416]

---

[408] Ulp. 71 ed. D. 43.3.0.3.1.

[409] Hermog. 6 iuris epit. D. 43.30.2.

[410] D. 43.31.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 153; *Lenel*, EP 264; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1684 f. (Nr. 58).

[411] Zur Funktion des *interdictum utrubi* bei der Besitzerlangung (bzw. Wiedererlangung) durch den Erben siehe *Domisch*, Besitzübergang (2015) 186–189.

[412] Gai. 4.151.

[413] *Thür*, SZ 94 (1977) 303; *Falcone*, AUPA 44 (1996) 222–226, 242 f.; *Wesener*, St. Labruna VIII, 5912–5914. Vermutet wurde zuvor, dass das Interdikt zunächst ohne die einschränkende Klausel entstanden sei und diese erst später – in erster Linie zur Entlastung des Prätors, der zuvor selbst umgehend *causae cognitio* die Fehlerhaftigkeit geprüft und über die Besitzzuweisung entschieden habe – erhalten habe: *Kaser*, Eigentum (1956) 248; *Mayer-Maly*, s. v. vis, RE IX A/1 (1961) 325; *Labruna*, Vim fieri veto (1971) 119–135; *Labruna*, Possesso fondiario (1986) 54.

[414] Ulp. 72 ed. D. 43.31.1.

[415] Ulp. 73 ed. D. 43.32.1.1.

Ich verbiete, dass Gewalt geschehe, damit jener den Sklaven, um den es geht, nicht wegführen kann, sofern dieser nicht zu den Dingen gehört, hinsichtlich derer zwischen dir und jenem vereinbart wurde, dass, was in die Wohnung, um die es geht, hineingeführt, hineingebracht, dort geboren oder gemacht worden ist, dir für den Mietzins für diese Wohnung verpfändet sind, oder er zwar zu diesen Dingen gehört, aber dir die Miete bezahlt wurde oder dir dafür Sicherheit geleistet wurde oder es an dir lag, dass Sicherheit nicht geleistet wurde.

Es handelt sich um ein unbefristetes, aktiv und passiv vererbliches prohibitorisches Interdikt.[417] Siehe dazu → § 48 Rn. 32.

III. Das Nachverfahren

82 Befolgt eine im Interdikt angesprochene Partei dieses nicht, so kommt es in einem zweiten Schritt – nach abermaliger Ladung – zur Einsetzung eines *iudicium*, an dessen Ende ein förmliches Urteil steht. Wer sich nicht einließ, wurde als *indefensus* behandelt.[418]

83 Der Folgeprozess ist als Verfahren im Rahmen einer prätorischen *actio in personam* ausgestaltet,[419] aber je nach Typ des Interdikts mitunter verschieden. Während das Verfahren *per formulam* vor einem *iudex* bzw. *arbiter* durchgeführt wurde, sind für das Sponsionsverfahren meist Einzelrichter, mitunter aber auch Rekuperatoren zuständig.[420]

84 Für die Zeit vor Einführung des *iudicium Cascellianum* im 1. Jh v. Chr. (dazu sogleich → Rn. 96) wird generell vermutet, dass der „siegreiche Kläger den interdiktgemäßen Zustand in erlaubter Eigenmacht" herstellen konnte und diese Befugnis allenfalls durch Multdrohungen des Prätors abgesichert war.[421] Seit dem *Cascellianum* sei dies aber in ein Verfahren übergegangen, an dessen Ende wiederum die Geldkondemnation stand.

85 Auch diese *iudicia* konnten – wie die Interdikte selbst – einschränkende Klauseln als *exceptiones* erhalten, wie Cap. 19 der *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* belegt: ‚… *in id decretum interdictum sponsionem iudicium exceptionem additio addive iubeto* …'.[422]

86 Die auf die Verurteilung folgende Exekution erfolgt beim Interdiktenverfahren im Allgemeinen ebenso wie bei anderen Prozessen auch:[423] Nach Abschluss des Verfahrens

[416] Ulp. 73 ed. D. 43.32.1 pr. Siehe *Mantovani*, Formule Nr. 154; *Lenel*, EP § 265; *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1644 (Nr. 17); *du Plessis*, RIDA 54 (2007) 219 mit englischer Übersetzung.

[417] Ulp. 73 ed. D. 43.32.1.6.

[418] Vgl. dazu *Luzzatto*, Processo extra ordinem I (1965) 183 f. mit Fn. 102.

[419] *Kaser/Hackl*, RZ 417 mit Fn. 3.

[420] *Lenel*, EP 452 (mit Betonung dessen, dass es unklar ist, wann „die eine oder andere Art von Geschworenen eintrat"). Belegt sind Rekuperatoren nur für das *interdictum de vi armata*.

[421] *Kaser/Hackl*, RZ 418 Fn. 16.

[422] FIRA I, 170 f.; *Bruna*, Lex Rubria (1972) 53. Dazu *Wesener*, St. Labruna VIII, 5915 mwN.

[423] *Kaser/Hackl*, RZ 416.

wurde der Gläubiger durch den Magistrat per Dekret ermächtigt, zum Zwecke der Vermögensvollstreckung (→ § 14 Rn. 9–11) die tatsächliche Gewalt am gesamten Vermögen des Schuldners zu ergreifen, nicht nur am konkreten Streitgegenstand, auf welchen das Interdikt sich bezogen hatte. Dazu scheinen sich in späterer Zeit aber auch alternative Vollstreckungsformen gesellt zu haben, die im Einzelfall erneut den tatsächlichen Sachzugriff auf den Streitgegenstand ermöglicht haben mögen.[424]

1. Nachverfahren bei den *interdicta restitutoria* und *exhibitoria* (‚*decreta*')

87 Befolgt der Antragsgegner ein restitutorisches oder exhibitorisches Interdikt nicht,[425] so kann der Antragsteller ihn erneut vor den Prätor laden und die Einsetzung eines Urteilsgerichts verlangen, wobei der Antragsgegner bereits bei der Erteilung des Interdikts *in iure* – also *antequam ex iure exeas*[426] – einen *arbiter* beantragt haben musste,[427] widrigenfalls das für ihn riskantere Verfahren *per sponsionem* drohte.[428] Die Beantragung des *arbiter* konnte nicht zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden.[429]

88 Die *formula arbitraria* im Falle der zeitgerechten Beantragung eines *arbiter* dürfte den Wortlaut des Interdikts in der *demonstratio* wiedergegeben haben; sie wies weiters eine Arbiträrklausel auf und endete mit einer *condemnatio pecuniaria*.[430] Im Falle eines *interdictum quod vi aut clam* würde sie daher etwa lauten:

---

[424] Siehe *Isola*, SZ 137 (2020) 108 f. zu der Möglichkeit, dass sich im spätklassischen Recht ein Zugriff auf die konkreten Gegenstände entwickelt haben könnte, insbes. im Zusammenhang mit dem Interdikt *ne vis fiat ei qui legatorum* (*vel fideicommissorum*) *servandorum causa*; dies möglicherweise infolge der severischen Anpassungen des Legatsrechts, welche zur Möglichkeit eines unmittelbaren Zwanges gut passen würden, dazu auch *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 157 Fn. 72 und 213. Für eine regelmäßige Durchsetzung des magistratischen Befehls im Interdiktenverfahren durch Polizeigewalt *Gandolfi*, Processo interdittale (1955) 85–115; dagegen *Biscardi*, Iura 7 (1956) 361.

[425] Zur alternativ möglichen Erledigung durch Eideszuschiebung und -leistung siehe bereits *Ubbelohde*, Interdicte II (1890) 8–11; *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 911; *Rampazzo*, Index 28 (2000) 512. Zum *confessus* siehe *Ubbelohde* ibid. 11–31; *Pfersche*, Interdicte (1888) 118–124; *Gandolfi*, Processo interdittale (1955) 63–65.

[426] Zum wahrscheinlichen stereotypen Nachsatz ‚*antequam ex iure exeas*' bei allen restitutorischen und exhibitorischen Interdikten aufgrund der Abkürzung R. A. Q. E. I. E. in Prob. Einsidl. 70 siehe bereits *Lenel*, EP 447 f. Dazu auch eingehend *Ubbelohde*, Interdicte II (1890) 229–232. Vgl. auch *Kaser/Hackl* RZ 420. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 276 weist darauf hin, dass offen bleibe, „ob diese Wortfolge Teil des Interdiktswortlauts ist oder ob der Prätor dem Beklagten gegenüber diese Warnung auszusprechen hat, bevor er ihm die Restitution aufträgt".

[427] Zum Schulenstreit hinsichtlich der Frage, ob in der Beantragung eines *arbiter* ein *confiteri* liege, siehe Gai. 4.163. Die Prokulianer konnten sich mit ihrer Ansicht, dass die Herausgabepflicht durch den Antrag bereits anerkannt wurde, nicht durchsetzen; die siegreiche sabinianische Ansicht wies diese Annahme zurück.

[428] Dazu auch *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 916 f.

[429] Gai. 4.162–165.

[430] Gai. 4.163; dazu – zur Struktur der *formula arbitraria* beim *agere ex interdicto sine poena*, siehe *Varvaro*, AUPA 55 (2012) 705–734.

C. Aquilius iudex esto. Quod opus in fundo quo de agitur a N. Negidio vi aut clam factum est si arbitrio C. Aquilii iudicis non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.[431]

Gaius Aquilius soll Richter sein. Was das betrifft, dass Numerius Negidius ein Bauwerk auf dem Grund, worum es hier geht, gewaltsam oder heimlich errichtet hat, wenn es nicht nach richterlichem Ermessen wieder entfernt worden ist, dann soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius auf so viel verurteilen, wie die Angelegenheit wert sein wird; wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen.

89 Im Falle eines Sponsionsverfahrens hingegen musste der Beklagte dem Kläger für den Fall, dass er dem Interdikt zu Unrecht nicht gehorcht hat, eine Geldsumme in Form einer *sponsio* (*stipulatio*) versprechen; umgekehrt versprach auch der Kläger dem Beklagten dieselbe Summe für den Fall, dass er das Interdikt zu Unrecht beantragt hat (*restipulatio*).[432] Diese Verfahrensart wird im Hinblick auf den Beklagten daher als *cum poena*[433] bzw. *cum periculo*[434] bezeichnet, im Gegensatz zum formularen Arbiträrverfahren, welches *sine poena* sei, weil dort noch im laufenden Verfahren restituiert und dadurch eine Verurteilung abgewendet werden konnte.

90 Die *sponsio* reproduzierte entweder den Gesamtinhalt des Interdikts in seiner konkreten Fassung oder verwies lediglich darauf. Auch allfällige *exceptiones* des Interdikts konnten in den Wortlaut der *sponsio* mit aufgenommen werden.

Als *sponsio* für ein *interdictum quorum bonorum* rekonstruierte Huschke eine konkrete Fassung aus Cic. Ad famil. VII.21:

Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides (possideresve si nihil usucaptum esset) quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id si contra illius praetoris edictum mihi non restituisti, tot nummos dare mihi spondes? Spondeo.[435]

Versprichst du mir im Hinblick auf das, was du vom Vermögen der Turpilia ‚als Erbe' oder ‚als Nachlassbesitzer' besitzt (oder besitzen würdest, wenn es nicht ersessen worden wäre), oder schlechtgläubig bewirkt hast, dass du es nicht mehr besitzt, so-und-so-viel zu geben, wenn mich der Prätor Q. Caepio aufgrund seines Edikts in den Besitz dieses Nachlasses eingewiesen hat und du es mir gegen das Edikt jenes Prätors nicht herausgibst? Ich verspreche es.

Einen bloßen Verweis auf das Interdikt ohne seine vollständige Wiedergabe könnte man sich mit *Schmidt* hingegen wie folgt vorstellen:

[431] *Mantovani*, Formule Nr. 74; *Lenel*, EP 449. Dazu auch *Scevola*, Ric. Talamanca II 680 mit Fn. 37.

[432] Dadurch soll eine Gleichheit des Risikos für beide Parteien herbegeführt werden: *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 247.

[433] Gai. 4.141.

[434] Gai. 4.165.

[435] *Huschke*, Stud. 11; *Lenel*, EP 449.

Si contra edictum praetoris non exhibuisti – non restituisti – vim fecisti, tot nummos mihi dare spondes? Spondeo.[436]

Versprichst du mir, so-und-so-viel zu geben, wenn du entgegen dem prätorischen Edikt nicht vorlegst/nicht restituiert/Gewalt ausübst? Ich verspreche es.

Die Höhe der Sponsionssumme wurde wahrscheinlich im Rahmen eines klägerischen Eides (mit richterlichem Moderationsrecht) festgelegt, doch ist das quellenmäßig nicht belegt und kann nur vermutet werden.[437] Wer sich weigerte, die *sponsio* abzuschließen, galt als *indefensus* (*lex Rubria* c. 22), woraufhin der Kläger in den Besitz des Beklagtenvermögens eingewiesen wurde; verweigerte umgekehrt der Kläger die *restipulatio*, so wurde die Klage denegiert. **91**

Wird im Rahmen des Sponsionsverfahrens nun festgestellt, dass das Interdikt zu Recht beantragt und erlassen worden war, sowie dass der Antragsgegner daher zu Unrecht dem Interdikt nicht Folge geleistet hat, so muss die Strafsumme aus der *sponsio* geleistet werden. Daneben wird zusätzlich ein arbiträres *iudicium de re restituenda vel exhibenda* (das sogenannte *iudicium secutorium*[438]) eingesetzt, um nach Möglichkeit Naturalrestitution zu bewirken. Als Formel wurde von Lenel rekonstruiert: **92**

Si Aulus Agerius Numerium Negidium sponsione vicerit neque ei arbitrio iudicis restituetur (exhibebitur), quanti ea res erit tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.[439]

Wenn Aulus Agerius den Numerius Negidius im Sponsionsverfahren besiegt hat und ihm nicht nach richterlichem Ermessen restituiert wird, dann soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius auf so viel verurteilen, wie die Angelegenheit wert sein wird; wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen.

Kommt es nicht zur Naturalrestitution, erfolgt auch hier vermutlich[440] wieder eine Verurteilung auf *quanti ea res erit*.

2. Nachverfahren bei den *interdicta prohibitoria* (‚*interdicta*' im engeren Sinn)

Anders als bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdikten (den *decreta*) besteht bei den prohibitorischen Interdikten (*interdicta* im engeren Sinn[441]) keine Wahlmöglichkeit: Das Verfahren ist stets *per sponsionem*. **93**

[436] *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 242.

[437] *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1693.

[438] Gai. 4.166a; siehe auch Gai. 4.169: *quod sequitur sponsionis victoriam*. Dazu *Kaser/Hackl*, RZ 418.

[439] *Lenel*, EP 450 Fn. 4.

[440] Zur Lücke in der Gaius-Überlieferung an dieser Stelle sowie die dennoch anzunehmende *condemnatio pecuniaria* siehe nur *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 277.

[441] So bezeichnet auch etwa bei *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 49.

94 Was den Inhalt von *sponsio* und *restipulatio* anbelangt, kann auf das oben → Rn. 89 zum Nachverfahren bei den *interdicta restitutoria* und *exhibitoria* Gesagte verwiesen werden. Vermutlich fällt eine Darstellung des Nachverfahrens zu den prohibitorischen *interdicta simplicia* in eine Lücke der gaianischen Überlieferung.[442] Das Nachverfahren zu den prohibitorischen *interdicta duplicia*, dh inbesondere *uti possidetis* und *utrubi*, ist komplexer:[443] Hier besteht vor allem die Besonderheit, dass beide Teile wechselseitig je eine *sponsio* und eine *restipulatio* leisten, sodass der Unterliegende zwei Bußzahlungen zu leisten hat. Obsiegt der Kläger, so verurteilt der *iudex* den Beklagten aus der *sponsio* sowie dem *iudicium secutorium* und spricht den Kläger aus der *restipulatio* frei; unterliegt der Kläger, so spricht der *iudex* umgekehrt sowohl aus der *sponsio* als auch aus dem *iudicium secutorium* frei und verurteilt aus der *restipulatio*. Diese Verfahren können in einem einheitlichen Verfahren zusammengefasst werden.

95 Bei einigen prohibitorischen Interdikten bedurfte es für die Einleitung des Nachverfahrens der durch das Interdikt untersagten *vis*.[444] Nur so konnte etwa die Entscheidung darüber herbeigeführt werden, ob der Besitz des aktuellen Innehabers denn nun dem anderen gegenüber ‚fehlerhaft' oder ‚echt' ist und ob daher die *exceptio vitiosae possessionis* zum Tragen kommt oder nicht. Häufig wurde von den Parteien zu diesem Zweck die symbolische Gewaltanwendung vereinbart (*vis ex conventu*),[445] deren Vornahme mittels *interdicta secundaria* (dazu sogleich unten → Rn. 99) erzwingbar war.[446]

96 Abgesehen von dem Verfahren um die Strafsumme und der präjudizierenden Feststellung des (Nicht-)/Zuwiderhandelns[447] wird auch hier ein *iudicium secutorium* (in diesem Zusammenhang auch *iudicium Cascellianum* genannt) eingesetzt. Im Vergleich zum *iudicium secutorium* bei den *decreta* dürfte die Formel des *iudicium Cascellianum* oftmals keine Restitutionsklausel enthalten, wenn eine Wiederherstellung aufgrund der Sachlage ausgeschlossen ist; denkbar ist aber eine andere Form der Satisfaktionsklausel (z. B. auf Bestellung von Sicherheiten in Form von *cautiones* oä).[448]

97 Beklagter ist derjenige, dem der Zwischenbesitz zugewiesen wurde. Das ist derjenige, welcher dem anderen in einer Versteigerung (*fructus licitatio*) mehr als Entschädigung

---

[442] Siehe auch *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 917. Die Lücke findet sich in Gai. 4.165 f. und umfasst in etwa 30 Zeilen, wobei auch vor diesem völligen Ausfall etwa von *Manthe*, Gai. Inst. *ad loc* für weitere 18 Zeilen nur die (von ihm als unsicher qualifizierte und daher nur in Fn. 1 zum Text angegebene) Ergänzung von Huschke angegeben werden kann.

[443] Dargestellt im erhaltenen Teil von Gai. 4.166.

[444] Dazu, dass es sich hierbei in klassischer Zeit nicht um wirkliche Gewaltakte handeln wird, welche vom Prätor nicht nur geduldet, sondern durch die Androhung der *secundaria* (dazu sogleich unten → Rn. 99) geradezu erzwungen werden, siehe schon *Exner*, SZ 8 (1887) 172. Es wird sich vielmehr um eine formalisierte Rechtshandlung handeln.

[445] *Platschek*, TR 74 (2006) 253 f.

[446] *Nörr*, St. Talamanca VI 90; *Behrends*, SZ 119 (2002) 81.

[447] Zum doppelten Charakter – pönal und präjudiziell – siehe *Capogrossi Colognesi*, s. v. Interdetti, ED XXI 918.

[448] *Berger*, s. v. interdictum, RE IX.2 1695 und 1699; *Lenel*, EP 451.

für die zwischenzeitlich aus der Sache gezogenen Vorteile versprochen hat (*stipulatio fructuaria*).[449] Obsiegt der (Zwischen-)/Besitzer, so wird nur in Höhe der *sponsio* bzw. *restipulatio* verurteilt, im *iudicium Cascellianum* jedoch freigesprochen. Eine Verurteilung des Zwischenbesitzers führt neben seiner Verurteilung aus der *sponsio* bzw. *restipulatio* zu einer Verurteilung auf das Besitzinteresse im Rahmen des *iudicium Cascellianum*.[450] Sind davon die Früchte nicht erfasst, so kann entweder aus der *stipulatio fructuaria* (eine *in factum concepta formula*[451]) geklagt oder die Einsetzung des *iudicium fructuarium* auf *quanti ea res erit* beantragt werden.

Der typische Verlauf eines Interdiktenverfahrens kann auf Grundlage von Gai. 4.170 **98**
für ein *interdictum uti possidetis* daher wie folgt dargestellt werden: Zunächst erfolgt das *reddere interdictum*, ein auf Antrag einer Partei gegen beide vom Prätor erlassenes Gewaltverbot (*Uti possidetis … quo minus ita possideatis, vim fieri veto*). Darauf folgen die *cetera ex interdicto*[452] als eine Kette von Parteihandlungen: 1. *Vim facere*; 2. *Fructus licitatio*; 3. *Satisdatio fructus licitationis*; 4. *Sponsiones et restipulationes*; 5. *Accipere sponsionum iudicia*.[453]

Auch im zweiten Verfahrensabschnitt begegnet aber erneut ein besonderes Interdikt, **99**
welches unsere Darstellung der Interdikte beschließen soll: ‚Das' *interdictum secundarium*. Es dient der Erzwingung der Mitwirkung am Verfahren im Anschluss an ein prohibitorisches Interdikt (dh an den soeben → Rn. 98 angeführten Schritten 1–5). Wer sich etwa weigert, an dem Verfahren um die Zuweisung des Zwischenbesitzes mitzuwirken, oder die *sponsio* bzw. *restipulatio* zu leisten, schließlich sich überhaupt einzulassen, gegen den kann ein solches *interdictum secundarium* beantragt werden, welches entweder restitutorisch oder prohibitorisch ausgestaltet ist, je nachdem, ob der Antragsteller oder der Antragsgegner besitzt: Besitzt der Antragsgegner, so wird ihm die Restitution befohlen; besitzt der Antragsteller, so wird dem Antragsgegner die eigenmächtige Störung des Besitzes des Antragstellers verboten. Zu den *interdicta secundaria* ist in Gai. 4.170 zwar noch ein Teil der Darstellung erhalten, jedoch klafft gerade hier eine große Lücke, welche bislang nur mit mehr oder weniger plausiblen Spekulationen gefüllt werden kann.[454]

---

[449] Dazu, dass das Meistgebot nicht die „Natur des Kaufgeldes" hat, „sondern den Charakter einer versprochenen Strafe" siehe *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 289 f.

[450] Gai. 4.167. *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 290 rekonstruiert für das *Cascellianum* folgende Formel (für deren Wortlaut allerdings keine Quellenzeugnisse existieren): *Quod N^us N^us A^um A^um fructus licitatione vicit, si N^us N^us ex sponsione, quam cum A^o A^o ex interdicto, q. d. a., fecit, A^o A^o condemnatus erit, N^um N^um quanto fructus licitatus est A^o A^o condemna, si non paret absolve.*

[451] *Schmidt*, Interdiktenverfahren (1853) 290.

[452] Dazu neben Gai. 4.170 auch Front. de contr. agr. 11,44. Siehe *Feenstra*, Ess. Spruit 343–352 zur Bedeutung von ‚*ceterum*' in den Digesten.

[453] *Exner*, SZ 8 (1887) 168; *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 216.

[454] Im erhaltenen Teil von Gai. 4.170 unmittelbar belegt ist das *secundarium* lediglich für das *interdictum uti possidetis*. Für die daraus zu ziehenden Schlüsse auch für die übrigen *duplicia* siehe bereits *Ubbelohde*, Interdicte I (1889) 295–330. Es sind etwa 27 Zeilen unlesbar.

§ 67 Klagen mit *adiudicatio*

Amelia Castresana

Berger, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht, 1912; *Torrent*, A propósito de la *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*: cap. XXIII, AHDE 36 (1966) 599–603; *Santoro*, Potere e azione, AUPA 30 (1967) 103–664; *Fernández Barreiro*, La „actio communi dividundo utilis“, in: Estudios Santa Cruz Teijeiro, 1974, 267–284; *Hinrichs*, Histoire des institutions gromatiques, 1989; *Aricò Anselmo*, Studi sulla divisione giudiziale I. „Divisio“ e „vindicatio“, AUPA 42 (1992) 257–467; *Behrends*, Bodenhoheit und privates Bodeneigentum im Grenzwesen Roms, in: Behrends/Capogrossi Colognesi (Hgg.), Die römische Feldmeßkunst, 1992, 192–284; *Knütel*, Die *actio finium regundorum* und die *ars gromatica*, in: Behrends/Capogrossi Colognesi (Hgg.), Die römische Feldmeßkunst, 1992, 285–308; *Pikulska*, Le règlement des contestations relatives aux limites en droit romain, 1993; *Hinrichs*, Zur Geschichte der Klage *finium regundorum*, SZ 111 (1994) 242–280; *Drosdowski*, Das Verhältnis von *actio pro socio* und *actio communi dividundo* im klassischen römischen Recht, 1998; *Vinci*, *Fines regere*. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano, 2004; *Platschek*, Überlegungen zur *vis ac deductio*, Studi Labruna VI, 2007, 4395–4422; *Tuccillo*, Su Grom. vet. 126.3–8L: Igino e il *capere usu*, Studi Labruna VIII, 2007, 5659–5680; *Varvaro*, Alcune considerazioni sulla ricostruzione delle formule delle azioni divisorie, Scritti Marrone, 2019, 287–331.

Inhalt Rn.

I. *Adiudicatio* 1
1. *Adiudicatio* als Formelbestandteil 1
2. Gestaltungswirkung des *adiudicare* 3
II. Einzelne Klagen 8
1. *Actio familiae erciscundae* 8
2. *Actio communi dividundo* 13
3. *Actio finium regundorum* 23

I. *Adiudicatio*

1. *Adiudicatio* als Formelbestandteil

1 Die hier zu besprechenden Klagen zeichnen sich dadurch aus, dass die Klageformel (→ § 12 Rn. 20) als außerordentlichen Bestandteil die *adiudicatio* enthält. Im Folgen-

den soll untersucht werden, wann und warum die Einbindung der *adiudicatio* stattfindet, und es soll ihre genaue technische Bedeutung eruiert werden. Dazu muss an erster Stelle geklärt werden, welche Bedeutung dem lateinischen Begriff *adiudicatio* im Bereich des Rechts zukommt. Nach Gai. 4.42 ist die *adiudicatio*:

… ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare, velut si inter coheredes familiae erciscundae agatur aut inter socios communi dividundo aut inter vicinos finium regundorum. nam illic ita est: 'quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato'.

„… der Teil der Formel, durch den dem Richter erlaubt wird, die Sache irgendeinem von den Streitenden zuzuurteilen, zum Beispiel wenn unter Miterben wegen Teilung des Nachlasses geklagt wird oder unter Gesellschafter wegen Teilung des gemeinsamen Eigentums oder unter Nachbarn wegen Regelung der Grenzen. Denn dort heißt es: 'wieviel zugeurteilt werden muss, soll der Richter dem Titius zuurteilen.'„

In dem hier beschriebenen rechtlichen Szenario geht es um ein Verfahren, um streitende Parteien und um einen Teil der *formula actionis*, die den Richter befähigt, „einer der Streitparteien etwas zuzusprechen." Darauf folgen drei Beispiele: Aufteilung einer Erbschaft unter den Miterben, Aufteilung gemeinsamen Eigentums unter Gesellschaftern und Abgrenzung von Grundstücken unter Nachbarn. In diesen Fällen heißt es in der Formel: „der Richter spreche Titius zu, wieviel ihm zugesprochen werden muss". **2**

Aus der Schilderung bei Gaius scheint klar hervorzugehen, dass die Teilung einer gemeinsamen Sache unter den Miteigentümern und die Aufhebung der Miteigentümerschaft Anlass für die *adiudicatio* sein können, aber sie erklären nicht deren Bedeutung. Was der lateinische Begriff ausdrückt und bezeichnet, ist vielmehr „die Zuweisung von etwas an jemanden". Diese Zuweisung geschieht durch den Richter (oder den *arbiter*), weshalb dieser Prozess einem streitigen Verfahren gleichsteht, auch wenn zwischen den beteiligten Parteien nicht notwendigerweise eine Kontroverse besteht[1] und sie die Zuweisung von Vermögensgegenständen begehren. Die Klagen mit *adiudicatio* sind somit ihrem Wesen nach keine Teilungsklagen, sondern Klagen auf Zuweisung von Vermögensgegenständen, die in den meisten Fällen, aber nicht immer,[2] die vorherige Teilung einer gemeinsamen Sache implizieren.

2. Gestaltungswirkung des *adiudicare*

Was bedeutet nun *adiudicatio*? Außerhalb der Rechtsliteratur hat der Begriff *adiudicare* bei Cicero etwa die Bedeutung von „zusprechen/zuerkennen" (*adiudicare regnum Ptolemaeo*),[3] bei Plinius „zuteilen" (*adiudicare optimum saporem ostreis*),[4] wiederum bei **3**

[1] Deutlich *Kaser/Hackl*, RZ 57: „Hier stehen sich die Parteien nicht mit kontradiktorischen Behauptungen gegenüber, sondern streben, nachdem einer die Klage erhoben hat, alle das gleiche Ziel an." Den Begünstigten des Urteils nennt Gaius nicht *Aulus Agerius*, sondern *Titius*, s. unten Fn. 21.

[2] Dies ist der Fall bei der *actio finium regundorum*, wie wir später sehen werden.

[3] Cic. agr. 2.17; ThLL, s. v. adiudico I (I 702 Z. 30–35).

[4] Plin. NH 20.54; ThLL, s. v. adiudico II (I 702 Z. 69–703 Z. 2).

Cicero „zu Gunsten von jemandem urteilen“ (*adiudicare causam alicui*),[5] bei Hieronymus begegnet sogar *adiudicare morti* – „zum Tode verurteilen“.[6] In unserem zivilprozessualen Zusammenhang ist *adiudicatio* die Handlung, durch die der Richter etwas zuweist oder zuspricht.

4 Drei lateinische Verben sind *adiudicare* semantisch ähnlich: a) *addicere* in der Bedeutung von „zuteilen“ (*addicere bona alicui*),[7] wobei in der juristischen Literatur der Ausdruck *addicere iudicem* „den Richter bestimmen, zuteilen“ bedeutet;[8] b) *assignare*, ein Fachausdruck, der sich auf die Zuteilung der Ländereien des „Staates“ an die Pachtbauern bezieht, bei Cicero in der Bedeutung von „verteilen, aufteilen“ (*assignare agros militibus*),[9] bei Livius jedoch in der Bedeutung von „zuteilen“ (*suum ordinem cuique assignare*) verwendet;[10] und c) *attribuere*, von den Dichtern selten gebraucht, bezieht sich bei Cicero auf „jemandem etwas geben“[11] und bei Livius auf „übergeben“ (*alicui curam rerum attribuere*).[12] Die Bedeutungen dieser drei Verben, die *adiudicare* nahe stehen, drücken klar die zentrale Idee des Zuweisens als einer Handlung des Bezeichnens, Gebens oder Zusprechens nach vorausgehender Aufteilung oder Zuteilung aus.

5 Diese Handlung hat zudem konstitutive Wirkung,[13] das heißt, es wird eine neue rechtliche Situation geschaffen, die sich deutlich von der Ausgangssituation abhebt, und es wird eine neue Rechtsstellung für diejenigen gestaltet, die an der Aufteilung oder Zuteilung beteiligt sind (oder von dieser betroffen sind). Die semantische Übereinstim-

---

[5] Cic. or. 2.29; ThLL, s. v. adiudico I (I 702 Z. 54–56).

[6] Hier. in Matth. 27.1 Migne 26.204[a]; ThLL, s. v. adiudico I (I 702 Z. 56–63).

[7] ThLL, s. v. addico II 2 (I 575 Z. 16–32).

[8] ThLL, s. v. addico II 1 (I 574 Z. 74–80).

[9] Cic. Phil. 5.53; ThLL, s. v. assigno II A 1 (II 891 Z. 4).

[10] Liv. 42.33.6; ThLL, s. v. assigno II A 3 (II 892 Z. 56–57).

[11] ThLL, s. v. attribuo 1 (II 1162 Z. 76–77; 1163 Z. 28–32).

[12] Liv. 26.49.10; ThLL, s. v. attribuo 5 (II 1165 Z. 8–14).

[13] *Kaser/Hackl*, RZ 130: Die *adiudicatio* ist – wie *mancipatio* und *traditio* – ein Tatbestand des Eigentumserwerbs. Über einen konstitutiven oder deklaratorischen Gehalt der *adiudicatio* besteht Streit. Nach *Kaser/Hackl* nehmen die Begriffe *adiudicare* und *abiudicare* außerhalb der Teilungsklagen unter Juristen und Nichtjuristen die Bedeutung von „Anerkennung“ und „Versagung der Anerkennung“ eines Anspruchs an. Tatsächlich lässt sich zwar eine solche Bedeutung bei nichtjuristischen Autoren beobachten: … *quem ad recuperatores modo damnavit Pleusidippus? Abiudicata a me modo est Palaestra; perditus sum* (Plaut. Rud. 1281); *bene male: apud Orcum te iubebo; nam equidem me iam quantum potest a vita abiudicabo* (Plaut. Asin. 607); *laeti ergo audiere patres Ardeatium populum ob iniuriam agri abiudicati descisse* … (Liv. 4.1.4); *igitur, abiudicatis agris, orta adversus iudicem invidia* (Tac. ann. 14.18.3). Für einen konstitutiven Charakter der *adiudicatio* aber *Santoro*, AUPA 30 (1967) 581 Fn. 7. Die Diskussion über den deklaratorischen oder konstitutiven Gehalt der *adiudicatio* wird erneut virulent bei der *actio finium regundorum*, s. unten Fn. 67. Auf der anderen Seite machen zwei Fragmente – Ulp. reg. 19.16 und Frg. Vat. 47a – deutlich, dass die konstitutive Wirkung der *adiudicatio* – als Erwerbstitel für das Eigentum und andere Sachenrechte – nur in den *iudicia legitima* (→ § 12 Rn. 18) besteht. Für die *iudicia imperio continentia* erklärt Paulus (6 Sab. D. 10.2.44.1), dass die *adiudicatio* lediglich eine durch prätorische Mittel geschützte Lage schafft.

mung von *adiudicatio*/*adiudicare* und *iudicatio*/*iudicare* liegt auf der Hand: In beiden Fällen drücken das Substantiv und das Verb den konstitutiven Charakter des Richterspruchs aus, der jemandes Recht „bezeichnet, festsetzt oder schafft". Dank der *adiudicatio* „schafft, gibt oder spricht" der Privatrichter jemandem ein neu begründetes Recht zu. *Ius-dicare* steht semantisch *ius-dicere* sehr nahe und wird durch die konstitutive Kraft der *iurisdictio* bestätigt. Orestano[14] sieht keinen Unterschied zwischen *dicere* und *dicare*, letzterer Begriff ist die Verlaufsform des ersteren und bedeutet „feierlich sagen, ankündigen, widmen". D'Ors[15] dagegen präzisiert, *dicare* bezeichne eine private Erklärung mit persönlicher Wirkung im Gegensatz zu *dicere*, das sich auf eine öffentliche Erklärung bezieht.

Das *ius dicere* der *adiudicatio* stimmt mit *addico, assigno* und *attribuo* überein: In Wirklichkeit setzt der Richter mit seinem Urteil nicht einem Interessenkonflikt ein Ende, einer echten Kontroverse zwischen den betroffenen Parteien, sondern legt vielmehr die neue Rechtsstellung der Parteien fest und teilt jeder das individuelle Eigentum an einer Sache oder an bestimmten Teilen einer Sache zu, welche vor dem Urteil eine Gütergemeinschaft bildeten. Kaser/Hackl sprechen bezüglich des Richterspruchs von „Gestaltungswirkung".[16] Gerade das Nichtvorhandensein eines Konfliktes *inter partes* zeichne die besondere Funktion des Richters in diesen Fällen aus, eine Funktion, die mit der eines *arbiter* übereinstimme, der daher in nicht wenigen Fällen gewählt werde.[17] **6**

Die an der Zuweisung beteiligten Parteien können beim Prätor einen *arbiter* oder einen *iudex* beantragen: Die Tafel 2.1b (= Gai. 4.17a) des Zwölftafelgesetzes erwähnt die *legis actio per iudicis postulationem* – und nicht die *legis actio sacramento* (→ § 9 Rn. 50) – als gerichtliches Verfahren bei der Erbteilung unter den Miterben (und der Zuweisung von Teilen des Erbes an die einzelnen Miterben). **7**

II. Einzelne Klagen

Gaius nennt drei Klagen mit *adiudicatio*: *actio familiae erciscundae*, *actio communi dividundo* und *actio finium regundorum*.

---

[14] *Orestano*, „Parola creatrice" (1994) 199.

[15] *Á. d'Ors*, AHDE 34 (1964) 568.

[16] *Kaser/Hackl*, RZ 130: Das *adiudicare* in den Teilungsklagen – und auch in der *actio finium regundorum* – gibt dem *iudex arbiterve* die Möglichkeit, den Erwerb des Eigentums oder eines anderen Sachenrechts mittels Urteil oder Schiedsspruch zu bewerkstelligen. Auch *d'Ors*, DPR 262 Fn. 2 weist darauf hin, dass die *adiudicatio* berechtigt, Eigentum zuzuweisen oder ein sonstiges dingliches Recht zu begründen, und erwähnt sie als „kluge Lösung" zur Bestellung eines Nießbrauchs.

[17] *Kaser/Knütel/Lohsse*, RPR § 81 Rn. 7: „die Tätigkeit des Richters ist hier eine schlichtende; diese Schlichtung kennzeichnet die Aufgabe des *arbiter*, der (in der Ein-oder Mehrzahl) bestellt wird…".

1. *Actio familiae erciscundae*

8 Die Klage zur Erbteilung unter den Miterben, die *actio familiae erciscundae,*[18] wurde durch das Zwölftafelgesetz eingeführt, wie aus l. XII tab. 2.10 (= Gai. 7 ed. prov. D. 10.2.1 pr.) hervorgeht.

Diese Klage führt Gaius als erstes Beispiel einer Klage mit *adiudicatio* im neuen System des Formularprozesses an.[19] Die *formula actionis* lautet nach der Rekonstruktion Lenels[20] folgendermaßen:

Quod L. Titii heredes de familia erciscunda deque eo, quod in ea hereditate ab eorum quo, postea quam heres factus sit, gestum admissumve sit, iudicem sibi dari postulaverunt: quantum adiudicari oportet iudex Titio adiudicato: quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet [*ex fide bona*?], *eius iudex alterum alteri condemnato; si non paret, absolvito.*

„Was das betrifft, dass die Erben des Lucius Titius beantragt haben, dass ihnen ein Richter gegeben werde zur Entscheidung über die Teilung des Nachlasses und darüber, was von jedem von ihnen, nachdem er Erbe geworden ist, an Geschäften geführt und zugelassen wurde: wieviel zugesprochen werden muss, soll der Richter dem Titius zusprechen; in all das, was der eine dem anderen wegen dieser Angelegenheit zu leisten verpflichtet ist, soll er den einen zugunsten des anderen verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen."

9 Bereits Lenel war der Ansicht, dass die größte Schwierigkeit bei der Rekonstruktion der Formel in allen Teilungsverfahren in der *demonstratio* besteht, wenn er es auch für wahrscheinlich hielt, dass in dieser die *iudicis postulatio* erwähnt wurde, die als grundlegendes Element der *intentio* die Rechtsgrundlage für *adiudicari oportere*[21] dargestellt hätte.

---

[18] Das lateinische Verb *hercisco* wird aus der Verbindung von zwei Begriffen gebildet: *herctum* (= Erbe?) und *cisco* (= teilen). Die Herkunft des ersten Begriffs ist unklar. *Nelson*, Glotta 44 (1966) 44–45 erkennt drei verschiedene antike Herleitung des „schwierigen *ercto* (*erctum*)": eine erste von *coercere* „zusammenschließen, einhegen", eine zweite von *erus* „Herr", eine dritte von *heres* „Erbe". *Aricò Anselmo*, AUPA 42 (1992) 370 weist darauf hin, dass der Bezug des Wortes *erciscere* auf das Erbrecht außer Zweifel steht, wenn es auch wahrscheinlich ist, dass sich seine Bedeutung ursprünglich nicht auf die von *dividere* beschränkte. Daher bezieht der Ausdruck *actio (h)erciscundae* die Klage bereits auf die Teilung eines Vermögens, und die Einbeziehung des Substantivs *familiae* betont, dass Hausgemeinschaft (= *familia*, hier *mortis causa* = *hereditas*) Gegenstand der Teilung ist, das beschreibt die Teilung der Erbschaft zwischen *sui* und *adgnati proximi*, noch ohne die Aufteilung des gleichen Nachlasses unter den *extranei* in Betracht zu ziehen. Nach *Ernout/Meillet*, Dictionnaire s. v. *hercisco* entspricht der Begriff *familia* der *actio familiae erciscundae* bedeutungsmäßig *res familiaris, patrimonium.*

[19] Gai. 4.42. In den Digesten steht an erster Stelle der Teilungsklagen mit *adiudicatio* die *actio finium regundorum*, während in Cod. Theod. und C. die *actio familiae erciscundae* die erste Position einnimmt. *Lenel*, EP 206, vertrritt die Ansicht, dass die Reihenfolge der Digensten die der Kommentare zum Edikt und die des Edikts selbst ist; anders *Rudorff*, EP 85 Fn. 1.

[20] *Lenel*, EP 207–208; enstpr. *Mantovani*, Formule 60–61; kritisch *Varvaro*, Scr. Marrone (2019) 311–331.

[21] *Lenel*, EP 206–207. *Lenel* stellt 208 die Frage, ob die Erwähnung von Titius in der Formel ein Überbleibsel von anderen Namen ist, die im Formelmodell enthalten waren, oder ob es sich um einen Fehler des Kopisten handelt, der diesen Namen aufnimmt anstelle von *tantum* oder „*cui*

Die *actio familiae erciscundae* ermöglicht die Aufteilung der Erbengemeinschaft entsprechend den Erbquoten der Miterben. Sie erfolgt für alle Betroffenen und an ihr Interessierten gemeinsam. Dank der *adiudicatio* der Formel wird die effektive Teilung des Nachlasses[22] und die Zuweisung von Teilen desselben an die Erben vollzogen. Trotz der konstitutiven dinglichen Wirkungen der *adiudicatio*[23] kann der Richter allerdings diejenigen, welche die Erbengemeinschaft auflösen, zu bestimmten wechselseitigen Zahlungen verurteilen, damit noch offene Verbindlichkeiten, die aus dieser Erbengemeinschaft entstanden sind, beglichen werden. Beispielsweise dann, wenn ein Erbe bestimmte Kosten der Gemeinschaft übernommen hat oder auch im gegenteiligen Fall, wenn er allen zustehende Früchte gezogen und für sich behalten hat. Während die *adiudicatio* ein wesentlicher Bestandteil der Erbteilungsklage ist, ist die *condemnatio* nur eine Ergänzung und setzt die tatsächliche Teilung des Nachlasses und die Zuteilung der Anteile an der Erbmasse voraus. **10**

Wie Lenel[24] angibt, bereitet die Rekonstruktion der *actio utilis* (→ § 12 Rn. 38) keine Schwierigkeiten: Die *demonstratio* gebe die rechtliche Position an, die sich von der allgemeinen Regel (*hereditas–familia–heredes*) unterscheidet, und danach werde über die *fictio* „*si heres esset*" oder „*si heredes essent*" das *quantum adiudicari oportet* und das *quidquid praestare oportet* gerechtfertigt. Das war der Fall beim *bonorum possessor* und beim Fideikommissar, die unter anderem[25] zur Ausübung der *actio familiae erciscundae* berechtigt waren, wie bei Ulp. 19 ed. D. 10.2.24.1. zu lesen ist. **11**

---

oportet". Allerdings räumt *Lenel* selbst ein, dass dieser Frage keine besondere Bedeutung zukommt. Interessanter ist 208–209 der Hinweis von *Lenel* auf die viel später erfolgte Einbindung des Ausdrucks „*ex fide bona*" in die *intentio* im Zusammenhang mit anderen Klagebegehren als dem Zuspruch von Eigentum: *alterum alteri praestare oportet ex fide bona.* Das geht hervor aus Gord. C. 3.36.9 (a.243); *Mantovani*, Formule 61 Fn. 193.

[22] Nach *Aricò Anselmo*, AUPA 42 (1992) 294, 326 sind Gegenstand des Prozesses (*in iudicium veniunt*): die *corpora hereditaria* – zu deren Aufteilung die *actio fam. erc.* vornehmlich dient –, der vermachte Nießbrauch, die *res defuncto pignori datae* und die *praestationes personales.*

[23] Ausnahmsweise gestattet die *lex de Gallia Cisalpina* in cap. 23.55 präjudizielle Wirkung der *adiudicatio* in den *iudicia imperio continentia* zur Teilung der Erbschaft, auch wenn die Vorschrift nicht erkennen lässt, ob die Entscheidung einem *iudex* oder *arbiter* überlassen wird. *Torrent*, AHDE 36 (1966) 603, erläutert, dass der Magistrat die Umstände der Erbschaft und die Lage der Miterben klären muss, die die Teilung verlangen. Nach Prüfung beider Standpunkte entscheidet der Magistrat per Dekret (*decernere*): *iudicium dat et iudicare iubet.*

[24] *Lenel*, EP 209–210.

[25] *Aricò Anselmo*, AUPA 42 (1992) 295–297 betrachtet als legitimiert zur Erhebung der *actio familiae erciscundae*: die Erben, unabhängig vom Berufungsgrund; die *bonorum possessores* und andere ähnliche prätorische Rechtsnachfolger; diejenigen, denen *restituta est hereditas ex Trebelliano senatus consulto.* Letztendlich stimmt die Legitimation zum *dividere hereditatem* mit derjenigen zum *petere hereditatem* überein. *Sciascia*, AG 132.1 (1945) 75–81 erklärt die Ausweitung der *actio familiae erciscundae* auf den *bonorum possessor* mit der fortschreitenden Annäherung der *bonorum possessio* an die *hereditas.* Zur Legitimation des Kolonen, von der in Ulp. 19 ed. D. 10.2.10 die Rede ist, siehe *Berger*, Entwicklungsgeschichte (1912) 26 f.

Auf der anderen Seite erlaubt die klassische Jurisprudenz nach der Auflösung der *res communis* die Ausübung der *actio familiae erciscundae*, um die *praestationes* unter den früheren Miterben zu verteilen. Dies bestätigt Ulp. 19 ed. D. 10.2.34 und übernimmt somit das Kriterium von Pap. 7 quaest. D. 10.2.31. Der Ausdruck „*sufficit enim communionis causa quae praecessit quaeque hodie durasset*", der in diesem Text vorkommt, legt den Gedanken nahe, dass die Formel der *actio familiae erciscundae* eine Fiktion bezüglich des Verbleibens der *res communis* als rechtlicher Grundlage zur Bestimmung der wechselseitig geschuldeten *praestationes communionis causa* enthält.

Erst mit Justinian wird die Erhebung der Teilungsklage ohne die dinglichen Folgen der *adiudicatio* und nur zur Herbeiführung der schuldrechtlichen Folgen der *condemnatio* möglich.[26]

12 Die *adiudicatio* als Teil der *formula actionis familiae erciscundae* setzt die Aufteilbarkeit des Erbes unter allen Miterben, welche die Erbengemeinschaft bilden, voraus und der Richterspruch wirkt für und gegen sie alle.[27] Jedoch besteht die Möglichkeit, dass der Richter einen Teil des Nachlasses nicht aufteilt, beispielsweise, wenn sich die Aufteilung einer gemeinsamen Sache materiell als schwierig gestaltet oder für die Miterben selbst nachteilig ist. In diesem Fall kann der Richter die Sache ungeteilt lassen, sie einem der Miterben ganz zusprechen[28] und gleichzeitig den übrigen Miterben gemäß ihren jeweiligen Erbquoten eine entsprechende Entschädigung gewähren. Der Richter kann aber auch im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung die schwierig zu teilende Sache verkaufen und vom Verkaufserlös jedem Miterben eine bestimmte Geldsumme zuteilen. Bleibt in allen anderen Fällen ein Teil des Nachlasses ungeteilt, so sind die endgültige Teilung dieses ungeteilten Teils und die Zuteilungen unter den ehemaligen Miterben mit der *actio communi dividundo*[29] zu verlangen.

2. *Actio communi dividundo*

13 Niemand kann gezwungen werden, gegen seinen Willen in einer Gemeinschaft von Miteigentümern zu verbleiben.[30] Das bekräftigt Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.4: *nemo invitus*

---

[26] *Burdese*, ED XIII (1964) 414 s. v. Divisione (diritto romano).

[27] Paul. 23 ed. D. 10.2.27: „*in hoc iudicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendae sunt*".

[28] Ulp. 2 ed. D. 10.2.55: „*Si familiae erciscundae…agatur et divisio tam difficilis sit, ut paene impossibilis esse videatur, potest iudex in unius personam totam condemnationem et adiudicare omnes res*".

[29] Ulp. 19 ed. D. 10.2.20.4: „*Si quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest*"(= Paul. sent. 1.18.1).

Die *actio communi dividundo* ist auch einschlägig, wenn die Miterben eine in Miteigentum stehende Sache, die nicht Teil der Erbmasse ist, teilen wollen und sich jeweils das Eigentum an den verteilten Vermögensgegenständen zusprechen wollen (= Paul. 6 Sab. D. 10.2.44 pr.).

[30] Ein Vertrag darüber, während einer gewissen Zeit keine Teilung vorzunehmen, könnte die Teilung unzulässig machen (= *intempestive*) und zu einem Schadensersatzanspruch von Seiten des Betroffenen führen; er verhindert aber die Ausübung der Teilungsklage nicht, denn keiner der

compellitur ad communionem. Jedoch kannte das römische Recht unter den Miteigentümern keine Teilung durch Vertrag; ein solcher Teilungsvertrag würde als *nudum pactum* lediglich die negative Wirkung der *exceptio* oder die in den eventuellen Vertragsbestimmungen festgelegten Rechtswirkungen herbeiführen .[31] Dingliche Folgen können nur auf Grund tatsächlich von den Miteigentümern vorgenommener Übertragungen eintreten, beispielsweise durch die tatsächliche Übertragung (*traditio*) von Miteigentumsanteilen unter den Gesellschaftern, durch die einer von ihnen zum Alleineigentümer der ganzen Sache wird. Daher also die Notwendigkeit der *actio communi dividundo* als allgemeine Klage auf Teilung einer in Miteigentum stehenden Sache und Zuweisung des Eigentums an der Sache oder an Teilen desselben an die einzelnen Eigentümer durch den Richter oder *arbiter*, den die Parteien beantragt haben, Gai. 4.17a:

idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi dividenda ageretur. Itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.

„Dasselbe hat das Licinnische Gesetz getan, wenn wegen Teilung irgendeiner gemeinsamen Sache geklagt werden sollte. Deshalb wurde, nachdem der Grund genannt worden war, aus dem geklagt werden sollte, sofort ein *arbiter* beantragt."

Die Rekonstruktion der *formula actionis* lautet gemäß Lenel[32] wie folgt: **14**

Quod L. Titius C. Seius de communi dividundo et si quid in communi damni datum factumve sit sive quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem pervenerit, iudicem sibi dari postulaverunt: quantum … adiudicari oportet iudex … adiudicato: quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet [*ex fide bona*?] *eius C. Aquilius iudex alterum alteri condemnato; si non paret absolvito.*

„Was das betrifft, dass Lucius Titius und Gaius Seius beantragt haben, ihnen möge ein Richter erteilt werden für die Teilung des gemeinsamen Gutes sowie für den Fall, dass an dem gemeinsamen Gut ein Schaden angerichtet wurde oder dass einem von ihnen aus diesem Grund etwas fehlt oder dass einer von ihnen etwas erlangt hat, so weise, Richter, was … zu Eigentum zuzuweisen ist, zu Eigentum zu und verurteile den einen dem anderen in all das, was der eine dem anderen deswegen (nach Treu und Glauben?) zu leisten verpflichtet ist; wenn es sich nicht erweist, sprich frei".[33]

Nach Lenel[34] muss festgehalten werden, dass das zu teilende Objekt nicht ausdrücklich in der *formula* genannt wird und diese sich darauf beschränkt, dem Richter die Teilung **15**

Miteigentümer ist verpflichtet, einen solchen Vertrag zu respektieren. Justinian fügt eine Interpolation in diesen Gedanken der klassischen römischen Rechtswissenschaft ein, denn er scheint eine gewisse Bindung des Gemeinschaftseigentums an den Vertrag über den Teilungsverzicht während einer gewissen Zeit zu erlauben. So geht es aus Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.2–3 und Ulp. 30 Sab. D. 17.2.16.1 hervor.

[31] Her. 2 iur. epit. D. 2.14.45.

[32] *Lenel*, EP 211; entspr. *Mantovani*, Formule 61.

[33] Übersetzung von *Kaser/Knütel/Lohsse*, RPR § 83 Rn. 24.

[34] *Lenel*, EP 210. Das geht aus der Lektüre der zwei Passagen Ulp. 19 ed. D. 10.3.4.2 und Ulp. 75 ed. D. 10.3.13 hervor.

„des Gemeinsamen“[35] anzuordnen. Die *intentio incerta* räumte dem Richter einen großen Ermessensspielraum ein, was, wie Mantovani zutreffend bemerkt, den klassischen Juristen die Gleichstellung der Teilungsklage mit den *iudicia bonae fidei* nahelegen konnte, obgleich eine *bona-fides*-Klausel im Edikt unwahrscheinlich ist.[36] Allerdings erscheint in der *demonstratio* der *formula* der *actio communi dividundo* – wie bei der *actio familiae erciscundae*- eine Verfügung bezüglich der Klagebegehren, deren Wortlaut wir dank des Fragments von Ulp. 30 Sab. D. 10.3.3 pr. kennen; zu diesen Klagebegehren werden hier ausdrücklich die Schäden gezählt, die an der gemeinsamen Sache entstanden sind, oder die Verluste, die ein Gesellschafter einem anderen verursacht hat, oder die Gewinne, die einer von ihnen aus der gemeinsamen Sache erhalten hat.

16 Die *actio communi dividundo* ist auch dann einschlägig, wenn das Miteigentum durch die Verbindung von festen oder die Vermischung von flüssigen Sachen entstanden ist, die jeweils verschiedenen Eigentümern gehörten (→ § 42 Rn. 27). Hier entsteht das Miteigentum zufällig durch die Vermengung von verschiedenen Stoffen, und zur Auflösung dieser neuen Situation des Miteigentums und Zuweisung der Teile an die ursprünglichen Eigentümer ist die Teilungsklage erforderlich.[37]

17 Immer wenn die *formula actionis* nicht unter den Voraussetzungen angewandt werden konnte, die wir hier gesehen haben, war auf *utiliter agere communi dividundo* zurückzugreifen, was verschiedene in D.10.3[38] enthaltene Texte erwähnen. Das *iudicium directum*[39] kann nicht angewandt werden, wenn die Ziehung der Früchte durch

---

[35] *Aricò Anselmo*, AUPA 42 (1992) 294–296, schreibt dem lateinischen Wort *commune* zumindest ursprünglich die Bedeutung „was den Erben gemeinsam ist“ zu, denn laut der Autorin habe sich die *actio communi dividundo* strukturell und auch historisch ausgehend vom *iudicium familiae erciscundae* als Verfahrensinstrument konfiguriert, das den Miterben die Teilung von einigen Erbgegenständen erlaubt. Es ist richtig, dass vor der Einführung der *actio communi dividundo* die a*ctio pro socio* den Miterben erlaubte, die unter ihnen noch ausstehenden *praestationes* bezüglich *damna, impensae et fructus* abzuwickeln. Aber ebenso trifft es zu, dass das Interesse der Miterben an der Auflösung der *communio* über die Vermögensgegenstände, die zu diesen *praestationes* führten, nicht mittels Ausübung der *actio pro socio* geschehen konnte, wie Ulp. 28 ed. D. 17.2.43 bestätigt: *adiudicationem non admittit*. Daher erscheint das *iudicium communi dividundo* als erforderlich, unter anderem in der Passage Paul. 23 ed. D. 10.3.1. *Aricò Anselmo*, AUPA 42 (1992) 358–361.

[36] Das ist aus der Lektüre der folgenden Passagen abzuleiten: Ulp. 19 ed. D. 10.3.4.2; Ulp. 3 Plaut. D. 10.3.14.1; Gai. 7 ed. prov. D. 41.1.45; *Mantovani*, Formule 61 Fn. 193; *Drosdowski*, Actio pro socio und actio communi dividundo (1998) 42 Fn. 136; aA *Meissel*, Societas (2004) 286. Dieser Gedankengang ist auch auf die *formula actionis familiae erciscundae* anwendbar.

[37] *Schermaier*, SZ 110 (1993) 124.

[38] Bezüglich des *utiliter agere* in Zusammenhang mit der a*ctio communi dividundo* ist kein Texte der Kommentare von Paulus zum Edikt erhalten, es sind aber zwei Texte dieses Juristen überliefert, einer in dem Buch 3 Plaut. D. 10.3.14 pr. – und einer in dem Buch 2 quaest. D. 10.3.29. Gaius behandelt diese Frage in 7 ed. pr.: D. 10.3.11, Africanus in 7 quaest.: D. 10.3.9 und Iulianus in 12 dig.: D. 10.3.25.

[39] Ulp. 19 ed. D. 10.3.6.2 und Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.

die Miteigentümer und die von ihnen gemachten Aufwendungen nicht „*communi nomine*" erfolgt sind.

Utiliter agere communi dividundo war für die Fälle vorgesehen, in denen die direkte **18**
Klage nicht anwendbar war, weil die Teilung einer Gemeinschaft angestrebt wurde, mit der kein gemeinsames Eigentum einherging.[40] In diesem Sinn halte ich trotz der Kritik von Berger[41] die Rekonstruktion des Edikts des *utile iudicium* von Lenel[42] für wahrscheinlich. Der Prätor nahm die Formel der *actio communi dividundo* in das Edikt auf, eine zivile Klage, die für den Fall der Teilung von Miteigentum vorgesehen war, was nicht nur das Vorhandensein einer *res communis*[43] vorausetzt, sondern auch *dominium* bezüglich einer Sache mit mehreren Eigentümern. Diese Klage schützte weder den bonitarischen Eigentümer (→ § 39 Rn. 7) noch den Kolonen.[44] Allerdings widerspricht Ulp. 20 ed. D. 10.3.7 pr.–2 diesem Prinzip. Denn der Prätor konnte in Fällen der *communio* ohne *dominium* im Edikt mittels einer fiktiven Formel die Statthaftigkeit einer ordentlichen Klage als *actio utilis* versprechen. Was alle diese Fälle besonders machte, war der Ausschluss der *rei vindicatio* und die Statthaftigkeit von anderen ähnlichen Klagen.[45]

Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.3 stellt klar, dass die Herausgabeklage ausscheidet, dass aber eine *iusta causa possidendi* für denjenigen, der den Besitz einer Sache zurückerlangt, die er ohne Verpflichtung bezahlt hat, die Ausübung der *actio communi dividundo utilis* rechtfertigt.

Der Ausgangsfall der Klausel „*de utili communi dividundo iudicio*" war die *possessio*, **19**
die durch die *actio Publiciana* (→ § 63) geschützt war; der Prätor gestand im Falle der bonitarischen Mitberechtigung die *actio utilis* mit der *fictio* des *dominium* als Rechtsgrundlage zu. Natürlich war der Kolone kein *possessor ad usucapionem*, aber man konnte ihn dem bonitarischen Eigentümer gleichstellen, indem seine *possessio* durch eine *vindicatio utilis* geschützt wurde, „so als ob er Eigentümer wäre".[46] Und schließlich setzte die Anwendung der Regelung der *actio utilis* auf das *pignus* voraus, das *pignus* als proportional zu dem Betrag der gesicherten Schuld in ideale Quoten aufgeteilt anzusehen. Dies führte zu einer Situation der Mitberechtigung, die der Miteigentümerschaft ähnlich war: bei diesem Teilungsprozess spricht die *adiudicatio* die Ausübung der a*ctio pigneraticia* nur einem der Mitberechtigten zu, der den anderen anteilsmäßig den Wert der gesicherten Schuld zu zahlen hat.[47]

---

[40] Das ist in den folgenden Fragmenten zu lesen: Ulp. 19 ed. D. 10.3.6 pr.–1 und Gai. 7 ed. prov. D. 10.3.11.

[41] *Berger*, Entwicklungsgeschichte (1912) 66–68.

[42] *Lenel*, EP 212 f.

[43] Paul. 23 ed. D. 10.3.1: *denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit.*

[44] Sie schützte auch nicht den Eigentümer von in den Provinzen belegenen Grundstücken.

[45] *Fernández Barreiro*, Est. Santa Cruz Teijeiro 274–284; *Drosdowski*, Actio pro socio und actio communi dividundo (1998) 162.

[46] Zum *iudicium communi dividundo* unter Pächtern des *ager vectigalis* s. *Aricò Anselmo*, AUPA 42 (1992) 265–267.

[47] Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.12–13. Der gleiche Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.9 gesteht die Ausübung der *actio*

20 Die Ausweitung der *actio communi dividundo utilis* auf den Fall der Mitberechtigung an einem Nießbrauchrecht zur Beilegung von Streitigkeiten unter Nießbrauchern[48] geht auf die Kompilatoren zurück. Die klassische Jurisprudenz lehnte die Ausübung der *actio communi dividundo* zur Lösung möglicher Konflikte zwischen Nießbrauchern ab, denn die Streitbereinigung hatte nach den jeweiligen zwischen ihnen bestehenden Stipulationen zu erfolgen.[49]

21 Die *adiudicatio* beendet die ursprüngliche Situation des Miteigentums (oder einer dem Miteigentum gleichgestellten Gemeinschaft) und schafft in ihrer Eigenschaft als Gestaltungsakt eine neue rechtliche Situation für alle diejenigen, die an der Aufteilung und Zuweisung beteiligt sind. Der vom Richter zugesprochene Anteil ist nach Q. Mucius in Paul. 21 ed. D. 50.16.25.1 nun nicht mehr Teil des aufgeteilten Ganzen, sondern stehe im Alleineigentum: „*id non partem, sed totum esse*". Allerdings wird dort auch Servius mit der Feststellung zitiert, *partis appellatione utrumque significari* – „von der Bezeichnung *pars* wird beides umfasst": der Teil der Sache im Miteigentum (*pro indiviso*) und das durch Teilung entstandene Alleineigentum (*pro diviso*).

22 Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass die Zuweisung von Eigentum voraussetzt, dass das Eigentumsrecht teilbar ist (und auch die sonstigen Rechte, die dem Eigentumsrecht gleichgestellt sind). Diese Voraussetzung kann in einem doppelten Sinn verstanden werden:[50] a) im eigentlichen rechtlichen Sinn wird das Recht in ideale Quoten aufgeteilt, welche die jeweils Berechtigten einfordern und nach der Teilung des gemeinsamen Rechts *pro parte* erhalten können; b) im materiellen Sinne bezieht sich die Teilbarkeit auf die Sachen selbst, so dass diese, wenn eine Teilung möglich ist und die wirtschaftliche Integrität der Sachen nicht beeinflusst, aufgeteilt werden und jedem Miteigentümer ein Teil zugewiesen wird. Wenn die Teilung allerdings den Wert der Sachen verändert, dann wird der geschätzte Wert zugesprochen.[51] Der Teilungsrichter teilt das gemeinschaftliche Eigentum mittels *adiudicatio* und entscheidet mittels *condemnatio* über Ersatzleistungen, die die Lage der Parteien ausgleichen.[52]

---

utilis im Falle von *missio in possessionem damni infecti* definitiv zu, was die *possessio ad usucapionem* impliziert, wodurch dieser Besitzer zum bonitarischen Eigentümer wird, der durch die *actio Publiciana* geschützt wird.

[48] So wie es in Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.7 und 10 bestätigt zu sein scheint.

[49] Ulp. 18 Sab. D. 7.1.13.3. *Aricò Anselmo*, AUPA 42 (1992) 332–333 verneint die Anwendbarkeit des *iudicium communi dividundo* auf die Teilung eines gemeinschaftlichen Brunnens. Es handle sich nicht um die Teilung eines *corpus* – Vertiefung mit Wasser –, sondern um die Teilung der Möglichkeit, das Wasser des Brunnens zu nutzen. Der Richter bewältigt diesen Fall *cautionibus interpositis*: Die Miteigentümer können das Wasser abwechselnd unter Festlegung bestimmter Entnahmemengen nutzen.

[50] *Á. d'Ors*, DPR 263.

[51] Pomp. 5 Sab. D. 30.26.2.

[52] *Kaser/Hackl*, RZ 109: „Er wird mithin zugleich als *iudex* und *arbiter* tätig"; ebd. 346: Durch die Teilung ergibt sich eine neue Situation, und das Urteil entscheidet über einen Schlusssaldo, der sich zugunsten eines der bisherigen Miteigentümer ergibt (= *condemnatio incerta 'quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet'*); daher die Qualifizierung als *iudicium duplicium*: Derjenige , der die

3. *Actio finium regundorum*

Bei der *actio finium regundorum* handelt es sich nicht wie in den beiden vorherigen Fällen um eine Teilungsklage, deren Ausübung eine Situation der Miteigentümerschaft beendet, sondern um einen Rechtsbehelf, über den die Eigentümer von Grundstücken zur Regelung ihrer nachbarschaftlichen Beziehungen verfügen (weitere → § 62). Eine Referenz finden wir bereits in l. XII tab. 7.2., deren griechischen Vorgänger in Gai. 4 leg. XII tab. D. 10.1.13 erklärt wird: „Denn dort heißt es: Wenn jemand eine Einfriedung an der Grenze zu einem fremden Grundstück errichtet, soll er die Grenze nicht überschreiten; wenn er eine Mauer baut, soll er einen Fuß, wenn ein Haus, zwei Fuß Abstand halten. Wenn er jedoch ein Grab oder eine Grube gräbt, soll er soviel Abstand halten, wie das Grab oder die Grube tief ist; wenn jedoch einen Brunnen, nur einen Klafter. Einen Öl- oder Feigenbaum soll er neun Fuß vom fremden Grund entfernt pflanzen, die übrigen Bäume fünf Fuß.[53] “ **23**

In l. XII tab. 7.5a wird der allgemeine Ausdruck *si iurgant* verwendet, um auf die verschiedenen „Streitigkeiten über den Grenzverlauf“[54] Bezug zu nehmen: Grenzstreitigkeiten, die sich aus dem alten „*crimen de termino moto*” ergeben, Grenzstreitigkeiten „*de fine*”, also über die Festlegung des *limes*, Grenzstreitigkeiten „*de loco*” über die Trennung von Grundstücken oder Grenzstreitigkeiten „*de modo*” im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Kolonen zugeteilten Parzellen, bei denen die *agrimensores* als *arbitri ex compromisso* auftreten konnten. Nachfolgend wird hinzugefügt: … *controversia est nata de finibus, in qua … e XII tres arbitri fines regemus* (= l. XII tab. 7.5b = Cic. leg. 1.21.55–56).[55] **24**

---

actio communi dividundo erhoben hat, kann – ausnahmsweise – auch verurteilt werden (= Gai. 7 ed. prov. D. 5.1.13 = D. 10.3.2.1 und D. 10.1.10).

[53] Übers. *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, CIC II 803. Zur Übereinstimmung mit P. Halensis I (sog. Alexandrinische Dikaiomata) Z. 84–95 s. *Hirata*, SZ 125 (2008) 675–676 mit weiterer Literatur in Fn. 5.

[54] Cic. rep. 4.8 kommentiert die Eleganz des Ausdrucks *iurgare*, dessen Semantik einen Mangel an Einvernehmen, Diskussionen unter den Nachbarn, aber in keinem Fall Rechtsstreitigkeiten ausdrückt: Die Betroffenen diskutieren, sie führen keinen Prozess (= *iurgare, non litigare*). *Ernout/Meillet*, Dictionnaire s. v. *iurgo* verweisen auf Nonius 430.29: *iurgium et lis hanc habent distantiam. Iurgium levior est … benevolorum concertatio, non lis inimicorum iurgium dicitur.* Zu diesem Fragment bemerkt *Pikulska*, Règlement de contestations (1993) 33, dass es im *iurgium* keine einseitige Festlegung der Rollen *inter partes* gibt: Jede Partei ist zugleich Klägerin und Beklagte. Das *iurgium* wäre einem Schiedsverfahren zugänglich, und die Klagen mit *adiudicatio* wären, so *Pikulska*, nach dem Modell der freiwilligen Gerichtsbarkeit gebildet worden. *Vinci*, Fines regere (2004) 254–273 spricht im Hinblick auf die prozessualen Aspekte der Grenzregelung = *iurgium* von vollständiger Vereinbarkeit mit der Verfahrensart *per iudicis arbitrive postulationem*. Auch *Platschek*, St. Labruna VI (2007) 4418 hält die Anwendung dieser *legis actio* für möglich, ohne allerdings die Möglichkeit der *legis actio sacramento* auszuschließen, angesichts der Nähe solcher Konflikte zum Eigentumsstreit. Außerdem will *Platschek*, St. Labruna VI (2007) 4417–4418 das Verfahren der *vis ac deductio* im Legisaktionenverfahren bei Gelegenheit von Grenzstreitigkeiten verorten. Zum Gebrauch von *iurgium* anstelle von *lis* s. *Kaser/Hackl*, RZ 58.

[55] *Knütel*, in: Behrends/Capogrossi Colognesi, Feldmeßkunst (1992) 297 spricht im Hinblick auf

25 Ursprünglich diente die *actio finium regundorum*[56] zur Abgrenzung des schmalen Flurstreifens (= *limes*), der zwischen benachbarten Grundstücken zu liegen hatte.[57] Der Terminus *limes* ist im Sinne von „Querstraße", Weg oder Pfad, der von einem Teil zum anderen führt, oder „Flussbett" zu verstehen. Es handelt sich also nicht um eine lineare Grenze oder Begrenzung, sondern vielmehr um eine „Zwischenzone".[58] Diese Zone teilen sich die angrenzenden Eigentümer, die eine Mitberechtigung (*confinium*) bezüglich dieses Durchgangsstreifens haben, dessen exakte Maße *ex lege Mamilia*[59] wir nicht genau kennen: von zweieinhalb Fuß von jedem der angrenzenden Grundstücke – was eine Breite von fünf Fuß für den *limes* ergäbe – bis zu fünf Fuß von jedem Grenzgrundstück, insgesamt also zehn Fuß. Die Festlegung dieser Gemeinschaftszone dient auch dazu, die Grenzen der in Nachbarschaft stehenden Grundstücke zu kennzeichnen, wodurch möglichen Streitigkeiten zwischen den Nachbarn vorgebeugt wird, beispielsweise, wenn einer versucht, sich einen Teil der Gemeinschaftszone anzueignen oder wenn ein Grenznachbar den gemeinsamen Weg benutzen muss, um seiner Ackerbautätigkeit nachzugehen.

26 Noch in Cod. Theod. 2.26.5 wird die *actio finium regundorum* als Abgrenzungsklage erhalten, die den *limes* zwischen Nachbarn festlegt,[60] wenngleich später in Theod./Arc./Hon. C. 3.39.6 (392) Justinian in diese Vorschrift eine Interpolation einfügt und die Ausübung der *actio finium regundorum* ausschließt, wenn klare Zeichen dafür vorliegen, dass es sich um Grenzen handelt, die seit 30 Jahren respektiert wurden.

Da der alte *limes* nicht ersessen werden konnte, ist eine Klage unabdingbar. Allerdings kann die Klage nicht eingereicht werden, um die Ersitzung der angrenzenden Grundstücke, die nicht zum *limes*[61] gehören, rückgängig zu machen.

---

die Cicero-Stelle von „Augenscheinsrichtern". *Kaser/Hackl*, RZ 57 Fn. 12: die Beteiligung von drei *arbitri* am Verfahren *de finibus* entspricht vermutlich der *legis actio per arbitri postulationem* und der *actio de modo agrorum* (= Mod. 11 pand. D. 10.1.7). Nach *Vinci*, Fines regere (2004) 129–136 lassen sich dem Cicero-Text keine brauchbaren Argumente für das Verfahren der *controversia de fine* entnehmen.

[56] Die Klage, mit der die Grenzen der ländlichen Grundstücke (= *fines*) festgelegt, bestimmt oder gezogen wurden (= *rego*). Zum Meinungsstand über den Ursprung der *actio finium regundorum* s. *Kaser/Hackl*, RZ 109 Fn. 11.

[57] Isid. Etym. 5.25.11: *finium regundorum actio dicta eo, quod per eam „regantur fines„utrique ne dissiperetur, dummodo non angustiore quinque pedum loco ea controversia sit.*

[58] ThLL, s. v. limes, cap. prius I A 1; II A 1 (VII.2 1410 Z. 8–1411 Z. 63; 1412 Z. 63–1412 Z. 51).

[59] *Tuccillo*, St. Labruna VIII (2007) 5660–5680.

[60] *Hinrichs*, SZ 111 (1994) 248–250 stellt die Bedeutung der Konstitution heraus, die von den Kompilatoren nicht angeglichen wurde. Außerhalb der vorgesehenen Fälle betraf der Streit nicht die Grenze, sondern das Eigentum; zuständig waren dann die ordentlichen Gerichte – und nicht die Agrimensoren. *Kaser/Hackl*, RZ 549 Fn. 16 weveisen auf die wichtigste Literatur zur Verwendung von *arbiter* im Zusammenhang der *actio finium regundorum* nach dem Cod. Theod. und in nachklassischer Zeit: Der *arbiter* ist demnach eine Art Beauftragter des Richters zur Bewältigung konkreter Aufgaben.

[61] *Kaser*, RP II 287.

In der klassischen Zeit wurde mit der Aufgabe der Praxis, den *limes* festzulegen, die *actio finium regundorum* verwendet, um das Ausmaß der Grundstücke in umstrittenen Zonen festzulegen (*controversiae de loco*).[62] Es handelt sich um eine *actio in personam*, auch wenn sie eine ähnliche Funktion hat wie die *rei vindicatio*,[63] was die Bestimmtheit des Objekts voraussetzt. Im Edikt erscheint sie als einzige Klage, deren Formel derjenigen der Teilungsklagen ähnelt, die wir bereits analysiert haben,[64] wobei die *demonstratio* der einzige Teil ist, der einige Schwierigkeiten aufwirft. Wie Lenel[65] erklärt, wurde in der *formula actionis* nicht auf eine Streitigkeit *unius loci* Bezug genommen.[66] Außerdem enthielt die *demonstratio* eine Regelung bezüglich der möglichen Klagebegehren, deren Wortlaut folgendem Modell entspricht: **27**

Quod L. Titius C. Seius de finibus fundorum regundis … iudicem sibi dari postulaverunt …

Die *adiudicatio* erlaubte es dem Richter/*arbiter*, die Streitigkeit durch die Zuweisung der Grenzgebiete an einen der Grenznachbarn zu bereinigen: **28**

… quantam partem in eo confinio Titio adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato …

Hieran knüpft eine intensive Diskussion – gestaltet vor allem, wenn auch nicht ausschließlich, von Hinrichs[67] – über die Rolle und Wirkung der *adiudicatio* an, die laut Ulp. 19 ed. D. 10.1.2.1 dem *iudex* eingeräumt ist: *Iudici finium regundorum permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adiudicatione controversiam dirimat.* In Abweichung zur herrschenden Lehre leugnet Hinrichs im Hinblick auf die von ihm rekonstruierte Geschichte des römischen Katasterwesens überhaupt die Befugnis des *iudex* zur *adiudicatio* von Land, desweiteren hält er auch die dem Grenzrichter eingeräumte Befugnis, eine neue Grenze zu ziehen, wenn dies gegenüber der älteren günstiger ist, für eine justinianische Neuerung.[68]

Wenn es nicht möglich ist, den ursprünglichen Grenzverlauf zu erhalten, so kann der Richter einen anderen Grenzverlauf festlegen. In diesem Fall begründet und verleiht der Richter/*arbiter* durch die *adiudicatio*[69] jedem Grenznachbarn neues Eigentum und **29**

---

[62] *Hinrichs*, SZ 111 (1994) 254–263 erläutert die fortschreitende Nutzbarmachung der *actio finium regundorum* für Streitigkeiten *de loco*, ausgehend von ihrem ursprünglichen Gebrauch zur Bezeichnung der Grenze und über die *controversiae de modo agrorum*. Kritisch im Hinblick auf eine Entwicklung über die *controversiae de modo agrorum Vinci*, Fines regere (2004) 317 ff.

[63] Paul. 23 ed. D. 10.1.1.

[64] Es gibt keinen Beweis dafür, dass die *actio finium regundorum* ein *bonae fidei iudicium* war: *Lenel*, EP 212.

[65] *Lenel*, EP 212.

[66] Das ergibt sich aus Paul. 23 ed. D. 10.1.4 pr.: *Sed et loci unius controversia in partes res scindi adiudicationibus potest.*

[67] *Hinrichs*, SZ 111 (1994) 242–243. *Hinrichs* beschreibt hier die wesentlichen Streitpunkte mit *Knütel*, in: Behrends/Capogrossi Colognesi, Feldmeßkunst (1992) 285–310 und *Behrends*, in: Behrends/Capogrossi Colognesi, Feldmeßkunst (1992) 245 zur Authentizität von Ulp. 19 ed. D. 10.1.2.1 und zur Funktion der *adiudicatio*.

[68] Ausführlich dazu *Hinrichs*, Histoire.

[69] Ulp. 19 ed. D. 10.1.2.1.

hat außerdem, wie es in Gai. 7 ed. prov. D. 10.1.3 heißt, den Begünstigten zu verurteilen, für das, was ihm zugesprochen wurde, eine bestimmte Summe zu entrichten.[70]

30 Die *actio finium regundorum utilis* konnte – wie wir bei den Teilungsklagen gesehen haben – von Kolonen, Nießbrauchern und Inhabern von Pfandrechten ausgeübt werden, und zwar sowohl untereinander als auch gegenüber dem angrenzenden Eigentümer und immer bezüglich der Abgrenzung von angrenzenden ländlichen Gebäuden, denn zwischen benachbarten Gebäuden sind es die tragenden Wände, welche die Teilung zwischen den einzelnen Gebäuden bestimmen. Das ergibt sich aus Paul. 23 ed. D. 10.1.4.10.

[70] In ähnlichem Sinn Paul. 23 ed. D. 10.1.4 pr.und 5, Pap. 2 resp. D. 10.1.11, Paul. 3 resp. D. 10.1.12.

§ 68 Zur Stellung der Obligation im Vermögensrecht

Adolfo Wegmann Stockebrand

Betti, La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi, 2. Aufl., 1955; *Lantella*, Note semantiche sulle definizioni di ‚obligatio', in: Studi in onore di Giuseppe Grosso IV, 1971, 165–232; *Talamanca*, s. v. Obbligazioni (diritto romano), in: Enciclopedia del diritto 29 (1979), 1–78; *Pastori*, Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano, 1985; *Zimmermann*, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996; *Falcone*, Obligatio est iuris vinculum, 2003; *Cannata*, Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II, 2008; *Cardilli*, Damnatio e oportere nell'obbligazione, 2016; *Ibbetson*, s. v. Obligatio, in: Du Plessis/Clifford/Tuori (Hgg.), The Oxford Handbook of Roman Law and Society, 2016, 569–580; *Falcone*, La definizione di obligatio, tra diritto e morale. Appunti didattici, 2017.

Inhalt Rn.

I. *Obligatio est iuris vinculum* 1
II. *Solvere aliquam rem* 11
III. *Causae obligationum* 20

I. *Obligatio est iuris vinculum*

Die römischrechtlichen Quellen enthalten zwei „Definitionen" von *obligatio*:[1] Die eine – und berühmteste,[2] die sich als Definition im engeren Sinne erweist und höchstwahrscheinlich einem klassischen Vorbild folgt[3] – stammt aus dem dritten Buch der justinianischen Institutionen und lautet: **1**

[1] Zur Entstehungsgeschichte des Begriffes, siehe z. B. *Zimmermann*, LO 1–10; *Talamanca*, s. v. Obbligazioni (diritto romano), ED 29 1–17; *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 33–42; *Betti*, Struttura dell'obbligazione (1955); *Kaser*, Ius (1949) 179–190; *Hägerström*, Obligationsbegriff II (1941). Einige Fragen bezüglich der Ursprünge der römischen *obligatio* sind offen, wie etwa die historische Priorität des *contractus* oder des *delictum* als Obligationsentstehungsgründe.

[2] Nach *Albanese*, SDHI 50 (1984) 168 geht es hier um den vielleicht weltweit bekanntesten lateinischen juristischen Text.

[3] Bereits *Ferrini*, BIDR 13 (1901) 172 hat die Obligationsdefinition Justinians dem Florentinus zugeschrieben; *Marchi*, BIDR 29 (1916) 33, dem Papinian; demselben spätklassischen Juristen *Albanese*, SDHI 50 (1984) 168. Gaius ist nicht auszuschließen, wenn der justinianische Text auf den *res*

Inst. 3.13 pr. *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura.*[4]

2 Die andere – welche vom Wesen der Obligation spricht – wurde von den Kompilatoren aus dem zweiten Buch der Institutionen des spätklassischen Juristen Paulus exzerpiert, nämlich:

Paul. 2 inst. D. 44.7.3 pr. *Obligationum substantia*[5] *non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*[6]

3 Bemerkenswert ist, dass Gaius, der eine systematische Darstellung des Obligationenrechts bietet und sonst viel Wert auf Untergliederung und Systematik legt,[7] sich nicht darum kümmerte. Weder in seinen Institutionen noch in den *res cottidianae*[8] bietet er eine eigene Obligationsdefinition an.[9] Ausgangspunkt der gaianischen Darstellung des römischen Schuldrechts ist die oberste Gliederung (*summa divisio*) der Obligationsentstehungsgründe (*causae obligationum*) in Vertrag (*obligationes ex contractu*) und Delikt (*obligationes ex delicto*),[10] was allerdings zumindest eine implizite Bestimmung der Umrisse des Phänomens der Obligation voraussetzt. Daher sind uns im gaianischen

---

cottidianae beruht, wie *Falcone* meint, vgl. *Falcone*, Obligatio (2003) 10–49; *Falcone*, Ius antiquum 16 (2005) 67–84; *Falcone*, Definizione (2017) 8–17.

[4] Die Sekundärliteratur zur Quelle ist unübersichtlich. Dazu etwa *Falcone*, Definizione (2017) 1–4, 45–80; *Falcone*, Obligatio (2003); *Ibbetson*, OH RLS 572–574; *Cardilli*, Damnatio (2016) 304–314; *Guarino*, SDHI 66 (2000) 263–267; *Zimmermann*, LO 1; *Pastori*, Concetto (1985); *Talamanca*, s. v. Obbligazioni (diritto romano), ED 29 18–20; *Cannata*, St. Giul. D'Amelio I 137–168; *Lantella*, St. Grosso IV 170–232; *Scherillo*, St. Grosso IV 97–116; *Macqueron*, Histoire (1971) 1–5; *Segrè*, St. Bonfante III 542–617; *Marchi*, BIDR 29 (1916) 32–60.

[5] Paulus bezieht sich auf die *substantia obligationis* weiterhin bezüglich der Verpflichtungserfüllung (*solutio*) in Paul. 56 ed. D. 46.3.54.

[6] Zur Quelle, vgl. etwa *Falcone*, Definizione (2017) 4–6; *Ibbetson*, OH RLS 574; *Zimmermann*, LO 6; *Pastori*, Concetto (1985); *Talamanca*, s. v. Obbligazioni (diritto romano), ED 29 18–20; *Cannata*, St. Giul. D'Amelio I 131–168; *Lantella*, St. Grosso IV 182–232; *Scherillo*, St. Grosso IV 98–116; *Segrè*, St. Bonfante III 545–617; *Marchi*, BIDR 29 (1916) 8–31.

[7] *Mayer-Maly*, IJ 2 (1967) 381 bezeichnet Gaius als den größten Systematiker der römischen Jurisprudenz.

[8] Dies, obgleich die *res cottidianae* den Kern des Digestentitels *de obligationibus et actionibus* (D. 44.7) bilden. Ausführlich zur Darstellung des römischen Schuldrechts in den *res cottidianae* siehe *Coma Fort*, Res cottidianae (1996), der sich für die nachklassischen Ursprünge des Werkes entscheidet. Zur gaianischen Urheberschaft dieser Schrift etwa *Martini*, AUPA 55 (2012) 171–188.

[9] Zu dieser Frage zuletzt *Giuffrè*, Iura 64 (2016) 101–126. Gaius definiert keine der unkörperlichen Sachen (*res incorporales*), zu denen er auch die Obligationen rechnet; Gai. 2.14 *Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae (…).* Wie bereits *Schulz*, Prinzipien 30 bemerkte, zeigt die Lektüre der Institutionen des Gaius, dass „dieser sich nur selten zu einer Definition entschließt". Zu den gaianischen Definitionen, vgl. *Martini*, Definizioni (1966) 205–248.

[10] Gai. 3.88 *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.* Siehe auch Gai. 4.2; Gai. 4.112,113.

Lehrbuch drei Texte erhalten, in denen der Schuljurist den Inhalt der zu erfüllenden Leistung im Rahmen der Unterscheidung zwischen schuldrechtlichen und sachenrechtlichen Klagen näher erörtert.[11]

Sowohl aus dem zitierten paulinischen als auch aus dem justinianischen Text leitet sich eine Idee der römischen Obligation als „Bindung" (in einem nicht physikalischen, sondern moralischen, ggf. metaphorischen Sinne des Wortes)[12] zwischen Gläubiger und Schuldner ab, wie sie sich schon in der Etymologie von *obligō* (daher das Verb *obligare*) erkennen lässt.[13] Das Gesagte hat zur üblichen Gleichstellung der Obligation mit einer von der Rechtsordnung anerkannten Verbindung geführt, einem „Rechtsverhältnis", kraft dessen der Gläubiger (*creditor*)[14] vom Schuldner (*debitor*) eine Leistung fordern kann.[15] **4**

Wenn man die römischen Quellen näher untersucht, lässt sich aber eine solche deutliche Identifizierung der *obligatio* mit dem Schuldverhältnis als Ganzem nicht finden; dieses Denken war dem römischen Recht grundsätzlich fremd.[16] Der Terminus *obligatio* und damit das *vinculum iuris* bezeichnet nicht das Schuldverhätnis als genau artikulierten Organismus, sondern bezieht sich vielmehr auf die konkrete vom Schuldner zu erbringende Leistung zugunsten des Gläubigers, nämlich die eingegangene Verpflichtung.[17] Und unter der Form des Syntagmas *contrahere obligationem* geht es um die Handlung, die materielle Tätigkeit, durch die eine bestimmte Schuld begründet wird,[18] und zwar um den entsprechenden verpflichtungserzeugenden Rechtsvorgang.[19] **5**

[11] Gai. 2.204,213; Gai. 4.2.

[12] Vgl. *Lantella*, St. Grosso IV 177–178; *Birks*, Law of Obligations (2014) 3.

[13] Vgl. *Ernout/Meillet*, Dict. étym., s. v. ligo 358; *Walde/Hofmann*, LEW I 800.

[14] Zum Begriff *creditor* als Gläubiger im weitesten Sinne, ohne notwendigen Bezug auf die *causae credendi* des *edictum de rebus creditis* (Titel XVII des prätorischen Edikts nach der Wiederherstellung von *Lenel*, EP 231–256), siehe Gai. 3.124; Ulp. 6 ed. D. 50.16.10 und Gai. 1 ed. prov. D. 50.16.11. Die Struktur der *causae credendi* und damit des *creditum* im engeren Sinne nach dem prätorischen Edikt wird in Ulp. 26 ed. D. 12.1.1.1 skizziert. Sie beschränkt sich dort auf ein *adsentiri rei alienam fidem secuti*, nämlich auf die Fälle, in denen wir mit irgendeiner Sachhingabe einverstanden sind und dabei der Treue des anderen in der Weise vertrauen, dass wir von ihm alsbald etwas zurückzubekommen hoffen. Zur Entstehungsgeschichte des *creditum*-Begriffes im römischen Recht vor allem *Albanese*, AUPA 32 (1971) 5–173. Vgl. auch *Varvaro*, Certum (2008) 97–101; *Jung*, Darlehensvalutierung (2002) 39–50; *Wunner*, Contractus (1964) 55–77.

[15] Vgl. vor allem *Kaser*, RP I 479; *Zimmermann*, LO 1–10.

[16] *Flume*, Rechtsakt (1990) 23. In diesem Sinne bereits *Kaser*, RP I 479: „Das Schuldverhältnis als Ganzes, z. B. das Kaufverhältnis mit seinen gegenseitigen Verpflichtungen, hat unser Wort noch nicht bezeichnet". Es handelt sich um das Schuldverhältnis im weiteren Sinne der deutschen Zivilistik, dazu zuletzt *Baldus*, in: Castresana, 800 años (2018) 265 f.

[17] Z. B. Gai. 2.81,82; Paul. 1 quaest. D. 4.2.17; Afr. 3 quaest. D. 13.4.8; Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.1; Paul. 48 ed. D. 39.2.18.5. Dazu zuletzt *Ibbetson*, OH RLS 574–575. Es geht im Wesentlichen um das Schuldverhältnis im engeren Sinne der deutschen Zivilrechtsdogmatik, vgl. *Baldus*, in: Castresana, 800 años (2018) 265 f.

[18] Siehe z. B. Gai. 2.81,82; Gai. 3.90,96,124,157, dazu etwa *Falcone*, in: Capogrossi Colognesi/Cursi, Obligatio-obbligazione (2011) 30.

6 Darüber hinaus ist unser Begriff in entscheidender Weise prozessual geprägt: Auf der einen Seite bezeichnet die römische *obligatio* keine „aktuelle" Bindung im Sinne des altrömischen *nexum*, einer Schuldknechtschaft durch einen Libralakt zum Zweck eines Darlehens,[20] sondern es geht vielmehr um eine „potenzielle" Bindung,[21] nach der vom *debitor* die Erfüllung einer Leistung mittels schuldrechtlicher Klage (*actio in personam*) gefordert werden kann. Hierin liegt die *necessitas*,[22] der „Zwang", welcher dem Schuldner auferlegt wird[23] (*quo necessitate adstringimur*).[24] *Obligatio* und *actio in personam* sind tatsächlich zwei Seiten derselben Medaille:[25] Wie Gaius uns lehrt, ist eine Klage schuldrechtlicher Natur, mit welcher man gegen jemanden klagt, der uns entweder aus Vertrag oder aus Delikt verpflichtet ist, das heißt, wenn man im Klageantrag erklärt, dass er übereignen, tun oder leisten muss.[26] Die gleiche Lehre wird von Paulus im zweiten Buch seiner Institutionen, D. 44.7.3 pr., vertreten: Das Wesen der *obligatio* besteht darin, dass sie einen anderen dazu verpflichtet, uns etwas zu übereignen, etwas zu tun oder zu leisten. Hierin liegt auch – so könnten wir den paulinischen Text ergänzen – das Wesen der *actio in personam*: sie dient dazu, das Übereignen, Tun oder Leisten eines anderen zu verwirklichen.

7 Hinzu kommt, wie sich aus den römischen Quellen herleiten lässt, dass es ohne *actio* (*in personam*) keine authentische *obligatio* gibt: Wie Julian uns in seinen *libri digestorum* berichtet, sind die sogenannten Naturalobligationen,[27] und zwar diejenigen, die

---

[19] Wie etwa Labeo bei Ulp. 11 ed. D. 50.16.19 (*contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci* συνάλλαγμα *vocant*), oder Paul. 29 ed. D. 13.6.17.3 in Bezug auf das *commodatum* (*obligatio inter dandum accipiendumque*).

[20] Dazu vgl. z. B. *Betti*, Struttura dell'obbligazione (1955) 74–78, 157–172; *Talamanca*, s. v. Obbligazioni (diritto romano), ED 29 4–8. Diese Art Selbstverpfändung des Schuldners wurde durch eine *lex Poetelia* stark eingeschränkt, aber nicht völlig abgeschafft, dazu, vgl. etwa *Klinck*, SZ 130 (2013) 393–404.

[21] Vgl. *Biondi*, Scr. III 240–241.

[22] Dazu *Mayer-Maly*, SZ 83 (1966) 50–67.

[23] Vgl. Mod. 4 pand. D. 50.16.108 *‚Debitor' intellegitur is, a quo invito exigi pecunia potest.* Die Definition Modestins ist ebenso prozessual geprägt: Er bezieht sich implizit auf eine Verpflichtung, die durch ein kondemnierendes Urteil in Geld (*condemnatio pecuniaria*) im Rahmen des Formularverfahrens geltend gemacht wird (vgl. Gai. 4.48). Hierzu *Giuffrè*, Debito (1999) 192.

[24] Nach der semantischen Konstruktion von Inst. 3.13 pr. lässt sich kein unmittelbarer Bezug der Leistungserbringung (*alicuius solvendae rei*) zum *vinculum* (*iuris*) erkennen, sondern eher zur *necessitas*. Die Beziehung zwischen *vinculum* und *necessitas* in der Stelle ist aber nicht näher zu erklären, vgl. *Lantella*, St. Grosso IV 180; ferner *Falcone*, Obligatio (2003) 99–117; *Falcone*, Definizione (2017) 45–56.

[25] Wie schon *Segrè*, St. Bonfante III 517, zutreffend bemerkt hat, bestätigen die Quellen „l'indifferenza nell'uso dei vocaboli" in Bezug auf die Begriffe *actio* und *obligatio*. Vgl. auch *Falcone*, Obligatio (2003) 172; *Pelloso*, Ric. Talamanca I 232; *Ibbetson*, OH RLS 576–577.

[26] Gai. 4.2 *In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere.* Zu den sachenrechtlichen Klagen, siehe Gai. 4.3. Vgl. die ausdrückliche Unterscheidung zwischen beiden Phänomenen weiter in Gai. 2.204,213, dazu *Silla*, Ric. Talamanca I 3–52; *Nicosia*, Ric. Talamanca I 53–71.

[27] Vgl. z. B. Ulp. 47 Sab. D. 44.7.10, dazu monografisch *Burdese*, Naturalis obligatio (1955); *Cor-*

allein *exceptiones*, aber keine *actiones* herbeiführen, nicht als Obligationen im eigentlichen Sinne zu betrachten, sondern nur *per abusionem* (→ § 6 Rn. 219–226).[28] Aus dem Gesagten folgt, dass im römischen Recht eine Obligation im engeren Sinne dann und nur dann besteht, wenn sie durch eine schuldrechtliche Klage geltend gemacht werden kann, oder anders gesagt, dass jede *obligatio* eine *actio in personam* voraussetzt.[29] Dies macht die römische *obligatio* zu einem echten *vinculum iuris*, nämlich *secundum iura nostrae civitatis.*[30]

Auf der anderen Seite hat bereits das altrömische Recht nicht nur zwischen sachen- **8**
rechtlichen und schuldrechtlichen Klagen unterschieden, wie etwa beim urtümlichen *agere sacramento* (*in rem* oder *in personam*),[31] sondern unterschied sachlich ebenso das Erkenntnisverfahren vom Vollstreckungsverfahren.[32] Daher musste die Verpflichtung des Schuldners in der Regel in einer Verurteilung festgestellt werden, damit der Gläubiger seinen privatrechtlichen Anspruch, ursprünglich durch die *manus iniectio* und später im Rahmen der honorarrechtlichen *bonorum venditio*, exekutieren durfte. Damit war im klassischen Recht eine sofortige Schuldknechtschaft bei Begründung der Verpflichtung und somit eine echte, nicht metaphorische Bindung zwischen *creditor* und *debitor* im Sinne einer unverzüglichen Zugriffsgewalt auf die Person des Schuldners grundsätzlich ausgeschlossen. Das *vinculum iuris* verkörpert sich in dem mit einer *actio in personam* durchzusetzenden Anspruch (*creditum* im weitesten Sinne, als Gegenseite der Verpflichtung)[33] gegenüber dem *debitor*, welcher etwas übereignen, tun

---

nioley, Naturalis obligatio (1964); *Landolt*, Naturalis obligatio (2000); *Schulze*, Naturalobligation (2008) 49–80.

[28] Iul. 53 dig. D. 46.1.16.4 *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.* Siehe auch Ulp. 43 Sab. D. 15.1.41; Ulp. 6 ed. D. 50.16.10; Mod. 4 pand. D. 50.16.108.

[29] Die sog. römische Naturalobligation beruht auf dem *ius gentium* und die Erfüllung auf der *fides*. So liest man in Paul. 3 quaest. D. 50.17.84.1 *Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus. Ibbetson*, OH RLS 577 vertritt die Meinung, dass „it was possible for the Roman jurisprudence to construct a non-legal sense of *obligatio*, giving secondary legal effect to such Roman virtues as *fides*, *honor* and *pietas*".

[30] Das semantische Feld dieses Ausdruckes ist nicht präzise zu begrenzen. Mit hoher Wahrscheinlichkeit bezieht er sich nicht auf das *ius civile* im Gegensatz zum *ius honorarium* (*ius civile* im engsten Sinne) oder zum *ius gentium* (*ius civile* als *ius proprium populi romani*), sondern auf die römische Rechtsordnung im Ganzen. Vgl. etwa *Perozzi*, Obbligazioni (1903) 12, 135; *Lauria*, SDHI 4 (1938) 188; *Biscardi*, StSen. 63/1 (1951) 44–50; *Lantella*, St. Grosso IV 172.

[31] Gai. 4.16. Dazu vor allem *Kaser/Hackl*, Rn. 81–107.

[32] Dies, obwohl die Römer keine technische Bezeichnung für diese Begriffe hatten. Vgl. *Kaser/Hackl*, Rn. 1 Fn. 1.

[33] Dass der Begriff *obligatio* nicht nur die passive Seite des Verhältnisses (die Verpflichtung als solche) bezeichnet, sondern auch die aktive, und zwar den schuldrechtlichen Anspruch des Gläubigers, ist bei Gaius textlich belegt, nämlich in Gai. 2.14, wo der Schuljurist die *obligationes quoquo modo contractae* unter die unkörperlichen Sachen eingliedert.

oder leisten muss. Wer dem kondemnierenden richterlichen Urteil nicht folgt, muss als *iudicatus* mit einem Vollstreckungsverfahren rechnen (→ § 14).[34] Eine scharfe Trennung zwischen „Schuld" einerseits und „Haftung" andererseits, wie sie in der Sekundärliteratur immer noch häufig erscheint, ist aber textlich nicht belegt.[35]

9 Unter diesen Umständen lässt sich der Prozess als Rückgrat des römischen Privatrechts im Allgemeinen und des römischen Obligationenrechts im Speziellen verstehen: Nicht die Schuldverhältnisse, sondern die Klagen fanden sich im Mittelpunkt des Privatrechtsdenkens der Römer;[36] jedenfalls kannte die *interpretatio prudentium* eine explizite Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Recht mit Sicherheit nicht.[37]

10 Zusammenfassend darf man festhalten: Das Wesen der römischen Obligation war ein klag- und vollstreckbares Übereignen, Tun oder Leisten. Daher stellt die *obligatio* kein bloßes *vinculum* dar, sondern vielmehr ein *vinculum iuris*.

II. *Solvere aliquam rem*

11 Unsere Quellen belegen ein Obligationswesen, welches durch den privatrechtlichen Anspruch auf eine Leistungserbringung gekennzeichnet wird. Was Inst. 3.13 pr. betrifft, ist einfach von einem *alicuius solvendae rei* die Rede, ohne dass dies näher erläutert wird. Das Gesagte bedeutet aber nicht, dass es hier allein um die Erfüllung der Verpflichtung (*solutio*)[38] „durch eine Sache" ginge, und zwar um eine *datio rei* (*solvere rem*) im engeren Sinne.[39]

12 Paulus drückt sich in D. 44.7.3 pr. viel präziser aus: Ihm zufolge ist der Schuldner gegenüber dem Gläubiger dazu verpflichtet, etwas zu übereignen, zu tun oder zu leisten; damit erschöpft sich der Leistungsgegenstand in einem *dare*, *facere* oder *praestare*.[40] Alle drei möglichen Leistungsarten sind ohnehin im lakonischen *alicuius solvendae*

[34] *Biondi*, Scr. III 245: „La *manus iniectio* realizza pienamente l'*obligatio*".

[35] Es handelt sich um eine dogmatisch sehr erfolgreiche Begriffsbildung der Pandektenwissenschaft. Dazu vor allem *Brinz*, GrünhutsZ 1 (1874) 11–40. Vgl. auch *Betti*, Struttura dell'obbligazione (1955) 3–6; *Talamanca*, s. v. Obbligazioni (diritto romano), ED 29 20–22; *Pastori*, Concetto (1985) 27–30; zuletzt *Cardilli*, Damnatio (2016) 14.

[36] Vgl. *Flume*, Rechtsakt (1990) 9; in ähnlichem Sinne bezeichnet *d'Ors*, Presupuestos críticos (1943) 58 das römische Privatrecht als „Klagensystem".

[37] Dazu *Kollmann*, Begriffs- und Problemgeschichte (1996) 27–100; *Lombardi*, Diritto giurisprudenziale (1967) 1.

[38] Ulp. 45 Sab. D. 50.16.176 *‚Solutionis' verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. ‚Solvere' dicimus eum, qui fecit quod facere promisit.* Vgl. auch Paul. 56 ed. D. 46.3.54; D. 50.16.47; Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.6. Ein Überblick dazu bei *Sargenti*, s. v. Pagamento (diritto romano), ED 31 532–540.

[39] Vgl. *Falcone*, Obligatio (2003) 134–144; *Falcone*, Definizione (2017) 57–64.

[40] Siehe auch Paul. 2 l. Iul. Pap. D. 38.1.37 pr. (*obligatusve erit, dare facere praestare debeto*). Dazu etwa *Zimmermann*, LO 6 f.; *Pastori*, Concetto (1985) 124–185; *Talamanca*, s. v. Obbligazioni (diritto romano), ED 29 30 f.; *Voci*, Obbligazioni (1969) 41 ff.; *Grosso*, Obbligazioni (1966) 13–37.

rei Justinians inbegriffen. Ähnliches erschließt sich aus einer schon zitierten Passage der gaianischen Institutionen: Schuldrechtlich ist diejenige Klage, mit der man gegen jemanden klagt, der uns gegenüber verpflichtet ist, etwas zu übereignen, zu tun oder zu leisten.[41]

13 Eine solche Dreiteilung der zu erbringenden Leistung lässt sich freilich kritisieren, denn *praestare* hat an sich keine präzise Bedeutung,[42] sondern es kann vielfältige Leistungsarten umfassen, unter anderem das *dare* und das *facere* selbst. *Praestare* ist ein Formelwort, konkret ein Intentionswort,[43] und bezeichnet in unseren Quellen eher einen Haftungsmaßstab als den Leistungsinhalt an sich, wie es etwa bei den Syntagmen *diligentiam praestare*,[44] *culpam praestare*,[45] *dolum praestare*[46] und *custodiam praestare*[47] der Fall ist.

14 Hinzu kommt, dass in einigen Fragmenten, in denen von *praestare* überhaupt keine Rede ist, allein das *dare* und das *facere* (welches im weiteren Sinne jede materielle Handlung und damit sogar das *dare* enthalten könnte) einander gegenüberstehen.[48] Prozessual betrachtet ist der Gegensatz zwischen *dare* und *facere* (und mit dem letzten auch dem *non facere*) von hoher Relevanz: Die Unterscheidung zwischen beiden Leistungsarten spielte im Rahmen der strengrechtlichen Klagen eine praktische Rolle, nämlich die Trennung zwischen *actiones*, die jeweils auf die Geltendmachung von Verpflichtungen auf ein *certum* (*dare*) einerseits oder auf ein *incertum* (*facere*) andererseits gerichtet waren.[49] So verhält es sich etwa im Fall der Stipulation, die entweder auf ein *certum* (*stipulatio in dando*) oder auf ein *incertum* (*stipulatio in faciendo*) gerichtet werden konnte und sich daher mit unterschiedlichen Klagen (jeweils mit *certa-* oder *incerta*-Intention) durchsetzen ließ.[50] Keine Bedeutung hatte dieser Unterschied im

---

[41] Gai. 4.2.

[42] Zur Bedeutung von *praestare*, siehe umfassend *Cardilli*, Praestare (1995); vgl. auch *Grosso*, Obbligazioni (1966) 32–37; *Pastori*, Concetto (1985) 159–180.

[43] Es geht um die Formel der *actio familiae erciscundae* (Ulp. 19 ed. D. 10.2.22.4,5; D. 10.2.24 pr.; Paul. 23 ed. D. 10.2.25.16); der *actio communi dividundo* (Gai. 7 ed. prov. D. 10.3.11) und (zweifelhaft) der *actio pro socio* (Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.2). Trotz der vielfachen Anwendung des Verbs *praestare* im Rahmen des *mandatum* hat es anscheinend jedoch keinen Platz in der Formel der *actio mandati* gefunden, in der nur von *dare facere* die Rede ist. Siehe z. B. Gai. 3.155; Paul. 32 ed. D. 17.1.26.7; Iul. 14 dig. D. 17.1.31; Afr. 8 quaest. D. 17.1.34 pr.; Ner. 5 membr. D. 17.1.35; Paul. 5 Plaut. D. 17.1.45.5; Paul. 4 resp. D. 17.1.59.1.

[44] Siehe z. B. Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.5; Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr.; Paul. 29 ed. D. 13.7.14; Cels. 11 dig. D. 16.3.32.

[45] Siehe z. B. Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.6; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2; Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.35; Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23.

[46] Siehe z. B. Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2; Paul. 29 ed. D. 13.6.17 pr.; Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.7; D. 16.3.1.35; Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23.

[47] Siehe z. B. Gai. 3.206; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.5; Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.35.

[48] Wie z. B. in Ulp. reg. sing. D. 44.7.25 pr. und Paul. 12 Sab. D. 45.1.2 pr.

[49] Dazu *Gröschler*, Scr. Corbino III 497–522.

[50] So nach dem Bericht von Ulp. pand. sing. D. 12.1.24 *Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu*

Rahmen der *bonae fidei iudicia*, welche auf ein *quidquid dare facere oportet ex fide bona* und damit nicht auf den einfachen Sachwert (*quanti ea res est*) gerichtet waren, sondern auf die Verwirklichung des konkreten Interesses des Gläubigers (*id quod interest*).[51]

15 Besonders relevant ist in diesem Zusammenhang die Begriffsbestimmung von *dare* (*rem*). Obwohl das Verb *dare* gelegentlich als „geben" im weitesten erdenklichen Sinne verwendet wird,[52] weist es eine engere rechtstechnische Bedeutung auf, und zwar die eigentumsübertragende Sachhingabe. Quellen von der früh- bis zur spätklassischen Zeit stimmen darin völlig überein, dass ein *dare oportere* sich ausschließlich durch die Verschaffung zivilrechtlichen Eigentums an einer Sache (*dare rem*) als erfüllt betrachten lässt.[53] Ohnehin muss das Eigentum vollständig und unwiderruflich übertragen sein, sonst gilt die *dare*-Pflicht als nicht erfüllt.[54]

16 Insofern bringt Paulus zum Ausdruck, dass die Sache, die zu der Zeit, zu der sie hingegeben wird, nicht ins Eigentum des Empfängers übergeht, nicht als *data* angesehen wird.[55] Ebenso lehrt uns Pomponius, dass die Übergabe eines fremden Sklaven den Schuldner nicht befreit, wenn der Leistungsgegenstand in der *datio* des Sklaven besteht.[56] In ähnlichem Sinne sagt Labeo im Rahmen eines Damnationslegats, dass die Hingabe eines Sklaven durch den Erben keine wirkliche *datio* und damit keine Vermächtniserfüllung darstellt, wenn der Sklave evinziert wird (da keine echte Eigentumsübertragung stattfand).[57] Ebenfalls berichtet uns Ulpian, dass die Stipulation *fundum Tusculanum dari* bedeutet, zur Übereignung des Grundstückes verpflichtet zu sein.[58]

---

actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur. Siehe auch Gai. 8 ed. prov. D. 45.1.74; Gai. 4.136; Inst. 3.15 pr.

[51] Dazu *Medicus*, SZ 115 (1998) 66–79; *Talamanca*, s. v. Obbligazioni (diritto romano), ED 29 31. Monografisch *Schieder*, Interesse (2011). Ausführlich zur Berücksichtigung der Parteivereinbarung (*quod actum*) bei den unterschiedlichen Inhalten der römischen Klagen, *Babusiaux*, Quod actum (2006).

[52] Z. B. *dare responsa* in Pomp. ench. D. 1.2.2.47; *dare vocationem* in Ulp. 7 off. procons. D. 2.12.9; *dare liberam facultatem* in Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1 pr.; *dare actionem* in Gai. 4.112; Ulp. 29 ed. D. 14.6.1 pr. und D. 16.1.2.1; *dare bonorum possessionem* in Ulp. 49 ed. D. 38.15.2.2; *dare sententiam* in Mod. enucl. cas. sing. D. 49.1.19; *dare in matrimonium* in Call. 1 cogn. D. 50.1.37.2.

[53] Oder zumindest durch die Bestellung von sog. „beschränkten dinglichen Rechten an fremder Sache" (*dare ius*). Dazu *Baldus*, Ess. Sirks 61–75; *Giuffrè*, Iura in re aliena (1992) 113–224.

[54] Siehe z. B. Pap. 17 quaest. D. 31.66.6 und Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.3 hinsichtlich eines Nießbrauches an dem hingegebenen Gegenstand; Pomp. 22 Sab. D. 46.3.20 und Paul. 15 quaest. D. 46.3.98 pr. in Bezug auf eine schon verpfändete Sache; Gai. cas. sing. D. 12.6.63 und Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.3 für die Hingabe eines *statuliber*.

[55] Paul. 49 ed. D. 50.17.167 pr. *Non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt.*

[56] Pomp. 3 Plaut. D. 17.1.47.1. Pomponius zufolge wird der Schuldner dann und nur dann befreit, wenn der Empfänger den Sklaven ersitzt, denn erst dann wird der *creditor* Eigentümer. Bezeichnenderweise haben die Kompilatoren diesen Text in den Digestentitel „Über verschiedene Regeln des alten Rechts" (*de diversis regulis iuris antiqui*) eingefügt.

[57] Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 32.29.3. Siehe auch Iav. 1 Plaut. D. 21.2.58 und Ulp. 51 ed. D. 30.71.1.

[58] Ulp. 22 ed. D. 45.1.75.10.

Beim *dare rem* geht es dann um die Verbindung zwischen einer konkreten Handlung (Sachhingabe) und einem rechtlichen Ergebnis (Eigentumsübertragung), d. h. um eine rechtlich qualifizierte Handlung.[59]

Das Gesagte wird von Gaius mit aller Deutlichkeit erläutert, bezeichnenderweise im Rahmen seiner Erörterung der Klagearten, was noch einmal für die enge Beziehung zwischen *obligatio* und *actio* spricht: Das *dare rem* besteht darin, dass die hingegebenen Sachen ins Eigentum des Empfängers übergehen. Aus diesem Grund stellt es kein *dare* dar, eine Sache ihrem Eigentümer zu übergeben, denn diese kann nicht noch mehr in dessen Eigentum übergehen.[60] **17**

Zusammenfassend darf man festhalten: Das *dare oportere* verwirklicht sich in einem *nostrum facere*, d. h. in einer eigentumsverschaffenden Sachüberlassung. Insofern bildet die ohne dinglichen Bezug erfolgende Sachhingabe keine *datio rei* im rechtstechnischen Sinne und somit kein *dare* als Leistungsart, wohl aber ein *facere*. Daher ist etwa die Erfüllung der *reddere*-Verpflichtung des Verwahrers kein *dare*, sondern bloß ein *facere*, da er dem Hinterleger kein Eigentum zurücküberträgt.[61] Gleiches gilt für die Verschaffung einer *vacua possessio*.[62] Wenn die Sache nicht ins Eigentum des Empfängers übergeht, kann immer noch die entsprechende *actio in personam* erhoben werden, um das *dare oportere* zu verwirklichen. Die *necessitas* des *solvere aliquam rem* – sei es mittels eines *dare*, *facere* oder *praestare* – stellt die *substantia* der *obligatio* dar und macht sie zu einem *vinculum iuris*. **18**

Die Klassiker haben für die Zulässigkeit der erwähnten Leistungsinhalte gewisse allgemeine Voraussetzungen hauptsächlich im Rahmen der *stipulatio*, der *obligationes consensu contractae* und des *legatum per damnationen* entwickelt, die hier folgendermaßen skizziert werden können: Erstens muss die Leistung möglich sein, sowohl physisch als auch juristisch; ihre anfängliche Unmöglichkeit (z. B. eine untergegangene Sache zu geben oder eine Sache *extra commercium* zu übereignen)[63] bringt die Unwirksamkeit des Schuldverhältnisses mit sich.[64] Im Gegensatz dazu führt die vorüberge- **19**

[59] Vgl. *Pastori*, Concetto (1985) 139.

[60] Gai. 4.4 *Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EVM DARE OPORTERE; nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res, quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest (…)*. Siehe auch Gai. 2.204.

[61] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.33 *(…) aliud est enim reddere, aliud quasi de suo dare*. Siehe auch Ulp. 63 ed. D. 42.5.24.2; Pomp. 22 Sab. D. 50.16.175. Im Übrigen ist D. 16.3.1.33 ein Beweis dafür, dass der Gebrauch von *dare* in der Verwahrungsdefinition, Ulp. 30 ed. D. 16.3.1 pr. (*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est…*), nicht im rechtstechnischen Sinne zu verstehen ist, sondern in einem weiteren abgeschwächten Sinne des Wortes: Der Verwahrer kann kein Eigentum an der deponierten Sache übertragen, weil der Hinterleger bei der Begründung des *depositum* ebenso kein Eigentum übertragen hat.

[62] Pap. 27 quaest. D. 22.1.4 pr.

[63] Ulp. 23 ed. D. 50.17.135; Paul. 3 Vit. D. 50.17.182.

[64] Cels. 8 dig. D. 50.17.185 *Impossibilium nulla obligatio est*. Dazu monografisch *Wollschläger*, Unmöglichkeitslehre (1970) 7–18 für das römische Recht; *Cuena Boy*, Imposibilidad (1992); *Cuena Boy*, Rerum natura (2010); vgl. auch *Medicus*, SZ 86 (1969) 67–104.

hende Unmöglichkeit entweder zum Erlöschen der Verpflichtung wegen höherer Gewalt (*vis maior*) oder zur zivilrechtlichen Haftung des Schuldners, welcher die Leistungshindernisse jeweils wegen Arglist (*dolus*), Fahrlässigkeit (*culpa*) oder Verachten der *custodia*-Haftung verursacht hat.[65] Ebenfalls haftet der Schuldner für die vorübergehende Unmöglichkeit, wenn er die Erbringung der Leistung (die noch möglich war) bewusst verzögert hat (*mora debitoris*).[66] Zweitens: Die Leistung kann weder rechtswidrig (*contra ius*) noch unsittlich (*contra bonos mores*) sein.[67] Drittens: Die Leistung muss in Geld abschätzbar sein, da im Rahmen des Formularverfahrens nur eine Verurteilung in Geld (*condemnatio pecuniaria*) denkbar ist.[68] Viertens: Die Leistung muss bestimmt oder mindestens bestimmbar sein.[69] Fünftens: Verträge zugunsten Dritter sind nicht anerkannt.[70]

III. *Causae obligationum*

20 Es ist sehr plausibel, dass die römische Jurisprudenz sich mit der Frage der Bestimmung der Obligationsentstehungsgründe (*causae obligationum*) – und deren Gliederung – zum ersten Mal bei Einführung der *legis actio per condictionem* in das Legisaktionenverfahren auseinandersetzen musste (→ § 9).[71] Daher darf man annehmen, dass die erste *divisio obligationum* nach prozessualen Bedürfnissen konzipiert wurde.

21 Nach dem gaianischen Bericht wurde das *agere per condictionem* durch die *leges Silia* und *Calpurnia* zur Geltendmachung des *certum dare oportere* geschaffen, die eine bezüglich einer bestimmten Geldsumme (*certa pecunia*), die andere für eine Menge anderer individuell bestimmter Sachen (*omnis certa res*).[72] Voraussetzung für die Klagbarkeit der privatrechtlichen Ansprüche auf ein *certum*[73] im römischen Recht war, dass es um vom *ius civile* anerkannte Rechtsakte ging, wovon die formlose Darlehensge-

---

[65] Dazu *Harke*, SZ 123 (2006) 102–151.

[66] Dazu *Harke*, Mora debitoris (2005) 11–73; vgl. auch *Zimmermann*, LO 790–800; *Harke*, Schuldnerverzug (2006) 9–13.

[67] Z. B. Marcian. 6 inst. D. 30.112.3 *Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est vel bonos mores, non valet (…).*

[68] Gai. 4.48. Dazu etwa *Lübtow*, SZ 68 (1951) 320–359; *Burdese*, SemCompl. 1 (1989) 175–204; *Kaser/Hackl*, RZ 372–374.

[69] Gai. 3.140,143. Zur Festsetzung der zu erbringenden Leistung durch einen redlichen Mann (*arbitrium boni viri*), siehe etwa *Baldus*, SZ 133 (2016) 239–264.

[70] Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.17: *Alteri stipulari nemo potest (…)*, dazu monografisch *Wesenberg*, Verträge (1949); vgl. auch *Zimmermann*, LO 34–45.

[71] Dazu vor allem *Cannata*, FG Lübtow (1970) 431–455; *Cannata*, Iura 21 (1970) 53–70; *Cannata*, Materiali II (2008) 39–67.

[72] Gai. 4.19. Zu den Grundrissen des *agere per condictionem* siehe Gai. 4.17b,18, dazu *Kaser/Hackl*, Rn. 111–113.

[73] Zur Bedeutung von *res certa* und *certum*, siehe Gai. 8 ed. prov. D. 45.1.74 und Ulp. 22 ed. D. 45.1.75 pr.,4,5, dazu vor allem *Varvaro*, Certum (2008) 108–179.

währung (*mutui datio*) ursprünglich ausgeschlossen war.[74] Insofern darf man festhalten, dass der Anstoß für die Einführung dieses neuen *modus agendi* vom formfreien *mutuum* ausging (→ § 70). Denn aus der nicht in eine Stipulation eingekleideten Darlehensgewährung konnte bis dahin vermutlich nicht geklagt werden.[75]

Die schuldrechtlichen Ansprüche auf ein *certum*, Anwendungsbereich dieses *modus* **22**
agendi, waren durch eigentumsverschaffende Sachübergabe (*re certum dare*), mündliches formgebundenes Leistungsversprechen (*verbis certum dare*) oder Eintragung einer fiktiven Geldauszahlung in das Hausbuch des Gläubigers (*codex accepti et expensi*) mit Zustimmung des Schuldners (*litteris certum dare*) zu vollziehen. Sowohl die *verbis* als auch die *litteris* begründeten Verpflichtungen waren schon vor der Einführung des *agere per condictionem* durch die ältesten Legisaktionen verfolgbar: die Verbalobligationen (zuerst die *sponsio*, dann auch die *stipulatio*) durch die *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* und die Litteralobligationen (*expensilatio*, *nomen transscripticium*) durch die *legis actio sacramento in personam* als *actio generalis*.[76] In diesem Kontext stellt die unmittelbare Klagbarkeit des *re certum dare* ein Novum im römischen Zivilprozess dar.

Unter diesen Umständen brachte die Einführung der *legis actio per condictionem* im **23**
Rahmen des Legisaktionenverfahrens die zivilrechtliche Anerkennung der formfreien *mutui datio* als eigenständigen Obligationsentstehungsgrund mit sich. Es handelt sich hier tatsächlich um den ersten nicht formgebundenen Begründungstatbestand einer Zivilobligation bis zur Anerkennung der Konsensualobligationen. Man bedarf von da an keines formgebundenen mündlichen Versprechens und keiner Lastschrift in das Hausbuch des Gläubigers mehr, um Kreditobligationen einzugehen; nun reicht dafür eine dem *ius gentium* zugerechnete formfreie eigentumsverschaffende Sachhingabe (*traditio*) aus. Folglich werden mit der Einführung dieses *modus agendi* Ansprüche sowohl aus *stipulatio* als auch aus *expensilatio* und aus *mutui datio* durch dieselbe Spruchformel verwirklicht, sofern der Leistungsgegenstand auf ein *certum dare* gerichtet ist.

Aus dem Gesagten folgt, dass der neue *modus agendi* Anlass zur Ausdehnung des **24**
Bereiches der zivilrechtlichen Obligationen gab, d. h. des *oportere*.[77] Fortan erkennt das *ius civile* die formfreie *pecunia adnumerata* zusammen mit der *pecunia stipulata* und *expensa lata* als Kreditobligationsentstehungsgrund *ex iure civili* an.[78] Da durch die *legis*

---

[74] Die Quellen bezeugen die Zurechnung der formlosen *mutui datio* zum *ius gentium*. So nach Gai. 3.132 *(…) sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis iuris gentium est.* Siehe auch Paul. 3 quaest. D. 50.17.84.1, dazu *Kaser*, Ius gentium (1993) 152–156.

[75] *Kaser/Hackl*, Rn. 112; im gleichen Sinne, siehe *Cannata*, Materiali II (2008) 47.

[76] Vgl. Gai. 4.20.

[77] Zur Bedeutung von *oportere* als *obligatio ex iure civili*, siehe Gai. 4.45 *Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere aut pro fure damnum decidi oportere; sunt et aliae, in quibus iuris civilis intentio est.* Dazu *Kaser*, SZ 83 (1966) 1–46; *Sturm*, SZ 82 (1965) 211–226; zuletzt *Cardilli*, Damnatio (2016) 209–272.

[78] Vgl. Cic., Q. Rosc. 4,13; 5,14.

actio per condictionem eine bestimmte Geldsumme (*certa pecunia*) oder eine bestimmte Menge sonstiger individuell bestimmter Sachen (*omnis certa res*) gefordert werden kann, ohne dass der Verpflichtungsgrund *in iure* individualisiert werden muss, charakterisiert diesen *modus agendi* die Abstraktion. Vorausgesetzt ist nur, dass die *actio* zur Verwirklichung eines *certum dare oportere* dient.[79]

25 In diesem Zusammenhang bildete die abstrakte Gestaltung der *legis actio per condictionem* einen deutlichen Fortschritt im Rahmen des Legisaktionenverfahrens, der ohnehin eine neue Aufgabe für den *iudex* mit sich brachte: Während er sich gemäß den älteren *legis actiones* auf die Überprüfung des Bestehens des Verpflichtungsgrundes beschränkte, musste er nun entscheiden, ob die Obligation des Beklagten einen Grund hatte und, wenn ja, welchen. Infolgedessen mag die erste Individualisierung der Obligationsentstehungsgründe auf die neuen prozessualen Umstände nach der Einführung des *agere per condictionem* zurückgehen: Der Richter musste von da an die formfreie *mutui datio*, *stipulatio* und *expensilatio* als *causae* eines *certum dare oportere* untereinander und von anderen verpflichtungserzeugenden Tatbeständen unterscheiden, da sie und nur sie diesen neuen *modus agendi* eröffnen konnten (→ § 9). Insofern ist hier von einer vom Prozess ausgehenden Individualisierung der Gründe des *certum dari* in *re dare oportere* (Darlehen), *verbis dare oportere* (Stipulation) und *litteris dare oportere* (sog. Litteralkontrakt) zu sprechen.

26 Nach alldem überrascht nicht, dass die Obereinteilung (*summa divisio*) der Obligationsentstehungsgründe, d. h. die Gliederung der konkreten verpflichtungs-begründenden Rechtsvorgänge, der *causae obligationum*,[80] den Ausgangspunkt zur gaianischen Darstellung des römischen Schuldrechts bildet, wie Gai. 3.88 zeigt: *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*[81]

27 Die *summa divisio obligationum* besteht allein in zwei Arten (*species*), nämlich Vertrag (*contractus*) und Delikt (*delictum*). Bezeichnenderweise spiegelt sich diese Zweiteilungslehre (die noch in der Spätklassik einige namhafte Anhänger fand)[82] im Rahmen der gaianischen Erörterung der Klagearten wider: Schuldrechtlich ist die Klage, mit der man gegen jemanden klagt, der uns entweder *ex contractu* oder *ex delicto* verpflichtet ist.[83] Insoweit ist ein *tertium quid* zwischen *contractus* und *delictum* ausge-

[79] Vgl. Gai. 4.17b.

[80] Vgl. Gai. 2.81,82; Gai. 3.90,96,124,157. Zutreffend *Falcone*, in: Capogrossi Colognesi/Cursi, Obligatio-obbligazione (2011) 30: „(…) non sorprende che Gaio, anziché indugiare su un enunciato che descriva in termini astratti cosa è un *obligatio*, abbia direttamente affrontato, sul piano dei concreti comportamenti dei soggetti agenti, le *causae* che danno vita ad un' *obligatio*." Vgl. auch *Birks*, Law of Obligations (2014) 17: „This is obviously a classification by causative events".

[81] Zur Quelle, vgl. eingehend *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 59–67.

[82] Die Dichotomie Vertrag-Delikt lässt sich in einigen Passagen von Ulpian und Paulus deutlich wahrnehmen, und zwar in Ulp. 41 Sab. D. 5.1.57 und in Paul. 20 ed. D. 5.3.14, dazu *Paricio*, Contrato (2008) 83–85; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 86–93. Siehe auch Ulp. reg. sing. D. 44.7.25.1, dazu *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 523–529.

[83] Gai. 4.2.

schlossen; es gibt keine Verpflichtung und keine schuldrechtliche Klage, die weder aus Vertrag noch aus Delikt entsteht. In diesem Zusammenhang bildet einen Vertrag jeder rechtmäßige verpflichtungserzeugende Vorgang, der allein dem *delictum* als rechtswidriger Handlung gegenübersteht. Anders gesagt: Der *contractus* ist für Gaius ein rechtsgeschäftlicher Bindungsakt, ohne Rücksicht darauf, ob ihm eine Willensübereinstimmung (*consensus*) zugrunde liegt oder nicht.[84] Von einer Vereinbarung (*conventio*) als allgemein geltendem Entstehungsgrund einer Vertragsobligation ist in Gai. 3.88 so gut wie keine Rede.

28 In dieser Stelle geht es um eine Systembildung, die unter modernen Gesichtspunkten eine sachliche Unvollständigkeit kennzeichnet.[85] Sowohl in den *res cottidianae* als auch in den Institutionen Justinians sind die rechtmäßigen schuldbegründenden Tatbestände, die auf keiner Willensübereinstimmung der Beteiligten beruhen, vom Bereich der Verträge ausgeschlossen und jeweils in die neuen und residualen Kategorien der „verschiedenen anderen Gründe“[86] (so in den *res cottidianae*) beziehungsweise (in den justinianischen Institutionen) der Quasikontrakte[87] eingeführt. Die sog. gaianisch-justinianische Tradition, die sich von der angesprochenen Zweiteilung in Gai. 3.88 (*contractus-delictum*) über eine Dreiteilung in den *res cottidianae* (*contractus-delictum-obligationes ex variis causarum figuris*)[88] zu einer Vierteilung der *causae obligationum* in den Institutionen Justinians (*contractus-quasi ex contractu-maleficium-quasi ex maleficium*)[89] weiterentwickelte, hat mit bleibendem Erfolg auf die kontinentaleuropäische Privatrechtsdogmatik eingewirkt und unser Bild des römischen Obligationenrechts und dessen Systematik in entscheidender Weise geprägt. Die Unvollständigkeit, welche aus moderner Sicht die Gliederung der Obligationsentstehungsgründe in Gai. 3.88 charakterisiert, bedeutet nicht, dass die gaianischen Institutionen einen Mangel leiden: Gaius musste nicht unbedingt wie wir denken.

29 Nach der Einteilung der Begründungstatbestände einer Obligation in zwei Arten werden die Kontraktsobligationen wiederum in vier Gattungen (*genera*) unterteilt:

---

[84] Siehe auch Gai. 3.95a und Gai. 4.182, wo Obligationen, denen kein Konsens zugrunde liegt, als Fälle von *contrahere* bezeichnet zu werden scheinen. Vgl. *Lübtow*, Condictio (1952) 99. Im gleichen Sinne, siehe etwa *Schulz*, CRL 466; *Wunner*, Contractus (1964) 42–54; *Sargenti*, Iura 39 (1988) 55 f.; *Martini*, Iura 42 (1991) 97–109; *Paricio*, Contrato (2008) 34.

[85] Insofern spricht etwa *Harke*, Römisches Recht [2](2016) 40 von einem „augenfälligen Mangel“. Im gleichen Sinne redet *Talamanca*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 52 von einer „portata apparentemente esaustiva della bipartizione“. Vgl. auch *Zimmermann*, LO 14.

[86] Gai. 3 cott. D. 44.7.5 pr.–3.

[87] Inst. 3.27.

[88] Gai. 2 cott. D. 44.7.1 pr. *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

[89] Inst. 3.13.2 *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio (…)*. Zur byzantinischen Systematik des Obligationenrechts, vgl. zuletzt *Falcone*, Scr. Corbino II 503–522. Im gaianischen Lehrbuch wird ebenso der Begriff *maleficium* als Synonym von *delictum* gebraucht, vgl. Gai. 4.75,80,112.

Gai. 3.89 *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*[90] Gaius unterscheidet vier Gruppen von vertraglichen Obligationen, nämlich die *obligationes re*, *verbis*, *litteris* und *consensu contractae*.[91] Die drei ersten bilden die oben erwähnten Gründe des *certum dare oportere*; die Hinzufügung der aus dem *ius gentium* stammenden Konsensualobligationen stellt eine Neuheit dar. Besonders bemerkenswert ist der Umstand, dass Gaius die *obligationes ex contractu* nicht in Arten, sondern in Gattungen untergliedert; es handelt sich jeweils um die entsprechenden *causae obligationum* und damit in gewissem Maße um die Verbindlichkeiten selbst.

30 Die Varianten *re*, *verbis*, *litteris* und *consensu contrahere* erweisen sich als selbstständige Gattungen, d. h. als voneinander getrennte Phänomene, nicht als Arten eines einheitlichen allumfassenden *genus*. Gaius unterscheidet explizit die dialektische Einteilung der *contractus* von derjenigen der *delicta*: Er bringt in den Institutionen zum Ausdruck, dass die *obligationes ex contractu*, im Gegensatz zu den deliktischen, welche eine einzige Gattung bilden (*uno genere consistit obligatio*),[92] nicht auf einen allgemein geltenden Entstehungsgrund zurückzuführen sind; sie können auf voneinander unabhängigen, selbstständigen, rechtmäßigen und verpflichtungserzeugenden Vorgängen beruhen, die als *causae obligationis* im Sinne von Wirkursachen unvereinbar miteinander sind (*cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur*).[93] Dieselbe Unterscheidung erscheint in den *res cottidianae*: Die deliktischen Obligationen stellen eine einheitliche Gattung dar (*omnia unius generis sunt*); hingegen (*alioquin*) können die vertraglichen Obligationen nicht nur *re* bestehen (d. h. begründet werden), sondern auch *verbis* oder *consensu*.[94]

---

[90] Vgl. Gai. 2 cott. D. 44.7.1.1 *Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*; Inst. 3.13.2 *(…) prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aeque quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus.*

[91] Vgl. Gai. 3.119a.

[92] Gai. 3.182 *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.* Zu diesem dialektischen Unterschied zwischen Vertrags- und Deliktsobligationen, siehe *Orestano*, Mél. Lévy-Bruhl 455–458.

[93] Dazu zuletzt *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 79–81, 104–106. In ähnlichem Sinne, vgl. bereits *Harke*, Vertrag (2013) 38: „Erkennt man, dass Real-, Verbal- und Konsensualverträge nicht Elemente eines einheitlichen Ganzen, vielmehr zeitlich und sachlich voneinander getrennte Phänomene sind, kann man gleich drei Systeme ausmachen, die jeweils das Potential hatten, die gesamte Breite vertraglicher Schuldbeziehungen zu erfassen (…). *Ein* System gab es aber nicht. Es gab drei." Vgl. auch *Fiori*, in: Cardilli, Modelli (2003) 177 f.: „(…) per i *prudentes* non esiste tanto il *contractus* quanto *l'obligatio contracta*, e la tipicità di un contratto, il suo essere se stesso e non altro, è data non dai suoi elemente essenziali, ma dalla natura delle obbligazioni, ossia dai comportamenti ai quali ci si è vincolati (…)."

[94] Gai. 3 cott. D. 44.7.4 *Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin*

Erst in Inst. 3.13.2 liest man eine Erörterung der *obligationes re*, *verbis*, *litteris* und *consensu contractae* nicht mehr als selbständige *genera*, sondern als *species* eines einheitlichen *genus* (*harum aeque quattuor species sunt*), nämlich des *conventio*-Vertrages der Byzantiner.[95] Hierin liegt der Ausgangspunkt zur gemeinrechtlichen Lehre der Einteilung der Verträge in vier Kategorien nach dem unrömischen Kriterium der „Perfektionierungsart“ (sog. Abschlussmodus) statt nach demjenigen der Obligationsentstehungsgründe: sog. Real-, Verbal-, Litteral- und Konsensualverträge. Die Varianten *re*, *verbis* und *litteris contrahere* werden gemeinhin in der Lehrbuchliteratur als spezielle Konsensäußerungsarten und damit als bloße Zutaten zum Willensübereinkommen der Parteien betrachtet, als ob jede Vertragsobligation im Wesentlichen in einer Vereinbarung bestünde, die in gewissen Konstellationen eines bestimmten Konsensäußerungsmodus bedürfte, damit die Verpflichtung wirksam begründet wird. **31**

Die Durchsetzung eines solchen konsensualistischen Blickwinkels auf die gesamte klassische Jurisprudenz ist aber in unseren Quellen alles andere als belegt.[96] Die von Pedius ausgehende Strömung zur Anerkennung der Willensübereinstimmung der Parteien als allgemeinem Geltungsgrund aller Vertragsobligationen (*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*)[97] hat sich in der klassischen Zeit niemals endgültig durchgesetzt.[98] **32**

---

ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu. Die *obligationes litteris contractae* werden in diesem Werk nicht behandelt.

[95] Siehe Theoph. inst. 3.13.2.

[96] Zutreffend *Brasiello*, SDHI 10 (1944) 103: „Il fondare infatti la partizione sull’elemento perfezionatore, come apparirà anche in questo studio, non può essere frutto che di uno sforzo che i giuristi classici non avrebbero motivo di fare, mentre si impone – e, come vedremo, nemmeno sempre – ai compilatori, i quali, pure considerando tutti i contratti come consensuali, volevano ancora inquadrarli negli schemi classici.“ Vgl. zuletzt *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 69–75.

[97] Pedius bei Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.3, dazu etwa *Garofalo*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 337–378.

[98] Nach Ansicht von *Sargenti*, Iura 39 (1988) 73 nicht einmal in der justinianischen Zeit.

§ 69 Zur Formel der *condictio* in der Rechtsentwicklung

Johannes Platschek

Santoro, Studi sulla condictio, AUPA 32 (1971) 181–512; *Selb*, Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau I (1974); *Liebs*, The History of the Roman Condictio up to Justinian, in: MacCormick/Birks (Hgg.), The Legal Mind. Ess. Honoré (1986) 163; *Saccoccio*, Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee (2002); *Hähnchen*, Die causa condictionis: ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht (2003); *Silla*, Genera actionum: itinerari gaiani (2012); *Cortese*, Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici (2013); *Cardilli*, Damnatio e oportere nell'obbligazione (2016).

Inhalt Rn.

I. *Legis actio per condictionem* 1
II. Formulare *condictio certi* 6
III. *Condictio incerti* 15

I. *Legis actio per condictionem*

1 Gaius nennt (Gai. 4.12) und erläutert (Gai. 4.17b–20) die *legis actio per condictionem* nach den Streitverfahren der *legis actiones sacramento* (4.12; 13–17) und *per iudicis postulationem* (4.12; 17a) und vor den Vollstreckungsverfahren der *legis actiones per manus iniectionem* (4.12; 21–25) und *per pignoris capionem* (4.12; 26–29). Die *legis actio per condictionem* ist für ihn die historisch jüngste streitige *legis actio*, die für Forderungen von *certa pecunia* durch eine *lex Silia*, für Prozesse *de omni certa re* durch eine *lex Calpurnia* eingeführt worden sei (Gai. 4.18).[1]

[1] *Liebs*, Ess. Honoré 164: „probably *plebiscita* of the late third century BC"; *Kaser/Hackl*, RZ 111 Fn. 4: „Datierung zweifelhaft" (mit weiterer Literatur); *Giuffrè*, in: St. Talamanca IV (2001) 248: „datazione tradizionale della *lex Silia*, fondata – sia consentito il dirlo – sul nulla"; Giuffrè selbst bringt die *lex Silia* mit dem Aufkommen gemünzten Geldes bei den Römern in Verbindung (Mitte 4. Jh. v. Chr.); *Hähnchen*, Causa condictionis 39 mit Literatur in Fn. 128–130 (Datierung beider Gesetze ins 4. Jh. „indiskutabel").

Für den Fall der *certa pecunia* gibt Gaius die förmliche Wechselrede der Parteien vor dem Prätor folgendermaßen wieder (Gai. 17b): **2**

[Kläger:] *Aio te mihi X milia sestertiorum dare oportere. Id postulo, aias aut neges.*
„Ich erkläre, dass du mir 10 tausend Sestertien geben musst. Ich verlange, dass du das (ebenso) erklärst oder verneinst."

[nach Bestreiten des Beklagten (*non oportere*):] *Quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico.*
„Da du verneinst, mache ich dir Ansage auf den dreißigsten Tag zum Zwecke des Erhalts eines Richters."

Von der zuvor beschriebenen Wechselrede bei der *legis actio per iudicis postulationem* (Gai. 4.17a) unterscheidet sich dies in zweierlei Hinsicht. Bei dieser nennt der Kläger – bei einer Klage *ex stipulatione*, für die das Zwölftafelgesetz diese Verfahrensart anordnet – einerseits den Grund seiner Forderung – im Beispiel *ex sponsione*: **3**

[Kläger:] *Ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio. Id postulo, aias an neges.*
„Ich erkläre, dass du mir aus Schuldversprechen 10 tausend Sestertien geben musst. Ich verlange, dass du das (ebenso) erklärst oder verneinst."

[nach Bestreiten des Beklagten (*non oportere*):] *Quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des.*
„Da du verneinst, verlange ich, dass du, Prätor, einen Richter oder Ermessensrichter gibst."

Bei der *legis actio per condictionem* wird ein Grund für das *X milia dare oportere* nicht genannt, zumal die *lex Silia* (im Unterschied zum Zwölftafelgesetz) lediglich von *certa pecunia* spricht.[2] Zu einer Theorie, wonach die *condictio* ursprünglich nur für Forderungen aus *sponsio/stipulatio* zuständig war,[3] will dieser Unterschied zwischen *legis actio per iudicis postulationem* und *legis actio per condictionem* nicht passen.[4] Eher gehört die *legis actio per condictionem* nach der *lex Silia* daher gerade zum sponsions-/stipulationslosen *dare oportere* von *certa pecunia*, was zunächst zum Gelddarlehen (*mutua/credita pecunia*) führt,[5] das man bei Einführung der *legis actio per condictionem* noch nicht als Grund eines vertraglichen Primäranspruchs angesehen haben muss (daher nicht *ex mutuo/credito*, parallel zu *ex sponsione*); das *dare oportere* beim Darlehen ergibt sich – ohne dass dies in der Formel Ausdruck finden müsste und könnte – aus einer nicht mehr gerechtfertigten Vorenthaltung „fremden Geldes". **4**[6]

Im Unterschied zur *legis actio per iudicis postulationem* erfolgt die Richtereinsetzung bei der *legis actio per condictionem* zum anderen nicht sofort, sondern erst in einem zweiten Termin vor dem Gerichtsmagistrat, den der Kläger dem Beklagten „auf den **5**

[2] *Cardilli*, Damnatio e oportere 214 f.; zurückhaltend *Hähnchen*, Causa condictionis 42.
[3] *Liebs*, Klagenkonkurrenz 97; *ders.*, in: Ess. Honoré 166; *Behrends*, Zwölftafelprozess 103.
[4] S. schon *Hähnchen*, Causa condictionis 41 mit Fn. 143.
[5] *Giuffrè*, in: St. Talamanca 227–240; *Kaser/Knütel/Lohsse*, RP 297 Rn. 4: „Der Ausgangsfall liegt offenbar beim Darlehen …"
[6] *Hähnchen*, Causa condictionis 38 f.

dreißigsten Tag ansagt". Die dreißig Tage bis dahin werden als Aufschub für den Beklagten verstanden, um das Urteilsverfahren noch abzuwenden. Diese dreißig Tage hat die *legis actio per condictionem* jedoch mit der *legis actio sacramento* seit deren Reform durch eine *lex Pinaria* gemein (Gai. 4.15).[7] Ob dort das Wort *condicere/condico* Verwendung findet, lässt sich aufgrund der Lückenhaftigkeit des Überlieferungsträgers in diesem Bereich nicht sagen.

II. Formulare *condictio certi*

6 Die gesetzliche Abschaffung der verpflichtenden Formen des Legisaktionenverfahrens (→ § 10 Rn. 11) ließ die *formulae* der *condictio certi*[8] zurück: die der **condictio certae pecuniae*,[9] mit der sich – in Anwendung auf das Gelddarlehen – die *actio certae creditae pecuniae* identifizieren lässt,[10] und die der **condictio certae rei*[11] */condictio triticaria.*[12] Von den Klagen mit der *intentio* auf *dari oportere* von *certa pecunia* oder *certa res* – also von den soeben genannten *condictiones* – sagt Gaius, sie bestünden – im Gegensatz zu anderen Formeln, die auf die Fiktion der fortbestehenden *legis actio* angewiesen sind – aus eigener *vis ac potestas* (Gai. 4.33).

7 Bereits aus Gai. 4.41, 43, 50 und 86 (und Cic. Rosc. com. 10 f.) lässt sich die Formel der *condictio certae pecuniae* weitgehend rekonstruieren; inzwischen können wir sie mit den Formeln in TPSulp 31 (52 n. Chr.) identifizieren:[13]

Iudex esto.
Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere,
qua de re agitur,[14]
iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemnato;
si non paret absolvito.

---

[7] Dazu Literatur bei *Hähnchen*, Causa condictionis 40 Fn. 132.

[8] Begriff bei Iul./Ulp. 30 ed. D. 25.2.17.2; Paul. 18 ed. D. 12.2.28.4; Paul. 31 ed. D. 46.2.12; Ulp. 26 ed. D. 12.1.9 pr./3. Bei Ulp. l. s. pand. D. 12.1.24: *illa condicticia actio per quam certum petitur.*

[9] Die Bezeichnung ergibt sich allenfalls indirekt aus Gai. 4.19 und 4.33. Bei Ulp. 27 ed. D. 13.3.1 pr. heißt sie *illa actio ‚si certum petetur'*, bei Gai. 4.50: *formula qua certam pecuniam petimus.* Cic. Rosc. com. 10 spricht von *iudicium certae pecuniae*, 13/14 von *certam pecuniam petere.*

[10] Bezeichnung bei Gai. 4.13/171. *Mantovani*, Formule 48 Nr. 19 mit Fn. 87; *Kaser/Knütel/Lohsse*, RP 242 Rn. 5; unklar *Kaser*, RP 531: „mit der *condictio* wesensgleich" (was mögliche Abweichungen in der Ausgestaltung impliziert); zum Problem *Hähnchen*, Causa condictionis 44–52.

[11] Die Bezeichnung ergibt sich allenfalls indirekt aus Gai. 4.19 und 4.33.

[12] D. 13.3.

[13] *Mantovani*, Formule 48 Nr. 19; die *condictio certae rei* ebd. 49 Nr. 22 (mit *condemnatio*: … *quanti ea res est tantam pecuniam … condemnato*).

[14] Der Zusatz fehlt in Gai. 4.86 (s. *Mantovani*, Formule 48 Fn. 90). Wenn die Klausel im Hinblick auf den Klagenverbrauch eingefügt wird, fehlt sie bei der Klage des Prozessvertreters zu Recht: Der Verbrauch ergibt sich hier nicht bereits aus Klage/Formel/Urteil, sondern zusätzlich aus förmlicher Einsetzung/Ermächtigung/Genehmigung durch den *dominus litis.*

„Es soll einen Richter geben.
Wenn es sich erweist, dass [der Beklagte] dem [Kläger] 10 tausend Sestertien geben muss, worum es hier geht,
dann soll der Richter [den Beklagten] zugunsten des [Klägers] zu 10 tausend Sestertien verurteilen;
wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen."

Von dem verlorenen Verfahrenselement der „Ansagung" verschiebt sich das Wesentliche einer *condictio* einerseits auf die *intentio* mit *dare oportere*. Über die *condictio incerti* (→ Rn. 15–17) lassen sich alle zivilen Klagen mit *dare oportere* (einschließlich *dare facere oportere*) als Abformungen der *condictio* verstehen. *Condictio* ist daher (im Bereich der *in ius* konzipierten Formeln) Synonym zu *actio in personam* und Komplementärbegriff zur *vindicatio* (Gai. 4.5, übernommen in I. 4.6.15; Ulp. sing. reg. D. 44.7.25 pr.).[15] Zum anderen zeichnet sich die *condictio* in einem engeren Sinne durch die fehlende Nennung des Verpflichtungsgrunds in der *intentio* bei Fehlen einer *demonstratio* aus („Abstraktheit"). Dadurch ist sie universal verwendbar und in bestimmten Bereichen – in denen keine konkrete Klage vorhanden ist – die einzige verfügbare zivile Klageformel. **8**

Die ganz herrschende Meinung[16] beschränkt die Anwendung der *condictio certae pecuniae* (und davon ausgehend die der *condictio certi*) im römischen Recht der Kaiserzeit jedoch auf die Forderung einer bestimmten Summe **9**

– aus Gelddarlehen (*mutuum* → §§ 22; 70)
– aus Litteralvertrag (*expensilatio* → § 23)
– aus Stipulationsversprechen auf bestimmte Geldleistung (→ §§ 21; 72)
– aus ungerechtfertigterter Bereicherung (→ § 77)
– als Wertersatz für den bestohlenen Eigentümer (*condictio furtiva* → § 93 Rn. 15–16).

Nach Ulpian hingegen ist die *condictio certi* für jede zivile Forderung eines *certum* statthaft:[17] **10**

[15] Dazu *Silla*, Genera actionum (2012) 11–65 mit Literatur.

[16] S. nur *Kaser/Knütel/Lohsse*, § 48 Rn. 3.

[17] Zum verbreiteten Interpolationsverdacht der „berüchtigten Digestenstelle" (*Mitteis*, Iherings Jhb. 39 (1898) 153) s. nur Index Interpolationum I 158 f.; Suppl. 178; Literatur bei *Kaser*, RP II 424 Fn. 21; dagegen *Liebs*, Ess. Honoré 180. Von den Argumenten bei *Mitteis* verfängt kein einziges, s. ebd. 154 Fn. 3: Die der *condictio* verschlossenen Tatbestände gehen hier auf Verpflichtungen, aus denen sich kein *certum dare oportere* ableiten lässt, nämlich auf *facere* (Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.2: *do ut facias*; die Rückforderung des Gegebenen wegen Ausbleibens des *facere* hingegen ist der *condictio certi* zugänglich) bzw. auf *restituere* beim *depositum* (Paul. 31 ed. D. 16.3.13.1; die Ersatzforderung bei dolosem Verlust ist hingegen der *condictio certi* zugänglich); 155: Zur *actio ex stipulatu* mit der *praescriptio Ea res agatur, cuius rei dies fuit* bei der Klage auf fällige Leistungen einer Rentenschuld ist die *condictio certi* auf einzelne bezifferte Raten keine attraktive Alternative. Dass sie bestand, ist mit Gai. 4.131: *si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus … totam obligationem, id est etiam futuram, in iudicium deducimus* gut vereinbar (klagt man *sine hac praescriptione* mit der *condictio certi* auf die fälligen Beträge, bleibt die *futura obligatio* unberührt), ein ausführlicherer „Ausdruck" ist in der elementaren Darstellung des Gaius gerade nicht „gefordert";

Ulp. 26 ed. D. 12.1.9 pr.–3

Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio …
1 *Competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia. Sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. Sed et si ex senatus consulto agetur, competit haec actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est agere volet.*
2 *Sive autem suo nomine quis obligatus sit sive alieno, per hanc actionem recte convenitur.*
3 *Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis sive coniunctim …*

„Die *condictio certi* ist statthaft aus jedem Tatbestand, aus jeder Verbindlichkeit, aus der etwas Bestimmtes eingeklagt wird, gleich ob aus einem bestimmten oder unbestimmten Vertrag geklagt wird. Denn es ist uns gestattet aus jedem Vertrag etwas Bestimmtes zu kondizieren, wenn nur die Verbindlichkeit gegenwärtig ist …
1 Diese Klage ist ebenfalls statthaft aus Vermächtnis und aus der *lex Aquilia*. Aber auch aus Diebstahl wird mit dieser Klage kondiziert. Aber auch wenn aus einem *senatus consultum* geklagt werden soll, ist diese Klage statthaft, zum Beispiel wenn derjenige, dem die eine treuhänderische Erbschaft ausgefolgt worden ist, klagen will.
2 Gleich ob jemand im eigenen Namen verpflichtet ist oder im fremden, wird er mit dieser Klage ordnungsgemäß belangt.
3 Weil also diese *condictio certi* aus allen Verträgen statthaft ist, gleich ob der Vertrag durch Sachhingabe (*re*) oder Wortwechsel (*verbis*) oder durch beides zusammen abgeschlossen worden ist …“

11 Die *condictio certi* wird zumeist als *condictio certae pecuniae* die Schuld eines bestimmten Geldbetrags zum Gegenstand haben. Der Kläger, der weniger als die intendierte Geldsumme als geschuldet beweisen bzw. nach Auffassung des Richters aus dem bewiesenen Vertrag herleiten kann, wird jedenfalls wegen Zuvielforderung *in concreto* abgewiesen und verbraucht sein Klagerecht (*pluris petitio* → § 12 Rn. 51 f.).[18] Darüber hinaus belastet ihn – jedenfalls bei *certa credita pecunia* (Gai. 4.13; 171), vielleicht bei jeder *condictio certae pecuniae*[19] – die obligatorische wechselseitige *sponsio tertiae partis* (→ § 71 Rn. 5) mit einem weiteren Risiko: Bei Unterliegen wird er dem Beklagten zudem auf ein Drittel der eingeklagten Summe verpflichtet.

12 Diese Risiken muss der Kläger mit der Verlässlichkeit seiner Beweise vergleichen. Wo es ihm vorprozessual gelungen ist, durch Dokumentation und Konzentration seiner

---

156 Fn. 1: „Wenn wirklich aus einer *stip. incerta* auf *certum* geklagt werden konnte, bleibt es ganz und gar unverständlich, warum das Umgekehrte (in Ulp. sing. pand. D. 12.1.24) ausdrücklich verboten wird“ – der Grund liegt im Phänomen der *pluris petitio*. Das ausdrückliche „Verbot“ der *condictio incerti* bzw. der *actio incerti ex stipulatu* im „umgekehrten“ Fall spricht gerade *für* die Statthaftigkeit der *condictio certi* in allen Fällen des *contractus incertus*.

[18] *Mitteis*, Iherings Jhb. 39 (1898) 157: „die Gefahr der *pluris petitio*, derentwegen [der Kläger] bei einem ‚*contractus incertus*‘ an die [*condictio certi*] ernstlich nicht denken konnte.“ Das schließt die Statthaftigkeit der *condictio* nicht aus.

[19] *Mitteis*, Iherings Jhb. 39 (1898) 157 f. Fn. 2; *Santoro*, AUPA 32 (1971) 211 Fn. 71.

Forderungen insbesondere in einer bezifferten Stipulation die Spielräume von Beklagtem und Richter exakt zu begrenzen bzw. auszuschließen, wird er die Risiken ohne Weiteres eingehen (und den Schuldner – soweit anwendbar – mit dessen Risiko aus der *sponsio tertiae partis* zusätzlich unter Druck zur prozessvermeidenden Leistung setzen).[20] In den anderen Fällen wird er – soweit erreichbar – einer anderen Klagemöglichkeit den Vorzug geben, namentlich einem *bonae fidei iudicium*, bei der er die Bezifferung der *intentio* vermeidet, sich einem erweiterten Ermessen des Richters aussetzt, aber damit auch die Risiken des Unterliegens, des Klagenverlusts und der Prozessstrafe verkleinert bzw. ausschließt.

Vor diesem Hintergrund ist es zu sehen, dass Cicero – als tendenziöser, ja manipulativer Gerichtsredner mit dem einzigen Ziel seinem Mandanten zum Freispruch zu verhelfen – in der Rede für Q. Roscius die *actio certae creditae pecuniae* auf Forderungen einer bestimmten Summe aus Darlehen (*adnumerasse/pecunia data*), Litteralkontrakt/*expensilatio* und *stipulatio* beschränken will.[21] Es sind dies die vertraglichen Schuldverhältnisse, in denen keine andere Klage zur Verfügung steht und auf die sich in der Praxis die Verwendung der *actio certae creditae pecuniae* samt *sponsio tertiae partis* zumeist beschränkt.[22] **13**

[20] Insofern schlicht praxisfern *Mitteis*, Iherings Jhb. 39 (1898) 157: „Jeder Kläger hat den naturgemäßen Wunsch, sein Klagebegehren möglichst hoch zu spannen"; bei seiner Argumentation mit der *sponsio tertiae partis* des Beklagten und „dem Zwang des *iusiurandum in iure delatum*", die unmöglich „dem Beklagten nach Belieben seines Gegners oktroyirt werden konnten" (158), übergeht Mitteis die Wechselseitigkeit der *sponsio tertiae partis* und die Risiken, die auch für den Kläger im Eidesmechanismus liegen.

[21] Zu Cic. Q. Rosc. 13–14 s. *Stroh*, Taxis und Taktik 104–148, insbes. 138–139; *Saccoccio*, Si certum petetur 141–153; *Cortese*, Quod sine iusta causa 4 f., jeweils mit Literatur; zu *Lintott*, Cicero as Evidence 63–65 s. *Platschek*, SZ 129 (2012) 773 f.

[22] Dass sich der Kläger Fannius in diesem Fall aufgrund besonders *guter* Beweise und eines bezifferten („deklaratorischen") Anerkenntnisses des Beklagten Roscius aus einem früheren Schiedsverfahren (vor dem jetzigen Richter Piso!) zu einer *actio certae creditae pecuniae* mitsamt *sponsio tertiae partis* entschlossen hat, um eine Forderung geltend zu machen, die sich nach wie vor aus der Abrechnung einer *societas* ergibt, kann nicht ausgeschlossen werden, s. schon *Krüger*, SZ 29 (1908) 382: „Sozietätsanspruch im Gewande der condictio generalis", allerdings zweifelnd: „(wenn das ginge!)"; Fannius ist in der – von Rücksichtnahmen auf Roscius geprägten – Vorgeschichte nicht den üblichen Weg gegangen, seine Forderung durch *stipulatio* oder *expensilatio* zu isolieren, zu konzentrieren und von der *societas* als Schuldgrund abzukoppeln. Doch ist die Abrechnung der *societas* längst zwischen den Parteien ausdiskutiert; die Vereinbarung vor dem Schiedsrichter war „kausaler Feststellungsvertrag". Dass der Richter der *actio certae creditae pecuniae* ein Schulden aus *societas* als *dare oportere* verstehen muss, zeigt die in der Rede angesprochene *actio pro socio* – das darin genannte *dare oportere ex fide bona* ist stets ein *dare oportere*. Kommt der Richter zu dem Ergebnis, dass der Beklagte (mindestens) den intendierten bezifferten Betrag (hier 50.000 Sestertien) schuldet, muss er ihn wegen *HS I))) dare oportere* verurteilen. Weder die Formel der *actio certae creditae pecuniae* selbst noch die Existenz der *actio pro socio*, von *mutuum, expensilatio* und *stipulatio* können das in Frage stellen.

14 Unter Berufung auf Cicero den Ulpian-Text, insbesondere *licet enim nobis ex omni contractu certum condicere* zur justinianischen Interpolation zu erklären,[23] ist methodisch fragwürdig. Ebenso fragwürdig wäre es, den Zeitpunkt der Roscius-Rede als *terminus post quem* für die Anwendung der *condictio certi* außerhalb der drei genannten Vertragsverhältnisse zu betrachten. Statthaftigkeit der *condictio* bedeutet Anerkennung eines möglichen zivilen *dare oportere*. Sie ist damit immer auch Beweis für die Rezeption eines Verpflichtungsgrunds durch bzw. in das *ius civile*.[24]

III. *Condictio incerti*

15 Die Ausführungen bei Gaius zu den *praescriptiones pro actore* (Gai. 4.130–137 → § 12 Rn. 29) und die Überlegungen Selbs zur Genese der *actio incerti ex stipulatu* und der *bonae fidei iudicia*[25] lassen als Fundament dieser Klagen eine Formel mit der *intentio* erkennen: *Quidquid … dare facere oportere*,[26] die von Gaius als *formula qua incertum petimus* (Gai. 4.131), als *illa incerta actio* (Gai. 4.131a), andernorts als *actio civilis incerti*,[27] aber auch als *condictio incerti*[28] bezeichnet wird. Nicht nur wird durch *quidquid* der Gegenstand der geschuldeten Leistung unbestimmt gehalten; der Inhalt wird außerdem von *dare* zu *dare facere* erweitert. Auf der Grundlage insbesondere von Gai. 4.136, 4.51, *lex Rubria* c. XX.22–27/32–40 und *lex rivi Hiberiensis* § 15 III.39–43 lässt sich rekonstruieren:[29]

---

[23] S. oben Fn. 10.

[24] Nach I. 4.7.8 gilt das etwa für die bereicherungsrechtliche Verbindlichkeit im Gefolge eines Geschäfts des Gewaltunterworfenen *iussu patris dominive* (→ § 101) für den Gewalthaber und aus einem solchen des Kapitäns/Betriebsleiters für den aus den *actiones exercitoria* und *institoria* haftenden Reeder/Prinzipal (→ § 104): *directo condici posse*. Die Klassizität der Stelle und ihr Bezug auf die *condictio* im Sinne der *condictio certi* sind umstritten: *Pflüger*, Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo (1904) 75; *Mitteis*, Iherings Jhb. 39 (= ²3; 1898) 167–173; *ders.*, RP 227; zweifelnd *Kaser*, RP I 264 Fn. 34.; *ders.*, RP II 106 mit Fn. 48; verfehlt *Behrends*, Index 19 (1991) 177, zuletzt SZ 128 (2011) 108 Fn. 49, der in *directo condici* die „zivilrechtliche *actio directa*“ erkennen will, der eine „prätorische *actio utilis*“ gegenüberstehe, was er wiederum mit dem Phänomen *in ius* und *in factum* konzipierter „Formeldubletten“ kontaminiert. Jetzt eingehend mit weiteren Quellen und Literatur *Coppola Bisazza*, in: Scr. Franciosi I (2007) 587–605.

[25] *Selb*, Formeln 27; 49.

[26] *Mantovani*, Formule 50 Nr. 24 mit Fn. 107; Literatur bei *Hähnchen*, Causa condictionis 117 Fn. 554.

[27] Ner. 1 resp. D. 19.5.6; Pomp. 22 Sab. D. 19.5.16 pr.; Iul./Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2; Pap. 27 quaest. D. 19.5.8; Ulp. 32 ed. D. 10.3.23.

[28] Aristo/Ner./Ulp. 38 ed. D. 13.1.12.2; Pomp. 22 Sab. D. 12.6.22.1; Pomp./Ulp. 11 ed. D. 4.4.16.2; Iul. 8 dig. D. 12.7.3; Iul. 16 dig. D. 23.3.46 pr.; Iul. 39 dig. D. 30.60; Iul. 49 dig. D. 43.26.19.2; Iul. 60 dig. D. 39.5.2.3; Paul. 5 Sab. D. 19.1.8 pr.; Paul. 31 ed. D. 46.2.12; Ulp. 18 Sab. D. 7.5.5.1. Literatur zur Bezeichnung bei *Hähnchen*, Causa condictionis 550 und 552; dass die Bezeichnung „nachklassisch“ – also in den genannten Stellen interpoliert – sein soll, bleibt fragwürdig.

[29] *Grzimek*, Studien zur taxatio (2001) 13 mit Literatur; *Mantovani*, Formule 50 Nr. 24 Fn. 107.

Iudex esto.
Quiquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere,
eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat sestertium X milia condemnato;[30]
si non paret absolvito.

„Es soll einen Richter geben.
Wovon auch immer es sich erweist, dass [der Beklagte] es [dem Kläger] geben oder tun muss,
dazu soll der Richter [den Beklagten] zugunsten [des Klägers] bis zur Höhe von 10 tausend Sestertien verurteilen;
wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen."

Über den Ursprung dieser Formel erfahren wir nichts.

16 Im vertraglichen Bereich hat sich die Formel durch Erweiterung um *praescriptio demonstrationis loco* (zur *actio incerti ex stipulatu*, Gai. 4.136 → § 72) bzw. um *praescripta verba* (zur *actio praescriptis verbis* → § 12 Rn. 31 § 90), um die *demonstratio* und den Zusatz *ex fide bona* (zu den *actiones* der *bonae fidei iudicia* → § 78), die alle den Gegenstand der *intentio* jeweils einschränken, unter spezifischen Bezeichnungen zu eigenen Vertragsklagen verfestigt. In anderen Fällen kommt sie nur nach *praescriptio* zur Anwendung (Gai. 4.137). Der Zusatz *ex lege* … führt zur *condictio ex lege* (D. 13.2; jetzt *lex rivi Hiberiensis* § 15 III.39–43). Soweit ein *dare facere oportere* aus Bereicherungsrecht Anerkennung findet, ist die *condictio incerti* als Bereicherungsklage einschlägig.

17 Da sich für alle Anwendungsfälle und Abformungen der *condictiones certi* und *incerti* außerhalb des Bereicherungsrechts eigene Bezeichnungen (zumeist mit *actio/agere*) etabliert haben, ist bei der bloßen Verwendung von *condici/condicere/condictio* durch die klassischen Juristen grundsätzlich von einem bereicherungsrechtlichen Anspruch auszugehen.[31] In der allgemeinsten Bedeutung von *condictio* als „schuldrechtliche Klage"[32] ist *condici/condicere* nirgends belegt.[33]

[30] Die Formel bringt lediglich durch die *taxatio* (Gai. 4.51; → § 12 Rn. 42) zum Ausdruck, dass der Richter die entsprechend der *intentio*: *quidquid … dare facere oportere* ermittelte Verpflichtung zum Zwecke der Verurteilung in Geld ausdrücken muss. Zum Phänomen *Mantovani*, Formule 51 Nr. 25 Fn. 111 mit Quellen und Literatur. Zur Übertragung auf die – aus dieser Formel abgeleiteten – *bonae fidei iudicia* vgl. PYadin 28–30 (*actio tutelae*) und *Grzimek*, Studien zur taxatio (2001) 23–56. Die Klagen der *lex Rubria* haben die *taxatio* vor *eius iudex* … In abgekürzter Form könnte sie auch in der *lex rivi Hiberiensis* in der dortigen Lücke vor *ei]us iudex* … gestanden haben.

[31] *Hähnchen*, Causa condictionis 47 f.; zuletzt *Scheibelreiter*, in: FS Bürge (2017) 162 f., der die *condictio* in Ulp. 26 ed. D. 12.1.13 pr. überzeugend als bereicherungsrechtliche Klage identifiziert (und nicht – wie eine starke Literaturmeinung – als Klage aus konvalesziertem Darlehen).

[32] Oben bei Fn. 11.

[33] In I. 4.7.8 etwa ist nicht vom „Allgemeinbegriff *condictio* (vgl. Gaius 4,5)" die Rede (*Behrends*, SZ 128 [2011] 108 Fn. 49; s. aber schon *Mitteis*, Iherings Jhb. 39 [1898] 168), sondern von einem bereicherungsrechtlichen *condici*, s. oben Fn. 19.

§ 70 *Condictio* aus Darlehen (*mutuum*)

Iole Fargnoli

Schwarz, Die Grundlage der *condictio* im römischen klassischen Recht, 1952; *D'Ors*, Observaciones sobre el *edictum de rebus creditis*, SDHI 19 (1953) 134–201; *D'Ors*, *Creditum* y *contractus*, AHDE 26 (1956) 183–208 = SZ 74 (1957) 73–99; *Albanese*, Per la storia del *creditum*, AUPA 32 (1971) 5–180; *Santoro*, Per la storia della *condictio*, St. Scaduto III, 1970, 545–578; *Santoro*, Studi sulla *condictio*, AUPA 32 (1971) 181–512; *Santoro*, Le due formule della Tabula Pompeiana 34, AUPA 38 (1985) 333–350 = Scr. I 331–353; *Giuffrè*, s. v. mutuo (storia), ED 27 (1977) 415–444; *Giuffrè*, La *datio mutui*. Prospettive romane e moderne, 1989; *Purpura*, Ricerche in tema di prestito marittimo, AUPA 39 (1987) 187–337; *Saccoccio*, *Si certum petetur*: dalla *condictio* dei *veteres* alle *condictiones* giustinianee, 2002; *Gröschler*, Darlehensvalutierung und Darlehenszins in den Urkunden aus dem Archiv der Sulpizier, FS Knütel, 2009, 387–400; *Pontoriero*, Il prestito marittimo in diritto romano, 2011.

Inhalt Rn.

I. Um etwas Bestimmtes einzuklagen (*si certum petetur*) 1
II. Das Darlehen 5
III. *Mutuum cum stipulatione* 10
IV. *Exceptio* und *querela de non numerata pecunia* 12
V. Seedarlehen 13

I. Um etwas Bestimmtes einzuklagen (*si certum petetur*)

1 Mit der *condictio* wird herausverlangt, was gegeben worden ist. Die Klage ist eine „originelle und bedeutende Schöpfung der Römer".[1] Wesentlich ist die Formel, wobei die Linearität der Klageformel indirekt proportional zur Komplexität ihres Anwendungsbereichs ist. Sich mit der *condictio* zu beschäftigen, fühlt sich an, als würde man einen „verwilderten Wald" betreten.[2] Gegenstand der Rückgabe ist, abgesehen vom Klagegrund,[3] die geschuldete Sache (*res credita*), weshalb die Formel im prätorischen Edikt unter dem Titel zu den Kreditgeschäften *De rebus creditis* zu finden war.[4]

[1] *Kaser*, RP I 592.

[2] *Perozzi*, Scr. II 393 Fn. 1 und danach auch *Van Oven*, TR 22 (1941) 267–307.

[3] Zur Frage der *causa* s. zuletzt *Varvaro*, AUPA 57 (2014) 289; vgl. auch *Varvaro*, Certum (2008) 180–217. Zu den *multae causae* und den nichtvertraglichen *condictiones* s. → § 77 Rn. 10–25.

Im prätorischen Edikt waren zwei Arten von *condictiones* enthalten. Einerseits die *actio certae creditae pecuniae,* welche auf die Leistung der Geldsumme bzw. anderer vertretbarer Sachen gerichtet war und welche mit einer *condictio certae pecuniae* wesensgleich ist.[5] Andererseits zielte die *condictio certae rei* auf die Leistung einer bestimmten Sache ab. Sowohl die *actio certae creditae pecuniae,* als auch die *condictio certae rei* haben ihre Wurzeln in den entsprechenden *legis actiones,* die jeweils die *lex Silia* und die *lex Calpurnia* einführten.[6] **2**

Der Begriff *condictio* („Ansage") ist eine prozessuale Bezeichnung[7] und verweist auf die förmliche Festsetzung einer dreißigtägigen Frist für die Richtereinsetzung:[8] Der Gerichtstermin wurde nicht sofort anberaumt.[9] Die dreißigtägige Verschiebung hatte zum Ziel, die Streitbeilegung mittels Erfüllung, Erlass oder Vergleich zu erleichtern, da die Darlehensnehmer in der Regel Personen aus den ärmeren Schichten waren.[10] **3**

In seinem Lehrbuch führt Gaius das Thema der *condictio* im bekannten Abschnitt Gai. inst. 3.91 bei den Realobligationen[11] ein. Dort vergleicht er die Darlehenshingabe mit der irrtümlichen Zahlung von Nichtgeschuldetem (*solutio indebiti*), weil in beiden Fällen mit derselben *condictio* geklagt werden kann.[12] Das Darlehen und die irrtümliche Erfüllung einer Verpflichtung haben die *res credita* gemein. Der Empfänger wird durch die Übergabe jeweils zur Rückgabe verpflichtet.[13] **4**

II. Das Darlehen

Die Darlehensvaluta – Geld oder andere vertretbare Sachen – soll „aus meinem zu deinem werden", *de meo tuum fit*: Dies ist nach Paulus die Etymologie des Wortes *mutuum*, das sich vom Eigentumsübergang, welcher die Basis des Grundtypus des **5**

[4] *Lenel*, EP 237.

[5] *Lenel*, EP 234.

[6] Dazu *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 12–36. Zur Geschichte der Klageformel s. → § 69 Rn. 1–14.

[7] *Schiemann*, s. v. condictio, DNP III 120.

[8] Gai.inst. 4.17 b–18. Zum *condicere* als *prisca lingua denuntiare* s. Fest. p. 56, 58 (*condicere, condictio*); Serv. Aen. 3,117 (*condictio est denuntiatio*); zur *condictio* im Fetialenrecht s. Liv. 1,32,9; 11, dazu *Kaser/Hackl*, RZ 111 Fn. 2 und 113 Fn. 24.

[9] *Schiemann*, s. v. condictio, DNP III 120.

[10] *Kaser/Hackl*, RZ 112. Zu Darlehensschulden und Personalvollstreckung s. *Klinck*, SZ 130 (2013) 393–404.

[11] Zu den Obligationen *re contractae* s. → § 22 Rn. 3. Weiter nimmt Gaius die Klageformel der *condictio certae creditae pecuniae* in Gai. 4.19 als Anwendungsfall, um die *partes formularum* zu erklären (4.41 für die *intentio* und 4.49–50 für die *condemnatio*).

[12] *Harke*, IVRA 54 (2003) 50.

[13] Zur *condictio indebiti* → § 77 Rn. 14–16.

Kreditgeschäfts[14] bildet, herleitet.[15] Das Wort *mutuum* (aus *muto*) hat seine Wurzeln wahrscheinlich in Verwandtschaft mit dem griechischen *moitos* – „Vergeltung", „Tausch (?)"[16], das auf die Idee der Bewegung, des Anvertrauens des Kapitals vom Darlehensgeber an den Darlehensnehmer hinweist. Allerdings wurde der bloße Ausdruck *mutuum* eher selten von römischen Juristen verwendet, da diese den Begriff *mutui datio* bevorzugten. Dieser hebt das zentrale Moment dieses Kontraktes, nämlich jenes der Übergabe, hervor.

6 Gegenstand der Übergabe sind eine Geldsumme oder andere vertretbare Sachen (*res quae pondero numero mensura consistunt*).[17] Der Darlehensgeber hat die gleiche Summe oder die gleiche Menge vertretbarer Sachen in derselben Qualität zurückzugeben.[18] Um das Gegebene zurückzuverlangen, kann der Darlehensgeber entweder eine *actio certae creditae pecuniae* oder eine *condictio certae rei* gegen den Darlehensnehmer erheben. Kontrovers war es, ob eine Darlehens- oder eine reine Rückforderung entsteht, wenn fremdes Geld hingegeben wurde und vom Empfänger gutgläubig verbraucht wurde.[19]

7 Die Verpflichtung aus dem Darlehen wird als Realobligation qualifiziert.[20] Wenn zehn gegeben worden sind, können nicht elf zurückgefordert werden, während es hingegen möglich ist, neun zu verlangen, wobei die verbleibende Einheit als unentgeltliche Zuwendung angesehen werden kann.[21] Hier liegt eine *causa donationis* vor. Dass es sich beim Darlehen um einen Realkontrakt handelt, ergibt sich schon allein aus der Tatsache, dass der Kontrakt als abgeschlossen galt, auch wenn Geld von einem Geschäftsunfähigen, wie etwa einem Geisteskranken oder Minderjährigen ohne *auctoritas tutoris* gegeben wurde: in diesen Fällen gilt das Darlehen als in dem Moment gewährt, in welchem dieses Geld vom Darlehensnehmer verbraucht wird.[22]

8 Um den Bedürfnissen der Praxis nachzukommen, versuchten die Juristen, das strenge Realkontraktsschema zu überwinden. In einigen Tatbeständen wird die Hingabe als *ius singulare*[23] bis zum beinahe gänzlichen Verschwinden faktisch „ausgehöhlt".[24] So wird das Darlehen zugelassen, das die Ermächtigung durch den Darlehensgeber gegenüber seinem Schuldner einschließt, dem künftigen Darlehensnehmer Geld zu über-

---

[14] *Giuffrè*, s. v. mutuo (storia), ED 27 415 f.

[15] Vgl. Paul. 28 ed. D. 12.1.2.2, aber dieselbe Etymologie wird bereits von Gai. 3.90 aufgezeigt.

[16] ThLL, s. v. *muto* 1 (VIII 1722); *Walde/Hofmann*, Lat. etym. Wörterbuch, s. v. *muto* 1 (I 137).

[17] Paul. 28 ed. D. 12.1.2 und 6.

[18] Ulp. 34 Sab. D.12.1.4.

[19] Ulp. 26 ed. D. 12.1.13 pr.–1; Iul. 10 dig. D. 12.1.19.1; zuletzt *Scheibelreiter*, FS Bürge 161–186. Zu den nichtvertraglichen *condictiones* s. → § 77 Rn. 10–25.

[20] Gai. 3.91.

[21] Ulp. 26 ed. D.12.1.11.1.

[22] Pomp. 6 Plaut. D.12.1.12; Ulp. 26 ed. D.12.1.13 pr.–1; Pomp. reg. sing. D.44.7.24; Paul. 15 quaest. D. 46.1.56.2; Ulp. 40 Sab. D. 26.8.5 pr.

[23] Vgl. Ulp. 31 ed. D. 12.1.15: *singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam.*

[24] *Saccoccio*, in: Fiori, Modelli teorici IV (2011) 345–418.

geben (*delegatio dandi*).[25] Auch an anderer Stelle wird durch die Auszahlung ein anderer zu *condictio* berechtigt; Aristo/Julian werden bei Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.8 mit folgendem Fall zitiert: „Wenn ich in deiner Abwesenheit und ohne dein Wissen meine Münzen in deinem Namen oder deine gegeben habe, erwirbst du die Rückforderungsklage."

Das Darlehen ist ein unentgeltlicher Kontrakt.[26] Da die *condictio* auf ein *certum* **9** gerichtet ist, kann der Darlehensgeber nicht mehr verlangen, als er gegeben hat. Die Klageformel lautet also auf die gesamte Schuld, welche vereinbart wurde. Zinsen mussten jeweils extra stipuliert werden. Das ist der Grund, weshalb das Darlehen oft mit einer Stipulation bekräftigt wurde.[27]

III. *Mutuum cum stipulatione*

In der Praxis war das Darlehen oft durch eine Stipulation im Hinblick nicht nur auf die **10** Zinsen, sondern auch auf den Rückzahlungstermin bekräftigt.[28] Paulus zitiert einen von Papinian verfassten Text zur Stipulation, in dem der Darlehensnehmer das Geld erhielt und dabei zwecks grösserer Sicherheit des Gläubigers als Darlehensgeber die Rückgabe, allenfalls auch von Zinsen, durch Stipulation verspricht.[29]

Bereits unter den römischen Juristen war umstritten, ob sich vom Tatbestand des **11** *mutuum cum stipulatione* zwei Verbindlichkeiten ableiten, eine *re* und eine *verbis,* oder aber nur eine einzige Obligation, und ob es sich in diesem Fall um eine Real- oder Verbalobligation oder sogar eine Obligation, die sowohl *re* als auch *verbis* zustande gekommen ist, handelte. Als vorherrschende Ansicht in der römischen Jurisprudenz gilt, dass nur eine einzige Verbalobligation aus dem Sachverhalt hervorgeht.[30]

---

[25] Afr. 8 quaest. D. 17.1.34 pr.

[26] Zur Unentgeltlichkeit s. *Salazar Revuelta*, Gratuidad (1999). Zum Darlehensverbot an Haussöhne im *senatusconsultum Macedonianum* → § 34 Rn. 46.

[27] Zu den Urkunden aus dem Archiv der Sulpizier, die uns keine Zinsstipulation überliefern, wahrscheinlich weil laufende Zinsen aufgrund einer formlosen Abrede bezahlt wurden, s. *Gröschler*, FS Knütel 387; s. auch *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 162–164 und *Wolf*, St.Talamanca VIII, 423–463; *Masi Doria*, FS Knütel, 756. Zum Thema vgl. auch → § 21 Rn. 17; § 74 Rn. 1.

[28] S. zuletzt dazu *Finkenauer*, Stipulation (2010) 28 f.

[29] Paul. 3 quaest. D. 12.1.40.

[30] Vgl. Pomp. 24 Sab. D. 46.2.7; Ulp. 46 Sab. D. 46.2.6.1; vgl. dazu auch *Dell'Oro*, Obligatio re et verbis (1950) 81–100; *Talamanca*, IVRA 50 (1999) 7–112; *Kaser*, Er. Maridakis I 155; *Gröschler*, TR 74 (2006) 261–287.

IV. *Exceptio* und *querela de non numerata pecunia*

12 Wenn vor der Auszahlung die Rückerstattung durch eine Stipulation versprochen wurde, stand dem Darlehensnehmer eine Einrede des nicht ausgezahlten Geldes zu.[31] Die Forderung war dem Darlehensgeber auf Grund des abstrakt formulierten Kontrakts auch ohne die Darlehensvalutierung (*numeratio*) entstanden, konnte aber zunächst mit der *exceptio doli* und ab der Kaiserzeit mit einer eigens geschaffenen Einrede, der *exceptio non numeratae pecuniae*, hinsichtlich ihrer Durchsetzbarkeit gehemmt werden.[32] Sobald die Einrede vom Beklagten geltend gemacht wird, ist der Darlehensgeber derjenige, der die Hingabe zu beweisen hat. Dieser Einrede wird in den Digesten keine eigene *sedes materiae* zugewiesen. Der justinianische Codex dagegen widmet ihr einen ganzen Titel.[33] In der späten Kaiserzeit wurde die Möglichkeit für den Darlehensnehmer eingeführt, die Stipulation mittels eines eigenen Rechtsbehelfs als Kläger anzugreifen, der *querela de non numerata pecunia*. Der Gläubiger hatte die Beweislast zu tragen, dass das Darlehen tatsächlich ausgezahlt worden war.[34] Die Frist für die Anfechtung des inzwischen lediglich urkundlichen Schuldversprechens[35] betrug zuerst ein Jahr, seit Diokletian dann fünf Jahre.[36] In der justinianischen Zeit konnte der Schuldner die Urkunde auch schriftlich entkräften.[37]

V. Seedarlehen

13 Besondere Regeln galten für die Übergabe der *pecunia traiecticia*, die von Justinian als *fenus nauticum* bezeichnet wird. Diese stammt aus dem griechischen Recht[38] und sollte den Seehandelsverkehr begünstigen.[39] Da der Darlehensgeber das Risiko des Untergangs (*naufragium*), des Seeraubs und des Seewurfs übernahm,[40] konnten hier Zinsen ohne Höchstgrenze vereinbart werden.[41] Bei Verlust der Ware erlosch die Forderung.

14 In der modernen Literatur ist umstritten, welche Art von Anspruch der Darlehensgeber hat. Wenn behauptet wird, dass die Zinsen mit einer *stipulatio*[42] oder sogar einer

---

[31] Dazu *Litewski*, SDHI 60 (1994) 405–456.

[32] Dazu zuletzt *Petrucci*, Applicazioni, 2005, 247; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. III 88–181, 520–521.

[33] C. 4.30.

[34] Honor./Theodos./Constantius Cod. Theod. 2.27.1 (a.421).

[35] Zu anderen Schulden, die kein Darlehen als Verpflichtungsgrund haben, s. → § 21 Rn. 17.

[36] Iust. C. 4.30.14 pr. (a.528); Inst. 3.21; Inst. 4.13.2.

[37] Kaser, RP II 380. Vgl. Iust. C. 4.30.14.4 (a.528); C. 1.4.21 pr.–1 (a.528).

[38] Zum Seedarlehen im griechischen Recht s. vor allem den bahnbrechenden Beitrag von *Paoli*, St. dir. att. (1930) 9–137; s. jetzt auch *Schuster*, Seedarlehen (2005) 24–174.

[39] *De Martino*, s. v. foenus nauticum (diritto romano), NNDI VII 422.

[40] *Schuster*, Seedarlehen (2005) 188.

[41] Mod. 10 pand. D. 22.2.1; Mod. 4 reg. D. 22.2.3; Pap. 3 resp. D. 22.2.4. Dazu *Krampe*, Vermächtnis der Römer 110–150.

[42] *De Martino*, s. v. foenus nauticum (diritto romano), NNDI VII 423 f.

stipulatio poenae[43] vereinbart worden seien, bildete dies einen typischen Anwendungsfall der *actio certae creditae pecuniae* oder der *actio incerti ex stipulatu*. Ebenfalls vertreten wird aber in der Literatur die Ansicht, dass die Parteien lediglich eine Abrede für die Zinsen (*nudum pactum usurarium*) trafen und daher eine Klage *in factum* oder die *actio praescriptis verbis* und später eine Klage im Rahmen des neuen Kognitionsprozesses zu erheben war.[44]

Aufgrund christlicher Überlegungen sah Justinian eine auch für das Seedarlehen geltende Obergrenze von 12 % für Zinsen vor.[45]

[43] *Biscardi*, StSen 60 (1946–1948) 185–207, obwohl die These überholt scheint. Dass ein Seedarlehen in TP 13 (s. *Wolf*, St. Talamanca VIII, 23–36; *Ankum*, IVRA 29 [1978] 156–173) oder in TP 34 (s. *Purpura*, APal. 2 (1981–1982) 449–474) anzuerkennen ist, überzeugt nach *Santoro*, AUPA 38 (1985) 335–350 nicht mehr.

[44] So, vor allem auf Grund von Paul. 3 ed. D.22.2.7, *Pontoriero*, Prestito (2011) 93–101, 195 f.

[45] Iust. C. 4.32.26.2 (a.528).

§ 71 Klagen aus Erfüllungszusage (*actio de pecunia constituta*) und aus Zahlungsgarantie der *argentarii* (*actio recepticia*)

Johannes Platschek

Zur *actio de pecunia constituta*: *Bruns*, Das *constitutum debiti*, ZRG 1 (1861) 28–130 (= ders., Kleinere Schriften I, 1882, 221–312); *Astuti*, Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituto di debito II, 1941; *Roussier*, Le constitut, in: Varia III. Études de droit romain, 1958, 1–153; *Varvaro*, Sulla storia dell'editto *De pecunia constituta*, AUPA 52 (2007–2008) 327–366; *Costa*, *Pecunia constituta*: Ipotesi interpretative, SDHI 77 (2011) 129–255; *Platschek*, Das Edikt *De pecunia constituta*. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr, 2013; *Jakab*, Rez. Platschek, Das Edikt *De pecunia constituta*, SZ 133 (2016) 487–503; *Bolte*, Pecunia constituta – Erfüllungszusage und Konstitutsklage im römischen Recht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung, 2020.

Zur *actio recepticia*: *Lenel*, Beiträge zur Kunde des Edicts, SZ 2 (1881) 62–71; *Rodríguez González*, El *receptum argentarii* en el derecho romano clásico. Una propuesta de análisis, 2004; *Petrucci*, Osservazioni in tema di legislazione giustinianea sul *receptum argentarii* e sull'*antiphonesis*, in: St. Labruna VI (2007), 4219–4233; *Pedone*, Per argentarium solvere. Richerche sul receptum argentarii (2020).

Inhalt Rn.

I. Klage aus Erfüllungszusage (*actio de pecunia constituta*) 1
1. Normative Grundlagen 1
a. Edikt *De pecunia constituta* 1
b. Klageformel der *actio de pecunia constituta* 3
c. *Sponsio* und *restipulatio dimidiae partis* 5
2. Tatbestand 8
a. *Constituere* 10
b. *Pecunia debita* 13
II. Klage aus Zahlungsgarantie der *argentarii* (*actio recepticia*) 19
1. Normative Grundlagen 19
2. Tatbestand 22

I. Klage aus Erfüllungszusage (*actio de pecunia constituta*)

1. Normative Grundlagen

a. Edikt *De pecunia constituta*

Das prätorische Edikt *De pecunia constituta*[1] ist Teil des Ediktstitels *De rebus creditis* und folgt dort auf die Abschnitte *Si certum petetur* und *De eo quod certo loco dari oportet.*[2] Es lässt sich vorsichtig in etwa folgendermaßen rekonstruieren:[3] 1

Qui pecuniam debitam constituit / constituisse dicetur (?),[4] *in eum iudicium dabo*[5]
partisque dimidiae sponsionem et restipulationem facere/fieri permittam (?).[6]

„Wer geschuldetes Geld zugesagt hat/Von wem gesagt werden wird, er habe geschuldetes Geld zugesagt, gegen den werde ich eine Klage gewähren und förmliches Schuldversprechen (*sponsio*) und Gegenversprechen (*restipulatio*) über die Hälfte abzuschließen gestatten."

Neben der Klageformel und dem wechselseitigen Versprechen einer Prozessstrafe (*sponsio/restipulatio dimidiae partis*) ist der Parteieid (→ § 12 Rn. 83) belegt;[7] das Edikt wird eine enstprechende Anordnung enthalten haben. Desweiteren ist die Existenz einer ediktalen *exceptio de pecunia constituta* zumindest denkbar.[8] 2

---

[1] Die Bezeichnung entnimmt man der Rubrik des Digestentitels 13.5: *De pecunia constituta.*

[2] *Lenel*, EP 231–252, zum Aufbau auch 39; im Edikt *De eo quod certo loco* (s. D. 13.4; *Lenel*, EP 240–247; *Pulitanó*, De eo quod certo loco [2009]) sanktioniert der Prätor – jenseits der Möglichkeiten des *ius civile* – ein besonderes „Ortsinteresse" des Kreditgläubigers (und -schuldners), im Edikt *De pecunia constituta* ein „Zeitinteresse".

[3] *Lenel*, EP 248–249; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 11–22, *Bolte*, Pecunia Constituta (2020) 133–135.

[4] Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.1: *Ait praetor: „Qui pecuniam debitam constituit"*. Unnötige Erweiterungen bei *Lenel*, EP 248; noch bei *Babusiaux*, in: Mantovani/Schiavone, Testi e problemi (2007) 627 mit Fn. 121; dagegen s. *Costa*, SDHI 77 (2011) 135–136; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 12–18. Für *constituisse dicetur* (in Angleichung an Ulp. 28 ed. D. 13.6.1 pr.: *commodasse dicetur*) *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 18–20: freie Zitierweise; anders *Jakab*, SZ 133 (2016) 489: Finite Form *constituit* Ausdruck der „Beweislage", „insbesondere wenn man annimmt, dass *pecuniam constituere* in der Praxis stets urkundlich erfolgte".

[5] Ulp. 27 ad ed. D. 13.5.5.1: *actio de constituta*; Paul. 6 brev. D. 13.5.22: *pecuniae constitutae actio*; Paul. sent. 2.2.1: *actione pecuniae constitutae* und passim.

[6] Gai. 4.171: *sponsionem facere permittitur*. Einiges spricht freilich für eine Obliegenheit zum Abschluss der *sponsio/restipulatio*. *Permittitur* bei Gaius würde dann lediglich den Aspekt der Ermächtigung herausstellen; im Edikt aber wäre etwa zu erwarten: *facere/fieri iubebo*.

[7] Paul. 3 ed. D. 12.2.14; Ulp. 27 ed. D. 12.2.36.

[8] Gegen die Klage aus der fortbestehenden Schuld (s. unten Rn. 18). Ein ausdrücklicher Quellenhinweis auf ihre ediktale Verfestigung fehlt. Pap. 8 quaest. D. 13.5.9, Paul. 29 ed. D. 13.5.10 und Paul. 2 sent. D. 13.5.30 legen folgenden Wortlaut nahe: *nisi ea pecunia aliter constituta est*; zum Phänomen *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 84–110; dagegen *Jakab*, SZ 133 (2016) 491; *Bolte*, Pecunia Constituta (2020) 455 f.

b. Klageformel der *actio de pecunia constituta*

3 Die überlieferten Fragmente der Ediktskommentare enthalten Elemente der Klageformel im Wortlaut, die folgende Rekonstruktion ermöglichen:

Iudex esto.
Si paret[9] *Numerium Negidium Aulo Agerio HS* [*tot*][10] *constituisse*[11]
neque fecisse[12] (*Numerium Negidium quod constituit*?)
neque per Aulum Agerium stetisse[13] *quo minus fieret* (*quod constitutum est*?)
eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse,[14]
quanti ea res est (*erit*?),[15] *tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato.*
Si non paret, absolvito.

„[*X*] soll Richter sein.
Wenn es sich erweist, dass [der Beklagte] [dem Kläger] [*n*] Sesterze zugesagt hat
und ([der Beklagte]) nicht getan hat (was er zugesagt hat?)
und es nicht an [dem Kläger] gelegen hat, dass nicht geschehen ist (was zugesagt worden ist?)
und dieses Geld, als (es?) zugesagt wurde, geschuldet war,
dann soll der Richter [den Beklagten] zugunsten [des Klägers] zu so viel Geld verurteilen, wie diese Angelegenheit wert ist (sein wird?);
wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen."

4 Es handelt sich um eine *formula in factum concepta* (→ § 12 Rn. 32). Der Prätor macht die Verurteilung des Beklagten vom Beweis darüber abhängig, dass

1. der Beklagte eine Zusage über eine Geldsumme gemacht hat;

---

[9] Als naheliegender Beginn einer *formula in factum concepta* (Gai. 4.47); wohl nicht wiedergegeben in Ulp. 27 ed. D. 13.5.16.2: *Si appareat eum qui constituit …* (gehört zu § 1): *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 25–33 mwL; anders wieder *Bolte*, Pecunia Constituta (2020) 137.

[10] Zur Bezifferung eines Betrags in der *intentio* (so schon *Lenel*, EP 251): *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 33/56.

[11] Unnötige Erweiterungen bei *Lenel*, EP 251 und *Mantovani*, Formule 68 (… *constituisse se soluturum eove nomine se satisfacturum esse*) und noch bei *Roussier*, in: Varia III (1958) 26 und *Costa*, SDHI 77 (2011) 138 (… *constituisse se soluturum*); s. *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 26–31.

[12] Ulp. 27 ed. D. 13.5.16.2/4; Paul. 29 ed. D. 13.5.17. Das Objekt zu *neque fecisse* folgt entweder sogleich: *quod constituit* (so *Lenel*, EP 251) oder (nur) nach *neque per Aulum Agerium stetisse*: *quod constitutum est.*

[13] Ulp. 27 ed. D. 13.5.18 pr.; D. 13.5.16.3.

[14] Ulp. 27 ed. D. 13.5.18.1.

[15] Arg. insbes. Ulp. 27 ed. D. 13.5.14.2: *teneri eum qui constituit … in id quod interest*; *Kaser*, RP I 584 Fn 12; *Mantovani*, Formule 68 Fn 254; *Zimmermann*, Law of Obligations 511–512; *Varvaro*, AUPA 52 (2007–2008) 335–336; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 34–41, jeweils mwL. *Jakab*, SZ 133 (2016) 489 erwartet für den Fall, dass „die Verurteilung auf das Interesse des Klägers die Hauptregel gewesen wäre", eine „*formula aestimatoria*" und keine „Bezifferung der exakten *intentio* und der *sponsio dimidiae partis*"; in der *intentio* und der *sponsio* wird zunächst die vorbestehende Schuld (bzw. ihre Hälfte) beziffert (*pecunia debita*), soweit sie dem *constituere* zugrundegelegt wurde. Das Interesse des Klägers ergibt sich daraus, dass die Zusage über diesen Betrag nicht eingehalten wurde.

2. der Beklagte die Zusage nicht eingehalten hat;
3. die Nichteinhaltung nicht vom Kläger zu vertreten ist;
4. zum Zeitpunkt der Zusage die Geldsumme bereits geschuldet war.

Die Verurteilung geht auf das Interesse des Klägers an der Einhaltung der Zusage.

c. *Sponsio* und *restipulatio dimidiae partis*

Die *actio de pecunia constituta* gehört zu den Prozessen, in denen der Prätor die Parteien zwingt wechselseitig Strafstipulationen (*sponsio* und *restipulatio*) über einen „Teil" einzugehen. Bei der *actio certae creditae pecuniae* gehen *sponsio* und *restipulatio* auf „ein Drittel" (*sponsio tertiae partis*), bei der *actio de pecunia constituta* auf „die Hälfte".[16] Für das ediktale Modell der *sponsio* bei der *actio de pecunia constituta* lässt sich folgender Wortlaut rekonstruieren:[17] **5**

'Si paret te HS [tot] constituisse
neque fecissse (quod constituisti?)
neque per me stetisse quo minus fieret (quod constituisti/constitutum est?)
eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse,
HS [tot/2] dari spondesne?'
'Spondeo!'

(angehender Kläger:) „Wenn es sich erweist, dass du [*n*] Sesterze zugesagt hast
und nicht getan hast (was du zugesagt hast?)
und es nicht an mir gelegen hat, dass nicht geschehen ist (was zugesagt worden ist?)
und dieses Geld, als (es?) zugesagt wurde, geschuldet war,
gelobst du mir (in diesem Fall) [*n*/2] Sesterze zu geben?"
(angehender Beklagter:) „Ich gelobe es!"

Der angehende Beklagte verspricht die Zahlung eines bezifferten[18] Geldbetrags, der der Hälfte des in die *intentio* der Formel der *actio de pecunia constituta* aufzunehmenden Betrags entspricht (*dimidia pars*), unter der Bedingung, dass der mehrgliedrige Haftungstatbestand *de pecunia constituta* erfüllt ist.[19] Die *restipulatio* formuliert der ange- **6**

[16] Gai. 4.171, *Kaser/Hackl*, RZ 283–284 mwL. Gaius macht mit *velut* deutlich, dass es noch mindestens einen weiteren Fall gab.

[17] Nach *Lenel*, EP 252 „enthielt das Album ohne Zweifel auch das Formular der sponsio und der restipulatio".

[18] Nicht die *dimidiam partem pecuniae quae petetur* (ebensowenig wie in der *sponsio tertiae partis*, so aber *Mantovani*, Formule 103 [Nr. 187]; s. *Varvaro*, AUPA 57 (2014) 281 Fn 61 mwL). Für die Klage aus der *sponsio tertiae partis* belegt TPSulp 31, dass sie beziffert wird, noch bevor die Klage in der Hauptsache formuliert wird. Dies legt nahe, dass bereits die *sponsio* beziffert ist.

[19] Nicht unter der Bedingung seines Unterliegens in der „Hauptsache" (*actio de pecunia constituta*), s. *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 46–56; so aber nachdrücklich *Lenel*, EP 238 und noch *Mantovani*, Formule 103 (Nr. 187); *Kaser/Hackl*, RZP 283; *Varvaro*, AUPA 57 (2014) 281 (jeweils zur *sponsio tertiae partis*). TPSulp 31 (und die Fragmente TPSulp 1*bis* und 7) belegen, dass über die Klage aus der *sponsio* vor derjenigen in der Hauptsache befunden wird.

hende Beklagte seinerseits mit einer einleitenden Negation und mit umgekehrter Verteilung von *me* und *te*: *Si non paret me HS* [*tot*] *constituisse* …, ansonsten aber entsprechend der *sponsio*. Der angehende Kläger verspricht demnach die *dimidia pars* unter der Bedingung, dass der Beklagte den Haftungstatbestand *de pecunia constituta* nicht erfüllt hat.

7 Die Klage aus *sponsio* und *restipulatio* ist jeweils die *condictio/actio certae creditae pecuniae* (→ § 72 Rn. 1), gerichtet auf den jeweils versprochenen Geldbetrag *HS* [*tot/2*]. Legt man das in TPSulp 31 für den Prozess *de certa credita pecunia* belegte Modell zugrunde, so werden zunächst *sponsio* und *restipulatio* abgeschlossen.[20] Sodann werden die Formeln für die Klagen daraus erstellt. Daran schließt sich die Klageformel der eigentlichen *actio de pecunia constituta* an. Um auf der Grundlage dieses Formelwerks zunächst die Begründetheit der Klage(n) aus *sponsio/restipulatio* zu beurteilen, muss der Richter prüfen, ob die Bedingung der *sponsio/restipulatio* erfüllt ist (die ihrerseits mit dem Tatbestand der *actio de pecunia constituta* übereinstimmt). Mit der Überprüfung der Klageformel aus der *sponsio* nimmt der Richter daher die Beurteilung der *actio de pecunia constituta* vorweg. Kommt er zu dem Ergebnis, dass die Bedingung der *sponsio* erfüllt ist, wird er den Beklagten aus der *actio certae creditae pecuniae* zur Hälfte der zugesagten Summe (*HS* [*tot/2*]; *dimidia pars*) und sodann aus der *actio de pecunia constituta* zum Interesse des Klägers an der Einhaltung der Zusage (das jedenfalls die zugesagte Summe [*tot*] umfassen wird) verurteilen. Im Fall seines Unterliegens haftet der Beklagte also auf das Anderthalbfache der von der Zusage umfassten Summe [*tot*/2 + *tot*], zuzüglich eines über die Summe hinausgehenden Interesses an der Erfüllung der Zusage. Unterliegt der Kläger, so wird er aufgrund der (Gegen-)/Klage aus *restipulatio* zur *dimidia pars* verurteilt; seine Klage *de pecunia constituta* wird abgewiesen.

2. Tatbestand

8 Mit der *actio de pecunia constituta* schafft der Prätor einen Haftungstatbestand, der in der Verletzung einer gegebenen Zusage besteht. Nach Ulp. 27 ed. D. 13.5.1 pr. lässt sich diese Haftung mit dem *consensus* der Parteien der Zusage und der Verletzung der *fides* rechtfertigen. Noch in der Zeit der klassischen Jurisprudenz wird der pönale Charakter der Klage diskutiert (Ulp. 27 ed. D. 13.5.18.2).[21] Die Modelle von der Nichterfüllung

[20] Dass es sich um „fakultative Strafzuschläge“ handeln würde (*Kaser*, RP I 584 Fn 11 mwL), erscheint zweifelhaft; der Prätor wird den Rechtsschutz von der Leistung von *sponsio/restipulatio* abhängig machen, s. *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 54–55; anders *Bolte*, Pecunia Constituta (2020) 285–287: freie Wahl des Klägers..

[21] Einjährige Befristung (Annalität) und passive Unvererblichkeit der Klage – Kennzeichen pönaler prätorischer Klagen (→ § 91 Rn. 4 f.) – wurde zur Zeit der klassischen Jurisprudenz jedenfalls vertreten. *In speciebus certis* (beim so genannten *constitutum debiti proprii*, s. unten Rn. 15) wurde die Annalität bis Justinian (C. 4.18.2.1) beachtet; bei *constituere* über fremde Schulden galten Annalität und passive Unvererblichkeit nach Gordian-Diokletian/Maximian C. 4.18.1 nicht, s. *Rodríguez González*, Receptum (2004) 102–104; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 81–83 mwL.

einer Vereinbarung und von der Verwirklichung eines deliktischen Schädigungstatbestands sind noch nicht endgültig verteilt.[22] Ausgangspunkt des Prätors bei der Sanktionierung des *pecuniam constituere* waren nach herrschender und überzeugender Ansicht Geldschulden aus Darlehen (*mutuum*; → § 70 Rn. 5), deren Bezahlung durch stipulationsloses Versprechen bei oder nach der Auszahlung auf einen bestimmten Zeitpunkt zugesagt wurde.[23] Bei Nichterfüllung der Zusage erhielt der Gläubiger besonderen Interessenschutz durch die *actio de pecunia constituta*, den die Klage aus dem Darlehen (*condictio/actio certae creditae pecuniae*) nicht bieten konnte (→ § 70 Rn. 9).[24] Mit der *sponsio dimidiae partis* gelangt der Prätor dabei zu einer Haftungslage, die der Haftung des Darlehensschuldners nach den Urkunden der griechisch-hellenistischen Tradition entspricht, in denen die Rückzahlung des Darlehens zu einem bestimmten Zeitpunkt („Selbstmahnung"), andernfalls das Anderthalbfache (*hêmiolia*) des Darlehensbetrags, mitunter zusätzlich konkreter Schadensersatz versprochen wird.[25] Nach römischem *ius civile* ist derartiges ohne Stipulation nicht klagbar. Die Schöpfung der *actio de pecunia constituta* kommt daher einer stipulationslosen Darlehenspraxis entgegen, die mit (im römischen Sinne) formlosen Selbstmahnungen des Schuldners arbeitet. Der dort in Gestalt der *hêmiolia* übliche massive Druckzuschlag des halben Darlehensbetrags wird erst als stipulierte Prozessstrafe relevant.[26] Mit rö-

---

[22] *Kaser*, RP I 583: „mindestens Ansätze zu einer vertraglichen Einigung … vermutlich eine pönale Wurzel", s. auch 584 Fn 10 mwL; *Bolte*, Pecunia Constituta (2020) 127.

[23] Nach Lab. – Ulp. 27 ed. D. 13.5.3.2 ist die *actio de pecunia constituta* vornehmlich für solche Geldschulden eingeführt worden *quae nondum peti possunt*, deren Rückzahlung also (durch ergänzende Vereinbarung der Parteien des Darlehens) aufgeschoben war. Das verhindert als *pactum de non petendo* mittels *exceptio pacti* zunächst – zugunsten des Schuldners – die Durchsetzung der Forderung; ein *pecuniam constituere* eröffnet bei Nichtleistung dem Gläubiger besonderen Interessenschutz. Umstritten dürften die Fälle gewesen sein, in denen bereits eine Stipulationsschuld *in diem* vorhanden war, s. *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 111–126.

[24] Soweit in einer Urkunde Empfangsbestätigung und Rückzahlungszusage enthalten sind, ist sie einerseits Beweismittel für die Begründung eines Darlehens (mit Relevanz für die *actio certae creditae pecuniae*; unveranlasst *Jakab*, SZ 133 (2016) 498–499) und andererseits relevantes *constituere*. Nicht „jede Chirographum-Urkunde" soll daher „automatisch als *constitutum* angesehen werden" (dagegen unveranlasst *Jakab*, ebd. 497/499), sondern nur eine solche, die eine Zusage enthält (ἀποδώσω, *reddam* etc.). Die Erklärung des Apostels Paulus in Phlm. 18–19 etwa ist römischrechtlich nicht deshalb als *constituere* qualifizierbar, weil es sich um ein *cheirographon* handelt (dagegen unveranlasst *Jakab*, ebd. 499), sondern weil sie mit ἐγὼ ἀποτίσω eine Zusage (über die Bezahlung einer bestehenden Verbindlichkeit) beinhaltet.

[25] Innerhalb griechischer Vorstellungen ist dieses Versprechen verbindlich, weil mit der Auszahlung des Darlehens ein potentieller Schädigungssachverhalt durch fehlende Rückzahlung begründet ist, dessen konkrete Ausgestaltung (ab wann ist die unterlassene Rückzahlung relevante Schädigung?) und Kompensation (Vorwegnahme der Folgen einer Verurteilung wegen Schädigung) den Parteien obliegt

[26] Nach *Jakab*, SZ 133 (2016) 498 würde der Prätor „fremde Geschäftsleute hart diskrimieren", wenn er sie (bei Klagen *de pecunia constituta*) „zu der Prozessstrafe des Anderthalbfachen" (bzw. der Hälfte) zwänge, „während die Römer aus *mutuum* oder Stipulation ohne dieses 'Prozessrisiko'

mischen Mitteln (*formula in factum concepta*, *sponsio/restipulatio*) werden dabei Geschäfts-/Urkundspraktiken und Haftungsziele umgesetzt, die dem römischen *ius civile*, nicht aber der griechisch-hellenistischen Geschäftswelt fremd sind.[27]

9 Der ediktale Tatbestand und die Klageformel erlaubten eine fortschreitende Ausweitung, insbesondere durch die Unbestimmtheit des Worts *constituere* und die Möglichkeit, in *constituere* und *pecunia debita* zwei voneinander unabhängige Elemente zu sehen.

a. *Constituere*

10 Verheißungsedikt und Klageformel verwenden den Ausdruck *pecuniam constituere*. Die überlieferten Fragmente der Ediktskommentare erläutern *constituere* als solches nicht durch Definitionen oder Synonyme. Bei den Belegen für *constituere* im Sinne des Edikts ist eine besondere Affinität zur Bestimmung einer Leistungszeit zu beobachten; nach herrschender Meinung meint das Edikt mit *constituere* ursprünglich nur die Festlegung eines kalendermäßigen (Zahlungs-)/Termins.[28] In der Sache kann das zutreffen; am Wortlaut dürfte dies aber zu keinem Zeitpunkt abzulesen gewesen sein (Paul. 29 ed. D. 13.5.21.1: *verba edicti late pateant*).[29] Aus der Gesamtschau auf die Fragmente in D. 13.5 ergibt sich vielmehr, dass *constituere* jede Zusage bezeichnen kann, deren Nichteinhaltung sich als *non fecisse* qualifizieren lässt, insbesondere die Leistung an einem kalendermäßigen Termin, bei Eintritt einer Bedingung, etwa bei Vorlage bestim-

---

klagen können". Auch Nichtrömer können freilich aus *mutuum* (aber nur auf das Kapital) und (sofern abgeschlossen) aus Stipulation klagen (andernfalls bestünde die Diskriminierung darin, dass man Fremde von der Stipulation ausschlösse – was, bis auf die Verwendung von *spondeo*, nicht der Fall ist, Gai. 3.93). Dem Kläger, der mit einer Darlehensurkunde samt Erfüllunsgzusage und nichtstipuliertem Strafversprechen und dem säumigen Schuldner vor dem Prätor erscheint, ist mit beiden Rechtsschutzmöglichkeiten nicht ausreichend geholfen. Die *actio de pecunia constituta* ist eine Erweiterung des Rechtsschutzes. Das Anderthalbfache hat der Beklagte in der hellenistischen Geschäftspraxis üblicherweise in Gestalt der *hêmiolia* ohnehin formlos versprochen. Das Risiko der *dimidia pars* für den Fall des Unterliegens des Klägers mag die Attraktivität der *actio de pecunia constituta* eingeschränkt haben. Überhaupt dürfte die *stipulatio* den Vorzug vor formlosen Zusagen genossen haben. Diskriminierung von Nichtrömern ist im Modell von der Schaffung der *actio de pecunia constituta* als Rezeptionsvorgang einer nichtrömischen Kreditpraxis nicht zu erkennen. . Ähnlich fragwürdig *Bolte*, Pecunia constituta (2020) 448 bei Fn 1972 zur römischen Rechtspolitik; ebd. 450: angesichts der *sponsio dimidiae partis* „eine genuin römische Entwicklung"; für ein (älteres) Edikt des *praetor peregrinus* muss das nicht gelten.

[27] *Kaser*, RP I 584: „wird vom hellenistisch beeinflußten Bankverkehr angeregt sein." Zur Entsprechung *constituere* – συντιθέναι *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 59–61; zur Praxis der Erfüllungszusagen ebd. 242–261; kritisch *Jakab*, SZ 133 (2016) 493–495. Fernzuhalten sind Vorstellungen von einem „Wechsel der Römer" (*Waelkens*, FS Spruit 171–180; *ders.*, MémSHD 65 [2008] 67–79), s. *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 10 mit Fn 26.

[28] S. nur *Kaser*, RP I 583 mwL.

[29] Zur Stelle s. *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 150–152.

mer Dokumente,[30] oder auf Abruf. Paul. 29 ed. D. 13.5.21.1 sieht die Haftung selbst dann eröffnet, wenn *sine die* (also ohne jede Bezugnahme auf einen Zeitpunkt) Erfüllung zugesagt wird; die Nichterfüllung der Zusage (*non fecisse* im Sinne der Klageformel) könne dann aber erst nach einem *modicum tempus, non minus decem dierum* die Haftung auslösen.

Die Zusage kann auf Zahlung gehen (*se soluturum*), wobei es nicht darauf ankommt, **11**
ob der Zusagende dabei einen bestimmten Betrag nennt;[31] aber auch (nach nicht unbestrittener Auffassung) auf Erbringung einer anderen als der geschuldeten Leistung (→ Rn. 14).[32] Die Klageformel legt sich gerade nicht auf *solvere/solvisse* fest, sondern arbeitet mit dem offenen *fecisse quod constitutum est.* Daher kann die Zusage auch auf Bestellen eines Pfandes (*se pignus daturum*),[33] auf Verbürgung einer bestimmten Person (*certam personam fideiussuram pro se*)[34] und allgemein auf Sicherheitsleistung (*se satisdaturum*) gehen.[35] Dass in all diesen Fällen die Haftung aus der *actio de pecunia* bejaht wird, lässt vermuten, dass man in die erste Klausel der Klageformel: *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio HS* [*tot*] *constituisse* jeweils den Betrag der vorbestehenden Schuld aufnimmt, auch wenn das *constituere* nicht auf Bezahlung geht und in der Zusage kein Betrag genannt ist.[36] Die Auslegung einer Erklärung kann zur Bejahung eines sanktionierten *constituere* führen, auch wenn der Erklärende keine Handlung ausdrücklich genannt hat: In Scaev. 1 resp. D. 13.5.26 ergibt sie sich aus den Worten *habes penes me* (Verwahrerterminologie, in der sich die Zusage jederzeitiger Auszahlung auf Abruf subintelligieren lässt; → § 85 Rn. 33).[37] Insofern können wörtliche Schuldanerkenntnisse zur Haftung *de pecunia constituta* führen. Vom Verständnis des Begriffs *constituere* ist das Schuldanerkenntnis jedoch fernzuhalten. Der (nichtrömische) Begriff *constitutum debiti*, verdeutscht „Schuldkonstitut", ist im Hinblick auf das römische Recht verwirrend.

Das *constituere* kennt keinerlei Form;[38] dies macht eine Abgrenzung zur förmlichen **12**

---

[30] Etwa in Ulp. 27 ed. D. 13.5.5.3: *si quid tibi debitum adprobatum erit* …

[31] Ulp. 27 ed. D. 13.5.14 pr.

[32] Ein *constituere se satisfacturum* ist bei den Juristen nicht sicher belegt, *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 12–14, aber ohne Weiteres denkbar; Novell. Iust. 115.6 (542 n. Chr.) kennt die Zusage: 'τὸ ἱκανόν σοι ποιῶ' (= *Satis tibi facio*).

[33] Ulp. 27 ed. D. 13.5.14.1.

[34] Pomp./Ulp. 27 ed. D. 13.5.14.2.

[35] Paul. 29 ed. D. 13.5.21.2. Zum Verdacht der Interpolation *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 14 mit Fn 42.

[36] S. auch unten Fn 42.

[37] Gegen den Bezug der Stelle auf die *actio de pecunia constituta* besteht der Verdacht der Interpolation (→ Rn. 21), doch s. dazu *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 161 f. In Scaev. 5 dig. D. 13.5.31 mit der Erklärung *quod in rationes suas eadem pecunia pervenit* scheitert die Haftung *de constituta pecunia* wohl nicht am fehlenden *constituere*, sondern am Fehlen der *pecunia debita*; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 167–173.

[38] Ulp. 27 ed. D. 13.5.14.3; nach *La Rosa*, Formalismo del pretore 202–22 mwL; *dies.*, L' „adiectus solutionis causa" e il „constitutum debiti" 4 handelt es sich dort bei *quibuscumque verbis* um byzan-

stipulatio, mit der Funktionsähnlichkeiten und -überschneidungen bestehen, erforderlich, um eine vollständige Verdrängung der zivilrechtlichen Haftungsordnung aus der *stipulatio* durch die *actio de pecunia constituta* zu verhindern. Nach Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.4 kann eine gewollte, aber unwirksame Stipulation nicht Grundlage der *actio de pecunia constituta* sein.[39] Der zu- oder zurückgeschobene und geleistete Parteieid (*iusiurandum delatum*; → § 12 Rn. 83) über das Bestehen einer Geldschuld ist hingegen nach Pap. 8 quaest. D. 13.5.25.1 nicht nur Grundlage der (ebenfalls prätorischen) *actio ex iureiurando*, sondern auch der *actio de pecunia constituta*.[40]

b. *Pecunia debita*

13 Verheißungsedikt und Klageformel sprechen die vorbestehende Schuld an (*pecunia debita*). Die Qualität *debita* wird von Pomp.-Ulp. 27 ed. D. 13.5.3.1 bei einredefreier ziviler Schuld bejaht,[41] nach Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.6 kann die Schuld bestehen *ex quacumque causa, id est ex quocumque contractu sive certi sive incerti, et si ex causa emptionis quis pretium debeat vel ex causa dotis vel ex causa tutelae vel ex quocumque alio contractu*. Paul. 24 ed. D. 13.5.29 nennt explizit die Haftung aus *actio iniuriarum*, *actio furti* und *actio vi bonorum raptorum* (→ §§ 93; 95) , Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.8 bejaht auch für die Haftung aus einer prätorischen Klage, insbesondere für die Pekuliarhaftung von *dominus* und *pater familias* (→ § 102),[42] die Wirksamkeit des *constituere*. Inwieweit betagte oder befristete Forderungen dem *constituere* zugänglich sind, war noch unter den

---

tinische Interpolation. Nach klassischem Recht sei die Verwendung von *constituo* erforderlich gewesen; dagegen *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 71–75; *Bolten*, Pecunia constituta (2020) 181; nach *Bolten*, ebd. 473 erfolgt das *constituere* „typischerweise mündlich".

[39] *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 173–200 mwL; anders *Bolten*, Pecunia constituta (2020) 465 f.: Wirkungsdivergenz der Geschäfte.

[40] *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 200–212; dagegen zuletzt *Bolten*, Pecunia constituta (2020) 466 f.

[41] *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 115–116.

[42] *Roussier*, in: Varia III (1958) 2 Fn 1, 88 versteht darunter stets die jeweilige Urteilsschuld (zustimmend *Rüfner*, Vertretbare Sachen (2000) 45 mit Fn 121–122). Mit dem Wortlaut *qui iniuriarum etc. tenetur actione* ist dies schwer zu vereinbaren: *aliqua actione teneri* bezeichnet die Erfüllung der Verurteilungsvoraussetzungen. Für die Urteilsschuld wäre zu erwarten: *qui iudicati* (scil. *actione*) *tenetur*, s. auch *Platschek*, Pecunia constituta (2013), 131. Ulp. 27 D. 13.5.1.8 ist mit der Vorstellung eines *constituere* über die Urteilsschuld der *actio de peculio* nicht zu vereinbaren. Es bleibt das von Roussier benannte Problem, dass bei Delikten und *in factum* konzipierten prätorischen Klagen der Betrag der vorbestehenden Schuld vor entsprechender Verurteilung nicht beziffert ist und doch in die *intentio* der *actio de pecunia constituta* ein Betrag aufzunehmen ist. Doch ist dieser Betrag der Teil der vorbestehenden Schuld, auf den sich die Zusage bezieht. Geht die Zusage auf Zahlung eines bezifferten Geldbetrags, so lässt sich dieser aufnehmen (den Kläger trifft sodann der Beweis, dass dieser Betrag von der Schuld umfasst war). Andernfalls wird der Kläger einen Geldbetrag aufnehmen, von dem er beweisen muss, dass er von der Zusage betroffen und zu diesem Zeitpunkt geschuldet war. Der Richter der *actio de pecunia constituta* überprüft anhand des Gesetzes bzw. Edikts die vorbestehende deliktische oder honorarrechtliche Schuld.

spätklassischen römischen Juristen umstritten.[43] Nach Paul. 29 ed. D. 13.5.4 scheint ein *ex die obligatus* sogar durch Zusage der Zahlung zu einem früheren Termin die Haftung *de pecunia constituta* zu begründen. Die (aufschiebende) Bedingung der Forderung schlägt nach Paul. 19 ed. D. 13.5.19 pr. auf die Haftung aus der Zusage durch. Nach Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.7 reicht eine Naturalobligation als *debitum* aus,[44] was die Möglichkeit eröffnet, dass auch Forderungen gegen Sklaven und vorbestehende Zinsansprüche aus formloser Vereinbarung dem *constituere* und der Interessehaftung bei Nichterfüllung zugeführt werden konnten.[45] *Pecunia debita* wird auch bejaht, wenn – wie bei der *hereditas iacens* und beim *captus ab hostibus* – zum Zeitpunkt der Zusage niemand in Anspruch genommen werden kann, Pomp.-Ulp. 27 ed. D. 13.5.11 pr. Das *beneficium competentiae* des Ehemanns bei der Inanspruchnahme auf Rückzahlung der *dos* durch die Ehefrau (→ § 89 Rn. 25 f.) verringert nicht das *debitum*; der Ehemann kann also wirksam „mehr aus der *dos* zusagen als er (zu diesem Zeitpunkt) zu leisten imstande ist". Nimmt ihn die Ehefrau jedoch aus der nichterfüllten Zusage in Anspruch, kann er nur *in quantum facere potest* (zum Zeitpunkt der Verurteilung) verurteilt werden, Ulp. 27 ed. D. 13.5.3 pr.

Ob der Gegenstand der vorbestehenden Schuld in der Zusage ausgetauscht werden kann (*aliud constitui quam quod debetur*), war umstritten, wird aber von Ulpian, 27 ed. D. 13.5.1.5, anerkannt.[46] Sein dafür gegebenes Beispiel (*si quis centum debens frumentum eiusdem pretii constituat*) betrifft einen Austausch von Geld (in der vorbestehenden Schuld) in Getreide (in der Zusage) und berücksichtigt, dass sich die Leistungen im Wert entsprechen. Soweit die Zusage über die vorbestehende Schuld hinausgeht, ist sie unwirksam („Entstehungsakzessorietät");[47] nachträgliche Veränderungen der vorbestehenden Forderung und ihrer Durchsetzbarkeit sind für die Haftung mit der *actio de pecunia constituta* grundsätzlich unerheblich.[48] Überträgt der Empfänger der Zusage **14**

[43] *Kaser*, RP I 584 Fn 6 mwL; *Rodríguez González*, Receptum (2004) 104–105; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 111–126.

[44] Zum Verdacht der Interpolation gegen die Stelle s. *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 126–127.

[45] *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 127–142. Zum (später) so genannten *pactum geminatum* s. *Zimmermann*, Law of Obligations (1996) 513 mwL in Fn. 31; *Bolte*, Pecunia constituta (2020) 406–411.

[46] *Kaser*, RP I 584 Fn 7 mwL.

[47] Da die vorbestehende Schuld und das *constituere* sich auf Geld bzw. auf Geld oder andere vertretbare Sachen beziehen muss (s. sogleich), ist Teilunwirksamkeit möglich und anerkannt – Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.8: *si plus suo nomine constituit, non tenebitur in id quod plus est*; Ulp. 27 ed. D. 13.5.11.1: *si quis centum debens ducentos* (bzw. *sortem et usuras quae non debebantur*) *constituat, in centum tantummodo* (bzw. *in sortem dumtaxat*) *tenetur*; in anderen Fällen ist Teilunwirksamkeit ist immerhin vertretbar – Paul. 13 ed. D. 13.5.12: *si decem debeantur et et decem et Stichum constituat* (aber urspr. *solvi recipiat*?), *potest dici decem tantummodo nomine teneri.*

[48] Ulp. 27 ed. D. 13.5.18.1: nachträgliche Verjährung der Klage aus der vorbestehenden Schuld und nachträglicher Fristablauf bei auflösend befristeter Schuld; Paul. 29 ed./4 Plaut. D. 13.5.19.2/13.5.20: nachträgliche Veränderung des *peculium* bei *constituere* des Gewalthabers *peculii* nomine; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 76.

nachträglich die Forderung, verliert er nach Paul. 6 brev. D. 13.5.22 aber die Aktivlegitimation für die *actio de pecunia constituta* („Zuständigkeitsakzessorietät"). Ist in die vorbestehende Stipulation ein Leistungsort aufgenommen, kann er nach Ulp. 27 ed. D. 13.5.5 pr. in der Zusage ausgetauscht werden. Wie sich das *ius domum revocandi* von (provinzialen) Gesandten auf die Möglichkeit auswirkt, eine Zusage in Rom/mit Rom als Leistungsort zu machen, war Gegenstand der Diskussion.[49]

15 Die objektive Formulierung *pecunia debita* erfasst eigene Schulden des Zusagenden (später so genanntes *constitutum debiti proprii*) und Schulden Dritter (später so genanntes *constitutum debiti alieni*), sowie Zusagen gegenüber einer vom Gläubiger verschiedenen Person.[50] Als Erfüllungszusage über fremde Schuld mit Interessenschutz bei Nichterfüllung erlangt *pecuniam constituere* die Funktion eines formlosen Sicherungsgeschäfts (und tritt wiederum in Konkurrenz zu den zivilen Stipulationsbürgschaften).[51] *Pecuniam constituere* durch eine Frau kann daher *intercedere* im Sinne des *SC Velleianum* sein, was zur Verweigerung des prätorischen Rechtsschutzes durch *actio de pecunia constituta* zu führen scheint.[52] Der *pater familias* kann *suo nomine* Zusagen über die eigene Pekuliarhaftung machen (die nicht über den Umfang des *peculium* zur Zeit der Zusage hinausgehen können), *filii nomine* solche über die Schuld des Sohnes (bis zu deren Höhe).[53] Die Haftung des zusagenden Dritten lässt die Verbindlichkeit des Schuldners nach Gai. 5 ed. prov. D. 13.5.28 unberührt.[54] Das *constituere* gegenüber einem Dritten kann einer formlosen Forderungsübertragung nahekommen. Allerdings muss der Dritte zur Einziehung (*petitio*) der Forderung ermächtigt sein, um Empfänger eines wirksamen *constituere* zu werden.[55] Die Zusage der Leistung durch einen anderen (Versprechen eines fremden Tuns) macht nach überlieferter Juristenmeinung in Pomp.-Ulp. 27 ed. D. 13.5.5.4 (auch) den Zusagenden nicht haftbar; die Zusage der Leistung an einen anderen („unechter Vertrag zugunsten Dritter") generiert grundsätzlich (auch) keine Haftung gegenüber dem Empfänger der Zusage, Ulp. 27 ed. D. 13.5.5.5. Ob dies auch für Zusagen gegenüber dem *procurator* des Leistungsempfängers gilt, könnte umstritten gewesen sein; die Aussage Julians: *procuratori constitui*

---

[49] Iul./Ulp. 27 ed. D. 13.5.5.2; Gai. 2 ed. prov. D. 5.1.8; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 35 Fn 114.

[50] Ulp. 27 ed. D. 13.5.5.2: *Quod exigimus, ut debitum sit, quod constituitur, in rem exactum est …*

[51] Justinian macht daher Regelungen des Bürgenschutzes auf das *constitutum debiti alieni* anwendbar: C. 4.18.3; Novell. Iust. 4.1; *Zimmermann*, Law of Obligations (1996) 512 mit Fn 25 mwL; gegen Sicherungscharakter im klassischen Recht *Bolte*, Pecunia constituta (2020) 362.

[52] Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.1: *nam et mulieres de constituta tenentur, si non intercesserint.*

[53] Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.8; Iul. 11 dig. D. 13.5.2. Der *filius familias* selbst kann seinerseits wirksame Zusagen machen, aus denen er selbst (unbeschränkt) und ggf. der *pater familias* (*de peculio*) haftet, Ulp. 27 ed D. 13.5.1.3.

[54] Die Stelle wird sich ursprünglich auf das *receptum argentariorum* bezogen haben (→ Rn. 21). Bei der *pecunia constituta* wäre *in concreto* zu fragen, ob dem Schuldner nicht eine *exceptio* gegen die weitere Inanspruchnahme zustünde.

[55] Ulp. 27 ed. D. 13.5.7.1; dagegen *Bolte*, Pecunia constituta (2020) 456.

po[*test*] bezieht Pomponius jedenfalls nicht darauf, sondern beschränkt sie auf Zusagen gegenüber dem *procurator*, an diesen zu leisten (*ut ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino*), Ulp. 27 ed. D. 13.5.5.6. Ausnahmen von der Unwirksamkeit des *constituere* zugunsten Dritter macht Ulpian, 27 ed. D. 13.5.5.9, *utilitatis gratia* bei Zusagen gegenüber dem *actor municipum*, dem *tutor pupilli* und dem *curator furiosi vel adulescentis* jeweils auf Leistung an die *municipes*, den *pupillus*, *furiosus* oder *adulescens*. Das *constituere* gegenüber einem Sklaven oder *filius familias* ist unabhängig davon wirksam, ob Leistung an den Erklärungsempfänger selbst oder an dessen Gewalthaber zugesagt wird, Ulp. 27 ed. D. 13.5.5.10/13.5.7 pr.

Ob (und gegebenenfalls wann) es für die Juristen vor Justinian mit dem ediktalen Wortlaut *pecunia* vereinbar war, auch Zusagen über vorbestehende Schulden zuzulassen, die andere vertretbare Sachen als Geld (*res quae pondere numero mensura sunt*) zum Gegenstand hatten, ist fraglich.[56] Zu beachten ist auch hier, dass *pecunia debita* und *constituere* von den Juristen als getrennte Tatbestandselemente behandelt werden. Zwar spricht Just. C. 4.18.2.1 (a. 531) davon, dass *praefata actio, id est pecuniae constitutae, in his tantummodo a veteribus conclusa est, ut exigeret res quae in pondere numero mensura sunt*. Doch kann es sich dabei um eine Bezugnahme gerade (und ausschließlich) auf solche klassischen Fragmente handeln, in denen Gegenstand der *Zusage* die Leistung anderer vertretbarer Sachen ist (die vorbestehende Schuld aber stets in Geld besteht);[57] überliefert ist davon das Beispiel in Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.5 (→ Rn. 14). Zusagen über vorbestehende Schulden von vertretbaren Sachen sind in den überlieferten Juristenschriften nicht belegt. Ging die vorbestehende Schuld zunächst auf Leistung einer nicht vertretbaren Sache (belegt für die Stipulation über einen Sklaven), so wird sie erst zur möglichen Grundlage eines sanktionierten *constituere*, wenn sie durch *perpetuatio obligationis* (→ § 72 Rn. 17 f.) zur Geldschuld auf Wertersatz geworden ist.[58] **16**

[56] Erst Justinian, C. 4.18.2.1 beschreibt die Möglichkeit, unter *pecunia* in einem ersten (bereits von den *veteres* vollzogenen) Schritt fungible, in einem zweiten Schritt überhaupt alle Sachen zu bringen, *Rodríguez González*, Receptum (2004) 106–110. Zum Problem eingehend *Varvaro*, AUPA 52 (2007–2008) 341–366.

[57] Die herrschende Meinung bezieht die fungiblen Sachen in C. 4.18.2.1 (auch) auf die vorbestehende Schuld, s. nur *Kaser*, RP I 584 mit Fn 7; *Rüfner*, Vertretbare Sachen (2000) 44–46; *Bolte*, Pecunia constituta (2020) 470 mit Fn. 2096. Die Formulierung *ut exigeret* (*actio pecuniae constitutae*) *res* … ist dafür zu unbestimmt; auch wenn Justinian (und Theoph. inst. 4.6.8: ἡ μὲν PECUNIAE CONSTITUTAE χώραν ἔχει ἡνίκα ἀντιφωνηθῇ τὰ PONDERE NUMERO MENSURA) so verstanden sein wollten, handelt es sich doch nicht um eine authentische Wiedergabe klassischer Texte.

[58] Paul. 29 ed. D. 13.5.21 pr.; Iul. 11 dig. D. 13.5.23 lässt eine Deutung zu, wonach auch ein vor *perpetuatio obligationis* gemachtes *constituere* nachträglich relevant wird; zur Stelle *Varvaro*, AUPA 52 (2007–2008) 347–348. Zum Verdacht der Interpolation in beiden Stellen Lit. bei *Rüfner*, Vertretbare Sachen (2000) 44 Fn 118. Die Stellen „erlauben" womöglich nur deshalb und dann „nicht wirklich die Leistung eines individuellen Sklaven als Gegenstand des *constitutum*" (*Rüfner* ebd.), weil und wenn die vorbestehende Schuld keine Geldschuld ist. Dass bei vorbestehender Geldschuld die Zusage einer nicht vertretbaren Sache unter die *actio de pecunia constituta* fiel, ist mit Ulp. 27 D. 13.5.1.5 (*aliud pro debito constitui*) nämlich vereinbar.

17 Mit der Nichterfüllung der Zusage zum zugesagten Zeitpunkt verwirklicht der Zusagende nach Ulpian endgültig das *neque fecisse quod constituit* der Klageformel; eine spätere Bereinigung durch Angebot der zugesagten Leistung komme nicht in Betracht: Ulp. 27 ed. D. 13.5.16.4. Paulus vertritt in 29 ed. D. 13.5.17 den Gegenstandpunkt, wonach die Entgegennnahme der verspätet angebotene Leistung ohne *causa iusta non accipiendi* nicht verweigert werden kann. Auf ein Verschulden des Beklagten für *non fecisse* kommt es nach dem Wortlaut der Formel nicht an: Lediglich Annahmeverzug des Klägers (*per actorem stetisse quo minus fieret*) lässt den Beklagten haftfrei. Ob Korrekturen zugunsten des Beklagten in Fällen höherer Gewalt nötig sind, kann Gegenstand des Streits gewesen sein: Ulp. 27 ed. D. 13.5.16.3 (*sed magis dicendum est subveniri reo debere*).

18 Das *constituere* kann – anders als die *stipulatio* – keine novatorische Wirkung hinsichtlich der vorbestehenden Schuld haben.[59] Ob die *litis constestatio* über die *actio de pecunia constituta* die Klage aus der vorbestehenden Schuld verbraucht, war umstritten. Nach Ulp. 27 ed. D. 13.5.18.3 kann erst die Leistung auf die Urteilsschuld zur Befreiung auch von der vorbestehenden Schuld führen („Solutionskonkurrenz“).[60] Das erfolgte *constituere* führt aber zur Einschaltung einer *exceptio* in die Klage aus der vorbestehenden Hauptschuld („prätorische Novation“). Besondere Aufmerksamkeit verdienen dabei Fälle, in denen die vorbestehende Schuld andere Empfänger befreiender Leistung kennt als die Zusage.[61] Da *constituere* niemals als Aspekt oder Ausformung von *pacisci* bezeichnet wird,[62] muss es sich bei der erwähnten *exceptio* jedenfalls nicht um die (ediktale) *exceptio pacti* handeln; da andererseits in der Inanspruchnahme aus der vorbestehenden Schuld entgegen dem *constituere* nicht stets und ohne Weiteres *dolus* erkennbar ist, muss auch die (ediktale) *exceptio doli* nicht einschlägig sein. In Betracht kommt dann eine *in factum* gestaltete *exceptio* oder – ediktal verfestigt – eine *exceptio de pecunia constituta*.

---

[59] *Zimmermann*, Law of Obligations (1996) 512. Eine Obligation kann niemals „in ein *constitutum* verwandelt werden“ (anders zuletzt *Jakab*, SZ 133 (2016) 498); die Haftung aus der *actio de pecunia constituta* ist ihrerseits keine „Obligation“, die mit dem *constituere* eingegangen würde (anders zuletzt *Jakab*, ebd. 497; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 13: „Konsensualobligation“, „Kreditentstehungsgrund“).

[60] *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 29–30; weitere Lit. bei *Kaser*, RP I 666–667 Fn 68.

[61] So in Paul. 29 ed./Pap. 8 quaest. D. 13.5.8/9 (vorbestehende Stipulationsschuld mit *solutionis causa adiectus*; Zusage der Leistung an den Gläubiger); anders Paul. 2 Plaut. D. 46.3.59; zum Verhältnis der Stellen *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 85–97. In Paul. 29 ed. D. 13.5.10 ist Gesamtgläubigern aus Stipulation geschuldet, aber nur einem eine Zusage gemacht. In Paul. 2 sent. D. 13.5.30 wird in der Zusage erstmals ein *solutionis causa adiectus* als möglicher Empfänger genannt. Zu den Stellen auch *Ricart Martí*, RUC 16 (1990) 241–253; *Schmieder*, Duo rei (2007) 116–125; *Ankum*, in: MémSHD 65 (2008) 91–97; *Steiner*, Römische Solidarobligationen (2009) 71–72; *Schnabel*, Solutionis causa adiectus (2015) 31–35; 134–140; *Bolte*, Pecunia constituta (2020) 451–456.

[62] S. insbes. Ulp. 27 ed. D. 13.5.14.3: *constituere autem … possumus … sicut pacisci*; Literatur bei *Costa*, SDHI 77 (2011) 153 f.

II. Klage aus Zahlungsgarantie der *argentarii* (*actio recepticia*)

1. Normative Grundlagen

Das prätorische Edikt über den Rechtsschutz bei *receptum argentarii*[63] ist Teil des Ediktstitels *De receptis* (→ § 25 Rn. 1,37) und folgt dort auf die Abschnitte über das *receptum arbitri* und die *recepta nautarum cauponum stabulariorum*.[64] Die Sanktionierung des *receptum argentarii* durch den römischen Prätor datiert Partsch angesichts der deutlichen Parallelen bei griechischen *trapezitai* als Rezeptionsvorgang in das zweite Jahrhundert v. Chr. Lenel rekonstruiert das Edikt folgendermaßen:[65] **19**

Quod argentariae mensae exercitores pro alio[66] *solvi receperint, nisi solvetur, iudicium dabo.*

„Wenn die Betreiber einer *argentaria mensa* etwas für einen anderen (?) zu zahlen/leisten übernommen haben und nicht gezahlt/geleistet wird, werde ich eine Klage gewähren."

Von der Formel der *actio recepticia* sagt Justinian in C. 4.18.2 pr. (531 n. Chr.), sie sei *sollemnibus verbis composita* gewesen. Im Umgang mit dieser Information ist eine regelrechte Polemik Justinians gegen die *actio recepticia* zu beachten. Die bewussten *sollemnia verba* können altmodisch angemutet haben, müssen die Klage – als prätorische Schöpfung ist eine *formula in factum concepta* (→ § 12 Rn. 32/35) zu erwarten – strukturell aber nicht von anderen unterschieden haben. I. 4.6.8 besagt, die *actio recepticia* sei als der *actio de pecunia constituta* „ähnlich erschienen" (*similis videbatur*). Bezieht man das auf die Klageformel, so ist folgendes Grundgerüst denkbar: **20**

Iudex esto.
Si paret Numerium Negidium, cum argentariam mensam exerceret, Aulo Agerio […?] *solvi recepisse* […?] *neque solvisse* […?]
quanti ea res est (erit?), tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato.
Si non paret, absolvito.

„[*X*] soll Richter sein.
Wenn es sich erweist, das [der Beklagte], als er eine *mensa argentaria* betrieb, [dem Kläger] […?] zu zahlen/leisten übernommen hat […?] und nicht gezahlt/geleistet hat […?],
dann soll der Richter [den Beklagten] zugunsten [des Klägers] zu so viel Geld verurteilen, wie diese Angelegenheit wert ist (sein wird?);
wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen."

---

[63] Zum *receptum argentarii*: *Lenel*, SZ 2 (1881) 63–64; *Partsch*, Ediktaler Garantievertrag 412–422; *Wenger*, Art. receptum argentarii; *Bürge*, SZ 104 (1987) 527–536; *Rodríguez González*, Receptum (2004); zuletzt *Pedone*, QLSD 7 (2017) 197–219; *ders.*, MEP XX/22 (2017) 27–43.

[64] Zur Verortung im Edikt *Lenel*, SZ 2 (1881) 62–71; *ders.*, EP 132.

[65] *Lenel*, EP 135.

[66] *Lenel* selbst (SZ 2 [1881] 66, EP 134 mit Fn 5) vermutet, dass das „das receptum pro alio … nicht nur … der hauptsächlichste und wichtigste; sondern sehr wahrscheinlich der einzige Fall des receptum war"; insofern ist fraglich, ob *pro alio* überhaupt im Wortlaut des Edikts (und der Klageformel) zu erwarten ist.

21 Von der Existenz einer *actio recepticia* wissen wir lediglich aufgrund der oben genannten Konstitution Justinians, mit der er die *actio recepticia* abschaffte und die Fälle des *receptum argentarii* im (reformierten) Recht der *pecunia constituta* aufgehen ließ. Auf sie nehmen I. 4.6.8 und Theoph. inst. 4.6.8 Bezug. Im Übrigen sollen sich Fragmente zum *receptum argentarii* und der *actio recepticia* hinter interpolierten Stellen verbergen, die nunmehr von *pecuniam constituere* und *actio de pecunia constituta* sprechen.[67] Die Quellengrundlage ist schmal und unsicher.

2. Tatbestand

22 Das *receptum argentarii* (→ § 25 Rn. 37) ist nach herrschender Meinung ein formloses Leistungsversprechen der „Bankiers", „Finanzdienstleister", das eine Beschränkung auf Geld (oder andere fungible Sachen) nicht kannte[68] und dessen Klage dem Gläubiger offenbar den Beweis einer vorbestehenden Schuld ersparte (C. 4.18.2.1: *secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur et si quid non fuerat debitum*). Bestand eine solche nicht, konnten (nach Justinian) erst „*condictiones*" die Lage bereinigen; Justinian war diese Verselbständigung des *receptum argentarii* (häufig ungenau als „Abstraktheit" bezeichnet)[69] ein Dorn im Auge (C. 4.18.2.1: *cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est permittere per actionem recepticiam res indebitas consequi et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt*), im Geschäftsverkehr muss das *receptum argentarii* für seinen Begünstigten gerade dadurch Attraktivität erlangt haben. Zwar sagt Justinian, die *actio recepticia* habe in der Gerichtspraxis keine Rolle (mehr?) gespielt (*inusitatum vestigium*).[70] Allerdings sieht er selbst Bedarf, Zusagen der *argenti distractores et alii negotiatores* weiterhin „entsprechend der bisherigen Praxis" (*secundum morem usque adhuc obtinentem*) in Geltung zu erhalten (C. 4.18.2.2).[71]

---

[67] Namentlich Ulp. 4 ed. D. 2.13.6.3; Paul. 13 ed. D. 13.5.12 (o. Fn 47; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 30 f. mit Fn 112 ist freilich angesichts des oben bei Fn 56 Gesagten zu relativieren); Scaev. 1 resp. D. 13.5.26 (s. aber *Platschek*, ebd. 137–139); Ulp. 14 ed. 13.5.27 (*Platschek*, ebd. 137 (138) Fn 469); Gai. 5 ed. prov. 13.5.28; s. *Rodríguez González*, Receptum (2004) 36–39.

[68] Theoph. inst. 4.6.8.

[69] Zum Phänomen *Rodríguez González*, Receptum (2004) 112–129.

[70] Dazu *Rodríguez González*, Receptum (2004) 92–95.

[71] Zum dort genannten *indefense constituere* und den καθαραὶ ἀντιφωνήσεις in EJ 9 s. *Petrucci*, St. Labruna VI.

§ 72 Stipulationsklage mit unbestimmtem (*actio ex stipulatu*) und bestimmtem Klageinhalt (*condictio*)

Mario Varvaro

Lenel, Das Edictum Perpetuum, 3. Aufl., 1927; *Selb*, Formeln mit unbestimmter *intentio iuris*. Studien zum Formelaufbau. Teil I, 1974; *Kaser*, Formeln mit „*intentio incerta*“, „*actio ex stipulatu*“ und „*condictio*“, Labeo 22 (1976) 7–29; *Steiner*, Die *praescriptio* aus Gai. 4,137 und ihre Bedeutung für das „materielle“ Bürgschaftsrecht, SZ 123 (2006) 185–196; *Varvaro*, Ricerche sulla *praescriptio*, 2008; *Varvaro*, *Condictio* e *causa actionis*, AUPA 57 (2014) 265–318; *Santoro*, *Perpetuari obligationem*, AUPA 57 (2014) 177–208; *Albers*, Perpetuatio obligationis: Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht, 2019.

Inhalt Rn.

I. Die Klagen aus der Stipulation 1
II. Nachträgliche Unmöglichkeit und Schuldnerverzug bei den Klagen aus Stipulation auf *certam rem dare oportere* 15
III. Das ‚*perpetuari obligationem*‘ 17

I. Die Klagen aus der Stipulation

Aus der Stipulation entstand *verbis* eine zivile Verpflichtung (*civilis obligatio*), die durch eine Zivilklage einklagbar war. Wenn die Stipulation ein *incertum* zum Gegenstand hatte, so stand dem Versprechensempfänger (*stipulator*) oder seinem Gewalthaber (Hausvater bzw. Herrn) die *actio* (*incerti*) *ex stipulatu* zu, die eine *incerta formula* hatte.[1] Wenn Gegenstand der Stipulation eine bestimmte Geldsumme (*certa pecunia*) **1**

[1] Im prätorischen Edikt der hadrianischen Zeit wurde die Formel dieser Klage unter der Rubrik ‚*Si cum eo agatur, qui incertum promiserit*‘ erfasst; vgl. *Lenel*, EP 151–154 (§ 55).

Die Quellen lassen den Schluss zu, dass in dieser Formel der *intentio* (→ § 12 Rn. 32 ff.) „*quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet*“ (vgl. Gai. 4.136) eine *condemnatio* (→ § 12 Rn. 41 ff.) „*eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito*“ folgte, die nötigenfalls mit einer sog. *taxatio* (→ § 12 Rn. 42) versehen werden musste (vgl. Lex Rubria, Kap. 20; Gai. 4.51). Die *intentio* folgte wiederum einer *demonstratio* (→ § 12 Rn. 25 ff.) oder einer *praescriptio* (→ § 12 Rn. 28 ff.), in der der Klagegrund bezeichnet und das *incertum* genannt wurde (vgl. Gai. 4.136). Fraglich ist, ob dieses *incertum* tatsächlich durch das Wort ‚*incertum*‘ (wie in

oder eine andere bestimmte Sache (*certa res*) war, so stand dem Gläubiger die *condictio certi* (*condictio certae pecuniae* oder *condictio certae rei*) zu,[2] deren Klageformel auf ein *dare oportere* eines *certum* ging, das von der Klausel „*ex fide bona*“ nicht qualifiziert wurde.[3] Dieser Grundsatz ist noch im klassischen[4] sowie im justinianischen Recht[5] zu finden.

2 Eine *actio certi ex stipulatu*, deren Formel den Klagegrund in ihrer *intentio* zum Ausdruck brachte, ist in unseren Quellen für die klassische Zeit nicht eindeutig belegt.[6] Der Passus Quintilians, in dem von einem „*certam creditam pecuniam petere ex*

---

der bei Gai 4.136 angeführten Blankettformel zu lesen ist) oder durch andere Worte bezeichnet werden musste. Die Möglichkeit einer *intentio* „*Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio ex stipulatu dare facere oportere*“ wurde neulich in Bezug auf das 2. Jh. n. Chr. von *Maganzani*, Lex Rivi Hiberiensis (2014) 185 angenommen.

Im Kap. 20. der Lex Rubria de Gallia Cisalpina wird die Formel einer *actio incerti ex stipulatu* überliefert, deren *intentio* ein *dare facere oportere* mit dem Zusatz *ex fide bona* erwähnt. Dazu s. zuletzt *Dajczak*, RIDA 43 (1996) 133–144 mLit.

[2] Im prätorischen Edikt der hadrianischen Zeit wurden die Formeln beider Klagen unter der Rubrik ‚*Si certum petetur*‘ erfasst; vgl. *Lenel*, EP 232–240 (§ 95).

Bei der Formel einer *condictio certae pecuniae* ging die *condemnatio* auf die Geldsumme, die in der *intentio* bestimmt wurde. Im Fall einer *condictio certae rei* lautete die *condemnatio*: „*quanti ea res est, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.*“

Da in der Formel einer *condictio* aus Darlehen die *condemnatio* immer eine bezifferte Geldsumme nennen musste (*condemnatio certae pecuniae*), die der in der *intentio* bezeichneten Geldsumme oder dem Wert der in der *intentio* bezeichneten bestimmten Sache zu entsprechen hatte, konnte der Kläger mit dieser Klageformel keine Zinsen einklagen. Aus diesem Grund waren die Zinsen separat zu stipulieren und mittels einer *actio ex stipulatu* einzuklagen. Zum Darlehen als unentgeltlicher Vertrag s. o. (→ § 70 Rn. 9).

[3] Daher zählte die *condictio* zu den sog. Klagen strengen Rechtes (*actiones stricti iuris*).

[4] Ulp. l. s. pand. D. 12.1.24: *Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione persequi debet, per quam certum petitur.* Dieser Passus ist wahrscheinlich nicht unberührt; denn die Wendung ‚*condicticia actio*‘ ist nicht klassisch. Die *actio* wird als ‚ὁ κονδικτίκιος‘ erst in den byzantinischen Quellen bezeichnet, und der Ausdruck ‚*condicticia*‘ oder ‚*condicticia actio*‘ i. S.v. *condictio* ist auch in anderen justinianischen Stellen zu lesen: s. Ulp. 22 ad ed. D. 12.2.13.2; Iul. 16 dig. D. 12.4.7 pr.; Paul. 6 quaest. D. 24.1.55; I. 3.14.1; I. 4.6.24,25. Womöglich handelt es sich jedoch um eine rein ‚formale‘ Interpolation. Dazu s. zuletzt *Varvaro*, AUPA 57 (2014) 288 und die dort in der Fn. 88 zitierten Lit. Nach *Baron*, Abhandlungen (1881) 127 f. kann die in Ulp. l. s. pand. D. 12.1.24 überlieferte *actio per quam certum petimus* nur eine *condictio certae pecuniae* sein. In dieser Stelle wird jedoch eine Klage „*per quam certum petitur*“ und nicht „*per quam certam pecuniam petitur*“ erwähnt.

[5] I. 3.15 pr.: *Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulamur. ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta rell.*

[6] Verneinend *Lenel*, EP 237 f. mLit., dem viele folgen, insbes. *d'Ors*, SDHI 19 (1953) 156 f.; *ders.*, SZ 74 (1957) 91 f. Vgl. demgegenüber die Stellen bei H-S, s. v. stipulari. Hat es eine solche Formel gegeben, musste sie sich wohl von der Formel der *condictio* dadurch unterschieden haben, dass sie den Klagegrund ausdrücklich nannte (*ex stipulatu dare oportere*); anders aber *Arangio-Ruiz*, Istituzioni[14] (1960) 327.

stipulatione“ die Rede ist,[7] gibt nicht wortwörtlich die *intentio* der Formel der *actio certae creditae pecuniae* wieder.[8]

War noch nicht klar, ob die *condictio certi* oder die *actio* (*incerti*) *ex stipulatu* anzustrengen war, konnte der Kläger bei der *editio actionis* erklären, er werde jedenfalls mit einer der beiden Klagen vorgehen.[9] Erst die Verhandlung der Parteien vor dem Magistrat (*in iure*) mit Hilfe juristischer Beratung führte zu der Entscheidung, welche der beiden Klagen tatsächlich anhängig zu machen und welche Formel für die Streitbefestigung (*litis contestatio*) zu wählen war.[10] **3**

Die Frage nach der Klagealternative spielte eine Rolle für den Kläger angesichts der Gefahr eines *plus petere*[11] (→ § 12 Rn. 51 ff.), denn nur die *actio certae creditae pecuniae* hatte eine *certa formula*. Bei der *actio* (*incerti*) *ex stipulatu* bestand für den Kläger diese Gefahr nicht.[12] **4**

Außerdem ging nur aus einer *actio certae creditae pecuniae*, nicht aber aus einer *actio incerti ex stipulatu*, das *ius iurandum in iure delatum* hervor (→ § 12 Rn. 83 ff.).[13] Diese Klage brachte für beide Parteien auch die Gefahr einer Prozessstrafe in Höhe eines Drittels der Klagesumme im Fall des Unterliegens mit sich.[14] **5**

Im Legisaktionenverfahren konnte der Gläubiger mit der *legis actio per iudicis postulationem* klagen, wenn die Verbalverpflichtung aus einer *stipulatio* entstand (*de eo quod ex stipulatione petitur*). Gaius überliefert die Formel für den Fall einer *sponsio certi*.[15] Es ist also zu vermuten, dass auch andere Ansprüche auf ein *certum*, darunter auch der Anspruch aus einer Stipulation eines *certum*, durch die *legis actio per iudicis postulationem* (→ § 9 Rn. 50) klagbar waren. Nur dadurch wird verständlich, warum **6**

---

[7] Quint. inst. 4.6.2: *Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento.*

[8] So *Lenel*, EP 237 f.; *Varvaro*, AUPA 57 (2014) 300 und Fn. 138 mLit.

[9] Vgl. *Bürge*, SZ 112 (1995) 10 f.

[10] Ob eine Stipulation ein *certum* oder ein *incertum* zum Gegenstand hatte, konnte schon bei der *editio actionis* (→ § 11 Rn. 28) zweifelhaft sein. Auch deshalb wird verständlich, warum diese Frage von den klassischen Juristen erörtert wurde; s. Gai. 8 ad ed. prov. D. 45.1.74 und Ulp. 22 ad ed. D. 45.1.75. Dazu s. a. *Provera*, Ann. Camerino 21 (1955) 197–216.

[11] Der Begriff ‚*pluris petitio*‘ ist nicht quellenmäßig.

[12] Vgl. Gai. 4.54: *Illud satis apparet in incertis formulis plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed* quidquid *adversarium* dare facere oportet *intendatur, nemo potest plus intendere. rell.*

[13] Ulp. 26 ad ed. D. 12.2.34.6: *Ait praetor: ‚eum a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam‘: alterum itaque eligat reus, aut solvat aut iuret: si non iurat, solvere cogendus erit a praetore.*

Ob dieser auferlegte Eid bereits zur *legis actio per condictionem* gehörte, ist nicht mit Sicherheit belegt.

[14] Gai. 4.13 und 4.171; Cic. Rosc. com. 4.10 und 5.14; Lex Rubria Kap. 21 (dazu s. zuletzt *Mainino*, Studi (2012) 50–61).

[15] Gai. 4.17a: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis erat. Qui agebat sic dicebat:* ex sponsione te mihi x milia sestertium dare oportere aio: id postulo aias an neges. *Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat:* quando tu negas, te praetor iudicem *(sive* arbitrum*)* postulo uti des *rell.*

die römischen Juristen intensiv den Grund für die Einführung der *legis actio per condictionem* erörterten. Die Frage konnte entstehen, weil die zivilen Verpflichtungen auf ein *certum* auch mittels einer *legis actio sacramento in personam* oder eben auch mit einer *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* klagbar waren.[16] In der *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* musste aber der Kläger den Klagegrund erwähnen (*nominata causa agere*),[17] während die *legis actio per condictionem* eine ‚abstrakte' Fassung hatte.[18]

7 Auch die Nachfolger der *legis actio per condictionem* – die *condictio certae pecuniae* und die *condictio certae rei* – hatten im Formularprozess eine ‚abstrakte' *intentio*, in der ein *dare oportere* erwähnt wird, ohne den Verpflichtungsgrund zu nennen.[19]

8 Daher wurde die Idee vertreten, diese Kondiktionen seien (immer) ‚abstrakte' Klagen. Diese Ansicht basiert vor allem auf einem Passus von Cicero, der tatsächlich belegt, dass der mittels einer *condictio certae pecuniae* eingeklagte Anspruch aus Darlehen, Stipulation oder Litteralvertrag entstehen kann.[20] In diesem Fall handelte es sich um eine *actio certae creditae pecuniae*; denn jede Partei hatte mittels einer Sponsion vor dem Magistrat versprochen, der anderen Partei für den Fall ihres Unterliegens mit der *actio certae creditae pecuniae* einen Strafzuschlag in Höhe eines Drittels der Klagesumme zu leisten (*sponsio et restipulatio tertiae partis*). Aus diesen wechselseitigen Sponsionen entstand der Anspruch auf eine bestimmte Geldsumme, die gemeinsam mit der Hauptklage (*actio certae creditae pecuniae*) eingeklagt wurde (→ § 69 Rn. 11). Im Fall einer *condictio* aus Darlehen wurde dann die Formel so gefasst, dass der Kläger vor dem Richter (*apud iudicem*) den eingeklagten Anspruch auf verschiedene Klagegründe stützen konnte.

9 Zwar sind uns Formeln der *condictio certi* mit einer *intentio* auf ein „*dare oportere ex stipulatu*"[21] nicht überliefert. Das heißt aber nicht, dass in der Formel einer *condictio certi* die *causa actionis* niemals erwähnt werden konnte und die Formel daher immer ‚abstrakt' sein musste. Die *condictio certae pecuniae* oder *certae rei* aus einer Stipulation konnte durchaus ‚tituliert' sein, wie aus einem Triptychon aus Pompeji vom Jahr 52 n. Chr. ersichtlich ist. Dort ist die Prozessformel einer *condictio certi* überliefert, die den Klagegrund nicht in der *intentio*, sondern vor der Richterbestellung (*iudicis nominatio*) in einer *praescriptio* bezeichnete.[22] Diese Klage entstand aus der *sponsio tertiae partis*,

[16] Gai. 4.20.

[17] Gai. 4.17a.

[18] Das Dogma der ‚Abstraktheit' der *condictio* wurde dezidiert von *Baron* vertreten. Diesem Autor zufolge erwähnte die Formel der *condictio* den Klagegrund weder in einer *intentio* noch in einer *demonstratio* resp. in einer diese ersetzenden *praescriptio*; vgl. *Baron*, Abhandlungen (1881).

[19] Gai. 4.41; 4.50; TPSulp. 31 (TP. 34).

[20] Cic. Rosc. com. 5.14. Zu diesem Passus s. zuletzt *Varvaro*, AUPA 57 (2014) 283 f. mLit.

[21] Die Formel einer *actio certi ex stipulatu* mit einer ‚titulierten' *intentio* wurde von *Selb*, Formeln (1974) 33, angenommen; s. a. *Schwarz*, Grundlage (1952) 289 Fn. 36; *Frezza*, ANRW I.2 (1972) 193 Fn. 51. Dagegen *Kaser*, Labeo 22 (1976) 16–18; *Schmidlin*, St. Sanfilippo 5 (1984), 712 f.; *ders.* in: Vacca, Atti in ricordo di Pugliese (2008) 107 Fn. 14.

[22] TPSulp. 31 (TP. 34): *Ea res agetur de sponsione.* Dazu s. *Varvaro*, Praescriptio (2008) 143–146 mLit.

die bei einer *actio certae creditae pecuniae* vor dem Magistrat (*in iure*) zu leisten war. Die der ‚abstrakten' *intentio* folgenden Wörter „*qua de re agitur*" weisen in einer solchen Formel auf die in der *praescriptio* bezeichnete Sponsion und damit auf den darin beschriebenen Klagegrund hin.[23] Eine ähnliche Klausel (etwa: „*Ea res agetur de restipulatione*") musste wohl auch der Formel der *condictio* aus der *restipulatio tertiae partis* vorangeschrieben werden.[24]

Diese *praescriptio* zielte nicht nur darauf ab, die *causa actionis* zu bestimmen und die **10**
Ausschlusswirkung der Streitbefestigung zu beschränken, sondern auch die Verhältnisse zwischen mehreren Klagen (*actio certae creditae pecuniae*, *actio ex sponsione tertiae partis* und *actio ex restipulatione*) zu regeln.[25]

Aus dem Umstand, dass die Formel der *actio ex sponsione tertiae partis* ohne Zweifel **11**
aus einer prozessualen Sponsion entstand,[26] ist nicht abzuleiten, dass nur prozessuale Stipulationen eines *certum* mit einer *condictio certi* klagbar waren. Denn auch bei den nichtprozessualen Stipulationen musste die Prozessformel ggf. auf den Klagegrund verweisen:

(1) Wurde ein *certum* zugunsten eines Gewaltunterwofenen wie etwa eines Sklaven **12**
oder eines Hauskindes versprochen, so konnte sein Gewalthaber (der *dominus* bzw. der Hausvater) die daraus entstandene Obligation mittels einer *condictio certae pecuniae* oder *certae rei* geltend machen. In diesem Fall wurde die vom Gewaltunterworfenen abgeschlossene Stipulation in einer der Formel vorangeschriebenen *praescriptio* als ‚Faktum' beschrieben, wobei die *intentio* nur das *dare oportere* eines *certum* zugunsten des Gewalthabers als *quaestio de iure* bezeichnete.[27]

(2) Bei einer passiven Gesamtobligation (→ § 73 Rn. 1 ff.), die aus der Stipulation **13**
eines *certum* entstanden war, konnte der Gläubiger nur einen der Gesamtschuldner belangen, den er sich aussuchen konnte. Auch in diesem Fall musste wohl eine *praescriptio* der Formel der *condictio certi* vorangeschrieben werden, die den Klagegrund erwähnte. Anderenfalls könnte der Gläubiger weitere Klagen – mit demselben Gegenstand – auch gegen die übrigen Schuldner erheben. Mit einer *praescriptio* freilich erlangt die Streitbefestigung Konsumptionswirkung und schneidet damit jede weitere Klage gegen die anderen Schuldner ab (→ § 12 Rn. 28).[28]

---

[23] Vgl. *Varvaro*, Praescriptio (2008) 149.

[24] Das Gleiche galt für die Klagen aus der *sponsio et restipulatio dimidiae partis* im Fall einer *actio de pecunia constituta* (→ § 71 Rn. 5 ff.): vgl. *Varvaro*, IAH 2 (2010) 182.

[25] Vgl. *Varvaro*, IAH 2 (2010) 178–181.

[26] Diesbezüglich sei daran erinnert, dass Arangio-Ruiz zufolge das Wort ‚*sponsio*' „nur in prozessrechtlichen Zusammenhängen" verwendet wurde; vgl. *Arangio-Ruiz*, BIDR 65 (1962) 193–222.

[27] Gai. 4.134,135. Dazu s. zuletzt *Steiner*, SZ 123 (2006) 191 f.; *Varvaro*, IAH 2 (2010) 162–173; *ders.*, AUPA 57 (2014) 307 f.

[28] Iavol. 3 ex Plaut. D. 45.2.2: *Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso iure et singuli in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione acceptilatione unius tota solvitur obligatio.*

14 (3) Auch im Fall der Stipulationsbürgschaft eines *certum* konnte der Formel der Kondiktion eine *praescriptio* vorangeschrieben werden. Da *sponsio* und *fidepromissio* eine Stipulation des Hauptschuldners als Rechtsakt voraussetzen (→ § 73 Rn. 24),[29] war dieser Akt in einer *praescriptio* zu bezeichnen.[30] Zwar überliefern die Institutionen des Gaius eine solche *praescriptio* ausschließlich für den Fall der *stipulatio* eines *incertum*.[31] Es ist jedoch anzunehmen, dass die *praescriptio* auch bei der Formel aus einer *stipulatio certi* die gleiche Funktion hatte (etwa: „*Ea res agatur, quod Agerius de Lucio Titio* hs x *milia stipulatus est, quo nomine Numerius Negidius sponsor est*“, evtl. mit dem Zusatz „*cuius rei dies fuit*“). Wahrscheinlich musste sie die Hauptstipulation erwähnen, die als bloßes Faktum Voraussetzung der Bürgschaftsstipulation war. Die Frage der Gültigkeit der Hauptstipulation wurde dagegen nur angesichts des in der *intentio* erwähnten *dare oportere* (einer bestimmten Geldsumme oder Sache) als *quaestio de iure* thematisiert.[32] Damit bezeichnete die Formel einer *condictio certi* mit vorangeschriebener *praescriptio* alle Elemente, die für die Entscheidung des Richters relevant waren.

Alles in allem ist daher das Dogma der ‚Abstraktheit' der *condictio* mehr als zweifelhaft.[33]

II. Nachträgliche Unmöglichkeit und Schuldnerverzug bei den Klagen aus Stipulation auf *certam rem dare oportere*

15 Bei der Formel einer *condictio* auf *dare* einer individuell bestimmten Sache (*condictio certae rei*) setzte die Verurteilung des Beklagten eine positive richterliche Prüfung der in der *intentio* erwähnten Bedingung (etwa: „*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio hominem Stichum dare oportere, qua de re agitur*“) voraus. Wenn die geschuldete Sache, wie ein stipulierter Sklave, vor der Streitbefestigung untergangen war (z. B. weil der Sklave nicht mehr lebte), war also die Leistung bereits zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich,[34] so war der Beklagte nach dem bloßen Formelverständnis freizusprechen.[35]

16 Es musste jedoch unbefriedigend erscheinen, dass der Schuldner nicht haften musste, wenn er selbst das Unmöglichwerden der Leistung durch sein eigenes positives

[29] Gai. 3.119. Dazu s. *Flume*, Studien (1932) 64; *ders.*, Rechtsakt (1990) 29–38.

[30] In diesem Sinne s. *Steiner*, SZ 123 (2006) 196.

[31] Gai. 4.137: *Si cum sponsore aut fideiussore agatur, praescribi solet in persona quidem sponsores hoc modo: ea res agatur, quod aulus agerius de lucio titio incertum stipulatus est, quo nomine numerius negidius sponsor est, cuius rei dies fuit; in persona vero fideiussoris: ea res agatur, quod numerius negidius pro lucio titio incertum fide sua esse iussit, cuius rei dies fuit; deinde formula subicitur.*

[32] In diesem Sinne s. *Varvaro*, IAH 2 (2010) 177 f. und Fn. 4; *ders.*, AUPA 57 (2014) 308.

[33] Eingehend mit Belegen *Varvaro*, AUPA 57 (2014) 265–318.

[34] Für den Grundsatz ‚*impossibilium nulla obligatio*' s. Cels. 8 dig. D. 50.17.185.

[35] Vgl. *Lübtow*, Beiträge (1952) 81; *Medicus*, SZ 86 (1969) 69; *Bianchi Fossati Vanzetti*, Perpetuatio (1979) 8 f. und 12; *Cannata*, ED 26 (1976) 921; *ders.*, SemCompl. 4 (1992) 50 f.

Handeln[36] (*factum debitoris*; *factum promissoris*)[37] herbeigeführt hatte[38] (*per debitorem stetit, quo minus solveret* oder *daret*; *promissor effecerit, quo minus solvere possit*)[39] oder wenn die Unmöglichkeit der Leistung während seines Verzuges (*mora solvendi* oder *mora debitoris*) eintrat.[40] Der Schuldner geriet in Verzug (*mora solvendi* oder *mora debitoris*), wenn er nicht leistete, obwohl die Verpflichtung bereits fällig und damit klagbar war.[41] Dass die Verzögerung der stipulierten Leistung am Schuldner lag, machte der Gläubiger durch eine Mahnung (*interpellatio*) deutlich.[42] Der Schuldner konnte auch nachträglich die Leistung anbieten (*postea offerre*), wie sie zu bewirken war, und dadurch ‚den Verzug heilen' (*emendare moram*).[43]

[36] Z. B. weil der Schuldner den zu leistenden Sklaven umgebracht oder dem Rechtsverkehr entzogen (z. B. durch Freilassung) hatte.

[37] Vgl. Paul. 22 quaest. D. 46.1.58.1; Paul. sent. 5.7.4; s. a. Pomp. 22 ad Sab. D. 12.1.5; Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.1; Paul. 72 ad ed. D. 45.1.83.5.

[38] Ging der stipulierte Leistungsgegenstand nur aufgrund eines Unterlassens des Schuldners unter (etwa: weil er einen kranken oder sonst hilfsbedürftigen Sklaven vernachlässigt hatte), wurde er befreit, denn er schuldete ein *dare*, nicht aber ein *facere*; s. Paul. 17 ad Plaut. D. 45.1.91 pr. Vgl. dazu *Kaser*, SDHI 46 (1980) 93–95; *Cannata*, SemCompl. 4 (1992) 53 und Fn. 8; *ders.*, Sul Problema (1996) 117 f.; *ders.*, Iura 57 (2008–2009) 282; *Harke*, Mora debitoris (2005) 11; *Santoro*, AUPA 57 (2014) 183 f. und Fn. 21; *Albers*, Perpetuatio obligationis (2019) 17 ff.

[39] Vgl. Pomp. 22 ad Sab. D. 12.1.5: *Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id nec ne aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit nec ne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere*; Pomp. 9 ad Sab. D. 45.1.23: *Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum*; Paul. 37 ad ed. D. 45.1.49; Paul. 17 ad Plaut. D. 45.1.91 pr.

Die Quellen, die stattdessen von einer ‚*culpa*' sprechen, spiegeln wahrscheinlich den Stand des nachklassischen Rechts wider. Dazu s. *Santoro*, AUPA 57 (2014) 185–188. Zum Thema s. a. *Kaser*, SDHI 46 (1980) 89; *Cannata*, SemCompl. 4 (1992) 52 f.; *ders.*, Sul Problema (1996) 190 Fn. 39; *ders.*, FS Mayer-Maly (2002) 85 f.; *Harke*, Mora debitoris (2005) 21 f.; *Torrent*, An. Fac. Der. Coruña 10 (2006) 1169–1194; *ders.*, Φιλία Bd. IV (2007) 2685–2708.

[40] Vgl. neulich *Pichonnaz*, Fondamenti (2012), 203 f.

[41] Zur *mora solvendi* s. statt aller *Cannata*, ED 26 (1976) 921–934 und neulich *Gerkens*, Mél. Sturm I, 139–150; *Harke*, Mora debitoris (2005) 11–47 und dazu *Cannata*, Iura 57 (2008–2009) 281–294; *Pichonnaz*, Fondamenti (2012), 201–222.

[42] Vgl. Pomp. 9 ad Sab. D. 45.1.23; Paul. 9 ad Sab. D. 45.1.24. Nach *Kaser*, SDHI 46 (1980) 113 war aber dieser Erfahungssatz keine ‚gefestigte Regel'.

[43] Vgl. Paul. 17 ad Plaut. D. 45.1.91.3.

III. Das ‚*perpetuari obligationem*'

17 Mit Bezug auf das durch den Schuldner herbeigeführte Unmöglichwerden der Leistung sowie auf seinen Verzug bestimmten die republikanischen Juristen (*veteres*),[44] dass der Gläubiger immer noch klagen konnte,[45] als ob die in der *intentio* erwähnte Sache (z. B. der stipulierte Sklave) noch existierte (*proinde ac si ea res extaret*; *ac si homo viveret*[46]) und damit die geschuldete Leistung noch möglich wäre[47] (sog. *perpetuatio obligationis*).[48]

18 Der Richter konnte dann dem Kläger den Wert des untergangenen Leistungsobjektes (z. B. des verstorbenen Sklaven)[49] zur Zeit der Streitbefestigung (*quanti ea res est*)[50] zusprechen,[51] da das Prinzip der Geldkondemnation (*condemnatio pecuniaria*)[52] ihn befähigte, den Beklagten in den Sachwert zu verurteilen.

19 Anhand der in den Quellen überlieferten Ausdrücke („*proinde ac si homo viveret*“;[53] „*perinde … ac si ea res extaret*“[54]) spricht man heute von einer ‚Fiktion'.[55] Das

---

[44] Nach *Santoro*, AUPA 57 (2014) 181 haben wahrscheinlich die spätrepublikanischen Juristen die Regel des ‚*perpetuari obligationem*' in Bezug auf die *condictio* des Formularverfahrens erfunden. Zum Thema s. a. *Kaser*, SDHI 46 (1980) 129 f.; *Cannata*, ED 26 (1976) 921. Nach *Bianchi Fossati Vanzetti*, Perpetuatio (1979) 14 f. war indes die sog. *perpetuatio obligationis* bereits dem Legisaktionenverfahren bekannt.

[45] Vgl. Paul. 17 ad Plaut. D. 45.1.91.6.

[46] Vgl. Paul. 78 ad ed. D. 45.1.82.1; Paul. sent. 5.7.4. Dazu s. jüngst *Santoro*, AUPA 57 (2014) 191 f.

[47] Paul. 17 ad Plaut. D. 45.1.91.3: *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora.*

Ob Paulus von *culpa* gesprochen hat, wie in diesem Text zu lesen ist, oder von einem ‚*si per debitorem steterit quominus solvat*' (‚wenn es am Schuldner lag, dass er nicht zahlte'), ist zweifelhaft. Dazu s. *Jakobs*, RHD 42 (1974) 26–28; *Cannata*, FS Mayer-Maly (2002) 88–91; *Santoro*, AUPA 57 (2014) 182–188 mLit.

[48] Das Gleiche galt im Fall einer durch Damnationslegat begründeten Verpflichtung (→ § 97 Rn. 13); vgl. Afric. 5 quaest. D. 30.108.11.

[49] Vgl. Paul. 37 ad ed. D. 45.1.49 pr.

[50] In diesem Sinne s. *Zimmermann*, Obligations (1996) 785. Anders *Cannata*, Iura 57 (2008–2009) 292–294, nach dem der Sachwert nicht zur Zeit der Streitbefestigung zu schätzen war, weil die geschuldete Sache zu diesem Zeitpunkt nicht mehr existierte; die Wertschätzung sollte sich vielmehr auf den Zeitpunkt beziehen, der dem Untergang der geschuldeten Speziessache oder dem Anfang des Schuldnerverzuges vorausging.

[51] Bei allen Klagen auf ein *certum*, wie bei einer *condictio* aus Stipulation, konnten jedoch keine Verzugszinsen und keine Erstattung der während des Verzuges gezogenen Früchte von dem Gläubiger verlangt werden.

[52] Vgl. Gai. 4.48. Zur Geldkondemnation im Formularverfahren s. o. (→ § 12 Rn. 41).

[53] Ulp. 78 ad ed. D. 45.1.82.1: *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret.*

[54] Paul. sent. 5.7.4: *Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret: ideoque promissor aestimatione eius punitur, maxime si in dolum*

heißt aber nicht, dass der Kläger mit einer fiktizischen Formel (→ § 12) klagen musste,[56] denn dafür fehlt jeder Anhaltspunkt in den Quellen. Es handelt sich vielmehr um eine ‚Fiktion‘ des Fortbestandes der stipulierten Sache.[57]

Dank dieses Hilfsmittels[58] wurde die Klagbarkeit vom tatsächlichen Vorhandensein des geschuldeten Leistungsgegenstandes getrennt.[59] So konnte die römische Jurisprudenz eine Haftungslücke des Schuldners auch bei der ‚strengrechtlichen‘ Personalklage auf *certam rem dare oportere*[60] füllen und die Anwendung ihrer Klagformel sicherstellen.[61] **20**

Diesbezüglich wird in den klassischen Quellen die Idee von einem ‚Fortbestehen des Schuldverhältnisses‘ zum Ausdruck gebracht,[62] denn neben einem ‚*perpetuari obliga-* **21**

---

quoque eius concepta fuerit stipulatio.

[55] Vgl. *Medicus*, SZ 86 (1969) 72 f.; *Cannata*, ED 26 (1976) 928; *Bianchi Fossati Vanzetti*, Perpetuatio (1979) 4 f. und Fn. 8; *Kaser*, SDHI 46 (1980) 128 f.; *Zimmermann*, Obligations (1996) 784 f.; *Flume*, Rechtsakt (1990) 103 f.; *Harke*, Mora debitoris (2005) 11 und 22; *Torrent*, Φιλία Bd. IV (2007) 2698–2701 mLit.; *Pichonnaz*, Fondamenti (2012), 204; *Santoro*, AUPA 57 (2014) 91 Fn. 57 mLit.; *Albers*, Perpetuatio obligationis (2019) *passim.*

[56] Wie *Lübtow*, Beiträge (1952) 81 angenommen hat (etwa: „*Si homo Stichus viveret, tum si pareret, eum hominem Numerium Negidium Aulo Agerio dare oportere, quanti ea res est, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve*“).

[57] Nach *Cannata*, SDHI 57 (1991) 361; *ders.*, SemCompl. 4 (1992) 54 f.; *ders.*, Sul Problema (1996) 119 f. und 188 f. Fn. 32; *ders.* FS Mayer-Maly (2002) 91 f.; *ders.*, Iura 57 (2008–2009) 290 f. geht es indes um eine ‚dogmatische Lösung‘, ein ‚dogmatisches Konstrukt‘ oder eine ‚dogmatische Definition‘, und nicht um eine ‚Fiktion‘ oder eine ‚Regel‘; anders aber *ders.*, ED 26 (1976) 921 und 928 f., wenn er von einer ‚*regula*‘ und einer ‚Fiktion‘ spricht.

[58] Dass es sich um ein Hilfsmittel und nicht um ein ‚Rechtsinstitut‘ handelt, wurde von *Kaser*, SDHI 46 (1980) 130 vertreten.

[59] In diesem Sinne s. *Flume*, Rechtsakt (1990) 104; zustimmend *Cannata*, SDHI 57 (1991) 361.

[60] Vgl. *Kaser*, SDHI 46 (1980) 133. Anders verhielt es sich bei den ‚strengrechtlichen‘ Personalklagen auf *incertum dare* oder *dare facere*, sowie bei den *bonae fidei iudicia*, die auch eine *incerta formula* hatten; s. *Cannata*, ED 26 (1976) 929.

Die Annahme *Harkes*, Mora debitoris (2005) 29 f., dass die sog. *perpetuatio obligationis* in der nachklassischen Zeit auch bei einer *actio incerti ex stipulatu* zur Anwendung kommen konnte, stützt sich ausschließlich auf eine Interpretation von Paul. sent. 5.7.4, die in dem Text eine *actio ex stipulatu* auf ein *incertum* erblickt (vgl. *Flume*, Rechtsakt (1990) 103 f.). Doch heißt „*agi ex stipulatu potest*“ in diesem Kontext nicht, dass der Gläubiger mit einer *actio ex stipulatu* auf ein *incertum* klagen, sondern dass er eine Klage erheben kann, die aus einer Stipulation entstanden ist; vgl. *Cannata*, Iura 57 (2008–2009) 294.

[61] In diesem Sinne s. *Kaser*, SDHI 46 (1980) 89.

[62] Die Idee eines ‚Verewigens der Stipulation‘ – also eines ‚Verewigens‘ des Rechtsaktes und nicht des Rechtsverhältnisses – basiert bloß auf einem Digestenfragment (Paul. 37 ad ed. D. 22.1.24.2), in dem von einem „*perpetuam facere stipulationem*“ die Rede ist. Ob an der Echtheit dieses Passus zu zweifeln ist, ist umstritten; vgl. *Flume*, Rechtsakt (1990) 103; *Cannata*, FS Mayer-Maly (2002) 86 f.; *Santoro*, AUPA 57 (2014) 190 f. mLit. Diesbezüglich kann man das Verbalhyperbaton „*perpetuam facere stipulationem*“ für ein stilistisches Merkmal Tribonians halten: vgl. *Varvaro*, SDHI 68 (2002) 333–343.

tionem‘,[63] ‚*perpetuare obligationem*‘[64] oder ‚*efficere perpetuam obligationem*‘[65] ist auch von einem ‚*obligatio durare*‘,[66] ‚*producere obligationem*‘[67] und ‚*manere ex stipulatu obligatus*‘[68] die Rede.[69]

22 Trotz dieser von den Digesten Justinians überlieferten, sich einheitlich auf das Schuldverhältnis (*obligatio*) beziehenden Terminologie ist nicht auszuschließen, dass die durch die republikanische Juristen festgelegte Regel ursprünglich das ‚Fortdauern‘ der Personalklage in ihrer ‚materiellen‘ Bedeutung, nicht des Schuldverhältnisses betraf, denn im Gegensatz zu klassischen Juristen kannten die *veteres* nur die *actio* und noch nicht die *obligatio*.[70] Von dieser älteren Fassung kann man nämlich noch einige Spuren in den sich auf die *veteres* beziehenden Quellen finden, die die Idee von einem ‚Fortdauern‘ (*durare*) der Klage[71] äußern.[72]

23 Infolgedessen hatte die Entscheidung der *veteres* zur Folge, dass der untergangene Leistungsgegenstand immer noch eingeklagt werden konnte (*effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit*),[73] obwohl er in physischer Hinsicht nicht mehr bestand.[74]

---

[63] Paul. 17 ad Plaut. D. 45.1.91.3,4. Inwieweit dieser Text interpoliert ist, bleibt heute noch umstritten. Dazu s. *Jakobs*, RHD 42 (1974) 26–29; *Bianchi Fossati Vanzetti*, Perpetuatio (1979) 7; *Kaser*, SDHI 46 (1980) 92; *Cannata*, FS Mayer-Maly (2002) 88 f.; *Santoro*, AUPA 57 (2014) 182–188 mLit.

[64] Paul. 17 ad Plaut. D. 45.1.91.4; Paul. 22 quaest. D. 46.1.58.1.

[65] Paul. 17 ad Plaut. D. 45.1.91.4. Da die Idee eines ‚*perpetuari*‘ oder ‚*perpetuare*‘ des Schuldverhältnisses in ausschließlich von Paulus stammenden Digestenfragmenten vorkommt, bleibt es fraglich, inwieweit dieser Jurist die durch die *veteres* festgelegte Regel wortwörtlich wiedergegeben hat. Seit *Gradenwitz*, SZ 34 (1913) 260, denkt man, dass die Wendung ‚*perpetuari obligationem*‘ in diesem Passus „keineswegs eine wörtliche Wiedergabe des Spruches der *veteres* ist, sondern eine Verwandlung der alten Regel in Paulinisches Latein, eine Umschreibung der *constitutio veterum* enthält.“ Dazu s. *Kaser*, SDHI 46 (1980) 92 mLit.; *Flume*, Rechtsakt (1990) 103; *Cannata*, SDHI 57 (1991) 360; *ders.*, FS Mayer-Maly (2002) 86 f. mLit. Nach *Santoro*, AUPA 57 (2014) 188 f. und 198 sollen die *veteres* von einem ‚*durare*‘ anstatt eines ‚*perpetuare*‘ oder ‚*perpetuari*‘ gesprochen haben.

[66] Paul. 22 quaest. D. 46.1.58.1.

[67] Paul. 17 ad Plaut. D. 45.1.91.5.

[68] Paul. 37 ad ed. D. 45.1.49.

[69] Das Deverbativum ‚*perpetuatio*‘ ist nicht in den Quellen zu finden. Dazu s. zuletzt *Flume*, Rechtsakt (1990) 103; *Cannata*, SemCompl. 4 (1992) 53 Fn. 9; *ders.*, Sul Problema (1996) 188 f. Fn 32; *ders.*, FS Mayer-Maly (2002) 85 Fn. 2; *Torrent*, Φιλία Bd. IV (2007) 2694 Fn. 38; *Santoro*, AUPA 57 (2014) 180 f. Fn. 5 mLit.

[70] In diesem Sinne s. jüngst *Santoro*, AUPA 57 (2014) 195 und 199–201. Dagegen aber *Cannata*, SDHI 57 (1991) 360.

[71] Vgl. Tryph. 15 disp. D. 13.1.20; Ulp. 27 ad ed. D. 13.1.8 pr. In diesen Quellen, die sich auf die *condictio ex causa furtiva* beziehen, kommt der Ausdruck ‚*durare condictio*‘ vor.

[72] Vgl. *Santoro*, AUPA 57 (2014) 195–198.

[73] Vgl. Paul. 17 ad Plaut. D. 45.1.91.6.

[74] In diesem Sinne s. schon *Flume*, Rechtsakt (1990) 104 mLit., der von einem „prozessualen Verewigungssatz“ spricht; s. a. *Cannata*, SDHI 57 (1991) 361.

Eines solchen prozessualen Kunstgriffes, der zum Übergang der Gefahr (*periculum*) auf den Schuldner führte, bedurfte es hingegen bei einer *condictio* nicht, die auf eine bestimmte Menge von Geld oder anderen Gattungssachen (→ § 38) – wie etwa Weizen, Wein, Öl – gerichtet war, denn das *dare oportere* von diesen Sachen wurde als immer möglich gesehen.[75] **24**

War aber eine bestimmte Menge von Geld oder anderen Gattungssachen als Spezies zu betrachten, wie z. B. die in einem Geldkasten aufbewahrten Münzen, wurde der Schuldner frei, wenn er den Untergang nicht zu vertreten hatte.[76] **25**

[75] Vgl. Paul. 72 ad ed. D. 45.1.83.5: … *si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, exspectare debeo, donec nascatur: et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursum exspectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit rell.*

[76] Vgl. Paul. 12 ad Sab. D. 45.1.37: *Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur.*

§ 73 Bürgschaftsstipulationen und Mehrheiten von Stipulationsschuldnern

Philipp Schmieder

Rossetti, Le obbligazioni in solido. Modelli romani e disciplina attuale, 2013; *Finkenauer*, *Duo rei* – Neues von der Gesamtobligation?, SZ 130 (2013), 164–202; *Parenti*, „*In solidum obligari*". Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito, 2012; *Steiner*, Die römischen Solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlichen Aspekten, 2009; *Schmieder*, *Duo rei*. Gesamtobligationen im römischen Recht, 2007; *Briguglio*, „*Fideiussoribus succurri solet*", 1999; *Mannino*, L'estensione al garante delle eccezioni del debitore nel diritto romano classico, 1992; *González*, Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en derecho Romano clásico, 1983; *Sacconi*, Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano, 1973; *Frezza*, Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto Romano I: Le garanzie personali, 1962.

Inhalt Rn.

I. Verbale Solidarobligationen 1
1. Entwicklung 3
2. Ausgestaltung 4
a. Begründung 4
b. Regress 7
c. Wirkungen 8
3. Nichtverbale Solidarobligationen 13
4. Konzepte 14
II. Bürgschaftsstipulationen 15
1. Entwicklung 16
2. Einzelbürgschaft 22
a. Begründung 22
b. Subsidiarität und Regress 25
c. Wirkungen 27
3. Mitbürgschaft 32
4. Konzepte 36
III. *Adstipulatio* 39

I. Verbale Solidarobligationen

Den schuldrechtlichen Mehrpersonenverhältnissen sind im Corpus Juris Civilis jeweils eigene Titel gewidmet.[1] Die lateinische Urkundenüberlieferung ist spärlich.[2] Einen Begriff für das Schuldverhältnis haben die Quellen nicht, sie bezeichnen vielmehr die Parteien als *duo* (*pluresve*) *rei*, bei Verbalobligationen häufig mit dem Zusatz *promittendi* bzw. *stipulandi*.[3] In der Literatur ist die Bezeichnung als Solidarobligationen am weitesten verbreitet.[4] 1

Besondere Klageformeln sind für die Solidarobligationen nicht überliefert (→ § 72 Rn. 13). Der oder die Gläubiger hatten unter den Solidarschuldnern die freie Auswahl. Teilklagen waren sehr wahrscheinlich zulässig,[5] gemeinschaftliche Klagen wohl ebenfalls.[6] 2

1. Entwicklung

Über den historischen Ausgangspunkt der Solidarobligationen lässt sich kaum mehr sagen, als dass er bei der Stipulation liegen dürfte.[7] Inwieweit schon in der Klassik ein 3

[1] Inst. 3.16; D. 45.2; C. 8.39(40).

[2] *Schmieder*, Duo rei (2007) 335–371. Zur ἀλληλεγγύη Fn. 78.

[3] *Parenti*, Solidum (2012) 1–5; *Schmieder*, Duo rei (2007) 24 f., 299–307; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 28; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 39 Fn. 4; *Albertario*, Obbl. (1948) 28–32, 56 f.; *Albertario*, FS Wenger I 83–85; vgl. auch *Bürge*, FS Knütel 119–129.

[4] Dazu *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 1 Fn. 1; *Schmieder*, Duo rei (2007) 22.

[5] Ulp. 47 Sab. D. 45.2.3.1; Pap. 11 resp. D. 45.2.11 pr.; Pap. 3 resp. D. 46.1.51.2; Pomp. 2 Sab. D. 30.8.1; Diocl./Max. C. 8.40(41).23 (a.294). Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 355–358; *Schmieder*, Duo rei (2007) 81–84; *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 17 f.; *Voci*, IVRA 21 (1970) 146 f.; *Wolff*, St. Volterra III 751 f.; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 64 Fn. 131; *Liebs*, SZ 86 (1969) 182 f.; *Kaser*, RPR I 656 Fn. 5; *Kaser*, RPR II 454; *Fuenteseca Díaz*, AHDE 20 (1950) 260–264. A. A.: *Cantarella*, Fideiussione (1965) 131–133 – aber *Cantarella*, SDHI 35 (1969) 119-123 –; *Frezza*, Garanzie I (1962) 293–298; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 28 Fn. 4; *Collinet*, St. Albertoni I, 271–289.

[6] Quint. inst. 3.10.2. Zur verbalen Solidarobligation Paul. 69 ed. D. 2.11.5.1; vgl. zu *depositum* Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.44; *mandatum* Paul. 4 resp. D. 17.1.59.3; *tutela* Pap. 2 quaest. D. 11.2.2; Ulp. 13 ed. D. 26.7.25; Pap. 2 resp. D. 27.7.6; Gord. C. 5.51.5 (a.238); Alex. C. 7.55.1 (a.229); Gord. C. 7.55.2 (a.242); *quod vi aut clam* Ulp. 71 ed. D. 43.24.15.2; *fideiussio*: Gord. C. 8.40(41).16 (a.241); *actio iudicati* Paul. 16 resp. D. 42.1.43; Ulp. 8 disp. D. 49.1.10.3,4. Lit.: *Meffert*, Streitgenossenschaft (1947) 13–22, 45–88 – dazu *Apathy*, SZ 93 (1976) 457–465; *Kaser/Hackl*, RZ 208 f., 484; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 261 Fn. 923; *Schmieder*, Duo rei (2007) 170 Fn. 701, 203; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 63 f., 87 Fn. 92; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 202 Fn. 964; *Provera*, St. Sanfilippo IV, 649; *Voci*, IVRA 21 (1970) 87-90; *Levy*, Konkurrenz I (1918) 197–199 Fn. 6; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 251.

[7] Für gemeinsamen Ursprung mit dem *consortium Parenti*, Solidum (2012) 75 f., 125–164; *Archi*, SDHI 8 (1942) 208–213; vgl. außerdem *Harke*, Drittbeteiligung (2010) 1–16; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 164; *Cardilli*, Roma e America 28 (2009) 87; *González*, Obligaciones solidarias (1983) 37, 74 f., 89, 141–146, sowie unten Fn. 61.

einheitliches Regelungskonzept für schuldrechtliche Mehrpersonenverhältnisse existierte, ist fraglich (→ Rn. 14). Spätestens unter Justinian wurden die Rechtssätze des verbalen Musterfalls weitgehend auf andere Verhältnisse erstreckt. Inhaltlich tendierte Justinian zu einer umfassenden Gesamtwirkung anstelle der differenzierten Lösungen der Klassik.[8] Gesichert ist die Beseitigung der Prozesskonsumtion (→ Rn. 10). Ob das Konzept der Solidarobligationen zunehmend von der Vorstellung der *mutua fideiussio* oder der ἀλληλεγγύη beeinflusst wurde, ist fraglich.[9]

2. Ausgestaltung

a. Begründung

4 Zur Begründung einer verbalen Solidarobligation musste eine besondere Form eingehalten werden, unklassisch auch als *unitas actus* bezeichnet. Entscheidend war, dass alle Frageformeln ausgesprochen waren, bevor der erste Schuldner antwortete.[10] Diese strenge Form diente der Abgrenzung zu Bürgschaft und Novation und wurde auch später kaum aufgeweicht.[11] Kam eines der Schuldversprechen nicht zustande oder war unwirksam, berührte dies die Wirksamkeit der übrigen nicht.[12]

5 Inhaltlich mussten die Leistungsversprechen weitgehend identisch sein, was die Stipulationsformel durch ein *idem* oder *id* oder durch den Plural des Prädikats wider-

[8] Iust. C. 8.39.4(40.5) (a.531). Lit.: *Kaser*, RP II 456.

[9] *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 67–76; 85–87; *Parenti*, Solidum (2012) 23–30; *Fuenteseca Díaz*, AHDE 20 (1950) 242–274; *Cuq*, Mél. Cornil I 155–180; *Albertario*, Obbl. (1948) 219 f., 227 f., 233–235; *Frezza*, Er. Maridakis I, 133–140; *Archi*, Conferenze Pavia 330–335; *Cantarella*, Fideiussione (1965) 65 f., 77–164; *Feenstra*, Rec. Soc. Jean Bodin 28 (1974) 297–299, 323–325; *Kaser*, RP II 454; *Bonfante*, Scr. IV 568–587; zu weitgehend *González*, Obligaciones solidarias (1983) 155–164; dazu schon *Litewski*, Labeo 35 (1989) 249. Vgl. auch Fn. 17, 78.

[10] Inst. 3.16 pr.; Pomp. 24 Sab. D. 45.2.4; nicht entgegen steht Ulp. 46 Sab. D. 46.2.8.5. Zur zeitlichen Abfolge Ulp. 47 Sab. D. 45.2.3 pr.; Iul. 52 dig. D. 45.2.6.3; Ven. 2 stip. D. 45.2.12 pr. Zum *servus communis* Gai. 3 verb. obl. D. 45.3.28.2; Paul. 72 ed. D. 45.3.29. Lit.: *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 7–14; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 73–76, 80–87; *Schmieder*, Duo rei (2007) 54–69, 78–80, 226; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 170–173; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 1–4; *Albertario*, Obbl. (1948) 36–45; *Apathy*, Animus (1975) 78 Fn. 6, 106–113, 275; *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 272 f.

[11] Ulp. 47 Sab. D. 45.2.3 pr. Für strenge formale Alleinstellung der Solidarstipulation *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 75, 80, 85 f.; *Schmieder*, Duo rei (2007) 75–78; *González*, Obligaciones solidarias (1983) 63–68; *Apathy*, Animus (1975) 76–80; *Apathy*, RIDA 18 (1971) 398, 400; *Kaser*, AI 278 f. In Randbereichen Abgrenzung nach *voluntas Finkenauer*, SZ 130 (2013) 170–173; *Voci*, BIDR 68 (1965) 164–166; *Frezza*, Garanzie I (1962) 26 f. Für zeitliche Differenzierung *Albertario*, Obbl. (1948) 37–45; vgl. auch Fn. 90. Zu *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 111–123 (Nichtigkeit der zweiten *stipulatio de eadem re*) *Litewski*, IVRA 24 (1973) 336; *Apathy*, SZ 92 (1975) 340 f.

[12] Paul. 10 quaest. D. 45.1.128; Iul. 52 dig. D. 45.2.6 pr.,2; Ulp. 1 resp. D. 45.2.8; Ven. 2 stip. D. 45.2.12.1. Lit.: *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 76–78; *Schmieder*, Duo rei (2007) 54; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 59–61.

spiegelt.[13] Kleinere Abweichungen, etwa durch Bedingungen oder Befristungen, waren aber zulässig.[14]

Zur urkundlichen Fixierung dienten wohl Klauseln wie *singulos in solidum spopondisse*, *ita ut duo rei promittendi fierent* oder *ita ut duo rei stipulandi essent*. Versäumte der Gläubiger diese Klarstellung, riskierte er bei Auslegungszweifeln die Teilung der Forderung.[15] 6

b. Regress

Eine eigenständige Regressklage zogen die verbalen Solidarobligationen nicht nach sich. Ein Innenausgleich fand nur über besondere Rechtsbeziehungen, etwa eine *societas*, statt.[16] Die Ausweitung der Regressmöglichkeiten, die in anderen Fällen wohl schon in der Klassik einsetzte, erfasste die verbalen Solidarobligationen nicht.[17] 7

[13] Inst. 3.16 pr.; Pomp. 24 Sab. D. 45.2.4; zum *servus communis* Paul. 72 ed. D. 45.3.29; Pomp. 3 Q. Muc. D. 45.3.37. Lit.: *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 73 f.

[14] Inst. 3.16.2; Flor. 8 inst. D. 45.2.7; Pap. 27 quaest. D. 45.2.9.1,2; Iul. 22 dig. D. 45.2.5; Gai. 2 verb. obl. D. 45.2.15. Vgl. auch Iul. 34 dig. D. 46.3.34.11. Lit.: *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 14–26; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 78, 87–91; *Schmieder*, Duo rei (2007) 36–54, 141; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 167–170; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 176–185; *Albertario*, Obbl. (1948) 33–36; *Pulitanò*, Luogo (2009) 250–252; *Emunds*, Drittleistung (2007) 333–336.

[15] Pap. 11 resp. D. 45.2.11.1,2; auch *utriusque fidem in solidum secutus* (Pap. 27 quaest. D. 45.2.9 pr., *depositum*) bzw. *singulorum in solidum intuitum personam* (Marcell. 6 dig. D. 19.2.47, *emptio venditio* bzw. *locatio conductio*). Vgl. auch P.Ital. 30; P.Ital. 34. Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 442–445, vgl. aber 427 Fn. 248; *Schmieder*, Duo rei (2007) 69–75, 336 f., 356–362, 370; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 78-80; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 173; *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 79; *Harke*, Diocletian (2019) 113 f.; *Harke*, Drittbeteiligung (2010) 9–11; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 69 Fn. 48; *Levy*, Konkurrenz I (1918) 181 f.; *Bortolucci*, Scr. Mancaleoni 120 f. Fn. 9; a. A. für die Klassik *Albertario*, Obbl. (1948) 61–73. Zu Parteiwillen und Urkundenpraxis *Babusiaux*, Quod actum (2006) 259–261.

[16] Arg. ex Paul. 69 ed. D. 2.11.5 pr.; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.3.3; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 34.3.29; Paul. 4 quaest. D. 46.1.71 pr. a. E.; Pap. 28 quaest. D. 46.8.1; Paul. 3 Plaut. D. 46.8.14. Lit.: *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 51–58; *Parenti*, Solidum (2012) 30–34; *Archi*, Conferenze Pavia 243–259, 291 f.; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 178 f.; *Schmieder*, Duo rei (2007) 161–163; *González*, Obligaciones solidarias (1983) 149–153; *Wesener*, Labeo 11 (1965) 350 f., 354 f.; *Kaser*, RP I 659.

[17] Zur Bürgschaft → Rn. 26, 34; zu Kreditmandat und *tutela* → Rn. 13; zum *mutuum* Diocl./Maxim. C. 4.2.12 (a.294); C. 8.39.1.1(40.2.1) (a.287); dazu wohl zu sehr verallgemeinernd *Harke*, Diocletian (2019) 308–311; *Provera*, Scr. Guarino V 2491-2506; vgl. auch *Kaser*, RP II 456 f. Umstritten Marcell. 6 dig. D. 19.2.47 (*actio empti* bzw. *locati*) und Pap. 8 quaest. D. 21.2.65; dazu *Parenti*, Solidum (2012) 426–428; 430–440; *Schmieder*, Duo rei (2007) 188–195; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 191 f.; *Ankum*, Extravagantes 127–132; *Archi*, Conferenze Pavia 283–285 Fn. 84, 292–299; *Wacke*, Index 3 (1972) 468–470; *Schulz*, Rückgriff (1907) 16 f., 20–22; *Meier*, Drittbeteiligung (2010) 52. Dass der Regress unter Justinian generell über das Konzept der ἀλληλεγγύη verwirklicht wurde (*Albertario*, Obbl. (1948) 227 f.), bleibt Vermutung (vgl. auch *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 77–80; Fn. 9, 78).

c. Wirkungen

8 Das zentrale Problem aller Solidarverhältnisse liegt in der Drittwirkung.[18] Für die aktive Solidarität wird in den Quellen auch problematisiert, ob die Verfügungsgewalt eines Gläubigers durch die Position der Mitgläubiger eingeschränkt war.[19] Im Übrigen dürften für Gläubiger- und Schuldnermehrheiten häufig die gleichen Erwägungen gelten.[20]

9 Erfüllung,[21] *acceptilatio*[22] und Novation[23] ließen stets das gesamte Solidarschuldverhältnis erlöschen, möglicherweise auch eine *dotis dictio*.[24] Dagegen blieb beim Zusammentreffen von Gläubiger- und Schuldnerstellung die Verpflichtung des Mitschuldners unberührt; beim Zusammenfallen verschiedener Schuldner- oder Gläubigerpositionen (sog. unechte Konfusion) konkurrierten alle Klagen in einer Person.[25] Die *capitis deminutio* eines Schuldners hatte keine Auswirkungen auf die Klage gegen den anderen.[26]

10 Mit der *litis contestatio* erlosch im klassischen Recht das gesamte Solidarschuldverhältnis (sog. Prozesskonsumtion). Wie diese Gesamtwirkung zu erklären ist, ist umstritten.[27] Erst Justinian hob die Prozesskonsumtion auf und ließ Nachforderungs-

---

[18] Umfassend *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 39–72; *Schmieder*, Duo rei (2007) 80–161; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 173–178; *Albertario*, Obbl. (1948) 150–204.

[19] Ven. 3 stip. D. 46.2.31.1; Paul. 3 ed. D. 2.14.27 pr. Dazu Fn. 23.

[20] Inst. 3.16 pr.,1; Paul. 13 ed. D. 4.8.34 pr.; Iav. 3 Plaut. D. 45.2.2; Ulp. 46 Sab. D. 46.1.5; Scaev. quaest. publ. tract. sing. D. 46.3.93 pr.,1; Just. C. 8.39.4(40.5) (a.531). Vgl. aber zur Restitution beim *SC Vellaeanum* → Rn. 12. Lit.: *Harke*, Drittbeteiligung (2010) 1–15; *Schmieder*, Duo rei (2007) 30.

[21] Inst. 3.16.1; Ulp. 47 Sab. D. 45.2.3.1; Ven. 3 stip. D. 46.2.31.1; Iul. 34 dig. D. 46.3.34.1,11. Lit.: Wie Fn. 18; *Emunds*, Drittleistung (2007) 237-239; *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 98 f.

[22] Inst. 3.16.1; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 34.3.29; Iav. 3 Plaut. D. 45.2.2; Ven. 3 stip. D. 46.2.31.1; Ulp. 50 Sab. D. 46.4.13.12; Ulp. 7 disp. D. 46.4.16 pr.; vgl. auch Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.27.2; Mod. praescr. sing. D. 5.2.12.3; Iul. 33 dig. D. 30.82.5; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.3.3; Ausnahme: Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.1. Lit.: Wie Fn. 18; *Parenti*, Solidum (2012) 45; *Harke*, Drittbeteiligung (2010) 13 f.

[23] Bei Solidargläubigern, sofern sie die Befugnis dazu hatten: Paul. 3 ed. D. 2.14.27 pr.; Ven. 3 stip. D. 46.2.31.1; fraglich Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.11; Afr. 8 quaest. D. 16.1.20. Lit.: Wie Fn. 18; *Harke*, Drittbeteiligung (2010) 11–13; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 99–101; *Bonifacio*, Novazione (1959) 161–164.

[24] Ven. 3 stip. D. 46.2.31.1. Lit.: Wimmer, SZ 136 (2019) 358 f.

[25] Konfusion: Afr. 7 quaest. D. 46.1.21.4; Paul. 4 quaest. D. 46.1.71 pr. (*iusta dubitatio*). Unechte Konfusion: Ven. 3 stip. D. 45.2.13; Ulp. 46 Sab. D. 46.1.5; Scaev. quaest. publ. tract. sing. D. 46.3.93 pr.; bei § 1 ist ein *non* zu ergänzen. Lit.: Wie Fn. 18; *Marino*, BIDR 111 (2017) 209–218; *Parenti*, Solidum (2012) 44; *Kieß*, Confusio (1995) 67–71; *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 133–135.

[26] Pomp. 37 Q. Muc. D. 45.2.19. Lit.: Wie Fn. 18; *De Martino*, Garanzie (1940) 97–99; *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 47; *Harke*, Drittbeteiligung (2010) 14.

[27] Pap. 4 quaest. D. 45.1.116 (*e contrario*); Gai. 3 verb. obl. D. 45.2.16; Ven. 3 stip. D. 46.2.31.1; Iust. C. 8.40(41).28.2 (a.531) (*e contrario*). Fraglich Ulp. 80 ed. D. 21.2.51.4; Iav. 3 Plaut. D. 45.2.2. Nicht aussagekräftig Ulp. 46 Sab. D. 46.1.5. Wohl itp. Diocl./Max. C. 8.40(41).23 (a.294) und Pomp. 2 Sab. D. 30.8.1. Lit.: Wie Fn. 18; vertieft *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 4–38; *Sacconi*, Obbli-

klagen zu („Solutionskonkurrenz"). Ob seine Reform auch für aktive Solidarobligationen galt, ist umstritten.[28]

Einreden wurden unterschiedlich behandelt. Die *exceptio iurisiurandi* wirkte auch für und gegen die am Eid unbeteiligten Parteien.[29] Einheitlich wurde – von Justinian – auch die *praescriptio longi temporis* behandelt.[30] Die *exceptio senatusconsulti Macedoniani* konnte zwar der Haussohn gegenüber allen Gläubigern, aber nicht in jedem Fall auch seine Mitschuldner geltend machen.[31] Eine *exceptio pacti* musste sich ein Solidargläubiger nur aus eigenen *pacta* entgegenhalten lassen,[32] Solidarschuldnern stand sie dagegen auch aus fremden Abreden zu, wenn zwischen den Schuldnern ein regressfähiges Innenverhältnis bestand.[33] Auch die Aufrechnungsmöglichkeit des einen Schuldners kam dem anderen – Kraft einer *exceptio doli* – nur dann zugute, wenn die Schuldner *socii* waren.[34] **11**

Ein *constitutum* hatte insofern Gesamtwirkung, als nur noch an den beteiligten Gläubiger mit befreiender Wirkung geleistet werden konnte.[35] Die *restitutio* führte zur Wiederherstellung der gesamten Solidarobligation; die Befugnis zur judizialen Restitution nach verbotswidriger Interzession stand aber nur dem Interzessionsgläubiger zu.[36] Dagegen hatten die Folgen des Verzugs, insbesondere die *perpetuatio obligationis*, nur Einzelwirkung.[37] Ob dasselbe galt, wenn die geschuldete Sache durch das Ver- **12**

---

ganzioni solidali (1973) 4–10, 129–133; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 18–23, 41 Fn. 17 f., 250–263; *Liebs*, SZ 86 (1969) 169–191; *Kaser/Hackl*, RZ 80 f., 301–307; *Levy*, Konkurrenz I (1918) 77, 79, 173–190, 375–381; außerdem jetzt *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 39–41. Zu nichtverbalen Solidarobligationen und zur Korrealitätsdiskussion → Rn. 13 f.

[28] Iust. C. 8.40(41).28 (a.531). Lit.: Wie Fn. 27; *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 63–65; *Litewski*, Labeo 24 (1978) 301–303; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 38–44, 60–67, 83–85, 247; *Kaser/Hackl*, RZ 615–617; *Kaser*, RP II 455 f.; *Albertario*, Scr. Mancaleoni, 3–13; *Albertario*, Obbl. (1948) 90–95.

[29] Paul. 18 ed. D. 12.2.28. pr.,3. Die Unterscheidung *in rem* / *in personam* ist hier wohl unerheblich. Lit.: Wie Fn. 18; *Harke*, Eid (2013) 86 f.

[30] Iust. C. 8.39.4(40.5) (a.531). Lit.: *Albertario*, Obbl. (1948) 174 f.; *Kaser*, RP II 456 Fn. 20.

[31] Ulp. 29 ed. D. 14.6.7.1,7. Lit.: *Schmieder*, Duo rei (2007) 159 f.

[32] Paul. 3 ed. D. 2.14.27 pr.; Scaev. quaest. publ. tract. sing. D. 46.3.93 pr. Lit. wie Fn. 33 und Wimmer, SZ 136 (2019) 359 Fn. 9; außerdem → § 107 Rn. 13.

[33] Paul. 3 ed. D. 2.14.21.5; D. 2.14.25 pr.; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.3.3; Pap. 27 quaest. D. 45.2.9.1; Paul. 4 quaest. D. 46.1.71.1; Iul. 54 dig. D. 46.3.34.11. Die Unterscheidung *pacta in personam* und *in rem* dürfte dabei keine Rolle gespielt haben. Lit.: Wie Fn. 18; *Parenti*, Solidum (2012) 45 f. Fn. 174, 496; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 118–121; *Meier*, Drittbeteiligung (2010) 52–54. A. A. *Harke*, Drittbeteiligung (2010) 14; historisch differenzierend *Albertario*, Obbl. (1948) 175–188. S. auch → § 107 Rn. 13.

[34] Pap. 37 quaest. D. 45.2.10. Lit.: Wie Fn. 18; *Parenti*, Solidum (2012) 48 Fn. 178.

[35] Paul. 29 ed. D. 13.5.10. Lit.: Wie Fn. 18; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 95, 97–102, 109; *Frezza*, Garanzie I (1962) 266–268; *Willems*, Mél. Cornil II, 613–624.

[36] Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.27.2; Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.11; Afr. 8 quaest. D. 16.1.20. Lit.: *Kaser*, SZ 94 (1977) 175 f.; *Kupisch*, Restitutio (1974) 44–49.

[37] Marcian. 4 reg. D. 22.1.32.4; Paul. 6 Plaut. D. 50.17.173.2. Lit. wie Fn. 38; *Albers*, Perpetuatio (2019) 62.

schulden eines der Mitschuldner unterging, ist umstritten.[38] Auch Strafstipulationen banden nur die jeweils Beteiligten, wenn nicht im Innenverhältnis eine *societas* bestand.[39]

3. Nichtverbale Solidarobligationen

13 Zu den Klagen aus nichtverbalen Solidarverhältnissen ist die Quellenlage prekär und erlaubt nur punktuelle Aussagen.[40] Dabei lässt sich – aktionenübergreifend – eine Entwicklung vom grundsätzlichen Vorrang der solidarischen Haftung hin zur Teilung (sog. *beneficium divisionis*) in zunehmend mehr Einzelfällen verfolgen.[41] Sehr wahrscheinlich wurde diese Frage in einigen Fällen schon in der Klassik nach dem Parteiwillen entschieden;[42] zu berücksichtigen ist insoweit auch die Frage der Teilbarkeit.[43] Klassisch dürften auch das Regressrecht mittels erzwungener Klagenzession beim Kreditmandat (→ § 82 Rn. 59), möglicherweise auch bei der *tutela* (→ § 84 Rn 111; § 83 Rn 43), und das Fehlen der Prozesskonsumtion bei einigen *bonae fidei iudicia*[44] sein.

[38] Pomp. 5 Plaut. D. 45.2.18. Lit.: Für Gesamtwirkung der *culpa Albers*, Perpetuatio (2019) 62 f.; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 66–68; *Harke*, Drittbeteiligung (2010) 14 f.; wohl auch *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 178; für die Klassik ebenso *Albertario*, Obbl. (1948) 199–204; *Albertario*, FS Wenger I, 85–90; skeptisch *Schmieder*, Duo rei (2007) 149–157.

[39] *Cautio ratam rem habiturum*: Pap. 28 quaest. D. 46.8.1; Paul. 3 Plaut. D. 46.8.14. Strafstipulation beim *compromissum*: Paul. 13 ed. D. 4.8.34 pr. *Exceptio* bei einer *cautio vadimonium sisti*: Paul. 69 ed. D. 2.11.5 pr. Lit.: Wie Fn. 18; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 177–122.

[40] Übersicht bei *Schmieder*, Duo rei (2007) 296 f.; zu Solidarhaftung oder Teilung *Parenti*, Solidum (2012) 329–539; außerdem *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 26–33; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 174, 189–199; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 172–181, 185–274; *Schmieder*, Duo rei (2007) 164–221, 262–295; *González*, Obligaciones solidarias (1983) 74–84, 89–140; *Archi*, SDHI 8 (1942) 216–245; *Albertario*, Obbl. (1948) 47–61, 103–126, 217–219; *Levy*, Konkurrenz I (1918) 193–331, 381–412; *Levy*, Konkurrenz II (1922) 238–254; speziell zu nichtverbalen Kontrakten *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 51–105, 188–200; *Sacconi*, Index 15 (1987) 430 f.; *Litewski*, IVRA 24 (1973) 335–338; *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 20 f.; *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 119–139; *Frezza*, Garanzie I (1962) 224–229; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 110–122; speziell zum Legat *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 21; zur *tutela Voci*, IVRA 21 (1970) 71–122, 140-154; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 202 f.; *Archi*, Conferenze Pavia 300–302, 306 f., 313 f., 325–328; *Levy*, SZ 37 (1916) 14–88; *Meier*, Drittbeteiligung (2010) 54–57; zu weiteren Fällen *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 67–73, 132–140, 181–183, 247–252; *Litewski*, Labeo 24 (1978) 303–312; *Wacke*, Index 3 (1972) 466–471; *Harke*, Drittbeteiligung (2010) 5–11; *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 61 f.

[41] *Parenti*, Solidum (2012), insbes. 329–551.

[42] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.43,44; Paul. 4 resp. D. 17.1.59.3; Marcell. 6 dig. D. 19.2.47; Pap. 27 quaest. D. 45.2.9 pr.; Paul. 4 quaest. D. 46.1.71 pr. Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 341, 347, 420–422, 441 f., 479–486, 500–505, 514–531, 549 f.; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 190; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 173; *Schmieder*, Duo rei (2007) 216–221; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 76 f.; *Albertario*, Obbl. (1948) 64–66; *Branca*, ACI Verona III, 325–330; *Sacconi*, Index 15 (1987) 430. Vgl. auch Fn. 15.

[43] *Parenti*, Solidum (2012) 337–347, 355–364, 393–395, 433–436; *Schmieder*, Duo rei (2007) 293–295.

4. Konzepte

Jedes dogmatische Modell, das die Mehrpersonenverhältnisse nach einem umfassenden Konzept erfassen soll, muss erklären, weshalb für verschiedene Klagen unterschiedliche Regelungen belegt sind, insbesondere für die Wirkungsweise der *litis contestatio*. Die lange Zeit sehr prominente Unterteilung in Korrealobligationen (mit Prozesskonsumtion) und (einfache) Solidarobligationen (ohne Prozesskonsumtion)[45] hat sich hierzu als ebenso unfruchtbar erwiesen wie die Frage nach Einheit oder Mehrheit der Solidarobligationen.[46] Eine allgemein anerkannte Lösung ist nach wie vor nicht gefunden. Aus jüngerer Zeit stehen sich das Modell eines aktionenrechtlichen Regelungsschemas[47] und zwei historisch orientierte Betrachtungen gegenüber. Von den Letzteren konzentriert sich die eine auf die Frage nach Solidarhaftung oder Teilung und beobachtet eine allmähliche Verschiebung zu Gunsten der Teilung.[48] Das andere Entwicklungsmodell geht davon aus, dass die Mehrpersonenverhältnisse verschiedener Aktionen zunächst isoliert behandelt wurden, sich aber die Fälle, in denen es bei der Solidarität verblieb,[49] einander zunehmend anglichen.[50] Als Topoi der Einzelfalldis- 14

[44] Ulp. 24 ed. D. 11.6.3 pr.; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.15; Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.43; Pomp. 17 Sab. D. 26.7.18.1; Pap. 12 quaest. D. 26.7.38 pr.; Pap. 11 resp. D. 46.1.52.3; Diocl./Max. C. 8.40.23 (a.294); Iust. C. 8.40.28 pr. (a.531); Paul. sent. 2.17.16; fraglich Scaev. 1 resp. D. 17.1.60.2; Ulp. 1 disp. D. 27.3.15; Mod. 13 resp. D. 46.1.41.1. Lit.: Differenziert *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 225–269; daneben *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 37–39; 41–51; *Parenti*, Solidum (2012) 447–451; *Schmieder*, Duo rei (2007) 165–168, 173–180, 204–208; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 189–195, 197–199; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 56–61, 67, 93–95, 193–199; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 184–186, 247–250; *Litewski*, RHD 54 (1976) 149–175; *Seiler*, Tatbestand (1968) 180–184, 188; *Wieling*, SZ 102 (1985) 320; *Kaser/Hackl*, RZ 306 Fn. 41; *Kaser*, RP I 658 f.; *Didier*, RHD 54 (1976) 69; anders noch *González*, Obligaciones solidarias (1983) 89–106, dazu *Litewski*, Labeo 35 (1989) 245, 247 f. Vgl. auch → § 79 Rn. 26; § 85 Rn. 50; § 86 Rn 20.

[45] Dazu *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 33–37; *Parenti*, Solidum (2012) 12–20; *Schmieder*, Duo rei (2007) 27–29; 32–34; *González*, Obligaciones solidarias (1983) 29–36; *Archi*, Conferenze Pavia 260 f. Fn. 36; *Albertario*, Obbl. (1948) 75–103, 121 f.; *Kaser*, RP I 659. S. auch zur ἀλληλεγγύη Fn. 9.

[46] Z. B. *unum debitum / una obligatio*: Paul. 26 ed. D. 2.14.9 pr.; Pap. 4 quaest. D. 45.1.116; Iav. 3 Plaut. D. 45.2.2; Ulp. 47 Sab. D. 45.2.3.1; Pap. 27 quaest. D. 45.2.9.1; *plures obligationes*: Ulp. 47 Sab. D. 45.2.3 pr.; Ven. 3 stip. D. 45.2.13; Ulp. 46 Sab. D. 46.1.5. Lit.: *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 17f; 19; 34 f. Fn. 90; *Parenti*, Solidum (2012) 20–23; *Cardilli*, Roma e America 28 (2009) 89; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 41 Fn. 179; *Schmieder*, Duo rei (2007) 31 Fn. 33; 32 f.; *Litewski*, Labeo 35 (1989) 246; *Litewski*, IVRA 24 (1973) 336; *Apathy*, SZ 92 (1975) 340; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 21; *Kaser*, RP I 659; vgl. aber noch *González*, Obligaciones solidarias (1983) 52–62, 175 f., 179 f.; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 52, 123; *Branca*, St. De Francisci III 140–161; *Albertario*, Obbl. (1948) 24–28; *Lucifredi Peterlongo*, Unità (1941).

[47] *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 1–3, 38 f., 170 f., 275 f.; vgl. auch *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 107–110, 175, 188–190; *González*, Obligaciones solidarias (1983) 19–39, 89–92, 177–179.

[48] *Parenti*, Solidum (2012) 70–74, 312–327, 541–551.

[49] Deshalb nur eingeschränkt z. B. für Bürgschaft, Kreditkonstitut, *tutela*: *Schmieder*, Duo rei (2007) 216, 254 f., 268–274.

[50] Zur Entwicklung Cels. 16 dig. D. 31.16; Pap. 27 quaest. D. 45.2.9 pr.; Iust. C. 8.40.28 (a.531);

kussionen lassen sich in den Quellen das Regressrecht,[51] die Frage, ob nur die einzelne Person oder auch die Sache betroffen ist,[52] der Parteiwille,[53] die Erfüllungsähnlichkeit[54] und möglicherweise auch Schutzzweckgesichtspunkte[55] ausmachen.[56]

II. Bürgschaftsstipulationen

15 Bürgschaftsstipulationen in den Formen der *sponsio*, *fidepromissio* und *fideiussio*[57] waren wegen der hohen Bedeutung der persönlichen Ehre und der Schärfe der römischen Personalvollstreckung effektiv und weit verbreitet.[58] Entsprechend reich sind die Nachweise.[59] Dennoch lässt sich die Formel der Bürgschaftsklage nicht zuverlässig rekonstruieren. Die überlieferten *praescriptiones* lassen nur mittelbare Schlüsse zu.[60]

Nov. 99. Lit.: *Schmieder*, Duo rei (2007) 321–333, 372 f.; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 165–167, 199–202; vgl. auch *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 5–7; 26 f.; 59–62; 80–86; *Cardilli*, Roma e America 28 (2009) 93–97; *Archi*, SDHI 8 (1942) 206–210.

[51] Nachweise Fn. 16; vgl. auch *Parenti*, Solidum (2012) 44 f. Fn. 171, 407 f., 424, 487–491, 505, 550; *Schmieder*, Duo rei (2007) 318 f., 330, zur *exceptio pacti*, zur Aufrechnungslage und zu Strafstipulationen → Rn. 11f.

[52] Pomp. 37 Q. Muc. D. 45.12.19. Zu *iusiurandum* und *pactum in rem / in personam* → Rn. 11.

[53] Vgl. zu Ulp. 23 Sab. D. 34.3.3.3 *Parenti*, Solidum (2012) 46 f. Fn. 176 sowie → Rn. 13.

[54] Zur *acceptilatio*: Ulp. 7 disp. D. 46.4.16 pr.; zur *novatio* Ven. 3 stip. D. 46.2.31.1; zur *confusio* Paul. 4 quaest. D. 46.1.71 pr.; zum *constitutum* Paul. 29 ed. D. 13.5.10. Lit.: *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 7, 10, 21, 34 f., 44, 46, 54, 91; *Schmieder*, Duo rei (2007) 99, 103, 119, 145; *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 47; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 99–101; *Liebs*, SZ 86 (1969) 177 f.; *Albertario*, Obbl. (1948) 149, 153, 165 f.; *Kieß*, Confusio (1995) 60–63, 69 f., 176–189, 194; *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 132 f.

[55] Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.1; dazu *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 45; vgl. auch *Parenti*, Solidum (2012) 329, 350 f., 371 f. 447, 459, 465, 486 f., 506–513, 550.

[56] Vgl. zur Bürgschaft → Rn. 36, 38.

[57] Zur Terminologie *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 468–485; *De Martino*, Garanzie (1940) 11–21, 23–29, 109; *Flume*, Studien (1932) 11–14, 52–62; *Levy*, Sponsio (1907) 1–28; *Arangio-Ruiz*, BIDR 65 (1962) 197–210. Vgl. auch Fn. 61; zu *accessio* und *adpromissio* auch *Marino*, Pegno (2018) 91–113; *Solazzi*, BIDR 38 (1930) 1–28; *Platschek*, FS Bürge, 354 Fn. 27, 355 Fn. 29 und → Rn. 36.

[58] Gai. 3.117; vgl. aber auch Pomp. 11 Sab. D. 50.17.25. Lit.: *De Martino*, Garanzie (1940) 7-9; *Feenstra*, Rec. Soc. Jean Bodin 28 (1974) 311; *Triantaphyllopoulos*, RHD 39 (1961) 516 f.; *Kaser*, RP I 660 f.; zu Personal- und Realsicherheiten in den pompejanischen Urkunden *Bove*, RHD 62 (1984) 537–552.

[59] Titel Inst. 3.20; D. 46.1; C. 8.40. Geschäftsurkunden in den pompejanischen, herkulanensischen und dakischen Funden; literarische Nachweise z. B. Cic. Att. 12.14.2; 12.17; 12.19.2; Cic. fam. 6.18.3; Plin. epist. 1.14.10. Lit.: *Schmieder*, Duo rei (2007) 337–339, 355–364; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 165–169; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 143–154; *Briguglio*, BIDR 100 (1997) 700 Fn. 6; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 79 f., 97–100, 133–140, 145; *Wolf*, IVRA 49 (1998) 25–39; *Bortolucci*, BIDR 17 (1905) 265–316; *Benöhr*, St. Talamanca I, 203–219; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 110, 155 f., 479–484; *Şotropa*, Droit romain (1990) 203, 209–212.

[60] Gai. 4.137. Vgl. auch → § 72 Rn. 14. Lit.: *Lenel*, EP 151–154, 214–219; *Steiner*, Solidarobligati-

1. Entwicklung

Die Ursprünge der Bürgschaft liegen im Dunkel. Sicher ist die älteste der Bürgschaftsstipulationen die *sponsio*.[61] Die zu ihrer Begründung verwandte Formel „*idem* (oder *id*[62]) *dari spondes*“ blieb römischen Bürgern vorbehalten.[63] Für den Verkehr mit Peregrinen wurde die *fidepromissio* mit der Stipulationsformel „*idem fide promittis*“ entwickelt.[64] **16**

Sponsio und *fidepromissio* konnten nur verbale Hauptforderungen sichern und waren nicht vererblich.[65] Für beide galten die republikanischen Bürgschaftsgesetze, deren genaue Abfolge und Alter ungewiss sind:[66] Die *Lex Publilia* zum Regressrecht des *sponsor* (→ Rn. 26), die *Lex Apuleia* zum Innenausgleich unter Mitbürgen (→ Rn. 34), die *Lex Furia* zur zeitlichen Beschränkung der Haftung auf zwei Jahre[67] und zur Haftungs- **17**

---

onen (2009) 93–100; *Steiner*, SZ 123 (2006) 185–196; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 72 f., 143; *Selb*, Formeln (1974) 16, 21–28, 46, 48; *Kupisch*, SZ 93 (1976) 451–456; *Beretta*, Scr. Ferrini beatif. I 82–97; *Hackl*, Praeiudicium (1976) 43–55; *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 278 f. Fn. 7; vgl. auch *Varvaro*, ASGP 47 (2002) 379–389. Zum Klagenbestandteil *oportere ex fide bona Kaser*, SZ 83 (1966) 11–17, 44; *Wieacker*, SZ 80 (1969) 1–41. Formelrekonstruktion für Libralzahlung des Bürgen bei *Kaser*, SZ 100 (1983) 102; Formelrekonstruktionen zum *praeiudicium legis Cicereiae* bei *Triantaphyllopoulos*, Lex Cicereia II (1959) 100–106.

[61] Vgl. Gai. 3.92; Gai. 3.116; Quint. decl. 273.3. Die Ursprünge sind sehr umstritten; Übersicht mwN. bei *Marino*, Pegno (2018) 114 f.; *Parenti*, Solidum (2012) 75–125, 153–164, 181 f.; *Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 95 Fn. 3, 4; 105 f.; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 11–13 Fn. 15; außerdem *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 106 f., 163 f.; *Fuenteseca Degeneffe*, BIDR 39 (1997) 482–485; *Apathy*, RIDA 18 (1971) 405–422; *Biondi*, BIDR 65 (1962) 107 f., 119–127; *Pastori*, Appunti (1961) 9–157; *Pastori*, SDHI 13/14 (1947/1948) 218–234; *De Martino*, SDHI 6 (1940) 132–158; *De Martino*, Studi II (1938) 1–4, 20–61 [223–226, 242–283]; *Kaser*, AI 256–280; *Boulvert*, Et. Audinet 13–15; *Bonifacio*, Novazione (1959) 15–18. Weitere Lit. zum Problemkreis Fn. 172; vgl. auch → § 21 Rn. 3–5.

[62] Iul. 53 dig. D. 46.1.16 pr. Lit.: *Levy*, Sponsio (1907) 20, 30; *De Martino*, Garanzie (1940) 21; s. auch Fn. 70.

[63] Vgl. Gai. 3.93.

[64] Gai. 3.116. Lit.: *Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 107–115; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 154 f., 160; *Feenstra*, Et. Macqueron, 307; *Feenstra*, Rec. Soc. Jean Bodin 28 (1974), 313 f.; *Wieacker*, SZ 80 (1963) 13 f., 18 f.; *Frezza*, Garanzie I (1962) 11 f.; *Triantaphyllopoulos*, RHD 39 (1961) 501; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 150 Fn. 9; vgl. auch *Kaser*, SZ 101 (1984) 26–28.

[65] Gai. 3.119 f.; Gai. 4.113. Lit.: Wie Fn. 86; außerdem *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 163 f.; *Triantaphyllopoulos*, Mél. Seston, 473–480; *Kaser*, AI 263 f.; *Levy*, Sponsio (1907) 45–57, 136 f.; *De Martino*, Studi II (1938) 44 f. [267 f.]. Zum peregrinen *fidepromissor Sturm*, IVRA 29 (1978) 151–156.

[66] *Fascione*, SDHI 82 (2016) 371 Fn. 33, 376; *Fascione*, SDHI 81 (2015) 371–30; *Chemain*, Argent (2015) 241–311; *Parenti*, Solidum (2012) 165–169, 184 f., 191 f. Fn. 103, 197–200, 219 f., 245; *Elster*, Gesetze (2003) 162–164, 464–471; *Neumann*, Bürgenregress (2011) 125, 127; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 164 f., 173–182, 194 f.; *Parenti*, Labeo 48 (2002) 104 Fn. 1; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 216 f. Fn. 22; *Frezza*, Garanzie I (1962) 14–21; *Triantaphyllopoulos*, RHD 39 (1961) 501–519; *Appleton*, SZ 26 (1905) 1–43; *Levy*, Sponsio (1907) 58–68; *Kaser*, SZ 100 (1983) 106 Fn. 99, 119 Fn. 142; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 44 Fn. 11; *Kaser*, Scr. Guarino VII 3161 Fn. 47; *Archi*, Conferenze Pavia 264 Fn. 41; *Wesener*, Labeo 11 (1965) 342 Fn. 6, Fn. 10; *Rotondi*, Leg. publ. 246, 362 f., 473, 475–477, 506. S. auch → § 6 Rn. 41.

[67] Gai. 3.121; vgl. aber Cic. Att. 12.17. Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 194–197, 200–203; *Macqueron*,

teilung unter Mitbürgen (→ Rn. 33) sowie die *Lex Cicereia* zur öffentlichen Bekanntgabe der Anzahl der zu bestellenden Bürgen.[68] Die Unterschiede zwischen *sponsio* und *fidepromissio* waren offenbar gering.

18 Anders ist dies bei der jüngsten der Bürgschaftsstipulationen, der *fideiussio*.[69] Ihre Formel lautete: „*Id* (oder *idem*) *fide tua esse iubes*".[70] Sie konnte nicht nur verbale, sondern alle Arten von Forderungen absichern; die Haftung des *fideiussor* war vererblich.[71] Die Privilegien der Bürgschaftsgesetze kamen dem *fideiussor* nicht zugute.[72] Allerdings wurde auf Grundlage einer *epistula Hadriani* auch unter *fideiussores* die Haftung nach Kopfquoten geteilt (→ Rn. 33). Insgesamt soll sich nach Gaius die Rechtsstellung des *fideiussor* erheblich von derjenigen eines *sponsor* oder *fidepromissor* unterschieden haben – eine Aussage, deren Tragweite sehr umstritten ist.[73]

Annales de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence 50 (1957) 113–116; *Levy*, Sponsio (1907) 71–74; *Benöhr*, St. Talamanca I, 208–210; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 168; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 174; *Triantaphyllopoulos*, RHD 39 (1961) 505 f.; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 45.

[68] Gai. 3.123. Vgl. auch Cic. Att. 12.17 (*tabulae consponsorum*). Lit.: *Chemain*, Argent (2015) 281–289; *Parenti*, Solidum (2012) 218–235; *Triantaphyllopoulos*, Lex Cicereia, 2 Bde. (neugriechisch); dazu *Wubbe*, SZ 79 (1962) 457–465; *Triantaphyllopoulos*, RHD 39 (1961) 508–515; *Hackl*, Praeiudicium (1976) 257–276; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 177–181; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 118 f., 162 f., 167 f.; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 48 Fn. 28; *Flume*, Studien (1932) 19–24. Abweichend zum Zweck der *Lex Cicereia Levy*, Sponsio (1907) 76–87; dazu schon *Wenger*, SZ 28 (1907) 491 f.

[69] Zu Datierung und Entstehung Übersicht mwN. bei *Parenti*, Solidum (2012) 247–254, 268 Fn. 335, 336; *Parenti*, Index 38 (2010) 358–362; *Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 96–98; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 24 Fn. 41, 25 Fn. 45; *Briguglio*, BIDR 100 (1997) 699 Fn. 4, 705; außerdem *Chemain*, Argent (2015) 317–330, 337; *Neumann*, Bürgenregress (2011) 125–128; *Minieri*, St. Labruna VI 3632–3635; *Piro*, St. Labruna VI 4340–4346; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 109 f., 155, 170; *Talamanca*, St. Grosso III 139 Fn. 47; *Collinet*, Memorie Bologna 5 (1930) 8–13. Zum Zusammenhang mit dem *iussum Wacke*, Index 29 (1999) 523–549; *Nobel*, FS Bürge, 76 Fn. 93; *Feenstra*, Et. Macqueron, 307, 310; *Feenstra*, Rec. Soc. Jean Bodin 28 (1974) 315; *Frezza*, Garanzie I (1962) 12 f., 31 f., 134 f., 147; *Segrè*, BIDR 42 (1934) 506–510; *Kaser*, RP I 663; vgl. auch *Klausberger*, SZ 124 (2007) 342–349.

[70] Gai. 3.116; Scaev. 1 resp. D. 17.1.60.1; Ulp. 22 ed. D. 45.1.75.6 a. E.; Epit. Gai. 2.9.2. Urkunden Fn. 59. Zu *id* oder *idem Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 120–127; *Fenocchio*, Fideiussio (2014) 18 Fn. 32; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 25 f. Fn. 46, 47; *Briguglio*, BIDR 100 (1997) 700 Fn. 5 jeweils mwN.; außerdem *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 155; *Ziliotto*, Obbligazione (2004) 243 f.; *Levy*, Sponsio (1907) 19–29.

[71] Zur Hauptforderung → Rn. 22; zur Vererblichkeit Inst. 3.20.2; Ulp. 31 ed. D. 17.1.14; Ulp. 45 Sab. D. 46.1.4.1; Ulp. 22 ed. D. 46.1.27.3; Diocl./Max. C. 8.40(41).24 (a.294); vgl. auch Fn. 65.

[72] Vgl. aber zur *Lex Cicereia* Gai. 3.123 a. E.; dazu *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 181.

[73] Gai. 3.118. Lit.: Grundlegend, aber umstritten *Flume*, SZ 80 (1963) 487-491; *Flume*, Rechtsakt (1990) 29–38; *Flume*, SZ 113 (1996) 96 f., 104 f.; vgl. auch *Levy*, Sponsio (1907) 11 f.; ablehnend *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 101-108; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 179 f.; *Segrè*, BIDR 42 (1934) 510–512; *Feenstra*, Et. Macqueron 311; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 133 f.; *Kaser*, FG Herdlitczka 156–158; *Beretta*, Scr. Ferrini beatif. I 80–98 Fn. 2; *Frezza*, St. Biondi I 240; *De Martino*, Garanzie (1940) 30 Fn. 2, 234 f.; vgl. auch Fn. 84, 172.

Für alle Bürgschaftsarten galt die *Lex Cornelia*, die für Verbürgungen zwischen denselben Personen einen jährlichen Höchstbetrag von 20.000 Sesterzen festsetzte.[74] **19**

Die von Gaius beschriebenen Musterklauseln wurden in der Praxis auch gelockert.[75] Einige Sonderkonstellationen und -klauseln zogen besondere Rechtsfolgen nach sich: Die *fideiussio in rem suam*,[76] die Indemnitätsstipulation,[77] die wechselseitige Verbürgung (*mutua fideiussio*, ἀλληλεγγύη),[78] die Bürgschaften der Prozesskautionen[79] und sonstige bürgschaftsähnliche Stipulationen mit eingeschränkter Akzessorietät.[80] **20**

Schon bald nach der Klassik wurden *sponsio* und *fidepromissio* durch die *fideiussio* verdrängt.[81] Außerdem näherten sich die Bürgschaftsstipulationen, das Kreditmandat **21**

---

[74] Gai. 3.124 f. Lit.: *Chemain*, Argent (2015) 289–311; *Parenti*, Solidum (2012) 235–268; *Parenti*, Index 38 (2010) 346–372; *Piro*, St. Labruna VI, 4358–4362; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 64–69; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 181–188, jeweils mwN.

[75] Gai. 3.116; Plin. epist. 1.14.10 (*fide mea spondeo*); Scaev. 6 dig. D. 17.1.62.1 (*fidem dicere*; vgl. auch Fn. 81); zu Urkundennachweisen Fn. 59; griechisch: Inst. 3.20.7; Ulp. 47 Sab. D. 46.1.8 pr.; Iust. C. 6.38.3 (a.531); vgl. auch Paul. 5 resp. D. 19.2.54 pr. a. E.; Paul. 15 quaest. D. 45.1.132.1; Iav. 10 ep. D. 46.1.42; Pap. 9 quaest. D. 46.1.47.1; Pap. 3 resp. D. 46.1.51 pr. Lit.: *De Martino*, Garanzie (1940) 23 Fn. 1, 31–35; *Segrè*, BIDR 42 (1934) 533–538; *Neumann*, Bürgenregress (2001) 126 f.; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 14 Fn. 17; *Kaser*, RP I 663 Fn. 33; *Feenstra*, Et. Macqueron 304 f., 308 f.; *Apathy*, RIDA 18 (1971) 428 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 156 f.; *Frezza*, St. Biondi I 233; *Piro*, St. Labruna VI 4355–4357.

[76] Paul. 14 ed. D. 2.8.8.1; Paul. 3 Plaut. D. 2.14.24; Mod. heur. sing. D. 16.1.25.1; Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.2; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.5 pr.,1.

[77] Cels. 6 dig. D. 12.1.42 pr.; Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.1; Afr. 4 quaest. D. 16.1.19.4; Paul. 5 resp. D. 19.2.54 pr.; Pap. 3 resp. D. 27.7.7; Ulp. 4 fideic. D. 36.1.17.14; Pap. 4 quaest. D. 45.1.116; Iul. 53 dig. D. 46.1.16.6; Mod. 13 resp. D. 46.1.41 pr.; Pap. 11 resp. D. 46.1.52 pr.; Scaev. 6 resp. D. 46.1.63; Ulp. 46 Sab. D. 46.2.6 pr.; Paul. 10 Sab. D. 46.3.21; Gai. 9 l. Iul. Pap. D. 50.16.150; Alex. C. 5.57.2.2 (a.225); Gord. C. 8.40(41).17 (a.242). Lit.: *Fenocchio*, Fideiussio (2014); *Fenocchio*, SDHI 77 (2011) 257–336; *Parenti*, Solidum (2012) 298–304; *Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 150–154; *Parenti*, Labeo 48 (2002) 402-416; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 47 Fn. 92, 175 f., 186–189, jeweils mwN.; *Harke*, Diocletian (2019) 118 f.; *González Sanchez*, Est. Alvarez 193–199; *Knütel*, FS Flume I 568–572; *Apathy*, Animus (1975) 66–72, 269; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 56–60.

[78] Pap. 11 resp. D. 45.2.11 pr.; Nov. 99. Lit.: *Rossetti*, Obbligazioni (2013) 66–70; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 196–207; *Kaser*, RP I 665 jeweils mwN.; zu *Cantarella*, Fideiussione (1965) vgl. *Wolff*, SZ 84 (1967) 487–493; *Schmieder*, Duo rei (2007) 81 f. Fn. 240, 360 f.

[79] Dazu → § 75 Rn. 40, 43; § 12 Rn. 57; § 21 Rn. 23. Vgl. Gai. 5 ed. prov. D. 2.8.1 und z. B. zur *cautio iudicio sistendi causa* Paul. 1 ed. D. 2.6.1 – Paul. 4 ed. D. 2.6.3; Ulp. 5 ed. D. 2.8.2; Paul. 4 ed. D 2.8.4; Gai. 1 ed. prov. D. 2.8.5; zur *cautio legatorum servandorum causa* Pap. 28 quaest. D. 36.3.5; zur *cautio rem pupilli salvam fore* Pap. 3 resp. D. 27.7.7; Pap. 12 quaest. D. 46.6.12; Alex. C. 5.57.2 (a.225); zur *cautio iudicatum solvi* Ulp. 77 ed./ Iul. 55 dig. D. 46.7.3.10–4; zur *cautio ratam rem haberi* Pap. 28 quaest. D. 46.8.1; vgl. auch unten Fn. 145. Lit.: Parenti, Solidum (2012) 447–450; Fenocchio, SDHI 77 (2011) 313–324; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 211–313; *Trisciuoglio*, Fideiussio (2009) 1–133; *Tafaro*, Labeo 22 (1976) 232–252; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 22–26; *Rotondi*, Scr. II 1922, 268–289.

[80] *Platschek*, FS Bürge, 354 f.

[81] Theodos.-Arcad. Cod. Theod. 3.15.1 (a.392); Const. Cod. Theod. 8.18.1.3 (a.315). *Fide dicere*

(→ § 82 Rn. 58–60, 79)[82] und das *constitutum debiti alieni* (→ § 71 Rn. 15)[83] einander zunehmend an. Unter Justinian wurden diese Vereinheitlichungstendenzen abgeschlossen: *Sponsio* und *fidepromissio* sind in seinen Kompilationen durch die *fideiussio* ersetzt, Bürgschaft und Kreditmandat jeweils unter einem Titel zusammengefasst. Das öffnet Raum für Interpolationsvermutungen.[84] Auf Justinian gehen auch die Aufhebung der Prozesskonsumtion (→ Rn. 29), die Subsidiarität der Bürgenschuld (→ Rn. 25) sowie die Stärkung des Regressrechts (→ Rn. 26) zurück. Außerdem war das Bürgschaftsrecht der allgemeinen Gesetzgebungstendenz Justinians ausgesetzt, zu der etwa die Stärkung der Schriftform und Elemente des Schuldnerschutzes gehörten.[85]

2. Einzelbürgschaft

a. Begründung

22 *Sponsio* und *fidepromissio* konnten nur verbale Hauptforderungen sichern, aber auch dann Bestand haben, wenn die Hauptforderung nicht wirksam wurde. Dagegen konnte ein *fideiussor* für Forderungen nach *ius civile* oder *ius honorarium*, einschließlich Naturalobligationen, für zukünftige, bedingte oder betagte Forderungen eintreten.[86] Auch Nachbürgschaften waren gebräuchlich.[87]

---

bei Interpr. Paul. sent. 1.9.5; Lex Burg. Rom. 14.8; Edict. Theod. 135; vgl. auch Fn. 75. Lit.: *Chemain*, Argent (2015) 330–355; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 155 f., 480 f.; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 24 Fn. 42, 222 f. Fn. 39; *Flume*, Studien (1932) 36 f., 98, 101, 118, 121–128; *Levy*, Sponsio (1907) 113-116, 124-137; *Kaser*, RP II 457; *Feenstra*, Rec Soc. Jean Bodin 28 (1974), 315 f., 319 f.; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 78 f.; *Biondi*, BIDR 65 (1962) 128 f. Zu weiteren Entwicklungen *Siems*, FS Bürge, 101–130.

[82] Gai. 3.156; Vergleiche mit der *fideiussio* z. B. bei Ulp. 11 ed. D. 4.4.13 pr.; Iul. 3 Urs. Fer. D. 17.1.32; Scaev. 6 dig. D. 17.1.62.1; Pap. 3 resp. D. 27.7.7; Paul. 4 quaest. D. 46.1.71 pr.; Iust. C. 4.18.3 (a.531); Diocl. C. 8.40(41).19 (a.293); Iust. C. 8.40(41).28 (a.531); Paul. sent. 2.17.16. Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 305 f., 316–322; *Guarino*, Mand. cred. (1982) insbes. 36–60, 84–88; *Frezza*, Garanzie I (1962) 199–229; *Espinoza Goedert*, Mand. cred. (1994) 38 f.; *Kaser*, RP I 666; *Kaser*, RP II 460 f.; *Zimmermann*, Obligations (1990) 140 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 346–348; *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 130–135; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 41 f. Fn. 20, 187 f.; vgl. auch *Wolff*, SZ 91 (1974) 80–82 und zur Klagenzession → Rn. 13, 26.

[83] Vgl. z. B. Iust. C. 4.18.3 (a.531). Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 322 f.; *Frezza*, Garanzie I (1962) 229–274, 282–285; *Kaser*, RP II 461.

[84] Z. B. *Minieri*, St. Labruna VI 3629–3637; *Flume*, Studien (1932) 121–128; *Flume*, SZ 113 (1996) 110 f.; *Levy*, Sponsio (1907) 3–10; vorsichtiger *Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 127 f.; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 39–43; *Mannino*, Estenzione (1992) 148; *Zimmermann*, Obligations (1990) 125; vgl. auch Fn. 73.

[85] Iust. C. 8.40(41).26 (a.530); Iust. C. 8.40(41).27 (a.531). Vgl. auch Inst. 3.20.8; Ulp. 47 Sab. D. 45.1.30; Paul. sent. 5.7.2. Lit.: *Frezza*, Garanzie I (1962) 32–35; *De Martino*, Garanzie (1940) 35–37; *Díaz Bautista*, AHDE 50 (1980) 683–698; *Nobel*, FS Bürge, 65–67; *Feenstra*, Rec. Soc. Jean Bodin 28 (1974), 320; *Kaser*, RP II 458.

[86] Gai. 3.119 f.; Inst. 3.20.1; Ulp. 29 ed. D. 15.4.1.5; Ulp. 39 Sab. D. 46.1.1; Ulp. 47 Sab. D. 46.1.8.1–6. Lit.: *Boulvert*, Et. Audinet, 7–41; *Piro*, St. Labruna VI, 4337–4376; *Emunds*, Drittleistung (2007) 313–328; *Díaz Bautista*, AHDE 50 (1980) 688 f.; *Cenderelli*, SDHI 30 (1964) 146–174;

Das Bürgschaftsversprechen wurde zumeist bei der Begründung der Hauptschuld abgegeben, konnte ihr aber auch vorausgehen oder – spätestens seit der Klassik – auch nachfolgen.[88] Der Hauptschuldner musste nicht beteiligt werden.[89] Von der Solidarstipulation ließ sich die Bürgschaftsstipulation durch deren strenge Form (→ Rn. 4) unterscheiden, während die Abgrenzung zur Novation schon in der Klassik wohl nur unter Berücksichtigung des Parteiwillens gelingen konnte.[90] Es liegt nahe, dass die Praxis zur Klarstellung geeignete Urkundenklauseln entwickelte.[91] **23**

In ihrem Inhalt und Umfang folgte die Bürgschaft weitgehend der Hauptschuld, versprach der Bürge doch ausdrücklich *idem*.[92] Der Leistungsgegenstand konnte nicht gänzlich verschieden und die Haftung des Bürgen durfte nicht strenger sein, sie konnte aber erleichtert werden.[93] **24**

Parenti, Index 35 (2007) 263 Fn. 85; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 44–47; *Kaser*, Rest. (1968) 187 f., 235 f. Zur perpetuierten Obligation Pap. 17 Plaut. D. 45.1.91.6 und *Albers*, Perpetuatio (2019) 284–292. Zur *sponsio* Kaser, AI 278. Skeptisch für zukünftige Forderungen *Eckardt*, Iavoleni epistulae (1978) 101–103. Eng verbunden ist die Frage der Akzessorietät (→ Rn. 36).

[87] Ulp. 47 Sab. D. 46.1.8.12; Ulp. 22 ed. D. 46.1.27.2,4; Paul. 11 quaest. D. 46.1.55. Lit.: *Albers*, Perpetuatio (2019) 43 Fn. 123; *Piro*, St. Labruna VI, 4376 Fn. 89, 92.

[88] Inst. 3.20.3; Ulp. 47 Sab. D. 46.1.6 pr.,2; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.8; vgl. auch Ulp. disp. frg. 3 II^{A}, FIRA II 309. Lit.: *Albers*, Perpetuatio (2019) 284; *Parenti*, Solidum (2012) 208, 214, 227–229, 232; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 161–164; *Schmieder*, Duo rei (2007) 222–226; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 179; *Piro*, St. Labruna VI, 4362–4365; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 13–16, 110 f., 176. Vgl. auch Fn. 90.

[89] Gai. 5 ed. prov. D. 46.1.30. Dazu *Emunds*, Drittleistung (2007) 37.

[90] Ulp. 46 Sab. D. 46.2.6 pr.; D. 46.2.8.2,3. Lit.: *Apathy*, RIDA 18 (1971) 399–447; *Apathy*, Animus (1975) 108–113, 188–210, 260; *Apathy*, SZ 92 (1975) 339; *Schmieder*, Duo rei (2007) 75–78; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 106–110; *Piro*, St. Labruna VI, 4366 Fn. 85, 4369–4373; *Frezza*, Garanzie I (1962) 22–28; *Frezza*, St. Biondi I 234–244, 260; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 17 f. A. A. für die *sponsio* bis zur Spätklassik *Levy*, Sponsio (1907) 30–38, 88–113, 128 f. unter sehr umstrittener Berufung auf Gai. 3.176–178; Inst. 3.29.3. Für formale Abgrenzung *Fuenteseca Degeneffe*, BIDR 39 (1997) 487–503; *Mannino*, in: Vacca, Garanzia (2003) 62 Fn. 30; *González*, Obligaciones solidarias (1983) 63–68 – dazu *Litewski*, Labeo 35 (1989) 246 f.; *De Martino*, Garanzie (1940) 39–55; *Flume*, Studien (1932) 25–27. Vgl. auch Fn. 75, 88, 11.

[91] *Steiner*, Solidarobligationen, (2009) 164–169.

[92] Vgl. Paul. 11 quaest. D. 46.1.55; zu Zinsen und Früchten Paul. 5 resp. D. 19.2.54 pr.; Diocl./Maxim. C. 4.26.9(8) (a.294); Gord. C. 4.54.5 (o.A.); Alex. C. 8.40(41).10 pr. (o.A.) Ausnahme: Paul. 3 decr. D. 46.1.68 pr.,1; Ulp. 3 op. D. 50.8.3.1; vgl. auch Iav. 11 ep. D. 46.1.44. Lit.: *Talamanca*, St. Grosso III, 115–203; *Talamanca*, StSen. 80 (1968) 71–94; *Ziliotto*, Obbligazione (2004) 219–273; *Frezza*, Garanzie I (1962) 62–75; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 134–173, 177 f., 185–188; *De Martino*, Garanzie (1940) 109–119, 152-163; *Apathy*, FS Knütel 45–56; *Apathy*, RIDA 18 (1971) 434–443; *Eckardt*, Iavoleni epistulae (1978) 121–124; *Rastätter*, Marcelli Notae (1981) 159–162; *Sturm*, Stipulatio (1972) 206–210; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 188–190; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 195 f., 224; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 68 f. Zum Inhalt (*certum* oder *incertum*) D. 45.1.75.6; dazu *Beretta*, Scr. Ferrini beatif. I, 77-101.

[93] Gai. 3.126; Inst. 3.20.5; Ulp. 47 Sab. D. 46.1.6.1; D. 46.1.8.7–11; Iul. 53 dig. D. 46.1.16.1,2,5; Ulp. 22 ed. D. 46.1.27 pr.; Paul. 72 ed. D. 46.1.34; Marcell 20 dig. D. 46.1.38 pr.; Iav. 10 ep.

b. Subsidiarität und Regress

25 Das klassische Recht verbot es dem Gläubiger nicht, direkt gegen den Bürgen vorzugehen.[94] Er hatte aber zu berücksichtigen, dass es für den Schuldner ehrenrührig war, den Bürgen zahlen zu lassen.[95] Der Bürge konnte eine Vorausklage gegen den Hauptschuldner zusätzlich motivieren, indem er dem Gläubiger einen Auftrag erteilte und damit die Haftung für die nicht eintreibbare Restsumme übernahm.[96] Erst unter Justinian wurde die Subsidiarität der Bürgschaft gegenüber der Hauptschuld eingeführt (sog. *beneficium ordinis* oder *excussionis*).[97]

26 Dementsprechend hatte der Bürge zumindest in klassischer Zeit wohl auch noch keinen Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner,[98] sondern konnte erst nach Zahlung oder in vergleichbaren Fällen[99] Regress nehmen. Dem *sponsor* stand hierfür die sogenannte *actio depensi* nach der *Lex Publilia* zur Verfügung.[100] Ansonsten diente

---

D. 46.1.42; Pap. 27 quaest. D. 46.1.49.2; Gai. 1 verb. obl. D. 46.1.70 pr.–2; vgl. auch Paul 3 ed. D. 2.14.27.1; Scaev. 18 quaest. D. 46.1.57. Lit.: Fn. 92; *Albers*, Perpetuatio (2019) 286–292; *Pulitanó*, Luogo (2009) 246–250; zur Akzessorietät Fn. 172.

[94] Sev./Ant. C. 8.40(41).3 pr. (a.208); Ant. C. 8.40(41).5 (a.214); Diocl./Max. C. 8.40(41).19 (a.293); C. 8.40(41).21 (a.293); vgl auch Epit. Gai. 2.9.2. Lit.: *Harke*, Diocletian (2019) 118 f.; *Benöhr*, St. Talamanca I 210–219 und Fn. 95.

[95] Vgl. Gai. 22 ed. prov. D. 47.10.19; Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.5; Cic. Att. 16.15.2; Quint. decl. 273.3; Lex Iul. Munic. (CIL I^2 593) 114–115. Lit.: *Chemain*, Argent (2015) 331–334; *Fenocchio*, Fideiussio (2014) 1–9; *Fenocchio*, SDHI 77 (2011) 257 f. Fn. 1, 2; *Parenti*, Solidum (2012) 289–293; *Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 131–154; *Macqueron*, Annales de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence 50 (1957) 101–132; *Kaser*, SZ 100 (1983) 103, 126–131; *Kaser*, Scr. Guarino VII 3158–3165; *Kupisch*, SZ 96 (1979) 52 f.; *Frezza*, Garanzie I (1962) 159 f.; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 20 f.; *Levy*, Sponsio (1907) 41 f.; *Levy*, Ges. Schr. II 292 f. [214 f.]; *Zimmermann*, Obligations (1990) 130 f.; vgl. aber *Knütel*, FS Flume I 566–572.

[96] Inst. 3.26.2; Paul. 32 ed. D. 17.1.22.2; Paul. 5 Plaut. D. 17.1.45.8.

[97] Nov. 4. Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 293–298, 307–312; *Parenti*, Labeo 48 (2002) 403–405 Fn. 4 f.; *Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 139–154; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 93–207 mwN.

[98] Marcell. resp. sing. D. 17.1.38.1; Diocl./Max. C. 4.35.10 (a.293); dagegen Iul. 36 dig. D. 34.3.11; fraglich; Gai. 23 ed. prov. D. 42.5.7. Lit.: *Harke*, Diocletian (2019) 206 f.; *Neumann*, Bürgenregress (2011) 110 f.; *Zülch*, Marcellus (2001) 80–91; *Emunds*, Drittleistung (2007) 111 f.

[99] Bei Verurteilung: Gord. C. 4.35.6 (a.238); vgl. auch Scaev. 6 dig. D. 46.1.45 und Pomp. 3 Plaut. D. 17.1.11; Hinterlegung: Pap. 3 resp. D. 17.1.56.1; Her. 6 iur. epit. D. 46.1.64; Erlass: Ulp. 31 ed. D. 17.1.10.13; D. 17.1.12 pr.; Pomp. 3 Plaut. D. 17.1.47 pr.; *delegatio*: Paul. 32 ed. D. 17.1.26.2. Lit.: *Vigneron*, BIDR 77 (1974) 443–494; *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 91; *Emunds*, Drittleistung (2007) 111 Fn. 17.

[100] Gai. 3.127; Gai. 4.22; wohl auch Iav. 1 ep. D. 17.1.52 (*spopondit*). Die *Lex Vallia* (Gai. 4.25) galt nicht *pro quo depensum est*. Lit.: Zur Datierung → Rn. 17 mit Fn. 66; i. Ü. *Fascione*, SDHI 81 (2015) 26 f., 31–35; *Parenti*, Solidum (2012) 170–183; *Parenti*, Labeo 48 (2002) 104–109; *Parenti*, Index 35 (2007) 256 f. Fn. 54, 55; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 216–218 jeweils mwN.; außerdem *Kaser*, AI 131 f., 274 f.; *Kaser*, RP II 460 Fn. 22; *Selb*, GS Kunkel 437–439; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 192–195; *Eckardt*, Iavoleni epistulae (1978) 61–63; *Triantaphyllopoulos*, RHD 39 (1961) 502 f.; *Levy*, Sponsio (1907) 74–76.

die *actio mandati contraria* als Regressklage, wenn der Bürgschaft ein Auftrag zugrunde lag,[101] wofür schon die stillschweigende Duldung genügen konnte.[102] Außerdem trat die *actio negotiorum gestorum contraria* ein,[103] wenn die Bürgschaft nicht gegen den Willen des Hauptschuldners oder schenkungsweise übernommen worden war.[104] Im Gewaltverhältnis konnte die Zahlung verrechnet werden.[105] Im Übrigen konnte ein zahlungsbereiter Bürge den Gläubiger zwar wohl nicht zwingen, aber regelmäßig dazu motivieren, ihm die Hauptforderung zu zedieren,[106] und außerdem die Übertragung der Realsicherheiten verlangen.[107] Justinian dehnte die Klagenzession zu einem allgemeinen Regressinstrument aus (sog. *beneficium cedendarum actionum*).[108]

c. Wirkungen

Auch im Bürgschaftsrecht liegt ein Hauptproblem darin, inwieweit Ereignisse, die auf Haupt- oder Bürgenschuld einwirken, die jeweils andere Forderung beeinflussen.[109] **27**

[101] Gai. 3.127; Inst. 3.20.6; Inst. 4.14.4.; *Lenel*, EP 296 f. vermutet eine eigene Formel; Rekonstruktion bei *Neumann*, Bürgenregress (2011) 200 f. und *Kaser*, SZ 100 (1983) 124 Fn. 165; dazu insgesamt *Neumann*, Bürgenregress (2011); *Emunds*, Drittleistung (2007) 110–116, 206, 234–237; *Zülch*, Marcellus (2001) 83–86; *Klami*, Teneor mandati (1976) 19–25. Zu Umfang und Inhalt zahlreiche Nachweise im Titel D. 17.1; Lit. wie Fn. 102; s. auch → § 82 Rn. 56 f..

[102] Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.2; Pap. 9 quaest. D. 17.1.53; Ulp. 10 disp. D. 50.17.60; vgl. auch Cels. 6 dig. D. 12.6.47; Gord. C. 4.35.6 (a.238). Lit.: *Neumann*, Bürgenregress (2011) 153–161; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 220–226; *Emunds*, Drittleistung (2007) 111 f., 121 Fn. 21, 143 f.; *Schmieder*, Duo rei (2007) 251 f. jeweils mwN.; außerdem *Parenti*, Index 35 (2007) 272–279; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 190–192; *Klami*, Teneor mandati (1976) 25–33, 81 f.; *Minieri*, St. Labruna VI 3629–3631.

[103] Ulp. 45 Sab. D. 3.5.4; Ulp. 10 ed. D. 3.5.5 pr.; Pap. 2 resp. D. 3.5.30 pr.; Pap. 9 quaest. D. 16.1.7; Paul. 11 Sab. D. 17.1.20.1. Lit.: *Emunds*, Drittleistung (2007) 70, 117–135, 360 f.; *Seiler*, Tatbestand (1968) 11, 17 f., 31 f., 41 f., 52 f., 86–93, 120–123; *Parenti*, Index 35 (2007) 263–266.

[104] Paul. 3 Plaut. D. 2.14.32; Ulp. 45 Sab. D. 3.5.4; Ulp. 29 ed. D. 14.6.9.3; Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.2; Paul. 9 ed. D. 17.1.40; Pap. 9 quaest. D. 17.1.53; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.5 pr.; Ulp. 44 ed. D. 38.5.1.19. Vgl. auch Ulp. 47 Sab. D. 17.1.21; Iul. 4 Min. D. 17.1.33. Lit.: Fn. 103; außerdem *Fenocchio*, Fideiussio (2014) 10; *Kaser*, RP II 398 Fn. 38; skeptisch zum *animus donandi Archi*, Synt. Arangio-Ruiz II, 909–921. S. auch → § 83 Rn. 11 Fn. 31; 20; 25; 44 Fn. 156.

[105] Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.8; Ulp. 7 disp. D. 46.1.10.2; Lit.: *Wacke*, Index 27 (1999) 528 f., 536–538.

[106] Vgl. Paul. 14 Plaut. D. 46.1.36; Sonderfall: Ulp. 7 disp. D. 17.1.29.3. Vgl. zur Denkfigur des Klagenkaufs auch Paul. 4 resp. D. 46.1.59. Die Konstruktion ist nach h. M. klassisch: *Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 99–102 Fn. 23, 24; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 48–58, 209–395; *Emunds*, Drittleistung (2007) 68–108 jeweils mwN.; außerdem *Parenti*, Index 35 (2007) 267–279; *Schmieder*, Duo rei (2007) 252 f. Zur Mitbürgschaft → Rn. 34; zum Kreditmandat → Rn. 13.

[107] Pap. 3 resp. D. 3.5.31 pr.; D. 20.1.2; Pap. 2 resp. D. 20.5.2; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.5.5.1; Paul. 4 resp. D. 46.1.59; Sev./Ant. C. 2.20.1 (a.203); C. 8.40(41).2 (a.207); Alex. C. 8.40(41).11.1 (a.229); Gord. C. 8.40(41).14.1 (a.239); Diocl./Max. C. 8.40(41).21 (a.239). Lit. wie Fn. 106; außerdem *Harke*, Diocletian (2019) 120 f.; *Pellecchi*, SZ 125 (2008) 276–327; *Wacke*, Index 3 (1972) 460 f. S. auch → § 48 Rn. 81.

[108] Nov. 4.1 a. E. Lit.: *Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 99 Fn. 23; *Schindler*, Justinians Haltung (1966) 36 f., 45 f.; *Neumann*, Bürgenregress (2011) 151 f.; *Kaser*, RP II 460. Zur Bürgenmehrheit → Rn. 34.

28 Gesamtbefreiende Wirkung hatten die Erfüllung[110] – die Rückabwicklung warf einige Sonderprobleme au[111] – und die *acceptilatio*,[112] bei nichtverbalen Hauptforderungen auch die Aufhebung durch *contrarius consensus*.[113] Auch das Erlöschen der Hauptforderung aus anderen Gründen befreite den Bürgen,[114] beispielsweise durch Novation[115] oder Konfusion.[116] Die Konfusion der Bürgschaft ließ die Hauptschuld unberührt;[117] beim Zusammentreffen von Hauptschuld und Bürgschaft (sogenannte unechte Konfusion) ging die Bürgschaft unter.[118] Dagegen konnte die Bürgschaft fort-

[109] Übersicht bei *Frezza*, Garanzie I (1962) 76–158; *Mannino*, Estenzione (1992) 99–142; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 109–155; *Schmieder*, Duo rei (2007) 229–251; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 180–189; *De Martino*, Garanzie (1940) 121–239.

[110] Inst. 3.29 pr.; Iul. 10 dig. D. 12.6.20; Ulp. 29 ed. D. 15.3.10 pr.; Iav. 1 ep. D. 17.1.52; Pap. 9 quaest. D. 17.1.53; Paul. 9 Ner. D. 46.1.66; Ulp. 47 Sab. D. 46.3.24; Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.2; Ulp. 2 reg. D. 46.3.43; Marcell. 31 dig. D. 46.3.73; Proc. 7 epist. D. 46.3.84; Pap. 28 qaest. D. 46.3.95.4, aber Ulp. 7 disp. D. 46.3.31. Zur Zahlung des Bürgen *suo* oder *alieno nomine* Fn. 111; außerdem Gai. 3.127; Pap. 3 resp. D. 46.1.51.1; vgl. auch Ulp. 23 ed. D. 46.1.31; Tryph. 9 disp. D. 46.1.69. Lit.: Wie Fn. 109; *Emunds*, Drittleistung (2007) 179–187, 202–237, 266 f., 278–280; *Parenti*, Index 35 (2007) 241–279; *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 70 f.; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 314–316; *Kaser*, SZ 100 (1983) 100–105; *Kaser*, Scr. Guarino VII, 3160 f.; *Wacke*, SZ 103 (1986) 235–238; vgl. auch *Platschek*, FS Bürge, 355 Fn. 29.

[111] Iul. 10 dig. D. 12.6.32.1; Cels. 6 dig. D. 12.6.47; Pap. 2 def. D. 12.6.59; Ulp. 29 ed. D. 14.6.9.4; Ulp. 7 disp. D. 17.1.29 pr.,6; Iul. 4 Min. D. 46.1.19; Iav. 13 ep. D. 46.1.20. Lit.: *Fargnoli*, Alius (2001) 195–235; *Emunds*, Drittleistung (2007) 227–232; *Parenti*, Index 35 (2007) 242–245, 251–254; *Kaser*, FG Herdlitczka 143–146; *Kaser*, Ius gentium (1993) 43–47; *Flume*, SZ 113 (1996) 88–96; *Harke*, Argumenta Iuventiana (1999) 130–133; *Schulz*, IVRA 3 (1952) 15–20; *De Martino*, Garanzie (1940) 236 f.; *Eckardt*, Iavoleni epistulae (1978) 155 f.; s. auch Fn. 110, 102 und → § 6 Rn. 250.

[112] Hauptschuld: Gai. 4 ed. prov. D. 4.2.10; D. 4.4.27.2; Ulp. 31 ed. D. 17.1.8.7; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.5 pr.; vgl. auch Iul. 33 dig. D. 34.3.10; Ulp. 7 disp. D. 46.4.16 pr. Bürgenschuld: Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.8; Paul. ad Iul. 4 dig. D. 4.2.11; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.5.1; Ven. 6 interd. D. 42.8.25 pr.; Gai. 3 verb. obl. D. 46.1.72 (*e contrario*); Ulp. 50 Sab. D. 46.4.13.7,9; Ulp. 7 disp. D. 46.4.16.1. Lit.: Wie Fn. 109; *Piro*, St. Labruna VI, 4348 f.; *Mollá Nebot*, Extinción (1993) 206 f.; *Kaser*, SZ 94 (1977) 130 Fn. 110.

[113] Paul. 33 ed. D. 18.5.3; Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.4,12; vgl. auch Paul. 3 ed. D. 2.14.27.2. Lit.: *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 122 f., 132, 232; *Mannino*, in: Vacca, Garanzia (2003) 67 f.; *Knütel*, SZ 84 (1967) 135–140; *Frezza*, Garanzie I (1962) 110–112; *De Martino*, Garanzie (1940) 211–213; *Flume*, Studien (1932) 138 f.

[114] Allgemein Ulp. 2 reg. D. 46.3.43.

[115] Scaev. 1 resp. D. 46.1.60; Ant. C. 8.40(41).4 (a.213). Lit.: Wie Fn. 109; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 67–70.

[116] Afr. 7 quaest. D. 46.1.21.3; Pap. 37 quaest. D. 46.1.50; Paul. 4 quaest. D. 46.1.71 pr.; Iul. 54 dig. D. 46.3.34.8; Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.5; Alex. C. 8.42(43).2 (a.232); vgl. auch Marcell. 20 dig. D. 46.1.38.1. Lit.: Wie Fn. 109; *Kieß*, Confusio (1995) 64 f., 69 f., 86–111, 170 f.; *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 130–133, 135; *Solazzi*, Estinzione (1935) 283 Fn. 2, 297, 299–310.

[117] Afr. 7 quaest. D. 46.1.21.3,5; Paul. 4 quaest. D. 46.1.71 pr. a. E.; Ulp. 2 reg. D. 46.3.43; zum Regress Pomp. 3 Plaut. D. 17.1.11. Lit.: Fn. 116.

[118] Ven. 3 stip. D. 45.2.13; Ulp. 46 Sab. D. 46.1.5; Iul. 47 dig. D. 46.1.14; Afr. 7 quaest. D. 46.1.21.2,4; Pap. 37 quaest. D. 46.1.50; Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.5; Scaev. quaest. publ. tract. sing.

bestehen, wenn der Hauptschuldner erbenlos verstarb[119] oder eine *capitis deminutio* erlitt.[120]

Die *litis contestatio* hatte im klassischen Recht Gesamtwirkung für Haupt- und Bürgenschuld (sog. Prozesskonsumtion).[121] Ob hierzu auch die *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* eingriff, ist fraglich.[122] Um den Klagenverlust zu vermeiden, konnte der Gläubiger Teilklage erheben,[123] gegen Hauptschuldner und Bürgen gemeinsam klagen[124] oder sich durch eine sogenannte *cautio indemnitatis* absichern.[125] Möglicher- **29**

D. 46.3.93.2,3; Diocl./Max. C. 8.40(41).24 (a.294). Ausnahme: Pap. 27 quaest. D. 42.6.3 pr.,1; problematisch Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.3. Lit.: Wie Fn. 116; außerdem *Harke*, Diocletian (2019) 119 f.; *Marino*, Pegno (2018) 141–148; *Marino*, BIDR 111 (2017) 207–235; *Marino*, Index 45 (2017) 471–474; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 118–123, 181 f., 261; *Talamanca*, Scr. Franciosi IV, 2567–2581; *Wesenberg*, Zusammenfall (1935) 1–32.

[119] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.14; problematisch Gai. 23 ed. prov. D. 42.5.7; Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.1 a. E. Vgl. auch Paul. 4 ed. D. 2.8.4; Gai. 1 ed. prov. D. 2.8.5 pr.; Mod. 6 resp. D. 26.7.32 pr.; Pap. 28 quaest. D. 36.3.5 pr.; Pomp. 26 Sab. D. 36.3.10. Lit.: *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 125 f.; *Cenderelli*, SDHI 30 (1964) 116–146; *De Martino*, Studi I (1937) 19–34 [63–78]; *Flume*, Studien (1932) 81–83, 99–105; *Flume*, Rechtsakt (1990) 35–37; *Flume*, SZ 113 (1996) 120–122.

[120] Sev./Ant. C. 8.40(41).1 (a.200); Gord. C. 8.40(41).15.1 (a.239); Diocl./Max.C. 8.40(41).20 (a.293); fraglich Paul. 4 ed. D. 2.8.4; Gai. 1 ed. prov. D. 2.8.5 pr.; Ulp. 74 ed. D. 2.11.4 pr.; Ulp. 35 ed. D. 27.3.7.1; Ulp. 79 ed. D. 46.6.4.5; vgl. auch. Pap. 28 quaest. D. 36.3.5 pr.; Pomp. 27 Q. Muc. D. 45.2.19. Lit.: *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 183–189 gegen *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 124–128; außerdem wie Fn. 109; *De Martino*, Studi I (1937) 34–43 [78–87]; *Flume*, Studien (1932) 81–99; *Flume*, Rechtsakt (1990) 36; *Flume*, SZ 113 (1996) 116–120; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 70–74.

[121] Klage gegen Hauptschuldner: Cic. Att. 16.15.2; Alex. C. 5.57.1 (a.224); fraglich Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1; Scaev. 1 resp. D. 46.1.60; Ant. C. 8.40(41).5 (a.214); Diocl./Max. C. 8.40(41).19 (a.293); wohl itp.: Alex. C. 5.57.2 (a.225); Gord. C. 8.40(41).15.1 (a.239). Klage gegen Bürgen: Gai. 4.137; fraglich Ulp. 7 disp. D. 2.15.7.1; Pomp. 18 epist. D. 12.2.42.3; Scaev. 6 dig. D. 46.1.45; Paul. 10 Sab. D. 46.3.21 (e contrario); Alex. C. 5.57.1 (a.224). Nachklassische Quellen Fn. 127. Vgl. außerdem zur *actio de peculio* Pomp. 31 Sab. D. 44.2.21.4; Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.2; Proc. 7 epist. D. 46.3.84. Lit.: Wie Fn. 109; *Fenocchio*, Fideiussio (2014) 11–14; *Parenti*, Solidum (2012) 316 f.; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 44, 162–171; Sacconi, Obbligazioni solidali (1973) 19–49; Litewski, IVRA 24 (1973) 333–335; *Sturm*, Stipulatio (1972) 217–222; *Talamanca*, BIDR 76 (1973) 305–308; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 38–42, 60–63, 184, 250 Fn. 82; *Levy*, Ges. Schr. II 287–297 [207–221]; *Segrè*, BIDR 42 (1934) 520–533. A. A. *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 14–77; *Schulz*, CRL 497, 500 f.; *Buckland*, Jur. Rev. 53 (1941) 281–295; *Wesenberg*, Zusammenfall (1935) 11. Zu *Kupisch*, SZ 96 (1979) 53–56 vgl. *Kaser*, Scr. Guarino VII, 3165–3171.

[122] Pomp. 18 epist. D. 12.2.42.3; Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1. Lit.: Wie Fn. 109; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 65 f., 146 f.; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 212 f.; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 29 f., 42 Fn. 114; *Albertario*, Obbl. (1948) 195–198; *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 25 f.

[123] Ulp. 47 Sab. D. 45.2.3.1 (wohl klassisch). Lit.: *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 24; *Schmieder*, Duo rei (2007) 83 f.; vgl. auch oben Fn. 5.

[124] Pap. 2 resp. D. 27.7.6. Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 454 f.; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 24 Fn. 68; *Voci*, IVRA 20 (1969) 325 f.; vgl. auch oben Fn. 6.

[125] Cels. 6 dig. D. 12.1.42 pr.; Pap. 4 quaest. D. 45.1.116; Iul. 53 dig. D. 46.1.16.6; Paul. 10 Sab. D. 46.3.21. Lit. wie Fn. 77.

weise erhielt auch eine *praescriptio* die Klage gegen den Bürgen.[126] In der Nachklassik blieb die Prozesskonsumtion erhalten,[127] bis sie von Justinian abgeschafft und Nachforderungsklagen zugelassen wurden.[128]

30 Auf Einreden des Hauptschuldners konnte sich der Bürge zumeist, aber nicht immer berufen.[129] In gleicher Weise wie dem Hauptschuldner standen ihm die *exceptiones legis Cinciae*,[130] *onerandae libertatis causa*,[131] *non numeratae pecuniae*[132] und wohl auch die *exceptio doli*[133] zu. War die Hauptschuld aufgrund von *metus* begründet worden, stand auch dem Bürgen die *exceptio quod metus causa factum est* zu; nicht aber umgekehrt.[134] Andere Einreden erhielt der Bürge nur dann, wenn ein Regress gegen den Hauptschuldner zu befürchten war. Das gilt für die *exceptio senatusconsulti Macedoniani*[135] und nach möglicherweise schon in der Klassik umstrittener Ansicht für die *exceptio senatusconsulti Vellaeani*.[136] Die *exceptio iurisiurandi* stand auch dem am Eid

[126] Gai. 4.131 f.; Gai. 4.137. Lit.: *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 189–191; *Kupisch*, SZ 93 (1976) 452–454; *Hackl*, Praeiudicium (1976) 53–55, 63; vgl. auch Fn. 60.

[127] Epit. Gai. 2.9.2; Paul. sent. 2.17.16; Lex Burg. Rom. 14.7. Lit. wie Fn. 121 und *Kaser/Hackl*, RZ 616 f.; *Kaser*, RP II 458 f. A. A. *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 80–90.

[128] Iust. C. 8.40(41).28 (a.531); Nov. 4.1,2. Lit.: *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 38–44; *Frezza*, Garanzie I (1962) 135–142; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 10–13; *Kaser*, RP II 459.

[129] Inst. 4.14.4; Paul. 3 ed. D. 2.14.27.1; Paul. 38 ed. D. 27.7.5; Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7; Marcian. 13 inst. D. 44.1.19; Ulp. 76 ed. D. 46.1.32; Diocl./Max. C. 8.35(36).11 (o.A.); fraglich Ulp. 76 ed. D. 44.5.1.8. Lit.: *Mannino*, Estenzione (1992) 9–29; *De Martino*, Garanzie (1940) 185–192, 233–239; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 9 Fn. 12, 36 f. Fn. 69; *Frezza*, Garanzie I (1962) 96–99, 122–126; *Flume*, SZ 113 (1996) 122 f.; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 39 Fn. 3; *Kaser*, RP I 664; *Kaser*, RP II 458 Fn. 13; *Zimmermann*, Obligations (1990) 123 f. Zur Obliegenheit, die Einreden geltend zu machen Ulp. 31 ed. D. 17.1.8.8; D. 17.1.10.12; Paul. 32 ed. D. 17.1.22 pr.,1; Ulp. 7 disp. D. 17.1.29 pr.–4.

[130] Iav. 14 Cass. D. 39.5.24. Lit.: Wie Fn. 109; *Flume*, SZ 113 (1996) 123.

[131] Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1; Ulp. 76 ed. D. 44.5.1.8. Lit.: Wie Fn. 109; *Flume*, SZ 113 (1996) 124.

[132] Diocl./Max. C. 4.30.12 (o.A.); Iust. C. 4.30.15 (a.528–529). Lit.: *Harke*, Diocletian (2019) 97 f. Zum Zusammenhang mit der *exceptio doli* → § 21 Rn. 17; § 70 Rn. 12 und Fn. 133.

[133] Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1; Iul. 51 dig. D. 46.1.15 pr.; Pap. 27 quaest. D. 46.1.49 pr.; Diocl./Maxim. C. 2.23(24).2 (a.287); wohl auch Ulp. 52 ed. D. 36.4.1 pr. (*satisdatio legatorum*); fraglich Ulp. 7 disp. D. 17.1.29 pr.; Scaev. 13 quaest. D. 29.2.89; Gord. C. 8.40(41).15 pr. (a.239). Lit.: Wie Fn. 109; *Kaser*, FG Herdlitczka, 149–159; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 65, 134 f.; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 236; *Flume*, SZ 113 (1996) 93, 123 f.; *Flume*, Rechtsakt (1990) 34. Zur *exceptio doli* bei *compensatio* und Überzahlung Fn. 148, 111.

[134] Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.6; Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1; vgl. auch Diocl./Max. C. 2.23(24).2 (a.287). Lit.: Wie Fn. 109; *Flume*, SZ 113 (1996) 124 f.

[135] Ulp. 29 ed. D. 14.6.9.3; Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1; vgl. auch Gai. form. hyp. sing. D. 20.3.2 und zur Bürgschaft des Haussohnes Ulp. 29 ed. D. 14.6.7 pr.,1. Lit.: Wie Fn. 109; *Flume*, SZ 113 (1996) 126 f.; *Flume*, Studien (1932) 139 f.; *de los Mozos*, AHDE 53 (1983) 91.

[136] Ulp. 29 ed. D. 16.1.6; D. 16.1.8.4; Iul. 4 Urs. Fer. D. 16.1.16.1; Afr. 4 quaest. D. 16.1.19.5; Gai. form. hyp. sing. D. 20.3.2; Diocl./Max. C.4.29.20 (a.294). Lit.: Wie Fn. 109; *Harke*, Diocletian (2019) 123 f.; *Medicus*, Geschichte (1957) 127–132; *Flume*, SZ 113 (1996) 125 f.; *Flume*, Studien (1932) 140 f.; *Seiler*, Tatbestand (1968) 126 f. Vgl. auch Mod. heur. sing. D. 16.1.25; dazu *Wacke*, Index 27 (1999) 530 f.

Unbeteiligten zu, wenn das (rechtliche) Bestehen der Forderung abgelehnt worden war (*se dare non oportere*), nicht aber, wenn der Eid tatsachen- und personenbezogen gefasst war (*ipse non fideiussisse, se non esse obligatum* oder *tutor non intervenisse*).[137] Bei der *exceptio pacti* ist die Quellenlage uneinheitlich und sehr umstritten.[138] Beim *pactum* des Hauptschuldners unterscheiden einige Quellen danach, ob es *in rem* oder *in personam* abgefasst war,[139] andere stellen auf den Parteiwillen[140] oder auf das Bestehen eines Innenausgleichs[141] ab. Problematisiert wird auch, ob der Hauptschuldner die Position des Bürgen durch Aufhebung des *pactum de non petendo* verschlechtern konnte.[142] Auf das *pactum* des Bürgen konnte sich der Hauptschuldner nicht berufen.[143] Die *exceptio quod facere possit* schließlich, das (unklassisch) sogenannte *beneficium competentiae* des Hauptschuldners, stand dem Bürgen nicht zu.[144]

Auch andere Ereignisse, die auf das Schuldverhältnis einwirken, hatten häufig ein- **31**
seitige Gesamtwirkung. Das gilt für Strafstipulationen, beispielsweise im Rahmen einer *cautio rem ratam habiturum*,[145] sowie für den Verzug und seine Folgen, vor allem die *perpetuatio obligationis*.[146] Ging die geschuldete Sache durch das Verschulden des

[137] Paul. 18 ed. D. 12.2.28.1,2; Pomp. 18 epist. D. 12.2.42; Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1; Ulp. 76 ed. D. 44.5.1.3; Sonderfall: Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.4. Lit.: Wie Fn. 109; *Harke*, Argumenta Pomponiana (2014) 25 f.; *Harke*, Eid (2013) 80–88; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 131–133; *Amirante*, Scr. Jovene 787–794; *Talamanca*, Scr. Franciosi IV 2584–2587; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 28 f.; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 63–67. Zur Klassizität auch Fn. 180.

[138] Wie Fn. 109; *Mannino*, Estenzione (1992) 31–97, 150-152; *Flume*, SZ 113 (1996) 127 f.; *Flume*, Studien (1932) 131–139; *Melillo*, Scr. Guarino III 1464–1467; *Wacke*, Index 27 (1999) 535; *Wacke*, SZ 90 (1973) 234–236.

[139] Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1; fraglich Paul. 3 ed./Ulp. 4 ed. D. 2.14.21.5–22,25.1; Ulp. 31 ed. D. 17.1.8.7 (*ex substantia*); Paul. 33 ed. D. 18.5.3; Sonderfall Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.4. S. auch → § 127 Rn. 12. Zur Klassizität Fn. 180.

[140] Ulp. 23 Sab. D. 34.3.5 pr.; vgl. auch Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.8; D. 2.14.22; Sonderfall Paul. 3 ed. D. 2.14.27.1; dazu *Apathy*, SZ 93 (1976) 100–105. Zu Parteiwillen und Auslegung *in rem* / *in personam Babusiaux*, Quod actum (2006) 129–144.

[141] Inst. 4.14.4; Paul. 3 Plaut. D. 2.14.32; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.5 pr.; vgl. auch Ulp. 7 disp. D. 17.1.29 pr.; Pomp. 6 Sab. D. 34.3.2 pr. Lit.: *Meier*, Drittbeteiligung (2010) 39–41.

[142] Fur. 1 ed. D. 2.14.62; Paul. 3 ed. D. 2.14.27.2.

[143] Paul. 3 ed./3 Plaut. D. 2.14.23–25.1; Iul. 10 dig. D. 12.6.32.1; vgl. auch Ulp. 23 Sab. D. 34.3.5.4; Iul. 33 dig. D. 34.3.10. U. U. aber *exceptio doli*: Paul. 3 ed./Ulp. 4 ed. D. 2.14.25.2–26. Auch → § 127 Rn. 27, 31.

[144] Pomp. 4 Plaut. D. 42.1.24 pr.; Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7 pr.; vgl. auch Inst. 4.14.4. Lit.: *Mannino*, Estenzione (1992) 150 f.; *Litewski*, St. Volterra IV 495; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 41; *De Martino*, Garanzie (1940) 189 f.

[145] Pap. 28 quaest. D. 46.8.1; Ulp. 13 ed. D. 4.8.29. Andere Konstellation Paul. 37 ed. D. 45.1.49.1; Ulp. 7 disp. D. 46.3.31. Lit.: Wie Fn. 109; *Buckland*, Jur. Rev. 53 (1941) 288 f.

[146] Paul. 37 ed. D. 22.1.24.1; Marcian. 4 reg. D. 22.1.32.5; Scaev. 4 quaest. D. 38.1.44; Paul. 6 Plaut. D. 45.1.88; Paul. 22 quaest. D. 46.1.58.1; auch Paul. 37 ed. D. 45.1.49 pr. (*actio utilis*). Sonderfall: Scaev. 5 quaest. D. 45.1.127. Zu Verzugszinsen Paul. 5 resp. D. 19.2.54 pr.; Afr. 3 quaest. D. 46.6.10; vgl. auch Fn. 92. Lit.: Wie Fn. 109; *Albers*, Perpetuatio (2019) 44–47, 49; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 40–42 Fn. 78; *Briguglio*, BIDR 100 (1997) 710–716; *Flume*, SZ 113 (1996) 114–116; *Flume*,

Hauptschuldners unter, wirkte die *perpetuatio obligationis* zu Lasten des Bürgen; für den umgekehrten Fall werden in den Quellen verschiedene Lösungen diskutiert.[147] Der Bürge konnte sich auch darauf berufen, dass dem Hauptschuldner eine Forderung gegen den Gläubiger zur *compensatio* zustehe.[148] Ob der Bürge sich auf die *transactio* des Hauptschuldners berufen konnte, ist fraglich.[149] Bei der *restitutio* gilt es zu unterscheiden. Die wiederherstellende Restitution erfasste beide Klagen, wenn der Klageverlust auf Minderjährigkeit, Interzession einer Frau oder auf *metus* des Hauptschuldners beruhte; bei *metus* des Bürgen ist der Umfang problematisch.[150] Die schuldbefreiende *restitutio* des Hauptschuldners konnte dem Bürgen zugute kommen; umgekehrt nicht.[151]

3. Mitbürgschaft

32 Mehrere Bürgen für dieselbe Schuld werden meist nur als (*plures*) *fideiussores*, in neun Digestenstellen aber als *confideiussores* bezeichnet.[152] Dabei wird problematisiert, ob

---

Studien (1932) 111–115, 118 f.; *Pugliese*, St. Paoli IV 584–597; *De Martino*, Studi I (1937) 43–54 [87–98].

[147] *Restitutio*: Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.4 a. E.; fraglich Paul. 6 Plaut. D. 45.1.88; Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.1. *Actio utilis*: Marcian 4 reg. D. 22.1.32.5. *Perpetuatio obligationis*: Paul. 17 Plaut. D. 45.1.91.4. *Actio de dolo*: Pap. 37 quaest. D. 4.3.19. Lit.: Wie Fn. 109; *Albers*, Perpetuatio (2019) 42–61; *Ziliotto*, Obbligazione (2004) 250–258; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 117; *Flume*, SZ 113 (1996) 111–113; *Flume*, Studien (1932) 105–111, 115–121; *Flume*, SZ 80 (1963) 489 f.; *Wacke*, RIDA 27 (1980) 362–364; *Wacke*, SZ 88 (1971) 129 f.; *Pugliese*, St. Paoli IV 569–584; *Beretta*, Scr. Ferrini beatif. I 86–94; *De Martino*, Studi I (1937) 43–54 [87–98]; *Kaser*, RP II 458 Fn. 11.

[148] Paul. 3 Sab. D. 16.2.4; Gai. 9 ed. prov. D. 16.2.5. Lit.: Wie Fn. 109; *Pichonnaz*, Compensation (2001) 137 f., 228–232; *Rozwadowski*, BIDR 81 (1978) 102–104, 111–113.

[149] Ulp. 7 disp. D. 2.15.7.1; Paul. 3 decr. D. 46.1.68.2. Lit.: Wie Fn. 109; *Mannino*, Estenzione (1992) 94–96; *Krüger*, Drittwirkung (1993) 76–85; für itp. *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 47 f.; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 74–77.

[150] *Minor*: Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.27.2. Interzession: Iul. 12 dig. D. 16.1.14; dazu *Harke*, Argumenta Salviana (2012) 166; *Kaser*, SZ 94 (1977) 172–176. *Metus* des Hauptschuldners Gai. 4 ed. prov. D. 4.2.10; *metus* des Bürgen: Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.8; vgl. auch Paul. ad Iul. 4 dig. D. 4.2.11. Lit.: Wie Fn. 109; *Kupisch*, Restitutio (1974) 22 f., 44–49, 212–216; *Kaser*, SZ 94 (1977) 129 f.; *Mollá Nebot*, Extinción (1993) 207–210.

[151] Restitution des Hauptschuldners: Ulp. 60 ed. D. 3.3.51 pr.; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.6; Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1; aber Ulp. 11 ed. D. 4.4.13 pr.; Sev./Ant. C. 2.23(24).1 (a.194); Diocl./Max. C. 2.23(24).2 (a.287); vgl. auch Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.4 (*ut solet … fideiussori … prodesse*); Ulp. 11 ed. D. 46.1.25. Zum SC Trebellianum Afr. 7 quaest. D. 46.1.21 pr. Restitution des Bürgen: Paul. 1 sent. D. 4.4.48 pr.; Paul. sent. 1.9.5,6. Lit.: Wie Fn. 109; Lit.: *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 121 f.; *Babusiaux*, in: Mantovani/Schiavone, Testi e problemi (2007) 622–624. Vgl. außerdem zu Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.3 *Marino*, BIDR 111 (2017) 222–234.

[152] Paul. 3 ed. D. 2.14.23 pr.; Ulp. 4 ed. D. 2.14.26; Ulp. 7 disp. D. 46.1.10 pr.; Afr. 7 quaest. D. 46.1.21.1; Ulp. 22 ed. D. 46.1.27.4; Mod. 2 reg. D. 46.1.39; Pomp. 7 var. lect. D. 46.1.43; Pap. 10 quaest. D. 46.1.48.1; Paul. 4 resp. D. 46.1.59; vgl. auch *consponsores* bei Cic. Att. 12.17; Cic. fam. 6.18.3; S. C. de Bacch. (CIL I^2 581) 13.

die Regeln der Mitbürgschaft auch dann gelten, wenn die Bürgen für verschiedene Hauptschuldner eintraten. Hiervon abgesehen dürfte mit der Terminologie kein sachlicher Unterschied verbunden sein.[153]

Mitbürgen hafteten in der Regel nur nach Kopfquoten (unklassisch sog. *beneficium divisionis*). Für *sponsio* und *fidepromissio* in Italien trat die Teilung nach der *Lex Furia* bei Fälligkeit und *ipso iure* ein.[154] In anderen Fällen, insbesondere bei der *fideiussio*, konnte die Forderungsteilung nach einer *epistula Hadriani* nur mittels einer *exceptio* und nur dann geltend gemacht werden, wenn die Mitbürgen bei Prozessbeginn zahlungsfähig waren.[155] War einer der Mitbürgen aufgrund eines Schutzgesetzes, beispielsweise des *senatusconsultum Vellaeanum* oder der *Lex Laetoria*, von der Haftung befreit, so entschied die Kenntnis der Beteiligten über die Haftungsteilung.[156] **33**

Soweit die Haftungsteilung nicht eingriff, war ein Innenregress unter den Mitbürgen geboten.[157] Dieser wurde in aller Regel nicht durch ein Auftrags- oder sonstiges Innenverhältnis vermittelt. Unter *sponsores* und *fidepromissores* schuf die *Lex Apuleia* Abhilfe.[158] Soweit diese nicht anwendbar war, half der Zessionsregress, der entweder frei- **34**

[153] Dazu Inst. 3.20.3; Pomp. 7 var. lect. D. 46.1.43; Pap. 11 resp. D. 46.1.51.2; Ulp. Frag. Arg. 3 IIa. Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 283–286; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 171 f.; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 181–185; *Schmieder*, Duo rei (2007) 253 f.; *Flume*, Studien (1932) 23 f.; a. A. *Levy*, Sponsio (1907) 85–113, 139–163; *Levy*, Konkurrenz I (1918) 193; *Frezza*, Garanzie I (1962) 184 f.; *Wesener*, Labeo 11 (1965) 348.

[154] Gai. 3.121 f.; Gai. 4.22; vgl. auch Ulp. Frag. Arg. 3 IIa. Lit.: Zur Datierung → Rn. 17 mit Fn. 66; i. Ü. *Fascione*, SDHI 82 (2016) 371–385; *Fascione*, SDHI 81 (2015) 27 f.,35–40; *Parenti*, Solidum (2012) 204–218; *Tanev*, Scr. Franciosi IV 2605–2613; *Kaser*, SZ 100 (1983) 118–121; *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 44-49 mwN.; außerdem *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 164–167, 172 f., 175 f.; *Selb*, GS Kunkel 439, 441 f., 443 f.; *Triantaphyllopoulos*, RHD 39 (1961) 505–508; *Archi*, Conferenze Pavia 263 f., 265–267, 275–278; *Collinet*, Memorie Bologna 5 (1930) 3–14; *Appleton*, SZ 26 (1905) 10–27, 31–34. Zu Iul. 88 dig. D. 45.1.59 und Ulp. 20 ed. D. 45.1.60 *Masi*, Studi economico-giuridici della Università di Cagliari 44 (1963/64) 706–711.

[155] Gai. 3.121,122; Inst. 3.20.4; Ulp. 7 disp. D. 46.1.10 pr.; Gai. 8 ed. prov. D. 46.1.26; Ulp. 22 ed. D. 46.1.27; Paul. 25 ed. D. 46.1.28; Pap. 3 resp. D. 46.1.51; Sev./Ant. C. 8.40(41).3 (a.208); Alex. C. 8.40(41).10.1 (o.A.); Gord./Max. C. 8.40(41).16 (a.241); Paul. sent. 1.20. Ausnahme: Ulp. 7 disp. D. 46.1.10.1; Pap. 12 quaest. D. 46.6.12 (*sponsio*?). Vgl. auch Pap. 11 resp. D. 46.1.52.1. Lit.: Wie Fn. 154; außerdem *Parenti*, Solidum (2012) 268–289, 455, 459–465; *Fenocchio*, SDHI 77 (2011) 318–328; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 167–172, 177; *Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 98 Fn. 20, 21; *Tanev*, Scr. Franciosi IV 2613 f.; *Frezza*, Garanzie I (1962) 19–21; *Levy*, Sponsio (1907) 137–163; *Voci*, IVRA 20 (1969) 313–324, 330 f.; *Voci*, IVRA 21 (1970) 83 f.; *Girard*, St. Fadda II, 55–67.

[156] Pap. 10 quaest. D. 46.1.48. Lit.: *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 69 f.; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 182; unscharf *Schmieder*, Duo rei (2007) 257 f.; mit fraglichem Bezug auf die *unitas actus Levy*, Sponsio (1907) 96–108.

[157] Vgl. Gai. 3.121, 122; Inst. 3.20.4. Lit.: *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 218 f.; *Provera*, St. Sanfilippo IV, 637–641; *Medicus*, FS Kaser 1976, 399; *Frezza*, Garanzie 160 f.; *Levy*, Sponsio (1907) 168–170, 176, 195; *Archi*, Conferenze Pavia, 265; *Schulz*, Rückgriff 18 f.

[158] Zur Datierung → Rn. 17 mit Fn. 66; i. Ü. *Parenti*, Solidum (2012) 183–194; *Cardilli*, Roma e America 28 (2009) 90; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 173–177; *Tanev*, Scr. Franciosi IV 2605–2613; *Levy*, Sponsio (1907) 68–71; *Wesener*, Labeo 11 (1965) 342, 348, 360; *Triantaphyllopoulos*, RHD 39 (1961) 503–505, 518; *Appleton*, SZ 26 (1905) 28–31.

willig erfolgen oder vom Prätor erzwungen werden konnte.[159] Versäumte es ein *fideiussor*, die Klagenzession zu verlangen, blieb er schutzlos.[160]

35 Die Nachweise für die Wirkungen sonstiger Ereignisse auf das Mitbürgschaftsverhältnis sind vergleichsweise spärlich. Die Erfüllung[161] – und wohl auch die *acceptilatio*[162] – behielt ihre Gesamtwirkung, bis die Forderung geteilt wurde. *Fideiussores* konnten sich deshalb erst ab Prozessbeginn durch Zahlung ihrer Quote befreien.[163] Zahlte ein *fideiussor* mehr als seine Quote, konnte er die Überzahlung nicht zurückfordern.[164] Beim Zusammenfallen zweier Bürgschaftsverpflichtungen in einer Person (einem Fall der unechten Konfusion) blieben beide bestehen.[165] Die *litis contestatio* konsumierte bis zur Reformkonstitution Justinians die Klagen gegen alle Bürgen, wenn der Gläubiger in voller Höhe klagte.[166] Das *pactum* eines Bürgen verschaffte den Mitbürgen grundsätzlich keine *exceptio pacti*; unter Umständen half aber die *exceptio doli*.[167] Auch die Strafstipulation beim *compromissum* hatte grundsätzlich Einzelwirkung, wenn nicht im Innenverhältnis eine *societas* bestand.[168]

4. Konzepte

36 Welche Strukturprinzipien dem Bürgschaftsrecht zugrunde liegen, ist sehr umstritten.[169] Sicher sahen schon die klassischen Juristen ein Abhängigkeitsverhältnis zwi-

---

[159] Iul. 89 dig. D. 46.1.17; Paul. 14 Plaut. D. 46.1.36; Pap. 12 quaest. D. 46.6.12; vgl. auch Ulp. 7 disp. D. 46.1.10 pr. (*nominis emptio*). Lit.: *Schmieder*, Duo rei (2007) 258–261; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 182 f.; *Provera*, St. Sanfilippo IV, 634–641; *Voci*, IVRA 20 (1969) 317–319, 330; *Wesener*, Labeo 11 (1965) 348–350, 360 f.; *Emunds*, Drittleistung (2007) 70–72; *Meier*, Drittbeteiligung (2010) 46; *Archi*, Conferenze Pavia, 271–292; *Levy*, Sponsio (1907) 164–220; s. auch Fn. 106, 107.

[160] Gai. 3.122; Inst. 3.20.4; Mod. 2 reg. D. 46.1.39; Alex. C. 8.40(41).11 pr. (a.229). Lit.: *Harke*, Diocletian (2019) 310; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 305-307; *Archi*, Conferenze Pavia 268.

[161] Iul. 2 Urs. Fer. D. 46.3.37. Zur Rückabwicklung Ulp. 47 Sab. D. 12.6.25; Ulp. 31 ed. D. 17.1.8.7; Pap. 27 quaest. D. 46.1.49.1; Lit. wie Fn. 111.

[162] Arg. Ulp. 7 disp. D. 46.4.16 pr.

[163] Ulp. 47 Sab. D. 12.6.25; Pap. 3 resp. D. 46.1.51.1; Iul. 54 dig. D. 46.3.34.10; vgl. aber Ulp. 43 Sab. D. 46.3.5.1; Iul. 2 Urs. Fer. D. 46.3.37 (*sponsio*?). Lit.: *Emunds*, Drittleistung (2007) 217–226; *Parenti*, Index 35 (2007) 246–251; *Fargnoli*, Alius (2001) 226–228, 234 f.

[164] Inst. 3.20.4; Pap. 27 quaest. D. 46.1.49.1 a. E.

[165] Afr. 7 quaest. D. 46.1.21.1. Lit.: *Schmieder*, Duo rei (2007) 257; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 124 f.; *Frezza*, Garanzie I (1962) 157 f.

[166] Iust. C. 8.40(41).28 (a.531). Vgl. auch Alex. C. 8.40(41).9 (a.223) (*e contrario*). Lit.: *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 38–44, 250 f.; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 90 f.; fraglich *Buckland*, Jur. Rev. 53 (1941) 295–297. Zur gemeinschaftlichen Klage *Hackl*, Praeiudicium (1976) 261 Fn. 9.

[167] Paul. 3 ed. D. 2.14.23 pr.; Ulp. 4 ed. D. 2.14.26; Iul. 51 dig. D. 46.1.15.1. Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 496–498 Fn. 441; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 182; *Schmieder*, Duo rei (2007) 256 f.; *Krüger*, Drittwirkung (1993) 87–91; *Kaser*, FG Herdlitczka, 151 f.; *De Martino*, Garanzie (1940) 201–204; *Levy*, Sponsio (1907) 178 f.; *Meier*, Drittbeteiligung (2010) 46 f.; vgl. auch Fn. 138, 143.

[168] Paul. 13 ed. D. 4.8.34 pr. Lit.: *Schmieder*, Duo rei (2007) 257; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 182.

[169] Einführend m. w.L. *Mannino*, Estenzione (1992) 1–6; *De Martino*, Garanzie (1940) 1–4.

schen Bürgschaft und Hauptforderung und beschrieben diese Abhängigkeit mit den Begriffen *accessio*[170] und *adpromissor*.[171] Welche Tragweite diese Abhängigkeit hatte, ist aber äußerst umstritten.[172] Sicher dürfen wir nicht mit modernen Akzessorietätsvorstellungen an die Quellen herantreten. Mit Fokus auf die Ereignisse, die auf das Bürgschaftsverhältnis einwirken, wurde die erfüllungsgleiche Wirkung verschiedener Rechtshandlungen hervorgehoben.[173] Dem Ansatz, aktionenrechtliche Aspekte verstärkt fruchtbar zu machen, setzt die Unsicherheit über die Klageformel eine hohe Hürde.[174]

Wichtige Strukturen teilt die Bürgschaft mit den paritätischen verbalen Solidarobligationen[175] und werden deshalb häufig als „akzessorische Solidarobligation" oder „Sonderausprägung der verbalen Gesamtschuld" angesehen.[176] In jüngerer Zeit werden aber auch die Unterschiede betont.[177] **37**

---

[170] Gai. 3.119; Gai. 3.126; Inst. 3.20.5; Paul. 17 Plaut. D. 45.1.91.4,5; Ulp. 43 Sab. D. 46.1.3; Ulp. 46 Sab. D. 46.1.5; Ulp. 76 ed. D. 46.1.32; Paul. 72 ed. D. 46.1.34; Paul. 4 quaest. D. 46.1.71 pr.; Ulp. 2 reg. D. 46.3.43; vgl. auch Paul. 74 ed. D. 44.7.44.4. Lit.: Fn. 57.

[171] Ulp. 7 l. Iul. Pap. D. 24.3.64.4; Pomp. 26 Sab. D. 45.1.5.2; Ulp. 2 reg. D. 46.3.43; Paul. Fest. p. 15. Lit.: Fn. 57.

[172] Quellen Fn. 170, 171; fraglich Pap. 37 quaest. D. 4.3.19 (*per consequentias*); Paul. 11 quaest. D. 46.1.55 (*et per hoc*); Paul. 22 quaest. D. 46.1.58 pr. (*et ideo*). Zu Fremd- oder Eigenverpflichtung Gai. 3.115; Gai. 3.126; Inst. 3.20 pr.; Ulp. 11 ed. D. 4.4.13 pr.; Gai. 2 cott. D. 44.7.1.8; Pomp. 13 Q. Muc. D. 46.3.4 – aber Herm. 6 iur. epit. D. 46.1.65. Lit.: Grundlegend, aber umstr. *Flume*, Studien (1932) 5–10, 27–39, 64–81, 128–148; *Flume*, Rechtsakt (1990) 29–38; *Flume*, SZ 113 (1996) 88–131; ihm folgend *Albers*, Perpetuatio (2019) 57–60, 285, 292; *Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 102–105, 116–120, 148 f.; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 9 Fn. 12, 16 Fn. 24, 20–48; *Briguglio*, BIDR 100 (1997) 699–716; ablehnend *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 101–108, 147 f. (vgl. aber noch *Steiner*, SZ 123 (2006) 196); *Feenstra*, Et. Macqueron, 301–311; *Feenstra*, Rec. Soc. Jean Bodin 28 (1974) 299 f., 316 f.; *Apathy*, RIDA 18 (1971) 421 f.; *Frezza*, Garanzie I (1962) 4, 35-62; *De Martino*, Garanzie (1940) 4–7, 57–109; *De Martino*, Studi I (1937) 1–18 [47–62]; wohl auch *Kaser*, FG Herdlitczka 146–159; *Kaser*, RP I 661 f., 663 f.; *Segrè*, BIDR 42 (1934) 497–506, 539–549; *Beretta*, Scr. Ferrini beatif. I, 80–98. Vgl. außerdem *Marino*, Pegno (2018) 115–118; *Ziliotto*, Obbligazione (2004) 242–258; *Mannino*, in: Vacca, Garanzia (2003) 58–72 (Sympathie für Flume S. 65 Fn. 43); *Mannino*, Estenzione (1992) 2–4 Fn. 3, 95, 101 f., 146–150; *Talamanca*, in: Vacca, Garanzia (2003) 150–156; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 134–173; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 160–163, 189 f.

[173] *Acceptilatio*: Gai. 3.169; Ulp. 7 disp. D. 46.4.16 pr.; *novatio*: Gai. 3.176; Scaev. 1 resp. D. 46.1.60 (*genere novationis*); *iusiurandum*: Gai. 5 ed. prov. D. 12.2.27; Paul. 18 ed. D. 12.2.28.1; zur Naturalobligation Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.4. vgl. aber auch Pomp. 18 epist. D. 12.2.42.3; *litis contestatio*: Gai. 3.180. Fraglich die Konfusion: Afr. 7 quaest. D. 46.1.21.5; Pap. 37 quaest. D. 46.1.50; Paul. 4 quaest. D. 46.1.71 pr. Lit.: *Sturm*, Stipulatio (1972) 217–222; *Kühling*, Klagenkonkurrenz (1962) 69; *Harke*, Eid (2013) 84–88, 99 f.; *Buckland*, Jur. Rev. 53 (1941) 291–293; *Kieß*, Confusio (1995) 60–63, 87–90, 92 f.; *Solazzi*, Estinzione (1935) 284–296; *Geib*, Dogmatik (1894) 68 f.; vgl. auch → Rn. 14.

[174] *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 1–3; vgl. auch → Rn. 14 f.

[175] Insbes. zum Begründungsakt → Rn. 4 f., 23 f.; zur *litis contestatio* → Rn. 10, 29. Vgl. auch den Einsatz von Solidarschuld statt Bürgschaft in Ulp. 29 ed. D. 14.6.7.1; Diocl./Max. C. 8.39.3(40.4) (a.294). Lit.: *Harke*, Diocletian (2019) 98; *De Martino*, Garanzie (1940) 7 f. Fn. 4, 226; fraglich *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 126–129; *Flume*, Studien (1932) 60–62.

[176] *Fenocchio*, Fideiussio (2014) 1–4 Fn. 1; *Briguglio*, Fides, fiducia, fidelitas, 117 f. Fn. 87; *Brigug-*

38 Die Lösung dürfte nicht in prinzipientreuen Modellen liegen. In den Quellen finden wir verschiedene Begründungstopoi, unter denen die genannten Gesichtspunkte (→ Rn. 36) neben den Auswirkungen des Innenregresses,[178] der Berücksichtigung subjektiver Umstände,[179] der Fassung der Rechtshandlung (*in rem* oder *in personam*)[180] oder Schutzzweckerwägungen[181] stehen.[182]

III. *Adstipulatio*

39 Auf der Seite des Gläubigers konnte ein *adstipulator* hinzugezogen werden (auch → § 21 Rn. 32 f.). Dabei handelt es sich wohl um ein sehr altes Rechtsinstitut,[183] über das wir nur spärlich unterrichtet sind. Schon in der Klassik war es nur noch gebräuchlich, um eine *stipulatio post mortem* zu ermöglichen, danach geriet es ganz außer Übung.[184] Aus dem Bericht des Gaius zu schließen, haben wir uns die *adstipulatio* spiegelbildlich zur *sponsio* vorzustellen.[185]

---

lio, Fideiussoribus (1999) 17 f. Fn. 26 f.; 28–48; *Briguglio*, BIDR 100 (1997) 702–704; *Mannino*, Estenzione (1992) 7 Fn. 10, 32 Fn. 3, 146; *Provera*, St. Sanfilippo IV 611 f.; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 10 f., 107–173, 176; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 19 Fn. 14; *Branca*, St. De Francisci III 147–151; *Archi*, Conferenze Pavia 259–263; *De Martino*, SDHI 6 (1940) 136 f. Zur ἀληλεγγύη → Rn. 3, 20.

[177] *Parenti*, Solidum (2012) 313–316, 324–327, 547; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 3, 92–169; *Schmieder*, Duo rei (2007) 221–261, 304, 332; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 180; *Litewski*, IVRA 24 (1973) 338 f.; *Kaser*, RP I 662; *Frezza*, Garanzie I (1962) 3–5.

[178] Inst. 4.14.4; Paul. 3 Plaut. D. 2.14.32; Ulp. 29 ed. D. 14.6.9.3; Afr. 4 quaest. D. 16.1.19.5; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.5 pr.; Ulp. 11 ed. D. 46.1.25; Iav. 10 post. Lab. D. 46.1.46; vgl. auch Ulp. 7 disp. D. 17.1.29 pr.; Iust. C. 7.54.3.3 (a.531). Lit.: *Mannino*, Estenzione (1992) 2 Fn. 3, 39, 48, 54, 62 f., 69, 96 f., 100, 108 f., 144 f.; *Mannino*, in: Vacca, Garanzia (2003) 66–71; *Briguglio*, Fideiussoribus (1999) 9 Fn. 12; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 147 f., 169; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 182; *de los Mozos*, AHDE 53 (1983) 91 f.; *Meier*, Drittbeteiligung (2010) 38–41; *De Martino*, SDHI 6 (1940) 136. Teilweise skeptisch *De Martino*, Garanzie (1940) 215–230, 234 f.; *Flume*, Studien (1932) 130–148, aber *Flume*, SZ 113 (1996) 122 f.

[179] Pap. 10 quaest. D. 46.1.48.

[180] Bei *iusiurandum* und *pactum* → Rn. 30. Zur Klassizität *Melillo*, Scr. Guarino III 1459–1476; *Mannino*, Estenzione (1992) 4–22; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 62–64; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 131; *Amirante*, Scr. Jovene 790–794; *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 634–637 Fn. 11; *Wacke*, SZ 90 (1973) 234 f.; *De Martino*, Garanzie (1940) 233 f.; *Kaser*, RP II 458 Fn. 13.

[181] Iul. 4 Urs. Fer. D. 16.1.16.1; dazu *Mannino*, in: Vacca, Garanzia (2003) 66 f. Vgl. auch zu Ulp. 11 ed. D. 4.4.13 pr. *Babusiaux*, in: Mantovani/Schiavone, Testi e problemi (2007) 622–624, zur *perpetuatio obligationis* → Rn. 31 oder zur *epistula Hadriani* und Pap. 3 resp. D. 46.1.51.1 *Emunds*, Drittleistung (2007) 220 f.

[182] Vgl. zur Solidarobligation → Rn. 14.

[183] Erwähnt bei PS. Cic. epist. ad Octav. 9; wohl vor der *actio mandati* (vgl. Gai. 3.215 f.). Lit.: *Frezza*, Garanzie I (1962) 7 f.; fraglich *Hägerström*, Obligationsbegriff II (1941) 143-148.

[184] Gai. 3.117; vgl. auch Gai. 3.215 f.; Inst. 4.3.12; Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.4; Paul. 2 man. D. 46.3.108; Paul. 7 resp. D. 33.4.11; Paul. 4 resp. D. 17.1.59 pr.; Cic. Quinct. 18; Cic. Pis. 9; Cic. ac. 2.67. Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 189 Fn. 103; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 105–107; *Solazzi*, Estinzione (1935) 73–77; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 148, 157 f.; *Scherillo*, RIDA 10 (1963) 241 f.

Die Stipulationsformel des *adstipulator* lautete ursprünglich wohl gleich wie die des Hauptgläubigers: *Idem dari spondesne*?[186] Schon in der Klassik waren aber auch die Formelworte *idem fide tua promittis* oder *idem fide iubes* zugelassen.[187] Sklaven und Personen *in mancipio* war die *adstipulatio* verschlossen; Hauskinder unter *patria potestas* konnten als *adstipulator* auftreten, erhielten die volle Rechtsstellung, insbesondere die Klagebefugnis, aber erst, wenn sie ohne *capitis deminutio* aus der Gewalt des Vaters ausschieden.[188] Die Berechtigung des *adstipulator* konnte im Umfang oder durch Bedingungen oder Befristungen eingeschränkt werden, nicht aber über diejenige des Hauptgläubigers hinausgehen.[189] **40**

Zu unterscheiden ist der *adstipulator* vom *solutionis causa adiectus*.[190] Dieser wurde in die Stipulationsformel des Gläubigers mit dem Zusatz *mihi aut Titio dari spondes* einbezogen und hatte keine Gläubigerrechte, sondern lediglich die Empfangszuständigkeit.[191] **41**

Dagegen hatte der *adstipulator* weitreichende Verfügungsbefugnisse. Er konnte nicht nur die Leistung entgegennehmen,[192] sondern die Forderung auch einklagen[193] oder mittels *acceptilatio* erlassen.[194] Die Position des *adstipulator* war aber nicht vererblich[195] und gegenüber dem Hauptgläubiger untergeordnet: Er war diesem aufgrund der **42**

---

[185] Gai. 3.110, 114; Gai. 3.117; Gai. 3.126; dazu *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 190; *Scherillo*, RIDA 10 (1963) 241–245; *Flume*, Rechtsakt (1990) 29; *Hägerström*, Obligationsbegriff II (1941) 147.

[186] Arg. ex Gai. 3.110. Fraglich zum Konsens des Hauptgläubigers *Frezza*, Garanzie I (1962) 6 f.

[187] Gai. 3.112. Lit.: *De Martino*, Garanzie (1940) 18–20; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 149 f.; *Kaser*, RP I 660 Fn. 2; zweifelnd für *fide iubes Flume*, Studien (1932) 61.

[188] Gai. 3.114. Lit.: *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 151–154.

[189] Gai. 3.113. Lit.: *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 150 f. Vgl. zur Bürgschaft → Rn. 24.

[190] Dazu *Solazzi*, Estinzione (1935) 76; *Kaser*, RP II 440 f. Fn. 5.

[191] Inst. 3.19.4; Ulp. 18 Sab. D. 7.1.25 pr.; Ulp. 27 ed. D 13.4.2.7; Ulp. 27 ed. D. 13.5.7.1; Paul. 29 ed. D. 13.5.8; Pap. 8 quaest. D. 13.5.9; Paul. 2 sent. D. 13.5.30; Tryph. 8 disp. D. 20.1.33; Paul. 9 Plaut. D. 35.1.44 pr.; Iul. 22 dig. D. 38.1.23 pr; Paul. 74 ed. D. 44.7.44.4; Iul. 36 dig. D. 45.1.55; Iul. 52 dig. D. 45.1.56.2; Scaev. 13 quaest. D. 45.1.131.1; Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141.3,5-8; Ulp. 48 Sab. D. 45.3.11; Iul. 53 dig. D. 46.1.16 pr.; Marcian. 4 reg. D. 46.1.23; Paul. 72 ed. D. 46.1.34; Paul. 11 Sab. D. 46.2.10; Ulp. 24 Sab. D. 46.3.9; Paul. 4 Sab. D. 46.3.10; Pomp. 8 Sab. D. 46.3.11; Ulp. 30 Sab. D. 46.3.12.1,3; Iul. 52 dig. D. 46.3.33; Iul. 54 dig. D. 46.3.34 pr.,2; Afr. 7 quaest. D. 46.3.38 pr.; Ulp. 77 ed. D. 46.3.57.1; Paul. 2 Plaut. D. 46.3.59; Cels. 27 dig. D. 46.3.71 pr.; Pomp. 6 Q. Muc. D. 46.3.81 pr.; Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.5-7; Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.4-6; Gai. 2 verb. obl. D. 46.3.106; vgl. auch Pomp. 22 Sab. D. 12.6.22 pr.; Pap. 27 quaest. D. 45.1.118.2; Gai. 3.103. Lit.: *Schnabel*, Der solutionis causa adiectus (2015); *Ankum*, Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit 65 (2008) 91–97; *Ankum*, St. Nicosia I 139–161; *La Rosa*, Index 36 (2008) 277–284; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 85–90, 92–97, 102–109; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 123–127; *Talamanca*, St. Grosso III 158–169; *Frezza*, Garanzie I (1962) 8 f., 265–268; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 42–44, 55–57; *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 95–97; *Solazzi*, Estinzione (1935) 63–72.

[192] Paul. 2 man. D. 46.3.108.

[193] Gai. 3.111; Paul. 7 resp. D. 33.4.11. Lit.: *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 148 f.

[194] Gai. 3.215. Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 189 Fn. 103; *Mollá Nebot*, Extinción (1932) 201–205.

[195] Gai. 3.114; Gai. 4.113. Lit.: *Scherillo*, RIDA 10 (1963) 244 f.; *Hägerström*, Obligationsbegriff II (1941) 131; vgl. auch Fn. 65.

actio mandati herausgabepflichtig und konnte sich durch Missbrauch seiner überschießenden Rechtsmacht ersatzpflichtig machen.[196] Zu weiteren Rechtsfolgen lassen sich mangels Quellen nur Vermutungen in Anlehnung an Solidargläubigerschaft und Bürgschaft anstellen.[197]

[196] Gai. 3.111; Gai. 3.117; Gai. 3.215 f.; Paul. 4 resp. D. 17.1.59 pr.; Fest. p. 273 (*reus stipulando est … non is qui alteri adstipulatus est*). Zum Ausschluss der Mandatsklage wegen *donatio* Paul. 7 resp. D. 33.4.11. Lit.: *Parenti*, Solidum (2012) 189–191 Fn. 103; *Nelson/Manthe*, Gai Kontr. 149, 158; *Scherillo*, RIDA 10 (1963) 244; *Frezza*, Garanzie I (1962) 5 f.; *Kaser*, RP I 660; *Kaser*, RP II 398 Fn. 39; *Solazzi*, Estinzione (1935) 72 f.

[197] Z. B. *Frezza*, Garanzie I (1962) 6 zur *litis contestatio*.

§ 74 Strafstipulationen

Thomas Finkenauer

Voci, La responsabilità del debitore da ‚*stipulatio poenae*', in: St. Volterra III, 1971, 319–358; *Knütel*, *Stipulatio poenae*. Studien zur römischen Vertragsstrafe, 1976; *Sicari*, Pena convenzionale e responsabilità, 2001 sowie vor § 21; *Ziliotto*, ‚*Stipulatio poenae*' – Inadempimento del coerede e divisibilità della ‚*poena*', in: Ric. Talamanca II, 2011, 785–834; *Finkenauer*, Die römische Vertragsstrafe – eine „Criminalanstalt im Kleinen"?, in: Trierer Festschrift für Walter F. Lindacher, 2017, 123–137.

Inhalt Rn.

I. Erscheinungsformen und Funktion 1
II. Verfall der Vertragsstrafe 3
1. Nichterfüllung und Teilleistungen 3
2. Annahmeverzug 5
3. Verfallsbereinigung 6
4. Verantwortlichkeit des Schuldners 7
III. Klage und Konkurrenzen 8

I. Erscheinungsformen und Funktion

Die Vertragsstrafe (*poena*) ist regelmäßig[1] das Versprechen einer Geldzahlung an den Gläubiger in Form einer Stipulation[2] für den Fall, dass der Schuldner eine bestimmte Handlung (Primärleistung), ein Tun oder Unterlassen, nicht vornimmt.[3] Soll die *poena* ein Tun sichern, werden die Verfallsbedingungen des Versprechens negativ formuliert, 1

[1] Andere Gegenstände in Ulp. 13 ed. D. 4.8.11.2; Diocl./Max. C. 2.4.17 (o.A.) (Rückgabe des Erhaltenen bei Aufrechterhaltung des Vergleichs).

[2] Zum Versprechen einer *poena* durch *pactum adiectum* zu einem Konsensualvertrag Pap. 10 quaest. D. 18.7.7; *Knütel*, Stipulatio 26, 31 f.; *Sicari*, Leges (1996) 290–301; *Klinck*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 93 f.

[3] *Poena* ist daher auch der Strafzins für den Fall verspäteter Zahlung, vgl. Paul. 58 ed. D. 45.1.77: *sub poena pecunia promissa.*

wenn ein Unterlassen, positiv.[4] Wird die angestrebte Handlung rechtlich bereits anderweit geschuldet, die Verpflichtung also vorher oder gleichzeitig mit dem Strafversprechen begründet, handelt es sich um eine „echte" oder (besser) unselbständige Vertragsstrafe; wird sie das nicht, spricht man von einer „unechten", selbständigen Vertragsstrafe.[5] Typische Strafversprechen sind etwa die *stipulatio duplae* (→ § 79 Rn. 269–279), das *compromissum* (→ § 107 Rn. 22) oder die *cautio vadimonium sisti* (→ § 75 Rn. 18). Die Vertragsstrafe zielt anfangs wohl auch auf Vergeltung ab,[6] hat in klassischer Zeit aber in erster Linie Erzwingungs-[7] und daneben Ersatzfunktion (Beweiserleichterung und Schadenspauschalierung);[8] zudem ist auch ein Garantiezweck erkennbar.[9] Selbständige Vertragsstrafen können dem Ersatz einer fehlenden Obligierungs- oder Klagemöglichkeit dienen.[10] Vertragsstrafen sind wenigstens in klassischer Zeit in unbegrenzter Höhe zulässig,[11] Strafzinsen jedoch nur in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes.[12]

2 Das unselbständige Strafversprechen kann als Doppelstipulation formuliert sein, also an ein anderes Versprechen[13] anknüpfen: *Pamphilum dari spondes? Si non dederis, tantum dari spondes?* – „Versprichst du, dass Pamphilus gegeben wird? Versprichst du, dass soundsoviel gegeben wird, wenn du nicht gibst?" Hier sind beide Verbindlichkei-

[4] Ven. 1 stip. D. 45.1.137.7; Ulp. 13 ed. D. 45.1.71.

[5] Man könnte stattdessen auch von akzessorischer einerseits und abstrakter (= autonomer, einfacher) Vertragsstrafe andererseits sprechen. Zur schwankenden Terminologie *Knütel*, Stipulatio 27 f., 32 f.; *Talamanca*, ED 32 (1982) 712 f. – Das älteste selbständige Versprechen findet sich bei Cato bei Paul. 12 Sab. D. 45.1.4.1 (dazu *Knütel*, Stipulatio 62 Fn. 29).

[6] *Finkenauer*, FS Lindacher 134 f.

[7] Pap. 17 quaest. D. 35.1.71.1; Paul. 5 resp. D. 19.2.54.1; Ant. C. 2.55.1 (a.213).

[8] Ven. 8 act. D. 46.5.11; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.3.1; Mod. 6 reg. D. 4.8.38; Inst. 3.15.7. Zur Schadenspauschalierung bei *facere*-Versprechen *Knütel*, Stipulatio 17, 45–56, 269 f.

[9] Ven. 9 stipul. D. 46.7.19.1; Ulp. 49 ad Sab. D. 45.1.38.2; Inst. 3.19.21 mit *Finkenauer*, Stipulation 54, 66 f., 105, 107 f., 111–123. Zu den vorgenannten Zwecken *Knütel*, Stipulatio, 3, 45–65; *Finkenauer*, FS Lindacher 126–129 (dort auch zu Strafzwecken).

[10] So bei Leistungen an Dritte (Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.17), bei fehlendem schätzbaren Geldwert (etwa bei Konkurrenzverboten) oder beim Versprechen der Unterlassung, eine Forderung einzuklagen.

[11] *Knütel*, Stipulatio 15; *Finkenauer*, FS Lindacher 132; s. etwa Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.2.56 pr.; *donatio Flavii Syntrophi* (FIRA III Nr. 94 = *Bruns*, Fontes Nr. 139: 50.000 Sesterzen). Die in Inst. 4.6.21 genannte Grenze des *quadruplum* bezieht sich nur auf gesetzliche und ediktale Klagen. Zu einer gegenüber dem Interesse zu niedrigen Vertragsstrafe Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.3 mit *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 325–329. In unklarer Weise regelt Just. C. 7.47.1 (a.531) die *competens moderatio poenarum* mit einer Begrenzung auf das *duplum*, womöglich wegen exorbitant hoher Vertragsstrafen in der byzantinischen Vertragspraxis (*Nörr*, Römisches Recht (2005) 132 mwN.; *Finkenauer*, FS Lindacher 132 f.).

[12] Pap. 11 resp. D. 22.1.9 pr.; Mod. 10 pand. D. 22.1.44; Gord. C. 4.32.15 (a.242).

[13] Ausnahmsweise auch an eine Verpflichtung aus Konsensualvertrag (Iul. 3 Urs. Fer. D. 19.1.28) oder aus Vergleich oder sonstigem *pactum* (etwa über eine Erbteilung), vgl. *Knütel*, Stipulatio 31 mwN.

ten selbständig einklagbar.[14] Die ältere[15] selbständige Vertragsstrafe besteht dagegen aus einem einzigen Versprechen, geht also nur auf die Strafe, deren Verfall der Schuldner[16] allerdings durch die angestrebte Handlung verhindern kann: *Si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?* – „Versprichst du, soundsoviel zu geben, wenn du Pamphilus nicht gibst?“.[17] Dabei ist die Strafe *in obligatione (stipulatione)*, die – mittels Bedingung eingeführte – Handlung *in (ex)solutione (condicione)*; d. h. der Schuldner kann sich durch die Erbringung der Handlung befreien. Liegt schließlich der Form nach eine Doppelstipulation vor, fehlt aber das erste *spondes*: *Te sisti in certo loco: si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes?*,[18] ist umstritten, ob es sich dabei um eine Doppelstipulation[19] oder um ein selbständiges Versprechen handelt, bei dem nur die Strafe *in obligatione* ist.[20] Die Unterschiede zwischen den einzelnen Erscheinungsformen des Strafversprechens dürfen freilich nicht überbewertet werden.[21] Zu den prätorischen Stipulationen und zum Versprechen eines *factum alienum* → § 21 Rn. 60.

II. Verfall der Vertragsstrafe

1. Nichterfüllung und Teilleistungen

Soll die Strafe ein Unterlassen sicherstellen, verfällt sie (*committi* → § 21 Rn. 2,36) bei einer Zuwiderhandlung. Soll sie ein Tun oder ein Geben sicherstellen und ist eine Frist vereinbart, so verfällt sie mit Ablauf der Frist (→ § 21 Rn. 66).[22] Ist keine Frist vorgesehen, ist die Rechtslage streitig: Die einen stellen erst auf den Zeitpunkt ab, in dem die strafbewehrte Handlung unmöglich geworden ist,[23] die anderen verlangen dagegen unverzügliche Leistung.[24] Nach einer weiteren Auffassung ist dem Schuldner ein mäßiger Zeitraum für die Leistung (*modicum tempus*) zu gewähren.[25] **3**

[14] *Betti*, Ist. 144 f.; *Knütel*, Stipulatio 65–74; a. A. *Talamanca*, Compromissum (1958) 41 Fn. 17, 49; abwägend *Talamanca*, ED 32 (1982) 715 f.; zur klagweisen Durchsetzung sogleich Rn. 8.

[15] *Biscardi*, FG Lübtow (1980) 265.

[16] Oder ein Dritter: Paul. 74 ed. D. 17.1.46.

[17] Pap. 2 quaest. D. 45.1.115.2; Paul. 74 ed. praet. D. 44.7.44.5.

[18] „Gelobst du, dich an einem bestimmten Ort einzufinden und, wenn du dich nicht einfinden solltest, 50 Goldstücke zu geben?“, vgl. Pap. 2 quaest. D. 45.1.115 pr.; Cels. 26 dig. D. 45.1.97 pr.; zu Paul. 3 epit. Alf. dig. Lab. D. 17.2.71 pr. *Knütel*, Stipulatio 67–71; *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 200–203.

[19] *Voci*, SDHI 43 (1977) 643; *Sturm*, SZ 97 (1980) 421 f.; *Platschek*, ZPE 137 (2001) 291.

[20] *Knütel*, Stipulatio 71–78.

[21] *Biscardi*, FG Lübtow (1980) 262 f.

[22] Paul. 1 Plaut. D. 2.11.10.1; Paul. 2 Sab. D. 45.1.8; zu Proc. 2 epist. D. 45.1.113 pr. *Knütel*, Stipulatio 103–107; *Scognamiglio*, Stipulatio (2018) 74–76.

[23] Pegasus bei Pap. 2 quaest. D. 45.1.115.2.

[24] Sabinus bei Pap. 2 quaest. D. 45.1.115.2; dazu *Knütel*, Stipulatio 120–134, 145, 284–289; *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 210–212; *Talamanca*, ED 32 (1982) 720; *Sicari*, Pena (2001) 68–123, 213, 217, 357, 365 (Selbstwiderspruch zu Sabinus bei Paul. 2 Sab. D. 45.1.8); s. auch Fn. 54.

4 Bei einer bloßen Teilleistung verfällt die gesamte Strafe.[26] Das gilt namentlich dann, wenn Miterben bei einer auf ein *dare* lautenden Primärleistung nur eine Teilleistung erbringen.[27] Bei einer *stipulatio in (non) faciendo* nimmt jedoch die Mehrheitsmeinung einen vollständigen Strafverfall zu Lasten aller Miterben des Schuldners nur bei einem unteilbaren[28] Primärversprechen an.[29] Stirbt dagegen der Gläubiger, verfällt bei Unteilbarkeit zwar die ganze Strafe, dem nicht betroffenen Erben steht aber die *exceptio doli* entgegen.[30] Hängt das Strafversprechen von einer negativen Potestativbedingung ab, die alternativ auf zwei Gegenstände gestellt ist, werden beide geschuldet.[31] – Zur (aktiven und passiven) Vererblichkeit der Vertragsstrafe → § 21 Rn. 76, bei Miterben → § 58 Rn. 29–31.

2. Annahmeverzug

5 Der Annahmeverzug schließt einen Strafverfall im Wege der Fiktion *ipso iure* aus (→ § 21 Rn. 40). Bereinigt der Gläubiger den Annahmeverzug später, bleibt es beim endgültigen Ausfall der Bedingung und damit beim Nichtverfall der Strafe, wenn der Gläubiger die Annahme grundlos verweigert hatte. Anders liegt es nach Verzugsbereinigung, wenn der Gläubiger sich *ex iusta causa* geweigert hatte, die ihm angebotene Leistung anzunehmen; leistet der Schuldner dann trotz Bereinigung des Annahmeverzugs innerhalb eines *modicum tempus*[32] nicht, verfällt die Strafe.[33]

---

[25] Für das *compromissum*: Celsus bei Ulp. 13 ed. D. 4.8.21.12; für das Seedarlehen: Servius bei Afr. 7 quaest. D. 44.7.23; Ulp. 13 ed. D. 4.8.27.1 (dazu *Knütel*, Stipulatio 140–143; aber auch *Finkenauer*, Stipulation (2010) 131–134); zur Echtheit des *modicum tempus* überzeugend *Knütel*, Stipulatio 135–140; *Klingenberg*, SZ 126 (2009) 237, 278.

[26] Labeo bei Ulp. 77 ed. D. 2.11.9.1 (aber mit einer Bereinigungsmöglichkeit für den die Vertragsstrafe Zahlenden; *Knütel*, Stipulatio 168 f.); Paul. 75 ed. D. 45.1.85.6; Paul. 6 resp. D. 19.1.47 mit *Scognamiglio*, Stipulatio (2018) 128, 192.

[27] Pomp. 26 Sab. D. 45.1.5.3a; Paul. 23 ed. D. 10.2.25.13; Paul. 75 ed. D. 45.1.85.6; anders aber, wenn das Versprechen auf *q.e.r.e.* lautet: Pomp. 26 Sab. D. 46.8.18; Paul. 73 ed. D. 46.5.2.2; Paul. 12 Sab. D. 45.1.4.1; *Ziliotto*, Ric. Talamanca II 822–829.

[28] Wie *iter fieri* („ein Fußweg soll zustehen“) oder *habere licere* („der ungestörte Besitz soll zustehen“) ; teilbar sind dagegen etwa die Versprechen *ratam rem haberi* oder *amplius non peti* (zu beiden Versprechen § 21 Rn. 25).

[29] Pomp. 26 Sab. D. 45.1.5.4; Paul. 75 ed. D. 10.2.25.12; D. 45.1.85.3 (*verior est sententia existimantium*); Paul. 12 Sab. D. 45.1.2.5; D. 45.1.4.1; dagegen haftet beim teilbaren Versprechen nur der diesem zuwider handelnde Miterbe, und zwar mit seiner Quote; *Bonini*, AG 161 (1961) 108; *Frezza*, Garanzie I (1962) 364 f.; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 171–176; *Ziliotto*, Ric. Talamanca II 805–817. Kritisch zum unterschiedlichen Regime von *dare*- und *facere*-Stipulationen *Talamanca*, ED 32 (1982) 724 Fn. 105; anders *Ziliotto*, Ric. Talamanca II 829–834, die mit den unterschiedlichen Strafunktionen argumentiert.

[30] Paul. 12 Sab. D. 45.1.2.6; *Ziliotto*, Ric. Talamanca II 817–822.

[31] Iul. amb. sing. D. 34.5.13.2; anders aber § 5 (wegen *si nihil eorum factum erit*); dazu *Miquel*, SZ 87 (1970) 107–115; *Knütel*, Stipulatio 85–88; *Armgardt*, Lib. Am. Krampe 29–36.

[32] Welches hier wohl ergänzt werden kann (oben Fn. 25).

[33] ~~Zum Vorstehenden Ulp. 13 ed. D. 4.8.23.1,3 (a. A. Proculus); Ulp. 13 ed. D. 4.8.31; *Knütel*,~~ Stipulatio 108–119, 145.

3. Verfallsbereinigung

Im Grundsatz kann eine bereits verfallene Strafe nachträglich nicht wieder beseitigt werden.[34] Die römischen Juristen gestatten jedoch großzügig Ausnahmen.[35] Ist z. B. im Schiedsurteil kein Zeitraum für die Leistung festgelegt, kann in freier Auslegung selbst nach Ablauf eines *modicum tempus* die verfallene Strafe noch durch Leistung bereinigt werden; ist dagegen eine Frist festgelegt, hilft dem Schuldner die *exceptio doli*.[36] Verfallsbereinigungen sind in weiteren Fällen möglich.[37] **6**

4. Verantwortlichkeit des Schuldners

Umstritten ist, ob der Strafverfall nur objektiv vom Eintritt der Verfallsbedingungen abhängt[38] oder, darüber hinaus, auch subjektiv die Verantwortlichkeit des Schuldners voraussetzt.[39] Andere unterscheiden entweder nach der Form des Versprechens – das selbständige habe zu einer objektiven, das unselbständige zu einer subjektiven Haftung geführt[40] – oder nach der Rechtsschule – die Prokulianer seien für eine objektive, die Sabinianer für eine subjektive Haftung eingetreten.[41] Die Quellenlage ist nicht eindeutig, es kommt zu Überschneidungen.[42] Unstreitig lediglich eine objektive Haftung setzt die *cautio vadimonium sisti* voraus, bei der eine Vielzahl ediktal anerkannter Einreden bestehen, die Rechtfertigungsgründe, Entlastung bei Zufall und dgl. vorsehen.[43] Ebenfalls eine objektive Haftung gilt unstreitig bei der *stipulatio duplae*.[44] Grundsätzlich legt man auch beim *compromissum* eine objektive Haftung zugrunde, soweit es um das Erscheinen der Parteien geht;[45] dem straffälligen Schuldner wird jedoch bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds die *exceptio doli* gewährt.[46] Bei der Erfüllung eines **7**

---

[34] *Semel commissa poena non evanescit*, vgl. Gai. 2 ed. aed. cur. D. 21.2.57.1; Ulp. 13 ed. D. 4.8.23 pr.

[35] *Knütel*, Stipulatio 147–184.

[36] Celsus bei Ulp. 13 ed. D. 4.8.21.12; D. 4.8.23 pr.; D. 4.8.21.9.

[37] Gai. 29 ed. prov. D. 2.11.8 (*cautio vadimonium sisti*); Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.2 (nachgeholte Freilassung); Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.2.35 (*stipulatio duplae*).

[38] So *Jörs/Kunkel/Wenger*, RR 181; *Medicus*, SZ 86 (1969) 90 f.; *Sturm*, SZ 97 (1980) 426 f.; *Sicari*, Pena (2001) 43, 219, 367–372.

[39] *Voci*, St. Volterra III 327, 348, 358; dagegen *Talamanca*, ED 32 (1982) 720 Fn. 71.

[40] *Donatuti*, SDHI 1 (1935) 302–304; *Biscardi*, Actio (1974) 31 f.; dagegen *Voci*, St. Volterra III 321 f.; *Knütel*, Stipulatio 259.

[41] *Frezza*, Garanzie I (1962) 347–361; *Kaser*, RP I 520 f.; *Knütel*, Stipulatio 218, 257; *Jörs/Kunkel/Wenger*, RR 240; dagegen aber *Voci*, SDHI 43 (1977) 644.

[42] Vorsichtig auch *Talamanca*, ED 32 (1982) 721 f.

[43] *Lenel*, EP 501 f.; *Voci*, St. Volterra III 333; *Knütel*, Stipulatio 199; zum Regress des Schuldners gegenüber Dritten Ulp. 7 ed. D. 2.10.1.3.

[44] Pomp. 9 Sab. D. 21.2.16.1; Ulp. 29 Sab. D. 21.2.21.1; *Voci*, St. Volterra III 340 f.

[45] Proculus bei Ulp. 13 ed. D. 4.8.21.9; *Knütel*, Stipulatio 208; *Sicari*, Pena (2001) 272–292.

[46] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.2.

Schiedsspruchs und beim Seedarlehen lässt sich dagegen eine Entwicklung hin zur subjektiven Haftung feststellen.[47] Unter Bezugnahme auf den Parteiwillen äußert Sabinus als Erster den Gedanken, es komme darauf an, ob der Strafverfall *per promissorem stetit, quo minus daret.*[48] Es muss also am Schuldner gelegen sein, dass die Leistung nicht erfolgt ist, was, unabhängig von einem technischen Verschulden, die Fälle der durch bewusstes Handeln herbeigeführten nachträglichen Unmöglichkeit und die Verzögerung der Leistung einschließt.[49] Diese Auffassung wird herrschend.[50] Eine Mahnung des Schuldners ist zur Herbeiführung des Strafverfalls nicht notwendig.[51] Zum Fall der Unmöglichkeit des Strafversprechens → § 21 Rn. 53 i. f.

III. Klage und Konkurrenzen

8 Für die Klage auf die Strafe ist die *condictio certae creditae pecuniae* zuständig;[52] es handelt sich um eine *stipulatio in dando*. Wenn eine selbständige Vertragsstrafe eingeklagt wird, ist nur die Strafe *in obligatione*. Anders liegt es bei der unselbständigen Vertragsstrafe, wenn also die Strafe entweder eine andere Stipulation sichert (Doppelstipulation) oder einen *bonae fidei contractus*. Nach heute h. M. kann jede Obligation eingeklagt werden.[53] Allerdings ist das Verhältnis der Klagen problematisch. Kumulation von Primärleistung und Strafe kommt für die römischen Juristen nur ausnahmsweise in Betracht,[54] etwa wenn die Strafe gerade für den Fall verspäteter oder nicht

[47] *Knütel*, Stipulatio 257.

[48] Sabinus bei Pap. 2 quaest. D. 45.1.115.2: *ex sententia contrahentium*. Schrifttum oben Fn. 24.

[49] *Kaser*, RP I 506 mwN. Darüber hinaus geht wegen Paul. 22 ed. D. 9.2.22 pr. und Cels. 12 dig. D. 47.2.68.1 *Voci*, St. Volterra III 348 f., 358; *Voci*, SDHI 43 (1977) 645 von einer *custodia*-Haftung aus; dagegen zutr. *Reichard*, SZ 107 (1990) 76–78.

[50] Celsus bei Ulp. 13 ed. D. 4.8.23.1,2; Afr. 7 quaest. D. 44.7.23; Marcian. 4 reg. D. 4.8.52; *Knütel*, Stipulatio 214–228; a. A. *Sicari*, Pena (2001) 43, 219, 367–372; *Biscardi*, Actio (1974) 44–48, 52–54, 180 f.; *Scognamiglio*, Stipulatio (2018) 120 f. – Lab. 5 pith. a Paul. epit. D. 22.2.9 und Paul. 58 ed. D. 45.1.77 stehen dem nicht entgegen, vgl. *Knütel*, a. a. O. 228–237; *Biscardi*, Actio (1974) 29–35; anders *Sicari*, Pena (2001) 249–271, 315–320.

[51] So Julian bei Afr. 7 quaest. D. 44.7.23; Just. C. 8.37.12 (a.529); zu der dort genannten abweichenden Meinung *Knütel*, Stipulatio 226.

[52] Die Quellen nennen aber nur eine *actio ex stipulatu*, z. B. Iul. 3 Urs. Fer. D. 19.1.28; Pap. 2 quaest. D. 2.11.15; Ulp. 7 ed. D. 2.10.1.3; Paul. 1 Plaut. D. 2.11.10.2; Paul. sent. 5.5a.1. Unklar ist, ob dies eine *actio certi ex stipulatu* sein soll, die von der h. M. abgelehnt wird (s. aber für die alte Zeit Gai. 4.17a und *Behrends*, Zwölftafelprozess (1974) 104 f.). *Kaser*, RP I 542 Fn. 47 meint, die *actio ex stipulatu* habe sich von der *condictio* nur dadurch unterschieden, dass sie ausdrücklich den Verpflichtungsgrund *ex stipulatu* genannt habe (a. A. *Lenel*, EP 237 f.).

[53] Oben Rn. 2, Fn. 14.

[54] Labeo bei Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.7 (*exceptio doli*); Pap. 2 quaest. D. 45.1.115.2 i. f. (echt: *Knütel*, Stipulatio 285; *Scognamiglio*, Ric. Talamanca II 754; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 79 f.; für Überarbeitung (Note des Paulus?) aber *Sicari*, Pena (2001) 114 f.; für Itp. *Biscardi*, FG Lübtow (1980) 267); zusammenfassend *Humbert*, in: Piro, Règle (1999) 71–76; für weitreichende Häufung aber Arcad./Honor. C. 2.4.41 (a.395).

gehöriger Leistung versprochen ist[55] oder eine Kumulierungsabrede besteht[56] oder dem *quod actum* zu entnehmen ist.[57] Bei der Doppelstipulation beschränkt eine jüngere Auffassung[58] den Gläubiger auf die Strafe, entweder durch Gewährung einer *exceptio doli*[59] oder sogar *ipso iure* unter Hinweis auf eine *quasi novatio*.[60] Nach anderer Ansicht stehen die beiden versprochenen Leistungen in einem elektiven (alternativen) Verhältnis.[61] Sichert das Strafversprechen ein *pactum*, besteht zwischen der *exceptio pacti* und der Klage aus dem Strafversprechen elektive Konkurrenz.[62] Entweder hat der Gläubiger, der die Einrede erhebt, das Strafversprechen zu erlassen, oder ihm wird die Klage auf die Strafe denegiert.[63] Ist schließlich ein *bonae fidei contractus* mit einer Strafe gesichert, nehmen die Juristen gleichfalls elektive Konkurrenz an: Wird die Kontraktsklage geltend gemacht, steht der Strafklage die *exceptio doli* entgegen. Die Kontraktsklage dagegen entfällt *ipso iure*, wenn bereits die Strafe eingeklagt ist, es sei denn, mit ihr wird ein weitergehender Schaden geltend gemacht.[64] Elektive Konkurrenz besteht im Eviktionsfall auch zwischen der *stipulatio duplae* und der *actio empti*, die Haftung wird also nicht auf die Strafsumme begrenzt.[65]

[55] Pomp. 3 Plaut. D. 45.1.90 (Strafzinsen); Pap. 27 quaest. D. 18.7.6 pr.; *Knütel*, Stipulatio 289, 354–361.

[56] *Donatio Flavii Syntrophi* (FIRA III Nr. 94 = *Bruns*, Fontes Nr. 139); Paul. 3 quaest. D. 12.1.40 (*amplius*); Her. 1 iur. epit. D. 2.15.16 (*rato manente pacto*); Diocl./Max. C. 2.4.17 (a.293); dazu *Knütel*, Stipulatio 281–284, 312–314, 354.

[57] Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.6; *Knütel*, Stipulatio 316–318.

[58] So *Frezza*, Garanzie I (1962) 337; *Knütel*, Stipulatio 271, 363.

[59] Iul. 52 dig. D. 45.3.1.6.

[60] Paul. 74 ed. D. 44.7.44.6; *Knütel*, Stipulatio 265–273; *Talamanca*, ED 32 (1982) 716 Fn. 30; *Sicari*, Pena (2001) 94–98; *Scognamiglio*, Stipulatio (2018) 153–157.

[61] Pap. 2 quaest. D. 45.1.115.2 mit *Scognamiglio*, Ric. Talamanca II 759; Gord. C. 2.3.14 (a.241) mit *Knütel*, Stipulatio 278–280.

[62] Mela bei Paul. 35 ed. D. 23.4.12.2; Sabinus bei Ulp. 4 ed. D. 2.14.10.1; Grat./Valentin./Theodos. C. 2.4.40 (a.381); *Knütel*, Stipulatio 291–311.

[63] Ist allerdings das gewählte Rechtsmittel nicht erfolgreich, ist der Rückgriff auf das andere möglich, vgl. Paul. 5 Sab. D. 21.2.18; *Knütel*, Stipulatio 310 f.

[64] Für den Kauf: Iul. 3 Urs. Fer. D. 19.1.28; für die Gesellschaft: Ulp. 45 Sab. D. 17.2.42. Das genannte Nachforderungsrecht ist echt: *Knütel*, Stipulatio 320–332; *Jörs/Kunkel/Wenger*, RR 240; *Talamanca*, ED 32 (1982) 718; *Scognamiglio*, Ric. Talamanca II 760–768 (a. A. *Medicus*, Quod interest (1962) 174, 197, 297).

[65] S. etwa Pap. 27 quaest. D. 22.1.4.1; *Honsell*, Quod interest (1969) 60; *Knütel*, Stipulatio 336–353.

§ 75 Das Vadimonium und andere Prozessstipulationen

Thomas Rüfner

Literatur: *Knütel*, Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe, 1976; *Domingo*, Estudios sobre il primer título del Edicto pretorio I. El edicto por desacato al decreto al magistrado municipal, 1992; II. El edicto de competencia jurisdiccional, 1993; *Kaser/Hackl*, Das Römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1996; *Cloud*, Some thoughts on vadimonium, SZ 119 (2002) 143–176; *Metzger*, Litigation in Roman Law, 2005; *Platschek*, Studien zu Ciceros Rede für P. Quinctius, 2005; *Wolf*, Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund. Gesammelte Aufsätze, 2010; *Donadio*, Vadimonium e contendere in iure. Tra certezza di tutela e diritto alla difesa, 2011; *D'Amati*, L'inattività del convenuto nel processo formulare: ‚indefensio', ‚absentia' e ‚latitatio', 2016.

Inhalt Rn.

I. Überblick . . . 1
II. Die Präjudizialsponsionen . . . 2
1. Vindikationsverfahren *per sponsionem* . . . 2
a. Ablauf . . . 2
b. *Cautio pro praede litis et vindiciarum* . . . 5
c. Weitere Verfahren mit Präjudizialsponsion . . . 10
III. Die Vadimonien . . . 13
1. Ursprünge . . . 13
2. Wortlaut . . . 16
3. Funktionen . . . 21
a. Vertagungsvadimonium . . . 22
b. Verweisungsvadimonium . . . 25
c. Ladungsvadimonium . . . 28
4. Sanktionen bei Nichterscheinen . . . 32
5. Weitere Entwicklung . . . 35
IV. Weitere Prozesstipulationen . . . 37
1. *Cautio de rato* . . . 38
2. *Cautio iudicatum solvi* . . . 43

I. Überblick

Schuldversprechen in der Form der *stipulatio* und insbesondere der *sponsio* sind im römischen Zivilprozess allgegenwärtig. Im Vindikationsverfahren *per sponsionem* und bei einer Reihe von weiteren Verfahren wird der Klagegrund durch die Leistung einer *sponsio* geschaffen. Die Leistungsklage aus dem nur zum Zweck der Prozessermöglichung geleisteten Schuldversprechen erfüllte die Funktion einer Feststellungsklage, wie sie das römische Prozessrecht zunächst nicht kannte. Die Vadimonien sichern das Erscheinen des Beklagten in verschiedenen Phasen des Prozesses. Weitere im Edikt vorgesehene Stipulationen dienten der Schaffung von Prozessvoraussetzungen und der Sicherung prozessualer Pflichten der Parteien. 1

II. Die Präjudizialsponsionen

1. Vindikationsverfahren *per sponsionem*

a. Ablauf

Das Verfahren mittels einer *sponsio praeiudicialis* ist am besten für die Vindikation dokumentiert. Nach Gaius konnte die Vindikation – außer mit der *formula petitoria*, die auf die Herausgabe der streitbefangenen Sache bzw. die Zahlung einer entsprechenden Geldsumme gerichtet war (→ § 59 Rn. 1) – auch *per sponsionem* durchgeführt werden (→ § 59 Rn. 33–47).[1] Bei diesem Verfahren wurde die Entscheidung über das Eigentum indirekt im Rahmen einer Klage aus einem Sponsiosversprechen getroffen. Der Kläger legte dem Beklagten die folgende Stipulationsfrage vor: 2

Si homo, quo de agitur, ex iure Quiritium meus est, sestertios xxv nummos dare spondes? 3

Wenn der Sklave, um den es geht, nach dem Recht der Quiriten mein ist, gelobst du dann 25 Sesterzen zu leisten?

Nach Leistung des Versprechens durch den Beklagten wurde Klage aus der Sponsion erhoben. Zur Entscheidung musste das Gericht die Eigentumsfrage als Vorfrage klären. Die Vindikation im Verfahren *per sponsionem* fand vor dem Zentumviralgericht, vor dem auch in klaassischer Zeit noch mittels Legisaktionen prozessiert wurde, aber auch in Verfahren vor dem Einzelrichter in den Formen des Formularprozesses statt.[2] Im ersten Fall erhöhte sich die versprochene Summe nach einer *lex Crepereia* auf 125 Sesterzen.[3] Das Verfahren wurde als *legis actio sacramento in personam* durchgeführt.[4] Im zweiten Fall (Verfahren vor einem Einzelrichter) war die *actio certae creditae pecuniae* zuständig.[5] 4

[1] Gai. 4.93.
[2] *Hackl*, Praeiudicium (1976) 189.
[3] Gai. 4.95.
[4] *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 24 Fn. 25; *Gagliardi*, Decemviri (2002) 163 f.

b. *Cautio pro praede litis et vindiciarum*

5 Nach Gaius wurde die versprochene Geldsumme im Falle des Obsiegens des Klägers nicht beigetrieben.[6] Zur Durchsetzung der Pflicht des unterlegenen Beklagten diente die *cautio pro praede litis et vindiciarum* (→ § 12 Rn. 58). Ihr Wortlaut lässt sich wie folgt rekonstruieren:

6 *Si ea res qua de agitur a centumviris secundum me heredemve meum iudicata erit neque ea res boni viri arbitratu restituetur et si quid deinde deperierit deminutum erit, damnum, quod ob eam rem te heredemve tuum mihi heredive decidere oportet, uti e lege oportet, decidetur, sive ea res a te herede cognitore procuratoreve sponsoribus tuis adversus me heredem cognitorem procuratorem meum boni viri arbitratu defensa non erit, cuive rei dolus malus non abest non afuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondesne?*

Wenn diese Sache, um die es geht von den Zentumvirn zu meinen Gunsten oder zugunsten meines Erben entschieden wird und diese Sache nicht nach dem Ermessen eines redlichen Mannes zurückgegeben wird und, falls dann etwas zugrunde gegangen ist oder verringert wurde, der Schaden, den deswegen du oder dein Erbe mir oder meinem Erben ersetzen muss, nicht so, wie er nach dem Gesetz ersetzt werden muss, ersetzt wird, und wenn diese Sache von dir oder deinem Repräsentanten oder Vertreter oder deinen Bürgen nicht gegen mich, meinen Erben, Repräsentanten oder Vertreter nach dem Ermessen eines redlichen Mannes verteidigt wird, oder wenn in dieser Sache Arglist vorhanden ist oder vorhanden sein wird, – dass so viel Geld, wie diese Sache wert sein wird, geleistet wird, gelobst du das?[7]

7 Der Beklagte versprach, (1.) Ersatz, sofern die Sache nach Verurteilung nicht oder nicht unbeschädigt herausgegeben wurde, (2.) die Leistung des Interesses, falls er das Verfahren nicht ordnungsgemäß fortführen würde und (3.) die Abwesenheit von Arglist. Anstelle der Zentumvirn wurde der Einzelrichter (*iudex*) in das Formular eingesetzt, wenn das Verfahren *per sponsionem* vor einem solchen stattfand.

8 Aufgrund der ersten Klausel war die Sache (wie im Rahmen der Vindikation mit *formula petitoria*, → § 59 Rn. 288–295) nebst Früchten herauszugeben.[8] Falls die Herausgabepflicht nicht vollständig erfüllt wurde, war der Wert der Früchte doppelt zu ersetzen (*fructus duplio*).[9] Die zweite Klausel sollte den Kläger dagegen sichern, dass der Beklagte sich den begrenzten Einlassungszwang bei dinglichen Klagen zunutze machte, um den Rechtsschutz des Klägers zu vereiteln.[10]

9 Zur Frage, wie der Beklagte zur Leistung der *cautio* gezwungen werden konnte, ist die Quellenlage dürftig. Nach einem in den Pauli sententiae überlieften Text wird der Besitz ohne weiteres auf den Kläger übertragen, wenn der Beklagte bei einer *hereditatis petitio* die Sicherheitsleistung verweigert.[11] Allerdings ist nicht erkennbar, ob der Ausspruch

---

[5] *Lenel*, EP 177; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 25.
[6] Gai. 4.94.
[7] *Mantovani*, Formule 103 (Nr. 188); vgl. Lenel, EP 516–530.
[8] *Kaser/Hackl*, RZ 282.
[9] *Kaser/Hackl*, RZ 282; *Rüfner*, FS Knütel 994 f.
[10] *Kaser/Hackl*, RZ 282.
[11] Paul. sent. 1.11.1; *Kaser/Hackl*, RZ 282 Fn. 37 schließen aus diesem Text, dass dem Kläger bei

sich auf das Sponsionsverfahren und die *cautio pro praede litis et vindiciarum* bezieht. Auch ist nicht klar, ob für andere dingliche Klagen dieselbe Regel gilt. In Ermangelung anderer Quellen ist es jedoch die wahrscheinlichste Hypothese, dass die in den Pauli sententiae überliefert Regel allgemein für die Verweigerung der Kautionsleistung durch den Beklagten bei einer *actio in rem* und damit auch für die Verweigerung der *cautio pro praede litis et vindiciarum* im Verfahren *per sponsionem* galt. Demnach verlor der Beklagte, wenn er sich weigerte, die *cautio pro praede litis et vindiciarum* zu leisten, den Besitz, sofern der Kläger seinerseits zu einer Sicherheitsleistung bereit war.

c. Weitere Verfahren mit Präjudizialsponsion

Gaius erklärt das Verfahren mit *sponsio praeiudicialis* pauschal bei *actiones in rem* für anwendbar. Es stand jedenfalls auch bei der *hereditatis petitio* und bei Freiheitsprozessen zur Verfügung.[12] Außerdem wurde das Verfahren vermutlich bei der *querela inofficiosi testamenti* angewendet.[13] **10**

Sicher belegt ist die Anwendung eines Verfahrens mittels Präjudizialsponsionen für die Interdikte.[14] Bei den *interdicta uti possidetis* und *utrubi* war dieses Verfahren das einzig mögliche (→ § 66 Rn. 93–99). Bei den *interdicta restitutoria* und *exhibitoria* stand es neben einem Verfahren *per formulam arbitrariam* zur Wahl (→ § 66 Rn. 87–92).[15] Von den bisher genannten Sponsionsverfahren unterschieden sich die Interdiktenverfahren dadurch, dass die *sponsiones* als Strafversprechen angesehen wurden und die Zahlungspflicht wirklich durchgesetzt wurde.[16] Außerdem wurden wechselseitige Stipulationen geleistet, so dass beide Parteien im Fall des Unterliegens zur Zahlung verpflichtet waren.[17] **11**

Ciceros Rede Pro Quinctio belegt die Verwendung des Sponsionsverfahrens zu Klärung der Frage, ob der Beklagte in einem Prozess um die Abwicklung einer *societas* als *persona suspecta* zur Leistung einer Prozesssicherheit verpflichtet war. Cicero kritisiert die Einsetzung dieses Verfahrens jedoch als Neuerung von zweifelhaftem Wert.[18] **12**

Inanspruchnahme unbeweglicher Sachen das *interdictum quem fundum* zustand und ihm bei beweglichen Sachen deren Inbesitznahme gestattet wurde.

[12] *Hackl*, Praeiudicium (1976) 189; *Kaser/Hackl*, RZ 346; *Müller-Ehlen*, Hereditatis petitio (1998) 19 Fn. 1 und 22 f.; *Indra*, Status quaestio (2011) 89 f.

[13] *Hackl*, Praeiudicium (1976) 189; *Kaser/Hackl*, RZ 346; zu Einzelheiten vgl. *Gagliardi*, Decemviri (2002) 288–308.

[14] Gai. 4.162–168; *Hackl*, Praeiudicium (1976) 189 f.

[15] *Kaser/Hackl*, RZ 416–421.

[16] Gai. 4.165 und 167 f., dazu *Hackl*, Praeiudicium (1976) 190.

[17] Gai. 4.165 f.; bei den *interdicta uti possidetis* und *utrubi* wurden von jeder Partei eine *sponsio* und eine *restipulatio*, insgesamt also vier Stipulationsversprechen geleistet, vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 419.

[18] Cic. Quinct. 8.

III. Die Vadimonien

1. Ursprünge

13 Die Etymologie von *vadimonium* verweist auf *vas* – Bürge. Soweit die (literarischen) Belege für den Einsatz von *vades* sich auf konkrete Prozesse beziehen lassen, geht es um Strafprozesse: Der Angeklagte blieb während des Verfahrens von Haft verschont, wenn *vades* für sein Erscheinen im nächsten Termin bürgten.[19] Indessen berichtet Aulus Gellius, der Gebrauch von *vades* und *subvades* sei infolge der *lex Aebutia* (die den Formularprozess zur ordentlichen Form des Zivilprozesses machte,[20] → § 10 Rn. 5) außer Gebrauch gekommen.[21] Demnach dienten *vades* vermutlich auch im Zivilprozess mittels *legis actiones* zur Sicherstellung der Anwesenheit des Beklagten (→ § 9 Rn. 18).[22]

14 Insbesondere von Arangio-Ruiz wurde – gestützt auf die in Kampanien gefundenen Urkunden (→ Rn. 17) die Auffassung vertreten, das Wort *vadimonium* bezeichne die einseitige Aufforderung einer Prozesspartei (des Klägers) an die andere (den Beklagten), zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Ort zu erscheinen. Dieser einseitige Gestellungsbefehl soll schon für sich allein die Verpflichtung des Gegners zum Erscheinen erzeugt haben, die dann die Leistung einer Strafstipulation für den Fall des Nichterscheinens verstärkte.[23] Demgegenüber sieht die wohl vorherrschende Auffassung im *vadimonium* ein Gestellungsversprechen in Stipulationsform.[24]

15 Das *vadimonium* ist demnach das eigene Versprechen einer Prozesspartei, zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort zu erscheinen und im Fall des Nichterscheinens eine Strafsumme zu zahlen. Die Entwicklung von der Stellung von *vades* zum *vadimonium* als Gestellungsversprechen in Stipulationsform ist vermutlich in mehreren Schritten verlaufen. Als ersten Schritt kann man sich die Entwicklung des *vas* von einer Geisel, die womöglich mit Leib und Leben für das Erscheinen des Angeklagten oder Beklagten haftete, zu einem *sponsor* vorstellen, der durch förmliches Schuldversprechen die Haftung für eine Geldsumme übernahm, die im Fall des Nichterscheinens

---

[19] Vgl. Liv. 3,13,8 (Strafprozess gegen Kaeso Quinctius, den Sohn von L. Quinctius Cincinnatus, Dictator 458 und 439 v. Chr.; die Erzählung trägt legendenhafte Züge); Liv. 25,4 (Prozess gegen M. Postumius Pyrgensis und seine Anhänger im Jahr 212 v. Chr.); Sall. Iug. 35,9 (Prozess gegen Bomilcar im Jahr 110 v. Chr.); s. auch Fest. p. 519 L sowie die Nachweise bei *Donadio*, Vadimonium (2011) 128 f. Fn. 28.

[20] Gai. 3.40.

[21] Gell. 16,10,8; vgl. auch Varro ling. 6,74 zur Vereinbarung *Vadem ne poscerent, nec dabitur* bei der Manzipation von Grundstücken, der allerdings *De Simone*, AUPA 53 (2009) 198–210 den Bezug zum (Zivil-) Prozess abspricht.

[22] *Kaser/Hackl*, RZ 68.

[23] So insbesondere *Arangio-Ruiz*, PP 3 (1948) 137–139; *Arangio-Ruiz* , BIDR 62 (1959) 230–232; ebenso noch *Tafaro*, Labeo 22 (1976) 240.

[24] *Wolf*, Sat. Feenstra 67; *Kaser/Hackl*, RZ 227; *Sicari*, Pena (2001) 293; *Metzger*, Litigation (2005) 57; *Donadio*, Vadimonium (2011) 1.

verfiel. In einen zweiten Schritt könnte dann die Abgabe des Haftungsversprechens durch den Betroffenen selbst an die Stelle der Haftungsübernahme durch die *vades* getreten sein.[25]

2. Wortlaut

Der Wortlaut eines ediktalen Musters für das *vadimonium* ist nicht überliefert. Bekannt sind nur der typische Wortlaut von *testationes* aus Herculaneum und Pompei (→ § 8 Rn. 183–188), in denen die Leistung eines *vadimonium* protokolliert ist. Als Beispiel sei hier ein *vadimonium* aus dem Archiv der Sulpizier wiedergegeben: **16**

TPSulp. 1 **17**

Vadimonium factum
L(ucio) Mario Hermerotì ìn k(alendas)
[[idus]] Novembres primas,
Puteolis in fore ante araṃ
August(i) Hordionianam
hora tertia; HS ((I)) ([(]I[)]) et
HS I)) ∞ ∞ et HS ∞ [··dari]
stipulatus est C(aius) [Sulpicius]
Cinnamus spo[pondit L(ucius)]
Marius Hermeros.
Actum Puteolis
VIII k(alendas) Novembres,
Cn(aeo) Hosidio Geta
L(ucio) Vagellio co(n)s(ulibus).

Ein Vadimonium wurde angetragen dem
Lucius Marius Hermeros auf den nächsten ersten
November
in Puteoli auf dem Marktplatz vor dem Altar
des Augustus, den die Familie Hordiana erbaut hat
für die dritte Stunde; 20000 und
7000 und 1000 Sesterzen hat sich Caius Sulpicius
Cinnamus versprechen lassen, versprochen hat Lucius
Marius Hermeros.
Geschehen zu Puteoli
am 25. Oktober
unter dem Konsulat von Gnaeus Hosidius Geta und
Lucius Vagellius [49 n. Chr.].

Die Wendung *vadimonium factum (est) Lucio Mario Hermerotì* kann – im Anschluss an Platschek[26] – mit „Dem Lucius Marius Hermeros wurde ein Vadimonium angetragen“ **18**

[25] In diesem Sinne *De Simone*, AUPA 53 (2009) 219; vgl. auch *Kaser/Hackl*, RZ 68 Fn. 49.
[26] *Platschek*, ZPE 237 (2001) 290 f.

übersetzt werden. Die Formulierung bezeichnet demnach die vom Gläubiger gestellte Stipulationsfrage (→ § 21 Rn. 8) für das eigentliche Gestellungsversprechen. Das anschließend mit den Verben *stipulatus est* und *spopondit* protokollierte Versprechen zur Leistung einer Gedsumme ist als Verpflichtung zur Leistung einer Strafzahlung im Fall des Nichterscheinens zur vereinbarten Zeit und am verinbarten Ort zu verstehen, auch wenn diese Bedingung aus dem Wortlaut des Protokolls nicht hervorgeht.[27] Die Aufteilung der Stipulationssume in mehrere Teilsummen im Beispieltext erklärt sich vermutlich dadurch, dass mehrere Ansprüche gleichzeitig geltend gemacht wurden und für jeden Anspruch eine Strafsumme ausgeworfen wurde.[28]

19 Die kampanischen Urkunden geben den Wortlaut der geleisteten Stipulation nicht vollständig wieder.[29] Der vollständige Wortlaut der auf den kampanischen Täfelchen verkürzt überliefeten Stipulationsfrage lässt sich analog einem in den Digesten (ohne Bezeichnung als *vadimonium*) überlieferten Gestellungsversprechens[30] wie folgt rekonstruieren:

20 *Spondesne kalendis Novembres primis, Puteolis in fore ante aram Augusti Hordionianam hora tertia te sisti et nisi steteris viginiti milia sestertium et septem milia sestertium et mille sestertium dari?*

Gelobst du, dich an den nächsten Kalenden des November in Puteoli vor dem Altar des Augustus, den die Familie Hordiana erbaut hat, zur dritten Stunde zu stellen und gelobst du, falls du dich nicht gestellt hast, dass 20.000 und 7.000 und 1.000 Sesterzen gezahlt werden?

3. Funktionen

21 In der Literatur werden traditionell drei Funktionen des *vadimonium* unterschieden. Demnach konnte ein *vadimonium* als sogenanntes Ladungsvadimonium vom Beklagten geleistet werden, um das (erstmalige) Erscheinen beim Gerichtsmagistrat zu sichern. Ferner konnte das *vadimonium* dem Beklagten durch den Gerichtmagistrat auferlegt werden, wenn die Verhandlung *in iure* nicht bis zu *litis contestatio* durchgeführt werden konnte. Dieses so genannte Vertagungsvadimonium hatte dann die Funktion, das erneute Erscheinen des Beklagten im Fortsetzungstermin sicherzustellen. Schließlich konnte ein *vadimonium* als Verweisungsvadimonium dem Beklagten abverlangt werden, um ihn zum Erscheinen vor dem zuständigen Gericht zu verpflichten. Am genauesten sind wir über das so genannte Vertagungsvadimonium informiert, das deshalb am Anfang der folgenden Darstellung steht.

---

[27] *Metzger*, RIDA 47 (2000) 159 f.; *Platschek*, ZPE 137 (2001) 291.
[28] *Camodeca*, TPSulp. I 53.
[29] Zu möglichen Gründen *Metzger*, Litigation (2005) 68–73.
[30] Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.3; vgl. *Platschek*, ZPE 137 (2001) 283; *Metzger*, Litigation (2005) 57.

a. Vertagungsvadimonium

Die Funktionsweise des Vertagungsvadimoniums ist im Lehrbuch des Gaius erläutert.[31] Demach musste der Beklagte ein *vadimonium* leisten,[32] wenn er vor den Gerichtsmagistrat geladen (*in ius vocatus*) worden war, die Sache dort aber bis zum Tagesende nicht abgeschlossen werden konnte. Das *vadimonium* diente also dazu, das Verfahren *in iure* zu einem späteren Zeitpunkt fortzusetzen.[33] 22

Die Ausgestaltung des *vadimonium* im Einzelnen war nach Gaius im Edikt des Prätors geregelt.[34] Demnach musste der als Strafe versprochene Betrag unterhalb der Summe liegen, die im Prozess gefordert wurde. Abgesehen von den der Litiskreszenz unterliegenden *actiones depensi* (→ § 73 Rn. 26) und *iudicati*[35] durfte maximal ein Strafversprechen auf die Hälfte des Streitwerts, höchstens aber auf einen Betrag von 100.000 Sesterzen gefordert werden.[36] Je nach den Umständen des Falles konnte zusätzlich zur Stipulation die Leistung eines Eides zur Bestärkung des Versprechens gefordert werden.[37] Im Edikt war auch geregelt, ob das *vadimonium* allein durch den Beklagten zu leisten war oder *cum satisdatione*, das heißt mit Stellung von Bürgen (→ § 21 Rn. 23).[38] Für die Durchsetzung der Strafzahlung bei Nichterscheinen konnte ein beschleunigtes Verfahren vor einer Rekuperatorenbank (*recuperatoribus suppositis*) vorgesehen werden.[39] 23

Zur Frage, wie die Leistung des auferlegten Vertagungsvadimonium im Falle mangelnder Kooperationsbereitschaft des Beklagten erzwungen werden konnte, existieren keine Quellen. Aus dem Grundsatz, dass jeder Magistrat (mit Ausnahme der Munizipalmagistrate) seine Jurisdiktionsgewalt durch Gewährung einer Strafklage schützen kann,[40] darf geschlossen werden, dass eine solche Strafklage auch bei Nichtleistung des auferlegten *vadimonium* möglich war. Denkbar ist auch, dass der Ungehorsam gegenüber dem magistratischen Befehl – wie andere Formen der Prozessvereitelung (→ § 11 24

[31] Gai. 4.184–186; dem Vertagungsvadimonium sind auch die Bestimmungen in Lex Irnit. 49 (tab. Vc Z. 40) und die bei Liv. 23.32.4 sowie Val. Max. 3.7.1a, Gell. 6.1.8–11 und Plu. Moralia 196B berichteten Begebenheiten zuzuordnen, dazu *Donadio*, Vadimonium (2011) 321–371.

[32] Vgl. *Platschek*, ZPE 237 (2001) 291 zur Deutung des *ei* in der Wendung *vadimonium ei faciendum est* als *dativus auctoris*.

[33] *Kaser/Hackl*, RZ 227; zu Hinweisen darauf, dass auch die Verhandlung *apud iudicem* mittels Leistung von *vadimonia* vertagt werden konnte, vgl. *Platschek*, Quinctius (2005) 46 f. mit Hinweis auf Plin. nat. 7,182 und Paul. 14 ed. D. 2.8.8 pr.

[34] *Lenel*, EP 80–85.

[35] *Kaser/Hackl*, RZ 228 Fn. 11.

[36] Gai. 4.186; dazu *Metzger*, Litigation (2005) 74–81 mit Hinweis auf Ulp. 74 ed. D. 2.11.4.5 und Paul. 6 ed. D. 50.17.110; vgl. auch *Backhaus*, SZ 100 (1983) 167 f.

[37] Gai. 4.185; *Donadio*, Vadominium (2011) 32 f.; vgl. auch Paul. 6 ed. D. 2.8.16, zu beiden Texten auch *Lemosse*, RHD 73 (1995) 61 f.

[38] Gai. 4.185.

[39] Dazu Gai. 4.185; *Lemosse*, RHD 71 (1993) 39–44; *Kaser/Hackl*, RZ 229 Fn. 30.

[40] Ulp. 1 ed. D. 2.3.1 pr.

Rn. 17–21) – mit einer Einweisung des Prozessgegners in das Vermögen des Ungehorsamen (*missio in bona*) sanktioniert wurde.[41] Donadio vermutet, dass die Verweigerung des Vertagungsvadimoniums nicht weiter sanktioniert wurde, weil sie ihre Strafe in sich trug: Wer sich weigerte, ein den ediktalen Vorgaben entsprechendes *vadimonium* zu leisten, musste gewärtigen, jederzeit ohne Vorbereitungsmöglichkeit vom Kläger zur Fortsetzung der Verhandlung geladen zu werden.[42] Diese Vermutung ist plausibel, wenn man davon ausgeht, dass die Leistung des *vadimonium* den Kläger daran hinderte, den Beklagten vor der vereinbarten Zeit erneut vorzuladen. Dies liegt nahe, wenn auch kein unmittelbarer Quellenbeleg ersichtlich ist.

b. Verweisungsvadimonium

25 Ein Verweisungsvadimonium ist in der *lex (Rubria) de Gallia Cisalpina* und der *lex Irnitana* belegt. Es steht im Zusammenhang mit der begrenzten gerichtlichen Zuständigkeit der lokalen Magistrate einer Kolonie oder eines *municipium*. Nach der *lex Rubria* waren die örtlichen Bürgermeister (*duumviri* oder *duoviri*) in der Provinz Gallia Cisaplina für Prozesse mit einem Streitwert bis zu 15.000 Sesterzen zuständig. Nach der *lex Irnitana* lag die Streitwertgrenze im *municipium* Irini in der Provinz Hispania Baetica bei nur 1.000 Sesterzen (und bei 200 Sesterzen für Prozesse vor dem lokalen Ädil).[43] Für bestimmte Materien galten besondere Zuständigkeitsregelungen.[44] Für Prozesse außerhalb der lokalen Zuständigkeit waren in der Gallia Cisalpina die Prätoren in Rom[45] und in Irini der Provinzstatthalter zuständig. Für den Fall, dass vor den Munizipalmagistrat ein Fall außerhalb seiner Zuständigkeit gebracht wird, ist aus beiden Gesetzen zu entnehmen, dass der Magistrat dem Beklagten abverlangen kann, durch *vadimonium* sein Erscheinen vor dem Prätor bzw. dem Provinzstatthalter zuzusichern.[46] Möglicherweise konnte in bestimmten Fällen auch der Prätor in Rom ein *vadimonium* zur Verweisung des Verfahrens an ein Munizipalgericht oder an das Gericht eines Provinzstatthalters anordnen.[47]

26 Dem Verweisungsvadimonium lassen sich mehrere Urkunden aus Pompeji und Herkulaneum zuordnen, in denen der Versprechende sich verpflichtet, in Rom in der Nähe des Tribunals des Prätors zu erscheinen.[48] Allerdings ist in keiner der Urkunden

[41] Dafür *Giménez-Candela*, SDHI 48 (1982) 148; zu beiden Möglichkeiten ohne klare Entscheidung *Kaser/Hackl*, RZ 227 Rn. 10; *Metzger*, Litigation (2005) 66–68; *D'Amati*, Inattività del convenuto (2016) 60 f.; vgl. auch die Nachweise bei *Donadio*, Vadimonium (2011) 65 f.

[42] Dafür *Donadio*, Vadimonium (2011) 498–500.

[43] *Wolf*, Lex Irnitana Aufsätze 274.

[44] *Simshäuser*, Munizipalgerichtsbarkeit (1973) 198–201; *Rodger*, ZPE 84 (1990) 150 f.; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 148–167.

[45] Dazu *Bruna*, Lex Rubria (1972) 295.

[46] Lex Rubr. XXI Z. 21–25; Lex Irnit. 84 (tab. IX B Z. 20 f.); vgl. *Wolf*, Lex Irnitana Aufsätze 274. Vgl. außerdem die so genannte *epistula Vincii*, IKyme 17 Z. 20–21.

[47] Ulp. 3 ed. D. 5.1.2.6, dazu *Domingo*, Edicto pretorio II (1993) 58.

[48] TPSulp. 13–15; TH 6 und TH 13–15.

erkennbar, dass das *vadimonium* auf Anordnung eines Magistrats geleistet wurde. Es ist daher auch denkbar, dass es sich um Gestellungsversprechen handelt, die der Beklagte in Kenntnis der Zuständigkeitsordnung freiwillig ohne Vorladung vor den örtlichen Magistrat leistete, so dass von einer Verweisung des Verfahrens durch den Gerichtsmagistrat nicht gesprochen werden kann.[49]

27 In der *Lex Rubria* ist geregelt, dass gegen eine Person, die sich weigerte, das auferlegte (Verweisungs-) *vadimonium* zu leisten, eine Klage vor einem vom Munizipalmagistrat eingesetzten Rekuperatorengericht möglich war.[50] Nach dem Zeugnis des Ulpian hatten die Munizipalmagistrate zu seiner Zeit nicht mehr die Kompetenz, derartige Strafklagen zuzulassen (→ Rn. 24).[51] Stattdessen wurde der Ungehorsam gegenüber Jurisdiktionsakten der Munizipalmagistrate nach dem Abschnitt *Si quis ius dicenti non obtemperaverit* im prätorischen Edikt (und im Provinzialedikt)[52] sanktioniert.[53] Vermutlich war der Klage wegen Verweigerung des *vadimonium* eine besondere Klausel gewidmet.[54] Daneben ist die Verhängung einer Geldbuße (*multa*) durch den Munizipalmagistrat denkbar.[55]

c. Ladungsvadimonium

28 Am wenigsten klar ist die Quellenlage bei so genannten Ladungsvadimonium (→ § 11 Rn. 26 f.). Das Ladungsvadimonium wird als Mittel zur Abmilderung der Regel angesehen, dass der Beklagte dem Kläger auf dessen formlose Ladung (*in ius vocare*) augenblicklich folgen musste. Diese Regel, die zur Zeit der Legisaktionen und auch noch im Formularverfahren galt (→ § 11 Rn. 2 f.), konnte den Beklagten in eine missliche Lage bringen.[56] Die Vereinbarung eines *vadimonium* wahrte die Interessen beider Parteien: Sie befreite den Beklagten von der Notwendigkeit des sofortigen Erscheinens und stellte für den Kläger sicher, dass der Beklagte zu dem im *vadimonium* vereinbarten Zeitpunkt für die Fortsetzung des Verfahrens zur Verfügung stehen würde.

29 Als Beleg für die Existenz von Ladungsvadimonien werden insbesondere mehrere Passagen in Ciceros Rede für Quinctius[57] und die kampanischen Vadimoniumsurkunden[58] angesehen.[59] Demgegenüber vertritt Metzger die Aufassung, dass es sich bei

---

[49] *Wolf*, Sat. Feenstra 61 f. Fn. 9; *Cloud*, SZ 119 (2002) 162.
[50] Lex Rubr. XXI Z. 21–25.
[51] Ulp. 1 ed. D. 2.3.1 pr., dazu *Simshäuser*, Munizipalgerichtsbarkeit (1973) 220; *Mainino*, Lex Rubia (2012) 60 Fn. 107.
[52] Vgl. Gai. 1 ed. prov. D. 50.1.29.
[53] Dazu ausführlich *Domingo*, Edicto pretorio I (1992) 41–82.
[54] *Lenel*, EP 56; *Domingo*, Edicto pretorio II (1993) 62.
[55] *Simshäuser*, RHD 67 (1989) 623 Fn. 19; *Simshäuser*, SZ 109 (1992) 166 Fn. 10.
[56] Vgl. nur die Beispiele in Gai. 1 l. XII tab. D. 2.4.20 und Paul. 7 Plaut. D. 47.2.67.2.
[57] Vgl. v. a. Cic. Quinct. 22 f., dazu *Platschek*, Quinctius (2005) 44–59.
[58] TPSulp. 1–11.
[59] *Kaser/Hackl*, RZ 231 mit Fn. 37 und 38.

diesen Vadimonien um Vertagungsvadimonien handele (oder jedenfalls handeln könnte, die nach einem Zusammentreffen der Parteien *in iure* geleistet wurden. Diesen Überlegungen ist zuzugeben, dass angesichts des verworrenen Geschehensablaufs, der Ciceros Rede zugrunde liegt, und des Umstandes, dass Cicero nicht in allen Punkten an einer klaren Darstellung gelegen ist, sichere Schlussfolgerungen nicht möglich sind.[60] Zumindest enthält die Rede aber keine deutlichen Hinweise darauf, dass vor den fraglichen *vadimonia* bereits eine Verhandlung *in iure* stattgefunden hat. Jedenfalls in Cic. Quinct. 61 scheint eindeutig, dass das *vadimonium* dem *in ius vocare* vorausgeht und insofern ein Ladungsvadimonium darstellt (→ § 12 Rn. 4).[61]

30 Was die kampanischen Urkunden angeht, so kann ihre Zuordnumg zum Ladungsvadimonium damit begründet werden, dass ihr Text die Mitwirkung eines Magistrats nicht erkennen lässt und dass jeweils ein Erscheinen in der Nähe des Tribunals, nicht unmittelbar beim Tribunal des zuständigen Magistrats versprochen wird.[62] Ein Vollbeweis für die Zuordnung zum Ladungsvadimonium ist damit nicht erbracht. Es ist möglich, dass die erfolgte Mitwirkung des Magistrats nicht aufgezeichnet wurde.[63] Es ist denkbar, dass auch bei *vadimonia*, die auf magistratische Anordnung geleistet wurden, ein Ort in der Nähe des Tribunals und nicht das Tribunal selbst als Treffpunkt vereinbart wurde.[64] Allerdings müsste dann angenommen werden, dass sich die *lex Irnitana*, wenn sie von einem *vadimonium* zu dem Ort spricht, an dem sich der Jurisdiktionsmagistrat voraussichtlich aufhalten wird, ungenau ausdrückt.[65]

31 Zu den genannten Quellen, die in der Gesamtschau die Existenz eines Ladungsvadimoniums zwar nicht beweisen, aber doch nahelegen, treten Texte hinzu, in denen *vadimonium* als Synonym für die Prozesseinleitung oder die Vorladung des Beklagten erscheint,[66] was sich zu der Vorstellung fügt, dass *vadimonia* regelmäßig schon vor dem ersten Termin *in iure* – eben als Ladungsvadimonien – geleistet wurden. Insgesamt ist deshalb – entgegen Metzger – überwiegend wahrscheinlich, dass Ladungsvadimonien existierten und in der Praxis eine wichtige Rolle bei der Einleitung des Formularverfahrens spielten.[67]

---

[60] Vgl. zu den bei Cic. Quinct. 22 f. erwähnten *vadimonia Platschek*, Quinctius (2005) 57.

[61] *Cloud*, SZ 119 (2002) 152 f.; *Platschek*, Quinctius (2005) 48 Fn. 182; anders *Metzger*, Litigation (2005) 40–43.

[62] Dazu *Cloud*, SZ 119 (2002) 159.

[63] *Metzger*, Litigation (2005) 52 und 65–135.

[64] *Rodger*, SZ 114 (1997) 1672; *Metzger*, SZ 117 (2000) 178; *Metzger*, Litigation (2005) 53–55; *Wolf*, Urkundenfund (2010) 83 Fn. 34.

[65] Gegen die Annahme eines Treffpunkts in der Nähe des Tribunals beim Vertagungsvadimonium *Donadio*, Vadimonium (2011) 109 f. und 436–451 sowie (speziell zu Ortsangabe in der *lex Irnitana*) 435.

[66] Cic. Att. 2,7,2 sowie Aur. Vict. Caes. 16,11; vgl. auch Cic. Tull. 20.

[67] So auch *Donadio*, Vadimonium (2011) 422.

4. Sanktionen bei Nichterscheinen

Bei Nichterscheinen des Verpflichteten (*vadimonium desertum*), der ein *vadimonium* **32**
geleistet hatte, musste die versprochene Strafsumme gezahlt werden. Wenn eine Strafe nicht (wirksam) versprochen war, konnte eine *actio ex stipulatu* (→ § 12 Rn. 25; § 72 Rn. 1) auf das Interesse am Erscheinen des Beklagten erhoben werden.[68]

Sofern der Verpflichtete aus Gründen, die er nicht zu vertreten hatte, am Erscheinen **33**
gehindert war, konnte er der Klage eine *exceptio* entgegensetzen.[69] Hatte ein Dritter den Verpflichteten festgehalten, so wurde gegen diesen eine Klage auf das Interesse gewährt.[70] Die Durchsetzung der Strafzahlung wurde dem Kläger und Gläubiger auch versagt, wenn er trotz des Nichterscheinens eines Gestellungsschuldners sein Rechtsschutzziel erreichen konnte, weil ein alternativer Beklagter zur Verfügung stand.[71] Außerdem konnte der Verpflichtete seine Haftung reduzieren, wenn er irrtümlich mehr versprochen hatte als nach dem prätorischen Edikt geboten war.[72]

Einige Passagen in Ciceros Rede Pro Quinctio legen die Annahme nahe, dass das **34**
vadimonium desertum nicht nur den Verfall der versprochenen Strafsumme nach sich zog, sondern es darüber hinaus zur Einweisung des Gestellungsgläubigers in das Vermögen seines Gegners (und damit zur Einleitung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens und potenziell zur Vernichtung seiner bürgerlichen Existenz) kommen konnte.[73] Indessen liegt es näher, die Grundlage der *missio in bona*, um die es in Ciceros Rede geht, in einem Ediktstatbestand zu suchen, mit dem die Vereitelung der Ladung des Beklagten sanktioniert wird. Es handelt sich entweder um das so genannte Latitantenedikt,[74] das nicht sicher belegte Absentenedikt,[75] oder allenfalls um einen Auffangtatbestand, der dem Prätor einen Ermessenspielraum bei der Anordnung der *missio in bona* zu Lasten eines unkooperativen Beklagten gewährte (zu den ediktalen Regelungen

---

[68] Ulp. 27 Sab. D. 2.5.3; Paul. 1 Plaut. D. 2.1.10.2; Pap. 2 quaest. D. 2.11.15; *Giménez-Candela*, SDHI 48 (1982) 137–139; zum Fall des unwirksamen Strafversprechens Cels. 26 dig. D. 45.1.97 pr.; Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.3, dazu ; vgl. *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 74 f.

[69] Ulp. 74 ed. D. 2.11.2.1–9 und Ulp. 74 ed. D. 2.11.4 pr.–2, Ulp. 7 dis. D. 22.3.19.1; dazu *Kaser/Hackl*, RZ 228.

[70] Paul. 69 ed. D. 2.11.3.

[71] Paul. 69 ed. D. 2.11.5.1 (zwei *rei promittendi*) und 2 (Hausvater und Sohn) – Entgegen *Kaser/Hackl*, RZ 228 darf man aus diesen Aussagen nicht schließen, dass es allgemein ausgeschlossen war, die Strafsumme einzuklagen, wenn „es doch noch zur Litiskontestation gekommen ist".

[72] Ulp. 74 ed. D. 2.11.4.5, dazu *Nörr*, SZ 112 (1995) 78 f.; *Metzger*, Litigation (2005) 78.

[73] Für die Annahme, dass die *missio in bona* gegen Ciceros Mandanten Quinctius wegen des Tatbestandes des *vadimonium desertum* angeordnet wurde, *Cloud*, SZ 119 (2002) 168. Allgemein für die *missio in bona* als Sanktion des *vadimonium desertum Aru*, Processo (1934) 66–69; ebenso jetzt wohl *D'Amati*, Inattività del convenuto (2016) 61.

[74] *Lenel*, EP 415; *Kaser/Hackl*, RZ 222.

[75] *Lenel*, EP 415 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 222 f.; gegen die Existenz des sog. Absentenedikts *Platschek*, Quinctius (2005) 182–226, kritisch dazu *Rüfner*, SZ 125 (2008) 772–774; vgl. auch *D'Amati*, Inattività del convenuto (2016) 230.

→ § 11 Rn. 19–22).[76] Im letztgenannten Fall könnte der Tatbestand des *vadimonium desertum* ein Element der Ermessensausübung des Prätors gewesen sein.[77] Hingegen ist nicht anzunehmen, dass die Nichterfüllung des Gestellungsversprechens als solche allgemein oder in bestimmten Sonderfällen[78] einen besonderen Tatbestand der *missio in bona* bildete.

5. Weitere Entwicklung

35 Das *vadimonium* ist – in allen drei Funktionen – eng mit der Mechanik des Formularprozesses verbunden. In den justinianischen Quellen kommt das Wort *vadimonium* nicht vor. Unabhängig davon, ob die Nachricht zur Abschaffung der *vadimonia* durch Marc Aurel bei Aurelius Victor[79] einen wahren Kern enthält,[80] ist anzunehmen, dass die Bezeichnung und die Sache mit dem Formularprozess verschwanden.

36 Allerdings handeln zahlreiche Texte von einem Versprechen bzw. einer *cautio iudicio sisti.*[81] Es ist zu vermuten, dass in vielen dieser Passagen ursprünglich ein *vadimonium* im Kontext eines Formularprozesses angesprochen wurde.[82] Jedoch unterschied sich das klassische und nachklassische Kognitionsverfahren gerade im Hinblick auf das Ladungsverfahren und die Säumnis der Parteien vom Formularprozess (→ § 15 Rn. 17–20). Die Kooperation der Parteien wurde bei der Kognition in höherem Maße als im Formularverfahren unmittelbar durch den Gerichtsherren erzwungen. Daher ist bei der Verwendung von Quellen, die sich womöglich in ihrer überlieferten Gestalt auf die *cautio iudicio sisti* im Kontext der Kognition beziehen zur Rekonstruktion der Funktionsweise des *vadimonium* im Formularprozess Vorsicht geboten.[83]

IV. Weitere Prozesstipulationen

37 Die cautiones *ratam rem habiturum* und *iudicatum solvi* waren im prätorischen Edikt vorgesehen, um die Parteien wechselseitig gegen mangelnde Kooperation der anderen Seite abzusichern. Anders als die Präjudizialsponsionen und die Vadimonien dienten sie nicht der Ermöglichung des Verfahrens, sondern der effektiven Durchsetzung der getroffenen Entscheidung. Demselben Ziel dient auch die bereits im Zusammenhang mit den Präjudizialsponsionen behandelte *cautio pro praede litis et vindiciarum.*

[76] Dafür (oder für Anwendung des Latitantenedikts) *Platschek*, Quinctius (2005) 230.
[77] *Platschek*, Quinctius (2005) 230.
[78] Nach *Metzger*, SZ 117 (2000) 150 und *Cloud*, SZ 119 (2002) 168 soll die *missio in bona* dann eine adäquate Sanktion sein, wenn das versäumte *vadimonium* vom Magistrat angeordnet oder zugelassen worden war.
[79] Aur. Vict. Caes. 16,11.
[80] Dazu *Cloud*, SZ 119 (2002) 170–176.
[81] Z. B. Ulp. 7 Sab. D. 2.5.3; Paul. 6 ed. D. 2.8.16; Gai. 29 ed. prov. D. 2.11.8.
[82] *Kaser/Hackl*, RZ 573 mit Fn. 29.
[83] *Donadio*, Vadimonium (2011) 490.

1. *Cautio de rato*

Durch *cautio rem ratam habiturum* oder *cautio de rato* sicherte ein Prozessvertreter auf Klägerseite, dem Beklagten zu, dass der vertretene Geschäftsherr das Urteil respektieren würde. Der Wortlaut lässt sich wie folgt rekonstruieren: **38**

Quo nomine mecum acturus es, eo nomine amplius non esse petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio est erit, ratamque rem habiturum esse Lucium Titium heredemve eius eumve ad quem ea res pertinebit dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse, quod si ita factum non erit sive quid adversus ea factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondesne? **39**

Weswegen du gegen mich klagen willst, dass deswegen der nicht nochmals klagen wird, dem wegen dieser Sache eine Forderung, Klage oder ein Rechtsbehelf zusteht oder zustehen wird, und dass Lucius Titius oder sein Erbe oder der, dem diese Sache zustehen wird, die Sache genehmigen wird und dass in dieser Sache keine Arglist vorhanden ist und vorhanden sein wird, dass aber, wenn es nicht so getan wird oder etwas dem zuwider getan wird, soviel Geld, wie diese Sache wert sein wird, geleistet wird – gelobst du das?[84]

Die Stipulation, die als *satisdatio* mit Bürgenstellung geleistet werden musste,[85] sicherte den Beklagten zunächst gegen eine erneute Klage durch den Geschäftsherren. Außerdem versprach der Prozessverteter, dass der Geschäftsherr die Prozessführung genehimigen würde.[86] Schießlich enthielt der Text eine allgemeine Arglistklausel. **40**

Die *cautio de rato* musste von dem geleistet werden, der als *procurator* anstelle eines anderen klagte. Ein *cognitor*[87] auf Klägerseite hingegen war nicht zur Sicherheitsleistung verpflichtet, weil sein Handeln unmittelbar für den Geschäftsherrn wirkte.[88] Auch ein *tutor* oder *curator* war nach dem Edikt zur Sicherheitsleistung verpflichtet. Sie konnte ihm aber unter bestimmten (nicht rekonstruierbaren) Voraussetzungen erlassen werden.[89] **41**

Die Veweigerung der Sicherheitsleistung war mit der *denegatio actionis* sanktioniert: Der Prätor gewährte dem *procurator*, der die *cautio de rato* nicht leisten konnte oder wollte, keine Klageformel.[90] **42**

2. *Cautio iudicatum solvi*

Das Gegenstück zur *cautio de rato* stellt die *cautio iudicatiúm solvi* dar. Sie war (als *satisdatio* mit Bürgenstellung)[91] von einem Prozessvertreter auf Beklagtenseite zu leisten, kam aber auch noch in weiteren Konstellationen zum Einsatz. **43**

---

[84] *Lenel*, EP 541; *Mantovani*, Formule 107 (Nr. 195).
[85] So *Kaser/Hackl*, RZ 279.
[86] Zur Überflüssigkeit der ersten Klausel neben der (umfassenderen) zweiten *Lenel*, EP 541.
[87] Vgl. zur Unterscheidung von *cognitor* und *procurator* *Kaser/Hackl*, RZ 201–215.
[88] Gai. 4.97 f.
[89] Gai. 4.99.
[90] Paul. 9 ed. D. 3.3.43.4; Ant. C. 2.12.5 (a.212).
[91] *Platschek*, Quinctius (2005) 97.

44 *Qua de re ego tecum acturus sum quod ob eam rem iudicatum erit solvi eamque rem boni viri arbitratu defendi, quod si ita factum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse afururumque esse spondesne?*

Dass das, was in der Sache, wegen derer ich gegen dich klagen werde, ausgeurteilt wird, bezahlt wird und dass diese Sache nach dem Ermessen eines redlichen Mannes verteidigt wird, wenn das aber nicht geschieht, dass dann soviel Geld geleistet wird wie die Sache wert sein wird und dass keine Arglist bei dieser Sache vorhanden ist und vorhanden sein wird – gelobst du das?[92]

45 Auch die *cautio iudicatum solvi* hatte drei Klauseln.[93] Die namensgebende erste Klausel verpflichtet den Prozessvertreter des Beklagten, für die Bezahlung der Urteilsschuld im Falle des Unterliegens zu sorgen. Die zweite Klausel betrifft – wie die entsprechende Wendung in der *cautio pro praede litis et vindiciarum* – vor allem dingliche Klagen. Bei diesen bestand kein Einlassungszwang. Der Kläger konnte nur auf dem Umweg über die *actio ad exhibendum* bzw. das *interdictum quem fundum* erreichen, dass der Kläger entweder am Klageverfahren teilnahm oder den Besitz der umstrittenen Sache dem Kläger überließ bzw. eine entsprechende Geldsumme zahlte.[94] Das Versprechen, *rem boni viro arbitratiu defendi* verpflichtete den Beklagten oder seinen Prozesvertreter, am Prozess bis zur Entscheidung mitzwirken. Mit der dritten Klausel wird wieder die Abwesenheit von Arglist versprochen.

46 Wie ihr Gegenstück, die *cautio de rato*, muss auch die *cautio iudicatum solvi* zunächst von der Person geleistet werden, die als *procurator, tutor oder curator* für einen anderen auftritt. Im Falle des *cognitor* muss der Geschäftsherr die *cautio* leisten.[95] Außerdem musste die *cautio iudicatum solvi* im Hinblick auf die in ihr enthaltene Sicherung des Klägers gegen den fehlenden Einlassungszwang bei allen *actiones in rem* geleistet werden, die mit der *formula petitoria* geltend gemacht wurden, auch wenn auf Beklagtenseite kein Vertreter auftrat.[96] Ferner war sie bei den *actiones iudicati* und *depensi* zu leisten. Schließlich berichtet Gaius, dass die Sicherheitsleistung bei Prozessen über den Lebenswandel einer Frau (*de moribus mulieris*) zu leisten ist.[97] Was für ein Verfahren damit gemeint ist, lässt sich nicht aufklären.

47 Die Sicherheitsleistung kann ferner immer dann gefordert werden, wenn der Beklagte eine *persona suspecta* ist, wenn also gegen seine Zahlungsfähigkeit Bedenken bestehen. Dies wird von demjenigen angenommen, der „sich ruiniert hat“ (*qui decoxerit*) und insbesondere von einer Person, gegen die ein Gesamtvollstreckungsverfahren mit der *missio in bona* in Gang gesetzt wurde.[98] Während Gaius nur allgemein von einer Person spricht, deren Vermögen von den Gläubigern in Besitz genommen und

[92] *Mantovani*, Formule 104 f. (Nr. 189); vgl. *Lenel*, EP 530–536.
[93] Ulp. 78 ed. D. 46.7.6.
[94] *Kaser/Hackl*, RZ 277 f.
[95] Gai. 4.101, dazu *Agudo Ruiz*, Costas (2012) 87 f.
[96] Gai, 4.91.
[97] Gai. 4.102.
[98] Gai. 4.102.

zum Verkauf angeboten wurde, ist aus Ciceros Rede Pro Quinctio zu entnehmen, dass derjenige zur *persona suspecta* wurde, dessen Vermögen 30 Tage aufgrund einer *missio in bona* im Besitz der Gläubiger geblieben war.[99] Schließlich wird von Gaius noch derjenige genannt, der vom Prätor im Ramen eines Verfahrens zur Abwicklung von Nachlasschulden als *heres suspectus* eingeschätzt wurde.

48 Zu den Folgen einer Veweigerung der Sicherheitsleistung bei der *cautio iudicatum solvi* fehlen ebenso wie bei der *cautio pro praede litis et vindiciarum* (→ Rn. 9) deutliche Quellenaussprüche. Soweit die Kaution von einem Prozessvertreter zu leisten ist, liegt die Vermutung nahe, dass analog dem Verfahren auf Klägerseite die Vertretung nicht gestattet wurde – mit der möglichen Folge, dass kein Vertreter auf Beklagtenseite verfügbar war.[100] Für die Kaution des Beklagten bei einer *actio in rem* ist – wie bei der *cautio pro praede litis et vindiciarum* – anzunehmen, dass der Besitz auf den Kläger übertragen wurde.[101]

49 Entsprachen demnach die Folgen der Kautionsverweigerung bei der *actio in rem* denen der Indefension,[102] also der Einlassungsverweigerung durch den Beklagten, so kann dasselbe auch für die *actiones in personam* vermutet werden.[103] Demnach drohen dem Beklagten, der die Kaution verweigert, schwerwiegende Sanktionen. Insbesondere kann sein Vermögen zum Zweck der Einleitung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens beschlagnahmt werden (*missio in bona*).[104] In der Praxis konnte der Beklagte, der meinte, keine Sicherheitsleistung schuldig zu sein, eine Klärung herbeiführen, ohne es auf diese gravierenden Rechtsfolgen ankommen zu lassen. Wie Ciceros Rede Pro Quinctio zeigt, konnte der Beklagte in einem Feststellungsverfahren (unter Verwendung einer Präjudizialsponsion) klären lassen, ob er zu den *personae suspectae* gehörte.[105]

[99] Cic. Quinct. 30, dazu ausführlich *Platschek*, Quinctius (2005) 95–119.

[100] So *Kaser/Hackl*, RZ 283.

[101] Paul. sent 1.11.1, dazu schon oben Fn. 11.

[102] Dazu eingehend *Falcone*, AUPA 43 (1995) 537–587.

[103] So *Kaser/Hackl*, RZ 282 mit Fn. 39 mit Hinweis u. a. auf Lex Rubr. XXI Z. 7 und XXII 36 f. sowie Ulp. 9 ed. D. 3.35.3; Paul. 9 ed. D. 3.3.45 pr.; Ulp. 49 ed. D. 5.1.6.3; Ulp. 49 ed. D. 42.4.7.1; Ulp. 77 ed. D. 46.7.5.3.

[104] Vgl. zu den Indefensionsfolgen nur *Kaser/Hackl*, RZ 277 f.

[105] Cic. Quinct. 8.

§ 76 Schulderneuerung (*novatio*) und Anweisung (*delegatio*)

Constantin Willems

Bonifacio, La novazione nel diritto romano, 2. Aufl., 1959; *Sacconi*, Ricerche sulla delegazione in diritto romano, 1971; *Apathy*, Animus novandi. Das Willensmoment beim römischen Schulderneuerungsvertrag, 1975; *Kaser*, Zur Novation und Delegation, in: Satura Feenstra, 1985, 301–155; *Reichard*, Delegation und Novation im klassischen römischen Recht, unveröffentl. Habil. Bonn 1998; *Fuenteseca,* El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas, 2000; *Alonso*, Estudios sobre la delegación, I.1/2, 2001/02; *Lambrini*, La novazione. Pensiero classico e disciplina giustinianea, 2006; *Salomone*, De necessaria quam vocant novatione, in: Studi Labruna VII, 2007, 4943–4970; *Sturm*, La novation des obligations de bonne foi en droit romain classique, in: Studi Labruna VIII, 2007, 5447–5465.

Inhalt Rn.

I. Vorbemerkungen 1
1. Überblick 1
2. *Sedes materiae* 3
II. Schulderneuerung (*novatio*) 4
1. Novation nach Gaius 5
2. Novation im *Corpus Iuris Civilis* 10
a. Digesten 10
aa. Ursprüngliche *obligatio* 10
bb. Der Akt der Schulderneuerung (*novatio*) 11
cc. Neue *obligatio* 16
dd. Rechtsfolgen 17
b. Codex 18
c. Institutionen 19
3. Die Novation „im Rechte der Papyri“ 20
4. Abgrenzungen und Sonderfälle 24
a. Zur sog. *stipulatio Aquiliana* 24
b. Zur sog. „Prozessnovation“ und zur sog. *novatio necessaria* 26
III. Anweisung (*delegatio*) 28
1. Personelle Konstellation, Typologie und Terminologie 28
a. Personelle Konstellation 28
b. Typologie 31
c. Terminologie 33
2. Zustandekommen 35

3. Tragung des Insolvenzrisikos vor Leistung 36
4. Leistungsbeziehungen 38
5. Rechtsprobleme bei Fehlern bzw. Mängeln in einem der Zweipersonenverhältnisse 40
a. Regress 40
b. Einreden 41
6. Abgrenzung 45
a. Freiwilliges Eintreten für fremde Schuld 45
b. Abtretung (*cessio*) 46
c. Öffentliches Recht, insbes. Steuerrecht 47

I. Vorbemerkungen

1. Überblick

Bei der Schulderneuerung (*novatio*) handelt es sich ausweislich einer von Ulpian gegebenen Definition[1] um die Übertragung (*transfusio*) und Verwandlung (*translatio*)[2] einer früheren Schuld (*debitum prius*) in eine andere Verbindlichkeit (*alia obligatio*): Aus einer vorhandenen Verpflichtung (*causa praecedens*) wird dadurch dergestalt eine neue, dass die frühere erlischt (*perire*). Daher – so Ulpian weiter – stamme auch der Name des Rechtsinstituts: von dem Neuen (*a novo*) bzw. von der neuen Verbindlichkeit (*a nova obligatione*). Bei der Anweisung, der *delegatio*, geht es dagegen – wiederum nach Ulpian[3] – unter anderem darum, statt seiner selbst (*vice sua*) dem Gläubiger oder einer Person seiner Wahl (*cui iusserit*) einen anderen Schuldner (*alius reus*) zu stellen (*dare*); dies ist freilich nur ein beispielhafter Anwendungsfall dieses Rechtsinstituts (→ Rn. 31). **1**

Obwohl in diesem Abschnitt und in den relevanten Titeln im Corpus Iuris (→ Rn. 3) zusammen behandelt, sind *novatio* und *delegatio* „selbständige Einrichtungen getrennten Ursprungs mit unterschiedlichen Funktionen, Voraussetzungen und Wirkungen“.[4] Ein Konnex zwischen beiden Instituten besteht dahingehend, dass einige Anwendungsvarianten der *delegatio* auf eine *novatio* mit Personenwechsel aufbauen (→ Rn. 31).[5] **2**

[1] Ulp. 46 ed. D. 46.2.1 pr.; dazu *von Salpius*, Novation (1864) 1; *Salkowski*, Lehre (1866) 39 f.; *Meylan*, ACIJ I 296; *Masi*, s. v. Novazione (diritto romano), ED XXVIII 767; *Fuenteseca*, Problema (2000) 53–65; *Lambrini*, Novazione (2006) 87–90; *Meyer-Pritzl*, in: HKK II.2 (2007), §§ 414–418 Rn. 5; *Reichard*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 71 f.; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 65 Rn. 1.

[2] Dazu *Erxleben*, Translatio (2017) 6.

[3] Ulp. 27 ed. D. 46.1.11 pr.; dazu *Haeberlin*, SZ 74 (1957) 101 f.; *Endemann*, Begriff (1959) 6–13; *Wagner*, SZ 91 (1974) 454.

[4] *Kaser*, Sat. Feenstra 148. Vgl. schon *von Salpius*, Novation (1864) 25 und 27: „zwei vollständig von einander gesonderte Rechtsinstitute“, „Die Verbindung der Delegation mit der Novation ist der classischen römische Jurisprudenz durchaus unbekannt“, aber auch *Endemann*, Begriff (1959) 23: „wie zwei einander schneidende Kreise“. Von einem „origén comun“ geht dagegen *Fuenteseca*, Problema (2000) 78–80 aus. Zur Frage auch *Cugia*, Indagini (1947) 29 ff.

[5] *Kaser*, RP I 650; *Kaser*, Sat. Feenstra 148.

2. *Sedes materiae*

3 In den Institutionen des Gaius behandeln verschiedene Fragmente die Novation,[6] die Delegation wird nur beiläufig in einem Fragment[7] genannt. In den Digesten sammelt Titel D. 46.2 Fragmente unter der Rubrik *De novationibus et delegationibus*; im Codex trägt Titel C. 8.41 dieselbe Rubrik. Justinians Institutionen behandeln die *novatio* im Rahmen des Erlöschens von Obligationen im Titel I. 3.29 – *quibus modis obligatio tollitur*. In den Basiliken ist Titel 26.4 mit der Rubrik Περὶ ἀνακαινισμοῦ ἤτοι μεταθέσεως χρέους καὶ τῶν παρὰ τοῦ χρεώστου ἀντιδιδομένων προσώπων τῷ δανειστῇ εἰς τὸ ἀπολογεῖσθαι einschlägig.

II. Schulderneuerung (*novatio*)

4 Von der Novation handeln sowohl die Institutionen des Gaius als auch das Corpus Iuris, zudem gibt es Zeugnisse von *novationes* in den dokumentarischen Quellen, namentlich Papyri. In der Folge sollen diese Quellengruppen getrennt vorgestellt werden, da die Gaius-Institutionen aus dem 2. Jh. n. Chr. die einzige genuine Rechtsquelle aus der klassischen Zeit zur Novation darstellen und zudem ihrerseits einen rechtshistorischen Exkurs ins 1. Jh. v. Chr. unternehmen; die Quellen des Corpus Iuris sind im 6. Jh. n. Chr. von den Kompilatoren wohl zumindest teilweise an Neuerungen Justinians auf dem Gebiet der Novation angepasst worden. Die dokumentarischen Quellen wiederum zeugen von den Realitäten in bestimmten Gebieten des römischen Reichs, die nicht zwingend deckungsgleich mit den Vorgaben der genuinen römischen Rechtsquellen sein müssen.

1. Novation nach Gaius

5 Gaius berichtet im zweiten Buch seiner Institutionen, dass Verpflichtungen (*obligationes*) nicht Gegenstand einer Übertragung vermittels *in iure cessio* (→ 16. Rn. 3 ff.) sein können. Vielmehr sei zur Übertragung einer Verbindlichkeit das Folgende erforderlich: Derjenige, der der neue Gläubiger werden soll, müsse sich auf Geheiß des alten Gläubigers vom Schuldner durch *stipulatio* (→ § 21 Rn. 21) versprechen lassen, dass nunmehr an ihn geleistet werde. Hierdurch werde der Schuldner dem Altgläubiger gegenüber frei und hafte nur noch dem neuen Gläubiger gegenüber. Dies nenne man *novatio obligationis*.[8] Ein wichtiger Anwendungsfall der Schulderneuerung ist damit der Austausch des Gläubigers, die sogenannte Aktivdelegation (→ Rn. 31).

---

[6] Gai. 2.38, Gai. 3.176–179. Dazu im Überblick *von Salpius*, Novation (1864) 130–135; *Sanfilippo*, Ann. Catania 3 (1948/49) 225–227; *Masi*, s. v. Novazione (diritto romano), ED XXVIII 769 f.; *Lambrini*, Novazione (2006) 55–60; *Reichard*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 69 f.

[7] Gai. 3.130; dazu *Haeberlin*, SZ 74 (1957) 103.

[8] Gai. 2.38. Dazu *Rozwadowski*, BIDR 76 (1973) 15–21; *Masi*, s. v. Novazione (diritto romano), ED XXVIII 769; *Lambrini*, Novazione (2006) 56.

Im dritten Buch der Institutionen behandelt Gaius die *novatio* sodann ausführlicher im Kontext des Erlöschens einer Verbindlichkeit. Eine Schulderneuerung werde durch eine – stipulationsweise erfolgende – Novation aufgehoben: *novatione tollitur obligatio.*[9] Durch das „Dazwischentreten" (*intervenire*) des neuen Gläubigers (→ Rn. 5) entstehe eine neue Verbindlichkeit (*nova nascitur obligatio*) und die alte erlösche, überführt in die neue (*prima tollitur translata in posteriorem*). Die alte Verbindlichkeit erlösche dabei sogar dann, wenn die spätere Stipulation aus inhaltlichen Gründen[10] unwirksam (*inutilis*) ist,[11] sodass in diesem Fall keinerlei Verbindlichkeit mehr existiert. **6**

Die von Gaius genannten Beispiele für Novationsstipulationen enthalten jeweils eine „Verweisungsklausel" auf die alte Verbindlichkeit.[12] Ob darüber hinaus schon in klassischer Zeit eine „untitulierte" bzw. „abstrakte" Stipulation ohne Bezugnahme auf die alte Verbindlichkeit genügte, ist umstritten;[13] jedenfalls später konnte der Novationswille (*animus* bzw. *causa novandi*) auch den Umständen des Einzelfalls (*id, quod actum est*) entnommen werden.[14] Von einem besonderen Erfordernis eines „Novationswillens" (*animus novandi*) ist bei Gaius nicht die Rede, wenngleich besagtes *id, quod actum (est)* in Gai. 3.179 anklingt.[15] **7**

Bei der *novatio* kann es nach Gaius zum Austausch des Gläubigers kommen (→ Rn. 5), dies muss aber nicht geschehen. Auch zwischen den Parteien der ursprünglichen Verbindlichkeit kann eine *novatio* abgeschlossen werden – allerdings nur dann, wenn in der späteren Stipulation auch eine Neuerung gegenüber der alten erfolgt ([*ali*]*quid novi sit*).[16] Gaius berichtet, dies sei etwa der Fall bei der wirksamen[17] Stellung **8**

---

[9] Gai. 3.176; dazu *Salkowski*, Lehre (1866) 106 f. und 123; *Bonifacio*, Novazione (1959) 35–43; *Di Paola*, St. Biondi I 395–416; *Masi*, s. v. Novazione (diritto romano), ED XXVIII 767; *Flume*, Rechtsakt (1990) 125; *Effer-Uhe*, Wirkung (2008) 15–24; *Albers*, Perpetuatio (2019) 244.

[10] Nicht, wenn eine Person das Stipulationsversprechen abgegeben hat, die dazu nicht befugt ist, etwa ein Sklave; vgl. *Kaser*, RP I 649 Fn. 20.

[11] Etwa: Versprechen einer Zahlung nach dem Tod des Versprechenden (vgl. Gai. 3.100); dazu *Sanfilippo*, Ann. Catania 3 (1948/49) 227 f.; *Kaser*, RP I 649 Fn. 19.

[12] Dazu *Feenstra*, TR 29 (1961) 402; *Kaser*, RP I 648; *Kaser*, Sat. Feenstra 141. Generell zu den Novationsstipulationen auch *López-Barajas Mira*, Estudios Reimundo Yanes I, 499–514.

[13] Dazu *von Salpius*, Novation (1864) 187 (*animus novandi* als Voraussetzung der Novation „gehört nur dem neueren Recht an"); *Blume*, SZ 19 (1898) 1–6 (mit weitreichender Interpolationsannahme zu Pap. 27 quaest. D. 22.1.4); *Rabel*, Scr. beatificazione Ferrini IV 218 (angesichts der formellen Strenge der *sponsio* sei die nicht wenigstens angedeutete Bezugnahme auf eine Verbindlichkeit kaum vorstellbar); *Kaser*, Sat. Feenstra 142 und 146 f.

[14] So *Apathy*, SZ 89 (1972) 222; *Kaser*, RP I 648; *Kaser*, Sat. Feenstra 147; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 65 Rn. 2.

[15] Vgl. *Apathy*, SZ 89 (1972) 220, 222. Ähnlich bereits *Blume*, Novation (1895) 60, der Gaius „ein gewisses Entgegenkommen gegenüber dem Parteiwillen" zugesteht.

[16] Dazu *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1158; *Kaser*, RP I 647. *Meylan*, ACIJ I 288, *Kaser*, RP I 648 Fn. 10 und *Lambrini*, Atti Burdese II 378 weisen in diesem Zusammenhang auf Pomp. 10 Sab. D. 45.1.18 hin: *qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur.* Zu diesem Fragment ausführlich *Branca*, FS Lewald 21–26, *Kainzbauer*, in: Polaschek/Ziegenhofer, Recht (1998) 11–20 und *Lambrini*, Novazione (2006) 103–105.

[17] Bei unwirksamer Bürgschaft, etwa wenn die *sponsio* durch jemanden erfolgt, der diese beson-

eines Bürgen (*sponsor*) – so jedenfalls die Sabinianer[18] – oder bei der Hinzufügung einer Bedingung (*condicio*).[19] Manche Autoren möchten die Fälle der Novation bei Personengleichheit der Parteien auf diese Tatbestände beschränken;[20] hiergegen spricht freilich das in Gai. 3.177 verwendete, eine Beispielhaftigkeit des Folgenden indizierende Adverb *forte*.[21]

9 Das Hinzufügen einer Bedingung führt Gaius zufolge nur zur Novation, wenn die Bedingung auch eintritt; verfällt diese, verbleibt es bei der alten Verbindlichkeit.[22] Servius Sulpicius Rufus (1. Jh. v. Chr.) war demgegenüber – so der rechtshistorische Bericht des Gaius – der Meinung, dass die Novation auch dann wirksam werde, wenn der Bedingungseintritt noch schwebe (*pendente condicione*); verfalle die Bedingung, erlösche dann auch die neue Verbindlichkeit, sodass keinerlei Verbindlichkeit mehr bestehe. Gaius berichtet, zu seinen Zeiten sehe man dies anders: *alio iure utimur* – Es komme in diesem Fall nicht zu einer Novation.

2. Novation im *Corpus Iuris Civilis*

a. Digesten

aa. Ursprüngliche *obligatio*

10 In den Digesten wird präzisiert, dass die ursprüngliche *obligatio* jeglichen Gegenstand (*omnes res*) betreffen kann:[23] In Betracht kommen Verpflichtungen nach *ius civile* und *ius honorarium*[24] (→§ 6 Rn. 6), aber auch eine *naturalis obligatio* (→ § 6 Rn. 219 ff.);[25] auch die Art des Zustandekommens – etwa *verbis* (→ § 21), *re* (→ § 22) oder *consensu* (→ § 24) – ist irrelevant.[26] Auf die Fälligkeit kommt es ebenfalls nicht an.[27] Die These, dass ein Teil einer Verbindlichkeit nicht noviert werden konnte,[28] wurde plausibel widerlegt.[29]

---

ders feierliche Form nicht verwenden darf, komme es dagegen nicht zu einer Novation, vgl. Gai. 3.179 a. E.

[18] Die *diversae scolae auctores*, wohl die Prokulianer, vertraten dagegen, dass das Hinzufügen oder Weglassen eines Bürgen nicht für eine Novation genüge, vgl. Gai. 3.178. Dazu *Lambrini*, Novazione (2006) 66–68; *Sturm*, SZ 127 (2010) 459 f.

[19] Gai. 3.177.

[20] So etwa *Kaser*, Sat. Feenstra 143; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 65 Rn. 3.

[21] Wie hier *Lambrini*, Atti Burdese II 377 Fn. 1.

[22] Gai. 3.179; dazu *Römer*, Novation (1863) 104–109; *Kaden*, SZ 44 (1924) 167; *Koschaker*, FS Hanausek 118–159; *Voci*, BIDR 68 (1965) 158–160; *Effer-Uhe*, Wirkung (2008) 15–66; *Reichard*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 67 f.; *Albers*, Perpetuatio (2019) 243 f.

[23] Ulp. 48 Sab. D. 46.2.2; dazu *Lambrini*, Novazione (2006) 35–38.

[24] Ulp. 46 Sab. D. 46.2.1.1; dazu *Kaser*, RP I 647.

[25] Ulp. 46 Sab. D. 46.2.1.1; dazu *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1157; *Elefante*, s. v. Novazione (Diritto romano), NNDI XI 428; *Di Cintio*, Natura debere (2009) 197 f.; *Lambrini*, Novazione (2006) 96–99, insofern zust. *Sturm*, SZ 127 (2010) 463.

[26] Ulp. 46 Sab. D. 46.2.1.1; Ulp. 48 Sab. D. 46.2.2.

[27] Ulp. 34 Sab. D. 46.2.5; Ulp. 46 Sab. D. 46.2.8.1; vgl. *Bonifacio*, Novazione (1959) 91 f.

[28] So *Daube*, SZ 66 (1948) 93; *Frezza*, St. Biondi I 246; *Kaser*, RP I 647 mit Fn. 7.

bb. Der Akt der Schulderneuerung (*novatio*)

Die *novatio* selbst erfolgt „durch Worte“ (*verbis*), also im Wege einer Stipulation (→ § 21 Rn. 21).[30] Die Novation kann vom ursprünglichen Schuldner vorgenommen werden, aber auch von einem Dritten.[31] **11**

Inwiefern ein expliziter Novationswille schon in klassischer Zeit Novationsvoraussetzung war, ist umstritten.[32] In den Digesten ist ein solcher in verschiedenen Formulierungen überliefert (*hoc/id agere*; *novandi/novationis causa*; *novandi animo*), die überwiegend bereits auf die klassischen Juristen zurückzuführen sein sollen; die letztgenannte Wendung und die explizite Bezugnahme auf den *animus novandi* sei jedoch häufig Zutat der Kompilatoren.[33] Eingangs des Titels D. 46.2 heißt es bloß, die Novation müsse wissentlich erfolgen.[34] **12**

Im Darlehensrecht, wo die Ausgabe der Darlehensvaluta schon als Sachübergabe (*re*) einen Darlehensvertrag (*mutuum*) darstellen könnte, häufig aber von einer (Rückgabe- bzw. Zins-)/Stipulation begleitet wird, handelt es sich nach herrschender Meinung um ein einheitliches Geschäft und nicht um einen Fall der Novation.[35] Eine Novation ist ferner nicht gegeben, wenn bloß nachträglich eine zusätzliche (Ausfall- oder Schadlos-) Bürgschaftsbestellung (→ §71 Rn. 4 und 23) durch einen Dritten erfolgt – die Bürgschaft tritt in diesem Fall nicht an die Stelle der ursprünglichen Verpflichtung, sondern ihrem Sicherungszweck gemäß neben diese.[36] **13**

Eine Novation liegt aber vor, wenn die nach der ursprünglichen Verbindlichkeit bestehenden Verzugsfolgen aufgehoben werden sollen.[37] Wenn bereits eine Servitut **14**

---

[29] *Sturm*, St. Labruna VIII 5447–5465.

[30] Ulp. 46 Sab. D. 46.2.1.1.

[31] Etwa Ulp. 46 Sab. D. 46.2.8.5; Lab. 6 pith. D. 46.3.91; Ulp. 50 Sab. D. 46.4.13.10; dazu *Bonifacio*, Novazione (1959) 157–159.

[32] Dagegen *Sturm*, SZ 127 (2010) 457.

[33] So *Apathy*, Animus (1975) 253–260. Für „überall interpoliert“ in den klassischen Texten hält den *animus novandi* etwa *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1158; auch *Elefante*, s. v. Novazione (Diritto romano), NNDI XI 426 hält diesen generell für nachklassisch. Zur Frage des *id quod actum est* bei der Novation auch *Babusiaux*, Quod actum 106–115.

[34] Ulp. 48 Sab. D. 46.2.2 (*sciamus*); dazu *Apathy*, Animus (1975) 95–98.

[35] Ulp. 46 Sab. D. 46.2.6.1; Pomp. 24 Sab. D. 46.2.7 (*puto*); dazu *Kaser*, Eranion Maridakis I (1963) 157 f.; *Wacke*, TR 40 (1972) 237 f.; *Apathy*, Animus (1975) 52 f.; *Talamanca*, Iura 50 (1999) 29–43; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 141–145, v. a. 142 mit Fn. 149.

[36] Ulp. 46 Sab. D. 46.2.6 pr.; dazu *Apathy*, Animus (1975) 66–72; *Lambrini*, Novazione (2006) 39 f. Zu weiteren Fällen bei der Abgrenzung von Novation und Bürgschaft *Apathy*, RIDA 18 (1971) 381–447.

[37] So Marcell. 20 dig. D. 46.3.72.1; aufgenommen bei Ulp. 46 Sab. D. 46.2.8 pr. und Ulp. 7 disput. D. 46.2.14 pr. a. E. (unter ausdrücklicher Berufung auf Marcellus); a. A. wohl Ven. 3 stip. D. 46.2.31 pr.; dazu *Flume*, SZ 92 (1975) 98 f., *Lambrini*, Novazione (2006) 165–169 und *Albers*, Perpetuatio (2019) 251 f. und 255–258. Vgl. hierzu auch die in den dokumentarischen Quellen überlieferten Fälle, in denen das ursprüngliche Darlehen und die inzwischen aufgelaufenen Zinsen in einem neuen Darlehen zusammengefasst werden (→ Rn. 21).

oder ein Nutzungsrecht versprochen ist und später ein anderes versprochen wird, so hängt es vom Inhalt der jeweiligen Rechte ab, ob es sich um eine Novation handelt: Wurde zunächst ein Nießbrauch (*usus fructus*) versprochen, später ein Gebrauchsrecht (*usus*), scheidet eine Novation aus, da letztere nicht über ersteren hinausgeht (→ § 49 Rn. 1 und 46); gleiches gilt, wenn zunächst ein Viehtriftrecht (*actus*), später ein Durchgangsrecht (*iter*) versprochen wird, da das Recht zum *actus* das *iter* mitumfasst (→ § 50 Rn.7). War dagegen zunächst nur ein Durchgangsrecht stipuliert und wurde später ein Viehtriftrecht versprochen, handelt es sich um eine Novation, da etwas Neues, anderes (*aliud*), versprochen wird.[38]

15 Bezüglich des Aspekts des „Neuen" ist insbesondere Pap. 2 def. D. 46.2.28 von Bedeutung.[39] Hier wird ein bestimmtes Grundstück stipuliert, später der Wert dieses Grundstücks (*quanti fundus est*). Eine Novation liegt nach Papinian bei einem solchen subsequenten Versprechen des Geldwertes nur dann vor, wenn die zweite Stipulation *novandi animo* erfolgte.[40] Warum hier ansonsten zwei *obligationes* nebeneinander stehen sollen, worin also, trotz *condemnatio pecuniaria* (→ § 13 Rn. 68), der Unterschied liegt, so dass nicht unstatthaft zwei Mal dasselbe versprochen wurde (→ Rn. 8 Fn. 16), ist in der Literatur umstritten.[41]

cc. Neue *obligatio*

16 Als neue *obligatio* kommt jede nach *ius civile* oder – wohl eine Zutat der Kompilatoren[42] – auch eine *naturalis obligatio* in Betracht.[43]

---

[38] Ulp. 27 ed. D. 46.2.9.2; Iul. 54 dig. D. 45.1.58 – hier ist der abschließende *nisi*-Satz, der bei entsprechendem *animus novandi* ein anderes zugesteht, wohl eine Zutat von Justinians Kompilatoren zur Anpassung an die Konstitution Just. C. 8.41.8 pr. (a.530), vgl. *Apathy*, Animus (1975) 245 f. Noch weitergehender die Interpolationsannahme von *Bonifacio*, Novazione (1959) 10 Fn. 28. Zu beiden Stellen *Voci*, BIDR 68 (1965) 169–180. Zum Fragment auch *Lambrini*, BIDR 101/102 (1998/99) 311–345.

[39] Hierzu *Frezza*, St. Biondi I 252–254; *Voci*, BIDR 68 (1965) 168 f.; *Sturm*, SZ 83 (1966) 70; *Apathy*, Animus (1975) 246 f.; *Lambrini*, Atti Burdese II 380; *Lambrini*, Novazione (2006) 125–135; *Albers*, Perpetuatio (2019) 273–277. Vgl. ferner Paul. 17 Plaut. D. 45.1.91.6 mit *Frezza*, St. Biondi I 254–257, *Lambrini*, Novazione (2006) 85 und *Sturm*, SZ 83 (1966) 79.

[40] Dieser Passus wird teils der Interpolation verdächtigt; dafür etwa *Daube*, SZ 66 (1948) 122 f., *Bonifacio*, Novazione (1959) 184 mit Fn. 27, *Sturm*, SZ 83 (1966) 77 und *Apathy*, Animus (1975) 246 und 250, dagegen etwa *Voci*, BIDR 68 (1965) 169, *Lambrini*, Atti Burdese II 384 und *Albers*, Perpetuatio (2019) 274 f.

[41] Dazu *Bonifacio*, Novazione (1959) 134 f. (keine Identität, da bezüglich des Werts auf verschiedene Zeitpunkte abgestellt wird); *Daube*, SZ 66 (1948) 123, *Kaser*, RP I 647 f., *Apathy*, SZ 89 (1972) 222 mit Fn. 4 und *Lambrini*, Atti Burdese II 386–395 (Verhinderung einer doppelten Inanspruchnahme des Schuldners vermittels *exceptio doli*).

[42] So *Bonifacio*, Novazione (1959) 191; *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 209 f.; *Di Cintio*, Natura debere (2009) 197 Fn. 12; *Balmer*, Naturalobligation (2018) 45 f. Für eine Verankerung schon in der klassischen Zeit dagegen *Lambrini*, Novazione (2006) 91–96.

[43] Ulp. 46 Sab. D. 46.2.1 pr. und 1.

dd. Rechtsfolgen

Rechtsfolge der *novatio* ist das Erlöschen der alten Verbindlichkeit, und zwar – vorbehaltlich einer anderweitigen Übereinkunft (*nisi convenit* bzw. *si modo in sequenti se non obligaverunt*) – inklusive Sicherheiten (Bürgschaften, Pfandrechte); auch der Zinslauf endet.[44] **17**

b. Codex

Bedeutsam im Codex ist vor allem Justinians Reformkonstitution[45] Just. C. 8.41.8 (a.530). Justinian beruft sich auf zuvor bestehendes *ius controversum* (*veteris iuris ambiguitates*), wobei die genauen Dimensionen des Streits unklar bleiben.[46] Nach dem Bericht der Konstitution habe man zuvor in der Kautelarpraxis teils den Begriff ἀνοβατεύτως in die Urkunde aufgenommen, um klarzustellen, dass keine Novation, sondern kumulative Forderungen gewollt waren.[47] Justinian spricht sich gegen diese Praxis aus und setzt für die *novatio* voraus, dass die Parteien die Novationswirkung ausdrücklich bestimmen.[48] Dies findet sich – anders als die von Justinian genannte Klausel – auch in den dokumentarischen Quellen, teils auch schon vor Justinians Konstitution, belegt (→ Rn. 23). **18**

c. Institutionen

In Justinians Institutionen wird die *novatio* in Titel 3.29 bei den Erlöschensgründen einer *obligatio* behandelt. I. 3.29.3 ist weitestgehend substantiell identisch mit Gai. 3.176, 177 und 179 a. A. (→ Rn. 6–9).[49] I. 3.29.3a paraphrasiert Justinians soeben (→ Rn. 18) behandelte Konstitution zur Novation, Just. C. 8.41.8 (a.530), und spricht dabei – anders als diese – zwei Mal ausdrücklich vom *animus novandi*.[50] **19**

---

[44] Paul. 57 ed. D. 46.2.18; Ulp. 28 ed. D. 13.7.11.1; Marcian. form hyp. sing. D. 20.4.12.5; Ulp. 2 reg. D. 46.3.43; Ant. C. 8.40.4 (a.213); dazu *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1157; *Kaser*, RP I 648; *Wacke*, DNotZ 2000, 618 f.; *Lambrini*, Novazione (2006) 146–164; *Reichard*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 73.

[45] *Sturm*, Stipulatio (1972) 215; *Harder*, SZ 93 (1976) 417. Die Konstitution lässt sich nicht den *quinquaginta decisiones* zurechnen, vgl. *Lambrini*, Novazione (2006) 9; zu den Kriterien *Willems*, Justinian (2017) 29–35.

[46] Dazu *Meylan*, ACIJ I 328; *Pringsheim*, St. Arangio-Ruiz I 514–516, *Voci*, BIDR 68 (1965) 147; *Masi*, s. v. Novazione (diritto romano), ED XXVIII 771.

[47] Dazu *Pringsheim*, St. Arangio-Ruiz I 512; *Voci*, BIDR 68 (1965) 1448 f.; *Kaser*, RP I 650 mit Fn. 10.

[48] *Meylan*, ACIJ I 328 und 331; *Pringsheim*, St. Arangio-Ruiz I 513; *Voci*, BIDR 68 (1965) 148 f.; *Sturm*, Stipulatio (1972) 215; *Kaser*, RP II 450 f.; *Elefante*, s. v. Novazione (Diritto romano), NNDI XI 431; *Harder*, SZ 93 (1976) 417; *Falchi*, SDHI 59 (1993) 35; *Lambrini*, Novazione (2006) 23 und 32 f.; *Albers*, Perpetuatio (2019) 264.

[49] Vgl. für Details *Bonifacio*, Novazione (1959) 191 f.; *Masi*, s. v. Novazione (diritto romano), ED XXVIII 771; *Apathy*, Animus (1975) 34–36; *Lambrini*, Novazione (2006) 29.

[50] Dazu *Meylan*, ACIJ I 279; *Bonifacio*, Novazione (1959) 175–177 und 180 f.; *Pringsheim*, St.

3. Die Novation „im Rechte der Papyri“

20 In den dokumentarischen Quellen der Papyri (→ § 8 Rn. 1 ff.) finden sich etliche Zeugnisse, die von „Schulderneuerungen“ im weiteren Sinne sprechen.[51] Überliefert sind sowohl Novationen *inter partes* als auch solche unter Beteiligung Dritter. Auch wenn es sich hier um schriftlich dokumentierte Novationen handelt, ist durchaus vorstellbar, dass diesen jedenfalls später eine Stipulation im Sinne des römischen Rechts vorausgegangen sein mag, die mitunter auch im Rahmen einer sog. Stipulationsklausel (→ § 8 Rn. 1 sowie § 21 Rn. 86) à la ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγησεν fixiert wurde.[52]

21 So findet sich etwa der Fall, dass mehrere separate Darlehensverpflichtungen von den beteiligten Parteien später in eine Gesamtverpflichtung zusammengezogen werden.[53] Gleich mehrere Papyri zeugen von Situationen, in denen neue Schuldscheine über Darlehen ausgestellt werden, die vorausgehende Darlehen sowie die zwischenzeitlich aufgelaufenen Zinsen (ἡμιολία) ersetzen.[54] Auch gibt es Zeugnisse, die von einer Novation des Verpflichtungsgegenstands zeugen könnten, etwa wenn möglicherweise die Rückgabepflicht aus einem Sachdarlehen durch eine Geldzahlungspflicht ersetzt wird.[55]

22 Die Papyri zeugen auch von Novationen unter Beteiligung Dritter, bei denen es also zu einem Wechsel des Gläubigers[56] oder des Schuldners[57] kommt. Meist geschieht dies in familiärem Kontext bzw. im Zusammenhang mit einem Erbfall.

Arangio-Ruiz I 510 und 514; *Voci*, BIDR 68 (1965) 149; *Apathy*, Animus (1975) 36–38. *Kaser*, RP II 450 spricht daher von einem „Erstarren“ des *animus novandi* zum Terminus technicus.

[51] Dazu *Taubenschlag*, SZ 51 (1931) 84–91; *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1161 f.

[52] Bezüglich P. Oxy. XXXVI.2775 (3. Jh. n. Chr.) spricht in diesem Sinne *Wolff*, SZ 90 (1973) 376 von „der nicht erhaltenen, aber mit Sicherheit als vorhanden anzusehenden Stipulationsklausel“.

[53] Etwa BGU 4.1132 (nicht vor 14 v. Chr.); dazu *Taubenschlag*, SZ 51 (1931) 86; *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1161.

[54] So etwa BGU 4.1156 (15 v. Chr.); dazu *Taubenschlag*, SZ 51 (1931) 88, *Schnebel*, Aegyptus 13 (1933) 35 f. und *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1161. Ferner BGU 1.179 (Mitte des 2. Jh. n. Chr.), wenn man voraussetzt, dass der Aussteller der Schuldner ist; dazu *Taubenschlag*, SZ 51 (1931) 88 und *Rupprecht*, Studien (1971) 25 f. Zur Bedeutung von ἡμιολία *Lewis*, Transactions 76 (1945) 126–139, insbes. 130 f. und bereits *Rabel*, SZ 28 (1907) 321 Fn. 3. Weiterhin P. Oxy. XXXVI.2775 (3. Jh. n. Chr.); dazu *Wolff*, SZ 90 (1973) 376 und *Kaser*, RPR II, 449 Fn. 4. Zur Darlehensnovation in ptolomäischer Zeit nun auch P. Köln 16.642 und 643 (256 v. Chr.) mit *Backhuys*, P.Köln XVI (2018) 1–36.

[55] So *Taubenschlag*, SZ 51 (1931) 89 zu P. Hamb. 1.32 (120 n. Chr.); *Scheibelreiter*, in: Jakab, Sale (2015) 205 f. geht dagegen davon aus, dass es sich hier um einen Fall eines Getreidekaufs handelt.

[56] P. Grenf. 2.27 (103 v. Chr.); dazu *Taubenschlag*, SZ 51 (1931) 89 f., *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1162 und *Lewis*, Transactions 76 (1945) 131 mit Fn. 21.

[57] P. Lond. 1699 (520 n. Chr.); dazu *Taubenschlag*, SZ 51 (1931) 90 f., *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1162 und *Lewis*, Transactions 76 (1945) 131 mit Fn. 21; ferner Par. 7 = M. Chr. 225 (99 v. Chr.), mit *Rabel*, SZ 28 (1907) 340–342, wenn man – wie *Taubenschlag*, SZ 51 (1931) 90 – voraussetzt, dass die Tochter die Novation nicht als Erbin ihres Vaters abschließt.

In Urkunden aus dem 6. Jh. n. Chr. findet sich auch die von Just. C. 8.41.8.1 (a.540) geforderte ausdrückliche Novationsklausel (→ Rn. 18).[58] 23

4. Abgrenzungen und Sonderfälle

a. Zur sog. *stipulatio Aquiliana*

Keine Novation im eigentlichen Sinne, aber eine vergleichbare Figur liegt im Rahmen der sog. *stipulatio Aquiliana* vor. Bei dieser – benannt nach C. Aquilius Gallus, der sie prägte – wurden alle gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche, ob fällig oder nicht, ob nach *ius civile* als (persönliche) *actio* oder (dingliche) *petitio* oder nach *ius praetorium* bestehend, zunächst in einer Stipulation zusammengefasst, um sie sodann dem Promissor sogleich im Sinne einer „Generalquittung" (*acceptilatio*) zu erlassen.[59] Oft geschah dies beim Abschluss eines Vergleichs (*transactio*).[60] 24

Nach Ulpian soll es sich dabei sogar um eine Novation handeln: *Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat.*[61] Der überwiegenden Ansicht in der romanistischen Literatur zufolge soll dies allerdings „nur eine bildliche Veranschaulichung" sein, da die *stipulatio Aquiliana* angesichts der Tatsache, dass neben Geldwertstipulationen (→ Rn. 15) auch dingliche Klagen, also nicht nur – wie Ulp. 46 ed. D. 46.2.1pr. es erfordert (→ Rn 10) – *obligationes* umfasst waren, nicht im technischen Sinne als Novation anzusehen sei.[62] 25

b. Zur sog. „Prozessnovation" und zur sog. *novatio necessaria*

Bei den römischen Juristen finden sich bezüglich gewisser prozessualer Vorgänge Vergleiche[63] mit der oben geschilderten, „freiwilligen", Novation (*novatio voluntaria*),[64] 26

[58] Etwa P. Grenf. 2.89 (6. Jh. n. Chr.); P. Lond. 4772 (6. Jh. n. Chr.); P. Lond. 1699 (520 n. Chr.); P. Lond. 1766 (559 n. Chr.); dazu *Pringsheim*, St. Arangio-Ruiz I 513 f. mit Fn. 18.

[59] Flor. D. 46.4.18.1; I. 3.29.2; ferner Ulp. 46 Sab. D. 2.15.4; dazu *Sturm*, SZ 83 (1966) 89; *Kaser*, RP I 649; *Kaser*, SZ 90 (1973) 346; *Kaser*, Sat. Feenstra 144; *Luchetti*, Nuove ricerche (2004) 171–176; *Kleinschmidt*, in: HKK II.2 (2007), § 397 Rn. 8; *Reichard*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 63–65; *Albers*, Perpetuatio (2019) 267–269; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 65 Rn. 6.

[60] So Ulp. 74 ed. D. 2.15.2; Alex. C. 2.4.3 (a.223); Alex. C. 2.4.4 (a.226); dazu *Daube*, SZ 66 (1948) 108–111; *Sturm*, SZ 83 (1966) 92; *Kaser*, RP I 649; *Kaser*, SZ 90 (1973) 347; *Albers*, Perpetuatio (2019) 266; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 65 Rn. 6.

[61] Ulp. 46 Sab. D. 2.15.4 a. A. Ähnlich auch I. 3.29.2.

[62] *Sturm*, SZ 83 (1966) 92–94; *Sturm*, Stipulatio (1972) 183–237, insbes. 216 m.zust.Anm. *Kaser*, SZ 90 (1973) 352; *Kaser*, Sat. Feenstra 144; *Reichard*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 85 f.; *Albers*, Perpetuatio (2019) 266–269. Für eine „echte" Novation dagegen noch *Daube*, SZ 66 (1948) 119–144.

[63] So Paul. 24 quaest. D. 46.2.29. Bei Gaius folgt das Erlöschen der Verbindlichkeit durch *litis contestatio* (Gai. 3.180) unmittelbar auf die Ausführungen zum Erlöschen durch *novatio* (Gai. 3.176–179). Auch Frg. Vat. 263 verwendet *novavit* im Zusammenhang mit der (nicht explizit genannten) *litis contestatio*. Vgl. *von Salpius*, Novation (1864) 139–146; *Medicus*, SZ 81 (1964) 283 f.; *Sturm*, SZ 83 (1966) 96–98; *Kaser*, RP I 649; *Kaser/Hackl*, RZ 300; *Erxleben*, Translatio (2017) 78.

sodass vielfach von der sogenannten „Prozessnovation“ die Rede ist. Im Formularprozess[65] erlosch bei *actiones in personam* im Falle eines *iudicium legitimum* durch die *litis contestatio* (→ § 12 Rn. 17) die ursprüngliche zivilrechtliche Verpflichtung, also das *dare* bzw. *facere oportere*; stattdessen wurde der Beklagte der eventuellen Verurteilung durch den *iudex*, also dem *condemnari oportere*, unterworfen.[66] Durch das Urteil wiederum wurde diese Verpflichtung aus dem *condemnari oportere* durch die Pflicht zur Erfüllung der Urteilsschuld, also zum *iudicatum facere oportere*, ersetzt.[67] Hieraus ergibt sich eine „begrenzte Ähnlichkeit“[68] zur Novation dahingehend, dass ebenfalls eine *obligatio* durch eine neue, inhaltlich aber von der alten determinierte Verbindlichkeit abgelöst wird.[69] Im Unterschied zur *novatio* (→ Rn. 17) gehen im Prozess allerdings die Nebenrechte wie Pfandrechte und Zinsen nicht verloren.[70]

27 In der Parallelstelle in den Basiliken wird aus dem in den Digesten unternommenen bloßen Vergleich eine Zweiteilung der Novation in Novation durch Stipulation (μετάθεσις ἀπὸ συμφώνον) und Novation durch *litis contestatio* (μετάθεσις ἀπὸ προκατάρξεως).[71] In diesem Sinne gingen auch die Glossatoren von einer Zweiteilung der Novation aus: *Duplex est novatio: quaedam est voluntaria, quaedam necessaria.*[72] Auch in modernen Werken zum römischen Recht wird diese – nicht dem römischen Recht entsprechende – Terminologie zum Teil noch verwendet.[73]

Unkritisch für eine Novation durch *litis contestatio* dagegen *Caney*, Treatise (1973) 10.

[64] Dieser Begriff in Paul. 24 quaest. D. 46.2.29 wurde wiederholt der Interpolation verdächtigt; die Zusammenschau mit Pap. 5 resp. D. 26.9.5 pr., wo von einer *novatio ex consensu facta* die Rede ist, spricht dagegen für die Genuität. Vgl. Ind. III. 434 sowie *Salomone*, St. Labruna VII 4953 und 4955.

[65] Mit dem Formularprozess verschwand auch diese Form der Prozessnovation, vgl. *Kaser*, RP II 451; *Kaser/Hackl*, RZ 491; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 13 Rn. 7 und § 65 Rn. 7. Zum Bedeutungswandel bei der *litis contestatio* siehe nur *Rüfner*, s. v. litis contestatio, EAH VIII 4115 und *Rüfner* in: Colditz et al., Transferprozesse (2017) 115 f.

[66] Gai. 3.180; *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1160; *Kaser*, RP I 649 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 300 und 377; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 7 Rn. 25 und § 65 Rn. 7.

[67] *Kaser*, RP I 650; *Kaser/Hackl*, RZ 377; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 9 Rn. 14 und § 65 Rn. 7. Hieran hielt auch Justinian prinzipiell fest: vgl. Just. C. 7.54.3.2 (a.531); dazu *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1160; *Kaser/Hackl*, RZ 615.

[68] *Kaser*, RP I 649; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 65 Rn. 7. In diesem Sinne auch *Elefante*, s. v. Novazione (Diritto romano), NNDI XI 427.

[69] Gai. 3.180 f.; *Kaser*, RP I 650; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 65 Rn. 7.

[70] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.13.4 (*hypotheca*); Paul. 47 ed. D. 22.1.35 (*usurae*); *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1161; *Kaser*, RP I 650; *Kaser/Hackl*, RZ 300; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 65 Rn. 7.

[71] Bas. 26.4.29; dazu *Sacconi*, Studi (1982) 70 f.; *Salomone*, St. Labruna VII 4954. Der in der Institutionenparaphrase des Theophilos noch als lateinischer Terminus technicus übernommene Begriff *novatio* wurde im Rahmen der Erstellung der Basiliken ins Griechische übersetzt („exhellenisiert“), vgl. dazu generell *Wieacker*, RRG II 331 und *Willems*, Justinian (2017) 220.

[72] So die Glosse *aliam causam* zu Paul. 24 quaest. D. 46.2.29; vgl. *Fehius*, CIC III (1527) Sp. 1135. Dazu *Schrage*, TR 58 (1990) 41 f.; *Salomone*, St. Labruna VII 4957.

[73] Etwa *Weiss*, s. v. Novatio, RE XVI.1 1156 f. und 1160 unter Berufung auf „neuere Schriftsteller“; *Sturm*, St. Labruna VIII 5458.

III. Anweisung (*delegatio*)

1. Personelle Konstellation, Typologie und Terminologie

a. Personelle Konstellation

Fälle der Anweisung (*delegatio*) setzen jeweils eine Konstellation mit drei Beteiligten voraus. Modern werden die Beteiligten als Anweisender (Delegant), Angewiesener (Delegat) und Anweisungsempfänger (Delegatar) bezeichnet; die Quellen[74] sprechen bezüglich ersterem teils von *delegans*,[75] meist aber von (*is*) *qui delegavit*,[76] zweiterer wird als (*is*) *qui delegatus est*[77] bezeichnet, der dritte als (*is*) *cui aliquis delegatus est.*[78] **28**

Ein solches Dreipersonenverhältnis lässt sich naturgemäß in drei Zweipersonenverhältnisse untergliedern. Modern spricht man von Deckungsverhältnis, Valutaverhältnis und Vollzugsverhältnis.[79] Schuldet etwa[80] Titius dem Seius 100 Sesterze aus einer *emptio venditio* (Valutaverhältnis), kann aber seinerseits von Pamphylus Darlehensrückzahlung von ebenfalls 100 Sesterzen verlangen (Deckungsverhältnis), könnte Titius (Delegant) den Pamphylus (Delegaten) anweisen, unmittelbar an Seius (Delegatar) zu zahlen (Vollzugsverhältnis). Wenn Pamphilus dies tut, wird Titius von seiner Verpflichtung gegenüber Seius frei und Pamphilus von seiner *obligatio* gegenüber Titius. **29**

Vermittels der *delegatio* kann also etwa aus Rationalisierungserwägungen eine unmittelbare Zuwendung „über Eck" die ansonsten erforderlichen zwei konsekutiven Zuwendungen innerhalb der jeweiligen Zweipersonenverhältnisse ersetzen.[81] Probleme treten auf, wenn eines der Zweipersonenverhältnisse, insbesondere Deckungs- oder **30**

---

[74] *Talamanca*, s. v. Delegazione (diritto romano), ED XI 918 mit Fn. 3.

[75] Paul. 69 ed. D. 46.2.19; Pap. 3 resp. D. 46.2.27.

[76] Paul. 31 ed. D. 46.2.12; Ulp. 38 ed. D. 46.2.13. Alternativ Ulp. 5 Sab. D. 46.2.4 (*delegavero*).

[77] Ulp. 5 Sab. D. 46.2.4; Paul. 69 ed. D. 46.2.19; Tryph. 7 disp. D. 46.2.33.

[78] Paul. 69 ed. D. 46.2.19. Alternativ Ulp. 5 Sab. D. 46.2.4 (*cui delegavi*).

[79] Vgl. zur Terminologie schon *Thöl*, Handelsrecht I (1841) 379 f., ferner *von Salpius*, Novation (1864) 43; *Haeberlin*, SZ 74 (1957) 103; *Endemann*, Begriff (1959) 8. Oft wird in den die *delegatio* behandelnden Werken auf Valuta- und Deckungsverhältnis fokussiert; zum Vollzugsverhältnis aber etwa *Wagner*, SZ 91 (1974) 453. Im Italienischen spricht man von rapporto di provvista bzw. di copertura, rapporto di valuta und rapporto esecutivo, vgl. *Cosentino*, BIDR 69 (1966) 308; *Sacconi*, Ricerche (1971) 1; *Talamanca*, s. v. Delegazione (diritto romano), ED XI 918. Im Spanischen ist von „relación de cobertura" und „relación de valuta" die Rede, vgl. *Alonso*, Estudios I.1 (2001) 92.

[80] Vgl. zu ähnlichen Beispielen auch *Leonhard*, s. v. Delegatio 1), RE IV.2 2429; *Bonifacio*, s. v. Delegazione (diritto romano), NNDI V 326; *von Lübtow*, Entwicklung (1965) 29; *Kaser*, RP I 650. Die *delegatio* kann dabei – wie im Beispiel – auf die Erfüllung einer bestehenden Schuld abzielen (Paul. 14 Plaut. D. 46.3.64 – *quod mihi debes*; Pap. 11 resp. D. 46.3.96 pr. – *debitor/creditor*), aber auch andere Zwecke haben, etwa eine Schenkung (Paul. 4 resp. D. 17.1.59 pr. – *donandi animo*; Ulp. 31 ed. D. 17.1.12.8 – *donatum accepit*) oder eine Mitgiftbestellung (Ulp. 31 ed. D. 17.1.10.6 – *dotem dederit*; Ulp. 48 Sab. D. 23.3.38 – *in dotem converti*); dazu *Kaser*, RP I 650 f.

[81] *Kaser*, SZ 77 (1960) 464; *Talamanca*, s. v. Delegazione (diritto romano), ED XI 918; *Kaser*, RP I 651.

Valutaverhältnis, mit einem Mangel behaftet ist, also „eigentlich" keine Leistung geschuldet ist. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, aus welchem Verhältnis Einreden geltend gemacht werden können, bei wem Regress genommen werden kann und wer wessen Insolvenzrisiko zu tragen hat.

b. Typologie

31 Neben einer solchen sog. „Zahlungsanweisung"[82] wie im soeben gebildeten Beispielsfall kann die *delegatio* auch als sog. „Verpflichtungsanweisung"[83] erfolgen. Das Beispiel abwandelnd könnte Titius als Delegant den Pamphylus als Delegaten anweisen, sich gegenüber Seius stipulationsweise zu verpflichten. Dabei kann es sowohl zu einem Gläubigerwechsel (sog. „Aktivdelegation")[84] bezüglich der Forderung aus dem Deckungsverhältnis kommen, wenn sich der Delegatar vom Delegaten versprechen lässt, dass jener ihm das leiste, was jener Titius schuldet (*quod Titio debes, mihi dari spondesne?*); möglich ist aber ebenfalls ein Schuldnerwechsel (sog. „Passivdelegation")[85] bezüglich der Forderung aus dem Valutaverhältnis, wenn sich der Delegatar vom Delegaten versprechen lässt, dass jener ihm das leiste, was ihm der Titius schulde (*quod Titius mihi debet, mihi dari spondesne?*).[86]

32 Umstritten ist, ob daneben auch das abstrakte Versprechen, das weder auf das Deckungs- noch auf das Valutaverhältnis Bezug nahm, eine wirksame Delegation zur Folge haben konnte.[87] Dies wird anscheinend insbesondere vor dem Hintergrund propagiert, dass diese Annahme es erlaubt, Widersprüche in den Quellen bezüglich der Befugnis zur Geltendmachung von Einreden (→ Rn. 41–44) aufzulösen. Die Gegenauffassung beruft sich dagegen darauf, dass es keinen expliziten Quellenbeleg für die praktische Relevanz eines solchen „untitulierten" Versprechens gebe;[88] vielmehr sei davon auszugehen, dass jeweils zumindest aus den Umständen entnommen werden konnte, auf welche Verpflichtung Bezug genommen worden war.[89]

---

[82] Dazu *Kaser*, RP I 650.

[83] Dazu *Kaser*, RP I 651; zum Ganzen *Alonso*, Estudios I.1 (2001) 98–106.

[84] Dazu auch *Endemann*, Begriff (1959) 21; *Kaser*, RP I 651; *Hattenhauer*, in: HKK II.2 (2007), §§ 398–413 Rn. 8; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 66 Rn. 2.

[85] Dazu auch *Endemann*, Begriff (1959) 21; *Kaser*, RP I 652; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 66 Rn. 9.

[86] Zum Ganzen *Sturm*, St. Volterra I 259; *Kaser*, RP I 650–562; *Alonso*, Estudios I.2 (2002) 437–439; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 65 Rn. 10–13.

[87] Dafür etwa *Endemann*, Begriff (1959) 11–13; *Kaser*, RP I 652; *Thielmann*, SZ 100 (1983) 229; *Alonso*, Estudios I.2 (2002) 439. Nach *Endemann*, Begriff (1959) 68 sei die „abstrakte Delegation" sogar „als Regelfall anzusehen". Kritisch zur Terminologie „abstrakten Delegation" schon *Rabel*, Scr. beatificazione Ferrini IV 218.

[88] So *Talamanca*, s. v. Delegazione (diritto romano), ED XI 921 f.

[89] So *Feenstra*, TR 29 (1961) 411 (es handele sich vielmehr um „une ‚Titulierung' qui est implicite (par les circonstances de fait entourant la conclusion de la stipulation)") und TR 29 (1961) 509 (bei der Trennung zwischen titulierter und abstrakter Stipulation handele es sich um eine „‚begriffliche Ableitung' der Pandektisten"); ebenfalls kritisch *Sturm*, St. Volterra I 266.

c. Terminologie

Formen von *delegare* werden in dieser juristischen Bedeutung schon im 2. Jh. v. Chr. verwendet; schon in Catos Schrift über den Ackerbau heißt es, dass die zur Sicherheit für Schadensersatzansprüche des Verpächters bestehenden Pfandrechte an Vieh und Sklaven des Pächters erlöschen, wenn jener erfüllt (*pecuniam solverit*), Sicherheit leistet (*satisfecerit*) oder einen anderen zur Leistung anweist (*delegarit*).[90] 33

Das Wort *delegare* kann dabei – neben sonstigen Bedeutungsgehalten, von denen später (→ Rn. 45–47) abzugrenzen ist – in den Quellen zweierlei meinen: Zum einen bezeichnet es den Akt des Deleganten gegenüber dem Delegaten,[91] also „die Thatsache der Anweisung", zum anderen aber auch den Vollzug,[92] also „die Ausführung des in der Delegatio liegenden Auftrages" durch den Delegaten gegenüber dem Delegatar.[93] 34

2. Zustandekommen

Die *delegatio* als Delegationsakt im engeren Sinne, also die Anweisung des Deleganten an den Delegaten, die in den Quellen als *iussum* (→ § 101 Rn. 4 ff.), aber auch untechnisch als *mandatum* bezeichnet wird,[94] kann formfrei erfolgen[95] und ist per se – anders als das ihr zugrundeliegende Deckungsverhältnis[96] – für den Delegaten nicht bindend.[97] Wenn es an anderer Stelle dagegen heißt, die *delegatio* erfolge durch *stipulatio* 35

[90] Cato agr. 149.2; dazu *Endemann*, Begriff (1959) 4; *Wagner*, SZ 91 (1974) 457.

[91] Ulp. 27 ed. D. 46.2.11 pr.; Ulp. 8 ed. D. 46.2.17; Tryph. 7 disp. D. 46.2.33.

[92] Ulp. 27 ed. D. 46.2.11.1; Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.3; Gord. C. 8.41.3 pr.–1 (a.239); zu letztgenannter Konstitution *Saccoccio*, Aliud (2008) 146–148.

[93] *Leonhard*, s. v. Delegatio 1), RE IV.2 2430; ferner *Endemann*, Begriff (1959) 6; *Kaser*, SZ 77 (1960) 465; *Bonifacio*, s. v. Delegazione (diritto romano), NNDI V 326; *Talamanca*, s. v. Delegazione (diritto romano), ED XI 918 f.

[94] Etwa Formen von *delegare* in Paul. intercess. fem. sing. D. 16.1.24 pr.; Cels. 28 dig. D. 39.5.21 pr. oder Pap. 3 resp. D. 46.2.27; Formen von *iubere* in Iul. 16 dig. D. 12.4.7 pr., Paul. 17 Plaut. D. 12.4.9 pr., Paul. 5 Sab. D. 18.1.15.2 oder Iul. 60 dig. D. 39.5.2 pr.; Formen von *mandare* in Paul. 62 ed. D. 46.3.56, Iav. 3 epist. D. 38.5.12 oder Ulp. 30 Sab. D. 46.3.12.2; vgl. *Haeberlin*, SZ 74 (1957) 106; *Endemann*, Begriff (1959) 15 f.; *Kaser*, RP I 650. *Rutsaert*, Etude (1929) 35 ist dagegen der Auffassung, dass generell ein *mandatum* im technischen Sinne die Grundlage der *delegatio* darstelle: „Toute délégation contient à sa base un mandat"; ebenso *Sturm*, St. Volterra I 287: „tout débiteur acceptant de payer à un tiers passe avec son créancier un contrat de mandat". Klar dagegen etwa *von Salpius*, Novation (1864) 49: „Das Rechtsgeschäft zwischen dem Deleganten und dem Delegaten ist kein *mandatum*, sondern ein *jussus*".

[95] Ulp. 8 ed. D. 46.2.17: etwa schriftlich, aber auch durch ein Handzeichen möglich; dazu *Leonhard*, s. v. Delegatio 1), RE IV.2 2429; *Haeberlin*, SZ 74 (1957) 105; *Endemann*, Begriff (1959) 19 f.; *Talamanca*, s. v. Delegazione (diritto romano), ED XI 918; *Kaser*, RP I 650; *Kaser*, Sat. Feenstra 149; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 65 Rn. 9.

[96] Dieses kann etwa ein Darlehen, aber auch ein *mandatum* im technischen Sinne (→ § 82 Rn. 14) sein, vgl. *von Salpius*, Novation (1864) 55; *Haeberlin*, SZ 74 (1957) 108; *Endemann*, Begriff (1959) 16. Zur Abgrenzung von *mandatum* und *delegatio* ferner *Cosentino*, BIDR 69 (1966) 299–336.

[97] *Haeberlin*, SZ 74 (1957) 108.

(→ § 21 Rn. 21) oder *litis contestatio* (→ § 12 Rn. 17), so ist damit nicht der Akt der Anweisung, sondern vielmehr deren Ausführung durch den Deleganten gegenüber dem Delegaten gemeint.[98] Somit kommt der mehrschichtige Gebrauch der Bezeichnung *delegatio* (→ Rn. 34) zum Tragen.

3. Tragung des Insolvenzrisikos vor Leistung

36 Bevor der Delegat die Anweisung ausführt, also an den Delegatar zahlt, stellt sich die Frage, wer das Insolvenzrisiko bezüglich welcher Person in diesem Dreipersonenverhältnis zu tragen hat. Das bloße einseitige Versprechen des Delegaten gegenüber dem Deleganten, an den Delegatar zu leisten, genügt jedenfalls nicht für einen Übergang des Insolvenzrisikos.[99] Bei der Verpflichtungsanweisung hängt eine Veränderung der Verteilung der Insolvenzrisiken davon ab, ob es durch die *stipulatio* des Delegaten gegenüber dem Delegatar zu einer Novation (→ Rn. 4 ff.) kommt oder nicht, da eine Novation ja die ursprüngliche Verpflichtung zum Erlöschen bringt.[100]

37 Eine Konstitution Kaiser Gordians verdeutlicht, dass der Delegant dann, wenn es zur Novation kommt, von seiner Verbindlichkeit frei wird, das Insolvenzrisiko bezüglich der Person des Delegaten also auf den Delegatar übergegangen ist.[101] Diese Risikoverteilung ist auch gerechtfertigt, da der Delegatar sich schließlich freiwillig auf die Novation und damit den Schuldnerwechsel einlässt.[102] Ein anderes gilt, wenn der Delegant ausdrücklich – etwa im Rahmen eines *mandatum* gegenüber dem Delegatar – die Gefahr weiterhin übernimmt, so dass die Stipulation des Delegaten *cum periculo debitoris* erfolgt.[103]

4. Leistungsbeziehungen

38 Leistungsbeziehungen bestehen bei der *delegatio* im Rahmen der jeweiligen Zweipersonenverhältnisse. Bei Paulus heißt es in Paul. 62 ed. D. 46.3.56 knapp: *qui mandat solvi, ipse videtur solvere* – der Delegant, der den Delegaten anweist, an den Delegatar zu zahlen, leistet also selbst im Valutaverhältnis an diesen.[104] Für das Deckungsverhältnis gilt nach Paul. 17 Plaut. D. 50.17.180 dasselbe: *quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset* – was der Delegat auf Anweisung des Deleganten an den Dele-

[98] Ulp. 8 ed. D. 46.2.11.1; dazu *Haeberlin*, SZ 74 (1957) 106; *Endemann*, Begriff (1959) 6.

[99] So *Biondi*, Studi Paoli 98.

[100] Vgl. *Biondi*, Studi Paoli 98; *Sturm*, St. Volterra I 272 f.; *Kaser*, RP I 651; *Kaser*, Sat. Feenstra 148.

[101] Gord. C. 8.41.3 (a.239); dazu *Saccoccio*, Aliud (2008) 146–148.

[102] Vgl. *Kupisch*, FS Lukes, 747.

[103] Paul. 5 Plaut. D. 17.1.45.7; ferner Paul. 32 ed. D. 17.1.22.2 (*cum debitor meus periculo suo debitorem duum mihi delegat*) und I. 3.26.2 a. E. (*ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id quod tibi debuerat*); dazu *Endemann*, Begriff (1959) 26 und 32; *Kaser*, RP I 651 Fn. 43; *Kupisch*, FS Lukes, 747.

[104] Dazu *Haeberlin*, SZ 74 (1957) 109; *Endemann*, Begriff (1959) 28. Ferner *Biondi*, Studi Paoli 98 f.

gatar gezahlt hat, gilt als Leistung des Delegaten an den Deleganten.[105] Erläutert wird dieser Grundsatz in einem weiteren Paulusfragment, Paul. 14 Plaut. D. 46.3.64: *cum iussu meo id, quod mihi debes, solvis creditori meo, et tu a me et ego a creditore meo liberor* – wenn der Delegat (Tu) auf Anweisung (*iussu*) des Deleganten (Ego) an den Delegatar (*creditor*) im Vollzugsverhältnis das zahlt, was Tu dem Ego im Deckungsverhältnis schuldig ist, wird Tu im Deckungsverhältnis von seiner Verpflichtung gegenüber Ego frei und zugleich wird auch Ego im Valutaverhältnis von seiner Verbindlichkeit gegenüber seinem *creditor* frei.[106]

Ulpian berichtet, dass Celsus zufolge die Transaktion derart vonstattengehe (*rei gestae ordo*), dass das Geld – trotz direkter Zahlung des Delegaten an den Delegatar – erst vom Delegaten an den Deleganten und dann von diesem an den Delegatar „gelangt" (*pervenire*).[107] Teilweise[108] wird diesem Fragment die sogenannte „Durchgangstheorie" entnommen, die von der Fiktion ausgeht, dass in solchen Fällen der Delegant zumindest für eine „juristische Sekunde" das Eigentum erhält; der Gegenauffassung[109] zufolge ist nicht von sachenrechtlichen Vorgängen die Rede, sondern lediglich von Leistungsbeziehungen.[110] **39**

5. Rechtsprobleme bei Fehlern bzw. Mängeln in einem der Zweipersonenverhältnisse

a. Regress

Die soeben geschilderten Leistungsbeziehungen werden auch bei der Rückabwicklung (→ § 77 Rn. 1 ff.) im Fall von Fehlern bzw. Mängeln in einem der Zweipersonenverhältnisse gewahrt.[111] War etwa der Delegant dem Delegatar im Valutaverhältnis nicht zur Leistung verpflichtet, so kann er das vom Delegaten an jenen Gezahlte mit der **40**

[105] Dazu *von Salpius*, Novation (1864), 59; *Haeberlin*, SZ 74 (1957) 110; *Endemann*, Begriff (1959) 28; *von Lübtow*, Entwicklung (1965) 30. Ferner *Biondi*, Studi Paoli 99.

[106] Dazu *Haeberlin*, SZ 74 (1957) 109; *Endemann*, Begriff (1959) 28; *von Lübtow*, Entwicklung (1965) 30; *Alonso*, Estudios I.1 (2001) 119 f.

[107] Ulp. 32 Sab. D. 24.1.3.12.

[108] *Endemann*, Begriff (1959) 36–39; *Wieacker*, FS E. Wolf, 422–430; *von Lübtow*, Entwicklung (1965) 30–37; *Kaser*, RP I 651; *Sacconi*, Ricerche (1971) 19–52 mit *Apathy*, TR 42 (1974) 116 f.; *Misera*, Bereicherungsgedanke (1974) 27–29; *Kaser*, Labeo 26 (1980) 24–60; *Thielmann*, SZ 100 (1983) 255; *Empell*, SDHI 79.1 (2013) 103–152; *Kaser/Knütel/Lohsse* RP § 59 Rn. 10. Gegen eine Fiktion und vielmehr für ein „rechtliches Faktum" spricht sich *Weyand*, Durchgangserweb (1989) 112 aus.

[109] So *Klinck*, Erwerb (2004) 300–315, vor allem 311. Weitere Kritik an einer „Celsinischen Durchgangstheorie" bei *Aru*, BIDR 44 (1937) 361 (kompilatorischer Eingriff); *Jakobs*, SZ 91 (1974) 249 f. (ebenfalls Interpolationsannahme); *Kupisch*, SZ 93 (1976) 85–88 sowie BIDR 98/99 (1995/96) 45–61 (wirtschaftliche Erwägungen); *Kupisch*, St. Sanfilippo II 291 f. (rechtsfolgenorientierte Argumentation; dient der Veranschaulichung des Sonderfalls des Schenkungsverbots unter Ehegatten).

[110] Die Diskussion wird zusammengefasst bei *Bessenyő*, SZ 133 (2016) 176–238. Knapp zur Frage auch *Alonso*, Estudios I.1 (2001) 122–125; *Reichard*, St. Labruna VII 4727 f.

[111] Dazu zusammenfassend *Fargnoli*, Alius (2001) 240.

condictio indebiti (→ § 77 Rn. 14) zurückverlangen.[112] Auch bei einem Mangel im Deckungsverhältnis zwischen Delegant und Delegat kann der Delegat, der an den Delegatar gezahlt hat, sich beim Deleganten, also innerhalb des Deckungsverhältnisses, schadlos halten.[113] Auch wenn beide Verhältnisse mangelbehaftet sind, wird im Rahmen der jeweiligen *obligatio* kondiziert.[114]

b. Einreden

41 In den Fällen der Verpflichtungsanweisung stellt sich die Frage, welche Einreden der Delegat der Leistungsaufforderung des Delegatars im Vollzugsverhältnis entgegenhalten kann. Insbesondere steht dabei in Frage, ob der Delegat Einreden, die ihm im Deckungsverhältnis gegenüber dem Deleganten zustehen, auch gegenüber dem Delegatar geltend machen kann, und ob der Delegatar Einreden, die er sich vom Deleganten im Valutaverhältnis entgegenhalten lassen müsste, auch vonseiten des Delegaten gegen sich gelten lassen muss. Dies hängt davon ab, wozu genau sich der Delegat gegenüber dem Delegatar verpflichtet hat.

42 In den Quellen finden sich zahlreiche Stellen, in denen der Delegat Einreden gegenüber dem Delegatar entweder geltend machen kann[115] oder gerade nicht geltend machen kann.[116] Eine Grundregel findet sich bei Paul. 31 ed. D. 46.2.12, wonach der Delegat, der sich im Wissen um eine im Deckungsverhältnis gegen den Deleganten

---

[112] Proc. 7 epist. D.12.6.53 a. E. (*condictio*); Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.3 (*condictio*); Cels. 28 dig. D. 39.5.21.1 (*condictio*); Ulp. 76 ed. D. 44.5.1.11 (*condictio*); dazu *Endemann*, Begriff (1959) 30; *Sacconi*, Ricerche (1971) 71 f.; *Alonso*, Estudios I.1 (2001) 160–172; *Fargnoli*, Alius (2001) 35–42 und 56–58; *Klingenberg*, SZ 120 (2003) 278 f.; *Reichard*, Liber Krampe 289–292; *Kaser/Knütel/Lohsse* RP § 59 Rn. 11.

[113] Ulp. 38 ed. D. 46.2.13 (*condictio*); Paul. 17 Plaut. D. 12.4.9.1 (*condictio*; wenn bereits gezahlt wurde, im Umfang des Gezahlten: *repetat … quod … dedit*; vor Zahlung auf Befreiung von der Zahlungspflicht gerichtet: *ut liberetur, si nondum solverit*); Paul. 71 ed. D. 44.4.5.5 (*condictio*); Pomp. 6 Plaut. D. 46.3.66 a. E. (vermittels *actio utilis*, und zwar insoweit, *in quantum locupletor factus est*); dazu *Endemann*, Begriff (1959) 36; *Sturm*, St. Volterra I 277 f.; *Kaser*, RP I 651 Fn. 37; *Sacconi*, Ricerche (1971) 81 f., 89; *Alonso*, Estudios I.1 (2001) 198–209; *Fargnoli*, Alius (2001) 28–35 und 43–51; *Klingenberg*, SZ 120 (2003) 278; *Reichard*, Liber Krampe 298–300.

[114] Ulp. 76 ed. D. 44.4.7.1; dazu *Sacconi*, Ricerche (1971) 94 f.; *Fargnoli*, Alius (2001) 61–65; *Klingenberg*, SZ 120 (2003) 279.

[115] Etwa Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.4 und 6 (zur *exceptio senatusconsulti Velleiani*); Iul. 5 Minic. D. 24.1.39 (zur *exceptio doli* im Zusammenhang mit Schenkungen unter Ehegatten); Iul. 60 dig. D. 39.5.2.3 und 4 (zur *exceptio doli*); Ulp. 76 ed. D. 44.4.7 pr. und 1 (ebenfalls zur *exceptio doli*); Paul. 57 ed. D. 46.2.19 (zur *exceptio senatusconsulti Velleiani* und zur *exceptio legis Laetoriae*).

[116] Etwa Paul. 17 Plaut. D. 12.4.9.1 (zur *exceptio doli*); Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.2 (zur *exceptio senatusconsulti Velleiani*); Tryph. 11 disp. D. 23.3.78.5 (zur *exceptio doli*); Cels. 28 dig. D. 39.5.21.1 (zur *exceptio legis Cinciae* bei Schenkungen); Paul 71 ed. D. 44.4.5.5 (zur *exceptio legis Cinciae* sowie zur *exceptio doli*; dazu *Reichard*, Liber Krampe 299); Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.20 und 21 (zur *exceptio doli*); Paul. 31 ed. D. 46.2.12 (zur *exceptio doli*); Paul. 57 ed. D. 46.2.19 (zur *exceptio doli*, zur *exceptio senatusconsulti Macedoniani*).

bestehende *exceptio doli* auf dessen Anweisung dem Delegatar gegenüber verpflichtet, letzterem diese Einrede nicht entgegenhalten kann, da er gleich einem Schenkenden auf die Einrede verzichtet habe.[117] Auf verschiedene Weise wird im Übrigen versucht, diese verschiedenen Quellen in Harmonie zu bringen.

Teilweise wird nach der typologischen Einordnung der Delegation (→ Rn. 31–32) **43**
unterschieden. Im Fall der Aktivdelegation, bei der sich der Delegatar vom Delegaten versprechen lässt, dass jener ihm das leiste, was jener dem Deleganten schuldet, wird ausdrücklich auf das Deckungsverhältnis Bezug genommen und dieses in die Stipulation einbezogen, die der Delegat dem Delegatar gegenüber abgibt. Folglich könne der Delegat dem Delegatar grundsätzlich auch die Einreden aus dem Deckungsverhältnis entgegenhalten.[118] Handelt es sich dagegen um einen Fall der Passivdelegation, bei der sich der Delegatar vom Delegaten versprechen lässt, dass jener ihm das leiste, was der Delegant dem Delegatar schulde, wird ausdrücklich auf das Valutaverhältnis Bezug genommen und dieses in die Stipulation einbezogen, die der Delegat dem Delegatar gegenüber abgibt. Daher könne der Delegat dem Delegatar grundsätzlich nur die Einreden aus dem Valutaverhältnis entgegenhalten.[119] Erfolgte das Stipulationsversprechen des Delegaten gegenüber dem Delegatar dagegen abstrakt bzw. untituliert, so dass etwa nur die geschuldete Summe versprochen wurde, ohne dass dabei auf Deckungs- oder Valutaverhältnis Bezug genommen wurde, könne sich der Delegat konsequent dem Delegatar gegenüber auch grundsätzlich nicht auf Einreden aus einem dieser beiden Verhältnisse berufen. Im Vollzugsverhältnis bleibe er zur Leistung *ex stipulatu* verpflichtet, könne dann aber gegebenenfalls Regress (→ Rn. 40) beim Deleganten nehmen.[120] Ein anderes soll nur gegolten haben, „wenn die Stipulation eine Verbotsnorm verletzt“,[121] da dann „die Mängel das Anweisungsverhältnis originär betreffen“;[122] darüber hinaus soll teils die *exceptio doli* gewährt, teils aber auch verneint worden sein.[123]

---

[117] Dazu ausführlich *Jakobs*, SZ 110 (1993) 370–423 und *Kupisch*, FS Lukes 744–746; ferner *Leonhard*, s. v. Delegatio 1), RE IV.2 2429.

[118] So *Endemann*, Begriff (1959) 40; *Kaser*, RP I 651 f. unter Berufung auf Paul. 2 l. Iul. Pap. D. 38.1.37.4; zum Fragment auch *Biondi*, Studi Paoli 100 f.; *Endemann*, Begriff (1959) 40; *López-Barajas Mira*, Labeo 46 (2000) 194 f.; *Sturm*, FS Knütel 1216. Siehe auch *Sturm*, St. Volterra I 259.

[119] So *Endemann*, Begriff (1959) 53; *Kaser*, RP I 652, vor allem unter Berufung auf Paul. 57 ed. D. 46.2.19. Siehe ferner *Sturm*, St. Volterra I 265 f.

[120] So die Deutung von *von Salpius*, Novation (1864) 119, *Endemann*, Begriff (1959) 42 und *Kaser*, Sat. Feenstra 153 zu Ulp. 38 ed. D. 46.2.13; dazu ferner *Leonhard*, s. v. Delegatio 1), RE IV.2 2429; *Fargnoli*, Alius (2001) 42–51; *Klingenberg*, SZ 120 (2003) 279.

[121] *Kaser*, RP I 652 mit dem Verweis auf die Positivbeispiele in Paul. 57 ed. D. 46.2.19 (SC Velleianum, Lex Laetoria) sowie die Negativbeispiele Paul. 57 ed. D. 46.2.19 (*exceptio senatusconsulti Macedoniani*) und Paul. 71 ed. D. 44.4.5.5 (*exceptio legis Cinciae*). Dazu auch *von Salpius*, Novation (1864) 119–123 und *Endemann*, Begriff (1959) 40–62.

[122] *Thielmann*, SZ 100 (1983) 254.

[123] So *Kaser*, RP I 652 mit dem Verweis auf die Positivbeispiele Iul. 60 dig. D. 39.5.2.3 und 4 sowie Ulp. 76 ed. D. 44.4.7 pr. und 1 sowie die Negativbeispiele Tryph. 11 disp. D. 23.3.78.5, Paul. 31 ed. D. 46.2.12, Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.20 und 21, Paul. 17 Plaut. D. 12.4.9.1 sowie Paul. 69 ed. D. 46.2.19.

44 Die Gegenansicht, die sich schon gegen eine Differenzierung zwischen Aktiv- und Passivdelegation wendet und insbesondere eine „untitulierte", abstrakte Stipulation im Rahmen der Delegation nicht akzeptiert, geht dagegen von der Grundregel aus, dass Mängel im Deckungs- bzw. Valutaverhältnis grundsätzlich dem Delegatar nicht vonseiten des Delegaten entgegengehalten werden konnten; die gegenteiligen Entscheidungen der römischen Juristen zeugten dagegen von (jeweils unterschiedlich motivierten) Ausnahmefällen.[124]

6. Abgrenzung

a. Freiwilliges Eintreten für fremde Schuld

45 Neben den geschilderten Anweisungskonstellationen sind auch Fälle überliefert, in denen jemand freiwillig, d. h. nicht auf ein *iussum* eines anderen hin, anbietet, dessen Schuld auf sich zu nehmen oder zu erfüllen. Ulpian[125] bezeichnet den Eintretenden hier untechnisch-figurativ als *se delegans*.[126]

b. Abtretung (*cessio*)

46 Abzugrenzen ist die in diesem Abschnitt behandelte *delegatio* ferner von der prozessualen Klageabtretung.[127] Auch bei dieser ist teilweise in den Quellen von *delegare nomen* die Rede.[128] Namentlich im Rahmen einer *procuratio in rem suam* (→§ 12 Rn. 81) konnte ein Dritter vermittels *iussum* ermächtigt werden, eine Schuld in eigenem Namen und zugunsten des eigenen Vermögens vom Schuldner einzuklagen.[129]

c. Öffentliches Recht, insbes. Steuerrecht

47 Auch außerhalb des Privatrechts werden Formen von *delegare* bzw. *delegatio* verwendet.[130] In der nachklassischen Gesetzgebung werden diese Begriffe „nur noch für öffentlich-rechtliche Verhältnisse benutzt, besonders für die Übertragung von Amtsbe-

[124] *Talamanca*, s. v. Delegazione (diritto romano), ED XI 919 und 922 f. In diese Richtung bereits *Bonifacio*, s. v. Delegazione (diritto romano), NNDI V 327 sowie *Sacconi*, Ricerche (1971), insbes. 120 („la regola dell'astrattezza della *stipulatio* delegatoria nei confronti dei rapporti causali").

[125] Ulp. 6 disp. D. 40.1.4.1.

[126] *Leonhard*, s. v. Delegatio 1), RE IV.2 2430.

[127] Dazu ausführlich *Alonso*, Estudios I.1 (2001) 38–71.

[128] Pap. 11 resp. D. 19.5.9; Ulp. 40 ed. D. 37.6.1.12; dazu *Haeberlin*, SZ 74 (1957) 101 mit Fn. 3; *Endemann*, Begriff (1959) 22.

[129] Gai. 2.39 und 4.83 f.; *Kaser*, RP I 653; *Hattenhauer*, in: HKK II.2 (2007), §§ 398–413 Rn. 8.

[130] *Alonso*, Estudios I.1 (2001) 15.

fugnissen“;[131] daneben wird die vom Kaiser vollzogene Urkunde, mit der die Steuer festgesetzt und ihre Erhebung in Auftrag gegeben wird, als *delegatio* bezeichnet.[132]

[131] *Kaser*, RP II 451 Fn. 15. Ähnlich bereits *Rutsaert*, Etude (1929) 268–272. Zu *delegare iurisdictionem* bzw. *causam* in Theodos./Valentin. C. 7.62.32.3–4 (s. a.) und Theodos./Valentin. C. 3.4.1 pr.–2 (a.440) *Endemann*, Begriff (1959) 5.

[132] Const. Cod. Theod. 11.1.1 (a.315); Const./Iul. Cod. Theod. 11.16.8 (a.357); Const. Cod. Theod. 1.28.1 (a.361); Valent./Val. Cod. Theod. 1.29.2 (a.365); Theodos./Valentin. Cod. Theod. 11.5.4 (a.436); Leo/Anthem. C. 10.23.4 (a.468); in den griechischen Gesetzen ist von διατύπωσις die Rede, etwa in Nov. Just. 128.1 (a.545); dazu *Seeck*, s. v. Delegatio 2), RE IV.2 2431 f.; darauf verweisen *Bonifacio*, s. v. Delegazione (diritto romano), NNDI V 326 Fn. 1 und *Talamanca*, s. v. Delegazione (diritto romano), ED XI 918 mit Fn. 2. Auch *Rutsaert*, Etude (1929) 267 verweist auf den besonderen Sprachgebrauch „particulier à la langue fiscale“ im Codex Theodosianus. Siehe ferner *Endemann*, Begriff (1959) 5.

§ 77 *Condictio* als Rückforderungsklage

Iole Fargnoli

Schwarz, Die Grundlage der *condictio* im klassischen römischen Recht, 1952; *Liebs*, The history of the Roman *condictio* up to Justinian, The Legal Mind. Essays Honoré, 1986, 163–183; *Kupisch*, Ungerechtfertigte Bereicherung. Geschichtliche Entwicklung, 1987 = Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno, in: Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile I, 1987, 423–446; *Fargnoli*, *Alius solvit alius repetit*. Studi in tema di *indebitum condicere*, 2001; *Harke*, Das klassische römische Kondiktionensystem, Iura 54 (2003) 49–86; *Saccoccio*, *Si certum petetur*: dalla *condictio* dei *veteres* alle *condictiones giustinianee*, 2002; *Varvaro*, *Condictio* e *causa actionis*, AUPA 57 (2014) 267–319.

Inhalt Rn.

I. Einheitliche Klage und vielfältiger Anwendungsbereich 1
II. Voraussetzungen und Gegenstand der *Condictio* 8
III. *Causae* der nichtvertraglichen Kondiktionen 10
1. *Condictio causa data causa non secuta* 11
2. *Condictio ob turpem vel iniustam causam* 13
3. *Condictio indebiti* 14
4. *Condictio sine causa* 17
5. *Condictio ex causa furtiva – condictio ex lege – condictio certae rei / condictio triticaria* 21
6. Weitere *condictiones* 24

I. Einheitliche Klage und vielfältiger Anwendungsbereich

1 Hatte jemand etwas grundlos geleistet und daran das Eigentum verloren, standen ihm Rückforderungsklagen zur Verfügung, um das Geleistete zurückzuverlangen. Die *condictio*, die in erster Linie bei der Rückforderung eines formlos empfangenen Darlehens Anwendung fand,[1] war auch für andere Rückgewährbegehren geeignet.[2] Diese charak-

[1] Zur *condictio* aus dem Darlehen (→ § 70).

[2] *Schwarz*, Grundlage (1952) 281; *Schiemann*, s. v. *condictio*, DNP III 120. Mit dem komplexen Thema hat sich eine Fülle von Literatur mit Forschungswellen am Ende des 19. Jh. und in der zweiten Hälfte des 20. Jh. beschäftigt.

teristischen Ausgleichsansprüche sind eine einzigartige Schöpfung der römischen Jurisprudenz und leben in den heutigen Rechtsordnungen fort.[3]

2 Die Grundlage dieser Kondiktionsansprüche ist in der Billigkeitsregel zu suchen: die *aequitas* existierte als Kategorie bereits im klassischen Recht.[4] Schon damals wurde das Prinzip formuliert, dass sich niemand aus dem Nachteil eines anderen bereichern darf.[5] Wahrscheinlich folgte die Missbilligung der grundlosen Bereicherung einer rechtsphilosophischen Tradition, die bis auf die Stoa zurückreicht.[6] Die *condictio* aus grundloser Vorenthaltung blieb aber in der Klassik immer auf einzelne, spezifische Tatbestände beschränkt.

3 Im prätorischen Edikt waren zwei Arten von *condictiones* enthalten,[7] einerseits die *condictio certae creditae pecuniae*, welche auf die Leistung der Geldsumme bzw. anderer vertretbarer Sachen gerichtet war, und andererseits die *condictio certae rei*, welche auf die Leistung einer bestimmten Sache abzielte. Die Klageformeln unterscheiden sich in Bezug auf den Gegenstand der Rückgabe[8] und nicht hinsichtlich des Rechtsgrunds der Leistung.

4 Lange Zeit war die Literatur davon überzeugt, dass die Klageformel der *condictio* abstrakt sei und der Rechtsgrund nie Erwähnung fand.[9] Beim einzigen Text, der in diesem Zusammenhang herangezogen wurde, handelte es sich um eine literarische Quelle: Cic. Q. Rosc. 4.13–5.14, die drei Verpflichtungsgründe *datio, stipulatio, expensilatio* nennt. Die Tabulae Pompeianae, die einen Entwurf der Klageformel aus dem Jahr 52 n. Chr. überliefern,[10] scheinen dagegen durch eine *praescriptio* (*ea res agetur de sponsione*) für eine *condictio certae pecuniae* oder *certae rei* aus einer Stipulation zu beweisen, dass eine *causa* genannt wurde. Der Grabungsfund scheint also der These der Abstraktheit und der Verschweigung der *causa* in der Formel zu widersprechen: Wenigstens in der *condictio* aus der Stipulation konnte also die *causa actionis* in der Klageformel durch die *praescriptio* bestimmt werden.[11]

---

[3] *Kaser*, RP I 592.

[4] Das beweisen *Wollschläger*, Symp. Wieacker (1985) 41–88 und *Kupisch*, Bereicherung (1987), insbesondere 1 und 19.

[5] Pomp. 21 Sab. D. 12.6.14: *nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.* (siehe auch Pomp. 9 var. lect. D. 50.17.206 und D.12.7.1.3). Lange verdächtig war auch die bekannte Stelle von Pap. 8 quaest. D. 12.6.66: *Haec condictio ex bono et aequo introducta.* Verweise auf das *iustum, aequum* und *naturalis aequitas* z. B. Ulp. 26 ed. D. 12.4.3.7, Paul. 10 Sab. D. 12.6.15, Triph. 7 disput. D. 12.6.64, Paul. 70 Plaut. D. 12.6.65.4.

[6] S. vor allem Cic. off. 3.21; Marcian. 3 reg. D. 25.2.25 und Ulp. 18 Sab. D. 12.5.6 und dazu *Wollschläger*, Symp. Wieacker (1985) 41–88.

[7] *Lenel*, EP 237–239.

[8] Die Unterscheidung zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen hat hier keine Rolle gespielt, vgl. *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 23–24.

[9] *Baron*, Abhandlungen 1–232; *Lenel*, EP 237 Fn. 6.

[10] TPN 29=TP 34=TPSulp. 31; s. *Varvaro*, AUPA 47 (2002) 370 Fn. 3; *Wolf*, SDHI 45 (1979) 150 f., 171; *Wolf*, TPN 60; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 163; *Camodeca*, Tabulae (1997) 99.

[11] So überzeugend *Varvaro*, AUPA 57 (2014) 267–283; s. auch *Varvaro*, Praescriptio (2008) 143. Zur *praescriptio* der *condictio* aus der Stipulation s. ausführlicher → § 72 Rn. 10.

5 Die Rubriken des 12. Buches der Digesten beweisen nicht nur das Vorhandensein unterschiedlicher Rechtsgründe, sondern auch die Existenz unterschiedlicher Klagen in justinianischer Zeit: die *condictio causa data causa non secuta* in D. 12.4, die *condictio ob turpem vel iniustam causam* in D. 12.5, die *condictio indebiti* in D. 12.6 und schliesslich die *condictio sine causa* in D. 12.7. Im 13. Buch werden weiter die *condictio furtiva* in D. 13.1, die *condictio ex lege* in D. 13.2 und die *condictio triticaria* in D. 13.3 behandelt.

6 Auf Grund der justinianischen Klassifikation der Klagen hat die Literatur lange an der Echtheit der Texte gezweifelt, in denen die *condictio* durch die Beschreibung des Anwendungsbereichs präzisiert wurde. Wo zum Beispiel von der *condictio indebiti* die Rede war, hat man diese den Kompilatoren zugeschrieben. Das wichtigste Argument zugunsten der Interpolation war der Vergleich zwischen Gai. inst. 3.91 und Inst. Iust. 3.14.1. Die Tatsache, dass nur der justinianische Text den Genitiv *indebiti* verwendet, wurde als Beleg dafür angeführt, dass die *condictio indebiti* erst zur Zeit Justinians bekannt geworden sei und die Klassiker ausschließlich über die *condictio* als allgemeinen Rechtsbehelf geschrieben hätten.[12] Diese Meinung ist aus heutiger Sicht jedoch nicht mehr haltbar.[13] Obwohl die verschiedenen Tatbestände erst später als besondere Klagegründe verselbständigt wurden, kannten bereits die Klassiker die vielfältigen Anwendungsfälle der *condictio*.[14] Die Jurisprudenz hatte zu entscheiden, auf welche Sachverhalte die einheitliche Formel anzuwenden war.

7 Durch Auslegung haben die klassischen Juristen also die Grenzen der *condictio* ausgelotet. Ungeklärt bleibt, wie die einheitliche Formel der Rückzahlung des Darlehens auf andere Tatbestände angewendet wurde. Dass die *lex Silia* einerseits die *condictio* zur Rückzahlung des dargeliehenen Geldes und die *lex Calpurnia* zur Rückgabe vertretbarer und *ob causam* übergegebener Sachen eingeführt hatte,[15] ist auf Grund der spärlichen Quellen schwierig zu beweisen.[16]

II. Voraussetzungen und Gegenstand der *condictio*

8 Lange wurde die Meinung vertreten,[17] dass eine *condictio* zweierlei voraussetze: die Verschaffung quiritischen Eigentums durch eine *datio*,[18] zudem einen fehlenden Behaltensgrund (*sine causa retinere*).[19]

---

[12] S. etwa *Solazzi*, Scr. V, 1.

[13] *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 510–512.

[14] *Voci*, Dottrina (1946) 100; *Pringsheim*, SZ 52 (1932) 78; *Schwarz*, Grundlage (1952) 190, 227; *Kupisch*, Bereicherung (1987), 9–21; *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 51–71.

[15] Die Meinung wird von *Albanese*, AUPA 32 (1971) 5–8; *Albanese*, Processo privato (1987) 111 Fn. 385 und *Saccoccio*, Si certum petetur (2002), besonders 423 f. vertreten.

[16] So *Sturm*, SZ 126 (2009) 514 und *Burdese*, Rec. II 451.

[17] Ausführlich dazu *Schwarz*, Grundlage (1952) 195–230, s. auch *Kaser*, RP I 594 f.

[18] Cic. Q. Rosc. 5,14.

[19] Zu *sine causa habere*: Iul. 23 dig. D. 37.6.3.5 u. a.

Seit den fünfziger Jahren des 20. Jh.s erachtet man aber die Auffassung, die *condictio* setze zwingend eine wirksame Übereignung voraus, als zu artifiziell.[20] Einzig bei der Leistung *solvendi causa* (zur Tilgung einer Schuld) verliert der Leistende unabhängig von der *obligatio* in jedem Fall das Eigentum, was mit der Geschichte der Haftungslösung zusammenhängt.[21] Nur bei Vorhandensein eines Titels *pro soluto* sind daher die Voraussetzungen einer *datio* sowie des Fehlens eines Rechtsgrundes für das Behaltendürfen des Erlangten sinnvoll.[22] Bei den anderen Tatbeständen ist hingegen eine Übereignung nicht notwendig.[23] Kondiziert werden konnte *quod ex iniusta causa apud aliquem sit* (also was sich aus einem unrechtmäßigen Grund bei einem anderen befindet).[24] In Fällen einer *traditio rei* reichte ein Innehaben[25] des Empfängers aus. Die *condictio* setzte also keine *datio* vor. Es reichte, dass dem Empfänger, abgesehen vom Eigentumsverlust des Leistenden, ein Behaltensgrund fehlte. **9**

Gegenstand der Rückgabe ist die empfangene Sache oder das Geld, nicht aber der vorhandene Vermögenswert. Falls die Sache untergegangen ist, gilt die Regel der *perpetuatio obligationis*.[26] Die Klage geht auch auf die Früchte und auf allen Zuwachs.[27]

III. *Causae* der nichtvertraglichen Kondiktionen

Die von den klassischen Juristen herausgearbeiteten Tatbestände sind in den Überschriften der Digesten klar ersichtlich. **10**

1. *Condictio causa data causa non secuta*

Die *condictio causa data causa non secuta*, welche die Klassiker als *ob rem*, *ob causam* oder *ob causam datorum* gekannt haben,[28] steht in den Digesten an erster Stelle und wurde im Falle einer Zweckverfehlung gewährt.[29] Wenn jemand etwas zur Erreichung eines bestimmten Zwecks geleistet hatte, der sich anschließend nicht verwirklichte, konnte der Leistende das Geleistete herausverlangen. Diesbezüglich unterscheidet **11**

[20] *Schwarz*, Grundlage (1952) 191–229.

[21] Zu der *solutio* als Abstandsleistung aus dem Gedanken der *transactio* s. *Kaser*, BIDR 64 (1961) 72–81.

[22] *Harke*, Iura 54 (2003) 52.

[23] *Santoro*, AUPA 32 (1971) 227 f. S. Ulp. 18 Sab. D. 7.9.12 und Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.18 u. a.

[24] Ulp. 18 Sab. D. 12.5.6; dazu *Santoro*, AUPA 32 (1971) 181–512; *Kupisch*, Bereicherung (1987), 14; *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 233–275; *Harke*, Iura 54 (2003) 52 f.

[25] *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 97–111, *Harke*, Iura 54 (2003) 53.

[26] Iul. 22 dig. D. 13.1.14.3; s. auch Ulp. 27 ed. D. 13.1.8 pr., in der von eine *condictio aestimationis (pretii)* die Rede ist.

[27] Paul 10 Sab. D. 12.6.15 pr.; Iul. 16 dig. D. 12.4.7.1.

[28] Zum Beispiel Ulp. 26 ed. D. 12.4.1; Paul. 3 Sab. D. 12.4.14; Cels. 3 dig. 12.4.16.

[29] Im Codex findet sich der Titel C. 4.6: *De condictione ob causam datorum*.

Pomponius zwischen der *datio ob causam* und jener *ob rem*.[30] Bei Ersterer erfolgte die Übergabe wegen eines bereits verwirklichten Zwecks (*causa praeterita*): A gibt B etwas, weil ihm B bereits etwas geleistet hat. Eine solche Leistung kann auch dann nicht wieder zurückgefordert werden, wenn sich der Zweck nachträglich als verfehlt erweist. Die *condictio ob causam praeteritam* wird hier also ausgeschlossen. Bei der *datio ob rem* erfolgte die Leistung dagegen im Hinblick auf eine künftige Gegenleistung (*ut aliquid sequatur*). Wenn diese nicht erbracht wird, konnte das Geleistete zurückverlangt werden. Allerdings muss es sich dabei um eine Leistung *non inhonesta* handeln. Beispiel: Geldzahlung, damit der Empfänger einen seiner Sklaven freilässt.[31] Hier hatte der Leistende das Recht, seine Leistung zurückzuverlangen, wenn die Gegenleistung, also die Freilassung nicht erfolgte. Nur wenn die Gegenleistung offensichtlich auf Grund höherer Gewalt, die nicht der Gegenpartei zuzurechnen war, unmöglich wurde, entfiel die Rückforderung.[32]

12 Zuweilen wurde die *condictio* auch dann gewährt, wenn der Zweck sich zunächst verwirklicht hatte, aber nachträglich wieder entfiel, wie etwa bei der Hingabe einer Sache als *arra* zum Zwecke des Abschlusses eines Kaufvertrags, der sodann zustande kommt. In dieser Situation erfolgt die *causa* (der Kaufvertrag) nach der Übergabe (*secuta*) und daher besteht keine Klage aus der *condictio*; weil die *causa* jedoch vollendet ist (*finita*), hat der Verkäufer kein Recht mehr, das Pfand zu behalten.[33] Die Juristen der justinianischen Zeit sprechen hier von einer *condictio causa data causa finita*.[34]

2. *Condictio ob turpem vel iniustam causam*

13 Die *condictio ob turpem vel iniustam causam*, die in D. 12.5 erheblich kürzer behandelt wird,[35] kommt immer dann zur Anwendung, wenn die Übergabe im Hinblick auf einen sitten- oder rechtswidrigen Zweck erfolgt. Es war umstritten, welches Verhalten zu missbilligen sei. Als Anhaltspunkt dienten die allgemeinen Moralvorstellungen. Anderes galt aber, wenn auch der Leistende sittenwidrig gehandelt hatte, wie etwa in dem Fall einer Leistung, damit der Empfänger einen Prozess im Sinne des Leistenden entscheidet.[36] Betraf die Sittenwidrigkeit also beide Seiten, war eine Rückgabe ausgeschlossen; der Rückforderungsanspruch des Leistenden war verwirkt. Diese Regel wurde dahingehend formuliert, dass bei beidseitigem Delikt die *causa* des Besitzers stärker sei (*in delicto pari potiorem esse possessorem*).[37]

---

[30] Pomp. 27 Q. Muc. D. 12.6.52. Andere Darstellungen der beiden *dationes* finden sich in Paul. 17 Plaut. D. 12.6.65 pr.–9 und Paul. 3 Sab. D. 12.4.14.

[31] Ulp. 26 ed. D.12.4.1 und 3.

[32] Ulp. 2 disp. D. 12.4.5 und Ulp. 3 disp. D. 12.4.6.

[33] Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.6.

[34] Ulp. 43 Sab. D. 12.7.1.2.

[35] Vorhanden ist der Titel auch im Codex (C. 4.7).

[36] Paul. 10 Sab. D. 12.5.3.

[37] Pap. 11 quaest. D. 12.7.5.

3. *Condictio indebiti*

Mit der *condictio indebiti* wurde eine Leistung zurückgefordert, die irrtümlich erbracht worden war; denn wenn kein Irrtum des Leistenden vorlag, war die *condictio* gesperrt.[38] Wenn aber der Empfänger wissentlich etwas Nichtgeschuldetes annahm, beging er einen Diebstahl.[39] Es handelt sich weiter nicht nur dann um ein *indebitum*, wenn die Leistung nicht geschuldet war (sog. objektive Nichtschuld, *quod omnino non debetur*),[40] sondern auch dann, wenn die geschuldete Leistung vom Nichtschuldner, der sich irrtümlich für verpflichtet hielt, an den Gläubiger erbracht wurde (sog. subjektive Nichtschuld *ex latere dantis*)[41] oder eine bestehende Schuld dem Nichtgläubiger gegenüber erfüllt wurde (sog. subjektive Nichtschuld *ex latere accipientis*).[42] Eine Nichtschuld wurde auch dann angenommen, wenn die Leistung zwar geschuldet war, der Schuldner aber durch eine *exceptio perpetua* geschützt war,[43] oder wenn *aliud pro alio*, wie zum Beispiel Öl anstelle von Geld, gegeben wurde.[44] **14**

Die Leistung muss ferner durch einen Akt, der in irgendeiner Weise auf eine Handlung des Leistenden (*aliquid negotium*) zurückzuführen ist, in das Vermögen des Empfängers übergegangen sein. Demjenigen, dessen Sache aus einem anderen Grund erworben wurde, steht keine Rückforderungsklage zu. Das gilt etwa dann, wenn Material auf fremdem Boden verbaut wird, weil der Empfänger nicht durch den Bauenden Eigentümer wurde, sondern originär kraft Akzession.[45] **15**

Nach einer jüngst vorgetragenen Auffassung spielte in der Entwicklungsgeschichte der *condictio* der Tatbestand des *indebitum* eine wichtige Rolle; die *condictio indebiti* sei zur Zeit des Gaius zum Paradigma der nichtvertraglichen Klagen geworden.[46] Von Papinian stamme dann die Unterscheidung zwischen den ‚vertraglichen' Kondiktionen (wie zum Beispiel jener der Darlehensvaluta) und den außervertraglichen Rückforderungen, deren Prototyp die sog. *condictio indebiti* war.[47] Diese Unterscheidung habe später vorwiegend Ulpian weiterentwickelt.[48] **16**

---

[38] Ulp. 26 ed. D. 12.6.1; Pomp. Sab. D. 12.6.7; Pomp. 5 Q. Muc. D. 12.6.50.

[39] Ulp. 26 ed. D. 12.6.1.1 und Diocl./Max. C. 4.5.9 pr. (a.294). Zuletzt dazu *Fargnoli*, Furtum (2006) 1–50.

[40] Paul. 17 Plaut. D. 12.6.65.9.

[41] Siehe Pomp. 22 Sab. D. 12.6.19.1.

[42] Siehe Pomp. 22 Sab. D. 12.6.22.

[43] Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.3,7; Pap. 8 quaest. D. 12.6.56.

[44] Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.5.

[45] Iul. 39 dig. D. 12.6.33.

[46] *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 471–514. Dass die *condictio indebiti* historisch erst später eingeführt wurde, ist nicht neu: s. vor allem *Lange*, Kausales Element (1930) 76–78; *Kaser*, BIDR 64 (1961) 72–73; *Kupisch*, Bereicherung (1987) 19.

[47] *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 520–528.

[48] Siehe Ulp. 7 disp. D. 12.1.18 pr.–1, Ulp. 26 ed. D. 12.1.1.1, Pap. 8 quaest. D. 12.6.66, Ulp. 43 Sab. D. 12.7.1–2, Paul. 29 ed. D. 13.6.1.17.5, Pap. 12 quaest. D. 6.1.63, Ulp. 32 ed. D. 19.2.19.6; dazu *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 522–528.

4. *Condictio sine causa*

17 Unter die Bezeichnung *condictio sine causa* fallen allgemein mehrere Tatbestände. Diese *condictio* wird im letzten Titel des Buches 12 der Digesten behandelt. Wenn keine *condictio* aus den anderen Titeln der Digesten anwendbar war, griffen die justinianischen Juristen auf die *condictio sine causa* zurück, die so ihre klassische Funktion aufrechterhielt.[49]

18 In der Tat erfassten die Klassiker damit alles, was ihnen als schwierig einzuordnen erschien. Ein Beispiel für diese Art des Vorgehens findet sich in Ulp. 32 ed. D. 12.7.2: Ein Wäscher hatte die ihm zur Reinigung übergebenen Kleidungstücke verloren und dem Kunden aufgrund dessen *actio locati* vollen Wertersatz geleistet. Wenn nun der Kunde später den Besitz an den Kleidern wiedererlangt, gibt der von Ulpian zitierte Cassius dem Wäscher sowohl die *actio conducti* als auch die *condictio* gegen den Kunden. Für Ulpian ist die Kontraktklage wahrscheinlich, zweifelhaft sei aber die *condictio*, weil der Wäscher aufgrund einer zunächst bestehenden Schuld geleistet hatte. Möglich wäre es aber anzunehmen, dass durch den wiedererlangten Besitz an den Kleidungsstücken gewissermaßen ohne Rechtsgrund geleistet worden ist (*quasi sine causa datum*). Es besteht keine *causa retinendi* zugunsten des Kunden mehr.

19 Unlängst wurde mit gutem Grund behauptet, dass eine *datio sine causa* der zentrale und wichtigste Tatbestand der *condictio* gewesen sei.[50] Hier soll die Entwicklungsgeschichte des Bereicherungsgedankens aus dem *bonum et aequum* begonnen haben, welches das gesamte Kondiktionsrecht charakterisiert.[51]

20 Hierher gehörte auch die *condictio incerti*, mit welcher ein unbestimmter Gegenstand zurückgefordert werden konnte. Diese wird *ex professo* in den Digesten nicht behandelt. Schon in klassischer Zeit wurde die *condictio* auch auf Fälle erweitert, die nicht als ein *certum* erfasst wurden. So konnte der Schuldner, welcher abstrakt, ohne dass bei Abschluss des Rechtsgeschäfts eine *causa* erwähnt wurde, eine Leistung versprochen hatte, auf Befreiung klagen.[52] Dass der Tatbestand klassisch ist, wird durch die *Tabulae Pompaeianae* bewiesen.[53] Bei Fehlen des Schuldgrundes konnte etwa der Gläubiger Cinnamus frei wählen, ob er aus Darlehen, Litteralkontrakt oder Stipulation mittels *condictio incerti* klagen wollte.[54] Auf Grund des epigraphischen Texts der *lex rivi*

---

[49] *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 545–548.

[50] *Wunner*, Romanitas 9 (1970) 476; *Kupisch*, Bereicherung (1987) 10–12; *Harke*, Iura 54 (2003) 68; *Cortese*, Quod sine iusta causa (2013) 39.

[51] *Kupisch*, Bereicherung (1987) 12.

[52] Ulp. 43 Sab. D.12.7.1 pr.; Iul. 18 dig. D. 12.7.3; Iul. 16 dig. D. 23.3.46 pr.; Iul. 17 D. 39.5.2,34; Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.2; Ulp. 42 ed. D. 36.4.1 pr.; Ulp. 45 Sab. D. 12.7.1 pr.; dazu insbesondere *d'Ors*, Est. Merêa/Braga da Cruz I 355–358.

[53] *Andreau*, MEFRA 97 (1985) 373–410; *Bove*, Documenti processuali 95–111; *Camodeca*, Tabulae (1997) 97–99; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 163; *Purpura*, AUPA 2 (1981–1982) 449–474; *Santoro*, AUPA 38 (1985) 333–350; *Varvaro*, AUPA 47 (2002) 367–404; *Wolf*, St. Talamanca VIII 141–177.

[54] Vgl. Cic. Q. Rosc. 13–14.

Hiberiensis wird jetzt mit gutem Grund eine klassische *intentio* ‚*Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio ex stipulatu dare facere oportere*' angenommen.[55]

5. *Condictio ex causa furtiva – condictio ex lege – condictio certae rei / condictio triticaria*

Von den drei *condictiones*, die im 13. Buch enthalten sind, ist nur die *condictio ex causa furtiva*[56] mit Sicherheit ein völlig klassischer Tatbestand. Diese unterscheidet sich grundsätzlich von den anderen, weil sie dem Eigentümer zustand.[57] **21**

Die Rubrik *condictio ex lege* wurde hingegen von den Kompilatoren für Fälle eingeführt, in denen eine Verpflichtung verabredet wird, ohne dass im Gesetz der Verpflichtungsgrund erwähnt ist,[58] wobei die Kompilatoren den technischen Begriff erfunden zu haben scheinen.[59] Unter dieser Rubrik findet sich aber nur eine Stelle.[60] **22**

Die Benennung der *condictio certae rei* als *condictio triticaria* ist wohl unklassisch.[61] Durch diese *condictio* konnte eine individuelle Sache oder eine bestimmte Menge von vertretbaren Sachen eingeklagt werden.[62] Die Formel war im Edikt ohne Nennung des Klagegrundes vorhanden (→§ 70 Rn. 2). Gemäß einer Nachricht von Stephanus[63] war der Ausdruck *triticum* im Musterbeispiel der Formel enthalten.[64] Dass es sich bei der *condictio triticaria* um eine klassische Klage handelt, ist bis heute nicht bewiesen.[65] **23**

6. Weitere *condictiones*

Eine Reihe von anderen *condictiones* war zur Zeit Justinians bekannt. Diese waren aber nicht wichtig genug, um einen eigenen Titel in den Digesten oder in einem anderen Teil der Kompilation zu bilden.[66] **24**

---

[55] *Nörr*, SZ 125 (2008) 139–146; s. auch *Maganzani* in: Maganzani/Buzzacchi, Lex rivi Hiberiensis (2014) 185.

[56] Der Titel *De condictione furtiva* ist auch im Codex (C. 4.8) vorhanden.

[57] Zu den dogmatischen Problemen s. *Albanese*, AUPA 32 (1971) 5–178; *d'Ors*, SDHI 41 (1975) 205–244; *d'Ors*, Rev. Est. hist.-júridicos 1 (1976) 17–36; *d'Ors*, AHDE 46 (1976) 125–144, *d'Ors*, Iura 25 (1974) 1–45, *d'Ors*, Labeo 23 (1977) 54–58. Zur *condictio ex causa furtiva* s. → § 93 Rn. 15.

[58] Der Titel *De condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa* findet sich auch im Codex (C. 4.9).

[59] *Kipp*, s. v. *condictio*, RE IV.1 858; *Mayer-Maly*, RIDA[3] 12 (1965), 437–451 und Nörr, SZ 125 (2008) 144.

[60] Paul. 2 Plaut. D. 13.2.1.

[61] *Lenel*, EP 239.

[62] *Lenel*, EP 239.

[63] Schol. *triticiarios* ad B. 24.8.7 (Hb III 43; Sch B V 1760).

[64] *Lenel*, EP 239.

[65] *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 26 Fn. 54.

[66] Dazu *Liebs*, History of condictio, 1986, 181–183.

25 Andere *condictiones* sind aus den Werken der *antecessores* wie Theophilus, Dorotheus, Stephanus und anderen, insbesondere aus den Scholien zu den Basiliken, ableitbar: die *condictio de bene depensis*,[67] die *condictio de bono et aequo* oder die *condictio* (*actio*) *de in rem verso*.[68] Die oströmische Schule versuchte die *condictio* zu verallgemeinern,[69] weshalb die Sanktionierung einer ungerechtfertigt erfolgten Bereicherung immer zentraler wurde. Aus dieser späteren Weiterentwicklung entsteht die moderne erfolgreiche Theorie der ungerechtfertigten Bereicherung, die, neben den römischen Ansprüchen auf den geleisteten Vermögenswert (Leistungskondiktionen) auch Ansprüche auf die vom Bereicherten durch eigene Tätigkeit ohne zureichenden Rechtsgrund erworbenen Vermögenswerte (Nichtleistungskondiktionen, besonders die Eingriffskondiktionen) anerkennt.

[67] Dazu *H. de Jong*, ‚Stephanus on the condictio de bene depensis (ὁ ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος κονδικτίκιος)', TR 78 (2010), 15–35.

[68] *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 569–590.

[69] *Kaser*, RP II 421.

§ 78 *Bonae fidei iudicia*: Grundlagen

Franz-Stefan Meissel/Anna Novitskaya

Broggini, Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters, 1957; *Lombardi*, Dalla „fides" alla „bona fides", 1961; *Wieacker*, Zum Ursprung der bonae fidei iudicia, SZ 80 (1963) 1–41; *Kaser*, Oportere und ius civile, SZ 83 (1966) 1–46; *Schmidlin*, Der verfahrensrechtliche Sinn des *ex fide bona*, in: De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow (1980) 359–371; *Fiori*, Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della 'recezione' dei iudicia bonae fidei, BIDR 101/102 (1998/1999) 165–197; *Schermaier*, Bona fides im römischen Vertragsrecht, in: Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14–16 giugno 2001, III, 2003, 387–416; *Talamanca*, La bona fides nei giuristi romani: „Leerfomeln" e valori dell'ordinamento, in: Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14–16 giugno 2001, IV, 2003, 1–312; *Cardilli*, „Vir bonus" e „bona fides", in: Lovato (Hg.), Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridicia antica. Incontro di studi (Trani, 28–29 ottobre 2011), 2013, 179–207; *Franchini*, La recezione nel „ius civile" dei „iudicia bonae fidei". Questioni di metodo e di merito, 2015; *Finkenauer*, Zur Inhärenz der Einreden im *bonae fidei iudicium*, Iura 118 (2020) 77–136.

Inhalt Rn.

I. Einleitung 1
II. Hypothesen zu Ursprung und Entwicklung der *iudicia bonae fidei* zwischen *ius civile, ius honorarium* und privater Schiedsgerichtsbarkeit 11
1. Die „Rezeptionsthese": honorarrechtlicher Ursprung und spätere „Zivilisierung" 12
2. Die Gegenposition: Zivilrechtlicher Ursprung 15
3. Plurifaktorielle Erklärung? 17
III. Der Sinngehalt der *bona fides* 19
IV. Klassifizierungen der *iudicia bonae fidei* 25
V. Die prozessuale Struktur der *iudicia bonae fidei* 33
1. Die *demonstratio* 34
2. Die *intentio* 37
3. Die Wortfolge *ex fide bona* 39
4. Die *condemnatio* 40
5. Sonderfälle und *iudicia bonae fidei* mit einer Doppelstruktur 41
VI. Nachklassische Entwicklungen und justinianisches Recht 45

I. Einleitung

1 Unter *bonae fidei iudicia* versteht man jene Klagen im Formularprozess, bei denen der Richter (*iudex*) einen breiten Ermessensspielraum hat, da er aufgrund der Prozessformel angewiesen ist, die Rechte und Pflichten der Streitparteien nach der *bona fides* zu bewerten.[1]

2 Cicero[2] zitiert Q. Mucius Scaevola Pontifex mit der Aussage, dass den *arbitria*, in denen *ex fide bona* hinzugefügt sei, größte Bedeutung zukomme (*summam vim esse*). Zu diesen *arbitria ex fide bona* zählen[3] die Klagen aus den Konsensualverträgen (*emptio-venditio* → § 79, *locatio-conductio* → § 80, *societas* → § 81) und *mandatum* (→ § 82), aber auch die Klagen aus *fiducia* (→ § 88) und *tutela* (→ § 84). Gaius[4] fügt den *bonae fidei iudicia* auch die *actio rei uxoriae* (→ § 89), die *actio negotiorum gestorum* (→ § 83) und die *actio depositi* (→ § 85) hinzu. Die justinianischen Institutionen erweitern die Liste unter anderem um die *actio commodati* (→ § 86), *actio pigneraticia* (→ § 87), *actio familiae erciscundae* (→ § 67) und die *actio communi dividundo* (→ § 67).[5] Den Gegenbegriff zu den *bonae fidei iudicia* bilden die strengrechtlichen Klagen (*iudicia stricti iuris*[6]), bei denen der *iudex* durch den Klagewortlaut stärker gebunden ist.

3 Der *bona fides* kommen zwei zu unterscheidende Funktionen zu: Einerseits dient sie als Verpflichtungsgrund und andererseits als Bewertungsmaßstab.[7] Vermutlich fungierte die *bona fides* zunächst[8] dazu, gewisse Schuldverhältnisse mit rechtlicher Ver-

---

[1] Gai. 4.114: …*de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis*; Inst. 4.6.30.

[2] Cic. off. 3,70; vgl. auch Cic. top. 17,66.

[3] Cic. off. 3,70.

[4] Gai. 4.62.

[5] Inst. 4.6.28. Zur vollständigen justinianischen Liste siehe unten (→ IV, Rn. 27). Zur Frage, inwiefern einzelne dieser Klagen bereits in der Klassik als *iudicium bonae fidei* galten und zur strittigen Natur der Teilungsklagen siehe unten Fn. 166–172.

[6] So spricht Inst. 4.6.28 von *actiones stricti iuris*, wobei häufig behauptet wird, dass dieser Begriff dem klassischen Recht noch fremd sei (vgl. *Talamanca*, s. v. Processo civile (diritto romano), ED XXXVI (1987) 64 mit Fn. 454; *Kaser/Hackl*, RZ 334 Fn. 46); Übersicht über den Meinungsstand bei *Milani*, Om. Burdese III 217 f. Fn. 4. Zum Vorschlag der Ergänzung der Lücke in Gai 4.114 durch *diversae scholae auctoribus in strictis iudiciis contra placuit* vgl. etwa *Manthe*, Gai. Inst. 382; *Provera*, Lezioni I (2010) 128; kritisch dazu aber *Kaser/Hackl*, RZ 297 Fn. 16; *Nicosia*, Iura 66 (2018) 1–12.

[7] Lange Zeit dominierte in der Romanistik eine Debatte, in der entweder die eine oder die andere Funktion einseitig hervorgehoben wurde, mittlerweile wird eine beide Aspekte verbindende Sichtweise bevorzugt; vgl. etwa *Talamanca*, Istituzioni (1990) 313 f.; *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 42 f. mit Fn. 140; *Schermaier*, Atti Burdese III (2003) 401 f., *Manna*, Ric. Talamanca II 342. Die mangelnde Sinnhaftigkeit der Zuspitzung auf die Alternative „Verpflichtungsgrund oder Bewertungsmaßstab?“ betonen *Frezza*, ANRW II.1 178; *Stolfi*, Interpretatio (2004) 28 mit Fn. 5, 38 mit Fn. 31; *Franchini*, Recezione (2015) 9.

[8] *Kaser*, SZ 101 (1984) 31; *Kaser*, SZ 83 (1966) 13 f., der davon ausgeht, dass *bona fides* ursprünglich die Verpflichtungsgrundlage war, später aber dazu diente, das richterliche Ermessen zu erwei-

bindlichkeit auszustatten; so ergab sich aus dem *oportere ex fide bona* die rechtliche Durchsetzbarkeit bestimmter formloser Vereinbarungen, welche im Rahmen des *ius gentium* auch für den Rechtsverkehr mit Peregrinen verbindlich waren.[9]

Die *bona fides* wurde aber auch als Kriterium für die Bewertung des Verhaltens der streitenden Parteien nach Treu und Glauben herangezogen.[10] Der Spielraum des *iudex* war dabei jenem eines *arbiter* bei einem privaten *arbitrium viri boni*[11] vergleichbar[12] und verweist insofern auf den Maßstab eines *vir bonus*[13] und auf die Idee der *fides*.[14] **4**

Das Abstellen auf die *bona fides* ermöglicht dem *iudex*, das Schuldverhältnis in seiner Gesamtheit zu bewerten und alle sich wechselseitig ergebenden Rechte und Pflichten (*alterum alteri praestare oportere*[15]) zu berücksichtigen.[16] Daher können Gegenansprüche des Beklagten, die sich aus demselben Rechtsverhältnis (*ex eadem causa*) ergeben, durch Aufrechnung (→ § 111) vom *iudex* (auf Anregung des Beklagten[17]) berücksichtigt werden, ohne dass es dazu einer formellen *exceptio* bedarf.[18] **5**

---

tern, ähnlich schon *Magdelain*, Consensualisme (1958) 89. Kritisch dazu aber *Fiori*, in: Fiori, Modelli III (2008) 256.

[9] Den Charakter der *bona fides* als Verpflichtungsgrund betonen etwa *Kunkel*, FS Koschaker II 1 f.; *Broggini*, Abus de droit et bonne foi (1994) 7 f.; *Grosso*, Scr. III 733 f.; *Söllner*, SZ 122 (2005) 10–11, 61; wL bei *Franchini*, Recezione (2015) 9 f. mit Fn. 12.

[10] *Wieacker*, SZ 80 (1963) 31, 40 f.; *Wieacker*, Labeo 12 (1966) 253; *Frezza*, ANRW I.2 178; *Carcaterra*, Bonae fidei iudicia (1964) 36 f.; *Carcaterra*, SDHI (1967) 66–68; *Schmidlin*, FG Lübtow (1980) 364, 368; *Gallo*, Atti Burdese II (2003) 149, 151; *Mannino*, Atti Burdese II (2003) 426 mit Fn. 3, 435; *Söllner*, SZ 122 (2005) 5, 25; *Fiori*, BIDR 101/102 (1998–1999) 174 f.; *Castresana Herrero*, Fides (1991) 66, 68; *Beduschi*, in: Peppe, Fides (2008) 34 mit Fn. 56; wN bei *Franchini*, Recezione (2015) 9 f. mit Fn. 12.

[11] Zu den Anwendungsfällen der *arbitria viri boni* (auch jenen außerhalb von *iudicia bonae fidei*) s. *Lehne-Gstreinthaler*, in: Pfeifer/Grotkamp, Konfliktlösung (2017) 156 f.

[12] *Lombardi*, Fides (1961) 181; *Broggini*, Iudex (1957) 194, 218 f. Über die Verbindung zwischen dem *arbitrium boni viri* und Geschäften, die durch *iudicia bonae fidei* geschützt werden vgl. *Talamanca*, s. v. Societ in generale (diritto romano), ED XLII 838 Fn. 262; *Talamanca*, s. v. Obbligazioni (diritto romano), ED XXIX 34 Fn. 222, 224; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 518. Kritisch zu Talamancas Verallgemeinerung von Pomp. 9 Sab D. 17.2.6 aber *Cristaldi*, RIDA 58 (2011) 124 f., 130.

[13] *Amirante*, AContr. I 86. Zur aktuellen Diskussion vgl. die Beiträge in: *Lovato*, Vir bonus (2013). Mit unterschiedlichen Akzenten einerseits *Falcone*, AUPA 54 (2010–2011) 55, 58 f.; *Falcone*, Ess. Winkel I 258 f.; *Schermaier*, Atti Burdese III (2003) 412–416, die die individuelle ethische Qualifikation als *vir bonus* betonen, und andererseits *Fiori*, Bonus vir (2011) 108–118, für den *vir bonus* als Hinweis auf eine gehobene soziale Stellung zu verstehen ist; beide Aspekte zusammenführend *Cardilli*, in: Lovato, Vir bonus (2013) 186 f.; *Baldus*, SZ 133 (2016) 241.

[14] Kritisch zur Verknüpfung von *bona fides* und *arbitrium boni viri* aber *Cardilli*, Damnatio (2016) 237 f.: Das Wertungsmodell des *bonus vir* beziehe sich in der Formel der *actio fiduciae* (Cic. off. 3,70) nur auf die Bewertung des Verhaltens konkreter streitenden Parteien und gehe auch bei anderen *iudicia bonae fidei* nicht über den Inhalt des Vereinbarten hinaus.

[15] Cic. top. 17,66; Gai. 3.137; Gai. 3 inst. D. 44.7.2.3. Zur Verbindung von *bona fides* und der synallagmatischen Struktur bestimmter Konsensualverträge vgl. Lab. 4 post. Iav. epit. D. 19.1.50; dazu *Vacca*, Appartenenza (2006) 551 f., 559–560. *Schmidlin*, in: Vacca, Atti in ricordo di Pugliese (2008) 110 f.

[16] *Schmidlin*, FG Lübtow (1980) 359–371, bes. 362–365.

[17] *Halbwachs*, in: Thier et al., Kontinuitäten (1999) 67; *Pichonnaz*, Compensation (2001) 70 f.

6 Für die *iudicia bonae fidei* gilt auch die Regel *omnia iudicia absolutoria esse*: wird der Anspruch vor Urteilsfällung vom Beklagten erfüllt, so wird der Beklagte freigesprochen.[19]

7 Die *bona fides* erfordert vor allem, das von den Parteien Vereinbarte (*id quod actum est*)[20] zu beachten; sie erlaubt darüber hinaus, die Umstände des Einzelfalles umfassend zu würdigen.[21]

8 Während bei den *actiones stricti iuris* der Beklagte schon in der Verhandlung vor dem Prätor formell Einwendungen beantragen musste, war der Richter bei den *bonae fidei iudicia* ermächtigt, formlose Einreden im Verfahren *apud iudicem* zu berücksichtigen. So wird insbesondere die *exceptio doli* als den *bonae fidei iudicia* inhärent angesehen,[22] der Richter prüft daher ohne weiteres, ob der vertragliche Anspruch oder die Umstände der Klageerhebung auf *dolus* des Klägers beruhen.[23] Aber auch die *exceptio pacti*[24] (→ § 107) und die *exceptio metus*[25] (→ § 109) werden bei den *iudicia bonae fidei*

---

[18] Gai. 4.61–63; Inst. 4.6.30. Zur Kompensation im römischen Recht s. va *Pichonnaz*, Compensation (2001) 9–279.

[19] Gai. 4.114; *Kaser/Hackl*, RZ 297 mit Fn. 17; *Cannata*, Atti Burdese I (2003) 258 f.; *Santoro*, Scr.min. II 633.

[20] Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.1: … *nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est.* Aber auch Iav. 11 epist. D. 19.2.21: *bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.* S. *Babusiaux*, Quod actum (2006) 30 f.

[21] Tryph. 9 disp. D. 16.3.31 pr. und 1, demzufolge die *bona fides* bei Verträgen die *aequitas summa* erfordere, zu der im umfassenden Sinn die Berücksichtigung der Interessen aller am Geschehen Beteiligten gehöre; dazu *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 107–117; *Stolfi*, Interpretatio (2004) 139–161; *Finkenauer*, in: Höffe, Gerechtigkeit (2014) 19–25; *Finkenauer*, Ess. Winkel I 289–291. Weitere Lit. s. bei *Reichert*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 137–164. Zur Berücksichtigung des Affektionsinteresses bei *bonae fidei iudicia* Pap. 27 quaest. D.17.1.54; dazu *Dajczak*, RIDA 46 (1999) 236.

[22] Iul. 33 dig. D. 30.84.5: …*actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem;* Ulp. 3 disp. D. 24.3.21: …*cum enim doli exceptio insit de dote actioni ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et Celso videtur, inesse hunc sumptum actioni de dote, maxime si ex voluntate filiae factus sit*; Frag.Vat. 94; Paul. 20 ed. D. 5.3.38; Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.1; für die Klassizität dieser Regel *Biondi*, AUPA 7 (1918) 1–22 (allerdings noch auf der Basis weitreichender Interpolationsannahmen); für die Analyse jener Texte, in denen trotz *bonae fidei iudicium* von einer *exceptio doli* die Rede ist, s. *Metro*, Scr. Franciosi III (2007) 1731 f., der vermutet, dass der Beklagte im klassischen Recht im Einzelfall sehr wohl auch eine *exceptio doli* im Rahmen der *iudicia bonae fidei* beantragen konnte; ähnlich *Kupisch*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 203–232, insb. 207 f., 229 f.; umfassend zur Inhärenz von Einreden im *bonae fidei iudicium* nun Finkenauer, Iura 118 (2020) 77–136, zur *exceptio doli* 82–84, 90–93, 100–102, 104–108, 111–119, 130 f. Umgekehrt verwandelt nach spätklassischer Ansicht die Verwendung einer *exceptio doli* (Pap. 13 resp. D. 39.6.42 pr.) oder *replicatio doli* (Ant. C. 8.35(36).3; Basil. 51.4.20) selbst *iudicia strici iuris* in *iudicia bonae fidei*; s. dazu *Fiori*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 73 f.

[23] Afr. 8 quaest. D. 21.1.51 pr.; Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.3; Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6, 9; Paul. 32 ed. D. 17.2.3.3; Paul. 5 Plaut. D. 18.1.57.3; Ulp. 28 Sab. D. 19.1.1.1; Ulp. 2 disp. D. 14.5.6; Ulp. 5 opin. D. 50.13.3.

[24] Vgl. Paul 33 ed. D. 18.5.3, der Julian zitiert: … *bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*; Ulp. 4

als von vornherein im Streitprogramm enthalten angesehen.[26] So konnten die Arglist sowie der Zwang bei Vertragsschluss (*dolus/metus in contrahendo*) vom Richter *ipso iure* berücksichtigt werden.[27]

Formlose Nebenabreden (*pacta adiecta*)[28] können bei *bonae fidei iudicia* im Rahmen des Hauptvertrages eingeklagt werden, sofern sie gleichzeitig mit diesem vereinbart wurden (*pacta in continenti*).[29] Anderes gilt für die erst im Nachhinein getroffenen *pacta ex intervallo;* diese können nur auf Beklagtenseite (einredeweise) geltend gemacht werden.[30] Die Berücksichtigung formloser *pacta* erlaubt die einvernehmliche Aufhebung von Konsensualverträgen durch *contrarius consensus;*[31] auch ein einvernehmlicher teilweiser Rücktritt ist im Rahmen der *bonae fidei iudicia* möglich.[32] **9**

Im Rahmen der *iudicia bonae fidei* konnten auch vertragliche Nebenleistungen wie Zinsen (*usurae*)[33] – und zwar sowohl Verzugszinsen[34] als auch Gebrauchszinsen[35] – **10**

---

ed. D. 2.14.7.4: *Quin immo interdum* [ergänze: *nuda pactio*] *format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis.* Für die Klassizität der Regel *Knütel*, SZ 97 (1967) 134–161; einschränkend *Grosso*, Scr. III 84 f.; wN bei *Marini*, Contrarius consensus (2017) 163 Fn. 496.

[25] *Kaser*, RPR I 245; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 127. Vgl. Ulp. 11 ed. D. 50.17.116 pr.: *Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare contra bonos mores est. Fiori*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 65–68. Zum Thema vgl. → § 109 mwN.

[26] *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 191; *Finkenauer*, Iura 118 (2020) 77–136, zur Inhärenz der *exceptio pacti* 79–82, zur *exceptio metus* 84 f.

[27] *Kaser*, RP I 487, 488; *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 191.

[28] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5: *Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis.*

[29] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5.

[30] Für diese gilt die Regel (Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.4): *nuda pactio obligationem (actionem) non parit, sed parit exceptionem*, dh sie konnten nur einredeweise vom Beklagten geltend gemacht werden. Weitere Lit. s. bei *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 62 f., Fn. 7; 67; *Knütel*, SZ 84 (1967) 133 f.; *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 68 f.

[31] Paul 33 ed. D. 18.5.3; Aristo in Nerat. 3 membr. D. 2.14.58; *Milani*, Om. Burdese III 241 f., 243 Fn. 79; *Chinchilla Imbett*, RDP (2015) 90–92; jüngst *Marini*, Actus contrarius (2016); *Marini*, Contrarius consensus (2017) 85 f., 158 f.

[32] Vgl. etwa Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.6; *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 73–99.

[33] Vgl. Pap. 9 quaest. D. 16.3.24; Paul 9 ed. D. 3.5.6; Scaev. 1 resp. D. 16.3.28; Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38; Paul. 16 quaest. D. 18.4.21; Paul. 5 resp. D. 19.2.54 pr.; Paul. 2 sent. D. 16.3.29.1; Marc. 4 reg. D. 22.1.32.2; Ulp. 15 ed. D. 22.1.34; Ulp. 3 disp. D. 24.3.21; Ulp. 3 disp. D. 44.2.23; Gord. C. 4.34.2 (a.238). *Cervenca*, Usurae (1969); *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 195–202; *Cardilli*, in: Tafaro, Usura (1997) 13–60; bzgl. der *usurae* für *negotiorum gestio* s. *Finazzi*, Negotiorum gestio II.2 (2006) 170–178.

[34] Etwa Marc. 4 reg. D. 22.1.32.2: *In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur*; auch Gord. C. 4.34.2 (a.238): *Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent*; dazu *Honsell*, Quod interest (1969) 168 f.

[35] Ulp. 10 ed. D. 22.1.37: *Et in contraria negotiorum gestorum actione usurae veniunt, si mutuatus sum pecuniam, ut creditorem tuum absolvam…Puto verum, si liberavi ex magno incommodo, debere*

oder auch Fruchterstattungsansprüche[36] geltend gemacht werden.[37] Der Richter konnte weiters auch *cautiones* anordnen[38] (möglicherweise in manchen Fällen auch ein *iusiurandum in litem*[39]).

II. Hypothesen zu Ursprung und Entwicklung der *iudicia bonae fidei* zwischen *ius civile, ius honorarium* und privater Schiedsgerichtsbarkeit

11 Die romanistische Wissenschaft beschäftigt sich seit dem späten 19. Jh. intensiv mit der Frage, ob die *bonae fidei iudicia* aus dem *ius honorarium* oder dem *ius civile* hervorgingen.[40] Wie so häufig hat die Spärlichkeit der Quellen zu einer Vielzahl unterschiedlicher Hypothesen geführt. Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob die römischen Juristen der späten Republik *ius civile* und *ius honorarium* als völlig getrennte „Rechtsschichten" verstanden haben[41] sowie weiters, ob für die konzeptionelle Zuordnung von Klagen zu den *bonae fidei iudicia* ihr Ursprung im Zivil- oder Amtsrecht überhaupt Relevanz hatte.

1. Die „Rezeptionsthese": honorarrechtlicher Ursprung und spätere „Zivilisierung"

12 Die nach wie vor wohl als herrschend anzusehende „Rezeptionsthese" vermutet, dass die *iudicia bonae fidei* ursprünglich vom Prätor als *actiones in factum* mit einer *formula in factum concepta* geschaffen worden und im *ius honorarium* angesiedelt gewesen seien.[42] Mit der Zeit seien diese *iudicia* aber ins *ius civile* rezipiert worden[43] und als

---

dici usuras venire, eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei iudiciis constitutum: sed si mutuatus dedi, hae venient usurae quas ipse pendo, utique si plus tibi praestarim commodi, quam usurae istae colligunt. Bei der Feststellung der Zinsen hat der Richter nach der *bona fides* die Gewohnheiten des Ortes (*quae in regione frequentatur*) zu berücksichtigen; dazu *Dajczak*, RIDA 46 (1999) 238–241.

[36] Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.15; Ulp. 15 ed. D. 22.1.34.

[37] *Kaser*, Restituere (1968) 41 mit Fn. 3.

[38] Pap. 2 quaest. D. 22.1.1.2; *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 199.

[39] Vgl Marc. 4 reg. D. 12.3.5pr; Ulp. 28 ed. 13.6.3.2; gegen die verbreitete Annahme von Interpolationen in diesen Stellen *Watson*, TR 34 (1966) 75 f.; Harke vermutet die Anwendung des *ius iurandum in litem* bei Fällen einer nicht erfolgten Restitution, vgl dazu etwa Marcell. 8 dig. D. 19.2.48.1. S. *Harke*, Eid (2013) 171 f.

[40] Vgl. bspw. *Krüger*, SZ 11 (1890) 165 f.; *Kunkel*, FS Koschaker 1 f.; *De Francisci*, StSen. XXIV (1906) 346 f.; wN bei *Fiori*, BIDR 101/102 (1998–1999) 165 Fn. 1. Zum Verhältnis des *ius civile* und des *ius honorarium* (→ § 6. Rn. 163–164).

[41] *Gallo*, Officium (1997) 86; ähnlich schon *Grosso*, Scr. III 732; *Talamanca*, ED XXXVI (1987) 52 Fn. 365.

[42] Statt vieler *Kaser/Hackl*, RZ 154 mit Fn. 28.

[43] *Kaser*, Ius (1949) 290 f.; Übersicht zum Meinungsstand bei *Fiori*, BIDR 101/102 (1998–1999) 165. Als Argument für die ursprüngliche Qualifizierung der *iudicia bonae fidei* als *actiones in factum*

typengebundene Klagen mit einer *formula in ius concepta*[44] ausgestaltet worden, auch wenn sie nicht auf römische Bürger beschränkt waren.[45]

13 Ein Argument für den honorarrechtlichen Ursprung ist, dass die *iudicia bonae fidei* (im Gegensatz zu den auf gesetzlicher Grundlage beruhenden *actiones civiles*) nicht aufgrund eines Volksgesetzes eingeführt worden seien,[46] was sich aus der Gegenüberstellung der *legitima iudicia* und der *iudicia sine lege* bei Cicero[47] ergebe. Ähnlich differenziert auch Gaius[48] zwischen einem *iudicium*, welches auf Gesetz beruht (*ex lege*) und einem solchen ohne gesetzliche Grundlage (*ex lege non esse*). Bereits der republikanische Jurist Servius stellt *actiones honorariae* und *iudicia legitima* gegenüber,[49] aber auch Sextus Aelius qualifiziert die *actio* aus dem Kaufvertrag als *honoraria*.[50] Als Indiz für die prätorische Herkunft der *iudicia bonae fidei* wird weiters die Zurechnung der *actio pro socio* zu den *arbitria honoraria* angesehen.[51]

14 Unklar ist, welche konkreten Faktoren die Transformation der *iudicia bonae fidei* in *actiones civiles* bewirkt haben. Die Rezeption der *iudicia bonae fidei* könnte infolge der *lex Aebutia*,[52] aber auch infolge der *lex Iulia iudiciorum privatorum* erfolgt sein.[53] Spe-

---

wird unter anderem von Wlassak und Kunkel insbes. auf die Doppelnatur der *actio depositi*, *actio commodati* und *actio negotiorum gestorum* verwiesen, vgl. *Wlassak*, Negotiorum gestio (1879) 164 f.; *Kunkel*, FS Koschaker II 3 f.; wN. auf die ältere Lit. bei *Fiori*, BIDR 101/102 (1998–1999) 166 f. mit Fn. 2.

[44] Ein praktischer Unterschied besteht nach Gai. 4.107 darin, dass für Klagen mit einer *intentio in ius concepta* die Klagenkonsumption *ipso iure* eintritt, wohingegen es für *actiones in factum conceptae* einer *exceptio* bedarf. Als überwunden gilt in der Literatur das auf Cic. de or. 1.37.168 zurückgehende Argument, dass *iudicia bonae fidei* eine ursprüngliche Klagenkonsumption *ope exceptionem* aufweisen, was für ihren honorarrechtlichen Ursprung spräche. Im genannten Text von Cicero (Cic. de or. 1.37.168) geht es um die *stipulatio* und nicht um einen konsensualen Vertrag; vgl. dazu *Pellecchi*, Praescriptio (2003) 278–288; anders *Talamanca*, ACop. VIII 171.

[45] Das zentrale Argument dafür ist nach *Lenel* (*Lenel*, EP 269) die *oportere*-Formel, die ein bestehendes (ziviles) Recht voraussetze.

[46] Cic. off. 3,61: *sine lege*. Anders *Lübtow*, Symb. Taubenschlag III 426, der denkt, dass die auf *dare facere oportere* abgestellte *intentio* „für einen gesetzlichen Ursprung der Klagen aus Miete und anderen Rechtsgeschäften" spreche.

[47] Im Text von Cicero (off. 3,61) werden *iudicia bonae fidei* als *sine lege iudicia* definiert. Für die Autoren, welche die prätorische Natur der *iudicia bonae fidei* behaupten, dient die Stelle als Ausgangspunkt für ihre These, dass die *iudicia bonae fidei* ursprünglich keine Grundlage im Gesetz hatten und nur dank prätorischer Macht eine Anerkennung erhalten hätten. Diese These beruht auf der Identifizierung der *sine lege iudicia* und den *iudicia imperio continentia* im Sinne von Gai. 4.103; 4.106, welche den *iudicia legitima* (= *ex lege*) gegenüberstellt werden.

[48] Gai. 4.109; *Finazzi*, Iura 64 (2016) 436.

[49] Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.12; *Finazzi*, Iura 64 (2016) 436.

[50] Cels. 8 dig. D. 19.1.38.1.

[51] Cic. Q. Rosc. 5,15. Zur Bedeutung der *actio honoraria* in der Stelle s. *Broggini*, Iudex (1957) 212; *Cancelli*, ACic 210 f.; *Biscotti*, Pacere (2002) 249 f. Vgl. auch Cic. off. 3,61. Bereits die Bezeichnung als *arbitria* könnte ein Hinweis auf die *arbitria honoraria* (Cic. Q. Rosc. 9,25) sein; vgl. dazu *Finazzi*, Iura 64 (2017) 435 f. Eine alternative Interpretation schlägt Fiori vor, der den prätorischen Ursprung verneint: *Fiori*, Ea res agatur (2003) 144 f., 237 f., *Fiori*, BIDR 101/102 (1998–1999) 179 f.

[52] Gai. 4.30; Gell. 16.10.8; *Franchini*, Recezione (2015) 47.

kuliert wird auch, ob nicht die Tätigkeit der Juristen zur Rezeption geführt habe.[54] Nach einer anderen Ansicht waren für die Integration der *iudicia bonae fidei* die Prätoren im Rahmen ihrer Ediktserstellung verantwortlich, wobei auch die allmähliche Bildung einer *consuetudo* ins Spiel gebracht wird.[55] Nicht auszuschließen ist, dass die Übernahme der *iudicia bonae fidei* ins *ius civile* ein Prozess war, der für verschiedene *actiones bonae fidei* zu verschiedenen Zeiten, d. h. differenziert verlaufen ist. Als gesichert gilt, dass die Anerkennung der *iudicia bonae fidei* als *actiones civiles* mit dem *edictum perpetuum* Julians abgeschlossen war.[56]

2. Die Gegenposition: Zivilrechtlicher Ursprung

15 In der neueren Forschung wird die ursprüngliche Konfiguration der *iudicia bonae fidei* als *actiones honorariae*[57] aber auch hinterfragt.[58] Gegner der „Rezeptionstheorien" nehmen die *bona fides* als eine Verpflichtungsgrundlage an, die von Anfang an dem *ius civile* zuzuordnen gewesen sei.[59] Die *iudicia bonae fidei* könnten nach dieser vor allem von Fiori[60] ausführlicher begründeten Auffassung schon ursprünglich mit einer Formel *in ius concepta* ausgestaltet gewesen sein.[61] Der Prätor ermöglichte nach dieser Ansicht

---

[53] Vgl. unter anderem *Broggini*, Iudex (1957) 196, 208 mit Fn. 29, 214, Fn. 40; *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 281, Fn. 765; wL bei *Franchini*, Recezione (2015) 46.

[54] Nach *Kaser*, SZ 61 (1941) 186 hat die Jurisprudenz durch die Herübernahme der auf *fides* beruhenden Bindungen ins *ius civile* einen Weg zur „Auffrischung der alten Bürgerrechtsordnung" gefunden.

[55] *Mantovani*, in: Mantovani, Storia del pensiero 1993 (1996), 92 Fn. 111: Durch die regelmäßige Gewährung prätorischen Schutzes im Edikt kommt es zu einer Art *consuetudo*, die schließlich in einer Rezeption im *ius civile* mündet. Vgl dazu auch Cic. De inv. 2,67 wo Cicero die Bildung von *ius* aufgrund der *consuetudines* beschreibt.

[56] *Kaser*, Ius (1949) 290 Fn. 6.

[57] Zum Begriff vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 329.

[58] So schon *Grosso*, Schemi (1970) 19 f.; vgl. weiters *Gallo*, Atti Burdese II (2003) 147 f.; *Paricio*, RDR 1 (2001) 210 f.; *Magdelain*, TR 49 (1991) 249.

[59] *Lombardi*, Fides (1961) 193; *Carcaterra*, Bonae fidei iudicia (1964) 36, 79, 220; *Carcaterra*, SDHI 33 (1967) 68, 90. Aber auch schon *Pugliese*, SDHI 20 (1954) 380 f., der eine Ähnlichkeit mit den *actiones civiles* betont, aber *iudicia bonae fidei* nicht direkt als *actiones civiles* qualifiziert.

[60] *Fiori*, BIDR 101/102 (1998–1999) 166 f.; *Fiori*, Modelli III (2008) 250–257, insb. 252.

[61] *Fiori*, BIDR 101/102 (1998–1999) 195 f., der von einer differenzierten Entwicklung des Formularprozesses und von zwei unterschiedlichen Arten des Formularprozesses ausgeht. Eine Art des Formularprozesses soll prätorische Effekte bis hin zur *lex Aebutia* gehabt haben. Im Formularprozess dieser Art wurde Tatbeständen ein Rechtsschutz gewährt, welche dem *ius* fremd waren und die aufgrund der Formel *in factum* mit dem Ausdruck *si paret…si non paret* geschützt wurden. Die andere Art des Formularprozesses wurde auf den Schutz der Tatbestände des *ius civile* gerichtet, die nicht im Rahmen der *legis actiones* einen Rechtsschutz hatten. Diese Art der Formel wurde mit der *demonstratio* ausgestattet und hatte dadurch schon vor der *lex Aebutia* zivile Effekte. Die *iudicia bonae fidei* hätten so schon von Beginn an zu den zivilen Klagen gezählt; s. auch *Fiori*, Ea res agatur (2003) 231 f. Über eine mögliche Gestaltung der *actiones in factum* mit einer Formel *in ius concepta* s.

einen auf *bona fides* abgestellten Schutz für Beziehungen, die bereits vom *ius* anerkannt wurden.[62]

Die Zuordnung der *iudicia bonae fidei* zum *ius honorarium* sei fragwürdig, weil sich die Unterscheidung zwischen *ius civile* und *ius honorarium* erst in der Spätklassik herausgebildet habe.[63] Klagen mit einer Formel *in factum concepta* wären auch nicht geeignet gewesen, die normativen Kriterien der *bona fides*, welche einen breiten Ermessensraum für den Richter schaffen sollten, zu integrieren. Diese strukturelle Inkongruenz zwischen *oportere ex fide bona* und den Formeln *in factum* mit der Struktur *si paret … si non paret* spreche für die schon ursprünglich zivilistische Natur der *iudicia bonae fidei*. Die Wortfolge *sine lege* bei Cicero belege nur das Fehlen einer volksgesetzlichen Grundlage, zum *ius civile* gehöre aber auch das ungeschriebene Gewohnheitsrecht der römischen *cives*. Schließlich sei die Einführung von prätorischen Klagen vom Prätor üblicherweise mit der Ankündigung *iudicium dabo* erfolgt,[64] solche ediktale Verheißungen fehlten aber für die *iudicia bonae fidei*, die daher nach dieser neueren Auffassung von Anfang an als dem *ius civile* zugehörig angesehen werden.[65] **16**

3. Plurifaktorielle Erklärung?

Die nach wie vor herrschende Lehre geht davon aus, dass die *iudicia bonae fidei* Schöpfungen des prätorischen Rechts waren[66] und insbesondere auch Rechtsverhältnisse mit Peregrinen im Rahmen des *ius gentium* umfassten.[67] Allerdings finden sich neben den Konsensualverträgen des *ius gentium* wie *emptio venditio* und *locatio conductio*[68] auch Rechtsverhältnisse, die dem älteren *ius civile* zugeordnet werden;[69] dazu zählen zB die *tutela* und die *fiducia*. Auch für die (ältere) *societas* und das *mandatum* ist ein ziviler Ursprung zu vermuten.[70] Dies spricht für eine „polyzentrische" Entstehung der *iudicia* **17**

Gröschler, Actiones (2002) 288; *Burdese*, Iura 36 (1985) 17 f.; *Burdese*, Labeo 38 (1992) 211 f.; *Burdese*, Le dottrine del contratto (2006) 111 f.; *Talamanca*, s. v. Processo civile (diritto romano), ED XXXVI 59, 63; *Talamanca*, ACop. IV 100 Fn. 250, 101 f.; *Talamanca*, ACop. VIII 201; *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 31 Fn. 104; *Mantovani*, Formule 51 Fn. 164; *Marrota* Ostraka 5 (1996) 125.

[62] *Gallo*, Atti Burdese II (2003) 146–148; *Cardilli*, BIDR 105.I (2011) 192 Fn. 27.

[63] *Gallo*, Officium (1997) 65 f., insb. 85, 86 f.; *Kaser*, SZ 101 (1984) 30 f. *Wieacker*, RRG I 473.

[64] *Kaser*, Ius (1949) 290.

[65] *Lombardi*, Fides (1961) 191 f.; *Gallo*, Atti Burdese II (2003) 146. Dafür, dass die Klagen von Anfang *in ius* konzipiert waren, auch *Grosso*, Scr. III 733, *Magdelain*, Consensualisme (1958) 109 f.

[66] Vgl. Pap. 2 def. D. 1.1.7; Pomp. sing. ench. D. 1.2.2.12.

[67] Diese These wurde schon von Wieacker relativiert. Vgl. *Wieacker*, SZ, 80 (1963) 4, 29, 31. Weitere Lit. zum Ansatz vgl. bei *Franchini*, Recezione (2015) 11 Fn. 18, 19.

[68] Der erste Versuch, Konsensualverträge zu konzeptualisieren, geht auch auf Q. Mucius Scaevola Pontifex zurück. Vgl. Pomp. 4 Q. Muc. D. 46.3.80: … *Aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

[69] *Wieacker*, SZ 80 (1863) 9 f., 20 f., *Grosso*, Scr. III 732.

[70] Vgl. dazu Cic. top. 10,42: *Sunt enim similitudines quae ex pluribus collationibus perveniunt quo volunt hoc modo: Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet*

bonae fidei[71] und einen plurifaktoriellen Erklärungsansatz. Die *actiones bonae fidei* wurden vom Prätor sowohl für die Regelung von ursprünglichen altrömischen Beziehungen, die auf der *fides* beruhen, aber auch im Rahmen der *iurisdictio peregrina* für den Rechtsschutz bei den Konsensualverträgen mit Nichtrömern gewährt.[72]

18 Ein solcher Ansatz ist auch mit jenen Theorien vereinbar, welche zumindest eine der Wurzeln der *iudicia bonae fidei* in der schiedsgerichtlichen Praxis der privaten Schiedsverfahren sieht.[73] Mit der Zeit könnte diese Praxis ins staatliche Zivilverfahren rezipiert worden sein – dadurch, dass der *iudex* ähnlich wie ein *arbiter* agieren konnte[74] und Praktiken des *arbitrium ex compromisso*[75] in den *iudicia bonae fidei* übernommen wurden.[76] Unklar ist, ob eine solche Übernahme schon im Legisaktionenverfahren stattgefunden hat[77] oder doch erst (wie die herrschende Lehre vermutet) im Formularverfahren.[78]

III. Der Sinngehalt der *bona fides*

19 Der Begriff der *fides* erscheint schon früh in altrömischen Treue-Verhältnissen des *ius civile* (wie zB bei der Tutel und der *fiducia*), aber auch im Völkerrecht.[79] *Bona fides* leitet sich aus der *fides* her[80] und betont die Idee der Redlichkeit des *vir bonus*.[81] Ange-

---

etiam procurator. Haec ex pluribus perveniens quo vult appellatur inductio, quae Graece ἐπαγωγὴ *nominatur, qua plurimum est usus in sermonibus Socrates.*

[71] *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 28 f., 41 und Fn. 156–157, 144 und Fn. 405; 162, 185; *Talamanca*, s. v. Processo civile (diritto romano), ED XXXVI 52, 64; *Talamanca*, Dig. Disc. Priv. IV 64; *Talamanca*, s. v. vendit (diritto romano), ED XLVI 109 f.; *Talamanca*, ACop. IV 48; *Finazzi*, Iura 64 (2017) 437.

[72] *Wieacker*, SZ 80 (1963) 9 f.; zeitlicher *terminus post quem* könnte insofern die Einführung des *praetor peregrinus* im Jahr 242 v. Chr. sein. Gallo vermutet, dass der Schutz neuer Vereinbarungen *iuris gentium* schon vor der Einführung des Prätors für die Angelegenheiten der Nichtrömer stattgefunden hat. Dafür war Prätor *urbanus* tätig. S. *Gallo*, Atti Burdese II (2003) 139 Fn. 41.

[73] *Broggini*, Iudex (1957) 189 f., 230 f.; *Lombardi*, Fides (1961) 183; *Marrone*, Scr. II 609 f. (zuerst in Rivista dell'arbitrato VI.1 (1996) 1–20); *Dalla Massara*, Om. Burdese II 122; kritisch aber *Wieacker*, SZ 76 (1959) 582 f.; *Wieacker*, SZ 80 (1963) 36; *Wieacker* SZ 79 (1962) 407 f.; *Kaser/Hackl*, RZ (1996) 29–30; *Albanese*, Processo privato (1987) 12.

[74] *Broggini*, Iudex (1957) 230 f.

[75] *Biscotti*, Pacere (2002) 299 f., 323 f.

[76] *Lombardi*, Fides (1961) 191.

[77] Dafür *Dalla Massara*, Om. Burdese II 122.

[78] *Marotta* in: Schiavone, Storia IV (2001) 300 f.: Die Prätoren haben zwischen dem 4. und 3. Jh. aufgrund schiedsgerichtlicher Praktiken die Formel mit *demonstratio* ausgearbeitet und in das Formularverfahren übertragen.

[79] *Nörr*, Fides (1991); zum Übergang von *fides* zur *bona fides* bes. 42 f. Vgl. die erste Vereinbarung zwischen Rom und Cartagena gegen 507 v. Chr. (Polyb. 3,22,9). S. *Diurni*, Historia et ius 5 (2014) 7 f.

[80] *Senn*, Dig. Disc. Priv. II 131; vgl. dazu *Nörr*, SZ 112 (1995) 68: „… die *fides* allein verweist primär auf die Versprechenstreue, die *bona fides* (auch) auf die angemessene Erfüllung der Vertragspflichten.

sprochen ist dabei das Gewähren und Nehmen von Vertrauen,[82] Zuverlässlichkeit, aber auch freiwillige Unterwerfung[83] sowie Worthalten.[84]

Die Konzeption der *bona fides* erstreckt die in der *fides* verkörperten Werte auch auf Beziehungen zwischen Römern und Peregrinen[85] und führt zur rechtlichen Anerkennung bestimmter formloser Rechtsgeschäfte.[86] So sind die vier Konsensualverträge mittels *bonae fidei iudicium* schon in der republikanischen Zeit (vermutlich mit oder kurz nach dem Aufkommen des Formularprozesses ab dem dritten Jahrhundert v. Chr.[87]) durchsetzbar.[88] Auch Realverträge, wie *depositum*, *commodatum* und *pignus* – werden auf der Basis formloser Einigung anerkannt, wobei ihr prozessualer Schutz ursprünglich durch *in factum* konzipierte Klagen und erst später durch die *in ius* konzipierten Formeln erfolgt sein dürfte.[89] Daneben bekommen auch „altzivile" Rechtsverhältnisse dank *bona fides* eine neue prozessuale Gestaltung, wie zB die *tutela*, deren Rechtsschutz schon auf das Zwölftafelgesetz[90] zurückgeht, für die später aber ein *iudicium bonae fidei* belegt ist.[91] **20**

Doch gibt es hier anscheinend keine strikte Grenzlinie"; zum Übergang von der *fides* zur *bona fides* auch *Schermaier*, in: Zimmermann et al., Good Faith (2000) 77–83.

[81] Vgl. nur die Formel der *actio fiduciae* (*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*); dazu *Falcone*, Ess. Winkel I 258–274; *Cardilli*, in: Lovato, Vir bonus (2013) 191–207.

[82] Über die Verbindung zwischen der Idee des Kredits (*creditum*) und *fides* s. *Falcone*, Obligatio (2003) 86 f.

[83] *Nörr*, Aspekte (1989) 102 f., 150; für eine Übersicht der Bedeutungen von *fides* vgl. *Frezza*, in: Studi buona fede (1975) 3–14; *Frezza*, SDHI 57 (1991) 300; *Manna*, Ric. Talamanca II 315 f., insb. 326–329. Die Übersicht der Positionen in der Literatur hinsichtlich *fides* s. bei *Fiori*, in: Fiori, Modelli IV (2011) 101 f. Für eine Zusammenfassung traditioneller Definitionen der *bona fides* in der romanistischen Literatur siehe *Carcaterra*, Bonae fidei iudicia (1964) 159 f.

[84] Der *fides* war die Idee des Worthaltens immanent, vgl. Cic. off. 1,23: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas…;…quia fiat, quod dictum est, appellatam fidem.* Dazu s. etwa *Söllner*, SZ 122 (2005) 3 f.; *Waldstein*, ANRW II.15 73–78.

[85] Wobei der Begriff *bona fides* im breiteren Sinne des Vertrauens auch in den Komödien des Plautus auftaucht, vgl. dazu etwa *Beduschi*, in: Peppe, Fides (2008) 11 f. Die Herleitung des Begriffes *bona fides* aus *fides* könnte zwischen dem vierten und dem dritten Jhr. v. Chr. stattgefunden haben. S. *Fiori*, in: Fiori, Modelli III (2008) 248 f.

[86] Statt vieler *Schulz*, Prinzipien 154; *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 46; kritisch zu einer Verbindung zwischen *bona fides* und der Anerkennung der Konsensualverträge aber *Fiori*, in: Fiori, Modelli (2008) 255–258.

[87] *Kaser/Hackl* RZ 153; *Talamanca*, Atti Burdese IV 41 f, nimmt 240–230 v. Chr. an; *Talamanca*, ACop. IV 40; *Wieacker*, SZ 80 (1963) 1, 34 datiert das Entstehen der *bonae fidei iudicia* für die zweite Hälfte des 2. Jh.s v. Chr.; *Lombardi*, Fides (1961) 180, gar erst für den Beginn des ersten Jahrhunderts v. Chr.

[88] *Schulz*, Prinzipien 152. Die Termini *emere*, *vendere* etc. gehen auf die archaische Zeit zurück, haben aber rechtliche Anerkennung als formlose Geschäfte erst mit den *iudicia bonae fidei* gefunden; *Fiori*, Ea res agatur (2003) 239. Über den Gebrauch des *emere* für den Hinweis auf die Veräußerung *Fiori*, in: Fiori, Modelli III (2008) 251 Fn. 52.

[89] *Schulz*, Prinzipien 152. Über *obligationes re contracta* und *bona fides* vgl. *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 60 f. *Kunkel*, Actes–06, p. 221 f.

[90] Vgl. Cic. off. 3,61: … *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis…*

21 Eine ethische Dimension der *bona fides* ergibt sich daraus, dass vom *iudex* ein *arbitrium boni viri* vorzunehmen ist.[92] Der *bonus vir*[93] ist in der Darstellung Ciceros ein Vertrauensmann, der nicht betrügt und nicht eigennützig handelt[94] und zu einer objektiven Schätzung der Dinge und Verhältnisse verpflichtet ist.[95] Dieser „ethisch verklärte Standard des *bonus vir*“[96] findet im richterlichen *arbitrium* eine juristische funktionale Entsprechung.

22 Der Begriff des *arbitrium* begegnet in den Quellen in unterschiedlichen Bedeutungen. So können Parteien einzelne zu klärende Fragen in einem Rechtsverhältnis der Entscheidung eines Dritten in Form eines *arbitrium viri boni* anheimstellen,[97] wobei hier eine Kontrollmöglichkeit der Entscheidung im Hinblick auf die *bona fides* zumindest dann möglich ist, wenn das Rechtsverhältnis ein *bonae fidei iudicium* ist.[98]

23 Davon zu unterscheiden ist eine schiedsrichterliche Entscheidung aufgrund einer – mit wechselseitigen *stipulationes poenae* hinsichtlich der Respektierung des Schiedsspruches verknüpften – Schiedsvereinbarung (*arbitrium ex compromisso*).[99] Dabei hat der Schiedsrichter aufgrund der Übernahme der schiedsrichterlichen Aufgabe zwar ebenfalls als *vir bonus* vorzugehen,[100] die Entscheidung selbst ist aber – *sive aequum sit sive iniquum*[101] – grundsätzlich nicht mehr durch die Gerichtsmagistrate korrigierbar.[102]

---

[91] P.Yadin 28–30; dazu *Platschek*, SZ 127 (2010) 284 f.

[92] Vgl. etwa Paul. 34 ed. D. 19.2.24 pr.: *fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.* Vgl. auch Proc. 5 ep. D. 17.2.78: *In proposita autem quaestione arbitrium boni viri existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*

[93] *Fides* bedeutet in der altrömischen Perspektive die „Zuverlässigkeit“ einer vertrauenswürdigen Person (*bonus vir*), was nach *Fiori*, in: Fiori, Modelli III (2008) 237 f., vom wirtschaftlichen und sozialen Standpunkt, nicht unbedingt aus der moralischen Perspektive zu verstehen ist, insofern erscheint die *fides* nach diesem Verständnis als Charakteristikum höherer sozialer Schichten (*boni, sani, fortes, probi*); s. auch *Fiori*, in: Garofalo, Scopi e metodi (2007) 46; *Fiori*, in: Fiori, Modelli IV (2011) 107; *Fiori*, Bonus vir (2011) 108–118; *Fiori*, in: Cascione/Masi Doria, Veritas (2013) 206 f.; kritisch dazu aber *Falcone*, Ess. Winkel I 258–274; vgl. auch *Cristaldi*, RIDA 58 (2011) 99–142.

[94] Cic. off. 3,81: *Caddit ergo in virum bonum mentiri emolumenti sui causa criminari, praecipere, fallere?*

[95] Cic. off. 2,33.

[96] *Schmidlin*, FG Lübtow (1980) 362.

[97] So zB die von Cato entworfenen Vertragsmuster der Kauf- und Mietverträge die Klärung offener Fragen durch ein *arbitrium boni viri* (Cato agr. 144.6; 145.9). Nach Cato konnten die Parteien, falls sie sich nicht einigen konnten, dem *arbiter* die gleichen Befugnisse geben, wie dem Schiedsrichter im *arbitratus boni viri* (Cato agr. 149.8: *Si quid in iis rebus controversia erit, Romae iudicium fiat*). Dazu vgl. *Schmidlin*, FG Lübtow (1980) 363.

[98] Vgl. dazu va Proc. 5 epist. D. 17.2.76 (zur Festlegung von Anteilen bei der *societas* durch ein *arbitrium viri boni*).

[99] Das *compromissum* wird mit wechselseitigen Strafstipulationen verknüpft, in denen sich die Streitparteien die Respektierung des Schiedsspruches zusichern. Die Vereinbarung mit dem Schiedsrichter wird als *receptum* qualifiziert.

[100] Ulp. 13 ed. D. 4.8.3.1: … *quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt* (a.A. offenbar *Roebuck/De Loynes de Fumichon*, Roman Arbitration (2004) 145 mit Interpolationsverdacht).

[101] Proculus 5 epist. D. 17.2.76.

Schließlich wird aber auch der *iudex* bei einem *bonae fidei iudicium* häufig als *arbiter* angesprochen,[103] was auf eine genetische und funktionale Nähe zwischen den *arbitria viri boni* und den *bonae fidei iudicia* (bzw. *arbitria bonae fidei*[104]) hinweist.[105] 24

IV. Klassifizierungen der *iudicia bonae fidei*

Nach der von Cicero überlieferten Aufzählung des Q. Mucius Scaevola Pontifex umfassen die *arbitria bonae fidei* folgende Klagen: Klage gegen den Vormund (*actio tutelae*), Gesellschafterklage (*actio pro socio*), Klage aus Treuhand (*actio fiduciae*), Auftragsklage (*actio mandati*), Käufer- und Verkäuferklage (*actio emptio, actio venditi*) sowie Klagen aus Verdingung (*actio locati, actio conducti*).[106] Die Liste hat aber wohl keinen taxativen Charakter. Die Zahl der *iudicia bonae fidei* dürfte schon in der Zeit Ciceros darüber hinausgehen.[107] 25

Gaius nennt unter den *iudicia bonae fidei* auch die Klagen aus Geschäftsführung ohne Auftrag (*actio negotiorum gestorum*), aus Verwahrung (*actio depositi*) und die Klage auf Herausgabe des Frauenguts (*actio rei uxoriae*).[108] Auch diese Auflistung dürfte aber (abgesehen von der bloß lückenhaften Text-Überlieferung in der Veroneser Handschrift[109]) lediglich demonstrativ zu verstehen sein. Schon in der klassischen Zeit wurden zumindest auch die Klage aus Leihe (*actio commodati*)[110] und die Klage aus Verpfändungsvertrag (*actio pigneraticia*) zu den *iudicia bonae fidei* gerechnet.[111] 26

Der umfangreichste Katalog findet sich im justinianischen Recht. Inst. 4.6.28 ergänzen die Gaius-Liste um die Klagen aus Verpfändungsvertrag (*actiones pigneraticiae*), 27

---

[102] Vgl. etwa Ant. C. 2.55.1 (a.213); zum römischen Schiedsrecht s. etwa *Ziegler*, Schiedsgericht (1971); *Kaser/Hackl*, RZ 639 f.; *Roebuck/de Loynes de Fumichon*, Roman Arbitration (2004) 94–206; *Ernst*, Ess. Sirks 161–180; *Paricio*, Arbitrajes privados (2014) 19 f.; *Lehne-Gstreinthaler*, in: *Pfeifer/Grotkamp*, Konfliktlösung (2017) 141–168.

[103] So erklärt sich auch schon die Gleichsetzung von *iudex* und *arbiter* bei der decemviralen *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (vgl. Gai. 4.17a; statt vieler *Kaser/Hackl*, RZ 57).

[104] Cic. off. 3,70.

[105] Vgl. *Broggini*, Iudex (1957) bes. 111–126; zur Rolle der Schiedsgerichtsbarkeit im älteren römischen Zivilprozess *Magdelain*, RIDA 27 (1980) 205–281.

[106] Cic. off. 3,70; *Schermaier*, Atti Burdese III (2003) 395 f.

[107] So spielt Cicero später (Cic. top. 17,66) im Zusammenhang mit *bonae fidei iudicia* auch auf die Formel der *actio rei uxoriae* (in der *aequius melius* statt des Verweises auf die *bona fides* vorkommt) und auf die Klage des Geschäftsführers ohne Auftrag an.

[108] Gai. 4.62.

[109] *Levy*, SZ 49 (1929) 472 f.; *Lombardi*, BIDR 63 (1960) 159 f. Fn. 52; *Provera*, Lezioni sul processo civile giustinianeo (1989) 130 f.; *Garbarino*, Atti Burdese II (2003) 192.

[110] Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.2; Paul. 6 Sab. D. 17.2.38 pr., auch Diocl./Max. C. 4.23.2 (a.293).

[111] Ulp. 38 ed. D. 13.7.13 pr.; Ulp. 28 ed. D.13.6.3.5, s. dazu *Mantovani*, Formule 47 Fn. 120 mwN, zur *actio pigneraticia* → § 87 Rn. 9–19 mwN, insb. Fn. 31.; zur *actio pigneraticia in personam contraria* als *bonae fidei iudicium* nun *Scheibelreiter*, TR 88 (2020) 26 f.

Teilungsklagen (*actio familiae erciscundae, actio communi dividundo*), die Klagen aus Innominatkontrakten (*actiones praescriptis verbis)* – wobei konkret jene aus Verkaufsüberlassung mit Schätzpreis („Trödelvertrag", *de aestimato*) und aus Tausch (*ex permutatione*) genannt werden – sowie schließlich sogar die Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*), die durch eine Konstitution Justinians[112] den *bonae fidei iudicia* zugezählt wird. Im Gegensatz zu früheren Quellen fehlt nun allerdings die mittlerweile nicht mehr praktikable[113] Klage aus Treuhand (*actio fiduciae*). Ausgeschieden wurde weiters die Klage auf Herausgabe des Frauenguts (*actio rei uxoriae*), da sie unter Justinian unter die Klage aus Stipulation wegen Rückforderung der *dos* subsumiert wurde. Aus Sicht des justinianischen Rechts wird aber auch dieser *actio ex stipulatu* die Natur eines *bonae fidei iudicium* zugesprochen.[114]

28 Die Reihenfolge der *iudicia bonae fidei* bei Cic. off. 3,70 spricht möglicherweise für zwei Arten der *iudicia bonae fidei* in der republikanischen Jurisprudenz[115] – zum einen *iudicia bonae fidei* im Rahmen von Rechtsverhältnissen nur zwischen römischen Bürgern und zum anderen *iudicia bonae fidei* in den Beziehungen (auch) mit Peregrinen. Zur ersten Gruppe gehören „altzivile" Klagen wie jene gegen den Vormund (*actio tutelae*), aus Treuhand (*actio fiduciae*), Auftragsklage (*actio mandati*) und ursprünglich auch vielleicht die Gesellschafterklage (*actio pro socio*). Diese werden von Cicero zuerst angeführt; zur zweiten Gruppe gehören die von Cicero am Ende genannten Klagen aus Kauf (*actio empti, actio venditi*) und Verdingung (*actio locati, actio conducti*).[116] Letztere sind auch, anders als die zuerst genannten, nicht infamierend. Diese Unterscheidung wird aufgrund einer anderen Cicero-Stelle (nat. 3,30,74) bekräftigt.[117] Dort gliedert Cicero die *iudicia bonae fidei* in *iudicia bonae fidei de fide mala* und *iudicia contra fidem.*[118]

---

[112] Vgl. Iust. C. 3.31.12.3 (a.531): … *et ipsa hereditatis petitio omnimodo bonae fidei iudiciis connumeretur.*

[113] Das Verschwinden der *fiducia* ergibt sich aus jenem der *mancipatio* und *in iure cessio* (und hängt wohl nicht mit der spezifischen Formelgestaltung zusammen; a. A. *Schermaier*, Atti Burdese III 396).

[114] Inst. 4.6.29: *ut bonae fidei sit.*

[115] *Lombardi*, Fides (1961) 169; ähnlich *Wieacker*, SZ 80 (1963) 29–32.

[116] *Lombardi*, Fides (1961) 169.; *Amirante*, AContr. I 85, vermutet (wenig überzeugend), dass von Cicero zuerst die Beziehungen aufgezählt wurden, die nicht eine vertragliche Natur aufwiesen (*tutela*, *societas*, die aus dem antiken Familienkonsortium hergeleitet wird, und *fiducia*) und nur am Ende die Rechtsverhältnisse vertraglicher Natur – Auftrag, Kauf und Verdingung – genannt seien.

[117] Cic. nat. 3,30,74: *Inde illa actio OPE CONSILIOQVE TVO FVRTVM AIO FACTVM ESSE; inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt…*". Zur Reihe infamierender *iudicia* vgl. auch jene in der *tabula Heraclensis* (*Nicolet/Crawford*, RS I Nr. 24 Z. 111): *queiue iudicio fiduci⟨ae⟩, pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum deue d(olo) m(alo) condemnatus est erit;* weiters *Fragmentum Atestinum* (*Bruns*, Fontes 101; 1–5): *mandati aut tutelae suo nomine quodve ipse earum rerum quid gessisse dicetur, adducetur.*

[118] Die ersten *iudicia* haben einen infamierenden Charakter, die *iudicia contra fidem* sind möglicherweise auf den Schutz der Rechtsverhältnisse individualistisch-kommerzieller Natur gerichtet

Vom prozessualen Standpunkt lassen sich die *iudicia bonae fidei*[119] in die *iudicia bonae fidei* im engeren Sinn, welche die Wortfolge *quidquid … oportet ex fide bona* in der *intentio* enthalten und andere *iudicia* gliedern, die auf andere Weise einen Bezug zur *bona fides* (zB *quod melius aequius erit* bei der *actio rei uxoriae*) aufweisen. Manche bringen diese Unterscheidung mit der bei Sabinus belegten Gliederung in *iudicia bonae fidei generalia* und *specialia* (D. 17.2.38 pr.) in Verbindung;[120] letztere zielt aber wohl nicht auf die Formelgestaltung der Klagen, sondern auf den Inhalt der Rechtsverhältnisse ab.[121] **29**

Die *bona fides* findet ihre Anwendung auch in den anderen Prozessformeln, die in den oben angeführten Katalogen nicht unter den *iudicia bonae fidei* genannt sind.[122] Besonders bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang die *actiones in bonum et aequum conceptae*,[123] *actio iniuriarum*[124] (→ § 95), *actio funeraria*[125] (→ § 83), die *actio de effusis vel deiectis* bei der Verletzung eines Freien, die Klage aus dem *edictum de feris* bei Verletzung eines Freien,[126] das *iudicium de moribus*[127] sowie die Klage gegen den *iudex qui litem suam fecit*[128]). Auch in den *actiones arbitrariae*[129] und einer Reihe weiterer Verfahren[130] besaß der Richter einen breiten Ermessensraum bei der Ästimation der Verurteilungssumme, was für ihre diesbezügliche Ähnlichkeit mit den *iudicia bonae fidei* spricht.[131] **30**

---

und entsprechen der zweiten Gruppe der *iudicia* bei der Aufzählung in Cic. off. 3,70; *Franchini*, Recezione (2015) 25 f. *Beduschi*, in: Peppe, Fides (2008) 26 f.

[119] *Wieacker*, SZ 80 (1963) 2.

[120] *Behrends*, Wissenschaftslehre (1976) 295; *Behrends*, SZ 125 (2008) 25 f., wobei *Behrends* annimmt, dass ursprünglich der in D. 17.2.38 pr. zitierte Sabinus statt von der *actio negotiorum gestorum* von der *actio fiduciae* gesprochen habe; zu *Behrends* aber kritisch *Horak*, SZ 95 (1978) 410; *Platschek*, SZ 127 (2010) 275–285.

[121] *Horak*, SZ 95 (1978) 412 f.; *Wieacker*, RRG I (1988) 643 f.; *Meissel*, Societas (2004) 46 f.; *Platschek*, SZ 127 (2010) 277.

[122] *Grosso*, Scr. II 677; *Beck*, FG Simonius 10–14.

[123] *Mantovani*, Formule 66 f.

[124] Die *intentio* solcher Klagen enthielt eine Ästimationsklausel nach *bonum aequum*, *Lenel*, EP 229, *Guarino*, Labeo 8 (1962) 7 f.; *Selb*, Acta Jur. (1978) 29 f.; *Zimmermann*, LO 1052, 1062 f.; *Mantovani*, Formule 66, insb. Fn. 324; *Fiori*, Tanul. Molnár 147 f.

[125] *Lenel*, EP 231; *Mantovani*, Formule 66; Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.6: *Haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur…*; vgl. *Thomas*, Fundamina 11 (2005) 321 f. *Unger*, Actio funeraria (2018); *Meissel*, SZ 138 (2021) 219 f.

[126] Festlegung der Verurteilungssumme *quanti bonum aequum…videbitur*; Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.42; Inst. 4.9.1; *Zimmermann*, LO 1106 f.

[127] *Lenel*, EP 310.

[128] *Lenel*, EP 167–169; Übersicht der Quellen und weitere Literatur bei *Kleiterer*, Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz (2010) 55 f.

[129] Dh Klagen mit einer *clausula arbitraria* wie zB die *rei vindicatio*, bei der die Verurteilung voraussetzte *neque ea res arbitratu iudicis Aulo Agerio restituetur* (*Lenel*, EP 186).

[130] So zB bei den prätorischen Stipulationen (→ § 21), aber auch bei der Festsetzung von Legaten und Fideikommissen; dazu etwa *Lehne*-Gstreinthaler, in: Pfeifer/Grotkamp, Konfliktlösung (2017) 157 f.

31 Auch bei den sog. *iudicia stricti iuris* erweitert sich der Spielraum des *iudex* erheblich, wenn eine *exceptio doli*[132] (→ § 108) vom Prätor in das Streitprogramm integriert wurde; dadurch wird zwar das Verfahren nicht im technischen Sinn zum *bonae fidei iudicium*,[133] aber der *iudex* kann einen allfälligen *dolus* des Beklagten (im Sinne der Nichteinhaltung des durch die *bona fides* gebotenen Verhaltens) zugunsten des Beklagten berücksichtigen.[134]

32 Schließlich begegnet die *bona fides* in einer sehr spezifischen Konstellation im Zusammenhang mit einer fiktizischen *actio ex stipulatu* nach dem Zeugnis der *lex Rubria*: Im c. 20 der *lex Rubria* findet sich eine Stipulationsklage, deren Formel ein *quidquid dare facere oportet ex fide bona* enthält. Die Bedeutung dieser Formelklausel ist höchst umstritten (→ § 21).[135]

V. Die prozessuale Struktur der *iudicia bonae fidei*

33 Die *iudicia bonae fidei* sind mit einer den Sachverhalt beschreibenden *demonstratio* ausgestattet und weisen eine *intentio incerta*[136] auf. Bei den *iudicia bonae fidei* im engeren Sinn wird das *oportere* in der *intentio* der Formel[137] mit dem Formelteil *ex fide bona* begleitet.

Eine Darstellung der *concepta verba* der *iudicia bonae fidei* findet sich in der von Gaius angeführten Formel der *actio depositi in ius concepta*.[138] Diese dient als Muster für die Rekonstruktion auch anderer Formeln der *iudicia bonae fidei*.[139]

---

[131] *Talamanca*, Elementi (2001) 164.

[132] Historisch ist auch auf die Bezugnahme auf die *bona fides* in der sog. *exceptio Muciana* hinzuweisen; dabei handelt es sich um die durch Quintus Mucius in seinem *edictum Asiaticum* 94 v. Chr. vorgesehene Präskriptionsklausel (Cic. Att. 6,1,15: *EXTRA QVAM SI ITA NEGOTIVM GESTVM EST VT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA*), die Cicero 50 v. Chr. in seinem Edikt für Kilikien übernahm (Cic. Att. 6,1,15) und die als Vorläufer der *exceptio doli* anzusehen sein dürfte (vgl. *Talamanca*, Atti Burdese IV [2003] 153–173).

[133] Insofern wohl überschießend Pap. 13 resp. D. 39.6.42 pr.; Ant. C. 8.35.3; vgl. dazu *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 294–297.

[134] *Beck*, FG Simonius 21 f.

[135] Zur *lex Rubria* auch *Bruna*, Lex Rubria (1972) 111 f.; *Schmidlin*, FG Lübtow 366 f. (betont den spezifischen Zusammenhang mit einer *cautio damni infecti*), (→ § 21 Rn. 5, Fn. 26 mit wL).

[136] Über eine Verbindung zwischen dem Vorliegen der *demonstratio* und der *intentio incerta* vgl. *Talamanca*, s. v. Processo civile (diritto romano), ED XXXVI 44; Über die Notwendigkeit der *demonstratio* in *iudicia bonae fidei* s. *Selb*, Formeln (1974) 45 f.

[137] Über die Beziehung der Termini *formula* und *iudicium* vgl. *Talamanca*, s. v. Processo civile (diritto romano), ED XXXVI 34 Fn. 237.

[138] Gai. 4.47: … *ita concepta est*: *IVDEX ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVIT, QVA DE RE AGITVR, QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIVS, IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO.*

1. Die *demonstratio*

Die *bona-fides* Klagen werden mit einer *demonstratio,*[140] d. h. Sachverhaltsbeschreibung (*res de qua agitur*) eingeleitet.[141] Diese dient der Individualisierung des Streitgegenstandes[142] für die folgende *intentio.* Für die *actio empti* lautet diese etwa *Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem quo de agitur emit, qua de re agitur*[143] – „Was das betrifft, dass[144] Aulus Agerius von Numerius Negidius den Sklaven, um den es geht, gekauft hat, worum es sich handelt."[145] **34**

In der *demonstratio* wurde der Sachverhalt des streitigen Rechtsverhältnisses ausgehend von der Behauptung des Klägers,[146] allerdings in einer „objektiv stilisierten Form"[147] wiedergegeben. Die grobe Darstellung des Streitgegenstandes in der *demonstratio* war deswegen ausreichend, weil der *iudex* durch die *bona fides*-Klausel der Formel ohnedies dazu ermächtigt war, den gesamten Sachverhalt eingehend zu prüfen. **35**

Anders als bei der *intentio* der *actiones stricti iuris* wird die *demonstratio* bei den *iudicia bonae fidei* nicht mit *si paret* eingeleitet.[148] Während bei den typisierten (aner- **36**

---

[139] *Lenel*, EP 41, 288 f.; *Mantovani*, Formule 46 f. Nach *Lenels* Rekonstruktion wurden die *iudicia bonae fidei* folgenderweise aufgezählt: *depositi* (*vel contra*), *fiduciae*, *mandati* (*vel contra*), *pro socio*, *empti venditi* (mit zwei Formeln), *locati conducti* (mit zwei Formeln), vielleicht auch *de aestimato;* s. dazu *Cascione*, Consensus (2003) 477 f.

[140] Über Entwicklung der *actiones* mit der *demonstratio* s. *Arangio-Ruiz*, Scr. I 385, der vermutet, dass ursprünglich die *demonstratio* eine verurteilende Funktion gehabt habe, erst nach der *lex Aebutia* sei der *condemnatio* diese Rolle zugekommen; ähnlich *Nörr*, SDHI 63 (1994) 391. Dagegen nahm *Betti*, Filang. (1914) 42 f. an, dass die *iudicia bonae fidei* zuerst mit *praescriptiones* ausgestattet gewesen, die dann in die *demonstrationes* mit der Position innerhalb der Formel umgewandelt worden seien, welche dazu dienten, eine *pluris petitio* des Klägers zu vermeiden. Für eine Übersicht und Kritik der Thesen von Arangio-Ruiz und Betti s. *Pellecchi*, Praescriptio (2003) 172 Fn. 2, 174 Fn. 6, sowie *Fiori*, Ea res agatur (2003) 1–18.

[141] Gai. 4.40.

[142] *Selb*, Formeln (1974) 45, zustimmend *Kupisch*, SZ 93 (1976) 440 f.; *Pellecchi*, Praescriptio (2003) 178.

[143] *Lenel*, EP 299.

[144] Zu dieser Übersetzung des *quod* s. → § 12 Rn. 22–28. Seit langer Zeit wird in der Literatur diskutiert, ob *quod* eine kausale Bedeutung hat („da", oder „weil"), oder einen konditionellen Sinn („wenn", „sofern"); endlich kann *quod* auch als faktisches *quod* verstanden, d. h. „was das betrifft, dass". Zur Übersicht der Meinungen vgl. *Gröschler*, FS Manthe (2017) 132–140.

[145] Die Übersetzung der *demonstratio* folgt (abgesehen von *quod*) *Gröschler*, FS Manthe (2017) 130.

[146] Zur Übersicht über den Meinungsstand *Buzzacchi*, in: St. Nicosia II, 145 f., 153–158; *Fiori*, Ea res agatur (2003) 1–66.

[147] *Gröschler*, FS Manthe (2017) 140.

[148] In der Doktrin wurde vermutet, dass die *bonae fidei iudicia* generell keinen Beweis des zugrundeliegenden Sachverhalts erfordert hätten; zum Meinungsstand vgl. *Babusiaux*, Quod actum (2006) 166 f. Manche historischen Erklärungen gehen allerdings davon aus, dass die ältesten *bonae fidei iudicia* den Formelteil *si paret* enthalten hätten, worauf der noch erhaltene Formelteil *si non paret* [*oportere*], *absolvito* schließen lasse (*Selb*, Formeln [1974] 32 f.). Mit der Zeit seien diese Worte verschwunden. Dagegen meint *Fiori*, Ea res agatur (2003) 239, der aber davon ausgeht, dass alle

kannten und benannten) Verträgen das zugrundeliegende Rechtsverhältnis in der *demonstratio* knapp angedeutet wird (zB durch *hominem … emit*),[149] wird bei den Innominatkontrakten die Funktion der *demonstratio* vom Hinweis auf die getroffene Vereinbarung in der *praescriptio pro actore* übernommen[150] (*actio praescriptis verbis* → § 90).

2. Die *intentio*

37 Die *intentio* weist das Begehren des Klägers (*desiderium suum*[151]) unter Angabe der Rechtsgrundlage der Klage,[152] die im Hinblick auf die *demonstratio* erfüllt sein muss, damit die vom Kläger gewünschten Rechtsfolgen eintreten.[153] Es handelt sich dabei um eine *intentio incerta*, dh sie zielt auf eine erst näher vom *iudex* zu ermittelnde Verurteilungssumme. So enthält die *intentio* der *actio empti* die Voraussetzungen der *condemnatio* durch den Richter[154] in folgender Weise: *quidquid ob eam rem Numerium. Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona…* – „was auch immer deswegen Numerius Negidius dem Aulus Agerius geben oder tun muss nach Treu und Glauben".[155] Dem Richter wurde vorgegeben, den Anspruch des Klägers aufgrund der *bona fides* zu bewerten.[156] Daher war auch ein Prozessverlust wegen *pluris petitio* ausgeschlossen.[157]

---

iudicia bonae fidei ursprünglich *in ius* konzipiert gewesen seien, dass die Beschreibung des Sachverhalts bei den *iudicia bonae fidei* ursprünglich außerhalb der Formel in einer *praescriptio* erfolgt sei, eine *actio in factum concepta* mit dem Schema *si paret…si non paret* hätte ihm zufolge die Berücksichtigung des strittigen Schuldverhältnisses, sowie die Integrierung der *bona fides* als Bewertungsmaßstab nicht erlaubt.

[149] *Cardilli*, BIDR 105.I (2011) 193.

[150] Gai. 4.40: *Demonstratio est ea pars formulae, quae praecipue ideo inseritur…*, was darauf schließen läßt, dass die *demonstratio* nicht das einzige Mittel war, um den Streitgegenstand zu beschreiben. Diese Rolle konnte auch von der *praescriptio* übernommen werden; vgl. dazu Gai. 4.136: … *ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis…*; dazu *Gallo*, Synallagma I (1992) 223–245; *Pellecchi*, Praescriptio (2003) 172 f. insb. 172 Fn. 2, 174 Fn. 6., 176 Fn. 7 mwL.

[151] Gai. 4.41.

[152] *Kaser/Hackl*, RZ (1996) 311; Literaturübersicht bei *Gröschler*, FS Manthe (2017) 131 Fn. 6.

[153] Nach *Gröschler*, FS Manthe (2017) 141, wurde dabei das zunächst subjektiv gefasste Begehren des Klägers (seine Klagebehauptung) bei der *editio actionis* vom Prätor in eine objektiv stilisierte Form gebracht und in die Klageformel übernommen. Die Betonung der subjektiven Natur der *intentio* folgt aus den Quellen: *qua actor desiderium suum concludit* (Gai. 4.41); vgl. auch Gai. 4.3: *In rem actio est, cum aut corporalem ‚rem' intendimus ‚nostram esse' aut ‚ius' aliquod ‚nobis conpetere'*; weiters Ulp. 2 disp. D.5.1.66: *Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei est accipiendum est. Gröschler*, FS Manthe (2017) 145 deutet Cic. off. 3,70 als Beleg für diese Umstellung von der subjektiven zur objektiven Stilisierung.

[154] *Gröschler*, FS Manthe (2017) 131.

[155] Übersetzung von *Gröschler*, FS Manthe (2017) 130.

[156] *Medicus*, SZ 115 (1998) 68 f.

[157] Die Formeln der *iudicia bonae fidei* wiesen eine *intentio incerta* auf, weshalb *pluris petitio* ausgeschlossen war, vgl. etwa *Talamanca*, Istituzioni (1991) 338 f.

Die *formulae in ius conceptae* enthalten das Wort *oportere*, d. h. – „geboten sein, müssen, gebühren". Die juristische Bedeutung bzw. Technizität dieses *terminus* wird in der Literatur heftig diskutiert.[158] Bei den *iudicia bonae fidei* der klassischen Zeit weist *oportere* nach hL darauf hin, dass diese Rechtsverhältnisse als zum *ius civile* gehörend angesehen werden.[159] Die Leistungspflicht des Beklagten stützt sich auf ein Schuldverhältnis, das nicht wie eine *actio in factum* erst durch die Klagebewilligung des Prätors klagbar gemacht wurde. **38**

3. Die Wortfolge *ex fide bona*

Von zentraler Bedeutung ist die dem *quidquid ob eam rem dare facere oportet* hinzugesetzte Klausel *ex fide bona*. Bei Cicero[160] heißt es, dass *bona fides* eine Hinzufügung in der Klageformel sei (*in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona*).[161] Wie bereits oben erläutert, verweist der Formelteil *ex fide bona* einerseits auf die Verpflichtungsgrundlage (im Sinne des *oportere ex fide bona*) und andererseits auf den Beurteilungsmaßstab für den Richter.[162] Die *bona fides* dient aber auch als Mittel für die Integration sämtlicher Vertragspflichten in die *intentio*, auch jener, die von den Parteien nicht ausdrücklich vereinbart wurden.[163] **39**

4. Die *condemnatio*

In der Verurteilungsermächtigung (*condemnatio*) wird der Privatrichter (*iudex*) zur Verurteilung oder zum Freispruch des Beklagten aufgefordert,[164] bei der *actio empti* zB in folgender Weise: *eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non* **40**

[158] Die Interpretation des *oportere* als Hinweis auf die Zuordnung des Rechtsverhältnisses dem *ius civile* geht auf Gai. 4.45 zurück: *Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas uocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere aut pro fure damnum decidi oportere; sunt et aliae, in quibus iuris ciuilis intentio est.* Kritisch zur Technizität der *oportere* ist *Sturm*, SZ 82 (1965) 224. Vgl. auch *Kunkel*, FS Koschaker II 1 f.; *Magdelain*, Actions (1954) 50 f., *Kaser*, SZ 83 (1966) 1 f.; *Wieacker*, SZ 80 (1963). *Pugliese*, Actio e diritto subiettivo (1939) 204 f. betont, dass *oportere* sowohl im technischen, als auch im untechnischen Sinn verwendet wird, später neigt *Pugliese* aber zu einer technischen Auslegung des *oportere* und ihrer Zugehörigkeit zum *ius civile*. S. *Pugliese*, SDHI 20 (1954) 381. Zur Etymologie des *terminus* und mögliche Bedeutungsnuancen vgl. *Beduschi*, in: Peppe, Fides (2008) 21 Fn. 32.

[159] *Talamanca*, Lineamenti (1989) 158.

[160] Cic. off. 3,70: *adderetur*; vgl. auch Cic. top. 66: *est…additum.*

[161] *Schmidlin*, FG Lübtow (1980) 361.

[162] *Fiori*, BIDR 101/102 (1998–1999) 174; auch *Cardilli*, Bona fides (2010) 62. Für eine Übersicht der Meinungen *pro* und *contra* des Verständnisses der *bona fides* als Verpflichtungsgrundlage s. *Franchini*, Recezione (2015) 9 Fn. 12; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 313 f.

[163] *Veronese*, Ric. Talamanca II, 276. *Cardilli*, Damnatio (2016) 237–238; *Cardilli*, Bona fides (2010) 43, 61.

[164] *Gröschler*, FS Manthe (2017) 130.

paret, absolvito – „auf das sollst du, Richter, den Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht erweist, sollst du freisprechen."[165] Der Richter hatte eine Schätzung des dem Kläger zustehenden Betrages (*condemnatio pecuniaria*) durchzuführen.[166] Dabei konnte die *condemnatio* auch eine Höchstgrenze (*taxatio*) enthalten.[167]

5. Sonderfälle und *iudicia bonae fidei* mit einer Doppelstruktur

41 Während der Großteil der *iudicia bonae fidei* die soeben dargestellte Formelstruktur aufweist, befinden sich sowohl im Gaius-Katalog, als auch in der Liste Justinians einige *iudicia bonae fidei*, die eine andere prozessuale Architektur haben. So weisen die *actiones fiduciae, rei uxoriae, familiae erciscundae, communi dividundo* und vielleicht auch *actio commodati*[168] nicht die technische Struktur der *intentio* als *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona* auf.

42 Im Falle der *actio fiduciae* und der *actio rei uxoriae* wird ein Hinweis auf die *bona fides* durch eine andere Formulierung (*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* bei der *actio fiduciae*[169] und *quod eius aequius melius erit* bei der *actio rei uxoriae*[170]) erreicht.

43 Bei den *actiones familiae erciscundae* und *communi dividundo* ist ungeachtet ihrer Erwähnung im justinianischen Katalog (Inst. 4. 6. 28) strittig, ob sie die Worte *ex fide bona* enthielten[171] oder ob die Teilungsklagen aufgrund des weiten Entscheidungsspielraums des *iudex* im klassischen Recht bloß materiell als *bonae fidei iudicia* interpretiert wurden. Letzteres vertritt die wohl hL.[172] Der gesetzliche Ursprung der *actio familiae*

---

[165] Übersetzung von *Gröschler*, FS Manthe (2017) 130.

[166] *Bürge*, Privatrecht (1999) 13 f.

[167] *Lenel*, EP 154 Fn. 3. Auf diese Möglichkeit verweist *Nörr*, SZ 112 (1995) 65, zumindest für die *actio tutelae* unter Hinweis auf die im Babatha-Archiv überlieferte Formel der Klage gegen den Vormund. Zur Möglichkeit der *taxatio* vgl. Marc. D 3.5 pr.–1, zur *taxatio* bei einer *actio empti* Diocl./Max. C. 4.49.4 (a.290). Vgl. → § 79.

[168] Die Formelklausel *ex fide bona* ist hier umstritten. Vgl. die Argumente für und gegen die Zurechnung zu den *iudicia bonae fidei* bei *Mantovani*, Formule 46 Fn. 117 und 47 Fn. 118. Die *actio commodati* wurde schon früh von den klassischen Juristen zu den *iudicia bonae fidei* gezählt, vgl. die Belege bei *Mantovani*, Formule 46 Fn. 117. Die Hauptquellen hier sind Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.2; Paul. 6 Sab. D. 17.2.38 pr., auch Diocl./Max. C. 4.23.2 (a.293); vgl. auch *Kaser*, SZ 101 (1984) 85 Fn. 389.

[169] *Falcone*, Ess. Winkel I 258–274; *Cardilli*, in: Lovato, Vir bonus (2013) 191–207.

[170] *Lenel*, EP 305; *Mantovani*, Formule 53. Vgl. Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.7, Proc. 5 epist. D. 46.3.82; zur Übersicht der Meinungen bzgl. verschiedener Rekonstruktionen der *actio rei uxoriae* s. *Söllner*, Actio rei uxoriae (1969) 137 f. In Cic. top. 66 wird die *actio rei uxoriae* als *arbitrium* bezeichnet und den *iudicia bonae fidei* zugerechnet. Die Bezeichnung *actio dotis* für *actio rei uxoriae* ist nicht klassisch; *Mantovani*, Formule 53 Fn. 183.

[171] Dafür etwa *Liebs*, SZ 86 (1969) 182 Fn. 50; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 357 Fn. 4; *Talamanca*, Atti Burdese IV (2003) 279–282; *Meissel*, Societas (2004) 286 f.; anderer Ansicht die wohl noch hL, statt vieler *Lenel*, EP 208, 211; *Mantovani*, Formule 60 f.

[172] So etwa *Kaser*, SZ 83 (1966) 24 f.; *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 42; *Schermaier*, Atti Burdese III (2003) 396 f.

erciscundae[173] könnte gegen die Zugehörigkeit dieser Klage zu den *iudicia bonae fidei*[174]sprechen, sofern man unter letzteren bloß honorarrechtliche Schöpfungen versteht.[175] In den Quellen läßt sich aber schon zur Zeit des Sabinus eine gewisse Nähe der *actio familiae erciscundae* zu den *iudicia bonae fidei* vermuten.[176] Die Zuordnung der *actio communi dividundo* zu den *iudicia bonae fidei* ist in den Quellen jedenfalls mehrfach bezeugt.[177]

Für die Verwahrung (*depositum*), die Leihe (*commodatum*) und auftragslose Ge- **44**
schäftsführung (*negotiorum gestio*) existieren neben den zu den *actiones civiles* zählenden *in ius* konzipierten Klagen auch *actiones in factum*, die vermutlich älter[178] als die *in ius* konzipierten *iudicia bonae fidei* sind.[179]

VI. Nachklassische Entwicklungen und justinianisches Recht

Wie oben ersichtlich wurde der Kreis der *bonae fidei iudicia* im Laufe der Kaiserzeit **45**
erweitert; der umfangreichste Katalog findet sich schließlich im justinianischen Recht. In den justinianischen Institutionen wird der Gegensatz zwischen *bonae fidei iudicia* und *iudicia stricti iuris* prominent hervorgehoben;[180] dies war aber wohl keine neue Kategorienbildung, sondern ist als Beleg für den Klassizismus Justinians[181] zu werten,

[173] Tab. 5.10 (Gai. 4.17a; Gai. 7 ed. prov. D. 10.2.1 pr.).

[174] Nach hL soll die *actio familiae erciscundae* keine *ex-fide-bona*-Klausel enthalten haben; statt vieler *Kaser*, SZ 83 (1966) 24; auch *Mantovani*, Formule 53 Fn. 193.

[175] Letztere Annahme ist aber nicht zwingend, man denke nur an die auf gesetzlicher Grundlage basierende *actio tutelae*.

[176] So dürfte schon zur Zeit des Sabinus der weite Spielraum bei der *adiudicatio* eine Annäherung der *actio familiae erciscundae* an die *iudicia bonae fidei* andeuten (Sabinus in Ulp.19 ed. D. 10.2.12 pr.; Sabinus in Ulp. 19 ed. D. 10.3.6.4). Zum Kaiserrecht siehe Gord. C. 3.36.9: *Non est ambiguum, cum familiae erciscundae titulus inter bonae fidei iudicia numeretur…*

[177] In der Hochklassik wird bei der *actio communi dividundo* immer wieder die *bona fides* ins Spiel gebracht, sodass die (spät- oder doch erst die nachklassische?) Doktrin daran anknüpfen konnte, vgl. Gai. 7 ed. prov. D. 41.1.45: *fidei bonae convenit*; Ulp. 19 ed. D. 10.3.4.2: *hoc iudicium* (gemeint: *communi dividundo*) *bonae fidei est*; Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.1: *…quia bonae fidei iudicium est communi dividundo*; Iul. 8 dig. D. 10.3.24 pr.: *…quia bonae fidei convenit.* Vgl. auch Diocl./Max. C. 3.38.3 (a.290): *Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur* (a.290).

[178] Gegen die traditionelle Ansicht, dass die Formel *in factum concepta* die Vorläuferin der Formel *in ius concepta* sei, aber *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 46.

[179] Die Koexistenz der *actio in ius* und *actio in factum concepta* wird mit verschiedenen Funktionen beider Klagearten begründet: so etwa *Veronese*, Ric. Talamanca II, 241–278; kritisch dazu *Franchini*, Recezione (2015) 134–141.

[180] Inst. 4.6.28. Möglicherweise entspricht der Unterscheidung von *actiones stricti iuris* und *actiones bonae fidei* eine nachklassische Unterscheidung zwischen *strictum ius* und *ius aequum*, vgl. *Provera*, Lezioni I (2010) 127 f.

[181] *Kaser/Hackl*, RZ 579.

nachdem in der Nachklassik diese Unterscheidung vermutlich keine Rolle gespielt haben dürfte.[182]

46 Zu vermuten ist, dass die Einordnung als *bonae fidei iudicium* zur Zeit des Kognitionsprozesses aber nichts mehr mit der Formelgestaltung zu tun hatte, sondern materieller Ausdruck einer Rückbindung an gerechtigkeitsorientierte Wertungen (*aequitas, humanitas, benignitas*) war und einen daraus resultierenden Ermessensspielraum des Richters zum Ausdruck bringen sollte.[183] Als Indiz für eine „Materialisierung" der *bona fides* kann auch der Sprachgebrauch der kaiserlichen Kanzleien gewertet werden, welche im dritten Jahrhundert n. Chr. immer wieder (anstelle von *iudicia bonae fidei*) von den *contractus bonae fidei*[184] sprechen.[185] Die zentrale Stellung der *bona fides* wurde aber schon in der Hochklassik deutlich, wenn Celsus *ius* überhaupt als *ars boni et aequi* definiert und damit das *bonum et aequum* zur Leitqualität aller Rechtsbeziehungen erhob.[186] In der spät- und nachklassischen Entwicklung hat diese Bedeutung wohl nicht abgenommen.[187] Allerdings wird heute in der Forschung nicht mehr davon ausgegangen, dass die Orientierung an Billigkeit ein spezifisches Attribut der byzantinischen Rechtswissenschaft gewesen sei.[188]

---

[182] *Kaser/Hackl*, RZ 577.

[183] Vgl. etwa *Beck*, FG Simonius 24f, der allerdings einen gegenüber der Klassik eingeschränkten Spielraum des Richters im Kognitionsprozuess annimmt.

[184] Maximinus C. 2.3.13 (a.236); Diocl./Max. C. 2.53(54), 3 (a.285); C. 2.40(41), 3 (a.290); C. 4.65.21 (a.293).

[185] Als Ausdruck eines stärker materiellen Verständnisses ist wohl auch die Verwendung des Terminus *negotium bonae fidei* zu werten, für die sich Belege bereits in der Hochklassik finden: Iul. 13 dig. D. 18.2.10: *Sed si proponatur a creditore pignus in diem addictum, non potest videri bona fide negotium agi, nisi adiectio recipiatur.*; Afr. 8. dig. D. 19.2.35 pr.: … *intellegendum est autem nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit…*

[186] Zur Bedeutung des Ausdrucks *bonum et aequum* s. *Gallo*, Celso (2010) 34 f.

[187] Zum nicht ganz eindeutigen Verständnis der *bonae fidei iudicia* im justinianischen Recht vgl. *Garbarino*, Atti Burdese II (2003) 191–202.

[188] *Simon*, RJ 14 (1995) 270.

§ 79 Klagen aus Kauf (*actio empti, actio venditi*)

Wolfgang Ernst

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht I (1876) II (1884) III/1 (1905) III/2 (1908); *Rabel*, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte (1902); *Arangio-Ruiz*, La compravendita in diritto romano I, 1952 / II, 1954; *Talamanca*, s. v. vendita (dir. rom.), in: Enciclopedia del diritto (ED) 46 (1993), 303–475; *Ernst*, Rechtsmängelhaftung, 1995; *Jakab*, Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht, 1997; *Wolf*, Per una storia dell'emptio venditio: l'acquisto in contanti quale sfondo della compravendita romana. Una lezione, Iura 52 (2001) 29–56; *Ernst*, Das Kaufrecht in den Institutionen des Gaius, in: Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, 2002, 159–174; *Donadio*, La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti, 2004; *Nörr*, Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht, SZ 121 (2004) 152–188; *Jakab*, Risikomanagement beim Weinkauf, 2009; *Brägger*, Actio auctoritatis, 2012; *Mattiangeli*, La compravendita romana. Un'introduzione generale alla disciplina dell'emptio venditio romana, in: Mattiangeli (Hg.), Emptio-Venditio. Europäische Studien zur Geschichte des Kaufvertrags, 2014, 37–164.

Inhalt Rn.

I. Einleitung 1
1. Römisches Kaufrecht 1
2. Vorgeschichte 3
3. *Mancipatio* und *emptio venditio* 6
4. Einfache und komplexe Kaufgeschäfte 8
5. Einsatzzwecke der *emptio venditio* im römischen Rechtsverkehr 10
6. Die Stellung des Kaufs in den Lehrsystemen römischer Juristen 14
7. Die Anwendung von Kaufrecht auf andere Geschäfte 15
8. Zur Forschungsgeschichte des römischen Kaufrechts 16
II. Die *emptio venditio* im Formularprozess 17
1. Die Bestandteile der Formeln in Überblick und Zusammenspiel 17
2. Die möglichen Parteien 20
a. Erfordernisse für die Parteistellung 20
b. Verkauf/Kauf durch Sklaven, Gewaltunterworfene oder freie Mittelspersonen 24
c. Personenmehrheiten im Kaufverhältnis 26
3. Zum Verfahren *in iure*: Auswahl und Ausgestaltung der Formel 31
a. Auswahl der Formel: „Passte" die *actio empti* (*actio venditi*)? 31
b. *Agere praescriptis verbis* bei den Kaufklagen 37

c. *Exceptiones* . . . 40
d. *Denegatio actionis* bei den Kaufklagen . . . 43
e. Der bedingte Kauf im Formularprozess . . . 46
f. *Instrumenta edere* . . . 48
4. *Apud iudicem* . . . 49
5. Wechselbeziehung von *actio empti* und *actio venditi* . . . 52
6. Kaufbegleitende *stipulationes*, *dicta* und *pacta* . . . 53
a. Kaufbegleitende Stipulationen . . . 53
b. *Leges in mancipio dictae* . . . 54
c. *Pacta* als „Nebenabreden" zum Kauf . . . 57
aa. Das Recht der *pacta adiecta* . . . 57
bb. Zur aktionenrechtlichen Durchsetzung von *pacta* . . . 59
cc. Die Typisierung von *pacta* in Rechtsliteratur und Kaiserjustiz . . . 60
III. *Actio empti* . . . 61
1. *Demonstratio* . . . 61
a. *Res:* Objekte der *emptio venditio* . . . 61
aa. Sachbezug und Sachexistenz . . . 61
bb. Verkauf von *fructus futuri* und *emptio spei* . . . 63
cc. Alternativkauf – Kauf aus beschränktem Vorrat – kein Gattungskauf 66
dd. Kauf eigener, fremder bzw. gestohlener Sachen . . . 70
ee. Wiederholter Verkauf derselben Sache . . . 72
ff. Verkauf des *homo liber* und der *res extra commercium* . . . 73
gg. Einräumung eines beschränkt dinglichen Rechts als Kauf . . . 77
hh. Erbschaftskauf und Kauf einer Forderung . . . 79
ii. Zusammenfassung . . . 82
b. *Vendidit* . . . 83
aa. *Nomen contractus* . . . 83
bb. *Pretium certum, iustum, verum* . . . 86
cc. Formfreiheit . . . 90
dd. Zwang, Arglist und irrtumsbedingter Konsensmangel . . . 94
c. Widerruf des Vertragsschlusses . . . 99
aa. Zu Widerrufs- und Rücktrittsvorbehalten aufgrund *pactum* . . . 99
bb. *In diem addictio*: Widerruf wegen eines Bessergebots . . . 101
d. *Contrarius consensus*: *discedere ab emptione* . . . 111
2. *Intentio* der *actio empti* . . . 115
a. *Quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet* . . . 115
b. *Possessionem tradere* . . . 121
aa. Erfordernisse der *traditio* . . . 121
bb. Gegenständlicher Umfang der geschuldeten *traditio* . . . 128
c. *Ob evictionem se obligare* . . . 139
d. *Purgari dolo malo* . . . 140
e. Inhalt der Verkäuferprästation in Störungsfällen . . . 142
aa. Dynamischer Charakter der *intentio* . . . 142
bb. Wofür der Verkäufer einstehen muss . . . 143
cc. Zufälliger Untergang, zufällige Beschädigung der Kaufsache . . . 146
dd. Beschädigung der Sache durch Verkäufergebrauch . . . 147
ee. Kaufsache wird dem Verkäufer gestohlen . . . 148
ff. Freilassung und Flucht des verkauften Sklaven . . . 153

gg. Metamorphosen des Kaufobjekts . . . 154
hh. *Concursus causarum* . . . 155
3. *Condemnatio* bei der *actio empti* . . . 159
a. Die wechselnden Bezugspunkte für *id quod interest* . . . 159
b. *Id quod interest* bei Nichtübergabe der Kaufsache . . . 164
aa. Der Wert der Sachleistung für den Käufer . . . 164
bb. Zeit- und Ortsmoment der Interessebestimmung . . . 169
cc. *Id quod interest* ≠ Nichterfüllungsschaden . . . 170
dd. *Aestimatio* und Stand der Kaufpreisschuld . . . 171
c. *Recuperatio pretii* als *id quod interest* . . . 172
4. Vollstreckung . . . 173
IV. *Actio Venditi* . . . 176
1. *Demonstratio* . . . 176
2. *Intentio* der *actio venditi* . . . 177
a. Pflicht zur Münzübereignung . . . 177
b. Pflicht zur Kaufpreiszahlung ungeachet eines Sachuntergangs . . . 182
aa. *Periculum est emptoris* . . . 182
bb. Gefahrtragung bei besonderen Vertragsgestaltungen . . . 185
cc. Zur Ratio des *periculum emptoris* . . . 194
dd. Versagung der Kaufpreisforderung in Sonderfällen . . . 199
ee. Justinianisches Recht . . . 203
3. *Condemnatio* bei der *actio venditi* . . . 204
a. *Pretium* . . . 204
b. Zinsen wegen Zahlungsverzugs . . . 205
4. Kreditkauf und *lex commissoria* . . . 209
a. Zahlungstermin(e) für den Kaufpreis . . . 209
b. Rückforderung der Kaufsache wegen Zahlungsverzugs . . . 215
aa. Zweck, Wortlaut, Konstruktion der *lex commissoria* . . . 215
bb. Die Rechtslage während laufender Zahlungsfrist . . . 217
cc. Verfall und Entscheidung über den Rücktritt . . . 219
dd. Rückabwicklung . . . 221
ee. Justinianisches Recht . . . 227
5. *Mora accipiendi* . . . 228
V. Die Haftung des Verkäufers für Eviktion und Rechtsmängel . . . 236
1. *Emptio venditio* und Eigentumserwerb des Käufers . . . 236
2. Die *auctoritas*-Haftung aufgrund der Manzipation . . . 238
a. Einleitung . . . 238
b. Der Manzipant im gerichtlichen Streit um die Sache . . . 239
c. Die *duplum*-Haftung mittels der *actio auctoritatis* . . . 243
d. Die *auctoritas* in der nachklassischen Entwicklung . . . 251
3. Der Käuferschutz mittels Stipulationen . . . 253
a. Übersicht . . . 253
b. Defensions- und Nichtangriffsstipulationen . . . 254
aa. *Satisdatio* und *repromissio secundum mancipium* . . . 254
bb. *Stipulatio habere licere* . . . 264
c. Garantiestipulationen für den Eviktionsfall . . . 269
aa. Die *stipulatio duplae* . . . 269
bb. Prozessbezug der Garantiestipulation . . . 270

cc. Die *evictio* als Verfallsereignis . . . 271
dd. Die promittierte Garantieleistung . . . 274
ee. Geltungsdauer und Rechtsnachfolgen . . . 275
ff. *Stipulatio duplae* und *repromissio secundum mancipium* . . . 277
d. Garantiestipulationen und *auctoritas*-Haftung im Vergleich . . . 278
4. Käuferschutz *ex empto* . . . 280
a. Entwicklungsgeschichte . . . 280
b. Die Interessehaftung des *venditor sciens* . . . 281
c. Verkäuferpflichten *ex empto* im Zusammenhang mit dem Eviktionsschutz . . . 282
aa. Stipulationszwang *ex empto* . . . 282
bb. Käuferschutz bei Drittpositionen, die nicht zur Eviktion führen . . . 286
cc. Verkäuferhaftung *ex empto* wegen/nach erfolgter Eviktion . . . 287
d. Die sogenannte *exceptio evictionis imminentis* . . . 293
e. Rechtsmängel- statt Eviktionshaftung? . . . 294
VI. Sachmängelhaftung des Verkäufers . . . 295
1. *Caveat emptor* – ein Überblick . . . 295
2. Die altzivile *actio de modo agri* . . . 296
3. Rechtsgeschäftliche Instrumente der Qualitätssicherung . . . 300
a. Eigenschaften der Kaufsache als Gegenstand von Stipulationen (*promissa*) . . . 300
aa. Einleitung . . . 300
bb. *Stipulatio praestandi*: Einstehen für Fehlerfreiheit . . . 301
cc. Garantiestipulationen für Fehlerfreiheit . . . 304
b. Nebenabreden zur *emptio venditio* . . . 306
aa. *Pactum displicentiae* . . . 306
bb. *Emptio ad gustum* . . . 310
4. Die ädilizischen Edikte zur Mängelhaftung beim Sklaven- und Zugtierkauf 314
a. Der ädilizische Käuferschutz in seiner Entwicklung . . . 314
b. Zuständigkeit und Verfahren . . . 319
c. Die Parteien vor dem Ädil . . . 324
d. Opt out und opt in . . . 327
aa. Opt out . . . 327
bb. Opt in . . . 330
e. Die ädilizischen Rechtsbehelfe im Erbgang . . . 331
f. Sklavenkauf: Die ediktalen Aufklärungsgebote . . . 332
aa. Das Verheißungsedikt . . . 332
bb. *Morbus – vitium* . . . 334
cc. *Fugitivus non esse – erro non esse* . . . 339
dd. *Noxa solutus esse* . . . 344
ee. Spätere Erweiterungen der ediktalen Aufklärungspflicht . . . 345
g. Sklavenkauf: *actio redhibitoria* . . . 346
aa. Die Formel der *actio redhibitoria* . . . 346
bb. Positive Restitutionsklausel . . . 347
cc. Negative Restitutionsklausel . . . 360
dd. Sogenannte *exceptio temporalis* . . . 364
ee. *Condemnatio* . . . 366
ff. Vollstreckung . . . 367

h. Sklavenkauf: Kaufpreisrückforderung nach freiwilliger Rücknahme des Sklaven . . . 368
i. Sklavenkauf: *actio redhibitoria* aufgrund *dictum* oder *promissum* . . . 369
j. Sklavenkauf: *actio quanti minoris* (*actio aestimatoria*) . . . 375
k. Sklavenkauf: Verurteilung wegen Kautionsverweigerung . . . 382
l. Integrale Eviktions- und Mängelstipulation ediktal proponiert? . . . 386
m. Das Edikt *De iumentis venumdundis* . . . 387
n. Konkurrenzfragen im Zusammenhang mit dem Edikt . . . 393
5. Käuferschutz mittels *actio empti* in der Entwicklung bis zum Ende der Spätklassik . . . 394
a. Die These vom generellen *ex empto*-Schutz gegen Sachmängel . . . 394
b. Die Fälle im Einzelnen . . . 395
c. Gründe der Verkäuferhaftung *ex empto* bei Sachmängeln . . . 399
d. Die *condemantio* bei mangelbedingter Verkäuferverurteilung . . . 401
e. Zusammenfassung . . . 405
f. Wechselbeziehungen ädilizischer Klagen und *actio empti* . . . 407
aa. Die *Actio empti* als Ergänzung der klassischen Ediktsregelung . . . 407
bb. Minderung oder Wandlung mittels *actio empti* in ediktsgeregelten Fällen? . . . 408
cc. Konkurrenzfragen der *actio empti* im Sachmängelbereich . . . 410
dd. Ausweitung des ädilizischen Rechts auf alle Kaufgegenstände? . . . 411
6. Justinianisches Sachmängelrecht . . . 412
VII. Haftung des Verkäufers für *dolus* . . . 413
1. Einleitung . . . 413
2. Fallgruppen der *dolus*-Haftung . . . 414
a. Unzureichende Offenlegung von Dienstbarkeiten . . . 414
b. Die arglistige Haftungsbeschränkung . . . 417
c. Aktive Manipulationen . . . 418
d. Unzutreffende Verkaufsangaben . . . 419
e. Bloßes Verschweigen negativer Umstände . . . 420
f. Kein Vertragsbruch durch *dolus* bei bloßer *culpa* . . . 422
3. Die *condemnatio* bei der wegen *dolus* angestellten *actio empti* . . . 423
VIII. Verhaltenssteuerung nach Leistungserhalt . . . 424
1. *Pacta* zum weiteren Umgang mit Kaufsache oder Kaufpreis . . . 424
2. Nebenabreden zum weiteren Umgang mit gekauften Sklaven . . . 426
a. Einleitung . . . 426
b. *Ut manumittatur* . . . 427
c. *Ne prostituatur* . . . 429
d. *Ut exportetur* . . . 430
e. *Ne manumittatur* . . . 433
IX. Kaiserrecht zum Kauf von der frühen Nachklassik bis zu Justinian . . . 435
1. Übersicht . . . 435
2. Diokletian . . . 436
a. Frühnachklassisches Kaufrecht im Spiegel diokletianischer Konstitutionen . . . 436
b. Die Konstitutionen zur *laesio enormis* und das Höchstpreisedikt . . . 442
3. Kaufrecht im Codex Theodosianus und in den Paulussentenzen . . . 447
4. Justinians Reformen im Kaufrecht . . . 449

I. Einleitung

1. Römisches Kaufrecht

1 Was man als römisches Kaufrecht bezeichnen kann, ist ein Zusammenhang von Elementen zivil- und honorarrechtlichen Ursprungs, von typisierten Geschäftspraktiken und rechtswissenschaftlichen Lehrmeinungen, fortentwickelt durch Kaiserkonstitutionen, schlussendlich verwertet für die justinianischen Gesetzgebungswerke. Dieser Komplex hat sich über die Dauer des Berichtszeitraums erheblich gewandelt. Im Zentrum steht die *emptio venditio* als eine Verkaufsvereinbarung, auf die sich der Käufer mit der *actio empti* und der Verkäufer mit der *actio venditi* des prätorischen Edikts stützen können: Rechtsquellenmäßig bildeten für die Durchsetzung der *emptio venditio* als „Verpflichtungsgeschäft" die vom Prätor im Edikt proponierten Formeln die zentrale Grundlage (Formelwortlaut → Rn. 18). Weitere Rechtsgrundlagen kamen hinzu, namentlich die ädilizischen Edikte zum Sklaven- und zum Jumenten-Verkauf (→ Rn. 314–393) sowie spätere Kaiserkonstitutionen (→ Rn. 435–447). Im Übrigen spielte positiviertes Recht – Volksgesetze, Plebiszite, Senatusconsulta – fast keine Rolle.[1] Im justinianischen Recht erscheinen dann alle Elemente als auf einer Ebene stehend, wo sie sich – ungeachtet ihrer heterogenen Entstehungsgeschichten – zu einem weitgehend geschlossenen Kaufrecht der *emptio venditio* fügen sollen.

2 Zur Verortung der *emptio venditio* in den Rechtsschichten (→ § 6; § 24 Rn. 2 ff.): Die *emptio venditio* wird auf das *ius gentium* zurückgeführt (Paul. 33 ed. D. 18.1.1.2[2]);[3] dies ist überraschungsfrei, da sich der Warenumsatz gegen Münze ja wirklich in allen angrenzenden Gesellschaften durchsetzte. Allerdings gelten die aus der *emptio venditio* entstehenden „Leistungspflichten", für die prätorisches Recht die Klagbarkeit ausspricht, ausweislich der Ediktsformeln als solche des *ius civile*, denn gestritten wird um ein durch den Verkauf bzw. Kauf begründetes ziviles *dare facere oportere*. Insoweit erkannte der Prätor im Rahmen seiner Zuständigkeit die Verbindlichkeit aus dem Kauf als solche des *ius civile* an; darauf ist sogleich zurückzukommen (→ Rn. 4).

---

[1] Weitere Rechtssetzungsakte (ohne nachklassische Kaiseredikte): *edictum divi Augusti* zum Verkauf des *fundus litigiosus* (ca. 23 v. Chr.) → Rn. 45; Verbot des Verkaufs eines *locus religiosus pro puro* (Augustus) → Rn. 74; SC Hosidianum und SC Volusianum → Rn. 61 a.E., *lex Fabia de plagiariis* → Rn. 44.

[2] Dazu *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 112 ff.

[3] Ein mehr technischer Beleg findet sich in Marcian. [?] D. 48.22.15 pr., wonach der Deportierte, der eine *capitis deminuitio media* erlitten hat, zwar nicht mehr am *ius civile* teilhat, aber doch nach *ius gentium* agieren, etwa kaufen und verkaufen kann.

2. Vorgeschichte[4]

Der formlose Kauf ist die charakteristische Erscheinung der Geldwirtschaft; er setzt als realweltliche Transaktion zugleich mit dieser ein. Da für den rechtlich anerkannten Kauf nur römische Währung in Betracht kam (→ Rn. 86), kommt es auf deren Einführung an; sie wird in das späte vierte vorchristliche Jahrhundert gesetzt.[5] Als eine schon an und für sich sinnhafte, der antiken Lebenspraxis seit dem Aufkommen von Münzgeld – nicht nur in Rom – überaus geläufige Transaktion, als Umsatz von Ware gegen Geld, fand die *emptio venditio* (Konsensualkauf) rechtliche Anerkennung.[6] Diese notwendige Bezogenheit auf den Transaktionstypus „Ware gegen Geld" lässt sich auch so umschreiben, dass der Kauf kein abstraktes, sondern ein seine *causa* – hier verstanden als Geschäftszweck – in sich tragendes Geschäft ist. Die zeitlich früheste Rechtsbedeutung der *emptio*, die man anerkannt hat, dürfte diejenige als *causa traditionis* bzw. *usucapionis* gewesen sein. Inwieweit die Gültigkeit der *emptio* als *causa traditionis* schon anfänglich davon abhing, dass der Kaufpreis für die in Besitz genommene Sache gezahlt war, ist in der Forschung aufgrund widersprüchlicher Quellenbelege umstritten (→ § 45, § 43 Rn. 9).[7] Der Zwölftafelsatz, wonach der Eigentumserwerb von der vollständigen Zahlung oder Sicherstellung abhing (XII–Tab. 7,11), scheint jedenfalls in hochklassischer Zeit dahingehend abgemildert gewesen zu sein, dass die einfache Kreditierung (also auch ohne Bestärkung durch eine Stipulation) der Zahlung gleichgestellt wurde (Pomp. 31 Quint. Muc. D. 18.1.19). **3**

Vermutlich zeitversetzt erfolgte die Anerkennung von *emptio* und *venditio* auch als „Verpflichtungsgeschäft": Aufgrund der Kaufvereinbarung kann wegen der noch nicht erbrachten Leistungen gerichtlich gegen den anderen Teil vorgegangen werden. Von der Entwicklung, die hier stattgefunden hat, ist ohne Spekulation nur der Endzustand auszumachen, nämlich die im Edikt erhaltenen Formeln der *actio empti* bzw. der *actio venditi*, die sich recht verlässlich rekonstruieren lassen (→ Rn. 18). Für die vorangegangene Entwicklungsgeschichte sind verschiedene Fragen zu stellen: (1) Gab es für die formlose Kaufvereinbarung einen Rechtsschutz schon mittels einer der *legis actiones*, und wenn ja, erfolgte auch hierbei schon die Moderierung durch die *bona fides*? In **4**

[4] Zur Vorgeschichte der *emptio venditio* s. insb. *Gagliardi*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 101–180; *Cancelli*, Origine (1963); *Corbino*, Iura 64 (2016) 9–100; zur Kaufrechtspraxis, wie sie bei Plautus erkennbar wird, s. *Cristaldi*, Index 39 (2011) 491–523.

[5] *Renger et al.*, s. v. Geld, Geldwirtschaft, DNP.

[6] Die Geldentstehung wird von Paulus (im Anschluss an Aristoteles) thematisiert in Paul. 33 ed. D. 18.1.1 pr.,1; dazu *Marotta*, in: Baldus et al. Dogmengeschichte (2012) 161–205; *Rüfner*, in: Fox/Ernst, Money (2016) 93–109; *Nicolet*, Athenaeum 62 (1984) 105–135; *D'Alessio*, Denaro (2018) 35–45 u. öfters.

[7] *Dozhdev*, Atti Burdese I 551–578; *Feenstra*, Reclame en revindicatie (1949) 11–97; *Honoré*, Stud. Thomas 56–72; sowie die Beiträge in: Vacca, Vendita e trasferimento I (1991) und II (1991); *Romeo*, Appartenenza e alienazione (2010); *Harke*, Vertrag (2013) 54–86; *Stagl*, SZ 132 (2015) 186; *Miquel*, Hom. Murga Gener 573–596.

diesem Fall würde vielleicht ein Übergang dieses Rechtsschutzes in den honorarrechtlichen Schutz gemäß den Ediktsformeln stattgefunden haben. (2) Zu welchem Zeitpunkt gewährte der Prätor der Kaufvereinbarung erstmals Rechtsschutz im Formularverfahren? (3) Welche Instrumente nutzte der Rechtsverkehr, um Kaufgeschäfte unter dem älteren Rechtszustand gerichtsfest zu machen, in welchem die formlose Kaufvereinbarung noch keine eigene Klagegrundlage bildete? Diese Frage erscheint umso dringlicher, je später man das Einsetzen prätorischen Rechtsschutzes datiert. Weiterhin erscheint es als denkbar, dass der prätorische Rechtsschutz sich an den vorgefundenen Praktiken orientierte, was eine gewisse Fortwirkung in der Ausbildung und Anwendung der Ediktsformeln mit sich gebracht hätte. (4) Ist in der Aufbietung des prätorischen Rechtsschutzes eine Pionierrolle des *praetor peregrinus* anzunehmen, von dem der *praetor urbanus* dann den Rechtsschutz übernommen hätte? (5) Wie erklärt sich der Umstand, dass die Leistungspflichten von Käufer und Verkäufer als solche des *ius civile* erscheinen, obschon das Geschäft auf das *ius gentium* zurückgeführt wird und Rechtsschutz auf honorarrechtlicher Basis gefunden hat? Hat hier eine Rezeption von Honorarrecht in das Zivilrecht stattgefunden oder war das durchsetzbare Recht der formlosen *emptio venditio* von Anfang an ein Teil des *ius civile*? Das Bündel dieser Fragen hat immer wieder dazu angespornt, in sich stimmige Entwicklungsgeschichten zu zeichnen. Durchweg handelt es sich nur um Wahrscheinlichkeitsurteile, so dass sehr unterschiedliche Narrative entfaltet wurden. Die Fragen stellen sich im Wesentlichen gleichlautend auch für die anderen *iudicia bonae fidei*, für die der Forschungsstand vorne umfassend berichtet ist (→ § 78 Rn. 12–18). Im Folgenden seien nur Beobachtungen nachgetragen, die sich spezifisch auf die *emptio venditio* beziehen.

5 Oft ist die Rede von der Herkunft der *emptio venditio* aus dem Barkauf.[8] Ein beidseits sofort vollzogener Kauf konnte jedoch – beim damaligen Fehlen von Gewährleistungsregeln – überhaupt keine Klagbarkeitsprobleme aufwerfen; eine Verpflichtungslage entstand nicht und die *emptio* bildete lediglich die *causa* für den Erwerb. Ein solcher Geschäftsvorfall bringt daher für die Entwicklung zur Klagbarkeit keine Erklärung. Anders verhält es sich mit Austauschvorgängen, bei denen die eine Seite sofort leistet gegen ein Versprechen späterer Leistung, das in Stipulationsform abgegeben sein mag: Der Käufer zahlt sofort gegen ein Versprechen zukünftiger Lieferung;[9] der Käufer erhält die Kaufsache sofort gegen das – in Stipulationsform gegebene – Versprechen späterer Zahlung. Von hier aus bestünde der wesentliche Entwicklungsschritt zur Gerichtsfestigkeit des formlosen Kaufs darin, dass für die abgegebene Gegenverpflichtung von der Stipulationsform abgesehen wurde. Hierfür sprechen die stipulationsartigen (oder stipulationsähnlichen) Versprechensformeln in den römischen Formelbüchern (→ Rn. 11), wie auch der Umstand, dass der Kauf im Rechtsverkehr weithin von sichernden Stipulationen vielfältiger Art begleitet wurde. Fürs Erste abgeschlossen war

[8] *Kaser*, RP I 171 mit Fn. 5, 545.

[9] Zu Geschäften dieser Art s. *Ernst*, SZ 114 (1997) 272–344.

die Entwicklung, sobald der noch von keiner Seite vollzogenen Kaufvereinbarung in beide Richtungen Klagschutz gewährt wurde. Für den Käufer mag der Gerichtsschutz davon abgehangen haben, dass er den Kaufpreis gezahlt oder seinerseits in Stipulationsform versprochen hatte; noch → Rn. 52.[10] Demgegenüber hatte das Zahlungsversprechen des Käufers, das in der formlosen Kaufvereinbarung inbegriffen erscheint, in etwa dieselbe Wirkung wie ein in Stipulationsform gegebenes Zahlungsversprechen: Der Käufer muss zahlen, nicht wenn und weil er die Sache erhalten hat, sondern weil er sie gekauft hat. Vielleicht spiegelt sich diese Sichtweise auch in den Anforderungen an die Bestimmtheit des Kaufpreises, die von gleichsam exekutivischer Strenge sind (→ Rn. 87–89). Abschließend erwähnt sei noch die These Mommsens, wonach die Klagbarkeit privater Kaufverträge ihr Vorbild in Geschäften des *ius publicum* gehabt hat; der römische Staat trat sowohl als Käufer (Heeresversorgung) als auch als Verkäufer (Beuteversteigerung) auf,[11] und für diese Geschäfte lassen sich in der Tat gewisse Eigenheiten ausmachen, so die Formlosigkeit und die Verpflichtung des Staates auf „Ehrlichkeit".[12]

3. *Mancipatio* und *emptio venditio*

Im römischen Recht begegnen zwei Umsatzgeschäfte, die ältere *mancipatio* (→ § 17 Rn. 1–5) und die *emptio venditio*. Beide Geschäfte waren kategorial verschieden. Die altzivile *mancipatio* war ein formaler Registerakt mit Ursprüngen in einer noch nicht verschriftlichten Rechtskultur: Unter Zeugen wurde für den *mancipio accipiens* der entgeltliche Erwerb von Privateigentum nach dem Recht der römischen Bürgerschaft proklamiert. Es handelte sich um ein wirkliches „Rechtsgeschäft", indem die Durchführung der *mancipatio* auf die privatrechtliche Güterzuordnung abzielt. Auf diese Art „registerfähig" waren italische Grundstücke, Sklaven, Pferde, Rinder, Esel, Maulesel (*res mancipi*), daneben die *servitus praedii rustici* (→ § 50 Rn. 6).[13] Mit der formlosen *emptio venditio* hingegen ging es um die Abgabe einer beliebigen Sache in ihrer gegenständlichen, natürlichen Nutzbarkeit; die Übertragung des Eigentums war nicht ihr unmittelbarer Geschäftszweck (→ Rn. 236).[14] Der Kreis der Personen, denen diese Geschäfte offenstanden, unterschied sich, indem die *mancipatio* den Bürgern (→ § 26) und Peregrinen mit dem *ius commcercii* (Ulp. reg. 19,4) vorbehalten war, die *emptio venditio* dagegen keinen Exklusivcharakter hatte, wie es ihrer Anbindung an das *ius gentium* entspricht. **6**

[10] S. außerdem *Dozhdev*, Atti Burdese I 551–578.

[11] Zu Geschäften dieser Art s. *Donadio*, in: Garofalo, Beni di interesse publico (2016) 195–314.

[12] *Mommsen*, Ges. Schr. III 132–144; die These wurde wieder aufgegriffen von *Zlinsky*, Et. Ankum II 677–684.

[13] Gai. 2.14a, 2.29.

[14] Für den Erwerb von Verbrauchsgut spielt die Frage des Eigentumstitels lebenspraktisch selten eine Rolle.

7 Die *emptio venditio* konnte von jeher auch *res mancipi* als Vertragsobjekt haben. Der Konsensualverkauf von *res mancipi* ist in erheblichem Umfang vorgekommen. Dabei handelte es sich weder um einen Typenmissgriff noch um ein Umgehungsgeschäft. Vielmehr wurde einfach eine Sache zum Objekt einer *emptio venditio* gemacht, für die zugleich unter römischen Bürgern die grundsätzliche Möglichkeit bestand, einen förmlichen Registerakt zu vollziehen. Die wesentlichen durch die *emptio venditio* begründeten Hauptleistungspflichten des Verkäufers, dem Käufer dauerhaft die lebenstatsächliche Nutzung und Verwendung der Kaufsache einzuräumen und zu garantieren (→ Rn. 120–141), waren für *res mancipi* und *res nec mancipi* unterschiedslos zu erfüllen, eben weil es insoweit um das Sachobjekt in seiner realweltlichen Körperlichkeit ging. Der Abschluß einer *emptio venditio* über eine *res mancipi* ließ die Möglichkeit römischer Bürger, diese auch zu manzipieren, also für sie auch den förmlichen „Registerakt" durchzuführen, unberührt: Die Geschäfte schlossen sich nicht aus. Die kaufrechtlichen Erörterungen der römischen Juristen müssen zu einem erheblichen Teil den Fragen gegolten haben, die sich aus dem Zusammenspiel der *emptio venditio* mit der *mancipatio* und deren Folgen ergaben: (1) Sofern auch eine *mancipatio* erfolgte, konnte die in diesen Akt ursprünglich integrierte Entgeltzahlung „ausgegliedert" werden; der Kaufpreis wurde dann *emptionis causa* gezahlt – durchaus auch zu einem anderen Zeitpunkt als dem, zu dem die *mancipatio* durchgeführt wurde; die *mancipatio* erfolgte *nummo uno*,[15] woraus sich gewisse Komplikationen ergaben, indem Klagen aus der *mancipatio* auf die als Gegenleistung „abgewogene" Quantität, d. h. auf den gezahlten Geldbetrag, abstellten (*mancipatio emptionis causa*); → Rn. 248. (2) Sofern eine *mancipatio* erfolgt war, standen dem Käufer/Erwerber anschließend sowohl die Klagen aus der Manzipation zu als auch die *actio empti*: Es ergaben sich Konkurrenzprobleme (→ Rn. 291). (3) Sofern eine *mancipatio* (noch) nicht erfolgt war, stellte sich die Frage, ob der Käufer aufgrund der *emptio venditio* verlangen konnte, dass ihm die *res mancipi* manzipiert wurde (→ Rn. 139). (4) Wenn dem Käufer die verkaufte *res mancipi* tradiert, aber nie manzipiert wurde, ergaben sich noch Fragen hinsichtlich seiner Rechtsposition gegenüber (a) seinem Verkäufer und (b) dessen Erben sowie (c) Dritten; dieser Komplex wird unter dem Stichwort „bonitarisches Eigentum" angesprochen (*exceptio rei venditae et traditae* → § 59 Rn. 233 ff., § 39 Rn. 7; *actio Publiciana* → § 63). Zu (a) gehört noch, dass man im Rechtsverkehr durch zusätzliche Stipulationen einen Ersatz für die speziellen Klagen schaffte, welche aufgrund einer *mancipatio* zur Verfügung gestanden haben würden (zur *satisdatio secundum mancipium* → Rn. 254–263). (5) Bei der Vornahme einer *mancipatio* waren Verkaufsbedingungen durch *leges mancipio dicta* zu integrieren; beim Verkauf mittels *emptio venditio* wurde diese Funktion von Stipulationen oder *pacta* übernommen (→ Rn. 57–60). – Die Überlieferungslage ist insofern eher ungünstig, da die justinianische Kodifikation die *mancipatio* aus der Rechtsord-

[15] Hierzu *Scevola*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 413–595; *Pfeifer*, Fortschritt (2013) 108–111; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 93 ff.; *Romeo*, Appartenenza e alienazione (2010) 223–242.

nung ausgeschieden und diesbezügliche Text- und Problemspuren verwischt hat (→ Rn. 450). Die gestreckte Entwicklung, in welcher die *mancipatio* außer Gebrauch gekommen ist, soll in der nachklassischen Zeit stattgefunden haben; Einzelheiten sind wenig geklärt.[16] Jedenfalls muss man davon ausgehen, dass die *mancipatio* über die gesamte klassische Zeit hinaus als ein geltendes Rechtsinstitut die Aufmerksamkeit der Juristen erheischte. In den Fragmenta Vaticana spielen *res mancipi* und die *mancipatio* als offenbar lebendes Recht eine Rolle (z. B. Frg. Vat. 1, 45, 47 ff.); ebenso wird die *mancipatio* im Zusammenhang mit der *emptio venditio* noch in den Paulussentenzen behandelt, in denen der Autor doch nur ihm ganz wesentlich Erscheinendes dargestellt haben wird (Paul. sent. 2.17.3, mit den an die Manzipation geknüpften Folgen der *auctoritas*-Haftung in Paul. sent. 2.17.3 und der *actio de modo agri* in Paul. sent. 2.17.4).

4. Einfache und komplexe Kaufgeschäfte

Die *emptio venditio* hatte zunächst einen im Kern einfachen Inhalt: Eine Sache in ihrer Gegenständlichkeit wechselte um Geld den Besitzer; der Verkäufer hatte hierfür den Preis zu beanspruchen, der Käufer, dass ihm der Verkäufer die Sache in ihrer Gegenständlichkeit auf Dauer überließ. Der Rechtsverkehr hat diesen an sich elementaren Inhalt der Kauftransaktion an die immer wieder wechselnden Umstände der konkreten Geschäftsvorfälle angepasst. Besondere Vereinbarungen wurden getroffen, die – in heutiger Sprache – u. a. die Modalitäten von Lieferung und Zahlung, die Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel, Vertragsstrafen, die Finanzierung des Kaufpreises, den weiteren Sachgebrauch und eine etwaige Wiederauflösung des Geschäfts betrafen. Mittel hierzu waren außer Bedingungen vor allem Nebenabreden (*pacta*) (→ Rn. 57–58) und verbundene Geschäfte mit eigener Klagemöglichkeit, typischerweise Stipulationen. Eine lebenswirkliche Kauftransaktion war dann nicht mehr nur durch ein einziges Rechtsgeschäft *emptio venditio* verfasst, sondern durch einen Verbund mehrerer Geschäftselemente. Die Juristen bezeichnen einen Kauf, der ohne Zusatzvereinbarung abgeschlossen wird, als *simplaria emptio*; die genaue Bedeutung ist kontextabhängig.[17] **8**

Die zahlreichen Elemente, die in der kaufrechtlichen Praxis zum Zusammenspiel gebracht wurden, waren heterogen, indem eine etwaige Manzipation und/oder geschäftsbegleitende Stipulationen entsprechende Förmlichkeiten verlangten, die dem Abschluss der *emptio venditio* fremd waren, und ebenso unterschiedlich gestalteten sich auch die jeweiligen Klagemöglichkeiten. Es war Sache der Jurisprudenz, die verschiedenen Elemente – auch rechtsschichtenübergreifend – in ein stimmiges Zusammenspiel zu bringen (→ § 6 Rn. 163 ff.). In einem über Jahrhunderte anhaltenden Prozess kristallisierten sich Rechtsaussagen zu den unterschiedlichsten Einzelfragen heraus, die **9**

[16] *Nowak*, JJP 41 (2011) 103–122; auch → Rn. 450.
[17] S. noch → Rn. 305.

in den großen Ediktskommentaren des zweiten und frühen dritten Jahrhunderts ihren Niederschlag fanden. So erscheint im Rückblick das „römische Kaufrecht" als eine fein differenzierte Rechtsmaterie, die eine „objektive" Existenz zu haben scheint, in der geschichtlichen Entwicklung aber aus der Kreativität des Rechtsverkehrs, aus der literarischen Fixierung und Erläuterung von Geschäftsformularen, aus dem Erlass magistratischer Edikte, aus der Berücksichtigung konkreter Umstände und allgemeiner Vertragspraktiken seitens der *iudices* und aus der fortlaufenden Arbeit der Juristen an der Materie hervorgegangen ist.

5. Einsatzzwecke der *emptio venditio* im römischen Rechtsverkehr

10 Die Einsatzzwecke der *emptio venditio* überspannten einen überaus großen Bogen geschäftlicher Aktivitäten. Es gehört zu dem geschilderten Differenzierungsprozess, dass insbesondere die wirtschaftlich zentralen Umsatzgeschäfte, genannt seien hier nur Grundstücks-,[18] Sklaven-,[19] Vieh-, Pferde-,[20] Getreide-, Öl- und Weinkauf,[21] besondere Praktiken und damit Regeln hervorbrachten, die diesen jeweiligen Geschäften ihr eigenes Gepräge gaben. Zu einer regelrechten Bildung von rechtlich selbständigen „Untertypen" ist es aber nicht gekommen: In allen wechselnden Anwendungszusammenhängen bleibt die Gemeinsamkeit der Durchsetzung aufgrund ein und derselben Formel. Dem entspricht es, dass die großen Ediktskommentare zwanglos zwischen ganz verschiedenen Anwendungszusammenhängen hin und her wechseln. Für alle diese Einsatzzwecke sind in der modernen Forschung Versuche zu verzeichnen, die ökonomische Seite des Geschehens besser zu verstehen;[22] dabei verschränkt sich die Fragestellung mit der Suche nach einem römischen Handelsrecht.[23]

---

[18] *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 219 ff.

[19] Zum Sklavenkauf *Jakab*, s. v. Sklavenkauf, HAS I (2006); lebenstatsächlich: *Trümper*, Slave Markets (2009); *Bradley*, Dialogues d'histoire ancienne Année 41 (2015) 162–163; *Kudlien*, Historia 25 (1986) 240–256; *Serrao*, in: Lo Cascio, Mercati (2000) 31 ff.; umfassend *Gardner*, in: Bradley/Cartledge, History of Slavery I (2011) 414–437; immer noch wertvoll *Buckland*, Slavery (1908) 39–72.

[20] *Misera*, ANRW II.14 550 f.

[21] Zum Weinkauf *Jakab*, Weinkauf (2009); *Jakab*, SZ 116 (1999) 71–111; *Jakab*, JJP 29 (1999) 33–44; *Jakab*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 87–110; *Israelowich*, Hermes 149 (2021) 53–69; *Benítez López*, Venta de vino (1994); *Yaron*, Stud. Zulueta 71–77; *Frier*, SZ 100 (1983) 257–295; *Harder*, FS Bärmann 17–30; *Tchernia*, in: Lo Cascio, Mercati (2000) 223 ff.

[22] Auswahl: *Bang*, Bazaar (2008); *Paturet*, in: Mattiangeli, Emptio-Venditio (2014) 13–36; *Kehoe*, Law and Rural Economy (2007); *Temin*, JRS 91 (2001) 169–181; *Kehoe*, in: Kehoe et al., Transaction Costs (2015) 231–252; *Kehoe/Frier*, in: Scheidel et al., Economic History (2007) 113–143; *Melillo*, Categorie economiche (2000) 43–75; s. auch die Beiträge in: ACop. VII und in Dari-Mattiacci/Kehoe, Economics (2020).

[23] S. z. B. *Paturet*, in: Mattiangeli, Emptio-Venditio (2014) 13–36, sowie die Beiträge in Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018).

Römische Schriftsteller haben für den Praxisgebrauch geschäftsübliche Formulare zusammengestellt. Außer Catos *De Agri Cultura* und Varros *De re rustica*, die jeweils auch kaufvertragliche Regelungen vorformulieren,[24] hat – wie wir u. a. von Cicero[25] und Varro[26] erfahren – Manilius ein speziell kaufrechtliches Werk verfasst (*Venalium vendendorum leges*), von dem freilich nichts überliefert ist. Vertragsbedingungen wurden typischerweise verkäuferseitig gestellt; „Einkaufsbedingungen" kamen wohl nicht vor. Die überlieferten Kaufurkunden werden ausgiebig analysiert, namentlich darauf hin, ob sie Aussagen und Themen der Schuljurisprudenz widerspiegeln oder diese als lebensfremd erkennen lassen. Eine durchgehende Beobachtung geht dahin, dass die in der Rechtsliteratur diskutierten Gestaltungen auch in der Praxis wiederkehren. Mit der gebotenen Zurückhaltung kann man sagen, dass die Rechtsliteratur – die zu erheblichem Teil auch Glasperlenspiel ist – eine brauchbare Annäherung auch für das „law in action" darstellt. **11**

Die Anzahl der edierten Kaufurkunden ist überschaubar.[27] Lateinisch-römische Urkundenpraxis (→ § 8) wird durch die folgenden Dokumente belegt: **12**

Aus dem Archiv der Sulpicier, 1. Hälfte des 1. Jahrhunderts n. Chr.:[28]
TPSulp 42 – Sklavenkauf, Puteoli, 18. März 26 (?)
TPSulp 43 – Sklavenkauf, Puteoli, 21. August. 38[29]
TPSulp 44 – Sklavenkauf, fragmentarisch, Volturnum, undatiert

Aus Herculaneum, überwiegend 2. Hälfte des 1. Jahrhunderts n. Chr.:[30]
TH² 59 + D01 – Sklavenkauf, Herculaneum, 63–64 n. Chr.
TH² 60 – Sklavenkauf, Herculaneum, vor 63 n. Chr.
TH² 61 – Sklavenkauf, Herculaneum, 8. Mai 63 n. Chr.[31]
TH² 62 – Sklavenkauf, Herculaneum, 30. November 47 n. Chr.
TH² A 6 – Sklavenkauf, Herculaneum, ca. 50–70 n. Chr.
TH² D12 – Verkauf von *fructus fundi*

[24] *Carbone*, RDR 2016/17; *Lübtow*, Catos Leges (1957) (= *Lübtow*, Symb. Taubenschlag III 227–441); *Castresana*, FS Knütel 163–182; *Bassanelli Sommariva*, in: Ravenna Capitale (2000) 1–6.
[25] Cic. orat. 1,58,246.
[26] Varro rust. 2,3,5; 2,5,11; 2,7,6.
[27] Für Hilfe bei der Zusammenstellung dieses Verzeichnisses bin ich *Éva Jakab* zu Dank verpflichtet. Überblick bei *Jakab*, in: Jakab, Sale and Community (2015) 213–231; *Meyer*, Legitimacy (2004) 125–168. Zu Sklavenkäufen *Marichal*, in: Lalou, Tablettes à écrire (1992) 165–185; zu Sklavenverkäufen in griechischen Papyri s. *Straus*, Achat et vente (2004).
[28] *Camodeca*, TPSulp.
[29] *Jakab*, in: Cairns/Du Plessis, Legal Humanism (2015) 236 f.
[30] *Camodeca*, TH I; s. auch *Comodeca*, FS Wolf 53–76.
[31] *Romeo*, Appartenenza e alienazione (2010) 131, 411.

Aus den Provinzen:
fIRA III 87 = CIL III p 936,06 (p. 2215) – *emptio puellae*, Dacia, 139 n. Chr.[32]
fIRA III 88 = CIL III p 940,07 (p. 2215) – *emptio pueri*, Dacia, 142 n. Chr.
fIRA III 90 = CIL III 944,08 – *emptio domus*, Dacia, 159 n. Chr.
fIRA III 132 = Meyer, Jur.Pap. 37 = P. Lond. II 229 = ChLA III 200 = CPL 120 – *emptio pueri Seleuciae Pieriae contracta*, 24. Mai 166 n. Chr.[33]
fIRA III 89 = CIL III p 959,25 (p. 1058, 2215) – *emptio ancillae*, Dacia 169 n. Chr.
fIRA III 136 = PSI VI 729 = ChLA 25.782 = CPL 186 – Kauf eines Pferdes, Ägypten, 7. Juni 77 n. Chr.
fIRA III 90 = CIL III p 944,08 – *emptio domus*, Dacia, 159 n. Chr.
fIRA III 140 = P.Ital. II 37 – *instrumentum emptionis*, Ravenna
fIRA III 141 = Mon. Boic. n. 2– *instrumentum venditionis Bavaricum*
fIRA III 134 = SB III 634 = CPL 193 – Ravenna, ca. 151 n. Chr.[34]

Dem römischen Formular folgen diese Urkunden in griechischer Sprache:
P. Yadin 21, 22 – Kauf einer Dattelernte, Maḥoza (Arabia), 130 n. Chr.[35]
fIRA III 133 = BGU III 887 = M.Chr. 272 = CPJ III 490 – Side (Pamphylien), 8. Juli 151 n. Chr.
fIRA III 138 = CPL 344 = P.Dura 26 – Kauf eines Weingartens, 26. Mai 227 n. Chr.
P. Turner 22 – Sklavenkauf, Side (Pamphylien), 142 n. Chr.[36]
R. Tomlin, The Girl in Question, Britannia 34 (2003) 41–51– Kauf einer Sklavin, Ende 1. Jh./Anfang 2. Jh.[37]
AE 1994, 01093 – Londinium, 2. Jh. (Museum of London) – möglicherweise Kauf von Land[38]

Spätantike:
fIRA III 135 = BGU I 316 = M.Chr. 271 – Askalon (Palestina), 12. Okt. 359 n. Chr.
fIRA III 139 = CIL VIII 25902 – *emptio fundi Africana*, 493 oder 494 n. Chr.
Tablettes Albertini, Numidia, 484–496 n. Chr.[39]

---

[32] Zu dieser und den folgenden beiden Tafeln s. *Mattiangeli*, in: Mattiangeli, Emptio-Venditio (2014) 113–127; *Romeo*, Appartenenza e alienazione (2010) 407 ff.; *Jakab*, in: Cairns/Du Plessis, Legal Humanism (2015) 237 f.

[33] Hierzu *Jakab*, SZ 135 (2018) 497 f.; *Eck*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 780.

[34] Hierzu *Jakab*, SZ 135 (2018) 501.

[35] *Chiusi*, in: Czajkowski et al., Roman Provinces (2020) 101–114; der Erwerber versprach eine Mischleistung von Geld und eine Quantität der von ihm abzuerntenden Datteln; die Einordnung als *emptio vendito* ist nicht zweifelsfrei.

[36] Dazu *Hagedorn*, P.Turner 109.

[37] Hierzu auch *Tomlin*, Britannia 34 (2003) 41–51; *Camodeca*, ZPE 157 (2006) 225–230; *Korporowicz*, RIDA[3] 58 (2011) 211–224; *Camodeca*, Scr. Franciosi I 397–404; *Du Plessis*, in: Czajkowski et al., Roman Provinces (2020) 450 f.

[38] *Tomlin*, Pap. Chapman 209–215; *Du Plessis*, in: Jakab, Sale and Community (2015) 171–180.

[39] Die Kaufurkunden betreffen sämtlich Grundstücke mit den Ausnahmen T. Alb. II (Sklaven-

fIRA III 140 = P.Ital. III 37 – *instrumentum emptionis ex Ravenna*, 591 n. Chr.
fIRA III 141 = Mon. Boic. n. 2 – *instrumentum venditionis Bavaricum*, 7. oder 8. Jh. n. Chr.[40]

Auch für den kaufmäßigen Warenumsatz ist für die römischen Provinzen mit einem Nebeneinander von angestammten Rechtsüberzeugungen („Volksrechte") und römischem Rechtsdenken auszugehen (zum Rechtspluralismus → § 8 Rn. 49 ff.). Möglicherweise stand den Parteien im Bereich des Verkehrsrechts eine Art Rechtswahl offen. Speziell für die *emptio venditio* ist die Frage zu stellen, in welchem Umfang und mit welchen Modifikationen stadtrömisches Recht, insbesondere auch das Edikt der kurulischen Ädilen, in den Provinzen lebendig war (→ Rn. 315).[41] **13**

6. Die Stellung des Kaufs in den Lehrsystemen römischer Juristen

Die *emptio venditio* wird von Gaius zu den Konsensualverträgen gerechnet (→ § 24). Da der Kauf als *contractus* bezeichnet wird, bezieht sich die allgemeine Diskussion um diesen Begrif[42] auch auf den Konsensualkauf. Die *emptio venditio* wird von Ulpian im Anschluss an Labeo – neben *locatio conductio* und *societas* – als *contractus*, als *ultro citroque obligatio, quod Graeci synallagma vocant*, bezeichnet (Ulp. 11 ed. D. 50.16.19).[43] Diesem Ausspruch, es wird meist noch Ulp. 4 ed. D. 2.14.7 pr.–2 hinzugenommen, ist in der Forschung viel Aufmerksamkeit zuteil geworden.[44] Es ist schon die Frage, ob hier auf die Herstellung des *consensus* zweier Interessenten Bezug genommen ist (beidseitiger Obligierungsakt) oder auf den Umstand, dass sich beide Kontrahenten gegenseitig verpflichten (beide Teile verpflichtendes Schuldverhältnis); in diese Richtung deutet Gai. 3.137.[45] Weiter ist nicht sicher, ob die (recht unterschiedlichen) Systemvorstellungen und Vertragstheorien, die man in den Text hineingelesen hat,[46] wirklich von diesem getragen werden. Die Hauptbedeutung der Figur scheint in dem Bereich der Vereinbarungen gelegen zu haben, für die ein unmittelbarer Rechts- **14**

---

kauf) und XXXI (Kauf einer Ölpresse); T. Alb. I ist eine Dotalurkunde; zu den Grundstückskäufen s. *Weßel*, Tablettes (2003) 124 ff.

[40] Die FIRA III 137 als *Emptio bovis Frisica* betitelte Urkunde ist vielleicht kein Kauf: *Bowman/Tomlin/Worp*, JRS 99 (2009) 156–170.

[41] S. zum Beispiel *Jakab*, SZ 135 (2018) 489 ff.

[42] Statt aller s. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 444–468, mit Referat des Meinungsstandes 459–468.

[43] → § 90 Rn. 57.

[44] Auswahl: *Gröschler*, Symp. Pieler 51–72; *Dalla Massara*, Causa (2004) 299; *Biscardi*, Labeo 29 (1983) 127, 135; *Pelloso*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 3–100; *Ernst*, Einrede (2000) 61; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 78 ff.; *Gallo*, Synallagma I (1992); *Garofalo*, ACop. VII 424–429; *Fiori*, in: McGinn, Obligations (2012) 45–48; *Zhang*, Contratti (2007) 167–223; *Cannata*, Iura 58 (2010) 33–100.

[45] Zum Begriff der Obligation → § 68.

[46] *Novitskaya*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 105–120; *Gröschler*, Symp. Pieler 51–72.

schutz nicht bestand, wohl mit der Tendenz, unbenannte Austauschvereinbarungen besser zu schützen (→ § 90 Rn. 49 ff.). Dagegen hat für die *emptio venditio* der Synallagma-Begriff offenbar keine Rolle gespielt. Auch in der Sache haben die römischen Juristen eine umfassende Doktrin der Wechselseitigkeit zweiseitiger Leistungsversprechen – was die moderne Dogmatik das (genetische bzw. funktionelle) Synallagma nennt – nicht entwickelt (→ Rn. 52–53).

7. Die Anwendung von Kaufrecht auf andere Geschäfte

15 Das Recht der *emptio venditio* galt ohne weiteres für den Pfandverkauf; dieser erfolgte durch den Pfandgläubiger aufgrund eines mit dem Verpfänder abgeschlossenen *pactum de vendendo*.[47] Der durch *fiducia* (→ § 88) gesicherte Gläubiger verwertete die *res mancipi* durch entgeltliche Manzipation aufgrund eigenen Rechts; für ihn mag ein *pactum de vendenda fiducia* im Spiel gewesen sein.[48] Die *datio in solutum* wurde von manchen Juristen wie ein Kauf behandelt; nach deren Ansicht erhält der Gläubiger hinsichtlich der ihm an Erfüllungs statt gegebenen Sache die Rechtsstellung entsprechend der eines Käufers (Schulenstreit).[49] Der Gedanke wird auch in der Kaiserjustiz aufgegriffen: Ant. C. 8.44.4 (a.212) bejaht einen an den Kauf angelehnten Eviktionsschutz des Erwerbers. Der Quasi-Erwerb einer Sache durch den Beklagten, der die *litis aestimatio* zahlt, wird ebenfalls als kaufähnlich behandelt.[50] Im Teilungsurteil aufgrund der *actio communi dividundo* setzt der Richter für die jeweils zugewiesenen Sachen ein *iustum pretium* fest und verordnet eine Eviktionsstipulation zugunsten des erwerbenden Teils (Paul. 23 ed. D. 10.3.10.2). Bei der Grundstücksteilung soll nach Ant. C. 3.38.1 (a.229) jeder für den ihm zugewiesenen Teil als Käufer angesehen werden. Der Verkauf von Gesamtvermögen zum Vollstreckungszweck begegnet als *venditio bonorum*.[51] Zur Anwendung von Kaufrecht – oder Teilen desselben – auf den Tausch, → Rn. 33. Der Freikauf von Sklaven war ein zweiseitiger kaufähnlicher Vorgang, wenn der Sklave seinem Eigentümer Geld dafür gab, dass dieser ihn freilassen wird; schaltete der Sklave eine Vertrauensperson ein, die mit Geld des Sklaven diesen zunächst kaufen und dann freilassen soll, lag ein sogenanntes Freikaufmandat und, im Verhältnis von Mandatar und Eigentümer, im Grundsatz ein regulärer Sklavenkauf vor.[52]

---

[47] Dazu *Pozsonyi*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 121–136.

[48] → § 46 Rn. 16 f.

[49] *Saccoccio*, Aliud pro alio (2008); *Wimmer*, SZ 129 (2012) 364–391; *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 264–276; *Saccoccio*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 629–699; *Saccoccio*, St. Labruna VII 4893–4912; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 272; ältere Lit. bei *Harder*, Leistung an Erfüllungs statt (1976).

[50] *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 306 ff.; *Wacke*, Actiones praestare (2010) 270 ff.; andere Fälle, in denen die *aestimatio* eine Kaufähnlichkeit aufweist, identifiziert *de Jong*, SZ 135 (2018) 364–394.

[51] Dazu → § 14 Rn. 15.

[52] → § 36 Rn. 64; § 82 Rn. 65 f.; *Heinemeyer*, Freikauf (2013); *Knütel*, s. v. Freikauf mit eigenem Geld, HAS IV (2012); *Finkenauer*, FS Knütel 345–357; *Knütel*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 353–374.

8. Zur Forschungsgeschichte des römischen Kaufrechts

16 In der Gestalt, in der die justinianische Kodifikation das römische Kaufrecht aufbereitet hatte, fand die europäische Jurisprudenz seit dem Mittelalter die Grundlage des Kaufrechts. Von Anfang an wurden die vorgefundenen Regelungen weiter systematisiert und rationalisiert; diesen Tendenzen leistete die justinianische Präsentation Vorschub. Kontingent erscheinende Einzelregelungen wurden nun verallgemeinert und die Haftungsvoraussetzungen (vor allem des Verkäufers) in einer einsichtigeren, abstrakteren Weise reformuliert. Für alle „Fortschritte", die man in diese Richtung machte, bemühte man sich um eine – häufig recht gezwungene – textliche Absicherung. Das aus der Handhabung der Digesten seit dem Mittelalter herausgewachsene Kaufrecht stellt sich schließlich als eine erhebliche Neuformulierung des klassischen römischen Rechts dar. Im Einklang mit den Textexegeten des Mittelalters neigt freilich auch die neuzeitliche romanistische Forschung dazu, diese „Fortschritte" als Leistungen schon der spätklassischen Juristen zu sehen. Damit wird das Kaufrecht der spätklassischen Zeit durchgängig verzeichnet: Es erscheint in vielen Einzelheiten als zu abstrakt-modern, mit rationalen Verallgemeinerungen auf neue Grundlagen gestellt. Als Beispiele können dienen: die Anwendungsbreite des Kaufs, umfassend jeden Sach- wie Rechtskauf (→ Rn. 77–82), die Annahme, die *emptio venditio* sei auch für einen sogenannten „reinen" Gattungskauf in Betracht gekommen (→ Rn. 68), die Interessebestimmung entlang Linien mittelalterlicher Schadenskategorien (→ Rn. 170), die vermeintlich allgemeine Verfügbarkeit der *actio empti* zum Ausgleich von Rechts- und Sachmängeln (→ Rn. 280–294 bzw. Rn. 404–419) sowie die Vorstellung, ein moderner, theoretischer Synallagma-Gedanke hätte das Verhältnis der gegenläufigen Parteipflichten geordnet (→ Rn. 52). Im Folgenden soll gezeigt werden, dass und wie die hoch- und spätklassische Jurisprudenz die Bestände römischen Kaufrechts in unzähligen Einzelheiten eindrucksvoll verfeinert, abgestimmt und abgerundet hat – grundlegende Neuansätze, mit denen man zu den soeben aufgezählten „Designelementen" des Kaufrechts durchgebrochen wäre, kann man der spätklassischen Jurisprudenz m. E. nicht zuschreiben. Außerdem bedarf stärkerer Berücksichtigung, dass noch das spätklassische Recht in einem erheblichen Umfang mit den Rechtwirkungen der *mancipatio* (insb. *auctoritas, dicta in mancipio*) befasst war, die durch die justinianische Kodifikation ausgeblendet wurden.

II. Die *emptio venditio* im Formularprozess

1. Die Bestandteile der Formeln in Überblick und Zusammenspiel

17 Das römische Kaufrecht der *emptio venditio* hat sich in der Durchführung von Formularverfahren und mit Bezug auf diese entwickelt. Die Überlieferungslage ist hierfür insoweit nicht ganz ideal, als viele Einzelheiten formulartechnischer Natur in der justinianischen Kodifikation entfernt oder umgestaltet worden sind. Immerhin behandelt

Gaius in seinen Institutionen an mehreren Stellen Formelbestandteile der Kaufklagen in einer exemplarischen Weise, so dass deren Rekonstruktion mit einer seltenen Gewissheit möglich ist.[53] Das rechtliche Verständnis des Kaufverhältnisses, wie es sich auf der Grundlage des Formularprozesses ausbildete, blieb ganz überwiegend auch noch maßgeblich, nachdem der Übergang auf das Kognitionsverfahren stattgefunden hatte. Im julianschen Edikt (→ § 3 Rn. 15 f.) finden sich die Formeln für den Kauf im XIX. Titel „*De bonae fidei iudiciis*". Mit einer Entwicklung der Formel wird nicht gerechnet; diese dürfte von der erstmaligen Aufstellung des Edikts bis zur hadrianischen Schlussredaktion gleichgeblieben sein. Eine Rechtsschutzverheißung des Prätors fehlte offenbar im Edikt – jedenfalls in seiner unter Hadrian fixierten Gestalt – und konnte fehlen, seitdem man die *emptio venditio* als in das *ius civile* integriert ansah (→ Rn. 3).

18 Als Beispiel diene die *actio empti* beim Verkauf eines Sklaven:[54]

[*demonstratio*:]	
Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem, quo de agitur emit, quia de re agitur,	Was das betrifft, dass Aulus Agerius von Numerius Negidius den Sklaven so und so gekauft hat, worum sich hier der Streit dreht,
[*intentio*:]	
quidquid ob eam rem Numerius Negidius Aulo Agerio dare facere oportere ex fide bona,	was immer in dieser Angelegenheit Numerius Negidius dem Aulus Agerius in guten Treuen zu übereignen oder zu tun schuldet,
[*condemnatio*:]	
eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.	auf das sollst du, Richter, den Numerius Negidius zugunsten von Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht herausstellt, sollst Du freisprechen.

19 Die *demonstratio* bestimmte die Kaufvereinbarung, aus der sich die zivilrechtliche Leistungspflicht ergeben soll, wegen welcher der Beklagte belangt wird. Damit wird das streitgegenständliche Kaufverhältnis, die *res de qua agitur*, fixiert. Durch die *demonstratio* wurde auch die Reichweite der Konsumptionswirkung der *litis contestatio* vorbestimmt. Die *intentio* der Käuferklage bezieht sich auf die zivilrechtliche(n) Leistungspflicht(en) des Verkäufers, die aus dem gültigen Kaufvorfall, wie in der *demonstratio* angesprochen, entsprangen; bei der Verkäuferklage entsprechend. Die *intentio* ist *civilis, in ius concepta*. Es handelt sich um eine *intentio incerta*.[55] Wegen der möglichen judiziellen Konkretisierung der Leistungspflicht(en) geht es nicht um eine binäre Entscheidung des Bestehens oder Nichtbestehens nur einer einzigen, schon vorab bestimmten zivilen Rechtsposition. Das, was verkäuferseitig zu leisten sein konnte, überstreicht eine große Bandbreite (*dare, facere*); es schließt z. B. die Abgabe von Stipulationen (insbesondere von *cautiones*) ein, die Vertragsaufhebung (Ulp. 32 ed.

[53] S. *Ernst*, FS Mayer-Maly (2002) 159–174.
[54] Zur Rekonstruktion → § 78 Rn. 34–40.
[55] Grundlegend *Selb*, Formeln (1974).

D. 19.1.11.5), die Abtretung von Klagen, die Depurierung der Kaufsache von bestehenden Pfandrechten (nicht nur beim Pfandverkauf)[56] oder die Rücknahme der Kaufsache (→ Rn. 120). Für den Käufer kommt z. B. das Geltenlassen eines Pachtverhältnisses in Betracht (→ Rn. 424). Das vielgestaltige *dare facere oportere ex fide bona* wird in der *condemnatio* in eine Zahlungsschuld umgesetzt. Während der Verpflichtungsinhalt, den der Judex zu konkretisieren hat und aufgrund dessen dann die Verurteilung erfolgen kann, plastischer Natur war, war die *condemnatio* – wie üblich – binär gestaltet. Die Klausel erlaubte keine *condemnatio ex bono et aequo*. Die Formel gewährte daher „in der *intentio* dem Richter durch die Erlaubnis, Grund und Umfang *ex fide bona* zu prüfen, den weitest nur denkbaren Ermessensspielraum … ; in der *condemnatio* wies die Formel den Richter hingegen an, den sich aus der *intentio* ergebenden Anspruch ohne weitere Veränderung in Geldwert auszudrücken".[57] Es ist nicht gesichert, ob im Hinblick auf die spätere Bezifferung des klägerseitigen Interesses eine *taxatio* möglich war, bei welcher der Kläger einen Maximalbetrag angab, der dann – unter dem Vorbehalt prätorischer Korrektur – in die *condemnatio* eingeschaltet wurde;[58] auch → Rn. 160.

2. Die möglichen Parteien

a. Erfordernisse für die Parteistellung

Keine der Parteien musste römischer Bürger sein; nur soweit die *actio empti* bzw. *venditi* vor den *praetor urbanus* gebracht wurden, wird die Bürgerstellung beider Parteien erforderlich gewesen sein. **20**

Der Kauf durch/an einen *pupillus sine tutoris auctoritate* hat die römischen Juristen unter verschiedenen Gesichtspunkten beschäftigt. Im Grundsatz kann der *pupillus* aus dem Geschäft nicht in Anspruch genommen werden; er selbst erwirbt jedoch die seiner Parteirolle entsprechende Vertragsberechtigung (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.29), die er aber nur durchsetzen kann, wenn er seinerseits zur Erfüllung bereit ist (Paul. 5 quaest. D. 18.5.7.1).[59] Der im Hinblick auf Inst. 1.21 pr. geprägte Ausdruck *negotium claudicans* ist nicht klassisch. Hatte der Käufer die Kaufsache vom *pupillus sine tutoris auctoritate* erhalten, stellt sich die Frage, ob er *pro emptore* ersitzt.[60] Der Verkauf durch oder an einen *furiosus* ist nichtig (Paul. 54 ed. D. 41.4.2.16; Paul. sent. 2.17.10.). **21**

Gewisse Personen waren oder wurden im Laufe der römischen Rechtsentwicklung von bestimmten Kaufgeschäften ausgeschlossen. Vormünder durften keine Sachen ih- **22**

[56] Dazu *Klingenberg*, Lib. Am. Krampe 193–213, insb. zu Iul. 2 Urs. Fer. D. 18.1.41 pr.

[57] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 242.

[58] Eher bejahend *Grzimek*, Taxatio (2001) 50–54, dort auch S. 43 f. zu Diocl./Max. C. 4.49.4 (a.290); hierzu auch *Harke*, Iuris prudentia (2019) 166 f.; s. schon *Lenel*, EP 154 Fn. 3.

[59] Dazu *Ernst*, Einrede (2000) 29 f.

[60] S. z. B. den viel behandelten Text Paul. 54 ed. D. 41.4.2.15; dazu etwa *Wacke*, TR 64 (1996) 309–357; *Carvajal Ramírez*, in: Castresana, Defectos (2014) 13–43; *Jakobs*, FS Flume 58 ff.; *Carvajal Ramírez*, REHJ 33 (2011) 145–171.

rer Mündel kaufen (Paul. 33 ed. D. 18.1.34.7).[61] Für den Fall einer notwendig fehlschlagenden Veräußerung eines Dotalgrundstücks durch den Ehemann kommt die Möglichkeit in den Blick, dass der beim Tod der Frau eintretende Verfall des Dotalvermögens an den Ehemann zur Konvaleszenz führt (Pap. 3 quaest. D. 41.3.42; Marcian. 7 dig. D. 23.5.17).[62] Nicht näher behandelt werden hier weitere Besonderheiten von Kaufverhältnissen, die sich aus Eigentümlichkeit des römischen Personenrechts ergaben, wie z. B. die Unmöglichkeit von Kaufgeschäften zwischen Vater und Haussohn, unter Ausnahme der *res castrenses* (→ § 34 Rn. 39 ff.); Ulp. 1 Sab. D. 18.1.2 pr.

23 Im Verlauf der römischen Antike mehren sich gesetzliche Verkaufsverbote mit Bezug zur Staatsverwaltung; diese seien hier nur auswahlweise und kursorisch erwähnt: Provinzialbeamte dürfen kaufweise nur Lebensbedürfnisse decken (Ulp. 1 off. procons. D. 1.16.6.3).[63] Amtsträger dürfen kein Verwaltungsvermögen veräußern (Marcian. del. sing. D. 18.1.46). Militärangehörige durften in ihren Provinzen kein Land erwerben (Marcian. 3 inst. D. 49.16.9 pr.).

b. Verkauf/Kauf durch Sklaven, Gewaltunterworfene oder freie Mittelspersonen

24 Beim Abschluss der Kaufvereinbarung können auf Verkäufer- wie auf Käuferseite Sklaven stehen.[64] Ist eine Kaufpartei Sklave, so fällt die Aktivberechtigung dem *dominus* an, während für dessen Inanspruchnahme die kaufrechtlichen *actiones* als adjektizische Klagen gewährt wurden (→ §§ 101–103).[65] Haftete der *dominus* dabei nur beschränkt (z. B. *dumtaxat de peculio*), so musste der Gegner seinerseits nur gegen vollständigen Empfang des ihm Geschuldeten leisten (Paul. 5 quaest. D. 21.1.57 pr.; Paul. 7 Plaut. D. 12.1.31.1).[66] Entsprechendes galt beim Verkauf durch/an Gewaltunterworfene.

25 Eine freie Person kann nicht für einen anderen kaufen. Nimmt jemand einen Kauf zugleich für sich und einen Dritten vor, soll nach Iav. 11 epist. D. 18.1.64 der Kauf allein für den Auftretenden aufrechterhalten werden; die gewollte Beteiligung des Dritten auf Erwerberseite wird ignoriert.[67] Aus Kaufverträgen, an denen ein Geschäftsleiter oder Kapitän beteiligt ist, kann dessen Vertragspartner womöglich mittels der *actio institoria* bzw. der *actio exercitoria* gegen den dahinterstehenden Geschäfts- bzw. Schiffseigner vorgehen (→ § 104). – Bei einer heute sogenannten indirekten oder mittelbaren (wirtschaftlichen) Stellvertretung kauft oder verkauft ein Beauftragter (zum Auftrag

[61] Einzelheiten zum Insichgeschäft des Tutors → § 31 Rn. 65.

[62] S. *Stagl*, Favor dotis (2009) 257 ff.

[63] Zur kaiserrechtlichen Weiterentwicklung dieses Verbots s. *Liebs*, in: Avenarius, Hermeneutik (2008) 172.

[64] Dazu → § 36 Rn. 14, sowie insb. *Rainer*, CRRS IV.2/5/6 1–40.

[65] Probleme, die sich ergeben, wenn am kaufenden Sklaven ein *ususfructus* besteht, behandelt *Sturm*, Ausgew. Schr. II 751–769, auf der Grundlage von Gai. 7 ed. Prov. D. 41.1.43.2, Ulp. 18 Sab. D. 7.1.25.1, Ulp. 17 Sab. D. 7.1.12.5 sowie Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.10.

[66] *Ernst*, Einrede (2000) 26 ff.

[67] *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 109 f.; *Eckardt*, Iavoleni epistulae (1978) 78–80.

→ § 82) eine Sache für seinen Prinzipal bzw. Mandanten, der für den Preis aufkommen und die Sache erhalten bzw. seine Sache abgeben und hierfür den Kaufpreis weitergeleitet bekommen soll.[68] Das Kaufgeschäft findet hier im Grundsatz zwischen dem Beauftragten und seinem Geschäftspartner statt, doch ergeben sich aus dem Handeln im Auftrag zahlreiche Besonderheiten auch für die Abwicklung des Kaufs.[69] Zum Beispiel erhält beim Verkaufsauftrag über *res mancipi* der Käufer aufgrund seines Geschäfts und der Verkaufsermächtigung des Eigentümers bonitarisches Eigentum; er kann die eventuelle Vindikation des Eigentümers abwehren (Ulp. 76 ed. D. 21.3.1.2).[70] Vom Verkauf durch einen *procurator* unter Beigabe einer Eviktionsgarantie handelt instruktiv Ulp. 32. ed. D. 19.1.13.25. In Paul. 32 ed. D. 17.1.26.7 und Afr. quaest. D. 47.2.62.5 wir der Fall diskutiert, dass der vom Einkaufskommissionär erworbene Sklave diesen bestiehlt. Ulp. 4 ed. D. 2.14.16.1 behandelt den Fall, dass der Eigentümer sich mit dem Erwerber auf eine Rücknahme des Sklaven verständigt, wodurch für denjenigen, der in seinem Auftrag verkauft hatte, die *actio venditi* undurchsetzbar wird.[71] Zur Sicherung des Käufers durch die *satisdatio secundum mancipium* → Rn. 254–263. – Ein Kaufauftrag zum Sklavenkauf kam auch derart vor, dass der Sklave selbst einen Dritten beauftragte, ihn mit vom Sklaven gestelltem Geld zu kaufen und anschließend freizulassen.[72]

c. Personenmehrheiten im Kaufverhältnis

Im Prozess steht auf der Kläger- wie auf der Beklagtenseite zwingend lediglich eine Person. Das Auftreten von Personenmehrheiten auf Verkäufer- und Käuferseite war prozessual in Klagen von einzelnen Käufern/Verkäufern gegen einzelne Verkäufer/Käufer zu bewältigen. Grundsätzlich konnte dabei jeder aus der Vertragspartnermehrheit auf das Ganze (*in solidum*) verklagt werden; die Klagemöglichkeit gegen die anderen entfiel erst mit Erhalt der Leistung (Solutionskonkurrenz).[73] Marcell. 6 dig. D. 19.2.47 bringt eine Weiterentwicklung: Soweit jeder von mehreren Käufern oder Pächtern zahlungsfähig ist, können sie ihre Verurteilung auf den auf sie entfallenden Kaufpreisteil beschränken.[74] Die Frage der Einzel- oder Gesamtwirkung von *exceptiones pacti* erörtert Paul. 3 ed. D. 2.14.17.5. Auf Käuferseite ergibt sich eine Personenmehrheit eigener Art, wenn der Käufer ein *servus communis* ist (vgl. etwa Ulp. 1 ed. aed. cur. D 21.1.31.7,8). Rechtsfragen von Käufer- bzw. Verkäufermehrheiten wurden insbesondere noch für die Sachmängelhaftung behandelt (→ Rn. 334–335).[75] **26**

[68] *Briguglio*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 53–108; *Miceli*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 109–170; *Finkenauer*, SZ 125 (2008) 479 ff., zu Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.25.

[69] *Wieling*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 235–267; *Hofstetter*, Mel. Wubbe 161–177.

[70] S. etwa *Miquel*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 275; zum beispielhaften Fall von Ulp. 16 ed. D. 6.2.14 s. *Krampe*, Ess. Pool 182–189.

[71] Dazu *Finkenauer*, Iura 68 (2020) 104–106.

[72] → Rn. 15 Fn. 52.

[73] So die h. M., s. *Kaser/Hackl*, RZ 306 Fn. 41.

[74] Dazu *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 18, 263, 266 ff.; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 193 f., sieht eine Übertragung des *beneficium cedendarum actionum* auf den Kauf.

27 Eine Personenmehrheit auf Verkäufer- und Käuferseite entsteht nachträglich, wenn der Verkäufer oder der Käufer stirbt und eine Erbengemeinschaft an seine Stelle tritt. Die durch die *emptio venditio* begründete Rechtsstellung von Käufer und Verkäufer ist aktiv und passiv vererblich. Aufgrund des Satzes *nomina ipso iure divisa* (→ § 58 Rn. 20 ff.) trifft Miterben des Käufers eine individuelle Haftung nur auf den auf sie entfallenden Kaufpreisanteil; klagt einer der Miterben gegen den Verkäufer, kann dieser seine Leistung freilich von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig machen (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.8 und Ulp. 1 ed aed. cur. D. 21.1.31.8).[76]

28 Wo eine Sache im Miteigentum stand (→ § 47), konnten mehrere parallele Verkäufe *pro parte* erfolgen: Jeder Verkäufer verkauft in einem je eigenen Geschäft seinen Anteil an denselben Käufer;[77] er haftet an sich auch nur für den von ihm verkauften Anteil, doch konnte eine Solidarhaftung der mehreren Verkäufer vertraglich übernommen werden.[78] Solche Verkäufe durch mehrere Miteigentümer scheinen insbesondere bei Grundstücken vorgekommen zu sein – möglicherweise ein Reflex von vorangegangenen Teilungen im Erbgang. Der justinianische Codex bringt fünf Kaiserkonstitutionen zum Verkauf gemeinschaftlicher Sachen unter dem Titel *De communium rerum alienatione* (C. 4.52).

29 Zu den Handelsgesellschaften der Sklavenwirtschaft, den *societates ad emendum* bzw. *vendendum certam rei* → § 81 Rn. 6. Zum Kauf bzw. Verkauf durch *universitates* → § 32 Rn. 26.

30 Von jeder der beiden Seiten wurden nicht selten Bürgen (*fideiussores*) gestellt (→ § 73); auf Käuferseite für die Kaufpreiszahlung (Paul. 4 epit. Dig. D. 18.1.40.2; Alf. 2 dig. D. 44.1.14; Pomp. 35 Sab. D. 46.3.26), auf Verkäuferseite typischerweise für den Eviktionsfall (Eviktionsbürgen), z. B. Diocl./Maxim. C. 8.44.31 (a.294).[79] Die Inanspruchnahme solcher Bürgen erfolgte prozessual in getrennten Verfahren (*condictio* bzw. *actio ex stipulatu*), für die auch ein anderer Judex eingesetzt wurde. Die Frage der Akzessorietät wird z. B. für den Fall der Vertragsaufhebung in Paul. 33 ed. D. 18.5.3 behandelt.

3. Zum Verfahren *in iure*: Auswahl und Ausgestaltung der Formel

a. Auswahl der Formel: „Passte" die *actio empti* (*actio venditi*)?

31 *In iure* wird vor allem über die richtige Formel und deren eventuelle Anpassung an die besonderen Umstände und Anliegen verhandelt.[80]

---

[75] *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 265 ff.; *Tafaro*, Labeo 19 (1973) 31–41.

[76] Ausf. *Ernst*, Einrede (2000) 36–38.

[77] Argumentum Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.10; noch → Rn. 325–326, 331.

[78] So vielleicht in den Kaufurkunden aus Ravenna; z. B. P.Ital. 34.11: *singuli et in solidum [n]os oblig[antes atque] [fidedicentes …]*.

[79] → Rn. 254; → § 20 Rn. 5.

[80] Zum Verfahren *in iure* → § 12.

In der *editio actionis* wird der Kläger die *actio empti* bzw. die *actio venditi* benennen. **32**
Zu der vor und mit dem Prätor geführten Verhandlung gehörte die Klärung, ob Rechte aus der vereinbarten Transaktion mittels einer *actio empti* bzw. *venditi* oder mittels einer anderen *actio* geltend zu machen waren. Nebenabreden konnten dazu führen, dass das Geschäft sich nicht mehr als *emptio venditio* qualifizieren ließ.[81] Wenn es sich nicht um eine glatte Kauftransaktion handelte, konnte die Klage aus dem Kauf möglicherweise durch die Erweiterung *praescriptis verbis* modifiziert werden (→ Rn. 37–38); möglicherweise war aber auch eine für einen anderen Vertrag (z. B. *locatio conductio*; → § 80) aufgestellte Formel passend; schließlich konnte in den Bereich von Innominatvereinbarungen ausgewichen werden (→ § 90). Von Grenzfällen dieser Art, die in vielfältiger Weise vorkamen, seien drei besonders bekannte herausgehoben:

Die Frage, ob der Sachtausch als *emptio venditio* zu erfassen war, wurde von den **33**
römischen Juristen kontrovers beantwortet. Es handelte sich um einen Schulenstreit; dieser ist bei Gaius abgebildet (Gai. 3.141). Da es sich um einen besonders prominenten Fall des Gegensatzes von Proculianern und Sabinianern handelt, wird das Thema eindringlich erforscht (→ § 90 Rn. 25 ff.).[82] Die Proculianer verlangten, dass die für die Sache vereinbarte Gegenleistung in Geld bestehen muss, während Sabinus und Cassius darauf verzichten wollten und die Tauschabrede an der Klagbarkeit des Kaufs teilnehmen liessen. Dem Argument, damit verliere man die Möglichkeit, Preis und Ware zu unterscheiden, wurde von Caelius Sabinus mit der Begründung widersprochen, dass als Verkäufer derjenige gelten sollte, der seine Sache zur Veräußerung angeboten hatte. Paulus vertieft die proculianische Position mit dem Hinweis auf die Asymmetrie in den Leistungspflichten von Verkäufer und Käufer: Der Verkäufer schuldet nur die Gewährung des *habere licere*, während der Käufer den Verkäufer zum Eigentümer der gezahlten Münzen machen muss (Paul. 32 ed. D. 19.4.1.1). Die Erfassung des Tauschs, wie sie sich auf der Grundlage der proculianischen Meinung entwickelte[83] (diese bestätigt schließlich auch durch Inst. 3.23.2[84]), gehört in den Bereich der Innominatverträge (→ § 90). Dies gilt auch für das Geschäft, bei dem eine Sachleistung gegen eine Werkleistung erbracht wird. Der Hingabe eines Grundstücks an einen Bauunternehmer, der

[81] So Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 18.1.80.3 für die Vereinbarung, dass Eigentum nicht (nie?) auf den Erwerber übergehen solle; zu diesem Text → Rn. 236, sowie *Peters*, SZ 96 (1979) 203; *Harke*, Irrtum (2005) 198 f.; *Zhang*, Contratti (2007) 143–145.

[82] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 263–272 und 525–531; *Aubert*, Et. Andreau 109–120; *Nicosia*, Iura 62 (2014) 24 ff.; *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 215 ff.; *Blaho*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 53–60; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 208–211; *Falcone*, AUPA 58 (2015) 42 ff.; *D'Alessio*, Denaro (2018) 43 f. u. passim; *Behrends*, Ausgew. Aufs. I 629–652; *Möller*, FS Liebs 459–463; *Du Plessis*, in: Czajkowski et al., Roman Provinces (2020) 455–459; alle mit Nachw. älterer Literatur.

[83] S. *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 232 ff., dort auch zu Gord. C. 4.64.1 (a.238) und Diocl./Max. C. 4.64.7 (a.294); diese Konstitutionen sind auch behandelt bei *Aubert*, Et. Andreau 117–119.

[84] Der *permutatio* sind Titel in den Digesten (19.4) und im Codex (4.64) gewidmet.

im Gegenzug ein anderes Grundstück des Gebers bebauen wird, wird der Kaufcharakter abgesprochen von Ner. 1 resp. D. 19.5.6; mit einer gewissen Variation kann das Geschäft aber unter den Kauf gebracht werden (Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.1).[85]

34 Sollte der Erwerber eine Sache erhalten, die vom anderen Teil erst herzustellen war, stellte sich ein Abgrenzungsproblem zur *locatio conductio* (*operis*) (→ § 80 Rn. 58 ff.).[86] Wird das Material vom Hersteller beigebracht, war nicht zweifelhaft, dass *ex conducto* geklagt werden muss. Kommt das Material vom Abnehmer, bestand ein Meinungs- und möglicherweise Schulenstreit: Cassius wollte das Geschäft in zwei Verträge aufspalten, in einen Kauf des Materials und in eine *locatio conductio* über die Herstellung (Gai. 3.147). Die Gegenmeinung, die eine einheitliche *emptio venditio* annahm,[87] setzte sich durch und wurde schließlich durch Justinian bestätigt (Inst. 3.24.4). Wo freilich der Eigentumserwerb des Abnehmers ohne gewillkürte Übereignung stattfand, wurde eine *locatio conductio* angenommen, nämlich beim Bau eines Gebäudes auf dem Grundstück des Abnehmers mit Material des Unternehmers (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.20) oder bei der Ausbesserung von Kleidung mit Faden/Stoff des Unternehmers.

35 Ein *in perpetuum* geschlossener Vertrag über die Vergabung von Munizipialgrundstücken ist trotz Zweifeln nicht Kauf, sondern *locatio conductio* (Gai. 3.145).[88] – Gaius erkennt die Möglichkeit an, dass ein Geschäft abhängig von Eintritt bzw. Ausfall einer Bedingung als *emptio venditio* oder als *locatio conductio* zu qualifizieren sein kann (Gai. 3.146: Gladiatoren gelten als vermietet, falls sie überleben; als gekauft, wenn sie im Kampf fallen); es musste also nicht *praescriptis verbis* geklagt werden.[89] Die Möglichkeit einer solchen zunächst pendenten Qualifikation mag zuvor bestritten gewesen sein.

36 In erheblichem Umfang wurden Fallkonstellationen, in denen ein Verkaufsvorgang eine Rolle spielte, mit anderen *actiones* als mit den *actiones empti* bzw. *venditi* aufgelöst. Diese Klagen stammen vor allem aus dem Bereich, den wir heute als Deliktsrecht klassifizieren. Hier sind insbesondere Fälle zu nennen, in denen dem Käufer mit der *actio doli* gegen den Verkäufer geholfen wird.

b. *Agere praescriptis verbis* bei den Kaufklagen

37 Für ein und dasselbe Kaufverhältnis kann mittels der auf die *bona fides* gestellten *intentio* sukzessive eine Mehrzahl von Leistungspflichten Anlass zur gerichtlichen Ver-

[85] Dazu *Paricio*, FS Knütel 849–854; → § 90 Rn. ■.

[86] *Gröschler*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 59–76; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 299–304; *S. Longo*, Index 38 (2010) 291–336; *Corbino*, in: Garofalo/Zhang, Tradizione e modernità (2017) 117–128; Cochis, RDR 3 (2003).

[87] Z. B. Iav. 9 epist. D. 18.1.65 und dazu *Ernst*, SZ 114 (1997) 310–334; *Eckardt*, Iavoleni Epistulae (1978) 167 ff.

[88] S. *Longo*, Locare (2012).

[89] Dazu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 296 ff.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 183 Fn. 30; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 120–124.

folgung geben. Dies war unter dem Gesichtspunkt der Konsumption problematisch (→ § 12 Rn. 16 f., § 13 Rn. 91): Wenn etwa der Käufer die *actio empti* anstellen muss, um den Verkäufer nur wegen einer ganz bestimmten „Nichterfüllung" verurteilen zu lassen, wird er sich die Klage unter Umständen für spätere Leistungen offenhalten wollen. Hierzu bediente sich der Kläger einer *praescriptio pro actore*. Deren Verwendung wird von Gaius so geschildert (Gai. 4.131a): Ein Käufer verlangt mit der *actio empti* die Manzipation des verkauften *fundus*; er wird später möglicherweise noch die *tradito* der *vacua possessio* (oder andere Leistungen) verlangen müssen. Indem vorangestellt wird *ea res agatur de fundo mancipando*, wird die Klage als Teilklage deklariert und verhindert, dass die Klage mit ihrer *incerta intentio* (*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*) insgesamt konsumierend wirkt.[90] Lenel vermutete, dass das Edikt zu diesem Zweck eine Standard-*praescriptio* für alle *bonae fidei iudicia* bereithielt (→ § 78 Rn. ■).[91]

Für den Gesamtverkauf mehrerer Sachen (mehrere Sachen/ein Gesamtpreis) stellte **38**
sich ein vergleichbares Problem. Das Geschäft wird als einheitliches begriffen, dem auch nur eine einzelne *actio empti* (bzw. *actio venditi*) entsprach. Nach einem Bericht des Gaius (Gai. 4.59) sollen Labeo und andere Juristen beim Kumulativverkauf eine Klage auf nur einen von zwei Kaufgegenständen gutgeheißen haben, die auch der späteren Anstellung einer anderen Klage wegen des zweiten Gegenstands nicht entgegenstehen sollte. Dies geschah dadurch, dass in der *demonstratio* nur einer der Gegenstände genannt wurde; eine *praescriptio pro actore* war bei diesem Vorgehen entbehrlich.[92] Für eine Beschränkung des Streitgegenstandes kamen also im Grundsatz sowohl die Fassung der *demonstratio* als auch die Formelfassung *praescriptis verbis* in Betracht. Es verhielt sich damit anders als bei der Stipulation, für die nach Ulp. 46 Sab. D. 45.1.29 der Grundsatz *tot stipulationes quot res* galt: für jeden Gegenstand stand eine eigene *condictio/actio ex stipulatu* zur Verfügung (→ § 21 Rn. 11). Trotz der Klagenbeschränkung auf einen der Kaufgegenstände konnte der Umstand, dass es sich um einen Gesamtverkauf handelte, berücksichtigt werden: Bei Störungen, die sich auf einen der Kaufgegenstände beziehen, wurde gefragt, ob es auf eine Gesamtbetrachtung ankommen soll, so dass etwa die Mindergröße eines der Grundstücke durch eine größere als die vereinbarte Fläche des anderen Grundstücks ausgeglichen wird, oder ob die Störung dem Käufer Rechte gibt ohne Rücksicht auf den anderen Kaufgegenstand (Paul. 2 quaest D. 19.1.42).[93] Probleme warf der gemeinsame Verkauf von mehreren Sachen vor allem im Hinblick auf die Interessebestimmung[94] und das ädilizische Edikt auf;

[90] S. auch *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 57 ff., 63 f. m. Nachw.

[91] *Lenel*, EP 154 f.

[92] Ulp. 23 ed. D. 19.1.33 wird bisweilen als Bestätigung genommen, doch ergibt dieses Fragment sicher nur das Vorkommen des Verkaufs mehrerer Sachen zum Gesamtpreis; dazu *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 277, 278 Fn. 44.

[93] *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 40–45, mit teilw. zu weitreichenden Interpolationsannahmen.

[94] *Tafaro*, Labeo 19 (1973) 31–41.

s. Afr. 6 quaest. D. 21.1.34.1; Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.14 und dazu → Rn. 323, Rn. 400. Die mehreren Gegenstände können, müssen übrigens nicht „zusammengehören" und eine sogenannte „Gesamtsache", ein *corpus ex distantibus*, bilden (Beispiel: die Quadriga).[95]

39 Die Möglichkeit, dem Inhalt von *pacta* mit den *actiones* für die *emptio venditio* Durchsetzbarkeit zu verleihen, war nicht unbegrenzt (zur aktionenrechtlichen Durchsetzung von ergänzenden *pacta* → Rn. 59). Gab es eine genaue Grenze zwischen solchen Vertragsvereinbarungen, die noch im Rahmen der *bona fides*-Klausel der *demonstratio* berücksichtigt werden konnten, und solchen Gestaltungen, die nur aufgrund einer Formelerweiterung *praescriptis verbis* geltend gemacht werden konnten?[96] Es liegt nahe, hier entscheidende Bedeutung dem Umstand beizumessen, dass der *emptio venditio* Klagbarkeit verliehen war als einer Standardtransaktion, deren Bedeutung sich jedermann ohne weiteres erschließt. Dies muss auch für die dem Geschäftsverkehr bekannten, vertypten Nebenabreden (*lex commissoria, in diem addictio* usw.) gegolten haben. Wo es nicht mehr um die Ausdeutung einer solchen Standardtransaktion ging, wo mithin die Verkehrsanschauung keine Beurteilung bereithielt, sondern eine für sich einzigartige Transaktion die Grundlage bildete, war der Anwendungsbereich der direkten *actiones empti* und *venditi* verlassen. Dies wird insbesondere auch in Fällen gegolten haben, wo sich hinsichtlich der *demonstratio* Zweifel aufdrängten, ob wirklich im Sinne des Edikts verkauft bzw. gekauft war.[97] Das Abstellen auf das *bona fide* Geschuldete wirkte damit zugleich als Triebkraft für die Innovation wie als deren Begrenzung, insoweit nur das Verkehrsübliche berücksichtigt werden konnte. Aufgrund der Elastizität der *actiones empti* und *venditi* wird die Grenze beweglich gewesen sein.

c. *Exceptiones*

40 Seit langem umstritten ist die Frage, ob der Judex Einwände, die bei einem Verfahren mit *intentio certa* nur mittels *exceptio* Berücksichtigung finden könnten, im Rahmen seines Ermessens berücksichtigen konnte, ohne dass *in iure* eine *exceptio* in die Formel eingesetzt worden wäre.[98] Das Thema wird unter dem Schlagwort von der Inhärenz der

[95] *Mayer-Maly*, Est. d'Ors II 853–867; s. auch *Daubermann*, Sachgesamtheit (1993).

[96] *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 276 u. öfter, rechnet mit einer weitgehenden Austauschbarkeit und auch mit einem gelegentlichen Nebeneinander von einem Formeleingang *praescriptis verbis* und einer gleichzeitigen Konkretisierung der *demonstratio* im selben Fall; auch → § 90 Rn. 15 ff.

[97] Ulp. 11 ed. D. 18.1.50 behandelt den Ankauf einer Bibliothek unter der Bedingung, dass die Stadt ein Grundstück (für deren Aufstellung) verkauft. Zum Eintritt dieser Bedingung kommt es wegen des Käufers nicht. Labeo bejahte eine *actio praescriptis verbis*, wogegen Ulpian die direkte Anwendbarkeit der *actio venditi* befürwortet, vielleicht wegen einer Fiktion des treuwidrig verhinderten Bedingungseintritts. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 71–78, nimmt hier die formeltechnische Isolierung der Bedingung *praescriptis verbis* an; s. auch *Thomas*, RIDA[3] 26 (1979) 418 f.; weiterhin *Behrends*, St. Labruna I 361–385; außerdem *Pennitz*, Periculum (2000) 84–87; *Gallo*, Synallagma I (1992) 194 f.

[98] Speziell den Kauf betreffend nur Iul. 33 dig. D. 30.84.5; s. im Übrigen Iul. 13 dig. D. 12.2.40;

exceptio doli (*generalis*) diskutiert (→ § 107 Rn. 10, § 106 rn. 6 ff.). Für die klassische Zeit geht man im Ergebnis davon aus, dass der Richter auch ohne eingeschaltete *exceptio doli* die *absolutio* auf einen klägerseitigen *dolus* stützen konnte. Ob dazu das *oportere* im Hinblick auf den klägerseitigen *dolus* verneint wurde (h.M.)[99] oder ob trotz Bejahung des zivilrechtlichen *oportere* der Judex seine *absolutio* auf das *officium iudicis* stützte, wie Lenel angenommen hat,[100] sei hier dahingestellt. Jedenfalls galt der Judex „als ermächtigt, einen prätorischen Absolutionsgrund auch ohne prätorische Anweisung zu berücksichtigen".[101] Nicht unplausibel ist die Annahme, dass die *exceptio doli* in solchen Fällen entbehrlich war, in denen dem Kläger ein Verstoß gegen den generellen Standard redlichen Verkäufer- bzw. Käuferverhaltens vorgeworfen wurde, wogegen eine Treuwidrigkeit, die sich situativ aus einer besonderen Konstellation jenseits der Standard-Kaufbeziehung ergab, vom Judex nur aufgrund einer eingeschobenen *exceptio doli* zu berücksichtigen war.[102] Eine andere Wirkungsweise hatte die *dolus abesse*-Stipulation (*cautio de dolo*), indem sie eine gegenläufige Klage *ex stipulatu* ermöglichte; ihr Gebrauch deutet auf einen Rechtszustand hin, in dem ein *dolus* die Klagen aus dem Kauf nicht ohne weiteres zu entkräften vermochte.[103]

Von einer Inhärenz wird auch für die *exceptio pacti* ausgegangen, doch ist diese **41**
Annahme bestritten worden (Grosso) (Einzelheiten → § 107 Rn. 8). Hier macht sich der Gesichtspunkt geltend, dass das *pactum* mitvereinbart ist: *bona fides exigit, ut quod convenit fiat* (Iav. 11 epist. D. 19.2.21). Das Wirksamwerden der *exceptio* wird daher auf der entsprechenden, *pactum*-gerechten Ausdeutung des *oportere* beruht haben. Ob der Beklagten auch hier die Formel vorsorglich um eine *exceptio pacti* erweitern konnte, ist eine andere, wohl nicht eindeutig zu entscheidende Frage.[104] Die einredeweise Entkräftung einer Klage war auch insofern möglich, als sich das Klagebegehren selbst auf ein angebundenes *pactum* stützte (→ Rn. 57–59); s. insb. Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.5 zur Entkräftung eines als Preisnachlass verstandenen *pactum* mittels der *exceptio legis Cinciae*. Wiederholt findet man den Ausspruch, im *bonae fidei iudicium* zeichne sich die *exceptio* durch eine Wirkung *ipso iure* aus, so für den Kauf in Iul. 3 Urs. Fer. D. 19.1.28: Die Redeweise wird man am ehesten so zu verstehen haben, dass man hier nicht auf den Prätor angewiesen war, dieser also nicht durch *denegatio actionis* (→ Rn. 43–45) oder Einfügung einer *exceptio* intervenieren musste.[105]

Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.3 (= Frg. Vat. 266); Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.7; Pap. 8 quaest. D. 12.6.56; Marcian. 3 reg. D. 12.6.40 pr.; Ant. C. 2.3.5 (a.213).

[99] *Kupisch*, FS Huber 401–421, mit umfassenden Nachw.; *Metro*, Scr. Franciosi III 1731–1753.

[100] *Lenel*, Ges. Schr. I 79 ff.: *exceptio doli* wird vom Richter kraft seines *officium* subintelligiert. Nach *Lenel* verhinderte die *exceptio* „die Condemnation, ohne doch das civile *oportere* zu zerstören" (S. 95).

[101] *Lenel*, Ges. Schr. I 96.

[102] Grundlegend *Finkenauer*, Iura 68 (2020) 77–136.

[103] Zu ihnen schon *Beck*, FG Simonius 17; speziell zu Ulp. 11 ed. D. 4.3.7.3 s. *Lambrini*, Dolo generale (2010) 51 ff.

[104] Zuletzt wieder *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 206.

[105] *Lenel*, Ges. Schr. I 99 u. passim.

42 Nur für solche Exzeptionen kam die Inhärenzlösung in Betracht, bei denen der Einredetatbestand impliziert, dass das klägerische Begehren vom Judex auch ohne ausdrückliche Ermächtigung durch den Prätor abgewiesen werden darf. Dies wird bei den *exceptiones doli, metus*[106] und *pacti* der Fall gewesen sein. Für alle übrigen Exzeptionen ist davon auszugehen, dass es eines entsprechenden Formeleinschubs bedurfte.[107]

d. *Denegatio actionis* bei den Kaufklagen

43 Die Möglichkeit einer *denegatio actionis* (→ § 12 Rn. 5) als Ergebnis des Verfahrens *in iure* bestand auch für die Kaufklagen. Es ist fraglich, ob und unter welchen Voraussetzungen (und mit welchen Rechtsfolgen) die *denegatio actionis* – über die Fälle fehlender Prozessvoraussetzungen hinaus – zum Abschluss des Verfahrens schon *in iure* führen konnte. Der genaue Umfang der prätorischen Kognitions- und Entscheidungsgewalt ist in der prozessrechtlichen Literatur umstritten; dieser Streit hängt auch mit der grundsätzlichen Vorstellung zusammen, die man sich von der Ausbildung der Prozessteilung in zwei Verfahrensabschnitte macht.[108] Manche gehen davon aus, dass die *demonstratio* in der Anfangszeit des Formularverfahrens nur eine zwischen den Parteien unstreitige und/oder vom Prätor mit Wirkung gegen diese festgestellte Rechtslage in Bezug nehmen konnte,[109] von welcher der *iudex* auszugehen hatte. Sei dem wie es wolle, der vollentwickelte Formularprozess jedenfalls gibt in der *demonstratio* eine noch ungesicherte Parteibehauptung wieder, deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit erst *apud iudicem* ermittelt wird. Die *actiones empti* und *venditi* waren auch nicht von einem *causa cognitio*-Vorbehalt begleitet, weshalb die prätorische Kognition für den klassischen Formularprozess nur in geringem Umfang eine Rolle gespielt haben kann. Der Prätor dürfte die „Prozesswürdigkeit" verneint haben, wenn er ohne weitere Beweisführung feststellen konnte, dass das klägerische Begehren unbegründet ist;[110] insofern würde ein Rest von „materiellrechtlicher" Kognitions- und Entscheidungsbefugnis fortbestanden haben. In den Worten Friedrich Ludwig Kellers: *Denegatio actionis* „erfolgt, wenn das Vorbringen des Klägers unter keinem Gesichtspunkt als erheblich, d. h. zur Herbeiführung einer Kondemnation u. dgl. geeignet erscheint, mit anderen Worten, wenn es weder zu einer vorhandenen Formula passt, noch werth ist, dass eine neue oder alte Formula ihm angepasst werde; oder aber wenn die Erheblichkeit, welche daselbe an und für sich hätte, durch eine nicht bloß erhebliche, sondern auch bereits liquide Einwendung wieder aufgehoben ist."[111]

---

[106] Zu Paul. 11 ed. D. 4.2.21.4 s. *Milani*, Om. Burdese III 213–255.

[107] Zur Frage der Existenz einer *exceptio non adimpleti contractus* (dies ein Rechtsbegriff aus dem Mittelalter), für welche man, abgesehen von der Sachfrage, auch die Inhärenzfrage zu beachten hätte, → Rn. 52.

[108] Grundlegend *Martini*, Causae cognitio (1960); *Martini*, St. Donatuti II 695–708.

[109] *Broggini*, Iudex (1957) 103 ff.

[110] *Kaser/Hackl*, RZ 239.

Ein mit dem Verkauf verbundener Gesetzesverstoß dürfte zur *denegatio actionis* geführt haben. Eine klare Abschichtung von Gesetzesverstößen, die als solche stets in der Kognitionsgewalt schon des Prätors abgehandelt wurden, von solchen, über die noch eine Verhandlung vor dem Judex stattfinden konnte/musste, scheint angesichts unseres Kenntnisstandes kaum möglich. Kaser nahm an, dass der Prätor mit einer *denegatio actionis* reagiert habe, wenn das Geschäft einen klaren Rechtsverstoß beinhaltete, und zwar sowohl bei sogenannten perfekten wie bei imperfekten Verbotsgesetzen. Für den Fall einer *lex imperfecta*, bei dem die Feststellung, ob der Verbotstatbestand verwirklicht war, eine eingehende Prüfung erforderte, hat Kaser angenommen, es werde eine *exceptio* eingeschaltet und damit die Prüfung dem Judex überwiesen;[112] gesichert erscheint dies aber nur für Klagen aus Stipulation. Zum Verkauf unter Ehegatten „zum Freundschaftspreis", dem als heute sogenannter gemischter Schenkung die *lex Cincia* entgegenstand, heißt es bei Ulpian, dieser sei *nullius momenti*:[113] Soll man aus dieser Wendung schließen, dass eine *denegatio actionis* zu erfolgen hatte? Vielleicht darf man hierher den Fall rechnen, dass Käufer und Verkäufer beide wissentlich über eine *res furtiva* kontrahiert haben (Paul. 33 ed. D. 18.1.34.3)? Die republikanische *lex Fabia de plagiariis* verbot u.a. auch Kauf und Verkauf eines auf der Flucht befindlichen Sklaven unter Androhung einer beidseitigen Geldbusse (Paul sent. 1.6a.2). Die Juristen behandeln die Wirkung gesetzlicher Verbote für den Kauf oft nur indirekt, indem sie die Rechtsstellung des Käufers gegenüber Klagen *in rem* erörtern.[114] So verhält es sich beim Verkauf der Pfandsache, die eine Frau ihrem Gläubiger entgegen dem *SC Velleianum* (→ § 29 Rn. 27) gegeben hatte (Ulp. 17 ed. D. 6.1.39.1 [Julian] mit Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.40). Bei der Veräußerung eines *praedium dotale* entgegen dem Recht der *lex Iulia* (→ § 35 Rn. 154) wurde das Grundstück ähnlich einer *res furtiva* behandelt (Pap. 3 quaest. D. 41.3.42).[115] Ebenso mag es sich verhalten haben, wenn der Gegenstand einer verbotenen Ehegattenschenkung vom beschenkten Ehegatten weiterverkauft wurde. Sodann entfiel für den Käufer die Ersitzungsmöglichkeit, wenn dem verkaufenden Magistrat die Sache *contra legem repetundarum* geschenkt worden war (Paul. 7 Plaut. D. 41.1.48 pr.). Der Ausfall der Ersitzungsmöglichkeit bedeutete für den Verkäufer, dass er unbegrenzt einem Eviktionsregress ausgesetzt blieb. Vormünder durften Mündelgut nicht kaufen (Paul. 33 ed. D. 18.1.34.7; Ulp. D. 26.8.5.2–4).[116] In den vorgenannten Fällen handelt es sich weniger um Anordnungen einer völligen Unwirksamkeit des Kaufgeschäfts *emptio venditio*, sondern eher um Veräußerungsverbote, die

44

[111] *Keller/Wach*, Civilprozess[5] (1876) 244 f. (§ 50).

[112] *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 63, 111.

[113] Ulp. 7 disp. D. 18.1.38 u. dazu *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 82–87; s. auch *Scevola*, Negotium mixtum (2008) 198–203 und öfter; sowie → Rn. 58.

[114] *Chorus*, Ess. Nicholas 85–92; *ders.*, St. Cannata 117 ff.

[115] S. auch *Wacke*, Scr. Zabłocka 1069–1156.

[116] Kaufbeschränkungen, die für Provinzbeamte und Militärangehörige erlassen wurden, werden hier nicht dargestellt.

beim Konsensualkauf dadurch dinglich wirkten, dass man der konkreten Kaufvereinbarung die Qualität einer *iusta causa* (*emptionis*) absprach. Es ist nicht undenkbar, dass bei einer gerichtlichen Durchsetzung der Verpflichtungen aus dem Kauf derartige Veräußerungsverbote zunächst unbeachtet blieben.[117] Im Hinblick auf die mehrfach belegte Gewährung der *actio empti* an den Käufer in den Fällen des Verkaufs des *homo liber*, der *res sacra* oder *publica* (→ Rn. 73–76) ist zu bemerken, dass eine etwaige *denegatio actionis* einseitig nur für die angestellte Klage erfolgte, also nicht ohne weiteres auf die Möglichkeit einer gegenläufigen Klage des anderen Teils einwirkte.

45 Eine Konstellation, bei der – jedenfalls seit Augustus – mit einer *denegatio actionis* gerechnet werden darf, ist der Verkauf eines *fundus litigiosus*.[118] Der Erwerb eines streitbefangenen *fundus Italicus* (nicht: *res* schlechthin) von der nichtbesitzenden/klagenden Partei durch einen bösgläubigen Käufer wurde in einem *edictum divi Augusti* (ca. 23 v. Chr.) mit einer Geldbusse belegt; daneben war die Ungültigkeit des Kaufs ausgesprochen.[119] Nach Gai. 4.117a war der *sciens emptor*, der wohl durch Manzipation erworben hatte, durch eine *exceptio* gehindert, die Sache vom (erneut beklagten) Besitzer mit der Vindikation herauszuverlangen; ebenso Ulp. 76 ed. D. 44.6.1.1 (später sog. *exceptio rei litigiosae*). Es wird angenommen, dass es um die Klagen Proskribierter (oder deren Erben) ging, die, durch lange Prozessdauer ermüdet, bereit waren, unter Wert an Spekulanten zu verkaufen; die an einer Klärung der Rechtslage interessierten Besitzer mussten sich auf immer neue Prozesse einlassen. Die Gegenwirkung aufgrund des Edikts soll man sich so vorstellen: A erhebt gegen B die *rei vindicatio* wegen eines von diesem besessenen italischen Grundstücks, dann manzipiert er dieses dem C, der von dem Prozess weiss. Die *exceptio edicti divi Augusti* hindert C daran, B mit der *rei vindicatio* zu belangen. A ist bei Urteilsfällung nicht mehr Eigentümer und muss seinen Prozess verlieren. Einer neuerlichen Klage des C mochte die *exceptio rei iudicatae* entgegenstehen. C soll abgeschreckt werden, einen zweiten Prozess zu beginnen. Eine im provinzialen Kognitionsprozess erfolgte Ausdehnung auf den *fundus provincialis* mag strenger gewirkt haben, indem die Unwirksamkeit der *emptio venditio* dem traditionsweisen Eigentumserwerb die nötige *causa* entzog; insoweit hatte wohl die Verfügung ihre Wirksamkeit eingebüsst. Ein umfangreiches Justizedikt Konstantins enthielt u. a. eine Bestimmung, die generell die Übertragung (aus welchem Grund auch immer) streitbefangener Gegenstände untersagt; Const. Cod. Theod. 4.5.1 pr. (a.331).[120] Kenntnis des Erwerbers wird nicht als Voraussetzung genannt. Als Rechtsfolge ist

[117] Zu magistratischen Veräußerungsverboten, etwa gegen Verschwender, → § 30 Rn. 31; zu rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen über Veräußerungsver- und -gebote → Rn. 424. Die Auswirkung von Spezial- und Generalverpfändung auf die Möglichkeit der Veräußerung durch den Verpfänder behandelt *Van Hoof*, TR 85 (2017) 474–491.

[118] *Gröschler*, Actiones (2002) 127–129; *De Marini Avonzo*, Limiti (1967) 173 ff.; *Kiefner*, GS Kunkel 117–177.

[119] Fr. de iure Fisci 8 (FIRA II 628).

[120] *Gröschler*, Actiones (2002) 122–127.

ausgesprochen, dass der begonnene Prozess fortgesetzt werden kann, was als Unwirksamerklärung der Übertragung zu verstehen sein wird. Gratian, Valentinian und Theodosius erweitern den Anwendungsbereich in das Erbrecht hinein; Grat./Valentin./Theodos. C. 8.36.3 (a.380). Unter Justinian wird das *vitium litigiosi contractus* mit der Unwirksamkeit der Übereignung bestätigt und auf die Übertragung von rechtshängigen *actiones* erstreckt; Iust. C. 8.36.5 (a.532). Codex und Digesten enthalten je einen eigenen Titel *De Litigiosis* (D. 44,6; C. 8.36). Schließlich suchte die Nov. 112.1 (Iust. a.541) weitere Zweifelsfragen einer Klärung zuzuführen.

e. Der bedingte Kauf im Formularprozess

Für die *emptio venditio* wird in verschiedener Hinsicht der Einsatz der Bedingung (*condicio*) erörtert.[121] Der unbedingte Kauf wird als *emptio pura* bezeichnet (z. B. Ulp. 28 Sab. D. 18.2.2. pr). Es handelte sich um Suspensivbedingungen. Wie namentlich Werner Flume herausgearbeitet hat, war in der Vorstellung der römischen Juristen ein unter Suspensivbedingung veeinbartes Geschäft, solange die Bedingung nicht eingetreten ist, noch nicht im Rechtssinne abgeschlossen.[122] Mit den Worten Ulpians: *condicionales … venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio*; Ulp. 28 Sab. D. 18.1.7 pr. (Verkauf eines Sklaven unter der Bedingung, dass dieser dem Verkäufer/Eigentümer gegenüber abrechnet). Solange die Bedingung nicht eingetreten ist, musste daher schon die *demonstratio* ins Leere gehen, konnte es nicht zu einer Ausfüllung der *intentio* und zu einer Kondemnation kommen. Durch Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.9 i.f. ist gesichert, dass die Klageerhebung vor Bedingungseintritt keine Konsumptionswirkung hatte.[123] Rechtsstreitigkeiten, bei denen es darum ging, ob eine Bedingung überhaupt vereinbart, ob eine vereinbarte Bedingung eingetreten oder ein Bedingungseintritt vereitelt worden ist, werden wohl vor den Judex gekommen sein;[124] es ist nicht undenkbar, dass die Prüfung der Bedingung dem Judex *praescriptis verbis* vorgegeben wurde. **46**

Die Rechtslage *pendente condicione* gab Anlass zu diversen Fragen. Der leitende Grundsatz dürfte darin bestanden haben, dass ein Kaufvertrag überhaupt erst und nur bei Eintritt der Bedingung in rechtliche Erscheinung tritt. Der bedingte Kaufvertrag war *pendente condicione* keine *causa traditionis* bzw. *usucapionis* (Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4 pr.).[125] **47**

[121] *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 106–114; einen Kauf, der durch zwei Ereignisse bedingt ist, von denen eines sicher eintritt, behandelt Ulp. 33 ed. D. 18.6.8.1; dazu *Rodger*, TR 50 (1982) 337–350; *Pennitz*, Periculum (2000) 233 ff.

[122] *Flume*, Rechtsakt (1990) 120–147; zustimmend aus formeltechnischer Sicht *Steiner*, SZ 123 (2006) 185–196; ebenfalls zust. *Jakab*, Weinkauf (2009) 190 f.

[123] Dazu *Babusiaux*, Quod actum (2006) 50.

[124] Hierauf deutet vielleicht das *ex vendito agi posse* in Ulp. 11 ed. D. 18.1.50, wo es um die Vereitelung der Bedingung geht; zum Fall → Rn. 39.

[125] Zur Gefahrtragung beim bedingten Kauf → Rn. 186.

f. *Instrumenta edere*

48 Schließlich wird der Kläger – Käufer oder Verkäufer – diejenigen Beweisurkunden vorlegen, die er *in iudicio* verwenden will (*instrumenta edere*).[126] Aus den *in iure* vorgelegten *instrumenta* (oder aus dem Fehlen solcher) kann sich ergeben, dass der Kläger den Verkauf nicht wird beweisen können. Dies mag vor allem bei einem mündlichen Vertragsschluss vorgekommen sein. Hier war es möglich, dass der Beklagte in einem Eid (*iusiurandum*) den Abschluss des Vertrages bestätigte, woran dann der Judex gebunden war.[127] Hiermit wird sozusagen der Vertragsschluss zugestanden, außer Streit gestellt. Ulpian behandelt die Frage, ob ein solcher vom Verkäufer abgegebener Feststellungseid dieser Art zugleich eine Grundlage für die gegenläufige Verkäuferklage auf (Rest-)/Kaufpreiszahlung darstellt (Ulp. 22 ed. D. 12.2.13.3). Andere Stellen sprechen von einer *pactio litigatorum* (Gai. 5 ed. prov. D. 12.2.1). Ob bei evidenter Aussichtslosigkeit der späteren Beweisführung eine *denegatio actionis* erfolgte, ist nicht gesichert.

4. *Apud iudicem*

49 *Apud iudicem* konnte sowohl um die in der *demonstratio* bezeichnete Kaufvereinbarung als auch um die sich daraus ergebende(n) Leistungspflicht(en) gestritten und Beweis erhoben werden sowie auch noch um den Kondemnationsbetrag. Streng genommen wird die Kaufvereinbarung in ihrer Bedeutung für die *demonstratio* nur in der Beschränkung behandelt, die sich durch den vertragsnotwendigen Inhalt ergibt – es muss nur überhaupt „verkauft“ sein –, während weitere Kaufvereinbarungen, die sich auf den Leistungsumfang bezogen, erst in Bezug auf die *intentio* zu thematisieren waren.[128] Ob *apud iudicem* tatsächlich eine derartige Abschichtung erfolgte, ist nicht gesichert. Kaum belegbar ist die These,[129] dass sich in einer Frühphase des Formularprozesses das Eingehen auf die *intentio* durch den Judex in einer Geldschätzung erschöpfte.[130]

50 Obschon die Formel keine Arbiträrklausel enthielt, wird der Judex doch – wegen der *bona fides*-Klausel und/oder legitimiert durch das *officium iudicis* – Leistungen bis zur Urteilsfällung berücksichtigt haben, da es – wohl ungeachtet des diesbezüglichen Schulenstreits (Gai. 4.114) – um ein *iudicium absolutorium* ging. Man geht davon aus, dass die richterliche Erforschung des *ex fide bona* zu Leistenden von einer Interaktion mit den Parteien begleitet war, und dass diese sich günstigenfalls bereits auf einen Ausgleich verständigen, der dann eine Kondemnation vermeidet (Gütegedanke).[131] In

[126] *Babusiaux*, Quod actum (2006) 170–173.

[127] Dieser Eid als Prozesshandlung ist zu unterscheiden von einer Beeidung sogleich des Vertragsschlusses als einer – optionalen – Förmlichkeit zur Bestärkung des Konsenses (→ Rn. 92); s. *Münks*, Parteieid (1992) 19 ff.

[128] *Babusiaux*, Quod actum (2006) 170 ff.

[129] So z. B. *Schmidlin*, St. Sanfilippo V 716 ff.

[130] *Kaser/Hackl*, RZ 311; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 166 ff.

[131] *Düll*, Gütegedanke (1931) 56 ff.

erheblichem Umfang ist auch mit der Abgabe von Stipulationen *apud iudicem* zu rechnen.

Für das Verfahren *apud iudicem* sei hier nur angemerkt, dass sich die Formfreiheit der Kaufvereinbarung in einer Beweismittelfreiheit spiegelte (→ § 13 Rn. 39 ff.). Die Parteien waren aber auf solche Beweismittel beschränkt, die sie *in iure* vorgelegt hatten (Ulp. 4 ed. D. 2.13.1.3). **51**

5. Wechselbeziehung von *actio empti* und *actio venditi*

Das Verhältnis der *actiones empti* und *venditi* wird am besten als „independence of actions" erfasst. Die Erhebung einer der Klagen führte nicht zu einem *iudicium duplex* (wie bei Teilungsklagen), für das sich schon die *intentio* auf das wechselseitig Geschuldete beziehen muss.[132] Von vornherein wird nach allgemeinen Grundsätzen eine Widerklage möglich gewesen sein, so dass die beiden, an sich getrennte Klagformeln nach gesonderten Litiskontestationen immerhin vor denselben *iudex* kamen.[133] Von der Widerklagemöglichkeit dürfte in der Tat Gebrauch gemacht worden sein; hierfür spricht jedenfalls die wiederholte Befassung der Kaiserjurisprudenz mit der Widerklage im „gegenseitigen Vertrag" (→ Rn. 452). Gab es daneben einen Mechanismus, durch den die Verurteilung oder die Vollstreckung in die Urteilsschuld von der Erbringung der Gegenleistung abhängig gestellt wurde (*exceptio non adimpleti contractus*)? Die Frage wird in der Literatur bejaht.[134] Anachronistisch wird oft auch vom „funktionellen Synallagma" gesprochen. Nach der Überzeugung des Verfassers gab es im Formularprozess keinen allgemeinen Mechanismus dieser Art.[135] Bei Vorgehen einer Vertragspartei aufgrund eines noch beiderseits unerfüllten Vertrages war die Lage von Verkäufer und Käufer verschieden: Dem Verkäufer drohte ohnehin nur eine Verurteilung in das Käuferinteresse, der gegenüber er den Kaufpreis im Wege der Kompensation abziehen lassen konnte. Nur in Sonderfällen, in denen dem Verkäufer kein durchsetzbarer Anspruch auf den (ganzen) Kaufpreis zustand, wurde zu seinen Gunsten die Kaufsache als *pignoris loco* (*quasi pignus*) angesehen, womit auf volle Kaufpreiszahlung hingewirkt werden konnte: So, wenn der Käufer lediglich mit der Beschränkung *dumtaxat de peculio* haftet (Paul. 5 quaest. D. 21.1.57 pr.; Paul. 7 Plaut. D. 12.1.31.1), wenn der Verkäufer beim *negotium claudicans* (→ Rn. 23) ganz ohne Klagemöglichkeit wegen des Kaufpreises ist (Paul. 5 quaest. D. 18.5.7.1) oder wenn er die Kaufpreiszahlung in **52**

[132] Dazu *Kaser/Hackl*, RZ 346.

[133] *Kaser/Hackl*, RZ 343 f.

[134] *Viaro*, Corrispettività e adempimento (2011), dazu *Stagl*, SZ 131 (2014) 525–531; *Viaro*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 787–864; *Kupisch*, FS Huber 414 f.; *Vacca*, Atti Burdese IV 331–352; *Benöhr*, Synallagma (1965).

[135] Ausf. *Ernst*, Einrede (2000); krit. dazu *Benöhr*, SZ 121 (2004) 623–627; *Viaro*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 787–863; *Viaro*, Corrispettività e adempimento (2011); dazu *Stagl*, SZ 131 (2014) 525–531; *Finkenauer*, Iura 68 (2020) 86 f.

Bruchteile aufgespalten in einer Mehrzahl von Prozessen gegen die Erben des Käufers verfolgen müsste (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.8 und Ulp. 1 ed aed. cur. D. 21.1.31.8). Scaev. 2 resp. D. 18.4.22 gewährt dem nur zum Teil bezahlten Erschaftsverkäufer ein pfandartiges Zurückbehaltungsrecht an einzelnen Nachlassgegenständen. Auch von einer *retentio* ist die Rede (Paul. 5 quaest. D. 18,5,7,1).[136] Die vorgenannten Rechtsaussagen wären kaum verständlich, wenn jedem unbezahlten Verkäufer ohnehin eine (inhärente?) *exceptio non adimpleti contractus* zugestanden hätte. Der unbezahlte Verkäufer braucht sich übrigens auch eine eigenmächtige Wegnahme der Sache durch den Käufer nicht gefallen zu lassen; vielmehr kommt ihm hiergegen die *actio furti* zu (Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.1). Insofern wirkt der Sachbesitz des Verkäufers für diesen als gleichsam natürliches Sicherungsmittel. Schließlich kann man noch einen Zusammenhang dazu herstellen, dass für die Herstellung der *causa emptionis* als Grundlage des Eigentumserwerbs die Kaufpreiszahlung gefordert wurde (→ § 43 Rn. 9; § 45). Grundsätzlich verschieden war nach der hier vertretenen Ansicht die Lage des Käufers: Dieser musste sich eine Verurteilung in den Kaufpreis gefallen lassen, auch wenn er die Sache noch nicht erhalten hatte. Angesichts des generischen Charakters der Zahlungspflicht fehlt es dem Käufer an einem retentionsfähigen Gegenstand. Die ediktale *exceptio mercis non traditae*[137] betraf eine besondere Konstellation; sie richtete sich nicht gegen die *actio venditi*, sondern gegen die *condictio certae pecuniae*, wenn der Erwerber dem *argentarius*, der die Sache für den Einlieferer versteigert hatte, in Stipulationsform Zahlung versprochen hatte: Hier musste der Käufer gegen die Inanspruchnahme aus der Stipulation geschützt werden, wenn er die Sache vom Einlieferer nicht erhielt (→ Rn. 85).[138] – Um die Rechtsstellung des Käufers richtig einzuordnen, muss man bedenken, dass dieser bereits gekauft hat und ihm z. B. schon die Nutzungen aus der Kaufsache zustehen (→ Rn. 134–138). Die unbedingte Zahlungspflicht des Käufers erscheint insofern nicht als unbillige „Vorleistungspflicht". Die offenbar asymmetrische Behandlung von Verkäufer und Käufer (Paritätsmangel) schließt m. E. aus, dass die römischen Juristen für die Wechselbeziehung der Leistungserbringungen von einem theoretischen Konzept wie demjenigen des „funktionellen Synallagma" ausgegangen sind, das sich als solches ja gerade durch Symmetrie auszeichnen sollte. Dergleichen ist auch in keinem der Klassikertexte ausgesprochen. Wegen der Möglichkeit der Aufrechnung → § 111.

[136] Zutr. zum „natürlichen Pfand" des Verkäufers an seiner Sache *Viaro*, Corrispettività e adempimento (2011) 245 ff.

[137] Gai 4.126a; s. *Lenel*, EP 503 f.

[138] Zu Iul. 54 dig. D. 19.1.25 s. *Spruit*, Sat. Feenstra 157–172; *Ernst*, Einrede (2000) 20 f.; zu Paul. 71 ed. D. 44.4.5.4 s. schon *Talamanca*, Contributi (1954) 121 ff.

6. Kaufbegleitende *stipulationes*, *dicta* und *pacta*

a. Kaufbegleitende Stipulationen

Bei Ergänzung des Kaufverhältnisses durch Stipulationen[139] waren diese in der gehörigen Form abzuschließen (→ § 21 Rn. 6 ff.). Wo immer die Stipulation den an sich formfreien Kaufkonsens absorbiert, wird die eigentliche Formfreiheit des Konsensualkaufs (→ Rn. 90) bedeutungslos. Die nachklassische Entwicklung hin zur Schriftlichkeit der Stipulation betrifft auch die dem Kauf beigegebenen Stipulationen. – Der Käufer (oder der Verkäufer) verfolgte seine etwaigen Rechte aus der Stipulation mittels einer *condictio* oder einer *actio ex stipulatu*. Damit ergaben sich Konkurrenzprobleme zur *actio empti* bzw. zur *actio venditi*. Im Formularprozess wurden die zwei nebeneinander in Betracht kommenden Klagen getrennt eingeleitet und von verschiedenen *iudices* entschieden. Die Klagen konnten auch zu verschiedenen Zeitpunkten erhoben worden sein; eine Reihenfolge, etwa derart, dass zunächst die Stipulation ausgeklagt werden musste, war nicht zwingend vorgeschrieben. Iul. 3 Urs. Fer. D. 19.1.28 behandelt ein Strafversprechen betreffend ein (im Text nicht spezifiziertes) Käuferverhalten, das der Käufer dem Verkäufer zugesagt hatte, der es deswegen *ex fide bona* aus dem Verkauf heraus beanspruchen konnte: Nach erfolgreicher Ausklagung der Stipulation kann die *actio venditi* nur noch auf den Betrag erhoben werden, um den das Interesse die erlangte *poena* übersteigt. Der Judex wird aufgrund des *officium iudicis* die *condemnatio* bei der *actio venditi* vermindert haben; der Prätor musste hierfür keine Grundlage geschaffen haben (*ipso iure* – Wirkung der judizialen Konsumption). Die *actio* aus dem Kauf wurde damit zur Nachforderungsklage (Liebs).[140] Nach Julian kann aber auch zuerst aus dem Kauf geklagt werden, wobei dann offenbar die Verurteilung ohne Rücksicht auf die Stipulation erfolgt; der späteren Klage aus der Stipulation kann die *exceptio doli* entgegengesetzt werden, soweit schon *ex vendito* der Pönalbetrag (oder mehr) erlangt worden ist. Das Verhältnis der Klagen wird als mittelbare (judizielle bzw. prätorische) Konsumption angesprochen.[141] Eine alternative Rechtstechnik, die darin besteht, dass der zuerst befasste Richter auf den vollen Betrag nur erkennt, indem er ein kautionsgesichertes *remittere actionem* der anderen Klagegrundlage erzwingt, ist für den Kauf nicht überliefert. Die Aussagen zur Klagenkonkurrenz in Iul. 3 Urs. Fer. D. 19.1.28 dürften grundsätzlich auch bei Stipulationen zum Eviktionsschutz (→ Rn. 291, 292) und bei Stipulationen zur Sachmängelgewähr (→ Rn. 393, 411) gegolten haben.

53

[139] Auch der altzivile Manzipationskauf konnte schon von Stipulationen begleitet sein.

[140] *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 208, 246; s. auch *Baldus*, OIR 5 (1999) 76–78; auch →§ 74 Rn. 8.

[141] *Kaser/Hackl*, RZ 307.

b. *Leges in mancipio dictae*

54 Wann immer eine *res mancipi* manzipiert wurde (sei es kaufeshalber, sei es zu einem anderen Zweck), konnten seitens der Beteiligten rechtswirksame Erklärungen abgegeben werden. Auf die Frage, welche Kategorien solcher Erklärungen es gegeben hat (*nuncupationes/dicta in mancipio/leges mancipii*) und wie diese sich möglicherweise unterschieden, wird hier nicht eingegangen (aber → § 19 Rn. 9).[142] Diese *leges dictae* waren inhaltlich vielgestaltig. Ein regelrechter *numerus clausus* wird nicht bestanden haben, doch haben sie alle einen notwendigen Bezug zu einer der Rechtswirkungen der *mancipatio*: Durch Modifikation der Rechtswirkung der konkreten *mancipatio* wird diese den Geschäftsabsichten der Parteien angepasst. Sollte der Erwerbsvorgang durch Begründung anderweitiger Rechte/Pflichten gestaltet werden, mussten begleitende Stipulationen dazu kommen. Bestimmte *leges dictae* waren offenbar verkehrsüblich und erscheinen insoweit als vertypt. Wenn es zutrifft, dass die *mancipatio* auch in spätklassischer Zeit weiterhin in Gebrauch war und diesbezügliche Rechtsfragen die Juristen beschäftigten, dürften zugleich auch die *leges in mancipio dictae* noch eine erhebliche Rolle gespielt haben.

55 Die einzelnen *leges in mancipio dictae* werden im jeweiligen Sachzusammenhang näher dargestellt; hier soll ein Überblick genügen: Beim Grundstückskauf wurde möglicherweise eine vollständige und richtige Ansage aller das Grundstück belastenden Rechte erwartet; etwa entsprechend einem modernen „Grundbuchauszug".[143] Die in der *nuncupatio* gemachte Ansage *uti optimus maximusque sit* versprach die vollständige Freiheit des verkauften Grundstücks von Servituten; dies entspricht in etwa der Erklärung, es liege ein „reines Grundbuchblatt" vor.[144] Wegen Drittrechten, die der Manzipant richtig angesagt hatte, konnte er später nicht in Anspruch genommen werden; die Ansage wirkt wie ein Haftungsaussschluss. Der Manzipant konnte sich selbst den *usus fructus* (→ § 49)[145] oder Dienstbarkeiten (→ § 50) vorbehalten, letzteres auch zu-

---

[142] *Randazzo*, Leges mancipii (1998); *Cursi*, Ess. Sirks 145–160; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 184–186; *Olde Kalter*, Dicta (1963) 19–26; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 77. Da die *mancipatio* auch zu anderen Zwecken als dem des kaufmäßigen Warenumsatzes erfolgte, konnten solche *nuncupationes* auch in anderen Zusammenhängen auftreten, namentlich (und vielleicht zuerst) beim Manzipationstestament (→ § 17 Rn. 9, § 18 Rn. 1); s. *Wimmer*, FS Hausmaninger 341–356.

[143] Mod. 5 resp. D. 19.1.39 weist insoweit auf die *veteres* zurück; Cic. off. 3.16.65: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori* … Für die von Cicero im Anschluss angesprochene Verkäuferhaftung ist umstritten, ob sie sich auf die *actio empti* oder auf die *actio auctoritatis* oder einen anderen (uns unbekannten), an die Manzipation anknüpfenden Rechtsbehelf bezieht; s. *Backhaus*, FS Laufs 12 Fn. 40 mit Nachw.

[144] Diese Zusage wird in Cels. 8 dig. D. 18.1.59, Ner. 6 membr. D. 21.2.48 und Ven. 16 stip. D. 21.2.48 sowie Proc. 6 epist. D. 50.16.126 behandelt. Diese Texte könnten ursprünglich von einer *lex mancipationis* (*dictum in mancipio*) gehandelt haben; die Klausel mag später aber auch in Stipulationen vorgekommen sein, die den Grundstückskäufer sicherten. Zu der diesbezüglichen *ex empto*-Haftung → Rn. 415–416.

[145] Frg. Vat. 50; s. *Randazzo*, Leges mancipii (1998) 50 ff.

gleich zugunsten eines Nachbarn (Zweifel behandelt Iav. 2 epist. D. 8.4.5).[146] Eine Manzipation unter erklärtem Rückbehalt der *superficies* war dagegen nicht möglich (Paul. 74 ed. praet. D. 44.7.44.1 i. f.).[147] Weiterhin konnte beim Grundstückskauf durch *dictum* ein bestimmter Flächeninhalt zugesagt werden; war diese Angabe unrichtig, stand dem Erwerber die auf diesen Zweck zugeschnittene *actio de modo agri* zu (→ Rn. 296–299). Bei der Sklavenmanzipation hatte man es anzusagen, wenn der zu manzipierende Sklave schon bedingt freigelassen war (→ Rn. 246). Häufig wurden dem Erwerber Vorgaben für seinen weiteren Umgang mit dem Sklaven gemacht: Er erhielt diesen manzipiert, *ut manumittatur, ne manumittatur, ut exportetur (= ne in Roma/Italia esset), ne serva prostituatur*. Diese *leges dictae* hatten „dingliche" Wirkung, indem ein Verstoß den Veräußerer zur *manus iniectio* berechtigte, was offenbar zu einem Rückerwerb führte. Dabei darf man annehmen, dass solche *leges dictae* Wirkung grundsätzlich auch gegenüber Nacherwerbern entfalteten (→ Rn. 426–434). Durch *dicta* konnte auch zugesagt werden, dass zur manzipierten *res* ein weiterer Gegenstand hinzukommen sollte: Mit einem Grundstück konnte Betriebszubehör oder ein Sklave mitgehen, mit einem Sklaven ein *peculium* (→ Rn. 132). – Stellte sich heraus, dass die auf die Sache bezogene Rechtslage nicht dem entsprach, was mit der konkreten *mancipatio* festgesetzt worden war, standen dem Erwerber bzw. dem Manzipanten spezifische altzivile Rechtsbehelfe zur Verfügung (*actio de modo agri, actio auctoritatis, manus iniectio*); die Parteien waren insofern nicht auf die *actio empti* bzw. auf die *actio venditi* angewiesen. Neben diesen Rechtsbehelfen dürfte für den Käufer die *actio empti* (bzw. für den Verkäufer die *actio venditi*) in die Funktion einer Nachforderungsklage gerückt sein, wie es auch beim Zusammentreffen mit Klagen aus der Stipulation der Fall war (→ Rn. 53). – Man hat sich schließlich gefragt, ob in der *nuncupatio* Qualitätsangaben beliebiger Art gemacht werden konnten, was eine Frühform von Sachmängelhaftung bedeuten würde. Eine Vermutung in diese Richtung wird in der Forschung nicht mehr unterstützt:[148] *Leges dictae* bezogen sich stets auf die altzivilen Manzipationsfolgen und die Manzipation war – soweit wir wissen – nicht mit einem ihr eigenen rechtlichen Mechanismus verbunden, mit dem auf unrichtige Qualitätszusagen reagiert worden wäre. Allerdings hat das ädilizische Edikt dann dem Erwerber, demgegenüber *in mancipio* ein Qualitäts-*dictum* abgegeben worden war, das Recht zur Wandlung gegeben, wenn die Qualitätszusage nicht zutraf (→ Rn. 370). Spätklassische Juristen haben den Verkäufer mittels der *actio empti* wegen *dolus* haftbar gemacht, wenn er ein die Sachbeschaffenheit betreffendes *dictum* in Kenntnis der Unrichtigkeit abgegeben hatte (→ Rn. 399). Ein Manzipationsbezug war hierfür offenbar nicht mehr erforderlich.

Die Überlieferungslage ist ungünstig, weil die justinianische Redaktion die *mancipatio* aus den Texten getilgt hat (→ Rn. 7, 450) und daher auch die auf deren spezifische **56**

[146] Dazu *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 109–112.

[147] *[tradendo] ⟨mancipando⟩*, s. *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 77 f.

[148] Als Quellenbezug diente Cic. Off. 3,16,65, s. *Voigt*, XII Tafeln (1883) 120; gegen ihn schon *Bechmann*, Kauf I (1876) 249.

Rechtsfolgen bezogenen *nuncupationes* nicht als solche fortführen konnte. Man darf vermuten, dass Fragen von *leges mancipio dictae* in inhaltsgleiche *pacta adiecta* umgestaltet wurden. Das Recht zur *manus iniectio* wurde umschrieben, möglicherweise als vertraglich ausbedungene *abducendi potestas*, usw. Ein etwaiger Streit über die Einhaltung des Zugesagten konnte nun ausschließlich noch mittels der *actiones empti* bzw. *venditi* ausgetragen werden.[149] Der justinianischen Verwischung der ursprünglichen *dicta in mancipio* und ihrer Wirkungsmechanismen ist aber schon in klassischer Zeit eine Entwicklung vorangegangen, in deren Verlauf die *actio empti* zur Durchsetzung von verkäuferseitigen *dicta* eingesetzt wurde, jedenfalls bei *dolus* (→ Rn. 399, Rn. 414–416). Beim Sklaven- und Zugtierkauf berechtigte ein unzutreffendes *dictum* den Käufer, nach dem ädilizischen Edikt vorzugehen (→ Rn. 369–374). Was Nebenabreden im Sklavenhandel betraf, wurde die Rechtslage durch spät- und nachklassische Kaiserkonstitutionen umgestaltet (→ Rn. 426–427, 429–430). Überlieferungsgeschichtlich bleibt die Verdrängung oder Überlagerung der älteren, manzipationsgestützten Mechanismen durch jüngere Rechtselemente mit Unsicherheiten belastet.

c. *Pacta* als „Nebenabreden" zum Kauf

aa. Das Recht der *pacta adiecta*

57 Im Hinblick auf ein Kaufgeschäft treffen die Parteien oft zusätzliche Vereinbarungen. Diese werden üblicherweise als „Nebenabreden zum Kauf" angesprochen.[150] Für das *pactum* ergab sich die prozessuale Durchsetzbarkeit im Grundsatz mittels der *actio empti* bzw. *venditi* (sogenannte *pacta adiecta*), jedenfalls dann, wenn das konkrete *pactum* verkehrsüblich war, so dass seine Beurteilung *ex fide bona* möglich war; ganz hochindividuelle Vertragsgestaltungen mögen ein Klagen *praescriptis verbis* erfordert haben (→ Rn. 39). Die Wirkungsweise war vom Inhalt des *pactum* und von dessen Abschlusszeitpunkt (*in continenti – ex intervallo*) abhängig: Für Vereinbarungen, durch die der geschäftstypische Verpflichtungsinhalt beschränkt wurde (*pacta ad minuendam obligationem*), stellt sich die Frage der Inhärenz der *exceptio pacti* (→ § 107 Rn. 8). Soweit solche Vereinbarungen sogleich mit der Kaufvereinbarung getroffen wurden, verschmolzen sie gleichsam mit dem übrigen (Standard-)/Inhalt der Vertragspflichten (Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5). Vereinbarungen, die den Pflichteninhalt der Parteien erweitern (später sog. *pacta ad augendam obligationem*) verlangten eine abweichende und differenzierte Behandlung: Soweit sie zusammen mit dem Kaufvertrag abgeschlossen wurden (*in continenti*), sperrte sich die Typizität des Geschäfts zunächst gegen eine Erweiterung des Pflichtenprogramms auf Käuferseite, insoweit damit die erforderliche

[149] *Kaser/Hackl* RZ 142.

[150] *Carro*, Hom. Torrent 101–113; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 173–186; *Hohlweck*, Nebenabreden (1996); *Sicari*, Leges venditionis (1996); *Pókecz Kovács*, RIDA[3] 58 (2011) 315–338; *Nicosia*, In diem addictio (2013); *Hernández-Tejero García*, Hom. Murga Gener 565–572; *Mohino Manrique*, Pactos en el contrato (2006); *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 104–114.

Festlegung auf einen festen Geldbetrag in Frage gestellt wurde. Dieser Standpunkt wurde gelockert: Pomponius befürwortete für das Zusatzversprechen einer Bauleistung neben der Preiszahlung die *actio venditi* (Pomp. 9 ad Sab. D. 19.1.6.1). Die Käuferzusage, sich an einen mit dem Verkäufer geschlossenen Pachtvertrag zu halten, wurde schon von Servius Sulpicius und Tubero behandelt und schlussendlich die Durchsetzbarkeit mittels einer *ex vendito*-Klage anerkannt (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.30); Alex. C. 4.65.9 (a.234)[151] bestätigt dies und hält noch fest, dass es keiner Schriftform bedarf. Eine Konstitution Gordians lässt die (verpflichtungssteigernde) Vereinbarung von Verzugszinsen auf den Kaufpreis ab einem bestimmten Termin zu; Gord. C. 4.54.5 (o.A.).[152] Hermogenian schließlich bringt eine Verallgemeinerung, indem er die Klagbarkeit mit der *actio empti* anerkennt, zunächst konkret für ein Käuferversprechen der Rückverpachtung an den Verkäufer oder die Beschränkung des Weiterverkaufs auf den Rückverkauf, dann aber auch, wenn *simile aliquid paciscatur* (Herm. 2 epit. D. 18.1.75). Wird die Zusatzabrede freilich erst später (*ex intervallo*) abgeschlossen, stand die Regel, dass *ex nudo pacto actio non nascitur* einer Erweiterung von Vertragspflichten entgegen. Daher kann nachträglich zwar die Verpflichtung zur Abgabe einer anfänglich geschuldeten *stipulatio duplae* erlassen werden, eine nachträgliche Zusage des Doppelten (oder des diesbezüglichen Versprechens in Stipulationsform) war dagegen wirkungslos (Pap. 10 quaest. D. 18.1.72 pr.); das leistungserhöhende Versprechen könne immerhin einredeweise gegen eine Klage der anderen Partei verwendet werden[153] – eine *exceptio non adimpleti pacti* (→ Rn. 52). Nochmals Besonderes galt für die nachträgliche Änderung des Kaufpreises: Da der Preis zur „Substanz“ des Vertrages gehört, ist seine Änderung kein bloßer Vertragszusatz, sondern eine Änderung des zugrunde liegenden Vertrages; sie kommt einer Kombination von Vertragsaufhebung und Vertragsschluss gleich und wird daher von Paulus (und von Papinian) nur *re integra* zugelassen (Pap. 10 quaest. D. 18.1.72 pr.;[154] s. auch Pomp. 24 Sab. D. 18.5.2 sowie → Rn. 113).

Das gültige Zustandekommen von *pacta adiecta* und deren Rechtswirkungen gaben **58**
Anlass zu vielfältigen Einzelfragen. Indem diese teilweise die Rechtsfigur des *pactum* als solche betrafen – und nicht bloß dessen konkreten Inhalt – führte die Diskussion dieser Fragen zu einer Art Rechtsgeschäftslehre eigens für das *pactum*. So wurden Fragen wie die nach Auslegung[155] und der Irrtumsrelevanz speziell für das *pactum* behandelt.[156] Insbesondere konnte ein *pactum contra leges* oder *contra bonos mores* abgeschlossen

[151] Dazu *Verstegen*, Mél. Wubbe 483–508; *Verstegen*, Et. Ankum II 567–582.

[152] Noch → Rn. 211.

[153] Dazu *Knütel*, SZ 84 (1967) 144 f.; *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 61–70; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 219 f.

[154] *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 189.

[155] Pap. 5 quaest. D. 2.14.39: Zweideutige Nebenabreden werden zulasten des Verkäufers interpretiert; s. auch *Behrends*, FS Otte 457–479; *Krampe*, SZ 100 (1983) 217–224.

[156] Paul. 33 ed. D. 18.1.34 pr. behandelt die Frage, ob ein Grundstückskauf trotz Dissenses hinsichtlich des mitverkauften Sklaven gültig ist; dazu *Harke*, Irrtum (2005) 85; *Krampe*, SZ 100 (1983) 217–224; *Schermaier*, SZ 115 (1998) 274 ff.; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 112 f.

sein. Fälle gesetzeswidriger *pacta* haben die Juristen viel beschäftigt, fast mehr noch als Gesetzesverstöße des Kaufs als solchen, da dieser als verkehrsübliche Standardtransaktion Verbotsgesetze kaum berühren konnte.[157] Namentlich galt eine Freizeichnung für *dolus* als unwirksam (→ Rn. 417).[158] Es ist umstritten, wie der Gesetzesverstoß eines *pactum* prozessual geltend gemacht wurde. Chorus vertritt die Ansicht, im Rahmen eines *bonae fidei iudicium* habe ein verbotswidriges *pactum* einfach keine Wirkung entfaltet;[159] die im Edikt vorgesehene *exceptio* betreffend Verstösse gegen Senatusconsulta hätte dann nur bei strengrechtlichen Klagen z. B. aus Stipulation eine Rolle spielen können.[160] Dem wurde von Kaser widersprochen: Es habe einer auf das Verbotsgesetz Bezug nehmenden *exceptio* bedurft;[161] diese Position müsste man noch dahingehend ergänzen, dass dann, wenn die durch *pactum* begründete Position mittels *exceptio pacti* geltend zu machen war, eine *replicatio* erforderlich wurde. Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.3 behandelt den Fall einer – wie wir sagen würden – gemischten Schenkung unter Ehegatten:[162] Julian folgend hielt Ulpian das ganze Geschäft wegen Verstoßes gegen die *lex Cincia* (→ § 29 Rn. 44) für unwirksam. Dagegen teilte Neraz, welchem Pomponius zustimmte, bei Verkaufsabsicht des Ehemanns das Geschäft in einen Kauf und ein Preisnachlass-*pactum*; nur Letzteres falle unter das Schenkungsverbot: *venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere.* Die Differenzhaftung der dadurch beschenkten Ehefrau wird durch den Bereicherungsgedanken beschränkt, so dass ein zwischenzeitlicher Wertverlust ihre Haftung verminderte. Ähnlich lag der Fall eines Verkaufs unter Ehegatten mit einem *pactum de non petendo*, durch das auf Gewährleistungsrechte verzichtet wird: Der Gesetzesverstoß des *pactum* lässt nach Pomponius den Kauf als solchen bestehen, offenbar im Widerspruch zu anderen Juristen (Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.5).[163] Eine einheitliche Linie dazu, ob die Unwirksamkeit eines *pactum* den Kauf als Ganzen invalidierte, ist nicht sicher auszumachen; es hat sie vielleicht auch nicht gegeben.[164]

bb. Zur aktionenrechtlichen Durchsetzung von *pacta*

59 Soweit dem Inhalt von *pacta* im Rahmen einer *actio empti* oder *venditi* Geltung gegeben wurde, handelte es sich um die Ausfüllung der *intentio*, also um eine Beurteilung durch

[157] Umf. *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 105–114.

[158] Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23 (allgemein redend für *bonae fidei iudicia*); s. auch Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.7 (*depositum*); Paul. 29 ed. D. 13.6.17 pr. (*commodatum*) sowie Paul. 3 ed. D. 2.14.27.3.

[159] *Chorus*, Handelen (1976) 37; so jetzt wieder *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 113.

[160] Unter dem Titel *Si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur*, *Lenel*, EP 513 ff.

[161] *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 65 f. und öfter.

[162] S. *Misera*, FS Wahl 38 ff.; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 107 f.; *Scevola*, Negotium mixtum (2008) 171–177, dort auch 228–238 zu Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.25–26.

[163] Dazu *Oğuz*, Simulation (1998) 37–43.

[164] Nach *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 113 f., begünstigte der Umstand, dass *pacta adiecta* im Wesentlichen ergänzenden Charakter haben, die Aufrechterhaltung des Kaufs bei etwaiger Unwirksamkeit des *pactum*.

den Judex.[165] Obschon es sich nicht um prätorisches Honorarrecht handelte, wurde doch die Handhabung der *intentio* als rechtsgeleitet und zugleich normgebend verstanden. Das Recht der *pacta* gehörte nicht dem *ius civile* an. Weil *pacta* nur unter den geschilderten Einschränkungen (→ Rn. 57) Rechtsschutz genossen, war es – auch soweit für sie die *actiones empti* bzw. *venditi* zum Einsatz kamen – nicht einerlei, ob es sich im konkreten Fall um die Verwirklichung der einfachen Kauftransaktion oder um die Durchsetzung eines begleitenden *pactum* handelte. Auf der Grundlage des unverfeinerten Kaufkonsenses (*res/pretium*) war nur durchsetzbar, was mit dem Geschäftsüblichen, mit der gängigen Verkehrsauffassung vom Kaufen und Verkaufen, einherging. Obschon ein Formerfordernis für das *pactum* nicht bestand, ist viel eher noch als beim nicht weiter ausdifferenzierten Standardkauf mit der Aufsetzung eines Dokuments zu rechnen. Die aktionenrechtliche Durchsetzung von *pacta* wirft besondere Probleme auf, soweit es sich um sog. Rücktrittsvorbehalte handelt, weil deren Wirkung in der Beseitigung des Kaufverhältnisses liegen soll; → Rn. 99–100.

cc. Die Typisierung von *pacta* in Rechtsliteratur und Kaiserjustiz

Die verschiedenen *pacta* verfolgten unterschiedliche Zwecke und waren nach Inhalt und Wirkung voneinander verschieden. Von den Juristen wird das konkrete *pactum* betrachtet und interpretiert. Bestimmte Nebenabreden waren indes so geläufig, dass sie als eigene Typen behandelt wurden. Eine gewisse Typizität hat die Klauseln ausgezeichnet, sonst wären sie kaum als solche zum Gegenstand abstrakter juristischer Erläuterungen geworden. Soweit Kaiserkonstitutionen die Wirkungen bestimmter Klauseln präzisierten, wurden solche Klauseln objektivrechtlich geregelt, damit zugleich weiter vertypt. Ein Großteil dessen, was man als differenziertes römisches Kaufrecht anspricht, beruhte auf dem Recht der *pacta*. Die vertypten *pacta* werden in ihrem jeweiligen Sachzusammenhang behandelt. **60**

III. *Actio empti*

1. *Demonstratio*

a. *Res:* Objekte der *emptio venditio*

aa. Sachbezug und Sachexistenz

In die *demonstratio* war der konkrete Kaufgegenstand eingerückt. Die *emptio venditio* war ein gegenstandsbezogenes Geschäft: *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.8). Ohne Angabe einer *res* lässt sich die *demonstratio* nicht formelgemäß bilden. Soweit in der juristischen Literatur abstrakt vom Kaufgegenstand die Rede ist, wird von *res*, gelegentlich auch von *merx*, gesprochen. Im **61**

[165] S. *Carro*, Hom. Torrent 101–113; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 173–186; *Talamanca*, in: Vacca, Caducazione (2006) 1–93; *Ziliotto*, TSDP XII (2019) sieht einen Schulenstreit.

Kern und am Anfang der möglichen Gegenstände, die als Kaufobjekte in Betracht kommen, steht gewiss die körperliche Sache, die Gegenstand der *traditio* (und der *usucapio*) sowie Objekt des *habere licere* sein kann.[166] Eine Unterscheidung von *res mancipi* und *res nec mancipi* ist nicht erkennbar. Auch die Bruchteile, zu denen jemandem eine Sache gehörte, konnten Gegenstand einer *emptio venditio* sein (→ Rn. 28); dies ist vornehmlich für Grundstücke, aber auch für Sklaven belegt. Bruchteile an *res mancipi* waren möglicher Gegenstand schon der *mancipatio*; bei dieser erscheint der Bruchteil gleichsam als eine eigene *res mancipi*. Als Kaufgegenstand wurde die Herde (*grex*), d. h. die Gesamtheit aller Tiere einer Herde, anerkannt (Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.6);[167] vom ebenfalls möglichen Gesamtverkauf mehrerer Sachen (→ Rn. 38) unterscheidet sich der Verkauf einer Sachgesamtheit, indem sich diese als *corpus ex distantibus* darstellt.[168] Das Senatusconsultum Hosidianum (47 n. Chr.)[169] verbot den Aufkauf von Häusern in der Absicht, diese einzureissen und das Baumaterial mit Gewinn zu veräußern. Hat hier der Käufer die auf Zuwiderhandlung stehende Strafe (Kaufpreis-*duplum*) entrichtet, kann er den schon gezahlten Kaufpreis zurückfordern, weil sich das Verbot auch an den Verkäufer richte (Paul. 52 ed. D. 18.1.52).

62 Als ein gegenstandsbezogenes Geschäft bleibt die Kaufvereinbarung unwirksam, wenn sie sich auf einen nicht oder nicht mehr[170] existenten Gegenstand bezieht. Ein berüchtigter Text, in seiner Echtheit ganz oder zu Teilen oft angezweifelt, behandelt den Fall, dass beim Verkauf eines Hausgrundstücks das Haus abgebrannt ist (Paul. 5 Plaut. D. 18.1.57):[171] Obschon die Bodenfläche noch vorhanden sei, sei nach Nerva, Sabinus und Cassius nichts verkauft; Paulus stimmt dem offenbar zu. Für den Kauf einer Plantage, die einem Waldbrand zum Opfer gefallen ist, wird dieselbe Lösung von Papinian unterstützt (Pap. 10 quaest. D. 18.1.58).[172] Die Sachentscheidung entspricht dem, was wir auch sonst über die *emptio venditio* erfahren, und braucht in ihrer Echtheit nicht angezweifelt zu werden. Paul. 5 Plaut. D. 18.1.57 pr. spinnt den Ausgangsfall in Varianten fort, u. a. derart, dass das Gebäude zu weniger als der Hälfte abgebrannt ist; der Käufer soll das Grundstück zu einem abzuschätzenden Minderkaufpreis erwerben;

---

[166] Zu freien Personen als Objekt der *emptio venditio* → Rn. 73.

[167] Dazu nochmals → Rn. 189.

[168] Zu Pomp. 30 Sab. D. 41.3.30 pr. s. *Hammerstein*, Herde (1975) 1 ff.

[169] *Galsterer*, DNP s. v. „Senatus consultum Hosidianum“, dort auch zum wenig später ergangenen SC Volusianum (56 n. Chr.).

[170] Paul. 5 Sab. D. 18.1.15 pr., dazu *Harke*, Irrtum (2005) 81 ff.; *Schermaier*, SZ 115 (1998) 264.

[171] *Apathy*, SZ 111 (1994) 110; *Harke*, Irrtum (2005) 188 ff.; *Flume*, Rechtsakt (1990) 107 f.; *Arp*, Unmöglichkeit (1988) 107 ff.; *Peters*, FS Kaser (1976) 290 ff.; *Greiner*, Opera Neratii (1973) 97 f.; *Pennitz*, St. Talamanca VI 199–232; *Schermaier*, in: Castresana, Defectos (2014) 142–145; *Pennitz*, Periculum (2000) 155–157; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 96 f., mit einem Formelvorschlag 275 (*praescriptio*).

[172] Der Fall des durch Feuer nach Vertragsschluss vernichteten Gebäudes wird auch in Paul. 16 quaest. D. 18.4.21 a. E. ins Spiel gebracht, wo für den Erbschaftsverkäufer eine Pflicht zur Übertragung des Brandgrundstücks bejaht wird.

diese „Fortsetzung“ wird oft als interpoliert angesehen.[173] – Ist der verkaufte Sklave in Feindeshand, ist er eine *res in potestate hostium*, deren Rechtsstellung von den Juristen in verschiedenen Kontexten diskutiert wird; Octavenus hielt nach dem Bericht des Pomponius den Kauf nicht für ungültig, der Richter werde aber die Verurteilung des Verkäufers aufschieben (Pomp. 10 epist. D. 19.1.55).[174]

bb. Verkauf von *fructus futuri* und *emptio spei*

Schon vorhandene Früchte konnten so verkauft werden, dass der Käufer selber die **63**
Aberntung übernahm, etwa von Oliven am Baum (*olea pendens*)[175] oder von Trauben am Rebstock (Iul. 54 dig. D. 19.1.25);[176] urkundlich: TH² D12, P. Yadin 21 und 22.[177] Bei solchen Geschäften bestand eine besondere Verkäuferpflicht in der Einlassung des Käufers zur Aberntung. Auch eine Sache, deren Entstehung im Zeitpunkt des Verkaufs erst noch erwartet wurde (*res sperata*), konnte schon zum Gegenstand des Kaufs gemacht werden.[178] Der idealtypische Fall ist der Verkauf erwarteter Früchte (*fructus futuri*). Pomponius erfasst die Vereinbarung so, dass bei Entstehung der verkauften Frucht das Geschäft – von der Einigung an – einen gültigen Kauf darstellt; kommt es nicht zur Fruchtentstehung, gibt es auch keinen Kauf (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.8 pr.). Die Gegenstandsbezogenheit des Kaufs ist gewahrt; der Gegenstand ist freilich erst in der Entstehung. Trotz einer gewissen Ähnlichkeit liegt hier eine regelrechte Bedingung nicht vor, bei welcher erst mit Bedingungseintritt von einer *emptio venditio* die Rede sein kann (→ Rn. 46). Die entstandene Sache ergänzt den Konsens zum gültigen Verkauf, der indes schon ab seiner Vereinbarung verbindlich ist. Aufschlussreich ist Paul. 33 ed. D. 19.1.21 pr.: Verkauft wird das zu gebärende Kind einer unfruchtbaren Sklavin: Der unwissende Käufer wird gegenüber einem wissenden Verkäufer mit einer Klage *ex empto* geschützt.

Es begegnet noch das Geschäft, bei dem gegen Geld die Auslieferung dessen ver- **64**
sprochen wurde, was sich aus einer Gewinnungsaktivität erwerben ließ. Man spricht

[173] S. die in Fn. 164 nachgewiesene Lit.

[174] Dazu *D'Amati*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 377–411.

[175] Verkauf von Oliven ab Baum; Cato agr. 146, Verkauf von Trauben ab Rebstock: Cato agr. 147; zur Abgrenzung dieser Geschäfte von der Verpachtung des Grundstücks (*locatio conductio rei*) s. *Krämer*, Pfandrecht (2007) 152 ff.

[176] Dazu *Spruit*, Sat. Feenstra 157–172; *Ernst*, Einrede (2000) 20 f., 70; ähnlich liegt es nach Pomp. 31 Quint. Muc. D. 19.1.40 noch beim Verkauf von Bäumen zur Abholzung; dazu *Corbino*, in: Scr. Marrone 57 ff.

[177] *Chiusi*, in: Czajkowski et al., Roman Provinces (2020) 101–114.

[178] *Randazzo*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 247–276; *Forschner*, in: Mattiangeli, Emptio-Venditio (2014) 207 f., beide mit Nachw. älterer Lit.; s. auch *Ernst*, SZ 114 (1997) 302 f.

von der *emptio spei*, dem Hoffnungskauf.[179] Beispiele sind der Verkauf des künftigen Fangs von Fischen oder Vögeln und des *captus missilium* (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.8.1; Paul. 14 Plaut. D. 18.4.7; Cels. 27 dig. D. 19.1.12). Bei den *missilia* handelte es sich um Gegenstände, die u. a. bei den römischen Triumphzügen unter die Menge geworfen wurden.[180] An Stelle von Gegenständen, die sich nicht werfen ließen (Tiere, Schiffe, Grundstücke),[181] wurden beschriftete *tesserae* benutzt. Das Geschäft hat hier zum Gegenstand, dass sich der „Verkäufer" für einen festen Betrag in das nicht ungefährliche Gedränge warf; was er fing, gebührte dem Zahlenden. Nach Pomponius kann der Zahlende *ex empto* klagen, muss also nicht auf eine Klage *praescriptis verbis* ausweichen. Die Eviktionshaftung gilt als stillschweigend abbedungen (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.8.1 i.f.); dies entspricht dem Umstand, dass der Fänger von der Herkunft des Gegenstandes keine Kenntnis haben konnte (Plünderungsbeute?). Bleibt der Teil, dem die Gewinnungsaktivität obliegt, untätig, kann er mit der *actio empti* in Anspruch genommen werden; so für den untätigen Fischer Cels. 27 dig. D. 19.1.12. Entsprechend verhält es sich nach Pomp. 9 Sab. D. 18.1.8 pr. beim Verkauf des *partus ancillae* oder *fructus, si id egerit venditor ne nascatur aut fiant.*

65 In der romanistischen Forschung hat man nach einer trennscharfen Abgrenzung von Kauf der erhofften Sache und Hoffnungskauf gefragt: Ist in beiden Fällen der Kaufgegenstand die Sache, wobei nur das aleatorische Moment, das beide Vertragsgestaltungen auszeichnet, unterschiedlich stark ausgeprägt ist? Oder ist beim Hoffnungskauf wirklich die *spes*, die *alea*, der verkaufte Gegenstand („Chance" als Vertragsgegenstand)? In den als *emptio spei* angesprochenen Fällen soll die Zahlungspflicht unabhängig davon sein, ob überhaupt etwas gefangen wird (und was genau), während beim Verkauf von *fructus futuri* der Verkaufstatbestand erst durch die Entstehung der als solche durchaus bestimmten Früchte vervollständigt wird: Ohne Fruchtentstehung gibt es hier im Grundsatz keine Zahlungspflicht. Dem entspricht es, wenn Pomponius im Fall der *emptio spei* die *alea* – die Gewinnchance – gleichsam als den vergeistigten Vertragsgegenstand ansieht, um sich über den vorläufigen Mangel eines Sachgegenstands hinwegzuhelfen. Das Geschäft ist perfekt ohne Rücksicht auf den Ausgang der Unternehmung; der Empfänger ist auch zu einer entsprechenden Tätigkeit verpflichtet.[182] Die gefangenen oder erjagten Objekte werden dann jedoch die *res emptae* gewesen sein, für deren Eigentumserwerb (*traditio, usucapio*) die Kaufvereinbarung als *causa* gedient haben muss.

[179] *Knütel*, SZ 117 (2000) 445–453; *Benke*, OIR 11 (2001) 7–29; *Harke*, Irrtum (2005) 195 ff.

[180] Dies und das Folgende nach *Knütel*, SZ 117 (2000) 445–453.

[181] Vgl. Suet. Nero 11,2.

[182] Wie hier *Forschner*, in: Mattiangeli, Emptio-Venditio (2014) 208; ebenso schon *Karlowa*, RRG II 615; s. auch *Kurz*, Labeo 20 (1974) 194–209.

cc. Alternativkauf – Kauf aus beschränktem Vorrat – kein Gattungskauf

Gültig war der Alternativkauf, bei dem schließlich nur einer von zwei benannten Gegenständen zum Käufer wechseln soll (Ulp. 34 ed. D. 18.1.25; Paul. 33 ed. D. 18.1.34.6).[183] Das Wahlrecht lag beim Verkäufer, konnte aber einvernehmlich auch dem Käufer zugewiesen werden, doch durfte diesem nicht freigestellt sein, ob er überhaupt einen der Gegenstände erwerben will. Zur Gefahrtragung beim Alternativkauf → Rn. 192. **66**

Gaius behandelt für die Kategorie der *res quae pondere numero mensurave constant* verschiedene Verkaufsvarianten (Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.5–7)[184] unter dem Gesichtspunkt der Gefahrtragung; → Rn. 188–189. Was die Eignung zum Verkaufsobjekt angeht, wird der Verkauf einer vereinbarten Menge aus einem größeren Warenvorrat des Verkäufers nur anerkannt für vertretbare Sachen, *res quae pondere numero mensura constant*:[185] bei diesen ist es wirtschaftlich gleichgültig, welche konkreten Gegenstände dem Vorrat entnommen werden. **67**

Es ist seit langem umstritten, ob die *emptio venditio* sich auch zum Abschluss eines reinen Gattungskaufs eignete.[186] Gemeint ist damit ein Vertrag, bei dem der Verkäufer die Lieferung eines nur beschriebenen Gegenstandes verspricht („sale by description"), bei dem also kein Bezug zu einem bestimmten Vorrat besteht, der Verkäufer sich vielmehr selbst noch „auf dem Markt" mit erfüllungstauglicher Ware eindecken muss. Argumente für oder gegen die Möglichkeit eines Einsatzes der *emptio venditio* in dieser Weise haben sich auf verschiedene Vorstellungen vom „Wesen" des römischen Kaufs gestützt. Geht man von den Quellen aus, so gibt es nicht einen einzigen klaren Beleg dafür, dass ein derartiges Geschäft als *emptio venditio* abgeschlossen oder eingeordnet worden wäre. Angesichts der doch umfänglichen Behandlung von Fragen des Vorratskaufs sollte dieser Quellenbefund für die Feststellung ausreichen, dass die *emptio venditio* als reiner Gattungskauf nicht vorkam. Man darf m. E. einen Schritt weitergehen und vermuten, dass die römischen Juristen die *emptio venditio* für einen reinen Gattungskauf als nicht geeignet hielten. Immerhin haben sie in zahlreiche andere Richtungen die äußerst noch möglichen Anwendungsfälle diskutiert, im Allgemeinen mit vorsichtig expansiver Tendenz. Angesichts der Detailfragen, die hinsichtlich der Erfüllung eines generischen Sachleistungsversprechens entstehen müssten, darf aus dem Fehlen einschlägiger Texte gefolgert werden: Ein Geschäft, mittels welchem gegen einen Preis eine Verpflichtung zur Lieferung einer nur beschriebenen Sache eingegangen **68**

[183] *Bessenyö*, OIR 1 (1995) 54–77 mwN.

[184] *Rüfner*, Vertretbare Sachen (2000) 49 ff.; *Ernst*, SZ 114 (1997) 272–344; *Bessenyö*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 38 f.; *Jakab*, Weinkauf (2009) 235 ff.

[185] Dazu *Rüfner*, Vertretbare Sachen (2000) insb. 49–55.

[186] *Bessenyö*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 1–51; *Forschner*, in: Mattiangeli, Emptio-Venditio (2014) 203 ff.; *Fercia*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 699–743; *Ernst*, SZ 114 (1997) 272–344; *Pennitz*, Periculum (2000) 327–340; *Abatino*, Obbligazioni generiche (2012) 79–160.

wurde, so dass diese Verpflichtung durch *traditio* einer beschreibungsgemäßen Sache erfüllt worden wäre, war keine *emptio venditio*.[187]

69 Während die *emptio venditio* nicht in Frage kam für eine Vereinbarung, die das Versprechen einer nur durch Gattungszugehörigkeit beschriebenen Sache mit der Bestimmung eines hierfür zu zahlenden Preises verknüpfte, war ein Geschäft dieses Inhalts dem römischen Rechtsverkehr doch nicht unbekannt: Der Lieferant versprach – gegen Geldempfang – eine zukünftige Warenleistung und machte diese Leistungszusage durch ein selbständiges Strafversprechen rechtsverbindlich; so vermutlich im Fall von Paul. 6 resp. D. 19.1.47.[188] Auch in Diocl./Maxim. C. 4.49.12 (a.294) dürfte es um eine derartige Vertragskonstruktion gegangen sein.[189] Hingegen fehlt jede quellenmäßige Unterstützung für die beliebte These, man hätte einen reinen Gattungskauf mittels einer Kombination zweier (wie verknüpfter?) gegenläufiger Stipulationen – auf Kaufpreiszahlung und auf Sachübergabe (*dare* oder *facere*?) – abgeschlossen.[190] – Die römische Kaiserjustiz bekam es noch mit einer hellenistischen Vertragspraxis zu tun, bei der man sich eines fingierten Darlehens bedient: Der Lieferant bekennt urkundlich den Empfang einer Warenmenge als geliehen und verpflichtet sich zur Rückleistung einer entsprechenden Menge zu einem vereinbarten Termin; in Wirklichkeit hat er einen Geldbetrag – den Kaufpreis für die Liefermenge – empfangen.[191] Auf die römischen Rechtsvorstellungen von der *emptio venditio* haben solche Vertragsgestaltungen keinen erkennbaren Einfluss ausgeübt.

dd. Kauf eigener, fremder bzw. gestohlener Sachen

70 Es ist eine Eigentümlichkeit des römischen Rechts, dass der Kauf der eigenen Sache von den Juristen für unwirksam erklärt wird (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.16 pr.).[192] Der Verkäufer hat dem Käufer das *ex causa emptionis habere* zu gewähren, und dies ist zugunsten eines Käufers, dem die Sache gehört, nicht möglich. Daher führt die Kaufpreiszahlung bei einem Kauf des eigenen Sklaven (vom bösgläubigen Verkäufer) zur *condictio* (*indebiti*), ungeachtet der Bös- bzw. Gutgläubigkeit des Käufers (Iul. 3 Urs. Fer. D. 12.6.37).[193]

---

[187] Dieser Ansicht zustimmend: *Pennitz*, Periculum (2000) 327 ff.; *Rüfner*, Vertretbare Sachen (2000) 51 f.

[188] Dazu *Ernst*, SZ 114 (1997) 300 ff.

[189] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 136 ff.; *Ernst*, SZ 114 (1997) 288 f.; *Jakab*, Risikomangement (2009) 169 f.

[190] *Ernst*, SZ 114 (1997) 276 f.

[191] S. *Rupprecht*, Mneme Petropoulos II 273–283; *Scheibelreiter*, in: Jakab, Sale and Community (2015) 185 f., 195 ff.; umf. zu den folgenden Kaiserkonstitutionen *Ernst*, SZ 114 (1997) 277–292: Diocl./Max. C. 4.2.5 (a.293), Diocl./Max. C. 4.2.6 (a.293), Diocl./Max. C. 4.2.10 (a.294) mit Diocl./Max. C. 4.49.12 (a.294); s. zu Diocl./Max. C. 4.2.10 (a.294) und Diocl./Max. C. 4.49.12 (a.294) auch *Jakab*, Weinkauf (2009) 170 ff., und *Harke*, Iuris prudentia (2019) 136 ff.

[192] Dazu umfassend *M. Zimmermann*, Rechtserwerb (2001) 109–132; *Harke*, Irrtum (2005) 197 ff.; *Russo Ruggeri*, Scr. Guarino VI 2813–2855.

[193] S. *Apathy*, FS Mayer-Maly (2002) 12; *Harke*, Irrtum (2005) 197 ff.; *Zimmermann*, Rechtserwerb (2001) 125–128.

Offenbar führt das Kaufgeschäft über die käufereigene Sache zu etwas wie einer absoluten Ungültigkeit. Ist Gegenstand des Kaufs eine Sache, die dem Käufer schon zu einem Bruchteil gehört, wird der Kauf für den restlichen Teil aufrechterhalten (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.18 pr.).[194] Zulässig und als Kauf erfasst wird ein Geschäft, bei dem es dem Käufer nur darauf ankommt, anstelle des Verkäufers in die prozessual günstigere Position des Besitzers zu kommen (Paul. 33 ed. D. 18.1.34.4).[195]

71 Für sich genommen stellte der Verkauf der fremden Sache nicht notwendig ein Problem dar, weil die Verkäuferleistung in der dauerhaften Verschaffung der ungestörten Besitz- und Gebrauchsmöglichkeit bestand (→ Rn. 121) und diese Leistung durchaus auch für eine verkäuferfremde Sache erbracht werden kann. Nach der römischen Auffassung vom Kaufgeschäft ist der Verkauf einer fremden Sache also keineswegs auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Den Kauf der zuvor einmal gestohlenen Sache behandelt unter Bezugnahme auf Pomponius Paul. 33 ed. D. 18.1.34.3: Bei beidseitiger Kenntnis der Furtivität entstehen für keine der Parteien Vertragspflichten. Bei Kenntnis nur des Käufers wird ihm der Verkäufer nicht verpflichtet; der Verkäufer kann den Kaufpreis nur verlangen, wenn er die Sache freiwillig leistet. Die Entscheidung ist bemerkenswert, weil an dem Umsatz der gestohlenen Sache kein Anstand genommen wird.[196] Wer wissentlich eine Sache kauft, die nicht dem Verkäufer gehört, besitzt aber anschließend nicht *pro emptore*, sondern *pro possessore* (Iul. 44 dig. D. 41.3.33.1). Verkauft der bösgläubige Verkäufer an einen gutgläubigen Käufer, sind nach Paulus beide Teile verpflichtet; die Entscheidung stimmt damit überein, dass in diesem Fall den Verkäufer eine *ex empto*-Haftung trifft (→ Rn. 281).

ee. Wiederholter Verkauf derselben Sache

72 Die *emptio venditio* ist *causa traditionis* bzw. *usucapionis* (→ § 45). Auf dem gültig vereinbarten Austausch können die Parteien mittels der *actiones empti* bzw. *venditi* bestehen, die Kaufvereinbarung begründet für den Käufer jedoch keine *actio in rem* hinsichtlich der Kaufsache. Dieser Satz ist elementar (vgl. Paul. 2 inst. D. 44.7.3 pr.); erst die Kaiserjustiz muss ihn gegenüber Zweifeln (aus der Provinz?) ernsthaft verteidigen; Diocl./Maxim. C. 3.32.15 pr. (a.293),[197] für den Erbschaftskäufer schon Alex. C. 4.39.6 (a.230). Derselbe Verkäufer kann daher die schon verkaufte, aber noch nicht übereignete Sache ein zweites Mal verkaufen. Der Vorgang, dass derselbe Verkäufer dieselbe Sache an zwei verschiedene Käufer verkauft, findet sich in der überlieferten

[194] *M. Zimmermann*, Rechtserwerb (2001) 118 ff.; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 99 ff.

[195] Einzelheiten sind str.; s. *Babusiaux*, Quod actum (2006) 176 f.; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 116.

[196] Die Stelle bestätigt m. E. das Fehlen einer regelmäßig spielenden *exceptio non adimpleti contractus*. → Rn. 52.

[197] Der Petent wird aufgeklärt, dass sich von den zwei Käufern derjenige durchsetzt, dem nachweislich das Kaufgrundstück zuerst übergeben worden ist; wahlweise könne er aber auch den Kaufpreis zurückfordern (wegen Verkäufer-*dolus*?); dazu *Ernst*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 88; *Kreuter*, Interpretatio (1993) 91 f.; *Sella-Geusen*, Doppelverkauf (1999) 32–35.

Literatur unter dem Gesichtspunkt behandelt, welchem der beiden Käufer die *actio Publiciana* (→ § 63) zustand (Ulp. 16 ed. D. 6.2.9.4).[198] In einer viel diskutierten *quaestio* behandelt Paulus den Verkauf eines Einzelgegenstandes aus einer bereits verkauften Erbschaft; eingeschaltet findet sich vergleichsweise der Fall, dass eine *res singularis* zweimal verkauft wird (Paul. 16 quaest. D. 18.4.21).[199] Die detailreiche Erörterung ergibt jedenfalls die Gültigkeit beider Kaufverträge (→ Rn. 154). Aus Paul. SC Turp. sing. D. 48.10.21 entnimmt man, dass unter Einfluss Hadrians der zweite Verkauf unter das Verbot der *lex Cornelia de falsis* gezogen wurde, doch ist die Deutung des Sachverhalts nicht frei von Zweifeln.[200]

ff. Verkauf des *homo liber* und der *res extra commercium*

73 Für den offenen Selbstverkauf (der Freie macht sich zum Sklaven des Käufers) oder für den offenen Verkauf von Kindern stand die *emptio venditio* (anders, als wohl zuvor das *nexum* bzw. die *mancipatio*) nicht zur Verfügung;[201] erst die Kaiserjustiz musste dies eigens klarstellen.[202] Es galt als unsittlich (*nefas*), einen freien Menschen unter der Bedingung zu verkaufen, dass dieser zukünftig versklavt wird (Paul. 33 ed. D. 18.1.34.2). Beim Sklavenkauf kam es vor, dass das Kaufobjekt in Wirklichkeit ein freier Mensch war; der wahre Status war dem Verkäufer dabei bekannt oder unbekannt (zum *bona fide serviens* → § 26 Rn. 30).[203] Der unpassende *status libertatis* nahm dem Geschäft keineswegs jede Wirkung.[204] Im Anschluss an Julian behandelt Ulpian den Fall einer Beauftragung zum Sklavenfreikauf, bei dem sich der Auftraggebende nachträg-

---

[198] Dazu *Apathy*, SZ 99 (1982) 158–187; *Kreuter*, Interpretatio (1993) 91 Fn. 71.

[199] *Jakobs*, Lucrum (1993) 10 ff.; *Pennitz*, Periculum (2000) 103–117; *Ullrich*, Doppelverkauf (1990); *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 136–143; *Sella-Geusen*, Doppelverkauf (1999) 36–43; *Harke*, Mora debitoris (2005) 31 ff.; *Rüfner*, in: Vacca, Danno risarcibile (2011) 164 ff.; *Kupisch*, Mél. Cannata 37–52; aus dem 19. Jh. s *Jhering*, JhJb 3 (1859) 449–488; *Pennitz*, in: Lokin et al., Jhering heute (2018) 145–158.

[200] Dazu *Sella-Geusen*, Doppelverkauf (1999) 43 ff. mwN.; *Ernst*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 88.

[201] Zum Selbstverkauf ausf. → § 36 Rn. 27 ff.

[202] Diocl./Max. C. 4.43.1 (a.294) sowie Const. C. 4.43.2 (a.329) ≈ Cod. Theod. 5.10.1, und hierzu *García Mac Gaw*, Hom. Annequin I 203–212; *Liebs*, SZ 118 (2001) 290 ff.; zweifelnd *Isola*, SZ 136 (2019) 117, dort auch zu Ant. C. 7.16.1 (a.211–217?), für diese Konstitution wird vermutet, dass eine (freie) Mutter ihre Kinder als vermeintliche Sklaven verkauft hat. Weitere Quellenzeugnisse sind Const. Frg. Vat. 34 (a.313), Const. Frg. Vat. 33 (a.315), Const. Cod. Theod. 4.8.6 pr (a.323), Theodos. Cod. Theod. 3.3.1 (a.391); Paul. sent. 5.1.1; zu alldem auch *Simon*, Kaiserrecht (1977) 35–44; zur Frage der Selbstversklavung in Rom s. noch *Silver*, Fundamina 22 (2016) 67–93. – Zur *coemptio*, durch welche eine Tochter dem Ehemann gegen Entgelt zur Frau gegeben wurde (der Manzipation nachgebildet), → § 19 Rn. 9.

[203] Im Fall von Diocl./Max. C. 8.44.25 (a.294) hat der (selbst gutgläubige) Verkäufer einer irrtümlich als Sklavin verkauften freien Frau später deren Freiheit gegen den Käufer durchgesetzt: der unterlegene Käufer könne wahlweise aus der Stipulation das *duplum* oder *ex empto* sein Interesse verfolgen; dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 156 f.

[204] Eingehend *Söllner*, CRRS IX 8–30.

lich als *homo liber* herausstellt, der auf den Freikauf nicht angewiesen gewesen wäre (Ulp. 31 ed. D. 17.2.8.5):[205] Da hierbei Käuferrechte gegen den Verkäufer diskutiert werden, kann der Kauf nicht unwirksam gewesen sein. Licinius Rufinus berichtet als Mehrheitsmeinung, dass der Verkauf zwischen zwei gutgläubigen Parteien wirksam sei, wie auch der Kauf durch einen gutgläubigen Käufer; bei Bösgläubigkeit des Käufers gebe es aber keine *emptio* (Lic. 8 reg. D. 18.1.70). Ein betrügerisches Zusammenwirken des Verkäufers mit seinem „Kaufobjekt" Scheinsklave zum Nachteil des Käufers (*pretii participandi causa*) wurde vom Edikt dadurch sanktioniert, dass dem Scheinsklaven die *vindicatio in libertatem* versagt wurde. Dies zwang den Scheinsklaven in eine Art honorarrechtliches Quasi-Sklavenverhältnis zum Käufer; der Betroffene musste hierfür 20 Jahre oder älter sein.[206] Das Edikt verhieß dem Käufer eine (Pönal-) Klage auf das *duplum*, gerichtet gegen den Scheinsklaven,[207] möglicherweise gedacht für die Fälle, in denen der Verbleib beim Käufer nicht erzwungen wurde. Julian behandelt den Fall, dass ein Vater seinen Sohn (wohl nicht von jenem Edikt erfasst) als angeblichen Sklaven verkauft hat; die Frage nach der Haftung des Verkäufers wegen erfolgter Eviktion (*vindicatio in libertatem*) wird bejaht, sogar so, dass es auf die Kenntnis des Verkäufers nicht einmal ankomme. Julian hat hier möglicherweise von der *actio auctoritatis* (→ Rn. 238–252) gehandelt;[208] der Leser der Digesten muss eine andere Grundlage für die Eviktionshaftung unterstellen. Als Wahrscheinlichkeitsannahme liegt nahe, dass bei Manzipation eines Scheinsklaven die gegen den Käufer angestellte *vindicatio in libertatem* die *auctoritas*-Haftung auslöste, es sei denn, der Käufer hätte den wirklichen Status gekannt. Die Überlieferung der Digesten (→ Rn. 75) lässt erkennen, dass dem gutgläubigen Käufer die *actio empti* zustand. Wenn diese Haftung von der Kenntnis des Verkäufers (*dolus*) unabhängig gewesen sein sollte, mag darin die objektive Haftung bei erfolgter Manzipation nachgewirkt haben.

Uneinheitlich sind Ansätze und Entwicklungen für den Verkauf, der eine der Kate- **74**
gorien von *res divini iuris* (→ § 38 Rn. 3 ff.) betrifft.[209] Es handelte sich um den *locus sacer* (durch *dedicatio* dem Götterdienst geweihtes Gebäude/geweihte Fläche) und den *locus religiosus* (≈ *sepulchrum*, Grabstätte).[210] Der *locus sacer* war unverkäuflich (Pap. 3

[205] Dazu *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 159 ff.; s. auch *Kleňová*, TR 85 (2017) 434–473.

[206] Hierzu und zum Folgenden *Gröschler*, Actiones (2002) 92–94; *Söllner*, CRRS IX 27 f.; nachklassisch mag ein regulärer Sklavenstatus befürwortet worden sein, so *Liebs*, SZ 118 (2001) 293.

[207] *Lenel*, EP 387.

[208] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 71 ff.

[209] *Paturet*, in: Mattiangeli, Emptio-Venditio (2014) 165–195; *Murga*, AHDE 41 (1971) 608 ff.; *Murga*, RIDA[3] 21 (1974) 308 ff.; *Trisciuoglio*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 277–310; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 83; dazu *Paz*, RLT 10 (2014) 61 Fn. 3; *Gröschler*, Actiones (2002) 135–139; *Evans-Jones/MacCormack*, SZ 112 (1995) 330–351; *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 127–147.

[210] Dazu *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 37–44, 45–68, 69–74; s. auch *(Yan) Thomas*, in: Pottage/Mundy, Law, Anthropology and the Constitution (2004) 40–72; *Zarro*, RIDA[3] 44 (2017) 383–407; speziell zu Gai. 2 inst. D. 1.8.1 pr. s. *Kaiser*, Index 44 (2016) 7–20. Für die *res sancta* (≈

resp. D. 18.1.73: *venire non potest*). Beim *locus religiosus* ging es regelmäßig um ein Grundstück, von dem nur eine Teilfläche als Grabstätte gewidmet ist.[211] Hier konnte sich der Verkäufer ein Zugangsrecht (*iter*) (→ § 61 Rn. 34) vorbehalten (Lab. 1 pith. a Paul. epit. D. 19.1.53.1).[212] Augustus verpönte den Verkauf/Kauf eines *locus religiosus pro puro*.[213] Im Gebrauch war eine Vertragsklausel (vielleicht in Reaktion auf dieses Edikt), durch die – offenbar unbewusst Miterfasstes – von sakraler oder religiöser Qualität nicht verkauft sein soll; diese Klausel wird von Papinian (Pap. 10 quaest. D. 18.1.72.1)[214] und Ulpian (Ulp. 28 Sab. D. 18.1.22 i.f./24)[215] interpretiert. Ulpian berichtet, dass der Prätor beim Verkauf eines *locus religiosus pro puro* eine *actio in factum* demjenigen gebe, *ad quem ea res pertinet*; das genaue Klageziel ist nicht überliefert. Ein Nachsatz spricht für diese Klage die passive Vererblichkeit aus, *cum quasi ex empto actionem contineat* (Ulp. 25 ed. D. 11.7.8.1–2).[216] Daraus wird teilweise geschlossen, dass die Klage dem Käufer zustehen soll (h.M.).[217] Wenn der Prätor hier wirklich dem Käufer Rechtsschutz gewährt hätte (Kaufklage *praescriptis verbis* oder *actio empti utilis* mit Fiktion eines gültigen Kaufvertrages?), wären die späteren Erörterungen klassischer Juristen wenig verständlich;[218] es erscheint eher plausibel, dass der Prätor eine ediktale Pönalklage verhieß, durch deren Anstellung seitens eines „Betroffenen" dem kaiserlichen Verbot Nachdruck gegeben wurde.[219] Manche Texte drücken für den Fall des Verkaufs eines *locus religiosus* eine über die Kaufpreisrückzahlung (*condictio*) hinausgehende Verkäuferhaftung zugunsten speziell des gutgläubigen Käufers aus. Hierfür mag eine Rolle gespielt haben, dass der Käufer dazu verleitet wird, unvorsätzlich die Grabstätte zu entweihen, was dem Verkäufer anzulasten ist. Modestin lässt den insoweit dolosen Verkäufer mit der *actio empti* haften, obwohl der Kaufvertrag nicht gelte, und hier wird das Klageziel spezifiziert als das Interesse daran, nicht getäuscht worden zu sein (Mod. 5 reg. D. 18.1.62.1). Ant. C. 3.44.2 (a.216) spricht die Unverkäuflichkeit des

---

Befestigungen auf dem geheiligten Grenzsstreifen längs der Stadtmauern) gibt es keine Problemerörterung zum Verkauf; zu dieser Kategorie *Alvensleben* 69–74, § 38 Rn. 8).

[211] Zur räumlichen Ausdehnung des *locus religiosus* s. *Kaser*, SZ 95 (1978) 64 f.

[212] Inschriftlich überlieferte Vorbehalte des Zugangs *ad sepulchrum* sind in FIRA III 84 zusammengestellt.

[213] D. 44.6; C. 8.36[37].

[214] Dazu *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 138 Fn. 468; *Finkenauer*, Iura 68 (2020) 102–104.

[215] Zu diesem Text s. *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 101 f.; *Harke*, Irrtum (2005) 187 mit Fn. 108.

[216] Dazu *Lenel*, EP 227 f.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 187–189; *Gröschler*, Actiones (2002) 135–139.

[217] *Lenel*, EP 513.

[218] Nach *Levy* soll man bei der Aufstellung des besagten Edikts die *actio empti* noch nicht zur Verfügung haben, die für Modestin belegt ist (nicht zwingend): *Levy*, Privatstrafe (1915) 66 mit Nachw. älterer Lit. in Fn. 2.

[219] Die Klageberechtigung dessen, *ad quem res pertinet*, ist auch für die prätorische *sepulchri violati actio* überliefert; wie hier im Text auch *Harke*, Vertrag (2013) 39 Fn. 2; s. noch *Pennitz*, SZ 133 (2016) 543–545.

locus religiosus aus, doch bleibt ein Teilflächenverkauf, der das Grabmal ausspart, möglich; Philipp./Philipp. C. 3.44.9 (a.245).

75 Die Jurisprudenz zieht verschiedene Fälle zusammen und sucht nach allgemeineren Formeln. Eine lehrhafte Zusammenfassung findet sich bei Paulus, der definiert, man könne *recte* verkaufen *omnia res, quas quis habere vel possidere vel persequi potest*; dem werden die *res extra commercium* entgegengestellt, deren Status auf der Natur der Sache, dem *ius gentium* oder den *mores civitatis* beruhen kann (Paul. 33 ed. D. 18.1.34.1).[220] Bei Ulpian heisst es für den Verkauf von *res sacra*, *religiosa* oder *publica*: *nullam esse emptionem* (Ulp. 27 Sab. D. 18.1.22). Die justinianische Kompilation schließt dem die Aussage an, dem Käufer, der bereits gezahlt hat, stehe die *condictio* auf Rückzahlung offen (Paul. 5 Sab. D. 18.1.23); dies dürfte klassischem Recht entsprechen. (Das justinianische Recht vereinheitlicht die Verkäuferhaftung betreffend die *res extra commercium* und die beim Verkauf des *homo liber*; Inst. 3.23.5). Pomp. 9 Sab. D. 18.1.4 bejaht für den Verkauf des *homo liber*, *locus sacer* oder *religiosus* eine *emptio*, wenn der Käufer von dem Hindernis nichts gewusst hat. Deutlicher kommt die Einseitigkeit des Kaufverhältnisses in Mod. 5 reg. D. 18.1.62.1 zum Ausdruck: Der unwissende Käufer von *loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis* kann seinen Verkäufer *ex empto* verklagen, mit dem Ziel des Ausgleichs für sein Interesse *ne deciperetur*. Hierin kommt zum Ausdruck, dass ein *vendidit* in der *actio empti* bejaht werden kann, obschon für eine gegenläufige *actio venditi* das *emit* verneint würde,[221] wenn bei dieser nicht sogar schon eine *denegatio actionis* erfolgen würde (→ Rn. 43–45).[222] Ein Problem wird man darin nur sehen, wenn man auf der modernrechtlichen Festschreibung eines Vertrags als entweder nur (für beide Seiten) gültig oder (für beide Seiten) ungültig besteht; diese Sichtweise passt nicht zu den überlieferten Texten, in denen sich vielmehr die „independence of actions“ ausdrückt (→ Rn. 52).

76 Was den Haftungsumfang betrifft, so sehen manche hier eine Haftung auf das heute sogenannte negative Interesse.[223] Vorzugswürdig ist die Gegenansicht, wonach der Käufer Ausgleich in Höhe des Interesses erhielt, das er an der Leistung des Menschen (wenn es sich um einen Sklaven gehandelt hätte) oder des Grundstückes (wenn es privat gewesen wäre) hatte;[224] nach dieser Ansicht musste wohl der Kaufpreis gegengerechnet werden. Jedenfalls haben die Entscheidungen nichts mit einer modernrecht-

[220] Hierzu *Kaser*, Ius gentium (1993) 120 f.

[221] Inzwischen wohl h. M., s. *Flume*, Rechtsakt (1990) 114 ff.; *Gröschler*, Actiones (2002) 137; *Harke*, Irrtum (2005) 186.

[222] Nach Ansicht von *Medicus* hat man schon vor dem Prätor solche Unmöglichkeitsfälle ausgeschieden, in denen die Schätzung des Wertes aus tatsächlichen oder (wie beim *homo liber*) rechtlichen Gründen unmöglich war, *Medicus*, SZ 86 (1969) 79; doch s. auch *Schermaier*, Lib. Am. Végh 142.

[223] *Medicus*, Quod interest (1962) 165.

[224] *Flume*, Rechtsakt (1990) 116 f. mwN.; *Gröschler*, Actiones (2002) 138 Fn. 98 f.; *Alvensleben*, Res extra commercium (2019) 146–147; s. auch (in anderem Zusammenhang) *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 159 Fn. 1: „nicht betrogen sein heisst auch vertragsmäßig befriedigt sein“.

lichen *culpa in contrahendo* zu tun, für welche der Haftungsgrund in einem Verschulden gesucht wird, das auf die mangelnde Vertragsgültigkeit bezogen ist (Verkäufer haftet auf Schadensersatz wegen schuldhafter Verursachung eines Scheinvertrages).[225]

gg. Einräumung eines beschränkt dinglichen Rechts als Kauf

77 In einer gewissen Vielfalt finden wir Vereinbarungen, durch die ein Eigentümer einem anderen gegen Entgelt eine bestimmte Benutzung seiner Sache erlaubte, indem er eine entsprechende Dienstbarkeit (→ § 50 Rn. ■) errichtete.[226] Soweit es um Rechte an *res mancipi*, insbesondere an Grundstücken ging, lag eine Erfassung als *emptio* schon insoweit nahe, als die Errichtung die Vornahme einer *mancipatio* erforderte und insofern einen kaufartigen Erwerb darstellte. Es verwundert daher nicht, wenn römische Juristen einen solchen Erwerb als *emptio* bezeichneten (Iul. 7 dig. D. 8.5.16).[227] Iav. 5 post. Lab. D. 18.1.80.1 spricht als *emptio* eine Vereinbarung an, wonach der Überstand von Balken in das Nachbargrundstück (wohl gegen Entgelt) geduldet werden soll; gezahlt wird für das *ita mihi habere licere*; gegebenenfalls kann *ex empto* geklagt werden; ein regelrechtes *ius in re aliena* war hier offenbar nicht zu begründen. Dieses Geschäft erscheint nicht als „Rechtskauf" (Kauf einer *res incorporalis*) und der Kauf ist auch nicht *sine re*. Der Vertrag hat in dem betreffenden Grundstück seinen körperlichen Gegenstand; lediglich die Verpflichtung des Eigentümers ist eine andere als die des gewöhnlichen Verkäufers. – An der Verkäuflichkeit von Provinzialgrundstücken hat man nicht gezweifelt, obwohl diese im Staatseigentum standen (→ § 38 Rn. 14):[228] Die Kardinalpflichten aus der *venditio* – Verschaffung des *habere licere* und Stellung eines Eviktionsschutzes – konnte ein Verkäufer für ein Provinzialgrundstück ebenso erfüllen wie für ein italisches Grundstück. Für das Provinzialgrundstück bestand keine Möglichkeit der Manzipation; die Übertragung des privaten Besitz- und Nutzungsrechts erfolgte durch *traditio ex iusta causa* (Gai. 2.19–21).[229]

78 Nach Iav. 5 post. Lab. D. 8.1.20 hat Labeo die Ansicht vertreten, dem Erwerber eines Durchgangsrechts (*via*) sei dessen Gewährung durch Sicherheitsleistung (Stipulation) zu bewerkstelligen;[230] Javolen geht davon ab, da man in der Einräumung des *usus iuris* eine *traditio possessionis* sehen könne, aufgrund derer der Erwerber geschützt sei (zur *quasi possessio* → § 61 Rn. 11 Fn. 18). Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.5 behandelt den entgelt-

[225] Statt aller s. *Procchi*, in: McGinn, Obligations (2012) 76–101, insb. 83 ff.; *Procchi*, Dolus (2007) 225–229; *Procchi*, Licet emptio non teneat (2012).

[226] Hiervon zu unterscheiden sind die Ansage von bestehenden Dienstbarkeiten bei der *mancipatio* (→ Rn. 415–416) und die Manzipation, bei der sich der Verkäufer eine Dienstbarkeit oder den Nießbrauch vorbehielt (→ Rn. 55).

[227] Zuletzt *De Francesco*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 311–346.

[228] *Jördens*, OH RLS 553–567; *Kantor*, in: Kantor et al., Legalism (2017) 55–74.

[229] Instruktiv Pap. 12 resp. Frg. Vat. 259: zugleich mit dem Provinzialgrduntstück verkaufte Sklaven und Zugtiere müssen manzipiert werden.

[230] Vielleicht besteht ein Zusammenhang mit Labeos Ansicht, ein Geschäft, bei dem der Eigentumsübergang abbedungen werde, sei kein Verkauf (Iav. 5 post. Lab. D. 18.1.80.3), dazu → Rn. 236.

lichen Erwerb einer Wegedienstbarkeit (*iter*), der daran scheitert, dass dem Erwerber das Nachbargrundstück nicht gehört; hier war ursprünglich vielleicht von einer *mancipatio* die Rede.[231] Wer Wechselstuben auf öffentlichem Grund verkauft, verkauft nicht den Boden, sondern das Recht der Nutzung als Verkaufsbude (Ulp. 44 Sab. D. 18.1.32).

hh. Erbschaftskauf und Kauf einer Forderung

Die römischen Juristen haben den Kauf einer bereits angefallenen Erbschaft als *emptio venditio* erfasst. Das Geschäft tritt zunächst als Abwandlung der Manzipation in Erscheinung (rückblickend Gai. 2.252); → § 17 Rn. [redacted]. In der klassischen Literatur erscheint es als Anwendungsfall der *emptio venditio*.[232] Die Sicherung durch begleitende Stipulationen hat sich erhalten. Eine erhebliche Zahl von Texten, sehr ins Detail gehend, indiziert eine nicht unerhebliche Bedeutung im Rechtsleben. Für den Abschluss des Erbschaftskaufs sind keine Besonderheiten erkennbar. Die Erbschaft (*hereditas*) muss bestehen; dies ist nicht der Fall, wenn die Erbschaft einer inexistenten oder noch lebenden Person verkauft werden soll (Pomp. 9 Sab. D. 18.4.1). Paulus grenzt dementsprechend den Kauf einer Erbschaft vom Kauf einer Chance (*alea*) ab, um die es etwa beim Verkauf des Jagdfangs gehe; die Vertragsunwirksamkeit bedeute Kondizierbarkeit eines schon gezahlten Preises (Paul. 14 Plaut. D. 18.4.7). Fragt man nach dem Kaufgegenstand, so handelt es sich um das Konglomerat von Sachen und Rechten, das in seiner Gesamthaftigkeit auch als Klagegegenstand der *hereditatis petitio* (→ § 64) anerkannt war. Man kann auch eine Ähnlichkeit mit der *venditio bonorum* (→ § 14 Rn. 15) ausmachen. Was die zahlreichen Einzelheiten des Erbschaftskaufs betrifft, wird auf die Spezialliteratur verwiesen.[233] Besonders genannt sei hier lediglich noch eine „cause célèbre", nämlich die von Paulus behandelte Kollision eines Erbschaftsverkaufs mit einem Einzelverkauf eines Nachlassgegenstandes (Paul. 16 quaest. D. 18.4.21).[234] **79**

Zum Verkauf einer einzelnen Forderung gibt es nur eine schmale Überlieferungsbasis. Es ging um Geldforderungen. Die Erfüllung erfolgte durch Klagenzession; daher wird manchmal auch vom Klagenkauf gesprochen.[235] Den Verkäufer traf eine Haftung für den Bestand der Forderung (Ulp. 32 ed. D. 18.4.4.; Paul. 33 ed. D. 18.4.5 sowie Her. 2 iur. epit. D. 21.2.74.3); diese Haftung wird auf das Erfüllungsinteresse gerichtet gewesen sein.[236] Eine Haftung für die Solvenz des Schuldners bestand nicht. Der Rechtsverkehr trug einer zweifelhaften Schuldnersolvenz durch Disagio Rechnung.[237] Der **80**

[231] ⟨*mancipavero*⟩ [*vendidero*]?

[232] *Talamanca*, s. v. vendita, ED 46 (1993) 348–355; *Torrent*, Venditio hereditatis (1966), dazu die Rezension *Mayer-Maly*, SZ 85 (1968) 535–539; *González Roldán*, Venta de herencia (1997); *Gulina*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 635–688; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 203–212.

[233] S. die Nachweise in der vorigen Fn.

[234] Dazu bereits die Lit.-Nachw. → Rn. 73 Fn. 199.

[235] Möglicherweise erfolgte die Erfüllung von Forderungsverkäufen auch durch Einträge in den *codices accepti et expensi* → § 23.

[236] *Flume*, Rechtsakt (1990) 118 f.

[237] *Verboven*, Belgisch Tijdschrift voor Numismatiek en Zegelkunde 155 (2009) 111–114 mit Hinweis u. a. auf Cic. Att. 12,3,2.

Zessionsregress, der demjenigen zugutekommen soll, der eine fremde Schuld begleicht, zeichnet sich durch eine gewisse Nähe zum Forderungskauf aus, indem der Dritte sich durch seine Zahlung die Forderung wirtschaftlich „erkauft". Hier war es die Frage, ob der regressweise Erwerb eine Kaufabrede voraussetzte; dazu Pap. 3 resp. D. 3.5.31 pr.; Gord. C. 8.42.5 (a.238).[238]

81 Für den Erbschaftsverkauf und den Verkauf von Einzelforderungen sind einschlägige Exzerpte aus der Schulliteratur in den Digesten (D. 18.4) und Kaiserkonstitutionen im Codex (C. 4.39) zusammengestellt.

ii. Zusammenfassung

82 Überschaut man den Kreis der für eine *emptio venditio* geeigneten Gegenstände, so handelt es sich im Ausgang und im Kern um die körperliche Sache (*res nec mancipi* wie *res mancipi*), für welche käuferseitig das *habere licere* das Erwerbsziel darstellt und deren Besitz einen Eigentumserwerb durch *traditio/usucapio* nach sich ziehen kann. Von hier aus ergibt sich die Anerkennung eines Kaufgeschäfts über zukünftige Sachen in ihrer Entstehungsphase. Ein einheitliches Kaufgeschäft konnte sich auf mehrere Sachen beziehen;[239] die mehreren Kaufgegenstände konnten, aber mussten nicht eine Sachgesamtheit bilden. Vertretbare Sachen (und nur diese) ließen sich gültig auch mittels abstrakter Quantitätsangabe verkaufen, wenn die später zu leistende Menge einem im Vertrag bestimmten Vorrat des Verkäufers zu entnehmen war. Der Kauf wurde aber nicht in ein Lieferungsgeschäft abgewandelt, bei welchem der Verkäufer das Versprechen der *traditio* einer bestimmten, erst noch vom Markt zu beziehenden Menge einer nur abstrakt beschriebenen Ware abgegeben hätte. Rechtliche Bruchteile an einer *res mancipi* waren für sich genommen manzipationsfähig; dies setzt sich (wohl ebenso auch für *res nec mancipi*) in einer Anerkennung als möglichem Gegenstand der *emptio venditio* fort. – Als Verkaufsgegenstand eigener Art erscheint die *hereditas*, wie sie als Gegenstand einer *mancipatio* und der *hereditatis petitio* dem Rechtsleben bekannt war. Der Verkauf von isolierten Forderungen hat sich wohl in Anlehnung an den Umstand entwickelt, dass der Erbschaftsverkäufer Forderungen, die zur Erbschaft gehören, abtreten musste. Als unkörperlicher Kaufgegenstand erscheint vor allem die *alea* bei der *emptio spei*; mit Recht hat Fritz Schulz diese Weiterung als „bold idea" bezeichnet.[240] – Soweit das Geschäft über die Einräumung von beschränkten Nutzungsbefugnissen als *emptio* bezeichnet und erfasst wird, geht es um die Gestaltung der Rechtslage von Grundstücken; die Errichtung von Servituten und *usufructus* bezüglich *res mancipi* erfolgte von jeher durch Manzipation, mithin durch eine Kaufverfügung. Eine Verallgemeinerung zu einem „Rechtskauf", gedacht als systematische Vereinigung des Forderungskaufs und des Kaufs von Nutzungsrechten am Grundstück, ist nicht feststellbar.

---

[238] *Emunds*, Solvendo quisque pro alio liberat eum (2007) 74–87.

[239] Ebenso bildeten eine mitverkaufte Nebensache und die hauptsächlich verkaufte *res* zwei Kaufgegenstände im Rahmen derselben *emptio vendito*; → Rn. 130.

[240] *Schulz*, CRL 528.

b. *Vendidit*

aa. *Nomen contractus*

Wie das Wortpaar *emptio venditio* das *nomen contractus* bildet, so ist *vendere* bzw. *emere* der operative Rechtsbegriff der Formel.[241] Es handelt sich darum, dass die Parteien für die in der *demonstratio* bezeichnete Sache einen bestimmten Preis vereinbart haben, zu dem sie abgegeben wird. Der Kaufpreis musste in der Formel nicht genannt sein; das Formelerfordernis *vendidit* bzw. *emit* konnte aber nur bejaht werden, wenn ein Preis vereinbart war (→ Rn. 86). Die römischen Juristen haben den Worten *vendidit* bzw. *emit* in der ediktsmäßigen Formel die Bedeutung beigelegt, dass die beiden Transaktionsparteien eine Übereinstimmung, einen Konsens, erzielt haben müssen (→ § 24); z. B. Ulp. 26 Sab. D. 18.1.9 pr. *Consensus* ist selbst kein ediktmäßiger Begriff. Eine rechtstechnische oder gar eine vertragstheoretisch aufgeladene Definition von Konsens ist uns von den römischen Juristen nicht überliefert.[242] Wir erfahren aber, dass der Kauf zu seinem Abschluss keiner besonderen Formelworte bedarf (Ulp. 1 Sab. D. 18.1.2.1); dies wird mit seiner Rückbindung an das *ius gentium* (→ Rn. 2) in Zusammenhang gebracht sowie damit, dass das Geschäft realweltlich aus sich heraus verständlich war:[243] „Der auf welche Weise immer zustande gekommene Konsens wird als natürlich aufgefasst gegenüber dem vom positiven Recht vorgeschriebenen Formalismus der Stipulation“ (Max Kaser).[244] Obschon mit der Transaktion jede Partei etwas von der anderen erhält, ist doch der Kaufkonsens nicht die Kombination zweier gegenläufiger Leistungsversprechen, die sich wie die förmlichen Versprechen zweier Promissoren gegenüber stünden. Man könnte sagen, der notwendige Wille der Parteien sei nicht auf die Hervorbringung von wechselseitigen Pflichten gerichtet, sondern auf die Vereinbarung einer Transaktion „Ware gegen Geld“, worauf sich unter Beachtung der *bona fides* ergibt, was zu leisten ist, damit die Transaktion im Sinne der Vereinbarung durchgeführt (oder ihre Nichtdurchführbarkeit/Nichtdurchführung angemessen unter den Parteien ausgeglichen) wird. **83**

Der Vertragsschluss im Wege einer Auktion war weit verbreitet, wobei nicht bloß Waren (Landesprodukte, aber auch überzähliger Hausrat usw.), sondern auch andere Leistungen und Aufträge versteigert wurden; die Auktion ist als Mechanismus nicht kaufspezifisch.[245] Den Hergang einer solchen Auktion stellt sich die moderne Forschung wie folgt vor:[246] Die Auktion wird öffentlich angekündigt, durch Ausrufen **84**

[241] Zur Etymologie s. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 249–252; zum Asyndeton *emptio venditio* jüngst *Adams*, Asyndeton (2021) 5.7, 8.

[242] Zutr. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 233; aus der umfangreichen Literatur s. *Cascione*, Consensus (2003).

[243] Paul. 34 ed. D. 19.2.1.

[244] *Kaser*, Ius gentium (1993) 142.

[245] Zur Entwicklung der römischen Privatauktion umfassend *Malmendier*, Societas (2002) 101 ff.; s. auch *Andreau*, Banking (1999) 38 f.; zu Auktionen bei Plautus s. *Donadio*, in: Cantarella/Gagliardi, Diritto e teatro (2007) 117–198.

[246] Zum Folgenden: *Talamanca*, Contributi (1954); *Ankum*, St. Scherillo I 380 ff.; *Thielmann*, Privatauktion (1961); *Jakab*, Weinkauf (2009) 53 f.; s. auch schon *Karlowa*, RRG II 629 f.

(*auctionem praedicere*), das einem Ausrufer (*praeco*) übertragen wird, oder Aushang einer *tabula* (*auctionem proscribere*), die außer Ort und Zeit der Auktion auch schon die *leges venditionis* enthalten kann. Als Auktionator agiert wieder der *praeco*. Dieser ruft einen Preis aus, worauf ihm aus dem Bieterkreis Zustimmung signalisiert wird. Er erhöht den Preis, solange er Zustimmende findet; bleibt sein Gebot ohne Zustimmung, geht er auf den zuletzt mit Erfolg aufgerufenen Preis zurück (*pretium redit*) und bringt durch eine *addictio* den Vertrag zustande (Zuschlag). Eine genauere juristische Analyse des vorangegangenen Bietvorgangs durch die römischen Juristen ist uns nicht überliefert, was zu deren Desinteresse an einer Zerlegung der Konsensherstellung in Einzelschritte passt (→ Rn. 83). Ein Kaufangebot als solches entfaltete keine Bindungswirkung; es liegt daher nahe, dass Gebote zurückgezogen werden konnten, solange noch keine *addictio* erfolgt war. Eine später beliebte Konstruktion, wonach auf jeder Bietstufe schon ein Vertrag zustande gekommen wäre, freilich noch mit *in diem addictio*-Klausel (→ Rn. 101–110),[247] lässt sich für die römische Präsenzauktion nicht belegen.[248] Obschon von *per praeconem vendere* die Rede ist, kam der Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Höchstbietenden zustande.

85 Zusätzliche Rechtsprobleme wurden aufgeworfen, wo die Auktion ein Dreipersonenverhältnis bildete; dies war offenbar häufig der Fall. Von dem in der vorigen Rn. geschilderten Ablauf unterscheidet sich der Hergang nach der modernen Forschung typischerweise wie folgt:[249] Als Auktionator fungierte ein *argentarius*.[250] Dieser vermittelte den Abschluss eines Kaufvertrags zwischen dem Ersteher und dem Einlieferer (*dominus*). Regelmäßig schoss der *argentarius* dem verkaufenden *dominus* schon vor der Auktion einen festen Betrag vor und übernahm damit eine Kreditierungsfunktion. Nach erfolgtem Zuschlag ließ sich der *argentarius* den vereinbarten Preis vom Käufer in Stipulationsform versprechen.[251] Die Kaufsache erhielt der Käufer vom *dominus*, den Gestehungspreis erbrachte er, indem er auf die Stipulationsschuld, d. h. an den *argentarius*, zahlte. Den Schutz des Käufers gegen Inanspruchnahme durch den *argentarius*, obschon der Käufer die Sache nicht erhielt, leistete die ediktale *exceptio mercis non traditae*.[252]

---

[247] In der gemeinrechtlichen Literatur hat man teilweise angenommen, kraft stillschweigend vereinbarter *in diem addictio*-Klausel sei jeder Bieter an sein Gebot gebunden gewesen, bis ein Höhergebot erfolgte und vom Verkäufer angenommen wurde; auch der Verkäufer wäre danach – schon vor der *addictio* durch den *praeco* – an das letztendliche Höchstgebot gebunden gewesen; s. *Glück*, Pand. XVI 267 ff.

[248] Wirtschaftlich ähnelt der Verkauf mit *in diem addictio*-Klausel einem über eine bestimmte Frist gestreckten Auktionsvorgang ohne Präsenzerfordernis.

[249] *Talamanca*, Contributi (1954) 121 ff.; *Ankum*, St. Scherillo I 380 ff.; *Bürge*, SZ 104 (1987) 481 Fn. 71; anders noch *Thielmann*, Privatauktion (1961) 94 ff.: Kaufvertrag zwischen *argentarius* und Ersteher, durch Kaufpreisstipulation verstärkt.

[250] Die *argentarii* handelten oft als (regulierte und überwachte) Gesellschaft (→ § 84 Rn. 33 m. Nachw.).

[251] Zur *stipulatio argentaria* z. B. *Sturm*, Ausgew. Schriften II 607–620.

[252] *Ernst*, Einrede (2000) 18 ff.

bb. ***Pretium certum, iustum, verum***

Der Preis musste in Einheiten von *nummi signati* bestimmt sein, Einheiten der „gesetzlichen Währung“: *materia forma publica percussa* (Maecian. distrib. 45). Münzen fremder Währung wurden als *merx*, als Ware, klassifiziert.[253] Die *emptio venditio* war als Rechtsgeschäft nur auf dem Boden der römischen Währungsordnung möglich. Der Preis musste vor allem bestimmt sein (Gai. 3.140).[254] Nach Gaius kommt ein Kauf nicht zustande, falls der Anbieter den Kaufinteressenten einlädt, dieser könne die Ware zum Preis seiner Wahl erwerben (Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.1). Gültig ist aber ein Verkauf, bei dem der Preis bestimmbar ist, mag er auch für die Parteien nicht unmittelbar zutage liegen: so beim Kauf zum Einstandspreis des Verkäufers oder zu dem Betrag, den der Käufer in seiner *arca* hat (Ulp. 48 Sab. D. 18.1.7.1); das aleatorische Moment ist dem Vertragsschluss unschädlich. Ulp. 3 disp. D. 18.1.37 behandelt den reizvollen Fall, dass der Verkauf durch einen Erben zu dem Preis erfolgen soll, zu dem der Erblasser seinerzeit das Landgut erworben hatte; dieser hatte es indes als Geschenk erhalten: Ulpian behandelt diese an sich offenbar gültige Preisabrede wie eine Bedingung, die hier ausgefallen ist. Ein bestimmter Preis wird auch bejaht, wenn ein Preis festgesetzt wird, der sich um den Weiterverkaufsgewinn des Käufers (oder einen Teil davon) erhöhen soll: Das Fixum wird als das vertragsauslösende *pretium* angesehen, das eventuell noch eine Steigerung erfährt: Ulp. 48 Sab. D. 18.1.7.2. Bei entsprechender Formulierung kann eine solche Abrede, die für den Grundstückskauf belegt ist, auch den Mehrerlös bei einem Weiterverkauf durch den Käufererben erfassen (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.24). Übernimmt der *colonus* das Betriebszubehör gegen Verpflichtung zur (späteren?) Zahlung des Schätzwerts, wird diese Nebenabrede zur Pacht als Kauf (oder kaufähnlich) behandelt (Pomp. 9 Sab. D. 19.2.3).[255] In den eindringlichen Diskussionen der römischen Juristen um die Bestimmtheit des Preises wirkte möglicherweise noch eine Vorstellung nach, die sich am stipulationsweisen Zahlungsversprechen und/oder der Barzahlung entwickelt hatte, denen eine klare Bezifferung des Betrages innewohnt. **86**

Beim Verkauf einer Quantität zu einem für die Masseinheit festgesetzen Preis muss noch durch Abwägen, Abmessen oder Abzählen der Gesamtpreis ermittelt werden (*emptio ad mensuram*). Die anschließende Abwägung eröffnete Möglichkeiten der Manipulation. Für den Fall der vom Käufer veranlassten Verwendung falscher (zu schwerer) Gewichte, um den zu ermittelnden Gesamtpreis zu drücken, besteht eine mehrschichtige Überlieferung, die sowohl die *actio furti* (Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.22) mit der *condictio furtiva* (möglicherweise Ulp. 11 ed. D. 19.1.32) als auch die *actio de dolo* (Paul. 11 ed. D. 4.3.18.3) in Erwägung zieht.[256] Zur Gefahrtragung bei der *emptio ad mensuram* → Rn. 188–189. **87**

[253] Kauf und Verkauf von Münzen fremder Währung gegen römisches Geld („Geldwechsel“) werden daher Fälle der *emptio venditio* gewesen sein.

[254] *Kooiker*, GROM 21 (2004) 37–62; *Benke*, Fundamina 23 (2017) 211–221.

[255] *Babusiaux*, Quod actum (2006) 174 Fn. 825.

[256] *Stein*, CLJ 13 (1955) 226–232.

88 Wie wir aus der justinianischen Reformkonstitution Iust. C. 4.38.15 pr.–3 (a.530) und aus Inst. 2.23.1 erfahren, war die Frage, ob die Preisbestimmung einem Dritten überlassen werden kann, Gegenstand einer (Schul-)/Kontroverse gewesen. Dies und die beteiligten Juristen sind auch in Gai. 3.140 berichtet.[257] Justinian beendete den Streit mit der Zulassung der Drittbestimmung, wobei es sich aber um ein *arbitrium boni viri* handeln muss.

89 Die Preishöhe musste grundsätzlich keinen besonderen Anforderungen genügen, damit ein gültiges Kaufen/Verkaufen vorlag.[258] Für den Manzipationskauf stand schon der strenge Formalismus der Möglichkeit einer heteronomen Preiskontrolle entgegen. Auch die *mancipatio nummo uno* (→ § 17 Rn. 4 f.) zeigt, dass die Erwerberleistung jeden Wert annehmen konnte. Für die *emptio venditio* sprechen Schuljuristen aus, dass die Preisbildung aus den gegenläufigen Interessen der Parteien hervorgeht, die legitimer Weise ihren Vorteil suchen (Paul. 34 ed. D. 19.2.22.3; Ulp. 11 ed. D. 4.4.16.4).[259] Schließlich ergibt auch die Regelung zum Schutz des *minor viginti quinque annis* vor Übervorteilung (→ § 30 Rn. 24) im Umkehrschluss, dass im Übrigen eine Übervorteilung der Geschäftsgeltung im Grundsatz unschädlich war. Eine Täuschung durfte freilich nicht im Spiel sein. Cic. Off. 3,12,50–53 behandelt die Ausnutzung von Informationsvorsprüngen im Handel aus ethischer Sicht; die rechtliche Unbedenklichkeit scheint vorausgesetzt.[260] – Nur für besondere Vorgänge hat man nach der Angemessenheit des Preises gefragt,[261] etwa bei einem Verschaffungsvermächtnis (→ § 97 Rn. 21), bei welchem der Erbe einer Verurteilung (mit Litiscrescenz) durch Zahlung der *aestimatio* ausweichen konnte, wenn für ihn keine Ankaufsmöglichkeit zu einem vernünftigen Preis bestand (z. B. Ulp. 51 ed. D. 30.71.3: Eigentümer verlangt *immensum pretium*).[262] Die Bestimmung eines angemessenen Preises war auch ein Thema bei der *actio communi dividundo* (Paul. 23 ed. D. 10.3.10.2) und beim Pfandverkauf; s. nur

---

[257] *Willems*, Quinquaginta Decisiones (2017) 104–125; *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 215 ff.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 259–261; *Falcone*, AUPA 58 (2015) 45 ff.; *Cristaldi*, RIDA[3] 58 (2011) 99 ff.

[258] *Egbert Koops*, Price Setting and Other Attempts to Control the Economy, in: Du Plessis u. a. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Roman Law and Society (2016) 609–620.

[259] Dazu, dass *circumscribere* nicht ein (wechselseitiges) Betrügen, also *dolus* meint, s. *Wacke*, SZ 94 (1977) 184 ff.

[260] Drei konkrete Vorkommnisse sind bei Cicero argumentativ verwoben: (1) Ein Händler schickt Getreide nach Rhodos, das unter Warenknappheit leidet; er offenbart nicht, dass noch andere Lieferungen unterwegs sind und kann dadurch zu einem höheren Preis verkaufen. Cicero sieht im Anschluss an den Stoiker Antipater eine Verpflichtung zur Aufklärung über zu erwartenden Lieferungen auf ethischer Grundlage, die aber rechtlich nicht sanktioniert sei. (2) Ein Hauseigentümer, gegen den gerade eine Abbruchverfügung ergangen ist, verkaufte ohne Offenlegung dieses *vitium* und wurde von M. Cato zu Schadenersatz verurteilt. (3) Quintus Mucius Scaevola erkannte als Hauskäufer einen verbindlich festgesetzten Preis als zu tief und zahlte in altrömischer Tugendhaftigkeit mehr als er schuldete; ausf. *Backhaus*, FS Laufs 4–6 m. w.Nachw.

[261] *Díaz-Bautista Cremades*, Sem.Compl. 27 (2014) 307–320; auch → Rn. 15.

[262] Dazu *Isola*, SZ 137 (2020) 102 ff.

Philipp./Philipp. C. 8.40.18 (a.244) mit dem Begriff des *iustum pretium*.[263] Bei dergleichen Erörterungen geht es freilich eher um eine Orientierung am Normalpreis als um die theoretische Tauschgerechtigkeit; sie bestätigen nur den grundsätzlichen Befund, dass für die klassischen römischen Juristen im Kaufverhältnis der Preis, dem ohne Arglist frei zugestimmt worden war, der gültige und – wenn man so will – „richtige" Kaufpreis ist. Zu den Konstitutionen Diocletians (*laesio enormis*) → Rn. 442–445. Die in der Kaiserzeit zunehmend institutionalisierte Sicherung der Lebensmittelversorgung, vor allem mit Getreide,[264] aber auch mit Öl oder Schweinefleisch, erfolgte unter Bekämpfung von Warenwucher und teilweise durch Preisregulierungen im Zusammenhang mit verordneten Monopolbildungen; diese Massnahmen liegen ausserhalb der vorliegenden Darstellung des privaten Kaufrechts. – Die gesetzlichen Beschränkungen der Schenkung (→ § 45 [?] Rn. 11 ff.) verleiteten dazu, eine Schenkung als Kauf zu verschleiern; daraus ergab sich das Erfordernis eines „echten" Preises (später: *pretium verum*).[265] Die Problematik gehört in das Recht der Schenkung.

cc. Formfreiheit

Der Konsensualkauf bedurfte zu seiner Verbindlichkeit keiner Form (Gai. 3.125).[266] **90**
Wie der Konsens zwischen den Parteien hergestellt wird, spielte keine Rolle. Es bestand kein Erfordernis der Simultanpräsenz; Abschluss durch Brief oder Boten war möglich (Gai. 3.136).[267] Eine Aufgliederung der Konsensbildung in eine Abfolge von zwei „Willenserklärungen" (Angebot und Annahme) sowie diesbezügliche Fragen (Annahmefrist? Bindung an die Offerte?) scheinen nicht interessiert zu haben. Die Abgabe einer Verkaufsofferte war für sich genommen ohne Rechtswirkung. Im Handel hat man Sachen wohl oft zu bekannt gemachten Verkaufsbedingungen zum Verkauf angeboten (*res venales*); es lag dann am Kaufinteressenten, die feilgebotene Sache für einen bestimmten Preis für gekauft zu erklären, worauf der Verkäufer zustimmt.[268] Möglicherweise wirkte hier das Modell der Manzipation nach; rechtlich bedeutsam war diese Abfolge für das Zustandekommen der *emptio venditio* nicht.[269] Ein Unterschied zwischen einem ausdrücklich und einem stillschweigend hergestellten Konsens wurde nicht gemacht. Das Vertragsverhältnis wird nicht durch ein einmaliges Ereignis des Vertragsschlusses ein für alle Mal ausgelöst, sondern tragend ist, dass sich die Parteien über die Transaktion einig sind. Die Parteien können daher auch – unter bestimmten

[263] Dazu *Schnebelt*, Reskripte (1974) 42–46.
[264] *Sirks*, Food (1991); *Marzano*, Ess. Clemente (2019) 435–458.
[265] *Salomone*, Venditio donationis causa (2012); *Harke*, Iuris prudentia (2019) 129–132; *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 82–87.
[266] *Meyer*, Legitimacy (2004) 115–120.
[267] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 236 f.
[268] *Wolf*, Error (1961) 36 ff.
[269] Bei der Erfassung des Tauschs im Kaiserrecht wurde es rechtserheblich, dass zuerst ein Verkaufsangebot vorlag, bei dem dann die Geldleistung durch eine Sachleistung ersetzt wurde; dies eröffnete die Anwendbarkeit von Kaufrecht, vgl. Gord. C. 4.64.1 (a.238).

Voraussetzungen – ihr Einigsein beenden und damit die Transaktion abbrechen (*contrarius consensus* → Rn. 111–114). Es fehlte eine scharfe Entgegensetzung des Kaufverhältnisses und seines „Errichtungsaktes" (wie aber bei der Stipulation die geschehene Errichtung und die erzeugte Obligation auseinandertreten). Für die käuferseitige Ersitzung der Kaufsache stellt sich die Frage, ob der für die *bona fides* maßgebliche Zeitpunkt schon durch das *initium contractus* oder durch das *initium traditionis* bestimmt wurde; Sabinus und Cassius begründeten den Vorzug des letztgenannten Zeitpunkts (Ulp. 16 ed. D. 41.3.10 pr.). Die Schuljurisprudenz hat im Hinblick auf den Übergang der Gefahr mit der Lehre von der Perfektion des Kaufs (→ Rn. 193) den Eintritt der Vertragsgeltung präzisiert.

91 Der entwickelte römische Rechtsverkehr hielt den Kauf vielfach in einem *instrumentum venditionis/emptionis* fest.[270] Um ein Gültigkeitserfordernis handelte es sich nach klassischem Recht nicht (Ulp. 1 Sab. D. 18.1.2.1: *conventio perficit sine scriptis habitam emptionem*). Es mag sich aber so verhalten haben, dass der Kläger, um die *denegatio actionis* zu vermeiden, entweder eine Urkunde vorlegen oder vom Gegner ein beeidetes Zugeständnis des erfolgten Vertragsschlusses erhalten musste (→ Rn. 48). Die vereinbarte Schriftform wird unter Justinian geregelt werden (→ Rn. 451).

92 Eine Bekräftigung des Kaufs durch Eid dürfte vor allem in älterer Zeit vorgekommen sein; s. z. B. Plaut. Curc. 2,3,88; 4,4,10. Mit dem bei Vertragsschluss abgegebenen Eid wird man vermieden haben, dass man später als Kläger eine *denegatio actionis* wegen voraussichtlicher Beweislosigkeit hinzunehmen hatte. Um eine Wirksamkeitsvoraussetzung handelte es sich nicht.

93 Die Rechtsfigur eines Angeldes oder einer vorab übergebenen Sache, die eine geplante Vertragsbeziehung absichern soll, war der ganzen antiken Welt als *arrha* oder *arra* oder *arrabon* geläufig.[271] Idealtypisch ging es um eine für sich genommen nicht rechtsverbindliche Zusage, einen ausgehandelten Vertrag alsbald in verbindlicher Form abzuschliessen; für die Einhaltung dieser Zusage, also für den Abschluss des Vertrages, wird ein Anreizmechanismus geschaffen: Entzieht sich die Partei dem förmlichen Vertragsschluss, büsst sie die *arrha* ein. Für das klassische römische Recht der *emptio venditio* passte diese Rechtsfigur nicht, da bei Einigkeit der Parteien der Kaufvertrag sogleich verbindlich war. Dem entsprechend stellt die Schuljurisprudenz klar, dass die Vereinbarung oder der Empfang einer *arrha* für die Wirksamkeit der *emptio venditio* keine Rolle spielt; die *arrha* erfülle lediglich eine Beweisfunktion (Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35 pr.).[272] Mögliche Gegenstände der Draufgabe sind Geld oder andere Fahrnissachen, z. B. ein Ring (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.6), oder Gold; Diocl./Max. C. 4.45.2.1

[270] Zu den erhaltenen Urkunden → Rn. 12.

[271] Zum Folgenden *Jakab*, Weinkauf (2009) 109 ff.

[272] Dazu umfassend *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 252 ff.; *Jakab*, Weinkauf (2009) 100–122; *Gokel*, in: Baldus et al. Dogmengeschichte (2012) 635–662; *Földi*, Lib. Am. Tsuno 71–101; *Talamanca*, Arra (1953); aus der älteren Literatur *Bergold*, Geschichte und Wesen des Arrabons (1923).

(a.293). Der zentrale Bericht Ulpians (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.6) ergibt folgende rechtliche Behandlung:[273] Wurde der Kaufvertrag beiderseits erfüllt, konnte der Käufer die *arrha* zurückfordern, und zwar (spätestens) seit Julian *ex empto;* Ulpian will auch die *condictio ob causam finitam* eröffnen.[274] Eine Konstitution nahm die Frage auf: Diocl./Maxim. C. 4.45.2 (a.293).[275] Eine Verfallklausel derart, dass das gezahlte Angeld bei Nichtzahlung des Kaufpreises dem Verkäufer verfällt, kommt nur in Verbindung mit einer *lex commissoria* (→ Rn. 215–226) vor, ohne die der Verkäufer auf die Verfolgung seines Kaufpreiseanspruches beschränkt bleibt. Durch eine solche Verfallsabrede wird die *arrha* in das klassische Recht – ausser als Beweis für den Vertragsschluss – als Sicherungsmittel der Vertragserfüllung integriert. Im justinianischen Recht sichert die *arrha* unter Umständen – wie in anderen antiken Rechten – den Vertragsabschluss, wenn nämlich für diesen die Schriftform vereinbart ist, womit sich die Parteien der formgerechten Eingehung der Vertragsbindung noch entziehen konnten; → Rn. 451. Ohne einschneidende Besonderheit war die einfache Anzahlung (*pars pretii, pars pecuniae*), die nur eine Restkaufpreisschuld für die zukünftige Erfüllung bestehen liess.

dd. Zwang, Arglist und irrtumsbedingter Konsensmangel

Der Rechtsschutz gegen *metus* ist nicht vertragstypenspezifisch: der prätorische Schutz findet beim Kauf wie bei anderen Geschäften Anwendung.[276] Dasselbe gilt im Grundsatz für die prätorischen Schutzmittel gegen *dolus*.[277] Auf die gesonderten Darstellungen (*metus* → § 109; *in integrum restitutio* → § 110; *dolus* → § 94) kann verwiesen werden. Vom *dolus* des Verkäufers wird noch besonders im Hinblick auf Rechtsmängel (→ Rn. 281) und auf versteckte Sachmängel (→ Rn. 399) die Rede sein; zusammenfassend zur Haftung für *dolus* → Rn. 413–424. *Dolus* beim Vertragsschluss kann auch dem Käufer zur Last fallen: Den Fall, dass ein Käufer den Erben zum Erbschaftsverkauf veranlasst, indem er einen geringeren Bestand des Nachlasses vortäuscht, behandelt Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.5: Julian wird die Bejahung der *actio venditi* zugeschrieben, gerichtet auf den Fehlbetrag; die Alternative scheint die *actio de dolo* gewesen zu sein (s. auch Ulp. 11 ed. D. 4.3.9 pr.). Wenn ein Erbe eine Erbschaftssache in Erfüllung eines irrig angenommenen Damnationslegats verkauft, kann er dem Käufer (der den Irrtum durchschaut?) die Arglisteinrede entgegenhalten (Paul. 3 Sab. D. 19.1.5.1).[278] Alex. **94**

[273] Dazu etwa *Behrends*, SZ 95 (1978) 200; *Möller*, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008) 291–293; *Jakab*, Weinkauf (2009) 109 f.

[274] Zur Vertragsaufhebung durch *contrarius consensus* nach Empfang einer *arrha* → Rn. 113.

[275] Dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 143 ff.

[276] Die Anwendung von Zwang begegnet vor allem bei der Durchführung des Kaufs. Zur erzwungenen *traditio* in Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.34–6 s. *Gaulhofer*, Metus (2019) 307–335; ältere Lit. bei *Hartkamp*, Zwang (1971) 166–172, 178–181.

[277] Das justinianische Recht verselbständigt die Kaufaufhebung wegen *dolus* und zieht das kaiserrechtliche Material *De rescindenda venditione* zusammen (C. 4.44), wobei der korrespondierende Digestentitel auch noch das Material zur konsensualen Vertragsaufhebung aufnimmt (D. 18.5: *De rescindenda venditione et quando licet ab emptione discedere*).

[278] *Finkenauer*, Iura 68 (2020) 90–93.

C. 4.39.4 (a.223) nimmt die Problematik auf. Diocl./Maxim. C. 4.44.5 (a.293) erlaubt einem getäuschten Verkäufer dann sogar eine Klage auf Rückabwicklung.

95 Die Fälle des Irrtums finden sich von den Juristen speziell für den Rechtsakt *emptio venditio* entwickelt. Ein Irrtum kann nur durch die Verneinung des Konsenses relevant werden, wobei sich die Möglichkeit des Missverständnisses für alle Parameter des erforderlichen Konsenses (und nur für diese) auftut:[279] Ein Irrtum ist relevant, weil und indem ein Missverständnis dazu führt, dass man nicht sagen kann *vendidit* (bzw. *emit*), und dies ist der Fall, wenn es am Konsens der Parteien fehlt. Der von Juristen behandelte *error* ist demgegenüber nicht selbst Gesetzes- oder Rechtsbegriff. Eine Vielzahl von Texten bezeugt eine intensive Befassung der römischen Juristen mit diesem Problemfeld. Die Texte sind immer wieder und mit wechselnden Thesen analysiert worden.[280] Im Vordergrund stand und steht das zweifelhafte Bemühen, eine widerspruchsfreie römische Lehre vom Irrtum zu rekonstruieren; in diesem Bestreben ist auch viel mit Interpolationsannahmen gearbeitet worden.

96 Nach Ulp. 28 Sab. D. 18.1.9 pr. ist der Dissens hinsichtlich des Preises schädlich. Ebenso kommt kein Kauf zustande, wenn sich die Kaufabsicht des Käufers auf das cornelianische Grundstück, die Verkaufsabsicht auf das sempronianische Grundstück bezieht; hier liege ein *dissentire in corpore* vor. Dasselbe gilt beim Verkauf eines (abwesenden) Sklaven; nur bei dessen Abwesenheit kann das Missverständnis derart bestehen, dass sich die Geschäftsabsichten auf verschiedene Sklaven beziehen. Die übereinstimmende Falschbezeichnung des Kaufobjekts schadet dagegen nicht, soweit das *corpus* feststeht (Ulp. 28 Sab. D. 18.1.9.1). Die hauptsächliche Schwierigkeit im Bereich des Irrtums beim Kauf ist seit jeher der *error in substantia* oder *materia*. Ulp. 28 Sab. D. 18.1.9.2 behandelt schulmäßig das *in substantia dissentire*, indem dieselbe Flüssigkeit von dem Verkäufer für Weinessig, vom Käufer für Wein gehalten wurde (als Parallelfälle werden Erz/Gold und Blei/Silber genannt). Das Beispiel ist wohl insofern ein Lehrbuchfall, als die Preisangabe zur Aufklärung des Missverständnisses führen sollte. Nach Ulpians Bericht hat Marcellus den Kauf für wirksam erklärt; dies kann man so deuten, dass für Marcellus die Beschaffenheit kein Gegenstand des maßgeblichen Konsenses ist. Für ihn musste daher jedes *in substantia dissentire* unschädlich sein. Ulpian seinerseits verneint beim *dissentire* über Erz/Gold und Blei/Silber einen Kauf und differenziert bei Essig/Wein: Wenn der Essig aus Wein entstanden sei, ist der Kauf gültig

[279] Es werden freilich parallel gelagerte Probleme auch bei (u.a.) der Stipulation erörtert, → § 21 Rn. 70–73.

[280] *Schanbacher*, FS Liebs 521–541; *Schermaier*, Wesentlicher Irrtum (2000) 41 ff.; *Harke*, Irrtum (2005), dazu *Schermaier*, SZ 125 (2008) 826–835; *Jakobs*, SZ 125 (2008) 375–424; *Wacke*, Index 22 (1994) 267–292; *Harke*, Irrtum wesentliche Eigenschaften (2003); *Misera*, FS Trinkner 45–50; *Schermaier*, SZ 115 (1998) 235–288; *Schermaier*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 107–132; *Cornioley*, St. Grosso II 249–295; *Apathy*, SZ 111 (1994) 95–154; *Frier*, SZ 100 (1983) 268–295; *Schmidlin*, Mél. Tercier 69–84; *Wieacker*, Mél. Meylan I 383–408; *Flume*, Eigenschaftsirrtum (1948) 64–69; *Flume*, FS Schulz I 248 ff.; ältere Lit. bei *Kaser*, RP I 238 Fn. 24.

(der Gedanke der Substanzgleichheit wird bemüht), wogegen im Fall, dass es sich von Anfang an um Essig gehandelt hat, eine *aliud pro alio venire* vorliegt, was die Unwirksamkeit bedeute; (nur) für die erstgenannte Variante stimmt Ulpian also dem Marcellus zu. Der Umstand, dass eine Sache als Gegenstand mit bestimmten Eigenschaften verkauft wurde (*pro solida*, *pro aureo* usw.), stellte für Ulpian ein zusätzliches Element des Konsenses dar.[281] Ulpian führt noch ein schwer verständliches Argument an; es ist vielleicht so zu verstehen, dass – aus Ulpians Sicht – Marcellus beim Kauf durch einen Blinden oder durch einen materialwirtschaftlich Unerfahrenen für unwirksam halten müsste, weil Marcellus hier nicht einen bloßen *dissensus in materia* sehen könne und daher den Konsens überhaupt verneinen müsste (Ulp. 28 Sab. D. 18.1.11 pr.). Ulp. 28 Sab. D. 18.1.11.1 schließt mit dem gut passenden Fall, dass die als vermeintliche Jungfrau gekaufte Sklavin bereits *mulier* ist, was dem Kauf nicht entgegenstehe. Mit all dem stimmt Iul. 3 Urs. Fer. D 18.1.41.1 zusammen, handelnd vom Verkäufer, der (gutgläubig) seinen silberbeschlagenen Tisch als vollsilbern verkauft: Der Vertrag ist nicht zustande gekommen; der gezahlte Preis wird kondiziert. Man darf vermuten, dass Ulpian hiermit an Julian anknüpfte.

Handelten die bislang genannten Texte von einer Geschäftsabsicht des Käufers, die **97**
nicht mit der Beschaffenheit der angebotenen Sache übereinstimmte, wechselt Ulp. 28 Sab. D. 18.1.14 zu zwei Fällen, in denen beide Parteien die *substantia* übereinstimmend falsch einschätzen.[282] Das konkretere Beispiel ist ein Teilungsgeschäft unter Erben, bei dem ein Erbe seine Miterben für einen fälschlich für golden gehaltenen Armreif auszahlt, der aber überwiegend aus Bronze besteht: Der Verkauf sei gültig, weil der Gegenstand auch Gold enthielt.[283] Der andere (später ergänzte?) Fall behandelt – abstrakter gefasst – den Verkauf von Bronze als Gold, was kein gültiges Geschäft entstehen lasse. Bleibt man bei dem Geschäft unter Miterben, muss man annehmen, dass bei einem individuellen Handwerksprodukt der Goldgehalt nicht als so wesentlich galt, dass von einem *aliud pro alio venire* die Rede sein konnte. Davon lässt sich der Schulfall einer Verwechselung zweier Rohmetallsorten durchaus abgrenzen. Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5 behandelt den Verkauf einer Sklavin, die vom Käufer für eine Jungfrau gehalten wird, wobei der Verkäufer den Irrtum durchschaut. Dem Käufer wird – offenbar wegen eines dem *dolus* gleichstehenden Verkäuferverhaltens – eine Klage *ex empto* auf Rückabwicklung des Geschäfts gewährt. Paulus erklärt den Kauf von Tischen, die der Käufer unzutreffend als aus wertvollem Zitrusholz gefertigt hielt, für gültig, befürwortet aber eine

[281] Die Erklärung, der Kaufvertrag sei unter die regelrechte Bedingung des So-Seins gestellt, wird nicht mehr vertreten.

[282] *Harke*, Irrtum (2005) 68 ff. mit umf. Nachw.; *Schermaier*, Materia (1992) 122; *Apathy*, SZ 111 (1994) 147 f.; *Schermaier*, SZ 115 (1998) 261, 286; *Zilletti*, Dottrina dell'errore (1961) 428 ff.; *Schanbacher*, FS Liebs 521–542; *Schermaier*, in: Castresana, Defectos (2014) 145–148; *Flume*, Eigenschaftsirrtum (1948) 64–69.

[283] Diese Aussage findet eine gewisse Bestätigung in Paul. 5 Sab. D. 18.1.15 pr.; dazu *Harke*, Irrtum (2005) 81 ff.

Verkäuferhaftung auf das Käuferinteresse *non esse deceptum* (Paul. 33 ed. D. 19.1.21.2); hier wird der Irrtum als ein solcher *de qualitate* bezeichnet. Vom Entscheidungsmaterial macht diese Stelle wohl die meisten Schwierigkeiten; auf die umfangreiche Literatur wird verwiesen.[284]

98 Versucht man eine Summe zu ziehen, so geht es durchweg darum, dass Fehlverständnisse den Konsens ausschließen. Diese Fehlverständnisse sind in der Regel ein Problem beider Parteien; es geht nicht um einen einseitigen psychologischen Tatbestand, etwa derart, dass die Vertragserklärung nur der einen Partei, etwa wegen eines Auseinanderfallens von „Wille" und „Erklärung", von zweifelhafter Rechtswirkung ist. Dies entspricht dem Ansatz, dass die Konsensfindung nicht in eine Abfolge zweier isoliert zu analysierenden Willenserklärungen aufgespaltet wird (→ Rn. 90). Auf dieser Grundlage findet man die Konsensverfehlung hinsichtlich Preis und Sache von den römischen Juristen eingängig entwickelt. Ob auch die Sachsubstanz einen Konsensparameter darstellte, war unter ihnen umstritten. Marcellus verneinte es; die überwiegende Meinung bejahte es und musste eine Abgrenzung finden zwischen Fällen, in denen das Missverständnis hinsichtlich Sacheigenschaften den Konsens ausschloss, und solchen, in denen es gleichwohl zum Konsens kam. Über das Mass, in dem für diese Unterscheidung fachphilosophisches Gedankengut herangezogen wurde, wird heute gestritten. Die Einzelentscheidungen sind feinsinnig und erklären sich ohne theoretischen Überbau. Grundlegende Meinungsverschiedenheiten sind – abgesehen von der Position des Marcellus – nicht wirklich auszumachen. Die auch sonst zu beobachtende Möglichkeit, einseitig nur die *actio empti* zu gewähren, erlaubte einen Käuferschutz, der bei einer Beschränkung auf eine binäre Alternative eines entweder beidseits gültigen oder ungültigen Vertrages kaum zu erreichen gewesen wäre.

c. Widerruf des Vertragsschlusses

aa. Zu Widerrufs- und Rücktrittsvorbehalten aufgrund *pactum*

99 Mittels *pactum*[285] konnte einer der Parteien die Befugnis eingeräumt werden, vom Kaufvertrag abzugehen. Es handelte sich um heterogene Gestaltungen, die unterschiedliche Zwecke verfolgten und sich auch unterschiedlicher Rechtstechniken bedienten.[286] Hier werden die *pacta*, welche herkömmlich sämtlich als Rücktrittsvorbehalte bezeichnet werden, in den jeweiligen Sachzusammenhängen dargestellt: Bei der *in diem addictio* handelte es sich um einen Widerrufsvorbehalt, der es dem Verkäufer erlaubt, die Sache an einen anderen Kaufinteressenten abzusetzen, der einen höheren Preis zu

[284] *Schanbacher*, FS Liebs 540 f., verdächtigt die Stelle einer Interpolation; s. auch *Harke*, Irrtum (2005) 82 ff.; noch → Rn. 397, 422.

[285] Zur Bedeutung der *pacta* beim Kauf schon → Rn. 57–60.

[286] *Ziliotto*, Atti Burdese IV 475–516 = SDHI 69 (2003) 335–366; *Pókecz Kovács*, RIDA[3] 58 (2011) 315–338; *Talamanca*, in Vacca (Hrsg.), Caducazione (2006) 1–93; *Jahr*, FS Niederländer 27–40; *Flume*, Rechtsakt (1990) 147–170; *Wesel*, SZ 85 (1968) 94–172.

zahlen bereit ist (→ Rn. 101–110). Ebenfalls als Widerrufsvorbehalt erscheint das *pactum displicentiae*, das dem Käufer befristet einen Widerruf erlaubt, wenn er mit der Sache und ihren Qualitäten nicht zufrieden ist; dieses *pactum* wird im Zusammenhang mit der Sachmängelgewährleistung besprochen (→ Rn. 307–309). Die *lex commissoria*, die beim Kreditkauf dem Verkäufer die Vertragsauflösung wegen Zahlungsverzugs ermöglicht, wird im Zusammenhang mit der Verkäuferklage auf Kaufpreiszahlung dargestellt (→ Rn. 215–226). Allen diesen *pacta* ist gemeinsam, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Kaufsache *inempta* sein soll. Es handelt sich durchweg um Ereignisse, deren Herbeiführung von einer der Parteien gesteuert werden kann; diese „Steuerungsmöglichkeit" ist dann regelmäßig vererblich. Die Abhängigkeit von einem zukünftigen Ereignis hat zu der Grundsatzfrage geführt, wie sich die Klauseln zu der Lehre von der Bedingung verhalten. Ist der Kaufvertrag suspensiv bis zum Ablauf der Aufhebungsfrist bedingt, oder ist er als solcher sogleich unbedingt abgeschlossen, jedoch mit einer Vorabvereinbarung einer möglichen Wiederauflösung? Bei der letzteren Deutung geht die Folgefrage dahin, ob der Kaufvertrag als „auflösend bedingt" angesehen werden sollte (Resolutivbedingung), so dass die fortdauernde Gültigkeit des Kaufvertrags unmittelbar vom Nichteintritt des Ereignisses abhing, oder ob es sich darum handelte, dass die Aufhebungsbefugnis „bedingt", nämlich an eine bestimmte tatbestandliche Voraussetzung gebunden ist (Savigny: „suspensiv bedingte Vernichtung des Rechtsgeschäfts"[287])?[288] Die Frage wird hier differenziert bei den einzelnen Klauseln erörtert.

Wird die Aufhebungsklausel wirksam, entsteht oft eine Rückabwicklungsproble- **100**
matik. Soweit die römischen Juristen Meinungen zur passenden *actio* geäussert haben, finden sich die folgenden Angaben. Für die *in diem addictio*: (→ Rn. 101–110): die Vertragsklage (Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4.4); für das *pactum displicentiae* (→ Rn. 307–309): die Vertragsklage (Paul. 2 ed. D. 18.5.6);[289] unter Umständen konnte die im ädilizischen Edikt proponierte *actio redhibitoria* benutzt werden;[290] für das *pactum de retrovendendo* (→ Rn. 425): *actio in factum* (Proc. 11 epist. D. 19.5.12),[291] nach einer hochklassischen Konstitution wahlweise die *actio praescriptis verbis* oder die Vertragsklage (Alex. C. 4,54,2 [a.222]);[292] für die *lex commissoria* (→ Rn. 215–226) die Vertragsklage (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6.1 und Ulp. 32 ed. D. 18.3.4 pr.). In der letztgenannten Stelle wird das Problem der Vertragsklage nach erfolgter Aufhebung des Vertrags thematisiert und ein Reskript von Sev./Ant. erwähnt. Soweit die Vertragsklagen angestrengt wurden,

[287] Vom *resolvi emptionem sub condicionem* spricht Ulp. 28 Sab. D. 18.3.1; ähnl. Ulp. 28 Sab. D. 18.2.2 pr.

[288] *Jahr*, FS Niederländer 27–40; *Pichonnaz*, St. Labruna VI 4261 ff.; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 125–138; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 177–186.

[289] Eingehend *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 179 f. mwN.

[290] Dazu unten → Rn. 346–374.

[291] Dazu *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 95–98, 179 mwN.

[292] S. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 95–98 mwN.

beruhte dies auf der Möglichkeit, den Inhalt des *pactum* in das zivile Leistensollen zu integrieren (→ Rn. 117).

bb. *In diem addictio*: Widerruf wegen eines Bessergebots

101 Mit dem *pactum addictionis in diem*[293] wird dem Verkäufer erlaubt, die Kaufvereinbarung zu widerrufen, sofern er ein besseres Kaufgebot erhielt. Diese Befugnis war befristet (Paul. 5 Sab. D. 18.2.1 pr.). Es ist der Sinn der Abrede, dem Verkäufer das Eingehen auf das Bessergebot und die Erfüllung des dadurch zustande kommenden Vertrags offenzuhalten. Die Juristen sprechen von *prior* und *posterior emptor*. Ein Verkauf mit *pactum addictionis in diem* stellt für den Verkäufer sicher, dass er seine Ware abgesetzt bekommt, wenn auch vielleicht zu einem für ihn weniger attraktiven Preis; die Addiktionsfrist lässt ihm etwas Zeit, einen Verkauf zu einem höheren Preis zu erreichen. Der Käufer muss es als ungesichert hinnehmen, ob er die Ware zum vereinbarten Preis erhält; für diese Ungewissheit mag er einen Ausgleich darin finden, dass er günstig gekauft hat, wenn es beim Verkauf bleibt. Es gibt nicht „die" eine *in diem addictio*; vielmehr wird von den Juristen das konkrete *pactum* betrachtet und interpretiert. Es ist daher Vorsicht geboten, wenn man versucht, dem Fallmaterial Allgemeinaussagen für „die" *in diem addictio* zu entnehmen. Ein gewisse Typizität hat die Klausel aber gewiss ausgezeichnet, sonst wäre sie kaum als solche zum Gegenstand juristischer Kommentierung geworden.

102 Eine *in diem addictio* findet sich schon bei Plautus.[294] Sie kam in weitem Umfang bei den Versteigerungen durch die Staatsverwaltung zum Einsatz,[295] wovon sie vielleicht ihren Ausgang genommen hat. Sie wird auch möglich gewesen sein, wo der Auktionator vom Veräußerer verschieden war.[296] Ein Einsatz in einer Präsenzauktion ist nicht belegt und daher wäre es verfehlt, sich für die rechtliche Konstruktion des Vertragsschlusses bei der Auktion einfach an die Regeln zur *in diem addictio* zu halten.[297] Die eingehende Behandlung durch die römischen Juristen deutet auf eine große Beliebtheit der Klausel im Rechtsverkehr. Im Privatrechtsverkehr begegnen als Kaufgegenstände, bei denen die *in diem addictio* verwendet wird, hauptsächlich Sklaven und Grundstü-

[293] Dazu *Pókecz Kovács*, RIDA[3] 58 (2011) 315–338; *Pókecz Kovács*, Lib. Am. Tsuno 317–334; *Flume*, Rechtsakt (1990) 161–165; *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 7–49, 210–223; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 186–189; *De Senarclens*, in: Recueil Expo Nationale Suisse (1896) 241–296; *Pennitz*, Periculum (2000) 247–249; *Bissoto Queiroz de Moraes*, Pacto (2010); *Nicosia*, In diem addictio (2013); *Nicosia*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 257–275; *Lambrini*, St. Metro III 383–402.

[294] Plaut. Capt. 1,2,76–78, dazu *Bissoto Queiroz de Moraes*, RGDR 14 (2010) 1–19; vgl. auch Cato agr. 144,13.

[295] S. insb. zu Paul. 3 decr. D. 49.14.50: *Sirks*, SZ 112 (1995) 411–422; allgemein bereits *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 15–25.

[296] Argumentum Paul. 5 Sab. D. 18.2.1.

[297] In der gemeinrechtlichen Literatur hat man für jeden Auktionsverkauf annehmen wollen, kraft stillschweigend vereinbarter *in diem addictio*-Klausel ergebe sich, dass der Verkäufer bis zum Zuschlag ungebunden bleibe; s. *Glück*, Pand. XVI 267 ff.

cke, also *res mancipi*. Es liegt nahe, dass die Kaufsache dem Käufer während der für das Höhergebot vereinbarten Frist nicht manzipiert, möglicherweise aber schon übergeben wurde. Die Erörterung von Rückabwicklungsproblemen (→ Rn. 107) zeigt, dass die Frist von erheblicher Länge sein konnte.

103 Es scheint eine Meinungsverschiedenheit darüber bestanden zu haben, ob die Klausel eine Suspensivbedingung darstellt. Ausweislich von Paul. 54 ed. D. 41.4.2.4 werden manche Juristen dies bejaht haben, wogegen diese Stelle und Ulp. 28 Sab. D. 18.2.2.1 Julian die Meinung zuschreiben, der Kauf sei perfekt. Nach Ulpian kommt es auf die Parteiabsicht an: Möglich sei eine (Suspensiv-)/Bedingung derart, dass der Vertrag nur (und erst) bei Ausbleiben eines Bessergebots geschlossen sein soll;[298] ebenso sei es aber möglich, dass ein Vertag *purus* (unbedingt) abgeschlossen sei, von dem unter einer bestimmen Voraussetzung indes wieder abgegangen werden darf (Ulp. 28 Sab. D. 18.2.2 pr., unter Berufung auf Julian). Mit dieser Aussage dürfte der Versuch unternommen sein, unterschiedliche Ansichten der Juristen zu vermitteln; wobei die klassische Lehre von Paulus und Julian von einem unbedingten, aber einseitig aufhebbaren Kauf ausging.[299] In diesem Fall erfordert die eventuelle Umgestaltung des Kaufverhältnisses aufgrund eines Bessergebots ein Tätigwerden des Verkäufers (oder ausnahmsweise des Käufers); daher ist die so verstandene Bessergebotsklausel nicht als Bedingung im technischen Sinne aufzufassen, so dass schon das Bessergebot als solches über die Gültigkeit des Kaufvertrags entscheiden würde. Es handelt sich vielmehr darum, dass dem Verkäufer innerhalb einer gesetzten Frist ein Abgehen vom Vertrag erlaubt ist, wofür eine (im *pactum* definierte) Voraussetzung (*condicio*) erfüllt sein muss, nämlich ein wirkliches Bessergebot. In den Einzelfragen spiegelt sich gelegentlich die offenbar streitige Einordnung der *in diem addictio*-Klausel.

104 Von besonderem Interesse war die Rechtslage des *prior emptor* während der Bessergebotsfrist. Soweit es sich (wie zumeist) um *res mancipi* handelt, beginnt der ursprüngliche Käufer, dem die Sache übergeben wird, zu ersitzen und er geniesst offenbar den Schutz der *actio Publiciana*.[300] Soweit es sich um *res nec mancipi* handelte, darf man annehmen, dass nur eine *traditio precario* erfolgte,[301] was einen Eigentumserwerb verhinderte: Der Kauf mit *in diem addictio*-Klausel wird „keine *iusta causa* für den sofortigen Erwerb des quiritischen Eigentums gewesen sein".[302] Dem entsprechend ist für die Bestellung einer Wasserservitut nach Paul. 49 ed. D. 39.3.9 pr. vorsorglich die Zustimmung sowohl vom ersten Käufer als auch vom Verkäufer einzuholen. Gegen eine etwaige Vindikation seitens des Verkäufers schützt den ursprünglichen Käufer die *exceptio rei venditae et traditae* (→ § 59 Rn. 233). Er erhält das Eigentum an den von ihm gezogenen Früchten. Die Aktivlegitimation für das Interdikt *aut vi aut clam* beim Ver-

[298] In diesem Fall galten die Regeln über den suspensiv bedingten Kauf.
[299] Vgl. Paul 54 ed. D. 41.4.2.4: *alii et hanc sub condicione esse contractam* [*putant*].
[300] Von dieser wird Ulp. 17 ed. D. 6.1.41 pr.,1 gehandelt haben.
[301] Argumentum Ulp. 71 ed. D. 43.24.11,12; s. auch *Stagl*, SZ 132 (2015) 186 f. mwN.
[302] *Flume*, Rechtsakt (1990) 165.

kauf mit *addictio in diem* wird von mehreren Juristen kontrovers erörtert (Ulp. 28 Sab. D. 18.2.44; Ulp. 71 ed. D. 43.24.1.10).[303]

105 Rechtslage bei Eingang eines Bessergebots: Die durch die Klausel begründete Widerrufsbefugnis des Verkäufers hängt von einem wirklichen Bessergebot ab. In vielfältigen Variationen behandeln die Juristen die Frage, wann ein besseres Gebot vorliegt (*melior condicio*): Nicht nur der Preis, sondern auch Leistungsbedingungen von Verkäufer- und Käuferseite, daneben auch Solvenzfragen, werden hierbei berücksichtigt.[304] Probleme ergaben sich, wenn beim Gesamtverkauf mehrerer Sachen ein auf eine dieser Sachen beschränktes Bessergebot abgegeben wird oder im umgekehrten Fall das Bessergebot einen Gesamtverkauf betrifft. Das Bessergebot muss von dritter Seite kommen; auch Fragen dieser notwendigen Personenverschiedenheit haben die Juristen beschäftigt.[305] Missbräuchliche Gebote („shell bidding"), die z. B. nur den Zweck haben, dem Verkäufer die Lösung vom Vertrag zu erlauben, fallen außer Betracht.[306]

106 Die Abgabe eines Bessergebots erlaubt es dem Verkäufer, einseitig vom ursprünglichen Kauf abzugehen. Die Ausübung der Widerrufsbefugnis erfolgte wohl einfach dadurch, dass der Verkäufer auf das Bessergebot eintrat. Er konnte auch darauf verzichten und so beim ersten Verkauf stehenbleiben. Wie sich aus Paul. 5 Sab. D. 18.2.7 und Paul. 33 ed. D. 18.2.8 ergibt, war der Käufer berechtigt, auf das Bessergebot (mit gleichem Betrag) einzutreten und sich so den Kaufvertrag zu erhalten; er kann gleichsam „mitbieten". Der Verkäufer muss den ersten Käufer daher vom Eingang des Bessergebots unterrichten.[307] Lässt der erste Käufer seine Eintrittsmöglichkeit ungenutzt, verfällt diese. Es bedarf einer ausdrücklichen Vereinbarung, damit der Käufer berechtigt ist, das Bessergebot seinerseits zur Auflösung seiner Vertragsbindung zu nutzen, selbst wenn der Verkäufer auf das Bessergebot nicht eingeht, so dass dem Verkäufer keiner der Kaufverträge bleibt.[308] Geht der Verkäufer auf das Bessergebot nicht ein, läuft die Frist weiter; es könnte ja ein weiteres/günstigeres Gebot kommen, auf das er dann vielleicht eingehen will.[309]

107 Rückabwicklungsfragen: Geht aufgrund eines Bessergebots der Verkäufer zu Recht vom ersten Verkauf ab, und hat der erste Käufer die Sache bereits erhalten, muss er diese dem Verkäufer zurückgewähren, dies mit allen Früchten und befreit von etwaigen Belastungen. Nach Ulp. 32 ed. D. 18.2.16 und Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4.4 i.f. (Julian zitie-

---

[303] *Fargnoli*, Legittimazione (1998) 60, 62–66.

[304] Hierzu *Nicosia*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 267 ff.; *Pókecz Kovács*, Lib. Am. Tsuno 319–324.

[305] Paul. 5 Sab. D. 18.2.14 pr.–1; dazu *Talamanca*, in Vacca (Hrsg.), Caducazione (2006) 46–54.

[306] Zum *falsus emptor* s. Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4.5.; anders gelagert ist der Fall, dass der Verkäufer ein anderweitiges Gebot gegenüber dem Erstkäufer fälschlich als „besser" ausgibt: Paul. 5 Sab. D. 18.2.14 pr.; s. auch *Honsell*, Quod interest (1969) 117 f.

[307] Her. 1 iur. epit. D. 4.4.35 behandelt die Bessergebotsfrage für einen minderjährigen Käufer.

[308] So Ulp. 28 Sab. D. 18.2.9.

[309] Der Fall, dass der Verkäufer auf ein Bessergebot unter Beifügung wiederum einer *in diem addictio*-Klausel eingeht, war offenbar Gegenstand eines Schulenstreits: Ulp. 28 Sab. D. 18.2.11 pr.

rend) stand hierfür die *actio venditi* zur Verfügung. In der Literatur wird gemutmaßt, dass man sich (vor Julian?) einer *actio in factum* bedient habe, weil doch die *res inempta* sei;[310] hierfür fehlt ein Beleg und es erscheint auch etwas doktrinär. Einen lebenstatsächlichen Streit um die Fruchterstattung, betreffend eine fiskalrechtliche *in diem addictio*, behandelt Paul. 3 decret. D. 49.14.50.[311] Was das Verhältnis zu Dritten betrifft, so endet für den ursprünglichen Käufer mit der Aufhebung seines Kaufs der Ersitzungsbesitz; ihm stehen fortan die *actio Publiciana* und auch das *interdictum quod vi aut clam* nicht mehr zur Verfügung.[312] Hat er die Sache an einen Abkäufer weitergegeben, ist dieser der *rei vindicatio* des Verkäufers ausgesetzt. Gegen die Fruchtherausgabe kann der erste Käufer nach einer Entscheidung des Kaisers Septimus Severus die von ihm nachweislich getätigten Aufwendungen geltend machen; übersteigen diese den Wert der Früchte, steht ihm sogar eine Klage (*ex empto*) gegen den Verkäufer zu (Ulp. 32 ed. D. 18.2.16).[313] Der erste Käufer konnte einen etwa schon bezahlten Kaufpreisteil zurückverlangen. Hierfür haftete ihm nur sein Verkäufer, nicht auch der zweite Käufer, es sei denn, der Verkäufer habe sich vom zweiten Käufer für den Kaufpreis ein Stipulationsversprechen geben lassen und durch Delegation hieraus den ersten Käufer berechtigt (Pap. 3 resp. D. 18.2.20).

108 Eine besonders umstrittene Frage geht dahin, ob die Ausübung der Bessergebotsklausel zu einem sogenannten dinglichen Rückfall führt.[314] Damit meint man, dass das vom ersten Käufer (vermeintlich) schon erworbene Eigentum automatisch an den Verkäufer zurückfällt (was sich mit der – hier unpassenden – Vorstellung einer Resolutivbedingung verbindet). Geht man davon aus, dass bei einer Überlassung der Kaufsache an den ursprünglichen Käufer ein Eigentumsübergang vermieden wurde (→ Rn. 104), ist die Vorstellung eines dinglichen Rückfalls entbehrlich.

109 Bleibt ein Bessergebot aus oder wird ein gemachtes Bessergebot vom Verkäufer nicht angenommen, wird der erste Verkauf mit Ablauf der Bessergebotsfrist endgültig wirksam. Hinsichtlich der Rechtslage widerspiegelt sich der Streit der Juristen um die Rechtsnatur der *in diem addictio* (→ Rn. 103): Da nach Julian (und Paulus) nur die Bedingung für die Vertragsauflösung ausgeblieben ist, kommen seit Vertragsschluss alle Früchte dem ersten Käufer zu, der auch sogleich zu ersitzen begonnen hatte; die Ge-

[310] *Pennitz*, Periculum (2000) 253 mwN.

[311] Der Fall ist vielfach besprochen, s. *Daalder*, Julius Paulus (2018) 567–583; *Cerami*, Contrahere (1973) 352–356; *Zwalve*, in: De Blois et al., Representation and perception (2003) 157–169; *Kehoe*, Investment (1997) 187–189; *Verstegen*, FS Nève 551–583; ältere Lit. bei *Mayer-Maly*, Locatio conductio (1956) 42–46, und bei *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 244–248.

[312] Ulp. 71 ed. D. 43.24.11.12; dazu *Fargnoli*, Legittimazione attiva (1998) 50, 56.

[313] Ausf. *Rizzi*, RIDA[3] 62 (2015) 346–348.

[314] Die Diskussion dreht sich vor allem um Ulp. 17 ed. D. 6.1.41 pr. und um eine zweifach überlieferte Entscheidung des Marcellus zum Fall eines vom ursprünglichen Käufer bestellten Pfandes: Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4.3 sowie Ulp. 8 disp. D. 20.6.3; dazu *Flume*, Rechtsakt (1990) 162 f., dort (164 f.) auch zu Paul 49 ed. D. 39.3.9 pr.: Bestellung einer Wasserservitut an dem *pacto addictionis in diem* verkauften Grundstück.

genansicht kann diese Wirkungen erst im ergebnislosen Auslauf der Bessergebotsfrist beginnen lassen, weil erst damit die Bedingung für den bis dahin suspensiv bedingten Kaufvertragsabschluss eintritt (Paul. 54 ed. D. 41.4.2.2);[315] *pendente condicione* läuft ja keine Ersitzung (Ulp. 28 Sab. D. 18.2.4 pr.; s. auch Paul. 54 ed. D. 41.4.2.2). Aus Ulp. 28 Sab. D. 18.2.2.1 ergibt sich als weitere, mit dem Übrigen gut übereinstimmende Konsequenz der Ansicht Julians, dass der erste Käufer auch schon während der Bessergebotsfrist die Gefahr trägt.[316]

110 Das prätorische Edikt enthielt für die *in diem addictio* offenbar keine besondere Bestimmung. In der justinianischen Kodifikation ist der *in diem addictio* der Titel D. 18.2 gewidmet.

d. *Contrarius consensus*: *discedere ab emptione*

111 Wer sich mit dem Gegner auf die Stornierung des Kaufgeschäfts geeinigt hat, sollte dessen Durchsetzung nicht mehr erzwingen können. Über die Verortung und Entwicklung dieses elementaren Gedankens bestehen in der Forschung unterschiedliche Vorstellungen.[317] Der Vorgang wird als *discedere ab emptione* angesprochen. Die Geschäftsaufhebung ist ein *pactum ex intervallo* (dies im Unterschied etwa zum *pactum in diem addictionis*). Um aufgrund einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung die Verurteilung abzuwehren, war – anders als bei einem *pactum de non petendo* (→ § 107 Rn. 5) – kein Einschub einer *exceptio pacti* notwendig: Eine Aufhebungsvereinbarung stand wegen der Bestimmung des Geschuldeten nach der *bona fides* einer Verurteilung ohne weiteres entgegen. Die Aufhebung des Kaufverhältnisses wurde von dem Erlass der durch den Vertrag begründeten Obligationen unterschieden; dieser setzte die Novation (z. B.) der Kaufpreisschuld und eine anschließende *acceptilatio* voraus.

112 Die Juristen erklären eine Vereinbarung der Parteien für erforderlich; diese wurde (spätestens seit Paulus) als *contrarius consensus* (auch: *contrarius dissensus*, *mutuus dissensus*) bezeichnet. Die Jurisprudenz (Pomp. 4 Quint. Muc. D. 46.3.80) betonte den allgemeineren Gedanken, dass die Übereinstimmung zur Aufhebung geeignet sei, wie sie ja auch zur Begründung des Geschäfts ausreiche (Konträraktsprinzip).[318] Damit wurden *consensus* und *contrarius dissensus* nun so aufeinander bezogen wie *stipulatio* und die zum Erlasszweck benutzte *acceptilatio*; deutlich Ulp. 48 Sab. D. 50.17.35. In der

---

[315] Dazu *Pókecz Kovács*, Lib. Am. Tsuno 327 f.

[316] S. *Pennitz*, Periculum (2000) 247–253.

[317] § 24 Rn. 8; § 107 Rn. 16; *Knütel*, Contrarius consensus (1968); *Chinchilla Imbett*, RDP 28 (2015) 79–126; *Luminoso*, Mutuo dissenso (1980); *Marini*, Contrarius consensus (2017) 85 f., 158 f.; *Marini*, Actus contrarius (2016); *Guarino*, Labeo 14 (1968) 271–280; *Flume*, Rechtsakt (1990) 45–52; *Cardilli*, FS Knütel 147–158; *Hernández-Tejero García*, Hom. Murga Gener 565–572.

[318] Das entwicklungsgeschichtliche Verhältnis von *contrarius consensus* und der Figur des *contrarius actus* ist im Einzelnen nicht streitfrei geklärt; hierzu insb. *Fiori*, St. Labruna III 1957 ff. und die in der vorigen Fn. genannten Autore; weiterhin *Harke*, Iuris prudentia (2019) 143 ff., speziell zu Gord. C. 4.45.1 (o.A.).

Forschung ist umstritten, ob der *contrarius consensus* von den römischen Juristen als ein dem *ius civile* angehöriges Geschäft begriffen wurde, das insoweit die Zugehörigkeit des Kaufs zum *ius civile* gespiegelt hätte (und in dieser Gestalt möglicherweise auch nur beim Kauf begegnete), oder als eine besondere Erscheinung des *pactum*, das honorarrechtlich die Forderungen aus dem Kauf entkräftete (zur Inhärenz der *exceptio pacti* → Rn. 41).[319] Knütel rechnete mit einer Kontroverse, indem er bei Paulus, nicht aber bei einem anderen der spätklassischen Juristen, das Verständnis eines selbständigen zivilrechtlichen Vertrages klar ausgedrückt findet (z. B. Paul. 11 ed. D. 4.2.21.4).[320] Mit diesem Verständnis müsste wohl auch die Vorstellung von einer nur einredeweisen Wirkung verlassen worden sein; der *contrarius consensus* hätte dann *ipso iure* gewirkt. War zwischen den Parteien umstritten, ob eine Vertragsaufhebung stattgefunden hatte, mag hierüber *in iure* oder *apud iudicem* gestritten worden sein. In den Fällen, in denen nicht schon der Prätor die Klage denegierte, konnte die Vertragsaufhebung selbst zum Streit- und Beweisthema werden; in diesem Fall ist unsicher, ob der *contrarius consensus* schon bei der *demonstratio* berücksichtigt wurde, weil die Behauptung, es sei „verkauft" bzw. „gekauft", nicht mehr aufgestellt werden konnte (liegt nahe), oder erst bei der *intentio*, weil man sich nichts mehr schuldete. Die Möglichkeit der Vertragsaufhebung wird mit der *litis contestatio* geendet haben.

Die Aufhebungsvereinbarung entfaltete beim Kaufvertrag ihre Wirkung nur, wenn **113**
noch von keiner Seite erfüllt worden war (*re non secuta*; *re integra*); Iul. 15 dig. D. 18.5.5.1, Diocl./Max. C. 4.45.2 (a.293).[321] Ansonsten hätte eine Vertragsaufhebung zu „Rückgewährpflichten" führen müssen; diese waren jedenfalls aufgrund nur eines *pactum* nicht durchsetzbar (→ Rn. 57). Julian behandelt die reizvolle Frage nach einer Kaufaufhebung, wenn der gekaufte Sklave vor Übergabe gestorben ist (Iul. 15 dig. D. 18.5.5.2); die Vertragsauflösung scheint zweifelhaft, da der Verkäufer aufgrund der Gefahrtragung des Käufers so angesehen wird, als habe er tradiert; es stehe den Parteien aber frei, durch eine *iusta conventio* den Klagen aus dem Kauf die Durchsetzbarkeit zu nehmen.[322] Schwierigkeiten bei dem Versuch, einen teilweise vollzogenen Kauf in einen Zustand zurückzuversetzen, in welchem die Aufhebung durch *contrarius consensus* möglich ist, behandeln Ner. 3 membr. D. 2.14.58, Ulp. 4 ed. D. 2.14.16.1 und Paul. 3 quaest. D. 20.6.10 (Rückgängigmachung eines Pfandverkaufs).[323] Die Möglichkeit einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung konnte durch eine *arrha* (→ Rn. 93) in Frage gestellt sein. Bestand diese in einer *pars pretii*, war ein Teilvollzug des Vertrages erfolgt und die einvernehmliche Vertragsaufhebung verunmöglicht; dem Käufer verbleibt eine Restschuld sowie der Erfüllungsanspruch gegen den Verkäufer. War eine *arrha* gegeben,

[319] Der ältere Streitstand ist aufbereitet bei *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 102 ff.; seither vor allem *Finkenauer*, Iura 68 (2020) 80.

[320] *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 117 f.

[321] Ausf. *Cardilli*, FS Knütel 147–158; *Mayer-Maly*, FS Wesener 306–311.

[322] Zu den streitigen Einzelheiten s. *Vallar*, FS Bürge 419–434.

[323] Dazu *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 44 ff.

die keine Teilleistung darstellte, blieb die Vertragsauflösung möglich; die *arrha* ging an den Käufer zurück (Pomp. 24 Sab. 18.5.2; Iul. 15 dig. D. 18.5.5.1; Diocl./Maxim. C. 4.45.2 (a.285).[324] Die Juristen diskutieren zahlreiche weitere Einzelfragen, etwa die, wie sich die Hinzufügung einer Kaufpreisstipulation oder eines (Eviktions-)/Bürgen auf Möglichkeit und Folgen einer Vertragsaufhebung auswirken (Paul. 33 ed. D. 18.5.3),[325] oder ob eine *acceptilatio* (→ § 21 Rn. 87–89) (der novierten Kaufpreisforderung) als Aufhebungspaktum zu deuten ist (Iul. 15 dig. D. 18.5.5 pr.).

114 In der justinianischen Kodifikation sind Rechtsfragen der Kaufaufhebung in je einem Titel zusammengefasst (D. 18.5; C. 4.45).

2. *Intentio* der *actio empti*

a. *Quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet*

115 Die *intentio* lautet auf *quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet* und damit stets auf ein *incertum*. Es handelt sich um ein Blankett. Aus der *bona fides* muss sich ergeben, was *in concreto* der Verkäufer dem Käufer schuldet (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.1 pr./1). Die *bona fides* gilt als Grund wie Maßstab bei der Ermittlung des „Geschuldeten", des „Pflichtenprogramms" (→ § 78 Rn. 3): „Bei den *bonae fidei iudicia* war die *bona fides* Grund des Anspruchs und bestimmte zugleich den Anspruchsumfang, und aufgrund der *bona fides* war dem Richter ein weiter Ermessensspielraum bei der Feststellung des juristisch erheblichen Tatbestandes eingeräumt, während er dann die Rechtsfolge strikt aussprechen musste."[326] Schon die römischen Zeitgenossen haben versucht, das Charakteristische der *bonae fidei iudicia* auszumachen. Bei Cic. off. 3,17,68 ff. wird ein *dictum* des Quintus Mucius Scaevola angeführt, wonach Klagen mit der Anweisung, *ex fide bona* zu verurteilen, eine *summa vis* zukomme.[327] In Cic. off. 3,15,16 wird die Klausel wegen ihrer Eignung gelobt, dem *dolus* entgegenzutreten. Die *bona fides* gilt als Verweisung, als Bezugnahme, indem vorgefundene Verhaltensstandards im konkreten Fall als Massstab angelegt werden: Es geht darum, wie sich der redliche Teilnehmer am Geschäftsverkehr, der *bonus vir*, verhält.[328] Regionale Unterschiede können zu berücksichtigen sein.[329]

---

[324] S. *Harke*, Iuris prudentia (2019) 143 ff.

[325] Dazu *Finkenauer*, Iura 68 (2020) 80; *Flume*, Akzessorietät (1932) 138 f.

[326] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 243.

[327] Dazu *Dajczak*, RIDA[3] 46 (1999) 224–229.

[328] *Cardilli*, in: Lovato, Vir bonus (2013) 179–207. Die Römer erkannten die Problematik dieses Verweises, dass man nämlich erst einmal wissen muss, was als anständige Geschäftspraxis durchgeht: *Sed qui sint boni, et quid sit bene agi magna quaestio est?*, fragt Cicero (Cic. off. 3,17,70). Nicht Stellung genommen wird hier zur Frage, ob die Bezugnahme auf die Standards des *bonus vir* schon sogleich mit der Maßgeblichkeit der *bona fides* mitgegeben war, oder ob ursprünglich eine Zuständigkeit für eine freie Einschätzung beim Richter lag, die dann einem stärker aussenweltbezogenen Standard weichen musste. Nach *Carcaterra*, Bonae fidei iudicia (1964) 17 ff., ist es um ein abstraktes ethisches Konzept gegangen (Mindermeinung).

[329] Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.20; Ulp. 10 ed. D. 22.1.37 behandelt die *negotiorum gestio*, doch

Das Konzept der *bona fides* ist wegen seiner zentralen Bedeutung eine der am eindringlichsten untersuchten Erscheinungen römischen Rechtsdenkens (→ § 77). Die Forschung fragt nach den Eigendeutungen der *bona fides* durch die römischen Juristen,[330] nach möglichen Einflüsse anderer Rechtsordnungen (vermittelt u. a. durch den *praetor peregrinus*) oder religiösen oder weltanschaulichen Gedankenguts (Stoa), des gesellschaftlich-kulturellen Konzepts der römischen *fides*,[331] der Infiltration des Konzepts in das eigentliche Rechtssystem und dessen dadurch angestossenen Weiterentwicklungen, und schliesslich nach dem Verhältnis zur *aequitas*. Weitere Themata der Forschung sind die Gegenüberstellung der *negotia bonae fidei* und der Rechtsinstitute *stricti iuris*, deren Vertiefung durch Kaiserrecht, schließlich die Verschmelzung mit christlichem Gedankengut[332] und die Stellung des Konzepts im justinianischen Recht.[333] Die Literatur ist unübersehbar geworden.[334] Unter Ausblendung zahlreicher Aspekte geht es hier nur um die rechtstechnische Bedeutung der *bona fides* für die Kaufklagen. **116**

Die *bona fides* schafft die Grundlage dafür, dass das von den Parteien Vereinbarte (*id quod actum est*) den Verpflichtungsinhalt bestimmt (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.1: … *nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est*).[335] Die *bona fides*-Klausel erlaubte und forderte eine Auslegung der Vereinbarung. Die Auslegung spielte damit eine Rolle sowohl für die Feststellung, ob überhaupt ein Konsens über den Verkauf besteht – insofern eine Frage der Richtigkeit der *demonstratio* – als auch betreffend den Pflichteninhalt im Einzelnen. Gegenstand der Auslegung sind vor allem die konkreten *dicta* und *leges venditionis*. Wenn von einer Regel die Rede ist, eine *ambiguitas* sei *contra venditorem* aufzulösen, bezieht sich dies auf verkäuferseitig gestellte Geschäftsbestimmungen.[336] Neben der Auslegung wird die Sachgesetzlichkeit der Transaktion bemüht, womit auch nicht ausdrücklich vereinbarte Verpflichtungsfolgen anerkannt werden.[337] Der Umstand, dass das Geschäft als ein solches des *ius gentium* gilt, begünstigt Argumentationen gestützt auf die *aequitas*[338] und aus den **117**

---

erlaubt das Ende *ut est in bonae fidei iudiciis constitutum* den Schluss, es verhalte sich entsprechend bei allen *iudicia bonae fidei*.

[330] *Dajczak*, RIDA[3] 46 (1999) 219–242.

[331] S. auch *Prescendi/Schiemann*, s. v. Fides, DNP.

[332] *Rodríguez López*, Atti Burdese III 255–278.

[333] *Garbarino*, Atti Burdese II 191–202.

[334] Diese Übersicht konzentriert sich auf ausgewählte Veröffentlichungen der letzten Jahrzehnte, die i. d.R. jeweils ältere Lit. nachweisen: *Kleiter*, Entscheidungskorrekturen (2010) 54 f.; *Freyburger*, Fides (1986); *Fiori*, in: Fiori, Modelli III (2008); *Schmidlin*, FG Lübtow (1980) 359–372; s. auch die Beiträge in Atti Burdese (Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea), insbesondere: *Schermaier*, Atti Burdese III 387–416; *Cannata*, Atti Burdese I 257–274; *Dajczak*, Atti Burdese I 409–428; *Talamanca*, Atti Burdese IV 1–313;

[335] Statt aller s. *Babusiaux*, Quod actum (2006) 30 f.

[336] Zu Pomp. 33 Sab. D. 18.1.33 *Krampe*, SZ 100 (1983) 212–217.

[337] *Cardilli*, Damnatio (2016) 237 f.; *Veronese*, Ric. Talamanca II 276.

[338] Ausgesprochen ist dies in Tryph. 9 disp. D. 16.3.31 pr.: *Bona fides quae in contractibus exigitur*

Sachgesetzlichkeiten der Transaktion: … *ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate* (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.1). Es geht um Rechtsschutz für eine reale, der Lebenswirklichkeit entsprungene Transaktion, deren Eigengesetzlichkeiten der Richter aufnehmen kann und soll. Die byzantinische Jurisprudenz hat diesen Ansatz überhöht und vom Lebenspraktischen in das Rechtstheoretische verschoben, indem sie den Anspruch erhob, dass das sachgesetzlich Angemessene bereits mit dem „Wesen" eines bestimmten Vertragstypus, mit der *natura contractus*, mitgegeben sei.[339] Die klassische römische Jurisprudenz hat sich für die Verfeinerung des Kaufrechtsverhältnisses zu einem sehr erheblichen Teil einfach auf die Abwehr von *dolus* gestützt (→ Rn. 413–423).

118 Die nachfolgend aus der Rechtsliteratur zusammengestellten Aussagen zu einzelnen Pflichten des Verkäufers (und des Käufers, → Rn. 177–203) geben nicht ein von vornherein geltendes, positiviertes römisches Kaufrecht wieder.[340] Vielmehr ist dieser Normbestand das Ergebnis einer allmählichen Entwicklung, die ihren Ursprung in der vielfältigen richterlichen Handhabung der *intentiones* hatte, bei den zahlreichen Fragen also, *quid veniat in actionem*. Für den Judex ging es nicht um die rechtsförmliche Anwendung präexistenter „Regeln", sondern um eine im Hinblick auf das konkrete Verhältnis zu findende Lösung für den von ihm zu entscheidenden Fall. Das im Einzelfall vom *iudex privatus* gefundene *bonum et aequum* hatte an sich keine Rechtsnormqualität in dem Sinne, dass es – wie ein „precedent" – eine Regel enthalten hätte, die immer erneut zur Anwendung hätte kommen können oder müssen. Eine konkrete Erkenntnis des *iudex privatus*, was der Verkäufer dem Käufer *ex fide bona* zu leisten hatte, hatte an sich keinen normativen Status. In der hoch- und spätklassischen Schuljurisprudenz findet dann, namentlich durch die Verfasser der Ediktskommentare, eine Normativierung statt. Mit den zahllosen diesbezüglichen Ausführungen wird rechtsliterarisch in abstrakter Weise fixiert, was das *bonum et aequum* in einzelnen Hinsichten jeweils ausmacht. Die von Ediktskommentatoren wie Ulpian und Paulus insoweit getroffenen Entscheidungen beanspruchten bereits, die regelmäßig „richtigen" Vertragsfolgen zu entwickeln. Durch den alles übergreifenden Anspruch einer gültigen Fixierung der gesamten, auf das Edikt bezogenen Rechtserkenntnis wurde die unterschiedliche Normativität, die im Formularprozess aufgrund der Zuständigkeit des *iudex* für das *quod veniat in actionem* bestand, eingeebnet.

119 Der Umstand, dass bestimmten Rechtsaussagen zum Kauf, formuliert von den klassischen Juristen und gedeckt durch deren *auctoritas*, eine Regelhaftigkeit zugeschrieben wurde, bedeutete, dass diese Rechtsaussagen bei gleichgelagerten Situationen auch wieder zur Anwendung kommen sollen. Parteien, denen dies nicht gelegen kommt, sind insoweit gehalten, die Nichtgeltung eines solchen „Rechtssatzes" zu vereinbaren.

---

aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis?

[339] *Ernst*, Stud. Kupiszewski 80–82.

[340] Zum Folgenden s. *Ernst*, Stud. Kupiszewski 61–86.

Von Ulpian wird das Verhältnis zwischen der konkreten Parteiabrede und den für das *bonae fidei iudicium* entwickelten Regeln thematisiert (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.1): Nachdem die Maßgeblichkeit der konkreten Vereinbarung ausgesprochen ist, heißt es: *Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.*[341] Der für die *intentio* entwickelte Bestand solcher Rechtssätze ist dispositiver Natur. In der spätklassischen Literatur findet sich ein Einbezug der Beweislastfrage: Wer sich auf eine besondere Vereinbarung beruft, muss diese beweisen.[342] Diese Linie setzt sich bruchlos im Kaiserrecht fort. Alex./Sev. C. 8.45.1 (a.223) verlangt, eine abweichende Regelung müsse *nominatim* erfolgen. Alex./Sev. C. 4.65.9 (a.234) behandelt die Frage, ob der Grundstückskäufer zur Fortsetzung des Pachtverhältnisses mit dem *colonus* verpflichtet sei; es bedürfte einer Vereinbarung, die der Verkäufer zu beweisen hat (→ Rn. 424).[343] Iust. C. 7.17.2.1 (a.531) stellt die Regelung gemäß der *natura contractus* zu der durch die Urkunde bewiesene Vereinbarung in Gegensatz. Bei den byzantinischen Juristen erscheint dann die „objektivrechtliche" Regel als Inhalt einer *praesumptio*.[344]

Durch die *emptio vendito* verpflichten sich die Parteien auf ein der vereinbarten **120**
Transaktion entsprechendes Verhalten. Der Verkäufer promittiert nicht einen Erfolg, sondern legt sich auf ein transaktionsgerechtes, anständiges Gesamtverhalten fest. Die *actio empti* ist eine Generalklage wegen „Vertragsbruchs", wobei die Frage, ob der Verkäufer sich nicht so verhalten hat, wie es der vertraglichen Vereinbarung entsprochen hätte, nach der *bona fides* beurteilt wird. Das Einstehenmüssen des Verkäufers (*praestare*) kann sich auf Pflichten unterschiedlicher Art beziehen. Die weite Fassung der *intentio* erlaubt es dem Judex, auf Verpflichtungen sowohl zu einem *facere* (z. B. die Übergabe der Kaufsache) als auch zu einem *dare* (z. B. eine Kaufpreisrückzahlung) zu erkennen. Unter Umständen ergeben sich in der Entwicklung des Vertragsverhältnisses für den Verkäufer neue, anders geartete Leistungspflichten, während ursprüngliche Pflichten gegenstandslos werden (→ Rn. 142–158). Zu dem, was vom Verkäufer je nach der Situation *ex fide bona* verlangt werden kann, gehört unter anderem der Abschluss von Stipulationen, die Rückzahlung des Kaufpreises (*recuperatio pretii*) oder ein Geldausgleich für den Käufer, der – getäuscht oder irrend – überteuert gekauft hat; auch eine regelrechte Rückabwicklung nach dem Vorbild des ädilizischen Edikts kann in besonderen Fällen *ex empto* geschuldet sein (zu Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.3 → Rn. 396, 399). Umstellungen kommen auch dergestalt vor, dass der Verkäufer dem Käufer statt der

[341] Die Nachrangigkeit dessen, was kraft Geschäftsüblichkeit oder Natur der Sache gilt, gegenüber dem konkret Verabredeten ist im Bereich des Kaufs auch ausgesprochen in: Ulp. 32 ed. D. 18.4.4; Her. 2 iur. epit. D. 18.4.23 pr.; Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1 pr.; Pap. 3 resp. D. 18.6.19 pr.; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.10; D. 19.1.17.2; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.33 pr.; Ulp. 32 ed. D. 21.2.37 pr.

[342] *Babusiaux*, Quod actum (2006) 217, mit Hinweis etwa auf Ulp. 32 ed. D. 19.1.17.2.

[343] Dazu *Ernst*, Stud. Kupiszewski 76.

[344] Basil. Schol. 1 zu D. 12.1.3 (*Heimbach*); zur byzantinischen Vorstellung von *natura contractus* s. *De Jong*, Stephanus (2008) 284–296; *De Jong*, ByzZ 106 (2013) 683–712.

verkauften Sache ein verändertes Sachobjekt oder einen vereinnahmten Geldbetrag zu leisten hat (→ Rn. 154), oder dass eine Verpflichtung zur Klagenabtretung entsteht (→ Rn. 151). Kurzum: *quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet* ist dynamisch und passt sich dem Fortschreiten oder Stocken des Vertragsvollzugs an, dies im Gegensatz zu der durch Stipulation begründeten Schuld *stricti iuris*, die im Grundsatz statisch ist. – Für die ursprünglichen Leistungspflichten des Verkäufers hat der Spätklassiker Paulus (zur Abgrenzung vom Tausch) die schulmäßige Trias aufgestellt: *ob evictionem se obligare – possessionem tradere – purgari dolo malo* (Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr.).[345] Diese drei Hauptpflichten werden im Folgenden durchgegangen:

b. *Possessionem tradere*

aa. Erfordernisse der *traditio*

121 Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache zu übergeben (*traditio*), mit dem Ziel, dem Käufer die *possessio* zu verschaffen.[346] Diese ermöglicht dem Käufer den fortgesetzten ungestörten Genuss der Sache in ihrer realen Gegenständlichkeit (*habere licere*). Eigentum hat der Verkäufer dem Käufer nicht zu verschaffen: Den Verkäufer trifft keine Verpflichtung zum *dare*, anders als den Käufer hinsichtlich der *nummi* (→ Rn. 177); Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.2, Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr. Hinsichtlich der Kaufsache muss also keine *datio* erfolgen, welche die *solutio* von einer Übereignungspflicht bewirken würde. Der Kaufvertrag ist die *causa* für die *traditio*.[347] Läuft es für den Käufer darauf hinaus, dass er Eigentum erst durch Ersitzung erwirbt, so ersitzt er nicht *pro soluto*, sondern *pro emptore*.[348] Die *traditio* erscheint beim Kauf nicht als *solutio obligationis*, sondern *complementum emptionis*. Zu der umstrittenen Frage, ob der Eigentumserwerb durch *traditio ex iusta causa* schon in republikanischer und klassischer Zeit die Zahlung (oder Sicherstellung) des Kaufpreises erforderte, wie es im justinianischen Kontext durch I. 2.1.41 verlangt wird; → § 43 Rn. 9.[349] Eine Übergabe unter der Bedingung, dass der Übergebende Eigentümer ist, verschafft keinen Besitz, wenn das Grundstück einem anderen gehört; Iul. 44 dig. D. 41.2.38.1: Die *possessio* kann somit im Grundsatz bedingt übertragen werden. Ist die Sache dem Käufer übergeben, besitzt er grundsätzlich *pro emptore* (was noch nicht zwangsläufig bedeutet, dass er die Ersitzung *pro emptore* erfolgreich abschließt); entscheidend hierfür ist das objektive Vorliegen einer *emptio venditio*. Damit *pro emptore* besessen wird, muss der Besitzerwerb auf der *traditio* durch

[345] Umfassend *Cristaldi*, Obbligazione del venditore (2007).

[346] *Bussmann*, Délivrance du vendeur (1933).

[347] Zum *causa*-Erfordernis der *traditio* → § 43 Rn. 6.

[348] S. die Texte im Digestentitel D. 41.4 (*Pro emptore*) sowie im Codextitel C. 7.26 (*De usucapione pro emptore vel transactione*); s. auch *Pool*, SZ 138 (2021) 83–179.

[349] Aus der umfangreichen Lit. s. *Dozhdev*, Atti Burdese I 551–578; *Feenstra*, Reclame en revindicatie (1949) 11–97; *Honoré*, Stud. Thomas 56–72; sowie die Beiträge in: Vacca, Vendita e trasferimento I (1991) und II (1991); *Romeo*, Appartenenza e alienazione (2010); *Harke*, Vertrag (2013) 54–86; *Stagl*, SZ 132 (2015) 186; *Miquel*, Hom. Murga Gener 573–596.

den Verkäufer beruhen (Paul. 63 ed. D. 41.2.5 und Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.1).[350] Für die in der Pandektistik diskutierte Frage, ob der Käufer vom Verkäufer beanspruchen kann, dass dieser ihm die Kaufsache mit *animus dominii transferendi* tradiert,[351] gibt es im antiken Quellenmaterial keine Entsprechung. Beim „Verkauf" von Dienstbarkeiten (→ Rn. 77) besteht naturgemäß keine Verpflichtung zur *traditio vacuae possessionis*; ersatzweise muss der Verkäufer dem Käufer durch Stipulation Sicherheit dafür stellen, dass nichts geschehe, was diesen an der Ausübung hindert (Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.2).

122 Erörterungen, die sich beim Kauf beweglicher Sachen mit dem Ort der Übergabe befassen, sind spärlich. Immerhin ergibt sich aus Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.4 das Vorkommen einer Ortsklausel. Paulus stellte klar, dass eine förmliche Arbiträrklausel, die es dem Judex erlaubt, die Verurteilungssumme anzupassen, wenn an einem anderen als dem Leistungsort geklagt wird, für die *actio empti* (wie für andere *bonae fidei iudicia*) selbst dann nicht eingeschaltet wurde, wenn ein bestimmter Leistungsort vereinbart war (Paul. 28 ed. D. 13.4.7).[352] Eine Ortsklausel eröffnete keinen anderen oder weiteren Gerichtsstand. Die Ortsfrage wurde jedoch bei der Ermittlung des Käuferinteresses berücksichtigt (→ Rn. 168). Keine Erörterungen finden sich für die Frage der Transportgefahr, die durch eine Ortsklausel aufgeworfen werden könnte; aus dem *periculum emptoris* (→ Rn. 182) ergibt sich, dass die Gefahr schon bei Vertragsschluss und also vor jedem etwaigen Transport auf den Käufer übergeht.

123 Bei Grundstücken gehört zum Traditionsvorgang die Grenzbestimmung (*demonstratio finium*), ein Vorgang von einiger Förmlichkeit mit Berührung zur Disziplin der *agrimensores* (Feldmesser).[353] Überlieferte Urkunden weisen klare Grenzangaben auf.[354] Scaev. 2 resp. D. 19.1.48 fragt, ob ein Erbe, der Land in dem Umfang verkaufte, wie es dem Erblasser gehört hatte, die unterbliebene *demonstratio finium* nachholen und dem Käufer allenfalls vorhandene Urkunden ausliefern muss, was im Hinblick auf die *bona fides* bejaht wird.

124 Bei Grundstücken begegnet das Erfordernis, dass *vacua possessio* einzuräumen ist: Zum Besitzerwerb des Käufers gehört, dass niemand außer ihm das Grundstück besitzt.[355] Der Verkäufer ist zum *in vacuam possessionem inducere* gehalten, der Käufer vollzieht das *in vacuam possessionem ire/intrare* oder *ire in fundum*. Der Ausdruck wird auch in der Urkundenpraxis benutzt.[356] Die Einweisung in den Besitz verband sich mit

---

[350] Dazu *Pool*, SZ 138 (2021) 83–179.

[351] *Karlowa*, Rechtsgeschäft (1877) 206–217.

[352] Dazu *Pulitanò*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 579–634.

[353] *Vinci*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 409–454; *Daube*, JRS 47 (1957) 39–52; s. *Burian*, s. v. Feldmesser, DNP; *Dilke*, Land Surveyors (1971); *Möller*, in: Lindermann et al., Feldmesserbuch (2018) 85–107, sowie die Beiträge in: Knobloch/Möller, Feldmesser (2014).

[354] S. z. B. *Weßel*, Tablettes (2003) 136–141; *Kaiser*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 111–125; in der Formula Baetica (FIRA III 92 = CIL 2 p. 5042) werden für das zu manzipierende Grundstück die Nachbarn genannt.

[355] *Bussmann*, Délivrance du vendeur (1933) 38; *Kniep*, Vacua possessio (1886).

[356] *Weßel*, Tablettes (2003) 68, 149.

der *demonstratio finium* (→ Rn. 123).[357] Die Einführung in das Grundstück musste durch den Verkäufer – als den jetzigen wirklichen Besitzer – geschehen; ein von ihm geschickter Sklave kann ihn vertreten (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.18.1); die bloße Beauftragung eines Dritten, den Käufer einzuweisen, genügt nicht; es bedarf des Realakts (Pomp. 32 Sab. D. 41.2.33).[358] Ein ursprüngliches Erfordernis, dass der Erwerber das Grundstück umschreitet oder betritt, hat sich in klassischer Zeit offenbar verloren (Paul. 54 ed. D. 41.2.3.21); die Erklärung des Verkäufers, *se tradere possessionem*, scheint bei Ferneinweisung notwendig zu bleiben. Über die Einweisung selbst kann eine Urkunde aufgesetzt werden; Diocl./Maxim. C. 4.38.12 (o.A.): *instrumentum testationis vacuae possessionis.*

125 Es geht beim Erfordernis der *vacua possessio* nicht bloß um die Räumung durch den Verkäufer und die rein physische Abwesenheit jeglicher anderen Person auf dem Kaufgrundstück, sondern darum, dass der Käufer die *possessio* übernehmen kann: Der Käufer muss eine Position erhalten, die sich beim Streit um den Besitz gegen andere durchsetzt. Für die Verschaffung der *vacua possessio* kommt es daher auf die Rechtslage bezüglich des Interdiktenschutzes an.[359] Der Besitz muss dem Käufer *sine vitio* verschafft werden. Konnte sich ein vom Verkäufer aus dem Besitz Vertriebener mittels Interdiktenschutz den Besitz wieder einräumen lassen, war der Besitz nicht „leer".[360] Wenn Besitzschutz nur gegen den Verkäufer besteht, nicht aber gegen den Käufer, kann dieser in die *vacua possessio* eingewiesen werden (Paul. 54 ed. D. 41.3.4.22). Sind Nachlassgläubiger oder ein Fideikommiss- bzw. Vermächtnisnehmer in das Grundstück eingewiesen, erscheint dessen – an sich noch möglicher – Besitz nicht mehr als „leer"; Paul. 5 Sab. D. 19.1.2.1. Es ist für das Verständnis der *emptio venditio* aufschlussreich, dass bestehender Interdiktenschutz für einen Dritten als Nichtverschaffung des „leeren" Besitzes sogleich zur Haftung auf *id quod interest* führt, während das Bestehen von Drittrechten, die zu einer gerichtlichen Entziehung der Sache berechtigen, erst dadurch zu einer Nichterfüllung der Verkäuferpflicht führt, dass der Dritte die Sache dem Käufer erfolgreich abstreitet (→ Rn. 236).

126 Die Verschaffung der *vacua possessio* war für die römischen Juristen der Punkt, an dem der Verkauf eines verpachteten Grundstücks rechtlich problematisch wurde. Einen Rechtssatz „Kauf bricht nicht Miete" kannte das römische Recht nicht. Pap. 46 quaest D. 43.16.18 pr.:[361] Der Verkäufer des verpachteten Grundstücks hat den Käufer

[357] Cic. Tull. 7,17: *Fines Acerronio demonstravit neque tamen hanc centuriam Populianam vacuam tradidit* (das angrenzende populianische Land war nicht mehr „leerer" Besitz).

[358] Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 18.1.78.1: Kann der Käufer, der das noch nicht übergebene Grundstück in seine Verwaltung bekommt, weil er zum Vormund des Sohnes seines (verstorbenen) Verkäufers bestellt wird, sich selbst einweisen?

[359] Inwiefern eine Nichterfüllung derart, dass die *possessio* nicht *vacua* war, auch den Eigentumserwerb durch *traditio ex iusta causa* vereitelte, ist eine andere, hier nicht vertiefte Frage; vgl. etwa Diocl./Max. C. 4.49.8 (a.293), und dazu *Ernst*, Einrede (2000) 65 f.

[360] Diesbezügliche Fragen erörtert *Solidoro Maruotti*, Studi sull'Abbandono (1989).

[361] Dazu *Brandsma*, Subseciva Groningana IX (2014) 319–326; *J.A.C. Thomas*, TR 41 (1973) 35–44; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 193; *Sklenář*, RIDA[3] 41 (1994) 379–389.

in den Besitz eingewiesen; der Käufer wurde aber vom Dauerpächter (*colonus*) ferngehalten (vielleicht nur durch Widerspruch, der als *vis* gewertet wurde) und hat sich dann mit Gewalt gegen diesen durchgesetzt. Papinian bejaht zunächst das *interdictum unde vi* (→ § 66 Rn. [redacted]) zugunsten des Verkäufers/Verpächters gegen seinen Pächter, weil die Vertreibung des von ihm eingewiesenen Käufers einer Vertreibung seiner selbst gleichstehe. Der Verkäufer/Verpächter sei hierfür auch noch aktivlegitimiert, da seine *possessio* gerade noch nicht auf den Käufer übergegangen sei. Zugleich sei aber auch der Pächter gegen den Käufer mit dem Interdikt *unde vi* geschützt (obwohl dieser in das Grundstück mit dem Willen des Verpächters eindringt);[362] dieses Element der Lösung wird mit dem Argument unterstützt, Selbsthilfe verdiene keinen Schutz. Auch nach Marc. 19 dig. D. 43.16.12 wird die Weigerung des Pächters, den Käufer einzulassen, einer Weigerung gegenüber dem Verpächter gleichgesetzt, der als *possessor* nicht ausgeschlossen werden darf. Einen gewaltsamen Eingriff seitens des Käufers muss sich der Pächter aber nicht gefallen lassen; ihm steht dann seinerseits das Interdikt *unde vi* zu. Die Vertreibung des Pächters ist alleine Sache des Verpächters/Verkäufers, der sich als *possessor* durchsetzen kann, wobei er vom vertriebenen Verpächter wegen Vertragsbruchs mit der *actio conducti* haftbar gemacht werden kann (→ § 80 Rn. 6). Anschliessend mag er den Käufer ungehindert in die *vacua possessio* einweisen. Er kann also die auf den Besitz gegründete Möglichkeit, den Pächter effektiv zu vertreiben, nicht gleichsam an den Käufer delegieren; eine Mandatierung des Käufers erscheint geradezu als widerrechtlich.[363] Die Einweisung des Käufers in in die *vacua possessio* des bislang verpachteten Grundstück kann ausser nach vorheriger Vertreibung des Pächters (durch den Verpächter) natürlich auch erfolgen, indem der Pächter überzeugt wird, den Käufer einzulassen. Ein Weg hierzu wird darin bestanden haben, dass der Käufer sich in einem *pactum* mit dem Verkäufer verpflichtete, den Pächter weiter auf dem Land zu dulden (→ Rn. 57, Rn. 424).

Die Verpflichtung auf das *vacuam possessionem tradere* eignete sich zur Überführung **127**
in Stipulationsform (*stipulatio faciendi*); Pomp. 9 Sab. D. 19.1.31.[364] Eine solche Stipulation erfasst nach Pomponius nicht die dem Käufer geschuldeten Früchte (→ Rn. 135–137), die aber unverändert *ex empto* verlangt werden können. Papinian behandelt dieselbe Frage, offenbar mit der Tendenz, die Früchte in die *actio incerti* zu integrieren (Pap. 27 quaest. D. 22.1.4 pr.).[365]

[362] Ob die Klageberechtigung des Pächters hierbei voraussetzt, dass er sich mit seiner Weigerung, dem Käufer zu weichen, vom *detentor* zum *possessor* aufgeschwungen hat, muss hier nicht erörtert werden.

[363] Pap. 46 quaest D. 43.16.18 pr.: *mandatum illicitum.*

[364] Eine (wohl unteilbare) *stipulatio incerti*: Ulp. 43 ed. D. 45.1.75.7; zur Novationsproblematik s. *Sturm*, Ausgew. Schriften II 771–789; *Apathy*, Animus (1975) 220–222.

[365] Dazu *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 204, 225 mwN.

bb. Gegenständlicher Umfang der geschuldeten *traditio*

128 (1) Die nähere Bestimmung des Kaufobjekts. Der Verkäufer schuldet die Übergabe des hauptsächlichen Kaufobjekts, wie es vertragsauslösend im Konsens bepreist worden ist. Auch ohne besondere Zusage ist der Verkäufer dabei verpflichtet, bestimmte Gegenstände mitauszuliefern, soweit diese sich als Teil der verkauften *res* darstellen. Ein besonderes *dictum* ist nicht erforderlich. Einen Teil der überaus reichen Kasuistik bringen Ulp. 29 Sab. D. 18.1.47,49; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.31; D. 19.1.15; D. 19.1.17.7–9; Cels. 8 dig. D. 19.1.38.2. Vor allem beim Grundstückskauf geht es darum, welche mit dem Boden oder dem Gebäude verbundenen Gegenstände den Kaufgegenstand „ausmachen". Zur verkauften *villa* gehörten z. B. Schlösser, Riegel, die für den Brunnenbetrieb eingesetzten Röhren und Sammler sowie Verzierungen wie Wandgemälde. Die Juristen sind dabei ebenso besorgt, die Dinge zu benennen, die der Verkäufer mit Recht zurückbehält: Das Betriebsinventar (*instrumenta*) gehört nicht zu Haus oder Hof, so etwa Weinpressen und -gefässe. Auch dem Grundstück bereits entnommene Substanz, wie Sand, Kies oder gefällte Bäume, sind nicht ohne weiteres mitverkauft. Methodisch handelt es sich weithin darum, den von den Parteien für den Kaufgegenstand benutzten Begriff (z. B. *aedes*) auszulegen. Als hübsches, schon wiederholt untersuchtes Beispiel einer Auslegung sei Proc. 11 epist. D. 18.1.69 erwähnt:[366] Der Rutilia Polla war ein See mit einem an die Wasserlinie angrenzenden, zehn Fuß breiten Landstreifen verkauft. Nach Ansteigen des Wasserspiegels fragte sich, ob nun die nächsten zehn Fuß Land, vom Wasser weg gerechnet, der Käuferin zustanden. Proculus verneinte ein Recht auf die vergrösserte Fläche.

129 (2) Zugesagte Nebenobjekte. Neben dem Kaufobjekt sind diejenigen Dinge zu übergeben, die der Verkäufer zugesagt hat. In den Juristentexten, die in den Digesten vertreten sind, handelt es sich um eine Haftung *ex empto*; die Texte deuten dabei nicht auf ein diesbezügliches *pactum*, sondern auf eine einseitige Zusage des Verkäufers. Eine gebräuchliche Wendung ist *venditor eam rem accessuram dicit.*[367] Der in den Digesten ausgedrückte Rechtszustand dürfte eine nicht-triviale Entwicklungsgeschichte verdecken. In der ältesten Rechtsschicht wird es sich darum gehandelt haben, dass bei der *mancipatio* von *res mancipi* vom Verkäufer durch *dictum in mancipio* die Mitlieferung eines weiteren Gegenstandes zugesagt wurde (→ Rn. 54–55).[368] Diese Rechtslage schimmert vielleicht noch darin durch, dass derartige Zusagen vorrangig beim Verkauf von Grundstücken und Sklaven begegnen. Es mag eine Zeit gegeben haben, in welcher rechtsverbindliche Zusagen entweder als *dicta in mancipio* oder, wo eine *mancipatio* nicht erfolgte bzw. – wie bei *res nec mancipi* – nicht erfolgen konnte, als *promissiones* in

[366] Nach *Mayer-Maly*, Isr. Law Review 29 (1995) 151–160, wird durch *angularius* nicht ein Winkel des Sees (also etwa eine bestimmte Bucht) bezeichnet, vielmehr handele es sich um den Eigennamen des Lago di Bracciano; s. auch *Garcia Garrido/Del Portillo Fernandez*, Scr. Guarino VI 6 (1984) 2761 ff.

[367] Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.33 pr.

[368] *Bannon*, in: Du Plessis, New Frontiers (2013) 207–226; s. auch *Holthöfer*, Sachteil (1972) 30–45.

Betracht kamen.[369] In einer Entwicklung, deren Einzelheiten nicht greifbar sind, ist offenbar die Beachtung des *dictum* über Zusatzobjekte auch als *ex empto* klagbar anerkannt worden. Noch Pomponius hielt es für sinnvoll festzustellen: *nam iure civili, ut integra, quae accessura dictum fuerit, ex empto actio est.*[370] Es liegt nahe, dass das *dictum* dabei seinen grundsätzlichen Charakter beibehalten hat.[371] Es handelte sich danach nicht bloß um eine „Beschreibung" des geschuldeten Gegenstandes, sondern um ein Leistungsversprechen, das einen zusätzlichen Kaufgegenstand betrifft. Es dürfte eine Erweiterung dergestalt stattgefunden haben, dass Zusagen nach Art eines *dictum* auch für *res nec mancipi* gemacht werden konnten; für diese kam von vornherein nur eine *ex empto*-Haftung in Betracht.[372]

Bei diesen Zusagen weiterer Leistungsgegenstände handelte es sich nicht darum, dass **130**
die Parteien konsensual („parteiautonom") die verkaufte Sache in bestimmten Hinsichten erweiternd definieren. Die zugesagte Nebensache musste zur verkauften *res* nicht in einem objektiven Zubehörverhältnis stehen: „Die zugefügte Sache ist ein Teil des Kaufes, nicht des Kaufgegenstandes."[373] Paulus stellte klar, dass Hauptsache und Akzession nicht in einem gestuften Wertverhältnis stehen müssen: Manchmal kaufe man ein Hausgrundstück wegen der Statuen und Gemälde, die mehr wert sein können als das Hauptobjekt (Paul. 23 ed. D. 18.1.34 pr.). Eine Erweiterung des ädilizischen Edikts legte fest, dass seine Regelungen auch gelten, wenn ein Sklave als Nebensache mit einer weniger wertvollen Sache mitverkauft ist (Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44 pr.); für die Ediktsregelung gilt der Sklave objektivrechtlich als die Hauptsache (→ Rn. 319).[374] – Die Zusagen/Abreden, die sich auf den Umfang des Gekauften beziehen, unterliegen der Auslegung. Als Beispiel kann eine Klausel gelten, wonach die Verkäufer sich für die Zeit nach der *traditio* die Befugnis zur Entnahme von Steinen aus Steinbrüchen *in eo fundo ubique essent* ausbedungen hatte (Iav. 4 post. Lab. D. 18.1.77): Waren hier nur bekannte Steinbrüche erfasst oder auch solche, die erst nach dem Erwerb durch den Käufer entdeckt oder aufgetan wurden?[375] Paul. 5 Sab. D. 18.1.21 bringt die Regel, eine Unklarheit gehe zulasten des Verkäufers als Urheber der *lex venditionis.*[376] Auch Irrtümer waren möglich: Im Fall von Paul. 33 ed. D. 18.1.34 pr. sind Verkäufer und Käufer uneins über die Identität des beim Grundstückskauf mit-

[369] Auch die Erweiterung des Geschäfts durch *pacta* kam in Betracht.

[370] Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.2.33 pr.

[371] Möglicherweise wurde in einem Zwischenschritt zunächst überhaupt nur für förmliche *dicta in mancipio* die Klagbarkeit *ex empto* anerkannt.

[372] Hiervon zu unterscheiden sind dann weiter die Fälle, in denen ein *dictum* des Verkäufers dem verkauften Gegenstand eine bestimmte Eigenschaft zuschreibt (→ Rn. 413).

[373] *Pernice*, Labeo II.2 (1900) 238.

[374] Plin. nat. 34, 11–12 behandelt den Verkauf eines überteuerten Kerzenhalters, der unter Zugabe eines unansehlichen Sklaven versteigert wird; dazu *Liebs*, Ess. Sirks (2014) 409–428.

[375] Dazu *Negri*, Diritto minerario I (1985) 13–25; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 194 f.

[376] Dazu *Gandolfi*, Interpretazione (1966) 391–404; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 203 bei Fn. 972; *Behrends*, FS Otte 462 f.

verkauften Sklaven; die Juristen behandeln die Frage, ob dies der Gültigkeit des Kaufs als solchen schadet.[377]

131 Beim Verkauf von Landgütern ist das Betriebszubehör nicht ohne weitere Zusage mitverkauft (Ulp. 32 ed. D. 19.1.17 pr.); vielmehr muss bei der Kaufvereinbarung durch *dictum in mancipio* zugesagt werden, dass das *instrumentum fundo accessorum* werde, wovon dann wieder Ausnahmen gemacht werden können (→ Rn. 55). Beim Grundstückskauf werden sodann berechtigende Dienstbarkeiten unterschiedlicher Art zugesagt. Die Juristen behandeln vielfältige Zweifelsfälle; diese betreffen oft die Frage, ob die Fortdauer des gegenwärtigen Zustands auch für die Zukunft versprochen ist. Die Auslegung eines Rechts auf Wasserbezug ist Gegenstand von Paul. 4 epit. Alf. dig. D. 18.1.40.1;[378] um Wasserrohre/Wasserbecken geht es in Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 18.1.78 pr., um das Recht zur Regenwasserableitung in Pomp. 33 Sab. D. 18.1.33.[379] Zur Zusage der Abwesenheit von belastenden Dienstbarkeiten → Rn. 55, Rn. 415 f.

132 Ein Sklave konnte *sine* oder *cum peculio* verkauft werden.[380] Ulp. 43 Sab. D. 18.1.29 stellt klar, dass ein Sklave an sich *sine peculio* verkauft ist, mag die Auslieferung des *peculium* wegbedungen sein oder nicht: Das *peculium* war stets nur kraft besonderer Vereinbarung mitverkauft, wozu möglicherweise eine gesonderte Preisfestsetzung gehörte. In der Verbindung des Kapitalstocks und des ihn bewirtschaftenden Sklaven kommt ein laufender Betrieb zum Verkauf. Es ist auch denkbar, dass in Einzelfällen das *peculium* den wesentlichen Kaufgegenstand darstellte, dessen Erwerb durch den Kauf des *servus cum peculio* erfolgte („Unternehmenskauf"). Angaben zur Höhe und zur eventuellen Vorbelastung des *peculium* durch bestehende Forderungen müssen eingehalten werden (Cels. 8 dig. D. 19.1.38); ist das *peculium* reicher als angegeben, gebührt es gleichwohl ganz dem Käufer.[381] Zuwendungen an das *peculium* kann der Käufer beanspruchen, sofern sie von dritter Seite kommen (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.13). Den reizvollen Fall, dass der *cum peculio* verkaufte Sklave anschließend den Verkäufer bestiehlt und damit sein *peculium* vermehrt, behandelt Afr. 8 quaest. D. 19.1.30 pr.[382]

133 Die Haftung für Nichteinhaltung der vorgenannten Nebenleistungspflichten folgt teilweise eigenen Regeln; es ist eine Haftung für Nicht- oder Schlechterfüllung, die unmittelbar mit einer Ersatzleistung nach Massgabe des *id quod interest* verwirklicht wird.[383] Der Haftungsmassstab ist nicht *dolus*, sondern *culpa* (Ulp. 32 ed.

[377] → Rn. 58 Fn. 156.

[378] Dazu *Falcone*, Labeo 43 (1997) 255 ff.; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 195 f.

[379] *Krampe*, SZ 100 (1983) 213–216; *Saliou*, Bâtiments (1994) 156; *Bannon*, Gardens (2009) 211–212.

[380] S. schon Varro rust. 2,10,5 (betrifft die Ansage bei der Sklavenmanzipation).

[381] *Babusiaux*, Quod actum (2006) 198 f.

[382] Insbesondere zur auffälligen *condictio* als Klagegrundlage für den Verkäufer *Pika*, Ex causa furtiva condicere (1988) 94 f.; *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 378–391; *Hähnchen*, Causa condictionis (2003) 81–87; *Fahrner*, Logik (2009) 44–101.

[383] Zur Haftung speziell für Akzessionen s. *Haymann*, Haftung (1912) 76 ff., der einen Gleichlauf der Haftung für die prinzipale Kaufsache und die Nebensachen nachweisen wollte.

D. 19.1.13.16); die Rückführung dieser Rechtsansicht auf Celsus mag andeuten, dass dies nicht von vornherein so gesehen wurde. Gehören die zugesagten Gegenstände nicht dem Verkäufer, unterfallen sie nicht der Eviktionshaftung auf das *duplum*; vielmehr wird der Käufer für das Ende des *habere licere* entschädigt (Interessehaftung); Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.17.[384] In dem in Paul. 33 ed. D. 21.2.5 erörterten Fall wird nach einem Sklavenkauf *cum peculio* ein im *peculium* gehaltener Untersklave evinziert: Der Verkäufer haftet nach Labeo nicht, da der Untersklave entweder in Wirklichkeit schon nicht zum *peculium* gehört habe oder ein Fehlurteil vorliege (für das der Käufer das Risiko trägt); anders verhalte es sich bei einer verkäuferseitigen Zusage des Untersklaven. Die Leistungspflicht konnte auch generischer Natur sein.[385] Die Haftung für die zugesagten Dinge schließt deren Vollzähligkeit (Alf. 2 dig. D. 19.1.26) und Unversehrtheit ein; Paul. 3 epit. Alf. D. 19.1.27: zugesagte *dolia* müssen dicht sein (Qualitätshaftung). Ist beim Grundstückskauf die Mitlieferung von Sklaven versprochen, soll sich der Käufer bei deren Mangelhaftigkeit auf die Bestimmungen des ädilizischen Edikts (→ Rn. 314–403) stützen können (Gai. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.32; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.33.1); auch → Rn. 319 a. E. Auch die Nichteinhaltung der Zusage eines *peculium* (→ Rn. 132) konnte zur Grundlage einer Wandlungsklage nach dem ädilizischen Edikt dienen (vgl. Gai. 1. ed. aed. cur. D. 21.1.18.1).

(3) Nach Vertragsschluss zur Kaufsache Hinzugekommenes. Bevor auf einzelne Zu- **134**
wächse eingegangen wird, sei die spätklassische Verallgemeinerung mitgeteilt: Bei Ulp. 71 ed. D. 43.24.11.9 heisst es: … *omne enim commodum et incommodum ad emptorem pertinere debet*; s. auch Alex. C. 4.48.1 (a.223).[386] Als schöner Anwendungsfall gilt die Landanschwemmung (*alluvio*) beim Kauf eines Ufergrundstücks, die dem Käufer zugutekommt, wie er aber auch einen etwaigen Landabriss hinnehmen muss (Paul. 5 Sab. D. 18.6.7 pr.). Verwandt ist die Situation, dass eine neue Insel entsteht, auf die kraft des verkauften Teils des Ufergrundstücks möglicherweise Anspruch erhoben werden kann (Pomp. 34 Sab. D. 41.1.30 pr.).[387] Beim Sklavenkauf gebühren vom Sklaven erworbene Vermächtnisse oder Erbschaften dem Käufer, auch wenn sie vom Erblasser noch in Ansehung des Verkäufers verfügt worden sein sollten (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.18).[388] In diesen Weiterungen der Lieferverpflichtung lag ein wesentliches Anwendungsfeld der *ex fide bona*-Klausel der *intentio*.

---

[384] Die hier angesprochene *duplum*-Haftung könnte diejenige aus der *actio auctoritatis* oder aus einer Garantiestipulation sein; s. auch Pomp. 9 Sab. D. 21.2.16 pr. u. dazu *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 53 f. mwN.

[385] S. *Ernst*, SZ 114 (1997) 320–326, zu Lab. 2 pith. a Paul. epit. D. 19.1.54, Marcell. 6 dig. D. 18.1.60 und Alf. 2 dig. D. 19.1.26.

[386] S. auch Inst. 3.23.3.

[387] *Knütel*, in: Zimmermann et al., Rechtsgeschichte (1999) 552 ff.; *Pennitz*, Periculum (2000) 161 ff.

[388] Einzelheiten bei *Pennitz*, Periculum (2000) 167 ff.

135 Anders als bei den Zufallszuwächsen (→ Rn. 134) ist bei bestimmten Kaufgegenständen mit einer Fruchterzeugung zu rechnen; dementsprechend wird diese oft schon in der Kaufvereinbarung bedacht, vor allem, wenn es um erhebliche Werte gehen kann (Jahresernte). Es ist ein vergleichsweise gut belegter Satz klassischen Rechts, dass der Verkäufer die von ihm seit der Perfektion des Kaufs gezogenen Früchte an den Käufer ausliefern muss; Diocl./Maxim. C. 4.49.13 (a.294).[389] Pap. 3 resp. Frg. Vat. 2 stellt klar, dass das Recht auf Fruchtauslieferung die *mora* des Verkäufers nicht voraussetzt; die Redeweise von „Verzugsfrüchten" scheint daher unpassend.[390] Eine nachklassische Symmetrieüberlegung bringt die Zuweisung der Kälber des verkauften Viehs an den Käufer mit dessen Verpflichtung zur Tragung der Aufwendungen (→ Rn. 179) zusammen: Diocl./Maxim. C. 4.48.6 (a.294).[391]

136 Die Verpflichtung zur Auszulieferung der Früchte wird in Paul. sent. 2.17.7 auf *operae servorum*, *fetus pecorum* und *partus ancillae* erstreckt.[392] Für die natürlichen Früchte erklärt sich die Regel am einfachsten dadurch, dass die Früchte zum Zeitpunkt des Kaufs noch integraler Bestandteil des Grundstücks und als solcher mitgekauft sind. Ulpian bejaht die Herausgabepflicht auch für die bei Vertragsschluss schon reife Ernte; hier mag der schon abgeschlossene Produktionszyklus Zweifel an der Berechtigung des Käufers begründet haben, der diese nach aber nur im Fall einer entsprechenden Vereinbarung einbüßt (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.10). Im Fall von Paul. 4 epit. Alf. dig. D. 18.1.40.3 behält sich der Verkäufer eines Ackers die nächste, noch von ihm ausgesäte Getreideernte vor.

137 Auch anderer Nutzen, den der Verkäufer noch aus der Kaufsache zieht, ist dem Käufer auszugleichen, so bei *operae* des Kaufsklaven oder Einnahmen aus dem Transporteinsatz des verkauften Zugtiers oder Schiffes (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.13); da für die letzten Positionen von einer *vectura* die Rede ist, werden Einnahmen aus einer vertraglichen Zurverfügungstellung (*locatio conductio*) gemeint sein (später sogenannte zivile Früchte). Wird hingegen ein schon verpachteter Acker verkauft, musste der Pachtzins nicht abgeführt werden, wenn es nicht besonders vereinbart war (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.11). Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.18 i.f. dürfte die vom Sklaven dem Verkäufer geleisteten Dienste betreffen; auch deren Wert gebührt dem Käufer, sofern nichts Anderes ausgemacht ist.[393]

138 Die spätklassische Jurisprudenz stellte die Verkäuferpflicht zur Fruchtherausgabe der vom Käufer geschuldeten Verzinsung des Kaufpreises gegenüber; Pap. 3 resp. Frg.

---

[389] Ausf. *Pennitz*, Periculum (2000) 159–173.

[390] A. A. *Harke*, Mora debitoris (2005) 43 ff., demzufolge die römischen Juristen schon die Nichtzahlung seitens des Käufers als *mora* gelten ließen.

[391] Nach *Harke*, Iuris prudentia (2019) 141 f., sind Diocl./Max. C. 4.48.6 (a.294) und Diocl./Max. C. 4.49.16 (a.294) Teile derselben Konstitution, in der es um den Tod der verkauften Sklavin bei Geburt eines Kindes gegangen sei.

[392] Dazu, ob in dieser Stelle *si pars pretii numerata sit* interpoliert ist, s. *Pennitz*, Periculum (2000) 165 f.

[393] Zu anderen zwischenzeitlichen Zugewinnen beim Sklavenkauf bereits → Rn. 132 a. E.

Vat. 2. Es handelt sich keineswegs um eine perfekte Symmetrie: Die Fruchtherausgabe ist Teil der zivilen Leistungspflicht, wie sie aufgrund der *intentio* konkretisiert wird. Die Pflicht zur Zinszahlung hingegen ist nicht Teil der zivilen Leistungspflicht des Käufers, sondern findet ihre Grundlage im *officium* des Richters (→ Rn. 205). Der Verkäufer schuldet die Früchte der Kaufsache seit Vertragsschluss, wogegen der Richter dem Käufer Zinsen auf den Kaufpreis erst ab Übergabe auferlegt. Wurde die Leistungspflicht des Verkäufers eines Landguts in Form einer Stipulation auf das *vacuam possessionem tradi* erneuert, stellte sich die Frage, ob die Ernte daneben weiterhin *ex empto* zu beanspruchen war (Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.1) oder ob mit der *actio ex stipulatu* auch der Wert der Ernte ausgeklagt werden konnte (so fortschrittlicher Pap. 27 quaest. D. 22.1.4 pr.,1).[394]

c. *Ob evictionem se obligare*

Der Ausdruck *ob evictionem se obligare* (Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr.) benennt nicht ein **139**
einziges, spezifisches Schutzmittel, auf das der Käufer Anspruch hätte: Dem Käufer ist vielmehr ein Eviktionsschutz geschuldet, über dessen Bewerkstelligung noch nichts gesagt ist. War eine *res mancipi* verkauft und manzipiert, ergab sich der Eviktionsschutz in Gestalt der *auctoritas*-Haftung. Für den Verkauf einer *res mancipi* ist umstritten, ob der Verkäufer mit der *actio empti* zur Vornahme der *mancipatio* angehalten werden konnte.[395] Gai 4.131a erlaubt die grundsätzliche Bejahung dieser Frage.[396] Dabei konnte es freilich nur um eine Verpflichtung zur Vornahme des Manzipationsakts, also ein *facere*, gehen, da dessen primäre Rechtswirkung – der käuferseitige Eigentumserwerb – nicht geschuldet war. Das geschützte Käuferinteresse konnte insofern nur der aus der *mancipatio* resultierenden Gewährleistung gelten (→ Rn. 238–252). Als generelles Mittel zum *ob evictionem se obligare* kann der Manzipationsakt nicht gedient haben, schon weil er voraussetzte, dass Käufer und Verkäufer römische Bürger waren. Es liegt nahe, dass das *ob evictionem se obligare* beim Kauf von *res mancipi* auch durch Abgabe einer (annähernd) wirkungsgleichen Eviktionsstipulation bewirkt werden konnte, die unabhängig vom Bürgerstatus möglich war; in erster Linie ist hier an die *satisdatio secundum mancipium* zu denken (→ Rn. 254–263). Vor allem in der Prozesspraxis erscheint es gut vorstellbar, dass die judizielle Ausdeutung des *ex fide bona* Geschuldeten beim Verkauf von *res mancipi* auf die Verpflichtung zur Abgabe einer *satisdatio secundum mancipium* hinauslief und weniger auf eine reale Vornahme der Manzipation allenfalls noch vor dem Judex.[397] Bezieht man den Paulustext (Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr.) auf *res nec man-*

[394] S. *Pennitz*, Periculum (2000) 163 f.; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 204, 225.

[395] *Peters*, SZ 96 (1979) 176 ff.

[396] S. auch Paul. sent. 1.13a.4, aus der Literatur: *Pugliese*, in: Vacca, Vendita e trasferimento I (1991) 25–70.

[397] Eine Verpflichtung des Verkäufers zur Mitwirkung an einer *in iure cessio* ist nicht belegt; sie liegt auch völlig fern, da die Vornahme einer *in iure cessio* keinen Eviktionsschutz begründete.

cipi, wird man folgern, dass der Käufer Anspruch auf eine Eviktionsstipulation hatte, mit der sich der Verkäufer ihm für den Eviktionsfall verbindlich machte; dies deutet zudem darauf hin, dass die *actio empti* als solche zu Paulus' Zeiten noch keinen umfassenden Eviktionsschutz leistete (→ Rn. 287–292): Der Verkäufer schuldet dem Käufer ja erst noch die Schaffung (irgend-)/eines Schutz- oder Ausgleichsmechanismus für den Eviktionsfall; dieser ist mit der bloßen *emptio venditio* also noch nicht gegeben.

d. *Purgari dolo malo*

140 Die Verkäuferpflicht, sich des *dolus* zu enthalten, wird in den Ediktskommentaren als eigenständiges Element des Komplexes von Verkäuferpflichten, gleichsam als „Kardinalpflicht", behandelt (z. B. Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.15–17). Die *ex empto*-Haftung des Verkäufers für *dolus* hat mit aller Wahrscheinlichkeit ein vertyptes Stipulationsversprechen zum Vorläufer, wie es auch bei zahlreichen anderen Geschäften abgegeben wurde, und etwa lautete *dolum malum abesse afuturumque esse.*[398] Es handelte sich sowohl um nur hierauf beschränkte Stipulationen als auch um eine Klausel, die in Stipulationen anderen Inhalts integriert war. Juristen der Hoch- und Spätklassik stellen demgegenüber in erheblichem Umfang die *actio empti* in den Dienst der „*dolus*-Repression" (Ausdruck von Ernst Rabel[399]). Obschon die *ex fide bona*-Klausel der Formel auf erste Sicht nahelegt, dass auf *dolus* von Anfang an mit der Vertragsklage reagiert werden konnte, deuten die einschlägigen Texte eher darauf hin, dass die *dolus*-Abwehr keineswegs sogleich mit dem prätorischen Zurverfügungstellen der *actio empti* von dieser übernommen worden wäre; noch in spätrepublikanischer Zeit mag dies als problematisch erschienen sein.[400]

141 Eine erhebliche Rolle spielte die Verpflichtung zum *purgari dolo malo* zur Bewerkstelligung eines Käuferschutzes gegen unerwarteten Rechts- (→ Rn. 281) oder Sachmangel (→ Rn. 399). Freilich war es für die Arglisthaftung nicht von Bedeutung, ob ein verheimlichter oder vorgespiegelter Umstand die Sachbeschaffenheit oder die Rechtslage hinsichtlich der Kaufsache betraf. Es handelte sich nicht um Haftung dafür, dass die Sache mangelhaft war, sondern dafür, dass der Verkäufer sich gegenüber dem Käufer arglistig verhalten hatte. Daher wird auch das *id quod interest* für die *condemnatio* bei einer Verurteilung wegen dolosen Verhaltens eigenständig bestimmt, indem gefragt wird, inwiefern der Käufer besser stünde, wenn er nicht Opfer der Arglist geworden wäre. Zur geschlossenen Darstellung dieser und anderer Eigenheiten wird die Verkäuferhaftung wegen *dolus* in einem eigenen Abschnitt behandelt; → Rn. 413–424.

---

[398] Hierzu insb. grundlegend *Coing*, Ges. Aufs. I 75–104; s. auch *Nörr*, SZ 121 (2004) 173–188.

[399] *Rabel*, Haftung (1902) 69.

[400] Ausführlich *Backhaus*, FS Laufs 3–23, insb. auch zu Cic. off. 3,16; *Coing*, Ges. Aufs. I 61–74; *Horvat* sah den Ursprung der *bona fides*-Klausel gerade in der Abwehr arglistigen Verhaltens: *Horvat*, Bona fides (1939) 85, 91 u. passim; *Horvat*, St. Arangio-Ruiz I 426.

e. Inhalt der Verkäuferprästation in Störungsfällen

aa. Dynamischer Charakter der *intentio*

Tritt hinsichtlich der vom Verkäufer geschuldeten Leistung eine Störung ein, ist dies für das Kaufrecht des Formularprozesses eine Frage der *intentio*: Was ist nach Eintritt einer Störung vom Verkäufer zu verlangen, was beinhaltet nun *quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet?*[401] Ein den Verkäufer betreffendes „Leistungshindernis" schließt nicht aus, dass sich der Schuldinhalt auf die veränderten Verhältnisse umstellt; es ist dann eine andere, modifizierte Leistung geschuldet. So kann beispielsweise eine Pflicht zur Klagenzession an die Stelle der Übergabepflicht treten (→ Rn. 146). Das, was unter die *intentio* zu subsumieren ist, ist also dynamisch. Wird die aufgrund eines Störungsfalls neu bestimmte Verkäuferleistung nicht erbracht, kann der Käufer deswegen klagen, wobei das für die *condemnatio* zu bestimmende Käuferinteresse dann auf den modifizierten Leistungsinhalt zu beziehen ist. Die Nichtübergabe der Kaufsache ist nicht der einzige denkbare Störungsfall. Möglich ist auch, dass die Kaufsache nur in einem nach Vertragsschluss verschlechterten Zustand übergeben werden kann (→ Rn. 146–147). Weitere Störungen liegen in der Vorenthaltung von zugesagten Nebensachen, in deren Unvollständigkeit oder Unbrauchbarkeit (→ Rn. 133). Nochmals anders liegt es, wenn an der Kaufsache ein Sachmangel hervortritt (→ Rn. 395–406) oder die Kaufsache dem Käufer von einem Dritten entzogen wird (→ Rn. 280–294). Sofern Pomp. 10 epist. D. 19.1.55 (→ Rn. 62) (auch) auf den Fall zu beziehen wäre, dass ein Sklave nach seinem Verkauf in Feindeshand fällt (unsicher), wäre insofern das richterliche Abwarten die gebotene Reaktion auf eine möglicherweise vorübergehende *difficultas in praestando*. Anachronistisch könnte man von einer vorübergehenden Unmöglichkeit sprechen. **142**

bb. Wofür der Verkäufer einstehen muss

Der Verkäufer muss für alles einstehen, was sich als Verstoß gegen die gute Treue als *mala fides*, als *dolus*, darstellt. Es kommt darauf an, dass das Verkäuferverhalten nicht dem entspricht, was zur redlichen Durchführung der Transaktion geboten wäre. Wie die möglichen Störungen von großer Vielfalt sind, so gibt es auch nicht ein einheitliches, in allen Störungsfällen gleichermaßen maßgebliches Kriterium dafür, ob die unzureichende Erfüllung der Verkäuferpflicht diesem als Redlichkeitsverstoß vorzuwerfen ist. Ein willentliches Verhalten, durch das der Verkäufer sich die Übergabe selbst verunmöglicht, etwa die Freilassung des verkauften Sklaven, führte geradewegs zu einer Kondemnation auf den durch *id quod interest* bestimmten Betrag (→ Rn. 153), nicht anders als die willentliche Nichterfüllung einer an sich erfüllbaren Verkäuferpflicht. Für die meisten weiteren Fälle geht die Tendenz der klassischen Juristen dahin, dass dem Verkäufer ein Verhalten schadet, welches als *culpa* zu werten ist. Als Beleg kann der etwas umständliche Text Alf. 2 dig. D. 18.6.12 dienen, wo es um ein nach Verkauf in **143**

[401] S. auch *Schermaier*, in: Castresana, Defectos (2014) 125–163.

Brand gesetztes Mietshaus geht: Wenn es ohne Verschulden des Eigentümers/Verkäufers zur Fremdbrandstiftung gekommen ist, haftet er nicht.[402] Ein Abstellen auf das *culpa*-Kriterium ergibt sich auch aus Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.16 (→ Rn. 133). Der in diesen Klassikertexten erkennbaren Überzeugung, dass regelmäßig auf *culpa* abzustellen ist, mag ein Rechtszustand vorausgegangen sein, in dem man sich für die Feststellung von *dolus* je nach Störungsfall an verschiedenen anderen Maßstäben orientiert hat, so z. B. am von jeher üblichen Umgang mit der Kaufsache in Lab. 2 pith. a Paul. epit. D. 19.1.54 pr. Für den Diebstahlsverlust ist in der Forschung umstritten, ob die klassischen Juristen verlangten, dass die unzureichende *custodia* verschuldet sein muss (→ Rn. 149–152). Für eine Gehilfenhaftung den Verkäufer betreffend gibt es keinen Beleg.[403] Da der Verkäufer grundsätzlich eine Sache aus eigenem Bestand abgibt, konnte es auch nicht dazu kommen, dass er den Kauf nicht erfüllte, weil er selbst nicht beliefert wurde.

144 Wenn es am Käufer liegt, dass ihm die Sache nicht übergeben wird, haftet der Verkäufer fortan nur bei *dolus* (Pomp. 31 Q. Muc. D. 18.6.18; ähnl. auch Paul. 5 Sab. D. 18.6.5 a. E.); zum Gläubigerverzug → Rn. 299.

145 Würde man die Rechtsfigur der *perpetuatio obligationis*[404] auf die Verpflichtung des Verkäufers übertragen, müsste bei einem an sich schuldlosen Verlust der Kaufsache, der den Verkäufer im Lieferungsverzug ereilt, dessen Haftung auf *id quod interest* fortbestehen; der Kaufpreis verbliebe oder gebührte dabei unverändert dem Verkäufer; die so angenommene Rechtslage würde dann vermutlich in einer *compensatio* (→ § 111) ihre Abwicklung finden. Es gibt in den Quellen jedoch keinen kaufspezifischen Beleg dafür, dass man die Rechtslage so angesehen hätte. In den Quellen zum Kauf erscheint die *mora* des Verkäufers vielmehr als Außerkraftsetzung des *periculum emptoris* (→ Rn. 200); s. z. B. Paul. 16 quaest. D. 18.4.21 (*quoniam moram in tradendo non feci*),[405] Diocl./Maxim. C. 4.48.6 (a.294) und Diocl./Maxim. C. 4.48.4 (a.294). In einer solchen Konstellation entfiel also sehr wohl die Verpflichtung des Verkäufers, der hier aber seinerseits den Kaufpreis nicht mehr beanspruchen konnte.[406] Diese Lösung eines beidseitigen Freiwerdens ist von einer (mit dem vollen Kaufpreis erkauften) Interes-

[402] Hierzu ausf. *Pennitz*, Periculum (2000) 404 f.; *Knütel*, SZ 100 (1983) 348 f., gegen *Schulz*, GrünhutsZ 38 (1911) 40 f. (*custodia*-Haftung absorbiert Gehilfenhandlungen). Zur Frage, ob Sachbeschädigung durch Dritte als Fall der nicht-prästierten *custodia* galt, → Rn. 149 bei Fn. 428.

[403] Für eine Gehilfenhaftung bietet Alf. 2 dig. D.18.6.12 keine hinreichende Grundlage; → Fn. 402. Der eine Wandlung begehrende Käufer musste Verschlechterungen, die durch Familienangehörige oder durch einen *procuator* verursacht worden waren, ebenso ausgleichen wie selbst verursachte Verschlechterungen (→ Rn. 353).

[404] Umfassend *Albers*, Perpetuatio obligationis (2019).

[405] *Harke*, Mora debitoris (2005) 30–34; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 142, nimmt für den Kauf eine *perpetuatio obligationis* im Sinne einer Verkäuferhaftung an; s. auch *Pennitz*, Periculum (2000) 136 f.

[406] Zur Unanwendbarkeit der *perpetuatio obligationis* bei den *bonae fidei iudicia* s. schon *Genzmer*, SZ 44 (1924) 115 f., 161.

sehaftung des Verkäufers regelmäßig nur wenig verschieden, insbesondere, wenn man die enge Orientierung des Interesses am gewöhnlichen Wert der Kaufsache berücksichtigt (→ Rn. 164–168). Die Lösung eines beiderseitigen Freiwerdens (die bei der Stipulation nicht in Betracht kam)[407] kann sogar als überzeugend einfach gewertet werden. – Gab ein Verzug des Verkäufers den Anlass zur Anstellung der Klage, wurde dies bei der Bestimmung des Käuferinteresses berücksichtigt (Paul. 33 ed. D. 19.1.21.3, → Rn. 163).

cc. Zufälliger Untergang, zufällige Beschädigung der Kaufsache

Kann der Verkäufer die Kaufsache nicht – oder nicht in unbeschädigtem Zustand – **146**
übergeben, bleibt der Käufer ohne Klagemöglichkeit, sofern das Verkäuferverhalten im Zusammnehang mit dem Sachverlust nicht hinter dem zurückbleibt, *quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet.* Eine modernrechtliche Sicht kann dazu verleiten, hier ein „Freiwerden" des Verkäufers von seiner Übergabepflicht zu sehen, begründet in einer unverschuldeten Unmöglichkeit als „Befreiungstatbestand". Historisch angemessener erscheint die Sichtweise, dass für den Käufer einfach ein Klagegrund fehlte, da der Verkäufer nichts getan hat, was seiner Generalverpflichtung auf korrekte Kaufabwicklung widersprechen würde. Hierher rechnen all die Fälle, in denen sich für die römischen Juristen das *periculum emptoris* verwirklicht (→ Rn. 182–198): Der weiter zahlungspflichtige Käufer hat keine Möglichkeit, wegen Nichtübergabe gegen den Verkäufer zu klagen, da dessen Verhalten dem *bona fide* Gebotenen nicht zuwider gelaufen ist. Für den Fall des ohne Zutun des Verkäufers gestorbenen Kaufsklaven erfasst Julian diesen Befund mit der Vorstellung, das Kaufverhältnis sei nun so anzusehen, *ac si traditus fuisset* (Iul. 15 dig. D. 18.5.5.2);[408] die Übergabepflicht ist nicht erloschen, sondern gilt als erfüllt. Zu den Ereignissen, die beim Kauf auf diese Weise behandelt werden, gehören außer dem Tod des Sklaven[409] der Flächenbrand (*incendium*)[410] oder beim Weinkauf das Umschlagen in Essig.[411] Stets muss man sich diese Ereignisse als solche vorstellen, deren Verhinderung außerhalb der Steuerungsmöglichkeit des Verkäufers liegt. Bleiben sinnvolle Restleistungen möglich, werden diese geschuldet: Ist ein Hausgrundstück (wohl als Bestandteil einer Erbschaft) verkauft und das Haus ohne Verschulden des Verkäufers abgebrannt, beschränkt sich dessen Leistungspflicht auf das *tradere* des Brandgrundstücks (Paul. 16 quaest. D. 18.4.21). Beruht der Verlust auf einer Einwirkung von dritter Seite, suchen die Juristen dem Käufer einen hierbei eventuell ausgelösten Rechtsschutz zugutekommen zu lassen. Hierzu dienen unterschiedliche Mechanismen. Ulp. 32 ed. D. 19.1.12.13

[407] Die *perpetuatio obligationis* kann damit in Verbindung gebracht werden, dass die *intentio* der *condictio* – anders als die der *bonae fidei iudicia* – nicht flexibel/dynamisch ist.

[408] Julian sah das Problem, dass infolge des Sachuntergangs die Voraussetzung einer Vertragsaufhebung (*res integra*) möglicherweise nicht mehr gegeben ist; dazu → Rn. 113.

[409] Paul. 33 ed. D. 18.1.34.6; Diocl./Max. C. 4.48.6 (a.294).

[410] Pap. 3 resp. Frg. Vat. 23.

[411] Pap. 3 resp. Frg. Vat. 16; Diocl./Max. C. 4.48.5 (a.285).

spricht eine breite Verkäuferpflicht zur Klagenzession aus, nämlich hinsichtlich der *actio aquae pluviae arcendae* (→ § 62 Rn. ■), des Anspruchs auf die *cautio damni infecti* (→ § 62 Rn. 14), der *actio legis Aquiliae* (→ § 92)[412] und des Interdikts *aut vi aut clam* (→ § 66 Rn. 33). Wenn das Interdikt *aut vi aut clam* auf einen Eingriff vor dem Verkauf reagiert, bleibt der Verkäufer aktivlegitimiert; er hat gegebenenfalls eine Einbusse in Form eines niedrigeren Kaufpreises erlitten; bei einem *opus* nach erfolgtem Verkauf gebührt das Interdikt (als *commodum*) dem Käufer (Ulp. 71 ed. D. 43.24.11.8/9).[413] Bei diesen Feststellungen einer Verkäuferpflicht zur Klagenzession wird man ohne anderweitigen Hinweis davon ausgehen, dass beim Dritteingriff ein Verschulden des Verkäufers nicht mitgewirkt hat; der Nachteil, der den Käufer trifft, wird diesem daher einzig durch die Klagenzession ausgeglichen; mehr schuldet ihm der Verkäufer nicht. Dies findet sich in Ner. 3 membr. D. 19.1.31 pr. für Fälle der gewaltsamen Entziehung ausgesprochen, hinsichtlich derer keine *custodia*-Haftung bestehe. Die Durchsetzung der Zessionspflicht wird man sich so vorstellen, dass der Verkäufer eine *cautio* dafür zu stellen hatte, dass der Käufer an seiner Stelle klagen konnte.[414] – Die justinianischen Institutionen bekräftigen eine breite Verpflichtung des Verkäufers zur Klagenzession, die *actio legis Aquiliae* einschliessend (Inst. 4.23.3 i. f.).

dd. Beschädigung der Sache durch Verkäufergebrauch

147 Wenn der Verkäufer die Kaufsache vor der Übergabe beschädigt hatte, kam seine Haftung auf den Minderwert in Betracht (Lab. 2 pith. a Paul. epit. D. 19.1.54 pr.):[415] In dem zu entscheidenden Fall hatte der Verkäufer dem Kaufsklaven eine Verrichtung aufgetragen, bei deren Durchführung dieser sich das Bein brach. Labeo wollte darauf abstellen, ob die Verrichtung zu dem gehörte, was der Sklave beim Verkäufer im Allgemeinen zu tun hatte; das in der Vergangenheit Übliche sollte also den Massstab bilden. Paulus besteht auf einer regulären Anwendung des *culpa*-Erfordernisses: Der konkrete Einsatz des Sklaven darf nicht mit der Vertragspflicht zur unversehrten Auslieferung unvereinbar sein. Wie noch anklingt, führt ein schuldhaft vertragswidriger Einsatz zu einer Gefahrübernahme durch den Verkäufer, indem dieser für alles haftet, was dem Sklaven dabei etwa zustößt.

ee. Kaufsache wird dem Verkäufer gestohlen

148 Ein hervorstechender Störungsfall besteht darin, dass die Kaufsache dem Verkäufer gestohlen wird. Die Haftung des Verkäufers für das diebstahlsbedingte Ausbleiben der Sachlieferung ist mit der Figur der Haftung für *custodia* verbunden; damit verknüpft ist die Frage der Aktivlegitimation der *actio furti* (→ § 98 Rn. 9), hier im Verhältnis von

---

[413] *Fargnoli*, Legittimazione (1998) 62–66.

[414] Ausf. (*Jan*) *Wacke*, Actiones praestare (2010) 109–114.

[415] Zu diesem viel besprochenen Fall s. nur *Pennitz*, Periculum (2000) 119–122; *Cardilli*, Praestare (1995) 323–325.

Käufer und Verkäufer.[416] Hinsichtlich der generellen Entwicklung der *custodia* konkurrieren verschiedene Deutungsmuster: Wohl überwiegend wird davon ausgegangen, dass am Anfang der Entwicklung eine rein objektive Haftung verschiedener Vertragsschuldner (insb. des *commodatar*) für Diebstahlsverlust stand.[417] Das justinianische Recht hebt sich hiervon mit der klaren Aussage ab, dass eine garantiemäßige Haftung nur kraft besonderer Zusage eintritt; ansonsten ist ein Verschulden die unabdingbare Haftungsvoraussetzung (Inst. 3.23.3a). Umstritten ist in der Hauptsache, ob darin eine spezifisch justinianische Subjektivierung des Haftungsrechts zu sehen ist,[418] oder ob und inwieweit Justinians Juristen nur eine Entwicklung vollendeten, die bereits in spätklassischer Zeit eingeleitet worden war.[419] Soweit Letzteres angenommen wird, soll der Beitrag der Schuljurisprudenz im Wesentlichen darin bestanden haben, *custodia* systematisch als Sonderform der *culpa* einzuordnen. Dies wird mit einer ursprünglich objektivierten Haftungsfigur gerne so harmonisiert, dass ein Vorkommnis von Diebstahl stets als *culpa* gewertet worden sein soll („objektivierte" oder „typisierte" *culpa*).[420] Teilweise stellt man einen Bezug zur These her, wonach ein in die republikanische Zeit zurückreichendes Nebeneinander von *dolum*, *culpam*, *custodiam praestare* durch die hoch- und spätklassische oder nachklassische Schuljurisprudenz in ein ausschließliches Gegensatzpaar von *dolus* und *culpa* überführt worden sei.[421] Der Fragenkomplex greift weit über den Kauf hinaus, auf den sich die folgende Darstellung beschränkt. Die Frage der Aktivlegitimation der *actio furti* ist beim Kauf anders gelagert als bei solchen Verträgen, bei denen der diebstahlsbetroffene Vertragsschuldner nicht der Eigentümer ist (z. B. *commodatum*, *locatio conductio*): Beim Kauf ist die Aktivlegitimation des Verkäufers, sofern er Eigentümer ist, der klare Ausgangspunkt.[422] Un-

[416] Wird die bereits übergebene Kaufsache dem Käufer gestohlen, erwächst diesem die *actio furti* auch in dem Fall, dass ihm die *traditio* kein Eigentum verschafft hat, der Verkäufer also als aktivlegitmiert scheinen könnte (Inst. 4.1.15).

[417] Umf. *Pennitz*, Periculum (2000) 380–408; *Nelson/Manthe*, Gai Institutiones III 182–225 (2007) 309–318. Eine Gegenansicht sieht schon am Anfang der Entwicklung eine Pflicht zur sorgfältigen Bewachung, was eine *culpa in custodiendi* zur durchgängigen Haftungsvoraussetzung gemacht hätte: *Voci*, SDHI 56 (1990) 29–143; *MacCormack*, SZ 89 (1972) 149–219; einen Überblick über die Forschungsgeschichte *Serrano-Vicente*, Custodiam praestare (2006) 61–112, speziell zum Kauf dort S. 263–314.

[418] Hinsichtlich der justinianischen Redaktion wurde lange auch die Vermutung gepflegt, die Stärkung des Verschuldensmoments sei mit einer weitgehenden Textersetzung von *custodia* durch *diligentia* verbunden gewesen; zuletzt *Litewski*, SZ 105 (1988) 868 ff. Ausweislich von I. 4.1.13–17 und Iust. C. 6.2.22.1d (a.530) ist nicht zu bezweifeln, dass die justinianische Gesetzgebung im Bereich der *custodia*-Haftung zur Kontroversenbereinigung eingegriffen hat; dazu ausf. *Ankum*, RIDA[3] 47 (2000) 463–479; *Willems*, Justinian als Ökonom (2017) 336–349.

[419] Der Vorgang wird in die Nachklassik gesetzt von *Cannata*, Responsabilità contrattuale I (1966) 115 ff.

[420] *Bauer*, Periculum (1998) 60; *Kaser*, RP I 507.

[421] *Cardilli*, Praestare (1995) 445 ff.; im Anschluss an *Tafaro*, Regula (1984).

[422] *Kaser*, SZ 96 (1979) 89–128; s. auch *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 74 f., 105 ff., 285.

zweifelhaft ist weiterhin, dass im Fall des Diebstahls dem Verkäufer als Eigentümer die *rei vindicatio* erwuchs; die *condictio furtiva* (→ § 93 Rn. 15) teilte die Aktivlegitimation mit der *rei vindicatio*, indem sie an das Eigentum anknüpft (Ulp. 28 Sab. D. 13.1.1). Nach klassischem wie nach justinianischem Recht musste der Verkäufer beide sachverfolgenden Klagen seinem Käufer abtreten.

149 Geht man mit der neueren Forschung davon aus, dass die klassische Figur der *custodia* nicht in erster Linie einen Haftungsmaßstab bezeichnet, sondern einen Aspekt der vertraglichen Leistungspflicht,[423] hatte die *custodia* formeltechnisch ihren Sitz in der *intentio*: Der Verkäufer schuldete dem Käufer die Bewachung des Kaufobjekts (*custodiam praestare*).[424] Die Bewachung der verkauften Sache gehört zu dem Verhalten, *quod venditor emptori ex fide bona facere oportet.* Nach klassischem Recht stellte dabei jedes Vorkommen eines Diebstahls einen „breach" dieser Verpflichtung dar:[425] Ein für *custodia* Verantwortlicher haftete mit der einschlägigen Vertragsklage für den Sachverlust, ohne dass es auf sein konkretes Verschulden angekommen wäre.[426] Insofern war *custodia* der Inhalt einer speziellen vertraglichen Leistungspflicht mit einer inhärenten Erfolgshaftung.[427] Im Kaufverhältnis konnte demnach Sachverlust durch Diebstahl in keinem Fall unter die Regel des *periculum emptoris* kommen (→ Rn. 182–198), aus dessen Anwendungsbereich der Diebstahl, gleichgültig ob durch Nachlässigkeit ermöglicht oder nicht (in diesem Fall spricht man vom *casus minor*), ausgeschieden war. Zu dieser Sicht gehört schliesslich, dass die *actio furti* ausnahmslos dem Verkäufer wegen dessen stets gegebenem Haftungsinteresse erwachsen und verbleiben musste. Im Bereich des Kaufs ist eine Ausnahme dahingehend, dass bei Insolvenz des *custodia*-Schuldners (hier: Verkäufer) die Aktivlegitimation *ipso iure* beim Gläubiger (hier: beim Käufer) liegt, nicht erkennbar. Ob die Figur der *custodia* außer dem Diebstahlsfall auch die Sachbeschädigung betraf, die durch Bewachung verhindert wird, erscheint zweifelhaft;[428] möglicherweise bestand eine Kontroverse (vgl. für die *locatio conductio* Ulp. 5 ed. D. 19.2.41).[429]

---

[423] *Robaye*, Obligation (1987); *Cardilli*, Praestare (1995).

[424] So schon *Cannata*, Responsabilità contrattuale I (1966) 39 ff., insb. 128; (*Jan*) *Wacke*, Actiones praestare (2010) 140 ff., 169 ff., 196 ff.

[425] Grundlegend *Schulz*, SZ 32 (1911) 73–76. Ob diese Einstandspflicht ursprünglich („archaisch") war oder erst aufgrund geschäftsüblicher vertraglicher Übernahme zum Verkehrsstandard wurde, wird hier nicht diskutiert.

[426] Zur *custodia* beim *commodatum* → § 89 Rn. 18 ff.

[427] Die Redeweise vom „objektivierten" oder „typisierten" Verschulden hat keine Quellengrundlage; sie dient dazu, den Unterschied zwischen klassischem und justinianischem Recht zu verdecken oder abzumildern.

[428] Quellen zum Kauf: Nach Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.12 gebührt die *actio legis Aquiliae* dem Käufer, doch ist damit nicht gesagt, dass hierfür ein Haftungsinteresse aufgrund der *custodia* den Ausschlag gab. In Paul. 7 Plaut. D. 19.1.36 wird die Verpflichtung des Verkäufers, sich für das noch nicht übergebene Grundstück die *cautio damni infecti* geben zu lassen, auf die Verpflichtung zum *praestare custodiam et diligentiam* gestützt, deren Vernachlässigung den Verkäufer haftbar macht. In Alf. 2 dig. D. 18.6.12 geht es um die Zulassung einer Fremdbrandstiftung: sei die *custodia* mit Diligenz prästiert, hafte der Verkäufer nicht. Zu Belegstellen außerhalb des Kaufs s. *Bauer*, Periculum (1998) 61 Fn. 203.

Mit alldem stimmen die Texte, wie sie durch die justinianische Kodifikation überliefert sind, nicht überein.[430] Das neue Recht ist kernhaft in Inst. 3.23.3a zusammengefasst, wobei der Diebstahl eines Sklaven und dessen eigenmächtige Flucht zusammen behandelt werden;[431] die Regelungen soll der Rechtsanwender noch auf Tiere und Sachen übertragen. Fehlen auf Verkäuferseite *dolus* und *culpa*, komme es auf eine etwaige Bewachungszusage des Verkäufers an; nur durch diese übernimmt er eine Erfolgshaftung (*periculum*; *casus*). Ohne eine solche Garantiezusage sei er sicher. In jedem Fall aber müsse der Verkäufer seine Vindikation und die *condictio* (*furtiva*) abtreten, da diese vor der Übereignung der Sache nur dem Verkäufer erwachsen könnten. Dies gelte auch für die *actio furti* und die *actio* aus der *lex Aquilia*. Die *custodia*-Haftung wurde verschuldensabhängig gestellt; eine Erfolgshaftung (Garantiehaftung) bestand nurmehr, wenn sie vom Verkäufer besonders übernommen war. Ein speziell für diesen Fall hochgeschraubter Sorgfaltsmaßstab (*diligentia exactior*[432] o. ä.) sorgte dafür, dass sich der Unterschied zur Erfolgshaftung in Grenzen hielt. Gegenüber dem Rechtszustand, den man für die Zeit der Klassik vermuten darf, verkomplizierte sich die Rechtslage damit wie folgt:[433] (1) Bei unverschuldetem Verlust und wenn auch keine Bewachungsgarantie abgegeben war, haftete der Verkäufer nicht auf das *id quod interest*, musste aber dem Käufer die sachverfolgenden Klagen sowie die *actio furti* abtreten. Der Schritt, in diesem Fall von vornherein den Käufer als den zur Diebstahlsklage Aktivlegitimierten anzuerkennen, blieb aus (Papinian hatte sich dagegen ausgesprochen[434]). Die Lieferpflicht des Verkäufers ist auf diese Klagenabtretungen umgestellt und reduziert; der Käufer bleibt im Gegenzug zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Insofern findet durchaus ein Austausch statt. Als dessen Ergebnis erhält der Verkäufer jedenfalls den Kaufpreis; dabei bleibt es für ihn. Werden Dieb bzw. Sache wieder aufgefunden, geht alles, was man dem Dieb mit Erfolg abverlangen kann, an den Käufer.[435] Soweit diese Verfolgung nicht gelingt, trägt der Käufer endgültig den Verlust. In rückblickender Systematik liegt es nahe, den – bei Anlegung eines hohen Sorgfaltsmaßstabs – unverschuldeten Diebstahlsverlust mit den herkömmlichen Fällen des *periculum emptoris* (→ Rn. 182–198) zusammenzustellen; dergleichen Überlegungen hat die justinianische Gesetzgebung nicht eingebracht. (2) Bei einem durch Verkäuferverschulden ermöglichten Diebstahl, ebenso wie bei Übernahme einer Bewachungsgarantie, trifft den Verkäufer die Haftung auf *id quod interest* (→ Rn. 163–169) wegen Nichtprästierung dessen, *quod venditor emptori ex fide bona dare facere oportet*. Der Käufer **150**

[429] Zur eigenmächtigen Flucht des verkauften Sklaven vom Verkäufer → Rn. 153.

[430] Zum justinianischen Recht, bezogen auf das *commodatum*, → § 89 Rn. 53.

[431] Zur *custodia*-Haftung des *commodatars* für Sklavenflucht → § 86 Rn. 34.

[432] Paul. 5 Sab. D. 18.6.3 mit der Wendung, der Verkäufer schulde *diligentia exactior, quam in suis rebus adhiberet*. Die Echtheit dieser Wendung wird mit guten Gründen bezweifelt.

[433] Zum frühbyzantinischen Recht s. *De Jong*, RIDA[3] 65 (2018) 397–416.

[434] Pap. 12 quaest. D. 47.2.81 pr.; dazu weiter unten im Text.

[435] Zum Klagenübergang bei *custodia* s. auch (*Jan*) *Wacke*, Actiones praestare (2010) 170 ff.

bleibt zur Kaufpreiszahlung verpflichtet; der Verkäufer „verdient" sich den Kaufpreis gleichsam mit der Aufbringung der Interesseleistung. Für die Aktivlegitimation zur Diebstahlsklage in diesem Fall fehlt eine direkte Regelung. Die originäre Legitimation zur Diebstahlsklage lag unzweifelhaft auch in diesem Fall beim Verkäufer; im Umkehrschluss und wegen des erkennbaren Haftungsinteresses des Verkäufers ist anzunehmen, dass dieser nach justinianischem Recht keiner Abtretungspflicht unterlag. Während für das *commodatum* ein Wahlverhältnis zwischen der Anstellung der Diebstahlsklage und der Klage aus dem Vertrag gesehen und geregelt wird (Inst. 4.1.16; Iust. C. 6.2.22 pr.–3a [a.530]),[436] findet sich für den Kauf verständlicher Weise keine entsprechende Regelung.[437]

151 Zur Quellenlage im Einzelnen:[438] Ner. 3 membr. D. 19.1.31 pr. behandelt die gewaltsame Wegnahme der Sache: Dem Käufer seien nur die sachverfolgenden Klagen abzutreten; dagegen verbleiben die *actio vi bonorum raptorum* (→ § 93 Rn. 13 f.) und/oder das Interdikt *aut vi aut clam* (→ § 66 Rn. 33) offenbar dem Verkäufer.[439] Eine Haftung für *custodia* wird verneint, weil Bewachung nichts gegen Gewalt ausrichte. Den Fortgang des Textes wird man so zu verstehen haben, dass der Verkäufer mit der Klagenabtretung seine Pflicht abschließend erfüllt, unabhängig davon, ob der Käufer von diesen Klagen erfolgreich Gebrauch machen wird. Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.4[440] und Inst. 3.23.3a erscheinen aufeinander abgestimmt; die justinianische Gesetzgebung dürfte von einer Vorlage des Gaius ausgegangen sein: Zunächst komme es auf eine etwaige Vereinbarung hinsichtlich der Sachbewachung an. Fehlt eine solche, sei *custodia* nach dem Massstab eines *bonus pater familias* zu prästieren. Komme der Verkäufer seiner Bewachungspflicht nach, sei er sicher, habe aber dem Käufer die *rei vindicatio* (→ § 59) und die *condictio* (*ex causa furtiva*) (→ § 93 Rn. 15) abzutreten. Im Umkehrschluss ist (im Einklang mit Inst. 3.23.3a) anzunehmen, dass die eingangs ins Spiel gebrachte *custodia*-Abrede als ein verschuldensunabhängiges Ersatzversprechen (Garantieversprechen) für den Diebstahlsfall gedacht ist. Man mag dies so auffassen, dass die ältere regelmäßige Erfolgshaftung fortgeführt, nun aber von einer entsprechenden Abrede abhängig gestellt wird. Sei eine *res aliena* verkauft und daher diese Klagenprästation unmöglich, hafte der Verkäufer dem Käufer. Auffällig ist die Übergehung der *actio furti*. War möglicherweise von ihr im ursprünglichen Text keine Rede, weil nach dem klassischen Rechtszustand die *actio furti* stets dem Verkäufer verblieb? Pap. 12 quaest. D. 47.2.81 pr. überprüft die Aktivlegitimation des Verkäufers zur *actio furti*, die er unter Hinweis auf dessen Eigentümerstellung bestätigt; der Text verliert an Stringenz, indem das Ergebnis alternativ noch auf die Verpflichtung zur Klagenabtretung – als *custodia*-Prästation – gestützt wird.[441] Die originäre Zuständigkeit des Ver-

[436] → § 89 Rn. 55.
[437] S. auch *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 96 ff.
[438] Von der umfassenden Mitteilung der Interpolationsannahmen ist hier abgesehen.
[439] *Rüfner*, in: Vacca, Danno risarcibile (2011) 162; *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 75.
[440] Ausf. *Pennitz*, Periculum (2000) 385 ff.; *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 73.
[441] Hierzu *Rüfner*, in: Vacca, Danno risarcibile (2011) 161 ff.

käufers für die *actio furti*, von Papinian (und Ulpian) beglaubigt und in Justinians Institutionen aufgegriffen, dürfte sich verlässlich dem klassischen Recht zuschreiben lassen (Celsus wird als Gewährsmann genannt). Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14 pr.[442] spricht zunächst den Kernsatz aus, dass der Käufer nicht aus eigenem Recht die *actio furti* anstellen könne, diese vielmehr seit Celsus dem Verkäufer zustehe. Die Pflicht zur Klagenabtretung wird hier für die *condictio furtiva*, die *vindicatio* und die *actio furti* bejaht; die Letztere vermutlich interpoliert. Was der Verkäufer aus der Eigenverfolgung dieser Klagen schon erlangt hat, gebührt dem Käufer. Der Text stellt noch einen Zusammenhang her mit der vom Käufer zu tragenden Sachgefahr; dies darf freilich nicht so verstanden werden, als seien *custodia*-Haftung und *periculum emptoris* beim Kauf als zwei gegenläufige Elemente des Haftungsdesigns von Anfang an bewusst gegeneinander austariert worden. – Für den Erbschaftsverkauf wird in Paul. 16 quaest. D. 18.4.21 die Frage behandelt, wem das vom Verkäufer mit der *actio furti* bereits eingezogene *duplum* gebührt.[443] Paulus geht davon aus, dass sich die Lieferverpflichtung des Verkäufers infolge des schuldlosen Sachverlust auf die Abtretung der Klage umstellt und beschränkt, entsprechend der Entscheidung, dass der Hausverkäufer, nachdem das Gebäude ohne sein Verschulden abgebrannt ist, nun das Trümmergrundstück zu übertragen hat. Daher verbleibe dem Verkäufer die Ersatzleistung des Diebes. Die nach Paulus gleichwohl zur Abtretung bestimmten Klagen können folglich nur die sachverfolgenden sein. – Paul. sent. 2.31.17 überrascht mit der Feststellung, dass sowohl Käufer als auch Verkäufer zur Anstellung der *actio furti* berechtigt sind, da beide ein Interesse an der Übergabe haben. Es ist nicht festzustellen, ob diese Aussage eine durchgedrungene nachklassische Rechtsentwicklung wiedergibt oder bloß eine Vereinfachung seitens des Autors, den der klassische Rechtszustand überforderte.[444] Gegenüber der Lösung in Paul. sent. 2.31.17 stellt sich das justinianische Recht als Rückkehr zum klassischen Rechtszustand dar, auch wenn dieser erheblich modifiziert wird.

Im Sinne eines Wahrscheinlichkeitsurteils ist für das klassische Recht anzunehmen, **152**
dass der Verkäufer beim Diebstahl der noch nicht übergebenen Kaufsache dem Käufer garantiemäßig auf das Interesse haftete und selbst die *actio furti* er- und behielt, dagegen seine sachverfolgenden Klagen dem Käufer abzutreten hatte. Damit ergeben sich für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise der denkbaren Verläufe die folgenden Risiko- und Verlustzuweisungen. (1) Blieben Dieb und Sache unauffindbar, war der Käufer mit

[442] *Viaro*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 843–845; *Rüfner*, in: Vacca, Danno risarcibile (2011) 163 f.; zuvor schon *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 70 ff.

[443] Ausf. *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 77 ff.; weitere Literatur zu diesem Fragment → Rn. 154 Fn. 452.

[444] Der Deutung, der nachklassische Jurist habe die Situationen vor und nach Abtretung der *actio furti* ansprechen wollen, womit die spätere justinianische Lösung schon für die Zeit der Paulussentenzen belegt wäre (*Mommsen*, Strafrecht 744 Fn. 7), steht die Formulierung entgegen, die ein gleichmäßiges Interesse und eine gleichmäßige Berechtigung ausdrückt, wogegen bei einer Zessionspflicht doch letztlich allein das Käuferinteresse entscheidet und befriedigt wird.

der Interesseleistung entschädigt; der Verkäufer musste sich den Kaufpreis, der ihm unverändert zustand, mit der Interesseleistung aus seinem Vermögen erkaufen. Einen Ausgleich für diese Verlustzuweisung kann man darin sehen, dass gleichzeitig das Risiko von Ereignissen höherer Gewalt bereits ab Vertragsschluss vom Käufer zu tragen war (zum *periculum emptoris* → Rn. 182–198).[445] (2) Wurden Dieb und Sache aufgefunden, erhielt der Verkäufer die *poena* aus dem Diebstahl, während der Käufer die Sache an sich bringen konnte.[446] Wenn es sich um ein *furtum nec manifestum* handelte, kam bei erfolgreicher Belangung des Diebes – wirtschaftlich betrachtet – der dreifache Sachwert zwischen Verkäufer und Käufer zur Verteilung: Der Verkäufer erhielt den Sachwert zweimal (aufgrund der *actio furti*), der Käufer einmal (mittels der *rei vindicatio* bzw. der *condictio furtiva*). Dem Verkäufer wurde damit der Verlust infolge der *custodia*-Haftung ausgeglichen, der „zweite" Sachwert war für ihn ein „Überschuss"; ein „Überschuss" gleichen Umfangs ergab sich für den Käufer, der außer der Interesseleistung des Verkäufers (die er behielt) mit Zeitverzug vom Dieb nun auch noch die Sache (oder eine entsprechende Sachwertzahlung) erhielt. Gemessen am *status quo ante* wurde im wirtschaftlichen Ergebnis die mit der Diebstahls-*poena* zusätzlich ins Spiel gekommene „Verteilungsmasse" beim *furtum nec manifestum* zwischen Verkäufer und Käufer hälftig aufgeteilt. Die Verdoppelung der *poena* beim *furtum manifestum* kam ausschließlich dem Verkäufer zugute. Jede der Vertragsparteien trug das Durchsetzungsrisiko der ihr zukommenden Klagen. (3) Es bestanden noch weitere Verlaufsmöglichkeiten mit wiederum verschiedenen wirtschaftlichen Ergebnissen, wenn man nämlich des Diebes habhaft wurde, aber nicht der Sache oder umgekehrt. – Betrachtet man gesamthaft die Zuweisungen von Risiken, Verlusten und Gewinnen (Diebstahls-*poena*), erscheint das klassische Recht nicht als disfunktional ungerecht. Es ist keineswegs anstößig verkäuferfeindlich und wird nicht erst dadurch wertungsmäßig annehmbar, dass man der *custodia*-Haftung ein *culpa*-Erfordernis aufmontiert.[447]

ff. Freilassung und Flucht des verkauften Sklaven

153 Lässt der Verkäufer den verkauften Sklaven frei, haftet er dem Käufer (Iul. 13 dig. D. 19.1.23);[448] zur Bestimmung der *condemnatio* in diesem Fall → Rn. 166–167. Diocl./Maxim. C. 4.49.11 (a.293) stellt klar, dass die Möglichkeit der Freilassung für den Verkäufer endet, wenn er sich durch *traditio* seines Eigentums begibt. – Der Fall, dass der verkaufte Sklave vor Übergabe flieht, wird im justinianischen Recht derselben Regelung unterstellt, die für den beim Verkäufer eingetretenen Diebstahlsverlust aufgestellt ist (Inst. 3.23.3a), → Rn. 150.[449] Das klassische Recht betreffend fehlt ein Beleg

[445] Statt aller etwa *Fritz Schulz*, CRL 533.

[446] Zum anschliessenden Erwerb prätorischen Eigentums durch den Käufer s. (*Jan) Wacke*, Actiones praestare (2010) 343–344.

[447] Insgesamt ist dem Urteil von *Fritz Schulz* zuzustimmen, dem die Ergebnisse klassischen Rechts als „far from being unjustified" und „an ideal solution of the problem" erschienen sind, CRL 533.

[448] *Wolf*, TR 45 (1977) 1–25; einen ähnlichen Fall bescheidet Diocl./Max. C. 4.49.11 (a.293).

[449] Diese Gleichstellung wurde vielleicht dem Recht des Kommodats entlehnt; → § 86 Rn. 34.

dafür, dass im Kaufverhältnis die eigenmächtige Flucht eines Sklaven wie dessen Diebstahl durch einen Dritten als Bruch der *custodia* angesehen worden wäre. Für das klassische *custodia*-Verständnis hätte dies eine verschuldensunabhängige Haftung bedeutet (→ Rn. 149–152), die hier aber ohne den Ausgleich in der Aktivlegitimation des Verkäufers für die *actio furti* geblieben wäre. Angesichts der weiteren Überlieferung ist eher zu vermuten, dass der Verkäufer für die Flucht seines Sklaven nur bei *culpa* haftete (der konkrete Sklave war als bewachungsbedürftig bekannt).[450]

gg. Metamorphosen des Kaufobjekts

Zurückhaltend stehen die römischen Juristen der Möglichkeit gegenüber, die Pflicht **154**
zur Lieferung von der Kaufsache auf eine andere Leistung umzustellen.[451] Zur Abgrenzung von eventuellen Zusatzverpflichtungen des Verkäufers, neben der Kaufsache auch noch Nebensachen/Früchte herauszugeben bzw. Geldersatz für Nutzungen zu leisten (→ Rn. 135–138), spricht man heute (quellenfern) vom Surrogat oder vom „stellvertretenden *commodum*“: ein neues Leistungsobjekt soll die Kaufsache vertreten. Die moderne Sichtweise verknüpft die Frage noch mit dem Gedanken, es sei eine Bereicherung beim Verkäufer abzuschöpfen. Die Entscheidungen im Einzelnen: Wenn die Kaufsache sich im Zeitpunkt des Verkaufs bei einem Dritten befunden hat, den der Eigentümer mit der *rei vindicatio* beklagt, kann der Grundsatz der Geldkondemnation dazu führen, dass der Verkäufer statt der Sache die *litis aestimatio* erhält. Die Verkäuferpflicht wird hier indes nicht zur Auskehrung der *litis aestimatio* umgestaltet, sondern richtet sich weiter auf die Sache selbst, was zur Verurteilung in *id quod interest* führen muss (Paul. 16 quaest. D. 18.4.21). Daneben findet sich in Paul. 16 quaest. D. 18.4.21 die weitere Erwägung, dass bei einem Zweitverkauf einer *res singularis* (→ Rn. 72), der dem Verkäufer den Kaufpreis trotz des Todes des Sklaven eingetragen hat (zum *periculum emptoris* → Rn. 182–198), ein Anspruch des früheren Käufers auf diesen Erlös verneint wird: Verkauft sei die Sache, nicht eine *actio*. Von dem seitens des späteren Käufers gezahlten Preis heisst es: *non ex re sed propter negotiationem percipitur* – Surrogate sind keine Früchte, die *ex re* gezogen werden. Der frühere Käufer verliert den Anspruch auf die Sache, weil diese ohne Verkäuferverschulden untergegangen ist; der Verkäufer darf daher nicht in Verzug gewesen sein. In der Sekundärliteratur wird bezweifelt, ob eine Zahlungspflicht des ersten Käufers impliziert ist, was vielfach verneint wird, weil es angeblich wertungsmäßig unvertretbar sein soll.[452] Sofern nicht dem Ver-

[450] Von manchen wird die justinianische Regelung als Beleg auch für das klassische Recht genommen; s. *Söllner*, CRRS X/6 209 mit Fn. 674; auf das Bestehen einer Kontroverse deutet vielleicht Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.6 hin; s. *Schulz*, SZ 32 (1911) 49 f. Fn. 2, 83 f.

[451] *Rüfner*, in: Vacca, Danno risarcibile (2011) 155–170; *Pennitz*, Periculum (2000) 408–419.

[452] Zutr. dagegen *Weyand*, TR 51 (1983) 265 f. Fn. 194; weitere Lit. zu der viel besprochenen Stelle: *Jakobs*, Lucrum (1993) 10 ff.; *Pennitz*, Periculum (2000) 103–117; *Ullrich*, Doppelverkauf (1990); *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 136–143; *Sella-Geusen*, Doppelverkauf (1999) 36–43; *Harke*, Mora debitoris (2005) 31 ff.; *Rüfner*, in: Vacca, Danno risarcibile (2011) 164 ff.; *Kupisch*, Mél. Cannata 37–52; aus dem 19. Jh. s. *Jhering*, JhJb 3 (1859) 449–488; dazu *Pennitz*, Jhering heute (2018) 145–158.

käufer doloses Verhalten vorgeworfen werden kann (was der Text nicht besagt), entspricht die Entscheidung indes der Rechtslogik; die Vermeidung ungerechtfertigter Bereicherung stellt – anders als *dolus* – keinen Grund zur Entscheidungskorrektur dar. Aus Paul. 16 quaest. D. 18.4.21 ergibt sich aber auch, dass der Erbschaftsverkäufer, der eine zur Erbschaft gehörende Einzelsache anderweitig verkauft, den Erlös mit der Erbschaft dem Erbschaftskäufer schuldet. Die unterschiedliche Behandlung im Vergleich zum doppelten Verkauf als Einzelsache legt eine Affinität des Surrogatsgedankens zu Vermögensgesamtheiten (*hereditas*, *dos*, *grex*) nahe, bei denen die Zugehörigkeit eines abgehenden Vermögensstücks die Zuordnung des zum Ausgleich Erworbenen wiederum zur Gesamtheit rechtfertigt.[453] – In einem zuerst von Celsus behandelten Fall ist ein hälftiger Miteigentumsanteil an einem Landgut verkauft worden; das vom anderen Miteigentümer herbeigeführte *iudicium communi dividundo* (→ § 67 Rn. ■) weist das ganze Eigentum entweder dem Kläger zu – dann schuldet der Verkäufer dem Käufer den für seinen Miteigentumsanteil erhaltenen Ausgleichsbetrag; oder aber das alleinige Eigentum wird dem Verkäufer zugeschlagen, in welchem Fall er das ganze Grundstück zu übertragen hat, wogegen der Käufer neben dem Kaufpreis den von seinem Verkäufer dem ehemaligen Miteigentümer zu erstattenden Ausgleichsbetrag schuldet (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.17).[454] Die mit dem Kauf verbundene Eviktionsgewährleistung bleibt auf den ursprünglich verkauften Anteil beschränkt, doch muss der Verkäufer hinsichtlich der anderen Hälfte immerhin *de dolo malo repromittere*. Teilt der Judex das Grundstück gegenständlich unter den Miteigentümern auf, schuldet der Verkäufer das ihm zugesprochene Teilgrundstück. Für die Lösungen aller dieser Varianten mag den Ausschlag gegeben haben, dass es sich um Metamorphosen des Kaufgegenstandes handelt, die in diesem angelegt waren und mit denselben Ergebnissen auch beim Käufer hätten eintreten können.[455] – Die vorgenannten Entscheidungen fügen sich keinesfalls zu einem allgemeinen Rechtssatz, wonach Unmöglichkeit der Leistung stets zu einem Käuferrecht auf ein etwaiges Surrogat führen würde. Vom gegenteiligen Ausgangspunkt her hat es aber Sonderfälle gegeben, bei denen – unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten – eine Umstellung auf ein Surrogat befürwortet wurde. Keinen Hinweis gibt es auf den Gedanken, es gelte mit der *actio empti* eine etwaige Bereicherung des Verkäufers abzuschöpfen.

hh. *Concursus causarum*

155 Ein von den Juristen in diversen Variationen behandelter Störungsfall besteht darin, dass die verkaufte Sache dem Käufer noch aus einem anderen Rechtsgrund zukommt. Die Juristen sprechen in vielen Fällen vom *concursus* (*duarum*) *causarum*. Ursprünge

[453] S. *Welle*, In universalibus (1987).

[454] S. auch Ulp. 20 ed. D. 10.3.7.13.

[455] Zu dem längeren Traktat Afr. 8 quaest. D. 19.2.33, das die Enteignung eines Landguts während eines laufenden Pachtverhältnisses und im Vergleich dazu auch in ihrer Auswirkung auf einen Verkauf behandelt, → Rn. 202.

der Rechtsfigur liegen wohl schon im altrömischen Recht, doch wird mit einer erheblichen Weiterentwicklung der juristischen Lösungen gerechnet. Die Figur greift über das Kaufrecht hinaus, wird hier aber nur in ihrem Vorkommen beim Kauf angesprochen.[456] Es wurde unterschieden, ob der anderweitige Erwerb *ex causa onerosa* oder *ex causa lucrativa* erfolgte: Der Kauf kann mit einem weiteren onerosen Erwerbsgrund, also einem zweiten Kauf durch denselben Käufer, zusammentreffen oder mit einem lukrativen Erwerb, d. h. es wird dem Käufer die Kaufsache geschenkt, vererbt oder durch Testament vermacht; in den letztgenannten Fällen ist zugleich das Recht von Schenkung bzw. Legat betroffen (→ § 97 Rn. 23). Ist in diesen Situationen der Dritte *verus dominus* gewesen, wird im Kaufverhältnis eine zunächst bestehende Eviktionsgefahr ausgeschaltet; insofern betrifft das Problem auch das Gebiet der Eviktionshaftung.[457]

Für den lukrativen Erwerb von dritter Seite ist Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.15 = Paul. sent. 2.17.18 der Kardinalbeleg. Die Überlieferung in den Paulus-Sentenzen stellt klar, dass die dem Käufer zustehende *actio empti* auf Kaufpreisrückzahlung (*recuperatio pretii*) gerichtet ist. Ohne diese Rückforderung bliebe die unentgeltliche Zuwendung an den Käufer ohne bereichernden Effekt.[458] Auch die vielfach behandelte Stelle Iul. 33 dig. D. 30.84.5[459] ergibt – ungeachtet zahlreicher Zweifelsfragen – die Kaufpreisrückzahlung als Folge des anderweitigen lukrativen Erwerbs. Der Verkäufer schuldet dem Käufer das *habere licere* der Kaufsache nicht bloß an und für sich, sondern gestützt auf die gemeinsam geschaffene *causa emptionis*. Besitzt der Käufer aufgrund einer anderen *causa*, ist diese Leistung unmöglich geworden. Iul. 4 Min. D. 19.1.29[460] behandelt den Sonderfall, dass der Empfänger eines bedingten Vermächtnisses die vermachte Sache unbedacht vom Erben kauft: der Käufer kann den Kaufpreis zurückverlangen. Die Begründung unterliegt Zweifeln;[461] man muss annehmen, dass es um die Situation nach Bedingungseintritt geht.[462] **156**

[456] *Lambrini*, SDHI 67 (2001) 203–238; *Lambrini*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 745–785; *Wimmer*, TR 69 (2001) 203–219; *Pfeil*, Concursus duarum causarum (1998); *Lambrini*, Concursus causarum (2000); *Ankum*, SemCompl. 8 (1996) 57–98; *Emunds*, Solvendo quisque pro alio liberat eum (2007) 52–55; *Halbwachs*, s. v. Lucrativarum causarum concursus, DNP; *M. Zimmermann*, Rechtserwerb (2001) 133–136.

[457] Paul. 76 ed. D. 21.2.9 (die Stelle betraf wahrscheinlich die *auctoritas*-Haftung); Paul 2 ed aed. cur. D. 21.2.41 pr.; zu beiden Texten s. *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 30 ff.

[458] Von *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 57–59, wird ein möglicher Bezug auf die *actio auctoritatis* vermutet; dagegen *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 150 f.; s. auch *Knütel*, in: Castresana, Defectos (2014) 119–121.

[459] Dazu *Knütel*, in: Castresana, Defectos (2014) 109–124; *Harke*, OIR 11 (2006) 80; *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 49 ff.; *Lambrini*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 745–785; *Honsell*, Quod interest (1969) 40 f.; *Ankum*, SemCompl. 8 (1996) 86–89; *Misera*, St. Talamanca V 439–450; *Lambrini*, SDHI 67 (2001) 211 ff.

[460] Dazu, mit umfassenden Nachw., *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 39–41; *Russo Ruggeri*, Scr. Guarino VI 2823 f.; *Zimmermann*, Rechtserwerb (2001) 138–131; *Knütel*, in: Castresana, Defectos (2014) 109–113.

[461] Möglicherweise ging es Julian um ein Vindikationslegat.

157 Der Fall, dass der Käufer die ihm verkaufte Sache nochmals von einem Dritten erwirbt, ist grundsätzlich anders gelagert als derjenige des lukrativen Erwerbs (vorige Rn.), und zwar aus folgendem Grund: Ein Selbsterwerb durch den Käufer, der die Sache zum zweiten Mal kauft, und zwar jetzt vom *verus dominus*, kann nicht ohne weiteres zu einem Ausgleichsanspruch gegen den Verkäufer führen, weil damit die Voraussetzungen der Eviktionshaftung (→ Rn. 271) umgangen würden. Belegt ist denn auch nur die Befugnis des Käufers, einen noch nicht gezahlten Kaufpreis zurückzubehalten (Pomp. 11 Sab. D. 21.2.29 pr.).[463] Dies geht konform mit der Lehre, dass drohende Eviktionsgefahr zur Zurückbehaltung des Kaufpreises berechtigt (→ Rn. 293).[464]

158 Dem *concursus causarum* verwandt sind Fälle, in denen der Käufer Rechtsnachfolger des Verkäufers wird oder umgekehrt. Um die Beerbung des *verus dominus* durch den Käufer geht es in Paul. 76 ed. D. 21.2.9. Die Stelle dürfte von der *auctoritas*-Haftung gehandelt haben (→ Rn. 238 ff.),[465] die aufgrund des Erbgangs nicht mehr ausgelöst werden kann. Paulus gewährt dem Käufer einen Anspruch *ex empto*; das Klageziel ist die Kaufpreisrückzahlung. Paul. 2 ed. aed. cur. D. 35.2.48 mit Paul. 2 aed. cur. D. 21.2.41 pr.–2 behandeln die Auswirkung der Konfusion auf die Eviktionsstipulation.[466] Diese kann nicht mehr verfallen. Dem Käufer wird ein Ausgleich gewährt durch Kaufpreisrückzahlung *ex empto*. Der umgekehrte Fall, dass der *verus dominus* den Käufer beerbt, wird von Marcellus im Zusammenhang mit einem Kaufauftrag behandelt (Marcell. 6 dig. D. 17.1.49).[467]

3. *Condemnatio* bei der *actio empti*

a. Die wechselnden Bezugspunkte für *id quod interest*

159 Wenn der klagende Käufer obsiegt, kommt es zu einer Geldkondemnation des Verkäufers. Die Verurteilungssumme wird vom *iudex* festgesetzt. Da die *intentio* auf ein *incer-*

[462] Um die Eviktionsstipulation im Hinblick auf einen vom Käufer bereits verlorenen Herausgabeprozess geht es in Gai. 2 ed. aed. cur. D. 21.2.57 pr.,1. Das *principium* behandelt den Fall, dass der Käufer wegen des erbenlosen Versterbens des Klägers die Sache behält (eine Eviktion tritt nicht ein). In § 1 wird nach der Lage gefragt, wenn der siegreiche Kläger die Sache dem Käufer schenkt oder vermacht, ohne sie ihm vorher abverlangt zu haben: die Eviktionsstipulation verfällt nicht; anders, wenn der Kläger die Sache an sich bringt und danach verschenkt oder vermacht; s. *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 47 f.

[463] *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 76 f.

[464] In dem gelegentlich noch angeführten Text Iul. 73 dig. D. 44.7.19 frustriert der lukrative Erwerb eine *promissio dotis* (→ § 29 Rn. 18–21), wobei ein Vergleich zum Käufer angestellt wird; dazu *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 49–52.

[465] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 150 f.; zuvor schon *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 26 Fn. 109, 45.

[466] *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 42–47; *Knütel*, in: Castresana, Defectos (2014) 113–119, 121 ff.

[467] Hierzu *Wimmer*, Pocta Blahovi (2014) 723–738; *Andrés Santos*, Subrogación (1997); *Zilletti*, Dottrina dell'errore (1961) 127; *Nishimura*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 109.

tum lautet, können es ganz unterschiedliche „Zuwiderhandlungen" sein, die zur Verurteilung führen (→ Rn. 115, Rn. 142). Die konkrete *aestimatio* bezieht sich auf die spezifische Leistung, wegen deren Nichtprästierung der Verkäufer verurteilt wird: Die *aestimatio* hat einen wechselnden Bezug.[468] Schon bei Behandlung der *intentio* hat sich gezeigt, dass je nach Situation vom Verkäufer auch die Rückzahlung des Kaufpreises (*recuperatio pretii*), eine Teilrückzahlung wegen „Minderung", eine Klagenzession oder anderes geschuldet sein kann (→ Rn. 120). Für jeden dieser unterschiedlichen Schuldinhalte ist gesondert die Frage nach dem korrespondierenden *quod interest* des Käufers zu stellen. Wegen des Umfangs der Verkäuferhaftung *ex empto* im Fall des Sachmangels (insb. zu Ulp. 23 ed. D. 19.1.13.3) → Rn. 399–402; im Fall der Eviktion → Rn. 287–292. Ist ein *dolus* des Verkäufers die Verurteilungsgrundlage, ergibt sich ein nochmals anderer Bezug für das *quod interest*, indem der Verkäufer auf das Käuferinteresse *non esse deceptum* haftet; → Rn. 396, 400.

160 Die *aestimatio* richtet sich an dem wirtschaftlichen Unterschied aus, der sich für den Käufer aus dem Vergleich des ganz konkreten „Zuwiderhandelns" des Verkäufers mit dem ergibt, was dieser insofern *ex fide bona* schuldete: *Id quod interest* ist verhaltensbezogen, nicht objektbezogen. Die Formel *id quod interest* wird für alle möglichen Vertragsverstöße von Verkäuferseite benutzt. Es verhält sich dabei nicht so, dass die Formel ihre primäre Bedeutung aus dem Fall der Nichtlieferung der Kaufsache bezogen hätte, dass dieser Fall sozusagen als prägendes „Leitbild" gewirkt hätte, das mit ausnahmsweisen Anpassungen z. B. auf den Fall des dolosen Handelns nur noch hätte ergänzt werden müssen.[469] Auch wenn das Verkäuferverhalten, das zur Verurteilung führt, in der Nichtübergabe der Kaufsache (oder einer Nebensache) bestand, die konkrete Leistungshandlung also ein Sachobjekt erfassen sollte, ging es beim diesbezüglichen *quod interest* nicht unmittelbar um dessen Sachwert (wie bei der *quanti ea res est*-Formel), sondern um das Käuferinteresse an dem geschuldeten Verkäuferhandeln, hier also an der Sachübergabe. Freilich findet in diesem Fall das abzuschätzende Käuferinteresse im Handelswert der nicht tradierten Sache einen ersten Ankerpunkt (→ Rn. 164).

161 Jede Verkäuferpflicht besteht gerade dem Käufer gegenüber; deswegen musste der Judex fragen, welchen Unterschied es für den Käufer machte, dass der Verkäufer sich ihm gegenüber in einer konkreten Hinsicht vertragswidrig verhalten hatte. Die *aestimatio* zielte auf die Geldbewertung der betreffenden Verkäuferleistung als einer dem Käufer geschuldeten. Dieser subjektive Einschlag des *id quod interest* entspricht nur der Rechtslogik. Er ist offenkundig, wenn es sich um den Ersatz des käuferseitigen Interesses wegen eines Verhaltens des Verkäufers handelte, mit dem dieser durch einen am Käufer verübten Betrug seine Verpflichtung zum *purgari dolo malo* verletzt hat: In Geld abzuschätzen war dabei die Betroffenheit gerade des betrogenen Käufers; hierfür gibt es

[468] Grundlegend *Wilinski*, Index 3 (1972) 443–453.

[469] So aber etwa *Medicus*, Quod interest (1962) 28–43, 49–153, 163–169.

keinen überindividuell bestimmbaren „Marktwert". Aber auch in allen anderen Fällen eines Vertragsbruchs – wie etwa dem der ausgebliebenen *traditio* – ging es um die geldmässige Bedeutung des konkreten Vertragsbruchs gerade für den davon betroffenen Käufer. Wie noch zu erläutern sein wird, bedeutete die Abschätzung des Werts, mit dem man die dem Käufer vorenthaltene Leistung des Verkäufers veranschlagen soll, freilich nicht, dass man sich an der gesamthaften Auswirkung der Nichtleistung im Käufervermögen orientiert hätte; → Rn. 170.

162 Die Frage, ob immaterielle Interessen (Affektionsinteressen) berücksichtigt werden konnten, spielt in der Überlieferung zum Kaufrecht kaum eine Rolle. Eine *ratio affectionis* scheint in Pap. 10 quaest. D. 18.7.7. auf, wo es um den Verstoß gegen eine Exportauflage beim Sklavenkauf geht (→ Rn. 430).[470] Auch dieser Text, der die Klagemöglichkeit des Verkäufers erörtert, bietet indes keinerlei Anhalt dafür, dass die *aestimatio* für das *iudicium empti* auf ein Affektionsinteresse Rücksicht genommen hätte.

163 Die Bestimmung des *quod interest* galt den römischen Juristen nicht als Rechts-, sondern als Tatfrage (Paul. 5 Sab. D. 50.17.24).[471] Dazu, ob der Prätor dem Judex bei der *actio empti* einen Höchstbetrag durch *taxatio* vorgeben konnte, → Rn. 19 a. E. Forschung, die auf das Verständnis des *quod interest* gerichtet ist,[472] bezieht einen weiteren Kreis von Klagen ein; die folgende Darstellung beschränkt sich auf das Material zur *actio empti*.[473]

b. *Id quod interest* bei Nichtübergabe der Kaufsache

aa. Der Wert der Sachleistung für den Käufer

164 In Ulp. 28 Sab. D. 19.1.1 pr. wird das Käuferinteresse bestimmt: *hoc est quod rem habere interest emptoris*; dies könne das *pretium* übersteigen. Hier ist mit *pretium* der Kaufpreis gemeint;[474] dies wurde manchmal zu Unrecht bezweifelt. Damit ist vorausgesetzt, dass sich ein vom konkreten Kaufpreis abweichender Geldwert angeben lässt, mit dem das Interesse des Käufers an der ausgebliebenen Verkäuferleistung abgeschätzt wird. Es wird darauf abgestellt, wie die Kaufsache im Verkehr in Geld abgeschätzt wird, wobei

---

[470] *Kindler*, Affectionis aestimatio (2012) 112–116, 121–124; dort auch 130–133 zur Abgrenzung von Pap. 27 quaest. D. 17.1.54 pr., dazu wiederum *Wacke*, FS Behrends 555–588; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 257; *Kindler*, Affectionis aestimatio (2012) 99–112; zuletzt *Harke*, SZ 138 (2021) 300 ff.

[471] Die Aussage wird sich auf den Kauf bezogen haben: *Lenel*, Pal. Ulp. ad ed. lib. LXXVII Nr. 1695 ff.

[472] *Medicus*, Quod interest (1962); *Honsell*, Quod interest (1969); *Procchi*, Ric. Talamanca II 481–550; *Schieder*, Interesse (2011); *Schermaier*, HKK-BGB II.2 Rn. 47; *Babusiaux*, Diritto romano e economia 708–746.

[473] *Padovan*, Om. Burdese III 329–387; *Kupisch*, TR 43 (1975) 1–22.

[474] *Medicus*, Quod interest (1962) 29 f. Die Lesart *pretium* = Marktwert sollte einmal die Theorie unterstützen, dass Folgeschäden der Nichterfüllung als grundsätzlich ersatzfähig in Betracht gekommen wären.

die Juristen berücksichtigen, dass sich für verschiedene Handelsplätze und verschiedene Zeiten unterschiedliche Werte ergeben können (insb. Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.3). Am ehesten wird man hier den Handelswert („Verkehrswert") der Kaufsache angesprochen sehen.[475] Den quellenfremden Begriff „Marktpreis" sollte man vermeiden,[476] auch weil damit ein Bezug auf ständige Märkte mit laufenden Preisnotierungen nahegelegt wird; von solchen Warenbörsen kann man für die römische Antike mit wenigen Ausnahmen nicht ausgehen.[477] Keine Unterstützung bieten die Quellen für die Annahme, die Juristen hätten den Handelswert deswegen als maßgeblich angesehen, weil der Käufer sich zum Handelspreis durch (tatsächlich vorgenommenes oder bloss hypothetisches) Ersatzgeschäft eindecken konnte, so dass man also einen dem Käufer zugefügten Schaden mit dessen Ersatzbeschaffungskosten gleichgesetzt hätte (→ Rn. 170):[478] Mit der Orientierung am Handelswert ging es einfach um einen Wertansatz gerade und nur für die ausgebliebene Sachleistung.

Als schwierige Kardinalstelle der Schuljurisprudenz gilt von jeher Paul. 33 ed. D. 19.1.21.3:[479] In die Schätzung sei *omnis utilitas* des Käufers einzustellen, *quae modo circa ipsam rem consistit*. Diese abstrakte Feststellung wird von Paulus durch Lehrfälle veranschaulicht: Nicht ersatzfähig ist beim Weinkauf ein konkreter Weiterverkaufsgewinn, genauso wenig wie bei der Nichtlieferung des gekauften Getreides Ausgleich für die verhungerten Sklaven des Käufers zu zahlen ist: *nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur*. Es handelt sich um einen Schulfall, vielleicht sogar um ein Absurditätsargument; Spekulationen dazu, ob[480] und wie die Sklaven überhaupt gestorben sein könnten, sind unangebracht. Wie Paulus weiter erläutert, wird die Verkäuferhaftung durch Verzug nicht um solche Verzögerungsfolgen erweitert; wohl aber kann die Abschätzung des Werts der ausgebliebenen Verkäuferleistung darauf Rücksicht nehmen, wenn der Handelswert von Wein bis zum Verurteilungszeitpunkt gestiegen ist. In dieser Schlusspassage kommt zum Ausdruck, dass der Handelswert für **165**

[475] Die *aestimatio* ist freilich nicht davon abhängig, dass sich die Kaufsache als regelrechte Handelsware darstellt; die römischen Juristen sehen offenbar auch keinen rechtlich relevanten Unterschied darin, ob es für die Kaufsache einen Marktpreis gab oder nicht.

[476] Die Redeweise vom Marktpreis z. B. bei *Medicus*, Quod interest (1962), z. B. 31.

[477] S. die Beiträge in Lo Cascio, Mercati (2000); *Bang*, Roman Bazaar (2008) 131–201. Die staatliche Regulierung des Getreidehandels durch den *praefectus annonae* (seit Augustus) erlaubte es vielleicht, dessen Abgabepreis gleichsam als einen notierten Marktpreis zu verstehen; s. zum röm. Getreidehandel *Temin*, Market (2013) 97–113; zum Marktwesen in Rom auch *Jakab*, Praedicere (1997) 5–7.

[478] Ähnl. auch *Babusiaux*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 724.

[479] *Pichonnaz*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 339–352; *Kupisch*, TR 43 (1975) 1–22; *Padovan*, Om. Burdese III 352 ff.; *Grzimek*, Taxatio (2001) 52–54; *Harke*, Mora debitoris (2005) 35 ff.; *Huwiler*, Lib. Am. Vogt 147 f.; *Below*, Lucrum cessans (1964) 98–102; *Schermaier*, HKK-BGB II.1 S. 1225 f. Rn. 47.

[480] *Pringsheim* erwog, das Hungern der Sklaven als Affektionsinteresse zu verstehen; Ges. Abh. II 133.

das Käuferinteresse so etwas wie den Anker darstellt. Die Formel *circa ipsam rem*, die man seit dem Mittelalter mit dem Gegenbegriff *interesse extra ipsam rem* im Sinne einer Dichotomie behandelt,[481] ist Gegenstand immer neuer Deutungsversuche geworden. Bleibt man beim antiken Text, überzeugt am ehesten die folgende Sichtweise:[482] Eine Zweiteilung des Interesses *circa rem – extra rem* ist von Paulus nicht ausgesprochen. Es kann daher für das klassische römische Recht nicht darum gehen, nach einem Kriterium zu suchen, mit dem das eine vom anderen unterschieden worden wäre. Sprachlich liegt es nahe, dass hier schlicht das Interesse am Haben gerade dieser Sache selbst (*ipsa res*) angesprochen ist. Es wird damit nicht verlangt, dass ein „Schadensposten" sich durch eine bestimmte räumliche „Nähe" zur Sachleistung[483] oder einen besonders kurzen Kausalnexus zu deren Ausbleiben qualifizieren müsste („unmittelbarer Schaden"), damit er in die Interesseberechnung eingestellt werden kann. Es wird *omnis utilitas* auch nicht aufgespalten, indem von einer umfassenden gedachten *utilitas* der Kaufsache nur ein Teil für die Bemessung des *id quod interest* relevant wäre, so dass Teile oder Aspekte der *utilitas* ausgesondert wären. Vielmehr macht das Interesse *circa rem* die gesamte *utilitas* aus, erschöpft diese.[484] Die Ersatzfähigkeit des Weiterverkaufsgewinns wird von Paulus keineswegs deswegen verneint, weil die Verursachung oder die Vorhersehbarkeit wegen der Marktverfügbarkeit von Ersatzware fraglich erscheint[485] (in welchem Fall man die Erwägungen des Textes vielleicht auf den Verkauf von vertretbaren Sachen einzuschränken hätte), sondern weil der Weiterverkaufsgewinn nichts ist, was der Verkäuferleistung *traditio* angehört.[486] Zutreffend fand schon Niedermeyer, das Interesse sei für die römischen Juristen eine „objektiv gebundene Größe",[487] wobei die Bindung hier eine solche an die Verkäuferpflicht zur Übergabe des konkreten Kaufobjekts war.[488] Kaiserkonstitutionen bestätigen diese Linie; Diocl./Maxim. C. 4.49.12 (a.294); C. 4.2.10 (a.294).[489]

[481] *Lange*, Schadensersatz (1955) 19 ff.

[482] *Knobbe-Keuk*, Vermögensschaden (1972) 173–179; ähnl. auch HKK/*Schermaier* BGB §§ 280–285 Rn. 46 ff.

[483] Die Redeweise von Schadensfolgen „im Umfeld der Sache selbst" bei *Medicus*, Quod interest (1962) 39.

[484] Nach *Babusiaux*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 722 f., spielt *utilitas* im Zusammenhang mit der Interessebestimmung auf einen Gebrauchswert (in Ergänzung zum Tauschwert) an.

[485] Nach *Below* fand Paulus die Vermögensfolgen nicht ersatzfähig, weil es sich nicht um einen Verlauf gehandelt habe, der objektiv-typisch bei jedem *emptor* aufgetreten wäre; *Below*, Lucrum cessans (1964) 100.

[486] Es wäre eine Überinterpretation von Paul. 33 ed. D. 19.1.21.3, wenn man aus der Nichtberücksichtigung eines konkret angezielten Weiterverkaufsgewinns schließen wollte, es sei generell scharf zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis unterschieden worden, wobei sich die Ersatzbestimmung am Einkaufspreis orientiert hätte.

[487] *Niedermeyer*, FS Schulz I 435.

[488] Für eine starke Anlehnung von *id quod interest* an den Sachwert auch *Medicus*, Quod interest (1962) 44 und öfter; zu Unrecht hiergegen *Honsell*, Quod interest (1969) 19.

[489] *Ernst*, SZ 114 (1997) 287–292; *Harke*, Mora debitoris (2005) 37 Fn. 37; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 138–140.

Wenn der Verkäufer den *cum peculio* verkauften Sklaven freilässt (Iul. 13 dig. D. 19.1.23, → Rn. 153), hat er nach Julian Ersatz zu leisten für das *peculium* im Manumissionszeitpunkt, aber auch für den nachfolgenden Zuwachs infolge fortgesetzter Produktivität des Pekuliarvermögens bis zum Urteilszeitpunkt; für den Gewinn, den der Freilasser (= Verkäufer) dadurch erlangen wird, dass er einmal seinen *libertus* beerben wird (→ § 37 Rn. 17 ff.), soll der Verkäufer zu einer *cautio* verpflichtet werden, da dieser Vorteil jetzt noch nicht ästimiert werden kann. Man kann Julians Lösung vorab entnehmen, dass für solche Interesse-Posten, die erst in der Zukunft anfallen und/oder bestimmbar werden, dem Verkäufer eine Sicherheitsleistung abverlangt werden konnte. Eine *nota* des Marcellus korrigiert Julians Lösung. Die Stelle ist viel diskutiert worden.[490] Von zentraler Bedeutung dürfte sein, dass der Sklave hier mit dem *peculium* als gewinntragendem Kapitalstock, als „going concern", gekauft war. Die Produktivität des Kapitalstocks beruht auf der Bewirtschaftung durch den Sklaven. Der Sklavenkauf erscheint dadurch als Instrument der Vermögensanlage:[491] Solange der Sklave das *peculium* bewirtschaftet, ist es aus sich heraus rentierlich. Die Lösung Julians stellt sicher, dass dem Käufer die aus der Bewirtschaftung durch den mitverkauften „Manager" zu erzielenden Erträge vollumfänglich ersetzt werden.[492] Mit der Berücksichtigung des Sklavenerwerbs und der späteren Erbberechtigung geht es Julian nicht um „Folgeschäden", sondern darum, den konkreten Wert der ausgebliebenen Leistung richtig, d. h. unter Einbezug aller Faktoren, zu ermitteln. Eine Überkompensation ist hierin nicht zu sehen. **166**

Es ist nicht vollständig klar, welche Gesamtlösung hiergegen Marcellus in Iul. 13 dig. D. 19.1.23 vorschwebt. Soll man annehmen, dass Marcellus dem Käufer etwas abspricht, das ihm von Julian zugesprochen wird, und wenn ja: Um welche Positionen verkürzt Marcellus die Ersatzberechtigung? In der Sekundärliteratur denkt man an ganz einschneidende Beschränkungen des Ersatzumfangs, indem für den Zeitraum von *manumissio* bis zum Urteil eine andere Größe, nämlich das hypothetisch beim Verbleib im Sklavenstatus Erwirtschaftete zugrunde zu legen wäre und der Erwerb kraft Erbgangs ganz in Wegfall käme; dieses Verständnis steht im Einklang mit dem (m.E. unbegründeten) Verdacht, Julian befürworte eine Überkompensation.[493] Keinen hinreichenden Anlass und keinen Anhalt im Text gibt es für die Deutung durch J. G. Wolf, wonach die von Julian vertretene Verkäuferhaftung überhaupt aus dem Bereich des **167**

[490] *Weyand*, TR 51 (1983) 225–269; *Wolf*, TR 45 (1977) 1–25; *Medicus*, Quod interest (1962) 41 ff.; *Rastätter*, Marcelli notae (1981) 145–150; *Honsell*, Quod interest (1969) 16 ff.; *Giglio*, Restitution for Wrongs (2007) 137–139.

[491] *Kaulla*, ZgS 58 (1902) 415 mwN.

[492] Mit Recht ist vielfach bezweifelt worden, dass der Käufer auch Ersatz für den Sklaven selbst beanspruchen konnte; so von *Rastätter*, Marcelli notae (1981) 145–150; *Liebs*, Iura 35 (1984) 280–290; *Wolf*, TR 45 (1977) 1–25; *Honsell*, Quod interest (1969) 18; anders *Medicus*, Quod interest (1962) 42.

[493] *Liebs*, Iura 35 (1984) 280–290.

Ersatzdenkens herausfallen und als Abschöpfung eines vom Verkäufer durch Vertragsbruch erzielten Gewinns zu verstehen sein soll.[494] Wenig überzeugend ist schließlich die Annahme, dass Julian die reale Entwicklung, Marcellus dagegen eine hypothetische zur Grundlage genommen hätte.[495]

168 Kaum Sicheres ist Ner. 3 membr. D. 19.1.31.1 zu entnehmen. Hier ist schon fraglich, ob die Sachaussage zur Herausgabepflicht hinsichtlich dessen, was der Kaufsklave erwerben mag, sich noch als Erläuterung auf den vorangegangenen Fall bezieht, wo die Verkäuferpflicht zur Abtretung der sachverfolgenden Klagen angeordnet ist, wenn der Kaufsklave dem Verkäufer gewaltsam weggenommen wurde (Ner. 3 membr. D. 19.1.31 pr.: kein Fall nicht-prästierter *custodia*, → Rn. 151), oder ob zum ganz anderen Thema des einfachen Lieferverzugs übergegangen wird. Die Verkäuferhaftung soll sich auf das vom Sklaven noch für den Verkäufer Erworbene erstrecken; zu ersetzen sei aber auch, *quod emptor iam tunc sibi tradito servo adquisiturus fuisset*. Bezogen auf den Fall des *pr.*, ist die Herausgabepflicht dessen, was als Erwerb noch dem Verkäufer angefallen ist, einsichtig; der nachfolgende Satz passt schlecht dazu, dass die Verkäuferhaftung nicht auf das ganze Interesse gerichtet ist und einen Anklang an Verzug zu haben scheint; er ist daher in seiner Echtheit angezweifelt worden.[496] Nimmt man dagegen an, der Text habe nicht mehr den Fall der gewaltsamen Wegnahme zum Gegenstand, geht es um eine Aussage zur Haftung wegen verzögerter Übergabe.[497] Der Text spezifiziert nicht, worin der Erwerb bestanden haben soll: Vermutet wurden schon eine entgangene Erbschaft,[498] ein entgangenes Legat[499] und der Wert verlorenen Arbeitserwerbs.[500]

bb. Zeit- und Ortsmoment der Interessebestimmung

169 Zeitmoment und Ortsmoment der Interessebestimmung werden in Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.3 behandelt:[501] Unterscheiden sich die Handelswerte am Verkaufsort und am Klageort, orientiert sich der Richter am höheren der beiden Werte. Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.4 verfeinert dies dahingehend, dass anstelle des Klageorts der Lieferungsort massgeblich sein soll. Hat sich der Handelswert zwischen Vertragsschluss und Verurteilung verändert, so orientiert sich der Richter ebenfalls an dem höheren der beiden Werte:[502] „Die Verpflichtung des säumigen Schuldners zeitigte keine Haftung für

---

[494] *Wolf*, TR 45 (1977) 1–25; *Wolf* folgend *Liebs*, Iura 35 (1984) 280–290 und *Giglio*, Restitution for Wrongs (2007) 138 f.

[495] So *Honsell*, Quod interest (1969) 17 f.

[496] *Haymann*, SZ 40 (1919) 330.

[497] So *Krüger*, Dig. editio stereotypa: ⟨*Mora in tradendo servo vendita facta*⟩.

[498] *Pringsheim*, Ges. Abh. II 132 Fn. 59.

[499] *Niedermeyer*, FS Schulz I 436.

[500] *Rabel*, Warenkauf I (1936) 476.

[501] Dazu *Harke*, Mora debitoris (2005) 34.

[502] Hiermit stimmt der Schlusssatz von Paul. 33 ed. D. 19.1.21.3 überein. Es führt nicht weiter, wenn man das Wahlrecht des Käufers als Ausfluss der *perpetuatio obligationis* „erklärt"; so *Harke*,

Nichterfüllung in Ansehung der Zeit, sondern eine zeitlich versetzte Haftung für einfache Nichterfüllung."[503] In der Literatur werden verschiedene Verfeinerungen als Ansicht des Pomponius ausgegeben oder vermutet; diese sind jedoch ohne Anhalt im Text: So wurde gemutmasst, der Käufer könne möglicherweise den höchsten Preis zwischen den beiden Zeitpunkten verlangen.[504] Eine andere Spekulation geht dahin, mit dem *venire* sei nicht das Verkaufen, sondern das Liefern gemeint.[505] Schliesslich meinen manche, der spätere Zeitpunkt sei nicht derjenige der *condemnatio*, sondern – wie bei strengrechtlichen Klagen – derjenige der *litis contestatio* gewesen; auch für diese Ansicht fehlt ein hinreichender Anhalt im Text.[506] Pomponius stellt noch klar, dass die Regeln nicht gelten, wenn die Verzögerung am Käufer gelegen hat: dann gelte der niedrigere der beiden Preise in der Zeit, massgeblich sei der niedrigere Ortswert (Pomp. 9 Sab. D. 19.1.3.4); diese Passage ist in der Sache insofern schwer verständlich, als es um eine Klage gegen den nichtliefernden Verkäufer geht, der aber vorher einmal leistungsbereit gewesen sein muss.[507] – Zu dem Fall, dass der Käufer die ihm geschuldete Leistung zwar erhalten hat, dies aber mit Verspätung, fehlt es an einem sicheren Beleg dafür, dass er dann noch die *actio empti* allein für einen zurückgebliebenen Verspätungsschaden anstellen konnte. Auf Ner. 3 membr. D. 19.1.31.1 wird man sich kaum stützen wollen.[508] Insofern blieb das isolierte Zeitinteresse vermutlich ohne selbständigen Rechtsschutz.

cc. *Id quod interest* ≠ Nichterfüllungsschaden

Gemäß dem Grundsatz der *condemnatio pecuniaria* wird die geschuldete, aber nicht **170**
erbrachte Leistung in Geld bewertet. Dies darf nicht so gedeutet werden, als wäre an die Stelle eines „Primäranspruchs" auf naturale Erfüllung ein „Sekundäranspruch" getreten, dessen – neues – Ziel der Ausgleich all derjenigen Schäden gewesen wäre, die aus dem Vertragsbruch entstanden sind: Die Bestimmung des *quod interest* kann mit dem modernen „Nichterfüllungsschaden" nicht einmal im Ansatz gleichgesetzt werden. Moderne Schadensdogmatik identifiziert den Schaden mit einer Rechengröße, die durch Untersuchung des Vermögens des Gläubigers als des durch die Nichterfüllung „Geschädigten" zu ermitteln ist. Für die römischen Juristen ging es um die Bewertung der konkret ausgebliebenen Leistung, nicht um die Abschätzung eines dem Käufervermögen durch die Nichterfüllung zugefügten Schadens. Insofern handelt es sich nicht

---

Mora debitoris (2005) 34 ff., 110. Zur Nichtgeltung des Grundsatzes der *perpetuatio obligationis* bei der Verkäuferverpflichtung → Rn. 145.

[503] *Harke*, Schuldnerverzug (2006) 11.

[504] Dazu *Medicus*, Quod interest (1962) 32.

[505] *Betti*, Litis aestimatio (1919) 11.

[506] *Betti*, Litis aestimatio (1919) 11; hiergegen *Medicus*, Quod interest (1962) 33 f.

[507] Soll man annehmen, der Käufer habe sich trotz Lieferbereitschaft gegen die Abnahme *in natura* und für eine auf das Geldinteresse gerichtete Klage entschieden?

[508] Diocl./Max. C. 4.49.15 (a.294) könnte vielleicht noch als Diskussion von Verzögerungsschaden gedeutet werden.

um Schadensrecht im heutigen Sinne. Damit fehlen auch Überlegungen, die man im modernen Schadensdenken als solche zu einer „schadensausfüllenden Kausalität" einordnen würde, wobei man Kausalitätsketten betrachtet, die im Käufervermögen von der Nichterfüllung angestossen werden. Der Ansatz der römischen Juristen, wonach es um die Bewertung der ausgebliebenen Leistung gerade für den konkreten Käufer ging, dem sie geschuldet war (→ Rn. 161), führte also keineswegs dazu, dass man Folgeschäden im gesamten Käufervermögen – Weiterwirkungen der Nichtleistung in den Vermögensverhältnissen des Käufers – für die *aestimatio* in Betracht gezogen hätte. Nicht die Entwicklung des Käufervermögens wird in Geld bemessen, sondern die dem Käufer vorenhaltene Leistung. Soweit dem Käufer außer dem nicht gelieferten Kaufgegenstand die gezogenen Früchte oder anderer, mit der Kaufsache verbundener Erwerb (z. B. Erbanfall beim Kaufsklaven) vorenthalten und im Rahmen des *quod interest* mit ausgeglichen werden, geht es für die römischen Juristen nicht um entgangenen Gewinn als einen „Folgeschaden", sondern darum, den konkreten Wert der ausgebliebenen Leistung richtig, d. h. unter Einbezug aller wertbildenden Faktoren, abzuschätzen.[509] Die Erwägung, dass eine hypothetische Nutzung der Kaufsache, die dem Käufer die Erzielung eines Gewinnes erlaubt hätte, mit einem Ausgleichsbetrag im Rahmen des *quod interest* zu veranschlagen sein könnte, findet in den Texten der römischen Juristen keine Grundlage. Ganz außerhalb des römischen Ästimationsvorgangs lag auch die Vorstellung, die Ermittlung des Urteilsbetrages sei an einer durch die Nichtlieferung veranlassten Ersatzbeschaffung und deren Kosten auszurichten, worin eine indirekte, nämlich geldvermittelte Naturalentschädigung gelegen hätte.[510] Keinen Beitrag zum Verständnis des römischen Konzepts von *id quod interest* beim Kauf darf man sich schließlich von der Unterscheidung nach Spezies- und Gattungsverkäufen versprechen, die relevant gewesen sein soll, weil sich der Gattungskäufer mit Ersatzware eindecken kann.[511]

dd. *Aestimatio* und Stand der Kaufpreisschuld

171 Eine Arbiträrklausel enthielt die Formel nicht (→ Rn. 50). Wurde die Käuferklage wegen Nichtübergabe angestellt, so behielt der verurteilte Verkäufer die Kaufsache. Die vielfach gemachte Beobachtung, dass nach römischem Kaufrecht die Nichtübergabe für den Käufer kein Rücktrittsrecht begründet, trifft zwar zu; man darf aber nicht übersehen, dass mit der Erhebung der *actio empti* die Durchführung des Leistungsaustauschs endgültig abgebrochen ist. Die Klagemöglichkeit *ex empto* erfüllte damit sehr wohl die zentrale Funktion des Rücktritts, dem Vertragsgläubiger eine Ersatzbeschaf-

[509] Von *lucrum cessans* ist in den Quellen zum Kauf nicht die Rede.

[510] Ohne Belang war die heute gängige Folgefrage, ob Kosten einer Ersatzbeschaffung konkret (anhand effektiv getätigten Deckungskaufs) oder abstrakt (anhand der börsenmäßigen Preisnotierung) ermittelt werden sollten.

[511] Etwa bei *Honsell*, Quod interest (1969) 1–19. Dazu, dass die *emptio venditio* nicht als Gattungskauf vorkam, → Rn. 68.

fung zu erlauben, ohne Gefahr zu laufen, sich doppelt einzudecken.[512] – Der Verurteilung liegt allein die Abschätzung der dem Käufer zukommenden, aber nicht erbrachten Leistung zugrunde. Wie es nur konsequent ist, hat es auf diese Wertbestimmung keinen Einfluss, ob der Käufer seinerseits den Kaufpreis schon gezahlt hat oder nicht. Der „Klagenverbrauch" der *actio empti* (zur Präklusion → § 13 Rn. 90) erfasste die *actio venditi* nicht (zur "independence of actions" → Rn. 52). Bei dieser Rechtslage musste dem römischen Recht eine Figur wie das „schadensrechtliche Abrechnungsverhältnis" ganz fremd sein, bei dem für die Ermittlung des Nichterfüllungschadens die Befreiung des Käufers von seiner Kaufpreisschuld zum Abzugsposten wird, so dass die Verurteilung nur auf einen sogenannten „Differenzschaden" geht: Den römischen Juristen ging es schon gar nicht um eine am Käufervermögen orientierte Schadensbilanzierung. Im wenig wahrscheinlichen Fall, dass der Käufer eine Verurteilung des Verkäufers in das Interesse erreicht, ohne seinerseits gezahlt oder die Zahlung promittiert zu haben, wird aber eine Aufrechnung mit dem Kaufpreis möglich gewesen sein (→ § 111).

c. *Recuperatio pretii* als *id quod interest*

In gewissen Fällen wird die *recuperatio pretii* als *id quod interest* befürwortet (z. B. Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.18; Paul. sent. 2.17.18, → Rn. 156; Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5, → Rn. 397). In diesen Fällen verhält es sich so, dass der Käufer bei einem Verkäuferverhalten entsprechend der *bona fides* den Kaufpreis nicht bezahlt hätte; der entrichtete Kaufpreis bestimmt hier wirklich den Betrag, um den sich der Käufer infolge des konkreten Vertragsbruchs schlechter steht. Wo immer ein römischer Jurist zugunsten des Käufers eine *recuperatio pretii* befürwortet, kann man vermuten, dass das als treuwidrig gewertete Verkäuferverhalten darin bestand, den Käufer zu diesem konkreten, für ihn sinnlosen Kauf verleitet zu haben. Die *recuperatio pretii* sollte der *aestimatio* des *id quod interest* anhand der Nichtlieferung (→ Rn. 164) nicht so entgegengesetzt werden, als sei es um Erfüllungsinteresse einerseits, Vertrauensschaden andererseits gegangen. Mittels dieser Konzepte wird im modernen Recht der Schaden des Käufers durch Vergleich seines realen Vermögens mit zwei unterschiedlichen, beidesmal irrealen (hypothetischen) Entwicklungen ermittelt wird, die einerseits die vertragsgemäße Erfüllung, andererseits die durch Aufklärung etc. veranlasste Abstandnahme vom Vertrag zugrundelegen. Betrachtungen auf der Grundlage von derartigen „counterfactuals" sind für die römischen Juristen nicht nachweisbar. **172**

4. Vollstreckung

Endete das Verfahren mit einer verurteilenden Sentenz, lautete diese auf einen Geldbetrag. Die Vollstreckung erfolgte regulär mittels der *actio iudicati* (→ § 14 Rn. 5 ff.). **173**

[512] Bei der *actio venditi* lag es anders, hier musste zum Abbruch des Kaufs ein Rücktrittsvorbehalt vereinbart worden sein, die *lex commissoria* (→ Rn. 215–226).

Auf die Urteilsschuld fallen nach Quellen der Kaiserzeit Zinsen eigener Art und Höhe an.[513] Wiederholte Neuregelungen der Urteilszinsen in der Spätantike zeigen starke Ausschläge.[514] Eine justinianische Reformkonstitution setzt den Zinssatz auf 12 Prozent fest, das doppelte des nach justinianischem Recht vertraglich zulässigen Zinsmaximums; Iust. C. 7.54.2 (a.529).

174 Eine Möglichkeit für den Käufer, sich im Wege der Naturalvollstreckung in den Besitz der Kaufsache bringen zu lassen, bestand nach klassischem Recht nicht. In dem Fall, dass der Käufer die verkauften Früchte selbst abernten sollte, schützte Julian ihn in seiner vertraglichen Befugnis zur naturalen „Selbsterfüllung" (Iul. 54 dig. D. 19.1.25: Traubenkauf, bei dem der Verkäufer den Käufer an der Traubenlese hindert.)[515] Die kontrovers behandelte, auch in ihrer Echtheit angezweifelte Stelle gibt dem Käufer eine *actio iniuriarum* in diesem Fall, wie auch dann, wenn der Käufer später vom Verkäufer an der Traubenkelter gehindert würde oder daran, eigene Sachen (Arbeitsmittel?) wieder an sich zu nehmen. Auch gegenüber Dritten wird die dem Käufer gestattete Selbstvornahme – und damit eine Naturalerfüllung – geschützt: Der Käufer, dem die Abholzung von ihm verkauften Bäumen gestattet war, kann gegen einen Dritten, der diese Bäume schlägt, mit dem Interdikt *aut vi aut clam* vorgehen (Ulp. 71 ed. D. 43.24.13.4). – Wo vom Verkäufer eine Klagenzession geschuldet wurde (→ Rn. 146, 152), muss diese vom Richter *in forma specifica* erzwungen worden sein; vgl. Pap. 2 def. D. 41.2.49.2 (*cogitur*). Sah der Richter den Verkäufer als verpflichtet an, eine Stipulation abzugeben, ist es denkbar, dass bei Weigerung eine direkte Verurteilung in den Inhalt dessen erfolgte, was (i.d.R. bedingt) zu verprechen war.

175 Die Entwicklung der Naturalvollstreckung im Kaiserrecht nahm eine Unterscheidung der Schuldinhalte (*dare, facere, restituere*) auf. Im Ausgangspunkt ist es auch im Kaiserrecht und im Recht der justinianischen Kodifikation beim Grundsatz der Geldkondemnation geblieben.[516] Während für die *obligatio restituendi* die Möglichkeit eröffnet wurde, die Sache dem Restitutionsschuldner durch staatlichen Zwang wegnehmen zu lassen,[517] ist für die *obligatio faciendi*, um die es sich beim Verkäufer handelte, dergleichen nicht überliefert. Es mag sein, dass das Klagebegehren des Käufers auf die Herausgabe der Sache gerichtet werden durfte, doch blieb die Verurteilung eine solche auf Geldzahlung.[518] In Fällen einer vertragswidrigen Grundstücksbelastung scheint die Kaiserjustiz wiederholt Käuferbegehren auf effektive Beseitigung der Belastung zu un-

[513] *Kaser/Hackl*, RZ 496.

[514] *Kaser/Hackl*, RZ 496, 624 mit Fn. 7.

[515] Ausf. *Raber*, Injurienansprüche (1969) 163 ff.; *Spruit*, Sat. Feenstra 157–172; *Thomas*, RIDA³ 26 (1979) 423 f.; zur selben Problemlage beim Verkauf von Bäumen zur Abholzung s. Pomp. 31 Quint. Muc. D. 19.1.40; dazu Corbino, in: Scr. Marrone 57 ff.

[516] Inst. 4.6.32; zur Klarstellung bezüglich der Ausnahmslosigkeit der *condemnatio pecuniaria* s. *Blank*, SZ 99 (1982) 303–316.

[517] Ulp. 51 ed. D. 6.1.68 und dazu *Kaser/Hackl*, RZ 610 f., 629 f.

[518] Von der Möglichkeit einer Erzwingung der Herausgabe im Kognitionsverfahren geht aus *Harke*, Iuris prudentia (2019) 166.

terstützen; z. B. Ant. C. 8.44.5 (a.212);[519] dies schließt nicht aus, dass gegen den untätig bleibenden Verkäufer schlussendlich doch nur eine am Käuferinteresse bestimmte Geldverurteilung erging. Gerade das Kognitionsverfahren (→ § 15) wird dem Arrangement einer die Verurteilung abwendenden Sachleistung – während des laufenden Verfahrens – zugänglich gewesen sein. Die justinianische Kodifikation übernimmt im Bereich der Verkäuferhaftung mehrere Klassikertexte, die wenig sinnvoll wären, wenn das Prinzip der Geldkondemnation für die Verkäuferpflicht zur Sachlieferung aufgegeben oder eingeschränkt worden wäre (insb. Ulp. 28 Sab. D. 19.1.1 pr.). Am Ende von Iust. C. 4.21.17 pr. (a.528), wo es um Fragen der vereinbarten Urkundsform geht, wird bei noch fehlender Vertragsperfektion jede Verpflichtung des Verkäufers verneint, *vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere*. Ein Käuferrecht auf Sachkondemnation ist darin nicht ausgesprochen.

IV. *Actio Venditi*

1. *Demonstratio*

Hinsichtlich der *demonstratio* kann auf die *actio empti* verwiesen werden (→ Rn. 61–98). **176**

2. *Intentio* der *actio venditi*

a. Pflicht zur Münzübereignung

Die Zahlungspflicht des Käufers geht auf *dare*: der Käufer muss den Verkäufer zum Eigentümer der zwecks Zahlung übergebenen Münzen machen (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.2). Der Verkäufer erhält diese *pro soluto*. Sofern der Käufer die Kaufpreiszahlung mittels Stipulation versprochen hatte, konnte gegen ihn die *condictio* angestellt werden. Die Zahlungspflicht des Käufers konnte auch zum Gegenstand eines *constitutum debiti* (→ § 71) gemacht werden; Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.6; Iust. C. 4.18.2.1a (a.531);[520] diese Gestaltung erlaubte dem Verkäufer die Verfolgung seines Zeitinteresses, das bei der *actio venditi* nur sehr begrenzt auf den Verurteilungsumfang einzuwirken vermochte (→ Rn. 164, 171). **177**

Für den Käufer wird nirgends grundsätzlich ausgesprochen, dass ihn eine Verpflichtung zum *purgari dolo malo* treffen würde. Juristen seit der Hochklassik zögern aber nicht, den Käufer wegen dolosen Verhaltens haftbar zu machen; → Rn. 88, Rn. 94. **178**

Als einen gelegentlich zum Kaufpreis hinzutretenden Zahlungsposten anerkennen Juristen schon früh Aufwendungen, die der Verkäufer nach Vertragsschluss machen **179**

[519] Zu dieser Konstitution ausf. *Ernst*, Einrede (2000) 63–65; seither *Harke*, Iuris prudenta (2019) 185 f.; *Finkenauer*, Iura 68 (2020) 106 ff.

[520] Zu beiden Quellen (mit Zweifeln) *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 7, 126 f.

musste. Als zentraler Beleg gilt Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.22:[521] Labeo und Trebaz sollen Ersatz für Aufwendungen zum Gebäudeerhalt bejaht haben; als weitere Beispiele werden angefügt die Behandlungskosten infolge einer Erkrankung des Kaufsklaven und eine Ausbildung, die ansonsten der Käufer mit Wahrscheinlichkeit veranlasst hätte. Auf Labeo wird die Überwälzung auch der Beerdigungskosten zurückgeführt, wenn der Kaufsklave ohne Verschulden des Verkäufers bei diesem gestorben ist (→ Rn. 362). In der Forschung ist erwogen worden, dass die Einbeziehung all dieser Kosten auf einer Bestimmung des *id quod interest* bei Verurteilung nur eines säumigen Käufers beruht;[522] im Text findet diese Vermutung keine Stütze. Näher liegt die Annahme, dass es sich schon um eine Erweiterung des *ex fide bona* Geschuldeten handelt.[523] In Diocl./Maxim. C. 4.49.16 (a.294) wird die Zuweisung der Kälber des verkauften Viehs an den Käufer mit dessen Verpflichtung zur Tragung der Aufwendungen verknüpft. Dies bietet eine gewisse Grundlage dafür, den vergleichsweise weit gefassten Aufwendungsersatz mit dem anderweitig überlieferten Grundsatz zu verbinden, dass *incommoda* und *commoda* zusammen zugewiesen werden sollten, und dem Käufer ja ab Vertragsschluss auch die Nutzungen gebühren (→ Rn. 134–138).[524] Weitergehend pflegt die Sekundärliteratur noch die Gefahrtragung des Käufers (→ Rn. 182–198) und dessen Verpflichtung zum Aufwendungsersatz unter einen Oberbegriff der *incommoda* zu ziehen; diese höhere Abstraktionsebene ist indes quellenfremd. Die Gegenstände, für welche der Aufwendungsersatz bejaht wird, sind durchwegs *res mancipi*; der Übergang von einem Eigentümer zum nächsten soll sich ohne Gefährdung der Sache und ihrer Produktivität vollziehen. Der Verkäufer tut (möglicherweise überobligationsmäßig) das Richtige, wenn er sich für den Erhalt der Sache einsetzt, bis diese vom Käufer übernommen worden ist; für Auslagen gebührt ihm Ersatz. Diese Sichtweise versagt bei den Beerdigungskosten für einen Sklaven.

180 Störungen, welche die Erfüllung der Zahlungspflicht behindern, sind kaum denkbar. Zahlte der Käufer mit Münzen, die ihm nicht gehörten, wird Erfüllung mit *commixtio oder consumptio nummorum* eingetreten sein (→ § 42 Rn. 28 f.). In der Überlieferung einzigartig steht Lab. 4 post a Iav. epit. D. 19.1.50 da:[525] Der Käufer ist durch ein außerordentliches *beneficum legis* von der Verpflichtung zur Geldzahlung frei gewor-

[521] Ausf. *Pennitz*, Periculum (2000) 157 ff.; *Harke*, Mora debitoris (2005) 97.

[522] S. *Talamanca*, s. v. vendita, ED 46 (1993) 425.

[523] *Cardilli*, Praestare (1995) 327–331.

[524] Die Parömie *cuius commoda eius et incommoda* erscheint u. a. – kontextlos – in Paul. 3 Sab. D. 50.17.10 (*Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*), findet sich indes nirgends mit speziellem Bezug auf das Kaufverhältnis ausgesprochen; *Talamanca*, s. v. vendita, ED 46 (1993) 418 ff.; *Stagl*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 675–713; s. auch *van den Bergh*, FS Scheltema 25 ff.

[525] Dazu *Ernst*, Einrede (2000) 57 f.; *Talamanca*, s. v. vendita, ED 46 (1993) 376; *Sturm*, Ausgew. Schr. II 717–722; *Gallo*, Synallagma I (1992) 215; *Viaro*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 798 Fn. 27; *Viaro*, Corrispettività e adempimento (2011) 9 Fn. 19, 14 Fn. 35; *Pennitz*, Periculum (2000) 370–374; *Pugsley*, IJ 7 (1972) 381–387.

den.[526] Wenn er noch nicht beliefert worden ist, kann der Verkäufer die Übergabe verweigern; hat er aber bereits erfüllt, ist ihm nicht mehr zu helfen. Offenbar kann dem Verkäufer dann auch die allenfalls einschlägige *exceptio rei venditae et traditae* weiterhin entgegengehalten werden.

Die Zahlungspflicht des Käufers aus dem Kauf wurde einer Delegation (→ § 76) dadurch zugänglich, dass von diesem zunächst ein inhaltsgleiches oder -ähnliches Stipulationsversprechen abgegeben wurde. Pap. 3 resp. D. 46.2.27 überliefert als passende Novationsformel das *promittere ‚quidquid ex vendito dare facere oportet'*.[527] **181**

b. Pflicht zur Kaufpreiszahlung ungeachet eines Sachuntergangs

aa. *Periculum est emptoris*

Die Pflicht zur Kaufpreiszahlung wird nicht davon berührt, dass die Kaufsache nach Vertragsschluss durch Zufall untergeht: *perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet* heisst es schulmäßig (Paul. 33 ed. D. 18.6.8 pr.). Ob der Satz von der Käufergefahr wirklich eine Regel des klassischen Rechts wiedergibt, ob und warum die Regel durch Ausnahmen durchbrochen war, und woraus sich all dies für die römischen Juristen ergab, gehört zu den besonders intensiv diskutierten Fragen des römischen Kaufrechts.[528] **182**

Der Befund, dass der Käufer den Kaufpreis zahlen (bzw. einen schon entrichteten Kaufpreis dem Verkäufer belassen) muss, ist für einen überschaubaren Kreis von Ereignissen belegt: Umschlagen von Wein,[529] Untergang der Sache in einer Feuersbrunst[530] oder Tod des verkauften Sklaven.[531] Diesen Ereignissen ist gemeinsam, dass sie die Sache in (seinerzeit) unabwendbarer Weise betrafen; man könnte von der Verwirklichung des Sachschicksals sprechen. In den Quellen wird einfach vom *periculum (rei venditae)* gesprochen. Die Regel *periculum est emptoris* fand im klassischen Recht keine Anwendung auf den Diebstahl, für dessen vertragsrechtliche Bewältigung vielmehr die Figur der *custodia* die Grundlage abgab (→ Rn. 148–152).[532] Sieht man in der **183**

---

[526] Dazu, um welche gesetzliche Massnahme es sich gehandelt haben kann, s. *Benöhr*, Synallagma (1965) 82 f.

[527] S. dazu *Alonso*, Delegación I.2 (2002) 438 Fn. 4; zur Novationsproblematik bei den zu einem *bonae fidei iudicium* führenden Obligationen s. *Sturm*, Ausgew. Schr. II 771–789.

[528] *Scognamiglio*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 171–221; *Pennitz*, Periculum (2000); *Ernst*, SZ 99 (1982) 216–248; *Ernst*, SZ 121 (2004) 363–378; *Jakab*, Weinkauf (2009) 187–209; *Flume*, Rechtsakt (1990) 111–113; *Marchi*, Rev. Fac. São Paulo 93 (1998) 25–57; *Behrends*, in: Garofalo/Zhang, Diritto romano (2017) 25–42; *Talamanca*, SemCompl. 7 (1995) 230 ff.

[529] Pap. 3 resp. Frg. Vat. 16; Diocl./Max. C. 4.48.5 (a.285); dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 140 f.

[530] Pap. 3 resp. Frg. Vat. 23.

[531] Iul. 15 dig. D. 18.5.5.2; Paul. 33 ed. D. 18.1.34.6; Diocl./Max. C. 4.48.6 (a.294), mit *Harke*, Iuris prudentia (2019) 141.

[532] Für das justinianische Recht ist es richtig, den Diebstahl der Kaufsache, der einen überaus sorgsamen Verkäufer betrifft, der auch keine Bewachungsgarantie abgegeben hatte, als einen weiteren Fall des *periculum emptoris* einzureihen, → Rn. 150.

custodia-Haftung der klassischen Zeit eine strikte Haftung, welche die Erörterung eines konkreten Verschuldens weder erforderte noch zuließ, haftete der Verkäufer nach klassischer Rechtsvorstellung auch für einen Diebstahl, der sich für ihn daher als „Zufall" darstellen mochte.[533] Gewaltsame Wegnahme stellte keinen Fall verletzter *custodia* dar; der Verkäufer war nur noch zur Klagenzession verpflichtet (Ner. 3 membr. D. 19.1.31 pr.) – auch in diesem Fall blieb der Käufer zur (vollen) Kaufpreiszahlung verpflichtet; insofern erfolgte die gewaltsame Wegnahme auf sein Risiko, weshalb man auch hierin einen Fall des *periculum emptoris* sehen mag. Die romanistische Lehre hat für das klassische römische Recht höhere und niedere Zufallsgefahr, *vis maior* und *vis minor*,[534] entgegengesetzt; nur für Erstere galt der Satz *periculum est emptoris*.[535] In dieser Entgegensetzung stuft man den unverschuldeten Diebstahl als *vis minor* ein, die gewaltsame Wegnahme hingegen als *vis maior*. Es handelt sich um eine im Quellenmaterial so nicht direkt abgreifbare Umschreibung, die der Sache nach zutrifft.

184 Soweit die Kaufsache von einem Ereignis betroffen wird, das als *periculum emptoris* galt, spielte es grundsätzlich keine Rolle, ob die Sache untergegangen oder bloß beschädigt worden war (so ausdrücklich I. 3.23.3). Da das *periculum emptoris* zum Gegenstand hatte, dass das durch den Kaufvertrag begründete Recht des Verkäufers auf den Kaufpreis vom Sachschicksal unberührt blieb, war eine Differenzierung zwischen Beschädigung (mit der hypothetischen Folge einer Preisreduktion?) und vollständigem Untergang der Sache nicht geboten. Beim bedingten Kauf freilich unterschieden römische Juristen zwischen dem Totalverlust der Sache und deren bloßer Verschlechterung (→ Rn. 186).

bb. Gefahrtragung bei besonderen Vertragsgestaltungen

185 Das Kaufverhältnis konnte von den Parteien in zahlreichen Hinsichten ausgestaltet werden. Solche Vertragsgestaltungen beeinflussen unter Umständen die Gefahrtragung für die Sache. Die Vielfalt von Entscheidungen dieser Art ist kein Anlass, an der Grundregel des *periculum emptoris* zu zweifeln;[536] es handelt sich einfach darum, dass spezielle Vertragsklauseln auch eine besondere Regelung von Gefahrzuweisung enthalten oder verlangen.[537]

186 (1) Bedingter Kauf. Auffällig ist die Überlieferung zur Gefahrtragung beim bedingten Kauf, wobei die Bedingung hier nur als Suspensivbedingung in Betracht gekommen ist. Wie sich aus Diocl./Maxim. C. 4.48.5 (a.285) = Frg. Vat. 23 ergibt, trug der Käufer

[533] Der Begriff *periculum custodiae* ist, wenn ich recht sehe, quellenfremd.

[534] S. auch *Gerkens*, Ess. Pool (2005) 109–120; *Ernst*, Index 22 (1994) 293–321.

[535] Kritische Einwendungen gegen dieses Verständnis von *periculum* bei *Jakab*, Weinkauf (2009) 195–199; für ein prozessrechtliches Verständnis von *periculum Pennitz*, Periculum (2000) 54 ff., 94 ff. u. öfter; dazu → Rn. 198.

[536] So sprach *Ernst Rabel* von der „Prinzipienlosigkeit" in dieser Frage; *Rabel*, SZ 42 (1921) 543–564; ähnlich *Van Oven*, Romeinsch Privaatrecht (1948) 252.

[537] Für Nachweise zu Paul. 16 quaest. D. 18.4.21 und der Gefahrtragung beim zweifachen Verkauf derselben Sache → Rn. 72 Fn. 199.

nicht die Gefahr, wenn die Kaufsache *pendente condicione* in einem Flächenbrand unterging.[538] Paul. 33 ed. D. 18.6.8 pr. behandelt die Frage schulmäßig unter dem Gesichtspunkt der Vertragsperfektion, welche die Risikozuweisung an den Käufer auslöst. Fällt die Bedingung aus, lehrt Paulus: *nulla est emptio*. Infolge Nichtzustandekommen des Vertrages kann der Verkäufer den Kaufpreis nicht beanspruchen. Ist der Kauf schon teilweise vollzogen, könne der Käufer das, was er auf den Kaufpreis bezahlt hat, zurückfordern, wie umgekehrt der Verkäufer die vom Käufer gezogenen Früchte zurückverlangt. Geht die Kaufsache während der Schwebezeit (*pendente condicione*) unter, ergibt sich diese Rechtslage durch das Verständnis, das die römischen Juristen von der Bedingung haben:[539] Ist der Vertrag nur bedingt vereinbart, wird das Zustandekommen des Vertrags (und nicht erst die Auslösung seiner „Rechtsfolgen") aufgeschoben, bis die Bedingung eintritt (→ Rn. 46). Ist nun beim bedingten Kauf die Sache bei Bedingungseintritt nicht mehr vorhanden, kann der Kauf nicht wirksam werden: *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (Pomp. 9 Sab. D. 18.1.8 pr.). Bei Untergang *pendente condcione* kommt es nicht mehr darauf an, ob die Bedingung eintritt oder ausfällt. Wenn hingegen die Kaufsache lediglich verschlechtert fortbesteht, sei dies der Schaden des Käufers, wie Paulus und möglicherweise weitere Juristen annehmen. In diesem Fall findet der Bedingungseintritt das Vertragsojekt vor, das für die Vertragsbegründung, die nun erfolgt, unverzichtbar ist. Der Vertrag verpflichtet den Käufer zur vereinbarten Kaufpreiszahlung, ungeachtet des verschlechterten Sachzustandes; mit der Vertragsgültigkeit kommt das reguläre *periculum emptoris* zur Anwendung. Die unterschiedliche Behandlung von Sachuntergang und -verschlechterung ist also nicht das Ergebnis einer ausgleichenden Verteilung von Risiken und sie spiegelt auch nicht den Gesichtspunkt der „Brauchbarkeit" der Kaufsache.[540] Für die Lösung im Fall des Bedingungseintritts werden von Paulus Proculus, Octavenus und Pomponius als Gewährsleute genannt (Paul. 33 ed. D. 18.6.8 pr. *quod si – probat*). Ob sich hierin eine Kontroverse andeutet und worin diese bestanden haben kann, ist ohne Spekulation nicht zu beantworten.[541] Das Umschlagen von Wein in Essig wird man eher als Verschlechterung denn als vollständigen Sachfortfall einordnen.[542]

(2) Kauf mit *lex commissoria*. Nachdem die meisten Juristen seit Pomponius den **187**
Kauf mit *lex commissoria* als Kauf mit einer durch Zahlungsverzug bedingten Aufhe-

[538] Dazu *Ernst*, SZ 99 (1982) 220 f.; *Pennitz*, Periculum (2000) 185–245 mit umfassenden Nachw.

[539] Zuerst *Ernst*, SZ 99 (1982) 218–225; dem zustimmend: *Jakab*, Weinkauf (2009) 190 f.; *Flume*, Rechtsakt (1990) 120 ff.; *Bauer*, Periculum (1998) 31–37; leicht anders *Pennitz*, Periculum (2000) 185–245.

[540] So aber *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 147.

[541] Für Proculus und Octavenus könnte es sich darum gehandelt haben, dass sie einem Verständnis der Bedingung folgten, das von der „herrschenden Meinung" der römischen Juristen abwich und in Gai. 3.179 mit Servius Sulpicius in Verbindung gebracht ist; s. dazu *Mitteis*, RP 249 Fn. 57; *Flume*, Rechtsakt (1990) 124–131.

[542] A. A. *Pennitz*, Periculum (2000) 304: Umschlagen in *acor* als Untergang des Weines; dagegen m. E. zutr. *Jakab*, Weinkauf (2009) 223 Fn. 47.

bungsmöglichkeit ansahen (→ Rn. 216), war es folgerichtig, dass mit dem Vertragsschluss die Gefahr von Sachverschlechterung wie -untergang dem Käufer zugewiesen war; dieser trug also nicht nur – wie beim bedingten Kauf (→ Rn. 186) – die Gefahr der Sachverschlechterung.[543] Bezieht man Pap. 3 resp. Frg. Vat. 16[544] auf den Verkauf *lege commissoria*, so besagt die Stelle, dass der Käufer die Gefahr des Weinumschlags schon vor dem *dies pretii solvendi* trägt, ebenso wie beim bedingten Kauf *pendente condicione*. Pomponius setzte sich mit der Frage auseinander, ob der Käufer der Aufhebung des Vertrages Vorschub leisten kann, indem er nicht zahlt, nachdem ihm die Betroffenheit der Sache von einem Schadensereignis bekannt geworden ist, um so die Tragung der Sachgefahr abzuwenden (Pomp. 35 Sab. D. 18.3.2): Es steht jedoch im Belieben nur des durch die Klausel begünstigten Verkäufers, den Vertrag aufzuheben.

188 (3) Kauf mit *mensura*. Schwierigkeiten bereiteten Käufe, bei welchen ein Messvorgang, möglicherweise verbunden mit einer Aussonderung aus einem Warenvorrat, vereinbart ist (*mensura*). Hiervon handelt Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.5–7.[545] Gaius' schulmäßige Erörterung spielt den Verkauf vertretbarer Sachen (Wein, Öl, Getreide) in verschiedenen Varianten durch, wobei sowohl die Bestimmtheit des Preises als auch diejenige des Kaufobjekts zum Problem werden. Am wenigsten Schwierigkeiten macht der Letzte seiner Fälle (Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.7): Aus einem größeren Weinvorrat ist eine bereits vereinbarte Menge verkauft: Vor der Abmessung, hier also der Konkretisierung des Kaufgegenstandes,[546] trägt der Verkäufer nach Gaius alle Gefahr (d. h. die Gefahr sowohl des Untergangs als auch der Verschlechterung); es komme nicht darauf an, ob der Preis pauschal oder pro Mengeneinheit vereinbart worden war. Dieses Ergebnis kann man einfach auf den Umstand zurückführen, dass es die gekaufte Sache, für die man dem Käufer die Gefahr zuweisen könnte, vor der Abmessung nicht gibt. Aus der Zuweisung von *omne periculum* an den Verkäufer ergibt sich ferner, dass Gaius diesen Vertrag nicht als durch die *mensura* bedingt angesehen hat. Dieselbe Fallgestaltung eines Verkaufs aus verkäufereigenem Vorrat wird überwiegend auch in Pap. 3 resp. Frg. Vat. 16 wiedererkannt, wo sich eine übereinstimmende Argumentation findet.[547] Wenig später setzt die Konstitution Alex. C. 4.48.2 (a.223) die Rechtslage auf dieselbe Weise auseinander.[548] Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1.1 zeigt, dass der Verkäufer vor der

[543] Die Lösungen für den bedingten Kauf dürften für den Kauf mit *lex commissoria* allerdings Geltung gehabt haben, sofern man mit Sabinus hierin einen durch Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingten Kauf sah (→ Rn. 216). Es ist also mit einer Kontroverse auch hinsichtlich der Gefahrtragung zu rechnen; s. auch *Pennitz*, Periculum (2000), 254–259.

[544] *Ernst*, SZ 114 (1997) 320 ff.

[545] Ausführlich *Pennitz*, Periculum (2000) 279–302; *Ernst*, SZ 99 (1982) 234–236; *Jakab*, Weinkauf (2009) 235–242; *Rüfner*, Vertretbare Sachen (2000) 49–55; umfassend *Ernst*, SZ 114 (1997) 305–319.

[546] Sie erfolgte beim Weinkauf durch Abfüllung in *dolia*, die für den Käufer versiegelt wurden; die Rechtswirkung dieser Siegelung wird von Ulpian behandelt Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1 pr., und dazu z. B. *Jakab*, Weinkauf (2009) 227–242; *Pennitz*, Periculum (2000) 304 ff. und öfters.

[547] *Alonso Pérez*, AHDE 31 (1961) 363–388; *Ernst*, SZ 99 (1982) 231 ff.; *Ernst*, SZ 114 (1997) 320–326; *Pennitz*, Periculum (2000) 328 ff.

[548] Die Verzögerung einer *mensura* durch den Käufer ist nach Alex. C. 4.48.2 pr. (a.223) ein

mensura hinsichtlich des gesamten Weinvorrats für *custodia* (→ Rn. 148–152) einzustehen hatte.[549] Es liegt also eine Kaufvereinbarung vor, zu einem bestimmten Preis eine bestimmte Menge vom Verkäufer zu erhalten, nur mangelt zu dieser Kaufvereinbarung bis zur *mensura* noch das konkrete Kaufobjekt. Die vorstehenden Texte, in denen sich die gekaufte Sache erst im Akt der *mensura* entsteht, erlauben m. E. nicht, sich die Fälle ganz unabhängig von einem Verkäufervorrat zu denken, so dass sie von einem sogenannten reinen Gattungskauf handeln würden, bei dem der Verkäufer sich mit vertragsgemäßer Ware erst noch eindecken muss (→ Rn. 68).

In Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.5 behandelt Gaius zwei Vertragsvarianten, zum einen **189**
den durch Vereinbarung eines Gesamtpreises sogleich perfekten Verkauf eines ganzen Vorrats, zum anderen den Verkauf, der erst durch Zumessung, Zuwägung oder Zuzählung perfekt wird, obschon man sich über den Preis pro Mengeneinheit bereits geeinigt hat. Im ersten Fall kommt ein bestimmter Vorrat als einheitlicher Gegenstand zum Verkauf, nicht anders als eine Einzelsache.[550] Der zweite Fall einer Preisbestimmung pro Mengeneinheit wird von der Forschung unterschiedlich gedeutet: Ist hier ebenfalls ein Vorrat als Ganzes verkauft, dessen Gesamtpreis aber noch bestimmt werden muss, indem die Anzahl der enthaltenen Mengeneinheiten durch *mensura* ermittelt werden (dann geht es also nur noch um die Gesamtpreisermittlung), oder ist außer dem Einheitspreis die Anzahl gekaufter Mengeneinheiten fest bestimmt, so dass der konkrete Kaufgegenstand erst noch durch Ausscheidung („Konkretisierung") der richtigen Menge aus dem größeren Vorrat bestimmt werden muss?[551] Diese letzte Erwägung liegt indes fern, da derselbe Fall noch in Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.7 behandelt wird und sich sonst auch nicht derselbe elegante Anschluss an den unmittelbar folgenden Fall des Herdenverkaufs (Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.6) ergibt, der – in schöner Parallele zum Vorhergehenden – entweder *uno pretio* erfolgen kann oder so, dass der Preis pro Tier vereinbart wird; in diesem Fall müssen die Tiere noch gezählt werden, um den Herdenpreis zu ermitteln. Da Gaius zufolge diese Fälle ebenso zu behandeln sein sollen wie die zuvor angesprochenen, dürfte es in Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.5 doch darum gehen, dass ein vertraglich bestimmter Warenvorrat des Verkäufers in seiner Gänze zu einem Preis pro Mengeneinheit verkauft ist; deshalb ist der Vorrat noch auszumessen. Gaius lässt erkennen, dass die Perfektionsfrage unter den Juristen umstritten war: Sabinus und Cassius – und damit wohl auch Gaius selbst – sahen den Kauf als durch die *mensura* quasi-bedingt an. Die ausstehende *mensura* soll nicht glatt mit einer Bedin-

Grund, diesem die Gefahr zuzuweisen; s. auch *Jakab*, Weinkauf (2009) 198; *Ernst*, SZ 114 (1997) 320 ff.; *Ernst*, SZ 99 (1982) 232 f.; *Fercia*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 1701 ff.; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 138.

[549] Hierzu *Ernst*, SZ 114 (1997) 305 ff.; *Jakab*, Weinkauf (2009) 227, 240, 246.

[550] Dies bestätigt Alex. C. 4.48.2.1 (a.223).

[551] Es ist nicht anzunehmen, dass sich die Parteien zunächst nur auf den Verkäufervorrat bezogen haben, aber erst beim Abmessungsvorgang konsensual festlegen wollen, wie viel Mengeneinheiten der Käufer effektiv abnehmen, der Verkäufer abgeben will.

gung für die Vertragsgeltung gleichgesetzt werden (*quasi*).[552] Der Perfektionsmangel liegt hier ja auch nicht an einer Bedingtheit durch ein äusseres Ereignis, sondern in der noch ausstehenden Preisermittlung.[553] Paulus wird dies in seine Definition der *emptio perfecta* integrieren, für die er u. a. verlangt *sit et pretium* (Paul. 33 ed. D. 18.6.8 pr.). Für die Gefahrtragung ergab sich aus der Rechtsanschauung von Sabinus, Gaius und Paulus jedenfalls, dass bei Gesamtuntergang des Verkäufervorrats der Käufer von jeder Zahlungspflicht frei wird. Nur Vermutungen sind möglich, wie entschieden worden wäre, wenn der Vorrat eine Verschlechterung erlitten hat, was Zumessung bzw. Zuzählung ja nicht ausschliesst. Zieht man eine Parallele zum bedingten Kauf her (→ Rn. 186), könnte dem Käufer die Verschlechterungsgefahr des Vorrats zugewiesen worden sein. Ein Beleg in den Quellen fehlt. Ob eine Gegenposition vertreten wurde und worin diese bestanden haben könnte, lässt sich ebenfalls nicht ohne Spekulation sagen. Im Bereich der vertretbaren Sachen, um die es nur geht, dürfte für die Verschlechterungsgefahr vor allem Wein in Betracht gekommen sein (*periculum acoris et mucoris*); hier mag die verkehrsübliche Degustationsklausel dafür gesorgt haben, dass der Käufer die Verschlechterungsgefahr in einer Zwischenzeit bis zur Abholung nicht tragen musste.

190 (4) Vom Weinkauf mit Degustationsabrede handeln u. a. Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1 pr.[554] und Ulp. 28 Sab. D. 18.6.4 pr.–1 (zu dieser sog. *emptio ad gustum* → Rn. 310–313).[555] Für die Frage der Gefahrtragung ergibt sich aus dieser Klausel ohne weiteres, dass alle Gefahren der Weinverschlechterung (*acor et mucor*) bis zur *degustatio* vom Verkäufer getragen werden, da dem Käufer die Zurückweisung möglich ist; dies vermutlich aber nur auf der Grundlage eines tatsächlichen Befundes von *acor* oder *mucor*.[556] Jakab sieht die so verabredete *degustatio* als den abschließenden Akt des hinausgeschobenen Vertragsschlusses; erst mit der Billigung durch den Käufer sei der Wein endgültig gekauft (fraglich).[557] Jedenfalls sollte man den Kauf mit Degustationsabrede nicht einfach als bedingten Kauf einordnen.[558] Was gilt, wenn es am Verkäufer liegt, dass die Probe nicht zur vereinbarten Zeit stattfinden konnte? Catos Formulare raten dazu, dass man vorsorglich schon eine tageweise Verlängerung der Probefrist vereinbart.[559] Die Rechtslage, wie sie sich ohne eine solche Verlängerungsklausel dar-

[552] Zutr. *Pennitz*, Periculum (2000) 314 f.; unklar noch *Ernst*, SZ 99 (1982) 235 f.

[553] Treffend hat *J.A.C. Thomas* die Bedeutung mangelnder Perfektion in diesem Passus zusammengefasst: „In D 18, 1, 35, 5–7, in sale at so much per unit, lack of an immediately ascertainable price makes the sale of a given bulk [!] imperfect in the sense of non-existent: it is ‚Abschluss', not ‚Vollziehbarkeit' of the contract which is in issue", *Thomas*, TR 35 (1967) 88 f.; ebenso schon *Casavola*, Scr. Jovene 551–580.

[554] *Pennitz*, Periculum (2000) 303–311.

[555] *Pennitz*, Periculum (2000) 316–327; *Ernst*, SZ 99 (1982) 237; ausführlich *Jakab*, Weinkauf (2009) 210–226; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 191 f.

[556] *Pennitz*, Periculum (2000) 317 f.; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 191 bei und mit Fn. 906.

[557] *Jakab*, Weinkauf (2009) 221, unter Bezugnahme auf Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1 pr.: *quasi tunc plenissime veneat.*

[558] So aber noch *Ernst*, SZ 99 (1982) 237.

[559] Cato, agr. 148.

stellt, wird von Ulpian diskutiert (Ulp. 28 Sab. D. 18.6.4 pr.): Entweder soll der Verkäufer die Gefahr der Verschlechterung des Weins lediglich bis zum Ablauf der Verkostungsfrist tragen, oder aber die Schwebezeit dauert an, so dass der Käufer noch verkosten darf und der Verkäufer weiterhin die Verschlechterungsgefahr trägt; schließlich zieht er eine Analogie zu einem bedingten Vertragsschluss in Betracht, so dass mit der Nichtverkostung die Bedingung ausgefallen ist. Nach Ulpian entscheidet die Vertragsauslegung, wobei ohne klares Auslegungsergebnis der Schwebezustand als andauernd anzunehmen sei.[560]

Beim Verkauf *aversione*, in Bausch und Bogen,[561] ging die Gefahr sogleich wie in jedem Fall einer verkauften Spezies auf den Käufer über (Mod. 15 reg. D. 18.1.62.2).[562] Die Besonderheiten des Verkaufs *aversione* bringt es mit sich, dass einer Degustation regelmäßig unterbleibt, womit der Käufer auf die Kontrolle des Qualitätsrisikos verzichtet. Diesbezügliche Probleme erörtert Ulpian Ulp. 28 Sab. D. 18.6.4.1–2.[563] **191**

(5) Die Gefahrtragung beim Alternativkauf behandelt Paul. 33 ed. D. 18.1.34.6:[564] Versterben die zwei alternativ verkauften Sklaven sukzessive, trägt der Verkäufer die Gefahr des Erstversterbenden, indem er den Überlebenden leisten muss; stirbt auch dieser, muss der Käufer im Sinne des *periculum emptoris* zahlen. Elegant wird für den Fall des gleichzeitigen Versterbens gefolgert, dass der Käufer zahlen muss, *unus enim utique periculo emptoris vixit.* **192**

(6) *Emptio perfecta.* Paulus hat die verschiedenen Gesichtspunkte in einer Definition gebündelt, indem er als Voraussetzungen für die Zuweisung der Sachgefahr an den Käufer verlangt, dass die Kaufsache nach Identität, Qualität und Quantität bestimmt, ein Preis festgesetzt und die Einigung eine unbedingte ist; beim Gegebensein dieser Voraussetzungen spricht er von einer *emptio perfecta*; Paul. 33 ed. D. 18.6.8 pr. Es handelt sich damit um einen Begriff der spätklassischen Schuljurisprudenz. Er geht auch in das Kaiserrecht ein.[565] **193**

cc. Zur Ratio des *periculum emptoris*

Eine ausufernde Diskussion gilt der Frage nach einer „Erklärung" des *periculum emptoris.* Ein Grund hierfür dürfte darin liegen, dass die Regel von vielen als wenig sachgerecht empfunden wird, insbesondere, weil sie nicht zur modernen Vorstellung des sogenannten funktionellen Synallagma passt. Ein anderer Zweifel an der Überzeu- **194**

[560] Nach *Babusiaux* erwägt Ulpian ein *pactum displicentiae*; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 191 f.

[561] Ausführlich *Jakab*, Weinkauf (2009) 243–258; *Ernst*, SZ 114 (1997) 304 ff.

[562] Es mag dahinstehen, ob dieser Text auf den Weinkauf oder auf einen Grundstückskauf zu beziehen ist, wie *Jakab*, Weinkauf (2009) 249, annimmt.

[563] Ausf. *Jakab*, Weinkauf (2009) 243 ff.

[564] *Pennitz*, Periculum (2000) 268–275; *Schulz*, Einf. 100; *Flume*, Rechtsakt (1990) 110; *Peters*, FG Kaser 229, erklärt die Stelle unnötigerweise so, dass die Gleichzeitigkeit in Wirklichkeit eine Nachzeitigkeit mit kleinem Zeitabstand sei, sozusagen ein Fall einer „juristischen Sekunde".

[565] *Harke*, Iuris prudential (2019) 138–140.

gungskraft des *periculum emptoris* speist sich aus dem Grundsatz *res perit domino*: Da der Verkäufer bis zur *traditio* Eigentümer bleibe, müsse der Sachverlust eigentlich ihn treffen.[566] Aufgrund solcher Beunruhigung hat man in der Zeit exzessiver Interpolationenkritik versucht, den Satz *periculum est emptoris* überhaupt aus dem Bestand klassischer Rechtsansichten auszuscheiden.[567] Die Summe der weitreichenden Textkorrekturen, die man zu diesem Zweck vorgeschlagen hat, war aber in ihrer Gesamtheit unannehmbar, wie zuerst Hoetink gezeigt hat.[568]

195 Ernst Levy vertrat die Ansicht, die er Emil Seckel zugeschrieben hat, dass die Gefahr auf den Käufer mit und aufgrund der „Abholungsreife" der Kaufsache übergehe; diese Abholungsreife sei mit dem Begriff *emptio perfecta* bezeichnet worden. Das *periculum emptoris* erscheint damit als eine Folge des Gläubigerverzugs: Da der Käufer die Sache abholen kann, trage er auch schon die Gefahr, solange er sie noch nicht abgeholt habe.[569] Es handelt sich um eine den Quellen nicht zu entnehmende Rationalisierung.[570] Die Perfektion bezieht sich nach Paulus auf die *emptio*, also auf den Geschäftsabschluss, nicht auf eine Situation erst der Vertragsabwicklung.[571]

196 Verbreitet ist die Argumentation mit dem Entäußerungscharakter der *emptio venditio*.[572] Nach dieser Vorstellung hat der Käufer mit dem Abschluss des Vertrages die Sache *inter partes* bereits erworben; obschon er sich gegenüber Dritten erst nach erfolgter *traditio* auf erworbenes Eigentum oder zivile *possessio ex causa emptionis* stützen konnte, war im Verhältnis zum Verkäufer die Sache schon ihm zugeordnet: Dem Käufer gebührten ab Vertragsschluss die Früchte und Nutzungen der Sache (→ Rn. 135–138), wie er umgekehrt auch für deren Erhaltungskosten aufkommen musste (→ Rn. 179). Diese Überlegung trifft auch nach der Überzeugung des Verfassers etwas Richtiges:[573] Mit dem Abschluss der *emptio venditio* ist die Sache gekauft; der Käufer ist für seinen Erwerb auch bereits aufgekommen, indem er den Kaufpreis bar entrichtet oder durch Stipulation sichergestellt hat oder allenfalls *ex vendito* noch zur Zahlung verurteilt werden kann. Wenn der Kaufsache nun etwas zustößt, kann er aus diesem Grunde nicht den Kaufpreis, soweit gezahlt, zurückfordern bzw. eine in Höhe des Preises ge-

---

[566] *De Zulueta*, Law of Sale (1945) 34.

[567] Namentlich zu nennen sind *Haymann*, SZ 41 (1920) 44–185; *Haymann*, SZ 48 (1928) 314–418; und *Beseler*, TR 8 (1928) 279–313.

[568] *Hoetink*, Periculum (1928).

[569] *Seckel/Levy*, SZ 47 (1927) 152 und öfter; die Theorie Levys wurde in ähnlicher Weise schon vertreten von *Bechmann*, Kauf I (1876) 593, III/1 (1905) 173; in dieselbe Richtung ging *Jhering*, JhJb 3 (1859) 465: Käufer „in der Mehrzahl der Fälle" am Aufschub sofortiger beiderseitiger Erfüllung „schuld".

[570] Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit Levy s. *Ernst*, SZ 99 (1982) 238 f.

[571] „Emptio perfecta cannot possibly mean anything else but the conclusion of the contract", *Schulz*, CRL 533.

[572] *Weyand*, TR 51 (1983) 225–269.; ähnl. *Wolf*, TR 45 (1977) 1–25; *Flume*, Rechtsakt (1990) 112 mit Fn. 73; *Harke*, Irrtum (2005) 197; im 19. Jh. schon *Windscheid*, Windscheid/Kipp II 660.

[573] S. *Ernst*, SZ 99 (1982) 243–245, *Ernst*, Einrede (2000) 57–62.

gebene Stipulation entkräften (*exceptio doli*?); ebenso wenig kann er, wenn er erst noch mit der *actio venditi* auf Kaufpreiszahlung in Anspruch genommen werden muss, hiergegen den Untergang oder die Verschlechterung der Sache einwenden.

Es wurde schon angenommen, dass die Juristen mit dem *periculum emptoris* lediglich **197**
Vertragsklauseln (zum Weinkauf) verallgemeinerten, die dem Käufer die Gefahr konkret zugewiesen haben.[574] Angesichts des Umstandes, dass das *periculum emptoris* als Rechtsregel für eine Vielzahl von Kaufgegenständen – und eigentlich als anwendbar auf jeden Kaufgegenstand[575] – erscheint, dürfte dieser Vorschlag zu kurz greifen. Soll wirklich das von Juristen für den Tod des Sklaven ausgesprochene *periculum emptoris* seinen letzten Grund in Vertragsklauseln zum Weinkauf gehabt haben?

Martin Pennitz hat eine aktionenrechtliche Ableitung des *periculum emptoris* vorge- **198**
schlagen und diese an der ganzen Breite des Materials erprobt.[576] Beim Ausdruck *periculum* gehe es typischerweise um ein „Prozessrisiko". *Periculum emptoris* bezeichnet damit eine Situation, in der der Käufer prozessrechtlich keine Aussicht hat, den durch das negative Sachereignis eintretenden Schaden von sich abzuwenden. Diesem Ansatz ist im Grundsatz zuzustimmen.[577] Der aktionenrechtliche Grund des *periculum emptoris* liegt nach der hier vertretenen Auffassung in der „independence of actions", indem die käuferseitige Zahlungspflicht unbedingt und – von Ausnahmen abgesehen – nicht einredeweise von der Sachleistung abhängig zu stellen ist; → Rn. 52. Das *periculum emptoris* ergibt sich einfach daraus, dass aufgrund der Kaufvereinbarung die *actio venditi* zur Durchsetzung des Rechts des Verkäufers auf den Kaufpreis gegeben ist, wobei diese *actio* prozessual eben nicht an den Stand der Erfüllung des gegenläufigen Käuferanspruchs gekoppelt war. Geht man vom Quellenbestand aus, haben die römischen Juristen niemals erwogen, dass aufgrund der eingetretenen Unmöglichkeit die Rückerstattung des Kaufpreises als etwas, *quod venditor emptori ex fide bona dare oportet*, geschuldet worden wäre, oder dass die Inanspruchnahme des Käufers *ex vendito* trotz nachträglicher Unmöglichkeit der Sachleistung als mit der *bona fides* unvereinbar abzulehnen sei.

dd. Versagung der Kaufpreisforderung in Sonderfällen

Es gibt eine überschaubare Gruppe von Fällen, in welchen abweichend vom *periculum* **199**
emptoris eine Lieferungsstörung den Käufer von der Kaufpreisverpflichtung befreit, so dass eine beiderseitige Haftungsbefreiung eintritt.

Falls der Verkäufer sich mit der Übergabe der Kaufsache in Verzug befand, als die **200**
Kaufsache (durch Zufall) unterging, soll der Käufer nicht die Gefahr tragen; Paul. 16

[574] So *Jakab*, Weinkauf (2009) 187–209; hiergegen *Ernst*, SZ 128 (2011) 605–620.

[575] So besagt Alex. C. 4.48.2.1 (a.223) i. f., dass die in der Konstitution gemachten Aussagen nicht bloß für den Weinkauf, sondern auch für den Öl- und Getreidekauf und noch bei ähnlichen Geschäften gelten.

[576] *Pennitz*, Periculum (2000).

[577] S. schon *Ernst*, SZ 121 (2004) 363–378.

quaest. D. 18.4.21 (Gefahrtragung des Käufers, da der Verkäufer *mora in tradendo non fecit*); Gord. C. 4.48.4 (a.239); Diocl./Maxim. C. 4.48.6 (a.294).[578] Diese Entscheidungen sind nicht auf den Grundsatz der *perpetuatio obligationis* zurückzuführen, dessen Geltung für die Verpflichtung des Verkäufers nicht anzunehmen ist (→ Rn. 145). Ohne Grundlage in den Quellen ist die rechtliche Analyse, wonach der Verkäufer in dieser Situation infolge der *perpetuatio obligationis* auf *id quod interest* hafte, so dass sich nach Abzug des Kaufpreises (*compensatio*) unter Umständen noch ein Ausgleichsbetrag für den Käufer ergeben müsste.[579] Beim Kauf führt der Zufallsverlust im Verzug für die römischen Juristen zu einem Freiwerden sowohl des Verkäufers als auch des Käufers. Die Sachgefahr sprang sozusagen auf den Verkäufer zurück, sobald dieser in Verzug kam.[580]

201 Im Fall von Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 18.6.13 und 15 pr. verknüpfen sich wohl Annahmeverzug des Käufers und hoheitlicher Eingriff: Der Verkäufer hatte die verkauften Betten auf die öffentliche Strasse gestellt, wo der Ädil sie als verkehrsbeindernd zerschlagen ließ. Hier wird die Gefahrtragung des Käufers davon abhängig gemacht, dass die auf der Strasse befindlichen Betten dem Käufer schon übergeben waren oder die Übergabe aus Gründen, die beim Käufer liegen, unterblieben ist; ansonsten trage der Verkäufer die Gefahr. Wegen des Widerspruchs zum *periculum emptoris* versuchen vielfältige Deutungen, die Lösung mit den lebenstatsächlichen Besonderheiten des Falles in Verbindung zu bringen.[581] Zu Paul. 6 resp. D. 21.2.11 pr.[582] → Rn. 353.

202 Unter den Zugriffen der „Staatsgewalt" auf die Kaufsache sticht der Fall der Enteignung (*publicatio*) hervor, die auch unter dem Blickwinkel des römischen Verwaltungsrechts intensiv untersucht wird.[583] Unzählige exegetische Bemühungen sind für Afr. 8 quaest. D. 19.2.33 zu verzeichnen.[584] Diese Quaestio interessiert hier nur insofern, als African im Vergleich zur Enteignung eines verpachteten Grundstücks denselben Staatszugriff auf eine Kaufsache miterörtert. Die Lösung für den Kauf soll im Wesentlichen darin bestehen, dass der Verkäufer dem Käufer auf Rückzahlung des auf die Kaufpreisforderung schon Gezahlten haftet, aber nicht auf das *id quod interest*, das sich am Erhalt

---

[578] Dazu *Pennitz*, Periculum (2000) 438 f.

[579] So aber *Kaser*, RP I 553 Fn. 73.

[580] Wie hier wohl *De Zulueta*, Law of Sale (1945) 31; *Bauer*, Periculum (1998) 64.

[581] Hierzu *Krampe*, St. Labruna IV 2695–2700; *Bauer*, Periculum (1998) 64; *Ernst*, SZ 99 (1982) 238 f.; *Ernst*, SZ 114 (1997) 337 f.; *Serrano-Vicente*, Custodiam praestare (2006) 275–282.

[582] *Pennitz*, Periculum (2000) 377–379, *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 233–238; *Jakab*, Weinkauf (2009) 114 (vermutet eine *lex commissoria*).

[583] *Lozano Corbi*, La expropiación forzosa (1994); *Pennitz*, Enteignungsfall (1991), zu beiden Werken s. *Ernst*, SZ 113 (1996) 527–534; s. auch *Lozano Corbi*, Anales (2005) 195–226; *Lozano Corbi*, Anales (2006) 89–112; *Lozano Corbi*, Est. Calonge II 635–641; ältere Lit.: *De Robertis*, La espropriazione (1936).

[584] *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 219 ff.; *Ankum*, SZ 97 (1980) 157 ff.; *Ernst*, FS Lange 63; *Wacke*, ANRW II.15 (1976) 455–496; *Wieacker*, SZ 94 (1977) 349 f.; *Müller*, Gefahrtragung (2002) 59–67; *San Martín Neira*, RDP (2015) 47–77; *Vacca*, St. Talamanca V 249–280.

der *vacua possessio* bemessen würde. Einen durchgreifenden Grund, diese Lösung anzuzweifeln, gibt es m. E. nicht. Jedenfalls wurde die Enteignung nicht als ein glatter Fall für das *periculum emptoris* angesehen.

ee. Justinianisches Recht

In der justinianischen Kodifikation handelt je ein Titel *De periculo et commodo rei venditae* (D. 18.6 bzw. C. 4.48). Die Institutionen bringen eine Kernaussage in Inst. 3.23.3. **203**

3. *Condemnatio* bei der *actio venditi*

a. *Pretium*

Der Verurteilungsbetrag wird durch das *pretium*, den Kaufpreis, bestimmt (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.20). Es handelt sich um eine Verurteilung auf der Grundlage des verkäuferseitigen *quod interest*: Abgeschätzt wird hierbei der Wert der dem Käufer geschuldeten Zahlung – und dieser ist nichts anderes als der Betrag des Kaufpreises. Der Käufer wird hingegen nicht zum Geldausgleich eines Schadens verurteilt, den er dem Verkäufer durch Vorenthaltung des Kaufpreises zugefügt hat.[585] Daraus ergibt sich, dass ein etwaiger Vermögensnachteil, den der Käufer infolge des verspäteten Zahlungseingangs erleidet, nicht in die Interessebestimmung einzubeziehen war; schon für die Zusprechung von Verzugszinsen muss eine andere Grundlage gefunden werden (→ Rn. 205). – Auf die Verurteilung des säumigen Käufers in den Betrag des Kaufpreises hatte es keinen Einfluss, ob der Verkäufer seinerseits die Kaufsache schon übergeben hatte oder nicht und letzterenfalls eventuell noch verklagt werden konnte; der „Klagenverbrauch" der *actio venditi* (zur Präklusion → § 13 Rn. 90) erfasste die *actio empti* ja nicht. Es wurde mithin kein „Differenzschaden" gebildet (→ Rn. 171). Es verhielt sich auch nicht generell so, dass der Verkäufer, um mit der Kaufpreisklage durchzudringen, die Kaufsache übergeben haben müsste (zur „independence of actions" → Rn. 52). – Wie u. a. Diocl./Maxim. C. 4.49.6 (a.293) hervorhebt, stand einem Verkäufer, der die Kaufsache vorgeleistet hatte, keineswegs ein Anspruch auf deren Rückgabe (gleichsam als ein Teil des *quod interest*) zu, außer er hätte sich durch *lex commissoria* gesichert (→ Rn. 215–226). Die Durchsetzung der Kaufpreiszahlung mit der *actio venditi* führte also nicht zum Abbruch der Kauftransaktion (wie es aber die Anstellung der *actio empti* tut; → Rn. 170). Wenn man annimmt, dass die *iusta causa emptionis* nur bei erfolgter oder sichergestellter Kaufpreiszahlung gegeben war (→ Rn. 3 a. E.), muss man sich fragen, ob für dieses Erfordernis die Leistung der *litis aestimatio* der Kaufpreiszahlung gleichgestellt wurde (vermutlich ja). **204**

[585] Vergleichsweise für das Interesse des Käufers, bei dem sich die *aestimatio* nicht auf eine Schadensanalyse des Käufervermögens gründet, → Rn. 164, 170.

b. Zinsen wegen Zahlungsverzugs

205 Nach Her. 2 iur. epit. D. 18.6.20 sind dem Käufer bei Verzug mit der Kaufpreiszahlung *usurae* abzuverlangen.[586] Hermogenian stellt klar, dass die Verurteilung in die Zahlung (auch) von Verzugszinsen nicht eine eigentliche, *ex fide bona* hergeleitete Obligation des Käufers widerspiegelt: Zinsen sind nicht *in obligatione*; die Verzinsung findet ihre Grundlage vielmehr im *officium iudicis* (Her. 2 iur. epit. D. 19.1.49.1; so auch für die *locatio conductio* Paul. 5 resp. D. 19.2.54 pr.).[587] Dem entspricht es, dass es keine selbständige Klage nur auf die Zinsen gab; Ant. C. 4.32.13 (o.A.). Die Höhe der *usurae* wurde in richterlichem Ermessen bestimmt. Wie für ein anderes *bonae fidei iudicium* ausgesprochen ist, soll der Richter die Ortsgewohnheiten berücksichtigen.[588] Für einen weitergehenden Schaden aus dem verzögerten Zahlungseingang gibt es keinen Ersatz: Hermogenian verdeutlicht dies am Beispiel des Kaufmanns, der bei pünktlichem Zahlungseingang durch Neugeschäfte mehr als den Zins hätte verdienen können.[589] Die Einbeziehung von Zinsen erscheint als richterliche Ordnungsmassnahme, die mutwilligem Zahlungsverzug entgegenwirkte; es geht um eine objektive Bekämpfung von Zahlungsverschleppung. Aus einem anderen Zusammenhang ergibt sich, dass es nicht um eine Begünstigung des Klägers ging (Paul. usur. sing. D. 22.1.17.3 i.f.). Die Überlegung, man pauschaliere mit den Zinsen einen an sich bezifferbaren Verzugsschaden,[590] wird in den Quellen nicht unterstützt. Zutreffend findet Harke, „dass die bei *mora* eintretende Verzinsung nicht der Befriedigung eines Zeitinteresses des Gläubigers dient“.[591] Ein regelrechter Strafgedanke war damit m. E. nicht zwingend verbunden.[592] Zum sogenannten Nutzungszins → Rn. 212–214.

206 Der Käufer konnte den Zinslauf außer durch Zahlung auch durch Hinterlegung beenden, sofern der Zahlung Hindernisse entgegenstanden; Paul. 3 resp. D. 22.1.18.1; Sev./Ant. C. 4.32.2 (o.A.).

207 Eine Novation (→ § 76) alldessen, was der Käufer aus dem Kauf schuldet, erfasste offenbar auch aufgelaufene Zinsen; die durch Novation begründete Schuld war im Grundsatz unverzinslich; Pap. 3 resp. D. 46.2.27. Kam es dem Verkäufer darauf an, dass er für die nichtrechtzeitige Zahlung einen Ausgleich erhielt, war der Abschluß eines *constitutum debiti* (→ § 71) das Mittel der Wahl.

---

[586] Hierzu umfassend *Cervenca*, Usurae (1969) 42 ff., 295 f. und öfters; *Medicus*, Quod interest (1962) 18 ff. (dort auch zur vermutlichen Textkorruption); *Pennitz*, Periculum (2000) 440 ff.

[587] Dies lässt es denkbar erscheinen, dass Zinsen auch bei einer aus Kaufpreisstipulation gestützten *condictio* zugesprochen (oder vom Kaufpreisbürgen verlangt) werden konnten.

[588] Ulp. 32 ed. D. 22.1.37 (*usurae … quae in regione frequentantur*) und dazu *Dajczak*, RIDA[3] 46 (1999) 238–241; *Harke*, Mora debitoris (2005) 46.

[589] *Harke*, Mora debitoris (2005) 45 f.; s. bereits *Below*, Lucrum cessans (1964) 102 f.; *Honsell*, Quod interest (1969) 168 f., vermutet, dass die Verneinung des Ersatzes für entgangenen Gewinn den Zinsbeschränkungen Rechnung tragen wollte (zweifelhaft).

[590] So etwa *Kaser*, RP I 516.

[591] *Harke*, Mora debitoris (2005) 44.

[592] Dazu tendieren *Harke*, Mora debitoris (2005) 28 f., und *Lohsse*, HKK-BGB II.1 §§ 286–292, Rn. 8, 11.

Auf die Urteilsschuld fallen nach Quellen der Kaiserzeit Zinsen eigener Art und Höhe an.[593] Wiederholte Neuregelungen der Urteilszinsen in der Spätantike zeigen starke Ausschläge.[594] Eine justinianische Reformkonstitution setzt den Zinssatz auf 12 Prozent fest, das doppelte des vertraglich zu vereinbarenden Zinsmaximums; Iust. C.7.54.2 (a.529). **208**

4. Kreditkauf und *lex commissoria*

a. Zahlungstermin(e) für den Kaufpreis

Für die Kaufpreiszahlung ließ sich ein *dies pretii solvendi* vereinbaren. Auch Ratenvereinbarungen kamen vor. Man darf vermuten, dass bei Kaufvereinbarungen, bei denen die Parteien den Zahlungstermin nicht ausdrücklich aufgeschoben hatten, der Kaufpreis typischerweise schon bei Vertragsschluss gezahlt oder sichergestellt wurde; zwingend ist dies nicht. Wenn der Käufer die Kaufsache schon vor dem Zahlungstermin erhielt, wird das Geschäft zum Kreditkauf. Der Kreditkauf war vor allem bei teuren Gegenständen weit verbreitet.[595] Sehr häufig verband sich eine hinausgeschobene Zahlung mit einer *lex commissoria*, einem Rücktrittsvorbehalt wegen Zahlungsverzugs (→ Rn. 215–225). Die *lex commissoria* scheint insbesondere beim Kreditverkauf von Grundstücken beliebt gewesen zu sein; vermutlich erwirtschaftete der Käufer die Raten aus den Ernteerträgen. Der Kauf mit aufgeschobener Zahlung und Rücktrittsvorbehalt bei Nichtzahlung wird von den römischen Juristen und auch von der Kaiserjustiz in vielen Einzelheiten behandelt.[596] **209**

Der Rechtsverkehr, die römischen Juristen und die Kaiserjustiz haben sich mit der Frage beschäftigt, wie es dem Verkäufer auszugleichen ist, dass der Käufer in den Genuss der Sache kommt, ohne schon den Kaufpreis bezahlt zu haben.[597] Eine offenbar frühe Vertragsgestaltung sah vor, dass der Käufer für den Gebrauch der Kaufsache einen Mietzins entrichten soll, bis der Kaufpreis vollständig gezahlt ist („Mietkauf“);[598] s. z. B. Iav. 7 Cass. D. 18.6.17. Hier kann der Mietzins als Zins auf die Vorfinanzierung des Erwerbs durch den Verkäufer angesehen werden: Mit Kaufpreiszahlung endet die Miete (Iav. 11 epist. D. 19.2.21). Wird der Kaufvertrag aufgehoben, endet **210**

[593] *Fasolino*, Scr. Franciosi II (2007) 759–792; *Kaser/Hackl*, RZ 496.

[594] *Kaser/Hackl*, RZ 496, 624 mit Fn. 7.

[595] *Verboven*, Belgisch Tijdschrift voor Numismatiek en Zegelkunde 155 (2009) 114 f., verweist z. B. auf Ciceros Kauf eines *deversorium* von Canuleius (Cic. Att. 10,5,3; 11,5; 13,2 und 15, 4).

[596] Ein Responsum Papinians behandelte zahlreiche Einzelfragen in ihrem Zusammenhang, Pap. 3 resp. Frg. Vat. 11 ff.; dazu *De Filippi*, Fragmenta Vaticana (2012) 35 f., 112 ff.

[597] Die Vereinbarung eines *dies pretii solvendi* ändert ohne anderslautende Absprache nichts daran, dass die Früchte, die der Verkäufer ab Vertragsschluss aus der noch nicht übergebenen Sache zieht, dem Käufer gebühren, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist (Pap. 3 resp. Frg. Vat. 15).

[598] *Ziliotto*, Scr. Corbino VII 629–654; *Knütel*, FS Kaser (1973) 33–56; s. auch *Stagl*, SZ 132 (2015) 196 f.

auch das Mietverhältnis (Paul. 34 ed. D. 19.2.22 pr.).[599] Es handelt sich um „verbundene Geschäfte". Zur Wiedererlangung der Sache kann der Vermieter/Verkäufer die *actio locati* anstellen.[600]

211 Eine andere Gestaltung mag darin bestanden haben, dass gerade für den später fällig werdenden Kaufpreis eine Verzinsung für die Zeit schon ab Vertragsschluss verabredet wurde. Eine solche Vereinbarung könnte Gord. C. 4.54.5 (o.A.) zugrunde gelegen haben.[601] Hier wurde die Anfrage des Klägers dahingehend beschieden, dass er sich die bis zur aufgeschobenen Zahlung gewünschte Verzinsung beim Vertragsschluss durch ein *pactum* hätte ausbedingen müssen; ohne solche Abrede setze die Verzinsung erst mit Verzug ein. Hier geht es m. E. darum, dass sich der Verkäufer die Vorfinanzierung des Erwerbs, der durch den Zahlungsaufschub erfolgt, vergüten lässt, und zwar durch einen Zins auf den noch nicht fälligen Betrag;[602] dies im Unterschied zu der Verzinsung einer fälligen Forderung.[603] Es handelt sich gleichsam um die vertragliche Aufstockung zu einem „Ratenzahlungspreis".

212 Nach Pap. 3 resp. Frg. Vat. 2 und Paul. sent. 2.17.9. löste schon die Übergabe der Kaufsache an den Käufer eine Verzinsungspflicht aus. Papinian hält für die Zinsverpflichtung und zugleich für die Verpflichtung zur Fruchtherausgabe (→ Rn. 135–136) ausdrücklich fest: *in neutro mora considerabitur*. Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.20 begründet die Verzinsungspflicht ab dem *dies traditionis* damit, dass der Kaufpreisverzinsung die Nutzbarkeit der Sache durch den Käufer gegenübersteht (*aequissimum est*).[604] Man spricht vom Nutzungszins oder, im Hinblick darauf, dass eine Inverzugsetzung entbehrlich ist, vom Fälligkeitszins.[605] Wenn es danach auf die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit angekommen sein sollte, wird die Überlassung zu prekaristischem Besitz, wie sie bei Rücktrittsvorbehalten vorkam, ausgereicht haben. Für den Verkauf durch den Fiskus ergibt sich aus Paul. usur. sing. D. 22.1.17.5 die Sonderregel, dass die Verzinsungspflicht bereits mit dem Vertragsschluss begann (möglicherweise regelmäßig so ausbedungen?), doch korrigiert Severus dies und macht auch hier die erfolgte Übergabe zur Voraussetzung (Paul. 1 decr. D. 22.1.16.1).[606]

213 Zu den Stellungnahmen von Papinian/Ulpian (→ Rn. 212) passt das Kaiserrecht nur teilweise. Diocl./Maxim. C. 4.49.5 (a.290) spricht einem minderjährigen Verkäufer Zinsen (auf einen Restkaufpreis) zu, weil Nutzungen gezogen werden konnten; einzig wegen der Minderjährigkeit des Verkäufers werde vom Erfordernis der *mora* abgese-

[599] Vielleicht dauerte die Pflicht zur Mietzahlung bis zur Rückgabe der Sache an.
[600] *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 272 f.
[601] Zu C. 4.54.5. *Sturm*, Ausgew. Schr. II 731–740; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 169.
[602] Ähnl. *Harke* (vorige Fn.).
[603] Die Konstitution kann nicht so verstanden werden, dass die Verzinsung für den Verzugsfall vereinbart wurde; *tardius* und *mora* sind hier gerade nicht gleichgesetzt.
[604] Zur Bezugnahme auf die *aequitas* s. *Kleiter*, Entscheidungskorrekturen (2010) 34; *Rizzi*, RIDA³ 62 (2015) 352 f.; *Solidoro Maruotti*, Morale e diritto (2013) 130.
[605] Ausf. *Knütel*, SZ 105 (1988) 514–540.
[606] S. *Daalder*, Julius Paulus (2018) 283–292.

hen.[607] Auch Diocl./Maxim. C. 4.49.13 (a.294) macht für eine im *officium iudicis* gegründete Verzinsungspflicht eine *mora* des Käufers zur Voraussetzung.[608] Wie sind diese Entscheidungen (und Her. 2 iur. epit. D. 18.6.20.1) mit der für Papinian/Ulpian überlieferten Rechtsansicht zum Nutzungszins vereinbar, derzufolge *mora* entbehrlich sein müsste (→ Rn. 212)? Siber hielt den Nutzungszins für nachklassisch; ursprünglich sei die Verzinsung eine *mora*-Folge gewesen mit einem Privileg nur für den minderjährigen Käufer.[609] Harke nimmt an, dass die Nichtzahlung des Kaufpreises bei *traditio* unmittelbar *mora* bedeutet habe.[610] Meines Erachtens könnten sich unterschiedliche Beurteilungen auch daraus ergeben haben, dass das Kaufpreisversprechen teilweise in Stipulationsform erneuert worden war, wobei eine Verzinsung nur aufgrund eines ausdrücklichen *pactum* in Frage gekommen wäre; die Figur des „Nutzungszinses" hätte sich insofern auf Kaufpreisklagen *ex vendito* beschränkt. Die ursrünglich möglicherweise unterschiedlichen Ansätze für *condictio* und *actio venditi* mögen eine wechselseitige Beeinflussung ausgelöst haben. Schließlich ist noch an die (gewiss eher seltenen) Fälle zu denken, in denen der Käufer vorauszahlungspflichtig war; hier konnte bei Säumnis eine Verzinsung nicht auf die Nutzungsmöglichkeit gestützt werden. Die Frage ist nicht restlos aufgeklärt.

Pap. 3 resp. Frg. Vat. 11 sieht in der Vereinbarung, dass sich der Schuldbetrag bei **214**
nicht termingerechter Zahlung verdoppelt, eine *fraus iuris*, soweit sich daraus eine Überschreitung der *centesima usura* (→ § 84 Rn. 86) ergibt; die gesetzliche Verzinsung bleibt offenbar unberührt.[611] Bei einer *lex commissoria* liege es anders; die Deutung dieses Satzteils ist nicht ganz klar: Sollte es sich sich vielleicht um eine Vereinbarung handeln, wonach der Käufer durch die nachträglich Zahlung des Kaufpreisdoppelten dem Verkäufer das Rücktrittsrecht nehmen kann?

b. Rückforderung der Kaufsache wegen Zahlungsverzugs

aa. Zweck, Wortlaut, Konstruktion der *lex commissoria*

Beim Kreditkauf geht ein vorrangiges Interesse des Verkäufers dahin, die dem Käufer **215**
überlassene Sache bei Nichtzahlung wieder an sich zu bringen. Das Recht der *emptio venditio* eröffnete dem Verkäufer jedoch keine Rücktrittsmöglichkeit für den Fall der Nichtzahlung. Bei einer gerichtlichen Durchsetzung der Kaufpreiszahlung *ex vendito* verblieb die Sache dem Käufer; die Durchführung dieser Klage ändert an seinem Erwerb nichts.[612] Die Beifügung eines *pactum* (*lex commissoria* oder *pactum commissori-*

[607] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 50 f., 170, weist auf einen anderen Teil der Konstitution hin: Diocl./Max. C. 2.40.3 (a.290).

[608] Dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 167 f.

[609] *Siber*, SZ 46 (1925) 154.

[610] *Harke*, Mora debitoris (2005) 42; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 169.

[611] Die Ansicht Papinians ist auch überliefert in Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.26; s. *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 108 f.

[612] Demgegenüber führt die Klage *ex empto* zum Verzicht auf den kaufweisen Sachumsatz, weil der Käufer auf einen Geldbetrag klagt; → Rn. 171.

um) erlaubte es dem Verkäufer, wegen Nichtzahlung des Kaufpreises die *actio venditi* für die Rückforderung der Sache zu benutzen.[613] Die Klausel mag etwa so gelautet haben: *si ad diem pecunia soluta non sit ut fundus inemptus sit* (Pomp. 35 Sab. D. 18.3.2). Ob es bei der *mancipatio* eine entsprechende *lex dicta* gegeben hat, ist ungesichert.[614] Für das klassische Recht des Konsensualkaufs handelte es sich um ein *pactum adiectum.*[615] Die *lex commissoria* verbindet sich vorzugsweise mit der Hingabe einer *arrha,* die dem Verkäufer bei Vertragsauflösung verfiel (→ Rn. 93).[616] Angesichts des Umstandes, dass die *emptio venditio* als solche keine Rücktrittsmöglichkeit für den Fall der Nichterfüllung einschloss, kam der *lex commissoria* gesteigerte Bedeutung zu; dies spiegelt sich in einem reichen Bestand von juristischen Erörterungen und Entscheidungen der Kaiserjustiz. Zu den gleich genannten Verfallklauseln bei Pfand (→ § 87 Rn. 6, 59 ff.) und *fiducia* (→ § 46 Rn. 11) bestehen gewisse Ähnlichkeiten.

216 Die Juristen diskutierten unterschiedliche „Konstruktionen". Entweder konnte man den Kauf selbst als suspensiv bedingt abgeschlossen ansehen (vollständige Kaufpreiszahlung als aufschiebende Bedingung?) oder die *lex commissoria* stellte eine an einen Tatbestand geknüpfte, insoweit – untechnisch – „bedingte" Aufhebungsabrede dar. Paul. 54 ed. D. 41.4.2.3 deutet darauf hin, dass Sabinus (nur dieser?) den Kauf als solchen als bedingt ansah und deswegen den Ersitzungsbesitz des Käufers verneinte bzw. erst mit der Zahlung beginnen ließ.[617] Bei Pomponius findet sich das Verständnis, der Kaufvertrag sei unbedingt, jedoch mit einer durch den Zahlungsverzug bedingten Rücktrittsberechtigung (Pomp. 35 Sab. D. 18.3.2); diese Konstruktion wird in der Spätklassik bevorzugt (Ulp. 28 Sab. D. 18.3.1).

bb. Die Rechtslage während laufender Zahlungsfrist

217 Soweit es sich um *res mancipi* handelt, geht man davon aus, dass beim Verkauf *lege commissoria* die Manzipation regelmäßig (aber nicht zwangsläufig) zunächst einvernehmlich unterblieb; sie erfolgte erst und nur bei eingegangener Vollzahlung.[618] Beim Verkauf von *res nec manicpi*, musste der Käufer, sobald man von der Rechtsansicht Sabinus' abgegangen war (nach diesem war der Kauf durch vollständige Zahlung aufschiebend bedingt; → Rn. 216), an der ihm übergebenen Sache Ersitzungsbesitz erhalten.[619] Wegen der Möglichkeit der *usucapio*, für die zugunsten des Käufers die Ersit-

[613] *Nicosia*, In diem addictio e lex commissoria (2013); *Flume*, Rechtsakt (1990) 154–160; *Stagl*, SZ 132 (2015) 194 f.; *Pennitz*, Periculum (2000) 254–258; *Wieacker*, Lex commissoria (1932); *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 50–82; *Ziliotto*, Atti Burdese IV 475–516; *Deli*, Salus (2015) 57 ff.; *Nasser Olea*, Asimilaciones (2010) 129 ff.

[614] *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 70 f.

[615] Zur Bedeutung der *pacta* beim Kauf → Rn. 57–60; zu den Rücktrittsvorbehalten und ihrem Aktionenrecht → Rn. 99–100.

[616] *Jakab*, Weinkauf (2009) 109 ff.

[617] Dazu *Stagl*, SZ 132 (2015) 193 f.; *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 112 ff.; *Flume*, Rechtsakt (1990) 155 f.

[618] *Stagl*, SZ 132 (2015) 193 f.

[619] Zur Abschwächung des Zwölftafelsatzes, wonach der Eigentumserwerb von der vollständigen Zahlung oder Sicherstellung abhing (XII–Tab. 7,11), → Rn. 3.

zungszeit lief, musste auf eine maximale Länge der Zahlungsfrist von einem Jahr bzw. von zwei Jahren bei Grundstücken geachtet werden, weil der Verkäufer danach die dingliche Rückforderungsmöglichkeit verloren haben dürfte. Aus Ulp. 2 resp. D. 43.26.20 und der Konstitution Alex. C. 4.54.3 (o.A.) darf man schließen, dass diesem Problem durch bloß prekaristische Überlassung (→ § 40 Rn. 38) ausgewichen wurde.[620] *Stagl* spricht anschaulich vom „Besitzvorbehalt".[621]

Der Käufer bezieht die Früchte (Ner. 5 membr. D. 18.3.5).[622] Die Gefahrtragung während einer Zahlungsfrist wird in Pap. 3 resp. Frg. Vat. 16 behandelt, → Rn. 187. Pomp. 35 Sab. D. 18.3.2 stellt klar, dass, wenn der Käufer nach Abbrennen des Hauses den Verfall eintreten lässt, der Verkäufer gleichwohl beim Vertrag stehen bleiben kann.[623] **218**

cc. Verfall und Entscheidung über den Rücktritt

Der Verfall tritt mit Nichtzahlung zum Verfalltag ein. Der Verfall bei der *lex commissoria* ist für die römischen Juristen der Ort, an welchem die *mora debitoris* des Käufers in Einzelheiten behandelt wird: Eine *interpellatio* war nicht erforderlich, da ein Zahlungsangebot vom Käufer ausgehen musste (Ulp. 32 ed. D. 18.3.4.4).[624] Irgend ein subjektives Erfordernis (konkretes Käuferverschulden als Verzögerungsursache) ist nicht erkennbar; der Verfall trat objektiv mit dem Verstreichen des Zahlungstermins ein. Konnte der Käufer am Zahlungstermin die Zahlung an den unauffindbaren Verkäufer nicht bewirken, muss er zur Vermeidung des Verfalls bei erster Möglichkeit der Zahlung zahlen (Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.1.51.1); der Käufer musste also dauernd zahlungsbereit bleiben, wollte er den Verfall vermeiden. Javolen billigt dies, es sei denn, der Verkäufer habe arglistig gehandelt. Auch die diokletianische Kanzlei empfiehlt dem Käufer, dessen Verkäufer sich gegen die Annahme der Zahlung sperrt, die Hinterlegung; Diocl./Maxim. C. 4.54.7 (o.A.).[625] Weiterhin wurde das Problem erörtert, dass die wegen Abwesenheit des Verkäufers erfolgte Nichtzahlung durch einen Fiskaleingriff unmöglich wird (Scaev. 7 dig. D. 18.3.8).[626] Diocl./Maxim. C. 4.45.2 (a.293) behandelt die Frage, ob es noch zum Verfall kommen kann, wenn der Kauf vor Eintritt des Verfallstages durch *contrarius consensus* beseitigt wird.[627] Eine *cause célèbre* stellt Paul. 1 decr. D. 4.4.38 pr. dar: Die Tutoren der unmündigen Rutiliana, die den Käufer beerbt hat, versäumen die Restzahlung.[628] Auch die *purgatio morae*[629] wird zum Thema (Scaev. 2 resp. D. 18.3.6.2).[630] **219**

[620] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 148.
[621] *Stagl*, SZ 132 (2015) 193 f.
[622] S. *Talamanca*, in Vacca (Hrsg.), Caducazione (2006) 54–58.
[623] *Pennitz*, Periculum (2000) 254 ff.
[624] Zu dem gesamten Ulpian-Fragment s. *Toro*, RIDA[3] 61 (2014) 273 mwN.
[625] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 149 f.
[626] Hierzu insb. *Pennacchio*, TSDP 10 (2017) 1–44.
[627] S. *Harke*, Iuris prudentia (2019) 143 ff.
[628] Zum Rechtsstreit um den *fundus Rutilianus* s. *Liebs*, Richter Roms (2007) 149–158; *Choe*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 23–53; *Kupisch*, SZ 94 (1977) 247–266; *Daalder*, Julius Paulus (2018)

220 Infolge des Verfalls kann der Verkäufer den Kaufvertrag als nicht geschlossen behandeln. Nach Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6.1 konnte er auch beim Vertrag stehen bleiben.[631] Dem entspricht es, dass sich die Rückforderung der Kaufsache wie die Ausübung einer Befugnis ausnimmt. Nach Papinian muss der Verkäufer sich sofort zwischen Vertragsdurchsetzung und -auflösung entscheiden; Ulp. 32 ed. D. 18.3.4.2 spricht vom *commissoriam exercere*. Modernes Rechtsdenken mag hier ein Gestaltungsrecht erkennen. Mit der Klage auf den Restkaufpreis gibt der Verkäufer, wieder nach Papinian, die schon entstandene Rücktrttisberechtigung aus der *lex commissoria* auf; umgekehrt kann deren Ausübung nicht rückgängig gemacht werden (Pap. 3 resp. Frg. Vat. 3 und 4). Es ergeben sich Folgeprobleme wie die Frage, ob Zahlung und Annahme einer Teilzahlung an oder nach dem Verfalltag einen Verzicht des Verkäufers auf die Wirkung der *lex* beinhaltete. Nach Alex. C. 4.54.4 (o.A.) führt auch eine nach dem Verfalltag auf Zinszahlung gerichtete Klage zum Verlust von Vertragsaufhebung und Sachrückforderung.[632]

dd. Rückabwicklung

221 Hat der Verkäufer – namentlich durch Rückforderung der Sache – zu erkennen gegeben, dass er den Kaufvertrag als erledigt ansieht, kommt es zu einer Rückabwicklung. Der Verkäufer ist beim Verkauf von *res mancipi* aufgrund des Manzipationsvorbehalts nach *ius civile* Eigentümer geblieben; eine bonitarische Position des Käufers wird durch die Vertragsaufhebung ohne weiteres beendet (Fortfall der *causa*).[633] Ist eine *res nec mancipi* unter Besitzvorbehalt überlassen, ist der Käufer nur Prekarist. Für die grundsätzlich bestehende Vindikationsmöglichkeit (Scaev. 7 dig. D. 18.3.8; Alex. C. 4.54.4 [a.223])[634] ist beim Käufer, der Gegenforderungen geltend macht, die Passivlegitimation fraglich; dazu Alex. C. 4.54.3 (222).[635] In der Entwicklung hat sich die Rückforderung zunehmend auf vertragliche Grundlagen verlagert. Als Regelklage erscheint die *actio venditi*, vielleicht nach Überwindung des Zweifels, dass *res inempta* ist (Ulp. 32 ed.

192–215; *Musumeci*, St. Broggini 245–261; *Musumeci*, Protezione (2013) 235–253; *Wankerl*, Appello (2009) 95–110; *Rizzi*, Imperator (2012) 363–381; *Di Mario*, TSDP 7 (2014) 1–175 (mit umfassender Bibliographie); *Choe*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 23–53; *Jakab*, Weinkauf (2009) 114.

[629] Zur *purgatio morae* s. allgemein *Magdelain*, Et. 679–684; *Harke*, Mora debitoris (2005) 74–81, 91 f.

[630] Zu dieser Stelle *Jakab*, Weinkauf (2009) 113; *Gokel*, in: Baldus et al., Dogmengeschichte (2012) 635–661.

[631] Hierzu insb. *Talamanca*, Caducazione 29–33.

[632] *Sturm*, Ausgew. Schr. II 731–740; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 147 f.

[633] Die berüchtigte Frage eines dinglichen Rückfalls eines zunächst übertragenen Eigentums stellte sich nach all dem nicht.

[634] Ulp. 2 resp. D. 43.26.20 bestätigt, dass gegen den Prekaristen mit der Vindikation vorgegangen werden konnte. Zur Frage der Passivlegitimation des Käufers, insoweit dieser bloßer *detentor* ist (allgemein → § 59 Rn. 169), s. *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 226 f.

[635] Umfassend zum Verhältnis der beiden Konstitutionen; *Flume* Ges. Schr. I. 235; *Sturm*, Ausgew. Schr. II 731–740 mit Nachw. älterer Lit.; seither *Harke*, Iuris prudentia (2019) 147 ff.

D. 18.3.4 pr.). Wo der Kauf mit einer *locatio conductio* verbunden worden war (Mietkauf) (→ Rn. 210), konnte sich der Verkäufer der *actio locati* bedienen (Paul. 34 ed. D. 19.2.22 pr.).[636]

222 Mit der Sache müssen dem Verkäufer die vom Käufer bezogenen Früchte restituiert werden.[637] Auch hierzu diente nach entwickelter Ansicht (bestätigt durch die Antoninen) die *actio venditi* (Ulp. 32 ed. D.18.3.4 pr., möglicherweise schon Pap. 3 resp. Frg. Vat. 14), doch lässt Alex. C. 4.54.2 (a.222) offenbar wahlweise eine Klage *praescriptis verbis* zu. In einem anderen Reskript desselben Kaisers Alex. C. 4.54.4 (o.A.) ist auch von einer Vindikation die Rede. Verfügbarkeit und taktische Wahl der Klagen ist hier von nochmals veränderter Bedeutung, weil sich *rei vindicatio* und *actio venditi* hinsichtlich der formeltechnischen Möglichkeiten, Ersatz für die Früchte einzubeziehen, unterschieden.[638] Der Pflicht zur Fruchterstattung wird ein Ausgleich für käuferseitige Aufwendungen gegenübergestellt, die im Wege der Zurückbehaltung/Aufrechnung, nach Ulp. 32 ed. D. 18.2.16 aber auch offensiv mit der hier von Severus gebilligten *actio empti* durchzusetzen ist.[639]

223 Ulp. 32 ed. D. 18.3.4 pr. berichtet von einer in der *lex commissoria* gelegentlich vorkommenden Klausel, wonach der Verkäufer vom säumigen Käufer Ersatz für den Minderbetrag verlangen kann, den er bei einem erneuten Verkauf des Grundstücks erzielt. Aus modernrechtlicher Sicht liegt hier so etwas wie eine (vereinbarte) Kombination von Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung vor, Letzterer bestimmt anhand des konkreten Deckungsverkaufs. Die Klagegrundlage für die Durchsetzung mag für die römischen Juristen zweifelhaft erschienen sein, weil der Verkäufer hier womöglich erst nach bereits abgeschlossener Abwicklung des Verkaufs nochmals an den Käufer herantrat. Es wurde aber die *actio venditi* bejaht (Pap. 3 resp. Frg. Vat. 14; Pomp. 9 Sab. D. 18.1.6.1). Dieses Verkäuferrecht dürfte von einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung abhängig geblieben sein.

224 Wenn der Verkäufer bereits eine gewisse Zahlung vom Käufer empfangen hatte, stellt sich die Frage nach deren Rückforderung. Ulpian erwog sowohl die *condictio* (wegen Wegfalls der *vendito* als Zahlungsgrund) als auch die *actio empti*, für deren Verfügbarkeit sich Julian ausgesprochen hatte (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.6).[640]

225 War eine *arrha* so gegeben, dass sie dem Verkäufer bei Vertragsauflösung bleiben („ihm verfallen“) sollte (→ Rn. 93), ist die Vertragsaufhebung für ihn mit einer fixen „Entschädigung“ in Geld verbunden. Man ist hier an die Verbindung von Vertragsrücktritt und „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ des modernen Rechts erinnert; Letzterer in diesem Fall pauschaliert oder einer Vertragsstrafe ähnlich. Dabei entstand ein

[636] Dazu *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 272 f.
[637] S. hierzu *Talamanca*, Caducazione 40–44.
[638] *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 272 Fn. 6.
[639] *Talamanca*, Caducazione 40–44; *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 239 f.
[640] Dazu etwa *Behrends*, SZ 95 (1978) 200; *Jakab*, Weinkauf (2009) 109 f.; *Möller*, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008) 291–293.

Gegensatz von rückforderbarer *pars pretii* und verfallender *arrha*; dies bestätigt Diocl./Maxim. C. 4.45.2 (a.293).[641] Scaev. 2 resp. D. 18.3.6 pr. verneint eine Rückgewähr von dem, *quod arrae vel alio nomine datum esset*. Soll man dies so deuten, dass es nicht darauf ankommt, ob die erbrachte Zahlung sich als *arrha* (zur Vertragsbekräftigung) oder als schlichte Teilzahlung verstand?[642] Sofern die vom Käufer geleistete Zahlung dem Verkäufer verfiel, verblieben dem Käufer die von ihm gezogenen Früchte (Ulp. 32 ed. D. 18.3.4.1).[643]

226 Bei Rückgabe der Sache an den Verkäufer stellte sich für die *usucapio* (→ § 44) und das *interdictum utrubi* (→ § 66) die Frage der *accessio temporis*; hierzu Iav. 1 epist. D. 41.3.19 und Afr. 8 quaest. D. 44.3.6.1

ee. Justinianisches Recht

227 Für Texte zur *lex commissoria* wurde je ein Titel in den Digesten (D. 18.3) und im Codex (C. 4.44) geschaffen; der Letztere ist *De rescindenda venditione* betitelt.

5. *Mora accipiendi*

228 Unterbleibt die Übergabe der Kaufsache aus Gründen, die am Käufer liegen, so wirkt dieser Umstand in mehrfacher Hinsicht auf das Kaufverhältnis ein.[644] Die Entgegennahme der angebotenen Sache war nicht Teil dessen, was *ob eam rem emptor venditori dare facere oportet ex fide bona*: Eine Anstellung der *actio venditi* mit dem Ziel, den Käufer auf ein an der ausgebliebenen Abnahme der Kaufsache bemessenes *id quod interest* verurteilen zu lassen, war für den Verkäufer im Grundsatz nicht möglich. Im Hinblick auf die „independence of actions“ (→ Rn. 52) war der Verkäufer für seine eigene Berechtigung auf den Kaufpreis auch gar nicht darauf angewiesen, die Sache effektiv zu übergeben oder den Käufer mit einem Übergabeangebot in Annahmeverzug zu setzen. Verallgemeinert wird die Problematik als Frage der *mora creditoris* oder *mora accipiendi* im römischen Schuldrecht behandelt; die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Quellen zum Kauf.

229 Für den Kauf ergibt sich aus Pomp. 31 Q. Muc. D. 18.6.18, dass sich mit Eintritt des Gläubigerverzugs der Haftungsmaßstab für den Verkäufer auf *dolus* reduziert. Paul. 5 Sab. D. 18.6.5 behandelt die Nichtabnahme von Wein; es hat am Käufer gelegen: Als Rechtsfolge wird ausgesprochen, dass der Verkäufer nicht mehr hafte, außer es falle ihm

---

[641] Einzelheiten bei *Jakab*, Weinkauf (2009) 115; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 143 ff., dort auch zu Diocl./Max. C. 4.54.1 (a.216).

[642] Zu dieser Stelle *Jakab*, Weinkauf (2009) 113.

[643] *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 239, 270 f.

[644] *Benke*, RIDA[3] 61 (2014) 111–130; *Reetz*, TR 83 (2015) 392–420; *Apathy*, SZ 101 (1984) 190–205; *Talamanca*, s. v. vendita (dir. rom.) ED 46 (1993) 411 f.; *Jakab*, Weinkauf (2009), 176 ff.; *Harke*, Mora debitoris (2005) 81–86; *Pennitz*, SZ 123 (2006) 152–184; *Zaera García*, in: Castresana, Defectos (2014) 165–192; *Möller*, in: Lieberwirth/Lück, Akten Rechtshistorikertag Halle (2008) 285–290.

dolus zur Last.[645] Lag eine Verzögerung am Käufer, kann er sich bei einer gegen den Verkäufer angestellten Klage nicht mehr auf ein zwischenzeitliches Steigen des Handelswerts der Sache berufen (→ Rn. 169).

Als weitere Instrumente, durch welche der Verkäufer geschützt wird, begegnen ein **230**
Anspruch auf Ersatz von Mehraufwendungen und ein Preisgaberecht; in besonderen Fällen war offenbar auch eine Klage *ex vendito* wegen Nichtabnahme möglich. Über das Verhältnis dieser Schutzmittel zueinander wie über die zeitliche Folge ihrer Entwicklung bestehen verschiedene Ansichten. Die Quellenlage im Einzelnen: Cels. 8 dig. D. 19.1.38.1 berichtet zustimmend, dass der Käufer gemäß Sextus Aelius und Drusus Ersatz für die Verpflegungskosten des Kaufsklaven schuldet, *si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur.*[646] Der Durchsetzungsmechanismus ist nur mit den Worten *per arbitrium* angedeutet. Das Problem der Stelle liegt darin, dass der Käufer – in Gegenzug zu seinem Recht auf Früchte/*commoda* – offenbar ohnehin die Aufwendungen zu tragen hatte, zu denen der Verkäufer nach Vertragsschluss veranlaßt war (→ Rn. 179). Harke sieht im Eintritt des Annahmeverzugs eine Zäsur, indem der Verkäufer danach nicht mehr zur Erhaltung der Sache verpflichtet sei; daher hätten seine Aufwendungen nicht mehr als notwendig gelten können und es hätte einer Neuerklärung des Aufwendungsersatzes von diesem Zeitpunkt an bedurft.[647] Weyand sieht im Hintergrund eine Unterscheidung zwischen gewöhnlichen Unterhaltskosten, die ihren Ausgleich darin finden, dass der Verkäufer die Sache noch nutzt, und außergewöhnlichen Kosten, die der Käufer ausgleichen muss.[648] Apathy vermutet eine Rechtsentwicklung: Zuerst sei der Aufwendungsersatz nur bei Annahmeverzug, später ohne Rücksicht auf diesen ab Vertragsschluss als vom Käufer geschuldet anerkannt worden.[649] Der Text lässt auch die Möglichkeit offen, dass es um die Klage des Käufers gegangen ist, für die der Judex die *condemnatio* von dem beglichenen Aufwendungsersatz abhängig machte (*retentio*). Dies tat er nur, wenn der Käufer die Verantwortung dafür trug, dass die Sache noch beim Verkäufer verblieb. Im Unterschied hierzu geht es in Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.22 um eine Klage des Verkäufers, mit welchem alle seit Vertragsschluss gemachten Aufwendungen geltend gemacht werden konnten.

Pomp. 20 Sab. D. 19.1.9 belegt eine Klagemöglichkeit *ex vendito* auf Abnahme der **231**
aus einem Steinbruch verkauften Steine.[650] Die Literatur nimmt die Stelle gerne aus dem Bereich der *mora creditoris* heraus, indem behauptet wird, der Käufer schulde hier

[645] Für dieses Fragment nimmt *Jakab* an, Paulus habe eine Stipulationsschuld behandelt: *Jakab*, Weinkauf (2009) 183 ff., hiergegen krit. *Ernst* SZ 128 (2011) 609; s. auch *Harke*, Mora debitoris (2005) 96; *Apathy*, SZ 101 (1984) 204.

[646] *Harke*, Mora debitoris (2005) 96 f.; *Apathy*, SZ 101 (1984) 196.

[647] *Harke*, Mora debitoris (2005) 98; ähnl. *Apathy*, SZ 101 (1984) 196.

[648] *Weyand*, TR 51 (1983) 250 f.

[649] *Apathy*, SZ 101 (1984) 197 ff.

[650] *Benke*, RIDA[3] 61 (2014) 111–139; *Apathy*, SZ 101 (1984) 204 f.; *Astolfi*, SDHI 53 (1987) 372 ff.; *Pennitz*, SZ 123 (2006) 180 ff.; nach *Harke*, Mora debitoris (2005) 99, war die Pflicht zur Abnahme ohne Zeitmoment, so dass die nicht-rechtzeitige Abnahme keine Klagegrundlage gebildet haben soll.

ausnahmsweise die Abnahme, weswegen es sich um eine *mora debitoris* handele;[651] gelegentlich wird von einer Nebenpflicht des Käufers gesprochen. Auch wurde die Überlegung angestellt, dass der Käufer sich hier durch besondere Abrede zur Abholung verpflichtet hatte, dies bisweilen noch in der Variante, dass ein sogenanntes gemischtes Geschäft vorlag, indem der Käufer zwei Leistungen unterschiedlicher Art (Zahlung und Abholung) versprochen haben soll.[652] Abgesehen von diesen mehr klassifikatorischen Deutungen ist es richtig, dass der Fall besonders liegt. Eine Übergabeaktivität des Verkäufers ist offenbar entbehrlich. Es liegt nahe, dass der Verkäufer ein handfestes Interesse an der Grundstücksräumung gehabt haben wird. Aufgrund des palingenetischen Zusammenhangs hat Benke vermutet, dass der Verkäufer sich der Gefahr ausgesetzt sah, wegen der Steine (Gebäudeabbruch) eine *cautio damni infecti* abgeben zu müssen.[653]

232 Ein hervorstechender Verkäuferbehelf begegnet beim Weinkauf, indem der Verkäufer den nicht abgenommenen Wein ausschütten darf (*effusio vini*). Diese Befugnis wurde auch vertraglich ausbedungen.[654] In der juristischen Literatur spiegelt sich die Problematik in Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1.3.[655] Sabinus verlangte eine *denuntiatio*, die dem Käufer eine letzte Gelegenheit zur Weinabholung und Abwendung des Wegschüttens einräumte. Daneben kommen bei Ulpian auch der Selbsthilfeverkauf und die Lagerung in anzumietenden *dolia* (mit Abwälzung der Kosten auf den Käufer) als gleichsam mildere Mittel in den Blick, deren Verfügbarkeit aber die Rechtmäßigkeit des Ausschüttens offenbar nicht beseitigen können. Der Sachgrund für das einschneidende Vorgehen des Verkäufers wurde von Jakab plausibel gemacht: Es geht um den Verkauf von frischem Most, den der Käufer direkt von der Kelter mit eigenen Auffanggefässen abzunehmen hatte.[656] Das Geschäft hat Termincharakter. Wenn der Käufer nicht pünktlich erscheint, hat der Verkäufer für den frisch gepressten Wein gar keine Auffangmöglichkeit; für ihn ist der weitere Produktionsprozess blockiert. Es ist bezeichnend, dass dem mit einem Weinvermächtnis belasteten Erben, der sich solchen Schwierigkeiten nicht gegenübersieht, ein Recht zur *effuiso vini* nicht eingeräumt wird (Pomp. 6 epist. D. 33.6.8). Keine Einigkeit besteht über die Grundlage und den Rechtsmechanismus. Die konventionelle Lesart geht dahin, dass bei einer etwaigen Klage des Käufers eine Vertragsverletzung seitens des Verkäufers verneint wird. Es erscheint nicht nötig, dies noch durch die Überlegung auszubauen, wonach bei Annahmeverzug eine Haftungsmilderung auf *dolus malus* erfolgen soll.[657] Es genügt, dass unter Würdigung der

[651] *Honsell*, Quod interest (1969) 114; *Apathy*, SZ 101 (1984) 204 f.

[652] Übersicht über ältere Lit. bei *Benke*, RIDA[3] 61 (2014) 111–139.

[653] *Benke*, RIDA[3] 61 (2014) 111–139.

[654] Cato agr. 148; dazu *Jakab*, Weinkauf (1999) 47 ff. mit umfassenden Nachw.; *Reetz*, TR 83 (2015) 404 f.

[655] *Harke*, Mora debitoris (2005) 94–96; *Pennitz*, SZ 123 (2006) 52–184; *Apathy*, SZ 101 (1984) 200 ff.; *Reetz*, TR 83 (2015) 404–409; Nachw. älterer Lit. bei *Jakab*, Weinkauf (2009) 182 Fn. 106.

[656] *Jakab*, Weinkauf (2009) 182–186.

[657] *Harke*, Mora debitoris (2005) 99, im Anschluss an *Seckel/Levy*, SZ 47 (1927) 242 Fn. 1.

konkreten Umstände das Verkäuferverhalten nicht als Verstoß gegen das, was er nach der *bona fides* zu tun oder zu unterlassen hat, zu werten ist. Daneben wurde auch die Ansicht vertreten, Sabinus habe sich zu einer (strengrechtlich zu handhabenden) Klausel einer Stipulation über die Lieferpflicht geäussert,[658] Ulpian dagegen hätte die Rechtslage nach dem der *bona fides* unterstehenden Konsensualkauf erläutert. Bei dieser Auslegung wäre das in der Sache oft als anstössig empfundene Preisgaberecht auf eine (konkludente?) Vertragsvereinbarung zurückgeführt, ohne die es nicht bestanden hätte. Spätestens bei Justinian – aber vermutlich auch schon in Ulpians Werk – dürfte es indes um die Aufstellung „objektivrechtlicher" Kautelen für das Recht der *emptio venditio* gegangen sein, die sich als Ausprägungen der *bona fides* darstellen. Für eine allgemeine Berechtigung des Verkäufers, auf Abnahme zu klagen, kann Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1.3 nicht in Anspruch genommen werden.

233 Eine wiederkehrende Voraussetzung dafür, dass sich die Rechtsstellung des Verkäufers infolge verzögerter Abnahme verbessert, wird mit *per emptorem stare* umschrieben. Man hat viel über die Frage diskutiert, wie beim Gläubigerverzug die Wendung *per creditorem stare quo minus rem accipiat* zu verstehen ist: Schwingt ein Erfordernis von Unsorgfältigkeit mit, so dass für einen Gläubiger, den kein Vorwurf einer Nachlässigkeit treffen würde, das *per creditorem stetisse* zu verneinen wäre (sog. *culpa*-Theorie)?[659] Für den römischen Kauf geht die Frage an den einschlägigen Quellen vorbei. Stets geht es lediglich darum, dass es aus irgendeinem Grund am Käufer gelegen hat, dass m. a.W. der Verkäufer die Leistung an sich erbringen konnte.

234 Hingewiesen sei noch auf die reizvolle Erörterung eines Zusammentreffens von *mora accipiendi* und *mora tradendi* in Pomp. 6 Q. Muc. D. 18.6.18 sowie Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.1.51 pr.[660] Labeo will die Rechtslage so beurteilen, als sei allein der Käufer *in mora (accipiendi)*. Pomponius weist auf die Möglichkeit hin, dass der zunächst in Verzug gesetzte Verkäufer die Kaufsache danach erfolglos anbietet; hier werde der später in Verzug gekommene Käufer belastet (wir würden den früheren Verzug als geheilt ansehen).[661]

235 Zusammenfassung: Es wäre eine Fehlvorstellung, wenn man für die römischen Juristen nach einer Regel fragen würde, die den Tatbestand des Annahmeverzugs mit „Rechtsfolgen" fest verknüpfen würde, was zu der Frage nach einem starren Verhältnis von Aufwendungsersatz, Preisgaberecht und *id quod interest*-Haftung für Nichtabholung führen müsste. Die verschiedenen Schutzmittel für den an der Leistung gehinderten Verkäufer sind für unterschiedliche Probleme der Nichtabnahme entwickelt, die bei verschiedenen Kaufgegenständen und in verschiedenen Situationen auftreten und damit unterschiedliche Erwartungen an das, was der redliche Käufer zu tun hat, bedin-

[658] *Jakab*, Weinkauf (2009) 176 ff.; *Harke*, Mora debitoris (2005) 95.

[659] Nachweise bei *Harke*, Mora debitoris (2005) 100–104; *Reetz*, TR 83 (2015) 394 ff.

[660] Für andere Schuldverhältnisse finden sich noch andere Lösungen diskutiert, auf die hier nicht eingegangen wird.

[661] *Pennitz*, Periculum (2000) 439 f.

gen. Es muss nicht bei jedem Vorkommnis einer *mora accipiendi* das stets gleiche Arsenal von Verkäuferrechten zur Verfügung gestanden haben.

V. Die Haftung des Verkäufers für Eviktion und Rechtsmängel

1. *Emptio venditio* und Eigentumserwerb des Käufers

236 Aufgrund der *emptio venditio* konnte der Käufer das *habere licere* der Kaufsache beanspruchen, also das nicht in Frage gestellte Haben und Verwenden-Können der Sache in ihrer Realweltlichkeit (→ Rn. 121). Anders als bei der *mancipatio* (→ Rn. 6) war die sofortige Verschaffung der Sache zu Eigentum weder die sofortige Rechtswirkung der Vertragsvereinbarung, noch gab der Verkäufer ein Versprechen ab, den Käufer anschließend zum Eigentümer zu machen. Der Unterschied von einem rechtlichen Gehören (*iure dominii*) und dem *optinere sine interpellatione* des Käufers wird in Paul. 33 ed. D. 50.16.188 pr. herausgestellt. Ist die Kaufsache einmal übergeben, wird das *habere licere* nur und erst damit betroffen, dass ein besser Berechtigter dem Käufer die Sache, gestützt auf sein Recht, im Prozesswege entzieht und damit dessen faktisches Haben beendet (bzw. dem Käufer für den weiteren Behalt der Sache die *litis aestimatio* abnimmt). Auf den Eintritt dieses Moments der „Nichterfüllung" in der Prästierung des *habere licere* ist die Verpflichtung des Verkäufers gerichtet, insofern er den Eintritt dieser Nichterfüllung verhindern oder durch Geldleistung an den Käufer ausgleichen muss (Rückzahlung des Kaufpreises oder eines Mehrfachen davon). Dieses Thema wird im Rückblick oft als Frage der „Rechtsmängelhaftung" beim römischen Kauf behandelt, doch ist die römische Problematik anders gelagert als der moderne Ausdruck suggeriert: Es ging nicht um die Durchsetzung eines Leistungsanspruchs auf Eigentumsverschaffung, sondern darum, dass dem Käufer die ihm geschuldete Möglichkeit der faktischen Sachnutzung erhalten – oder deren Verlust an einen besser Berechtigten ausgeglichen – wurde. Der Kauf war freilich als *causa emptionis* zugleich die Grundlage für einen Erwerb des Eigentums durch *traditio*, sofern die Sache vom Eigentümer gekauft und übergeben war (→ § 43); andernfalls kam der zeitversetzte Eigentumserwerb durch Ersitzung *pro emptore* in Betracht (zur *usucapio* → § 44). Für diese Vorgänge des Eigentumserwerbs stellte sich der Konsens der *emptio venditio* als Teilelement dar. Obschon die vereinbarte *emptio venditio* als solche nicht auf die Eigentumslage einwirkte – deren Veränderung der Käufer auch nicht vom Verkäufer beanspruchen konnte (→ Rn. 121) –,[662] lief sie im Regelfall doch auf die dem Kaufumsatz entsprechende Eigentumsübertragung hinaus.

[662] Cels. 3 dig. D. 12.4.16 verneint die Frage, ob die Hingabe von Geld für die Verschaffung des Eigentums an einem Sklaven wenigstens teilweise als Kauf angesehen werden kann. Labeo stellte klar, dass eine Vereinbarung der Parteien, wonach Eigentum nicht übergehen soll, einer Qualifikation ihres Geschäfts als *emptio venditio* entgegensteht (Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 18.1.80.3); zu diesem kontextlosen Fragment s. *Peters*, SZ 96 (1979) 203; *Harke*, Irrtum (2005) 198 f.

In allen seinen unterschiedlichen Formen war der Käuferschutz durch einen engen Bezug auf das Recht der zivilprozessualen Sachverfolgung bestimmt. Auch für das römische Recht trifft zu, was Fritz Pringsheim im Hinblick auf die Haftung des Verkäufers nach griechischem Recht gefunden hat, dass nämlich die Regelungen der Verkäuferhaftung „are affected by the nature of the . . . action for recovery of property“.[663] Im Zuge der Entwicklung ist der innige Zusammenhang von Käuferschutz und prozessualer Verteidigung wohl etwas gelockert worden.[664] Namentlich verdrängte eine direkte Liquidation in Geld die tatsächliche Beteiligung des Verkäufers an der prozessualen Verteidigung des Käufers gegen den Dritten. Trotz dieser und anderer Entwicklungen blieb aber der grundsätzliche Bezug des Käuferschutzes auf die Gewährung des *habere licere* unverändert und bestimmte noch das justinianische Recht. Der Käuferschutz auf diesem Gebiet beruhte auf einem Zusammenspiel von verschiedenen Figuren der Verkäuferhaftung, die sich jeweils – und in ihrem Zusammenspiel – über die Zeit hin entwickelt haben. Nach der Haftungsgrundlage unterschieden, ergibt sich eine Dreiteilung: auf die Manzipation als solche gegründete Haftung, sog. *auctoritas*-Haftung (dazu 2.), Haftung auf der Grundlage vom Verkäufer abgegebener Stipulation (dazu 3.), und die Haftung aufgrund des bloßen Konsensualkaufs, also mittels der *actio empti* (dazu 4.). **237**

2. Die *auctoritas*-Haftung aufgrund der Manzipation

a. Einleitung

War eine Sache (*res mancipi*) manzipiert, bestand für den Veräußerer die altzivile Verpflichtung, dem Erwerber Beistand zu leisten, sobald dieser von einem Dritten wegen der manzipierten Sache gerichtlich belangt wurde.[665] Überwiegend wird heute angenommen, dass die Defensionspflicht sich ohne weiteres aus dem Manzipationsakt ergab; einer besonderen Übernahme durch den Manzipanten habe es nicht bedurft.[666] Wenn der Manzipant seiner Defensionspflicht nicht nachkam oder wenn seine Defension erfolglos blieb, haftete er dem Erwerber auf das Doppelte des gezahlten Kaufpreises. Im ersten Fall sagt man vom Veräußerer *auctoritatem defugit*,[667] im zweiten Fall *auctoritatis nomine victus est*.[668] Die Rekonstruktion der *auctoritas*-Haftung, die mit der Manzipation aus dem romanistischen Traditionsgut entfernt war, gehört zu den besonderen Leistungen der modernen Romanistik seit Mommsen.[669] Lange wurde be- **238**

[663] *Pringsheim*, Law of Sale (1950) 430.

[664] *Vacca*, Et. Ankum II 549–565; *Schermaier*, FS Liebs 548–551.

[665] *Lenel*, EP 543 ff.

[666] A. A. noch *Karlowa*, Rechtsgeschäft (1877) 190–192, 198, demzufolge ein *dictum in mancipio* („*auctor sum*“) notwendig gewesen sein soll (→ Rn. 54–56).

[667] Der Ausdruck wird u. a. Ven. 6 stip. D. 45.1.139.1 entnommen; s. weiter *Lenel*, EP 543 Fn. 6; *Kaser/Hackl*, RZ 99 mit Fn. 66; *Ankum*, ACost. III 16 f.; *Magdelain*, Et. 685–705.

[668] *Lenel*, EP 543 Fn. 7.

[669] *Mommsen*, Ges. Schr. III 458–466; zur Forschungsgeschichte im Einzelnen s. *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 21 ff., zur Arbeit *Bräggers* s. *Wolf*, Iura 62 (2014) 365–377.

zweifelt, ob es die so rekonstruierte Rechtsfigur wirklich gegeben hat. So bestritt Sargenti die Existenz einer regelrechten *actio auctoritatis*; *auctoritas* sei vielmehr ein allgemeiner, auch gar nicht besonders auf die *mancipatio* bezüglicher Ausdruck gewesen, der keine spezielle *actio* bezeichnet habe; zur Geltendmachung der *auctoritas* seien vielmehr nur die *actio ex stipulatu* oder die *actio ex empto* in Betracht gekommen.[670] Casinos Mora wiederum hat die *auctoritas*-Haftung als solche anerkannt und nur den Konnex mit der Manzipation bestritten; die Haftung sei vielmehr eine öffentlich-rechtlich auferlegte Sanktion.[671] Die letztgenannten Ansichten haben sich nicht durchgesetzt. Ebenfalls nicht haltbar ist die These Pugsleys,[672] die *actio auctoritatis* sei eine gegen den nichtberechtigten Veräußerer gerichtete Klage, der – wie Pugsley wider die ganz einhellige Ansicht annimmt – dem Erwerber durch *mancipatio* Eigentum verschafft habe.[673]

b. Der Manzipant im gerichtlichen Streit um die Sache

239 Wurde der besitzende Käufer von einem Dritten mit der Vindikation belangt, verlangte das Hineinziehen des Verkäufers in den Prozess verschiedene Kommunikationsakte; Einzelheiten sind streitig:[674] (1) Der vindikationsbeklagte[675] Käufer gab dem Verkäufer (oder dessen einem[676] bzw. mehreren[677] Erben) Nachricht von der Prozesseinleitung, im Sinne einer gleichzeitigen Aufforderung, sich pflichtgemäß an der Verteidigung zu beteiligen. Dieser (wohl außerprozessuale) Vorgang wird mit den Ausdrücken *venditorem convenire*, *a venditore postulare*, *ex causa auctoritatis intendere* und *interpellare venditorem ut adsistat* umschrieben.[678] Dass *denuntiatio* hier den *terminus technicus* darstellte, liegt anhand der Quellen nahe, ist aber nicht gesichert. Eine Bindung an bestimmte Wortformeln oder andere Formerfordernisse ist nicht erkennbar; man geht

[670] *Sargenti*, Evizione (1960) 17–80; sowie *Sargenti*, St. Betti IV 15–77; dem folgend *Calonge*, Evicción (1968) 9 ff., insb. 17; *Mostert*, Acta Jur. (1969) 15. Gegen *Sargenti* s. *Ankum*, ACost. III 3–45; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 228 f.; u. bereits knapp *Kaser*, FG Lübtow (1970) 481 Fn. 1.

[671] *Casinos Mora*, Auctoritas (2000); *Casinos Mora*, FHI 1999; *Casinos Mora*, Labeo 48 (2002) 110–120; gegen *Casinos Mora* s. *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 230 f.; u. bereits knapp *Ankum*, FS Mayer-Maly (2002) 1 Fn. 4.

[672] *Pugsley*, Property and Obligations (1972) 15 f.; *Pugsley*, Americans (1989) 32 ff.

[673] Gegen *Pugsley* ausführlich *Ankum*, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 606 ff.; sowie *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 228 f.

[674] Hierzu *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 81–95; *Ankum*, Fundamina 20 (2014) 1–14, beide mwN.

[675] Für die Zeit des Formularprozesses kennen wir eine ganze Palette von *auctoritas*-auslösenden Klagen (→ Rn. 246); ob in der Zeit des Legisaktionenprozesses dieselben gegen den Käufer gerichteten Klagen im Spiel waren, ist nicht gesichert.

[676] Ulp. 80 ed. D. 21.2.51.1; dazu *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 81 f., 89, 160, 213, 222.

[677] Mehrere Erben des Manzipanten sind *in solidum* zu denuntiieren: Paul. 75 ed. D. 45.1.85.5 u. dazu *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 90 f.

[678] *Ankum*, Fundamina 20 (2014) 5 mit Nachw.

davon aus, dass es sich nicht um eine *in ius vocatio* (mit dem entsprechenden Durchsetzungsmechanismus) handelte. Bei Unterbleiben einer rechtzeitigen *denuntiatio* musste der Käufer später die *auctoritas*-Haftung auf das *duplum* entbehren. Hierbei ist nicht restlos geklärt, ob dies auf einem Klauselbestandteil beruhte, der die Klage positiv von der *denuntiatio* abhängig machte (Eviktion eingetreten *sine dolo malo actoris*)[679] oder auf der Mobilisierung der *exceptio doli* (*generalis*).[680] Die *denuntiatio* war nicht nur ein wesentliches Element der *auctoritas*-Haftung, sondern erhielt sich auch für die weiteren, ebenfalls prozessbezogenen Haftungsgrundlagen (→ Rn. 258 und → Rn. 270). (2) Sodann gab der vindikationsbeklagte Käufer dem Kläger (und dem Prätor/Gericht) bekannt, wer sein Verkäufer gewesen ist. Dieser Akt wird als *laudatio auctoris* bezeichnet, s. etwa Gell. 2,6,15–16.[681] Es handelte sich um eine Prozesserklärung, die möglicherweise auch als Formelbestandteil aufschien.[682] Es mag sein, dass die *laudatio auctoris*, durch die der Beklagte zu erkennen gab, sich auf einen derivativen Erwerb zu stützen, zur Vertagung führte. (3) Bei Valerius Probus ist die formelhafte Anfrage überliefert: *Quando in iure te conspicio postulo anne far auctor* (Not. iur. 4,7).[683] Wenn man nicht annimmt, dass damit eine feststehende Formel für die Notifizierung des Manzipanten angesprochen ist (die dann also doch formgebunden gewesen wäre), liegt es nahe, hierin eine Prozesserklärung an den *in iure* anwesenden Manzipanten zu sehen, die von diesem mit einem *auctor sum* oder *nego* beantwortet werden konnte; die bejahende Antwort begründete die förmliche Prozessbeteiligung. Ob die Frage vom Kläger oder vom Beklagten ausgesprochen wurde und wie sie in den Ablauf der *legis actio sacramento in rem* eingeschoben war, ist nicht geklärt.

Für den Manzipanten, dem der Prozess denuntiiert worden war, bestand Einlass- **240**
sungsfreiheit. Eine Klage, die unmittelbar auf eine Prozessbeteiligung in irgendeiner Form (als *facere*) gerichtet gewesen wäre, hat es weder im Bereich der Legisaktionen- noch später im Formularprozess gegeben. Wenn man von einer „Defensionspflicht", von einer „Auctoritas-Verpflichtung" o. ä. spricht (und von deren „Nichterfüllung"), dann versteht sich dies so, dass das Ausbleiben oder die Erfolglosigkeit der Defension Kondemnationsbedingung der als solche auf das Kaufpreis-*duplum* gehenden Auktoritätsverbindlichkeit gewesen ist.[684] Dies schließt nicht aus, dass man die den Käufer schützende Prozessbeteiligung als Gegenstand eines „Sollens" ansah.

Blieb der Manzipant dem Prozess ganz fern, löste dies als *auctoritatem defugere* die **241**
duplum-Haftung aus, und zwar vermutlich unabhängig vom späteren Prozessausgang. Für den Fall, dass der Manzipant sich auf die Prozessbeteiligung einließ, versucht die

[679] Hierfür, gestützt auf Paul. 77 ed. D. 21.2.53.1, *Ankum*, Fundamina 20 (2014) 6.
[680] *Ankum*, Fundamina 20 (2014) I 6.
[681] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 81 f.
[682] *Cannata*, Atti Provera 195.
[683] Zu vorgeschlagenen Textkorrekturen s. *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 82; s. auch Cic. Caecin. 19,54 und Cic. Mur. 12,26.
[684] Die sogenannte Defensionsverpflichtung war daher als solche auch nicht bürgschaftsfähig.

Forschung, seine Prozessrolle näher zu bestimmen: Übernahm er die Beklagtenrolle privativ vom *mancipio accipiens;*[685] hatte er diesem lediglich als Nebenpartei Beistand zu leisten;[686] handelte er als dessen Prozessvertreter oder unterstützte er den Beklagten lediglich formlos, z. B. durch Zeugenaussage? Daß der Verkäufer anstelle des Käufers den Prozess als dessen *cognitor in rem suam* führte, ist nachweislich vorgekommen;[687] ebenso ein Handeln als *procurator in rem suam.*[688] Damit liegt nahe, dass dies auch die „gebotene" Form der Beteiligung des Manzipanten war. Eine privative Verdrängung des Käufers ist dagegen weniger wahrscheinlich, ebenso eine Stellung als Nebenpartei.[689] Mit dem Vorstehenden hängt noch die Frage zusammen, ob der Manzipant auch bei einem Offensivprozess des Erwerbers zur Beistandsleistung – dann in welcher Form? – verpflichtet war.[690]

242 Die Defensionspflicht war zeitlich befristet. Der einschlägige Zwölftafelsatz (6.3) ist von jeher Gegenstand einer intensiven und kontroversen Diskussion.[691] Im Kern wurde hier eine Zeitspanne bestimmt, in der einerseits der Manzipant defensionsverpflichtet blieb (*auctoritas*) und andererseits der Erwerber die Sache ersitzen kann (*usus* → § 44 Rn. 2 ff.); die Möglichkeit, sich auf den Erwerb kraft Ersitzung zu stützen, macht den weiteren Beistand des Manzipanten überflüssig.[692] Die Zeit war vom Zwölftafelgesetz für Grundstücke auf ein Jahr, für alle weiteren Sachen (*res mancipi*) auf zwei Jahre festgesetzt. War eine geraubte Sache manzipiert, bestand die *auctoritas* unbefristet (Gell. 17,7,1); dies dürfte dem Ausschluss geraubter Sachen von der Möglichkeit des Ersitzungserwerbs entsprechen (→ § 44 Rn. 6, 23).[693] Keine sichere Deutung gibt es für einen weiteren Fall unbefristeter *auctoritas* (Cic. off. 1,12,37: *adversum hostem aeterna auctoritas*): Es ist unklar, in welcher Rolle man hier den *hostis*, den Cicero als *peregrinus* versteht, sehen soll: ist er der Manzipant, der Erwerber oder der gegen diesen auftretende Kläger?[694] Der Sachlogik folgend liegt es vielleicht am nächsten (ist aber nicht gesichert), dass es um die unbefristet fortbestehende Defensionspflicht gegenüber ei-

---

[685] *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 14.

[686] *Karlowa*, RRG II 579.

[687] Pap. 28 quaest. D. 21.2.66.2; dazu *Ankum*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 285 ff.; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 124 ff. mit Nachw.; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 86 Fn. 178; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 232.

[688] Iul. 3 dig. D. 3.3.75; Lit. wie vorige Fn.

[689] Von einer „Nebenintervention" spricht *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 127 f., im Hinblick auf Diocl./Max. C. 8.44.21.1 (a.293).

[690] Dafür, aufgrund von Iul. 3 dig. D. 3.3.75, Iul. 57 dig. D. 21.2.39.1, Pap. 28 quaest. D. 21.2.66 pr., *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 78 ff.

[691] S. *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 26; *Söllner*, FS Coing I 369 ff.; *Cursi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 345–355; *D'Angelo*, SemCompl. 23/24 (2010/11) 237–292; zum Asyndeton *usus auctoritas* jüngst *Adams*, Asyndeton (2021) 5.10.

[692] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 141 ff., stützt dies auf Gai. 28 ed. prov. D. 21.2.54 pr. und Pap. 28 quaest. D. 21.2.66.1.

[693] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 141.

[694] Meinungsstand bei *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 139 f.

nem peregrinen Kläger ging, dem gegenüber die Verteidigung aufgrund Ersitzungserwerbs möglicherweise nicht möglich war.[695] Instruktiv ist noch die ausnahmsweise Zulassung einer Inanspruchnahme des Manzipanten ohne Rücksicht auf die altzivile Zeitgrenze: Beim Verkauf eines *statuliber* bestand für den Käufer keine Möglichkeit, die bedingte Freilassungsanordnung durch Ersitzung außer Kraft zu setzen – hier traf den Verkäufer eine unbefristete Haftung (Iul. 57 dig. D. 21.2.39.4).[696] Dieselbe Problematik hat Diocl./Maxim. C. 8.44.21 (a.293) zum Gegenstand.[697]

c. Die *duplum*-Haftung mittels der *actio auctoritatis*

Die Durchsetzung der Verkäuferhaftung für ausgebliebene/erfolglose Defension – sie gehörte dem *ius civile* an – muss in der Zeit der Legisaktionen in einer der anerkannten Prozessarten erfolgt sein. Es ist umstritten und nicht mit Sicherheit zu entscheiden, welche die einschlägige Prozessart war.[698] Die Duplierung des Kaufpreises als Klageziel reicht gewiss schon in diese Zeit zurück. Es handelt sich nicht um einen Fall der Litiskreszenz.[699] Viel ist in diesem Zusammenhang um die Frage gestritten worden, ob die *auctoritas*-Haftung ursprünglich Deliktscharakter hatte, wie dies Kaser im Anschluß an Jhering[700] vor allem wegen der Haftungssteigerung auf das *duplum* angenommen hat: Der Verkäufer, der sich für eine fremde Sache bezahlen lasse, habe damit ein dem *furtum nec manifestum* nahestehendes Delikt begangen.[701] Andere sehen den Rechtsgrund in einer ausdrücklich – in der *nuncupatio*[702] – oder stillschweigend mit der Manzipation[703] übernommene Defensions-Garantie, die ursprünglich mit einer Selbstvergeiselung des Manzipanten gesichert gewesen sei;[704] Vertreter dieser Ansicht verweisen darauf, dass nicht schon die Manzipation der fremden Sache als solche haftungsauslösend wirkt, sondern erst die Versagung oder die Erfolglosigkeit der Verteidigung des Käufers im Streit mit dem Dritten. Die Duplierung wird dann – m. E. plausibel – durch die Annahme eines allgemeinen Satzes erklärt, wonach auf Nichteinhaltung des in der *nuncupatio* Versprochenen durchweg die *poena dupli* stand.[705] Ver- **243**

[695] So auch *Flach*, XII tab. 205.

[696] Dazu *Ernst*, FS Knütel 284 f.; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 145 f.; *Kleňová*, TR 85 (2017) 437 f. sowie 459 ff.; *Reduzzi Merola*, Hom. Clavel-Lévêque III 316–321; ähnl. noch Paul. 5 quaest. D. 19.1.43 u. dazu *Ernst*, FS Knütel 271–311.

[697] Dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 154.

[698] Bericht bei *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 221 f.

[699] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 169 f.

[700] *Jhering*, Geist I (1891) 157 u. öfter.

[701] *Kaser*, RP I 133; zust. *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 55 Fn. 48.

[702] *Karlowa*, RRG II 575, 578 f.: Haftung für die lügnerische, unwahre Zusage der Defension in der *nuncupatio*. Prägnant auch *Kübler*: „Strafe auf die Lüge bei der Manzipation", Römisches Recht (1929) 178.

[703] *Bechmann*, Kauf I (1876) 123 u. öfter; ähnl. *Lévy-Bruhl*, Problèmes (1934) 139 ff.

[704] *Beseler*, Kritik IV (1920) 307.

[705] *Karlowa*, RRG II 579.

mittelnd wollen wieder andere die Nichtleistung der mit der Manzipation übernommenen Defension als deliktsartige Unterlassung ansehen.[706]

244 Nach dem Übergang zum Formularprozess muss eine entsprechende Formel (ohne Rechtsschutzverheißung) im Edikt aufgestellt worden sein.[707] Ihren Platz soll sie im Abschnitt über die prätorischen Stipulationen gehabt haben, möglicherweise wegen des Zusammenhangs mit der *satisdatio secundum mancipium* (→ Rn. 254–263). Die im Formularprozess benutzte *actio* wird üblicherweise als *actio auctoritatis* bezeichnet, daneben auch als *actio de auctoritate.*[708] Eine verlässliche Angabe der Bezeichnung, mit der die römischen Juristen diese *actio* ansprachen, erscheint nicht möglich; mit dieser Maßgabe wird im Folgenden von der *actio auctoritatis* gesprochen.

245 Für die Formel wird hier von den letzten Rekonstruktionsversuchen Ankums ausgegangen.[709] Die Wiedergabe erfolgt mit der Maßgabe, dass eine vorbehaltlose wissenschaftliche Unterstützung in jeder Einzelheit hiermit nicht ausgesprochen sein soll:

Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio rem mancipio dedisse et auctoritatem defugisse vel Aulum Agerium in rei vindicatione sine dolo malo eius victum esse,	Wenn es sich herausstellt, dass Numerius Negidius die Sache dem Aulus Agerius manzipiert und sich der Schirmungsverantwortung entzogen hat oder Aulus Agerius im Eigentumsstreit ohne eigene Arglist unterlegen ist,
si non plus quam annus [duo anni] erat, cum eam rem mancipio dederat,	und kein Jahr [keine zwei Jahre] vergangen war[en], seitdem er die Sache manzipiert hatte,
quanti ea res mancipio data est, tanta pecunia duplum iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato,	verurteile Du, Richter, den Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius auf das Doppelte des Geldbetrages, für den die Sache manzipiert wurde,
si non paret absolvito!	wenn es sich nicht herausstellt, sprich ihn frei.

246 Die Formel enthielt zwei haftungsauslösende Tatbestände, nämlich (sinngemäß) *auctoritatem defugere* (→ Rn. 241) und *auctoritatis nomine victum esse.* Das *auctoritatis nomine victum esse* lag in dem Moment vor, in welchem der Iudex die für den Drittberechtigten lautende *sententia* aussprach.[710] Der nachfolgende effektive Besitzverlust – die für andere Haftungsgrundlagen zentrale *evictio* – war hier zur Haftungsauslösung

[706] *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 10 u. passim.

[707] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 222 f. mit Nachw. auch der kritischen Auffassungen.

[708] *Ankum*, ACost. III 44 f.

[709] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 14 Fn. 9; sowie *Ankum*, Fundamina 20 (2014) 6. Die Rekonstruktion *Ankums* ist hier noch um den Versuch einer Temporalklausel ergänzt. Die Negativbedingung *sine dolo malo eius*, in der sich auch das Denuntiationserfordernis verbirgt, müsste sich indes wohl auch auf den Fall des *auctoritatem defugere* beziehen, also vor *auctoritatem defugisse* eingeschaltet gewesen sein. Übersicht über ältere Rekonstruktionsversuche bei *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 223; noch gegen jede Rekonstruktionsmöglichkeit *Lenel*, EP 546 bei Fn. 3.

[710] Zur *appellatio* s. *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 129, 187 (zu Mod. 6 resp. D. 21.2.63.2).

nicht erforderlich.[711] Wie man annehmen darf, war die Haftung vermittels der *actio auctoritatis* allein auf das Ausbleiben bzw. die Erfolglosigkeit der Defension gestellt; sie war eine sogenannte objektive Haftung, die den *auctor* auch dann traf, wenn ihm der Mangel seiner eigenen Berechtigung unbekannt geblieben war, und selbst dann, wenn er den Erwerber wie geschuldet im Prozess unterstützt hatte. Der Manzipant trug also grundsätzlich das Prozessrisiko, für das Cicero den Begriff *periculum iudicii* benutzt (Cic. Mur. 2,3). Hiervon wurden Ausnahmen zugelassen, nämlich der Prozessverlust *iniuria iudicis*,[712] möglicherweise auch ein ungeschicktes Prozessieren des Käufers (Einzelheiten zweifelhaft).[713] Der Formelbestandteil *sine dolo malo* soll vor allem dafür gesorgt haben, dass ein Manzipant, dem die Klage gegen den Erwerber nicht angezeigt worden war (→ Rn. 239), haftungsfrei blieb.[714]

Während der Ausgangsfall der *auctoritas*-Haftung gewiss die Inanspruchnahme des **247**
Käufers mittels der *rei vindicatio* war (auch gerichtet auf einen gegenständlichen Teil der manzipierten Sache[715] oder gestützt auf einen Eigentumsbruchteil[716]), sind im Laufe der Entwicklung weitere Klagen als *auctoritas*-relevant anerkannt worden, und zwar solche, die dem Vindikationsmodell folgen: *vindicatio ususfructus*,[717] vermutlich auch die *vindicatio servitutis*,[718] die *actio negatoria* und die *actio Publiciana*.[719] Auch die *vindicatio in libertatem* löste die Haftung aus.[720] Die Durchsetzung der Freiheit durch einen manzipierten *statuliber* war haftungsauslösend, doch konnte diese Haftung vermieden werden, indem bei der Manzipation die Freilassungsbedingung richtig angesagt wurde (→ Rn. 55).[721] Zweifelsfälle sind die *actio Serviana* und die Besitzinterdikte,[722] bei welchen formelbedingt eine *actio auctoritatis utilis* notwendig geworden sein mag; hinreichende Quellenzeugnisse fehlen.[723] Aufgrund von Iul. 57 dig. D. 21.2.39.1

---

[711] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 184 ff.

[712] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 190 ff.; *Klingenberg*, Et. Ankum I 177–191.

[713] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 186 ff.

[714] *Ankum*, Fundamina 20 (2014) 6 u. passim; s. auch *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 85 ff.

[715] Zu Pap. 7 quaest. D. 21.2.64 pr. s. *Hackel*, SZ 114 (1997) 435–448; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 69 ff.; *Tafaro*, Labeo 19 (1973) 33 f.

[716] Zu Iul. 57 dig. D. 21.2.39.3 s. *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 70 ff.

[717] Cels. 27 dig. D. 21.2.62.2 und dazu *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 74 ff.

[718] *Ankum*, FB Hosten 7–18; das Käuferinteresse an einer befriedigenden Rechtslage hinsichtlich der Servituten ließ sich noch gesondert durch eine Stipulation (und zuvor durch eine Ansage in Form einer *lex mancipio dicta*) schützen (*uti optimus maximusque sit*); dazu → Rn. 55; umfassend *Backhaus*, FS Knütel 57–75.

[719] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 73.

[720] Iul. 57 dig. D. 21.2.39.3 und dazu *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 71 ff.

[721] Zu der fragwürdigen Stelle Scaev. 2 quaest. D. 21.2.69 s. *Kleňová*, TR 85 (2017) 440–447; dort auch S. 452 ff. zu Afr. 6 quaest. D. 21.2.46.

[722] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 75 ff.

[723] Ein gegenüber dem Käufer bestehender Interdiktenschutz wurde als Nichtverschaffung der *vacua possessio* gewertet: der Käufer konnte sogleich *ex empto* wegen nicht erfolgter *traditio* klagen; → Rn. 125.

kann man annehmen, dass die *actio auctoritatis* auch begründet war, wenn die Sache einem Abkäufer des Käufers streitig gemacht wurde, ohne dass der Manzipant dem Zweitkäufer erfolgreich den Defensionsbeistand leistete.[724] Mit Recht sagte Kaser, dass die Einbeziehung des Weiterverkaufs in die *auctoritas*-Haftung „von der Sache her unausweichlich geboten war".[725]

248 Die Duplierung war objektivrechtlich vorgegeben; ein anderer Faktor zur Vervielfachung des Kaufpreises ließ sich offenbar nicht vereinbaren.[726] Das *duplum* war auf den gezahlten und empfangenen Kaufpreis bezogen.[727] Die bei der Manzipation erfolgte (oder förmlich als erfolgt erklärte) Zahlung war damit Haftungsvoraussetzung.[728] Die römischen Juristen erörterten auch in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Sicherstellung des Kaufpreises ausreichte.[729] Wenn die Manzipation *nummo uno* vollzogen worden war, richtete sich die *duplum*-Haftung auf den Wert zweier entsprechender Münzen; diese Gestaltung wurde benutzt, um den Verkäufer von der Defensionspflicht freizuzeichnen, etwa bei einer Manzipation zur Begründung einer *fiducia*.[730] Was galt, wenn ein reales Kaufgeld gezahlt wurde, aber nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit einer als *imaginaria venditio* vollzogenen *mancipatio*? Es wird plausibel vermutet, dass hier der abseits des Manzipationsrituals gezahlte Kaufpreis dupliert wurde.[731]

249 Von der indirekten zeitlichen Begrenzung der Defensionspflicht bis zu dem Zeitpunkt, in welchem der Käufer (abstrakt) in der Lage sein musste, sich auf einen durch *usucapio* erworbenen Titel zu stützen (→ Rn. 242), ist die Frage zu unterscheiden, ob die einmal engagierte *actio auctoritatis* eine *actio temporalis* gewesen ist; hierauf gibt es keinen Hinweis. Die Annahme, die *actio auctoritatis* sei aktiv und passiv vererblich gewesen,[732] ist jedenfalls für die Aktivseite glaubhaft, aber ohne Quellengrundlage.

---

[724] Zu dieser viel behandelten Stelle s. *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 194 ff.; *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 27 f., 75 Fn. 1 f.; *Beseler*, SZ 45 (1925) 468; *Kaser*, FG Lübtow (1970) 482 ff.; *Reduzzi Merola*, Hom. Clavel-Lévêque III 316–321; *Ankum*, ACost. III 38 ff.; *Ankum*, Ess. Lustrum VI Utrecht 18 Fn. 6; *Ankum*, HB Warmelo 11 ff.; *Ankum*, Lib. Am. Krampe 19 f.; krit. zu *Ankums* Deutungen *Finkenauer*, Stipulation (2010) 82–86; abw. auch *Corbino*, Iura 27 (1976) 60.

[725] *Kaser*, FG Lübtow (1970) 487; wie *Kaser* auch *Ankum*, ACost. III 31 bei Fn. 64; *Ankum*, ACost. IV 776 und *Ankum*, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 611 ff.

[726] Paul. sent. 2.17.3 und dazu *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 171.

[727] *Huschke* nahm an, im Manzipationsformular sei ein bestimmter Betrag genannt worden, zu dem der Manzipant zu haften versprach; dieser Betrag sei an sich beliebig gewesen, hätte aber – anders als bei der *stipulatio* (Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.2.56 pr.) – nicht höher sein dürfen als das Doppelte des Kaufpreises; Nexum (1846) 188 ff.

[728] Paul. sent. 2.17.1 und dazu *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 56 mwN.

[729] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 59 ff., zu Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.2.

[730] Form. Baetica, FIRA III 92 = CIL II 5042 u. dazu statt aller *Noordraven*, Fiduzia (1999) 146 ff.; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 56.

[731] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 60 ff.

[732] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 210 ff.

Eine *actio auctoritatis utilis* soll in verschiedenen Konstellationen in Betracht gekommen sein. Genannt wird vor allem der Fall, dass (im Hinblick auf eine *vindicatio*) um eine *restitutio in integrum* gestritten wurde;[733] auch Afr. 6 quaest. D. 21.2.46 pr. wird als Beleg für eine *actio auctoritatis utilis* erwogen.[734] 250

d. Die *auctoritas* in der nachklassischen Entwicklung

Die Haftung aufgrund der *actio auctoritatis* war noch bis in die nachklassische Zeit die anerkannte Verkäuferhaftung im Anschluss an die Manzipation.[735] Im Verlauf der Kaiserzeit mag sie schon zunehmend an praktischer Bedeutung verloren haben, weil der Rechtsverkehr mehr und mehr zum Gebrauch von Eviktionsstipulationen überging und sich die Vornahme des Manzipationsakts, auch wo diese möglich gewesen wäre, ersparte.[736] Jedenfalls wandten die römischen Juristen der klassischen Zeit noch zwei Grundformen der Verkäuferhaftung nebeneinander an, nämlich die Haftung aufgrund der *actio auctoritatis* und die auf ein gesondertes Vertragsgeschäft (Stipulation, *emptio venditio*) gestützte Eviktionshaftung. Zu den Konkurrenzproblemen → Rn. 292. 251

In der justinianischen Kodifikation ist die Rechtsfigur der *auctoritas* zusammen mit der *mancipatio* beseitigt worden (→ Rn. 450).[737] Wo Texte verwertet wurden, die von der *actio auctoritatis* gehandelt hatten, wurden andere Ausdrücke benutzt, z. B. *actio evictionis* u. ä.;[738] vor allem hat man Texte auch so angepasst, dass sie sich neu auf die eine oder andere Eviktionsstipulation bezogen. 252

3. Der Käuferschutz mittels Stipulationen

a. Übersicht

Der Käuferschutz mittels Stipulationen ist ein Produkt des Rechtsverkehrs. Von vornherein geht es also nicht um „das" römische Recht im Sinne einer objektiven Ordnung, denn die Parteien waren weitgehend frei, käuferschützende Stipulationen nach ihren Bedürfnissen und Verhandlungspositionen zu gestalten. Eine Darstellung kann nur approximativ und idealtypisierend die gebrauchten Gestaltungsvarianten nachzeich- 253

[733] Iul. 57 dig. D. 21.2.39 pr., eine oft behandelte Stelle: s. u.a. *Ankum*, Ess. Lustrum IV Utrecht 8 ff.; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 201 ff.; *Jakab*, Praedicere (1997) 277 ff.

[734] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 205 ff.; zum Fortgang der Stelle s. *Kleňová*, TR 85 (2017) 452 ff.

[735] Anders *Söllner*, SZ 122 (2005) 21 mit Fn. 75: *auctoritas*-Haftung in klassischer Zeit bereits abgestorben.

[736] *Ankum* spricht davon, dass die *stipulatio duplae* die *auctoritas*-Haftung geradezu verdrängt habe, und nennt als Ursache das Edikt der curulischen Ädilen, das den Abschluss einer *stipulatio duplae* beim Marktverkauf von Sklaven obligatorisch gemacht habe, Ess. Lustrum VI Utrecht 1, 17; dazu → Rn. 386.

[737] *Kaser*, RP II 392 bei u. mit Fn. 58; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 19 ff.

[738] *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 19 ff.

nen.[739] Honorarrechtlich objektiviert war allerdings im prätorischen Edikt der Wortlaut der *satisdatio secundum mancipium* und möglicherweise derjenige der *stipulatio duplae* als Teil einer zusammen mit dem ädilizischen Edikt proponierten Stipulation; wie es sich mit Letzterer verhielt, ist ungesichert (→ Rn. 386). Die zum Käuferschutz geläufigen Verbalobligationen werden im Folgenden danach unterschieden, ob sie den Promittenten zu einem Verhalten verpflichteten (b.) oder reine Garantiestipulationen waren (c.).

b. Defensions- und Nichtangriffsstipulationen

aa. *Satisdatio* und *repromissio secundum mancipium*

254 *Satisdatio secundum mancipium* (s.s.m.) und *repromissio secundum mancipium* (r.s.m.) sind im Anschluss an die *auctoritas*-Haftung des Manzipanten zu erfassen.[740] Bei ihnen geht es um die Imitation der *auctoritas*-Verpflichtung in der Form einer Verbalobligation.[741] Die römischen Juristen bezeichneten sie geradezu als *stipulatio* (auch: *promissio*) *auctoritatis*[742] und handelten insoweit *de contrahendo auctoritate.*[743] Man konnte von einer in Stipulationsform versprochenen *auctoritas* reden. Die Defensionsstipulation ließ sich durch Bürgschaftsstipulationen bestärken;[744] hiervon wurde Gebrauch gemacht und der Eviktionsbürge als *auctor secundus* bezeichnet.[745] Es liegt nahe, dass als Eviktionsbürgen die Vormänner des Promissor aufgeboten wurden. Man wird nicht ausschließen, dass für die *satisdatio secundum mancipium* die Verstärkung durch Bürgen vorgeschrieben war.[746] Bei *satisdatio* und *repromissio secundum mancipium* handelte es sich an sich nach heutigem Erkenntnisstand im Kern um ein und dieselbe Defensionsstipulation, mit dem Unterschied, dass mit dem Ausdruck *satisdatio secundum mancipium* diese Defensionsstipulation als eine ediktal vorgeschriebene, insofern vielleicht bürgschaftsverstärkte, prätorische Stipulation angesprochen wurde.

---

[739] *Nörr*, SZ 121 (2004) 152–188.

[740] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 13–28; *Dalla Massara*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 285 f.; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 118 f.

[741] *Ankum*, ACost. IV 759 f. u. passim.

[742] Frg. Vat. 10 u. dazu *Ankum*, ACost. III 22 u. *Ankum*, ACost. IV 762.

[743] Paul. sent. Rubrica 5.10.

[744] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 14; *Dalla Massara*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 285; aus der Urkundenpraxis: FIRA III 89 = CIL III p 959,25 (p. 1058, 2215): *f(ideiussore) a(ccepto).*

[745] Z. B. Ulp. 32 ed. D. 21.2.4 pr.

[746] Die Wiederholung der *auctoritas*-Verpflichtung des Manzipanten in Form einer Verbalobligation erleichterte Sponsionsbürgschaften, namentlich durch die Vormänner des Manzipanten (*auctor secundus* usw.), die sich nur an eine Verbalobligation anlehnen konnten; hierauf stellten ab *Lenel*, EP 546 f.; *Kaser*, RP I 554 bei und mit Fn. 12; *Kaser*, Eigentum (1956) 66 f.; *Arangio-Ruiz*, Compravendita II (1954) 329 ff.; ähnlich bereits *Bechmann*, Kauf I (1876) 369 f.

255 Der soeben skizzierte Erkenntnisstand beruht vor allem auf Forschungen Hans Ankums.[747] Frühere, teilweise stark abweichende Überlegungen können als überholt gelten: Nach Meylan sollte die *satisdatio secundum mancipium* überhaupt keine Eviktionsstipulation darstellen, sondern eine Garantie für die Gewährung der *vacua possessio* bei der Manzipation eines entfernten *fundus*.[748]

256 Als Spuren der (im justinianischen Recht beseitigten) *satisdatio* bzw. *repromissio s. m.* müssen u. a. in Betracht gezogen werden: aus den literarische Quellen Plaut. Persa II 523–524,[749] Cic. Att. 5,l,2,[750] die Notae Lindenbrogianae s. v. s.s.m., aus dem juristischen Material: Frg. Vat. 328 = Pap. 2 resp. D. 3.3.67,[751] Pap. 3 resp. Frg. Vat. 10,[752] Paul. sent. Rubrica 5.10 (*de contrahenda auctoritate*), Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.1,[753] Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.8,9,[754] Ulp. 32 ed. D. 21.2.4 pr.,[755] Iul. 57 dig. D. 21.2.39,[756] Iul. 58 dig. D. 21.2.40,[757] Iul. 58 dig. D. 21.2.43,[758] Ulp. 81 ed. D. 21.2.52,[759] Paul. 77 ed. D. 21.2.53,[760] Ven. 17 stip. D. 21.2.76[761] und Ven. 6 stip. D. 45.1.139.[762] Stets geht es um *res mancipi*. Dabei ist im Einzelnen oft streitig, ob die Stellen nicht vielmehr auf die *actio auctoritatis* oder auf die *stipulatio duplae* zu beziehen sind.

257 Es ist nicht abschließend geklärt, ob es sich bei der *satisdatio secundum mancipium* um eine reine Garantiestipulation handelte oder ob der Promissor eine regelrechte Defensionspflicht übernahm, wie sie aufgrund der Manzipation für den *mancipio dans* begründet war (→ Rn. 239–241). In folgenden Fragmenten will man eine regelrechte

---

[747] *Ankum*, ACost. IV 740–792; *Ankum*, Lib. Am. Krampe 13–28.

[748] *Meylan*, RHD 26 (1948) 1–35; ausf. Auseinandersetzung mit *Meylan* bei *Arangio-Ruiz*, Compravendita II (1954) 329 ff.; *Calonge*, Evicción (1968) 20 ff. und bei *Ankum*, ACost. IV 752 ff.

[749] Dazu *Ankum*, ACost. III 9 ff.; *Ankum*, ACost. IV 760 f.

[750] *Ankum*, ACost. IV 763 f.

[751] Dazu *Ankum*, ACost. IV 766.

[752] *Ankum*, ACost. IV 762.

[753] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 16 Fn. 16; *Ankum*, ACost. IV 782 ff.; *Noordraven*, Fiduzia (1999) 21 f.

[754] *Ankum*, ACost. IV 785 f.: *[habere licere]* ⟨*secundum mancipium*⟩ mit weiterer Lit. in Fn. 149, dazu noch (im Sinne Ankums) *Honsell*, Quod interest (1969) ausf. 22 f.

[755] *Ankum*, ACost. IV 789 sowie 770 Fn. 104. Anders *Lenel*, Pal. Ulp. ad ed. lib. XXXII Nr. 930 mit Fn. 2: *actio auctoritatis*.

[756] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 19; *Ernst*, FS Knütel 284 mwN.; *Casinos Mora*, FHI 1999.

[757] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 20 ff.; *Ankum*, ACost. IV 777 f.: *[de evictione]* ⟨*secundum mancipium*⟩.

[758] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 22 ff.; *Ankum*, ACost. IV 772 Fn. 109: *[duplae]* ⟨*auctoritatis*⟩.

[759] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 27 f.; *Ankum*, ACost. IV 772 Fn. 112: *[duplae]* ⟨*auctoritatis*⟩.

[760] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 24 ff.; *Ankum*, ACost. IV 779 ff.

[761] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 24; *Ankum*, ACost. IV 777 ff.: *[id est actionem pro evictione]*, 778 Fn. 123 a. E.; *Ankum*, ACost. III 23; *Brägger*, Actio auctoritatis (2012) 153 ff.

[762] Nach *Ankum* ist die Inskription in *liber [6]* ⟨*16*⟩ *stipulationum* zu verbessern, in welchem Venuleius von der *actio auctoritatis* gehandelt haben soll (ACost. IV 778 Fn. 124); es wäre aber vielleicht noch eher an *liber 17* zu denken, vgl. Ven. 17 stip. D. 21.2.76. S. auch *Ankum*, ACost. III 23.

Defensionspflicht erkennen: Ven. 6 stip. D. 45.1.139, wohl auch Paul. 75 ed. D. 45.1.85 und Her. 2 iur. epit. D. 21.2.74, Cels. 27 dig. D. 21.2.62.1, sowie Sev./Ant. C. 8.44.8 (a.222).[763] Dies führt zu der weiteren Frage, wie diese Defensionspflicht in die Stipulationsformel integriert war. Es könnte sich um eine Doppelstipulation[764] – einerseits der Defension als *facere*, andererseits der Zahlung (*dare*) der im Fall der Nichtdefension geschuldeten *poena* – gehandelt haben oder um ein durch das Verfallsereignis der Nichtdefension bedingtes Pönalversprechen, bei dem also die Defension nicht *in obligatione*, sondern nur *in condicione* gewesen wäre. Eine Stipulation etwa des Wortlauts *fieri, quod si factum non erit, quanti ea res data est, tantae pecuniae duplum dari* ist von anderen prätorischen Stipulationen her geläufig.[765] Aufgrund der Annahme, es habe sich um eine Doppelstipulation gehandelt, kann sich Ankum den folgenden Wortlaut vorstellen (spekulativ): *Auctoritatem mihi praestare et si auctoritatem defugisses vel in rei vindicatione sine dolo malo victus sim duplam pecuniam recte mihi dare spondes?*[766] Eine abschließende Antwort auf die Frage nach dem konkreten Wortverlauf der *satisdatio secundum mancipium* erscheint beim jetzigen Kenntnisstand nicht möglich.

258 Sofern man Paul. 77 ed. D. 21.2.53 auf die *satisdatio secundum mancipium* bezieht,[767] hätte man einen Beleg dafür, dass die bedingte Zahlungspflicht, wie sie in der Stipulationsformel begründet war, von einer *denuntiatio* abhängig war; möglicherweise diente das Klauselelement *sine dolo malo* zur Abwehr einer Käuferklage *ex stipulatu*, wenn der Käufer eine Benachrichtigung des Promissors/Verkäufers unterlassen hatte.[768] Hierfür spricht der Anschluss an das Recht der *auctoritas* kraft Manzipation (→ Rn. 239) und eine entsprechende Handhabung der *stipulatio duplae* (→ Rn. 270).

259 Sollte der Verkäufer aufgrund der Abgabe der *s.s.m.* oder *r.s.m.* gehalten gewesen sein, den Käufer zu verteidigen, gleich ob die Verteidigung *in obligatione* oder nur *in condicione* war, ergäbe sich eine besonders klare Abgrenzung gegenüber der *stipulatio duplae* (→ Rn. 270) als einer reinen Garantiestipulation. Die *stipulatio duplae* kam beim Verkauf sowohl von *res mancipi* wie auch von *res nec mancipi* zum Einsatz. Es ist naheliegend, aber nicht hinreichend gesichert, sich das Verhältnis der Eviktionsstipulationen so zurecht zu legen, dass beim Verkauf von *res mancipi*, die lediglich tradiert wurden, die Defensionsstipulation zum Einsatz kam, beim Kauf von *res nec manicpi* die *stipulatio duplae*, doch dürfte dies der Vielfalt des Rechtsverkehrs nicht entsprechen.[769] Schlussendlich muss die *stipulatio duplae* im Rechtsverkehr die *stipulatio auctoritatis* jedoch ganz abgelöst haben, da die *mancipatio* außer Gebrauch kam (→ Rn. 450; → § 17 Rn. 2–3).

---

[763] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 26 Fn. 64: [*ex stipulatu*] ⟨*auctoritatis*⟩; s. schon *Bechmann*, Kauf I (1876) 371 ff.

[764] Zu ihr *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 65 ff.

[765] S. *Kaser*, SZ 90 (1973) 210; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 63.

[766] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 14 ff.

[767] So *Ankum*, Lib. Am. Krampe 24 ff.; *Ankum*, Fundamina 20 (2014) 6.

[768] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 26 f.

[769] Dies betont *Nörr*, SZ 121 (2004) 152–188.

Wenn die Defensionsstipulation als *satisdatio secundum mancipium* angesprochen wird, handelte es sich um eine prätorische Stipulation. Im Edikt war sie vermutlich für den Verkauf einer *res mancipi* – als einer *res aliena* – durch einen *procurator* vorgeschrieben; dieser konnte die Manzipation der Sache seines *dominus* ja nicht stellvertretend für diesen vollziehen, sondern nur ohne Begründung einer *auctoritas*-Haftung tradieren. Die Annahme, es sei enger (nur) um den Schutz des Käufers gegen eine Vindikation gerade seitens des *dominus* gegangen,[770] dürfte zu kurz greifen; der Käufer bedurfte beim Erwerb einer *res mancipi aliena* Schutz nicht nur gegen den Fall ausbleibender Genehmigung durch den *dominus*, wofür schon die *cautio ratam haberi* sorgte, sondern auch Ersatz für den Schutz, den er durch eine Manzipation genossen hätte.[771] **260**

Bei der *postulatio* der *actio venditi* wurde der verkaufende Prokurator bei Anstellung der *actio venditi* vom Prätor zur Abgabe der *satisdatio secundum mancipium* angehalten, und zwar zunächst wohl durch Androhung einer Denegation der *actio venditi*, dann möglicherweise durch einen mittelbaren Stipulationszwang, indem bei Ausbleiben der *satisdatio* der Verkäufer aufgrund der *actio empti* auf die Zahlung des *duplum* kondemniert wurde.[772] Der eine *res mancipi* seines *dominus* veräußernde *procurator* wird gezwungen, sich selbst als Kaufbürgen für den Verkauf der fremden Sache zu stellen – dies könnte den Ausdruck *satisdatio* erklären.[773] Eine (ediktale) Pflicht, zusätzlich Dritte als Eviktionsbürgen zu stellen, bestand nicht,[774] wenn man nicht annehmen will, dass der Prätor stets auch eine zusätzliche Bürgensicherung durchsetzte. Die *satisdatio secundum mancipium* war damit auf dieselbe Situation bezogen wie die *cautio ratam rem haberi*.[775] So dürfte sich der Befund erklären, dass die *satisdatio secundum mancipium* zusammen mit ihr im prätorischen Edikt proponiert gewesen ist,[776] und zwar im Abschnitt über die prätorischen Stipulationen.[777] **261**

---

[770] So tendenziell *Finkenauer*, Stipulation (2010) 49.

[771] *Ankum* nennt Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.8,9, ACost. IV 785 f. § 8: *[habere licere]* ⟨*secundum mancipium*⟩, *Ven. 17 stip.* D. 21.2.76, a. a. O., 777 f., und aus den literarischen Quellen Cic. Att. V 1,2.

[772] Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.8 wird von *Ankum* ja auf die *s.s.m.* bezogen, ACost. IV 785 f.

[773] Nach *Ankum* soll der technische Ausdruck *satisdatio* erkennen lassen, dass die Formulierung der Stipulation Angelegenheit des zu ihrer Abgabe verpflichteten Verkäufers gewesen ist, ACost. IV 747 f.

[774] Ulp. 32 ed. D. 21.2.4 pr. Eviktionsbürgen waren in antiken Rechten verbreitet. Diocl./Max. C. 4.38.12 pr. (o.A.) muss der (aus dem griechischen Rechtsraum stammenden?) Ansicht entgegentreten, ein Kauf ohne Eviktionsbürgen sei überhaupt unwirksam; dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 175; zu den Kaufbürgen in antiken Rechten schon *Mitteis*, Reichsrecht (1891) 503 ff.

[775] Zu ihr s. *Lenel*, EP 98, 541; *Kaser/Hackl*, RZ 280.

[776] *Lenel*, EP 546 ff.; s. auch *Ankum*, ACost. IV 768 ff.

[777] *Lenel*, EP 47. Ob die *satisdatio s. m.* überhaupt der Grund gewesen ist, warum auch die *actio auctoritatis* im Edikt vorgekommen ist (weil man jene nicht ohne diese habe verstehen können), wie Ankum, ACost. IV 771 f. meint, ist fraglich. – Auch in den Paulussentenzen fällt die Zusammenstellung mit der *cautio damni infecti* als einer anderen prätorischen Kaution auf, s. *Ankum*, ACost. IV 764 f.; *Ankum*, Lib. Am. Krampe 17 ff.

262 Die *repromissio secundum mancipium* war nichts anderes als das in Stipulationsform gegebene Defensionsversprechen, wie es im freien Rechtsverkehr – also ohne den Hintergrund prätorischen Stipulationszwangs – verwendet wurde. Die Formel der *satisdatio secundum mancipium* konnte im Rechtsverkehr zwanglos übernommen werden, wenn andere Gründe als die Einschaltung eines Prokurators den Vollzug durch eine Manzipation und damit das Entstehen der *auctoritas*-Haftung verhinderten, die Parteien aber an der Begründung einer der *auctoritas*-Haftung entsprechenden Haftung des Veräußerers interessiert waren.[778] Es handelt sich etwa um des Verkauf einer *res mancipi* durch einen *filiusfamilias*, einen Sklaven oder einen Peregrinen, oder aber um den Verkauf an einen Peregrinen ohne das *ius commercii*. Weiterhin geht es möglicherweise um Fälle einer Manzipation, die *nummo uno* erfolgte und darum keine *auctoritas*-Verbindlichkeit zur Folge hatte, z. B. bei einer *fiducia,*[779] sowie um den Pfandverkauf durch den Gläubiger, der die ihm verpfändete *res mancipi* ja nicht manzipieren konnte: Hier soll dann für den Erwerber eine der *auctoritas*-Haftung entsprechende Gewährleistung begründet werden (sofern das Pfand nicht – wie üblich – ohne Eviktionshaftung verkauft wurde).[780] Für die *r.s.m.* wird sich also ein überaus breites Anwendungsgebiet gefunden haben. Für den Wortlaut der *repromissio* dürfte die *satisdatio secundum mancipium* mit ihrer vom Prätor vorgeschriebenen Wortformel in gewissem Sinne als Vorbild gedient haben.[781] In der *formula Baetica* ist von einer *repromissio* die Rede *ut in ea verba quae in verba satis secundum mancipium dari solet.*[782]

263 Die *secundum mancipium* erfolgten Stipulationen wurden in der justinianischen Kodifikation wegen ihres Bezugs auf die Manzipation zusammen mit dieser beseitigt; einige mit ihr zusammenhängenden bezügliche Texte sind möglicherweise auf die *duplae stipulatio* umgemünzt worden.

bb. *Stipulatio habere licere*

264 Die *stipulatio habere licere* war eine Nichtangriffsstipulation mit der Formel *eam rem recte mihi habere licere spondes?*[783] Versprochen wurde nicht eine *poena*, sondern ein

---

[778] *Ankum*, Lib. Am. Krampe 16, 18.

[779] Auch Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.7 soll einen Fall betreffen, indem nach Manzipation *nummo uno* eine *cautio secundum mancipium* die Verkäuferhaftung begründen muss, dazu ausf. *Ankum*, BIDR 22 (1980) 70 ff.

[780] Darauf beruht die Problematik von Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.1, dazu *Ankum*, ACost. IV 782 f.: *[evictionem]* ⟨*auctoritatem*⟩ und *[evictionis]* ⟨*auctoritatis*⟩. Weitere Nachw. ebenda in Fn. 137 f., dazu noch *Noordraven*, Fiducia (1988) 26 ff.

[781] Anders als bei der *satisdatio secundum mancipium*, zu deren Abgabe und daher auch zu deren Formulierung der Prokurator als Verkäufer einer *res aliena* verpflichtet gewesen sei, sei hier die Versprechensformel vom Käufer formuliert worden, was in dem Begriff *repromissio* erkennbar sei, *Ankum*, ACost. IV 747 f.

[782] FIRA III, 92 = CIL II 5042; s. *Ankum*, ACost. IV 756 ff.

[783] Quellen sind FIRA III 90 = CIL III 944,08 Z. 5–7; Varro rust. 2,3,5; 2,4,5; 2,2,6, dazu *Jakab*,

(*non*) *facere*,[784] indem *reus se obligat, ne ipse faciat quo minus habere liceat*. Die *stipulatio habere licere* unterscheidet sich dadurch grundlegend von den Garantiestipulationen, die an die Dritteviktion den Verfall einer promittierten *poena* auslösten. Eher ist die *stipulatio habere licere* mit der *satisdatio* und der *repromissio secundum mancipium* auf eine Ebene zu stellen, indem diese den Promissor – in welcher Form auch immer – zur Defension verpflichteten, während die *stipulatio habere licere* ihn in erster Linie zum Nichtangriff verpflichte.[785] Ein Spezifikum der *stipulatio habere licere* liegt im Kaufobjekt:[786] Während *satisdatio* und *repromissio secundum mancipium* beim Verkauf von *res mancipi* vorkamen, weil sie die *auctoritas*-Haftung zum Vorbild haben, wurde die *stipulatio habere licere* überwiegend, wenn nicht gar ausschließlich, beim Verkauf von *res nec mancipi* vereinbart,[787] also bei Gegenständen, bei denen keine Möglichkeit bestand, dem Käufer durch *mancipatio* Eigentum zu verschaffen.

Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.3 präzisiert, was der Promissor zu unterlassen ver- **265**
spricht:[788] Er verpflichtet sich, *ne controversiam faciat*, wobei jede Art von Streitigkeit, gehe es um den Besitz, den Nießbrauch oder eine Servitut an der verkauften Sache, als Zuwiderhandeln und damit – bei Ergänzung um eine Strafklausel – als Verfallsereignis begriffen wird. Dabei wird das *controversiam facere* jedenfalls nicht dasjenige voraussetzen, was bei den Garantiestipulationen zur Verfallsvoraussetzung erhoben ist, nämlich der Besitzverlust in Folge eines verlorenen Prozesses (→ Rn. 271). Die *stipulatio habere licere* und die *stipulatio duplae*, obschon auch diese auf das *habere licere* bezogen ist, haben also einen unterschiedlichen Bezug, indem Erstere jedes *controversiam facere* – als ein Tun – verbietet, während Letztere als Garantiestipulation auf die Eviktion als Ereignis bezogen ist, das erst mit verlorenem Vindikationsprozess eintritt.

Praedicere (1997) 57 ff.; *Ortu*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 323 ff.; weiter Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 pr.–2; vielleicht auch noch Pap. 10 resp. D. 21.2.67, s. *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 160; umfassend auch *Nörr*, SZ 121 (2004) 159 ff.

[784] S. Ulp. 22 ed. D. 45.1.75.7, wo die Stipulation *per te non fieri, quo minus mihi hominem Erotem habere liceat* als Beispiel einer Stipulation *in non faciendo* gebracht wird, die als solche auf ein *incertum* gerichtet sei. Zu dieser Stelle Calonge, Evicción (1968) 28 Fn. 57 mwN. Zur zutr. Einordnung als *facere*-Stipulation s. *Kaser*, SZ 90 (1973) 192, 200; *Medicus*, Quod interest (1962) 56.

[785] Ganz anders *Meylan*, RHD 26 (1948) 1–35, demzufolge die *stipulatio habere licere* überhaupt keine Eviktionsstipulation darstellt, sondern eine Garantie für die Besitzverschaffung bei der Manzipation einer nicht präsenten und also auch nicht tradierten *res nec mancipi*, wie sie seines Erachtens beim Verkauf von *res mancipi* durch die *satisdatio secundum mancipium* begründet wurde (→ Rn. 255).

[786] *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 59, 142; ebenso *Karlowa*, RRG II 623; *Calonge*, Evicción (1968) 27, 32.

[787] *Kaser*, SZ 90 (1973) 192 ff., 193 Fn. 53 (dort insb.), 200 ff.; s. auch *Kaser*, RP I 555 Fn. 20, 556 Fn. 22; *Kaser*, RP II 391 Fn. 54; *Kaser*, SZ 54 (1934) 162–188; ebenso *Arangio-Ruiz*, Compravendita II (1954) 339 f.; *Ankum*, ACost. III 19 f. Zu den durch Ulp. 22 ed. D. 45.1.75.7 begründeten Zweifeln s. *Calonge*, Evicción (1968) 28 f.

[788] Zu diesem Fragment s. *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 175 Fn. 234.

266 In der romanistischen Forschung ist umstritten, welche Haftung den Promissor der *stipulatio habere licere* als Folge eines Zuwiderhandelns traf. In Ermangelung eindeutiger Belege geht es nur um Annahmen größerer oder geringerer Plausibilität. Die auf ein *facere* gehende Stipulation war mit einer auf *quidquid dare facere oportet* lautenden *actio* auszuklagen,[789] womit der Promissor auf den Geldwert des ihm promittierten *non facere* kondemniert wurde. Es ist uns nicht überliefert, wird aber allgemein angenommen,[790] dass es sich dabei – wie auch bei den anderen Stipulationen eines *incertum*[791] – um eine Kondemnation in *id quanti actoris interest* handelte.[792] Für den Fall der Störung des *habere licere* konnten die Parteien aber auch, anstatt es bei dieser Haftungsfolge zu belassen, eine Vertragsstrafe vereinbaren, die ihrerseits einen bestimmten Geldbetrag oder *quanti ea res est*[793] beinhalten konnte: Dies mag wegen der notorischen Schwierigkeit und Ungewissheit der richterlichen Bestimmung des Geldwerts der Leistung[794] nahegelegen haben, wie es ja auch bei einer größeren Anzahl von *facere*-Stipulationen offenbar zur Ergänzung durch Strafklauseln gekommen ist. Stipulationstechnisch war zweierlei möglich:[795] das Versprechen sowohl von *habere licere* und für den Fall von dessen Störung (Nichtgewähr des *habere licere*) eine Vertragsstrafe (Doppelstipulation), oder eine Umformulierung der *stipulatio habere licere* dahingehend, dass das *habere licere* aus der Primärleistung herausgenommen und seine Störung nurmehr als Verfallsbedingung der Vertragsstrafe als dem einzigen *in obligatione* befindlichen Schuldinhalt vereinbart wurde (selbständiges Strafversprechen). Auch in einer solchen denkbaren Fassung als selbständiges Strafversprechen hätte sich die *stipulatio habere licere* von der *stipulatio duplae* insofern noch unterschieden, als diese auf das Verfallsereignis eines Entzugs des *habere licere* durch Dritteviktion gestellt war. Dagegen trat das Verfallsereignis für eine als konditionales (unechtes) Strafversprechen formulierte *stipulatio habere licere* wohl bereits damit ein, dass der Verkäufer gegen den Käufer vorzugehen begann.[796] Wie nochmals betont sei, ist uns eine konkrete Strafklausel für die *stipulatio habere licere* nicht überliefert.[797] Mit dem Vorstehenden dürfte

---

[789] *Medicus*, Quod interest (1962) 56, wobei Medicus noch mit der Beifügung einer *taxatio* rechnet.

[790] Wenn man nicht Pap. 10 resp. D. 21.2.67 auf die *stipulatio habere licere* beziehen will, s. *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 160 f.

[791] Vgl. *Medicus*, Quod interest (1962) 212 ff.

[792] *Arangio-Ruiz*, Compravendita II (1954) 3, 34; *Medicus*, Quod interest (1962) 57 mit Fn. 14. S. ausf. *Calonge*, Evicción (1968) 29 f. mit Fn. 62.

[793] Oder möglicherweise auch im *id quod interest* des Käufers, so *Knütel* für Pap. 10 resp. D. 21.2.67, Stipulatio poenae (1976) 160 ff.

[794] S. *Kaser*, SZ 90 (1973) 206 f., 213 u. öfter; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 53.

[795] S. *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 27 ff., 65 ff. (zur Doppelstipulation insbesondere), jew. mwN.

[796] S. Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.2.

[797] Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.2 verweist unter einem anderen Gesichtspunkt auf die Strafklausel, die aber ebenfalls nicht ausgeführt wird.

allerdings der mögliche Bereich dessen abgesteckt sein, was bei Anwendung der unter den römischen Juristen gängigen Stipulationstechniken in Betracht gekommen ist. Damit ist jedenfalls die Behauptung Rabels zurückzuweisen, die *stipulatio habere licere* hätte sich spezifisch auf die Rückzahlung des Kaufpreises gerichtet.[798] Vor allem sollte die zeitweilig, besonders von Girard favorisierte Gleichsetzung der *stipulatio habere licere* mit der *stipulatio simplae* erledigt sein,[799] welche danach als Variante der *stipulatio duplae*[800] eine auf die Eviktion – als Verfallsereignis – gestellte Garantiestipulation, und keine *facere*-Stipulation gewesen wäre.[801] Mit Recht sagt Calonge hiergegen, die *stipulatio habere licere* sei von der *stipulatio simplae* „totalmente distinta".[802]

Ein wesentliches Charakteristikum der *stipulatio habere licere* dürfte darin bestanden **267**
haben, dass sie regelmäßig auch den Nichtangriff durch die Erben des Promissor einschloss;[803] dies entsprach vielleicht ihrer ursprünglichen Funktion als Ersatz für eine absolut wirkende Eigentumsposition. Eine entsprechende *mentio heredis* kam vor, war aber möglicherweise sogar überflüssig.[804] Freilich ist die Behandlung von Auslegungsproblemen in Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 pr.–2 in der romanistischen Forschung umstritten geblieben:[805] Die Stipulation *habere licere spondes* wird von Ulpian, entweder in Bestätigung von Sabinus oder im Widerspruch zu diesem, dahingehend ausgelegt, dass das Versprechen des *habere licere* beinhaltete, *nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat*, wobei diese Auslegung zu einem Konflikt mit der Regel *nemo alienum factum promittendo obligatur* führt. Wirksam verpflichtet ist der Promittent nach Ulpian nur dahingehend, *ne ipse faciat, quo minus habere liceat.*[806] Soweit man darüber hinausgehend promittierte, dass auch ein Dritter sich der Störung des *habere licere* enthält, ist diese Stipulation wirkungslos (§ 1), was aber durch die Beifügung einer Strafklausel vermieden werden kann (§ 2, 1. Satz). Es war eine auch sonst geläufige Formulierungstechnik, ein Drittverhalten zum Verfallsereignis einer Strafklausel zu

[798] *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 136 ff. S. dagegen bereits *Medicus*, a. zuletzt a. O.

[799] Grundlegend *Girard*, NRH 7 (1883) 556 ff. Ähnl. auch *Coudert*, demzufolge die *stipulatio poenae* sich nur durch die Strafklausel von der *stipulatio habere licere* als einer Stipulation *sine poena* unterscheide, Stipulations (1957) 79.

[800] Zutr. *Medicus*, Quod interest (1962) 55 mit Fn. 4; *Calonge*, Evicción (1968) 29 Fn. 62.

[801] Zutr. insoweit bereits *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 132 ff.; *Arangio-Ruiz*, Compravendita II (1954) 341 ff.

[802] *Calonge*, Evicción (1968) 29 Fn. 62.

[803] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 57 u. passim. Außer bei zivilrechtlicher und prätorischer Erbfolge mag sich ein entsprechendes Problem noch bei der *venditio bonorum* gestellt haben.

[804] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 60 ff. mit Nachw.

[805] *Nörr*, SZ 121 (2004) 159 ff.; auch zu den Itp.-Vermutungen, s. *Lévy*, RHD 32 (1954) 345 f.; *Kaser*, SZ 90 (1973) 192 ff.; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 49 f. mwN.; *Coudert*, Stipulations (1957) 30 ff., 76 ff.; *Calonge*, Evicción (1968) 30, 118 Fn. 318; *Sargenti*, Evizione (1960) 101 ff.; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 52 ff.

[806] Die Aussage, dass auch gegen einen Angriff durch den Erben des Promissors bereits dessen *facere*-Stipulation hilft, und die Frage, ob hierzu die Nennung des Erben erforderlich ist, soll hier auf sich beruhen. Dazu *Kaser*, a. a. O.

machen, womit man die durch die Regel *nemo alienum factum promittendo obligatur* bedingte Unwirksamkeit vermied:[807] „Man macht zum Gegenstand der Stipulation das Geldinteresse des Gläubigers daran, dass der Zustand des *habere licere* … bestehen bleibt, und unterstellt dabei stillschweigend, dass es nicht darauf ankommen soll, wer diesen Zustand verletzt“ (Kaser).[808]

268 Um die *stipulatio habere licere* ist in der romanistischen Forschung in einem Ausmaß gestritten worden, das zu der eher geringfügigen Überlieferungsmasse kaum mehr in Verhältnis steht. Dabei geht es vor allem darum, der *stipulatio habere licere* einen Platz in der mutmaßlichen Entwicklungsgeschichte der Verkäuferhaftung zuzuweisen, und damit bestimmte entwicklungsgeschichtliche Thesen abzurunden. Hier sei vorab festgehalten, dass eine „stimmige“ Entwicklungsgeschichte, in der jeder der vorkommenden Stipulationen ein fixer Ort zugewiesen würde, bislang nicht erzählt wurde; sie liegt möglicherweise außerhalb dessen, was angesichts der Quellenlage zu leisten ist. Der Streit dreht sich im Kern darum, ob die *stipulatio habere licere* entgegen der Entscheidung Ulpians in Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 pr.–2 in älteren Zeiten, nämlich noch von Sabinus,[809] als Versprechen des Inhalts anerkannt worden ist, dass das Unterbleiben auch von Interventionen Dritter (gültig) promittiert wurde. Die *stipulatio habere licere* hätte dann in ihrer älteren, später aber von Ulpian abgelehnten Auslegung Garantiefunktion gehabt, womit sie ein Vorläufer der auf die Dritteviktion bezogenen Garantiestipulationen, insbesondere also der *stipulatio duplae*, gewesen wäre.[810] Insbesondere Kaser vertrat die Ansicht,[811] die *stipulatio habere licere* sei in der älteren Zeit erforderlich gewesen, um für den Käufer einen Anspruch auf Interesseersatz im Eviktionsfall zu begründen; mit der Anerkennung der *actio empti* als Grundlage eines Ersatzanspruchs im (Dritt-)/Eviktionsfall sei die *stipulatio habere licere* insofern überflüssig geworden; sie hätte daher von den klassischen Juristen wegen der sich durchsetzenden Regel *nemo alienum factum promittendo obligatur* auf den Fall des Verkäuferangriffs beschränkt werden können.[812] Gegen diese Meinung hatte schon Rabel der *stipulatio habere licere*

---

[807] Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.13–15 und Ven. 9 stip. D. 46.7.19.1 zur Stipulation *dolum malum abesse afuturumque*, und dazu *Kaser*, a. a. O., 195 mwN.; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.4, dazu *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 50 Fn. 29 mwN.

[808] *Kaser*, SZ 90 (1973) 204.

[809] Zur Zuordnung des Eingangsstücks *Stipulatio ista – obligatur* zu Sabinus s. auch *Schulz*, Sabinus-Fragmente (1906) 91.

[810] So zuletzt *Finkenauer*, Stipulation (2010) 66 ff. und passim; früher *Arangio-Ruiz*, Compravendita II (1954) 339 f.; *Betti*, Struttura dell'obbligazione (1955) 35, 155; *Sargenti*, Evizione (1960) 101 ff. und – den Letztgenannten folgend – *Calonge*, Evicción (1968) 31 f. Ebenso noch ausf. *Lévy*, RHD 32 (1954) 345 f.; sowie, knapp, *Watson*, Obligations (1965) 86.

[811] *Kaser*, SZ 54 (1934) 176 ff.; *Kaser*, SZ 90 (1973) 193 mit Fn. 53 a.E.; *Kaser*, RP I 555 f.; *Kaser*, RP II 391 Fn. 54. Wie *Kaser* auch *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 49 Fn. 24 mwN.

[812] Ebenfalls als eine auf den Fall der Dritteviktion gestellte Stipulation, nur auf andere Weise, sah *Girard* die *stipulatio habere licere*, die – anders als die *stipulatio duplae* – anstelle auf die *dupla pecunia* auf das Interesse des Käufers an dem durch die Eviktion beendeten Behalten der Kaufsache gerichtet gewesen sei, *Girard*, Mél. II (1923) 147. Damit wird der Unterschied zwischen einer *facere*- und einer

eine Funktion nur für die Entwicklungsstufe zugewiesen, auf der die Tradition noch nicht zu einem „absoluten“ Erwerb des Eigentums führte, der Käufer also zu seiner Verteidigung gegen den die Sache eventuell herausverlangenden Verkäufer eines besonderen Schutzes bedurft hatte. Die *stipulatio habere licere* hätte damit dieselbe Schutzfunktion gehabt wie die – jüngere – *exceptio rei venditae et traditae*, durch deren Anerkennung die *stipulatio habere licere* entbehrlich geworden sei.[813] Dieser Sichtweise hat sich 2004 Dieter Nörr angenähert.[814] Es wird hier nicht zu dieser Streitfrage Stellung genommen. Sämtliche auf Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 pr.–2 gestützten Entwicklungshypothesen sind insofern fragwürdig, als die *stipulatio habere licere* von Ulpian gar nicht als spezifisch kaufrechtliches Instrument behandelt wird: Von Verkäufer und Käufer ist in der ganzen Katene kein einziges Mal die Rede; der Inskription zufolge ist das Fragment der Darstellung des Rechts der Verbalobligation entnommen.[815] Es ist eine Unterstellung, dass man Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38 ohne weiteres auf den Kauf bezogen hat, denn die *stipulatio habere licere* mag sehr wohl noch andere Anwendungen gehabt haben als beim Kauf. Deswegen ergibt sich aus dem Ulpian-Fragment auch nicht zwingend, dass die *stipulatio habere licere* zur Zeit Ulpians speziell noch beim Kauf üblich gewesen wäre.

c. Garantiestipulationen für den Eviktionsfall

aa. Die *stipulatio duplae*

Der Wortlaut der *stipulatio duplae* (scilicet: *pecuniae*) wird etwa wie folgt rekon- **269**
struiert:[816] *Si quis eam rem evincerit quominus emtorem habere possidereque recte liceat, qua de re lis tibi recte denuntiata erit, tum quanti eam rem empta est et alterum tantum dare spondes?* Ausweislich der überlieferten Geschäftsurkunden und der Kaufobjekte, die in der römischen Rechtsliteratur im Zusammenhang mit der *stipulatio duplae* auftreten, bezog sich die *stipulatio duplae* auf *res mancipi*.[817] Das *duplum* wurde offenbar stipuliert, wenn beim Vollzug des Kaufgeschäfts keine Grundlage für die *auctoritas*-Haftung des Verkäufers geschaffen wurde, sei es, dass die Manzipation unterblieb, sei es, dass diese von zweifelhafter Gültigkeit war.[818] Die Manzipation als Aktform stand beim

---

Garantiestipulation verkannt. Die gegen *Girards* Auffassung sprechenden Gründe schon bei *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 31, 132 ff.

[813] *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 56 ff., insb. 68 ff.; *Honsell*, Quod interest (1969) 46 Fn. 126.

[814] *Nörr*, SZ 121 (2004) 161 f. u. passim.

[815] Bei *Lenel*, Pal., Ulp. ad Sab. lib. XLIX Nr. 2967.

[816] Etwa in Anlehnung an die siebenbürgischen Wachstafeln, CIL III, 940, auch bei *Lenel*, EP 567 f.; zur Urkundenpraxis der *stipulatio duplae* s. *Camodeca*, Labeo 33 (1987) 167–185; zu den Vertragsklauseln in den Tablettes Albertini s.: *Weßel*, Tablettes (2003) 176–222.

[817] *Kaser*, SZ 54 (1934) 188 mit Nachw. in Fn. 4.

[818] *Karlowa*, der davon ausging, dass die *auctoritas*-Haftung an eine ausdrückliche Defensionszusage in der *nuncupatio* anknüpft, nahm an, dass die *stipulatio duplae* nicht (oder nicht in erster

Verkauf einer *res mancipi* ja nicht zur Verfügung, wenn eine der Kaufparteien ein Peregrine ohne *ius commercii* oder der Verkäufer Prokurator oder Sklave war.[819] Auch die *stipulatio duplae* ersetzte – wie die *satisdatio* und die *repromissio secundum mancipium* – die *auctoritas*-Haftung, für die wegen der situationsbedingten Unmöglichkeit einer wirksamen Manzipation keine Grundlage geschaffen werden konnte. Wenn bei einer *mancipatio nummo uno* die *auctoritas*-Haftung nur auf zwei *nummi* gerichtet gewesen sein sollte, wird auch eine solche Situation den Bedarf nach einer Eviktionsstipulation begründet haben.

bb. Prozessbezug der Garantiestipulation

270 Die *stipulatio duplae* als Garantiestipulation begründete keine Defensionspflicht.[820] Keine der überlieferten Stipulationsurkunden lässt eine Defensionspflicht erkennen. Diejenigen Stellen in der juristischen Literatur, die von einer Verbalobligation handeln und gleichwohl eine Defensionspflicht erwähnen, werden auf die *satisdatio* bzw. *repromissio secundum mancipium* zu beziehen sein (→ Rn. 254–263). Eine Verknüpfung mit dem gegen den Käufer in Gang gesetzten Herausgabeprozess bestand aber dann, wenn die Stipulationsformel eine erfolgte *denuntiatio* zur weiteren Verfallsvoraussetzung machte. Dies scheint zumeist – wenngleich nicht immer[821] – der Fall gewesen zu sein. Es handelte sich dann um eine außerprozessuale Kenntnisgabe. Ob diese so frühzeitig erfolgten musste, dass dem Promissor eine Prozessübernahme/-unterstützung noch möglich war? In Pomp. 19 Sab. D. 21.2.29.2 lässt Pomponius die dem Käufer obliegende Denuntiation als rechtzeitig genügen, wenn sie nur vor dem Urteil erfolgt – was für einen zur Defension verpflichteten Verkäufer doch wohl bei weitem zu spät wäre.[822] Die Kaiserjustiz hält an dem Erfordernis der *denuntiatio* fest: Alex. C. 8.44.9 (a.222); Alex. C. 8.44.8 (a.222). – Die Haftung aufgrund der Eviktionsstipulationen ist eine Regresshaftung: Die Inanspruchnahme des Verkäufers erfolgt als Rückgriff für die erfolgreiche Inanspruchnahme des Käufers durch den Dritten. Ein Vorwurf der Nicht-

---

Linie) dem manzipationslos vollzogenen Kauf angeschlossen habe, sondern dem Kauf, der zwar durch Manzipation, aber ohne die – in Wegfall gekommene – *nuncupatio* vollzogen worden sei; RRG II 622.

[819] S. *Ankum*, Ess. lustrum VI Utrecht 2 Fn. 6; sowie *Ankum*, HB Warmelo 6–19, gegen *Corbino*, Iura 27 (1976) 62 ff.

[820] A. A. *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902), wonach die *stipulatio duplae* ursprünglich eine Defensionspflicht begründet habe; wie hier im Text bereits *Bechmann*, Kauf I (1876) 371 ff.

[821] Die Denuntiationspflicht ließ sich etwa mit den Worten *qua de re lis tibi recte denuntiata erit* in die Formel einbauen (so *Kaser*, RP I 555 Fn. 13; sowie *Schäfer*, Nebenintervention (1990) 23 u. insb. 38 ff.), doch musste dies nicht der Fall sein: in anderen Stellen (Paul. 77 ed. D. 21.2.53) wird die Folge der versäumten Denuntiation auf eine mit der *clausula doli* begründete *exceptio* gestützt – dies wäre unnötig, wenn die Denuntiation zu den Verfallsvoraussetzungen gehört haben sollte. S. auch *Lenel*, EP 568 bei und in Fn. 18.

[822] Dazu *Ankum*, Fundamina 20 (2014) 10 f. Das Fragment behandelt anschließend (§ 1 i.f.) die reizvolle Frage, wem zu denuntiieren ist, wenn es sich beim Verkäufer um einen Sklaven handelte, s. dazu *Ankum*, Ess. Spruit 231–235.

defension ist zur Begründung der Haftung nicht erforderlich. Wenngleich die *stipulatio duplae* auf die *evictio* als Verfallsereignis gestellt ist, so kann es sich doch der Verkäufer/Promissor angelegen sein lassen, den Eintritt dieses Verfallsereignisses durch prozessuale Hilfeleistung abzuwenden. Das Erfordernis der *denuntiatio* zeigt, dass der Verkäufer an der Möglichkeit der Beistandsleistung interessiert war.

cc. Die *evictio* als Verfallsereignis

Ein Verfall der Eviktionsstipulation wurde bei verschiedenen Ereignissen bejaht. (1) **271**
Der beklagte Käufer gab die Sache, dem Restitutions-*arbitrium* des Iudex folgend, in Natur heraus (*cum res restituta est petitori*). (2) Der beklagte Käufer ließ die Geldverurteilung gegen sich ergehen und zahlte die Urteilssumme.[823] (3) Der Käufer unterlag gegen einen dritten Besitzer, dem der Käufer die Sache unter Berufung auf seinen Eigentumserwerb abzunehmen versucht hatte;[824] zu der letzten Konstellation mag es so gekommen sein, dass der gegen einen Interdiktskläger unterlegene Käufer sich im Anschluss auf sein Recht berufen musste. In allen diesen Fällen ist der Verfall der Eviktionsstipulation eine Reaktion darauf, dass der Käufer infolge des prozessualen Unterliegens im Hinblick auf die Kaufsache *corpus vel pecunia*[825] entbehrt. Nicht als verfallsauslösend galt die Vereinbarung eines *compromissum* mit dem Dritten, selbst wenn der Schiedsspruch gegen den Käufer ausfiel (Paul. 2 ed.aed. cur. D. 21.2.56.1).[826] Das bloße Auftreten eines Dritten mit der Behauptung von Eigentum oder Pfandrecht ist noch keine *evictio*, wie Sev./Ant. C. 8.44.3 (a.210) klarstellt.

Besondere Probleme warf die teilweise Eviktion der Kaufsache auf.[827] Sie stellt einen **272**
Teilverfall dar, sofern etwas zur *partis evictio* in die Formel aufgenommen war. Die Eviktion kann einen Miteigentumsteil betreffen oder einen gegenständlichen Teil des Grundstücks, was dann die Frage aufwerfen konnte, ob eine unterschiedliche Güte des evinzierten und des verbliebenen Teils zu berücksichtigen war.[828] Die Eviktion von Bestandteilen der vom Käufer zerlegten Kaufsache ist keine teilweise Eviktion (Paul. 29 ed. D. 21.1.36).[829] Während die *auctoritas*-Haftung den Käufer nur gerade gegen solche

[823] Die freiwillige Abfindung des *verus dominus* galt nicht als Verfall; *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 81.

[824] Pomp. 9 Sab. D. 21.2.16.1: *Duplae stipulatione committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.* Die Stelle ist sachlich unbedenklich, *Kaser*, FG Lübtow (1970) 485 Fn. 19, gegen *Beseler*, SZ 52 (1932) 46; s. auch *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 81 f.

[825] Ulp. 29 Sab. D. 21.2.21.2 u. dazu *Finkenauer*, Stipulation (2010) 80 ff.

[826] Im Fall von Afr. 5 quaest. D. 21.2.24 gibt die Käuferin den Kaufsklaven als *dos* – also ungezwungen – an den wahren Eigentümer, den sie zu heiraten gedenkt – eine Eviktion, die die Stipulation ausgelöst hätte, wird verneint; → Rn. 288 a. E.

[827] *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 89 f.; *Calonge*, Evicción (1968) 92 ff.; *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 98 f.

[828] Zu Pap. 7 quaest. D. 21.2.64.1,2 s. *Hackel*, SZ 114 (1997) 435–448; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 307 f.

[829] Dazu *Eckardt*, Iavoleni Epistulae (1978) 218 f.

prozessualen Angriffe schützte, die in Vindikationsform erfolgen (→ Rn. 239), bestand eine derartige Einschränkung bei der *stipulatio duplae* nicht.

273 Die Haftung aufgrund der *stipulatio duplae* war – deren Wortlaut entsprechend – eine objektive Haftung: Sie verfiel allein aufgrund des Eintritts des Ereignisses *evictio*, auch dann also, wenn der Promissor/Verkäufer sich guten Glaubens für berechtigt gehalten und auch wenn er den Erwerber im Prozess nach besten Kräften unterstützt hatte.

dd. Die promittierte Garantieleistung

274 Was die Garantieleistung betrifft, die der Verkäufer für den Eviktionsfall promittierte, zeigen die erhaltenen Geschäftsurkunden für den Handel mit *res manicpi* einen großen Variantenreichtum.[830] So begegnen uns Stipulationen, mit denen für den Eviktionsfall die Zahlung von *quantum id erit quod ita ex ea re evictum fuerit sive quod ita licitum non erit*[831] oder auch das *duplum* dieses Betrages promittiert wird;[832] promittiert wurde aber auch die Rückzahlung des einfachen Kaufpreises (*stipulatio simplae*), und dann gelegentlich auch die allbekannte *dupla pecunia*.[833] Bei der promittierten *pecunia* handelt es sich um den Kaufpreis;[834] insofern nahm die Stipulation auf das Kaufgeschäft Bezug.[835] In den Juristenschriften findet sich noch die Möglichkeit erwähnt, sich das *triplum* oder *quadruplum* versprechen zu lassen.[836] Für die Struktur der Stipulation spielte die konkrete Bestimmung der *poena* keine Rolle. Mit Recht meinte Medicus, die *stipulatio simplae* erscheine nur als eine Variante der *stipulatio duplae*,[837] und dies gilt auch für die anderen *poenae*, die man sich stipulieren ließ. Überhaupt folgt die Einordnung einer Stipulation als *stipulatio duplae* einem anderen Ordnungsgesichtspunkt, indem auf den als *poena* versprochenen Betrag abgehoben wird. So könnte man auch eine *satisdatio secundum mancipium*, sofern das *duplum* promittiert wird, als *stipulatio duplae* bezeichnen. Wenn man von „der" *stipulatio duplae* spricht, meint man freilich zumeist die auf den Eviktionsfall gestellte reine Garantiestipulation. Sieht man von der konkreten *poena* ab, so ist es sachnäher, von *stipulationes de evictione* zu sprechen.

---

[830] S. vor allem *Ankum*, ACost. III 27 ff.

[831] FIRA Nr. 90 = CIL III p.944,08 (a. 159 n. Chr.).

[832] FIRA Nr. 136 (a. 77 n. Chr.); ebenso FIRA Nr. 89 = CIL III p.959,25 (a. 160 n. Chr.).

[833] FIRA Nr. 87 = CIL III p.936,06 (a. 139 n. Chr.).

[834] *Kaser*, RP I 555; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 37.

[835] Nach *Ankum*, Hom. Valls Taberner X 2792, soll gelegentlich auch mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass als *pecunia* derjenige Betrag angesprochen wird, der aufgrund des Verfalls einer Eviktionsstipulation geschuldet wurde, wenn für den Eviktionsfall *quantum id erit quod ita ex ea re evictum fuerit sive quod ita licitum non erit* als *simplum*, möglicherweise aber auch das *duplum* dieses Betrages, stipuliert war.

[836] Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.2.56 pr.

[837] *Medicus*, Quod interest (1962) 55.

ee. Geltungsdauer und Rechtsnachfolgen

Die Haftung aufgrund der *stipulatio duplae* war zeitlich unbegrenzt. Die Aktivstellung aus einer schon verfallenen *stipulatio duplae* als einer *stipulatio dandi* war vererblich: Nach einem noch beim Käufer erfolgten Verfall konnte die noch nicht ausgeklagte Garantieleistung von dessen Erben beansprucht werden.[838] Damit auch eine Eviktion beim Erben des Käufers zum Verfall führt, musste dies in der Stipulationsformel berücksichtigt werden, was durch die Klausel geschah, dass die Eviktion bei *is ad quem eam res pertinebit* genügte.[839] Die Sonderfälle, dass der stipulationsgesicherte Käufer von seinem Verkäufer beerbt wird oder umgekehrt, sind wiederholt behandelt worden; s. etwa Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.2.41 pr.–2.[840] **275**

Ob die *stipulatio duplae* eine Schutzwirkung noch für den Einzelrechtsnachfolger des Käufers entfaltete, ist umstritten. Zunächst musste hierzu die Eviktion beim Einzelrechtsnachfolger einen Verfall der Stipulation dargestellt haben. Man hat zu unterscheiden: Zum einen müsste *is ad quem eam res pertinebit* (→ Rn. 275) auch den Einzelrechtsnachfolger erfasst haben; ob dies der Fall war, ist umstritten.[841] Zum anderen würde der durch Eviktion beim Abkäufer o. ä. ausgelöste Verfall den Anspruch aus der Stipulation in der Person des Versprechensempfängers begründet haben. Ungeklärt ist weiter, ob hierfür ein besonderes rechtliches Interesse des Stipulators gefordert wurde, etwa weil man seine Haftung gegenüber dem Abnehmer als Eviktionsersatz wertete. Für den Fall einer Verwendung der Kaufsache als Dotalgut wurde offenbar auf ein solches Interesse abgestellt; Tryph. 6 disp. D. 23.3.75; Paul. 16 quaest. D. 21.2.71.[842] Als Beleg für den Weiterverkauf wird Ulp. 29 Sab. D. 21.2.21.1,2 diskutiert.[843] Eine eigene Aktivlegitimation des Abkäufers schied jedenfalls aus.[844] **276**

ff. *Stipulatio duplae* und *repromissio secundum mancipium*

Mit der *satisdatio* und der *repromissio secundum mancipium* teilte die *stipulatio duplae* den Bezug auf die Veräußerung von *res mancipi*. Diese beiden Typen von Verbalobligationen, durch die sich der Käufer gegen den Verlust der Sache sichern kann, standen zur Wahl. Ein glattes entwicklungsgeschichtliches Nacheinander – Ablösung der älteren *repromissio secundum mancipium* durch die *stipulatio duplae* – lässt sich wegen der schon sehr frühen Hinweise auf die *stipulatio duplae*[845] nicht annehmen. Ob die eine oder die andere Form gewählt wurde, hing davon ab, ob man den Verkäufer dergestalt zur aktiven Defension anhalten wollte, dass schon dessen Untätigkeit den Verfall der **277**

---

[838] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 26 f., 87.

[839] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 26 f., 87.

[840] Dazu *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 42 ff. mit Nachw.

[841] Dafür: *Finkenauer*, Stipulation (2010) 79 ff.; dagegen: *Ankum*, Ess. Spruit 239, jew. mwN.

[842] *Stagl*, Favor dotis (2009) 267 ff., 280; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 88 ff.; *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 23 Fn. 94.

[843] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 80 ff.

[844] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 93 ff.

[845] Varro rust. 2,10,5.

Stipulation zur Folge hatte, oder ob man den Verfall allein an das Ereignis der Eviktion knüpfte, und es damit dem Belieben des Verkäufers überließ, inwieweit er sich um die Vermeidung des Eintritts dieses Ereignisses bemühte. Von diesen beiden Gestaltungsmöglichkeiten kann keine den Vorzug einer irgendwie gearteten größeren „Richtigkeit" beanspruchen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass man beide Arten nebeneinander in Gebrauch findet. Man mag allerdings die von der Defensionspflicht abstrahierte Garantiestipulation als die für den entwickelten Handelsverkehr zweckmäßigere Form empfinden; die Vermutung leuchtet ein, dass mit der Entwicklung des Geschäftsverkehrs die *stipulatio duplae* als reine Garantiestipulation zulasten der Defensionsstipulationen immer gebräuchlicher geworden ist.[846] Eine zunehmende Verwendung der *stipulatio duplae* als Garantiestipulation hatte aber eine regelrechte Abkehr von der *repromissio secundum mancipium* als Defensionsstipulation weder zur Voraussetzung noch zur zwingenden Folge, weil es sich einfach um zwei verschiedene Möglichkeiten handelt, den Käufer vertraglich abzusichern. Dementsprechend ist ja auch die *satisdatio secundum mancipium* für den Verkauf von *res mancipi* durch einen Prokurator im prätorischen Edikt erhalten geblieben.

d. Garantiestipulationen und *auctoritas*-Haftung im Vergleich

278 Die *actio auctoritatis* und die stipulationsbasierte Eviktionshaftung dienten grob betrachtet demselben Zweck, nämlich dem Käufer eine „vertragliche" Sicherung für den Fall zu geben, dass ihm die Sache von einem Dritten streitig gemacht wird. Bei näherem Hinsehen bestanden zwischen der Haftung aufgrund der *actio auctoritatis* und der Eviktionshaftung, wie sie sich aus der *stipulatio duplae* ergab, erhebliche rechtstechnische Unterschiede.[847] Die Haftung aufgrund der *stipulatio duplae* ergab sich aufgrund der *in concreto* abgegebenen Verkäuferstipulation in Anwendung des gewöhnlichen Rechts der Stipulation, das den Parteien eine weite Gestaltungsfreiheit einräumt. Die *actio auctoritatis* war als eine an die Manzipation geknüpfte Sonderhaftung des *ius civile* in ihren Voraussetzungen und Folgen weithin vorgegeben.

279 Im Einzelnen: Die *actio auctoritatis* ging unveränderlich auf die *dupla pecunia*, während die Parteien der Eviktionsstipulation die bei deren Verfall geschuldete Leistung frei bestimmen konnten. Während bei der *auctoritas*-Haftung der Manzipant zur prozessualen Defension – in welcher Form auch immer – verpflichtet gewesen sein wird,[848] erzeugte die *stipulatio duplae* als Garantiestipulation keine Defensionspflicht (→ Rn. 270). Für die Haftung aufgrund der *actio auctoritatis* war nicht der prozessual erwirkte Sachverlust ausschlaggebend, sondern die Nichterfüllung der Defensions-

[846] Von der Lästigkeit der prozessualen Hilfsleistung für den entwickelten Handelsverkehr gehen aus *Bechmann*, Kauf I (1876) 376, und *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 29.

[847] Zusammenfassend *Ankum*, ACost. III 30 ff., 43 ff.

[848] S. dazu und zu der Frage, um welche Form von „Verpflichtung" es sich gehandelt haben könnte, → Rn. 241.

pflicht.[849] Man nimmt an, dass die Haftung aufgrund der *actio auctoritatis* bei Ausbleiben des defensionsverpflichteten Manzipanten selbst dann begründet war, wenn es dem *mancipio accipiens* gelang, die Klage auch ohne den Defensionsbeistand durch den fernbleibenden *manicipio dans* abzuwehren.[850] Ebenso wird angenommen, dass die *actio auctoritatis* bei erfolgloser Defension engagiert blieb, selbst dann, wenn der Kläger von der Vollstreckung absah und die Sache dem *mancipio accipiens* beließ.[851] So heißt es bei Rabel: „Die Haftung [mittels der *actio auctoritatis*] ist engagiert, sobald der Prozess eingeleitet ist; und nur die Beseitigung des Drittanspruchs kann noch den Auktor befreien."[852] Auch die vom *mancipio dans* für den verurteilten Käufer erbrachte Zahlung der *litis aestimatio* soll die engagierte *auctoritas*-Haftung nicht mehr beseitigt haben.[853] Im Gegensatz dazu stellte die Formel der *stipulatio duplae* auf den effektiven Sachverlust ab. Sodann wird aufgrund von Paul. 21 ed. D. 6.1.16 pr. angenommen, dass im Fall eines Untergangs der Kaufsache nach Prozessbeginn die Haftung aufgrund der *actio auctoritatis* bestehen blieb,[854] während für die *stipulatio duplae* in diesem Fall galt: *si servus venditus decesserit antequam evincatur, stipulatio non committitur*; Ulp. 29 Sab. D. 21.2.21 pr.[855] Unterschiedlich soll noch die Behandlung der *iniuria iudicis* gewesen sein:[856] Nach dem – Ankum zufolge – auf die *satisdatio secundum mancipium* bezüglichen Fragment Pap. 3 resp. Frg. Vat. 10[857] trägt der *promissor* einer *stipulatio auctoritatis* nicht die Gefahr eines richterlichen Fehlurteils.[858] Dies hielt Papinian vielleicht deswegen für mitteilenswert, weil bei der *auctoritas*-Haftung gerade umgekehrt der *mancipio dans*, der ja die Verteidigung zu übernehmen hatte, damit zugleich das *periculum iudicii* trug, nicht anders, als sei er selbst der Beklagte.[859] Aufgrund von Iul. 57

[849] A. A. *Karlowa*, RRG II 622: Auch der Anspruch gegen den *auctor* sei immer an die Bedingung geknüpft gewesen, dass *res iudicio evicta est*, habe also nicht bestanden, wenn der Käufer trotz ausgebliebener Defension des Verkäufers gesiegt habe.

[850] So *Beseler*, Kritik IV (1920) 307: die für den Käufer glückliche Pronuntiation wirke ja nicht zurück.

[851] *Ankum*, ACost. III 30.

[852] *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 27; ebenso *Mitteis*, GrünhutsZ 17 (1890) 39 und zusammenfassend *Ankum*, ACost. III 30.

[853] *Ankum*, ACost. III 30 sub 2).

[854] *Ankum*, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 611 Fn. 36; so schon *Mitteis*, GrünhutsZ 17 (1890) 39; zust. *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 27. Zu der Stelle s. *Kaser*, SZ 51 (1931) 111; *Wacke*, FS Hübner 672 ff.; *Wacke*, FS Niederländer 155 Fn. 52; *Reduzzi Merola*, Hom. Clavel-Lévêque III 316–321.

[855] S. auch Diocl./Max. C. 8.44.26 (a.294).

[856] *Klingenberg*, Et. Ankum I 177–191.

[857] → Rn. 256.

[858] Dies findet eine Unterstützung in Phil./Phil. C. 8.44.15 (a.245), wonach dem Käufer bei Unterliegen durch *iniuria iudicis* auch die Verwertung eines Eviktionspfandes verwehrt ist; dazu *Schnebelt*, Reskripte (1974) 48 f.

[859] *Ankum*, ACost. III 20, 22, unter Hinweis auf Cic. Mur. 11,3; s. auch *Ankum*, ACost. IV 762.

dig. D. 21.2.39 pr. nimmt Ankum[860] noch an, dass die aufgrund einer *restitutio in integrum* angestellte *rei vindicatio utilis* als solche die *actio auctoritatis* nicht habe begründen können, weil es sich um eine *actio nova* handele, die im Zeitpunkt der Manzipation nicht begründet gewesen sei (wohl wurde von Julian eine *actio auctoritatis utilis* befürwortet), während ein Verlust des *habere licere*, auch wenn er auf einer solchen *actio nova* beruhte, die Garantiestipulation ohne weiteres verfallen ließ.[861] Schließlich wird aus Iul. 57 dig. D. 21.2.39.1 gefolgert, dass bei der *actio auctoritatis* ein Sprungregress stattfinden konnte, den es bei der Haftung aufgrund der Eviktionsstipulation nicht gab.[862] Demselben Fragment soll als ein weiterer Unterschied zu entnehmen sein, dass der Käufer, der nach Besitzverlust mit der von ihm gegen einen Dritten angestellten *rei vindicatio* unterlegen ist, aufgrund dieses Prozessverlusts mit der *actio auctoritatis* selbst dann regressberechtigt war, wenn er mit der *actio Publiciana* die Sache dem jetzigen Besitzer erfolgreich abstreiten konnte: Es bedurfte daher der Gewährung einer *exceptio*;[863] hinsichtlich der Haftung aufgrund der Eviktionsstipulationen dürfte die Verfügbarkeit der *actio publiciana* dagegen bereits den Verfall der Stipulation verhindert haben.[864]

4. Käuferschutz *ex empto*

a. Entwicklungsgeschichte

280 Wenn die *actio empti* die Grundlage für den Käuferschutz bildet, kommen die Eigenheiten dieser Klage, insbesondere die *ex fide bona*-Klausel zum Tragen. Damit im Bereich von Rechtsmängeln der Käufer alleine aufgrund der *emptio venditio* gegen den Verkäufer vorgehen konnte, musste seitens des Verkäufers etwas vorgefallen sein, was als unvereinbar mit der *bona fides*, als Verstoß gegen gute Geschäftspraktik qualifiziert werden konnte. Die Vorenthaltung eines Eviktionsschutzes musste sich, modern gesprochen, als „breach of contract" darstellen, der einem Verkäufer als „inkorrektes" Geschäftsgebaren angelastet werden kann. In diesem Sinne sind auf derselben Klagegrundlage (*actio empti*) verschiedene, unter sich ganz heterogene Konstellationen herausgearbeitet worden. Da im herkömmlichen römischen Rechtsverkehr ein Käuferschutz durch die Vornahme der Manzipation (bei *res mancipi*) und durch Eviktionsstipulationen üblich war, ging es vor allem um die Schließung von Schutzlücken. Im Rückblick hat die romanistische Forschung darin Ausprägungen einer all-

[860] *Ankum*, Ess. lustrum VI Utrecht 1–21; s. noch *Ankum*, ACost. III 43 sub 5), und *Casinos Mora*, FHI 1999.

[861] Die Auslegung von Iul. 57 dig. D. 21.2.39 pr. ist umstritten, s. die Nachweise bei *Ankum* und *Casinos Mora* (vorige Fn.).

[862] *Kaser*, FG Lübtow (1970) 481–492; zust. *Ankum*, ACost. III 31; abw. *Finkenauer*, Stipulation (2010) 91.

[863] *Kaser*, FG Lübtow (1970) 489.

[864] *Ankum*, Ess. lustrum VI Utrecht 17 bei Fn. 56; s. auch *Ankum*, ACost. III 43 sub 6).

gemeinen, unmittelbar auf die *actio empti* gestützten Eviktionshaftung sehen wollen, die sich auf das Eviktionsereignis ohne weiteres „Handlungsunrecht" auf Seiten des Verkäufers gründete;[865] diese Sichtweise wird m. E. vom Quellenbefund nicht gedeckt (→ Rn. 290).

b. Die Interessehaftung des *venditor sciens*

Afr. 8 quaest. D. 19.1.30.1[866] belegt eine Haftung des Verkäufers, der (anders als sein Käufer) beim Verkauf gewusst hat, dass ihm die Sache nicht gehört.[867] Der Verkäufer handelt *dolos*. Er haftet dem Käufer auf dessen Interesse. Offenbar als Beispiele für ein verletzbares Käuferinteresse wird die Absicht zur Freilassung des Sklaven[868] oder zur Verwendung als Pfand genannt.[869] Bei diesen Verwendungen ist der gültige Eigentumserwerb relevant; hier verletzt der Verkäufere schon das aktuelle Interesse des Käufers, ganz unabhängig von der Gefahr eines zukünftigen Verlustes des *habere licere*. Ihren Rechtsgrund hat die Haftung des Verkäufers in dessen Verpflichtung zum *purgari dolo malo*. Es handelt sich um einen selbständigen Haftungsgrund (→ Rn. 140, 413–423), der neben der Verpflichtung zur Gewährung und allenfalls zur Absicherung des *habere licere* steht.[870] Zur *condemnatio* in diesem Fall → Rn. 423. **281**

c. Verkäuferpflichten *ex empto* im Zusammenhang mit dem Eviktionsschutz

aa. Stipulationszwang *ex empto*

Der Käufer von *res mancipi* konnte *ex empto* verlangen, dass ihm der Rechtsschutz zukam, wie er sich aus der Manzipation ergab; er hatte einen Anspruch auf Abgabe einer *stipulatio duplae*; sie wurde als *satisdatio secundum mancipium* angesprochen (→ Rn. 139). Dieser Stipulationszwang wurde behutsam ausgedehnt. (1) Den Käufern von *res pretiosiores* gab Ulpian *ex empto* einen Anspruch auf Abgabe einer *stipulatio duplae* (Ulp. 32 ed. D. 21.2.37.1).[871] Als Beispiele werden Perlen, wertvolle Ornamente **282**

[865] Entwicklungshypothesen z. B. bei *Girard*, Mél. II 78, 143 ff.; *Honsell*, Quod interest (1969) 26 ff.; *Calonge*, Evicción (1968) 32 ff.

[866] S. auch Afr. 6 quaest. D. 21.2.24.

[867] Ausf. *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 12 ff. m. Nachw.; *Harke*, OIR 11 (2006) 72 ff.; zur Textgeschichte: *Kaiser*, in: Harke, Africani quaestiones (2011) 53–71; *d'Ors*, Quaestiones (1997) 373 f.; *Cristaldi*, Obbligazione del venditore (2007) 195–199; *Kleňová*, TR 85 (2017) 458 Fn. 67.

[868] Paul. 5 Sab. D. 21.2.26 bestätigt, dass der bösgläubige Verkäufer dem Käufer, der den Sklaven freilassen wollte, auf das Interesse haftet, das dieser am Haben des *libertus* hatte; dazu s. *Kleňová*, TR 85 (2017) 456 ff.

[869] Nach Ulp. 28 ed. D. 13.7.9 pr. ist die wissentliche Hingabe einer *res aliena* zum Pfand ein Haftungsgrund; dazu *Scheibelreiter*, TR 88 (2020) 50–93.

[870] Zweifelnd *Harke*, OIR 11 (2006) 73 f.

[871] Zu den mit dem Fragment verbundenen Streitfragen s. *Medicus*, Quod interest (1962) 50 Fn. 4; *Honsell*, Quod interest (1969) 21 f.; *Dalla Massara*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 302.

und Seidenkleider genannt; es geht wohl um Sachen, deren Wert in einem Bereich liegt, wo auch die Werte mancher *res mancipi* angesiedelt sind: Ein Seidenkleid mag so teuer gewesen sein wie ein Maultier. Wenn man annimmt, dass der Unterschied zwischen *res mancipi* und *res nec mancipi* im Verlauf der Kaiserzeit verblasste, wäre es verständlich, dass die Beschränkung des Anspruchs auf Abgabe einer Eviktionsstipulation auf *res mancipi*, der seinen Grund in der *auctorias* als einer altzivilen Manzipationsfolge hatte (→ Rn. 139), wertungsmäßig nicht mehr recht überzeugte. Ulpian stellt den Anspruch des Käufers von Wertgegenständen neben einen durch die Ädilen angeordneten Stipulationszwang (→ Rn. 382–385) und begründet ihn mit dem *bona fides*-Charakter des Konsensualkaufs.[872] Welche *poena* der Verkäufer zu promittieren hatte, ist umstritten; die Auslegung von Iav. 2 Plaut. D. 21.2.60 ist kontrovers.[873] Mit der vorstehenden Darstellung steht am ehesten die Annahme im Einklang, es habe sich um eine *stipulatio duplae* gehandelt; gesichert ist dies nicht. (2) Der Käufer eines Provinzialgrundstücks konnte *ex empto* den Abschluss einer entgegen den üblichen Gepflogenheiten unterbliebenen *stipulatio* (*duplae* oder *simplae*) erzwingen (Gai. 10 ed. prov. D. 21.2.6).[874] Auch hierin kann man eine vorsichtige Verallgemeinerung des hergebrachten Grundsatzes sehen, dass dem Grundstückskäufer (zunächst, soweit es sich um eine *res mancipi* handelt) eine dauerhafte Schutzgarantie zukommt, die er gegebenenfalls *ex empto* einfordert. (3) Es liegt nahe, dass der in einem *pactum adiectum* (→ Rn. 57–60) *in continenti* vereinbarte Abschluss einer Eviktionsstipulation, falls unterblieben, dem Käufer ebenfalls eine Klageberechtigung *ex empto* gab. Damit dürfte jede formlose Vereinbarung einer Eviktionsgarantie, sofern zugleich mit dem Vertragsschluß erfolgt, *ex empto* klagbar gewesen sein.[875] Aus Pap. 10 quaest. D. 18.1.72 pr. ergibt sich, dass die Verpflichtung des Verkäufers zur Abgabe einer Eviktionsstipulation abzubedingen war.

283 Für den Sklaven- und Jumentenkauf soll im ädilizischen Edikt die Abgabe einer *stipulatio duplae* vorgeschrieben gewesen sein; von dieser wird zumeist angenommen, dass sie sich auch auf den Eviktionsfall erstreckte. Diese – zweifelhafte – Annahme wird im Zusammenhang mit der Sachmängelgewährleistung behandelt (→ Rn. 386).

284 Die prozessuale Durchsetzung des Stipulationszwangs im Rahmen der *actio empti* wird man sich so vorstellen, dass der Verkäufer *apud iudicem* für verpflichtet erkannt wurde, eine bestimmte Garantiestipulation abzugeben. Dies konnte er zur Abwendung einer Verurteilung noch an Ort und Stelle tun (→ Rn. 50). Es ist umstritten, ob die Verurteilung, die sich an die Verweigerung einer geschuldeten Garantiestipulation anschloss, gleich auf die Garantieleistung ging, die an sich zu promittieren gewesen wäre;

[872] Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.20, wo Ulpian sich auf die gesamte Garantiestipulation einschließlich der Eviktionsklausel beziehen dürfte; vgl. *Lenel*, EP 563.

[873] Zu dieser Stelle *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 349 ff. mwN. in Fn. 58, der das Fragment als bei jeder Auslegung zweifelhaft bezeichnet.

[874] Gai. 10 ed. prov. D. 21.2.6.

[875] *Schulz*, CRL Rn. 534.

der zukünftige Eintritt des Garantiefalls *evictio* war ja noch ungewiss.[876] Aufschluss wird von Paul. 5 Sab. D. 21.2.2 erwartet: In der Forschung nimmt man an, Sabinus bzw. Paulus handelten hier nicht vom bereits eingetretenen Eviktionsfall, also von einer Verurteilung wegen Stipulationsverweigerung (unsicher).[877] Die unmittelbare Verurteilung in das *duplum* ist von der Sache her einsichtig, da eine Verurteilung in *id quod interest* eine schwierige Geldbewertung der ausgebliebenen Eviktionsgarantie verlangt haben würde.

Mit den vorstehend beschriebenen Ausweitungen des Käuferanspruchs auf eine Garantiestipulation dürfte ein im Wesentlichen befriedigender Rechtszustand erreicht worden sein. Beim Kauf verbrauchbarer Sachen wie beim Verkauf von Sachen geringen Wertes spielt die Frage des Eviktionsschutzes praktisch keine Rolle. Als das zentrale Schutzelement hatte sich damit die Eviktionsstipulation herausgeschält, die dem Käufer gegeben worden war oder von ihm beansprucht werden konnte. Es ist nicht verwunderlich, dass die mittelalterlichen Interpreten der Justinianischen Gesetzgebung die Frage gestellt haben, ob ein Mechanismus, der den Käufer bei Eviktion schützt, nicht ein *naturale negotii* der *emptio venditio* ist.[878] **285**

bb. Käuferschutz bei Drittpositionen, die nicht zur Eviktion führen

Der Käufer, selbst wenn er durch eine Eviktionsstipulation geschützt wurde, war auf die *actio empti* verwiesen, soweit es um Drittrechten ging, die nicht zu einer Eviktion führen konnten. Einen solchen Fall behandelt Ulp. 70 ed. D. 19.1.35: Der Bestand eines vertragswidrigen Wegerechts, das gegen den Käufer gerichtlich durchgesetzt wird, bewirkt keinen Verfall der Eviktionsstipulation; der Käufer kann aber *ex empto* klagen. **286**

cc. Verkäuferhaftung *ex empto* wegen/nach erfolgter Eviktion

Wie man aufgrund von Paul. 5 Sab. D. 21.2.2 (→ Rn. 283 a. E.) annimmt, konnte der Verkäufer *ex empto* bereits nach Sabinus zur Nachholung einer versprochenen, aber unterbliebenen Stipulation angehalten werden, sofern die Eviktion noch nicht eingetreten war. Es liegt nahe, dass dem Käufer dieselbe Klagemöglichkeit zukam, wenn er im nicht-garantiegeschützten Zustand die Eviktion bereits erlitten hatte; die Nachholung der Stipulation kam in dieser Situation ja nicht mehr in Betracht.[879] Diese unmittelbar auf das *duplum* gerichtete *ex empto*-Haftung im Eviktionsfall wird – wenigstens anfänglich – jedoch vorausgesetzt haben, dass der Verkäufer – aus welchem Grunde auch immer – einem Stipulationszwang (*stipulatio duplae*) unterlag. Diese Funktion der *actio empti* findet man durch Paul. sent. 2.1.2 belegt, außerdem durch **287**

[876] Befürwortend *Honsell*, Quod interest (1969) 22 f.

[877] *Honsell*, Quod interest (1969) 23 mit Nachw. dort in Fn. 15 (*Bechmann*, *Girard*, *Rabel*).

[878] Vgl. *Dilcher*, Leistungsstörungen (1960) 246.

[879] Der Eintritt der Verfallsbedingung würde bereits feststehen; vgl. zur Problematik *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 99 f.

weitere Fragmente.[880] In der spätklassischen Kaiserjustiz bietet Alex. C. 8.44.6 (a.222) eine Stütze.[881] Wenn man bereit ist, Alex. C. 8.44.9 (a.222) und Alex. C. 8.44.8 (a.222) auf die *actio empti* zu beziehen (nicht zweifelsfrei), hätte man Belege dafür, dass auch die *ex empto*-Haftung wegen Eviktion von einer *denuntiatio* des Verkäufers (→ Rn. 270) abhängig war.[882]

288 Eine behutsame Weiterentwicklung der *ex empto*-Haftung ist darin zu sehen, dass in Einzelfällen nach einer erlittenen Eviktion, ganz ohne Rücksicht auf eine „nachzuholende" Stipulation, *ex empto* geklagt werden konnte.[883] Eine solche *ex empto*-Haftung kam zunächst zum Zuge, um Haftungslücken zu schließen. Als Beispiel gilt die Eviktion eines *partus ancillae*, auf den sich die an sich gegebene Verkäuferhaftung nicht erstreckte (Pomp. 9 Sab. D. 21.2.16 pr.). Ähnlich liegt es hinsichtlich des mitverkauften *instrumentum* beim Grundstückskauf (Iul. 15 dig. D. 21.2.8). Es handelte sich um Nebensachen, für die der Käufer im Eviktionsfall ohne Ausgleich geblieben wäre, weil der evinzierte Gegenstand als solcher nicht manzipiert oder in der Eviktionsstipulation genannt war. Es leuchtet ein, dass die Haftung grundsätzlich auf *id quod interest* ging; dem an sich eviktionsgeschützten Käufer wird für einen „planwidrig" ungeschützten Ausfall gerade nur in einem Nebenaspekt ein Geldersatz zugesprochen. Hinsichtlich dieser Funktion der *actio empti* ist eine Beschränkung auf den *venditor sciens* nicht zu erkennen. Instruktiv ist auch Ulp. 32 ed. D. 21.2.37.2: Der Käufer hat sich irrtümlich nur das *simplum* statt das *duplum* versprechen lassen, er erhält *ex empto* bei erfolgter Eviktion das, was ihm zu wenig promittiert worden ist. Die *ex empto*-Haftung ist dabei gleichsam an die Haftung aufgrund der Stipulation angelehnt: Nach Ulpian muss sich hier der Käufer, um in den Genuss der *ex empto*-Haftung zu kommen, entsprechend der Stipulation verhalten haben, was auf die gehörige *denuntiatio* (→ Rn. 270) zu beziehen sein wird. Afr. 6 quaest. D. 21.2.24 behandelt den Fall, dass der gekaufte Sklave von der Käuferin als Dotalgut gegeben wird, wobei sich der Ehemann als der wirkliche Eigentümer herausstellt: Die abgegebene Eviktionsstipulation kann nicht verfallen; der Frau wird aber die *actio empti* gegen ihren Verkäufer zuerkannt.[884]

289 Der Umstand, dass die generelle Eviktionshaftung *ex empto* im *ius commune* die Standardgrundlage für die Eviktionshaftung geworden ist,[885] hat die Vorstellung einer

---

[880] Ulp. 32 ed. D. 21.2.37.2, dazu *Honsell*, Quod interest (1969) 23; Paul. 5 quaest. D. 19.1.43 (→ Rn. 291 Fn. 897); Frg. Vat. 17; Paul. 5 quaest. D. 21.2.70; Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.2. Ob auch Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr. mit den Worten *venditori sufficit ob evictionem se obligare* den zivilrechtlichen Stipulationszwang *ex empto* belegt, ist umstritten; dafür (überzeugender): *Ankum*, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 597–628; dagegen sieht *Calonge*, Evicción (1968) 36, hier die unmittelbare Garantiefunktion der *actio empti* (→ Rn. 288) angesprochen.

[881] Dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 155.

[882] Zu beiden Konstitutionen s. *Harke*, Iuris prudentia (2019) 164 f.

[883] *Kaser*, RP I 556; s. auch *Coudert*, Stipulations (1957) 104 ff.

[884] Dazu *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 24 f.; *Stagl*, Favor dotis (2009) 279 f.

[885] Die schadensersatzbewehrte Verpflichtung zum Einstehen für ein dauerndes *habere licere* erschien – in der Terminologie des *ius commune* – als *essentiale negotii* der *emptio venditio*.

Entwicklungsgeschichte begünstigt, bei der diese allgemeine Eviktionshaftung als der „logische" Endpunkt der Entwicklung des klassischen Rechts erscheint.[886] Seit Rabel wird von der „Garantiefunktion" der *actio empti* gesprochen, oder auch von der Rezeption der Eviktionsgarantie in die *actio empti*.[887] Eine solche allgemeine Haftung würde bedeuten, dass der Verkäufer allein durch Abschluss der *emptio venditio* eine Garantie für den Eviktionsfall übernahm.[888] Als Urheber werden Julian, aber auch andere Juristen genannt.[889] Die Quellen unterstützen meines Erachtens nicht die Vorstellung eines Rechtszustandes, bei dem man sich für den möglichen Eviktionsfall direkt auf die *ex empto*-Haftung verlassen hätte, so dass eine *stipulatio duplae* allenfalls noch zur gelegentlichen Aufbesserung der Haftung wünschenswert gewesen wäre. Man wird beachten, dass die Käufer von *res mancipi* (→ Rn. 139) und von Gegenständen, die wertmäßig den *res mancipi* gleich- oder nahestanden, ohnehin eine *sipulatio duplae* fordern konnten (→ Rn. 282); Käufer von Provinzgrundstücken konnten die regional übliche Garantiestipulation beanspruchen (→ Rn. 282). Diese Käufergruppen waren auf einen direkten Schutz *ex empto* nicht angewiesen. Im Gegenteil: Die Ausdehnung des Stipulationsschutzes auf die Käufer von *res pretiosiores* wäre juristisch weniger einleuchtend, wenn diese Käufer ohnehin über eine problemlose *ex empto*-Haftung auf das Interesse verfügt hätten. Versteht man Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr. so, dass dem Käufer ein Eviktionsschutz gebührte, aber derart, dass der Verkäufer hierfür einen im konkreten Fall passenden Verpflichtungsgrund schaffen musste (→ Rn. 139), spricht auch diese Stelle gegen die Annahme eines generell schon *ex empto* gegebenen Eviktionsschutzes. Für eine latente Dauerverpflichtung, um die es sich bei der Eviktionsgewähr handelt, wird ein regelrechtes *promissum* auch passender erschienen sein als das Kaufverhältnis, das ein einmaliges Austauschgeschehen bezweckt. Der Großteil der Detailerörterungen, die uns von den klassischen Juristen zu Eviktionsfällen überliefert sind, betreffen Stipulationen und die *auctoritas*-Haftung: Wenn wirklich noch in der Hoch- und Spätklassik eine weitgehende Verlagerung des Käuferschutzes unmittelbar auf die *actio empti* stattgefunden hätte, könnte man mehr Erörterungen einschlägiger Detailfragen im Kontext der Kaufklagen erwarten. Die Möglichkeit, sich allein *ex empto* wegen einer erfolgten Eviktion schadlos zu halten, hat die Haftung aufgrund von besonderen Stipulationen jedenfalls nicht insoweit verdrängt, dass der Verkehr auf die Abgabe von Eviktionsstipulationen verzichtet hätte. Da die *ex empto*-Haftung in einer

[886] S. schon *Girard*, Mél. II 78, 143 ff.

[887] *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 75 ff.; aus der heutigen Lit. s. z. B. *Dalla Massara*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 303–310.

[888] *Schulz*, CRL 534: Julian „endowed the consensual contract of sale with an implied warranty for eviction".

[889] *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 351 bei Fn. 66, verweist auf Javolen. Nach *Ankum* gebührt das Verdienst Pomponius wegen Pomp. 31 Q. Muc. D. 18.1.66 pr. und Pomp. 9 Sab. D. 21.2.16 pr., s. *Ankum*, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 615 Fn. 50; *Harke*, OIR 11 (2006) 65 f., sieht Pomponius als Vorgänger Julians, nicht aber Javolen.

einzelfallbezogenen Ergänzungsfunktion geblieben ist, ist es auch verfehlt, nach dem „einen" Begründer der allgemeinen Eviktionshaftung *ex empto* zu fragen; mehrere Juristen haben die Zuständigkeit der *actio empti* für verschiedene Situationen befürwortet.

290 Soweit man von einer generellen Garantiefunktion der *actio empti* ausgeht, hat man darüber gestritten, ob die Klage in diesem Fall auf das *id quod interest* des Käufers gerichtet war[890] oder auf die Rückzahlung des Kaufpreises. Die Ansicht Rabels, wonach das Ziel der *actio empti* nach Eviktion im Laufe der geschichtlichen Entwicklung zunächst die Rückzahlung des Kaufpreises gewesen sein soll,[891] ist von Kaser[892] zugunsten des Interesseersatzes als Anspruchsziel bestritten worden; die jüngere Forschung hat sich auf die Seite Kasers gestellt.[893] Geht man wie hier davon aus, dass die *actio empti* in erster Linie zum Einsatz kam, um den Käufer für einen solchen eviktionsbedingten Ausfall zu entschädigen, der aus technischen Gründen von einer *auctoritas*- oder Stipulationshaftung nicht miterfasst war, ging es von vornherein weder um eine Rückzahlung des Kaufpreises (hierfür bestand ja eine *duplum*-Haftung),[894] noch um ein *id quod interest*, wie es auch für den Fall der Nichtübergabe bestimmt wurde. Vielmehr wird das *id quod interest* in diesen Fällen am beschränkten Leistungsdefizit ausgerichtet gewesen sein, das es ergänzend auszugleichen galt.[895]

291 Eine Konstitution Justinians beschränkte das mit der *actio empti* zu fordernde Interesse auf das Doppelte des geleisteten Kaufpreises; Iust. C. 7.47.1 (a.531).[896] Hiermit wurde nach der Ansicht des Verfassers ein schon in Paul. 5 quaest. D. 19.1.43 mit Paul. 5 quaest. D. 19.1.45 pr. und Paul. 5 quaest. D. 19.1.45.2 (dem Fall der Arescusa) behan-

[890] Paul. 5 quaest. D. 21.2.70.

[891] *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 142 ff.

[892] *Kaser*, SZ 54 (1934) 162–188.

[893] *Arangio-Ruiz*, Compravendita II (1954) 349; ausf. *Medicus*, Quod interest (1962) 49–96 (mit der Konzession an *Rabel*, es sei eine gewisse Orientierung des Interesses am Kaufpreis spürbar); *Calonge*, Evicción (1968) 32 ff.; *Honsell*, Quod interest (1969) 20–61, insb. 26 ff.; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 337; zusätzliche Unterstützung für *Kaser* betreffend Iul. 33 dig. D. 30.84.5 (→ Rn. 156) findet *Ankum*, Scr. Guarino VII 3215–3230; differenzierend *Cortese*, Actio empti, evictionis nomine teneri e quantificazione della condanna (2019); http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2019/contributi/2019_Contributi_Cortese.pdf, besucht 29. 9. 2020.

[894] Schwer einzuordnen ist Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.9, wo der Käufer, der nur einen Kaufpreisteil bezahlt hat, wegen Eviktion *ex empto* den ganzen Kaufpreis fordert, was aber als doloses Begehren abgelehnt wird; in der Literatur wird u. a. vermutet, es sei um eine *stipulatio simplae* gegangen; zuletzt *Finkenauer*, Iura 68 (2020) 100 ff. m. weiteren Nachw.

[895] Diocl./Max. C. 8.44.25 (a.294) behandelt den Sonderfall, dass der (selber gutgläubige) Verkäufer einer irrtümlich als Sklavin verkauften freien Person später deren Freiheit gegen den Käufer durchsetzt: der unterlegene Käufer könne wahlweise aus der Stipulation das *duplum* oder *ex empto* sein Interesse verfolgen; dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 156 f.

[896] Dazu → Rn. 455.

deltes Konkurrenzproblem aufgegriffen, ob nämlich der Käufer zusätzlich zum *duplum* noch „Folgeschäden" mittels der *actio empti* liquidieren kann.[897]

Der mutmaßliche Endpunkt der Entwicklung steht noch im Zusammenhang mit der kontroversen Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses zwischen der *actio empti* und einer *actio ex stipulatu*. Nach einer älteren Meinung soll elektive Konkurrenz bestanden haben.[898] Dem ist im Grundsatz zuzustimmen, wobei nach der hier vertretenen Ansicht die Klage *ex empto* nur die Funktion der Nachforderungsklage hatte (→ Rn. 53); das Verhältnis zu der *actio auctoritatis* als auch zu der *actio ex stipulatu (duplae)* ist damit nicht ganz dasselbe wie das einer strengen Subsidiarität, die auch schon vorgeschlagen worden ist.[899] Die Frage der Aktionenkonkurrenz nimmt eine andere Bedeutung an, wenn man die *actio empti* als überhaupt in jedem Eviktionsfall – ungeachtet eines durch Manzipation oder Stipulation begründeten Schutzes – für anwendbar halten wollte; diese Sichtweise trifft indessen nicht zu (→ Rn. 289). Zu der Konkurrenzfrage, wie sie sich dann darstellen würde, gibt es auch keine Überlieferung. **292**

d. Die sogenannte *exceptio evictionis imminentis*

Der Käuferschutz mittels der *actio auctoritatis* und der *stipulatio duplae* (ebenso durch die *satisdatio/repromissio secundum mancipium*) erfolgte durch Erzwingung einer Rückzahlung des (typischerweise verdoppelten) Kaufpreises. Drei verschiedene Quellen behandeln Konstellationen, in denen es um die Berechtigung des Verkäufers geht, noch auf Zahlung des Kaufpreises (oder dessen Rests) zu bestehen, obwohl ein Eviktionsprozess gegen den Käufer pendent ist oder droht; Frg. Vat. 12; Pap. 3 resp. D. 18.6.19.1 sowie Diocl./Maxim. C. 8.44.24 (a.294); zu dieser Konstitution gehört genetisch Her. 2 iur. epit. D. 21.2.74.2.[900] Diese unter sich verschiedenen Entscheidungen sind gemeinrechtlich als Belege ein und derselben *exceptio evictionis imminentis* aufgefasst worden; das klassische Recht wird damit nicht erfasst. Nach Frg. Vat. 12 kann **293**

[897] *Ernst*, FS Knütel 304 f.; zu Paul. 5 quaest. D. 19.1.43, D. 19.1.45 pr., D. 19.1.45.2 s. weiterhin *Van Kralingen*, Ars Aequi 2013, 399–408; *Kleiter*, Entscheidungskorrekturen (2010) 39 ff.; *Erasmus*, THRHR 31 (1968) 213–241; *Tafaro*, RSJ 2007, 33 ff.; *Nörr*, SB Bay. Akad. (2005) 1; *Wolf*, SDHI 80 (2014) 3–15; *Grzimek*, Taxatio (2001) 54–56; *Tafaro*, in: Tafaro, Usura (1997) 213–230; *Nörr*, SZ 121 (2004) 155; *Amaya Calero*, BIDR, 90 (1987) 202 ff.; *Padovan*, Om. Burdese III 3358 ff.; *Pichonnaz*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 345 f.; *Pichonnaz*, Fundamina 20 (2014) 707 f.; *Kleňová*, TR 85 (2017) 459–469.

[898] *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 320–355; *Zimmermann*, LO 299 Fn. 335; *Honsell*, Quod interest (1969) 60.

[899] *Ankum*, Scr. Guarino VII 3216 Fn. 5 u. bereits *Ankum*, Ess. lustrum VI Utrecht 3, sowie – in ausführlicher Auseinandersetzung mit *Knütel* – *Ankum*, in: Vacca, Vendita e trasferimento II (1991) 616 ff.; zu den Konkurrenzproblemen in Paul. 71 ed. D. 44.4.3 und Paul. 5 Sab. D. 40.7.10 s. *Kleňová*, TR 85 (2017) 446–448.

[900] Dazu ausf. *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 60–75; *Ginesta Amargós*, BIDR 31/32 (1989/90) 311–323; *Dalla Massara*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 308; *Liebs*, SZ 135 (2018) 395, 455 f.; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 161 f.

der Verkäufer *mota quaestione dominii* nicht mehr gültig *ob evictionem se obligare* und deswegen auch nicht mehr auf den Kaufpreis klagen. In Diocl./Maxim. C. 8.44.24 (a.294) geht es nicht um eine schon angestrengte Vindikation, sondern um das Gerücht einer Drittberechtigung. Die Konstitution bekämpft aus fachjuristischer Sicht das käuferseitige Verlangen nach Kaufpreisrückzahlung vor Abschluss des Eviktionsprozesses;[901] der Käufer kann aber ausnahmsweise eine gesteigerte Eviktionssicherheit durch Stellung von Eviktionsbürgen beanspruchen. Das Recht, die Kaufpreiszahlung von der Stellung von Eviktionsbürgen abhängig zu machen, kehrt in Pap. 3 resp. D. 18.6.19.1 wieder, wo es freilich um den Fall eines schon pendenten Eviktionsprozesses geht.

e. Rechtsmängel- statt Eviktionshaftung?

294 Abgesehen vom Fall des *venditor sciens*, in welchem der Haftungsgrund im *dolus* des Verkäufers lag (→ Rn. 281, 422), blieb die Haftung *ex empto* auf die Prästierung des *habere licere* und auf die Eviktion als den relevanten Störungsfall bezogen. Der Verkäufer wurde auch *ex empto* nicht schon dafür haftbar gemacht, dass er dem Käufer nicht das Eigentum verschafft hat: Es gab keinen Haftungsfall „Nichterfüllung einer Pflicht zur Rechtsverschaffung". Gegen Ende des 19. Jahrhunderts ist – damals im Kontext einer gegenwartsrechtlichen Forderung nach einem Umstieg auf eine echte Rechtsmängelhaftung – für das spät- und nachklassische Recht[902] eine Entwicklungshypothese aufgestellt worden, wonach die Rechtsentwicklung bereits in der römischen Antike auf eine „echte" Rechtsmängelhaftung zugelaufen sei (Eck,[903] Rabel[904]). Als Belege werden vor allem die Haftung des *venditor sciens*, die *exceptio evictionis imminentis* und Fälle des *concursus causarum* angeführt. Keiner dieser Belege führt wirklich auf eine generelle Verkäuferpflicht, den Käufer zum Eigentümer zu machen, doch ist der Versuch des Verfassers, der herkömmlichen Sichtweise entgegenzutreten,[905] eher mit Skepsis aufgenommen worden.[906]

VI. Sachmängelhaftung des Verkäufers

1. *Caveat emptor* – ein Überblick

295 Wenn die Kaufsache in ihrer natürlichen Beschaffenheit nicht den Erwartungen entsprach, die der Käufer beim Vertragsschluss gehabt haben mochte, stand die *actio empti* für eine wie auch immer geartete Ausgleichsleistung zunächst nicht zur Verfügung. Der

[901] *Völkl*, SZ 110 (1993) 457 f.
[902] Hierzu auch *Vacca*, Et. Ankum II 549–565.
[903] *Eck*, Gewährung des Eigenthums (1874).
[904] *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902).
[905] *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995) 5–119.
[906] *Wacke*, SZ 120 (2003) 270 ff.; *Harke*, OIR 11 (2006) 64 u. passim.

römische Geschäftsverkehr hat sich auf diesen Rechtszustand mit Vereinbarungen von Warenprüfung und Probezeiten eingestellt, die dem Käufer bei unbefriedigender Qualität eine Abstandnahme vom Vertrag ermöglichten (→ Rn. 307–313). Dieser Ausgangspunkt wird mit dem (nicht klassischen) Schlagwort *caveat emptor* bezeichnet. Im Rechtsverkehr haben Käufer sich sodann im Wege begleitender Stipulationen abgesichert, mit welchen der Verkäufer die Freiheit von bestimmten Mängeln oder das Vorhandensein bestimmter Vorzüge versprach oder garantierte (*promissa*, → Rn. 300–306). Objektivrechtlich bestand altzivil bei der Grundstücksmanzipation eine Haftung für die Richtigkeit einer vom Veräußerer gemachten Angabe zur Grundstücksgröße (*actio de modo agri*) – eine Quantitätsgewährleistung mit Ähnlichkeit zu Fragen der Sachqualität (→ Rn. 296–298). Aufgrund von Bestimmungen ädilizischer Edikte wurde den Käufern von Sklaven und Zugtieren (*iumenta*) ein besonderer Rechtsschutz zuteil: Verkäufer wurden hoheitlich verpflichtet, bestimmte Mängel offenzulegen; im Fall einer unrichtigen Aufklärung wurde der Käufer zur Rückgabe gegen Preiserstattung berechtigt; dieser Schutz wurde im Laufe der Zeit ausgebaut und verfeinert (→ Rn. 314–374). In gewissem Umfang wehrten klassische Juristen die Bindung des Käufers an den Kaufvertrag ab, indem sie bei schwerwiegenden Fehleinschätzungen der Sachsubstanz den Konsens verneinten (→ Rn. 96–98). Einem Käufer, der als Opfer eines arglistigen Verkäufers erschien, halfen sie durch Gewährung einer Klage (*actio empti* oder *actio doli*). Diese zahlreichen Schutzmittel, die je ihre eigene Geschichte haben, entfalteten vielfältige Wechselwirkungen untereinander. Zum Beispiel wurden *promissa* des Geschäftsverkehrs oft an dem Mängelkatalog des ädilizischen Edikts ausgerichtet, wie umgekehrt die Ädilen die ediktale Wandlung aufgrund von *promissa* gestatteten. Die *actio empti* wurde von den Juristen zunehmend eingesetzt, um den Käuferschutz abzurunden und bislang noch ungeschützten Käufern nach dem Kauf minderwertiger Waren ebenfalls einen gewissen Ausgleich zu verschaffen. Mit diesem Ausbau der *actio empti* wurde der Grundsatz *caveat emptor* nochmals eingeschränkt. Den Zustand eines Flickenteppichs hat die klassische Jurisprudenz mit ihren Mitteln jedoch nicht grundsätzlich überwinden können. Den römischen Handel und die römischen Juristen hat die Frage der Sachqualitäten in intensiver Weise beschäftigt; uns ist eine Fülle von Material überliefert, doch kann eine lückenlose Entwicklungsgeschichte des gesamten „Netzwerks" von Rechtselementen in Theorie und Praxis nicht erwartet werden.

2. Die altzivile *actio de modo agri*

Eingeschaltet in den Hergang der *mancipatio* konnte der Veräußerer für das zu man- **296**
zipierende Grundstück eine förmliche Flächenangabe machen (→ Rn. 54–56). Stellte diese sich als unzutreffend heraus, weil das Grundstück ein geringeres Aufmaß aufwies, konnte der Käufer mit der altzivilen *actio de modo agri* auf das *duplum* eines Betrages klagen, dessen Schätzung dem Judex oblag.[907] Als Rechtsfolge der *mancipatio* wird die

[907] *Lenel*, EP 194.

actio de modo agri mit der *actio auctoritatis* zusammengestellt (→ Rn. 243–252). Beide *actiones* sind in der justinianischen Redaktion aufgrund der Beseitigung der *mancipatio* in den Digesten und im Codex nicht mehr direkt greifbar, doch gibt Paul. sent. 2.17.4 eine sichere Grundlage. Paul. sent. 1.19.1 zählt die *actio de modo agri* zu den Aktionen, die *per infitiationem duplentur*, mit dem Nachsatz *cum a venditore emptor deceptus est*. Beide Aussagen in den Paulussentenzen sind nicht leicht zu vereinigen, da Paul. sent. 2.17.4 eine von vornherein auf das *duplum* gehende Haftung nahelegt, für welche die objektive Unrichtigkeit der in der *nuncupatio* gemachten Angabe genügt haben sollte.[908] Zumeist wird Paul. sent. 1.19.1 in seiner Richtigkeit oder Echtheit angezweifelt[909] oder auf eine andere, aber gleichnamige *actio de modo agri* bezogen.[910] Der Quellenkreis deutet darauf hin, dass die Klage noch in spätklassischer Zeit in Gebrauch war und damit in den Schriften der Jurisprudenz eingehend behandelt worden sein wird. Die justinianische Redaktion hat die *actio de modo agri* beseitigt. Die Digesten enthalten eine Reihe von Texten, in denen es um die Verkäuferhaftung wegen unrichtig angegebener Grundstücksgröße geht, wobei als Haftungsmittel die *actio empti* erscheint. Jeweils besteht ein gewisser Verdacht, dass der Jurist ursprünglich von der *actio de modo agri* gehandelt hat; eine klassische *ex empto*-Haftung für Größenzusicherung würde schlecht dazu passen, dass der bloße Kaufvertrag lange Zeit keine Haftung für einseitige Qualitätszusagen zuließ. Als solche mittelbaren Textzeugen für die *actio de modo agri* werden diskutiert: Paul. 21 ed. D. 18.1.51;[911] Scaev. Iul. Marcell. dig. 7 D. 18.6.11;[912] Pap. 7 quaest. D. 21.2.64;[913] Paul. 2 quaest. D. 19.1.42.[914]

297 Über die Durchsetzung der Haftung für die Größenangabe in der Zeit der Legisaktionen sind wir nicht unterrichtet; die Vermutungen gehen in verschiedene Richtungen. Im prätorischen Edikt soll sie nach Lenel im Anschluss an die *vindicatio servitutis* eingestellt worden sein;[915] eine Formelrekonstruktion wäre spekulativ.

298 Für die dem Judex übertragene *aestimatio* wird aufgrund von u. a. Paul. 2 quaest. D. 19.1.42 vermutet, dass das Mindermaß zur Maßangabe ins Verhältnis gesetzt wurde; ein zum Kaufpreis im selben Verhältnis stehender Betrag wurde dupliert;[916] also: Minderungsbetrag mal zwei. Es mag sein, dass wie bei der Teileviktion die über die Gesamtfläche wechselnde Bodenqualität berücksichtigt wurde (vgl. Ulp. 18 ed. D. 21.2.14).

---

[908] Eine Verbindung zu der XII–Tafel-Regel (6.1) *Cum nexum facit mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* liegt nahe; hierzu *Cursi*, in: Cursi, XII Tabulae I (2018) 339–345.

[909] *Lenel*, EP 194 Fn. 11; für Echtheit *Liebs*, SZ 113 (1996) 158.

[910] *Karlowa*, RRG II 567–577.

[911] *Ankum*, Index 26 (1998) 369.

[912] Dazu *Pennitz*, Periculum (2000) 175 ff.; zu den Garantieklauseln in den Tab. Herc. s. *Bellodi Ansaloni*, in: Ravenna Capitale (2000) 79 ff.

[913] Dazu *Hackel*, SZ 114 (1997) 435–448; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 192, 208 f., 215.

[914] *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 40–45; *Kleňová*, TR 85 (2017) 449–451; *Metro*, Scr. Franciosi III 1738 ff.; *Finkenauer*, Iura 68 (2020) 93–97.

[915] *Lenel*, EP 194.

[916] *Rabel*, Haftung des Verkäufers (1902) 160.

Klassische Juristen behandeln die Frage, wie natürlich Ab- und Zugänge zum Grundstück auf diese Schätzung einwirken (Pap. 7 quaest. D. 21.2.64,[917] Scaev. Iul. Marcell. dig. 7 D. 18.6.11[918]). Iul. 7 dig. D. 19.1.22 trifft die interessante Entscheidung, dass der Verkäufer von 100 *iugera* Land, der unrichtig ansagt, es sei je zur Hälfte Weinberg bzw. Weideland, dem Käufer trotz Richtigkeit der Gesamtflächenangabe haftet. In den Digesten ist die Haftung offenbar eine solche *ex empto*, was sich auch unschwer mit dem *dolus* des Verkäufers begründen ließ. Ulp. 18 ed. D. 19.1.34 liegt auf derselben Linie. Ob diese Stellen ursprünglich von der *actio de modo agri* gehandelt haben? In Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.14 geht es in wenig durchsichtiger Weise um den Fall, dass für ein Grundstück von 90 *iugera* unrichtig eine Größe von 100 *iugera* angesagt war, wobei eine Landanschwemmung das Grundstück auf die zugesagte Fläche vergrößert: Ist die Falschansage damit „geheilt"?[919]

In den Texten, die in Digesten von der Haftung für Flächenangaben handeln, wird **299**
die Haftung *ex empto* verwirklicht; wenigstens in einem Teil der Fälle ist die objektive Unrichtigkeit die Grundlage; auf *dolus* scheint es nicht anzukommen. Wahrscheinlich ist dieser Rechtszustand schon in der klassischen Zeit erreicht worden. War diese Haftung dann auf einen Wertausgleich für die fehlende Fläche gerichtet? Abgesehen von der Duplierung wäre damit das Haftungsziel der *actio de modo agri* fortgeführt worden.

3. Rechtsgeschäftliche Instrumente der Qualitätssicherung

a. Eigenschaften der Kaufsache als Gegenstand von Stipulationen (*promissa*)

aa. Einleitung

Vielfältig belegt und behandelt sind Stipulationen, die den Käufer im Hinblick auf **300**
bestimmte mögliche Mängel absichern. Der Käuferschutz mittels Stipulationen ist ein Produkt des Rechtsverkehrs. Insoweit geht es von vornherein nicht um „das" römische Recht im Sinne einer objektiven Ordnung, denn die Parteien waren weitgehend frei, käuferschützende Stipulationen nach ihren Bedürfnissen und Verhandlungspositionen zu gestalten (oder zu unterlassen). Eine Darstellung kann nur approximativ und idealtypisierend die benutzten Gestaltungsvarianten nachzeichnen. Wesentlich erscheint der Unterschied zwischen Stipulationen, mit welchen die Fehlerfreiheit versprochen wurde (bb), und Garantiestipulationen, durch die der Verkäufer eine bestimmte Geldleistung für den Fall versprach, dass sich ein bestimmter Fehler herausstellte (cc). Der Geschäftsverkehr wusste um die unterschiedliche „Güte" verschieden stilisierter Qualitätsversprechen; es leuchtet ein, dass diese sich auch in einer Preisdifferenzierung spiegelte: Mit einer „guten" Qualitätsstipulation wurde entsprechend teurer ver-

[917] Dazu *Hackel*, SZ 114 (1997) 435–448; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 192, 208 f., 215.
[918] Dazu *Pennitz*, Periculum (2000) 175 ff.
[919] *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1999) 58 f.

kauft.[920] Das Verhältnis der im Geschäftsverkehr benutzten Stipulationen zum ädilizischen Edikt wird im Zusammenhang mit diesem besprochen (→ Rn. 374).

bb. *Stipulatio praestandi*: Einstehen für Fehlerfreiheit

301 Varro bot Stipulationsformeln u. a. für den Kauf von Schafen (rust. 2,2,5), Ziegen (rust. 2,3,5), Schweine (rust. 2,4,4) und Rindern (rust. 2,5,10), die den Verkäufer die Gesundheit des betreffenden Tieres in verschiedenen Wendungen versprechen lassen.[921] Für die Ziegen z. B. soll gefragt werden: *Illas capras hodie recte esse et bibere posse … haec spondes*? Bei Rindern: *Illosce boves sanos esse noxisque praestari*? In einem beachtlichen Variantenreichtum belegen spätere Kaufurkunden Formulierungen wie *hunc hominem sanum furti noxisque solutum esse* (TH 61) oder *eum puerum sanum traditum esse, furtis noxaque solutum, erronem, fugitivum, caducum non esse praestari* (FIRA III 88 = CIL III p940,07).[922] Solche Stipulationen spiegelten Inhalte des ädilizischen Edikts (→ Rn. 333–345), jedoch nicht in einer Übernahme des Edikts „1 zu 1“: Teilweise sind nach dem Edikt anzuzeigende Mängel ausgelassen (z. B. fehlt *fugitivum non esse* in TH 61), wie umgekehrt noch weitere, vom Edikt an sich nicht verlangte Zusagen angefügt sein konnten, etwa die, dass der Sklave kein *vispellio* (Leichenfledderer) war. Der Stipulationstenor konnte auch geradewegs auf das Edikt verweisen: *Eum puerum sanum esse ex edicto* (FIRA III 132 = P.Lond. II 229).[923] Urkunden dieser Art, die mit Klauseln wie *stipulatus est [emptor] spopondit [venditor]* schließen, stellten offenbar eine weithin verkehrsübliche Käufersicherung dar.[924]

302 Derartige Stipulationen warfen eine theoretische Schwierigkeit auf, die von Ulpian behandelt wird (Ulp. 42 Sab. D. 21.2.31):[925] Verspricht nicht der Verkäufer eine unmögliche Leistung? Der Verkäufer verspreche *quod interest horum quid esse vel horum quid non esse*. Mit dieser Erklärung als konditionales Leistungsversprechen, das nicht auf ein Primärversprechen der Fehlerfreiheit aufbaut (keine Doppelstipulation), ließ sich die Wirksamkeit begründen. Die Deutung als bedingtes Versprechen mag erleichtert worden sein, wenn im Stipulationstenor *praestari* eingefügt war. Bei den Garantiestipulationen (sogleich → Rn. 304) konnte dieses Problem nicht auftreten.

303 Das Stipulationsversprechen, für die Abwesenheit der Mängel (oder kurz: die Gesundheit) des Sklaven einzustehen, war Grundlage für eine Klage *ex stipulatu*, die der Käufer beim Prätor, beim Munizipalmagistrat oder beim Provinzpräfekten anstellen konnte. Wie auch sonst bei den Stipulationen eines *incertum*,[926] handelte es sich um eine Kondemnation in *id quanti actoris interest*.[927] Es ergab sich ein „kleiner“ Geldaus-

[920] *Jakab*, Praedicere (1997) 193: „a fair price implies a warranty“.
[921] Zu den Kaufformularen Varros s. *Jakab*, Praedicere (1997) 157–162.
[922] = CIL III p 940,07 (p. 2215).
[923] = Meyer, Jur.Pap. 37 = P.Lond. II 229 = ChLA III 200 = CPL 120.
[924] *Platschek*, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 23.
[925] Dazu etwa *Wacke*, FS Köln 358 f.
[926] Vgl. *Medicus*, Quod interest (1962) 212 ff.
[927] *Platschek*, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 23.

gleich für die Mangelhaftigkeit („kleiner Schadensersatz"); der Käufer behielt den Sklaven. Iul.-Ulp. 46 Sab. D. 21.2.32.1 erläutert in Einzelheiten die sukzessive Erhebung von Klagen wegen verschiedener Mängel; diese sei für jeden einzelnen Mangel möglich, weil es sich um mehrere, den jeweiligen Mangel betreffende Stipulationen handele.[928] Der durch die Stipulation begründete Käuferschutz war zeitlich nicht befristet.

cc. Garantiestipulationen für Fehlerfreiheit

Vielfältig belegt und von römischen Juristen diskutiert sind Garantiestipulationen, in denen der Verkäufer eine bestimmte Geldleistung für den Fall versprach, dass sich ein bestimmter Fehler herausstellte. Zumeist ist von einer *stipulatio duplae* die Rede. Für das *duplum* im Zusammenhang mit Beschaffenheitsgarantien geht die Forschung fast unbesehen davon aus, dass es wie bei der für den Eviktionsfall gegebenen Stipulation (→ Rn. 274) der Kaufpreis ist, den der Käufer verdoppelt erhalten soll. Naheliegender ist hier jedoch die Deutung, dass es sich um die Verdoppelung des Nachteils handelte, den der konkrete Mangel für den Käufer darstellte.[929] Nicht jedes Vorkommen von *duplum* oder *duplus, -a, – um* muss den Kaufpreis als Basiswert haben. Wollten die römischen Juristen speziell das Kaufpreisdoppelte ansprechen, war *dupla pecunia* der treffende Ausdruck. Wenn es sich – abweichend von der herrschenden Ansicht – bei der duplierenden Stipulation für Mängelfreiheit um eine Verdoppelung des „kleinen Schadensersatzes" (→ Rn. 303) gehandelt hat, wäre dies das Versprechen eines *incertum* gewesen, da bei der Klage *ex stipulatu* eine Abschätzung der mit dem Mangel verbundenen Verminderung des Wertes erforderlich wurde. Wäre es um die Duplierung des Kaufpreises gegangen, müssten sich weitherhin die Fragen ergeben haben, ob jeder einzelne Mangel den Verfall im Ganzen auslöste und ob der Käufer trotz einer (vermuteten) Klage auf das Kaufpreis-*duplum* den Sklaven behalten könnte;[930] hierzu ist offenbar nichts überliefert.[931] Hätte ein Stipulationsversprechen von der Rückgabe des Sklaven abhängen sollen, war eine entsprechende Klausel im Stipulationstenor unentbehrlich. Eine auf den „Mangelunwert" bezogene, verdoppelte Ersatzpflicht findet sodann Unterstützung in einem Vergleich mit der *actio de modo agri* (hier bezieht sich das *duplum* auf den Wert der Minderfläche) und dem Umstand, dass bei den Eviktionsstipulationen für den Fall der Teileviktion typischerweise ein pro-rata-Verfall des Kaufpreis-*duplum* vereinbart wurde (→ Rn. 272); das *duplum* des vollen Kaufpreises verfiel dann nur, wenn der Käufer infolge Eviktion die ganze Kaufsache entbehrte. Im Ver- **304**

[928] Ausf. *Jakab*, Praedicere (1997) 297 f.

[929] So schon *Eck*, Gewährung des Eigentums (1874) 193; *Levy*, Konkurrenz I (1918) 139 f. Hierfür spricht stark Paul. 5 Sab. D. 19.1.4 pr.

[930] *Platschek*, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 22.

[931] In aufgefundenen Kaufformularen bezieht sich das Zahlungsversprechen des (Kaufpreis-) *duplum* oft nur auf den Eviktionsfall. Nur in zwei Urkunden aus Side bezieht sich das Verkäuferversprechen des *duplum* sowohl auf den Eviktionsfall als auch auf das Auftreten für abwesend erklärter Mängel: P. Turner 22 und FIRA III 133 = BGU III 887, und dazu *Platschek*, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 22.

gleich würde es als völlig unverhältnismäßig erscheinen, wenn für jeden der in einer Beschaffenheitsstipulation genannten Mängel ein Totalverfall des Kaufpreis-*duplum* vereinbart worden wäre. Nach der hier bevorzugten Ansicht hatte sodann die *stipulatio simplae* den einfachen Interesseersatz des Käufers zum Inhalt. Der Unterschied zwischen der *stipulatio praestandi* und der *stipulatio simplae* wäre ein solcher der Tenortechnik gewesen: Bei einer *stipulatio praestandi* (→ Rn. 301) versprach der Verkäufer die Abwesenheit des Fehlers und erst, wenn sich dies als unrichtig herausstellte, war der Interesseersatz geschuldet, während bei der *stipulatio simplae* von vornherein nur der Geldersatz promittiert wurde, dessen Verfall durch das Bestehen des Fehlers bedingt ist.

305 Umstritten ist das Verständnis des Begriffspaars *dupla vendere/emere* und *simpla vendere/emere*. Jakab sieht in der *simplaria venditio* einen Verkauf ganz ohne Qualitätsgewährleistung (gegebenenfalls unter Wegbedingung der ädilizischen Rechte),[932] während die Literatur im Übrigen hier zumeist die Entgegensetzung von *stipulatio duplae* und *simplae* annimmt.[933] Der dem Geschäftsverkehr geläufige Ausdruck *bonis/optimis condicionibus vendere* soll synonym zum Verkauf mit einer für Sachmängel abgegebenen Garantiestipulation über das *duplum* benutzt worden sein (str.).[934]

b. Nebenabreden zur *emptio venditio*

aa. *Pactum displicentiae*

306 Mit verschiedenen rechtlichen Gestaltungen wurde dem Käufer eine befristete Erprobung der zum Verkauf stehenden Sache eröffnet, so dass bei Nichtgefallen der kaufmäßige Austausch unterblieb. Gebräuchlich war einerseits eine (Suspensiv-)/Bedingung des Kaufvertrags, der wirksame werden sollte, *si res intra certum diem tibi placuerit* (vgl. I. 3.23.4). Dies Konstruktion begegnet bei Alfen (Alf. 2 dig. D. 9.2.52–3), Labeo und Mela (Ulp. 32 ed. D. 19.1.20 pr., 1). Anderseits kam als *pactum adiectum*[935] zum unbedingt abgeschlossenen Kaufvertrag das *pactum displicentiae* in Gebrauch.[936] Mit ihm wurde dem Käufer die befristete Befugnis eingeräumt, bei Nichtgefallen (*si displicuit*) vom Vertrag Abstand zu nehmen.[937] Eine objektive Mangelhaftigkeit war hierfür keine Voraussetzung. Nach Ulp. 28 Sab. D. 18.1.3, Paul. 54 ed. D. 41.4.2.5 ist der Kaufvertrag unbedingt abgeschlossen. Anstrengungen, den Übergang des Eigentums an der dem Käufer übergebenen Sache zu vermeiden, sind nicht erkennbar.[938] Aus Ulp. 8 disp. D. 20.6.3 ergibt sich, dass der Käufer ungeachtet des Probevorbehalts ein Pfand-

---

[932] *Jakab*, Praedicere (1997) 186 f.; so auch *Memmer*, SZ 107 (1990) 16 f.

[933] *Platschek*, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 20–25.

[934] *Urbanik*, JJP 40 (2010) 229.

[935] Zur Bedeutung der *pacta* beim Kauf → Rn. 57–59.

[936] Das *pactum displicentiae* kommt schon bei Plautus vor, Merc. 418–423.

[937] *Rodríguez Díaz*, Pactum Displicentiae (1998); *Flume*, Rechtsakt (1990) 166–169; *Pókecz Kovács*, RIDA[3] 58 (2011) 322 ff.; *Carro*, Scr. Corbino I 575–608; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 179 ff.

[938] Zur Gefahrtragung beim *pactum displicentiae* s. *Pennitz*, Periculum (2000) 246–275.

recht bestellen konnte, das auch die Rückgabe wegen Nichtgefallens überdauert, vielleicht weil der Käufer sonst einseitig die Pfandvereinbarung hätte unterlaufen können.[939] Der Käufer wird dem Verkäufer wegen des Pfandes in irgendeiner Weise ausgleichspflichtig geworden sein; eine ähnliche Problematik war bei der *actio redhibitoria* zu bewältigen (→ Rn. 358).

Mit der fristgerechten Erklärung des Nichtgefallens löste der Käufer die vereinbarte Vertragsaufhebung aus. War der Kaufpreis (wie vielleicht üblich) bereits gezahlt, kann der Käufer sich für die Rückforderung nach Paulus auf eine *actio proxima empti in factum* stützen, während er Sabinus eine Klagemöglichkeit *ex empto* zuschreibt (Paul. 2 ed. D. 18.5.6). In der schwierigen Stelle Pap. 3 resp. Frg. Vat. 14 scheint die Frage behandelt, ob und wie bei einem zur Probe überlassenen Grundstück die vom Käufer erzielte Ernte herausverlangt werden kann; die *actio venditi* wird bejaht, vielleicht in Abgrenzung zu einer Klagemöglichkeit nur *in factum*. Die Ausübung des Probevorbehalts dürfte zu einer Rückabwicklung geführt haben, die in etwa derjenigen nach dem ädilizischen Edikt entsprach.[940] **307**

Eine von mehreren Juristen wiederholt diskutierte Frage ging dahin, wie sich eine Überlassung zur vorvertraglichen Erprobung vom Kaufabschluss mit *pactum displicentiae* abgrenzen lässt. Probleme des Vorstadiums eines Vertragsschlusses, bei dem die zum Verkauf feilgebotene Sache vom Käufer erprobt werden darf, behandelt Ulpian unter Verwertung älterer Jurisprudenz (Ulp. 32 ed. D. 19.5.20 pr.–2).[941] Viel Aufmerksamkeit erhielt dabei insbesondere die Lösung für den Fall der Erprobung von zum Verkauf stehenden Pferden, mit denen der Kaufinteressent während der Probezeit einen Wettkampf bestreitet und eine Siegesprämie gewinnt (Ulp. 32 ed. D. 19.5.20 pr.).[942] Im Anschluss an Mela erörtert Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.1 sodann die Haftung des Kaufinteressenten/Käufers, der für die Nutzung der probehalber überlassenen Maultiere pro Tag ein Entgelt versprochen hatte, dem die Tiere dann aber gestohlen wurden. Es komme darauf an, ob der Kaufvertrag unbedingt oder unter der Suspensivbedingung anschließender Billigung abgeschlossen worden sei; im ersteren Fall habe er den Kaufvertrag zu erfüllen; war der Kaufvertrag noch bedingt, sei für die Tage der Erprobung das Nutzungsentgelt zu zahlen, was mit einer *actio praescriptis verbis* durchgesetzt werden kann. Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.2 diskutiert den Verlust zur Ansicht verschickten Silbers, das beim Rücktransport zum Offerenten gestohlen wird.[943] In Alf. 2 dig. D. 9.2.52.3 geht es um den Schaden, den ein zur Probe überlassener Ochse beim Käufer anrichtet. **308**

[939] *Wesel*, SZ 85 (1968) 130 f.

[940] *Flume*, Rechtsakt (1990) 168.

[941] Dazu → § 90 Rn. 21; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 180–187; *Flume*, Rechtsakt (1990) 166 f.

[942] Hierzu *Wacke*, SZ 119 (2002) 359–379; *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 274 ff.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 179–180; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 183 f.

[943] Zu dieser Stelle – wegen des Problems einer Gehilfenhaftung – auch *Knütel*, SZ 100 (1983) 385 ff.

309 Den Effekt eines *pactum displicentiae* erreichte man beim Sklaven- und Zugtierkauf auch durch eine Vereinbarung, die man es dem Käufer erlaubte, die *actio redhibitoria* ohne Rücksicht auf das bewiesene Vorliegen eines ediktalen Mangels anzustellen. Das Verhältnis beider Instrumente wird im Zusammenhang mit dem ädilizischen Edikt behandelt → Rn. 330. – Justinian bekräftigt für den Kauf auf Probe das Wahlverhältnis zwischen einem Kauf unter der Suspensivbedingung käuferseitiger Billigung und einem unbedingten Kauf mit einem Auflösungspaktum; I. 3.24.4.

bb. *Emptio ad gustum*

310 Der Qualitätskontrolle beim Weinkauf dient die Vereinbarung einer Degustation (*emptio ad gustum*).[944] Das Moment in der Vertragsabwicklung, für das die Verkostung vorgesehen wird, hängt von der Art des Weinverkaufs ab.[945] Bei der eng an den Vertragsschluss angebundenen *degustatio* (Cato agr. 148) erhielt der Käufer, der sich über Ware und Preis mit dem Verkäufer an sich schon verständigt hat, ohne dass der Vertrag schon zustande gekommen wäre, die kurzfristige Möglichkeit, von dem noch beim Verkäufer lagernden Wein eine Qualitätsprobe zu ziehen und gegebenenfalls vom Vertrag abzusehen. Den wirtschaftlichen Grund für dieses Vorgehen sieht man darin, dass beim Auktionsverkauf nicht der gesamten Bietergruppe eine vorgängige Verkostung angeboten wird. Wird dagegen Wein schon während des Produktionsprozesses verkauft, sieht man eine *degustatio* für das Moment vor, in dem fertig gekelterter Wein verfügbar wird; die *degustatio* kann man sich hier gut auch als Auftakt zur *mensura* vorstellen. In diesem Fall liegt jedenfalls ein gewisser zeitlicher Abstand zwischen Vertragseinigung und *degustatio*. Das Verständnis, das die römischen Juristen von der *degustatio* entwickelt haben, erscheint nicht abhängig davon, für welchen Zeitpunkt die *degustatio* vorgesehen ist; es gab m. E. also nicht zwei kategorial verschiedene *degustationes*, sondern es gab die eine Rechtsfigur der *degustatio*, die aber in unterschiedlichen Situationen zum Einsatz kam.[946] In jedem Fall erfolgte die *degustatio* vor der Übernahme des Weines, so dass ein negatives Ergebnis der Probe zum Abbruch der Transaktion, aber nicht zu einer Rückabwicklung einer schon erfolgten Lieferung führt.

311 Die Zurückweisung konnte nicht nach Belieben, sondern nur aufgrund sachlich begründeter Beanstandung nach dem *arbitrium boni viri* erfolgen. Insoweit ist streitig, ob es sich um eine Bezugnahme auf einen objektiven Maßstab handelte[947] oder ob das Qualitätsurteil tatsächlich einem bestimmten Dritten, gleichsam einem Schiedsgutachter, übertragen wurde.[948]

312 Ulp. 28 Sab. D. 18.6.4 pr. behandelt eine Vereitelung der Degustation durch den Verkäufer und fragt nach den Auswirkungen der Degustations-Klausel auf die Gefahrt-

[944] *Olszak*, TR 58 (1990) 361–387.
[945] Grundlegend *Jakab*, Weinkauf (2009) 218–221.
[946] Einen größeren Gegensatz sieht *Jakab*, Weinkauf (2009) 218–226.
[947] *Jakab*, Weinkauf (2009) 61 ff.
[948] *Pennitz*, Periculum (2000) 296.

ragung und die Vertragsgeltung.[949] Die Klausel bewirkt jedenfalls, dass der Verkäufer das *periculum acoris et mucoris* bis zur Weinprobe trägt; alles Weitere muss sich aus einer Interpretation der Klausel ergeben, wofür Ulpian verschiedene Möglichkeiten aufzeigt.

Über die konstruktive Erfassung der *emptio ad gustum* ist viel nachgedacht wor- **313**
den.[950] Ist der Kauf aufschiebend bedingt durch Billigung des Weins oder auflösend bedingt durch Missbilligung seitens des Käufers? Liegt ein *pactum displicentiae* vor? Gegen jede dieser Deutungen sind einleuchtende Bedenken erhoben worden. Von den Aufhebungsabreden unterscheidet sich diese Vertragspraxis insofern, als das Geschäft noch nicht vollzogen wird, bevor nicht der Wein geprüft oder der Käufer die Prüffrist (z. B. 3 Tage) ungenützt verstreichen lässt. Fragen einer etwaigen Rückabwicklung des Weins konnten nicht auftreten. Man sollte es dabei bewenden lassen, dass die römische Rechtspraxis anerkannte, dass ein Vertragsschluss mit dieser Degustations-Abrede bei negativ ausfallender Prüfung nicht stattgefunden hat, bei positivem Prüfergebnis oder bei käuferseitig unterlassener Prüfung jedoch ohne weiteres die Parteien bindet.

4. Die ädilizischen Edikte zur Mängelhaftung beim Sklaven- und Zugtierkauf

a. Der ädilizische Käuferschutz in seiner Entwicklung

Die kurulischen Ädilen besaßen eine gewisse Jurisdiktionsgewalt,[951] die sie nach Maß- **314**
gabe eines eigenen Jurisdiktionsedikts ausübten.[952] Eine der edizierten Regelungen betraf den Verkauf von Sklaven (*mancipia*), der später eine solche für den Verkauf von Zugtieren (*iumenta*) nachfolgte. Diese Edikte gewährten den Käufern Schutz vor verdeckten Mängeln von gekauften Sklaven oder Vieh, indem sie den Verkäufer zur Deklarierung bestimmter Mängel verpflichteten.[953] Kenntnis des Verkäufers von der Unrichtigkeit seiner Aufklärung war keine Haftungsvoraussetzung (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.2). Käufe, die dem ädilizischen Edikt unterfielen, wurden wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Transaktion häufig in Urkunden festgehalten. Dies ermöglicht einen Vergleich von Ansichten der Kommentarjuristen mit der Rechtspra-

[949] Zu dieser Stelle s. *Babusiaux*, Quod actum (2006) 191; *Jakab*, Weinkauf (2009) 218–221; *Frier*, SZ 100 (1983) 285 ff.; *Pennitz*, TR 62 (1994) 283 f.; *Pennitz*, Periculum (2000) 316 ff.

[950] Nachw. bei *Jakab*, Weinkauf (2009) 60 ff.

[951] Ob hierfür eine *lex* die Grundlage bildete, ist ungewiss. Die *aediles plebis* hatten diese Zuständigkeit offenbar nicht.

[952] *Kunkel/Wittmann*, Magistratur (1995) 478; zur Gerichtsbarkeit der Ädilen s. *Jakab*, s. v. Marktgerichtsbarkeit HAS I (2006); *Kaser/Hackl*, RZ 174 f.

[953] *Impallomeni*, Editto (1955); *Manna*, Actio redhibitoria (1994); *Garofalo*, Azione redibitoria (2000); *Donadio*, Tutela del compratore (2004); *Donadio*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 61–82; *Ortu*, Aiunt aediles (2008); *Cloud*, Ess. Liebeschuetz 67–76; zum Sklavenmarkt auch *Serrao*, in: Lo Cascio, Mercati (2000) 31 ff.; *Daguet-Gagey*, Splendor aedilitatum: l'dilit Rome (2015); ökonomische Analyse bei *Lavan*, in: Rosillo Lpez/Morcillo, Managing information (2021), 179–202 und *Abatino/Dari-Mattiacci*, in: Dari-Mattiacci/Kehoe, Economis (2020) 401–425.

xis.[954] Die vielfältigen Diskussionen von Eigenschaften der „Sklavenware" eröffnen auch wesentliche Einblicke in die Realität der römischen Sklaverei. So gehört das Recht der ädilizischen Edikte zu den besonders intensiv erforschten Teilen des römischen Kaufrechts.

315 Die Datierung der frühesten Ediktsbestimmungen ist unsicher. Vorgeschlagen wurde gelegentlich das frühe zweite Jahrhundert v.Chr., allenfalls noch das dritte,[955] wogegen die meisten Autoren deren Erlass in der Spätzeit der Republik vermuten. Anspielungen in den Komödien des Plautus unterstützen das frühere Zeitband.[956] Da für die prätorische Einführung der *actiones empti* und *venditi* ebenfalls keine genaue Datierung möglich erscheint, ist es nicht völlig undenkbar, dass die ädilizischen Edikte sogar älter als die *actiones empti* und *venditi* des prätorischen Edikts sind. Schon aufgrund eines Vergleichs von Gellius Noct. 6,2,1 und späteren Juristenberichten ist gesichert, dass sich der Wortlaut und auch die juristische Reichweite der ädilizischen Edikte über die Zeit nicht unerheblich verändert haben; wir erfahren aus der Rechtsliteratur, dass die Bestimmungen im Laufe der Zeit ergänzt wurden. Die frühesten Regelungen mögen noch sehr rudimentär gewesen sein. Bei der Julian anvertrauten Redaktion des prätorischen Edikts (oder schon früher?) wurden die ädilizischen Rechtsschutzverheißungen und die entsprechenden Formeln als Anhang aufgenommen. Was den Status als „Rechtsquellen" betraf, wurden die Edikte indes weiter als von den Ädilen gesetztes Honorarrecht betrachtet (zum *ius honorarium* → § 6 Rn. 126 ff.). Besondere Aufmerksamkeit wird der Frage gewidmet, ob die ädilizischen Edikte oder provinziale Pendants dazu in den Provinzen gegolten haben.[957]

316 Die Edikte statuierten eine „materiell-rechtliche" Aufklärungspflicht, deren Verletzung mit der Gewährung von Klagen geahndet wurde. Die Rechtsbehelfe des ädilizischen Edikts sanktionierten den Ungehorsam gegen diese ordnungspolizeilichen Gebote, dies im Unterschied zu den *actiones empti* und *venditi*, bei denen nach Maßgabe der *bona fides* ermittelt wird, was die Parteien sich gehörigerweise schulden. Die *actio redhibitoria* – um die es sich anfänglich vielleicht nur gehandelt hat – wurde zunächst als pönal angesehen. Der Pönalcharakter ist dann zurückgetreten, wie sich an der – nicht ursprünglichen – Anerkennung der passiven Vererblichkeit zeigt (→ Rn. 331). In der Diskussion um eine mögliche Pekuliarhaftung in Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23.4 thematisiert Ulpian das Spannungsverhältnis zwischen Pönalcharakter und Vertragsbezug; das Interesse an einem funktionierenden Mittel der Bewältigung einer Vertrags-

[954] Zum Beispiel *Jakab*, SZ 135 (2018) 474–526; *Urbanik*, JJP 40 (2010) 219–247; *Platschek*, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 15–31.

[955] *Manna*, Actio redhibitoria (1994) 11–32. Zu einer Spiegelung des Sachmängelrechts in Hor. epist. 2,2, s. *Carrasco García*, TR 85 (2017) 79–114.

[956] *Jakab*, Praedicere (1997) 123–125.

[957] *Jakab*, SZ 135 (2018) 474–526; *Klinck*, in: Karakostas/Riesenhuber, Methoden- und Verfassungsfragen (2011) 63–75; *Jakab*, Praedicere (1997) 200 ff.; *Memmer*, SZ 107 (1990) 33 ff.; s. auch Gai. 1.6.

störung überwiegt, *quamvis enim poenales videantur actiones.*[958] Die ädilizischen Klagen waren nicht infamierend.

Caelius Sabinus verfasste ein (nicht überliefertes) Werk *De edicto aedilium curulium* (Gell. 4,2,5). Unmittelbar dem ädilizischen Edikt geltende Kommentarwerke wurden von Gaius, Ulpian und Paulus verfasst; diese Kommentierungen der klassischen Juristen bezogen sich bereits auf die dem prätorischen Edikt angefügten und stabilisierten Formeln. Das positivierte Honorarrecht der Mängeledikte stand mit seinen starren Regeln inselartig neben und in dem durch die *bona fides* geprägten Kaufrecht, doch verzahnte die römische Jurisprudenz die Ediktsregeln zunehmend mit denen des Konsensualkaufs (→ Rn. 394–411). **317**

Die ädilizischen Rechtsbehelfe überlebten das Ende der kurulischen Ädilität und ihrer Gerichtsbarkeit, welches vielleicht schon in die Mitte des 2. Jh.s n. Chr. zu setzen ist. Der gesicherte Fortbestand der in den ädilizischen Edikten verheißenen Klagen kann damit nur bedeuten, dass diese (spätestens) dann in der ordentlichen Gerichtsbarkeit des Prätors anhängig gemacht wurden,[959] später auch im Kognitionsverfahren. Die Wandlungen des Sachmängelprozesses, die sich in der vermuteten Verschiebung in die Jurisdiktion der Prätoren ergeben haben könnten, sind noch unzureichend erforscht. Zum Recht des ädilizischen Edikts in der justinianischen Kodifikation → Rn. 412. **318**

b. Zuständigkeit und Verfahren

Die beiden hauptsächlichen Edikte – je eines für Sklaven und eines für Zugtiere – ergingen aufgrund der Zuständigkeit der Ädilen für die Marktaufsicht. Ob sich daraus ergab, dass der Kauf auf dem stadtrömischen Markt stattgefunden haben musste, damit dem Käufer ediktsmäßige Rechte erwuchsen, ist nicht zweifelsfrei; der Ediktswortlaut ergibt dies nicht. Immerhin knüpfen die Ediktsregelungen an die *proscriptio* an, die Warenbeschreibung, mit der Sklaven zum Verkauf angeboten wurden; dies ist schon an sich ein markttypischer Vorgang. Fiskalverkäufe galten nicht als vom Edikt erfasst (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.3). Ulpian sprach sich dafür aus, beim Sklaventausch beide Partner als ediktsgeschützt anzusehen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19.5; ähnl. Paul. 2 Plaut. D. 19.4.2 unter Berufung auf Aristo). Nach Gai. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.32 schützen die Ediksbestimmungen auch Grundstückskäufer, denen Sklaven als Grundstückszubehör mitversprochen sind (ebenso Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.33.1). Aufgrund Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44 pr. muss man mit einer Ediktsergänzung rechnen, die den Mitverkauf eines Sklaven als Zubehör einer geringerwertigen Kaufsache als Umge- **319**

[958] Ob sich in der *condemnatio* der *actio redhibitoria* noch ein Pönalelement erhalten hat, ist umstritten; → Rn. 366.

[959] Ob nicht schon die Aufnahme des ädilizischen Edikts in das *edictum perpetuum* unter Hadrian auf eine bereits anerkannte Zuständigkeit der Prätur schließen läßt?

hungsgeschäft wieder unter die Ediktsregelung zog; nach Pedius geschah dies *propter dignitatem hominum*.[960]

320 Die Zuständigkeiten der Ädilen und der Prätoren schlossen sich gegenseitig aus. Es handelte sich um zwei verschiedene „Rechtswege". Die in den ädilizischen Edikten verheißenen *actiones* konnten nicht vor den Prätor gebracht werden, wie umgekehrt nicht *ex empto* vor den Ädilen geklagt werden konnte.[961] Wollte sich der Käufer wegen Mängeln auf die *actio empti* stützen, z. B. wegen dolosen Verkäuferverhaltens, waren die Ädilen selbst dann nicht zuständig, wenn der Kauf des Sklaven oder Viehs auf dem Markt stattgefunden hatte. Als, wie man annimmt, die Zuständigkeit der Ädilen den Prätoren zuwuchs, behielten die ädilizischen Rechtsbehelfe ihre Eigenständigkeit; sie gingen keineswegs in der *actio empti* auf. Noch spätklassische Autoren grenzen Anwendungen der *actiones redhibitoria* bzw. *quanti minoris* und solche der *actio empti* streng voneinander ab (→ Rn. 408). Diese Zweispurigkeit erhielt sich noch bis ins justinianische Recht (→ Rn. 412), wird also auch im Kognitionsverfahren beachtet worden sein. Jedenfalls seitdem die Prätoren die Zuständigkeit für die Durchführung der Klagen nach dem ädilizischen Edikt übernommen hatten, dürfte es keine Rolle mehr gespielt haben, ob der Sklavenverkauf auf dem regulierten Markt stattgefunden hatte (Wahrscheinlichkeitsurteil).

321 Die Behandlung der im ädilizischen Edikt verheißenen Rechtsbehelfe erfolgte in einem Verfahren, das – jedenfalls in klassischer Zeit – weitgehend demjenigen des Formularprozesses vor dem Prätor entsprach: Mittels einer vor und mit dem Ädil konzipierten *formula* (→ Rn. 346) wurde der Streit einer tatrichterlichen Prüfung zugeführt; als Richter darf man möglicherweise an handelserfahrene Bürger denken. Prozessfiguren des Formularprozesses, etwa *litis contestatio, exceptiones* und *replicationes* oder *res iudicata*, wurden auch im Verfahren über die *actio redhibitoria* und die *actio quanti minoris* verwandt. Wie die Ladung vor den Ädil erfolgte, insbesondere wie Indefension behandelt wurde, wissen wir nicht.[962] Anlässlich (spätestens) der *litis contestatio* auferlegte der Ädil den Parteien Kautionen: Der Käufer hatte (u.a.) zu versprechen, dem Verkäufer das zu leisten, was ihm an Vorteilen aus dem mangelhaften Sklaven bis zu dessen Rückgabe erwachsen würde, und eine von ihm zu vertretende Wertminderung auszugleichen. Der Verkäufer hatte zu versprechen, dass er dem Käufer die durch den Sklaven allenfalls noch verursachte Haftung sowie die etwa zu seinem

[960] Dazu *Wacke*, FS Mayer-Maly 811–836; De Falco, RDR 2020.

[961] A. A. *Jakab*, in: Schermaier, Verbraucherkauf in Europa (2003) 27–53, und *Jakab* SZ 135 (2018) 491 f.

[962] Eine Theorie hierzu bietet *Jakab*, Praedicere (1997) 251–306, insb. S. 279 f.: Auf Ersuchen des Käufers auferlegte der Ädil dem Verkäufer die Abgabe einer Prozesstipulation (*cautio*); er stellte zur Durchsetzung ein direktes (prozessloses) *iudicium redhibendi* in Aussicht, sofern sich der Verkäufer nicht binnen zweier Monate doch noch durch Abgabe der *cautio* auf den Prozess einließ (*non cavere*); → Rn. 384. Wegen der Altersverhältnisse ist es nicht unmöglich, dass in der Frühzeit des Edikts überhaupt anders als *per formulam*, z.B. auf der Grundlage wechselseitige Sponsionen, prozessiert worden ist.

Erhalt notwendig werdenden Aufwendungen ausglich (Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.30). Eine *ex bona fide*-Klausel enthielten die Formeln wohl nicht,[963] doch wird auch für den von den Ädilen eingesetzten Judex das *officium iudicis* als „Ermächtigungsgrundlage" anerkannt. Wiederholt weisen spätklassische Rechtstexte auf das *arbitrium* des Judex hin (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23 pr.; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.29.3; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.9/13; Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.9). Die Ädilen verfügten über keine eigene Zuständigkeit für eine Vollstreckung der *sententia*, mit der das Verfahren abschloss (→ Rn. 367).

Ein und dieselbe Kaufsache konnte mit mehreren Mängeln behaftet sein, die je für sich die Grundlage eines ädilizischen Rechtsbehelfes abgaben. Wegen mehrerer Mängel war eine mehrfache Minderung möglich (→ Rn. 378). Dies kann formeltechnisch auf verschiedene Weise ermöglicht worden sein. Wenn der vom Käufer konkret beklagte Mangel in die Formel eingesetzt wurde, blieb die Klagemöglichkeit wegen anderer Mängel ohne weiteres offen. Sollte die konkrete Formel nur allgemein von *vitium/morbus* gesprochen haben,[964] hätte man mittels *praescriptio* die Konsumtion der *actio quanti minoris* in Ansehung möglicher weiterer Mängel verhindern müssen.[965] Dieselbe Frage dürfte sich bei der *redhibitoria* gestellt haben, weil der mit einer Mangelbehauptung unterlegene Käufer noch ein Interesse haben konnte, aufgrund eines anderen Mangels um *redhibitio* nachzusuchen. **322**

Waren mehrere Sklaven verkauft worden (→ Rn. 38), so unterschied African danach, ob dies zu einem Gesamtpreis geschehen oder jeder Kaufsklave einzeln bepreist worden war (Afr. 6 quaest. D. 21.1.34):[966] Beim Verkauf zu einem Gesamtpreis liege ein einziges Kaufgeschäft vor, so dass bei Krankheit nur eines Sklaven alle zurückgegeben werden; diese Lösung könne allenfalls aber auch bei einem Verkauf zu Einzelpreisen angezeigt sein, wenn der Käufer nur alle Sklaven zusammen oder gar keinen gekauft hätte, wie bei einer Schauspielertruppe oder einem Viergespann. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.35 bringt den Gesichtspunkt ein, dass auf die zwischenmenschlichen Beziehungen der zusammen verkauften Sklaven Rücksicht zu nehmen sei. Sofern es zu einer Einzelwandlung kommt, wird der zu erstattende Preis des betroffenen Sklaven, der in die Gesamtrechnung eingegangen war, zugrunde gelegt; gab es zuvor keine solche Einzelpreise, wird eine Abschätzung des Werts des Sklaven erforderlich (Pomp. 23 Sab. D. 21.1.36).[967] **323**

[963] A. A. *Jakab*, Praedicere (1997) 295.

[964] Hierfür *Lenel*, EP 561: mit der Einfügung einer konkreten Krankheit hätte der Prätor in den judiziellen Interpretationsspielraum eingegriffen; a. A. *Jakab*, Praedicere (1997) 295: Die Formel sei auf den Mangel hin konkretisiert worden, den der Käufer geltend machte.

[965] Hierfür könnte Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.7 sprechen.

[966] S. auch *Tafaro*, Labeo 19 (1973) 36 f.

[967] Dazu *Tafaro*, Labeo 19 (1973) 34 f.

c. Die Parteien vor dem Ädil

324 Das römische Bürgerrecht war für die Parteistellung in einem Verfahren vor dem Ädil keine Voraussetzung.[968] Vor allem auf Verkäuferseite wird häufig auch an den von auswärts kommenden Sklavenhändler zu denken sein. Wenn auf Verkäuferseite ein Sklave den Vertrag geschlossen hatte, werden die ädilizischen Klagen gegen dessen Eigentümer *de peculio* angestellt; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23.4. (Entsprechendes galt für den Sklavenverkauf durch den Haussohn.) Paul. 5 quaest. D. 21.1.57.1 dringt tiefer in die Problematik ein:[969] Ein *servus cum peculio* verkauft einen mangelhaften Sklaven für 10.000. Die *redhibitio* vollzieht sich über das *peculium*, in welches der Sklave mit seinem mangelentsprechenden Wert von 5.000 zurückkehrt. Die gegen den Eigentümer angestellte *actio redhibitoria de peculio* führt auf dessen Haftung *dumtaxat de peculio* (→ § 102). Mit den als Kaufpreis vereinnahmten 10.000 scheint auf erste Sicht eine ausreichende Haftungsmasse vorhanden zu sein, doch kann die Klage leerlaufen, wenn nämlich die (vorrangigen) Pekuliarschulden des Sklaven gegenüber dem Eigentümer das *peculium* erschöpfen. – Stand ein Sklave (oder Haussohn) auf Käuferseite und klagte der *dominus* (bzw. Vater) auf Redhibition, so erlitt die Restitutionsobliegenheit der Käuferpartei keine Beschränkung durch das *peculium* (Paul. 5 quaest. D. 21.1.57 pr.): Der *dominus* (bzw. Vater) machte sich das Geschäft ja offenbar zu eigen. – Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.2.31.7 behandelt das reizvolle Problem eines Redhibitionsanliegens beim Kauf durch einen *servus communis*.

325 Standen auf Verkäuferseite mehrere Verkäufer, derart, dass jeder seinen Anteil verkauft hatte (→ Rn. 28), so gehen mehrere *actiones redhibitoriae* gegen jeden der Verkäufer *pro parte*, denen ein entsprechender Anteil zurückzugewähren ist (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.10);[970] hier sind Einzelklagen möglich, weil jedem Verkäufer das separat zurückgewährt werden kann, was er verkauft hat. Anders wurde entschieden, wenn *venalicarii socii* verkauft hatten (→ Rn. 29): hier haftet derjenige, der an dem Sklaven den größten Anteil (oder jedenfalls einen Anteil, der nicht kleiner war als der irgendeines anderen Sozius) gehalten hatte, auf das Ganze (Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44.1).[971] Dies mag auf einer ausdrücklichen Ediktsbestimmung beruht haben.[972]

326 Haben mehrere Käufer *in solidum* gekauft, so kann die *redhibitio* grundsätzlich nur gemeinschaftlich erfolgen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.10): Der Anspruch der wandelnden Käufer wäre zwar unter diesen teilbar, doch stellt die Rückleistung des Sklaven eine unteilbare Kondemnationsbedingung dar. Wurde die Rückleistungsbedingung durch den Tod des Sklaven hinfällig (→ Rn. 352), werden dadurch Einzelklagen zulässig geworden sein.

[968] *Klinck*, in: Karakostas/Riesenhuber, Methoden- und Verfassungsfragen (2011) 69 f.; *Donadio*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 61 f. mit Fn. 3.

[969] *Schmidt-Ott*, Pauli Qaestiones (1993) 159–162.

[970] *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 267 ff.

[971] *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 177 ff.; dazu auch *Ernst*, SZ 132 (2015) 60 f.

[972] So *Lenel*, EP 564 f.

d. Opt out und opt in

aa. Opt out

Der ädilizische Schutz ließ sich durch ein *pactum* abbedingen, und zwar auch noch nach Vertragsschluss: *Pacisci contra edictum aedilium omnimodo licet, sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset sive postea* (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 2.14.31).[973] Kaufurkunden enthielten vielfach Kürzel wie RA = *r(edhibitio) a(besto)*, z. B. FIRA III 137.[974] Mit der Einfügung einer *exceptio pacti* in die Formel der ädilizischen Klagen darf gerechnet werden. Nach Platschek soll man für die klassische Zeit als eine übliche Kautelarpraxis vermuten, dass Verkäufer, die sich nur zu einer *stipulatio simplae* bereitfanden, zugleich die Redhibition nach dem Edikt ausschlossen; beide Gestaltungen seien kombiniert worden.[975] Es handelt sich um eine kaufmännisch unmittelbar einleuchtende Vertragsgestaltung: Der Käufer muss sich für den Mangel entschädigen lassen, kann den Sklaven aber nicht zurückgeben. **327**

Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.14.9 behandelt wenig klar den Fall, dass der Verkäufer eine bestimmte Krankheit ausnimmt, im Übrigen aber die Gesundheit zusagt.[976] Weist der Sklave diese Krankheit auf, bleibt der Käufer ungeschützt, offenbar aber nicht, wenn der Verkäufer von der Existenz der Krankheit wusste; dann soll ihm eine *replicatio de dolo malo* entgegengehalten werden, so dass offenbar doch gewandelt werden kann. Vermutlich hat der Verkäufer hier nicht positiv das Vorhandensein der betreffenden Krankheit anzeigt, sondern nur vereinbart, dass für diese, sollte sie vorliegen, nicht gehaftet wird. Zur Entkräftung eines dolosen Haftungsausschlusses → Rn. 417. **328**

Berücksichtigt man, dass der Käufer sich – auch und gerade beim Ausschluss der *redhibitio* – durch Stipulationen unterschiedlicher Art schützen lassen konnte, erkennt man, dass sich dem Rechtsverkehr vielfach gestufte Möglichkeiten anboten: Es konnte ganz unter Ausschluss von Gewährleistung verkauft werden, aber auch so, dass dem Käufer bei den ediktsmäßigen Mängeln nur die Minderung, nicht aber die Wandlung offenstand. Die Parteien konnten auch selektiv einzelne Mängel aus dem ediktalen Mängelkatalog aussparen. Wo Sklaven durchgehandelt wurden, lag es nahe, dass für Gesundheit Gewähr geleistet wurde, nicht aber für Eigenschaften, die man nur bei Kenntnis der Sklavenbiographie kennen konnte.[977] **329**

bb. Opt in

Beim Sklavenkauf kam es vor, dass die Parteien dem Käufer eine Rücktrittsbefugnis derart einräumten, dass die ediktal verheißene *actio redhibitoria* ohne Nachweis eines Mangels angestellt werden konnte, allein aufgrund der Missbilligung der Beschaffen- **330**

[973] Dazu *Jakab*, Praedicere (1997) 186 f. mit w. Nachw.

[974] → Rn. 12 Fn. 40.

[975] *Platschek*, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 24–30, gestützt u. a. auf Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.8.

[976] *Uemura*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 463–474; *Finkenauer*, Iura 68 (2020) 97 ff.

[977] *Platschek*, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 23.

heit des Sklaven durch den Käufer.[978] Man könnte sagen, dass der Verkäufer den Sklaven auf der Grundlage einer bloßen Mangelbehauptung sollte zurückgeben können. Dabei handelte es sich um ein vertragliches Rücktrittsrecht, das durch den Ablauf einer Probezeit befristet war. Es ist denkbar, dass diese Praxis ihren Ursprung in einer *lex mancipio dicta* (→ Rn. 54–56) gehabt hatte.[979] Während die Vertragsauflösung durch *contrarius consensus* nur *re integra* möglich war (→ Rn. 113), konnte aufgrund der Redhibitionsabrede der schon in Vollzug gesetzte Kauf aufgelöst und rückabgewickelt werden. Die Auflösung des Kaufs erfolgt nicht schon durch die Missfallenserklärung des Käufers, sondern erst durch die *redhibitio*. Ohne Fristvereinbarung galten objektivrechtlich 60 Tage als Rücktrittsfrist; die Herkunft dieser Frist scheint ungeklärt (stehende Vertragspraxis?). Durchgesetzt wurde das auf Vereinbarung gegründete Redhibitionsrecht in diesem Fall offenbar mit einer *in factum* konzipierten Abwandlung der *actio redhibitoria* (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.17–18 und 22–23).[980] Man geht von der Zuständigkeit des Ädils aus. Nach Verstreichen der Frist konnte der Ädil *causa cognitio* noch eine Wandlungsklage gewähren; hierbei soll geprüft werden, ob die Fristversäumnis entschuldbar war (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.23). Das Verhältnis solcher Redhibitionsabreden sowohl zum *pactum displicentiae* als auch zu dem regulären, „objektivrechtlich" geltenden Ädilenrecht ist nicht ganz geklärt: Teilweise wird angenommen, es habe sich einfach um eine parteiautonome Anpassung der ädilizischen Regelung gehandelt, indem die Kaufparteien sich vorab geeinigt hätten, dass eine Mangelbehauptung des Käufers unbestritten bleiben wird.[981] Wenn es sich in diesem Sinne nur um eine vorweggenommene, vertragliche Außerstreitstellung einer späteren Mangelbehauptung gehandelt haben sollte, wäre die Redhibitionsabrede womöglich nur bei ediktgeregelten Kaufgegenständen und den nach dem Edikt anzuzeigenden Mängeln (und möglicherweise bei zusätzlichen *dicta*) zulässig gewesen. Oder war vielleicht weitergehend die Möglichkeit eröffnet, die Rückabwicklung des Kaufs kraft „Parteivereinbarung" auch für andere Kaufgegenstände als die ediktal geregelten Sklaven und Zugtiere vor dem Ädil durchzuführen? Möglicherweise waren die in Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1 pr. und Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.63 gemachten Aussagen über die Anwendbarkeit des Edikts auf alle möglichen Kaufgegenstände ursprünglich hierauf bezogen (→ Rn. 410)?[982] – Vom *pactum displicentiae* unterschied sich eine Redhibitionsabrede, indem diese mit der Anbindung an das Edikt dessen fest definierte Bedingungen für die Rückabwicklung auslöste, während das *pactum displicentiae* etwaige Rückabwicklungs-

[978] *Manna*, in: Garofalo, Obbligazioni II (2007) 539–578; *Misera*, ANRW II.14 533 ff.; *Memmer*, SZ 107 (1990) 27 f.

[979] So *Misera*, ANRW II.14 532, unter Verweis auf Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.22.

[980] Möglicherweise bringt auch Pap. 3 resp. Frg. Vat. 14 eine solche Redhibitionsabrede ins Spiel, wobei es in Papinians Gutachten um einen Grundstückskauf ging.

[981] In diese Richtung *Misera*, ANRW II.14 566 ff.

[982] Auch Diocl./Max. C. 4.58.4 handelt von einer vereinbarten *redhibitio* für den Fall, dass dem Käufer das Grundstück nicht gefällt; dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 151.

fragen über den Prätor einer judiziellen Behandlung nach den Grundsätzen der *bona fides* zuführte (→ Rn. 308). Da für die *actio empti* ein Einsatz als „Wandlungsklage" bezeugt ist (zu Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.3 → Rn. 399), mag der effektive Unterschied schlussendlich gering geworden sein. Auch in spätklassischer Zeit (und darüber hinaus) wurde aber sehr wohl noch unterschieden, ob einem Käufer mit der *actio redhibitoria* oder mit der *actio empti* zu helfen war (→ Rn. 408–409).

e. Die ädilizischen Rechtsbehelfe im Erbgang

Die Klageverheißung des Edikts war nach Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19.5 unmittelbar auch an den/die etwaigen Erben des Käufers gerichtet (wohl aber nicht an Einzelrechtsnachfolger). Die passive Vererblichkeit scheint zunächst abgelehnt worden zu sein, insoweit der Klage ein Pönalcharakter zugeschrieben wurde.[983] Bei Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.5 findet sich die aktive wie die passive Vererblichkeit klar bejaht. Bei Erbenmehrheit auf Verkäuferseite teilt sich für die *actio redhibitoria* die in der negativen Restitutionsklausel erscheinende Rückzahlung *pro rata* auf die Miterben auf, denen entsprechend auch nur die jeweils korrespondierenden Anteile an der Kaufsache zu redhibieren sind (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.10). – Kam es zum Erbgang auf Käuferseite, konnte die *actio redhibitoria* grundsätzlich nur gemeinschaftlich von allen Miterben angestellt werden; die prozessrechtliche Durchführung erforderte möglicherweise, dass alle Miterben zusammen einen *procurator* ernannten. Nach Erbanteilen konnte aber einzeln geklagt werden, wenn der Sklave bereits zurückgenommen worden war oder die Rückgabe durch den Tod des Sklaven gegenstandslos geworden war (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.5–8).[984] Soweit für die *redhibitio* der käuferseitige Umgang mit dem Kaufsklaven auf die Restitutionsobliegenheit einwirkte (→ Rn. 353), kam es nach dem Erbgang auf das Verhalten des/der Erben an (z. B. Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.22). **331**

f. Sklavenkauf: Die ediktalen Aufklärungsgebote

aa. Das Verheißungsedikt

Der Formel war das eigentliche Verhaltensgebot mit einem Verheißungsedikt vorangestellt, das uns durch Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.1 überliefert ist. Es handelt sich nicht um den historischen Wortlaut des erstmaligen Erlasses, sondern um eine Formulierung, die tralatizisch geworden sein mag und bei der julianischen Redaktion des prätorischen Edikts für den Anhang verwendet wurde: **332**

[983] Cic. off. 3,71.
[984] *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 268 Fn. 952.

Aiunt aediles: Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto.

Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.

Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat.

Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto.

Ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus.

Die Ädilen bestimmen: Die, welche Sklaven verkaufen, sollen die Käufer in Kenntnis setzen, welche Krankheiten oder Gebrechen diese haben, wer ein Fluchtsklave oder ein Herumtreiber oder nicht von frei von Noxalhaftung ist. Und all dies müssen sie, wenn sie solche Sklaven verkaufen, öffentlich und richtig anzeigen.

Ist ein Sklave unter Zuwiderhandlung dagegen verkauft, oder ein Sklave, der sich nicht in dem Zustand befand, der zugesagt oder feierlich versprochen wurde, als er verkauft wurde, insofern zu sagen ist, dass dafür nach *ius civile* einzustehen ist, werden wir dem Käufer, und allen, die diese Angelegenheit betrifft, eine Klage darauf gewähren, dass dieser Sklave zurückgenommen wird.

Wenn es aber nach Verkauf und Übergabe durch ein Tun des Käufers, von Familienangehörigen oder einem Verwalter verschlechtert worden ist; oder ein Kind geboren oder etwas [hinzu] erworben worden ist, und wenn beim Verkauf dem Sklaven eine Nebensache beigegeben war oder aus dieser Sache Nutzungen an den Käufer gelangt sind – muss er all dies restituieren. Ebenso gilt, dass er zurückerhält, was er seinerseits Zusätzliches geleistet hat.

Ebenso, wenn der Sklave ein Kapitalverbrechen begangen oder einen Suizidversuch hinter sich hat oder zum Tierkampf in die Arena geschickt worden ist – all dies sollen sie beim Verkauf anzeigen.

Aus [allen] diesen Gründen werden wir eine Klage gewähren. Darüber hinaus werden wir eine Klage gewähren, wenn jemand wissend arglistig diesen Bestimmungen zuwidergehandelt hat.

333 Die fünf Qualitäten, auf die sich die Pronuntiationspflicht ursrpünglich erstreckte, werden herkömmlich dreigeteilt in körperliche Defizite (*morbus, vitium*), die Eigenschaft als Flüchtling und die Neigung zum Herumtreiben (*fugitivus, erro*) sowie die noch offene Noxalhaftung. Bei Cicero begegnet die Wendung vom *scire debere ‚de sanitate, de fuga, de furtis‘* (Cic. off. 3,71). Alle diese Begriffe haben eine je eigene Auslegungsgeschichte.

bb. *Morbus – vitium*

334 Die Entwicklung der Interpretation des ediktalen Begriffpaars *morbus vitiumve (= sanum esse ex edicto)* lässt sich nachzeichnen:[985] Nach Aulus Gellius haben schon die *veteres* die Begriffe mit dem Ziel interpretiert, *morbus* und *vitium* zu unterscheiden

[985] Die Darstellung folgt im Wesentlichen *Gamauf*, Ess. Sirks 274 f.

(Gell. 4,2,2). Ulpian berichtet im Rückblick von einem *responsum* Catos; andere Quellen belegen *responsa* des Servius, des Trebatius und des Ofilius. In einem auf Caelius Sabinus gestützten Bericht verschafft uns Aulus Gellius Kenntnis von einer abstrakten *morbus*-Definition durch Labeo: *Morbus est habitus cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius facit deteriorem* (Gell. 4,2,3).[986] Auf die Zeit Labeos geht auch schon eine Erweiterung des Begriffs zurück, indem ein *servus quasi morbosus* (auch: *quasi minus sanus*) darunterfiel (Gell. 4,2,7 und 4,2,7), was mit einer Vernachlässigung des *vitium*-Begriffs einhergegangen sein mag. Caelius Sabinus kehrte das Verhältnis um: Ihm zufolge fungierte *vitium* „als Oberbegriff, dessen Begriffskern *morbus* als schwere Form des *vitium* bildete".[987] Ulpian verwendet eine Definition des Sabinus: *morbus* sei ein unnatürlicher Zustand des Körpers (oder auch nur eines Körperteils), der dessen naturgemäße Brauchbarkeit beeinträchtigt; Stottern sei eher *vitium* als *morbus*, doch erscheint ihm die Zusammenstellung von *morbus* und *vitium* als eine Art Zwillingsformel, mit dem die Ädilen nur sichergehen wollten, nichts auszuschließen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.7 i. f.).[988]

Wenn man die Mängel erkennen kann, bedarf es keiner *pronuntiatio* (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.6), wofür Blindheit und eine sichtbare Narbe als Beispiele gegeben werden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.14.10). **335**

Belanglose und vorübergehende Beeinträchtigungen (*minima causa*) zählen nicht (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.8; ähnl. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.4.6),[989] ebenso wenig wie überwundene Zustände, die in ihrer akuten Phase als *morbus* gelten konnten (s. auch Pomp. 13 Sab. D. 21.1.16). Es war freilich nicht erforderlich, dass es sich um *morbus sonticus* handelt, wohl eine schwerwiegende Erkrankung, die ans Bett fesselt (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.4.5; zum Begriff s. Ven. 5 act. D. 21.1.65.1); eine solche Erkrankung galt schon altzivil als prozessualer Vertagungsgrund.[990] Ebenso musste die Krankheit nicht chronisch sein (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.6 pr.). **336**

Die überlieferte Kasuistik kann nur ansatzweise wiedergegeben werden. Stets geht es um die Auslegung eines positivierten Rechtsbegriffs. Die Angaben zu diversen Krankheiten können auch zum Stand der antiken Medizinkenntnisse beitragen. Stummheit ist *morbus*, nicht aber der bloße Sprachfehler; wieder anders beim Delirierenden (Ulp. 14 Sab. D. 21.1.9). Die Einordnung von Zeugungsunfähigkeit bereitete offenbar Schwierigkeiten (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.6.2 mit Paul. 11 Sab. D. 21.1.7), ebenso diejenige von Unfruchtbarkeit (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.14 pr.–3). Epilepsie, deren Verständnis in der Antike teilweise stark mit religiösen Inhalten aufgeladen war,[991] **337**

[986] S. auch Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.7, wo Sabinus (dann Massurius Sabinus?) als Urheber erscheint.

[987] *Gamauf*, Ess. Sirks 275, ebenso *Ortu*, Aiunt aediles (2008) 130 ff.; *Lanza*, SDHI 70 (2004) 148 ff.

[988] Zum Begriff des *morbus* s. *Manna*, Actio redhibitoria (1994) 39–55; eine Tendenz der Juristen, *morbus* als Unterfall von *vitium* zu verstehen, sieht *Garofalo*, Atti Dell'Oro 61.

[989] *Olde Kalter*, Dicta (1963) 116 ff.

[990] Ausführlich *Metzger*, Outline (1997) 95 f.

[991] *Urbanik*, JJP 40 (2010) 219–247; *Memmer*, SZ 107 (1990) 14 ff., der die Frage behandelt, ob die

spielt in den römischen Rechtstexten keine hervorgehobene Rolle.[992] Für körperliche Missbildungen oder Verstümmelungen aller Art wird gefragt, ob ein *vitium* vorliegt; man kann die Tendenz erkennen, dass es auf die Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit ankommt (z. B. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.10 pr.). Für zahlreiche Eigenschaften wird ein *vitium* verneint (Auswahl): Hautausschlag ohne Funktionsbeeinträchtigung (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.6.1); fehlende Zähne (Ulp. 11 Sab. D. 21.1.11); Schilddrüsenvergrößerung und Exophthalmus (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.12.2).

338 Verschiedene psychisch gelagerte Zustände (u.a. Depressionen, übersteigerter Geiz, religiöse Ekstasen, Leichtsinnigkeit) werden als *vitia animi* angesprochen.[993] Vivianus verweigert ihnen die Anerkennung als ediktmäßiges *vitium*. Daß *vitia animi* kein *vitium* im Ediktssinne darstellen, wird von Ulpian damit begründet, dass *erro* und *fugitivus* psychisch begründet sind, vom Edikt also nicht zu regeln gewesen wären, wenn sie schon als *vitia animi* erfasst gewesen wären (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.4.3). Ausnahmen erscheinen bei psychosomatischen Zusammenhängen denkbar; gegebenenfalls ist auf die *actio empti* auszuweichen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.9; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.4.1). Die Digesten schließen Fälle an, in denen das Ausweichen auf eine Klage *ex empto* ebenfalls richtig erscheint (Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.2: Depression; sodann Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.3 mit einem langen Eigenschaftskatalog); diese Textkomposition ist justinianischen Ursprungs und kann nicht sicher als klassisches Recht angenommen werden. Eine *ex empto* – Haftung wegen psychischer „Mängel" kommt nach Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.4.4 bei einer konkreten Zusage des Verkäufers in Betracht; aber auch für das Verschweigen eines dem Verkäufer bekannten *vitium animi* eine Haftung *ex empto* bejaht; der Haftungsgrund dürfte im *dolus* des Verkäufers liegen. Schlechte Gewohnheiten (Sklave ist Trinker oder Spieler) begründen keine Ediktsrechte (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.4.2). Ven. 5 act. D. 21.1.65 behandelt den schöngeistigen Sklaven, der es liebt, Bilder oder Zirkusspiele zu betrachten.[994]

cc. *Fugitivum non esse – erronem non esse*

339 In der römischen Rechtsordnung war die Sklavenflucht Gegenstand vielfältiger Regelungen, die den Juristen zahlreiche Zweifelsfragen bescherten.[995] Die Deutung des Begriffes *fugitivus* war kontextabhängig;[996] im Folgenden geht es nur um die Bedeutung

---

Epilepsie von derartiger Bedeutung erschien, dass ihr gegenüber ein Haftungsausschluss versagte (S. 19 ff.).

[992] Möglicherweise meint *lunaticus* in Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.6 einen Epileptiker.

[993] Umfassend *Cloud*, Ess. Liebeschuetz 67–76; *Aubert*, in: Maffi/Gagliardi, Diritti (2011) 234–248; *Parlamento*, RDR 2001, 1–20; *Knütel*, FS Huber 41–50, dort auch speziell zum *fanaticus* in Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.9; s. noch *Wacke*, Mél. Sturm I 562 f.

[994] *Baldus*, SDHI 76 (2010) 261–279.

[995] Zum *edictum de fugitivis* (D. 11.4) s. *Lenel*, EP 967 f.; *Luchetti*, St. Martini II 509–532; sozialgeschichtlich *Knoch*, Sklavenfürsorge (2017) 109–111.

[996] *Klingenberg*, CRRS X.6 (2005) 25–29; *Arzt-Grabner*, PapCongr. XXV 21–32; *Donadio*, Scr. Bonfiglio 137–177; *Rizelli*, St. Metro V 253 ff.; *Reduzzi Merola*, in: Pinzone et al., Forme di dipendenza (2012) 227–231. Die reizvolle Frage nach dem römischrechtlichen Hintergrund des Phile-

im ädilizischen Edikt.[997] Die Auslegungen von *erro* und *fugitivus* entwickelten sich in wechselseitiger Beeinflussung. Eine lange Katene aus Ulpians Kommentar zum ädilizischen Edikt zieht eine Summe auf der Grundlage von Äußerungen älterer Jurisprudenz (Ofilius, Cälius, Labeo, Cassius, Vivianus, Pomponius); Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17 pr.–16. Der folgende Ausschnitt aus der Kasuistik erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Ulpian geht von einer älteren Definition durch Ofilius aus: *fugitivus est, qui extra domini domum fugae causa, quo se a domino celaret, mansit* (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17 pr.). Die Abwesenheit muss von einer gewissen Dauer sein; dieses Erfordernis unterscheidet nach Labeo den *fugitivus* vom *erro*, so dass *erro* und *fugitivus* als minderer und schwererer Fall der unerlaubten Entfernung gewissermaßen ineinander übergehen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.14). Was die räumliche Entfernung betrifft, wird erörtert, ob und wann bereits das Verstecken im Haushalt des *dominus* als Fluchtbeginn gewertet werden kann (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.4). Mehrfach behandelt ist der Problemfall, dass der Sklave sich mit Suizidabsicht entfernt (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.5; Paul. 1 ed. aed cur. D. 21.1.43.4). Ist der Sklave durch Flucht zum *fugitivus* geworden, ändert sich diese Qualifikation nicht dadurch, dass er freiwillig zum Eigentümer zurückgekehrt ist (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.1); hierfür wird auch darauf verwiesen, dass der einmal begangene Diebstahl durch Rückgabe nicht ungeschehen gemacht wird, zumal die Flucht als *furtum sui* angesehen werden kann (Afr. 7 quaest. D. 47.2.61).

Fugitivus ist für das ädilizische Edikt der Sklave, der eine Flucht hinter sich hat, **340**
dessen Flucht Teil seiner Biographie geworden ist. Die Eigenschaft, ein *fugitivus* zu sein, muss vor dem Kaufvertrag begründet worden sein; eine erstmalige Flucht beim Käufer genügt nicht (Pap. 4 quaest. D. 21.1.54; Paul. 6 resp. D. 22.3.4):[998] Auch Diocl./Maxim. C. 4.58.3 pr. (a.286) stellt klar, dass eine erste, nach dem Kauf erfolgende Flucht in den Risikobereich des Käufers fällt.[999] Der Nachweis, dass der Sklave vom Verkäufer einmal geflohen war, stellte den Käufer vor ein Beweisproblem, da er die Beweislast trug (Paul. 6 resp. D. 22.3.4). Der Sklave konnte der Folter unterworfen werden (Paul. 2 sent. D. 22.3.7; Paul. 5 resp. D. 21.1.58.2); diese Möglichkeit war nicht selbstverständlich, weil eine derartige Befragung nicht mit einem gegen den Eigentümer gerichteten Ziel angestellt werden durfte. Paulus erörtert noch die Frage einer Bindung an das Sklavengeständnis; dazu bestand vielleicht besonderer Anlass, weil der Sklave durch seine Aussage bestimmen konnte, ob er zum Käufer oder zum Verkäufer kam.

Wer sich vor Räubern, einer Feuersbrunst oder einem Hauseinsturz in Sicherheit **341**
bringt, ist kein *fugitivus*, da ihm die Fluchtabsicht fehle (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.3); dasselbe gelte bei Entfernung von einem übermäßig strengen Lehrmeister oder einem grausamen Entleiher, jeweils mit der Maßgabe, dass eine Rückkehr zum

---

mon-Briefs des Apostel Paulus behandelt u. a. *Gamauf*, Pocta Blahovi (2014) 159–176, mit umfassenden Nachw.

[997] Grundlegend *Gamauf*, Ess. Sirks 269–287.

[998] *Jakab*, SZ 135 (2018) 491 f.; *Klingenberg*, CRRS X.6 (2005) 27.

[999] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 150 f.

Eigentümer das Ziel war. Wer sich zu einem Freund seines Eigentümers begibt, von dem er sich eine Fürsprache erhofft, ist damit kein *fugitivus*, selbst wenn er schon den Eventualvorsatz hegte, bei Erfolglosigkeit seines Besuchs zu fliehen (Paul. 1 ed. aed cur. D. 21.1.43.1). Sklaven flohen auch zu Kaiserbildern und in Asyl bietende Tempel; man fragte sich, ob sie dies zu *fugitivi* machte.[1000] Dieselbe Frage wurde aufgeworfen, wenn Sklaven sich in dem Bemühen entfernten, ihren Zwangsverkauf durch den *praefectus urbi*[1001] zu veranlassen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.12–13).

342 Unter Umständen übt ein anderer als der Eigentümer die Weisungsbefugnis über den Sklaven aus: Wie wird er in solchen Fällen zum *fugitivus*? Wer als Sklave dem falschen Herrn dient, wird durch Flucht von diesem zum *fugitivus*, es sei denn, er wollte zu seinem Eigentümer gelangen (Paul. 1 ed. aed cur. D. 21.1.43.3). Ein als Pfand gegebener Sklave wird durch Entfernung vom Gläubiger zum *fugitivus*, wenn dieser sein Verkaufsrecht ausübt (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.4).

343 Der Flucht wohnte von jeher ein subjektives Element insofern inne, als der Sklave den Eigentümer mit der Absicht verlassen haben musste, nicht zurückzukehren. In der Interpretationsgeschichte ist dieser *animus fugiendi*, festzustellen für den Zeitpunkt des Entweichens, möglicherweise immer stärker betont worden:[1002] *animus fugitivum facit*. Von diesem Standpunkt aus ließ sich die Praxis kritisieren, einen Sklaven, der sich regelmäßig nachts entfernt, als *fugitivus* einzustufen (so Vivianus nach Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.4). Ulpian bringt eine Neubestimmung des *erro*: Es ist ein Sklave, der sich – mangels *animus fugiendi* – trotz Abwesenheiten nicht als *fugitivus* qualifiziert, *sed frequenter sine causa vagatur et temporibus in res nugatorias consumptis serius domum redit* (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.14):[1003] Der *erro* ist ein Vagabundierer, ein Herumtreiber.

dd. *Noxa solutum esse*

344 Da die Eigentümerhaftung für Delikte des Sklaven den Käufer als Erwerber treffen musste (*noxa caput sequitur* → § 105 Rn. 9), war das Nichtbestehen einer solchen Haftung für den Käufer von wesentlicher Bedeutung: Eine unerwartete Noxalhaftung konnte wirtschaftlich zur Preisgabe des Sklaven zwingen oder dazu, sich den Sklaven durch Aufbringung eines Haftungsbetrages zu erhalten, der den Käufer gleichsam wie ein zweiter Kaufpreis belasten musste. Obschon der wegen des Delikts belangte Käufer bei Wahl der *deditio* den Sklaven verliert, wurde dies nicht als Eviktion angesehen. Der ediktsmäßige Mangel liegt im Bestehen der Noxalhaftung als solcher, mag der Käufer wegen des Sklavendelikts in Anspruch genommen worden sein oder nicht. Der hauptsächliche Grund für eine Noxalhaftung dürfte das vom Sklaven begangene *furtum* gewesen sein (→ § 93),[1004] doch bezieht Ulpian die Ediktsklausel allgemein auf Delikte,

[1000] Dazu *Gamauf*, Licet confugere (1999) 72–74.
[1001] *Bellen*, Sklavenflucht (1971) 67.
[1002] *Gamauf*, Ess. Sirks 278 f.; *Cloud*, SZ 123 (2006) 41 ff.
[1003] Hierzu *Donadio*, Scr. Bonfiglio 162 ff.
[1004] Als Stipulationsformel begegnet ja das spezifische *noxa furtis solutus*.

deretwegen noxal geklagt werden kann. Öffentlich zu verfolgende Straftaten des Sklaven kamen dagegen nicht in Betracht (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.18; Paul. 6 resp. D. 21.2.11.1). War die Strafverbindlichkeit bereits vom Verkäufer erledigt worden, musste sie nicht mehr angezeigt werden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.18): Daß der Sklave stiehlt (gestohlen hat/zu Diebstählen neigt) stellte an und für sich keinen ediktsmäßigen Mangel dar. Eine ediktsmäßige Haftung ergab sich aber, wenn der Verkäufer in einem *dictum* oder in einem *promissum* zugesagt hatte, dass der Sklave kein Dieb sei (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.17.20). Die *ex empto*-Haftung dafür, dass der Sklave kein Dieb ist, macht Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.2 davon abhängig, dass der Verkäufer davon Kenntnis hat und den Sklaven an einen arglosen Käufer absetzt (*dolus*); → Rn. 396.

ee. Spätere Erweiterungen der ediktalen Aufklärungspflicht

Vermutlich im ersten Jahrhundert n. Chr.[1005] wurde der Verkäufer verpflichtet, offenzulegen, wenn der Sklave ein Kapitalverbrecher war, einen Suizidversuch hinter sich hatte oder in den Tierkampf geschickt worden war (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.1 i. f.), wohl wegen der Traumatisierung, Abstumpfung und/oder erworbenen Gewaltbereitschaft.[1006] Weiterhin durfte ein diensterprobter Sklave nicht als ungebraucht, noch bildungsfähig (*veterator pro novicio*) verkauft werden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.37). Mit der Abgrenzung beider Kategorien beschäftigt sich Ven. 5 act. D. 21.1.65.2.[1007] Schließlich musste auch die Ethnie (*natio*) des Sklaven angegeben werden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.21);[1008] ohne diese Angabe bestand eine Redhibitionsmöglichkeit (möglicherweise *in factum*).[1009] **345**

g. Sklavenkauf: *actio redhibitoria*

aa. Die Formel der *actio redhibitoria*

Die Digesten enthalten umfangreiches Material, das zu einer Rekonstruktion der Formeln einlädt; über den mutmaßlichen Wortlaut besteht in Einzelheiten gleichwohl keine Einigkeit.[1010] Die Formel hat die einer *actio in factum* entsprechende Struktur. Die Jurisprudenz charakterisiert die Klage als eine auf wechselseitige *in integrum restitutio* gerichtete *actio* (so Iulian nach Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23.7; Paul. 69 ed. D. 21.1.60); um eine *in integrum restitutio* im technischen Sinne (→ § 110) handelte es sich aber nicht. Die Ädilen hatten auch nicht die Kompetenz, die dem Zivilrecht zugeordnete *emptio venditio* aufzuheben.[1011] Hier wird im Wesentlichen die von Mantovani im **346**

[1005] Zur Datierung s. *Manna* Actio redhibitoria (1994) 67–72.

[1006] *Gamauf*, in: Serghidou, Fear of Slaves (2007) 154–155; speziell zum Suizid s. auch *Wacke* SZ 97 (1980) 71–74; Bellocci, SDHI 63 (1997) 259–268.

[1007] Zur Ausfüllung der Begriffe, die auch in anderen Rechtszusammenhängen eine Rolle spielten, s. *Jakab*, Praedicere (1997) 141–144.

[1008] Dazu *Jakab*, Praedicere (1997) 140 f.

[1009] S. auch Varro ling. 9,33.

[1010] *Lenel*, EP 545–561.

[1011] *Wesel*, SZ 85 (1968) 155; *Baldus*, OIR 5 (1999) 57.

Anschluss an Lenel vorgeschlagene Rekonstruktion zugrunde gelegt, zunächst für den Fall eines behaupteten *vitium*.[1012] Die Wiedergabe dieser Rekonstruktion erfolgt mit der Maßgabe, dass eine vorbehaltlose wissenschaftliche Unterstützung in jeder Einzelheit hiermit nicht ausgesprochen sein soll.

[intentio]	
Si paret homini quo de agitur quem Aulus Agerius de Numerio Negidio emit	Wenn es sich herausstellt, dass dem Sklaven, den Aulus Agerius von Numerius Negidius gekauft hat,
morbi/vitii quid cum veniret fuisse	als er verkauft wurde, eine Krankheit/ein Gebrechen anhaftete,
quod Numerius Negidius adversus edictum illorum aedilium non pronuntiavit	welche(s) Numerius Negidius entgegen dem Edikt jener Ädilen nicht angezeigt hat,
[exceptio temporalis]	
neque plus quam sex menses sunt, cum de ea re experiundi potestas fuit,	und keine sechs Monate vergangen sind, seitdem in dieser Angelegenheit die Möglichkeit der Rechtsverfolgung bestand,
[clausula restitutoria positiva]	
tum si arbitratu iudicis is homo Numerio Negidio redhibebitur	dann, sofern nach Richterermessen dieser Sklave dem Numerius Negidius zurückgegeben wurde,
quodque ex eo post venditionem adquisitum est quodque in venditione ei accessit sive quid ex ea re fructus pervenit ad Aulum Agerium	wie auch das, was nach dem Verkauf durch diesen erworben wurde, wie auch das, was beim Kauf mit ihm mitkam, oder in dieser Angelegenheit als Frucht an Aulus Agerius gelangt ist,
sive quid post venditionem traditionemque deterior Aulis Agerii opera familiaeve procuratorisve eius factus est,	oder was durch das Verhalten des Aulus Agerius, seiner Familie oder eines Verwalters verschlechtert worden ist,
ea omnia Numerio Negidio restituentur	dies alles dem Numerius Negidius erstattet wurde,
[clausula restitutoria negativa]	
et quanta pecunia pro eo homine solute accessionisve nomine data erit non reddetur, cuiusve pecuniae quis eo nomine obligates erit non liberabitur,	und der für diesen Sklaven gelöste Geldbetrag oder [was] im Hinblick auf Zubehör geleistet wurde, nicht zurückgeleistet wurde, oder wer immer wegen dieses Geldes verpflichtet sein wird, nicht befreit wird,
[condemnatio]	
quanti ea res erit,	wie viel immer dies ausmacht,
tantae pecuniae (tantae pecuniae dupli) iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato;	um so viel Geld (um das Doppelte dieses Geldbetrages) verurteile Du, Richter, den Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius,
si non paret absolvito!	wenn es sich nicht herausstellt, sprich ihn frei.

[1012] Abweichend (hinsichtlich der *condemnatio*) *Platschek*, FS Bürge 345–360; insgesamt abweichend *Jakab*, Praedicere (1997) 288 ff., aus den → Rn. 384 dargestellten Gründen.

bb. Positive Restitutionsklausel

(1) Die Rückgewähr des gekauften Sklaven war als Kondemnationsbedingung in die Formel eingefügt: Der Verkäufer wird nur zur Kaufpreisrückzahlung (einfach oder verdoppelt) verurteilt, sofern der Käufer zuvor den Sklaven zurückgewährt hat, gegebenenfalls noch unter Ausgleich für Verschlechterungen u. ä. Eine regelrechte Verpflichtung des Käufers, diese Kondemnationsbedingung zu erfüllen, sieht man dabei nicht. Es handelt sich um eine Art Arbiträrklausel. **347**

(2) Der Umfang der gehörigen Restitution ist in der Formel, wie sie durch das Edikt vorgegeben wurde, näher bestimmt. Es werden alle Vorkommnisse erfasst, die sich bis zur Litiskontestation zugetragen haben; Abrechnungsposten, die aus Vorfällen nach der Litiskontestation resultieren, sind aufgrund des *officium iudicis* in derselben Weise zu berücksichtigen (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.25.8). Hierfür kommen nach Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.30.1 Heilungskosten in Betracht, nicht aber die Ernährungskosten, die sich gegen die Sklavennutzung aufheben. **348**

Die Rückstellung des Sklaven hatte *in natura* zu erfolgen. Da sich die Parteien Kautionen für die jeweiligen Rückleistungen gegeben hatten (→ Rn. 321), wurde dem Käufer eine riskante Vorleistung nicht abverlangt. Über die sachenrechtliche Seite des Vorgangs sind wir unzureichend informiert. War der Sklave dem Käufer manzipiert worden, musste dieser ihn vermutlich zurückmanzipieren; Belege fehlen. Etwaiges bonitarisches Eigentum des Käufers wird mit der Rückgabe ohne weiteres erloschen sein, indem der Käufer seinen Besitz beendete. Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17.2 stellt klar, dass die *redhibitio* die Eigentumsposition des Käufers nicht rückwirkend beseitigte; hier ging es konkret um bonitarisches Eigentum, auf das die Aktivlegitimation der *actio furti* gestützt wurde.[1013] **349**

Die mit dem Sklaven vom Verkäufer mitgelieferten *accessiones* (→ Rn. 129–132) waren mit diesem zusammen zurück zu gewähren (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.19). Auch ein von der Kaufsklavin beim Käufer geborenes Kind war dem Verkäufer auszuliefern. War dem Sklaven beim Käufer von dritter Seite ein *peculium adventicium* zugewendet worden, musste der Käufer es dem Verkäufer herausgeben; ein vom Käufer selbst stammendes *peculium* behielt dieser zurück (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.4.).[1014] **350**

(3) Restitutionsobliegenheit und Leistungsstörungen: Die Erfüllung der positiven Kondemnationsbedingung kann durch den Eintritt von Hindernissen erschwert oder verunmöglicht werden. Der Käufer muss dem Verkäufer zunächst einmal Ersatz dafür leisten, dass er selbst den Sklaven physisch oder körperlich verschlechtert hat (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23 pr.); als Beispiel werden der sexuelle Missbrauch und eine durch Grausamkeit des Käufers veranlasste Sklavenflucht genannt; mit Pomponius verweist Ulpian für die Abschätzung eines Ersatzbetrages auf das richterliche Ermessen. **351**

[1013] S. auch *Baldus*, OIR 5 (1999) 57–60 mit weiteren Nachw.

[1014] *Baldus*, OIR 5 (1999) 61 f.

352 Ist der Tod des Sklaven beim Käufer ohne dessen Verschulden eingetreten, entfällt die Bedingung und der Käufer dringt ohne weiteres mit seiner Klage durch, die in ihrem Umfang und Inhalt nicht verändert wird (Paul. 11 Sab. D. 21.1.47.1: *post mortem autem hominis aediliciae actiones manent*). Für die auf das Jumentenedikt gestützte *redhibitio* besagt Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.38.3 dasselbe. Dieses Ergebnis, das ohne weiteres aus der Formel folgt, wird auf das (unklassische) Schlagwort *mortuus redhibetur* verkürzt und viel diskutiert.[1015] Der zur Redhibition berechtigende Sachmangel erlaubt es dem Käufer, die von ihm durch den Kauf übernommene Sachgefahr (→ Rn. 182–198), nachdem sich diese schon verwirklicht hat, wieder von sich abzuwälzen; hierfür war ein Zusammenhang von Sachmangel und Tod nicht vorausgesetzt. Schließlich stellte sich die Frage der Bestattungskosten, die entsprechend der Gefahrtragung an sich vom Käufer zu tragen waren (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.22).

353 Anders wurde der Fall behandelt, dass der Sklave durch Verschulden des Käufers, eines Familienmitglieds oder eines *procurator* zu Tode gekommen ist (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.11): In diesem Fall sei der Sklave *pro vivo habendus*. Man hat darüber gestritten, ob dies einfach den Ausschluss der *redhibitio* bedeutete, weil der Käufer die Restitutionsklausel der Formel nicht mehr erfüllen konnte (Verkäufer würde den Kaufpreis behalten), oder ob er der Restitutionsklausel durch die Zahlung eines Wertersatzes genügen konnte (wie auch verschuldete Verschlechterungen wertmäßig auszugleichen waren); vor allem bei schweren Mängeln mochte für den Käufer noch ein ansehnlicher Saldo übrig bleiben.[1016] Der Quellenbestand erlaubt keine direkte Beantwortung dieser Frage; Folgerungen, die man aus dem Grundsatz der Geldkondemnation oder der Figur der *perpetuatio obligationis* hat ziehen wollen, führen nicht auf eine historische Erkenntnis. Die *actio quanti minoris* sollte in diesem Fall verfügbar geblieben sein, obwohl die justinianische Textkomposition den Gedanken nahelegt, bei beiden ädilizischen Aktionen hänge der Fortbestand über den Sklaventod hinaus davon ab, dass es auf Käuferseite an einem Verschulden fehlt (Paul. 11 Sab. D. 21.1.47.1 mit Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48 pr.).

354 Die Freilassung des mangelhaften Kaufsklavens durch den Käufer beendet beide ediktalen Klagemöglichkeiten (Paul. 11 Sab. D. 21.1.47 pr.) und ebenso die Haftung aus einer *stipulatio duplae* (Ulp. 29 Sab. D. 21.2.25).

355 Vielschichtig ist die Überlieferung zu dem Fall, dass der Sklave dem Käufer entflohen ist.[1017] Für den Fall einer Flucht vor der *litis contestatio* ließ Pomponius (Ulpian zufolge) den schuldlosen Käufer mit der *actio redhibitoria* zu, doch müsse dieser ein kautionsgesichertes Versprechen abgeben, den Sklaven nach dessen Wiedererlangung zurück zu

[1015] *Lederle*, Mortuus redhibetur (1983); *Mader*, SZ 101 (1984) 206 ff.; *Garofalo*, Azione redibitoria (2000) 39–76; zur Verwendung des Satzes für einen Witz in Philogelos 18 s. *Tarwacka*, Scr. Corbino VII 155–163; zu den Bestattungskosten (s. weiter im Text) *Viaro*, St. Cannata 729 ff.

[1016] Hierfür *Mader*, SZ 101 (1984) 229; *Platschek*, FS Bürge 352: Verschlechterung „bis zum Nullpunkt".

[1017] Ausf. *Manthe*, TR 44 (1976) 139 ff., 146; s. auch *Memmer*, SZ 107 (1990) 35 ff.

geben (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.21.3). Der Text beschränkt diese Aussage auf den Fall, dass der Verkäufer *sciens* veräußert hat, doch wird dies als justinianischer Einschub verdächtigt, der die Übereinstimmung mit einer Reformkonstitution aus dem Jahr 386 herstellen sollte:[1018] Diese Konstitution machte die reale Rückstellung des Sklaven zur Voraussetzung, dies selbst dann, wenn die Wandlung erfolgt, weil der Sklave ein *fugitivus* ist; Valentin./Theodos./Arcad. C. 4.58.5 (a.386) = Cod. Theod. 3.4.1.[1019] Die Konstitution legt nahe, dass schon zuvor bei *barbari* eine Sicherheitsleistung nicht ausgereicht hat, weil Sklaven dieser Herkunft mit der Rückkehr in ihre Heimat die Freiheit wiedererlangten. Die Konstitution aus dem Jahr 386 – ihr mögen frühere vorangegangen sein – verlangte nun auch für Sklaven aus den Provinzen die reale Rückstellung. Den Fall der Flucht nach erfolgter *litis contestatio* entscheidet der Richter im Rahmen seiner Beweiswürdigung (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.25.8; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.13).

Die Überlagerung des Redhibitionsbegehrens mit einem vom Sklaven während seiner Zeit beim Käufer[1020] begangenen Diebstahls ist von den Juristen in verschiedenen Hinsichten behandelt worden. Hat der Sklave einen Dritten bestohlen und wurde der Sklave aufgrund der Noxalklausel der *actio furti* vom Käufer an den Bestohlenen übereignet, so wurde die Kondemnationsbedingung wohl gegenstandslos und die Redhibitionsklage drang durch. Hat der Käufer dem Bestohlenen indes die *furtum*-Busse geleistet, wurde die Rückgabebedingung dahingehend modifiziert, dass die Rückgabe durch den Käufer nur gegen Ersatz des von ihm Gezahlten angeordnet wird (Ulp. 1 ed. cur. aed. D. 21.1.23.8).[1021] Nach Ulpians Bericht hat Julian noch die Variante behandelt, dass der Verkäufer die Rücknahme (und damit den Ausgleich für die Deliktsbusse) verweigert; ich verstehe die Lösung Julians (von Ulpian gebilligt) so, dass der Verkäufer in den Kaufpreis verurteilt wird, wobei der Sklave ohne Ausgleichszahlung für die Deliktsbuße zurückgegeben wird: Es hätte dem Käufer freigestanden, den Sklaven an das klagende Diebstahlsopfer auszuliefern. Dieselbe Frage wird seit Neraz für die *ex empto*-Haftung des Verkäufers diskutiert. Es geht es um den Betrag der *condemnatio*, die durch die für den Käufer weniger schädliche Option begrenzt wird; hier war der Wert des Sklaven gegen die *furtum*-Busse abzuwägen. Diese Lösung soll auch gelten, wenn eine Stipulation die Haftungsgrundlage bildet (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.12). Der Wandlung begehrende Käufer muss dem Verkäufer grundsätzlich keine Gewähr (Garantiestipulation) dafür leisten, dass der Sklave beim Käufer keine Noxalhaftung begründet hatte (Pomp. 11 Sab. D. 21.1.46); noch → Rn. 359. **356**

[1018] Das Wort *sciens* wird als justinianische Einfügung verdächtigt durch *Manthe*, TR 44 (1976) 146; anders Maier, Bereicherungsklagen (1932) 142.

[1019] Dazu *Klingenberg*, CRRS X.6 (2005) 188, 161.

[1020] Zuvor begangene *furta* können bei noch ungelöster Noxalhaftung (und nur bei dieser) mittelbar einen Redhibitionsgrund bedingen (→ Rn. 344); ansonsten ist der Umstand, dass der Sklave früher gestohlen hat, als solcher kein ediktsmäßiger Mangel; → Rn. 344 a. E., Rn. 396.

[1021] *Manna*, Actio redhibitoria (1994) 160 ff.; *Baldus*, OIR 5 (1999) 74 f.; *Greiner*, Opera Neratii (1973) 164–175; *Klingenberg*, CRRS X.6 (2005) 29 f.

357 Der Fall, dass der Sklave ausgerechnet den Käufer bestiehlt, ist in Ulp. 1 ed. cur. aed. D. 21.1.23.8 mitbehandelt (→ Rn. 356). Er wird auch in dem schwierigen Responsum Paul. 4 resp. D. 21.1.58 pr.–2 diskutiert, das noch Konkurrenzfragen berührt. Derselben Problematik gilt Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17.2: Da der Käufer im Zeitpunkt, als er vom Kaufsklaven bestohlen wurde, dessen Eigentümer war, ist eine Noxalhaftung nicht entstanden und konnte bei Rückübertragung nicht privativ auf den Verkäufer übergehen; der Käufer musste einen Ausgleich für den Diebstahlsschaden mittels der Redhibitionsabrechnung anstreben (→ Rn. 349).[1022] Lebenstatsächlich verband sich die Sklavenflucht (→ Rn. 355) leicht mit der Mitnahme von Sachen des Käufers; Paul. sent. 2.17.11 bejaht hier eine Käuferklage (welche *actio*?) auf Preiserstattung und Ersatz des Diebesguts.[1023]

358 Die römischen Juristen behandeln den Fall, dass der Käufer an dem Sklaven ein Pfandrecht bestellt hat, bevor er die *redhibitio* betreibt. Nach Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.8 überlebt das Pfand die Rückgewähr des Sklaven, wobei aber anzunehmen ist, dass der Käufer ein dem Verkäufer bekanntes Pfandrecht ablösen musste, wenn er mit seinem Redhibitionsanliegen durchdringen wollte.[1024] Zur Begründung wird der Fall herangezogen, dass der Sklave weiterverkauft wurde; in diesem Fall soll die Erfüllung der Restitutionsklausel nur mittels Rückerwerb durch den Käufer wieder möglich werden.[1025]

359 Pomponius behandelte die Ungewissheit des Verkäufers, der nicht erkennen kann, ob der zu redhibierende Sklave während seiner Zeit beim Käufer noxalbelastet oder zum Pfand gegeben worden ist; er erwägt, dem Käufer wenigstens eine Stipulation *dolum malum abesse* aufzuerlegen (Ulp. 1 ed. cur. aed. D. 21.1.21.1).

cc. Negative Restitutionsklausel

360 Gemäß der negativen Restitutionsklausel wird die Verurteilung abgewendet, wenn der Verkäufer, nachdem der Käufer die ihn betreffende Restitutionsbedingung erfüllt hat, den Betrag zahlt, zu dessen Rückzahlung er sonst verurteilt wird (zur *condemnatio* → Rn. 366).

361 Auf *quanti ea res erit* lautend, handele es sich um eine *condemnatio incertae pecuniae*. Der Geldbetrag wurde durch das empfangene *pretium* bestimmt (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23.8; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31 pr.). Ulpian betont in beiden Texten, es sei nichts über den Kaufpreis hinaus zu zahlen: Der Betrag des Kaufpreises erfuhr keine Steigerung, wie sie bei einer *condemnatio* auf *id quod interest* denkbar wäre;[1026] daher

[1022] *Baldus*, OIR 5 (1999) 57 f.; *Manna*, Actio redhibitoria (1994) 160 ff.; *Wesel* SZ 85 (1968) 152 f.

[1023] *Klingenberg*, CRRS X.6 (2005) 154 f.

[1024] Dazu *Wesel*, SZ 85 (1968) 157.

[1025] Zum Einfluss der Weiterveräußerung des Kaufsklaven auf die ädilizische Haftung s. immer noch *Eck*, FG Beseler 161–186.

[1026] Paul. 5 quaest. D. 21.2.70 hebt den Unterschied von der bloßen *recuperatio pretio* und einer Verurteilung in das Interesse, wie sie bei der *actio empti* erfolgt, hervor.

kann ein etwaiger Käuferschaden nicht mit liquidiert werden. Die Herausgabepflicht bezüglich *accessiones* (sogleich → Rn. 362) wird dadurch nicht berührt, da diese zum Kaufpreis gerechnet werden. Die Hinzunahme von Zinsen schien fraglich gewesen zu sein, wurde dann jedoch anerkannt (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.29.2).

Nach der Formel hat der Verkäufer weiterhin zurückzugeben, was er vom Käufer **362**
accessionis nomine empfangen hat (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.25.9). Was man darunter zu verstehen hat, ist nicht ganz gesichert. Es liegt nahe, hierin „Nebenposten" zu sehen, die zum Kaufpreis so hinzutreten wie Zubehör zur Kaufsache. So könnte es sich um die Zahlung für gesondert bepreiste *accessiones* zur Kaufsache (→ Rn. 129–132), wie z. B. für ein *peculium*, handeln. In Betracht gezogen wurden auch schon Zinsen, die der Käufer bereits auf noch ausstehende Kaufpreisraten (→ Rn. 211–213) gezahlt hatte.[1027] Hinsichtlich nichtpekuniärer Leistungen des Käufers ist vielleicht an die Sach-*arrha* zu denken. So oder so, es kann es sich nur um Leistungen des Käufers handeln, die im Zusammenhang mit seiner Kaufpreisverpflichtung erbracht worden sind. Begehrte nämlich der Käufer Ersatz von Aufwendungen, die er auf den Kaufsklaven gemacht hatte, oder Ersatz für einen durch diesen angerichteten Schaden, konnte dies offenbar nicht in die *condemnatio* der Redhibitionsklage eingerechnet werden; vielmehr musste der Käufer den Sklaven nur Zug um Zug gegen entsprechende Ausgleichszahlung zurückgewähren (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.29.3). Ließ sich der Verkäufer nicht hierauf ein, wird dies nach Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31 pr. auf die Verurteilung des Verkäufers in die Rückzahlung des Kaufpreises auch ohne Sklavenrückgewähr hinausgelaufen sein.

Zu der dem Verkäufer auferlegten Leistung gehört noch die *liberatio* von demjenigen **363**
qui eo nomine obligatus erit. Hier handelte es sich wohl nicht darum, dass ein Käufer, der noch nicht bezahlt hat, aus seiner Haftung *ex vendito* entlassen werden muss;[1028] vielmehr dürfte es um die förmliche Haftentlassung eines für den Kaufpreis gestellten Bürgen gegangen sein.[1029] Kaufpreisrückzahlung und Bürgenbefreiung konnten allenfalls kumulativ geschuldet sein, weil die Erledigung der Kaufpreisschuld gegen die strengrechtliche Schuld des Bürgen allenfalls einredeweise geltend gemacht werden konnte; nur und erst die förmliche Beseitigung der Stipulationsschuld stellte den *status quo ante* wirklich wieder her. Wie um die Bürgschaftsschuld eines Dritten mag es auch um eine eigene Stipulationsverbindlichkeit des Käufers gegangen sein, aus welcher der Käufer förmlich entlassen werden muss.[1030]

[1027] *Platschek*, FS Bürge 345 f. Fn. 1.

[1028] So aber *Manna*, Actio redhibitoria (1994) 234 f.; wieder anders *Garofalo*, Azione redibitoria (2000) 32: es gehe darum, dass eine bei Tod des Sklaven entstehende Wertersatzpflicht des Käufers (die so nicht belegt ist) vom Verkäufer aufgegeben werde (abwegig).

[1029] Überzeugend *Platschek*, FS Bürge 345–360, im Anschluss an *Van Warmelo*, Symb. David I 233.

[1030] *Platschek*, FS Bürge 356.

dd. Sogenannte *exceptio temporalis*

364 Die *actio redhibitoria* konnte nur binnen sechs Monaten angestellt werden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19.6). Als Beginn der Frist gibt Ulpian den Tag des Kaufes an;[1031] wenn *dictum promissumve* die Klagegrundlage bildete, sei der Tag der Versprechensabgabe maßgeblich, der ja nicht mit dem Vertragsschluss zusammenfallen muss (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19.6). Gord. C. 4.58.2 (a.239) stellt auf den Vertragsschluss ab. Die Formel benutzte die Standardwendung für das sogenannte *tempus utile*. Bei der Fristberechnung *utiliter* begann der Lauf der Frist nur unter der Voraussetzung, dass der Käufer die *potestas experiundi* hatte, d. h. zur Rechtsverfolgung in der Lage war.[1032] Die *potestas experiundi* ist mit der Handlungsfähigkeit des potenziellen Klägers, einem einlassungsbereiten Beklagten und der Verfügbarkeit des Magistrats gegeben. Hatte der Lauf der Frist einmal begonnen, war der weitere Fortbestand der *potestas experiundi* offenbar nicht mehr erforderlich.

365 Pap. 12 resp. D. 21.1.55 behandelt eine Fristversäumnis durch den Käufer, der *vitium fugitivi latens ignoravit* – nach Papinian hat die *potestas experiundi* gefehlt.[1033] Es besteht keine Einigkeit, welchen Fall Papinian bescheidet. Am nächsten liegt die Annahme, dass der Käufer an der Aufdeckung eines *vitium latens* dadurch gehindert wurde, dass ihm der Sklave entflohen ist; so verstanden geht es nicht um eine Verkäuferhaftung für die Fugitivität, sondern um einen (nicht näher benannten) undeklarierten körperlichen Mangel, den der Käufer fluchtbedingt nicht aufdecken kann.[1034] Papinians Lösung lag dann darin, für die Geltendmachung dieses Mangels die Zeitspanne fluchtbedingter Abwesenheit nicht als *tempus utile* anzuerkennen. Der Schlusssatz von Pap. 12 resp. D. 21.1.55, möglicherweise später hinzugefügt,[1035] schränkt ein, dass leichtfertige Unkenntnis den Käufer nicht entschuldigen dürfe.[1036] Die späteren Ausdeutungen dieses Satzes, etwa dahingehend, dass dem Käufer die Erkennbarkeit des Mangels oder eigene Fahrlässigkeit (eines bestimmten Grades) in Bezug auf dessen Entdeckung schade, erscheinen als Überinterpretationen. Eine nachfolgende Erweiterung der papinianschen Lösung derart, dass generell die Unkenntnis eines Mangels – stets oder unter bestimmten weiteren Voraussetzungen – dem Lauf der Frist entgegengestanden hätte, indem die vor Mangelentdeckung verstrichene Zeit nicht als *tempus*

[1031] Nicht mehr vertreten wird die Ansicht, es sei auf die Übergabe des Sklaven angekommen, *Pringsheim*, AHDO-RIDA[3] 1 (1952) 545–556.

[1032] Immer noch beachtenswert: *Ubbelohde*, Tempus utile (1891).

[1033] Eine viel behandelte Stelle, s. statt aller *Memmer*, SZ 107 (1990) 29 f.; *Jakab*, Praedicere (1997) 131 Fn. 45, jeweils mit weiteren Nachweisen.

[1034] Wenn man die Verkäuferhaftung hier als eine solche für die Fugitivität verstehen wollte, so etwa *Baldus*, OIR 5 (1999) 37 Fn. 64, *Klingenberg*, CRRS X.6 (2005) 95 und andere, müsste es darum gegangen sein, dass hier schon die (beim Verkäufer noch niemals verwirklichte) Fluchtneigung den ediktsmäßigen Haftungsgrund darstellte.

[1035] *Amelotti*, Prescrizione (1958) 67–72.

[1036] Um die Auslegung dieses Satzteils ist später viel gestritten worden, s. *Jakobs*, Leistungsstörungsrecht (1985) 184.

utile gewertet wurde, ist nicht belegt. Gord. C. 4.58.2 (a.239) bestätigt die ediktsmäßige(n) Zeitgrenze(n) für den Fall, dass der Kaufsklave nach mehr als einem Jahr floh.[1037]

ee. *Condemnatio*

Die *condemnatio* erfolgte auf *quanti ea res erit*. Es handelte sich um eine *condemnatio* **366**
incertae pecuniae, die durch das bestimmt war, was auf die Kaufpreisschuld hin empfangen worden war (→ Rn. 362). Die Quellen geben keinen Hinweis auf eine *taxatio*, die bei einer auf *quanti ea res erit* lautenden *condemnatio* eher ungewöhnlich wäre und für die angesichts des vergleichsweise beschränkten und durch das Edikt weitgehend vorgegebenen Haftungsumfangs auch kein Bedarf bestanden haben kann.[1038] – Schwierigkeiten bereitet Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.45, wonach die *condemnatio* bisweilen in das *duplum*, bisweilen in das *simplum* erfolgte.[1039] Zu dieser Duplierung sind verschiedene Theorien entwickelt worden. (1) Zumeist wird hierin ein Pönalelement gesehen, weil dem Verkäufer, gegen den die *redhibitio* klageweise durchgesetzt werden muss, stets das doppelte des Kaufpreises abverlangt wird: Entweder erstattet er den Kaufpreis – dann wird er obendrein in das *simplum* verurteilt: oder er unterlässt die Rückzahlung – dann erleidet er die Verurteilung in das *duplum*.[1040] Ein solcher Kondemnationsmechanismus hätte also dafür gesorgt, dass der Verkäufer effektiv stets das Doppelte des Kaufpreises zu entrichten hatte. (2) Dem steht die Ansicht gegenüber, die Duplierung sei nur an die Nichtbefolgung des richterlichen Rückzahlungsbefehls geknüpft gewesen; der folgsame Verkäufer brauchte den Kaufpreis nur einmal zu restituieren.[1041] Die in Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.45 angesprochene *condemnatio* in das *simplum* muss man dann freilich als vorläufiges *arbitrium de restituendo* verstehen. Bei dieser Sichtweise handelte es sich bei der *actio redhibtoria* keineswegs um eine der *actiones*, die *per infitiationem duplentur*, denn nicht schon das Verweigern der außerprozessualen Leistung – hier: der Wandlung –, also das Anlass-Geben für den Prozess, würde hier zur Duplierung führen, sondern erst die Nichtbefolgung des im laufenden Prozess ergehenden *arbitrium* des Judex, das dem Verkäufer die Rückzahlung aufgibt, nachdem dessen Zuwiderhandeln gegen das Edikt feststeht. Bei günstigem Ausgang für den Käufer endet das Verfahren danach entweder mit einer Rückzahlung dem judiziellen *arbitrium* entsprechend (noch gefolgt von einer *absolutio*?) oder, sofern diese verweigert wird, mit einer Verurteilung in das *duplum*. Geht man davon aus, dass als Ersatz für die fehlende Kompetenz der Ädilen, das Ergebnis der bei ihnen eingeleiteten

[1037] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 152.

[1038] A. A. *Jakab*, Praedicere (1997) 296.

[1039] Dazu *Platschek*, FS Bürge 345–360; *Donadio*, Tutela del compratore (2004) 308–319; *Van Warmelo*, Symb. David 225–236; *Garofalo*, Azione redibitoria (2000) 1–38; *Levy*, Konkurrenz I (1918) 138 f.; *Lenel*, EP 556–558.

[1040] So *Lenel*, EP 556; diese Ansicht wurde begründet von *Huschke*, Nexum (1846) 208 ff.

[1041] Hierfür, im Anschluss an die Lehre des gemeinen Rechts, *Eck*, FG Beseler 187–200.

Verfahren zu vollstrecken (→ Rn. 367), den Parteien bei Verfahrensbeginn Kautionen abverlangt wurden (→ Rn. 321, 385), könnte es sich auf Verkäuferseite um eine *stipulatio duplae* gehandelt haben. Als Verfallsereignis wäre die Nichtbefolgung der richterlichen Erkenntnis bestimmt gewesen; dupliert wurde der Kondemnationsbetrag, nicht bloß der Kaufpreis. Damit hätte der Verkäufer vor der Wahl gestanden, entsprechend dem Redhibitionserkenntnis zu zahlen oder aus der Stipulation auf das *duplum* haftbar zu werden; diese Stipulation wäre regulär durchsetzbar gewesen. Eine derartige ursprüngliche Kautionssicherung der Verfahren vor dem Ädil dürfte nach der Übernahme der ediktgestützten Prozesse in die Zuständigkeit der Prätur (→ Rn. 315) obsolet geworden sein; vielleicht liegt hierin aber der Ursprung der unterschiedlichen Behandlung des Verkäufers je nach seiner Bereitschaft zum freiwilligen Vollzug der Wandlung. (3) Nach Platschek wurde der Verkäufer in das *duplum* verurteilt, weil und wenn er zweierlei nicht tat: Er zahlte den Kaufpreis nicht zurück und er sorgte nicht für die Befreiung von den hierfür noch begründeten (Verbal-)/obligationen (→ Rn. 363) Jede dieser Nichtleistungen soll dann je für sich mit einer Verurteilung in die einfache Kaufpreissumme sanktioniert worden sein.[1042] – Die Frage kann nicht als geklärt gelten; nach der erstgenannten Ansicht, wonach sich stets eine Haftung auf das *duplum* ergeben hätte, wäre die ädilizische Wandlungshaftung, die ja kein Verschulden voraussetzte, von einer außergewöhnlichen Härte gewesen; dies erscheint als weniger wahrscheinlich.

ff. Vollstreckung

367 Die Frage, ob ein das Verfahren abschließendes, kondemnierendes Urteil die Grundlage für eine Personalexekution oder eine *missio in bona* abgab, lässt sich nicht ohne weiteres beantworten. Da eine eigene Zuständigkeit der Ädilen für die Vollstreckung ihrer Urteile nicht erkennbar ist, hätte der siegreiche Käufer sich hierfür anschließend an den Prätor wenden müssen. Ein solches Vorgehen mag entbehrlich gewesen sein, indem der Verkäufer bei Verfahrensbeginn vom Ädil zur Abgabe einer *cautio* angehalten worden war, mit der er dem Käufer die Sicherheit gab, dass er sich an das Redhibitionsurteil halten werde (→ Rn. 321, 366). Aus einer bei Nichtbefolgung des Redhibitionsurteils verfallenden Stipulation konnte der Käufer gegebenenfalls im ordentlichen Rechtsweg beim Prätor vorgehen (→ Rn. 385). Mit der Übernahme der Verfahrenszuständigkeit durch die Prätoren, die vielleicht schon in hochklassischer Zeit erfolgte, mag sich die Handhabung der Vollstreckungsfrage geändert haben.

h. Sklavenkauf: Kaufpreisrückforderung nach freiwilliger Rücknahme des Sklaven

368 Hatte der Verkäufer den Sklaven bereits freiwillig zurückgenommen, konnte die Kaufpreisrückzahlung mit einer *actio in factum* durchgesetzt werden (Ulp. 1 ed. aed. cur.

[1042] *Platschek*, FS Bürge 345–360.

D. 21.1.31.17). In diesem Fall kam es auf das tatsächliche Vorliegen eines Redhibitionsgrundes offenbar nicht mehr an; ebenso entfiel die *exceptio temporalis*. Die Verurteilung erfolgte, wie man zumeist annimmt, ausschließlich in das *simplum* (fraglich).[1043] Eine bloße *conventio de redhibitione*, in der sich der Verkäufer zur Rücknahme erst nur bereit erklärt, reichte für diese Klage noch nicht aus (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.18 i. f.).

i. Sklavenkauf: *actio redhibitoria* aufgrund *dictum* oder *promissum*

Wurde die *actio redhibitoria* wegen eines *dictum* oder *promissum* angestellt, lautete die *intentio* wohl am ehesten so (für den Rest der Formel → Rn. 346): **369**

Si quem hominem Aulus Agerius de Numerio Negidio emit, cum adversus quod dictum promissumve fuit cum veniret fuisse, quod eius praestari oportet, …

Wenn der Sklave, den Aulus Agerius von Numerius Negidius gekauft hat, sich nicht in dem Zustand befand, der zugesagt oder feierlich versprochen worden ist, als er verkauft wurde, insofern dafür nach *ius civile* einzustehen ist, …

Die Gewährung der *actio redhibitoria* für diesen Fall stellt sicher, dass der Verkäufer die Wandlung – wie bei Unrichtigkeit der „Pflichtangaben" – auch hinnehmen muss, wenn er im Rahmen der *proscriptio* anderweitige Zusagen gemacht hat, die sich als unrichtig herausstellen.[1044] Einige solcher Eigenschaften sind bei Gai. 1. ed. aed. cur. D. 21.1.18 pr. genannt: Beständigkeit, Leistungswilligkeit, Schnelligkeit, Wachsamkeit, Wirtschaftstüchtigkeit. Andernorts begegnen die Zusicherungen, der Sklave sei kein Dieb oder der Sklave habe ein Sondergut; bei der letztgenannten Zusicherung geht es um eine Sachqualität, die in einem zusätzlichen Leistungsgegenstand besteht (→ Rn. 132). Wenn die Passage betreffend *dictum promissumve* dem ädilizischen Edikt schon von Anfang an angehörte (woran man nicht zweifeln muss), dürfte es sich angesichts des Alters des Edikts (→ Rn. 315) beim *dictum* zunächst um das *dictum in mancipio* gehandelt haben (→ Rn. 54–56). Die vom Edikt erfasste Sklavenware ist eine *res mancipi*. Die Ediktsbestimmung hätte dann ursprünglich demjenigen Käufer eine Wandlungsoption eröffnet, dem bei Manzipation des Sklaven eine Qualitätszusage gemacht worden war; dieselbe Option kam demjenigen Käufer zu, der – etwa weil eine Manzipation unterblieben war – eine Qualitätszusage in Form einer Stipulation erhalten hatte.[1045] Dies würde den Doppelbegriff *dictum promissumve* gut erklären, in dem dann Zusagen zweier verschiedener Förmlichkeiten neben einander gestellt worden **370**

[1043] *Lenel*, EP 562. Wenn man die Duplierung bei der *actio redhibitoria* darauf zurückführt, dass der Verkäufer den Kaufpreis entgegen einem *arbitrium iudicis* nicht zurückzahlt (→ Rn. 366), könnte es sich bei der Klage aufgrund schon erfolgter Rücknahme genauso verhalten haben.

[1044] Statt aller s. *Jakab*, Praedicere (1997) 131–135.

[1045] Bei dieser Sichtweise könnten die Ediktsworte *quod eius praestari oportere dicetur* wie folgt verstanden werden: Das *dictum* bzw. das *promissum* musste, wenn es zur Grundlage der Redhibition gemacht werden sollte, als solches rechtsverbindlich sein.

wären, und nicht die förmliche und die formlose Qualitätszusage. Die hier vermutete ursprüngliche Vorstellung, als *dictum* habe man an eine in das Manzipationsritual integrierte Qualitätszusage zu denken, hat sich aber über die Zeit nicht erhalten, wie ja auch die Manzipation als solche im Rechtsverkehr zurückgetreten und unter Justinian beseitigt worden ist (→ Rn. 7 a. E., Rn. 450).

371 Ein in die Digesten eingesteller Ulpian-Text behandelt die Unterscheidung von *dictum* und *promissum* (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19.2): Das *dictum* ist eine formlose, einseitige Angabe zu einer Eigenschaft des Kaufsklaven, eine „Deklaration garantiemäßigen Charakters" (Flume). Dagegen bedeutete *promissio* die Eigenschaftszusage in Form einer Stipulation.[1046] Eine bloße Anpreisung (*nuda laus*) etwa eines Sklaven als „genügsam" oder „rechtschaffen" ist kein *dictum* (unter Berufung auf Pedius: Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19 pr., s. auch Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.19.3; ähnlich für den Verkauf eines Hauses als *bene aedificata* Flor. 8 inst. D. 18.1.43 pr.). Nach Ulp. 44 Sab. D. 4.3.37 sind *commendi causa* gemachte Erklärungen *neque dictum neque promissum*, doch könne die *actio de dolo* einschlägig sein,[1047] die in der Tat in Ulp. 44 ed. D. 4.3.37 bejaht wird.

372 Für die Klage genügte es nach dem Formelwortlaut, dass das *dictum* oder *promissum* unzutreffend war; besseres Wissen des Verkäufers (*dolus*) war nicht vorausgesetzt. Keine Unterstützung verdient die gelegentlich vorgetragene Ansicht, jeder Verstoß gegen das, was dem Verkäufer *ex empto* oblag, hätte als „Versprechensbruch" zugleich zur Anstellung der *actio redhibitoria* berechtigt.[1048]

373 Die Juristen diskutierten vielfältige Fragen, wann die zugesagte Eigenschaft fehlte (Auswahl): War ein *peculium* zugesagt, genügt es, wenn ein noch so geringfügiges *peculium* vorhanden ist (Gai. 1. ed. aed. cur. D. 21.1.18.1). Ist *constantia* zugesagt, könne nicht *gravitas et constantia quasi ab philosopho* erwartet werden (Gai. 1. ed. aed. cur. D. 21.1.18 pr.). Verspricht der Verkäufer, der Sklave sei ein Koch, ist es ausreichend, wenn er mittelmäßig kochen kann; die Zusage, der Sklave sei der beste Koch, verpflichtet dagegen wirklich zur Lieferung des Besten in diesem Fach (Gai. 1. ed. aed. cur. D. 21.1.18 pr.).

374 Auf Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.8 ist die plausible Vermutung gestützt worden, dass im Rechtsverkehr die Vereinbarung einer *stipulatio simplae (promissum)* regelmäßig mit einer Abbedingung der *redhibitio* (→ Rn. 327) verbunden wurde; der Käufer sei vereinbarungsgemäß auf die Ausklagung der Stipulation verwiesen worden.[1049] Diese Annahme wird unterstützt, wenn man davon ausgeht, dass die für das Auftreten bestimm-

---

[1046] Vgl. etwa auch Gai. 3.95a; s. noch *Jakab*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 133; *Jakab*, Praedicere (1997) 134 f.; *Olde Kalter*, Dicta et promissa (1963).

[1047] Dazu *Wacke*, SZ 94 (1977) 196 f.; *Manna*, Actio redhibitoria (1994) 123 ff.; *Heldrich*, Verschulden (1924) 7 f.

[1048] Dagegen zutr. *Jakab*, Praedicere (1997) 132 Fn. 50.

[1049] *Platschek*, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 24–30; für den Begriff der *venditio simplaria* in Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.8 sind schon weit auseinanderlaufende Deutungen vorgeschlagen worden.

ter Mängel abgegebene *stipulatio simplae* auf den (einfachen) Ersatz des „Mangelunwerts“ abzielte, und nicht auf die Rückerstattung des ganzen Kaufpreises (→ Rn. 304): Ein Käufer, der sich vertraglich für das Auftreten eines bestimmten Mangels den Ersatz des „Mangelunwerts“ hat versprechen lassen, würde ein vertraglich nicht ausbedungenes „Mehr“ (einen „windfall profit“) erzielen, wenn er allein aufgrund dessen mittels der *actio redhibitoria* unter Rückgabe des Sklaven das *duplum* des Kaufpreises (so die h. M., → Rn. 366) erhalten würde.

j. Sklavenkauf: *actio quanti minoris* (*actio aestimatoria*)

Im Vergleich zur *actio redhibitoria* spielt die *actio quanti minoris* eine auffallend untergeordnete Rolle;[1050] wir verfügen auch nur über eine recht schmale Quellenbasis. Zum entwicklungsgeschichtlichen Verhältnis zur *actio redhibitoria* sind verschiedene Ansichten vertreten worden. Bechmann nahm an, dass zuerst das Jumentenedikt die *actio quanti minoris* eingeführt hatte, die dann für das Sklavenedikt übernommen wurde.[1051] Nach einer anderen, auf Gell. 4,2,5 gestützten Ansicht hätten die Ädilen dem Sklavenkäufer eine Wandlungsberechtigung für *morbus* und dem *morbus* gleichgestellte, sozusagen qualifizierte *vitia* eingeräumt; für weniger gewichtige *vitia* sei unabhängig davon (in einem getrennten Edikt) lediglich die *actio quanti minoris* verheißen worden; hierauf hätte sich wahlweise aber auch ein Käufer stützen können, der einen zur *redhibitio* berechtigenden Mangel zu beklagen hatte.[1052] Das jüngere Jumentenedikt habe einheitlich beide *actiones* verheißen, und dem sei dann auch das Sklavenedikt angepasst worden, dies möglicherweise erst in der justinianischen Redaktion. In den Quellen wird (häufiger) vom *iudicium aestimatorium* und von der *actio aestimatoria* gesprochen, mit Nachsätzen wie *id est (actio/iudicium) quanti minoris* (s. etwas Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.18). Jedenfalls in der justinianischen Kodifikation handelt es sich um Synonyme; die Vermutung, wonach es sich entwicklungsgeschichtlich zunächst um verschiedene Aktionen gehandelt haben könnte,[1053] ist nicht zu belegen. Die Vorstellung, die Klage sei – überhaupt oder jedenfalls für das Sklavenedikt – als solche eine justinianische Neuerung,[1054] findet keine Anhänger mehr. **375**

Für die Formel der *actio quanti minoris* wird hier im Wesentlichen die von Mantovani im Anschluss an Lenel vorgeschlagene Rekonstruktion zugrunde gelegt. Die Wiedergabe dieser Rekonstruktion erfolgt mit der Maßgabe, dass eine vorbehaltlose wissenschaftliche Unterstützung in jeder Einzelheit hiermit nicht ausgesprochen sein soll. **376**

[1050] *Lenel*, EP 561; *Mantovani* Formule 114 f.
[1051] *Bechmann*, Kauf I (1876) 409.
[1052] *Karlowa*, RRG II 1291.
[1053] *Karlowa*, RRG II 1291.
[1054] *Schulz*, CRL 537 f.

[intentio]	
Si paret homini quo de agitur quem Aulus Agerius de Numerio Negidio emit	Wenn es sich herausstellt, dass der streitgegenständliche Sklave, den Aulus Agerius von Numerius Negidius gekauft hat,
morbi/vitii quid cum veniret fuisse	mit einer Krankheit/einem Gebrechen verkauft worden ist,
quod Numerius Negidius adversus edictum illorum aedilium non pronuntiavit	die/das Numerius Negidius entgegen dem Edikt jener Ädilen nicht angezeigt hat,
[exceptio temporalis]	
neque plus quam annum est, cum de ea re experiundi potestas fuit,	und kein Jahr vergangen ist, seitdem in dieser Angelegenheit die Möglichkeit der Rechtsverfolgung bestanden hat,
[condemnatio]	
quanto ob eum morbum/vitium is homo, cum veniret, minoris fuit,	um wie vieles wegen dieser Krankheit/dieses Gebrechens dieser Sklave beim Verkauf weniger erbracht hätte,
tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato;	um so viel Geld verurteile Du, Richter, den Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius,
si non paret absolvito!	wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei.

377 Der Minderungsbetrag ist der Betrag, um den die Kaufsache mangelbedingt beim Verkauf weniger wert war (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38 pr.). Der Wortlaut der Formel hat in der romanistischen Forschung zu der Frage geführt, wie dieses „weniger" zu verstehen ist: Ist hier der Differenzbetrag vom Wert im tatsächlichen und dem im (hypothetisch) mangelfreien Zustand gemeint;[1055] oder wird der Unterschied von Kaufpreis und tatsächlichem Wert im mangelhaftem Zustand ermittelt?[1056] In den überlieferten Texten der römischen Juristen wird nicht erkennbar, dass man sich einer Alternative von Berechnungsmethoden gegenübersah, oder dass man gar über die Frage diskutiert hätte, welche Berechnung vorzuziehen sei. Ihnen genügte es vielleicht, dass der Judex für „den Mangel" eine Schätzung in Geld abgab (objektiver „Mangelunwert"). Nicht im Spiel war jedenfalls die heute sogenannte relative Methode, nach welcher der Kaufpreis – mochte er hoch oder niedrig erscheinen – im Verhältnis der Werte der mangelhaften und der (gedacht) mangelfreien Kaufsache herabgesetzt wurde; dieser Weg führt über einen hypothetischen Kaufpreis für die Sache in ihrer tatsächlichen Mangelhaftigkeit und ist für das römische Recht der *actio quanti minoris* auszuschließen. – Es gibt keinen Beleg dafür, dass die *actio quanti minoris* zwei unterschiedliche *condemnationes* gekannt hätte (einfacher/verdoppelter Minderungsbetrag), dies im Unterschied zur *redhibitoria* (→ Rn. 366).

378 Wegen mehrerer Mängel kann sukzessive auf erneute Minderung geklagt werden (zur Formeltechnik → Rn. 322). Die einzelnen Minderungsbeträge und ebenso die

[1055] *Medicus*, Quod interest (1962) 110 f.
[1056] Vgl. *Honoré*, St. de Zulueta (1959) 152 ff.

Summe aller Minderungsbeträge dürfen den Kaufpreis nicht übersteigen; so Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.16 für das Zusammentreffen von Fugitivität und *morbus*.[1057]

379 Verhältnis von Wandlung und Minderung:[1058] Soweit das ädilizische Edikt dem Käufer sowohl die *redhibitio* als auch das *iudicum aestimatorium* verhieß (was nicht von Anfang an der Fall gewesen sein muss), konnte der Käufer nach seiner Wahl eine der beiden Klagen anstellen, offenbar aber nicht beide Klagen kumulativ. Die prozessuale Erfassung des Verhältnisses beider Klagen, d. h. die Art des Konkurrenzverhältnisses, muss als zweifelhaft angesehen werden.[1059] Nach Iul. 51 dig. D. 44.2.25.1 wird ein Käufer, der zuerst eine der beiden Klagen erhoben hatte und dann die andere anstellt, mit der *exceptio rei iudicatae* abgewiesen. Iulian weist darauf hin, dass die *actio quanti minoris* die Wirkung einer *redhibitio* erreichen kann. Hat der Käufer die Sechsmonatsfrist für die *actio redhibitoria* versäumt, steht dies der Erhebung der Minderungsklage nicht entgegen (Pomp. 23 Sab. D. 21.1.48.2).[1060]

380 Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.6 erkennt die Richterbefugnis an, bei einer erhobenen *actio quanti minoris* auf Wandlung zu entscheiden, wenn der Sklave für den Käufer als nahezu nutzlos erscheint; als Beispiele werden der *lunaticus* und der *furiosus* genannt. Man sieht die Entscheidung darin begründet, dass die *actio quanti minoris* dem Käufer (annähernd) den ganzen Kaufpreis einbringen würde, ohne dass er den Kaufsklaven zurückgewähren müsste.[1061] Spätklasssische Aussprüche legen die Vermutung nahe, dass generell bei geringfügigen Mängeln (*minima causa*) die Redhibitionsklage verwehrt, der Käufer auf die Minderung verwiesen wurde; Paul. 1 ed. aed. cur. D. 18.1.54 (*minima causa*) und Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.8 (speziell für *vitii sive morbi*).[1062]

381 *Actio quanti minoris* wegen *dicta vel promissa*? Nach Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.18 steht dem Käufer wie die *redhibitoria* so auch die *actio quanti minoris* offen, wenn sich eine *adfirmatio* des Verkäufers als unzutreffend herausstellt. Mit einiger Wahrscheinlichkeit gehörte diese Klagevariante jedenfalls nicht schon zum ursprünglichen Ediktsinhalt.

k. Sklavenkauf: Verurteilung wegen Kautionsverweigerung

382 Das Edikt enthielt nach Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.28 und Ulp. 32 ed. D. 21.2.37.1 die Zusage eines *iudicium redhibendi* für den Fall einer vom Verkäufer verweigerten *cautio*, wofür eine Frist von nur zwei Monaten bestand. Für eine alternative Klage auf *quanti*

[1057] *Jakab*, Praedicere (1997) 298 f.; *Baldus*, OIR 5 (1999) 68–69.
[1058] S. statt aller *Baldus*, OIR 5 (1999) 50–69.
[1059] *Levy*, Konkurrenz I (1918) 30, 134–137.
[1060] Die Auslegung der Stelle ist nicht zweifelsfrei; s. z. B. *Levy*, Konkurrenz I (1918) 142.
[1061] *Apathy*, FS Waldstein 23 ff.; *Cristaldi*, Obbligazione del venditore (2007) 133–134; abweichend *Jakab*, Praedicere (1997) 179 f.: Paulus lasse ausnahmsweise die *redhibitio* trotz Fristversäumnis zu, damit der Käufer den ihm lästigen Sklaven wieder loswerden könne.
[1062] Im Einzelnen s. *Apathy*, FS Waldstein 31; *Baldus*, OIR 5 (1999) 67 f.

minoris emptoris intersit betrug die Frist sechs Monate.[1063] Für diese *cautio aedilicia* haben die Ädilen ein Stipulationsformular proponiert. Dieses ist nicht überliefert; es gibt Rekonstruktionsversuche.[1064] Was der Verkäufer genau zu versprechen hatte, ist umstritten; die Antwort hängt auch von der Funktion ab, die man der ädilizischen Zwangsstipulation zuschreibt (→ Rn. 383). Pomp. 26 Sab. D. 45.1.5 pr. entnimmt man, dass die auferlegte Stipulation eine *stipulatio duplae* gewesen ist. Geht man von einer *stipulatio duplae* aus, fragt es sich, was dupliert wurde – der Kaufpreis oder der mangelbedingte Minderwert (→ Rn. 304). Es wurde aber auch schon die Ansicht vertreten, der Käufer habe eine *stipulatio praestandi* (→ Rn. 301–303) verlangen können.[1065] Dieser Stipulationszwang wurde von den Ädilen so durchgesetzt, dass der Käufer bei Nichtabgabe binnen zweier Monate auf *redhibitio* des Kaufs klagen konnte, wahlweise innerhalb von sechs Monaten auf sein Interesse (Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.28); mit dieser *condemnatio* steht die letztgenannte Klage wie ein Fremdkörper im übrigen Ädilenrecht. Medicus deutet den Text so, dass der Käufer binnen zweier Monate die Garantiestipulation (für noch unbekannte Mängel) einfordern konnte, in den folgenden vier Monaten dagegen nur den Geldausgleich für einen tatsächlich zutage getretenen Mangel.[1066]

383 Über den Zweck dieser Regelung des Edikts besteht keine Einigkeit. Die Funktionsbestimmung ist offensichtlich problematisch, weil das Gegebensein eines ediktsmäßigen Mangels dem Käufer ohnehin schon das Recht zur Wandlung (möglicherweise gesteigert auf das Kaufpreis-*duplum*, → Rn. 366) und wahlweise ein Recht auf Minderung gab. Was war der „Mehrwert" an Rechtsschutz, den die Käufer durch die dem Verkäufer auferlegte Stipulation erhielten? Nach der herkömmlichen Lehre konnte der Käufer, wenn sich herausstellte, dass einer der standardmäßig als abwesend genannten Mängel vorlag oder ein zugesagter Vorzug fehlte, aufgrund der dem Verkäufer abverlangten Garantiestipulation *ex stipulatu* (→ § 72) beim Prätor Klage erheben. Die konkrete Mangelhaftigkeit musste dann als Eintritt der Verfallsbedingung vor dem durch den Prätor eingesetzten Judex bewiesen werden. Sofern es für die Bestimmung der *condemnatio* erforderlich war, musste der Judex auch den Minderwert infolge des Mangels abschätzen. Gegebenenfalls erfolgten Verurteilung und Vollstreckung wie bei jeder erfolgreich *ex stipulatu* erhobenen Klage (→ § 14).[1067]

[1063] *Lenel*, EP 562 f.

[1064] *Lenel*, EP 565 f.

[1065] So ging *Eck*, FG Beseler 191, von einer *stipulatio praestandi* aus; ebenso *Lenel*, EP 565 f., indem er sich an FIRA III, 88 = CIL III p 940,07 (p. 2215) orientierte. Die Prämisse, dass der Geschäftsverkehr, auch in den Provinzen, das stadtrömische Ediktsformular sauber spiegelte, gilt heute nicht mehr als zutreffend.

[1066] *Medicus*, Quod interest (1962) 118; s. auch *Uemura*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 463–474.

[1067] Eine mögliche Rechtswirkung der abgegebenen Stipulation könnte in der Begründung eines Gerichtsstands gelegen haben, indem der von auswärts nach Rom gekommene Sklavenhändler aus der Stipulation an seinem Heimatort verklagt werden konnte.

Eine grundlegend andere Sicht wurde von Eva Jakab entwickelt.[1068] Danach hatte die **384**
cautio aedilicia eine prozessuale Funktion. Die Kaution sei – wie vergleichbare Prozesskautionen – nur ein prozessuales Zwischenmittel, mit welchem die Abwicklung der *actio redhibitoria* (bzw. der *actio quanti minoris*) gesichert worden sei. Die Ädilen hätten dem Käufer also nicht ein zusätzliches, dem *ius civile* angehörendes und vor dem Prätor durchzusetzendes Schutzmittel verschaffen wollen; die erzwungene Stipulation sei die eigentliche Klagegrundlage für den Redhibitionsprozess vor dem Ädil gewesen. Daraus folgt eine abweichende Rekonstruktion dieser *cautio*.[1069] Verweigerte der Verkäufer die Abgabe der Prozesskaution, verhinderte er nach Jakab, dass der Käufer seine Ediktsrechte gegen ihn durchzusetzen vermochte; für diesen Fall des *non cavere* hätten die Ädilen auch ohne Prozesskaution ein *iudicium redhibendi* gewährt, vermutlich auf der Grundlage einer fingierten Kaution. Insofern habe es sich im Kern immer nur um die zwei nämlichen Rechtsbehelfe gehandelt, nämlich das *iudicium redhibendi* und das *iudicium aestimatorium*. Nach Jakab steht hinter keiner der dokumentarisch erhaltenen Stipulationszusagen von Qualitäten des Kaufsklaven (→ Rn. 301) ein ädilizisches (objektivrechtliches) Garantiegebot „materiellen Rechts“; vielmehr sollen alle diese Stipulationen aus freien Verhandlungen der Parteien hervorgegangen sein. Der Befund der Urkunden ergebe eine Preisdifferenzierung nach der „Güte“ der mitgegebenen Garantie; dazu passe es schlecht, wenn man annehme, jedem Käufer habe ein „positivrechtlicher“ Anspruch auf eine Garantiestipulation auf das *duplum* zugestanden. Diese Thesen, denen der Verfasser schon weitgehend zugestimmt hat,[1070] haben in der Wissenschaft eine gemischte Reaktion ausgelöst.[1071]

Die Hinzufügung eines Stipulationszwangs, mit dem der Käufer im Wesentlichen **385**
nur eine Verdoppelung des Schutzes erhalten kann, der ihm ohnehin schon verheißen war, ist und bleibt erklärungsbedürftig. Es ist vielversprechend, eine verfahrensrechtliche Funktion zu vermuten. Der Quellenlage würde es dabei entsprechen, wenn die *cautio aedilicia* einer eher frühen Entwicklungsstufe des Redhibitionsverfahrens angehört hätte und im Zuge der Entwicklung (möglicherweise mit Übernahme der Verfahren in die Jurisdiktion der Prätoren?) vielleicht entbehrlich geworden wäre. Jakab weist

[1068] *Jakab*, Praedicere (1997), dazu *Ernst*, SZ 116 (1999) 208–221; nochmals *Jakab*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 123–138. Zu der von *Jakab* angenommenen Funktion der *cautio aedilicia* für die Prozesseröffnung bereits → Rn. 321 Fn. 962.

[1069] *Jakab*, Praedicere (1997) 288 f.

[1070] *Ernst*, SZ 116 (1999) 208–221.

[1071] Gegen die Deutung durch *Jakab* hat sich namentlich *Kupisch* gewandt: *Kupisch*, TR 70 (2002) 21–54. Er nahm seinerseits an, die ädilizischen Stipulation sei die Grundlage für die bekannten Gewährleistungsfristen gewesen; ohne diese Stipulation hätte der Käufer nur binnen zwei Monaten klagen können; mit der Stipulation habe der Verkäufer also die ädilizische Gewährleistung in zeitlicher Hinsicht aufgebessert. Auch *Kupischs* Beweisführung ist indes nicht durchgedrungen; s. z. B. *Platschek*, in: Babusiaux/Igimi, Messages (2019) 19 f. mit Fn. 10; *Kupisch* zustimmend dagegen *Uemura*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 463–474; *Harke*, AcP 205 (2005) 70; S. noch *Jakabs* Replik auf *Kupisch*: *Jakab*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 123–138.

der *cautio aedilicia* eine Funktion im Zusammenhang mit der Streiteinlassung zu, indem auf der Grundlage der Stipulation über die Sachmängelfrage prozessiert worden sein soll. Im Sinne nur eines Denkanstoßes wird hier alternativ eine andere Funktion zu bedenken gegeben: Die *cautio aedilicia* sicherte womöglich die Durchsetzung des Käuferrechts nach einem gegen den Verkäufer ausgefallenen *iudicium*. Es könnte sich also um ein ädilizisches Pendant zu solchen prätorischen *cautiones* gehandelt haben, die der Durchsetzung eines Judikats dienten (*iudicatum solvi, ex operis novi nuntiatione*). Hinsichtlich der ädilizischen Klagen wäre mit einer solchen *cautio* dem *apud iudicem* siegreichen Käufer ein bewährtes Durchsetzungsmittel an die Hand gegeben worden. Möglicherweise hat in dieser Stipulation auch die Duplierung ihren Platz, die für die *condemnatio* überliefert ist (→ Rn. 366): Der Verkäufer hätte das *duplum* für den Fall versprochen, dass er dem Redhibitionsjudikat nicht freiwillig nachkommt.[1072] Die Übernahme der Redhibitionsprozesse durch die Prätur wird eine derartige Stipulation entbehrlich gemacht haben. Auch im Kontext des justinianischen Rechts kann der ädilizischen Zwangsstipulation keine prozessuale Funktion mehr zugeschrieben werden; insofern bleibt es jedenfalls für das justinianische Recht (→ Rn. 412) bei den herkömmlichen Einordnungsversuchen.

l. Integrale Eviktions- und Mängelstipulation ediktal proponiert?

386 Für die Stipulation, welche die Ädilen dem Verkäufer auferlegten (→ Rn. 382–385), wird deren Edikt – und später vermutlich das prätorische Edikt – ein Musterformular enthalten haben. Seit langem nimmt man an, dass dieses Musterformular zugleich das Versprechen des *duplum* für den Eviktionsfall vorsah.[1073] Es sollen also zwei Stipulationen im Musterformular zusammengefasst gewesen sein, wobei römische Juristen dieses integrale Stipulationsformular kurzerhand als *stipulatio duplae* angesprochen hätten. Sollte wirklich jedem Sklavenkäufer eine von der ädilizischen Marktaufsicht vorgeschriebene, integrale Rechts- und Sachmängelgarantie zugestanden haben? Meines Erachtens fehlt es an einer Quellenbasis für die Annahme, die ädilizische Marktaufsicht hätte jedem Sklavenkäufer eine integrale Rechts- und Sachmängelgarantie zugestanden.[1074] Wohl wird die ädilizischen Sachmängel-Stipulation als *stipulatio duplae*

[1072] Dupliert wird dann nicht der Kaufpreis, sondern der Betrag, den der Verkäufer dem Käufer gemäß dem Judikat zu zahlen hat.

[1073] S. schon *Lenel*, EP 562 f., 567 f.

[1074] Zu ausgewählten Texten der wenig ergiebigen Quellenbasis: In Ulp. 32 ed. D. 21.2.37.1 wird die Verpflichtung des Verkäufers wertvoller *res (nec mancipi)* zur Abgabe einer Eviktionsstipulation ausgesprochen (→ Rn. 282); dem ist angefügt: *per edictum autem curulium etiam de servo cavere iubetur* – hier wird nicht gesagt, welches der Garantiefall und welches die Garantieleistung sind. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.20 bejaht eine Klagemöglichkeit des Sklavenkäufers *ex empto*, dem der Verkäufer entgegen dem Üblichen die *cautio duplae* nicht gegeben hat; die *bona fides* gebiete nämlich, sich an das Verkehrsübliche zu halten; nur Palingenesie und Textumgebung deuten hier schwach auf einen Bezug zum Recht des ädilizischen Edikts. Bei Paul. 5 resp. D. 21.1.58 pr.–1 ist schon fraglich, wie man sich den von Paulus begutachteten Fall vorzustellen hat.

angesprochen; die Vereinigung mit einer Stipulation für Eviktion folgt daraus nicht einmal dann, wenn es sich um dasselbe *duplum* handeln würde. Dies wird besonders deutlich, wenn man – wie es hier vertreten wird – das *duplum* in den Sachmängelstipulationen (und allenfalls auch in der ädilizischen Pflichtstipulation) als das Doppelte des „Mangelunwerts" begreift (→ Rn. 304). Eine auf den Kauf und die *bona fides* gestützte Pflicht zur Abgabe einer Eviktionsstipulation bestand außer bei *res pretiosiores* (→ Rn. 282), um die es hier nicht gehen kann, in den – beim Sklavenkauf gut vorstellbaren – Fällen der *satisdatio secundum mancipium* (→ Rn. 254), für die das prätorische Edikt eine Formel vorgab. Bei dieser erscheint das *duplum* nicht als Garantieleistung für den Eviktionsfall, sondern als Strafe für das Ausbleiben einer übernommenen Defension. Es ist kaum anzunehmen, dass die Ädilen weitergehend einen generellen, auf die Eviktion bezogenen Stipulationszwang für den Eviktionsfall eingeführt und durchgesetzt haben. Eine an jeden Sklavenverkäufer ergehende Anordnung, dem Käufer für den Eviktionsfall eine *stipulatio duplae* zu leisten, lag wohl auch außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Ädilen. Wenn man von einer Prozessfunktion der ädilizischen *cautio* ausgeht (→ Rn. 384–385), erledigt sich die ohnehin fragwürdige Vorstellung einer prätorisch vorgeschriebenen Integration dieser *cautio* mit einer „materiell-rechtlichen" Eviktionsstipulation.

m. Das Edikt *De iumentis venumdundis*[1075]

Dieses Edikt betraf ursprünglich den Verkauf von *iumenta*, Zug- und Lasttieren im engeren Sinne, d. h. wohl Pferde, Esel und Maultiere (auch Rinder?). Der Anwendungsbereich des Jumentenedikts wurde durch ein *elogium edictio subiectum* erweitert, durch das alles Vieh (*pecus*) einbezogen wurde (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.5), was vielleicht zuvor bereits im Wege der Auslegung befürwortet worden war. Der Zeitabstand zwischen dem Erlass des Sklavenedikts und dem des jüngeren Jumentenedikts (und dessen wiederum späterer Erweiterung auf *pecus*) lässt sich nicht genau angeben. Schon Labeo und Ofilius werden mit Interpretationen zum Jumentenedikt angeführt, welches auch bei Gell. 4,2,8 aufscheint. **387**

Morbus und *vitium* bildeten die Aufgreiftatbestände. Es handelt sich hier um Tierkrankheiten. Die Juristen diskutierten etwa, ob die Beschneidung des Tieres (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.7) oder dessen Untauglichkeit zur Einspannung mit anderen Tieren oder unter ein Joch einen Mangel darstellt (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.8–9). **388**

Eine Klauselvariante für *dicta vel promissa* ist für das Edikt *De iumentis venumdundis* nicht überliefert. Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.10 i. f., berichtet, dass die *redhibitio* wegen *dicta* und *promissa* zugelassen werde *exemplo mancipiorum*: Dies spricht für eine Entlehnung/Analogie über den Wortlaut des Jumentenedikts hinaus. Von einem Zwang zur Abgabe einer Garantiestipulation findet sich hier keine Spur. Die Klage auf **389**

[1075] *Lenel*, EP 565 f.

redhibitio musste binnen sechs Monaten, die Klage auf Ausgleich des Minderwerts binnen eines Jahres angestellt werden.

390 Das Jumentenedikt erhielt eine ausdrückliche Regelung für den Verkauf eines Paares von Lasttieren, Tieren also, die schon früher zusammen vor den Pflug oder Karren gespannt worden waren. Danach war die Gesamtredhibition zugelassen, selbst wenn sich nur eines der Tiere als krank herausgestellt hatte; die Regelung wurde für den Verkauf von Dreier- und Viergespannen analog angewandt (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.14 mit weiteren Varianten). Der Gesamtverkauf mehrerer Tiere, die kein Gespann bildeten, wurde wie der Gesamtverkauf mehrerer Sklaven behandelt (→ Rn. 323); Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.12–13.

391 Der Tod des Tieres steht, wie der Tod des Sklaven (→ Rn. 352), der *redhibitio* nicht entgegen (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.3 i. f.). Zur Frage, ob vielleicht der Tierkadaver wegen seines Restwertes gegenständlich zu restituieren war, schweigen die antiken Quellen.

392 Der Verkäufer wurde in einem ergänzenden Edikt noch dafür haftbar gemacht, dass das Vieh mit demjenigen Ziergeschirr (*ornamenta*) geliefert wurde, mit dem es vorgeführt worden war (Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.38.11).[1076] Dieses Edikt ist bemerkenswert, weil hier eine kaufrechtliche Verpflichtung zur Mitlieferung von Zubehör, die doch wohl auch *ex empto* auf das entsprechende Interesse an der Lieferung hin ausgeklagt werden konnte, zugleich zur *redhibitio* berechtigt.

n. Konkurrenzfragen im Zusammenhang mit dem Edikt

393 Das Edikt muss Anlass zu zahllosen Konkurrenzfragen gegeben haben.[1077] Auf dem bisherigen Kenntnisstand ist eine lückenlose Darstellung des Problemfelds keinesfalls möglich; daher werden im Folgenden vor allem die sich aufdrängenden Fragen zusammengestellt. Zum Konkurrenzverhältnis von *actio empti* und Klagen aus einer begleitenden Stipulation → Rn. 53. Vom Verhältnis der *actio quanti minoris* zur *actio redhibitoria* wurde bereits gehandelt (→ Rn. 379).[1078] Das Wechselverhältnis von Stipulationen für die Mängelabwesenheit und den Rechten nach dem ädilizischen Edikt ist meines Erachtens so wenig geklärt, dass nicht einmal ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich erscheint. Hatte sich der Käufer durch eine Stipulation gegen einen ediktsmäßigen Mangel abgesichert, sollte ihm mindestens zweierlei offengestanden haben: Er konnte die Stipulation (unbefristet) beim Prätor ausklagen; er konnte sich ebenso auf das Vorliegen des ediktsmäßigen Mangels beziehen, dies vielleicht sogar auf zweifache Weise: einmal durch Berufung auf den ediktmäßigen Mangel selbst, das andere Mal durch Geltendmachung, das ihm diesbezüglich gegebene *promissum* sei gebro-

[1076] *Jakab*, Marktkauf (1997) 291 f.; *Lenel*, EP 566; *Haymann*, Haftung (1912) 29.

[1077] *Baldus*, OIR 5 (1999) 20–83; *Levy*, Konkurrenz I (1918) 30, 134–137.

[1078] Zu der weiteren Konkurrenzproblematik, die sich im Verhältnis der weiter entwickelten *actio empti* zu den Klagen des ädilizischen Edikts ergab, → Rn. 408, 411.

chen.[1079] Die Rechtsbehelfe sind inkommensurabel: Die *actio redhibitoria* konnte nur unter Rückgabe des Sklaven angestellt werden und führte (nach h. M.) zu einer Verurteilung auf das *duplum* (→ Rn. 366). Bei Ausklagung der Stipulation vor dem Prätor behält der Käufer den Sklaven; er erhält Ersatz für den Mangelschaden oder – je nach Stipulationstenor – ein Mehrfaches davon (→ Rn. 301–304). – Das reizvolle Zusammentreffen von Sachmängelgewährleistung und Eviktion behandelt Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44.2: Der Kaufsklave ist evinziert worden, er war aber auch krank oder ein *fugitivus*. Die Haftung des Verkäufers auf Rücknahme oder auf den Minderwert wegen des Mangels sei mit der Übergabe engagiert und entfalle durch die Eviktion nicht mehr. Das Argument, infolge der Eviktion könne dem Käufer der Mangel gleichgültig sein, wird zurückgewiesen. Zweifelhafte Folgefragen werden hier ausgelassen.

5. Käuferschutz mittels *actio empti* in der Entwicklung bis zum Ende der Spätklassik

a. Die These vom generellen *ex empto*-Schutz gegen Sachmängel

Neben der Klageberechtigung des Käufers aufgrund der ädilizischen Edikte wurde in **394**
der Schuljurisprudenz des zweiten Jahrhunderts der Gedanke gepflegt, der Verkäufer könne *ex empto* in einer Weise vorgehen, die dem ädilizischen Käuferrecht zur Minderung bzw. Wandlung *ex empto* nahekam. Einzelheiten dieses Vorgangs und seiner Datierung werfen Zweifelsfragen auf: Im Rahmen des römischen Kaufrechts handelt es sich um ein besonders umstrittenes Themenfeld.[1080] Eine historische Nachzeichnung wird dadurch behindert, dass im Ius Commune davon ausgegangen wurde, der Käufer könne zur Geltendmachung der ediktsmäßigen Käuferrechte die *actio empti* genauso anstellen wie die ediktal verheißenen Spezialaktionen *redhibitoria* und *quanti minoris*. Zugleich wird von einer Verallgemeinerung ausgegangen, indem – mittels der regulären Käuferklage ebenso wie mittels der ädilizischen Rechtsbehelfe – das Mängelrecht des ädilizischen Edikts bei allen Kaufgegenständen mangelhaften Zustands zur Verfügung gestanden hätte. Die ädilizischen Rechtsbehelfe, obschon nicht abgeschafft, wären danach im Recht der *emptio venditio* aufgegangen und verallgemeinert; die Auffassung, dass die ädilizischen *actiones* zugleich noch als fakultative Sonderklagen zur Verfügung stünden, wurde mit der Zeit immer mehr bestritten, bis die Titel D. 21.1 und C. 4.58 gar nicht mehr kommentiert wurden.[1081] Im fließenden Anschluss an die Interpreten des Ius Commune hat man in der romanistischen Forschung seit Ende des 19. Jahrhunderts angenommen, dass dieser Rechtszustand bereits in spätklassischer Zeit erreicht worden sei; schon die spätklassischen Juristen hätten anerkannt, dass die von den

[1079] Hatte der Käufer sich in der Stipulation die Abwesenheit einer nicht-ediktsmäßigen Eigenschaft zusichern lassen (z.B: Sklave ist kein *vispellio*), scheinen ihm auf erste Sicht die Klage aus der Stipulation und die *actio redhibitoria* wegen Bruch eines *promissum* zugekommen zu sein.

[1080] *Donadio*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 61–82.

[1081] *Hallebeek*, in: Cairns/Du Plessis, Ius Commune (2010) 175–217; *Dilcher*, Leistungsstörungen (1960) 229 f., 234 ff.

Ädilen eingeführten Aufklärungspflichten nur der *bona fides* entsprochen hätten und daher auf dieser Grundlage auch für einen generellen Käuferschutz *ex empto* maßgeblich geworden wären.[1082] Mit einem Ausdruck von Wlassak[1083] spricht man von einer „Rezeption" des ädilizischen Honorarrechts in das Recht des Konsensualkaufs. Diese habe man sich so vorzustellen, als sei das Recht des ädilizischen Edikts *in complexu* in das Recht des Konsensualkaufs integriert worden, obschon das Ediktsrecht zugleich doch noch fortgalt. Mit guten Gründen wendet sich die jüngere Forschung zunehmend von diesem Narrativ ab.[1084]

b. Die Fälle im Einzelnen

395 Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.4 beginnt mit dem Verkauf von Gefäßen, denen der Käufer ein bestimmtes Fassungsvermögen bescheinigt. Der Käufer kann *ex empto* klagen, wenn das tatsächliche Maß niedriger liegt; die *condemnatio* wird nicht spezifiziert. Anschließend erörtert Pomponius die Rechtslage, wenn die Unversehrtheit der Gefäße zugesichert worden war und entscheidet, dass der durch Undichtigkeit verursache Flüssigkeitsverlust zu ersetzen sei; wenn jedoch die Unversehrtheit nicht zugesagt worden sei, werde nur bei Arglist gehaftet. Die letzte Ansicht könnte auf Sabinus zurückzuführen sein, denn Pomponius stellt nun die Ansicht Labeos dagegen, der er beitritt: Die Unversehrtheit sei geschuldet, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart worden war; für diese Meinung wird nicht nochmals auf die *condemnatio* eingegangen, so dass es auch insoweit um den Ersatz für den Flüssigkeitsverlust gegangen sein dürfte.

396 Eine Katene aus Ulpians Ediktskommentar behandelt unterschiedliche Fälle unter wechselnden rechtlichen Gesichtspunkten (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13 pr.):[1085] Ulpian berichtet zustimmend von einer Julian zugeschriebenen Distinktion zwischen einem Verkäufer, der in Unkenntnis eines Mangels verkauft, und demjenigen, der von einem Mangel Kenntnis hat und ihn nicht offenlegt. Als Beispiele dienen der Verkauf von morschen Holzbalken und eines kranken Stücks Vieh. Es ist vorausgesetzt, dass den Verkäufer eine Haftung *ex empto* trifft; es geht nur um die Bestimmung der *condemnatio*. Der unwissende Verkäufer hafte auf den Betrag, um den der Käufer bei Kenntnis des Mangels billiger gekauft hätte. Eine ausdrückliche Begründung wird nicht gegeben (obschon die Lösung nicht selbstverständlich gewesen sein wird), doch klingt in der

[1082] S. statt aller *Vacca*, Iura 45 (1994) 60 f.; *Honsell*, Quod interest (1969) 82; ähnlich auch *Apathy*, SZ 111 (1994) 117 f.

[1083] *Wlassak*, Negotiorum gestio (1879) 171 f.

[1084] *Donadio*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 61–82; *Jakab*, in: Schermaier, Verbraucherkauf in Europa (2003) 27–53; kritisch schon *Levy*, Konkurrenz I (1918) 137 ff.

[1085] Zu diesem viel behandelten (oft auch als teilinterpoliert verdächtigtem) Text s. (Auswahl): *Jakab*, Praedicere (1997) 191 f. Fn. 121; *Apathy*, SZ 111 (1994) 116–119; *San Martín Neira*, RDP 2015, 47–77; *Schermaier*, in: Castresana, Defectos (2014) 139–145; *Pichonnaz*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 342–344; *Flume*, Eigenschaftsirrtum (1948) 61–64; *Medicus*, Quod interest (1962) 128 ff.; *Huwiler*, Lib. Am. Vogt 144–147; *Baldus*, OIR 5 (1999) 44 f., *Olde Kalter*, Dicta (1963) 116–120.

Wortwahl (*tignum vitiosum/pecus morbosum*) eine Anlehnung an das ädilizische Edikt an. Der wissende Verkäufer, der den Käufer täuscht, hafte auf *omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit*; dies wird mit dem Einsturz des Hauses aufgrund der Morschheit der Balken und der Ansteckung käufereigenen Viehs illustriert. Dieser „Folgeschaden" ist nicht mit dem heute sogenannten Erfüllungsinteresse gleichzusetzen (str.); es geht nur um den Ausgleich für *detrimenta*.[1086] Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.1[1087] nimmt die Distinktion des *principium* für den Verkauf eines Sklaven auf, der ein Dieb oder ein *fugitivus* ist; hinsichtlich des Diebes wird in der Literatur angenommen, dass es um einen Sklaven gehe, der gestohlen hatte, die Noxalhaftung aber erledigt war. Hatte der Verkäufer Kenntnis, haftet er auf *quanti emptoris interfuit non decepi*. Im Anschluss wird noch erklärt, wie man *quanti emptoris interfuit non decepi* hier zu verstehen habe: es gehe um die Anstiftung anderer Sklaven (des Käufers) zur Flucht bzw. den Diebstahl von käufereigenen Sachen – dies soll offenbar der Schaden sein, den der Käufer nicht erlitten hätte, wenn er nicht betrogen worden wäre (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.2). – Bei Unkenntnis des Verkäufers werden die Fälle aufgetrennt: Nur beim *fugitivus*, nicht aber beim *fur*, muss der Verkäufer eine Minderung hinnehmen, und zwar auf den Preis, um welchen der Käufer bei Kenntnis gekauft hätte. Die strengere Haftung betreffend den *fugitivus* wird damit begründet, dass man die Fluchtneigung als Beeinträchtigung des *habere licere* sehen kann; die Haftung orientierte sich also am Eviktionsgedanken (→ Rn. 271). Als Nächstes wird ein Verkäufer verurteilt, der von der Diebesvergangenheit des Sklaven nichts wusste, diesen aber als „tüchtig und zuverlässig" (und darum teurer) verkauft: Ulpian hält vorsichtig dafür, dass man bei einer Erklärung ins Blaue hinein den Verkäufer so behandeln sollte, als habe er Kenntnis gehabt; der Unterschied sei gering (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.3). Man versteht die Stelle zumeist dahingehend, dass eine Erklärung „ins Blaue hinein" von Ulpian als *dolus* gewertet wird.[1088] Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.4 (parallel überliefert in Paul. sent. 2.17.16) behandelt den Fall, dass der Verkäufer arglistig einen höheren Preis erzielt hat, indem er Unwahres zu Fertigkeiten des Sklaven oder den Umfang seines *peculium* ansagt. Nach der Überlieferung in den Digesten[1089] geht es um einen Mehrbetrag. Der Wortlaut von Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.4 erlaubt die Deutung, der Käufer erhalte hier – ausnahmsweise – so etwas wie das positive Interesse an dem versprochenen Zustand. Der Text in den Paulussentenzen setzt den Verurteilungsbetrag dagegen mit dem Minderwert – offenbar im Sinne etwa der *actio quanti minoris* – gleich (*quanto minoris valuisset*), auf den der Verkäufer hafte, *nisi paratus sit eum redhibere*. Wenn hiermit ein Elektionsmecha-

[1086] Für den Schluss des Textes *idonea venisse erit praestandum* werden verschiedene Konjekturen diskutiert.

[1087] S. zum Folgenden auch *Klingenberg*, CRRS X.6 (2005) 76 f.

[1088] S. *Apathy*, SZ 111 (1994) 116 ff. mit weiteren Nachw.; s. auch *Memmer*, SZ 107 (1990) 22; *Olde Kalter*, Dicta et promissa (1963) 137 ff.

[1089] Die Textüberlieferung ist umstritten, da die Konstruktion *quanto pluris – instructus* nicht aufgeht.

nismus angesprochen sein sollte, fragt man sich, ob der Käufer nur ein Minderungsrecht hat, das der Verkäufer durch (freiwillige?) Rücknahme des Sklaven abwenden konnte. Für beide Textvarianten besteht die Gefahr der Überinterpretation.

397 In Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5 geht es um den Sachverhalt, dass der Käufer irrig glaubt, die Sklavin sei eine Jungfrau. Der Verkäufer belässt den Käufer in diesem (von ihm durchschauten) Irrtum und schließt den Verkauf ab. Es gebe in diesem Fall keine *redhibitio*, doch könne *ex empto ad resolvendam emptionem* geklagt werden. Die verneinte *redhibitio* dürfte diejenigen des ädilizischen Edikts sein: Es fehlt dafür an einem *dictum* des Verkäufers. Ulpian beruft sich auf eine schulübergreifende Unterstützung: *Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus* (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.3). Im Fall von Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5 wird nicht auf einen Ausgleich eines überteuerten Kaufs erkannt, was nach den vorstehenden Quellen auch in diesem Fall möglich gewesen sein sollte. Der Grund könnte hier darin liegen, dass der Käufer nicht überteuert gekauft hatte; der Kaufpreis wird der für eine *mulier* gewesen sein.

398 In dem von Marcian. 4 reg. D. 18.1.45 behandelten Fall hat der Verkäufer geflickte Kleider als neu verkauft.[1090] Dem Käufer werde nach Trebaz das Interesse ersetzt, *si ignorans interpola emerit*. Berichtet wird die Zustimmung des Pomponius; Julian habe sodann unterschieden, dass der unwissende Verkäufer *ipsius rei nomine* haftbar gemacht werde, der wissende auch (!) für den Schaden, *quod ex eo contingit*. Der erste Sachverhalt wird vom Text noch mit dem Fall illustriert, dass ein Verkäufer unwissentlich ein Gefäß aus Messing als golden verkauft: er müsse *aurum quod vendidit* praestieren. Der Text fällt in mehrfacher Hinsicht auf: Ohne den Fortgang ab *in qua et Iulianus est* … würde man die Entscheidungen von Trebaz und Pomponius am ehesten als Ausdruck einer Haftung für *dolus* verstehen. Die Distinktion Julians passt hier schlecht, da ein „Folgeschaden" aus dem Zustand der Kleider nicht leicht denkbar erscheint. Dem Schluss zufolge scheint es, als müsse der unwissende Verkäufer beim Verkauf des für golden gehaltenen Messing-Gefäßes zum Ausgleich Gold nachliefern. Zu der sonstigen Überlieferung kann man dies insofern in Beziehung setzen, als dem mangelnden Goldgehalt eine Überzahlung durch den Käufer entsprechen wird. Wenn nach Julian der unwissende Verkäufer auf den Betrag haftet, um den der Käufer bei Kenntnis des Mangels billiger gekauft hätte, mag dies im Fall des für Gold gehaltenen Messing-Gefäßes auf den Ausgleich für den Wert des erwarteten Goldes hinausgelaufen sein. Man muss unterstellen, dass der Kaufpreis einem aus Gold bestehenden Gefäß entsprach.[1091] Um einen Anspruch auf Lieferung von Gold *in natura* kann es sich nach klassischem Recht nicht gehandelt haben.

[1090] *Baldus*, OIR 5 (1999) 45 f.; *Apathy*, SZ 111 (1994) 98–105.

[1091] Sollten sich also Käufer wie Verkäufer geirrt haben? Die Stelle kann auch unter dem Gesichtspunkt des *error in substantia* angesehen werden, → Rn. 97.

c. Gründe der Verkäuferhaftung *ex empto* bei Sachmängeln

Dem bösgläubigen Verkäufer (*venditor sciens*) ist das *purgari dolo malo* nicht möglich; **399**
seine Haftung gründet auf der Verletzung einer allgemein anerkannten Verkäuferpflicht (→ Rn. 120). So finden wir die Begründung, es liege ein *decipere* vor (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13. pr./1/2); von *dolus* ist auch ganz direkt die Rede (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.4).[1092] Für die Annahme von *dolus* erscheint eine ausdrückliche Zusage der Abwesenheit der betreffenden Negativeigenschaft nicht zwingend erforderlich gewesen zu sein. Es genügt, dass der dolose Verkäufer die Sache als eine solche verkauft, bei der man bestimmte Beschaffenheiten voraussetzen kann; Bauholz z. B. sollte nicht morsch sein, Gefäße sollten dicht sein. Wo es um Eigenschaften ging, die nicht schon ohne weiteres erwartet werden können, kam es darauf an, dass der Verkäufer eine entsprechende (unwahre) Angabe gemacht hatte. Für die Qualifikation als *venditor sciens* reichte es nicht, dass man dem Verkäufer sein Nichtwissen um den Mangel unter Umständen als Fahrlässigkeit hätte vorhalten können: der Verkäufer wurde deswegen nicht als dolos betrachtet (→ Rn. 422). Wie ein doloser *venditor sciens* muss sich nach Ulpian jedoch ein Verkäufer behandelt lassen, der „aus dem Blauen heraus" eine Eigenschaft zugesagt hatte, wenn sich dies als unzutreffend herausstellte (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.4). Geht man davon aus, dass ein Verkäufer normalerweise seine Ware kennt, wird er ein unzutreffendes *dictum* regelmäßig wider besseres Wissen abgeben; nahm man mit Ulpian einen Verkäufer hinzu, der zur Sachbeschaffenheit ein *dictum* abgibt, ohne sich um die tatsächliche Richtigkeit zu kümmern, läuft ein unzutreffendes *dictum* regelmäßig auf eine *dolus*-Haftung hinaus. Als Fausregel kann man festhalten: *ex empto*-Haftung für unzutreffende *dicta* ist *dolus*-Haftung; dem entspricht der Gesamteindruck der Quellen. Eine Haftung des Verkäufers schon bloß kraft objektiver Unrichtigkeit seines *dictum* findet sich daneben nicht mit Klarheit ausgesprochen, war wohl auch nicht von praktischer Bedeutung.[1093] – Einzelheiten der *dolus*-Haftung des Verkäufers finden sich gesondert dargestellt, → Rn. 413–424.

Für die Haftung des unwissenden Verkäufers wird, wohl erst in der Hoch- und **400**
Spätklassik, eine vorsichtige Anlehnung an anderweitig anerkannte Haftungen gesucht. Hierfür kamen etwa die *actio de modo agri* (Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.4), die Eviktionshaftung für fortgesetztes *habere licere* (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.1) und die Haftung nach dem ädilizischen Edikt in Betracht (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13 pr.: *pecus morbosus, tignum*

[1092] Dazu, dass *decipere* ein *doloses* Verhalten bezeichnet, → Rn. 422.

[1093] Es gibt keine Überlieferung zu dem verbleibenden *dictum*-Fall, dass nämlich der Verkäufer in guten Treuen einem Irrtum über die zugesagte Beschaffenheit unterlag, diese aber nicht einfach nur „aus dem Blauen heraus" zugesichert hatte. Der Fall ist kaum praktisch und verlangt – apriorisch betrachtet – wohl auch nicht zwingend nach einer Verkäuferhaftung. – Zum Vergleich: *Dicta*, durch die nicht eine Sachbeschaffenheit angesagt, sondern die Leistung einer weiteren Sache als Zubehör versprochen wurde, führten bei Nichtlieferung in klassischer Zeit zur Nichterfüllungshaftung *ex empto*, → Rn. 129, 133.

vitiosum; ähnlich Ulp. 8 disp. D. 21.1.49: *fundus pestilens*[1094]); auch die – offenbar weniger zweifelhafte[1095] – Haftung des *locator* für die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache wurde bemüht (Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.4 i. f.). Diese Entlehnungen – oder Analogien – unterstützen die Tendenz zu einer Lösung, die in ihrer Wirkung derjenigen der *actio quanti minoris* (→ Rn. 355–381) nahekam (→ Rn. 402). Erst und nur aus diesen analogie-artigen Begründungen ergab sich, dass der Käufer hinsichtlich der Sachqualität etwas mit rechtlicher Relevanz zu beklagen hatte: Es gab ja – abgesehen von den nach dem Edikt zu deklarierenden Eigenschaften – keinen generellen juristischen Maßstab dafür, was einen relevanten „Mangel" darstellte und was nicht. Ließ sich eine solche Begründung nicht finden, wurde der Verkäufer auch nicht haftbar (z. B. Ulp. 32 ed. D. 19.1.1.1: Sklave unerkannter Dieb; Paul. 33 ed. D. 19.1.21.1: unbekannte Grundsteuer auf vom Verkäufer geerbten Grundstück). Der Verkäufer haftete auch nicht generell *ex empto* für objektiv unzutreffende Angaben zur Sachbeschaffenheit, mochte man diese als *dicta* klassifizieren oder nicht.[1096] Wäre der Verkäufer *ex empto* schon für jede objektiv unrichtige Eigenschaftsangabe auf einen Geldausgleich haftbar geworden, wäre kaum verständlich, warum die römischen Juristen noch der Spätklassik so häufig auf den *dolus* des Verkäufers abstellten oder eine Argumentation nach Art einer Analogie bemühten. Dem bloss objektiv unrichtigen *dictum* war rechtliche Relevanz nur durch die Redhibitionsmöglichkeit unter dem ädilizischen Edikt verliehen.

d. Die *condemantio* bei mangelbedingter Verkäuferverurteilung

401 Die Zulassung der *actio empti* zur Vertragsauflösung ist eine bemerkenswerte Neuerung bereits der frühklassischen Jurisprudenz.[1097] Die *actio empti*, die ja keine *clausula restitutoria* enthielt, war an sich auf eine Rückabwicklung nicht zugeschnitten.[1098] In der vielfältigen Weiterentwicklung und Verfeinerung der *actiones empti* und *venditi* handelt es sich vielleicht um den Einzelschritt mit der grössten Tragweite. Paul. 69 ed. D. 21.1.60 darf man aus palingenetischen Gründen auf die zum Redhibitionszweck eingesetzte *actio empti* beziehen: *Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit.* Unter der Geltung des Formularverfahrens fragt es sich, ob und inwieweit die Formel der *actio empti* auf den Wandlungszweck umgestellt wurde. Soll man es sich so vorstellen, dass die Anweisungen, die

[1094] Der Verkauf eines gesundheitsschädlichen Hauses begegnet auch bei Cic. off. 3,13,54; dazu *Backhaus*, FS Laufs 6 ff.; das Weidegrundstück mit giftigem Pflanzenbewuchs ist Gegenstand auch von Diocl./Max. C. 4.58.4.1 (o.A.), wo eine (ädilizische?) *redhibitio* bejaht wird; dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 151; anders (und vorzugswürdig) *Donadio*, Tutela del compratore (2004) 203–245: *actio empti*.

[1095] S. etwa Ulp. 32 ed. D. 19.2.19.1.

[1096] Der ins Einzelne gehende Nachweis der im Text gemachten Aussage wurde schon von *Haymann*, Haftung (1912), erbracht; a. A. z. B. *Harke*, AcP 205 (2005) 70 f.

[1097] Zutr. *Baldus*, OIR 5 (1999) 43: „beträchtlicher Schritt der Rechtsentwicklung".

[1098] Umfassend *Donadio*, Tutela del compratore (2004) 203–245.

der Ädil formelmäßig dem Judex gab, nun „1 zu 1“ in die Formel der *actio empti* integriert wurden? Oder erfolgten andere Anpassungen der Formel? Für die Rückabwicklung beim *pactum displicentiae* befürwortete Paulus eine *actio proxima empti in factum* (Paul. 2 ed. D. 18.5.6; → Rn. 308). Die notwendige Abhängigkeit der Verkäuferverurteilung von der Rückgabe der Kaufsache ließ sich vielleicht auch ohne förmliche Arbiträrklausel auf das *officium iudicis* stützen.[1099] Die *condemnatio* wäre dann nach erfolgter Rückgabe durch den Betrag des Kaufpreises bestimmt gewesen. Es ist also keineswegs undenkbar, dass die Formel der *actio empti* in diesen Einsatzfällen unverändert blieb.

Der Einsatz der *actio empti* zu einem beschränkten Geldausgleich wegen Mangel- **402**
haftigkeit, gestützt auf den Verkäufer-*dolus*, stellt sich als eine bruchlose Weiterentwicklung des Rechts der *emptio venditio* dar.[1100] Es wird insoweit nur – wie stets – das in der *condemnatio* genannte *quod interest* in Bezug auf das konkrete Fehlverhalten ermittelt, durch welches der Verkäufer gegen den Vertrag verstoßen hat. Es handelte sich nicht um Haftung dafür, dass die Sache mangelhaft war, sondern dafür, dass der Verkäufer sich gegenüber dem Käufer arglistig verhalten hatte. Daher wird auch das *quod interest* für die *condemnatio* bei einer Verurteilung wegen dolosen Verhaltens eigenständig bestimmt, indem gefragt wird, inwiefern der Käufer sich besser stünde, wenn er nicht Opfer der Arglist geworden wäre. Der vom Käufer handgreiflich erlittene Schaden (angestecktes Vieh, Hauseinsturz, Diebstahlsverlust etc.) und der Betrag, um den der Käufer tatsächlich zu teuer gekauft hat, stehen hier als mögliche Ausprägungen des *quod interest* neben einander. Was den handgreiflich erlittenen Schaden betrifft, ist man versucht, von Folgeschäden zu sprechen. Der Begriff „Folgeschaden“ trifft das römische Recht insofern nicht, als er suggeriert, es ginge um eine weitere, entferntere Schadensfolge eines im Mangel schon an und für sich liegenden Vertragsbruchs; dieser sei gleichsam der „Primärschaden“. Den römischen Juristen ist diese Unterscheidung fremd. Es wäre auch befremdlich, wenn bei der Interessehaftung im Hinblick auf einen Sachmangel „Folgeschäden“ ersetzt würden, während bei dem *quod interest* wegen Nicht-Übergabe sich die Sachbewertung auf den Wert der ausgebliebenen Leistung beschränkte (→ Rn. 164–170). Für die Juristen handelte es sich um die geldmäßige Abschätzung des Nachteils oder der Nachteile, die sich für den Käufer mit dem treuwidrigen Verhalten des Verkäufers ergeben; dieses Verhalten und nicht der Mangel an und für sich ist der Bezugspunkt für *id quod interest*. Die *aestimatio* zielt unmittelbar auf eine integrale, möglichst sinnvolle Geldbewertung der dem arglistigen Verhalten korrespondierenden Nachteile auf Käuferseite. Die Bruchlosigkeit, mit der handgreiflich erlittene Schäden und Überzahlung des Kaufpreises gleichermassen das Interesse bestimmen können, verbietet es meines Erachtens, eine „Minderung“ als kategorial ab-

[1099] Vielleicht ging es nur – oder hauptsächlich – um Fälle, in denen die Rückgabe der Kaufsache unterbleiben konnte: morsche Balken oder ansteckends Vieh wird der Verkäufer möglicherweise gar nicht zurückhaben wollen; in diese Richtung *Medicus*, Quod interest (1962) 145.

[1100] S. *Medicus*, Quod interest (1962) 140–145.

zusetzenden Rechtsbehelf *ex empto* zu isolieren. Eine Analogie zur *actio quanti minoris* ist in den Quellen zur *ex empto*-Haftung auch nicht ausgesprochen. Man kann bestenfalls von einer Minderung im Gewand der Interessehaftung sprechen.[1101] Wie angenommen wird, war der Betrag, um den der Käufer tatsächlich zu teuer gekauft hat, von dem Minderungsbetrag der *actio quanti minoris* zu unterscheiden:[1102] Bei der *actio quanti minoris* ging es um die Erstattung eines Minderwertes der Sache selbst im Hinblick auf den nicht deklarierten Mangel, wofür der Kaufpreis und seine Höhe offenbar keine Rolle spielten (→ Rn. 377), während für die *actio empti* der infolge des Mangels zu viel gezahlte Teil des Kaufpreises als ein reales *detrimentum* gesehen wurde, das dem Käufer auszugleichen war.[1103] Indes wird in keinem der Juristentexte die praktische Auswirkung dieses Unterschiedes thematisiert, die in der Tat auch gering gewesen sein mag. – Für die Fälle, in denen gegenüber einem *venditor nesciens* auf ein teilweise Rückgewähr des überhöht erscheinenden Kaufpreises erkannt wird (→ Rn. 400), musste die Bestimmung der Minderung nicht zwingend demselben Ansatz verpflichtet sein, von dem aus sich die *condemnatio* beim *venditor sciens* ergab; es scheint aber, als wäre man insoweit denselben Grundsätzen gefolgt.

403 Der *ex empto* vorgehende Käufer konnte nicht von sich aus den Judex auf eine der beschriebenen Kondenmationen festlegen, er konnte also nicht zwischen „Wandlung“ und begrenztem Interesseausgleich wählen:[1104] Die Juristen erkannten für den konkreten Fall die Lösung entweder in der Vertragsaufhebung und -rückabwicklung *ex empto* oder in einem Interessenersatz zwecks Ausgleichs der Überbezahlung bzw. der greifbaren Schäden, die der Käufer erleidet. Auf die *ex empto* gewährte Rückabwicklung wurde möglicherweise erkannt, wenn ein Käuferinteresse weder im Ersatz von handgreiflichen Schäden noch in der teilweisen Rückgewähr eines überhöhten Kaufpreises gefunden werden konnte, weil die vermutete Eigenschaft nicht preisrelevant und ein Folgeschaden nicht zu verzeichnen war; der einzig feststellbare Nachteil lag dann darin, dass der Käufer sich überhaupt auf den Kauf eingelassen hatte.[1105]

404 Für eine Haftung auf das heute sogenannte positive Interesse in Ansehung der Mangelfreiheit bieten die Quellen – selbst beim bösgläubigen Verkäufer – keine hinreichende Unterstützung:[1106] Der Käufer erhielt kein Erfüllungsinteresse ersetzt, idealtypisch z. B. Ersatz für den Verlust der besseren Verkäuflichkeit bei Mangelfreiheit. Marcian. 4 reg. D. 18.1.45 ist am ehesten so zu deuten, dass dem Käufer der Betrag ausgeglichen

---

[1101] Kaiserrecht: Diocl. C. 4.49.9 (a.290).

[1102] Dafür statt aller: *Honsell*, Quod interest (1969) 86; *Manthe*, TR 44 (1976) 145; *Harke*, AcP 205 (2005) 79.

[1103] *Honsell*, Quod interest (1969) 86; *Manthe*, TR 44 (1976) 136 Fn. 16.

[1104] Paul. sent. 2.17.16 deutet auf einen Elektionsmechanismus, der im Einzelnen unklar bleibt.

[1105] Eine Nachrangigkeit der vollständigen Kaufpreisrückzahlung sieht auch *Medicus*, Quod interest (1962) 145, der als Kriterium eine gewisse Restbrauchbarkeit annimmt, ohne dies es zur Rückgabe kommt.

[1106] Dies ist das bleibende Ergebnis von *Flume*, Eigenschaftsirrtum (1948) 60–64.

wird, um den er – weil er Gold erwartete – zu teuer gekauft hatte (→ Rn. 398 a. E.). Entsprechendes gilt für Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.8: Der Verkäufer, der die Kaufsache in einer nicht genannten Weise dolos verändert hat, haftet *ex empto* wegen des *dolus*, wobei er dem Käufer das Interesse daran ausgleicht, dass die Kaufsache so wäre, wie der Verkäufer sie manipulativ erscheinen ließ – auch hier dürfte der vorgetäuschte Mehrwert der Sache sich im überhöht erzielten Preis widergespiegelt haben.[1107]

e. Zusammenfassung

Eine grundlegende Erweiterung der Trias *ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo* (→ Rn. 120), derart, dass nun zusätzlich vom Verkäufer die Mangelfreiheit als solche geschuldet gewesen wäre (mit der Folge eines an Mangelfreiheit orientierten *id quod interest*), hat nicht stattgefunden. Für die Haftung des bösgläubigen Verkäufers wurde einfach auf dessen herkömmliche Verpflichtung zum *purgari dolo malo* abgestellt. Der Haftungsumfang erstreckte sich hierbei auf die Nachteile, die der Käufer erlitten hat, weil er getäuscht wurde. Als solche Nachteile kamen die durch den Mangel verursachten, handgreiflichen Schäden ebenso in Betracht wie die Zahlung eines überhöhten, weil am mangelfreien Zustand orientierten Kaufpreises. Stets handelte es sich um die gewöhnliche Bestimmung des *id quod interest*, ausgerichtet am dolosen Verkäuferverhalten. Als bemerkenswerte Fortentwicklung ist insofern die im Einzelfall befürwortete Rückgabe der Kaufsache gegen Preiserstattung zu nennen: Durch sie wurde das *id quod interest* eines Käufers ausgeglichen, der sich ohne das dolose Käuferverhalten auf den Kauf überhaupt nicht eingelassen hätte. **405**

Gegen den Verkäufer, der vom Mangel nichts weiß (*venditor nesciens*), wurde ein Anspruch (nur) auf Rückzahlung des überhöhten Preises bejaht, sofern sich dafür eine Begründung aus anderen Rechtszusammenhängen aufbieten ließ; neben dem ädilizischen Edikt kamen dafür auch die Minderung des Mietzinses und der Gedanke der Eviktionshaftung ins Spiel. Dieser Variantenreichtum in den Begründungen schließt es entgegen der in der Romanistik wohl herrschenden Ansicht aus, hier eine „*in complexu*“ erfolgte Inkorporation der ädilizische *actio quanti minoris* in das Recht *actio empti* zu sehen; gegen diese Sichtweise spricht auch der unterschiedliche Ansatz für die Bestimmung des dem Käufer geschuldeten Ausgleichsbetrags. Die Fälle, in denen eine minderungsähnliche Haftung des Verkäufers *ex empto* bejaht wird, spiegeln nicht die Haftungsregeln des ädilizischen Rechts, sondern ergänzen diese. Eine abstrakte Regel, wonach jeder Mangel der Kaufsache unabhängig von der Kenntnis des Verkäufers nach dem Recht der *emptio venditio* für den Käufer eine Minderungsbefugnis begründet hätte, ist von keinem der (spät-)/klassischen Juristen befürwortet worden; eine solche Regel wird auch in keiner Kaiserkonstitution ausgesprochen. Ob das spätere justinianische Recht es nahelegte (nahelegen wollte), dass man die *actio empti* in diesem Sinne **406**

[1107] Paul. sent. 2.17.6 ist kaum ein verlässlicher Zeuge für klassisches Recht.

breitbandig zu einem ohne weiteres verfügbaren Qualitätsschutz einsetzen soll, ist eine andere Frage (→ Rn. 412). Die grundlegende Generalisierung und Abstrahierung, die hierzu erforderlich gewesen wäre, lag jenseits der Möglichkeiten der Jurisprudenz an der Wende zum dritten Jahrhundert.

f. Wechselbeziehungen ädilizischer Klagen und *actio empti*

aa. Die *Actio empti* als Ergänzung der klassischen Ediktsregelung

407 Im vorigen Abschnitt konnte ein Einsatz der *actio empti* in drei Fallgruppen festgestellt werden (→ Rn. 395–406): (1) Es ging zunächst um Kaufgegenstände, die nicht von der Regelung des ädilizischen Edikts erfasst waren: undichte Gefäße, scheinbar neue Altkleider, morsche Balken, Land mit giftigem Bewuchs. (2) Bei Gegenständen/Eigenschaften, die unter die Ediktsregelung der klassischen Zeit fielen, konnte die *actio empti* zur Anwendung kommen, soweit bei einem ediktsmäßigen Mangel dem Käufer handgreifliche Schäden zu ersetzen waren, für die mit den ädilizischen Rechtsbehelfen kein Ausgleich zu erhalten war (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13 pr.: krankes Vieh steckt käufereigene Kühe an; Paul. sent. 2.17.11: Kaufsklave bestiehlt den Käufer und flieht). (3) Eine letzte Fallgruppe betraf Kaufgut, das an sich unter die Ediktsregelung fiel, bei dem der Käufer aber Qualitätsmängel beklagte, die nicht vom Edikt geregelt waren (z. B. Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.1: Sklave ist Dieb; Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5: Jungfräulichkeit der Sklavin). In allen diesen Fällen erhält der Käufer *ex empto* einen Schutz, der ihm durch das ädilizische Edikt nicht zuteilwurde.

bb. Minderung oder Wandlung mittels *actio empti* in ediktsgeregelten Fällen?

408 Es fehlt an einer klaren Quellenbasis, um mit Bestimmtheit zu sagen, der Käufer hätte in den vom ädilizischen Edikt erfassten Fällen wahlweise *ex empto* vorgehen können, so dass in diesen Fällen die *actio empti* und die ädilizischen Klagen geradezu austauschbar geworden wären.[1108] Die seit dem Spätmittelalter beliebte Rechtsauffassung, für eine Klagemöglichkeit, die nach dem ädilizischen Edikt begründet war, dürfe sich der Käufer wahlweise der *actio empti* bedienen, diese wäre also gleichsam zum alternativen (oder sogar vorrangigen) Durchsetzungsmittel des von den Ädilen verliehenen Klagerechts geworden,[1109] findet in den Juristenschriften keine Unterstützung. Der Satz *redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant* (Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.3) besagt nur, dass sich eine redhibitionsgleiche Abwicklung mit der *actio empti* im Grundsatz bewerkstelligen ließ – er ist kein Beleg dafür, dass bei Vorliegen der Redhibitionsvoraussetzungen des ädilizischen Edikts dem Käufer stets und ohne weiteres wahlweise die *actio empti* zur Verfügung gestanden hätte.[1110] Nach der hier ver-

[1108] So zuletzt wieder *Jakab*, SZ 135 (2018) 490 f.

[1109] *Dilcher*, Leistungsstörungen (1960) 229 f., 234 ff.; *Hallebeek*, in: Cairns/Du Plessis, Ius Commune (2010) 175–217.

[1110] A. A. *Vacca*, Garanzia e responsabilità (2015) 71–112.

tretenen Ansicht war es noch im spätklassischen Recht so, dass es für die vom ädilizischen Edikt geregelten Fälle bei dem ediktsgemäßen Verfahren mittels der *actiones redhibitoria* und *quanti minoris* blieb, wobei der *actio empti* daneben die Funktion zukam, einen vergleichbaren Schutz auch für sonstige Gegenstände bzw. Qualitäten – und eine Ergänzung zum Ediktsschutz in einzelnen Beziehungen – zu ermöglichen.[1111] Dieser Käuferschutz war in kleineren und größeren Einzelheiten von dem Schutz, wie er durch die ädilizischen Rechtsbehelfe gewährt wurde, verschieden.[1112] Klassikertexte setzen die Klagemöglichkeiten ausdrücklich gegeneinander ab (z. B. Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.9–10; Afr. 8 quaest. D. 21.1.51 pr.). Für eine Rezeption in das *ius civile* hätten die Formeln des ädilizischen Edikts auf Zivilformeln umgestellt werden müssen, oder man hätte das komplette Programm der ädilizischen *formulae* im Rahmen der *actio empti* abwickeln müssen; Letzeres ist freilich nicht undenkbar.[1113] Es ist eine andere Frage, ab wann der Prätor es sich gefallen ließ, dass die ädilizischen Klagen vor ihm angestellt wurden: Zu welchem Zeitpunkt auch immer dies geschehen sein mag – eine Austauschbarkeit der ädilizischen *actiones* mit der *actio empti* ist damit nicht eingetreten.

Im Ius Commune hat man ein Problem darin gesehen, dass die *actio empti* im Gegensatz zu den ädilizischen Rechtsbehelfen unbefristet angestellt werden konnte.[1114] Die antiken Quellen lassen diesbezüglich keine Zweifel der Juristen erkennen. Wenn die römischen Juristen zum Ergebnis gelangten, dass der Käufer *ex empto* wegen Nichtprästierung des geschuldeten Verkäuferverhaltens klagen konnte, bestand kein Grund, hierfür irregulär eine Befristung vorzusehen, selbst wenn man sich für die Herleitung der Entscheidung an einem Element der Ediktsregelung orientiert hatte. Auch die auf eine Stipulation gegründete Qualitätshaftung unterlag keiner Verjährung. Für die mittelalterliche Rechtslehre ergab sich ein Zweifel hier nur deshalb, weil man von der wechselseitigen Austauschbarkeit der *actiones redhibitoria / quanti minoris* und der *actio empti* ausging, die nach der hier vertretenen Sicht aber gerade nicht klassisches Recht war. Die für Gord. C. 4.58.2 (a.239) gestellte Frage, warum der Kaiser den Käufer nicht auf die (unverjährte) *actio empti* verwies, erledigt sich, wenn man davon ausgeht, dass für ediktsmäßige Mängel beim Sklavenkauf nur die Rechtsbehelfe des ädilizischen Edikts, nicht aber auch (wahlweise) die *actio empti* zur Verfügung gestanden hat. Diese Konstitution wäre danach gerade ein Beleg dafür, dass man in diesem vom Edikt geregelten Fall gerade nicht auf die noch nicht verfristete *actio empti* ausweichen konnte.[1115] **409**

cc. Konkurrenzfragen der *actio empti* im Sachmängelbereich

Der Ausgangspunkt wurde zutreffend schon von Partsch formuliert: „Das Nebeneinander von a° empti und Ädilenklagen [ist] kein Konkurrenzverhältnis, sondern ein **410**

[1111] Ähnl. *Jakab*, Praedicere (1997) 217.
[1112] Für die *redhibitio* s. *Medicus*, Quod interest (1962) 145; für die *actio quanti minoris* → Rn. 402.
[1113] *Levy*, Konkurrenz I (1918) 137 ff.
[1114] *Hallebeek*, in: Cairns/Du Plessis, Ius Commune (2010) 175–217.
[1115] Vgl. Jakab, *Praedicere* (1997) 217.

Nebeneinander selbständiger Rechtsbildungen in verschiedenen Jurisdiktionskreisen."[1116] Entsprechend der vorstehenden Darstellung war der Käufer in den ediktsgeregelten Fällen auf die ediktalen Rechtsbehelfe verwiesen; eine Wahl, stattdessen entsprechend den Ediktsbestimmungen dessen Haftungsfolgen mit der *actio empti* durchzusetzen, stand ihm nicht offen.[1117] Soweit Juristen eine Anwendung der *actio empti* für Kaufgegenstände/Eigenschaften befürworteten, die außerhalb des Edikts lagen, kam ausschließlich diese *actio* in Betracht. Die Gewährung der *actio empti* nahm dabei auf den durch eine etwaige Stipulation bereits vereinbarten Käuferschutz Rücksicht; sie erscheint vor allem als „Nachforderungsklage" (→ Rn. 53). Paul. 5 Sab. D. 19.1.4 pr. handelt von einem Verkäufer, der wissentlich z. B. einen noxalbelasteten Sklaven verkauft hat: Er haftet wegen *dolus* sogleich *ex empto*, obschon er eine *stipulatio duplae* abgegeben hat, aus der er aber erst nach Eintritt eines Schadens verklagt werden könnte. Die Aussage passt zu der hier vertretenen Annahme, dass das *duplum* im Bereich der Sachmängel auf den Käufernachteil infolge der Mangelhaftigkeit zu beziehen ist (→ Rn. 304), weil der konkrete Schaden des Käufers feststehen muss, bevor *ex stipulatu* geklagt werden kann; dies ist wohl erst nach Erledigung der Noxalhaftung der Fall. Keine Spur gibt es von Konkurrenzproblemen, die sich ergeben haben müssten, wenn der Käufer für Wandlung und Minderung frei zwischen der *actio empti* und den doch weiterhin verfügbaren ädilizischen *actiones* hätte wählen können; eine solche Wahl stand dem Käufer nacht der hier vertretenen Ansicht nicht offen (→ Rn. 408).

dd. Ausweitung des ädilizischen Rechts auf alle Kaufgegenstände?

411 Im justinianischen Recht finden sich zwei Äußerungen Ulpians, die das Edikt der Ädilen bei weiteren Kaufgegenständen als anwendbar bezeichnen, nämlich Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1 pr. (unbewegliche / bewegliche / sich selbst bewegende Sachen) und Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.63 (nicht nur Sklaven, sondern auch andere Sachen).[1118] Diese Stellen stehen in einem kaum auflösbaren Spannungsverhältnis zu den Beschreibungen des Edikts durch Ulpian und zu den gleichzeitigen Bemühungen der Juristen, die *actio empti* von Fall zu Fall als Wandelungsklage einzusetzen oder dem Käufer einen Ausgleich für eine mangelbedingte Überbezahlung zu verschaffen, wofür sie sich jeweils auf eine passend erscheinende Analogie beriefen: Solche feinsinnigen Erwägungen wären kaum angezeigt gewesen, wenn in diesen Fällen jedem Käufer zur selben Zeit bereits die klaren Rechtsbehelfe des ädilizischen Edikts zur Verfügung gestanden hätten. Eine Erklärung, wonach in Wirklichkeit von der *actio empti* die Rede sei, die – nun für alle Kaufgegenstände – als Kopie der ädilizischen Rechtsbehelfe einsetzbar geworden sei, ist für das justinianische Recht angezeigt (→ Rn. 412); nach

[1116] *Partsch*, SZ 33 (1912) 609; seit der Übernahme der ädilizischen Jurisdiktion durch die Prätur traf diese Aussage nicht mehr zu.

[1117] Vielfach abweichend *Baldus*, OIR 5 (1999) 70–72.

[1118] De Falco, RDR 3 (2003); der vom Grundstückskauf handelnde Text Ulp. 8 disp. D. 21.1.49 könnte gut auch von einer mittels *actio empti* durchgesetzten *redhibitio* zu verstehen sein.

den vorstehenden Ausführungen kommt diese Lesart für das klassische Recht nicht in Betracht (→ Rn. 408). Die Texte Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1 pr. und Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.63 bringen keine anschaulichen Beispiele; auch wird kein konkreter Rechtsbehelf angesprochen: Beide Texte dürften aus einer ergiebigeren Textumgebung herausgelöst worden sein. Es erscheint nicht undenkbar, dass die vertragliche Redhibitionsabrede, derzufolge ein „Kauf auf Probe" nach den Regeln des ädilizischen Edikts aufgrund einer *in factum* konzipierten Abwandlung der *actio redhibitoria* abzuwickeln war (→ Rn. 330), auch für andere als die ediktsgeregelten Kaufgegenstände zugelassen wurde.

6. Justinianisches Sachmängelrecht

Von jeher macht es große Schwierigkeiten, den Zustand des Sachmängelrechts sauber abzugreifen, der unter Justinian erreicht wurde.[1119] Die justinianische Kodifikation lässt das bestehende Ädilenrecht, so, wie es im Anhang des unter Hadrian überarbeiteten prätorischen Edikts publiziert war, in Kraft; es findet auch in Const. Omnem 4/Const. Tanta 5 Erwähnung. Diesbezügliche Literatur und Kaiserkonstitutionen sind in D. 21.1 und C. 4.58 wiedergegeben. Einzelheiten, etwa die genauen Pronuntiationspflichten, werden dabei nicht durch direkte Inkorporation der Ediktswortlaute wiedergegeben (wie wohl im julianisch / hadrianischen *edictum perpetuum*), sondern mittelbar durch die diesbezüglichen Kommentartexte klassischer Juristen. Dies entspricht der generellen Benutzung der Juristenschriften als autoritativer Wiedergabe des *ius vetus* (→ § 4 Rn. 47). Es blieb bei den im Edikt ausgesprochenen Zeitgrenzen für die Erhebung der *actio rehibitoria* und der *actio quanti minoris*. In zwei Digestentexten wird ausgesprochen, dass das Edikt auf einen grenzenlos erweiterten Kreis von Kaufgegenständen Anwendung findet: Nach Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1 pr. soll schon Labeo die Anwendung für Grundstücke, Mobilien und Tiere befürwortet haben. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.63 spricht einfach von *ceterae res*. Wie immer man diese Texte für die Zeit ihrer Abfassung einordnet (→ Rn. 410) – es ist nicht zweifelhaft, dass nach dem Recht Justinians die ädilizischen Rechtsbehelfe in ihrer ediktal fixierten Form beim Kauf jedweder Gegenstände sollen benutzt werden können. Dieser Ansatz bleibt freilich insofern unvollständig, als „gesetzliche" Pronuntiationspflichten unverändert nur für Sklaven und Vieh und die jeweils enumerierten Negativqualitäten aufgestellt waren. Auf welche Nicht-Pronuntiationen sollte man bei anderen Kaufgegenständen abstellen? Man wurde dazu gedrängt, die Vorstellung von Krankheit und Gebrechen auf unbelebte Gegenstände zu übertragen.[1120] In den Digesten übernahm die justinianische Gesetzgebung zugleich Kasuistik der hoch- und spätklassischen Juristen, in der sich die

412

[1119] Eine knappe Zusammenfassung etwa bei *Dilcher*, Leistungsstörungen (1960) 214–217; *Hallebeek*, in: Cairns/Du Plessis, Ius Commune (2010) 175–217; *Hallebeek*, RIDA[3] 55 (2008) 267–281.

[1120] Die Juristen des Mittelalters erheben *vitium* zum Oberbegriff aller Mängel, die als Verschlechterung der *qualitas rei* aufgefasst werden; *Dilcher*, Leistungsstörungen (1960) 222.

actio empti zum Käuferschutz eingesetzt findet.[1121] Da die Rechte zu Wandlung und Minderung mit den ädilizischen Aktionen nun für alle Kaufgegenstände gewährt sind, vermag der Anwender des justinianischen Rechts kaum einzusehen, warum die *actio empti* in den Juristentexten bloß punktuell und nur mit feinsinnigen, auf den Einzelfall abgestellten Begründungen als Grundlage für eine vollständige oder teilweise Kaufpreiserstattung bejaht wird. Man wird zu einer Abstrahierung und Verallgemeinerung eingeladen, mit der sich zugleich die weitgehende Austauschbarkeit der ädilizischen Aktionen und der *actio empti* ergeben könnte. Indes hatte keiner der spätklassischen Juristen eine „Gesamtanalogie" vertreten, wonach man von morschen Balken, undichten Gefäßen, und ansteckendem Vieh den Begriff „mangelhafte Kaufsache" abstrahieren sollte. So muss noch in den justinianischen Digesten eine solche Abstraktion notwendig „fehlen". Auch eine Verschmelzung der *actio empti* mit den ädilizischen Rechtsbehelfen, die vielleicht im Sinne einer gedanklichen Ökonomie gewesen wäre, hat man nicht angeordnet (hierzu hätte es wohl einer Konstitution Justinians bedurft), mögen sich auch spätere Interpreten der justinianischen Gesetzgebung um eine Fusion der Schutzinstrumente und eine Neuformulierung in abstrakter Form bemüht haben. Abgesehen von dem verbreiterten Anwendungsbereich des ädilizischen Edikts, für dessen Statuierung man Ulpian-Texte – interpoliert und/oder aus dem Kontext gerissen – verwendete, dürften noch weitere Änderungen vorgenommen worden sein; zu denken ist etwa an die Verfügbarkeit der *actio quanti minoris* für den Fall des unzutreffenden *dictum* oder *promissum*. Für die Annahme, dass ein völlig neues Haftungskonzept byzantinischen Ursprungs in das Material hineingetragen worden sei,[1122] fehlt hingegen die Quellengrundlage. Keine der identifizierten *Quinquaginta decisiones* machte sich eine Neuordnung des Sachmängelrechts zur Aufgabe.

VII. Haftung des Verkäufers für *dolus*

1. Einleitung

413 Ein Verhalten ohne Arglist (*purgari dolo malo*) gehörte, folgt man dem Spätklassiker Paulus, zu den „Kardinalpflichten", die sich für den Verkäufer aus der *emptio venditio* ergaben (Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr., → Rn. 120, Rn. 140–141). Für die auf Arglist gestützte Haftung des Verkäufers gibt es einen vielschichtigen Quellenbestand, der unterschiedliche Entwicklungshypothesen veranlasst hat. Nach einer extremen Ansicht sollen die römischen Juristen bei einem Verkäufer, dem man eine böswillige Machen-

[1121] Auch die Haftung des Verkäufers aufgrund einer von diesem freiwillig abgegebenen Stipulation und die Pflicht zur Abgabe der *stipulatio aedilicia* werden fortgeführt.

[1122] Die Annahme, die Kompilatoren hätten eine Haftung des arglistigen Käufers auf das „positive Interesse" in die Texte montiert, findet sich u. a. bei *Schulz*, Einf. 117–120, und *Haymann*, Haftung (1912) 44 ff., 59 ff.; dagegen grundlegend bereits *Flume*, SZ 54 (1934) 328–335.

schaft vorwerfen kann, stets nur die (infamierende) *actio de dolo* (→ § 94) eingesetzt haben; systematisch seien die entsprechenden Passagen erst von den justinianischen Kompilatoren planmäßig auf eine *ex empto*-Haftung umgemodelt worden.[1123] Diese Ansicht findet keine Unterstützung mehr. Nicht zu bestreiten ist aber, dass noch der Spätklassiker Ulpian Fälle kennt, in denen die *actio de dolo* gegen den Verkäufer eingesetzt wird (Ulp. 44 Sab. D. 4.3.37: unverbindliche Anpreisung durch arglistigen Verkäufer). Für die *ex empto*-Haftung beziehen sich die klassischen Juristen wiederholt auf die *bona fides* (z. B. Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.9, Ulp. 32 ed. D. 19.1.1.1). Die Annahme ist nicht unplausibel, dass sich der Einsatz der *actio empti* zur „dolus-Repression" (Ausdruck von Rabel) erst im Zuge der Zeit durchgesetzt hat. Von der *dolus*-Haftung des Verkäufers ist sowohl im Hinblick auf Sachmängel (→ Rn. 399) als auch im Hinblick auf die Rechtslage der Kaufsache (→ Rn. 281) bereits gehandelt worden. Dabei war es für die Arglisthaftung des Verkäufers freilich bedeutungslos, ob ein verheimlichter oder vorgespiegelter Umstand die Sachbeschaffenheit oder die Rechtslage hinsichtlich der Kaufsache oder einen ganz anderen Umstand betraf. Es handelt sich nicht um Haftung dafür, dass die Sache mangelhaft ist, gleichsam um eine tatbestandliche Qualifikation, unter welcher der Mangel zum Haftungstatbestand würde; unmittelbar haftungsbegründend ist allein der Umstand, dass der Verkäufer sich gegenüber dem Käufer in irgendeiner Weise arglistig verhalten hat. *Dolus* ist insoweit nicht der Haftungsmassstab für einen anderweitigen Vertragsbruch, im dolus selbst liegt der Vertragsbruch und der Haftungsgrund. Im Folgenden werden die Texte, die auf die Arglist des Verkäufers abstellen, im Zusammenhang betrachtet, um die Eigenheit der auf *dolus* gestützten Verkäuferhaftung darzustellen.

2. Fallgruppen der *dolus*-Haftung

a. Unzureichende Offenlegung von Dienstbarkeiten

Eine erhebliche Anzahl von Erörterungen der Juristen bezieht sich auf den Kauf eines **414**
Grundstücks und die beim Kauf nicht berücksichtigte Grundstücksbelastung. Eine längere Passage in Ulp. 32 ed. D. 19.1.1.1 handelt von der *ex empto*-Haftung für nicht offengelegte Dienstbarkeiten, wobei nach Ulpian der Haftungsausschluss nicht die dem Käufer bekannten Dienstbarkeiten erfasst: nach der *bona fides* ist der Käufer, der seinerseits von der Servitut weiß, nicht schützenswert. In einem von Papinian begutachteten Fall war eine abgabepflichtige Wasserleitung in einem Grundstück verlegt worden; der Verkäufer hatte die jährlich zu entrichtende Gebühr verschwiegen: der Käufer, der als *deceptus* bezeichnet wird, könne Ausgleich *ex empto* verlangen bzw., falls er noch nicht gezahlt hat, den unerwarteten Abgabenbetrag vom Kaufpreis abziehen (Pap. 3 resp. D. 19.1.41). Auch Aktivberechtigungen, die mit dem Kaufgrundstück verbunden

[1123] Dies ist eine Kernthese von *Heldrich*, Verschulden (1924); dagegen bereits *Kunkel*, SZ 46 (1926) 434 ff.

sind, müssen offengelegt werden: Ein Grundstücksverkäufer informiert den Käufer nicht über eine das Grundstück berechtigende Dienstbarkeit; der Käufer übt diese daher nicht aus und verwirkt sie folglich – eine Haftung *ex empto* wird *ob dolum* anerkannt (Pomp. 31 Q. Muc. D. 18.1.66.1).

415 In Anlehnung an die Haftung für undeklarierte Dienstbarkeiten wird eine *dolus*-Haftung des Verkäufers in weiteren Fällen des Grundstücksverkaufs anerkannt. Von Julian ausgehend handelt Ulpian von einem Verkäufer, der eine begrenzte Grundsteuerpflicht offenlegt und dann für Abgabenlasten im Übrigen die Haftung ausschließt, wohl wissend, dass solche bestehen: der Verkäufer haftet *ex empto* (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.6); ins Einzelne gehende Probleme werden hier übergangen, ebenso die Komplikation, die in der Beteiligung von Vormündern liegt, deren *dolus* im Grundsatz dem Mündel ja nicht schaden soll (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.7).[1124] In Mod. 5 resp. D. 19.1.39 hat der Verkäufer eine umgrenzte Grundstücksfläche insoweit verkauft, wie er sie besessen hat; der Verkäufer weiß, dass er an einem Teilstück der vom Käufer erwarteten Fläche keinen Besitz hat, diese also nach den Vertragsbedingungen nicht verkauft ist: Der Verkäufer haftet nach dem Gutachten Modestins *ex empto*, jedenfalls auf den Betrag, den der Käuer bei Kenntnis weniger auszugeben bereit gewesen wäre. Zur Unterstützung wird auf eine Rechtserkenntnis der *veteres* Bezug genommen, die einem Haftungsausschluss mit der Klausel *servitutes si quae debentur, debebuntur* die Wirksamkeit absprachen, soweit der Verkäufer positiv von einer Dienstbarkeit wusste; die Klausel soll ihn nur vor einer Haftung wegen etwaiger auch ihm unbekannter Dienstbarkeiten schützen.

416 Es liegt nahe, dass die hier (→ Rn. 415) dargestellte *ex empto*-Haftung eine altzivile Haftung eigener Art fortführt, welche an die Pflicht des Grundstücksmanzipanten angeknüpft war, Grundstücksbelastungen richtig und vollständig anzusagen (→ Rn. 55). Noch in der *dolus*-gestützten *ex empto*-Haftung scheint eine objektivrechtliche Pflicht durch. So wird betont, bei Nichtaufklärung gegenüber einem wissenden Käufer hafte der Verkäufer nicht *ex empto* (Ulp. 32 ed. D. 19.1.1.1, s. auch Cic. off. 3,67): Dies festzuhalten besteht Anlass, wenn an sich eine objektivrechtliche Pflichtverletzung vorliegt, für die begründet werden muss, warum sie nicht zu einer Haftung führt. Jedenfalls wird die *ex empto*-Haftung des Grundstücksverkäufers, der wissentlich von der richtigen und vollständigen Ansage der Rechte am Grundstück absieht, mit gutem Grund für eine Besonderheit gehalten, die nicht auf andere Gegenständen und Eigenschaften übertragen werden kann.[1125] So wurde für Sachmängel eines Grundstücks eine andere Begründung gesucht, indem der *fundus pestilens* in Anlehnung an das ädilizische Edikt als gleichsam vitiös behandelt wird und zurück genommen werden muss (Ulp. 8 disp. D. 21.1.49).

[1124] Die Verkäuferhaftung für Grundsteuern auch in Diocl./Max. C. 4.49.9 (a.293): Ersatz für den Betrag, den der unwissende Käufer zu viel zu zahlen bereit war. Die (unbenannte) Klage wird die auf *dolus* gestützte *actio empti* sein; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 153 f.

[1125] *Haymann*, Haftung (1912) 47; *Stein*, Fault (1958) 8 ff.

b. Die arglistige Haftungsbeschränkung

Wie schon in einigen vorstehend berichteten Fällen deutlich wurde, haben die Juristen den *dolus*-Gedanken wiederholt bemüht, um eine missbräuchliche Haftungsbeschränkung zu entkräften (Ulp. 32 ed. D. 19.1.1.1, Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.6, Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.15, Mod. 5 resp. D. 19.1.39). Die Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses beschäftigte schon Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.9, wo sich der wissende Verkäufer einer fremden oder verpfändeten Sache (eines Grundstücks?) freizeichnet; seine Haftung wird ausdrücklich auf die *bona fides* gestützt, die keinen *dolus* zulasse.[1126] Ein Sklavenverkäufer hat sich wegen einer ihm bekannten Krankheit des Sklaven freigezeichnet; seine gegen die Redhibitionsklage vorgebrachte *exceptio (pacti)* wird mittels einer *replicatio doli* überwunden (Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.14.9). Die Unwirksamkeit der arglistigen Haftungsausschlussklausel schadet der Vertragsgeltung im übrigen nicht (→ Rn. 58). Ein offenbar charakteristisches Problem bestand darin, dass die Beseitigung der Ausschlussklausel dem Käufer nur zugutekommen sollte, wenn er selbst keine Kenntnis des fraglichen Umstands gehabt hat (z. B. Ulp. 32 ed. D. 19.1.1.1 a. E.; Mod. 5 resp. D. 19.1.39). **417**

c. Aktive Manipulationen

Aktive Manipulationen des Verkäufers werden in einer Reihe von Stellen angesprochen (Auswahl): In Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.8 hat der Verkäufer die Kaufsache in einer nicht genannten Weise dolos verändert (→ Rn. 404 a. E.). Pap. 3 resp. Frg. Vat. 13 begutachtet den auch in Her. 2 iur. epit. D. 19.1.49 pr. wiedergegebenen Fall, dass ein Grundstücksverkäufer mit einem Dritten zum Schein ein Pachtverhältnis eingeht, um eine nicht gegebene Rentabilität des Grundstücks vorzutäuschen: er haftet *ex empto*. Cic. off. 3,58–60 berichtet von einer Manipulation ähnlicher Art: Dem Käufer eines an das Meer anstoßenden Grundstücks wird ein nicht vorhandener Fischreichtum vorgegaukelt; der Käufer Canius blieb nach Cicero ungeschützt, da in jener Zeit die *actio de dolo* noch nicht eingeführt gewesen war; man schließt aus dem Text, dass zur Zeit des Vorkommnisses auch noch nicht *ex empto* geklagt werden konnte.[1127] **418**

d. Unzutreffende Verkaufsangaben

Was Verkaufsangaben betrifft, so muss die *dolus*-Haftung nur ins Spiel kommen, wenn die betreffende Angabe nicht schon als ein rechtsverbindliches Versprechen abgegeben wurde, an dem sich der Verkäufer behaften lassen musste. Insofern konnte es nur um Angaben gehen, die einerseits über bloße Anpreisung hinausgingen, andererseits aber nicht in verbindlicher Form versprochen worden waren (Stipulation, evtl. auch *dictum* **419**

[1126] *Staffhorst*, Teilnichtigkeit (2006) 108, mit Hinweis noch auf Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23 (S. 128).
[1127] Zu diesem viel diskutierten Fall s. statt aller *Backhaus*, FS Laufs 3–23.

in mancipio). Für Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.4 gibt es eine Parallelüberlieferung in Paul. sent. 2.17.6: Der Verkäufer bewirkt dolos, dass der Sklave überteuert verkauft wird, indem er ihm eine nicht vorhandene Kunstfertigkeit oder ein nicht bestehendes *peculium* zuschreibt. Was die Haftungsfolge betrifft, ist die Textüberlieferung uneinheitlich: Nach dem Text der Paulussentenzen geht es um den Betrag, um den der Sklave für den Käufer weniger wert ist (hierin sah man schon einen Ersatz des „Erfüllungsinteresses"); nach dem Digestentext soll der Verkäufer wohl auf den Betrag haften, um den der Käufer zu teuer gekauft hat. Verlässliche Schlussfolgerungen sind auf die beiden Texte, deren Echtheit angezweifelt wird, kaum zu stützen. An der Grenze der *dolus*-Haftung liegt offenbar Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.3, wo der Verkäufer einen Sklaven, der – was auch dem Verkäufer unbekannt war – früher gestohlen hatte, als *bonae frugi et fidus* verkauft: Die Angabe „aus dem Blauen heraus" wird einem *dolus* gleichgestellt; die Deutung der Stelle ist nicht zweifelsfrei.

e. Bloßes Verschweigen negativer Umstände

420 Die auf *dolus* gestützten Haftungsfälle knüpfen an ein aktives Tun des Verkäufers an, indem dieser arglistig eine Haftung ausschloss, arglistig einen nicht gegebenen Vorzug der Kaufsache ansagte oder einen Mangel verschleierte. Konnte sich auch ein bloßes Unterlassen als dolos qualifizieren, konnte also der Verkäufer unter Umständen zu einer Aufklärung verpflichtet sein, deren Unterlassung ihm als *dolus* vorgehalten wurde? Die römischen Juristen waren sich eines Wertungsunterschiedes von aktiver Verschleierung und bloß unterlassener Aufklärung im Grundsatz bewusst. Ulpian berichtet im Hinblick auf die *actio de dolo*, dass eine Ansicht des Servius, der eine aktive *machinatio* für erforderlich hielt, durch Labeo korrigiert worden sei, der eine Haftung auch ohne *simulatio* anerkannte (Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.2). Auch Cicero diskutierte eine ethische Abstufung von arglistigem Vorspiegeln und arglistigem Verschweigen.[1128] Die Vorstellung einer über das rechtlich Gebotene hinausgehenden Aufklärungspflicht wird mit der stoischen Pflichtenlehre in Verbindung gebracht.[1129]

421 Beim Grundstücksverkauf werteten die römischen Juristen die unterlassene Aufklärung, soweit es Dienstbarkeiten betraf, ohne weiteres als *dolus*; nach der hier angestellten Vermutung deswegen, weil schon in der formstrengen *mancipatio* eine vollständige und zutreffende Ansage aller das Grundstück belastenden Rechte erwartet wurde (→ Rn. 55). In Anlehnung an diesen Grundsatz wurde eine Haftung in ähnlich gelagerten Fällen bejaht (z. B. verschwiegene Grundsteuer, → Rn. 415). Im Übrigen finden sich nur spärliche Belege: In Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.5 geht es darum, dass der Käufer irrig eine Jungfrau zu kaufen glaubt; der Verkäufer durchschaut diesen Irrtum. Die von Ulpian befürwortete Rückabwicklung des Geschäfts dürfte darauf gestützt sein, dass das Verkäuferverhalten *dolos* erschien: Wer einen Vertrag mit einem Gegenüber

[1128] Cic. off. 3,14,58.

[1129] *Wacke*, SZ 94 (1977) 203; *Backhaus*, FS Laufs 18 mit weiteren Nachw.

abschließt, dessen Irrtum er durchschaut hat, handelt arglistig. Nach Ulp. 1 ed. cur. aed. D. 21.1.4.2 führt das wissentliche Verschweigen eines *vitium animi* zur Haftung *ex empto*. Nach Afr. 8 quaest. D. 19.1.30.1 wird ein Verkäufer haftbar, der dem Käufer eine Sache verkauft, von der er weiss, dass sie ihm nicht gehört (→ Rn. 281); auch hierbei können – wie aus dem *vitium animi* – für den Käufer vermögensrelevante Scherereien entstehen, indem die Weiterverwendung als Pfand oder die Freilassung fehlschlägt.[1130] In allen diesen Fällen halten die römischen Juristen einen Verkäufer für dolos, der eine Sache an einen arglosen Käufer absetzt, der – wie er weiß – aufgrund des Kaufs Schaden erleiden kann. Die einleuchtende Entscheidung, dass hier ein unredliches Verhalten vorliegt, ist nicht davon abhängig, dass man eine rechtsgrundsätzliche Gleichsetzung von arglistigem Tun und arglistigem Unterlassen postuliert. Um eine Haftung für „echtes" Unterlassen geht es nicht, vielmehr erscheint den Umständen nach das konkrete Verkaufen selbst als dolos.[1131]

f. Kein Vertragsbruch durch *dolus* bei bloßer *culpa*

Wo es um die Haftung eines *venditor sciens* geht, der an einen arglosen Käufer verkauft, **422**
ist anzunehmen, dass dem Verkäufer *dolus* angelastet wird. Gelegentlich ist ausdrücklich von *dolus* die Rede (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.4; Afr. 8 quaest. D. 19.1.30.1); wenn der Käufer als *deceptus* bezeichnet wird oder von einem *decipere* gesprochen wird (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13. pr.,1,2), sollte dies nichts Anderes bedeuten. Nicht zu folgen ist dem von Medicus ins Spiel gebrachten Gedanken, dass vielleicht auch ein Käufer, „der ohne fremde Schuld", also namentlich ohne Vorsatzhandeln des Verkäufers, in seinen Erwartungen bezüglich der Sachqualität enttäuscht wird, als *deceptus* bezeichnet werden konnte;[1132] nach dieser These hätte es eine sehr weitgehende Verkäuferhaftung für Mangelhaftigkeit gegeben, was zum Gesamtbestand der Quellen kaum passt. Die Haftung für *dolus* setzt voraus, dass dem Verkäufer die kritische Beschaffenheit der Sache bekannt ist und er diese dem arglosen Käufer veräußert, welcher dadurch Schaden erleidet – sei es auch nur insofern, als er die Sache zu teuer erkauft. Es fehlt eine Quellenbasis, welche belegen könnten, der Verkäufer hätte für die Verletzung seiner Verpflichtung zum *dolum malum abesse praestare* auch dann gehaftet, wenn er um die Unrichtigkeit seiner Angabe zwar nicht gewusst hat, diese aber bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen können. Insoweit finden wir keine Entwicklung, die hier auf eine Gleichstellung bloße Nachlässigkeit mit *dolus* zugelaufen wäre. Diese Feststellung widerspricht nicht dem Befund, dass die römischen Juristen dem Verkäufer die Nichterfüllung der Vertragspflicht zur Übergabe nicht nur bei *dolus*, sondern auch bei *culpa*

[1130] Auch nach Ulp. 28 ed. D. 13.7.9 pr. ist die wissentliche Hingabe einer *res aliena* zum Pfand ein Haftungsgrund; dazu *Scheibelreiter*, TR 88 (2020) 50–93.

[1131] *Backhaus* rechnet damit, dass eine auf unterlassene Aufklärung gestützte Verkäuferhaftung für *dolus* erst in einer späteren Entwicklungsstufe Anerkennung fand; *Backhaus*, FS Laufs 11.

[1132] *Medicus*, FG Kaser 171.

„zugerechnet" haben (Frage des „Haftungsmassstabs"); dazu → Rn. 143. Im vorliegenden Zusammenhang geht es um Fälle, in denen das dolose Verhalten des Verkäufers als solches die Nichterfüllung des Vertrages bedeutet, und hierfür ist eine Erweiterung auf *culpa* nicht feststellbar.

3. Die *condemnatio* bei der wegen *dolus* angestellten *actio empti*

423 In der Forschung wird der Haftungsumfang diskutiert, der sich in den Fällen des Verkäufer-*dolus* ergab; die Diskussion orientierte sich wenig fruchtbar an den Entgegensetzungen von negativem und positivem Interesse, von Vertrauensschaden und Nichterfüllungsschaden.[1133] Der Ansatz der römischen Juristen erscheint hiergegen eigentlich unproblematisch und einheitlich: Der Käufer erhält stets einen Geldbetrag, der sich daran bemisst, wie ihm das dolose Verhalten des Verkäufers geschadet hat hätte. Anschaulich ist bei Paulus die Rede von *quanti mea intererit scisse* (Paul. 5 Sab. D. 19.1.4 pr.). Die römischen Juristen sehen das Interesse des getäuschten Käufers vor allem darin, dass er einen überhöhten Preis gezahlt hat. Ebenso kommt ein Ersatz solcher Schäden in Betracht, die der Käufer aufgrund des ihm verheimlichten Umstandes erleidet. Wenn der Käufer ohne Täuschung nicht billiger, sondern gar nicht gekauft hätte, wird seinem Interesse durch Rückgewähr des Kaufpreises – gegen Rückgabe der Kaufsache[1134] – entsprochen. Eine systematische Erörterung dazu, wann der Käufer auf die eine, wann auf die andere Weise Ausgleich erhält, findet sich nicht; möglicherweise war die Rückgabe der Notbehelf, wenn der Umstand, über den getäuscht wurde, nicht preisrelevant war. Dazu, dass dem Käufer auch bei Verkäufer-*dolus* nicht das sogenannte positive Interesse ersetzt wird, das er am erwarteten Zustand der Sache hatte (sog. Erfüllungsinteresse an Mangelfreiheit), → Rn. 404. Wenn im Fall des wissentlichen Verkaufs einer fremden Sache nach Afr. 8 quaest. D. 19.1.30.1 dem Käufer das Interesse daran ersetzt wird, das er am Eigentumserwerb hat, geht es nicht um ein Erfüllungsinteresse am Eigentumserwerb (der ihm nicht geschuldet ist; → Rn. 121), sondern darum, dass geplante Verwendungen der Kaufsache, für die das Eigentum Voraussetzung ist, fehlschlagen müssen; dieser Fehlschlag kann einen geldwerten Nachteil darstellen. Alle diese Lösungen entsprechen der Handhabung des *quod interest*, an dem sich die *condemnatio* bemisst, sofern man nur das *in concreto* dolose Verkäuferverhalten als den Bezugspunkt nimmt.[1135] Die *ex empto*-Verurteilung des Verkäufers wegen *dolus* hatte keine infamierende Wirkung (zur *infamia* → § 28).

[1133] S. *Flume*, Eigenschaftsirrtum (1948) 60–64.

[1134] Vielleicht unterblieb die Rückgabe bei völliger Wertlosigkeit, in welchem Fall der Käufer einfach auf *recuperatio pretii* klagte.

[1135] Zweifelnd *Medicus*, Quod interest (1962) 147 f. und öfter.

VIII. Verhaltenssteuerung nach Leistungserhalt

1. *Pacta* zum weiteren Umgang mit Kaufsache oder Kaufpreis

Ein erheblicher Teil der uns überlieferten *pacta*[1136] suchte das Käuferverhalten im Zeit- 424
raum nach der *traditio* zu regeln.[1137] Obschon die *res* als Ware umgesetzt wird, ist sie doch vielfach in sozialer oder rechtlicher Hinsicht kontextualisiert, worauf die Parteien nicht selten Rücksicht nehmen. Der Käufer soll beispielsweise verpflichtet sein, den Mieter des Verkäufers weiter im verkauften Hausgrundstück wohnen lassen (Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.30).[1138] Alex./Sev. C. 4.65.9 (a.234) behandelt die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Käufer zur Fortsetzung des Pachtverhältnisses mit dem *colonus* verpflichtet ist; dabei geht es um die Beweisbarkeit des *pactum*.[1139] Solche *pacta* tragen dem Umstand Rechnung, dass das zum Verkäufer bestehende Pacht- oder Mietverhältnis den Käufer an sich nichts angeht; eine Regel, wie sie der Satz „Kauf bricht nicht Miete" ausdrückt, war unbekannt (→ Rn. 126; → § 80 Rn. 24). Nach dem in Pomp. 9 Sab. D. 2.14.61 behandelten *pactum* soll der Käufer das verkaufte Grundstück nicht den Göttern weihen, als Grabstelle nutzen oder ohne Zustimmung weiterveräußern.[1140] Ulp. 6 op. D. 8.4.13 pr. behandelt die Möglichkeit einer Klausel, durch welche der Erwerber eines Meeresgrundstücks auf den von dort aus möglichen Fischfang verzichtet.[1141] – Es begegnen auch Vertragskonstruktionen, mit denen die Verwendung des Kaufpreises durch den Verkäufer gesteuert werden soll: Beim Pfandverkauf (und bei dem Verkauf der aufgrund einer *fiducia* gehaltenen *res mancipi*) soll der Erlös zur Schuldtilgung benutzt werden soll, damit die Sache pfandfrei wird.[1142] Denkbar war hierzu eine Delegation der Kaufpreisforderung (nach Novierung) an den Gläubiger; belegt ist auch eine *cautio*, durch die der Kaufinteressent dem Gläubiger Sicherheit gibt, dass der Kaufpreis bis zum geschuldeten Betrag an ihn gezahlt werden wird.[1143]

[1136] Zur Bedeutung der *pacta* beim Kauf → Rn. 57–59.

[1137] Hiervon kann man Vereinbarungen absetzen, bei denen neben dem Kaufpreis eine weitere Leistung für den Erhalt der Kaufsache vereinbart wird; zu Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.1 → Rn. 33 a. E. Bei Iul. 3 Urs. Fer. D. 19.1.28 gibt der Käufer eine Stipulation ab, wonach er etwas zu tun verspricht; es ist nicht klar, ob damit eine weitere Gegenleistung oder eine Handlung nach Vertragsabwicklung versprochen ist; zu dieser Stelle *Baldus*, OIR 5 (1999) 75 ff.; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 320.

[1138] Schon → Rn. 57; weiterhin *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 158, 160; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 254 ff.; dort auch zu Alex. C. 4.65.9 (a.234).

[1139] Dazu *Ernst*, Stud. Kupiszewski 76.

[1140] *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 224 f.; dort auch zur Weiterentwicklung durch Iust. C. 4.54.9 (a.531); urkundlich überlieferte *prohibitiones alienandi* sind in FIRA III 81 zusammengestellt, Urkunden, in denen für den Fall der Zuwiderhandlung eine Multierung veranlasst wird, in FIRA III 82.

[1141] Hierzu ausf. *Finkenauer*, Stipulation (2010) 376 ff.; *Kaser*, FS Wieacker 98 ff., beide mit umfassenden Nachw.

[1142] *Klingenberg*, Lib. Am. Krampe 202 ff.

[1143] Marc. sing. form. hyp. D. 20.6.8.10.

425 Der Vorbehalt eines Rückkaufs (*pactum de retroemendo*) kam insbesondere beim Pfandverkauf vor, so dass der Pfandschuldner durch Erstattung des Kaufpreises die Rückübertragung der Pfandsache noch vom Pfandkäufer verlangen kann (z. B. Marcian. form. hyp. sing. D. 20.5.7 oder Ulp. 38 ed. D. 13.7.13 pr.).[1144] Ein Kauf/Rückkauf-Problem zwischen Eheleuten behandelt Proc. 11 epist. D. 19.5.12.[1145] Auch das Geschäft, das Alex. C. 4.54.2 (a.222) beurteilt, kann man als Rückkaufsabrede auffassen.[1146] Als vertyptes *pactum* erscheint beim Grundstückskauf das *pactum protimiseos*, durch das dem Käufer die Auflage gemacht wird, *ut nulli alii eum quam mihi venderes*: Im Gegensatz zur Rückkaufsklausel wird hiermit kein korrespondierendes Recht des Verkäufers begründet; vielmehr soll der Käufer nur in seiner Weiterverkaufsmöglichkeit beschränkt werden (Paul. 33 ed. D. 19.1.21.5 und Her. 2 iur. epit. D. 18.1.75).[1147]

2. Nebenabreden zum weiteren Umgang mit gekauften Sklaven

a. Einleitung

426 Besonders vertypt waren Nebenabreden zum Sklavenverkauf; mit ihnen wurden nach aller Wahrscheinlichkeit ältere *leges mancipio dictae* fortgeführt (→ Rn. 54–56).[1148] Die Schuljurisprudenz trifft, im Wechselspiel mit Kaiserkonstitutionen, eine Unterscheidung nach Nebenabreden im Interesse des Verkäufers (*ut exportetur*, *ne manumittatur*) und solchen im Interesse des Sklaven (*ut manumittatur*, *ne prostituatur*).[1149] Vereinbarungen (und Testamentsbestimmungen), den Sklaven (oder andere Kaufsachen?) überhaupt nicht zu veräußern, haben noch Justinians Kanzlei beschäftigt; Iust. C. 4.51.7 (nach a.531?). Auf einer anderen Ebene kann danach unterschieden werden, welchen Durchsetzungsmechanismus die Parteien angelegt haben; hier bestanden verschiedene Möglichkeiten. Klauseln wurden aber auch ohne Vereinbarung der Rechtsfolge eines Verstoßes eingesetzt; dann hatten Prätor bzw. Judex die passende Sanktion zu finden. Der erhebliche Bestand von Kaiserkonstitutionen ist der Frage ausgesetzt, inwieweit diese bereits anerkannte Wirkmechanismen bestätigen oder reformierend einzelnen Klauseln weiterreichende Wirkungen zuerkennen.

[1144] Zu beiden Fragmenten *Flume*, Rechtsakt (1990) 151–154; *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 277–282.

[1145] *Fiori*, Ess. Sirks 257–268; *Talamanca*, Caducazione 67–71, dort auch S. 77–80 zu Iav. 5 post. Lab. D. 18.1.79.

[1146] Dazu *Talamanca*, Caducazione 84–88.

[1147] Einzelheiten bei *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 282–286; *Talamanca*, Caducazione 80–84.

[1148] *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 186 ff.; ältere Lit. auch bei *Mitteis*, RP 181 Fn. 59.

[1149] *Klinck*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 79–98.

b. *Ut manumittatur*

Durch die Übereignung *ut manumittatur* wird der Erwerber auf die Freilassung des Sklaven verpflichtet; der Erwerber wird schlussendlich die Patronatsrechte erwerben.[1150] Die Freilassung soll sofort oder innerhalb einer bestimmten Frist oder auf den Tod des Erwerbers erfolgen. Bisweilen mag der Umweg über den Erwerber den Grund gehabt haben, dem Sklaven das römische Bürgerrecht zu verschaffen, wenn dies im Einzelfall dem Veräußerer nicht möglich gewesen ist.[1151] Im Fall der Nichteinhaltung konnte der Veräußerer vielleicht die *actio venditi* anstellen. Die Freilassungsverpflichtung wurde offenbar durch Strafstipulationen gesichert. Hatte der Erwerber den Sklaven weiterveräußert, ohne den nächsten Erwerber zur Freilassung zu verpflichten, fehlten dem ersten Verkäufer Druckmittel gegen den nächsten Eigentümer. Marcus Aurelius ordnete für den Fall der Nichtfreilassung innerhalb der vereinbarten Frist die Freiheit des Sklaven kraft Gesetzes an, wodurch die zwischen den Kaufparteien spielenden Mechanismen gegenstandslos werden; Alex. C. 4.57.2 (a.222);[1152] s. auch Call. 3 cogn. D. 40.8.2. Dem Verkäufer (nicht aber seinen Erben) blieb ein Recht zur Vereitelung der Freilassung (sogenanntes Reurecht).[1153] Man darf annehmen, dass diese Anordnung noch nach Weiterveräußerung griff, also dem Sklaven auch die Freiheit von einem Nacherwerber verschaffte. Scaev. 7 dig. D. 18.7.10 bestätigt unter Berufung auf Hadrians Regelung das gesetzliche Freiwerden im Falle einer Vereinbarung, wonach die Kaufsklaven beim Tod des Käufers frei sein sollen, ohne dass eine förmliche Freilassung erfolgt war.[1154] Bei diesem automatischen Freiwerden kommen dem freilassungsunwilligen Erwerber Patronatsrechte nur in vermindertem Umfang zu.[1155] Die Konstitution wurde später auch auf Schenkungen und die *fiducia* angewandt.[1156] Nach Marcian. form. hyp. sing. D. 40.8.6 wird der unter Freilassungsauflage verkaufte Sklave gemäß der Konstitution Marc Aurels auch dann frei, wenn der Käufer sein gesamtes Vermögen verpfändet hatte; die Stelle ist von zweifelhaftem Zeugniswert.[1157] Ein dem Verkauf *ut manumittatur* ähnliche Situation liegt vor, wenn der Käufer das Kaufgeld

427

[1150] Ausf. *Amaya Calero*, BIDR 90 (1987) 191–220; *McGinn*, SZ 107 (1990) 322 ff.; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 34 ff. mit Nachw. weiterer Lit.; *Kleňová*, TR 85 (2017) 470 f.; s. auch *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 54–58, 281 ff.; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 170 f.; nach einer jüngeren These soll die Klausel *ut manumittatur* auch eingesetzt worden sein, um eine Selbstversklavung zeitlich zu begrenzen: *Silver*, Fundamina 22 (2016) 67–93; Marc. 24 dig. D. 18.7.4 behandelt einen Verkauf ut manumittaur, durch den die lex Aelia Sentia umgangen werden soll, s. *Hendel*, Marcelli ratio (2015) 132 f.

[1151] *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 35.

[1152] Dazu u. a. *Vigneron*, BIDR 39 (1997) 198 ff.

[1153] Dazu, ob dies aufgrund Paul. 5 Plaut. D. 40.8.1 anzuzweifeln ist, s. *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 39 f.

[1154] *Kindler*, Affectionis aestimatio (2012) 125 f.

[1155] *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 38 f.

[1156] *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 38.

[1157] Einzelheiten bei *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 40 ff.

treuhänderisch vom Sklaven erhalten hatte, um ihn anschließend freizulassen (z. B. Ulp. 6 disp. D. 40.1.4).[1158]

428 Für das justinianische Recht sind die auf die Freilassungsklausel bezügliche Konstitutionen zusammen mit denen, die sich auf die gegenteilige Klausel (*ne manumittatur*) beziehen, in C. 4.57 wiedergegeben.

c. *Ne prostituatur*

429 Die Klausel *ne prostituatur* mit der auf sie bezüglichen Jurisprudenz und Gesetzgebung wird in der jüngeren Literatur, auch aus sozialgeschichtlicher Sicht, vielfach behandelt.[1159] Offenbar waren verschiedene Durchsetzungsmechanismen in Gebrauch. (1) Der Verkäufer konnte die Sklavin bedingt freilassen für den Fall, dass sie prostituiert wurde. Die Rechtslage der Sklavin war dann der eines *statuliber* vergleichbar (→ § 36 Rn. 71). Der zuwiderhandelnde Käufer hatte keinen Rückgriff für den eintretenden Eigentumsverlust, da er der Sklavin gleichsam durch eigenes Tun zur Freiheit verholfen hat (Pomp. 27 Sab. D. 21.2.34 pr.).[1160] Nach dem Bericht Modestins hat Vespasian ein Freiwerden der Sklavin angeordnet, obschon in einer Käuferkette dem sie prostituierenden Letztkäufer gegenüber vertraglich nichts Entsprechendes vorgegeben worden war (Mod. manum. sing. D. 37.14.7 pr.); zugleich wurde festgestellt, die Patronatsrechte entstünden für den ersten Verkäufer:[1161] Der einem *statuliber* vergleichbare Status wird danach einmal begründet und übersteht eine Weiterveräußerung, auch ohne dass die Klausel dabei wiederholt würde. (2) Der Verkäufer konnte sich aber auch die *facultas abducendi* vorbehalten, was möglicherweise nichts Anderes (oder etwas Ähnliches) darstellte wie die Ansage *ne prostituatur* bei der *mancipatio*, welche mittels *manus iniectio* durchsetzbar gewesen war (→ Rn. 54–55). Es scheint üblich gewesen zu sein, dass die Klausel bei Weiterveräußerungen jeweils neu vereinbart („weitergegeben") wurde. Wenn sich mehrere Verkäufer nacheinander die *potestas abducendi* vorbehalten hatten (= aufgrund *nuncupatio* zur *manus iniectio* befugt waren?), erhielt der erste Verkäufer für deren Ausübung den Vorrang (Paul. 50 ed. D. 18.1.56).[1162] Hat ein Verkäufer die vorbehaltene *facultas abducendi* ausgeübt, die Sklavin aber dann selbst pro-

---

[1158] Dazu auch *Lovato*, Disputationes di Ulpiano (2003) 106–109, 116 f.; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 54–58, 281 ff.; weitere Nachweise auch → Rn. 15 Fn. 52.

[1159] → § 36 rn. 16; *Kleňová*, TR 85 (2017) 470 ff.; *Sicari*, Prostituzione (1991) 21 ff.; *Rainer*, Ess. Sirks 627–640; *McGinn*, Prostitution (1998) 288–319; *McGinn*, SZ 107 (1990) 315–353; *Perry*, Gender (2014) 34–37; *Pesensdorfer*, in: Feichtinger/Fischer, Sexualität (2018) 45–62; *López Barja de Quiroga*, DHA 19/2 (1993) 47–64; *López Barja de Quiroga*, Manumisión (2008) 90 ff. und öfter; *Sokala*, Eos 81 (1993) 97–103; *Knoch*, Sklavenfürsorge (2017) 114–118; s. schon *Buckland*, Slavery (1908) 603 f.

[1160] Hierzu *Kleňová*, TR 85 (2017) 470.

[1161] *McGinn*, SZ 107 (1990) 322 ff.; *Kleňová*, TR 85 (2017) 471 f. – Ob hier der gutgläubige Letztkäufer kaufrechtlichen Regress gegen seinen Vormann gehabt hat?

[1162] *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 187 f., spricht von einer Drittwirkung.

stituiert, wird die Sklavin nach Marcellus/Ulpian frei; der Verkäufer erhält die Patronatsrechte außer dem *honor* (Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.1). In dem Alex./Sev. C. 4.56.1 (a.223) behandelten Fall hatte der Verkäufer von seiner *facultas abducendi* offenbar keinen Gebrauch gemacht. Der Kaiser billigt der Sklavin die Freilassung aufgrund einer Konstitution Hadrians zu: Es schade nicht, dass gegenüber dem letzten Eigentümer, der sie prostituiert hatte, der Verkäufer sich die *facultas abducendi* nicht vorbehalten hatte, er vielmehr *sine lege simili* gekauft hat. Auf den Inhalt der Konstitution Hadrians kann nur rückgeschlossen werden: Es könnte um die Grundsatzentscheidung gegangen sein, dass die Nichtausübung der *facultas abducendi* eine prätorisch anzuordnende Freilassung zur Folge hatte. Für den Fall, dass sich der Verkäufer für den Verzicht auf seine *facultas abducendi* bezahlen lässt, berichtet Paulus von einer Entscheidung der Kaiser Caracalla und Septimius Severus, auch hier die Freiheit eintreten zu lassen, weil durch diesen Verzicht die Befugnis zur Prostitution eingeräumt werde (Paul. lib. dand. sing. D. 40.8.7). In der Handhabung der Klausel wurde sexuelle Ausbeutung im Gastgewerbe der Prostitution gleichgestellt; Alex. C. 4.56.3 (o.A.). (3) Wie sich aus Pap. 27 quaest. D. 18.7.6 pr. ergibt,[1163] kamen auch Strafversprechen hinzu, möglicherweise wegen der Schwierigkeit, den Wertverlust zu beziffern, der den Verkäufer treffen konnte, wenn er die Sklavin wieder an sich brachte, vielleicht aber auch zum Ausgleich eines verminderten Erlöses, den er beim Verkauf mit Prostitutionsverbot hatte hinnehmen müssen.

d. *Ut exportetur*

Durch den Verkauf *ut exportetur*[1164] will sich der Verkäufer wohl gegen Rachehandlungen des Sklaven sichern.[1165] Für den Fall, dass dieser in Rom verblieb,[1166] und ebenso für den Fall seiner Rückkehr (*si Roma moratus esset*), konnte sich der Verkäufer die *manus iniectio* vorbehalten. Die Auflage hindert den jeweiligen Eigentümer nicht daran, den Sklaven freizulassen; kehrt der Freigelassene anschließend nach Rom zurück, unterliegt er einem Beschlagnahmerecht des Fiskus, der ihn in ewige Knechtschaft verkauft; Pap. 3 resp. Frg. Vat. 6;[1167] Sev./Ant. C. 4.55.1 (a.200). Insofern erfasste die Verhaltenssteuerung auch den Sklaven selbst. Bei einer Weiterveräußerung wird dieselbe Klausel vereinbart („weitergegeben"), wozu möglicherweise eine Verpflichtung bestand.[1168] **430**

[1163] Dazu *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 71–76.

[1164] Die Rede ist auch vom *transferre ad barbaros*.

[1165] *Wittmann*, SZ 91 (1974) 539 f.; *Sicari*, Leges venditionis (1996) 291 Fn. 11; *Gamauf*, in: Serghidou, Fear of Slaves (2007) 155–157.

[1166] Als der Ort, aus dem heraus der Sklave auf Dauer entfernt werden soll, konnten ebenso andere Städte vereinbart werden.

[1167] Dazu *Klinck*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 88.

[1168] Zu Pap. 10 quaest. D. 18.7.7 s. *Börner*, SZ 71 (1954) 359–373; *Igimi-Yasutake*, in: Riesenhuber/Takayama, Rechtsangleichung (2006) 30 f.; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 260; *Kindler*, Affectionis aestimatio (2012) 112–116, 121–124, 130–133.

431 Wirkungsweise und Probleme werden in einer Quaestio des Paulus deutlich (Paul. 5 quaest. D. 18.7.9):[1169] Ein Verkäufer behält sich die *manus iniectio* für den Fall vor, dass sich der Sklave in Rom aufhalten sollte; der Erstkäufer verkauft mit derselben Klausel weiter. Wenn der Sklave nach Rom zurück flüchtete, löste dies die Klausel nicht aus. War der Zweitkäufer mit dem Aufenthalt in Rom einverstanden, unterliegt der Sklave dem Rückholrecht, wobei der erste Verkäufer den Erstkäufer verdrängt: Der erneute Verkauf mit derselben Klausel beseitigt nicht die Zugriffsberechtigung des ersten Verkäufers, schützt aber wie ein Haftungsausschluss den Erstkäufer gegenüber dem Zweitkäufer. Hätten sich die beiden Verkäufer jeweils durch ein Vertragsstrafeversprechen gesichert, würde der Erstkäufer seinem Verkäufer haften, während ihm der Zweitkäufer haftbar wird. Anders als die mehreren Berechtigungen auf eine Vertragsstrafe kann die Befugnis zur *manus iniectio* nur einer Person zustehen. Der Text wandelt den Fall dahingehend ab, dass ein erster Verkauf mit der Klausel *ne prostituatur* eine bedingte Freilassungsanordnung enthält, der Folgeverkauf dagegen die *facultas abducendi*: Bei Zuwiderhandeln setzt sich die frühere Freilassungsanordnung durch; im reizvolleren Umkehrfall soll dies ebenfalls gelten – ein Ausdruck des *favor libertatis*.

432 Die Klausel war wichtig und häufig genug erörtert worden, um die Einstellung entsprechender Titel in Digesten (D. 18.7) und Codex (C. 4.55) zu rechtfertigen.

e. *Ne manumittatur*

433 Die Klausel *ne manumittatur* fand ihre hauptsächliche Anwendung im Testamentsrecht. Aus welchem Grund auch immer war dem Veräußerer/Testator die Vorstellung unerwünscht, der Sklave würde einmal freigelassen. Wenn mit der Klausel *ne manumittatur* veräußert worden war, wird für den Fall, dass der Sklave gleichwohl freigelassen wurde, die Unwirksamkeit dieser Freilassung überliefert. Die Wirkungsweise ist nicht zweifelsfrei, da die *manumissio* ein Geschäft des Zivilrechts war. Möglicherweise stand eine strafgesetzliche Freilassungsregelung im Hintergrund (*lex Aelia Sentia*?). Ein Vorbehalt der *manus iniectio* ist hier nicht überliefert. Pap. 27 quaest. D. 18.7.6 pr. behandelt die Wechselwirkungen einer Strafstipulation, die das *ne manumittere* und das *ne prostituare* absichert, mit einer Eviktionsstipulation, welche verfällt, weil die verkaufte Person sich die Freiheit erstreitet.[1170] Die Stelle belegt den Gebrauch der Strafstipulation zur Unterstützung des Verhaltensverbots.

434 Auf die Klausel bezügliche Konstitutionen sind zusammen mit denen, die sich auf die gegenteilige Klausel (*ut manumittatur*) beziehen, in C. 4.57 wiedergegeben.

[1169] Dazu *McGinn*, Prostitution (1998) 315 f.

[1170] Hierzu *Wittmann*, SZ 91 (1974) 539 f.; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 215, 234, 245; *Klinck*, in: Harke, Argumenta Papiniani (2013) 88; *Kindler*, Affectionis aestimatio (2012) 116–121.

IX. Kaiserrecht zum Kauf von der frühen Nachklassik bis zu Justinian

1. Übersicht

Der Umgang des Kaiserrechts mit Fragen des Kaufs wurde weitgehend bereits bei den Einzelfragen dargestellt. In einem wesentlichen Teil der Kaiserkonstitutionen geht es um die Behauptung römischen Rechts gegenüber Rechtsansichten provinzialer Herkunft; insoweit überwiegt eine konservative Tendenz. Vielfache Auseinandersetzungen erfordert die gewohnheitsmäßige Zahlung einer *arrha*.[1171] Das grundlegende Prinzip der *bona fides* wird gepflegt; z. B. in Gord. C. 8.29.4 (a.240).[1172] Ein grundlegende Umgestaltung des Kaufrechts, insbesondere auch ein Rückfall auf die Vorstellung, der Vertrag werde erst mit der Kaufpreiszahlung gültig (Barkaufgedanke),[1173] lässt sich für das in Geltung stehende römische Recht, wie es von der Kaiserjustiz angewendet wird, nicht nachweisen. Die Untersuchung der auf den Kauf bezüglichen Reskripte der Soldatenkaiser führt auf die Erkenntnis, dass diese „das klassische Kaufrecht zwar in Einzelheiten fortentwickelt, aber in seinen Grundlagen nicht geändert“ haben.[1174] Derselbe Befund gilt auch für den nachfolgenden Zeitraum: „Der überwiegende Teil des Privatrechts … blieb … bis ins 6. Jh. verhältnismäßig stabil.“[1175] Auch Kreuter ist aufgrund einer Untersuchung der Interpretatio zum Gregorianus/Hermogenianus (in seiner westgotischen Überlieferung) der Vorstellung von einem „Riß, der juristisch das vulgare Recht vom klassischen trennte“ (Ernst Levy), entgegengetreten.[1176] Mit dem gesellschaftlichen Wandel verschieben sich allerdings die Thematiken, die zu behandeln sind; die Lösungen werden unverändert auf dem Boden des im spätklassischen Recht Erreichten gesucht. Im Gebiet des Kaufrechts haben kaiserrechtliche Eingriffe bisweilen einen steuerrechtlichen Hintergrund, insofern Verkauf und Übertragung, insbesondere von Grundstücken, die Schuldnerschaft und Eintreibbarkeit von Grundsteuern beeinflussten. Auch Änderungen im Personenrecht spiegelten sich hier und da im Kaufrecht wider. Probleme machte sodann eine offenbar häufige Verschleierung der Kaufpartei und der Kauf mit fremdem Geld.[1177] Die zahlreichen Sonderregelungen, die sich auf das Staatsvermögen und die Staatsverwaltung, insbesondere auf die Militärverwaltung, und seit Konstantin auch auf Kirchenvermögen und Kirchenpersonal be- 435

[1171] *Taubenschlag*, Opera I 144; s. auch Diocl./Max. C. 4.45.2 (a.293) und dazu *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 40 ff.

[1172] *Dajczak*, OIR 6 (2000/2001) 7–28.

[1173] So vor allem *Levy*, Vulgar Law (1951) 127 ff.; hiergegen *Siems*, Handel (1992) 243–263.

[1174] *Schnebelt*, Reskripte (1974) 57.

[1175] *Liebs*, in: Avenarius, Hermeneutik (2008) 167.

[1176] *Kreuter*, Interpretatio (1993) 154.

[1177] Die Konstitutionen sind in C. 4.50 (*Si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit*) gesammelt; sie sind besprochen bei *Alonso*, Symposion 2015 170–175; zu Diocl./Max. C. 4.50.6 s. *Kreuter*, Interpretatio (1993) 89–92; zu Diocl./Max. C. 4.50.1 ebenda 93–94; zu einzelnen Konstituionen des Titels auch *Schnebelt*, Reskripte (1974) 23, 27–29, 30–34, 57.

ziehen, liegen außerhalb dieser Darstellung. Dem Eingang römischen Kaufrechts in andere spätantike/frühmittelalterliche Rechtsordnungen wird hier nicht nachgegangen.[1178]

2. Diokletian

a. Frühnachklassisches Kaufrecht im Spiegel diokletianischer Konstitutionen

436 Die nachfolgend ausgewählten Konstitutionen Diokletians behandeln Kaufrecht; andere Konstitutionen wurden schon im Sachzusammenhang besprochen.[1179] Soweit sie in den Jahren 293 und 294 ergangen sind, werden sie Hermogenian zugerechnet.[1180] Ihm wird „a rigid insistence on principle" nachgesagt: „for [him] settled rules cannot be overridden on the ground of hardship."[1181] Der Konsensualcharakter des Verkaufs wird bekräftigt: Diocl./Maxim. C. 4.38.2 (a.286) erklärt den *furiosus* für nicht konsensfähig, außer in *intermissiones*. Diocl./Maxim. C. 4.38.11 (a.294) verneint im Prinzip einen Verkaufszwang.[1182] Es bleibt bei der Formfreiheit des Vertragsschlusses, indem die (bloß) beweisrechtliche Bedeutung einer Urkunde betont wird; Diocl./Maxim. C. 4.19.12 (a.293) und Diocl./Maxim. C. 4.21.10 (a.294). Diocl./Maxim. C. 4.38.13 (o.A.) stellt klar, dass bei Bedingungen, wonach der Kauf nach Belieben des Käufers bzw. Verkäufers gelten soll (sog. Voluntativbedingung), *obligatio nulla est*.[1183] Diocl./Maxim. C. 4.43.2 (a.294): Kinder können nicht verkauft werden, auch wenn der Erwerber gutgläubig sein sollte, sie also für Sklaven hielt. Diocl./Maxim. C. 4.38.5 (a.293): Mündelgut kann vom Tutor *palam et bona fide* erworben werden (z. B. durch Zustimmung des Mit-Tutors), erst recht also von dessen Ehefrau. Diocl./Maxim. C. 4.38.4 (a.293) = Frg. Vat. 293 betrifft ein Zusammentreffen zweier Erwerbs-*causae*: Schenkung durch die Erblasserin und nach deren Tod Kauf von ihrem Erben; die Ungültigkeit eines Kaufs der eigenen Sache wird bestätigt.[1184] Ein ähnliches Thema hat Diocl./Maxim. C. 4.38.10 (a.294). Diocl./Maxim. C. 4.38.8 (a.294) und Diocl./Maxim. C. 4.38.9 (a.294) betreffen Streitigkeiten darüber, ob eine Sache geschenkt oder gekauft worden ist.[1185]

[1178] Für die Lex Romana Visigothorum (5,4) findet sich eine systematische Aufbereitung des Kaufrechts bei *Conrat*, Breviarium Alaricianum (1903) 270–280; zum Sachmängelrecht in der Lex Baiuvariorum (16,9) s. *Siems*, Handel (1992) 98–104; weiterhin etwa Liber constitutionum sive lex Gundoba 84 und 99; Pactus Legis Salicae 50; Lex Alamanorum 19 und 45–47 und 71 (Zählung Lehmann).

[1179] Zum Kaufrecht in Diokletians Konstitutionen s. *Harke*, Iuris prudentia (2019) 128–185; *Lambrini*, in: Eck/Puliatti, Diocleziano (2018) 493 ff.; zum Kaufrecht in den Fragmenta Vaticana s. *de Filippi*, Fragmenta Vaticana (2012) 35 ff., 99 ff., 167, 173 ff.; s. zu einzelnen Konstitutionen auch *Schnebelt*, Reskripte (1974).

[1180] *Honoré*, Emperors (1994) 163–181.

[1181] *Honoré*, Emperors (1994) 184.

[1182] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 134.

[1183] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 134.

[1184] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 130 f., 149.

Diocl./Maxim. C. 4.54.8 (o.A.) bekräftigt die Verbindlichkeit von *pacta*.[1186] **437**
Diocl./Maxim. C. 4.49.3 (a.290): Aus der Vereinbarung einer *arrha*-Hingabe erwächst kein dinglicher Anspruch.[1187] Diocl./Maxim. C. 4.45.2 (a.293) betrifft die Vertragsaufhebung und unterscheidet die Übergabe einer Sache als *arrha*, welche nach Aufhebung des Kaufvertrages *secundum fidem pacti* zurückverlangt werden kann, von der in Geld bestehenden Anzahlung auf den Kaufpreis, die dem Käufer nurmehr die Vertragsdurchsetzung *ex empto* offenlässt. Diocl./Maxim. C. 4.54.7 (o.A.) handelt von einem Käufer, der Schwierigkeiten mit seinem Rückkaufsrecht hat.[1188]

Kauf und Eigentumsübergang: Offenbar gab die Bedeutung der Kaufpreiszahlung **438**
für die Vertragsperfektion und für den Eigentumsübergang Anlass für Klarstellungen. Diocl./Maxim. C. 4.38.8 (o.A.) entscheidet, die Nichtzahlung durch einen Käufer (der sich irrig als beschenkt ansah?) berechtige den Verkäufer nicht zur Rückforderung der Sache (*in rem*), sondern nur zur Durchsetzung der Kaufpreisforderung. Hieraus ergibt sich mittelbar, dass die Kreditierung des Kaufpreises bei Vertragsschluss dem Übergang des Eigentums nicht entgegenstand. Denselben Grundsatz bestätigt Diocl./Maxim. C. 4.38.9 (a.294): Ist der Preis bestimmt, aber noch nicht gezahlt, besitzt der Käufer die übergebene Sache *recte*; wurde eine Schenkung verschleiert, wird diese mit der Übergabe gültig; ein Zahlungsanspruch des Gebers besteht nicht.[1189] Diocl./Maxim. C. 4.49.8 (a.293) behandelt u. a. die Fragestellung, ob eine vom Käufer erbrachte Steuerzahlung dessen Eigentümerstellung (auch ohne *inductio in vacuam possessionem*, also vor Übereignung) begründet, was verneint wird.[1190]

Leistungspflichten und Störungen: Diocl./Maxim. C. 4.49.16 (a.294) spricht dem **439**
Käufer von Vieh das nach Vertragsschluss geworfene Kalb zu.[1191] Diocl./Maxim. C. 4.49.11 (a.293) bestätigt die Haftung des Verkäufers, der die verkaufte Sklavin vor deren Übergabe freigelassen hat;[1192] die verkäuferseitige Freilassung ist nur solange möglich, wie noch nicht Eigentum übertragen wurde. Diocl./Maxim. C. 4.49.12 (a.293) betrifft die *condemnatio* bei der Käuferklage wegen Nichtlieferung von Wein: Eine Steigerung des Handelswertes wird berücksichtigt, da es um das Interesse des Käufers und nicht um den Vertragspreis gehe. Diocl./Maxim. C. 4.49.10 (a.293) entscheidet, dass im Fall eines nicht eingehaltenen Liefertermins für das Interesse des Käufers auf die Verhältnisse abgestellt werden darf, wie sie im vertraglich vorgesehenen Lieferzeitpunkt bestanden. Nicht sehr klar ist die Bedeutung von Diocl./Maxim. C. 4.49.15 (a.294): Ein

[1185] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 134.
[1186] Diocl./Max. C. 4.57.6 (a.293) behandelt den Verkauf einer *puella* mit der Klausel *ut manumitteretur*; → Rn. 427.
[1187] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 147; zu Diocl./Max. C. 4.48.4 (a.290) → Rn. 200.
[1188] Dazu *Talamanca*, Caducazione 88–92; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 149 f.
[1189] Auch Diocl./Max. C. 4.38.3 (o.A.) behandelt eine als Kauf verschleierte Schenkung, dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 281.
[1190] Eingehend hierzu *Ernst*, Einrede (2000) 64–66, 69; s. auch *Harke*, Iuris prudentia (2019) 177.
[1191] Zu Diocl./Max. C. 4.49.13 (a.294) → Rn. 179, 213; auch *Harke*, Iuris prudentia (2019) 140.
[1192] Zum klassischen Recht → Rn. 153, 165.

Weizenkäufer verlangt offenbar etwas über die vereinbarte Menge hinaus (was?); dies wird ihm abgeschlagen, *in solutione mora non facta*. Man fragt sich, was der Käufer im Fall des Lieferungsverzuges hätte verlangen können. Sollte man hier eine isolierte Ausklagbarkeit von Verzugsschaden nach – verspätet – erfolgter Lieferung annehmen? Oder verlangt ein Käufer, der vorausgezahlt hat, eine Erhöhung der Liefermenge wegen zwischenzeitlich gefallenen Marktpreises? Allenfalls könnte es auch um Ersatz anderer Postitionen gegangen sein, wie etwa Transport- oder Lagerkosten.[1193] In mehreren Konstitutionen werden Verkäufer abgewiesen, die – in unterschiedlichen Stadien des Vertragsvollzugs – eine Rückgabe der Kaufsache anstreben: Ohne besondere Abrede (*lex commissoria*?) steht nur die Kaufpreisklage offen, nicht aber die Vertragsaufhebung; Diocl./Maxim. C. 4.49.6 (a.293); ähnl. Diocl./Maxim. C. 4.44.6 (a.293); Diocl./Maxim. C. 4.44.7 (a.293); Diocl./Maxim. C. 4.44.9 (a.293); auch schon Ant. C. 4.49.1 (a.215). Das Drängen auf Rückgewähr der Sache bringt Harke mit der zeitbedingten Höherschätzung von Sachwerten in Zusammenhang.[1194]

440 Haftung für Eviktion und Rechtsmängel:[1195] Diocl./Maxim. C. 4.38.11 (o.A.) verneint einen Anspruch des Käufers auf die Verstärkung der Eviktionsgarantie durch Eviktionsbürgen. Nach Diocl./Maxim. C. 8.44.30 (a.294) lässt der Umstand, dass der Käufer sich eine *stipulatio duplae* hat geben lassen, nicht den Schluß zu, dieser habe vom fehlenden Eigentum des Verkäufers gewusst; sein etwaiger böser Glaube muss auf anderem Wege bewiesen werden; bleibt der Kläger beweisfällig, droht ihm eine Injurienhaftung.[1196] Diocl./Maxim. C. 8.44.17 (a.290) bestätigt als Erfordernisse der Verkäuferhaftung sowohl die *denuntiatio* als auch die richterliche Anordnung der Herausgabe der Kaufsache an den berechtigten Kläger. Diocl./Maxim. C. 8.44.20 (a.293) handelt von den zeitlichen Grenzen, innerhalb derer der Verkäufer sich am Prozess gegen den Käufer beteiligen kann. Im Streit mit dem Dritten kann sich der Käufer auch auf Verteidigungsmittel des Verkäufers stützen: Diocl./Maxim. C. 8.44.28 (a.294). Diocl./Maxim. C. 8.44.31 (a.294) dreht sich um den reizvollen Fall, dass der Erbe eines Eviktionsbürgen aus vorbestehendem oder anderweitig erworbenem (offenbar also nicht ererbtem) Recht die Kaufsache – während eines hängigen Vindikationsverfahrens mit einem dritten Kläger – zu vindizieren versucht, was ihm gestattet wird. Eine ähnliche Konstellation (Eviktionsbürge erwirbt die Kaufsache unter Einschaltung seiner Ehefrau) begegnet schon in Alex. C. 8.44.11 (a.231).[1197] Durch Diocl./Maxim. C. 8.44.22 (a.293) wird dem Käufer der Stipulationsverfall bestätigt, nachdem er Alt-

[1193] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 167, nimmt an, im Kognitionsverfahren hätten Naturalleistung und Verzugsschaden (nur Letzterer in Geld bemessen) kombiniert werden können (zweifelhaft, → Rn. 175), während im Formularprozess nur der Geldwert im Lieferzeitpunkt erstritten werden konnte.

[1194] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 172 f., 185 und öfter.

[1195] Zu Diocl./Max. C. 8.44.24 (a.294) → Rn. 293.

[1196] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 157.

[1197] Dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 158.

schulden abgetragen hat, die das Kaufgrundstück, das ihm als „frei" verkauft worden war, belasteten. Diocl./Maxim. C. 4.49.17 (o.A.) stellt klar, dass der Verkäufer nicht für gewaltsame Vertreibung aus gekauftem und in Besitz genommenem Land haftet.[1198] Im Fall von Diocl./Maxim. C. 8.44.18 (a.293) ist der Käufer mit einem Freiheitsprozess des Kaufsklaven konfrontiert: Obsiegt er, hat es dabei sein Bewenden (er erhält vom Verkäufer keinen „Kostenersatz"); verliert der (gutgläubige) Käufer, haften ihm der Verkäufer bzw. die Eviktionsbürgen sowie die Erben. Diocl./Maxim. C. 8.44.25 (a.294) gewährt dem im Freiheitsprozess unterlegenen Sklavenkäufer ein Wahlrecht, ob er aus der Stipulation das *duplum* oder *ex empto* sein Interesse verfolgen will.[1199] Eine andere Problematik der Haftung aufgrund eines Freiheitsprozesses behandelt Diocl./Maxim. C. 8.44.21 (a.293): Da für den Freiheitsprozess keine zeitliche Beschränkung besteht, ist auch der Rückgriff auf den Verkäufer nicht befristet.[1200] Aus Diocl./Maxim. C. 8.44.23 (a.293) ergibt sich, dass die Eviktionshaftung auf den Eviktionsschaden gerichtet ist, und nicht bloß auf Kaufpreisrückzahlung.[1201] Diocl./Maxim. C. 8.44.16 (a.290) gewährt einem Käufer, der auf das Kaufgrundstück Verwendungen gemacht hat, hierfür anteiligen Ersatz gegen den Eigentümer, der es ihm zum Teil mit Erfolg entzogen hat, wogegen die anteilige Kaufpreisrückforderung gegen den Verkäufer verfolgt werden muss. Auch Diocl./Maxim. C. 8.44.27 (a.294) handelt von der Verkäuferhaftung *ex empto* aufgrund des Verkaufs eines fremden bzw. verpfändeten Grundstücks, die allerdings nur gegenüber dem gutgläubigen Käufer bestehe.[1202]

Sachmängelhaftung: Die ädilizischen *actiones* werden beibehalten. Diocl./Maxim. **441**
C. 4.58.3 (a.286) stellt klar, dass eine Flucht des Sklaven vom Verkäufer keine Mängelrechte auslöst, der Sklave erstmals nach dem Verkauf flieht; anders bei ausdrücklicher Übernahme dieses Risikos durch den Verkäufer. Diocl./Maxim. C. 4.49.14 (a.294) spricht dem Käufer mehrerer Sklaven ein Recht auf eine *repromissio ‚de eorum fuga itemque sanitate erronesque non esse aut noxa absolutos'* zu. Diocl./Maxim. C. 4.58.4 (a.286) = Cod. Theod. 3.4.1: Ein *pactum displicentiae* gibt dem Käufer ein Redhibitionsrecht. Ein Wandlungsrecht hat auch der arglose Käufer, dem ein *fundus* verkauft worden ist, der mit gesundheitsgefährdenden oder gar tödlichen Gräsern bewachsen ist. Diocl./Maxim. C. 4.49.9 (a.293) erklärt den Verkäufer, der seinem Käufer eine zu niedrige Grundstückssteuerschuld (*capitatio*) angegeben hat, für ausgleichspflichtig; die Stelle muss nicht als interpoliert ausgeschieden werden.[1203]

[1198] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 165 f.
[1199] Schon → Rn. 290 a. E.
[1200] Schon → Rn. 242 a. E.; s. auch *Harke*, Iuris prudentia (2019) 154 f.
[1201] *Harke*, Iuris prudentia (2019) 155.
[1202] Dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 155 f.
[1203] So aber *Haymann*, Haftung (1912) 129; zu vergleichbaren Fällen schon → Rn. 416.

b. Die Konstitutionen zur *laesio enormis* und das Höchstpreisedikt

442 Zwei Reskripte aus der Kanzlei von Diokletian und Maximian, beide nur im justinianischen Codex überliefert, behandeln den Schutz von Landverkäufern gegen einen Verkauf unter Wert. Unter Berufung auf die *humanitas* erlaubt der Kaiser dem Richter, einer Verkäuferklage auf Landrückgabe (gegen Kaufpreiserstattung) oder – nach Wahl des Käufers – auf Nachzahlung bis zur Erreichung des *iustum pretium* stattzugeben; ungenügend sei ein Preis, der weniger als die Hälfte des *verum pretium* ausmache; Diocl./Maxim. C. 4.44.2 (a.285),[1204] ergangen vermutlich unter der Amtszeit des Gregorius als *magister libellorum*.[1205] Acht Jahre später wurde ein Käufer zurückhaltender beschieden; Diocl./Maxim. C. 4.44.8 (a.293): Hier wird zunächst das Nichtvorliegen von *dolus* und *metus* betont; der Preis habe sich in einem Verhandlungsprozess ergeben; schließlich wird aber doch das Aufhebungsrecht des Verkäufers und das gegenläufige Nachzahlungsrecht des Käufers, der damit der Aufhebung zuvorkommt, bestätigt. Zum diesbezüglichen Quellenbestand gehören zwei nachdiokletianische Konstitutionen, bei denen der Versuch des Käufers, sich von einem Verkauf unter Wert zu lösen, erfolglos bleibt.[1206] Die beiden nicht widerspruchsfreien Reskripte Diokletians werden von der Forschung unter verschiedenen Gesichtspunkten intensiv diskutiert.[1207] Fraglich ist schon, inwieweit die Reskripte im justinianischen Codex textlich und inhaltlich getreu wiedergegeben sind.[1208] Die von der Textgestalt nahegelegten Zweifel an der Echtheit[1209] werden durch die Einschätzung genährt, dass sich das Setzen einer festen Preisuntergrenze als Abwendung vom klassischen römischen Recht darstellt

[1204] Die erste Konstitution ging auch in den Codex Gregorianus (290/292) ein; beide Konstitutionen in den Codex Hermogenianus; *Sirks*, RIDA[3] 54 (2007) 462.

[1205] *Honoré*, Emperors (1994) 148 ff.; *Liebs*, Italien (1987) 30 ff.

[1206] In Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 3.1.4 (a.383) wird ein Recht des Verkäufers auf Nachzahlung verneint; man hat sich gefragt, ob darin eine Abkehr oder gar formelle Aufhebung der in Diocl./Max. C. 4.44.2 (a.285) überlieferten Konstitution zu sehen ist (eher nicht).

[1207] *Forster*, Ona'ah (2018) 150–206; dazu *Lucrezi*, SZ 136 (2019) 406–414; *Connolly*, Lives (2010) 114–117; *Montañana Casaní*, Rescisión por lesión (1999) 23–60; *Göttlicher*, Gerechter Preis (2004); *Jusztinger*, Ess. Pécs 107–123; *Hackl*, SZ 98 (1981) 147–161; *Harke*, SZ 122 (2005) 91–102; *Grebieniow*, RIDA[3] 61 (2014) 195–216; *Pennitz*, FS Mayer-Maly (2002) 575–589; *Ziliotto*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 597–628; *Díaz-Bautista Cremades*, Sem.Compl. 27 (2014) 307–320; *Sirks*, ACost. V 39–47; *Sirks*, TR 60 (1992) 39–47; *Sirks*, RIDA[3] 54 (2007) 461–469; *Platschek*, SZ 128 (2011) 406–409; *Tuzov*, Ric. Talamanca II 837 ff.; *Lambrini*, QL 8 (2018) 277–308; *Cardilli*, FS Molnár 115–145; *Parra Martin*, RGDR 11 (2008); *Westbrook*, RIDA[3] 55 (2008) 39–52; *Lambrini*, Scr. Zabłocka 453–463; *Pennitz*, SZ 138 (2021) 379–445; *Koops*, OH RLS 609–620; *Campi*, L'invalidation du contrat (2018) 5–97; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 179–186; *Oliva Córdoba*, ARSP 2019, 553–575.

[1208] Vor allem die Schlusssätze von Diocl./Max. C. 4.44.2 (a.285) und Diocl./Max. C. 4.44.8 (a.293), die die Halbwert-Regel bringen, sind als postdiokletianische (*Sirks*) oder justinianische (*Albertario*) Zusätze verdächtigt, aber (zuletzt mehrheitlich) auch in ihrer Echtheit verteidigt worden (*Pennitz, Harke, Platschek* u. a.).

[1209] Zuletzt *Westbrook*, RIDA[3] 55 (2008) 39–52; die heute überwiegende Meinung ist für Echtheit, s. z. B. *Forster*, Ona'ah (2018) 150–206; *Lambrini*, QL 8 (2018) 277–308.

(→ Rn. 89). Eine am Gedanken der objektiven Äquivalenz zwischen Preis und Sachwert ausgerichtete, starre Preisuntergrenze passt an sich besser zu der theologisch geprägten Gedankenwelt der Zeit nach Konstantin („christliche Wirtschaftsethik").[1210] Die justinianische Redaktion jedenfalls hat die Halbwert-Regelung entweder schon so vorgefunden und gutgeheißen oder in eine diokletianische Konstitution, die als solche gegen einen konkreten Verkauf unter Wert geholfen hatte, einmontiert. Es bleiben Zweifel an der in der heutigen Forschung überwiegenden Annahme, Diocl./Maxim. C. 4.44.2 (a.285) überliefere korrekt die Konstitution Diokletians, schon dieser hätte also schon generell den Halbwert des *iustum pretium* als Preisuntergrenze fixiert. Für die Urheberschaft der diokletianischen Kanzlei spricht allerdings der wenig später unternommene Versuch der kaiserlichen Verwaltung, die Währung durch ein Höchstpreisedikt zu stabilisieren (→ Rn. 446).

In den Fällen von Diocl./Maxim. C. 4.44.2 (a.285) und Diocl./Maxim. C. 4.44.8 (a.293) ging es offenbar um die Ausnutzung der Unwissenheit von (bäuerlichen?) Landverkäufern, denen das Ausmass der Geldinflation des späten dritten Jahrhunderts unbekannt geblieben war. Man muss nicht bezweifeln, dass die kaiserliche Kanzlei im Jahr 285 dem Petenten effektiv zur Hilfe gekommen ist. Die romanistische Lehre hat auf verschiedene Weisen versucht, hier eine Anwendung oder behutsame Weiterentwicklung klassischen Vertragsrechts zu sehen. Dafür spricht an sich die konservative Tendenz der diokletianischen Kaiserjuristen. In extremen Varianten geht es um Deutungen, welche in beiden Konstitutionen nichts sehen als eine Fortführung klassischen Rechts, womit jeglicher Einfluss einer regulatorischen Absicht geleugnet wird. In diesem Sinne hat man sich etwa auf die *bona fides*,[1211] die Vorstellung des *error in negotio*,[1212] die *restitutio in integrum propter aetatem*[1213] gestützt und schließlich noch die Möglichkeit erwogen, dass es um die Zurechnung von Verkäufen durch ermächtigte Personen ging, denen man bei Unterschreitung des Preises unter die Hälfte des Wertes die Wirksamkeit absprach (sozusagen „Missbrauch der Vertretungsmacht").[1214] Auch wird – an sich zutreffend – darauf verwiesen, dass die Vorstellung des *iustum pretium* bereits im klassischen Recht bekannt gewesen ist.[1215] 443

[1210] Der justinianische Codex ordnet gegenüber Händlern eine Beschränkung der Gewinnspanne an, was von den (erg.: Bischöfen der) Christen überwacht werden soll: Valentin./Valens C. 1.4.1 (a.364). Die Überlieferung im Theodosianus – Valentin./Valens Cod. Theod. 13.1.5 (a.364) – ergibt für die ursprüngliche Konstitution einen ganz anderen Regelungsgehalt: hier wird eine Gleichbehandlung in der Gewerbebesteuerung angeordnet. Ungeachtet zahlreicher Zweifelsfragen verbindet sich bei Justinian doch wohl der Gedanke der *caritas* mit der Gewinnbegrenzung, wobei zur Umsetzung auch zum Mittel der Interpolation gegriffen wurde.

[1211] *Ziliotto*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 597–628.

[1212] *Harke*, SZ 122 (2005) 91–102.

[1213] *Lambrini*, QL 8 (2018) 277–308; hier wird noch Diocl./Max. C. 2.53.3 (a.285) angeführt.

[1214] *Pennitz*, SZ 138 (2021) 379–445.

[1215] → Rn. 89.

444 Es ist unsicher, auf welchem prozessualen Wege ein Verkäufer wegen des zu tiefen Preises vorzugehen hatte. Hat man an eine gerichtliche Vertragsklage („Anfechtung") zu denken, die eine richterliche Preisschätzung auslöste, oder an eine *in integrum restitutio*? Die letztgenannte Möglichkeit würde eine Brücke zur einer auf *dolus* gestützten *in integrum restitutio* schlagen,[1216] indem die Unterschreitung des Halbpreises als Beleg für einen *dolus* des Verkäufers gewertet wird. Die Wahlmöglichkeit des Verkäufers und die Abwendungsbefugnis des Käufers sind plausibel mit der größeren Flexibilität des Kognitionsverfahrens (→ § 15) zusammengebracht worden.[1217]

445 Es ist nicht bekannt, welche praktische Bedeutung die durch die Konstitutionen eingeführten Preisuntergrenzen und der Durchsetzungsmechanismus in der Spätantike noch hatten.[1218] Da die mittelalterlichen Lehren vom gerechten Preis (*iustum pretium*) – als ein verallgemeinertes Element eines typenübergreifenden Vertragsrechts – in diesen Konstitutionen einen positivrechtlichen Anker fanden, sei hervorgehoben, dass es im späten dritten Jahrhundert lediglich um Landverkäufe und um einen Schutz einseitig des (bäuerlichen?) Landeigentümers ging, dessen Grundstück massiv unter Wert verkauft worden war. Die Erwähnung von *res* im Eingangssatz von Diocl./Maxim. C. 4.44.2 (a.285) reicht keinesfalls als historischer Beleg dafür, dass die Halbwertsregelung seit 285 für alle Kaufgegenstände in Kraft gewesen oder gar praktiziert worden wäre.[1219]

446 Ende 301 verfügte Diokletian ein Höchstpreisedikt für Güter und Dienstleistungen.[1220] Es ist Gegenstand intensiver Debatten, mit einem Schwerpunkt auf Fragen der Wirtschaftsgeschichte und der mit dem Edikt verfolgten Politikziele. Man diskutiert etwa, ob der Preisanstieg, der mit dem Edikt bekämpft wurde, seine Ursache in der vorausgehenden Währungsreform hatte[1221] oder in den militärischen Restrukturierungen der 290er-Jahre.[1222] Das Preisedikt hat sich in der juristischen Überlieferung nicht erhalten; es fehlen Erörterungen vertragsrechtlicher Fragen, die in der Anwendung des diocletianischen Preisedikts doch wohl auch aufgetreten sein dürften.[1223] In den folgenden Jahrhunderten sind immer wieder staatliche Preistaxen und Höchstpreisbeschränkungen erlassen worden, teilweise auch unter kirchlichem Einfluss, und haben den Bereich der freien Preisbildung zunehmend eingeschränkt.

[1216] Hier wird noch Diocl./Max. C. 2.53.3 (a.285) angeführt.

[1217] *Pennitz*, FS Mayer-Maly (2002) 587 f.

[1218] In anderen Konstitutionen sieht *Harke*, Iuris prudentia (2019) 182 ff., ein wiederholtes Bemühen von Verkäufern, eine Preisanhebung durchzusetzen; er wertet dies als Anzeichen, dass die Regeln zur *laesio enormis* gelebtes Recht geworden sind. Cod. Theod. 10.17.3 = C. 4.44.16 (a.391/392) kann nicht in diese Richtung gedeutet werden; s. *Wiewiorowski*, Studia Ceranea 2 (2012) 75–82.

[1219] A. A. *Harke*, SZ 122 (2005) 102; *Harke*, Iuris prudentia (2019) 185 f.

[1220] *Noethlichs*, s. v. E. Diocletiani, Preisedikt, Diokletianisches, DNP; *Rees*, Diocletian (2004) 139–146; *Bramante*, Statutum de rebus venalibus (2019).

[1221] *Meißner*, Historia 49 (2000) 79–100.

[1222] *Brandt*, in: Demandt et al., Diokletian (2004) 47–55.

[1223] Laktanz berichtet von der Verhängung von Todesurteilen; Lact. De mort. pers. 7,7.

3. Kaufrecht im Codex Theodosianus und in den Paulussentenzen

Der Codex Theodosianus behandelt Kaufrecht in vier Titeln. Der Titel Cod. Theod. 3.1 handelt *De contrahenda emptione* und enthält neun Konstitutionen: Honor./Theodos. Cod. Theod. 3.1.9 (a.415) erklärte Kaufverträge, Schenkungen und Vergleiche, *quae per potentiam extortae sunt*, für unwirksam.[1224] Iul. Cod. Theod. 3.1.3 (a.362) machte den Verkauf durch Minderjährige (gleich welchen Geschlechts) von einer richterlichen Genehmigung abhängig. Const. Cod. Theod. 3.1.1 (a.319) lehnte den Versuch eines Verkäufers ab, einen Kauf wegen zu niedrigen Preises zu annulieren. Auf derselben Linie liegt Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 3.1.4 (a.383). Nach Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 3.1.7 (a.396) ist es auch unschädlich, dass ein Verkauf zu einem höheren Preis erfolgt als dem Einstandspreis.[1225] Wiederholt haben sich im vierten Jahrhundert Konstitutionen mit der Übertragung von Grundstücken beschäftigt: Const. Cod. Theod. 11.3.1 ≈ C. 4.47.2 (a.319), Const. Cod. Theod. 11.3.2 (a.327), Const. Cod. Theod 3.1.2 ≈ Frag. Vat. 35.3–5 (a.337), Julian. Cod. Theod. 11.3.3 ≈ C. 4.47.3 (a.363). Jeweils ging es um die Sicherung des Einzugs der Grundsteuern bei der Veräußerung des Grundstücks, die mit einer Steuervermeidung einherging oder zumindest die Steuereintreibung erschwerte.[1226] In Const. Cod. Theod. 3.1.2 (a.337) wurde für den Verkauf von Grundstücken die Zuziehung von Nachbarn als Zeugen vorgeschrieben; das Erfordernis diente vermutlich der Identifikation des Steuerschuldners. Diese Konstitution ging nicht in die justinianische Kodifikation ein. Theodos./Arcad./Honor. Cod. Theod. 11.3.5 (a.391) verlangte beim Landerwerb die Eintragung im Steuerregister. Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 3.1.5 (a.391) schloß Juden vom Kauf christlicher Sklaven aus.[1227] Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 3.1.6 (a.391)[1228] lockerte gegenüber einem früheren Kaiserverbot (Konstantin) die Möglichkeit der Veräußerung von Eigentum entgegen dem Willen von *proximi et consortes* an *extranei*, offenbar familienfremde Personen. Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 3.1.8 (a.399) sprach klandestinen Verträgen solcher Personen, die sich durch Flucht der Amtspflicht entzogen haben, die Wirksamkeit ab. Zum Abschluss des Titels bringt Honor./Theodos. Const. Theod. 3.1.10 einen Auszug aus Novell. Valent. 32, wonach ältere Kaufbeschränkungen für Amtsträger bereits durch Honorius in gewisser Weise gelockert worden sind. – Die weiteren drei Titel zum Kauf behandeln mit je einer Konstitution die *lex commissoria*, Const. Cod. Theod. 3.2 (a.326?),[1229] den Verkauf von

447

[1224] Vgl. *Wacke*, ANRW II.13 578 ff.

[1225] Ebenso schon Diocl./Max. C. 4.44.4 (a.293).

[1226] Einzelheiten bei *Voss*, Kaisergesetze (1982) 168–173; *Honoré*, Ess. Nicholas 145 ff.; *Willems*, Quinquaginta Decisiones (2017) 433; *Schmidt-Hofner*, in: Wiemer/Rebenich, Julian the Apostate (2020) 141 f.; *Macnair*, in: Spagnolo/Sampson, Principle and Pragmatism (2020) 37–55; zu Konstantins Beiträgen zum Kaufrecht s. auch knapp *Dillon*, Constantine (2012) 65, 129;

[1227] Dazu etwa *Hunt*, in: Harries/Wood, Theodosian Code (1993) 143–158; *Armgardt*, QL 9 (2019) 300 f.; *Lucrezi*, Koinonia 34 (2010) 70 f.; *De Bonfils*, BIDR 92/93 (1989/90) 47–72.

[1228] ≈ C. 4.38.14 (a.391).

[1229] ≈ C. 8.34.3, dazu ausf. Si, Legal Studies 3 (2014) 91–112; kurz *Dillon*, Constantine (2012) 60 Fn. 2.

Kindern durch ihre Väter, Valentin./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 3.3 (a.391),[1230] und schließlich eine Frage aus dem Recht der ädilizischen Rechtsbehelfe: Valentin./Theodos./Arcad. Cod. Theod. 3.4 (a.319).

448 Im Kaufrecht der sogenannten Paulussentenzen (Paul. sent. 2.17.1–16: *Ex empto et vendito*) sieht Detlef Liebs eine „Erkenntnisquelle für das spätklassische Recht, wenn auch oft unbeholfen ausgedrückt, durchsetzt mit epiklassischem Recht und africanischen Regionalismen".[1231] Er ist damit der Vorstellung Ernst Levys entgegengetreten, wonach die sog. Paulussentenzen Ausdruck weströmischen Vulgarrechts seien.[1232] Was die sogenannten Paulussentenzen zum Kaufrecht aussagen, ist erkennbar dem römischen Rechtsbestand für den Kauf entnommen. Teilweise findet man eine beherzte „Rechtsvereinfachung" (z. B. Paul. sent. 2.17.6, → Rn. 396; Paul. sent. 2.17.4 im Verhältnis zu Paul. sent. 1.19.1, → Rn. 296; Paul. sent. 2.31.17, → Rn. 151 a. E.). Es ist eher unwahrscheinlich, dass die Paulussentenzen ein weiterentwickeltes römisches Kaufrecht spiegeln, das in irgendeinem Rechtskreis tatsächlich als „geltend" anerkannt und gelebt worden ist.

4. Justinians Reformen im Kaufrecht[1233]

449 Im Zuge der justinianischen Gesetzgebung, welche in den Erlassen von Codex, Digesten und Institutionen kulminierte, sind wesentliche Eingriffe in das Kaufrecht, wie auch in den übrigen Rechtsgebieten,[1234] weitgehend (wenn nicht sogar ausschließlich) durch Reformkonstitutionen Justinians bewirkt worden. Von Reformkonstitutionen wurde abgesehen, wo der Rechtszustand, den Reformen früherer Kaiser hergestellt hatten, befriedigte. Selbst für veraltete Rechtsinstitute erschien eine kaiserrechtliche Aufhebung notwendig, sei es durch Justinian, sei es durch einen seiner Vorgänger. Der für die Abfassung der Digesten beauftragten Kommission war eine beschränkte Zuständigkeit zur Kürzung und Glättung der klassischen Texte sowie zur Anpassung an den durch Kaiserrecht geschaffenen Rechtszustand eingeräumt, nicht jedoch zur grundsätzlichen Änderung des geltenden (sei es auch außer Gebrauch geratenen) Rechts.

450 Wie es sich hinsichtlich der *mancipatio* verhielt, die spätestens im vierten Jahrhundert fast ganz außer Gebrauch gekommen sein dürfte,[1235] ist nicht vollständig geklärt. Als ein Institut des *ius civile* hätte ihre Elimination und allfällige Ersetzung doch wohl

[1230] S. etwa auch Const. C. 4.3.22. (329) sowie Paul. sent. 5.1.1.

[1231] *Liebs*, in: Avenarius, Hermeneutik (2008) 175; s. auch Bianchi, in: Ravenna Capitale (2019) 50–65.

[1232] *Levy*, Vulgar Law (1951).

[1233] *Collinet*, Droit de Justinien I (1912) 89–113.

[1234] Die Darstellung hier folgt insoweit *Lokin*, Et. Ankum I (1995) 261–273.

[1235] *Nowak*, JJP 41 (2011) 103–122; abweichend *Voss*, Kaisergesetze (1982) 175, der mit einem lebhaften Gebrauch noch unter Konstantin rechnet.

einen Akt der Rechtssetzung erfordert. Iust. C. 7.31.5 (a.531) spricht im Zusammenhang mit der *usucapio* von der *sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*, was vielleicht auf einen bereits früheren (dann nicht überlieferten) Aufhebungsakt hindeutet.[1236] Die Sonderstellung des *nudum ius Quiritium* wird 530/531 in der Konstitution des Titels C. 7.25 (*De nudo ex iure Quiritium tollendo*) beseitigt.[1237] Sicher ist, dass die *mancipatio* und die weiteren, auf sie bezüglichen Rechtsinstitute (insb. die Haftung für *auctoritas*, aber auch die *actio de modo agri* oder die *leges in mancipio dictae*) dem justinianischen Recht, wie es in Codex, Digesten und Institutionen fixiert wurde, nicht mehr angehören. Die auf sie bezogenen Passagen in der für die Digesten verwendeten Rechtsliteratur (und womöglich auch noch in Kaiserkonstitutionen bis etwa zu Diokletian) wurden entweder ausgelassen oder unter Interpolationen auf verbleibende Rechtsfiguren umgemünzt. Für den Übereignungsvorgang wurde *mancipatio* durch *traditio* (manchmal ergänzt durch *usucapio*) ersetzt; die *mancipatio* als Haftungsgrundlage (*auctoritas*) wurde auf die *emptio venditio* oder eine *stipulatio duplae* umgemodelt. Diese letztgenannten Änderungen oblagen der für die Herstellung der Digesten eingesetzten Kommission. Diese und andere Eingriffe führten nicht unbedingt dazu, dass das Kaufrecht unter Justinian vereinfacht wurde; im Gegenteil ergaben sich neue Distinktionen, die – obwohl fein durchdacht – keinen wirklichen Rechtsfortschritt darstellten. Die Neuregelung der *custodia*-Haftung kann als Beispiel dienen (→ Rn. 148–152).

Inst. 3.23 pr. bekräftigt, dass die *emptio venditio* wie von alters her weiterhin ohne **451**
Urkunde abgeschlossen werden kann. In einem Spannungsverhältnis hierzu sieht man oft Iust. C. 4.21.17 (a.528),[1238] doch behandelt diese Konstitution in allgemeiner Weise die vereinbarte Schriftform für den Vertragsschluß; sie gilt auch für den Kaufvertrag:[1239] Sind sich die Parteien in dem Wunsch nach Schriftform einig, wird der Vertrag erst mit Abfassung einer förmlichen Urkunde wirksam; Entwürfe genügen nicht. Das Zeichnungserfordernis unterscheidet danach, ob die Urkunde von einer Partei stammt oder von einem *tabellio*: Im ersten Fall bedarf es einer *subscriptio*, eine Art feierlichen Anerkenntnisses der Urkunde, die nicht notwendig eigenhändig geschrieben werden musste (Analphabetentum?); im zweiten Fall sollen *completio* und *absolutio* erforderlich sein. Mit dem Schlussvermerk „*complevi*“ erklärte der Notar die Abgeschlossenheit der Urkunde und übernahm für diese die Verantwortung. Die *absolutio* war wohl die Erklärung der Parteien, die Urkunde sei zur Aushändigung freigegeben.[1240] § 2 der Konstitution behandelt die Frage der *arrha* (schon → Rn. 93): Obgleich es vor der Erfüllung der notwendigen Formen noch an einem gültigen Vertrag fehlt, ist der Käufer,

[1236] S. *Söllner*, SZ 122 (2005) 13; s. auch *Harke*, Iuris prudentia (2019) 272 f.

[1237] *Willems*, Quinquaginta Decisiones (2017) 427–436 mit umf. Nachweisen; zu Const. Cod. Theod. 3.1.2.1 (o.A.) → Rn. 447.

[1238] S. *Bertoldi*, Formalismo (2016) 115–119 u. passim; auch schon *Collinet*, Droit de Justinien I (1912) 89–113; und *Cornil*, SZ 48 (1928) 51–87.

[1239] Ausf. *Gallo*, St. Biondi II 413 ff.

[1240] *Woeß*, Urkundenwesen (1924) 52, 317.

der eine *arrha* geleistet hat, mit deren Verfall sanktioniert, wenn er sich den Formalitäten entzieht; ein Verkäufer, der dies tut, hat dem Käufer das Doppelte der empfangenen *arrha* zurückzuerstatten.

452 Iust. C. 7.45.14 (o.A.) vertieft die schon kaiserrechtlich eingeführte Richterbefugnis, den Kläger in die von ihm geschuldete Gegenleistung zu verurteilen, dies auch ohne förmlich erhobene Widerklage und daher auch dann, wenn dem Richter die Zuständigkeit für eine Klage auf den Gegenanspruch fehlen würde.[1241]

453 Von Iust. C. 6.2.22 (a.530) war bereits im Zusammenhang mit der *custodia*-Haftung des Verkäufers zu handeln; → Rn. 148.

454 Iust. C. 4.38.15 pr (a.530) legte die Streitfrage bei, ob die Preisbestimmung einem Dritten überlassen werden könne. Man sieht hierin eine der *Quinquaginta Decisiones.*[1242] In den Institutionen wird dieselbe Frage schulmäßig auseinandergesetzt (Inst. 3.23.1); die Digesten überliefern dazu nichts.

455 Iust. C. 7.47 (a.531) beschränkte die Haftung des Verkäufers auf das Kaufpreisdoppelte (*duplum*).[1243] Diese Haftungsbeschränkung hat ihren klassischen Ursprung vermutlich im Einsatz der *actio empti* neben der *actio auctoritatis* und ist in diesem Zusammenhang besprochen (→ Rn. 291). Man versteht die Konstitution als Beleg dafür, dass sich das Verständnis für das *id quod interest* verflüchtigt habe; zur Verhinderung richterlicher Willkür – exzessiver Verurteilungssummen? – führte der Kaiser eine gesetzliche *taxatio condemnationis* für diejenigen Fälle ein, *qui certam habent quantitatem vel naturam.* In den Fällen, in denen ein derart sicherer Anhalt fehlt, bestehe keine Beschränkung auf das *duplum*, doch sollen die Richter in ihren Einschätzungen sorgfältig vorgehen.[1244]

[1241] Hierzu *Ernst*, Einrede (2000) 62 f.; *Scaffardi*, StParm. 31 (1982) 205–211.

[1242] Ausf. *Willems*, Quinquaginta Decisiones (2017) 104 ff. mit umf. Nachweisen; *Weber*, RLT 11 (2015) 80–81.

[1243] Zur Entstehung dieser Regel und dem Zusammenhang mit Paul. 5 quaest. D. 19.1.43 / Paul. 5 quaest. D. 19.1.45 pr.,2 (dem Fall der Arescusa) s. ausf. *Ernst*, FS Knütel 304 f., sowie die oben nachgewiesene Literatur → Rn. 291 Fn. 897.

[1244] Für eine kritische Durchsicht des Textes und für zahlreiche Anregungen bin ich Bruno Huwiler, Bern, sehr zu Dank verpflichtet.

§ 80 Klagen aus Verdingung (*actio locati* und *actio conducti*)

Paul du Plessis[1]

Costa, La locazione di cose nel diritto romano, 1915 (Ndr. 1966); *Longo*, Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella „locatio-conductio rei", in: Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento II, 1953, 379–403; *Mayer-Maly*, Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, 1956; *Amirante*, Ricerche in tema di locazione, BIDR 3 (1959) 9–119; *Kaufmann*, Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung, 1964; *Johne/Köhn/Weber*, Die Kolonen in Italien und den westlichen Provinzen des Römischen Reiches. Eine Untersuchung der literarischen, juristischen und epigraphischen Quellen vom 2. Jh. v.u.Z. bis zu den Severern, 1983; *Ernst*, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht in der Entwicklung seit Servius, SZ 105 (1988) 541–592; *Ernst*, Wandlungen des „vis maior"-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft, Index 22 (1994) 293–321; *Fiori*, La definizione della ‚locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica, 1999; *Du Plessis*, Letting and Hiring in Roman Legal Thought. 27 BCE–284 CE, 2012; *Mancinetti*, L'emersione dei doveri „accessori" nella locatio conductio, 2017.

Inhalt Rn.

I. Zur Geschichte des Vertragstyps 1
II. Strukturelemente des Vertrages 5
1. Die Klageformeln 10
2. Vertragshaftung und Gefahrtragung 24
III. Die *locatio conductio rei* (Miete bzw. Pacht) 33
1. Bewegliche Sachen 35
2. Unbewegliches Vermögen 40
a. Landwirtschaftliche Grundstücke 40
b. Städtische Grundstücke 47
IV. *Locatio conductio operarum* und *locatio operis faciendi* 58
V. Schlussfolgerungen zur klassischen Zeit 87
VI. Nachklassische und justinianische Entwicklungen 89

[1] Übersetzt von Ulrike Babusiaux.

I. Zur Geschichte des Vertragstyps

1 Wie bei fast allen Konsensualverträgen liegt auch die Herkunft der konsensualen *locatio conductio* im Dunkeln. Obschon die Worte *emere* und *locare* bereits in den Zwölftafeln (nach einer Lesart von Gai. 4.28) vorkommen, bleibt ihre exakte Bedeutung umstritten. Insbesondere ist unsicher, ob diese beiden Vertragstypen zur Zeit des Zwölftafelrechts bereits in ihrer ausdifferenzierten Form bestanden.

2 Es wird allgemein angenommen, dass die *locatio conductio* spätestens um 250 v. Chr. als Konsensualvertrag entstanden sein muss.[2] Obschon diese Zeitangabe weitgehend akzeptiert ist, ist sie in der Forschung immer wieder in Zweifel gezogen worden, da manche Forscher versuchen, eine Verbindung zwischen dem Wortlaut der Zwölftafeln und dem Aufkommen der Konsensualverträge herzustellen.[3]

3 Diese Ansätze sind aber in zweifacher Hinsicht problematisch: Erstens müsste hierzu eine etymologische Kontinuität der Verben *locare* und *conducere* und der aus ihnen gebildeten Substantive für eine Dauer von mehr als drei Jahrhunderten bestanden haben, was angesichts der großen Wandelbarkeit der lateinischen Sprache in dieser Zeit als wenig wahrscheinlich erscheint. Zweitens gilt es zu berücksichtigen, dass nach heutiger Auffassung nur wenig gesicherte Erkenntnisse über das römische Recht in der Zeit zwischen dem Erlass der Zwölftafeln und dieser Zeit existieren, und insbesondere wenig über das damalige Vertragsrecht bekannt ist.[4] Diese beiden Überlegungen führen, gemeinsam mit der Tatsache dass es an juristischer Literatur aus diesem Zeitabschnitt fehlt, dazu, dass viele der zum Ursprung geäußerten Theorien heute nicht mehr plausibel erscheinen.[5]

4 Aufgrund dieser Schwierigkeiten tendiert die neuere Lehre dazu, eine Vielzahl denkbarer Ursprünge, beispielsweise Verpachtung durch den Staat, Klientelverhältnisse und Patronat, anzunehmen, aus denen sich die *locatio conductio* entwickelt haben könnte.[6] Jedenfalls ist festzuhalten, dass der Rechtszustand vor 250 v. Chr. nicht mit jenem nach diesem Zeitpunkt verglichen werden kann.

---

[2] *Watson*, Mandate (1961) 9–10, zurückgehend auf Cic. off. 3,70; *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 9 f.

[3] *De Ligt*, Athenaeum 88 (2000) 377–392.

[4] Einige Hinweise lassen sich den Schriften von Cato Maior entnehmen. Siehe dazu *Lübtow*, Symb. Taubenschlag III 227–441.

[5] Die Forschung zur Entwicklungsgeschichte hat sich vor allem auf zwei Aspekte konzentriert. Der erste betrifft die Frage, ob sich der privatrechtliche Vertrag als Nachbildung aus einem anderen Rechtsbereich – wobei vor allem an öffentlich-rechtliche Vergaben von *munera* und *ultro tributa* gedacht wird – entwickelt haben könnte; der zweite erwägt eine unterschiedliche zeitliche Schichtung der drei traditionellen Formen des *locare* und *conducere*. Beide Fragen sind als offen zu bezeichnen. Zu den wichtigsten Positionen, vgl. *Mommsen*, SZ 6 (1885) 260–275; *Costa*, Locazione di cose (1915) 6; *Beck*, FS Lewald 3–13. Eine umfassende Diskussion findet sich bei *Kaufmann*, Miete (1964). Angesichts der geringen Quellendichte sind allerdings sichere Schlussfolgerungen ausgeschlossen.

[6] S. grundlegend zur frühen Geschichte der *locatio conductio* bei *Kaufmann*, Miete (1964). *Kaufmanns* Abhandlung sollte im Lichte der neueren Untersuchung von *De Ligt*, Athenaeum 88 (2000) 377–391, gelesen werden.

II. Strukturelemente des Vertrages

Der umstrittenste Aspekt des Vertrages betrifft die rechtliche Struktur der unter dem Begriff *locatio conductio* zusammengefassten Rechtsverhältnisse im klassischen römischen Recht.[7] Der Grund für den Streit in der Forschung liegt primär in der Bedeutung der Tradition des späteren „Civil Law", welche in ihrer Entwicklung zu einer dreifachen Unterteilung der römischrechtlichen Verträge für Miet- und Dienstverträge geführt hat. Diese Unterscheidung wird von vielen Romanisten auch auf das römische Vertragsverhältnis übertragen.[8] 5

Danach sollen drei Untertypen der *locatio conductio* existiert haben, nämlich die *locatio conductio rei* (Miete bzw. Pacht), *locatio conductio operarum* (Dienst- oder Arbeitsvertrag) und *locatio conductio operis faciendi* (Werkvertrag).[9] Die Geltung dieser Dreiteilung auch für die römische *locatio conductio* bildet für viele Detailfragen eine entscheidende Vorfrage,[10] da sie einerseits Entwicklungshypothesen des jeweiligen Rechtsverhältnisses, andererseits die Sichtweise auf Gefahrtragung, Haftung sowie Rechtsnatur und Inhalt der vertraglichen Pflichten prägt.[11] 6

Nach einer traditionellen Sicht kannte die *locatio conductio* bereits im klassischen römischen Recht eine Dreiteilung in Untertypen.[12] Innerhalb jedes Untertypus konnte der jeweilige Vertrag auf einige vertragstypische Punkte (*essentialia*) reduziert werden, aus welchen sich wiederum die wesentlichen Vertragspflichten und -rechte von *locator* und *conductor* bestimmen ließen. Die so festgestellten Vertragspflichten und -rechte unterstanden vorbestehenden, allgemeinen Regeln, die ihrerseits aus einer strengen Lesart der Rechtstexte abgeleitet wurden. Nach dieser Ansicht waren auch andere Regelungskonzepte, wie etwa die Haftung oder die Gefahrtragung, ausdifferenziert und wurden nach festen Vorgaben angewandt.[13] 7

Nach der stärker historisierenden Auffassung ergibt sich ein weniger klares Bild.[14] Die meisten Vertreter dieser Auffassung lehnen die auf die Pandektistik zurückgehende Dreiteilung der *locatio conductio* im römischen Vertragsrecht ab.[15] Weiter wird argumentiert, dass die römischen Juristen, wenn überhaupt, die *locatio conductio* in zwei Unterarten aufgeteilt hätten, nämlich die *locatio conductio rei* (Miete bzw. Pacht) und 8

[7] Die wichtigste Darstellung findet sich bei *Fiori*, Locatio conductio (1999).

[8] Ein Überblick über die Diskussion der Trichotomie seit dem 19. Jh. bei *Mayer-Maly*, Locatio conductio (1956) 17–19, ferner *Kaser*, RP I 562–572.

[9] *Torrent*, TSDP 4 (2011) 1–4.

[10] S. etwa *Costa*, Locazione di cose (1915).

[11] *Molnár*, St. Sanfilippo II 411–430 bleibt eine der wichtigsten Untersuchungen in diesem Zusammenhang.

[12] S. bei *Pókecz Kovács*, FS Benedek 217–230; *Torrent*, TSDP 4 (2011) 1–51.

[13] Ein gutes Beispiel bietet *Kaser*, SZ 74 (1957) 155–200 zum *periculum locatoris*.

[14] *Fiori*, Locatio conductio (1999) 362–364.

[15] *Fiori*, Locatio conductio (1999) 362–364, ein Überblick über die Vertreter dieser Meinung bei *Mayer-Maly*, Locatio conductio (1956) 17–19.

die *locatio conductio operarum* (Dienst- bzw. Arbeitsvertrag, wobei Dienst- bzw. Arbeitstätigkeit in einem weiten Sinne zu verstehen ist).[16] Diese Ansicht stützt sich auf eine umfassende Auswertung aller römischen Rechtstexte, in denen die Begriffe *opus* und *operare* in Zusammenhang mit der *locatio conductio* verwendet werden.[17]

9 Damit verbunden ist eine abweichende Auffassung zur Regelung der Gefahrtragung und Haftung im Rahmen dieses Vertragstypus. Die beschriebenen Untertypen der *locatio conductio* sollen sich nicht auf den Inhalt der Obligation beziehen, sondern das Synallagma von Entgelt und Gegenleistung betreffen.[18] Die Fragen von Haftung und Gefahrtragung sind nach dieser Rekonstruktion weniger streng zu trennen und in jedem Fall nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.

1. Die Klageformeln

10 Die Rekonstruktion der Klageformeln der *actiones locati* und *conducti* durch Lenel[19] ist durch die These von der Dreiteilung des Vertragstypus beeinflusst.

11 So soll die *actio locati* in ihren drei Varianten gelautet haben:

Quod Aulus Agerius Numerio Negidio fundum (opus faciendum, operas) quo de agitur locavit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito.

„Was das betrifft, dass der Aulus Agerius dem Numerius Negidius ein Grundstück/die Errichtung eines Werkes/Dienste, um das/die es geht, vermietet hat, was Gegenstand des Rechtsstreites ist. Was auch immer wegen dieser Sache der Numerius Negidius dem Aulus Agerius zu geben oder zu tun verpflichtet ist aus Treu und Glauben, in das, Richter, sollst du den Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, sollst du ihn freisprechen".

12 Die drei Unterarten der *actio conducti* werden wie folgt rekonstruiert:

Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio fundum (opus faciendum, operas) quo de agitur conduxit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Numerium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito.

„Was das betrifft, dass der Aulus Agerius vom Numerius Negidius ein Grundstück/die Errichtung eines Werkes/Dienste, um das/die es geht, gemietet hat, was Gegenstand des Rechtsstreites ist. Was auch immer wegen dieser Sache der Numerius Negidius dem Aulus Agerius zu geben oder zu tun verpflichtet ist aus Treu und Glauben, in das, Richter, sollst du den Numerius Negidius zugunsten des Aulus Agerius verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, sollst du ihn freisprechen".

13 Wie Fiori gezeigt hat, hat Lenel die in der ersten Auflage des Edictum perpetuum vertretene Zweiteilung des Vertragstyps (*fundus* und *operae*) unter dem Einfluss der

---

[16] Zur Vieldeutigkeit dieser Begriffe, vgl. nur *Wubbe*, TR 50 (1982) 241–251.

[17] Im Allgemeinen verneinen die Befürworter dieser Position auch die Existenz der *locatio conductio irregularis*. Vgl. hierzu *Benke*, SZ 104 (1987) 156–237.

[18] *Fiori*, Locatio conductio (1999) 305–318.

[19] *Lenel*, EP 299 f.

veränderten pandektistischen Lehre von der Rechtsnatur der *locatio conductio* hin zu einer Dreiteilung verändert.[20] Die nachweisliche Anpassung der römischrechtlichen Formeln im Sinne des Zeitgeistes der Epoche muss für die heutige Forschung ein wichtiges Argument gegen die Historizität der Dreiteilung in der Antike bilden.

Voraussetzung für die Durchsetzbarkeit einer Vereinbarung mittels *actio locati* oder *actio conducti* ist die Qualifizierung der konsensualen Abrede als *locatio conductio*. Dies bedeutet, dass zwischen den Parteien eine Übereinkunft (*consensus*) bezüglich der wesentlichen Vertragspunkte dieses Typus bestehen muss. Dabei ist die Frage nach der Wesentlichkeit bzw. die Qualifikation eines Vertragspunktes als *essentialium* allerdings eine Frage des Standpunktes und steht damit der Interpretation offen.[21] In der gewerblichen Vertragspraxis, in der sich die Vertragsparteien nicht unbedingt über die Rechtsnatur ihrer Vereinbarung auseinandersetzen, konnte die Qualifikation einer Parteivereinbarung als *locatio conductio* problematisch sein.[22] **14**

Dies führt in einem Nominatsystem, in dem Rechtsschutz auf dem Klageweg nur gewährt wird, wenn sich eine Vereinbarung einem vorgegebenen Vertragstypus zuordnen lässt, zu Schwierigkeiten: Es sind Fälle bekannt, in denen der Prätor, obwohl die gegebene Vereinbarung nicht der *locatio conductio* zugeordnet werden konnte, dennoch eine Klagebewilligung erteilte, weil es die Umstände verlangten. Diese Klage konnte entweder als analoge *actio locati* oder *actio conducti* oder auch als „unbenannte" Vertragsklage, das heißt als *actio praescriptis verbis*, erteilt werden (→ § 90). **15**

Eine derartige Auffangordnung erscheint insbesondere im Zusammenhang mit internationalen Handelsgeschäften sinnvoll, zum Beispiel, wenn einzelne Vertragspartner aus Reichsteilen mit anderen Rechtssystemen beteiligt waren, wie dies etwa aus Ägypten bezeugt ist.[23] **16**

Exkurs: Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen römischer *locatio conductio* und griechisch-ägyptischem Überlassungsrecht sind drei Aspekte zu beachten: Der erste betrifft die Perspektive der verfügbaren Quellen. Während für das römische Recht hauptsächlich Informationen aus der juristischen Literatur oder zur kaiserlichen Rechtssetzung über die konsensuale *locatio conductio* existieren, sind fast alle griechisch-ägyptischen Dokumente praktischer Natur, belegen also die Vertragspraxis. Verbindungen zwischen beiden Erscheinungen sind selten und schwer nachzuweisen: So fehlen einerseits römischrechtliche Behandlungen der provinzialen Praxis, ande- **17**

[20] *Fiori*, Locatio conductio (1999) 312 f., der einer Überlegung von *Kaufmann* folgt.

[21] Vgl. zum Beispiel *Molnár*, Index 12 (1983/84) 156–188 sowie *Fascione*, FS Serrao 67–97.

[22] Vgl. zum Beispiel Pap. 8 quaest. D. 19.5.1.1, dazu *Cannata*, Iura 43 (1992) 1–82 und *Kranjc*, SZ 106 (1989) 434–468.

[23] Aus der dokumentarischen Praxis gibt es wenige Beispiele, vgl. nur P.Vindob. G. 19792 (= SB VI 9571), der die Rückzahlung eines Seedarlehens zwischen einem römischen Geldgeber und griechischen Seehändlern betrifft. Das Dokument trägt das Datum des 13. Februars 149 n. Chr. Leider ist es unvollständig, weshalb nicht ermittelt werden kann, welches Recht auf den Vertrag angewendet wurde.

rerseits sind zwar dokumentarische Quellen überliefert, die sich als Ausdruck römischen Rechts ansehen lassen; wie sich diese ihrerseits zu den autochthonen Rechtsverhältnissen verhalten, bleibt aber oftmals unklar.[24]

18 Die zweite Schwierigkeit ergibt sich aus der generellen Unsicherheit hinsichtlich des Verhältnisses von römischem Recht und provinzialen Rechten im römischen Ägypten, sowohl für die Zeit vor als auch nach der *constitutio Antoniniana* im Jahre 212 n. Chr. Dabei ist zu beachten, dass die kaiserliche Verleihung des allgemeinen Bürgerrechts an alle Reichsbewohner das lokale Recht nicht gänzlich beseitigt zu haben scheint, und dass die Bewohner der Provinz gerade in dem hier relevanten Bereich der „Handelsverträge" weiterhin gerne auf ihr Herkunftsrecht zurückgegriffen haben.[25]

19 Als letzter Punkt in diesem Zusammenhang ist auf die bisher kaum erforschte Problematik der Gerichtswahl zu verweisen. Hier ist an Marcian D. 48.22.15 pr.[26] zu erinnern, der den Terminus *ius gentium* verwendet,[27] um die *locatio conductio* als Rechtsinstitut zu kennzeichnen, das nicht nur im römischen Recht bekannt ist, sondern auch in anderen Rechtsordnungen vorkommt (→ § 6).

20 Man könnte diesen Ausdruck als Hinweis auf das Bewusstsein der römischen Juristen ansehen, dass der *locatio conductio* ähnliche Verträge auch in den provinzialen Rechtsordnungen existierten, sie diese aber dennoch vom römischen Konsensualvertrag unterscheiden wollten. Für diese These spricht auch, dass die Juristen kautelarjuristische Wege diskutierten, die Anwendung des römischen Rechts auf einen Vertrag sicher zu stellen, wie dies in einem von Ulpian mitgeteilten Fall des Labeo geschieht.[28] Eine Möglichkeit scheint die Festlegung eines entsprechenden Wohnsitzes (*domicilium*) gewesen zu sein, welcher für den Zweck des Vertrages und seiner Rechtsdurchsetzung gewählt wurde. Leider ist dieser Bereich der „Rechtswahl" in der Forschung bisher zu wenig untersucht worden.

---

[24] Die ältere Literatur zum griechisch-ägyptischen Recht hat i. d.R. angenommen, dass die Überlassungsverträge aus Ägypten keinen Bezugspunkt zur *locatio conductio* des römischen Rechts aufwiesen, vgl. zuletzt Nachweise bei *Müller*, ΜΙΣΘΩΣΙΣ (1985), der die Rechtsnatur der griechisch-ägyptischen Verträge überprüft. Vgl. auch Beiträge in: Keenan et al., Law and Legal Practice (2014), die erneut zu einer generellen Unterscheidung der römischen und griechisch-ägyptischen Verträge gelangen.

[25] Vgl. zuletzt Nachweise bei *Alonso*, OH RLS 56–69.

[26] Marcian. iud. publ. (restituiert) D. 48.22.15 pr. … *deportatus civitatem amittit, libertatem retinet et iure civili caret, gentium vero utitur. itaque emit vendit, locat conducit, permutat, fenus exercet aliaque similia. unde etiam recte obligat, quae post condemnationem quaesivit: quibus in rebus creditores quoque, qui bona fide contraxerunt cum eo, praeferuntur fisco deportatis defunctis succedenti. nam bona, quae condemnationis tempore inveniuntur, deportatus alienare non potest.*

[27] Vgl. Marcian. 4 reg. D. 1.8.4; Marcian. 3 reg. D. 19.5.25; D. 25.2.25; Marcian. 1 inst. D. 48.19.17.1.

[28] Ulp. 60 ed. D. 5.1.19.3 *Apud Labeonem quaeritur, si homo provincialis servum institorem vendendarum mercium gratia Romae habeat: quod cum eo servo contractum est, ita habendum atque si cum domino contractum sit: quare ibi se debebit defendere.*

Aufgrund der in den Klageformeln vorgenommenen und daher für die Durchführung des Prozesses notwendigen Zuordnung der Parteien musste es im konkreten Fall dennoch möglich sein, die Rollen von *locator* und *conductor* zu unterscheiden. Diese Bestimmung von *locator* und *conductor* scheint nach den Umständen des Einzelfalles geschehen zu sein. Auch musste die Vereinbarung nach ihrem vertraglichen Inhalt eine *locatio conductio* nach der römischen Rechtsvorstellung darstellen. Das Urteil selbst konnte auf ein *incertum* lauten und aufgrund der *ex-fide-bona*-Klausel hinsichtlich seines Inhalts flexibel angepasst werden, so dass dem Richter großes Ermessen bei der Bestimmung der jeweiligen Rechtsfolgen zukam (→ § 78). **21**

In Bezug auf die Klageformel verdienen zwei weitere Punkte Erwähnung: Obschon die Verurteilungen im Formularprozess auf eine Geldleistung (*condemnatio pecuniaria*) lauteten (festgelegt durch den Richter aufgrund seines Ermessens *ex fide bona*), ist zu beachten, dass es kaum Informationen darüber gibt, auf welche Weise das geschuldete Entgelt zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmt wurde. Immerhin weisen die römischen Rechtstexte darauf hin, dass die Höhe des Entgelts zu den wesentlichen Vertragspunkten zählte. Zudem wird deutlich, dass das Entgelt nicht bloß symbolischen Wert haben durfte, sondern dass die *locatio conductio* definitionsgemäß einen Erwerbszweck verfolgen musste.[29] **22**

Ob dieser Grundsatz in der Praxis streng durchgeführt wurde, muss offenbleiben. Beispiele aus der römischen Rechtspraxis (insbesondere TPSulp. 45 → § 8) legen eher eine gewisse Flexibilität nahe. **23**

2. Vertragshaftung und Gefahrtragung

Die römischen Rechtstexte, die sich mit der *locatio conductio* auseinandersetzen, behandeln vorrangig Fragen der vertraglichen Haftung und der Gefahrtragung.[30] Entsprechend sind es auch die Themen, welche die Forschung zum römischen Recht dominieren. Dies gilt auch für die jüngeren, stärker historisierenden Ansätze zum Verständnis dieses Vertragstypus. In Folge dieser Studien ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die römischen Rechtstexte keinen abstrakten Begriff der Haftung bzw. der Gefahrtragung kennen und auch für die *locatio conductio* kein spezifisches Konzept beider Termini geprägt haben.[31] **24**

Ansatzpunkte der Quellen für Gefahrtragungs- und Haftungsfragen sind die Begriffe *dolus* und *culpa*. Beeinflusst von der Dogmatik des 19. Jh.s, interpretiert die traditionelle Lehre die Begriffe als Haftungskriterien.[32] Dabei wird argumentiert, dass *dolus* **25**

[29] Ulp. 69 ed. D. 19.2.46 *Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit.*, dazu (mit umfassenden Nachweisen) *Mólnar*, St. Sanfilippo II 411–430.

[30] Wichtig hierzu *Kaser*, SZ 74 (1957) 155–200; *Miquel*, SZ 81 (1964) 134–190; *Alzon*, Labeo 12 (1966) 311–337; *Ernst*, SZ 105 (1988) 541–592; *Ernst*, Index 22 (1994) 293–321; *Müller*, Gefahrtragung (2002); *Gerkens*, Ess. Pool 109–120; *Vacca*, St. Nicosia VIII 305–331.

[31] *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 24.

[32] Wichtig in diesem Zusammenhang *MacCormack*, Index 22 (1994) 189–209, vgl. auch *Amirante*, BIDR 3 (1959) 9–119, sowie allgemein *Molnár*, Haftungsordnung (1998).

und *culpa* ausdefinierte Begriffe sind und technische Kategorien für den Verhaltensmaßstab der Vertragsparteien *locator* und *conductor* darstellen. Die stärker historisierende Forschung erblickt im Gegensatz von *dolus* und *culpa* hingegen Platzhalter, deren Bedeutung im Kontext des vertragsbegründenden Synallagmas festzustellen ist. Nach dieser Auffassung ist die vertragliche Verantwortlichkeit von *locator* oder *conductor* nach den Umständen zu ermitteln, wobei der Rechtsanwender das im Rahmen der *bona-fides*-Klausel eingeräumte Ermessen nutzt, um eine sachgerechte Einzelfallentscheidung zu entwickeln.[33]

26 Eine Untersuchung der Texte zur *locatio conductio* zeigt, dass der Begriff des *dolus* eine überraschende Bedeutungskonstanz aufweist:[34] Er wird im Sinne der berühmten Definition des Labeo in Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.2 verstanden, der in Anlehnung an den republikanischen Juristen Servius, *dolus* als „… *machinationem quandam alterius decipiendi causa* …“ definiert.

27 Eine besondere Spielart des Verschuldens trifft den *conductor* von Sklaven. Er gilt als verantwortlich für die Nachlässigkeit (*neglegentia*) der vermieteten Arbeitskraft, ohne dass ihm selbst ein konkreter Vorwurf von *dolus* oder *culpa* gemacht werden muss. Diese Verantwortlichkeit für fremdes Handeln, eine Art stellvertretendes Verschulden, wird in den römischen Rechtstexten seit dem 2. Jh. für Sklaven entwickelt und in ihren Voraussetzungen präzisiert.[35] Bemerkenswert ist insbesondere die Erstreckung auf andere, für den *conductor* tätige Personen, die nicht unbedingt dem Sklavenstatus unterstellt sind.[36] Dem *conductor* wird also das fremde Verschulden wie eigenes zugerechnet.

28 Auch die Frage nach der vertraglichen Gefahrtragung im Rahmen der *locatio conductio* wird in der Forschung aus zwei unterschiedlichen Perspektiven angegangen: Eine streng rechtsdogmatisch orientierte Sichtweise nimmt an, dass die römischen Juristen ein kohärentes und beständiges Konzept der vertraglichen Gefahrtragung entwickelt haben. Es soll sich im Begriff des *periculum* wiederfinden und auch Begriffen wie *vis maior* und *casus fortuitus* (*vis minor*) zugrunde liegen.

29 Beiden Spielarten der *vis* komme die Funktion zu, eine bereits existierende Verantwortlichkeit einer Partei für *dolus* und *culpa* auf Grundlage von im vornhinein festgelegten Regeln auszuweiten.[37] So habe etwa der *locator* als wirtschaftlich überlegene Partei üblicherweise das Risiko für die *vis maior* getragen.[38] Die jüngere, stärker his-

[33] Zur Wechselseitigkeit von Leistung und Gegenleistung in der *locatio conductio*, vgl. umfassend *Fiori*, Locatio conductio (1999) 65–125.

[34] Eingehend beschrieben bei *MacCormack*, BIDR 88 (1985) 1–38; *MacCormack*, SDHI 52 (1986) 236–285; *MacCormack*, BIDR 96/97 (1993/94) 83–146. Hauptbeleg ist Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.7, dazu *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 131 f.

[35] *Frier*, SZ 95 (1978) 232–269.

[36] Vgl. Gai. 10 ed. prov. D. 19.2.25.7, dazu *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 93 f.

[37] Ausführlich dazu *Miquel*, SZ 81 (1964) 134–190.

[38] Ein wichtiges Beispiel bildet Gai. 10 ed. prov. D. 19.2.25.6 *Vis maior, quam Graeci* θεοῦ βίαν *appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur* ….

torische Sichtweise stößt sich an der Starrheit dieser Konzeption und nimmt an, dass der Begriff des *periculum* in den römischen Rechtstexten eine weniger technische Bedeutung hatte und eher die „Möglichkeit eines Verlustes" (MacCormack)[39] beschrieben habe. Namentlich gebe es keine Indizien dafür, dass sich das römischrechtliche *periculum* im Sinne der modernen vertraglichen Gefahrtragung interpretieren lässt.

Einen Kristallisationspunkt dieser akademischen Auseinandersetzung bildet das **30**
Verständnis der vor allem im Zusammenhang mit der *remissio mercedis* in den Quellen häufig angesprochenen *vis maior*.[40] Die Diskussion kreist um drei miteinander zusammenhängende Fragestellungen: Sie betrifft erstens die Frage, ob *vis maior* im römischen Recht über einen eindeutigen Bedeutungsinhalt verfügte.[41] Sodann wird erörtert, aus welchem Grund der *locator* regelmäßig die mit der *vis maior* einhergehende Unbill zu tragen hatte.[42] Drittens und letztens wird untersucht, wie sich die in den Rechtstexten anzutreffenden Einzelfälle (Feuer-, Flutkatastrophen etc.) zum Konzept der *vis maior* verhalten (insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich einzelne Texte zu widersprechen scheinen).[43] Obschon Vieles zu diesen Fragen streitig bleibt, hat die jüngere Literatur die Vorstellung entwickelt, dass die Idee der *vis maior* aus dem Kaufrecht stamme und sich ihre Bedeutung für Miet- und Dienstverträge im Verlauf der klassischen Zeit verändert habe.

Der Begriff des *casus* ist in den Rechtstexten weniger häufig belegt. Besonders pro- **31**
minente Beispiele für *casus* sind der räuberische Überfall und der Raub der vom *conductor* überlassenen Sache. Einen Gegenbegriff zu *vis* bildet *vitium*, also der einer überlassenen Sache anhängende Defekt.[44] Diese Beschreibung bedeutet keine dogmatische Fixierung, sondern eine Annäherungsformel, die offenbar situativ verwendet wurde,[45] so dass ihr genauer Inhalt von den Umständen des Falls abhing.[46] So wird etwa dem *locator* das *vitium soli*, worunter man die Gefahr öffentlicher Beschlagnahme oder Enteignung verstehen kann, zugewiesen, so dass ihn insoweit eine stärkere Haftung trifft (bzw. dem *conductor* eine Haftungsbefreiung zugutekommt).[47]

Die einzelfallbezogene Komplexität der Diskussion in den Quellen zeigt sich auch **32**
darin, dass die *vitia ex ipsa re* ihrerseits im Rahmen der *remissio mercedis* zu berücksichtigen sind.[48]

---

[39] *MacCormack*, BIDR 82 (1979) 11–37.

[40] Für eine umfassende Darstellung der Literatur, vgl. *Capogrossi Colognesi*, Remissio mercedis (2005).

[41] Vgl. v. a. *Ernst*, SZ 105 (1988) 542 f., 548 und *Ernst*, Index 22 (1994) 293–321.

[42] Umfassend *Ernst*, Index 22 (1994) 293–321.

[43] Vgl. z. B. *Sitzia*, St. Giul. D'Amelio I 331–361.

[44] *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 48 f.

[45] Eine gute Zusammenfassung der Diskussion findet sich bei *Gerkens*, Ess. Pool 109–120.

[46] Vgl. Gai. 28 ed. prov. D. 39.2.29 und vor allem Ulp. 32 ed. D. 19.2.15.2.

[47] Zu diesen Fällen des *vitium soli*, vgl. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 229–232.

[48] Allgemein hierzu *Pinna Parpaglia*, Vitia ex ipsa re (1983); *Sitzia*, St. Labruna VII.

III. Die *locatio conductio rei* (Miete bzw. Pacht)

33 Bei der *locatio conductio rei* vermietete oder verpachtete der *locator* (der regelmäßig, aber nicht notwendig Eigentümer der Miet- bzw. Pachtsache war) und überließ dem *conductor* die Nutzung (*uti frui*) des Miet- bzw. Pachtobjekts für eine bestimmte Zeit und gegen ein bestimmtes Entgelt.[49] Dieses Synallagma zwischen *merces* und *uti frui praestare* kann unter besonderen Umständen noch weitere Bestimmungen aufnehmen, die besondere Rechte und Pflichten der Parteien definieren. Ohne ausdrückliche Bestimmung leiten sich diese aus dem Synallagma und der *bona fides* ab, die als Grundlage des Vertrages gilt und durch den Zusatz *ex fide bona* in der Formel ausdrücklich angezeigt wird.

34 Die vertragliche Hauptpflicht (um die modernen Begrifflichkeiten zu verwenden) des *locators* bestand darin, zu Vertragsbeginn dem *conductor* die Miet- bzw. Pachtsache verfügbar zu machen. Überdies hatte der *locator* sicherzustellen, dass sich die Miet- bzw. Pachtsache in einem für den vorausgesetzten Gebrauch tauglichen bzw. vertragsgemäßen Zustand befand.[50] Die Hauptpflicht des *conductor* seinerseits bestand in der Zahlung des Miet- bzw. des Pachtzinses; er war verpflichtet, die Sache durch seinen Gebrauch nicht zu beschädigen.

1. Bewegliche Sachen

35 Zunächst ist festzuhalten, dass die in den Rechtstexten diskutierten Fälle offenbar besondere Streitfragen betrafen und dass die Juristen den gewöhnlichen oder in ihrer Lösung evidenten Fällen offenbar keine besondere Beachtung schenkten. Weiter fällt auf, dass die meisten Texte die vertragliche Haftung oder die Abgrenzung zu anderen Vertragstypen bzw. dem Deliktsrecht betreffen.[51] Aus diesem Grund erscheint es bedeutsam, nach den Ursachen einer juristischen Kontroverse zu fragen und sie in Verhältnis zu der jeweiligen Vertragssache zu setzen.

36 Es ist jedenfalls festzuhalten, dass die aus den römischen Rechtstexten bekannten Fallbeispiele nie die Miete oder Verpachtung von beweglichen Sachen zum persönlichen Gebrauch, sondern immer einen gewerblichen Kontext betreffen. Diese Einseitigkeit der Quellen sollte nicht zur Annahme verleiten, dass die Miete oder Pacht von persönlichen Gegenständen nicht vorgekommen sei, sondern vielmehr als Beleg für die Hauptfunktion der Konsensualverträge im römischen Recht gelesen werden: Es handelt sich um Verträge des Handels, in denen der konkreten Vertragssache und dem Parteiverhalten eine entscheidende Bedeutung für die rechtliche Würdigung zukommt.

[49] *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 121–124.

[50] Vgl. z. B. Paul. 34 ed. D. 19.2.24.4; ein guter Überblick über die Texte bei *Longo*, St. Arangio-Ruiz II 379–403.

[51] Vgl. z. B. Ulp. 32 ed. D. 19.2.19.1 = *dolia*; Ulp. 32 ed. D. 19.2.13.8 = *mensurae*; Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.8 = *vehiculum*; Lab. 1 pith. a Paul. epit. D. 14.2.10.1 = *navis*; Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.7 = *servus* (*mulio*).

Die Abhängigkeit der vertraglichen Rechtsfolgen von den Umständen des Einzelfalls zeigt sich bei einem Vergleich von zwei in Ulpians Ediktskommentar gegenübergestellten Fällen, von denen einer die Vermietung von ins Erdreich eingegrabenen Aufbewahrungsgefäßen (*dolia*), der andere die Verpachtung von Weideland (*saltum pascuum*) betraf:[52] Während Ulpian betont, dass der *locator* im ersten Fall bei Schadhaftigkeit der Gefäße dem *conductor* unabhängig von der Kenntnis vollständig auf das Interesse hafte (*id quod interest*) (→ § 78), soll die Verantwortung des *locator* im Fall des Weidelandes von seiner Kenntnis bzw. dem Nichtwissen von der möglichen Mangelhaftigkeit des Weidelands abhängen. **37**

Kenntnis und Nichtwissen sind auch in einem Fall zur Vermietung von Messgefäßen (*mensurae*) Voraussetzung der Haftung.[53] In diesem Fall war eine dritte Partei, nämlich der für die Marktaufsicht verantwortliche Magistrat, für die Zerstörung der Mietsache verantwortlich, so dass zu klären war, ob der *conductor* oder der *locator* für diesen Verlust einzustehen habe. Von Interesse an diesem Text ist, dass er sowohl eine Bestimmung für fehlerhafte wie funktionsfähige Messgefäße enthält: Waren die Messgefäße fehlerhaft, war nach Sabinus weiter danach zu unterscheiden, ob der *conductor* hiervon wusste und ob seine Kenntnis zu einer entsprechenden Verwendung und damit zu einer Zerstörung durch die Ädilen geführt hatte. Keine Haftung traf den *conductor*, wenn er nichts von den Fehlern der Messgefäße gewusst hatte. Waren die Messgefäße in Ordnung, konnte der *locator* seinerseits nur dann verklagt werden, wenn der Ädil aufgrund der unsachgemäßen Verwendung eingeschritten war und die Gefäße zerstört hatte. **38**

In diesen und anderen Texten[54] werden sowohl die Natur der Vertragssache als auch die Kenntnis des *conductor* wie das Verhalten des *locator* bei der Beurteilung der vertraglichen Verantwortlichkeit berücksichtigt.[55] **39**

2. Unbewegliches Vermögen

a. Landwirtschaftliche Grundstücke

Aus Gründen der Anschaulichkeit wird hier zwischen Vermögen an landwirtschaftlichen und städtischen Grundstücken unterschieden, obgleich auch diese Unterscheidung in den römischen Rechtstexten fließend ist.[56] Den als *ager rusticus, fundus rusticus* **40**

[52] Ulp. 32 ed. D. 19.2.19.1, mit der Literatur bei *Frier*, SZ 95 (1978) 232–269 und *Fiori*, Locatio conductio (1999) 105–108.

[53] Ulp. 32 ed. D. 19.2.13.8, dazu Nachweise bei *Rizzi*, ZP 12/2 (2012) 181–198.

[54] Vgl. Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.8, dazu *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 128–130. Es geht um die Zahlung von Wegzoll, wobei es auch hier auf die Kenntnis des *conductor* von der anfallenden Zollzahlung ankommt. Vgl. ferner Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.7, der die Vermietung eines fachkundigen Sklaven betrifft. Einzelheiten zum Text bei *Cardilli*, Praestare (1995) 259–262. Zu dem in diesem zweiten Text behandelten Auswahlrisiko des *locator*, vgl. auch *Honsell*, Lib. Am. Miquel 513–521.

[55] *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 145 f.

[56] *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 135 f. Vorrangig verwendet werden die Begriffe des *ager* bzw. des *fundus*. Zu den möglichen Gründen, siehe *De Neeve*, TR 52 (1984) 3–19.

oder *villa rustica* bezeichneten Vermögensgegenständen[57] ist gemeinsam, dass sie in einer ländlich bzw. landwirtschaftlich genutzten Umgebung gelegen sind und zur landwirtschaftlichen Nutzung und Fruchtziehung vermietet und verpachtet werden. Eine üblicherweise vereinbarte Verpachtungszeit war die Dauer von fünf Jahren.[58]

41 Der Hauptzweck dieser vertraglichen Absprachen bestand darin, dem *conductor* die Möglichkeit zu geben, das Grundstück zu bewirtschaften und Früchte daraus zu ziehen. Die Pachtsumme wurde dabei meist in Raten bezahlt; in der Regel jährlich. Die Zahlungen wurden durch Realsicherheiten gesichert,[59] wobei die Sicherungsobjekte entweder durch die Parteien frei ausgewählt werden konnten oder es sich aber um Objekte handelte, die mit dem Pachtland verbunden waren, wie etwa auf dem Halm stehendes Korn oder Gerätschaften des Pächters, über die dem Verpächter *ipso iure* ein Pfandrecht zustand.

42 Grundstücke dieser Art scheinen regelmäßig mit dem *instrumentum* verpachtet worden zu sein.[60] Dieses schloss sowohl Produktionsanlagen, wie etwa Olivenpressen und Mühlen, als auch die dort zugehörigen Arbeitskräfte mit ein.[61] Insofern vermitteln die erhaltenen Juristentexte den Eindruck, dass sie hauptsächlich mit der Pacht größerer ländlicher Grundstücke befasst waren.

43 Einer der meist diskutierten Aspekte im Zusammenhang mit der Verpachtung von Grundstücken in Hinblick auf eine landwirtschaftliche Bewirtschaftung ist die *remissio mercedis*.[62] Im Hauptbeleg (Ulp. 32 ed. D. 19.2.15.2),[63] der die Risikosphären von Verpächter und Pächter voneinander abgrenzt, wird der republikanische Jurist Servius Sulpicius mit der Aussage zitiert, der Eigentümer habe dem Pächter für jeden durch *vis maior* verursachten Schaden einzustehen, wie z. B. für über die Ufer tretende Flüsse, einfallende Krähen oder Stare oder auch den Durchzug von feindlichen Soldaten. Die Mängel aus der Sache selbst (*vitia ex ipsa re*), wie z. B. Wein, der zu Essig werde, oder Saat, die durch Würmer aufgefressen worden sei, oder auch ein Erdrutsch, seien vom Pächter zu tragende Risiken.

44 Die Zuweisung des Risikos durch die Rechtsordnung an eine Partei[64] bedeutete, dass die den Schaden tragende Partei nicht nur für den Schaden aufkommen musste, son-

---

[57] *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 136–150; zur Entdeckung einer Empfangsbestätigung für den Pachtzins an zwei Landhäusern, vgl. *Tomlin*, Roman London (2016) 168 f.

[58] Ausführlich besprochen durch *De Neeve*, Colonus (1984).

[59] S. dazu *De Neeve*, Colonus (1984) 47–49, 97–99.

[60] Vgl. *Frier*, SZ 96 (1979) 204–228; zum *instrumentum fundi*, vgl. vor allem *Di Porto*, Scr. Guarino VII 3235–3277, sowie allgemein *Ligios*, Instrumentum fundi (1996).

[61] Es gibt keine eigentliche Definition des *instrumentum*; eine hilfreiche Liste findet sich in Ulp. 20 Sab. D. 33.7.8 pr.

[62] Die umfassendste Darstellung hierzu findet sich bei *Capogrossi Colognesi*, Remissio mercedis (2005).

[63] Vgl. *Capogrossi Colognesi*, Remissio mercedis (2005).

[64] Eine Zusammenfassung bei *Frier*, BIDR 92/93 (1989/90) 237–270; ferner *Kehoe*, Investment (1997); *Kehoe*, Law and Rural Economy (2007).

dern gleichzeitig ihre übrigen vertraglichen Verpflichtungen voll zu erfüllen hatte. Obschon vordergründig relativ klar, wirft die präsentierte Risikoverteilung Fragen auf.[65] Zunächst ist zu klären, woher die Zuweisung von *vis maior* an den *locator* und der *vitia ex ipsa re* an den *conductor* stammt. Sodann stellt sich die Frage, was diese Begriffe im Einzelnen beinhalten und in welchem Zusammenhang diese Begriffe mit weiteren, im letzten Teil des Fragmentes genannten Beispielen stehen.[66]

Auch die Diskussion um Ulp. 32 ed. D. 19.2.15.2 ist von dem oben beschriebenen **45**
Gegensatz zwischen einer traditionellen, eher dogmatischen Herangehensweise einerseits und der stärkeren historischen Kontextualisierung andererseits geprägt:[67] Aus Sicht der Dogmatik erscheint die *remissio mercedis* lediglich als ein spezifischer Anwendungsfall des Gefahrtragungsregimes (*periculum*) der landwirtschaftlichen Pacht.[68] Diese Erklärung setzt mithin die Existenz eines derartigen kohärenten Systems der Gefahrtragung im Vertrag voraus, das durch die überlieferten Texte zur *locatio conductio* gerade nicht konstruiert werden kann.[69] Zudem würden die in Ulp. 32 ed. D. 19.2.15.2 angegebenen Beispiele selbst nicht erfasst.

Die Vertreter einer stärker sozialhistorischen Deutung, v. a. Bruce W. Frier und **46**
Dennis Kehoe, argumentieren daher, dass der *remissio mercedis* keine aus der Dogmatik erklärbare Funktion zukam. Sie sehen den Rechtsbehelf der *remissio mercedis* vielmehr als Ausdruck ökonomischer Erwägungen in Bezug auf das vertragliche Synallagma an: Die Pacht an landwirtschaftlichen Grundstücken wird als *relational contract* gedeutet, dessen Pflichten nicht *ab initio*, sondern durch die Entwicklung der vertraglichen Umstände konkretisiert und entwickelt werden.[70]

b. Städtische Grundstücke

Für die städtischen Grundstücke bildet das Phänomen der entgeltlichen Überlassung **47**
von Mietskasernen (*insulae*) einen Schwerpunkt der römischen Rechtstexte.[71] Vor allem Friers 1980 erschienene Analyse der Aussagen über die in den *insulae* vermieteten Räumlichkeiten vermittelt neue Einsichten.[72] Hervorzuheben sind vor allem die Verwaltungsstrukturen, durch die sich die Eigentümer der *insulae*[73] – meist Angehörige

[65] Umfassend hierzu *Ernst*, Index 22 (1994) 293–321.

[66] Es geht um Ulp. 32 ed. D. 19.2.15.2 … *idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit*, dazu *Müller*, Gefahrtragung (2002).

[67] *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 138–142.

[68] Zur Diskussion, vgl. Nachweise bei *De Neeve*, SZ 100 (1983) 296–339.

[69] Wichtig v. a. die Arbeit von *Frier*, BIDR 92/93 (1989/90) 237–270.

[70] Vgl. *Frier*, BIDR 92/93 (1989/90) 237–270, vgl. auch allg., *Kehoe*, Law and Rural Economy (2007).

[71] Die genaue Bedeutung des Begriffes ist strittig. Vgl. dazu *Wallace-Hadrill*, Houses and Society (1994).

[72] *Frier*, Landlords (1980).

[73] *Frier*, CJ 74 (1978) 1–6.

der privilegierten Oberschicht – den Zugriff auf den Mietzins sicherten, ohne sich selbst um das Tagesgeschäft der Vermietung kümmern zu müssen.

48 Obschon es offenbar verschiedene Möglichkeiten für eine eigene Verwaltung durch Sklaven oder Freigelassene gegeben hätte,[74] zeigen die Rechtstexte, dass man es offenbar vorzog, eine ganze *insula* an einen Mittelsmann zu vermieten, der die einzelnen Wohnungen dann selbstständig untervermietete.[75] Die Verträge mit dem Mittelsmann wurden üblicherweise für die Dauer von fünf Jahren eingegangen, wobei der geschuldete Mietzins zu Beginn eines jeden Jahres zu entrichten war. Die dem Untervermieter entstehenden Auslagen konnten sodann durch die Zahlungen des Mietzinses gedeckt werden, welche die Mieter täglich, wöchentlich oder monatlich zu leisten hatten.[76] Auch wenn hierfür keine eindeutigen Belege überliefert sind, bestehen Anzeichen dafür, dass im Verhältnis zu den Endmietern Standardverträge Verwendung fanden.[77]

49 Die Rechtstexte zur Vermietung von Lagerräumen (*horrea*) behandeln hauptsächlich drei Fragen. Die erste betrifft die Sicherung des Mieters gegen Eigentumswechsel auf Seite der Vermieter.[78] Da die *locatio conductio* des Endmieters allein obligatorische Rechtswirkungen hatte und dem Mieter auch keinen Besitz verschaffte, war der Mieter nur vertraglich gegen Eigentümerwechsel auf Seite des Vermieters geschützt.[79]

50 Wurde eine Immobilie bei bestehenden Mietverhältnissen übereignet, musste den Mietern nach Meinung der römischen Juristen daher ein gewisser Schutz gewährt werden. Insbesondere verlangten sie, dass der verkaufende *locator* mit dem neuen Eigentümer ein *pactum* abschloss, durch welches dieser die bestehenden Mietverhältnisse fortzusetzen hatte. Anpassungen der Mietverhältnisse oder auch Beendigungen sollten erst nach Ablauf der mit dem früheren Eigentümer getroffenen Mietdauer möglich sein.[80] Das *pactum* wirkte zwar nicht unmittelbar für den Endmieter, ermöglichte es aber dem Verkäufer einer *insula* den Käufer aus Vertragsverletzung zu verklagen, wenn dieser die Endmieter auswies und diese Mieter den Verkäufer als vormaligen Vermieter belangten.

51 Die zweite mit der Bewirtschaftung der *insulae* verbundene Frage betrifft die Zahlung der Miete. Hier wurde ein Unterschied zwischen der Mietzahlung des Mittels-

---

[74] Dies ergibt sich z. B. aus der Diskussion des Begriffs der *familia urbana* in Pomp. 6 Sab. D. 50.16.166, wo die Funktion des *vilicus* mit der eines *insularius* verglichen wird, was auf ein eigentliches „slave management“ hinweist. Andere Gestaltungen bei *Frier*, Landlords (1980) 24, 28–30, der eine Reihe von Texten erörtert, in denen die *insula* einer freien Person vermietet wird, die dann Teile auf eigene Rechnung untervermietet.

[75] *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 158 f.

[76] Vgl. *Frier*, JRS 67 (1977) 27–37.

[77] Vgl. FIRA III 143 (a) und (b), 144 = CIL IV 138; CIL IV 1136; CIL IV 807, welche Anzeigen für freie Mietobjekte betreffen.

[78] Vgl. Gai. 10 ed. prov. D. 19.2.25.2, dazu *Du Plessis*, Letting and Hiring (2012) 159–162 mit weiteren Literaturangaben.

[79] In der modernen Dogmatik wird diese Stellung des Mieters teilweise als *detentio* bezeichnet.

[80] *Kaser*, RP I 566 mit Fn. 32 mwN. *Kasers* Interpretation beruht auf Gai. 10 ed. prov. D. 19.2.25.1

mannes und den in der Summe geringeren Zahlungen der *insula*-Mieter gemacht: Da Mietzahlungen häufig über eine Realsicherheit, namentlich ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen (*invecta et illata*) des Mieters, gesichert wurden, ergab sich die Frage, ob dem Eigentümer der *insula* auch mit Blick auf seine Vertragsbeziehung zum Mittelsmann an den *invecta et illata* der *insula*-Mieter ein Pfandrecht zustehe (→ § 48). Ulpians Ediktskommentar enthält eine die Interessen aller Parteien berücksichtigende Lösung:[81] Es wird als vereinbart angesehen, dass die eingebrachten Sachen in Höhe des vom Endmieter geschuldeten Mietzinses auch dem Eigentümer der *insulae* für seine Forderungen gegen den Mittelsmann haften; eine über den eigenen Mietzins hinausgehende Haftung des Endmieters gegenüber dem Eigentümer der *insulae* wird aber abgelehnt.

52 Die dritte mit der Vermietung von *insulae* verbundene Frage betrifft die Vertragsverletzung.[82] In einem bekannten Fragment (Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 19.2.30 pr.) hat ein Mittelsmann die gesamte *insula* für 30 gemietet und für insgesamt 40 weitervermietet. Der Eigentümer der *insula* entschied sich, das Gebäude zu schleifen, da er dieses für schadhaft hielt. Die Rechtsfrage betraf sodann die Höhe der Entschädigung, welche der Mittelsmann erhalten sollte (namentlich ob 30, 40 oder mehr, da die Verlustsumme sicherlich 40 oder mehr, nicht aber 30 betrage). Alfenus/Paulus stellen klar, dass der Anlass zum Abriss des Gebäudes über die Höhe des geschuldeten Schadenersatzes entscheidet: Stelle sich der Abriss als unnötig heraus, werde der Eigentümer für das volle Interesse des Mittelsmanns ersatzpflichtig (40).[83] Die Alternativität der Lösungen zeigt, dass der Jurist es in das durch die *bona fides* erteilte Ermessen des *iudex* stellt, das Ausmaß der Haftung zu bestimmen.

53 Wie die *remissio mercedis* bei der landwirtschaftlichen Pacht, bestand auch für die Pacht im städtischen Kontext ein Mechanismus zur Schadensadsorption bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses.[84] Schon nach Meinung des republikanischen Juristen Alfenus konnte die fehlende Tauglichkeit einer Wohnung für Wohnzwecke zu einem Abzug vom Mietzins (*deductio ex mercede*) führen. Das genaue Verhältnis dieses Abzugsrechts zur *remissio mercedis* ist allerdings unklar.[85] Zutreffend erscheint die Ansicht, dass dieser Rechtsbehelf darauf ausgerichtet war, das Synallagma des Vertrages wieder herzustellen, weshalb er grundsätzlich alle Formen der *locatio conductio* betraf. Belege aus der Vertragspraxis für die *remissio mercedis* bieten die der Dakischen Wachstäfelchen.[86]

---

[81] Ulp. 27 ed. D. 13.7.11.5, dazu vor allem *Kaser*, Iura 20 (1969) 172–190; *Murga*, RIDA 34 (1987) 229–264.

[82] Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 19.2.30 pr. Nahezu alle Autoren sehen im Text die Emendation von *conduxit* in *locavit* als korrekt an. Zur Diskussion, vgl. *Frier*, Landlords (1980) 81 f. Wichtige ältere Literatur bei *Molnár*, BIDR 85 (1982) 127–142 und *De Churruca*, RIDA 24 (1977) 189–231.

[83] Das Standardwerk hierzu ist nach wie vor *Medicus*, Quod interest (1962).

[84] Alf. 2 dig. D. 19.2.27 pr., dazu *Frier*, SZ 95 (1978) 232–269; *Kaser*, SDHI 45 (1979) 1–92.

[85] Vgl. etwa *Frier*, SZ 95 (1978) 232–269.

[86] Vgl. FIRA III 150 (a) und (b) = CIL III 948,10; CIL III 949,11 sowie *Du Plessis*, Fundamina 11 (2005) 69–80.

54 In den römischen Rechtstexten finden sich kaum Ausführungen zur Miete bzw. Pacht von geschäftlich nutzbaren Liegenschaften. Kurz Bezug genommen wird auf Badehäuser und Geschäftsräume.[87] In der jüngeren Forschung hat insbesondere die rechtliche Behandlung von *horrea* (Warenlager, Lagerräume, Getreidespeicher) vermehrt Beachtung gefunden.[88] Hierzu haben vor allem die Funde aus dem Archiv der Sulpicier beigetragen.[89]

55 Lagerräumlichkeiten wurden hauptsächlich zur Aufbewahrung wertvoller Waren benötigt. Aus diesem Grund wird in den Rechtstexten die Frage der rechtlichen Einordnung der Beziehungen zwischen dem Eigentümer bzw. *locator* und seinen Kunden erörtert, wobei oftmals die Frage der *custodia* von Bedeutung ist.[90] Als *custodia* wird der Inhalt der Bewachungspflicht des *locator* bezeichnet; sie beinhaltet vor allem den Schutz der Sachen vor Diebstahl oder sonstigem Verlust der Sache (vor allem Flucht eines Sklaven) (→ § 79).

56 Bei genauerer Betrachtung zeigen die Digesten auch für die Vermietung von Lagerraum eine mehrschichtige Vertragsbeziehung. So belegt Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.9, dass der Eigentümer der Lagergebäude genau wie der Eigentümer der *insulae* nicht in die Abwicklung des Tagesgeschäfts eingebunden war. Dabei ist klar, dass der Eigentümer des Lagerhauses in einem geringeren Ausmaß der vertraglichen Verantwortlichkeit unterstand als der Lagerverwalter. In diesem Zusammenhang hing der Begriff der *custodia* daher mit der faktischen Gewalt über ein bestimmtes Objekt zusammen. Die in diesem Sinne zweigliedrige Verwaltungsstruktur (Eigentümer – Verwalter – Kunde) wird auch durch die epigraphischen Belege bestätigt. Diese legen zudem nahe, dass die Verträge zu einem guten Teil aus Standardklauseln bestanden zu haben scheinen.[91]

57 TPSulp. 45[92] betrifft die öffentlichen Warenlager des Bassianus in Puteoli, die als Einheit durch einen Lagerverwalter namens Gaius Novius Cypaerus gemietet wurden. Cypaerus verwaltete die gemieteten Liegenschaften mithilfe seines Sklaven Diognetus, der seinerseits *iussu domini* mit der Kundschaft verkehrte. Dies bedeutete, dass Cypaerus die Kontrolle über seinen Sklaven ausübte und daher als dessen Eigentümer der Haftung für dessen Handlungen unterlag. Einer der Kunden des Cypaerus, ein gewisser Eunus, lagerte bei ihm Weizen ein. Den nämlichen Weizen setzte Eunus als Sicherheit für einen Kredit ein. Im Sinne einer zusätzlichen Sicherheit „übernahm" Eunus' Kreditgeber Evenus die Miete des Abteils, in welchem der Weizen des Eunus gelagert wurde.

---

[87] Vgl. nur Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 19.2.30.1 zu *balneum* und Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.9 zu *horrea*.

[88] Vgl. *Aubert*, OH RLS 621–634; *Jakab*, Ess. Sirks 331–350.

[89] *Dubouloz*, MEFRA 120 (2008) 277–294.

[90] Jüngst umfassend dargestellt durch *Serrano-Vicente*, Custodiam praestare (2006).

[91] *Rickman*, Roman Granaries (1971); zur Praxis der Standardklauseln, vgl. *Du Plessis*, RLT 3 (2006) 79–94.

[92] *Camodeca*, TPSulp. I 122, zuletzt dazu *Jakab*, Ess. Sirks 332–335.

Soweit der Text. Von Evenus wurde nun ein symbolischer Pachtzins von einem Sesterz pro Monat verlangt. Dies ruft vor dem Hintergrund der notwendigen Entgeltlichkeit der *locatio conductio* (Ulp. 69 ed. D. 19.2.45) Zweifel an der Rechtsgültigkeit der Übernahme der Miete durch Evenus hervor. Obgleich die Bemerkung Ulpians dafür spricht, dass der zwischen Cypaerus (via Diognetus) und Evenus bestehende Mietvertrag ungültig ist, wird ersichtlich, dass der geringe Pachtzins nicht das Motiv für den Geschäftsabschluss ist. Vielmehr verfolgt Cypaerus als Patron seines Freigelassenen Evenus den Zweck, diesem ohne eigenen Geldeinsatz eine Realsicherheit zu verschaffen.[93] Auf diese Weise wird die große Bedeutung (persönlicher) Beziehungen im römischen Wirtschaftsleben deutlich.[94]

IV. *Locatio conductio operarum* und *locatio operis faciendi*

Die meisten interpretativen Schwierigkeiten bereiten die *locatio conductio operarum* und die *locatio operis faciendi*. Im Sinne einer Annäherung sei unter der *locatio conductio operis faciendi* eine Situation verstanden, in welcher der *locator* die Erstellung eines *opus* (üblicherweise in Form eines definierbaren, gegenständlichen Ergebnisses wie etwa der Errichtung eines Hauses) verlangt.[95] Der *conductor operis faciendi* verpflichtet sich dagegen, das vereinbarte *opus* gegen die Zahlung einer Geldsumme zu erstellen. **58**

Zu beachten ist die Zuteilung der Rollen des *locator* bzw. des *conductor* in diesem Fall, denn sie zeigt, dass gewisse strukturelle Ähnlichkeiten zwischen der *l.c. operis faciendi* und der *l.c. rei* bestehen: So kann man sagen, dass der *locator* jemanden zur Ausführung einer Tätigkeit mietet, der Fokus aber nicht auf der konkret gemieteten Person liegt, sondern auf dem zu errichtenden Werk (*opus*). **59**

Umgekehrt ergeben sich Berührungspunkte zwischen der *l.c. operis faciendi* und der *l.c. operarum*, bei der sich der *locator operarum*, der im Rahmen der *l.c. operarum* seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, mit dem *conductor operarum* auf eine gegen Entgelt zu erbringende Arbeitsleistung einigt. Die Vertragsrollen (*conductor – locator*) sind in diesem Falle im Vergleich zur *l.c. operis faciendi* geradezu vertauscht: *Locator* ist bei der *l.c. operarum* der Erbringer der Arbeitsleistung, während er bei der *l.c. operis faciendi* derjenige ist, der die Werkleistung des anderen empfängt. **60**

Die Forschung zur *l.c. operarum* und *l.c. operis faciendi* hat sich vor allem mit der Abgrenzung der beiden Vertragstypen befasst, und dabei auch die Frage eines technischen Gehalts der Begriffsunterscheidung von *opus* und *operae* gestellt.[96] In dieser **61**

[93] *Lintott*, CQ 52 (2002) 555–565.

[94] Eine vergleichbare Konstellation zeigt TPSulp. 46, die ein privat gehaltenes Warenlagerhaus der Patrizierin Domitia Lepida betrifft, vgl. dazu *Camodeca*, TPSulp. I 125 und *Jakab*, Ess. Sirks 331–349.

[95] Siehe dazu etwa Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 19.2.30.3 *Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat …*.

[96] *Wubbe*, TR 50 (1982) 241–251; *Thomas*, BIDR 64 (1961) 231–247. Ein Überblick zuletzt bei *Fiori*, Locatio conductio (1999) 155–181.

Hinsicht werden vor allem auch der Einfluss und der Zusammenhang der juristischen Begriffsbildung zur griechischen Philosophie erörtert.[97] Einigkeit besteht insoweit, als die beiden Kategorien sich grundsätzlich dahingehend abgrenzen lassen, dass die *l.c. operis faciendi* üblicherweise zu einem definierten Erfolg führen und ein gewisses Maß an fachlichen Fertigkeiten einschließt, wie sich am Beispiel des Bauwesens zeigen lässt. Dagegen wird für die *l.c. operarum* nur teilweise ein spezifisches Ergebnis definiert und beinhalte üblicherweise eher niedere Arbeiten (für Tagelöhner etc.).[98]

62 Ungeklärte Punkte der Forschung betreffen den „Inhalt" und den genauen „Gegenstand" der vertraglichen Verpflichtung, wobei hier der bekannte Gegensatz in der Quellenbehandlung erneut zu Tage tritt. Während die traditionelle dogmatische Richtung versucht, einheitliche Standards herauszuarbeiten,[99] betont die stärker historisch kontextualisierte Sicht, v. a. Roberto Fiori,[100] die Flexibilität der römischen Juristen, die ihre Falldiskussionen nicht in einem festen Korsett getätigt hätten, sondern mit Blick für die Gegebenheiten des Einzelfalls.[101] Ein wichtiges Argument hierfür sei das Synallagma zwischen Zins (*merces*) und der zu vollbringenden Tätigkeit (*operae*) gewesen.

63 Die in den Digesten überlieferten Texte belegen, dass die Erfassung der Lebenswirklichkeit durch die *l.c. operis faciendi* wie die *l.c. operarum* Grenzen hatte. Eine wichtige Einschränkung der *l.c. operis faciendi* lag in den von ihr nicht erfassten *artes liberales*. So konnte zwar ein Baumeister zur Errichtung eines Hauses verpflichtet werden, nicht aber der Philosoph zur (erfolgreichen) Lösung eines philosophischen Dilemmas oder der Anwalt zur (erfolgreichen) Vertretung in einem Rechtsstreit.[102]

64 Diese Unterscheidung führt zu drei weiteren Problemen:[103] Erstens existiert kein *numerus clausus* der *artes liberales*. Zweitens bleibt nach der Überlieferung unklar, ob der Begriff der *artes liberales* einen juristischen oder bloß einen allgemeinsprachlichen (bzw. philosophischen) Begriff der römischen Literatur in Zusammenhang mit der Verfolgung bestimmter Interessen und Ziele darstellte.[104] Drittens ergibt sich, dass – selbst falls eine klar definierte Bedeutung des Begriffs der *artes liberales* gezeigt werden könnte – sich die inhaltliche Bedeutung der *artes liberales* offenbar über die Zeit veränderte.

65 Der Wandel des Begriffsverständnisses der *artes liberales* lässt sich vor allem am Beispiel der *agrimensores* (Landvermesser)aufzeigen.[105] Nach dem Referat Ulpians war

[97] *Fiori*, Locatio conductio (1999) 155–181.
[98] Umfassend dazu *De Robertis*, SDHI 27 (1961) 19–45.
[99] Vgl. *Fiori*, Locatio conductio (1999) 261–283.
[100] Vgl. *Fiori*, Locatio conductio (1999) 261–283.
[101] Ein Überblick über die Quellen bei *Thomas*, BIDR 64 (1961) 231–247.
[102] Besonders schwierig bleibt der Fall der Bezahlung von Anwälten, vgl. dazu *Dimopoulou*, Rémunération (1999).
[103] Sehr gut dargestellt bei *Cochis*, RDR 3 (2003) 273–288.
[104] Ein wichtiges frühes Werk ist *Visky*, Geistige Arbeit (1977); vgl. *Visky*, Synt. Arangio-Ruiz II 1068–1074.
[105] Ulp. 24 ed. D. 11.6.1 pr., dazu z. B. *Visky*, RIDA 15 (1968) 473–485; zur Landvermessung, vgl. *Maganzani*, in: Reduzzi Merola, Sfruttamento (2007) 1–14.

ihre Tätigkeit nach Ansicht der republikanischen Juristen nicht einer *locatio conductio* zugänglich, während Ulpian selbst Rechtsschutz nach der Maßgabe einer *actio in factum* (*actio praescriptis verbis* → § 90) befürwortet. Weitergehend nimmt Paulus – insoweit über Ulpian hinausgehend – an, dass sich *agrimensores* auch im Wege einer *locatio conductio* verpflichten können.[106]

66 Es ist anzunehmen, dass diese Juristenmeinungen die Veränderungen, denen der Berufsstand der Landvermesser seit der Kaiserzeit unterlag, widerspiegeln. So erscheint es denkbar, dass ein Landvermesser anfänglich nicht im Sinne der *locatio conductio* „gemietet" werden konnte, später aber doch durch deren sachlichen Anwendungsbereich erfasst gewesen ist. Eine ähnliche Entwicklung zeigt sich auch bei den übrigen *artes liberales*.[107]

67 Die römischen Rechtsquellen beinhalten ein ganzes Spektrum an Fällen, die der *locatio conductio operis faciendi* zuzuordnen sind. Sie betreffen verschiedenste Tätigkeiten, wie etwa das Walken von Textilien, Schneidern oder auch das Bauwesen.[108] Dabei sind Überschneidungen mit verschiedenen Vertragstypen denkbar, die offenbar auch zwischen den verschiedenen Rechtsschulen kontrovers diskutiert wurden.[109] So erörtert etwa Gaius[110] den Fall eines Goldschmiedes, dessen Tätigkeit bei der Herstellung eines Ringes er nur dann als *l.c. operis faciendi* qualifiziert, wenn der *locator* Rohmaterialien hingegeben hatte.

68 Wurde an den *conductor operis faciendi* nur Geld für ein Werk bezahlt, das dieser aus eigenen Rohmaterialien fertigte, lag kein Fall der *locatio conductio*, sondern ein Kauf vor. Sofern also Reparaturen oder Überarbeitungen einer dem *locator* gehörigen Sache gefragt waren, kam die *l.c. operis faciendi* zum Tragen.[111] Die hierzu verfügbaren Texte zeigen, dass die Erwartung besteht, der Werkunternehmer (*conductor*) werde die von ihm verlangte Tätigkeit sachgemäß ausüben.[112] Kommt es mangels Sachkunde oder aus Nachlässigkeit zum Schaden an der überlassenen Sache, haftet er dem Besteller. Diese Risikoverteilung wird in manchen Texten, z. B. Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.29, als Handelsbrauch qualifiziert, was die Verbindung dieser Regeln zur Lebenswirklichkeit aufzeigt.[113]

---

[106] Paul. 23 ed. D. 10.1.4.1, dazu *Hinrichs*, SZ 111 (1994) 242–279.

[107] *Coppola*, Cultura e potere (1994).

[108] Walker: Ulp. 28 ed. D. 14.3.5.5,10; Gai. 5 ed. D. 4.9.5 pr.; Ulp. 32 ed. D. 19.2.13.6; Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.2; Iav. 9 post. Lab. D. 47.2.91 pr.; Gai. 10 ed. prov. D. 19.2.25.8; Gai. 3.205; Ulp. 29 ed. D. 47.2.12 pr. Schneider: Pomp. 9 Sab. D. 18.1.20; Gai. 9 ed. prov. D. 15.1.27 pr. Bauwesen: Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.4; Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 19.2.22.2; Ulp. 17 ed. D. 6.1.39 pr.; Flor. 7 inst. D. 19.2.36; Iav. 8 Cass. D. 19.2.37; Lab. 1 pith. a Paul. epit. D. 19.2.62; Iav. 5 post. Lab. D. 19.2.59. Im Zusammenhang mit dem Bauwesen sind die Abhandlungen von *Martin*, Private Building (1989) und *Ries*, Bauverträge (1989) grundlegend.

[109] *Cochis*, RDR 3 (2003) 273–288.

[110] Vgl. Gai. 3.147 (= Gai. 2 cott. D. 19.2.2.1), dazu vor allem *Thomas*, SZ 81 (1964) 109–133.

[111] Vgl. z. B. Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.29, dazu z. B. *Horak*, Iura 38 (1987) 155–165, ferner Pomp. 9 Sab. D. 18.1.20.

[112] Umfassend dargestellt durch *Wacke*, Mél. Cannata 91–104.

69 Genauere Betrachtung verdient der Transportvertrag. Die römischen Rechtstexte erwähnen Beförderungen an Land und zu Wasser. So findet sich der Fall eines Karrenlenkers, in dessen Kutsche der Sklave zu Tode kommt, den ihm der Eigentümer zum Transport überlassen hat.[114] Ulpian entscheidet, dass er dem Eigentümer aus *l.c. operis faciendi* haftet, wenn er den Unfall durch seine unsorgfältige oder leichtfertige Fahrweise verschuldet habe.

70 Die in den Rechtstexten durchaus häufigeren Seefrachtverträge zeigen eine ähnliche Wirtschaftsorganisation wie für *insulae* und *horrea* beobachtet.[115] So vermieten meist wohlhabende römische Schiffseigner ihr Transportmittel an einen *exercitor navis* als Mittelsmann, der sodann eine Schiffsmannschaft anheuert, die aus einem *magister navis*, einem *gubernator* und einigen Matrosen besteht.[116] Der *magister* ist für die täglichen Verrichtungen an Bord zuständig und kann mit seinen Handlungen eine Verantwortlichkeit des *exercitor navis* gegenüber Dritten auslösen.[117]

71 Allerdings war – wie eine Reihe von Texten zeigen – die rechtliche Einordnung vom konkreten Vertragsinhalt abhängig (→ § 90),[118] so dass sich durchaus abweichende Zuordnungen (etwa als *l.c. rei* oder als namenlose Vereinbarung) ergeben konnten. Schiffsfrachtverträge des römischen Rechts sind außerhalb der juristischen Überlieferung nicht bekannt; allerdings sind einige Schifferverträge griechischen Ursprungs erhalten geblieben und können zur Rekonstruktion der römischen Vertragswerke herangezogen werden, sofern man annimmt, dass sich im Schifffahrtswesen über die Zeit hinweg Handelsbräuche gebildet haben.[119]

72 Zwei letzte Aspekte der Seefracht verdienen Beachtung. Erstens das ediktal eingeführte, offenbar auch unter den römischen Juristen durchaus umstrittene *receptum nautarum*, dessen Verhältnis zur *locatio conductio* insbesondere aufgrund seines gleichzeitigen Entstehens unklar ist.[120] In seinem Ediktskommentar erläutert Ulpian,[121] dass

---

[113] Vgl. ausführlich *Vacca*, St. Talamanca VIII 247–296.

[114] Ulp. 32 ed. D. 19.2.13, dazu *Martin*, TAPA 120 (1990) 301–314. Die jüngst entdeckten WT 45 (= Walbrook tablet) bestätigen den ersten Teil einer *locatio conductio* für den Transport einer Wagenladung von Vorräten von Verulamium nach London. Die Tafel ist auf 62 n. Chr. datiert, vgl. *Tomlin*, Roman London (2016) 156–159 (nicht in allen Punkten überzeugend). Eine vergleichbare Tafel über den Gütertransport (möglicherweise aber nicht im Rahmen einer *locatio conductio*) ist Tab. Vindol. II 343, in: *Bowman*, Life and Letters (1994) 144–146.

[115] Vgl. Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.3.

[116] Grundlegend hierzu u. a. *Meyer-Termeer*, Haftung der Schiffer (1978); *Gaurier*, Droit maritime (2004).

[117] Der übrige Text von Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.3 handelt von Verlustrisiken bzw. vom Über-Bord-Werfen bzw. Aufgeben der Schiffsladung.

[118] Lab. 1 pith. a Paul. epit. D. 14.2.10.2.

[119] *Brecht*, Haftung der Schiffer (1962); *Rathbone*, PapCongr. XXIII 587–593.

[120] Jüngst ausführlich behandelt durch *Salazar Revuelta*, Responsabilidad objetiva (2007); eine Zusammenfassung auch bei *Fiori*, Rivista del diritto della navigazione 1 (2010) 149–176.

[121] Vgl. Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.1: *Ait praetor: „nisi restituent, in eos iudicium dabo“. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si*

die Bedeutung der Haftung des Schiffers für empfangene Sachen (*receptum nautarum*) schon im 2. Jh. umstritten gewesen sei, weil auch die damaligen Juristen gemeint hätten, dass entsprechende Vertragsklagen zur Verfügung stünden. Er erklärt den Sinn des Instituts Pomponius folgend daraus, dass der Prätor unabhängig von der vertraglichen Einordnung eine Haftung für eingebrachte Sachen habe eröffnen wollen.[122]

Dazu fügt sich, dass – wie aus anderen Fragmenten bekannt ist[123] – *recipere* eine **73**
breite Bedeutung hatte und nicht nur auf Sachen zu beziehen war, die dem Schiffskapitän bzw. der Schiffsmannschaft anvertraut worden waren. *Recipere* erfasst in diesem Sinne alles, was an Bord eines Schiffes verbracht wurde.[124] So diente *recipere* dazu, dem *exercitor navis* eine Verantwortlichkeit für den Verlust der an Bord befindlichen Gegenstände aufzuerlegen. Man kann diese weite Auslegung des *recipere* als Absicherung der Vertragspartner des Schiffers auffassen, um eine nach der *locatio conductio* schwierige Beweissituationen zu vermeiden.

Als letzter Aspekt der Seefracht ist die sog. *lex Rhodia* betreffend das Über-Bord- **74**
Werfen der Schiffsladung zu würdigen. Die Quellenlage bezüglich der in der *lex Rhodia* enthaltenen Rechtsregeln ist schlecht, denn es sind durch die justinianische Kompilation nur knappe Aussagen zu Funktion und Inhalt der Regelung erhalten. Ob es sich dabei um eine frühe Form der „Versicherung" im heutigen Sinne handelte, ist schwierig zu beurteilen. Paul. 2 sent. D. 14.2.1 lässt aber den Schluss zu, dass die Händler, deren Waren über Bord geworfen werden mussten, in irgendeiner Form entschädigt wurden. Hinsichtlich der genauen Funktionsweise der *lex Rhodia* divergieren die Lehrmeinungen,[125] wobei vor allem offen ist, ob die *lex Rhodia* eine gesetzliche oder eine vertragliche Bestimmung bezeichnet.

Einen Ausweg aus der Entgegensetzung von Gesetz und Vertrag bilden Ansätze, die **75**
stärker von einem Zusammenspiel zwischen den Bestimmungen der *lex* und dem Vertragstext abstellen. Sie führen zu der Frage, ob die Vorgaben der *lex* in den Vertrag

---

quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: Sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: Si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: Sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: Nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: Et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.

[122] Wichtig *González Romanillos*, SemCompl. 16 (2004) 277–286; *Salazar Revuelta*, RIDA 55 (2008) 445–467.

[123] Vgl. z. B. Ulp. 14 ed. D. 4.9.1.3.

[124] Zur Bedeutung des Wortes *recipere* auf Latein, vgl. *González Romanillos*, SemCompl. 16 (2004) 277–286.

[125] Zur *lex Rhodia*, vgl. Angaben bei *Cardilli*, Praestare (1995) 265–269 und *Chevreau*, TR 73 (2005) 67–80.

aufgenommen werden mussten. Aubert erblickt hierin eine vertragliche Standardklausel (*lex contractus*), die in alle Verträge aufgenommen worden sei.[126]

76 Die Analyse der griechischen Vertragspraxis ergibt allerdings, dass die *lex Rhodia* nicht regelmäßig in Verträgen aufgenommen wurde,[127] so dass eher an einen Handelsbrauch zu denken ist, der auch ohne ausdrückliche Erwähnung in die Parteivereinbarung hineingelesen wurde. Hierfür spricht insbesondere das bei Maecianus überlieferte Reskript des Kaisers Antoninus (Pius),[128] der sich selbstbewusst als Herrscher über die Ordnung der Erde definiert, der *lex Rhodia* aber die Herrschaft über das Meer zuweist.[129] Hiernach scheint wahrscheinlich, dass der Seebrauch *ipso iure* zur Anwendung kam, sofern er nicht im Einzelfall in Widerspruch zu einer speziellen Rechtsregel des römischen Rechts geriet.

77 Während sich die Begrenztheit der Anwendbarkeit der *l.c. operis faciendi* im Bereich der *artes liberales* zeigt, ergeben sich die Grenzen der *l.c. operarum* im Bereich der *familia*, denn Mitglieder der *familia*, seien es Freie oder Sklaven, können sich nicht im Rahmen dieses Vertragsverhältnisses verpflichten (→ § 34).[130]

78 Die Rechtsbeziehung zwischen dem früheren Sklavenhalter und dem freigelassenen Sklaven wurde durch einen Eid bestimmt, der vor der Freilassung geleistet und danach erneuert wurde (→ § 37).[131] Der Eid verpflichtete den Freigelassenen zur Ausführung bestimmter *operae* (innerhalb eines bestimmten Zeitraumes) auf Geheiß seines Patrons. Die Nichtausführung der *operae* konnte in eine Klage wegen „Undankbarkeit" führen, an deren Ende, quasi als *ultima ratio,* die neuerliche Versklavung des Freigelassenen stehen konnte.[132]

79 Es ist festzustellen, dass sich die römischen Juristen detailliert mit den *operae* auseinandersetzten, allerdings kaum Nachweise außerhalb der römischen Rechtsliteratur dazu existieren. Die Gründe hierfür sind unklar. Denkbar ist, dass es sich bei den *operae* um eine Art „Steckenpferd" der römischen Juristen gehandelt haben könnte.

80 Die Hauptfrage betreffend der Gebrauchsüberlassungsverträge lautete, ob die Verpflichtung bezüglich der *operae* im Sinne einer persönlichen Verpflichtung zu verstehen

---

[126] Vgl. *Aubert*, in: Cairns/Du Plessis, Beyond Dogmatics (2007) 157–172.

[127] Vgl. *Jakab*, Symp. Pieler 73–88.

[128] Zur früheren Diskussion um die richtige Datierung, vgl. *Manfredini*, SDHI 49 (1983) 375–394. Die überzeugende Hinzufügung der Qualifizierung *Pius* findet sich bei *Aubert*, in: Cairns/Du Plessis, Beyond Dogmatics (2007) 166. Das Ende des Textes weist auf Augustus hin, was manche als Vorläuferregelung beim ersten *princeps* ansehen, andere als Interpolation auffassen.

[129] Maec. l. Rhod. D. 14.2.9 … ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης ….

[130] *Mayer-Maly*, Locatio conductio (1956).

[131] Die Hauptwerke hierzu sind *Waldstein*, Operae libertorum (1986); *Mouritsen*, Freedman (2011).

[132] Vgl. Cic. Att. 7,8. Cicero erwähnt, dass einem Sklaven, der die Leistung von Diensten versprochen hat und nach der Freilassung dann die Erneuerung des Versprechens verweigert, die Freiheit verweigert werden konnte; *Kaser*, RP I 300 Fn. 31 geht davon aus, dass diese Praxis sich nicht bis in die klassische Periode gehalten habe.

war, also ob die fragliche Rechtsbeziehung lediglich zwischen dem Patron und seinem Freigelassenen bestand oder ob sie sich auch auf Dritte erstrecken konnte. So stelle sich insbesondere die Frage, ob der Patron die geschuldeten *operae* des Freigelassenen, die er selbst nicht benötigte, vermieten und dadurch zu Geld machen könne.[133]

81 Entgegen einseitigen Stellungnahmen in der Literatur ist den Rechtstexten zu entnehmen, dass die Vermietbarkeit von der Vereinbarung zwischen Patron und freigelassenem Sklaven abhing, also ihrer Disposition unterlag.[134] Mit dieser Annahme lässt sich im Übrigen die nicht sehr häufige Bearbeitung der Frage außerhalb der römischen Rechtsquellen erklären, denn dort, wo kein Verbot bestand, bedurfte die Vermietung – außerhalb einer auf die Darstellung der Rechtsfragen abzielenden Erörterung – keiner weiteren Erwähnung.

82 Die zweite Einschränkung betraf die *operae* der Sklaven (→ § 36). Die Frage wird durch verschiedene Varianten verkompliziert: Zunächst ist zu beachten, dass die Beziehung zwischen Sklave und Herr eher durch das „Sachen-“, als durch das „Vertragsrecht“ bestimmt war, weshalb es dem Eigentümer des Sklaven nicht möglich war, mit seinem eigenen Sklaven eine *locatio conductio* einzugehen.[135] In praktischer Hinsicht mag dies dennoch vorgekommen sein. Der Sklave hatte im Rahmen dieses „Vertrags“ aber keine rechtliche Handhabe gegen den Eigentümer. Weiter bestand allerdings die Möglichkeit, den Sklaven zu vermieten und ihn in der vertraglichen Vereinbarung – etwa aufgrund seiner besonderen Fähigkeiten – zu schützen, wobei diese Schutzbestimmungen im Einzelnen sehr detailliert sein konnten.[136]

83 Eine Variante dieses Zusammenhangs zeigen die römischen Rechtstexte in jenem Fall, in dem der Sklave unter Geltung eines *usus fructus* vermietet worden war.[137] Ulpian behandelt den Fall, dass sich ein in *usus fructus* befindlicher Sklave selbst vermietet und in Bezug auf das Entgelt für seine Arbeit eine *stipulatio* vornimmt. Die durch den Text aufgeworfene Rechtsfrage lautet, ob der Eigentümer oder der Nießbraucher den Vorteil aus der *stipulatio* für sich beanspruchen darf.[138]

84 Die Beispiele zur Selbstvermietung von Sklaven und Freigelassenen können als Hauptanwendungsfall der *locatio conductio operarum* gelten, denn es handelt sich um Fälle, in denen der *locator operarum* seine körperliche Arbeitskraft dem *conductor operarum* gegen Entgelt zur Verfügung stellt. Die Vereinbarung wirft verschiedene Fragen auf. Angesichts der Vielfalt der in den Rechtsquellen belegten Beispiele ist es schwierig, den Begriff der körperlichen Arbeit fest zu definieren. Zudem ist in jedem Einzelfall der

[133] Für eine Untersuchung dieser Diskussion, vgl. *Jaubert*, RHD 43 (1965) 5–21.

[134] Vgl. Iul. 65 dig. D. 38.1.25 pr. So die Position des oben zitierten *Thomas*, BIDR 64 (1961). Zur Diskussion, vgl. v. a. *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 382 f.; *Behrends*, in: Jankuhn, Handwerk I (1981) 185.

[135] Vgl. auch Ulp. 18 ed. D. 7.1.25.5.

[136] Weiterführend *Joshel*, Occupational Inscriptions (1992).

[137] Ulp. 18 Sab. D. 7.1.25.2.

[138] Vgl. Ulp. 18 ed. D. 7.1.25.2, in der Interpretation durch *Brunt*, JRS 70 (1980) 89.

soziale Kontext zu würdigen, in dem Freie ihre Arbeitskraft ohne Entgelt zur Verfügung stellten.[139]

85 Das Lehrbeispiel der *locatio conductio operarum* stammt aus den dakischen Wachstäfelchen aus der Mitte des 2. Jh. n. Chr. Das Dokument CIL III 948 Nr. 10[140] bezeugt eine Abrede zwischen einem Minenarbeiter und seinem Aufseher. Der Minenarbeiter sagt zu, seine Arbeitskraft – für welche Tätigkeit bleibt unklar, wahrscheinlich für grobe Arbeit im Innern der Mine – für einige Monate zu einem bestimmten Entgelt zur Verfügung zu stellen.[141] Der Vertrag enthält sodann einige Klauseln zu den Anforderungen an die zu erbringenden Arbeiten, zu den Zahlungsterminen und den Vertragsstrafen im Falle einer einseitigen Vertragsaufgabe. Schließlich scheint der Vertrag eine Klausel zu enthalten, welche die Fälle der *vis maior* und des *casus fortuitus* regelt und die Gefahrtragung für diese Fälle bestimmt. Es gibt gute Gründe für die Annahme, dass es sich um einen Standardvertrag handelt, der in der römischen Bergbauindustrie in Verwendung stand.[142]

86 Mit Ausnahme dokumentarischen Belegs existieren in der römischen Rechtsliteratur (wie übrigens auch in der sonstigen Literatur) keine Beispiele, die von dem Zur-Verfügung-Stellen der eigenen Arbeitskraft handeln. Die Gründe dafür wurden ausführlich diskutiert und reichen von der Standeszugehörigkeit der Juristen bis hin zur breiten Verfügbarkeit von Sklavenarbeit. Letzteres soll dazu geführt haben, dass unentgeltliche körperliche Arbeit durch Freie unüblich gewesen ist.[143] Unabhängig vom nun zutreffenden Grund ist der körperlich arbeitende Freie in den römischen Rechtsquellen nicht einfach auszumachen. Klar ist aber, dass vielfältige Beschäftigungsverhältnisse der römischen Welt über weite Teile unbeschrieben bleiben.

V. Schlussfolgerungen zur klassischen Zeit

87 Die *locatio conductio* als Kategorie des Konsensualkontraktes ist nicht geeignet, alle lohnabhängigen Beschäftigungen zu erfassen. Ergänzend ist auf die Gebrauchsüberlassungsverträge der *superficies* oder der *emphyteusis* zu verweisen (→ § 51), die eine Entwicklung des Sachenrechts darstellen. Dasselbe ist vom *colonus partiarius* und dem *colonus* im Allgemeinen zu sagen. Obschon diese eine Verwandtschaft zu den hier

[139] *Brunt*, JRS 70 (1980) 81–100; *Möller*, Arbeitsrecht (1990).

[140] CIL III 948 Nr. 10 = FIRA III 150 (a) = EDCS–11201154. Ausführlich diskutiert bei *Berger*, CPh 43 (1948) 231–242.

[141] Mit Blick auf das Entgelt folge ich der ursprünglichen Lesung von *Carcopino*: „*cibarisque*“. Es gibt keinen Anlass, die Kinder einzubeziehen. Vgl. dazu *Ciulei*, RIDA 38 (1991) 121–151; *Cuvigny*, JRS 86 (1996) 139 für die Schwierigkeiten bezüglich *liberisque*.

[142] Diese Idee stammt von *Berger*, CPh 43 (1948) 231–242, bes. 235; ferner *Kloft*, Saeculum 35 (1984) 216.

[143] Vgl. dazu *Bürge*, SZ 107 (1990) 80–136 einerseits und *Möller*, SZ 110 (1993) 296–330 andererseits.

behandelten Gebrauchsüberlassungsverträgen aufweisen, sind diese Institute unterschiedlich und unter den spezifischen Gegebenheiten der sozialen und wirtschaftlichen Umstände des Römischen Reiches in seinen späteren Phasen entstanden. Daher sind diese auch gesondert zu behandeln.

Schließlich verlangt das in den Papyri dokumentierte Verhältnis zwischen der griechisch-ägyptischen Rechtspraxis zur *locatio conductio* gemäß den römischen Rechtstexten eingehendere Untersuchung. Obschon es heute akzeptiert ist, dass Ägypten nicht unbedingt als Sonderfall einer römischen Provinz anzusehen ist, ist offensichtlich, dass die reichen papyrologischen Belege zur Gebrauchsüberlassungsverträge oft keine Entsprechung im römischen Recht hatten. Dieser Umstand, der die grundsätzliche Frage des Rechtspluralismus im römischen Imperium betrifft, bedarf genauerer Untersuchung. **88**

VI. Nachklassische und justinianische Entwicklungen

Abgesehen von der problematischen Bezeichnung „nachklassisch", ist unzweifelhaft, dass mit dem Ende der Severerzeit die kaiserlichen Eingriffe in die *locatio conductio* zunehmen. Dies lässt sich schon quantitativ damit belegen, dass von den 35 Fragmenten des Codextitels 4.65, der von der *locatio conductio* handelt, nur die Fragmente 1–8 in die Zeit bis 230 n. Chr. fallen. Alle anderen Texte stammen aus späterer Zeit und einer von Justinian. Auch wenn nicht auszuschließen ist, dass diese Zahlenverhältnisse jedenfalls teilweise auf den Eingriffen der Kompilatoren beruhen, lässt dies doch auf eine höhere rechtssetzende Aktivität in diesem Bereich für die nachklassische Zeit schließen. **89**

Diese Rechtssetzung betrifft zum Beispiel die Vererblichkeit der *locatio conductio* (Gord. C. 4.65.10 [a.239]) oder die Frage, ob Pächter zum Verbleib auf dem Land gezwungen werden können, auch wenn das Pachtverhältnis beendet ist (Philipp. C. 4.65.11 [a.244]). **90**

Als Tendenz der nachklassischen Zeit haben vor allem Levys Untersuchungen den Niedergang des Konsensualvertrages gezeichnet.[144] Dazu soll sich die schrittweise Überlappung und Verschmelzung mit anderen, in der klassischen Zeit von der *locatio conductio* geschiedenen Vertragstypen fügen. Dies gilt zum einen für die Bittleihe (*precarium*), die als jederzeit widerrufliche, unentgeltliche Überlassung eines Benutzungsrechts ausgestaltet ist. Das klassische Recht soll die *locatio conductio* streng vom *precarium* geschieden haben,[145] während ihre Grenzen in der nachklassischen Zeit verschwommen seien. **91**

[144] *Levy*, Vulgarrecht (1956) 250 f.

[145] Vgl. Pomp. 16 Sab. D. 19.2.4 (*locatio precariive rogatio* …) und Pap. 10 quaest. D. 24.1.52 pr. (… *locatio … sine mercede certa contrahi non potest* …). Grundlegend zur Frage: *Kaser*, SZ 89 (1972) bes. 113–121 zur spätklassischen Institutionalisierung.

92 Das zweite Institut ist das Kolonat, also die schrittweise persönliche Bindung des Pächters an den Pachtboden.[146] Auch wenn Einzelheiten umstritten bleiben, ist anerkannt, dass im Laufe des 4. Jh. die sog. *coloni adscripticii* ihre Bewegungsfreiheit verloren und rechtlich an bestimmte Landstücke angebunden wurden. Ein Erklärungsansatz für diese Entwicklung verweist auf steuerliche Gründe, wobei die Anbindung an den Boden die Erhöhung der Steuerlast erlaubt haben soll.[147] Jedenfalls führte die Schollenbindung der Pächter mit der Zeit zur verstärkten Abhängigkeit vom Verpächter und schließlich zu einer Art persönlicher Indienststellung.

93 Ebenfalls zu erwähnen ist die *emphyteusis*, die dauerhafte Pacht des *ager publicus*, die seit dem 3. Jh. belegt ist und im 5. Jh. durch Kaiser Zeno rechtlich anerkannt wurde (Zeno C. 4.66.1 [a.476–484]) (→ § 51).

94 Das Ausmaß justinianischer Veränderungen der Texte zur *locatio conductio* ist nicht mit letzter Sicherheit zu ermitteln.[148] Der einzige, im Codex überlieferte justinianische Text (Iust. C. 4.65.35 [o.A.]) verbietet Soldaten die Eingehung von Pachtverträgen als Pächter; es scheint sich um eine Notmaßnahme Justinians ohne allgemeine Tragweite zu handeln. Wie auch sonst im Vertragsrecht spricht daher Einiges dafür, dass Justinian auch hinsichtlich der *locatio conductio* den Zweck verfolgte, das klassische Recht wiederherzustellen. Als Beleg hierfür ist auch die in den Digesten erkennbare Tendenz anzusehen, die *locatio conductio* von anderen Instituten klar abzugrenzen.

95 Lediglich die Veränderungen des justinianischen Zivilprozessrechts dürften zu einer Modifikation der prozessualen Durchsetzung dieser Verträge geführt haben. Insbesondere könnte – wie Fiori vermutet hat – die Abschaffung der Klageformeln nicht nur das Prozessgeschehen, sondern auch die Verpflichtungen der Parteien verändert haben.[149] Allerdings ist die Quellenbasis zu schmal, um diesbezüglich zu sicheren Erkenntnissen zu gelangen.

[146] Aus der unübersehbaren Literatur, vgl. *Johne/Köhn/Weber*, Kolonen (1983); ein Überblick bei *Jones*, Past and Present 13 (1958) 1–13; *Mirković*, Transactions of the American Philosophical Society 87 (1997) 1–144; *Sirks*, JRS 98 (2008) 120–143; *Grey*, JRS 97 (2007) 155–175. Eine Materialsammlung bei *Lo Cascio*, Terre (1997).

[147] Vgl. *Grey*, JRS 97 (2007) 155–175.

[148] Vgl. *Longo*, St. Biondi II 283–310, dessen Annahmen heute nicht mehr alle vertretbar sind.

[149] Vgl. *Fiori*, in: Sirks, Nova Ratione (2014) 33–49.

§ 81 Klage aus Gesellschaftsvertrag (*actio pro socio*)

Franz-Stefan Meissel

Arangio-Ruiz, La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anno 1949–1950, 1950; *Kaser*, Neue Literatur zur „societas", SDHI 41 (1975) 278–338; *Guarino*, La società in diritto romano, 1988; *Serrao*, Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo, 1989; *Talamanca*, Società in generale (Diritto romano), in: Enciclopedia del diritto XLII, 1990, 814–860; *Santucci*, Il socio d'opera in diritto Romano. Conferimenti e responsabilità, 1997; *Drosdowski*, Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht, 1998; *Meissel*, Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages, 2004; *Fleckner*, Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft, 2010; *Meissel*, Constat enim societas ex societatibus? Zur „Körperschaftlichkeit" und anderen Besonderheiten der Publikanengesellschaften, in: Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks, 2014, 513–531; *Fleckner*, Roman Business Associations, in: Dari-Mattiacci/Kehoe, Roman Law and Economics I. Institutions and Organizations, 2020, 233–272.

Inhalt Rn.

I. Einleitung 1
II. Die Formel der *actio pro socio* 5
III. Das Panorama der *societates* 12
1. Universalgesellschaften 13
a. Die Hauserbengemeinschaft *ercto non cito* 13
b. Universalgesellschaften im klassischen Recht 20
2. Handelsgesellschaften und Gelegenheitsgesellschaften 26
a. Handelsgesellschaften 28
b. Handwerkergesellschaften – *Societates quaestus ex artificio* 31
c. Gesellschaften im Bereich der Finanzwirtschaft 33
d. Gesellschaften zur Finanzierung und zum Betreiben von Schiffstransporten 35
e. Gesellschaften im landwirtschaftlichen Bereich 36
f. Gelegenheitsgesellschaften 39
3. Staatspächtergesellschaften (*societates publicanorum, vectigalium*) 42
a. Der Aufbau der Publikanengesellschaften 44
b. Zur Frage der „Körperschaftlichkeit" der Publikanengesellschaft 48
IV. Das Innenverhältnis 51
1. Die Beiträge der Gesellschafter 51

2. Die Haftung der Gesellschafter 60
3. Gefahrtragung 68
V. Das Außenverhältnis 71
1. Allgemeines 71
2. Kollektive Rechtswirkungen bei Argentarier-, Schiffahrts- und Sklavenhändlergesellschaften 74
3. Besonderheiten der Publikanengesellschaften 79
VI. Beendigung der *societas* 86
1. Beendigungsgründe 86
2. Tod eines *socius* 87
3. Kündigung 91
4. Klageerhebung 97
VII. Klagenkonkurrenzen 102

I. Einleitung

1 Der Gesellschaftsvertrag (*societas*) wird im klassischen römischen Recht als Konsensualkontrakt des *ius gentium*[1] (→ § 6 Rn. 230) gesehen. Es handelt sich dabei um ein schuldrechtliches Kooperationsverhältnis,[2] in dem es nicht um den bloßen Austausch von Leistungen, sondern die gemeinsame Zweckverfolgung geht.[3] Der Konsens muss darauf gerichtet sein, zur Verfolgung gemeinsamer Interessen eine Gesellschaft einzugehen (*coire societatem*), wobei jeder *socius* einen – nach Art und Umfang näher zu bestimmenden – Beitrag zur Erreichung des Gesellschaftszwecks zu leisten hat.

2 Im Rahmen der *actio pro socio* findet sich eine breite Bandbreite an Kooperationsverhältnissen, die von umfassenden Vermögensgemeinschaften (*societates universorum bonorum*), über Erwerbsgesellschaften (*societates negotiationis*) und den – in vielerlei Hinsicht eine Sonderstellung einnehmenden – Bietergemeinschaften für öffentliche Aufträge sowie Steuerpachten (*societates publicanorum*, *societates vectigalium*) bis hin zu Gelegenheitskooperationen (*societates unius rei*) reichen.[4] Diese Vielfalt spiegelt auch die unterschiedlichen historischen Wurzeln der *societas*, zu denen neben den kommerziellen Erwerbsgesellschaften des *ius gentium* auch die altzivile Hauserbengemeinschaft (*consortium*, *societas ercto non cito*[5]) und die Publikanengesellschaften[6] zählen.[7]

---

[1] Gai. 3.154.

[2] *Wieacker*, Societas I (1936) 14; *Schulz*, CRL 549; *Zimmermann*, LO 451 („pooling of resources … for a common purpose").

[3] Labeo bei Ulp. 11 ed. D. 50.16.19 charakterisiert die *societas* als *ultro citroque obligatio* und begreift sie damit als Austauschvertrag; viele andere Belege rücken die *societas* dagegen in die Nähe der (unentgeltlichen) Geschäftsführungsverhältnisse, dazu *Harke*, TR 73 (2005) 43–66, vgl. aber auch *Meissel*, Societas (2004) 40–60. Die unterschiedlichen Nuancierungen hängen vermutlich auch von der Art der *societas* ab, dazu → Rn. 12–50.

[4] Vgl. Ulp. 31 ed. D. 17.2.5 pr.; weiters Gai. 3.148; Inst. 3.25 pr.

[5] Die Bedeutung des *consortium* für die Entwicklungsgeschichte einseitig hervorhebend *Wieacker*,

Die *societas* schafft bloß vertragliche Beziehungen zwischen den Gesellschaftern (im Innenverhältnis), ein von den Gesellschaftern unterschiedliches Rechtssubjekt entsteht nicht. *Societas* bezeichnet damit auch nicht die Gemeinschaft als solche, sondern ist eine „Kurzbezeichnung für die komplexen vertraglichen Beziehungen zwischen den *socii*“.[8] **3**

Die Einigung der Gesellschafter ist an keine bestimmte Form gebunden, sie kann nach Modestin[9] sowohl explizit durch Worte (*verbis*), durch einen Boten (*per nuntium*) oder – konkludent – durch die Leistung einer Sache (*re*) zum Ausdruck gebracht werden. Die früher zum Teil vertretene Theorie,[10] dass es neben der *societas* als Konsensualkontrakt[11] auch eine „realvertragliche“ *societas* gegeben habe („*societas re contracta*“-Lehre), wird von der heute herrschenden Meinung zu Recht abgelehnt.[12] **4**

II. Die Formel der *actio pro socio*

Zur prozessualen Durchsetzung von Ansprüchen aus dem Gesellschaftsvertrag stehen einem *socius* die *actio pro socio* zur Verfügung, die zu den *bonae fidei iudicia*[13] (→ § 78) zählt. Nach *Lenels* Rekonstruktion[14] lautete die *actio pro socio* (*formula in ius concepta*) folgendermaßen: **5**

Societas I (1936); die kommerziellen Erwerbsgesellschaften zurecht als eigenständigen Entwicklungsstrang betonend dagegen *Pernice*, SZ 3 (1882) 48, 89–100; *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 19 f., 27 f.; *Guarino*, AAN 83 (1972) 261–359 (= *Guarino*, Società [1988] 1–120); letzterer leugnet aber zu Unrecht jeglichen Zusammenhang zwischen *societas omnium bonorum* und dem älteren *consortium*. Herrschend wird heute von einer multifaktoriellen Entwicklung der *societas* ausgegangen, vgl. etwa *Meissel*, Societas (2004) 102–105.

[6] Diese sind schon für das 3. Jh. v. Chr. belegt, vgl. Liv. 23,48,10–49,4.

[7] Ein weiterer früher Anwendungsfall könnte auch die sog. *societas Rutiliana* (Ulp. 41 ed. D. 38.2.1 pr.–2) zwischen Patron und Freigelassenem gewesen sein; dazu näher *Waldstein*, Operae libertorum (1986) 131–153; *Masi Doria*, SZ 106 (1989) 358–403; *Meissel*, Societas (2004) 198–204. Zu Kooperations-Abreden im landwirtschaftlichen Bereich, die bereits auf die Zeit Catos zurückgehen könnten (Cato agr. 144,4; 145,3) vgl. *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 26 f.; *Meissel*, Societas (2004) 180–186 mwN.

[8] *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 120.

[9] Mod. 3 reg. D. 17.2.4.

[10] Zu dieser Lehre und ihrer Widerlegung s. *Arangio-Ruiz*, St. Riccobono IV 355–395.

[11] Vgl. Gai. 3.154: *societas … quae nudo consensu contrahitur*. Mit der Entdeckung von Gai. 3.154a ist klar geworden, dass die von Gaius angedeutete Alternative keine „realvertragliche“ *societas*, sondern die altrömische *societas ercto non cito* ist.

[12] Statt vieler *Talamanca*, Societas (2012) 55–90; *Talamanca*, s. v. Società in generale (Diritto romano), ED XLII 820 mwN.; vgl aber *Starace*, Tutela processuale (2015) bes. 27–36, 108–117.

[13] Cic. off. 3,17,70; Gai. 4.62; Inst. 4.6.28.

[14] *Lenel*, EP 297; ebenso *Mantovani*, Formule Nr. 36; anders *Behrends*, Wissenschaftslehre (1976) 293 f., der statt *quidquid dare facere praestare oportet ex fide bona* aufgrund von Cic. Q. Rosc. 4,12 die Worte *quantum aequius melius sit dari repromittique* vermutet; dagegen zurecht *Platschek*, SZ 127 (2010) 278–284.

Quod A^s A^s cum N^o N^o societatem omnium bonorum coiit, qua de re agitur quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere praestare oportet ex fide bona, dumtaxat quod N^s N^s facere potest, eius iudex N^m N^m A^o A^o condemnato si non paret absolvito.

„Was das betrifft, dass Aulus Agerius (= der Kläger) mit Numerius Negidius (= dem Beklagten) eine Gesellschaft über das gesamte Vermögen eingegangen ist, verurteile, Richter, den Beklagten in das, was auch immer der Beklagte dem Kläger aus dieser Angelegenheit nach Treu und Glauben zu geben, zu tun, zu leisten verpflichtet ist; wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei!"

6 Die herrschende Lehre geht davon aus, dass im Edikt auf die *societas omnium bonorum* Bezug genommen wurde und dass der Prätor hier – entsprechend der Gliederung in Ulp. 31 ed D. 17.2.5 pr. – gegebenenfalls je nach Geschäftsgegenstand von einer *societas negotiationis*, *unius rei* oder *vectigalis* sprach.[15] Ob eine so schematische Unterscheidung zur Zeit des *edictum perpetuum* tatsächlich praktiziert wurde, ist m. E. angesichts des zum Teil fließenden Übergangs der *societas*-Typen fraglich.[16] Wahrscheinlicher erscheint, dass ein konkretisierender Hinweis zum Gegenstand der *societas* jeweils individuell vom Gerichtsmagistrat in die Formel eingefügt wurde.

7 Erst nach einer Vorprüfung des Sachverhalts (*causa cognita*)[17] konnte in die Streitformel eine auf die Vermögensverhältnisse des Beklagten zugeschnittene Verurteilungsbeschränkung (*taxatio*) auf „das, was der Beklagte zu leisten imstande ist" (*id quod facere potest*)[18] aufgenommen werden (→ § 13 Rn. 71).[19] Dieses (in nachrömischer Zeit so genannte) *beneficium competentiae* galt ursprünglich wohl nur für umfassende Vermögensgemeinschaften im Familienverband, wurde aber bereits von Sabinus über die *societas omnium bonorum* hinaus auch für andere Gesellschaften herangezogen.[20]

8 Die *actio pro socio* gehört zu den infamierenden Klagen (→ § 28 Rn. 13).[21] Dabei ist aber zu beachten, dass nicht bereits die Geltendmachung einer *actio pro socio*, sondern erst die förmliche *condemnatio* die Infamiefolge nach sich zog.[22] Im Fall einer freiwilligen Leistung des Beklagten oder einer Einigung der Streitparteien über die strittigen Ansprüche kam es zu keinem Ehrverlust. Des Weiteren war für den Eintritt der Infamie notwendig, dass die Verurteilung *suo nomine*[23] erfolgte; der Belangte konnte ihr also

---

[15] Vgl. nur *Kaser*, SDHI 41 (1975) 291.

[16] *Meissel*, Societas (2004) 109 Fn. 180, 219.

[17] Pomp. 21 Q. Muc. D. 42.1.22.1; Paul. 32 ed. D. 17.2.67.3; vgl. auch Ulp. 29 ed. D. 14.5.2 pr.

[18] Dem tatsächlich vorhandenen Vermögen waren die Werte gleichgesetzt, die der Beklagte dolos aufgegeben hatte (*quodve dolo malo fecit quo minus possit*, vgl. Ulp. 31 ed. D. 17.2.63 pr.).

[19] Dazu *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 30 f.; *Litewski*, St. Volterra IV 469–571; *Guarino*, Società (1988) 9; *Gildemeister*, Beneficium (1986); *Litewski*, SZ 104 (1987) 786–791.

[20] Ulp. 31 ed. D. 17.2.63 pr. Ulpian stimmt Sabinus mit der Begründung zu, dass allgemein der *societas* ein *ius quodammodo fraternitatis* innewohne. Möglicherweise blieb diese Anwendung auf andere Fälle als jene der *societas omnium bonorum* aber umstritten, vgl. Ulp. 63 ed. D. 42.1.16.

[21] Iul. 1 ed. D. 3.2.1; Gai. 4.182; Inst. 4.16.2; vgl. auch tab. Hercul. 111 (FIRA I 13); lex Irn. LXXXIV IXB 9–10.

[22] Iul. 1 ed. D. 3.2.1 pr.; Gai. 4.182.

[23] Iul. 1 ed. D. 3.2.1 pr.; Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.2; Diocl./Max. C. 2.11.2 (a.294).

entgehen, wenn er sich von Anfang an eines Prozessvertreters (*cognitor* oder *procurator*) bediente.

9 In der Vertragspraxis wurden Gesellschaftsverträge häufig schriftlich niedergelegt[24] und die Verpflichtungen durch eine *stipulatio poenae* (→ § 74) abgesichert.[25] Bei Nichteinhaltung konnte aus der Stipulation die versprochene *poena* eingeklagt werden, ohne dass auf die *actio pro socio*[26] zurückgegriffen werden musste. Das Einbringen einer Klage aus der Stipulation zog weder notwendigerweise das Ende der *societas* nach sich, noch galt der verurteilte Beklagte als infam.[27]

10 Die *actio pro socio* dient der umfassenden und abschließenden Abrechnung der zwischen den *socii* bestehenden Ansprüche. Im Rahmen dieses *bonae fidei iudicium* ist für noch zu erwartenden Gewinn oder Verlust durch Sicherheitsleistungen (*cautiones*) Vorsorge zu treffen.[28]

11 Der Gesellschafterklage liegt in der Regel (abhängig vom Gesellschaftsgegenstand, → Rn. 12–50) nicht nur ein einzelnes Geschäft, sondern eine über eine längere Zeit erfolgende Geschäftsführung[29] zugrunde, sie wird daher von Paulus[30] zu den *iudicia generalia* gezählt. Bestehen zwischen denselben Gesellschaftern mehrere Gesellschaftsverträge, so können sämtliche dieser Gesellschaftsverhältnisse in einer einzigen Klage abgerechnet werden.[31]

III. Das Panorama der *societates*

12 Hinsichtlich der überlieferten Kasuistik zur *societas* ist zu bedenken, dass Aussagen, welche ursprünglich im Konnex mit einer bestimmten Gesellschaftsform (oder einer bestimmten Vertragsgestaltung) getroffen wurden, in den Digesten Justinians zum Teil in einer verallgemeinernden Art und Weise präsentiert werden. Dennoch ist davon auszugehen, dass die unterschiedlichen Arten von Gesellschaften auch noch im klassischen Recht gewisse Besonderheiten aufwiesen.[32]

---

[24] Paul. 3 epit. Alf. Dig. D. 17.2.71 pr: *de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt.*

[25] Für die Vereinbarung einer solchen *stipulatio poenae* s. z. B. Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 17.2.71 pr.

[26] Zum Verhältnis einer *condictio* aus einer *stipulatio poenae* und der *actio pro socio* vgl. Ulp. 20 ed. D. 17.2.41 und Ulp. 45 Sab. D. 17.2.42; dazu näher *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 329–334.

[27] Vgl. auch *Misera*, FS Nirk 697–705, demzufolge das Ausweichen auf andere Klagen dazu diente, die spezifischen Wirkungen der *actio pro socio* (Gesellschaftsbeendigung und Infamie des verurteilten Beklagten) im konkreten Fall zu vermeiden.

[28] Paul. 6 Sab. D. 17.2.38 pr.

[29] Zur *societas* als Geschäftsführungsverhältnis *Wieacker*, Societas I (1936); *Wieacker*, SZ 69 (1952) 302–344; *Harke*, TR 73 (2005) 43–66; relativierend *Meissel*, Societas (2004) 40–57.

[30] Paul. 6 Sab. D. 17.2.38 pr.; zu den *iudicia generalia* allgemein *Peters*, SZ 32 (1911) 179–307, der allerdings (285 f.) – m. E. zu Unrecht, s. *Meissel*, Societas (2004) 46 – die *actio pro socio* nicht dazu zählt.

[31] Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.14; sehr wohl wird dabei aber zwischen den einzelnen *societates* zu unterscheiden sein; die Möglichkeit, die jeweiligen Gesellschaftsverträge einzeln abzurechnen, bleibt wohl bestehen (*Meissel*, Societas [2004] 47 f.; a. A. *Wieacker*, Societas I [1936] 11).

1. Universalgesellschaften

a. Die Hauserbengemeinschaft *ercto non cito*

13 Für das ältere *ius civile* berichten die Quellen von einer Gemeinschaft der *sui heredes*, die nach dem Tod des *pater familias* das Erbe ungeteilt fortgeführt hätten; diese „*ercto non cito*“ genannte Hauserbengemeinschaft wird von Gellius als *anticum consortium*[33] bezeichnet. Gaius stellt die *societas ercto non cito* als „einst“ (*olim enim erat*) etablierte „andere Art der Gesellschaft“ (*aliud genus societatis*), die römischen Bürgern vorbehalten war (*ius proprium Romanorum*), der *societas* als Konsensualkontrakt des *ius gentium* gegenüber. Ein gewisser entwicklungsgeschichtlicher Zusammenhang zwischen der altzivilen Hauserbengemeinschaft und den später unter den Konsensualkontrakt *societas* eingereihten umfassenden Vermögensgemeinschaften (*societas totorum bonorum, universorum bonorum*) liegt dabei nahe.

14 Der Ausdruck *ercto non cito* wird damit in Zusammenhang gebracht, dass das Eigentum noch nicht aufgeteilt sei.[34] Aus der Etymologie[35] ist abzuleiten, dass die Erbengemeinschaft *ercto non cito* solange bestand, bis es zu einer Teilung des Nachlasses kam.[36] Eine Aufteilung konnte mittels der *actio familiae erciscundae* angestellt werden (→ § 67 Rn. 8–12), welche nach den XII Tafeln als *actio per iudicis postulationem* zur Verfügung stand, um den Nachlass unter den Miterben aufzuteilen.[37]

15 Gegenstand des *consortium ercto non cito* bildet prinzipiell das gesamte Erbe, d. h. die *res familiaque* des Erblassers.[38] Dazu zählen nicht nur Rechte an körperlichen Sachen,

---

[32] *Serrao*, St. Volterra V 766 (= *Serrao*, Impresa [1989] 90); *Meissel*, Societas (2004) 64.

[33] Gell. 1,9,12.

[34] Gai. 3.154a; ähnlich auch Serv. Aen. 8,642: … *ut est in iure „ercto non cito“, id est patrimonio vel hereditate non divisa, nam „citus“ cum divisus significat.*

[35] *Erctum ciere* bedeutet etwa: „eine Teilung veranlassen“; *ercto non cito* folglich „solange keine Teilung vorgenommen wurde“ bzw. „solange zu keiner Teilung aufgefordert wurde (*divisione non provocata*)“. Zur Etymologie vgl. *Ernout/Meillet*, Dict. étym., s. v. (h)erciscere; *Walde/Hofmann*, LEW I, s. v. (h)erctum, 640 f.; sowie die z. T. kontroversen Erörterungen bei *Arangio-Ruiz*, PSI XI 35 (der aber *erctum* im Sinne von *patrimonium* verstehen möchte), sowie *Devoto*, PSI XI 52; *Levy*, SZ 54 (1934) 277 f.; *Wieacker*, Societas I (1936) 186; *Kaser*, RP I 99 Fn. 31; *Tondo*, ACol. 139–169; *Gutiérrez-Masson*, Consortium I (1987) 66–71; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 531–538; *Calzada*, Iura 59 (2011) 151–176.

[36] Unklar ist, ob die Charakterisierung als *societas inseparabilis* bei Gell. 1,9,12 ursprünglich bedeutete, dass die Hauserbengemeinschaft gar nicht aufteilbar war – dafür etwa *Talamanca*, s. v. Società in generale (Diritto romano), ED XLII 815 Fn. 12; *Aricò Anselmo*, St. Talamanca I 149–191; anders *Biscardi*, Labeo 1 (1955) 163, der die Unteilbarkeit auf die Anteile bei bestehender Gemeinschaft bezieht (zustimmend *Meissel*, Societas [2004] 80); andere deuten den Ausdruck wiederum untechnisch als „eine reine Redensart“, so *Pernice*, SZ 3 (1882) 72; zustimmend *Albanese*, AUPA 20 (1949) 179.

[37] Gai. 4.17a. Unsicher ist, ob auch der Tod eines *consors* zu einem Ende der Hauserbengemeinschaft führte, vgl. *Meissel*, Societas (2004) 97–99.

[38] Vgl. Gell. 1,9,12.

sondern wohl auch gewisse personen- bzw. familienrechtliche Rechte und Pflichten im Hinblick auf die *familia*, die Freigelassenen sowie andere extrapatrimoniale Rechte sakralen Einschlags (die *sacra familia* und das *sepulchrum familiare*).[39]

Mittels *certa legis actio* konnte eine der Hauserbengemeinschaft entsprechende *so-* **16**
cietas ad exemplum fratrum suorum vor dem Prätor begründet werden.[40] Diese gewillkürte Vermögensgemeinschaft hatte vermutlich dieselben Rechtsfolgen wie die Hauserbengemeinschaft.[41] Worauf sich das Wahlkonsortium gegenstandsmäßig erstreckte, ergibt sich aus den Quellen nicht. Naheliegend ist die Vermutung, dass es sich analog zum *consortium ercto non cito* auf das gesamte Vermögen der Beteiligten erstreckte[42] und sich auch die Anwendungsfälle ähnlich wie bei der Hauserbengemeinschaft auf nahe Angehörige bezogen.[43] Bei der *certa legis actio* dürfte es sich um eine *in iure cessio* vermögensrechtlichen Inhalts[44] gehandelt haben, deren spezifische Ausgestaltung[45] aber aus den Quellen nicht hervorgeht.

Gaius hebt als Besonderheit für die Gemeinschaft *ercto non cito* und für die nachge- **17**
formte *societas ad exemplum fratrum suorum* hervor, dass eine Verfügung eines einzelnen *socius* Gesamtwirkung auch für die anderen hatte: Wird ein Sklave durch einen *socius* freigelassen, so ist die *manumissio* wirksam und der Freigelassene wird zum *libertus* aller Mitglieder der Gemeinschaft. Dasselbe gilt sinngemäß auch im Fall einer *mancipatio* einer *res communis*: Die Verfügung eines einzelnen überträgt das vollständige Eigentum – und nicht etwa bloß den Anteil des einzelnen, wie dies beim *condominium*, dem jüngeren Miteigentum nach Bruchteilen, der Fall wäre.[46] Es wird allgemein angenommen, dass diesem Verfügungsrecht (mit Gesamtwirkung für alle) ein *ius prohibendi* gegenüber gestanden sei, durch das jeder *socius* gegen einen Akt eines anderen ein Untersagungsrecht gehabt habe,[47] wie dies auch für die jüngere Miteigentumsgemeinschaft quellenmäßig[48] belegt ist.

Spätestens gegen Ende der Republik dürfte das *consortium* außer Übung gekommen **18**
sein.[49] Seine Funktion wird vom Konsensualvertrag *societas*, im speziellen von der

---

[39] *Kaser*, RP I 98.

[40] Gai. 3.154b.

[41] *Bianchini*, Societas (1967) 10; vgl. Gai. 3.154b: …*eandem societatem.*

[42] In diesem Sinn etwa *Talamanca*, s. v. Società in generale (Diritto romano), ED XLII 817.

[43] *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 14 f.; *Meissel*, Societas (2004) 93 f.

[44] A. A. v. a. *Wieacker*, Societas I (1936) 130, 169, der ein adoptionsähnliches Geschäft (*affratellatio*) annimmt.

[45] Zu unterschiedlichen Hypothesen s. *Monier*, Nouveaux fragments (1933) 22 f.; *Levy*, SZ 54 (1934) 290 f.; *Arangio-Ruiz*, BIDR 42 (1934) 600; *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 9 f.; *Talamanca*, s. v. Società in generale (Diritto romano), ED XLII 815; *Meissel*, Societas (2004) 94–97.

[46] Gai. 3.154b.

[47] So etwa schon *Fadda*, St. Brugi 143 f.; *Levy*, SZ 54 (1934) 281 f.; *Wieacker*, Societas I (1936) 193; *Biscardi*, Labeo 1 (1955) 149; weitere Nachweise bei *Meissel*, Societas (2004) 84 Fn. 74.

[48] Marcell. 6 dig. D. 8.5.11; Pomp. 33 Sab. D. 8.2.27.1; Pap. 7 quaest. D. 10.3.28; Paul. 15 Sab. D. 8.2.26.

[49] *Bretone*, Labeo 6 (1960) 199, 211; *Tellegen*, RIDA 27 (1980) 307–312. Der Ausdruck *voluntarium*

societas omnium bonorum übernommen.[50] Zugleich dürften bestimmte Charakteristika des *consortium* auf das Recht der *societas* Einfluss genommen haben[51] (das vermutet man z. B. für das *ius quodammodo fraternitatis*, welches die Verurteilung auf *id quod facere potest* nach sich zieht[52] und die Vergemeinschaftung auch von Ansprüchen, die einem *socius* aus einer *iniuria* zustehen[53]).

19 Der Prozess der Ablösung des *consortium* durch den Konsensualvertrag *societas* muss ein komplexer Vorgang gewesen sein. Zum einen wurde die ältere Hauserbengemeinschaft durch die jüngere Erbengemeinschaft abgelöst, welche die Erbschaft nach ideellen Anteilen in der Form der *communio pro indiviso* erwarb. Zum anderen wurde das gemeinsame Weiterwirtschaften der Hauserben nicht mehr als *naturalis et legitima societas* begriffen, sondern als durch den Konsens der Genossen eingegangene und getragene Rechtsgemeinschaft.[54]

b. Universalgesellschaften im klassischen Recht

20 Gesellschaften, die eine umfassende Vermögensgemeinschaft zum Gegenstand haben, begegnen in der Klassik unter leicht variierenden Bezeichnungen wie *societas totorum bonorum*,[55] *societas omnium bonorum*[56] und *societas universorum bonorum*[57] sowie *societas universarum fortunarum*,[58] ohne dass dabei sachlich unterschiedliche Phänomene gemeint sein dürften.[59] Ähnlich wie beim altzivilen *consortium* ist für diese Uni-

consortium bei Papinian in Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.8 bezeichnet kein *consortium ercto non cito*, sondern eine *societas omnium bonorum*; so überzeugend *Bretone*, Labeo 6 (1960) 175 f. Dass die rechtliche Struktur des *consortium (ercto non cito)* verschwand, bedeutet aber nicht, dass der Ausdruck als solcher, insbes. im Hinblick auf gelebte Solidarität und brüderliches Zusammengehörigkeitsgefühl, weiterhin gebraucht wurde.

[50] Ausführlich dazu *Gutiérrez-Masson*, Consortium I (1987) und *Gutiérrez-Masson*, Consortium II (1989).

[51] Statt vieler *Talamanca*, s. v. Società in generale (Diritto romano), ED XLII 818. *Wieacker*, Societas I (1936) 6 und öfters, spricht hier von „fossilen Zeugnissen einer gemeinsamen Urform", die als Reste des *consortium* im Recht der *societas omnium bonorum* sichtbar seien. Methodisch ist dazu anzumerken, dass hier Belege zum Recht der *societas* (mit einer gewissen Plausibilität) rückprojiziert werden.

[52] Vgl. Ulp. 31 ed. D. 17.2.63 pr.

[53] Neratius bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.16.

[54] Dass das Absterben des *consortium* mit einer Veränderung der Zensus-Bestimmungen zusammenhängt, welche eine Zusammenfassung des Vermögens nicht mehr erfordert habe – so *Guarino*, Società (1988) 17 in Fn. 50 – erscheint eher unwahrscheinlich: Umfassende „Haus-Wirtschaftsgemeinschaften" in der Art von *consortium* und nachgebildetem *consortium* finden sich ja – funktional betrachtet – auch noch später, aber eben unter der Form der *societas omnium bonorum*.

[55] Vgl. etwa Gai. 3.148,151; Inst. 3.25 pr.

[56] Vgl. etwa Paul. 32 ed. D. 17.2.1.1; D. 17.2.3.1; D. 17.2.65.3; D. 17.2.67.1 und öfter; Neratius bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.16,17.

[57] Vgl. etwa Ulp. 31 ed. D. 17.2.5. pr.

[58] Ulp. 1 resp. D. 17.2.73.

[59] *Bona*, SDHI 33 (1967) 379; *Meissel*, Societas (2004) 105; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 126; anders hingegen *Bianchini*, Societas (1967) 50.

versalgesellschaften ein „kommunitaristisches" Element[60] typisch, jedenfalls erscheint diese solidarische Komponente bei der *societas omnium bonorum* stärker ausgeprägt als bei anderen Formen der *societas*.

Der Begriff der *societas omnium bonorum* gewinnt insbes. durch einige Paulusfragmente[61] Konturen; daraus ergibt sich, dass bei der *societas omnium bonorum* das gesamte zum Zeitpunkt des Eingehens der *societas* den Gesellschaftern gehörende Vermögen Gegenstand der Gesellschaft wird. Das Eigentum der Gesellschafter an körperlichen Sachen wird dabei sachenrechtlich vergemeinschaftet (*continuo communicantur*[62]); der Eigentumserwerb findet dabei nach Gaius über eine generelle *tacita traditio* statt.[63] Hinsichtlich von Forderungen besteht dagegen eine schuldrechtliche Verpflichtung der *socii* zur Vergemeinschaftung.[64] **21**

Wenn *specialiter* eine *societas omnium bonorum* abgeschlossen wurde, wird (neben dem gegenwärtigen Vermögen) auch jeglicher zukünftige Erwerb – unabhängig von der Art des Erwerbs, d. h. insbes. inklusive aller Arten des unentgeltlichen Erwerbs wie Erbschaft, Legat und Schenkung – vergemeinschaftet.[65] Das erfasste zukünftige Vermögen bezieht sich aber nur auf erlaubten Erwerb. Dazu gehören bei einer *societas omnium bonorum* nicht nur sämtlicher entgeltlicher und unentgeltlicher Erwerb, sondern auch Schadenersatz- und Bußgeld-Leistungen, selbst wenn diese auf einer Persönlichkeitsverletzung an einem *socius* beruhen.[66] Nicht einzubringen ist hingegen unerlaubt Erworbenes (*ex prohibitis causis*).[67] Auch auf der Passivseite sind deliktische Haftungen eines *socius* (z. B. aufgrund einer von ihm begangenen *iniuria*[68] oder eines von ihm begangenen *furtum*[69]) grundsätzlich von diesem allein zu tragen. **22**

Wird hingegen eine *societas* (ergänze: *universorum*)[70] nicht *specialiter* als *societas omnium bonorum*, sondern ohne einen solchen spezifizierenden Zusatz (*simpliciter*) abgeschlossen, so fällt darunter bloß alles, was durch laufenden Erwerb von den *socii* erwirtschaftet wird (*universorum quae ex quaestu veniunt*).[71] Liegt eine solche *societas* **23**

---

[60] Das genossenschaftliche Element wird vor allem von *Wieacker*, Societas I (1936) hervorgehoben. Auch *Gutiérrez-Masson*, Consortium I (1987) 11 spricht hier von einem „espiritu communitario" des römischen Rechts.

[61] Paul. 32 ed. D. 17.2.1,3.

[62] Paul. 32 ed. D. 17.2.1.1; so genannter *transitus legalis*; zu den vielen Hypothesen zur Konstruktion dieses Vermögensübergangs s. *Meissel*, Societas (2004) 230–265 mwN.

[63] Gai. 10 ed. prov. D. 17.2.2.

[64] Paul. 32 ed. D. 17.2.3 pr. Dasselbe gilt vermutlich für den späteren Erwerb der *socii*, dazu *Meissel*, Societas (2004) 256–263; vgl. Paul. 62 ed. D. 17.2.74; Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.17.

[65] Paul. 32 ed. D. 17.2.3.1.

[66] Neratius bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.16.

[67] Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.17.

[68] Ulp. 31 ed D. 17.2.52.18.

[69] Vgl. dazu D. 17.2.53–57.

[70] Für einen Bezug auf eine Universalgesellschaft *Meissel*, Societas (2004) 108–112; anders *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 139; *Guarino*, Società (1988) 22. *Bona*, Società consensuale (1973) 19 f. hält ~~*simpliciter* überhaupt für interpoliert.~~

[71] Ulp. 30 Sab. D. 17.2.7.

quaestus[72] vor, so wird als *quaestus* jeder auf Tätigkeit (*opera*) beruhender Erwerb[73] (unter Abzug der damit zusammenhängenden Schulden)[74] verstanden, nicht aber unentgeltlicher Erwerb durch Schenkungen oder letztwillige Zuwendungen.[75]

24 Des weiteren finden sich aber auch bei Universalgesellschaften „Zwischenformen", die neben dem *quaestus* ausdrücklich bestimmte Zuwendungen von Todes wegen umfassen sollen, etwa die Vereinbarung einer umfassenden Gütergemeinschaft, bei der das gesamte gegenwärtige (ererbte) Vermögen gemeinsam bewirtschaftet wird, hinsichtlich des zukünftigen Erwerbes aber differenzierte Abreden getroffen werden, welche darauf abzielen, testamentarische Zuwendungen (und vielleicht auch *donationes*) dem jeweils Bedachten individuell zu belassen.[76] Als eine andere „Zwischenform" lässt sich eine Vermögensgemeinschaft begreifen, bei der neben dem ursprünglich bereits vorhandenen Vermögen der zukünftige Erwerb nur aus einer bestimmten *negotiatio* mit umfasst sein soll.[77] Wenn Brüder eine väterliche Erbschaft gemeinsam weiter bewirtschaften, muss dies nicht notwendigerweise eine volle *societas omnium bonorum* bedeuten, sondern kann sich auf den Zweck beschränken, ebendiese *hereditas paterna* gemeinsam zu haben.[78]

25 Analysiert man die in den juristischen Quellen belegten Beispiele einer *societas omnium bonorum* bzw. Fälle, bei denen eine solche zumindest erwogen wird, zeigt sich, dass diese in der Praxis fast immer im Familienkreis angesiedelt sind. Zwei Fallgruppen lassen sich dabei beobachten: einerseits umfassende Vermögensgemeinschaften zwischen Brüdern,[79] sowie anderseits solche zwischen Eheleuten. Dass eine als *societas omnium bonorum* konzipierte umfassende Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten über lange Zeit Bestand haben konnte, geht aus einem Scaevola-Responsum[80] hervor, dem ein Fall zugrunde liegt, in dem ein Mann mit seiner Frau über 40 Jahre in einer *societas omnium bonorum* gelebt hat. Auch die *societas omnium bonorum* zwischen

---

[72] Gleiches gilt auch, wenn eine Gesellschaft mit der Vereinbarung *ut et quaestus et lucri socii sint* (Paul. 32 ed. D. 17.2.13), als *societas lucri quaestus compendii* (Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 17.2.71.1) oder als *quaestus et compendii societas* (Iul. 1 Urs. Fer. D. 29.2.45.2) eingegangen worden war.

[73] Paul. 6 Sab. D. 17.2.8.

[74] Paul. 6 Sab. D. 17.2.12.

[75] Sabinus bei Ulp. 30 Sab. D. 17.2.9; Quintus Mucius bei Ulp. 30 Sab. D. 17.2.11. Zur Frage, inwiefern remuneratorische Schenkungen als *quaestus* gelten, differenzierend *Sciortino*, Società questuarie (2019) 23–72. Als *societas universorum quae ex quaestu veniunt* deutet *Cerami*, Iura 62 (2014) 95–98 auch die in Cic. Quinct. 12 angesprochene *societas earum rerum quae in Gallia comparabantur* zwischen Gaius Quinctius und Sextus Naevius; mit *Platschek*, Quinctius (2005) 13–17 ist dabei aber wohl an keine Universalgesellschaft, sondern eine beschränktere Erwerbsgesellschaft zu denken.

[76] Vgl. Paul. 32 ed. D. 17.2.3.2; dazu *Meissel*, Societas (2004) 118–120 mwN.

[77] Vgl. Scaev. 2 resp. D. 26.7.47.6; dazu *Meissel*, Societas (2004) 120 f.

[78] Scaev. 1 resp. D. 10.2.39.3; Papinian bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.6.

[79] Vgl. Pap. bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.8; Ulp. 8 Sab. D. 28.7.4 pr.; Gord. C. 6.22.1 (a.243); vgl. auch Plin. epist. 8,18.

[80] Scaev. 18 dig. D. 34.1.16.3.

Aurelius Celer und Fabia, die Gegenstand eines diokletianischen Reskripts[81] bildet, dürfte eine unter Eheleuten gewesen sein. Einen epigrafischen Beleg für eine *societas omnium bonorum* könnte schließlich auch die sog. Laudatio Turiae[82] enthalten.[83]

2. Handelsgesellschaften und Gelegenheitsgesellschaften

Als Beispiel für eine *societas unius alicuius negotii* führt Gaius[84] eine Gesellschaft zum Sklavenhandel (*veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum*) an, in der entsprechenden Passage in den Institutionen Justinians[85] wird für eine *societas unius alicuius negotiationis* zusätzlich der Handel mit Öl, Wein und Getreide erwähnt. Der Ausdruck *negotiatio* bezeichnet allgemein das Betreiben eines Handelsgeschäftes, was nicht ausschließt, dass der Händler zugleich als Produzent der Waren fungiert.[86] **26**

Die Grenzziehung zwischen *societas alicuius negotiationis* und *alicuius rei* dürfte fließend gewesen sein. Zum einen ist schon terminologisch *negotium/negotiatio* ein Begriff, der sowohl eine einzelne Transaktion als auch einen auf Erzielung laufender Umsätze ausgerichteten Geschäftsbetrieb bezeichnen kann. Darüberhinaus zeigt sich etwa am Beispiel der *societas ad emendum et vendendum*, dass in den Quellen sowohl „Handelsgesellschaften" begegnen, deren Gegenstand der auf längere Sicht (und vermutlich im größeren Umfang) angelegte Ein- und Verkauf bestimmter Waren[87] bildet, als auch „Gelegenheitsgesellschaften", bei denen durch Ein- und Verkauf einer bestimmten Sache[88] Profit gemacht werden soll. Freilich ist im Einzelfall die Unterscheidung durchaus bedeutsam; insbesondere für Fragen der Beendigung der *societas* kann es relevant sein, ob es bloß um den Ein- und Weiterverkauf einzelner Sachen (*societas ad emendum certam rem*)[89] oder auf Dauer angelegten Handel mit Waren geht. Im Vordergrund des Interesses der römischen Juristen steht aber auch dabei die Analyse des **27**

[81] Diocl./Max. C. 4.37.4 (o.A.).

[82] Vgl. Laud. Turiae 1,37–41 (aus 8–2 v. Chr.); vgl. dazu *Flach*, LT bes. 28, 87 f., 106.

[83] Zu möglichen papyrologischen Belegen für *societates omnium bonorum* unter Eheleuten vgl. *Arangio-Ruiz*, Ist.[12] 461 f. Fn. 2; FIRA III 158; vgl. auch *Simon*, FG Sontis 125; *Meissel*, Societas (2004) 129 f.

[84] Gai. 3.148.

[85] Inst. 3.25 pr.

[86] Zu den verschiedenen Nuancen der Bedeutung von *negotiator* als Geschäftsmann, (Groß-)Händler, aber auch Finanzier von Handelsgeschäften s. *Bürge*, SZ 104 (1987) 498 f.; *Höbenreich*, Annona (1997) 287 f.; *Meissel*, Societas (2004) 131–133.

[87] Z. B. der in Inst. 3.25 pr. erwähnte Handel mit Sklaven, Wein, Öl und Getreide oder die in Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.15 und Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.4 begegnende Gesellschaft zum Textilhandel (*sagaria negotiatio*). Interessante Einblicke ergeben sich auch aus papyrologischen Quellen, so z. B. P.Oxy. 2342, der eine Gesellschaft im Weingroßhandel belegt; vgl. hiezu *Jakab*, Tyche 16 (2001) 63–86.

[88] Z. B. in dem „Quadriga-Fall" durch Verkauf eines Viergespanns von Pferden, Celsus bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.58 pr.

[89] Vgl. Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.11; Paul. 32 ed. D. 17.2.65.4,10; Labeo bei Paul. 32 ed. D. 17.2.65.2.

konkreten Gesellschaftsvertrages und nicht die Zuordnung zu dem einen oder anderen „Typus" einer *societas*.

a. Handelsgesellschaften

28 Bei Gesellschaften, bei denen durch Ein- und Verkauf von Waren Profit gemacht werden soll, steuert häufig der eine Partner das Kapital bei, während der andere auf Reisen geht, um die Waren zu erwerben.[90] Der Gewinn (nach Abzug des Kapitals sowie manchmal auch bestimmter Zinsen[91]) wird sodann zwischen Kapitalgeber und Arbeitsgesellschafter geteilt.[92]

29 Sofern dem gemeinsamen Kauf eine *societas* zugrundeliegt,[93] wird es sich dabei häufig[94] um eine Gesellschaft zu Handelszwecken[95] gehandelt haben, wie etwa bei dem gemeinsamen Ankauf von Sklaven.[96] Der gemeinsame Verkauf von Sklaven[97] durch Gesellschafter deutet darauf hin, dass die verkauften Sklaven im Miteigentum der Sklavenhändler standen; vermutlich waren sie von ihnen vorher auch gemeinsam erworben worden.

30 Als gemeinsame Handelsunternehmung lässt sich auch der Trödelvertrag (*aestimatum*) begreifen, bei dem sich jemand (Kommittent) eines anderen (Kommissionär) zum Verkauf einer Sache bedient und sich selbst eine bestimmte Summe (*certum*) als Anteil am Verkaufserlös ausbedingt. Hier kann eine *societas* vorliegen, sofern die Vereinbarung mit *animus contrahendae societatis* geschlossen worden war.[98] In der Zu-

---

[90] Zu Fragen der Beiträge des Arbeitsgesellschafters und seiner Haftung umfassend *Santucci*, Socio d'opera (1997); dazu *Meissel*, SZ 117 (2000) 554–567.

[91] Zu den papyrologischen Befunden s. *Jakab*, Tyche 16 (2001) 63–85.

[92] Vgl. etwa Ulp. 30 Sab. D. 17.2.29.1; Julian bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.4.

[93] Vgl. Gai. 7 ed. D. 10.3.2 pr., wo der gemeinsame Kauf einer Sache (*pariter eandem rem emere*) als Beispiel für eine Miteigentumsgemeinschaft *cum societate* angeführt wird. Bei Ulp. 30 Sab. D. 17.2.31 wird klargestellt, dass der gemeinsame Kauf nur bei entsprechendem Parteienwillen (*affectio societatis*) einen Gesellschaftsvertrag impliziere. Zum Verhältnis von Gai. 7 ed. D. 10.3.2 pr. zu Ulp. 30 Sab. D. 17.2.31 *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 17 f., 26 Fn. 58.

[94] Der Ankauf im gemeinsamen Interesse kann freilich auch zu anderen Zwecken dienen, z. B. der Arrondierung von Grundstücken, was von Julian bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52 pr. ebenfalls als *societas* subsumiert wird (*si vero id actum est, ut quasi commune negotium gereretur* [vgl. auch Labeo 2 post. Iav. epit. D. 32.30.4]) oder um durch den Erwerb des Nachbargrundstückes eine Bebauung zu verhindern: Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.13 (*si aream in commune emerint, ne luminibus suis officeretur*).

[95] Eine *societas ad emendum*, bei der dann Waren am Markt verkauft werden sollen, dürfte auch in dem vielfach erörterten, rätselhaften Fragment Ulp. 32 ed. D. 17.2.69 vorliegen; dazu *Meissel*, RIDA 49 (2002) 119–129; *Bürge*, SZ 125 (2008) 425–439.

[96] Paul. 32 ed. D. 17.2.65.5: … *nam si emimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit* ….

[97] Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44.1.

[98] Ulp. 31 ed. D. 17.2.44; zum Verhältnis dieser Entscheidung zur gegenteiligen Entscheidung in Ulp. 30 Sab. D. 19.5.13 pr. s. ausführlich *Meissel*, Societas (2004) 146–151.

ordnung von solchen „Grenzfällen“ bei entsprechender Parteienabsicht als *societas* lässt sich eine Manifestation des Grundsatzes der Parteienautonomie sehen, welcher für das Recht der *societas* insgesamt charakteristisch ist.[99]

b. Handwerkergesellschaften – *Societates quaestus ex artificio*

Im Nahebereich der Gesellschaften zum Handel im engeren Sinn, bei dem durch Ein- und Verkauf von Waren Gewinn angestrebt wird, stehen Gesellschaften für die handwerkliche Produktion von Gütern zum Zweck des Weiterverkaufs. Im Gegensatz zur universalen Erwerbsgesellschaft (*societas universorum quae ex quaestu veniunt*) bezieht sich der Gesellschaftsgegenstand dabei auf das gemeinsame Betreiben eines spezifischen Gewerbes. Gemeinschaftlich erwirtschaftet und geteilt wird also nicht jeglicher auf *opera* beruhender Erwerb, sondern nur jener aus einem bestimmten *artificium*.[100] Als (Kunst-)/Handwerk (*artificium*) wurde auch das entgeltliche Erteilen qualifizierten Unterrichts betrachtet, so stellt z. B. ein Zusammenschluss zweier Lehrer zur gemeinsamen Erteilung von entgeltlichem Grammatikunterricht eine *societas* dar.[101] **31**

Eine Gesellschaft, bei der der eine Gesellschafter Kapital einbringt, der andere aber seine Arbeitskraft, liegt bei den Verträgen über eine „Transportgesellschaft in der Großen Oase“ vor, welche durch Papyri aus 319 und 320 n. Chr belegt ist.[102] Schließlich lässt sich in die Reihe derartiger Vereinbarungen auch die aus Ciceros Rede Pro Roscio comoedo bekannte Gesellschaft stellen, die der Schaupieler Q. Roscius Gallus mit C. Fannius Chaerea abschloss: Fannius steuerte den Sklaven Panurgus bei, Roscius sollte diesen zum Schauspieler ausbilden. Die durch Panurgus dann als Schauspieler erzielbaren Gagen (bzw. ein allfälliger Verkaufserlös) sollten zwischen den Gesellschaftern geteilt werden.[103] **32**

---

[99] So auch *Santucci*, Socio d’opera (1997) 10–13 Fn. 21. Der Sache nach kann man m. E. die Rechtfertigung der Subsumtion von Vereinbarungen der Art von Ulp. 31 ed. D. 17.2.44 oder Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.7 als *societas* darin sehen, dass die Gesellschafter ungleiche Beiträge leisten. Während der Beitrag des Kommittenten beim Trödelvertrag bzw. des Kapitalgebers bei der Monumenteerrichtungs- und Verwertungsgesellschaft von vornherein feststeht und als solcher auch *a priori* bewertbar erscheint, lässt sich der Wert des Beitrags des Arbeitsgesellschafters in gewisser Weise erst *ex post* (anhand des Verkaufserfolges) feststellen.

[100] Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 17.2.71 pr.: *societatem coierunt, ut … quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset*; vgl. auch die Entwürfe für Tischlereigesellschaften aus dem 6. Jh. n. Chr. (FIRA III 158 = P.Cair.Masp. II 67158, 67159).

[101] Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 17.2.71 pr.

[102] *Amelotti/Migliardi Zingale*, St. de Regibus 167–176 (= *Amelotti*, Scr. 87–98); die Papyri finden sich ediert in P.Genova I Nr. 20 und 21; vgl *Montevecchi*, Aegyptus 54 (1974) 138 f.; eine revidierte Fassung findet sich im Appendix von P.Genova II. Dazu auch *Gofas*, St. Biscardi II 499–505, sowie *Gofas*, PapCongr. XIX.1 341. *Jördens*, Vertragliche Regelungen (1990) 358 bezweifelt das Vorliegen einer *societas*, da die beiden Gesellschafter unterschiedliche Beiträge leisten; zu Recht kritisch dazu *Willvonseder*, SZ 112 (1995) 491.

[103] Cic. Q. Rosc. 27–31.

c. Gesellschaften im Bereich der Finanzwirtschaft

33 Als gewerbliche Tätigkeit im Bereich der Finanzwirtschaft, für welche die juristischen Quellen die Bildung von *societates* belegen, ist jene der *argentarii* hervorzuheben.[104] Zum Betätigungsfeld der Argentarier[105] gehörte vor allem das Betreiben von privaten Versteigerungen[106] und damit die vermittelnde Tätigkeit zwischen Einbringern und Meistbietenden. In diesem Zusammenhang fungierten sie als Zahlstelle und gewährten Kredite. Im Rahmen ihrer Tätigkeit als Auktionsorganisatoren zahlten sie dem Verkäufer den Kaufpreis sofort aus, waren gegenüber den Käufern aber in der Regel vorleistungspflichtig und konnten den Kaufpreis erst nach Übergabe der Ware verlangen.[107] Aus den juristischen Quellen sind uns für die *argentarii* einige Sonderregeln überliefert.[108] Einen spezifischen Konnex zu Gesellschaften von *argentarii* weisen dabei die Regeln über solidarische Berechtigungen und Verpflichtungen von *argentarii socii* auf; als Beispiel für durch *consuetudo* geschaffenes *ius* gilt hier die Regel, dass eine durch Buchung einer Auszahlung an einen *argentarius* geschaffene Verbindlichkeit auch vom Mitgesellschafter gefordert werden kann.[109]

34 Auch die auf einem siebenbürgischen Wachstäfelchen überlieferte Geldverleihergesellschaft (*societas danistariae*[110]) hatte Finanzierungsgeschäfte zum Inhalt; Gegenstand der Gesellschaft war hier die Gewährung von Darlehen, möglicherweise zur Finanzierung von Weizenkäufen.

---

[104] Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.5; dazu *Meissel*, Societas (2004) 166–171.

[105] Zu den Argentariern und Argentariergesellschaften allgemein: *Mitteis*, SZ 19 (1898) 198–260, bes. 203–213; *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 82 f., 144; *Andreau*, Affaires (1974); *García Garrido*, St. Biscardi III 373–383; *Andreau*, Vie financière (1987) bes. 445–670; *Bürge*, SZ 104 (1987) 465–558, bes. 476–486; *Petrucci*, Mensam exercere (1991); *De Churucca*, SZ 108 (1991) 304–324; *Cerami/Petrucci*, Diritto commerciale (2010) 107–217.

[106] Dazu *Talamanca*, Contributi (1954); *Thielmann*, Privatauktion (1961); *Rauh*, Historia 38 (1989) 451–471.

[107] *Bürge*, SZ 104 (1987) 483. Die Zahlung des Kaufpreises ließ sich der *argentarius* vom Ersteher mittels Stipulation zusichern; vgl. *Schönbauer*, SZ 45 (1925) 367–371.

[108] Diese betreffen v. a. ihre eigentümliche Stellung als Vermittler der Verkäufe bei Versteigerungen. Im einzelnen sind hier zu erwähnen die sog. *exceptiones argentariae* (*exceptio mercis non traditae*, *exceptio redhibitionis*, *exceptio pecuniae pensatae*), dazu *Cerami/Petrucci*, Diritto commerciale (2010) 135–139, weiters das *receptum argentarii*, dazu *Rodríguez González*, Receptum argentarii (2004); *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 161–163 mwN., sowie die Editionspflicht der *argentarii* in fremden Prozessen, dazu *Bürge*, SZ 112 (1995) 33 f.

[109] Rhet. Her. 2,3,19; zur Gesamtgläubiger- und Schuldnerschaft der Argentarier s. *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 82 f., 144; *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973) 51–59; *García Garrido*, St. Biscardi III 377–380; *Bürge*, SZ 104 (1987) 519–527; *Petrucci*, Mensam exercere (1991) 103–105, 336; sowie *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 110–122; *Meissel*, Societas (2004) 160–166.

[110] FIRA III 157 = CIL III 950 f.; Der Ausdruck *danista* leitet sich von den griechischen *daneistes* ab, einer Bezeichnung für Personen, die gegen Zinsen Geld verleihen; er wird auch für Argentarier verwendet. Vgl. dazu *Ciulei*, Triptyques (1983) 61–68; *Meissel*, Societas (2004) 171–174; zuletzt ausführlich *Fleckner/Kachabia*, in: Fleischer/Mock, Gesellschaftsverträge (2021) 27–96.

d. Gesellschaften zur Finanzierung und zum Betreiben von Schiffstransporten

Das Finanzieren und Betreiben von Schiffstransporten stellte in der Antike eine kapitalintensive, lukrative, aber auch risikoreiche Tätigkeit dar, welche häufig durch *societates* finanziert wurde.[111] Dies bot nicht nur die Möglichkeit, das nötige Kapital durch eine Mehrzahl von Gesellschaftern beizubringen, sondern erlaubte auch, das Risiko zu beschränken.[112] In den Juristenschriften finden wir Hinweise auf Gesellschaften von Reedern insbesondere im Zusammenhang mit der adjektizischen Haftung mehrerer *exercitores* über die *actio exercitoria*.[113] 35

e. Gesellschaften im landwirtschaftlichen Bereich

Auch für den agrarischen Bereich gibt es Hinweise auf *societates*. Schon in Catos Formularen[114] begegnet im Zusammenhang mit der Verdingung der Olivenernte und der Ölpresse der Ausdruck *socius*; ob damit freilich eine Partei eines Gesellschaftsvertrages im technischen Sinn bezeichnet wurde, ist fraglich.[115] Im Zusammenhang mit der Diskussion der Haftung der *socii* untereinander werden zwei Anwendungsfälle einer *societas* im agrarischen Bereich erwähnt.[116] 36

Gemeinschaftlich Vieh zum Weiden zu geben bzw. einen Acker zur gemeinsamen Fruchtziehung einem *politor* zu übergeben, werden als Fälle einer *societas* angeführt, bei denen eine *ars* bzw. *opera* vom einem *socius* beigesteuert werden *(in coeunda societate artem operamve pollicitus est alter)*.[117] Geteilt wird dabei im Rahmen der Gesellschaft zwischen dem *socius*, der das Vieh bzw. den Acker beisteuert, und dem Arbeitsgesellschafter jeweils der erzielte Zuwachs (*in commune quaerendis fructibus*). 37

In den Papyri finden sich vielfältige Belege für Gesellschaftsverhältnisse im agrarischen Bereich, vor allem in jenen Fällen, in denen Personenmehrheiten als Verpächter 38

---

[111] Verknüpfungen von Schifffahrtsgesellschaften und Seedarlehen finden sich in den P.Berl. 5853 und 5883 = SB III 7169 (2. Jh. v. Chr.), bei denen auf Empfängerseite eines Seedarlehens fünf Personen aufscheinen, die Gesellschafter sein dürften; vgl. *Meyer*, SZ 46 (1926) 330; ausführlich *Purpura*, AUPA 39 (1987) 246–278 mwN.

[112] Plu. Cat. Ma. 21. Dazu *Szlechter*, Société (1947) 268–270; *Rougé*, Commerce maritime (1966) 426–430; *Litewski*, Iura 24 (1973) 119; *Lübtow*, FS Seidl 103–117; *Rougé*, in: D'Arms/Kopff, Seaborne Commerce (1980) 292 f.; *De Martino*, RDN 1 (1935) 217–247 (jetzt in *De Martino*, Diritto privato [1982] 3–30); *Purpura*, AUPA 39 (1987) 235–246; *Giuffrè*, SemCompl. 7 (1995) 137 Fn. 15; *Santucci*, Socio d'opera (1997) 29 Fn. 1.

[113] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.25; Paul. 29 ed. D. 14.1.3; Ulp. 29 ed. D. 14.1.4 pr.; dazu *Meissel*, Societas (2004) 176–180.

[114] Cato agr. 144,13; Cato agr. 145,8: *socium nequem habeto, nisi quem dominus iusserit aut custos.*

[115] So auch jüngst *Santucci*, Socio d'opera (1997) 34. Für das Vorliegen einer *societas* vor allem *Lübtow*, Symb. Taubenschlag III 286 (= *Lübtow*, Ges. Schr. I.3 67) mwN.

[116] Celsus bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.2.

[117] Die *politio* als zumindest gesellschaftsnahes Geschäft erscheint schon bei Cato agr. 136, dazu vgl. *Santucci*, Socio d'opera (1997) 30.

oder Pächter (→ § 80 Rn. 40–46) auftreten.[118] Bei einer Personenmehrheit auf Verpächterseite handelt es sich in der Regel um Miteigentümer, die ein gemeinsames Grundstück verpachten, es kommen aber auch Pächter vor, die gemeinsam unterverpachten. Dabei kann intern ein Gesellschaftsvertrag unter den Verpächtern bestehen,[119] dies muss aber nicht der Fall sein (etwa bei einer schlichten Miterbengemeinschaft). Liegt im Innenverhältnis ein Pacht-Gesellschaftsvertrag vor, so verpflichten sich die *socii*, jeweils einen aliquoten Teil des Pachtzinses zu zahlen sowie sonstige Kosten mitzutragen. Dafür sind sie mit einer entsprechenden Quote am Gewinn beteiligt.[120] In Verbindung mit der gemeinsamen Pacht kann auch gemeinsamer Handel Gegenstand einer Gesellschaft sein.[121]

f. Gelegenheitsgesellschaften

39 Beschränkt sich der Gesellschaftszweck auf den An- und Weiterverkauf einer bestimmten Sache (*societas ad emendum et vendendum certam rem* bzw. *aliquam rem*), so liegt eine *societas unius rei* vor. Im Gegensatz zu den auf Dauer angelegten *societates* handelt es sich dabei um ein Zielschuldverhältnis: der Umfang der Beiträge ist von vornherein festgelegt und die Kooperation der *socii* auf die Abwicklung eines bestimmten Geschäftes beschränkt. Ist dieses Geschäft abgewickelt, so findet auch die *societas* ihr Ende, ohne dass es einer eigenen *renuntiatio* bedürfte.[122]

40 Ein konkreter Fall einer *societas unius rei* mit dem Zweck des gewinnbringenden Verkaufs einer Sache ist der „Quadriga-Fall“,[123] in dem ein Partner drei Pferde und der andere ein Pferd in eine *societas* zum Zweck des Verkaufes der Pferde als wettkampftaugliches Viergespann (*quadriga*) einbringt (zur Gefahrtragung → Rn. 68–70); hier liegt (zumindest in der einen Variante des Textes) eine *societas ad vendendam certam rem* vor.[124]

41 Verschiedentlich finden sich Texte, die sich mit dem gemeinsamen Ankauf einer Sache beschäftigen, ohne dass dabei eine Gewinnerzielung durch Weiterverkauf beabsichtigt ist.[125] Eine *societas ad emendum certum fundum* unter Nachbarn zur Arrondierung der Grundstücke der Nachbarn begegnet bei einem von Julian beurteilten

---

[118] *Waszynski*, Bodenpacht (1905) 59–62; *San Nicolò*, Ägyptisches Vereinswesen I (1913) 148–154; *Steinwenter*, St. Riccobono I 494–504; *Taubenschlag*, SZ 52 (1932) 71–74.

[119] Vgl. BGU II 526; P.Lond. II 314; dazu *Waszynski*, Bodenpacht (1905) 61.

[120] *San Nicolò*, Ägyptisches Vereinswesen I (1913) 151 f.; vgl. auch *Taubenschlag*, SZ 52 (1932) 66 f.

[121] Vgl. den Gesellschaftsvertrag zweier Obsthändler (P.Lond. V 1794 aus 487 n. Chr.), in dem sich die beiden für ein Jahr zusammenschließen, um eine Obstpacht zu übernehmen und Obsthandel zu betreiben; vgl. *Taubenschlag*, SZ 52 (1932) 74 f.

[122] Paul. 32 ed. D. 17.2.65.10; Inst. 3.25.6.

[123] Ulp. 31 ed. D. 17.2.58 pr.

[124] Dazu *Misera*, FG Kaser 205–208; *Mayer-Maly*, Est. d'Ors II 855–861; *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 152–157; *Meissel*, Societas (2004) 273–276, 304 f.

[125] Diocl./Max. C. 4.37.2 (a.294?).

Fall.[126] Schließlich sind noch Texte anzuführen, welche *societates alicuius rei* unter Miteigentümern bzw. dinglich Mitberechtigten betreffen.[127] Diese Texte zeigen, dass – bei entsprechendem *animus societatis contrahendae* – das Bewirtschaften einer *res communis* einen tauglichen Gesellschaftszweck bilden konnte.

3. Staatspächtergesellschaften (*societates publicanorum, vectigalium*)

Die Sonderstellung der Publikanengesellschaften[128] ergibt sich zunächst aus dem im *ius publicum* angesiedelten Gesellschaftsgegenstand – der Übernahme öffentlicher Aufträge oder von Steuerpachten.[129] Dies brachte auch für die Organisationsregeln dieser Gesellschaften Besonderheiten mit sich: Im Vergleich zu anderen *societates* erforderten sie einen höheren Grad an Stabilität, weshalb ihre Struktur bereits ansatzweise körperschaftlichen Charakter aufwies.[130] Bestimmte Eigenheiten könnten auch damit zu erklären sein, dass der Inhalt der Verträge, die zwischen der *res publica* und den Staatspächtern geschlossen wurden, durch die *leges censoriae* vorgegeben war. **42**

Der Zusammenschluss Privater zu einer Bietergemeinschaft für die Übernahme von Heereslieferungen und anderer öffentlicher Aufgaben (*ultro tributa*) wie die Errichtung und Instandhaltung von *opera publica*, sowie für die Pacht der *scriptura* (Weidegebühr), der *portoria* (Zölle) sowie von Bergwerken und Salinen, reicht weit in die Republik zurück. Die ersten zuverlässigen Belege für Staatsaufträge an Private im Bereich des Kultwesens werden für den Beginn des 4. Jh. v. Chr. angenommen.[131] *Societates publicanorum* für Heereslieferungen begegnen dann vor allem im Zusammenhang mit dem Krieg gegen Hannibal,[132] wobei das System der Übernahme solcher Aufträge **43**

[126] Überliefert bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52 pr.

[127] Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.12,13., dazu *Meissel*, Societas (2004) 193–198.

[128] Zur Publikanengesellschaft s. *Arias Bonet*, AHDE 10 (1948/49) 218–303; *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 80–82, 159–163; *Ürögdi*, s. v. Publicani, RE Suppl. XI 1184–1208; *Badian*, Zöllner und Sünder (1997); *Brunt*, Themes (1990) 354–432; *Aubert*, Business Managers (1994) 325–347; *Nicolet*, Censeurs et publicains (2000); *Cimma*, Società di publicani (1981) (vgl. dazu aber *Badian*, Gnomon 56 [1984] 45–48); *Malmendier*, Societas (2002); *Meissel*, Societas (2004) 205–217; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) (rezensiert von *Meissel*, SZ 130 [2013] 543–561); *Dufour*, Societates publicanorum (2012); *Meissel*, Ess. Sirks 513–531; *Mattiangeli*, Societas und corpus (2017) bes. 85–101; *Fleckner*, in: Dari-Mattiacci/Kehoe, Economics I (2020) 233–272.

[129] Im klassischen Recht findet sich statt der Bezeichnung *societas publicanorum* in der Regel nur mehr *societas vectigalis* bzw. *vectigalium*. Vermutlich beschränkte sich in der späteren Kaiserzeit das Betätigungsfeld der *publicani* zunehmend auf die Pacht von Abgaben und Zöllen (*vectigalia*); *Cimma*, Società di publicani (1981) 164. Vgl. aber noch die Definition bei Ulp. 55 ed. D. 39.4.1.1 … *omnes, qui quod a fisco conducunt, recte appellantur publicani.*

[130] Vgl. Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1 pr.,1; Flor. 8 inst. D. 46.1.22; Ulp. 4 ed. D. 2.14.14; Ulp. 41 Sab. D. 47.2.31.1; Ulp. 39 ed. D. 37.1.3.4; zur Frage der „Körperschaftlichkeit", vgl. *Meissel*, Ess. Sirks 513–531; m. E. zu weit gehend *Mattiangeli*, Societas und corpus (2017).

[131] *Badian*, Zöllner und Sünder (1997) 7–9.

[132] Liv. 23,48,10–49,4.

schon länger etabliert gewesen sein muss. Der sich aus dem Ritterstand rekrutierende *ordo publicanorum* bildete schon gegen Ende des 3. Jh. v. Chr. einen wichtigen politischen und ökonomischen Machtfaktor der römischen Gesellschaft.[133] Wirtschaftlich dient die Staatspacht zur Organisation von Großunternehmen, es geht um die Pacht der Steuern ganzer Provinzen, um die Herstellung von öffentlichen Bauten, um Großaufträge für das Heer, aber auch um die Pacht der wertvollen Eisen- und Silberminen Spaniens.[134]

a. Der Aufbau der Publikanengesellschaften

44 Aus literarischen und epigraphischen Belegen[135] ergibt sich, dass sich bei der *societas publicanorum* mehrere Interessenten zusammenschlossen und eine Person bestimmten, welche bei der Ausschreibung nach außen hin das Angebot abgab. Diese i. d.R. als *manceps*, *auctor*, *conductor* oder *redemptor*[136] bezeichnete Person wurde dann Vertragspartner des Staates, woraus sich Umschreibungen wie *qui ad hastam accedit*, *qui conducit*, *qui digitum tollit*, *qui emit*, *qui redemit* ergaben. Wahrscheinlich, aber nicht sicher ist, dass dieser lediglich im eigenen Namen kontrahierte, also nicht unmittelbar die *socii* vertrat.[137] Für die Einhaltung der vom *manceps* eingegangenen Verpflichtungen hafteten *praedes* (eine Art Bürgen, die gleichzeitig *socii* sein konnten, aber nicht mussten) sowie beigestellte *praedia*, womöglich aber nicht die *socii* als solche.[138] Die Verpflichtung zur Bereitstellung von *praedia* bzw. *praedes* ist noch in der *lex Irnitana* für das Ende des 1. Jh. n. Chr. belegt.[139]

---

[133] *Cimma*, Società di publicani (1981); zustimmend *Vigneron*, Labeo 30 (1984) 80. A. A. *Badian*, Zöllner und Sünder (1997) 12–14, der im Bericht des Livius hinsichtlich des Einflusses des *ordo Publicanorum* die Rückprojektion späterer Zustände vermutet.

[134] Zu den Gegenständen der *societates publicanorum* s. *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 153–168.

[135] Vor allem Plb. 6,17,3 u. 4; Liv. 43,16,2; Cic. Verr. II 1,55, 143; lex Irn. XLVIII.

[136] Vgl. *Mateo Sanz*, Manceps (1999), der auch eine Differenzierung je nach Pachtgegenstand vermutet.

[137] *Cimma*, Società di publicani (1981) 57–69; *Malmendier*, Societas (2002) 80; *Spagnuolo*, in: Romano, Rapporti contrattuali (1997) 113–168; *Merola*, Athenaeum 95 (2006) 128; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 188, 202. Hingegen vertritt z. B. *Kniep*, Societas I (1896) 106 f., dass der *manceps/redemptor* im Namen der Gesellschaft mit Wirkung für die anderen *socii* mit dem Staat kontrahiert habe; in diesem Sinn auch z. B. *Trumpler*, Gesellschaftsformen (1906) 84; *Nicolet*, in: Van Effenterre, Fiscalité antique (1979) 77 (= *Nicolet*, Censeurs et publicains [2000] 302); *Zimmermann*, LO 468.

[138] *Cimma*, Società di publicani (1981) 67–69. *Cimma* deutet die bei Plb. 6,17,3–4 neben den als *manceps*, *socii* und *praedes* identifizierbaren Personen, die im Zusammenhang mit *societates Publicanorum* stehen, als Gruppe jener, die *praedia* gaben, ohne persönlich haftende *praedes* zu sein; dieser Deutung zustimmend *Klingenberg*, SZ 99 (1982) 406.

[139] Lex Irn. LXIII.

Offenbar konnte man aber nicht nur als *socius* beteiligt sein, sondern auch *partes* halten.[140] Beteiligt sind am Geschäftsergebnis der *societas publicanorum* neben den *socii* auch Personen, denen eine Stellung als in gewisser Weise „Unterbeteiligte" (Personen mit einem bloßen Anteil [*pars*], *adfines* o. ä.) zukam, die dem Magistrat bekannt gegeben werden mussten,[141] ohne aber die Stellung eines *socius* zu haben. Gaius Julius Caesar, der als Senator nicht Gesellschafter einer *societas publicanorum* sein konnte, soll als Halter von *partes* einer solchen fungiert haben.[142] Die rechtliche Qualifikation der Beteiligung dieser neben den *socii* in irgendeiner Form „Beteiligten" ist seit jeher umstritten und lässt sich nach heutigem Stand wohl nicht klären.[143] 45

Hinsichtlich der Organisation der mit der Steuerpacht in den Provinzen befassten Gesellschaften berichten die Quellen weiters von einem *magister*, der seinen Sitz in Rom gehabt und jeweils für ein Jahr[144] bestellt worden sein dürfte. Zu seinen Kompetenzen gehörte es vermutlich, die Versammlungen der *socii* einzuberufen und zu leiten, dort gefasste Beschlüsse zu exekutieren sowie das Geschäftsarchiv mit der Korrespondenz sowie die Gesamtbuchhaltung zu führen.[145] 46

Dem *magister* waren die jeweils „vor Ort" (in den Provinzen) agierenden Repräsentanten (*promagistri*) untergeordnet, welche mit den *municipes* hinsichtlich der direkten Steuern *pactiones* abschlossen[146] und die Aufzeichnungen (*tabulae accepti et expensi*)[147] führten. 47

b. Zur Frage der „Körperschaftlichkeit" der Publikanengesellschaft

Umstritten ist, inwieweit den *societates publicanorum* ein in Richtung „Körperschaft" gehender Charakter zugekommen ist. Gaius[148] führt die *socii vectigalium publicanorum* 48

[140] Vgl. lex Irn. XLVIII.

[141] Liv. 43,16,2; Cic. Verr. II 1,55, 143.

[142] Cic. Vatin. 12,29: *eripuerisne partis illo tempore carissimas partim a Caesare, partim a Publicanis?*

[143] Zu den Schwierigkeiten der Deutung vgl. *Cimma*, Società di publicani 88–95; *Malmendier*, Societas (2002) 247–251; *Dufour*, Societates publicanorum (2012) 347–376; als „Unterbeteiligte, deren Beitrag sich typischerweise auf die Überlassung von Kapital beschränkte" deutet sie *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 202, 463–494 (eingehend zur Frage der allfälligen Übertragbarkeit von *partes*). Die plausibelste Deutung ist m. E. jene von *Mitteis*, RP 413 f., der in den bloß „Beteiligten" Personen sieht, die an der *societas* eine Kapitalbeteiligung halten, ohne die Stellung eines *socius* zu haben; die Kapitaleinlage könnte mit einer stipulationsweise zugesicherten Verzinsung (eventuell nach Maßgabe des Geschäftserfolges) verbunden gewesen sein.

[144] Cic. Verr. II 2,74, 182: … *qui per eos annos magistri illius societatis fuisse … magistrum fuisse eo ipso anno.*

[145] *Cimma*, Società di publicani (1981) 79; vgl. Cic. Verr. II 2,74, 182: *magistri … apud quos tabulae fuissent.*

[146] Cic. fam. 13,65,1: *Eius (scilicet pro magistri P. Terentii Isponis) summa existimatio agitur in eo ut pactiones cum civitatibus reliquis conficiat.*

[147] Cic. Verr. II 2,76, 186.

[148] Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1 pr.,1.

als ein Beispiel für Personenvereinigungen an, denen es erlaubt sei, *corpus habere*, was häufig als Fähigkeit, „eine Körperschaft zu bilden", verstanden wird. Eine derartige Wiedergabe der gaianischen Formulierung ist allerdings problematisch, weil sie die Gefahr einer Rückprojektion moderner Vorstellungen zur Figur der Körperschaft als juristischer Person mit sich bringt.

49 Die Struktur einer Personenvereinigung mit *corpus* wird von Gaius[149] analog zur Struktur des Gemeinwesens (*ad exemplum rei publicae*) gesehen. Als spezifische Eigenheiten nennt Gaius dabei gemeinschaftliches Vermögen (*res communes*), eine gemeinsame Geldtruhe (*arca communis*) sowie die Vertretung durch einen *actor* oder *syndicus*. Die Darstellung von Gaius spricht dafür, dass es zumindest bestimmten *societates publicanorum* erlaubt war, sich wie die *collegia* als *corpus* zu organisieren, wofür auch Belege sprechen, in denen einer *societas* gewisse körperschaftliche Eigenschaften zugeschrieben werden.[150]

50 Dass noch im Prinzipat das System der Verpachtung an Publikanen eine gewisse Relevanz gehabt haben dürfte, belegen u. a. die in den flavischen Stadtrechten[151] und der *lex portorii Asiae*[152] anzutreffende Regelungen, die ebenfalls Indizien für eine körperschaftsähnliche Struktur der Publikanengesellschaften liefern.[153] Dabei zeigt sich, dass, selbst wenn der Pachtvertrag lediglich mit dem *manceps* als Vertragspartner abgeschlossen wurde, hinter diesem eine als kollektive Einheit wahrgenommene und insofern „körperschaftlich" organisierte *societas* stand, in der es auch Organe wie den *magister* gab, die möglicherweise mit Wirkung für die *societas* (i.S.v. die Gesamtheit der *socii*) handeln konnten. Die als *societas* organisierte Einheit und die *socii* als deren personelles Substrat werden weitgehend gleichgesetzt.

IV. Das Innenverhältnis

1. Die Beiträge der Gesellschafter

51 Art und Umfang der Beiträge der *socii* ergeben sich aus dem konkreten Gesellschaftsvertrag. Die Beiträge konnten dabei nicht nur in Geld (*pecunia*) und Sachkapital (*res*), sondern auch in persönlichen Beiträgen[154] wie Arbeitsleistungen (*opera*, *industra*[155]), Kunstfertigkeit (*artificium, peritia*[156]), aber auch Einfluss (*gratia*[157]) bestehen.

[149] Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1.1.

[150] Ulp. 4 ed. D. 2.14.14; Ulp. 39 ed. D. 37.1.3.4; Flor. 8 inst. D. 46.1.22; Ulp. 41 Sab. D. 47.2.31.1. Zum Zusammenhang von *corpus habere* und *universitas* jetzt ausführlich *Groten*, Corpus (2015); vgl. dazu aber auch die Rezensionen von *Platschek*, ZHR 181 (2017) 153–158 und Fleckner, SZ 137 (2020) 422–450.

[151] Lex Irn. XLVIII.

[152] Zum Zollgesetz s. *Engelmann/Knibbe*, Zollgesetz (1989); *Spagnuolo*, in: Romano, Rapporti contrattuali (1997) 168–173; *Merola*, Athenaeum 95 (2006) 128. Für eine neue Edition s. in: Cottier et al., Customs Law (2008); dazu die Rezension von *Nörr*, SZ 130 (2013) 72–126.

[153] Dazu ausführlich *Meissel*, Ess. Sirks 521–531.

[154] Zu den Beiträgen der Arbeitsgesellschafter s. v.a. *Santucci*, Socio d'opera (1997) sowie die Rezension von *Meissel*, SZ 117 (2000) 554–567.

Im Zweifel waren die Gesellschafter zu gleichen Teilen an Gewinn und Verlust beteiligt; eine davon abweichende Beteiligung konnte aber vereinbart werden, was bei unterschiedlich wertvollen Gesellschafterbeiträgen auch „ungleichen" Partnern ermöglichte, eine *societas* einzugehen.[158] **52**

In der spätrepublikanischen Jurisprudenz umstritten war dagegen, ob es auch zulässig sei, dass ein Partner zu einem geringeren Teil am Verlust und zugleich zu einem größeren Teil am Gewinn beteiligt sein konnte („*magna quaestio*").[159] Während Quintus Mucius Scaevola dies als gegen die Natur der *societas* verstoßend ablehnte, sah dies Servius Sulpicius Rufus – vielleicht auf der Basis unterschiedlicher philosophischer Grundlagen[160] – als zulässig an, letztere Auffassung setzte sich auch durch.[161] Als nichtig wurde dagegen die Vereinbarung der sog. *societas leonina* angesehen, bei der einem Partner überhaupt kein Gewinnanteil zukommen sollte.[162] **53**

Die Vertragspartner konnten die Bemessung der Gesellschaftsanteile auch einem Dritten überlassen.[163] Dabei dürfte es je nach Parteiwillen auf das *arbitrium* eines *vir bonus*[164] oder aber bloß die Festsetzung des individuell bestimmten Dritten[165] angekommen sein. In der Regel ist davon auszugehen, dass die Anteilsfestsetzung durch den Dritten als *arbitrium viri boni* zu erfolgen hat, sodass sie im Rahmen der *actio pro socio* auch auf die Übereinstimmung mit den Geboten der *bona fides* überprüft werden kann.[166] **54**

---

[155] Pomp. 13 Sab. D. 17.2.60.1; Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.4.

[156] Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 17.2.71 pr.; Papinian bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.7.

[157] Ulp. 76 ed. D. 39.5.19.1. Zu *gratia* als Schlüsselbegriff des politischen Sprachgebrauchs für Beziehungen und politische Macht zur Zeit Ciceros *Santucci*, Socio d'opera (1997) 151–157.

[158] Vgl. Ulp. 31 ed. D. 17.2.5.1; Ulp. 30 Sab. D. 17.2.29 pr.

[159] Dazu ausführlich *Santucci*, Socio d'opera (1997) 29–101; *Schanbacher*, FS Mutschler 416–423; *Santucci*, Index 42 (2014) 331–348; *Cannata*, DG Nishimura 23–40; zuletzt *Sciortino*, Società questuarie (2019) 89–94.

[160] Ausgehend von der durch *Behrends*, SZ 95 (1978) 187–231 postulierten (in der Romanistik aber keineswegs unumstrittenen) Unterscheidung von institutionellem und prinzipiellem Denken, könnte man Quintus Mucius als Vertreter einer stoischen Auffassung der natürlichen Gleichheit der *socii* sehen, für den Gewinn und Verlustquoten identisch sein müssen, Servius Sulpicius Rufus dagegen als von der skeptischen Philosophie beeinflussten „Neuerer", der auf das formale Argument der Vertragsfreiheit rekurriert. Eine andere Erklärung wäre, dass Quintus Mucius noch die umfassende Vermögensgemeinschaft, Servius Sulpicius Rufus aber bereits kommerzielle Unternehmungen im Auge hatte; in diesem Sinn z. B. *Santucci*, Socio d'opera (1997) 41–45.

[161] Vgl. Gai. 3.149 und Inst. 3.25.2.

[162] Ulp. 30 Sab. D. 17.2.29.2 *iniquissimum genus societatis*. Vgl. auch Aesop. 326; 258; Phaedr. 1,5; *Guarino*, Società (1988) 175–192; *Hingst*, Societas leonina (2003) bes. 35–127, dazu *Meissel*, SZ 123 (2006) 424–427.

[163] Vgl. D. 17.2.75–80.

[164] Vgl. Proc. 5 epist. D. 17.2.76 …: *ex his partibus socii essemus … quas virum bonum constituere oportuisset.*

[165] Vgl. Proc. 5 epist. D. 17.2.76 …: *ex his partibus socii essemus … quas is constituisset.*

[166] Proc. 5 epist. D. 17.2.78; Paul. 4 quaest. D. 17.2.79.

55 Kam es den Parteien dagegen darauf an, dass gerade die von der *persona nominata* vorgenommene Anteilsfestsetzung maßgeblich sein soll,[167] dann konnte eine einmal getroffene Anteilsbestimmung vermutlich nicht mehr überprüft werden.[168] Nimmt der individuell bestimmte Dritte, dessen Festsetzung für die Parteien essentiell war, keine Bestimmung vor, so kommt die (aufschiebend bedingte) *societas* nicht zustande.[169]

56 Bei der *societas* war es anerkannt, dass die Anteilsfestsetzung auch einem der Gesellschafter selbst überlassen werden konnte, wobei dieser die Anteile im Sinne eines *arbitrium viri boni* festzulegen hatte.[170]

57 Je nach Gesellschaftszweck und Vereinbarung kommt es zu einer sachenrechtlichen Vergemeinschaftung der in die *societas* eingebrachten Sachen oder zu einer Einbringung unter Beibehaltung des bisherigen Eigentums und allenfalls zu einer mehr oder weniger ausgeprägten gemeinsamen Gefahrtragung hinsichtlich der für die *societas* erforderlichen Güter.

58 Nach Vereinbarung der Parteien können die Gesellschafter auch zur Begründung von Miteigentum verpflichtet sein. Dies gilt insbes für die *societas omnium bonorum*, bei der das gesamte gegenwärtige Eigentum eingebracht und zu Miteigentum wird[171] und wo dann auch die später erworbenen Sachen sachenrechtlich zu vergemeinschaften sind. Dabei ist die *societas* als *causa* für den Eigentumserwerb anzunehmen.[172] Auch bei eingegrenzteren Gesellschaftsgegenständen kann sich aus dem Vertrag ergeben, dass den Mitgesellschaftern Miteigentum an einer Sache eines *socius* eingeräumt werden soll.[173] Miteigentum wird auch dann begründet, wenn im Rahmen der *societas* eine Sache gemeinsam gekauft und erworben wird.[174]

59 Sofern der Trödelvertrag (*aestimatum*) als *societas* (und nicht als Innominatkontrakt,[175] → § 90 Rn. 32–38) verstanden wird,[176] stellt sich die Frage, inwiefern hier ein

[167] Ob eine solche Vereinbarung in der Klassik bei *bonae fidei iudicia* überhaupt zulässig war, ist aber umstritten; dagegen die wohl h. L., repräsentativ dafür *Talamanca*, s. v. Vendita, ED XLVI 366 f.; *Garofalo*, in: Lovato, Vir bonus (2013) 228.

[168] Vgl. dazu die Parallele bei der *locatio conductio* in Gai. 10 ed. prov. D. 19.2.25 pr.; aufgrund der weitgehend übereinstimmenden Formulierung in Iust. C. 4.38.15 (a.530) allerdings häufig für interpoliert gehalten, vgl. schon *Gradenwitz*, Interpolationen (1887) 4; zuletzt *Cristaldi*, RIDA 58 (2011) 115 mwN.

[169] Cels. 15 dig. D. 17.2.75. Justinian ordnet dann für die *emptio venditio* und *locatio conductio* an, dass die Entgeltbestimmung durch einen Dritten als *condicio* des Vertrags anzusehen und eine Überprüfung der vom Dritten erfolgten Festsetzung nicht möglich sein soll (ohne dass es dabei auf die Erforschung des Parteienwillens ankommen soll); Iust. C. 4.38.15 (a.530); Inst. 3.23.1.

[170] Pomp. 9 Sab. D. 17.2.6.

[171] Paul. 32 ed. D. 17.2.1.1, ein so genannter *transitus legalis*.

[172] *Kaser*, SDHI 41 (1975) 300–303; *Meissel*, Societas (2004) 256–265; *Harke*, TR 73 (2005) 57; a. A. *Wieacker*, Societas I (1936) 15–23; *Wieacker*, SZ 69 (1952) 332–342.

[173] Ulp. 31 ed. D. 17.2.58 pr. (i.f.); Ulp. 30 Sab. D. 19.5.13.1; dazu *Meissel*, Societas (2004) 271–276 mwN.

[174] Vgl. etwa Ulp. 29 Sab. D. 41.1.20.2; Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44.1; Labeo bei Pomp. 13 Sab. D. 17.2.60.1.

[175] Ulp. 32 ed. D. 19.3.1 pr.

[176] Ulp. 31 ed. D. 17.2.44.

negotium commune vorliegt, obwohl sich der Kommittent ein *certum* vorbehält, der allfällige Gewinn des anderen aber von der Erzielung eines entsprechend hohen Verkaufserlöses abhängt.[177] Die Erklärung könnte hier in der Ungleichartigkeit der Beiträge liegen: Zwar findet in der Regel bei einer *societas* die Bewertung der Beiträge der Gesellschafter *a priori* bei der Festlegung der Gewinnanteile im Zuge der Begründung der *societas* statt; vereinzelt scheinen römische Juristen aber auch eine *ex post*-Betrachtung angestellt zu haben.[178] Ähnlich könnte man auch beim Trödelvertrag die variable Beteiligung des Kommissionärs als spezifische Abgeltung seiner Verkaufsleistung verstehen, wohingegen sich der Wert der eingebrachten Ware schon im Zeitpunkt der Einbringung mit einem bestimmten Betrag (*certum*) festlegen lässt.

2. Die Haftung der Gesellschafter

Lange Zeit herrschend war die Ansicht, die Gesellschafter hätten im klassischen Recht **60**
nur für *dolus* gehaftet, wohingegen die Texte, die von einer *culpa*-Haftung sprechen, nachklassischen oder justinianischen Ursprungs seien. Maßgeblicher Proponent dieser These war Mitteis, der davon ausging, dass das römische Haftungsrecht usprünglich nicht vom Utilitätsgedanken,[179] sondern vom Gegensatz zwischen infamierenden und nicht infamierenden Klagen beherrscht gewesen sei.[180] Nur ein schwerwiegender *fides*-Verstoß wie die bewusst-arglistige Schädigung könne die infamierende Wirkung der Verurteilung aus der *actio pro socio* erklären.[181]

---

[177] Vgl. dazu auch Papinian bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.7. Nach der Vereinbarung zwischen Flavius Victor und Bellicus Asianus soll Victor Geld zum Erwerb von Grundstücken beisteuern, auf denen mittels *opera et peritia* des Asianus Grabdenkmäler errichtet werden, von deren Verkaufserlös Victor sein eingesetztes Kapital plus eine bestimmte Summe (*cum certa quantitate*), Asianus aber den Rest erhalten soll.

[178] Bei Ulp. 30 Sab. D. 17.2.29.1 wird etwa die Zustimmung des Sabinus zur Meinung des Cassius referiert, demzufolge eine Vereinbarung, dass einer der *socii* nur eine Gewinnbeteiligung haben, aber keinen Verlustanteil tragen soll, als mit dem Recht der *societas* vereinbar für den Fall bejaht wird, *si tanti sit opera, quanti damnum est.* Ob der Beitrag durch *opera* dem Wert des *damnum* entspricht, oder nicht, lässt sich aber erst nach dem eingetretenen Misserfolg des Geschäftes beurteilen; vgl. *Bona*, Società consensuale (1973) 30–34; *Santucci*, Socio d'opera (1997) 84 f.; a. A. offenbar *Harke*, TR 73 (2005) 53. Auch bei der Anteilsfestsetzung durch einen Dritten sowie der nachprüfenden Kontrolle (im Rahmen einer *actio pro socio*), ob diese im konkreten Fall den Anforderungen eines *arbitrium viri boni* gerecht wird (Proc. 5 epist.; Paul. 4 quaest. D. 17.2.76–80), könnte an eine *ex post*-Beurteilung gedacht sein. Cels. 15 dig. D. 17.2.75 hat aber eine *ex ante*-Perspektive vor Augen, da er davon ausgeht, dass die *societas* als unter der aufschiebenden Bedingung der Festsetzung der Anteile durch die konkrete, als *arbiter* nominierte Person geschlossen anzusehen ist.

[179] Erste Spuren der Berücksichtigung der Utilität finden sich schon bei Labeo in Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.2; Alf. 5 Paul. epit. D. 19.2.31 und möglicherweise sogar Quintus Mucius bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.3. Dazu bereits *Kübler*, FG Gierke 37. Mit *Nörr*, SZ 73 (1956) 68–119 erscheint es passender, statt von einem Haftungs*prinzip* von einem Utilitäts*gedanken* zu sprechen.

[180] *Mitteis*, RP 324.

[181] *Mitteis*, RP 317–326. *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 189 spricht von einem „Fidesprinzip".

61 Mit der neueren Zurückhaltung hinsichtlich der Annahme von Interpolationen wird in der neueren Lehre dagegen von einem differenzierteren Haftungsgregime[182] mit einer gewissen Bandbreite in der Kasuistik[183] ausgegangen, bei der auch die Verschiedenartigkeit der Gesellschaftsverhältnisse von Bedeutung sein dürfte. Dabei ist zu bedenken, dass sich das Haftungsrecht der *societas* im Schnittpunkt unterschiedlicher Gesichtspunkte (wie Infamie als Wirkung der Verurteilung einerseits und dem Utilitätsprinzip andererseits) bewegt, was eine kontroverse oder zumindest kasuistisch geführte Diskussion vermuten lässt. Die Annahme eines „reinen" Dolus-Haftungsprinzips bei den Klassikern, dem dann die nachklassisch bzw. justinianisch herbeigeführte Begriffsverwirrung gegenübersteht, erscheint demgegenüber unwahrscheinlich. Hätte es in der Klassik ein reines *dolus*-Prinzip gegeben, so wäre dieses für spätere Bearbeiter und Kompilatoren viel leichter systematisierbar gewesen; der heterogene Quellenbefund spricht aber gerade dagegen.

62 Dass noch zu Zeiten Ulpians[184] eine interne Haftung der Gesellschafter für *dolus* und *culpa* keineswegs völlig unbestritten war und eine diesbezügliche Diskussion jedenfalls in der Hochklassik bestanden hat,[185] lässt sich vor allem[186] aus einer Entscheidung des Hochklassikers Celsus[187] ableiten, in der die *culpa*-Haftung für zwei Konstellationen bejaht wird: Zum einen, wenn der eine *socius* Sachen übernimmt und eine besondere Kunstfertigkeit bzw. die Erbringung einer Arbeitsleistung zugesichert hat (*si in coeunda societate artem operamve pollicitus est*). Zum anderen, wenn der Gesellschafter eine

---

[182] Vgl. etwa *Schulz*, CRL 551; *Kaser* RP I 576; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 334; *Zimmermann*, LO 462–465.

[183] Vgl. *Talamanca*, s. v. Società in generale (Diritto romano), ED XLII 855 f.; *Talamanca*, Societas (2012) 183–191, der eine auf den jeweiligen konkreten Fall zugeschnittene Vorgangsweise sowie möglicherweise unterschiedliche Meinungen einzelner Juristen für wahrscheinlich hält. Mit „kasuistischer Vorgangsweise" erklärt bereits *Seidl*, Privatrecht (1963) 154, die Divergenz der Klassikerentscheidungen; zur Frage der Haftung nun ausführlich *Meissel*, Mél. Coriat 601–616.

[184] Dagegen nimmt *Nörr*, SZ 124 (2007) 1–24 unter Berufung auf lex Irn. LXXXIV IXB 9–10 an, dass schon im ersten Jh. n. Chr. eine Haftung für *culpa* bei der *societas* allgemein anerkannt gewesen sei, diese *culpa*-Haftung sei mittels nichtinfamierender Klagegestaltung (unter Einsatz einer *praescriptio pro actore*) durchsetzbar gewesen; skeptisch dazu *Meissel*, Ess. Winkel II 613–627 (bes. 621–626).

[185] Ob das *quaeritur* in Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.2 so zu verstehen ist, dass die Frage für Ulpian selbst noch unentschieden war, oder ob diese Formulierung nur zur Einleitung des Referats der Argumentation des Celsus dient, zu dessen Zeit jedenfalls noch keine generelle Haftung für *dolus* und *culpa* gegolten haben dürfte, ist offen. Letzeres erscheint wahrscheinlicher, zumal Ulpian in einer Reihe von Texten als Vertreter einer Haftung für *dolus* und *culpa* (Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2; Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.4 ([i.f.]; D. 17.2.52.11; Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23) bzw. für *neglegentia* (Ulp. 63 ed. D. 16.2.10 pr.) bei der *societas* erscheint. Dafür, dass Ulpian sich der celsinischen Entscheidung der Sonderfälle bedient, um eine generelle *culpa*-Haftung zu bejahen, auch *Hausmaninger*, FS Kaser (1976) 270.

[186] Auf eine Streitfrage deutet auch Inst. 3.25.9.

[187] Celsus bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.2.

gemeinschaftliche Sache beschädigt hat (*quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire*).

Der Text stand lange im Fokus der Textkritik. Anlass dazu gab der scheinbar unlo- **63**
gische Aufbau. Viele Forscher[188] hielten die allgemeine Behauptung einer *culpa*-Haftung von Celsus für verdächtig.[189] Daran knüpfte man lange auch die Verdächtigung des weiteren Textes; in jüngerer Zeit werden allerdings die beiden anschließenden Varianten wieder eher für echt gehalten.[190] Cardilli hat demgegenüber jüngst eine alternative Lesart von D. 17.2.52.2 vorgeschlagen, welche die Aussage des Celsus zur *culpa*-Haftung unter neuem Licht erscheinen lässt und (zumindest in der Sache)[191] überzeugt. Er schlägt unter Berufung auf ein (vermutlich auf den Index des Stephanos zurückgehendes) Basilikenscholion[192] vor, nach *oportet* keinen Punkt, sondern einen Beistrich zu setzen.[193] Demnach bezöge sich die Celsus-Aussage zur *culpa*-Haftung von vornherein auf jene Fälle, in denen ein Gesellschafter *ars* oder *opera* zugesagt hat. Diese – nach Cardilli durchaus als Regel[194] zu verstehende – Aussage illustriere Celsus sodann mittels der Beispiele, dass Vieh zum gemeinsamen Weiden oder ein Acker einem *politor* zur Kultivierung übergeben wurde.Weitgehende Einigkeit besteht in der neueren Forschung jedenfalls darüber, dass die *culpa*-Haftung im Fall der Zusage von *ars* bzw. *opera* celsinisch sei.[195]

---

[188] Anders *Kübler*, FG Gierke 19; *Poggi*, Contratto di società II (1934) 103, 130, die die allgemeine Aussage des Celsus, es werde für *dolus* und *culpa* gehaftet, für echt hielten.

[189] Siehe nur *Index Interpolationum*; weitere Nachweise bei *Cardilli*, Praestare (1995) 455 f. Fn. 51.

[190] Vgl. nur die Nachweise bei *Cardilli*, Praestare (1995) 460 f. Fn. 61.

[191] Rein sprachlich scheint nach *Cardillis* Interpunktionsvorschlag das *inquit* etwas unmotiviert: Wenn Ulpian ohnedies schon Celsus zitiert, wozu soll er dann im selben Satz nochmals hervorheben, dass er eine fremde Aussage referiert? Ein nicht unbedingt nötiges *inquit* finden wir aber z. B. auch in Celsus bei Ulp. 32 ed. D. 19.2.9.5.

[192] Schol. 4 zu Basil. 12.1.50.2 (Heimb. I 751; Schelt. B II 480). Basil. 12.1.50.2 (Schelt. A II 684; Heimb. I 751) beziehen die Beschädigung der gemeinschaftlichen Sache überhaupt auf die im Text zunächst erörterte Varianten des Übergebens von Vieh zum Weiden bzw. eines Ackers zur Kultivierung, sodass in diesen Fällen für *culpa* gehaftet werden muss, sofern eine gemeinschaftliche Sache beschädigt wird. Dieser vergröbernden Basilikenversion gegenüber ist aber die Digestenüberlieferung vorzuziehen. Auch im Scholion des Kyrill (Schelt. B II 480; Heimb. I 751) wird der Fall, dass durch *culpa* gemeinschaftliche Sachen beschädigt wurden, als eigener Tatbestand behandelt.

[193] *Cardilli*, Praestare (1995) 454–458.

[194] *Cardilli*, Praestare (1995) 460. Anders *Santucci*, Socio d'operà (1997) 246, der davon ausgeht, dass Celsus sehr wohl eingangs ein allgemeines Prinzip einer Haftung für *dolus* und *culpa* aufgestellt habe, welches er dann bloß durch die angeführten Fälle beispielhaft illustriere.

[195] Die Begründung *pretium enim operae artis est velamentum* in Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.2 dürfte dahingehend zu verstehen sein, dass beim Arbeitsgesellschafter der Wert seiner Arbeit bzw. seiner fachmännischen Dienste als „verhüllte Form" seines Gesellschaftsbeitrages zu werten ist (vgl. bereits *Arangio-Ruiz*, Società [1950] 192). Verspricht ein *socius* seine Kunstfertigkeit bzw. Arbeitsleistung einzubringen und wird dies bei der Bewertung der Anteile berücksichtigt, gebietet es der Gedanke der subjektiven Äquivalenz, dass er für die versprochene Kunstfertigkeit auch einzustehen hat (*Cardilli*, Praestare [1995] 462 f.). Die *culpa*-Haftung des *artifex* stimmt dabei mit der Aussage von Celsus

64 Weiters bejaht Celsus[196] eine *culpa*-Haftung des *socius*, wenn dieser eine in Miteigentum der Gesellschafter stehende Sache (*res communis*) beschädigt. Welche Klagen es gegen einen Gesellschafter, der eine *res communis* beschädigte, gab, dürfte noch bis zur Hochklassik umstritten gewesen sein. Einige Hochklassiker[197] bejahen eine Haftung aus der *lex Aquilia*; zur selben Zeit dürfte sich (selbst bei bloßem *culpa*-Vorwurf) auch eine Haftung aus der *actio pro socio* durchgesetzt haben. Die bei Celsus möglicherweise noch nicht gefestigte Ansicht,[198] dass (konkurrierend zur *actio legis Aquiliae*[199]) aus der *actio pro socio* bei bloßem *culpa*-Vorwurf zu haften sei, war zur Zeit des Paulus wohl bereits etabliert.[200] Für den Fall der Beschädigung einer *res communis* konkurriert mit einer *actio pro socio* aber auch die *actio communi dividundo*. Bei dieser[201] bestand – ebenso wie bei der *actio familiae erciscundae*[202] – wohl eine Haftung für *dolus* und *culpa*.[203] Das Haftungsrecht der *actio pro socio* könnte auch davon Impulse zur Akzeptanz einer *culpa*-Haftung erhalten haben.[204]

65 Was den anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab für die Haftung eines *socius* anbelangt, so findet sich bei Gaius eine Bejahung einer *culpa*-Haftung,[205] zugleich aber eine Einschränkung auf die „Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten" (*diligentia quam in suis rebus*).[206] Auch im justinianischen Recht wird die Haftung der *socii* für *dolus* und *culpa*

---

bei Ulp. 32 ed. D. 19.2.9.5 überein, in der er *imperitia* unter *culpa* subsumiert und deshalb einen *artifex* bei einer *locatio conductio* für *imperitia* haften lässt; vgl. dazu auch *Sirks*, DG Nishimura 327–328.

[196] Celsus bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.2.

[197] Celsus, Julianus, Pomponius bei Ulp. 30 Sab. D. 17.2.47.1.

[198] Das *magis admittit* deutet dabei m. E. auf eine noch offene Streitfrage. In der Tat wird *magis* bei den Juristen häufig gebraucht um auszudrücken, welcher Meinung sie bei Streitfragen den Vorzug geben (vgl. nur HS, s. v. magis). Anders *Santucci*, Socio d'opera (1997) 239, der annimmt, dass Celsus für diesen Fall „umso mehr" d. h. „noch entschiedener" – so auch die Übersetzung von *Misera*, in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, CIC III 415 – eine *culpa*-Haftung bejaht habe.

[199] Vgl. Paul. 6 Sab. D. 17.2.50.

[200] Vgl. Paul. 6 Sab. D. 17.2.48.

[201] Vgl. Pomp. 13 Sab. D. 10.3.20; Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23; vgl. auch Afr. 7 quaest. D. 10.3.9. Die *actio communi dividundo* hat wahrscheinlich (vgl. *Lenel*, EP 208 f.) in der *intentio* wie die *actio pro socio* auf ein *oportere ex fide bona* abgestellt (→ § 67 Rn. 14–15).

[202] Pomponius bei Ulp. 19 ed. D. 10.2.16.4; Paul. 23 ed. D. 10.2.25.16.

[203] Dabei wird vielfach angenommen, dass den Anstoß zur Annahme einer Fahrlässigkeitshaftung im Rahmen der *communio* die *actio legis Aquiliae* bot, welche mit den Teilungsklagen bei Schädigung einer *res communis* durch einen Gemeinschafter konkurrierend zustand; vgl. *Kaser*, RP I 505; vgl. auch *Laffely*, Responsabilité (1979) 78–88.

[204] So *Talamanca*, s. v. Società in generale (Diritto romano), ED XLII 856 mit Fn. 454; *Cardilli*, Praestare (1995) 462 nimmt hingegen einen Einfluss vonseiten der *actio legis Aquiliae* an: das überzeugt dann, wenn man annimmt, dass bei jeglicher Beschädigung einer Sache des *socius* eine *culpa*-Haftung besteht, und nicht nur im Fall der *res communis*. Im Übrigen wird auch für die Haftung bei der *communio* das aquilische Haftungsmaß eine Rolle gespielt haben.

[205] Gai. 2 cott. D. 17.2.72: *Socius socio etiam culpae nomine tenetur* ….

[206] Gai. 2 cott. D. 17.2.72: … *culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit*

als überwiegende Meinung[207] festgehalten, die gebotene Sorgfalt aber auf die „Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten“[208] bezogen. Begründet wird dies mit der Auswahl des Partners, die sich der geschädigte *socius* selbst zuzurechnen habe.[209]

Ob die Einschränkung auf die *diligentia quam in suis rebus* für alle Fälle der *societas* galt und in welchem Verhältnis sich diese Form der *culpa*-Haftung zu den bei Celsus in D. 17.2.52.2 genannten Fällen verhält, bleibt aber offen,[210] wobei aber hervorzuheben ist, dass auch Gaius den Fall vor Augen haben dürfte, in dem eine *res communis* durch einen *socius* beschädigt wurde.[211] Eine subjektive Beurteilung der Diligenzpflicht würde jedenfalls gut zu einem Fall einer umfassenden Vermögensgemeinschaft passen, da solche *societates* in besonderer Weise auf der persönlichen Vertrauensbeziehung der *socii* (*ius quodammodo fraternitatis*) basieren; der Vergemeinschaftung vielfältiger Erwerbsmöglichkeiten würde folglich die Sozialisierung des „Risikos“ der Ungeschicklichkeit eines *socius* entsprechen. **66**

Ein solches weites *culpa*-Konzept in der Hochklassik, bei dem je nach konkreter Fallgestaltung objektive oder subjektive Sorgfaltskriterien in den Vordergrund treten, deckt sich mit dem papyrologischen Befund zur *societas* in Ägypten zur byzantinischen Zeit, wo Handwerker für ihre Gesellschafterpflichten eine Haftung nach objektivem Maßstab festlegen,[212] obwohl nach den justinianischem Recht[213] als Regel bloß die *diligentia quam in suis* vorgesehen war. **67**

3. Gefahrtragung

Der Vorstellung eines *negotium commune* bei der *societas* entspricht, dass die Partner auch die für die Erreichung des Gesellschaftszwecks einzugehenden Risken grundsätzlich gemeinschaftlich zu tragen haben.[214] Für die Gefahrtragung kommt es aber auf die konkrete Vertragsgestaltung und die Umstände des Einzelfalls an, weshalb die Entscheidungen der römischen Juristen in diesem Bereich nicht schematisch ausfallen, sondern kasuistisch orientiert erscheinen. **68**

---

etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Für Klassizität der *diligentia quam in suis Seidl*, Privatrecht (1963) 111 f., 153 f.; *Hausmaninger*, FS Kaser (1976) 265–284; *Mayer-Maly*, FS Kaser (1976) 241–243; *Laffely*, Responsabilité (1979) 30–35, 136–140; *Mercogliano*, Index 19 (1991) 382–384.

[207] Inst. 3.25.9: … *praevaluit tamen etiam culpae nomine teneri eum.*

[208] Inst. 3.25.9 … *Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet.*

[209] Gai. 2 cott. D. 17.2.72 … *quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.*

[210] Zu den unterschiedlichen Deutungsversuchen s. etwa *Santucci*, Socio d’opera (1997) 263–296.

[211] Vgl. Gai. 2 cott. D. 17.2.72 … *talem diligentiam communibus rebus adhibere.*

[212] P.Cair.Masp. II 67158, 67159 (568 n. Chr.); dazu bereits *Steinwenter*, St. Riccobono I 501 f.

[213] Inst. 3.25.9.

[214] *Backhaus*, SZ 121 (2004) 239 unter Bezugnahme auf Julian bei Ulp. 30 ed. D. 19.5.13.1,3.

69 Gibt es ein im Miteigentum stehendes gemeinsames Vermögen der *socii*, so tragen diese in der Regel als Miteigentümer gemeinsam das Risiko des zufälligen Untergangs der *res communis*.[215] So trifft auch das Ausfallsrisiko für die Rückzahlung eines Kredits die Gesellschafter gemeinsam, wenn im Miteigentum der Gesellschafter stehendes Geld (*pecunia communis*) auf Rechnung der Gesellschaft (*societatis nomine*) von einem *socius* gegen Zinsen verliehen wurde; anders hingegen, wenn das Geld bloß auf Rechnung eines einzelnen (*suo nomine*) kreditiert wurde.[216]

70 Zu einer gemeinsamen Gefahrtragung kommt es auch dann, wenn die eingebrachten Sachen zwar im Eigentum eines der *socii* bleiben, aber eine schuldrechtliche Vergemeinschaftung und damit auch eine gemeinsame Gefahrtragung aus der Parteienvereinbarung abgeleitet werden kann. Dies hängt insbes. von Art und Umfang der gemeinsamen Unternehmung ab.[217] So sind bei einer Handelsgesellschaft die Reiserisken (z. B. Gefahr des Überfalls durch Räuber, Gefahr des Schiffbruchs) des *socius*, der zu Einkaufszwecken unterwegs ist, als gemeinschaftlicher Schaden (*damnum commune*) zu teilen.[218] Allerdings entscheidet Labeo, dass ein Sklavenhändler, der durch ausbrechende Sklaven verletzt wurde, keine Heilungskosten von den anderen *socii* ersetzt verlangen kann – offenbar weil er dies dem allgemeinen Lebensrisiko des Sklavenhändlers zuordnet und der Konnex zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks zu gering erscheint.[219]

V. Das Außenverhältnis

1. Allgemeines

71 Grundsätzlich stellt die römische *societas* eine reine Innengesellschaft dar, die bloß schuldrechtliche Wirkungen *inter partes* entfaltet. Grundregel ist dabei, dass das Handeln eines *socius* im Aussenverhältnis zunächst nur diesen selbst gegenüber einem

---

[215] Vgl. Celsus bei Ulp. D. 17.2.58 pr. (i.f.), wo im „Quadriga-Fall" eine gemeinsame Gefahrtragung für den Fall bejaht wird, dass die eingebrachten Pferde zu Miteigentum der *socii* wurden; so *Meissel*, Societas (2004) 273–275, 304 f.; für Miteigentum auch *Del Chiaro*, Contrat de société (1928) 177, 192 Fn. 2; *Poggi*, Contratto di società I (1930) 88; *Kaser*, SDHI 41 (1975) 294; a. A. *Wieacker*, SZ 69 (1952) 335; *Misera*, FG Kaser 207; *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 156; *Backhaus*, SZ 121 (2004) 239 (keine Begründung von Miteigentum, aber Annahme einer schuldrechtlichen Vergemeinschaftung mit gemeinsamer Gefahrtragung); hypothetisch zur Schadensberechnung bei schuldhafter Tötung eines Pferdes der Quadriga durch einen Dritten *Gamauf*, Ess. Winkel I 322–335.

[216] Paul. 32 ed. D. 17.2.67.1; dazu *Backhaus*, SZ 121 (2004) 237 f.

[217] So unterscheidet Celsus im „Quadriga-Fall" Ulp. 31 ed. D. 17.2.58 pr., ob es Zweck der *societas* war, das Viergespann zu verkaufen oder aber es zu haben (und zwecks Gewinnerzielung bei Wettkämpfen einzusetzen).

[218] Julian bei Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.4.

[219] Labeo bei Pomp. 13 Sab. D. 17.2.60.1: … *quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit*. Dazu *Meissel*, Societas (2004) 136–139.

Dritten berechtigt und verpflichtet und das Erworbene allenfalls in einem weiteren Schritt im Rahmen der *societas* vergemeinschaftet wird.[220]

72 Nach den allgemeinen Regeln des klassischen Rechts ist eine direkte Stellvertretung durch Freie grundsätzlich nicht möglich; direkte Stellvertretung kommt deshalb auch bei *societates* grundsätzlich nur dort in Betracht, wo eine adjektizische Haftung der *socii* besteht, sei es über einen gemeinsam als *institor* eingesetzten Geschäftsleiter (→ § 104 Rn. 1–14), einen als *magister navis* eingesetzten Kapitän (→ § 104 Rn. 15–25) oder aber über die spezifischen Haftungstatbestände bei Gewaltunterworfenen (insbesondere die *actio de peculio vel de in rem verso*, → § 102).[221]

73 Denkbar war es allerdings auch, dass ein *socius* bei einem Vertragsabschluss zugleich als Bote für einen anderen *socius* fungierte und damit durch eine Erklärung des einen für beide Gesellschafter das Vertragsverhältnis mit einem Dritten begründet wurde.[222]

2. Kollektive Rechtswirkungen bei Argentarier-, Schiffahrts- und Sklavenhändlergesellschaften

74 In bestimmten Konstellationen entfalten die – im Innenverhältnis als *societas* konstituierten – Gesellschaften Außenwirkungen im Rechtsverhältnis gegenüber Dritten. So scheint es bei manchen *societates* üblich gewesen zu sein, dass nicht nur einer, sondern mehrere Gesellschafter im Außenverhältnis agierten und damit gemeinsam Vertragspartner von Dritten wurden. Hinweise dafür finden sich etwa bei Argentarier-, Schiffahrts- und Sklavenhändlergesellschaften.

75 Die *argentarii* waren in vielfältiger Weise in Finanzgeschäften involviert, vor allem in solche, die mit dem Verkauf von Waren bei privaten Versteigerungen verbunden waren. Im Zuge der dabei getätigten Geschäfte dürfte der Vertrag auf Seite der Argentarier regelmäßig von allen *socii* gemeinsam geschlossen worden sein. In diesem Fall waren alle Gesellschafter im Außenverhältnis verpflichtet. Nach den Regeln des klassischen Rechts wäre nun aber bei einer teilbaren Schuld (wie der Verpflichtung zur Geldzahlung) jeder Gesellschafter jeweils nur mit seinem Anteil am Geschäft verpflichtet und haftbar gewesen.[223] Die römischen Juristen nahmen jedoch im Fall von Argentariergesellschaften eine gewohnheitsrechtliche Sonderregel (*consuetudo*) an, dass die *socii* bei einer gegenüber einem Dritten bestehenden Rückzahlungsverpflichtung nicht Teilschuldner, sondern Solidarschuldner waren.[224] Jeder von ihnen konnte bei einer durch

[220] Paul. 62 ed. D. 17.2.74.

[221] Vgl. etwa *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 301–325.

[222] Vgl. Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 17.2.84, dazu *Meissel*, Ess. Sirks 528 f.

[223] *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 281; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 56 Rn. 2; vgl. (für die Stipulation) Pap. 11 resp. D. 45.2.11.1.

[224] Rhet. Her. 2,3,19; vgl. auch Pap. 27 quaest. D. 45.2.9 pr. Zur Gesamtgläubiger- und Gesamtschuldnerschaft der Argentarier s. *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 82 f., 144; *Sacconi*, Obbligazioni

Buchung einer Auszahlung an einen *argentarius* geschaffenen Verbindlichkeit[225] auf das Ganze belangt werden, wobei der belangte Gesellschafter seinerseits im Innenverhältnis Regress nehmen konnte.[226]

76 Wenn mehrere ein Schiff als Reeder betreiben (*exercitio plurium*), kann jeder der *socii* mittels *actio exercitoria* auf das Ganze geklagt werden.[227] Dies gilt nicht nur dann, wenn sie sich dabei eines Dritten als *magister navis* bedienen, dessen rechtsgeschäftliche Haftung (im Rahmen der *praepositio*) auch adjektizisch auf die *socii* erstreckt wird, sondern auch dann, wenn sie einen von ihnen als *magister navis* eingesetzt haben.[228] Eine bloß anteilige Haftung (*pro portionibus*) dürfte dagegen dann bestanden haben, wenn die *socii* selbst gemeinsam mit einem Dritten kontrahiert haben.[229]

77 Bei den Sklavenhändlergesellschaften zeigen sich Außenwirkungen der *societas* darin, dass bei einem gemeinsamen Verkauf von Sklaven durch die *socii*, der Käufer im Fall der Gewährleistung für Sachmängel die ädilizischen Behelfe (→ § 79 Rn. 314) nicht gegen alle Verkäufer anstellen muss, sondern sich darauf beschränken kann, den anteilsmäßig bedeutendsten Gesellschafter[230] zu klagen.

78 Hinzuweisen ist auch auf jene gesellschaftsartigen Konstruktionen, welche sich im römischen Recht durch den Einsatz eines *servus communis* erzielen lassen (→ § 36 Rn. 9), sowie die mit der wirtschaftlichen Aktivität von Sklaven verknüpften Regeln der adjektizischen Haftung. Kombiniert man etwa den Einsatz eines *servus communis* mit der Erteilung eines *peculium*, so entstehen Konstellationen, die sich – was das Verhältnis zu Dritten anbelangt – mit jenen von modernen Gesellschaften mit beschränkter Haftung[231] vergleichen lassen: Der Sklave berechtigt durch seine wirtschaftlichen Aktivi-

---

solidali (1973) 51–56; *García Garrido*, St. Biscardi III 377–383; *Bürge*, SZ 104 (1987) 519–527; *Petrucci*, Mensam exercere (1991) 103–105, 334–347; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 110–122; *Meissel*, Societas (2004) 160–166; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 179–181.

[225] Von diesem Fall geht Rhet. Her. 2,3,19 aus. Ob sich die Solidarverpflichtung der *argentarii* aber auf diesen Fall beschränkte – so *Bürge*, SZ 104 (1987) 523 f.; a. A. *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 114–116 – ist fraglich; Pap. 27 quaest. D. 45.2.9 pr. könnte für einen weiteren Anwendungsbereich der Regel sprechen; dazu *Meissel*, Societas (2004) 161 f.

[226] Eine solidarische Verpflichtung zur Rückzahlung bestand nach Pap. 3 resp. D. 17.2.82, wenn kreditiertes Geld (*aes alienum*) in eine gemeinsame Kasse geflossen ist (*nisi in communem arcam pecuniae versae sunt*); unklar ist, ob hier an eine *societas publicanorum* oder eventuell an eine Argentariergesellschaft gedacht war; für letzteres *Sluzewska*, OIR 9 (2004) 133–159, bes. 157; *Meissel*, Societas (2004) 169; vgl. auch *Wacke*, Pecunia in arca (2002) 44; *Onida*, Diritto@storia 10 (2011/12) in Fn. 56; *Onida*, Causa (2012).

[227] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.25.

[228] Ulp. 29 ed. D. 14.1.4.1.

[229] Ulp. 29 ed. D. 14.1.4 pr.; *Serrao*, St. Volterra V 754 (= *Serrao*, Impresa [1989] 78) meint, dass einer der *socii* hier als direkter Stellvertreter der anderen agiert habe, skeptisch dazu *Meissel*, Societas (2004) 178 f.

[230] Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.44.1 *in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset* (dessen Anteil größer oder nicht kleiner ist als irgendein anderer).

[231] Vgl. etwa *Di Porto*, in: Marrone, Imprenditorialità (1992) 231–260; *Aubert*, Business managers (1994).

täten seine (Mit-)/Eigentümer, ihre Haftung bleibt aber *dumtaxat de peculio* beschränkt. Bedient sich der Pekuliarsklave seinerseits eines *servus vicarius*, so entstehen „Schachtelkonstruktionen", welche in der hierarchischen Gliederung an Konzerne und Holdings erinnern.[232] Zu Recht wurde allerdings kritisch darauf hingewiesen, dass die bloße Möglichkeit solcher Konstruktionen noch nicht bedeuten muss, dass sie in der römischen Antike tatsächlich dazu eingesetzt wurden, Unternehmen im modernen Sinn zu strukturieren.[233]

3. Besonderheiten der Publikanengesellschaften

Besonderheiten ergeben sich schließlich auch bei den *societates publicanorum*, welche nach Gaius[234] durch einen *actor* oder *syndicus* vertreten werden. Tatsächlich tritt bei diesen Gesellschaften die Person des einzelnen *socius* zugunsten der *societas* zurück, sodass die Publikanengesellschaft einer Körperschaft im modernen Sinn zumindest nahekommt.[235] **79**

Bei der Vergabe öffentlicher Aufgaben in der Republik trat ein (meist als *manceps* oder *redemptor* bezeichneter[236]) Repräsentant der *societas* auf und schloss i. d.R. mit dem Zensor den Vergabevertrag ab. Dass der *manceps* dabei im technischen Sinn als Stellvertreter der *socii* agierte und in deren Namen den Vertrag abschloss, ist mit der überwiegenden Ansicht eher zu verneinen.[237] Dennoch war nach außenhin wohl erkennbar, wer zur Bietergemeinschaft gehörte, da in den Vergabebedingungen regelmäßig festgelegt war, dass die *socii* und sonstige Beteiligte zu nennen seien.[238] **80**

Da die *socii* vermutlich selbst nicht Vertragspartei des Staates waren, hafteten sie als solche wohl auch nicht im Außenverhältnis. Zur Sicherung der Verpflichtungen mussten dafür Liegenschaften verpfändet (*praedia*) und Bürgen (*praedes*) bestellt werden.[239] Diese Sicherheitenbesteller konnten zugleich *socii* sein. Allerdings waren nicht **81**

[232] Diese Phänomene wurden in jüngerer Zeit vor allem von *Serrao* und seinen Schülern ausführlich dargestellt: *Di Porto*, Impresa collettiva (1984); *Serrao*, Impresa (1989); *Petrucci*, Mensam exercere (1991); *Di Porto*, in: Marrone, Imprenditorialità (1992) 231–260; *Di Porto*, Ric. Gallo III 413–452; s. weiters *Johnston*, ChKLR 70 (1995) 1515–1538; *Földi*, RIDA 43 (1996) 179–211.

[233] Vgl. *Mayer-Maly*, Iura 35 (1984) 115–117; *Bürge*, SZ 105 (1988) 856–865; *Talamanca*, s. v. Società in generale (Diritto romano), ED XLII 814 Fn. 8; *Benke*, SZ 113 (1996) 508 f.; *Andreau*, Labeo 42 (1996) 267–274; *Bürge*, SZ 114 (1997) 506–515; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 217–237.

[234] Gai. 3 ed. prov. D. 3.4.1.1 pr.

[235] Zur Frage der „Körperschaftlichkeit vgl. *Meissel*, Ess. Sirks 513–531.

[236] Auch *actor*, *conductor* oder *redemptor*; zu möglichen Bedeutungsnuancen *Mateo Sanz*, Manceps (1999).

[237] *Cimma*, Società di publicani (1981) 64–69; *Malmendier*, Societas (2002) 79 f.; *Spagnuolo*, in: Romano, Rapporti contrattuali (1997) 113, 168; *Merola*, Athenaeum 95 (2006) 128; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 188–193, 202, 281; *Meissel*, Ess. Sirks 517; a. A. (für Vertretung der *socii* durch den Repräsentanten) z. B. *Kniep*, Societas I (1896) 106; *Zimmermann*, LO 468; *Nicolet*, Censeurs et publicains (2000) 302.

[238] Vgl. Liv. 43,16,2; Cic. Verr. II 1,55, 143; lex Irn. XLVIII.

[239] Plb. 6,17,3–4; lex Malac. LXV; lex Irn. LXIII; *Cimma*, Società di publicani (1981) 67–69; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 186 f.

alle Gesellschafter notwendigerweise auch Pfandbesteller oder Bürgen, noch mussten die Sicherheiten notwendigerweise von Gesellschaftern gestellt werden. Ökonomisch ist es naheliegend anzunehmen, dass jene *socii*, die auch als Real- oder Personalschuldner nach außen hin eine Haftung für den Staatsauftrag eingegangen waren, über ihre normale Beteiligung hinaus ein Entgelt erhielten.[240]

82 Keine Relevanz im Aussenverhältnis dürfte dem bei den Gesellschaften zur Organisation der provinzialen Steuerpacht in Rom ansässigen *magister* (→ Rn. 46) zugekommen sein.

83 Die jeweils „vor Ort" (in den Provinzen) agierenden *promagistri* (→ Rn. 47) sollen hingegen beim Abschluss der *pactiones* mit den *municipes* hinsichtlich der zu leistenden Steuern als direkte Stellvertreter der *socii* aufgetreten sein.[241] Eine ähnliche Funktion übte möglicherweise auch der in § 23 und § 48 der *lex Portorii Asiae* angeführte *epitropos* aus, der als *actor*[242] oder *procurator*[243] des *publicanus* fungierte, sofern man nicht den (im Singular) angeführten *publicanus* in der *lex* als Äquivalent eines *pro magister* der *societas* sieht, der die *societas* repräsentiert (und sich seinerseits wieder eines *epitropos* als Vertreters bedient).

84 Spezifische Haftungsregeln für deliktisches Verhalten von „Unternehmensangehörigen" ergeben sich aus dem prätorischen *edictum de publicanis* (D. 39.4). Dieses sieht bei *publici nomine* vorgenommener, gewaltsamer Einziehung durch den Steuerpächter oder ein Mitglied seiner *familia* eine Klage auf das *duplum* vor. Eine *noxae deditio* (anstelle der Bußzahlung) ist nicht möglich, außer die Täter werden *in iure* exhibiert, allerdings befreit die Restitution des unrechtmäßig Entzogenen von der Haftung.[244] Für die Zugehörigkeit eines Sklaven zur *familia publicanorum* kommt es nicht auf das Eigentum des *publicanus* am Sklaven, sondern auf dessen funktionelle Zugehörigkeit zu Aktivitäten im Rahmen der Eintreibung öffentlicher Abgaben an.[245] Insofern liegt hier also dem Haftungsregime eine unternehmensbezogene Konzeption zugrunde.[246]

85 Einem Reskript von Septimius Severus und Antoninus zufolge wird bei mehreren *publicani*, die unzulässige Eintreibungen getätigt haben, die Klage auf das *duplum* nicht mehrfach[247] gegeben, die Steuerpächter haften jeweils auf einen Teil (*omnes partes*

---

[240] In diesem Sinn z. B. *Malmendier*, Societas (2002) 90; zum Meinungsstand s. *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 203 f. Fn. 278 f.

[241] *Cimma*, Società di publicani (1981) 82 f.; zustimmend *Klingenberg*, SZ 99 (1982) 407.

[242] Für ein Verständnis des *epitropos* als *actor* s. *Engelmann/Knibbe*, Zollgesetz (1989) 85 unter Hinweis auf die Formulierung in der *lex metalli Vipacensis* (FIRA I 105) *conductor socius actorve eius*; ähnlich *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 286, der darunter aber nur den Vertreter eines einzelnen *publicanus* verstehen möchte.

[243] Für ein Verständnis als *procurator* hingegen *Spagnuolo*, in: Romano, Rapporti contrattuali (1997) 171 f.; s. auch in: Cottier et al., Customs Law (2008) 49, 71.

[244] Ulp. 55 ed. D. 39.4.1 pr.,4; vgl. *Lenel*, EP 387 f.

[245] Ulp. 55 ed. D. 39.4.1.5.

[246] *Bürge*, WuR 32 (1980) 139.

[247] Anders als bei anderen Deliktsklagen gibt es also keine kumulative Konkurrenz.

praestabunt), wobei der Ausfall eines *publicanus* durch den anderen abzudecken ist (*quod ab alio praestari non potest, ab altero exigetur*).[248]

VI. Beendigung der *societas*

1. Beendigungsgründe

Nach Ulpian[249] endet der Gesellschaftsvertrag durch Veränderungen in den Personen **86**
(*ex personis*, und zwar durch *capitis deminutio maxima* oder *media*, d. h. Verlust der Freiheit oder des Bürgerstatus, sowie durch Tod eines *socius*), durch faktische Veränderungen (*ex rebus*, durch Erschöpfung des Gesellschaftsvermögens oder Veränderung der Gegebenheiten, insbesondere bei Untergang, Konsekration oder Konfiskation der Sache, auf die sich die *societas* bezieht), durch Willen eines Gesellschafters (*ex voluntate*, durch Kündigung) sowie durch Klageerhebung (*ex actione*). Modestinus[250] führt als Gründe für die Beendigung die Kündigung (*renuntiatio*), den Tod (*mors*), den Statusverlust (*capitis minutio*) sowie die Insolvenz (*egestas*)[251] eines Gesellschafters an.

2. Tod eines *socius*

Der Tod eines *socius* führt nach klassischem Recht grundsätzlich zum Ende des Gesell- **87**
schaftsvertrages,[252] da man sich eine bestimmte Person als Gesellschafter auswählt.[253] Die Abwicklung erfolgt über die *actio pro socio*, wobei eine allfällige Verurteilung des Erben des verstorbenen Gesellschafters *alieno nomine* erfolgt.[254] Wird die Gesellschaft mit den Erben einvernehmlich weitergeführt, so entsteht eine neue *societas*.[255]

Aus Ciceros Rede pro Quinctio[256] schließen manche,[257] dass in der Republik der Tod **88**
eines *socius* noch keine Beendigung der *societas* bedeutet hätte. Cicero spricht im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Sextus Naevius und Publius Quinctius, dem Bruder und Erben des verstorbenen Gesellschafters des Sextus Naevius, von einer *societas*. Er

[248] Mod. 2 poen. D. 39.4.6.
[249] Ulp. 31 ed. D. 17.2.63.10.
[250] Mod. 3 reg. D. 17.2.4.1.
[251] Zur Bedeutung der *egestas* ausführlich *Sciortino*, Società questuarie (2019) 151–169.
[252] Die Regel *societas morte solvitur* findet sich vermutlich bereits bei Sabinus; vgl. Pomp. 12 Sab. D. 17.2.59 pr.; Pomp. 13 Sab. D. 17.2.60 pr.; Ulp. 30 Sab. D. 17.2.35.
[253] Gai. 3.152.
[254] Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.6.
[255] Zur Neubegründung einer *societas* mit dem Erben Pomp. 6 Sab. D. 17.2.37.
[256] Zu dieser ausführlich *Platschek*, Quinctius (2005).
[257] *Watson*, Obligations (1965) 131–133; zustimmend *Dufour*, Societates publicanorum (2012) 535–538; kritisch dazu *Meissel*, Ess. Sirks 514 Fn 6.

hebt hervor, dass ein Gesellschaftsvertrag sowohl willentlich eingegangen (*aut voluntas congregasset*), als auch durch Schicksal zusammengeführt (*aut fortuna coniunxisset*) sein könne[258] und konstrastiert eine *societas voluntaria* und eine *societas hereditaria*.[259] Dies lässt den Eindruck entstehen, die ursprüngliche Gesellschaft sei nach dem Tod des Gaius Quinctius ohne weiteres mit dem Bruder und Erben Publius Quinctius fortgesetzt worden. Demgegenüber weist Platschek[260] zu Recht darauf hin, dass die Regel der Beendigung der *societas* mit dem Tod eines Gesellschafters schon für die Zeit Labeos und Sabinus belegt sei und es zwei alternative Möglichkeiten gebe, die Ausführungen Ciceros zu deuten: Man könne darin entweder eine formlos eingegangene Neubegründung einer *societas* sehen[261] oder aber, was m. E. am besten die Bezeichnung des Naevius als *socius necessarius* des Publius Quinctius erklärt,[262] ein bloß zu Abwicklungszwecken noch bestehendes *societas*-Verhältnis,[263] bei dem der Erbe zwar nicht die Stellung eines *socius* (einer „werbenden" Gesellschaft) habe, wohl aber die *actio pro socio* zur Abwicklung zur Verfügung steht.[264]

89 Eine Ausnahme zur Regel *societas morte socii solvitur* gilt laut Labeo[265] für eine *societas ad emendam conducendamve certam rem*, bei der auch ein nach dem Tod eines *socius* eingetretener Gewinn oder Schaden gemeinschaftlich sein soll. Hier ist der Gesellschaftszweck offenbar so eingeschränkt, dass das Geschäft auch bei Tod eines der *socii* wie vereinbart abgewickelt werden soll.[266] Allerdings ist dies nur dann der Fall, wenn bereits Dispositionen getätigt wurden, d. h. nicht mehr *res integra* vorliegt oder der Handelnde keine Kenntnis vom Tod erlangt hat.[267]

90 Bei den Publikanengesellschaften führt der Tod eines *socius* nicht zur Beendigung.[268] Ob der Erbe in die Stellung des Erblassers als *socius* nachrückt, oder aber bloß ein Auseinandersetzungsguthaben beanspruchen kann, dürfte – abgesehen von allfälligen Vorgaben in den *leges locationis* – vom ursprünglichen Gesellschaftsstatut[269] bzw.

---

[258] Cic. Quinct. 16,52.

[259] Cic. Quinct. 24,76.

[260] *Platschek*, Quinctius (2005) 19–30.

[261] Vgl. Pomp. 6 Sab. D. 17.2.37; für diese Deutung auch *Lintott*, Cicero as Evidence (2008) 48.

[262] Vgl. Cic. Quinct. 13,74: *adfinis socius necessarius*.

[263] *Platschek*, Quinctius (2005) 28–30.

[264] In einem solchen Fall treffen die Parteien *fides*-Pflichten und der Erbe setzt insofern bis zu einem gewissen Grad die Gesellschafterpflichten des Erblassers fort, vgl. Paul. 32 ed. D. 17.2.65.9; Ulp. 31 ed. D. 17.2.63.8.

[265] Labeo bei Paul. 32 ed. D. 17.2.65.2.

[266] *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 158.

[267] Paul. 32 ed. D. 17.2.65.10.

[268] Pomp. 12 Sab. D. 17.2.59 pr.

[269] Vgl. Pomp. 12 Sab. D. 17.2.59 pr.: … *si pars defuncti ad personam heredis ad personam heredis adscripta sit*. Die *adscriptio heredis* erfolgt wohl erst nach dem Tod des Erblassers, ist hier aber schon ursprünglich im Vertrag als Möglichkeit verankert; dazu *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 161; *Meissel*, Societas (2004) 212–217, bes. 213 Fn. 560; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 374–377. Die volle Gesellschafterstellung des Erben samt Beitragspflichten hängt weiters davon ab (Pomp. 12 Sab.

dem Willen der übrigen Gesellschafter, den Erben als *socius* hinzuzunehmen,[270] abhängig gewesen sein.

3. Kündigung

Paulus[271] nennt neben der Möglichkeit, eine unbefristete *societas in perpetuum, id est dum vivunt* abzuschließen, auch jene, die Gesellschaft von vornherein als befristetes Schuldverhältnis bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (*ad tempus*) oder ab einem bestimmten Zeitpunkt (*ex tempore*) einzugehen. Dass die Frage der Terminisierung von Gesellschaftsverträgen auch in der Alltagswelt Relevanz hatte, zeigen die relativ zahlreichen Belege von Verträgen, in denen eine *societas* für eine bestimmte Zeit eingegangen wurde.[272] **91**

Vereinbarungen einer bestimmten Laufzeit des Gesellschaftsvertrages relativieren ein Merkmal des Rechts der *societas*, welches immer wieder als Beleg für deren Instabilität angeführt wurde: die grundsätzliche freie Kündbarkeit des Vertrages. Im allgemeinen gilt ja, dass die *societas* nur solange besteht, solange ein entsprechender Konsens gegeben ist („Dauerkonsens")[273] und dass eine Kündigung durch *renuntiatio* (die erklärt werden muss)[274] prinzipiell ohne Schadenersatzpflichten möglich ist.[275] Ausnah- **92**

D. 17.2.59 pr.: … *ex causa aestimandum est*), welche spezifische Rolle der Erblasser als Partner hatte und ob der Erbe in der Lage ist, diese zu erfüllen.

[270] Vgl. Ulp. 31 ed. D. 17.2.63.8: … *heres socius non sit nisi fuerit adscitus.*

[271] Paul. 32 ed. D. 17.2.1 pr.; zum Folgenden s. *Meissel*, GS Mayer-Maly 356–361; weiters *Müller-Kabisch*, Kündigung (2011) 118–154 (dazu *Meissel*, SZ 131 [2014] 473–483).

[272] So wurde etwa die dakische *societas danistariae* FIRA III 157 für die Dauer vom 23. Dezember 166 bis zum 12. April 167 abgeschlossen. Aus dem 6. Jh. n. Chr ist ein Gesellschaftsvertragsentwurf für eine auf ein Jahr konzipierte Gesellschaft zweier Tischler überliefert (P.Cair.Masp. II 67159); dazu *Taubenschlag*, SZ 52 (1932) 77; *Steinwenter*, St. Riccobono I 503 f. Der Gesellschaftsvertragsentwurf zwischen dem Schwiegervater und Schwiegersohn hinsichtlich einer Tischlerei aus Antinoupolis (P.Cair.Masp. II 67158 = FIRA III 158) setzt dagegen nur ein Anfangsdatum und geht auf unbestimmte Zeit. Bei den Pacht-Gesellschaftsverträgen finden wir ebenfalls Befristungen auf eine bestimmte Zeit, z. B. 5 Jahre in P.Amh. 94 Z. 4 aus 208 n. Chr. oder auf die Dauer der konkreten Pacht (P.Corn. 8 Z. 10 aus 1. Jh. n. Chr., *in casu* 3 Jahre). Aus dem 5. Jh. n. Chr ist eine Gesellschaft zweier Obsthändler überliefert (P.Lond. 1794), die auf die Dauer eines Jahres angelegt ist. Es finden sich aber auch bei den Pachten Verträge „auf ewige Zeit", z. B. BGU 1123, dazu *San Nicolò*, Ägyptisches Vereinswesen I (1913) 152; *Taubenschlag*, SZ 52 (1932) 68.

[273] Gai. 3.151: *manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseverant; at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur* …; Diocl./Max. C. 4.37.5 (a.294): *tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat* …; Epit. Gai. 2.9.17; Inst. 3.25.4; zur Deutung des Dauerkonsenses als nicht durch Kündigung oder Klageerhebung beendeter *societas* s. *Müller-Kabisch*, Kündigung (2011) 136–140.

[274] Pomp. 13 Sab. D. 17.2.18.

[275] Allerdings ist auch eine unzulässige (gegen die *bona fides* verstoßende) Kündigung als solche wirksam, sie führt jedoch dazu, dass der vertragswidrig Kündigende nach dem bekannten cassianischen Diktum „die anderen *socii* von sich, sich aber nicht aus den Verpflichtungen gegenüber den anderen *socii* befreit" (Cassius bei Paul. 32 ed. D. 17.2.65.3,6).

men bilden lediglich eine dolose Kündigung (*renuntiatio dolosa*[276]) bzw. die von Labeo und der prokulianischen Schule forcierte[277] Anerkennung der Sanktionierung einer *renuntiatio intempestiva*.[278] Dieses Regime der Beendigung der *societas* durch (nach heutiger Terminologie) „ordentliche" Kündigung dürfte aber nur bei jenen *societates* gegolten haben, welche auf unbestimmte Dauer (*in perpetuum, id est dum vivunt*) abgeschlossen wurden.

93 Daneben begegnen uns eben auch jene Gesellschaften, die für eine bestimmte Zeit abgeschlossen werden sowie die Konstruktion, dass die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wird, aufgrund einer Zusatzvereinbarung aber innerhalb einer bestimmten Zeit nicht gekündigt werden darf (*pactum ne societate intra certum tempus abeatur*).[279]

94 Allerdings wird auch bei befristeten Gesellschaftsverträgen von den Juristen eine vorzeitige Kündigung „aus wichtigem Grund" zugelassen – die Quellen sprechen von einer *renuntiatio ex necessitate*[280] bzw. einer *renuntiatio rationem habens*.[281] Dabei wird offenbar ein strengerer Maßstab angelegt als die bloße Absenz von *dolus* oder die Unzeitgemäßheit. In der Vertragspraxis dürfte die (ungerechtfertigte) vorzeitige Kündigung darüber hinaus häufig durch die Stipulation von Konventionalstrafen abgesichert worden sein.[282]

95 Dass trotz Vereinbarung einer zeitlichen Bindung vorzeitig aus berücksichtigungswürdigen Gründen eine Kündigung (ohne Schadenersatzfolgen) für den Kündigenden möglich ist, wird von Juristen unterstrichen, wenn sie Abreden, die auf eine Nichtkündigung abzielen, als vergeblich[283] oder überflüssig[284] qualifizieren. Der den *bonae fidei iudicia* inhärente Spielraum bei der Festlegung der Vertragspflichten (→ § 78) ermöglicht es den Juristen also, einerseits Einschränkungen der Kündigungsmöglichkeiten durch die Annahme einer dolosen bzw. unzeitgemäßen Kündigung anzunehmen, auch wenn kein *pactum ne abeatur* geschlossen worden war, sowie andererseits, auch bei

---

[276] Vgl. Paul. 32 ed. D. 17.2.65.3 (*dolo malo renuntiatio facta*).

[277] Dazu *Bona*, Società consensuale (1973) 79–115; *Sciortino*, Società questuarie (2019) 113–150.

[278] Vgl. Labeo bei Paul. 32 ed. D. 17.2.65.5 (*si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem*); Paul. 6 Sab. D. 17.2.17.2 (*intempestiva renuntiatio*).

[279] Diese Konstruktion begegnet zwar vorwiegend in den Juristenschriften, ist aber auch in P.Lond. 1795 zu finden. Zur Abrede *ne societate abeatur* vgl. insbes. *Litewski*, RIDA 25 (1978) 279–292; *Di Porto*, Impresa collettiva (1984) 150–160. Vgl. auch Paul. 32 ed. D. 17.2.65.6, wo die *societas in tempus coita* mit Ablauf der Befristung nicht einfach erlischt, sondern es ab diesem Zeitpunkt jedem *socius* freisteht, von der *societas* zurückzutreten, da diesfalls die *renuntiatio* nicht mehr als dolos angesehen wird.

[280] Paul. 32 ed. D. 17.2.65.6, dazu *Giaro*, Excusatio (1982) 108 f.

[281] Ulp. 30 ed. D. 17.2.14: *sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio.*

[282] Vgl. etwa P.Cair.Masp. II 67159, wo eine Strafe von vier Goldnomismata für den *socius* vorgesehen ist, der vor Ablauf der Jahresfrist (mit Ausnahme einer Krankheit) zu arbeiten aufhört.

[283] Pomponius bei Ulp. 30 ed. D. 17.2.14: *frustra hoc convenire.*

[284] Paul. 6 Sab. D. 17.2.17.2: *nihil attinet de renuntiatione cavere.*

Vorliegen einer Kündigungsbeschränkung in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen eine vorzeitige Kündigung zuzulassen.[285]

96 Darüberhinaus finden wir bei Verträgen, bei denen die *socii* zur Verfolgung des Gesellschaftszweckes Miteigentum an Sachen hatten, Klauseln, denenzufolge die Miteigentumsanteile entweder gar nicht veräußert werden dürfen (*ne distrahatur*) oder aber zumindest innerhalb einer bestimmten Zeit eine Teilungsklage nicht zu erheben sei (*pactum ne intra certum tempus res communis dividatur*).[286] Solche Klauseln wurden nicht nur als *inter partes* wirksam angesehen, sondern wirkten – im Falle des Veräußerungs- bzw. Teilungsverbotes – sogar gegenüber einem Individualrechtsnachfolger: Während eine ältere (vermutlich von Sabinus vertretene) Lösung bei einem Teilungsverbot sogar annahm, dass die Veräußerung als solche unwirksam war,[287] gewährten Ulpian und Paulus[288] immerhin eine dinglich wirkende *exceptio* gegen die Individual-Rechtsnachfolger des *socius*, mittels der die Nichtteilung – so wie gegen den Vertragspartner – durchgesetzt werden konnte. Sollte dagegen überhaupt eine Nichtveräußerung der Miteigentumsanteile vereinbart worden sein, so war eine solche – zumindest für eine bestimmte Zeit – wohl auch in der Spätklassik möglich.[289]

4. Klageerhebung

97 Die Geltendmachung einer auf abschließende Abrechnung abzielenden *actio pro socio* führt regelmäßig zur Beendigung der *societas*.[290] Umgekehrt ergibt sich daraus, dass *manente societate* in der Regel nicht mit der *actio pro socio* geklagt werden konnte.[291] Die Beendigungswirkung ergibt sich dabei allerdings schon aus prozessualen Gründen: Das Erheben der *actio pro socio* führt zu einer *mutatio causae societatis*[292] – und damit zum Untergang der ursprünglichen Obligation[293] sowie ihrem Ersatz durch die aus der Prozessformel resultierende Obligation des Beklagten.[294] Dahinter steht die aus der spätrepublikanischen Jurisprudenz herrührende Regel, derzufolge bei *actiones in per-*

[285] Vgl. *Meissel*, GS Mayer-Maly 356–361.

[286] Ulp. 30 Sab. D. 17.2.14.

[287] Paul. 6 Sab. D. 17.2.17 pr. (im ersten Satz *nec vendere poterit*) dürfte Sabinus zuzuschreiben sein; so *Di Porto*, Impresa collettiva (1984) 153.

[288] Ulp. 30 Sab. D. 17.2.16.1 sowie Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.3.

[289] *Di Porto*, Impresa collettiva (1984) 156–158 in seiner plausiblen Interpretation von Paul. 6 Sab. D. 17.2.17 pr.; dazu auch *Meissel*, Societas (2004) 278–280.

[290] Ulp. 31 ed. D. 17.2.63.10 *societas solvitur … ex actione*; Interpolationsverdacht bei *Guarino*, Società (1988) 41, 78; vgl. auch Paul. 32 ed. D. 17.2.65 pr. *actione distrahitur*.

[291] *Wieacker*, Societas I (1936) 10 f. und öfter, leitet daraus ab, dass die *societas* als *fides*-Verhältnis aufzufassen sei, bei der es überhaupt keine positiven Leistungspflichten, sondern nur Aufwandersatz- und Schadenersatzpflichten gegeben habe; kritisch dazu *Meissel*, Societas (2004) 41–45.

[292] Paul. 32 ed. D. 17.2.65 pr.

[293] Vgl. Gai. 3.180 *tollitur obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum.*

[294] *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 177.

sonam, welche auf *ius civile* beruhen (also keineswegs nur bei der *actio pro socio*), mit der *litis contestatio* im *iudicium legitimum*,[295] das eingeklagte Recht durch Konsumption erlischt.[296] Der Paulustext macht somit klar, dass die Beendigungswirkung der Klageerhebung nichts mit einem *fides*-Verstoß der Gesellschafter oder ähnlichem zu tun hat.

98 Allerdings scheinen schon die Frühklassiker dazu tendiert zu haben, diese prozessuale Folge materiellrechtlich zu deuten. So versucht Proculus die durch die Klageerhebung bewirkte Beendigung der *societas* mit den materiellrechtlichen Endigungsgründen in Einklang zu bringen, indem er sie als Kündigung deutet.[297] Das spricht dafür, dass die Beendigung *ex actione* als Fall der Beendigung *ex voluntate*[298] aufgefasst wurde.

99 Proculus begründet seine Deutung der Klageerhebung als Kündigung damit, dass die Klage ihrer Formulierung nach[299] auf Beendigung der Gesellschaft gerichtet sei.[300] Daraus ist *e contrario* zu schließen, dass es auch möglich war, die Gesellschafterklage so zu gestalten, dass sie nicht auf eine Beendigung hinzielte. Die technische Möglichkeit dazu – darüber besteht eigentlich bei allen neueren Stellungnahmen Einigkeit[301] – böte die Einfügung einer *praescriptio pro actore*,[302] durch die der Prozessgegenstand eingeschränkt wird, sodass die *actio pro socio* im konkreten Fall nicht als umfassende Liquidationsklage fungiert, sondern bloß zur Entscheidung der in der *praescriptio* erfassten Punkte.

100 Manche Autoren meinen sogar, dass das Geltendmachen einer *actio pro socio* nur dann zu einer Beendigung des Gesellschaftsvertrages geführt habe, wenn der Kündigungswille eigens in der *formula* zum Ausdruck gekommen sei.[303] Die besseren Gründe sprechen aber doch dafür, dass die Beendigungswirkung der Normalfall war.[304] Dazu zählt zunächst der Liquidationscharakter der *actio pro socio*, welche als *iudicium generale* fungiert,[305] der gegenüber die Beschränkung auf einzelne spezifische Ansprüche als Sonderfall erscheint. Schon aus rein praktischen prozessualen Gründen braucht man

---

[295] Zu den Voraussetzungen eines *iudicium legitimum* s. Gai. 4.104.

[296] Vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 299.

[297] Proculus bei Paul. 32 ed. D. 17.2.65 pr.

[298] Für die Ulp. 31 ed. D. 17.2.63.10 die *renuntiatio* als Illustration anführt!

[299] Vgl. *Hofmann/Szantyr*, Synt. 574 f.; ThLL VII.1 218 B.

[300] Paul. 32 ed. D. 17.2.65 pr.: *Proculus enim ait hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiatam societatem.*

[301] *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 178; *Guarino*, Società (1988) 98 f.; *Meissel*, Societas (2004) 43; eher skeptisch allerdings *Misera*, FS Nirk 704.

[302] Zur *praescriptio pro actore* allgemein vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 320–322. Weiters hält *Kaser*, SDHI 41 (1975) 331 auch eine Begrenzung des Klagebegehrens in der *demonstratio* für möglich.

[303] *Arangio-Ruiz*, Società (1950) 178; *Guarino*, Società (1988) 98 f.

[304] *Thomas*, Tulane Law Rev. 48 (1973/74) 1100; *Kaser*, SDHI 41 (1975) 331; *Talamanca*, s. v. Società in generale (Diritto romano), ED XLII 850 Fn. 386; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 334; *Hernando Lera*, Sociedad (1992) 75; *Misera*, FS Nirk 697; *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 38.

[305] Paul. 6 Sab. D. 17.2.38 pr.

für eine allfällige Beschränkung des Streitgegenstandes einer *actio pro socio* eine Festlegung der streitgegenständlichen Punkte in der *praescriptio* (→ § 12 Rn. 28–31), während für die *actio pro socio* als Generalklage der Hinweis auf das spezifische *societas*-Verhältnis ausreichend ist. Des Weiteren spricht für die Gegenmeinung vor allem Paul. 32 ed D. 17.2.65.15, wo eindeutig davon ausgegangen wird, dass es im Regelfall *manente societate* keine Klage gibt.[306]

Anders ist die Lage bei der *societas vectigalis*, bei der regelmäßig auch *manente societate* geklagt werden konnte.[307] Diese Ausnahmeregelung hängt mit der besonderen nötigen höheren Bestandsfestigkeit der Publikanengesellschaften zusammen, welche jedenfalls für die Dauer der übernommenen Pacht Bestand haben sollten und bei der auch bei Zahlungsunfähigkeit[308] oder Tod eines Gesellschafters trotz weiterhin aufrechter *societas* Klagemöglichkeiten bestehen mussten. **101**

VII. Klagenkonkurrenzen

Sofern den Gesellschaftern an einer Sache Miteigentum zukommt (*communio cum societate*), konkurriert die *actio pro socio* mit der *actio communi dividundo*.[309] Die beiden Klagen haben teilweise eine unterschiedliche Zielsetzung, zum Teil überschneiden sie aber einander.[310] Während von diesen beiden Klagen nur die *actio communi dividundo* auf die sachenrechtliche Aufteilung der *res communis* durch *adiudicatio* gerichtet ist (→ § 67 Rn. 13–22), können schuldrechtliche Ausgleichsansprüche, die sich auf eine für Gesellschaftszwecke genützte *res communis* beziehen, sowohl aus der Teilungsklage,[311] als auch aus der *actio pro socio* geltend gemacht werden. Daher ist auch die Aussage des Proculus, dass die Geltendmachung der einen Klage die andere beseitige,[312] nicht als generelle Aussage zu verstehen, sondern eben nur auf jenen Bereich zu beziehen, in dem die Streitgegenstände der beiden Klagen übereinstimmen. Wird ein Anspruch in der *actio pro socio* erledigt, so ist er für eine nachfolgende *actio communi dividundo* konsumiert (dasselbe gilt *vice versa*, wenn zunächst eine Teilungsklage geltend gemacht wurde).[313] **102**

[306] Vgl. weiters Paul. 32 ed. D. 17.2.65.14; *Meincke*, FS Maier-Reimer 454 rechnet auch diese Ausnahme erst dem justinianischen Recht zu.

[307] Paul. 32 ed. D. 17.2.65.15.

[308] Vgl. Paul. 5 sent. D. 39.4.9.4 (= Paul. sent. 5.1a.5), dazu *Meissel*, Societas (2004) 217.

[309] Vgl. Gai. 7 ed. prov. D. 10.3.2 pr.

[310] Dazu ausführlich *Drosdowski*, Verhältnis (1998). Für Ansprüche, die erst nach Auflösung der *societas* zwischen den Miteigentümern entstehen, ist dagegen nach Paul. 32 ed. D. 17.2.65.13 nur die *actio communi dividundo* heranzuziehen. Zu den Klagekonkurrenzen s. auch *Laffely*, Responsabilité (1979) 89–97; *Hernando Lera*, Sociedad (1992) 251–269.

[311] In dieser können nach Ulp. 30 Sab. D. 10.3.3 pr. neben der sachenrechtlichen Aufteilung die Haftung für der *res communis* zugefügte Schäden, auszugleichende Aufwendungen eines Miteigentümers sowie Ausgleich gezogener Nutzungen geltend gemacht werden.

[312] Proculus bei Paul. 6 Sab. D. 17.2.38.1: *altera actione alteram tolli Proculus ait.*

103 Für Ansprüche, die im Rahmen der ersten Klage nicht geltend gemacht werden konnten, tritt hingegen keine Konsumptionswirkung ein.[314] Daher kann auch nach Einbringen einer Teilungsklage eine *actio pro socio* hinsichtlich der von der Teilungsklage nicht erfassten Ansprüche erhoben werden.[315] Was aber im Teilungsprozess erledigt wurde, ist nicht mehr Gegenstand des Gesellschafterprozesses. Die Festlegung dessen, was als erledigt anzusehen ist, obliegt dem *iudex* des zweiten Verfahrens.

104 Soweit Kongruenz der Ansprüche besteht, tritt bei Erfüllung aller Voraussetzungen eines *iudicium legitimum*[316] die Konsumptionswirkung *ipso iure* ein, bei sonstigen Verfahren (den honorarrechtlichen *iudicia imperio continentia*) muss sie durch *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* geltend gemacht werden.[317]

105 Hat ein *socius* zur Unzeit gekündigt und durch einen ungünstigen Verkauf gemeinsamer Sachen einen Schaden für die Gesellschaft herbeiführt, so haftet er für den Schaden durch den unzeitgemäßen Verkauf nur aus der *actio pro socio* (wegen Verstoßes gegen die unter den *socii* zu wahrende *bona fides*),[318] nicht aber aus der Teilungsklage, weil die im Miteigentum stehenden Sachen als solche ja nicht beschädigt wurden.[319]

106 Schafft ein Gesellschafter eine *res communis* dolos beiseite oder verbirgt er sie in Verheimlichungssabsicht, so haftet er sowohl aus dem *furtum* (mit der *actio furti* → § 93) als auch (zusätzlich) aus der *actio pro socio*.[320] Fügt ein *socius* einer gemeinschaftlichen Sache ein *damnum iniuria datum* zu, so bejahen Celsus, Julian und Pomponius eine Haftung aus der *lex Aquilia*[321] (→ § 92), er kann aber wohl auch aus der *actio pro socio* in Anspruch genommen werden.[322] Im Gegensatz zur pönalen *actio furti* steht die *actio legis Aquiliae* als *actio mixta*, der auch reipersekutorischer Charakter zukommt, nach den allgemeinen Regeln im Verhältnis der alternativen (elektiven) Konkurrenz zur *actio pro socio*.

107 Bei der Korrumpierung eines *servus communis* durch einen Gesellschafter haftet dieser sowohl aus der *actio servi corrupti* (→ § 36 Rn. 41–42), aber auch aus der Tei-

---

[313] *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 165; zustimmend *Meissel*, Societas (2004) 307. In Paul. 6 Sab. D. 17.2.38.1 geht es um Impensen hinsichtlich einer den Gesellschaftern gemeinschaftlichen Sache bzw. um die Aufteilung von Nutzungen aus der gemeinschaftlichen Sache. A. A. noch *Levy*, Konkurrenz II (1922) 139–143; gegen dessen Lehre von der „judizialen Konsumption" aber bereits allgemein *Liebs*, SZ 86 (1969) 169–191, bes. 180–191; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 171–175, 208 f., 252–263.

[314] *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 165 f.

[315] Ulp. 28 ed. D. 17.2.43: *si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio.*

[316] Zum Begriff des *iudicium legitimum* s. Gai. 4.104; *Kaser/Hackl*, RZ 162; → § 6 Rn. 22.

[317] *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 169–174.

[318] Labeo bei Paul. 32 ed. D. 17.2.65.5.

[319] *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 84.

[320] Ulp. 30 Sab. D. 17.2.45, dazu *Laffely*, Responsabilité (1979) 100–102; zur Konkurrenz von *actio pro socio* und einer *actio legis Fabiae* (aus *plagium*) *Laffely*, Responsabilité (1979) 107–111.

[321] Ulp. 30 Sab. D. 17.2.47.1.

[322] Vgl. Paul. 6 Sab. D. 17.2.48; Ulp. 31 ed. D. 17.2.49; zur Konkurrenz von *actio pro socio* und *actio legis Aquiliae* s. *Laffely*, Responsabilité (1979) 78–88.

lungsklage (→ § 67), sowie – *si socii sint* – aus der Gesellschafterklage.[323] Mit der *actio servi corrupti* ist das *duplum* einforderbar, diese Deliktsklage setzt (anders als i. d.R. die Teilungs- und Gesellschafterklage) keine Aufhebung der Gemeinschaft voraus, sodass dahinter das „Begehren, den Schadenersatzanspruch selbständig einklagbar zu machen“[324] gestanden haben könnte.[325]

108 Wird ein *socius* dadurch geschädigt, dass der andere ohne seine Zustimmung einen Toten auf dem *fundus communis* bestattet, so steht nach Pomponius[326] eine *actio pro socio* zu; Trebatius und Labeo gewähren eine *actio in factum*,[327] Ulpian dagegen eine *actio familiae erciscundae* oder eine *actio communi dividundo*.[328]

109 Bei Aufwendungen zur notwendigen Reparatur eines einsturzgefährdeten gemeinsamen Hauses durch einen *socius* konkurrieren nach sabinianischer Auffassung[329] bloß *actio pro socio* und *actio communi dividundo*, während die prokulianische herrschende Lehre[330] auch eine Verpflichtung zur Leistung einer *cautio damni infecti* zwischen den *socii* annimmt.[331]

110 Betreiben mehrere *socii* eine *taberna* unter Einsatz eines gemeinschaftlichen Warenbestandes (*merx communis*) und setzen sie einen *servus communis* (an dem sie unterschiedliche Anteile haben) als *institor* ein (→ § 104), so bejaht Julian eine solidarische Haftung jedes Gesellschafters für Geschäftsschulden des Sklaven *exemplo exercitorum et de peculio actionis*.[332] Im Innenverhältnis soll dabei ein Rückgriff über *actio pro socio* oder *actio communi dividundo* stattfinden (*et quidquid is praestiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur*). Solidarische Haftung nach außen und Regressmöglichkeit über Gesellschafter- oder Teilungsklage bei Einsetzung eines *institor* ist aber nicht auf die *praepositio* eines *servus communis* beschränkt, sondern dazu reicht bereits eine *merx communis* aus.[333]

111 Eine solidarische Außenhaftung, die allerdings *dumtaxat de peculio* begrenzt ist (→ § 102 Rn. 31–38), besteht auch, wenn einem gemeinschaftlichen Sklaven ein gemeinschaftliches Sondervermögen (*peculium commune*) eingeräumt wurde, auch hier besteht eine interne Ausgleichsmöglichkeit über Gesellschafter- oder Teilungsklage.[334] Wurde eine zwischen *socii* bestehende Verpflichtung mittels *stipulatio poenae*

[323] Julian bei Ulp. D. 11.3.9 pr.
[324] *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 63.
[325] Vgl. auch Paul. 22 ed. D. 9.4.10.
[326] Pomp. 13 Sab. D. 17.2.39.
[327] Nach dem Bericht von Ulp. 19 ed. D. 10.3.6.6, dazu *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 78.
[328] Ulp. 25 ed. D. 11.7.2.1.
[329] Gai. 28 ed. D. 39.2.32: … *nostri praeceptores negant te cavere debere.*
[330] Gai. 28 ed. D. 39.2.32: … *plerisque placet.*
[331] Dazu *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 90–97.
[332] Julian bei Ulp. 28 ed. D. 14.3.13.2.
[333] *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 121; vgl. Paul. 4 Plaut. D. 14.3.14.
[334] Gai. 9 ed. prov. D. 15.1.27.8. Während für das Außenverhältnis nur der Wert des *peculium* maßgeblich ist, spielt für den internen Ausgleich laut Julian (Gai. 9 ed. prov. D. 15.1.27.8) die Frage,

(→ § 74) abgesichert, so stehen bei Vertragsverletzung sowohl *actio pro socio* als auch die *condictio* zur Verfügung.[335] Mit der Stipulationsklage konnte die Vertragsstrafe auch *manente societate* eingeklagt werden, weshalb diese vorzuziehen ist, wenn die *poena* den erlittenen Schaden abdeckt.[336] Sollte der Schaden über die Strafsumme hinausgehen, so konnte der überschießende Betrag mit der *actio pro socio* eingeklagt werden, selbst wenn zuvor bereits eine Stipulationsklage angestellt worden war.[337]

bei welchem der Gesellschafter sich Teile des Sondervermögens befinden, sehr wohl eine Rolle. Hingegen ist bei separat erteilten und rechtlich getrennt gehaltenen Sondervermögen (*peculia separata*) für das Ausmaß der Haftung der Miteigentümer des *servus communis* gegenüber Dritten gemäß Ulp. 29 ed. D. 15.1.15 nur das *peculium* des jeweiligen Sklaven des Beklagten maßgeblich.

[335] Vgl. Ulp. 45 Sab. D. 17.2.42; zur Problematik *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 329–334; *Laffely*, Responsabilité (1979) 112–127.

[336] So die ansprechende Deutung von Ulp. 20 ed. D. 17.2.41 bei *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 329 f.

[337] Ulp. 45 Sab. D. 17.2.42.

§ 82 Klage aus Auftrag (*actio mandati*)

Susanne Heinemeyer

Arangio-Ruiz, Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma. Anno 1948–1949, 1949 (Ndr. 1965); *Watson*, Contract of mandate in Roman law, 1961; *Michel*, La gratuité en droit romain, 1962; *Klami*, Teneor mandati, 1976; *Zimmermann*, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990 (Ndr. 1992, 1996); *Nörr*, Mandatum, fides, amicitia, in: Nörr/Nishimura (Hgg.), Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht, 1993, 13–37; *Bürge*, Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung, 1999; *Randazzo*, Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano, 2005; *Rundel*, Mandatum zwischen utilitas und amicitia. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht, 2005; *Finkenauer*, Das entgeltliche Mandat im römischen Recht, in: Manthe/Nishimura et al. (Hgg.), Aus der Werkstatt römischer Juristen. Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka, 2016, 55–90.

Inhalt Rn.

I. Überblick. Quellenlage. Ursprung des *mandatum* 1
II. Die Klageformeln der *actio mandati* 7
1. Formel der *actio mandati directa* 7
2. Formel der *actio mandati contraria* 11
III. Wirksamkeitsvoraussetzungen des *mandatum* 14
1. Gegenstand des Auftrags 14
2. Unentgeltlichkeit des Auftrags 21
3. Verpflichtungen der Parteien und Erlöschen des Auftrags 24
IV. Ansprüche des Auftraggebers gegen den Beauftragten aus der *actio mandati directa* 31
1. Anspruchsinhalt 31
2. Umfang der Haftung des Beauftragten mit der *actio mandati directa* 34
3. Rechtsfolge einer Verurteilung 38
V. Gegenansprüche des Beauftragten aus der *actio mandati contraria* 39
1. Anspruchsinhalt 39
2. Umfang der Haftung des Auftraggebers mit der *actio mandati contraria* 42
3. Rechtsfolge einer Verurteilung 44
4. Exzess des Beauftragten 45
VI. Anwendung der *actio mandati* in der Praxis 50
1. *Procurator:* Zur Abgrenzung von *actio mandati* und *actio negotiorum*

gestorum 53
2. Bürgschaft und Bürgenregress 56
3. Kreditmandat 58
4. Mandat zum Kauf 61
5. Einzelfälle 63
a. *mandatum post mortem* 63
b. Mandat zum Freikauf *(redemptio suis nummis)* 65
c. Weitere Beispiele aus den Papyri 68
VII. Funktion des *mandatum*: Handeln für Dritte 71
VIII. Nachklassische Entwicklungen 73
IX. Das *mandatum* im justinianischen Recht 78

I. Überblick. Quellenlage. Ursprung des *mandatum*

1 Das *mandatum* zählt zu den Konsensualverträgen (→ § 24 Rn. 1 ff.)[1] und beruht in alter römischer Tradition auf *amicitia* und *officium*.[2] Einigen sich die Parteien über die unentgeltliche (→ Rn. 21) Besorgung eines Geschäfts in fremdem Interesse, erwächst aus dieser Willensübereinkunft *(consensus)* für den Beauftragten die Pflicht zur Durchführung des übernommenen Geschäfts.[3]

2 Mit der *actio mandati directa* kann der Auftraggeber auf Durchführung des Auftrags klagen (→ Rn. 31); für Aufwendungen und Schäden erhält der Beauftragte mit der *actio mandati contraria* Ersatz (→ Rn. 39). Bei den Klagen handelt es sich um *bonae fidei iudicia* (→ § 78 Rn. 1 f.).[4]

3 Die Quellen berichten zahlreich über das *mandatum*: Es wird ausführlich in Gai. 3.155–162 behandelt und bildet den Gegenstand des Digesten-Titels 17.1 *(mandati vel contra)*, des Kapitels 3.26 *(de mandato)* der justinianischen Institutionen, das in Theoph. inst. 3.26 paraphrasiert wird,[5] sowie des Codex-Titels C. 4.35 *(mandati)*. Zudem sind zwei Fragmente der *res cottidianae*[6] und ein Fragment im zweiten Buch der

[1] Gai. 3.135; Gai. 3 inst. D. 44.7.2; Paul. 32 ed. D. 17.1.1 pr.–3; vgl. *Watson*, Mandate (1961) 61–67; *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 79–84. Es reicht die Willensübereinkunft per Brief oder Bote: Paul. 32 ed. D. 17.1.1.1; Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27 pr. Anders *Behrends*, FS Waldstein 56–62, der annimmt, das *mandatum* werde von einem „realen" Rechtsgeschäft in vorklassischer Zeit erst in klassischer Zeit zum Konsensualvertrag; vgl. auch *Behrends*, FS Mayer-Maly (2002) 30 f. Zur Bedeutung der Begriffe *mandare* und *mandatum* *Randazzo*, Mandare (2005) 1–93 und 95–158; dazu *Santucci*, SDHI 74 (2008) 906.

[2] Paul. 32 ed. D. 17.1.1.4; Gai. 10 ed. prov. D. 17.1.27.2; Iav. 7 Cass. D. 17.1.36.2. Mit *amicitia* und *officium* beim *mandatum* beschäftigen sich ausf. *Bürge*, Privatrecht (1999) 129; *Rundel*, Mandatum (2005) 163–207; *Randazzo*, Mandare (2005) 14–31; zu den sozialgeschichtlichen Grundlagen *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 13–37; vgl. *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 335–337.

[3] Paul. 32 ed. D. 17.1.22.11. Ulpian lässt eine stillschweigende Duldung durch den Auftraggeber ausreichen, Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.2,7; Ulp. 40 Sab. D. 17.1.18.

[4] Julian bei Paul. 32 ed. D. 17.1.22.4; Gai. 3 cott. D. 44.7.5 pr.

[5] Zur Institutionenparaphrase des Theophilus vgl. *Wenger*, Qu. 682–685.

[6] Gai. 2 cott. D. 17.1.2; D. 17.1.4.

differentiae Modestins[7] dem Auftrag gewidmet. Auch bei Cicero finden sich Hinweise auf das *mandatum*.[8]

Im Unterschied zum Dienstvertrag und zum Werkvertrag (*locatio conductio operarum/operis* (→ § 80) ist der Auftrag unentgeltlich;[9] dem steht nicht entgegen, dass dem Beauftragten für sein Tätigwerden eine Belohnung gewährt werden konnte (→ Rn. 21).[10] Der Auftrag muss außerdem von der *negotiorum gestio* (→ Rn. 53–55; → § 83) und dem *iussum* (→ Rn. 71 f.; → § 101 Rn. 4) abgegrenzt werden. Abgrenzungsfragen stellen sich darüber hinaus auch zwischen der *actio mandati* und der *actio praescriptis verbis* (→ § 90), zum Beispiel wenn einem Scheinsklaven *(liber homo bona fide serviens)*[11] ein Auftrag erteilt wurde.[12] **4**

Wegen des Fehlens einer direkten Stellvertretung im römischen Recht lag eine wesentliche Funktion des Auftrags darin, die Übertragung der Durchführung von Geschäften auf einen Dritten als mittelbaren Stellvertreter zu ermöglichen (→ Rn. 71).[13] Die Quellen berichten über die Heranziehung der *actio mandati* in zahlreichen, teilweise sehr unterschiedlichen Anwendungsfällen, wie etwa beim Kreditmandat, dem *mandatum post mortem,* dem Mandat zum Freikauf oder für die Geschäfte eines *procurator omnium bonorum* bzw. *unius rei* (zu den Anwendungsfällen → Rn. 50–70). **5**

Der Ursprung des *mandatum* liegt in alter Zeit, wahrscheinlich im 3. Jh. v. Chr. Für diese zeitliche Einordnung spricht Gai. 3.216, dessen Aussage nahelegt, dass das *mandatum* schon rechtlich verpflichtend und einklagbar war, bevor die *lex Aquilia* (→ § 92 Rn. 1) erlassen wurde (→ § 24 Rn. 17 mit Fn. 14).[14] Nach überwiegender Ansicht entstand das Rechtsinstitut im – zunächst noch nicht rechtlich verbindlichen – Rahmen von Geschäften römischer Bürger untereinander;[15] nach anderer Auffassung handelt es **6**

---

[7] Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.3.

[8] Cic. S. Rosc. 38,111; Cic. off. 3,17,70; erwähnt in Cic. nat. deor. 3,30,74. Zu Cic. off. 3,17,70 *Behrends*, FS Waldstein 35 f.

[9] Gai. 3.126; Paul. 32 ed. D. 17.1.1.4; Gai. 10 ed. prov. D. 17.1.27.2; Iav. 7 Cass. D. 17.1.36.2; vgl. *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 114 f.; mit neuem Ansatz vom „entgeltlichen Mandat" *Finkenauer*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 58–90.

[10] Pap. 3 resp. D. 17.1.7; Ulp. 31 ed. D. 17.1.6 pr.

[11] Dazu *Söllner*, CRRS IX 12–27.

[12] Celsus bei Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13.2; dazu *Kranjc*, SZ 106 (1989) 453; *Hayashi*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 182.

[13] Zur fehlenden Stellvertretung, vgl. *Zimmermann*, LO 420 f.; *Watson*, Mandate (1961) 78; *Claus*, Stellvertretung (1973) 42–44.

[14] *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 221; *Randazzo*, Mandare (2005) 107–111. Dagegen *Cannata*, Index 22 (1994) 152; *Cannata*, in: Vacca, Responsabilità (1995) 42 f. (= *Cannata*, Scr. II 169); *Cursi*, Iniuria (2002) 181 Fn. 153. Gegen *Cannata* ist *Corbino*, Danno (2008) 55–57; *Corbino*, Iura 64 (2016) 16 f.; *Franciosi*, St. Labruna III 1983 f. Für Entstehung der *actio mandati* im 3. Jh. v. Chr. *Wittmann*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 49.

[15] *Watson*, Mandate (1961) 18–23; *Watson*, TR 32 (1964) 253 Fn. 18; zust. *Niederländer*, SZ 79 (1962) 450; *Coppola Bisazza*, St. Metro I 484–488; differenzierend *Kaser*, TR 30 (1962) 262 f.; vgl.

sich um ein Institut des *ius gentium*, das zunächst im Handel zwischen römischen Bürgern und Peregrinen vorgekommen sei, bevor der *praetor peregrinus* eine Klage gewährt habe.[16]

II. Die Klageformeln der *actio mandati*

1. Formel der *actio mandati directa*

7 Aus einem wirksamen *mandatum* (→ Rn. 14–20) entsteht für die Parteien die *actio mandati*. Zu unterscheiden sind die Klage des Auftraggebers *(actio mandati directa)* und des Beauftragten *(actio mandati contraria*, → Rn. 11–13).

8 Die Formel der *actio mandati directa* lautet:[17] *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio mandavit, ut …, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito.* („Was Aulus Agerius dem Numerius Negidius aufgetragen hat, dass …, worum es in dieser Klage geht, was Numerius Negidius dem Aulus Agerius zu geben oder tun verpflichtet ist aus Treu und Glauben, sollst du, Richter, den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen, wenn es sich nicht erweist, sollst du ihn freisprechen.“)

9 In der *demonstratio* wird ein konkretes Geschäft genannt gewesen sein.[18] Die *intentio* ist nur auf *dare facere oportere*, nicht auf *praestare*, gerichtet.[19] Aus ihr ergibt sich, dass derjenige, der einem anderen etwas aufgetragen hat *(mandavit)*, aktivlegitimiert ist. Die Klage richtet sich gegen den Beauftragten, der passivlegitimiert ist. Der Umfang der Haftung des Beauftragten mit der *actio mandati* ist im Einzelnen unklar und strittig (→ Rn. 34–37). Die Verurteilung aus der Auftragsklage zieht grundsätzlich die Infamie (→ Rn. 38, zur Infamie → § 28 Rn. 1 ff.) nach sich.[20]

10 Obgleich in den Quellen ganz vereinzelt auch eine *actio mandati directa utilis* eines Haussohnes als Auftraggeber und Kläger erwähnt wird, war sie wohl nicht in das Edikt aufgenommen worden (zur *contraria in factum actio* → Rn. 13).[21]

---

auch *Randazzo*, Mandare (2005) 157 f. Zur Bedeutung der *fides* bei dieser Verrechtlichung *Kroppenberg*, SZ 126 (2009) 299–302; *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 14. S. a. *Winkel*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 55–57, 66.

[16] *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 44–48; zum Ursprung der Konsensualverträge des *ius gentium* auch *Arangio-Ruiz*, FS Koschaker II 159 Fn. 28. Anders *Kaser*, Ius (1949) 298.

[17] *Lenel*, EP 295 f. Vgl. *Mantovani*, Formule Nr. 37.

[18] *Wittmann*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 42 f.

[19] Vgl. *Lenel*, EP 295 Fn. 9; Paul. 5 Plaut. D. 17.1.45.5.

[20] Gai. 4.182.

[21] Julian bei Ulp. 23 ed. D. 5.1.18.1; Afr. 2 quaest. D. 28.5.47; vgl. *Lenel*, EP 296 gegen *Rudorff*, De iuris dictione edictum (1869) 121 f.

2. Formel der *actio mandati contraria*

Die Klage des Beauftragten (*actio mandati contraria)* hat folgende Formel:[22] *Quod Numerius Negidius Aulo Agerio mandavit, ut …, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Aulum Agerium Numerio Negidio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Aulum Agerium Numerio Negidio condemnato, si non paret, absolvito.* („Was Numerius Negidius dem Aulus Agerius aufgetragen hat, dass …, worum es in dieser Klage geht, was Aulus Agerius dem Numerius Negidius zu geben oder tun verpflichtet ist aus Treu und Glauben, sollst du, Richter, den Aulus Agerius dem Numerius Negidius verurteilen, wenn es sich nicht erweist, sollst du ihn freisprechen.“) **11**

Bei der *actio mandati contraria* sind die Parteirollen im Vergleich zur *actio mandati directa* umgekehrt verteilt: Der Beauftragte ist aktivlegitimert, die Klage richtet sich gegen den Auftraggeber. Lediglich vereinzelt ist vorgeschlagen worden, dass es nur eine Klagformel gegeben habe, die sowohl die Ansprüche des Auftraggebers als auch die des Beauftragten umfasst habe.[23] **12**

Ferner wird aus dem Aufbau der Erläuterungen Ulpians zum Rückgriff des Bürgen teilweise abgeleitet, dass es eine spezielle *formula in factum concepta* für den Bürgenregress gegeben haben könnte (→ Rn. 56 f.).[24] Eine *contraria in factum actio* des Haussohnes als Beauftragten war wohl nicht Teil des Edikts (→ Rn. 10).[25] **13**

III. Wirksamkeitsvoraussetzungen des *mandatum*

1. Gegenstand des Auftrags

Gegenstand des Auftrags ist ein rechtliches oder tatsächliches Tätigwerden des Beauftragten für den Auftraggeber.[26] Die aufgetragene Handlung muss erlaubt[27] und nach überwiegender Ansicht der modernen Forschung auch ausreichend bestimmt sein. Hierfür spricht schon, dass grundsätzlich der Gegenstand eines Vertrags bestimmt sein muss.[28] **14**

---

[22] *Lenel*, EP 295 f.

[23] *Michel*, Gratuité (1962) 168 f.; *Biondi*, AUPA 7 (1918) 61 f. Dagegen *Lenel*, EP 296.

[24] *Lenel*, EP 296 f. Für eine Sonderklage auch *Kaser*, SZ 100 (1983) 124–133. Zuletzt ausf. untersucht von *Neumann*, Bürgenregress (2011) 20–37 (mit anderem Ansatz).

[25] *Lenel*, EP 296.

[26] Gai. 3.162; *Kaser*, RP I 577; *Martini*, Hom. Murga Gener 640 f.

[27] Gai. 3.157; Ulp. 23 ed. D. 17.1.6.3; Paul. 32 ed. D. 17.1.22.6; Inst. 3.26.7. Vgl. *Randazzo*, Mandare (2005) 165–167.

[28] *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 109; ihm folgend *Watson*, Mandate (1961) 92. *Murillo Villar*, ACIA XII, I 455–458 weist darauf hin, dass ein *mandatum incertum* ein normaler Auftrag war, bei dem lediglich das Objekt unbestimmt war, wobei es auf die Bestimmbarkeit ankam. Anders *Donatuti*, BIDR 33 (1923) 181–186, der das *mandatum incertum* für eine byzantinische Einführung hält. Dagegen ausf. *Longo*, Ricerche (1966) 507–521; *Watson*, Mandate (1961) 92–96. Gegen ein *man-*

15 Allerdings kann der Auftraggeber den Auftrag inhaltlich entweder ganz eng oder auch weiter fassen und auf diese Weise das Maß des Ermessens des Beauftragten bestimmen.[29] Beispiele für sein mannigfaches Vorkommen in der römischen Praxis sind etwa das *mandatum* zur Errichtung von Sportstätten, zur Ausbildung eines Sklaven oder zur Kreditvergabe (weitere Anwendungsfälle → Rn. 50–70).[30]

16 Für den Auftraggeber darf die Rechtslage infolge des übertragenen Geschäfts jedenfalls nicht verschlechtert werden.[31] Das übertragene Geschäft muss darüber hinaus im Interesse eines anderen liegen.[32] Nach Gaius gibt es die Kategorien *mandatum mea, aliena, mea et aliena, tua et mea* sowie *tua et aliena gratia.*[33]

17 Der Auftrag liegt allein im Interesse des Auftraggebers *(mea tantum gratia),* wenn Geschäfte des Auftraggebers geführt werden, für ihn ein Grundstück gekauft wird oder der Beauftragte sich verbürgen soll.[34] Werden derartige Geschäfte dem Beauftragten etwa für Titius oder für einen anderen Dritten aufgegeben, liegt der Auftrag im Interesse dieses Dritten *(aliena tantum gratia).*[35]

18 Im Interesse des Auftraggebers und eines Dritten *(mea et aliena gratia)* liegt der Auftrag, die Geschäfte des Auftraggebers und des Titius zu führen bzw. für diese beiden ein Grundstück zu erwerben.[36] Wenn der Beauftragte demjenigen Geld gegen Zinsen leihen soll, der es für das Vermögen des Auftraggebers aufnimmt, handelt es sich um einen Auftrag *tua et mea gratia.*[37]

19 Der Auftrag, einem Dritten gegen Zinsen Geld zu leihen, ist ein Auftrag im Interesse des Beauftragten und eines Dritten *(tua et aliena);*[38] soll das Geld jedoch zinslos geliehen werden, handelt es sich um einen – ebenfalls wirksamen – Auftrag im Interesse des Dritten *(aliena tantum gratia).*[39]

---

datum incertum im byzantinischen Recht auch *De Jong*, RIDA 59 (2012) 285–305 und *De Jong*, Mandatum (2020) 100–102 (jeweils unter Berücksichtigung der Basiliken und Scholien zu Cels. 7 dig. D. 17.1.48.2 und Paul. 74 ed. D. 17.1.46).

[29] Paul. 74 ed. D. 17.1.46; Ner. 5 membr. D. 17.1.35.

[30] Ulp. 31 ed. D. 17.1.16 (Errichtung von Sportstätten); Paul. 32 ed. D. 17.1.26.8 (Ausbildungsmandat); Pap. 3 resp. D. 17.1.56 pr. (Kreditvergabe). Zum *mandatum* im Baurecht *Rainer*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 375–385.

[31] Paul. 32 ed. D. 17.1.3 pr.; D. 17.1.5.5; Ulp. 31 ed. D. 17.1.10.8.

[32] Gai. 2 cott. D. 17.1.2 pr.; Gai. 3.155. Vgl. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 344–346.

[33] Dass Gaius nach den Digesten fünf, in den Institutionen aber nur drei Kategorien unterscheidet, hat zu unterschiedlichen Interpretationen geführt, die auf die Frage zurückführen, in welchem Verhältnis die Institutionen des Gaius zu den *res cottidianae* stehen: Nach *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 119–121, *Litewski*, BIDR 78 (1975) 236 f. und *Martini*, Hom. Murga Gener 642 f. handelt es sich bei dem Digestentext aus den *res cottidianae* um eine postklassische Überarbeitung. Dagegen *Watson*, Mandate (1961) 113–115; ausf. *Nelson*, Überlieferung (1981) 308–313.

[34] Gai. 2 cott. D. 17.1.2.1; Inst. 3.26.1; Gai. 3.155.

[35] Gai. 2 cott. D. 17.1.2.2; Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.4; D. 17.1.10.11; Inst. 3.26.3; Gai. 3.155.

[36] Gai. 2 cott. D. 17.1.2.3; Inst. 3.26.4. Zum gemischten Interesse vgl. *Litewski*, BIDR 78 (1975) 198–201.

[37] Gai. 2 cott. D. 17.1.2.4; Inst. 3.26.2.

[38] Gai. 2 cott. D. 17.1.2.5; Inst. 3.26.5.

Dagegen kann kein Auftrag erteilt werden, der ausschließlich im Interesse des Beauftragten liegt, weil dies nur ein Rat ist, der den Beauftragten nicht verpflichtet,[40] und zudem wohl in diesem Fall der Wille zum Vertragsschluss nur schwer feststellbar ist.[41] **20**

2. Unentgeltlichkeit des Auftrags

Mithilfe des *mandatum* wird dem Beauftragten die unentgeltliche Besorgung eines Geschäfts für einen anderen übertragen.[42] Dennoch kann ihm eine Belohnung *(salarium, honorarium)* zuteilwerden, die er u. U. im Wege der *cognitio extra ordinem* (→ § 15) einklagen kann.[43] Diese Zahlungen werden aber nicht als Gegenleistung, sondern vielmehr als Ausgleich für Zeit und Mühe, die der Beauftragte für die Durchführung des übertragenen Geschäfts aufgewendet hat, angesehen.[44] **21**

Die Unentgeltlichkeit des Auftrags hängt mit den Ursprüngen des *mandatum* im gesellschaftlichen Bereich zusammen: Genauso wie etwa von einem Freund, dem ein Darlehen gewährt wird, keine Zinsen genommen werden (→ § 70 Rn. 9),[45] ist auch der Auftrag ein (Freundschafts-)/Dienst, der auf *amicitia* und *officium* basiert (→ Rn. 1).[46] **22**

Im Regelfall kann der Beauftragte neben der Zahlung einer Entschädigung im Wege der *cognitio extra ordinem* auch Aufwendungsersatz mit der *actio mandati contraria* (→ Rn. 39) verlangen.[47] **23**

---

[39] Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.4.

[40] Gai. 2 cott. D. 17.1.2.6. Zum *mandatum tua gratia Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 121; *Litewski*, BIDR 78 (1975) 198–201; *Zimmermann*, LO 421–424.

[41] Das vermutet *Watson*, Obligations (1965) 149.

[42] Paul. 32 ed. D. 17.1.1.4; Iav. 7 Cass. D. 17.1.36.1; Gai. 3.162. *Michel*, Gratuité (1962) 185 f.; vgl. *Coppola Bisazza*, St. Metro I 492–510.

[43] Pap. 3 resp. D. 17.1.7; D. 17.1.56.3; Ulp. 31 ed. D. 17.1.6 pr. *Michel*, Gratuité (1962) 186–193; *Klami*, SZ 106 (1989) 576; *Rundel*, Mandatum (2005) 106–117. Zum *salarium*, vgl. auch *Bürge*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 319–331.

[44] *Zimmermann*, LO 415; *Martini*, Hom. Murga Gener 641 f. Dagegen meint *Hironaka*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 6, das *mandatum* sei im 2. bzw. 1. Jh. v. Chr. „ein tatsächlich entgeltlicher Vertrag geworden"; einen neuen Erklärungsversuch bietet auch *Finkenauer*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 66–90.

[45] Vgl. *Bürge*, SZ 97 (1980) 122–130.

[46] Paul. 32 ed. D. 17.1.1.4; Gai. 10 ed. prov. D. 17.1.27.2; Iav. 7 Cass. D. 17.1.36.2; vgl. *Bürge*, Privatrecht (1999) 129; *Zimmermann*, LO 415; *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 23–31; *Rundel*, Mandatum (2005) 163–204.

[47] Ulp. 31 ed. D. 17.1.10.9.

3. Verpflichtungen der Parteien und Erlöschen des Auftrags

24 Aus einem wirksamen *mandatum* ergeben sich für beide Parteien Verpflichtungen:[48] Der Beauftragte ist nach der Übernahme des Auftrags *(mandatum suscipere)* zur Durchführung des aufgetragenen Geschäfts verpflichtet; andernfalls muss er dem Auftraggeber den Schaden ersetzen, der diesem infolge der Nichterfüllung entstanden ist.[49] Der Auftraggeber muss im Gegenzug dem Beauftragten im Anschluss an die Durchführung des Auftrags die dabei entstandenen Aufwendungen und Schäden ersetzen.

25 Bei der Durchführung ist der Beauftragte an das Mandat gebunden. Wenn ihm etwa der Kauf einer Sache aufgetragen und dabei der Kaufpreis festgelegt ist, muss er zu diesem Preis kaufen bzw. darf er diesen Preis nur unter-, nicht aber überschreiten (zum Exzess des Beauftragten → Rn. 45).[50]

26 Keine Pflicht zur Durchführung des Auftrags besteht jedoch, wenn eine Partei sich einseitig von diesem löst, wobei die Einzelheiten des Lösungsrechts unterschiedlich bewertet werden. Grundsätzlich kann der Auftrag sowohl vom Auftraggeber[51] *(revocatio mandati)* als auch vom Beauftragten[52] *(renuntiatio mandati)* gekündigt werden. Dabei kommt es nach überwiegender Ansicht darauf an, dass mit der Durchführung noch nicht begonnen wurde *(re integra)*.

27 Während das Kündigungsrecht des Auftraggebers überwiegend anerkannt ist (→ Rn. 26), sind ausgehend von Gai. 3.159, Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.2 sowie Paul. 32 ed. D. 17.1.22.11 Existenz und Voraussetzungen des Kündigungsrechts des Beauftragten streitig. Nach einer entwicklungsgeschichtlichen Ansicht ist das Lösungsrecht dem Beauftragten nicht schon von Gaius, sondern erst in spätklassischer Zeit von Paulus zugestanden worden.[53] Nach anderer Ansicht hat es schon bei Gaius ein Kündigungsrecht des Beauftragten gegeben.[54] Andere halten die Kündigung durch den Beauftragten insgesamt für unzulässig.[55]

---

[48] Es handelt sich daher um einen unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Vertrag, *Kaser*, RP I 579; etwas anders *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 84–86; *Michel*, Gratuité (1962) 168.

[49] Paul. 32 ed. D. 17.1.22.11; Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.2; Inst. 3.26.11.

[50] Paul. 32 ed. D. 17.1.3.1,2, D. 17.1.5 pr.–5; Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.2; Paul. 74 ed. D. 17.1.46.

[51] Gai. 3.159; Paul. 2 Sab. D. 17.1.15; Marcellus bei Ulp. 31 ed. D. 17.1.12.16; Ulp. 29 ed. D. 15.4.1.2. Vgl. *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 132–134; vgl. *Klami*, Teneor mandati (1976) 76–82; *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 134–136.

[52] Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.2; Inst. 3.26.11; Paul. sent. 2.15.1.

[53] *Watson*, Mandate (1961) 71–73, 77; *Michel*, Gratuité (1962) 390–392. *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 134–137 nimmt an, Gaius habe dem Beauftragten die Kündigung nur bei Unvermögen zugestanden, was in nachklassischer Zeit bald aufgegriffen und zur Voraussetzung einer *iusta causa renuntiationis* weiterentwickelt worden sei; vgl. *Bürge*, Privatrecht (1999) 136. Gegen *Watson* ist *Niederländer*, SZ 79 (1962) 450–453; *Kaser*, TR 30 (1962) 265 f.

[54] *Igimi*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 141–149, 152; *Kaser*, TR 30 (1962) 266; *Niederländer*, SZ 79 (1962) 453.

[55] *Crifò*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 166 f.

Nach wiederum anderer Ansicht[56] steht nicht das Kündigungsrecht, sondern die Frage im Vordergrund, ob der Auftrag durchführbar ist; wenn der Auftrag nach seiner Erteilung und vor seiner Durchführung unmöglich wird, muss der Beauftragte dies dem Auftraggeber mitteilen, um ihm keinen Schadensersatz leisten zu müssen. Grundsätzlich habe die Haftung des Beauftragten nur entfallen können, wenn der Auftrag von Anfang an objektiv unmöglich oder die Anzeige nicht möglich gewesen sei.[57] Demgegenüber wird allgemein davon ausgegangen, dass der Auftraggeber vor der Durchführung *(re integra)* des Auftrags diesen kündigen kann.[58] **28**

Bei einer Kündigung durch den Auftraggeber haftet der Beauftragte nicht mehr auf Durchführung; infolge der Kündigung des Beauftragten muss der Auftraggeber keinen Aufwendungs- und Schadensersatz mehr leisten. Die Haftung des Beauftragten besteht allerdings fort, wenn er den Auftrag zur Unzeit kündigt.[59] **29**

Auch wenn eine der beiden Parteien verstirbt, muss der Auftrag nicht mehr ausgeführt werden (zum *mandatum post mortem* → Rn. 63).[60] Für den Fall, dass der Beauftragte den Auftrag aber in Unkenntnis des Todes des Auftraggebers durchführt, kann jener Ersatz seiner Aufwendungen und Schäden beanspruchen.[61] **30**

IV. Ansprüche des Auftraggebers gegen den Beauftragten aus der *actio mandati directa*

1. Anspruchsinhalt

Wie schon gesagt (→ Rn. 2), kann der Auftraggeber mit der *actio mandati directa* vom Beauftragten in erster Linie die Vornahme des übertragenen Geschäfts verlangen, denn der Beauftragte ist nach der Übernahme des Auftrags zu dessen Durchführung verpflichtet.[62] Voraussetzung ist, dass der Auftraggeber ein Interesse an der Durchführung hat.[63] Seitens des Beauftragten genügt es, wenn er die Durchführung sicherstellt, sei es, dass er selbst tätig wird, sei es, dass er einen Dritten mit der Durchführung betraut.[64] **31**

---

[56] Zum Folgenden *Klami*, Teneor mandati (1976) 98–100.

[57] *Klami*, Teneor mandati (1976) 98.

[58] *Watson*, Mandate (1961) 71, 77; *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 132–134; *Kaser*, RP I 578; *Meylan*, St. Grosso I 465–469; *Reber*, FS Huwiler 518.

[59] Mela bei Paul. 32 ed. D. 17.1.22.11; Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.2.

[60] Gai. 3.160; Tod des Auftraggebers: Paul. 32 ed. D. 17.1.26 pr.,1; Paul. 4 quaest. D. 17.1.58 pr. Tod des Beauftragten: Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.3; Pap. 10 resp. D. 17.1.57. *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 139–142; *Watson*, Mandate (1961) 125–133.

[61] Gai. 3.160; Paul. 32 ed. D. 17.1.26 pr.,1; Paul. 4 quaest. D. 17.1.58 pr.; Inst. 3.26.10; *Kaser*, RP I 578.

[62] Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.1; D. 17.1.8.2,4; D. 17.1.10.1; Paul. 32 ed. D. 17.1.22.11; Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.2; vgl. *Arangio-Ruiz*, Mandato (1948) 159–165; *Watson*, Mandate (1961) 178–194; *Schubert*, Mandatarhaftung (2014) 26.

[63] Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.

[64] Ulp. 31 ed. D. 17.1.8.3; *Kaser*, RP I 580; *Sanfilippo*, Ann. Catania 1 (1947) 167–182; *Arangio-*

32 Darüber hinaus ist der Beauftragte verpflichtet, alles herauszugeben, was er aus dem Auftrag erlangt hat.[65] Das umfasst bei einem Mandat zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten insbesondere auch die Abtretung von Ansprüchen, die der Beauftragte gegen den Dritten erworben hat.[66] Weiterhin sind etwa eingezogene Zinsen, auch wenn kein Auftrag zum Zinsennehmen erteilt war, sowie Nutzungen herauszugeben, wobei Aufwendungen des Beauftragten als Gegenforderungen in Abzug gebracht werden können (→ Rn. 39).[67]

33 Unterlässt der Beauftragte die Durchführung des Geschäfts, ist er – wie bereits gesagt – dem Auftraggeber zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der diesem aus der Nichterfüllung entsteht (→ Rn. 2).[68]

2. Umfang der Haftung des Beauftragten mit der *actio mandati directa*

34 Aus den Quellen ergibt sich für den Umfang der Haftung des Beauftragten mit der *actio mandati directa* ein disparates Bild:[69] Während einige Stellen nur von einer Haftung für Vorsatz *(dolus)* sprechen, deuten andere auf eine Haftung auch für Fahrlässigkeit *(culpa)* hin. Dies hat zu einer ausführlichen Diskussion geführt, die im Wesentlichen folgende Ansichten hervorgebracht hat: Überwiegend wird davon ausgegangen, dass es in klassischer Zeit nur eine Haftung für Vorsatz *(dolus)* gegeben hat, in die schwere Nachlässigkeit einbezogen und die allmählich auch auf weitere Fälle der Fahrlässigkeit ausgedehnt wurde, wobei Zeitpunkt sowie Art und Weise dieser Erweiterung zu einer *culpa*-Haftung im Einzelnen nicht ganz klar sind.[70] Die Gegenansicht nimmt bereits für die klassische Zeit eine umfassende *culpa*-Haftung an.[71] Nach wieder anderer, vereinzelt vertretener Ansicht wurde in vorklassischer Zeit für Fahrlässigkeit *(culpa)* gehaftet, der Haftungsmaßstab dann in klassischer Zeit auf *dolus* beschränkt, bevor er später wieder auf die *culpa* erweitert wurde.[72]

Ruiz, Mandato (1949) 161–165; *Watson*, Mandate (1961) 179–181 alle gegen *Donatuti*, BIDR 33 (1923) 168 f. Offen gegenüber *Donatuti* hingegen *Randazzo*, Mandare (2005) 253. Für Substitution auch *Choe*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 138.

[65] Paul. 11 Sab. D. 17.1.20 pr.; Cic. S. Rosc. 38,111. Auch die Rückgabe von Urkunden, die für die Geschäftsführung übergeben wurden, ist geschuldet: Labeo bei Ulp. 31 ed. D. 17.1.8 pr.

[66] Darauf weist *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 165 zurecht hin.

[67] Labeo bei Ulp. 31 ed. D. 17.1.10.8 (Zinsen); D. 17.1.10.9 (Nutzungen). Bei *bonae fidei iudicia* können Gegenforderungen im Wege der *compensatio* verrechnet werden, vgl. Gai. 4.61–63; *Kaser*, RP I 644 f.

[68] Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.2.

[69] Den Ausgangspunkt bilden Cic. S. Rosc. 38,111, Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.3 und Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23. Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.3 ist eine Quelle aus klassischer Zeit, vgl. *Navarra*, Labeo 50 (2004) 92–97.

[70] *Litewski*, Index 12 (1983/84) 119–127; *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 188–196; *Zimmermann*, LO 428; *Kaser*, RP I 579. Vgl. auch *Knütel*, SZ 119 (2002) 652.

[71] *Klami*, Teneor mandati (1976) 13 f.; *Nörr*, SZ 124 (2007) 13. *Rundel*, Mandatum (2005) 12–14, 62, 206 f. Vgl. *Bürge*, Privatrecht (1999) 135.

[72] Dahinter steht die Vorstellung von einem vorklassischen *mandatum*, das von der *bona fides*

Daneben setzt eine vierte Ansicht insofern einen etwas anderen Schwerpunkt, als sie davon ausgeht, in klassischer Zeit habe kein einheitlicher Haftungsmaßstab bestanden, weil die Anwendungsfälle des *mandatum* so unterschiedlich gewesen seien; es könne nur für bestimmte Fallgruppen wie etwa *fideiussio* oder *procuratio,* in denen der Auftrag zur Anwendung komme, ein Haftungsmaßstab bestimmt werden.[73] So hafte etwa der *fideiussor* für *dolus* und der *procurator* für *culpa.*[74] Wieder andere erklären das Problem mit einer begrifflichen Unschärfe von *dolus* und *culpa,* welche in klassischer Zeit keine eindeutigen Termini mit fester Bedeutung gewesen seien.[75] **35**

Die reine Vorsatzhaftung in klassischer Zeit wird auf zwei Annahmen gestützt:[76] Zum einen wird sie darauf zurückgeführt, dass das *mandatum* wie etwa das *depositum* (→ § 85) und das *commodatum* (→ § 86) ein unentgeltlicher Vertrag ist, weshalb nur eine Vorsatzhaftung in Betracht komme. Es wird auch der Gedanke der *utilitas* bzw. das Utilitätsprinzip angeführt, denn das uneigennützige Tätigwerden des Beauftragten in fremdem Interesse spreche für einen milderen Haftungsumfang.[77] Zum anderen setze die Infamie als Rechtsfolge einer Verurteilung aus *mandatum* (→ Rn. 38) die Vorsatzhaftung voraus. **36**

Bei all dem ist zu bedenken, dass laut Ulpian im Rahmen des *dolus* auch schwere Nachlässigkeit berücksichtigt wurde.[78] Für den nur schwierig zu definierenden Zeitpunkt, ab wann der Beauftragte auch für *culpa* haftet, ist zuletzt in der *lex Irnitana* (→ § 8) ein Anhaltspunkt gefunden worden, der für eine Berücksichtigung schon in frühklassischer Zeit sprechen könnte.[79] **37**

3. Rechtsfolge einer Verurteilung

Die Verurteilung aus der *actio mandati directa* hat für den Beauftragten, wie bereits gesagt, infamierende Wirkung,[80] dies jedoch wohl nur dann, wenn er wegen *dolus* **38**

getragen ist, und einem davon zu unterscheidenden, zweiten *mandatum*, das durch Konsens als Vertrag zustande kommt; zum Ganzen *Behrends*, FS Waldstein 35–40; *Schubert*, Mandatarhaftung (2014) 20 f., 237–241. Ähnlich *Randazzo*, Mandare (2005) 249–251, 254.

[73] *Watson*, Mandate (1961) 198–216; unterschiedliche Fallgruppen untersucht auch *Rundel*, Mandatum (2005) 25–62; vgl. *MacCormack*, Labeo 18 (1972) 158–172. Kritisch *Nörr*, SZ 124 (2007) 15, 18 f.

[74] Zusammenfassend *Watson*, Mandate (1961) 215; vgl. auch *Klami*, Teneor mandati (1976) 14 f.

[75] *MacCormack*, Labeo 18 (1972) 157–172; zustimmend *Zimmermann*, LO 427 gegen *Litewski*, Index 12 (1983/84) 107.

[76] *Watson*, Mandate (1961) 195–197; *Zimmermann*, LO 428.

[77] *Zimmermann*, LO 428; die Bedeutung der *utilitas* untersucht auch *Rundel*, Mandatum (2005) 63–83.

[78] Ulp. 7 disp. D. 17.1.29.3; Ulp. 11 ed. D. 17.1.44. Nach *Nörr*, SZ 124 (2007) 12 könnte Cic. S. Rosc. 38,111 ein frühes Zeugnis für diese Berücksichtigung sein.

[79] Lex Irn. LXXXIV; vgl. *Nörr*, SZ 124 (2007) 11–15, 17–19. Zu den verschiedenen Ansätzen ausf. *Schubert*, Mandatarhaftung (2014) 18 f.

[80] Gai. 4.182; Iul. 1 ed. D. 3.2.1. Zur Infamie ausf. *Kaser*, SZ 73 (1956) 220–254; *Kaser*, RP I 274 f. Vgl. auch *Schubert*, Mandatarhaftung (2014) 127–154.

verurteilt wurde.[81] Die Infamie (→ § 28 Rn. 17 f.) führt für den Verurteilten dazu, dass er nicht mehr für einen anderen vor Gericht auftreten darf; er kann der Rechtsfolge der Infamie aber entgehen, indem er den Prozess durch einen Prozessvertreter (*cognitor* oder *procurator*) führen lässt.[82]

V. Gegenansprüche des Beauftragten aus der *actio mandati contraria*

1. Anspruchsinhalt

39 Der Beauftragte kann mit der *actio mandati contraria* vom Auftraggeber den Ersatz jeglicher Aufwendungen sowie die Abnahme des aus dem übertragenen Geschäft Erlangten verlangen.[83] Jedoch sollen etwa Aufwendungen in Form von Fahrtkosten, für die der Beauftragte regelmäßig Zuwendungen *(salarium)* erhält, nicht im Wege der *actio mandati contraria* einklagbar sein, wenn sie abredegemäß aus den Zuwendungen bezahlt werden sollen.[84]

40 Außerdem sind Schäden, die eher auf das allgemeine Lebensrisiko als auf den speziellen Auftrag zurückgehen, nicht ersatzfähig, wie etwa der Verlust durch Raubüberfall, Schiffbruch oder Krankheit (→ Rn. 43).[85] Auch ist eine bei dem Auftragnehmer verbleibende Bereicherung abzuziehen.[86]

41 Ausnahmsweise kann die Konträrklage als Noxalklage auch darauf gerichtet sein, dass der Sklave, den der Beauftragte für den Auftraggeber kaufen sollte und der ihn bestohlen hat, ausgeliefert wird oder das Interesse ersetzt wird, wenn der Auftraggeber von der Neigung des Sklaven zum Diebstahl wusste (zum *furtum* → § 93).[87] Unter Umständen schuldet der Auftraggeber den Aufwendungsersatz nur gegen Abtretung der Klagen, die der Beauftragte aus dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit dem Dritten erlangt hat.[88]

---

[81] Lex Irn. LXXXIV; *Nörr*, SZ 124 (2007) 4, 16; *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 16.

[82] *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 18.

[83] Ulp. 31 ed. D. 17.1.12.7,9; Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.4; Cels. 38 dig. D. 17.1.50.1; Pap. 3 resp. D. 17.1.56.4; vgl. *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 165–168; *Watson*, Mandate (1961) 154–177; *Schubert*, Mandatarhaftung (2014) 26. Der Beauftragte kann auch auf Freistellung von der Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten durch den Auftraggeber klagen, Paul. 5 Plaut. D. 17.1.45 pr.

[84] Ulp. 31 ed. D. 17.1.12.9. Grundsätzlich hindert die Belohnung des Beauftragten jedoch nicht die *actio mandati*, Ulp. 31 ed. D. 17.1.6 pr. Auch der Bürge, dem die Schuld vom Gläubiger schenkweise erlassen wurde, steht die Klage offen: Ulp. 31 ed. D. 17.1.10.13; D. 17.1.12 pr.,1.

[85] Paul. 32 ed. D. 17.1.26.6; dazu *Gröschler*, in: Harke, Africani quaestiones (2011) 18–21.

[86] Celsus bei Ulp. 31 ed. D. 17.1.16.

[87] Paul. 32 ed. D. 17.1.26.7; dazu *Gröschler*, in: Harke, Africani quaestiones (2011) 18–21. Vgl. Afr. 8 quaest. D. 47.2.5,7; dazu *Gröschler*, in: Harke, Africani quaestiones (2011) 24–30, ausf. zu dieser Übertragung deliktsrechtlicher Grundsätze auf die *actio mandati contraria* 20–22, 25.

[88] So etwa beim Auftrag zur Gewährung eines Darlehens an einen Dritten, Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.3; Ulp. 14 ed. D. 17.1.28.

2. Umfang der Haftung des Auftraggebers mit der *actio mandati contraria*

Ausweislich der Quellen haftet der Auftraggeber dem Beauftragten mit der *actio mandati contraria* für Aufwendungen, die dieser *bona fide* gemacht hat.[89] Für die Präzisierung dieses Haftungsumfangs kommen von den bei der *actio mandati directa* genannten Erwägungen (→ Rn. 34–36) zumindest der Aspekt der Unentgeltlichkeit und des Tätigwerdens in fremdem Interesse bzw. der Utilitätsgedanke auch hier zum Tragen.[90] Deshalb kann der Beauftragte vom Auftraggeber grundsätzlich unabhängig von dessen Verschulden Ersatz aller Schäden und Aufwendungen erlangen. **42**

Eine Grenze bildet jedoch der Zufall (→ Rn. 40): Schäden, die eher auf das allgemeine Lebensrisiko als auf den speziellen Auftrag zurückgehen, sind nicht ersatzfähig, wie etwa der Verlust durch Raubüberfall, Schiffbruch oder Krankheit.[91] Der Beauftragte hat also keinen Anspruch gegen den Auftraggeber, wenn der erlittene Schaden auf Zufall zurückzuführen ist. **43**

3. Rechtsfolge einer Verurteilung

Auch die Verurteilung aus der *actio mandati contraria* zieht – jedenfalls bei Verurteilung wegen *dolus* – die Infamie nach sich (→ Rn. 38).[92] **44**

4. Exzess des Beauftragten

Problematisch und unter den römischen Juristen umstritten war die rechtliche Behandlung des Exzesses des Beauftragten. Für den Fall, dass dem Beauftragten der Kauf einer Sache bis zu einem bestimmten Preis aufgetragen war und er dann zu einem höheren Preis gekauft hatte, gab es zwei unterschiedliche Lösungsvorschläge.[93] Die Vertreter der sabinianischen Rechtsschule waren der Auffassung, dass der Beauftragte auch dann nicht mit der *actio mandati contraria* auf Aufwendungsersatz klagen konnte, wenn er den überschießenden Betrag selbst übernahm und Ersatz nur in Höhe des vom Auftraggebers vorgegebenen Preises verlangte. Dagegen bejahten die Vertreter der prokulianischen Rechtsschule die Klagemöglichkeit des Beauftragten, wenn dieser den Anspruch auf die Höhe des vorgegebenen Preises beschränkte. Auf die *actio mandati directa* des Auftraggebers wirkte sich dies nach keiner der beiden Ansichten aus. **45**

---

[89] Ulp. 31 ed. D. 17.1.12.9; Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.4; Pap. 3 reg. D. 17.1.56.4; vgl. *Watson*, Mandate (1961) 154–177.

[90] *Zimmermann*, LO 430 f.; *Rundel*, Mandatum (2005) 62. *Watson*, Mandate (1961) 154 weist darauf hin, dass sich auch für die Haftung des Auftraggebers aus den Quellen kein einheitliches Bild ergibt. Zum Utilitätsprinzip bei der *actio mandati contraria* ausf. *Kübler*, SZ 38 (1917) 73–113.

[91] Paul. 32 ed. D. 17.1.26.6; dazu *Gröschler*, in: Harke, Africani quaestiones (2011) 18–21.

[92] Gai. 4.182; Iul. 1 ed. D. 3.2.1; lex Irn. LXXXIV; *Nörr*, SZ 124 (2007) 4, 16; *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 16.

[93] Gai. 3.161; Gai. 2 cott. D. 17.1.4; Paul. 32 ed. D. 17.1.3.2; D. 17.1.5; Inst. 3.26.8.

46 Die hieran anknüpfende breite Diskussion der Forschung drehte sich zunächst um die Frage, ob und inwieweit die einschlägigen Stellen interpoliert seien.[94] Später ist versucht worden, die beiden Auffassungen, insbesondere die als hart empfundene Ansicht der Sabinianer, zu erklären.

47 Die prokulianische Lehre könnte darauf zurückzuführen sein, dass der Beauftragte, der seinen Anspruch auf das Aufgetragene beschränkt hatte, so behandelt werden sollte, als habe er den Auftrag ordnungsgemäß erfüllt.[95] Die Sabinianer hingegen fassten den Kauf zu einem höheren als zu dem aufgetragenen Preis als ein anderes Geschäft *(aliud)* auf.[96]

48 Außerdem argumentierte schon Paulus damit, die prokulianische Gegenansicht sei insofern inkonsequent, als sie dem Beauftragten die Gegenklage nur gewähre, weil es eine *actio mandati directa* ohne *actio contraria* nicht geben solle und dann die Klagemöglichkeit des Auftraggebers von der Klage des Beauftragten abhängen würde.[97] Denn der Auftraggeber könnte nur klagen, wenn der Beauftragte seine Klage auf den aufgetragenen Preis beschränken würde; andernfalls gäbe es keine Konträrklage und deshalb auch keine Klage des Auftraggebers.

49 Schließlich passe die strenge sabinianische Ansicht zum Wortlaut der konkreten Prozessformel, die für das Verfahren *apud iudicem* formuliert werde.[98] Aus diesen Gründen habe der Beauftragte keinen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen. Damit sei freilich noch nicht gesagt, wie sich dieses Ergebnis vor dem Hintergrund erklären lasse, dass das Mandat auf der Freundschaft seiner Parteien beruht. Insbesondere die mögliche Rechtsfolge der Infamie des Beauftragten, die aufgrund seiner Verurteilung aus der *actio mandati directa* eintreten kann, verwundere hier.[99] Allerdings erscheint das Freundschaftsverhältnis der Parteien untereinander in jedem Fall der Klageerhebung gefährdet oder sogar bereits zerstört zu sein.

---

[94] So überlegt etwa *Partsch*, Nachgel. Schr. 61 f., dass der Beauftragte bei Überschreitung des Mandats ursprünglich die *actio negotiorum gestorum* gehabt haben könnte, während die Gewähr der *actio mandati contraria* erst auf die justinianische Kompilation zurückging. Quellenkritisch auch *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 168–188; diesem überwiegend folgend *Watson*, Mandate (1961) 185–194.

[95] *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 224 f.

[96] Paul. 32 ed. D. 17.1.5; *Falchi*, Controversie (1981) 177 f.; *Behrends*, FS Waldstein 48 f.; *Bürge*, Privatrecht (1999) 132–134 verweist auf die strenge Bindung an die *fides*, die in der sabinianischen Ansicht zum Ausdruck komme; zum *fides*-Verstoß auch *Wittmann*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 46. Einen vereinzelt gebliebenen Erklärungsansatz bietet *Behrends*, FS Waldstein (1993) 50 f., der die Kontroverse auf die ursprünglich realvertragliche Natur des *mandatum* zurückführt; dazu schon in Fn. 1; dagegen *Choe*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 130–138.

[97] Paul. 32 ed. D. 17.1.3.2; *Wittmann*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 46 f.; *Behrends*, FS Waldstein 49.

[98] *Wittmann*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 46 f.

[99] *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 15 f., 17–20.

VI. Anwendung der *actio mandati* in der Praxis

Über die Verwendung eines Rechtsinstituts in der Praxis geben regelmäßig insbesondere die Papyri Aufschluss. Dort finden sich zahlreiche Fälle – meist in Briefform –, in denen ein Dritter um die Erledigung verschiedener Angelegenheiten gebeten wird. **50**

Ein frühes Beispiel noch aus hellenistischer Zeit ist etwa der Brief des Demophon an Ptolemaios, in dem jener diesen u. a. beauftragt, bestimmte namentlich genannte Künstler für die Ausrichtung eines Festes mit Musik und Tanz zu engagieren, zu bezahlen und zu ihm zu schicken. Demophon gibt dabei an, Ptolemaios die aufgewendeten Kosten zu ersetzen.[100] Unklar ist jedoch, in welchem Umfang diese Belege rechtlich bindende Aufträge und nicht nur rein freundschaftliche Gefälligkeiten betreffen (→ Rn. 1, 6).[101] **51**

Auch bei den römischen Juristen finden sich zahlreiche und ganz unterschiedliche Anwendungsfälle für die *actio mandati*. Dabei kommt der Mandatsklage im Zusammenhang mit dem *procurator* als Beauftragtem eine besondere Bedeutung zu, der im Folgenden zuerst nachgegangen wird, bevor die wichtigsten übrigen Fallgruppen der Anwendung vorgestellt und nach der Häufigkeit ihres Vorkommens in den Quellen behandelt werden. **52**

1. *Procurator:* Zur Abgrenzung von *actio mandati* und *actio negotiorum gestorum*

Der *procurator* ist eine Person, die fremde Geschäfte im Auftrag des Geschäftsherrn durchführt.[102] Ursprünglich waren es Freigelassene, später auch Freigeborene, die auf diese Weise zur Verwaltung etwa des Vermögens des Geschäftsherrn bestellt wurden.[103] **53**

Der Geschäftsherr konnte seinen *procurator* mit der Führung sowohl eines einzigen Geschäfts *(procurator unius re)* als auch mehrerer bzw. aller Geschäfte *(procurator omnium bonorum)* betrauen.[104] Die Quellen sprechen davon, dass dem *procurator* im Wege eines *mandatum* die Verwaltung für den Geschäftsherrn erteilt wird.[105] Das **54**

[100] P.Hib. I 54 = W.Chr. 477.

[101] *Rupprecht*, Papyruskunde 129; vgl. *Modrzejewski*, RHD 36 (1959) 472–477 mit zahlreichen Beispielen aus den ägyptischen Papyri, zusammenfassend 482 f.; *Seidl*, Rechtsgeschichte Ägyptens (1973) 211 f.; *Montevecchi*, Papirologia (1988) 233. Siehe auch *Wenger*, Stellvertretung (1906) 232–267.

[102] Ulp. 9 ed. D. 3.3.1 pr.; ausf. *Klinck*, SZ 124 (2007) 29–32. Zur Mandatsprokuratur ausf. *Rundel*, Mandatum (2005) 25–34; *Watson*, Mandate (1961) 36–61; *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 62–76. Zu Elementen direkter Stellvertretung im Rahmen der *procuratio* s. *Düll*, SZ 67 (1950) 170–179.

[103] *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 216, 234; *Zimmermann*, LO 53, 416–418; *Wacke*, Symp. Wieling 308.

[104] *Wittmann*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 42 f.; *Wieling*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 235; ausf. *Klinck*, SZ 124 (2007) 32–34. Vgl. *Miceli*, Rappresentanza (2008) 129–231.

[105] Ulp. 31 ed. D. 17.1.8 pr.–3; D. 17.1.10.3,5,8,10; Iul. 4 Urs. Fer. D. 3.3.47. Freilich ist deren

spricht dafür, dass im Zusammenhang mit den Geschäften des *procurator* die *actio mandati* einschlägig ist, und es stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis sie zur *actio negotiorum gestorum* (→ § 83 Rn. 44 f.) steht.

55 Zwischen denselben Personen kann grundsätzlich keine Idealkonkurrenz zwischen der *actio mandati* und der *actio negotiorum gestorum* bestehen.[106] Relevant wird die *actio negotiorum gestorum* allerdings, wenn der Auftraggeber den Auftrag zur Führung des Geschäfts eines Dritten erteilt. Dann ist fraglich, ob der Dritte mit der *actio negotiorum gestorum* gegen den Auftraggeber oder den Beauftragten vorgehen kann. Dabei zeigt die Durchsicht der Quellen, dass es in klassischer Zeit wohl keine direkte Klagemöglichkeit zwischen dem beauftragten Geschäftsführer und einem Dritten als Geschäftsherrn gegeben hat mit der Folge, dass sich der beauftragte Geschäftsführer an seinen Auftraggeber halten muss (→ § 83 Rn. 44).[107] Erst Papinian gewährt dem Dritten mit der *actio utilis ad exemplum institoriae* eine direkte Klage gegen den Auftraggeber;[108] die umgekehrte direkte Klage des Auftraggebers gegen den Dritten *(actio utilis ad exemplum institoriae)* lässt Ulpian zu.[109]

2. Bürgschaft und Bürgenregress

56 Zahlreiche Anwendung findet die *actio mandati (contraria)* auch im Zusammenhang mit dem Regress des Bürgen. Aus dem Aufbau der Erläuterungen Ulpians zum Rückgriff des Bürgen ist auf eine spezielle *formula in factum concepta* für den Bürgenregress geschlossen worden (→ Rn. 13).[110] Schon Lenel hat sich für eine Sonderklage ausgesprochen, weil Ulpian in seinem Ediktskommentar zunächst die *actio mandati directa*, dann den Rückgriff des Bürgen und anschließend – als etwas scheinbar Neues – die *actio*

Klassizität bezweifelt worden: Manche nehmen an, in klassischer Zeit habe eine vollständige Trennung zwischen *mandatum* und *procuratio* geherrscht, vgl. *Albertario*, St. III 497–500; *Serrao*, Procurator (1947) 107 f. *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 62–76 meint, die *actio mandati* habe im Zusammenhang mit dem *procurator* erst in klassischer Zeit die *actio negotiorum gestorum* verdrängt. *Seiler*, Tatbestand (1968) 106–110 geht davon aus, das Tätigwerden des *procurator omnium bonorum* sei erst in spätklassischer Zeit als *mandatum* angesehen worden. *Klinck*, SZ 124 (2007) 36–41, 51 legt dar, dass in hochklassischer Zeit die Bitte um die Besorgung von Geschäften als *mandatum* aufgefasst wurde und die Person, der diese Geschäftsbesorgung übertragen wurde, üblicherweise als *procurator* bezeichnet wurde.

[106] Pap. 3 resp. D. 3.5.3.1; vgl. *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 236; *Seiler*, Tatbestand (1968) 115.

[107] Für eine *actio negotiorum gestorum* gegen den Auftraggeber Iav. 8 Cass. D. 3.5.27; Paul. 9 ed. D. 3.5.20.3; zum Ganzen *Seiler*, Tatbestand (1968) 116–125; *Klinck*, SZ 124 (2007) 38–41.

[108] Pap. 3 resp. D. 14.3.19 pr.; Pap. 2 resp. D. 3.5.30 pr.; Papinian bei Ulp. 31 ed. D. 17.1.10.5; Paul. 29 ed. D. 14.3.16; Labeo bei Ulp. 28 ed. D. 14.3.5.8; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.25; vgl. *Wieling*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 256 f. Generell zur *actio utilis ad exemplum institoriae* auch *Wesener*, SZ 75 (1958) 228 f.; *Benke*, SZ 105 (1988) 597–611.

[109] Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.25.

[110] *Lenel*, EP 296 f. Für eine Sonderklage auch *Kaser*, SZ 100 (1983) 124–133. Zuletzt ausf. untersucht von *Neumann*, Bürgenregress (2011) 20–37 (mit anderem Ansatz).

mandati contraria behandelt.[111] Daneben wird als Argument für die Sonderklage des Bürgen auch angeführt, dass der Schuldner im Rahmen der *actio mandati contraria* den Bürgen in Beweisnot setzen könne, indem er die Existenz eines Auftrags bestreite, die der Bürge dann beweisen müsse; dagegen schaffe die Sonderklage Abhilfe.[112]

Ob es eine derartige Sonderklage für den Bürgenregress gegeben hat, ist allerdings zweifelhaft.[113] Gegen die Existenz einer Sonderklage für den Bürgenregress spricht, dass sie neben der Klage aus dem Auftrag nicht notwendig ist.[114] Außerdem werden in den Quellen seit Quintus Mucius Scaevola explizit Bürgschaft und Auftrag miteinander in Beziehung gesetzt, was darauf schließen lässt, dass der Bürgenregress im Rahmen der Auftragsklage erfolgte.[115] Dass Ulpian in seinem Kommentar vor allgemeinen Anwendungsfällen der *actio mandati contraria* zunächst die Fälle des Bürgenregresses behandelt, kann auch daran liegen, dass der Bürgenregress eben ein – in der damaligen Praxis häufig anzutreffender – Anwendungsfall der *actio mandati contraria* war. **57**

3. Kreditmandat

Bei einem Kreditmandat erteilt der Auftraggeber dem Beauftragten den Auftrag, einem Dritten ein Darlehen zu gewähren.[116] Während in republikanischer Zeit dieser Kreditauftrag nicht als wirksamer Anwendungsfall der *actio mandati* angesehen wurde, weil es sich eher um einen Rat *(mandatum tua gratia,* → Rn. 19) denn um ein Geschäft auch im Interesse eines Dritten handelte, wurde er – wie Gaius berichtet – von Sabinus als Mandat anerkannt.[117] **58**

---

[111] *Lenel*, EP 296 f.; ihm folgend *Kreller*, FG Heck/Rümelin/Schmidt 120; ausf. *Neumann*, Bürgenregress (2011) 20, 22–24, mit eigenem Formel-Vorschlag 200 f., zu den Gründen für die Sonderformel 124–196.

[112] *Kreller*, FG Heck/Rümelin/Schmidt 123, weitere Argumente bzw. Indizien 125 f.

[113] Dafür *Kaser*, SZ 100 (1983) 124–133; *Partsch*, Bürgschaftsrecht I (1909) 274; *Partsch*, Negotiorum Gestio I (1913) 55 f.; *Levy*, Sponsio (1907) 207; *Kreller*, FG Heck/Rümelin/Schmidt 120–140; *Kreller*, SZ 59 (1939) 423 f.; *Kreller* SZ 66 (1948) 63–66; *Schwarz*, SZ 71 (1954) 174 f., 212; zuletzt *Neumann*, Bürgenregress (2011) 121–124, 197–201.

[114] Schon *Beseler*, SZ 45 (1925) 256 f.; *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 89; *Donatuti*, Ann. Perugia 38 (1927) 150–152 (= *Donatuti*, St. I 261–264); zuletzt *Giménez-Candela*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 176 f. nach überzeugender Quellenanalyse 171–176.

[115] Scaevola bei Cels. 7 dig. D. 17.1.48 pr. Vgl. *Giménez-Candela*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 176 f.

[116] Zum Kreditmandat *Kaser*, RP I 578, 666; *Guarino*, Mandatum credendi (1982) 114–135; *Bortolucci*, BIDR 27 (1914) 129–191; *Krampe*, FS Wolf 131–149; *Last*, AUPA 15 (1936) 237–362; *Torres Parra*, Mandato de crédito (1998) 47–59, 78–137. Zu einem Beispiel eines Kreditmandats in der Urkundenpraxis (TP 45 = TPSulp. 48) *Wolf*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 71–91 (= *Wolf*, Urkundenfund [2010] 88–103); *Giuffrè*, St. Labruna IV 2306–2324. Vgl. auch *Seidl*, Ptolemäische Rechtsgeschichte (1962) 148 f.

[117] Gai. 3.156; vgl. Iul. 14 dig. D. 46.1.13; Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.5; Celsus bei Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.4; Cels. 7 dig. D. 17.1.48.1,2 (dazu *Krampe*, FS Wolf 136–139). Meist wird dies als Aus-

59 Die Anerkennung als Mandat hat für den Beauftragten den Vorteil, sich mit der *actio mandati contraria* an den Auftraggeber halten zu können, falls der Darlehensnehmer ihn nicht oder nicht vollständig befriedigt.[118] Aber auch für den Auftraggeber ist das *mandatum* vorteilhaft, weil er aus den abzutretenden Klagen des Beauftragten gegen den Darlehensnehmer vorgehen kann.[119]

60 Darüber hinaus deuten einige Stellen darauf hin, dass die Erteilung des Auftrags durch den Auftraggeber zugleich als Führung eines fremden Geschäfts, nämlich als Führung des Geschäfts des Darlehensnehmers qualifiziert werden konnte, woraus sich für den Auftraggeber im Verhältnis zum Darlehensnehmer eine eigene Klage *(actio mandati contraria* oder *actio negotiorum gestorum)* ergeben konnte.[120] Indem der Kreditauftrag dem Beauftragten die Inanspruchnahme des Auftraggebers sowie dem Auftraggeber selbst einen eigenen Regress ermöglicht, steht er der Bürgschaft nahe.[121]

4. Mandat zum Kauf

61 Die Quellen berichten über zahlreiche Fälle, in denen der Auftraggeber dem Beauftragten den Kauf oder Verkauf einer Sache aufgibt. So kann der Kauf oder Verkauf eines Grundstücks,[122] eines Sklaven,[123] oder anderer Sachen[124] beauftragt werden.

62 Die römischen Juristen beschäftigen sich in diesem Zusammenhang unter anderem mit der Frage, ob und wie der Beauftragte haftet, wenn er den Auftrag zum Kauf bzw. Verkauf zwar ausgeführt, dabei aber ganz oder teilweise die Grenzen seines *mandatum* überschritten hat. In diesem Fall liegt ein Exzess des Beauftragten vor, der sich auf den Umfang der Haftung des Auftraggebers mit der *actio mandati contraria* auswirkt (→ Rn. 45–49).

---

nahme von der nicht bindenden Wirkung des *mandatum tua gratia* verstanden: *Bortolucci*, BIDR 27 (1914) 161; *Rabel*, Grundzüge 112 f.; *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 123. *Wolf*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 70 (= *Wolf*, Urkundenfund [2010] 87) hält dies jedoch nicht für ein *mandatum tua gratia*, sondern für ein *mandatum* auch im Interesse des Auftraggebers, weil der Beauftragte das Darlehen einer bestimmten Person gewähren soll und deshalb in der Auswahl des Darlehensnehmers nicht frei sei; vgl. *De Zulueta*, Institutes II (1953) 183. Für eine gegenüber Sabinus eigenständige Kreditmandatslehre des Celsus ist *Krampe*, FS Wolf 136–140.

[118] *Ankum*, Atti Burdese I 174 f. Zum Konkurrenzverhältnis von *actio mandati contraria* und *condictio creditae pecuniae* siehe *Ankum*, Atti Burdese I 174–177; *Kaser*, RP I 666. Zur *actio mandati directa* beim Kreditmandat ausf. *Murillo Villar*, ACIA XII, I 178–180.

[119] Cels. 7 dig. D. 17.1.48.1; vgl. *Wacke*, OIR 10 (2005) 244 f.

[120] Für die *actio mandati contraria* Paul. 4 quaest. D. 17.1.58.1; Ulp. 31 ed. D. 17.1.10.11; Scaev. 1 resp. D. 17.1.60.1 (*actio negotiorum gestorum*); ausf. *Wacke*, OIR 10 (2005) 245–261.

[121] *Kaser*, RP I 666; *Wacke*, OIR 10 (2005) 244 f.; *Ankum*, Atti Burdese I 174.

[122] Paul. 32 ed. D. 17.1.5.3,5; Ulp. 31 ed. D. 17.1.10.2; Afr. 8 quaest. D. 17.1.34.2; Ner. 5 membr. D. 17.1.35; Iav. 7 Cass. D. 17.1.36.

[123] Paul. 32 ed. D. 17.1.5.5; Ulp. 31 ed. D. 17.1.8.10; Marcell. 6 dig. D. 17.1.49. Den Auftrag zum Kauf eines Sklavenjungen enthält P.Berol. inv. 13410, dazu *Rabel*, Aegyptus 13 (1933) 376–380.

[124] Paul. 32 ed. D. 17.1.3.1; D. 17.1.5.2; D. 17.1.22.3; Iul. bei Paul. 32 ed. D. 17.1.22.4; P.Oxy. I 94 = M.Chr. 344; vgl. zu den Papyri *Wenger*, Stellvertretung (1906) 237–249.

5. Einzelfälle

a. *Mandatum post mortem*

Gaius berichtet, dass der Auftrag, etwas nach dem Tode des Auftraggebers zu tun, unwirksam ist.[125] Er begründet dies damit, dass man der Ansicht sei, die Verpflichtung (aus dem Auftrag) könne nicht erst mit der Person des Erben beginnen. Diese Regel verbietet in klassischer Zeit nicht nur das *mandatum post mortem,* sondern auch andere Rechtsgeschäfte wie etwa die *stipulatio post mortem* (→ § 21 Rn. 61).[126] **63**

Erst Justinian ändert die Rechtslage (→ Rn. 79). Dagegen soll die Übereignung eines Sklaven mit der Bestimmung, der Sklave müsse nach dem Tod des Übereignenden freigelassen werden, nach Gaius wirksam sein.[127] **64**

b. Mandat zum Freikauf (*redemptio suis nummis)*

Das *mandatum* wird ausweislich der Quellen auch in einem ganz speziellen Fall im Zusammenhang mit der Freilassung von Sklaven angewendet: Wenn ein Sklave auf eigene Initiative sicher die Freiheit erlangen möchte, kann er einem Dritten den Auftrag erteilen, ihn bei seinem Herrn zu kaufen und anschließend freizulassen.[128] **65**

Im Zusammenhang mit diesem Freikauf des Sklaven mit eigenem Geld *(redemptio suis nummis)* diskutieren Papinian und Ulpian, der seinerseits Julian und Pomponius zitiert, insbesondere die Wirksamkeit des Mandats des Sklaven zum Freikauf sowie die Anwendbarkeit der *actio mandati directa* und der *actio mandati contraria:* Das Mandat des Sklaven ist unter der Voraussetzung wirksam, dass der Sklave den Freikäufer nicht nur mit dem Kauf, sondern auch mit der anschließenden Freilassung beauftragt.[129] **66**

Was die Klagen aus dem Mandat angeht, so wird die *actio mandati directa* des Sklaven gegen den beauftragten Freikäufer auf Abtretung der Klagen, die dieser gegen den Verkäufer hat, bejaht.[130] Dagegen wird eine *actio mandati contraria* des Freikäufers auf Aufwendungsersatz[131] ebenso wie auf Abnahme der aus dem Verkauf erlangten Sache (also des Sklaven) durch den Verkäufer[132] ausgeschlossen. **67**

---

[125] Gai. 3.158.

[126] Weil Gaius ausdrücklich nur das *mandatum post mortem mandatarii* behandelt, hat die Stelle eine breite Diskussion darüber nach sich gezogen, ob und welche Folgen sich hieraus für das *mandatum post mortem mandatoris* ableiten lassen, vgl. *Sanfilippo*, St. Solazzi 554–567; *Ribas Alba*, Sem-Compl. 14 (2002) 70–78; vgl. auch *Van Oven*, Symb. Taubenschlag I 529–540.

[127] Gai. 9 ed. prov. D. 17.1.27.1; vgl. Iul. 13 dig. D. 17.1.30.

[128] Ulp. 31 ed. D. 17.1.8.5; Ulp. 43 Sab. D. 17.1.19; Pap. 27 quaest. D. 17.1.54 pr.,1; vgl. Ulp. 6 disp. D. 40.1.4. Vgl. *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 238–261; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 44–50; *Finkenauer*, FS Knütel 348–357; *Knütel*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 353 f., 356–371.

[129] Im Unterschied zum bloßen *mandatum* zum Kauf des Sklaven: Pap. 27 quaest. D. 17.1.54. pr.; dazu ausf. *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 247–253; *Knütel*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 368 f.

[130] Julian bei Ulp. 31 ed. D. 17.1.8.5.

[131] Pap. 27 quaest. D. 17.1.54 pr. Diese *actio mandati contraria* wird als *actio de peculio* auf den Herrn des Sklaven als Verkäufer übergeleitet. *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 253 f.; *Knütel*, in: Nörr/

c. Weitere Beispiele aus den Papyri

68 Die Papyri[133] berichten zahlreich über Aufträge zur Lieferung von Sachen, etwa Getreide, Wein, Öl oder Baumaterial[134] sowie Aufträge zur Zahlung oder zum Zahlungseinzug.[135] Darüber hinaus gibt es Aufträge zur Registrierung bestimmter Vertragsabschlüsse, namentlich den Auftrag, den Abschluss eines Darlehens[136] oder eines Kaufvertrags[137] zu registrieren.

69 Soweit ersichtlich, fehlt bislang jedoch eine systematische Durchsicht dieser Quellen.[138] Sie müsste u. a. klären, ob es sich jeweils um rechtsverbindliche Übertragungen der Durchführung einer Tätigkeit bzw. eines Geschäfts oder lediglich um freundschaftliche Bitten handelt, deren Erfüllung nicht eingefordert bzw. durchgesetzt werden konnte. Dabei könnte sich zeigen, ob und wie diese Aufträge mit der *actio mandati* eingeklagt werden konnten.

70 Weitere Erkenntnisse könnten sich auch für die Frage ergeben, ob und inwiefern die Aufträge etwa typischerweise in bestimmten sozialen Beziehungen[139] oder bei bestimmten Geschäftstypen vorkamen.

VII. Funktion des *mandatum*: Handeln für Dritte

71 Wie schon angedeutet, kam dem *mandatum* im römischen Recht auch insofern eine besondere Funktion zu, als es dem Auftraggeber die Übertragung der Durchführung eines oder mehrerer Geschäfte auf einen Vertreter ermöglichte. Da dem römischen Recht eine direkte Stellvertretung fremd war, musste das Handeln für Dritte auf andere

---

Nishimura, Mandatum (1993) 370 f. Wenn aber ein Freier, der als Sklave dient (*liber homo bona fide serviens*), den Auftrag erteilt und der Freikäufer mit eigenem Geld zahlt, kommt die *actio mandati contraria* in Betracht, Pap. 27 quaest. D. 17.1.54.1; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 254 f.; *Knütel*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 361.

[132] Pomponius bei Ulp. 43 Sab. D. 17.1.19; vgl. *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 258–260; *Knütel*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 363–368; *Partsch*, Nachgel. Schr. 64 f.

[133] Die Suche nach dem Begriff „Auftrag" bei www.papyri.info ergibt rund 600 Treffer (abgerufen am 26. 04. 2020).

[134] Z. B. BGU XIII 2347 f.; BGU XVI 2560–2573, 2575–2576; BGU XVII 2703; CPR VI 31, 35–37, 39, 80, 83; CPR VIII 74–75; CPR XIX 53; CPR XXII 14.

[135] Z. B. CPR VIII 33, 70; CPR X 1–5, 7–10, 14–16, 43; CPR XXIII 10; CPR XXIV 12; P.Oxy. IV 727; BGU I 300 = M.Chr. 345; Stud.Pal. XXII 3; Vgl. *Montevecchi*, Papirologia (1988) 233.

[136] P.Oxy. LXXIV 4984; wohl auch P.Oxy. LXXVIII 5170.

[137] P.Oxy. LXXV 5051; P.Sijp. 45; P.Oxy. LXXVIII 5176.

[138] Fragen der Stellvertretung beleuchten *Seidl*, Ptolemäische Rechtsgeschichte (1962) 156–159; *Wenger*, Stellvertretung (1906) 186–267. Den Auftrag in den Papyri erwähnen *Simon*, Stipulationsklausel (1964) 87; *Montevecchi*, Papirologia (1988) 233.

[139] Eine monographische Behandlung des Arbeitsrechts in der Ptolemäerzeit regte schon *Seidl*, Ptolemäische Rechtsgeschichte (1962) 145 an.

Weise bewerkstelligt werden.[140] Dafür kam neben dem *iussum*, der *procuratio* und der *negotiorum gestio* das *mandatum* in Betracht. Es verschafft dem Auftraggeber die Möglichkeit, dem Beauftragten die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten zu übertragen, ohne es selbst vornehmen zu müssen. Der Beauftragte handelt dabei in eigenem Namen und schließt mit dem Dritten ein eigenes Geschäft ab – darin liegt der Unterschied zur direkten Stellvertretung, bei der der Stellvertreter in fremdem Namen handelt.

Sollte das übertragene Geschäft eine Verfügung beinhalten, ergibt sich die Verfügungsermächtigung des Beauftragten, der über fremdes Recht verfügt,[141] aus einem *iussum*, das in jedem Mandat konkludent enthalten ist.[142] Dementsprechend betrifft das Mandat das Innenverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten, während das *iussum* das Außenverhältnis des Beauftragten zu dem Dritten darstellt.[143] Das bedeutet zugleich, dass das *mandatum* nur Wirkungen im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten erzeugt, jedoch keine Außenwirkung im Verhältnis mit Dritten hat. **72**

VIII. Nachklassische Entwicklungen

Im nachklassischen Recht (→ § 4)[144] werden die Grenzen des *mandatum* undeutlich. Zum einen liegt das daran, dass es mit dem *iussum* verschmilzt und so der Auftrag, der den Beauftragten zur Vornahme eines Geschäfts verpflichtet – *mandatum* –, und die Rechtsmacht des Beauftragten, gegenüber dem Dritten wirksam zu handeln – *iussum* –, ineinander übergehen.[145] **73**

---

[140] *Wacke*, SZ 111 (1994) 339–356; *Kehoe*, in: Kehoe/McGinn, Ancient Law (2017) 105–109; zur fehlenden Stellvertretung *Zimmermann*, LO 420 f.; *Watson*, Mandate (1961) 78; *Claus*, Stellvertretung (1973) 42–44.

[141] Insofern besteht eine Parallele zu den Verfügungsakten von Gewaltunterworfenen, *Wacke*, Symp. Wieling 276, 308 f.

[142] Ulp. 29 ed. D. 15.4.1.3; vgl. *Wieling*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 236–245; *Klinck*, SZ 124 (2007) 42–44. Für die Vermögensverwaltung durch einen *procurator* kann sich eine generelle Verfügungsermächtigung daraus ergeben, dass ihm die *libera administratio* für das Vermögen erteilt wird, vgl. *Wieling*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 238 f.

[143] Davon zu unterscheiden ist das *iussum* an einen Gewaltunterworfenen, mit dem diesem die Vornahme von Geschäften für seinen Herrn übertragen wird; dieses *iussum* an den Gewaltunterworfenen entspricht dem *mandatum* an den Freien, Paul. 4 Plaut. D. 15.4.5.1; Paul. 32 ed. D. 17.1.5.4; vgl. *Wieling*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 237.

[144] Hinweise auf Anwendungsfälle des *mandatum* in nachklassischer Zeit finden sich in § 28a und § 28b des syrisch-römischen Rechtsbuchs, das wohl aus dem späten 5. Jh. stammt, vgl. ausf. *Selb/Kaufhold* I 43–46; dazu *Liebs/Nagel*, SZ 121 (2004) 560. Dagegen ist Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.3 eine Quelle aus klassischer Zeit, vgl. *Navarra*, Labeo 50 (2004) 92–97.

[145] *Kaser*, RP II 415; *Levy*, Vulgarrecht (1956) 287–289.

74 Zum anderen verliert es mit der Unentgeltlichkeit[146] sein Element zur Abgrenzung vom Dienst- und Werkvertrag (→ Rn. 4). Dies wirkt sich auch auf die einseitige Widerruflichkeit des Auftrags aus, die jetzt nur noch bei wichtigem Grund gegeben ist.[147] Darüber hinaus löst das *mandatum* zunehmend die *procuratio* ab.[148]

75 Auch der Haftungsumfang ändert sich in nachklassischer Zeit. Aus Konstitutionen von Diokletian und Maximian sowie von Konstantin ergibt sich, dass der Beauftragte für Vorsatz *(dolus)* und Fahrlässigkeit *(culpa)* haftet, nicht aber für Zufall *(casus)*.[149]

76 Das Mandat zum Freikauf wird durch eine Konstitution für den Sklaven, der auf diese Weise seine Freilassung betreibt, einklagbar.[150]

77 Das Kreditmandat behandelt Valer./Gallien. C. 4.35.8 (a.259).[151]

IX. Das *mandatum* im justinianischen Recht

78 Insgesamt ist in der justinianischen Kodifikation eine Rückkehr zum *mandatum* in Gestalt des klassischen Rechts zu beobachten.[152] Das zeigt sich insbesondere daran, dass das *mandatum* nun wieder unentgeltlich[153] und infolgedessen auch einseitig widerruflich[154] ist sowie durch den Tod einer Partei aufgelöst[155] wird.

79 Änderungen gegenüber dem *mandatum* in seiner Gestalt in klassischer Zeit ergeben sich hinsichtlich des *mandatum post mortem,* das von Justinian zugelassen wird.[156] Darüber hinaus wird das Kreditmandat den Regeln der Bürgschaft unterstellt.[157]

80 Entschieden wird auch der in klassischer Zeit in seiner Behandlung besonders streitige Exzess des Beauftragten (→ Rn. 45–49): Justinian schließt sich der wohlwollenderen Lösung der prokulianischen Rechtsschule an, die eine Klage bis zum vorgegebenen Preis für möglich hält.[158]

---

[146] Kein Hinweis auf Unentgeltlichkeit etwa in Epit. Gai. 2.9.18–20; vgl. *Levy*, Vulgarrecht (1956) 288 f.

[147] Paul. sent. 2.15.1 (Widerruf durch den Beauftragten); Lex Romana Visigothorum 2.3.7 (Widerruf des Auftraggebers).

[148] Cod. Theod. 2.12.3; vgl. *Levy*, Vulgarrecht (1956) 68–70.

[149] Diocl./Max. C. 4.35.11 (a.293); C. 4.35.13 (a.294); Const. C. 4.35.21 (a.313); vgl. *Schubert*, Mandatarhaftung (2014) 232–234; vgl. *Levy*, Vulgarrecht (1956) 292–295; *Kaser*, RP II 416.

[150] Die Konstitution ist im Wortlaut nicht erhalten, sondern wird nur erwähnt von Ulp. 6 disp. D. 40.1.4 pr.; dazu ausf. *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 281–286; *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 44, 49 f.

[151] Vgl. *Schnebelt*, Reskripte (1974) 128–130.

[152] Inst. 3.26 behandelt das *mandatum.*

[153] Inst. 3.26.13. So auch *Karamboula*, Kontinuität (2015) 179 f.

[154] Inst. 3.26.9,11.

[155] Inst. 3.26.10.

[156] Iust. C. 8.37.11 (a.528); C. 4.11.1 (a.531); Inst. 3.19.13.

[157] Iust. C. 4.18.3 (a.531); Diocl./Max. C. 8.40.23 (a.294); vgl. *Kaser* RP II 460 f.

[158] Inst. 3.26.8.

§ 83 Klagen aus Geschäftsführung ohne Auftrag (*actio negotiorum gestorum*)

Franz-Stefan Meissel

Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio. Eine rechtshistorische Untersuchung, 1879 (Ndr. 2011); *Rabel*, Negotium alienum und animus, in: Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento IV, 1930, 279–304; *Seiler*, Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht, 1968; *Mayer-Maly*, Probleme der negotiorum gestio, SZ 86 (1969) 416–435; *Ankum*, Utiliter gestum, OIR I (1995) 19–53; *Cenderelli*, La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano, 1997; *Finazzi*, Ricerche in tema di negotiorum gestio I. Azione pretoria ed azione civile, 1999. II.1: Requisiti delle actiones negotiorum gestorum, 2003. II.2: Obbligazioni e responsabilità, 2006; *Harke*, Geschäftsführung und Bereicherung, 2007; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio – Geschäftsführung ohne Auftrag. Zu Entstehung, Kontinuität und Wandel eines Gemeineuropäischen Rechtsinstituts, 2 Bde., 2014; *Meissel*, Altruismus und Rationalität. Zur „Ökonomie" der negotiorum gestio, in: Der Bürge einst und jetzt. Festschrift für Alfons Bürge, 2017, 255–287; *Meissel*, Totenfürsorge als Geschäftsführung ohne Auftrag? Actio funeraria und postmortaler Persönlichkeitsschutz, SZ 138 (2021) 219–244.

Inhalt Rn.

I. Einleitung 1
II. Klageformeln und Entwicklungsgeschichte 4
III. Der Tatbestand der *negotiorum gestio* im klassischen Recht 11
1. *Negotia alterius gerere* 11
2. Fremdgeschäftsführungswille? 15
3. Nützlichkeit? 25
4. Geschäftsführung gegen ein Verbot des Geschäftsherrn 26
IV. Rechtsfolgen der *negotiorum gestio* 27
1. *Actio negotiorum gestorum directa* des Geschäftsherrn 27
a. Ausführungspflichten 28
b. Haftung für Schäden 33
2. *Actio negotiorum gestorum contraria* des Geschäftsführers 36
V. Klagekonkurrenzen und Abgrenzungen 43
1. *Actio negotiorum gestorum* und *actio mandati* 45
2. *Actio negotiorum gestorum* und Teilungsklagen 47
3. *Actio negotiorum gestorum* und Bereicherung 49
VI. Justinianisches Recht 52

Einleitung

1 Die *negotiorum gestio* stellt eine „kühne und originelle Schöpfung“[1] des römischen Rechts dar, bei der ein Schuldverhältnis auch ohne vertragliche Grundlage anerkannt wird, wenn jemand als Geschäftsführer (*negotiorum gestor*) für einen anderen dessen Geschäft führt. Während der Geschäftsherr (*dominus negotii*) mittels *actio negotiorum gestorum directa* Herausgabe des Erlangten und allenfalls Schadenersatz begehren kann, gebührt dem *gestor* (ähnlich einem Mandatar) u. U. Aufwandersatz über eine *actio negotiorum gestorum contraria*.

2 Vermutlich entwickelte sich die *negotiorum gestio* historisch im sozialen Kontext von *fides*-Verhältnissen einander nahestehender Personen. So findet sie insbesondere bei Handlungen Anwendung, wenn der Geschäftsführung zwar keine rechtliche Pflicht (z. B. aus einem Mandat), wohl aber eine sozial-ethische Pflicht zugrundeliegt, wie sie unter Freunden (*officium amici*)[2] oder zwischen einem Freigelassenen und seinem Patron (*obsequium, reverentia* → § 37 Rn. 8) angenommen wurde.

3 Das mag auch erklären, warum die römischen Juristen der Fremdgeschäftsführung nicht prinzipiell skeptisch gegenübertreten. Die Sorge vor aufgedrängter Bereicherung des Geschäftsherrn steht für sie „nicht im Vordergrund des juristischen Interesses“,[3] wenngleich die Interessen des Geschäftsherrn über die Regeln der Haftung des Geschäftsführers sowie bestimmte Einschränkungen beim Aufwandersatz des Geschäftsführers sehr wohl berücksichtigt werden. Einem gaianischen Ansatz folgend[4] ordnet das justinianische Recht die *negotiorum gestio* als Quasikontrakt[5] ein.

II. Klageformeln und Entwicklungsgeschichte

4 Nach herrschender Lehre gab es für die Klagen aus *negotiorum gestio* sowohl *in factum* als auch *in ius* konzipierte Formeln.[6] Die Existenz einer prätorischen *formula in factum*

---

[1] Vgl. *Schulz*, CRL 624: „a happy invention, quite in the bold and original style of the republican jurisprudence“.

[2] Cic. fam. 14,1,5. Zur ökonomischen Bedeutung der Freundeshilfe siehe *Verboven*, Economy (2002), zur *negotiorum gestio* bes. 227–274; *Meissel*, FS Bürge 255–287.

[3] *Seiler*, Tatbestand (1968) 3.

[4] Gai. 2 aur. D. 44.7.1 pr.: *ex variis causarum figuris*; vgl. auch Gai. 3 aur. D. 44.7.5.1, wo die aus Tutel resultierenden Obligationen (unmittelbar nach seiner Behandlung der *negotiorum gestio*) als *quasi ex contractu* entstanden beschrieben werden. Zur vereinzelten Bezeichnung der *negotiorum gestio* als *contractus* vgl. Paul. 7 Plaut. D. 3.5.15 (dazu *Finazzi*, Negotiorum gestio II.1 [2003] 71–73); Pap. 2 resp. D. 3.5.30 pr.; Ulp. 10 ed. D. 11.7.1 (zur *actio funeraria*); vgl. auch *Deppenkemper*, Negotiorum gestio I (2014) 681–711.

[5] Inst. 3.27 pr.,1.

[6] Grundlegend *Wlassak*, Negotiorum gestio (1879) 15–61; umfassende Nachweise der zustimmenden Literatur bei *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 4 f. Fn. 8; a. A. *Magdelain*, Consensualisme (1958) 181–186, der annimmt, es habe stets nur ein *bonae fidei iudicium* gegeben.

concepta wird aus dem bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.3 pr. wiedergegebenen Ediktswortlaut geschlossen, in dem der Prätor ein *iudicium* zu gewähren verspricht, wenn jemand Geschäfte eines anderen geführt hat (*si quis negotia alterius … gesserit*).

Es wird vielfach angenommen, dass dieses Edikt ursprünglich auf die Geschäfte eines Abwesenden (*absentis* statt *alterius*[7]) abgestellt hat, wofür insbesondere die Texte sprechen, in denen die *absentia* des Geschäftsherrn[8] ausdrücklich erwähnt wird; im julianischen Edikt dürfte aber bereits *alterius* gestanden sein.[9] Die *magna utilitas absentium* wird auch als Rechtfertigung der Einführung der prätorischen Klage prominent hervorgehoben, sodass die Notgeschäftsführung für einen abwesenden Freund als (zumindest ein) historischer Ausgangspunkt der *negotiorum gestio* naheliegt. Der Geschäftsführer wird dabei ohne Auftrag tätig, um die Verurteilung eines abwesenden Beklagten (*absens indefensus*) und die konkursmäßige Einweisung in das Vermögen des Abwesenden abzuwenden, aber auch um einen Pfandverkauf, den Verfall einer Vertragsstrafe oder eine sonstige unrechtmäßige Vermögensminderung[10] des Abwesenden zu verhindern. **5**

Das Spektrum der hier angesprochenen Tätigkeiten umfasst die Vertretung des Abwesenden im Prozess,[11] die Erfüllung einer fremden Schuld und die Übernahme einer Bürgschaft. Verschiedentlich wurde auch angenommen, dass die *in factum* konzipierte Formel eigens auf die spontane Freiwilligkeit der Geschäftsführung (*sponte*) Bezug genommen habe,[12] wofür sich allerdings keine zwingenden Belege finden. **6**

Daneben gab es spätestens seit der Mitte des 1. Jh. v. Chr.[13] ein *in ius* konzipiertes *bonae fidei iudicium*, das Lenel[14] folgendermaßen rekonstruiert: **7**

[7] *Partsch*, SB Heidl. Akad. (1913) 10–14; zustimmend: *Lenel*, EP 101 f., *Kreller*, FS Koschaker II 207 f. (welche allerdings die weitere Annahme von *Partsch*, das Edikt habe auch *sine mandatu* enthalten, nicht teilen); zu Rekonstruktionsversuchen siehe *Kreller*, FS Koschaker II 193–227 (212 f.); *Paricio*, Actiones (1986) 112–117; skeptisch zur Rekonstruktionsmöglichkeit *Mantovani*, Formule Fn. 151.

[8] Pomp. 21 Q. Muc. D. 3.5.10; Gai. 3 ed. prov. D. 3.5.2; Gai. 3 aur. D. 44.7.5 pr.; Pap. 11 resp. D. 20.6.1 pr.; Pap. 28 quaest. D. 21.2.66.3; Paul. 29 ed. D. 13.6.17.3. Häufiger ist von einem *negotium alienum* die Rede, s. *Seiler*, Tatbestand (1968) 16 Fn. 2.

[9] *Cenderelli*, Iura 50 (1999) 240; dafür, dass zumindest in dem von Ulpian kommentierten Edikt *alterius* stand auch *Mayer-Maly*, SZ 86 (1969) 420, 424, und *Deppenkemper*, Negotiorum gestio I (2014) 259; *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 81 vermutet, dass das Edikt von Anfang an von *negotia alterius* sprach.

[10] Ulp. 10 ed. D. 3.5.1; das eher unbestimmte *vel iniuria rem suam amittant* am Ende hält *Seiler*, Tatbestand (1968) 12 aufgrund seiner Vagheit zu Unrecht (kritisch dazu *Mayer-Maly*, SZ 86 [1969] 424; *Cenderelli*, Iura 50 [1999] 231) für interpoliert.

[11] Nach *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 89–93 war der Anwendungsbereich der *in factum* konzipierten Geschäftsführungsklage überhaupt nur auf diese Prozessvertretung beschränkt; zu Recht an einer so engen Fassung zweifelnd *Cenderelli*, Iura 50 (1999) 231–237.

[12] *Riccobono*, AUPA 3/4 (1917) 244; *Kreller*, FS Koschaker II 207 f.; *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 53–73; dagegen *Cenderelli*, Iura 50 (1999) 238 f.

[13] Indizien für eine Datierung nach 76 v. Chr. und kurz vor der Mitte des ersten Jahrhunderts sind Cic. Off. 3,70; nat. deor. 3,74 einerseits (wo die *negotiorum gestio* bei der Aufzählung der *bonae fidei iudicia* noch fehlt) und Cic. top. 42; 66 andererseits.

[14] *Lenel*, EP 105.

Quod Numerius Negidius (Aulus Agerius) negotia Auli Agerii (Numerii Negidii) gessit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito.

Was das betrifft, dass der Beklagte (bei der Konträrklage: der Kläger) die Geschäfte des Klägers (bei der Konträrklage: des Beklagten) geführt hat, so soll der Richter den Beklagten auf das verurteilen, was der Beklagte ob dieser Angelegenheit nach Treu und Glauben zu geben und zu tun verpflichtet ist, wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen.

8 Eigene Formeln nahmen auf den Fall der Geschäftsführung für einen Verstorbenen Bezug.[15] Dem Ersatz der Aufwendungen für das Begräbnis, die ebenfalls als eine Art Geschäftsführung für den Verstorbenen[16] gesehen wurde, diente dagegen die *actio funeraria*, bei der der Ersatz *ex bono et aequo*[17] zugesprochen wurde.[18]

9 Die *actio directa* des Geschäftsherrn und die – vermutlich ältere – *actio contraria* des Geschäftsführers unterscheiden sich bei der *in ius* konzipierten Geschäftsführungsklage nur durch den Wechsel der Kläger- und Beklagtenrolle.[19] Für die *in factum* konzipierte Klage vertrat ein Teil der älteren Lehre,[20] dass nur die Klage für den *gestor* bestand, doch wird der Prätor sehr wohl auch eine Klage für den *dominus* vorgesehen haben.[21]

10 Seit langem umstritten ist das relative Alter und das Verhältnis der *in ius* und der *in factum* konzipierten Formeln bei der *negotiorum gestio*. Nach allgemeinen Erwägungen erscheint eine Entwicklung von der spezielleren (*in factum* konzipierten) zur allgemeineren (*in ius* konzipierten) Klage wahrscheinlicher.[22] Dennoch wird von vielen Autoren auch eine umgekehrte Entwicklung vertreten.[23] Unklar ist auch, in welcher

---

[15] Vgl. Ulp. 10 ed. D. 3.5.3 pr.; D. 3.5.3.6; nach *Lenel*, EP 105 lautete diese für das *bonae fidei iudicium*: *Quod Numerius Negidius [Aulus Agerius] negotia quae Titii, cum is moreretur, fuerunt, gessit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.*

[16] Ulp. 10 ed. D. 11.7.1. Zur *actio funeraria* siehe *Cenderelli*, St. Biscardi I 265–287; *Cenderelli*, Scr. Guarino II 793–801; *Thomas*, Ess. Pool 321–334; *Unger*, Actio funeraria (2018); *Meissel*, SZ 138 (2021) 219–244, zum Alter und zur möglichen Vorbildfunktion der *actio funeraria* 231–234.

[17] Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.6.

[18] *Lenel*, EP 229–231.

[19] *Lenel*, EP 104.

[20] *Karlowa*, RRG I 463 Fn. 1; *ders.*, RRG II 1305 f.; *Ferrini*, BIDR 7 (1894) 86–88; *Segrè*, St. Moriani II 300–305 (= Segrè, Scr. 10–15).

[21] *Wlassak*, Negotiorum gestio (1879) 21, 184–196; *Partsch*, SB Heidl. Akad. (1913) 4 f.; *Lenel*, EP 103.

[22] *Kunkel*, Privatrecht 248; *Watson*, Obligations (1965) 202; *Voci*, Dottrina (1946) 39; *Seiler*, Tatbestand (1968) 8, 321 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 349; *Zimmermann*, LO (1996) 437; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 44 Rn. 19; *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 165–175; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio I (2014) 231–236.

[23] So z. B. *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 2–31.; *Kreller*, FS Koschaker II 207, glaubt, dass der Geschäftsführer bei der freiwilligen *gestio* für einen *absens* gegenüber den dem zivilen *iudicium* unterliegenden Geschäftsführern begünstigt werden sollte. Für das höhere Alter des *bonae fidei*

Weise die *in factum* konzipierte Formel im *edictum perpetuum* aufgenommen war,[24] zumal die *negotiorum gestio* bei den Hoch- und Spätklassikern bereits als einheitliches Rechtsinstitut erscheint, bei der die *absentia* des Geschäftsherrn keine eigenständige Bedeutung mehr zu haben scheint.[25] Dementsprechend wird Ulpian 10 ed. D. 3.5.3 pr. der von *negotia alterius* (und nicht *absentis*) spricht, den Rechtszustand seiner Zeit[26] wiedergeben und nicht interpoliert sein.[27]

III. Der Tatbestand der *negotiorum gestio* im klassischen Recht

1. Negotia alterius gerere

Den Kernbereich der *negotiorum gestio* bildet das Führen eines oder mehrerer Geschäfte[28] eines anderen (*negotia alterius*). Dazu gehören rechtliche Aktivitäten,[29] wie das Erfüllen fremder Schulden,[30] aber auch die Begründung einer eigenen Verbindlichkeit des Geschäftsführers im Interesse des Geschäftsherrn[31] oder die Einziehung einer **11**

iudicium (das aber ursprünglich nur die autorisierte Verwaltung durch den *procurator omnium bonorum* umfasst habe) auch *Cenderelli*, Negotiorum gestio (1997) 140–144; *Cenderelli*, Iura 50 (1999) 229.

[24] Nach *Cenderelli*, Iura 50 (1999) 247–251, ging die *actio in factum* bereits vor der Endredaktion im *bonae fidei iudicium* auf.

[25] *Arangio-Ruiz*, Mandato (1949) 41 f.; *Seiler*, Tatbestand (1968) 50; *Cenderelli*, Iura 50 (1999) 240, 247; a. A. *Mayer-Maly*, SZ 86 (1969) 420.

[26] *Seiler* Tatbestand (1968) 48, 324; *Mayer-Maly*, SZ 86 (1969) 420; *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 73–84; auch *Cenderelli*, Iura 50 (1999) 240.

[27] *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 80 f. nimmt an, dass mit diesem Wortlaut noch die *in factum* konzipierte Klage im julianischen Edikt gestanden sei.

[28] Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.2; *Seiler*, Tatbestand (1968) (dazu die Rezensionen von *Mayer-Maly*, SZ 86 [1969] 416; *Wesener*, TR 37 [1969] 267; *Gandolfi*, RISG 96 [1969] 360; *Luzzatto*, SDHI 35 [1969] 487; *Gaudemet*, Index 1 [1970) 269; *Talamanca*, Labeo 17 [1971] 223; *d'Ors*, AHDE 42 [1972] 861); *Finazzi*, Negotiorum gestio II.1 (2003).

[29] Erforderlich ist das aktive Tätigwerden als *gestor*, ein Dulden oder Unterlassen begründet keine *negotiorum gestio*: Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.1; zur Fortsetzungspflicht siehe unten (→ Rn. 27).

[30] Iav. 6 post. Lab. D. 3.5.42; Cels. 38 dig. D. 17.1.50 pr.; Pap. 12 quaest. D. 47.2.81.7; Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.3; Ulp. 31 ed. D. 17.1.12.6; Erbschaftsschulden: Afr. 8 quaest. D. 3.5.48; Sev./Ant. C. 2.18.3 (a.199); Ulp. 9 ed. D. 3.3.31 pr.; Ulp. 4 op. D. 3.5.44.2; Begräbniskosten: Alex. C. 2.18.12 (a.230); Kaufpreisschuld: Gord. C. 5.16.9 (a.238); Steuern: Gallus/Volus C. 2.18.16 (a.252).

[31] Gai. 3 ed. prov. D. 3.5.2; Bürgschaftsübernahmen: Afr. 7 quaest. D. 3.5.45 pr.,1; Pap. 2 resp. D. 3.5.30 pr.; Pap. 3 resp. D 3.5.31 pr.; Pap. 9 quaest. D. 16.1.7; Paul. 11 Sab. D. 17.1.20.1; Ulp. 45 Sab. D. 3.5.4; Ulp. 10 ed. D. 3.5.5 pr.; Ulp. 45 Sab. D. 46.1.4 pr.; Kauf: Pomp. 21 Q. Muc. D. 3.5.10; Afr. 7 quaest. D. 3.5.45 pr.; Afr. 8 quaest. D. 21.1.51.1; Gai. 3 ed. prov. D. 3.5.21; Paul. 2 Ner. D. 3.5.18.3; Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.8; Philipp. C. 3.32.8 (a.246); Verkauf: Afr. 8 quaest. D. 3.5.48; Scaev. 1 quaest. D. 3.5.8; Paul 9 ed. D. 3.5.12; Paul. 32 ed. D. 17.1.22.10; Paul. 71 ed. D. 44.4.5.4; Alex. C. 3.32.3.1 (a.222); Diocl./Max. C. 2.18.19 (a.294); Diocl./Max. C. 3.36.20 (a.294); Vermietung/Verpachtung: Ulp. 35 ed. D. 3.5.16; Ulp. 17 Sab. D. 7.1.12.2; Ulp. 19 ed. D. 10.3.6.2; *cautio damni infecti*:

Forderung des Geschäftsherrn.[32] Die *negotiorum gestio* erfasst weiters insbesondere die Prozessvertretung für einen anderen, d. h. die Übernahme der Verteidigung für einen *absens indefensus*[33] oder das Tätigwerden als *procurator* auf der Klägerseite.[34] Das Handeln des Geschäftsführers kann aber auch rein faktische Komponenten aufweisen. So fallen unter die *negotiorum gestio* die Ausbesserung einer fremden Sache,[35] die Pflege fremder Sklaven,[36] die Alimentierung von Kindern des Geschäftsherrn[37] oder die Einrichtung eines Handelsunternehmens für einen anderen.[38]

12 Von der *negotiorum gestio* erfasst sind nicht nur Fälle der Notgeschäftsführung, bei denen das Einschreiten des Geschäftsführers dazu dient, drohenden Schaden abzuwehren,[39] sondern auch sonstige Handlungen, die den Interessen des Geschäftsherrn förderlich sein können bis hin zu einer mehr oder weniger umfassenden Vermögensverwaltung.

13 Bis in die Hochklassik wurde auch das Tätigwerden eines Freigelassenen als Vermögensverwalter (*procurator omnium bonorum*) für seinen Patron als *negotiorum gestio* qualifiziert.[40] Während Julian[41] für die Vermögensverwaltung sowohl Geschäftsführung ohne Auftrag als auch Mandat (→ § 82) als Anspruchsgrundlage für tauglich erachtet, kommt später offenbar nur mehr das Mandatsrecht zur Anwendung.[42] Auch die fremdnützige Verwaltung fremden Vermögens durch Kuratoren[43] wird (anders als

---

Paul. 10 Sab. D. 3.5.39; Darlehen: Paul. 4 quaest. D. 3.5.35; Kreditmandat im Zusammenhang mit der Zusage einer *dos*: Scaev. 1 resp. D. 17.1.60.1.

[32] Iul. 54 dig. D. 46.3.34.4; Afr. 8 quaest. D. 12.1.41; Scaev. 1 quaest. D. 3.5.8; Pap. 11 quaest. D. 26.7.37.1; Paul. 20 ed. D. 3.5.22; Paul 24 ed. 23; Paul. 8 Plaut. D. 46.3.62; Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.4,11,12; Ulp. 80 ed. D. 46.3.58 pr.; Ant. C. 2.18.9 (a.217); Ant. C. 8.37.3.1 (a.217).

[33] Iul. 5 dig. D. 5.1.74.2; Pap. 2 resp. D. 3.5.30.2,7; Paul. 30 ed. D. 3.5.40; Paul. 2 quaest. D. 11.1.20 pr.; Paul. 4 quaest. D. 17.1.58 pr.; Ulp. 10 ed. D. 3.5.1; D. 3.5.3.9.

[34] Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.12.

[35] Paul. 9 Plaut. D. 7.1.48 pr.; Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.13; D. 3.5.9.1; vgl. weiters die Fälle der Aufwendungen auf eine fremde Sache: Gai. 3 ed. prov. D. 3.5.2; Paul. 6 Sab. D. 10.3.19.2; Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.5; Gord. C. 3.32.5.1 (a.239).

[36] Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1; Alex. C. 2.18.10 (a.222).

[37] Alex. C. 2.18.11 (a.227); Gord. C. 2.18.15 (a.239).

[38] *Aliqua negotiatio*: Pomp. 21 Q. Muc. D. 3.5.10.

[39] Diese werden freilich in dem bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.1 referierten Edikt *de negotiis gestis* hervorgehoben; eine Beschränkung auf die Notgeschäftsführung besteht aber nicht: *Seiler*, Tatbestand (1968) 13.

[40] Vgl. Cic. top. 10,42; Cels. 38 dig. D. 17.1.50 pr.; Pomp. 5 Sab. D. 27.3.3; Pomp. 6 Sab. D. 34.3.8.6; zur mutmaßlichen Entwicklungsgeschichte vgl. *Watson*, Mandate (1961) 36–60; *Seiler*, Tatbestand (1968) 104–113; *Klinck*, SZ 124 (2007) 32–41.

[41] Afr. 8 quaest. D. 15.3.17 pr.; Afr. 8 quaest. D. 21.1.51.1.

[42] Pap. 1 resp. D. 17.1.55; Pap. 3 resp. D. 17.1.56.4; Ulp. 16 ed. D. 6.2.14; Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.1; Mod. 6 diff. D. 3.3.63.

[43] Das Handeln im Rahmen einer Pflichtenbindung (hier: aufgrund der Bestellung als *curator*) schließt – zumindest im frühklassischen Recht – die Annahme einer *negotiorum gestio* nicht aus; Bedenken gegen diese Einordnung (möglicherweise aufgrund der mangelnden Freiwilligkeit der

bei der Tutel und Protutel[44]) als *negotiorum gestio* aufgefasst (→ § 84 Rn. 17, 140, 147); dies gilt für die Kuratel für einen Geisteskranken (*cura furiosi*)[45] und die zunächst (in der Zeit vor Marc Aurel[46]) bloß für einzelne Angelegenheiten bestehende *cura minoris*[47] sowie wahrscheinlich auch für die *cura prodigi*[48] (→ § 84 Rn. 136–147).

Für die Frage der Fremdheit des Geschäfts kommt es primär auf die objektive Zuordnung an: Keine *negotiorum gestio* liegt vor, wenn ein ausschließlich eigenes Geschäft (*negotium suum*) geführt wird, selbst dann, wenn es in der irrigen Meinung geführt wurde, für einen anderen tätig zu sein.[49] Dagegen schadet es nicht, wenn das Geschäft sowohl dem Geschäftsherrn als auch dem Geschäftsführer zugehört[50] oder der Geschäftsführer davon ausgeht, dass die Aufwendung für einen anderen letztlich ihm selbst zugute kommen kann.[51] Ob die Eigeninteressen des Geschäftsführers ein solches Gewicht haben, dass eine *negotiorum gestio* zu verneinen ist, wird kasuistisch beurteilt.[52] **14**

2. Fremdgeschäftsführungswille?

Ob für die *negotiorum gestio* neben der (objektiven) Führung eines fremden Geschäfts auch ein subjektiver Wille, für einen anderen tätig zu werden, nötig ist, wurde in der Romanistik immer wieder kontrovers diskutiert. Während Partsch[53] meinte, dass für die *negotiorum gestio* der klassischen Zeit lediglich der objektive Tatbestand maßgeblich gewesen sei und dem entgegenstehende Stellen interpoliert seien, vertrat insbesondere Riccobono[54] umgekehrt, dass der Fremdgeschäftsführungswille stets zum Kerntatbe- **15**

Geschäftsführung) scheinen erst in der Spätklassik oder im justinianischen Recht (für letzteres *Seiler*, Tatbestand [1968] 286) aufgetaucht zu sein und zur Qualifikation als analoge Klage geführt haben.

[44] Dazu ausführlich *Seiler*, Tatbestand (1968) 145–262.

[45] Paul. 8 Sab. D. 27.3.4.3; Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.5; zur *cura furiosi* als *negotiorum gestio*, vgl. *Lenel*, EP 319 f.; *Alibrandi*, BIDR 2 (1889) 151–164; *Seiler*, Tatbestand (1968) 263–275.

[46] Vita Marci 10.

[47] Ulp. 35 ed. D. 26.7.5.6; Ulp. 35 ed. D. 27.3.13; Sev./Ant. C. 2.30.1 (a.197); Sev./Ant. C. 4.26.1 (a.196); *Seiler*, Tatbestand (1968) 279–293. Spätestens im justinianischen Recht sprechen die Quellen von einer *actio negotiorum utilis*; vgl. Diocl./Max. C. 2.18.17 (a.293); Diocl./Max. C. 5.51.7 (a.293); Iust. C. 5.37.26.1 (a.531); vereinzelt wird die Klage gegen den *curator minoris* auch bloß als *actio utilis* bezeichnet, vgl. Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.4; Ulp. 6 op. D. 27.9.10; sowie in den Titelrubriken D. 27.3 und D. 27.4.

[48] *Seiler*, Tatbestand (1968) 275 f.

[49] Ulp. 10 ed. D 3.5.5.6.

[50] Ulp. 10 ed. D 3.5.5.6. Hinsichtlich des fremden Anteils besteht *negotiorum gestio*.

[51] Paul. 9 Plaut. D. 7.1.48 pr.: Der Erbe des mit einem *ususfructus* belasteten Grundstücks nimmt in Abwesenheit des Usufrukturars Reparaturen vor, zu denen dieser verpflichtet war. Es gebührt dem Erben aber kein Aufwandersatz, wenn der Usufruktuar bereit ist, den Nießbrauch aufzugeben (und sich damit seiner Erhaltungspflicht zu entledigen).

[52] Ein Beispiel bietet Scaev. 1 resp. D. 17.1.60.1; dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 17 f.

[53] *Partsch*, SB Heidl. Akad. (1913) 37; *Partsch*, Nachgel. Schr. 98.

[54] *Riccobono*, AUPA 3/4 (1917) 221–262 (insbesondere 243, 247, 258); *Riccobono*, RDCo 15.1

stand gehört habe und erst unter Justinian beseitigt worden sei. Die plausible, auf Rabel[55] zurückgehende vermittelnde Ansicht nimmt an, dass für die klassischen Juristen ein *animus negotia aliena gerendi* kein zwingendes eigenständiges Erfordernis dargestellt habe,[56] dass aber subjektive Elemente insbesondere für die Frage der Zuordnung eines Geschäfts als *negotium alienum* regelmäßig berücksichtigt worden
16 seien.[57] Weiters wird heute stärker mit divergierenden Ansätzen einzelner Juristen (*ius controversum*)[58] sowie einzelfallbezogenen[59] Lösungen gerechnet. Während z. B. Labeo,[60] Trebatius und Proculus,[61] Cervidius Scaevola[62] sowie Paulus[63] für die *negotiorum gestio* auf den Fremdgeschäftsführungswillen rekurrieren, scheinen andere Juristen[64] stärker auf die bloß objektive Fremdheit abzustellen.

(1917) 369–384; kritisch dazu bereits *Rabel*, St. Bonfante IV 282–302, der zum Ergebnis kommt, dass der Fremdgeschäftsführungswille kein selbständiges Tatbestandsmerkmal der klassischen *negotiorum gestio* war.

[55] *Rabel*, St. Bonfante IV 279–304.

[56] Im Edikt wird jedenfalls der Fremdgeschäftsführungswille nicht eigens angesprochen, es bildet sich auch kein technischer Sprachgebrauch bei den Juristen. Dafür, dass dem Geschäftsführungsbegriff (*negotia alterius gerere*) des klassischen Rechts der Fremdgeschäftsführungswille „inhärent" sei, aber z. B. *Wittmann*, Geschäftsführung (1981) 45; als „typische Voraussetzung" qualifiziert die Geschäftsführungsabsicht *Mayer-Maly*, SZ 86 (1969) 426, der annimmt, dass die entgegenstehenden Texte „atypische Situationen" betreffen.

[57] *Seiler*, Tatbestand (1968) 22–38; *Harke*, Geschäftsführung (2007) 19–35.

[58] *Mayer-Maly*, SZ 86 (1969) 426–428; ausführlich nun *Finazzi*, Negotiorum gestio II.1 (2003) 114–278. Auf der Grundlage der von ihm postulierten, aber umstrittenen Annahme einer Zuordnung der römischen Juristen zur Richtung entweder eines „prinzipiellen Rechtsdenkens" (Sabinianer) oder aber „institutionellen Rechtsdenkens" (Prokulianer) glaubt *Behrends*, SZ 95 (1978) 215, dass für die Vertreter des „institutionellen Rechtsdenkens" eine „bewußt fremdnützige menschenfreundliche Intention des Handelns erforderlich gewesen sei, nicht aber für jene römischen Juristen, die er dem „prinzipiellen Rechtsdenken" zuordnet.

[59] So werden etwa Afr. 8 quaest. D. 3.5.48 und Pap. 6 quaest. D. 5.3.50.1 von vielen als atypische Sonderfälle gesehen (*Wittmann*, Geschäftsführung [1981] 46; *Mayer-Maly*, SZ 86 [1969] 417; eine der *negotiorum gestio* nachgebildete *actio utilis* vermutet *Finazzi*, Negotiorum gestio II.1 [2003] 167 f., 204 f.), bei denen nur mangels anderweitiger Anspruchsgrundlagen *negotiorum gestio* herangezogen wird (gegen die Einordnung als „Sonderfälle" dagegen *Harke*, Geschäftsführung [2007[30–34; *ders.*, SZ 126 [2009] 607).

[60] Labeo bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.5 verneint bei einer eigennützig intendierten Geschäftsführung *(sui lucri causa)* das Vorliegen einer *negotiorum gestio*, weil nicht den Nutzen des Geschäftsherrn zu befördern trachtet (ganz h. L.; a. A. *Harke*, Geschäftsführung [2007] 29); Labeo bei Paul. 2 Ner. D. 3.5.18.2 verneint beim *liber homo bona fide serviens*, der auf eine Weisung des vermeintlichen *dominus* gehandelt hat, (anders als Celsus bei Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13.2) das Vorliegen eines Mandats, weil er *quasi ex necessitate servili* gehandelt habe, bejaht aber *negotiorum gestio*, da die *affectio* bestand, für den Scheindominus ein Geschäft zu führen.

[61] Trebatius und Proculus bei Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.11 (allerdings zu der, der *actio negotiorum gestorum* nachgebildeten *actio funeraria*).

[62] Scaev. 1 resp. D. 17.1.60.1; *Finazzi*, Negotiorum gestio II.1 (2003) 192–196.

[63] Paul. 2 Ner. D. 3.5.18.3; Paul 32 ed. D. 17.1.22.10; Paul. 2 sent. D. 27.3.24 (nur *actio utilis*); *Finazzi*, Negotiorum gestio II.1 (2003) 222–271.

Die überlieferten Quellen zeigen, dass zumindest das Bewusstsein der Fremdheit des Geschäfts für die Qualifikation als *negotium alienum* in der Regel erforderlich war, wobei aber kein allzu strenger Maßstab angelegt wurde.[65] Die irrige Annahme einer vertraglichen Verpflichtung schließt Fremdgeschäftsführung nicht zwingend aus: Führt jemand ein fremdes Geschäft, weil er irrtümlich glaubt, dazu aus Mandat verpflichtet zu sein, so wird *negotiorum gestio* bejaht.[66] Neben den Fällen, in denen jemand freiwillig (*sponte*) und in der Meinung, nicht dazu verpflichtet zu sein, tätig wird, kann die *negotiorum gestio* also auch bei irrtümlicher Annahme einer eigenen Verpflichtung bejaht werden.[67] **16**

Selbst wenn eine Handlung aufgrund eines wirksamen Vertrags ausgeführt wird, kann zugleich für einen Dritten Geschäftsführung vorliegen: Wenn jemand als Auftragnehmer in einer Angelegenheit tätig wird, die ein Geschäft des Auftraggebers und eines Dritten ist, wird zugunsten des Dritten *negotiorum gestio* angenommen, wenn der Geschäftsführer die Beteiligung des Dritten kennt.[68] **17**

Ein Irrtum über die Person des Geschäftsherrn schadet nicht, vielmehr wird dann regelmäßig Geschäftsführung zugunsten jener Person angenommen, zu deren Rechtssphäre das Geschäft gehört. Führt jemand das Geschäft des Sempronius, in der Meinung, es sei jenes des Titius, dann besteht eine *negotiorum gestio* zwischen *gestor* und wirklichem Geschäftsherrn (Sempronius).[69] Wird jemand als Geschäftsführer ohne Auftrag für einen bestimmten Geschäftsherrn tätig und fällt ein Teil dieser Geschäfte in die Zuständigkeit eines Dritten, dann liegt diesbezüglich *negotiorum gestio* für den Dritten vor.[70] **18**

Im Regelfall scheidet *negotiorum gestio* aus, wenn ein fremdes Geschäft in der irrigen Annahme, es handle sich um ein eigenes, geführt wurde.[71] Als Grenzfall erscheint dabei, wenn die Beurteilung als Eigengeschäft auf der irrtümlichen Annahme einer Pflichtenstellung beruht, die in Wirklichkeit jemand anderen trifft: Errichtet der gutgläubige Erbschaftsbesitzer, um eine erblasserische Bedingung zu erfüllen, für den Erblasser ein Grabmal, dann kann er Papinian zufolge, wenn ihm die Erbschaft entzogen wird, seine Aufwendungen gegenüber dem tatsächlichen Erben mittels *actio negotiorum gestorum* **19**

[64] Pap. 9 quaest. D. 16.1.6,7; Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.4,5; Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.6 (zur *actio funeraria*); *Finazzi*, Negotiorum gestio II.1 (2003) 196–222.

[65] Überzeugend *Seiler*, Tatbestand (1968) 37: „Es genügt, dass der Gestor, das geführte Geschäft in einem ganz weiten Sinn und ohne nähere Qualifizierung als ein fremdes erkannt hat."

[66] Ulp. 10 ed. D. 3.5.5 pr.

[67] Vgl. Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.10 (zu den m. E. nicht stichhältigen Interpolationsvermutungen siehe *Seiler*, Tatbestand [1968] 40 f.).

[68] Labeo nach dem Bericht bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.6; vgl. auch Paul. 32 ed. D. 17.1.22.10.

[69] Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.1; vgl. auch Afr. 8 quaest. D. 12.1.41; Pap. 6 quaest. D. 5.4.10; Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.10,13.

[70] Pap. 2 resp. D. 3.5.30.1; dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 28 f.

[71] Paul. 2 Ner. D. 3.5.18.3; Paul 32 ed. D. 17.1.22.10 (hier wird aber bei Ausschluss der *negotiorum gestio* eine *actio in factum* gewährt).

durchsetzen.[72] Verkauft der Käufer eines Sklaven Sachen, die der Sklave dem Verkäufer gestohlen hat und gehen diese Sachen unter, bejaht Afrikan in einem besonders umstrittenen[73] Fragment[74] eine *actio negotiorum gestorum* des Verkäufers des Sklaven (und ehemaligen Eigentümer der untergegangenen Sache) auf den vom Käufer des Sklaven erlangten Kaufpreis.

20 Besondere Bedeutung kommt dem Fremdgeschäftsführungswillen für die Zuordnung des *negotium* zu, wenn es potentiell mehrere Geschäftsherren gibt; dann gibt die Willensrichtung des *gestor* den Ausschlag dafür, zwischen welchen Personen eine Geschäftsführung ohne Auftrag anzunehmen ist. So etwa, wenn ein *gestor* eine Bürgschaft eingeht, zu deren Übernahme sich ein anderer gegenüber dem Hauptschuldner durch Auftrag verpflichtet hat: Je nach Absicht des Geschäftsführers liegt *negotiorum gestio* für den Hauptschuldner oder den Beauftragten vor.[75]

21 Auf die subjektive Ausrichtung des Handelns kommt es weiters dann an, wenn zwar keine rechtliche, wohl aber eine sittliche Pflicht des *gestor* bei seiner Geschäftsführung berührt ist: Wird jemand für einen anderen, aber aus eigenem Pflichtgefühl (*pietas*, *adfectio*) tätig, so liegt kein *negotium alienum* vor. Dies wird etwa bei Unterhaltsleistungen einer Mutter für ihre Kinder,[76] eines Stiefvaters für Stieftöchter,[77] eines Onkels für seine Nichte[78] oder einer Großmutter für ihre Enkelkinder[79] angenommen.[80] Hier ist jeweils anhand der Umstände im Einzelfall zu entscheiden, ob der Geschäftsführer ein eigenes Geschäft oder ein fremdes (in Erwartung von Aufwandersatz) vorgenommen hat.

---

[72] Pap. 6 quaest. D. 3.5.50.1; vgl. auch Afr. 8 quaest. D. 3.5.48. Da der *gestor* im Hinblick auf eine bestimmte Funktion (als präsumtiver Erbe) agiert, die sich später als nicht vorhanden herausstellt, ähnelt dieser Fall dem Irrtum über die Person des Geschäftsherrn. Zur Diskussion einer ähnlichen Problematik bei der *actio funeraria* vgl. Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.11 (Trebatius und Proculus verneinen mangels Fremdgeschäftsführungswillen die *actio funeraria*, Ulpian bejaht sie); Paul 27 ed. D. 11.7.32 pr. (für eine *actio funereria utilis*).

[73] Zu den Interpretationsschwierigkeiten *Finazzi*, Negotiorum gestio II.1 (2003), 150–192 (der hier eine *actio utilis* vermutet); *Harke*, Geschäftsführung (2007) 30–34.

[74] Afr. 8 quaest. D. 3.5.48; vgl. aber Afr. 8 quaest. D. 19.1.30 pr. und Afr. 2 quaest. D. 12.1.23, wo Julian in ähnlichen Konstellationen jeweils eine *condictio* bejaht.

[75] Afr. 7 quaest. D. 3.5.45.1, auch im vorhergehenden Fragment (Afr. 7 quaest. D. 3.5.45 pr.) ergibt sich aus der Absicht (*mens*) des Geschäftsführers, zwischen welchen Personen eine *negotiorum gestio* besteht. Auch über die Zuordnung einer Geschäftsführung zu einem *filius familias* oder seinem adjektizisch haftenden Gewalthaber kommt es gemäss Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.8 auf die *contemplatio* des *gestor* an (dazu *Seiler*, Tatbestand [1968] 33 f.); vgl. auch Ulp. 29. ed. D. 15.3.10.5 und Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.3.

[76] Paul. 1 quaest. D. 3.5.33: *pietate cogente*; Alex. C. 2.18.11 (a.227): *materna pietate.*

[77] Gord. C. 2.18.15 (a.239): *paterno adfectu.*

[78] Mod. 2 resp. D. 3.5.26.1: *pietatis respectu sororis.*

[79] Paul. 1 quaest. D. 3.5.33: *iure pietatis*; dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 45 f.; *Zidlicka*, in: Piro, Règle (1999) 549–555; *Halbwachs*, Fundamina 20 (2014) 371–382 (= Ess. Winkel I).

[80] Zur Rolle der *pietas* für die Ersatzfähigkeit von Begräbnisaufwendungen bei der *actio funeraria* vgl. Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.7–9.

In manchen Konstellationen ergibt sich die Zuordnung eines Geschäftes erst durch die nachträgliche Genehmigung (*ratihabitio*) des Geschäftsherrn, für den der *gestor* tätig werden wollte. Bestand z. B. die vom Schuldner an den Scheinvertreter beglichene Forderung gar nicht, so bewirkt die *ratihabitio* durch den Geschäftsherrn, dass dieser (und nicht der *falsus procurator*, der für ihn die Zahlung angenommen hat) dem Rückzahlungsanspruch (*condictio*) des Zahlenden ausgesetzt ist; erst durch die *ratihabitio* wird dabei das Geschäft zu einem solchen des Geschäftsherrn.[81] Wird hingegen eine fremde Sache ausgebessert, so besteht Geschäftsführung für den Eigentümer und nicht für denjenigen, der sich irrtümlich für diesen gehalten und daher das Geschäft genehmigt hat.[82] **22**

War dem Geschäftsführer bewusst, dass es sich um ein fremdes Geschäft handelt, wollte er dieses aber aus Eigennutz für sich führen (*sui lucri causa gestum*), so meint Labeo, dass eher eine Eigen- als eine Fremdgeschäftsführung vorliege, wohingegen Ulpian sich für die Anwendbarkeit der Geschäftsführungsklagen ausspricht.[83] **23**

3. Nützlichkeit?

Vielfach wird angenommen, dass das Entstehen des Schuldverhältnisses aus *negotiorum gestio* auf die Fälle einer als nützlich beurteilten Geschäftsführung (*negotium utiliter gestum*) beschränkt gewesen sei und damit die *utilitas* als Tatbestandsmerkmal zu qualifizieren sei.[84] Tatsächlich wird das Erfordernis des *utiliter gerere* von den römischen Juristen häufig thematisiert,[85] allerdings geht es dabei um die Frage, ob dem Geschäftsführer Aufwandersatz zusteht. Überzeugender erscheint es daher, die Nützlichkeit der Geschäftsführung als wesentliches Kriterium für die Gewährung der *actio negotiorum gestorum contraria* zu sehen, aber nicht schlechthin als Element des Tatbestands.[86] **24**

---

[81] Pedius bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.11: … *sed ratihabitio … fecit tuum negotium*; vgl. auch Pap. 12 quaest. D. 47.2.81.5,7; Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.12; vgl. auch Ant. C. 2.18.9 (a.217).

[82] Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.13.

[83] Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.5. Ulpian bejaht nicht nur die Haftung des Geschäftsführers, sondern auch eine Konträrklage auf Aufwandersatz, insoweit es zu einer Bereicherung des *dominus* gekommen ist.

[84] *Lenel*, EP 104; *Seiler*, Tatbestand (1968) 51; *Kaser*, RP I 589; *Ankum*, OIR 1 (1995) 19–53 (45); *Brutti*, Diritto (2011) 528. *Finazzi*, Negotiorum gestio II.1 (2003) 510–607, zusammenfassend 607, sieht die Utilität der Geschäftsführung zwar als bloß eine von mehreren möglichen Voraussetzungen („*presupposti legittimanti della gestione*"), meint aber, dass bei Fehlen anderer Legitimationsgründe ein *negotium utiliter coeptum* Tatbestandsvoraussetzung gewesen sei. *Harke*, Geschäftsführung (2007) 24–34, betrachtet die Utilität offenbar als Tatbestandselement, will diese bei Handeln mit Fremdgeschäftsführungswillen *ex ante*, ansonsten aber *ex post* beurteilen. Zur Rolle der *ratihabitio* im Zusammenhang mit der Nutzenbewertung siehe unten (→ Rn. 40).

[85] Labeo, Proculus, Celsus, Julian und Ulpian bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1; Cels. 38 dig. D. 17.1.50 pr.; Scaev. 1 quaest. D. 3.5.8; Gai. 3 ed. prov. D. 3.5.2; Gai. 3 aur. D. 44.7.5 pr.; Ulp. 10 ed. D. 3.5.11.2; Ulp. 4 op. D. 3.5.44 pr.

[86] In diesem Sinn z. B. *Pacchioni*, Gestione degli affari (1893) 265; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 350;

4. Geschäftsführung gegen ein Verbot des Geschäftsherrn

25 Die Einordnung einer Geschäftsführung gegen den erklärten Willen des Geschäftsherrn (*vetante domino*) dürfte in der Klassik kontrovers beurteilt worden sein.[87] Für den Fall der Übernahme einer Bürgschaft (→ § 73), bei der der anwesende Hauptschuldner widersprochen hat, liegen nach Pomponius und Paulus weder Mandat noch *negotiorum gestio* vor, aber manche ungenannte Juristen sollen sich für eine *actio utilis* ausgesprochen haben.[88] Justinian greift die Frage der *negotiorum gestio nolente et specialiter prohibente domino* in einer Reformkonstitution[89] auf und schließt sich ausdrücklich der Meinung Julians[90] an: Weder die *actio negotiorum gestorum* noch die *actio utilis* stehen demgemäß zu, wenn der Geschäftsherr widersprochen und die Geschäftsführung verboten hat.[91]

IV. Rechtsfolgen der *negotiorum gestio*

1. *Actio negotiorum gestorum directa* des Geschäftsherrn

26 Die *actio negotiorum gestorum directa* dient der Durchsetzung der Ansprüche des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer. Zu den Pflichten des Geschäftsführers gehört die Ausführung des Geschäftes, die Rechnungslegung (*rationem reddere*) und Herausgabe des Erlangten sowie u. U. auch die Haftung für Schäden, die dem Geschäftsherrn durch die *negotiorum gestio* erwachsen sind.[92]

a. Ausführungspflichten

27 Auch wenn den Geschäftsführer ohne Auftrag – anders als beim Mandat (→ § 82 Rn. 24) – keine Pflicht zur Aufnahme der Tätigkeit trifft,[93] so ergibt sich aus der einmal

---

Zimmermann, LO 442; *Jansen*, HKK-BGB III.2 § 677–687 Rn. 12; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio I (2014) 614; II, 522, 708.

[87] *Seiler*, Tatbestand (1968) 86–93.

[88] Paul. 9 ed. D. 17.1.40; vgl. auch den Kontroversenbericht bei Iust. C. 2.18.24 pr.,1 (a.530), bezweifelt wird von manchen, ob die in der justinianischen Konstitution behauptete frühere vereinzelte Bejahung einer direkten Klagemöglichkeit aus *negotiorum gestio* (und nicht bloß einer analogen) glaubwürdig ist (dafür aber *Seiler*, Tatbestand (1968) 93); manche halten die in D. 17.1.40 erwähnte *actio utilis* für nachklassisch, zuletzt *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 88.

[89] Iust. C. 2.18.24 pr.,1 (a.530).

[90] Von dieser ablehnenden Haltung Julians zeugt auch der Bericht bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.7.3; gegen die Anwendung der *negotiorum gestio* bei Verbot des Geschäftsherrn auch Labeo (vgl. Ulp. 25 ed. D. 11.7.14.13) und Pap. 2 resp. D. 3.5.30.4.

[91] Für die Übernahme einer Bürgschaft gegen den Willen besteht nach justinianischem Recht aber eine Regreßmöglichkeit aufgrund des *beneficium cedendarum actionum* (vgl. Novell. Iust. 4.1).

[92] Gai 3 ed. prov. D. 3.5.2.

[93] Ulp. 31 ed. D. 17.1.6.1.

übernommenen Geschäftsführung eine Verpflichtung zur Ausführung. In einem je nach Umständen zu bestimmenden Ausmaß ist der *gestor* auch zur Fortführung der *negotia* verpflichtet.[94] So muss ein für einen Unmündigen übernommenes Geschäft beendet werden, selbst wenn dieser aufgehört hat, ein *pupillus* zu sein[95] oder ein zu Lebzeiten des *dominus* begonnenes Geschäft abgeschlossen werden, selbst wenn er inzwischen gestorben ist.[96] Eine allgemeine Fortsetzungspflicht kraft Pflichtenstellung (*officium*) besteht beim *curator* (→ § 84 Rn. 136), nicht aber bei einem Spontangeschäftsführer.[97] Ulpian bejaht allerdings eine Haftung, wenn durch den *gestor*, der bloß einzelne Geschäfte geführt, andere aber nicht geführt hat,[98] ein Dritter von der Übernahme der Geschäftsführung abgehalten wurde und ein *vir diligens* die unterlassene Geschäftsführung vorgenommen hätte.[99] Ein vorwerfbares Versäumnis wird darin gesehen, wenn der als Prozessvertreter tätig gewordene *gestor* nach seiner *condemnatio* eine mögliche Appellation unterlassen hat.[100]

28 Bei der Geschäftsführung sind die Interessen des Geschäftsherrn zu wahren. So muss der *gestor* bei der Vermögensverwaltung aus den liquiden Mitteln die Schulden des Geschäftsherrn befriedigen, wenn und insoweit es dessen Interessen am besten entspricht.[101] Für das zugunsten des Geschäftsherrn eingezogene Kapital (nach Abzug notwendiger Aufwendungen[102]) schuldet der Geschäftsführer die von ihm erwirtschafteten oder zu erwirtschaften verabsäumten Zinsen.[103]

29 Ist der als Vermögensverwalter agierende *gestor* bereits Schuldner des Geschäftsherrn, ist er verpflichtet, auch von sich selbst fällige Forderungen einzuziehen (*a semet ipso exigere*)[104] und nach Fälligkeit Zinsen zu bezahlen (selbst wenn seine ursprüngliche

[94] Zum Folgenden vgl. *Sachers*, SDHI 4 (1938) 319–337; *Seiler*, Tatbestand (1968) 13–16; *Finazzi*, Negotiorum gestio II.2 (2006) 25–145.

[95] Pomp. bei Paul. 9 ed. D. 3.5.14.

[96] Paul. 9 ed. D. 3.5.20 (*nova tamen inchoare necesse mihi non est, vetera explicare ac conservare necessarium est*).

[97] Dioc./Maxim. C. 2.18.20 pr. (a.294); Pap. 5 resp. D. 26.7.39.2; *Finazzi*, Negotiorum gestio II.2 (2006) 35 f.

[98] Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.14.

[99] Diese in Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.14 überlieferten Einschränkungen (vgl. auch Ulp. 36 ed. D. 27.5.1.9; Paul. 29 ed. D. 13.6.17.3) wurden allerdings von manchen für nachklassisch gehalten; vgl. *Sachers*, SDHI 4 (1938) 320 f.; *De Robertis*, Symb. Taubenschlag III 197 f.; *Seiler*, Tatbestand (1968) 15. Tatsächlich wird die Fortsetzungspflicht einzelfallbezogen entschieden, wobei die allfällige Verhinderung der Intervention eines Dritten sowie allgemein das hypothetische Verhalten eines *vir diligens* entgegen der älteren Auffassung sachliche Kriterien darstellen.

[100] *Nota* Ulpians zu Pap. 2 resp. D. 3.5.30.2; dazu *Santalucia*, BIDR 68 (1965) 104–106; *Litewski*, RIDA 13 (1966) 269; *Finazzi*, Negotiorum gestio II.2 (2006) 29 f. Beschränkt sich seine Intervention dagegen auf die Darlegung der Gründe der Abwesenheit des Beklagten, so trifft ihn keine Verpflichtung zur Appellation.

[101] Paul. 9 ed. D. 3.5.12.

[102] Pap. 2 resp. D. 3.5.30.3.

[103] Paul. 2 Ner. D. 3.5.18.4.

[104] Zu den einzelnen Komponenten dieser Verpflichtung ausführlich *Finazzi*, Negotiorum gestio II.2 (2006) 46–76.

Schuld gegenüber dem *dominus* unverzinst war[105]). War der *gestor* Pfandgläubiger des Geschäftsherrn, so hat er, wenn möglich, für die Bezahlung der Schuld und Rückgabe des Besitzpfandes zu sorgen.[106] Wer als Geschäftsführer eines Abwesenden irrtümlich eine Sache des Geschäftsherrn erwirbt und zu ersitzen beginnt, muss, wenn er davon Kenntnis erlangt, gegen sich selbst eine *rei vindicatio* durch einen Dritten veranlassen.[107]

30 Die Verpflichtung und Herausgabe des Erlangten ergibt sich i. d.R. aus der objektiven Fremdheit des *negotium*, gebührt daher auch bei einer *mala fide gestio*[108] und im Fall der irrtümlichen Eigengeschäftsführung eines fremden Geschäfts.[109] Im Rahmen des *bonae fidei iudicium* (→ § 78 Rn. 5) kann der *gestor* von einem dem *dominus* herauszugebenden Geldbetrag die ihm gebührenden Aufwendungen abziehen, ohne dass es für die Kompensation der Geltendmachung durch eine *exceptio* bedarf.[110]

31 Wird eine Sache des Geschäftsherrn für diesen erfolgreich vindiziert, so sind auch jene Früchte mitherauszugeben, die über das Gebührende hinaus erlangt wurden.[111] Wurde in Fremdgeschäftsführungsabsicht ein *indebitum* eingezogen, so ist dieses nur dann herauszugeben, wenn der *dominus* ratihabiert und damit das Geschäft zu seinem eigenen gemacht hat: Der Gläubiger, der die Einziehung nicht genehmigt, hat keine Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag gegen den *falsus procurator*.[112] Anderes gilt, wenn ursprünglich eine wirksame Ermächtigung zur Einziehung bestanden hatte, auf die der Schuldner vertraut hat; hier wirkt die Zahlung an den *falsus procurator* schuldbefreiend, ohne dass es der *ratihabitio* durch den Gläubiger bedarf und das Erlangte ist an den Geschäftsherrn herauszugeben.[113]

b. Haftung für Schäden

32 Nach heutigem Stand der Forschung hat das klassische römische Recht für die Haftung des Geschäftsführers keine starren Haftungsregeln gekannt, sondern eine flexible einzelfallbezogene Lösung im Rahmen des durch die *bona fides* bestimmten Rahmens praktiziert.[114] Als Regelfall dürfte dabei schon in der Frühklassik eine Haftung des *gestor*

---

[105] Tryph. 2 disp. D. 3.5.37.

[106] Scaev. 1 quaest. D. 3.5.34.1.

[107] Paul. 2 Ner. D. 3.5.18.3; dazu *Wacke*, FG Lübtow (1980) 269; *Finazzi*, Negotiorum gestio II.2 (2006) 85–87.

[108] Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.5.

[109] Afr. 8 quaest. D. 3.5.48.

[110] Vgl. Pap. 2 resp. D. 3.5.30.3.

[111] Ulp. 10 ed. D. 3.5.7.1.

[112] Paul. 8 Plaut. D. 46.3.62 (*sublata est negotiorum gestorum actio eo, quod ratum non habui*).

[113] Afr. 8 quaest. D. 12.1.41.

[114] Im Gesamtbild überzeugend *Seiler*, FS Kaser (1973) 195–208; zum älteren Meinungsstand vgl. *Sachers*, SDHI 4 (1938) 309–362 (313 f.); *Pflüger*, SZ 65 (1947) 182–187. *Finazzi*, Negotiorum gestio II.2 (2006) 185–354, postuliert dagegen jüngst ein unterschiedliches Haftungsregime für die prä-

für *dolus* und *culpa* gegolten haben.[115] Je nach den Umständen konnte es aber auch zu einer Haftungsverschärfung oder -milderung kommen. Führte der *gestor* etwa ein riskantes und für den *dominus* unübliches Geschäft, so wird von Proculus[116] eine erweiterte Haftung bejaht, sodass er auch für *casus* einstehen muss. In Fällen der Notgeschäftsführung haftet der Geschäftsführer dagegen bloß für *dolus*,[117] was von Ulpian als ein Gebot der *aequitas* gerechtfertigt wird.[118]

33 Der Geschäftsführer haftet auch für das Verhalten von Hilfspersonen, wenn der von ihm Beauftragte das Geschäft schlecht geführt hat und ihm bei der Auswahl ein Sorgfaltsverstoß vorzuwerfen ist (*quod imprudenter eum elegeris*).[119]

34 Die Haftung des *gestor* bei einem zum Nachteil des Geschäftsherrn geführten Geschäft (*male gestum*) ist ausgeschlossen, wenn es nachträglich vom *dominus negotii* genehmigt wurde, es sei denn, es lag *dolus* vor.[120] Die *ratihabitio* hat somit Auswirkungen auf die aus der *negotiorum gestio* resultierenden Ansprüche (macht diese aber nicht zum Mandat[121]).

2. *Actio negotiorum gestorum contraria* des Geschäftsführers

35 Dem *gestor* gebührt Aufwandersatz, sofern das Geschäft nützlich geführt (*utiliter gestum*) wurde.[122] Der Begriff der *utilitas* bei der *negotiorum gestio* wird von den römischen Juristen in einem weiten Sinn verwendet und bezieht sowohl die zur Verhinderung eines Schadens notwendigen Ausgaben[123] als auch sonstige bloß nützliche Aufwendungen mit ein.[124] Hinsichtlich der Kriterien für die Beurteilung der Nützlich-

---

torische Klage (i.d.R. *dolus*-Haftung) und das zivile *bonae fidei iudicium* (i.d.R. Haftung für *dolus* und *culpa*), wozu er (*Finazzi*, Negotiorum gestio II.2 [2006] 192–196) das „*interdum*" bei Labeo bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.9 für interpoliert erklären muss.

[115] Labeo bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.9; Proculus bei Pomp. 21 Q. Muc. D. 3.5.10.

[116] Proculus bei Pomp. 21 Q. Muc. D. 3.5.10.

[117] Labeo bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.9.

[118] Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.9.

[119] Paul 9 ed. D. 3.5.20.9; *Seiler*, Tatbestand (1968) 118.

[120] Scaev. 1 quaest. D. 3.5.8; dazu *Finazzi*, St. Talamanca III 253–317; *De Filippi*, Ratihabitio (2002) 44, 113, 118, 126, 154; *Kacprzak*, Ratihabitio (2002) 68–90, bes. 85–90; *Finazzi*, Negotiorum gestio II.1 (2003), 584–601 sowie II.2 (2006), 309–313.

[121] Pedius bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.11; Ant. C. 2.18.9 (a.217); Alex. C. 3.32.3 (a.222); *Isola*, TR 83 (2015) 124; teilweise aA *Deppenkemper*, Negotiorum gestio I (2014) 308–367, der eine Schulkontroverse annimmt; dazu nochmals *Isola*, Venire contra factum proprium (2017) 142 f. Fn. 419.

[122] *Seiler*, Tatbestand (1968) 51–61; *Ankum*, OIR 1 (1995) 19–53; *Chiusi*, FS Ress 1425–1436; *Finazzi*, Negotiorum gestio II.2 (2006) 145–181; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 71–155; *Deli*, Salus (2015) 88–116.

[123] Als notwendige Handlungen nennt Gai. 3 ed. D. 3.5.21 den Kauf von Lebensmittel für die Familie des *dominus*; aufgrund bestimmter Umstände kann aber auch der Kauf eines Grundstückes für einen Geschäftsherrn als notwendig erscheinen (vgl. Afr. 7 quaest. D. 3.5.45: *propter ea quae tibi necessaria esse scirem*).

[124] Paul. 5 resp. D. 19.2.55.1 (*aliquid necessario vel utiliter*). Im Zusammenhang mit der *actio rei*

keit werden von den klassischen Juristen z. T. divergierende Ansätze ins Spiel gebracht, wie insbesondere die bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1 überlieferte Diskussion belegt. Proculus[125] scheint davon auszugehen, dass die Nützlichkeit grundsätzlich nach generellen Gesichtspunkten (objektive *utilitas*) ermittelt wird; sollte aufgrund der individuellen Lage des Geschäftsherrn trotz objektiver Nützlichkeit der Ersatz der Aufwendungen belastend sein, verneint er aber den Aufwandersatzanspruch. Celsus will dagegen für die Frage der Nützlichkeit offenbar von vornherein auf die objektiv-individuelle Lage des Geschäftsherrn abstellen.[126]

36 Für den Aufwandersatz ist es erforderlich, dass die Nützlichkeit nicht nur abstrakt zu bejahen ist (indem z. B. eine fremde Schuld beglichen oder auf eine fremde Sache eine Aufwendung getätigt wurde), sondern es muss auch die konkrete Geschäftsführung für den Geschäftsherrn nützlich geführt worden sein.[127] Kein Aufwandersatzanspruch gebührt bei der Pflege eines für seinen Herrn nicht mehr nützlichen Sklaven.[128] Ersetzt werden aber nicht nur „notwendige", sondern auch bloß „zu billigende"[129] Aufwendungen; dabei wird die soziale und wirtschaftliche Stellung des Geschäftsherrn berücksichtigt.[130]

37 Nicht zu ersetzen sind nach Modestin Luxusaufwendungen (*voluptatis causa factos*), die ohne dringenden Grund (*nulla re urguente*) getätigt wurden.[131] Im Allgemeinen sind wertsteigernde Aufwendungen als für den Eigentümer nützlich anzusehen, ebenso Ausgaben, die (z. B. durch Befreiung von einer Schuld) zu einer Vermögenssteigerung beim *dominus negotii* geführt haben.

38 Zumindest bei Erfüllung dringender Angelegenheiten wie der Abwehr eines drohenden Schadens[132] genügt es, dass die Geschäftsführung *ex ante* als nützlich erscheint (*utiliter coeptum*); der Aufwandersatzanspruch des Geschäftsführers steht hier nach Labeo selbst dann zu, wenn der beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten ist (*sufficit, si*

---

uxoriae unterscheiden die römischen Juristen (Paul. 6 Plaut. D. 50.16.79 pr.,1) dagegen zwischen *impensae necessariae* (*quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit*), *impensae utiles* (*quae meliorem dotem faciant*) und *impensae voluptiariae* (*quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent*).

[125] Proculus bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1.

[126] Celsus bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 102–155.

[127] Cels. 38 dig. D. 17.1.50 pr.; Alex. C. 2.18.10 (a.222).

[128] Alex. C. 2.18.10 (a.222).

[129] Vgl. Pap. 2 resp. D. 3.5.30.7: *sumptus necessarios ac probabiles*; Alex. C. 2.18.1 (a.227): *utiliter et probabili more.*

[130] *Finazzi*, Negotiorum gestio II.2 (2006) 149, unter Hinweis auf Ulp. 4 op. D. 3.5.44 pr.

[131] Mod. 2 resp. D. 3.5.26 pr., wobei im konkreten Fall jemand großzügige Bauten (*ampla aedificia*) auf einem Grundstück errichtet, an dem ihm mit seinem minderjährigen Bruder Miteigentum zusteht, sodass die Entscheidung durch den Schutz des *minor* mitmotiviert sein könnte.

[132] Die Quellen legen nahe, dass das *utiliter coeptum*-Kriterium nur bei Fällen der Notgeschäftsführung zur Anwendung kam; vgl. Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1; Gai. 3 ed. D. 3.5.21; *Seiler*, Tatbestand (1968) 54–57; a. A. *Ankum*, OIR 1 (1995) 41–45, der dies für eine gaianische Sondermeinung hält; vgl. auch *Deppenkemper*, Negotiorum gestio (2014).

utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium[133]). Als unnütz geführt (*non utiliter gestum*) erscheint nach Celsus[134] in diesem Zusammenhang[135] ein Geschäft, das nicht notwendig war (*rem non necessariam*) oder[136] zwar notwendig erschien, aber den Geschäftsherrn belasten würde (*quae oneratura est patrem familias*). Letzteres liegt etwa vor, wenn (abstrakt gesehen) notwendige Aufwendungen auf eine Sache getätigt werden, die der Geschäftsherr bereits derelinquiert hat oder hinsichtlich er die Absicht hat, sie aufzugeben.[137]

Bei manchen Geschäftsführungen wird der für Aufwandersatzanspruch erforderliche Nutzen des Geschäftsherrn dagegen erst *ex post* beurteilt, so etwa wenn er sich nach der verschafften Bereicherung bemisst[138] oder von einer Approbierung[139] abhängt. **39**

Kein Anspruch gebührt dem Geschäftsführer nach überwiegender Juristenmeinung, wenn der *dominus* die Geschäftsführung verboten hatte; lediglich einzelne (ungenannt bleibende) Juristen scheinen hier einen Anspruch des Geschäftsführers im Hinblick auf seine Bereicherung (über eine *actio utilis*) anerkannt zu haben.[140] Umgekehrt gebührt auch bei fehlender Nützlichkeit Aufwandersatz, wenn der Geschäftsherr die *gestio* nachträglich genehmigt.[141] **40**

Der Geschäftsführer hat Anspruch auf Refundierung seiner Aufwendungen; zu ersetzen sind ihm nicht nur die Zinsen, die er selbst zur Aufbringung des für die Geschäftsführung erforderlichen Kapitals allenfalls bezahlen musste, sondern auch die Zinsen, die er aus eigenem aufgewendeten Kapital hätte ziehen können.[142] Ein durch- **41**

---

[133] Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1.

[134] Celsus bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1.

[135] Das schließt nicht aus, dass im Allgemeinen auch ein nicht notwendiges Geschäft nützlich sein kann, wenn es tatsächlich die Interessen des Geschäftsherrn fördert; vgl. *Ankum*, OIR 1 (1995) 33; *Chiusi*, FS Ress 1425–1436 (1433).

[136] Etwas anders *Ankum*, OIR 1 (1995) 28, 33, demzufolge Celsus die Nützlichkeit verneine, wenn eine nicht notwendige Aufwendung getätigt wurde, die darüberhinaus (*vel* im Sinne von „noch dazu“) den Eigentümer belasten würde; wie hier *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 131 f. mwN. Als „etwas wirklich Überflüssiges“ übersetzt *res non necessaria* hingegen *Mayer-Maly*, SZ 86 (1969) 430.

[137] Die von Proculus bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.9.1 ins Spiel gebrachten Varianten. Nach prokulianischer Auffassung (Proculus bei Paul. 54 ed. D. 41.7.2.1) bleibt der Eigentümer einer *res mancipi* auch nach Dereliktion zunächst noch *dominus*; dazu *Ankum*, SZ 103 (1986) 263–267, sowie *Ankum*, OIR 1 (1995) 30 Fn. 38.

[138] So insbesondere bei Geschäftsführungen für Unmündige: Iulian bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.2,13; Sev./Ant. C. 2.18.2 (a.197); Paul 1 sent. D. 3.5.36 pr.; auch der eigennützig handelnde Geschäftsführer erhält gemäss Ulp. 10 ed D. 3.5.5.5 nur Ersatz seiner Aufwendungen im Ausmaß der Bereicherung des Geschäftsherrn (zu Unrecht sieht *Schrage*, Lib. am. Krampe 313, darin eine Klage „nach dem Muster“ der *actio negotiorum gestorum*).

[139] Vgl. Scaev. 1 quaest. D. 3.5.8.

[140] Paul. 9 ed. D. 17.1.40; Iust. C. 2.18.24 pr.,1 (a.530).

[141] Vgl. Scaev. 1 quaest. D. 3.5.8.

[142] Paul 2. Ner. D. 3.5.18.4; nach Ulp. 10 ed. D. 22.1.37 kann der *gestor* die in der Region üblichen Zinsen beanspruchen; zur Zinszahlungspflicht beim *bonae fidei iudicium* siehe auch Ulp. 29 ed.

setzbarer Entlohnungsanspruch des Geschäftsführers bestand ebensowenig wie der Regel nach beim Mandat, freiwillige (aber sozial gebotene) Zuwendungen des Geschäftsherrn[143] und indirekte Gratifikation über „soziales Kapital" (Reputationsgewinn) können aber (neben den genannten Zinsgewinnen) als ökonomische Anreize für das Tätigwerden als *negotiorum gestor* gewirkt haben.[144] Auch im Konnex mit der Gestion erlittene Schäden könnte der Geschäftsführer (ähnlich wie bei den überlieferten Fällen der Risikohaftung des Mandanten[145]) im Einzelfall mit der *actio negotiorum gestorum* ersetzt erhalten haben.

V. Klagekonkurrenzen und Abgrenzungen

42 Nach dem Bericht bei Paul. 9 ed. D. 3.5.20 pr. hat Servius im „Lusitanerfall"[146] dafür entschieden, aus Billigkeitsgründen ein *iudicium* für den Ersatz des für einen Dritten gezahlten Lösegeldes zu geben. Bei dieser Klage hat es sich aber[147] vermutlich um eine vom Prätor gewährte („dekretale") *actio in factum* und keine *actio negotiorum gestorum* gehandelt.[148] Die sachliche Nähe zur *negotiorum gestio* ergibt sich wohl aus der zunächst gegeben gewesenen Gefahrengemeinschaft,[149] weshalb die Zahlung mit einem auch in fremdem Interesse erfolgten Geschäft vergleichbar erscheint.

43 Der Regress bei Kotutoren erfolgt (→ § 84 Rn. 111) entgegen der älteren Auffassung[150] nicht über eine *actio negotiorum gestorum utilis*, sondern über Klagenzession, sowie, wenn diese unterblieben war, nach einer seit Antoninus Pius[151] gewährten *actio tutelae utilis*.[152]

D. 15.3.10.5 und Alex. C. 4.32.13; Dioc./Maxim. C. 2.18.18 (a.293); dazu *Finazzi*, Negotiorum gestio II.2 (2006) 170–179 (der eine Zinszahlungspflicht bei der prätorischen Klage aber verneint).

[143] Diese sind insbesondere bei der *procuratio omnium bonorum* naheliegend; vgl. *Watson*, Mandate (1961) 38 f.; *Carlsen*, Vilici (1995) 159; *Cenderelli*, Iura 50 (1999) 248.

[144] Zur Ökonomie der *amicitia* im antiken Rom siehe *Verboven*, Economy (2002) bes. 227–274.

[145] Vgl. beim Mandat: Paul. 32 ed. D. 17.1.6.6,7; Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.1,3,5–7; bei der *societas*: Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.4; Pomp. 13 Sab. D. 17.2.60.1; Ulp. 31 ed. D. 17.2.61; s. dazu *Gröschler*, in: Harke, Africani quaestiones (2011) 17–36.

[146] Einer von drei, von den Lusitanern gefangenen Männern wurde unter der Bedingung freigelassen, das Lösegeld für alle drei zu holen, andernfalls die beiden anderen auch für ihn das Lösegeld zahlen müßten; als er nicht zurückkehrt, zahlen die beiden verbliebenen Gefangenen auch für den Dritten das Lösegeld, um frei zu kommen.

[147] Paulus beruft sich für den bei ihm (und dann auch in den justinianischen Digesten) im Zusammenhang mit der *negotiorum gestio* behandelten Fall auf eine Überlieferung des Servius-Schülers Alfen im 39. Buch der Digesten (deren palingenetischer Kontext ungewiß ist). Vgl. dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 80–86; *d'Ors*, AHDE 48 (1978) 270; *Ziegler*, FG Kaser 383 f.; *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 82–89.

[148] Daher kann aus der Stelle auch wenig für die frühe Geschichte der *negotiorum gestio* abgeleitet werden.

[149] *Ziegler*, FG Kaser 383 f. unter Hinweis auf Paul. 34 ed. D. 14.2.2.3.

[150] *Partsch*, SB Heidl. Akad. (1913) 42–72.

[151] Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.13; Ant. C. 5.58.2 (a.212).

1. *Actio negotiorum gestorum* und *actio mandati*

Besteht zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn ein wirksames[153] Mandat, so schließt dies *negotiorum gestio* aus.[154] Führt jemand im Auftrag eines anderen ein Geschäft eines Dritten (*mandatum aliena tantum gratia*), so besteht zwischen Beauftragtem und der Person, dessen Geschäft geführt wird, i. d.R.[155] keine *negotiorum gestio*.[156] Zwischen Auftraggeber und dem Drittem, dessen *negotium* geführt wird, kann Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen.[157] **44**

Wenn zugleich ein Geschäft des Auftraggebers und eines Dritten (*mandatum mea et aliena gratia*) vorliegt, kann der *gestor* aber für den Dritten hinsichtlich der Fremdkomponente des Dritten Geschäftsführer ohne Auftrag sein.[158] Führt ein jemand im Auftrag des Ehemanns dessen Geschäfte gemeinsam mit solchen der Ehefrau, ist der Geschäftsführer der Ehefrau gegenüber aus *negotiorum gestio* berechtigt und verpflichtet.[159] Hat sich jemand zunächst zu einer Geschäftsführung ohne Auftrag entschlossen und wird er später von einem Dritten dazu beauftragt, so halten Marcellus und Ulpian[160] sowohl eine Klage aus Auftrag, als auch aus *negotiorum gestio* für möglich. **45**

---

[152] *Seiler*, Tatbestand (1968) 175–207; *Valiño*, Actiones utiles (1974) 183–186; *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 146 Fn. 136.

[153] Anders aber, wenn eine Frau ein Mandat zur Eingehung einer Bürgschaft an einen Dritten erteilt hat und dieser aufgrund des SC Velleianum gegen sie nicht Regreß nehmen kann: Pap. 9 quaest. D. 16.1.7 (dazu *Medicus*, Senatus [1957] 127 f., 130 f.; *Seiler*, Tatbestand [1968] 126–128; *Finazzi*, Negotiorum gestio I [1999] 346–348).

[154] Gai 3 aur. D 44.7.5 pr.

[155] Anders aber Sev./Ant. C. 2.18.4 (a.201), wo eine Haftung eines vom Tutor einer Unmündigen beauftragten Geschäftsführers gegenüber der *pupilla* auf Grundlage einer *actio negotiorum gestorum* bejaht wird (eine *actio utilis* bejahen dagegen Basil. 17.2.4; dazu *Seiler*, Tatbestand [1968] 131–137; *Finazzi*, Negotiorum gestio I [1999] 365–372). Hier dürfte die Schutzbedürftigkeit des Mündels (im Fall einer Nichtdurchsetzbarkeit der Haftung des Tutors) den Ausschlag gegeben haben (*Finazzi*, Negotiorum gestio I [1999] 370); *Seiler*, Tatbestand [1968] 137 sieht dies als eine „exzeptionelle klassische Billigkeitslösung".

[156] Iav. 8 Cass. D. 3.5.27; Paul. 9 ed. D. 3.5.20.3; Paul. 32 ed. D. 3.5.41; Paul. 32 ed. D. 17.1.22.10. Bei Bürgschaft für einen Hauptschuldner im Auftrag eines Dritten besteht zwischen Bürgen und Hauptschuldner keine *negotiorum gestio*: Pap. 9 quaest. D. 17.1.53 (dazu mwN *Seiler*, Tatbestand [1968] 116–122).

[157] Paul. 32 ed. D. 17.1.22.10; weiss der Auftraggeber nichts von der teilweisen Fremdheit des Geschäfts, dann gibt es statt der *actio negotiorum gestorum* bloß eine *actio in factum*.

[158] Zugunsten des Dritten liegt hier nach Labeo bei Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.6 *negotiorum gestio* vor, wenn der *gestor* Kenntnis der Fremdkomponente hatte. Ähnlich (aber ohne *scientia* vorauszusetzen) Trebatius, Ofilius und Labeo bei Paul. 32 ed. D. 17.1.22.10, wohingegen Paulus ebenda vertritt, dass der im Rahmen des Auftrags Handelnde nicht zugleich Geschäftsführer ohne Auftrag für einen anderen sein könne.

[159] Alex. C. 2.18.14 (a.234); dazu *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 372–374.

[160] Ulp. 10 ed D. 3.5.3.11; dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 125 f.; *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 344–346.

2. *Actio negotiorum gestorum* und Teilungsklagen

46 Tätigt ein Miteigentümer bzw. Miterbe ohne Absprache mit den anderen Aufwendungen auf die gemeinsame Sache, so kann darin in dem über seine eigenen Anteil hinausgehenden Impensen im Rahmen der Klagen aus dem Gemeinschaftsverhältnis (*actio communi dividundo*, *actio familiae erciscundae*) ersetzt verlangen (→ § 67 Rn. 8–22), sofern diese aus Gemeinschaftssicht erforderlich waren, da die Handlung notwendigerweise für die Gemeinschaft erfolgen musste; bei bloßem nützlichem Mitverfolgen der Interessen der anderen zu deren Nutzen erfolgt ein Ausgleich über die *actio negotiorum gestorum contraria*.[161]

47 In manchen Fällen scheint ein Impensenersatz für notwendige Aufwendungen auch alternativ zu den Teilungsklagen über die *actio negotiorum gestorum* bejaht zu werden.[162]

3. *Actio negotiorum gestorum* und Bereicherung

48 Bereits in der Hochklassik finden sich einige Fälle, in denen die *actio negotiorum gestorum contraria* dazu verwendet wird, eine durch Aufwendungen einer Person, die ohne Fremdgeschäftsführungswillen handelte, im Vermögen eines anderen bewirkte Bereicherung abzuschöpfen.[163] Dies gilt nach Ulp. 10 ed. D. 3.5.5 selbst für den Fall, dass jemand aus Eigeninteresse (*sui lucri causa* und nicht *contemplatione domini*) fremde Geschäfte geführt hat[164] und dabei Aufwendungen auf fremde Sachen getätigt hat: Hier sollen zwar nicht die Aufwendungen als solche, wohl aber die beim Eigentümer der Sachen bewirkte Bereicherung mit der *actio negotiorum gestorum contraria* herausverlangt werden können.

---

[161] Paul. 23 ed. D. 10.2.25.15; Paul. 10 Sab. D. 3.5.39; Papinian bei Ulp. 19 ed. D. 10.3.6.2; *Rabel*, St. Bonfante IV 287; *Seiler*, Tatbestand (1968) 297–313 (303).

[162] Pap. 2 resp. D. 3.5.30.7 (zur Ersetzbarkeit auch notwendiger Aufwendungen eines Miteigentümers mittels *actio negotiorum gestorum*, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 307–309); Sev./Ant. C. 2.18.3 (a.199) (Pfandeinlösung durch Miterben mit Konkurrenz von *actio familiae erciscundae* und *actio negotiorum gestorum*, dazu *Finazzi*, Negotiorum gestio I [1999] 407); Diocl./Max. C. 3.36.18.1 (a.293) bejaht ganz allgemein die Zuständigkeit von *actio familiae erciscundae* und *negotiorum gestorum* bei Ausgaben eines Miterben.

[163] Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.5; Afr. 8 quaest. 3.5.48; vgl. dazu etwa *Harke*, Geschäftsführung (2007) 13–44; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 574–646. In der mittelalterlichen Rechtswissenschaft werden diese Quellen – insbesondere von Martinus Gosia – als Basis dafür verwendet, die *actio negotiorum gestorum* (*utilis*) als allgemeine Bereicherungsklage zu verwenden; siehe dazu *Dawson*, Enrichment (1951) bes. 64–77; *Schrage*, RIDA 36 (1989) 401–420; *Hallebeek*, in: Schrage, Enrichment (1999) 59–120.

[164] Gegenteilig wohl aber Labeo in Ulp. 10 ed. D. 3.5.5, der das Vorliegen einer *negotiorum gestio* bei Handeln aus reinem Eigeninteresse verneint (a.A. *Harke*, Geschäftsführung [2007] 30 und *Deppenkemper*, Negotiorum gestio I [2014] 383 f.; zu den Nachweisen der hier vertretenen Auffassung siehe *Deppenkemper*, Negotiorum gestio I [2014] 384–386 Fn. 1960).

Wird eine fremde Pflicht irrtümlich als eigene erfüllt, so steht dem irrtümlichen Fremdgeschäftsführer grundsätzlich eine *condictio* zu; wird aber durch die Führung des objektiv fremden Geschäfts der wahre Schuldner befreit und eine nicht kondizierbare Vermögensverschiebung bewirkt (*in casu*: Der sich irrtümlich für den Erben haltende Eigentümer hat eigene Sache, die als Damnationslegat vermacht waren, an die Legatare geleistet und damit den wahren Erben befreit), so bejaht Afr. 8 quaest. D. 3.5.48 (49) eine *actio negotiorum gestorum contraria*. 49

Unter Umständen kann aber auch die *actio negoriorum gestio directa* zur Abschöpfung einer unberechtigten Vermögensverschiebung herangezogen werden. Hat der verkaufte Sklave dem Verkäufer eine Sache entwendet und der (gutgläubige) Käufer diese weiterveräußert, so bejaht Afr. 8 quaest. D. 3.5.48 (49) eine Klage des Verkäufers gegen den Käufer aus *negotiorum gestio* auf Herausgabe des Erlöses der entwendeten Sache, wenn diese in der Folge untergegangen ist.[165] 50

VI. Justinianisches Recht

Entgegen der in der Hochblüte der „Interpolationenjagd“ angenommen fundamentalen Änderungen der Regelung im justinianischen Recht, geht die neuere Forschung davon aus, dass die Kompilatoren im wesentlichen klassische Elemente der *negotiorum gestio* fortgeführt und diese z. T. akzentuiert haben.[166] So wird im Anschluss an Ansätze bei Gaius die *negotiorum gestio* als *obligatio quasi ex contractu* eingeordnet.[167] Als Modellfall wird in den Inst. die spontane Fremdgeschäftsführung für einen Abwesenden hervorgehoben.[168] 51

Die Klage bei der Kuratel wird von Justinian als *actio negotiorum gestorum utilis*[169] bezeichnet, was darauf hindeutet, dass nun die Fälle der Geschäftsführung, bei denen eine rechtliche Verpflichtung des *gestor* besteht, nicht mehr als reguläre *negotiorum gestio* qualifiziert werden.[170] 52

In der Streitfrage der Geschäftsführung gegen den erklärten Willen des Geschäftsherrn lehnt Justinian sowohl die *actio negotiorum gestorum*, als auch eine *actio utilis* ab, erlaubt aber einen Regress über eine Klageabtretung (sog. *beneficium cedendarum actionum*).[171] 53

[165] Für eine *condictio* auf den Kaufpreis, den ein gutgläubiger Besitzer aus einer fremden Sache erlangt hat, hingegen Julian bei Afr. 2 quaest. D. 12.1.23.

[166] *Seiler*, Tatbestand (1968) 332 f.; für eine ausführlichere Behandlung der byzantinischen Quellen siehe nun die sorgfältigen Untersuchungen Finazzis (*Finazzi*, Negotiorum gestio I [1999], Negotiorum gestio II.1 (2003) und Negotiorum gestio II.2 [2006]) im jeweiligen Sachzusammenhang.

[167] Inst. 3.27 pr.

[168] Inst. 3.27.1.

[169] Iust. C. 5.37.26.1 (a.531), dazu *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 330 f.; vgl. auch die Digestentitel 27.3 (*utilis curationis causa actio*) und 27.4 (*actio utilis*).

[170] *Finazzi*, Negotiorum gestio I (1999) 293, 431 f.

[171] Novell. Iust. 4.1 (a.535).

§ 84 Klage aus Vormundschaft (*actio tutelae*)

Ulrike Babusiaux

Solazzi, La minore età nel diritto romano, 1913; *Taubenschlag*, Vormundschaftsrechtliche Studien. Beiträge zur Geschichte des römischen und griechischen Vormundschaftsrechts, 1913; *Lenel*, Die cura minorum der klassischen Zeit, SZ 35 (1914) 129–213; *Solazzi*, Istituti tutelari (Anno accademico 1928–29), 1929; *Sachers*, s. v. Tutela, in: Paulys Realenzyklopädie der class. Altertumswissenschaft, neue Bearbeitung von G. Wissowa, K. Mittelhaus, K. Ziegler, VII.A2, 1948, 1497–1599; *De Robertis*, La responsabilità del tutore nel diritto romano, 1960; *Seiler*, Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht, 1968; *Voci*, La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini. Contributo allo studio della mutua garanzia, Iura 21 (1970) 71–154; *Nörr,* Zur condemnatio cum taxatione, SZ 112 (1996) 51–90; *Nörr,* Prozessuales aus dem Babatha-Archiv, in: Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de André Magdelain, 1998, 316–341; *Spina*, I volti della fides e la tutela impuberum. Dal tutor suspectus al falsus tutor, 2018.

Inhalt Rn.

I. Allgemeines zur *actio tutelae* 1
1. Testamentarische, gesetzliche und magistratische Vormundschaft 2
2. Antragsberechtigte und Antragsverpflichtete der magistratischen *tutela* 4
3. Sicherheitsbestellung und Haftung der Magistrate bei der *tutela dativa* 11
4. Vom *honor* zum *munus* 13
5. Die ediktalen Regelungen zur Vormundschaft 16
II. Zur Klageformel der *actio tutelae* 18
1. Zum Aufbau der Formel 20
2. Zum Verfahren aus der Klageformel 28
a. Beendigung der Vormundschaft 28
b. *Remotio* des Tutors aufgrund der *accusatio suspecti tutoris* 30
c. Erhebung der Klage durch Dritte (Vormund, Mutter, Pfleger) 35
d. Quasi-Tutel (*actio protutelae*), *actio tutelae utilis* 37
3. Zum Prozessprogramm 41
III. Führung der Vormundschaft (*demonstratio*) 44
1. Übernahme der Vormundschaft 48
2. Sicherheitsleistung des Vormunds (*cautio rem pupilli salvam fore*) 52
3. Kautionszwang 58
IV. Verpflichtungen des Tutors *ex fide bona (intentio)* 64
1. Vertretung des Mündels 65

a. *Auctoritas* des Vormunds für rechtlich nachteilige Geschäfte 66
b. Wirksamkeit von Geschäften ohne *auctoritas* nach dem *rescriptum divi Pii* 72
2. Vermögensverwaltung 76
a. Hinterlegung von Geld 79
b. Verbot der Veräußerung von Mündelgrundstücken (*oratio Severi*) 81
c. Verzinsung von Mündelgeld 85
d. Ordnungsgemäße Wirtschaft 89
e. Rechnungslegung 98
3. Haftung des Tutors 103
4. Haftung mehrerer Tutoren 109
a. Grundsatz der solidarischen Mithaftung 110
b. Haftungsbeschränkung bei geteilter Verwaltung 113
c. Haftung für Zahlungsunfähigkeit 118
5. Haftung der Quasi-Tutoren und Erben des Vormunds 121
6. Gegenrechte des Tutors im *iudicium contrarium* 125
a. Abzugsfähigkeit von Unterhaltszahlungen und Ausbildungskosten 126
b. Anrechnung von Bereicherungen des Mündels und Abzug von Schäden des Vormunds 128
c. Prozessuale Voraussetzungen des *iudicium contrarium* 131
V. Die Klagen aufgrund Kuratel 134
1. *Cura furiosi* und *prodigi* 135
2. *Cura minoris* 140
VI. Entwicklungen zwischen Diokletian und Justinian 148

I. Allgemeines zur *actio tutelae*

Die *actio tutelae* ist die seit der Republik[1] belegte Klage zur Abwicklung der Altersvormundschaft (*tutela impuberum*).[2] Sie bildet den Prototyp der Geschäftsführungsklage und erlaubt daher Einblick in die römische Vorstellung einer ordnungsgemäßen Vermögensverwaltung (→ Rn. 77–79). Die Sanktion des treulosen Tutors erfolgte ursprünglich außerrechtlich durch zensorische *nota*[3] sowie durch Strafklagen, die im Recht der Kaiserzeit neben der *actio tutelae* fortbestehen (→ Rn. 14–15). **1**

1. Testamentarische, gesetzliche und magistratische Vormundschaft

Die Vormundschaft ist als Ersatz für das väterliche Gewaltverhältnis konzipiert. So bestellt der Vater in seinem Testament für den Fall seines Ablebens seinen unmündigen **2**

[1] *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 1565.
[2] Die *tutela mulierum* ist hingegen eine bloße Beistandschaft und erfordert daher keine Rückabwicklung mit Blick auf das Vermögen.
[3] *Nörr*, SZ 118 (2001) 23 f.

Kinder einen Tutor (*tutela testamentaria*).[4] Fehlt eine testamentarische Anordnung oder ist sie unwirksam,[5] wird der gradnächste Agnat Tutor der unmündigen Gewaltfreien (*tutela legitima*).[6] Bereits im 2. Jh. v. Chr. sah die *lex Atilia* für Rom, die *lex Iulia et Titia* für die Provinzen auch die Vormundbestellung durch einen Magistraten vor (*tutela dativa*).[7] Aufgrund dieser Gesetze konnten der *praetor urbanus* und die *tribuni plebis* die Vormundschaft in Rom verleihen, die Provinzstatthalter in den Provinzen.[8]

3 Die gesetzlich angeordnete magistratische Vormundschaft wurde durch die in der Kaiserzeit einsetzende Praxis der Konsuln,[9] aufgrund ihrer amtlichen Prüfung (*inquisitio*) Unmündigen Vormünder zu bestellen, entbehrlich;[10] spätestens zur Zeit Marc Aurels gibt es einen eigenen *praetor tutelarius*,[11] der als kaiserlicher Beamter Tutoren im Rahmen seiner *cognitio* ernennt. Wie bei den Fideikommissen ist davon auszugehen, dass diese Praxis bis auf den Beginn der Kaiserzeit zurückreicht.[12]

2. Antragsberechtigte und Antragsverpflichtete der magistratischen *tutela*

4 Grundsätzlich kann nur ein Vater einen Vormund für seine unmündigen Kinder bestimmen (→ § 31 Rn. 22–29); in der hohen Prinzipatszeit erkennen Konstitutionen jedoch die testamentarische Einsetzung eines Vormunds durch die Mutter insoweit an, als der von ihr ausgewählte Vormund von einem Magistraten bestätigt werden kann,[13] wenn sie das Kind gleichzeitig zum Erben einsetzt.[14] Eine magistratische Ratifikation kann auch für die Vormünder erteilt werden, die durch andere Personen, die nicht die Gewalt über die Kinder ausüben, wie etwa der Onkel,[15] eingesetzt wurden. Sie wird auch auf die formell unwirksame Tutoreneinsetzungen des Vaters in Kodizillen[16] erstreckt.

---

[4] Vgl. nur Inst. 1.14 pr.–5 (→ § 31 Rn. 22–29).

[5] Vgl. *Nörr*, SZ 118 (2001) 34 f. (mit Hinweisen zu Fehlern im väterlichen Testament).

[6] Vgl. nur Inst. 1.15 pr.–3 (→ § 31 Rn. 17–21). Zur Vormundschaft des Patrons (und dessen männlicher Nachkommen) über einen unmündigen Freigelassen (→ § 37 Rn. 10).

[7] Vgl. Ulp. reg. 11.18, dazu *Melillo*, St. Talamanca V 358–361; Gai. 1.185, dazu *Elia*, QC 7.14 (1985) 358–361; und Inst. 1.20 pr.–7 (→ § 31 Rn. 30–38). Zur Neulesung der *lex Iulia et Titia*, vgl. *Grelle*, SDHI 72 (2006) 64–67; zu Fehlern bei der Bestellung, vgl. *Pellecchi*, Scr. Corbino V 344 f.

[8] Inst. 1.20 pr.

[9] Suet. Claud. 23.2, dazu *Nörr*, SZ 118 (2001) 25 und 32 f.; *Melillo*, St. Talamanca V 361.

[10] Inst. 1.20.3 *Sed ex his legibus pupillis tutores desierunt dari* (…).

[11] Paul. off. praet. tut. sing. Frg. Vat. 244; vgl. auch Hist. Aug. Aur. 10.11, dazu *Melillo*, St. Talamanca V, 366–368.

[12] Zur Ähnlichkeit zwischen *tutela* und *fideicommissa*, vgl. auch *Peachin*, in: Eich/Wojciech, Verwaltung (2018) 88 f.

[13] Mod. 6 excus. D. 26.3.1.1; Ner. 3 reg. D. 26.3.2 pr.; zu beiden *Venturini*, Labeo 45 (1999) 121 f.; ferner *Melillo*, St. Talamanca V 363; für die Pflegschaft, vgl. Ner. 3 reg. D. 26.3.2.1.

[14] Mod. 7 diff. D. 26.2.4; Alex. C. 5.28.4 (a.224), dazu *Desanti*, De confirmando (1995) 44–54.

[15] Pap. 11 quaest. D. 26.3.5, dazu *Gómez-Iglesias*, SDHI 58 (1992) 80 f.

[16] Gai. 2.189; Frg. Vat. 159, dazu *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 1511.

Der unter Diocletian schreibende Hermogenian[17] fasst die Voraussetzungen der wirksamen Tutorenbestellung durch einen Magistraten wie folgt zusammen: 1) Fähigkeit, einen Vormund zu bestellen; 2) Bedürftigkeit des Mündels; 3) Fähigkeit des Bestellten, Vormund zu sein; 4) Erlass eines *decretum pro tribunali.* **5**

Fähig zur Vormundsbestellung sind Prokonsuln, Statthalter und Präfekten;[18] später sind Legate des Prokonsuls[19] sowie die Munizipalmagistrate zur Vormundschaftsbestellung berufen,[20] wobei sich ihre Kompetenz jeweils auf die Angehörigen des Verwaltungsbereichs bezieht, für den sie eingesetzt sind.[21] Ernannt werden können nur dritte Personen;[22] der Magistrat kann sich nicht selbst zum Vormund berufen; er haftet aber unter Umständen für die fehlerhafte Bestellung oder für Fehler des von ihm berufenen Vormunds (→ Rn. 11 f.). **6**

Die Bestellung ist unwirksam, wenn das Mündel schon einen Vormund hat.[23] Das Antragsrecht für die Bestellung eines Vormunds steht nach den Juristenschriften[24] sowohl Blutsverwandten[25] als auch Verschwägerten, zudem Freunden der Familie und Erziehern[26] zu. Eventuell kann das Mündel auch selbst einen Vormund verlangen.[27] **7**

Mütter sind gehalten, einen Vormund für ihre unmündigen vaterlosen Kinder zu beantragen;[28] die Nichteinhaltung dieser Obliegenheit führt zum Verlust ihres gesetzlichen Erbrechts (nach dem *SC Orphitianum*).[29] **8**

Gleichfalls müssen Freigelassene für die Kinder des Patrons einen Vormund beantragen und werden bestraft, wenn sie dies unterlassen.[30] Einen Pfleger (*curator*) kann ein Mündiger unter 25 Jahren auch selbst beantragen.[31] **9**

---

[17] Hermog. 2 iur. epit. D. 26.3.7.1, dazu *Melillo*, St. Talamanca V 380–382.

[18] Ulp. 39 Sab. D. 26.5.1 pr. –2, Schol. Sinait. 19.52, zu beiden *Nörr*, SZ 118 (2001) 29 f.

[19] Ulp. 39 Sab. D. 26.5.1.1.

[20] Ulp. 36 ed. D. 26.5.3; vgl. auch lex Salp. XXIX und lex Irn. XXIX, dazu *Elia*, QC 7.14 (1985) 368–370; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 284 f.; *Grelle*, SDHI 72 (2006) 72–76.

[21] Ulp. 39 Sab. D. 26.5.1.2; Ulp. 36 ed. D. 26.5.3, Diocl./Max. C. 5.34.5 (a.293); *Nörr*, SZ 118 (2001) 27 f.

[22] Ulp. 9 l. Iul. Pap. D. 26.5.4 *Praetor ipse se tutorem dare non potest…*

[23] Marcian 5 reg. D. 26.5.10.

[24] *Nörr*, SZ 118 (2001) 35 leitet dies aus Schol. Sinait. 20.54 ab.

[25] Ein Beispiel für den Antrag eines Verwandten in P.Harr. I 68 = FIRA III 28, dazu *Elia*, QC 7.14 (1985) 379 f.

[26] Mod. 1 excus. D. 26.6.2 pr.; Grundlage ist eine *lex Iulia et Titia*, dazu *Nörr*, SZ 118 (2001) 2–9.

[27] Schol. Sinait. 20.54, dazu *Nörr*, SZ 118 (2001) 35–37; alle Details bei *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 1518–1520.

[28] Ein Beispiel in BGU IV 1070 = Mitt.Chr. 323 (a.218), dazu *Elia*, QC 7.14 (1985) 376 f.

[29] Mod. 1 excus. D. 26.6.2.1; Grundlage ist eine *epistula* des Septimius Severus, vgl. Mod. 1 excus. D. 26.6.2.2; die Sanktion trifft nicht die Mutter, die es unterlässt, einen Tutor wegen Vertrauensunwürdigkeit anzuklagen, vgl. Tryph. 13 disp. D. 26.6.4.4; zur faktischen Hinderung, vgl. Diocl./Max. C. 5.31.8 (a.291).

[30] Mod. 1 excus. D. 26.6.2.1.

[31] Mod. 1 excus. D. 26.6.2.4.

10 Nach einem Senatsbeschluss unter Mark Aurel darf einem freigelassenen Mündel grundsätzlich kein freigeborener Vormund erteilt werden.[32] Eine Konstitution des Septimius Severus präzisiert, dass die gegen diese Vorgabe erteilte Vormundschaft dennoch wirksam ist, wenn der Vormund seinen Entschuldigungsgrund (*excusatio)* nicht fristgerecht geltend gemacht hat.[33]

3. Sicherheitsbestellung und Haftung der Magistrate bei der *tutela dativa*

11 Vor allem im Rahmen der magistratischen Vormundschaft wird häufig eine Kautionsleistung zur Sicherung des Mündelvermögens angeordnet.[34] Da die Vormundschaft auch gegen den Willen des Vormunds angeordnet werden kann,[35] wird gleichzeitig die Möglichkeit eröffnet, die Übernahme der Vormundschaft bei Vorliegen von besonderen Gründen abzulehnen.[36]

12 In der hohen Kaiserzeit und bei Justinian kann der Vormund auch von Munizipalmagistraten (→ Rn. 6) ernannt werden.[37] Im Gegensatz zu den höheren Beamten kommt diesen nicht volle Ermessensfreiheit zu;[38] vor allem haften sie subsidiär für die Geschäftsführung des von ihnen ernannten Vormunds.[39] So kann seit einem Senatsbeschluss unter Trajan[40] der Munizipalmagistrat, der einen Vormund ohne vorherige Sicherheitsleistung bestellt hat, selbst für die Vormundschaft in Haftung genommen werden.[41] Sind mehrere Magistrate beteiligt,[42] haften sie untereinander wie mehrere Tutoren (→ Rn. 110–121).

---

[32] Dies gilt auch dann, wenn der Freigelassene das „Vorrecht des goldenen Rings“ als Zeichen erhalten hat, vgl. Mod. 5 excus. D. 27.1.14.2. Zum *anulus aureus*, vgl. *Spalthoff*, Ritterstand (2010) 19–27 mwN.

[33] Mod. 1 excus. D. 27.1.1.4.

[34] *Gómez-Iglesias*, SDHI 58 (1992) 43–45.

[35] Inst. 1.20.3, dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 17–21.

[36] Zum Recht der *excusationes*, vgl. Ulp. off. praet. tut. sing Frg. Vat. 253; Call. 4 cogn. D. 27.1.17; Gai. 1.182; Ulp. reg. 11.23; Ulp. 37 Sab. D. 26.2.11, zu allen *Nörr*, SZ 118 (2001) 25 Fn. 128 mwN. Eine Übersicht in Inst. 1.25 pr.–20 (→ § 31 Rn. 39–51).

[37] Inst. 1.20.4; Paul. 16 Plaut. D. 26.5.19; Ulp. 13 Sab. D. 38.17.2.23, zu beiden *Elia*, QC 7.14 (1985) 367 f.; *Grelle*, SDHI 72 (2006) 83–85.

[38] Vgl. Reskript der *divi fratres* in Paul. 9 resp. D. 26.5.24 und Ulp. 36 ed. D. 27.8.1.10, dazu *Elia*, QC 7.14 (1985) 361–363, die auch die kompetenzielle Grenze hinsichtlich dem Umfang des Mündelvermögens betont; zur Kautionspflicht, vgl. Ulp. 36 ed. D. 27.8.1.11, dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 84; *Gómez-Iglesias*, SDHI 58 (1992) 81 f.; *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 19–21; 124–129.

[39] Vgl. Ulp. 36 ed. D. 27.8.1 pr.; *Grelle*, SDHI 72 (2006) 80 f.; *Gómez-Iglesias*, SDHI 58 (1992) 66 f.; *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 1514 vermutet eine Delegation der *datio tutoris;* ähnlich *Elia*, QC 7. 14 (1985) 363 (Haftung für Ungeeignetheit und fehlende Kaution);

[40] Vgl. Ulp. omn. trib. D. 27.8.2; Diocl./Max. C. 5.75.5 (a.294), dazu *Nörr*, SZ 118 (2001) 26.

[41] Vgl. Pap. 11 quaest. D. 26.3.5; Paul. 2 decr. D. 26.7.53, dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 62 f.; *Elia*, QC 7.14 (1985) 355–390; Pap. 2 quaest. D. 50.1.11 pr.–1/13, dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 83–86; *Voci*, Iura 21 (1970) 126–130; zuletzt *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 24–29.

[42] Vgl. Cels. 11 dig. D. 27.8.7; *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 124–161; vgl. auch Valentin./Theodos./Arcad. C. 5.33.1.5 (a.389), dazu *Melillo*, St. Talamanca V 382–385.

4. Vom *honor* zum *munus*

Die in der Kaiserzeit ausgebaute magistratische Vormundschaft (→ Rn. 3) hat sich vom ursprünglich sittlichen Ehrenamt (*honor*) entfernt[43] und aufgrund des Zwangs zur Übernahme (→ Rn. 11) einer öffentlichen Last (*munus*)[44] angenähert. Hierzu gehört, dass kaiserliche Konstitutionen zunehmend detaillierte Anforderungen formulieren, wie das Mündelvermögen zu verwalten ist (→ Rn. 82–85). **13**

Die bereits für die Republik überlieferten strafrechtlichen Spezialklagen (*accusatio suspecti tutoris*, *actio rationibus distrahendis*) zeigen, dass die Vormundschaft bereits zu dieser Zeit kein rein privatrechtliches Institut war, sondern schon zuvor ein öffentliches Interesse am Schutz der Mündel bestand.[45] **14**

Die bis auf die Zeit der XII–Tafeln-Gesetzes zurückreichende strafrechtlichen Schutzvorschriften zugunsten des Mündels werden von den kaiserzeitlichen Juristen auch zur Bestimmung der aus der *actio tutelae* fließenden Pflichten des Vormunds verwendet. Anlass hierzu gibt die Zusammenführung der vormundschaftlichen Rechtsbehelfe unter einem einheitlichen Ediktstitel *de tutelis*.[46] **15**

5. Die ediktalen Regelungen zur Vormundschaft

Im Abschnitt *de tutelis* des *edictum perpetuum* finden sich das Edikt über die Sicherheitsleistung des Tutors,[47] das Edikt zur Klage gegen den *falsus tutor*,[48] das Edikt zur *accusatio suspecti tutorum*;[49] weiter die Formel der *actio tutelae*,[50] die Formel der *actio rationibus distrahendis*,[51] die Formel der Klage gegen den Protutor[52] sowie die Formel der (subsidiären) Klage gegen ernennende Magistraten.[53] **16**

Trotz der in der Kaiserzeit zunehmenden Austauschbarkeit von Pflegschaft (*cura*) und Vormundschaft (*tutela*) (→ § 31 Rn. 99–105), steht gegen den *curator* nur die *actio* **17**

---

[43] Zum *honor*, Tutor zu sein, vgl. Cic. Sest. 111; Cluent. 41, dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 1–12; *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 1500.

[44] Pap. 1 resp. D. 50.8.4 (zu *curatores*); Ulp. 5 off. procons. D. 50.6.4, dazu Vgl. *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.2A 1500 f. *Nörr*, SZ 118 (2001) 25; zur Entwicklung der *tutela*, vgl. zuletzt *Chevreau*, Fundamina 20.1 (2014) 139–149.

[45] Ulp. 35 ed. D. 26.10.1.2, dazu *Spina*, Tutela impuberum (2018) 74 f.

[46] *Lenel*, EP 314 f., der beobachtet: „Der Titel *de tutelis* scheint (…) durch allgemeine Erörterungen eingeleitet worden zu sein, die sich nicht an bestimmte Ediktsstücke anlehnten; sie behandelten hier vielmehr gewisse Abschnitte des Vormundschaftsrechts systematisch (…)."

[47] *Lenel*, EP § 121, 316 f. *de administratione tutorum*.; weitergehend *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 24–26, der eine Entwicklungshypothese formuliert.

[48] *Lenel*, EP § 122, 317 *si quis, cum tutor non esset, in contrahendo auctor factus erit*

[49] *Lenel*, EP § 123, 318 *de suspectis tutoribus*

[50] *Lenel*, EP § 124, 318–320 *arbitrium tutelae*.

[51] *Lenel*, EP § 125, 320.

[52] *Lenel*, EP § 126, 321 *de eo qui pro tutore negotia gessit*.

[53] *Lenel*, EP § 127, 321 f. *de magistratibus conveniendis*.

negotiorum gestorum, nicht aber die *actio tutelae* zu.[54] Auch die *actio protutelae* wird nicht gegen den Pfleger erteilt, selbst wenn sich dieser als Quasi-Vormund geriert hat.[55] Entsprechend haften auch die vom *curator* beauftragten Unterpfleger nur mit der *actio negotiorum gestorum utilis*.[56] Die *curatores* können sich allerdings ihrerseits auch auf das *iudicium contrarium* der *actio tutelae* berufen (→ Rn. 140).

II. Zur Klageformel der *actio tutelae*

18 Die *actio tutelae* gehört zu den *bonae fidei iudicia*[57] und teilt die allgemeinen Eigenschaften dieser Klageart (→ § 78). Sie steht – wie die Funde aus dem Babatha-Archiv belegen – auch Peregrinen offen und kann daher als Teil des *ius gentium* bezeichnet werden.[58]

19 Die *actio tutelae (directa)* ist die Klage des (früheren) Mündels gegen den (früheren) Vormund auf Herausgabe aller aus der Vormundschaft erlangten Vorteile sowie (ggfls.) auf Schadenersatz. Die Gegenklage, *actio tutelae (contraria)*, stellt hingegen die Klage des Vormunds gegen das Mündel dar; sie ist darauf gerichtet, die Nachteile und Aufwendungen des Tutors zu ersetzen. Verrechnung (*compensatio*) der gegenseitigen Forderungen ist – wie bei allen *bonae fidei iudicia* (→ § 78 Rn. 5) aufgrund richterlichen Ermessens möglich.

1. Zum Aufbau der Formel

20 Die im Edikt des Prätors wie des Statthalters[59] proponierte Klageformel der *actio tutelae* kann aus den justinianischen Rechtsquellen rekonstruiert werden und ist durch P.Yadin I 28–30 auch dokumentarisch überliefert.[60] Beide Formeln stimmen in der Fassung des Prozessprogramms überein.

21 Die Formel der *actio directa* lautet:

Quod Numerius Negidius Auli Agerii tutelam gessit, qua de re agitur,[61] *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito.*[62]

---

[54] Pomp. 5 Sab. D. 27.3.3; diese kann auch während des Bestehens der cura erhoben werden, vgl. Paul. 8 Sab. D. 27.3.4.3.

[55] Ulp. 36 ed. D. 27.5.1.7 (offenbar umstritten) *quia officio curatoris functus est*, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 220–222.

[56] Iul. 3 dig. D. 3.5.29, Paul. 9 resp. D. 26.7.46.1, dazu *Voci*, Iura 21 (1970) 135–137.

[57] Vgl. *Nörr*, Mél. Magdelain (1998) 316 mwN.

[58] *Kaser*, Ius gentium (1993) 87 f.; zweifelnd *Nörr*, Mél. Magdelain (1998) 316.

[59] Vgl. *Nörr*, Mél. Magdelain (1998) 316 mit Fn. 3.

[60] P.Yadin 28–30 = SB X 10288. Eine Synthese zuletzt bei *Oudshoorn*, Relationship (2007). Eine ansprechende Darstellung auch bei *Grzimek*, Taxatio (2001) 24–30.

[61] Bei *Lenel*, EP 318 ausgelassen; dazu *Nörr*, Mél. Magdelain (1998) 320.

[62] Die Rückübersetzung (nach *Nörr*, Mél. Magdelain [1998] 319) lautet: *Quod ille illius pupilli*

Was das betrifft, dass der Beklagte die Vormundschaft des Klägers ausgeübt hat, was auch immer wegen dieser Sache der Beklagte zugunsten des Klägers aus Treu und Glauben zu geben oder zu tun hat, auf das, Richter, verurteile den Beklagten zugunsten des Klägers; wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei.

Die Fassung aus dem Archiv der Babatha unterscheidet sich zunächst dadurch, dass sie die Blankettnamen der Prozessparteien nicht römisch stilisiert, sondern mit *ille illius* nach griechischsprachigem Usus auf die Herkunft der Parteien abstellt.[63] Auch enthält die dokumentarisch überlieferte Formel die Klarstellung, dass es sich um eine *tutela impuberis* und nicht um eine *tutela mulierum*[64] handelt. Weiter sind anstelle von Sesterzen Denare als Währung angegeben.[65] **22**

Wichtige prozessuale Unterschiede bestehen zwischen der rekonstruierten Formel des prätorischen Edikts und der dokumentarisch überlieferten des Provinzialedikts mit Blick auf die Richterbestellung und eine die Kondemnationssumme beschränkende *taxatio*. Während Lenel die Entscheidungskompetenz einem Einzelrichter (*iudex*) zuweist und für die Musterformel des Edikts von einer unbeschränkten Kondemnationsbefugnis ausgeht, setzt die Formel aus dem Archiv der Babatha ein Richtergremium (*recuperatores*, ξενοκρίται) ein, dessen Entscheidungskompetenz auf eine Höchstsumme von 2500 Denaren (*denarium* MMD, δηναρίων Βφ) begrenzt ist. **23**

Die Unterschiede lassen sich plausibel aus den provinzialen Gegebenheiten des P.Yadin erklären:[66] Die *recuperatores* sind ein Richtergremium, das in verschiedenen provinzialen Kontexten anstelle des stadtrömischen Einzelrichters tritt;[67] die *taxatio* kann damit auf eine beschränkte Kompetenz der peregrinen Richter weisen.[68] **24**

Es ist freilich ebenso denkbar, dass die *taxatio* auch im stadtrömischen Formular vorhanden war und dazu diente, die Planbarkeit der Klage aus einem umfassend und damit in seinem Streitwert höchst unsicheren *bonae fidei iudicium* zu erhöhen.[69] Schon Lenel hat aus Pap. 8 resp. D. 31.77.30 auf eine *taxatio* im *iudicium tutelae* geschlossen,[70] wobei freilich zu bedenken ist, dass Papinians *responsa* sehr häufig auf provinziale **25**

---

tutelam gessit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem illum illi dare facere oportet ex fide bona, eius recuperatores illum illi dumtaxat denarium MMD condemnanto, si non paret absolvito; eine englische Übersetzung bei *Oudshoorn*, Relationship (2007) 331 f.; vgl. auch *Mantovani*, Formule Nr. 50.

[63] *Nörr*, Mél. Magdelain (1998) 320.

[64] *Nörr*, Mél. Magdelain (1998) 320.

[65] *Grzimek*, Taxatio (2001) 35, der auch darauf verweist, dass 2500 Denare im Wert den 10.000 Sesterzen bei Gaius entsprechen.

[66] Eine Synthese bei *Grzimek*, Taxatio (2001) 36–40.

[67] *Nörr*, FS Schmitt 188 Fn. 8.

[68] So vor allem *Biscardi*, St. Scherillo I 136; dagegen *Nörr*, SZ 112 (1996) 57 f.; zur Frage, vgl. auch *Rodger*, ZPE 110 (1996) 189–206 mwN.

[69] In diese Richtung argumentiert *Grzimek*, RabelsZ 65 (2001) 712–714; *Nörr*, SZ 112 (1996) 61 f.

[70] Pap. 8 resp. D. 31.77.30 … *nec idcirco fratrem iudicio tutelae bonae fidei rationes quandoque praescriptione demonstratae quantitatis exclusurum*, dazu *Lenel*, EP 154, *Nörr*, SZ 112 (1996) 62 f.; *Grzimek*, Taxatio (2001) 41 f.; vgl. auch Gai. 4.51 mit allgemeinen Bemerkungen zur *taxatio* (→ § 12 Rn. 42 f.).

Sachverhalte zurückgehen und daher nicht zwingend Beweiswert für das stadtrömische Edikt haben.[71]

26 Es könnte allerdings ein Zusammenhang zwischen dem für die *actio tutelae* überlieferten[72] Schätzungseid (*iusiurandum in litem*) und der *taxatio* bestehen, denn eine summenmäßige Beschränkung des Klageantrags kann den Missbrauch der Eidesbefugnis des Klägers verhindern.[73] Eine *taxatio* auch in der stadtrömischen Formel scheint damit plausibel; die bisher verfügbare Überlieferung erlaubt aber keinen sicheren Schluss auf die Einzelheiten des prozessualen Mechanismus.

27 Zur Sicherung seiner Rechte steht dem Mündel seit der Severerzeit auch eine Hypothek an den Sachen im Besitz des Vormunds zu, die dieser mit Mündelgeld angeschafft hat.[74]

2. Zum Verfahren aus der Klageformel

a. Beendigung der Vormundschaft

28 Die *actio tutelae* kann erst nach Beendigung der Vormundschaft erhoben werden.[75] Die Vormundschaft endet regelmäßig (→ § 31 Rn. 76–79) mit Erreichen der *pubertas* des Mündels oder mit dem Ablauf der für die Vormundschaft vorgesehenen Zeit.[76]

29 Auch der Tod eines Beteiligten beendet die Vormundschaft. Verstirbt das Mündel, sind seine Erben aktivlegitimiert; allein das *privilegium exigendi*, das dem Mündel im Konkurs des Vormunds gewährt wird,[77] wird ihnen vorenthalten.[78] Beim Tod des Vormunds steht die Klage auch gegen seine Rechtsnachfolger zu (→ Rn. 125), die allerdings – anders als der Vormund selbst – nicht der Sanktion der Infamie (→ § 34) unterliegen.[79] Vergleichbares gilt, wenn das Mündel in die Sklaverei zurückversetzt wird[80] oder wenn Mündel oder Vormund in Kriegsgefangenschaft geraten.[81]

---

[71] Zum provinzialen Charakter von Papinians *responsa*, vgl. *Schiller*, Am. Exp. 126–147.

[72] Ulp. 36 ed. D. 12.3.4 pr.–4, dazu *Nörr*, SZ 112 (1996) 64 f.; *Grzimek*, Taxatio (2001) 153–156; ferner *Harke*, Eid (2013) 152–186.

[73] Vgl. Marcian. 4 reg. D. 12.3.5 pr.–4, dazu *Nörr*, SZ 112 (1996) 65 f.; zur Bedeutung des Schätzungseides, vgl. *Babusiaux*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 714–717.

[74] Ulp. 35 ed. D. 27.9.3 pr.; Ulp. 3 disp. D. 20.4.7 pr.

[75] Ulp. 36 ed. D. 27.4.1.3, dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 70–72; zur Provinz, vgl. *Cotton*, JRS 83 (1993) 105.

[76] Ulp. 37 ed. D. 26.1.14.3.

[77] Paul. 13 quaest. D. 27.3.22.

[78] Pap. 1 def. D. 26.7.42; Ulp. 63 ed. D. 42.5.19.1; vgl. *Sachers*, RE VII.A2 1567.

[79] Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.6, dazu *Sachers*, in: RE VII.A2 (1948) 1580 f.

[80] Ulp. 37 ed. D. 26.1.14.1.

[81] Ulp. 37 Sab. D. 26.1.14.2.

b.*Remotio* des Tutors aufgrund der *accusatio suspecti tutoris*

Die Vormundschaft endet ferner, wenn der Tutor aufgrund der *accusatio suspecti tutoris*[82] aus dem Amt entfernt worden ist (*remotio*).[83] Diese Absetzung des Vormunds ist bereits in der Republik bekannt und ursprünglich auf den *tutor testamentarius* beschränkt. **30**

Für die *accusatio suspecti tutoris* verlangt das Edikt den Vorwurf der arglistigen Führung der Vormundschaft.[84] Hierunter fallen die Nichtleistung der *cautio rem pupilli salvam fore,*[85] fehlerhafte Anlage des Mündelvermögens,[86] Unterschlagungen während der Dauer der Vormundschaft[87] sowie Nichtnutzung von Erwerbsmöglichkeiten, zum Beispiel durch Ausschlagung einer dem Mündel zustehenden Erbschaft.[88] **31**

Die *accusatio* ist Popularklage.[89] Anklageberechtigt ist auch ein Mitvormund (→ Rn. 35) und zwar selbst dann, wenn er selbst bereits aus dem Amt entfernt worden ist.[90] Nicht verklagt werden können diejenigen Vormünder, die sich nicht in das Vermögen eingemischt haben; nur soweit ihr Nichtstun als arglistiges Verhalten angesehen werden kann, können auch sie als *suspecti* aus dem Amt entfernt werden.[91] **32**

Auch die Mutter des Mündels ist zur Anklage berechtigt;[92] sie trifft aber kein Nachteil, wenn sie es unterlässt. Insbesondere bleibt ihr – anders, als wenn sie Beantragung eines Tutors unterlässt (→ Rn. 8) – die Erbberechtigung erhalten.[93] **33**

---

[82] Ulp. 35 ed. D. 26.10.1. Zur *accusatio suspecti tutoris*, vgl. *Solazzi*, Minore Età (1913) 259–272; *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 27–47; *Berger*, SZ 35 (1914) 39–94; *Laprat*, Crimen (1926) 83–330; *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 207–242; *Sachers*, RE VII.A2 1560 f.; *Nörr*, SZ 118 (2001) 53.

[83] Ulp. 37 Sab. D. 26.1.14.4; Iul. 21 dig. D. 27.4.4; vgl. auch Gai. 1.182, dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 40–42, 155–186; *Spina*, Tutela impuberum (2018) 134–137.

[84] Ein Gegenbeispiel bei Ulp. 61 ed. D. 26.10.8: der arme, aber sittlich treue Vormund; vgl. auch Alex. C. 5.43.5 (a.233), zu beiden *Taubenschlag*, Vormundschaftliche Studien (1913) 36 f.; *Berger*, SZ 35 (1914) 59–63; *Spina*, Tutela impuberum (2018) 82 f.

[85] Valer./Gallien. C. 5.42.2 pr. (a.260), dazu zuletzt *Spina*, Tutela impuberum (2018) 151 f.

[86] Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.16, dazu *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 39 f.

[87] Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.5, dazu *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 33–35; zuletzt *Spina*, Tutela impuberum (2018) 86–88 und 139–150.; vgl. auch Inst. 1.26.5 *Suspectus est autem, et qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est (…)*, dazu *Berger*, SZ 35 (1914) 79 f. Wegen der Unterschlagung hält Ulpian parallel die Klage aus Diebstahl (*actio furti*) für zulässig, vgl. Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.22.

[88] Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.17, dazu *Berger*, SZ 35 (1914) 64 f.

[89] Ulp. 35 ed. D. 26.10.1.6 *quasi publicam esse hanc actionem*, dazu *Sachers*, RE VII.A2 1556.

[90] Ulp. 35 ed. D. 26.10.3 pr., dazu *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 31 f.; *Spina*, Tutela impuberum (2018) 131 f.

[91] Ulp. 1 omn. trib. D. 26.10.4.4, dazu *Laprat*, Crimen (1926) 129–136; *Berger*, SZ 35 (1914) 66 f.; *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 222–224; *Spina*, Tutela impuberum (2018) 88 f.

[92] Ulp. 35 ed. D. 26.10.1.7, dazu *Laprat*, Crimen (1926) 257, 333; *Cotton*, JRS 83 (1993) 103 (und 104); *Rizzelli*, QL 8 (2018); vgl. auch Alex. C. 5.43.4 (a.229) (an eine Frau gerichtet).

[93] Tryph. 13 disp. D. 26.6.4.4; weitere Belege bei *Chiusi*, SZ 111 (1994) 157–164.

34 Seit dem 2. Jh. n. Chr. lassen sich Fälle der *remotio* ohne *accusatio* beobachten. Sie erklären sich aus den gesteigerten Sanktionsmöglichkeiten der *cognitio extra ordinem:*[94] So kann der *praetor tutelarius* etwa die Untätigkeit des Vormunds[95] oder auch Unregelmäßigkeiten bei der Erlangung der Vormundschaft bestrafen.[96] Auch die Sanktionen variieren: Anstelle der Absetzung kann dem Vormund auch ein Pfleger zur Seite gestellt werden, der die Geschäftsführung überwacht.[97] Nach einer *epistula Severi* kann dem *suspectus tutor* auch das eigene Vermögen entzogen werden, um das Mündel in dieses einzuweisen.[98]

c. Erhebung der Klage durch Dritte (Vormund, Mutter, Pfleger)

35 Die *actio tutelae* kann von dem mündig Gewordenen selbst geführt werden. Kommt es während der *impubertas* zu einem Rechtsstreit zwischen Mündel und Vormund, muss dem Mündel ein Pfleger (*curator*) oder Ersatztutor (→ Rn. 70, 144) bestellt werden.[99] Wird der frühere Vormund erneut als Vormund bestellt und wegen der früheren Vormundschaft Klage erhoben,[100] ist dem Mündel entweder ein Pfleger zu bestellen oder ein Mitvormund muss das Mündel in der Klage gegen den früheren Vormund vertreten.[101]

36 Die Mutter kann die *actio tutelae* nicht erheben.[102] Es steht ihr aber offen, die Absetzung des Vormunds zu betreiben und einen magistratischen Vormund bestellen zu lassen, der sodann im Namen des Mündels die *actio tutelae* gegen den früheren erheben kann.

d. Quasi-Tutel (*actio protutelae*), *actio tutelae utilis*

37 Gegen Personen, die wie ein Vormund die Geschäfte des Mündels[103] geführt haben, steht die Klage wegen Quasi-Tutel (*actio protutelae*) zu.[104] Anders als die *actio tutelae*

---

[94] Vgl. *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 39–44; *Laprat*, Crimen (1926) 95–128.

[95] Inst. 1.26.5; Ulp. 1 omn. trib. D. 26.10.4.4, dazu *Sachers*, RE VII.A2 1561.

[96] Marcian. 3 inst. D. 26.1.9.

[97] Ulp. 25 ed. D. 27.3.9.5.

[98] Ulp. 1 omn. trib. D. 26.10.7.2. Einweisung des Mündels zur Sicherung des Unterhaltes (bei mehreren Vormündern), dazu *Berger*, SZ 35 (1914) 71 f.

[99] Vgl. Ulp. 35 ed. D. 27.3.9.4, dazu auch *Grzimek*, Taxatio (2001) 31 f.

[100] Ulp. 25 ed. D. 27.3.9.4.

[101] Ulp. 25 ed. D. 27.3.9.4; vgl. auch Iav. 5 Cass. D. 26.2.24.

[102] Abgelehnt von *Sachers*, RE VII.A2 1583 f.; kein anderer Befund ergibt sich für das Archiv der Babatha, vgl. *Cotton*, JRS 83 (1993) 103.; *Nörr*, Mél. Magdelain (1998) 321; *Oudshoorn*, Relationship (2007) 333 f.;

[103] Die Unmündigkeit ist Voraussetzung, vgl. *Seiler*, Tatbestand (1968) 246 f.; zu *pro tutore gerere*, vgl. grundlegend *Pellecchi*, Scr. Corbino V, 359–363.

[104] Vgl. Ulp. 36 ed. D. 27.5.1 pr.–9; zur *actio protutelae*, vgl. *Seiler*, Tatbestand (1968) 208–228 mwN.; zur Rekonstruktion, vgl. *Lenel*, EP 321: „*Quod Numerius Negidius pro Auli Agerii negotia*

kann diese Klage auch während der Führung der Scheinvormundschaft angestrengt werden, da sie nicht darauf ausgerichtet ist, Rechenschaft über die Verwaltung der Angelegenheiten des Mündels zu verlangen.[105] Vielmehr sollen Nachteile ausgeglichen werden, die das Mündel durch die Protutel erleidet. Damit vereinbar ist die unlängst von Pellecchi herausgearbeitete Funktion der *actio protutelae*, dem Mündel Rechtsschutz bei unwirksamer Vormundschaftsbestellung zu garantieren.[106]

Im Übrigen treffen den Protutor die gleichen Pflichten wie einen Tutor.[107] Namentlich hat er mittels der *cautio rem pupilli salvam fore* Sicherheit zu leisten;[108] auch gegen ihn steht dem Mündel das *privilegium exigendi* zu.[109] Wird die Scheinvormundschaft durch einen Sklaven ausgeübt, steht gegen seinen Herrn die Klage als *utile iudicium quasi tutelae* zu.[110] **38**

Im Gegensatz zur *actio protutelae* wird eine *actio (tutelae) utilis* in dem Fall erteilt, dass der wirksam zum Tutor Ernannte untätig geblieben ist (→ Rn. 121), also die Vormundschaft nicht geführt hat.[111] Zwischen beiden Klagen besteht Anspruchskonkurrenz, wenn ein Dritter bei Untätigkeit des Vormunds das Mündelvermögen als Protutor verwaltet hat. **39**

Da Frauen im römischen Recht des Prinzipats (→ Rn. 151–152) unfähig sind, Vormund zu sein,[112] wird gegen die Mutter – auch wenn sie nach anderen antiken Rechten die Vormundschaft übernehmen kann[113] – niemals die *actio tutelae* erteilt. Falls eine Frau die Verwaltung oder die Haftung für die Verwaltung des Vermögens ihres unmündigen Kindes übernommen hat, kann sie aber mit der *actio negotiorum gestorum*[114] angegangen werden, die entweder vom (mündig gewordenen) Kind oder aber von dem formell als Vormund eingesetzten Mann erhoben werden kann.[115] **40**

---

gessit, quidquid, si tutor fuisset, dare facere oporteret ex fide bona…“, ferner *Seiler*, a. a. O. 259 f.; *Pellecchi*, Scr. Corbino V, 335–337, 407 f.

[105] Ulp. 25 ed. D. 27.3.9.4; Ulp. 36 ed. D. 27.4.1.3, dazu *Seiler*, Tatbestand Gestio (1968) 215 f.

[106] Einzelheiten bei *Pellecchi*, Scr. Corbino V, bes. 349–354.

[107] Vgl. *Seiler*, Tatbestand (1968) 253–256.

[108] Ulp. 79 ed. D. 46.6.4.2/4, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 238 f.

[109] Dies gilt auch für den Quasi-Vormund, vgl. Herm. 5 iur. epit. D. 27.3.25; Ulp. 63 ed. D. 42.5.19.1, dazu *Sachers*, RE VII.A2 1572, *Seiler*, Tatbestand (1968) 240 f.

[110] Ulp. 35 ed. D. 27.5.1.2, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 246.

[111] Ulp. 79 ed. D. 46.6.4.3, dazu *Weymuller*, Actio Tutelae (1901) 40 f.; *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 129–133; ferner *Venturini*, Labeo 45 (1999) 116 f.

[112] Vgl. Nerat. 3 reg. D. 26.1.18; Gai. 12 ed. prov. D. 26.1.16 pr.; Pap. 4 resp. D. 26.2.26 pr., dazu *Crifò*, BIDR 67 (1964) 87–166; *Masiello*, Donna tutrice (1979) bes. 7–39; *Chiusi*, SZ 111 (1994) 155–196 (zum Babatha-Archiv); *Gagliardi*, Index 40 (2012) 423–446 (zur Situation in der Provinz Aegyptus).

[113] Dies belegt die dokumentarische Praxis, vgl. P.Oxy. VI 898 (a.123); Fouilles de Xanthos VII 81 (Ende 1. Jh. v. Chr./Anfang 1. Jh. n. Chr.), zu beiden *Evans Grubbs*, Women (2002) 255–257.

[114] Weitere Fälle der *actio negotiorum gestorum* im Zusammenhang mit der Tutel bei *Seiler*, Tatbestand (1968) 218–220, 242 f.

[115] Vgl. bereits *Sachers*, RE VII.A2 1530.

3. Zum Prozessprogramm

41 Die Klageformel der *actio tutelae* entspricht dem auch für andere *bonae fidei iudicia* belegten Aufbau (→ § 78). Sie beginnt mit einer *demonstratio*, in der die Tatsache der Vormundschaftsführung als Voraussetzung der Klage festgelegt wird, sodann folgt die *intentio incerta ex fide bona*, die den Richter ermächtigt, die Rechte und Pflichten der Parteien nach den Umständen sowie aus der Verkehrssitte und allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen zu bestimmen.

42 Klagegegenstand ist die Vormundschaft als eine alle (vermögensrechtlichen) Verwaltungs- und Sorgeleistungen des Vormunds umfassende Tätigkeit. Bei mehreren Vormündern kann das Mündel die Klage auf bestimmte Bereiche beschränken (→ Rn. 110–121), um die Rechtskraft für die gesamte Vormundschaft zu vermeiden.[116]

43 Ziel der *actio directa* ist die Herausgabe des Wertes des vormundschaftlich verwalteten Vermögens; die *actio contraria* dient dem Ersatz der Auslagen und Aufwendungen des Vormunds.[117] Die Klageformel wurde nicht nur im Formularverfahren, sondern auch in der *cognitio extra ordinem* verwendet.[118] Im Fall grober Pflichtverletzung, insbesondere bei arglistigem Verhalten des Vormunds, hat die Verurteilung in der *actio tutelae* Infamie (→ § 34) zur Folge.[119]

III. Führung der Vormundschaft (*demonstratio*)

44 Die Vormundschaft ist ein privates Amt,[120] das dem Vormund die Inhaberschaft des Mündelvermögens verleiht.[121] Dabei ist es möglich, die Vormundschaft auf einzelne Vermögensteile in verschiedenen Orten zu beschränken.[122]

45 Die Vormundschaft umfasst nur die Vermögenssorge,[123] während die Personensorge meist bei der Mutter des Kindes (→ § 31 Rn. 52) verbleibt.[124] Auch das durch einen

---

[116] *Voci*, Iura 21 (1970) 79 f.

[117] *Sachers*, RE VII.A2 1565 f.

[118] *Nörr*, Mél. Magdelain (1998) 321.

[119] Gai. 4.182; Iul. 1 ed. D. 3.2.1, dazu *Sachers*, RE VII.A2 1567; *Varela*, Est Iglesias I 515–524.

[120] Mod. 2 excus. D. 27.1.6.15; zum Verhältnis von *tutela*, *officium* und *fides*, vgl. *Spina*, Tutela impuberum (2018) 69–72.

[121] Paul. 7 Plaut. D. 26.7.27 *domini loco*, dazu *Kübler*, St. Besta I (1914) 78 f.; *Spina*, Tutela impuberum (2018) 30–37; die Bestellung für einzelne Sachen ist unwirksam, vgl. Ulp. 38 Sab. D. 26.2.12; Pomp. 17 Sab. D. 26.2.13; Marcian. 2 inst. D. 26.2.14.

[122] Ulp. 38 Sab. D. 26.2.15; vgl. auch Mod. 3 excus. D. 27.1.10.4.

[123] *Sachers*, RE VII.A2 1543 f.; daher kommt es bei Zählung der Vormundschaften nicht auf die Anzahl der zu einem Vermögen zu versorgenden Mündel, sondern auf die Anzahl der zu verwaltenden Vermögen an Ulp. off. praet.tut. sing. D. 27.1.3.

[124] Alex. C. 5.49.1 pr. (a.223) *Educatio pupillorum tutorum nulli magis quam matri eorum (…) committenda est.*

Senatsbeschluss ausgesprochene Verbot einer Verheiratung von Vormund und (weiblichem) Mündel,[125] hat vorrangig einen vermögensrechtlichen Hintergrund (→ § 31 Rn. 55): Da der Mann bei der Ehe Inhaber des Frauengutes wird, könnte ein treuloser Vormund durch die Ehe mit dem weiblichen Mündel seine mangelhafte Verwaltung verbergen.[126]

Nur soweit die Personensorge vermögensrechtliche Implikationen hat, ist der Vormund zuständig. So obliegt ihm, die Anzahl der zulässigen Sklaven für das Mündel zu bestimmen und die Vergütung der Lehrer des Mündels festzulegen.[127] Maßstab hierfür sind der Stand und die Herkunft des Mündels. **46**

Voraussetzung für die Eröffnung der *actio tutelae* ist, dass der Beklagte wirksam zum Vormund bestellt worden ist (→ § 31 Rn. 1,17–38) und tatsächlich die Vormundschaft geführt hat (*tutelam gessit*).[128] Das Mündel muss beweisen, dass der Vormund Kenntnis von seiner Bestellung hatte.[129] **47**

1. Übernahme der Vormundschaft

Übernahme der Vormundschaft bedeutet, dass der Vormund das Vermögen des Mündels an sich nimmt, das heißt die tatsächliche Sachherrschaft über Sachen ausübt,[130] Nutzungen und Gebrauchsvorteile zieht und Forderungen eintreibt. Der Vormund wird zwar Volleigentümer,[131] übt aber eine Art Treuhand aus, weshalb bestimmte Verfügungsakte nur vom Mündel selbst (mit seiner Zustimmung) vorgenommen werden können.[132] **48**

Nicht zu übernehmen braucht der Vormund die *tutela*, wenn er Exkusationsgründe geltend machen kann (→ Rn. 1). Mischt sich ein unwirksam bestellter Vormund nicht in die Verwaltung der Vormundschaft ein, haftet er nicht, ohne dass er Ablehnungsgründe vorbringen müsste. Dies gilt zum Beispiel für den von der Mutter unwirksam bestellten Vormund oder den von einem unzuständigen Magistraten bestellten.[133] **49**

---

[125] Vgl. Paul. adsign. lib. sing. D. 23.2.59; Paul. 5 quaest. D. 23.2.36. Zur Frage, vgl. *Borrelli*, Labeo 43 (1997) 365–389; ferner *Fayer*, Familia I (1994) 153 f.

[126] Call. 2 quaest. D. 23.2.64.1 (…) *ne pupillae in re familiari circumscribantur ab his, qui rationes eis gestae tutelae reddere compelluntur*; Paul. or. Ant. Comm. sing D. 23.2.60.2, dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 52 f.; *Babusiaux*, in: Buongiorno/Lohsse, Senatus consulta (im Druck) 187–221.

[127] Paul. 38 ed. D. 26.7.12.3.

[128] Hierzu *Levy*, SZ 37 (1916) 15 f.; zum Verhältnis von *tutela mulierum* und *tutela impuberum*, vgl. *Spina*, Tutela impuberum (2018) 48 f.

[129] Ulp. 36 ed. D. 26.7.6.

[130] Die Frage war offenbar in der Jurisprudenz umstritten, vgl. *Kübler*, St. Besta I (1914) 86–88 mwN.; Hauptbeleg ist Macer 1 app. D. 2.8.15.5 *Tutores, sive pupilli eorum sive ipsi possideant, possessorum loco habentur: sed et si unus ex tutoribus possessor fuit, idem dicendum erit*; vgl. auch Paul. 38 ed. D. 26.1.1.1.

[131] Vgl. Paul. 7 Plaut. D. 26.7.27, dazu *Kaser*, SZ 59 (1939) 40–45, der von einer „ursprünglich nur durch eine ganz allgemein gehaltene Treubindung beschränkten Vollgewalt“ spricht.

[132] *Sachers*, RE VII.A2 1545 nennt *mancipatio, in iure cessio, acceptilatio*, Bestellung eines *procurator ad litem*.

50 Als Übernahme der Vormundschaft wird auch angesehen, wenn sich der Vormund irgendwelcher – auch unbedeutender – Angelegenheiten des Mündels angenommen hat.[134] Als ausfallender Tutor (*tutor cessans*) gilt nur derjenige, der überhaupt keine Aktivität mit Blick auf das Mündel entfaltet hat;[135] er haftet für die wegen Nichtausübung entstehenden Schäden am Mündelvermögen (→ Rn. 121).

51 Der Übernahme werden bestimmte Fälle der Überlassung der Ausübung der Vormundschaft an Dritte gleichgestellt. Dies gilt etwa dann, wenn der Vormund einem anderen den Auftrag zur Verwaltung gegeben hat[136] oder wenn sich ein Mitvormund die Kaution von einem anderen hat versprechen lassen,[137] der sodann die Geschäftsführung übernimmt.

2. Sicherheitsleistung des Vormunds (*cautio rem pupilli salvam fore*)

52 Die *cautio rem pupilli salvam fore* ist eine prätorische Kaution,[138] die nach den ediktalen Vorgaben abzugeben ist.[139] Mit ihr versprechen der Tutor und die herbeigezogenen Bürgen (→ Rn. 57), das Vermögen des Unmündigen im Rahmen der Verwaltung in Sicherheit zu halten.[140]

53 Aus der Kaution kann nach Ende der Vormundschaft[141] die Klage aus Stipulation (→ § 72) erhoben werden,[142] wenn das Mündelvermögen nicht ordnungsgemäß verwaltet wurde.[143] Dabei kann das Mündel wählen, ob es sich an den Tutor oder die für ihn aufgetretenen Bürgen hält.[144]

---

[133] Die Konstitution wird zitiert bei Mod. 4 excus. D. 27.1.13.12.

[134] Ulp. 35 ed. D. 26.7.5.1 *Gessisse autem videtur tutor, qui quod omnino pupillare attigit et etiamsi modicum, (…)*, dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 37.

[135] Ulp. 35 ed. D. 26.7.5.1 (…) *cessantque partes eorum, qui solent cessantes cogere administrare*, dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 20; *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 37–40.

[136] Vgl. auch Sev. C. 2.18.4 (a.201), dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 247.

[137] Tryph. 14 disp. D. 26.7.55.2, dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 19; *Gómez-Iglesias*, SDHI 58 (1992) 77 f.

[138] Vgl. Gai. 1.199 *Ne tamen et pupillorum et eorum, qui in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusque consumantur aut deminuantur, curat praetor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent.* Zur Kaution vgl. zuletzt *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 1 f. mwN. zur Literatur Fn. 4.

[139] Vgl. *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 27–50.

[140] Vgl. *Berger*, s. v. Cautio rem pupilli salvam fore, EDRL 385; *Carbone*, Satisdatio turoris (2014) 4–15.

[141] Paul. 24 ed. D. 46.6.1; Ulp. 79 ed. D. 46.6.4.4, dazu *Gómez-Iglesias*, SDHI 58 (1992) 58–60.

[142] Rekonstruktion bei *Lenel*, EP 541: „*Quidquid, quod tu tutelam meam gesseris, te mihi dare facere oportebit ex fide bona, ob id ream meam salvam fore spondesne…* "; anders *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 128 f.

[143] Angedeutet in Paul. 24 ed. D. 46.6.1; Pomp. 15 Sab. D. 46.6.9 (…) *quod enim in tutelae iudicium venit, hoc et ea stipulatione continetur* und Nerat. 4 membr. D. 46.6.11, dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 147.

[144] Alex. C. 5.57.1 (a.224); die Klage gegen den Hauptschuldner (Vormund) führt zur Befreiung des Sicherungsgebers (Bürgen), vgl. Alex. C. 5.57.2 (a.225), dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 142–145, 148 f.

Darüber hinausgehend befürwortet Ulpian eine Haftung des Tutors, wenn er das Mündel nach Ende der Vormundschaft nicht zur Beantragung von Pflegern (*curatores*) angehalten hat, um auch als *minor viginti quinque annis* Unterstützung bei der Verwaltung des Vermögens zu erhalten.[145] Nach Papinian haftet der Tutor auch für Angelegenheiten, die zwar nach Eintritt der Mündigkeit zu besorgen sind, aber mit der früheren Geschäftsführung während der Unmündigkeit zusammenhängen.[146] **54**

Ist das Mündel aufgrund seines jungen Alters (*infans*) oder aufgrund Abwesenheit nicht in der Lage, das Ritual der Stipulation vorzunehmen, kann die Kautionsstipulation gegenüber einem Sklaven aus dem Mündelvermögen,[147] einem *servus publicus*[148] oder einem Mitvormund[149] abgegeben werden. **55**

Da es sich um eine *satisdatio* handelt,[150] haften nicht nur der versprechende Tutor oder der für ihn handelnde Beauftragte, sondern auch die Bürgen, die sich im Rahmen der Kaution verpflichtet haben.[151] Die Haftung ist gesamtschuldnerisch.[152] **56**

Im Recht des Prinzipats hat das (frühere) Mündel die Wahl, ob es aus der *actio tutelae* oder der Kaution vorgehen will.[153] In der Forschung ist daher die Meinung vertreten worden, die *cautio rem pupilli salvam fore* bilde einen Vorläufer bzw. den Ursprung des *arbitrium tutelae*.[154] Eine vergleichbare Entwicklungshypothese wird für die *actio rei uxoriae* vertreten, die aus den Rückgabestipulationen bei der Mitgift entstanden sein soll (→ Rn. 92). Beweise hierfür gibt es nicht und so ist es ebenso vorstellbar, dass Kaution und Klage parallel zueinander entstanden sind, um Unmündige möglichst umfassend zu schützen. **57**

3. Kautionszwang

Die *cautio rem pupilli salvam fore* (→ Rn. 53) kann von jeder Art von Tutor auch freiwillig geleistet werden (→ § 31 Rn. 66), um die Verwaltung des Mündelvermögens (allein) zu erhalten.[155] Eine *oratio der divi fratres* erlaubt insbesondere magistratischen Vormündern, einen aus ihrer Mitte zur Verwaltung und damit zur Kautionsleistung zu bestimmen.[156] **58**

---

[145] Ulp. 35 ed. D. 26.7.5.5.
[146] Pap. 11 quaest. D. 26.7.37.1.
[147] Gai. 27 ed. prov. D. 46.6.6; Ulp. 36 ed. D. 27.8.1.15.
[148] Ulp. 79 ed. D. 46.6.2. Zu *servi publici*, vgl. *Sachers*, RE VII.A2 1548.
[149] Ulp. 49 Sab. D. 47.1.38.20.
[150] Vgl. Gai. 5 ed. prov. D. 2.8.1; *Gómez-Iglesias*, SDHI 58 (1992) 46 f.
[151] Ulp. 79 ed. D. 46.6.4.1–4; zur Bürgenhaftung bei der *tutela*, vgl. *Sachers*, RE VII.A2 1579.
[152] Pap. 12 quaest. D. 46.6.12, dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 258–268.
[153] Zum Provinzialedikt, vgl. Ulp. 38 Sab. D. 26.1.6.1, dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 80 f.; *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 105–114.
[154] Vgl. *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 127 f.; *Gómez-Iglesias*, SDHI 58 (1992) 46–50.
[155] Ulp. 35 ed. D. 26.2.17 pr., dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 88–100; *Venturini*, Labeo 45 (1999) 111–113.
[156] Ulp. 35 ed. D. 26.2.19.1, dazu *Venturini*, Labeo 45 (1999) 113 f.

59 In gewissen Situationen besteht – namentlich bei der *tutela dativa* – ein amtlicher Kautionszwang, nach dem nur derjenige zum Tutor ernannt wird, der zuvor die *cautio rem pupilli salvam fore* geleistet hat.[157] Ein Zwang zur Kaution gilt ohne Ausnahme bei der Tutorenernennung durch Munizipalmagistrate, die selbst subsidiär für den ernannten Vormund haften (→ Rn. 11–12), wenn ihnen der Statthalter die Abnahme der Kaution auferlegt hat.[158] Höhere Beamten entscheiden nach eigenem Ermessen, ob sie eine Kaution vom Kandidaten verlangen wollen oder nicht.[159]

60 Von der amtlichen Kautionspflicht ausgenommen sind nur die vom Vater wirksam ernannten testamentarischen Vormünder.[160] Auch der testamentarische Vormund kann aber auf Antrag seiner Mitvormünder zur Kaution gezwungen werden.[161]

61 Für die Ermessensentscheidung der ernennenden Magistrate sind verschiedene Tutorengruppen zu unterscheiden. Prima facie von der Kautionspflicht befreit[162] sind der von der Mutter im Testament ernannte und vom Magistraten aufgrund *inquisitio* bestätigte Tutor;[163] fener der Patron, der als *curator minoris* für eine Unmündige ernannt wurde[164] sowie der nach *inquisitio* durch den Prokonsul ernannte *curator bonorum ventris nomine.*[165]

62 Hingegen muss der in einem unwirksamen Testament vom Vater bestellten Tutor[166] grundsätzlich Sicherheit leisten. Soll die (magistratische) Tutel auf einen Hausohn übertragen werden und verweigert der Vater die Kautionsleistung, ist der *pater familias* nach einem Reskript Hadrians gezwungen, die Vormundschaft neben seinem Sohn zu übernehmen.[167]

63 Ist der als Vormund Eingesetzte Patron des Mündels, weil dieses ein freigelassener Sklave ist, kann aufgrund der Treuepflicht des Freigelassenen grundsätzlich keine Sicherheitsleistung verlangt werden.[168] Eine Ausnahme lässt Papinian zu, wenn der durch

---

[157] Ulp. 35 ed. D. 26.2.17 pr. und Ulp. 35 ed. D. 26.4.5 pr.–1, dazu *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 6–11; *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 100–127; *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 163–199.

[158] Vgl. Ulp. 36 ed. D. 27.8.2,3, dazu *Elia*, QC 7.14 (1985) 381 Fn. 89 mwN.

[159] Die Verpflichtung scheint sich im 3. Jh. generalisiert zu haben, vgl. Valer./Gallien. C. 5.42.2 (a.260); Diocl./Max. C. 5.42.3 (a.287).

[160] Vgl. Gai. 1.199, 200, dazu *Sachers*, RE VII.A2 1569 f.; ferner Ulp. 35 ed. D. 26.2.17 pr.; Inst. 1.24 pr.–1, dazu *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 11–18; *Levy*, SZ 37 (1916) 36 f.; *Venturini*, Labeo 45 (1999) 115 f.

[161] Ulp. 35 ed. D. 26.2.19 pr.

[162] Zur Vermutungswirkung, vgl. Diocl./Max. C. 5.42.4 (a.294), dazu *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 87–95.

[163] Ner. 3 reg. D. 26.3.2 pr., dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 58–60; *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 62–70.

[164] Pap. 11 quaest. D. 26.5.13.2, dazu *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 29–33; *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 70–80.

[165] Ulp. 6 off. procons. D. 27.10.8, dazu *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 80–87.

[166] Iul. 21 dig. D. 26.3.3, dazu *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 98–100.

[167] Mod. 6 excus. D. 27.1.15.17, dazu *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 114–117.

[168] Pap. 11 quaest. D. 26.5.13.1, dazu *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 100 f.

Fideikommiss um Freilassung gebetene Vormund dem unmündigen Sklaven die Freilassung versagt hat: Aufgrund der offensichtlichen Treuwidrigkeit seines Handelns muss er trotz des Patronatsverhältnisses Sicherheit leisten.[169]

IV. Verpflichtungen des Tutors *ex fide bona (intentio)*

Der Tutor ist zur ordnungsgemäßen Führung der einmal übernommenen Vormundschaft verpflichtet. Hierzu gehören vor allem die Vertretung des Mündels und die getreue Vermögensverwaltung.[170] Beide Verpflichtungen sind mithilfe der *bona fides* im Einzelfall (→ § 78) zu konkretisieren.[171] **64**

1. Vertretung des Mündels

Der Vormund hat das Mündel, das *infans* oder *infans proximus* ist, bei allen Geschäften zu vertreten. Ältere Mündel, die schon selbst handeln können, können rechtlich nachteilige Geschäfte nur mit Zustimmung des Vormunds wirksam eingehen, denn sie können ihre Rechtsstellung zwar verbessern, aber nicht verschlechtern.[172] **65**

a. *Auctoritas* des Vormunds für rechtlich nachteilige Geschäfte

Die Zustimmung (*auctoritas*) ist bei persönlicher Anwesenheit förmlich zu erteilen; eine nachträgliche Genehmigung durch Brief ist unwirksam.[173] Vor allem für den mit weitreichenden Rechtsfolgen versehenen Antrag auf Erteilung der *bonorum possessio* (→ § 57 Rn. 36) wie für die Ausschlagung der Erbschaft ist der Wille des Tutors als maßgeblich anzusehen.[174] Auch für die Entgegennahme von Darlehen ist auf den Willen des Vormunds abzustellen, obgleich das Geld direkt an das Mündel ausgezahlt werden kann.[175] **66**

---

[169] Weitere Einzelheiten bei *Babusiaux*, in: Buongiorno/Lohsse, Senatus consulta (im Druck) 187–221.

[170] Ulp. 35 ed. D. 26.7.5.2. Das Unterlassen der Verwaltung kann sogar zur *accusatio suspecti tutoris* führen, vgl. *Berger*, SZ 35 (1914) 70 f.; Verwaltung bedeutet nicht notwendigerweise formelle Zustimmung zu Geschäften des Mündels, sondern kann auch tatsächliche Handlungen umfassen, vgl. Iul. 21 dig. D. 26.7.18 pr.

[171] Der Tutor trägt die Gefahr für die Mündelsachen, vgl. Philipp./Philipp. C. 5.38.3 (a.245); Philipp./Philipp. C. 5.38.4 (a.245).

[172] Ulp. reg. 11.25, dazu *Sachers*, RE VII.A2 1544; Gai. 2.83 *Et ex contrario omnes res tam mancipi quam nec mancipi mulieribus et pupillis sine tutoris auctoritate solvi possunt, quoniam meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est*, dazu *Kaser*, SZ 80 (1963) 495 mit Verweis auf die in der Pandektistik geltende Regel für das „hinkende Rechtsgeschäft."

[173] Gai. 12 ed. prov. D. 26.8.9.5; vgl. auch Ulp. 24 Sab. D. 26.8.2.

[174] Gai. 15 ed. prov. D. 26.8.11.

[175] Iul. 21 dig. D. 26.8.13.

67 Die Gläubigerstellung kann das Mündel auch ohne förmliche Zustimmung des Vormunds erwerben, etwa durch Entgegennahme einer Stipulation oder durch *traditio* von Sachen. Eine Darlehensverpflichtung kann das Mündel hingegen nicht begründen, weil die Hingabe von Sachen zum Darlehen (*datio*) die Übertragung von Eigentum und damit einen Rechtsverlust voraussetzt.[176]

68 Für eigene Geschäfte des Vormunds mit dem Mündel gilt das Verbot des Insichgeschäftes;[177] nach diesem als *regula iuris civilis* angesehenen Verbot (→ § 6 Rn. 89) kann der Vormund dem Mündel dann keine Zustimmung erteilen, wenn er selbst als Geschäftspartner des Mündels auftritt.[178]

69 Sind mehrere Vormünder vorhanden, kann sich der Vormund bei Geschäften mit dem Mündel durch einen Mitvormund vertreten lassen.[179] Dies gilt auch für die Klage gegen einen Vormund (→ Rn. 35). Haben die Vormündern einen von ihnen zur Geschäftsführung bestimmt, hat nur dieser die Befugnis, die Zustimmung zu erteilen.[180]

70 Kein verbotenes Insichgeschäft liegt vor, wenn die Verpflichtung des Mündels gegenüber dem Vormund lediglich als Folge eines (vom Vormund zuvor genehmigten) Erbschaftsantritts anzusehen ist.[181] Auch ist es dem Vormund möglich, sich aus dem Mündelvermögen durch Eintragung im Hausbuch selbst ein Darlehen zu gewähren.[182] Ebenso kann er die Schulden, die das Mündel als Rechtsnachfolger seines Vaters hat, direkt aus dem Mündelvermögen einziehen.[183]

71 Die von einem Protutor (→ Rn. 38) gegebene Zustimmung für ein Geschäft des Mündels ist unwirksam. Für Klagen, die mit der Zustimmung des Protutors eingegangen wurden, kann das Mündel eine *restitutio in integrum* erlangen.[184] Zudem haftet der *falsus tutor* dem Geschäftspartner des Mündels auf den Wert, den das Geschäft, zu dem er die Zustimmung erteilt hat, für diesen hatte.[185] Nur soweit eine an einen Protutor geleistete Zahlung tatsächlich in das Vermögen des *pupillus* gelangt ist, hat sie ausnahmsweise befreiende Wirkung.[186]

---

[176] Gai. 12 ed. prov. D. 26.8.9 pr.
[177] Verbot des Selbstkontrahierens, vgl. *Sachers*, RE VII.A2 1549.
[178] Ulp. 1 Sab. D. 26.8.1 pr.
[179] Ulp. 40 Sab. D. 26.8.5.2; Ulp. 40 Sab. D. 26.8.5 pr.
[180] Pomp. 17 Sab. D. 26.8.4.
[181] Ulp. 1 Sab. D. 26.8.1 pr.
[182] Ulp. 36 ed. D. 26.7.9.7.
[183] Ulp. 36 ed. D. 26.7.9.5.
[184] Ulp. 12 ed. D. 27.6.1.5, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 230–232.
[185] Ulp. 12 ed. D. 27.6.7 pr.–4, dazu *Spina*, Tutela impuberum (2018) 196–245.
[186] Paul. 38 ed. D. 46.3.28, dazu *Seiler*, Tutela impuberum (1968) 232.

b. Wirksamkeit von Geschäften ohne *auctoritas* nach dem *rescriptum divi Pii*

Seit einem Reskript des Antoninus Pius haftet das handlungsfähige Mündel Dritten auf Bereicherung (*locupletior*-Haftung).[187] Die Entscheidung bezog sich auf ein Stipulationsdarlehen, bei dem ein Vormund einem weiblichen Mündel die Zustimmung erteilt hatte, einem Sklaven die Rückzahlung einer an das Mündel geflossenen Darlehenssumme zu versprechen.[188] Das Reskript bestimmte, dass das Mündel dem Darlehensgleber insoweit zur Rückzahlung verpflichtet sei, als es um die Darlehenssumme bereichert sei. Ihm stehe daher eine *actio utilis* gegen das Mündel zu.[189] **72**

Die Verpflichtung aus dem Reskript des Antoninus Pius gilt nur für Mündel, die ihre Geschäfte schon selbst führen können (*impubes infantia maiores*), also nicht für *infantes* und *infantes proximi* (→ § 30 Rn. 13–23). Soweit das einsichtsfähige Mündel durch das Handeln des Tutors bereichert ist und einem Dritten haftet, reduziert sich – einer Stellungnahme Papinians zufolge – die Haftung des Tutors entsprechend (→ Rn. 108). **73**

Der Vormund ist verpflichtet, Prozesse für das Mündel zu führen,[190] um das Mündel vor den Folgen der Indefension (→ § 12 Rn. 13–15) zu schützen.[191] Er kann dieser Verpflichtung dadurch nachkommen, dass er sich entweder selbst auf den Prozess einlässt oder dem Mündel die Prozessführung erlaubt.[192] Bei der Wahl zwischen beiden Vorgehensweisen ist auf das Alter des Mündels abzustellen: Soweit es selbst sprechen kann (und älter als 7 Jahre alt ist), wird es den Prozess selbst mit Zustimmung des Tutors führen;[193] bei jüngeren Mündel muss sich der Vormund an seiner Stelle auf den Prozess einlassen.[194] **74**

Lässt sich der Vormund selbst auf den Prozess ein,[195] ist er verpflichtet die Kaution zugunsten des Klägers (*cautio iudicatum solvi*) zu leisten.[196] Diese Pflicht erlischt erst mit der Mündigkeit, so dass der Vormund der in der Zwischenzeit mündig gewordenen Person nicht länger gezwungen ist, sich auf die Klage einzulassen.[197] Die Prozessführung durch den Vormund konsumiert die Klagen des Mündels auch für die Zeit nach **75**

---

[187] Vgl. Ulp. 1 Sab. D. 26.8.1; Ulp. 40 Sab. D. 26.8.5 pr.; Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.4, Marcian. 4 reg. D. 46.3.47 pr., dazu *Labruna*, Rescriptum (1962) 10–76, der insbesondere die Interpolationsannahmen der früheren Literatur widerlegt.

[188] So zutreffend *Kaser*, SZ 80 (1963) 494.

[189] Vgl. Pomp. 6 Plaut. D. 46.3.66; Ulp. 28 ed. D. 13.6.3 pr., dazu *Kaser*, SZ 80 (1963) 495f mwN.

[190] Die Möglichkeit, für das Mündel einen Prozess zu führen, ist bereits für das Legisaktionenverfahren anerkannt, vgl. Inst. 4.10 pr., Gai. 4.82 und Gai. 1.184, dazu zuletzt *Sciortino*, IAH 1 (2009) 159–193.

[191] Marcell. 21 dig. D. 26.7.30.

[192] Ulp. 35 ed. D. 26.7.1.2.

[193] Zum Erfordernis *auctore tutoris*, vgl. *Sachers*, RE VII.A2 1548.

[194] Ulp. 35 ed. D. 26.7.1.2.

[195] Der Vormund ist frei, dies zu entscheiden, vgl. Ulp. 35 ed. D. 26.7.1.2. Er steht insoweit in einer anderen Position als sonstige Prozessvertreter, die zur Kautionsleistung gezwungen werden.

[196] Marcell. 8 dig. D. 26.7.28 pr.

[197] Marcell. 8 dig. D. 26.7.28 pr.

Beendigung der Vormundschaft.[198] Bei mehreren Vormündern genügt die Vertretung durch einen von ihnen.[199]

2. Vermögensverwaltung

76 Ziel der Vormundschaft ist die Erhaltung des Mündelvermögens, weshalb der Vormund vorhandenes Geld entweder gegen Zinsgewinn als Darlehen vergeben[200] oder in Grundstücken anlegen muss.[201] Ist eine Immobilienanlage nicht möglich, muss er das in der Vormundschaft befindliche Geld in Vorbereitung eines Kaufes hinterlegen.[202]

77 Aus diesem Verwaltungszweck folgt die Regel, dass der Vormund die Mündelgrundstücke nicht veräußern darf, um an Geld zu gelangen. Seit einer *oratio Severi* (195 n. Chr.) ist es Vormündern (und Pflegern) durch senatorisches Verbot untersagt, ländliche und stadtnahe Grundstücke zu veräußern oder zu verpfänden (→ Rn. 82–85).

78 Erweist sich der Erwerb eines Grundstücks ausnahmsweise als nachteilig, weil es sich um das Landgut eines Verbannten handelte, das dem Mündel später vom Fiskus entzogen wird, kann das Mündel nur dann Ersatz von den Vormündern verlangen, wenn die Beschlagnahme vorhersehbar war, sie also schuldhaft gehandelt haben.[203]

a. Hinterlegung von Geld

79 Die Hinterlegung von Geld ist nur dann ökonomisch sinnvoll (und damit der *bona fides* entsprechend), wenn das Mündel so vermögend ist, dass die Summe später zum Ankauf von Grundstücken genutzt werden kann.[204]

80 Im Rahmen der *cognitio extra ordinem* können Vormünder, die das Geld weder in Grundstücke anlegen noch hinterlegen, in öffentliche Haft (*in vinculis publicis*) genommen werden, um das Wohlverhalten zu erzwingen.[205] Diese Zwangsmöglichkeit schließt aber ihre Haftung nicht aus; vielmehr werden die Vormünder so behandelt, als hätten sie das Mündelvermögen für eigene Zwecke verwendet.[206]

---

[198] Gai. 4.82; Paul. 18 ed. D. 12.2.17.2; Paul. 3 ed. D. 26.7.22; Ulp. 75 ed. D. 44.2.11.7; Ulp. 9 ed. D. 26.7.23, zu allen *Kübler*, St. Besta I (1914) 81 f.

[199] Ant. C. 5.40.1 (a.214) *Ab uno ex tutoribus vel curatoribus posse causam minoris defendi* ….

[200] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.8; D. 26.7.7.13, dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 123 f.; *Sachers*, RE VII.A2 1547.

[201] Ulp. 35 ed. D. 26.7.5 pr.; Alex. C. 5.56.3 (a.228).

[202] Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.16.

[203] Scaev. 10 dig. D. 26.7.57.1.

[204] Ulp. 35 ed. D. 26.7.5 pr.

[205] Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.16.

[206] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.3.

b. Verbot der Veräußerung von Mündelgrundstücken (*oratio Severi*)

Mit einer Senatsrede vom 13. Juni 195 verbot Septimius Severus (→ § 31 Rn. 60) die Veräußerung und Belastung von Mündelgrundstücken.[207] Der Wortlaut der *oratio Severi* wird von Ulpian im 35. Buch zum Edikt mitgeteilt.[208] Nach Interpretation der Jurisprudenz waren dem Vormund nicht nur Veräußerungen, sondern jede Art von Verfügung über Rechte an Immobilien verboten. Zudem sollte das Veräußerungsverbot auch für Grundstücke gelten, die das Mündel aufgrund eines Pfandrechts (→ § 45) oder aufgrund der *cautio damni infecti* (→ § 62) inne hatte.[209] **81**

Die *oratio* sieht drei Ausnahmen vom Verbot vor: 1) Verfügungserlaubnis im Testament (des Vaters, der zum Beispiel die Herausgabe an einen Dritten als Legat oder Fideikommiss angeordnet hat);[210] 2) Zwangsveräußerung im Rahmen der Eigentums- oder Erbteilung auf Antrag eines anderen oder aufgrund vorherige Verpfändung und Antrag des Pfandgläubigers; 3) Veräußerung aufgrund prätorischen Dekretes, um Schulden, die vor der Vormundschaft entstanden sind, zu tilgen.[211] Dem Dekret wird die Herausgabe an klagende Dritteigentümer gleichgestellt.[212] **82**

Außerhalb dieser Fälle ist die Veräußerung von Mündelgrundstücken durch den Tutor absolut unwirksam.[213] Da das Mündel sein Eigentum nicht verloren hat,[214] kann es dieses jederzeit auch von Dritten herausverlangen.[215] Zudem haftet der Tutor im Rahmen der *actio tutelae* auf den Wert des Grundstücks. Bei vorsätzlichem Verstoß kann er zusätzlich wegen Vertrauensunwürdigkeit angeklagt werden.[216] **83**

Der Haftung aus der Vormundschaftsklage wegen Verstoßes gegen die *oratio Severi* kann allerdings ausnahmsweise die Einrede der Arglist entgegenstehen. Als Beispiel zitiert Paulus einen Fall des Papinian, in dem der Vormund das Grundstück irrtümlich verkauft und den empfangenen Kaufpreis zur Befriedigung von Gläubigern eingesetzt hat. Wenn der mündig gewordene Schutzbefohlene das Grundstück mit allen Früchten vindiziert habe, ohne dem Käufer den Kaufpreis und die Zinsen zu erstatten, könne er den Wert des Grundstücks nicht vom Tutor ersetzt verlangen.[217] **84**

---

[207] Vgl. *Solazzi*, Minore età (1913) 111–123; zum politischen Hintergrund, vgl. *Coriat*, Législateur (1997) 506 f.

[208] Ulp. 35 ed. D. 27.9.1 pr.–2, dazu Nachweise bei *Sachers*, RE VII.A2 1550.

[209] Ulp. 35 ed. D. 27.9.5.3.

[210] Ulp. 35 ed. D. 27.9.5.4 (Vermächtnis oder Fideikommiss zugunsten eines Dritten). Voraussetzung ist die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung.

[211] Vgl. *Brasiello*, St. Solazzi 689–728; *Biscardi*, St. Grosso III 245–266.

[212] Ulp. 35 ed. D. 27.9.3.3.

[213] Auch die *longi temporis praescriptio* greift nicht ein, vgl. Diocl./Max. C. 5.59.3 (a.294).

[214] Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.13, dazu auch *Sachers*, RE VII.A2 1550.

[215] Vgl. Diocl./Max. C. 5.75.16 (a.293); Diocl./Max. C. 5.74.2 (a.293).

[216] Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.13.

[217] Paul. or. Sev. sing. D. 27.9.13.1.

c. Verzinsung von Mündelgeld

85 Soweit der Vormund Mündelgeld „für eigene Zwecke“ (*in usus suos converterunt*) verwendet (→ Rn. 81), hat er den für Mündelgeld „gesetzlichen Zinssatz“ (*legitimae usurae*) zu zahlen.[218] Diese Zinszahlungspflicht wird auch als Verpflichtung, „Mündelzinsen“ (*pupillares usurae*) zu entrichten, bezeichnet; es handelt sich um Zinsen zum Maximalzinssatz von jährlich 12 % (*usurae centesimae*).[219]

86 Die Verwendung zu eigenen Zwecken muss dem Vormund nachgewiesen werden.[220] Sie ist vor allem dann anzunehmen, wenn der Vormund Mündelgeld für eigene Ausgaben verwendet anstatt ein Grundstück für das Mündel zu erwerben.[221] Unterlässt er lediglich eine günstige Anlage zugunsten des Mündels, stellt dies noch keine Verwendung zu eigenen Zwecken dar.[222] Auch der Vormund, der es unterlassen hat, den Mitvormund wegen Vertrauensunwürdigkeit anzuklagen (→ Rn. 119–121), muss Mündelzinsen (→ Rn. 86) auf den ausstehenden Betrag zahlen.[223]

87 Bei üblichen Zinsen wird dem Vormund eine Frist von zwei Monaten zur Einziehung und Sammlung der Mittel gewährt.[224] Diese Frist gilt nicht für den Vormund, der das Mündelgeld für eigene Zwecke verwendet hat.[225] Zudem sind Mündelzinsen bis zur Rechnungslegung durch den Tutor (→ Rn. 99–103) zu zahlen und nicht nur bis zur Beendigung der Vormundschaft.[226]

88 Eigene Aufwendungen auf das Mündelvermögen kann der Vormund von dem Betrag, den er aus dem Mündelvermögen entnommen hat, abziehen.[227] Auch kann er alle eigenen Aufwendungen seinerseits verzinsen, wobei die Zinspflicht den Zeitraum bis zur Rückzahlung der investierten Summe umfasst.[228]

---

[218] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.4, dazu *Sachers*, RE VII.A2 1547; *De Robertis*, Responsabilità del tutore (1960) 66–69.

[219] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.9, dazu *Cervenca*, Usurae (1969) 162–164. Die Begriffsverwendung von *legitimae usurae* und *usurae pupillares* in § 4, § 9 und § 10 ist auf den ersten Blick widersprüchlich. In § 4 scheint es sich um Synonyme zu handeln; in § 9 könnte *usurae pupillares* ein Sonderfall der gesetzlichen Zinsen sein; in § 10 schließlich werden *usurae legitimae* und pupillares wieder gleichgesetzt. Die einfachste Erklärung ist die Annahme, dass für Mündelgeld der gesetzliche Höchstzinssatz von 12 % (*centesimae*) galt, vgl. *Glück*, Pand. XXX 341–350 (auch zur justinianischen Interpretation zur Stelle); Gegenbegriff ist der „übliche Zinssatz“, der darunter liegen kann, vgl. Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.10.

[220] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.10; zum Begriff vgl. *Glück*, Pand. XXX 343–345.

[221] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.3; vgl. auch Ant. C. 5.56.1 (a.213).

[222] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.4 verweist auf ein *decretum* des Septimius Severus.

[223] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.14, dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 44 f.

[224] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.11, dazu *Cervenca*, Usurae (1969) 160 f.

[225] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.11.

[226] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.15. Dies gilt auch im Fall der Appellation durch den bereits verurteilten Tutor, vgl. Mod. 3 resp. D. 22.1.41 pr., dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 246 f.

[227] Ulp. 36 ed. D. 27.4.3.3.

[228] Ulp. 36 ed. D. 27.4.3.4.

d. Ordnungsgemäße Wirtschaft

Der Vormund muss das Mündelvermögen wie ein Hausvater (*pater familias*) nach bestem Wissen und Gewissen verwalten.[229] Dies beinhaltet, Zahlungen von Schuldnern entgegenzunehmen, wann immer die Möglichkeit dazu besteht,[230] und gegen das Mündel bestehende Forderungen[231] zu tilgen. Weiter muss der Tutor alle notwendigen Verwaltungshandlungen vornehmen. Hierzu zählt, verderbliche Gegenstände zu veräußern,[232] und das Gut des Mündels in Verwahrung zu nehmen.[233] **89**

Im Interesse des Mündel muss der Vormund auch die Forderungen, die er für zweifelhaft hält, von einem früheren Vormund oder Pfleger übernehmen.[234] Er braucht sie jedoch nicht auf eigene Gefahr einzuklagen.[235] **90**

Der Vormund hat über das Mündelvermögen ein Inventar anzulegen.[236] Vor Inventarerrichtung sind nur notwendige Maßnahmen zum Vermögenserhalt zulässig. Hat der Vormund arglistig kein Inventar errichtet, haftet er dem Mündel auf das Interesse, das durch Schätzungseid (→ Rn. 26) festgestellt wird.[237] **91**

Das Inventar muss auch währen der Vormundschaft zugunsten des Mündels eingesetzt werden: Sind die Schuldscheine der Schuldner des Mündels verbrannt, muss der Vormund das Vermögensverzeichnis als Grundlage einer Klage auf Zahlung der Schuld nutzen.[238] **92**

Weiter muss der Vormund dafür sorgen, dass auch das in der Provinz befindliche Vermögen von Mündeln ordnungsgemäß verwaltet wird:[239] Ist der Vormund selbst unabkömmlich, weil er in Rom Berufungsverfahren für das Mündel durchführt, muss er für das provinziale Vermögen einen Pfleger bestellen.[240] Es steht dem Vormund frei, die Verwaltung einem Sklaven (*actor*) zu übertragen.[241] **93**

Einzelne Vermögensentscheidungen muss der Vormund nach pflichtgemäßem Ermessen treffen. So kann es unter Umständen geboten sein, eine Novation vorzunehmen oder eine Klage zu erheben.[242] Hinsichtlich einer dem Mündel angefallenen Erb- **94**

---

[229] Call. 4 cogn. D. 26.7.33 pr.

[230] *Sachers*, RE VII.A2 1546.

[231] Ulp. 35 ed. D. 26.7.9.1, 2; Ant. C. 5.37.3 (a.212); Const. C. 5.37.23 (a.333) mit *Sachers*, RE VII.A2 1547 mwN.

[232] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.1.

[233] Arcad./Honor. C. 5.37.24.1 (a.396). Die Konstitution verweist auf auf *antiqui iuris forma.*

[234] Pap. 2 quaest. D. 26.7.35.

[235] Pap. 2 quaest. D. 26.7.35.

[236] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7 pr., dazu auch *Sachers*, RE VII.A2 1546 mwN.; *Pellecchi*, Scr. Corbino V 407 f.

[237] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7 pr., dazu *De Robertis*, Responsabilità del tutore (1960) 164–168.

[238] Scaev. 10 dig. D. 26.7.57 pr., dazu *De Robertis*, Responsabilità del tutore (1960) 64 f. (mit übertriebener Interpolationenannahme).

[239] Pap. 5 resp. D. 26.7.39.3.

[240] Pap. 5 resp. D. 26.7.39.7.

[241] Vgl. Mod. 6 resp. D. 26.7.32.3; Alex.C. 5.61.1 (a.229).

[242] Paul. 3 ed. D. 26.7.22.

schaft ist zu prüfen, ob die Annahme oder die Ausschlagung die bessere Wahl darstellt; eine unmotivierte Ausschlagung durch den Tutor kann die *accusatio suspecti tutoris* begründen.[243] Der Abschluss eines Vergleichs mit Verzicht auf die Klage ist in der Regel nicht pflichtgemäß,[244] es sei denn, er ermöglicht dem Mündel den Erbschaftsantritt.[245]

95 Bei der Erfüllung von Legaten und Fideikommissen ist sowohl die Berechtigung des Einfordernden als auch der Umfang der Berechtigung genau zu untersuchen.[246] Auf keinen Fall darf der Vormund Geschenke aus dem Mündelvermögen bewilligen, wenn diese nicht durch Legat oder Fideikommiss begründet sind.[247] Abweichendes gilt für Unterhaltsleistungen an nahe Verwandte, sofern sich diese nicht selbst unterhalten können und das Mündel über entsprechende Mittel verfügt.[248]

96 Hat der Vormund Forderungen zu Lasten des Mündelvermögens begründet, hat der mündig Gewordene die Wahl, die Forderungen zu übernehmen (unter Abzug des Betrags von der Haftung des Vormunds) oder vom Vormund den Gegenwert (gegen Übergang des Forderungsrechts auf diesen) zu verlangen.[249] Als Richtlinie gilt dabei, dass das frühere Mündel die sicher durchsetzbaren Forderungen (zum Beispiel aus einer Stipulation) übernimmt, während der Tutor die unsicheren Forderungen im eigenen Namen geltend machen und dem Mündel entsprechend ersetzen muss.[250]

97 Besondere Fragen wirft der Fall auf, dass der Vormund Hauptschuldner einer Verpflichtung ist, für die sich der Vater des Mündels verbürgt hat.[251] Erfüllt der Vormund die Schuld nicht und zahlt der inzwischen Mündige auf die Bürgschaft, steht dem früheren Schutzbefohlenen die Wahl zwischen der Auftragsklage als Bürge (→ § 82 Rn. 56 f.) und der Vormundschaftsklage zu. Umstritten war, ob die *actio tutelae* auch dann offenstand, wenn die Hauptschuld erst nach dem Ende der Vormundschaft fällig geworden war.[252]

e. Rechnungslegung

98 Der Vormund hat am Ende der Vormundschaft Rechnung zu legen.[253] Diese Verpflichtung entspricht der Inventarpflicht bei Übernahme der Vormundschaft (→ Rn. 92 f.).

---

[243] Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.17, dazu *Laprat*, Crimen (1926) 116 f.
[244] Paul. 9 resp. D. 26.7.46.7 pr., dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 61 f.
[245] Scaev. 26 dig. D. 26.7.59.
[246] Gai. 12 ed. prov. D. 26.7.13.2.
[247] Gai. 12 ed. prov. D. 26.7.13.2; vgl. ferner Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.2; Paul. 3 ed. D. 26.7.22.
[248] Gai. 12 ed. prov. D. 26.7.13.2.
[249] Paul. 6 Sab. D. 26.7.16.
[250] Dies war offenbar die bereits von Sabinus vorgegebene Richtschnur, vgl. Paul. 6 Sab. D. 26.7.16.
[251] Ulp. 36 ed. D. 26.7.9.1.
[252] Ulp. 36 ed. D. 26.7.9.1. Nach Ulpian soll die Klage nur dann einschlägig sein, wenn Vermögensverfall des Tutors drohe und die Hauptschuld während der Vormundschaft fällig geworden.
[253] Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.3, dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 250 f.

Die Rechnungslegungspflicht beinhalt, dass der Vormund auch Rechenschaft über Nutzungen legen muss, die er nicht gezogen hat, aber im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hätte ziehen können.[254]

99 Die Verzeichnisse und Rechnungen werden üblicherweise durch Sklaven geführt. Falls der Vormund die entsprechenden Unterlagen nicht beibringt oder nicht beibringen kann, können die Rechnungssklaven nach einem Dekret des Septimius Severus peinlich befragt und verhört werden.[255]

100 Die ordnungsgemäße Rechnungslegung wird nicht nur durch die *actio tutelae*, sondern auch durch eine eigene Strafklage, die *actio rationibus distrahendis*, durchgesetzt.[256] Sie kann ursprünglich nur gegen den *tutor legitimus*,[257] später gegen alle Arten von Vormündern erhoben werden.[258] Es handelt sich um eine gemischte Strafklage,[259] die – anders als die *actio tutelae* – nicht gegen den Erben des Tutors (→ Rn. 125) zusteht.[260]

101 Die *actio rationibus distrahendis* wird gegen den Tutor erteilt, der während der Führung der Vormundschaft Sachen aus dem Vermögen des Mündels entwendet hat.[261] Neben dieser ist die Diebstahlsklage (*actio furti*) möglich;[262] hingegen verdrängt die *condictio ex causa furtiva* (→ § 93 Rn. 15) die *actio rationibus distrahendis*.[263]

102 Bereits das XII–Tafel-Gesetz kennt eine Bestrafung des Vormunds, der Vermögensgegenstände des Mündels entwendet hat:[264] Er hat den doppelten Sachwert des Gegenstandes zu leisten. Verwalten mehrere Tutoren das Vermögen, kann das Mündel nur einmal den doppelten Sachwert von allen gemeinschaftlich verlangen.[265]

3. Haftung des Tutors

103 Die Haftung des Tutors entspricht spiegelbildlich seinen Verpflichtungen (→ Rn. 65–103) und wird in der *intentio quidquid ob eam … dare facere oportet ex fide bona* weit gefasst.[266] Aufgrund seiner Treuepflicht haftet er grundsätzlich für jedes

[254] Mod. 6 resp. D. 26.7.32.2.

[255] Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.3.

[256] Zu dieser Klage, vgl. *Solazzi*, Scritti II (1957) 201–210; *Sachers*, RE VII.A2 1563 f.

[257] *Nörr*, SZ 118 (2001) 50.

[258] Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.19, dazu *Solazzi*, Scr. II 201 f.; zuletzt *Spina*, Tutela impuberum (2019) 115 f., die diese Beschränkung aus dem Alter der *tutela legitima* erklärt.

[259] Vgl. Paul. sent. 2.30.1, dazu *Glück*, Pand. XXXII.1 213 f.

[260] Einzelheiten bei *Glück*, Pand. XXXII.1 214 f.

[261] Paul. 8 Sab. D. 27.3.2 pr.

[262] Paul. 8 Sab. D. 27.3.2.1. vgl. *Weymuller*, Actio Tutelae (1901) 18 f.; *Sachers*, RE VII.A2 1563.

[263] Paul. 8 Sab. D. 27.3.2.1.

[264] Tryph. 14 disp. D. 26.7.55.1, dazu *Solazzi*, Scr. II (1957) 202–204; zuletzt *Spina*, Tutela impuberum (2018) 38–40; einige sehen hierin einen Beleg für das Fehlen des Schutzes vor dem Erlass des XII–Tafel-Gesetzes, vgl. *Weymuller*, Actio tutelae (1901) 15 f. mwN. in Fn. 12; vergleichbar *Laprat*, Crimen (1926) 20–23.

[265] Tryph. 14 disp. D. 26.7.55.1.

[266] Vgl. Ulp. 35 ed. D. 26.7.5.7, dazu *Sachers*, RE VII.A2 1573; *De Robertis*, Responsabilità del

Verschulden.[267] Auch die Übertragung auf Dritte[268] und der vom Prätor erlaubte Beizug von Gehilfen erfolgt auf Gefahr des Vormunds.[269] Entlasten kann sich der Tutor bei leichter Fahrlässigkeit, da er bei der Verwaltung des Mündelvermögens nur die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (*diligentia quam in suis*)[270] anzuwenden hat. Zudem kann testamentarischen Vormündern durch Legat die Haftung für jede Fahrlässigkeit erlassen werden.[271]

104 Wegen des Grundsatzes, dass der Vormund keinen Gewinn aus der Vormundschaft erzielen darf,[272] muss er dem Mündel alle Vorteile aus der Vormundschaft herausgeben. Auch Verzögerungen durch Mitvormünder gehen nicht zu Lasten des Mündels; vielmehr muss der Vormund auf diese einwirken, um rasch tätig zu werden[273] und haftet gegebenfalls für den Schaden, der dem Mündel aus ihren Verzögerungen entsteht (→ Rn. 121).

105 Die Gefahr für das Mündelvermögen trägt der Tutor.[274] Dies gilt auch, wenn er gegen seine Bestellung unter Hinweis auf einen Exkusationsgrund Klage eingelegt und sodann Appellation erhoben hat.[275] Mit Erlass des Urteils, das die Vormundschaft bestätigt, haftet der Tutor für das Unterlassen der Verwaltung ab dem Zeitpunkt, an dem er diese hätte übernehmen müssen.[276] Übernimmt der Vormund die Vormundschaft von einem vorherigen Vormund, haftet er für die Bonität der von diesem begründeten Forderungen.[277]

106 Verstößt der Vormund gegen seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung, haftet er dem Mündel auf Wertersatz. Dies gilt etwa für die Nichteinziehung von fälligen

---

tutore (1960) 135–143; dies gilt auch, wenn Freigelassene als Tutoren eingesetzt worden sind, vgl. Alex. C. 5.38.1 (a.226).

[267] Vgl. Ulp. 36 ed. D. 27.3.1 pr., dazu *De Robertis*, Responsabilità del tutore (1960) 21–45, 81–89; ferner Gai. 1.200; Scaev. 10 dig. D. 26.7.57 pr.; Ant. C. 5.51.2 (a.213). Abzulehnen ist die auch von *De Robertis* gepflegte Vorstellung, die *culpa*-Haftung sei erst justinianisch; es handelt sich um ein reines Vorurteil. Zu den geistesgeschichtlichen Hintergründen dieser Verdächtigung, vgl. *Simon*, RJ 14 (1995) 253–283.

[268] Vgl. Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.2; aus der dokumentarischen Praxis, vgl. BGU I 300; P.Oxy IV 727. Zum Prinzip vgl. Ulp. 35 ed. D. 26.7.5.3 … *videtur enim gessisse qui per alium gessit* ….

[269] Pomp. 2 ench. D. 26.1.13.1.

[270] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.2; für justinianisch hält dies *De Robertis*, Responsabilità del tutore (1960) 75–79.

[271] Pap. 7 resp. D. 26.7.41 (…) *tutor enim legatarius ex culpa, quae testamento remissa est, non tenetur*, dazu *Astolfi*, Legati I (1964) 66 f.

[272] Scaev. 11 dig. D. 26.7.58 pr.

[273] Ulp. 35 ed. D. 26.7.7.1.

[274] Zum Begriff des *periculum*, vgl. *De Robertis*, Responsabilità del tutore (1960) 73–79, 90–104.

[275] Ulp. 5 off. procons. D. 26.7.20.

[276] Dies gilt auch für den Erben, der den Prozess des Vormunds weiterführt, vgl. Pap. 5 resp. D. 26.7.39.6 (auch mit Ausführungen zum Verstoß gegen die Rechtspflicht der Vormundschaft, der als Verschulden gilt).

[277] Paul. 13 quaest. D. 26.7.44 pr.

Forderungen, wenn die Schuldner später in Vermögensverfall geraten sind.[278] Ebenso haftet er für ermessenswidrige Genehmigung von nachteiligen Geschäften, wie etwa von Schenkungen.[279] Hiervon sind Unterhaltsleistungen abzugrenzen,[280] die bedürftigen nahestehenden Personen des Mündels im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit gewährt werden dürfen (→ Rn. 96).

107 Der Tutor haftet für unvorteilhafte Verträge, die er vorsätzlich, zum Beispiel aus Eigennutz oder Bestechlichkeit, für das Mündel abgeschlossen hat.[281] Handelt er arglistig gegenüber Dritten, wird das Mündel nach dem Grundsatz *dolus tutoris pupilli non nocet* hierdurch nicht gebunden.[282] Die Anwendung des Grundsatzes war im Einzelnen schwankend[283] und in seinen Auswirkungen in der Jurisprudenz umstritten.[284] Papinian setzt den Grundsatz für den Fall der Bereicherungshaftung (→ Rn. 73) des selbst handelnden Mündels (gegenüber Dritten) außer Kraft.[285]

108 Die Strafen aus der *cognitio extra ordinem*, zum Beispiel, wenn der Tutor Grundstücke nicht erwirbt oder nicht in der Lage ist, den Schaden des Mündels zu ersetzen,[286] heben die Haftung aus der Vormundschaftsklage nicht auf, sondern ergänzen sie.

4. Haftung mehrerer Tutoren

109 Besondere Haftungsfragen ergeben sich bei der Verwaltung durch mehrere Tutoren.[287] Dabei ist insbesondere zu ermitteln, inwieweit ein Vormund auch für das Verhalten der anderen haftbar gemacht werden kann.[288] Keine Bedeutung hat hierfür, ob

---

[278] Paul. 2 sent. D. 26.7.15, dazu *Wacke*, SZ 124 (2007) 118 f.

[279] Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.1 (von Todes wegen); Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.2 (unter Lebenden); zum Schenkungsverbot vgl. *Sachers*, RE VII.A2 1549.

[280] Ulp. 36 D. 27.3.1.2.

[281] Ulp. 35 D. 26.7.7.2.

[282] Vgl. Pap. 20 quaest. D. 26.9.3, dazu *Rudorff*, Vormundschaft II (1833) 340 f.; *Knütel*, FG Kaser 105 f.

[283] Eine Einschränkung wurde etwa angenommen, wenn das Mündel den (solventen) Tutor in Regress nehmen konnte, vgl. Pomp. 20 epist. D. 26.7.61, dazu *Knütel*, FG Kaser 113 f.

[284] Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.7 einerseits, Ulp. 32 ed. D. 21.2.4.1 andererseits, zu beiden *Knütel*, FG Kaser 107–110 mwN.; noch restriktiver Paul. 60 ed. D. 29.4.24 pr.–1, auch dazu *Knütel*, a. a. O. 111 f.

[285] Diese Haftung wird von Papinian in der modifizierten Aussage von Pap. 20 quaest. D. 26.9.3 zum Ausdruck gebracht: *dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet.* Der *puer* ist im Gegensatz zum *pupillus* ein Kleinkind, für das der Tutor selbst handeln muss.

[286] Paul. 2 sent. D. 26.7.49.

[287] Und vergleichbaren Situationen, zum Beispiel die Ernennung eines in Gewalt befindlichen Sohnes zum Tutor (Frage der Mithaftung des Vaters), vgl. Ulp. 2 disp. D. 26.1.7 und Marcell. resp. sing. D. 26.7.21, dazu *Lecomte*, Pluralité (1928) 29–60 mwN.

[288] Zu dieser Frage, vgl. *Levy*, SZ 37 (1916) 14–88; *Lecomte*, Pluralité (1928) bes. 157–251; *Voci*, Iura 21 (1970) 71–154.

sich die Tutorenmehrheit aus Testament,[289] Gesetz oder aufgrund magistratischer Anordnung[290] ergibt (→ Rn. 2 f.).

a. Grundsatz der solidarischen Mithaftung

110 Im Grundsatz haben die Tutoren die Vormundschaft gemeinschaftlich auszuüben[291] und haften hierfür auch solidarisch (*periculum commune*).[292] Aus praktischen Gründen erfolgt oftmals eine Aufteilung der Verantwortlichkeiten oder die Übertragung der Geschäftsführung auf einen Vormund,[293] die dem Mündel aber nur unter bestimmten Voraussetzungen entgegengehalten werden kann (→ Rn. 114–116).

111 Der Tutor, der aus der *actio tutelae* oder der *actio iudicati* verurteilt worden ist,[294] kann vom Mündel die Abtretung der Klageberechtigung verlangen, um von seinen Mitvormündern Regress zu erhalten.[295] Ebenso kann der Tutor, der allein verklagt wurde, die Erstreckung der Klage auf die übrigen verlangen, sofern diese zahlungsfähig sind.[296]

112 Der Zeitraum für die Mithaftung ist begrenzt: Hat ein Vormund nach dem Ende der Vormundschaft die Verwaltung fortgeführt, haften die Mitvormünder nicht mehr für die nach Ende der Vormundschaft vorgenommenen Verwaltungshandlungen.[297] Auch muss der Tutor im Fall der magistratischen Bestellung von dieser Kenntnis haben.[298]

b. Haftungsbeschränkung bei geteilter Verwaltung

113 Die Vormundschaft kann geteilt verwaltet werden;[299] diese Aufteilung folgt sachlichen Kriterien, und richtet sich zum Beispiel nach der örtlichen Verteilung des Mündelver-

---

[289] Mehrheit testamentarischer Tutoren kann sich auch aus der Ernennung im Testament und im Kodizill ergeben, vgl. Ant. C. 5.28.2 (a.212).

[290] Unwirksam ist aber die Einsetzung eines magistratischen Tutors, wenn bereits ein *tutor legitimus* vorhanden ist, vgl. Diocl./Max. C. 5.34.9 (a.294).

[291] *Voci*, Iura 21 (1970) 74 f. vergleicht die Situation mit der Erbenstellung und nimmt eine Entwicklung wie für die *institutio ex certa re* an, vgl. Ulp. 38 Sab. D. 26.2.12 und Ulp. 38 Sab. D. 26.2.15.

[292] Pap. 12 quaest. D. 26.7.38 pr.; vgl. auch Alex. C. 5.57.1 (a.224), dazu zuletzt *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 159; ferner Iul. 21 dig. D. 27.8.5, dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 32 f.; *Carbone*, Satisdatio tutoris (2014) 129 f.; zum *periculum commune* vgl. *Levy*, a.a.O. 20 f. und 28 f.; *Voci*, Iura 21 (1970) 78–80 sowie 82 f.

[293] Eine Sonderfrage ist die Haftung der untätigen Tutoren, vgl. Pap. 12 quaest. D. 26.7.38 pr., dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 69–71; *Voci*, Iura 21 (1970) 93 und 114 f.

[294] Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.13, Pap. 1 def. D. 27.3.21, dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 98 f.

[295] *Voci*, Iura 21 (1970) 90 f.; vgl. auch Carus/Carinus/Numer C. 5.52.2 pr. (a.284), dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 95–98; *Berger*, SZ 35 (1914) 89 f.

[296] Pap. 2 quaest. D. 11.2.2, dazu *Voci*, Iura 21 (1970) 87 f.

[297] Mod. 1 excus. D. 26.7.31, dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 30 f., zutreffend *Voci*, Iura 21 (1970) 80.

[298] C. 5.38.5 Diocl./Max. (a.290).

[299] Ulp. 35 ed. D. 26.7.3.9; Inst. 1.24.1, dazu *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 18–24.

mögens,[300] der Herkunft oder dem Zeitpunkt des Erwerbs.[301] Absprachen zwischen den Tutoren genügen nicht, um die Haftung auf den zugewiesenen Bereich zu beschränken.[302]

114 Die Zuweisung von Verwaltungsbereichen hat nur dann haftungsbefreiende Wirkungen, wenn sie durch den Testator[303] oder durch den Magistraten vorgenommen wurde.[304] Dabei ist es unerheblich, ob der Vater und der Magistrat die Aufteilung als Haftungsbeschränkung formulieren[305] oder als Aufgabenzuweisung für einen bestimmten Bereich.[306] Die Bestellung eines Vormunds für einen späteren Vermögenszusatz führt jedoch nicht zur Entlastung der bereits tätigen *tutores*.[307]

115 Die Teilung der Vormundschaft zwischen mehreren Tutoren hat nur begrenzt Wirkungen gegenüber Dritten. Zwar wird dem Vormund, der für einen anderen als den ihm zugewiesenen Bereich Klage erhebt, die *exceptio doli* entgegengehalten;[308] Dritte können jedoch gegen den Vormund auch für die Bereiche klagen, die anderen zugewiesen sind.[309] Zudem gehört es zur Amtspflicht des Tutors, den für einen anderen Bereich zuständigen Vormündern alle Informationen und Urkunden zukommen zu lassen, die für den Prozesserfolg notwendig sind.[310]

116 Nach dem Vorbild des *beneficium divisionis* der *epistula Hadriani* bei mehreren Bürgen (→ § 73 Rn. 33 f.) wurde in der Kaiserzeit auch ein *beneficium divisionis* für mehrere Tutoren anerkannt. Auf dieses können sich die Tutoren allerdings nur berufen, wenn alle zahlungsfähig sind.[311]

117 Neben der Aufteilung mehrerer Verwaltungsbereiche kann die Verwaltung der Vormundschaft einem Vormund übertragen werden, so dass die übrigen nur sog. „Ehrenvormünder“ (*tutores honorarii*) sind.[312] Die Bezeichnung ist allerdings untechnisch zu

---

[300] Ulp. 9 ed. D. 26.7.4, dazu *Voci*, Iura 21 (1970) 73 mwN. in Fn. 9 (*tutela divisa regionibus*) sowie 75 f.

[301] Ulp. 36 ed. D. 26.7.9.8, dazu *Voci*, Iura 21 (1970) 73.

[302] Voci, Iura 21 (1970) 73.

[303] Zum Testator, vgl. *Venturini*, Labeo 45 (1999) 119 f.

[304] Zur Aufteilung durch den Magistraten, vgl. Pap. 3 quaest. D. 26.7.36, dazu *Voci*, Iura 21 (1970) 77 f.; vgl. ferner Alex. C. 50.38.2 (a.226).

[305] Ven. 6 stip. D. 26.7.51, der die Aufteilung als Verbot, den Teil des Vermögens, der dem anderen zugewiesen ist, auffasst; zur Frage, vgl. auch *Levy*, SZ 37 (1916) 75–82.

[306] *Levy*, SZ 37 (1916) 23–25 unter Hinweis auf *Collectio Domini Iuliani Antecessoris* (*Haenel*, Iuliani Epitome [1873] 201 f.); *Voci*, Iura 21 (1970) 109–112.

[307] Ulp. 36 ed. D. 26.7.9.9, dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 53 f.

[308] Ulp. 9 ed. D. 26.7.4; ein Sonderfall in Paul. 9 resp. D. 26.7.46.6, dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 51–55.

[309] Vgl. Pap. 2 resp. D. 5.1.44 pr., dazu *Solazzi*, Istituti tutelari (1929) 273 f.; Pap. 3 quaest. D. 26.7.37 … *aequitas, quae merum ius compensationis inducit, propter officium et persronam agentis tutoris non differtur*; anders dann seit Const./Licin. C. 5.40.2 (a.319).

[310] Scaev. 2 resp. D. 26.7.47.2, dazu auch *Voci*, Iura 21 (1970) 76 f.

[311] Paul. 9 resp. D. 26.7.46.6; *Voci*, Iura 21 (1970) 84–87.

[312] Ulp. 35 ed. D. 26.7.3.2; für interpoliert hält dies *Levy*, SZ 37 (1916) 26; vergleichbar auch der *tutor propter rerum notitiam* in Paul. 9 resp. D. 26.2.32.1 und Alex. C. 5.38.1 (a.226).

verstehen und entlässt die *tutores honorarii* nicht aus der Aufsichtspflicht.[313] Verwaltungsfehler und Fehlentscheidungen des geschäftsführenden Vormunds werden ihnen daher ohne Ausnahme zugerechnet.[314]

c. Haftung für Zahlungsunfähigkeit

118 Unabhängig von der Aufgabenteilung haften Mitvormünder nach dem Maßstab der *diligentia quam in suis* für die Zahlungsunfähigkeit eines Vormunds.[315] Diese Haftung folgt daraus, dass die Mitvormünder verpflichtet sind, einen zahlungsunfähigen Vormund wegen Vertrauensunwürdigkeit anzuklagen,[316] sobald sie den Vermögensverfall erkennen konnten.

119 Ist die Insolvenz des Mittutors hingegen eingetreten, ohne dass dies erkennbar war, haften die übrigen nicht.[317] Die Ausfallhaftung entfällt auch dann, wenn der Vater dem zahlungsunfähigen Mitvormund (als Vermächtnisnehmer) testamentarisch die Rechnungslegung erlassen hat.[318]

120 Auch der untätige Vormund haftet, wenn andere die Vormundschaft an seiner Stelle geführt haben und dabei das Vermögen des Mündels nicht ordnungsgemäß verwaltet haben.[319] Ist der Vormund, der die Vormundschaft geführt hat, zahlungsunfähig, sind die untätig gebliebenen Tutoren dem Mündel seit einer Reform des Marc Aurel mit der *actio tutelae utilis* ersatzpflichtig.[320]

5. Haftung der Quasi-Tutoren und Erben des Vormunds

121 Eine Haftung aus der Protutel trifft Vormünder, die nicht wirksam bestellt worden sind, aber die Geschäfte geführt haben[321] (→ Rn. 37–39). Als solche *protutores* (Quasi-Tutoren) gelten zum Beispiel Tutoren, welche die Mutter eingesetzt hat, ohne dass deren Einsetzung behördlich bestätigt wurde.[322]

---

[313] Diocl./Max. C. 5.52.3 (a.294), dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 60 f. und 71 f.

[314] Ulp. 35 ed. D. 26.7.3.2, dazu *Venturini*, Labeo 45 (1999) 114 f.

[315] Pap. 12 quaest. D. 26.7.38.1; als *dictum* bei Tryph. 14 disp. D. 26.7.55.4; vgl. auch Tryph. 14 disp. D. 26.7.55 pr., dazu *Voci*, Iura 21 (1970) 93–99; ausnahmsweise haften Mittutoren nur subsidiär nach den Magistraten, wenn die Tutel durch den Vater oder den Magistraten wirksam aufgeteilt worden war, vgl. Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.15, dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 55–59; *Voci*, Iura 21 (1970) 100–107.

[316] Pap. 5 resp. D. 26.7.39.16, dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 42 f.; vgl. auch Pap. 7 resp. D. 26.7.41, zu allem *Voci*, Iura 21 (1970) 77 f. und 80 f.

[317] Paul. 8 brev. D. 26.7.14, dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 50 f.; vgl. auch Alex. C. 5.56.2 (a.224).

[318] Pap. 7 resp. D. 26.7.41, dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 48 f.

[319] Diocl./Max. C. 5.28.6 (a.294); Alex. C. 5.55.1 (a.223).

[320] Pap. 5 resp. D. 26.7.39.11, dazu *Levy*, SZ 37 (1916) 22 f.; *Gómez-Iglesias*, SDHI 58 (1992) 78 f.; *Venturini*, Labeo 45 (1999) 120 f.; vgl. auch Alex. C. 5.55.1 (a.223); zu allem: *Voci*, Iura 21 (1970) 112 f.

[321] Pap. 5 resp. D. 26.7.39.9, dazu *Voci*, Iura 21 (1970) 93 f.; Sev./Ant. C. 5.28.1 (a.207) gibt in diesem Fall die *actio negotiorum gestorum*; vgl. *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 (1948) 1525.

An diese Quasi-Tutoren wird der gleiche Maßstab angelegt, als seien sie wirksam bestellt worden (*fidem et diligentiam praestare*).[323] Daher haben sie die Maßstäbe der ordnungsgemäßen Verwaltung einzuhalten und sind auch an die Vorgaben der *oratio Severi* gebunden (→ Rn. 82–85), dürfen also *praedia rustica vel suburbana* des Mündels grundsätzlich nicht veräußern.[324] 122

Protutoren haften füreinander genau wie Mittutoren. Sie hätten nämlich – wie Papinian bemerkt – auch eine Aufteilung der Quasi-Vormundschaft beantragen können, um sich von der Haftung für die anderen zu befreien.[325] 123

Die Haftung aus der *actio tutelae* geht auch auf den Erben des Vormunds über.[326] Ist der Vormund nicht ordnungsgemäß bestellt worden und hat sich der Erbe nicht in die Vormundschaft eingemischt, haftet er jedoch nicht.[327] 124

6. Gegenrechte des Tutors im *iudicium contrarium*

Der Rechtsnatur als *bonae fidei iudicium* entspricht es, dass der Tutor Ersatz von Aufwendungen (im Sinne der *exceptio doli*) vom Mündel verlangen kann. Als Aufwendungen kommen nicht nur Verwaltungsausgaben für das Vermögen in Betracht,[328] sondern auch Kosten der Personensorge, wie Unterhaltszahlungen[329] und Ausbildungskosten.[330] 125

a. Abzugsfähigkeit von Unterhaltszahlungen und Ausbildungskosten

Hat der Vater im Testament die Höhe des Unterhalts festgelegt, kann der Tutor die hierfür getätigten Aufwendungen nur anrechnen, wenn der festgesetzte Unterhalt dem Mündelvermögen entspricht.[331] Überschreitet die Festsetzung das Mündelvermögen, muss der Vormund die Herabsetzung des Unterhalts beim *praetor tutelarius* beantragen. Unterlässt der Vormund einen entsprechenden Antrag, kann er die Aufwendungen weder herausverlangen noch anrechnen lassen.[332] 126

[322] Alex. C. 5.28.4 (a.224); vgl. auch *Pellecchi*, Scr. Corbino V, 348 f.

[323] Pomp. 16 Q. Muc. D. 27.5.4, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 233 f.

[324] Scaev. 2 resp. D. 26.7.47.3; Ulp. 2 omn. trib. 27.9.8 pr., dazu *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 (1948) 1550, *Seiler*, Tatbestand (1968) 229.

[325] Pap. 5 resp. D. 26.7.39.9, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 226–228.

[326] Vgl. Paul. 18 Plaut. D. 44.7.49; Alex. C. 5.54.4 (a.229); vgl. auch Pap. 5 resp. D. 26.7.39.6 (Übernahme der Haftung bei Versterben während des Streites um die Vormundschaft); Pap. 5 resp. D. 26.7.39.16 (Verpflichtung des Mitvormunds, gegen den zahlungsfähigen Erben eines anderen Vormunds vorzugehen).

[327] Paul. 9 resp. D. 27.7.8 pr., dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 72.

[328] Zum Beispiel: Unterhaltskosten für den die Verwaltung durchführenden Sklaven, vgl. Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.8; Reisekosten für einen Rechtsstreit, vgl. Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.9.

[329] Gai. 12 ed. prov. D. 26.7.13 pr.; Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.14. Die fehlende Unterhaltsleistung kann eine Absetzung (*remotio*) wegen Vertrauensunwürdigkeit begründen.

[330] Ulp. 36 ed. D. 27.2.2 pr.

[331] Ulp. 36 ed. D. 27.2.2.3.

127 Hat der Prätor dem Tutor die Leistung von Unterhalt zur Ausbildung eines Mädchens in den *artes liberales* aus der Erbschaft auferlegt, kann der Bruder, der die Mitgift aus der Erbschaft auszurichten hat, diese Aufwendungen nicht herausverlangen,[333] da es sich um eine notwendige Unterhaltsleistung handelt.[334] Auch den an die Mutter des Mündels geleisteten Unterhalt kann der Vormund als Aufwendungen abziehen, sofern die Mutter bedürftig und das Mündel vermögend ist.[335]

b. Anrechnung von Bereicherungen des Mündels und Abzug von Schäden des Vormunds

128 Hat der Vormund ohne wirksame Zustimmung dem Mündel Geld als Darlehen gegeben oder durch Stipulation versprechen lassen, kann er zwar keine Klage aus Darlehen oder Stipulation erheben; aufgrund des *rescriptum divi Pii* (→ Rn. 73) haftet das Mündel aber aus der Bereicherung.[336]

129 Weiter kann der Vormund auch für den Schaden, der ihm aus der Führung der Vormundschaft entstanden ist, Ersatz verlangen.[337] Hierzu gehört das Geld, das er aus seinem Vermögen für das Mündelvermögen aufgewendet hat oder Forderungen, die er wegen der Vormundschaft nicht eingetrieben hat;[338] ferner kann er auch Zinsen für Geld, das er für das Mündel aufbringen musste, verlangen.[339] Dies gilt jedoch nicht, wenn er es unterlassen hat, das Geld des Mündels als verzinsliches Darlehen zu geben, denn insoweit heben sich die unterlassene Verzinsung und die Zinspflicht gegenseitig auf.[340]

130 In zeitlicher Hinsicht erfasst der Schadenersatz auch alle Aufwendungen, die der Vormund vor dem Antritt und nach dem Ende der Vormundschaft zugunsten des Mündels oder seines Vermögens gemacht hat.[341]

c. Prozessuale Voraussetzungen des *iudicium contrarium*

131 Für die Erhebung des *iudicium contrarium* genügt der Nachweis, dass der Vormund die Vormundschaft sorgfältig geführt hat.[342] Insbesondere braucht der Tutor nicht auf die Erhebung der *actio tutelae directa* zu warten, um seine Forderungen gelten zu machen:

---

[332] Ulp. 36 ed. D. 27.2.2.3; vgl. auch Iul. 21 dig. D. 27.2.4.
[333] Iul. 21 dig. D. 27.2.4.
[334] Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.2; vgl. auch Alex. C. 5.50.2 (a.223).
[335] Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.4.
[336] Ulp. 40 Sab. D. 26.8.5 pr.
[337] Ulp. 36 ed. D. 27.4.3.1, dazu *Cervenca*, Usurae (1969) 168–170.
[338] Ulp. 36 ed. D. 27.4.1.6.
[339] Ulp. 36 ed. D. 27.4.3.1. Hierzu gehören entweder die üblichen Zinsen oder die Zinsen, die er für ein Darlehen bezahlen musste, das er für die Verwaltung aufgenommen hat
[340] Ulp. 36 ed. D. 27.4.3.2.
[341] Ulp. 36 ed. D. 27.4.3.8.
[342] Ulp. 36 ed. D. 27.4.3.7.

Da es sein kann, dass die Vormundschaft ausschließlich zu einer Vermögensmehrung beim Mündel geführt hat, wird ihm das Recht zugestanden, die Gegenklage ausnahmsweise auch ohne *iudicium directum* zu erheben.[343]

Als Rechtsfolge der Aufwendungen des Tutors ist auch eine Klagenzession des Mündels an den Vormund denkbar;[344] die Zession ist eine Folge der Auslegung der *bona fides* in der Klageformel und auch bei anderen *bonae fidei iudicia* (→ § 78 Rn. 10) anerkannt.[345] **132**

Auch der Protutor (→ Rn. 38) kann das *iudicium contrarium* der *actio tutelae* geltend machen;[346] er wird insoweit gegenüber einem gewöhnlichen Geschäftsführer (→ § 83 Rn. 42 f.) privilegiert.[347] Ulpian gewährt auch dem *curator pupilli* oder *adulescentis* das *iudicium contrarium* der *actio tutelae,* lässt also namentlich den Abzug von Aufwendungen wie in der *actio tutelae* auch in der gegen sie gerichteten *actio negotiorum gestorum* (→ Rn. 140) zu.[348] **133**

V. Die Klagen aufgrund Kuratel

Der sichtbarste Unterschied zwischen *cura* und *tutela* besteht im Entstehungsgrund: Während die *tutela* durch Testament, Gesetz oder Dekret eingerichtet werden kann, beruhen die *cura furiosi* und *prodigi* auf Gesetz oder magistratischer Anordnung,[349] die *cura minoris* allein auf der Zuweisung durch einen Magistraten. Die *cura* kann hingegen niemals im Testament angeordnet werden.[350] **134**

1. *Cura furiosi* und *prodigi*

Die *cura furiosi* und *cura prodigi* sind bereits im XII–Tafel-Gesetz vorgesehen.[351] Die *cura furiosi* greift nur ein, wenn keine Altersvormundschaft (mehr) besteht[352] und sich **135**

[343] Ulp. 36 ed. D. 27.4.3.8; vgl. ferner Diocl./Max. C. 5.56.4 (a.294) zur Gefahr der Prozessverschleppung durch das Mündel.

[344] Vgl. Ant. C. 5.58.2 (a.212); *Wacke*, SZ 124 (2007) 113–144 mwN.; zu Einschränkungen, vgl. Sev./Ant. C. 5.58.1 (a.201).

[345] *Wacke*, SZ 124 (2007) 122 f.

[346] Ulp. 10 ed. D. 27.5.5; Ulp. 36 ed. D. 27.4.1.1, zu beiden: *Seiler*, Tatbestand (1968) 235 f.; *Pellecchi*, Scr. Corbino V 415–418; zum *tutor suspectus*, vgl. Iul. 21 dig. D. 27.4.4, dazu *Berger*, SZ 35 (1914) 52 f.; *Spina*, Tutela impuberum (2018) 90.

[347] Zutreffend *Seiler*, Tatbestand (1968) 237.

[348] Ulp. 36 ed. D. 27.4.1.2.

[349] Zur Konkurrenz von gesetzlicher und magistratischer *cura furiosi*, vgl. Gai. 3 ed. prov. D 27.10.13.

[350] Mod. 6 excus. D. 26.3.1.1, dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 20 f.; vgl. noch Diocl./Max. C. 5.28.7 (a.294) … *curatorem enim inutiliter in testamento dari non ambigitur.*

[351] Vgl. XII tab. 5.7, dazu *Humbert*, XII Tables (2018) 211–227.

[352] Ulp. 37 Sab. D. 26.1.3 pr. (auch zur grundsätzlichen Alternativität von *cura furiosi* und *tutela*), dazu *Humbert*, XII Tables (2018) 215.

eine Geistesschwäche des männlichen *sui iuris* (→ § 30 Rn. 29–32) manifestiert.[353] Dem *prodigus* (→ § 30 Rn. 25–28) wird zunächst die Herrschaftsmacht über das Vermögen durch Verbot entzogen;[354] dann kann auch ihm ein *curator* zugewiesen werden.

136 Die *cura* über *furiosi* und *prodigi* umfasst die Herrschaft über das Vermögen (*pecunia*)[355] der nicht verwaltungsfähigen Person. Sie erfolgt im Interesse des Verwaltungsunfähigen und der (agnatischen) Familie,[356] da ihr Hauptzweck darin besteht, das Vermögen zugunsten der legitimen Erben zu erhalten.

137 Der *curator furiosi* kann Sachen des *furiosus* veräußern und die Diebstahlsklage für ihn erheben,[357] eine Mitgift für dessen Tochter bestellen,[358] ein *peculium* für dessen Sklaven oder Haussohn aussetzen,[359] Zahlungen vornehmen und mit Tilgungswirkung entgegennehmen[360] sowie Schulden novieren.[361]

138 Ob der *curator* auch eine *bonorum possessio* zugunsten des *furiosus* beantragen konnte, war umstritten.[362] Verboten waren dem *curator* jedenfalls unentgeltliche Verfügungen und Veruntreuungen.[363] Wie der Tutor konnte auch der *curator* zur Sicherheitsleistung (→ Rn. 53–58) verpflichtet werden.[364] Unterließ er die Kaution, waren seine Verfügungen über das Vermögen des *furiosus* unwirksam.[365]

139 Andere Pflichten[366] und Befugnisse des *curator* werden im Recht des Prinzipats meist in Anlehnung an die Tutel definiert.[367] Nach Abschluss der *cura* wird gegen den *curator* allerdings nicht die *actio tutelae*, sondern die *actio negotiorum gestorum* (→ § 83 Rn. 13) erteilt.[368] Nur für die Gegenrechte kann der *curator* das *iudicium contrarium* der *actio tutelae* geltend machen.[369]

---

[353] Zum Begriff des *furor*, vgl. *Diliberto*, Cura furiosi (1984) 22–40; *Humbert*, XII Tables (2018) 217.

[354] Paul. sent. 3.4.6–7, dazu *Humbert*, XII Tables (2018) 219 f. Einzelheiten zur *prodigalitas* zuletzt bei *Voutyras*, RHD 89 (2013) 309–357.

[355] Zur Diskussion des Begriffs, vgl. *Humbert*, XII Tables (2018) 217–219.

[356] Gai. 1 manum. D. 27.10.17, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 265.

[357] Ulp. 16 ed. D. 27.10.10.1; Iul. 22 dig. D. 47.2.57.4; Gai. 1 manum. D. 27.10.17 (Freilassung von Sklaven und Schenkungen sind verboten); Iul. 21 dig. D. 27.10.7.3, zu allen *Seiler*, Tatbestand (1968) 264.

[358] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.5.3.

[359] Ulp. 26 Sab. D. 15.1.24.

[360] Iul. 21 dig. D. 27.10.7.3; Marcell. 16 dig. D. 46.3.68; Paul. 5 Sab. D. 35.1.13; Ulp. 30 Sab. D. 46.3.14.7.

[361] Ulp. 50 Sab. D. 46.4.13.10; Gai. 3 verb. obl. D. 46.2.34.1.

[362] Iust. C. 5.70.7.3 (a.530), vgl. auch Gai. ed. prov. D. 26.8.11; Pap. quaest. D. 37.3.1; Ulp. off. proc. D. 36.1.36, zu allen *Seiler*, Tatbestand (1968) 264 f.

[363] Ulp. Sab. D. 47.2.33; Gai. manum. D. 27.10.17, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 265.

[364] Gai. 1.199 f.; D. 46.6.4.8; Iul.21 dig. D. 27.10.7.1/2, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 266.

[365] Iul. 21 dig. D. 27.10.7.1/2, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 271.

[366] Zur *excusatio*, vgl. Nachweise bei *Cervenca*, BIDR 77 (1974) 139–219; ferner *Guzmán Brito*, St. Sanfilippo II 191–202.

[367] *Seiler*, Tatbestand (1968) 268.

[368] Paul. 8 Sab. D. 27.3.4.3; Gai. 15 ed. prov. D. 26.8.11; Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.5, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 269–272.

2. *Cura minoris*

Die *cura minoris* bezeichnet die ursprünglich für einzelne Geschäfte, zum Beispiel bei Verhinderung des Tutors, auf Antrag erteilte Beistandschaft für unter–25-jährige Personen, die *sui iuris* sind.[370] Ausnahmsweise kann die *cura minoris* auch während der Dauer der Vormundschaft erteilt werden, etwa, wenn das Mündel Beistand für eine Klage gegen den Vormund benötigt.[371] Dabei bleibt dem *minor* der ediktale Schutz durch *restitutio in integrum* (→ § 64 Rn. 3) erhalten: Selbst wenn er eine Verurteilung der unsorgfältig handelnden *curatores* wegen Vertrauensunwürdigkeit erreicht hat, kann er erneut gegen den Vormund klagen.[372] **140**

Seit Marc Aurel wird der Aufgabenkreis des *curator minoris* erweitert und generalisiert.[373] So wird es üblich, *minores* (unter 25 Jahren) einen *curator* für die Verwaltung des Vermögens zu bestellen,[374] wodurch es zu einer gewissen Austauschbarkeit von *cura* und *tutela* kommt. Entgegen der früher herrschenden Lehrmeinung ist die in den justinianischen Quellen zu beobachtende Gleichstellung von *curator* und *tutor* jedoch in der Regel nicht auf Interpolationen zurückzuführen,[375] sondern – wie auch die Fragmenta Vaticana[376] und die dokumentarischen Quellen[377] belegen – Ausdruck der Rechtslage in severischer Zeit.[378] **141**

Die *cura* kann vom *minor* selbst, aber auch von Verwandten beantragt werden;[379] auch Witwen können für ihre Kinder die Einsetzung eines *curator* verlangen.[380] In der **142**

---

[369] Ulp. 36 ed. D. 27.4.1.2, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 273 f.; zuletzt auch *Kehoe*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 409–430.

[370] Grundlegend noch immer *Solazzi*, Minore età (1913) 13–110; *Lenel*, SZ 35 (1914) 129–213.

[371] Ulp. 25 ed. D. 27.3.9.7 zur *actio furti*, *actio legis Aquiliae* und *zur condictio furti*, dazu *Solazzi*, Scr. II 205 f.; zur *cura*, vgl. Paul 8 brev. D. 27.3.10; allgemein *Taubenschlag*, Vormundschaftsrecht (1913) 47–68.

[372] Pap. 2 resp. D. 27.3.20.1, dazu *Wacke*, SZ 124 (2007) 133–138; vgl. auch Pap. 5 resp. D. 26.7.39.15, dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 56 f.; *Kränzlein*, St. Grosso IV 318–320.

[373] Hist. Aug. Aur. 10, dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 276; dies entspricht dem von Ulpian kommentierten Stand in Ulp. 11 ed. D. 4.4.1.2–3, dazu *Lenel*, SZ 35 (1914) 129 f.

[374] Vgl. Call. 4 cogn. D. 26.7.33.1; Diese Verwaltungsbefugnis wird bestritten von *Solazzi*, Minore età (1913) 33–51, 33: „Il curatore nell'epoca classica non ebbe l'administratio. Tutti i passi, che gliela riconoscono, sono interpolati (…)", dagegen bereits *Lenel*, SZ 35 (1914) 131 f.

[375] Vgl. vor allem *Solazzi*, Minore età (1913) 239–255.

[376] Vgl. Frg. Vat. 125,128,135,138,147,186,188 (alle zum Exkusationsrecht), dazu vor allem *Cervenca*, BIDR 77 (1974) 141–179.

[377] Namentlich ein Edikt des *praefectus Aegypti* C. Valerius Pompeianus, dass anordnet, allen unter–25-jährigen Halbwaisen (ohne Vater) einen *curator* beizuordnen, vgl. P.Oxy. VI 888 (a.287) = M.Chr. 329, dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 250 f.; *Elia*, QC 7.14 (1985) 386 f.; *Evans Grubbs*, Women (2002) 248 f.

[378] *Kaser*, RP II 223 mwN. Fn. 9; zur *cura minorum* bei Justinian, vgl. *Kränzlein*, St. Grosso IV 317–329.

[379] Zur Antragsbefugnis des *minor*, vgl. Pap. 11 quaest., D. 26.5.13.2; Paul. 10 resp. D. 26.5.25, zu allen *Solazzi*, Minore età (1913) 13–15; vgl. auch Alex. C. 5.31.6 (a.224) mit *Lenel*, SZ 35 (1914) 130; zur Frage der Freiwilligkeit der *cura minoris*, vgl. *Kränzlein*, St. Grosso IV 327 f.

[380] Vgl. P.Oxy. XXXIV 2709 (a.206).

hohen Prinzipatszeit wird die amtliche, auch ohne Antrag erfolgende Einsetzung eines *curator* üblich.

143 Die Beiordnung eines *curator* dient dem Schutz des unter–25-Jährigen vor Übervorteilung.[381] Die Einsetzung eines *curator* ist vor allem im Zusammenhang mit Prozessen zu beobachten und kann auch von der gegnerischen Partei beantragt werden,[382] um eine nachträgliche Infragestellung es Prozesses durch *restitutio in integrum* des *minor* zu erschweren.[383]

144 Soweit der *curator* das Vermögen des *minor* verwaltet,[384] wird eine Reihe von Verpflichtungen des Tutors auch auf den Kurator erstreckt:[385] Hierzu gehören die Haftungsübernahme,[386] Bestrafung des *curator suspectus*,[387] die Kautionspflicht[388] und das Verbot, ländliche Grundstücke aus dem Vermögen des *minor* zu veräußern.[389]

145 Während in der dokumentarischen Überlieferung vereinzelt auch Frauen in der Rolle als *curatrix* über einen *minor* belegt sind,[390] gilt für die *cura minorum* der im Vormundschaftsrechts verankerte Grundsatz, dass Frauen von diesem Amt ausgeschlossen sind (→ Rn. 40). Soweit römisches Recht Anwendung findet, können Frauen daher nur auf anderem Wege die Verantwortung für das Vermögen des Kindes übernehmen,[391] etwa durch Versprechen der Schadloshaltung durch Kaution gegenüber formell als *curatores* tätigen männlichen Personen.[392]

---

[381] Vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.4.1 pr. –1; zur Kumulation von *cura* und *restitutio in integrum*, vgl. Alex. C. 2.24.2 (s. a.), dazu vor allem *Cervenca*, BIDR 75 (1972) 247–259.

[382] Gallien. C. 5.44.3 (a.265); Diocl./Max. C. 5.44.5 (a.294). Auch diesbezüglich kann eine *restitutio in integrum* stattfinden, vgl. Macer 2 app. D. 4.1.8, dazu *Cervenca*, BIDR 75 (1972) 277–282.

[383] Ant. C. 5.44.1 (a.213); Ant. C. 5.31.1 (a.214) … *qui si in petendis his cessabit, potes tu competentem iudicem adire, ut in dandis curatoribus officio suo fungatur;* wichtig hierzu *Kränzlein*, St. Grosso IV 328 f.

[384] Ulp. 36 ed. D. 1.7.17 pr., Ulp. 11 ed. D. 4.4.11.2, dazu *Lenel*, SZ 35 (1914) 138–140.

[385] Vgl. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.14, dazu *Lenel*, SZ 35 (1914) 145.

[386] Paul. 1 quaest. D. 4.4.32, dazu *Lenel*, SZ 35 (1914) 140–143; ferner Ant. C. 5.43.2 (a.215); zur Zinszahlungspflicht vgl. Scaev. 11 dig. D. 26.7.58.4, dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 63 f.

[387] Ulp. 35 ed. D. 26.10.3.2, dazu *Laprat*, Crimen (1926) 60 f., 175–196 (mit Annahme vorjustinianischer Interpolationen); vgl. auch Ulp. off. praef. urb. sing. D. 1.12.1.7, dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 159.

[388] Zur Kautionspflicht, vgl. Ulp. 79 ed. D. 46.6.4.8, dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 141–143; entsprechend findet sich auch eine subsidiäre Haftung der ernennenden Magistrate, vgl. Ulp. 36 ed. D. 27.8.1.15.

[389] Zur *oratio Severi*, vgl. *Cervenca*, BIDR 82 (1979) 41–94; *Seiler*, Tatbestand (1968) 278 f.

[390] P.Oxy. III 495 (a.181–184), dazu *Wenger*, SZ 28 (1907) 308; vgl. auch *Masiello*, Donna tutrice (1979) 98–100; differenzierter die Übersicht über die Belege bei *Montevecchi*, Aegyptus 61 (1981) 103–115, die ganz unterschiedlichen Bezeichnungen konstatiert. Die Frage bedürfte neuer Untersuchung.

[391] Vgl. *Montevecchi*, Aegyptus 61 (1981) 107, die προστάτις als Hinweis auf eine „funzione di responsabilità della donna“ ansieht; vgl. auch *Chiusi*, SZ 111 (1994) 165–171.

[392] Alex. C. 4.29.6 (a.228); Alex. C. 5.46.1 (a.234); Philipp./Philipp. C. 5.46.2 (a.246); dies gilt aber nur im Verhältnis Tutor-Mutter; das Mündel kann weiterhin gegen den Tutor aus der *actio tutelae* vorgehen, cf. Diocl./Max. C. 5.51.9 (a.293); vgl. auch *Mataix Ferrándiz*, Glossae 14 (2017) 558–560.

Für die Abwicklung der *cura* sind verschiedene Klagen überliefert: So finden sich häufiger Bezugnahmen auf die *actio negotiorum gestorum;*[393] seltener wird die *actio negotiorum gestorum* als *utilis* bezeichnet,[394] was sich mit Seiler daraus erklären mag, dass der *curator* nicht nur altruistisch handelt, sondern auch zur *cura* gezwungen oder amtlich bestellt werden kann.[395] **146**

Aus der justinianischen Kompilation ist die Titelrubrik *de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione* belegt, was darauf weist, dass spätestens nach justinianischen Recht gegen den *curator* auch die *actio tutelae utilis* erteilt werden konnte. Entgegen Seiler muss dies aber nicht nachklassischer Zusatz sein,[396] sondern könnte eine aus dem Schutzbedürfnis des *minor* fließende Fortentwicklung der severischen Zeit darstellen,[397] etwa, weil die *actio negotiorum gestorum* bei Untätigkeit des *curator* keinen Rechtsschutz bietet.[398] **147**

VI. Entwicklungen zwischen Diokletian und Justinian

Die bereits in der Severerzeit erreichte Angleichung von *tutor* und *curator* scheint sicht im 4. Jh. intensiviert zu haben. Seit Konstantin ist das Bemühen erkennbar, die Stellung von *minores* und *impuberes* zu vereinheitlichen, indem sie insgesamt als handlungsunfähig eingestuft werden und ihnen einheitlich ein *defensor* zugewiesen wird.[399] **148**

Theodosius und Valentinian lassen die testamentarische Tutorenbestellung in griechischer Sprache zu.[400] Kaiser Zeno erweitert die bereits in der Prinzipatszeit bestehende Obliegenheit der Mutter, Tutoren für ihre Kinder zu beantragen (→ Rn. 8), auf die leiblichen Kinder, die nicht in einer Ehe geboren wurden.[401] **149**

---

[393] Ulp. 35 ed. D. 26.7.5.6; Ulp. 35 ed. D. 27.3.13, dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 68 f.; Sev./Ant. C. 2.30.1 (a.197); Sev./Ant. C. 4.26.1 (a.196), dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 279–281.

[394] Diocl./Max. C. 2.18.17 (a.293); Diocl./Max. C. 5.51.7 (a.293); Iust. C. 5.37.26.1 (a.531), zu allen *Seiler*, Tatbestand (1968) 283–286.

[395] *Seiler*, Tatbestand (1968) 286; vgl. auch Iust. C. 5.37.26.1 (a.531).

[396] *Seiler*, Tatbestand (1968) 290–293.

[397] Vgl. auch Ant. C. 5.51.3 (a.215), dazu *Solazzi*, Minore età (1913) 94 f.; *Seiler*, Tatbestand (1968) 292. Hier hat der *curator* mit den Geldern des *minor* ein Grundstück für sich selbst erworben. Nun soll er auf das Grundstück oder die Zinsen für das Kapital haften, was eine klare Anwendung von Grundsätzen der *actio tutelae* bedeutet.

[398] Vgl. Ant. C. 5.54.2 (a.213), dazu *Seiler*, Tatbestand (1968) 290: Haftung für den *curator cessans*.

[399] *Sargenti*, Costantino (1938) 159–170; *Grelle*, SDHI 72 (2006) 85–91.

[400] Theodos./Valentin. C. 28.6.8 (a.439) *Tutores etiam Graecis verbis licet in testamentis relinquere, ut ita tutores dari videantur, ac si legitimis verbis eos testator dedisset.*

[401] Zeno C. 5.31.11 (a.479).

150 Am Ende des 4. Jh.s[402] werden Mütter als Vormünder (*tutores*) zugelassen,[403] sofern sie sich eidlich verpflichten, nicht erneut zu heiraten. Weiter können spätestens ab dem 5. Jh. auch nicht agnatisch Verwandten (emanzipierte Geschwister) zur Vormundschaft über die unmündigen Geschwister zugelassen werden.[404] Justinian schließlich ordnet die gesetzliche Vormundschaft nach Grundsätzen des Erbrechts neu, so dass jeder, nach dem Grade der Erbberechtigung Vormund wird, wenn er männlicher Kognat und über 25-jährig ist.[405]

151 In der gleichen Novelle werden auch die Mutter und die Großmutter als Vormünder zugelassen, sofern sie auf die Wiederverheiratung und die Rechte aus dem *senatus consultum Velleianum* verzichten.[406] Hiermit wird eine bereits in der Kaiserzeit ersichtliche Praxis, die Mutter per Universalfideikommiss praktisch zur Inhaberin der Vormundschaft zu machen,[407] legalisiert.

152 Justinian lässt die Mutter als Vormund über ihre Kinder zu,[408] wenn sie eidlich versichert, keine weitere Ehe einzugehen und wenn sie auf den Schutz des s*enatus consultum Velleianum* verzichtet und zum Schutz des Mündelvermögens eine Sicherheit an ihrem eigenen Vermögen gewährt.[409]

153 Die *actio tutelae* bleibt wie die *actio protutelae* und die Strafklagen auch im justinianischen Recht erhalten. Das Vormundschaftsverhältnis wird aber unter Justinian in Einzelverhältnisse aufgelöst, so dass sich die Klage nunmehr auf die einzelnen Geschäfte bezieht.[410]

154 Auch die Verwaltungsbefugnis des Tutors wird teilweise neu gefasst. So erweitert Konstantin das Veräußerungsverbot der *oratio Severi* auf *praedia urbana* und kostbare bewegliche Sachen[411] und schafft ein gesetzliches Pfandrecht des Mündels am Vermögen des Vormunds.[412]

---

[402] Zur Praxis seit Diocletian, vgl. *Mataix Ferrándiz*, Glossae 14 (2017) 546–568.

[403] Vgl. Valentin./Theodos./Arcad. C. 5.35.2 (a.390) = Cod.Theod. 3.17.4 pr.–3, dazu *Laprat*, Crimen (1926) 331 f.; *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 1530; *Seiler*, Tatbestand (1968) 244 f.; *Desanti*, De confirmando (1995) 159 f. Dies bedeutet einen Bruch mit der Tradition, vgl. Alex. C. 5.35.1 (a.224) *Tutelam administrare virile munus est* (…). Zum Ganzen vgl. *Carbone*, IAH 5 (2013) 122–124.

[404] Anastas. C. 5.30.4 (a.498), dazu *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 1506.

[405] Novell. Iust. 118.5 (a.543) dazu *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 1507; *Lambertini*, Novella 118 (1977) bes. 32–42; *Carbone*, IAH 5 (2013) 126–129.

[406] Novell. Iust. 118.5 (a.543).

[407] Vgl. *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 1529; *Seiler*, Tatbestand (1968) 243 f.

[408] Zur Legitimierung der natürlichen Kinder, vgl. Iust. C. 5.27.11 (a.530), dazu *Vallar*, BRGÖ 3 (2013) 570–580.

[409] Iust. C. 5.35.3 pr.–2 (530), dazu *Carbone*, IAH 5 (2013) 124–126.

[410] *Collectio de contutoribus* (*Haenel*, Iuliani Epitome [1873] 202), dazu *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 1566 f.

[411] Const. C. 5.37.22 (a.326) = Cod. Theod. 3.30.3.

[412] Diocl./Max. C. 5.51.10 pr. (a.294); Const. C. 5.37.20 (a.314), zur Entwicklung, vgl. *Sachers*, s. v. Tutela, RE VII.A2 1572; die Regelung *tamquam pignoris titulo obligata* fügt sich in die allgemeine prozessuale Entwicklung der Legalhypothek ein, vgl. *Wagner*, Legalhypotheken (1974) 70–87; sie muss daher nicht eine besondere Maßnahme im Vormundschaftrecht betreffen.

155 Justinian erstreckt die behördliche Erlaubnis für Verfügungen auch auf die Einziehung von Forderungen.[413] Im Interesse des Verkehrs begrenzt Justinian die Rückforderung eines entgegen der *oratio Severi* veräußerten Grundstück oder Grundstückteils auf 5 Jahre nach Erreichen des 25. Lebensjahres.[414] Gleichzeitig erweitert er die *accusatio suspecti tutoris*, indem er auch *inopia* als Grund für die Entfernung des Vormunds anerkennt.[415]

156 Justinians Novelle 72 (a. 509) regelt sodann die vormundschaftlichen Verpflichtungen gänzlich neu, wobei als Hauptziel die Vermeidung von *cessiones*[416] des Mündelvermögens an den Tutor zu erkennen ist.[417] Vormund kann nicht sein, wer nachweislich[418] Forderungen gegen das väterliche Erbe hat;[419] ebenso muss Vormündern, die später eine Forderung gegen das Mündelvermögen erwerben, ein *tutor* oder *curator* beigeordnet werden, der ihre Verwaltung überwacht.[420]

157 Verschweigen Tutoren ihre Forderungen gegen das Mündelvermögen, werden sie mit dem Untergang ihrer Rechte bestraft.[421] Ebenso sind alle Vermögensverschiebungen (*cessiones*), die sich ein Tutor oder ein von ihm bestellter Mittelsmann während der Vormundschaft zulasten des Mündels durch Schenkung, Kaufvertrag oder auf andere Weise zukommen lässt, unwirksam[422] und können auch nach dem Ende der Vormundschaft nicht eingeklagt werden.

158 Zur Erleichterung der Verwaltung erlässt Justinian dem Vormund gleichzeitig die Verpflichtung, das Mündelgeld (mit Zinsertrag) anzulegen (→ Rn. 86–89) und lässt eine Hinterlegung ausreichen. Investitionen des Mündelgeldes gehen hingegen auf das Risiko des Vormunds,[423] der – wie im Recht der Prinzipatszeit – die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten auch mit Blick auf das Mündelvermögen zu beachten hat.[424] Alle Arten der *cura* werden unter Justinian zu einem Amt, das nur aufgrund behördlicher Bestätigung oder Ernennung erreicht werden kann.[425]

---

[413] Iust. C. 5.37.25 (a.531); Inst. 2.8.2, dazu *Kaser*, RP II 229 f.

[414] Iust. C. 5.74.3 (a.529).

[415] Vgl. Sev. C. 5.43.5 (a.233), dazu *Laprat*, Crimen (1926) 119 f.; Valer./Gallien/Valer. C. 5.42.2 (a.260).

[416] Novell. Iust. 72 praef. erwähnt eine entsprechende missbräuchliche Praxis durch fiktive Schulden.

[417] Novell. Iust. 72 (a.509), dazu *Crifò*, Rapporti tutelari (1965) 9–27.

[418] Novell. Iust. 72.3, 4 regelt den Beweis der Forderungen, um vorschnelle *excusationes* zu vermeiden.

[419] Novell. Iust. 72.1.

[420] Novell. Iust. 72.2 verwendet den Begriff κηδεμών, der sowohl *tutor* als auch *curator* bedeuten kann, vgl. *van der Wal*, Subseciva Groningana 6 (1999) 128–130.

[421] Novell. Iust. 72.4.

[422] Novell. Iust. 72.5.

[423] Novell. Iust. 72.6.

[424] Novell. Iust. 72.8.

[425] *Kaser*, RP II 235–237.

159 Die Einzelentscheidungen des früheren Rechts dienen auch nach justinianischem Recht dazu, die Verpflichtungen des Vormunds und die Rechte und Forderungen des Mündels aufgrund der Vormundschaft zu konkretisieren und Vorgaben für die Verwaltung der Vormundschaft zu formulieren.

§ 85 Klage aus Verwahrung (*actio depositi*)

Tom Walter

Rotondi, Le due formule classiche dell'actio depositi, in: *Rotondi*, Scritti giuridici II, 1922, 1–55; *Maschi*, La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano, 1973 (Rezension *Mayer-Maly*, SZ 92 [1975] 346–352); *Gandolfi*, Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana, 1976 (Rezensionen *Litewski*, BIDR 79 [1976] 277–285; *Maschi*, Iura 27 [1976] 210–216; *Brasiello*, SDHI 43 [1977] 574–582); *Litewski*, Depositary's Liability in Roman Law, AG 190.2 (1976) 3–78; *Litewski*, Studien zur Verwahrung im römischen Recht, 1978; *Evans-Jones*, The Penal Characteristics of the „actio depositi in factum", SDHI 52 (1986) 105–160; *Evans-Jones*, The Measure of Damages in the actio depositi in factum, TR 55 (1987) 267–280; *Negri*, Deposito nel diritto romano, medievale e moderno, in: Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile V, 1989, 219–232; *Astuti*, s. v. Deposito, Enciclopedia del diritto 12 (1994) 212–227; *Litewski*, Die Personen des römischen Verwahrungsverhältnisses, RIDA 47 (2000) 235–349; *Walter*, Die Funktionen der actio depositi, 2012 (Rezensionen *Langer*, Klio 96.2 [2014] 739–741; *Wesener*, Iura 62 [2014] 490–494; *Knütel*, SZ 133 [2016] 503–509); *Scheibelreiter*, Der „ungetreue Verwahrer". Eine Studie zur Haftungsbegründung im griechischen und frühen römischen Depositenrecht, 2020.

Inhalt Rn.

I. Einleitung 1
II. Die beiden Formeln der *actio depositi* und das prätorische Edikt 5
III. Anwendungsvoraussetzungen der *actio depositi* 13
1. Gegenstand des *depositum* 14
2. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen 15
3. Aktiv- und Passivlegitimation 19
4. „*Redditam non esse*" 29
IV. Der Inhalt der Verpflichtung des Verwahrers 30
1. Leistungspflichten 30
2. Haftungsmaßstab 38
V. Bemessung der Urteilssumme 42
VI. Rechte des Verwahrers 44
VII. Verurteilungsfolgen 48
VIII. Personenmehrheit 49
IX. Verhältnis zu anderen Klagen 51
X. Die *actio depositi* im Prozess 54
XI. *Depositum necessarium* oder *miserabile* 57
XII. Sonderfälle des *depositum* 58

XIII. Parakatatheke 60
XIV. *Depositum irregulare* 61
XV. Historische Entwicklung 66
XVI. Dokumentarisch belegte Rechtspraxis 72
XVII. Sequester 73
XVIII. Literarische Quellen 77

I. Einleitung[1]

1 Der Zweck des *depositum*[2] besteht darin, dass der Empfänger einer Sache (Verwahrer) diese für den Geber (Hinterleger) aufbewahrt: *depositum est, quod custodiendum alicui datum est* (Ulp. 30 ed. D. 16.3.1 pr.).[3] Der Verwahrer darf die Sache nicht gebrauchen; Gebrauch ist Diebstahl.[4] Der Verwahrer hat die Sache zurückzugeben, sobald der Hinterleger ohne Bindung an eine vorher vereinbarte Zeit es verlangt.[5] Das *depositum* dient damit ausschließlich dem Interesse des Hinterlegers.[6]

2 Das *depositum* ist ein *bonae fidei iudicium*[7] und eröffnet in den Digesten mit dem Titel D. 16.3 unmittelbar nach dem Titel 16.2 *De compensationibus* die Reihe der *bonae fidei iudicia* aus Verträgen.[8]

3 Weil die zu verwahrende Sache übergeben wird, kann man das *depositum* als Realvertrag einordnen,[9] auch wenn die Übergabe der Sache nicht den Eigentumsübergang bewirkt (→ Rn. 20).

---

[1] *Herrera Bravo*, Depósito (1987); *Panero*, Deponere (1990); *Panero*, Hom. Murga Gener 251–281; *Scotti*, Deposito (2008); *Santos Justo*, in: Miranda, Sistema contratual (2010) 21–73.

[2] D. 16.3 (*Evans-Jones*, RIDA 25 [1978] 247–259; *Walter*, Actio depositi [2012] 102–108); C. 4.34; Basil. 13.2; Coll. Mos. 10 (*Frakes*, Collatio [2011] 282–287); Paul. sent. 2.12. Zu Coll. Mos. 10 und Paul. sent. 2.12 *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 109–127. Alle wesentlichen Stellen kommentiert *Scotti*, Deposito (2008).

[3] Zu *custodire* siehe Ulp. 30 ed. D. 16.3.1 pr.,9,14; Paul. 2. sent. Coll. Mos. 10.7.3; zu *servare* Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.8; Marcell. 5 dig. D. 16.3.22; Tryph. 9 disp. D. 16.3.31.1.

[4] Gai. 3.196.

[5] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.22,45,46.

[6] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2.

[7] Gai. 4.47,62. Siehe auch Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.23.

[8] Vgl. Gai. 4.61–63. Das *depositum* steht also, anders als etwa das *commodatum*, nicht zusammen mit der *condictio* unter der Rubrik *De rebus creditis*. Zu dieser Frage der Einordnung siehe *Albanese*, AUPA 32 (1971) 35–37 (die Initiative für das Geschäft gehe beim *depositum* vom Geber aus, nicht vom Empfänger); *Maschi*, Categoria (1973) 225, 265–268 (vor Entstehung der *fiic* [→ Rn. 5] habe das *depositum* mit der *fifc* [→ Rn. 5] unter der Rubrik *De rebus creditis* gestanden); *Gandolfi*, Deposito (1976) 72–74 (die *fiic* zum *depositum* sei älter als die *fiic* zum *commodatum* und habe daher die Verschiebung des Ortes des *depositum* im Edikt noch bewirken können), 174–176.

[9] Vgl. Gai. cott. D. 44.7.1.5; Inst. 3.14.3. Siehe aber auch Gai. 3.90,91. Ferner Ulp. 30 ed. D. 16.3.1 pr. und Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.11–14 (Fälle von „Anweisungs"- und „Vereinbarungs"-*depositum*). Zur Frage der Einordnung des *depositum* als Realvertrag, siehe *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 167–176, 244–246 (Rezension *Scheibelreiter*, SZ 136 [2019] 451–465).

Der technische und in den Juristentexten weit überwiegende Begriff ist *deponere*,[10] umgangssprachlich ist *commendare*.[11] Den Begriff *servandum dare* gebraucht Ulpian, wenn das Vorliegen eines *depositum* zu prüfen ist.[12] In der Spätzeit verliert *deponere* seine technische Bedeutung und kann die Hingabe von Gegenständen zu den verschiedensten Zwecken bezeichnen (→ Rn. 70). 4

II. Die beiden Formeln der *actio depositi* und das prätorische Edikt

Das Album des Prätors enthielt in der Redaktion Julians nach Gai. 4.47 zum *depositum* zwei Formeln, eine *formula in ius concepta* (im Folgenden *fiic*) und eine *formula in factum concepta* (im Folgenden *fifc*), deren Wortlaut wegen des Glücksfalls der wörtlichen und vollständigen Überlieferung als weitgehend gesichert geltend darf.[13] 5

Der Wortlaut der *formula in ius concepta* (*fiic*) lautet:[14] 6

Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito.

---

[10] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1 pr. Daneben kann *deponere* wohl immer auch einfach eine Übergabe bezeichnen, vgl. Paul. 5 epit. Alf. dig. D. 12.6.36 (*apud se pignori deponi*) und Ant. C. 4.65.1 (a.213) mit Coll. Mos. 10.9. Dies kann eine Ursache für die nachklassische Begriffsentwicklung sein (→ Rn. 70). Zu den Begrifflichkeiten siehe *Burillo*, SDHI 28 (1962) 243–245; *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 127–138 (insbesondere auch zum Sprachgebrauch bei Plautus).

[11] Ulp. 30 ed. D. 50.16.186; Pap. 9 quaest. D. 16.3.24; Paul. 4 resp. D. 16.3.26 pr.; Diocl./Max. C. 4.34.6 (a.293); C. 4.34.9 (a.293); Coll. Mos. 10.3.1 (a.293). Zu *commendare* in Urkunden → Rn. 72. Für Nonius Marcellus ist *deponere* der zu erklärende Begriff: *deponere est conmendare* (Non. 429,16).

[12] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.8. Als technischer Begriff für *depositum* findet sich der Begriff bei Quintus Mucius Scaevola (Gell. 6,15,2). Vgl. Pomp. 38 Q. Muc. D. 47.2.77 pr. Zum Verhältnis von *utendum dare* und *commodare* siehe Ulp. 29 ed. D. 13.6.1.1 und → § 86 Rn. 9–10, 18. Zu *servandum dare* und anderen Ausdrücken bei Plautus siehe *Gandolfi*, Deposito (1976) 40. Die nachklassische Unterscheidung von *depositum* und *servandum dare* nach der Länge der Verwahrungszeit in Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.2 (*Gandolfi*, a. a. O. 109 f.) begegnet sonst nicht (zur nachklassischen Begrifflichkeit → Rn. 70), vgl. aber Labeo bei Iav. 2 post. Lab. D. 34.2.39.1.

[13] Zur Gestaltung der Formel im konkreten Prozess, siehe Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.40–42. Dazu *Nörr*, SZ 117 (2000) 192.

[14] *Lenel*, EP 288; *Mantovani*, Formule Nr. 27. Das sich im *Codex Veronensis* hinter *condemnato* und vor *SNPA* (für *si non paret absolvito*) in der *fiic* befindende „*nr*“ wird von manchen als Abkürzung, etwa für *nisi restituat*, aufgelöst und in die Formel eingefügt (*Metro*, Obbligazione [1966] 135 f. Fn. 122; *Klami*, FG Kaser 99 f. Fn. 44; für Echtheit zuletzt *Cristaldi*, SZ 133 [2016] 135–175; vgl. auch *Negri*, Dig. Disc. Priv. V 221). Die wohl h. M. verwirft das „*nr*“ als Formelbestandteil (*Lenel*, EP 288 Fn. 12; *Maschi*, Categoria [1973] 162 f.; *Gandofli*, Deposito [1976] 77–79; *Walter*, Actio depositi [2012] 34–37; *Veronese*, Ric. Talamanca II 252 f.). Zu weiteren Einzelfragen des Wortlauts der *fiic* siehe *Walter*, a. a. O. 34–42. Zur Übersetzung von *qua de re agitur* (ähnlich wie hier: Manthe, Gaius Institutiones zu Gai. 4.47), → § 12 Rn. 27 mit Fn. 78.

Was das betrifft, dass der Kläger bei dem Beklagten einen silbernen Tisch in Verwahrung gegeben hat, um den es hier geht, was deshalb der Beklagte dem Kläger zu leisten schuldig ist nach Treu und Glauben, darauf sollst Du, Richter, den Beklagten zu Gunsten des Klägers verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, sollst Du freisprechen.

7 Der Wortlaut der *formula in factum concepta* (*fifc*) lautet:[15] *Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito.* („Wenn es sich erweist, dass der Kläger bei dem Beklagten einen silbernen Tisch in Verwahrung gegeben hat und dieser aufgrund der Arglist des Beklagten dem Kläger nicht zurückgegeben worden ist, wieviel die Sache wert sein wird, auf soviel Geld, Richter, sollst Du den Beklagten zu Gunsten des Klägers verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, sollst Du freisprechen.“)

8 Beide Formeln haben als Verurteilungsvoraussetzung das Vorliegen eines *depositum* gemeinsam (*mensam deposuit*, *mensam deposuisse*); die *fifc* hat womöglich im Bestandteil „*redditam non esse*“ eine weitere Verurteilungsvoraussetzung (→ Rn. 29). Auch im Hinblick auf das Pflichtenprogramm (→ Rn. 30) und die Bemessung der Urteilssumme (→ Rn. 42) bestehen jedenfalls dem Wortlaut nach Unterschiede.

9 Zur Frage, warum es zur Zeit des Gaius zwei Formeln aus dem *depositum* gab, schweigen die Quellen, insbesondere finden sich keine Stellen, in denen erörtert wird, mit welcher der beiden Formeln geklagt wurde oder geklagt werden sollte.[16] Nach den Quellen dürfte zumindest von zwei Unterschieden zwischen den beiden Formeln auszugehen sein: Zur Verhinderung einer zweiten Klage über denselben Streitgegenstand bedurfte es bei der *fifc* der *exceptio rei iudicatae*;[17] der *filius familias* war für die *fifc* aktivlegitimiert (→ Rn. 23). Als weitere Unterschiede werden diskutiert die Befristung (→ Rn. 56), Noxalität (→ Rn. 26) und passive Unvererblichkeit (→ Rn. 27) der *fifc*, Unterschiede bei der *pluris petitio* (→ Rn. 55), die Möglichkeit der Kumulation bei der *fifc* (→ Rn. 50) und Unterschiede bei der Haftung des *pupillus sine tutoris auctoritate* (→ Rn. 22).

10 Die Frage, warum es beim *depositum* zwei Klageformeln gab, ist bisher ungeklärt. Neben historischen Erklärungsversuchen (→ Rn. 66–71) gibt es Ansätze, den beiden Formeln unterschiedliche Funktionen beziehungsweise Anwendungsbereiche zuzuweisen oder sie in verschiedenen Grundkonzeptionen des Rechts zu verorten. Die Ansätze überschneiden sich teilweise, wenn etwa ein unterschiedlicher Anwendungsbereich der beiden Formeln bei den einen Autoren die Entstehung der zweiten Formel erklären soll, bei anderen Autoren nur begründen soll, warum nach Entstehung der zweiten Formel die erste noch in Gebrauch blieb. Eine Erklärung müsste vielleicht auch

[15] *Lenel*, EP 289; *Mantovani*, Formule Nr. 62.

[16] Vgl. *Walter*, Actio depositi (2012) 62–65. Siehe aber zur Aktivlegitimation des *filius familus* für die *fifc*, → Rn. 23.

[17] Gai. 4.107; Frg. Aug. 111–112.

die Formeldubletten bei anderen Verhältnissen[18] erklären oder wäre einzubinden in die Geschichte des Formularprozesses oder der *bonae fidei iudicia* (→ § 78 Rn. 11–18).

Nach wohl derzeit h. M. ist die jüngere Formel die *fiic.*[19] Die Entstehung neben der älteren *fifc* zeige nach einigen die Entwicklung des Instituts aus deliktischer Haftung zu vertraglicher Haftung,[20] nach anderen habe ein praktisches Bedürfnis für die *fiic* bestanden.[21] Nach funktionalen Ansätzen hätten beide Formeln einen unterschiedlichen Anwendungsbereich gehabt; je nach Klageziel, zum Beispiel Klage auf Rückgabe der Sache oder Klage auf Schadensersatz, habe sich der Hinterleger für eine der beiden Formeln entscheiden müssen.[22] Nach Behrends seien grundsätzlich die *actiones in ius concepta* die älteren Formeln, die *actiones in factum concepta* seien erst später durch die Servius-Schule, die die Prokulianer fortgesetzt hätten, ins Album eingeführt worden.[23] **11**

Das ungewöhnlich komplizierte Verheißungsedikt zur *fifc* überliefert uns Ulpian in 30 ed. D. 16.3.1.1.[24] **12**

[18] Nach Gai. 4.47 gewährt der Kläger zwei Formeln in einigen Fällen, zum Beispiel bei *depositum* und *commodatum*. Eine Doppelformel gab es also jedenfalls noch beim *commodatum* (→ § 86 Rn. 13–16), und wohl auch beim *pignus* (→ § 87 Rn. 9–19) und bei der *negotiorum gestio* (→ § 83 Rn. 4–10).

[19] *Gandolfi*, Deposito (1976) 69–92; *Klami*, FG Kaser 94; *Zimmermann*, LO 206 Fn. 140; *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 127 f.; *Franchini*, Recezione (2015) 132–141.

[20] Diese Meinung ist vor allem durch *Rotondi*, Scr. II 1–55 und *Taubenschlag*, GrünhutsZ 34 (1907) 683–724 und 35 (1908) 129–169 ausführlich begründet worden. Zusammenfassungen bei *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 105 f. und *Walter*, Actio depositi (2012) 73–78. Siehe ferner *Rundel*, Mandatum (2005) 120 f. Zur historischen Entwicklung → Rn. 66.

[21] *Gandolfi*, Deposito (1976) 92–99, 141 f. (die *fiic* habe die Berücksichtigung von *pacta*, etwa über eine Haftungserweiterung, und Zinsen ermöglicht). Nach *Veronese*, Ric. Talamanca II 253–263 habe nur mit der *fiic* die Verletzung der Bewachungspflicht erfasst werden können, wenn dem Verwahrer die Rückgabe dennoch möglich blieb. Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.38 und D. 16.3.1.25 (Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.10) handelten daher von der *fiic*. Letzteres ist zweifelhaft, vgl. *Walter*, Actio depositi (2012) 206–219. Nach *Maschi*, Categoria (1973) 325–334 habe die *fifc* nach Entstehung der *fiic* weiter existiert, da sie Fälle erfasst habe, in denen die *fiic* nicht anwendbar war (ein Sklave und ein *pupillus sine tutoris auctoritate* sei nur für die *fifc* passivlegitimiert gewesen).

[22] Mit einem solchen Ansatz *Bürge*, Privatrecht (1999) 6–12 (*fifc* für Rückgabe, *fiic* für Schadensersatz), ferner auch *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 127–161; kritisch zu Recht *Klingenberg*, SZ 118 (2001) 431, mit Verweis auf Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.16, wonach der Hinterleger auch mit der *fifc* wegen Beschädigung der Sache klagen kann. Nicht nur wegen Ulp. 41 Sab. D. 16.3.11 kann wohl kaum bezweifelt werden, dass man mit der *fiic* auch immer wegen Nichtrückgabe der Sache klagen konnte. Nach *Vidal*, RHD 43 (1965) 576–578 habe die Hinterlegung im Tempel einen bevorzugten Anwendungsfall der *fifc* gebildet.

[23] Ausdrückliche Äußerungen zum *depositum* fehlen bisher (eine Zusammenfassung der Lehre *Behrends*' bei *Avenarius*, Liber singularis regularum [2005] 87–91). Ähnlich *Wieacker*, RRG I 457 mit Fn. 63 u. Fn. 66.

[24] Zur Ediktsgestalt und Ediktsgeschichte, siehe *Burillo*, SDHI 28 (1962) 245–249; *Litewski*, AG 190.2 (1976) 4–6. Ferner → Rn. 66.

III. Anwendungsvoraussetzungen der *actio depositi*

13 Die *actio depositi* ist anwendbar, wenn die *demonstratio* der *fiic* beziehungsweise die Tatsachenbehauptung der *fifc* erfüllt ist, wenn also eine Sache hinterlegt worden war.

1. Gegenstand des *depositum*

14 In Verwahrung gegeben werden konnten nur bewegliche Sachen,[25] die in der Klageformel genau beschrieben werden mussten.[26] Zubehör fällt nicht unter den Verwahrungsvertrag.[27]

2. Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

15 Kommt zur Bewachungsaufgabe noch irgendeine Aufgabe hinzu, liegt ein *mandatum* vor.[28]

16 Das *depositum* ist grundsätzlich unentgeltlich, bei Entgeltlichkeit liegt eine *locatio conductio* vor.[29] In Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.23 (*pretium depositionis non quasi mercedem*) und Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2 (*merces*) wird eine Entgeltlichkeit des *depositum* erörtert.[30]

17 Im Regelfalle muss der Empfänger gerade die empfangene Sache zurückgeben; kann er auch eine andere Sache gleicher Art und Güte zurückgeben, handelt es sich grundsätzlich um ein *mutuum*.[31]

---

[25] Anders als beim *commodatum* in Ulp. 28 ed. D. 13.6.1.1 (→ § 86 Rn. 9) wird die Frage nicht ausdrücklich in den Quellen erörtert. Siehe *Walter*, Actio depositi (2012) 25 mit Fn. 2–4. Für Grundstücke stand gegebenenfalls die *fiducia cum amico contracta* zur Verfügung (→ § 88 Rn. 2).

[26] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.40,41.

[27] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.5. *Michel*, Gratuité (1962) 377–381; *Vidal*, RHD 43 (1965) 576 f.; *Walter*, Actio depositi (2012) 94 f.

[28] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.11–14; Ulp. 31 ed. D. 17.1.8 pr. Zur Frage einer Transportpflicht des Verwahrers siehe Pomp. 22 Sab. D. 16.3.12 pr.,1; Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.1; Paul. 28 ed. D. 13.4.7 pr. Dazu *Gandolfi*, Deposito (1976) 129–135 (der Verwahrer habe den Transport nicht eigens übernommen, sondern wäre sowieso gereist). Zu *depositum* und *mandatum* siehe *Gandolfi*, a. a. O. 117–127; *Herrera Bravo*, Est. Iglesias III 1412–1417; *Litewski*, RIDA 47 (2000) 303–311 (zur Frage der Stellvertretung); *Rundel*, Mandatum (2005) 119–140. Zum Leistungsort → Rn. 34.

[29] Ulp. 30 ed. 16.3.1.8–10; Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.1. *Gandolfi*, Deposito (1976) 112–117; *Fiori*, Locatio conductio (1999) 270–275; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 190 f.; *Pókecz Kovács*, FS Knütel 874–877.

[30] *Klami*, Mutua magis videtur (1969) 219–227; *Maschi*, Categoria (1973) 374–376 (justinianisch); *Gandolfi*, Deposito (1976) 142–148; *Litewski*, AG 190.2 (1976) 52–54; *Tafaro*, Regula (1984) 262–264 Fn. 99; *Klingenberg*, RIDA 46 (1999) 292 f.; *Fiori*, Locatio conductio (1999) 273–275; *Metro*, St. Martini II 789–801 (justinianische Neuerung); *Veronese*, Ric. Talamanca II 256 f.; *Walter*, Actio depositi (2012) 158 Fn. 130; für Echtheit beider Stellen *Pókecz Kovács*, FS Knütel 879–886. Zur nachklassischen Entwicklung → Rn. 70.

[31] Paul. 28 ed. D. 12.1.2 pr.; Gai. 2 cott. D. 44.7.1.1,5. Zur Abgrenzung von *depositum* und *mu-*

Doch erörtern die Quellen auch die Frage, ob in solchen Fällen generischer Rückgabepflicht die *actio depositi* statthaft war. Soweit man solche Fälle tatsächlich dem Recht des *depositum* unterstellen konnte, spricht man modern vom *depositum irregulare* (→ Rn. 61–65). **18**

3. Aktiv- und Passivlegitimation

Das Verwahrungsverhältnis muss zwischen Kläger und Beklagten bestehen.[32] Der Hinterleger musste nicht Eigentümer der Sache sein[33] und erwirbt die *actio depositi* sogar dann, wenn er die Sache zuvor gestohlen hatte.[34] Ein *depositum* kommt aber nicht zustande, wenn die Sache dem Verwahrer gehört.[35] **19**

Die Übergabe der Sache bewirkt keinen Eigentumsübergang,[36] die hinterlegte Sache fällt daher auch nicht in das *peculium*.[37] Ebensowenig wie das Eigentum erwirbt der Verwahrer Besitz[38] (zum Sequester → Rn. 74). **20**

Der Hinterleger ist im Konkurs des Verwahrers privilegiert.[39] **21**

---

tuum siehe Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.34; D. 16.3.7.2; Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.9; Ulp. 2 ed. D. 12.1.10; Afr. 8 quaest. D. 17.1.34 pr.; Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.9; Ulp. 73 ed. D. 42.5.24.2. Siehe auch Ulp. 34 Sab. D. 12.1.4 pr. Zu Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.9, Ulp. 2 ed. 12.1.10 und Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.34 *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 250–259; dazu *Sturm*, SZ 124 (2007) 520.

[32] Siehe nur Ulp. 41 Sab. D. 16.3.11; Tryph. 9 disp. D. 16.3.31 pr.,1. *Bruno Siola*, AContr. II 183–249.

[33] Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.1; Afric. 7 quaest. D. 16.3.16; Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.39; Tryph. 9 disp. D. 16.3.31.1; Paul. sent. 2.12.1. *Bruno Siola*, AContr. II 224–249.

[34] Marcellus bei Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.39 (*Reichard*, Drittschadensersatz [1993] 186–190; *Walter*, Actio depositi [2012] 272–282) und bei Tryph. 9 disp. D. 16.3.31.1 (→ Rn. 28); Ulp. 1 disp. D. 5.1.64 pr.

[35] Ulp. 30 ed. D. 50.17.45 pr. (wohl interpoliert für *fiducia*, vgl. *Lenel*, SZ 3 [1882] 113; *Noordraven*, Fiduzia [1999] 17–19); Tryph. 9 disp. D. 16.3.31.1; Iul. 13 dig. D. 16.3.15. *Zimmermann*, Rechtserwerb (2001) 41–45; *Palmirski*, RIDA 51 (2004) 197–203. Nach *Marra*, Iura 58 (2010) 278–298, beziehe sich Iul. 13 dig. D. 16.3.15 auf die *fiducia*. Ebenso *Fercia*, Fiducia (2012) 198–203.

[36] Flor. 7 inst. D. 16.3.17.1. Anders konnte dies gegebenenfalls beim sogenannten *depositum irregulare* sein (→ Rn. 61).

[37] Afr. 8 quaest. D. 15.1.38 pr. *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 133 f.; *Walter*, Actio depositi (2012) 234–236.

[38] Flor. 7 inst. D. 16.3.17.1; Gai. 4.153 (Inst. 4.15.5); Paul. 15 Sab. D. 41.2.30.5; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.20. Zu Fragen des Besitzes beim *depositum*, vgl. *Pennitz*, Index 46 (2018) 201–225.

[39] Siehe die schwierigen und teils widersprüchlichen Stellen Ulp. 30 ed. D. 16.3.7.2,3; Ulp. 63 ed. D. 42.5.24.2; Pap. 9 quaest. D. 16.3.8. *Leptien*, Utilitatis causa (1967) 209–213; *Klami*, Mutua magis videtur (1969) 196–218; *Litewski*, RIDA 22 (1975) 287–294; *Gordon*, St. Biscardi III 366–368; *Klami*, FG Kaser 97 f.; *Bürge*, SZ 104 (1987) 471 mit Fn. 23, 480 mit Fn. 62 (auch zu den unterschiedlichen Berufsgruppen); *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 44–49; *Pérez Álvarez*, Est. Reimundo Yanes II 213–227; *Salazar Revuelta*, RIDROM 11 (2013) 88–149; *Murillo Villar*, RDR 14 (2014) 5; *Cassarino*, TSDP 7 (2014) 8; *Sirks*, SZ 133 (2016) 278–282; *Petrucci*, RIDA 64 (2017) 253–262.

22 Wird bei einem Unmündigen ohne Zustimmung des Vormunds hinterlegt, haftet der Unmündige aus der *actio depositi*, wenn er bereits dolos handeln kann.[40] Aber auch ohne doloses Handeln haftet der Unmündige, soweit er bereichert ist.[41]

23 Hinterlegte ein *filius familias* eine Sache, erwarb nach den allgemeinen Grundsätzen der *pater familias* die Klage.[42] Der *filius familias* selbst konnte die *actio depositi* mit der *fifc* erheben, mit der *fiic* nicht.[43]

24 Nach den allgemeinen Grundsätzen kann der *filius familias* aus der *actio depositi* verklagt werden, der *pater familias* mit der *actio de peculio*,[44] wobei die hinterlegte Sache nicht ins *peculium* fiel (→ Rn. 20).

25 Hinterlegte der Sklave die Sache, erwarb nach den allgemeinen Regeln dessen Eigentümer die *actio depositi*.[45] Wurde eine Sache bei einem Sklaven hinterlegt, haftete der Sklaveneigentümer *de peculio*.[46]

26 Die Quellen geben die *actio depositi* auch gegen den freigelassenen Sklaven[47] oder den emanizipierten Sohn,[48] wenn diese die hinterlegte Sache noch haben, andernfalls ist nach den allgemeinen Grundsätzen der ehemalige Eigentümer oder *pater familias* zu verklagen.[49]

---

[40] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.15. Dies entspricht der Auffassung des dolosen Handelns in Bezug auf die hinterlegte Sache als Delikt (vgl. Gai. 3.208). Der Stellung nach erörtert Ulpian an dieser Stelle des Ediktskommentars die *fifc* (*Walter*, Actio depositi [2012] 91–102). Nach *Maschi*, Categoria (1973) 325–327, 330 haftete der *pupillus sine tutorisauctoritate* nur aus der *fifc*. Siehe ferner Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.14; Pomp. 22 Sab. D. 46.1.2 (*Burdese*, AG 150 [1956] 37 f.).

[41] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.15. Mit Interpolationsvermutung *Burdese*, AG 150 (1956) 47 f. und *Labruna*, Rescriptum (1962) 117–124. Für Echtheit aber *Litewski*, RIDA 47 (2000) 291–300. Zum vergleichbaren Problem beim *commodatum* in Ulp. 28 ed. D. 13.6.1.2 und D. 13.6.3 pr., → § 86 Rn. 25, zur Haftung des Unmündigen allgemein, → § 30 Rn. 8–10. Zur Hinterlegung bei einem *minor* siehe Ulp. 11 ed. D. 4.4.9.2. Dazu *Litewski*, a. a. O. 300–303.

[42] Ulp. 23 ed. D. 5.1.18.1.

[43] Ulp. (Paul.?) 17 ed. D. 16.3.19; Ulp. 1 disp. D. 44.7.13 (*In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere*); Paul. 9 Sab. D. 44.7.9. Nach *Savigny*, System V 84, weil der *filius familias* kein ihm gegenüber obliegendes *dare facere oportere* nach dem *ius civile* behaupten könne. *Burillo*, SDHI 28 (1962) 289 f. Teilweise abweichend *Litewski*, RIDA 47 (2000) 277–284, sowie *Litewski*, FS Wacke 251–256. Allgemeinere Erwägungen bei Ulpian für den Fall der Abwesenheit des *pater familias* in 23 ed. D. 5.1.18.1 (→ § 82 Rn. 10). *Litewski*, a. a. O. 251–256.

[44] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.42; Afr. 8 quaest. D. 15.1.38 pr.; Paul. 60 ed. D. 16.3.21 pr.; Ulp. 29 ed. D. 15.1.5 pr.; Paul. 18 Plaut. D. 44.7.49. *Litewski*, RIDA 47 (2000) 284–289; *Litewski*, FS Wacke 256–260.

[45] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.17,30–33; ferner Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.27 (*bona fide serviens*); D. 16.3.1.28 (*usus-fructus*-Sklave); D. 16.3.1.29 (*servus hereditarius*); *servus hereditarius* auch in Iul. 13 dig. D. 44.7.16 und Diocl./Max. C. 4.34.9 (a.293), dazu *Dovere*, Scr. Franciosi II 739–757. Zur Rückgabe der Sache an den Sklaven siehe Ulp. 41 Sab. D. 16.3.11 und Alf. 2 dig. a Paul. epit. D. 46.3.35. Aber keine *actio depositi sequestraria* in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 (→ Rn. 73), weil der Sklaven seinem Herrn den Eigentumsbeweis nicht aufbürden kann.

[46] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.42; Paul. 18 Plaut. D. 44.7.49.

[47] Paul. 60 ed. D. 16.3.21.1. Die Stelle argumentiert vor dem Hintergrund einer möglichen Einordnung der *actio depositi* als Vertragsklage.

[48] Paul. 60 ed. D. 16.3.21 pr.

Die *actio depositi* war aktiv vererblich.[50] Sie war wahrscheinlich auch passiv vererblich, das heißt der Erbe des Verwahrers dürfte im klassischen Recht aus der *fiic* und wohl auch aus der *fifc* gehaftet haben.[51] **27**

Im Falle der Unterverwahrung gewährt Paul. sent. 2 Coll. Mos. 10.7.8 dem Oberhinterleger eine *actio depositi utilis* gegen den Unterverwahrer, während Afr. 17 quaest. D. 16.3.16 nur die Beschränkung der Haftung des Unterhinterlegers im Falle eines *dolus* des Unterverwahrers auf die Abtretung der Klage des Unterhinterlegers gegen den Unterverwahrer erörtert.[52] Hinterlegt ein Schuldner die geschuldete Sache im Annahmeverzug des Gläubigers in einer öffentlichen Stelle, stellt sich die Frage einer Klage des Gläubigers gegen die Verwahrstelle.[53] Zu Tryph. 9 disp. D. 16.3.31.1 wird ebenfalls eine *actio depositi utilis* des Eigentümers gegen den Verwahrer diskutiert.[54] **28**

[49] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.18. Die Stelle argumentiert vor dem Hintergrund der Noxalhaftung und damit vor dem Hintergrund einer möglichen Einordnung der *actio depositi* als Deliktsklage. Die entsprechenden Quellen, die sich dabei teilweise zu widersprechen scheinen, sind umstritten und werden zum Teil als Beleg für den ursprünglichen Charakter der *actio depositi* in Gestalt der *fifc* als Deliktsklage angesehen. Für Noxalität: *Taubenschlag*, GrünhutsZ 35 (1908) 130–132; *Rotondi*, Scr. II 52 f.; *Burillo*, SDHI 28 (1962) 262–265; *Maschi*, St. Scherillo II 573–579; *Maschi*, Categoria (1973) 327–334. Gegen Noxalität *Evans-Jones*, BIDR 83 (1980) 191–206; *Litewski*, RIDA 47 (2000) 264–269; *Walter*, Actio depositi (2012) 237–256. Ferner *Litewski* AG 190.2 (1976) 18–22.

[50] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.19,36,37; Paul. 31 ed. D. 16.3.13 pr.

[51] Ulp. 30 ed. D. 16.3.7.1 (*Litewski*, SDHI 43 [1977] 197–200); Paul. 17 ed. D. 16.3.9; Iul. 2 Min. D. 16.3.10; Marcell. 5 (6?) dig. D. 16.3.22; Paul. 31 ed. D. 44.2.22. Wegen der Theophilusparaphrase zu Iust. 4.12.1 (*Rotondi*, Scr. II 50, teilweise anders 371–378), der Nichterwähnung der Erbenhaftung beim einfachen *depositum* im prätorischen Edikt in Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.1, der Problematisierung der Erbenhaftung in Ulp. 30 ed. D. 16.3.7.1 und in Paul. 18 Plaut. D. 44.7.49 sowie wegen des zum Teil angenommenen ursprünglichen pönalen Charakters der *fifc* ist die Haftung des Erben aus der *fifc* umstritten. Verneinung bei *Karlowa*, RRG II 1313 und wohl auch bei *Burillo*, SDHI 28 (1962) 260. Nur anfängliche Unvererblichkeit der *fifc* bei *Taubenschlag*, GrünhutsZ 34 (1907) 708–709 und GrünhutsZ 35 (1908) 132–134. Ersetzung der ursprünglichen Nichthaftung durch Haftung auf die Bereicherung bei *Rotondi*, a. a. O. 122–125. Unbeschränkte Erbenhaftung im klassischen Recht bei *De Robertis*, Responsabilità nel sistema II (1982) 728–731; *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 139–160 (gestützt auf Paul. 31 ed. D. 44.2.22); *Walter*, Actio depositi (2012) 131–156. Siehe zur Erbenmehrheit → Rn. 50.

[52] Die Abtretung Julians könnte in der Collatiostelle mitzuverstehen sein. *Burillo*, SDHI 28 (1962) 261 f.; *Litewski*, RIDA 47 (2000) 321 f.; *Valiño*, Actiones utiles (1974) 187 f.; *Sotty*, Utiles actiones (1977) 238; *Walter*, Actio depositi (2012) 425–429. Anders *Behrends*, St. Sanfilippo V 50 f. (drittbegünstigende Amtsrechtsklage). Siehe ferner *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 189, 212–214. Die *actio depositi utilis* aus Diocl./Max. C. 3.42.8 (a.293) gewährt erst Justinian (*Simon*, RIDA 17 [1970] 290 f.; *Valiño*, a. a. O. 209 f.; *Sotty*, a. a. O. 238–241; *Litewski*, a. a. O. 340–341; *Walter*, a. a. O. 429–439). Für Echtheit der *actio utilis* aber *Behrends*, a. a. O. 50 f.; *Reichert*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 162 Fn. 100; *Harke*, Actio utilis (2016) 294 f.; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 248–254 (ein solches *pactum* wirke nur zu Gunsten des Eigentümers).

[53] Zu Diocl./Max. C. 4.32.19.4 (o.A.), die überwiegend für interpoliert gehalten wird, siehe *Vidal*, RHD 43 (1965) 578 f.; *Valiño*, Actiones utiles (1974) 188–190; *Litewski*, RIDA 47 (2000) 344–346; *Walter*, Actio depositi (2012) 436 f.; siehe ferner → Rn. 58. In Paul. 4 quaest. D. 15.1.52 pr. scheint der *pupillus* eine *actio utilis* zu haben, wenn der (Schein-) Tutor Sachen des *pupillus* in Verwahrung gibt.

4. „*Redditam non esse*“

29 Die *fifc* stellt neben dem *rem deposuisse* eine weitere Verurteilungsvoraussetzung auf, nämlich die Nichtrückgabe (*redditam non esse*).[55] Doch sind die Juristen mit dieser Verurteilungsvoraussetzung flexibel umgegangen und haben dem Verwahrer nicht immer den Einwand gestattet, er dürfe nicht verurteilt werden, weil er die Sache doch zurückgegeben habe.[56] Die Grenzen dieser Flexibilität sind für uns nicht absehbar,[57] ihre Entwicklung nicht mit Sicherheit übersehbar (→ Rn. 67).

IV. Der Inhalt der Verpflichtung des Verwahrers

1. Leistungspflichten

30 Die Quellen erörtern nicht, dass ein Unterschied im Inhalt der Verpflichtung bei der *fiic* (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*) und bei der *fifc* (keine unterbliebene Rückgabe aufgrund von *dolus*) bestehe,[58] doch wird ein solcher Unterschied in der Literatur diskutiert. Es liegt nahe, dass sich mit der *fiic* leichter *pacta*, etwa zur Haftungserweiterung oder zur Zinstragung (→ Rn. 61) berücksichtigen, ferner eine bei dem Hinterleger vorhandene Bereicherung abschöpfen ließen.

---

[54] Für eine solche Klage: *Behrends*, St. Sanfilippo V 50 f. (*aequitas*-gestützte Amtsrechtsklage); *Cerami*, in: Diurni/Ciani, Lex et iustitia (1989) 214–217; *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 188 f. Fn. 88; *Reichert*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 157–164. Für *rei vindicatio* stattdessen *Marrone*, Legittimazione passiva (1970) 99 f.; *Knütel*, Mél. Sturm I 239–265; *Walter*, Actio depositi (2012) 448–450; *Finkenauer*, in: Höffe, Gerechtigkeit (2014) 19–23. Offen für beides *Litewski*, RIDA 47 (2000) 324–332. Siehe ferner *Pernice*, Labeo II.2 (1900) 215 f.; *Pernice*, Labeo II.1 (1895) 171 Fn. 1; *Seidl*, Er. Maridakis I 233–235; *Nörr*, Rechtskritik (1974) 120; *Gandolfi*, Deposito (1976) 137 f.; *Diesselhorst*, Symp. Wieacker (1985) 196; *Kaser*, Ius gentium (1993) 121–125; *Talamanca*, Atti Burdese IV 106–121; *Cerami*, St. Palazzo III 139–146.

[55] Diese Verurteilungsvoraussetzung gäbe es auch bei der *fiic*, wenn man in ihren Wortlaut ein *nisi restituat* aufnimmt. Siehe *Klami*, FG Kaser 99 f. Fn. 44, ferner→ Rn. 6.

[56] Vgl. Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.16 bei Rückgabe einer beschädigten Sache (*res deterior reddita non est reddita*). Siehe zum *commodatum* Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.1 (→ § 86 Rn. 43). Siehe zu vergleichbaren Argumentationen Ulp. 7 ed. D. 50.16.13.1 (*Lenel*, Pal. II 447); Paul. 7 ed. D. 50.16.14 pr. (*Lenel*, Pal. I 977 mit Fn. 3); Sen. contr. 8,2. Zur Bemessung der Urteilssumme siehe *Maschi*, Categoria (1973) 164–166 (voller Sachwert, und damit pönales Element); *Evans-Jones*, TR 55 (1987) 277 f. (nur Schaden).

[57] Betonung dieses Unterschiedes bei *Gandolfi*, Deposito (1976) 94–99, 141 f. Weitere Fälle einer Flexibilisierung der Anwendbarkeit der *fifc* könnten sein Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.33 (*aliud est reddere, aliud quasi de suo dare*, vgl. auch Lab. 2 pith. D. 16.3.34) und Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.24 (*res sine fructu reddita non est reddita*?). Zu Früchten siehe auch Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.10 und die Argumentation zur *actio quod metus causa* in Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.6 (*non aliter mihi restituisse videtur, quam si fructus mihi restituat*).

[58] Vgl. *Kaser*, Litisästimation (1935) 69–75.

Der Verwahrer muss die Sache zurückgeben,[59] die Sache darf nicht beschädigt sein (→ Rn. 29).[60] **31**

Hat der Verwahrer die Sache nicht mehr, ohne dass ihm *dolus* zur Last fällt, muss er erlangte Surrogate, also eine erlangte Bereicherung, herausgeben.[61] Eine Kaution muss er nicht leisten.[62] **32**

Der Verwahrer hat die Sache jederzeit auf Anforderung zurückzugeben, an eine vorher vereinbarte Zeit ist der Hinterleger nicht gebunden.[63] **33**

Die Sache ist dort zurückzugeben, wo sie sich befindet, ohne dass dem Verwahrer *dolus* zur Last fällt,[64] wenn nicht ein Rückgabeort vereinbart wird.[65] **34**

Der Verwahrer hatte die Früchte herauszugeben.[66] **35**

Eine Zinszahlungspflicht[67] sowohl bei generischer Rückgabepflicht als auch bei einer Speziesschuld kam in Frage bei Verzug,[68] bei unerlaubtem Gebrauch[69] und bei tatsächlicher Zinsziehung.[70] **36**

Nur bei generischer Rückgabepflicht (→ Rn. 61–65) kam eine Zinszahlungspflicht in Betracht bei erlaubtem Gebrauch[71] und bei Vereinbarungszinsen.[72] **37**

---

[59] Zur *fiic* siehe Ulp. 41 Sab. D. 16.3.11 (*nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit*), vgl. auch Tryph. 9 disp. D. 16.3.1.31 pr. Die *fifc* enthielt die Nichtrückgabe ausdrücklich als Verurteilungsvoraussetzung.

[60] Zur Aestimationsabrede Pap. 10 quaest D. 24.1.52 pr.

[61] Zu Kaufpreis und erlangten Klagen siehe Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.47 (*Walter*, Actio depositi [2012] 301–308); Paul. 31 ed. D. 16.3.2; Ulp. 31 (!) ed. D. 16.3.3; Paul. 5 Plaut. D. 16.3.4 (keine *actio depositi*, denn der Verkaufende ist gerade nicht als Erbe in die Haftung eingetreten). Zu einer erpressten Geldzahlung oder einer Geldzahlung zur Abwendung eines Zurückbehaltungsrechts siehe Lab. 2 pith. D. 16.3.34 (→ Rn. 67); Ulp. 26 ed. D. 12.5.2.1.

[62] Paul. 18 ed. D. 16.3.20 (*Walter*, Actio depositi [2012] 403–408).

[63] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.22,45,46; Iust. C. 4.34.11 pr. (a.529). *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 68–73, 259 f., 270 f. Zur Beendigung durch den Verwahrer siehe Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.36,37, D. 16.3.5.2 (*sequester*) und *Litewski*, Verwahrung (1978) 31–37.

[64] Pomp. 22 Sab. D. 16.3.12.1. Dazu *Marrone*, MEP 11 (2006) 317–321.

[65] Pomp. 22 Sab. D. 16.3.12 pr.; Paul. 28 ed. D. 13.4.7 pr. (mit ausdrücklichem Bezug auf die *bonae fidei iudicia*). Soweit dadurch dem Verwahrer eine Transportpflicht obliegt, wirft dies Abgrenzungsfragen zum *mandatum* auf (→ Rn. 15).

[66] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.24; Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.10; Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.7 (*ex mora*).

[67] *Cervenca*, Usurae (1969) 108–140; *Klami*, Mutua magis videtur (1969) 118–142; *Litewski*, RIDA 22 (1975) 304–308. Zur Literatur auch → Rn. 61–65.

[68] Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.7; Pap. 3 resp. D. 16.3.25.1. Zur *fiic* Pap. 9 quaest. D. 16.3.24; Gord. C. 4.34.2 (a.238). Bei der *fifc* muss das *rem redditam non esse* der Formel eine Verurteilung auf die Verzugzinsen trotz Rückgabe des Geldes nicht unbedingt ausschließen (→ Rn. 29). Vgl. ferner Lab. 2 pith. D. 16.3.34, wo auch der Wortlaut der *fifc* und eine Klage nach Rückgabe *cum mora* aufscheint.

[69] Gord. C. 4.34.3 (a.239) und wohl auch Gord. C. 4.34.4 (o.A.). Da nach dem Ausgeben des Geldes der Verwahrer sich nicht auf ein *res reddita est* berufen kann, dürfte in diesem Fall auch die *fifc* anwendbar gewesen sein.

[70] Bei geschlossener Verwahrung nach unerlaubtem Gebrauch. Zur *fifc* siehe Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.24. Zur *fiic* siehe Scaev. 1 resp. D. 16.3.28.

[71] Paul. 2 sent. D. 16.3.29.1 mit ausdrücklichem Hinweis auf die *bona fides*. Zur Zinserstattungs-

2. Haftungsmaßstab[73]

38 Der Verwahrer haftet grundsätzlich nur für *dolus*;[74] dass es in der Spätklassik im Rahmen der *fiic* zur Haftungsverschärfung kam, ist zweifelhaft.[75]

39 Zu Haftungserweiterungen konnte es durch Vereinbarung kommen.[76] Dies wird auch für die *fifc* gegolten haben; die Worte *dolo malo* könnten weggelassen worden

---

pflicht in *bonae fidei iudicia* bei Gebrauch des Geldes siehe allgemein *Bürge*, SZ 104 (1987) 542–548.

[72] Pap. 9 quaest. D. 16.3.24; Paul. 4 resp. D. 16.3.26.1; Scaev. 1 resp. D. 16.3.28 mit Hinweis auf die *bona fides*.

Cerami/Petrucci, Diritto commerciale (2010) 150–156; *Cherchi*, Usurae (2012) 73–90; *Scheibelreiter*, Index 43 (2015) 353–385.

[73] *Rotondi*, Scr. II 91–136; *Litewski*, AG 190.2 (1976) 3–78; *Robaye*, Obligation (1987) 36–46; *De Robertis*, Responsabilità nel sistema II (1982) 703–737; *Tafaro*, Regula (1984) 242–265; *Rundel*, Mandatum (2005) 119–138; *Walter*, Actio depositi (2012) 157–175.

[74] Siehe nur Gai. 4.47; Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.1; Gai. 3.207; Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.8; Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.4; Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.6; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2; Inst. 4.1.17; Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.2. Zu den Gründen (Utilitätsprinzip und Infamieprinzip) siehe *Litewski*, AG 190.2 (1976) 36–40.

[75] Siehe *culpa lata* in Alex. C. 4.34.1 (a.234) = Coll. Mos. 10.8; *magna neglegentia* in Gai. 2 cott. D. 44.7.1.5 (wohl gemeinsame Vorlage mit Inst. 3.14.3); *culpa latior* in Cels. 11 dig. D. 16.3.32; *culpa lata* in Paul. 2 sent. D. 50.16.223 pr.; *culpa* in Ulp. 41 Sab D. 16.3.11 und in Ulp. 31 ed. D. 16.3.3; *dolo proximum* in Ulp. 30 ed. D. 16.3.7 pr. Dem (unsicheren) Gehalt dieser Stellen wird man jedenfalls immer die Masse der Stellen entgegenhalten müssen, die die Beschränkung der Haftung auf den *dolus* nicht nur nennen, sondern ausdrücklich betonen. Für Interpolation von Alex. C. 4.34.1 (a.234) wegen des Vergleiches mit Coll. Mos. 10.8 *Maschi*, Categoria (1973) 376 f.; *Litewski*, AG 190.2 (1976) 50; *De Robertis*, Responsabilità nel sistema II (1982) 704 f.; *Walter*, Actio depositi (2012) 159–161.

Für Interpolation der *magna neglegentia* in Gai. 2 cott. D. 44.7.1.5 wegen des Vergleiches mit Inst. 3.14.3 siehe *Maschi*, a. a. O. 377 f.; *Litewski*, a. a. O. 43; *Mayer-Maly*, FS Kaser (1976) 245 f.; *De Robertis*, a. a. O. 705 f.; *Völkl*, FS Hausmaninger 293–303; *Walter*, a. a. O. 161 f. Zur berühmten Stelle Cels. 11 dig. D. 16.3.32 mit Ersterwähnung eines Konzepts der *diligentia quam in suis* siehe *Selb*, Synt. Arangio-Ruiz II 1173–1180; *Sitzia*, BIDR 74 (1971) 191–198; *Maschi*, a. a. O. 171; *Litewski*, a. a. O. 46–49; *Scarano Ussani*, Valori e storia (1979) 172–175; *De Robertis*, a. a. O. 716–720; *Tafaro*, Regula (1984) 248 f.; *Mauel*, Sorgfalt (1985) 22–33; *Cerami*, AUPA 38 (1985) 200 f. Fn. 397; *Rundel*, Mandatum (2005) 135–137; *Hausmaninger*, FS Kaser (1976) 265–271; *Hausmaninger*, FS Lübtow (1990) 53–56; *Mercogliano*, Index 19 (1991) 384–386 (Fall der *culpa latior* wird als *dolus* angesehen); *Nishimura*, in: Knütel/Nishimura, Japanisches Zivilgesetzbuch (2004) 219–228; *Völkl*, a. a. O. 293–303; *Voci*, St. 95 f.; *Cardilli*, Praestare (1995) 433–442; *Harke*, Argumenta Iuventiana (1999) 128–130; *Maganzani*, Diligentia (2006) (Rezensionen *Möller*, SZ 125 [2008] 824–826; *Burdese*, SDHI 74 [2008] 815–821); *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 253–260. *Santucci*, Diligentia (2008) 71–80 bezieht die Stelle auf die *fiducia*. Zur Rezeption siehe auch *Agnati*, Commento di Bartolo (2004) (Rezension *Varvaro*, Index 35 [2007] 233–239); *Agnati*, SDHI 75 (2009) 649–670. Zu Paul. 2 sent. D. 50.16.223 pr. siehe *Litewski*, a. a. O. 43; *Walter*, a. a. O. 162–164. Zu Ulp. 41 Sab. D. 16.3.11 (vgl. auch Alf. 2 dig. a Paul. epit. D. 46.3.35) siehe *Sitzia*, BIDR 74 (1971) 202 f.; *MacCormack*, SDHI 38 (1972) 164; *Litewski*, a. a. O. 50–52 (vorjustinianische Glosse); *De Robertis*, a. a. O. 715 f.; *Voci*, a. a. O. 93–95; *Tafaro*, a. a. O. 249–255 (Haftungserweiterung); *Martini*, AContr. I 205–213; *Völkl*, a. a. O. 301 f.; *Fiori*, in: Fiori, Modelli IV (2011) 188–191 (der Verwahrer hat den Verdacht und steht nicht im Verdacht); *Talamanca*, Atti Burdese IV 117–121; *Rundel*, a. a. O. 134 f. (nachklassische Einfügung).

sein.[77] Umstritten wegen der damit verbundenen Aufweichung der Abgrenzung zur *locatio conductio* ist die Möglichkeit einer Haftungsverschärfung durch Vereinbarung eines Entgelts (→ Rn. 16). Schließlich kam es zu Haftungserweiterungen, wenn das *depositum* ausschließlich im Interesse des Verwahrers geschlossen wurde.[78]

Die *litis contestatio*[79] und deliktisches Handeln des Verwahrers[80] führte zur Haftungsverschärfung. **40**

Die Haftung wegen *dolus* konnte nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden.[81] **41**

V. Bemessung der Urteilssumme

Den Quellen lässt sich ein Unterschied in der Bemessung der Urteilssumme bei beiden Formeln nicht entnehmen, insbesondere war die *condemnatio* bei beiden Formeln nicht auf den Sachwert beschränkt.[82] Zinsen und Früchte ließen sich berücksichtigen (→ Rn. 35–37). Der Hinterleger konnte sein Interesse geltend machen, er wurde zum Schätzungseid zugelassen.[83] **42**

Zu Ulp. 31 ed. D. 16.3.3 siehe *Sitzia*, a. a. O. 198–202 (postklassisch); *MacCormack*, a. a. O. 164; *Litewski*, a. a. O. 32–35 (justinianisch); *Evans-Jones*, RIDA 25 (1978) 251–254 („generic term"); *De Robertis*, a. a. O. 713–715; *Tafaro*, a. a. O. 256–259 (Haftungserweiterung); *Rundel*, a. a. O. 133 f. Zu Ulp. 30 ed. D. 16.3.7 pr. *Litewski*, a. a. O. 41–43; *Tafaro*, a. a. O. 249–251; *Luchetti*, AUPA 60 (2017) 325 f.

[76] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.6,35; Ner. 7 membr. D. 17.1.39; Coll. Mos. 10.5; Pap. 27 quaest. D. 45.2.9.1; Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.23 (Inst. 4.2.2.); Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2; Pomponius bei Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.15. Siehe auch Julian bei Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.35 (*Cardilli*, Praestare [1995] 469–478) und Ulp. 34 Sab. D. 12.1.4 pr. *Albertario*, BIDR 25 (1912) 15–42; *Klami*, Mutua magis videtur (1969) 143–166; *Maschi*, Categoria (1973) 309–322; *Litewski*, AG 190.2 (1976) 54–76; *De Robertis*, Responsabilità nel sistema II (1982) 720–728; *Pennitz*, Periculum (2000) 64–69; *Pókecz Kovács*, FS Knütel 878–880; *Marlasca Martínez*, in: Miranda, Sistema contratual (2010) 896–900; *Lohsse*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 185–197.

[77] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.6 bezieht sich auf die *fifc* (*Evans-Jones*, SDHI 52 [1986] 133); *Lohsse*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 185. Zur Flexibilität des Umgangs mit Formeln, siehe Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.1 (→ § 25 Rn. 10, 15; § 3 Rn. 18).

[78] Ulp. 34 Sab. D. 12.1.4 pr.

[79] Pomp. 22 Sab. D. 16.3.12.3; Gai. 9 ed. prov. D. 16.3.14.1. Dazu *Litewski*, Verwahrung (1978) 38–46; *Cardilli*, Praestare (1995) 422–429; *Wimmer*, Besitz (1995) 60 f.; *Altmeppen*, FS Knütel 19 f.

[80] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.25; Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.10 (→ Rn. 69).

[81] Das *pactumne depositi agat* ist aber wirksam, vgl. Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.7; Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.15; Paul. 3 ed. D. 2.14.27.3.

[82] *Kaser*, Litisästimation (1935) 69–75. Ulp. 30 ed. D 16.3.1.24 dürfte sich der Stellung im Edikts-kommentar Ulpians nach auf die *fifc* beziehen. Angenommene Unterschiede gründen sich nicht auf Quellen zum *depositum*. Weiteren Spielraum des Richters bei der *fiic* nimmt an *Gandolfi*, Deposito (1976) 74–77 („interesse effettivo" oder „positivo") etwa bei Verzug (Ulp. 30 ed. D. 12.3.3) oder Rückgabe am falschen Ort (Pomp. 22 Sab. D. 16.3.12.1). Nach *Evans-Jones*, TR 55 (1987) 267–280 habe jedenfalls im klassischen Recht auch bei der *fifc* die Verurteilung auf das Interesse gelautet.

43 Die Urteilssumme lautete auf das Einfache, nur in den Fällen des *depositum necessarium* (→ Rn. 57) auf das Doppelte.[84] Eine Litiskreszenz hat es beim *depositum* trotz Inst. 4.6.23,26 nicht gegeben.[85]

VI. Rechte des Verwahrers

44 Dem Verwahrer steht gegen den Hinterleger eine nicht infamierende[86] *actio contraria*[87] auf Aufwendungsersatz[88] und auf Schadensersatz[89] zu, bei der der Verwahrer nicht zum Schätzungseid zugelassen wird.[90] Für die *fifc* war die *actio contraria* selbständig im Edikt mit unbekanntem Wortlaut proponiert;[91] bei der *fiic* ließ sich die *actio contraria* durch Personenumstellung formulieren.[92]

45 Der Verwahrer hat wegen Aufwendungen ein Zurückbehaltungsrecht.[93]

46 Grund und Reichweite des Aufrechungsausschlusses aus Paul. sent. 2.12.12, der für den Hinterleger vor allem im Hinblick auf die Rückforderung der noch vorhandenen Sache von Bedeutung war, sind umstritten.[94]

---

[83] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.26,40; Ulp. 1 disp. D. 5.1.64 pr. Zur Geldhinterlegung (stark rhetorisch) Ulp. 30 ed. D. 12.3.3 (*Burillo*, SDHI 28 [1962] 276–278; *Evans-Jones*, TR 55 [1987] 270–273). Durch die Zulassung zum Schätzungseid war vielleicht auch ein immaterielles Interesse geschützt, vgl. Labeo bei Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.38 (dazu *Klami*, St. Talamanca IV 413–430 und → Rn. 67).

[84] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.1; Ner. 2 membr. D. 16.3.18; Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.7.

[85] *Levy*, Vulgarrecht (1956) 170 f.; *Burillo*, SDHI 28 (1962) 253 f.; *Litewski*, SDHI 43 (1977) 200–202 (justinianische Neuerung); *Scheibelreiter*, RIDA 56 (2009) 142–154; *Scheibelreiter*, Symposion 2009 368–372; *Walter*, Actio depositi (2012) 146–148; *de Jong*, SZ 132 (2015) 336–338, 346–348; *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 217–221.

[86] Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.7; Iul. 1 ed. D. 3.2.1; Inst. 4.16.2.

[87] Ulp. 30 ed. D. 16.3.5 pr.; Iust. C. 4.34.11.1 (a.529). *Maschi*, Categoria (1973) 212–217.

[88] Mod. 2 diff. D. 16.3.23 (Coll. Mos. 10.2.5). Nach *Biondi*, Iudicia bonae fidei (1920) 127 f. und *Bürge*, Retentio (1979) 180 handele die Stelle nicht von der Widerklage, sondern vom Zurückbehaltungsrecht. Für Widerklage *Gandolfi*, Deposito (1976) 99 f., 114 f.; *Walter*, Actio depositi (2012) 359–364. In Pomp. 22 Sab. D. 16.3.12 pr. ist offen, ob an eine Widerklage oder ein Zurückbehaltungsrecht gedacht ist.

[89] Afr. 8 quaest. D. 13.7.31 (nach *Noordraven*, Fiduzia [1999] 51–53, handelte die Stelle ursprünglich von der *fiducia*); Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.5. Zum Haftungsmaßstab bei der Widerklage *De Robertis*, Responsabilità nel sistema II (1982) 732–737.

[90] Ulp. 30 ed. D. 16.3.5 pr.

[91] Ulp. 30 ed. D. 16.3.5 pr.; *Lenel*, EP 289 f.

[92] *Lenel*, EP 290; *Mantovani*, Formule Nr. 28 (mit Formelwortlaut).

[93] Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.6. *Maschi*, Categoria (1973) 195–206; *Bürge*, Retentio (1979) 179–181. *Maschi* bezweifelt die Möglichkeit der *retentio* bei der *fifc*, jedenfalls in der Anfangszeit. Das *dolo malo* der Formel dürfte aber von Anfang an dem *iudex* die Möglichkeit eröffnet haben, den Verwahrer freizusprechen, wenn dieser sich (berechtigt) auf ein Zurückbehaltungsrecht berief. Siehe aber Neraz bei Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.21: *tunc enim quaerendum, an dolo malo feceris, cum rem non habes*. Das lässt es zu, dass der *iudex* den *dolus* nicht prüft, wenn der Verwahrer die Sache hat.

[94] Nach *Biondi*, Iudicia bonae fidei (1920) 128 f., Ausschluss nur bei der *fifc*; bei *fiic* wegen

Justinian regelt Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung neu (→ Rn. 71). 47

VII. Verurteilungsfolgen

Als Folge der Verurteilung wird der Verwahrer infam[95] und Eigentümer der hinterlegten Sache.[96] 48

VIII. Personenmehrheit

Hinterlegen zwei Personen[97] eine Sache, kommt es auf die Vereinbarung bei der Hinterlegung an, ob jeder auf das Ganze oder nur auf seinen Anteil klagen kann.[98] Hinterlegen mehrere eine *res communis*, kann jeder anteilig klagen.[99] Gehört der hinterlegende Sklave zwei Eigentümern, kann jeder Eigentümer auf seinen Anteil klagen.[100] Bei Erbenmehrheit auf Hinterlegerseite[101] wird der Grundsatz *nomina ipso iure divisa* (→ § 58 Rn. 20–34) beachtet und zwischen teilbaren und unteilbaren Sachen unterschieden.[102] 49

Gai. 4.61,62 nicht. Ferner zeige Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.5 die Zulässigkeit der Aufrechnung. Nach *Solazzi*, Compensazione (1950) 21 f. und *Pichonnaz*, RIDA 46 (1999) 399–403 (ähnlich *Pichonnaz*, Compensation [2001] 256), Ausschluss nur im Kognitionsverfahren, weil dort wegen der Aufgabe des Grundsatzes der *condemnatio pecuniaria* und der Möglichkeit der Einzelvollstreckung der Verwahrer zur Rückgabe der Sache selbst angehalten wurde (ähnlich teilweise auch *Biondi*, a. a. O. 128 f.). Nach *Maschi*, Categoria (1973) 206–212 Ausschluss der Aufrechnung seit je bei der *fifc*, bei der *fiic* seit der Einzelvollstreckung im Kognitionsverfahren. Weitergehend, grundsätzlich bei Rückforderung der noch vorhandenen Sache Ausschluss bei beiden Formeln und in allen Prozessarten, *Karlowa*, RRG II 1312; *Walter*, Actio depositi (2012) 344–358. Siehe auch *Litewski*, OIR 5 (1999) 34–141.

[95] Gai. 4.182 (Inst. 4.16.2); Gai. 4.60; Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.6; Iul. ed. D. 3.2.1; Diocl./Max. C. 4.34.10 (a.294) (= Coll. Mos. 10.2.6); Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.4; lex Irn. LXXXIV. Nicht infam wird der aus der *actio contraria* verurteilte Hinterleger (Iul. ed. D. 3.2.1; Inst. 4.16.2; Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.7).

[96] Ner. 1 resp. D. 16.3.30; Marcell. 4 dig. 42.1.12. Dazu *Levy*, SZ 42 (1921) 496–510; *Kaser*, SZ 78 (1961) 214 f.; kritisch *Düll*, SZ 96 (1979) 295; *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 315 mit Fn. 289; *Walter*, Actio depositi (2012) 314–323. Zum Eigentumserwerb des Entleihers vgl. Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.1 (→ § 86 Rn. 44).

[97] *Sacconi*, Obbligazioni solidali (1973); *Litewski*, Verwahrung (1978) 5–30; *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 119–139; *Schmieder*, Duo rei (2007) 164–173; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 225–239 (mit jeweiligen Formelzuweisungen); *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 190.

[98] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.44. Dazu *Schmieder*, Duo rei (2007) 169 f. Ferner *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 237–239 (mit Bezug auf die *fifc*).

[99] Flor. 7 inst. D. 16.3.17 pr. Dazu, auch zum Spannungsverhältnis zu Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.44, *Schmieder*, Duo rei (2007) 170 f.

[100] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.31. Dazu *Schmieder*, Duo rei (2007) 171 f.

[101] *Litewski*, Verwahrung (1978) 22–30.

[102] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.36; Gai. 9 ed. prov. D. 16.3.14 pr. Vgl. auch Pomp. 6 Q. Muc. D. 46.3.81.1; Iust. C. 4.34.12 (a.531/532).

50 Ist die Sache bei einer Mehrheit von Verwahrern hinterlegt, lässt die Klage gegen den einen Verwahrer den anderen nicht frei werden, sondern nur die Leistung.[103] Verklagt werden kann nur der Verwahrer, dem selbst ein *dolus* zur Last fällt.[104] Jeder Verwahrer, der dolos gehandelt hat, kann auf das Ganze verklagt werden.[105] Gleichwohl kommt es nicht zur Kumulation, der Hinterleger kann also nicht von jedem dolosen Verwahrer vollen Ersatz verlangen.[106] Haftungsverschärfende Vereinbarungen wirken nicht gegen alle.[107] Bei einer Erbenmehrheit auf Verwahrerseite[108] unterscheiden die Quellen danach, ob die Sache teilbar war, so dass man zur Anwendung der Regel *nomina ipso iure divisa* gelangen konnte,[109] oder ob sie nicht teilbar war,[110] ferner danach, ob der Verwahrer oder welcher der Erben dolos handelte.[111] Die Quellen könnten so zu verstehen sein, dass im Falle eines *dolus* des Verwahrers in Bezug auf die unteilbare Sache es sich in der Folge um eine teilbare Erbenverbindlichkeit handelte, so dass wiederum der Satz *nomina ipso iure divisa* anwendbar wurde. Hat der Verwahrer mehrere Erben und selbst einen *dolus* in Bezug auf die hinterlegte Sache begangen, haften die Erben des Verwahrers nach ihrer Erbquote,[112] wohl aufgrund des Satzes *nomina ipso iure divisa*. Hat der Miterbe selbst dolos gehandelt, ist seine Haftung nicht auf die Erbquote beschränkt,[113] dessen Miterbe, der nicht selbst dolos gehandelt hat (und dessen Erblasser

[103] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.43; ähnlich Ulp. 1 disp. D. 27.3.15. Dies nannte man in der Pandektistik Solutionskonkurrenz (→ § 73 Rn. 8–10, 14). Die Lösung der Stelle Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.43 wird heute allgemein für echt gehalten, wenngleich mit unterschiedlichen Begründungen. Auf die *fiic* beziehen die Stelle *Litewski*, RHD 54 (1976) 155–159, 171–175; *Litewski*, Verwahrung (1978) 6; *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 134–139; *Schmieder*, Duo rei (2007) 165–167. Nach *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 231–233 beziehe sich die Stelle aber auf die *fifc*. Bei der *fiic* habe die *litis contestatio* das Erlöschen der Obligation bewirkt (*Steiner*, a. a. O. 225 f.). Das umgekehrte Verhältnis nimmt *Evans-Jones*, a. a. O. 120–134 wegen Pap. 27 quaest. D. 45.2.9 an: Bei der *fifc* habe bereits die Klage gegen einen der Verwahrer die Klage gegen den anderen zum Erlöschen gebracht (in der Pandektistik Korrealobligation, → § 73 Rn. 14).

[104] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.43.

[105] Vgl. *Schmieder*, Duo rei (2007) 165.

[106] *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 119–139; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 234. Für Kumulation aber *Burillo*, SDHI 28 (1962) 265–269, der Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.43, nicht überzeugend, entsprechend für interpoliert hält.

[107] Pap. 27 quaest. D. 45.2.9 pr.,1. *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 120–134; *Schmieder*, Duo rei (2007) 164–173, 216–221, 321–329.

[108] *Litewski*, Verwahrung (1978) 9–17; *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 139–160.

[109] Vgl. Marcell. 5 dig. D. 16.3.22 am Anfang. Hier ist vielleicht gedacht, dass die Erben von Anfang an in die geteilte Verbindlichkeit eingetreten sind, noch bevor sie überhaupt selbst dolos handeln. Unklar ist der Teil *et uterque solvendo est*. Zur Stelle *Evans-Jones*, RIDA 33 (1986) 117–133; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 235–237.

[110] Vgl. Marcell. 5 dig. D. 16.3.22 im mittleren Teil.

[111] Paul. 31 ed. D. 44.2.22 im zweiten Teil.

[112] Ulp. 30 ed. D. 16.3.7.1. Dabei verwirft Ulpian am Anfang den Gedanken, der Alleinerbe könne bei *dolus* des Verwahrers nur auf seine Bereicherung haften, weil die Haftung einem Delikt entspringe. Wie Ulpian Paul. 17 ed. D. 16.3.9.

[113] Paul. 17 ed. D. 16.3.9.

nicht dolos gehandelt hat), haftet nicht.[114] Die Klage gegen den einen Erben verbraucht die Klage gegen den anderen Erben nicht.[115]

IX. Verhältnis zu anderen Klagen[116]

Nach Ulpian gegen Pegasus war der Verwahrer für die *rei vindicatio* passivlegitimiert.[117] Alexander Severus gewährt dem Hinterleger gegen den Erben des Verwahrers neben der *actio depositi* auch die *rei vindicatio*.[118] Einzelne Stellen sprechen von einer *actio ad exhibendum* gegen den Verwahrer beziehungsweise dessen Erben.[119] **51**

Beging der Verwahrer an der hinterlegten Sache einen Diebstahl, stand dem Hinterleger gegen ihn neben der *actio furti*[120] auch die *condictio furtiva* zu.[121] Es ist möglich, dass der Hinterleger nach der *actio depositi* die *actio furti* nicht mehr erheben konnte.[122] **52**

Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.1 und Iul. 48 dig. D. 9.2.42 geben bei Beschädigung der Sache gegen den Verwahrer auch eine Klage aus der *lex Aquilia*, wobei nach der ersten Stelle die eine Klage die andere verbraucht.[123] **53**

---

[114] Iul. 2 Min. D. 16.3.10.

[115] Paul. 31 ed. D. 44.2.22 im ersten Teil.

[116] *Burillo*, SDHI 28 (1962) 269–276; *Walter*, Actio depositi (2012) 309–344.

[117] Ulp. 16 ed. D. 6.1.9 pr. Nach *Marrone*, Legittimazione passiva (1970) 47–53 betrifft die Stelle nur den Verwahrer, der die Sache von einem Dritten zur Verwahrung erhalten hat; gegenüber dem hinterlegenden Eigentümer sei der Verwahrer ohne weiteres passivlegitimiert. Siehe ferner *Kaser*, SZ 98 (1981) 89–96; *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 281–287; *Bruno Siola*, AContr. II 232–237; *Knütel*, Mél. Sturm I 256 f.; *Walter*, Actio depositi (2012) 310–312. Ferner *Klami*, Mutua magis videtur (1969) 174–196.

[118] Alex. C. 4.34.1 (a.234) = Coll. Mos. 10.8. Nach *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 582 mit Fn. 430, sei die *rei vindicatio* bereits eine Glosse in der Collatio.

[119] Iul. 48 dig. D. 9.2.42; Alex. C. 4.34.1 (a.234). *Marrone*, Actio ad exhibendum (1958) 356–582; *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 268 f.

[120] Quintus Mucius Scaevola bei Gell. 6,15,2, vgl. Pomp. 38 Q. Muc. D. 13.1.16; D. 47.2.77 pr.; Gai. 3.196. Paul. 2 sent. D. 16.3.29 pr. (= Coll. Mos. 10.7.5 = Paul. sent. 2.12.5); Paul. 54 ed. D. 41.2.3.18. Kein Diebstahl bei bloßer *infitatio*: Cels. 12 dig. D. 47.2.68 pr.; Paul. 39 ed. D. 47.2.1.2; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.18. *Thomas*, St. Volterra II 759–768; *Zannini*, AContr. II 173–181; *Desanti*, Ann. Ferrara 24 (2010) 24–32; *Walter*, Actio depositi (2012) 325–329; *Scheibelreiter*, in: Buongiorno/Lohsse, Fontes Iuris (2013) 179–204; *Parenti*, TSDP 7 (2014) 11; *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 154–182. Siehe auch → Rn. 66, 67 und → § 93 Rn. 12.

[121] Pomp. 38 Q. Muc. D. 13.1.16; Paul. 31 ed. D. 16.3.13.1. Die letztere Stelle bezieht *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 135–139 auf die normale *condictio*. Für *condictio furtiva* siehe *Sturm*, SZ 124 (2007) 516 mit Fn. 21, *Walter*, Actio depositi (2012) 329–333.

[122] Vgl. Gord. C. 4.34.3 (a.239). Vgl. *Behrends*, Index 41 (2013) 391. Anders *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 91 mit Fn. 27.

[123] *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 16; *Klingenberg*, SZ 96 (1979) 240 f.; *Musumeci*, Index 45 (2017) 320–328.

X. Die *actio depositi* im Prozess

54 Die Klage auf die hinterlegte Summe verbraucht die Klage, so dass eine zweite Klage auf die Zinsen nicht möglich ist.[124] Bei einer Mehrheit von Erben des Verwahrers verbraucht weder die Klage gegen den einen Erben die Klage gegen den anderen Erben noch die Klage wegen *dolus* des verstorbenen Verwahrers die Klage wegen dolus des Erben.[125]

55 Da der verurteilte Verwahrer infam wurde, bestand vielleicht auch für den Hinterleger bei der *fiic* die Gefahr der *pluris petitio*.[126]

56 Nach Ner. 2 membr. D. 16.3.18 ist die Klage beim *depositum miserabile* gegen den Erben des Verwahrers wegen *dolus* des Verwahrers einjährig befristet. Die Klage gegen den Verwahrer selbst aus der *fifc* dürfte hingegen nie befristet gewesen sein.[127]

XI. *Depositum necessarium* oder *miserabile*

57 Erfolgt die Hinterlegung bei *tumultus*, *incendium*, *ruina* oder *naufragium*, unrömisch *depositum miserabile* oder *depositum necessarium*, gewährt der Prätor gegen den Verwahrer eine Klage auf das *duplum* und unterscheidet bei der Klage gegen den Erben des Verwahrers, ob dem Erben oder dem Hinterleger *dolus* zur Last fällt.[128]

---

[124] Gord. C. 4.34.4 (o.A.).

[125] Paul. 31 ed. D. 44.2.22. *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 137–139, 156 f.; *Walter*, Actio depositi (2012) 409–416.

[126] Vgl. Gai. 4.60 mit anschließender Lücke im *Codex Veronensis* im Umfang zweier ganzer Seiten, wobei Gaius aber einen Unterschied zwischen beiden Formeln zu machen scheint. Zum Teil wird die Stelle als Beleg verstanden, dass die *fifc* die ältere sei, vgl. *Rotondi*, Scr. II 31 f.; *Burillo*, SDHI 28 (1962) 234–236; *Gandolfi*, Deposito (1976) 86 f.; *Sacconi*, Pluris petitio (1977) 184–190.

[127] Denn sie ist sachverfolgend, vgl. Paul. 1 ed. D. 44.7.35, und hatte aufgrund der Klage *ex causa depositi* aus den Zwölftafeln auch immer ein ziviles Vergleichsvorbild. Für Befristung der *fifc*, vgl. aber *Karlowa*, RRG II 1313 (wegen des *quoque* in Ner. 2 membr. D. 16.3.18); *Rotondi*, Scr. II 49; *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 112–118 (gestützt auf Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.25 und Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.10); *Maschi*, Categoria (1973) 188–191. Gegen Befristung *Taubenschlag*, GrünhutsZ 34 (1907) 706–708; *Burillo*, SDHI 28 (1962) 254–258.

[128] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.1–5; Ner. 2 membr. D. 16.3.18; Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.7; Inst. 4.6.17; missverständlich Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.2–4 (→ Rn. 70). *Litewski*, SDHI 43 (1977) 188–202; *Tarwacka*, Pirates (2009) 147 f.; *Gómez-Carbajo de Viedma*, Hom. Murga Gener 283–285. Zu den Gründen der Haftung auf das *duplum* siehe die *laus edicti* in Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.2,4.

XII. Sonderfälle des *depositum*

Der Schuldner konnte im Annahmeverzug des Gläubigers[129] oder bei Ungewissheit über die Person des Gläubigers[130] oder über dessen Empfangsberechtigung[131] den geschuldeten Gegenstand in einem Tempel oder einer öffentlichen Stelle hinterlegen.[132] Das führt zur Hemmung des Zinslaufes, zur Befreiung von Pfändern und zum Gefahrübergang.[133] Diocl./Maxim. C. 4.32.19.4 (o.A.) gewährt dem Gläubiger eine *actio utilis* gegen die Hinterlegungsstelle (→ Rn. 28). **58**

Als Institut des Kognitionsverfahrens findet sich die Sequestration, bei der auf Anordnung des Magistrats die streitgegenständliche Sache hinterlegt wird, zum Beispiel bei Einlegung eines Rechtsmittels.[134] **59**

XIII. Parakatatheke

Nicht als Institut des römischen Rechts, sondern als Institut des Rechts der griechischen Papyri ist die Paratheke[135] von Interesse, weil sie sich unter Umständen auch in den Quellen des römischen Rechts spiegelt und möglicherweise sogar bis hin zu einer Rezeption die römischen Juristen beeinflusst hat (→ Rn. 65). In diesen Papyri bestätigt der Empfänger unter Verwendung typischer Klauseln den Empfang von Geld oder anderen Gegenständen als Paratheke oder Parakatatheke. Die Klausel, dass der Empfänger die empfangenen Gegenstände zurückgeben wird, sobald der Geber dies wünscht, entspricht auch dem Recht des *depositum* (→ Rn. 33). Die Klausel, dass der Empfänger die Gefahr trägt, widerspricht dem römischen Recht (doch siehe → Rn. 39), wäre aber bei einem *depositum irregulare* (→ Rn. 61) denkbar. Daneben findet sich **60**

[129] Pap. 2 resp. D. 22.1.7; Ant. C. 4.32.6 (a.212); Diocl./Max. C. 4.32.19 (o.A.).

[130] Siehe z. B. Julian bei Ulp. 30 ed. 16.3.1.37.

[131] Zum *minor*, siehe Ulp. 11 ed. D. 4.4.7.2; Pap. 3 resp. D. 17.1.56.1; Her. 2 iur. epit. D. 46.1.64.

[132] *Vidal*, RHD 43 (1965) 545–587 (auch allgemein zur Hinterlegung bei öffentlicher Stelle und zu literarischen Quellen); *Vigneron*, Offerre (1979) (vgl. Rezensionen von *Bove*, Iura 31 [1980] 162–167; *Litewski*, SZ 98 [1981] 489–500; *Hackl*, TR 51 [1983] 156–158); *Astuti*, s. v. Deposito, ED XII 221–223; *Quintana Orive*, RIDA 46 (1999) 427–450; *García Vázquez*, ACIA VII 413–428; *García Vázquez*, Est. Calonge I 487–502.

[133] Ant. C. 4.32.6 (a.212); C. 4.32.9 (o.A.); Gord. C. 8.28.2 pr. (a.239); Diocl./Max. C. 4.32.19 (o.A.); C. 8.24.2 (a.293). Weitere Folge der Hinterlegung konnte auch sein, dass man eine Bedingung als eingetreten ansah: Paul. 5 Sab. D. 40.7.4 pr. (*statuliber*).

[134] Pap. 28 quaest. D. 36.3.5.1; Papir. 1 const. D. 49.1.21.3; Iust. C. 11.48.20.4 (a.529). *García Vázquez*, Est. Calonge I 487–502.

[135] *Simon*, SZ 82 (1965) 39–66; *Montevecchi*, Papirologia (1988) 229 f.; *Rupprecht*, Papyruskunde 121; *Scheibelreiter*, SZ 125 (2008) 195–198; *Scheibelreiter*, Symposion 2009 349–376; *Walter*, Actio depositi (2012) 396–400; *Lohsse*, in: Manthe et al., Werkstatt (2016) 191–197; weitere Literatur bei *Scheibelreiter*, SZ 130 (2013) 51 Fn. 47; *Scheibelreiter*, Index 43 (2015) 359–364, 373–375; *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 42–47.

typischerweise ein Aufrechnungsverbot (→ Rn. 46) und die Klausel über den νόμος τῶν παραθηκῶν, den man gewöhnlich mit einer Haftung auf das *duplum* verbindet.[136]

XIV. *Depositum irregulare*[137]

Klami, „Mutua magis videtur quam deposita". Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen, 1969 (Rezensionen *Benöhr*, SZ 89 [1972] 437–443; *Grosso*, SHDI 38 [1972] 339–345; *Litewski*, Index 3 [1972] 557–569); *Maschi*, La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano, 1973, 381–408; *Litewski*, Le dépôt irrégulier I und II, RIDA 21 (1974) 215–262 und RIDA 22 (1975) 279–315; *Gordon*, Observationes on „depositum irregulare", in: Studi in onore di Arnaldo Biscardi III, 1982, 363–372; *Vigneron*, Résistance du Droit Romain aux influences hellénistiques. Le cas du dépôt irrégulier, RIDA 31 (1984) 307–324; *Scheibelreiter*, Integration durch Abgrenzung? Vom Problem, das „depositum irregulare" zu ‚definieren', Index 45 (2017) 443–465; *Busacca*, Sul c. d. deposito irregolare nel diritto romano, QL 8 (2018) 309–389.

61 Muss der Empfänger nicht die Sache selbst zurückgeben, sondern kann er auch eine andere Sache (gleicher Art und Güte) zurückgeben,[138] gewähren einige Quellen dennoch die *actio depositi* (→ Rn. 17 f.).[139] Modern spricht man in solchen Fällen (gewährter *actio depositi*) vom „*depositum irregulare*".[140] Einige für das *depositum* typische Rechtsfolgen wie Haftungsbeschränkung auf *dolus* (oder *culpa lata*),[141] Infamie als

[136] *Klami*, FG Kaser 94–96; *Scheibelreiter*, Symposion 2009 350–353; *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 100–102. Zu nomos in Vertragsformularen allgemein *Jakab*, Weinkauf (2009) 85–87.

[137] *Gandolfi*, Deposito (1976) 148–168, 178–184; *López-Amor y García*, Rev. Fac. Derecho Univ. Complut. 74 (1988/89) 341–359; *Gómez-Carbajo de Viedma*, Hom. Murga Gener 288–299; *Valmaña Ochaíta*, Deposito irregular (1996); *De Ligt*, Latomus 66.1 (2007) 21–25; *Scotti*, Deposito (2008) 183–203; *Floría Hidalgo*, Index 37 (2009) 337–353.

[138] Die Quellen sprechen von der Rückgabe des *tantundem*: Pap. 9 quaest. D. 16.3.24; Pap. 3 resp. D. 16.3.25.1; Alf. 5 dig. a Paul. epit. D. 19.2.31. Eine dem *mutuum* entsprechenden Qualifizierung der anderen Sache (vgl. Gai. 3.91) findet sich in den Quellen nicht.

[139] Grundsätzlich dürfte es auch mit der *fifc* möglich gewesen sein, eine generische Rückgabepflicht zu erfassen. Für die Anwendbarkeit der *fifc* ist *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 137, dagegen etwa *Geiger*, Depositum irregulare (1962) 29.

[140] Der Begriff ist nicht klassisch, sondern soll von dem Konsiliator *Jason de Mayno* (1435–1519) stammen (*Bürge*, SZ 104 [1987] 537 mit Fn. 348). Da es sich auch nicht um ein feststehendes Institut mit klarem Tatbestand und bestimmten Rechtsfolgen handelt, sind die Konturen unklar (*Scheibelreiter*, SZ 129 [2012] 222 f.). Oft wird die Gebrauchserlaubnis und der Eigentumserwerb des Empfängers als begriffswesentlich behandelt. Jede Anreicherung des Begriffes, etwa auch um die Frage der Verzinsung, erschwert aber den Zugang zu den Quellen, weil dadurch ein unnötiges Vorverständnis an die Quellen herangetragen wird.

[141] Zum Haftungsmaßstab im Umfeld des *depositum irregulare* siehe *Klami*, Mutua magis videtur (1969) 143–174; *Litewski*, RIDA 21 (1974) 216–218; *Bürge*, SZ 104 (1987) 548–552.

Verurteilungsfolge und jederzeitige Rückforderbarkeit passen dabei nicht mehr ohne weiteres. Die Gestattung einer Rückgabe des *tantundem* muss nicht immer eine Gebrauchserlaubnis zu eigenen Zwecken des Empfängers und dessen Eigentumserwerb bedeuten.[142] Ist dies aber, wie häufig, der Fall, könnte von der Konstruktion her und ohne Rücksicht auf die Interessenlage[143] auch ein *mutuum* mit zu gewährender *condictio* vorliegen (→ Rn. 17 f.). Die Unterstellung solcher Sachverhalte unter die *actio depositi* statt der *condictio* aus stipulationslosem *mutuum* ermöglicht, aber erzwingt nicht die Zusprechung von Zinsen.[144] Echtheit, Bedeutung und Tragweite der eine *actio depositi* gewährenden Quellen sind umstritten (→ Rn. 65).[145] Auch wenn sich einzelne Aspekte des *depositum irregulare* auch mit der *fifc* bewältigen ließen, dürfte die gewährte *actio depositi* vorzugsweise die *fiic* gewesen sein.

Grundsätzlich (→ Rn. 17 f.) ist das *depositum* auf eine Verpflichtung zur Rückgabe **62**
der hingegebenen Sache gerichtet.[146] Dazu passt, dass der Verwahrer nicht Eigentümer

[142] Denkbar sind etwa Lagerfälle (vgl. Alf. 5 dig. a Paul. epit. D. 19.2.31), wo zur Vereinfachung der Lagerhaltung der Empfänger die jeweils eingelieferten Sachen nicht voneinander trennen muss, diese aber nur an einen der Einlagerer und an niemand anderen herausgeben darf, wobei er die Sachen auch nicht selbst gebrauchen darf, so dass der Empfänger das *tantundem* ständig für die Einlagerer verfügbar halten muss. Vgl. *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 137 f.; *Jakab*, SZ 123 (2006) 99. Siehe auch *Huerta de Soto*, Geld (2011) 9–13, der zu den ökonomischen Aspekten aufschlussreich ist, nicht zu den rechtlichen Fragen. Geht aufgrund des *depositum irregulare* das Eigentum über, muss das *depositum irregulare* eine den Eigentumsübergang rechtfertigende *causa* sein können. Die Stelle Paul. 31 ed. D. 41.1.31 pr. wird bezogen auf das *depositum* durch *Schanbacher*, TR 60 (1992) 2 und *Laborenz*, Solutio (2014) 27 f. Stattdessen für *fiduca*, siehe *Lenel*, SZ 3 (1882) 114 f.; für *fiducia* und *mancipatio* statt *traditio, Noordraven*, Fiduzia (1999) 156–158. Siehe ferner *Klami*, Mutua magis videtur (1969) 174–196; *Forschner*, FHI (2011) Rn. 46 f.

[143] Das *depositum* wird im Interesse des Hinterlegers geschlossen, beim *depositum irregulare* kann auch der Empfänger ein Interesse am Geschäft haben. Vgl. Pap. 9 quaest D. 16.3.24; Ulp. 34 Sab. D. 12.1.4 pr. *Litewski*, RIDA 21 (1974) 217 f.

[144] Vgl. Pap. 9 quaest. D. 16.3.24. Eine Zinszahlungspflicht des Empfängers ist keine zwingende Folge generischer Rückzahlungspflicht, vgl. *Scheibelreiter*, SZ 129 (2012) 223.

[145] Das *depositum irregulare* steht auch im Fokus der Diskussionen um die antike Wirtschaft, insbesondere die Geld- und Bankwirtschaft: *Andreau*, Vie financière (1987) (Rezension *Bürge*, Gnomon 91 [1989] 318–325); *Bürge*, SZ 104 (1987) 465–558; *Peñalver Rodríguez*, Est. Iglesias III 1531–1575; *Andreau*, Patrimoines (1997); *Andreau*, Banking (1999); *Mrozek*, Faenus (2001); *Silver*, Historia 60 (2011) 301–327; Beiträge in: Lo Cascio, Credito (2003); ACost. XII; *Cerami/Petrucci*, Diritto commerciale (2010) 121–126; *Petrucci*, Mensam exercere (1991) (Rezension *Andreau*, Labeo 42 [1996] 267–274); *Petrucci*, Banche (2002); *Collins/Walsh*, AncSoc 44 (2014) 179–212; *Torrent*, Iura 57 (2008/09) 49–90. Siehe auch zu den Geldgeschäften des späteren Papstes Calixtus I. *Mazza*, ACost. IX 187–216 und *de Churruca*, SemCompl. 3 (1991) 61–86. In einem anderen sozialen Kontext wird die Sklaven-„*dos*“ in Paul. 7 resp. D. 16.3.27 als *depositum irregulare* gedeutet durch *Watson*, J.Leg.Hist. 12.1 (1991) 132–139; *Pfeifer*, SZ 123 (2006) 309–314. Zur Stelle ferner *Litewski*, RIDA 47 (2000) 270–272; *Masi Doria*, Scr. Corbino IV 611–613.

[146] Vgl. Inst. 3.14.3 (Gai. 2 cott. D. 44.7.1.5) mit Inst. 3.14.1; Ulp. 63 ed. D. 42.5.24.2; Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.9; Paul. 28 ed. D. 12.1.1 pr. Auch manche Quellen, die eine generische Rückgabeverpflichtung beim *depositum* bejahen, betonen zugleich, wie sehr dies eigentlich dem Institut des *depositum* widerspricht (Pap. 9 quaest. D. 16.3.24; Paul. 4 resp. D. 16.3.26.1).

wird und die Sache nicht gebrauchen darf. Stimmig ist insofern auch das Bemühen Ulpians in seinem Ediktskommentar, die Institute *depositum* und *mutuum* scharf voneinander mittels dogmatischer Konstruktionen wie einer *brevi manu traditio* (→ § 22 Rn. 2; § 40 Rn. 34) abzugrenzen (→ Rn. 17).

63 Der früheste juristische Beleg[147] für die Anerkennung einer generischen Rückgabepflicht findet sich bei Alfen.[148] In den Quellen erscheint die generische Rückgabepflicht als Folge einer ausdrücklichen[149] oder konkludenten[150] Vereinbarung. In anderen Quellen wird ein *depositum* mit generischer Rückgabepflicht abgelehnt und der Sachverhalt als *mutuum* aufgefasst.[151]

64 Von den bereits dargestellten Fällen einer Zinspflicht des Verwahrers gehören nur die Fälle des erlaubten Gebrauchs und der Vereinbarung von Zinsen eigentlich zum *depositum irregulare*. Verzugszinsen und Zinsen nach unerlaubtem Gebrauch kann es auch beim geschlossenen *depositum* geben (→ Rn. 36 f.).

65 Die moderne Literatur[152] ist gegenüber der Anerkennung des *depositum irregulare* unter Fortführung früherer Ansätze aufgeschlossen.[153] Die Forschung unterscheidet zum einen nach den einzelnen Juristen.[154] Daneben erörtert die Literatur auch das Verhältnis von *depositum* (irregulare) und Parakatatheke und die Frage einer Rezeption hellenistischen Rechts.[155] Zum Teil verortet die Literatur das *depositum irregulare* eher in das Kognitionsverfahren.[156]

---

[147] Nach *Scheibelreiter*, SZ 129 (2012) 207–222, 242–244 könnte sich schon in Plautus' *Bacchides* eine offene Geldverwahrung finden (weitere literarische Quellen a. a. O. 206 f.).

[148] Alf. 5 dig. a Paul. epit. D. 19.2.31. Zur Stelle *Benke*, SZ 104 (1987) 200 f., 212; *Metro*, SemCompl. 7 (1995) 208 f. (für Interpolation); *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 136–139 (überzeugend für Echtheit und Herkunft von Alfen, siehe aber auch *Liebs*, SZ 117 [2000] 523 f., zur Frage der Herkunft von Servius); *Bessenyö*, FS Benedek 23–55; *Backhaus*, SZ 121 (2004) 257–259; *Scheibelreiter*, SZ 129 (2012) 224–226. Zur Frage eines *depositum irregulare* bei Labeo in Paul. publ. iud. sing. D. 48.13.11.2,4,6 vgl. ablehnend *Vigneron*, RIDA 31 (1984) 307–324. Zu diesen Stellen siehe auch *Botella Vicent*, ACIA X 151–154.

[149] Pap. 9 quaest. D. 16.3.24; Paul. 4 resp. D. 16.3.26.1; Scaev. 1 resp. D. 16.3.28; Paul. 2 sent. D. 16.3.29.1.

[150] Alf. 5 dig. a Paul. epit. D. 19.2.31; Pap. 3 resp. D. 16.3.25.1 (*pecuniam non obsignatam*). Dazu *Benke*, SZ 104 (1987) 233. Anders etwa in Paul. 2 sent. D. 16.3.29 pr. (*sacculum signatum*).

[151] Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.9; Ulp. 26 ed. D. 12.1.9.9 (→ Rn. 17). Zum (vermeintlichen) Widerspruch zwischen Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.9 und Paul. 2 sent. D. 16.3.29.1 siehe *Gandolfi*, Deposito (1976) 160–162 (die Stelle betreffe nicht die vertragliche Einordnung, sondern den Haftungsmaßstab).

[152] Zur älteren Literatur siehe *Klami*, Mutua magis videtur (1969) 15–20; *Litewski*, RIDA 21 (1974) 220–223.

[153] Weitgehende Anerkennung mittels *fiic* etwa bei *Gandolfi*, Deposito (1976) 148–168.

[154] *Klami*, Mutua magis videtur (1969) 34–117; *Litewski*, RIDA 21 (1974) 237–262 und *Litewski*, RIDA 22 (1975) 280–304. Das *depositum irregulare* hätten etwa anerkannt: Scaevola (1 resp. D. 16.3.28, dazu *Bürge*, SZ 104 [1987] 538–542; 18 dig. D. 32.37.5); ferner Paulus (4 resp. D. 16.3.26.1). Für einen Gegner wird des Öfteren gehalten Ulpian (zu Quellen siehe → Rn. 17); *Pieler*, FS Welser 806; *Bürge*, a. a. O. 552. Umstritten ist die Haltung Papinians (3 resp D. 16.3.25.1; 9 quaest. D. 16.3.24); *Pieler*, a. a. O. 797–807; *Bürge*, a. a. O. 546 f.

[155] *Klami*, Mutua magis videtur (1969) 21–33; *Pólay*, Labeo 19 (1973) 337; *Visky*, Wirtschaftskrise

XV. Historische Entwicklung[157]

Nach Paul. sent. 2 Coll. Mos. 10.7.11 gaben die XII–Tafeln eine Klage auf das Doppelte **66**
ex causa depositi.[158] Nach einem gängigen Modell habe der Prätor durch die *fifc* die Klage gemildert und das *duplum* nur für die Nothinterlegung beibehalten[159] und wurden zudem im Laufe der Entwicklung die Merkmale der Pönalität abgestreift.[160] Später sei die *fiic* hinzugekommen, als das *depositum* als Vertrag anerkannt worden sei.[161]

(1983) 193–199; *Klami*, FG Kaser 89–100; *Jakab*, SZ 128 (2011) 651 f.; *Jakab*, in: Yiftach-Firanko, Letter (2013) 234–237. Zu Pap. 9 quaest. D. 16.3.24 *Pieler*, FS Welser 797–807 (Vergleich mit P.Oxy. 103); zu Paul. 4 resp. D. 16.3.26.1 *Klami*, Mutua magis videtur (1969) 90; *de Churruca*, SZ 108 (1991) 319 f.; *Spina*, in: Staudigl-Ciechowicz et al., Recht [durch] setzen (2013) 563; *Scheibelreiter*, Index 43 (2015) 353–385. Zur Frage der Rezeption siehe auch *de Churruca*, a. a. O. 304–324; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 232 f.; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 213 f.

[156] Gestützt auf Paul. off. praef. urb. sing. D. 1.12.2 *de Churruca*, SZ 108 (1991) 304–324. Siehe auch *Kaser/Hackl*, RZ 168 f. Fn. 48.

[157] *Taubenschlag*, GrünhutsZ 34 (1907) 683–724 und 35 (1908) 129–169; *Rotondi*, Scr. II 1–55; *Burillo*, SDHI 28 (1962) 233–291; *Maschi*, Categoria (1973) 150–155 (*fifc*), 218–225 (*fiic*); *Gandolfi*, Deposito (1976) 84–92; *Litewski*, SDHI 43 (1977) 193–196; *Negri*, Dig. Disc. Priv. V 227–232; *Klami*, St. Talamanca IV 427–430; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 203–206; umfassend und mit antikrechtlichem Vergleich *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020).

[158] Die h. M. sieht darin eine eigenständige, einer Verwahrung entspringende pönale Klage. *Taubenschlag*, GrünhutsZ 34 (1907) 683–691; *Maschi*, Categoria (1973) 131–134 (betraf nur Fälle des *depositum necessarium*); *Litewski*, SDHI 43 (1977) 193–196; *MacCormack*, Labeo 31 (1985) 144–147; *Evans-Jones*, Labeo 34 (1988) 188–208 (mit engerem Anwendungsbereich, nämlich außerhalb von Freundschaftsverhältnissen); *Zannini*, Commodatum (1983) 133–138; *Crawford/Humbert/Lewis*, RS II 687; *Herrera Bravo*, ACIA X 294–296; *Scheibelreiter*, RIDA 56 (2009) 131–154; *Scheibelreiter*, in: Buongiorno/Lohsse, Fontes Iuris (2013) 179–204; *Humbert*, XII tables (2018) 589–594. Für Deutung als *actio furti*, siehe *Burillo*, SDHI 28 (1962) 236–241; *Gandolfi*, Deposito (1976) 46–62 (nach erweiternder Auslegung des Begriffs des *furtum* habe die Klage später auch die Fälle des *depositum* erfasst). Zur Entwicklung des Begriffs des *furtum* → § 93 Rn. 1–5. Zur Frühgeschichte, vgl. *Klami*, FG Kaser 94. Umfassend zu dieser Klage und zur geschichtlichen Entwicklung: *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 109–271.

[159] *Taubenschlag*, GrünhutsZ 34 (1907) 690, 693, 710–719; *Rotondi*, Scr. II 25. Anders *Litewski*, SDHI 43 (1977) 193–196 (die zwei zu verschiedenen Zeitpunkten entstandenen Edikte über das einfache *depositum* und das *depositum necessarium* wurden später zur uns überlieferten Ediktsfassung zusammengefasst).

[160] *Taubenschlag*, GrünhutsZ 35 (1908) 138–141, 151 f. (gestützt auf Neraz bei Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.20,21); siehe auch *Walter*, Actio depositi (2012) 175–202. Ferner *Burillo*, SDHI 28 (1962) 281–283. Zur Pönalität der *fifc*, vgl. *Rotondi*, Scr. II 48–55. Gegen anfängliche Pönalität und vertragliche Haftung der *fifc* von Beginn an: *MacCormack*, Labeo 31 (1985) 144–147 Fn. 48; *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 105–160.

[161] *Rotondi*, Scr. II 45–48 (und zwar durch die Arbeit der Juristen); *Taubenschlag*, GrünhutsZ 35 (1908) 148–152; Zusammenfassung des Modells bei *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 105–107. Siehe ferner *Maschi*, St. Scherillo II 578 f.; *Castro Sáenz*, ACIA VII 193–195.

67 Von Quintus Mucius Scaevola sind Äußerungen zur Frage des Diebstahls durch den Verwahrer bekannt.[162] Wenn man den Anfang von Pomp. 6 Q. Muc. D. 46.3.81.1 Quintus Mucius zuordnet,[163] scheint bereits Quintus Mucius eine *actio depositi* unbekannter Formelgestaltung gekannt zu haben.[164] Alfen erörtert in Alf. 5 dig a Paul. epit. D. 19.2.31 das *depositum irregulare* und damit auch eine *actio depositi* unbekannter Formelgestalt.[165] Jedenfalls Trebaz kannte eine *actio depositi*,[166] auch Labeo.[167] Zu den zwei Entscheidungen Labeos in Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.38[168] und Lab. 2 pith. D. 16.3.34[169] findet sich die Auffassung, dass diese sich auf die *fiic* bezögen. Wenn der Beginn von Ulp. 41 Sab. D. 16.3.11 von Sabinus stammt,[170] kannte Sabinus bereits die *fiic*.[171] Labeo[172] und Neraz[173] werden in der Literatur teilweise mit einer Flexibilisierung

---

[162] Gell. 6,15,2; vgl. auch Pomp. 38 Q. Muc. D. 13.1.16; D. 47.2.77 pr. Siehe auch Gai. 3.196; Gell. 6,15,1; Paul. 54 ed. D. 41.2.3.18 (*veteres*).

[163] *Lenel*, Pal. I 760 mit Fn. 1.

[164] Pomp. 6 Q. Muc. D. 46.3.81.1: *quo casu depositi … non teneri*. Berühmt ist das *non incidam in obligationem* als möglicher Hinweis auf eine Deliktsnatur der *actio depositi*.

[165] Für Echtheit und Herkunft von Alfen überzeugend *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 136–139, zur möglichen Herkunft von Servius siehe *Liebs*, SZ 117 (2000) 523 f. Zu weiterer Literatur→ Rn. 63. Zu Alfen siehe auch Alf. 2 dig. a Paul. epit. D. 46.3.35 (*Roth*, a. a. O. 84–87). Zweifelhaft ist das Argument, weil das *depositum irregulare* nur mit der *fiic* zu bewältigen war (→ Rn. 61, 63), zeige die Stelle Alf. 5 Paul. epit. D. 19.2.31, dass bereits Alfen die *fiic* kannte (vgl. *Gandolfi*, Deposito [1976] 90, 157 f., nach dem die Stelle insoweit aber auch von Paulus herrühren könne).

[166] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.41; Ulp. 60 ed. D. 16.3.21.1 (→ Rn. 26); vgl. auch Paul. 54 ed. D. 41.4.2.7.

[167] Siehe nur Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.14,38,41.

[168] *Talamanca*, BIDR 96/97 (1993/94) 664–667; *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 141 f.; *Veronese*, Ric. Talamanca II 257–259; *Ziliotto*, Danno (2012) 49–55. Für *fifc* etwa *Klami*, St. Talamanca IV 430. Siehe ferner *Benöhr*, SZ 115 (1998) 146–148.

[169] *Vidal*, RHD 43 (1965) 576; *Gandolfi*, Deposito (1976) 88 f., *Pastori*, Commodato (1995) 142–148 (wegen Vergleichs mit Paul. 5 Plaut. D. 12.5.9); *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 140; *Walter*, Actio depositi (2012) 384–395. Für *fifc* aber *Evans-Jones*, TR 55 (1987) 279 f.; *Talamanca*, BIDR 96/97 (1993/94) 663 f. Fn. 58. Zur Frage der Herkunft von Labeo (statt von Paulus) *Bretone*, PP 28 (1973) 192 f.; *Talamanca*, Iura 26 (1975) 16 f. Fn. 52; *Talamanca*, BIDR 96/97 (1993/94) 663 Fn. 58; *Walter*, a. a. O. 385 Fn. 918.

[170] So *Schulz*, Sabinus-Fragmente (1906) 80; *Huvelin*, Furtum (1915) 710 f. (der allerdings *ex fide bona* streicht); *Astolfi*, Libri tres (2001) 163, 255 (vorsichtig); *Talamanca*, Atti Burdese IV 118 mit Fn. 330.

[171] Bejahend *Talamanca*, Atti Burdese IV 117 mit Fn. 330; *Fiori*, in: Fiori, Modelli IV (2011) 182–184. *Gandolfi*, Deposito (1976) 88 kommt zum gleichen Ergebnis mit Paul. 6 Sab. D. 17.2.38 pr. Zu dieser Stelle auch *Maschi*, Categoria (1973) 221–225.

[172] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.16 (*Burillo*, SDHI 28 [1962] 280; *Klingenberg*, SZ 118 [2001] 431); Labeo bei Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.38 (*Klami*, St. Talamanca IV 430); Lab. 2 pith. D. 16.3.34 (*Evans-Jones*, TR 55 [1987] 279 f.). Doch werden die letzten beiden Stellen von anderen Autoren gerade wieder auf die *fiic* bezogen (→ Rn. 67).

[173] Neraz bei Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.20,21. *Taubenschlag*, GrünhutsZ 35 (1908) 138–141, 151 f.; *Burillo*, SDHI 28 (1962) 281–283; *Walter*, Actio depositi (2012) 182–202. Zu einer möglichen Geschichte der Flexibilisierung der *fifc* siehe *Burillo*, a. a. O. 278–285, der auch argumentiert, dass Neraz

der *fifc* beziehungsweise mit einer Annäherung des Regimes der *fifc* an eine vertragliche Haftung in Verbindung gebracht.

In seinen Aufzählungen von *bonae fidei iudicia*[174] und infamierenden Klagen[175] erwähnt Cicero das *depositum* nirgends. Das *depositum* als Beispiel für moralisch richtiges Handeln findet sich bei Cicero erst spät.[176] Die *lex Irnitana* aus der Zeit Domitians[177] nennt in einem Katalog zur Zuständigkeit des lokalen Gerichtsbeamten das *depositum*,[178] so dass das Fehlen des *depositum* im älteren *Fragmentum Atestinum*, das ebenfalls einen (unvollständigen) Katalog zur Zuständigkeit des lokalen Gerichtsbeamten enthält,[179] auffällt. Auch die *tabula Heracleensis* erwähnt das *depositum* nicht.[180] Aus der Nichterwähnung des *depositum* in den Aufzählungen von *bonae fidei iudicia* durch Cicero kann geschlossen werden, dass zu Zeiten Ciceros das *depositum* noch kein *bonae fidei iudicium* war.[181] Geht man davon aus, dass die *actio depositi*, insbesondere auch die *fifc*, von Anfang an infamierend war,[182] dann kann das Fehlen der *actio depositi* in den soeben genannten Infamiekatalogen auf ein Entstehen nach 45 v. Chr. hindeuten.[183] Die Belege bei Alfen und Trebaz bedeuten ein Entstehen der *fifc* in der Übergangszeit von Republik und Prinzipat. Kannte schon Labeo die *fiic*, ist die Geschichte der beiden Formeln der *actio depositi* gedrängt. Als spätest möglicher Zeitpunkt für die Entstehung der *fiic* ist wegen Gai. 4.47 die julianische Ediktsredaktion anzunehmen.[184] 68

---

die *fiic* nicht gekannt habe, weil sonst eine solche Flexibilisierung nicht notwendig gewesen wäre (anders *Taubenschlag*, a. a. O. 151 f., der annimmt, Neraz habe die Interpretation der *fifc* jener der *fiic* angenähert).

[174] Cic. off. 3,70; Cic. top. 42,66; Cic. nat. deor. 3,74.

[175] Cic. Caecin. 7–8; Cic. Q. Rosc. 16; Cic. S. Rosc. 111–117.

[176] Ebenso die für die Formulierung der *fifc* typische Kombination von *deponere* und *reddere*. Vgl. Cic. fin. 3,59; Cic. Phil. 13,22; Cic. off. 1,31; 3,95; Cic. parad. 21; Cic. Tusc. 3,17; Cic. Att. 15,17,1; sonst Caes. civ. 1,23,4; Ov. ars 1,641; Val. Max. 7,3,5.

[177] *Wolf*, Lex Irn. 19–20.

[178] Lex. Irn. LXXXIV, 10.

[179] Zu diesem *Fragmentum Atestinum* (vor 43 v. Chr.) vgl. *Crawford/Laffi*, RS I 319, Z. 1 f., 313–324.

[180] Die *tabula Heracleensis* (um 45 v. Chr.) zählt in einem vollständigen Katalog Klagen auf, in denen die Verurteilung zum Ausschluss von Ämtern führt (*Crawford/Nicolet*, RS I 367, Z. 111 f., 385 f.). Sieht man einen rechtspolitischen Zusammenhang zwischen Zuständigkeitskatalogen und Katalogen zum Ämterausschluss (*Nörr*, SZ 124 [2007] 4; *Wolf*, SDHI 66 [2000] 43), ist das Fehlen im Vergleich zur *lex Irnitana* erneut auffällig. Noch auffälliger ist das Fehlen des *depositum* im *Fragmentum Atestinum* und in der *tabula Heracleensis*, wenn man Ämterausschluss und Verlagerung von Gerichtszuständigkeit im weiteren Kontext des Konzepts der Infamie sieht (zur Infamie beim *depositum*→ Rn. 48). Siehe *Burillo*, SDHI 28 (1962) 249–252.

[181] Vgl. *Rotondi*, Scr. II 29 f.; *Gandolfi*, Deposito (1976) 88.

[182] Gai. 4.60. *Maschi*, Categoria (1973) 154 f.

[183] *Maschi*, Categoria (1973) 154 f., 191–195 (auch zum Problem der Infamie der Klage aus den Zwölftafeln).

[184] Für Julian als Schöpfer der *fiic Burillo*, SDHI 28 (1962) 278–285.

69 Im klassischen Recht ist als materieller Unterschied zwischen beiden Formeln die Aktivlegitimation des hinterlegenden *filius familias* für die *fifc* auszumachen (→ Rn. 23), als prozessualer Unterschied das Mittel zur Durchsetzung des Satzes *ne bis in idem* (→ Rn. 9). Die *fifc* bewahrt wohl zum Teil die Züge einer Deliktsklage.[185] Das Weiterbestehen der älteren *fifc* erklärt man mit dem Traditionalismus der römischen Juristen oder mit einem nur der *fifc* eigenen Anwendungsfeld.[186]

70 Im nachklassischen Recht[187] wird das Institut in den Rechtsquellen mit *commendare*, nicht mit *deponere* bezeichnet.[188] Die Konturen des Instituts weichen auf.[189] Das Haftungssystem des *Codex Euricianus* hat mit dem des klassischen römischen Rechts kaum noch etwas zu tun.[190]

71 In der justinianischen Kodifikation[191] erscheint das *depositum* in seiner technischen Bedeutung.[192] Die Kodifikation kennt nur eine einheitliche Klage.[193] Die Haftung des Verwahrers für *culpa lata* dürfte eine justinianische Interpolationsein (→ Rn. 38). Um dem Hinterleger die schnelle Rückerlangung der hinterlegten Sache zu ermöglichen, schafft Justinian durch Konstitution im Jahr 529 das Zurückbehaltungsrecht ab[194] und

[185] Diskutiert vor allem an Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.25; Paul. 2 sent. Coll. Mos. 10.7.10 (*Walter*, Actio depositi [2012] 206–213). Einige beziehen die Stelle auf die *fiic* (→ Rn. 11). Das dürfte kaum überzeugen. Vgl. aber auch Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.20,21 (→ Rn. 66).

[186] Etwa Aktivlegitimation des *filius familias* (→ Rn. 23); Passivlegitimation des *manumissus* (→ Rn. 26), des *pupillus sine tutoris auctoritate* (→ Rn. 22). Siehe *Rotondi*, Scr. II 49–55; *Maschi*, Categoria (1973) 325–334. Ferner→ Rn. 9–11.

[187] *Levy*, Vulgarrecht (1956) 166–180; *Maschi*, Categoria (1973) 359–380. Überblick über die Konstitutionen Diokletians bei *Parra Martín*, in: Miranda, Sistema contratual (2010) 743–758.

[188] *Levy*, Vulgarrecht (1956) 167–168. Vgl. etwa die Umformulierung in Epit. Gai. 2.11.4 aus Gai. 3.196. Ein Grund könnte gewesen sein, dass das Wort *deponere* an sich nur ein Niederlegen oder eine Übergabe bezeichnet und daher farblos ist (→ Rn. 4). Der Begriff *deponere* bezeichnet auch andere Rechtsgeschäfte: vgl. *pignus depositum* in Paul. sent. 2.5.1. Von den Paulussentenzen ist wohl abhängig Isidor von Sevilla. Er hat einerseits das *pignus depositum* im Gegensatz zur *hypotheca sine depositione pignoris* (vgl. Isid. orig. 5,25,19 am Anfang mit Isid. orig. 5,25,24), andererseits auch ein *depositum custodiae causa* (Isid. orig. 5,25,19 a. E.; 5,4,5).

[189] Die interpr. Paul. sent. 2.12.2 zu Paul. sent. 2.12.7 kennt die Verwahrung von Grundstücken (*Levy*, Vulgarrecht [1956] 173); Cod. Eur. 278 kennt ein entgeltliches *depositum* (*Levy*, a. a. O. 173–175). Zur Frage eines entgeltlichen *depositum* in der Nachklassik des Ostens→ Rn. 16. Zum *depositum necessarium* siehe *Litewski*, SDHI 43 (1977) 191.

[190] Vgl. *Levy*, Vulgarrecht (1956) 175–180. Cod. Eur. 282 sieht beim unentgeltlichen *depositum* im Falle einer Zerstörung der Sache durch *ruina*, *incendium* oder *naufragium* eine Gefahrteilung vor.

[191] *Maschi*, Categoria (1973) 364–381.

[192] *Metro*, St. Martini II 789–801 sieht im *deposito retributo* als weiteres Institut eine justinianische Neuerung (→ Rn. 16). Zur byzantinischen Entwicklung, vgl. *Sitzia*, BIDR 74 (1971) 189–218.

[193] Das *hanc actionem bonae fidei esse dubitare non oportet* in Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.23 ist für die *fiic* mit der Klausel *ex fide bona* derart merkwürdig, dass die Stelle Ausdruck eines Klarstellungsbedürfnisses der Kompilatoren sein könnte, vgl. *Lenel*, EP 289 Fn. 5. Ferner *Taubenschlag*, GrünhutsZ 35 (1908) 142–146.

[194] Iust C. 4.34.11 pr. (a.529). *Nardi*, Ritenzione I (1947) 425; *Bürge*, Retentio (1979) 181; Siehe auch *Pielemeier*, Aufrechnungsverbot (1988) 30–33; mit Einschränkungen *Walter*, Actio depositi (2012) 380.

bekräftigt den Aufrechnungsausschluss.[195] Erst Justinian regelt auch den Fall, dass ein Dritter gegenüber dem Verwahrer erklärt, nicht der Hinterleger, sondern er selbst sei Eigentümer der Sache, und dem Verwahrer die Rückgabe an den Hinterleger untersagt.[196] Die Litiskreszenz in Inst. 4.6.23,26 kann ein Missverständnis oder eine Neuerung sein (→ Rn. 43).

XVI. Dokumentarisch belegte Rechtspraxis

Sieht man von den in den Digesten überlieferten Urkunden ab, die zumeist das *depositum irregulare* betreffen (→ Rn. 61–65), sind nur wenige Urkunden zum *depositum* überliefert.[197] 72

XVII. Sequester[198]

Zwei (oder mehr) streitende Parteien[199] können eine Sache bei einem Dritten, dem Sequester,[200] hinterlegen.[201] In der Regel wird es die umstrittene Sache sein, die hinterlegt wird,[202] doch kann es sich auch um eine andere Sache handeln.[203] Die Pflicht zur 73

[195] Iust. C. 4.34.11 pr.–2 (a.529) bestätigt in Iust. C. 4.31.14 (a.531) und eingeschärft in Inst. 4.6.30. Ob man darin eine Neuerung zu sehen hat, ist umstritten und hängt von der Haltung zu Paul. sent. 2.12.12 ab (→ Rn. 46): Neuerung im Vergleich zur *fiic* des Formularprozesses *Biondi*, Iudicia bonae fidei (1920) 128 f.; ähnlich *Pichonnaz*, Compensation (2001) 192–197. Gegen Neuerung *Rotondi*, Scr. II 77; *Walter*, Actio depositi (2012) 374–384. Siehe auch *Pielemeier*, Aufrechnungsverbot (1988) 30–33.

[196] Vgl. noch Iust. C. 4.34.11.3 (a.529); vor allem aber Novell. Iust. 88.1 (a.539). Im klassischen Recht ist dieser Konflikt nicht geregelt, daher die Diskussion bei Tryph. 9 disp. D. 16.3.31.1 (→ Rn. 28). Ähnlich der Prätendentenstreit unter Erben in Julian bei Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.37. Im Rahmen der Einzelzwangsvollstreckung im Kognitionsverfahren ist dem Gläubiger des Hinterlegers der Zugriff auf die beim Verwahrer hinterlegten Sachen möglich, Ulp. 3 off. cons. D. 42.1.15.11,12.

[197] FIRA III 120 könnte eine Geldhinterlegung betreffen (*commendatos*). Zu FIRA III 121 = P.Foad I 45 = ChLA XLII 1207 (*commendatos*?) siehe *Macqueron*, Contractus scripturae (1982) 30 f. Daneben gibt es Hinterlegungen beim Militär: Zu FIRA III 126 = PSI IX 1063 siehe *Fink*, Military Records (1971) 277–280; zu ChLA X 410 siehe *Fink*, a. a. O. 254–265. Weitere Beispiele bei *Speidel*, GS Birley 89–92. Zu Urkunden beim *sequester*→ Rn. 76.

[198] *Lenel*, EP 290; *Maschi*, Categoria (1973) 408–422; *Litewski*, Labeo 20 (1974) 409–412; *Litewski*, Verwahrung (1978) 47–83; *Solinas*, St. Liebman I 451–453; *Jakab*, St. Pólay 235–242; *Astuti*, s. v. Deposito, ED XII 223 f.; *Zimmermann*, LO 219–220; *Gómez-Carbajo de Viedma*, Hom. Murga Gener 285–288; *García Vázquez*, SDHI 67 (2001) 351–373; *Luchetti*, St. Metro III 550 f., weitere Literatur bei *Camodeca*, Archivio (1992) 122 Fn. 65.

[199] Paul. 2 ed. D. 16.3.6; Flor. 7 inst. D. 16.3.17 pr.; Mod. 6 pand. D. 50.16.110; Ulp. 30 ed. D. 19.5.18.

[200] Zum Begriff Mod. 6 pand. D. 50.16.110; Gell. 20,11; Fest. 456.

[201] Flor. 7 inst. D. 16.3.17 pr.; Paul. 2 ed. D. 16.3.2; Mod. 6 pand. D. 50.16.110.

[202] Flor. 7 inst. D. 16.3.17 pr.; Mod. 6 pand. D. 50.16.110. Wohl auch im Falle der Urkunde

Vorlage oder Herausgabe der Sache an eine der Parteien steht dann unter einer Bedingung.[204] So kann der Sequester verpflichtet sein, die Sache an die Partei herauszugeben, die den Streit gewonnen hat.[205] Die Herausgabe an eine der Parteien kann aber auch von anderen Bedingungen abhängig sein.[206] Möglich ist auch, dass der Sequester die Sache (zunächst) bei dem Gerichtsmagistrat vorlegen muss, etwa um den Fortgang des Prozesses zu ermöglichen, damit zum Beispiel der Streit eingesetzt wird oder der Prätor bei Indefension die Sache der aktiven Partei zuweist.[207] Gegen den Sequester gibt es eine Klage, die die Quellen mal *actio depositi*,[208] mal *actio depositi sequestraria*[209] oder nur *actio sequestraria*[210] nennen. Es handelte sich um eine gegenüber der *actio depositi* selbständige Klage, die Ulpian im Anschluss an die *fifc* der *actio depositi* erörtert.[211] Nach Ulp. 13 ed. D. 4.8.11.2 kann der Sequester auch diejenige Person sein, die den Streit zu entscheiden hat.[212]

74 Aus Flor. 7 inst. D. 16.3.17.1 und Iul. 2 Min. D. 41.2.39 entnimmt die h. M., der Sequester habe Besitz gehabt, und zwar Interdiktenbesitz,[213] auch wenn die beiden Stellen vor dem Hintergrund des Ersitzungsbesitzers des Hinterlegers sprechen.[214]

75 Der verurteilte Sequester war wohl nicht infam.[215] Sein Erbe haftet.[216]

TPSulp 40 (→ Rn. 76).

[203] Wohl Gord. C. 4.34.5 (a.259); vgl. auch TH 77, 78, 80, 53 und 92 (→ Rn. 76).

[204] Paul. 2 ed. D. 16.3.6.

[205] Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33; Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.3.

[206] Valer./Gallien. C. 4.34.5 (a.259) (Sicherung einer Zug-um-Zug-Abwicklung); Ulp. 30 ed. D. 16.3.7 pr.

[207] Ulp. 30 ed. D. 16.3.5.1,2.

[208] Ulp. 30 ed. D. 16.3.5.1.

[209] Pomp. 22 Sab. D. 16.3.12.2.

[210] Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.3.

[211] *Lenel*, EP 290; *Litewski*, Verwahrung (1978) 69–71, 78–83. Liegt eine Hinterlegung bei einem Sequester nicht vor, ist gegebenenfalls auf andere Klagen auszuweichen (Ulp. 30 ed. D. 19.5.18; Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33; Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.3). Zu allen Stellen siehe *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 198 f., 89–93, 78–80; zu Lab.6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33 *Walter*, Actio depositi (2012) 338 f., zu Ulp. 30 ed. D. 19.5.18 *Gamauf*, FS Hausmaninger 103 f.; zu Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.3 *Talamanca*, BIDR 96/97 (1993/94) 657–673; *Cursi/Fiori*, BIDR 105 (2011) 160–165.

[212] *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 107 f. (mit Echtheitsbedenken); ablehnend auch *Litewski*, Verwahrung (1978) 51. In TH 77, 78, 80, 53 und 92(→ Rn. 76) sind der *arbiter* Ti. Crassus Firmus und der *sequester* M. Nonius Primigenius verschiedene Personen (*Crook*, FS Wolf 78).

[213] Es sei nämlich bei schwebendem Rechtsstreit unklar, welcher der beiden Hinterleger ein Interesse daran habe, die Sache wiederzuerlangen (*Kaser*, RP I 389; *Litewski*, Verwahrung [1978] 77). Zum Interdiktenbesitz, → § 66.

[214] *Litewski*, Verwahrung (1978) 71–78; *Aricò Anselmo*, AUPA 40 (1988) 215–341 (Rezension *Nicosia*, Iura 40 [1989] 85–89); *Zimmermann*, LO 220; *Guarino*, Trucioli (2005) 144–146; *Albanese*, AUPA 48 (2003) 45–69; *Rodríguez Martín*, SemCompl. 20/21 (2007/08) 361–387. Gegen den Besitz des Sequesters mit Textkritik *Nicosia*, St. Broggini 306–309.

[215] Darauf deutet die Palingenesie von Paul. 2 ed. D. 16.3.6 hin (*Lenel*, SZ 2 [1881] 37; *Luchetti*, St. Metro III 550 f.; *Walter*, Actio depositi [2012] 103 f., insbesondere mit Fn. 76). Einen anderen Kon-

Der Sequester findet sich auch in Urkunden der Rechtspraxis[217] und in der Literatur.[218] 76

XVIII. Literarische Quellen

Auch in literarischen Quellen findet sich das *depositum*, unter anderem bei Plautus (Geld-)/Hinterlegungen,[219] ebenso bei Cicero.[220] Das *depositum* wird in philosophischen und rhetorischen Schriften als Beispiel zur Erörterung pflichtgemäßen Handelns herangezogen,[221] wobei teilweise die Formulierungen auffällig an die *fifc* erinnern.[222] 77

text sieht *Litewski*, Verwahrung (1978) 54.

[216] Pomp. 22 Sab. D. 16.3.12.2.

[217] TPSulp 40 (= TP 28). Dazu *Marrone*, St. Sanfilippo III 413–419; *Camodeca*, TPSulp. I 112 f.; *Wolf*, SZ 118 (2001) 111; *Wolf*, TPN 132 f. Weniger sicher ist die Deutung als *exhibitio pecudis depositae* in TPSulp 41 durch *Wolf*, SZ 118 (2001) 112 und *Wolf*, TPN 133 f., vgl. *Camodeca*, TPSulp. I 113 f. Zu TH 77, 78, 80, 53 und 92 siehe *Camodeca*, CErc 24 (1994) 137–146, *Crook*, FS Wolf 77–81; *Camodeca*, TH I 153–165. Bei der Parakatatheke in P.Euphr. 12 (a.244) wird es sich um eine Verwahrung handeln, vgl. *Johannsen*, Griechische Urkunden (2017) 198–223.

[218] Siehe nur zu Plautus *Kaser*, Eigentum (1956) 327 f. Fn. 27, 377; allgemein zu literarischen Quellen *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 53–55, 127–138, 221–223.

[219] Siehe etwa Plaut. Bacch. 306 und 3337 (*Scheibelreiter*, SZ 129 [2012] 215–222); Plaut. Curc. 536. Zum *depositum* bei Plautus *Burillo*, SDHI 28 (1962) 241–243; *Gandolfi*, Deposito (1976) 39–46; *Evans-Jones*, Labeo 34 (1988) 201–205; *Scheibelreiter*, in: Nesselrath/Platschek, Menschen und Recht (2018) 75–110; *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 127–138.

[220] Siehe nur Cic. Verr. 2,4,29. Zu Geldhinterlegungen siehe beispielhaft die Quellen bei *Scheibelreiter*, SZ 129 (2012) 207 Fn. 3 und bei *Vigneron*, RIDA 31 (1984) 308 Fn. 2. Siehe bereits → Rn. 68.

[221] *Nörr*, Rechtskritik (1974) 120.

[222] Siehe nur beispielhaft Cic. off. 1,31; 3,95 (vgl. Tryph. 9 disp. D. 16.3.31 pr.; zu dieser Stelle *Cerami*, in: Diurni/Ciani, Lex et iustitia [1989] 199–226; *Bruno Siola*, AContr. II 183–249; *Behrends*, St. Sanfilippo V 49 f.; *Litewski*, RIDA 47 [2000] 324–328; *Cerami*, St. Palazzo III 139–146; *Reichert*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses [2014] 137–164). Sen. benef. 4,10,1; Quint. decl. 245 mit fiktivem Rechtssatz (zu Quinitilian siehe *Wycisk*, Quidquid in foro [2008] 80–91). Siehe auch bereits→ Rn. 68; ferner *Scheibelreiter*, Der Verwahrer (2020) 53–55, 221–223.

§ 86 Klage aus Leihe (*actio commodati*)

Philipp Scheibelreiter

Ferrini, Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto Romano, AG 52 (1896) 469–499 und 53 (1897) 41–73, 257–309 (jetzt in: *Ferrini*, Opere III, 1929, 81–203); *Zannini*, Spunti critici per una storia del commodatum, 1983; *Tardivo*, Studi sul commodatum. Parte prima: Duplicità formulare, AG 204 (1984) 225–262. Parte seconda: Responsabilità, AG 204 (1984) 263–311; *Cerami*, Il comodato, in: Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al professor José Luis Murga Gener, 1994, 301–332; *Pastori*, Il commodato in diritto Romano, 1995; *Pastori*, Il contratto di comodato, 1997; *Zablocki*, Ex fide bona nella formula del comodato, in: Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese Padova – Venezia – Treviso, 14–15–16 giugno 2001 V, 2003, 453–463; *Kranjc*, In ius und in factum konzipierte Klageformeln bei der Leihe und bei der Verwahrung, in: Ernst/Jakab (Hgg.), Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung, 2005, 127–161; *Berndt*, Das commodatum. Ein Rechtsinstitut im Wandel der Anschauungen dargestellt anhand ausgewählter Einzelprobleme, 2005; *Apathy*, Commodatum und furtum, in: Festschrift für Herbert Hausmaninger zum 70. Geburtstag, 2006, 14–24; *Scheibelreiter*, Zwischen beneficium, utendum dare und furtum usus. Überlegungen zu Geschichte und Datierung der actio commodati, in: Antiquitates variae. Festschrift für Karl Strobel zum 65. Geburtstag, 2019, 315–336.

Inhalt Rn.

I. Quellenlage. Charakteristik. Abgrenzungsfragen 1
II. Das *commodatum* in der Frühzeit 11
III. Die Formeln der *actio commodati* 13
1. Formelwortlaut der *actiones directae* 13
2. Formelwortlaut der *actiones contrariae* 17
IV. Einzelprobleme zum Wortlaut der *actiones commodati* 18
1. *Commodare* oder *utendum dare* 18
2. Das Alter der Formeln 19
3. Die *actio commodati* als *bonae fidei iudicium* 20
4. Versuch einer Zuweisung der Belege 22
V. Aktivlegitimation und Passivlegitimation 23
1. Aktivlegitimation 23
2. Passivlegitimation 25
VI. Die Haftung des Entleihers aufgrund der *intentio* 31
VII. Die *condemnatio* des Entleihers 41

VIII. Klagenkonkurrenz 46
IX. Gegenansprüche des Kommodatars 51
1. Die Funktion der *actio commodati contraria* 51
2. Aufwandersatz und Schadenersatz 56
3. Die *actio furti* des Entleihers 58
a. Die *actio furti* gegen den Dieb 58
b. Die *actio furti* gegen den Verleiher 60
X. Das *commodatum* in der Rechtspraxis 65
XI. Nachklassisches Recht 66
XII. Justinianisches Recht 71

I. Quellenlage. Charakteristik. Abgrenzungsfragen

Dem *commodatum* ist der Digestentitel 13.6 (*de commodati vel contra*) gewidmet, ferner ein Fragment der gaianischen *res cottidianae*,[1] das zweite Buch der *differentiae* Modestins (*de deposito vel commodato*),[2] der Titel 2.4 (*de commodato et deposito, pignore fiduciave*) der Paulussentenzen,[3] der Codex-Titel C. 4.23 (*de commodato*) sowie Kapitel 3.14.2 (*quibus modis re contrahitur obligatio*) der Institutionen Justinians. Der *Codex Euricianus* kennt die Rubrik „*de commendatis vel commodatis*“;[4] die Basiliken behandeln den Leihvertrag in Basil. 13.1 (περὶ τῆς ἐναγωγῆς τῆς κατὰ τοῦ κιχρωμένου καὶ τοῦ κιχρῶντος). **1**

Das *commodatum* ist ein Realvertrag,[5] sein Zustandekommen bedarf der Übergabe (*datio*) und der Einigung über deren Zweck (*conventio*). Der Kommodant überlässt dem Kommodatar eine Sache unentgeltlich[6] zum vereinbarungsgemäßen Gebrauch.[7] **2**

Im Unterschied zum *precarium* (→ § 66 Rn. 41) ist das *commodatum* prinzipiell[8] nicht jederzeit einseitig vom Kommodanten widerrufbar.[9] Eine Rückforderung des **3**

---

[1] Gai. 2 cott. D. 44.7.1.3,4.

[2] Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2, dazu *Cannata*, Iura 44 (1993) 58–71; *Pastori*, Commodato (1995) 295 Fn. 8; *Navarra*, Labeo 50 (2004) 86 Fn. 7.

[3] Vgl. dazu auch die Interpr. Paul. sent. 2.4 (*de commodato et deposito, pignore fiduciave*).

[4] Cod. Eur. 278–285.

[5] Gai. 2 cott. D. 44.7.1.3; Inst. 3.14.2; vgl. dazu allgemein *Maschi*, Categoria (1973) 353–357; *Wubbe*, ACop. IV 116–119; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 218–225.

[6] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.12; Inst. 3.14.2; in Abgrenzung zur *locatio conductio rei*, vgl. Gai. 3.206; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.12; zur Unentgeltlichkeit als Charakteristikum der Realverträge vgl. *Cerami*, Hom. Murga Gener 314; *Fögen*, FS Huwiler 253–254; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 189–191.

[7] Vgl. dazu auch *Fögen*, FS Huwiler 252. Der Zweck der Leihe ist oft genau festgelegt, vgl. Gai. 3.196,197; Ulp. 29 Sab. D. 13.6.10 pr.; Paul 29 ed. D. 13.6.17.3; Pomp. 38 Q. Muc. D. 47.2.77(76); Inst. 4.1.7; allgemein dazu Scheibelreiter, FS Strobel 332 f.

[8] Problematisch ist die Charakterisierung der Leihe bei Plaut. Trin. 1131 (*quod datum utendum est, id repetundi copiast quando velit*). *Ferrini*, AG 52 (1896) 481; *Rotondi*, Scr. II 13 Fn. 2, beziehen die ~~Klausel auf das *depositum* (→ § 85 Rn.); *Zannini*, Commodatum (1983) 124 Fn. 18, ortet eine~~ Abgrenzung der Leihe zur Schenkung. Nach *Pastori*, Commodato (1995) 76 f., belegt die Stelle den

Leihgutes zur Unzeit macht den Kommodanten zumindest schadenersatzpflichtig.[10] Der Kommodatar vermittelt dem Kommodanten als Detentor[11] während aufrechter Leihe die Sachherrschaft am Leihgut.[12]

4 Das *commodatum* ist grundsätzlich nur für den Kommodatar von Vorteil[13] (*beneficium*[14]) und daher von synallagmatischen Verträgen zu unterscheiden.[15] Vom *mutuum* (→ § 70) ist die Leihe aufgrund des Leistungsgegenstandes[16] und der anders gelagerten Risikoverteilung[17] zu differenzieren.[18] Mit anderen Realverträgen wie *depositum* (→ § 85) und *pignus* (→ § 87) verbindet das *commodatum* neben Zustande-

---

noch fehlenden Rechtsschutz für die Leihe; vgl. dazu *Berndt*, Commodatum (2005) 57–59; *Milazzo*, LR 4 (2015) 288–295; *Scheibelreiter*, in: Nesselrath/Platschek, Menschen und Recht (2018) 100 f.

[9] Paul. 29 ed. D. 13.6.17.3; Ulp. 1 inst. D. 43.26.1; vgl. *Schlinker*, HKK-BGB III.1 645; vgl. dazu etwa *Tardivo*, AG 204 (1984) 258; *Parenti*, St. Labruna VI 3991 Fn. 22; *Zannini*, Scr. Franciosi IV 2870 f.; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 191. *Apathy*, FS Hausmaninger 23, vermutet hingegen eine jederzeitige Aufkündbarkeit des Leihvertrages. Gemeinsam ist *commodatum* und *precarium*, dass sie keine *iusta causa* für den Eigentumserwerb darstellen (Ulp. 1 inst. D. 43.26.1.3); der Prekarist ist jedoch nicht durch eine *actio civilis*, sondern nur durch *interdicta* geschützt (Paul. 13 Sab. D. 43.26.14); vgl. dazu *Kaser*, SZ 89 (1972) 118, 123; *Pastori*, Commodato (1995) 165–168 Fn. 19; *Cerami*, Hom. Murga Gener 314; *Biavaschi*, Precarium (2006) 304–312; *Harke*, Precarium (2016) 40–43.

[10] Paul. 29 ed. D. 13.6.17.3; so auch *Apathy*, FS Hausmaninger 23.

[11] Die Detentorenkette ist zulässig, vgl. Paul. 15 Sab. D. 41.2.30.6 und dazu *Wimmer*, Digestenexegese (2019) 3.

[12] Gai. 4.153; Ulp. 16 ed. D. 6.2.9.1; Pomp. 5 Sab. D. 13.6.8; Ulp. 2 ed. D. 13.6.9; Pap. 26 quaest. D. 41.2.47; dazu vgl. *Wesener*, FS Kaser (1976) 168; *Klingenberg*, RIDA 46 (1999) 245–246; *Pennitz*, Index 46 (2018) 202. Nach Marcell. 19 dig. D. 41.2.20 pr. beendet der Kommodatar, der trotz Anweisung des Kommodanten das Leihgut dem Käufer des Kommodanten nicht tradiert, die *possessio* des Kommodanten, sofern keine Retentionsgründe vorliegen; vgl. dazu *Albanese*, AUPA 26 (1956) 103; *Kaser*, SZ 98 (1981) 94 f. Fn. 64; *Bürge*, Retentio (1979) 176 Fn. 58.

[13] Vgl. dazu Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.6, vgl. dazu *d'Ors*, Quaestiones (1997) 419 f. Nach Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.10 und Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr. stellt beiderseitiges Interesse am Leihvertrag die Ausnahme dar, weswegen die Charakterisierung des Vertrages bei Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.1 als „von beidseitigem Nutzen getragen" (*utriusque contrahentis utilitas*) unzutreffend ist, vgl. *Maschi*, Categoria (1973) 181–184; *Noordraven*, Fiduzia (1999) 226 mit Fn. 45; *Rundel*, Mandatum (2005) 66; vgl. allgemein dazu *Nörr*, SZ 73 (1956) 97–100; *Pastori*, Commodato (1995) 294–298; *Santucci*, Socio d'opera (1997) 222–228; *Navarra*, Labeo 50 (2004) 101 f.

[14] So z. B. Plaut. Trin. 1131; Cic. fin. 2,117 (in Abgrenzung zur *faeneratio*); vgl. auch Cic. fam. 13,13,4 (Gefälligkeit); Paul. 29 ed. D. 13.6.17.3, dazu *Nörr*, FS Waldstein 268–270, 280–282; vgl. weiters *Pastori*, Commodato (1995) 162 Fn. 12; *Rundel*, Mandatum (2005) 206f; *Falcone*, AUPA 59 (2016) 255–260.

[15] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2,3.

[16] Die Leihe schafft eine Speziesschuld; vgl. Paul. 28 ed. D. 12.1.2 pr.; Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.6; Pomp. 21 Sab. D. 19.5.26; Gai. 2 cott. D. 44.7.1.3 und dazu *Scheibelreiter*, TR 88 (2020) 36.

[17] Gai. 2 cott. D. 44.7.1.4; Paul. sent. 2.4.2; Inst. 3.14.2; vgl. aber Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.3 (Leihe einer *res aestimata*) und dazu *Pastori*, Commodato (1995) 55–58.

[18] Keiner der Verträge liegt nach Ulp. 7 disp. D. 12.1.18.1 bei Dissens über den Grund (Darlehen oder Leihe) der Übergabe vor, vgl. *Maschi*, Categoria (1973) 285–287; *Laborenz*, Solutio (2014) 49.

kommen und Unentgeltlichkeit die Klagenkonsumtion bei Konkurrenz mit deliktischen Ansprüchen.[19]

Wenn der Kommodatar den Leihgegenstand vereinbarungsgemäß einem Dritten zum Pfand gibt und nicht zurückverlangt, obwohl die Schuld erloschen ist, haftet er nach Ansicht mancher *veteres* und Ulpians[20] dem Kommodanten *ex commodato*;[21] wenn dem ein Entgelt zugrunde liegt, dann entweder *ex locato* oder aufgrund einer *actio in factum*.[22] Wenn der Pfandgläubiger die Sache nach Erlöschen der besicherten Forderung ohne dessen Verschulden nicht an den Kommodatar restituiert, so kann der Kommodant mittels *actio commodati* die Abtretung der *actio pigneraticia in personam* verlangen;[23] wurde der Kommodatar im Namen des Kommodanten tätig, so steht diesem die Mandatsklage gegen den mit der Rückforderung säumigen Kommodatar zu.[24] 5

Wird einem Scheinsklaven (*homo liber bona fide serviens*) etwas geliehen, so besteht in Analogie zur Umdeutung eines *iussum* in ein *mandatum*[25] (→ § 82 Rn. 4) gegen diesen unmittelbar die *actio commodati* oder die *actio praescriptis verbis*.[26] Wer unentgeltlich zur Probe eine Sache übergibt, kann den aus dieser gezogenen Gewinn wohl nur mit der *actio praescriptis verbis* einklagen;[27] ebenso berechtigt ein „Nutzungstausch" als entgeltliches Rechtsgeschäft nur zu einer *actio praescriptis verbis*[28] → § 90 Rn. 27. 6

Die Übergabe zur Preisbestimmung kann als *commodatum*[29] qualifiziert werden.[30] Eine Sache kann gleichzeitig an eine Partei verliehen und an eine andere ver- 7

[19] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.1.

[20] Vgl. dazu *Berndt*, Commodatum (2005) 90–98.

[21] Nach *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 154, könnte sich Labeo sowohl auf die *actio in factum* oder *in ius concepta* beziehen.

[22] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.12, vgl. dazu *Rascon*, Pignus (1976) 141; *Maschi*, Categoria (1973) 295; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 189 f.; *Sargenti*, SDHI 72 (2006) 292 f.; zum ersten Fall vgl. ferner Diocl./Max. C. 4.23.3 (a.294).

[23] Labeo bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.12, vgl. dazu *MacCormack*, SDHI 38 (1972) 149; *MacCormack*, SZ 89 (1972) 212; *Hayashi*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 181. Nach *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 154, ist die Abtretung der Pfandklage nur mittels *actio commodati in ius concepta* zu erwirken.

[24] Labeo bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.12.

[25] So Celsus bei Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13.2; vgl. dazu auch *Kranjc*, SZ 106 (1989) 453; *Sargenti*, SDHI 72 (2006) 260–262.

[26] Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13.2, vgl. dazu *Cannata*, SDHI 53 (1987) 303 f.; *Hayashi*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 182; *Söllner*, CRRS IX 70 f.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 118–130; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 239–241.

[27] Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13.1 lässt die Frage nach der Klage unbeantwortet, vgl. aber *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 180–183, mit dem Verweis auf das *pactum displicentiae* im parallel gelagerten Fall von Labeo bei Ulp. 32 ed. D. 19.5.20 pr., vgl. dazu *Wacke*, SZ 119 (2002) 371; *Gamauf*, in: Harter-Uibopuu/Kruse, Sport (2014) 284–286.

[28] So in Ulpian 28 ed. D. 19.5.17.3; vgl. *Misera*, SZ 94 (1977) 260 Fn. 15; *Cerami*, Hom. Murga Gener 314 f. Nach *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 202–204, wird die *actio praescriptis verbis* nach der ~~*actio commodati in ius concepta*~~ verfasst.

[29] So Ulp. 29 Sab. D. 13.6.10.1 erster Fall.

mietet werden.[31] Im Unterschied zur ebenfalls unentgeltlichen Schenkung ist bei der Leihe die Rückstellung der übergebenen Sache geboten.[32]

8 Gegenstand der Leihe sind unverbrauchbare,[33] körperliche[34] Sachen, wobei sowohl eigene[35] als auch fremde[36] verliehen werden können. Wenn zwei Sachen verliehen werden, so sind sie nach Vivian auch getrennt rückforderbar; nach Pomponius setzt dies die Teilbarkeit der Sachen voraus.[37]

9 Kontrovers ist, ob auch unbewegliche Sachen verliehen werden können:[38] Labeo soll diesbezüglich zwischen den Verbalausdrücken *commodare* und *utendum dare* unterschieden und nur letzteres auch auf die Gebrauchsüberlassung von Liegenschaften bezogen, Cassius die Leihe von mit dem Boden fest verbundenen Sachen[39] als möglich angesehen haben;[40] Vivian subsumiert das *gratis habitare* dem *commodare*.[41] Ulpian äußert andernorts Bedenken bezüglich einer Anwendung der *actio commodati* bei Immobilien.[42]

---

[30] Anders gibt Pap. 8 quaest. D. 19.5.1.2 eine *actio in factum*, vgl. dazu *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 228.

[31] So *Cardilli*, Praestare (1995) 448–450, in Auslegung von Celsus bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.15; zum Text der Stelle weiters *Schmieder*, Duo rei (2007) 199 Fn. 842.

[32] Ulp.1 inst. D. 43.26.1.3, vgl. *Cerami*, Hom. Murga Gener 315.

[33] Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.6; nach *Rüfner*, Vertretbare Sachen (2000) 69, ist die „Leihe" verbrauchbarer Sachen ein Darlehen. Zur Abgrenzung vom *mutuum* vgl. Paul. 28 ed. D. 12.1.2 pr.; die Leihe einer *res aestimata* kann als Darlehen verstanden werden, vgl. Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.4.

[34] Zur Leihe von Rechten vgl. *Pastori*, Commodato (1995) 177 f. Fn. 40; *Berndt*, Commodatum (2005) 77.

[35] Allerdings kann niemand seine eigene Sache entleihen, vgl. Iul. 13 dig. D. 16.3.15.

[36] Paul. 29 ed. D. 13.6.15, vgl. dazu *Cerami*, Hom. Murga Gener 320.

[37] Vivianus, Pomponius bei Paul. 29 ed. D. 13.6.17.4.

[38] Labeo, Vivianus, Cassius bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.1.1; nicht gefolgt werden kann *Berndt*, Commodatum (2005) 71, dass Ulpian die auf der *in ius* konzipierten Klage beruhende Ansicht des Cassius hier auf die *actio commodati in factum concepta* anwendet.

[39] Vgl. auch Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.15, wo ein Bad, ein Säulengang oder ein Feld als Objekt der Leihe genannt werden.

[40] Die Leihe von Immobilien könnte Sabinus bei Gell. 11,18,12 ebenso wie deren Diebstahl (*furtum fundi*, → § 93 Rn. 4) als möglich erachtet haben, vgl. *Berndt*, Commodatum (2005) 67–69.

[41] Vivian bei Ulp. 28 ed. D. 19.5.17 pr.; nach Pomp. 33 Sab. D. 39.5.9 pr. ist das *gratis habitare* als *donatio* zu qualifizieren. *Slapnicar*, Gratis habitare (1981) 47–50, ortet hier einen Schulenstreit zwischen Sabinianern (Cassius) und Proculianern (Labeo); vgl. *Zannini*, Commodatum (1983) 79 Fn. 14 mit Literatur; *Zimmermann*, LO 191; *Cerami*, Hom. Murga Gener 303 f.; *Schlinker*, HKK-BGB III.1 646 f.

[42] Ulp. 28 ed. D. 19.5.17 pr. Nach *Slapnicar*, Gratis habitare (1981) 51, 58–69, gibt die *actio praescriptis verbis* hier größere Sicherheit als die *actio commodati*, es besteht daher kein Widerspruch zu Ulp. 28 ed. D. 13.6.1.1; vgl. *Gröschler*, Actiones (2002) 39 Fn. 53. Nach *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 196 f., wurde die Klage nach dem Vorbild der *in ius* verfassten Leiheklage geschaffen, indem man in der *demonstratio* das Verb *commodavit* durch *gratis utendum dedit* ersetzte; allgemein zu beiden Fragmenten vgl. *Sitzia*, St. Sanfilippo II 586–592. *Kranjc*, SZ 106 (1989) 452; *Sargenti*, SDHI 72 (2006) 256 Fn. 72, betonen, dass sich Vivian nicht über eine mögliche alternative *actio praescriptis verbis* äußert.

Nach Ulp. 28 ed. D. 13.6.1 habe der Verfasser des Ediktes den beim Juristen *Paconius*[43] gebrauchten Ausdruck *utendum dare* durch das Verb *commodare*[44] ersetzt. *Utendum dare* ist als älterer,[45] wohl untechnischer Ausdruck[46] bei Plautus[47] mehrfach und auch synonym für *commodare*[48] belegt.[49] *Utendum dare* umfasst als weiterer Begrif[50] öfter als *commodare*[51] auch Darlehen[52] oder Schenkung.[53] Labeo spricht von *genus* (*utendum dare*) und *species* (*commodare*).[54] Diesen Eindruck bestätigen Belege für *utendum accipere*[55]/*rogare*[56]/*dare*[57] und *utendi causa tradere*[58] im Kontext des Leihvertrages und in Abgrenzung zum *mutuum*.[59] 10

[43] Mit Paconius (sonst nur belegt bei Paul. 8 Plaut. D. 37.12.3 pr.) könnte Marcus Pacuvius Labeo (Vater von Marcus Antistius Labeo) gemeint sein, vgl. *Berndt*, Commodatum (2005) 65 f. Fn. 187. *Pastori*, Commodato (1995) 53 f. vermutet dahinter jenen Prätor, der als erster der Leihe Rechtsschutz verlieh, zum Problem vgl. *Scheibelreiter*, FS Strobel 318–320, 331–333.

[44] *Pastori*, Commodato (1995) 62, 65 f.; *Maschi*, Categoria (1973) 241.

[45] Belegt etwa bei Cato agr. 5,7. Nach *Pastori*, Commodato (1995) 55, habe noch Quintus Mucius Scaevola nur das *utendum dare* verwendet. Dies ist bei Gell. 6,15 belegt sowie argumentierbar für Quintus Mucius Scaevola bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.3; wenig aussagekräftig ist der Wortgebrauch im Pomponius-Kommentar (Pomp. 38 Q. Muc. D. 13.6.1.16; Pomp. 31 Q. Muc. D. 13.6.23; Pomp. 38 Q. Muc. D. 47.2.77 pr.) dazu *Scheibelreiter*, FS Strobel 328–331; gegen *Pastori*, Commodato (1995), vgl. *Watson*, Obligations (1965) 169 Fn. 1.

[46] Zu *utendum dare* und der Klageformel → Rn. 18.

[47] Zu Plautus vgl. *Scheibelreiter*, FS Strobel 319–324; vgl. aber auch Ter. Hec. 758–760; Cic. Tusc. 3,17,36, dazu *Zannini*, Commodatum (1983) 74 Fn. 10.

[48] Plaut. Asin. 445; Plaut. Persa 253; 320; Plaut. Rud. 434–435.

[49] Plaut. Asin. 444 (*scyphi*); Plaut. Aul. 96 (*vasa*); 311 (*fames*); 400 (*artopta*); Plaut. Curc. 603 (*anulus*); Plaut. Men. 657 (*non condonavi, sed utendam dedi*); 659 (*chlamys*); Plaut. Mil. 347 (*oculi*); Plaut. Persa 127 (*filia*); Plaut. Rud. 602 (*scalae*); Plaut. Trin. 1131 (*quod datum utendumst, id repetundi copiast quando velit*).

[50] Zu interpretativ ist es, das untechnische *utendum dare* als „Oberbegriff“ (so etwa *Berndt*, Commodatum [2005] 55, 60 f.) im Verhältnis zu Leihe und Darlehen zu qualifizieren.

[51] Vgl. Plaut. Rud. 434–435 („Leihe von Wasser“ statt Schenkung bzw. Darlehen, vgl. dazu auch *Berndt*, Commodatum [2005] 47–49); Plaut. Asin. 725; Plaut. Persa 325 (*commodare* im Sinne von „Geld leihen“); Cic. Verr. 2,4,9 (Getreidedarlehen als „*publice commodare*“); vgl. auch *Maschi*, Categoria (1973) 116; *Zannini*, Commodatum (1983) 110.

[52] Plaut. Aul. 309–310; Plaut. Persa 117,118; 325, vgl. dazu *Mayer-Maly*, SZ 92 (1975) 348; so auch *Pastori*, Commodato (1995) 78 f.

[53] Plaut. Rud. 434–435.

[54] Labeo bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.1.

[55] Julian bei Ulp. 28 ed. D. 13.6. 5.8; Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.2; Gai. 13 ed. prov. D. 47.2.55.1; Iul. 1 dig. D. 13.6.19 pr.

[56] Iul. 13 dig. D. 16.3.15; Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.6.

[57] Gai. 3.196; Ulp. 28 ed. D. 13.6.1.1; Afr. 8 quaest. D. 13.6.21.1; Ulp. 33 Sab. D. 23.3.34.

[58] Ofilius, Labeo bei Iav. 2 post. Lab. D. 34.2.39 pr.

[59] Gai. 2 cott. D. 44.7.1.4.

II. Das *commodatum* in der Frühzeit

11 Vor Einführung der *actiones commodati* ist fraglich, ob Ansprüche aus einem unentgeltlichen Gebrauchsüberlassungsverhältnis durchgesetzt werden konnten.[60] Neben dem sozialen Normativ[61] standen hierfür Diebstahlsklagen[62] und die *rei vindicatio*, nach 286 v. Chr. die *actio legis Aquiliae*[63] zur Verfügung; ferner wurde die Anwendbarkeit der *legis actio per condictionem* (gemäß der *lex Calpurnia*[64]) auf Fälle der Leihe vertreten.[65]

12 Bei Gai. 4.33 wird die *actio commodati* in einer Reihe von Klagen genannt, *quae sua vi ac potestate valent.*[66] Ob die in der Frühzeit die *fiducia cum amico contracta* (→ § 88) funktional der Leihe entsprach,[67] ist auch aufgrund der damit verbundenen sachenrechtlichen Konsequenzen[68] zu bezweifeln.[69] Die Defizite, welche die genannten Klagen zum Schutz des Kommodanten aufweisen, könnten die Einführung einer eigenen Leihe-Klage erfordert haben.[70]

---

[60] *Zannini*, Commodatum (1983) 115–122; *Mayer-Maly*, SZ 102 (1985) 663, verweisen auf die zahlreichen literarischen Belege zur Leihe; ohne Aussage ist nach *Mayer-Maly*, SZ 102 (1985) 663, Ov. ars 1,435 (so aber *Zannini*, Commodatum (1983) 125 f.).

[61] *Maschi*, Categoria (1973) 199; *Daube*, SZ 96 (1979) 10 f.; *Cerami*, Hom. Murga Gener 304 f.; *Pastori*, Commodato (1995) 15–18, 73–75; *Noordraven*, Fiduzia (1999) 50; vgl. dazu auch Cato agr. 5,3.

[62] Nach *Scherillo*, s. v. Comodato (diritto romano), ED VII (1960) 981–983; *Tardivo*, AG 204 (1984) 229, erfüllte die *condictio furtiva* die Funktion der *actio commodati directa*; zur *actio furti* vgl. *Zannini*, Commodatum (1983) 127; *Mayer-Maly*, SZ 102 (1985) 663; *Cerami*, Hom. Murga Gener 307; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 188.

[63] *Wubbe*, TR 35 (1967) 506–508; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 109 f.; *Pastori*, Commodato (1995) 94; *Wubbe*, ACop. IV 117 f.; *Noordraven*, Index 18 (1990) 239; *Cardilli*, Praestare (1995) 171; *Zimmermann*, LO 189; *Zablocki*, Atti Burdese V 455.

[64] Gai. 4.19.

[65] So *Albanese*, AUPA 32 (1971) 5, 15 f.; *Zannini*, Commodatum (1983) 138–159; *Pastori*, Iura 34 (1983) 240; dagegen *Maschi*, Categoria (1973) 248; *Mayer-Maly*, SZ 102 (1985) 663 f. Nach *Cerami*, Hom. Murga Gener 308, besteht ab der *lex Aebutia* Bedarf nach einer eigenen Leiheklage.

[66] Nach *Kaser/Hackl*, RZ 158 Fn. 56, werden damit Klagen bezeichnet, die keine gesetzliche Grundlage im Sinne einer *legis actio* aufweisen. *Magdelain*, Royauté (1995) 175–177, vermutet daher eine Fiktion einer Grundlage dieser Klagen im *ius civile*; dagegen *Albanese*, Iura 46 (1995) 147 f. Nach *Pastori*, Commodato (1995) 100 f. Fn. 7, ist die Erwähnung der *actio commodati* bei Gaius nicht weiter verwertbar; vgl. weiters *Cannata*, Scr. Guarino IV 1876–1878.

[67] So *Cerami*, Hom. Murga Gener 306 f., für *res immobiles*.

[68] Vgl. dazu auch *Wubbe*, ACop. IV 117 f.; *Pastori*, Commodato (1995) 83–89.

[69] Dagegen *Scherillo*, s. v. Comodato (diritto romano), ED VII (1960) 984 f.; *Zannini*, Commodatum (1983) 9–66; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 110 Fn. 129; *Pastori*, Commodato (1995) 68–70; *Noordraven*, Index 18 (1990) 238 f.; *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 188; *Milazzo*, Comodato (2018) 32–59.

[70] Dies sei zuerst von Fall zu Fall mittels prätorischer *actio decretalis* geschehen, vgl. *Pastori*, Iura 34 (1983) 239; *Pastori*, Commodato (1995) 50 f. Fn. 6; *Tardivo*, AG 204 (1984) 228; *Cardilli*, Praestare (1995) 171; vgl. ferner *Wubbe*, ACop. IV 118.

III. Die Formeln der *actio commodati*

1. Formelwortlaut der *actiones directae*

Ulp. 28 ed. D. 13.6.1 pr. überliefert den Wortlaut des prätorischen Verheißungsediktes der *actio commodati*:[71] *Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo* („Wenn vorgetragen wird, dass etwas als Kommodat verliehen wurde, werde ich diesbezüglich eine Klage gewähren"). Nach Gaius gab es, parallel zur wörtlich überlieferten *actio depositi*,[72] für die Leihe sowohl eine *in factum* als auch eine *in ius* konzipierte Klage.[73] **13**

Für die *actio commodati in factum concepta* lautet diese:[74] **14**

Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio rem qua de agitur commodasse eamque Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito.

Wenn es sich erweist, dass Aulus Agerius dem Numerius Negidius die Sache, um die es geht, geliehen hat und diese dem Aulus Agerius nicht zurückgegeben hat, wieviel diese Sache wert sein wird, auf soviel Geld soll der Richter Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht erweist, dann soll er ihn freisprechen.

Die *actio commodati in ius concepta* lautet demnach:[75] **15**

Quod Aulus Agerius Numerio Negidio rem qua de agitur commodavit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito.

Was das betrifft, dass Aulus Agerius dem Numerius Negidius die Sache, um die es geht, geliehen hat, was auch immer wegen dieser Sache, um die es geht, Numerius Negidius dem Aulus Agerius zu geben oder tun verpflichtet ist aufgrund von Treu und Glauben, darauf soll Gaius Aquilius, der Richter, den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen.

Aufgrund der im Veroneser Gaius in Zusammenhang mit der *actio depositi in ius concepta* nach dem Wort *condemnato* überlieferten Buchstaben NR wurde auch für die *actio commodati* eine *clausula arbitraria* (*nisi restituat*) diskutiert.[76] **16**

---

[71] Zum programmatischen Edikt in Ulp. 28 ed. D. 13.6.1 pr., vgl. *Selb*, FG Kaser 267 f.; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 18 f. Mit *Ferrini*, AG 52 (1896) 487; *Maschi*, Categoria (1973) 155 f.; *Scheibelreiter*, FS Strobel 316–317, ist das Verheißungsedikt auf die *actio in factum concepta* zu beziehen; missverständlich dazu *Birks*, Law of Obligations (2014) 136.

[72] *Lenel*, EP 253. Allerdings stellt die *intentio* der *actio commodati in factum concepta* nicht nur auf das *dolo malo non reddere* ab, vgl. dazu auch *Wubbe*, ACop. IV 117; *Zablocki*, Atti Burdese V 460 Fn. 28 mit Literatur.

[73] Gai. 4.47 spricht von mehreren Anwendungsfällen der Klagsdubletten (*quaedam causae*), referiert das Beispiel des *depositum* und verweist dann auf das *commodatum*; vgl. dazu *Selb*, Formeln (1974) 14.

[74] *Lenel*, EP 252; *Mantovani*, Formule Nr. 63 (mit *Gaius Aquilius iudex esto* vor der *intentio*); vgl. ferner Quint. decl. 383,3 und dazu *Wycisk*, Quidquid in foro (2008) 79.

[75] *Mantovani*, Formule Nr. 29 (mit *Gaius Aquilius iudex esto* vor der *demonstratio*).

2. Formelwortlaut der *actiones contrariae*

17 Der Wortlaut der Konträrklage ist aus Paul. 29 ed. D. 13.6.17.1,3,5 und Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.2–4 erschließbar.[77] Eine explizite Nennung der *actio commodati contraria* im Edikt könnte gefehlt haben,[78] da die Formel sich von jener der *actio directa* nur durch Vertauschung der Parteirollen in der *demonstratio* unterschieden habe und daher *in ius* verfasst war.[79] Es wird aber auch eine Konzeption in *factum*[80] oder sogar das Vorliegen von Dubletten wie bei den direkten Klagen[81] vertreten.

IV. Einzelprobleme zum Wortlaut der *actiones commodati*

1. *Commodare* oder *utendum dare*

18 Dagegen, dass nach Ulp. 28 ed. D. 13.6.1.1 der „Ersteller des Edikts“[82] die originale Bezeichnung *utendum dare* der altzivilen Leihe-Klage später durch *commodare* ersetzt habe,[83] wurde vorgebracht, dass *utendum dare* im Vergleich zu *commodare* kein technischer Begrif[84] und damit für eine *actio* ungeeignet gewesen sei.[85]

---

[76] Dagegen schon *Lenel*, EP 252–254 mit guten Gründen in 288 Fn. 12; *Kaser/Hackl*, RZ 340 Fn. 46; *Mantovani*, Formule Nr. 27 Fn. 114; *Walter*, Actio depositi (2012) 34–37, jeweils mit Literatur. Für eine Vereinbarkeit des *nisi restituat* mit dem *bonae fidei iudicium*, vgl. *Tardivo*, AG 204 (1984) 248–251; *Cristaldi*, SZ 133 (2016) 135–175.

[77] *Cerami*, Hom. Murga Gener 326 Fn. 108, diskutiert Parallelen zum Edikt der *actio depositi contraria* nach Ulp. 30 ed. D. 16.3.5 pr.

[78] Vgl. allerdings Paul. 29 ed. D. 13.6.17.1, wonach die *actio contraria* auch ohne *actio directa* angestrengt werden könne, und dazu *Mantovani*, Formule Nr. 30 Fn. 119.

[79] *Lenel*, EP 253; *Mantovani*, Formule Nr. 30 Fn. 119; *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 149 f.; *Cerami*, Hom. Murga Gener 326; *Sciandrello*, Iudicia contraria (2017) 117.

[80] *Provera*, Iudicia contraria (1951) 29–33.

[81] *Tardivo*, AG 204 (1984) 258–262; *Pastori*, Commodato (1995) 426–430; eher ablehnend dazu *Maschi*, Categoria (1973) 216 f.; *Berndt*, Commodatum (2005) 136–139, differenziert diesbezüglich nach Vorklassik (*actio in ius concepta*), Hochklassik (*actio in factum concepta*) und Spätklassik (*actio in ius concepta*).

[82] Nach Glück, Pand. XIII.1 427 f.; *Karlowa*, RRG II 601; *Slapnicar*, Gratis habitare (1981) 50 f., ist Julian bzw. das *edictum perpetuum* gemeint; dagegen nehmen *Watson*, Obligations (1965) 168; *Zannini*, Commodatum (1983) 80 f.; *Mayer-Maly*, SZ 102 (1985) 662; *Cerami*, Hom. Murga Gener 302 Fn. 3; *Pastori*, Commodato (1995) 20, 65 f.; *Scheibelreiter*, FS Strobel 317–319, ein früheres Edikt an, da Ulpian in seinem Kommentar den Juristen Julian namentlich genannt hätte und das von Ulpian kommentierte Edikt offensichtlich keine Probleme mit der Unterscheidung *utendum dare*/*commodare* hatte. Nach *Berndt*, Commodatum (2005) 67, ist *is qui edictum concepit* der republikanische Jurist Servius Sulpicius Rufus.

[83] *Karlowa*, RRG II 601 f.; *Zannini*, Commodatum (1983) 80; *Tardivo*, AG 204 (1984) 236; *Mantovani*, Formule Nr. 63 Fn. 232; *Berndt*, Commodatum (2005) 62.

[84] *Ferrini*, AG 52 (1896) 469–473, 479; *Evans-Jones*, Labeo 34 (1988) 205 f.

[85] *Pastori*, Commodato (1995) 59–62; *Slapnicar*, Gratis habitare (1981) 46 f., rekonstruiert auf-

2. Das Alter der Formeln

Dass die *actio commodati in ius concepta* die jüngere Klage sei,[86] wird auch mit ihrem **19**
Fehlen in den bei Cicero belegten Listen der *bonae fidei iudicia*[87] begründet. Die Vertreter der Gegenthese[88] argumentieren damit, dass in Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.3 die *in ius* konzipierte Klage unter Verweisen auf Quintus Mucius Scaevola[89] kommentiert würde,[90] der sie folglich bereits gekannt haben müsse.[91] Da jedoch beide *commodatum*-Klagen über ein ähnliches Haftungsregime verfügten[92] und Ulpian hier ebenso die *actio in factum* kommentieren könnte,[93] ist die erste Annahme aber nicht zwingend; denkbar ist, dass schon Quintus Mucius eine andere Klage diskutierte.[94]

---

grund von Ulp. 28 ed. D. 13.6.1.1, dass Marcus Pacuvius Labeo den Ediktswortlaut (*commodare*) korrigieren wollte, dabei scheiterte und von seinem Sohn Marcus Antistius Labeo rehabilitiert worden sei.

[86] *Kaser*, SZ 83 (1966) 30–32; *Maschi*, Categoria (1973) 152–158; *Mayer-Maly*, SZ 92 (1975) 349; *Tardivo*, AG 204 (1984) 231–249, 252 f.; *Wubbe*, ACop. IV 117; *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 27 f.; *Pastori*, Commodato (1995) 15–17, 72, 126; *Paricio*, RIDA 29 (1982) 236; *Paricio*, St. Talamanca VI 181 Fn. 57; *Zablocki*, Atti Burdese V 453; *Birks*, Law of Obligations (2014) 135 f.; *Parenti*, TSDP 7 (2014) 15 Fn. 54; vorsichtig *Walter*, Actio depositi (2012) 79. Diese Autoren (ebenso: *Cerami*, Hom. Murga Gener 311) datieren die *in factum* konzipierte Klage in das 1. Jh. n. Chr., die *in ius* konzipierte in das 2. Jh. n. Chr.; nach *Maschi*, Categoria (1973) 218–222, ist der Tod des Sabinus *terminus post quem*. Da auch republikanische Juristen wie Quintus Mucius Scaevola (Gell. 6,15; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.3) oder Aufidius Namusa (Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.7) die Leihe diskutieren (vgl. *Pastori*, Commodato (1995) 79 f.), datieren *Zannini*, Commodatum (1983) 113 f.; *Cardilli*, Praestare (1995) 172; *Cerami*, Hom. Murga Gener 308; *Scheibelreiter*, FS Strobel 332–333, die *actio commodati in factum concepta* in das 1. Jh. v. Chr.; dies halten immerhin für argumentierbar: *Pastori*, Iura 34 (1983) 239; *Mayer-Maly*, SZ 102 (1985) 661 f. Nicht nachvollziehbar ist die Datierung der Klage in das 2. Jh. v. Chr. bei *Wegmann Stockebrand*, Obligatio (2017) 193.

[87] Cic. off. 3,70; Cic. top. 10,42; 17,66; Cic. nat. deor. 3,74; vgl. dazu zuletzt *Falcone*, AUPA 56 (2013) 266 f.

[88] *Wieacker*, RRG I 457 (widersprüchlich allerdings in Fn. 63); *Behrends*, SZ 92 (1975) 303; *Behrends*, St. Sanfilippo V 46; *Behrends*, FS Waldstein 60 Fn. 69; *Behrends*, Mél. Schmidlin 54–57; *Berndt*, Commodatum (2005) 31–40, 61 f.

[89] *Karlowa*, RRG II 601, datiert diese bereits in das 2. Jh. v. Chr.; vgl. auch *Berndt*, Commodatum (2005) 37 f.

[90] So auch *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 144.

[91] Dagegen *Zannini*, Commodatum (1983) 100 f. *Milazzo*, Comodato (2018) 59–77 bezieht die Belege bei Quintus Mucius auf die *in factum* verfasste Klage.

[92] Vgl. *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 154; anders etwa *Pastori*, Commodato (1995) 309–313, 403–409, wonach eine Verletzung der *custodia* nur mit der *in factum* konzipierten Formel eingeklagt werden konnte.

[93] *Maschi*, Categoria (1973) 220; *Gandolfi*, Deposito (1976) 85; *Kaser*, TR 45 (1977) 162 f.; *Kaser*, TR 47 (1979) 233 f.; *Zannini*, Commodatum (1983) 113 f.; *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 28 Fn. 74; *Cardilli*, Praestare (1995) 192; *Rundel*, Mandatum (2005) 121.

[94] Nach *Mayer-Maly*, SZ 92 (1975) 349, interpretiert er ein *receptum*, nach *Parenti*, QL 4 (2014) 182 Fn. 64, die *actio furti*; vgl. dazu allgemein *Voci*, SDHI 56 (1990) 141.

3. Die *actio commodati* als *bonae fidei iudicium*

20 Umstritten ist, ob die *actio commodati in ius concepta* die *bona-fides*-Klausel enthalten hat, wie es die Rekonstruktion nahelegt.[95] Dafür spricht mit der h. M. die Aussage von Gai. 4.47, dass die Formeln der *actiones commodati* jenen des *depositum* ähnlich (*similes*) sind;[96] dass in Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.1 die vereinbarten Rückgabemodalitäten *ex officio iudicis* wahrzunehmen sind; dass in Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2 mit der Kommentierung eines *bonae fidei iudicium* begonnen würde;[97] dass die Klagenkonsumtion bei Leihe in Paul. concurr. act. sing. D. 44.7.34.1 *ipso iure* vorgenommen wird;[98] dass die Gesamtschuldner einer Leihe in Solutionskonkurrenz stehen;[99] und dass in drei Belegen[100] zur Leihe unmittelbar auf die *bona fides* verwiesen wird.[101] Allerdings könnte der Einschub „*sicut in ceteris bonae fidei iudiciis*“ in Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.2 ebenso justinianisch sein[102] wie die Unterteilung der *bonae fidei iudicia* in *generalia* und *specialia* aus Paul. 36 Sab. D. 17.2.38 pr.[103]

21 Gegen die Annahme einer *bona-fides*-Klausel wird weiter argumentiert mit dem Fehlen der *actio commodati* in der Liste von *bonae fidei iudicia* bei Cicero[104] und bei

---

[95] *Mantovani*, Formule Nr. 29. Einen Überblick über die Argumente beider Seiten geben *Kaser*, SZ 83 (1966) 30–32; *Mantovani*, Formule Nr. 29 Fn. 117 f. *Watson*, Law Making (1974) 36, nimmt offenbar eine *bona-fides*-Konzeption der *actio in factum* an; dagegen schon *Kaser*, TR 45 (1977) 163 Fn. 24 unter Verweisen auf Gai. 4.47. Während *Paricio*, RIDA 29 (1982); *ders.*, St. Biscardi VI; *ders.*, Rev. Fac. Derecho Univ. Complut. 80 (1992); *ders.*, Est. Reimundo Yanes II gegen die *bona-fides*-Klausel argumentiert, vollzieht er diesbezüglich in *Paricio*, St. Talamanca VI, eine Kehrtwende.

[96] Dies besagt nicht, dass sie gleich formuliert waren, vgl. *Paricio*, RIDA 29 (1982) 248; *Pastori*, Commodato (1995) 99 f.; *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 132; *Zablocki*, Atti Burdese V 460.

[97] *Mantovani*, Formule Nr. 29 Fn. 117; *Navarra*, Labeo 50 (2004) 110–115.

[98] So auch *Maschi*, Categoria (1973) 230; *Cerami*, Hom. Murga Gener 311; *Litewski*, RIDA 45 (1998) 300; *Zablocki*, Atti Burdese V 460 f., mit Verweis auf Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.4; anders nehmen hier *Paricio*, RIDA 29 (1982) 245; *Paricio*, St. Talamanca VI 172 f., einen verunreinigten Text an.

[99] So *Kaser*, TR 47 (1979) 233; *Litewski*, RIDA 45 (1998) 301; *Zablocki*, Atti Burdese V 462, in Bezug auf Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.15.

[100] Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.2; Paul. 36 Sab. D. 17.2.38 pr.; Inst. 4.6.28.

[101] Für die *bona-fides*-Klausel sind *Nörr*, SZ 73 (1956) 79 Fn. 45; *Maschi*, Categoria (1973) 218–230; *Kaser*, TR 47 (1979) 230; *Tardivo*, AG 204 (1984) 245–252; *Kaser*, SZ 101 (1984) 85 mit Fn. 389; *Metro*, Iura 38 (1987) 215; *Litewski*, RIDA 45 (1998); *Zablocki*, Atti Burdese V 462 f.; *Cerami*, Hom. Murga Gener 310–312; *Hausmaninger/Selb* 290; *Paricio*, St. Talamanca VI 183–185; *Berndt*, Commodatum (2005) 24–27, 61 f.; *Sciandrello*, QL 9 (2019) 496 spricht stets von der *formula in ius ex bona fide*.

[102] *Paricio*, RIDA 29 (1982) 241. Der Text behandelt aufgrund des *iusiurandum in litem* ursprünglich wohl die *actio in factum*, vgl. *Pastori*, Commodato (1995) 130–135 und → Rn. 41; zum Schätzungseid bei *bonae fidei iudicia*, vgl. aber *Harke*, Eid (2013) 172; *Cristaldi*, SZ 133 (2016) 160–161.

[103] So *Lenel*, EP 253; *Maschi*, Categoria (1973) 222; *Paricio*, RIDA 29 (1982) 242; *Pastori*, Commodato (1995) 135–137; vgl. weiters *Litewski*, RIDA 45 (1998) 289–298.

[104] Nach *Zablocki*, Atti Burdese V 458, habe es im 1. Jh. v. Chr. nur die *actio in factum concepta* gegeben.

Gai. 4.62;[105] mit der Einordnung der *actio commodati* im Edikt in Rubrik XVII (*de rebus creditis*)[106] anstelle von XIX (*de bonae fidei iudiciis*);[107] damit, dass in Paul. 5 Plaut. D. 12.5.9 pr. dem Kommodanten die *condictio ob turpem causam* anstelle der *actio commodati* gewährt[108] wird.[109] Dies ist für sich genommen aber noch kein Argument gegen die Existenz des *bonae fidei iudicium*;[110] die Einordnung der *actiones commodati* im Edikt kann aus dem ähnlichen Charakter von *condictio* und *actio commodati in factum concepta* erklärt werden;[111] das Fehlen der Leihe in Gai. 4.62 ist kein eindeutiges Indiz gegen die *bona-fides*-Klausel, da keine taxative Aufzählung vorliegt.[112] Die vermittelnde Annahme einer *actio commodati in ius concepta* ohne *bona-fides*-Klausel[113] wird von beiden Seiten abgelehnt.[114]

4. Versuch einer Zuweisung der Belege

Das Verhältnis der beiden Leihe-Klagen zueinander ist nicht geklärt, ebenso, ob beide Klagen einen unterschiedlichen Anwendungsbereich hatten.[115] Der Fortbestand der *in* 22

[105] Vgl. *Paricio*, St. Biscardi VI 357 mit Fn. 6.

[106] Vgl. dazu Ulp. 26 ed. D. 12.1.1.1 und *Lenel*, EP 231 f.; *Kaser*, Methodologie (1972) 56–57 Fn. 105; *Maschi*, Categoria (1973) 257–265.

[107] So *d'Ors*, SZ 74 (1957) 77 f. mit Fn. 14; *Paricio*, St. Biscardi VI 358; unentschlossen noch *Kaser*, SZ 83 (1966) 31; dagegen *Litewski*, RIDA 45 (1998) 316–318. Auch die Klagen aus *negotiorum gestio* (→ § 83 Rn. 7–10) und *tutela* (→ § 31 Rn. 16) scheinen nicht in diesem Titel auf, vgl. *Kaser*, RP I 534; *Zablocki*, Atti Burdese V 456 f.; vgl. ferner *Paricio*, RIDA 29 (1982) 238.

[108] Anders wird im vergleichbaren Fall bei *bonae fidei iudicia* die jeweilige Vertragsklage gewährt, vgl. in Paul. 5 Plaut. D. 12.5.9.1.

[109] So *d'Ors*, Iura 34 (1983) 90 f.; *Paricio*, St. Talamanca VI 174 f.

[110] Nach *Litewski*, SDHI 54 (1988) 397, habe zur Zeit des hier kommentierten Plautius nur die *actio in factum concepta* existiert; vgl. ferner dazu *Litewski*, RIDA 45 (1998) 309–316; *Berndt*, Commodatum (2005) 99–110.

[111] So *Kaser*, SZ 83 (1966) 30–31; *Kaser*, TR 47 (1979) 233; *Pastori*, Commodato (1995) 108 f., 128, 140.

[112] Vgl. *Kaser*, TR 47 (1979) 233. *Maschi*, Categoria (1973) 229 f.; *Robaye*, RIDA 34 (1987) 320; *Robaye*, Obligation (1987) 259; *Litewski*, RIDA 45 (1998) 304 f.; *Litewski*, Labeo 45 (1999) 191, nehmen ein Versehen des Kopisten an, *Magdelain*, Consensualisme (1958) 93 Fn. 206; *Paricio*, St. Talamanca VI 169–172, 184, einen Fehler des Gaius. Nach *Pastori*, Commodato (1995) 195 f., verzichtet Gaius auf die Nennung des *commodatum*, da die *in factum* konzipierte die im 2. Jh. vorherrschende Leihe-Klage gewesen sei. *Maschi*, Categoria (1973) 273, verweist in diesem Kontext andererseits auf die Liste von dem *ius gentium* entstammenden Verträgen in Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.1, die er den *bonae fidei iudicia* zurechnet und die das *commodatum* nennen.

[113] So noch *Kaser*, TR 45 (1977) 163 Fn. 24; *Kaser*, RP I 534; *Robaye*, RIDA 36 (1989) insb. 375–391.

[114] *Kaser*, TR 47 (1979) 233; *Paricio*, RIDA 29 (1982) „*in ius*" 248; *Pastori*, Commodato (1995) 104 f.; *Pastori*, Atti Dell'Oro 130–134; *Paricio*, St. Talamanca VI 168 f.

[115] Vgl. *Pastori*, Commodato (1995) 106–117; *Castro Sáenz*, ACIA VII 187–208; → Rn. 13 und beim *depositum* → § 85 Rn. 9 f.

factum konzipierten Leihe-Klage trotz Einführung der *in ius* konzipierten wurde begründet mit: der einfacheren Beweisbarkeit der Tatbestandsvorausetzungen bei ersterer (nach *intentio*: Übergabe einer Sache zur Leihe und ihre Nichtrückgabe), was sich gerade bei Konkurrenz mit der *actio furti* als vorteilhaft erwiesen habe;[116] damit, dass die *actio in factum* nur auf die Rückgabe, die *actio in ius* auf Schadenersatz gegangen sei;[117] damit, dass nur mit der *actio in factum concepta* wegen *custodia*-Verletzung geklagt werden konnte;[118] damit dass der Verleiher auch bei leichter Beschädigung den Wert der gesamten Sache mit der *actio in factum concepta* einklagen konnte.[119]

V. Aktivlegitimation und Passivlegitimation

1. Aktivlegitimation

23 Wie aus der *intentio* der *in factum* konzipierten Klage hervorgeht, ist derjenige, der eine Sache verliehen und nicht zurückerhalten hat (*commodasse … redditam non esse*) aktivlegitimiert, gemäß der *demonstratio* der *in ius* verfassten Klage derjenige, der verliehen hat (*commodavit*). Der Verleiher einer (von ihm) gestohlenen Sache hat die *actio commodati*[120] gegen einen Entleiher, ebenso der Haussohn die *actio commodati in factum concepta*.[121] Ein Erbschaftssklave, der Mittel des *peculium* verleiht, erwirbt die *actio commodati directa* für den Nachlass.[122]

24 Die Eigentümerstellung ist nicht Voraussetzung für die Aktivlegitimation des Verleihers.[123] Derjenige, der die Sache ausgeliehen hat, kann seine Ansprüche mit der *actio commodati contraria* geltend machen.

---

[116] *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 158–161.

[117] *Pastori*, Labeo 2 (1956) 89–91; dagegen aber *Luzzatto*, Labeo 2 (1956) 358 f.

[118] So *Pastori*, Commodato (1995) 303–313, 403–409; *Pastori*, Labeo 2 (1956) 91; dagegen etwa *Parenti*, TSDP 7 (2014) Fn. 4.

[119] So *Cerami*, Hom. Murga Gener 313, in Auslegung von Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.1; → Rn. 43–45.

[120] Marcell. 15. dig. D. 13.6.16; Ulp. 1 disp. D. 5.1.64 pr.; vgl. *Cerami*, Hom. Murga Gener 319; *Parenti*, QL 4 (2014) 174 Fn. 37; ebenso beim *depositum* vgl. Tryph. 9 disp. D. 16.3.31.1.

[121] Julian, Paulus bei Paul. 9 Sab. D. 44.7.9; Ulp. 1 disp. D. 44.7.13; ebenso hat der Haussohn die *actio depositi in factum concepta*, vgl. Julian, Paulus bei Paul. 9 Sab. D. 44.7.9; Ulp. 17 ed. D. 16.3.19. Darin sehen *Savigny*, System II 101 f.; *ders.*, System V 84; *Heffter*, Gai. Inst. 57 f.; *Taubenschlag*, GrünhutsZ 35 (1908) 151; *Maschi*, Categoria (1973) 325–334, die wesentliche Funktion der *in factum* gegenüber den *in ius* verfassten Klagen; vgl. auch *Walter*, Actio depositi (2012) 65–73; dagegen *Pastori*, Commodato (1995) 113.

[122] Iul. 13 dig. D. 44.7.16.

[123] Paul 29 ed. D. 13.6.15.

2. Passivlegitimation

Adressaten der *actiones directae* sind die Leihnehmer. Ausgenommen ist der *furiosus*[124] sowie der minderjährige Kommodatar, der ohne Zustimmung des *tutor* ein Leihverhältnis begründet hat, selbst wenn er dann als Volljähriger dolos oder fahrlässig mit dem Leihgut verfährt.[125] Die Bereicherung eines *pupillus* kann der Verleiher allerdings nach einem Reskript des Antoninus Pius[126] mit der *actio commodati utilis* verlangen.[127] Adressat der *actio commodati contraria* ist der Verleiher. **25**

Die *actio commodati* gegen ein Hauskind oder einen Sklaven ist *de peculio* prinzipiell[128] auf den Gewalthaber erstreckbar; gegen den Haussohn kann zwar geklagt, allerdings nicht gegen ihn vollstreckt werden.[129] Der Gewalthaber haftet allerdings auch *dumtaxat de peculio* für eigenen *dolus*.[130] Gegen den Scheinsklaven ist die *actio commodati* anwendbar.[131] **26**

Bei mehreren Leihnehmern haftet jeder *in solidum*.[132] Die scheinbar dazu in Widerspruch stehende Lösung nach Afr. 8 quaest. D. 13.6.21.1, wo dem Verleiher von Geschirr mehrere Leihnehmer (eine Zeltgemeinschaft) anteilsmäßig (*pro cuiusque parte*) haften, wurde unterschiedlich interpretiert.[133] **27**

---

[124] Paul 29 ed. D. 13.6.2. Allerdings sei in diesem Fall die *actio ad exhibendum* und die *rei vindicatio* möglich, vgl. dazu *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 145.

[125] Ulp. 28 ed. D. 13.6.1.2; vgl. *Cerami*, Hom. Murga Gener 319.

[126] Dies ermöglichte auch die Klage gegen den minderjährigen Geschäftsführer ohne Auftrag (Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.4) und gegen die Minderjährige, die stipulationsweise versprochen hat (Ulp. 1 Sab. D. 26.8.1 pr.).

[127] Ulp. 28 ed. D. 13.6.3; vgl. *Cerami*, Hom. Murga Gener 319.

[128] Verneint wird die Haftung des *pater familias* für *custodia* – Verletzung des Sohnes (und damit die Aktivlegitimation des Vaters zur *actio furti*) bei Julian, Celsus bei Ulp. 28 Sab. D. 47.2.14.10. Hier ist jedoch unklar, ob es sich beim Kommodatar um einen Haussohn mit *peculium* handelt, vgl. dazu *Valiño*, Scr. Bonfiglio 392; vgl. anderseits Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.9 und dazu *Kaser*, FG Lübtow (1980) 305 f. (= *ders.*, RRQ 250 f.); gegen *Kaser* vgl. *Valiño*, Scr. Bonfiglio 397 Fn. 7; *MacCormack*, SZ 89 (1972) 161; *Reichard*, SZ 107 (1990) 69 f.

[129] Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.4. Zur Haftung *de peculio* beim *commodatum* an Haustochter und Sklavin, vgl. Julian bei Gai. 9 ed. prov. D. 15.1.27 pr.

[130] Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.5 unter Verweisen auf eine Entscheidung Julians zur *actio pigneraticia*; vgl auch Pomponius bei Ulp. 2 disp. D. 15.1.36.

[131] Celsus bei Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13.2; vgl. *Söllner*, CRRS IX 70 f.

[132] Pap. 27 quaest. D. 45.2.9 pr.; Celsus bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.15, dazu vgl. *Cerami*, AUPA 38 (1985) 195–200; *Evans-Jones*, SDHI 52 (1986) 120–130; *Cardilli*, Praestare (1995) 446–454; *Cerami*, Hom. Murga Gener 319; *Schmieder*, Duo rei (2007) 173–179 mit Literatur; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 191.

[133] Eine anteilsmäßige Haftung sei vereinbart worden (*Sacconi*, Obbligazioni solidali [1973] 60); der Leistungsgegenstand „Geschirr" (*vasa*) sei teilbar (*Sacconi*, Obbligazioni solidali [1973] 61; *González*, Obligaciones solidarias [1983] 98); auch der Verleiher selbst hafte anteilsmäßig mit (*Steiner*, Solidarobligationen [2009] 240 f.); dagegen schließt *Pennitz*, Ess. Winkel II 672, auf eine ausschließliche Haftung der Leihnehmer wegen Übergabe der Sache auf ihre gemeinsame Gefahr); die Schuldner müssen nur mindestens *pro parte* (aber tatsächlich sogar *in solidum*) haften (*Schmieder*, Duo rei

28 Aus der Solidarhaftung mehrerer Leihnehmer ergibt sich, dass derjenige, der vom Verleiher belangt wurde und geleistet hat, den Dieb des Leihguts verfolgen kann.[134] Wird einer von mehreren Leihnehmern, der selbst nicht die Diebstahlsverfolgung unternommen hat, vom Verleiher belangt, so kann er unter Stellung von Sicherheiten verlangen, dass der Verleiher seinen Anspruch aus dem *commodatum* gegen denjenigen richte, der den Dieb verfolgt.[135]

29 Bei Schädigung des Verleihers durch einen mehrerer Entleiher soll die *actio legis Aquiliae* dem von dem Schädiger verschiedenen, vom Verleiher belangten Leihnehmer abgetreten oder im Ausmaß der *actio commodati* konsumiert werden.[136]

30 Der Erbe eines Kommodatars haftet[137] *pro parte* seines Erbteils, außer er unterlässt die mögliche Herausgabe der ganzen Leihsache.[138] Ebenso haftet auch der Erbe nur eines Anteils *in solidum*, wenn die *actio commodati* wegen seines Verhaltens erhoben wird[139] oder bei dolosem Verhalten des leihnehmenden Erblassers.[140] An den Erblasser verliehenes Silber ist von einem Legat über „das im Haus befindliche Silber" nicht erfasst.[141]

VI. Die Haftung des Entleihers aufgrund der *intentio*

31 Der Entleiher haftet prinzipiell nach der *intentio* beider Formeln für *dolus* und *culpa*[142] sowie Verletzung der *custodia*.[143] Die Haftung für Vorsatz ist vertraglich nicht abdingbar,[144] die Haftung kann aber auf Vorsatz beschränkt werden.[145]

[2007] 180 Fn. 749). Nach *Pennitz*, Ess. Winkel II 673–676, entspricht die Vereinbarung gemeinsamer Gefahrtragung aller Leihnehmer einem Verzicht des Verleihers auf die Diebstahlsverfolgung.

[134] Ulp. 28. ed. D. 13.6.5.15; Pomp. 5 Sab. D. 13.6.6.

[135] Celsus bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.7 pr.

[136] Ulp. 28 ed. D. 13.6.7.1.

[137] Vgl. dazu auch Diocl./Max. C. 4.23.3 (a.294) und dazu *Rascon*, Pignus (1976) 141.

[138] Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.3. Obwohl nur von der unterlassenen aber möglichen Rückgabe zu lesen ist, vermutet *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 145, ein *dolo malo non reddere*.

[139] Paul. 29 ed. D. 13.6.17.2.

[140] Pomp. 29 Sab. D. 44.7.12; vgl. dazu auch Pomp. 29 Sab. D. 50.17.38; vgl. dazu *Walter*, Actio depositi (2012) 132 f. Nach *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 158, bezieht sich Pomp. 29 Sab. D. 44.7.12 auf beide Klageformeln; nach *Walter*, Actio depositi (2012) 154, – aufgrund der Nennung anderer *bonae fidei iudicia* – auf die *in ius* konzipierte Klage.

[141] Ofilius, Cascellius bei Iav. 2 post. Lab. D. 34.2.39.1.

[142] Vgl. dazu Pomp. 38 Q. Muc. D. 13.1.16; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.3,4; Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr.; Ulp. 38 ed. D. 13.7.13.1; Pomp. 22 Sab. D. 46.1.2; Pomp. 38 Q. Muc. D. 47.2.77 pr.; Ulp. 28 Sab. D. 50.17.23; Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.1,4; vgl. dazu *Nörr*, SZ 73 (1956) 97 f.; *MacCormack*, SDHI 38 (1972) 166; *MacCormack*, SZ 89 (1972) 206–214; *Tardivo*, AG 204 (1984) 284–290; *Tafaro*, Regula (1984) 89–143; *Voci*, SDHI 56 (1990) 135–138; *Pastori*, Commodato (1995) 303–305.

[143] Vgl. dazu Gai. 3.206; Ulp. 28 ed. D. 13.6.1.2; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2,3,5,6,9,15; Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr.; Iul. 1 dig. D. 13.6.19; Paul. 5 Sab. D. 18.6.3; Gai. 2 cott. D. 44.7.1.4; Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.10,15; Paul. sent. 2.4.3 zweiter Satz; Inst. 3.14.2. Nach *Reichard*, SZ 107 (1990) 54 Fn. 41, ergibt sich die *custodia*-Pflicht aus der *intentio* beider Formeln. Anders vermutet *Pastori*, Labeo 2

Beim *commodatum* finden sich Ansätze für eine Gehilfenhaftung:[146] Wenn der Kommodatar sich für den Rücktransport des Leihguts eines geeigneten Sklaven bedient hat,[147] dann haftet er nicht für den Untergang der Sache auf dem Transportweg.[148] Wenn eine Sache zur Begutachtung im Interesse des Gutachters übergeben wurde,[149] so haftet dieser beim Rücktransport für den Untergang der Sache wegen *culpa in eligendo*.[150] **32**

Der Entleiher schuldet die Sorgfalt eines *diligentissimus pater familias*[151] und haftet daher für Diebstahl[152] durch den eigenen Sklaven[153] oder Sklaven des Verleihers.[154] Wird der Diebstahl vom Verleiher verübt, so wird der Entleiher von seiner Rückgabeverpflichtung frei.[155] **33**

(1956) 92–94; *Pastori*, Commodato (1995) 309–313, 358–409, dass die *custodia*-Haftung nur aus der *actio commodati in factum concepta* bezogen werden dürfe, da sie im Unterschied zu der *actio commodati in ius concepta* auf die Rückgabe (*reddere*) der Sache abziele. Gegen die These, dass *custodia*-Haftung mit der von *bona fidei iudicia* unvereinbar sei, spricht jedoch schon die *custodia*-Pflicht des Werkunternehmers, vgl. bereits *Tardivo*, AG 204 (1984) 276–279. *Pastori*, Labeo 2 (1956) 93 f., argumentiert daher, dass die bei Gai. 3.205 zitierten Verträge (mit dem Wäscher oder Flickschneider) nicht der *locatio conductio operis* (und damit keinem *bonae fidei iudicium*) unterfielen; dagegen mit guten Gründen Luzzatto, Labeo 2 (1956) 360 f.

[144] Paul. 29 ed. D. 13.6.17 pr.; vgl. auch Pomp. 9 Sab. D. 19.1.6.9; vgl. *Litewski*, SZ 105 (1988) 866 f.

[145] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.10.

[146] Allgemein dazu *Fercia*, Responsibilità (2008) 249–290; *Burdese*, Iura 57 (2008/09) 416 f.

[147] Nach *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 149 Fn. 46 ist es zwar naheliegend, aber dem Text Iul. 3 Urs. Fer. D. 13.6.20 nicht ausdrücklich zu entnehmen, dass der Transport vom Kommodatar zum Kommodanten getätigt wird.

[148] Iul. 3 Urs. Fer. D. 13.6.20; ebenso Paul. 5 Sab. D. 13.6.11; vgl. dazu *Voci*, SDHI 56 (1990) 105 f.

[149] Vgl. dazu *Rundel*, Mandatum (2005) 81 f.

[150] Ulp. 29 Sab. D. 13.6.10.1; vgl. auch Labeo bei Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.2, wo die *actio praescriptis verbis* gegeben wird, wenn das zur Begutachtung vom Käufer übernommene Silber beim Rücktransport durch Verschulden der vom Käufer ausgesuchten Transporteure untergeht, vgl. dazu *Knütel*, SZ 100 (1983) 384; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 186 f.; *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 151; *Voci*, SDHI 56 (1990) 75 f. Die Zuordnung des Transportrisikos orientiert sich sonst am Utilitätsprinzip, vgl. *Knütel*, SZ 100 (1983) 385–388; *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 150 f.

[151] So in Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr., mit dem Zusatz der „Sorgfalt des *diligentissimus pater familias* in Bezug auf eigene Angelegenheiten", wodurch die Haftung nach *Cardilli*, Praestare (1995) 499, an abstrakten Kriterien gemessen werde (vgl. Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.4). In Gai. 2 cott. D. 44.7.1.4 wird die *diligentia quam in suis* mittels *si*-Satz („wenn nicht jemand anderer sorgfältiger hätte sein können") stärker objektiviert; vgl. dazu *MacCormack*, SZ 89 (1972) 174 f.; *van den Bergh*, TR 43 (1975) 67–70; *Cannata*, Iura 43 (1992) 39 f., 56–58.

[152] Gai. 3.206; Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.6.

[153] Paul 39 ed. D. 47.2.54.2; vgl. *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 123–125; *Knütel*, SZ 100 (1983) 380 f.

[154] Er kann aber den Verleiher nach Paul. 39 ed. D. 47.2.54.1; Afr. quaest. D. 13.6.21.1 mittels Noxalhaftung (→ § 93 Rn. 9) belangen, vgl. *Pennitz*, Ess. Winkel II 673–675.

[155] Pomponius, Paulus bei Paul. 5 Sab. D. 47.2.15.2; Iul. 3 Min. D. 47.2.60(59); Afr. 8 quaest. D. 13.6.21 pr.

34 Labeo versteht das Aufstellen von Wachen durch den Kommodanten zur Bewachung entliehenen Tafelsilbers[156] als freiwillige Risikoübernahme des Kommodanten;[157] nach Ulpian bleibt die *custodia*-Pflicht des Kommodatars davon unberührt.[158] Ulpian berichtet von einer Diskussion der *veteres* darüber, ob auch für einen entliehenen Sklaven *custodia* zu leisten ist;[159] unzweifelhaft ist dies jedoch, wenn der Sklave gefesselt[160] übergeben wurde oder in einem Alter ist, das erhöhte Aufsicht verlange,[161] sowie wenn *custodia* ausdrücklich vereinbart wurde.[162] Nach Julian müsse der Entleiher jedoch[163] nicht dafür einstehen, wenn Dritte dem Leihgut Schaden zufügen.[164] Marcellus hingegen bejaht hier eine Haftung des Kommodatars, wenn er die *custodia* unterlassen hat oder der Schaden gerade im Zusammenhang mit der Bewachung eingetreten ist.[165]

35 Wird ein Sklave mit einer Schale verliehen und beschädigt der Sklave die Schale, so müsse der Entleiher beider Objekte für mangelnde *custodia* ebenso einstehen[166] wie bei Leihe einer Stute für die Bewachung auch des sie begleitenden Fohlens.[167]

---

[156] Es ist umstritten, ob hier ein – durch Absprache fortgesetztes – *commodatum* bestehen bleibt, oder durch die Bitte des Kommodatars, das Tafelsilber über Nacht zu behalten, ein anderer Vertrag (*mandatum*?) entstanden ist, vgl. dazu *Cardilli*, Praestare (1995) 384 mit Fn. 168 f.; *Ankum*, Mél. Sturm I 16.

[157] Labeo benennt als Alternativen die Entsendung eines oder keines Wächters (*cum/sine custode*); seine Lösung beantwortet jedoch nicht die Rechtsfrage, welche Klage angestrengt werden könne; vgl. dazu *Cardilli*, Praestare (1995) 386 f.

[158] Labeo bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.14. Nach *Knütel*, SZ 100 (1983) 389–391, deutet Ulpian anders als Labeo dies nicht als konkludenten Verzicht des Kommodanten auf die *custodia*-Pflicht des Kommodatars; vgl. auch *MacCormak*, SZ 89 (1972) 214; *Ankum*, Mél. Sturm I 14–17; *Benke/Meissel*, Schuldrecht (2014) 66 f.; *Sargenti*, SDHI 72 (2006) 291 f.

[159] Vgl. *Cardilli*, Praestare (1995) 179–182; *Klingenberg*, CRRS X.6 66.

[160] Nach *Cardilli*, Praestare (1995) 179–182, ist die Fesselung von Sklaven Möglichkeit des verleihenden Eigentümers, den Leihnehmer der *custodia*-Haftung zu unterwerfen, wie es – auch bei nicht gefesselt übergebenen – Tieren üblich war, vgl. Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.9; zustimmend *Capogrossi Colognesi*, SZ 115 (1998) 530. *Klingenberg*, CRRS X.6 66, versteht den *servus vinctus* als *servus fugitivus*.

[161] Vgl. *Litweski*, SDHI 54 (1988) 395.

[162] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.6; vgl. *García Garrido*, ACost. IV 856 f. Nach *Babusiaux*, Quod actum (2006) 225 mit Fn. 1088, legen die *veteres* hier die *intentio* der *in factum* konzipierten, Ulpian die *intentio* der *in ius* konzipierten Klage zugrunde.

[163] Auf eine Kontroverse deutet schon die bei Julian gebrauchte Wendung *procul dubio est* – „es steht außer Zweifel“, vgl. *Rastätter*, Marcelli notae (1981) 202; umgekehrt wertet *Knütel*, SZ 100 (1983) 413, dies als Indiz für eine unangefochtene Meinung.

[164] Iul. 1 dig. D. 13.6.19; ebenso keine *actio legis Aquiliae* des Kustodienten gibt es nach Julian bei Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.9; vgl. auch Iav. 6 post. Lab. D. 9.2.57, wonach der Kommodant wegen der durch Aufreiten eines Dritten verursachten, doppelten Beinfraktur des entliehenen Pferdes aus keiner Klage belangt werden könne.

[165] Marcellus bei Ulp. 5 ed. D. 19.2.41; vgl. dazu auch *MacCormack*, SZ 89 (1972) 171 f.; *Knütel*, SZ 100 (1983) 410–415; *Cannata*, Iura 43 (1992) 33–35; *Rastätter*, Marcelli notae (1981) 197–204; *Litewski*, SDHI 54 (1988) 395 f.; *Pastori*, Commodato (1995) 346–354; *Voci*, SDHI 56 (1990) 77–79.

[166] Cartilius bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.13, dazu vgl. *Pastori*, Commodato (1995) 301 f.; Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.15.

Während nach Gaius auch bei gemischter (und damit atypischer) Interessenlage der Entleiher für *culpa* einzustehen habe,[168] bejaht Ulpian in diesem Fall eine Beschränkung der Entleiherhaftung auf Vorsatz.[169] Ebenso haftet der Gutachter nur für *dolus*, wenn er die Sache im Interesse des Verleihers zur Inspektion übernommen hat.[170] Der Entleiher einer *res aestimata* muss auch bei zufälligem Untergang der Sache für die Leistung des Schätzwertes einstehen.[171] **36**

Für die Beeinträchtigung des Leihgegenstandes durch höhere Gewalt hat der Entleiher schon seit der Republik[172] grundsätzlich[173] nicht einzustehen.[174] Wenn ein Pferd verliehen wird und sich dessen Zustand aufgrund der vertragskonformen Nutzung ohne Verschulden des Entleihers verschlechtert, so hat der Verleiher den Nachteil zu tragen, da er diesen aufgrund seiner schlechten Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Pferdes selbst verschuldet habe.[175] Ebenso trägt der Kommodant prinzipiell die Gefahr für den Rücktransport des Leihgutes[176] und die (nicht vom Kommodatar verschuldete) Flucht des verliehenen Sklaven[177] mit der ebenfalls verliehenen Sache.[178] **37**

---

[167] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.9; vgl. auch *Rascon*, Pignus (1976) 85; *Tardivo*, AG 204 (1984) 286.

[168] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr. Mit *culpa* ist hier wohl die klassische *custodia*-Haftung gemeint, vgl. *Nörr*, SZ 73 (1956) 82 f., 98; *Rundel*, Mandatum (2005) 71 mit Fn. 288; vgl. ferner *MacCormack*, SZ 89 (1972) 208 f.; *Ankum*, Mél. Sturm I 22–24; *Navarra*, Labeo 50 (2004) 117 f.

[169] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.10. Die von Ulpian gewählten Beispiele (der Mann, der seiner Verlobten/Braut Schmuck leiht; der Prätor, der Schauspieler für von ihm veranstaltete Spiele ausstattet) deuten auf ein gemischtes Interesse und nicht bloß das des Verleihers, vgl. *Litewski*, SZ 105 (1988) 870; *Rundel*, Mandatum (2005) 70 f. Die Haftungsprivilegierung beruht nach *Nörr*, SZ 73 (1956) 77–80; *Rundel*, Mandatum (2005) 70 Fn. 289 auf der *bona fides*.

[170] Ulp. 29 Sab. D. 13.6.10.1; Ulp. 29 ed. D. 13.6.12.1, vgl. dazu *Knütel*, SZ 100 (1983) 381; *Navarra*, Labeo 50 (2004) 128 mit Fn. 150. Zur Abgrenzung dieser Fälle vom Kauf auf Probe, Labeo bei Ulp. 32 ed. D. 19.2.50 pr.,1 und Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13.1; vgl. *García Garrido*, ACost. IV 854–856.

[171] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.3; vgl. *Pastori*, Commodato (1995) 262 f.

[172] *Cardilli*, Praestare (1995) 190 mit Fn. 1, 192 f., unter Verweisen auf die Vertragsformulare bei Cato agr. 144,5; 146,6 gegen *Voci*, SDHI 56 (1990) 140, der aus Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.3 auch die Pflicht des Leihnehmers zur Gefahrtragung ableitet.

[173] Die Haftung für *omne periculum* kann vereinbart werden, vgl. Afr. 8 quaest. D. 13.6.21.1 und für die Nachklassik Diocl./Max. C 4.23.1 (a.290/293); vgl. dazu *Maschi*, Categoria (1973) 324; *MacCormack*, SZ 96 (1979) 152.

[174] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.4; Namusa in Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.7; Ulp. 28 ed. D. 13.6.10 pr.; Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13.1; Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr.; Gai. 2 cott. D. 44.7.1.4; Diocl./Max. C. 4.23.1 (a.290/293); Paul. sent. 2.4.2; Inst. 3.14.2; vgl. dazu auch *Molnár*, Iura 32 (1981) 94–96, 102; *Pastori*, Commodato (1995) 322 Fn. 14.

[175] Pomp. 21 Q. Muc. D. 13.6.23, vgl. dazu *MacCormack*, SDHI 38 (1972) 166; *Cardilli*, Praestare (1995) 198–200.

[176] Ulp. 29 Sab. D. 13.6.12.1. Das Leihgut gilt nach der *intentio* der *in factum* konzipierten Klage als zurückgegeben (*redditum esse*), wenn es dem Abholberechtigten, nicht aber, wenn es nur einem Boten ausgehändigt wird, vgl. *Knütel*, SZ 100 (1983) 389; *Klingenberg*, CRRS X.6 68 (mit Fn. 244 f. zur Diskussion, ob daraus auf die Leihe als Bringschuld geschlossen werden könnte).

[177] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr., vgl. dazu *Kaser*, SZ 96 (1979) 110; *Klingenberg*, CRRS X.6 68 f.

[178] Cartilius bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.13; vgl. *MacCormack*, SZ 89 (1972) 213; *Klingenberg*, CRRS X.6 67; *Voci*, SDHI 56 (1990) 106 Fn. 8.

38 In einer Gruppe von Texten wird dem Entleiher *omne periculum* aufgebürdet:[179] So etwa, wenn dies vereinbart ist[180] oder sich aus der Interessenverteilung ergibt.[181]

39 Geht dem Ereignis höherer Gewalt jedoch eine abredewidrige Nutzung[182] des Leihobjektes (*furtum usus*) voraus, so hat der Entleiher jegliche Beeinträchtigung des Leihobjektes zu vertreten.[183] Schulfall dafür ist die Ausleihe eines Pferdes zum Zweck einer Reise, von deren Route dann erheblich abgewichen wird,[184] oder die zweckfremde Benutzung des entliehenen Tiers als Schlachtross.[185] Ebenso haftet der Kommodatar für den zufälligen Tod eines Arbeitssklaven, der abredewidrig auf einem Gerüst[186] eingesetzt wird; für den Untergang von vereinbarungswidrig auf eine Reise mitgenommenem, entliehenen Geschirr;[187] und für die unautorisierte Verwendung des entliehenen Rechnungsbuchs zu eigenen Zwecken.[188] Wenn der Entleiher der Überzeugung ist, zu dem Gebrauch berechtigt zu sein, liegt kein *furtum usus* vor.[189] Der Kommodatar haftet für jeden Verlust der Sache, wenn er sie einem später mit dieser flüchtigen, vom Kommodanten bloß zur Mahnung geschickten Person[190] übergeben hat.[191]

---

[179] Vgl. *MacCormack*, SZ 96 (1979) 150 Fn. 94; *Voci*, SDHI 56 (1990) 133.

[180] Afr. 8 quaest. D. 13.6.21.1.

[181] Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13.1; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.3 (*res aestimata*). Bei Paul. 39 ed. D. 47.2.54(53).2 haftet der Entleiher für seinen diebischen Sklaven; vgl. ferner Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.7; Cartilius bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.13; Labeo bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.14.

[182] Der Umfang des Gebrauchsrechts ist durch die *conventio* definiert wie in Julian bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.8; Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr.; Paul. 29 ed. D. 13.6.17.3; vgl. dazu *Maschi*, Categoria (1973) 306–309; *Scheibelreiter*, FS Strobel 332–333.

[183] Gai. 3.196; Gai. 2 cott. D. 44.7.1.4; Paul. sent. 2.4.3; vgl. *Pastori*, Commodato (1995) 325–328; *Schlinker*, HKK-BGB III.1 648 f.; *Parenti*, TSDP 7 (2014) 1–19.

[184] Nach *Schulz*, Einf. 34; *Wieacker*, RRG I 578; *Altmeppen*, FS Knütel 27 mit Fn. 55, ist der Schulfall der so genannte *Aricia*-Fall bei Val. Max. 8,2,4; vgl ferner Gai. 3.196; Labeo, Brutus bei Gell. 6,15; Paul. 9 Sab. D. 47.2.40; Julian bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.8; allgemein dazu vgl. auch *Zannini*, Commodatum (1983) 127–130; *García Garrido*, ACost. IV 847–851; *Zannini*, AContr. II 177; *Apathy*, FS Hausmaninger 15 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 164–169; *Altmeppen*, FS Knütel 26–29; *Pennitz*, SZ 134 (2017) 147–151; *Scheibelreiter*, FS Strobel 326–328.

[185] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.7; Paul. sent. 2.4.3. In den Paulussentenzen knüpft sich daran die allgemeine, hier unpassende Aussage, dass der Entleiher für *custodia* und *diligentia* zu haften habe, → Rn. 31, → Rn. 70). Zum Verhältnis der beiden Texte zueinander vgl. *Cannata*, Iura 44 (1993) 50 f.

[186] Mela, Ulpian bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.7, vgl. dazu *Cannata*, Iura 43 (1992) 49; *Cardilli*, Praestare (1995) 307–309; *Scheibelreiter*, FS Strobel 332–333.

[187] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr.; Gai. 2 cott. D. 44.7.1.4, vgl. dazu *García Garrido*, ACost. IV 851–853.

[188] Julian bei Ulp. 29 ed. D. 13.6.5.8, vgl. dazu *García Garrido*, ACost. IV 853 f.

[189] Gai. 3.197; Pomp. 38 Q. Muc. D. 47.2.77(76) pr. Allerdings könnte dieser Irrtum dem Entleiher als *culpa* ausgelegt werden; vgl. *MacCormack*, SZ 89 (1972) 211 f.; *Cardilli*, Praestare (1995) 200–203; *Pastori*, Commodato (1995) 332–339.

[190] Ulp. 29 Sab. D. 13.6.12.1. Der Text spricht nicht vom Sklaven, sondern nur von einem „Ausgesandten“ (*missus*), was sich auch auf einen Freien beziehen könnte; vgl. dazu auch *Voci*, SDHI 56 (1990) 106; *Klingenberg*, CRRS X.6 67 Fn. 242.

[191] Dies stellt eine schuldhafte Vertragsverletzung dar, da der zur Mahnung Ausgeschickte nicht empfangsberechtigt ist, vgl. *Knütel*, SZ 100 (1983) 389.

Ebenfalls einstehen muss der Entleiher, wenn er im Zuge eines *vis-maior*-Ereignisses eigene Sachen rettet, fremde aber nicht.[192] Diese der *diligentia quam in suis* vergleichbare Haftung wird auch mit der *custodia*-Haftung in Zusammenhang gebracht.[193] 40

VII. Die *condemnatio* des Entleihers

Die Klagen aus der Leihe zielen immer auf eine Verurteilung *in simplum*[194] ab. Gemäß der *condemnatio* der *actio in factum concepta* geht die Verurteilung auf den objektiven Wert der Sache und des aus ihr Erlangten zum Zeitpunkt der *condemnatio* (*quanti ea res erit*),[195] nicht jenem der *litis contestatio* (*quanti ea res est*).[196] 41

Gemäß der *condemnatio* der *actio in ius concepta* muss der verurteilte Kommodatar leisten, was er aufgrund der *bona fides* zu leisten verpflichtet war (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*).[197] Die Verurteilung aus dem *commodatum* hatte keine infamierende Wirkung.[198] 42

Auch mithilfe der *in factum* konzipierten Klage kann Schadenersatz für die Beschädigung der Leihsache erlangt werden,[199] indem mittels Fiktion die Rückgabe einer 43

[192] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.4; Paul. sent. 2.4.2; vgl. dazu auch *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 148 f. Durch die Kontrastierung der auf die eigenen Sachen verwandten Sorgfalt mit jener gegenüber fremden Sachen wird hier nach *Walter*, Actio depositi (2012) 167 f. Fn. 181, aber nicht *dolus* vermutet wie in Cels. 11 dig. D. 16.3.32, sondern nur deutlich gemacht, dass eine Rettung von Sachen allgemein möglich gewesen ist.

[193] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr.; Gai. 2 cott. 44.7.1.4. Nach *Kaser*, SZ 96 (1979) 115 Fn. 103; *Bauer*, Periculum (1998) 85; *Pennitz*, Periculum (2000) 402 Fn. 142, ist der Einschub, dass der Leihnehmer eine höhere Sorgfalt als in eigenen Angelegenheiten zu üben habe (Paul. 5 Sab. D. 18.6.3), interpoliert. *Maschi*, Categoria (1973) 380, versteht die *culpa in concreto* als Neuerung des justinianischen Rechts.

[194] Mod. 2. diff. Coll. Mos. 10.2.7.

[195] Gai. 4.47; Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.2; Ulp. 1 disp. D. 5.1.64 pr.; der Schätzungseid bei der *actio in factum* wurde als problematisch angesehen, vgl. dazu aber *Kaser*, Litisästimation (1935) 76 f.; *Maschi*, Categoria (1973) 164; *Pastori*, Commodato (1995) 134 mit Fn. 58; *Berndt*, Commodatum (2005) 86–90.

[196] Ausgeschlossen vom *iusiurandum in litem* sind nicht alle strengrechtlichen Klagen, sondern nur strengrechtliche Klagen mit Übereignungsverpflichtung, vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 340 Fn. 45.

[197] Zu einer genaueren Determinierung etwa eines Schadenersatzanspruches mangelt es an entsprechenden Quellen, vgl. *Honsell*, Quod interest (1969) 159. Nach *Tardivo*, AG 204 (1984) 238–240, könnte in Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.2 die *condemnatio* der *in factum* konzipierten mit der *intentio* der *in ius* konzipierten Formel vermengt worden sein.

[198] Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.4. Das Fehlen der *actio commodati* in der Liste infamierender Klagen in der *lex Iulia municip.* (45 v. Chr.) Z. 108–125 ist für sich genommen noch kein Beweis, da auch die sehr wohl *infamia* nach sich ziehende *actio depositi* (vgl. Iul. 1 ed. D. 3.2.1; Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.4) hier fehlt; vgl. dazu auch *Kaser*, SZ 73 (1956) 240 Fn. 97; *Gandolfi*, Deposito (1976) 86; *Walter*, Actio depositi (2012) 421 f. Anders will *Maschi*, Categoria (1973) 194 f., eine infamierende Wirkung der *actio commodati* nicht ausschließen.

[199] Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.1; vgl. dazu auch Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.16 und zu beiden Fragmenten *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 130 f.

Leihsache in verschlechtertem Zustand (*res deterior facta*)[200] dem *non reddere*[201] gleichgestellt wird.[202]

44 Der Kommodant ist befugt, bei doloser Nichtrückgabe den Wert des Leihobjektes im Zeitpunkt der Streitentscheidung zu schätzen (*litis aestimatio*).[203] Leistet der Kommodatar aufgrund des Urteils Ersatz, so erlangt er Eigentum an der Leihsache;[204] bei doloser Nichtvorlage[205] der Leihsache kommt es zur *condemnatio*, wobei der Kommodant dem Kommodatar seine Klagen abtreten muss.[206]

45 Der Entleiher muss auch Früchte aus der Leihsache[207] sowie aus ihr gezogene Gewinne[208] ersetzen.

VIII. Klagenkonkurrenz

46 Die *actio commodati directa* des Verleihers kann mit der *actio legis Aquiliae* konkurrieren: Es steht dem Verleiher frei, die Klage zu wählen:[209] Die Geltendmachung der Deliktsklage konsumiert die Vertragsklage.[210] Im umgekehrten Fall[211] kann die Differenz zur Verurteilungssumme nach der *lex Aquilia* geltend gemacht werden.[212]

---

[200] Nach *Maschi*, Categoria (1973) 164–166 liegt dies dann vor, wenn die *res reddita* nicht mehr als *res accepta* und damit nicht mehr als die in der *intentio* vorausgesetzte *eadem res* qualifiziert werden kann; vgl. dazu auch *De Robertis*, Responsabilità nel diritto (1996) 106–108, 240 f.

[201] Problematisch ist der Zusatz *nisi quid interest praestetur*. *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 130 f.; *Medicus*, Quod interest (1962) 261; *Walter*, Actio depositi (2012) 387 Fn. 928, verstehen das Interesse, das nicht zu der *non-reddere*-Formel passt (so *Kaser*, Litisästimation [1935] 75 f.), als Wertdifferenz zwischen integrer und beschädigter Sache: Der Kommodatar werde auf den vollen Sachwert verurteilt, wenn er nicht den Sachminderwert ersetzt; ähnlich *Berndt*, Commodatum (2005) 79.

[202] Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.1, vgl. dazu *Tardivo*, AG 204 (1984) 237–239; *Pastori*, Commodato (1995) 182 f., 188 f.; *Klingenberg*, SZ 118 (2001) 431 Fn. 3; *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 131–133; *Walter*, Actio depositi (2012) 64 f., 387.

[203] Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.2; Ulp. 1 disp. D. 5.1.64 pr.

[204] Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.1; nach Julian bei Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.1 erhält er die *actio Publiciana*; vgl. *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 146.

[205] Der Text bezieht sich nur auf den *dolus*, lässt somit für den *custodia*-pflichtigen Entleiher die Möglichkeit der Klagsabtretung offen, vgl. *Walter*, Actio depositi (2012) 319 Fn. 590.

[206] Marcell. 4 dig. D. 42.1.12. Damit sind wohl sachverfolgende Klagen wie die *rei vindicatio* gemeint, vgl. Walter, Actio depositi (2012) 321–323. Zur Sicherheitsleistung des Kommodanten, → Rn. 55.

[207] Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.10; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.9; Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.15; vgl. dazu *Kaser*, Restituere [1](1932) 54.

[208] Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13.1; vgl. *Wacke*, SZ 119 (2002) 371, 374, 379.

[209] Dieses Wahlrecht hat auch der *locator* nach Paul. 13 ed. D. 19.2.43.

[210] Ulp. 28 ed. D. 13.6.7.1; Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.1; Paul. concurr. act. sing. D. 44.7.34.2; vgl. *Jansen*, Struktur (2003) 240 Fn. 436; *Wallinga*, FS Knütel 1394 f.

[211] Wohl die *actio commodati in factum concepta*, vgl. *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 157.

[212] Paul. concurr. act. sing. D. 44.7.34.2, vgl. dazu *Ankum*, BIDR 24 (1982) 35–37; *Hausmaninger*, Lex Aquilia (1996) 44.

Der Leihnehmer kann bei *furtum usus* – neben der Verantwortlichkeit aus dem *commodatum*[213] oder der *condictio furtiva*[214] – auch mit der *actio furti* belangt werden.[215] 47

Bezüglich der Konkurrenz von Diebstahls- und Leiheklage liefern die Quellen ein inhomogenes Bild: Nach Ulpian kann gegen denjenigen, der sich von einem Sklaven bewusst gegen den Willen von dessen Herren eine Sache ausleiht, die *actio commodati*, die *actio furti* und die *condictio furtiva* angestrengt werden,[216] was als Kumulation von einer sachverfolgenden Klage mit der *actio furti* verstanden werden kann.[217] Nach Paulus kann der Kommodatar, der die Leihsache stiehlt, alternativ mit der *actio commodati* oder der *condictio furtiva* belangt werden: Klagt der Verleiher zuerst mit der *in factum* konzipierten Klage, so ist die Konsumtion einredeweise (hier: *exceptio doli*,[218] → § 108) geltend zu machen, bei der *actio in ius concepta* hingegen *ipso iure* wahrzunehmen.[219] Allerdings spricht Paulus nicht explizit von einer Kumulation der *actio commodati* mit der *actio furti*.[220] 48

Wenn nach Cassius/Iavolen[221] die *actio furti* die *actio commodati* konsumiert,[222] während im umgekehrten Falle der beklagte Kommodatar eine *exceptio* gegen die nachträglich erhobene *actio furti* geltend machen muss,[223] so könnte dies auf eine noch in 49

[213] Pomp. 38 Q. Muc. D. 13.1.16 setzt allerdings – anders als nach Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.8 – den nachträglichen Untergang der Leihsache voraus, vgl. *Parenti*, QL 4 (2014) 182 Fn. 64; ferner → Rn. 28.

[214] Nach Pomp. 38 Q. Muc. D. 13.1.16 besteht der Vorteil gegenüber der Vertragsklage in der unbestrittenen Haftung des Kommodatars aus der *condictio furtiva* für jeden Untergang, vgl. dazu *García Garrido*, ACost. IV 849 f.; *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 144; *Parenti*, QL 4 (2014) 182 Fn. 64.

[215] Gai. 3.196; Val. Max. 8,2,4; Gell. 6,15,1; Julian bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.8; Gai. 13 ed. prov. D. 47.2.55(54).1; Pomp. 38 Q. Muc. D. 47.2.77(76) pr.; vgl. *Altmeppen*, FS Knütel 27 f.; *Pennitz*, SZ 134 (2017) 168–169; *Sciandrello*, Iudicia contraria (2017) 104–105.

[216] Ulp. 48 Sab. D. 13.6.14.

[217] *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 146, lässt dies offen.

[218] Vgl. dazu *Kaser/Hackl*, RZ 307 mit Literatur.

[219] Paul. concurr. act. sing. D. 44.7.34.2; vgl. *Levy*, Konkurrenz II (1922) 95–104. *Paricio*, RIDA 29 (1982) 243, vermutet, dass mit der *in ius* konzipierten Klage die *condictio furtiva* gemeint sein müsse und nicht die *actio commodati in ius concepta*, deren Existenz er ablehnt; anders aber *Paricio*, St. Talamanca VI 176 Fn. 40.

[220] Vgl. *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 90 f.

[221] Iav. 15 Cass. D. 47.2.72 pr.; vgl. *Levy*, Konkurrenz II (1922) 105–108.

[222] Da die Klage *ipso iure* erlischt, muss sich Iavolen nach *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 88; *Manthe*, Ex Cassio (1982) 189 f.; *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 147, auf die *actio in ius concepta* beziehen, die *in factum* konzipierte Klage bedürfte einer *exceptio*. Genau umgekehrt ordnet Paricio, RIDA 29 (1982) 244; *Paricio*, St. Talamanca VI 173 f., dies der Konkurrenz *actio in factum concepta*/*actio furti* zu.

[223] Dies, da trotz der *in factum* oder *in ius* konzipierten Leiheklage eine *actio furti* möglich wäre, vgl. *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 88; *Manthe*, Ex Cassio (1982) 190; *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 147. Wieder umgekehrt bei *Paricio*, RIDA 29 (1982) 244.

der Frühklassik[224] bestehende echte Konkurrenz zwischen der (erst später reinen?) Pönalklage und der *actio commodati* hinweisen.[225]

50 Aufgrund eines *pactum*, einen Sklaven nicht zu korrumpieren, konkurriert die *actio commodati* mit der *actio servi corrupti*.[226]

IX. Gegenansprüche des Kommodatars

1. Die Funktion der *actio commodati contraria*

51 Dem Kommodatar steht die *actio commodati contraria* zur Verfügung. Unklar ist, ob diese jüngere Klage[227] ursprünglich nur als Widerklage zur *actio directa*[228] oder seit jeher selbständig erhoben werden konnte.[229]

52 Vor der Einführung der Konträrklage steht dem Kommodatar die *actio de dolo* oder die *retentio* (→ § 112 Rn. 5) zur Verfügung.[230] Der Verleiher von falschen Gewichten haftet nach Trebaz aus der *actio de dolo*.[231] Der Kommodant haftet dem Kommodatar prinzipiell nur für doloses Verhalten.[232]

53 Die *retentio* (→ § 112 Rn. 5) kann der Kommodatar gegen eine *actio commodati in factum concepta* mittels *exceptio doli* betreiben;[233] bei einer *actio commodati in ius con-*

---

[224] *Manthe*, Ex Cassio (1982) 191.

[225] *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 110 f.; *Manthe*, Ex Cassio (1982) 190 f.

[226] Ulp. 42 Sab. D. 2.14.50 pr.

[227] Für die Entstehung im frühen Prinzipat: *Zannini*, Commodatum (1983) 88 f.; *Pastori*, Commodato (1995) 426–428; *Tardivo*, AG 204 (1984) 254; *Cerami*, Hom. Murga Gener 326; in der Spätklassik: *Provera*, Iudicia contraria (1951) 14–16. Nach *Paricio*, St. Biscardi VI 360 f., 364, hat Pomponius sie nicht gekannt, sonst hätte er sie in Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13 pr. genannt.

[228] Dafür *Provera*, Iudicia contraria (1951) 24, 38; vgl. dazu auch *Bürge*, Retentio (1979) 163 f. mit älterer Literatur.

[229] Paul. 29 ed. D. 13.6.17.1, vgl. dazu *Kaser/Hackl*, RZ 344 f.; *Bürge*, Retentio (1979) 164; *Tardivo*, AG 204 (1984) 256; *Cerami*, Hom. Murga Gener 326 f.; *Sciandrello*, Iudicia contraria (2017) 114–117. Zur Frage, inwiefern sich die Klage nur auf Ansprüche beziehen kann, welche in unmittelbarem Konnex mit der der übergebenen Sache standen, vgl. *Milazzo*, Comodato (2018) 178–179; und allgemein *Scheibelreiter*, TR 88 (2020) 35–40.

[230] *Schwarz*, SZ 71 (1954) 130; *Falcone*, AUPA 59 (2016) 247 diskutieren in diesem Kontext auch die *denegatio*.

[231] Trebaz bei Paul. 11 ed. D. 4.3.18.3. Nach *Kaser*, TR 47 (1979) 234; *Zannini*, Commodatum (1983) 103–106, indiziert dies, dass Trebaz die *actio contraria* unbekannt gewesen sei. Nach *Mayer-Maly*, SZ 102 (1985) 663; *Scheibelreiter*, SZ 134 (2017) 224–227, ist das nicht zu beweisen; darüber hinaus stehe die *actio de dolo* ja nicht dem Leihnehmer, sondern dem Dritten gegen den Verleiher zu. Wer Adressat der *actio de dolo* ist, geht jedoch nicht eindeutig aus dem Text hervor: Trebaz sagt nur, dass gegen den Verleiher zu klagen ist, aber nicht, von wem; vgl. dazu auch *Watson*, SDHI 28 (1962) 338 (= *ders.*, Stud. 299); *Cursi*, Eredità (2008) 28–35; *Scheibelreiter*, SZ 134 (2017) 194–195 und 231–233; *Harke*, Actio de dolo (2020) 41–43.

[232] Vgl. Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.6.

[233] Vgl. *Kaser*, RP I 521, 529. Für *Milazzo*, Comodato (2018) 193–201, der für die Klassik über-

cepta ist die *retentio* bereits *ex fide bona* vom *iudex* zu berücksichtigen. Das Retentionsrecht geht somit der Konträrklage funktional voraus.[234] Aber auch nach Einführung der *actio commodati contraria* war die – nach Julian für den Kommodatar praktikablere[235] – *retentio* überall dort möglich, wo es auch eine Konträrklage gegeben hat.[236]

Die Ansprüche des Kommodatars können bei Klage mittels *actio commodati in ius concepta*[237] auch mittels *compensatio* (→ § 111 Rn. 17) gewahrt werden. Diese ist aber nicht möglich, wenn der Anspruch des Kommodatars höher ist, der Richter die *compensatio* unterlässt oder es zu keiner direkten Klage gegen den Kommodanten gekommen ist.[238] **54**

Vor Einführung der Konträrklage konnte der verurteilte Leihnehmer vom Verleiher die Stellung von Sicherheiten verlangen, falls die Leihsache nachträglich wieder im Vermögen des Verleihers auftauchte.[239] **55**

2. Aufwandersatz und Schadenersatz

Als *iustae causae* für die *retentio*[240] bzw. die Erhebung der *actio contraria*[241] sind notwendige Aufwendungen wie etwa in Zusammenhang mit Krankheit[242] oder Verfolgung eines flüchtigen Sklaven[243] zu nennen, die der Kommodatar auf den Leihgegenstand getätigt hat; gewöhnlicher Aufwand (etwa: Ernährung für Sklaven oder Tiere) wird nicht ersetzt.[244] **56**

---

haupt nur die *in ius* konzipierte Klage aus Leihe annimmt, ist die Erwähnung der *retentio* in den Quellen daher nur mehr ein Relikt.

[234] Vgl. dazu etwa auch *Wacke*, FS Kaser (1976) 525 Fn. 130; *Pastori*, Commodato (1995) 423–428; *Tardivo*, AG 204 (1984) 253 f. Fn. 58, 257; das bedeutet aber nicht, dass sich die Konträrklage aus dem Retentionsrecht entwickelt hat, vgl. *Maschi*, Categoria (1973) 214.

[235] Iul. 3 Min. D. 47.2.60. So auch *Provera*, Iudicia contraria (1951) 187; *Schwarz*, SZ 71 (1954) 128; *Wacke*, FS Kaser (1976) 525 Fn. 130 mit Literatur; *Bürge*, Retentio (1979) 165, 179.

[236] So *Bürge*, Retentio (1979) 164.

[237] Vgl. dazu Gai. 4.61–63; dazu *Maschi*, Categoria (1973) 211 f.; *Pastori*, Commodato (1995) 424. Zum Fehlen der *actio commodati* in der Liste der *bonae fidei iudicia*, → Rn. 21.

[238] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.4; vgl. *Pichonnaz*, Compensation (2001) 57 f.; *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 152 f.; *Zablocki*, Atti Burdese V 461.

[239] Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13 pr.; vgl. *Paricio*, St. Biscardi VI 359 f.; *Kranjc*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 146.

[240] Vgl. Paul. 5 Sab. D. 47.2.15.2; Iul. 3 Min. D. 47.2.60(59); vgl. dazu nach *Bürge*, Retentio (1979) 176 Fn. 58, auch Marcell. 19 dig. D. 41.2.20 pr.

[241] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.2.

[242] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.2; Paul. sent. 2.5.1; Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.5; vgl. ferner Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8 pr.

[243] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.2; vgl. dazu *Klingenberg*, CRRS X.6 69 f.

[244] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.2; Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.5; vgl. *Bürge*, FS Waldstein 72 f.; *Pastori*, Commodato (1995) 429–432; *Cerami*, Hom. Murga Gener 328; *Bürge*, Privatrecht (1999) 142 f.; *Klingenberg*, SZ 126 (2009) 195.

57 Schäden, die dem Kommodatar aus dem arglistigen Verschweigen eines Mangels an der Leihsache[245] (wie der Diebstahlsneigung eines Sklaven[246]) oder aus vorzeitiger Rücknahme der Leihsache (etwa von Schreibtafeln, die zum Vermerk von Zahlungsrückständen[247] oder von Balken, die zum Abstützen eines Hauses geliehen wurden[248]) erwachsen, können ebenfalls mittels Konträrklage geltend gemacht werden.[249]

3. Die *actio furti* des Entleihers

a. Die *actio furti* gegen den Dieb

58 Aufgrund seines Haftungsinteresses[250] kann der Kommodatar den Dieb mit der *actio furti* verfolgen, wenn er vom Kommodanten wegen *custodia*-Verletzung[251] belangt werden kann.[252] Analog zum Parallelfall der *locatio conductio*[253] (→ § 80) muss der Verleiher dem solventen Entleiher auch die sachverfolgenden Klagen abtreten.[254]

59 Die scheinbare Privilegierung des Leihnehmers mit der höheren Klagesumme der *actio furti* wird mit dem Sachaufwand für die Diebstahlsverfolgung erklärt.[255] Hat der

---

[245] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.3 behandelt Schäden, die durch verliehene, undichte Gefäße entstanden sind; vgl. dazu auch *Jakab*, Weinkauf (2009) 10; *Harke*, Freigiebigkeit (2006) 15; *Sciandrello*, Iudicia contraria (2017) 106–107.

[246] Paul. 22 ed. D. 13.6.22.

[247] Paul. 29 ed. D. 13.6.17.3; vgl. auch Julian bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.8, wo das im entliehenen *codex* vermerkte Schuldversprechen vom Kommodanten unkenntlich gemacht wird; dazu *Apathy*, FS Hausmaninger 23; *Sciandrello*, Iudicia contraria (2017) 108–113.

[248] Paul. 29 ed. D. 13.6.17.3.

[249] Paul. 29 ed. D. 13.6.17.3; Julian bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.8. Nach Trebaz bei Paul. 11 ed. D. 4.3.18.3 steht bei Verleihung falscher Gewichte gegen den Kommodanten die *actio de dolo* zu; vgl. *Zannini*, Commodatum (1983) 103–106; *Scheibelreiter*, SZ 134 (2017) 191–193.

[250] Gai. 3.203; Ulp. 29 Sab. D. 47.2.10; D. 47.2.14.16; Paul 39 ed. D. 47.2.54.1,2.

[251] Vgl. *Solazzi*, Iura 6 (1955) 142 f.; *Tardivo*, AG 204 (1984) 272–276; *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 98–100; *Voci*, SDHI 56 (1990) 72 f.; *Meissel*, JAP (1993/94) 214; *Ankum*, RIDA 47 (2000) 464–467 mit weiterer Literatur.

[252] Gai. 3.206; Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.6; vgl. dazu ferner Ulp. 28 ed. D. 13.6.7 pr.; D. 13.6.5.15; Pomp. 5 Sab. D. 13.6.6. Voraussetzung ist nach Ulp. 28 ed. D. 13.6.7 pr. die Solvenz des Leihnehmers, nicht die erfolgreiche Geltendmachung des Anspruchs gegen ihn, vgl. auch *Meissel*, JAP (1993/94) 216; siehe aber auch Iust. C. 6.2.22 (a.530).

[253] Gai. 3.206.

[254] So bei der *locatio conductio* nach Lab. 5 post. a Iav. epist. D. 19.2.60.2; Gai. 10 ed. prov. D. 19.2.25.8; vgl. *Mayer-Maly*, Locatio conductio (1956) 208 f.; *Meissel*, JAP (1993/94) 215 mit Fn. 25; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 195. Nach Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.16 bekommen Kommodatar/*conductor* nur die *actio furti*.

[255] Vgl. dazu *MacCormack*, SZ 89 (1972) 160–162; *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 98; *Meissel*, JAP (1993/94) 215; *Piffl/Scheibelreiter*, JAP (2002/03) 232; *Voci*, SDHI 56 (1990) 72 f.; *Pókecz-Kovács*, FS Knütel 884 f.; Iust. C. 6.2.22.3 (a.530) belegt, dass dies in der Klassik kontrovers war und auch Papinian ursprünglich vertreten habe, dass der Kommodant mit der *actio commodati in ius*

Leihnehmer zuvor dolos gehandelt,[256] hat er keine *actio furti* gegen den Dieb.[257] Wenn unbefugt eine im Rahmen der *locatio conductio operis* übernommene Sache verliehen wird, hat der Werkunternehmer/Verleiher die *actio furti* gegen den Dieb, weil er selbst ein Haftungsinteresse gegenüber dem Werkbesteller hat.[258]

b. Die *actio furti* gegen den Verleiher

Der Diebstahl des Kommodanten legitimiert grundsätzlich nicht zur *actio furti*, da der Kommodatar, der von der Rückgabepflicht befreit wird, kein Haftungsinteresse hat,[259] es sei denn, es besteht Retentionsinteresse.[260] **60**

Stiehlt der Sklave des Verleihers das Leihgut, so kann der für *custodia* haftende Entleiher den Verleiher mit der *actio furti noxalis* belangen.[261] Wenn der Verleiher aber auf seine *actio commodati* verzichtet, erlischt die Diebstahlsklage ebenso wie in dem Fall, dass er dem Entleiher die nach *condemnatio* erlegte Summe zurückgibt.[262] **61**

Bestiehlt ein verliehener Sklave den Entleiher, so kann dieser gegen den Verleiher mit der *actio furti* (*noxalis*) in Konkurrenz zur *actio commodati contraria* vorgehen (→ § 93 Rn. 17): Nach Julian/Afrikan[263] stehen *actio furti noxalis* (vorausgesetzt, der Verleiher wusste nicht um die Diebstahlsneigung des Sklaven) und Konträrklage hier in Konkurrenz, während nach Paulus[264] die *actio commodati contraria* nur dann anwendbar sei, wenn der Verleiher wissentlich einen diebischen Sklaven verliehen hat. Im Gegensatz zur vertraglichen ist die deliktische Verantwortlichkeit des Verleihers dann auf den Wert des Sklaven beschränkt.[265] **62**

---

concepta auch das vom Dieb erlegte *duplum* vom Kommodatar herausverlangen konnte, vgl. *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 46–48 mit Fn. 48; *Ankum*, RIDA 47 (2000) 477 f.

[256] Pomponius bei Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.8; allerdings ist fraglich, ob damit auch ein *furtum usus* gemeint ist, vgl. *Parenti*, QL 4 (2014) 183.

[257] Pomponius bei Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.8; vgl. dazu *Parenti*, QL 4 (2014) 172 f.

[258] Ulp. 42 Sab. D. 47.2.48.4. Von der *actio furti* des Leihnehmers gegen den Dieb schweigt die Stelle, vgl. dazu *MacCormack*, SZ 89 (1972) 169. Nach *Klingenberg*, RIDA 46 (1999) 263–265, erklärt sich das aus der anders lautenden Rechtsfrage; *Parenti*, QL 4 (2014) 174–180, begründet die mangelnde Aktivlegitimation damit, dass der Kommodatar die Sache ohne Willen des *dominus* innehatte und verweist dazu auf Paul. 2 man. D. 47.2.86(85).

[259] Pomponius bei Paul. 5 Sab. D. 47.2.15.2; Iul. 3 Min. D. 47.2.60(59); Afr. 8 quaest. D. 13.6.21 pr.

[260] Pomponius bei Paul. 5 Sab. D. 47.2.15.2; Iul. 3 Min. D. 47.2.60(59); vgl. *Bürge*, Retentio (1979) 176–179; *Meissel*, JAP (1993/94) 216; *d'Ors*, Quaestiones (1997) 403; *Apathy*, FS Hausmaninger 22; *Pennitz*, Ess. Winkel II 669 Fn. 11.

[261] Afr. 8 quaest. D. 13.6.21.1; Paul 22 ed. D. 13.6.22; Paul 39 ed. D. 47.2.54(53).1.

[262] Paul 39 ed. D. 47.2.54(53).1; vgl. *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 123–125; *Knütel*, SZ 100 (1983) 378–380.

[263] Julian, Afrikan bei Afr. 8 quaest. D. 13.7.31 (vgl. dazu *d'Ors*, Quaestiones [1997] 407); Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.2.

[264] Paul. 22 ed. D. 13.6.22; vgl. zu dieser Kontroverse MacCormack, RIDA 19 (1972) 352–356; *Harke*, Freigiebigkeit (2006) 14 f.

[265] Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.2; vgl. *Harke*, Freigiebigkeit (2006) 15.

63 Die *actio de dolo* (→ § 94) ist hingegen nur subsidiär zur *actio commodati contraria* anzuwenden,[266] etwa wenn der Verleiher das Leihgut gestohlen und den Entleiher danach erfolgreich auf Schadenersatz belangt hat.[267] In Analogie zur *locatio conductio operis*[268] (→ § 80) wäre auch für das *commodatum*[269] zu überlegen, ob der Entleiher alternativ zur Vertragsklage[270] nicht auch mit einer *condictio* (→ § 77 Rn. 18) klagen könnte,[271] wenn nach Leistung des Ersatzes das Leihgut nachträglich im Verleiher-Vermögen wieder auftaucht.[272]

64 Werden falsche Gewichte zum Vorteil des Leihnehmers, der damit als Käufer günstige Kaufgeschäfte tätigt, verliehen, so steht dem Verkäufer die Diebstahlsklage jedenfalls gegen den dolosen Verleiher (oder gegen den dolosen Leihnehmer) zu.[273]

X. Das *commodatum* in der Rechtspraxis

65 In den gräkorömischen Papyri wird nicht zwischen der Leihe von verbrauchbaren (Darlehen) und unverbrauchbaren (Leihe i. e.S.) Sachen unterschieden, weshalb mit dem Begriff der χρῆσις beide Rechtsgeschäfte gemeint sein können,[274] aber auch die vereinbarte Nutzung einer Sache im Rahmen von Miete[275] oder Nießbrauch.[276] Nur wenige Papyri[277] behandeln die Leihe von unverbrauchbaren Sachen.[278]

---

[266] So aber *Polacek*, Labeo 19 (1973) 181 Fn. 49; *d'Ors*, Quaestiones (1997) 403 f. Dagegen *Bürge*, Retentio (1979) 178; *Paricio*, St. Biscardi VI 362; *Parenti*, St. Labruna VI 3990 Fn. 17; *Scheibelreiter*, Scr. Corbino VI 635 Fn. 59.

[267] So etwa in Afr. 8 quaest. D. 13.6.21 pr., wo allerdings die *actio de dolo* nicht erwähnt wird; vgl. aber Trebaz bei Paul. 11 ed. D. 4.3.18.3, dazu → Rn. 52.

[268] Cassius bei Ulp. 32 ed. D. 12.7.2, vgl. dazu *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 220 f.; *Cortese*, Quod sine iusta causa (2013) 10 f.; *Laborenz*, Solutio (2014) 158, 160; *Scheibelreiter*, Scr. Corbino VI 638–641.

[269] So der Sachverhalt von Labeo bei Paul. 29 ed. D. 13.6.17.5; vgl. *Paricio*, St. Biscardi VI 360 f.; *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 531; *Scheibelreiter*, Scr. Corbino VI 632–635; *Sciandrello*, Iudicia contraria (2017) 93–96.

[270] Vgl. dazu *Tardivo*, AG 204 (1984) 257 f.

[271] Bei Labeo bei Paul 29 ed. D. 13.6.17.5 wäre alternativ die *condictio ob causam finitam* anzuwenden, vgl. dazu Stephanos in Basil. B II 620, Schol. 15 in Basil. 13.1.17 (= Heimb. II 18) unter Verweis auf Ulp. 32 ed. D. 12.7.2; so auch *Paricio*, St. Biscardi VI 362 f.; indifferent dazu *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 531. Irrig denken *Maschi*, Categoria (1973) 201–204; *Cerami*, Hom. Murga Gener 326, an die *condictio indebiti*; die Leistung des *pretium* ist wegen der *custodia*-Verpflichtung jedoch kein *indebitum*; vgl. dazu auch *Paricio*, St. Talamanca VI 178 f.

[272] Zur möglichen Anwendbarkeit der *condictio ob causam finitam* in Afr. 8 quaest. D. 13.6.21 pr. vgl. *Scheibelreiter*, Scr. Corbino VI 639–643; zum Text vgl. auch *Sciandrello*, Iudicia contraria (2017) 96–103.

[273] Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.22; vgl. dazu *Watson*, SDHI 28 (1962) 338 (= *ders.*, Stud. 298); *Rizzi*, Index 44 (2016); *Pennitz* SZ 134 (2017) 183 Fn. 130; *Scheibelreiter*, SZ 134 (2017) 207–210.

[274] *Simon*, SZ 82 (1965) 40–43, 57; *Kühnert*, Kreditgeschäft (1965) 86 f.; *Roth*, Kredit-παραθήκη (1970) 13–15; *Rupprecht*, Papyruskunde 118.

[275] Das Gebrauchsrecht heißt vor allem in byzantinischen Papyri χρῆσις, vgl. *Müller*, ΜΙΣΘΩΣΙΣ

XI. Nachklassisches Recht

Im nachklassischen Recht[279] verschwimmen die Grenzen zwischen *commodatum* und *mutuum*[280] etwas.[281] So behandelt einer der bloß vier das *commodatum* betreffenden Texte aus Paul. sent. 2.4[282] den *contractus mohatrae*[283] (→ § 22 Rn. 2). Der in nachklassischen Quellen[284] gebräuchliche Ausdruck *pecuniam commodare* beschreibt keinen neuen Geschäftstyp („Geldkommodat"),[285] sondern untechnisch[286] das Darlehen.[287] **66**

Sonderregelungen über verliehenes Geld enthält der *Codex Euricianus*, wonach der zufällige Untergang von gegen Zinsen verliehenem Geld den Entleiher nur zur Rückgabe des Stammkapitals, nicht aber der Zinsen[288] verpflichtet.[289] Dem Begriff der entgeltlichen Leihe[290] werden ferner Vertragsverhältnisse wie die in den Quellen unter diesem Namen verschwindende *locatio conductio* subsumiert.[291] Andererseits kennt Epit. Gai. 2.9.1 als einzigen Realvertrag das *mutuum*.[292] **67**

(1958) 242–244.

[276] WB II, s. v. χρῆσις, 756 f.

[277] Für die ptolemäische Zeit vgl. P.Enteux. 41 und 42 (Magdola/Arsinoites), beide 26.2.221 v. Chr.

[278] Vgl. *Taubenschlag*, Aegyptus 13 (1933) 238–240; *Kühnert*, Kreditgeschäft (1965) 86; *Rupprecht*, Darlehen (1967) 35 f. Fragen der Haftung aus χρῆσις könnten analog zu den von *Alonso*, in: Urbanik, Culpa (2012) 42–56, für Darlehens- und Verdingungsgeschäfte gewonnen Ergebnisse beurteilt werden; vgl. dazu auch schon *Kunkel*, SZ 45 (1925) 341–344.

[279] Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2 ist als Quelle der Klassik zu qualifizieren, vgl. *Navarra*, Labeo 50 (2004) 92–97.

[280] Vgl. auch die Definition bei Isid. diff. 1,363.

[281] Vgl. *Levy*, SZ 49 (1929) 246 f.; *Maschi*, Categoria (1973) 359 f.; *Kaser*, RP II 371; *Backhaus*, SZ 99 (1982) 452 mit Fn. 50; anderer Ansicht ist *Fusco*, Pecuniam commodare (1980) 75–81, 133–136.

[282] Paul. sent. 2.4.4; *Liebs*, SZ 113 (1996) 151, verweist auf Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.1. Allerdings wird dieser Text auch schon im Ediktskommentar Ulpians beim *commodatum* aufgeführt, vgl. *Liebs*, Africa (2005) 113 Fn. 265.

[283] Vgl. dazu auch die Interpr. Paul. sent. 2.4.

[284] Cod. Theod. 2.31.1 (= Brev. 2.31 = Honor./Theodos. C. 4.26.13 pr.–3 [a.422] = Edict. Theod. 121); Interpr. zum Cod. Theod. 2.33.4; Interpr. zu Cod. Greg. 10.1; Interpr. Paul. sent. 2.10.1; Cod. Eur. 281.1 (→ Rn. 67) und 285 (bezüglich der Zinssätze); vgl. zu beiden *Fusco*, Pecuniam commodare (1980) 136–142.

[285] *Fusco*, Pecuniam commodare (1980) 94–103; *Backhaus*, SZ 99 (1982) 449 f.

[286] So *Fusco*, Pecuniam commodare (1980) 104–108.

[287] *Backhaus*, SZ 99 (1982) 451 f.

[288] Cod. Eur. 281.1; vgl. *Cannata*, Iura 44 (1993) 75 f.

[289] So aber im Fall von vom Entleiher verschuldeten Untergang des Geldes, vgl. Cod. Eur. 281.2. Hat der Entleiher vor Untergang des Geldes einen Gewinn daraus gezogen, so hat er einen Mittelwert an Zinsen zu ersetzen (Cod. Eur. 281.3).

[290] Ein Indiz dafür könnte sich in Valentin./Valens C. 11.62.4 (a.368) finden.

[291] *Levy*, Vulgarrecht (1956) 163; *Kaser*, RP II 371. Dieser Vertragstyp ist nicht verschwunden, sondern wird nur anders bezeichnet, vgl. *Fusco*, Pecuniam commodare (1980) 71–76.

[292] Vgl. *Maschi*, Categoria (1973) 234 f., 361–364; *Cerami*, Hom. Murga Gener 318.

68 In der Nachklassik verschwindet die Abgrenzung des Leihvertrages zum *precarium*,[293] welches nach Paul. sent. 5.6.10 ebenfalls mit einer Klage durchgesetzt werden konnte.[294]

69 Eine eigene Rubrik des *Codex Euricianus* ist dem Leiheverhältnis gewidmet. Demnach hat der Entleiher für Beeinträchtigungen der Leihsache aufgrund seiner *culpa* und *negligentia*, nicht aber wegen *vis maior* einzustehen,[295] es sei denn, er hat in diesem Zusammenhang eigene Sachen bevorzugt gerettet.[296] Werden Sachen an fremde Sklaven ohne Wissen derer Herren verliehen, so haften diese für keine Beeinträchtigung der Sache.[297] Wer Sachen durch seinen Sklaven ausleiht, haftet auf Rückgabe, wenn der mit den Leihobjekten flüchtige Sklave untergeht.[298]

70 In der Nachklassik wird die *custodia*-Haftung des klassischen Rechts[299] teilweise mit *diligentia* kontrastiert,[300] teilweise durch *culpa* ersetzt.[301] Die Behauptung eines Gegenanspruchs reicht nach Diocl./Maxim. C. 4.23.4 (a.294) nicht mehr aus, um bei Forderung der Rückgabe das Leihgut zurück zu halten.

XII. Justinianisches Recht

71 Der Leihevertrag wird nach Inst. 3.14.2 zu den Realverträgen gezählt. Im justinianischen Recht wird auch die klassisch römische Unterscheidung von *precarium* und *commodatum* wiederhergestellt.[302]

72 Das justinianische Recht erneuert die klassische *custodia*-Haftung des Kommodatars. Dass im Unterschied zu dem objektiven *custodia*-Begriff auf die *diligentia* des Kommodatars abgestellt wird,[303] ist ebensowenig zu beweisen wie dass mit *exacta*,[304] *exactior*,[305] *exactissima*[306] *diligentia* oder *diligentia diligentissimi*[307] als Ergebnis

[293] Vgl. *Kaser*, RP II 371, 407.

[294] Paul. sent. 5.6.10 kennt eine *actio civilis* wie beim *commodatum* (*sicut commodati*); vgl. dazu *Maschi*, Categoria (1973) 360 f.

[295] Cod. Eur. 278,279. Der Entleiher muss dem Verleiher schwören, dass der Untergang des Leihobjektes nicht auf seine *culpa* oder *neglegentia* zurückzuführen ist; vgl. *Cannata*, Iura 44 (1993) 71–73.

[296] Cod. Eur. 282; vgl. dazu auch *Backhaus*, SZ 99 (1982) 450 Fn. 42; *Cannata*, Iura 44 (1993) 76 f.

[297] Cod. Eur. 283.

[298] Cod. Eur. 284.

[299] So auch *Litewski*, SZ 105 (1988) 871.

[300] Vgl. Paul. sent. 2.4.3, dazu *Pastori*, Commodato (1995) 290–299.

[301] *Pastori*, Commodato (1995) 299 f., vermutet dies etwa für Ulp. 38 ed. D. 13.7.13.1; Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.1.4.

[302] *Kaser*, RP II 408.

[303] *Molnár*, Iura 32 (1981) 92 f.; *Tardivo*, AG 204 (1984) 290–296; *Pastori*, Commodato (1995) 274–280.

[304] Inst. 3.14.2; 4.1.16.

[305] Paul. 5 Sab. D. 18.6.3.

[306] Gai. 2 cott. D. 44.7.1.4.

[307] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr. Nach *Ankum*, Mél. Sturm I 25, stand hier bei Gaius *custodia*.

nachklassischer oder justinianischer Bearbeitung klassischer Fragmente[308] unterschiedliche Abstufungen sorgfältigen Verhaltens bezeichnet werden.[309] Im justinianischen Recht[310] wird die Kategorie des *casus minor* gefestigt.[311]

Bezüglich der Diebstahlsverfolgung entscheidet Justinian,[312] dass dem Kommodanten die Wahl zustehe, ob er den Dieb mit der *actio furti* oder seinen Vertragspartner mit der *actio commodati* verfolge.[313] Dabei behandelt er auch die Frage der Klagenwahl, wenn der anfänglich zahlungsfähige Leihnehmer vor Klageerhebung insolvent wurde. Wenn der Verleiher anfänglich in Unkenntnis über den Diebstahl den Entleiher belangt, so soll er bei Klärung der Sachlage die Vertragsklage fallen lassen und den Dieb belangen können, wobei der Entleiher jedenfalls von seiner Verpflichtung frei wird.[314] 73

[308] Vgl. dazu *Bauer*, Periculum (1998) 85 f.

[309] *De Robertis*, Responsabilità nel sistema I (1983) 649–674; *Tardivo*, AG 204 (1984) 299; *Cannata*, Iura 33 (1982) 182; *Pastori*, Commodato (1995) 260–274.

[310] Vgl. so in Inst. 3.14.2.

[311] *Tardivo*, AG 204 (1984) 304–306.

[312] Iust. C. 6.22.2 (a.530); Inst. 4.1.16.

[313] So *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 46–48; *Meissel*, JAP (1993/94) 215 f. Fn. 30; *Pastori*, Commodato (1995) 278 f. mit Fn. 29 f.; *Ankum*, RIDA 47 (2000) 474–477; *Cerami*, Hom. Murga Gener 329 Fn. 114. Ebenso kann der Verleiher und Eigentümer wählen, wenn der Entleiher von seiner Ehefrau bestohlen worden ist; vgl. *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 48.

[314] Inst. 4.16.1.

§ 87 Klage aus Verpfändung (*actio pigneraticia*)

Dietmar Schanbacher

Lenel, Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl., 1927 (Ndr. 1956, 1974, 1985); *Kaser*, Studien zum römischen Pfandrecht, 1982; *Ankum*, La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico, in: Studi in onore di Arnaldo Biscardi IV, 1983, 587–630; *Zimmermann*, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990 (Ndr. 1992, 1996); *Litewski*, Das Bestehen der „formula in ius concepta" mit der „bona fides"-Klausel beim Pfand, Labeo 45 (1999) 183–192; *Mantovani*, Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano, 2. Aufl., 1999.

Inhalt Rn.

I. Entwicklung des schuldrechtlichen Pfandverhältnisses 1
II. Die schuldrechtliche Pfandklage gegen den Gläubiger (*actio pigneraticia directa*) 9
III. Die schuldrechtliche Pfandklage gegen den Schuldner (*actio pigneraticia contraria*) 20

I. Entwicklung des schuldrechtlichen Pfandverhältnisses

1 Zur Entwicklung eines schuldrechtlichen Pfandverhältnisses kommt es erst verhältnismäßig spät. Während das Pfandrecht selbst aus der Zeit um die Wende des 3. zum 2. Jh. v. Chr. datiert (→ § 48 Rn. 1), die dingliche Pfandklage (*actio Serviana*) aus der Zeit um die Mitte des 1. Jh. v. Chr. (→ § 48 Rn. 23), scheint es zur Ausbildung eines schuldrechtlichen Pfandverhältnisses nicht vor Ausgang des 1. Jh. n. Chr. gekommen zu sein.[1]

2 Es wird allerdings öfter angenommen, dass die Entstehung der *formula in factum concepta* der *actio pigneraticia* noch in die Zeit der jüngeren Republik falle.[2] Auf Paul. 5

[1] Auch das aus der 1. Hälfte des 1. Jh. v. Chr. stammende *interdictum Salvianum*, ursprünglich und speziell Mittel der Realisierung des Pfandverfalls, später generell Mittel der Pfandverwertung (→ § 48 Rn. 14 f.), hat an sich keinen schuldrechtlichen Charakter.

[2] *Kaser*, RP I 537; *Zimmermann*, LO 222; *De Churruca*, Hom. Murga Gener 369; *Braukmann*, Pignus (2008) 40–55, 60 f., 135 („klassisch-servianisches Pfandverhältnis"); *Marino*, Accessorietà (2018) 60–69.

epit. Alf. dig. D. 13.7.30[3] lässt sich dies jedoch nicht stützen. Denn die dort wiedergegebene Entscheidung des Servius (oder des Alfenus?) hat nicht die Haftung des Gläubigers aus der schuldrechtlichen Pfandklage zum Gegenstand, sondern vielmehr die Frage der Zuweisung der ‚Ersatzgefahr' (fällt infolge des Pfanduntergangs die gesicherte Forderung weg?). Der Gläubiger, dem der Schuldner die verpfändete Sache (Floß) willentlich überlassen hat, muss insofern für Verschulden (*culpa*) einstehen; nicht für höhere Gewalt (*vis maior*).[4] Von *custodia* ist nicht die Rede;[5] davon hätte aber die Rede sein müssen,[6] wäre es um die schuldrechtliche Pfandklage (*actio pigneraticia* mit *formula in factum concepta*) gegangen, bei welcher es auf *dolus*, *culpa* und *custodia* ankommt.[7] Es geht aber nicht um sie; denn es gibt sie noch nicht.

3 Das spätere Zusammenspiel der Entscheidungen über 1) die Zuweisung der ‚Quasi-Ersatzgefahr' (Abzugszwang) und 2) die Tragung des Schadens stellt sich wie folgt dar: Ist dem Gläubiger Verschulden vorzuwerfen (Fall a), so verliert er 1) seine Forderung und haftet 2) zugleich aus der schuldrechtlichen Pfandklage auf Schadensersatz. Die Entscheidungen 1) zur Zuweisung der ‚Quasi-Ersatzgefahr' und 2) zur Tragung des Schadens laufen parallel und fallen zugunsten des Schuldners aus.[8]

4 Ist dem Gläubiger kein Verschulden vorzuwerfen, handelt es sich vielmehr um einen Fall höherer Gewalt (Fall b), behält er 1) seine Forderung; zugleich haftet er 2) nicht auf Schadensersatz. Die Entscheidungen zur Zuweisung der ‚Quasi-Ersatzgefahr' und zur Schadenstragung laufen parallel und fallen zugunsten des Gläubigers aus.[9]

5 Ist dem Gläubiger zwar kein Verschulden vorzuwerfen, die Sache jedoch etwa entwendet worden (typischer Fall der *custodia*-Haftung[10] [Fall c]), behält er zwar 1) die Forderung, die er nur im Verschuldensfall verliert, haftet jedoch 2) dem Schuldner auf Schadensersatz.[11] Die Entscheidungen 1) zur Zuweisung der ‚Quasi-Ersatzgefahr' und 2) zur Schadenstragung gehen getrennte Wege und fallen zum einen 1) zugunsten des Gläubigers aus, zum anderen 2) zugunsten des Schuldners. Wem 1) die ‚Quasi-Ersatzgefahr', wem ein Schaden zuzuweisen ist, sind zwei zu trennende, jedoch immerhin

---

[3] *Kaser*, RP I 509 Fn. 44, 537 mit Fn. 14; des Weiteren *Kaser*, Pfandrecht (1982) 116 mit Fn. 313, 197, 236 f.; *Zimmermann*, LO 226 Fn. 274. Auch *Krämer*, Pfandrecht (2007) 247 Fn. 113 ist der Ansicht, dass es hier um die *actio pigneraticia* gehe. Ebenso *Braukmann*, Pignus (2008) 123–125, der allerdings meint, dass Paulus entscheide; ablehnend *Knütel*, Iura 58 (2010) 318.

[4] *Schanbacher*, TR 74 (2006) 322–324 (→ § 48 Rn. 11).

[5] Vielmehr von *culpa*. Vgl. schwankend *Kaser*, Pfandrecht (1982) 197 Fn. 245 (justinianischer Eingriff), 237 Fn. 25 (echt).

[6] A. A. *Ankum*, St. Biscardi IV 613 (kein *furtum*); anscheinend auch *Hackl*, SZ 96 (1979) 411 („spätklassischer Beleg für die *custodia*-Haftung des Pfandgläubigers").

[7] Paul. 20 ed. D. 5.3.19 pr.; Ulp. 28 ed. D. 13.7.13.1; Diocl./Max. C. 8.13.19 (a.293).

[8] Gord. C. 4.24.7 pr. (a.241).

[9] Alex. C. 4.24.6 (a.225); erstere vorbehaltlich besonderer Abrede; Inst. 3.14.4; s. des Weiteren Pap. 11 resp. D. 46.1.52 pr.; Diocl./Max. C. 8.13.25 (a.294).

[10] *Kaser*, RP I 507.

[11] Ulp. 28 ed. D. 13.7.13.1; Diocl./Max. C. 8.13.19 (a.293).

benachbarte Fragen. So konnte das erwähnte Fragment aus der Paulusepitome der Digesten des Alfenus in D. 13.7. Aufnahme finden (→ Rn. 2).

6 Noch im 1. Jh. n. Chr. scheint es Sache der Beteiligten zu sein, für den Fall des Erlöschens der gesicherten Forderung schuldrechtlich Vorsorge zu treffen. In einem Fall, zu dem sich Nerva und Atilicinus äußern, wird anlässlich der Verpfändung von Perlen eigens vereinbart, dass die Perlen im Zahlungsfall zurückgegeben werden sollen.[12] Dies zeigt, dass es eine schuldrechtliche Pfandklage, wie die später im hadrianischen Edikt vorgesehene *actio pigneraticia* mit *formula in factum concepta*, aus der sich dies ohne Weiteres ergeben hätte,[13] noch immer nicht gibt. Bemerkenswert ist die begrenzte Wirkung der Abrede: Sie erzeugt keine Klage,[14] vielmehr nur eine Einrede.

7 Nach Nerva und Atilicinus ist von Seiten des Schuldners einzuwenden: *Si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur* („Wenn wir uns nicht darüber geeinigt haben, dass nach Zahlung des Geldes die Perlen mir zurückgegeben werden sollen"). Ulpian, der die *actio pigneraticia* mit der *formula in factum concepta* des hadrianischen Edikts sowie die hernach entwickelte *formula in ius concepta* vor Augen hat, ersetzt diese spezielle Einrede durch die generelle Arglisteinrede. Wenn gelegentlich auf die Möglichkeit hingewiesen wird, eine zu Pfand gegebene Sache zu kondizieren,[15] so erinnert dies an Zeiten, zu denen es die *actio pigneraticia* noch nicht gegeben hat.[16]

8 Wenn Sabinus eine Verkaufspflicht des Gläubigers schlechthin ablehnt, Atilicinus dagegen im Einzelfall den Gläubiger durchaus zum Verkauf verpflichten will,[17] müssen sie an eine *ad hoc* zu bildende Klage gedacht haben. Die Bildung einer solchen Klage ist Sache des Prätors. Und in der Tat verweist Atilicinus auf die prätorische Kognition.[18]

---

[12] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.8. Ein Bezug der Stelle auf die *fiducia* (*Bertoldi*, Negozio [2012] 86–88) ist nicht anzunehmen.

[13] S. etwa Diocl./Max. C. 4.24.11 (a.294).

[14] Die späteren schuldrechtlichen Pfandklagen stützen sich auf die Pfandübereinkunft selbst (→ Rn. 19,24).

[15] Ulp. 34 Sab. D. 12.1.4.1; *Lenel*, Pal. II 1150, Ulp. Frg. Nr. 2794. Wahrscheinlich handelt es sich bei der hier erwähnten *condictio* um die *condictio ex iniusta causa* der *veteres* und des Sabinus; Ulp. 18 Sab. D. 12.5.6; *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 97–139, 171–232; krit. *Sturm*, SZ 124 (2007) 515–520. A. A. *Hähnchen*, Causa condictionis (2003) 118 mit Fn. 559; *Hähnchen*, SZ 121 (2004) 389 f.: um eine *condictio ex causa furtiva*. Nach Mela bei Ulp. 37 ed. D. 47.2.57.7 begeht ein Gläubiger, der nach Tilgung der Forderung das Pfand nicht zurückgibt, ein *furtum* (*Hähnchen*, Causa condictionis [2003] 118 mit Fn. 559; *Hähnchen*, SZ 121 [2004] 389 f.), jedoch nur, wenn dies in Verheimlichungsabsicht geschieht (*celandi causa*). Davon ist in Ulp. 34 Sab. D. 12.1.4.1 nicht die Rede. Gegen die Annahme einer *condictio ex causa furtiva* auch *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 33–36; zweifelnd *Kaser*, Pfandrecht (1982) 98 Fn. 224. Ein Bezug der Stelle auf die *fiducia* (u.a. *Kreller*, SZ 62 [1942] 195; *Noordraven*, Fiduzia [1999] 170–173; *Bertoldi*, Negozio [2012] 183 f.) ist nicht anzunehmen.

[16] *Zimmermann*, LO 221. Ähnlich *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 592.

[17] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. Die Stelle handelt vom Pfandrecht (→ § 46 Rn. 9).

[18] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.6 pr. *sed Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit:*

Von einer *actio pigneraticia*[19] kann zu dieser Zeit noch nicht ausgegangen werden. Die Ablehnung einer Verkaufspflicht des Gläubigers durch Pomponius steht hingegen unter dem Blickwinkel der ediktalen *actio pigneraticia* mit *formula in factum concepta.*[20]

II. Die schuldrechtliche Pfandklage gegen den Gläubiger (*actio pigneraticia directa*)

Die Folgezeit bringt zunächst die *actio pigneraticia* mit *formula in factum concepta.* Die **9**
Formel findet sich im hadrianischen Edikt[21] unter der Rubrik *De rebus creditis*[22] und lautet wie folgt:[23]

Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per Numerium Negidium stetisse, quominus solveretur, eamque rem Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito

(„Wenn es sich erweist, dass Aulus Agerius dem Numerius Negidius die Sache, um die es geht, wegen geschuldeten Geldes zu Pfand gegeben hat, und das Geld gezahlt worden ist oder deswegen Sicherheit geleistet worden ist oder es an Numerius Negidius liegt, dass nicht gezahlt wird, und die Sache dem Aulus Agerius nicht zurückgegeben wird, auf wieviel die Sache sich belaufen wird, auf so viel soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen“).[24]

---

quid enim etc. A. A. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 76 f. (richterliche Entscheidung). Unentschieden *Hofstetter*, Mél. Sturm I 229 Fn. 15. *Schulz*, Einf. 87 erklärt *ex causa* für unecht.

[19] *Kaser*, Pfandrecht (1982) 77; *Hofstetter*, Mél. Sturm I 226 f.

[20] Pomponius' Sabinuskommentar ist nach der julianischen Ediktsredaktion (131 n. Chr.) und vor den Digesten Julians (entstanden im Wesentlichen seit 153 n. Chr.) entstanden (*Liebs*, HLL IV 104, 147). Julian 11 dig. bei Ulp. 28 ed. D. 13.7.13 pr. kennt dann auch die *in-ius*-Formel der *actio pigneraticia* (→ Rn. 12).

[21] Pap. 3 resp. D. 13.7.42; D. 20.1.2 (*iudicium, quod de pignore dato proponitur*); D. 3.5.31 pr. (*iudicium, quod de pignore dato redditur*). Dies hat ausschließlichen Bezug auf die *actio pigneraticia* (*in factum concepta*). A. A. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 120–122; *Noordraven*, Fiduzia (1999) 36–40 (auch auf die *actio fiduciae*).

[22] *Lenel*, EP 231, 254; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 61; s. Ulp. 26 ed. D. 12.1.1.1. Die Ediktskommentare geben deutlichen Anhalt zur Formelfassung; vgl. u. a. Ulp. 28 ed. D. 13.7.9.3 zum Formelteil *eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse*; *Lenel*, EP 254; *Kaser*, RP I 537 mit Fn. 7; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 63, 65 f.; *Zimmermann*, LO 222; *Mantovani*, Formule Nr. 66 Fn. 244; *Alonso*, St. Labruna I 87 Fn. 27 (87 f.) Des Weiteren etwa Ulp. 28 ed. D. 13.7.15 zum Formelteil *eamque rem Aulo Agerio redditam non esse*; *Lenel*, EP 255; *Mantovani*, Formule Nr. 66 Fn. 246.

[23] *Lenel*, EP 254 f.; *Kaser*, RP I 537 mit Fn. 4 f., Fn. 7 f.; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 63; *Zimmermann*, LO 221 f. Ähnlich *Mantovani*, Formule Nr. 66. Zur abweichenden Formelfassung von *Kreller*, SZ 62 (1942) 167–183, vgl. krit. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 63–71. Dass es in der Formel der *actio Serviana* (→ § 48 Rn. 25) *propter pecuniam debitam*, in der Formel der *actio pigneraticia* hingegen *ob pecuniam debitam* heißt, soll *Marino*, Accessorietà (2018) 69–71 zufolge an der unterschiedlichen Richtung der Klagen liegen.

[24] Wegen einer Übersetzung ins Italienische s. *Mantovani*, Formule Nr. 66.

10 Das voranstehende Verheißungsedikt lautete möglicherweise wie folgt:[25]

Quod ob pecuniam debitam pignori datum esse dicetur, de eo iudicium dabo

(„Was wegen geschuldeten Geldes zu Pfand gegeben worden sein soll, deswegen werde ich eine Klage geben").

11 Die Formel setzt voraus, dass die verpfändete Sache dem Gläubiger übergeben worden ist (*eamque rem Aulo Agerio redditam non esse*).[26] Mit dieser Formel[27] ist die *actio pigneraticia* Grundlage der Realobligation des Gläubigers.[28] Das übergebene, der Realobligation unterliegende Pfand ist *pignus* im eigentlichen Sinn, während das nicht übergebene und außerhalb der Realobligation stehende im eigentlichen Sinn *hypotheca* ist.[29]

12 Neben die *formula in factum concepta* tritt später, jedoch[30] noch zur Zeit Julians,[31] eine *formula in ius concepta*, die wie folgt lautet:[32]

Quod Aulus Agerius Numerio Negidio rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito

---

[25] *Kaser*, Pfandrecht (1982) 63. Anders *Kreller*, SZ 62 (1942) 162. Ohne Rekonstruktion *Lenel*, EP 254.

[26] S. *Kaser*, RP I 537. An den Worten *pignori dedisse* liegt das nicht. Schon Pomp. 6 Sab. D. 13.7.2 setzt *rem pignori datam* für ein nicht übergebenes Pfand ein. Doch wird, vor dem Hintergrund der (zweifelhaften → § 48 Rn. 5) These vom anfänglichen ‚Besitzpfandrecht', darin der Reflex eines früheren Übergabeerfordernisses gesehen: *Kaser*, Pfandrecht (1982) 64, 131–133; *Zimmermann*, LO 222. – Nachträgliche Übergabe wird ausgereicht haben, *Zimmermann*, LO 222; schwankend *Kaser*, RP I 537 Fn. 5 (eher dafür) und *Kaser*, Pfandrecht (1982) 237 Fn. 25 (eher dagegen).

[27] Anders anscheinend *Kaser/Knütel/Lohsse* § 39 Rn. 23: mit der *formula in ius concepta*.

[28] Gai. 2 cott. D. 44.7.1.6; Inst. 3.14.4. Zu weitgehend *Braukmann*, Pignus (2008) 43, und *Knütel*, Iura 58 (2010) 308 („Vorstellung" bzw. „Konzept eines Faustpfandes").

[29] Ulp. 28 ed. D. 13.7.9.2 (→ § 48 Rn. 67 f.).

[30] *Litewski*, Labeo 45 (1999) 183–192.

[31] Julian 11 dig. bei Ulp. 28 ed. D. 13.7.13 pr. *pigneraticiis actionibus*. Der (häufig angegriffene: *Lenel*, EP 255; *Frezza*, Garanzie II [1963] 323; *Mantovani*, Formule Nr. 31 Fn. 120; *Noordraven*, Fiduzia [1999] 40 f.) Plural weist auf das Bestehen zweier Klagformeln hin: *Litewski*, Labeo 45 (1999) 184 f., 191 Fn. 62; s. schon *Kreller*, SZ 62 (1942) 178–180; dann *Braukmann*, Pignus (2008) 64 f., 72 f. A. A. *Kaser*, RP I 537 Fn. 11 („unschlüssig"); *Kaser*, Pfandrecht (1982) 123 (Klagen aus *pignus* und *fiducia*). Julian 11 dig. bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.5 a. E. *ut Iulianus libro undecimo circa pigneraticiam actionem distinguit*. Einen Zusatz, wie den bei der *fiducia* mit Gewaltunterworfenen der Formel der *actio fiduciae* angehängten (*Lenel*, EP 293–295; *Mantovani*, Formule Nr. 100 Fn. 370) *et si quid dolo malo Numerii Negidii Aulus Agerius captus fraudatusque est*, kennt die *in ius*-Formel der *actio pigneraticia* nicht: *Lenel*, EP 294. – Für erst nachgajanische Entstehung der *in-ius*-Formel *Kaser*, Pfandrecht (1982) 79 Fn. 118, 83 mit Fn. 138, 230, 239; *Kaser*, SZ 101 (1984) 85; *Kaser*, FS Hübner 81 Fn. 103 (= *ders.*, RRQ 342 Fn. 103 [342 f.]). Vorklassische Reminiszenzen sieht *Braukmann*, Pignus (2008) 70 f., 73, 80, 86, 123, 137; krit. *Knütel*, Iura 58 (2010) 311.

[32] *Kaser*, Pfandrecht (1982) 85.

(„Was das angeht, dass Aulus Agerius dem Numerius Negidius die Sache, um die es geht, wegen geschuldeten Geldes zu Pfand gegeben hat, was deswegen Numerius Negidius dem Aulus Agerius zu geben, zu tun verpflichtet ist nach Treu und Glauben, dazu soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen").

Dass es die *in-ius*-Formel gegeben hat, kann als sicher gelten.[33] Dass sie die *bona-fides*- **13**
Klausel enthalten hat, erweist ihre Qualifizierung als *bonae fidei iudicium*[34] und die häufige Bezugnahme auf die *bona fides* in kaiserlichen Reskripten.[35] Die *in-ius*-Formel stand nicht im Edikt.[36] Die Digesten Julians, aus welchen die ersten Belege stammen (→ Fn. 31) datieren im Wesentlichen erst in die Zeit ab 153 n. Chr.[37]

Die *in ius*-Formel setzt, im Gegensatz zur *formula in factum concepta*, nicht voraus, **14**
dass die verpfändete Sache dem Gläubiger übergeben worden ist und kann infolgedessen auch in Fällen eingreifen, in denen ein Gläubiger, der das Pfand nicht übergeben erhielt, gleichwohl den Schuldner hinsichtlich des Pfandes treuwidrig geschädigt hat.[38]

So kann dann Julian, können kaiserliche Reskripte und Ulpian von ‚den Schuld- **15**
klagen' sprechen.[39] Im zugrundeliegenden Fall stehen die zwei Varianten des übergebenen und des nicht übergebenen Pfandes in Frage.[40] Die *formula in factum concepta* ist im Fall des übergebenen Pfandes zuständig, die *formula in ius concepta* auch im Fall des nicht übergebenen.

---

[33] *Kaser*, Pfandrecht (1982) 78–98, 230, 239; *Litewski*, Labeo 45 (1999) 183–192; *Alonso*, St. Labruna I 87 Fn. 27 (88 f.). Zögernd noch *Lenel*, EP 255 und wieder *Kaser/Knütel/Lohsse* § 39 Rn. 23. Zweifelnd vordem *Kaser*, RP I 537 mit Fn. 9–13; *Kaser*, RP II 333 Fn. 14 (333 f.), 373. Ablehnend *Ankum*, St. Biscardi IV 603 f.; *Wacke*, SZ 115 (1998) 175 mit Fn. 34 (175 f.), 202. Vgl. *Mantovani*, Formule Nr. 31 Fn. 120 (mit den Argumenten für und wider). Ulp. 28 ed. D. 13.7.15 (dazu *Wacke*, SZ 115 [1998] 175 Fn. 34 [176]) bezieht sich auf die von Ulpian kommentierte ediktale *formula in factum concepta* (→ Rn. 9 Fn. 22) und ist kein Argument gegen die *in-ius*-Formel. Vgl. auch *Kaser*, SZ 99 (1982) 256 Fn. 42 (256 f.); *Kaser*, SZ 101 (1984) 85 Fn. 390.

[34] Alex. C. 4.24.6 (a.225); *Lenel*, EP 255; *Litewski*, Labeo 45 (1999) 185 f.; Inst. 4.6.28 gegenüber Gai. 4.62, wo die *actio pigneraticia* in der Aufzählung fehlt; vgl. *Lenel*, EP 255; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 83; *Litewski*, Labeo 45 (1999) 189, 191.

[35] Alex. C. 8.27.4 (a.225); Gord. C. 8.29.4 (a.240); Diocl./Max. C. 8.27.9 (a.287); vgl. des Weiteren Alex. C. 8.29.1 pr. (a.222); Gord. C. 8.27.7 (a.238); *Kaser*, Pfandrecht (1982) 83 mit Fn. 134; *Litewski*, Labeo 45 (1999) 188 f.

[36] *Kaser*, Pfandrecht (1982) 79 f., 92 f., 230; *Kaser*, SZ 101 (1984) 85 mit Fn. 390 (85 f.); *Zimmermann*, LO 223 Fn. 158. Bestritten; a. A. *Kreller*, SZ 62 (1942) 171–181; *Litewski*, Labeo 45 (1999) 192; *Braukmann*, Pignus (2008) 72 f., 117, 133, 137.

[37] *Liebs*, HLL IV 104.

[38] Scaev. 5 dig. D. 13.7.43 pr. (Zurückhalten von Kaufurkunden durch den Gläubiger); vgl. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 80–82; *Mantovani*, Formule Nr. 31 Fn. 120.

[39] Julian 11 dig. bei Ulp. 28 ed. D. 13.7.13 pr. *pigneraticiis actionibus*.

[40] Das zeigt Marcian. form. hyp. sing. D. 20.5.7 pr. *si creditor pignus vel hypothecam vendiderit* etc. Das von Julian selbst (wie in Iul. 44 dig. D. 41.3.33.5 [→ § 48 Rn. 17]) in weitem Sinn verstandene Wort *pignus* (jedes Pfand) versteht Marcian in engem Sinn (übergebenes Pfand); und so sieht er sich a. E. veranlasst, hinzuzufügen: *sed quod Iulianus scribit in pignore, idem circa hypothecam est.*

16 Der Ediktskommentar Ulpians enthält naturgemäß in erster Linie Ausführungen zur ediktalen *formula in factum concepta*. Gelegentlich streift er allerdings die Verhältnisse der *formula in ius concepta*.[41] So auch, wenn er bemerkt, dass, wer vor Zahlung mit der *actio pigneraticia* klage (gemeint ist die *formula in factum concepta*),[42] zwar zu Unrecht klage, jedoch wenn er vor Gericht die Zahlung anbiete, die verpfändete Sache und sein Interesse erreichen werde (wie aufgrund einer *formula in ius concepta*).[43] Wie es scheint, kann nach der *formula in ius concepta* judiziert werden, auch wenn mit der *formula in factum concepta* Klage erhoben worden ist.[44]

17 Im Allgemeinen hat der Gläubiger für *dolus* und *culpa* einzustehen;[45] sich vom Einstehenmüssen für *dolus* freizuzeichnen wird als mit einem *bonae fidei iudicium* unvereinbar nicht zugelassen.[46] Im Falle der Übergabe der Sache trifft den Gläubiger aufgrund der *actio pigneraticia* mit *formula in factum concepta*[47] und im Rahmen der Realobligation (→ Rn. 11) darüber hinaus eine Verantwortlichkeit für *custodia*.[48] Neben die Haftung aus der *actio pigneraticia* kann eine Haftung nach der *lex Aquilia* treten.[49] Wird eine der Klagen erhoben, erlischt die andere;[50] der Kläger muss sich mit einer der Klagen begnügen.[51]

---

[41] Ulp. 28 ed. D. 13.7.13 pr. (→ Rn. 15); des Weiteren Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2 a. E. (→ Rn. 17); des Weiteren Ulp. 28 ed. D. 13.7.11.2; *Alonso*, St. Labruna I 87 Fn. 27 (88 f.). Vgl. allerdings *Kaser*, RP I 537 Fn. 11; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 79 f. (eine/die *in-ius*-Formel komme in den Ediktskommentaren nicht vor).

[42] *Lenel*, Pal. II 583 Fn. 3, Ulpian Frg. 809; *Lenel*, EP 254.

[43] Ulp. 28 ed. D. 13.7.9.5. Dagegen für Verkürzung der Stelle und direkten Bezug auf die *in-ius*-Formel *Kaser*, Pfandrecht (1982) 82 mit Fn. 136; ihm folgend *Braukmann*, Pignus (2008) 65–67; vgl. *Knütel*, Iura 58 (2010) 311 Fn. 19 (Ausweg Annahmeverzug?); ferner *Mantovani*, Formule Nr. 31 Fn. 120 (vielleicht).

[44] Was zu dem Eindruck der „Einheit der *actio* bei Mehrheit der Formeln“ (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 70, 86, 261) passt.

[45] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr. a. E.; Pap. 3 resp. D. 20.1.2; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2 a. E.; Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.30; Ulp. 61 ed. D. 42.5.9.5; Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23; D. 47.2.14.6; Gord. C. 4.24.7 pr. (a.241).

[46] Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23.

[47] Zweifelnd *Kaser*, Pfandrecht (1982) 239 Fn. 37; *Kaser*, SZ 99 (1982) 256 Fn. 42 (will die *custodia*-Haftung mit der *formula in ius concepta* verbinden; *Kaser*, Pfandrecht [1982] 117 Fn. 315, 199). Vgl. dagegen *Litewski*, Labeo 45 (1999) 190 (kein belegter Zusammenhang zwischen *in-ius*-Formel und *custodia*-Haftung).

[48] Ulp. 28 ed. D. 13.7.13.1; *Lenel*, EP 255 mit Fn. 1; vgl. jedoch *Kaser*, Pfandrecht (1982) 197, 236 Fn. 22, 261 (klarstellend); Diocl./Max. C. 8.13.19 (a.293); Inst. 3.14.4. *Kaser*, RP I 508 f., 537; *Kaser*, RP II 353 Fn. 46; *Hackl*, SZ 96 (1979) 411; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 116 f.; *Zimmermann*, LO 226; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 39 Rn. 22 nehmen hingegen eine Meinungsdivergenz unter den klassischen Juristen an; offen wieder *Kaser*, Pfandrecht (1982) 196 f. Die Annahme einer *custodia*-Haftung des Pfandgläubigers für die gesamte klassische Zeit (*Ankum*, St. Biscardi IV 597–630) geht natürlich zu weit (→ Rn. 1–8). – Fraglich ist die Bedeutung der *custodia*-Haftung des Gläubigers für die Aktivlegitimation zur *actio furti*; s. *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 44–50; *Zimmermann*, LO 226 Fn. 273.

[49] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.1; Paul. 10 Sab. D. 9.2.18.

[50] Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.1; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 209 f.; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 97 Fn. 217.

Die schuldrechtliche Pfandklage gegen den Gläubiger (*actio pigneraticia* mit *formula in factum/in ius concepta*) ist zwar Folge der Pfandübereinkunft der Beteiligten; diese hat allerdings ihrerseits allein die Begründung des Pfandrechts zum Gegenstand.[52] Diocl./Maxim. C. 8.27.20 (a.294) entwickeln die Herausgabe des beim Pfandverkauf erzielten Mehrerlöses als Gegenstand der *actio pigneraticia*[53] aus der Pfandübereinkunft selbst: *Secundum placiti fidem* (aufgrund der Unverbrüchlichkeit der Pfandübereinkunft). Dabei ist der Mehrerlös nicht nur mit der neueren *formula in ius concepta* zu erreichen, sondern auch[54] schon mit der älteren ediktalen *formula in factum concepta.*[55] **18**

Die Pfandübereinkunft der Zeit (Endphase der pfandrechtsgeschichtlichen Entwicklung [→ § 48 Rn. 62]) ist auf ein wegen einer zu sichernden Forderung bestehendes (akzessorisches) Verkaufspfandrecht gerichtet. Der Gläubiger ist daher wegen der gesicherten Forderung zum Pfandverkauf befugt. Daraus folgt, dass ein beim Pfandverkauf erzielter Mehrerlös dem Schuldner zusteht. Daraus folgt freilich auch, dass ein beim Pfandverkauf erzielter Mindererlös den Gläubiger nicht daran hindert, den Rest vom Schuldner einzufordern. Demgemäß entwickeln Diocl./Maxim. C. 8.27.9 (a.287) die Inanspruchnahme des restlichen Schuldnervermögens ebenfalls aus der Pfandübereinkunft selbst: sie erfolgt *iure conventionis.* **19**

III. Die schuldrechtliche Pfandklage gegen den Schuldner (*actio pigneraticia contraria*)

Hinzukommt irgendwann nach der julianischen Ediktsredaktion eine gegen den Schuldner gerichtete schuldrechtliche Pfandklage des Gläubigers, eine *actio pigneraticia contraria* mit *formula in ius concepta*; sie stand nicht im Edikt.[56] **20**

---

[51] Paul. 10 Sab. D. 9.2.18; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 205; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 83 Fn. 143 (84).

[52] So (wie es scheint) *Kaser*, FS Hübner 81 Fn. 103 (= *ders.*, RRQ 342 Fn. 103 [342 f.]). A. A. *Braukmann*, Pignus (2008) 43 (auf die Begründung eines Pfandverhältnisses gerichteter Konsens). Als ein „*negotium bona fide gestum*" (*Braukmann*, Pignus [2008] 63 und öfter) kann sie daher nicht aufgefasst werden. Ein besonderer ‚Pfandrealvertrag', wie er üblicherweise angenommen wird (*Scheibelreiter*, TR 88 [2020] 1–44), ist den Quellen nicht bekannt.

[53] Ein ursprünglicher Bezug zur *fiducia* (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 123) ist nicht anzunehmen.

[54] Zweifelnd *Kaser*, Pfandrecht (1982) 70 f., 80, 242; überzeugt hingegen noch *Kaser*, RP I 537 Fn. 7 sowie *Hackl*, SZ 96 (1979) 413; zweifelnd auch *Zimmermann*, LO 223.

[55] Pap. 3 resp. D. 13.7.42.

[56] *Kaser*, Pfandrecht (1982) 86–93, 230; s. schon *Kaser*, RP I 537 Fn. 16 a. E. (vielleicht); *Mantovani*, Formule Nr. 31 Fn. 120 a. E. (wahrscheinlich). Unentschieden *Lenel*, EP 255 f. *Kaser*, FS Hübner 69 Fn. 34 (= *ders.*, RRQ 328 Fn. 34 [328 f.]) setzt sie erst in die nachgajanische Zeit. Das ist zu spät (→ Rn. 22).

21 Sie lautet wie folgt:[57]

Quod Numerius Negidius Aulo Agerio rem qua de agitur pignori dedit ob pecuniam debitam, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.

(„Was das angeht, dass Numerius Negidius dem Aulus Agerius die Sache, um die es geht, wegen geschuldeten Geldes zu Pfand gegeben hat, was deswegen Numerius Negidius dem Aulus Agerius zu geben, zu tun verpflichtet ist nach Treu und Glauben, dazu soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen").

22 Schon Iul./Afr. 8 quaest.[58] D. 47.2.62.1,3[59] lassen den Verpfänder eines diebischen Sklaven mit der *actio pigneraticia contraria* auf Entschädigung (*damnum decidere*) oder Auslieferung (*noxae deditio*) haften; darüber hinaus soll der wissentliche Verpfänder eines diebischen Sklaven bei Unwissenheit des Gläubigers auf jede Weise zu Schadensersatz verpflichtet sein; dies entspreche nämlich der *bona fides*.[60] Auch Pomponius kennt die *actio pigneraticia contraria*.[61] Marcell. 5 dig.[62] D. 20.1.27 empfiehlt einerseits noch die Zulassung einer solchen Klage, indem er den Fall der Verletzung eines Pfandsklaven durch den Schuldner der Aufmerksamkeit des Prätors empfiehlt; eine Note Ulpians erläutert die Haftungsvoraussetzungen der *actio pigneraticia contraria*. Marcellus 6 dig. bei Paul. 29 ed. D. 13.7.16.1 lässt andererseits den Schuldner selbst bei unwissentlicher Verpfändung einer fremden oder bereits verpfändeten Sache aus der *actio pigneraticia contraria* haften. Paulus betont ihr Zustehen,[63] was auf frühere Unsicherheiten hinzudeuten scheint.

23 Die *actio pigneraticia contraria* lässt es nicht auf eine Übergabe der Sache ankommen.[64] Versichert ein Schuldner bei der Verpfändung eines Gegenstandes, dieser sei aus Gold, während er in Wirklichkeit aus Bronze ist, wird ein Pfandrecht an dem bronzenen Gegenstand begründet, ungeachtet des *error in substantia*, dem der Gläubiger unterliegt.[65] Der Schuldner haftet jedoch dem Gläubiger aus der *actio pigneraticia contraria* und hat sich zudem eines Stellionats schuldig gemacht.[66] Der Schuldner haf-

---

[57] *Kaser*, Pfandrecht (1982) 92; vgl. *Litewski*, Labeo 45 (1999) 190 (zweifelnd).

[58] Entstanden um 150 n. Chr.; *Liebs*, HLL IV 107.

[59] Zum Pfandrecht; *Lenel*, Pal. I 30 Fn. 3, Afrikan Frg. 110; *Litewski*, Labeo 45 (1999) 187 f.

[60] Ähnlich Afr. 8 quaest. D. 13.7.31 zur *fiducia*; *Lenel*, Pal. I 30 Fn. 3 f., Afrikan Frg. 108.

[61] Ulp. 11 ed. D. 13.7.36 pr. – Pomp. 18 Sab. D. 13.7.3 (*Zimmermann*, LO 228 f.) handelt entgegen erstem Anschein nicht von der *actio pigneraticia contraria*, sondern von der gegen den Schuldner gerichteten *actio Serviana* (→ § 48 Rn. 24).

[62] Entstanden in den 160er Jahren; *Liebs*, HLL IV 111.

[63] Paul. 29 ed. D. 13.7.16.1.

[64] Bestritten; a. A. *Wagner*, Generalverpfändung (1968) 39–44, 51 Fn. 339; dagegen jedoch *Kaser*, Pfandrecht (1982) 80 Fn. 156, 160 Fn. 118. So lässt sich etwa Paul. 3 quaest. D. 46.1.54 (*Wagner*, Generalverpfändung [1968] 40) nicht auf den Fall einer Übergabeverpfändung beschränken. A. A. des Weiteren *Scheibelreiter*, TR 88 (2020) 2, 28.

[65] Ulp. 40 Sab. D. 13.7.1.2; *Schanbacher*, FS Liebs 541.

[66] S. des Weiteren Ulp. 11 ed. D. 13.7.36 pr.

tet, abgesehen von einer Haftung wegen Stellionats,[67] des Weiteren aus der *actio pigneraticia contraria* im Fall der Verpfändung einer fremden Sache[68] und, gegebenenfalls, auch im Fall der Verpfändung einer verpfändeten Sache,[69] und dies auch bei Unkenntnis.[70] Ansonsten ist Kenntnis gefordert.[71] Abgesehen davon verhilft die *actio pigneraticia contraria* dem Gläubiger gegebenenfalls zu Verwendungsersatz.[72]

Auch die schuldrechtliche Pfandklage gegen den Schuldner (*actio pigneraticia contraria* mit ihrer *formula in ius concepta*) knüpft an die unter den Beteiligten getroffene Pfandübereinkunft an, die ihrerseits nur die Begründung des Pfandrechts zum Gegenstand hat (→ Rn. 18). Bemerkenswert ist die bei Paul. 3 quaest. D. 46.1.54 begegnende Erwägung, ein Bürge verbürge sich nicht für das Pfandrecht, sondern für das Darlehen. **24**

[67] S. insofern auch Alex. C. 9.34.1 (a.231); Philipp. C. 9.34.4 (a.244).

[68] Ulp. 11 ed. D. 13.7.36.1; Ulp. 28 ed. D. 13.7.9 pr.; Ulp. 2 disp. D. 21.2.38; Paul. 29 ed. D. 13.7.16.1; Marcian. 4 reg. D. 13.7.32; Diocl./Max. C. 8.15.6 (a.293).

[69] Ulp. 11 ed. D. 13.7.36.1 (die Zweifel an der *actio pigneraticia contraria* bei *Wagner*, Generalverpfändung [1968] 40, sind nicht nachvollziehbar); vgl. Paul. 29 ed. D. 13.7.16.1 (und *Wagner*, Generalverpfändung [1968] 40, der hier zu zweifeln vergessen hat); des Weiteren Diocl./Max. C. 8.15.6 (a.293).

[70] Marcellus 6 dig. bei Paul. 29 ed. D. 13.7.16.1; Ulp. 28 ed. D. 13.7.9 pr. Die Verpfänderin des Falles Diocl./Max. C. 8.15.6 (a.293) (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 88) weiß, dass ihr das Grundstück nicht gehört.

[71] Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.1,3; Ulp. 28 ed. D. 13.7.9 pr. *aut malitiose in pignus versatus sit.* Dass dies unecht sein soll (*Wagner*, Generalverpfändung [1968] 40; zweifelnd *Kaser*, Pfandrecht [1982] 88), ist nicht einzusehen. S. des Weiteren Ulp. 11 ed. D. 13.7.36 pr.

[72] Gord. C. 4.24.7.1 (a.241); *Scheibelreiter*, TR 88 (2020) 1–44, fragt nach dem Klageziel der *actio pigneraticia contraria.*

§ 88 Klage aus Treuhand (*actio fiduciae*)

Dietmar Schanbacher

Lenel, Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl., 1927 (Ndr. 1956, 1974, 1985); *Kaser*, Studien zum römischen Pfandrecht, 1982; *Ankum*, La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico, in: Studi in onore di Arnaldo Biscardi IV, 1983, 587–630; *Zimmermann*, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990 (Ndr. 1992, 1996); *Litewski*, Das Bestehen der „formula in ius concepta" mit der „bona fides"-Klausel beim Pfand, Labeo 45 (1999) 183–192; *Mantovani*, Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano, 2. Aufl., 1999.

Inhalt Rn.

I. Der Klageschutz des Treugebers (Fiduzianten) 1
II. Der Klageschutz des Treuhänders (Fiduziars) 7

I. Der Klageschutz des Treugebers (Fiduzianten)

1 Ein Klageschutz des Treugebers (Fiduzianten) bestand schon zur Zeit der Legisaktionen.[1] Die von Cicero überlieferten zur *fiducia* gehörenden Worte *Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim*[2] („Dass ich nicht durch dich oder das Vertrauen in dich getäuscht oder betrogen bin") sind Teil einer Spruchformel.[3] Nach deren Vorbild

[1] *Oertmann*, Fiduzia (1890) 214–222; *Kreller*, SZ 62 (1942) 194, 196 f., 206; *Ambrosino*, St. Arangio-Ruiz II 259–263; *Watson*, SZ 79 (1962) 331–333; *Watson*, Obligations (1965) 176 f.; *Frezza*, Garanzie II (1963) 65; *Burdese*, Iura 34 (1983) 178–183; bestritten. A. A. *Bellocci*, Tutela (1974) 9–36; *Maschi*, Iura 25 (1974) 200 f.; *Noordraven*, Index 18 (1990) 230 mit Fn. 5 (251 f.) (erst zur Zeit des Formularprozesses). Eine Zwischenposition bezieht *Kaser*, Pfandrecht (1982) 255 (Klagbarkeit der *fiducia* zuerst in einer Vorform des Formularprozesses). Eher a. A. *Bertoldi*, Negozio (2012) 180 Fn. 180.

[2] Cic. off. 3,17,70.

[3] *Lenel*, EP 293–295 (Spruchformel des alten Prozesses); abw. *Kaser*, RP I 200 Fn. 21, 461 Fn. 19 (vielleicht den Legisaktionen nachgebildete Vorstufe der *formula*); *Kaser/Hackl*, RZ 158 f. (subjektiv stilisierter Vorläufer der objektiv gefassten *formula*). An einer gesetzlichen Grundlage (*Kaser*, RP I 200 mit Fn. 21, 461 mit Fn. 20; *Kaser*, Pfandrecht [1982] 100 Fn. 235, 101 Fn. 237; *Kaser/Hackl*, RZ

wurde der Formel der *actio fiduciae* in Fällen der *fiducia cum servo contracta*[4] später die Floskel beigefügt *et si quid dolo malo Numerii Negidii Aulus Agerius captus fraudatusve est.*[5] Dies unterscheidet sie von der pfandrechtlichen *actio pigneraticia*, die ohne diesen Zusatz auskommt.[6]

Die Formel der *actio fiduciae*[7] aber enthielt die auch von Cicero überlieferten ‚gol- 2
denen Worte' *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*[8] und lautete im Falle der *fiducia cum creditore contracta* (→ § 46 Rn. 3–11, Rn. 14–22)[9] wie folgt:[10]

Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio fundum quo de agitur ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse[11] *eamque pecuniam solutam*[12] *eove nomine satisfactum esse*[13] *aut per Numerium Negidium stetisse quo minus solveretur eumque fundum redditum non esse*[14] *negotiumve ita actum non esse ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione,*[15] *quanti ea res erit tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito*

---

158 f.) fehlte es nicht, wenn der Weg zur *legis actio* durch die ergänzte Manzipationsformel eröffnet wurde (→ § 46 Rn. 15 Fn. 56). – Anders *Dernburg*, Pfandrecht I (1860) 8; *Dunand*, Transfert (2000) 127, 155; *Schmidlin*, Vorwort, in: *Dunand*, Transfert (2000) X; *Bertoldi*, Negozio (2012) 182 (Geschäftsformel); *Kreller*, SZ 62 (1942) 196 f. (hält beides für möglich).

[4] Iul. 13 dig. D. 44.7.16 (*Lenel*, Pal. I 354 Fn. 6 f., Julian Frg. 217); Ulp. 2 disp. D. 15.1.36 (*Lenel*, Pal. II 392 Fn. 2, Ulpian Frg. 48).

[5] S. Ulp. 2 disp. D. 15.1.36; *Lenel*, EP 293–295; *Mantovani*, Formule Nr. 100 Fn. 370.

[6] Julian 11 dig. bei Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.5 (→ § 87 Rn. 12 Fn. 31).

[7] Datierung unsicher; *Frezza*, Garanzie II (1963) 66; *Kaser*, RP I 47, 461 (3. Jh. v. Chr.); *Bellocci*, Tutela (1974) 40–46, 99; *Bellocci*, Struttura II (1983) 133, 221, 225, 231 (Anfang 2. Jh. v. Chr.), vgl. *Maschi*, Iura 25 (1974) 201; *Noordraven*, Index 18 (1990) 229 Fn. 1 (250), 230 mit Fn. 5 (251 f.) (Ende 2. Jh. v. Chr.).

[8] Cic. off. 3,17,70. Teilzitate in Cic. fam. 7,14,2; Cic. top. 17,66; Cic. off. 3,15,61. *Agier* ist eine im Altlatein vorkommende Form des Infinitivs Präsens Passiv (*Kühner/Holzweissig*, Gramm. I §§ 167.2, 168 [689–693]; *Devoto*, GSR 106 [eher nicht sehr erfolgreiche Neuerung als ein tatsächliches archaisches Relikt]).

[9] Im Falle der *fiducia cum amico contracta* (→ § 46 Rn. 12 f., 23) entfiel einiges (→ Rn. 5).

[10] *Lenel*, EP 291 f.; *Frezza*, Garanzie II (1963) 72; *Mantovani*, Formule Nr. 64.

[11] Gegebenenfalls *in iure cessisse*; *Lenel*, EP 292 Fn. 4; *Mantovani*, Formule Nr. 64 Fn. 234 (→ § 46 Rn. 15).

[12] Auf dieses Formelstück weist Ulp. 30 ed. D. 13.7.24.1 *quasi soluta pecunia* (*Lenel*, Pal. II 618 Fn. 12, Ulpian Frg. 904) hin; *Lenel*, EP 292; *Mantovani*, Formule Nr. 64 Fn. 235. Skeptisch *Kaser*, Pfandrecht (1982) 103 (fraglich, ob dieses Erfordernis in der Formel stand).

[13] Darauf ist etwa Iul. 13 dig. D. 12.2.40 (*Lenel*, Pal. I 353, Julian Frg. 211) zu beziehen; *Lenel*, Pal. I 353 Fn. 5. Skeptisch wieder *Kaser*, Pfandrecht (1982) 103 mit Fn. 252 (→ Fn. 12) und 104 f. (bezüglich weiterer Stellen); abl. *Alonso*, St. Labruna I 86 Fn. 25 a. E. Auf dieses Formelstück scheint auch Afr. 8 quaest. D. 23.3.50.1 hinzuweisen (→ § 46 Rn. 5).

[14] Für dieses Formelstück fehlen Belege; zur Not ließe sich, was es sagen will, auch mit dem Formelstück *negotiumve* etc. auffangen; *Lenel*, EP 292; *Frezza*, Garanzie II (1963) 74 f.

[15] Dieses Formelstück belegen Cic. fam. 7,14,2; Cic. top. 17,66; Cic. off. 3,15,61; 3,17,70; *Lenel*, EP 291 mit Fn. 9; *Kaser*, RP I 462 Fn. 23; *Mantovani*, Formule Nr. 64 Fn. 238, und reflektiert Iul. 13 dig. D. 18.2.10 (*Lenel*, Pal. I 354 Fn. 1, Julian Frg. 214) *non potest videri bona fide negotium agi*; *Lenel*, Pal. I 354 Fn. 2; *Lenel*, EP 291 f.; *Frezza*, Garanzie II (1963) 74; vgl. *Mantovani*, Formule Nr. 64 Fn. 237. *Kreller*, SZ 62 (1942) 197 will *bona fide* durch *ut inter bonos bene agier oportet* ersetzen. Weitergehend

(„Wenn es sich erweist, dass Aulus Agerius dem Numerius Negidius das Grundstück, um das es geht, wegen geschuldeten Geldes treuhänderisch manzipiert[16] hat, und dieses Geld gezahlt oder seinetwegen Sicherheit geleistet ist oder es an Numerius Negidius liegt, dass nicht gezahlt wird, und dieses Grundstück nicht zurückgegeben worden ist, oder das Geschäft nicht so geführt worden ist, wie es sich anständig zu handeln für anständige Leute gehört und ohne Trug, auf wieviel die Sache sich belaufen wird, auf so viel Geld soll der Richter Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen“).[17]

3 Obgleich es sich bei dieser Formel um eine *formula in factum concepta* handelt,[18] wird die Klage zu den *bonae fidei iudicia* gerechnet.[19] Quintus Mucius stellt sie zu der Reihe derjenigen Klagen, in denen hinzugefügt werde *ex fide bona*,[20] wobei er bemerkt, der Ausdruck *bona fides* (*fidei bonae nomen*) reiche sehr weit, und unter den Rechtsverhältnissen, in denen er eine Rolle spiele, auch die *fiducia* nennt.[21] Das muss nicht heißen, dass auch die Formel der *actio fiduciae* diese Worte enthalten hätte.[22]

4 Das die *actio pigneraticia* mit *formula in factum concepta* verheißende Edikt (→ § 87 Rn. 10) hat sich nicht auch auf die *actio fiduciae* bezogen, die als *bonae fidei iudicium* einer ediktalen Verheißung nicht bedurfte.[23] Die *actio fiduciae* steht auch gegen die Erben des Gläubigers zu.[24] Die Erben des Schuldners können hingegen den Gläubiger mit der *actio fiduciae* nur in Grenzen belangen.[25]

Kaser, RP I 462 Fn. 23; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 100 Fn. 233 (modernere Fassung); zweifelnd *Biscardi*, Garanzie (1976) 124.

[16] Gegebenenfalls injurezediert (→ Fn. 11).

[17] Wegen einer Übersetzung ins Italienische s. *Mantovani*, Formule Nr. 64.

[18] *Lenel*, EP 293; *Kaser*, RP I 461 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 327 Fn. 10 (327 f.); zweifelnd *Biscardi*, Garanzie (1976) 126. Davon abrückend *Kaser*, Pfandrecht (1982) 99 Fn. 228, 101, 112 Fn. 288, 230 f. – Verschiedentlich wird dagegen eine *formula in ius concepta* angenommen, sei es ausschließlich (*Carcaterra*, Bonae fidei iudicia [1964] 34, vgl. *Kaser*, SZ 82 [1965] 418 mit Fn. 7 [ablehnend]; *Noordraven*, Index 18 [1990] 249 f., vgl. einerseits *Mantovani*, Formule Nr. 64 Fn. 233 [mit verschiedenen Einwänden, u. a. zweimaliges *oportet*]; *Dunand*, Transfert [2000] 168 Fn. 734 [unpassendes *dare facere*], andererseits *Gröschler*, Gnomon 75 [2003] 238 [im wesentlichen zustimmend]; *Rüfner*, JRS 93 [2003] 305; *Wubbe*, OIR 11 [2006] 178 Fn. 8 [uneingeschränkt zustimmend]), sei es zusätzlich (*Watson*, SZ 79 [1962] 332 f.; *Watson*, Obligations [1965] 176 f., vgl. *Kaser*, Pfandrecht [1982] 99 Fn. 227 [ablehnend]; *Fuenteseca*, Hom. Murga Gener 396–403, vgl. *Mantovani*, Formule Nr. 64 Fn. 233 [krit.]). – Indem *Noordraven* die Worte *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* in die *demonstratio* seiner Formel einfügt (*Noordraven*, Index 18 [1990] 249 f.; ausführlich *Noordraven*, Fiduzia [1999] 335–339), richten sich deren Anforderungen an beide Beteiligte (*Noordraven*, Fiduzia [1999] 338). Doch nur einer von ihnen ist Treuhänder.

[19] Gai. 4. 62; *Lenel*, EP 293; *Kaser*, RP I 462.

[20] Cic. off. 3,17,70.

[21] Cic. off. 3,17,70.

[22] *Lenel*, EP 293.

[23] *Kaser*, Pfandrecht (1982) 108. Schwankend *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 201 (vielleicht).

[24] Paul. sent. 2.13.6; *Burdese*, St. Solazzi 328 f.; *Bertoldi*, Negozio (2012) 164.

[25] Paul. sent. 2.17.15; *Burdese*, St. Solazzi 339–341; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 115 Fn. 305 (Überschussherausgabe grds. ausgeschlossen; vgl. die Mancipatio Pompeiana 3.14–15 [FIRA III 91]. Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.2 [*Burdese*, St. Solazzi 340] bezieht sich allerdings auf das Pfandrecht

Gewisse Teile der Formel der *actio fiduciae* (→ Rn. 2), nämlich die Passagen zum Sicherungszweck, müssen in Fällen einer *fiducia cum amico contracta* (→ § 46 Rn. 12 f.,23) ausgelassen worden sein.[26] 5

Eine Verurteilung aus der *actio fiducia* macht infam (→ § 28 Rn. 13).[27] 6

II. Der Klageschutz des Treuhänders (Fiduziars)

Der Klageschutz des Treuhänders (Fiduziars) hat sich erst später entwickelt.[28] In der Klagformel[29] müssen die Subjekte vertauscht worden sein und Hinweise auf Zahlung 7

[→ § 48 Rn. 52 mit Fn. 270]). Anders *Noordraven*, Index 18 (1990) 236 Fn. 25 (254); *Bertoldi*, Negozio (2012) 164 Fn. 81 (Sonderfall). *Frezza*, Garanzie II (1963) 66–69 verbindet Paul. sent. 2.17.15 mit Paul. sent. 1.9.8. *Arangio-Ruiz* erwägt in der Mancipatio Pompeiana eine Erstreckung des Restitutionsanpruchs auf den Erben der Schuldnerin (FIRA III 91 3.2 [293] *heredive tuo* [?]); zweifelnd *Burdese*, St. Solazzi 328 Fn. 11.

[26] *Lenel*, EP 292 (vgl. *Kaser*, Pfandrecht [1982] 102 Fn. 246); *Mantovani*, Formule Nr. 64 Fn. 236. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 99–107, 114, 230 f., entfernt dagegen aus der Formel der *actio fiduciae* von vornherein alle sicherungszweckbezogenen Teile (vgl. *Mantovani*, Formule Nr. 64 Fn. 233) und kommt auf diese Weise zu der einheitlichen Formel: *Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio fundum quo de agitur fiduciae causa mancipio dedisse negotiumque ita actum non esse, ut bona fide agi oportet, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito* („Wenn es sich erweist, dass Aulus Agerius dem Numerius Negidius das Grundstück, um das es geht, treuhänderisch übereignet hat, und das Geschäft nicht so geführt worden ist, wie nach Treu und Glauben gehandelt werden muss, auf wieviel die Angelegenheit sich belaufen wird, auf so viel Geld soll der Richter den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen"). In der Formel der *actio fiduciae contraria* brauchten nur die Subjekte umgestellt zu werden (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 107). Vgl. dazu krit. *Burdese*, Iura 34 (1983) 179, der die Vernachlässigung Ciceros bemängelt und den Bezug auf das *negotium* in Frage stellt: das *negotium* in Iul. 13 dig. D. 18.2.10 (*Kaser*, Pfandrecht [1982] 102 Fn. 243) sei nicht das fiduziarische Rechtsgeschäft. Das trifft zu; doch ist mit dem *negotium* der Formel auch nicht das fiduziarische Rechtsgeschäft gemeint (anders *Burdese*, Iura 34 [1983] 179). Auch *Frezza*, Garanzie II (1963) 70 f., 74 betont, dass die althergebrachten Worte in der Formel nicht gefehlt haben können. Im Übrigen führt der Treugeber kein Geschäft. *Kaser*, Pfandrecht (1982) 107 zust. jedoch *Dunand*, Transfert (2000) 185 f. Ähnlich wie *Kaser*, Pfandrecht (1982) 107, schon *Kreller*, SZ 62 (1942) 201, 206 f. (der allerdings dem Treugeber neben der *actio fiduciae* auch die *actio pigneraticia* eröffnen will; *Kreller*, SZ 62 [1942] 143–167, 174–176, 200 f., 203–206). Einheitliche Formeln werden (abgesehen von *Carcaterra* und *Noordraven* [s. o. Fn. 18]) auch entworfen von *Bellocci*, Tutela (1974) 37–91; s. des Weiteren *Bellocci*, Struttura II (1983) 199 f., 270 f. (vgl. dazu krit. *Kaser*, Pfandrecht [1982] 101 f. [fehlender Bezug zum *negotium*] und *Burdese*, Iura 34 [1983] 179 [zweimaliges *oportet*]) und von *Burdese*, Iura 34 (1983) 179 f. (mit einmaligem *oportet*, jedoch unter Lösung des adverbiellen *ut* von *oportet*); ferner von *Bertoldi*, Negozio (2012) 43–47, 162 (die ähnlich wie *Noordraven* die Passage *ut inter bonos* etc. [‚modernisiert'] in die *demonstratio* ihrer Formel einfügt und sich so demselben Einwand aussetzt, wie jener [→ Fn. 18]; auffällig ist zweimaliges *quod*).

[27] Cic. Q. Rosc. 16; Cic. Caecin. 7–8; lex Iulia municip. Z. 111; Gai. 4.182; *Kaser*, RP I 462.

[28] *Biscardi*, Garanzie (1976) 111, 127 (viel später); *Dunand*, Transfert (2000) 186 f. (Anfang der

(etc.) und Restitution gefehlt haben.[30] Sie kann auch kaum jene ‚goldenen Worte' Ciceros (→ Rn. 1) enthalten haben.[31] Denn der Treuhänder, an den sich die darin zum Ausdruck kommenden Anforderungen richten, ist der Gläubiger bzw. Verwalter.[32] Sie war wohl schlichtweg auf die *bona fides* gestützt.[33]

8 Eine Verurteilung aus der *actio fiduciae contraria* geht ohne Infamie (→ § 28) ab.[34]

Klassik), s. jedoch 187 Fn. 812 („*La datation précise … représente … un exercice périlleux …*").

[29] Wozu Quellen fehlen; *Frezza*, Garanzie II (1963) 78.

[30] *Mantovani*, Formule Nr. 65 Fn. 240.

[31] Anders jedoch *Frezza*, Garanzie II (1963) 78; *Noordraven*, BIDR 83 (1980) 252.

[32] S. Cic. top. 10,42; Boeth. in top. Cic. 10,42. – Pap. 7 resp. D. 33.10.9.2 *sed propositum* (F; *repositum* S) *propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum* handelt vom Pfandrecht und meint einerseits die Unverbrüchlichkeit des Darlehenskontrakts, andererseits die Rückerstattungspflicht aus der *actio pigneraticia*. A. A. *Biscardi*, Garanzie (1976) 46–49, 54 f.; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 112 Fn. 288; *Noordraven*, Index 18 (1990) 243 mit Fn. 58 (258); *Dunand*, Transfert (2000) 206, 227 f.; *Bertoldi*, Negozio (2012) 157 f.; zögernd *Fercia*, Fiducia (2012) 8–11 (für Bezug auf *fiducia*). Vorsichtig *Gröschler*, Gnomon 75 (2003) 237 Fn. 1 (möglicherweise Verpfändung).

[33] *Kaser*, RP I 463, 528; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 107 (→ Fn. 26); *Biscardi*, Garanzie (1976) 127 (mit Formelrekonstruktion nach dem gängigen Muster der *bonae fidei iudicia*).

[34] Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.7; *Dunand*, Transfert (2000) 191.

§ 89 Klage auf Herausgabe des Frauenguts (*actio rei uxoriae*)

Jakob Fortunat Stagl

Bechmann, Das Römische Dotalrecht I, 1863. II, 1867; *Czyhlarz*, Das römische Dotalrecht, 1870; *Goria*, Azioni reali per la restituzione della dote in età giustinianea: profili processuali e sostanziali, in: Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario Torinese (4–5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera, 1994, 203–301; *Lauria*, Matrimonio-dote in diritto romano, 1952; *Söllner*, Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae, 1969; *Varvaro*, Studi sulla restituzione della dote I. La formula dell'actio rei uxoriae, 2006; *Stagl*, Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts, 2009.

Inhalt Rn.

I. *Actio rei uxoriae* 1
II. Aktivlegitimation 10
1. Scheidung oder Tod des Mannes 11
2. Tod der Frau 14
III. Passivlegitimation 22
IV. *Beneficium competentiae* und *quintae* 26
V. Erlöschen der Klage 29
VI. *Actio ex stipulatu* 30
VII. Das *privilegium exigendi* 35
VIII. Justinianische Reform: Die *actio de dote* 39

I. *Actio rei uxoriae*

Die *actio rei uxoriae*[1] ist die zivile[2] Klage auf Rückgewähr der Mitgift. Sie ist statthaft, wenn nicht die *actio ex stipulatu* statthaft ist (→ Rn. 31), d. h. wenn die Parteien die 1

[1] Auch der Begriff *actio de dote* dürfte klassisch sein, wie sich aus Paul. Frg. Vat. 95 ergibt. Dazu *Stagl*, Favor dotis (2009) 17 f.

[2] Das ist sehr umstritten. *Kaser*, RP I 337 mit Fn. 4 a. E. war sehr skeptisch, geht aber in Richtung einer zivilen Klage; in der ersten Auflage seines Handbuchs äußert er sich in Richtung der „Zivilisierung" einer prätorischen Klage; weitere Angabe zum Streitstand bei *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 29 mit Fn. 47 f.

Restitution der Mitgift nicht stipulationsmäßig bedungen haben. Die *actio rei uxoriae* ist ein atypisches *bonae fidei iudicium*.[3] Die Kategorisierung als *bonae fidei iudicium* verdankt sie einmal der entsprechenden Beurteilung durch Cicero,[4] Gaius,[5] Ulpian[6] und Justinian,[7] und außerdem dem Umstand, dass sie einen Formelbestandteil enthält, welcher sonst in keiner Klage vorkommt: Die Verpflichtung des Mannes, der Frau das zu restituieren, *quod eius aequius melius erit*.[8] Dieser Formelbestandteil ähnelt dem *ex fide bona*, entspricht ihm aber nicht vollständig.[9]

2 Die Atypizität dieses *bonae fidei iudicium* zeigt sich auch darin, dass sie im Edikt, zumindest nach *Lenels* Rekonstruktion, nicht bei den übrigen seiner Gattung erscheint, sondern erst unmittelbar nachfolgend[10] in einer eigenen Rubrik (→ § 78). Mit der Qualifikation als *bonae fidei iudicium* kongruent[11] und in der Mentalität der klassischen Juristen wohl sogar exemplarisch[12] ist die Möglichkeit, den *pacta dotalia* in der *actio rei uxoriae* Geltung zu verschaffen.[13]

3 Ebenfalls kongruent[14] mit diesem Regime ist die Haftung des Mannes für den Dotalgegenstand.[15] Eine eindeutige Aussage darüber, ob die *exceptio doli* der *actio rei uxoriae* inhärent ist, wie bei den *bonae fidei iudicia* üblich,[16] ist angesichts der Quellenlage schwer zu treffen, obwohl viel dafür spricht.[17] Diese Unsicherheit überrascht an-

---

[3] Die Authentizität dieser Kategorisierung wird heute nicht mehr bezweifelt. Statt aller *Kaser*, RP I 337, 486; *Kaser/Hackl*, RZ 319 mit Fn. 52, der sich freilich vorsichtiger ausdrückt und *Kaser*, SZ 83 (1966) 33 f.; zuletzt *Varvaro*, Actio rei uxoriae 111–162. Anders *Wenger*, Inst. 156 mit Fn. 21. In Gai. 4 ed. prov. D. 4.5.8 wird die *actio de dote/rei uxoriae* den Aktionen zugeordnet, welche *in bonum et aequum conceptae* sind – so wird der Text zumindest gelesen. Man wird ihm am besten gerecht, wenn man die Ausdrucksweise Gaius' nicht technisch versteht; Nachweise zu den Deutungsversuchen bei *Varvarvo*, Actio rei uxoriae (2006) 39 f., 42 mit Fn. 62–68, 75–81, 85.

[4] Cic. top. 17 (66).

[5] Gai. 4.62.

[6] Ulp. 2 disp. D. 15.1.36.

[7] Inst. 4.6.29.

[8] Cic. top. 17 (66); Cic. off. 3.15 (61); Boeth. in top. Cic. 6.17 (ed. Migne 1158 B); Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.7; Proc. 5 epist. D. 46.3.82. Dazu ausführlich *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 17–20, 55–62.

[9] *Kaser*, RP I 337, 486.

[10] *Lenel*, EP 291–310.

[11] *Kaser*, RP I 487, 527.

[12] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5.

[13] *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 123–125.

[14] *Kaser*, RP I 487, 515.

[15] Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.2 u. Paul. 7 Sab. D. 23.3.17 pr.; dazu *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 126–131.

[16] *Kaser/Hackl*, RZ 262.

[17] Siehe einerseits gegen die Inhärenz Pomp. 15 Sab. D. 24.3.4; Paul. 36 ed. D. 24.3.23; Paul. Frg. Vat. 94 u. Paul. 7 resp. D. 24.3.49.1, und andererseits dafür Ulp. 3 disp. D. 24.3.21 (mit ausführlicher Exegese von *Varvaro*, Actio rei uxoriae [2006] 137–144), und Marcell. 20 dig. D. 46.3.72 pr. Zur ganzen Frage *Lauria*, Matrimonio (1952) 105–108; *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 131–162.

gesichts des atypischen Charakters der Klage nicht und man kann sich durchaus vorstellen, dass die Frage unter den Juristen kontrovers war.

4 Die *actio rei uxoriae* ist eher das Produkt historischer Entwicklung denn einer gewillkürten Schöpfung. Bekker sagte über sie: „Kein Gesetz und kein Prätor würde dieselbe zu erfinden, aus Nichts zu schaffen gewagt haben."[18] Ihre Eigenart lässt sich darauf zurückführen, dass sie sehr verschiedene und vielfältige Interessen auszugleichen hat und insbesondere im Gefolge der augusteischen Ehegesetzgebung zum Instrument der Gesellschaftspolitik wird. Operabel bleibt sie insbesondere dank des Formelbestandteils *aequius melius*, der, wie eine Generalklausel, unterschiedlichste Wertungen und Veränderungen der Mitgift im Lauf der Ehe in sich aufzunehmen vermag.[19]

5 Die *actio rei uxoriae* hat ihre Grundlage im *ius civile*,[20] da sie auf *reddere oportere* gerichtet ist.[21] Vermutlich aber beruht dieses *oportere* nicht auf einem Gesetz, sondern auf der *fides*.[22] Allerdings wird in einem *responsum* des Paulus, in den referierten Akten eines Prozesses, der Satz aufgeführt, dass die Mitgift nach den Gesetzen (*ex legibus*) und dem Edikt gefordert wird.[23] Mit den *leges* als Rechtsquelle ohne nähere Bezeichnung ist gemeinhin die *lex Iulia et Papia* gemeint.[24] Wenn die augusteische Ehegesetzgebung damit auch nicht als ausschließliche Rechtsquelle genannt ist,[25] so kann man diese Aussage doch dahingehend deuten, dass die *lex Iulia et Papia* die *actio rei uxoriae* in entscheidender Weise umgeformt hat.

6 Die Frage des Ursprungs dieser Klage ist höchst umstritten: Am plausibelsten ist die Theorie, dass sie sich aus Stipulationen zur Restitution der Mitgift im Scheidungsfall entwickelt hat.[26] Zeitlich wird sich dies um die Zeit der punischen Kriege abgespielt haben, als Ehescheidungen auch ohne ein Verschulden der Ehefrau nach dem Vorgang des Carvilius Ruga erstmals zugelassen wurden – so zumindest nach der antiken Überlieferung, welcher der Großteil der Literatur folgt.[27] Dieser Theorie zufolge wäre die *actio rei uxoriae* durch die Aufnahme in das Edikt „zivilisiert" worden.

---

[18] *Bekker*, Aktionen (1873) 316; gleichsinnig *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 50.

[19] Beispiele etwa Val. Max. 7,7,4; 8,2,3.; Gell. 4,3,1–2; Cic. top. 19–20; Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66 pr.; Iav. 6 post. Lab. D. 23.5.18.1; Pomp. 16 Sab. D. 24.3.18 pr.; *Kaser/Hackl*, RZ 319 mit Fn. 52, spricht von „weitem richterlichem Ermessen".

[20] Das folgt aus dem *oportere*; zu dessen technischer Bedeutung *Kaser*, RZ 326–328; ebenso dezidiert *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 110.

[21] Gai. 10 ed prov. D. 17.2.66; Paul. 36 ed. D. 24.3.25.4; Paul. 18 ed. D. 12.2.30.2; *Kaser/Hackl*, RZ 319 mit Fn. 52 und ausführlich *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 204–236.

[22] *Kaser*, RZ 326 f.

[23] Paul. Frg. Vat. 112 *peto rem uxoriam Seiae nomine ab eodem ex legibus et edictis.*

[24] HS, s. v. lex, 1) a) b). Belege sind etwa: Ulp. 13 l. Iul. Pap. D. 1.3.31; Ulp. 19 l. Iul. Pap. D. 4.4.2; Marcell. 1 l. Iul. Pap. D. 23.2.49; Gai. 15 l. Iul. Pap. D. 34.9.10; Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.2.

[25] Dass Paulus sich hier auf die *lex Iulia et Papia* bezieht, ist auch die Meinung von *Lauria*, Matrimonio (1952) 99.

[26] *Kaser*, RP I 337 mwN.; so auch *Bechmann*, Dotalrecht I (1863) 72; grundlegend die Arbeit von *Söllner*, Actio rei uxoriae (1969); weitgehend vollständige Bibliographie bei *Varvarvo*, Acio rei uxoriae (2006) 87 f. mit Fn. 209.

[27] Gell. 4,3; 17,21,44; Dion. ant. 2,25,7. An der Authentizität zu zweifeln, wie *Karlowa*, RRG II 188

7 Die Formel der *actio rei uxoriae* ist nicht vollständig überliefert, sondern nur der auf das *aequius melius* gerichtete Teil. Es gibt dementsprechend zahlreiche Rekonstruktionsversuche,[28] deren bedeutendster und weithin akzeptierter der von Lenel ist:[29]

Si paret Numerium Negidium Aulae Ageriae dotem partemve eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit, eius iudex Numerium Negidium Aulae Ageriae condemnato; si non paret absolvito.

Wenn es sich erweist, dass NN der AA die Mitgift bzw. einen Teil derselben restituieren muß, auf das, was das Bessere und Billigere sein wird, auf das verurteile der Richter den NN der AA; wenn es sich nicht erweist, spreche er frei.“).

8 Der Formelbestandteil *partemve* gibt dem *iudex* die Möglichkeit, die Gegenrechte des Mannes zu berücksichtigen: Der Mann muss nicht zwingend die gesamte Mitgift restituieren; der *iudex* kann der Frau – den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragend – auch nur einen Teil derselben zusprechen.[30]

9 Neben dem von Paricio[31] ist der bedeutendste Rekonstruktionsversuch aus jüngerer Zeit der von Varvaro: Er plädiert mit guten Argumenten für eine die *pluris petitio* vermeidende *intentio incerta* und konsistenterweise dafür, dass das *aequius melius* in dieser auf ein *incertum* gerichteten *intentio* stand und nicht in der *condemnatio*.[32]

II. Aktivlegitimation

10 Voraussetzung der Mitgiftklage ist die Auflösung der Ehe durch Scheidung oder Tod. Ein bloßes *iurgium* (Ehekrach) erfüllt diese Voraussetzung nicht.[33] Gerät der Mann in Vermögensverfall, kann die Frau die Klage auch in aufrechter Ehe anstrengen (→ § 35 Rn. 54 f.).

1. Scheidung oder Tod des Mannes

11 Sofern die Frau bei Scheidung der Ehe nicht in der Gewalt ihres Vaters steht, ist sie aktivlegitimiert – unabhängig davon, wer die Mitgift bestellt hat.[34] Dasselbe gilt im Falle

---

das tut, sehe ich keinen Grund. Nachweise bei *Palazzolo*, Dos praelegata (1968) 31–36, und *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 88 f. mit Fn. 210.

[28] Siehe *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 20–28.

[29] *Lenel*, EP 305. Ihm folgen *Kaser*, RP I 337 Fn. 3; *Lauria*, Matrimonio (1952) 101 f.; *Mantovani*, Formule Nr. 48. Die Frage ist umfänglich aufgearbeitet von *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 270–274, der auch einen eigenen Rekonstruktionsvorschlag macht. Zu diesem kritisch und der konservativen Auffassung zuneigend *Burdese*, SDHI 75 (2009) 673–678. Aus jüngerer Zeit ebenfalls hierzu *Paricio*, FS Wacke 365–372.

[30] *Lauria*, Matrimonio (1952) 165.

[31] *Paricio*, FS Wacke 372.

[32] *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 270–274.

[33] Pap. 4 resp. D. 23.3.31.

[34] Ulp. reg. 6.6; Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.1; Ulp. 46 Sab. Frg. Vat. 269; Iust. C. 5.13.1.13 (a.530); dazu *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 297; *Lauria*, Matrimonio (1952) 90 f.

der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes.[35] Das Klagerecht der Frau[36] ist höchstpersönlich und geht nicht auf ihre Erben über, es sei denn, der Mann befinde sich infolge einer Mahnung[37] in Verzug.[38] Die Klage der Erben entspricht der *actio rei uxoriae* der verstorbenen Frau;[39] über die genaue Konstruktion des Klagerechts der Erben wissen wir nichts.

Steht die Frau in der Gewalt ihres Vaters und entstammt die Mitgift dem von ihr verwalteten Pekulium, so klagt sie selbst auf Restitution.[40] Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, entsteht eine eigentümliche Gemengelage, in welcher, wie man sich einer modernen Kategorie bedienend[41] sagen könnte, der Vater ‚aktionenberechtigt' und die Tochter ‚vermögensberechtigt' ist.[42] Aus prozessualer Sicht ist also primär der Vater aktivlegitimiert,[43] in zweiter Linie, bei Abwesenheit oder Wahnsinn des Vaters (und fehlender Disponibilität des Kurators)[44] die Tochter. **12**

Damit der Vater klagen kann, muss die Tochter allerdings einwilligen (*adiuncta filiae persona*),[45] wobei ihre Zustimmung vermutet wird.[46] Willkürlich darf sie ihre Zustimmung freilich nicht verweigern.[47] Klagt der Vater, ohne vor der Streiteinsetzung (*litis contestatio*) die Zustimmung der Tochter eingeholt zu haben,[48] so behält die Tochter das Klagerecht und kann es bei Erlangung der Rechtsfähigkeit gegen den Ehemann erneut geltend machen.[49] Stirbt die Tochter, steht die Klage dem Gewalthaber alleine zu;[50] dasselbe gilt im Falle einer Verminderung des Rechtsstatus (*capitis deminutio*).[51] Wird umgekehrt der Vater verbannt, so unterliegt das Klagerecht nicht der Konfiskation und fällt mit der ‚Vermögensberechtigung' der Tochter zusammen.[52] **13**

---

[35] Paul. 5 quaest. D. 24.3.44 pr.; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 97.

[36] *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 297 mit Fn. 3.

[37] Paul. Frg. Vat. 95; 112.

[38] Marcell. 7 dig. D. 24.3.57; Ulp. reg. 6.7; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 297 f.; *Kaser*, RP I 338. Die Rechtsnatur dieser Klage der Erben ist Spekulation; Nachweise hierzu bei *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 297 f.

[39] Gai. 11 ed. prov. D. 24.3.27.

[40] Pomp. 15 Sab. D. 23.3.24; *Lauria*, Matrimonio (1952) 91.

[41] Dazu die Monographie von *Schmidt*, Aktionsberechtigung (1969).

[42] Siehe etwa die Aussagen in Ulp. 35 Sab. D. 24.3.2.1: *ipsius et filiae dos est*; Paul 7 Sab. D. 24.3.3: *dote, quae communis est patris et filiae*; Iul. 54 dig. D. 46.3.34.6: *quia in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patri filia esset*. Ausführlich dazu *Stagl*, Favor dotis (2009) 282–288.

[43] Ulp. 46 Sab. Frg. Vat. 269; Ulp. 35 Sab. D. 24.3.2.1 u. Afr. 8 quaest. D. 24.3.34.

[44] Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.4,10,11.

[45] Ulp. 35 Sab. D. 24.3.2.1; Diocl./Max. C. 5.18.7 (a.294).

[46] Ulp. 35 Sab. D. 24.3.2.2.

[47] Das ergibt sich indirekt aus Ulp. 2 resp. D. 24.3.37 u. Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.6; a. A. *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 308–313.

[48] Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.5.

[49] Iul. 54 dig. D. 46.3.34.6.

[50] Afr. 6 quaest. D. 46.8.25 pr.

[51] *Argumentum e contrario* Ulp. 33 ed. D. 48.20.5.1.

[52] Pap. 4 resp. D. 24.3.42 pr.; Sev./Ant. C. 5.18.2 (a.207).

2. Tod der Frau

14 Wird die Ehe durch den Tod der Frau[53] aufgelöst, so ist hinsichtlich der Rückforderung danach zu unterscheiden, wer die Mitgift bestellt hat. Diese Unterscheidung hat deshalb große Bedeutung, weil der Besteller[54] die aus dem väterlichen Vermögen „hervorgegangene Mitgift" (*dos profecticia*) vom Mann herausfordern kann,[55] wenn die Tochter in aufrechter Ehe stirbt,[56] die aus dem Vermögen eines Dritten „hinzugekommene Mitgift" (*dos adventicia*) hingegen verbleibt in diesem Fall im Vermögen des Mannes.[57] Eine Ausnahme gilt, wenn der Mann die Frau ermordet: Diesfalls steht regelmäßig den Erben die Klage auf Herausgabe zu.[58]

15 Die Mitgift ist eindeutig *profecticia*, wenn sie aus dem Vermögen des Vaters stammt.[59] Bezüglich der aus dem Vermögen des Großvaters stammenden Mitgift ist die Quellenlage nicht eindeutig,[60] was vermutlich auf justinianische Interpolationen zurückzuführen ist.[61] Die Zeugnisse für eine enge Auslegung überwiegen freilich, so dass gegen den Großteil der älteren Literatur[62] davon auszugehen ist, dass nur die vom Vater bestellte Mitgift *profecticia* ist. In allen anderen Fällen ist sie *adventicia*,[63] unabhängig davon, wer sie bestellt.[64]

16 Die Klage auf Rückgewähr der *dos profecticia* richtet sich nicht unbedingt auf das Ganze: Der zur Restitution verpflichtete Ehemann kann für jedes Kind einen Fünftel der Mitgift zurückbehalten.[65] Stirbt die Frau und ist auch ihr Vater nicht mehr am Leben, so verbleibt die Mitgift dem Mann (*lucrum dotis*).[66] Strittig war hingegen die Frage, wie es sich verhält, wenn etwa der Großvater die Mitgift bestellt hatte, aber beim

---

[53] Das gilt auch, wenn dieser in Kriegsgefangenschaft eintritt: Pomp. 15 Sab. D. 24.3.10 pr. Wird die Ehe gelöst, um den väterlichen Aszendenten zu betrügen, hat dieser eine *actio utilis*: Iul. 2 Urs. Fer. D. 24.3.59.

[54] Auf *potestas* über die Tochter kommt es nicht an: Ulp. 34 ed. D. 24.2.5; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 316 f.

[55] Cels. 10 dig. D. 37.6.6.

[56] Ant. C. 5.18.4 (a.225); *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 316–319. Dies war indes ein wenig wahrscheinlicher Fall, da die Lebenserwartung der Frau zum Zeitpunkt ihrer ersten Ehe im Durchschnitt dreimal so hoch war wie die des Vaters; *Saller*, Patriarchy (1994) 209.

[57] Ulp. reg. 6.5. Dazu *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 319 f.

[58] Pomp. 15 Sab. D. 24.3.10.1.

[59] Auch die Putativ-Mitgift Pomp. 14 Sab. D. 23.3.6.1.

[60] Einerseits Ulp. 31 Sab. D. 23.3.5 pr. und andererseits Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 23.3.79 pr.; Cels. 10 dig. D. 37.6.6 *quaeritur*; Ulp. reg. 6.3–5; ausführlich *Lauria*, Matrimonio (1952) 94–97.

[61] Hier spricht vor allem Iust. C. 5.13.1.13–13c (a.530); so auch *Lauria*, Matrimonio (1952) 97. Das Thema harrt einer Untersuchung.

[62] *Bechmann*, Dotalrecht II (1867) 423 f.; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 314; *Guarino*, FS Koschaker II 55 f.; *Kaser*, RP I 334.

[63] Ulp. reg. 6.3.

[64] Ulp. 31 Sab. D. 23.3.5.11; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 315 f.

[65] Ulp. reg. 6.4; Paul. 8 resp. Frg. Vat. 108; *Kaser*, RP I 339.

[66] Ulp. reg. 6.4. Das gilt auch für eine *capitis deminutio maxima:* Ulp. 33 ed. D. 48.20.5 pr.

Tod der Enkeltochter seinerseits nicht mehr am Leben war: Ging das Klagerecht auf den Sohn über – in diesem Sinne Celsus[67] – oder nicht – so Servius und in seinem Gefolge Labeo?[68]

Hat sich der Vater (oder väterliche Aszendent) die Restitution der Mitgift nicht durch Stipulation versprechen lassen, steht ihm die *actio rei uxoriae* (*adiuncta filiae persona*) bezüglich der *dos profecticia* zu; diese Klage ist nicht vererblich,[69] es sei denn, so ist zu vermuten, der Schuldner befand sich in Verzug.[70] **17**

Vermeiden kann der Mitgiftbesteller diese Probleme nur, indem er sich die Rückgabe im Todesfall stipulationsweise (*cautio*) versprechen lässt. In diesem Fall spricht man von der aus dem Vermögen des Mannes ‚rückfallenden Mitgift' (*dos recepticia*).[71] Dem Mitgiftbesteller steht in dieser Konstellation nicht die *actio rei uxoriae*, sondern die *actio ex stipulatu* zu. **18**

Der Mann kann die Mitgift in bestimmten Fällen kraft des Gesetzes (→ § 35 Rn. 128) oder der Vereinbarung lukrieren (*lucrum dotis*). Das *lucrum* geht einer Erbeinsetzung durch die Frau vor, so dass es nicht in die falzidische Quart gerechnet wird;[72] auch die Regeln über die *decimae* finden keine Anwendung, beziehen sich diese doch auf Testamente.[73] **19**

Im Falle einer Mesalliance (*impar matrimonium*) kann es dazu kommen, dass das *lucrum* kaduk wird;[74] die Regeln der Indignität (welche z. B. eintritt, wenn der Mann den Mord an seiner Frau nicht verfolgt) gelten auch bezüglich des *lucrum*.[75] Derjenige, welcher die Mitgift lukriert – dies können auch der Vater oder der Extraneus sein –,[76] ist außerdem verpflichtet, die Bestattungskosten der Frau zu tragen. **20**

III. Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist die Person, welcher die Mitgift bestellt ist,[77] also nicht einfach der Ehemann. Dieser banal klingende Grundsatz hat komplizierte Konsequenzen: Wurde die Mitgift dem gewaltfreien Ehemann bestellt, so richtet sich die *actio rei uxoriae* gegen ihn, sofern er bei der Litiskontestation noch *sui iuris* ist, und im Falle seines Todes gegen seine Erben entsprechend deren Erbquoten.[78] Im Falle einer *capitis deminutio* wird fingiert, dass diese nicht stattgefunden habe.[79] **21**

[67] Cels. 10 dig. D. 37.6.6.
[68] Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 23.3.79. Dazu auch *Stagl*, Favor dotis (2009) 138 f.
[69] Cels. 10 dig. D. 37.6.6; Alex. C. 5.12.6 (a.236).
[70] *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 317.
[71] Ulp. reg. 6.5.; Gai. 8 ed. prov. D. 39.6.31.2; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 374.
[72] Ven. 13 stip. D. 35.2.6.
[73] Ulp. reg. 15.1.
[74] Ulp. reg. 16.4; Pap. 32 quaest. D. 23.2.61.
[75] Her. 3 iur. epit. D. 34.9.20; Ulp. 34 ed. 49.14.27.
[76] Ulp. 25 ed. D. 11.7.16,22.
[77] So pointiert *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 321.
[78] Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.12; zum Todesfall s. auch Diocl./Max. C. 5.18.9 (a.294).

22 Ist der Ehemann, dem die Mitgift bestellt worden ist, ein *filius familias*, so bestehen zwei Klagemöglichkeiten: Einmal gegen seinen Vater mit einer *actio adiecticiae qualitatis*[80] und einmal gegen den Ehemann selbst mit der *actio rei uxoriae.*[81]

23 Ist die Mitgift hingegen dem Gewalthaber des Ehemannes bestellt, so richtet sich die *actio rei uxoriae* gegen diesen bzw. dessen Erben.[82] Ein besonderes Problem entsteht, wenn der Gewalthaber, dem die Mitgift bestellt worden ist, in aufrechter Ehe des Sohnes stirbt: Ist der Sohn *heres ex asse*, tritt er an die Stelle seines Vaters und die *actio rei uxoriae* richtet sich nun gegen ihn.[83] Ist der Ehemann nur zum Teil Erbe, so kann er die Mitgift von den übrigen Erben (unter Anrechnung ihres Werts) vorwegnehmen (*praecipere*).[84] Ist der Sohn enterbt und wird ihm die Mitgift auch nicht vermacht, so hat er ein mittels einer *actio utilis* durchzusetzendes Präzeptionsrecht.[85]

24 Ein Präzeptionsrecht besteht auch bei der Auflösung einer *societas omnium bonorum.*[86] War die Mitgift dem Vater bestellt worden und hat dieser den Sohn enterbt, so kann er ihm die Mitgift vermachen; die Passivlegitimation des Erben geht auf den Legatar-Ehemann insoweit über, als er eine Kaution des Inhalts leistet, den Erben von der Dotalklage freizustellen.[87]

IV. *Beneficium competentiae* und *quintae*

25 Die Haftung des Ehemannes[88] und seines Gewalthabers[89] hinsichtlich der Restitution der Mitgift wird durch das *beneficium competentiae* (→ Rn. 35) gemildert.[90] Einer Berücksichtigung des *beneficium* durch eine besondere, die Höchstgrenze festlegende *taxatio* bedurfte es wohl nicht – durch den Formelbestandteil des *aequius melius* konnte die Begrenzung bereits ausreichend berücksichtigt werden.[91] Die Erben der genannten Personen können dieses Privileg[92] nicht in Anspruch nehmen,[93] es sei denn, es handele sich um die Kinder der Frau, deren Mitgift herausgefordert wird.[94]

---

[79] Gai. 4.38.

[80] Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.12; Tryph. 12 disp. D. 24.3.53; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 321.

[81] Paul. 36 ed. D. 24.3.25 pr; Tryph. 12 disp. D. 24.3.53.

[82] Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.12.

[83] Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.12. i. f.; Iul. 18 dig. D. 35.2.85.

[84] Iul. 8 dig. D. 10.2.51 pr.; Ulp. 19 ed. D. 10.2.20.2; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 322–329; ausführlich hierzu *Lauria*, Matrimonio (1952) 168–171.

[85] Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.9.

[86] Paul. 32 ed. D. 17.2.65.16; Gai. 10 ed. prov. D. 17.2.66; *Lauria*, Matrimonio (1952) 168.

[87] Ulp. 19 Sab. D. 33.4.1.7,10.

[88] Ulp. 36 Sab. D. 24.3.12; Paul. 7 Sab. D. 24.3.13; Ulp. 1 inst. D. 24.3.28; Scaev. 2 quaest. D. 24.3.43; Paul. iur. sing. sing. D. 24.3.54.

[89] Paul. 7 Sab. D. 24.3.15.2.

[90] Dazu jetzt *Prado Rodriguez*, REHJ 34 (2012) 103–126.

[91] *Kaser/Hackl*, RZ 316 mit Fn. 35; weitere Angaben bei *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 35 mit Fn. 62.

[92] ~~Das Privileg geht im Falle böser Absicht des Mannes verloren: Pomp. 16 Sab. D. 24.3.18 pr.~~

[93] Tryph. 12 disp. D. 24.3.53.

Es bedarf keiner besonderen *exceptio*, um das *beneficium competentiae* geltend zu machen, vielmehr ist dieses Haftungsprivileg der *actio rei uxoriae* mit ihrem besonderen Billigkeitsmaßstab des *aequius melius* inhärent,[95] was sich im Umkehrschluss auch daraus ergibt, dass es bei Erhebung der *actio ex stipulatu* gerade nicht zugänglich ist.[96] Ob überdies ein Abzug von der Dotalforderung geltend gemacht werden kann, dass der Ehemann im Ergebnis keine Not leidet (*ne egeat*),[97] ist aufgrund der Quellenlage zweifelhaft.[98] **26**

Die Klage auf Rückgewähr der *dos profecticia* richtet sich nicht unbedingt auf das Ganze: Der zur Restitution verpflichtete Ehemann kann für jedes Kind ein Fünftel der *dos* zurückbehalten (sog. *quintae*).[99] **27**

V. Erlöschen der Klage

Die Klage erlischt, wenn sich die Ehegatten versöhnen.[100] **28**

VI. *Actio ex stipulatu*

Sowohl die Frau als auch der Vater und ein Dritter[101] können sich die Rückgewähr der Mitgift seitens des Mannes stipulationsweise versprechen lassen. Grund hierfür kann die Erweiterung des Kreises der Klageberechtigten sein, die Ausschaltung des Mitspracherechts der Tochter (*actio rei uxoriae adiuncta filiae persona*), die Vermeidung des Regimes des *edictum de alterutro* und vor allem die Vererblichkeit der Klage, ein Effekt, der bei der *actio rei uxoriae* nur im Verzugsfalle eintritt (→ Rn. 34).[102] In diesem Fall wird das Dotalverhältnis – soweit abdingbar und abbedungen– aus dem Regime des gesetzlichen Dotalrechts gehoben und in das Regime der Stipulation überführt. Damit ist die statthafte Klage jene aus der Stipulation (*actio ex stipulatu*).[103] **29**

Im Wesentlichen gibt es zwei Formen der Dotalstipulation:[104] Entweder lässt sich der Stipulator die Mitgift in der Form *quod iudicio rei uxoriae consecutura esset* verspre- **30**

[94] Pomp. 16 Sab. D. 24.3.18 pr.
[95] So überzeugend *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 333.
[96] Das ergibt sich aus dem Bericht Justinians: Iust. C. 5.13.1.7 (a.530).
[97] Paul. 6 Plaut. D. 50.17.173 pr.
[98] *Wacke*, St. Metro VI 471–476.
[99] Ulp. reg. 6.4; Paul. Frg. Vat. 108.
[100] Ulp. 36 Sab. D. 24.3.19; auch Marcell. 3 l. Iul. Pap. D. 23.2.33.
[101] Auch hier ist die Frau „vermögensberechtigt“ und kann die Klage aus der Stipulation mittels *actio mandati* herausverlangen: Paul. 7. resp. D. 33.4.11; *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 365.
[102] *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 205 f.
[103] Dass dieser Begriff klassisch ist, wird heute nicht mehr bezweifelt; anders noch *Schulz*, CLR 478.
[104] Zur *simpliciter* bestellten Mitgift siehe *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 367, der sie als eigene Kategorie begreift und sich hierfür auf Paul. 1 imp. sent. cogn. prol. D. 50.16.240 und Paul. 7 Plaut.

chen,[105] d. h. das gesamte Dotalregime wird in das Regime der Stipulation überführt, oder er lässt sich die Restitution einzelner Dotalgegenstände versprechen.[106]

31 Die *actio ex stipulatu* unterscheidet sich in prozessualer Hinsicht erheblich von der *actio rei uxoriae*: Sie ist keine familienrechtliche bzw. öffentlich-rechtlich überformte Klage, sondern ein gesellschaftspolitisch neutrales Rechtsinstrument. Wie andere Klagen aus der Stipulation auch, ist sie strengen Rechts, was bedeutet, dass Einreden in die Formel aufgenommen werden müssen.[107]

32 Ist die Frau *filia familias*, steht die Klage dem Vater zu und fällt in seinen Nachlass, an welchem die Frau als normale Erbin partizipiert.[108] Die Regeln der *actio adiuncta filiae persona* finden also keine Anwendung,[109] ebensowenig die Regeln über die *collatio dotis*.[110] Passivlegitimiert sind der *promissor* und seine Erben.[111]

33 Wesentlicher Unterschied zwischen dem gesetzlichen Dotalregime und dem stipulatorischen ist derjenige, dass die *actio ex stipulatu* im Gegensatz zur *actio rei uxoriae* regelmäßig vererblich ist.[112] Die (gesetzlichen) Restitutionstermine gelten nur bei entsprechender Vereinbarung.[113]

VII. Das *privilegium exigendi*

34 Der Frau kommt eine gesetzliche Absicherung des Dotalanspruchs in der Form des sog. *privilegium exigendi* zugute, nach welchem sie gegenüber den übrigen Konkursgläubigern des Mannes bevorzugt behandelt wird.[114] Dieses Vorzugsrecht erstreckt sich auf die *actio rei uxoriae* und wohl auch auf die *actio ex stipulatu*.[115] Ihre Grundlage hat diese

---

D. 24.3.56 stützt. Diese Stellen geben den behaupteten Inhalt nicht her, die Kategorie bleibt unklar und ergibt wenig Sinn.

[105] Dies ergibt sich aus Iav. 7 epist. D. 31.41.1.

[106] Iav. 7 epist. D. 31.41.1. u. Diocl./Max. C. 6.44.5 (a.294) ohne nähere Bestimmung; Alex. C. 6.44.3.1 (a.223) mit näherer Bestimmung. Wie hier *Bechmann*, Dotalrecht II (1867) 358–360. Anders unter Bezugnahme auf Schelt. B V, Schol. 1 zu Basil. 29.1.119 (= Heimb. III 449), *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 207 f.

[107] Iust. C. 5.13.1.2 (a.530); *Bechmann*, Dotalrecht II (1867) 346.

[108] Ulp. 3disp. D. 24.3.29.

[109] Siehe Iust. C. 5.13.1.11 u. Iust. C. 5.13.1.14 (a.530).

[110] Iust. C. 5.13.1.12 (a.530). Dagegen Ulp. 40 ed. D. 37.7.1.1: Offenbar bestand in diesem Punkt eine Meinungsverschiedenheit.

[111] Iust. C. 5.13.1.10 (a.530).

[112] Iust. C. 5.13.1.7 (a.530).

[113] Iust. C. 5.13.1.7 (a.530).

[114] Dieses *privilegium* ergibt sich aus Paul. 4 quaest. D. 15.1.52.1; Her. 5 iur. epit. D. 23.3.74; Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.13; Ulp. 63 ed. D. 42.5.17.1 und Ulp. 63 ed. D. 42.5.19 pr.; Paul. 60 ed. D. 42.5.18; Sev./Ant. C. 7.74.1 (a.209).

[115] Dies ergibt sich aus einem Gegenschluß zu Paul. 24 quaest. D. 46.2.29; ebenso *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 407; *Solazzi*, Concorso III (1940) 166; a. A. *Girard/Senn*, Manuel 1019 Fn. 5, der den

Privilegierung im *favor dotis*.[116] Dementsprechend steht das *privilegium* nur der Frau und nicht ihren Erben zu;[117] auch ihr Vater kann sich wohl nicht darauf berufen.[118]

Hat eine Verlobte ihrem Bräutigam zum Zweck der Mitgiftbestellung Sachen übertragen und wird die Ehe nicht geschlossen oder kommt die Ehe wegen altersbedingter Eheunfähigkeit des Mädchens nicht zustande, so kann sie die Mitgift kondizieren. Um des *favor dotis* willen sei diese Klage nach akzeptierter Meinung der Juristen (*placuit*) durch dasselbe *privilegium* geschützt wie die *actio rei uxoriae*.[119] 35

Inhaltlich besteht das *privilegium* in einer Bevorrechtung gegenüber den *chirographii creditores* im Konkurs.[120] Die Nichtprivilegierten werden erst dann befriedigt, wenn die Bevorrechtigten in voller Höhe befriedigt worden sind.[121] Zu den solchermaßen bevorzugten Gläubigern rechnet man wohl subsidiär, d. h. nach dem Fiskus und den zur Forderung von Bestattungskosten Berechtigten, auch die Frau im Hinblick auf die Rückforderung der Mitgift.[122] Möglicherweise gewährte das *privilegium exigendi* sogar ein Aussonderungsrecht.[123] 36

Konkurrieren der Fiskus und die Ehefrau um das Vermögen des Mannes, so obsiegt die Frau.[124] 37

VIII. Justinianische Reform: Die *actio de dote*

Hauptstück der justinianischen Reform[125] ist die Konstitution *De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita* vom 1. November 530.[126] Dabei handelt es sich der dogmatischen Konstruktion nach um einen Ver- 38

---

genannten Schluß aus der *lex citata* gerade nicht zieht. Aufgrund der dünnen Quellenlage läßt sich die Frage nicht eindeutig beantworten, doch scheint es mir generell so zu sein, dass zwischen beiden Klagen schon vor Justinian kein allzu großer Unterschied bestand, dies nicht zuletzt deshalb, da viel dafür spricht, dass sich das Regime des Dotalrechts aus vertraglicher Praxis entwickelt hat.

[116] Her. 5 iur. epit. D. 23.3.74; *Stagl*, Favor dotis (2009) 261 f.

[117] Sev./Ant. C. 7.74.1 (a.209) u. Ulp. 63 ed. D. 42.5.19.

[118] *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 406.

[119] Her. 5 iur. epit. D. 23.3.74: So verstehen diesen Text auch *Kaser/Hackl*, RZ 403 Fn. 13.

[120] Der Name erklärt sich daher, dass diese regelmäßig durch einen Schuldschein ausgewiesen waren; *Kaser/Hackl*, RZ 402 Fn. 6.

[121] Paul. 1 sent. D. 42.5.38.1; Diocl./Max. C. 7.72.6 pr.; *Kaser/Hackl*, RZ 402.

[122] Vgl. Fn. 115. Wegen der justinianischen Änderungen in Iust. C. 5.12.30 (a.529); Iust. C. 5.13.1.1b (a.530) und Novell. Iust. 97.2–4 kann man den klassischen Zustand nur aus der justinianischen Gesetzgebung selbst und verstreuten Belegen zu Sonderfällen erschließen.

[123] Kardinalstelle ist Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.13. Weiter sprechen dafür Honor./Theodos. C. 5.18.11 (a.422); Leo/Anthem. C. 5.9.6.3 (a.472). Dafür *Bechmann*, Dotalrecht II (1867) 464–468, dagegen *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 408–411.

[124] Dec. C. 5.12.9. (a.250).

[125] *Tripiccione*, Actio rei uxoriae (1920).

[126] Iust. C. 5.13.1 (a.530). Siehe dazu *Goria*, Atti Provera 203–301.

such, die aus der Kautelarpraxis hervorgegangene *actio ex stipulatu* von Gesetzes wegen für verbindlich zu erklären, ob nun eine Stipulation vorliegt oder nicht,[127] und der Sache nach um eine Verschmelzung von Elementen der *actio ex stipulatu* und der *actio rei uxoriae*. Das Produkt nennt Justinian *actio de dote*.[128]

39 Wesentliches Charakteristikum dieser neuen Klage ist ihre Vererblichkeit.[129] Folgende weiteren Punkte der Reform sind hervorzuheben: Justinian erklärte die *actio de dote* zum *bonae fidei beneficium* (sic!),[130] was als dogmatische Klarstellung zu begreifen ist.[131] Dies bedeutet im Einzelnen: Die *actio de dote* ist vererblich, es kommt also nicht auf den Verzug des Mannes an;[132] die Position der Tochter gegenüber dem gewalthabenden Vater wird gestärkt;[133] die Retentionen werden abgeschafft,[134] wovon eine Ausnahme für die *retentio propter impensas necessarias* gilt, wie sich aus den Digesten[135] und sogar den Institutionen[136] ergibt. Die Rechtsentwicklung bezüglich der moralischen Retentionen spaltet sich zwischen West- und Ostrom.[137]

40 Vor dem Hintergrund der Verschmelzung der beiden Klagen stellt sich die Frage, welche Bedeutung Dotalstipulationen dann überhaupt noch hatten. Dem Grundsatz nach werden das Vorliegen und die Ausgestaltung der Dotalstipulation gleichgültig.[138] Die Stipulation bleibt allerdings weiterhin im Hinblick auf eine *acceptilatio* wichtig.[139] Ein fortbestehender Anwendungsbereich verbleibt ihr außerdem in Fällen, auf die sich die Konstitution C. 5.13 nicht bezieht: So z. B. für den Extraneus, der sich die Rückgabe stipulieren lassen muss, da ansonsten die Frau Anspruch auf die von ihm bestellte Mitgift hat,[140] oder für den Aszendenten,[141] oder für die eine Mitgift bestellende Frau in bestimmten Fällen.[142]

---

[127] Bei Nichtvorliegen wird sie fingiert: Iust. C. 5.13.1 pr. (a.530).

[128] In seiner Konstitution aus dem Jahre 530 (C. 5.13.1 pr.) nennt Justinian sie *actio ex stipulatu*. Um eine Verwechslung mit der klassischen *actio ex stipulatu* zu vermeiden, wird hier der Ausdruck *actio de dote* verwendet. Dieser ist wohl in den Digesten wie im Codex (Sev./Ant. C. 7.74.1 [a.209]) durchgehend an die Stelle von *actio rei uxoriae* gesetzt.

[129] Ausführlich *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 377–383.

[130] Iust. C. 5.13.1.2 (a.530).

[131] Forschungsgeschichtlich ist das der Ansatzpunkt dafür gewesen, die *actio rei uxoriae* gerade nicht als solche zu charakterisieren.

[132] Iust. C. 5.13.1.4 (a.530).

[133] Ausführlich *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 378–382.

[134] Iust. C. 5.13.1.5 (a.530).

[135] Ulp. 36 Sab. D. 25.1.5 pr.; Paul. 6 Plaut. D. 23.3.56.3.

[136] Inst. 4.6.37.

[137] *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 384–387.

[138] So auch die Einschätzung von *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 397.

[139] Ulp. 1 fideic. D. 32.1.3.

[140] Iust. C. 5.13.1.13a (a.530).

[141] Dafür *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 398; dagegen *Bechmann*, Dotalrecht II (1867) 375 f.

[142] *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 399.

Eine vorhergehende Konstitution Justinians bringt eine Flexibilisierung des Urkundenbeweises mit sich: Ein *instrumentum dotale,* das, wie üblich, eine Empfangsbestätigung der Mitgift enthält, schließt die *exceptio non numeratae pecuniae* des Mannes nicht aus.[143] **41**

Neben der *actio de dote* gibt Justinian der Frau auch eine *actio (hypothecaria) in rem* zur Wiedererlangung ihrer Mitgift, was vor allem den Zweck hat, sie gegenüber den übrigen Gläubigern des Mannes abzusichern. Dogmatisch begründet wird dies damit, dass die Mitgift auch während der Ehe im Eigentum der Frau verbleibt.[144] In diesen Zusammenhang gehört es auch, dass Justinian der Frau an den Gütern des Mannes eine privilegierte Generalhypothek verschafft.[145] **42**

[143] Iust. C. 5.15.3 (a.528). Ausführlich dazu *Czyhlarz*, Dotalrecht (1870) 400–403.

[144] Iust. 5.12.30 pr. (a.529); dazu *Goria*, Atti Provera 219–239.

[145] Iust. C. 5.13.1.1b – d (a.530). Das hat seine Wurzel in dem Schutz einer privatautonom vereinbarten Hypothek an Mitgift, Parapherna und Morgengabe: Iust. C. 5.12.29 (a.528); dazu *Goria*, Atti Provera 206–210.

§ 90 Klagen aus Innominatverträgen (*actiones praescriptis verbis*)

Ulrike Babusiaux

Accarias, Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au digeste, 1866; *De Francisci*, Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosidetti contratti innominati, I, 1913. II, 1915; *Meylan*, Origine et nature de l'action praescriptis verbis, 1919; *Santoro*, Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis et praescriptio, in: Studi in onore di Cesare Sanfilippo IV, 1983, 681–717; *Santoro*, Il contratto nel pensiero di Labeone, AUPA 37 (1983) 5–304; *Burdese*, Sul riconoscimento civile dei c. d. contratti innominati, Iura 36 (1985) 14–69; *Gallo*, Synallagma e conventio nel contratto, I, 1992. II, 1995; *Artner*, Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren, 2002; *Schmidlin*, Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die *actio praescriptis verbis*, SZ 124 (2007) 53–93; *Sciandrello*, Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano, 2011.

Inhalt Rn.

I. Allgemeines zur *actio praescriptis verbis* 1
1. Zum Begriff der Innominatkontrakte 3
2. Formulare Fragen der *actio praescriptis verbis* 8
a. Zum Ursprung der Bezeichnung 8
b. Synonyme Begrifflichkeiten: *actio in factum civilis*, *actio civilis incerti* 11
c. Der doppelte formulare Ursprung der *actio praescriptis verbis* 15
3. Zu Klageinhalt und Funktion der *actio praescriptis verbis* 18
II. Die Anwendungsfälle der *actio praescriptis verbis* 20
1. Die Klage im Zusammenhang mit kaufvertraglichen Sachverhalten 21
a. *Ad inspiciendum dare* 21
b. Atypische Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Kauf 24
2. Tauschvertrag und *actio praescriptis verbis* 25
a. Der Schulenstreit um die Rechtsnatur der *permutatio* 25
b. Der Nutzungstausch 27
c. Uneigentliche Tauschverhältnisse im Zusammenhang mit Teilungsklagen 29
3. Der Sonderfall des *aestimatum* (Trödelvertrag) 32
4. Situationen der *datio* mit Zweckbestimmung 39
a. Sachüberlassung an Dritte 40
b. Kreditähnliche Verträge 42
c. Überlassung von Sklaven zu verschiedenen Zwecken 44
5. Weitere Einzelfälle 47

a. Mitgift 48
b. Bittleihe (*precarium*) 49
c. *Donatio sub modo* 51
III. Zur Entwicklung der *actio praescriptis verbis* bis Diokletian 54
1. Labeo als Schöpfer der *actio praescriptis verbis* 55
2. Aristo und die *permutatio* 59
3. Die Ausprägung der *actio praescriptis verbis* durch Celsus, Julian und Pomponius 61
4. Die Entfaltung der *actio praescriptis verbis* zur Zeit der Severer 68
a. Papinian 69
b. Paulus 72
c. Ulpian 77
5. Zur *actio praescriptis verbis* in der Reskriptenpraxis 81
a. Severerzeit und Soldatenkaiser 82
b. Diokletian und Maximinian 87
IV. Zur Entwicklung der *actio praescriptis verbis* nach Diokletian 90
1. Fehlende Ermittelbarkeit für die Zeit vom 4. bis 6. Jh. 91
2. Die *actio praescriptis verbis* in der byzantinischen Rechtslehre 93
V. Die *actio praescriptis verbis* in der justinianischen Kodifikation 99
1. Zum Aufbau des Titels D. 19.5. 102
2. Ausmaß und Grenzen der justinianischen Veränderungen 105

I. Allgemeines zur *actio praescriptis verbis*

Als *actio(nes) praescriptis verbis* (*apv*) werden Klage(n) bezeichnet, die zur Durchsetzung von Vereinbarungen dienen, die außerhalb des ediktalen Schemas stehen.[1] Die Gleichsetzung von Innominatkontrakt und *apv* stellt eine Vereinfachung dar, weil die *apv* erstens nicht nur atypische Verträge erfassen, sondern auch „quasivertragliche" Haftung und sogar „quasideliktisches" Verhalten (→ Rn. 31, 40, 43, 53, 101). Zudem sind die *apv* – wie die Vielzahl an synonymen Begriffen, die sich untereinander widersprechen, zeigt – selbst kein einheitliches formulares Gebilde (→ Rn. 11–17). **1**

Die Erforschung der *apv* hat unter übertriebenen Interpolationsverdächtigungen gelitten, die sich aus einem falsch verstandenen „Typenzwang" im römischen Vertragsrecht speisten (→ Rn. 4); erst die jüngere Forschung zum römischen Prozessrecht konnte die meist konzeptionellen Hindernisse und dogmatischen Überzeichnungen beseitigen (→ Rn. 6). Dennoch sind weiterhin vielen Einzelfragen offen, wobei vor allem der Widerhall der *apv* in der dokumentarischen Praxis einer vertieften Untersuchung bedürfte.[2] **2**

[1] *Arangio-Ruiz*, Ist. 315–320; *Kaser*, RP II § 135, 580–583; zuletzt *Zarro*, Nova negotia (2018), dazu Babusiaux, SZ 138 (2021) 751–756.

[2] Vgl. *Jakab*, SZ 123 (2006) bes. 81–87; zum griechischen Kontraktsschema, das sich in der römischen Lehre von den Innominatkontrakten verwirkliche, vgl. *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 78–84.

1. Zum Begriff der Innominatkontrakte

3 Der Begriff des Innominatkontraktes (contrat innommé, contratto innominato) entstammt der oströmischen Schultradition wie dem mittelalterlichen gelehrten Recht, die beide eine Aussage aus Ulpians Kommentar zum Edikt *de pactis* verallgemeinern.[3] Der severische Jurist hebt hervor, dass die *conventio* nicht nur jede (formlose) Übereinkunft (*pactum*) erfasse, sondern als Synonym für den Konsens allen vertraglichen Vereinbarungen zugrundeliege.[4] Aus dieser Definition leitet er einen Unterschied zwischen benannten und unbenannten Verträgen ab: *Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem* (Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.4).[5]

4 Diese „nominalistische" Betrachtung[6] und ihre spätere Tradition hat auch die romanistische Forschung bis heute geprägt, die für das Recht der Prinzipatszeit vom „Nominatprinzip" spricht[7] und darunter den Typenzwang für die Klagbarkeit von Konsensualkontrakten versteht.[8] In der Tat sind nur die im Edikt typisierten[9] Konsensualkontrakte *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum*, *societas* einklagbar; eine im Typus abweichende Vereinbarung kann als *pactum nudum* [10] nicht selbstständig eine Klage begründen (→ § 24 Rn. 9).

5 Aus dieser, im Grundsatz zutreffenden Annahme einer begrenzten Anzahl klagbarer Verträge hat die Interpolationenforschung[11] durch Überzeichnung das bis heute nachwirkende Vorurteil konstruiert, die *apv* – verstanden im Sinne einer allgemeinen Ver-

---

[3] Zur oströmischen Schule → Rn. 91–96; zum Mittelalter, vgl. *Lepsius*, s. v. Innominatkontrakt, HRG II 1225 f. und *Jakobs*, Hugolinusglossen (2017) bes. 427–451.

[4] Zu Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.3 vgl. *Grosso*, St. Volterra I 55–61; *Burdese*, SemCompl. 5 (1993) 63–66; *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 57–59; *Meyer-Pritzl*, Mél. Schmidlin 101–106. Man könnte Cels. 8 dig. D. 19.5.2 *nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est* als einen Vorläufer ansehen.

[5] Vgl. auch Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.1 *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus* …, dazu *Santoro*, AUPA 37 (1983) 207–227 mit 208 Fn. 116 zur Lit.; *Burdese*, Hom. Murga Gener 65 f.; *Meyer-Pritzl*, Mél. Schmidlin 107–111; *Dalla Massara*, Causa (2004) 77–110; *Cannata*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 192 f.

[6] Anders *Magdelain*, Consensualisme (1958) 31–34; *Santoro*, AUPA 37 (1983) 211–213; zum funktionalen Charakter der Vertragsbezeichnungen, vgl. *Santoro*, in: Vacca, Causa (1997) 91; zum Einfluss der antiken Grammatik vgl. *Mantello*, SDHI 61 (1995) bes. 220–253 (= *ders.*, Variae I bes. 428–461).

[7] Vgl. *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 53–93; zu *conventiones iuris gentium* in Ulp. 4 ed. D. 2.14.7 pr., vgl. *Santoro*, AUPA 37 (1983) 256 f.

[8] Vgl. *Betti*, FS Wenger I 253–256; Entwicklungshypothesen bei *Talamanca*, ACop. IV 35–108; eine Synthese bei *Corbino*, Formalismo (1994).

[9] Zum Ediktsssytems, vgl. *Kranjc*, SZ 106 (1989) 435 f.; zu den Vertragstypen, vgl. Gai. 3.89, dazu *Grosso*, Sistema (1963) 73–109 mwN.; zur Entwicklung, vgl. *Voci*, Dottrina (1946) 165 f.

[10] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.4 *nuda pactio obligationem non parit*, dazu *Magdelain*, Consensualisme (1958) 45–48.

[11] Zur Forschungsgeschichte, vgl. *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 10–53.

tragsklage – sei systemfremd, und stamme erst von Justinian oder den oströmischen Rechtsschulen.[12] Diese These stößt sich schon daran, dass sich die zu den Basiliken überlieferten Scholien in Abweichung vom justinianischen Zivilprozessrecht zur Formelgestalt der Klage äußern und dabei offensichtlich auf das Material der früheren Zeit rekurrieren.[13]

Vor allem aber hat das seit den Urkundenfunden zu Beginn des 20. Jh. gewachsene Verständnis des römischen Prozessrechts die These einer justinianischen Erfindung der *apv* widerlegt:[14] So zeigen die dokumentarisch gestützten Erkenntnisse zum Verfahrensabschnitt *in iure*,[15] dass der Prätor und Parteien jederzeit die Möglichkeit hatten, eine neue Klageformel zu konzipieren (→ § 12 Rn. 31). Diese Rechtsschöpfungsmacht des Gerichtsmagistraten wurde auch die Ediktsredaktion unter Hadrian (130 n. Chr.) nicht aufgehoben,[16] da noch in der Severerzeit neue Klagen in Auslegung oder Fortführung ediktaler Rechtsbehelfe[17] entwickelt wurden (→ § 3 Rn. 17–20). **6**

Der quellenmäßige Begriff *apv* ist nicht deckungsgleich mit der Unterscheidung von benannten Verträgen und Innominatkontrakten: So schützt die *apv* nicht nur atypische Vereinbarungen, sondern kann jede von einer *datio* begleitete Zweckbestimmung, sanktionieren.[18] Umgekehrt ist die *apv* nicht der einzige Weg, um atypische Verträge im Klagewege durchsetzen. Vielmehr wird alternativ oder kumulativ auch die Vertragsklage selbst,[19] eine zur Vertragsklage analoge Klage oder die subsidiäre *actio de dolo* gewährt.[20] **7**

[12] Vor allem *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913); Συνάλλαγμα II (1916) (mit Überblick über alle relevanten Quellen); übertrieben kritisch auch *Lenel*, EP 300–302 zum *aestimatum*. Einen ausführlichen Überblick über die Literatur bis Anfang des 20. Jh. bei *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 10–89, ferner *Burdese*, Iura 36 (1985) 14–69; zutreffend *Kranjc*, SZ 106 (1989) 435.

[13] Vgl. *Osuchowski*, Symb. Taubenschlag III 455–465; skeptisch *Jakobs*, Hugolinusglossen (2017) 410–427.

[14] Vgl. *Mantovani*, Mél. Humbert 551 f.

[15] *Bürge*, SZ 112 (1995) 1–50; zur *apv*, vgl. *Kranjc*, SZ 106 (1989) 441 f.

[16] Zur Bedeutung der Ediktsredaktion für die Frage, vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 149–156 mwN.; allgemein *Mantovani*, in: Lévy, Codification (2000) 257–272.

[17] Vgl. Const. Tanta 18 … *Hadrianus … definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas, …*, dazu 469 mit Fn. 38.

[18] Zum Beispiel eine testamentarische Verfügung mit Auflage, vgl. Ulp. 19 ed. D. 10.2.18.2; Ulp. 19 ed. D. 10.2.20.3; andere Fälle: Iav. 13 epist. D. 19.5.10; Ulp. 41 Sab. D. 19.5.14; Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 19.5.23.

[19] Vgl. Ulp. 11 ed. D. 18.1.50, der gegenüber Labeo, welcher die *apv* erteilt, die *actio venditi* gewährt; ferner Vivianus bei Ulp. 28 ed. D. 19.5.17 pr.

[20] Zur *actio de dolo*, vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.3; Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.2; Ulp. 42 Sab. D. 19.5.15. Zu diesem Anwendungsfall der *actio de dolo*, vgl. *Lambrini*, SemCompl. 20 (2009) 225–249 mwN.

2. Formulare Fragen der *actio praescriptis verbis*

a. Zum Ursprung der Bezeichnung

8 Die *apv* ist in Name[21] und Struktur an das Formularverfahren gebunden (→ § 10), findet sich aber gemeinsam mit der Formel auch noch unter Geltung der *cognitio extra ordinem* (→ § 15 Rn. 2). Der Name der Klage leitet sich von den der Formel vorangestellten *praescripta verba* ab, die nach Auskunft des Stephanus-Scholion μαθῶν[22] den Sachverhalt *quasi in demonstratione*[23] beschreiben. Diese *praescriptio* konkretisiert mithin die Voraussetzungen der *intentio incerta* (*quidquid … dare facere oportet*), an die sich die Ermächtigung des Richters zur Verurteilung oder Freisprechung (*condemnatio*)[24] anschließt.[25]

9 Die im Scholion μαθῶν beschriebene Funktionsweise der *praescripta verba* stimmt mit der Beschreibung der Klageformel in den Institutionen des Gaius überein: Danach kann bei unbestimmten Klagen eine *praescriptio loco demonstrationis* eingefügt werden, um den Klagegrund (*causa actionis*) anzuzeigen.[26] Nur bei den *bonae fidei iudicia* wird dieser Hinweis auf den klagebegründenden Sachverhalt spezifischer als *demonstratio* bezeichnet.[27] Da die hier in Frage stehenden Vereinbarungen nicht ediktal sind, bedarf es einer Formulierung als *praescriptio* oder *praescripta verba* im Einzelfall,[28] um die Vereinbarung der Parteien in die Klageformel zu transportieren.[29]

10 Nicht mit Sicherheit rekonstruierbar ist die Gestalt der *praescripta verba*. Die Nähe zur *praescriptio* würde für eine den Streitgegenstand konkretisierende Formel der Art

---

[21] Eine Übersicht über die terminologischen Variationen zwischen Juristen verschiedener Generationen bei *Kranjc*, SZ 106 (1989) 458–460; zur formularen Gestalt, vgl. vor allem *Santoro*, AUPA 37 (1983) 75.

[22] Steph. Schol. μαθῶν zu Basil. 11.1.17 (Heimb. I 559 = Schelt. B I 188), dazu (mit Interpolationsannahmen): *De Francisci*, Συνάλλαγμα II (1916) 24–33; anders *Osuchowski*, Symb. Taubenschlag III 461–465; *Santoro*, AUPA 37 (1983) 76–91; *Santoro*, St. Sanfilippo IV 688–699; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 47–65; *Varvaro*, Praescriptio (2008) 138–153.

[23] Steph. Schol. μαθῶν zu Basil. 11.1.17 (Heimb. I 559–562 = Schelt. B I 187–192), dazu *Accarias*, Contrats innommés (1866) 64–66; *Burdese*, Hom. Murga Gener 73–76. Bas. 11.1.17 entspricht Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2.

[24] Manche Autoren nehmen eine *taxatio* an, vgl. *Burdese*, Iura 36 (1985) 28; nuancierend (zu den *bonae fidei iudicia*) *Grzimek*, Taxatio (2001) 45–65. Die Quellenlage erlaubt keine Entscheidung dieser Frage.

[25] *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 47 f.; die Funktion der *praescripta verba* wird in Alex. C. 2.6.1 (a.230) der *demonstratio* angenähert, *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 49 f.

[26] Vgl. Gai. 4.136, dazu *Wlassak*, SZ 33 (1912) 97 f.; *Santoro*, AUPA 37 (1983) 77–83; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 54–65; *Pellecchi*, Praescriptio (2003) 271–336; zuletzt *Varvaro*, Praescriptio (2008) 112–138.

[27] Gai. 4.40; zutreffend *Kranjc*, SZ 106 (1989) 440 f.

[28] Anders *Kaser*, SZ 83 (1966) 38 f.

[29] *Kranjc*, SZ 106 (1989) 440; zur Bedeutung von *factum*, vgl. *Pellecchi*, Praescriptio (2003) 259–269, bes. 266.

Ea res agatur, quod … sprechen.[30] Nicht auszuschließen ist aber eine stärker an die *demonstratio* der *bonae fidei iudicia* angelehnte Formulierung mit einleitendem *quod*.[31] Mit dieser Frage hängt auch die Unsicherheit über die weitere Ausgestaltung der auf die *praescripta verba* folgenden *intentio incerta* (*quidquid dare facere oportet*) zusammen: So gibt es einerseits Argumente für eine *intentio* mit dem Zusatz *ex fide bona* (in Analogie zu einzelnen *bonae fidei iudicia*); andererseits sind auch Hinweise auf eine an die *condictio incerti* angelehnte Klage zu finden.[32]

b. Synonyme Begrifflichkeiten: *actio in factum civilis, actio civilis incerti*

Der rekonstruktiven Unsicherheit entspricht die Vielzahl von scheinbar widersprüchlichen Synonymen für *actio praescriptis verbis*, namentlich die Bezeichnungen als *actio in factum civilis*, *actio civilis incerti* oder auch *actio utilis civilis*.[33] Sie heben offensichtlich Besonderheiten der Klageformel hervor,[34] weshalb es überrascht, dass gerade diese Bezeichnungen die Interpolationenkritik (→ Rn. 4) an den *apv* beflügelt haben. **11**

Dies gilt zunächst für die oftmals angegriffene[35] Bezeichnung als *actio in factum civilis*:[36] Entgegen einer oft zu lesenden Behauptung ist die Kombination von *civilis* und *in factum* nicht widersprüchlich, sondern bringt zum Ausdruck, dass die Klage auf einer formlosen Vereinbarung und damit auf einem *factum* beruht,[37] das – anders als die *datio* des Realvertrages oder eine Stipulation – nur unter besonderen Voraussetzungen zum zivilen *oportere* führen kann.[38] **12**

---

[30] Zu *praescriptio* und *demonstratio*, vgl. *Fiori*, Ea res agatur (2003) bes. 43–119, 237–245.

[31] Zum Prozessprogramm der *bonae fidei iudicia* vgl. *Babusiaux*, Quod actum (2006) 166–173.

[32] *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 50 f.

[33] Vgl. *Audibert*, Mél. Gérardin 21–42; *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 5 f.; *Kranjc*, SZ 106 (1989) 444 f.

[34] *Pernice*, KritV 10 (1868) 107; richtig *Kranjc*, SZ 106 (1989) 436 f.: „spezifische Gestaltung der Klageformel, die dem Prätor ermöglichte, auch in Fällen atypischer Verträge Rechtsschutz zu gewähren"; ähnlich *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 20, der von einer „formeltechnischen Möglichkeit spricht".

[35] Die Bezeichnung als *actio in factum civilis* wurde verdächtigt, weil die bei Gaius angesprochene Unterscheidung von *formulae in ius conceptae* und *formulae in factum conceptae* einer derartigen Kombination von *ius* (*civile*) und *factum* zu widersprechen scheint; vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 34 f.

[36] Vgl. Labeo in Pap. 8 quaest. D. 19.5.1.1, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 179–182; *Sargenti*, Iura 38 (1987) 57–60; *Selb*, St. Sanfilippo V 733 f.; *Santoro*, St. Sanfilippo IV 705–708; *Santoro*, AUPA 37 (1983) 96–99; *Santoro*, St. Sanfilippo IV 706–708; *Talamanca*, ACop. IV 86; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 86–89; zuletzt *Cursi/Fiori*, BIDR 105 (2011) 147 f.

[37] Zur Begriffsbestimmung vgl. *Selb*, FS Demelius 224; *Santoro*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 111–115; *Gröschler*, Actiones (2002) bes. 286–290; anders noch *Kranjc*, SZ 106 (1989) 438 f.

[38] Grundlegend *Selb*, St. Biscardi III, 331: „Durch *actiones in factum* wird … bei zivilen Kontrakten der Kontraktstyp erweitert." Zu beachten ist, dass die Qualifizierung des *oportere* als zivile Verpflichtung noch nicht einem Zusatz *ex fide bona* entgegensteht, vgl. *Kaser*, SZ 83 (1966) 26 f., 38 f.

13 Auch die Bezeichnung der Klage als *actio civilis incerti*[39] wurde als Interpolation verdächtigt, denn die *intentio incerta*[40] wie die *condictio incerti* (→ § 69 Rn. 15–17) galten als byzantinische Erfindung.[41] Hiergegen ist darauf zu verweisen, dass die unbestimmte Formel geradezu dafür prädestiniert ist, einen nicht ediktal anerkannten Zweck durchzusetzen. Die Unbestimmtheit des Klagebegehrens erlaubt nämlich, nicht nur das Hingegebene herauszuverlangen, sondern auch auf die Erfüllung der mit der *datio* verbundenen Zweckbestimmung zu klagen.[42] Entsprechend ist auch diese *actio civilis incerti* als Klage mit *praescripta verba* vorstellbar,[43] welche die Zweckbestimmung aufnehmen.[44]

14 Die Schwierigkeit der rechtlichen Durchsetzung zeigt schließlich der Begriffs *actio civilis utilis*, denn er belegt, dass sich die Klage an eine anerkannte Formel anlehnt, deren Voraussetzungen in der Person des Klägers oder des Beklagten nur unzureichend erfüllt sind.[45] Wie Walter Selb wahrscheinlich gemacht hat, sind die mit der Qualifizierung als *actio in factum* bzw. als *actio utilis* ursprünglich verbundenen Differenzierungen seit Julian im Schwinden begriffen und in der Severerzeit aufgrund der gesteigerten Bedeutung materiellrechtlichen Denkens weitgehend verloren gegangen[46] (→ § 10 Rn. 17). Auch dies mag zu der bisweilen willkürlich erscheinenden Terminologie in den justinianischen Quellen beigetragen haben.

---

[39] Der Charakter als Synonym folgt aus Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2 … *ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere:* … Vergleichbare Fälle in: Ulp. 32 ed. D. 10.3.23 … *aut certe actionem incerti civilem reddendam*; Pap. 27 quaest. D. 19.5.8 … *si tamen lex contractus non lateret, praescriptis verbis incerti* …; Pomp. 22 Sab. D. 19.5.16 pr. … *sed certum est civilem actionem incerti competere:* …

[40] Der Begriff wird auch für die *actio ad exhibendum* verwendet, vgl. Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33, dazu *Lenel*, EP 222 f. mit 224.

[41] Vgl. *Trampedach*, SZ 17 (1896) 135–154 (moderat); *Pflüger*, SZ 18 (1897) 76 (es kann keine *condictio* auf ein *incertum* geben); *Mayr*, SZ 24 (1903) 231 (*condictio incerti* ist Erfindung der Kompilatoren); *Devilla*, Actio incerti (1932); eine Variante bei *Gradenwitz*, Interpolationen (1887) 123–145, der den Namen als unrömisch ansieht.

[42] Zur *datio ob rem*, vgl. *Liebs*, Ess. Honoré 172–176; *Ernst*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 30, spricht davon, dass die *condictio* ein „Mittel der rechtsgeschäftlichen Gestaltung" sei.

[43] Zur *praescriptio*, vgl. *Babusiaux*, Quod actum (2006) 26–28; *Varvaro*, Praescriptio (2008) 112–138.

[44] Entscheidend ist, dass diese *praescriptio* den Tatbestand benennt, den der *iudex* nach der bestehenden zivilen *intentio* zu prüfen hat, vgl. *Selb*, St. Sanfilippo V 734.

[45] Vgl. *Selb*, St. Biscardi III 349, der die *actio utilis* als „dekretale Einzelfallerweiterung ohne vorausgehende prätorische Klageverheissung" kennzeichnet; gleichsinnig *Gröschler*, Actiones (2002) 287. Gegen die Vorstellung der älteren Literatur, *actio in factum* weise auf einen prätorischen, *actio civilis* auf einen zivilrechtlichen Rechtsbehelf hin, vgl. *Selb*, a. a. O. 323: „*Ius civile* und *ius honorarium* – Begriffe aus einer Rechtsquellenlehre – sind jedenfalls nicht gleichzusetzen mit Konstruktionsangaben zu Rechtsbehelfen, die sich einmal formular in *ius*, dh auf *ius civile*, einmal allein auf ein prätorisches *factum* gründeten."

[46] Den wichtigsten Beleg bildet Paul. 1 sent. D. 3.5.46.1, dazu *Selb*, St. Biscardi III 327 f., 330; zur Anwendung der Formeln im Kognitionsverfahren, vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 175 f.

c. Der doppelte formulare Ursprung der *actio praescriptis verbis*

Die Synonyme wie die verschiedenen denkbaren Konstruktionen der *actiones praescriptis verbis* – als analoges *bonae fidei iudicium* (mit abgewandelter *demonstratio*[47]) einerseits, als *actio civilis incerti* mit *praescriptio* andererseits[48] – sprechen dafür, für das Recht des Prinzipats verschiedene Varianten der Klage anzunehmen,[49] wobei allerdings beim Stand der Überlieferung keine weiteren Angaben zu Abgrenzung und Anwendungsbereich der einzelnen Formelarten gemacht werden können.[50] **15**

Die Unterscheidung von jedenfalls zwei Konstruktionsarten (→ Rn. 13) hat eine Entsprechung im Klageziel, denn die *apv* kann entweder dazu dienen, eine von einer *datio* begleitete Vereinbarung durchzusetzen (*datio ob rem*), was die Wahl der *actio civilis* mit *praescriptio* nahelegt,[51] oder aber den Rechtsschutz einer Vereinbarung, die einem anerkannten Vertragstypus ähnlich ist oder diesem sachlich nahesteht, realisieren.[52] Im zweiten Fall ist eher an eine an das einschlägige *bonae fidei iudicium* angelehnte Klage zu denken. **16**

Ungeklärt bleiben muss, welche Gestalt die präzisierenden *praescriptio* bei der auf die *bonae fidei iudicia* gestützte Variante hatte: Während Artner vorschlägt, in diesen Fällen die *praescriptio* vor die *demonstratio* zu setzen, so dass die Klage sowohl *praescriptio* als auch *demonstratio* enthält,[53] spricht das Scholion μαθῶν von einer *praescriptio* „wie in einer *demonstratio*“,[54] was eher auf eine Ersetzung der (typisierten) *demonstratio* durch eine (individualisierte) *praescriptio* (*loco demonstrationis*?) hindeutet.[55] **17**

[47] *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 78 f., spricht von „Zwischennominatkontrakten“.

[48] Vgl. *Trampedach*, SZ 17 (1896) 113–126; *Pernice*, KritV 10 (1868) 89 f.; zur *datio ob rem*, vgl. *Accarias*, Contrats innommés (1866) 166–188; *Chaudet*, Condictio (1973) 45–87; zur Begründung von Verbindlichkeiten durch die *datio ob rem*, vgl. *Ernst*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 29–58; zur Lehre von der Zweckverfehlung und ihren griechischen Ursprüngen, vgl. *Wolff*, SZ 74 (1957) 63–66; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 76–80.

[49] Vgl. *Santoro*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 83–124; eher fernliegend *Sotty*, Scr. Guarino V 2477–2490, der die *apv* auf *quidquid praestare oportet* rekonstruiert und ihr eine *actio civilis incerti* auf *quidquid dare facere potest* entgegenstellt; ferner *Burdese*, BIDR 88 (1985) 397–412.

[50] *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 73–78 mwN. Davon zu trennen ist die Frage, in welchem Umfang die *apv* anerkannt wurde; hier kommt ein Schulenstreit in Betracht, vgl. *Gallo*, Labeo 44 (1998) 7–25.

[51] Vgl. *Ernst*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 40 f.; *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 83 f.

[52] Zur Unterscheidung von Konsens und Nebenabreden, vgl. *Babusiaux*, Quod actum (2006) 168–170.

[53] Vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 58–65 mwN.

[54] Vgl. *Varvaro*, Praescriptio (2008) 138–153; zu *Artner*: *Cursi/Fiori*, BIDR 105 (2011) 146 Fn. 1 mwN.

[55] Zu *praescriptio* und *demonstratio*, vgl. *Cannata*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 200–202.

3. Zu Klageinhalt und Funktion der *actio praescriptis verbis*

18 Ziel der *apv* ist regelmäßig die Durchsetzung einer anderweitig nicht klagbaren Vereinbarung. Bei der *datio ob rem* (→ Rn. 13) handelt es sich meist um die Haftung des Empfängers für der die *datio* begleitenden Zweckbestimmung; nur ausnahmsweise wird auch Bindung des *dans* an die Vereinbarung thematisiert (→ Rn. 46). Mit den an ein *bonae fidei iudicium* angelehnten Klagen können sowohl vorvertragliche Vereinbarungen oder Vorbereitungshandlungen[56] durchgesetzt werden (→ Rn. 21–23), als auch atypische[57] oder im Einzelnen unsichere Gestaltungen[58] des Grundvertrages (→ Rn. 24–26). Die Grenzen zwischen beiden Erscheinungen sind fließend und waren offensichtlich *ius controversum*.

19 Als besonderes Problem der *apv* erscheint in einigen Fragmenten die Frage der Gefahrtragung, die mangels Typisierung des Vertrages aufgrund des Einzelfalls entschieden werden muss.[59] Ausgangspunkt ist der Grundsatz *casum sentit dominus*; sodann wird im Sinne des Utilitätsprinzips gefragt, welche Partei den größeren Nutzen aus der Vereinbarung zieht.[60] Ein drittes Argument wird aus der Würdigung der sonstigen vertraglichen Abreden gewonnen, wobei bestimmte Abreden als Regelung der Gefahrtragung gelten, wie etwa die Vereinbarung eines *aestimatum*.[61] Zu beachten ist auch die

---

[56] Zentrales Beispiel ist Ulp. 32 ed. D. 19.5.20 pr.–2, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 295–297; *Santoro*, AUPA 37 (1983) 123–134 mit 132 f.; weiterführend *Cursi/Fiori*, BIDR 105 (2011) 153–155.

[57] Hier bietet die *apv* den „sichereren Weg", um Rechtsschutz zu erlangen, vgl. Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.4 … *sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni*; Ulp. 28 ed. D. 19.5.17 pr. … *sed est tutius praescriptis verbis agere*; Ulp. 31 ed. D. 19.5.19 pr. … *tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis*, …; Afr. 8 quaest. D. 19.5.24 … *quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari*, …

[58] Paradebeispiel hierfür ist Pap. 8 quaest. D. 19.5.1.1.

[59] Eine Variante bei Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.2; hier ist Ungewissheit über das Schicksal der Sache klageauslösend.

[60] Dazu *Nörr*, SZ 73 (1956) 68–119; Einzelheiten bei Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.2 *Papinianus libro octavo quaestionum scripsit … secundum haec, si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non:* …, dazu *Nörr*, a. a. O. 88 f. Als Indiz für den Nutzen wird u. a. die Initiative zum Vertragsschluss angesehen, vgl. Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.1 …, *cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes* …, dazu *Nörr*, a. a. O. 89 f.; ferner Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.2 *Si cum emere argentum velles* …, dazu *Nörr*, SZ a. a. O. 90 f.

[61] Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.3.1.1 *Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.* Am deutlichsten ausgesprochen für die *dos*, vgl. Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10 pr. *Plerumque interest viri res non esse aestimatas idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat*; vgl. auch Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.1 … *sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes*, denn die Hingabe des Geldes gilt als Preiszahlung; nuancierend in Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.1 *Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius*

Möglichkeit, die Verantwortlichkeit für bestimmte Verschuldensarten durch Vereinbarung zu beschränken, wobei die Haftung für vorsätzliches Verhalten nicht abbedungen werden kann.[62]

II. Die Anwendungsfälle der *actio praescriptis verbis*

Die Anwendungsfälle der *apv* sind von den römischen Juristen – über die beschriebenen Begründungswege für die Klagbarkeit hinaus – keiner systematischen Ordnung unterworfen worden. Dennoch lassen sich in den justinianischen Quellen verschiedene Fallgruppen der Klage erkennen: Am klarsten begrenzt erscheint dabei die *apv* im Zusammenhang mit dem Kauf (→ Rn. 21–24). Vielgestaltiger und offensichtlich umstritten sind die Fälle der über die *datio ob rem* konstruierte Klagbarkeit (→ Rn. 39–46), die in Konkurrenz zu den Realkontrakten *ex fide bona* treten. **20**

1. Die Klage im Zusammenhang mit kaufvertraglichen Sachverhalten

a. *Ad inspiciendum dare*

Viele Anwendungsfälle der *apv* finden sich im Zusammenhang mit dem Kauf auf Probe (*ad inspiciendum dare*): So hat in einem bei Ulpian überlieferten Fall, ein Verkäufer Maultiere auf Zeit mit der Maßgabe überlassen, dass der Empfänger sie bei Gefallen kaufen, bei Nichtgefallen gegen Entrichtung eines Nutzungszinses zurückgeben solle.[63] Wenn die Maultiere während der Probezeit gestohlen werden, stellt sich die Frage, ob der Kaufinteressent dem Verkäufer den Kaufpreis oder den Nutzungszins zu ersetzen habe.[64] Während der spätrepublikanische Jurist Mela dem Verkäufer die *actio venditi* erteilt zu haben scheint, gewährt Ulpian die *apv*.[65] Auch im sogenannten „Springreiterfall" erteilt Ulpian dem Verkäufer die *apv*,[66] wenn der Kaufinteressent die zur Probe überlassenen Pferde abredewidrig für einen Wettbewerb einsetzt. Gleiches gilt für den Fall, in dem der silberne Gegenstand, den der Silberschmied dem Kaufin- **21**

periculum sit? …; Pap. 27 quaest. D. 19.5.8 *Si dominus servum, cum furto argueretur, quaestionis habendae causa aestimatum dedisset neque de eo compertum fuisset et is non redderetur, eo nomine civiliter agi posse, licet aliquo casu servum retenturus esset, qui traditum accepisset* … Die bedingte *aestimatio* ist auch von der Mitgift her bekannt, vgl. Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.4.

[62] Vgl. Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.10 …, *dummodo sciamus et si quid fuit proscriptum, dolum tamen eos praestaturos qui receperunt, qui solus in depositum venit.*

[63] Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.1, dazu *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 81; → § 79 Rn. 308.

[64] Vgl. auch Pap. 8 quaest. D. 19. 5.1.2, dazu *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 183–186.

[65] Vgl. auch *Cannata*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 196 f.; Mela unterscheidet m. E. danach, ob der Kauf unbedingt mit Auflösungspactum geschlossen ist oder unter der Bedingung des Gefallens.

[66] Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.5.20 pr., dazu *Sargenti*, Iura 38 (1987) 62–64; *Wacke*, SZ 119 (2002) 359–379; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 180–183.

teressenten überlassen hat, beim Rücktransport durch einen Sklaven des Interessenten verlorengegangen ist.[67] Die *apv* zielt in diesen Fällen darauf, den Verstoß gegen die Vereinbarung durch Ersatz für die überlassenen Sache zu sanktionieren.

22 Aus diesem Klageziel ergibt sich die Abgrenzung zu konkurrierenden Klagen:[68] Der Eigentümer, der die Sache zur Probe überlassen hat, kann entweder ihre Rückgabe mittels *condictio* verlangen oder auf Vorlage (*actio ad exhibendum*) klagen; behält der Empfänger die Sache widerrechtlich, steht auch die *actio furti* zu. Die *apv* kann in diesen Fällen einerseits aus der *datio ob rem* konstruiert werden, da sie der Durchsetzung der die Sachüberlassung begleitenden Vereinbarung gilt; andererseits lässt sie sich darauf stützen, dass die Vereinbarung zum *bonae fidei iudicium* der *actiones empti et venditi* gehört.[69]

23 Den Fällen des *ad inspiciendum dare* sind Situationen des bedingten Kaufes vergleichbar:[70] Ein Beispiel bildet der von Ulpian berichtete Fall des Labeo, in dem jemand eine Bibliothek unter der Bedingung kauft, von den Dekurionen der Stadt Capua einen Platz für ihre Errichtung zu erwerben:[71] Labeo erteilt dem Verkäufer die *apv*, wenn der Erwerb des Platzes am Verhalten des Käufers gescheitert ist;[72] Ulpian hingegen erkennt wegen der seit Julian anerkannten Fiktion des Bedingungseintritts[73] die Verkäuferklage zu, behandelt also die ausgefallene Bedingung als erfüllt.[74] Gleichsinnig gewährt eine Konstitution des Alexander Severus die *apv* gegen den Erben des Käufers, wenn der Kauf unter Rücktrittsvorbehalt erfolgte.[75]

---

[67] Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.2, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 293 f., der dies für interpoliert hält.

[68] Vgl. Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.2, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 287 f., der von einer sicheren Interpolation ausgeht; zum Text, vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 200.

[69] Vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 187 f.

[70] Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.1 ist sowohl als *pactum displicentiae* als auch als *aestimatum* gewertet worden; zum *pactum displicentiae*, vgl. *Voci*, Dottrina (1946) 257; *Lombardi*, BIDR 63 (1960) 135; *Talamanca*, ACop. IV 90; *Angerer*, FS Wesener 13 f. (mwN. in Fn. 23); für ein *aestimatum*, vgl. *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 100–103, der die *apv* im Fragment für interpoliert hält; anders *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 140–146; *Cursi/Fiori*, BIDR 105 (2011) 151 f.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 201 f.; *Cannata*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 195 f.; *Sciandrello*, Contratto estimatorio (2011) 170–184.

[71] Vgl. Proc. 11 epist. D. 19.5.12 zum *pactum de retrovendendo*, dazu zuletzt *Fiori*, Ess. Sirks 257–268 mwN.

[72] Vgl. Ulp. 11 ed. D. 18.1.50, dazu *Sargenti*, Iura 38 (1987) 66 f.; *Talamanca*, ACop. IV 90; weitere Nachweise bei *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 71–78.

[73] Zur Fiktion des Bedingungseintritts, vgl. *Daube*, TR 28 (1958) 282–284 mwN.

[74] Zu Ulp. 11 ed. D. 18.1.50, vgl. *Santoro*, AUPA 37 (1983) 109–114; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 77; *Cannata*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 194 f.; *Zhang*, Contratti (2007) 102–106.

[75] Alex. C. 4.54.2 (a.222).

b. Atypische Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Kauf

Die *apv* findet sodann Anwendung in Situationen, in denen eine kaufähnliche Vereinbarung besteht, ohne dass ein eigentlicher Kaufkonsenses (→ 79 Rn. 59) vorliegt. Dies gilt zunächst für die von Neratius behandelte Vereinbarung, dass für den Empfang eines Mietshauses ein anderes instand zu setzen ist.[76] Da keine *emptio venditio* vorliege, sei bei Nichtbeachtung der vertraglichen Vereinbarung mit einer *actio incerti cilivis* vorzugehen.[77] Angesichts dieser Bezeichnung liegt nahe, dass Neratius in diesem Fall nicht an ein *bonae fidei iudicium*, sondern an eine *condictio incerti* mit *praescriptio* zur Durchsetzung der Vereinbarung denkt. **24**

2. Tauschvertrag und *actio praescriptis verbis*

a. Der Schulenstreit um die Rechtsnatur der *permutatio*

Mit der Definition des Kaufvertrages hängt auch der zwischen den Rechtsschulen der Sabinianer und der Proculianer ausgefochtene Streit um die Einordnung des Tauschvertrages (*permutatio*) zusammen.[78] Obwohl der Kaufpreis in barem Geld bestehen muss,[79] nahmen die Sabinianer an, dass aufgrund des gemeinsamen historischen Ursprungs[80] auch die tauschweise Hingabe einer Sache unter den Kaufvertrag falle, während die Proculianer Kauf und Tausch als zwei verschiedene Vertragstypen schieden.[81] **25**

Im Zusammenhang mit dieser Abgrenzungsfrage analysiert Paulus Kaufvertrag und Tauschvertrages als *datio, ut des*.[82] Entsprechend begründet der Tausch nach seiner Ansicht, eine *civilis obligatio*, mit der nicht nur die Rückgabe verlangt, sondern auch das Interesse des Gebers an der Befolgung der Vereinbarung durchgesetzt werden könne. Es liegt nahe, hierin eine *apv* in der Variante einer *condictio incerti* zu erblicken.[83] **26**

---

[76] Vgl. Ner. 1 resp. D. 19.5.6, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 175 f.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 130–132.

[77] Ner. 1 resp. D. 19.5.6 … *respondit nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est.*

[78] Zum Schulenstreit, vgl. *Accarias*, Contrats innommés (1866) 133–151; *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 105–134; *Schiavone*, Logiche (1971) 103–162, dessen Hypothesen allerdings nicht in allen Punkten haltbar sind.

[79] Vgl. die Darstellung in Gai. 3.141; Paul. 33 ed. D. 18.1.1.1; Paul. 32 ed. D. 19.4.1 pr.

[80] Vgl. Paul 33 ed. D. 18.1.1 pr. *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit.* …, dazu *Schiavone*, Logiche (1971) 103–125; *Mayer-Maly*, TR 72 (2004) 231–242; *Blaho*, in: Ernst/Jakab, Kaufen (2008) 53–60 mwN.

[81] Begründung der Proculianer in Gai. 3.141 a. E.: … *alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri.* …

[82] Vgl. Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.1.

[83] Vgl. Diocl./Max. C. 4.64.4.1 (o.A.), die allerdings die *apv* alternativ auf die Erfüllung oder die Rückgabe erteilen, also beide Ziele der *condictio* gemeinsam nennen.

b. Der Nutzungstausch

27 Als ein Sonderfall des Tausches ist der sogenannte „Nutzungstausch" anzusehen,[84] der exemplarisch bei Ulpian im sog. „Ochsenfall" vorgeführt wird:[85] Zwei Nachbarn vereinbaren, ihre jeweiligen Ochsen für die Bewirtschaftung der Felder tageweise auszutauschen. Komme der Ochse des einen beim andern zu Schaden, stehe dem Eigentümer die *apv* zu.[86] Die Analogie zum Sachtausch zur Begründung dieser Klage findet sich bei Marcian,[87] der den Austausch von Sklavendiensten mit dem Tausch von Mänteln und Röcken vergleicht:[88] Leiste ein Sklave weniger Dienste als vereinbart, könne der Eigentümer des anderen mit der *apv* auf Durchsetzung der Verpflichtung vorgehen.

28 Ein weiterer Anwendungsfall findet sich bei Ulpian im Zusammenhang mit der *custodia* über einen Sklaven (→ § 79 Rn. 148–152): Gebe jemand einen überwachungspflichtigen Sklaven in eine Getreidemühle, unterscheidet Ulpian danach, ob der Müller für die Bewachung entschädigt werde oder ob er umgekehrt für die Arbeitskraft des Sklaven zu zahlen habe.[89] Im ersten Fall liege ein Werkvertrag über die Bewachung vor; im zweiten hingegen ein Mietvertrag über die Arbeitsleistung des Sklaven. Wenn hingegen die Überwachungsleistung des Müllers mit dem Wert der Arbeit des Sklaven aufgewogen werden solle, sei ein atypischer Leistungstausch gegeben, für den die *apv* als *Quasi-locatio conductio*[90] zum Einsatz komme (→ § 80 Rn. 87).

c. Uneigentliche Tauschverhältnisse im Zusammenhang mit Teilungsklagen

29 Aus dem Austauschgedanken erklärt sich auch die Anwendung der *apv* auf Teilungsverhältnisse:[91] So gewährt Ulpian die Klage zwischen gemeinschaftlichen Eigentümern, die sich gegenseitig ein jährlich wechselndes Fruchtziehungsrecht am gemeinschaftlichen Grundstück zugesagt hätten.[92] Wenn weder die *actio ex conducto* noch die Teilungsklage eingreife, stehe dem Miteigentümer, der absprachewidrig an der Fruchtzie-

---

[84] Vgl. Inst. 3.24.2, welche auch Ulpians Fall der Ochsen übernommen haben.

[85] Vgl. Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.3.

[86] Zur *apv* in Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.3, vgl. *Misera*, SZ 94 (1977) bes. 270–273, 283 f.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 202 f.; *Cannata*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 197 f.

[87] Vgl. Marcian. 3 reg. D. 19.5.25.

[88] Anders *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 248–252, der die *apv* durch eine *condictio* ersetzen will.

[89] Vgl. Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.9.

[90] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.9 (…) *quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis actio* (…).

[91] Für unklassisch hält diesen Anwendungsbereich *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 156–158, da es sich um *pacta nuda* handele. Diese Idee verkennt die reale Natur der Zuwendung im Rahmen der Teilung, die offenbar für die Qualifizierung als *datio ob rem* ausreicht. Zu diesem Gedanken, vgl. Her. 2 iur. epit. D. 2.14.45.

[92] Ulp. 32 ed. D. 10.3.23, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 243–246, *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 204 f.

hung gehindert werde, eine *actio civilis incerti* auf anteilige Überlassung des Fruchtgenusses zu. Grundlage dieser Klage ist offensichtlich die Einräumung der Nutzung, die als *datio* im Sinne der *condictio* angesehen wird und damit der Vereinbarung zur Durchsetzung verhilft.[93]

Gleichsinnig erwägt Pomponius, die *apv* neben der *actio familiae erciscundae* zur **30**
Anwendung zu bringen, um eine testamentarische Auflage durchzusetzen; die Aussetzung des Legates, die von einem entsprechenden Willen des Erblassers begleitet wird, wirkt damit als *datio*, welche die Zweckbestimmung erzwingbar macht.[94]

Eine weitere Variante findet sich im Zusammenhang mit der elterlichen Teilung.[95] **31**
Die in diesem Rahmen erfolgende Zuweisung von Gegenständen an einen Abkömmling deutet Ulpian als Gegenleistung für die anteilige Übernahme der Erbschaftsschulden. Diese Betrachtungsweise erklärt, warum Ulpian – Papinian folgend – eine *apv* erteilt, wenn sich ein Erbe den Gläubigern des Vaters entzieht:[96] Der Erbe hat den Tausch (Erbschaftsanteil gegen Erbschaftsschulden) nicht erfüllt, weshalb die anderen Erben Regress nehmen können.[97]

3. Der Sonderfall des *aestimatum* (Trödelvertrag)

Zur Verbesserung des Rechtsschutzes beim Trödelvertrag (*aestimatum*) soll im hadri- **32**
anischen Edikt die *actio de aestimato*[98] als Sonderfall der *apv* proponiert worden sein:[99] Der Trödelvertrag (*aestimatum*) zeichnet sich dadurch aus, dass der Vertrödler dem Trödler eine Sache zum Schätzpreis übergibt, mit der Maßgabe sie weiterzuverkaufen.[100] Gelingt der Verkauf, ist der Trödler verpflichtet, den geschätzten Preis aus-

[93] Anders *Devilla*, Actio incerti (1932) 57 f., der die Fragestellung für verfehlt hält (unbegründet).

[94] Vgl. Ulp. 19 ed. D. 10.2.18.2, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 163, der unzutreffend von einer Kautionspflicht im Rahmen der *actio familiae erciscundae* ausgeht.

[95] Vgl. Ulp. 19 ed. D. 10.2.20.3; ferner Pap. 3 resp. D. 39.5.28; zum Vergleich mit dem Tausch, vgl. *Burdese*, Hom. Murga Gener, 83, der die Authentizität der Fragmente bezweifelt; wie hier *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 225–229 mwN.

[96] Die *apv* ist jedenfalls in den Belegen der diokletianischen Kanzlei zudem das richtige Rechtsmittel, um nach der Erbteilung erlittene Verluste durch Entwehrung von den Geschwistern ersetzt zu verlangen, vgl. Diocl./Max. C. 3.36.14 (o.A.). Für den Fall der Verpfändung vor der Erbteilung, vgl. Diocl./Max. C. 3.38.7 (a.294).

[97] Zu der auf das Innenverhältnis beschränkten Wirkung, vgl. Diocl./Max. C. 3.36.23 (a.294).

[98] Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.3.1 pr., dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 85–103, *Lenel*, EP 300 f.; anders *Sciandrello*, Contratto estimatorio (2011); nicht nachvollziehbar *Castresana*, SZ 128 (2011) 130–169, die behauptet, das *aestimatum* sei kein atypischer Kontrakt und vielmehr dem *receptum* gleichzusetzen; ein Überblick bei *Alemán Monterreal*, Contrato estimatorio (2002).

[99] Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.3.1 pr. *Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia*: …, dazu *Magdelain*, Consensualisme (1958) 37–39, der die Gleichsetzung von *actio de aestimato* und *apv* für byzantinisch hält; anders *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 100–109, 114, 154–161; *Lombardi*, BIDR 63 (1960) bes. 139 f.

[100] Zur Lit., vgl. *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 110–113; zum *aestimatum*, vgl. *Sciandrello*, Contratto estimatorio (2011).

zukehren und kann einen etwaigen Überschuss für sich behalten; scheitert der Verkauf, kann der Trödler die Sache zurückgeben oder der Vertrödler kann die Sache mit der *condictio* herausverlangen.

33 Vor Einführung der *actio de aestimato* erhielt – wie Ulpian ausführt – der Vertrödler keinen Rechtsschutz, wenn sich der Trödler weigerte, den Schätzpreis zu zahlen.[101] Nach Ulpian erfüllte die Vereinbarung weder die Voraussetzungen der *actio venditi*, da der Trödler die Sache nicht gekauft, sondern zum Schätzpreis übernommen habe,[102] noch sei eine *actio locati* (im Sinne einer Überlassung der Sache zum Zwecke des Verkaufes) einschlägig, weil es an einer *merces certa* fehle;[103] einer *actio conducti* stehe entgegen, dass keine Vergütung für den Vertrödler vorgesehen sei, während gegen eine *actio mandati* die Entgeltlichkeit des Vertrages spreche;[104] eine *societas* schließlich verlange den *affectus societatis*, der aufgrund der Ausgestaltung des Trödelvertrages als „at arm's lenth" gerade fehle.

34 Die genaue Formelfassung dieser ediktalen *apv* ist nicht mit letzter Sicherheit zu ermitteln.[105] Möglich ist einerseits die an die Überlassung der Sache anknüpfende Formulierung als *condictio incerti* mit entsprechender *praescriptio* (→ Rn. 13,16); andererseits ist aber auch die Ausgestaltung als neuartiges *bonae fidei iudicium* (mit *demonstratio* und *intentio incerta*) vorstellbar.[106]

35 Auf die Autorität Lenels, der freilich Beseler und Gradenwitz folgt, stützt sich die generelle Verdächtigung dieser Klage.[107] Sie führt allerdings zu einer ganzen Kette von auf ihr aufbauenden Interpolationsannahmen. Dies gilt vor allem für den von Ulpian entschiedenen Fall, dass jemand Perlen zum Verkauf weitergegeben hat; soweit kein Wille, eine Gesellschaft zu begründen vorliege,[108] soll nach seiner Meinung die *apv* zustehen.[109] Nur aus dem Vorurteil eines unüberwindbaren Typenzwangs sowie der

---

[101] Anders *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 151, der meint, dass auch das Verlangen der „Rückgabe der Sache" schwierig zu konstruieren gewesen sei.

[102] Auch ein bedingter Kauf scheidet aus; zur Abgrenzung, vgl. *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 105 f.

[103] *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 106 unter Berufung auf Paul. 30 ed. D. 19.3.2.

[104] Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.1.3.1 pr. … *fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati.* …, dazu *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 104–106; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 151 Fn. 431; *Sciandrello*, Ric. Talamanca II 959–1003.

[105] *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 138 f., 190–195.

[106] Inst. 4.6.28, dazu *Lenel*, EP 301; anders zuletzt *Sciandrello*, Contratto estimatorio (2011) 148 mwN.

[107] *Lenel*, EP 301; *Gradenwitz*, Interpolationen (1887) 123–145.

[108] Vgl. in Ulp. 31 ed. D. 17.2.44; ferner Ulp. 30 ed. D. 19.5.13 pr., dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 94–97; *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 127–131; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 205–207.

[109] Keinen Aufschluss über die Klagegestalt gibt Ulp. 28 ed. D. 19.5.17 pr. Nach Ulpian hat Vivianus die *actio commodati* erteilt, während Ulpian die *apv* für die sicherere Klageart hält. Zum Ver-

pauschalen Verdächtigung des *animus contrahendae societatis* kann dieser außerhalb des Titels D. 19.3. überlieferte Text ernsthaft in Zweifel gezogen werden.[110]

Anstoß erregt hat auch die generalisierende Aussage Ulpians im Anschluss an das Referat der *actio de aestimato*:[111] *quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide.* Vor allem die Berufung auf das *nomen contractus* und die Erhebung der *actio de aestimato* zur allgemeinen Vertragsklage galten als ‚byzantinisch'.[112] **36**

Bereits Meylan hat hingegen eine viel naheliegendere Erklärung des ulpianischen Gedankengangs geliefert: Aus der Beobachtung, dass die *actio de aestimato* Rechtschutz bei fehlender Klagemöglichkeit gewähre, habe Ulpian geschlossen, dass diese Klage auch bei anderen Vereinbarungen zur Anwendung komme, wenn diese nicht durch eine eigene Klageformel erfasst würden.[113] Da der Tauschgedanke auch in anderen Zusammenhängen als Argument für die Gewährung einer Klage verwendet wird (→ Rn. 29–31), erscheint es nicht abwegig, die *actio de aestimato* insoweit zu verallgemeinern. Zu beachten ist außerdem, dass unter Geltung des *edictum perpetuum* eher Anlehnungen an proponierte Klagen in Betracht kamen als außerediktale Neuschöpfungen (→ § 6 Rn. 140–142), weshalb gerade für einen severischen Juristen eine Analogie zu einer bestehenden Klage nahelag. **37**

Aus dieser ediktalen Verortung könnte sich auch die Entscheidung Ulpians in dem Fall erklären, dass der Eigentümer eines Grundstücks einen Bauplatz mit der Bestimmung übertragen hat, dass der Empfänger dort ein Mietshaus errichten und anschließend einen Teil des Eigentums zurückgeben solle. Die von Julian dem früheren Eigentümer erteilte *actio in factum*,[114] identifiziert Ulpian mit der *apv*[115] und knüpft sie damit an die ediktale Klage an. **38**

---

hältnis von *commodatum* und Wohnrecht, vgl. *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 307–309; *Slapnicar*, Gratis habitare (1981) 62–69; wie hier *Cannata*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 210–212.

[110] Vgl. D. 17.2.44 pr. Ulp. 31 ad., dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 97–100, der das Fragment für interpoliert hält; anders *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 106, 118 f.; zum Verhältnis von *actio pro socio* und *apv*, vgl. *Babusiaux*, FS von der Crone 767–784.

[111] Zum Begriff, der mehr den Gegenstand des Vertrages als einen bestimmten Vertragstyp bezeichnet, vgl. *Lombardi*, BIDR 63 (1960) 139.

[112] Vgl. *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 90 f.; *Lombardi*, BIDR 63 (1960) 157.

[113] *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 161–164; *Gallo*, Atti Provera 37–86; *Cursi/Fiori*, BIDR 105 (2011) 147 f.: „L'*agere praescriptis verbis* si presenta infatti come residuale …".

[114] Vgl. Ulp. 30 ed. D. 19.5.13.1, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 177–179; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 138–141; *Harke*, TR 73 (2005) 57 f.

[115] Da diese an die *datio* von Eigentum anknüpft, liegt es hier nahe, diese Klage als *condictio incerti* mit entsprechender *praescriptio* zu qualifizieren; gleichsinnig *Fercia*, Diritto@Storia 12 (2014) 44 f.

4. Situationen der *datio* mit Zweckbestimmung

39 Während in den bisherigen Situationen vorrangig oder alternativ ein *bonae fidei iudicium* in Betracht kam, sind die folgenden Anwendungsfälle auf die *datio ob rem* gestützt, so dass Klageschutz nur über eine *condictio incerti* mit *praescriptio* zu erreichen ist: Dies gilt einmal für Sachüberlassungen an Dritte (→ Rn. 40–41), sodann für kreditähnliche Vereinbarungen (→ Rn. 42–43) und schließlich für das breite Spektrum der Überlassung von Sklaven zu ganz verschiedenen Zwecken (→ Rn. 44–46).

a. Sachüberlassung an Dritte

40 Als Anwendungsfall einer Sachüberlassung an Dritte ist zunächst der Fall des Labeo anzusehen,[116] in dem zwei Personen um das Eigentum an einer Öllieferung streiten und der eine das Öl daraufhin bei einem Dritten mit der Bestimmung hinterlegt,[117] dass dieser es verkaufen und den Erlös bis zur Entscheidung über das Eigentum verwahren solle (→ § 85 Rn. 73). Wenn nun der andere die Einlassung auf die *rei vindicatio* verweigere, soll der Hinterleger nach Labeo weder die Auftragsklage noch die Sequesterklage gegen den Dritten erheben können, da die Bedingung nicht eingetreten sei.[118] Ihm bleibe daher nur die *actio de dolo*. Dagegen gewährt Pomponius dem Hinterleger gegen den Empfänger Rechtsschutz mittels *apv*, da er sich nicht vereinbarungsgemäß verhalten habe.[119]

41 Eine ähnliche Situation behandelt Ulpian, bei dem zwei Teilnehmer an einer *sponsio* Ringe als Einsatz an einen Dritten übergeben haben:[120] Wenn sich der Empfänger weigere, dem Gewinner den Ring des Verlierers herauszugeben, könne der Gewinner die *apv* auf Durchsetzung der Vereinbarung erheben. Dagegen soll noch Sabinus die Ansicht vertreten haben, dass der Gewinner eine *condictio furti* und eine *actio furti* gegen den Empfänger habe, was Ulpian aufgrund der zu seiner Zeit veränderten *furtum*-Lehre ablehnt (→ § 93 Rn. 11).

---

[116] Vgl. Lab. bei Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.3, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 318–321; *Sargenti*, Iura 38 (1987) 65 f.; weiterführend *Talamanca*, Scr. Fazzalari I 195–238; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 78–80.

[117] Die Hinterlegung beim Sequester müsste in beidseitigem Einverständnis erfolgen, vgl. Ulp. 30 ed. D. 19.5.18; zum Problem, vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 198 f.

[118] Vgl. *Talamanca*, Scr. Fazzalari I 231–234.

[119] Vergleichbares gilt für Ulp. 30 ed. D. 19.5.18. Hier hat *Ego* bei *Tu* Geld hinterlegt, damit *Tu* es dem Titius gebe, wenn dieser den flüchtigen Sklaven des *Ego* zurückbringe. Da der Sklave nicht gebracht wird, gibt *Tu* das Geld nicht heraus. Daher verlangt *Ego* das Geld mit der *apv* zurück, dazu *Talamanca*, Scr. Fazzalari I 219–228, erklärt die *apv* aus der Konkurrenz von *actio mandati* und *actio depositi*.

[120] Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.5.

b. Kreditähnliche Verträge

Zweiter Hauptanwendungsfall der auf die *datio, ut* gestützten *apv* sind kreditähnliche Verträge. Hier ist zunächst der *contractus mohatrae*[121] zu nennen (→ § 22 Rn. 2), also die Vereinbarung, eine vom Darlehensgeber überlassene Sache zu verkaufen, um den Erlös als Darlehen zu behalten. Auch diese Überlassung lässt sich als *datio* mit Zweckbestimmung erfassen, die – bei Verstoß des Empfängers gegen die Vereinbarung – den Geber zur *apv* auf Durchsetzung seines Interesses berechtigt.[122] **42**

Ebenfalls atypisch ist das Darlehen in dem Fall, dass der Geber dem Empfänger auferlegt hat, aus dem Ertrag des Geldes eine Steuer für den Geldgeber zu zahlen, wobei auch Bestimmungen für den Fall getroffen wurden, dass die Steuer oder der Ertrag des Geldes höher ausfällt.[123] Sofern keine Stipulation zur Sicherung der Forderung auf Zinsen oder Überschuss abgeschlossen worden sei,[124] hält es Africanus[125] für sicherer, dem Geldgeber die *apv* auf Herausforderung des Überschusses zu erteilen.[126] **43**

c. Überlassung von Sklaven zu verschiedenen Zwecken

Auch die verschiedenen Zwecken dienende Hingabe von Sklaven wird von den Juristen als *datio, ut* analysiert, so dass Verstöße gegen die begleitenden Absprachen mittels *apv* sanktioniert werden können. So entscheidet Papinian, dass der Eigentümer eines Sklaven, der diesen im Rahmen der *noxae deditio*[127] dem vermeintlichen Opfer zum Schätzpreis zur Befragung überlassen habe, nicht nur die Rückgabe des Sklaven, sondern auch die Zahlung der Schätzsumme verlangen könne,[128] wenn dem Sklaven die Tat nicht nachgewiesen werden kann.[129] **44**

[121] Vgl. Ulp. 26 ed. D. 12.1.11 pr., dazu *Kaser*, Ausgew. Schr. II 301–312; *Bürge*, SZ 104 (1987) 549 f.

[122] Vgl. Ulp. 31 ed. D. 19.5.19 pr., dazu (abweichend) *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 246 f.; *Sargenti*, Iura 38 (1987) 48–50.

[123] Afr. 8 quaest. D. 19.5.24, dazu *Hayashi*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 183 f.

[124] Afr. 8 quaest. D. 19.5.24 … *quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari, praesertim cum illud quoque convenisset, ut quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet* …; vgl. auch die Delegation in Pap. 11 resp. D. 19.5.9, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 238 f.; zur Exegese von Afr. 8 quaest. D. 19.5.24 vgl. *Klingenberg*, TR 54 (1986) 260 f.; *Misera*, Scr. Guarino VI 2591–2606; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 132–138; *Dalla Massara*, Causa (2004) 209–215.

[125] Für Julian dagegen *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 132 f.

[126] *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 184–188; anders *Fercia*, Diritto@Storia 12 (2014) 45 f.

[127] Vgl. Pap. 27 quaest. D. 19.5.8, dazu *Babusiaux*, Quod actum (2006) 234; zur bedingten Schätzungsabrede vgl. auch Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.5; vergleichbar auch Mod. 5 reg. D. 48.18.13; Pomp. 22 Sab. D. 12.4.15, zu beiden *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 215–219.

[128] Unzutreffend *Fercia*, Diritto@Storia 12 (2014) 34, der von einem *bonae fidei iudicium* ausgeht. Differenzierend *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 218. Das Wahlrecht ist bei der *dos aestimata* belegt, vgl. Ulp. 34 Sab. D. 23.3.10.6. Papinians Hinweis auf die Möglichkeit einer Stipulation der Schätzsumme zeigt, dass er die *apv* als allgemeine Vertragsklage ansieht.

[129] ~~*De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 301–303, verweist zutreffend auf den Bericht bei Modes-~~ tinus, Mod. 5 reg. D. 48.18.13, sieht das Fragment aber dennoch als interpoliert an.

45 Auf gleicher Linie liegt die Entscheidung Papinians, dem Vorleistenden, der einem anderen Geld oder einen Sklaven gegeben habe, um die Freilassung eines dem Empfänger gehörenden Sklaven zu erzwingen, alternativ die *apv* auf Durchsetzung der Vereinbarung oder die *condictio* auf Rückgabe des Sklaven oder des Geldes zu erteilen.[130]

46 Von einer Kontroverse berichtet Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2 für den Fall,[131] dass *Ego* dem *Tu* einen Sklaven mit der Bestimmung gegeben hat, dass *Tu* einen anderen Sklaven freilasse. Die Kontroverse betrifft nicht die Durchsetzbarkeit der Freilassungsbestimmung gegenüber *Tu*, sondern die Haftung des *Ego*, wenn der überlassene Sklave evinziert wird. Julian habe *Tu* eine *actio in factum* erteilt, während Mauricianus eine *actio civilis incerti*, das heißt eine *apv* als einschlägig angesehen habe.[132] Der Grund für Julians Ablehnung einer *apv* ergibt sich aus der Konstruktion der *datio ob rem*, nach der grundsätzlich nur der *dans* die Durchsetzung der Zweckbestimmung verlangen kann.[133] Erst Maurician konstruiert aus der Vornahme der mit der Zweckbestimmung verlangten Handlung durch *Tu* eine Verpflichtungswirkung auch für *Ego*, indem er die Beidseitigkeit der Verpflichtung (*contractum*) betont.[134] Ulpian übernimmt diese Lösung, indem er – unabhängig von der initialen *datio* – das *synallagma* (→ Rn. 59–50) als Verpflichtungsgrund ansieht.[135]

---

[130] Vgl. Pap. 2 quaest. D. 19.5.7, dazu *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 213 f.; ferner Ulp. 26 ed. D.12.4.3.2 *Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas: si non facis, possum condicere, aut si me paeniteat, condicere possum.*

[131] Vgl. Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2, dazu *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 83–89; *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 167–173 sieht hierin den Hauptbeleg der byzantinischen Theorie des Innominatkontraktes; vgl. auch *Devilla*, Actio incerti (1932) 43–46.

[132] Vgl. Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2 *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc* συνάλλαγμα *esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumissisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit, unde haec nascitur actio.*

[133] Diese Aussage trifft auch Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.2, … *puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi*: …

[134] In der Literatur wird ein Widerspruch zu Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.2 … *sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumissisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem* behauptet, vgl. *Sargenti*, Iura 38 (1987) 61 f.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 145–149, der Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.2 für überarbeitet hält; skeptisch *Jakobs*, Hugolinusglossen (2017) 422–427.

[135] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2; zum Verhältnis Celsus – Aristo, vgl. *Giffard*, RHD 34 (1957) 337–346, jetzt in: *Giffard*, Et. 197; *Cannata*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 204–206; zu Aristos Öffnung des von Labeo stammenden Begriffs des Synallagma, vgl. *Dalla Massara*, St. Martini I 849–851; ebenso *Dalla Massara*, SemCompl. 22 (2009) 272–280; weitere Lit. bei *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 104–111.

5. Weitere Einzelfälle

Die auf die *datio* gestützte *apv* kommt auch in anderen vertragsähnlichen Situationen zum Tragen, die keinen ediktalen Klageschutz genießen; dies gilt namentlich für die Rückforderung einer von einem Dritten gegebenen Mitgift (*dos*) (→ Rn. 48), die Bittleihe (*precarium*) (→ Rn. 50–51) und die Schenkung unter Auflage (*donatio sub modo*) (→ Rn. 52–54). **47**

a. Mitgift

Wie Justinian berichtet, war die *apv* vor seiner Reform des Ehe- und Mitgiftsrechts für die von Dritten gegebene Mitgift üblich.[136] Sie wird belegt durch ein Reskript des Alexander Severus, das die Übertragung der Rückforderungsklage von Großmutter auf den Erben behandelt.[137] Der Kaiser hält fest, die Großmutter des Petenten habe ihre *apv* auf Rückforderung der Mitgift auch durch schlichtes *pactum* übertragen können, während die Klage des Vaters auf Rückgabe der Mitgift nicht zur Disposition der Parteien stehe.[138] Genau wie in anderen Zusammenhängen steht die *apv* hier anstelle einer Stipulationsklage (→ Rn. 43,45) und setzt die Bekräftigung der Vereinbarung durch *datio* voraus.[139] **48**

b. Bittleihe (*precarium*)

Auch die prekaristische Überlassung einer Sache lässt sich ohne weiteres als *datio ob rem* konstruieren. Dennoch war die interpolationistische Literatur der Ansicht, erst die byzantinischen Juristen hätten die *apv* in die Quellen zum *precarium* eingefügt.[140] Anlass für den Interpolationsverdacht gab ein Widerspruch zwischen zwei Fragmenten, die diese Klage behandeln: Während Ulpian von einer *apv* spricht, die aus der *bona fides* **49**

---

[136] Justinian hat diese Klage in der Reform des Mitgiftrechts nach eigenem Bekunden abgeschafft, vgl. Iust. C. 5.13.1.13 (a.530) … *stipulatione autem vel pacto interposito stipulator vel is qui pacisce-batur habebat vel ex stipulatu vel praescriptis verbis civilem actionem. In praesenti autem non sic esse volumus, sed si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus est vel pactum fecerit, tunc praesumatur mulier ipsa stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat.* … Dennoch hält *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 272–279, die Belege für interpoliert, da es in der Klassik nur eine *condictio*, keine *apv* gegeben haben könne.

[137] Alex. C. 5.12.6 pr. (a.236), dazu *Santoro*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 104 f. mwN., 106–108; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 225.

[138] Die Klage des Vaters ist die *actio rei uxoriae.*

[139] Grundlegend *Santoro*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 100–104 mwN., der zu recht annimmt, auch die *condictio utilis* in Sev./Ant. C. 5.14.1 (a.206) = Alex. C. 2.3.10 (a.227) sei als Synonym der *apv* aufzufassen, denn auch hier geht es um den klagetechnischen Schutz einer die *datio dotis* begleitenden Zweckbestimmung.

[140] Vgl. *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 269–272 mwN.; für eine Glosse hält *id est praescriptis verbis* in Iul. 49 dig. D. 43.26.19.2: *Fercia*, Diritto@Storia 12 (2014) 41 f.

entstehen soll,[141] hält Julian – ansonsten wortgleich – das *precarium* mit der *incerti condictione, id est praescriptis verbis* für einklagbar.[142]

50 Vor dem Hintergrund der zu beobachtenden Gemengelage von der auf die *datio* gestützten *condictio incerti* und einer an die *bonae fidei iudicia* angelehnten *apv* (→ Rn. 15) ist die unterschiedliche Akzentuierung zwischen den beiden Juristen durchaus möglich und kann auf eine Entwicklung hinweisen: Wenn Julian dem allgemeinen Modell der *datio ut* folgt, um eine Klage zu konstruieren, sieht er offensichtlich keine andere Möglichkeit, Rechtsschutz zu gewähren; Ulpian hingegen kann unter Geltung des *edictum perpetuum* eine verallgemeinernde Auslegung des Edikts *de aestimato* (→ Rn. 36–38) anwenden und damit eine auf die *bona fides* gestützte Vertragsklage auch für diesen Fall annehmen.[143]

c. *Donatio sub modo*

51 Ebenfalls umstritten ist die Anwendbarkeit der *apv* auf die Schenkung unter Auflage, wie sie Konstitutionen aus diokletianischer Zeit thematisieren.[144] Freilich enthält schon der Wortlaut der Entscheidungen, der auf eine *lex donationis* und damit eine die *datio* begleitende Zweckbestimmung verweist,[145] einen klaren Hinweis auf die Konstruktion der Klage aus der *datio ob rem*.[146] Da auch hier das für die *condictio* in allen Varianten notwendige reale Element vorliegt, besteht kein Grund, diese Fälle als justinianische Erweiterung anzusehen.

---

[141] Vgl. Ulp. 71 ed. D. 43.26.2.2.

[142] Iul. 49 dig. D. 43.26.19.2 *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis.* Zum Widerspruch, vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 141–144; zur Auflösung des Widerspruchs, vgl. *Babusiaux*, in: Mantovani/Schiavone, Giusnaturalismo (2007) 639–643.

[143] Ulp. 71 ed. D. 43.26.2.2 … *praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.* Andere Erklärungen des Widerspruchs bei *Accarias*, Contrats innommés (1866) 75–77; für bedenklich hält dies noch *Kaser*, SZ 89 (1972) 122 f., obgleich er die Anlehnung an ein *commodatum* für ulpianisch erachtet.

[144] Vgl. Diocl./Max. C. 4.64.8 (a.294); C. 8.53.9 (a.293); C. 8.53.22 a. 294. Auch dieser Verdacht gründet auf *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 256–263, der Pomp. 22 ed. D. 19.5.16 pr. als Anwendungsfall der Schenkung unter Auflage ansieht; anders (Vereinbarung *facio ut facias*) *Fercia*, Diritto@Storia 12 (2014) 32 f.; noch anders (*donatio sub modo*) *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 159 f.

[145] Vgl. Diocl./Max. C. 4.64.8 (a.294) *Ea lege rebus donatis Candido, ut* …; Diocl./Max. C. 8.53.9 (a.293) *Legem, quam rebus tuis donando dixisti,* … ; Diocl./Max. C. 8.53.22.1 (a.294) *Eum autem, cui certa lege praedia donasti, incerta civili actione ad placitorum obsequium urgueri secundum legem donationibus dictam convenit*, zu allen, vgl. *Harke*, Iuris prudentia (2019) 281 f.

[146] Vgl. Frg. Vat. 286 *Quotiens donatio ita conficitur ut post tempus id quod donatum est alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est,* … (= Diocl./Max. C. 8.54.3 [a.290]), dazu *Giffard*, ACI Roma II 137 f.; *Santoro*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 88–90.

Möglich ist allenfalls, dass es sich um eine diokletianische Fortführung eines bei Papinian belegten Arguments handelt. Für die Schenkung einer Erbschaft an eine Tochter, für welche die Tochter im Gegenzug den Erbschaftsgläubigern Sicherheit leisten soll,[147] entscheidet Papinian, dass der Vater, wenn die Sicherheitsleistung unterbleibe, die Tochter mit der *apv* zur Verteidigung gegen die Gläubiger zwingen könne.[148] **52**

Aus Sicht der *datio ob rem* her ist auch die prozessuale Behandlung des *negotium mixtum cum donatione* zu konstruieren.[149] Als Beispiel für ein derartiges Geschäft nennt Ulpian den Fall, dass ein Sklave zur Freilassung nach fünf Jahren übertragen wurde. Da die Überlassung auf Zeit eine Schenkung enthalte, könne nicht auf Freilassung des Sklaven geklagt werden, wenn diese nach fünf Jahren ausbleibe; sei hingegen die sofortige Freilassung vereinbart, bestehe eine Obligation, aus der geklagt werden könne. **53**

III. Zur Entwicklung der *actio praescriptis verbis* bis Diokletian

In der Literatur sind eine Vielzahl an Hypothesen zur Entwicklungsgeschichte der *apv*[150] formuliert worden, wobei als Stationen die Begründung durch Labeo (→ Rn. 55–58), die weitergehende Erarbeitung der Konzeption eines beidseitig verpflichtenden Synallagma durch Aristo (→ Rn. 59–60) und sodann – auf Vorarbeiten von Celsus, Julian und Pomponius aufbauend (→ Rn. 61–69) – die Vielfalt der Anwendungsfälle bei den severischen Juristen erkennbar sind (→ Rn. 70–86). **54**

1. Labeo als Schöpfer der *actio praescriptis verbis*

In der Tat finden sich erste Belege für *apv* bei dem augusteischen Juristen Labeo.[151] Er erteilt die *apv* gegen den Kaufinteressenten einer Bibliothek, der die Wirksamkeit des **55**

[147] Pap. 3 resp. D. 39.5.28, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 258 f.

[148] Zur Zwangswirkung des Urteils, vgl. Pap. 3 resp. D. 39.5.28 … *cogendam eam per actionem praescriptis verbis patrem adversus eos defendere*; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 221.

[149] Vgl. Ulp. 71 ed. D. 39.5.18 pr.,1, dazu *Dalla Massara*, Causa (2004) 205–208; zuletzt *Scevola*, Negotium mixtum (2008) 77–155 mwN. *Scevola* wendet sich gegen die Einordnung des Geschäfts als *donatio sub modo*. Sofern man allerdings hierin nur die Beschreibung der Situation erblickt, gibt es keinen Grund, die Schenkung *ut post quinquennium manumittas* von dieser Figur abzugrenzen. Richtig ist, dass es sich rechtlich gesehen um eine *datio* mit Zweckbestimmung handelt, die Verpflichtung also aus der Abgrenzung zur Schenkung resultiert.

[150] Vgl. *Accarias*, Contrats innommés (1866) 35–56.

[151] Vgl. *Santoro*, AUPA 37 (1983) 108–150; *Burdese*, Iura 36 (1985) 19 f.; *Sargenti*, Iura 38 (1987) 25–71; *Talamanca*, ACop. IV bes. 86–103; vgl. auch *Gallo*, Synallagma I (1992) bes. 160–222; *Kranjc*, SZ 106 (1989) 449 f., erwägt Vorläufer bei Mela und Alfenus Varus, dazu auch *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 66–71; *Cannata*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 190; gegen Labeos Urheberschaft, vgl. *Collinet*, Mnem. Pappulia, bes. 94; zu Labeo, vgl. zuletzt *Zhang*, Contratti (2007) 85–166.

Kaufvertrages dadurch vereitelt,[152] dass er den für die Aufstellung vorgesehenen Platz nicht erwirbt (→ Rn. 23); er gewährt sie dem Darlehensgeber beim *contractus mohatrae* (→ Rn. 42).[153] Zudem kennt er eine als *actio civilis in factum* bezeichnete Klage,[154] wenn beim Transport von Waren unklar geblieben ist, ob eine Schiffsmiete oder ein Werkvertrag über den Transport abgeschlossen wurde (→ Rn. 67).

56 Die Literatur hat beobachtet, dass sich der Anwendungsbereich der *apv* bei Labeo auf Situationen beschränkt, in denen Unsicherheit über die einschlägige Klage besteht und die Verletzung von Nebenpflichten oder Pflichten im Vorfeld eines typischen Vertragsverhältnisses in Frage steht.[155] Auch sollen sich die von Labeo entschiedenen Fallgestaltungen dadurch auszeichnen, dass sie „in der Nähe" von anerkannten und im Edikt proponierten Klagen der *bonae fidei iudicia* stünden.[156] In diesen Fällen gewährt der Prätor „dekretale" Klagen, die als *actiones in factum concepta* konzipiert seien,[157] woraus sich plausibel die Bezeichnungsvariante *actio civilis in factum* für die *apv* erklären lässt.

57 Möglich, wenngleich spekulativ sind die Überlegungen zu den Ursachen der Auseinandersetzung mit den Grenzen des Vertragstypensystems. So hat Talamanca die Reflexion über die vertragliche Systematik, wie sie prominent in den Institutionen des Gaius überliefert ist als Ansatzpunkt des Labeo, vermutet.[158] Da die gaianische Unterscheidung verschiedener Vertragstypen (*re*, *litteris*, *verbis* und *consensu*) auf Ansätze aus der Schulentradition des 1. Jh.s v. Chr. (→ § 3 Rn. 46) zurückgehe, liege diese auch Labeos Werk zugrunde.[159] Als Labeos Hauptbeitrag wird dabei die Herausarbeitung eines technischen Begriffs des *contractus* angesehen, den er aus der Konfrontation mit den Begriffen des *actum* und *gestum* gewonnen habe.[160]

---

[152] Vgl. Lab. in Ulp. 11 ed. D. 18.1.50; Lab. in Ulp. 31 ed. D. 19.5.19 pr.; Pap. 8 quaest. D. 19.5.1.1; erst von Ulpian stammt die Klage in Ulp. 32 ed. D. 19. 5.20 pr.; D. 19.5.20.2 und Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.1. Zu allen Fällen Labeos, vgl. *Burdese*, Hom. Murga Gener 70 f. Der in Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.1 genannte republikanische Jurist Fabius Mela erteilt nicht die *apv*.

[153] Zu Labeos Anteil in Ulp. 31 ed. D. 19.5.19 pr., vgl. *Schiavone*, Logiche (1971) 91–98; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 80–86.

[154] Pap. 8 quaest. D. 19.5.1.1, dazu *Fiori*, Locatio conductio (1999) 128–153; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 86–89; *Zhang*, Contratti (2007) 94–98; *Santoro*, AUPA 37 (1983) 96 f. alle mwN.

[155] Zu allen Hypothesen, vgl. *Fiori*, Mél. Humbert 311–331; unklar ist die Bedeutung der *actio incerti* in Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33, dazu *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 89–93.

[156] Zur *apv* bei Labeo, vgl. *Talamanca*, Scr. Fazzalari I 206 f.; *Schiavone*, Logiche (1971) 100–102, aus dem *contractus* (*ultro citroque obligatio*) (zu Ulp. 31 ed. D. 19.5.19 pr. und Ulp. 11 ed. D. 18.1.50).

[157] Vgl. *Burdese*, Iura 36 (1985) 18 f.; allerdings fällt auf, dass Labeo beim Kauf auf Probe gerade nicht eine *actio in factum proxima empti*, sondern eine *apv* erteilt, vgl. Paul. 2 ed. D. 18.5.6, dazu *Burdese*, Hom. Murga Gener 83 f. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 179 f. Die Entwicklungsthese ist höchst spekulativ.

[158] Vgl. *Talamanca*, ACop. IV 105 f.

[159] Von den namensgebenden Schuloberhäuptern Proculus und Sabinus sind keine entsprechenden Entscheide bekannt, vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 95–100 zu Proculus, 100–103 zu Sabinus.

[160] Vgl. Ulp. 11 ed. D. 50.16.19 *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam „agantur"*,

Komplementär verweisen Meylan und Voci darauf, dass das prätorische Recht in der späten Republik zunehmend dazu gedient habe, Lücken im Vertragsrecht des *ius civile* zu schließen.[161] Für den Einfluss des *ius praetorium* auf die Entwicklung der *apv* spricht auch die Beobachtung, dass die Ausweitung des Klageschemas in die Zeit der *leges Iuliae iudiciorum privatorum* zu fallen scheint, mit der Augustus das Legisaktionenverfahren beseitigte und das Formularverfahren für allein zulässig erklärte.[162] 58

2. Aristo und die *permutatio*

Wichtige Einsichten zur *apv* finden sich auch bei dem an der Wende vom 1. zum 2. Jh. lebenden Juristen Titius Aristo.[163] Ulpian zitiert ihn als Gegenspieler des Celsus (→ Rn. 46, 63), denn Aristo habe anders als Celsus die obligierende Kraft der *permutatio* wie der *datio, ut facias* aus dem Gedanken des Synallagmas abgeleitet.[164] Hiermit stimmt überein, dass Aristo nach dem Zeugnis des Paulus eine der Verkäuferhaftung vergleichbare Haftung des *dans* für Sach- und Rechtsmängel des Sklaven anerkannt haben soll, die er auf die Ähnlichkeit zum Kaufvertrag stützte.[165] 59

Die Anerkennung der Ähnlichkeit von Tausch und Kauf ist bei Aristo allerdings auf die Fälle eines Sachtausches begrenzt, wie ein bei Pomponius überlieferter Fall belegt:[166] Da Pomponius im vorangehenden Fragment die Gestattung des Abbaus von 60

quaedam „gerantur", quaedam „contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sunallagma vocant, … Die Bibliographie zu diesem Text ist unübersehbar, vgl. nur *Partsch*, Nachgel. Schr., 9–15; *Biscardi*, Labeo 29 (1983) 127–139; *Sargenti*, Iura 38 (1987) 37–39; *Burdese*, Hom. Murga Gener 69–71; *Fiori*, Mél. Humbert 313–316. Zum Verhältnis zu Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2 vgl. *Dalla Massara*, Causa (2004) 111–127; *Dalla Massara*, St. Martini I bes. 845 f.; *Gröschler*, Symp. Pieler 51–72 mwN.; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 79 Fn. 242.

[161] *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 89–95; *Voci*, Dottrina (1946) 233–246. Allerdings darf aus der Rolle des Prätors nicht auf eine Interpolation des Begriffs *actio civilis incerti* geschlossen werden (→ Rn. 13).

[162] Vgl. *Gallo*, Synallagma I (1992) 56 f., 66–68; zu den Gesetzen, vgl. *Kaser/Hackl*, RZ § 22.III.2, 161 f.

[163] Vgl. Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2, dazu *Burdese*, Hom. Murga Gener 76–78; zu geistesgeschichtlichen Grundlagen Aristos, vgl. *Mantello*, Dubbi (1990), (= *ders.*, Variae I 231–352); *Dalla Massara*, Causa (2004) 202–233, 279–291; zum Begriff des Synallagma, vgl. *Dalla Massara*, St. Martini I 834–843.

[164] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2 *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. …*; vgl. auch Aristos Überlegungen zum Wesen der *societas*, dazu Ulp. 30 Sab. D. 17.2.29.2; keine Aussage erlaubt Ner. 5 membr. D. 18.3.5, dazu *Babusiaux*, Quod actum (2006) 179 f. mwN.

[165] Vgl. Paul. 5 Plaut. D. 19.4.2 … *quoniam permutatio vicina esset emptioni…*; zur *permutatio*, vgl. auch Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2.

[166] Pomp. 22 Sab. D. 19.5.16.1 *Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo*, dazu *Devilla*, Actio incerti (1932) 54 f.; zu Aristo, vgl. *Dalla Massara*, Causa (2004) 202–205.

Kreide als *datio, ut* bewertet hat und eine *apv* (in der Alternative der *condictio incerti*) eingeräumt hat, ist davon auszugehen,[167] dass auch die Gestattung der Aussaat an sich einer *datio* des Grundstücks gleichzusetzen ist. Anders als der (spätere) Mauricianer[168] scheint Aristo eine Verpflichtung des Gebers in diesem Fall abgelehnt zu haben und nur eine *actio in factum* zugelassen zu haben.

3. Die Ausprägung der *actio praescriptis verbis* durch Celsus, Julian und Pomponius

61 Wenig Belege existieren von Iuventius Celsus, von dem allerdings die prägnante allgemeine Aussage stammt: *nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.*[169] Nur einen Anwendungsfall betrifft das Zitat bei Pomponius, der berichtet, Celsus habe die *apv* neben der *actio mandati* zugelassen, wenn man einem freien Menschen, der einem als Scheinsklave diene, einen Befehl erteile.[170]

62 Viel behandelt ist die prima facie überraschende Entscheidung des Celsus, dass die *datio* von Geld mit der Zwecksetzung, einen Sklaven vom Empfänger zu erhalten, nur eine *condictio* wegen Zweckverfehlung eröffne und nicht als Kaufvertrag anzusehen sei.[171] Die Zurückhaltung des Juristen gegenüber der Annahme eines Vertrages erklärt sich aus der Einseitigkeit der *datio*, die für sich keinen Kaufkonsens begründet.[172] Auch Celsus stellt sich die Frage, wie bei Eviktion des Sklaven zu verfahren ist und entscheidet – anders als Aristo (→ Rn. 59) –, dass eine beidseitige Verpflichtung nur beim Kaufvertrag oder bei *datio ob rem* mit Eigentumserwerb bestehe. Daher kann der Empfänger lediglich sein Geld zurückfordern, nicht aber Schadenersatz verlangen.

63 Die offensichtlichen Unterschiede zwischen Celsus und Aristo sind mit Recht dahingehend gedeutet worden, dass Celsus noch wie Labeo als *apv* eher Klagen „im Umfeld" eines bestehenden typisierten Vertrages anerkannt habe,[173] während Aristo auch die auf

---

[167] Vgl. Pomp. 22 Sab. D. 19.5.16 pr.

[168] Vgl. Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2.

[169] Vgl. Cels. 8 dig. D. 19.5.2, dazu *Cerami*, Iura 33 (1982) 121–131; *Gallo*, Labeo 44 (1998) 7–25.

[170] Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13.2, dazu *Cerami*, Iura 33 (1982) 127 f.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 118–125.

[171] Cels. 3 dig. D. 12.4.16 *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum …* , dazu *Accarias*, Contrats innommés (1866) 118–132; *Giffard*, RHD 34 (1957) 337–346, jetzt in: *Giffard*, Et. 196 f.; *Cerami*, Iura 33 (1982) 126 betont, dass Celsus die Lösung eines bestimmten Problems bezwecke; ferner *Burdese*, Hom. Murga Gener 80 f.; *Gallo*, Labeo 44 (1998) 8–10, 17–25; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 125–130; *Dalla Massara*, Causa (2004) 233–241; *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 92; *Jakob*, Hugolinusglossen (2017) 418–420.

[172] Vgl. *Ernst*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 55–58; vgl. auch Paul. 33 ed. D. 19.4.1.3 *Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*, dazu *Fercia*, Diritto@Storia 12 (2014) 48 f.

[173] *Gallo*, Labeo 44 (1998) 17–19, will dies aus der Datierung der Entscheidung des Celsus vor der Abfassung des hadrianischen Edikts erklären. Die Anhaltspunkte für diese These sind allerdings sehr vage.

einseitiger Initiative beruhende *datio* mit Zweckbestimmung als schuldbegründendes Element angesehen habe, woraus sich die Anerkennung einer *actio civilis incerti*, also der *condictio incerti* mit *praescriptio* (→ Rn. 13), ableite.[174] Mit dieser Deutung sind die widersprüchlichen Synonyme für die *apv* mithin (→ Rn. 11–13) auch als Ausdruck unterschiedlicher dogmatischer Vertragskonzeptionen zu deuten.

64 Die Unterschiede zwischen der Fortbildung von *bonae fidei iudicia* einerseits und Fortentwicklungen der *condictio incerti* andererseits scheinen sich auch in der Folgezeit fortgesetzt zu haben, wie die „Kardinalstelle" zur *apv*, der Bericht in Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2 (→ Rn. 46), belegt:[175] Danach folgt Julian für den Fall eines Austauschs von Sklaven zum Zweck der Freilassung noch der auf Labeo (und Celsus) zurückzuführenden Lehre und erteilt lediglich eine *actio in factum*, wenn der Sklave beim Erstempfänger evinziert wird.[176] Maurician hingegen lässt auch den Geber des Sklaven für die Eviktion der Sache mit einer *actio civilis incerti* haften, steht also in der Tradition des Aristo, indem er die Zweiseitigkeit der Verpflichtung betont.

65 Auch in dem Fall, dass der Eigentümer eines Bauplatzes das Eigentum an einen anderen mit der Vorgabe übertragen hat, ein Mietshaus zu errichten und sodann das Eigentum zurück zu übertragen, erweist sich Julian als zurückhaltend und gewährt nur eine *actio in factum*.[177] Da Ulpian, der den Fall überliefert, diese mit dem Zusatz „*id est praescriptis verbis*" kennzeichnet,[178] und da der hadrianische Jurist verschiedene anderen Vertragstypen durchmustert, die in Frage kämen, könnte es sich hierbei um eine analoge Klage zu einem *bonae fidei iudicium* handeln.[179] Terminologisch und konzeptionell würde Julian mit Blick auf die *apv* der labeonischen Richtung treu bleiben.[180]

66 Eine Vielzahl an Anwendungsfällen zur *apv* findet sich bei Pomponius, dessen Schriften von den severischen Juristen umfassend rezipiert wurden.[181] So ist Pomponius der erste, der für die Hinterlegung im Rahmen eines Prätendentenstreits die *apv* gewährt,[182] wenn der Streit mangels Einlassung auf die Sache von der einen Seite un-

---

[174] Vgl. *Cannata*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 207 f. Um die Definition der *causa* ist ein heftiger Streit entbrannt, vgl. *Dalla Massara*, Causa (2004) 127–191, 243–291; *Dalla Massara*, SemCompl. 22 (2009) 257–268, der einer finalen Deutung der *causa* anhängt (284–288). Angesichts der Quellenlage ist dieser Streit fruchtlos.

[175] Zur Ablehnung der Klage durch Julian, vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 132 mit Fn. 319.

[176] Zum Streit zwischen Julian und Maurician, vgl. *Giffard*, RHD 34 (1957) 337–346, jetzt in: *Giffard*, Et. 198 f.

[177] Vgl. Ulp. 30 ed. D. 19.5.13.1, dazu *Burdese*, Hom. Murga Gener 79.

[178] Anders *Burdese*, Hom. Murga Gener 79, der den Zusatz für eine Interpolation hält.

[179] So auch *Burdese*, Hom. Murga Gener 79; *Hayashi*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 183–185.

[180] Julian gilt als Fortentwickler der *condictio*, vgl. *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 416–470.

[181] Zu Pomponius als Höhepunkt der *condictio incerti* vgl. *Trampedach*, SZ 17 (1896) 119 f.; zu Pomponius' Rolle für die *apv*, vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 159–170; zu Pomponius' Rezeption bei Ulpian und Paulus, vgl. *Stolfi*, Libri ad edictum I (2002) 29–203.

[182] Vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.3 → Rn. 40.

gelöst bleibt. Ebenso erwägt er die Anwendung der Klage zur Durchsetzung einer Auflage, mit welcher der Erblasser dem Erben die Errichtung eines Grabmals aufgetragen hat.[183]

67 Wegleitend ist zum einen die Entscheidung,[184] dem Geber eines Grundstücks die *actio civilis incerti* zu erteilen, um die Vereinbarung, den durch Kreideabbau entstandenen Graben wieder aufzufüllen, durchzusetzen (→ Rn. 102). Innovativ erweist sich Pomponius auch in dem Fall, in dem *Ego* dem *Tu* einen Silberbecher mit der Abrede gegeben hat, das gleiche Gewicht an Silber gleicher Güte an *Ego* zurückzugeben, denn hier gewährt der Jurist dem *Ego apv* zur Durchsetzung der Abrede.[185] Es ist möglich, diese Fortbildungen als Ergebnis der Ediktsredaktion unter Hadrian zu sehen, die Pomponius erlebt haben dürfte.[186] Jedenfalls scheint Pomponius als Verfasser eines umfangreichen Ediktskommentars ein besonderes Interesse an Fragen der Vertragskonzeption und der *apv* gehabt zu haben.[187]

4. Die Entfaltung der *actio praescriptis verbis* zur Zeit der Severer

68 Auch aus Gründen der Überlieferung stammen die meisten Belege der *apv* aus der Zeit der Severer und damit von Papinian, Paulus und Ulpian. Sie führen die bestehenden Begründungsansätze fort und bereichern sie durch interpretatorische Elemente aus der Praxis des Kognitionsverfahrens (→ Rn. 14).

a. Papinian

69 In Papinians Werk lassen sich die beiden Ansätze zur *apv* am besten trennen. Als *datio ob rem* erfasst der den Fall,[188] dass *Ego* dem *Tu* 10 gegeben hat, damit *Tu* den Sklaven Stichus freilasse.[189] Wenn *Tu* den Sklaven nicht freilasse, entscheidet der Jurist, dass *Ego* entweder die Rückzahlung des Geldes mit der *condictio* (*certi*) verlangen oder die *apv* (*condictio incerti*) auf *quanti mea interest* erheben könne. Auch die *datio ad inspiciendum* konstruiert Papinian – anders als Labeo (→ Rn. 21) – als *datio ob rem*, um dem Geber eine Klage auf Herausgabe des Sachwertes zu erlauben.[190] Vergleichbares gilt für

[183] Vgl. Ulp. 19 ed. D. 10.2.18.2 → Rn. 30.

[184] Vgl. Pomp. 22 Sab. D. 19.5.16 pr., dazu *Santoro*, AUPA 37 (1983) 232–240; *Gallo*, Synallagma II (1995) 228–238; *Stolfi*, Libri ad edictum II (2001) 232–235 alle mwN.

[185] Vgl. Pomp. 21 Sab. D. 19.5.26 pr., dazu *Sciandrello*, Contratto estimatorio (2011) 332–335 mwN.

[186] Vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 167 f., der einen Einfluss der Ediktsredaktion vermutet.

[187] Vgl. *Santoro*, AUPA 37 (1983) 251 f.; vergleichbar auch das *novum negotium* in Gai. 10 ed. prov. D. 19.5.22, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 217–220; *Hayashi*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 186 f.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 171–173 mwN.

[188] *Giffard*, RHD 34 (1957) 337–346, jetzt in: *Giffard*, Et. 199 f.

[189] Pap. 2 quaest. D. 19.5.7 → Rn. 45.

[190] Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.2 → Rn. 22.

die Hingabe eines Sklaven zum Zwecke der peinlichen Befragung,[191] für die der Jurist betont, dass kein *nudum pactum* vorliege, weil die Bestimmung mit der *datio* verbunden worden sei (→ Rn. 44).

Papinian kennt aber auch an *bonae fidei iudicia* angelehnte *actiones civiles in factum*. **70**
So erteilt er in Anlehnung an Labeo[192] eine *actio civilis in factum*, wenn sich nicht ermitteln lasse, ob der Warentransport als Schiffsmiete oder Werkvertrag ausgestaltet sei (→ Rn. 55). Gleichsinnig äußert sich Papinian hinsichtlich der Überlassung einer Sache zur Probe,[193] bei der er dem Geber eine eine *actio civilis in factum* erteilt, wenn der Empfänger die Sache treuwidrig behandelt. Als Klageformel kommt hier ein *bonae fidei iudicium* analog zur *actio depositi* und/oder der *actio ex commodato* in Betracht.

Neu hinzu tritt bei Papinian die Verwendung der *apv* im Zusammenhang mit der **71**
Schenkung einer Erbschaft[194] und der Erbteilung[195] (→ Rn. 31). In beiden Fällen entscheidet er, dass der Erhalt des Vorteils den Empfänger verpflichte, die Schulden, die mit der Erbschaft einhergingen, zu tragen. Die aus dieser *datio* begründete Verpflichtung wird dabei als Ersatz für eine unterbliebene Stipulation begriffen, die den Parteien alternativ zur Wahl gestanden hätte.

b. Paulus

Von Paulus findet sich ein umfangreiches Traktat,[196] das die Verpflichtungswirkung **72**
atypischer Vereinbarungen darlegt und erörtert. Als Ausgangspunkt dient die Absprache wechselseitiger Freilassung von Sklaven, wobei die eine Seite freigelassen hat, die andere Seite nicht.[197] Im Anschluss daran analysiert der Jurist die Fälle der *datio ob rem* nach dem Leistungsinhalt dahingehend, dass er die *datio, ut des*, die *datio, ut facias* sowie die Vereinbarungen *facio, ut des* und *facio, ut facias* unterscheidet. Für alle diese Vereinbarungen stelle sich die Frage, ob eine Obligation entstehe, die mit einer Klage durchsetzbar sei.

Diesem Programm entsprechend erörtert Paulus zunächst die *datio, ut des*,[198] wobei **73**
er – in Folge der Schulentradition der Proculianer (→ Rn. 25–26) – den Kaufvertrag vom Tausch scheidet.[199] Auch für den Tausch befürwortet Paulus das Entstehen einer *civilis obligatio*, betont aber die parallele Möglichkeit einer Rückforderungsklage. Als Beispiel der *datio, ut facias* behandelt er sodann die Gabe von Geld zur Freilassung eines

---

[191] Pap. 27 quaest. D. 19.5.8 → Rn. 44.
[192] Pap. 8 quaest. D. 19.5.1.1 → Rn. 55.
[193] Pap. 8 quaest. D. 19.5.1.2.
[194] Pap. 3 resp. D. 39.5.28 → Rn. 31,52.
[195] Ulp. 19 ed. D. 10.2.20.3 → Rn. 7.
[196] Paul. 5 quaest. D. 19.5.5 pr.–4, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 127–139; *Collinet*, FS Koschaker I 70–83; eine gelungene Widerlegung bei *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 215–233.
[197] Paul. 5 quaest. D. 19.5.5 pr.
[198] Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.1.
[199] Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.1, dazu *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 208 f.

Sklaven. Unterbleibe die Freilassung, stehe dem Geber die Wahl offen, entweder das Geld zurückzufordern oder mit der *apv* auf Durchsetzung der Handlung zu klagen.

74 Schwieriger zu entscheiden sei der Fall, in dem ein Sklave gegeben werde, um die Freilassung eines anderen Sklaven beim Empfänger zu erreichen, wenn der Gegebene sodann evinziert werde (→ Rn. 46). Hier habe Julian dem Empfänger eine *actio de dolo* für den Fall erteilt, dass der Geber arglistig gehandelt habe, bei Nichtwissen dagegen eine *actio in factum civilis*.[200] Die Haftung des Gebers sei schwierig zu begründen, weil er ja nicht gegen die Zweckbestimmung verstoßen habe, sondern die *datio* gescheitert sei. Mangels *datio* fehle sodann auch der Vereinbarung *facio, ut des*[201] der verpflichtende Charakter, weshalb auch hier nur eine *actio de dolo* in Betracht komme.

75 Schließlich untersucht Paulus die Verpflichtungswirkung einer Vereinbarung *facio, ut facias,*[202] für die er zunächst entgeltliches Handeln nach dem Modell der *locatio conductio* und unengeltliches Handeln nach dem Modell des *mandatum* unterscheidet.[203] Auch hier scheide mangels *datio* eine *actio civilis incerti* aus, wenn der Leistungsempfänger gegen die Absprache verstoße; somit kämen allenfalls analoge Klagen zur *actio mandati* (*contraria*)[204] in Frage (→ § 82 Rn. 39–43) in Frage.

76 Paulus' schulmäßige Distinktion der verschiedenen Verpflichtungstypen (*do, ut des*; *do, ut facias*; *facio, ut des*; *facio, ut facias*)[205] ist immer wieder als Ausdruck einer byzantinischen Lehre des Innominatkontrakts (→ Rn. 101) angesehen worden.[206] Diese Deutung verkennt den begrenzten Zweck der Darlegungen, denn Paulus' Ziel ist die Analyse einer einzigen Fallvariante. Sie betrifft die wechselseitige Freilassung von eigenen Sklaven, die zufällig das leibliche Kind des anderen Sklaveneigentümers sind.[207]

---

[200] Zum Widerspruch zwischen Julians Meinung in Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.2 (*actio in factum*) und der in Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.2 (*actio in factum civilis*) geschilderten Position des Juristen vgl. → Rn. 11–13.

[201] Vgl. Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.3.

[202] Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.4.

[203] Vgl. auch Ulp. 31 ed. D. 19.5.19.1. Hier hat der *Ego* ein Grundstück für *Tu* verpfändet und erwartet nun im Gegenzug die Stellung eines Bürgen. Bleibt diese aus, kann der *Ego* „besser" mit der *apv* klagen; nur bei Vereinbarung eines Lohns für die Verpfändung komme die *actio ex locato* in Betracht.

[204] Zum *Quasi*-Mandat bei Geldgeschäften, vgl. auch Afr. 8 quaest. D. 19.5.24 → Rn. 3.

[205] Paul. 5 quaest. D. 19.5.5 pr.–4.

[206] Vgl. *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 127–139; *Collinet*, FS Koschaker I 70–83.

[207] Vgl. Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.pr. *Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest.* (…). Zu den hiermit verbundenen Fragen (Wertersatz statt Affektionsinteresse), vgl. *Willvonseder*, Misc. Mainzer Akademie 106 f.

c. Ulpian

Ulpian, von dem zu dieser Klage am meisten überliefert ist, trägt die verschiedenen Stränge, die seit Labeo, über Aristo, Pomponius und Papinian sichtbar geworden sind, in einer Synthese zusammen.[208] So findet sich die *apv* bei Ulpian für die *datio ad inspiciendum*,[209] für den Trödelvertrag[210] sowie für verschiedene Arten der Hinterlegung bei Dritten.[211] Aus der früheren Jurisprudenz übernommen ist auch die *apv* für die Durchsetzung der Auflage eines Grabmals,[212] für den *contractus mohatrae*[213] und für die Hingabe eines Grundstücks mit der Abrede, ein Mietshaus darauf zu bauen und es sodann teilweise an den Geber zurück zu übereignen.[214] **77**

Konsequente Fortentwicklungen der bestehenden Lehren scheinen die Zulassung der *apv* für die kostenlose *habitatio*[215] und für das *precarium*[216] zu sein, wobei allerdings nicht auszuschließen ist, dass frühere Belege durch Kürzung von Seiten der Kompilatoren entfallen sind. Ein ungewöhnlicher, und nur bei Ulpian auftauchender Fall ist die Klage der Sklavenfänger aus einem (formlosen) Lohnversprechen, wenn die versprochene Belohnung für den gefangenen Sklaven vom Eigentümer nicht gezahlt wird.[217] **78**

Eine eigene Leistung Ulpians scheint in der Anerkennung der Verpflichtungswirkung des Nutzungstauschs zu liegen.[218] In ähnlicher Weise gewährt Ulpian die Klage auch beim ideellen Austausch von Verpfändungszusage und Bürgschaftsversprechen, wenn die Verpfändung erfolgt, die Bürgschaft aber nicht erteilt wird.[219] In dieser Analyse folgt ihm Marcian der den Austausch von handwerklichen Diensten von Sklaven mit dem Tausch von Mänteln und Röcken vergleicht.[220] Als eine Fortentwicklung dieser Gedanken liest sich sodann die Klage zur Durchsetzung der Vereinbarung zwischen einem zur Bewachung des Sklaven verpflichteten Herrn, der den Sklaven zu Diensten in eine Mühle gibt, wenn die Bewachung (*custodia*) im Austauschverhältnis mit der Arbeitsleistung steht.[221] **79**

---

[208] Vgl. auch *Burdese*, Hom. Murga Gener 84–87.

[209] Vgl. Ulp. 32 ed. D. 19.5.20 pr.,2; Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.2 → Rn. 21–23.

[210] Vgl. Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.1; Ulp. 31 ed. D. 17.2.44; Ulp. 32 ed. D. 19.3.1 pr. → Rn. 33–37.

[211] Vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.3; Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.5; Ulp. 30 ed. D. 19.5.18. → Rn. 40.

[212] Vgl. Ulp. 19 ed. D. 10.2.18.2 → Rn. 30.

[213] Vgl. Ulp. 31 ed. D. 19.5.19 pr. → Rn. 42.

[214] Vgl. Ulp. 30 Sab. D. 19.5.13.1 → Rn. 38.

[215] Ulp. 28 ed. D. 19.5.17 pr., dazu *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 82.

[216] Ulp. 71 ed. D. 43.26.2.2.

[217] Zu Ulp. 42 Sab. D. 19.5.15 vgl. *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 209–213; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 229–232; *Dalla Massara*, Causa (2004) 225–233. Zu Ulp. 28 ed. D. 19.5.19.7, einer Vereinbarung in der Nähe einer *actio depositi*, vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 197 f.

[218] Ulp. 28 ed. D. 19.5.17.3 → Rn. 27.

[219] Ulp. 31 ed. D. 19.5.19.1, dazu Einzelheiten bei *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 191–193.

[220] Marcian. 3 reg. D. 19.5.25 → Rn. 27.

80 Anders als bei Papinian und Paulus differenziert Ulpian terminologisch nicht mehr zwischen der auf die Analogie zum *bonae fidei iudicium* gestützten *actio civilis in factum* und der auf der *datio ob rem* basierenden *apv*. Vielmehr sind in Ulpians Fragmenten alle Bezugnahmen auf andere Namen der Klage mit dem Zusatz *id est praescriptis verbis* vereinheitlicht. Auch wenn Eingriffe der Kompilatoren keineswegs ausgeschlossen sind, legt die auf Ulpians Texte beschränkte Harmonisierung nahe, dass das Verständnis der *apv* als einheitlichem Institut von ihm selbst stammt. Diese Vereinheitlichung würde durchaus zu seinem umfassenden Verständnis der *conventio* passen (→ Rn. 3), denn die damit verbundene Vertragslehre erlaubt es, die ursprünglich diversen Stränge der Entwicklung als Erscheinungen eines einheitlichen Grundkonzeptes zu erfassen.

5. Zur *actio praescriptis verbis* in der Reskriptenpraxis

81 Die *apv* findet sich auch in der im Codex belegten Reskriptenpraxis, wobei sich im überlieferten Material eine klare Kontinuität zwischen der Severerzeit über die Zeit der Soldatenkaiser bis hin zu Diokletian zeigt.

a. Severerzeit und Soldatenkaiser

82 Die Reskriptenpraxis bis Alexander Severus entspricht der Rechtsliteratur zur *apv*. Ganz auf Linie des früheren Rechts liegt die Entscheidung des Alexander Severus das Rücktrittsrecht des Verkäufers mit der *apv* durchzusetzen.[222]

83 Eine interessante Anwendungsvariante enthält ein Reskript aus dem Jahre 230 n. Chr.,[223] das den gesetzlichen Erben einer Frau gegen den testamentarischen Erben eine *apv* aus einem Vergleich (*transactio*) erteilt. Wie das Reskript hervorhebt ersetzt die *apv* hier funktional eine *actio ex stipulatu*, da sich die Parteien entschieden hätten, anstelle einer Stipulation ein durch *datio* bewehrtes *pactum* abzuschließen.[224]

84 Die Forschung hat Anstoß daran genommen, dass das Reskript die Klage als *actio utilis* bezeichne, *quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat.*[225] Der analoge Charak-

---

[221] Ulp. 30 ed. D. 16.3.1.9 → Rn. 28.

[222] Alex. C. 4.54.2 (a.222).

[223] Vgl. Alex. C. 2.4.6 pr.,1 (a.230), dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 220–225, der die Konstitution als Ausdruck byzantinischer Theorie ansieht; abweichend *Giffard*, RHD 34 (1957) 337–346, jetzt in: *Giffard*, Et. 200; *Santoro*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 93–98; *Burdese*, SemCompl. 9/10 (1997/98) 45–62, 56 f.; *Izzo*, Index 46 (2000) 466 f.; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 49 f., alle mwN.

[224] Die Parallele zur Stipulation findet sich bereits in Pap. 27 quaest. D. 19.5.8. Für interpoliert hält dies *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 305 f.; gleichsinnig *Devilla*, Actio incerti (1932) 48–50; zur byzantinischen Rechtsschule und ihrer Kommentierung des Reskripts, vgl. v. a. *Simon*, SZ 87 (1970) 333–336.

[225] Sie weist auf eine analoge Klage zu einem *bonae fidei iudicium* mit *demonstratio*. Für *Santoro* ist dies ein Beleg für die nachklassische Ausprägung der *actio utilis*, vgl. *Santoro*, AUPA 37 (1983) 97 f.;

ter der Klage erklärt sich jedoch offensichtlich daraus, dass Alexander Severus den fehlenden Verbalvertrag durch die auf die *fides* gestützte formlose Vereinbarung ersetzt, also auch ohne Stipulation eine der Stipulation vergleichbare Klage gewährt. Klagegrund ist also weniger die *datio ob rem* als die Fiktion der im Einzelfall fehlenden Formalisierung der Abrede.

Ebenfalls unbedenklich ist die Bezeichnung einer Klage aus einem die Hingabe der Mitgift begleitenden *pactum* als *condictio utilis.*[226] Zum einen ist die Verwendung der *apv* für die Rückforderung der Mitgift schon früher belegt (→ Rn. 48). Zum andern ist die Bezeichnung als *actio utilis* offensichtlich daraus motiviert, dass im konkreten Fall das hingegebene Geld durch andere Sachen ersetzt wurde. Es geht also tatsächlich um eine analoge Anwendung der *condictio*, nicht um eine *apv.*[227] **85**

Auch für die Zeit der Soldatenkaiser ist die doppelte Begründung der *apv* – aus dem *bonae fidei iudicium* einerseits, aus der *condictio incerti* andererseits – erkennbar. So erlässt Gordian ein Reskript, in dem eine *ad exemplum ex empto actio* für den Tausch von Grundstücken erwogen wird.[228] Dabei wird unterschieden zwischen einer *venalis possessio* und der *permutatio*, die nur eine Restitution des Gegebenen eröffne, wenn das erworbene Grundstück evinziert worden sei.[229] **86**

b. Diokletian und Maximinian

Sodann wenden auch Diokletian und Maximinian bestehendes Recht an, wenn sie die *apv* bei *permutatio* und Erbteilung gewähren.[230] Selbst die von der früheren Zeit abweichenden Erscheinungen der *apv* in diokletianischer Zeit stellen konsequente Fortentwicklungen des bestehenden Rechts dar.[231] Dabei stehen die meisten Veränderungen im Zusammenhang mit Neuerungen im Kontraktsschema: Da die *transactio* und die *donatio* in die Reihe der *contractus* aufgenommen werden,[232] können der Verstoß **87**

---

skeptisch *Peterlongo*, Transazione (1936) 315–318, die das von *Pernice*, Labeo III.1 (1892) 91 Fn. 1, gefundene Argument aus einem Vergleich mit Ant. C. 2.3.7 (a.213) und Cod. Greg. 1.1.1 vertieft.

[226] Vgl. Sev./Ant. C. 5.14.1 (a.206), dazu *Melillo*, Est. Iglesias II 845–858; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 225.Vgl. Paul. 6 quaest. D. 24.1.55 *Uxor marito suo pecuniam donavit: maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem aut soli rem comparavit: solvendo non est et res extant: quaero, si mulier revocet donationem, an utiliter condicticia experiatur.*

[227] Anders *Santoro*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 102 f.

[228] Gord. C. 4.64.1 (a.238), dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 144–147; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 210 f.

[229] Vgl. *Glück*, Pand. XX.1 183 f., der die Entscheidung in den Zusammenhang bringt mit Paul. 32 ed. D. 19.4.1.1 *Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur.* Weitere Nachweise *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 148–150.

[230] Vgl. Diocl./Max. C. 3.38.7 (a.294), dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 162 f.; zu den unbenannten Verträgen unter Diokletian, vgl. *Harke*, Iuris prudentia (2019) 209–254.

[231] Vgl. *Chaudet*, Condictio (1973) 132–143; zur *transactio* in der Epiklassik, vgl. *Izzo*, Index 46 (2000) 461–477.

[232] Vgl. Diocl./Max. C. 2.19.7 (a.293) *…donationis vel transactionibus vel stipulationis vel cui-*

gegen Vergleichsbestimmungen[233] wie gegen Auflagen des Schenkers[234] mithilfe der *apv* verfolgt werden.

88 Diese Erweiterung führt dazu, dass die *apv* zur regelmäßigen Klage wird und zunehmend als funktionales Äquivalent zur *actio ex stipulatu* erscheint,[235] wenngleich die Begründung aus der *datio ob rem* nicht verschwindet.[236] Zudem stützt sich auch der Vergleich mit der *actio ex stipulatu*[237] auf tradierte Argumentationsmuster und darf daher weder als Vulgarisierung noch als Interpolation missverstanden werden.[238]

89 Auch die Bezeichnung als *actio utilis* in diesem Zusammenhang entspricht vollständig den Grundsätzen des früheren Rechts, da die Stipulation zwischen Schenker und (begünstigtem) Dritten fingiert werden muss, um dem nicht an der *donatio* beteiligten Dritten eine Klage gewähren zu können.[239]

IV. Zur Entwicklung der *actio praescriptis verbis* nach Diokletian

90 Soweit in der Überlieferung überhaupt isolierbar, bauen auch die folgenden Jahrhunderte auf die traditionellen Überlegungen auf; soweit Veränderungen ersichtlich sind, stellen sie sich Folgenwirkungen von Umwälzungen des Prozessrechts und Anpassungen einzelner Vertragsverhältnisse dar, keineswegs aber sind sie auf Reformen des Vertragsrechts als solchem zurückzuführen.

---

uscumque alterius contractus obligationis confectum … , dazu *Harke*, Iuris prudentia (2019) 31 f. Zur Begriffsbildung, vgl. *Schiavone*, Logiche (1971) 170–181, der *transactio* und *synallagma* gleichsetzt.

[233] Vgl. Diocl./Max.C. 2.4.33 pr.,1 (a.294); für Interpolationen: *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 189–191; *Devilla*, Actio incerti (1932) 63 Fn. 65; *Peterlongo*, Transazione (1936) 316 f.; dagegen *Santoro*, AUPA 37 (1983) 98–100; *Santoro*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 98–100; *Izzo*, Index 46 (2000) 469–472; zur *apv* im Zusammenhang mit der *transactio*, vgl. *Burdese*, SemCompl. 9/10 (1997/98) 45–62.

[234] Vgl. Diocl./Max. C. 4.64.8 (a.294); Diocl./Max. C. 8.53.22.1 (a.294).

[235] Vgl. Diocl./Maxim C. 4.64.4 (o.A.), dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 150–152; Diocl./Max. C. 8.53.9 (a.293), dazu *Burdese*, Hom. Murga Gener 88 f.

[236] Vgl. Diocl./Max. C. 4.64.7 (o.A.); Diocl./Max. C. 8.53.22.1 (a.294); C. 8.54.3 (a.290); anders *Devilla*, Actio incerti (1932) 60 f.

[237] Vgl. Diocl./Max. C. 8.54.3 pr.,1 (a.290) (= Frg. Vat. 286), dazu *Wesenberg*, St. Arangio-Ruiz I 419, und *Simon*, SZ 87 (1970) 384–386 mwN.; ferner *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 265–268; zur Kontinuität, vgl. *Burdese*, Hom. Murga Gener 89; *Santoro*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 91–93.

[238] Diocl./Max. C. 8.54.3.1 (290) verweist auf die *veteris iuris auctoritas*, dazu *Santoro*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 88–93; *Wieling*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 262.

[239] Nachweise bei *Santoro*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 91 Fn. 25. Zum Verbot des *nemo factum alienum promittere potest*, vgl. *Finkenauer*, Stipulation (2010) 13–19 mit 16 Fn. 15 zur Stelle.

1. Fehlende Ermittelbarkeit für die Zeit vom 4. bis 6. Jahrhundert

Veränderungen im Vertragsrecht der konstantinischen Zeit sind einerseits mit der formellen Abschaffung des Formularverfahrens,[240] andererseits mit der Reform des Schenkungsrecht,[241] verbunden. Sie führen dazu, dass die die konstruktiven Fragen der *apv* in den Hintergrund treten, zumal nach konstantinischem Recht die Schriftform zum Leitbild wird. Auf diese Weise wird das Kontraktsschema des früheren Rechts hinfällig, womit die *apv* ihre Bedeutung als Ausnahme zum Typenzwang verliert.[242] **91**

Grundlage für die vertragliche Verpflichtung ist fortan – wie sich auch aus der Rubrizierung im *Codex Theodosianus* ergibt (Cod. Theod. 2.9) – vorrangig der Konsens, das heißt das *pactum*, von dem die *transactio*[243] einen wichtigen Anwendungsfall bildet.[244] **92**

2. Die *actio praescriptis verbis* in der byzantinischen Rechtslehre

Die byzantinische Jurisprudenz wurde in der Interpolationenkritik als Schöpfer der *apv* angesehen.[245] Dagegen spricht nicht nur die Anbindung der Erscheinung an das Klageformular des Formularprozesses (→ Rn. 8), sondern auch die offensichtlich aus der lateinischen Sprache transkribierte Terminologie in den älteren Basilikenscholien πραεσκρίπτις βέρβις ἀγωγή.[246] Die Basiliken selbst weisen zudem nur selten Belege auf und wenn, dann nur in Form einer (wörtlichen) Übersetzung περὶ τῶν προγεγραμμένων συμφώνων ἀγωγή.[247] **93**

Abzulehnen ist weiter auch die nach dem Ende der Interpolationenkritik entwickelte Ansicht, die Einzelfälle des klassischen Rechts seien erst in der „oströmischen Schule (…) zu einer selbstständigen Einrichtung“ ausgebaut worden.[248] Hinter dieser Vorstellung steht die Annahme, die Bezeichnung *apv* sei in klassischer Zeit „untechnisch“ gewesen und erst in der Nachklassik „auf die Darstellung des Sachverhalts im Klaglibell“ **94**

---

[240] Vgl. Constantius/Constans C. 2.57.1 (a.342) *Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*, dazu *De Francisci*, Συνάλλαγμα II (1916) 260–262.

[241] Vgl. Frg. Vat. 249.1–10, dazu *Simon*, Kaiserrecht (1977) 84–120; zuletzt auch *Harke*, Utilitas Constantiniana (2021) 193–208.

[242] Vgl. Epit. Gai. 2.9, dazu *Archi*, Epitome Gai (1937) 365–416, *Levy*, Vulgarrecht (1956) 18–21.

[243] Für die *transactio* unterscheidet noch der Codex Theodosianus zwischen *pactum* und *stipulatio* (*Aquiliana*), vgl. Grat./Valentin./Theodos. Cod. Theod. 2.9.2 (a.381).

[244] Zur Entwicklung, vgl. *Mayer-Maly*, Klio 73 (1991) 606–611.

[245] Vgl. v. a. *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 39 f.; Συνάλλαγμα II (1916) 1–11 (und öfter); *Devilla*, Actio incerti (1932) 67 f., der die Klage als oströmisches Schulprodukt ansieht.

[246] Die Belege bei Artner, Agere praescriptis verbis (2002) 28 Fn. 108 f. mwN.; für nachklassische Änderungen der *actio in factum civilis*, vgl. *Kaser/Hackl*, RZ § 88.I.3, 578; überholt auch die These von *Kaser/Hackl*, RZ § 88.1.3, 579 Fn. 20 die *apv* sei „untechnisch“ zu verstehen.

[247] Vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 29 f. mwN. zu Belegen in Fn. 114.

[248] Vgl. *Kaser*, RP II § 269.I, 419, obgleich die Fußnoten im Fortgang kritische Distanz zu diesen Thesen belegen.

bezogen worden.[249] Für diese Vermutung gibt es keinen Grund; nicht plausibel ist zudem, warum gerade die oströmische Rechtsschule ein derartiges formulares Instrumentarium hätte schaffen und mit technischer Präzision versehen sollen.

95 Die nahezu vollständige Abhängigkeit der oströmischen Schule von den klassischen Vorläufern zeigt das Scholion μαθών[250] zu Basil. 11.1.7,[251] das Ulpians Lehre von den *conventiones iuris gentium* erklärt und kommentiert. So legt es zunächst dar, dass diese *conventiones* nur dann eine Klage begründen, wenn ein Synallagma vorliege, das ihnen einen besonderen Namen zuweise.[252] Auch wenn eine Vereinbarung nicht einem bekannten Vertrag entspreche, aber eine *iusta causa* habe, stehe eine Klage zu, solange eine *datio* oder eine Handlung vorausgegangen sei, mit der die Verpflichtung, etwas anderes zu tun oder zu geben, befestigt worden sei. Als Beispiele nennt der Scholiast die Gabe einer Wurfscheibe zur Erlangung eines Pferdes (Tausch) und die Freilassung des Sklaven Stichus zur Erreichung der Freilassung eines anderen Sklaven (*facio, ut facias*)

96 Besonderes Augenmerk richtet das Scholion sodann auf die Entwicklung der Klage. So wird in einem historischen Rückblick zunächst die Herausbildung benannter Vertragstypen betrachtet, bevor die unbenannte Klage als Fortentwicklung der *condictio* erklärt wird: Aufgrund einer *datio* mit Zweckbestimmung stehe dem *dans* eine *apv* auf Durchsetzung der Gegenleistung zu; lehne die andere Seite die Erfüllung ab, könne der *dans* die *condictio causa data, causa non secuta* erheben, um die Sache zurückzufordern. Auch das Scheitern der *datio*, also die Eviktion des Sklaven des *dans*, wird vom Scholiasten wie bei Ulpian, das heißt in Anlehnung an Maurician und unter Kritik an Julian entschieden: Da ein Synallagma vorliege, sei eine *actio civilis in factum* zu erteilen; diese sei als *apv* zu konstruieren, wobei das Scholion die auch bei Gaius belegten Bestandteile der Klageformel beschreibt (→ Rn. 9–10).

97 Der Unterschied zwischen dem oströmischen Scholion und den Darlegungen der früheren Juristen zur *apv* liegt nach alldem allenfalls in der Nuancierung von Argumenten. So unternimmt das Scholion den Versuch, die heterogenen Ansätze zu einer *actio generalis* zusammenzuführen,[253] und betont dabei besonders das *synallagma*. Die Konkurrenz beider Klagen und auch die Beidseitigkeit der Verpflichtungen sind aber als Streitentscheidungsweg bereits im früheren Recht präsent, wenngleich sie dort nicht zur gesetzlichen Harmonisierung, sondern zur Lösung von Einzelfällen dienen.

98 Die auf den früheren Ansätzen aufbauende Schultradition scheint sich bis in die nachjustinianische Zeit gehalten zu haben, denn auch für die Zeit nach der Kompilation[254] finden sich ἑρμηνεία zu Ulpians Kommentar *de pactis* (PSI I 55, 40–68),[255]

---

[249] *Kaser*, RP II § 269.I, 419 mit Fn. 6.

[250] Heimb. I 559–562 = Schelt. B I 187–192 = , dazu *Falcone*, MEP 4 (2001) 522–525; *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 47–51 mwN.

[251] Basil. 11.1.7 entspricht Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.

[252] Als Bezeichnungen erscheinen: *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *commodatum*, *depositum* und andere wechselseitige Verpflichtungen.

[253] Vgl. *De Francisci*, Συνάλλαγμα II (1916) 12 f. mwN., 14–33.

[254] Zur Datierung, vgl. *Wodke*, in: Altheim/Stiehl, Christentum I (1971) 254 f. (allerdings unter der

welche die Lehre der *apv* von der Klageformel lösen und zu einer Lehre des anonymen Synallagmas (PSI I 55, 59),[256] also des unbenannten Vertrags, fortentwickeln.[257]

V. Die *actio praescriptis verbis* in der justinianischen Kodifikation

Während die *apv* in den Institutionen Justinians nur im Zusammenhang mit dem *aestimatum* und dem Tauschvertrag vorkommt,[258] ist ihr sowohl in den Digesten als auch im *Codex* ein eigener Titel gewidmet,[259] der alle bekannten Erscheinungen der früheren Zeit aufgreift. Schon die Anordnung der Digestentitel offenbart damit das justinianische Verständnis der *apv* als allgemeiner Auffangklage für nicht benannte Verträge.[260] **99**

Sowohl die Digesten als auch der *Codex* greifen auf die bereits für das Recht des Prinzipats charakteristische Doppelbegründung der *apv* zurück (→ Rn. 79–87). Abweichungen vom früheren Recht ergeben sich im justinianischen Recht für die von einem Dritten gegebenen *dos* (→ Rn. 48), für die Justinian die *apv* im Rahmen seiner umfassenden Reform des Ehe- und Mitgiftsrechts abschafft.[261] **100**

Wie schon im Scholion μαθών angelegt, unterscheidet auch die justinianische Lehre verschiedene Innominatkontrakte, wobei vor allem die bilateralen Kontrakte von den einseitigen geschieden werden.[262] Die *apv* gilt nach Justinian als *bonae fidei iudicium*;[263] was freilich die Begründung aus der *datio ob rem* nicht aus-, sondern einschließt. **101**

Prämisse, dass der Text ursprünglich auf Stephanus zurückgeht, dagegen *Falcone*, MEP 4 [2001] 516–527).

[255] Vgl. *Giffard*, Mnem. Pappulia 1934, 143–153, jetzt in: *Giffard*, Et. 186 Fn. 26; *Brandsma*, Dorotheus (1996) 113–118, der Cobidas vorschlägt; *Wodke*, in: Altheim/Stiehl, Christentum I (1971) 193–195; ferner *De Francisci*, Scr. Lumbroso 221 f.; *Vassalli*, BIDR 24 (1911) 188 f.

[256] Abweichend *Wodke*, in: Altheim/Stiehl, Christentum I (1971) 195, dagegen *Falcone*, MEP 4 (2001) 515 f.; zum Begriff des Synallagma, vgl. auch *Partsch*, Nachgel. Schr., 20–25.

[257] Vgl. *Falcone*, MEP 4 (2001) 513–529, der 515 auf die Parallelen in Schol. Schelt. B IV 1523,1524 und Schol. Schelt. B IV 1523–1526 verweist. Hierzu passt die Beobachtung *Falcones*, a. a. O. 526, dass PSI I 55 nicht mehr von *bonae fidei iudicium* spricht, sondern von einem *bonae fidei* τύπος.

[258] Inst. 4.6.28 … *bonae fidei sunt hae: …, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, …*

[259] D. 19.5 lautet *de praescriptis verbis et in factum actionibus*; zudem sind in D. 19.3 *de aestimatoria* und D. 19.4 mit *de rerum permutatione* die bereits aus dem früheren Recht bekannten Anwendungsfälle des Trödelvertrags und des Tauschs gesondert vorweggenommen; weiteres Material zur Klage findet sich in D. 2.14 *de pactis* und in allen Titeln zu besonderen Verträgen, sofern die Abgrenzung zum unbenannten Vertrag notwendig ist.

[260] Gleichsinnig hat der Codex in C. 4.64 einen gemeinsamen Titel *de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione*; dieser enthält nur 8 Fragmente, wobei 7 von Diokletian stammen und 1 von Gordian.

[261] Iust. C. 5.13.1.13 (a.530), vgl. dazu *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 45 f.

[262] Vgl. *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 2 f.

[263] Vgl. Inst. 4.6.28, dazu *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 185–191.

1. Zum Aufbau des Titels D. 19.5.

102 Der Aufbau des Titels D. 19.5. ordnet das frühere Material der neuen Akzentsetzung entsprechend ein: Er beginnt mit einer Zusammenstellung von vier Aussagen zur Notwendigkeit einer unbenannten Klage, die aus Begründungen von Fallentscheidungen stammen und durch die Dekontextualisierung verallgemeinert werden.[264] Nach dieser Einleitung folgt Paulus' Traktat zur Behandlung der Konstellationen *do, ut des*; *do, ut facias*; *facio, ut des;* und *facio, ut facias* (→ Rn. 72–74), dessen Distinktionen dadurch den Wert eines Prinzips erhalten[265] und auch die Anordnung der weiteren Fragmente bestimmen.

103 Die Kompilatoren erheben allerdings nicht – wie dies die Interpolationenkritik immer wieder vermutet hat –[266] die von Paulus entwickelten Geschäftstypen zum Ordnungsprinzip, sondern interessieren sich für die verschiedenen Klagetypen des paulinischen Traktates.[267] Besonderes Augenmerk erhält dabei die von Paulus in § 2 nur erwähnten *actio in factum,*[268] indem sie durch weitere Fragmente erläutert wird. So dient das Fragment Iav. 13 epist. D. 19.5.10 erkennbar dazu, diese *actio in factum* mit der *apv* bei Fehlen einer Stipulation gleichzusetzen.[269] Sodann klärt Pomp. 39 Q. Muc. D. 19.5.11 allgemein, welche Voraussetzungen an eine *actio in factum* zu stellen sind,[270] wobei Pomponius sich offenkundig auf die deliktischen Klagen bezieht, während die Kompilatoren dies aber auf die Klage aus der *conventio* erstrecken.

---

[264] Vgl. Pap. 8 quaest. D. 19.5.1 *Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur …*; Cels. 8 dig. D. 19.5.2 *Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est*, dazu *Cerami*, Iura 33 (1982) 122 f.; Iul. 14 dig. D. 19.5.3 *In quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt*; Ulp. 30 Sab. D. 19.5.4 *Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula*; zur Titelkomposition, vgl. *Accarias*, Contrats innommés (1866) 84–99; *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 341–344.

[265] Zur Verwendung von Paulus, vgl. *Spengler*, Paulus (1992) 25–145; zu Paul. 5 quaest. D. 19.5.5 pr.–5, vgl. *Burdese*, Hom. Murga Gener 63–91; *Cannata*, in: Burdese, Dottrine del contratto (2006) 193 f.

[266] Typisch etwa *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 127–139; *Collinet*, FS Koschaker I 70–83; noch immer skeptisch auch *Schmidlin*, SZ 124 (2007) 92 f.

[267] Zu dieser Funktion des Paulus-Textes, vgl. *Accarias*, Contrats innommés (1866) 100–117.

[268] Vgl. Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.2 *Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem.*

[269] Vgl. Iav. 13 epist. D. 19.5.10 … *mulier accepit fruendi causa et per ignorantiam stipulatio praetermissa est. Quaero, an ab herede mulieris pecunia, quae fruendi causa data est, repeti possit, et qua actione. Respondi in factum actionem dari debere.*

[270] Vgl. Pomp. 39 Q. Muc. D. 19.5.11 *Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: …*

Der nächste Abschnitt des Titels ist – wie Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.2,3 – der *actio de dolo* gewidmet, die sowohl alternativ zur *actio in factum* (§ 2) als auch als Ersatz für die *actio civilis* erteilt werden kann (§ 3).[271] Das erste Fragment in diesem Zusammenhang, Ulp. 41 ed. D. 19.5.14, betrachtet allgemein die ergänzende Funktion der *actio de dolo* und der *actio in factum*. Spezifischer ist Ulp. 42 Sab. D. 19.5.15 mit Blick auf die Lohnzusage zugunsten des Sklavenfängers, für die präzisiert wird, dass sie kein *nudum pactum* darstellt und daher mit der *apv* durchgesetzt werden kann, während die *actio de dolo* dann zustehen soll, wenn der Lohn arglistig verweigert werde. Im Kontext des Titels dienen diese Aussagen dazu, den Klageschutz der *apv* durch die *actio de dolo* zu ergänzen. Zu dieser Überlegung fügt sich Pomp. 22 Sab. D. 19.5.16, der die Konkurrenz von *actio in factum* und *actio de dolo* für die Durchsetzung einer *conventio* thematisiert, und damit die Argumente aus Ulp. 41 ed. D. 19.5.14 und Ulp. 42 Sab. D. 19.5.15 zusammenführt. **104**

2. Ausmaß und Grenzen der justinianischen Veränderungen

Im Gegensatz zu den vor allem interpolationenkritischen Schrifttum anzutreffenden Verdächtigungen gegen die *apv* Klage sind die justinianischen Eingriffe in diesem Bereich als gering zu bezeichnen: Sie betreffen vor allem die Angleichung der verschiedenen klassischen Bezeichnungen, wobei es ersichtlich darum geht, die *actio in factum civilis* und die *apv* gleichzusetzen.[272] Dieser Tendenz entspricht der in der justinianischen Jurisprudenz formulierten Anforderung, dass im Klagelibell sowohl der Name der Klage als auch die eingeklagte Summe zu nennen ist.[273] **105**

In unserem Zusammenhang tritt diese Voraussetzung in dem entweder vor oder nach Erlass der justinianischen Kompilation abgefassten Traktat[274] *de actionibus* besonders deutlich zu Tage: Nachdem § 1 des Traktats festgehalten hat, dass im Libell die Klage (ἀγωγὴ) bezeichnet werden muss,[275] folgen in §§ 7–29 die einzelnen Klagearten, wobei § 28 die *apv* für den Fall als einschlägig anordnet, dass jemand etwas gegeben oder getan hat, damit etwas gegeben oder getan werde, was direkt auf die Typologie aus Paul. 5 quaest. D. 19.5.5 pr.–5 zu verweisen scheint.[276] **106**

[271] Zur Alternativität beider Klagen, vgl. *Artner*, Agere praescriptis verbis (2002) 212 f.

[272] Selbst diese Gleichsetzung kann klassische Vorbilder haben, wie die divergierende Klagebezeichnung beim *precarium* für Julian und Ulpian zeigt (→ Rn. 49–50); vgl. auch *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 72–86.

[273] Vgl. *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 39–47; ferner *De Francisci*, Συνάλλαγμα II (1916) 274–278, 296–312.; anders *Meylan*, Action praescriptis verbis (1919) 68 f.

[274] Zur Datierung, vgl. *Sitzia*, De actionibus (1973) 75–115, der sich 86 für ein vorjustinianisches Datum ausspricht; skeptisch *Fögen*, Font. min. VIII 239 f.; Nachweise bei *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 554 f.

[275] Vgl. De action. § 1 Ἐν τῷ διαπέμπεσθαι βιβλίον ἀνάγκη ὁρίζεσθαι τὴν ἀγωγή, dazu *Simon*, Justinianischer Zivilprozeß (1969) 61.

[276] Vgl. De action. § 28 Εἰ δέδωκε τις ἢ ἐποίησεν ἐπὶ τῷ τόδω γενέσθαι ἢ δοθῆναι, τὴν πραεσκρίπτις βέρβις.

107 Diese Komposition des Titels D. 19.5. zeigt das Bestreben, unter Geltung des Satzes *ex nudo pacto actio non oritur* möglichst vielen Einzelfallentscheidungen zu sammeln, in denen eine Klage aus einer (unbenannten) *conventio* gewährt wird. Das Bedürfnis, die Lücken des römischen Kontraktssystems zu füllen, zeigt sich am deutlichsten in der Einfügung des Fragments aus Ulp. 2 disp. D. 19.5.21, nach dem eine *actio utilis* oder eine *exceptio utilis* zustehe, wenn eine unmittelbar anwendbare *actio* oder *exceptio* fehle. Mithilfe dieses Satzes kann in allen Fällen, für die nach dem römischen System kein Rechtsschutz besteht, eine Klage oder Einrede begründet werden.[277]

108 Die Tendenz des justinianischen Rechts, den früheren „Typenzwang" zu überwinden, mag mit einem gewissen Nominalismus, der Ansätze bei Ulpian (→ Rn. 3) fortführt, verbunden gewesen sein. Da die klagetechnische Bedeutung in den Hintergrund trat, kann dieser auch mit einer besonderen Betonung von Argumenten der *natura actionis*[278] oder des *synallagma*[279] einhergegangen sein. Dennoch sind alle Überlegungen zur Bezeichnung und zur Rechtsnatur des (unbenannten) Vertrages in den Juristenschriften der Prinzipatszeit angelegt; die justinianische Vertragslehre stellt sich daher[280] nach heutigem Kenntnisstand als eine konsequente Fortführung dieser Ansätze dar.[281]

[277] Vgl. *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 300 f., nach dem das Fragment nicht das Vertragsrecht betreffe.

[278] Zum Verdacht gegen die *natura actionis*, vgl. *De Francisci*, Συνάλλαγμα I (1913) 57–61, 234 f.

[279] Zum angeblich byzantinischen Ursprung der Lehre vom Synallagma, vgl. *De Francisci*, Συνάλλαγμα II (1916) 496–520; zum oströmischen Ursprung der Lehren von der *natura contractus*, vgl. *Rotondi*, BIDR 24 (1911) 5–115; zur byzantinischen Lehre von der *natura actionis*, vgl. *Longo*, BIDR 17 (1905) 34–95; zur Fortentwicklung des *natura*-Arguments durch die byzantinische Jurisprudenz, vgl. *De Jong*, ByzZ 106 (2013) 683–712 (allerdings mit Übernahme veralteter Grundannahmen zum „klassischen" Recht).

[280] Zur Vertragslehre des Theophilus (Theoph. inst. 3.13.2), vgl. *Falcone*, St. Talamanca III 68 f.

[281] Vgl. *Magdelain*, Consensualisme (1958) 28–30; *Falcone*, St. Talamanca III bes. 92–119 mwN.; anders *De Francisci*, Συνάλλαγμα II (1916) 485–490, 508–520.

§ 91 Pönalklagen: Grundlagen

Johannes Platschek

Liebs, Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe, 1972; *Vacca*, Delitti privati e azioni penali nel principato, ANRW II.14 (1982) 682–721; *Gröschler*, Actiones in factum: eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich, 2002; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003; *Wacke*, Unius poena – metus multorum. Abhandlungen zum römischen Strafrecht, 2008; *Desanti*, Delitti privati e concorso di azioni, 2010; *Rossetti*, ‚Poena' e ‚rei persecutio' nell'actio ex lege Aquilia, 2013; *Vacca*, Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano, 2015.

Inhalt Rn.

I. Begrifflichkeit und Formelgestaltung 1
II. Vererblichkeit, Befristung, Klagenhäufung 4
III. Noxalität 8

I. Begrifflichkeit und Formelgestaltung

Die *condemnatio* einer *actio in personam* (→ § 12 Rn. 40) umfasst entweder nur das Interesse des Klägers, das heißt Wert-/Schadensersatz in Geld (*rem persequi*/*rei persecutio*, daraus „reipersekutorische" / „sachverfolgende" Klagen),[1] oder ausschließlich eine *poena* (im engeren Sinne → Rn. 2), das heißt eine Geldbuße zur privaten Verfolgung von Strafzwecken (*poenam persequi*, daraus „pönale" / „Straf-" Klagen"),[2] oder beides (*rem et poenam persequi*).[3] Reipersekutorische Klagen finden sich bei allen Arten von Obligationen,[4] pönale und gemischt reipersekutorisch-pönale Klagen nur bei solchen aus Delikt.[5] **1**

[1] Gai. inst. 4.6–7: *rem tantum persequi*. Die Begrifflichkeit ist nicht zu verwechseln mit den sachenrechtlichen *actiones in rem* (die freilich stets „sachverfolgend" sind).

[2] Gai. inst. 4.6/8; I. 4.6.16.

[3] Gai. 4.6/9 (insbes. alle Klagen *adversus infitiantem in duplum*); Paul. 8 Sab. D. 27.3.2.2 (*actio de rationibus distrahendis*); Gai. ed. pr. urb. tit. de publ. D. 39.4.5.1 (Klage aus Edikt *Quod publicanus vi ademerit*). In den Justinianischen Institutionen (I. 4.6.16) heißen diese Klagen *actiones mixtae*.

[4] Aus Delikt insbesondere die *condictio furtiva* → § 93 Rn. 15 und die *actio de dolo* → § 94.

2 Das Verhältnis der (privaten) Pönalklagen zu den strafrechtlichen *iudicia publica* gestaltet eine eigene Disziplin.[6] Zu beachten – und weiterhin zu untersuchen – ist ferner, dass die römischen Juristen mitunter auch dort von *poena* sprechen, wo sich die Urteilssumme ausschließlich als Interesse/Schadensersatz erklären lässt, also in Bereichen, die sich gerade nicht den Pönalklagen zuweisen lassen.[7] Die Qualifizierung als pönale oder reipersekutorische Klage ist noch zur Zeit der spätklassischen Juristen keineswegs stets außer Diskussion.[8]

3 *In ius* konzipierte Pönalklagen nehmen in einer *intentio* mit … *oportet* – ausdrücklich oder implizit – auf Bußanordnungen des *ius civile* Bezug. Dass sie deren Tatbestand mit *si paret* … wiederholen, ist unwahrscheinlich; in ihrer Formel ist vielmehr eine *demonstratio* zu erwarten, um die Klage auf die konkrete Verwirklichung des Bußtatbestands festzulegen.[9] *In factum* konzipierte Pönalklagen knüpfen Geldbußen an vom Prätor ausgestaltete Tatbestände.[10] Die pönale Verurteilung geht – je nach der spezifischen gesetzlichen oder ediktalen Grundlage[11] – auf einen festen Geldbetrag,[12] auf das Mehrfache des betroffenen Vermögenswerts (*quanti ea res fuit/erit, tantae pecuniae duplum/quadruplum*)[13] oder eine Summe nach billigem Ermessen des Gerichts (*quan-*

[5] Zur Dogmatik der Abgrenzung *Vacca*, ANRW 2.14 (1982) 686–693 = Delitti privati (2015) 221–228; *dies.*, in: Diliberto, Problema della pena criminale (1989) 197–217 und 338–341= Delitti privati (2015) 259–279 und 283–286); *dies.*, Iura 40 (1989) 41–54 = Delitti privati (2015) 289–302; *Rossetti*, ‚Poena' e ‚rei persecutio' (2013) 3–66 mit Literatur.

[6] S. nur *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 266–273; Wacke, RIDA 26 (1979) 524 = Unius poena (2008) 20; *Vacca*, ANRW 2.14 (1982) 682–686 = Delitti privati (2015) 217–221; *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts (2003) 197–202; *Wacke*, in: *ders.*, Unius poena (2008) 203–205.

[7] Etwa beim „Ortszuschlag" der *actio arbitraria* nach dem Edikt *de eo quod certo loco dari oportet*: Paul. 4 quaest. D. 13.4.10 oder bei der *perpetuatio obligationis*: Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.1. Zur Bedeutungsbreite von *poena* s. *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 22 f.; *Börsch*, Übeltaten (2003) 4–27.

[8] Etwa Ulp. 27 ed. D. 13.5.18.2 zur *actio de pecunia constituta* (→ § 71 Rn. 8) oder Ulp. 50 ed. D. 29.4.12.1; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 264 f. mit internen Verweisen.

[9] Sie sind nur als Abwandlungen der *condictio* vorstellbar (→ § 69). Zur *actio furti*, Gai. inst. 4,37, s. *Platschek*, SZ 131 (2014) 396–399 (anders weiterhin *Pennitz* → § 93 Rn. 6); zur *actio de pauperie* ebd. 396 f. Fn. 9; anders jeweils *Mantovani*, 62 f. Nr. 51–53 und 74 ff. Nr. 84–88 (dort aber – wohl inkonsequent – *ob eam rem* in der *intentio*). *Gröschler*, Actiones in factum (2002) 77 konstruiert für die *actio adversus nautas de damno iniuria dato* (→ § 96 Rn. 13) eine Formel mit „ziviler Konzeption" ohne *demonstratio*, statt dessen mit *intentio*: *Si paret* … und … *quantam pecuniam ob eam rem* (!) *N^m N^m A^o A^o dare oportet*. Das erscheint strukturell und in der Sache zweifelhaft: Aus dem *ius civile* ergibt sich kein *dare oportere* des *nauta* für Delikte seiner freien Hilfspersonen. Zu erwarten wäre entweder eine *in ius* konzipierte Formel mit Fiktion oder – besser – mit *Lenel*, EP 205 eine *in factum* konzipierte Formel.

[10] Zum Verhältnis *actio in factum / formula in factum concepta* zuletzt *Gröschler*, Actiones in factum (2002) 284–286 mit internen Verweisen; s. aber soeben Fn. 8.

[11] Zu den ediktalen Pönalklagen *Gröschler*, Actiones in factum (2002) 42–121.

[12] Etwa bei der *actio de albo corrupto* (*Mantovani*, Formule 72 Nr. 77), der *actio adversus libertum qui patronum contra edictum praetoris in ius vocaverit* (*Mantovani*, Formule 73 Nr. 79).

[13] Bei der *actio furti* (*Mantovani*, Formule 62 f. Nr. 52 f.; → § 93 Rn. 6), der *actio legis Aquiliae*

tum ob eam rem bonum et aequum videbitur);[14] im Fall von Ulp. 1 ed. D. 2.3.1.4 geht eine rein pönale Klage auf *quanti ea res est*.[15]

II. Vererblichkeit, Befristung, Klagenhäufung

Pönalität hat die passive Unvererblichkeit einer Klage zur Folge: Der Erbe des bußwürdigen Täters schuldet nicht die Buße.[16] Aktive Unvererblichkeit ist bei pönalen Klagen nur ausnahmsweise zu beobachten (bei reipersekutorischen Klagen niemals): Gai. 4.112 nennt die *actio iniuriarum* – bei der der Angriff auf die Person und nicht der auf das Vermögen des Verletzten im Vordergrund steht – *et si qua alia similis inveniatur actio*.[17] **4**

Die mögliche Befristung einer Klage (also ein spätester Zeitpunkt der *litis contestatio*) ergibt sich nach Gai. 4.110 aus der Grundlage der Klage im *ius civile* (dann unbefristet: *perpetuo*) oder in der Amtsgewalt des Prätors (dann *plerumque intra annum*; Ausnahmen bei prätorischen Nachbildungen des Gesetzesrechts: *quibus imitatur ius legitimum*, insbesondere bei der *actio furti manifesti*, Gai. 4.111). Nach Cassius verläuft innerhalb der prätorischen Klagen eine Abgrenzung entlang der Pönalität: Paul. 1 ed. pr. D. 44.7.35 pr.[18] **5**

Regelmäßig lassen sich pönale Klagen mit sachverfolgenden Klagen kumulieren.[19] Eine Kumulation mit gemischt reipersekutorisch-pönalen Klagen kommt nach **6**

adversus infitiantem (*Mantovani*, Formule 64 f. Nr. 55, 59; → § 92 Rn. 7), der *actio quod metus causa* (*Mantovani*, Formule 70 Nr. 72; → § 109 Rn. 47), der *actio adversus nautas de damno iniuria dato* (*Mantovani*, Formule 73 f. Nr. 81; → § 96 Rn. 13), der *actio de hominibus armatis coactisve* (*Mantovani*, Formule 74 Nr. 82).

[14] Insbesondere bei der *actio iniuriarum* (*Mantovani*, Formule 74–76 Nr. 84–88; → § 95 Rn. 25).

[15] Die *actio adversus eum qui ius dicenti non obtemperaverit*: *Mantovani*, Formule 71 f. Nr. 76.

[16] *Vacca*, ANRW 2.14 (1982) 700–703 = Delitti privati (2015) 235–238. Gai. 4.112 schreibt passive Unvererblichkeit den *ex maleficiis poenales actiones* zu (was zu den reipersekutorischen Klagen *ex maleficiis* abgrenzt). Gai. 4 ed. prov. D. 4.7.7 könnte die passive Unvererblichkeit einer reipersekutorischen Klage (zuletzt *Gröschler*, Actiones in factum 123 Anm. 7 mit Literatur) mit ihrem deliktischen Ursprung erklären; andererseits begründet Ulp. 42 Sab. D. 13.1.7.2 die passive Vererblichkeit der *condictio furtiva* mit deren reipersekutorischer Qualität. Passive Unvererblichkeit verhindert nicht Klagen gegen die Erben auf eine verbliebene Bereicherung (*in id quod pervenit*): Ulp. 11 ed. D. 4.2.16.2; Ulp. 18 ed. D. 9.2.23.8. Nach *litis contestatio* sind auch Pönalklagen (in Gestalt der Prozessobligation) passiv vererblich: Paul. 3 decr. D. 44.7.33; Gai. ed. pr. urb. D. 50.17.139 pr. Erst recht richtet sich nach Verurteilung des Täters und Übergang der Urteilsschuld auf die Erben die *actio iudicati* gegen diese: Ulp. 66 ed. D. 42.1.6.3.

[17] S. auch Ulp. 11 ad ed. D. 4.2.16.2; Ulp. 3 ed. D. 4.7.4.6.

[18] S. etwa auch Ulp. 1 ed. D. 2.3.1.4: *et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur*; Ulp. 50 ed. D. 29.4.12.1: *magis est enim rei persecutionem quam poenam continere et ideo et perpetuam esse*. Das Motiv, „der Verletzte soll[e] nicht kalte Rache üben“ (zuletzt *Kaser/Knütel/Lohsse*, RP[21] 310 Rn. 15), ist nicht quellenmäßig.

[19] *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 243; Gai. 13 ed. prov. D. 47.2.55.3; Paul. sing. concurr. act. D. 44.7.34.2; Paul. 6 Sab. D. 17.2.50; PS. 2.31.13; Ulp.

beiden Seiten hin nicht in Betracht; allerdings wird mitunter ein Nachforderungsrecht postuliert.[20]

7 Pönale Klagen gegen mehrere Täter oder Beteiligte aus einem Delikt kann der Verletzte grundsätzlich häufen.[21] Ausnahmen begegnen (in der magistratischen Rechtsfortbildung), wo die mehreren Beteiligten derselben Sklaven-*familia* angehören.[22] Auch bei gemischt reipersekutorisch-pönale Klagen wird mitunter Klagenverbrauch mit der ersten Inanspruchnahme bewerkstelligt.[23]

III. Noxalität

8 Bei der Vollstreckung bleiben im Bereich der Pönalklagen Reservoirs der – im Bereich des Kreditrechts gesetzlich abgeschafften – Personalvollstreckung erhalten.[24] Dass es sich bei der Geldbuße um die Ablösung des strafenden Zugriffs auf die Person handelt, ist bei Delikten von Gewaltunterworfenen handfest: Der Gewalthaber hat hier die Wahl zwischen Bußzahlung (*litis aestimatio*) und Auslieferung des Täters an den Verletzten zur Bestrafung (*noxae deditio*).[25] Bereits von Gai. 4.75 wird das freilich als Begrenzung der (objektiven) Haftung auf den Körper des Gewaltunterworfenen verstanden. Der ursprüngliche strafende Zugriff auf Tiere führt zur noxalen *actio de pauperie*.[26] Bei Delikten von Gewaltfreien – wo sich der Zugriff auf die Person nicht mehr beobachten lässt – ist die Vorstellung von *damnum decidere* als Ablösung der körperlichen Bestrafung durch Bußzahlung zumindest entwicklungsgeschichtliche Hypothese.[27]

[20] Paul. l. s. de concurr. act. D. 44.7.34.2.

[21] *Kaser/Hackl*, RZ 305.

[22] Gai. 7 ed. prov. D. 9.2.32 pr.

[23] Literatur bei *Kaser/Hackl*, RZ 307 Fn. 57.

[24] Zur Reichweite der *lex Poetelia de nexis*: Liv. 8,28; *Klinck*, SZ 130 (2013) 393–404.

[25] *Vacca*, ANRW 2.14 (1982) 703–709 = Delitti privati (2015) 238–244. Dass bei seinen Delikten anders als bei Geschäftsschulden in die Person des Sklaven vollstreckt wird, zeigt sich noch in Afr. 5 quaest. D. 33.8.16; dazu *Platschek*, in: Harke (Hrsg.), Africani quaestiones (2011), 79–88.

[26] Dazu *Klausberger*, TSDP 4 (2011; online); *Platschek*, Index 46 (2018) 153–168, jeweils mit Literatur.

[27] *Kaser*, RP I[2] 148; *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts (2003) 194 f.

§ 92 Klage wegen Sachbeschädigung (*actio legis Aquiliae*)

Bénédict Winiger

Donellus, *Commentarius de Iure Civili,* in: Opera Omnia, Lucae 1762 (ND 1997); *Pernice*, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht, 1867; *Schipani*, Responsabilità ex lege aquilia criteri di imputazione e problema della culpa, 1969; *Nörr*, *Causa mortis*: Auf den Spuren einer Redewendung, 1986; *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1990; *Hausmaninger*, Das Schadenersatzrecht der *lex Aquilia*, 5. Aufl., 1996; *Gerkens*, *Aeque Perituris*. Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique, 1997; *Winiger*, La responsabilité Aquilienne romaine : *damnum iniuria datum*, 1997; *Cursi*, *Iniuria Cum Damno*. Antigiuridicità e Colpevolezza nella Storia del Danno Aquiliano, 2002; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadenersatz, 2003; *Ernst*, Justinian's Digest 9.2.51 in the Western Legal Canon. Roman Legal Thought and Modern Causality Concepts, 2019.

Inhalt Rn.

I. Allgemeine Bemerkungen 1
II. Die Klagen 6
1. Die *actio legis Aquiliae* 7
a. Die Grundform 7
b. Aktiv- und Passivlegitimation 9
2. *Actio utilis* und *actio in factum* 12
III. Schädigende Handlung und Schadensbegriff 14
1. Allgemeines 14
2. Die schädigende Handlung 18
a. Töten (*occidere*) 18
b. Brennen, brechen, zerreißen (*urere, frangere, rumpere*) 20
3. Der Schadensbegriff 28
a. Die Art des Schadens 28
b. Materieller und ökonomischer Schaden 29
c. Die Erweiterung des Schadensbegriffs durch *quasi* 31
IV. Kausalität 32
1. Formen der Kausalität 33
a. Mehrere gleichzeitige Schadensgründe (konkurrierende Kausalität) 34
b. Mehrere aufeinanderfolgende Schadensgründe (überholende Kausalität) 35
2. Ausweitung des Kausalitätsbegriffs: *non corpore corpori* 37

3. *causam mortis praestare* und *causam mortis praebere* 39
4. Kausalität und Unterlassung (*omittere*) 42
V. Widerrechtlichkeit 45
1. Juristische Arbeitsmethode und *iniuria* 46
2. Bedeutung und Verwendung der *iniuria* 48
VI. Verschulden 52
1. Definition des Verschuldens 53
2. Verwendung des Verschuldensbegriffs 55
VII. Schadensberechnung 58
1. Berechnungszeiträume 59
a. Erstes Kapitel 59
b. Drittes Kapitel 60
2. Berechnungsmethode 61
a. *Plurimi* 61
b. Interesse 63

I. Allgemeine Bemerkungen

1 Die *lex Aquilia* wurde wahrscheinlich im 3. Jh. v. Chr. (286?[1]) auf Antrag eines Volkstribunen Aquilius vom *concilium plebis* als Plebiszit angenommen (→ § 1 Rn. 10).[2] Sie trat an die Stelle aller älteren Gesetze, die bis anhin Sachverhalte widerrechtlich zugefügten Schadens regelten (*derogavit*).[3] Von den ursprünglich drei Kapiteln regelte das erste die Tötung (*occidere*) von Sklaven und vierfüßigen Herdentieren; das zweite, das im Laufe der Zeit außer Gebrauch geriet, war dem zum Nachteil des Hauptgläubigers betrügerischen Nebengläubiger (*adstipulator*) gewidmet;[4] das dritte schließlich betrifft Schäden durch Brennen, Brechen oder Zerreißen (*urere, frangere, rumpere*).

2 Das erste Kapitel wird von Gaius so überliefert:[5]

> Das erste Kapitel der *lex Aquilia* sagt: Wer einen fremden Sklaven oder eine fremde Sklavin oder ein vierfüßiges Herdentier widerrechtlich getötet hat, soll verurteilt werden, dem Eigentümer soviel Kupfer(geld) zu geben, wie die Sache in jenem Jahr höchstens wert war.

3 Das dritte Kapitel lautete nach Ulpian folgendermaßen:[6]

---

[1] S. namentlich *Cursi*, Iniuria (2002) 147–165, die eine sichere Datierung für unmöglich hält, 163 f.; allgemein zur *lex Aquilia* und zur Lit. *Hausmaninger*, Lex Aquilia (1996) 11 f.; anders (ca. 210 v. Chr.) *Serrao*, St. Martini III 559–581.

[2] Ulp. 18 ed. D. 9.2.1.1; s. namentlich *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 22 f.

[3] Ulp. 18 ed. D. 9.2.1 pr.

[4] Gai. 3.215; Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.4., dazu *Cannata*, BIDR[3] 37–38 (1995–1996) 111–146, *ders.*, Iura 43 (1992) 25–57.

[5] Gai. 7 ed. prov. D. 9 2.2 pr. *Lege Aquilia capite primo cavetur: ‚ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto‘.*

[6] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.5. *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: ‚Ceterarum rerum praeter*

Das dritte Kapitel der *lex Aquilia* sagt: Ausgenommen sind getötete Sklaven oder Herdentiere; wer einem Andern durch Brennen, Brechen oder Zerreißen widerrechtlich einen Schaden zugefügt hat, soll verurteilt werden dem Eigentümer soviel Kupfer(geld) zu geben, wie die Sache in den nächstliegenden 30 Tagen wert sein wird.

Das dritte Kapitel regelt alle jene Fälle, die nicht unter das erste Kapitel fallen; es ist somit in gewissem Sinn die Hauptnorm des Gesetzes. Es beschreibt die betroffenen Tatbestände sukzessive auf zwei verschiedene Arten: Einerseits mit der allgemeinen Formulierung *damnum iniuria factum* und andererseits mit der einschränkenden Aufzählung der Verben *urere*, *frangere*, *rumpere*. Die allgemeine Formulierung wurde im Laufe der Zeit zum *damnum iniuria datum* umgeformt.[7] **4**

Die *lex Aquilia* hat in der römischen Tradition einem revolutionären Grundsatz zum Durchbruch verholfen. Sie brach mit der aus ökonomischer Sicht irrationalen Talion (→ § 95 Rn. 2), die den Schaden nicht gutmacht, sondern durch die Rache am Schädiger verdoppelt, und ersetzte sie durch das Entschädigungsprinzip, das den Schaden aus dem Bereich des Geschädigten in jenen des Schädigers verschiebt. Die zentralen juristischen Konzepte der *lex Aquilia* sind Schaden (*damnum*), schädigendes Verhalten (*datum*), Kausalität und Widerrechtlichkeit (*iniuria*); das Verschulden (*culpa*) wurde später hinzugefügt. **5**

II. Die Klagen

Die gesetzliche Klage aus der *lex Aquilia*, die sogenannte *actio legis Aquiliae*, erlaubte dem Geschädigten[8] vom Schädiger Schadenersatz zu fordern. Neben ihr wurden für Fälle, die nicht genau unter den Wortlaut des Gesetzes fielen, auch die prätorischen *actio in factum* und *actio utilis* gewährt (→ § 12 Rn. 38).[9] Letztere wurden verwendet, um die direkt aus dem Gesetz abgeleitete Klage nicht zu überdehnen und damit das Anwendungsfeld des Gesetzes nicht ausufern zu lassen. Es ist umstritten, ob und inwiefern die *actio legis Aquiliae* eine pönale Funktion hatte.[10] **6**

---

hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto‘.

[7] Unter vielen Rekonstruktionsversuchen der beiden Kapitel s. namentlich *Birks*, Opst. Nève 25–41; zur Palingenesie *Rodger*, SZ 124 (2007) 145–197; s. auch *Cursi*, Danno (2010) 26–32, 34–39; ganz allgemein zum Text *Rodriguez Montero*, Rev. Gen. Der. Rom. 16 (2011) 649–672.

[8] Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.6.

[9] Zur Verknüpfung von Prozess- und materiellem Recht *Nörr*, HIA III, 1727–1744; zum Vehältnis zur *lex Cornelia de sicariis Miglietta*, SZ (2013) 314–322.

[10] Zu den Ursprüngen und der weiteren Rechtsentwicklung s. namentlich *Sirks*, TR 77 (2009) 303–353 mLit. Obschon davon in den Kapiteln I und III der *lex Aquilia* keine Rede ist, lässt sich eine im Laufe der Zeit aufgekommene pönale Funktion der *actio legis Aquiliae* nicht ausschließen; Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.2 spricht ausdrücklich von Strafe (*poena*). Diese lässt sich aber nicht aus dem *plurimi fuit* des ersten Kapitels ableiten, da dann eine Strafe nur vorliegen könnte, wenn sich der Preis der

1. Die *actio legis Aquiliae*

a. Die Grundform

7 Lenel rekonstruiert die Grundform der *actio legis Aquiliae ex capite primo*[11] folgendermaßen:

S(i) p(aret) … occidisse, quantam pecuniam ob eam rem N^m N^m A^o A^o d(are) o(portet) et rel. (‚Wenn es sich erweist, dass … getötet hat, wieviel Geld N. N. dem A. A. deshalb geben muss …').[12]

8 Neben dieser Fassung, die direkt aus dem Gesetzestext des ersten Kapitels abgeleitet ist, vermutet Lenel[13] eine andere Formulierung, wenn der Schädiger gestanden hat (*confessoria*):

Quod ille servus occisus est, quem N^s N^s iniuria se occidisse fassus est (‚Was das betrifft, dass jener Sklave getötet worden ist, den N. N. widerrechtlich getötet zu haben gestanden hat …').[14]

b. Aktiv- und Passivlegitimation

9 Der Gesetzestext macht allgemeine Angaben zur Aktiv- und Passivlegitimation. Das *aes dare domino* legte die *actio legis Aquiliae* im Prinzip in die Hand des Eigentümers.[15] Die

---

Sache im vorhergehenden Jahr verändert hätte. Anders namentlich *Hausmaninger*, Lex Aquilia (1996) 40. Für einen zivilen und – vor allem auf Grund der *noxa* – pönalen Charakter der *actio* namentlich *Cannata*, Scr. II, 146 f.; auch *Díaz-Bautista*, in: Murillo Milar. Responsabilidad civil (2001) 271–284; s. auch *Wallinga*, FS Knütel 1385–1399; *Corbino*, Danno (2008) 199ff; zur Noxalklage *Gröschler*, St. Metro III 195–222.

[11] *Lenel*, EP 201; für die Konzeption der *actiones ex capite tertio*, deren Anzahl dieselbe gewesen sein soll wie für das erste Kapitel, verweist *Lenel*, EP 204 im Wesentlichen auf die Formeln des ersten Kapitels.

[12] *Lenel*, EP 201 erwägt auch eine etwas längere Fassung, die den Berechnungsmodus miteinschließt: *S. p. N^m N^m illum seruum iniuria occidisse, quam ob rem, quanti is seruus in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o dare oportet, tantam pecuniam duplam iudex N^m N^m A^o A^o c. s.n.p.a.* (‚Wenn es sich erweist, dass N. N. jenen Sklaven widerrechtlich getötet hat, weshalb N. N. dem A. A. soviel Geld geben geben muss, wie der Sklave in jenem Jahr höchstens wert gewesen war, dann soll der Richter N. N. gegenüber A. A. auf das Doppelte dieses Betrags verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen'). *Mantovani*, Formule (1999) 64 (Nr. 54) schlägt für das erste Kapitel eine ähnliche Formel vor:

C. Aquilius iudex esto. Quantam pecuniam eum qui Stichum servum iniuria occidit A. Agerio dare oportet, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato. Zur Formel für denjenigen, der seine Urheberschaft leugnet (*infitians*) s. ebd. Nr. 55. Die Klageformel für Ansprüche aus dem dritten Kapitel rekonstruiert *Mantovani*, Formule (1999) 65 (Nr. 58) folgendermaßen: *C. Aquilius iudex esto. Quantam pecuniam eum qui illam insulam iniuria ussit A. Agerio dare oportet, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato.* Zur Formel für den *infitians* s. ebd. Nr. 59.

[13] Wohl namentlich auf Grund von Gai 7 ed. prov. D. 9.2.2.1., dazu *Nörr*, FS Knütel 847.

[14] Zu den Formeln der *actiones confessoria, adversus infitiantem, in solidum adversus dominum, noxalis* fehlen laut *Lenel*, EP 199 f. genügende Andeutungen für eine sichere Rekonstruktion.

[15] S. auch Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.6.

Aktivlegitimation[16] folgte aber dem betroffenen Gut, so dass sie auch auf einen Erben der Sache übergehen konnte, der seine Erbschaft noch nicht angetreten hatte.[17] Der Pfandschuldner hatte laut Paulus die Aktivlegitimation, wie auch sein Gläubiger, der sich auf Grund seines Interesses Schadenersatz in Höhe seiner Pfandforderung sichern konnte.[18]

Das Gesetz gab auch einen Hinweis auf die Passivlegitimation. Die Formulierungen *qui … occiderit* und *si quis … faxit* bezeichneten im Prinzip den Schädiger. Wenn es sich um einen Sklaven handelte, traf es meist dessen Eigentümer.[19] Ebenso war derjenige der *actio* ausgesetzt, welcher einem Freien oder seinem eigenen Sklaven auf Grund seines *ius imperandi* eine schädigende Handlung gebot.[20] Im Unterschied zur Aktivlegitimation ging die Passivlegitimation, die teilweise pönale Züge trug, nicht auf die Erben über.[21] 10

Bei Klagenkonkurrenz, namentlich zwischen Delikt und Vertrag (z.B. zwischen *actio commodati directa* und *actio legis Aquiliae* →§ 86 Rn. 46), wurden Abtretung, aber auch Kompensation der Ersatzleistungen erwogen.[22] 11

2. *Actio utilis* und *actio in factum*

War die *actio legis Aquiliae* ausgeschlossen, bestand die prozessuale Möglichkeit einer *actio in factum* oder einer *actio utilis*.[23] Es handelte sich dabei um auf den jeweiligen Einzelfall zugeschnittene Klagen. Der Magistrat konnte hier den Eigentümlichkeiten eines Tatbestandes Rechnung tragen, die den einschränkenden gesetzlichen Wortlaut der *lex Aquilia* sprengten. Es ist umstritten, nach welchen Kriterien zwischen *actio utilis* und *actio in factum* gewählt wurde, oder ob die beiden nicht einfach *promiscue* Verwendung fanden.[24] 12

Actiones utiles oder *actiones in factum* kamen namentlich in Frage, wenn der Kausalzusammenhang nicht direkt (*corpore*), sondern indirekt (*non corpore*) war, wenn 13

[16] S. namentlich *Slapnicar*, FG Lübtow (1970) 233–256.

[17] Pomp. 19 Sab. D. 9.2.43.

[18] Paul. 22 ed. D. 9.2.30.1; zur Ausweitung der *actio*: *Święcicka*, RIDA[3] 54 (2007) 471–502; zur Aktivlegitimation des *colonus* (Ulp. 18 ed D. 9.2.27.14) s. *Tellegen-Couperus*, RIDA[3] 42 (1995) 415–436.

[19] Namentlich Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.3; laut Ulpian, Julian und Marcellus haftet er auch für flüchtige Sklaven.

[20] Namentlich Iav. 14 Cass. D. 9.2.37 pr.

[21] Namentlich Ulp. 18 ed. D. 9.2.23.8.

[22] Namentlich Ulp. 18 ed. D. 9.2.7.8 und Ulp. 28 ed. D. 13.6.7.1; Paul. 3 decr. D. 44.7.34.2; für die Konkurrenz zwischen Erbschafts- und aquilischer Klage s. Paul. 20 ed. D. 5.3.36.2.

[23] Zu den *actiones utiles* und *in factum*: *Rotondi*, Ann. Perugia 29 (1914) 1148–169; *Selb*, St. Biscardi III 315–350; *ders.*, St. Sanfilippo V 729–757; *Corbino*, St. Metro I 511–524.

[24] Zur Lit. s. *Mantovani*, Formule (1999) 64 f. Fn. 217–227; zur *actio utilis* auch *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 231 f.

eine Hebamme ein tödliches Medikament zur Verfügung gestellt, der Patient es aber selber eingenommen hatte,[25] oder wenn jemand eines Anderen Tier eingesperrt hatte und es dann verhungern ließ.[26] Die Trennlinie zwischen *actio legis Aquiliae, actio utilis* und *actio in factum* ist nicht immer klar zu ziehen.[27]

III. Schädigende Handlung und Schadensbegriff

1. Allgemeines

14 Schädigende Handlung und Schadensbegriff sind trotz der gesetzlichen Formulierung begrifflich klar zu unterscheiden. Die Verben *occidere*, *urere*, *fangere*, *rumpere* bezeichnen in ihrer Infinitivform die schädigende Handlung und in den Partizipformen *occisum, ustum, fractum, ruptum* den Schaden. Nur der allgemeine Ausdruck *damnum facere* des dritten Kapitels trennt Handlung und Schaden klar.

15 Wie unter I. erwähnt ist der Schadensbegriff im ersten Kapitel durch die Substantive *Sklave* und *vierfüßiges Herdentier* sehr eng gefasst. Das dritte Kapitel hingegen ergänzt diese einschränkende Aufzählung ganz allgemein mit dem Ausdruck ‚andere Sachen' (*ceterarum rerum*) und öffnet damit die *lex Aquilia* für jede Art von Gegenständen und eine Vielzahl von Sachverhalten.

16 Handlung und Schaden wurden zwar in den beiden Kapiteln mit den vier Verben ‚töten', ‚brennen', ‚brechen' und ‚zerreißen' eng umrissen. Das dritte Kapitel enthält aber auch die allgemeine Formulierung *damnum iniuria facere*, die sich bereits früh zum gleichbedeutenden *damnum iniuria datum* gewandelt hat.[28] Das Substantiv *damnum* des dritten Kapitels konnte jede Form von Schaden, auch den Folgeschaden, bezeichnen[29] und das Partizip *datum (factum)* jede Form des Handelns. Damit war bereits im Gesetztext eine Spannung zwischen restriktiver und extensiver Interpretation der schädigenden Handlung und des Schadensbegriffs angelegt.

17 Diese Textlage hat die Interpretation der *lex Aquilia* bestimmt. Die durch das *damnum iniuria datum* gleichsam suggerierte Erweiterung der Handlungsweise und des Schadensbegriffs wurde auf mehreren Wegen erreicht. Zu den wichtigsten Kunstgriffen gehörten eine großzügige Auslegung der einschränkenden Aufzählungen, deren Er-

[25] Ulp. 18 ed. D. 9.2.9 pr.; s. auch 2 und 3.

[26] Gai. 3.219, laut dem eine *actio utilis* erteilt werden soll, wenn der Schaden nicht *corpore suo* angerichtet wurde.

[27] Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.5; *Lohsse*, TR 70 (2002) 265–277.

[28] S. Alf. 2 dig. D. 9.2.52.1, wo Alfenus den Tatbestand auf drei verschiedene Arten schildert: zuerst eine ganz genaue Beschreibung als ‚ein Auge ausschlagen' (*occulum effoderat*), dann als ganz allgemeinen Ausdruck *damnum iniuria datum* und schließlich als wörtliches Zitat aus dem Gesetz *damnum iniuria factum*. Fortan wählten die Juristen frei zwischen einer genauen oder einer allgemeinen Beschreibung des Tatbestandes; s. auch *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 104 f.

[29] Gai. 3.212.

gänzung mit anderen Ausdrücken wie etwa *corrumpere*,[30] die Umgehung der Aufzählung mittels Rückgriffs auf die offene Formulierung des *damnum iniuria datum* und schließlich die Erteilung der parallelen *actiones in factum* und *actiones utiles*.[31]

2. Die schädigende Handlung

a. Töten (*occidere*)

Tötung wird zwar nur im ersten Kapitel erwähnt. Bei Tötung, die nicht einen Sklaven oder ein vierfüßiges Herdentier betraf, kam aber das allgemeiner formulierte dritte Kapitel (*ceterarum rerum)* zur Anwendung.[32] **18**

Der Begriff *occidere* (‚umhauen') des ersten Kapitels bezeichnete keine bestimmte Handlungsweise. Ulpian umschrieb diese näher als einen Angriff mit einem Schwert, einem Knüppel oder sonst einer Waffe, von bloßer Hand etwa durch Erwürgen, mit dem Absatz, dem Kopf oder sonstwie.[33] Julian meinte etwas allgemeiner, von Tötung sei die Rede, wenn jemand auf irgend eine Weise den Tod verursacht habe; die *lex Aquilia* setzte allerdings voraus, dass dies durch unmittelbare Anwendung von Gewalt und gleichsam von Hand (oder Fuß) oder mit einem Instrument geschehen sei.[34] Gelegentlich wurde das Wort *occidere* durch einen genaueren Ausdruck ersetzt oder von ihm begleitet, wie etwa ertrinken,[35] verhungern,[36] die Kehle durchschneiden,[37] erschlagen[38] oder in den Flammen umkommen.[39] Es finden sich auch genauere Beschreibungen des Hergangs, zum Beispiel Erschlagen eines Sklaven durch eine fallende Last,[40] Verabreichen eines tödlichen Medikaments[41] oder Überreden beziehungsweise Zwingen zur Einnahme eines Arzneimittels.[42] So entstanden verschiedene Formen einen Tatbestand zu beschreiben, von der genauen Darstellung des Hergangs über die zusammenfassende Bezeichnung durch *occidere* bis hin zum ganz allgemeinen *damnum dare*. Grundsätzlich stand dabei der Erfolg der Handlung, d. h. der Tod, im Mittelpunkt; der Art und Weise, wie er sich ergeben hatte, kam bezüglich des Schadensbegriffs eine untergeordnete Bedeutung zu. **19**

[30] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.14; Iust. Inst. 4.3.13.
[31] Zu den *actiones in factum* und *actiones utiles* s. oben II.2.
[32] Gai. 3.217.
[33] Ulp. 18 ed. D. 9.2.7.1 und 6.
[34] Iul. 86 dig. D. 9.2.51 pr.
[35] Ulp. 18 ed. D. 9.2.7.7.
[36] Ulp. 18 ed. D. 9.2.9.2.
[37] Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.
[38] Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.4.
[39] Paul. 10 Sab. D. 9.2.45.3.
[40] Ulp. 18 ed. D. 9.2.7.2.
[41] Ulp. 18 ed. D. 9.2.9 pr.
[42] Ulp. 18 ed. D. 9.2.9.1.

b. Brennen, brechen, zerreißen (*urere, frangere, rumpere*)

20 Diese Verben erfassen (wie auch das *occidere*) den Tatbestand aus einer doppelten Perspektive: Die Infinitivform zeigt vor allem auf die Tätigkeit, während die Partizipformen *ustum, fractum, ruptum* den Schaden beleuchten.

aa. Brennen

21 Das Verb ‚brennen' bezeichnet als einziges das Mittel, mit dem der Schaden angerichtet wird. Alle überlieferten Fragmente beziehen sich auf Feuerschäden, zum Beispiel mit einer Fackel brennen,[43] ein Haus in Brand stecken[44] oder Stroh (Getreide) anzünden.[45]

bb. Brechen und zerreißen

22 Diese bezeichnen nur den Erfolg, nicht aber die Art und Weise des schädigenden Vorgehens. ‚Brechen' wurde verwendet für Brüche von Gliedmaßen oder festen Gegenständen (Bein, Becher, Tür, Stein, Säule[46]). ‚Zerreißen' hatte ein weiteres Anwendungsfeld, das sich von den klassischen Fällen bestimmter Körperverletzungen[47] bis hin zu ganz allgemeinen Schäden an Lebewesen und Dingen erstreckte.[48] Laut Ulpian schloss *rumpere* jegliche Formen von Körperschäden ein, seien es Fleischwunden oder auch nur Geschwülste.[49]

23 Die Trennlinie zwischen *frangere* und *rumpere* wurde nicht immer klar gezogen, vor allem wenn derselbe Tatbestand sowohl das eine wie das andere aufwies. Auch kam das dritte Kapitel oft zur Anwendung, ohne dass einer der beiden Begriffe erwähnt worden wäre. An Stelle des *frangere* oder *rumpere* gaben die Juristen wie erwähnt oft genauere Beschreibungen, wie etwa ‚ein Auge ausschlagen',[50] ‚mit dem Horn stoßen' (*percutere*),[51] ‚durchbohren'[52] oder ‚kappen'.[53]

cc. Erweiterung durch ‚zerstören' (*corrumpere*)

24 *Corrumpere* wird im Gesetzestext der *lex Aquilia* nicht erwähnt und wurde erst im Laufe der Zeit eingeführt.[54] Laut Ulpian hatten sich bereits die *veteres* unter *rumpere* ein

[43] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.6.
[44] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.9.
[45] Ulp. Coll. 12.7.4; Paul. 22 ed. D. 9.2.30.3.
[46] Iav. 6 post. Lab. D. 9.2.57; Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.29,31; Ulp. 32 ed. D. 19.2.13.5; Gai. 10 ed. prov. D. 19.2.25.7.
[47] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.23.
[48] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.18, wo für das Zerreißen eines Kleides von *quasi rumpere* die Rede ist.
[49] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.17.
[50] Alf. 2 dig. D. 9.2.52.1; s. auch oben Fn. 28.
[51] Alf. 2 dig. D. 9.2.52.3.
[52] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.35.
[53] Ulp. 18 ed. D. 9.2.29.3.
[54] Zum Beispiel Celsus in Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.14; Iul. 48 dig. D. 9.2.42; s. auch *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 26 f., 224 f.

corrumpere vorgestellt.[55] Celsus meinte, *corrumpere* drücke nicht nur das *rumpere* aus, sondern stehe manchmal auch für *urere* und *frangere*.[56] Es sei gleichsam ein Sammelwort für die drei Verben. Mit anderen Worten wurde einerseits mit genaueren Ausdrücken die gesetzliche Aufzählung präzisiert und andererseits durch Sammelausdrücke wie ‚*corrumpere*' erweitert. Dies führte zu einem Vierstufenmodell für die Beschreibung des Tatbestandes: (i) eine genaue Beschreibung, zum Beispiel mit Verben wie ‚ertrinken', ‚spalten'[57] etc; (ii) die Verwendung der Verben *urere, frangere rumpere*; (iii) *corrumpere* und *quasi corrumpere* (unten *dd*);[58] (iv) das ganz allgemeine *damnum iniuria datum*. Gaius unterschied ausdrücklich die ersten drei Kreise, (i) *scindere, collidere* und *effundere* (spalten, schlagen, ausgießen), (ii) *urere, frangere, rumpere* und (iii) *corrumpere*, unter dem jede Form schädigender Handlungen befasst sei (*quoquo modo … deteriora facta*).[59] In der Interpretation des Gaius erreichte das *corrumpere* damit eine dem *damnum iniuria datum* vergleichbare Ausdehnung.

dd. Erweiterung des Handlungsbegriffs durch *quasi*

Das Wort *quasi* war ein weiteres Mittel zur Erweiterung des aquilischen Anwendungsfeldes.[60] Es näherte einen Tatbestand den aquilischen *occidere, urere, frangere, rumpere* (oder gelegentlich *damnum datum*) an, ohne ihn diesen jedoch gleichzusetzen. **25**

Eine besondere Rolle spielte dabei das *quasi occidere*. Hatten Mehrere einen Sklaven zu Tode geprügelt, war der Schaden nicht einem Einzelnen, sondern allen zusammen zuzurechnen; jeder von ihnen haftete für *quasi occidere*;[61] ebenso, wer einen Sklaven tödlich verletzt hatte, bevor dieser von einem Dritten getötet wurde. Der Dritte jedoch haftete für *occidere*, weil er den Tod direkt herbeigeführt hatte.[62] **26**

Das *quasi* fand auch im Zusammenhang mit *urere*, *frangere* und *rumpere* Anwendung. Ulpian zum Beispiel nannte das Aufschlitzen oder Beschmutzen von Kleidern ein *quasi rumpere*; *quasi*, weil es offenbar nicht wirklich oder höchstens im weiteren Sinne vom Begriff des *rumpere* erfasst wurde.[63] Er stellte auch die Frage, ob gewisse Handlungen als *quasi iniuria damnum datum* zu betrachten seien, zum Beispiel, wenn ein Lehrer seinen Schüler züchtigte und ihn dabei verletzte oder tötete.[64] (zu *quasi* siehe auch unten 3 und IV.) **27**

---

[55] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.13.
[56] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.16.
[57] Gai. 3.217.
[58] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.20, wo jemand Sand in fremdes Getreide gestreut hatte.
[59] Gai. 3.217.
[60] Zu *quasi rumpere Musumeci*, St. Metro IV, 347–393.
[61] Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.2.
[62] Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.3.
[63] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.18. Zum *quasi rumpere*, wenn eine schwangere Frau wegen eines Schlages ihr Kind verliert Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.22, dazu *Corbino*, Mél. Humbert 159–166.
[64] S. Ulp. 18 ed. D. 9.2.5.3.

3. Der Schadensbegriff

a. Die Art des Schadens

28 Die einschränkende Aufzählung durch *occidere, urere* etc. zielte sicher auf die körperliche Beschädigung einer Sache. Das *damnum facere* hingegen war für jede Schadensform offen. Dementsprechend betreffen die meisten Fragmente körperliche Schäden wie Tötung, Bruch von Gliedern oder Beschädigung von Dingen. Daneben finden sich aber auch Fälle ohne materielle Veränderung der betroffenen Sache. So haftete zum Beispiel aus der *lex Aquilia*, wer einem Andern Münzen aus der Hand schlägt, die dadurch verloren gehen.[65] Sogar das Problem rein psychologischer Schäden scheint auf, und zwar bei Ulpians Frage, ob derjenige hafte, der einen Ofen an einer gemeinsamen Mauer hat. Ulpian meint, im Brandfall sei eine *actio in factum* zu erteilen. Bestehe jedoch nur die Befürchtung, dass in Zukunft ein Schaden entstehen werde, könne der Betroffene zur Sicherung seiner materiellen Interessen eine Kaution (*cautio damni infecti*[66]) einfordern.[67] Die Schwelle hin zum rein psychologischen Schaden zum Beispiel in Form von Furchteinflößung wurde somit im Rahmen der *lex Aquilia* nicht überschritten. Rein finanzielle Folgeschäden wie etwa Heilungskosten, die bei Körperverletzung anfielen, oder Lohnausfall eines Freien[68] wurden jedoch als Schaden betrachtet (dazu auch unten VII.2.b).[69]

b. Materieller und ökonomischer Schaden

29 Es wird diskutiert, ob der Schadensbegriff der *lex Aquilia* nur den ökonomischen, oder auch den konkreten materiellen Schaden betreffe.[70] Die gesetzliche Formulierung des *damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria* lässt mindestens vermuten, dass die drei aufgezählten Verben eher einen materiellen Schaden betreffen; das *damnum faxit* dagegen gibt keinerlei Hinweis und kann beide Schadensbegriffe betreffen. Eine Untersuchung der Fragmente ergibt, dass sowohl die beschädigte Sache als auch der ökonomische Schaden des Eigentümers oder beides zusammen gemeint sein kann. *Celsus* behandelte den Fall, in dem jemand wilde Samenkörner unter fremdes Saatgut ge-

---

[65] S. Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.21. Gegen denjenigen, der den Ring eines Andern in den Tiber fallen ließ, erteilte Alfenus in Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 19.5.23 jedoch nicht eine *actio legis Aquiliae*, sondern eine *actio in factum*. Zum Schadensbegriff allgemein *Galeotti*, Nozione di damnum I-II (2015–2016) und *Fleury*, Dommage aquilien (2020).

[66] Paul. 48 ed. D. 39.2.18 pr.

[67] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.10; s. auch Ulp. Coll. 12.7.8.

[68] Ulp. 18 ed. D. 9.2.7 pr.; s. auch *Feenstra*, Mél. Wubbe 141–160; zum Schadensbegriff ganz allgemein *Gerkens*, Lib. Am. Hanard 79–99.

[69] Ulp. 18 ed. D. 9.2.7 pr.; s. auch *Hausmaninger*, Lex Aquilia (1996) 35.

[70] Zur These, wonach das *damnum* sich direkt auf den geschädigten Eigentümer beziehe und nicht auf die beschädigte Sache, s. *Daube*, in: Cohen/Simon, CollStRL I (1991) 284; auch *ders.*, ebenda 88f; *Jansen*, Struktur (2003) 205 f.

mischt hat. Wenn er dabei den Schaden definierte als das ‚Verschlechtern der Sache eines Andern', meinte er natürlich das Verschlechtern des Saatgutes und damit den materiellen Schaden an der Sache. Dies sagte er noch deutlicher, als er zwischen jenen Schäden unterschied, die die Sache veränderten und jenen, die nur darin bestanden einer Sache etwas hinzuzufügen.[71]

Andere Fragmente hingegen betreffen nur den ökonomischen Schaden, zum Beispiel wenn jemandem Münzen aus der Hand geschlagen wurden und unwiederbringlich in einen Fluss, das Meer oder eine Kloake fielen.[72] In den meisten Fragmenten jedoch spielt die Unterscheidung keine oder eine nur untergeordnete Rolle, da materieller und ökonomischer Schaden meist gleichzeitig auftreten. **30**

c. Die Erweiterung des Schadensbegriffs durch *quasi*

Auch der Schadensbegriff wurde vereinzelt durch das Wort *quasi* erweitert. Der vom Gesetzgeber gewählte aufzählende Wortlaut des ersten Kapitels – Sklaven und vierfüßige Herden(haus)tiere – wirkte zwar wie bereits erwähnt ausgesprochen einschränkend, ließ aber dennoch Fragen offen. Welche Tiere gehörten dazu? Gaius erklärte zum Beispiel, das erste Kapitel der *lex Aquilia* würde Hunde nicht erfassen, wohl aber Elefanten und Kamele, die eine Mischart – *quasi mixti* – seien.[73] Als Mischlinge bezeichnete er sie, weil sie zwar Dienste als Zug- und Lasttiere leisteten, aber ihrer Natur nach doch wilde Tiere seien. Gemeint war vielleicht auch, dass sie eigentlich keine Haustiere waren und auch nicht in Herden gehalten würden. **31**

IV. Kausalität

Die *lex Aquilia* nennt die Kausalität nicht beim Namen. Die Verben *occidere, urere, frangere, rumpere* bezeichnen gleichzeitig die schädigende Handlung und den Schaden und enthalten den Kausalzusammenhang zwischen diesen beiden implizit. Dabei war von Anfang an vorwiegend die direkte Kausalität *corpore corpori* (‚mit einem Körper an einem Körper') gemeint.[74] Die allgemeine, im dritten Kapitel ebenfalls enthaltene Formulierung *damnum iniuria datum* hingegen unterscheidet ausdrücklich zwischen Handlung und Erfolg und legte damit eine verfeinerte Analyse des Kausalzusammenhanges zwischen *damnum* und *datum* nahe. Dies sollte zu einer Erweiterung der Kau- **32**

[71] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.14; s. auch Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.7; ferner Paul. 39 ed. D. 9.2.48, wo von *damnum in re* (Schaden an der Sache) die Rede ist.

[72] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.21; auch Ulp. 18 ed. D. 9.2.13.2, wo Celsus die *ratio legis* erklärt, nämlich, den Eigentümer zu entschädigen; ferner Paul. 2 Plaut. D. 9.2.33 pr., wo Paulus zwischen Affektions- und Marktwert unterscheidet.

[73] Gai. 7 ed. prov. D. 9.2.2.2; *Sanna*, BIDR 111 (2017) 347–369.

[74] Gai. 3.219; Iust. Inst. 4.3.16; Iul. 86 dig. D. 9.2.51; s. namentlich *Piro*, Damnum (2004).

salformen auf Schäden führen, die nur mittelbar, später oder an einem anderen Ort auftraten.[75]

1. Formen der Kausalität

33 Neben den zahlreichen einfacheren Fällen beschäftigten vor allem zwei Fallkonstellationen die römischen Juristen: Wenn mehrere gleichzeitige Schadensgründe in die Überlegungen einzubeziehen waren (heute der konkurrierenden Kausalität ähnlich[76]) und wenn ein Schaden durch verschiedene aufeinander folgende Handlungen entstanden war (heute der überholenden Kausalität[77] ähnlich).

a. Mehrere gleichzeitige Schadensgründe (konkurrierende Kausalität)

34 Je nach Sachlage verweigerten oder akzeptierten es die Juristen, eine Mehrzahl von Schadensgründen zu berücksichtigen. Hatte jemand einem kranken Sklaven einen leichten Schlag versetzt und ihn dadurch getötet, haftete er für *occidere*. Labeo und Ulpian waren (richtigerweise) nicht bereit, die schlechte gesundheitliche Verfassung des Opfers zu berücksichtigen.[78] Anders wurde im Falle entschieden, wo Mehrere einen Sklaven erschlagen hatten. Jener, der den tödlichen Schlag versetzt hatte, haftete allein und für *quasi occidere*; *quasi* wohl deshalb, weil die Schläge der Anderen ebenfalls zum Tode beigetragen hatten. War der Täter jedoch nicht bekannt (der heutigen alternativen Kausalität ähnlich), hafteten alle Beteiligten für *quasi occidere*.[79]

b. Mehrere aufeinanderfolgende Schadensgründe (überholende Kausalität)

35 Es geht hier um Situationen, in denen die Ursache für einen Schaden bereits gesetzt ist, aber vor Eintreten des Erfolgs ein anderes Ereignis zu demselben Schaden führt. Celsus behandelte den Fall, in dem jemand einen Sklaven tödlich verletzt und ein Anderer ihm nachträglich den Todesstoß versetzt hatte. Der Erste haftete für Verletzen (*quasi vulnerare*), obschon sein Verhalten den Tod verursacht hätte; der zweite hingegen haftete für *occidere*, weil der Sklave tatsächlich an dessen Verwundung gestorben ist.[80] Ulpian stimmte hier Celsus bei, der sich ebenfalls weigerte, dem ersten Täter den Tod anzu-

[75] Zur Erweiterung des Kausalbegriffs namentlich *Birks*, in: Lewis/Ibbetson, The Roman Law tradition (2006) 32–53.

[76] Die moderne Terminologie ist hier mit Vorsicht zu verwenden, weil sie von einer Theorie getragen wird, während die römischen Fragmente praktisch und pragmatisch ausgerichtet sind.

[77] Zur überholenden Kausalität s. namentlich *Willvonseder*, Condicio sine qua non (1984) 144–161; anders *Sirks*. TR 79 (2011) 313–351 mLit.; auch *Gerkens*, „Aeque perituris" (1997); *Ernst*, Justinian's Digest (2019) 111.

[78] Ulp. 18 ed. D. 9.2.7.5.

[79] Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.2.

[80] Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.3; *Gerkens*, Aeque perituris (1997) 159–163.

lasten, der zwar eingetreten wäre, dem aber der Erfolg einer späteren Handlung zuvorgekommen ist.

Julian hingegen formulierte folgende allgemeine Regel: Wer eine Todesursache gesetzt hat, gilt nach allgemeiner Auffassung als derjenige, der getötet hat.[81] Allerdings befolgte er diese Regel nicht immer. Wenn ein bereits tödlich verletzter Sklave bei einem darauffolgenden Unfall oder Schiffbruch starb, konnte der Eigentümer gegen den Verletzer nur wegen Verletzens (*quasi vulnerare*) klagen. Zwar könnte man sagen, der Sklave sei bereits bei der Verletzung getötet worden; dennoch lasse sich nicht prüfen, ob er auch tatsächlich daran gestorben wäre.[82] Der Kausalzusammenhang allein genügte hier also nicht für ein Urteil auf *occidere*, sondern es wurde auch ein konkretes Eintreten des doch gewissen Schadens verlangt. **36**

2. Ausweitung des Kausalitätsbegriffs: *non corpore corpori*

Die ursprüngliche Form der Kausalität als *corpore corpori* (‚mit einem Körper an einem Körper') wurde im Laufe der Zeit auf das *non corpore corpori* (‚ohne einen Körper an einem Körper') erweitert. Damit traten neben die direkte materielle Einwirkung auf einen Körper Formen immaterieller Kausalität; sogar rein psychische Beeinflussung wurde mindestens in Erwägung gezogen.[83] Gaius und Iulian unterstrichen zwar, dass die *actio legis Aquiliae* nur in Fällen von *corpore corpori* anzuwenden sei.[84] Pomponius aber diskutierte den Fall, in dem jemand eine fremde, trächtige Stute von seinem Grunde wegjagte. Das Muttertier verwarf bei der Flucht das Fohlen. Pomponius ließ eine Klage aus der *lex Aquilia* (wegen *rumpere*) zu, sowohl wenn der Schädiger die Stute geschlagen als auch wenn er sie bewusst (etwa durch Herumfuchteln) zu vehement weggehetzt hatte.[85] Im Unterschied zum ersten setzt der zweite dieser Tatbestände keinen körperlichen Kontakt zwischen dem Schädiger und dem Tier voraus. Zudem stieß der Stute offensichtlich erst auf der Flucht, also nach dem Handeln des Schädigers, etwas zu. Damit bewegte sich Pomponius gleichzeitig vom *corpore corpori* und vom direkten zeitlichen Zusammenhang zwischen Handlung und Schaden weg. **37**

Gaius bestätigte wie erwähnt, dass eine Klage aus der *lex Aquilia* gewährt wurde, wenn der Schaden mit einem Körper zugefügt worden war, wählte aber (im Unterschied zu Pomponius) eine *actio utilis*, wenn der Schaden *non corpore* entstand, zum Beispiel wenn jemand einen fremden Sklaven überzeugt hatte, auf einen Baum zu klettern oder in einen Brunnen zu steigen, und der Sklave sich einen Schaden zugezogen hatte.[86] Dieser Fall zeugt von einer bedeutenden Erweiterung des Kausalbegriffs, **38**

[81] Iul. 86 dig. D. 9.2.51 pr; *Gerkens*, Aeque perituris (1997) 163–184; *Winiger*, Responsabilité aquilienne romaine (1997) 60 mit Fn. 126 f., 74–77; siehe auch Ernst, Justinian's Digest (2019).

[82] Ulp. 18 ed. D. 9.2.15.1; *Gerkens*, Aeque perituris (1997) 184–197.

[83] S. dazu oben 2.a und die Fragmente Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.10 und Ulp. Coll. 12.7.8.

[84] Gai. 3.219; Iust. Inst. 4.3.16; Iul. 86 dig. D. 9.2.51; Ulp. 18 ed. D. 9.2.7.1; vgl. oben IV. und Fn. 74.

[85] Pomp. 17 Q. Muc. D. 9.2.39 pr.

[86] Gai. 3.219; für eine *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* s. auch Ner. 1 membr. D. 9.2.53.

da der Sklave demjenigen, der ihn überredet hatte, offenbar nicht untergeordnet war und es nur auf Grund seines eigenen Entschlusses, den Rat zu befolgen zu einem Schaden gekommen war. Der Schädiger haftete hier im Grunde für einen erteilten Rat.

3. *Causam mortis praestare* und *causam mortis praebere*

39 Beide Wendungen beziehen sich ausdrücklich auf die Kausalität und betreffen vor allem das erste Kapitel der *lex Aquilia*. *Causam mortis praestare* wurde zum Beispiel im Fall verwendet, in dem eine Hebamme ein tödliches Heilmittel zur Verfügung stellte, das die Patientin aber selber einnahm; hätte die Hebamme ihr das Mittel eingegeben, hätte es sich um ein direktes *occidere* gehandelt. Im ersten Tatbestand erteilte Labeo eine *actio in factum*, im zweiten hingegen die *actio legis Aquiliae*.[87] Von *causam mortis praebere* sprach Julian namentlich, um den Begriff des *occidere* zu definieren.[88] Ulpian hingegen verwendete ihn konkret, zum Beispiel um zwischen direkter und indirekter Kausalität zu unterscheiden: Derjenige, welcher einen Sklaven festgehalten hat, damit ein anderer ihn töten konnte, haftete für *causam mortis praebere* mit einer *actio in factum*.[89] In einem anderen Fragment versicherte Ulpian allerdings, dass es zwischen *occidere* und *causam mortis praebere* keinen Unterschied gebe.[90]

40 Es ist allgemein anerkannt, dass *causam mortis praestare* und *causam mortis praebere* Formen indirekter Kausalität betreffen,[91] ihre genauere Bedeutung bleibt jedoch unklar. Nörr erkennt keine plausible Regel um ihre Verwendung zu unterscheiden.[92] Cannata unterstreicht, dass das Verb *praestare* die Verantwortung für ein Verhalten bezeichne (‚rispondere'),[93] *causam mortis praestare* könnte dann wohl bedeuten, dass jemand für eine Tötung verantwortlich sei.

41 *Causam mortis praestare* wird in den meisten Fragmenten dem *occidere* gegenübergestellt, um zwei verschiedene Tatbestände zu unterscheiden. Es betrifft in der Regel eine Handlung, die den Tod ermöglicht oder zu ihm beiträgt. Abgesehen davon, dass es eine nur indirekte Ursache bezeichnet, lassen einzelne Fragmente vermuten, dass der Tod gar nicht einzutreten brauchte und dass das Heraufbeschwören einer Todesgefahr genügen konnte.[94] Während das *causam mortis praestare* offenbar weitgehend die Handlungsweise, sowie die Intention (*dolus* oder *culpa*) des Handelnden einbezog, war das *causam mortis praebere* wie das *occidere* hauptsächlich auf den Handlungserfolg

[87] Ulp. 18 ed. D. 9.2.9 pr.; s. auch die Definition von Celsus in Ulp. 18 ed. D. 9.2.7.6.
[88] Iul. 86 dig. D. 9.2.51 pr.
[89] Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.1.
[90] Ulp. 8 l. Iul. Pap. D. 48.8.15.
[91] Namentlich *Nörr*, Causa mortis (1986) 10–14; *Winiger*, Responsabilité aquilienne romaine (1997) 76 f.
[92] *Nörr*, Causa mortis (1986) 10 f.
[93] *Cannata*, Iura 43 (1992) 52.
[94] S. namentlich Paul. sent. 5.23.2, 3; Ulp. 7 off. procons. Coll. 1.3.1. und Paul. sent. 5 Coll. 1.4.1

gerichtet. Beide Ausdrücke wurden als Mittel zur Ausdehnung des Kausalbegriffs auf indirekte Verursachungsformen verwendet.

4. Kausalität und Unterlassung (*omittere*)

Die römischen Juristen gewährten Schadenersatz auch für Unterlassungen. Die Formel **42**
‚*corpore suo damnum dare*' lässt vermuten, dass die *actio legis Aquiliae* für Schäden durch *omittere* keinen Platz biete.[95] Die Juristen griffen daher für Unterlassungen im Allgemeinen auf die *actio utilis* oder die *actio in factum* zurück. Neratius erteilte in einem Fragment nicht eine *actio legis Aquiliae*, sondern (untypischerweise) eine an diese angelehnte *actio ad exemplum Aquiliae*.[96] In den meisten Fällen geht der Unterlassung eine Handlung des Schädigers voraus; dennoch zeigt mindestens ein Fragment, dass eine Haftung auch bei reiner Unterlassung denkbar ist.[97]

Die zahlreichen Beispiele für Unterlassung lassen sich grob in drei (inhaltliche) **43**
Kategorien aufteilen. (i) Die dem *occidere* am nächsten stehenden Fälle, in denen ein Magistrat Tiere beschlagnahmt und verhungern lässt. Die Beschlagnahmung ist zwar eine Handlung, das Verhungernlassen aber eine Unterlassung, auf die eine *actio utilis* oder eine *actio in factum* steht.[98] (ii) Fälle, wo der Herr nichts gegen seinen Sklaven unternimmt, von dem er weiß, dass er tötet (oder sonst einen Schaden anrichtet). Laut Ulpian hat der Herr damit selbst getötet (*videtur dominus occidisse*[99]) und verliert wegen seiner Untätigkeit den Schutz der Noxalklage (→ § 105). Er haftete daher auf Grund der *lex Aquilia* persönlich und uneingeschränkt gegenüber dem Geschädigten.[100] Im Grunde interpretierte Ulpian die Unterlassung des Herrn in ein aktives Begehen um. In diesen beiden ersten Kategorien wird der Tod wenn nicht direkt verursacht, so doch mindestens in Kauf genommen. (iii) In die umfangreiche dritte Gruppe fallen Fragmente, in denen ein Schaden aus Absicht, Fahrlässigkeit oder sonstiger Unachtsamkeit entsteht. Zum Beispiel hat jemand auf seinem Feld Stroh oder Gebüsch abgebrannt und das Feuer auf das Nachbargrundstück übergreifen lassen;[101] oder ein Mauleselführer war zu unerfahren, um sein Tier im Zaum zu halten.[102] Obschon in

[95] So *Zimmermann*, LO 983 (auch 1042), der sich auf Neratius in Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.9 beruft. Zum Problem der Unterlassung eingehend *Avramov*, Omission fautive (2018).

[96] Ulp. 18 ed. Coll. 12.7.7 und Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.9.

[97] S. Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.9, wenn jemand ein Feuer angezündet und ein anderer es fahrlässig bewacht hat. Letzterer begeht eine reine Unterlassung. Anders *Hausmaninger*, Lex Aquilia (1996) 15, der ‚reine Unterlassungen' ausschließt.

[98] Ulp. 54 ed. D. 47.8.2.20 (*actio utilis*); s. auch D. 9.2.29.7 (*actio in factum*); wenn jemand einen fremden Sklaven verhungern lässt, Ulp. 18 ed. D. 9.2.9.2 (*actio in factum*).

[99] Ulp. 18 ed. D. 9.4.2 pr.

[100] S. dazu auch die interpretierende Übersetzung in Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, CIC II, D. 9.4.2 pr.; zur Gehilfenhaftung *Fercia*, Responsabilità (2008).

[101] Paul. 22 ed. D. 9.2.30.3.

[102] Gai. 7 ed. prov. D. 9.2.8.1.

beiden Fällen am Anfang eine Handlung steht, ist der darauffolgende ungewollte Schaden eher einer Unterlassung zuzuschreiben; der Bauer hat sein Feuer nicht eingedämmt und der Knecht sein Lasttier nicht gebändigt.

44 Mit den verschiedenen Kausalformen, sei es das *non corpore corpori*, die *causam mortis praestare* und *causam mortis praebere* oder die Unterlassung, haben die römischen Juristen den ursprünglich sehr engen, in *occidere, urere, frangere* und *rumpere* eingeschlossenen Kausalbegriff bedeutend erweitert. Sie machten sich die doppelte und etwas zweideutige Formulierung der *lex Aquilia* zu Nutze und stützten sich auf die im Text ebenfalls erwähnte Formulierung *damnum iniuria factum* (*datum*), die zu einer großzügigen Interpretation geradezu einlud.

V. Widerrechtlichkeit

45 Die *lex Aquilia* erwähnt die Widerrechtlichkeit (*iniuria*) sowohl im ersten als auch im dritten Kapitel ausdrücklich.[103] Im Unterschied zur schädigenden Handlung und zum Schadensbegriff, die mit *occidere, urere, frangere, rumpere* und *damnum dare* sogar zweimal definiert werden, macht das Gesetz zur *iniuria* keinerlei Angaben. Eine allgemeine Definition legt erst Ulpian im 3. Jh. n. Chr. vor.[104]

1. Juristische Arbeitsmethode und *iniuria*

46 Die *lex Aquilia* zwang für die Urteilsfindung zu einer zweiteiligen, noch heute üblichen Arbeitsmethode. Als Erstes filterte der Jurist aus dem gesamten Geschehen einen Tatbestand heraus, den er am Erfordernis des *damnum datum*, bzw. des *occidere, urere, frangere, rumpere* maß. Waren die faktuellen Erfordernisse der *lex Aquilia* erfüllt, konnte er zweitens zur juristischen Phase übergehen, wo er bestimmte, ob der vorliegende Sachverhalt widerrechtlich sei. In dieser Phase stand die *iniuria* im Mittelpunkt.

47 Diese Arbeitsmethode ist namentlich bei Alfenus gut sichtbar,[105] wo im Tavernen-Fall zuerst eingehend der Hergang der Ereignisse geschildert und danach im Wortlaut der *lex Aquilia* als *damnum datum* zusammengefasst wird. Da der Normtatbestand *in casu* erfüllt ist, stellt Alfenus sodann die juristische Frage, ob dieser Hergang *iniuria* sei, das heißt, ob Recht verletzt worden sei.

---

[103] S. oben I.

[104] Zum Begriff von Widerrechtlichkeit und *maleficium Arnese*, Maleficium (2011); *La Rosa*, Labeo 44 (1998) 366–376; *Kremer*, Mél. Humbert 419–436.

[105] Alf. 2 dig. D. 9.2.52.1 (oben Fn. 28).

2. Bedeutung und Verwendung der *iniuria*

Ulpian definierte die *iniuria* als *non iure factum est, hoc est contra ius.*[106] Diese doppelte Definition erfasste die Widerrechtlichkeit aus den Perspektiven des Klägers und des Beklagten. Der Kläger hatte nachzuweisen, dass die Handlung des Schädigers Recht verletzte (*contra ius*). Der Beklagte behauptete dagegen – zum Beispiel im Falle von Notwehr[107] oder Notstand[108] – die Rechtmäßigkeit seiner Handlung (*iure factum)*; gelang ihm dieser Nachweis nicht, erkannte der Richter auf *non iure factum.* Diese doppelte Verwendung der Widerrechtlichkeit hat sich bis ins moderne Recht erhalten.[109] **48**

Zur Verwendung der *iniuria* sei zuerst an Ulpians Feststellung erinnert, dass eine Tötung alleine nicht zu Schadenersatz führen würde; es sei auch die Widerrechtlichkeit erforderlich.[110] Die Tatsache allein, dass ein Schaden entstanden war, genügte also nicht für Schadenersatz. In die gleiche Richtung deutet die auf ein Fragment des Celsus gestützte Feststellung, Widerrechtlichkeit liege nur vor, wenn es sich gleichzeitig um ein Unrecht handle (*quod cum damno iniuriam attulerit*). Damit ist zum Beispiel bei Handeln unter großem Zwang (*magna vi cogente, metu ductus*) die Anwendung der *lex Aquilia* ausgeschlossen.[111] Wer daher das Haus eines Nachbarn abriss, um daneben stehende Häuser vor dem Feuer zu schützen, handelte nicht widerrechtlich. Dies bedeutet aber auch, dass die Handlungsabsicht einen Einfluss auf die Widerrechtlichkeit ausüben konnte.[112] **49**

Die *iniuria* wurde (wie noch heute) dazu verwendet, einen Tatbestand an der Rechtsordnung zu messen und ein Urteil darüber zu fällen, ob Recht verletzt worden sei. Diesem Urteil ging ein Argumentationsspiel der Parteien vor dem Richter voraus. Um den Richter von der Widerrechtlichkeit zu überzeugen oder abzubringen, brachten der Kläger und der Beklagte Gründe vor. Alfenus wies zum Beispiel darauf hin, dass höhere Gewalt eine *actio legis Aquiliae* ausschloss, wenn etwa ein Schiff im Sturm unbeabsichtigt ein anderes, ihm entgegenkommendes Schiff versenkte.[113] Er zeigte auch indirekt, **50**

---

[106] Ulp. 18 ed. D. 9.2.5.1. *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit* (…); s. auch Ulp. 56 ed. D. 47.10.1 pr (…) *omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur* (…).

[107] S. dazu namentlich Ulp. 56 ed. D. 47.10.13.1: (…) *iuris enim executio non habet iniuriam;* zur Verteidigung bei Diebstahl Gai. 7 ed. prov. D 9.2.4.

[108] Ulp. 56 ed. D. 47.9.3.7; Ulp. 71 ed. D. 43.24.7.4; Ulp. 9 disp. D. 9.2.49.1. Zur offensiven Selbsthilfe s. Ulp. 18 ed. D. 9.2.29.1.

[109] *Winiger*, in: Verschraegen, Interdisziplinäre Studien zur Komparatistik und zum Kollisionsrecht II (2011) 1–22; siehe auch *Winiger*, Illicéité en droit civil suisse (2021).

[110] Ulp. 18 ed. D. 9.2.3; s. *Cursi*, Iniuria (2002) 86–100 mit Analysen auch der Fragmente Gai. 7 ed. prov. D. 9.2.4 und Ulp. 18 ed. D. 9.2.5 pr.; allgemein zu Bedeutung und Entwicklung der *iniuria Hagemann*, Iniuria (1998); *Jansen*, Struktur (2003) 210–221.

[111] Ulp. 9 disp. D. 9.2.49.1; *Gerkens*, Aeque perituris (1997) 85–98; *Cursi*, Iniuria (2002) 131–139.

[112] Dazu auch *Winiger*, Responsabilité aquilienne romaine (1997) 82–94.

[113] Ulp. 18 ed. D. 9.2.29.4.

dass Unwissenheit als Argument für, und selbstverschuldete Nachlässigkeit des Opfers (infra VI.2) gegen die Widerrechtlichkeit angeführt werden konnte. Wurde zum Beispiel ein Sklave von einem Dritten geschlagen und verstarb, hatte der Geschädigte gegen den Schläger eine aquilische Klage (*de iniuria occiso*), sofern nicht die Unwissenheit eines Arztes oder die Nachlässigkeit des Eigentümers nachträglich den Tod herbeigeführt hatte.[114]

51 Alfenus erörterte mehrere Kriterien für die Widerrechtlichkeit.[115] Ein Maultiergespann rollte auf dem steilen Weg zum Kapitol rückwärts und stieß das nachfolgende Gespann zurück, das den Sklavenjungen eines Dritten erdrückte. Waren die Führer des ersten Gespannes, die am Karren schoben, aus freien Stücken (*sua sponte*) beiseitegetreten und kam das Gefährt deshalb ins Rollen, konnte der geschädigte Dritte sie mit einer *actio legis Aquiliae* belangen. Hatten sie jedoch ihren Platz aus Furcht (*timore permoti*) verlassen erdrückt zu werden, war eine *actio* gegen sie ausgeschlossen (nicht aber gegen den Eigentümer der Maultiere).[116] Freiwilligkeit einer Handlung konnte also als Argument für, und begründete Furcht als Argument gegen *iniuria* angeführt werden. Ebenso konnte sich der Schädiger mit dem Einwand der Notwehr verteidigen.[117] In anderen Fragmenten wird ferner die Fähigkeit des Schädigers in Betracht gezogen: Auf den *furiosus* fand die *lex Aquilia* keine Anwendung, ebenso wenig wie auf kleine Kinder, da sie ihre Handlungen nicht verstehen; bezüglich Jugendlicher (*impuberes*) hingegen, die die Widerrechtlichkeit erkennen konnten, war die *lex Aquilia* laut Labeo und Ulpian anwendbar.[118]

VI. Verschulden

52 Das Verschulden ist in keinem der beiden Kapitel der *lex Aquilia* erwähnt. Es wurde wohl im Laufe des 3. Jh.s in der Rechtspraxis hinzugefügt (supra I.). Eine von Paulus überlieferte Äußerung des Mucius dürfte eines der ältesten Zeugnisse sein.[119]

1. Definition des Verschuldens

53 Laut Mucius musste sich Verschulden vorwerfen lassen, wer nicht vorhersah, was ein *diligens* hätte vorhersehen können oder, wer zu spät auf eine Gefahr aufmerksam mach-

[114] Alf. 2 dig. D. 9.2.52 pr.
[115] Alf. 2 dig. D. 9.2.52.2.
[116] Zur *metus* s. auch Ulp. 18 ed. D. 9.2.5 pr.
[117] Ulp. 18 ed. D. 9.2.5 pr.; ebenda s. a. die Frage übertriebener Notwehr. S. a. oben V.2.
[118] Ulp. 18 ed. D. 9.2.5.2.
[119] Paul. 10 Sab. D. 9.2.31.
(…) *culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit* (…).

te.[120] Mit dieser Definition hat Mucius eine neue zeitliche Dimension in die *lex Aquilia* eingeführt. Während der Richter bis anhin vergangene Handlungen auf ihre Widerrechtlichkeit hin prüfte, musste er sich fortan in den Zeitpunkt der Handlung zurückversetzen und die Frage stellen, was eine sorgfältige Person damals hätte voraussehen, oder wie sie hätte handeln können. Damit wurde eine retrospektive durch eine retroprospektive Betrachtung ersetzt.

Der Inhalt des Verschuldens entspricht in der Umgangssprache ziemlich genau den **54**
Äußerungen: ‚Das ist deine Schuld!' oder ‚Du bist schuld!', mit denen erstens ausgesagt wird, die betroffene Person hätte anders handeln *können*; zweitens wird ihr das Verhalten vorgeworfen, weil sie anders hätte handeln *sollen*. Der Begriff ‚Verschulden' hat also eine ganz andere Bedeutung als jener der ‚Widerrechtlichkeit',[121] der umgangssprachlich mit den Redewendungen ‚Du hast Recht verletzt!' oder ‚Du hast kein Recht dazu!' umschrieben werden könnte. Hier wird kein Vorwurf gemacht, sondern eine Handlung an der Rechtsordnung gemessen und für ‚rechtens' oder ‚unrecht' befunden.[122]

2. Verwendung des Verschuldensbegriffs

Aus rechtstechnischer Sicht wurde der Richter angewiesen, ein auf den Einzelfall zuge- **55**
schnittenes Musterverhalten einer voraussehenden Person (*diligens*) zu entwickeln, an dem sodann das tatsächliche Verhalten des Schädigers gemessen wurde. Erfüllte dieser die Erfordernisse nicht, wurde ihm Verschulden zur Last gelegt. Umgekehrt war von Verschulden frei, wer alles Notwendige berücksichtigt hatte.[123] Dabei wurde zwischen Verschuldensgraden unterschieden, die vom *dolus* bis zur *culpa levissima* reichten.[124] Der geistig Unfähige war grundsätzlich schuldunfähig,[125] wie wohl auch das Kind (*infans*).

Das Verschulden taucht in zahlreichen Fragmenten auf. Von Anfang an wurde es als **56**
ein Argument verwendet, um den Richter von der Widerrechtlichkeit eines Verhaltens zu überzeugen. So stellte sich Mucius im berühmten Paulus-Fragment[126] die Frage, ob ein Baumschneider für den Schaden hafte, wenn jemand durch einen von ihm hinuntergeworfenen Ast verletzt wurde. Juristisch gewendet war gemeint, ob ein *damnum iniuria datum* vorliege. Mucius bejahte dies mit der Begründung, der Täter habe

---

[120] Paul. 19 Sab. D. 9.2.31; s. oben Fn. 119.

[121] Anders *Kaser*, RP I 505, laut dem die römischen Juristen die *culpa* in die *iniuria* einbezogen.

[122] Zum Verhältnis zwischen *iniuria* und *culpa* s. anders *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 105 Fn. 9.

[123] Paul. 22 ed. D. 9.2.31; Paul. 48 ed. D. 50.17.169; zum Verschuldensbegriff unter vielen auch *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 214; *Hausmaninger*, Lex Aquilia (1996) 26–28; *Nörr*, Causa mortis (1986) 135; *Zimmermann*, LO 1007–1009; *Winiger*, Responsabilité aquilienne rpmaine (1997) 116–138; *Pugsley*, TR 50 (1982) 1–17.

[124] Ulp. 42 Sab. D. 9.2.44; s. namentlich *Tellegen-Couperus*, TR 76 (2008) 19–25.

[125] Dazu namentlich *Zimmermann*, LO 1008 mLit.

[126] Paul. 10 Sab. D. 9.2.31.

schuldhaft gehandelt. Mucius' Denkmuster, in dem er das Verschulden als Argument für die Widerrechtlichkeit verwendete, wurde von den *iurisconsulti* weitgehend übernommen.[127]

57 Eine tiefe Veränderung trat im Laufe des 2. Jh.s n. Chr. ein. Gaius berichtete über eine neue und viel zentralere Rolle des Verschuldens: „es bleibt ungestraft, wer ohne Schuld und böse Absicht aus Zufall einen Schaden zufügt".[128] Zusammen mit dem *dolus* wurde die *culpa* so zu einem unerlässlichen Argument, um die Widerrechtlichkeit nachzuweisen. Damit wurde die aquilische Argumentationskette um ein Glied verlängert. Wie Gaius, Paulus und Ulpian zeigten, galt es nun die Widerrechtlichkeit durch Verschulden, und das Verschulden durch andere Argumente wie etwa Unerfahrenheit,[129] übertriebene Strenge,[130] schädliche Spiele[131] oder Schwäche[132] nachzuweisen. Allerdings zeugen vereinzelte Fragmente auch davon, dass die *culpa* gelegentlich übersprungen und direkt zum Beispiel Unerfahrenheit als Argument für die Widerrechtlichkeit angeführt wurde.[133] Mit- oder Selbstverschulden sowie Handlung auf eigene Gefahr des Opfers konnten Berücksichtigung finden.[134]

VII. Schadensberechnung

58 Die Basis für die Schadensberechnung ist direkt in der *lex Aquilia* festgelegt. Laut dem ersten Kapitel (*occidere*) hatte der Schädiger dem Eigentümer „ soviel Kupfer(geld) zu geben, wie die Sache in jenem Jahr höchstens wert war[135] Im dritten Kapitel (*urere, frangere, rumpere, damnum facere*) hingegen war soviel geschuldet, „wie die Sache in den nächstliegenden 30 Tagen wert sein wird".[136] Während im ersten Kapitel der Wert in den 365 Tage vor dem Schaden berücksichtigt wurde, bezog sich das dritte Kapitel nur auf die nächsten 30 Tage. Beiden Kapiteln liegt die Wiedergutmachung des zugefügten Schadens zu Grunde.[137]

---

[127] S. namentlich Alf. 2 dig. D. 9.2.52.1,3,4. Zur Erstellung des Verhaltensmodelles s. *Cannata*, Sul problema della responsabilità (1996), 49 ff.; *Schipani*, Responsabilità (1971); *ders.*, Contributi romanistici al sistema (2009), 89–101.

[128] Gai. 3.211. … *itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.*

[129] S. namentlich Gai. 7 ed. prov. D. 9.2.8.1; auch Ulp. 18 ed. D. 9.2.7.8; Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.29, wo auch die Frage der Zustimmung des Geschädigten erörtert wird.

[130] Paul. 22 ed. D. 9.2.6.

[131] Paul. 22 ed. D. 9.2.10.

[132] Gai. 7 ed. prov. D. 9.2.8.1.

[133] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.29.

[134] Ulp. 18 ed. D. 9.2.11 pr.

[135] Gai. 7 ed. prov. D. 9.2.2 pr.; s. oben Fn. 5.

[136] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.5.

[137] Ulp. 18 ed. D. 9.2.13.2; s. auch Gai. 3.217; *Valditara*, Index 44 (2016) 197–216.

1. Berechnungszeiträume

a. Erstes Kapitel

Obschon das im ersten Kapitel erwähnte Jahr, das sich auf die 365 Tage vor dem Schaden bezog, eine an und für sich klare Regelung war, entstanden namentlich dann Probleme, wenn der Tod des Opfers nicht sofort eintrat. Laut Julian begann die Frist mit der Verletzung, während für Celsus der Todestag entscheidend war.[138] Bei überholender Kausalität, wo zwar jemand die Ursache für einen späteren Tod gesetzt hatte, aber ein Anderer das Opfer tötete, bevor die erste Ursache ihre Wirkung entfaltet hatte, wandte Julian die allgemeine Regel an, wonach derjenige unter die *lex Aquilia* falle, der eine Todesursache gesetzt habe. Demzufolge hafteten beide Täter voll für den Tod des Opfers. Die Berechnungszeiträume hingegen waren nicht dieselben; für den ersten Täter begann die Frist mit der gesetzten Ursache, für den zweiten jedoch erst mit dem Eintreten des Todes.[139] **59**

b. Drittes Kapitel

Im Unterschied zu Kapitel I betrug hier der Berechnungszeitraum nur 30 Tage. Die von Ulpian verwendete Futurform *erit* hat in der modernen Lehre zu Diskussionen geführt, ob die Frist sich auf die 30 Tage vor oder nach dem Schadenseintritt bezogen habe.[140] Von diesem Gelehrtenstreit ist in D. 9.2 keine Spur zu finden. Es sei nur kurz erwähnt, dass Ulpian selbst im Gebrauch der Verbformen nicht konsequent war und in einem anderen Fragment an Stelle des *erit*[141] die Form *fuit*[142] verwendete. Diese Inkonsequenz/Inkonsistenz findet sich im Übrigen auch bei Gaius für das Kapitel I, wo sowohl *fuit*[143] als auch *fuerit*[144] vorkommen; anderswo wurden beide Kapitel über denselben Leisten geschlagen.[145] Ferner wies Pomponius darauf hin, die Form *erit* könne nicht nur zukünftige, sondern auch in der Vergangenheit liegende Begebenheiten bezeichnen.[146] Dies zeigt, wie flexibel die Anwendung der Verbformen war und, dass das *erit* hier nicht als entscheidendes Kriterium herangezogen werden sollte. Die Vermutung liegt nahe, dass auch in Kapitel III der Wert der Sache *vor* dem Schadens- **60**

---

[138] Ulp. 18 ed. D. 9.2.21.1.

[139] Iul. 86 dig. D. 9.2.51; 2. S. namentlich *Winiger*, Responsabilité aquilienne romaine (1997) 140 mLit.

[140] Zusammenfassend s. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 225–228; kritisch dazu *Platschek*, SZ 127 (2010) 281 f.; auch *De Robertis*, Damnum iniuria datum (2000) 43–45; *Zimmermann*, LO 963–969.

[141] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.5.

[142] Ulp. 18 ed. D. 9.2.29.8.

[143] Gai. 7 ed. prov. D. 9.2.2 pr.

[144] Gai. 3. 214.

[145] Gai. 3.218.

[146] Pomp. 26 Q. Muc. D. 50.16.123.

ereignis als Ausgangspunkt für die Schadensberechnung herangezogen wurde. Denn hätte diesbezüglich ein Unterschied zwischen den beiden Kapiteln bestanden, wäre dieser zweifellos auch diskutiert worden.

2. Berechnungsmethode

a. *Plurimi*

61 Gemäß dem ersten Kapitel der *lex Aquilia* war der höchste Wert der Sache im vorangehenden Jahr Ausgangspunkt für die Schadensberechnung. Probleme konnten dann entstehen, wenn der Wert der Sache während dieser Periode fluktuiert hatte, zum Beispiel wenn ein Sklave wegen einer schweren Körperverletzung an Wert verloren hatte und nachträglich im selben Jahr von einem Dritten getötet wurde. Julian,[147] Gaius[148] und Ulpian[149] vertraten die (gesetzeskonforme) Meinung, der Höchstwert der Sache habe als Berechnungsbasis zu dienen. Gaius gestand allerdings gleichzeitig ein, dass der Schädiger damit gelegentlich mehr als den von ihm angerichteten Schaden gutzumachen habe. Ulpian unterstrich, dass jede Wertvermehrung (*omnia commoda*) einzubeziehen sei und zeigte damit, dass zwar Erhöhungen, nicht aber Verminderungen des Wertes in die Berechnung einbezogen wurden.

62 Im Unterschied zum ersten Kapitel wird im dritten Kapitel das Wort *plurimi* nicht verwendet. Dies führte zur Frage, ob der Richter ebenfalls den Höchstwert zu berücksichtigen habe. Gaius berichtete von *iurisconsulti*, die dem Richter Freiheit in der Bewertung der Sache einräumten.[150] Er rief auch Sabinus' Meinung in Erinnerung, dass nach dem Willen des Gesetzgebers das *plurimi* des ersten Kapitels auch für das dritte gelte.[151] Laut Ulpian hat sich diese Ansicht durchgesetzt.[152]

b. Interesse

63 Die Schadensberechnung wurde zum Teil sehr ausführlich geregelt. Eine bedeutende Frage war dabei, ob nur die Wertverminderung der Sache oder das gesamte *interesse* (Folgeschäden) des Geschädigten zu berücksichtigen sei.[153] Ulpian trat gestützt auf Labeo für eine umfassende Entschädigung ein. So konnte derjenige, der einen Sklaven

[147] Ulp. 18 ed. D. 9.2.23.3,5, wenn ein Sklave inzwischen sittlich verrohte.
[148] Gai. 3.214.
[149] Ulp. 18 ed. D. 9.2.23.6.
[150] Gai. 3.218.
[151] Gai. 3.218; auch *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 207.
[152] Ulp. 18 ed. D. 9.2.29.8.
[153] Ulp. 18 ed. D. 9.2.21.2. Selbstverständlich konnte nur der durch das schädigende Ereignis entstandene Wertunterschied der Sache eingefordert werden, keinesfalls aber der Gesamtwert einer teilweise beschädigten Sache. Zu *aestimatio* und *id quod interest* namentlich *Valditara*, in: Vacca, Responsabilità (1995) 76–87.

der Folter unterziehen wollte, um ihm buchhalterische Informationen abzupressen, sein *interesse* an diesen Informationen geltend machen, wenn der Sklave vorher von einem Dritten getötet worden war.[154] Ebenso war beim Tod eines einer Theatertruppe angehörenden Schauspielers, eines Orchestermusikers oder eines zu einem Viergespann gehörenden Pferdes nicht der Einzelwert des betroffenen Opfers oder der Sache, sondern der höhere, dem Ganzen zugefügte Verlust zu veranschlagen.[155] Bei Körperverletzungen waren die Heilungskosten[156] und bei Freien Lohnausfall[157] zu bezahlen. Bei Verlusten von Rechten konnte in der Regel der ökonomische Schaden gefordert werden, sofern auch ein materieller Schaden entstanden war.[158] Ferner musste der Schaden gewiss und berechenbar sein.[159] Da nur der Verlust an Marktwert zu entschädigen war, wurde der Wert persönlicher Vorliebe nicht beachtet,[160] ebensowenig die Körperverletzungen freier Römer (wohl aber in der *actio iniuriarum*), da deren Körper *extra commercium* war.[161] Das *interesse* bezieht sich ausschließlich auf den verletzten Kläger, ohne dass Schadensliquidation im Drittinteresse berücksichtigt wurde.[162]

[154] Ulp. 18 ed. D. 9.2.23.4; namentlich *Rodger*, in: Lewis/Ibbetson, Roman law tradition (1994) 15–31.

[155] Paul. 22 ed. D. 9.2.22.1; s. auch 22 pr., wo Paulus die *utilitas* der Sache erwähnte; ebenso etwa wenn dem Geschädigten durch den Tod eines Sklaven dessen Erbschaft entging Ulp. 18 ed. D. 9.2.23 pr.; *Rodger*, Ess. Daube (1974) 289–299; *Jansen*, Struktur (2003) 242 f.; *Miglietta*, in: Ferrari/Manzin, La retorica fra scienza e professione legale (2014) 221–288 mLit.

[156] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.17; Ulp. Coll. 2.4.1.

[157] Ulp. 18 ed. D. 9.2.7 pr.

[158] Ulp. 18 ed. D. 9.2.41.

[159] Ulp. 18 ed. D. 9.2.41 pr.; 29.3; 27.17.

[160] Paul. 2 Plaut. D. 9.2.33 pr.

[161] S. aber Ulp. 18 ed. D. 9.2.13 pr. und 7.4.

[162] *Reichard*, Drittschadensersatz (1993) 284–289.

§ 93 Diebstahlsklage (*actio furti*)

Martin Pennitz

Albanese, La nozione del „*furtum*“ nell'elaborazione dei giuristi romani, Jus 9 (1958) 315–326 [= ders., Scritti giuridici I, 1991, 97–110]; *Pika*, *Ex causa furtiva condicere* im klassischen römischen Recht, 1988; *Hackl*, Gaius 4,37 und die Formeln der *actio furti*, in: FS Waldstein 1993, 127–139; *Santalucia*, „Crimen furti“. La repressione straordinaria del furto nell'età del Principato, in: Hom. Murga, 1994, 785–797; *Vacca*, Il delitto di *rapina*, in: Hom. Murga, 1994, 887–901; *Grzimek*, Studien zur *taxatio*, 2001; *Pepe*, Ricerche sul furto nelle XII tavole e nel diritto attico, 2004; *Ferretti*, Complicità e furto nel diritto romano, 2005; *Fargnoli*, Ricerche in tema di *furtum. Qui sciens indebitum accipit*, 2006; *Fenocchio*, Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi Sviluppi Vicende, Napoli 2008; *Platschek*, Die Klageformel gegen den peregrinen Dieb in Gai. 4,37. Zugleich zum Aufbau der *actio furti*, SZ 131 (2014) 395–402; *Pennitz*, *Acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres* (Gellius 6,15,1) – Überlegungen zum *furtum usus*, SZ 134 (2017) 147–187.

Inhalt Rn.

I. Zwölftafelgesetzgebung 1
1. Diebstahlstatbestände und Sanktionen 1
2. Das altrömische *furtum*-Konzept 3
II. Republikanische Jurisprudenz 4
1. Umfassender *furtum*-Begriff 4
2. *Genera furti* 5
III. Prozessuale Aspekte des entwickelten Diebstahlsrechts 6
1. Die Formel der *actio furti nec manifesti* 6
2. Zum Diebstahlsverfahren 7
3. Passivlegitimation zur *actio furti* 8
4. Aktivlegitimation 9
5. Charakteristika der *actio furti* 10
IV. Präzisierung des *furtum*-Konzepts 11
1. Berücksichtigung neu etablierter Delikte 11
2. Der „weite“ Resttatbestand *furtum* 12
V. *Rapina* 13
1. Ausgestaltung als eigenständiger Tatbestand 13
2. Charakteristika der *actio vi bonorum raptorum* 14
VI. *Condictio (ex causa furtiva)* 15
1. Charakteristika 15
2. Konkurrenzen 16

VII. Weitere „diebstahlskonnexe“ Klagen 17
1. Die *actio rerum amotarum* 17
2. *Die actio de tigno iuncto* 18
VIII. Diebstahlsahndung im Rahmen der *extraordinaria cognitio* 19

I. Zwölftafelgesetzgebung

1. Diebstahlstatbestände und Sanktionen

Um die private Diebstahlsverfolgung – selbst in besonders konfliktträchtigen Fällen – der Kontrolle des Gemeinwesens zu unterstellen, normieren die Zwölftafeln den Tatbestand des *furtum manifestum*:[1] Die unmittelbare Tötung eines auf frischer Tat ertappten Diebes[2] ist zwar des Nachts rechtskonform, tagsüber aber nur im Fall einer Bewaffnung,[3] wenn er sich trotz Anrufung (*endoplorare*[4]) verteidigt.[5] Bei einer sonstigen Ergreifung (*deprehensio*) am Tag hat der Verletzte den Täter der Obrigkeit vorzuführen: Nach dessen Auspeitschung wird ein freier Erwachsener dem Tatopfer in sofortiger Vollstreckung mittels behördlicher *addictio* als Sklave zugesprochen, ein Sklave aber hingerichtet, während man sich beim unmündigen Täter mit einer adäquaten Geldbuße begnügt.[6] 1

[1] *Santalucia*, Diritto e processo[2] (1998) 62 f. Rekonstruktion: *Bruns*, FIRA I[7] 31 (XII T 8.12,13); *Riccobono*, FIRA I[2] 57 f. (XII T 8.12,13); *Crawford*, RS II 609–613 (XII T 1.17,18); *Flach*, XII tab. 57–61 (XII T 1.17,18). Vergleichende Überlegungen zum attischen Diebstahlsrecht etwa bei *Harris*, Symposion 1993, 169 ff., bes. 183 f.; *Pepe*, Ricerche (2004) 23–45, 87–131; *Pelloso*, Studi (2008) 33–134 bzw. *Cursi*, in: Cursi, XII Tabulae II (2018) 581–583; 584 f.; 596 f.

[2] So die h. L., vgl. *Pepe*, Ricerche (2004) 64–87, 132–136; *De Francesco*, in: Humbert, Dodici tavole (2005) 428 f., 438 f.; *Pelloso*, Studi (2008) 262–279 sowie Ulp. 41 Sab. D. 47.2.3 pr.,1; Paul. 9 Sab. D. 47.2.6; zu Gell. 11.18.11; Gai. inst. 3.184 auch → Rn. 8. a. A. *Sirks*, TR 81 (2013) 476–486, der für die altrömische Epoche von einem *delict with strong religious aspects* ausgeht, das durch Bruch des Hausfriedens oder unmittelbare, schwerwiegende *intrusion upon potestas, manus, dominium* qualifiziert sei.

[3] Zum diesbezüglichen Begriff *telum* („Wurfwaffe“) *Scheibelreiter*, SZ 136 (2019) 1–4; 46.

[4] Cic. Tull. 50; s. dazu *Corbino*, ACagl., 251–254; *Guarino*, Pagine IV 180–183; *Pepe*, Ricerche (2004) 45–54; Scr. Bonfiglio, 306 f. bzw. *Pelloso*, Studi (2008) 145, 175 f.: Erst später dürfte es als Publizitätserfordernis gedeutet und daher – so Gai. 7 ed. prov. D. 9.2.4.1 – auf den nächtlichen Dieb erstreckt worden sein; zu letzterer Regelung *Gagliardi*, Labeo 45 (1999) 435–439.

[5] Diskutiert wird, ob der Täter mittels *endoplorare* im Sinn früherer Privatrache der Machtsphäre des Opfers verfällt, ob darin ein summarisches Verfahren zum Ausdruck kommt oder die Nichtbeachtung der „Anrufung“ von Seiten des Täters einen Rechtfertigungsgrund für dessen Tötung bildet; vgl. *Pelloso*, Studi (2008) 161–191; für bloßen Beweis des Notwehraktes hingegen *Rehaag*, Prinzipien (2009) 40–42. Für die Zeit des entwickelten Rechts ist der Notwehrgedanke hier freilich belegt: Vgl. Ulp. 37 ed. D. 48.8.9.

[6] Gell. 11.18.8; zum just. Verständnis von *deprehendere MacCormack*, Ét. Ankum I, 280–283. Der Statusverlust wird bei Gai. inst. 3.189 als Kapitalstrafe eingestuft; vgl. auch *Varvaro*, St. Nicosia VIII 361–368. Zur strafrechtlichen Bedeutung dieser Sanktion *Miglietta*, XII Tabulae II, 502 f.

2 Geht man dagegen wegen eines Diebstahls vor,[7] der nicht derart offenkundig ist (*furtum nec manifestum*),[8] hat wohl ein Ermittlungsverfahren im Wege der *legis actio sacramento in personam* stattzufinden:[9] Der Beklagte müsste dann, um einer *addictio* bzw. *manus iniectio* zu entgehen, das Doppelte des Sachwerts als Buße leisten,[10] was im Gesetz – nach gängiger Rekonstruktion – mit den Worten: *duplione damnum decidito* normiert ist[11] und als „spiegelnde Strafe" zu verstehen sein dürfte:[12] Insoweit wäre auch eine zusätzliche Sachverfolgung gegen den Dieb abgeschnitten. Ein weiteres Diebstahlsverfahren richtet sich unter anderem gegen Komplizen: Findet man nämlich im

---

[7] Fest. p. 158 L., s. v. nec: … *ut et in XII. est*: … *item: si adorat furto, quod nec manifestum erit*; zu diesem einheitlichen verfahrensrechtlichen Verständnis von *adorare furto* vgl. *Pepe*, Ricerche (2004) 164–166, die zugleich plausibel von der Wahlmöglichkeit des Tatopfers ausgeht, von *deprehensio* und *addictio* eines *fur manifestus* abzusehen und sich stattdessen gm. Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.14 zu vergleichen oder die Geldbuße zu fordern (ebd., 136–140).

[8] So explizit Ulp. 41 Sab. D. 47.2.7.1; ferner Paul. sent. 2.31.2 i. f.; zum Ursprung dieses (verneinenden) Terminus vgl. insbes. die These von *Thomas*, Mél. Płodzień, 154–156.

[9] *Wieacker*, RRG I 435 mit Fn. 37 bzw. *Kaser/Hackl*, RZ 86 f. mit Fn. 6. Gm. *Thomas*, Mél. Płodzień, 156 mit Fn. 12 (*by proof less certain*) bzw. *Honsell*, JKW, 359 liegt gerade „im Mißtrauen des primitiven Rechts gegenüber indirekten Beweisen" der Grund für die „unterschiedliche Bestrafung nach dem Grad der Gewissheit und Beweisbarkeit der Tat"; zur Frage auch *Balzarini*, ACop. V, 59 f., 64; *Pepe*, Ricerche (2004) 59–63 bzw. *Fenocchio*, Tracce (2008) 272–287.

[10] Gai. inst. 3.190; Gell. 11.18.15.

[11] Die h. L. stützt sich dabei v. a. auf die spätere Formel der *actio furti* (vgl. Gai. inst. 4.37), um den unvollständig überlieferten Zwölftafelsatz zum *furtum nec manifestum* zu ergänzen; vgl. *Riccobono*, FIRA I², 60 (XII T 8.16); *Flach*, XII tab. 66 f. (XII T 1.21) und z. B. *Hackl*, FS Waldstein 127 mit Fn. 5. a. A. *Crawford*, RS II 609–613 (XII T 1.21: … ⟨⟨⟨*duplum poenae esto*⟩⟩⟩); zur Bedeutung dieser Wendung *Liebs*, SZ 85 (1968) 187–189 und jetzt eingehend *Pelloso*, Studi (2008) 246 f. mit Fn. 259, 250–253 mit Fn. 266 f. sowie *Cursi*, RIDA 3. sér. 58 (2011) 152–156; *dies.*, in: Cursi, XII Tabulae II, 591–594.

[12] So überzeugend *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 95, 103 ff., bes. 105 f.; Römisches Recht⁵ 191 f., der darauf hinweist, dass der Dieb demnach denselben Nachteil erleidet, den er zufügen wollte: Er verliert das Diebsgut und noch einmal dessen Wert; dafür spricht auch die Bezugnahme auf den Sachwert in der Formel der *actio furti* (arg. *quanti ea res fuit, cum furtum factum est*) → Rn. 6, deren „Strafzweck" ja auch ohne „Beziehung zur Höhe des vom Täter verursachten Schadens" hätte erreicht werden können; vgl. nur *Medicus*, Quod interest (1962) 231. Skeptisch allerdings *Jansen*, Struktur (2003) bes. 194 Fn. 80, wonach ein solcher „Talionsgedanke" die „betragsmäßige Spaltung der Bußleistung" voraussetze: Aber liegt dies einer „Verdopplung" (*duplione*) nicht sowieso zugrunde? Nach *Behrends*, Index 41 (2013) 386, 388, 406–408 vertritt die sabinianische Schule eine derartige Konzeption der *actio furti* (im Sinn einer *actio mixta*) sogar bis Javolen; dagegen spricht aber wohl – mit *Pika*, Ex causa furtiva (1988) 21–25 – die Aussage bei Tryph. 15 disp. D. 13.1.20 (arg. *veteres*); für *Fuenteseca*, SemCompl. 28 (2015) 371, 374, 376–378 erfolgt die Pönalisierung der Klage hingegen mit dem Übergang zum Formularprozess. Jedenfalls wird gm. Cic. fam. 7.22 – dazu *Bottiglieri*, SDHI 75 (2009) 541–543 – noch bei Juristen des 2. Jhs. v. Chr. bezweifelt, ob die Diebstahlsverfolgung dem Erben des Tatopfers zukommt: Dann stünde letzterem nur die *rei vindicatio* zur Verfügung (ebd., 101 f., 111); die *actio in rem* könnte zusätzlich aber dem Bestohlenen selbst gegen dritte Besitzer zustehen, wenn es ihnen gegenüber keiner Hausdurchsuchung bedarf, was letztlich auch zur Etablierung der *condictio (ex causa furtiva)* führen mag → Rn. 15.

Zuge einer Hausdurchsuchung vor Zeugen bei jemandem Diebsgut (*furtum conceptum*), so unterliegt er der Strafe des Dreifachen; wurde ihm die aufgefundene *res furtiva* jedoch zuvor unterschoben (*furtum oblatum*), so kann er aufgrund dieses Delikts nun seinerseits aufs Dreifache klagen.[13] Sollte die geforderte Hausdurchsuchung hingegen verweigert werden, steht dem Bestohlenen das Recht zu, die Suche allein und in ritueller Form (*lance et licio*) vorzunehmen: Im Sinn der h. L. dürfte es sich dabei um einen sakralen Ritus (mit Opferakt) handeln,[14] da der Bestohlene im Fall erfolgloser Suche den Hausfrieden eines anderen grundlos verletzt hat; wird das Diebsgut dort aber gefunden, sieht man das *ex lege* als *furtum manifestum* an.[15]

2. Das altrömische *furtum*-Konzept

Allerdings geben die Bestimmungen der Zwölftafeln keinen Hinweis auf Bedeutung 3
und Reichweite des Begriffs *furtum*: Zieht man – neben der mutmaßlichen etymologischen Ableitung von *ferre*[16] – Bezeichnungen wie *furtum conceptum* / *oblatum* (entdecktes / unterschobenes Diebsgut), die Beschreibung des *furtum manifestum*[17] sowie Hinweise bei Gaius in Betracht, so erscheint es plausibel, dass sich *furtum* ursprünglich nicht nur auf dessen Kern-Tatbestand, das Wegführen beweglicher Objekte bzw. gewaltunterworfener Personen bezieht,[18] sondern auch auf das Ertappt-Werden mit Bezug auf die *res furtiva* selbst.[19]

---

[13] Dazu Gai. inst. 3.186; 191; Gell. 11.18.11; Paul. sent. 2.31.22; s. *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 137–140 u. H.a. Ulp. 37 ed. D. 22.5.12 (zur Zeugenzahl) und Paul. sent. 2.31.22 (zur Konkretisierung); zu Paul. Fest. p. 104 L., s. v. lance et licio sowie Petron. 97 ferner *Gamauf*, St. Labruna III, 2040, 2044 f. Für Einbeziehung der „Fundunterschlagung" *Göhlert*, Erwerb (2007) 93–95.

[14] *Honsell*, JKW, 359 f; *Santalucia*, Diritto e processo[2] (1998) 63; *Wolf*, Symp. Wieacker (1970) 70–75; *Manthe*, in: Ernst/Jakab, Usus (2005) 169–172; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 284–296; vgl. *Cursi*, in: Cursi, XII Tabulae II (2018) 597 f.

[15] Gai. inst. 3.192–194; Gell. 11.18.9; vgl. nur *Watson*, LO, 233.

[16] So *Niederländer*, SZ 67 (1950) 253–256 u. H.a. Paul. 39 ed. D. 47.2.1 pr.; zust. *Schulz*, CRL, 575; *Kaser*, RP I 157 Fn. 22 bzw. *Zimmermann*, LO 927 mit Fn. 43; s. auch *Flach*, Fortgeltung (2004) 58–67. Skeptisch hingegen *Sirks*, St. Labruna VII 5194 Fn. 5, 5206.

[17] Vgl. insbes. Celsus bei Ulp. 41 Sab. D. 47.2.7.2 (*abiecto furto*); D. 47.2.3 pr. (*deprehenditur cum furto*): Insofern geht die Delikts-Konzeption wohl schon seit jeher über *the popular conception* des *amovere* hinaus; vgl. auch *Ibbetson*, Danger (1994) 54 f., bes. 56 f.

[18] Gai. inst. 3.195, der das *amovere* als bloßen Begriffskern betont, ferner 3.208 (i.V.m. Gell. 11.18.8 i. f.) und zur Entführung freier Gewaltunterworfener Gai. inst. 3.199; ferner Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.13; vgl. *Cursi*, in: Cursi, XII Tabulae II (2018) 577–580, die dabei von Vermögensverringerung (aber ohne Sachzerstörung) ausgeht.

[19] In diesem Sinn schon *Daube*, CollStRL 20 mit Fn. 8; *Buckland*, LQR 57 (1941) 467; *Albanese*, Jus 9 (1958) 316; *Albanese*, ED 18 (1969) 313 f.; *Zimmermann*, Hom. Murga 758 f.; ferner *Cardilli*, in: Cursi, XII Tabulae II, 853 f. Gegen die Konzeption von *Huvelin*, Études I (1915) bes. 272 f., der zwischen *subreptio* und *furtum* unterscheidet, überzeugend *Daube*, CollStRL 19–21, 32 f. Nicht unter den *furtum*-Begriff fällt die *poena dupli „ex causa depositi"*; vgl. *Scheibelreiter*, RIDA 56 (2009) 141 f.,

II. Republikanische Jurisprudenz

1. Umfassender *furtum*-Begriff

4 In der Folge wird das mit *furtum* umschriebene Verhalten von der älteren republikanischen Jurisprudenz jedoch in einem deutlich weiteren Sinn ausgelegt: Dahinter steht das Bestreben, gegebene Lücken des altzivilen Deliktsrechts zu schließen und im Fall absichtlich hervorgerufener Schädigungen möglichst umfassenden Schutz zu gewährleisten:[20] Darunter fällt nun auch der Gebrauch gegen den Willen des Eigentümers, wenn etwa ein (bloß) entliehenes Pferd mit in die Schlacht geführt wird.[21] Als *furtum* gilt ferner jede arglistig verursachte Wegnahme von dritter Seite, z. B. das Vertreiben von Vieh, das in weiterer Folge gestohlen wird,[22] womit sich auch Regelungen über die Komplizenschaft (abgesehen von den bestehenden Normen zur Hausdurchsuchung) erübrigen;[23] sogar bloßer Sachuntergang oder -verlust wird erfasst, wenn er durch doloses Verhalten bezweckt ist, wie etwa die böswillige *in ius vocatio* eines Viehtreibers.[24] Für einen Teil der Juristen erstreckt sich *furtum* ferner auf unbewegliches Gut;[25] und zudem liegt es nahe, gewaltsame, nicht-heimliche Sachentziehung hier miteinzubeziehen,[26] nachdem ja schon die *XII tabulae* auf *furtum manifestum* sowie Waffengebrauch Bezug nehmen.[27]

---

153 f. Hingegen für einen umfassenden Tatbestand von *furtum* in den *XII tabulae*: *Fenocchio*, Tracce (2008) 123–125, 160, der die Sachbeschädigung – trotz des expliziten *si servus furtum faxit noxiamve no⟨x⟩it* in XII T 12.2 – miteinbezieht. Wieder anders nun *Sirks*, TR 81 (2013) 493, der ausgehend von seinem Verständnis von *furtum manifestum* (→ Rn. 1) einen von vornherein weiten Tatbestand des *furtum nec manifestum* annimmt, der sich noch in den Entscheidungen der älteren republikanischen Jurisprudenz spiegelt.

[20] Grundlegend *Albanese*, Jus 9 (1958) 316–318; *Albanese*, ED 18 (1969) 314 f., der dort aber wohl zu pointiert von einer *nozione (pressochè indefinibile) di furtum* und deren *coincidere con il concetto stesso di illicito* spricht; s. ferner *Thomas*, Iura 13 (1962) 87 f.; *Kaser*, RP I 614; *Zimmermann*, LO 924 f.

[21] Zum sog. *furtum usus* Gai. inst. 3.196 i. f. (i.H.a. *veteres*); ferner Val. Max. 8.2.4 bzw. Gell. 6.15.1–2.

[22] z. B. Gai. inst. 3.202 i. f. (i.H.a. *veteres*); Pomp. 19 Sab. D. 47.2.37; ferner Mela bei Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.22 und dazu *Rizzi*, Index 44 (2016) 318–321.

[23] Insbes. *Ferretti*, Complicità (2005) 30 f., 38 f., 47–66, 321; vgl. auch *Rehaag*, Prinzipien (2009) 57–60. Zur Komplizenschaft im entwickelten Recht → Rn. 8.

[24] Paul. 7 Plaut. D. 47.2.67.2 (i.H.a. *veteres*); ferner Quintus (?) bei Ulp. 11 ed. D. 4.3.7.7; Gell. 11.18.14 (i.H.a. *veteres* aufgrund eines Sabinusberichts); dazu *Battaglia*, TR 84 (2016) 110–113. Den Unterschied zur frühklassischen Sicht verdeutlicht Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.21 (→ Rn. 5); skeptisch *Watson*, SDHI 28 (1962) 335 f. *Behrends*, IuP I 199 sieht darin Anwendungsfälle eines „vorklassischen" *furtum possessionis* i. S.v. „Störung der Obhut".

[25] Gell. 11.18.12–13 (i.H.a. *veteres*); Ulp. 41 Sab. D. 47.2.25 pr.; Gai. 2 cott. D. 41.3.38 i. f.; s. auch *Bellini*, Delicta, 48. Zur Frage, ob Sabinus diese Auffassung geteilt oder bloß überliefert hat, s. etwa *Astolfi*, SDHI 51 (1985) 402–406; *Bello*, ACop. V 371–374 oder *Morgera*, Studi (2007) 63–65, 79–84.

[26] In diesem Sinn *Brasiello*, NNDI 7 (1961) 692 Fn. 1; NNDI 14 (1967) 768 oder *Kaser* RP I 157 Fn. 23 (mit Lit.), der diesbezüglich allerdings auch *iniuria* (→ § 95 Rn. 7) in Betracht zieht; jedenfalls zählt *rapina* auch bei Gai. inst 3.182 zu den vier Delikten, die seiner Darstellung als Standardbeispiele (arg. *veluti*) dienen – *a list in which everything has a ius civile root*; s. *Birks*, Law of Obligations (2014)

2. *Genera furti*

Ergänzt wird diese Entwicklung durch besondere auf Diebstahl bezogene *legis actiones*, um die als zu streng empfundenen Kapitalstrafen sowie den sakralen Ritualismus zu ersetzen:[28] Auf die beiden Haupttatbestände (*genera furti*),[29] nämlich *furtum manifestum* (nunmehr geahndet mit Geldbuße auf das Vierfache[30]) und *nec manifestum* (mit *poena dupli*), lässt sich wohl die überlieferte Klagebehauptung *ope consilioque tuo furtum aio factum esse* beziehen,[31] wobei *ops* und *consilium* in dieser Phase gemäß dem oben beschriebenen weiten Konzept Begehungshandlung und Diebstahlsvorsatz bezeichnen dürften:[32] Daneben bleiben – gestützt auf die Zwölftafeln – die Verfahren bezogen auf *furtum conceptum* und *oblatum*, jeweils sanktioniert mit dem Dreifachen bestehen, die weiterhin auch gegen einen Nicht-*fur* zur Verfügung stehen.[33] Bei Ablehnung der verlangten Hausdurchsuchung sieht das prätorische Edikt nunmehr eine *actio*

189. Skeptisch hierzu *Niederländer*, Iura 5 (1954) 344–348 und ihm folgend *Göhlert*, Erwerb (2007) 75–83. Der Einwand, die *lex Atinia* berücksichtige gm. Gell. 17.7.1 nur heimliche Wegnahme, erklärt sich m. E. jedoch daraus, dass eben der Ersitzungsproblematik bei Heimlichkeit besonderes Gewicht zukommt; hingegen zählen die *leges Iulia et Plautia* – vgl. Gai. inst. 2.45 – zu den besonderen Maßnahmen gegen *vis* in der jüngeren Republik (→ § 109 Rn. 4 f.; § 110 Rn. 3); zur *rapina* im Speziellen → Rn. 13. Zur *lex Atinia*: *Calzada*, Index 39 (2011) 431 f.; *Calzada*, SDHI 78 (2012) 167 f.; *Tanev*, Ess. Sirks 719–721.

[27] S. auch Gai. 13 ed. prov. D. 47.2.55.2; zu XII T 8.13 (1.18) → Rn. 1. Beim Raub ist mangels *deprehensio* aber von *furtum nec manifestum* auszugehen: So explizit Paul. 22 ed. D. 47.8.1; ferner Ulp. 38 ed. D. 47.2.53. a. A. *Behrends*, IuP I 204, doch spricht das *existimandus est* bei Pap. 12 quaest. D. 47.2.81.3 für eine rechtspolitische Bewertung; vgl. auch *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 163 f.

[28] *Selb*, GS Kunkel 421–424; *Wieacker*, RRG I 436 f. mit Fn. 39.

[29] So Labeo und Gai. inst. 3.183; 13 ed. D. 47.2.2; I. 4.1.3 gegen Servius bzw. Sabinus, die auch *furtum conceptum* bzw. *oblatum* als *genera* sehen; in letzterem Sinn auch Paul. sent. 2.31.2 und Paul. 2 sent. Coll. Mos. 7.5.3. Vgl. schließlich I. 4.1.4 i. f. zum Wegfall dieser beiden *genera*.

[30] Gai. inst. 3.189 i. f.; die dort überlieferte Streitfrage bei den *veteres*, ob bei *furtum manifestum* weiterhin eine Versklavung des Täters möglich sei, wird sich auf allfällige Nichtleistung der *poena quadrupli* beziehen. Bei Sklaven, die auf frischer Tat ergriffen und z. B. vor den *praefectus vigilum* gebracht werden, kann auch die Todesstrafe, nun freilich im außerordentlichen Verfahren, verhängt werden: Pomp. 22 Sab. D. 12.4.15.

[31] Cic. nat. deor. 3.30.74: … *Inde illa actio ‚ope consilioque tuo furtum aio factum esse'; inde tot iudicia de fide mala*, …; im Sinn der h. L. *Ferretti*, Complicità (2005) 10–14; vgl. aber *La Rosa*, Repressione (1990) z. B. 80–85, 94–96, 109 f. und *Kaser/Hackl*, RZ 87 f. mit Fn. 10, wo *ope consilioque* im Sinn einer Sonderklage gegen Komplizen verstanden wird.

[32] S. *Ferretti*, Complicità (2005) 23–31; in diesem Sinn ist wohl auch *ope consilio* bei Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.21 (i.H.a. *antiqui*) gemeint, wo – anders als die ältere republikanische Jurisprudenz – erst Sabinus anhand eines Schulfalls („jemand schlägt einem anderen Münzen aus der Hand") zwischen Sachbeschädigung und *furtum* differenziert, während die Frage der Mittäter- bzw. Komplizenschaft (→ Rn. 4) nicht im Fokus steht; a. A. *Watson*, LO 223 f.; vgl. auch *Astolfi*, Iura 55 (2004/05) 118–121. Zur Bedeutung von *ops* und *consilium* ferner: Paul. 59 ed. D. 50.16.53.2 i. f. (i.H.a. *veteres*); 9 Sab. D. 47.2.22.1 oder Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 47.2.66.

[33] So explizit (*quamvis fur non sit*) Gai. inst. 3.186–187.

furti prohibiti (mit *poena quadrupli*) vor, wodurch die *quaestio lance et licio* obsolet wird;[34] in Ergänzung hierzu ist die Weigerung, aufgefundenes Diebsgut an das Tatopfer herauszugeben, als *furtum non exhibitum* zu ahnden.[35]

III. Prozessuale Aspekte des entwickelten Diebstahlsrechts

1. Die Formel der *actio furti nec manifesti*

6 Noch während der Republik lässt sich dann – neben den vorerst weiter anwendbaren *legis actiones* – mit den angeführten Diebstahlsklagen (→ Rn. 5) auch im Formularprozess vorgehen. Eine Gaiusstelle, die für das entwickelte Recht auf die *actio furti nec manifesti* gegen einen Nichtrömer (*peregrinus*) Bezug nimmt,[36] bildet seit jeher den zentralen Ansatzpunkt für die Rekonstruktion der Formel: Allerdings ist die Lesart des Gaiustextes in der neueren Forschung sehr umstritten,[37] weshalb unterschiedliche Thesen zur Ausgestaltung der Klage im prätorischen Edikt (*edictum perpetuum*) vertreten werden. Unter Berücksichtigung des im Anschluss darzustellenden Vorgehens im Diebstahlsfall soll hier im Wesentlichen an der handschriftlichen Überlieferung des

---

[34] Gell. 16.10.8 mit Hinweis auf die (allerdings nicht sicher datierbare) *lex Aebutia*; dazu nur *Wieacker*, RRG I 450–452.

[35] Gai. inst. 3.192 init.; I. 4.1.4.

[36] Gai. inst. 4.37. Bei dieser Formel wird mit *si civis Romanus esset* das Bürgerrecht des Peregrinen fingiert, da es sich bei der *actio furti nec manifesti* um eine Klage nach *ius civile* handelt; vgl. z. B. *Winkel*, Ess. Rodger 297–300, 306 bzw. *Sciuto*, Iura 65 (2017) bes. 418–421 mit Fn. 3 und 7, 449 f.

[37] *Lenel*, EP 324 und ein großer Teil der Lehre liest: *si pa‖ret ⟨…⟩ consiliove Di[h]onis ⟨H⟩er.m⟨a⟩ei fili[o]'i , furtum fa‖ctum e(ss)e* …, wonach mit „Dion, Sohn des Hermaios" oder „Hermesjünger Dion" (unter Weglassung des Abkürzungszeichens in *er.mei*) der Täter konkretisiert sei; zust. *Mantovani*, Formule (1999) 79; ähnlich *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Deliktsoblig. 185 f. (*si pa‖ret ⟨…⟩ consiliove Di[h]onis ⟨H⟩er.mei [fil]⟨L. Tit⟩io furtum fa‖ctum esse*). Näher an der ursprünglichen Entzifferung – s. auch *Stolmar*, Formula 2 Fn. 5 f., 4 f. – geht *Hackl*, FS Waldstein 139 von folgendem Text aus: *si pa‖ret ⟨…⟩ consiliove Dihonis c(ive) r(omano) Me(vi)i filio furtum fa‖ctum e(ss)e* …, wobei durch *cive Romano* ausgedrückt sei, dass Di(h)on („h" als Vokaltrennungszeichen) bloßer Anstifter der Tat sei, die von einem (ungenannten) römischen Bürger begangen wurde; zust. *Kaser/Knütel/Lohsse* 465. Allerdings könnte *c(ivi) R(omano)*, wofür das bei Gaius folgende *si cr e(ss)et* spricht, auf das Tatopfer Bezug nehmen, was bei einem Rechtsstreit vor dem Fremdenprätor durchaus Sinn macht, da der Sühnevergleich ja im *ius civile* verankert ist; dazu → Rn. 7 (c). So schon *Stolmar*, Formula 8, 9 f.: Aus der von Gaius angeführten Formel ginge dann klar hervor, dass in diesem Beispiel nur eine einzige Fiktion erforderlich ist; dazu passend führt Gaius unmittelbar davor aus, dass die zitierte Fiktion des Bürgerrechts grundsätzlich auf beide Prozessparteien bezogen sein kann, sei es *si furti agat peregrinus aut cum eo agatur*. Eine deutlich abweichende Lesart schlägt *Platschek*, SZ 131 (2014) 401 f. vor: *si pa‖r⟨…?⟩et cons⟨titutae⟩[iliove Dih]⟨act⟩onis c(ivitate) r⟨o⟩m⟨ana⟩ ei fi[li]⟨cta⟩*: [*o*] ⟨*q(uod)*⟩ *furtum fa‖ctum e(st)*{*e*} …, wobei der erste Teil des Satzes noch auf die erforderliche Fiktion des Bürgerrechts hinweist, während das *quod* (*q* statt [*fili*]*o*) eine *demonstratio* eingeleitet habe, der mit *quam ob rem* die *intentio* der Formel folgt.

hochklassischen Texts festgehalten werden,[38] so dass die (einheitliche[39]) *formula* wie folgt gelautet haben könnte:

Si paret[40] *(a Numerio Negidio vel) ope consiliove Numerii Negidii Aulo Agerio furtum factum esse*[41] *paterae aureae (quae fuit sestertium X milium plurisve)*[42]*, quam ob rem*[43] *Numerium Negidium pro fure damnum decidere oporteret,*[44] *quanti ea res fuit, cum furtum factum est,*[45] *tantae pecuniae duplum iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

„Wenn es sich erweist, dass mit Tat/Hilfe oder Rat(schluss) des Beklagten dem Kläger eine goldene Schale (im Wert von 10.000 Sesterzen oder mehr) gestohlen wurde, weswegen der Beklagte als (wie ein) Dieb zum Sühnevergleich verpflichtet wäre, so soll der Richter den Beklagten dem Kläger auf den doppelten Geldbetrag des Wertes verurteilen, den der Streitgegenstand hatte, als der Diebstahl begangen wurde; wenn es sich nicht erweist, so soll er (ihn) freisprechen."

---

[38] *Platschek*, SZ 131 (2014) 396 geht freilich von einschneidenden späteren Veränderungen des ursprünglichen Wortlauts aus: Man habe das überlieferte *si paret* als interpoliert anzusehen, weil das „ein antiker Bearbeiter vermutete", „was Eingriffe auch im Folgenden wahrscheinlich" mache (ebd., 400).

[39] Ein Teil der Lehre – z. B. *La Rosa*, Repressione (1990) 84 f., 89 f.; *Stolmar*, Formula 11 f. oder *Hackl*, FS Waldstein 134, 138 – interpretiert Gai. inst. 4.37 jedoch in dem Sinn, dass die vom Hochklassiker besprochene Klage nur gegen den Komplizen gerichtet sei und daher von jener gegen den unmittelbaren Täter getrennt werden müsse; dagegen ebenfalls *Ferretti*, Complicità (2005) 80 f.

[40] Dazu → Rn. 7 (d).

[41] So auch *Rudorff*, De iuris dictione edictum (1869) 134. Die h. L. geht von der Fassung *si paret Aulo Agerio a Numerio Negidio opeve consilio Numerii Negidii furtum factum esse* … aus: S. *Lenel*, EP 328; *Mantovani*, Formule (1999) 62 f. mit Fn. 206 f. Allerdings spricht die Lesart von Gai. inst. 4.37 bei *Hackl*, FS Waldstein 133 f., 139 für das nachgestellte *Aulo Agerio furtum factum esse … Ferretti*, Complicità (2005) 80 f. spricht sich dafür aus, dass mit *ope* – im Sinn des republikanischen Sprachgebrauchs (→ Rn. 5) – die Handlung des Täters selbst sowie jene des Beihelfers bezeichnet werde; vgl. schon *Jolowicz*, Digest XLVII.2 (1940) lxv und *Burdese*, SDHI 73 (2007) 543. Das stünde im Einklang mit der bei Cic. nat. deor. 3.30.74 überlieferten Wendung und ebenso mit dem gaianischen *consiliove*. Auch die Argumentation von Labeo bei Paul. 59 ed. D. 50.16.53.2, die sich zum Teil vom republikanischen Verständnis löst und einen Teilaspekt der Komplizenschaft hervorhebt (→ Rn. 8), könnte für diese Deutung sprechen. Eine vermittelnde Meinung findet sich im Übrigen bei *Zimmermann*, Hom. Murga 762 f., der in der von der h. L. angenommenen Klageformel eine spätere Ausgestaltung der ursprünglich nur auf *ope consilio* lautenden *formula* sieht.

[42] So *Mantovani*, Formule (1999) 63 mit Fn. 209. Genauer zur Funktion dieser *taxatio*, die „dem Richter die Ermittlung der Verurteilungssumme ermöglichen" soll (*Grzimek*, Taxatio (2001) 188), → Rn. 7 (c).

[43] Wie *Platschek*, SZ 131 (2014) 396 f. zu Recht betont, erscheint die Ergänzung einer mit *si paret* eingeleiteten *intentio* durch den *quam ob rem*-Satz ungewöhnlich; vgl. schon oben und auch → Rn. 7 (d). Da die Formel der *actio furti* aber offenbar eine Ausnahme zum gaianischen Schema bildet, bietet es sich (ungeachtet konkreter Benennungen) – vgl. auch *Schmidlin*, St. Sanfilippo V 714 f., 717 – eher an, von der Funktion dieser Formelkonstruktion her zu argumentieren, deren *intentio* mit dem *damnum decidere oportere* auf die Zwölftafelnorm (→ Rn. 2) rückverweisen dürfte, nunmehr freilich in der Interpretation des entwickelten Juristenrechts; dazu → Rn. 7 (c).

[44] Zu *damnum decidere* → Rn. 7 (c); zum Konjunktiv *oporteret*, von dem auch *Rudorff*, De iuris dictione edictum (1869) 134 ausgeht, → Rn. 7 (d).

[45] Zur Berechnung des *duplum* → Rn. 7 (e).

2. Zum Diebstahlsverfahren

7 Zum besseren Verständnis der Klageformel bietet es sich also an, in gebotener Kürze auf das Verfahren bei der Diebstahlsverfolgung einzugehen:[46] (a) Hat der Bestohlene den Täter ausfindig gemacht,[47] ist es in einem ersten Schritt möglich, den drohenden Rechtsstreit mittels *pactum* beizulegen:[48] Erfolgt der Abschluss unentgeltlich, so gilt dies als Verzeihung der Tat, wodurch Infamie und jede spätere Klageerhebung ausgeschlossen sind.[49] (b) Hingegen kann eine entgeltliche Sühnevereinbarung bei Ausbleiben der Leistung zum Streit führen und zieht – im Fall einer Prozessanhängigkeit – die Infamie (→ § 28 Rn. 13 f.) des Täters nach sich.[50] (c) Darüber hinaus wird aber aus dem Gebot des *damnum decidito* (XII T 8.16) nun offenbar abgeleitet,[51] dass sich ein belangter Täter gar nicht auf das Verfahren einlassen sollte, weil er schon nach *ius civile* zum Sühnevergleich verpflichtet ist: Sobald der Verletzte also im Zuge des Vorverfahrens vor dem Prätor das Diebsgut genau beschrieben und den ungefähren Wert angegeben hat, werden die Parteien auf dieser Grundlage zum Abschluss eines prozessualen Vergleichs aufgefordert.[52] Wird die festgelegte Leistung erbracht, kommt es ebenfalls nicht zum Prozess, und dem Täter bleibt die Infamie erspart.[53]

---

[46] Einige Quellen deuten zudem an, dass beim *furtum manifestum* auf dieselbe Weise vorzugehen ist: Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.1 bzw. Ulp. 11 ed. D. 4.4.9.2 i. f. (arg. *actionem dupli vel quadrupli*).

[47] So trifft etwa den Erwerber einer *res furtiva* die Pflicht zur Bekanntgabe des Vormannes: Alex. C. 6.2.5 (a.223).

[48] Die Formulierung *de furto pacisci lex permittat* bei Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.14 i. f. spricht dafür, dass damit nicht auf die für die Zwölftafelnorm zu vermutende Sanktion *damnum decidito* (→ Rn. 2) Bezug genommen wird. *Hitzig*, RE VII (1912) 391 f., bezieht die Aussage (vgl. auch Paul. 3 ed. D. 2.14.17.1) daher auf das *furtum manifestum*; sie könnte später verallgemeinert worden sein. Das prätorische Infamieedikt (Iul. 1 ed. D. 3.2.1; Ulp. 6 ed. D. 3.2.4.5) unterscheidet dann präzise zwischen *pactum* und *damnum decidere*; dazu sofort im Anschluss. Einem Sklaven steht insoweit – mangels Parteifähigkeit im Prozess – das *pacisci*, nicht aber das *damnum decidere* offen; s. Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.26.

[49] Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.3 i. f.; so wohl auch Paul. 3 ed. D. 2.14.17.1 zum *de furto pacisci.*

[50] Das entscheidende Kriterium liegt offenbar darin, ob der Täter ein derartiges *pactum* schon im Vorfeld erfüllt hat; vgl. Gai. inst. 4.182; I. 4.16.2 i. f. (arg. *debitor*): Sollte sich der Bestohlene jedoch mangels (rechtzeitiger) Zahlung zur Klageerhebung veranlasst sehen, gilt das *pactum* vor dem Prätor bereits als Eingeständnis der Tat (d. h. als *confessio in iure*); s. Paul. 5 ed. D. 3.2.5. Knüpft man hingegen mit *Grzimek*, Taxatio (2001) 181 die Infamiefolge an jeden vorprozessualen Vergleich gegen Entgelt, wäre der Täter – angesichts der Möglichkeit des *damnum decidere* (dazu sofort) – schlecht beraten, einen solchen abzuschließen.

[51] S. etwa Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.1,2,5, wo das *damnum decidere* sogar zum Gegenstand des vertraglichen Ersatzanspruches wird; ferner neben Gai. inst. 4.37 etwa Marcell. 8 dig. D. 47.6.5 i. f.; Ulp. 42 Sab. D. 47.2.46.5; Ulp. 11 ed. D. 4.4.9.2 i. f.; Ulp. 42 Sab. D. 13.1.7 pr.; zu XII T 8.16 → Rn. 2.

[52] Wie *Grzimek*, Taxatio (2001) 168, 182–186 zum *rem demonstrari* (Ulp. 40 Sab. D. 47.2.19 pr.–4) betont, diente die Präzisierung des Klagegegenstandes zum einen dem Beklagten sowie dem Prätor als Basis des Sühnevergleichs, zum anderen aber auch dem Richter im streitigen Verfahren, um die Beweisaufnahme durchführen zu können; mit der Beifügung (der *taxatio*) *plurisve* (Ulp. 37 ed. D. 50.16.192) konnte der Kläger vorerst einen etwas geringeren Betrag ansetzen, sei es um der Gefahr einer *pluris petitio* zu entgehen, sei es um einen zusätzlichen Anreiz zum Abschluss des Sühnever-

(d) Leugnet der Geladene jedoch die Tat oder fehlen ihm die nötigen Mittel zum Vergleich, so kann der Bestohlene die Einsetzung des Diebstahlsverfahrens fordern:[54] Für den Fall (arg. *si paret*[55]), dass sich der Beklagte dann (nach Einschätzung des Richters) als Täter herausstellt und er daher nach *ius civile* die Sühneleistung erbringen müsste (arg. *damnum decidere oporteret*),[56] soll er auf das *duplum* verurteilt werden. Das erklärt zugleich die Feststellung bei Gaius, die *actio furti* sei – ungeachtet eines Leugnens oder Nichtleugnens – ausschließlich auf das Vielfache (als *poena*) gerichtet.[57] (e) Bei der Berechnung der Buße wird der Wert der Sache zum Zeitpunkt der Tat zugrunde gelegt, doch fassen die Juristen das *furtum* als „Dauerdelikt" auf,[58] woraus abgeleitet wird, dass der Richter auch spätere Wertsteigerungen zu Gunsten des Bestohlenen berücksichtigen kann:[59] So etwa im Fall eines entführten Sklavenkindes, das

---

gleichs zu schaffen, wodurch er von jeglicher Beweislast befreit ist; vgl. in diesem Sinn Ulp. 11 ed. D. 4.4.9.2; 37 ed. D. 47.2.52.26.

[53] Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.3,4; Diocl./Max. C. 6.2.13 (a.293). Das deckt wohl auch den Fall ab, dass der Parteienstreit über ein zuvor abgeschlossenes *pactum* auf diesem Weg beigelegt wird; anders *Grzimek*, Taxatio (2001) 181 mit Fn. 60.

[54] Ob der Verletzte von sich aus den Sühnevergleich verweigern kann, ist fraglich: Zwar spricht etwa Ulp. 42 Sab. D. 47.2.46.5 davon, dass das Tatopfer *pro fure damnum deciderit*, doch könnte der Prätor die Klage wohl unter Hinweis auf XII T 8.16 (→ Rn. 2) denegieren, wenn der Täter zur geforderten Leistung bereit und fähig ist. – Daneben besteht im Übrigen die Möglichkeit, dass der Bestohlene, der die Klage (mangels stichhaltiger Beweise) nicht erheben möchte, den Verdächtigen schwören lässt, die Tat nicht begangen zu haben: Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.4a; Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.27; Paul. 7 brev. D. 25.2.12.

[55] Nach der Lesart von *Platschek*, SZ 131 (2014) 396 f. ist das *si paret* durch eine mit *quod* eingeleitete *demonstratio* zu ersetzen, während die *intentio* erst mit *quam ob rem* beginnt: Obwohl dafür plausible Argumente sprechen, ergibt sich das Problem, dass Gaius dann eine solche *demonstratio* ohne jeden Hinweis auf Täter und Opfer abgefasst hätte, was im Widerspruch zur unmittelbar folgenden Anknüpfung *eum* (*si civis Romanus esset*) … steht; man wäre also auf umfassende Textergänzungen angewiesen; s. schon einleitend zur Formel der *actio furti nec manifesti* (→ Rn. 6). Von einer (jedoch mit *si paret* eingeleiteten) *demonstratio* sprechen auch *Lenel*, EP 329 oder *Grzimek*, Taxatio (2001) 174–176 unter Hinweis auf Ulp. 40 Sab. D. 47.2.19 pr.: Allerdings bildet der einmalige Hinweis auf *rem demonstrari* hierfür kein stichhaltiges Indiz; vgl. nur Paul. 28 ed. D. 12.1.6 zur *condictio* auf ein *certum*, deren *intentio* mit *si paret* ja außer Zweifel steht, wie etwa Gai. inst. 4.41 belegt.

[56] Bezeichnenderweise wird im vorangehenden Beleg Gai. inst. 4.36 auf die *actio Publiciana* Bezug genommen, bei deren Formel *oportere* ebenfalls grundsätzlich im Konjunktiv steht; anders freilich die Rekonstruktion der *actio furti* bei *Mantovani*, Formule 63 mit Fn. 210 und *Grzimek*, Taxatio (2001) 175 mit Fn. 10, die beide von *oportet* ausgehen und den Konjunktiv *oporteret* bei Gai. inst. 4.37 mit der *si civis esset*-Klausel begründen.

[57] Gai. inst. 4.171 i. V.m. 4.173; s. auch *Grzimek*, Taxatio (2001) 180.

[58] *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 102 mit Fn. 82, 153 f. Vgl. Paul. 9 Sab. D. 47.2.6 (arg. *saepe furtum contrectando fiat*); 7 Sab. D. 25.2.3 pr.; Ulp. 39 Sab D. 47.2.17.1 i. V.m. Cels. 12 dig. D. 13.1.15; Ulp. 11 ed. D. 4.4.11 pr.; 37 ed. D. 47.2.52.27.

[59] Ulp. 37 ed. D. 47.2.50 pr.; zur *condictio (ex causa furtiva)* → Rn. 15. Vgl. ferner *Zimmermann*, Hom. Murga 763 f. unter Hinweis auf das „logische Dilemma" bei Diebstahl eines Schuldscheins

als Erwachsener eingeklagt wird bzw. eine Erbschaft nicht mehr antreten kann.[60] Auch der Untergang einer *res furtiva* ist insoweit unbeachtlich.[61] (f) Der Verurteilung geht wohl ein *iusiurandum in litem* des Klägers voraus,[62] sie macht den Täter infam.[63]

3. Passivlegitimation zur *actio furti*

8 Die *actio furti manifesti* richtet sich ausschließlich gegen Delinquenten, die auf frischer Tat ergriffen werden;[64] das kann etwa auch derjenige sein, der Diebsgut übernimmt und zum Bestimmungsort transportiert.[65] Für das *furtum nec manifestum* lässt sich hingegen bezüglich der Passivlegitimation auf den Formelwortlaut verweisen: … *(a Numerio Negidio vel) ope consiliove Numerii Negidii Aulo Agerio furtum factum esse.*[66] Nicht nur der oder die unmittelbaren Täter sind zu belangen, etwa wenn sich ein schwerer Balken nur von mehreren wegtragen lässt,[67] sondern auch jeder Beihelfer oder Anstifter zur Tat.[68] Die unmittelbare Tat setzt nun nicht (wie bisher[69]) bloß doloses Agieren, sondern die erfolgende *contrectatio*, allenfalls auch durch außenstehende Dritte voraus;[70] für das

(z. B. Paul. 9 Sab. D. 47.2.32 pr.); dazu insbes. *Klingenberg*, SZ 96 (1979) 230–237. Beim sog. „Urkundendiebstahl" wird nämlich ausnahmsweise (auch) das „Interesse" berücksichtigt; s. nur *Medicus*, Quod interest (1962) 233–236.

[60] Zu Cels. 12 dig. D. 47.2.68.2, wo dem Bestohlenen die Diebstahlsklage nur einmal zusteht, vgl. *Grzimek*, Taxatio (2001) 170; fraglich ist im Übrigen, ob bei Pomp. 6 Sab. D. 47.2.9 pr. eine gegenteilige Ansicht vertreten wird, gegen die sich Celsus wendet; so *Klingenberg*, RIDA 46 (1999) 255 f. und Fn. 36 f. bzw. *Cerami*, AUPA 50 (2005) 13 f., 15 f. Zu Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.28 s. *Fargnoli*, Riv. dir. rom. 2 (2002) 333–335. Andersgelagerte Fallkonstellationen dagegen bei Iul. 22 dig. D. 47.2.57 pr. bzw. Ulp. 42 Sab. D. 47.2.46.9.

[61] Ulp. 42 Sab. D. 47.2.46 pr.; Diocl./Max. C. 6.2.9 (a.293): Allerdings kann das zu (kumulativer) Konkurrenz führen, z. B. Ulp. 43 Sab. D. 47.1.2.1 (zur *actio legis Aquiliae*). Zur *specificatio* Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.14.

[62] Iav. 15 Cass. D. 12.3.9; vgl. *Grzimek*, Taxatio (2001) 169–174; anders noch *Hackl*, FS Waldstein 138 Fn. 66.

[63] Iul. 1 ed. D. 3.2.1; Mac. 2 iud. publ. D. 47.2.64. Ferner Paul. sent. 2.31.15 sowie Paul. 2 sent. Coll. Mos. 7.5.1 unter Bezugnahme auf alle *genera furti*.

[64] Paul. 9 Sab. D. 47.2.34: Ein Beihelfer oder Anstifter kann nur mit der *actio furti nec manifesti* belangt werden. Zur Frage, wann ein *furtum manifestum* vollendet ist, vgl. Gai. inst. 3.184 sowie zur sich durchsetzenden sabinianischen Auffassung Gell. 11.18.11 und Julian bei Ulp. 41 Sab. D. 47.2.3.2.

[65] Pomp. 19 Sab. D. 47.2.35 pr.

[66] Dazu → Rn. 6.

[67] Iul. 86 dig. D. 9.2.51.2 i. f.; Ulp. (!) 40 Sab. D. 47.2.21.9.

[68] Allg. Gai. inst. 3.202; Paul. sent. 2.31.10 sowie die Definition von *consilium dare* und *opem ferre* bei Ulp. 37 ed. D. 47.2.50.3; vgl. auch *Rehaag*, Prinzipien (2009) 163–178. Ausgenommen sind davon allerdings (deliktsfähige) Unmündige; vgl. Labeo, Julian bei Ulp. 41 Sab. D. 47.2.23; Gai. inst. 3.208 (arg. *amovendo*).

[69] Dazu → Rn. 4.

[70] Sabinus bei Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.21 (arg. *ad aliquem pervenerunt*); Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.8; Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.19; vgl. schon *Huvelin*, Études I (1915) 392–406; *Jolowicz*, Digest XLVII.2 (1940) lxvi f.

Konzept der Komplizenschaft selbst, das sich schrittweise ab der Frühklassik ausbildet,[71] beurteilt man es aber offenbar kontrovers, ob nun Mitwisserschaft bei allen Beteiligten erforderlich ist.[72] Die Klagen gegen Beihelfer und Anstifter bzw. Dieb[73] stehen jedenfalls, so wie jene gegen mehrere die Tat ausführende Diebe, kumulativ zu (sog. Personenkonkurrenz),[74] der Bestohlene kann die Bußsumme also mehrfach fordern. Darüber hinaus gilt ab Julian der Räuber (wieder) als qualifizierter *fur*.[75] Nicht gewährt wird die Diebstahlsklage hingegen bei persönlichen Abhängigkeitsverhältnissen (*furta domestica*), wozu auch Entwendungen von Seiten der Hausangestellten, Freigelassenen und Klienten zählen.[76]

4. Aktivlegitimation

Die Aktivlegitimation zur *actio furti* wird spätestens seit der ausgehenden Republik danach beurteilt, wem das Interesse am Erhalt bzw. Nichtverlust der *res furtiva* zukommt;[77] ausgehend vom Fall des bestohlenen Diebes kommt es dann zur Präzisierung, es müsse sich zudem um ein „ehrenhaftes Interesse" handeln;[78] insofern ist die Klage nicht nur dem *fur* bzw. unredlichen Besitzer versagt,[79] sondern jedem, der das *furtum* **9**

[71] Vgl. Labeo bei Paul. 59 ed. D. 50.16.53.2, wo zur *formula*, die wohl (nur) auf *ope consilio(ve)* lautet, Stellung genommen und *consilium* nun im Sinn von Anstiftung interpretiert wird: Hingegen bleibt es noch bei der Gleichsetzung von *ops* und *factum*; im selben Sinn Labeo bei Ulp. 41 Sab. D. 47.2.23 i. f. Damit löst sich zugleich der (scheinbare) Widerspruch mit Ulp. 38 ed. D. 13.1.6 (→ Rn. 15 i. f.). Zum Beitrag von Labeo bzw. von Sabinus z. B. *Morgera*, Studi (2007) 111–144 und insbes. *Ferretti*, Complicità (2005) 31–111.

[72] S. etwa Celsus bei Ulp. 37 ed. D. 47.2.50.1 (arg. *si non, ut socii furarentur*); Pomp. 19 Sab. D. 47.2.37 (arg. *aliquis*); Pomponius bei Ulp. 41 Sab. D. 47.2.36 pr.,2 bzw. Iav. 9 post. Lab. D. 47.2.91.1; Gai. inst. 3.202; 13 ed. prov. D. 47.2.51 i. V.m. Ulp. 37 ed. D. 47.2.50.4 (arg. *furti faciendi causa*); 41 Sab. D. 47.2.39; 37 ed. D. 47.2.52 pr.–2,13,21; Paul. 39 ed. D. 47.2.54 pr.; 7 Plaut. D. 47.2.67.4; dazu schon *Thomas*, Iura 13 (1962) 71–81 und weiter differenzierend *Ferretti*, Complicità (2005) 121–176, 177–242.

[73] z. B. Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.21.

[74] z. B. Tryph. 14 disp. D. 26.7.55.1; Diocl./Max. C. 4.8.1 (a.294) oder zu den Balkenträgern bereits oben. Weitere Belege bei *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 125 f. Zur Ausnahme bei Tatbegehung durch eigene Sklaven vgl. nur Iul. 22 dig. D. 47.2.57.5; Ner. 1 resp. D. 47.2.84.1 und insbes. Ulp. 38 ed. D. 47.6.1 pr.–1 (→ § 105 Rn. 21).

[75] Vgl. Julian bei Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.12; 56 ed. D. 47.8.2.10; genauer → Rn. 14.

[76] Paul. poen. pag. sing. D. 47.2.90. Bei schwerwiegenden Verstößen, die sich intern nicht adäquat ahnden lassen, steht somit nur das außerordentliche Verfahren offen: Marcian. 2 iud. publ. D. 48.19.11.1; dazu → Rn. 19 sowie *Santalucia*, Hom. Murga 791 mit Fn. 28.

[77] Q. Mucius bei Pomp. 38 Q. Muc. D. 47.2.77.1 (arg. *ideo quod domini interfuit, non prioris furis*); Ulp. 29 Sab. D. 47.2.10 und Gai. inst. 3.203 (arg. *cuius interest, rem salvam esse, … rem non perire*); vgl. *Kaser*, FG Lübtow (1980) 291–293 und *Zimmermann*, Hom. Murga 765 mit Fn. 92: „alte (Juristen-) Regel".

[78] Pomp. 38 Q. Muc. D. 47.2.77.1; Paul. 9 Sab. D. 47.2.11.

[79] Zum Dieb (bzw. zum unterschlagenden Verwahrer): Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.4; 42 Sab.

durch sein doloses Verhalten verursacht.[80] Neben dem – in den Zwölftafeln offenbar nicht explizit genannten – Eigentümer und seinen Rechtsnachfolgern[81] kommen also weitere Personen als Klageberechtigte in Betracht:[82] (a) Dazu zählen dinglich Berechtigte, wie Pfandgläubiger, Usufruktuar und Usuar, darüber hinaus aber – aufgrund ihres Rechts zum Fruchterwerb – Pächter und auch redliche Erwerber vom Nichteigentümer (sog. *furtum possessionis*): Diese können – ähnlich Miteigentümern[83] – nebeneinander gegen Dritte, und untereinander klagen.[84] (b) Ein „sachbezogenes" Interesse hat zudem derjenige, der aufgrund seiner *custodia*-Haftung für die *res furtiva* einstehen muss: Bei dessen (Teil-)/Insovenz kommt die Aktivlegitimation aber stattdessen dem *dominus* zu.[85] Nicht zur Klage berechtigt ist demzufolge, wer bloß Gläu-

---

D. 47.2.48.4; dazu *Klingenberg*, RIDA 46 (1999) 244–283; *Parenti*, QL 4 (2014) 161–184 bzw. *Pennitz*, DG Nishimura, 217–228; zum *malae fidei possessor*: Ulp. 29 Sab. D. 47.2.12.1. Ähnlich wird auch die *usucapio pro herede* eingestuft: Iav. 15 ex Cass. D. 47.2.72.1 (arg. *interesse autem eius videtur qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus esset*).

[80] So Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.3 (zum Verwahrer); 14.8 (zum Entleiher) oder 14.9 (zum Beauftragten).

[81] S. die Umschreibung bei Gell. 11.18.8 (arg. *ei cui furtum factum esset*) bzw. zur Frage einer „spiegelnden Strafe" → Rn. 2. Zur *mutatio dominii* Octavenus bei Paul. 7 Plaut. D. 47.2.67.1; Iul. 22 dig. D. 47.2.57 pr.; Pomp. 20 Q. Muc. D. 44.7.56; Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.29 bzw. Paul. 9 Sab. D. 47.2.47; demgegenüber zur *condictio (ex causa furtiva)* → Rn. 15 i. f.

[82] Nach *Kaser*, RP I 616 mit Fn. 27 steht die Klage freilich „in erster Linie" dem *dominus* zu; vgl. aber zu Pap. 12 quaest. D. 47.2.81.1 (arg. *cum autem iure domini defert furti actio*) *Pennitz*, SZ 134 (2017) 172 f. mit Fn. 92. *Harke*, in: Der Strafgedanke (2007) 18–20 verweist auf den „vermögensschützenden Charakter", *Schieder*, Interesse (2011) 147 f. auf vorklasssisches *ius controversum*, *Giglio*, SZ 134 (2017) 109–112; 130 f.; 144 f. auf *the protection of the circulation of goods* und insofern auf *the importance of the control of the thing*, d. h. *the power physically to dispose of a thing directly or through others*. S. ferner *Apathy*, FS Hausmaninger 18 f.; *Fenocchio*, Tracce (2008) 267 f. bzw. zuletzt *Serrano Vicente*, SemCompl. 28 (2015) 1041–1045, 1067 f.

[83] Ulp. 30 Sab. D. 17.2.45; 41 Sab. D. 47.2.45; 42 Sab. D. 47.2.46.5.

[84] Zum Fruchtgenussberechtigten: Paul. 5 Sab. D. 47.2.15.1; Ulp. 42 Sab. D. 47.2.46.1–6. Beim Pfandgläubiger sprechen sich die überwiegende Zahl der Juristen in diesem Sinn aus (Gai. inst. 3.204; Julian, Pomponius, Papinian bei Ulp. 29 Sab. D. 47.2.12.2; 14.5–7; Paul. sent. 2.31.19), doch scheinen Paul. 5 Sab. D. 47.2.15 pr.; 1 decret. D. 47.2.88 für *ius controversum* zu sprechen; letztere Belege könnten sich – gemäß *Kaser*, SZ 99 (1982) 249–263 und *Ankum*, BIDR 90 (1987) 169–172 – aber auf *fiducia* bzw. Spezialfälle beziehen, oder man stellt dabei – so z. B. Diocl./Max. C. 8.13.19 (a.293); zweifelhaft Ulp. 38 ed. D. 13.7.13 pr.–1 (arg. *hac actione*) – auf die *custodia*-Pflicht des Besitzpfandgläubigers ab; diesbezüglich skeptisch *Torres Parra*, AG 234 (2014) 219–223, 235 f.; zum Verhältnis von *fiducia* und *furtum* vgl. auch *Belda Mercado*, Cong. IIDR, 120–127. Zum redlich besitzenden Erwerber vom Nichteigentümer: Iav. 4 epist. D. 47.2.75; Pap. 12 quaest. D. 47.2.81.1 i. f.; Ulp. 29 Sab. D. 47.2.12.1; 37 ed. 52.10. Zum Pächter: Paul. 9 Sab. D. 47.2.26.1; 2 sent. D. 47.2.83.1; Paul. sent. 2.31.30 bzw. Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.2; 37 ed. D. 47.2.52.8; dazu *Parenti*, SemCompl. 28 (2015) bes. 808, der ein *ius controversum* zwischen Paulus und Ulpian i. H.a. *fructus stantes (pendentes)* verneint.

[85] Zu Werkunternehmern: Gai. inst. 3.205; Pap. 8 quaest. D. 47.2.79; Ulp. 29 Sab. D. 47.2.12 pr.; 14.17; zum Entleiher und Sachmieter: Iul. 4 Urs. Fer. D. 47.2.59; Gai. inst. 2.206; Gai. 10 ed. prov. D. 19.2.6; Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.12,15,16; Mod. 2 diff. Coll. Mos. 10.2.6: Daraus ergibt sich zum

biger des gestohlenen Objekts ist oder für Bewachungspflichtige bürgt.[86] (c) Außerdem lässt sich die *actio furti* auf ein missachtetes Zurückbehaltungsrecht stützen, und zwar – ähnlich einem Faustpfand – sogar dem Sacheigentümer gegenüber (sog. *furtum rei suae*):[87] Derart können etwa ein Verwahrer oder der Entleiher, der insoweit auch nicht für *custodia* haftet, gegen ihre Vertragspartner klagen.[88]

5. Charakteristika der *actio furti*

Die *actio furti* steht – jedenfalls im entwickelten Recht – (a) als „rein" pönale Klage[89] **10**
neben sachverfolgenden Klagen zur Verfügung[90] und wird insofern (b) gegen Mittäter (s. o.[91]) kumulativ gewährt. Sollte sie noch nicht erhoben sein,[92] wird sie (c) nach dem Tod des *fur* nicht mehr erteilt (sog. passive Unvererblichkeit), doch ist sie (d) nach dem Tod des Tatopfers „aktiv" vererblich.[93] Als zivile Klage[94] steht (e) die *actio furti nec*

einen, dass etwa dem Entleiher i. d.R. die *actio furti* gegen den Verleiher nicht zusteht: Iul. 3 Min. D. 47.2.60; Afr. 8 quaest. D. 13.6.21 pr.; Paul. 5 Sab. D. 47.2.15.2 init.; und zum anderen folgt *e contrario*, dass Verwahrer und Prekarist i. d.R. nicht aktivlegitimiert sind: Gai. inst. 2.207; Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.11; 56 ed. D. 47.8.2.22,23 i. f. Zu *receptum nautarum* etc., *restituere*-Regel und Geschäftsführung z. B. *Kaser*, FG Lübtow (1980) 293–295, 296–304, 314–320. Zum Verzicht auf die *custodia*-Hafung Iav. 9 post. Lab. D. 47.2.91 pr. bzw. Iust. C. 6.2.22 pr.–2 (a.530); vgl. *Ankum*, RIDA 47 (2000) 470–472.

[86] Zum Stipulationsgläubiger und zum Bürgen: Paul. 5 Sab. D. 47.2.13; 7 Plaut. D. 47.2.67.5; 2 man. D. 47.2.86 i. f.; zum Erbschaftsbesitzer: Iav. 15 Cass. D. 47.2.72.1. Zum Fall der Einstandspflicht des Gewalthabers für die *custodia*-pflichtige *persona alieni iuris*: Julian, Celsus bei Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.10; Iul. 4 Urs. Fer. D. 47.2.59; Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.9; vgl. *Valiño*, Scr. Bonfiglio 391–398. Allg. zum *creditor*: Gai. 10 ed. D. 47.2.49 pr. Als bloßer Gläubiger ist auch der Käufer vor der Übergabe anzusehen, sofern der Verkäufer nicht für *custodia* einzustehen hat, doch wird angesichts des *periculum emptoris* die Klagenzession befürwortet; vgl. Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.4; Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14 pr.; Pap. 12 quaest. D. 47.2.81 pr.; anders dann Paul. sent. 2.31.17.

[87] Man unterstellt auch diese Fälle häufig dem sog. *furtum possessionis*; vgl. nur *Kaser*, RP I, 615 Fn. 17. Zu Personen mit „sachbezogenem" Interesse schon → Rn. 9 (a); zum unentgeltlichen Erwerb vom Nichteigentümer: Paul. 39 ed. D. 47.2.54.4; zum Verkäufer vor der Übergabe bei ausstehender Preiszahlung: Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.1; Paul. 63 ed. D. 41.2.5.

[88] Zum Entleiher (D. 47.2.60; D. 47.2.15.2 i. f.) → Rn. 9 (b) sowie *Apathy*, FS Hausmaninger 19–24.

[89] Anders wohl noch im vorklassischen Recht (→ Rn. 2). Vgl. auch *Kaser*, RP II 433 Fn. 5; *Pennitz*, Scr. Corbino 5, 426–428. Für frühklassische Kontroverse *Behrends*, Index 41 (2013) 384, 388. Zur Infamiefolge → Rn. 7 (f).

[90] Zur sog. elektiven Klagenkonkurrenz → Rn. 16.

[91] Dazu → Rn. 8; Ausnahmen bestehen bei Tätern einer *familia servorum* vgl. Ulp. 38 ed. D. 47.6.1 pr.,1.

[92] Zu den diesbezüglichen Wirkungen der *litis contestatio* allg. Gai. ed. praet. urb. D. 50.17.139 pr.; Ulp. 66 ed. D. 42.1.6.3; Paul. 51 ed. D. 50.17.164; I. 4.12.1 i. f.

[93] Gai. inst. 4.112; Ulp. 41 Sab. D. 47.1.1 pr.,1; I. 4.12.1; Diocl./Max. C. 6.2.15 (a.293); Paul. sent. 2.31.5; vgl. aber noch Cic. fam. 7.22 (→ Rn. 2). Bei der Aktivlegitimation wird zudem auf das „Interesse" (etwa bei Eigentumsübertragung mittels Legat) abgestellt: Paul. 7 Plaut. D. 47.2.67.1.

[94] Um für oder gegen Nichtbürger gewährt zu werden, bedarf es daher einer *formula ficticia*; auch → Rn. 6.

manifesti unbefristet zu, was aber auch für die ihr nachgebildete, prätorische *actio furti manifesti* gilt.[95] Wird das Delikt, dessen Begehung (f) *dolus* voraussetzt,[96] von einer *persona alieni iuris* verwirklicht, so kann (g) der Bestohlene den Gewalthaber mittels *actio furti noxalis* belangen.[97] Begeht der Täter bezogen auf die *res furtiva* noch weitere Delikte, so werden (h) alle *poenae* gehäuft.[98]

IV. Präzisierung des *furtum*-Konzepts

1. Berücksichtigung neu etablierter Delikte

11 Ab der ausgehenden Republik kommt es zu einer Präzisierung des *furtum*-Begriffs, der angesichts der Einführung der *actio de dolo* (→ § 94 Rn. 8–12) und der Erweiterung der *lex Aquilia* durch analoge Klagen (→ § 92 Rn. 6; 12 f.) den Anwendungsbereich des Delikts eingrenzen soll:[99] Nach verbreiteter Auffassung werden von der Jurisprudenz zu diesem Zweck – eventuell beeinflusst von Schulengegensätzen[100] – generelle Kriterien etabliert und verfeinert:[101] Die *contrectatio* (i.S.v. rechtswidrigem Antasten, Er-

[95] Gai. inst. 4.110,111 bzw. I. 4.12 pr. (mit Hinweis auf die nachklassische Klagenverjährung).

[96] So explizit Gai. inst. 3.197 i. f. und Paul. sent. 2.31.1; s. ferner die *veteres* bei Paul. 59 ed. D. 50.16.53.2 i. f. (arg. *consilium malignum*) bzw. Sabinus bei Paul. 39 ed. D. 47.2.1 pr. (arg. *a fraude*).

[97] Gai. inst. 4.75,76; I. 4.8 pr.,4,7 (beschränkt auf Sklaven); anders, wenn der Diebstahl gegen den Gewalthaber selbst verübt wird: Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17 pr. (→ § 105 Rn. 18).

[98] Ulp. 18 ed. D. 9.2.27 pr.; 43 Sab. D. 47.1.2 pr., 1, 4–6; Alex. C. 6.2.4 (a.222).

[99] Ergänzend lassen sich etwa die *actio servi corrupti* oder die gegen *vis* gerichteten prätorischen Rechtsbehelfe nennen; dazu Iust. C. 6.2.20 pr. (a.530) bzw. Ulp. 40 Sab. D. 47.2.21.7. Vgl. grundsätzlich *Albanese*, Jus 9 (1958) 315 f. mit Fn. 1, 318–320; ferner *Brasiello*, NNDI 7 (1961) 692 mit Fn. 2; *Watson*, LO 220 f., 225 f.; *Kaser*, RP I 614 f.; *Stein*, St. Biscardi II 283 f.; *Zimmermann*, Hom. Murga 759 f.; *Garcia Garrido*, ACagl. 266–268. Zur daraus resultierenden Frage einer Klagenkonkurrenz von *actio furti* und *actio servi corrupti* vgl. *Pennitz*, in: Bachhiesl, Gier, Korruption und Machtmissbrauch (2019) 289–300 (zu Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.23–24).

[100] *Stein*, St. Biscardi II 285–287; zustimmend *Zimmermann*, Hom. Murga 760 f.; s. auch *Behrends*, IuP I 197–208, der aber eine vorklassisch-sabinianische, auf den weiten Begriff des Antastens (als bloße Störung des Gebrauchs) gestützte Diebstahlsdefinition vom engen, gesetzlichen Tatbestand des *rem clam amovere* abgrenzt, an dem sich die klassisch-prokulianische Auffassung orientiere. „Heimliche" Begehung sieht *Kaser*, RP I 615 mit Fn. 7 sogar als generelles Tatbestandsmerkmal: Dagegen dürfte m. E. aber – trotz Paul. 39 ed. D. 47.2.1 pr.; Gell. 11.18.13,19 – z. B. Ulp. 41 Sab. D. 47.2.7.1 sprechen (vom Tatopfer beobachteter Diebstahl); vgl. auch Lab. 2 pith. a Paul. epit. D. 47.2.92 oder Alex. C. 6.2.8 (a.231). S. ferner zu Cels. 12 dig. D. 47.2.68 pr. *Pennitz*, Index 46 (2018) 222–224, und ebenso die erneute Einbindung des Raubes seit Julian: Julian bei Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.10 i. f.; Gai. inst. 3.209 bzw. Paul. 22 ed. D. 47.8.1.

[101] Für *Schulz*, CRL 575–579 handelt es sich aber weiterhin um *an artificial and unhappy creation*. Dazu grundlegend *Albanese*, Jus 9 (1958) 319–325; ferner *Thomas*, Iura 13 (1962) 87 f.; *Végh*, PW Suppl. XII (1970) 168, 172–174; *Garcia Garrido* bei *Floria Hidalgo*, Casuística (1991) 8–10; *Ibbetson*, Danger (1994) 55–57 mit Fn. 10 f., 58–60; *Göhlert*, Erwerb (2007) 122 f.; s. auch *Fenocchio*, Tracce (2008) 127–133 Fn. 250 f.

greifen) trete als objektives Tatbestandselement zuerst neben den Akt des Wegnehmens und wandle sich dann zum zentralen Terminus;[102] hierdurch hervorgerufene Unschärfen[103] erfordern zudem die Betonung subjektiver Kriterien: Anfangs wäre dabei bewusstes Handeln *invito domino* vorausgesetzt, später ein Diebstahlsvorsatz,[104] der auf eigenen bzw. fremden Vorteil abzielt (*animus lucri faciendi*). Diese Kriterien spiegeln sich zugleich in einem spätklassischen Beleg, der oft als „Definition" des *furtum* interpretiert wird.[105] Allerdings findet sich im einschlägigen Titel D. 47.2 eine Reihe von Entscheidungen, die sich solchen generellen Kriterien entziehen und auch vorklassisches Gedankengut unverändert zu tradieren scheinen: Darauf stützen sich – neben genereller Kritik an der Arbeitsweise der Kompilatoren[106] – abweichende Ansichten, wonach die zuerst auf bestimmte Fallsituationen bezogenen Kriterien nun zwar – eventuell beeinflusst durch Schulenkontroversen[107] – auch im übertragenen Sinn Verwendung fänden, aber zu keiner allgemeingültigen Diebstahlsdefinition mit kategorischem Ausschluss älteren Entscheidungsguts führen könnten,[108] oder aber, dass der Begriff

[102] Sabinus verwendet noch (oder ev. als erster) den Terminus *adtrectatio* (auch → Rn. 13 i. f.). Jedenfalls vollendet die *contrectatio* das Delikt; „tätige Reue" kommt allg. nicht in Frage: Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 47.2.66; zu einer Ausnahme im Militärrecht s. Gell. 16.4.2 sowie zum Beleg *Córcoles Oláiz*, Cong. IIDR 167–173. Der bloße Diebstahlsversuch bleibt dagegen straflos: Ulp. 40 Sab. D. 47.2.21.7; 37 ed. D. 47.2.52.19 init. Letzteres begründe gm. *Mommsen*, Strafrecht 734 f. mit Fn. 3 auch die Einführung des Kriteriums *contrectatio* (arg. D. 47.2.21 pr.); vgl. *Buckland*, LQR 57 (1941) 468 oder *Harke*, in: Der Strafgedanke (2007) 10 Fn. 2; skeptisch mit guten Gründen *Sirks*, St. Labruna VII 5195 f.; 5208 f.

[103] Deshalb müsse betont werden, dass Erbschaftssachen weiterhin nicht gestohlen werden können: So Julian bei Marcell. 8 dig. D. 47.2.69,71; Gai. inst. 3.201; Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.14; Paul. 1 Ner. D. 47.19.6; Paul. sent. 2.31.11; vgl. dazu *Castro*, REHJ 22 (2000) 327 f.; und Vergleichbares gelte auch für Grundstücke (→ Rn. 4 i. f.): Gai. inst. 2.51 i. f.; 2 cott. D. 41.3.38 i. f.; Ulp. 41 Sab. D. 47.2.25 pr. Zudem bedarf es nun insoweit einer Differenzierung bei *furtum manifestum* und *nec manifestum*: Paul. 9 Sab. D. 47.2.6; bzw. der Bestimmung des Diebsgutes bei teilweiser Entwendung: Paul. 9 Sab. D. 47.2.22.1. Erfolgt die *contrectatio* (nur) von dritter Seite, wird die Beteiligung nun offenbar fingiert: Gai. inst. 3.202; I. 4.1.11; Pomponius bei Ulp. 41 Sab. D. 47.2.36 pr. i. f. (*quasi ope consilio furtum factum*); 37 ed. D. 47.2.52.21,22.

[104] z. B. Pomp. 38 Q. Muc. D. 47.2.77 pr.; Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.20; zu letzterem Beleg *Pennitz*, FS Pichler, 363–373. Zum irrtümlichen Fehlen einzelner Aspekte s. Gai. inst. 3.197,198; Ulp. 42 Sab. D. 47.2.46.7,8; Lab. 2 pith. a Paul. epit. D. 47.2.92 init.; I. 4.1.7. S. zum *animus furandi* etwa *Fargnoli*, Ricerche (2006) z. B. 57 f. mit Fn. 14 (mit Lit.).

[105] Paul. 39 ed. D. 47.2.1.3 (arg. *furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admittere*); I. 4.1.1; s. *Watson*, TR 28 (1960) 197–202 und *Pennitz*, SZ 134 (2017) 160–176; ferner *Desanti*, Delitti (2010) 22 f. und *Giglio*, SZ 134 (2017) 109 f.; 145 f. Zur Bedeutung für die gemeinrechtliche Entwicklung *Battaglia*, Furtum (2012) 74–77, 95 f., 214 f. Zu diesen Kriterien bei Sabinus gm. Gell. 11.18.19–24, bes. 20: *Battaglia*, TR 84 (2016) 113 f., 118–121.

[106] *Buckland*, TR 10 (1930) 118 f.

[107] Vgl. z. B. *Falchi*, Controversie (1981) 61–64; skeptisch *Astolfi*, SDHI 59 (1993) 321–324.

[108] *MacCormack*, Ess. Beinart II 129 f., 132, 140, 144 f.; *Zimmermann*, Hom. Murga 757 f.; *Ibbetson*, Danger (1994) 57, 61 f.; ähnlich *Pugsley*, IR 15 (1980) 344 f., 355 (bezogen auf Gai. inst. 3.195–198,209).

contrectatio mit seinem weiten, flexiblen Bedeutungsgehalt bereits das altrömische Diebstahlsrecht präge.[109]

2. Der „weite" Resttatbestand *furtum*

12 Ungeachtet dieser einschränkenden Tendenzen werden von *furtum* weiterhin eine Vielzahl von Fallkonstellationen umfasst: Hierzu gehören das bewusst rechtswidrige Ansichbringen fremder, beweglicher Objekte, sei es durch Wegnahme,[110] die auch beobachtet bzw. gewaltsam erfolgen kann,[111] oder durch „Fundunterschlagung";[112] selbst die Entwendung eigener Sachen fällt darunter (sog. *furtum rei suae*), wenn ein „sachbezogenes" Interesse verletzt wird;[113] umfasst ist weiterhin die „Entführung" freier (ebenso wie unfreier) Gewaltunterworfener;[114] der Eingriff in anvertrautes Gut, sei es dass es entzogen[115] oder bloß missbräuchlich verwendet wird (sog. *furtum usus*);[116] das betrügerische Verleiten zur Leistung und die wissentliche Annahme einer nicht geschuldeten Leistung;[117] ferner Übernahme[118] bzw. Verbergen von gestohlenem Gut

[109] *Hitzig*, RE VII (1912) 385 f.; *Jolowicz*, Digest XLVII.2 xxiii f.; *Birks*, IJ 8 (1973) 350 f. mit Fn. 11; *Sirks*, St. Labruna VII 5205–5210.

[110] Gell. 11.18.19; Iul. 22 dig. D. 47.2.57.3; Gai. inst. 3.195; Gai. 13 ed. prov. D. 47.2.55.1 i. f.; Ulp. 41 Sab. D. 47.2.33; Ant. C. 6.2.3 (a.215); Alex. C. 6.2.8 (a.221); Diocl./Max. C. 6.2.11 (a.293).

[111] Hieraus ergibt sich auch eine Überschneidung mit dem *crimen repetundarum*; vgl. *Frazel*, AJPh 126 (2005) 364 f. und Fn. 6. Zur „heimlichen Begehung" als allgemeinem Kriterium schon → Rn. 11 init.

[112] Dazu eingehend Ulp. 41 Sab. D. 47.2.43.4–11; vgl. schon Gell. 11.18.21.

[113] Dazu → Rn. 9 (c). Zum Terminus Scaevola bei Ulp. 38 ed. D. 47.4.1.15 bzw. Paul. 39 ed. D. 47.2.1.3; vgl. auch Gai. inst. 3.200; Pap. 9 quaest. D. 47.2.80; Paul. 9 Sab. D. 47.2.20 pr.,1; 54 ed. D. 41.3.4.21; ferner zur Frage der Ersitzbarkeit derartiger *res furtivae*: *Frunzio*, Res furtivae, 126–140.

[114] Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.13; 41 Sab. D. 47.2.39; 37 ed. D. 47.2.52.12,28; Paul. 9 Sab. D. 47.2.38; 2 sent. D. 47.2.83.2; dazu auch → Rn. 3 i. f. sowie *Gamauf*, Recht ohne Grenzen (1998) 24–27.

[115] In den Quellen wird diesbezüglich auch auf die Nichtrückgabe (*non reddere*) anvertrauten Guts von Seiten eines durch Interdikte geschützten Besitzers verwiesen; vgl. etwa Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.7 und dazu *Thomas*, St. Volterra II, 759 f.; *Scheibelreiter*, ALecce, 195 f. bzw. *Pennitz*, Index 46 (2018) 208–215; ferner zum *pignus*: Iav. 15 Cass. D. 47.2.74; Ulp. 3 disp. D. 47.2.56; *depositum*: Julian bei Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.4; Cels. 12 dig. D. 47.2.68 pr.; Paul. 39 ed. D. 47.2.1.1,2; 54 ed. D. 41.2.3.18; 2 sent. D. 16.3.29 pr.; *commodatum*: Iav. 15 Cass. D. 47.2.72 pr.; *mandatum*: Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.16; Alex. C. 6.2.7 (a.228); *locatio conductio rei*: Gell. 11.18.13; Paul. concurr. act. sing. D. 44.7.34.2; vgl. Cels. 12 dig. D. 47.2.68.5; *locatio conductio operis*: Diocl./Max. C. 6.2.16 (a.294).

[116] Von der Formulierung bei Paul. 39 ed. D. 47.2.1.3 wird in diesem Zusammenhang – s. *Kaser*, RP I, 615 Fn. 16 – auch der Gebrauch fremder, nicht anvertrauter Objekte erfasst: Paul. 9 Sab. D. 47.2.40. Zu anvertrautem Gut z. B. Gai. inst. 3.195,196; Gai. 13 ed. prov. D. 47.2.55 pr.,1; Paul. 2 sent. D. 47.2.83 pr.; zum Ausgangsfall des in die Schlacht geführten Pferdes → Rn. 4. Zum Thema des sog. *furtum usus* etwa *De Buján*, St. Talamanca II 396–398, 411, der allerdings auch das *furtum rei suae* zu dessen Anwendungsfällen zählt; s. ferner *Parenti*, TSDP 7 (2014) bei Fn. 2 (mit Lit.) sowie *Pennitz*, SZ 134 (2017) 153–159; 176–184; FS Pichler, 367–373; 374–376; DG Nishimura, 206–210.

[117] Umfassend *Fargnoli*, Ricerche (2006) 215–265; St. Labruna III 1718 f., 1722 f. Zur Abgrenzung von *dolus* insbes. Ulp. 41 Sab. D. 47.2.43 pr.–3. Nicht dazu zählen allerdings der Erlös für das

oder des Täters selbst;[119] des Weiteren der wissentliche Verkauf fremder Sachen sowie eines besitzlosen Pfandes durch den Schuldner;[120] schließlich sogar der „Eingriff" in den Inhalt von Urkunden, sei es durch deren Veränderung oder Zerstörung.[121]

V. *Rapina*

1. Ausgestaltung eines eigenständigen Tatbestandes

Zur weiteren „Einschränkung" des Diebstahlsbegriffs dürfte es gekommen sein, als sich die gewaltsame[122] Sachentziehung (*rapina*) als eigenständiges Privatdelikt ausbildet. Den Ausgangspunkt bilden hier besondere Rechtsbehelfe zur Bekämpfung des Bandenterrors,[123] die der Prätor noch während der Republik bei Schadenszufügung und Raub verheißt[124] und die sich als Alternative zum öffentlich-rechtlichen Vorgehen **13**

Diebsgut: Ulp. 42 Sab. D. 47.2.48.7; bzw. die Vortäuschung seiner Kreditwürdigkeit durch den *debitor*: Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.15. Zur Verwendung falscher Gewichte: Mela bei Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.22; *dolus*-Tatbestände hingegen bei Paul. 11 ed. D. 4.3.18.3.

[118] Pomp. 19 Sab. D. 47.2.35 pr.; Sev./Ant. C. 6.2.2 i. f. (a.204); Diocl./Max. C. 6.2.12.2; C. 6.2.14 (a.293).

[119] Ulp. 41 Sab. D. 47.2.36.3; 39 (arg. *celavit*); Ulp. 42 Sab. D. 47.2.48.1,3.

[120] Gai inst. 2.50; Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.17; Alex. C. 6.2.6 (a.223); C. 6.2.8 (a.231); I. 2.6.3; vgl. dazu auch *Sancho*, Rev. gen. DR 6 (2006) bei Fn. 57–60 sowie – zu den schuldrechtlichen Auswirkungen – *Rodeghiero*, SDHI 69 (2003) bes. 323 mit Fn. 9, 328–330; bzw. Julian bei Ulp. 40 Sab. D. 47.2.19.6 und bei Paul. 7 Plaut. D. 47.2.67 pr.; dazu *Albanese*, RIDA 26 (1979) 148 f.; RIDA 27 (1980) 120 f.

[121] Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.23,24; ferner Ulp. 41 Sab. D. 47.2.27 pr.–2, bes. 3 bis Paul. 9 Sab. D. 47.2.32 pr., bes. 1; 2 sent. D. 47.2.83.3; zur Abgrenzung von der *lex Aquilia* insbes. Pomponius bei Ulp. 41 Sab. D. 9.2.41.1. Zum Problem der *poena*-Berechnung → Rn. 7 (e) sowie *Klingenberg*, SZ 96 (1979) 248 f.; ferner *Menner*, Ess. Spruit 315 Fn. 1 (mit Lit.), 325 bzw. *Pennitz*, SZ 134 (2017) 185–187; FS Eccher, 867–870; Korruption, 289–300.

[122] Ulp. 56 ed. D. 47.9.3.5: *rapi autem sine vi non potest.*

[123] In vergleichbarer Weise werden auch Sachentziehung und -beschädigung unter Ausnützung von Notlagen geahndet: Vgl. Ulp. 56 ed. D. 47.8.4; D. 47.9.1,3; Paul. 54 ed. D. 47.9.4; Diocl./Max. C. 6.2.18 (a.294).

[124] Unstrittig ist, dass der Prätor M. Lucullus im Jahr 76 v. Chr. (Cic. Tull. 7–11; 31; Ulp. 56 ed. D. 48.2.15) mit einem Edikt auf das Bandenunwesen reagiert und solcherart verursachte, gewaltsame Vermögensschädigung mit einer Klage auf das *quadruplum* ahndet; dazu *Ebert*, Geschichte (1968) 43–46; *Lintott*, Violence (1968), 28 f., 75 f., 128–130, 187 f.; *Balzarini*, St. Grosso I 381 f.; *Vacca*, Hom. Murga 887–891; *Labruna*, ACop. V 265–268. Doch stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage und wann der in Ulp. 56 ed. D. 47.8.2 pr. überlieferte Zusatz über *bona rapta*, auf den wohl auch die *actio vi bonorum raptorum* zurückgeht, Eingang in ein gemeinsames Edikt gefunden hat; vgl. *Ebert*, Geschichte (1968) 87–89; *Balzarini*, Ricerche (1969) 65–67, 321–323, 489 f.; *Vacca*, Ricerche (1972) 52–54, 145, 149–151; ACop. V 223–225. Vgl. ferner die Argumente bei *Gaulhofer*, Metus (2019), insbes. 85–87 für die These, dass nicht nur der Ursprung des späteren *metus*-Ediktes, sondern auch jener der *actio vi bonorum raptorum* in der weitgefassten *formula Octaviana* (Cic. Verr. 2.3.152; Cic.

behaupten:[125] Da bei solchen Unrechtsakten eine rasche Reaktion anzustreben ist, kann das Tatopfer binnen Jahresfrist den vierfachen Sachwert (*quadruplum*) fordern, danach nur noch das *simplum*.[126] In der Folge wird die prätorische Rechtsschutzverheißung gegen denjenigen, der „arglistig mittels hierzu versammelter Leute" schädigt bzw. raubt,[127] jedoch in einem weiteren Sinn verstanden: Zum einen wird sie auf unbewaffnete Begleiter oder einen einzigen beigezogenen Gefolgsmann erstreckt, wobei man die darin liegende abschreckende Wirkung als ausreichend erachtet, um auch erduldete Wegnahmen *sine vi* einzubeziehen;[128] und zum anderen sieht man davon sogar jeden Einzeltäter erfasst,[129] der sich bewegliche Objekte gewaltsam verschafft.[130] Insofern lässt sich nun von einer *actio vi bonorum raptorum* sprechen,[131] was *furtum* auf heimliche *contrectatio* reduziert.[132]

2. Charakteristika der *actio vi bonorum raptorum*

14 Diese extensive Auslegung eröffnet dann zugleich die Möglichkeit, die prätorische *actio vi bonorum raptorum* der (zivilen) Diebstahlsklage anzunähern: (a) Ab Julian wird der

---

Q. fr. 1.1.21) zu finden sein dürften, die ein Prätor (Cn./L.) Octavius im Jahr 79/78 v. Chr. offenbar als generelles Instrument zur Bekämpfung von Gewalt etabliert hatt; → § 109 Rn. 28 sowie zu Gemeinsamkeiten dieser beiden Rechtsfiguren schon *Balzarini*, Ricerche (1969) 148–151 und *Venturini*, Hom. Murga 940–942. Zum Zusammenhang von *actio vi bonorum raptorum* und dem Ersitzungsverbot nach der *lex Plautia de vi*: Ven. 17 stip. D. 47.8.6.

[125] Vgl. Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.1; D. 48.2.15 sowie zum Zusammenspiel von *actio privata* und *iudicium publicum de vi*: *Vacca*, Hom. Murga 893–898.

[126] Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.13 (arg. … *verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest*). Das verbleibende *simplum* wird sich aus der ursprünglich „gemischten" Natur der *actio* erklären, obwohl man *post annum* nicht mehr auf die *poena (tripli)* klagen konnte; vgl. *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 161 f.

[127] So *Levy*, Konkurrenz. I (1918) 429–431 bzw. *Schulz*, CRL 582; zweifelnd *Kaser* RP I 627. Bei Ulp. 56 ed. D. 47.8.2 pr. (arg. „*si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur*") – wohl mit Bezugnahme auf die Endredaktion des Edikts; dazu *Lenel*, EP 391–393 – ist es (angesichts des Satzgefüges) gleichfalls zweifelhaft, ob *hominibus coactis* auf *bona rapta* zu beziehen ist; s. dazu nur *Ebert*, Geschichte (1968) 18 f.; *Balzarini*, Ricerche (1969) 9 f. bzw. *Vacca*, Ricerche (1972) 47 f. mit Fn. 1.

[128] Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.5–7,8 (arg. *et sine vi si quid callide admissum est, aeque continebitur*); in letzterem Sinn wohl auch Ulp. 38 ed. D. 47.2.53: *Si quis ex domo, in qua nemo erat, rapuerit, …*, da es dann zu keiner *deprehensio* (von dritter Seite) kommt.

[129] Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.7: *hoc enim, quod ait „hominibus coactis", ut sive solus vim fecerit sive … hoc edicto teneatur.*

[130] z. B. I. 4.2.1 (arg. *in mobilibus rebus, quae rapi possunt*).

[131] Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.17: *Haec actio volgo vi bonorum raptorum dicitur*; s. schon Gai. inst. 3.209.

[132] Anders wohl schon seit der Zwölftafelgesetzgebung (→ Rn. 4 i. f.); vgl. für diese Epoche etwa Gell. 11.18.19–20, wo betont wird, dass nach Sabinus *fur* nicht nur ist, *qui occulte tollit aut clam subripit*, sondern auch derjenige, *qui alienam rem adtrectavit*. Zur Verwendung von *adtrectare* auch Paul. Fest. p. 119 L., s. v. *manticulari*.

Räuber als qualifizierter Dieb verstanden,[133] gegen den die *actio furti (nec manifesti)* alternativ zur Verfügung steht,[134] doch lässt sich mittels *actio vi bonorum raptorum* innerhalb der Jahresfrist noch auf die Differenz klagen;[135] die *simplum*-Klage *post annum* dürfte damit obsolet sein.[136] (b) Während das (befristet einklagbare) *quadruplum* ursprünglich Sachverfolgung und Buße umfasst,[137] gilt es nun als „reine" *poena* und lässt daneben die *rei persecutio* zu;[138] erst in der Nachklassik wird die Klage zum Teil erneut als *actio mixta* aufgefasst, was sich bei Justinian durchsetzt.[139] (c) Im Sinn der Einheitstäterschaft leitet man aus dem Erfordernis des *dolus*[140] ab, dass neben Beihelfern auch der Anstifter belangt werden kann.[141] (d) Ebenso orientiert sich die Jurisprudenz bezüglich der Aktivlegitimation an der *actio furti*, doch wird „Interesse" hier angesichts des größeren Unrechtsgehalts der Tat weit ausgelegt: So berechtigt etwa die vertragliche Übernahme bloßer *culpa*-Haftung einen Verwahrer zur *actio vi bonorum raptorum*.[142] (e) Im Übrigen ist die Klage als *actio poenalis* passiv unvererblich, aber aktiv vererblich,[143] zudem steht sie als *iudicium noxale* zu.[144]

[133] Wohl im Einklang mit dem Edictum perpetuum (zur prätorischen Rechtsschutzverheißung → Rn. 13) lässt sich nun ein Räuber als *fur improbior* bezeichnen: Julian bei Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.12; 56 ed. D. 47.8.2.17; zustimmend Gai. inst. 3.209. Auch *recte responsum* bei Ulp. 42 Sab. D. 47.2.48.7 wird sich daher nicht schon auf Sabinus beziehen; so zu Recht *Astolfi*, Libri tres (2001) 169 Fn. 133.

[134] Anders Pap. 12 quaest. D. 47.2.81.3,4, der den Räuber als *fur manifestus* behandeln will und insofern gegen den Anstifter nur die *actio vi bonorum raptorum* gewähren kann; vgl. dazu Paul. 9 Sab. D. 47.2.34.

[135] Paul. 22 ed. D. 44.7.41; D. 47.8.1; concurr. act. sing. D. 47.2.89; zu den verfahrensrechtlichen Details *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 163 ff., bes. 174 f.; vgl. ferner Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.10,26.

[136] Vgl. zum Problem auch *Birks*, Law of Obligations (2014) 189. Anders *Kaser*, RP I 626 mit Fn. 12, der weiterhin vom *simplum* als *poena* ausgeht.

[137] Anders *Schulz*, CRL 585, der von einer Interpolation von Gai inst. 4.8 ausgeht. Zur These, dass auch der *actio furti* ursprünglich ein sachverfolgendes Element innewohnt, da eine „spiegelnde Strafe" verhängt wird, → Rn. 2.

[138] Julian bei Ulp. 38 ed. D. 13.1.10.1; Gai. inst. 4.8 (arg. *quidam*); Gai. 21 ed. prov. D. 47.8.5; Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.26; Paul. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.43.5; Diocl./Max. C. 3.41.4 pr.; C. 6.2.9 (a.293).

[139] I. 4.2 pr.; I. 4.6.19; die einleitende Konstitution Gord. C. 9.33.1 (a.242) dürfte in diesem Sinn angepasst sein; überzeugend *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 51–53, 162 f.; anders freilich *Lovato*, ACost. XI bes. 666, 668 f. Nicht so eindeutig ergibt sich das allerdings für die vorjustinianische Zeit aus dem Vergleich von Arcad./Honor. C. 1.11.6 pr. mit Cod. Theod. 16.10.24.1 (a.423), da die justinianische Änderung wohl eher Strafmilderung für religiös motivierte Taten von Christen darstellt; anders *Kaser*, RP II 433 mit Fn. 3.

[140] Er bezieht sich auf das Sammeln von Gefolgsleuten, doch ist er in *vis* inkludiert: Ulp. 56 ed. D. 47.8.2 pr.,4,8.

[141] Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.2,3,12 init.; zur Komplizenschaft → Rn. 8. Eine effektive Ersatzleistung i. R.d. Haftung für *culpa* bzw. *custodia*, bei der ja im Fall eines Raubes gerade nicht einzustehen ist, wäre demnach wohl nicht erforderlich; zum Problem *Schulz*, CRL 584.

[142] Dazu Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.22–24 bzw. I. 4.2.2. Vgl. aber *Lovato*, ACost. XI 647–651. In ähnlicher Weise wird hier *custodia*-Haftung nur im Sinn bestehender Mitschuld am Raub für relevant zu erachten sein, da bei gewaltsamer Wegnahme ja ansonsten gerade nicht einzustehen ist; vgl. zum Problem schon *Schulz*, CRL 584.

[143] ~~Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.27; 4.16; Paul. 54 ed. D. 47.9.4.2.~~

[144] Ulp. 56 ed. D. 47.8.2 pr.,14,19; 4.15; D. 47.9.1 pr.; Paul. 54 ed. D. 47.8.3.

VI. *Condictio (ex causa furtiva)*

1. Charakteristika

15 Bedeutung für die Diebstahlsklage aber auch jene Anwendungsform der *condictio*,[145] die wohl schon in einigen Klassikerwerken gesondert behandelt wird und in der justinianischen Kompilation den Zusatz *furtiva* erhält.[146] Vor allem gemäß der These, dass das bei *furtum nec manifestum* erzielbare *duplum* ursprünglich den Wert des Diebsgutes miterfasst,[147] kommt der *condictio* als (rein) sachverfolgender Klage[148] erst später – wohl seit der ausgehenden Republik[149] – genau diese (Teil-)/Funktion zu.[150] Als *actio in personam* ermöglicht sie dem Bestohlenen, auch verlorenes oder untergegangenes Diebsgut geltend zu machen,[151] da den *fur* ab verübter Tat die Verzugsfolgen treffen;[152] aus demselben Grund wird er auf den Höchstwert der *res furtiva* verurteilt.[153] Eine weitere Gemeinsamkeit mit der Diebstahlsklage zeigt sich, wenn ein Sklave das Delikt verübt: Denn die *condictio* wird dann ebenfalls als Noxalklage gewährt,

---

[145] Allg. → § 77 Rn. 2; 5; 21. Sie wird von *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 132 unter die „diebstahlskonnexen" Klagen eingereiht und zumeist als *condictio (ex causa furtiva)* bezeichnet; vgl. nur *Pika*, Ex causa furtiva (1988) 9 f., 21.

[146] Vgl. *Lenel*, Pal. I 378 f. zu Julians Digesten sowie *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 101 mit Fn. 78. Auf *condictio furtiva* nehmen die Titelrubriken zu D. 13.1 und zu C. 4.8., aber etwa auch schon Pap. 12 quaest. D. 47.2.81.5 oder Paul. 7 Sab. D. 25.2.3.2 Bezug; dazu *Fargnoli*, Ricerche (2006) 86–90 bzw. *Pika*, Ex causa furtiva (1988) 64 f.

[147] Zur „spiegelnden Strafe" → Rn. 2.

[148] Die Klage entfällt also z. B., wenn die *res furtiva* nicht fortgeschafft wurde, wenn sie der Bestohlene später wiedererlangt oder wenn sie ihm vom Dieb angeboten wird: Ulp. 40 Sab. D. 47.2.21.10; 27 ed. D. 13.1.8 pr.; 38 ed. D. 13.1.10 pr.

[149] S. den Hinweis auf die *veteres* bei Tryph. 15 disp. D. 13.1.20; dazu überzeugend *Pika*, Ex causa furtiva (1988) 24 f.; ferner *Liebs*, Ess. Honoré 166 mit Fn. 17, 169–172 und *Hähnchen*, Causa condictionis (2003) 50 mit Fn. 181. Zur Bedeutung des *condici ex iniusta causa* in Ulp. 18 Sab. D. 12.5.6 – etwa auch bei gewaltsamer Vertreibung aus einem Grundstück: Ulp. 18 Sab. D. 13.3.2; 41 Sab. D. 47.2.25.1 – *Harke*, Iura 54 (2003) 51 f., 68–74, 85 f. sowie *Hähnchen*, SZ 121 (2004) 391–395.

[150] Darin mag der historische Kern der Formulierung bei Gai. inst. 4.4 liegen, wonach die Klage *odio furum* (aus Abscheu gegen die Diebe) gewährt wurde, obwohl der Formelwortlaut *si paret eos dare oportere* (→ § 69 Rn. 8) auf diese als Nichteigentümer gar nicht zutreffe: So vermutet etwa *Hähnchen*, Causa condictionis (2003) 111 ff., 120 die beim Dieb untergegangene oder verbrauchte Sache als Ausgangsfall. Zudem ist es zweifelhaft, ob ursprünglich ein derart technisches Verständnis von *dare oportere* die Anwendung der *condictio* „an sich" ausgeschlossen hätte; s. *Zimmermann*, LO 941 mit Fn. 152 oder *Saccoccio*, Si certum petetur (2002) 10 f., 23 f., 51 f., 93 f. (mit Lit.).

[151] Allg.: Pomp. 38 Q. Muc. D. 13.1.16; Ulp. 42 Sab. D. 13.1.7.2; D. 47.2.46 pr. i. f.; 38 ed. D. 13.1.12 pr. i. f.,1; zur *specificatio*: Gai. 2.79 i. f.; Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.14; Paul. 39 ed. D. 13.1.13 init.; zur *actio furti* → Rn. 7 (e).

[152] Ulp. 27 ed. D. 13.1.8 pr.,1 i. f.; Marcell. 20 dig. D. 46.3.72.3; Pap. 10 quaest. D. 13.1.17; Tryph. 15 disp. 13.1.20. Allg. → § 72 Rn. 15–17; 22.

[153] Ulp. 27 ed. D. 13.1.8.1 init.; 37 ed. D. 47.2.52.28 i. f.; Paul. 9 Sab. D. 13.1.3; 39 ed. D. 13.1.13 i. f.; bezüglich gezogener Früchte vgl. Iul. 22 dig. D. 13.1.14.2,3; Ulp. 27 ed. D. 13.1.8.2.

wodurch der *dominus*, der die *noxae deditio* vollzieht, nur mehr in Höhe der an ihn gelangten Bereicherung haftet.[154] Eine Sonderrolle kommt der *condictio* hingegen bei der Aktivlegitimation zu, weil dabei nicht auf das „Interesse“,[155] sondern in erster Linie auf das Eigentum des Tatopfers abgestellt wird,[156] was die Klage von der *actio furti*[157] und ebenso von sog. „Leistungskondiktionen“ abgrenzt.[158] Des Weiteren beschränkt sich der Kreis der Passivlegitimierten auf unmittelbare Täter,[159] doch ist die Klage andererseits nicht nur aktiv,[160] sondern auch passiv vererblich[161] und unbefristet.[162]

2. Konkurrenzen

Da die *condictio* auf den Sachwert abstellt, steht sie zu den *actiones in rem* sowie zu allenfalls verfügbaren Vertragsklagen in elektiver Konkurrenz;[163] ebenso kann der Bestohlene, sollte das Delikt von mehreren Mittätern verübt sein, nur wahlweise von einem kondizieren.[164] Mit den (rein pönalen) *actiones furti manifesti* bzw. *nec manifesti* **16**

[154] a.A. *Pika*, Ex causa furtiva (1988) 89 f.; s. aber Ulp. 41 Sab. D. 13.1.4; ferner indirekt Afr. 8 quaest. D. 19.1.30 pr.; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 115 f. geht bezüglich des Bereicherungsanspruchs von einer adjektizischen Klage aus; einen Sonderfall bildet Cels. 12 dig. D. 47.2.68.4; vgl. *Pennitz/Lehne*, JAP 2014/15, 196–202 und *Pennitz*, GS Blaho 371–376. – Zum Unterschied von einer *actio poenalis* erlischt die *condictio* mit Freilassung eines unfreien Täters: Cels. 12 dig. D. 13.1.15. Bei freien Gewaltunterworfenen wird ursprünglich Ähnliches gegolten haben: Als deren *noxae deditio* im entwickelten Recht außer Gebrauch kommt (I. 4.8.7), gewährt man gegen den *filius familias* selbst die *condictio*: Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.12 init.; Paul. 9 Sab. D. 13.1.5.

[155] Explizit Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.16, wo aber die ansonsten bestehende Gemeinsamkeit mit der *actio furti* zum Ausdruck kommt (arg. *qualis ergo actio furti* …).

[156] Allg.: Pomp. 38 Q. Muc. D. 47.2.77.1 i. f.; Ulp. 18 Sab. D. 13.1.1; D. 7.9.12 i. f.; 38 ed. D. 13.1.12 pr. init.; zu Personen *domini loco*: Iul. 22 dig. D. 47.2.57.4 i. f.; zum *procurator*: Scaev. 4 quaest. D. 13.1.18; analog wird zu Gunsten des Pfandgläubigers eine sog. *condictio incerti* vertreten: Ulp. 38 ed. D. 13.1.12.2; anders beim Usufruktuar: Ulp. 17 Sab. D. 7.1.12.5. Vgl. insbes. *Pika*, Ex causa furtiva (1988) 35–75.

[157] Zur Aktivlegitimation → Rn. 9 init.: Insbesondere erlischt die *condictio* (anders als die *actio furti*) auch, wenn die *res furtiva* vermacht oder veräußert wird: Iul. 22 dig. D. 13.1.14 pr.; Pomp. 20 Q. Muc. D. 44.7.56 i. f.; Ulp. 38 ed. D. 13.1.10.2,3. Ebensowenig kommt sie bei Entführung freier Gewaltunterworfener (→ Rn. 3 i. f.) in Betracht: Paul. 9 Sab. D. 47.2.38.1.

[158] S. nur Gai. inst. 4.4,5 bzw. Ulp. 18 ed. D. 7.9.12 i. f.; ferner → § 77 Rn. 8 f..

[159] Paul. 9 Sab. D. 13.1.5, wozu auch der *filius familias* zählt (s. auch schon oben zur *condictio furtiva* als Noxalklage); Ulp. 38 ed. D. 13.1.6; allg. Ulp. 22 ed. D. 12.2.13.2 i. f. und dazu *Pika*, Ex causa furtiva (1988) 75–101.

[160] Iul. 22 dig. D. 13.1.14 pr. init.; Paul. 39 ed. D. 13.1.11.

[161] Allg. Pomp. 16 Sab. D. 13.1.2; Ulp. 41 Sab. D. 47.1.1 pr. i. f.; Paul. 9 Sab. D. 13.1.5 i. f.; auch bezüglich des untergegangenen Diebsgutes: Ulp. 42 Sab. D. 13.1.7.2; 30 ed. D. 13.1.9.

[162] Paul. 27 ed. D. 25.2.21.5.

[163] Zum *officium iudicis* hinsichtlich der *rei vindicatio*: Pomp. 6 Sab. D. 47.2.9.1; vgl. aber *Valiño*, Lib. Am. Miquel 1019–1026. Zur Leihe: Paul. concurr. act. sing. D. 44.7.34.1; zur Pacht: D. 44.7.34.2; vgl. *Levy*, Konkurrenz II.1 (1918) 90–111. S. jedoch zur Nachforderung eines Differenzbetrages, etwa bei der Gesellschaft: Ulp. 30 Sab. D. 17.2.47 pr. und dazu *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 246.

[164] Das gilt jedoch nicht bei Anstiftern oder Beihelfern, da sich ihre Passivlegitimation auf den

lässt sich die sachverfolgende Klage hingegen häufen (kumulative Konkurrenz).[165] Während die *condictio* in nachklassischer Zeit teilweise in die *actio furti* integriert wird,[166] orientiert sich das justinianische Recht bei der Frage der Konkurrenzen wieder an der klassischen Sicht.[167]

VII. Weitere „diebstahlskonnexe" Klagen

1. Die *actio rerum amotarum*

17 Eine vergleichbare Funktion wie der *condictio (ex causa furtiva)* kommt der *actio rerum amotarum* zu:[168] Die vom Prätor eingeführte,[169] sachverfolgende Klage steht nach einer Scheidung zu,[170] wenn die Frau (oder auch der Mann)[171] deshalb[172] dem Partner im Vorfeld Objekte entwendet hat,[173] doch lässt sie sich nicht mit der *actio furti* häufen:[174] Das wird von Juristen zum Teil damit begründet, dass während aufrechter Ehe

---

unmittelbaren Täter beschränkt (→ Rn. 15 i. f.). Zur Frage der Konkurrenz mit der *actio legis Aquiliae* im Fall einer Beschädigung oder Zerstörung des Diebsgutes: Ulp. 43 Sab. D. 47.1.2.3; dazu *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 137 f.

[165] Gleiches gilt für die *actiones in rem*, die *actio ad exhibendum* oder anwendbare Vertragsklagen: Julian bei Ulp. 23 ed. D. 11.3.11.2 i. f.; Gai. inst. 4.4,8; 13 ed. prov. D. 47.2.55.3; Pomp. 38 Q. Muc. D. 13.1.16; Ulp. 42 Sab. D. 13.1.7 pr.,1; 30 Sab. D. 17.2.45; Paul. 6 Sab. D. 17.2.46,50 i. f.; concurr. act. sing. D. 44.7.34.2 init.; Sev./Ant. C. 6.2.1 (a.200); Diocl./Max. C. 6.2.12.1 (a.293). Zur *actio furti manifesti* s. Ulp. 38 ed. D. 13.1.10 pr.

[166] Vgl. nur zur *actio furti manifesti* bzw. *concepti*: Paul. sent. 2.31.13,14 bzw. allg. Paul. sent. 2.31.34; dazu ferner *Kaser*, RP II 433 f.; FG Lübtow (1980) 320 mit Fn. 136, 322 oder *Pika*, Ex causa furtiva 108 Fn. 1.

[167] I. 4.1.19; I. 4.6.14 i. f.,18.

[168] In diesem Sinn wohl Gai. 4 ed. prov. D. 25.2.26, der diese Klage als *condictio* bezeichnet; ferner Julian bei Ulp. 30 ed. D. 25.2.17.2 i. f.; Paul. 7 Sab. D. 25.2.6.3; 37 ed. D. 25.2.21.5. Vgl. schon *Lenel*, EP 308 f.

[169] Paul. 7 Sab. D. 25.2.1 spricht von einem *iudicium singulare*.

[170] Marcian. 3 reg. D. 25.2.25 (arg. *secutum divortium*); vgl. auch Iul. 19 dig. D. 25.2.22.1; Paul. 7 Sab. D. 25.2.6.3. Allg. → § 33 Rn. 57 f.

[171] Allg. Marcellus bei Ulp. 33 ed. D. 25.2.11 pr.; 36 Sab. D. 25.2.7; Paul. 7 Sab. D. 25.2.6.1; 18 ed. D. 25.2.14. Ursprünglich steht die Klage wohl nur dem Mann zu (Paul. 7 Sab. D. 25.2.1 init.: arg. *introductum*), doch gilt gm. Diocl./Max. C. 5.21.2 (a.293) bereits im Sinn des *edictum perpetuum* auch die Frau als aktivlegitimiert; ferner Tryph. 12 disp. D. 42.1.52; Ulp. 31 Sab. D. 23.3.9.3; UE. 7.2. Dazu *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) bes. 76–78.

[172] *Divortii causa*: Marcell. 7 dig. D. 25.2.20; Ulp. 30 ed. D. 25.2.17.1; Paul. 7 Sab. D. 25.2.6 pr.; Alex. C. 5.21.1 (a.229); Diocl./Max. C. 5.21.3 (a.293); *tempore divortii*: Ulp. 34 ed. D. 25.2.19; Paul. 7 Sab. D. 25.2.3.3; *divortii consilio*: Marcian. 3 reg. D. 25.2.25. Der Anspruch entsteht unabhängig von der Rückforderung der *dos*: Pomp. 16 Sab. D. 25.2.8 pr.; Paul. 37 ed. D. 25.2.21.3.

[173] Vgl. Ulp. 5 reg. D. 25.2.24 (*res … vel proprias viri vel etiam dotales*); bei *dos*-Bestellung fallen darunter auch Objekte des *pater familias* des Ehemanns: Paul. 7 Sab. D. 25.2.6 pr.: Ansonsten steht wohl die *condictio* zu, da die *actio furti* jedenfalls ausgeschlossen ist: Ulp. 34 ed. D. 25.2.15.1.

[174] S. auch Iust. C. 6.2.22.4 (a.530) zum *apertissimum ius* (*apud antiquos*).

kein *furtum* denkbar sei[175] oder dass das „an sich“ verübte Delikt[176] hier nicht zur *actio poenalis* und schon gar nicht zur *infamia* führen dürfe:[177] Dementsprechend wird dem Tatopfer bei Entwendungen zwischen Eheleuten, die nicht *divortii causa* erfolgt sind, nur die *condictio*, sei es *ex causa furtiva* oder *ex iniusta causa* in Aussicht gestellt.[178] Auch in ihrer Charakteristik lehnt sich die *actio rerum amotarum* weitgehend an die *condictio* an, obwohl die Klageformeln nicht übereinstimmen:[179] So lassen sich untergegangene *res amotae* in gleicher Weise geltend machen wie deren Wertsteigerungen.[180] Da die Klage auf die *rei persecutio* abzielt,[181] steht sie zu *actiones in rem* in elektiver Konkurrenz,[182] sie ist zudem aktiv wie passiv vererblich;[183] trotz ihres prätorischen Ursprungs

---

[175] So Nerva, Cassius bei Paul. 7 Sab. D. 25.2.1 u. H.a. die faktische Vermögensgemeinschaft der Eheleute. Entwendungen nach vollzogener Scheidung – und ebenso bei nichtiger Ehe: Ulp. 30 ed. D. 25.2.17 pr. – sind hingegen als *furtum* zu qualifizieren: Vgl. Paul. 7 Sab. D. 25.2.3 pr., der allerdings auf die *contrectatio* von *res amotae* (im Sinn des Dauerdelikts) Bezug nimmt; dazu → Rn. 7 (e). a. A. *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 150 Fn. 115.

[176] Daraus folgt, dass *res amotae* nicht ersessen werden können: Tryph. 11 disp. D. 25.2.29; auch das *beneficium competentiae* ist deshalb zu verneinen: Tryph. 12 disp. D. 42.1.52; Paul. 37 ed. D. 25.2.21.6.

[177] So Sabinus, Proculus und Julian bei Paul. 7 Sab. D. 25.2.1; D. 47.2.16, wohl in Fortschreibung (*constituto iure*) des ursprünglichen Gewaltverhältnisses bei einer *manus*-Ehe, was zwar nicht das begangene Delikt, aber die poenale *actio furti* ausschließt. Aus demselben Grund ist keine *actio noxalis*, sondern bloß eine adjektizische Klage (auf Herausgabe der Bereicherung) möglich, wenn eine verheiratete Haustochter Sachen entwendet: Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.12 i. f.; Paul. 7 Sab. D. 25.2.3.4 init.; 3 Ner. D. 13.1.19; ebenso zum Haussohn: Paul. 7 Sab. D. 25.2.6.1 i. f. Ferner ist ein *crimen expilatae hereditatis* (→ Rn. 19) der Frau zu verneinen: Her. 2 iur. epit. D. 47.19.5; Diocl./Max. C. 6.2.17 (a.294). Strittig ist hingegen, ob in klassischer Zeit nur die *actio furti* oder bereits alle infamierenden bzw. pönalen Klagen ausgeschlossen sind, wie das bei Gai. ed. praet. D. 25.2.2 bzw. Diocl./Max. C. 5.21.2 i. f. (a.293) anklingt; vgl. *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 78 ff., 86 mit Fn. 42.

[178] Das deutet an, dass die soeben angeführten, unterschiedlichen Begründungen der Juristen auch diese Frage prägen: Vgl. zur Bezugnahme auf die *condictio(nes)* Julian bei Paul. 3 Ner. D. 13.1.19; Paul. 7 Sab. D. 25.2.3.2 bzw. Aristo bei Paul. 7 Sab. D. 25.2.6.5; Marcian. 3 reg. D. 25.2.25 i. f.; zu letzteren Belegen auch *Harke*, Iura 54 (2003) 72 f. und *Hähnchen*, SZ 121 (2004) 387–389.

[179] Dazu insbes. *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 54–61, der von folgender Formel der *actio rerum amotarum* ausgeht; zustimmend *Guarino*, Pagine VII 106 mit Fn. 11: *Si paret Numeriam Negidiam, quae Aulo Agerio nupta erat, rem qua de agitur Aulo Agerio divortii causa amovisse eamque rem Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Numeriam Negidiam Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito*; zum Edikt selbst ebd., 48; zum Eidverfahren: Ulp. 33 ed. D. 25.2.11.1–3; zum *iusiurandum in litem*: Sabinus bei Pomp. 16 Sab. D. 25.2.8.1.

[180] Julian bei Ulp. 30 ed. D. 25.2.17.2 init.; Tryph. 11 disp. D. 25.2.29; Paul. 37 ed. D. 25.2.21.4.

[181] S. auch das Fazit bei *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 148, obwohl er für die Frühzeit von einer „Zweigesichtigkeit“ der Klage spricht: Aber es geht wohl seit jeher darum, hier jegliche *poena* auszuschließen.

[182] Iul. 19 dig. D. 25.2.22 pr. i. f. Zu weiteren Konkurrenzen *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 149–154. Strittig ist, ob eine Konkurrenz zur *condictio* besteht: Vgl. *Pika*, Ex causa furtiva (1988) 83 f. zu Ulp. 5 reg. D. 25.2.24.

[183] Paul. 7 Sab. D. 25.2.6.2,3; 37 ed. D. 25.2.21.5 i. f.; ferner: Diocl./Max. C. 5.21.3 (a.293).

steht sie unbefristet zu.[184] Im Übrigen ist zwar die *actio furti* und somit auch jegliche *noxae deditio* ausgeschlossen, wenn die verheiratete Haustochter Objekte entzieht,[185] doch erscheint eine *actio noxalis* in anderen Konstellationen möglich.[186]

2. Die *actio de tigno iuncto*

18 Im Rahmen der sog. „diebstahlsähnlichen (bzw. -konnexen) Klagen“[187] wird auch die *actio de tigno iuncto* diskutiert:[188] Denn (zum Schutz von Gebäuden und Weinkulturen[189] sowie der daran Berechtigten[190]) untersagt das Zwölftafelgesetz bei Verbauung fremder Holzbalken[191] deren Eigentümern, diese Sachverbindung zu lösen (arg. *ne solvito*),[192] und gewährt statt dessen – wohl nur gegen die Verbauer – die *actio de tigno iuncto* auf das *duplum* des Materialwertes.[193] Da diese zivile Klage in der Folge vom

[184] Paul. 37 ed. D. 25.2.21.5.

[185] In solchen Fällen ist nur eine adjektizische Klage (auf Herausgabe der Bereicherung) möglich: z. B. Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.12 i. f.

[186] Sollte nämlich ein Sklave auf Befehl seiner Herrin die Objekte *divortii causa* entziehen, so ist dessen Tat nicht zu entschuldigen und die Möglichkeit seiner *noxae deditio* zu bejahen: Paul. 37 ed. D. 25.2.21.1; dafür spricht m. E. auch § 2, wo ein „Delikt gegen den eigenen Herrn“ zur Diskussion steht; s. dazu auch *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 148 f. a. A. freilich *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 36 f., 128 f.; *Guarino*, Pagine VII 107 mit Fn. 15; *Kaser*, RP I 618 Fn. 55.

[187] *Kaser*, RP I 160 zieht weitere alt-zivile Klagen in Betracht: So etwa die *actio rationibus distrahendis* (→ § 31 Rn. 68); die Klagen aus *vindicia falsa* und *dedicatio in sacrum* (→ § 59 Rn. 29 f.); die *actio auctoritatis* (→ § 79 Rn. 243–250); oder die *actio arborum furtim caesarum*; dazu auch *Liebs*, Klagenkonkurreenz (1972) 198. Zur „Verwandtschaft“ von *fraus fisci* und *furtum* ebd., 193 mit Fn. 382. Zur *actio depositi* s. *Scheibelreiter*, RIDA 56 (2009) 141 f., 153 f.

[188] a.A. allerdings zuletzt *Jakobs*, SZ 124 (2007) 206–209, 277, der zumindest im klassischen Recht hier das „objektive“ Konzept einer „Enteignungsentschädigung“ verwirklicht sieht.

[189] Skeptisch bezüglich des dezemviralen Ursprungs *Minieri*, Scr. Guarino III 1227 f.

[190] Vgl. zum Zweck der Norm *Hinker*, SZ 108 (1991) 104 f., 108.

[191] In der Folge wird der (Kern-)/Begriff *tignum* zum einen durch juristische Interpretation auf (Bau-)/Materialien aller Art ausgedehnt: Labeo bei Iav. 2 post. Lab. D. 50.16.242.1 i. f.; Gai. 26 ed. prov. D. 50.16.62; 2 cott. D. 41.1.7.10; Ulp. 24 ed. D. 10.4.7 pr.; 37 ed. D. 47.3.1.1. Zum anderen liegt ein *tignum alienum* nicht vor, wenn der Verbauer bereits zuvor Ersitzungsbesitz an den Materialien hat: Labeo bei Pomp. 30 Sab. D. 41.3.30.1 init.

[192] Gm. Fest. p. 502 L., s. v. tignum. Vgl. *Bruns*, FIRA I^{7} 26 (XII T 6.7); *Riccobono*, FIRA I^{2} 46 (XII T 6.8 init.); *Crawford*, RS II 662–664 (XII T 6.6); *Flach*, XII tab. 106–108 (XII T 6.7). Eine Deutung für das umstrittene *et concapit* – s. *Watson*, RIDA 21 (1974) 337 f. oder *Hinker*, Keryx 1 (2011) 127 – bei *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 143 mit Fn. 69; vgl. ferner *Cursi*, in: Cursi XII Tabulae II (2018) 599–601.

[193] Die Klage steht gm. Ulp. 37 ed. D. 47.3.1 pr. i. f. im Gesetz (arg. *lex duodecim tabularum … dat actionem*); vgl. ferner *Bruns*, FIRA I^{7} 26 (XII T 6.8); *Riccobono*, FIRA I^{2} 46 (XII T 6.8 i. f.); anders z. B. *Crawford*, RS II 576 i. V.m. 662–664. Auch bei dieser Klage kommt – ähnlich wie bei der *actio furti nec manifesti* – in Betracht, dass ursprünglich (in altrömischer und republikanischer Zeit) im *duplum* gegen den Verbauenden auch der Sachwert miterfasst sein könnte; zur These einer „spiegelnden Strafe“ → Rn. 2. Das schließt allerdings die (nachträgliche) *actio in rem* gegen einen dritten Erwerber nicht aus; vgl. Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.8 i. f.; dazu *Hirata*, FS Bürge 154 f.; 158 f.

Prätor im Ediktsabschnitt *de furtis* verheißen wird,[194] liegt es nahe, das *tignum iunctum* jedenfalls ab der Republik[195] als Spezialtatbestand des *furtum* zu verstehen,[196] weshalb eine *actio furti* gegen den Verbauer ausgeschlossen sei.[197] Bezüglich einer weiteren Konkurrenzfrage unterscheidet das entwickelte Recht dann allerdings, ob der Einbau des fremden Materials wissentlich oder irrtümlich erfolgt:[198] Im ersten Fall steht neben der Klage aufs *duplum* sofort die *actio ad exhibendum* (bzw. *rei vindicatio*) auf den Sachwert zu, da der Verbauende die Sachverfolgung dolos verhindert.[199] Im zweiten Fall bewirkt hingegen das *ne solvito*-Gebot der *XII tabulae*,[200] dass erst nach anderweitiger Lösung der Sachverbindung auf die (noch brauchbaren) Materialien geklagt werden kann.[201] Erst das justinianische Recht verneint die Kumulierbarkeit der *actio de tigno iuncto*,[202] da man jetzt den Materialwert als im *duplum* enthalten ansieht.[203]

---

[194] Vgl. *Lenel*, EP 322–338 (Tit. XXIII): Neben den auf *genera furti* bezogenen Klagen (→ Rn. 5) sowie der *actio de tigno iuncto* bzw. *actio arborum furtim caesarum* scheinen in diesem Ediktstitel noch weitere Tatbestände erfasst zu sein: Der Fall des testamentarisch freigelassenen Sklaven, der die *hereditas iacens* beeinträchtigt, bzw. *furtum* durch Mitglieder einer *familia servorum* (→ § 105 Rn. 20 f.); ferner der Diebstahl durch Mitarbeiter von *publicani* (→ § 105 Rn. 15) bzw. von *nautae, caupones* oder *stabularii* (→ § 96 Rn. 12–16).

[195] In den *XII tabulae* sind diese Tatbestände offenbar – s. nur *Riccobono*, FIRA I² 46; 57 f.; 60; 72 – auf verschiedenen Tafeln geregelt, doch schließt das natürlich einen inhaltlichen Zusammenhang nicht aus, der von vorherein gesehen oder – im Zuge ihrer *interpretatio* – hergestellt wird.

[196] Für die auf das Gesetz gestützte „*furtum*-Ähnlichkeit“ spricht, dass die Klage in klassischer Zeit grundsätzlich mit der *actio in rem* kumulierbar ist (dazu sofort). Zudem geht man davon aus, dass sich auch die Klageformel an jener der *actio furti* orientiert: Vgl. nur *Kaser*, Labeo 12 (1966) 107 f.

[197] So *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 111; Gleiches wird für die *condictio (ex causa furtiva)* gelten.

[198] Wenn der *sedes materiae* (D. 47.3) von *tignum furtivum* spricht, stellt das insofern keine Klagevoraussetzung dar; vgl. auch *Musumeci*, Inaedificatio (1988) 112–114. Es dürfte vielmehr bedeuten, dass *dolus* bzw. *scientia* des Verbauenden im Verfahren explizit thematisiert werden: Vgl. Ulp. 42 Sab. D. 47.3.2 (arg. *si proponas*). Einen Spezialfall stellt hingegen Paul. 3 Ner. D. 24.1.63 dar, weil hier der Einbau mit Wissen der *domina*, aber entgegen dem Schenkungsverbot erfolgt; gm. *Jakobs*, SZ 124 (2007) 263–266 versagen daher Paul und (!) Neraz die Klage (arg. *nulla actio est ex lege duodecim tabularum, qu⟨ia⟩[amvis]* …). Der umstrittene Schlusssatz verneint daher m. E. jegliche Klage der Frau, es sei denn, die Sachverbindung wird anderweitig gelöst.

[199] Ulp. 37 ed. D. 47.3.1.2; 42 Sab. D. 47.3.2; Paul. 21 ed. D. 6.1.23.6; 15 quaest. D. 46.3.98.8 i. f.; arg. e contr. zu Paul. 3 Ner. D. 24.1.63 i. f.

[200] Fest. p. 502 L., s. v. tignum (→ Rn. 18 init.).

[201] So Gai. 2 cott. D. 41.1.7.10 i. f. Für die Zwischenzeit geht *Hinker*, SZ 108 (1991) 115 f.; Keryx 1 (2011) 129 f. von „ruhendem Eigentum“ aus; vgl. ergänzend Ulp. 37 ed. D. 47.3.1 pr.; Paul. 14 Sab. D. 10.4.6; 21 ed. D. 6.1.23.6 init.: Ausgeschlossen ist jedenfalls die Ersitzung der eingebauten, „fremden“ Materialien, wie Gai. 2 cott. D. 41.1.7.11; Paul. 21 ed. D. 6.1.23.7 i. f. belegen, wohl nicht mangels *possessio* des Einbauenden (gm. Paul. 15 Sab. D. 41.2.30 pr.), sondern eher analog den *res furtivae*.

[202] Vgl. I. 2.1.29 im Gegensatz zu Gai. 2 cott. D. 41.1.7.10.

[203] Angesichts des Wegfalls ihrer pönalen Charakteristik sei nicht von einer *actio mixta*, sondern von einer „Ersatzklage“ auszugehen; vgl. *Musumeci*, Inaedificatio (1988) 187 f. oder *Hinker*, SZ 108 (1991) 122.

VIII. Diebstahlsahndung im Rahmen der *extraordinaria cognitio*

19 Neben die bislang dargestellte privatrechtliche Diebstahlsahndung, die auch im justinianischen Recht im Wesentlichen beibehalten wird,[204] tritt bereits in klassischer Zeit[205] ein zweiter Weg der Deliktsverfolgung: Sie kann nämlich – nach Wahl des Tatopfers[206] – bei nächtlichem oder sonst qualifiziertem Diebstahl[207] im Rahmen der *extraordinaria cognitio* erfolgen.[208] Angesichts der Strafdrohung, die – differenziert nach sozialem Status[209] – von körperlicher Züchtigung über zeitlich befristete Zwangsarbeit oder Relegation bis hin zu Kapitalstrafen reicht,[210] setzt es sich zum Schutz der Beschuldigten durch, dass das Tatopfer – ähnlich wie im *iudicium publicum*[211] – seine

---

[204] Vgl. I. 4.1, bes. §§ 5,19 bzw. zu den *genera furti* I. 4.1.4 i.f.; vgl. → Rn. 5 init. In nachklassischen Quellen zeigt sich hingegen zum Teil die Tendenz, bei jeglichem *furtum* eine Buße in Höhe des *quadruplum* zu normieren: Vgl. Cod. Eur. 280; LRB. 4.3; Edict. Theod. 57; 58. Ob darin allerdings auch der Sachwert umfasst ist, erscheint unklar, da von *poena* gesprochen wird und das Diebsgut bei Auffindung mit *actio in rem* verfolgbar sein dürfte. Möglicherweise geht bloß die *condictio* im Begriff der *actio furti* auf, was schon in klassischen Quellen anklingt (Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.16) und durch die Paulussentenzen tradiert wird: Paul. sent. 2.31.34; vgl. aber auch Paul. sent. 2.31.13,14. Dazu *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 52 mit Fn. 74; *Nehlsen*, Sklavenrecht (1972) 83 f., 209 f.; anders *Kaser* RP II 433.

[205] Schon die Frühklassik kennt eine solche Diebstahlsverfolgung, wie Labeo bei Pomp. 22 Sab. D. 12.4.15 andeutet, doch lässt sich die dort verhängte Todesstrafe wohl auf die *XII tabulae* stützen; zur republikanischen Ahndung des *furtum manifestum* → Rn. 5; vgl. zudem den indirekten Hinweis bei Gell. 11.18.10.

[206] Ulp. 38 ed. D. 47.2.93 i. f. Wird die außerordentliche Diebstahlsverfolgung beschritten, ist das Vorgehen mittels *actio furti* verwehrt: Iul. 22 dig. D. 47.2.57.1; vgl. *Santalucia*, Hom. Murga 794–797.

[207] Gm. Ulp. 8 off. procons. Coll. Mos. 7.4.1 hat bei am Tag verübtem, nicht-qualifiziertem *furtum* die *remissio ad forum* zu erfolgen; ferner Marcian. 2 iud. publ. D. 47.17.2. Vgl. auch Wieacker, Textstufen (1960) 394–396. Nach *Santalucia*, Hom. Murga 787 f. mit Fn. 9 schließt das zwar ein gerichtliches Verfahren, nicht jedoch „polizeiliche" Maßnahmen aus; anders *Balzarini*, BIDR 72 (1969) 305–307 unter Bezugnahme auf Iul. 22 dig. D. 47.2.57.1, doch dürfte dort ein qualifizierter Diebstahl vorliegen (arg. *periculum maioris poenae*).

[208] Zur diesbezüglichen „strafrechtlichen" Kompetenz des *praefectus vigilum*, des *praefectus urbi* sowie der Provinzstatthalter s. Paul. off. praef. vig. sing. D. 1.15.3.1,2; Ulp. 2 off. procons. D. 1.16.7.2; 7 off. procons. D. 1.18.13 pr. Das impliziert ferner, dass die außerordentliche Diebstahlsverfolgung vom Beamten zuzulassen ist; außerdem kann sie „von Amts wegen" erfolgen; s. *Santalucia*, Hom. Murga 786 f., 791 f., 792 f.

[209] z. B. Ulp. 8 off. procons. Coll. Mos. 7.4.2; D. 47.14.1.3; D. 47.17.1; D. 47.18.1.1,2. Vgl. allg. *Rilinger*, Humiliores (1988) 265, 270 f., 272.

[210] Wird eine solche Strafe verhängt, entfällt die *infamia*: Mac. 2 iud. publ. D. 48.19.10.2; Ant. C. 2.11.8 (a.205); Alex. C. 2.11.12 (a.224).

[211] Als diebstahlsähnliche *crimina* lassen sich – abgesehen vom altzivilen „Erntefrevel" (Plin. nat. 18.3.12) – *peculatus* oder *sacrilegium* (Diebstahl an *res publici* oder *divini iuris*) nennen. Zweifelhaft ist die Einordnung von *plagium* (Sklavenentführung): Call. 6 cogn. D. 48.15.6; Her. 6 iur. epit. D. 48.15.7; ferner Ulp. 41 Sab. D. 47.2.39 i. f.; Paul. 2 sent. D. 47.2.83.2; Paul. sent. 2.31.31; Diocl./Max. C. 6.2.10 (a.293). Vgl. *Santalucia*, Diritto e processo[2] (1998) 58, 130 f., 145, 200; ferner *Soledad*

Anzeige registrieren und dafür Sicherheit leisten muss.[212] Während die seit den *XII tabulae* etablierten Qualifizierungen des nächtlichen[213] bzw. des sich mit Waffe verteidigenden Diebes[214] beibehalten werden,[215] kommen nun als Spezialtatbestände[216] etwa *sacculariiund derectarii* (Taschen- bzw. Einsteigdiebe),[217] *abigei* (Viehdiebe),[218] *latrones* (Räuber) und *receptatores* („Hehler"),[219] *fures balnearii* (Badediebe), *effectores* (Einbrecher) sowie *expilatores* (Plünderer) hinzu.[220] Durch den neu geschaffenen Tatbestand des *crimen expilatae hereditatis* (→ § 57 Rn. 6–10) wird zudem eine bestehende Lücke bei der Diebstahlsverfolgung geschlossen.[221]

---

del Castillo Santana, ACop. V 367–370. Unter die *extraordinaria cognitio* fällt *stellionatus* (schwerer Betrug), der z. B. auch durch Verkauf einer verpfändeten Sache verwirklicht werden kann: Ulp. 8 off. procons. D. 47.20.3.1.

[212] *Santalucia*, Diritto e processo[2] (1998) 244 f. So die zentrale Aussage bei Ulp. 38 ed. D. 47.2.93: Da *temeritas agentium* auf die Kläger, nicht auf die Delinquenten bezogen ist, kommt dem Beleg eine etwas eingeschränktere Bedeutung zu, als das z. B. bei *Honsell*, JKW 361 Fn. 15 oder *Zimmermann*, LO 943 mit Fn. 165–169 anklingt. Vgl. ferner allg. Ulp. 2 off. procons. D. 47.1.3.

[213] Neben dem *fur nocturnus*, dessen Strafe die zeitweise Zwangsarbeit (*opus publicum*) nicht überschreiten darf, findet sich die Differenzierung auch beim Einbrecher (*effractor*), jedoch mit schwereren Sanktionen: Ulp. 8 off. procons. D. 47.17.1; Paul. off. praef. vig. sing. D. 47.18.2; allg. Ven. poen. pag. sing. D. 48.19.16.5.

[214] Ulp. 8 off. procons. D. 47.17.1 i. f. Wird die Waffe allerdings bereits mitgeführt, unterliegt der Dieb der *lex Cornelia de sicariis*: Marcian. 14 inst. D. 48.8.1 pr.; Paul. 5 sent. Coll. Mos. 1.2.1.

[215] Das belegt Paul. 5 sent. Coll. Mos. 7.2.1.

[216] Dazu *Santalucia*, Hom. Murga 788–790, 791 Fn. 28; das gilt auch für die ansonsten nicht verfolgbaren *furta domestica* (→ Rn. 8 i. f.): Marcian. 2 iud. publ. D. 48.19.11.1.

[217] Ulp. 8 off. procons. D. 47.18.1.2; 9 off. procons. D. 47.11.7.

[218] Mac. 1 iud. publ. D. 47.14.2; Ulp. 8 off. procons. D. 47.14.1. Zur Abgrenzung von *furtum*: Call. 6 cogn. D. 47.14.3 pr.; Ven. poen. pag. sing. D. 48.19.16.7.

[219] Call. 6 cogn. D. 48.19.28.10,15; Marcian. 2 iud. publ. D. 47.16.1; unter *recept(at)ores* werden auch diejenigen verstanden, die den „Straßenräubern" (u.a. gewerbsmäßigen, bandenmäßig organisierten Dieben) Unterschlupf gewähren: Marcian. 2 iud. publ. D. 48.19.11.2; Ven. poen. pag. sing. D. 48.19.16 pr.; vgl. auch *Garcia Garrido*, ACagl. 265 f.

[220] Ulp. 8 off. procons. D. 47.17.1; D. 47.18.1.1,2; Paul. off. praef. vig. sing. D. 1.15.3.2; Ven. poen. pag. sing. D. 48.19.16.6. Zu den *fures capsarii* (Kleiderverwahrern) in den öffentlichen Bädern: Paul. off. praef. vig. sing. D. 1.15.3.5.

[221] Weil das Entziehen von Objekten aus der ruhenden Erbschaft (*hereditas iacens*) kein *furtum* darstellt (→ § 44 Rn. 12), wird seit Mark Aurel deren „Ausplünderung" als *crimen extraordinarium* – s. *Santalucia*, Diritto e processo[2] (1998) 266 f. – sanktioniert: Ulp. 9 off. procons. D. 47.19.2; Paul. 1 Ner. D. 47.19.6. Allg. Ulp. 3 adult. D. 47.11.3; Marcian. 3 inst. D. 47.19.1; dementsprechend bezieht sich das Wahlrecht des Erben auf *actio in rem* bzw. *hereditatis petitio*, nicht aber auf die *actio furti*: Marcian. 2 iud. publ. D. 47.19.3. Vgl. auch *Santalucia*, Hom. Murga 790 Fn. 24.

§ 94 Klage wegen Arglist (*actio de dolo*)

Tommaso dalla Massara

Watson, „Actio de dolo“ and „actiones in factum“, ZSS 78 (1961) 392–402; *Albanese,* La sussidiarietà dell’„actio de dolo“, AUPA 28 (1961) 173–322*; von Lübtow,* Die Ursprungsgeschichte der „exceptio doli“ und der „actio de dolo malo“, in: Eranion G. S. Maridakis I, 1963, 183–201*; Carcaterra*, „Dolus bonus“, „dolus malus“. Esegesi di D. 4.3.1.2–3, 1970*; Brutti,* La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana I – II, 1973*; Wacke,* „Circumscribere“, gerechter Preis und die Arten der List, ZSS 94 (1977) 184–246*; Wacke,* Zum „dolus“-Begriff der „actio de dolo“, RIDA 27 (1980) 349–386*; MacCormack,* Sciens dolo malo, in: Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino III, 1985, 1445–1453*; MacCormack*, „Dolus“ in Republican Law, BIDR 27 (1985) 1–38*; MacCormack*, „Dolus“ in the law of the early classical period (Labeo-Celsus), SDHI 52 (1986) 236–285*; Kupisch*, „Actio famosa“. Zur Subsidiarität der „actio de dolo“ bei „dolus“ im Prozess, in: Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, 1187–1203*; MacCormack,* „Dolus“ in decisions of the Mid-classical Jurists (Iulian-Marcellus), BIDR 96–97 (1993–1994) 83–146*; Schermaier,* „Bona fides“ in Roman Contract Law, in: Good Faith in European Contract Law, 2000, 63–92*; Talamanca,* La „bona fides“ nei giuristi romani: „Leerformeln“ e valori dell’ordinamento, in: Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14–15–16 giugno 2001) IV, 2003, 1–313*; Cursi*, L’eredità dell’„actio de dolo“ e il problema del danno meramente patrimoniale, 2008*; Lambrini,* Studi sull’azione di dolo, 2013; *Harke*, Actio de dolo. Arglistklage im römischen Recht, 2020.

Inhalt Rn.

I. Die Einführung der Klage wegen Arglist 1
II. Die Datierung der Klage wegen Arglist 8
III. *Dolus bonus* und *dolus malus* 14
IV. Das tatbestandliche Verhalten 18
V. Die Formel für die Klage wegen Arglist 23
VI. Die *actio de dolo* und die Restitutionsfunktion 31
VII. Die Subsidiarität 40
VIII. Die vorvertragliche und vertragliche *actio de dolo* 49

I. Die Einführung der Klage wegen Arglist

Die Einführung der Klage wegen Arglist – *actio doli* oder in den Quellen häufiger *actio de dolo* – stellt einen grundlegenden Schritt hin zu einer weitreichenderen Anerkennung des objektiven Gebots von Treu und Glauben und der Grundsätze des redlichen Geschäftsverkehrs im Zivilprozess *per formulas* dar. 1

Dieselben Vorstellungen von Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr liegen der Einrede der Arglist (→ § 108) zugrunde. 2

Im Rahmen einer ersten Annäherung lässt sich sagen, dass die Klage wegen Arglist der Sanktionierung jeglichen Verhaltens dient, das der Prätor als dem Gebot von Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr entgegenstehend betrachtet.[1] Im Vergleich zur Einrede zeigt sich der besondere Nutzen der Klage dort, wo das Rechtssubjekt, welches Opfer der Arglist wurde, nicht mehr die Möglichkeit hat, die Wirkungen der Arglist selbst zu verhindern. Dazu kommt es beispielsweise, wenn der mit der Arglist behaftete Vertrag schon ausgeführt wurde. 3

Die Arglist ist, vom moralischen Standpunkt aus, die Negation des objektiven Gebots von Treu und Glauben und der Redlichkeit des Geschäftsverkehrs selbst: Der Arglistbegriff stellt zweifellos eine ethische Basis dar,[2] insbesondere in einer Gesellschaft, die sich auf gemeinsame Werte gründet wie die römische *civitas*, aber er nimmt innerhalb des römischen Prozesses auch eine präzise technisch-juristische Bedeutung an.[3] 4

Dem Prätor ist die Aufgabe anvertraut, die Grundsätze von Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr in konkret anwendbare Regeln zu übersetzen; damit liegt es beim Prätor, die Klage – ebenso wie die Einrede – der Arglist zuzulassen. 5

Der römische Arglistbegriff findet Vorgänger im griechischen Bereich, ohne dass dort jedoch schlichte Äquivalente zu finden sind: Der lateinische Begriff *dolus* kann insbesondere hergeleitet werden von den Begriffen „*délear*“ oder „*dolos*“, beide bedeu- 6

---

[1] Vgl. *Ranieri*, s. v. Good Faith, MPEEPL I, 790 f.; außerdem *Grosso*, s. v. Buona fede (dir. rom.), ED V 661–663.

[2] „*Dolus*, in classical Roman law, always retained an element of moral disapproval. A person charged with *dolus* had not necessarily employed deceit and trickery, but had infringed one of the standard principles by which to conduct an honest life: fidelity“: *Zimmermann*, LO 667 f.

[3] Im hierzu recht umfangreichen Schrifttum vgl. nur *Pernice*, Labeo II.1 (1895) 134–156; *Mitteis*, RP 318–322; *Longo*, Dottrina del dolo (1937); *Casavola*, s. v. Dolo (Diritto Romano), NNDI VI 147–149; *Watson*, Obligations (1965) 261; *Benöhr*, SZ 87 (1970) 123–196; *Carcaterra*, Dolus (1970); *Wacke*, SZ 94 (1977) 184–246; Wacke, RIDA 27 (1980) 349–386; *MacCormack*, SDHI 52 (1986) 236–285; *MacCormack*, Scr. Guarino III 1445–1453; *MacCormack*, BIDR 88 (1985) 1–38; *MacCormack*, BIDR 96–97 (1993–1994) 83–146; *Camiñas*, Hom. Murga Gener 945–975; *ter Beek*, Dolus (1999), zu diesem *Knütel*, SZ 119 (2002) 651–653; *Schermaier*, in: Zimmermann/Whittaker, Good Faith (2000) 63–92; *Talamanca*, Atti Burdese IV 1–303; *Cardilli*, Roma e America 13 (2002) 123–186; *Elsener*, Racines (2004); *Cursi*, Eredità (2008); *Lambrini*, Azione di dolo (2013) 23–40; *Harke*, Actio de dolo (2020).

ten „Köder“ bzw. „Lockmittel“:[4] Belege hiervon finden sich beispielsweise schon bei Homer.[5]

7 Es ist aber zugleich darauf hinzuweisen, dass der „*dolus*“ nach seiner anderen Bedeutung ein Kriterium der Zurechnung der Verantwortlichkeit darstellt. Insbesondere stellt die vorsätzliche (dolose) Verantwortlichkeit den schwerwiegendsten Grund für die Zurechnung dar, welche bei Willentlichkeit des schädigenden Verhaltens erfolgt.[6]

II. Die Datierung der Klage wegen Arglist

8 Die zeitliche Einordnung der Einführung der Klage wegen Arglist mittels Edikt ist umstritten. Die Quellen belegen mit Sicherheit, dass ihre Einführung mit der Person des C. Aquilius Gallus verbunden ist. Eine Auffassung geht davon aus, dass dieser das Amt des Prätors (*praetor peregrinus*) im Jahr 66 v. Chr. bekleidete. Dies ist hingegen ebenso wenig sicher wie die Tatsache, dass die Einführung auf seine direkte Initiative in seiner Eigenschaft als Prätor zurückzuführen ist (insbesondere erscheint es wahrscheinlicher, dass er die *quaestio de ambitu* leitete). Eine andere Auffassung geht davon aus, dass Aquilius Gallus als einflussreicher Jurist sich darauf beschränkte, dem Prätor die Klageformel vorzuschlagen.[7]

9 Wertvolle Anhaltspunkte für den Ursprung der Klage wegen Arglist sind in zwei Texten Ciceros zu finden. Im ersten, einem Ausschnitt aus *de officiis,* wird ein Verkauf geschildert, bei dem der Verkäufer den Käufer getäuscht hatte, um das Geschäft abzuschließen: Detailliert berichtet Cicero von einer Episode, deren Protagonist Canius ist, ein römischer Ritter, der in Folge des Betrugs durch den Bankier Pythius eine am Küstenstreifen von Syrakus gelegene Villa gegen Zahlung eines überhöhten Preises gekauft hatte.[8] Der Betrug hatte sich in Gestalt einer Täuschung ereignet: Der Verkäufer hatte ihn glauben lassen, dass der Küstenstreifen unglaublich fischreich sei. Nach Abschluss des Kaufes und Kenntnis von der Täuschung konnte Canius aber nichts Anderes tun, als sich selbst zu bedauern, da er nicht gegen denjenigen klagen konnte, der ihn getäuscht hatte, weil – wie Cicero schreibt – die Klage wegen Arglist noch nicht von Aquilius Gallus eingeführt worden war; Aquilius Gallus hatte tatsächlich noch nicht die *formulae de dolo malo* entwickelt (wörtlich: *nondum enim C. Aquilius, collega et fami-*

[4] Vgl. *Lambrini*, Azione di dolo (2013) 1–22; vgl. außerdem *Demuro*, Dolo II (2010) 3–22; *Demuro*, Diritto@storia 5 (2006).

[5] Vgl., Bspl., Od. 4.437; 4.455; 8.275–282; 12.252; Il. 23.585.

[6] Vgl. *Luzzatto*, s. v. Dolo (dir. rom.), ED XIII 712–716; *Casavola*, s. v. Dolo (Diritto Romano), NNDI VI 148.

[7] Zu diesem Aspekt *Watson*, Law Making (1974) 72–75; *Lübtow*, Er. Maridakis I 185–187; *D'Ippolito*, Labeo 41 (1995) 250 bes. Fn. 6; *Castro Sáenz*, SemCompl. 27 (2014) 206–210.

[8] Vgl. Cic. off. 3.14.58–60. Dazu *Lübtow*, Er. Maridakis I 183–187; *Talamanca*, Atti Burdese IV 131 f. bes. Fn. 367; *Procchi*, in: Garofalo, Obbligazioni I (2007) 190; *Solidoro-Maruotti*, Obblighi (2007) 56–62.

liaris meus, protulerat de dolo malo formulas). Eine mögliche Lesart ist, dass der Plural (*formulae*) sich nicht nur auf die Klage, sondern auch auf die Einrede bezieht (→ § 108 Rn. 11).

Der zweite Text ist in *de natura deorum*[9] enthalten: Dort ist die Rede von der Arglistklage als von dem „Besen" gegen alle Böswilligkeiten; es heißt, dass die Klage *de dolo* von Aquilius Gallus entwickelt wurde (genauer: *everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit*). **10**

Die neue Literatur neigt zu einer Datierung der Klage wegen Arglist, welche zwischen 90 und 66 v. Chr. schwankt, und stellt so die Hypothese einer weiter zurückliegenden Datierung auf, anders als die traditionelle Auffassung, welche sich auf 66 v. Chr., das Amtsjahr des Aquilius Gallus, konzentrierte.[10] Insbesondere wäre unter der Voraussetzung, dass der Dialog aus *de natura deorum* im Jahr 77 oder 76 v. Chr. stattfindet, der eben zitierte Satz *iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit* ein unerklärlicher Anachronismus, wenn die Klage erst 10 Jahre danach eingeführt worden wäre.[11] Wenn man die Tatsache berücksichtigt, dass das Geburtsjahr von Aquilius Gallus das Jahr 110 v. Chr. ist, ist daher die plausibelste Hypothese, dass die Klage zwischen 90 und 80 v. Chr. durch Edikt eingeführt wurde.[12] Folgt man dem, so darf man unterstellen, dass Aquilius als Jurist sich darauf beschränkte, dem Prätor die Einführung der Klage wegen Arglist mittels Edikt vorzuschlagen. **11**

Wenn man davon ausgeht, dass die Möglichkeit der Arglisteinrede bereits vor der Klagemöglichkeit existierte, wird verständlich, dass die Klage wegen Arglist zugestanden wurde, um die Schutzmöglichkeiten für das Opfer einer arglistigen Täuschung zu vervollständigen. Im Ergebnis konnte dieses damit nicht nur im Wege der Verteidigung, also in der Position des Beklagten, sondern auch auf dem Klagewege Schutz erlangen. **12**

Die allgemeine Bezugnahme auf die *formulae de dolo*, welche sich in *de officiis* findet, könnte daher auf beide Rechtsmittel, nämlich Klage und Einrede, hinweisen;[13] diese bilden, gerade wenn sie zusammen betrachtet werden, einen Begriff der Arglist als autonomer Figur der unerlaubten Handlung.[14] **13**

III. *Dolus bonus* und *dolus malus*

Ursprünglich hat *dolus* eine *vox media*-Bedeutung, da er sowohl durch den Begriff des *dolus bonus* als auch des *dolus malus* zum Ausdruck kommen kann.[15] Wenn er *bonus* ist, **14**

[9] Vgl. Cic. nat. deor. 3.30.74.

[10] Kürzlich hierzu *Triggiano*, Index 38 (2010) 385 bes. Fn. 68.

[11] Vgl. *Frier*, Rise (1985) 148.

[12] *D'Ippolito*, Labeo 41 (1995) 247–250; vgl. außerdem *Fercia*, St. Ledda I 421–444.

[13] Zur Bedeutung des Ausdrucks *formulae* vgl. *Rudorff*, ZgR 12 (1845) 131–170; *MacCormack*, BIDR 88 (1985) 15–38; *Talamanca*, Atti Burdese IV 136.

[14] Vgl. *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 128 f. bes. Fn. 1; Lenel, EP 114 f.

[15] Vgl. Gell. 12.9.1.

zeigt sich der *dolus* in einem in juristischer Hinsicht nicht tadelswerten Verhalten: dieses ist somit Synonym der *sollertia* (Geschäftstüchtigkeit).[16] Dagegen ist der *dolus malus* das Ergebnis einer Überarbeitung des im allgemeinen Sprachgebrauch verwendeten Wortes im technisch-juristischen Sinne.[17]

15 Der positive *dolus* ist Teil eines Verhaltens, welches denjenigen nicht schädigt, der geschäftserfahren ist. Er bezieht sich daher auf normale Raffiniertheiten, die vom Recht geduldet werden. Zum Beispiel fällt unter diese normale Geschäftstüchtigkeit das Verhalten dessen, der bei Vertragsverhandlungen bezweckt, die Ware überzubewerten oder abzuwerten, wie es die Parteien typischerweise bei einem Verkauf tun.

16 Die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *malus* ist nicht immer leicht vorzunehmen; die Qualifikation bleibt der aufmerksamen Bewertung der Praxis im Einzelfall überlassen.[18]

17 Außerdem ist die Anwendbarkeit der Klage wegen Arglist im Falle beiderseitiger Arglist ausgeschlossen.[19]

IV. Das tatbestandliche Verhalten

18 Wie bereits erwähnt, stellt der *dolus* (*malus*) die Negation von Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr dar. Zum Zeitpunkt der Einführung der Klageformel durch Edikt ist der ursprüngliche Kern des tatbestandlichen Verhaltens durch die Täuschung geprägt.

19 Cicero überliefert die Arglist-Definition seines Freundes Aquilius Gallus als täuschendes Verhalten und ist der Ansicht, dass jegliche Form der Lüge, *omne mendacium*, bei Vertragsschluss geächtet werden solle.[20] In einem aus *de natura deorum* entnom-

---

[16] Vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.3: *Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant*; dazu *Wacke*, SZ 88 (1971) 444 und *Wacke*, SZ 94 (1977) 221.

[17] Vgl. *Carcaterra*, Dolus (1970) 179 f.: „se il termine *dolus* (*bonus/malus*) rinviasse al comune modo di sentire, e per ciò anche al comune significato che esso aveva nella lingua parlata, chiunque avrebbe compreso il valore semantico delle parole del pretore: *quae dolo malo facta esse dicentur* (D. 4.3.1 p), e non si spiegherebbe l'accanito impegno dei giuristi per definire quel termine." Vgl. auch *Lübtow*, Er. Maridakis I 6.

[18] Vgl. *Martens*, s. v. Fraud, MPEEPL I, 731.

[19] Ulp. 11 ed. D. 4.4.16.4: *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*; Ulp. 11 ed. D. 19.2.22.3: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.* Ulp. 56 ed. D. 47.10.1.5: *Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat*; Marcian. 2 reg. D. 4.3.36: *Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.*

[20] Vgl. Cic. off. 3.15.61: *Dolus autem malus in simulatione, ut ait Aquilius, continetur. Tollendum est*

menen Text bekräftigt Cicero die Idee der Arglist als täuschendes Verhalten (*aliud simulatum, aliud actum*[21]).

Auch die juristischen Quellen bestätigen die ursprüngliche Bedeutung der Arglist als **20**
Vortäuschen: Servius Sulpicius[22] – Redner und juristischer Berater, Freund Ciceros – und Sextus Pedius,[23] machen, indem sie die Meinung von Aquilius Gallus widerspiegeln, deutlich, dass der betrügerische Aspekt des Verhaltens in erster Linie in der Fiktion der Realität besteht, im Betrug, um jemanden zu hintergehen.[24]

Wie eine Umformung in einem zur ursprünglichen Idee der Arglist extensiven Sinne **21**
wirkt daher die bekannte Definition von Labeo, welche in Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.2 überliefert ist. Labeo, ein Jurist augusteischer Zeit, geht dort davon aus, dass sich die betrügerische Handlung ohne Täuschung realisieren kann (*et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur*); außerdem hält er auch die Verstellung für relevant.[25] Für Labeo ist die Arglist allgemein jede List, jeder Betrug oder jede Machenschaft, die darauf abzielt, jemanden einzuwickeln, ihn zu täuschen, bei ihm einen Irrtum oder eine falsche Vorstellung von der Realität zu erwecken (*omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam*).[26] Wenn man als Irrtum die Fehlvorstellung von der Wirklichkeit versteht, stellt folglich die Arglist einen herbeigeführten Irrtum dar, die Frucht des Verhaltens eines Betrügers. Die Definition Labeos wird von Ulpian geteilt.[27]

Dessen ungeachtet kann man nicht von einer zu strengen Festlegung des Begriffs der **22**
Arglist auf Grundlage der von den Juristen jeweils zur Beschreibung verwendeten Wortwahl ausgehen. Vielmehr ist dem Prätor bzw. dem *iudex* immer die Konkretisierung der nach Treu und Glauben und der Redlichkeit bestehenden Regel überlassen; bei der Beurteilung des Vorliegens der Arglist betrachtet der Prätor besonders die Umstände des Einzelfalles: *an dolo quid factum sit, ex facto intellegitur.*[28]

---

igitur ex rebus contrahendis omne mendacium. Vgl. *Nörr*, SZ 121 (2004) 173; *Cardilli*, Bona fides (2010) 31.

[21] Vgl. Cic. nat. deor. 3.30.74. Zum Konzept des Verhaltensmusters *aliud simulare-aliud agere* vgl. *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 135; *Camiñas*, Hom. Murga Gener 963; *Solidoro-Maruotti*, Obblighi (2007) 60.

[22] Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.2: *Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur.*

[23] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.9: *Dolo malo ait praetor pactum se non servaturum. dolus malus fit calliditate et fallacia: et ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur.*

[24] Vgl. *MacCormack*, BIDR 88 (1985) 32; *MacCormack*, SZ 104 (1987) 641; *Casavola*, s. v. Dolo (Diritto Romano), NNDI VI 147.

[25] Vgl. *Triggiano*, Index 38 (2010) 390 bes. Fn. 102.

[26] Vgl. *Carcaterra*, Dolus (1970) 9–57; *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 135 f.; *Wacke*, Iura 28 (1977) 10–39; *Cursi*, Eredità (2008) 26 bes. Fn. 3.

[27] Man vergleiche insbesondere das Ende von Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.3: *Labeonis definitio vera est.*

[28] Paul. 71 ed. D. 44.4.1.2.

V. Die Formel der Klage wegen Arglist

23 Der Tenor der Ediktsklausel für die Klage wegen Arglist lässt sich einem Text von Ulpian entnehmen.[29] Die Rekonstruktion der Klageformel lautet folgendermaßen:

Si paret dolo malo Numerii Negidii factum esse, ut Aulus Agerius Numerio Negidio fundum quo de agitur mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit, neque ea res arbitrio tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.

„Wenn es sich erweist, dass es durch Arglist [des Beklagten] geschehen ist, dass [der Kläger] [dem Beklagten] das Grundstück, um das es hier geht, zum *mancipium* gegeben hat, und es nicht länger als ein Jahr her ist, dass (erstmals) die Möglichkeit der Rechtsverfolgung bestand, und diese Sache nicht nach deinem Ermessen restituiert wird, dann soll der Richter [den Beklagten] zugunsten [des Klägers] zu so viel Geld verurteilen, wie diese Sache wert ist; wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen."[30]

24 Die Klage wegen Arglist ist ein prätorischer Rechtsbehelf: sie ist als *actio in factum concepta* qualifizierbar, so dass in ihrer *intentio* die Beschreibung der Sachverhaltsumstände enthalten ist, auf die sich der Anspruch stützt.[31]

25 Umstritten ist das Verhältnis dieses Rechtsbehelfs zu anderen Klagen *in factum*:[32] Grundsätzlich ist schwer vorstellbar, dass ein Konflikt mit den Dekretalklagen entsteht; letztere waren auf Grundlage der Einzelfallbetrachtung zugelassen, als die Klage wegen Arglist noch fehlte.[33]

26 Die Klage wegen Arglist hat strafrechtlichen Charakter; sie ist allgemein geprägt durch Noxalhaftung (→ § 105) und passive Unübertragbarkeit (→ § 91 Rn. 4) vorbehaltlich Anpassungen im konkreten Fall, wovon Spuren in den Quellen zu finden sind;[34] außerdem führt sie zur Infamie (→ § 28) mit allen Konsequenzen, die diese sowohl auf der Ebene des öffentlichen Rechts als auch der Ebene des Privatrechts hat; vorrangig ist aber die gesellschaftliche Sanktion zu beachten, die von der Infamie ausging.[35]

---

[29] Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.1: *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse, iudicium dabo.* Vgl. *Colacino*, s. v. Actio de dolo, NNDI I 259 f.

[30] Vgl. *Lenel*, EP 114; *Mantovani*, Formule 70.

[31] Gai 4.46: *Ceteras vero conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur.* Vgl. *Provera*, Pluris petitio I (1958); *Guarino*, Labeo 8 (1962) 7–15; *Wesener*, St. Betti IV 495–505; *Nicosia*, s. v. Gestione affari altrui (storia), ED XVIII 628–644; *d'Ors*, SDHI 48 (1982) 368–394; *Talamanca*, s. v. Processo civile (dir. rom.), ED XXXVI 1–79; *Fernández Barreiro*, Fuentes de las obligaciones (1994) 29–48.

[32] Vgl. *Watson*, SZ 78 (1961) 392–401.

[33] *Albanese*, AUPA 28 (1961) 173 bes. Fn. 1.

[34] Zu diesem Aspekt *Lambrini*, Azione di dolo (2013) 43–45.

[35] Vgl. *Daube*, ACI Verona III 411–450; *Kaser*, SZ 73 (1956) 220–278; *Brasiello*, s. v. Infamia (Diritto Romano), NNDI VIII 641–643; *Wolf*, SZ 126 (2009) 55–113; *Chiusi*, Storia delle donne 6–7 (2010–2011) 89–105.

Die Klage wegen Arglist konnte in der klassischen Zeit nicht später erhoben werden als ein Jahr nach Begehung des arglistigen Verhaltens: Die Verjährungsfrist wurde von Konstantin auf zwei Jahre erhöht, also zu einem Zeitpunkt, als schon der Prozess in den Formen der *cognitio extra ordinem* ablief.[36] 27

Abgesehen von den mit ihrem pönalen Charakter verbundenen Aspekten (passive Unübertragbarkeit und Noxalhaftung) ist die Klage wegen Arglist aber im Wesentlichen geprägt von ihrer reipersekutorischen Funktion.[37] Mittels der Klage wurde nämlich eine Geldstrafe verfolgt, deren Betrag auf das *id quod interest* beschränkt war. Es erscheint daher schwierig, eine genaue Einordnung des Rechtsinstruments innerhalb der klassischen Klagearten vorzunehmen, da sie zum einen Straffunktion hat und zum anderen der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen dient. 28

Der infamierende Charakter der Arglistklage führt zur Notwendigkeit einer Überprüfung sowohl desjenigen, der Schutz sucht, als auch desjenigen, gegenüber dem die Klage erhoben wird durch den Prätor, welcher dazu berufen ist, die Zulassung des Rechtsmittels zu bewerten (*causae cognitio*). 29

Die Zulassung der Klage erfährt die Grenzen, die vom System der infamierenden Klagen vorgesehen sind. Daher kann die *actio* nicht von Kindern gegenüber ihren Eltern zugelassen werden oder von Freigelassenen gegenüber den Patronen; sie darf nicht angewandt werden zu Gunsten von Personen niedrigen Ranges gegenüber einem Rechtssubjekt, das sich absetzt durch seine Würde, wie im Falle eines Plebejers gegenüber einer Person vom Rang eines Konsuls; schließlich ist ihre Anwendung auch ausgeschlossen für eine moralisch haltlose oder verschwenderische Person.[38] 30

VI. Die *actio de dolo* und die Restitutionsfunktion

Die Klage wegen Arglist ist dadurch geprägt, dass sie eine Arbiträrklage ist[39] (die nicht häufig bei den Klagen *in personam* anzutreffen ist): In der Klageformel ist tatsächlich der *arbitratus de restituendo* enthalten, welcher – wie bekannt ist – nach der *intentio* und vor der *condemnatio* eingereiht ist (→ § 12 Rn. 41). 31

Der *arbitratus de restituendo* ist der Formelbestandteil, welcher eine Rückgabeanordnung hinsichtlich des Streitgegenstandes trifft; oder, in einem weiteren Sinne, eine Anordnung, den klägerischen Anspruch zu befriedigen, wie er in der *intentio* behauptet 32

[36] Const. C. 2.20(21).8 (a.319). Vgl. *Amelotti*, Prescrizione (1958).

[37] Vgl. *Longo*, Dottrina del dolo (1937); *Longo*, St. Zingali 459–496; *Longo*, Ricerche (1966) 765–796; *Albanese*, AUPA 28 (1961) 173–321; *Albanese*, Labeo 9 (1963) 42–56: *Vacca*, ANRW II 14 702; *Rossetti*, BIDR 96–97 (1993–1994) 343–394; *Vacca*, Iura 40 (1989) 41–54; *Kupisch*, FS Stree und Wessels 1187–1203; *Voci*, SDHI 64 (1998) 1–46; *Fercia*, St. Ledda I 421–444; *Lambrini*, Azione di dolo (2013) 41–68.

[38] Ulp. 11 ed. D. 4.3.11.1.

[39] Paul. 11 ed. D. 4.3.18 pr.

wird.[40] Dieser Part wurde eingeführt, um die Schwierigkeiten zu mildern, die sich im Formularprozess dadurch ergaben, dass die Strafe in einer Geldsumme ausgedrückt wurde.

33 Die Existenz einer solchen Formel bei der Klage wegen Arglist eröffnet dem Richter das *arbitrium*, das heißt: das weitreichende Entscheidendürfen bzw. -müssen über die Sachlage, in dem Sinne, dass der Richter dazu berufen ist, sich bezüglich der Beweise zu äußern und dabei gleichzeitig das Verhalten des Beklagten hinsichtlich der Rückgabeanordnung zu bewerten.[41] Nur wenn diese Rückgabeanordnung wirklich unbeachtet bleibt, kann bzw. darf also der Richter den nicht erfüllenden Beklagten zur Zahlung der Geldstrafe verurteilen.

34 Wenn der Beklagte hingegen der erhaltenen Anordnung nachkommt, wird er freigesprochen.[42] In diesem Sinne kann man sagen, dass der *arbitratus* die *condemnatio* bedingt: Zur Bewertung hinsichtlich der Begründetheit des Rechts, bezüglich dessen der Kläger Feststellung verlangt, tritt die Bewertung hinsichtlich der restitutorischen Wirkung.

35 Die Anordnung des Richters hat keinerlei konstitutive Wirkung, welche auf die Rückgabe selbst gerichtet ist: Die Initiative bleibt ausschließlich dem Beklagten anheimgestellt, dem eine zumeist vorteilhafte Chance eingeräumt wird. Tatsächlich kann sich der Beklagte über die Vermeidung der Verurteilung zur Zahlung eines Geldbetrages hinaus – der in der Regel vom Kläger mittels des Mechanismus des *iusiurandum in litem* festgesetzt wird[43] –, immun machen hinsichtlich etwaiger weiterer negativen Konsequenzen, die mit dem besonderen Klagetyp verbunden sind, vor allem gegenüber der Infamie.

36 Klarzustellen ist, dass das Ermessen des Richters bei der Bewertung der Erfüllung der im *arbitratus* festgelegten Pflicht nicht zu irgendeiner Berücksichtigung bezüglich der Gut- oder Bösgläubigkeit des Beklagten führt: Die Formel für die Arbiträrklagen räumt dem Richter weitreichende Befugnisse ein, die aber zu trennen sind von jenen der *iudicia bonae fidei* an sich.[44]

37 Das klägerische Interesse ist im *arbitratus de restituendo* mittels des Gebrauchs des Wortes *restituere*[45] ausgedrückt: Dies bedeutet nicht so sehr eine Restitution im Sinne

---

[40] Gai. 4.163; zu den unterschiedlichen Ausgestaltungen des *arbitratus de restituendo* vgl. *Viaro*, Arbitratus de restituendo (2012) 167 bes. Fn. 494.

[41] In jüngerer Zeit bleibt die Auffassung von *Biondi*, Actiones arbitrariae (1970) 83 isoliert, der ausschließt, dass die Formel der Klage wegen Arglist eine restitutorische Klausel enthält. Anderer Auffassung ist *Kaser*, Restituere (1968) 6–44; *Albanese*, AUPA 28 (1961) 278; *Cursi*, Eredità (2008) 36–38; *Viaro*, Arbitratus de restituendo (2012) 50 bes. Fn. 137.

[42] Vgl. *Cannata*, s. v. Formula, NNDI VII 584.

[43] Vgl. *Provera*, Iudicia contraria (1951); *Orestano*, Iura 5 (1954) 297–302; *Chiazzese*, Iusiurandum (1958); *Amirante*, s. v. Giuramento (Diritto Romano), NNDI VII 937–942; *Amirante*, St. Betti III, 17–39; *Broggini*, St. Betti II 119–155; *Molè*, s. v. Sentenza (Diritto Romano), NNDI XVI 1081–1103; *Biondi*, Giuramento (1913); *Camiñas*, Hom. Murga Gener 964 f.

[44] Vgl. *Talamanca*, Istituzioni (1990) 315.

[45] Paul. 11 ed. D. 4.3.18.4: *Dolo cuius effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat:*

der materiellen Rückgabe eines Gutes, sondern ist vielmehr weiter zu verstehen als Zurückversetzen in den vorherigen Zustand. Bei der *actio de dolo*, da sie *actio in personam* ist, muss die Restitution notwendigerweise weit verstanden werden und mit der Wiederherstellung der vorhergehenden Situation übereinstimmen, „so als habe sich der Umstand nicht ereignet".[46]

Was die Höhe der *condemnatio* betrifft, nimmt man Bezug auf die vom Kläger durch das *iusiurandum in litem* angegebene Summe, die im Einzelfall durch das *officium* des Richters und durch den Rekurs auf eine *taxatio* (→ § 12 Rn. ■) oder eine vom Prätor bestimmte Höhe begrenzt werden kann. **38**

Vom funktionellen Standpunkt aus entspricht dem *arbitratus de restituendo* die *restitutio in integrum propter dolum*, ein außergerichtliches Instrument, das der Prätor außerhalb eines Prozesses hätte zulassen können (ein Mittel *magis imperii quam iurisdictionis*) zur Rückversetzung in den vorherigen Zustand, als ob die Arglist nicht stattgefunden hätte: Zweifel sind allerdings in der Literatur schon hinsichtlich der Existenz eines solchen Instruments, aber auch hinsichtlich seiner Ausgestaltung erhoben worden.[47] **39**

VII. Die Subsidiarität

Der subsidiäre Charakter der Klage wegen Arglist findet in der Ediktsklausel Ausdruck in den Worten *si alia actio non erit.*[48] **40**

Wenn man hier von Subsidiarität im Zusammenhang mit der Typizität von Klagen spricht, dann vor allem im Hinblick darauf, dass die Klage wegen Arglist nur dann Anwendung findet, wenn keine anderen und spezielleren Schutzinstrumente vorhanden sind.[49] **41**

Trebatius ait de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum, ne aliter observantibus lex circumscribatur; außerdem, Ulp. 11 ed. D. 2.14.11; Paul. 42 ed. D. 38.5.5.1 Aus dem Gebrauch der passiven Diathese ergibt sich, dass die Aufmerksamkeit auf das Endergebnis gelegt wird, den wirklichen Ausgleich des verletzten klägerischen Interesses.

[46] *Kaser*, Restituere (1968) 6–44 hebt hervor, dass das sog. Restitutionsprinzip unterschiedlich zum Ausdruck kam, je nachdem, ob die konkrete Klage ihren Ursprung in einem *delictum* hatte oder nicht. Tatsächlich war der Beklagte im zweiten Fall, wenn er eine Geldstrafe vermeiden wollte, verpflichtet, den Kläger in den Zustand zu versetzen, in dem er sich im Zeitpunkt der *litis contestatio* befand. Im Falle einer Klage hingegen, deren Grund die Begehung eines *delictum* war, musste die Restitution den Zustand herstellen, der bestünde, wenn das Delikt nicht stattgefunden hätte. Vgl. kürzlich hierzu *Viaro*, Arbitratus de restituendo (2012) 51 bes. Fn. 140.

[47] Vgl. Cic. Flacc 30–32; *Cervenca*, Restitutio (1965); *Wacke*, SZ 88 (1971) 105–135; *Cursi*, Eredità (2008) 91–94.

[48] Vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.4.

[49] Vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.1.

42 Hinsichtlich der Zulassung der Klage von Seiten des Prätors wird dessen *causae cognitio* verlangt: Es handelt sich um eine einleitende Feststellung, die der *datio actionis* vorausgeht, kraft derer das Bestehen der ediktalen Voraussetzung *si alia actio non erit* geprüft wird.[50]

43 Abgesehen von den Zweifeln hinsichtlich der Texte, welche in der Literatur zu zahlreichen Gegenpositionen zum Thema der Subsidiarität Anlass gegeben haben,[51] kann festgehalten werden, dass sich zwei Kriterien zur Anwendung der Subsidiarität gegenüberstehen.

44 Nach der ersten Lesart kommt die Subsidiarität in der Überprüfung zum Ausdruck, dass dem, der die Arglist erlitten hat, keine anderen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen dürfen: keine Einrede, keine Untersagung, keine *restitutio in integrum* oder sogar keine Klage gegen ein anderes Rechtssubjekt als den Urheber der Arglist. Wenn man dieser Lesart folgt, schränkt sich die Anwendung der Klage wegen Arglist ein.[52]

45 Nach anderer Lesart, die ihre Grundlage in einem Auszug von Labeo findet,[53] müsste eine solche Klage auch dann zugelassen werden, wenn man die Existenz eines anderen Rechtsmittels bezweifelt; auf diese Weise käme es zu einem breiteren Anwendungsbereich der Klage wegen Arglist.[54] Die Ausweitung, zu der diese Ansicht führt, bewirkt die Zulassung der Klage wegen Arglist auch dann, wenn eine Klagemöglichkeit gegen eine andere Person als die Urheberin der Arglist gegeben ist, diese aber zahlungsunfähig ist.[55]

46 Von einem anderen Standpunkt aus, der von der neueren Literatur vorgeschlagen wird, würde man einerseits einer „substantiellen" Subsidiarität gegenüberstehen, welche in Ermangelung einer auf den konkreten Fall anwendbaren Zivilklage greift, und andererseits einer Subsidiarität „als Garantie" des Geschädigten für den Fall, dass die Anwendung des Rechtsbehelfs, der im konkreten Fall vorgesehen wäre, zu Ungewissheit führen würde; in diesem zweiten Sinne käme es zu einem breiteren Anwendungsbereich der Arglistklage.[56]

---

[50] Vgl. *Albanese*, AUPA 28 (1961) 180; *Albanese*, Labeo 9 (1963) 188. Zur *causae cognitio Martini*, Causae cognitio (1960); *Martini*, St. Donatuti II 695–708; *Martini*, ACop. VI 229–244; *Luzzatto*, Processo extra ordinem I (1965) 52–96; *Pugliese*, Processo formulare (1950).

[51] Es stehen sich die Texte von *Albanese*, AUPA 28 (1961) 173–321, der der Ansicht war, dass die Gründe, weshalb eine Klage wegen Arglist zugelassen wird, einen klassischen Ursprung haben (vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.3.5; Gai. 4 ed. prov. D. 4.3.6) und die These von *Guarino*, Labeo 8 (1962) 270–278 (= *ders.*, Pagine VI 281–290) gegenüber, der ausgehend von der Position *Pringsheim*s, SZ 41 (1920) 252–262 von einem nicht klassischen Charakter der in Frage kommenden Ursprünge ausgeht. Vgl. außerdem *Kupisch*, FS Stree und Wessels 1187–1203; *Cursi*, Eredità (2008) 39–66.

[52] Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.8; Paul. 11 ed. D. 4.3.2; Ulp. 11 ed. D. 4.3.3.; Paul. 11 ed. D. 4.3.4.

[53] Ulp. 11 ed. D. 4.3.7.3: *Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem.*

[54] Man vergleiche außer *Albanese* a. a. O. in diesem Sinne auch *Masi*, StSen. 74 (1962) 40–50.

[55] Ulp. 11 ed. D. 4.3.5; Gai. 4 ed. prov. D. 4.3.6.

[56] Zu diesem Aspekt *Lambrini*, Azione di dolo (2013) 28; sowie *Cursi*, Eredità (2008) 40–66.

Zuweilen wurde die Ursache des subsidiären Charakters von der Literatur in der Möglichkeit gesehen, die aus der Klage resultierende Infamie zu vermeiden, von der zuvor gesprochen wurde: die schwerwiegenden Folgen der Klage waren, soweit möglich, zu umgehen.[57] Wenn dies so wäre, wäre aber unerklärlich, warum im Falle anderer infamierender Klagen keine Subsidiarität vorgesehen war. Außerdem wäre es undenkbar, dass die Klage wegen Arglist auch nur im Falle des Zweifels hinsichtlich der Verwendbarkeit einer anderen Klage erhoben werden könnte. 47

Dagegen erscheint die Ansicht vorzugswürdig, die davon ausgeht, dass der Subsidiaritätscharakter in Verbindung zu bringen ist mit dem Charakter der Klage als „allgemeinem" Rechtsmittel: Die Arglist wird zu einer für sich zu berücksichtigenden unerlaubten Handlung, aber die Aufgabe der Klage muss auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen nicht andere typisierte Tatbestände greifen. Von diesem Standpunkt aus erscheint die Einbeziehung der geschichtlichen Epoche, in der die Klage wegen Arglist eingeführt wurde, relevant: eine Epoche, in der der Wille der Juristen herangereift war, auch solche deliktischen Handlungen zu sanktionieren (und mittels der Subsidiarität auch zu systematisieren), welche nicht typisiert waren. 48

VIII. Die vorvertragliche und vertragliche *actio de dolo*

Zu erinnern ist an den eingangs erwähnten, von Cicero in *de officiis* erzählten Fall, in den Canius und Pythius verwickelt waren:[58] Insoweit wurde eine vorvertragliche Pflichtwidrigkeit geschildert. 49

Die Kasuistik der Verhaltensweisen, die im Gegensatz zum Gebot von Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr stehen und derentwegen die Klage wegen Arglist erhoben werden kann, erscheint insbesondere vom 1. Jh. v. Chr. bis zum 1. Jh. n. Chr. vor allem von Fällen des *dolus in contrahendo* geprägt.[59] Tatsächlich sind damit auch verschiedene Verhaltensweisen, die der *bona fides* entgegenstehen, sanktionierbar, welche vor Vertragsschluss gesetzt werden. Sie müssen nicht notwendigerweise in List und Betrügereien bestehen. 50

[57] Die Subsidiarität rechtfertigt sich genauer nach einigen Autoren, darunter *Biondi*, Actiones arbitrariae (1970) 96–198, gerade vor dem Hintergrund des ehrenrührigen Charakters der Klage wegen Arglist. Vgl. aber *Albanese*, AUPA 28 (1961) 175 f., der davon ausgeht, dass „molti studiosi, e da gran tempo, hanno rilevato come sia insostenibile motivare la sussidiarietà con la gravità (derivante dalla natura infamante) dell'*actio de dolo*, atteso che altre azioni infamanti e più gravi ancora di essa, non presentano affatto il fenomeno della sussidiarietà" e, per converso, sono configurate „azioni infamanti e con *condemnatio* ad un multiplo, e nelle quali, tuttavia, non si ritrova traccia alcuna di sussidiarietà." Vgl. hierzu *Lambrini*, Azione di dolo (2013) 41–57.

[58] Vgl. Cic. off. 3.14.58–60.

[59] *Talamanca*, s. v. Vendita (dir. rom.), ED XLVI 440, der präzisiert, dass die im 1. Jh. v. Chr. gängigen Definitionen der Arglist den *dolus in contrahendo* zum Gegenstand hatten, in dem „*praticamente si risolve in materia contrattuale il dolus praeteritus*": *Talamanca*, Atti Burdese IV 162–184.

51 Darüber hinaus ist festzustellen, dass schon zu dieser Zeit ein ziemlich weit gefasster Arglistbegriff entwickelt wurde, der über die Grenze eines von einer betrügerischen Absicht charakterisierten Verhaltens hinausgeht.[60]

52 Wenn daher jegliches schädigende und gegen Treu und Glauben verstoßende Verhalten sanktionierbar ist, welches nicht mittels einer anderen Klage verfolgt werden kann, wird vorstellbar, dass die Klage wegen Arglist möglicherweise auch gegen pflichtwidrige Verhaltensweisen im Sinne einer bloßen *culpa in contrahendo* ohne betrügerische Absicht erhoben werden konnte.[61]

53 Ein anderes Problem ergibt sich hinsichtlich der Verwendung der Klage wegen Arglist als deliktischem vorvertraglichen Schutz im Verhältnis zur vertraglichen Klage: Tatsächlich ist in den Quellen die Möglichkeit vorgesehen, die Klage wegen Arglist gegen den Verkäufer zu erheben, der seine Ware mit dem Zielübermäßig angepriesen hat, den Käufer zu täuschen, anstatt eine Klage zu erheben, die sich auf *dictum promissumve* stützt.[62]

54 Außerdem findet die Klage wegen Arglist in einer Reihe von Fällen Anwendung, in denen eine Partei das Vertrauen der anderen hinsichtlich der Ausführung einer wechselseitigen Abrede hervorgerufen hat. Anders ausgedrückt findet man in den Quellen eine Verwendung der Klage wegen Arglist als Instrument zur Sanktionierung der Nichterfüllung von atypischen Verträgen (*conventiones sine nomine*), in denen sich ein Austausch von Leistungen des *dare* und *facere* realisiert. In diesen Fällen ist die Nichterfüllung unabhängig von möglichen Schutzmechanismen bei atypischen Verträgen schon von sich aus als Verhalten, das gegen Treu und Glauben und die Redlichkeit im Geschäftsverkehr verstößt, zu sanktionieren, ohne dass das Element der Verstellung relevant wäre.[63]

---

[60] Der erweiterte Arglistbegriff – der nicht nur als rechtsgeschäftliche Arglist zu verstehen ist – wurde von *Mitteis*, RP 318–322 behandelt; unter diesem Aspekt *Lambrini*, Azione di dolo (2013) 124 bes. Fn. 2.

[61] Vgl. *Lambrini*, Azione di dolo (2013) 129 bes. Fn. 25: „Non vi sono dunque ragioni storiche che ostino all'accoglimento della tesi del raggiro colposo, secondo la quale il contratto sarebbe annullabile in presenza di ogni violazione dell'obbligo di correttezza nelle contrattazioni, sia essa intenzionale o colposa, purché induca in errore la controparte." Vgl. Paul. 11 ed. D. 4.3.18.5; Pap. 37 quaest. D. 4.3.19.

[62] Ulp. 44 ad Sab. D. 4.3.37: *Quod venditor ut commendet dicit, sic habendum, quasi neque dictum neque promissum est; si vero decipiendi emptoris causa dictum est, aeque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio.* Vgl. *Kaser*, Ausgew. Schr. II 315–325. Vgl. außerdem *Arangio-Ruiz*, Compravendita II (1954) 213 f.; *Impallomeni*, L'editto (1955) 36–38; *Albanese*, AUPA 28 (1961) 285; *Medicus*, Quod interest (1962) 125 bes. Fn. 3; *Honsell*, Quod interest (1969) 79 bes. Fn. 63; *Longo*, Ricerche (1966) 682; *Manna*, Actio redhibitoria (1994) 119–123; *Donadio*, Tutela del compratore (2004) 194–202; *Procchi*, Dolus (2007) 190; *Cursi*, Eredità (2008) 114–120; *Cursi*, St. Metro II 1–25.

[63] Vgl., Bspl., Pomp. 22 ed. D. 19.5.16.1: zu diesem Thema *Lambrini*, Azione di dolo (2013) 41–68; vgl. dazu die bei *Wacke*, SZ 77 (1971) 442 Fn. 6 angeführten Fälle.

Schließlich ist zu beachten, dass die konkrete Handhabung der Konkurrenz zwischen verschiedenen Rechtsschutzmöglichkeiten sich oft vorgegebenen Regeln entzieht; jeder Jurist schlägt hinsichtlich des konkreten Falles die Lösung vor, die er für am ehesten angemessen hält: Dies führt auch dazu, dass das Subsidiaritätsprinzip weniger streng ist.[64] **55**

[64] Vgl. *Cursi*, Eredità (2008) 90 bes. Fn. 59.

§ 95 Klage wegen Persönlichkeitsverletzung (*actio iniuriarum*)

Alessandro Hirata

Pugliese, Studi sull'iniuria, 1941; *Raber*, Grundlagen klassischer Injurienansprüche, 1969; *Wittmann*, Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht, 1972; *Manfredini*, Contributi allo studio dell'„iniuria" in età repubblicana, 1977; *Völkl*, Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht: Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injuriendelikt, 1984; *Hagemann*, Iniuria: Von den XII–Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation, 1998; *Milazzo*, Iniuria: Alle origini dell'offesa morale come categoria giuridica, 2011.

Inhalt Rn.

I. Einführung . . . 1
II. Tatbestände . . . 2
1. *Convicium* . . . 8
2. *De adtemptata pudicitia* . . . 11
3. *Ne quid infamandi causa fiat* . . . 14
4. *Servum alienum verberare* . . . 17
5. *Iniuria atrox* . . . 18
6. Andere Tatbestände . . . 20
III. Subjektive Elemente der *iniuria* . . . 23
IV. Die Formeln der *actio iniuriarum* . . . 25

I. Einführung

1 Der Terminus *iniuria*[1] weist auf das Unrecht hin, so dass es sich um ein Verhalten *contra ius* handelt. Es betrifft die Personenverletzungen, die schon in den XII–Tafeln-Gesetzen bestraft, jedoch von den Prätoren weiterentwickelt und vereinheitlicht wurden. Die früheren Einzeltatbestände wurden unter der *actio iniuriarum* zusammengefasst. Es ist durchaus wahrscheinlich, auch wenn die Quellenlage dürftig ist, dass die *actio iniuriarum* griechischer Herkunft ist.[2] Die *actio iniuriarum* verfolgt die (auch beleidigende,

[1] Über den Terminus *iniuria*: *Plescia*, Labeo 23 (1977) 271.

[2] Die griechische Herkunft der *actio iniuriarum* wurde zuerst von *Hitzig*, Iniuria (1899) 54 thematisiert. Zuletzt *Hirata*, SZ 125 (2008) 675–681.

mündliche) Verletzung von Freien. Das Verhältnis zwischen den Edikten zur *iniuria* und der *lex Cornelia de iniuriis*[3] aus dem Jahr 81 v. Chr., die auch eine strafrechtliche Verfolgung der Iniurientatbestände ermöglichte und mit der *actio iniuriarum* konkurrierte, ist unklar. Eine zentrale Frage bei der *iniuria* ist, ob es ein sogenanntes *edictum generale de iniuriis* gab, das einen allgemeinen Tatbestand der *actio iniuriarum* bildete.[4]

II. Tatbestände

In den XII–Tafeln-Gesetzen werden drei verschiedene eigenständige Tatbestände für die Verletzung einer Person anerkannt, ohne einen vereinheitlichten Rechtssatz zu bilden. In 8,2[5] wird die Verstümmelung eines Körperteils (*membrum ruptum*) mit der Talion bestraft. Auch eine Geldvereinbarung zwischen den Parteien (*pactum*) ist möglich. In 8,3[6] werden für den Knochenbruch (*os fractum*), der mit der Hand oder einer Keule zugefügt wurde, feste Bußen vorgesehen: 300 As für die Verletzung eines Freien, 150 für die Verletzung eines Sklaven. In 8,4[7] werden alle (anderen) *iniuria*-Tatbestände erfasst. Sie werden mit einer Geldbuße von 25 As bestraft. **2**

Es liegt auf der Hand, dass in dieser Zeit die Tatbestände von 8,2 und 8,3 (*membrum ruptum* und *os fractum*) noch nicht bei 8,5 (*iniuria*) integriert waren. Der Begriff von *iniuria* dürfte hier noch nicht erweitert gewesen sein.[8] Zu bemerken ist auch, dass neben der veralteten Talion[9] feste Geldbußen vorgesehen wurden. Mit der sozialen und ökonomischen Entwicklung der Gesellschaft stellt sich heraus, dass ein System aus festen Geldbußen mit sukzessiver Geldentwertung sinnlos wird.[10] **3**

Das Problem mit der Geldentwertung wird von Aulus Gellius bei der Erzählung von Lucius Veratius[11] geschildert. Der reiche Lucius Veratius teilte beim Vorübergehen aus reinem Vergnügen Ohrfeigen an fremde Passanten aus. Sein Sklave zahlte dann sofort den Opfern die nach den XII–Tafeln geschuldeten 25 As. Der Bericht von Aulus Gellius zeigt, wie dringlich eine Rechtsänderung war. **4**

---

[3] *Kaser*, RP I 623; *Raber*, Injurienansprüche (1969) 3–8; *Kaiser*, Authentizität (2007) 365.

[4] Die Frage über die Existenz eines *edictum generale de iniuriis* beschäftigt die gesamte Literatur zur *iniuria*: ausführlich *Milazzo*, Iniuria (2011), 7–18.

[5] „*si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto*“. Vgl. Fest. p. 363 und Gell. 20.1.14.

[6] *manu fustive si os fregit libero, CCC*⟨assium⟩, *si servo, CL*⟨*assium*⟩ *poenam subito* (Coll. Mos. 2.5.5 und Gell, 20.1.12).

[7] *si iniuriam* (*alteri*) *faxsit, viginti quinque poenae*⟨asses⟩ *sunto.* (Coll. Mos. 2.5.5 und Gell. 20.1.12).

[8] *Kaser*, RP I 157.

[9] Die Talion ist schon in den Keilschriftrechten bekannt (vgl. *Ries*, RLA 6, 174), auch wenn man nicht feststellen kann, dass sie in die römische Zeit übertragen wurde.

[10] Gell. 20.1.13.

[11] Über die Echtheit dieses Berichts: *Jansen*, Struktur (2003) 55 Fn. 70.

5 Am Ende des dritten oder Anfang des zweiten Jahrhunderts v. Chr. wird das *edictum de iniuriis aestimandis* proponiert, das die Strafen und die Voraussetzungen für die *iniuria* ändern sollte.[12] Es ist aber unklar, ob es sich hier um das mögliche *edictum generale* der *iniuria* handelt.

6 Aulus Gellius bezieht sich nicht ausdrücklich auf ein *edictum generale*. Er berichtet nur von einem prätorischen Eingrif[13] und erwähnt ein *edictum*,[14] ohne aber zu spezifizieren. Der einzige Beleg für ein mögliches *edictum generale* erscheint bei Ulpian, wenn er die Meinung Labeos in den Digesten zitiert;[15] diewelche Echtheit wird freilich bezweifelt.[16] In der Literatur über die *iniuria* stellt sich als zentrale Frage, ob es dieses *edictum generale* überhaupt gab.[17] Die neueste Literatur[18] zum Thema hält dies für wahrscheinlich und datiert es in die erste Hälfte des 2. Jh.s v. Chr.[19]

7 Es liegt auf der Hand, dass die *iniuria* am Anfang sehr eng ausgelegt wurde, indem eine Einwirkung auf den Körper vorausgesetzt wurde.[20] Der Umfang dieser Auslegung wurde von den Prätoren ausgeweitet und die abstrakten Verletzungstatbestände durch Edikte sanktioniert. Infolgedessen stellt sich eine Ausweitung des Begriffs der *iniuria* heraus, ähnlich wie der Inhalt der griechischen *hybris*.[21] Auch wenn es ein *edictum generale* nicht gegeben hat, haben also die Sondertatbestände der *iniuria* durch verschiedene Edikte den Begriff ausgeweitet. Es sind etliche Sonderfälle zu erkennen: *convicium, de adtemptata pudicitia, ne quid infamandi causa fiat, servum alienum verberare* und andere.

1. *Convicium*

8 Es handelt sich hier möglicherweise um den ältesten Sonderfall der *iniuria*, weil sich das *convicium* auf das *occentare* und *malum carmen incantare* der 8,1 der XII–Tafeln bezieht.[22] Das Edikt *de convicio* wurde vom Prätor wahrscheinlich am Ende des 2. Jahrhunderts v. Chr. proponiert. Die mögliche Datierung stammt aus einigen Fragmenten[23] der *Rhetorica ad Herennium*.[24]

---

[12] Gellius, nach der Veratius-Anedokte: Gell. 20.1.13.
[13] Gell. 20.1.13.
[14] Gell. 20.1.37.
[15] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.26.
[16] *Kaser*, RP I 623 Fn. 4.
[17] Zusammenfassung der Sekundärliteratur bei *Milazzo*, Iniuria (2011) 11–15.
[18] Vgl. *Milazzo*, Iniuria (2011) 11 und *Bravo Bosch*, La injuria verbal (2007) 63–68.
[19] Die Datierung ist umstritten. Vgl. *Bravo Bosch*, La iniuria verbal (2007) 68–70.
[20] Vgl. unter anderen *Milazzo*, Iniuria (2011) 47–49.
[21] Vgl. *Cohen*, Law, violence (1995) 142 und *Hirata*, SZ 125 (2008) 677.
[22] Vgl. *Zimmermann*, LO 1053 f.
[23] Rhet. Her. 2.26.41.
[24] Für die Datierung der Rhetorica ad Herennium im Jahr 88 v. Chr. unter anderen: *Gwynn*, Roman Education (1964) 66, *Fuhrmann*, Das systematische Lehrbuch (1960) 41 N 1.

Aus einem Zitat Ulpians[25] gehen die Tatbestände des Edikts *de convicio* hervor. Es geht hier um *convicium facere* (d. h. die öffentliche Schmähung durch Schimpfwörter) oder das Veranstalten dieser Aktion, weil hier eine Gruppe von Personen, die vor dem Haus des Opfers auftreten, vorausgesetzt wird. **9**

Einige Grundelemente sind bei diesem Tatbestand erkennbar: Das *convicium* muss sittenwidrig sein („*adversus bonos mores*“[26]), laut ausgesprochen werden („*id solum, quod cum vociferatione dictum est*“[27]) und durch eine Gruppe von Personen erfolgen („*quod in coetu dictum est*“[28]). Es ist aber unklar, ob auch eine einzelne Person *convicium* begehen konnte.[29] Es liegt auf der Hand, dass das *convicium* eine Form der *iniuria verbis* ist; so ordnet es auch, Labeo innerhalb seiner Zweiteilung der *iniuria*-Tatbestände ein.[30] Bemerkenswert ist ferner, dass ein *convicium* immer gegen eine bestimmte Person gerichtet sein musste („*nam si incertae personae convicium fiat, nulla executio est*“[31]). **10**

2. *De adtemptata pudicitia*

Die Formel des Edikts *de adtemptata pudicitia*[32] ist nicht überliefert, es handelt sich jedenfalls um den Angriff auf den Ruf einer Person. Aus den Kommentierungen Ulpians[33] geht hervor, dass es sich um das unzüchtige Ansprechen (*appellare*), das Wegführen des Begleiters (*comitem abducere*) und das Verfolgen (*adsectari*) einer Person handelt. Wie beim *convicium* setzt dieser Tatbestand auch eine sittenwidrige Handlung voraus.[34] **11**

Das Opfer ist hier eine Frau oder ein Jugendlicher, der noch die *toga praetexta* trägt: Ulpian[35] spricht von Frauen in unterschiedlicher Kleidung, und Gaius[36] erwähnt ausdrücklich „eine ehrbare Frau oder einen jungen Mann“. Aber auch wenn die Beleidigten in den meisten Fällen diesem Personenkreis angehören, wird man den Tatbestand des Edikts nicht auf Frauen und Jugendliche beschränken, sodass auch Männer in ihrem Ruf geschädigt werden konnten.[37] **12**

---

[25] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.2.
[26] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.6.
[27] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.11.
[28] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.12.
[29] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.4. Die Sekundärliteratur ist nicht schlüssig in dieser Frage. Vgl. unter anderen *Raber*, Injurienansprüche (1969) 23–39.
[30] Ulp. 56 ed. D. 47.10.1.1.
[31] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.9.
[32] *Lenel*, EP 401. Vgl. auch *Krüger/Mommsen*, Collectio III 146.
[33] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.15,19,22.
[34] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.23.
[35] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.15.
[36] Gai. 3.220.
[37] *Raber*, Injurienansprüche (1969) 55.

13 Es ist auch zu erwähnen, dass nicht alle Frauen durch das Edikt beschützt werden konnten. Neben dem Verstoß gegen die *boni mores* wird auch der Angriff auf die *pudicitia* vorausgesetzt.[38] Deswegen konnte eine Prostituierte nicht als Beleidigte auftreten. Ferner ist die Frage der Bekleidung auch hier entscheidend. In einer nicht unumstrittenen Stelle Ulpians[39] werden Fälle unterschiedlich behandelt: Jungfrauen in Sklavinnengewand, die beschimpft wurden, und Frauen, die wie Prostituierte gekleidet sind. In beiden Fällen kann man die *actio iniuriarum* verwenden, auch wenn die als Jungfrau gekleidete hierzu nicht berechtigt ist, und noch weniger (*multo minus*) die als Prostituierte gekleidete.[40]

3. *Ne quid infamandi causa fiat*

14 Die Klausel „*ne quid infamandi causa fiat*“[41] schildert einen Tatbestand, der einen rechtswidrigen Angriff auf die Ehre einer Person darstellt. Es ist in der Literatur aber äußerst umstritten, wie diese Klausel zu verstehen ist.[42] Es ist unklar, welche Fälle unter diese von Ulpian zitierte Klausel fallen würden. Ulpian[43] bringt einige mögliche Beispiele für dieses Edikt: das Tragen von Trauerkleidern (auch wegen jemand Angeklagter wird[44]), das Stehenlassen des Barts und ungeordnetes, langes Haar oder das Verfassen von Spottgedichten und -liedern.

15 Solche Beispiele werfen die Frage auf, ob es sich um einen allgemeinen Tatbestand der *iniuria*[45] oder um bestimmte Fälle des Edikts handelt.[46] Unklar ist auch die Bedeutung der Infamie („*infamandi causa*“) in diesem Edikt. Es könnte sich um die Infamie im technischen Sinn handelt, so dass der Tatbestand enger gefasst werden sollte.[47] oder man sollte hier eher an eine Infamie im breiteren Sinn denken, weil ein technischer Begriff der Infamie in klassischer Zeit unbekannt war.[48] Es ist auch fraglich, ob der Wille

---

[38] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.21. Vgl. auch *Raber*, Injurienansprüche (1969) 50.

[39] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.15. Vgl. *Raber*, Injurienansprüche (1969) 40–44 und *Zimmermann*, LO 1056.

[40] *Raber*, Injurienansprüche (1969) 39.

[41] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.25.

[42] Die wichtigsten Meinung werden von *Kaser*, SZ 73 (1956) 224 Fn. 23, und *Daube*, Ess. Hertz 111. Die beiden Meinungen werden auch in der Literatur ausführlich behandelt. Vgl. auch *Hagemann*, Iniuria (1998) 79 f.

[43] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.27.

[44] *Raber*, Injurienansprüche (1969) 57. Sen. contr. 10.1 berichtet über jemanden, der kein Angeklagter ist, aber trotzdem im Trauerkleid verfolgt wurde. Der arme Sohn eines Ermordeten verfolgte den reichen Feind seines Vaters und erweckt beim Volk den Eindruck, dass der Reiche der Mörder war. Der Reiche fiel bei der Bewerbung um Ämter durch, so dass der Sohn mit der *actio iniuriarum* vom Reichen verklagt wurde.

[45] Vgl. *Kaser*, SZ 73 (1956) 224.

[46] Vgl. *Daube*, Ess. Hertz 112.

[47] *Daube*, Ess. Hertz 112.

[48] So *Kaser*, SZ 73 (1956) 224 Fn. 23.

des Täters für das Edikt notwendig war; mit anderen Worten, ob er die Absicht, den anderen zu beleidigen, haben muss.[49]

Eine *demonstratio* der Klageformel ist bei Paulus in coll. 2, 6, 5 überliefert: „*quod Numerius Negidius illum inmisit Aulo Agerio infamandi causa*" – „Was das betrifft, dass [der Beklagte] jenen geschickt hat, um den Ruf [des Klägers] zu beschädigen". Weil sich aus „*illum*" kaum ein vernünftiger Sinn ergibt, wurden viele Varianten von Emendierung in der Literatur vorgeschlagen.[50] **16**

4. *Servum alienum verberare*

Das Edikt kommt zur Anwendung bei Folterung[51] (*quaestio*) oder Verprügeln[52] (*verberare*) eines fremden Sklaven. Unter Folterung versteht man in diesem Kontext eine peinliche Befragung im Rahmen eines Prozesses als Zeuge oder Beschuldigter.[53] Es handelt sich in diesem Edikt um zwei Tatbestände gegen einen fremden Sklaven, die aber immer ein Verhalten gegen die *boni mores* vorausetzen. Eine fahrlässige Verletzung eines fremden Sklaven gewährt nicht die *actio iniuriarum* für seinen Eigentümer.[54] Ferner konnte auch eine *verberatio* als *corrigendi aut emendandi causa* angesehen werden.[55] **17**

5. *Iniuria atrox*

Die Fälle der *iniuria atrox* bezeichnen die schwerwiegenden Fälle der *iniuria*. Auch wenn die Quellen nicht einheitlich die Merkmale der *iniuria atrox* überliefern,[56] kann man als Gründe für eine solche Kategorie den Status des Beleidigten,[57] den Ort[58] des Geschehens und die Intensität[59] der Körperverletzung identifizieren. **18**

---

[49] Vgl. *Raber*, Injurienansprüche (1969) 70 f.

[50] Vgl. mit zusammenfassende Literatur: *Raber*, Injurienansprüche (1969) 73–77 und *Hagemann*, Iniuria (1998) 79 f. Eine andere Meinung vertritt *Wittmann*, SZ 91 (1974) 325, der versucht, den Text ohne Emendierung zu lesen.

[51] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.41.

[52] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.40.

[53] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.34. Vgl. *Raber*, Injurienansprüche (1969) 86–91.

[54] Vgl. *Raber*, Injurienansprüche (1969) 77.

[55] Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.38. Es gibt auch die Lösung für den bekannten Fall vom Schuster, der einem bei ihm als Lehrling Haussohn schlug, sodass er sein Auge verlor (Iul. bei Ulp. 18 ed. D. 9.2.5.3). Julian erklärt, dass keine *actio iniuriarum* gewährt werden kann, weil die Verletzung nicht vorsätzlich war bzw. keine Absicht des Täters vorhanden ist.

[56] Gai. 3.225 und Ulp. 57 ed. D. 47.10.7.8 behandeln die drei Gruppen der Fälle der *iniuria atrox*, aber nicht gleich. Vgl. *Raber*, Injurienansprüche (1969) 103.

[57] Sowohl bei Gaius als auch bei Ulpian: *iniuria atrox ex persona.*

[58] Bei Gaius, *iniuria atrox ex loco*, bei Ulpian, *iniuria atrox ex tempore.*

[59] Bei Gaius, *iniuria atrox ex facto*, bei Ulpian, *iniuria atrox re.*

19 Bemerkenswert ist auch, dass die Quellen[60] über die *iniuria atrox* auch für die Frage über die Zulässigkeit der *actio iniuriarum* des Freigelassenen gegen den Patron hilfreiche Anhaltspunkte bieten. Aus verschiedenen Stellen[61] geht hervor, dass diese aufgrund der Ehrerbietung nicht gewährt wird. Andererseits kann der Freigelassene gegen den Patron mit der *actio iniuriarum* klagen, wenn eine *iniuria atrox* vorliegt.[62] Es liegt auf der Hand, dass die *iniuria atrox* als schwerer Fall der *iniuria* zur Ausdehnung der *actio iniuriarum* diente. Ferner wird durch die *iniuria atrox* die Anwendung der *cognitio extra ordinem* begründet.[63]

6. Andere Tatbestände

20 Außer den genannten Tatbeständen kann man noch andere spezielle Edikte der *iniuria* identifizieren.[64] Das Edikt *si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur* behandelt die Fälle der Beleidigung eines Haussohns, dessen *pater familias* abwesend oder rechtsunfähig war.[65] Bei diesem Fall wird dem Sohn selbst die *actio iniuriarum* gewährt, weil der Vater abwesend war und es keinen klageberechtigten *procurator* gab (Normalerweise würde das Klagerecht dem Vater zustehen.[66]).

21 Ferner gewährt das Edikt *de contrario iniuriarum iudicio* eine Konträrklage gegen den Kläger, der unbegründet mit der *actio iniuriarum* geklagt und verloren hat.[67] Dieser wird zu einem Zehntel des Streitwerts verurteilt.[68] Zudem gab es eine *actio iniuriarum noxalis*[69] aus einem anderen Sonderedikt: Das Edikt *de noxali iniuriarum actione* findet Anwendung, wenn ein *servus* oder ein *filius familias* eine *iniuria* begehen.[70] Bei der *actio iniuriarum noxalis* konnte sich der Beklagte vor dem Endurteil befreien, wenn er den Schuldigen dem Beleidigten zur körperlichen Bestrafung anbot. Bei der *noxae deditio* handelt es sich um eine Alternative zur Bußzahlung.[71]

22 Es sind aber noch andere Tatbestände der *iniuria* zu erwähnen, die aber außerhalb der Edikte behandelt werden. Einige Beispiele aus der Kasuistik haben die klassische *iniuria* erweitert. Es wird auch als *iniuria* behandelt, wenn jemand am Gebrauch seiner

---

[60] Zum Beispiel: Ulp. 5 ed. D. 2.4.10.12 und Ulp. 57 ed. D. 47.10.7.2. Vgl. *Raber*, Injurienansprüche (1969) 94 f.

[61] Iul. 14 dig. D. 37.15.2 pr.

[62] Ulp. 57 ed. D. 47.10.7.2. Vgl. *Hagemann*, Iniuria (1998) 94.

[63] Ulp. 3 omn. trib. D. 47.10.35 und Ulp. 57 ed. D. 47.10.9.3.

[64] Vgl. *Bravo Bosch*, La injuria verbal (2007) 71 und *Plescia*, Labeo 23 (1977) 284.

[65] Ulp. 57 ed. D. 47.10.17.10. Man kann hier von einer „mittelbaren *iniuria*" sprechen. Vgl. *Klingenberg*, Ess. Winkel II 456–466.

[66] *Kaser*, RP I 625.

[67] Gai. 4.177 ist die einzige Quelle für diese Fälle. Vgl. *Plescia*, Labeo 23 (1977) 286.

[68] Gai. 4.177.

[69] *Kaser/Hackl*, RZ 336, 10 und RP I 632.

[70] Ulp. 57 ed. D. 47.10.17.4–6, 2.9.5, Gai. 4.76.

[71] *Kaser/Hackl*, RZ 336, 10 und *Kaser* RP I 632.

eigenen Sache gehindert wird.[72] Dies gilt auch, wenn man seinen eigenen Sklaven nicht verkaufen darf,[73] oder beim Gebrauch öffentlicher Sachen.[74] Ferner wurde auch die *actio iniuriarum* gewährt, wenn man ein Haus mit der Absicht zu stehlen betritt.[75]

III. Subjektive Elemente der *iniuria*

Alle Tatbestände der *iniuria* setzen allem Anschein nach Vorsatz voraus. Aus den schon **23**
zitierten Quellen geht hervor, dass bei allen Tatbeständen eine sittenwidrige Handlung (gegen die *boni mores*) notwendig ist. Deswegen kann man von einem *animus iniuriandi* sprechen.[76] Es liegt auf der Hand, dass sowohl der *dolus* des Täters als auch sein *animus iniuriandi* Voraussetzungen für die *actio iniuriarum* in klassischer Zeit waren.[77]

In der Literatur wird auch die Frage gestellt, ob die *iniuria* durch bloße Fahrlässigkeit **24**
begangen werden kann. Bei den erwähnten Tatbeständen kommt ein Fall der fahrlässigen *iniuria* nicht vor. Damit wird die Frage nach der privatrechtlichen Sanktionierung der fahrlässigen Körperverletzung an freien Menschen zum Forschungsproblem. Neben einer *actio iniuriarum* käme eine analoge Anwendung der *lex Aquilia* in Betracht.[78] Es gibt aber keinerlei konkrete Hinweise auf solche Fälle, so dass die *actio iniuriarum* nur beim Vorsatz des Täters angewendet werden kann.[79]

IV. Die Formeln der *actio iniuriarum*

Die *actio iniuriarum* sammelt in ihrer allgemeinen Klage alle Tatbestände der *iniu-* **25**
ria.[80] Für die erwähnten Sonderedikte gibt es Abweichungen bei der *demonstratio*, um

---

[72] Ulp. 57 ed. D. 47.10.13.7.

[73] Ulp. 15 ed. D. 47.10.24.

[74] Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.9.

[75] Paul. 40 Sab. D. 47.2.21.7. Anderes wenn er mit Gewalt die Tür erbricht: hier wird die *lex cornelia de iniuriis* angewendet (vgl. Ulp. 56 ed. D. 47.10.5 pr.).

[76] In den Quellen kommt der Ausdruck „*animus iniuriandi*“ nicht vor, sondern „*animus iniuriae faciendae*“, „*adfectus iniuriae faciendae*“ und „*iniuriae faciendae causa*“ und andere. Vgl. *Raber*, Injurienansprüche (1969) 107.

[77] *Raber*, Injurienansprüche (1969), vertritt die Meinung, dass die *actio iniuriarum* rein objektive Voraussetzungen benötigte. Die These wird aber von der Literatur abgelehnt. Vgl. *Hagemann*, Iniuria (1998) 106.

[78] W Vgl. *Wittmann*, Körperverletzung (1972).

[79] *Hagemann*, Iniuria (1998) 113. Man könnte höchstens über einen typisierten *dolus* reden. Vgl. *Raber*, Injurienansprüche (1969) 70.

[80] Es ist auch zu erwähnen, dass die *contumelia*, die von Labeo der *iniuria* gleichgesetzt wurde (vgl. Ulp. 56 ed. D. 47.10.1 und *Hagemann*, Iniuria (1998) 93), auch eine entscheidende Rolle bei der Sammlung aller dieser Fälle unter der *actio iniuriarum* hat. Vgl. *Hagemann*, Iniuria (1998), 87.

den entsprechenden Spezialtatbestand zu schildern.[81] Die *demonstratio* bei der *actio iniuriarum* soll das genau beschriebenen Verhalten des Täters und die vom Kläger selbst geschätzte Kondemnationssumme enthalten. Die von Lenel[82] rekonstruierte Formel der allgemeinen *actio iniuriarum* lautet:

Quod… Aulo Agerio pugno mala percussa est…, q. d.r.a., quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio condemnari, tantam pecuniam, dumtaxat HS…, si non plus quam annus est, cum de ea re experiundi potestas fuit, recuperatores Numerium Negidium Aulo Agerio c. s.n.p.a.
„Was das betrifft, dass … [dem Kläger] auf die Wange geschlagen worden ist …, worum es hier geht, von wieviel Geld es die recuperatores für gut und gerecht halten, dass [der Beklagte] wegen dieser Sache zugunsten [des Klägers] verurteilt wird, zu soviel Geld, bis zur Höhe von … Sesterzen, sollen die *recuperatores*, wenn es nicht länger als ein Jahr her ist, dass in dieser Sache (erstmals) die Möglichkeit der Rechtsverfolgung bestand, [den Beklagten] zugunsten [des Klägers] verurteilen; wenn es sich nicht erweist, sollen sie ihn freisprechen."

26 Eine eigentliche *intentio* gibt es bei der *actio iniuriarum* nicht; an ihre Stelle tritt die Ästimationsklausel *quantam pecuniam … .*[83] Es ist denkbar, dass man bei der Formel ohne *intentio* den Kläger vor einer *pluris petitio* schützen wollte, weil bei einer Überschreitung in der *demonstratio* die Folgen nicht so gravierend sind.[84] Die *condemnatio* der Formel enthält als *taxatio* die vom Kläger vor dem Prätor geschätzte Kondemnationssumme.[85] Aber der Richter[86] muss bei der *actio iniuriarum* die Geldbuße immer nach den Umständen festsetzen (*quantam pecuniam recuperatoribus/iudici bonum aequum videbitur ob eam rem aequum*).[87] Das gilt auch für die Würde (*dignitas*) des Geschädigten. Die Geldbuße wird nach der sozialen Schicht des Geschädigten festgesetzt, so dass mehr bekommt, wer reicher ist.[88] Bei der *iniuria atrox* wird die Person des Geschädigten bei der Festsetzung der Kondemnationssumme ebenfalls berücksichtigt.[89]

[81] Bei solchen Fällen entählt die *demonstratio* das *convicium*, das *comitem abducere*, *appellare*, *adsectari*, oder das *infamandi causa*. Für die Formeln der diversen Edikte der *iniuria*, vgl. *Lenel*, EP 399 ff. und Plescia, Labeo 23 (1977).

[82] *Lenel*, EP 399.

[83] Vgl. *Lenel*, EP 399.

[84] *Kaser/Hackl* RZ 314.

[85] Gai. 3.224 und Paul. in Coll. Mos. 2.6.1.

[86] Es ist unklar, ob es sich beim Verfahren der *iniuria* um einen Einzelrichter oder die Rekuperatoren, die früher für die Abschätzung zuständig waren. Ausführlich zu dieser Problematik *Grzimek*, Taxatio (2001) 107.

[87] Ulp. 57 ed. D. 47.10.17.5.

[88] Inst. 4.3.7. Vgl. *Kaiser*, Authentizität (2007) 365.

[89] Paul Sent. 5.4.10.

Die Frage der *taxatio* bei der *actio iniuriarum*[90] ist sehr umstritten, weil die Quellenlage relativ dürftig ist.[91] Aus den wichtigsten Quellen[92] geht hervor, dass der Kläger die Bußsumme taxieren soll und schon in diesem Moment an das *vadimonium* gebunden ist.[93] Bei der *iniuria atrox* wird aber vom Prätor das *vadimonium* festgesetzt,[94] sodass es sich bei der *actio iniuriarum* wahrscheinlich um ein Verfahren in zwei Terminen handelt. Der Geschädigte sollte vor dem Prätor seine Verletzung schildern, und dieser entschied, ob eine *iniuria (levis)* oder eine *iniuria atrox* vorlag. Bei diesem ersten Termin sollte das *vadimonium* festgesetzt werden.[95] Im zweiten Termin wurde die Klageformel gewährt, und der Richter entschied bei seiner *aestimatio* über die Kondemnationssumme, die die *taxatio* nicht überschreiten durfte.[96] Bei der *iniuria atrox* entsprach die *taxatio* der von Prätor festgesetzten Vadimoniumssumme, weil der Richter praktisch nicht geringer als diesen Betrag verurteilte.[97] 27

[90] Auch hier kann man von einem Einfluss des griechischen Rechts bei der *actio iniuriarum* sprechen. Vgl. *Grzimek*, Taxatio (2001) 114 und *Hirata*, SZ 125 (2008) 680 f.

[91] Ausführlich über die *taxatio* bei der *actio iniuriarum*: *Nörr*, FS Ankum. Vgl. auch *Grzimek*, Taxatio (2001) 85–116.

[92] Gai. 3.224 und Paul. in Coll. Mos. 2.6.1.

[93] Auch wenn es unklar ist, wie genau das Verhältnis zwischen *taxatio* und *vadimonium* ist. Vgl. *Nörr*, FS Ankum 393.

[94] Gai. 3.224.

[95] *Grzimek*, Taxatio (2001) 115.

[96] *Nörr*, FS Ankum 392 und Gai. 4.51.

[97] *Kaser/Hackl*, RZ 317 Fn. 36.

§ 96 Klagen aus Quasidelikten

Philipp Klausberger

Descheemaeker, Obligationes quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law, J.Leg.Hist. 31 (2010) 1–20; *Giménez-Candela,* Los Llamados Cuasidelitos, 1990; *Gröschler,* Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich, 2002; *Hochstein,* Obligationes quasi ex delicto, 1971; *Mattioli,* Ricerche sulla formazione della categoria dei cosidetti quasi delitti, 2010; *Paricio,* Los cuasidelitos – Observaciones sobre su fundamento historico, 1987; *Wołodkiewicz, Obligationes ex variis causarum figuris*, RISG 24 (1970) 77–227

Inhalt Rn.

I. Zur Gruppenbildung 1
II. Die *actio de effusis vel deiectis* 3
III. Die *actio de positis vel suspensis* 8
IV. Die *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* 12
V. Die Haftung des *iudex qui litem suam facit* 17
VI. Gemeinsame Merkmale der Quasidelikte 23

I. Zur Gruppenbildung

1 Die Gruppe der Quasidelikte geht auf Gai. 2 cott. D. 44.7.1 pr. zurück, wo neben den *obligationes ex contractu* bzw. *ex delicto* eine dritte Gruppe der *obligationes ex variis causarum figuris* eingeführt wird. In Gai. 3 cott. D. 44.7.5.4–6 nennt der Jurist vier Fälle einer Haftung *quasi ex maleficio*, die neben den *obligationes quasi ex contractu* einen Unterfall der *obligationes ex variis causarum figuris* bilden. Der Begriff des Quasidelikts begegnet später in Titel fünf des vierten Buchs der Institutionen Justinians, der mit „*De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*“ überschrieben ist.[1]

2 Die Echtheit des Begriffs der *obligationes quasi ex maleficio* bei Gai. 3 cott. D. 44.7.5.4–6 wurde in der Vergangenheit oft bestritten und diese Kategorie dem Werk eines nachklassischen Bearbeiters zugeschrieben.[2] Die nunmehr wohl h. M. geht mit Recht von der Klassizität jener Wendung aus.[3]

[1] Vgl. dazu *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 265–272.

[2] So etwa *Hochstein*, Obligationes 12; *Jörs/Kunkel*, RR 193; *Kaser*, RP I 524, RP II 360 f.; *Longo*, St.

II. Die *actio de effusis vel deiectis*[4]

Der Ediktswortlaut zu dieser Klage ist durch Ulp. 23 ed. D. 9.3.1 pr. überliefert: 3

Unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere.

„Gegen den Bewohner des Hauses, aus dem etwas auf einen Ort, wo man gewöhnlich geht oder wo man sich versammelt, hinausgeworfen oder hinausgegossen worden ist, werde ich eine Klage auf das Doppelte des dadurch zugefügten oder verursachten Schadens erteilen. Wenn vorgebracht wird, dass durch den Wurf (oder Guss) ein freier Mensch getötet worden ist, so werde ich eine Klage auf fünfzig Aurei erteilen. Bleibt er (scil. der Freie) am Leben und wird vorgebracht, er sei verletzt worden, so werde ich eine Klage auf so viel erteilen, wie es dem Richter in dieser Sache angemessen erscheint, den Beklagten zu verurteilen. Wenn vorgebracht wird, dass ein Sklave ohne Wissen seines Herrn gehandelt hat, so werde ich der Klage noch hinzufügen: oder den Sklaven an Schadens statt auszuliefern."

Für eine Rekonstruktion der Prozessformel fehlt indes das Material, doch dürfte sich diese an die im Edikt genannten Elemente gehalten haben.[5] Es handelt sich hierbei um eine prätorische *actio in factum*,[6] die nach Ulp. 23 D. 9.3.1.1 ihre Schöpfung dem öffentlichen Interesse an der Sicherheit des Straßenverkehrs verdankt.[7] 4

Klagegrund ist, dass aus einer (städtischen) Wohnung[8] etwas hinausgeworfen oder hinausgegossen worden ist, wodurch ein anderer zu Schaden kommt. Passiv legitimiert 5

Sanfilippo IV 401 f.; *Mayer-Maly*, IJ 2 (1967) 379; *Paricio*, cuasidelitos 36; *Wesener*, St. Donatuti III 1391 f.; *Wittmann*, Körperverletzung 65; in letzter Zeit noch *Descheemaeker*, RLT 5 (2009) 7 f., 23.

[3] *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 157–161; *Gröschler*, Actiones (2002) 111; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, RR 259; *Honoré*, Gaius 68 f., 101–103; *Hübner*, Iura 5 (1954) 202 f.; *Nelson*, Überlieferung (1981) 226 f.; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 63–67; *Wołodkiewicz*, RISG 24 (1970) 123–159.

[4] Literatur: *Ankum*, Studia Iuridica 41 (2003) 7–26 (= *Ankum*, Extravagantes 427–446); *Wołodkiewicz*, RISG 22 (1968) 365–391.

[5] *Lenel*, EP 173 f. *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 93–104 geht von vier verschiedenen Formeln aus, *Ankum*, Studia Iuridica 41 (2003) 11–14 nimmt drei verschiedene Formeln an. Vgl. auch *Wołodkiewicz*, RISG 22 (1968) 372.

[6] Ulp. 23 ed. D. 9.3.1.4; dazu *Gröschler*, Actiones (2002) 80 f.

[7] Vgl. dazu *Schipani*, St. 4 (2009) 104; *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 108–115. Dass aus den Häusern Gegenstände auf die Straße geworfen werden, findet sich – in satirischer Übertreibung – bei Iuv. 3.268–277; siehe dazu *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 72 f.; *Zimmermann*, FS Lange 302 f.

[8] Als *actio in factum* (im Sinne einer Abwandlung der ediktalen Formel; a. A. *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 79) wird die Klage auch gegen den Inhaber anderer Räumlichkeiten wie Speicher, Lager oder Geschäftslokale gegeben, Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.3; nach Paul. 19 ed. D. 9.4.6.3 gibt es eine *actio utilis* gegen den Inhaber eines Schiffes. Siehe dazu *Gröschler*, Actiones (2002) 80 f.; *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 128–130.

ist jene Person, welche in der betreffenden Wohnung dauerhaft wohnt (*habitator*).[9] Haftbar ist der Eigentümer, wenn er seine Wohnung selbst bewohnt, aber auch bestimmte Detentoren wie Mieter, Leihenehmer oder Prekaristen, nicht aber ein Gast, der sich nur vorübergehend in der Wohnung aufhält.[10] Ob der *habitator* tatsächlich auch der Täter ist bzw. ob ihn ein Verschulden trifft, spielt keine Rolle.[11] Für den Geschädigten ist damit die Rechtsverfolgung erleichtert, zumal er sich an den *habitator* halten kann und nicht eruieren muss, welche Person konkret geworfen oder gegossen hat.[12] Die Haftung beruht insofern auf der Gefährdung[13] und trifft im Ergebnis denjenigen, der die Wohnung tatsächlich benutzt und daher am ehesten in der Lage sein wird, Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu setzen.[14]

6 Bei Sachbeschädigungen geht die Klage grundsätzlich auf das *duplum*,[15] und zwar unabhängig vom Verschuldensgrad oder einem etwaigen Leugnen des Beklagten.[16] Sie ist zeitlich unbefristet, allerdings passiv unvererblich.[17] Bei der Tötung eines Freien wird die Klage auf fünfzig Aurei[18] erteilt, bei einer Körperverletzung soll der Richter die Summe nach dem *bonum et aequum* festlegen;[19] neben den Heilungskosten ist auch der Verdienstentgang ersatzfähig, nicht aber eine Verunstaltung.[20] Die Klage wegen Tötung ist als Popularklage ausgestaltet und auf ein Jahr befristet; gleiches gilt für die Klage wegen Körperverletzung, wenn sie nicht durch den Verletzten selbst erhoben wird.[21]

---

[9] Bei mehreren Bewohnern eines Stockwerks kommt es nach Ulp. 23 ed. D. 9.3.1.10 zu einer solidarischen Haftung, außer es ist klar abgrenzbar, aus welchem Teil geworfen oder gegossen worden ist (Ulp. 23 ed. D. 9.3.5 pr.); siehe dazu *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 84–90; *Schipani*, St. 4 (2009) 106; *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 122–127.

[10] Ulp. 23 ed. D. 9.3.1.9; siehe dazu *Zimmermann*, FS Lange 305 f.; *Ankum*, Studia Iuridica 41 (2003) 18–22.

[11] *Wołodkiewicz*, RISG 22 (1968) 372; *Wittmann*, Körperverletzung 64; *Zimmermann*, FS Lange 306; *Ankum*, Studia Iuridica 41 (2003) 11; *Schipani*, St. 4 (2009) 107. Die Wendung *culpa enim penes eum est* bei Ulp. 23 ed. D. 9.3.1.4 ist untechnisch zu verstehen, vgl. *Kaser*, RP II 428 Fn. 27; *Rodriguez-Ennes*, Iura 35 (1984) 93 f.; *Wicke*, Respondeat 98 f.; *Földi*, St. Talamanca III 420 f.; eine spätere subjektive Einfärbung der ursprünglich objektiven Haftung nimmt dagegen *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 94–99 an.

[12] *Unger*, JhJb 30 (1891) 229; *Ankum*, Studia Iuridica 41 (2003) 18; *Cursi*, SZ 132 (2015) 375, 380.

[13] Vgl. aber *Ankum*, Studia Iuridica 41 (2003) 14.

[14] *Seidl*, St. Volterra I 76; *Zimmermann*, FS Lange 306, 313; vgl. auch *Palmirski*, Mél. Wołodkiewicz II 676 f.

[15] Ulp. 23 ed. D. 9.3.1 pr.

[16] Ulp. 23 ed. D. 9.3.1.4.

[17] Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.5.

[18] Nach *Lenel*, EP 173 stand bei Ulp. 23 ed. D. 9.3.1 pr. statt *quinquaginta aureorum* ursprünglich *sestertium quinquaginta nummorum*; zust. *Wołodkiewicz*, RISG 22 (1968) 365 Fn. 1; berechtigte Zweifel bei *Pennitz*, RIDA 58 (2011) 276 f. Fn. 5.

[19] Ulp. 23 ed. D. 9.3.1 pr. Die Klage brachte somit innerhalb ihres Anwendungsbereichs einen Rechtsschutz bei Körperverletzung und Tötung von Freien, *Wittmann*, Körperverletzung 66–70; *Zimmermann*, FS Lange 308–311.

[20] Gai. 6 ed. prov. D. 9.3.7.

[21] Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.5.

Insgesamt dürfte der pönale den sachverfolgenden Charakter überwiegen.[22]

Ist der Täter ein Sklave des *habitator* und wurde die Tat *insciente domino* begangen, so wird die Klage durch den Prätor unter Beifügung einer Noxalklausel (→ § 105 Rn. 16) erteilt, wonach der Beklagte wahlweise auch zur *noxae deditio* berechtigt ist.[23] Ist der Täter ein Freier (etwa ein Gast), so wird dem *habitator* über eine *actio in factum* Regress ermöglicht.[24] **7**

III. Die *actio de positis vel suspensis*[25]

Diese Klage richtet sich gegen eine Person, welche auf einem öffentlichen Ort eine Sache gefährlich aufgehängt oder aufgestellt hat, sodass die Gefahr besteht, dass jemand verletzt wird, wenn die Sache herabfällt. Der Ediktswortlaut findet sich bei Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.6: **8**

Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo volgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, aut ⟨idem dari aut⟩ noxae dedi iubebo.

„Niemand soll auf einem Vorbau oder einem Wetterdach über einem Ort, wo man gewöhnlich geht oder wo man sich versammelt, etwas aufstellen, das beim Herabfallen jemandem Schaden zufügen kann. Wer dem zuwiderhandelt, gegen den werde ich eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage auf zehn Aurei geben. Wenn vorgebracht wird, dass ein Sklave ohne Wissen seines Herrn gehandelt hat, so werde ich anordnen, dass entweder dasselbe geleistet oder der Sklave an Schadens statt ausgeliefert wird."

Die Formel dürfte wie bei der *actio de effusis vel deiectis* eine Umschreibung des Edikts gewesen sein.[26] Klagegrund ist das gefährliche[27] Aufhängen oder Aufstellen einer Sache **9**

---

[22] *Gröschler*, Actiones (2002) 79 mit Fn. 171 betrachtet sie als rein pönal; vgl. aber auch *Mayer-Maly*, TR 60 (1992) 197.

[23] Ulp. 23 ed. D. 9.3.1 pr.; dazu *Pennitz*, RIDA 58 (2011) 279–287, 291–295. Ist der *habitator* selbst Sklave, so kann im Hinblick auf Taten Dritter nicht mittels Noxalklage gegen den *dominus* vorgegangen werden, da kein im Sinne von *nocere* verstandenes *facere* des Sklaven vorliegt; Ulp. 23 ed. D. 9.3.1.8 und dazu *Pennitz*, RIDA 58 (2011) 284–287. Bei selbständig wohnenden Haussöhnen kann nicht der Vater (weder adjektizisch noch noxal), sondern ausschließlich der Haussohn selbst geklagt werden, Gai. 3 cott. D. 44.7.5.5 unter Berufung auf Julian; Ulp. 23 ed. D. 9.3.1.4; dazu *Pennitz*, RIDA 58 (2011) 285.

[24] Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.4; dazu *Seidl*, St. Volterra I 76; *Ankum*, Ess. Hewett 14–18; *ders.*, Studia Iuridica 41 (2003) 22–26; *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 100–105.

[25] *Gordon*, Stud. Thomas 45–55; *Palmirski*, RIDA 50 (2003) 287–300; *Watson*, Mél. Meylan I 379–382; *Wołodkiewicz*, RISG 22 (1968) 365–391.

[26] *Lenel*, EP 174.

[27] Somit kommen nur Situationen in Betracht, bei denen ein abstraktes Schädigungspotenzial gegeben ist. Es macht daher nicht schon das Aufstellen oder Aufhängen einer Sache schlechthin verantwortlich, Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.11.

auf einem Wetterdach oder Vorbau,[28] sofern darunter ein Weg vorbeiführt, über den man gewöhnlich geht, oder sich ein Ort befindet, an dem man sich gewöhnlich versammelt.[29] Passiv legitimiert ist, wer die Sache aufgestellt oder aufgehängt hat[30] bzw. wer es geduldet hat, dass ein anderer eine Sache gefährlich aufhängt oder aufstellt.[31]

10 Wie bei der *actio de effusis vel deiectis* geht es um die Sicherheit auf öffentlichen Plätzen,[32] bei der *actio de positis vel suspensis* tritt indes der Präventionsgesichtspunkt stärker in den Vordergrund: Der Prätor gewährt hier eine Popularklage auf zehn Aurei,[33] die jeder erheben kann, der eine gefährlich aufgehängte oder aufgestellte Sache entdeckt. Dabei bleibt gleichgültig, ob bereits ein Schaden eingetreten ist oder nicht.[34] Den Haftungsgrund bildet demnach eine bloß abstrakte Gefährdung;[35] die Klage dient vornehmlich der Schadensprävention und nicht dem Schadenersatz.[36] Als Pönalklage ist sie passiv unvererblich.[37]

---

[28] Das Edikt nennt hier nur diese beiden Begriffe und versteht sie technisch, weshalb Sev. in Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.12 im Hinblick auf eine *pergula* oder ein *reticulum* eine *actio ad exemplum huius actionis* gibt; dazu *Gröschler*, Actiones (2002) 83.

[29] Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.6, 9.

[30] *Schipani*, St. 4 (2009) 110. Die Haftung ist hier unabhängig davon, ob es sich um den *habitator* handelt: dies geht aus Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.8 und Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.10 hervor, Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.12 ist demgegenüber ein Sonderfall. Siehe auch *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 117 f.; *van Hoek*, SZ 117 (2000) 470; *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 160; *Palmirski*, RIDA 50 (2003) 297–299; *ders.*, RIDA 53 (2006) 331. Anders offenbar *Watson*, Mél. Meylan I 379, der die Passivlegitimation wie bei der *actio de effusis vel deiectis* allein auf den *habitator* bezieht, sowie *Wicke*, Respondeat 100 f., der den *habitator* bzw. den Eigentümer haftbar macht. Für eine Fiktion, dass eine Sache durch den *habitator* aufgestellt oder aufgehängt worden ist, tritt *Descheemaeker*, J.Leg.Hist. 31 (2010) 11 ein. *Pennitz*, RIDA 58 (2011) 277 stellt auf die „Kontrolle über ein Gebäude" ab; vgl. auch *Wołodkiewicz*, RISG 22 (1968) 380 f.; *Gordon*, Stud. Thomas 47.

[31] Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.10.

[32] Vgl. *Schipani*, St. 4 (2009) 104.

[33] Nach *Lenel*, EP 174 stand im Edikt ursprünglich der Betrag von tausend Sesterzen; ebenso *Wołodkiewicz*, RISG 22 (1968) 366 Fn. 2; vgl. auch *Pennitz*, RIDA 58 (2011) 278 Fn. 8.

[34] Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.11.

[35] *Wołodkiewicz*, RISG 22 (1968) 379; *Kaser*, RP I 629; *Gröschler*, Actiones (2002) 82; *Wicke*, Respondeat 100.

[36] Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.12 behandelt den Fall, dass die gefährlich aufgehängte oder aufgestellte Sache heruntergefallen ist, und gibt eine Klage gegen den *habitator* sowie allenfalls eine analoge Klage gegen denjenigen, der die Sache aufgehängt oder aufgestellt hat; ob es sich bei der diskutierten Klagemöglichkeit um die *actio de positis vel suspensis* oder um die *actio de effusis vel deiectis* handelt, geht aus dem Text nicht klar hervor, vgl. *Gordon*, Stud. Thomas 53; *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 125. Angesichts des Umstandes, dass nach Ulp. 23 ed. D. 9.3.1.3 die *actio de effusis vel deiectis* auch dann greifen soll, wenn Sachen beim Aufhängen hinunterfallen oder wenn die Sachen – nachdem sie aufgehängt worden sind – später hinunterfallen, können sich gewisse Überschneidungen der Anwendungsbereiche beider Klagen ergeben; siehe dazu *van Hoek*, SZ 117 (2000) 468–470; *Palmirski*, Mél. Wołodkiewicz II 672–674; *Pennitz*, RIDA 58 (2011) 288 f.; *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 173–183. Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.12 ist daher möglicherweise verkürzt überliefert, so *Gordon*, Stud. Thomas 54.

[37] Paul. 19 ed. D. 9.3.6 pr.

Am Ende des Edikts stand eine Noxalklausel (→ § 105 Rn. 16), die dem Herrn anstelle der Bußzahlung die Auslieferung jenes Sklaven ermöglichte, der die Sache gefährlich aufgestellt oder aufgehängt hat.[38] Die *noxae deditio* ist in Übereinstimmung mit dem Noxalrecht nur beim *dominus insciens* möglich, zumal der *dominus*, wenn er das Aufstellen oder Aufhängen durch andere duldet, in eigener Person unmittelbar aus der *actio de positis vel suspensis* verantwortlich ist.[39] **11**

IV. Die *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios*[40]

Unter diesem Oberbegriff fasst man zwei an sich selbständige prätorische *actiones in factum* zusammen: Eine Abwandlung der *actio furti* gegen den Reeder, Gast- oder Stallwirt wegen Diebstählen, die sich auf dessen Schiff oder in dessen Betrieb ereignen, sowie eine Abwandlung der *actio legis Aquiliae* wegen Sachbeschädigungen.[41] Die Klagen werden von den Juristen in unterschiedlichem palingenetischen Zusammenhang erörtert[42] und sind auch an zwei verschiedenen Stellen der Digesten überliefert.[43] **12**

Die Formel der Klage wegen Sachbeschädigungen rekonstruiert Lenel als *formula in factum concepta*, die in der *condemnatio* je nach beschädigtem Objekt auf *quanti ea res in eo anno plurimi* (bzw. *in diebus triginta proximis*) *fuit, tantam pecuniam duplam* … abstellt.[44] Dagegen hat Gröschler[45] in Weiterentwicklung der Studien von Selb[46] darauf hingewiesen, dass die Abwandlungen der *actio legis Aquiliae* wie diese auch eine *formula in ius concepta* aufgewiesen haben; im Lichte dessen ist auch für die Erweiterung der Haftung auf Reeder, Gast- oder Stallwirte eine zivile Formelkonzeption für wahrscheinlicher zu halten: **13**

[38] Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.6 a. E.; *Pennitz*, RIDA 58 (2011) 292, der mangels Schadenstat die Noxalklage bei bloßer Gefährdung ausscheidet.

[39] Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.10 und *Pennitz*, RIDA 58 (2011) 289–291.

[40] *Cursi*, St. Nicosia III 117–147; *Fercia*, Responsabilità (2002); *Klausberger*, Fontes Iuris 205–217.

[41] *Klausberger*, Fontes Iuris 207; *Wicke*, Respondeat 85.

[42] Ulpian erörtert die Diebstahlshaftung im 38. Buch zum Edikt im Zusammenhang mit dem *furtum*, während er die Sachbeschädigung im 18. Buch im Anschluss an die *lex Aquilia* behandelt; siehe *Lenel*, Pal. II 532, 682.

[43] Für die *actio furti adversus nautas, caupones, stabularios* findet sich ein eigener Titel in den Digesten (47.5.), die Klage wegen Sachbeschädigungen findet sich im Anschluss an das *receptum nautarum, cauponum stabulariorum* in D. 4.9.6 und 7; *Klausberger*, Fontes Iuris 207.

[44] *Lenel*, EP 205; ebenso *Mantovani*, Formule 73 f.

[45] *Gröschler*, Actiones (2002) 77; vgl. aber *Pennitz*, Ess. Sirks 575 Fn. 63.

[46] *Selb*, FS Demelius 230, *ders.*, St. Biscardi III 326; *ders.*, St. Sanfilippo V 730 f.; zust. *Kaser*, SZ 101 (1984) 98.

Si paret in nave,[47] *quam*[48] *Numerius Negidius tum exercebat, Numerium Negidium eumve, quem Numerius Negidius eius navis navigandae*[49] *causa ibi tum habuit,*[50] *Aulo Agerio damnum iniuria dedisse, quantam pecuniam ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare oportet, tantam pecuniam duplam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.*[51]

„Wenn es sich erweist, dass dem Kläger auf dem Schiff, das der Beklagte betreibt, durch den Beklagten oder jemanden, der sich auf dem Schiff als Seemann aufgehalten hat, dem Kläger widerrechtlich Schaden zugefügt worden ist, so verurteile, Richter, den Beklagten auf den doppelten Betrag davon, was der Beklagte dem Kläger deswegen zu leisten verpflichtet ist, wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei."

14 Die Formel der Diebstahlsklage gegen den Reeder, Gast- oder Stallwirt lässt sich wie folgt rekonstruieren:

Si paret Aulo Agerio a Numerio Negidio eorumve quo in ea navi[52] *… erant sive ope consilio Numerii Negidii eorumve cuius furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Numerium Negidium pro fure damnum decidere oportet, quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantae pecuniae duplum iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.*[53]

„Wenn es sich erweist, dass der Beklagte oder einer derjenigen, die auf dem Schiff … waren, oder jemand auf Anstiftung oder mit Beihilfe des Beklagten oder seiner Leute dem Kläger eine goldene Schüssel gestohlen hat, und der Beklagte deshalb als Dieb Buße leisten muss, so verurteile, Richter, den Beklagten auf den doppelten Wert, den die Sache im Zeitpunkt des Diebstahls hatte, wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei."

15 Die beklagten Unternehmer haften nicht bloß für eigenes Verhalten, sondern auch für das Verhalten Anderer: Der Wirt muss für die Handlungen jener Personen einstehen, die länger in seinem Gasthof wohnen, nicht aber für Durchreisende.[54] Der Reeder haftet für Handlungen seiner Seeleute,[55] gleichgültig ob es sich um Freie oder Sklaven handelt.[56] Der Geschädigte muss zur Geltendmachung seines Anspruchs die Handlung einer bestimmten Person nachweisen;[57] deliktische Ansprüche gegen Freie stehen zur quasideliktischen Haftung im Verhältnis elektiver Konkurrenz:[58] Ist der Täter ein Frei-

[47] Bzw. *caupona, stabulo.*
[48] Bzw. *quod.*
[49] Bzw. *eius cauponae exercendae, eius stabuli exercendi.*
[50] Bzw. *qui habitandi causa ibi tum fuit.*
[51] *Gröschler*, Actiones (2002) 77.
[52] Bzw. *in ea caupona, in eo stabulo.*
[53] *Lenel*, EP 334; *Gröschler*, Actiones (2002) 78.
[54] Für Sachbeschädigungen: Paul. 22 ed. D. 4.9.6.3. Für Diebstähle: Ulp. 28 ed. D. 47.5.1.6.
[55] Ulp. 38 ed. D. 47.5.1 pr.
[56] Ulp. 18 ed. D. 4.9.7 pr.; bei Delikten, die ein Sklave eines Besatzungsmitglieds begeht, wird eine *actio utilis* gegeben, Ulp. 18 ed. D. 4.9.7.3.
[57] *Goldschmidt*, Handelsrecht 3 (1860) 69 f.; *Hochstein*, Obligationes 18; nach *Pennitz*, Ess. Sirks 574 soll freilich der Nachweis genügen, dass der Täter aus dem Kreis der vom Unternehmer eingesetzten Personen stammt.
[58] Paul. 22 ed. D. 4.9.6.4.

er, so muss der Bestohlene wählen, ob er gegen den unmittelbaren Täter aus Delikt oder gegen den Reeder, Gast- bzw. Stallwirt aus Quasidelikt vorgeht.[59] Die Haftung des Reeders ist auf jene Taten beschränkt, die sich auf dem Schiff selbst zutragen.[60] Anspruchsberechtigt sind ausschließlich Reisegäste, nicht aber die Besatzungsmitglieder.[61] Gegenüber dem Publikum kann die Haftung ausgeschlossen werden.[62] Eigene Sklaven des Unternehmers können anstelle der Deliktsbuße dem Geschädigten ausgeliefert werden (→ § 105 Rn. 6 f.),[63] sofern der *dominus* in das Delikt nicht involviert ist.[64] Beim Einsatz fremder Sklaven besteht diese Möglichkeit nicht.[65]

16 Sowohl bei Diebstählen als auch bei Sachbeschädigungen wird ein Vorgehen gegen den Reeder, Gast- oder Stallwirt unabhängig vom Bestehen eines Vertrages ermöglicht. Daneben können Ansprüche aus einer *locatio conductio* (→ § 80) oder *receptum*-Garantiezusage (→ § 25 Rn. 5–28) bestehen.[66] Die h. M. nimmt an, dass die quasideliktische Haftung die ältere Haftungsform ist und später von der Vertragshaftung überlagert wurde.[67] Das Nebeneinander von reipersekutorischen Klagen und Pönalklagen ist für das klassische Recht nicht ungewöhnlich.[68] Im Übrigen wird je nach Lage des Falles die eine oder andere Klage dem Geschädigten Vorteile geboten haben.[69]

V. Die Haftung des *iudex qui litem suam facit*[70]

17 Für die Klage gegen den Richter wegen Pflichtverletzung finden sich nur wenige Zeugnisse in den Rechtsquellen,[71] dementsprechend schwierig gestaltet sich die Rekon-

[59] Ulp. 38 ed. D. 47.5.1.3.
[60] Ulp. 18 ed. D. 4.9.7 pr.
[61] Ulp. 18 ed. D. 4.9.7.2.
[62] Ulp. 18 ed. D. 4.9.7 pr.
[63] Ulp. 18 ed. D. 4.9.7.4; Ulp. 38 ed. D. 47.5.1.5. Die h. M. sieht dies als klassisch an, *Cursi*, Scr. Franciosi 661 f. Fn. 25, 666–675; *Cerami*, St. Metro I 479; *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 228–236; *Pennitz*, Ess. Sirks 563 f.; abw. *Fercia*, Responsabilità (2002) 100 (vgl. auch a. a. O. 9–12, 223–278), *ders.*, Responsabilità (2008) 327–329.
[64] *Klausberger*, Fontes Iuris 209 f.
[65] Ulp. 18 ed. D. 4.9.7.4; Ulp. 38 ed. D. 47.5.1.5.
[66] Nach *Pennitz*, Ess. Sirks 577 f. sind die *actio de recepto* und die prätorische Bußklage kumulativ anwendbar; vgl. aber *Cursi*, St. Nicosia III 145 f.
[67] *Klingmüller*, RE 40 (1920) 358; *Brecht*, Haftung der Schiffer (1962) 109 f.; *Hochstein*, Obligationes 18; *Cursi*, St. Nicosia III 129; *Cerami*, St. Metro I 476; *Klausberger*, Fontes Iuris 212 f.; a. A. *De Robertis*, Ann. Bari 12 (1953) 113–116; *Wicke*, Respondeat 91 f.
[68] *Cerami*, St. Metro I 479; *Klausberger*, Fontes Iuris 213.
[69] *Klausberger*, Fontes Iuris 213 f.
[70] *Birks*, TR 52 (1984) 373–387; *d'Ors*, SDHI 48 (1982) 368–394; *Robinson*, 116 (1999) 195–199; *Scevola*, Responsabilità; *Rampazzo*, Sententiam (2012) 141–154.
[71] Zu nichtjuristischen Quellen siehe *MacCormack*, ANRW II.14 (1982) 8–10; *Lamberti*, Labeo 36 (1990) 239–241; *Burdese*, Misc. 111 f.; *Venturini*, Index 41 (2013) 457–465; *Scevola*, Responsabilità 159–182; *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 42–55.

struktion des klassischen Rechtszustandes.[72] So begegnet der Fall doloser Rechtsbeugung[73] ebenso wie eine Amtspflichtverletzung *per imprudentiam.*[74] Außerdem geht aus Gai. 4.52 hervor, dass bei einer *condemnatio certae pecuniae* der Zuspruch einer größeren oder einer geringeren Summe der Richter wegen *litem suam facere* haftbar wird; gleiches gilt für das Missachten einer *taxatio.*[75]

18 Im Lichte dieses Quellenbefunds hat Rudorff die Existenz von zwei Formeln angenommen: Eine für den Fall doloser Rechtsbeugung, die auf *quanti ea res est* gehen soll, die andere für sonstige Fehler, die dem Richter unterlaufen, mit einer Verurteilung auf *quantum aequum videbitur.*[76] Lenel tritt im Gegensatz dazu für eine einheitliche, *in factum* konzipierte[77] Formel ein, die beide Fälle abdecken soll, nimmt dafür aber eine Interpolation von Ulp. 21 ed. D. 5.1.15.1 an.[78] Einen m. E. vorzugswürdigen Mittelweg geht Scevola, der eine Formel mit mehreren, auf die jeweils verletzte Pflicht bezogenen *intentiones*, aber bloß einer einheitlichen *condemnatio in bonum et aequum* vorschlägt.[79] So wird man die Formel etwa für den Fall einer Verletzung der Entscheidungspflicht folgendermaßen rekonstruieren:

Si paret Numerium Negidium, cum inter Aulum Agerium et Lucium Titium iudicare iussus erat, neque difidisse neque sententiam dicisse,[80] *quantum ob eam rem aequum videbitur iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.*

„Wenn es sich erweist, dass Numerius Negidius, als er zwischen Aulus Agerius und Lucius Titius zum Richter bestellt gewesen ist, weder vertagt noch ein Urteil gesprochen hat, so verurteile, Richter, den Numerius Negidius auf soviel, wie in dieser Angelegenheit recht und billig erscheint, wenn es sich nicht erweist, sprich ihn frei."

19 Angesichts des Umstandes, dass die Wendung *litem suam facere* für sich genommen wenig aussagekräftig ist, wurden in der Lit. unterschiedliche Erklärungen formuliert. So hat man die Richterhaftung mit einem Handeln *ultra vires* verbunden[81] oder die

---

[72] Zu den Ursprüngen in Tab. 9.3. sowie im Legisaktionenverfahren siehe *Scevola*, Responsabilità 21–144 mwN.

[73] Ulp. 21 ed. D. 5.1.15.1.

[74] Gai. 3 cott. D. 50.13.6, teilweise doppelt überliefert in D. 44.7.5.4.

[75] Siehe dazu *Burdese*, Misc. 88–91; *Nörr*, SZ 112 (1995) 82–84; *Scevola*, Responsabilità 241–249; *Rampazzo*, Sententiam (2012) 145–148.

[76] *Rudorff*, De iuris dictione edictum (1869) 92.

[77] *De Martino*, BIDR 30 (1988) 34 tritt für eine *formula in ius concepta* ein; dagegen schon *Burdese*, Misc. 85 f.

[78] *Lenel*, EP 168 f. Zu diesen und zu weiteren Formelrekonstruktionen vgl. auch *Scevola*, Responsabilità 503–524.

[79] *Scevola*, Responsabilità 524–536; siehe aber auch *De Martino*, BIDR 30 (1988) 8.

[80] *Scevola*, Responsabilità 529.

[81] *Pugsley*, IJ 4 (1969) 352–355; kann diesbezüglich *dolus* nachgewiesen werden, so hafte der Richter auch für Handlungen *intra vires*. Ähnlich *Robinson*, FS Wacke 390: „The meaning of *litem suam facere* is to act on his own (authority), not with the authority of the Praetor …"; *dies.*, SZ 116 (1999) 197.

Haftung auf die Korrektur offensichtlicher Fehler bzw. doloser Rechtsbeugung beschränkt.[82] *Litem suam facere* erscheint als „den Rechtsstreit zu seinem eigenen mach[en]“[83] bzw. den Streit so zu führen als wäre es der eigene.[84] Manche beziehen den Ausdruck nicht auf das Verhalten des Richters, sondern auf den dadurch herbeigeführten Erfolg.[85]

Eine Annäherung an den Bedeutungsgehalt von *litem suam facere* lässt sich m. E. am ehesten über die in den Quellen überlieferten Sachverhalte finden. Die *lex Irnitana*[86] zeigt, dass man sich unter *litem suam facere* nicht so sehr den Fall doloser Rechtsbeugung vorzustellen hat, sondern primär den Fall der Rechtsverweigerung durch das Versäumnis, ein (wirksames) Urteil zu sprechen oder den Streit zu vertagen.[87] Auch das Überschreiten der Kognitionsbefugnis macht den Richter verantwortlich.[88] *Imprudentia* ist in diesem Zusammenhang untechnisch gebraucht und darf nicht mit *culpa* gleichgesetzt werden.[89] Die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung ist mit Ausnahme der dolosen Bevorzugung bzw. Benachteiligung einer Partei nicht Gegenstand der Richterhaftung.[90] **20**

Die Einordnung als pönale oder sachverfolgende Klage gestaltet sich schwierig.[91] Im Lichte dessen war auch die passive Vererblichkeit der Klage unter den römischen Juristen strittig.[92] Da die Klage auf *quantum aequum videbitur* geht, scheint das Einbe- **21**

[82] *MacCormick*, Acta Jur. (1977) 152–159.

[83] *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, CIC II 472.

[84] *Kelly*, Litigation (1966) 106; ähnlich *MacCormick*, Acta Jur. (1977) 158 f.

[85] *D'Ors*, SDHI 48 (1982) 390; vgl. auch *De Martino*, BIDR 30 (1988) 36; anders etwa *Robinson*, SZ 116 (1999) 196.

[86] Tab. X, Kap. 91, Z. 51–54; siehe dazu *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 25–29 und 37–40; *Simshäuser*, SZ 109 (1992) 169 f., 176–178; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 193–199; *Gómez-Iglesias*, SDHI 72 (2006) 465–505; *Mantovani*, St. Talamanca V 13–72; *Metzger*, Judges and Judging 177–191; *Wolf*, Lex Irnitana 98–116; *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 38–41. In diesem Sinne wird man auch P. Ant. I 22, Z. 17 verstehen; siehe dazu *Gimenez-Candela*, Est. d'Ors I 557–577; *Lamberti*, Labeo 36 (1990) 228–236; *Scevola*, Responsabilità 212–236; *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 33–38.

[87] *D'Ors*, SDHI 48 (1982) 368–379; *Birks*, TR 52 (1984) 383–387; *Gröschler*, Actiones (2002) 113; vgl. auch *Rampazzo*, Sententiam (2012) 165–190.

[88] Gai. inst. 4.52.

[89] *Hübner*, Iura 5 (1954) 203; *MacCormick*, Acta Jur. (1977) 160 f.; *d'Ors*, SDHI 48 (1982) 389; *Burdese*, Misc. 87; anders *Kelly*, Litigation (1966) 109–115, demzufolge ursprünglich eine Haftung nur für *dolus* bestand, die später um Fälle der *imprudentia* erweitert wurde, was freilich nicht mit einer objektiven Haftung gleichzusetzen sei; vgl. auch *Venturini*, Index 41 (2013) 457–465. *Rampazzo*, Sententiam (2012) 154 geht von einer Haftung für *dolus*, *culpa* und *error* aus.

[90] *MacCormack*, ANRW II.14 (1982) 18–26; *Gröschler*, Actiones (2002) 113; *Robinson*, SZ 116 (1999) 198 f. *d'Ors*, SDHI 48 (1982) 389 hält die dolus-Haftung für unklassisch. Zum Verhältnis zwischen Richterhaftung und einer allfälligen Urteilsnichtigkeit siehe *Burdese*, Misc. 117–120.

[91] *Gröschler*, Actiones (2002) 113 f.; *Hübner*, Iura 5 (1954) 202 sieht darin einen „Haftungstatbestand eigener Art“; vgl. aber *Mayer-Maly*, TR 60 (1992) 196: „Eindeutig ist die Sanktion eine *poena*.“

[92] Ulp. 5 ad ed. D. 5.1.16. lehnt die von Julian vertretene Ausdehnung der Haftung auf die Erben des Richters ab; vgl. dazu *Scevola*, Responsabilità 467–499.

ziehen von über die reine Sachverfolgung hinausgehenden pönalen Aspekten möglich und wahrscheinlich. Dafür spricht auch, dass Gai. 3 cott. D. 50.13.6 diesbezüglich die Wendung *poenam sustinebit* enthält.

22 Ist der Richter ein *filius familias*, so greift für dessen Verfehlungen nach Ulp. 21 ed. D. 5.1.15 pr. eine Haftung *de peculio*;[93] eine Noxalhaftung ist in den Quellen nicht bezeugt.[94] Im justinianischen Recht haftet dagegen der Haussohn selbst.[95]

VI. Gemeinsame Merkmale der Quasidelikte

23 Abschließend gilt es noch nach etwaigen Gründen zu fragen, welche für die Einordnung dieser Klagen in die Gruppe der Quasidelikte bei Gai. 2 cott. D. 44.7.1 pr. ausschlaggebend gewesen sein mögen. In der Literatur wurde ein gemeinsamer, alle Quasidelikte tragender Grundgedanke geleugnet[96] und die Quasidelikte zu einer „Verlegenheitskategorie“[97] abgestempelt. Ihre einzige Gemeinsamkeit wäre demnach, dass sie in irgendeiner Weise vom Grundtypus des Delikts abweichen.[98] Manche billigen der Gruppe der Quasidelikte immerhin eine gewisse Anschaulichkeit zu.[99]

24 Andere Stimmen in der Literatur versuchen indes, Gemeinsamkeiten der Quasidelikte herauszuarbeiten. So kann man eine rein formale Übereinstimmung etwa darin sehen, dass die Quasidelikte als prätorische Schöpfung dem *ius honorarium* und nicht dem *ius civile* angehören.[100] Eine inhaltliche Parallele sehen manche darin, dass beim Quasidelikt auch für *culpa* gehaftet werde, wohingegen im Deliktsbereich sonst eine

---

[93] Dazu *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 55–58; *Scevola*, Responsabilità 391–467; vgl. auch *Venturini*, Index 41 (2013) 469.

[94] *D'Ors*, SDHI 48 (1982) 381.

[95] Inst. 4.5.2.; *Mayer-Maly*, TR 60 (1992) 196 sieht darin einen Wandel von der vertraglichen Richterbestellung in klassischer Zeit hin zum justinianischen Quasidelikt.

[96] *Jörs/Kunkel*, RR 193; *Stojcevic*, Iura 8 (1957) 63–74; *Kelly*, Litigation (1966) 115; *Wołodkiewicz*, RISG 24 (1970) 226 f.; *Kaser*, RRQ 169; *Robinson*, J.Leg.Hist. 19 (1998) 245–250.

[97] *Menger*, Volksklassen 146.

[98] *Stojcevic*, Iura 8 (1957) 63; *Kelly*, Litigation (1966) 115; vgl. auch *Földi*, St. Talamanca III 417.

[99] *Robinson*, St. Talamanca VII 123–128; in den Institutionen Justinians trete aufgrund der Nennung von vier Typen von Delikten und vier Quasidelikten der didaktische Aspekt noch stärker in den Vordergrund, so *Robinson*, J.Leg.Hist. 19 (1998) 245–250; *dies.*, FS Wacke 389: „teaching tool“. Anders *Földi*, Ann. Budapest. 44 (2003) 280, der in den *res cottidianae* ein „didaktisches Gleichnis“ erblickt, wohingegen bei Justinian „eine prononciert theoretisch konzipierte Quadripartition“ vorliege.

[100] *Arangio-Ruiz*, Istituzioni (1960) 377 f.; *Volterra*, Istituzioni (1961) 568–571; vgl. auch *Betti*, Ist. II.1 522; *Cannata*, ED 38 (1987) 33; *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 308 f. Man wird freilich bemerken, dass es auch prätorische Delikte gibt, die von den römischen Juristen nicht unter die Quasidelikte eingereiht worden sind, *Földi*, St. Talamanca III 419. Gegen einen honorarrechtlichen Ursprung der Richterhaftung *Hübner*, Iura 5 (1954) 205; vgl. aber auch a. a. O. 207 f.; eine zivilrechtliche Wurzel hält auch *MacCormack*, ANRW II.14 5 für plausibel.

reine *dolus*-Haftung greife;[101] dies überzeugt nicht, da bei der *lex Aquilia* eine *culpa*-Haftung besteht (→ § 92 Rn. 52–57).[102] Ferner hat man die Möglichkeit, für fremde widerrechtliche Handlungen ersatzpflichtig zu werden, als Gemeinsamkeit der Quasidelikte aufgefasst,[103] womit man freilich die Haftung des Richters nur schwer erklären kann.[104] Andere wollen die Quasidelikte vor dem Hintergrund des „Prinzips der Gefahrtragung nach Gefahrbeherrschung" sehen;[105] die Quasidelikte resultieren demnach aus einer Garantenstellung.[106]

Richtigerweise wird man als Gemeinsamkeit aller quasideliktischen Tatbestände feststellen, dass ein Verschulden des Beklagten im Einzelfall nicht nachgewiesen werden muss.[107] Das Verschulden wird vielmehr unwiderleglich vermutet; insofern liegt in den Quasidelikten ein typisiertes Verschulden vor.[108] Formulierungen wie *utique peccasse aliquid intellegitur* bei Gai. 3 cott. D. 44.7.5.4 oder *aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur* bei Gai. 3 cott. D. 44.7.5.6 zeigen das Bestreben nach einer dogmatischen Erfassung dieser Haftungstatbestände.[109] Auch wenn durch diese Konstruktion eines typisierten Verschuldens keine rein objektive Haftung vorliegt,[110] kommt die Situation bei den Quasidelikten im Endeffekt einer objektiven Haftung doch gleich.[111] Es wird bloß darauf abgestellt, dass der Beklagte einen quasideliktischen Tatbestand erfüllt; Rechtfertigungsversuche des Beklagten schlagen fehl, zumal die Vermutung seiner Verantwortlichkeit nicht entkräftet werden kann.[112] 25

---

[101] *Albertario*, St. III 86–94; vgl. auch *Rotondi*, Scr. II 386 f.; *Betti*, Ist. II.1 522 f.; *Schipani*, St. 4 (2009) 108, 111 f.

[102] *Stein*, RIDA 5 (1958) 565; *Birks*, Current legal problems 22 (1969) 169; *Paricio*, Cuasidelitos 45 f.; *Cannata*, ED 38 (1987) 33 f.; *Gröschler*, Actiones (2002) 111 Fn. 341.

[103] *Buckland*, Text-Book 598 f.; *Buckland/McNair*, Roman Law 395 f.; *Földi*, St. Talamanca III 423–432; vgl. auch *Serrao*, BIDR 66 (1963) 31–33; *Birks*, Current legal problems 22 (1969) 169 f.

[104] *Zimmermann*, LO 16 f. Nach *Buckland/McNair*, Roman Law 396 macht sich der *iudex* hier das Verschulden der Parteien zu Eigen; krit. *Hochstein*, Obligationes 27.

[105] *Seidl*, Privatrecht (1963) 211–213: „Haftung aus Beherrschungsvermögen". In diesem Sinne meint *Kaser*, RP II 361, die Quasidelikte würden Schädigungen durch Einlassung in Tätigkeiten umfassen, deren man nicht gewachsen ist, bzw. die durch den Einsatz unzuverlässiger Leute entstanden sind.

[106] Vgl. *Kelly*, Litigation (1966) 116 und *Birks*, Current legal problems 22 (1969) 174–180.

[107] *Gröschler*, Actiones (2002) 111; vgl. auch *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 301–310.

[108] *Gröschler*, Actiones (2002) 111 f.; *Cursi*, SZ 132 (2015) 385 f.; vgl. schon *Mayer-Maly*, TR 60 (1992) 194.

[109] *Birks*, Current legal problems 22 (1969) 167; *Klausberger*, Fontes Iuris 214; *Cursi*, SZ 132 (2015) 385 f. mit Fn. 80; vgl. auch *Descheemaeker*, J.Leg.Hist. 31 (2010) 19.

[110] Von einer objektiven Haftung sprechen *Stein*, RIDA 5 (1958) 570; *Gordon*, Est. Sánchez 303–311; *Paricio*, Cuasidelitos 48–51; *d'Ors*, SDHI 48 (1982) 393 f.; *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 159–161; *Palmirski*, RIDA 53 (2006) 334; *Descheemaeker*, J.Leg.Hist. 31 (2010) 720; vgl. auch *MacCormick*, Acta Jur. (1977) 160–163.

[111] *Klausberger*, Fontes Iuris 215 f. Vgl. auch *Gordon*, Est. Sánchez 304.

[112] Dabei fällt auf, dass für die meisten Klagen aus Quasidelikten eine *formula in factum concepta* angenommen werden kann. Dieser Formeltyp scheint als Einfallstor objektivierter Haftung in be-

26 Ein weiterer gemeinsamer Rahmen dieser Tatbestände lässt sich darin erkennen, dass die Haftung als Reaktion auf bestimmte Gefährdungspotenziale erscheint.[113] So ist es Sache des Wohnungsinhabers, dafür zu sorgen, dass keine Gegenstände aus der Wohnung auf die Straße geworfen werden.[114] Wer eine Sache aufhängt oder aufstellt, muss Vorsorge treffen, niemanden zu gefährden.[115] Reeder, Gast- und Stallwirte sollen bei der Auswahl ihres Personals auf die Lauterkeit dieser Menschen achten. Das Vermögen der Reisenden ist hier nämlich in besonderer Weise exponiert, sodass Reeder, Gast- und Stallwirte Diebstähle oder Sachbeschädigungen durch ihr Personal mittels sorgfältiger Auswahl und Überwachung möglichst verhindern sollen.[116] Bei der Richterhaftung ist darauf hinzuweisen, dass der Richter im klassischen Formularprozess eine besondere Position einnimmt: Er ist in der Regel nicht Jurist, entscheidet aber nach dem Streitprogramm des Prätors den Rechtsstreit endgültig und unanfechtbar.[117] Diese besondere Position des Richters gegenüber den Parteien mag erklären, warum der Richter hier in die Haftung genommen wird: Er wird dadurch angehalten, den Prozess sorgfältig zu führen und sich mit den einschlägigen Vorschriften vertraut zu machen.[118] Die Haftung ist somit jeweils zum Zwecke der Prävention eingeführt worden,[119] wodurch die Beteiligten bei bestimmten, schadensgeneigten Tätigkeiten zur Schadensabwehr angehalten werden sollen. Kommt dennoch jemand zu Schaden, so wird dem Geschädigten eine bestimmte Person als Abwicklungsstelle seiner Haftungsansprüche gegenübergestellt.[120] Bei der *actio de effusis vel deiectis* kommt es etwa nicht darauf an, wer tatsächlich für den Wurf oder Guss verantwortlich gewesen ist. Der Geschädigte kann sich an den *habitator* halten; hat dieser den Kläger befriedigt, mag er sich selbst unter Umständen beim unmittelbaren Täter regressieren. Die analogen Klagen gegen Reeder, Gast- und Stallwirte nehmen zudem den Aspekt des unternehmerischen Risikos beim Einsatz von Gehilfen in den Blick; dieses Risiko trifft nicht den Geschädigten, sondern den Unternehmer, zumal dieser ja auch den Nutzen aus dem Gehilfeneinsatz

---

sonderem Maße geeignet, knüpft die Klagsformel doch die Verurteilung an das Vorliegen bestimmter, in der Formel genannter (äußerer) Tatsachen. Im besonderen Fall kann so das Erfüllen der formelmäßigen Tatsachen eine Konzentration auf objektive Aspekte bewirken und subjektive Gesichtspunkte in den Hintergrund rücken.

[113] *Seidl*, Privatrecht (1963) 211–213; *Zimmermann*, FS Lange 313; *ders.*, LO 17 f.; *Földi*, St. Talamanca III 429; *Klausberger*, Fontes Iuris 216; vgl. auch *Descheemaeker*, RLT 5 (2009) 2 Fn. 3, 22 f.; *Cursi*, SZ 132 (2015) 375.

[114] *Unger*, JhJb 30 (1891) 227; *Seidl*, St. Volterra I 76; *Wicke*, Respondeat 98–100; da man sich „die Seinen oft nicht aussuchen" kann, liegt eher ein typisiertes Kontroll- denn ein Auswahlverschulden vor, *Mayer-Maly*, TR 60 (1992) 197 gegen *Gimenez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 77.

[115] Vgl. Ulp. 23 ed. D. 9.3.5.7.

[116] *Wicke*, Respondeat 89; *Cursi*, SZ 132 (2015) 384.

[117] *Hübner*, Iura 5 (1954) 201; *Hochstein*, Obligationes 14 f.; *Rampazzo*, Sententiam (2012) 150 f.

[118] Vgl. *Hübner*, Iura 5 (1954) 201 f.: „Funktion einer erzieherischen Prophylaxe".

[119] So *Unger*, JhJb 30 (1891) 227 zur *actio de deiectis vel effusis.*

[120] *Cursi*, SZ 132 (2015) 375, 380.

zieht. Insofern setzt der Unternehmer die Gehilfen auf eigenes Risiko ein.[121] Im Lichte dessen erscheinen die Quasidelikte auch als haftungsmäßige Privilegierung jener Personen, die sich wohl oder übel bestimmten Situationen erhöhter Gefahr aussetzen müssen.

[121] Vgl. Ulp. 18 ed. D. 4.9.7 pr. … *cum ipse eos suo periculo adhibuerit*; dazu *Cursi*, SZ 132 (2015) 382.

§ 97 Klage aus Testament (*actio ex testamento*)

Sebastian Lohsse

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld. Ein Commentar, fortgesetzt von Arndts von Arnesberg, Bände 46–48, 1869–1878; *Ferrini*, Teoria generale dei legati e dei fedecommessi, 1889 (Nrd. 1976); *Voci*, Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano, 1936; *Biondi*, Successione testamentaria e donazioni, 2. Aufl., 1955, 267–474; *Grosso*, I legati nel diritto romano, 2. Aufl., 1962; *Voci*, Diritto ereditario romano II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria, 2. Aufl., 1963; *Astolfi*, Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano I, 1964. II, 1969. III, 1979; *Avenarius*, Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum, 2005, 443–474.

Inhalt Rn.

I. Klageformel 1
II. Arten der Vermächtnisse 6
III. Form der Vermächtnisanordnung 11
1. Damnationslegat 13
2. *Legatum sinendi modo* 16
IV. Vermächtnisinhalte 17
1. Damnationslegat 17
a. Allgemeines 17
b. Vermächtnis einer individuell bestimmten Sache 20
c. Vermächtnis mit Wahlrecht oder nur generisch bestimmter Sache 24
d. Vermächtnis der Schuldbefreiung 29
e. Vermächtnis der Schuld des Erblassers gegenüber dem Vermächtnisnehmer 31
f. Vermächtnis der Mitgift 33
g. Teilungsvermächtnis 35
2. *Legatum sinendi modo* 37
V. Belastete und Bedachte 38
1. Beschwerung eines testamentarisch eingesetzten Erben 38
2. Vermächtnisnehmer 43
VI. Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit 46
VII. Erwerb des Vermächtnisses 48
1. Vonselbsterwerb 48
2. Der *dies cedens legati* 49
3. Die *cautio legatorum servandorum causa* 55

VIII. Aufhebung und Ersetzung des Vermächtnisses 58
1. Zivilrechtliche Aufhebung (*ademptio legati*) und prätorisch geschützte Aufhebung 58
2. Ersetzung des Vermächtnisses (*translatio legati*) 64

I. Klageformel

Mit der strengrechtlichen *actio ex testamento* setzt der Vermächtnisnehmer die Verpflichtung durch, die der Erblasser dem Erben in einem nur schuldrechtlich wirkenden Vermächtnis (→ Rn. 7) zugunsten des Vermächtnisnehmers auferlegt; zur Anwendung kommt die *actio ex testamento* also beim Damnationslegat und beim *legatum sinendi modo*. Es handelt sich um eine Klage nach *ius civile*; die Verbindlichkeit wird in der Klageformel dementsprechend durch *oportere* zum Ausdruck gebracht. Zur Rekonstruktion der als solcher nicht überlieferten Formel ist zu unterscheiden, ob Gegenstand des Vermächtnisses ein *certum* oder ein *incertum* (→ Rn. 26; → § 21 Rn. 26–27) ist. **1**

Beim Damnationslegat eines *certum* nimmt die *intentio* auf das zivilrechtliche *dare oportere* des jeweiligen Gegenstandes Bezug.[1] Die *condemnatio* richtet sich im Ausgangspunkt auf *quanti ea res est*, doch zählt das Damnationslegat eines *certum* (nicht aber auch das Fideikommiss[2]) zu den Fällen, in denen das Bestreiten der Verpflichtung zur Verdopplung der Haftungssumme führt (Litiskreszenz).[3] Für das Vermächtnis einer bestimmten Sache durch Damnationslegat ergibt sich die Formel daher in Anlehnung an Mantovani[4] wie folgt: **2**

C. Aquilius iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio ex testamento[5] *(rem) dare oportere, qua de re agitur,*[6] *quanti ea res est tantam pecuniam et alteram tantam*[7] *C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.*	C. Aquilius soll Richter sein. Wenn es sich erweist, dass Numerius Negidius dem Aulus Agerius (eine näher bezeichnete Sache) aus Testament zu leisten verpflichtet ist, dann soll hinsichtlich der Sache, deretwegen hier geklagt wird, der Richter C. Aquilius den Numerius Negidius verurteilen, dem Aulus Agerius so viel zu zahlen, wie die Sache wert ist, und noch einmal dieselbe Summe; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

3

[1] Gai. 2.204; Iul. 33 dig. D. 30.82.1.

[2] Gai. 2.282.

[3] Die Beschränkung auf das Damnationslegat eines *certum* s. bei Gai. 4.9 und Inst. 3.27.7 (dort auch zur Ausdehnung durch Justinian); für das klassische Recht ist sie entgegen älteren Stimmen nicht zu bezweifeln (s. schon *Liebs*, SZ 85 (1968) 246 mit Fn. 309; ferner *Varvaro*, Certum (2008) 171 Fn. 596 mit umfangreichen Nachweisen auch zur älteren Auffassung), wenngleich sie in weiteren Quellen nicht ausdrücklich erwähnt ist, s. etwa Gai. 2.282; 4.171.

[4] *Mantovani*, Formule 48 f.

[5] Argument aus Gai. 4.55; Iul. 33 dig. D. 30.82.1; Iul. 54 dig. D. 44.7.18; s. ferner *Selb*, Formeln (1974) 40–43 und *Kaser*, Labeo 22 (1976) 17 – gegen die Bezugnahme auf das Testament in der

4 Ist ein *incertum* Gegenstand des Damnationslegats oder handelt es sich um ein *legatum sinendi modo*, so richtet sich die Klage in ihrer *intentio* auf *quidquid heredem (ex testamento) dare facere oportet*. Da die *intentio*, wenn man diesen Passus aus Gai. 2.213 als Zitat aus einer Formel auffasst,[8] also den Verpflichtungsgrund in Bezug nehmen und wohl auch durch Benennung des Testators individualisieren konnte, zählte eine *demonstratio* möglicherweise nicht zu den zwingenden Bestandteilen der *actio incerti ex testamento*;[9] unverzichtbar war sie aber jedenfalls, soweit nicht nur das Testament, sondern auch der Vermächtnisgegenstand der Individualisierung bedurfte.[10] Die Formel der *actio incerti ex testamento* ist für diesen Fall somit ähnlich derjenigen der *actio incerti ex stipulatu*[11] zu rekonstruieren:

5

C. Aquilius iudex esto. Quod Lucius Titius Aulo Agerio (incertum) legavit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio (ex testamento) dare facere oportet, eius C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat (sestertium X milia)[12] *condemnato; si non paret absolvito.*	C. Aquilius soll Richter sein. Was das betrifft, dass Lucius Titius dem Aulus Agerius (einen näher bezeichneten unbestimmten Gegenstand) vermacht hat, was auch immer deswegen Numerius Negidius dem Aulus Agerius (aus Testament) zu geben und zu leisten verpflichtet ist, auf das soll der Richter C. Aquilius den Numerius Negidius dem Aulus Agerius bis zum Höchstbetrag von (10.000 Sesterzen) verurteilen; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.

II. Arten der Vermächtnisse

6 Die klassische Schuljurisprudenz unterscheidet mit dem *legatum per vindicationem* (→ § 60 Rn. 1), dem *legatum per damnationem*, dem *legatum sinendi modo* und dem *legatum per praeceptionem* (→ § 60 Rn. 56) nach der Form der Anordnung (→ Rn. 11–16) vier Arten von Vermächtnissen.[13] Nach dem Inhalt des Vermächtnisses begegnen daneben weitere Bezeichnungen von Vermächtnistypen, so etwa das Optionslegat, das aber entweder als *legatum per vindicationem* (→ § 60 Rn. 31–35) oder als

---

intentio allerdings dezidiert *Varvaro*, Certum (2008) 172 Fn. 596.

[6] Argument aus TPSulp 31; Gai. 4.47; s. ferner (sehr weitgehend) *Krüger*, SZ 29 (1908) 378–389.

[7] Argument aus Irnit. 48; 67; s. *Mantovani*, Formule 49 Anm. 95; ebenso schon *Karlowa*, Civilprozess (1872) 199; für *fictio legis actionis per manus iniectionem* dagegen *Baron*, Condictionen (1881) 215 f.; dies ablehnend (aber ohne eigenen Vorschlag) *Lenel*, EP 368.

[8] Insoweit anders als Gai. 4.55 (*ex testamento dari sibi oportere*); s. *Kaser*, Labeo 22 (1976) 17.

[9] *Baron*, Condictionen (1881) 132; *Lenel*, EP 368; *Selb*, Formeln (1974) 33 f.; *Kaser*, Labeo 22 (1976) 17; s. auch *Mantovani*, Formule 51 Anm. 112.

[10] *Kaser*, Labeo 22 (1976) 17.

[11] Vgl. *Mantovani*, Formule 50 f.

[12] Argument aus Gai. 4.51.

[13] Gai. 2.192; im Anschluss daran auch Ulp. reg. 24.2; Epit. Gai. 2.5 pr.; Inst. 2.20.2.

legatum per damnationem (→ Rn. 24–26) begriffen wird. Ob auch das Teilungsvermächtnis in der schulmäßigen Gliederung aufgeht oder aber den Klassikern als eigenständige Vermächtnisart erschienen ist, wird heute dagegen nicht einheitlich beurteilt (→ Rn. 36). Entscheidend ist unter dem Gesichtspunkt der zuständigen Klagearten auch allein die grundlegende Einteilung in schuldrechtlich und dinglich wirkende Vermächtnisse.

Mit der *actio ex testamento* werden nur die schuldrechtlich wirkenden Vermächtnisse **7**
geltend gemacht; solche bloß schuldrechtliche Wirkung haben in klassischer Zeit das *legatum per damnationem*,[14] das *legatum sinendi modo*[15] und das Teilungsvermächtnis. Zur Geltendmachung der dinglich wirkenden Vermächtnisse → § 60 Rn. 6.

Belegt ist die Möglichkeit, im Wege des Vermächtnisses einzelne Gegenstände von **8**
Todes wegen zuzuwenden, schon durch die XII Tafeln,[16] und vermutet wird, dass die vier grundlegenden Vermächtnisarten bereits in altrömischer Zeit entstanden sind, nämlich für unterschiedliche Zwecke: das *legatum per vindicationem* für die Zuwendung einzelner Sachen des Erblassers, das *legatum per damnationem* für die Begründung einer auf Geld gerichteten Forderung des Vermächtnisnehmers, das *legatum sinendi modo* für die Kombination von dinglicher und persönlicher Haftung, schließlich das *legatum per praeceptionem* für die Begünstigung eines Miterben über seinen Erbteil hinaus.[17]

Von den vier Arten verliert das *legatum sinendi modo* schon zu klassischer Zeit an **9**
Bedeutung, weil es seine dingliche Wirkung einbüßt und jedenfalls keine weitergehenden Wirkungen mehr mit sich bringt als das Damnationslegat.[18] Im Übrigen ist eine allmähliche Annäherung der Vermächtnisarten zu verzeichnen. Sie beginnt mit dem *SC Neronianum* (zwischen 54 und 68 n. Chr.), das zunächst vorsieht, ein Vindikationslegat über eine fremde Sache als Damnationslegat (und damit als wirksam, vgl. → § 60 Rn. 7) aufrechtzuerhalten;[19] später wird auf Grundlage dieses Senatsbeschlusses allgemeiner jedes Vermächtnis, das in der angeordneten Vermächtnisart unwirksam ist, als Damnationslegat aufrechterhalten.[20]

Kaiserliche Konstitutionen aus dem 4. Jhdt. verzichten sodann auf die Einhaltung **10**
der Formen der Vermächtnisanordnung (→ Rn. 11–16).[21] Justinian schließlich weist allen Vermächtnissen dieselbe Rechtsnatur zu.[22]

---

[14] Gai. 2.204.

[15] Gai. 2.213.

[16] XII tab. 5.3.

[17] Eingehend *Kaser*, RP I 109–112, zu den Zwecken auch 740–742.

[18] *Kaser*, RP I 744. – Ob das *legatum sinendi modo* wie das Damnationslegat zur Übereignung verpflichtet oder sich in der Pflicht erschöpft, zu dulden, dass der Vermächtnisnehmer die Sache an sich nimmt, ist unter den Klassikern allerdings zunächst umstritten, s. Gai. 2.213,214.

[19] In der Praxis wird eine Annäherung der Vermächtnisarten infolge des *SC Neronianum* zunächst allerdings nicht beobachtet, s. *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 46.

[20] Ulp. reg. 24.11a; zur Verallgemeinerung der Regel und den Fällen *Biondi*, Successione (1955) 280–284; Aufrechterhaltung in anderen Arten als der des Damnationslegats ist nicht belegt, s. *Kaser*, RP I 746 Fn. 43 mwN.

[21] Const. II. C. 6.37.21 (a.339); C. 6.9.9 (a.339); C. 6.23.15 (a.339); s. auch Inst. 2.20.2.

III. Form der Vermächtnisanordnung

11 Charakterisiert wird das Vermächtnis bei den klassischen Juristen neben Definitionen, die auf die Absicht der Zuwendung eines Gegenstandes aus der Erbschaft[23] oder den Schenkungscharakter[24] abstellen, vornehmlich[25] durch die förmliche Art seiner Anordnung: Vermächtnis ist, was im Testament auf Art eines Gesetzes,[26] nämlich befehlsweise (*imperative*) angeordnet wird;[27] herausgestrichen ist damit ein Gegensatz zum Fideikommiss, das bittweise (*precative*) angeordnet wird.[28]

12 Die förmliche Art der Anordnung liegt auch der Einteilung der Vermächtnisarten (→ Rn. 6–10) zugrunde;[29] die Formeln unterscheiden sich daher je nach Vermächtnisart. Unabhängig von der Vermächtnisart setzt die Wirksamkeit der Anordnung eines Vermächtnisses voraus, dass sie im Testament oder einem testamentarisch bestätigten Kodizill[30] und in lateinischer Sprache[31] erfolgt. Im Wortlaut des Testaments muss ihr eine Erbeinsetzung vorausgehen;[32] dieses Erfordernis ist bei Justinian allerdings aufgegeben.[33]

1. Damnationslegat

13 Die Hauptformel zur Anordnung des Damnationslegats erwähnt das Verpflichtetwerden als solches (*damnas esto*) unmittelbar, *heres meus L. Titio Stichum servum meum dare damnas esto* (mein Erbe soll verpflichtet sein, Lucius Titius meinen Sklaven Stichus zu übereignen);[34] doch sind auch andere Formulierungen zulässig, sofern nur deutlich

---

[22] Iust. C. 6.43.1 (a.529); Inst. 2.20.2.

[23] Flor. 11 inst. D. 30.116 pr.

[24] Mod. 3 pand. D. 31.36; im Anschluss daran auch Inst. 2.20.1. – Als Wesensmerkmal des Vermächtnisses wird man die Freigebigkeit der Zuwendung aber nicht ansehen dürfen, etwa weil sie infolge Fideikommisses bloßer Durchgangsposten sein kann oder ihr Erwerb von der Erfüllung einer Bedingung abhängig gemacht werden kann; ausführlich *Grosso*, Legati (1962) 40–65; s. auch *Kaser*, RP I 742 Fn. 2.

[25] *Grosso*, Legati (1962) 65.

[26] Ulp. reg. 24.1: *legis modo*, also etymologische Erklärung, dazu mit weiteren Nachweisen *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 443 f.

[27] Ulp. reg. 24.1.

[28] Ulp. reg. 25.1; s. auch Ulp. reg. 24.1 (*precativo modo*).

[29] Inst. 2.20.2.

[30] Gai. 2.270a; Ulp. reg. 25.8; dazu *Grosso*, Legati (1962) 71–73.

[31] Vermächtnisse in griechischer Sprache sind unwirksam, Gai. 2.281; Ulp. reg. 25.9; dazu *Häusler*, SZ 133 (2016) 419–421 und (zu Quellen mit Präzeptionslegaten in griechischer Sprache) 441–443; zur Praxis auch *Strobel*, Testamentsurkunden (2014) 44.

[32] Gai. 2.229, 230; Ulp. reg. 24.15; *Grosso*, Legati (1962) 69 f.; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 456.

[33] Iust. C. 6.23.24 (a.528); Inst. 2.20.34.

[34] Gai. 2.201; s. auch Ulp. reg. 24.4.

wird, dass lediglich eine Verpflichtung des Erben, aber keine dingliche Klage des Legatars entstehen soll. Wie *damnas esto* begründet dementsprechend auch *iubeo* ein Damnationslegat;[35] auch kann *dare damnas esto* durch *dato* ersetzt werden.[36]

14 Statt auf *dare* kann die Formel auch auf *reddere* Bezug nehmen, weil – so die Begründung der römischen Juristen – *reddere* die Verpflichtung zu einem *dare* beinhaltet; sowohl *reddere damnas esto* als auch *reddito* begründen daher ebenfalls ein Damnationslegat.[37] Leistungsinhalt kann schließlich auch ein *facere* sein: *facere damnas esto* oder *facito*.[38] Versehentliche Verkürzungen der Anordnungsformel, etwa fehlendes *dare*, sind unschädlich.[39]

15 Bei alldem meint die Wendung *damnas esto* wohl nur die Auferlegung einer Leistungspflicht, ist aber entgegen einer in der älteren Literatur verbreiteten Anschauung nicht als Ersatz eines Urteils und Hinweis auf eine etwaige unmittelbare Vollstreckbarkeit zu verstehen. *Damnas esto* ist daher auch nicht geeignet, das Phänomen der Litiskreszenz aus sofortiger Vollstreckbarkeit des Legats zu erklären; zu bedenken ist insoweit vor allem, dass *damnas esto* unterschiedlos auch bei Vermächtnissen eines *incertum* und beim *legatum sinendi modo* Verwendung findet, während die Litiskreszenz beschränkt ist (→ Rn. 2) auf Vermächtnisse eines *certum*.[40] Zur Kombination der Anordnung eines Damnationslegats mit den Worten des Vindikationslegats → § 60 Rn. 2.

2. *Legatum sinendi modo*

16 Auch die Hauptformel zur Anordnung des *legatum sinendi modo* nimmt mit *damnas esto* unmittelbar auf das Verpflichtetwerden Bezug, sieht aber als Gegenstand dieser Pflicht kein *dare*, *reddere* oder *facere*, sondern das Dulden einer Ergreifungshandlung, *sinere sumere*, vor, das dem Vermächtnis seinen Namen gegeben hat: *heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere* (mein Erbe soll verpflichtet sein, zu dulden, dass Lucius Titius den Sklaven Stichus an sich nimmt und für sich behält).[41]

---

[35] Ulp. reg. 24.4.
[36] Gai. 2.201.
[37] Iav. 2 post. Lab. D. 32.100 pr.; Cels. 20 dig. D. 31.21.
[38] Ulp. reg. 24.4.
[39] Alf. 2 dig. a Paul. epit. D. 30.106; Pap. 19 quaest. D. 31.67.9; s. zum Fideikommiss auch Alex. C. 6.42.10 (a.239).
[40] S. – jeweils mit Nachweisen zur älteren Gegenauffassung – *Liebs*, SZ 85 (1968) 243–246; *Varvaro*, Certum (2008) 225–228, 261–266. Zu *damnas esto*, der Verpflichtungswirkung und Anwendungsbereichen jenseits des Damnationslegats insgesamt eingehend *Cardilli*, Damnatio (2016) 82–206.
[41] Gai. 2.209; s. auch Ulp. reg. 24.5.

IV. Vermächtnisinhalte

1. Damnationslegat

a. Allgemeines

17 Gegenstand eines Damnationslegates kann grundsätzlich alles sein, was Gegenstand einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit sein kann. Durch Damnationslegat zuwenden lässt sich dementsprechend jeder in Geld abschätzbare Vermögensvorteil: das Eigentum an einer einzelnen Sache (auch der eines Dritten, → Rn. 21) ebenso wie Sachgesamtheiten, beschränkte dingliche Rechte, Verpflichtungen des Erben zu einem Tun oder Unterlassen, Forderungen des Erblassers[42] oder auch die Befreiung von einer Schuld (→ Rn. 29 f.). Zur Frage, wie ein Vermächtnis je nach seinem Inhalt auszulegen ist, überliefern vor allem das 33. und das 34. Buch[43] der Digesten in zahlreichen Titeln eine umfangreiche Kasuistik.[44]

18 Im Grundsatz gelten bei alldem zugleich dieselben Erfordernisse wie bei anderen schuldrechtlichen Verbindlichkeiten (zum Zeitpunkt für die Bestimmung der Wirksamkeit s. aber → Rn. 46 f.).[45] Die Leistung darf daher nicht verboten[46] oder sittenwidrig sein.[47] Sie darf nicht tatsächlich oder rechtlich unmöglich sein.[48] Insbesondere muss der Gegenstand der Leistung existieren,[49] wenngleich die künftige Entstehung ausreicht,[50] und er darf nicht *res extra commercium* sein.[51] Ferner muss der Gegenstand der Leistung hinreichend bestimmt sein.[52] Das schließt nicht aus, dass die Bestimmung des

---

[42] Z. B. *Quae Lucius Titius mihi debet, ea heres meus Cornelio dare damnas esto*; geschuldet ist dann Abtretung der Klagen, Iul. 1 Min. D. 30.105. Als Vermächtnis von Forderungen werden auch das Vermächtnis eines Schuldscheins (Ulp. 22 Sab. D. 30.44.5) und das eines Schuldbuchs (Afr. 6 quaest. D. 32.64) ausgelegt; zur Schuldurkunde näher → § 60 Rn. 73. Zum Ganzen s. *Voci*, DER II 318–320.

[43] Die Erörterungen setzen genau genommen mit D. 32.44 an, *Voci*, DER II 268 Fn. 3. Zur Orientierung der Erörterungen an den Büchern des Sabinus zum *ius civile* s. *Lenel*, Sabinussystem (1892) 34; *Voci*, DER II 267 f.

[44] Einzelheiten dazu bei *Voci*, DER II 267–342.

[45] *Grosso*, Legati (1962) 240.

[46] Ein spezielles Verbot, *res aedibus iunctae* zu vermachen, begründet das sog. *SC Acilianum* 122 n. Chr., Ulp. 21 Sab. D. 30.41.1,3 – Zu diesem Verbot und weiterer Lit. vgl. → § 60 Rn. 18 Fn. 85.

[47] Marcian. 6 inst. D. 30.112.3.

[48] Doch kann bei rechtlicher Unmöglichkeit der Schätzwert geschuldet sein, Marcian. 6. inst. D. 30.112 pr. (Vermächtnis von *inquilini* ohne das Land), oder der Erbe mittels *actio incerti* auf gleichwertige Leistung in Anspruch genommen werden, Paul. 3 Sab. D. 33.2.1 (Nießbrauch an einer Servitut).

[49] Afr. 5 quaest. D. 30.108.10. Nicht mehr existent sind insbesondere die vor dem *dies cedens* bereits eingezogene Forderung (Iul. 33 dig. D. 30.82.5; Ulp. 5 disp. D. 30.75.2; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.7.4; Terent. 12 l. Iul. Pap. D. 34.3.21 pr.) und der vor dem *dies cedens* freigelassene Sklave, auch wenn er erst im Testament selbst freigelassen wird (Gai. 1 ed. prov. D. 30.68.3; Iav. 1 Cass. D. 31.37; Paul. 4 Vit. D. 31.14 pr.; Paul. 4 Sab. D. 40.4.10.1).

[50] Pomp. 5 Sab. D. 30.24 pr.; Inst. 2.20.7.

[51] Ulp. 21 Sab. D. 30.39.8–10; s. auch Ulp. reg. 24.9; Inst. 2.20.4.

[52] Paul. sent. 3.6.13.

Gegenstandes in das Ermessen einer der Parteien oder eines Dritten gestellt ist[53] oder Erbe oder Vermächtnisnehmer zwischen verschiedenen Gegenständen wählen können[54] (→ Rn. 24–28; zum speziellen Fall des dinglich wirkenden *legatum optionis* s. → § 60 Rn. 31–35); nur absolute Unbestimmtheit führt zur Unwirksamkeit des Vermächtnisses.

Neben diesen allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen sind besondere Regeln des Vermächtnisrechts zu beachten. Kein zulässiger Gegenstand eines Damnationslegats ist etwa – womöglich seit einem Reskript des Antoninus Pius[55] – die Anordnung einer Leistung als Strafe[56] für den Fall, dass der Erbe etwas Bestimmtes tut oder unterlässt (*legatum poenae causa*),[57] doch hebt Justinian diese Beschränkung auf.[58] Auch kann der Erblasser nicht anordnen, dass ein Vermächtnis erst nach dem Tod des Erben wirksam werden soll (sehr wohl aber zugleich mit dessen Tod).[59] **19**

b. Vermächtnis einer individuell bestimmten Sache

Individuell bestimmte Sachen sind zum einen zulässiger Legatsinhalt, wenn sie dem Erblasser gehören, sofern nicht ausnahmsweise dem Vermächtnisnehmer das *commercium* der Sache fehlt.[60] Zu leisten ist die Sache grundsätzlich in dem Zustand, den sie beim Erbfall aufweist; der Erbe muss deshalb weder für Verminderungen (z. B. Verkleinerungen eines Grundstücks durch den Erblasser) zwischen Testamentserrichtung und Erbfall aufkommen noch kann er dem Legatar Verbesserungen oder Erweiterun- **20**

[53] Dem freien Belieben eines Dritten kann die Leistung dagegen nicht anheimgestellt werden, Mod. 7 diff. D. 35.1.52.

[54] Wem das Wahlrecht zusteht, kann der Erbe bestimmen, Iul. 33 dig. D. 30.84.11; s. auch (für Fideikommisse) Iul. 42 dig. D. 30.97; Scaev. 17 dig. D. 33.5.22. In Ermangelung einer Bestimmung steht es (anders als beim Vindikationslegat) im Zweifel dem Erben zu, Ulp. reg. 24.14; Ulp. 22 Sab. D. 30.47.3; Paul. 4 Sab. D. 33.6.4.

[55] Hist. Aug. Pius 8,5, aber zweifelhaft; dazu *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 459 Fn. 73 mwN.

[56] Die Frage, ob das Vermächtnis gerade „als Strafe“ geleistet werden, mit seiner Anordnung also mittelbar ein Verhalten des Erben erzwungen werden soll (Inst. 2.20.36), unterscheidet das Straflegat vom Vermächtnis mit Potestativbedingung; maßgeblich ist insoweit der Wille des Erblassers, Marcian. 6 inst. D. 34.6.2; s. auch *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 458.

[57] Gai. 2.235–237; Ulp. reg. 24.17; zum Ganzen *Grosso*, Legati (1962) 44–49.

[58] Iust. C. 6.41.1 (a.528); Inst. 2.20.36.

[59] Ein Vermächtnis *cum heres mortuus erit* ist unwirksam, ein solches *cum heres moriatur* dagegen möglich, Gai. 2.232; Ulp. reg. 24.16.

[60] Nach durchgedrungener Ansicht ist dann auch nicht der Schätzwert der Sache zu leisten, Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 31.49.2. – Mangelndes *commercium* der Sache von Seiten des Erben schadet dagegen nicht, weder beim Vermächtnis eigener Sachen des Erblassers noch beim Vermächtnis fremder Sachen, Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 31.49.3; zum Fideikommiss auch Ulp. 2 fideic. D. 30.40. Erst recht schadet mangelndes *commercium* von Seiten des Erblassers nicht (Vermächtnis, das zur Verschaffung einer fremden Sache verpflichtet, → Rn. 21).

gen aus diesem Zeitraum vorenthalten.[61] S. aber zu einem möglichen bezweckten Widerruf des Vermächtnisses sowie zur Veräußerung der vermachten Sache durch den Erblasser zwischen Testamentserrichtung und Erbfall → Rn. 63.

21 Der Wirksamkeit des Vermächtnisses steht zum anderen aber auch nicht entgegen, dass die individuell bestimmte Sache nicht dem Erblasser, sondern einem Dritten gehört (anders beim *legatum sinendi modo* [→ Rn. 37] und beim Vindikationslegat [→ § 60 Rn. 7–10], die dann nach dem *SC Neronianum* in ein Damnationslegat umgedeutet werden).[62] Der Erbe ist in diesem Fall dazu verpflichtet, dem Vermächtnisnehmer die Sache zu verschaffen; unterlässt er den Erwerb der Sache vom Dritten oder ist der Dritte nicht zur Veräußerung bereit, so hat der Erbe dem Vermächtnisnehmer den Schätzwert zu leisten.[63] Im Anschluss an Neraz und eine Konstitution von Antoninus Pius gilt das freilich nur, wenn der Erblasser von der Fremdheit der Sache wusste.[64] Gehört die Sache zwar dem Erblasser, ist sie aber mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht eines Dritten belastet, so ist diese Belastung abzulösen;[65] auch das gilt aber wohl nur, wenn der Erblasser von ihr wusste.[66]

22 Wirksamkeitshindernis ist demgegenüber, wenn der Vermächtnisnehmer selbst bereits Eigentümer der vermachten Sache ist (zu den maßgeblichen Zeitpunkten → Rn. 46 f.).[67] Ist die Sache allerdings mit dem Pfandrecht eines Dritten belastet, so kann der Legatar mit der *actio ex testamento* Befreiung von der Pfandhaftung verlangen;[68] ob es sich bei der Belastung mit einem Nießbrauch genauso verhalten hat, ist nicht sicher belegt.[69] Wirkung behält das Vermächtnis auch, wenn das Eigentum des Legatars entziehbar ist.[70]

23 Seit Julian steht der Vermächtnisklage ferner nicht entgegen, wenn der Legatar den vermachten Gegenstand zwischen Testamentserrichtung und Erfüllung des Vermächtnisses[71] entgeltlich erworben hat; nur der unentgeltliche zwischenzeitliche Erwerb

---

[61] Pomp. 5 Sab. D. 30.21; D. 30.24.2,3; Flor. 11 inst. D. 30.116.4; Iav. 1 Plaut. D. 31.10; Pap. 7 resp. D. 32.91.5; Inst. 2.20.18–20; zum Fideikommiss auch Pomp. 1 fideic. D. 32.16.

[62] Regelhaft Ulp. 21 Sab. D. 30.39.7; Ulp. reg. 24.8.

[63] Gai. 2.202; Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 32.30.6 (ferner zum Fideikommiss Gai. 1 fideic. D. 32.14.1, doch s. auch Gai. 2.262); zum Ganzen ausführlich *Grosso*, Legati (1962) 245–253; *Voci*, DER II 254 f.

[64] Pap. 19 quaest. D. 31.67.8; Inst. 2.20.8. – S. ferner zum Vermächtnis einer als *mea* oder *quae mea erit* beschriebenen Sache Pomp. 2 Q. Muc. D. 32.85; Iul. 33 dig. D. 30.6; Paul. 1 Sab. D. 30.5.1,2.

[65] Pap. 17 quaest. D. 31.66.6; s. auch Paul. 4 resp. D. 31.85; zum Ganzen *Grosso*, Legati (1962) 255–258.

[66] Die Einschränkung ist freilich nur für das Pfandrecht belegt, Alex. C. 6.42.6 (a.224); Inst. 2.20.5; s. zum Fideikommiss auch Ulp. 33 Sab. D. 30.57.

[67] Inst. 2.20.10.

[68] Iul. 34 dig. D. 30.86 pr.; a. auch Ulp. 21 Sab. D. 30.43.3.

[69] Ablehnend Pap. 17 quaest. D. 31.66.6; doch s. *Grosso*, Legati (1962) 261 Fn. 1; *Voci*, DER II 257 Fn. 29.

[70] Ersitzung gegen jemanden, der in Staatsgeschäften abwesend war, Iul. 33 dig. D. 30.82.1; s. auch D. 30.82 pr., ferner Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1.

[71] Iul. 33 dig. D. 30.82 pr. erörtert das mögliche Erlöschen der Verbindlichkeit wegen zwischen-

führt nach den Grundsätzen des sog. *concursus causarum lucrativarum* zum Erlöschen des Vermächtnisses.[72] Hat der Vermächtnisnehmer die ihm vermachte Sache zwischenzeitlich von einem Dritten gekauft und übereignet erhalten, so hat man also offenbar nicht angenommen, das *dare oportere* der *actio ex testamento* sei zu verneinen;[73] vielmehr hat man das *quanti ea res est* der Formel so bestimmt, dass der Erbe zur Leistung des Sachwertes begrenzt durch die Höhe des gezahlten Kaufpreises verpflichtet war.[74]

c. Vermächtnis mit Wahlrecht oder nur generisch bestimmter Sache

Der Erblasser kann einen von mehreren Gegenständen nach Wahl vermachen (zum dinglich wirkenden *legatum optionis*[75] s. dagegen → § 60 Rn. 31–35) oder den vermachten Gegenstand nur gattungsmäßig bestimmen. Der Unterschied zwischen solchen Wahl- und Gattungsschulden beschränkt sich weitgehend darauf, ob nur die näher bezeichneten Gegenstände oder alle zur Gattung gehörenden Gegenstände vom Vermächtnis umfasst sind. Im Übrigen zeigt sich in den Quellen keine klare Trennung zwischen beiden Rechtsfiguren.[76] Die Regeln zu solchen Vermächtnissen stimmen im Ausgangspunkt zudem weitgehend mit den Regeln bei entsprechenden Stipulationen (→ § 21 Rn. 28–30) überein. **24**

So steht beim Vermächtnis eines von mehreren Gegenständen (Wahlschuld) das Wahlrecht, wenn der Erblasser den Wahlberechtigten nicht benannt hat,[77] wie bei der Stipulation im Zweifel dem Verpflichteten zu;[78] Justinian gewährt es dagegen dem **25**

zeitlichen Erwerbs des vermachten Gegenstands nur für die Zeit bis zum *dies cedens* des Vermächtnisses, doch s. *Voci*, DER II 260 mit treffendem Hinweis auf Iul. 33 dig. D. 30.84.5.

[72] S. zunächst die regelhafte Formulierung bei Iul. 33 dig. D. 44.7.17; Afr. 5 quaest. D. 30.108.4 und Inst. 2.20.6, ferner Iul. 33 dig. D. 30.84.5; D. 30.82.2–4; Afr. 5 quaest. D. 30.108.5,6; Ulp. 21 Sab. D. 30.34.8. Die zwischenzeitliche unentgeltliche Erlangung des bloßen Schätzwertes der Sache hindert eine Klage aufgrund des Vermächtnisses dagegen nicht, s. Ulp. 21 Sab. D. 30.34.2; Inst. 2.20.6. Zum Ganzen *Pfeil*, Concursus duarum causarum (1998) insbes. 70–93; *Lambrini*, Concursus causarum (2000); *Wimmer*, TR 69 (2001) 203–219.

[73] Vgl. Ulp. 28 ed. D. 46.3.27 und zum Ganzen *Arndts von Arnesberg*, in: Glück, Pand. XLVI 311–316.

[74] Ulp. 21 Sab. D. 30.34.7 (Argument aus *usque ad pretium*); wie hier *Pfeil*, Concursus causarum (1998) 86 f. mit Fn. 251.

[75] Ob der Begriff des *legatum optionis* für die klassische Zeit auf Vindikationslegate beschränkt ist, wird unterschiedlich beurteilt, s. einerseits *Grosso*, Legati (1962) 272 sowie *Voci*, DER II 265 und andererseits *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 455.

[76] So schon *Kaser*, RP I 495 Fn. 14. Beispielsweise erörtert Justinian das Wahlrecht nur zum Gattungsvermächtnis, Inst. 2.20.22; zum Wahlvermächtnis, das nach Gleichstellung von Vindikations- und Damnationslegat nur in Form des Optionslegats Erwähnung findet, werden nur Sonderfragen verhandelt (Inst. 2.20.23).

[77] Das steht ihm frei, s. nur Iul. 33 dig. D. 30.84.11, zum Fideikommiss auch Scaev. 17 dig. D. 33.5.22; Scaev. 3 resp. D. 34.2.38.1.

[78] Cels. 18 dig. D. 31.19; Pomp. 5 Q. Muc. D. 31.43.3; Ulp. 22 Sab. D. 30.47.3; s. auch (jeweils zum Fideikommiss) Iul. 42 dig. D. 30.97 und Afr. 6 quaest. D. 30.109.1; s. auch *Voci*, DER II 264.

Vermächtnisnehmer.[79] Wie bei der Stipulation ist der Verpflichtete an die einmal erklärte Wahl nicht gebunden, sofern das Vermächtnis ihm das Wahlrecht nicht ausdrücklich zuweist (*Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato.* – Stichus oder Pamphilus, je nachdem, wen mein Erbe will, soll er an Titius übereignen.[80]); nur bei solcher ausdrücklicher Zuweisung führt die Ausübung des Wahlrechts dementsprechend zur Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die ausgewählte Sache.[81]

26 Wie bei der Stipulation wird man auch die Frage beantwortet haben, ob die Klage auf ein *incertum* (→ Rn. 4; so beim Wahlrecht des Erben) oder auf ein *certum* (→ Rn. 2; so beim Wahlrecht des Vermächtnisnehmers) zuständig war.[82] Wird die Leistung eines der wahlweise geschuldeten Vermächtnisgegenstände vor unwiderruflicher Ausübung des Wahlrechts unmöglich, so beschränkt sich die Leistungspflicht auf die verbleibenden Gegenstände; doch kann sich der wahlberechtigte Erbe auch entscheiden, den Schätzwert des untergegangenen Gegenstandes zu leisten, sofern er den Untergang nicht zu vertreten hat.[83]

27 Auch bei nur generischer Bestimmung des vermachten Gegenstandes (Gattungsschuld) steht im Zweifel[84] dem Erben die Wahl offen, welchen Gegenstand er leisten will;[85] doch wird das Wahlrecht – wohl nach dem Vorbild des Vindikationslegates (→ § 60 Rn. 31–32) – vielleicht allmählich schon im klassischen Recht,[86] jedenfalls aber wiederum bei Justinian im Zweifel dem Vermächtnisnehmer zugebilligt.[87] Solange der Erbe die Wahl hat, ist er nicht gezwungen, auch nur mittlere Qualität zu leisten, sondern kann den schlechtesten Gegenstand aussuchen.[88] Umgekehrt kann der Vermächtnisnehmer, wenn das Wahlrecht ihm zusteht, nach einem Reskript von Septimius Severus und Caracalla keinen Gegenstand von so herausragender Qualität wählen, dass er nicht mehr zur Gattung gerechnet werden kann;[89] ob sich danach schon in klassischer Zeit oder erst unter Justinian der Grundsatz etabliert hat, es könne weder der schlechteste Gegenstand geleistet noch der beste gefordert werden, wird im modernen Schrifttum unterschiedlich beurteilt.[90]

---

[79] Inst. 2.20.22; *Voci*, DER II 264; *Kaser*, RP I 495 mit Fn. 7.

[80] Iul. 33 dig. D. 30.84.9.

[81] Vgl. zur Stipulation Ven. 4 stip. D. 45.1.138.1, zum Vermächtnis sodann Iul. 33 dig. D. 30.84.9; Pomp. 7 Plaut. D. 33.11.1; wie hier schon *Ferrini*, Teoria generale (1889) 277; *Voci*, DER II 264 f.

[82] Vgl. zur Stipulation Ulp. 22 ed. D. 45.1.75.8; Gai. 4.53d.

[83] Ulp. 22 Sab. D. 30.47.3; zur Stipulation entsprechend Pap. 28 quaest. D. 46.3.95.1 und dazu *Knütel*, DG Nishimura 135–149; *Platschek*, Mél. Coriat 821–833.

[84] Dem Erblasser steht frei, das Wahlrecht dem einen oder dem anderen Teil zuzuweisen, vgl. Scaev. 17 dig. D. 33.5.22; Scaev. 3 resp. D. 34.2.38.1.

[85] Ulp. 51 ed. D. 30.71 pr.; Paul. 4 Sab. D. 33.6.4; Ulp. reg. 24.14.

[86] Afr. 2 quaest. D. 30.108.2 (itp.?, vgl. *Voci*, DER II 262 Fn. 58).

[87] Afr. 5 quaest. D. 30.108.2; Inst. 2.20.22.

[88] Ulp. 51 ed. D. 30.71 pr.; Paul. 4 Sab. D. 33.6.4; dazu *Grosso*, Legati (1962) 267–269; *Voci*, DER II 261 f.

[89] So die Deutung von Ulp. 21 Sab. D. 30.37 pr. durch *Grosso*, Legati (1962) 268.

[90] S. Afr. 8 quaest. D. 30.110; Ulp. 21 Sab. D. 30.37 pr. und dazu einerseits *Grosso*, Legati (1962) 268 f. und *Voci*, DER II 262 Fn. 53, andererseits *Kaser*, RP I 496 Fn. 16.

Eigenen Regeln folgen Fälle, in denen der Erblasser anordnet, dass ein bestimmter Gegenstand zu leisten ist, falls der Erbe nicht einen anderen Gegenstand leistet. Diese Ausgestaltung mit Bedingungskonstruktion[91] erfährt typischerweise der vermachte Lebensmittelvorrat (*penus legata*);[92] hier ordnet der Erblasser regelmäßig die Zahlung eines Geldbetrages für den Fall an, dass der Erbe den Lebensmittelvorrat nicht leistet.[93] Die Juristen legen das als Ersetzungsbefugnis aus: Geschuldet und damit durch den Vermächtnisnehmer einklagbar ist allein der für den Fall der Nichtleistung vorgesehene Gegenstand (im Fall des Lebensmittelvorrats der Geldbetrag), doch kann der Erbe sich nach seiner Wahl durch die Leistung des in der Bedingung genannten anderen Gegenstandes befreien.[94] Nach herrschender, unter den römischen Juristen aber nicht unbestrittener Auffassung (zur Gegenmeinung → Rn. 67) ebenso zu beurteilen ist die Rechtslage, wenn das Vermächtnis nicht so wie im Fall der unechten, sondern wie im Fall der echten Vertragsstrafe(→ § 74 Rn. 1 f.) formuliert ist, der Lebensmittelvorrat also nicht allein im Rahmen der Bedingung genannt wird, sondern zuvor eigenständig zum Gegenstand eines Vermächtnisses gemacht ist.[95] **28**

d. Vermächtnis der Schuldbefreiung

Das Vermächtnis der Schuldbefreiung (*liberatio legata*[96]) kann Schulden des Legatars gegenüber dem Erben (als Gläubiger entweder aus eigenem Recht oder als Rechtsnachfolger des Erblassers) wie auch gegenüber Dritten erfassen,[97] und zwar vollständig oder auch nur teilweise.[98] Voraussetzung ist jeweils, dass eine durchsetzbare Schuld tatsächlich besteht; dafür kommt es zunächst auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung an[99] (Näheres → Rn. 46 f.), doch darf die Schuld auch nicht zu Lebzeiten des Erblassers erloschen sein.[100] **29**

Ist die Befreiung von der Schuld gegenüber einem Dritten vermacht, so kann der Vermächtnisnehmer vom Erben Leistung an den Dritten verlangen.[101] Die Befreiung **30**

---

[91] So dass der Anfallszeitpunkt (→ § 56 Rn. 47–52) unter Umständen aufgeschoben ist, vgl. Iul. 17 dig. D. 36.2.19.1.

[92] Dazu insgesamt D. 33.9 und *Sánchez Collado*, De penu legata (1999). Zur Frage, was vom Vermächtnis eines Lebensmittelvorrats umfasst ist, s. insbes. Ulp. 22 Sab. D. 33.9.3.

[93] *Si penum non dederit, centum dato*, Iul. 17 dig. D. 36.2.19.1.

[94] Iul. 17 dig. D. 36.2.19.1; Pap. 2 quaest. D. 45.1.115.2.

[95] *Uxori meae penum heres dato. Si non dederit, centum dato.*, vgl. Pap. 2 quaest. D. 45.1.115.2, ferner Iul. 17 dig. D. 36.2.19 pr. und Ulp. 24 Sab. D. 33.9.1.

[96] D. 34.3; dazu insgesamt *De Villa*, Liberatio legata (1939); *Voci*, DER II 320–323; *Santalucia*, Legati (1964).

[97] Pomp. 6 Sab. D. 34.3.8.

[98] Ulp. 23 Sab. D. 34.3.7 pr.

[99] Iul. 81 dig. D. 34.3.13; Paul. 10 quaest. D. 34.3.25.

[100] Ulp. 23 Sab. D. 34.3.7.4; Terent. 12 l. Iul. Pap. D. 34.3.21 pr.

[101] *Voci*, DER II 321.

von einer Schuld gegenüber dem Erben kann in Form der ausdrücklichen Verpflichtung des Erben angeordnet werden, den Schuldner zu befreien.[102] Sie kann aber auch so erfolgen, dass dem Legatar vermacht wird, was er schuldet.[103] In beiden Fällen steht dem Legatar die *actio incerti ex testamento* auf Schuldbefreiung zu. Grundsätzlich kann er Befreiung in Form der *acceptilatio* fordern.[104] Doch ist der Legatar darauf beschränkt, Schuldbefreiung durch *pactum (de non petendo)* zu verlangen, wenn er nur Gesamtschuldner oder Bürge ist, damit das Befreiungsvermächtnis nicht entgegen der Absicht des Erblassers Gesamtwirkung zugunsten weiterer Schuldner erlangt.[105] Neben der Klage auf Schuldbefreiung steht dem Legatar jeweils die Möglichkeit offen, sich gegen eine Klage des Erben aus der Forderung mit der *exceptio doli* zu verteidigen.[106] Nur die *exceptio doli* steht dem Legatar zur Verfügung, wenn dem Erben auferlegt ist, nicht gegen den Schuldner zu klagen.[107]

e. Vermächtnis der Schuld des Erblassers gegenüber dem Vermächtnisnehmer

31 Im Gegensatz zum Vindikationslegat einer Sache, die der Erblasser dem Vermächtnisnehmer bereits schuldet (→ § 60 Rn. 68), verschafft das schuldrechtlich wirkende Vermächtnis eines Gegenstandes, den der Erblasser dem Vermächtnisnehmer bereits schuldet, diesem im Grundsatz keinen Vorteil. Die römischen Juristen betrachten das schuldrechtliche *legatum debiti* dementsprechend als unwirksam,[108] weil sie davon ausgehen, dass niemand dieselbe Sache aus zwei Rechtsgründen schulden kann.[109]

32 Wirksam ist das Vermächtnis indes, wenn der Vermächtnisnehmer daraus einen Vorteil erwirbt.[110] Dieser Vorteil muss zwar jenseits der mit dem Damnationslegat verbundenen Litiskreszenz liegen,[111] doch genügt bereits, dass der Vermächtnisnehmer mit dem Vermächtnis eine zivilrechtliche Klage erhält, wenn er sich zuvor nur auf eine

---

[102] *Heres meus damnas esto liberare …* , vgl. Mod. 9 reg. D. 34.3.19.

[103] Sei es in dieser abstrakten Form (*Titio quod mihi debet*), sei es unter Angabe des Betrages (*Titio centum quae mihi debet*), vgl. Paul. 10 quaest. D. 34.3.25. Ein Spezialfall der Schuldbefreiung besteht im Vermächtnis einer aus Feindeshand freigekauften Person an sich selbst; ein solches vom Freikäufer ausgesetztes Vermächtnis ist auf Befreiung des Freigekauften von der Verpflichtung zur Erstattung der Freikaufsumme gerichtet, Ulp. 21 Sab. D. 30.43.3.

[104] Ulp. 23 Sab. D. 34.3.3.2.

[105] S. Ulp. 23 Sab. D. 34.3.3.2; D. 34.3.5 pr.,1; Pomp. 6 Sab. D. 34.3.2 pr.; Iul. 33 dig. D. 34.3.10 sowie Paul. 3 ed. D. 2.14.23; Iav. 3 Plaut. D. 45.2.2; Ulp. 45 Sab. D. 46.4.13.12; Ulp. 7 disp. D. 46.4.16 pr.

[106] Ulp. 23 Sab. D. 34.3.3.2.

[107] Pomp. 6 Sab. D. 34.3.8.1.

[108] Pomp. 10 Sab. D. 45.1.18. – Lit.: *Voci*, DER II 323–325; *Bernasconi*, SDHI 42 (1976) 23–98, *Di Salvo*, St. Labruna III 1531–1542.

[109] Zu diesem heute weitgehend anerkannten Hintergrund *Kaser*, RP I 648 Fn. 10 mwN.

[110] Iul. 36 dig. D. 34.3.11: Unwirksamkeit, *si nihil interesset creditoris ex testamento potius agere quam ex pristina obligatione.*

[111] *Di Salvo*, St. Labruna III 1537.

prätorische Klage stützen konnte;[112] wirksam ist das *legatum debiti* ferner, wenn auf eine Einrede verzichtet wird[113] oder die bereits bestehende Schuld im Gegensatz zum Vermächtnis befristet oder bedingt ist.[114]

f. Vermächtnis der Mitgift

Vermacht der Ehemann seiner Ehefrau die Herausgabe der Mitgift, so handelt es sich um einen Anwendungsfall des *legatum debiti* (→ Rn. 31 f.).[115] Ungeachtet der Tatsache, dass die Herausgabe bereits mit der *actio rei uxoriae* gefordert werden kann, wird dieses Vermächtnis jedoch als wirksam angesehen, weil man ihm verschiedene Vorteile im Vergleich zur *actio rei uxoriae* beimisst.[116] **33**

Von diesem Sonderfall eines Vermächtnisses der Mitgift zu unterscheiden ist die Bestellung der Mitgift durch einen Dritten, die grundsätzlich mittels Damnationslegat erfolgt. Selbst wenn nur der Ehemann als Vermächtnisnehmer benannt ist, wird aus diesem Vermächtnis auch oder sogar allein die Ehefrau berechtigt.[117] **34**

g. Teilungsvermächtnis

Mit dem Teilungsvermächtnis (*partitio*[118]) kann der Erblasser dem Vermächtnisnehmer einen Teil der Erbschaft zukommen lassen, ohne ihn selbst zum Erben zu machen;[119] es dient also etwa dazu, den Vermächtnisnehmer vor Nachteilen der Erbenstellung zu bewahren oder Beschränkungen der Erbeinsetzung (vor allem diejenigen, die sich für Frauen aus der *lex Voconia* [→ § 29 Rn. 44–48; § 52 Rn. 17] ergaben) zu umgehen.[120] **35**

Angeordnet wird das Teilungsvermächtnis, indem der Erblasser dem Erben aufgibt, die Erbschaft mit einem Vermächtnisnehmer zu teilen: *heres meus cum Titio hereditatem meam partitor/dividito* (mein Erbe soll sich meine Erbschaft mit Titius tei- **36**

---

[112] Ulp. 19 Sab. D. 30.28 pr.

[113] Iul. 81 dig. D. 34.3.13; Ulp. 19 Sab. D. 30.28 pr.

[114] Ulp. 1 fideic. D. 34.3.14. Zur Frage, ob Verbesserungen mit Blick auf die Beweislast ebenfalls genügen, s. *Di Salvo*, St. Labruna III 1531–1542.

[115] *Dotem relegare/praelegare*, s. *Kaser*, RP I 751 mit Fn. 88 f.; *Stagl*, Favor dotis (2009) 19.

[116] Iav. 7 epist. D. 31.41.1; Marcian. 3 reg. D. 33.4.5; dazu *Kaser*, RP I 751 Fn. 87.

[117] Für Mitberechtigung der Ehefrau Iul. 2 Urs. Fer. D. 23.3.48.1; Pap. 17 quaest. D. 35.1.71.3; für alleinige Berechtigung der Ehefrau Gai. 2 leg. ed. praet. D. 30.69.2; zum Ganzen *Stagl*, Favor dotis (2009) 209–213.

[118] Gai. 2.254; Theoph. inst. 2.23.5.

[119] S. ferner Cic. leg. 2,20,50; Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 32.29.1; Iav. 1 post. Lab. D. 28.6.39 pr.; Ulp. reg. 24.25 und Belege konkreter Fälle bei Cic. Cluent. 7,21; Cic. Caecin. 4,12. – Lit.: *Stiegler*, s. v. partitio legata, RE S XI 1034; *Manthe*, Pegasianum (1989) 55 f.; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 467–469.

[120] *Kaser*, RP I 745.

len).[121] Das Vermächtnis hat verpflichtende Wirkung und wird mit der *actio incerti ex testamento* (→ Rn. 4) geltend gemacht.[122] Inwieweit die römischen Juristen das Vermächtnis selbst als Unterfall des Damnationslegats begriffen haben und wie die Einordnung als fünfter Vermächtnistyp in den *Ulpiani regulae*[123] und bei Theophilus[124] zu verstehen ist, wird unterschiedlich beurteilt;[125] zu vermuten steht freilich, dass sich die Klassiker die Frage so gar nicht gestellt haben.

2. *Legatum sinendi modo*

37 Im Gegensatz zum Damnationslegat kann das *legatum sinendi modo* wegen seiner ursprünglichen dinglichen Wirkungen keine Sachen Dritter, sondern nur solche des Erblassers oder des Erben zum Gegenstand haben;[126] der Erwerb der Sache durch den Erben erst nach dem Erbfall genügt nach der Auffassung der meisten römischen Juristen nicht.[127] Überliefert sind des Weiteren Fälle, in denen dem Erben die Pflicht auferlegt wird, die Ausübung eines Nießbrauchs oder ein Wohnen durch den Vermächtnisnehmer zu dulden.[128] Zudem kann mittels *legatum sinendi modo* wiederum auch die Schuldbefreiung (→ Rn. 29 f.) zugewendet werden.[129] Das *sinere* wird als *incertum* begriffen, so dass das *legatum sinendi modo* stets mit der *actio incerti ex testamento* (→ Rn. 4) geltend gemacht wird.[130]

V. Belastete und Bedachte

1. Beschwerung eines testamentarisch eingesetzten Erben

38 Mit Vermächtnissen beschwert werden kann nur ein testamentarisch eingesetzter Erbe, nicht aber ein Vermächtnisnehmer (grundsätzlich anders bei Fideikommissen, → § 98

---

[121] Den Wortlaut s. bei Ulp. reg. 24.25; zu *partito(r)* s. die Nachweise bei *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 467.

[122] Ob der Schätzwert oder Anteile an den Erbschaftsgegenständen zu leisten waren, war zwischen Sabinianern und Prokulianern streitig. Pomp. 5 Sab. D. 30.26.2.

[123] Ulp. reg. 24.25.

[124] Theoph. inst. 2.23.5.

[125] *Kaser*, RP I 745; *Manthe*, Pegasianum (1989) 55 Fn. 8; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 467 Fn. 108.

[126] Gai. 2.210.

[127] Doch ist bei Sachen Dritter Aufrechterhaltung des Vermächtnisses nach den Regeln des *SC Neronianum* (→ Rn. 9) denkbar; Gai. 2.212.

[128] Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 32.30.1; Cels. 18 dig. D. 33.2.14; Pomp. 6 Sab. D. 33.1.2; Ulp. Frg. Vat. 85; Marcell. 13 dig. D. 33.2.15 pr. S. ferner Ulp. 21 Sab. D. 30.39.4 und zum Ganzen auch *Grosso*, Legati (1962) 82 f.

[129] Paul. 9 Plaut. D. 34.3.16,18; Paul. sent. 3.6.11.

[130] Gai. 2.213; *Grosso*, Legati (1962) 84.

Rn. 13).[131] Die Wirksamkeit der testamentarischen Erbeinsetzung oder der Erwerb der Erbschaft durch den eingesetzten Erben gerade als Testamentserben werden allerdings, sofern eine solche Erbeinsetzung nur überhaupt stattgefunden hat, unter Umständen nicht gefordert.[132] Schlägt etwa der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus, um sodann als Intestaterbe zum Zuge zu kommen und so den angeordneten Belastungen mit Vermächtnissen und Fideikommissen zu entgehen, so schützt der Prätor die Begünstigten mit einer Klage, die sie so stellt, als wäre die Erbschaft angetreten worden.[133] Aufrechterhalten werden die Vermächtnisse auch im Fall der Kaduzität nach den Regeln der augusteischen Ehegesetzgebung (→ § 52 Rn. 41–48).[134] Beantragen im Testament übergangene Enkel, Töchter oder emanzipierte Söhne die *bonorum possessio contra tabulas*, so entkräftet der Prätor nur die Erbeinsetzungen, erhält aber bestimmte Vermächtnisse aufrecht.[135] Im Fall der *querela inofficiosi testamenti* bleiben Vermächtnisse zu Lasten solcher Erben bestehen, denen gegenüber der Kläger mit der Querel nicht durchgedrungen ist.[136] Zu alldem kommen weitere Vergünstigungen durch kaiserliche Entscheidungen in Einzelfällen hinzu.[137]

Wirksam ist die Beschwerung eines testamentarisch eingesetzten Erben im Ausgangspunkt nur insoweit, als sie das im Wege der Erbfolge erlangte Vermögen nicht überschreitet.[138] Ob eine verhältnismäßige Herabsetzung der Vermächtnislast nach diesem Grundgedanken auch erfolgt, wenn der tatsächliche Erbschaftserwerb nur zu einem geringeren als dem im Testament vorgesehenen Anteil erfolgt, beurteilen die römischen Juristen unterschiedlich.[139] **39**

[131] Gai. 2.271; Ulp. reg. 24.20,21.

[132] Eingehend *Biondi*, Successione (1955) 192–199.

[133] Edikt *Si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem*, D. 29.4; C. 6.39; Rekonstruktion in *Lenel*, EP 364.

[134] Iul. 39 dig. D. 30.96.1; Ulp. reg. 17.3; dazu *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [3](1995) 296 ff.

[135] Aufrechterhalten werden Vermächtnisse zugunsten der sog. *exceptae personae* (Paul. 41 ed. D. 37.5.15.4); dazu zählen das Vermächtnis wegen Rückgabe der Mitgift an die Ehefrau oder die Schwiegertochter und Vermächtnisse zugunsten von Abkömmlingen und Vorfahren (unabhängig vom Verwandtschaftsgrad und etwaigen Adoptionen), Ulp. 40 ed. D. 37.5.1 pr.–2, nicht aber zugunsten von Geschwistern des Erblassers, Ulp. 40 ed. D. 37.5.3.1. Nicht begünstigt sind die Vermächtnisse zugunsten der *exceptae personae*, wenn durch Fideikommiss ihre Weitergabe an einen Dritten außerhalb des Kreises der *exceptae personae* angeordnet ist, Ulp. 40 ed. D. 37.5.3.4.

[136] Pap. 7 resp. D. 31.76 pr.

[137] Paul. 1 imp. sent. cogn. prol. D. 28.5.93; ähnlich für Freilassungen Inst. 3.11.1.

[138] *Ultra vires patrimonii* werden Vermächtnisse nicht geschuldet, Gai. 2.224; Iul. 47 dig. D. 39.6.17; Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.12; Ulp. 18 l. Iul. Pap. D. 35.2.66.1; Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.5; *Grosso*, Legati (1962) 155–159, 337; *Voci*, DER II 229. – Im justinianischen Recht kann sich der Erbe nur nach Inventarerrichtung darauf berufen, dass Vermächtnisse die Höhe des Erlangten überschreiten, Novell. Iust. 1.2 (a.535).

[139] S. einerseits Scaev. 8 quaest. D. 29.7.14.1 (und zum Fideikommiss auch Scaev. 21 dig. D. 32.40 pr. sowie Marcell. 14 dig. D. 29.7.19), andererseits Afr. 2 quaest. D. 29.7.15. Näheres und weitere Quellen bei *Voci*, DER II 229–231.

40 Im Laufe der Zeit werden durch gesetzgeberische Maßnahmen zusätzliche Grenzen gezogen. Die *lex Furia testamentaria* (nach 204 v. Chr., vor 169 v. Chr.[140]) verbietet zunächst, Vermächtnisse über den Wert von 1000 As hinaus anzunehmen.[141] Spätere Maßnahmen stellen sicher, dass das Vermögen zu Lasten des Erben nicht vollständig durch Vermächtnisse (und Fideikommisse) erschöpft werden kann. Die *lex Voconia* (169 v. Chr.) verbietet Vermächtnisnehmern (vielleicht nur zugunsten von Bürgern der ersten Zensusklasse[142]), mehr als Vermächtnis anzunehmen, als den Erben selbst nach Leistung aller Vermächtnisse verbleibt.[143] Freilich erlaubt das dem Erblasser durch Anordnung hinreichend vieler, aber kleiner Vermächtnisse immer noch, die Erbschaft weitgehend mit Vermächtnissen zu erschöpfen.[144] Seit der *lex Falcidia* (40 v. Chr.) muss dem Erben deshalb wenigstens ein Viertel der Erbschaft verbleiben (→ § 100 Rn. 1).

41 Ein einzelnes Vermächtnis kann im Fall von Erbenmehrheiten je nach Anordnung des Erblassers alle Erben gemeinsam,[145] mehrere Erben alternativ[146] oder auch nur einzelne Erben belasten.[147] Was die Haftung angeht, so ist bei schuldrechtlich wirkenden Vermächtnissen wie folgt zu unterscheiden: Ist ein einzelner Erbe belastet, so haftet allein er. Sind mehrere Erben alternativ belastet, so haften sie dem Vermächtnisnehmer jeweils in voller Höhe, können aber insgesamt nur bis zum Betrag des Vermächtnisses in Anspruch genommen werden.[148] Sind alle Erben belastet, so haften sie bei Teilbarkeit des Vermächtnisses[149] im Grundsatz nur anteilig in Höhe ihres Erbanteils, doch befürworten manche Juristen eine Haftung nach Kopfteilen, wenn alle Erben namentlich genannt sind oder wenn ein Teil von ihnen namentlich belastet ist.[150]

---

[140] Zur Datierung *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 75 f. mit weiteren Nachweisen.

[141] Gegen denjenigen, der gegen das Verbot verstößt, kann der Erbe unmittelbar die Vollstreckung in das Vierfache des Betrages betreiben, der jenseits des Erlaubten angenommen worden ist; Gai. 2.225; 4.23; Ulp. reg. 1.2; *Baltrusch*, Regimen morum (1989) 70–72; *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 75–77.

[142] So allerdings das heute auf Basis von Cic. Verr. 2,1,43,110 verbreitete Verständnis; doch s. eingehend *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 80–89.

[143] Gai. 2.226; Theoph. inst. 2.22; *Baltrusch*, Regimen morum (1989) 73–76; *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 3–34 (Quellen), 74–102. – Daneben regelte die *lex Voconia* ein Verbot der Erbeinsetzung von Frauen, s. dazu → § 29 Rn. 44; § 52 Rn. 17.

[144] S. nur Gai. 2.226.

[145] Möglich sind verschiedene Anordnungen, etwa *quisquis mihi heres erit* … (Iul. 1 Urs. Fer. D. 30.104 pr.), *heredes mei* … (so zum Fideikommiss Pap. 9 resp. D. 36.1.59 pr.) oder auch die namentliche Nennung der Erben (Ner. 5 membr. D. 30.124). Auch *heres meus* … belastet, wenn es mehrere Erben gibt, sämtliche Erben, Argument aus Paul. form. test. D. 32.98, vgl. *Grosso*, Legati (1962) 165.

[146] *Lucius Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Seio dato*, Pomp. 2 Sab. D. 30.8.1.

[147] Zum Ganzen *Grosso*, Legati (1962) 161–164.

[148] Paul. 1 Ner. D. 32.25 pr.; Pap. 27 quaest. D. 45.2.9 pr. Möglich ist danach auch die Inanspruchnahme aller Genannten je auf Anteile, Pomp. 2 Sab. D. 30.8.1.

[149] Bei Unteilbarkeit haftet jeder Miterbe auf das Ganze, vgl. Ulp. 2 fideic. D. 32.11.23,24 und *Grosso*, Legati (1962) 164.

Kommt statt eines testamentarisch eingesetzten Erben für diesen ein Ersatzerbe zum Zuge, so hängt von der Auslegung nach dem Willen des Erblassers ab, ob auch der Ersatzerbe zur Leistung der Vermächtnisse verpflichtet sein soll, die dem ausgefallenen Erben auferlegt waren; im Zweifel soll das nach einem Reskript von Septimius Severus und Caracalla zu bejahen sein.[151] Erwirbt einer von mehreren testamentarisch eingesetzten Erben die Erbschaft nicht, so dass Anwachsung (→ § 53 Rn. 49–51), nicht aber Verteilung nach den Bestimmungen der augusteischen Ehegesetzgebung[152] stattfindet, so haften die Anwachsungsberechtigten für die Vermächtnisse, die den anwachsenden Teil belasten. Diese Haftung entfällt nur, soweit der ausgefallene Erbe namentlich belastet ist;[153] seit einem Reskript von Septimius Severus und Caracalla sind Belastungen mit Vermächtnissen dagegen auch in diesem Fall zu übernehmen.[154] **42**

2. Vermächtnisnehmer

Durch Vermächtnis begünstigt werden kann nur, wem gegenüber der Erblasser testamentsfähig ist;[155] dadurch sind etwa Peregrinen aus dem Kreis der Vermächtnisnehmer ausgeschlossen. Bedacht werden können auch Sklaven;[156] doch muss es sich um einen fremden, vermachten oder freizulassenden Sklaven handeln, damit das Vermächtnis nicht den Erben zugleich belastet und begünstigt und daher unwirksam ist (→ Rn. 53). Nicht erwerbsfähig sind nach den Regeln der augusteischen Ehegesetzgebung (→ § 52 Rn. 26–34) Ehelose; Kinderlose erwerben nur die Hälfte des ihnen als Vermächtnis Zugedachten.[157] Unwirksam sind Vermächtnisse an unbestimmte Personen (*personae* **43**

[150] S. einerseits Paul. 8 Plaut. D. 45.2.17 (Haftung stets nach Erbteilen); Ner. 5 membr. D. 30.124; Iul. 34 dig. D. 30.86.3 (Haftung nach Kopfteilen bei namentlicher Nennung der Erben); Pomp. 8 Sab. D. 30.54.3 (Haftung nach Kopfteilen, nur wenn die namentliche Nennung sich auf einen Teil der Erben beschränkt). Die verschiedenen Positionen dürften sich aus abweichenden Antworten auf die Auslegungsfrage ergeben, ob der Erblasser mit der Nennung von Namen statt der Bezeichnung als Erben von den Erbschaftsquoten abgehen wollte. Vgl. auch die Fragestellung zur Stipulation eines Miteigentumssklaven bei Pomp. 3 Q. Muc. D. 45.3.37 sowie *Grosso*, Legati (1962) 161–164. *Voci*, DER II 240 f.

[151] Ulp. 4 disp. D. 30.74; dazu *Grosso*, Legati (1962) 165–168.

[152] Dann sind die auf den zu verteilenden Erbteil entfallenden Belastungen stets zu übernehmen: *caduca cum suo onere fiunt*, Ulp. reg. 17.3; vgl. *Grosso*, Legati (1962) 173; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 64 f. mit Fn. 188.

[153] Cels. 36 dig. D. 31.29.2 (zum dort in Bezug genommenen *ius antiquum* s. Ulp. reg. 18.1); Julian bei Ulp. 18 l. Iul. Pap. D. 31.61.1.

[154] Ulp. 18 l. Iul. Pap. D. 31.61.1; s. zum justinianischen Recht ferner Iust. C. 6.51.1 (a.534) und zum Ganzen *Grosso*, Legati (1962) 169–173.

[155] Inst. 2.20.24; Iav. 7 Cass. D. 41.8.7.

[156] Zum Sonderfall des Vermächtnisses an einen fremden Sklaven und seinen Eigentümer zugleich s. *Buchwitz*, Servus (2012) 176–191.

[157] Gai. 2.286,286a. Vermächtnisteile, die danach nicht erworben werden (vorausgesetzt ist also die Einsetzung *coniunctim*, → Rn. 44), fallen dann (nach einer für Damnationslegate unter den

incertae), etwa solche, die nur durch künftige Ereignisse beschrieben werden (Bspl.: nächste Konsuln nach Errichtung des Testaments),[158] und Vermächtnisse an hausfremde Nachgeborene;[159] doch hat Justinian diese beiden Beschränkungen abgeschafft.[160]

44 Mehrere Vermächtnisnehmer können mit demselben Vermächtnisgegenstand gleichzeitig bedacht werden (*collegatarii*). Sind sie getrennt voneinander (*disunctim*)[161] mittels Damnationslegat bedacht, so kann jeder von ihnen den ganzen Gegenstand fordern; sind sie dagegen *coniunctim* bedacht, d. h. ihre Namen durch Konjunktion verbunden,[162] so wird die Forderung geteilt (insgesamt anders bei Vindikationslegaten, → § 60 Rn. 36).[163] Anwachsung bei Ausfall eines der Mitvermächtnisnehmer findet nicht statt (wiederum anders bei dinglich wirkenden Vermächtnissen, → § 60 Rn. 46–55).[164]

45 Offen steht dem Erblasser auch die Möglichkeit, einen von mehreren Vermächtnisnehmern wahlweise zu begünstigen.[165] Ferner kann der Erblasser vorsehen, dass das Vermächtnis bei Ausfall eines Vermächtnisnehmers an einen Substituten fällt; unterschiedlich beurteilt wurde für diesen Fall, ob die Erben des Vermächtnisnehmers dem Substituten schon dann vorgehen, wenn das Vermächtnis dem Vermächtnisnehmer angefallen ist oder erst wenn der Erbe ihm gegenüber mit der Leistung in Verzug geraten ist.[166] Schließlich kann der Erblasser, wenn mehrere Erben eingesetzt sind, auch einen der Erben selbst zusätzlich als Vermächtnisnehmer bedenken (Prälegat); doch

---

römischen Juristen allerdings bestrittenen Ansicht) in erster Linie an solche Vermächtnisnehmer, die *coniunctim* mit dem Ausgefallenen bedacht sind und selbst keinen Erwerbsbeschränkungen unterliegen, sodann an die Erben mit Kindern und schließlich an Vermächtnisnehmer mit Kindern, Gai. 2.206–208; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 32.89; s. auch Ulp. reg. 24.13. Zum Ganzen *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 43–52.

[158] Inst. 2.20.25; Ulp. reg. 24.18; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 460–462.

[159] Inst. 2.20.26.

[160] Iust. C. 6.48.1 (a.528/529); Inst. 2.20.27.

[161] Zur Bedeutung der Ausdrücke *coniunctim* und *disiunctim* s. *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 69–78; *Lösch*, Coniunctio (2014) 13–125. – Die Rechtslage beim *legatum sinendi modo* entspricht, wenn *coniunctim* vermacht ist, der beim Damnationslegat, Frg. Vat. 85; zum *legatum sinendi modo*, das *disiunctim* erfolgt, s. Cels. 18 dig. D. 33.2.14 und *Grosso*, Legati (1962) 216.

[162] *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 72.

[163] Gai. 2.205; im justinianischen Recht ist dagegen die Regelung für schuldrechtlich wirkende Vermächtnisse weitgehend an die (freilich jetzt modifizierten) klassischen Regelungen für Vindikationslegate angeglichen, Iust. C. 6.5.11–11d (a.534); Inst. 2.20.8. – Zum Ganzen *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 6 f., 268–282, → § 60 Rn. 46.

[164] Frg. Vat. 85; *Grosso*, Legati (1962) 216; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 6 f.

[165] Cels. 16 dig. D. 31.16 (Wahlrecht des Erben); Marcell. 10 dig. D. 31.17 (ohne Bestimmung eines Wahlberechtigten); Iust. C. 6.38.4 (a.531); dazu *Grosso*, Legati (1962) 209–215.

[166] S. einerseits Iul. 37 dig. D. 34.4.10.1 (ebenso zum Fideikommiss Iul. 39 dig. D. 36.1.26 pr.), andererseits Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3.1,2 und Marcell. bei Iul. 39 dig. D. 36.1.26 pr.; *Grosso*, Legati (1962) 223 f.

bleibt das Vermächtnis zu dem Anteil, zu dem der Erbe selbst mit ihm belastet ist, unwirksam.[167]

VI. Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit

Unwirksam ist das Vermächtnis zunächst dann, wenn seine Voraussetzungen (→ Rn. 17–37, 38–45) zum Zeitpunkt des *dies cedens* (→ Rn. 49–54) nicht vorliegen, beispielsweise der vermachte Gegenstand nicht mehr existiert oder der Bedachte bereits verstorben ist (s. allerdings zum zwischenzeitlichen Erwerb der Sache durch den Vermächtnisnehmer → Rn. 23). Liegen die Wirksamkeitsvoraussetzungen zu diesem Zeitpunkt vor, so ist damit über die Wirksamkeit aber noch nicht entschieden. Denn nach der von den Klassikern angewandten[168] sog. *regula Catoniana*[169] bleibt ein Vermächtnis unwirksam, das unwirksam gewesen wäre, wenn der Erblasser bereits bei Testamentserrichtung verstorben wäre.[170] Eine Heilung durch Wegfall des Unwirksamkeitsgrundes (etwa dadurch, dass der Vermächtnisnehmer das Eigentum an der Sache einbüßt, deren Eigentümer er bei Testamentserrichtung bereits war) erfolgt nicht.[171] **46**

Ob ein Vermächtnis unwirksam gewesen wäre, wenn der Erblasser sogleich bei Testamentserrichtung verstorben wäre, lässt sich nur für solche Vermächtnisse beurteilen, deren *dies cedens* sogleich mit dem Tod des Erblassers eingetreten wäre; auf Vermächtnisse, deren *dies cedens* über diesen Zeitpunkt hinaus aufgeschoben ist, findet die Regel dementsprechend keine Anwendung.[172] Davon wird die Verschiebung des *dies cedens* **47**

---

[167] Ulp. reg. 24.22. Zum Ganzen *Wimmer*, Prälegat (2004).

[168] Angewandt worden ist die Regel von den Sabinianern wie auch den Prokulianern, aber noch nicht von Servius, vgl. Gai. 2.244. Überwiegend wird für wahrscheinlich gehalten, dass sie auf Marcus Porcius Cato Licinianus (gest. ca. 153 v. Chr.), nicht auf seinen Vater Marcus Porcius Cato Censorius (234–149 v. Chr.) zurückgeht; so etwa *Jörs*, Römische Rechtswissenschaft (1888) 290; *Biondi*, Successione (1955) 412; *Grosso*, Legati (1962) 301; *Kaser*, RP I 754 Fn. 6; offengelassen bei *Voci*, DER II 998 Fn. 5.

[169] S. die Bezeichnung in D. 34.7 (mehrfach) sowie bei Paul. 8 Plaut. D. 33.5.13; Ulp. 21 Sab. D. 30.41.2.

[170] S. die Formulierung der Fiktion bei Cels. 35 dig. D. 34.7.1 pr. – Lit.: *Sainz-Ezquerra Foces*, Regula Catoniana (1976); *Flume*, FS Niederländer 17–26; *Choe*, FS Knütel 213–227.

[171] Ulp. 21 Sab. D. 30.41.2. Nichts Gegenteiliges folgt aus Cels. 21 dig. D. 34.7.1.2, da es sich dort um ein bedingtes Vermächtnis handelt, vgl. *Grosso*, Legati (1962) 307; *Buti*, Index 12 (1983–1984) 237; *Flume*, FS Niederländer 25; anders *Knütel/Kupisch/Rüfner/Seiler*, CIC V ad h. l., 689. – Die Regel ist damit Anwendungsfall des allgemeineren Grundsatzes aus Paul. 8 Sab. D. 50.17.29 *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*; zu diesem Grundsatz *Pergami*, Quod initio vitiosum est (2012).

[172] Für die Annahme, dass sich dies entgegen verbreiteter Auffassung nicht etwa aus einem Bedürfnis der klassischen Juristen zur Zurückdrängung der Regel, sondern schon aus der Formulierung der Fiktion ergibt, s. *Flume*, FS Niederländer 23 f. mit umfassenden Nachweisen zur Gegenauffassung 17 f.

auf den Tag der Testamentseröffnung bei Außenerben seit der *lex Iulia et Papia* (→ Rn. 51) nicht erfasst sein;[173] wohl aber bleibt die Regel unangewendet, wenn der *dies cedens* auf den Tag des Erbschaftsantritts verschoben ist (Anwendungsfälle → Rn. 53 f.).[174] Nicht anwendbar ist sie ferner auch bei bedingten Vermächtnissen. Wirksam ist also etwa das bedingte Vermächtnis einer eigenen Sache des Vermächtnisnehmers, falls der Vermächtnisnehmer die Sache bis zum Bedingungseintritt veräußert hat,[175] ferner nach zunächst bestrittener, dann aber wohl durchgedrungener Ansicht das bedingte Vermächtnis zugunsten eines der Gewalt des Erben Unterworfenen, falls der Vermächtnisnehmer bis zum Bedingungseintritt aus dieser Gewalt entlassen ist.[176]

VII. Erwerb des Vermächtnisses

1. Vonselbsterwerb

48 Die Forderung aus dem schuldrechtlich wirkenden Vermächtnis erwirbt der Vermächtnisnehmer mit Eintritt der Erbfolge, bei aufschiebend befristeten und bedingten Vermächtnissen mit Eintritt des Termins oder der Bedingung. In all diesen Fällen erfolgt der Erwerb *ipso iure*. Weder bedarf es einer Annahme des Vermächtnisses durch den Vermächtnisnehmer noch besteht die Möglichkeit der Ausschlagung (anders beim Vindikationslegat, → § 60 Rn. 3). Hat der Erblasser das Vermächtnis mit einer Auflage versehen (*legatum sub modo*), die sich nicht als Fideikommiss deuten lässt,[177] so kann der Vermächtnisnehmer mit der *actio ex testamento* erst dann erfolgreich vorgehen, wenn er für die Erfüllung der Auflage stipulationsweise Sicherheit leistet; bis dahin wird die Klage entweder verweigert oder dem Erben eine *exceptio doli* gewährt.[178]

---

[173] Vgl. Pap. 15 quaest. D. 34.7.3, der nur von der Verschiebung des *dies cedens* auf den Tag des Erbantritts spricht; *Voci*, DER II 999 (zu b). S. ferner zu Ulp. 22 Sab. D. 34.7.5 *Grosso*, Legati (1962) 309 f.

[174] Pap. 15 quaest. D. 34.7.3.

[175] Ulp. 21 Sab. D. 30.41.2; Paul. 3 Ner. D. 35.1.98.

[176] S. zunächst Gai. 2.244 (nach Ansicht der Prokulianer kann der Gewaltunterworfene im Fall eines bedingten Vermächtnisses nicht besser stehen als im Fall eines unbedingten), sodann Paul. 2 man. D. 28.5.90; Ulp. reg. 24.23; Inst. 2.20.32; zum Ganzen *Flume*, Ges. Schr. I 211; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 72–80; *Leesen*, Gaius meets Cicero (2010) 148–163; *Choe*, FS Knütel 213–227.

[177] Weil es etwa um die Errichtung eines Denkmals geht, Iav. 2 ex post. Lab. D. 35.1.40.5. Um ein Fideikommiss handelt es sich dagegen etwa dann, wenn die Auflage in der Bitte um Herausgabe des Vermächtnisses an einen Dritten besteht; s. Ulp. 40 ed. D. 37.5.3.6.

[178] Val. 5 fid. D. 32.19; Iav. 2 ex post. Lab. D. 35.1.40.5; Ulp. 63 ed. D. 40.5.7; Iul. 62 dig. D. 40.5.48. – Im Schrifttum ist insoweit davon die Rede, die Auflage wirke daher wie eine Bedingung (*Kaser*, RP I 259 u. RP II 582 f.), doch wird man das jedenfalls nicht so verstehen dürfen, als ob – wie bei anderen bedingten Vermächtnissen (→ Rn. 51) – auch der *dies cedens* bis zur Sicherheitsleistung aufgeschoben würde. Nicht belegt ist, dass die Erfüllung der Auflage erforderlich wäre, damit der Ver-

2. Der *dies cedens legati*

Hängt der Erwerb des Vermächtnisses vom Eintritt der testamentarischen Erbfolge ab, so wäre unter mehreren Gesichtspunkten eine Gefährdung dieses Erwerbs denkbar. Weil der Eintritt der testamentarischen Erbfolge bei Außenerben den Erbschaftantritt voraussetzt, könnte ein Außenerbe den Eintritt der Belastung mit dem Vermächtnis zu vermeiden suchen, indem er den Erbschaftsantritt verzögert und darauf spekuliert, dass der Vermächtnisnehmer vor Erbschaftsantritt verstirbt.[179] In ähnlicher Weise gefährdet wäre der Erwerb des Vermächtnisses auch bei bedingter Erbeinsetzung und in ähnlichen Fällen, in denen die testamentarische Erbfolge aufgeschoben ist.[180] Zu seinem Schutz[181] erhält der Vermächtnisnehmer daher – nicht nur bei schuldrechtlich, sondern auch bei dinglich wirkenden Vermächtnissen (→ § 60 Rn. 4) – bereits vor dem Erwerb des Vermächtnisses ein vererbliches[182] Recht auf diesen späteren Erwerb. Nach dem Erwerb dieses vererblichen Rechts bestimmt sich bei Gewaltunterworfenen zugleich, für wessen Person das Vermächtnis später tatsächlich erworben wird.[183] Nicht ausgeschlossen ist durch die Schaffung des vererblichen Rechts auf den Vermächtniserwerb, dass bei Versterben des Vermächtnisnehmers vor dem Vermächtniserwerb statt seines Erben ein Ersatzvermächtnisnehmer zum Zuge kommt (→ Rn. 45).[184] **49**

Umschrieben ist der Erwerb des vererblichen Rechts auf Vermächtniserwerb in den Quellen damit, dass *dies legati cedit*, der Tag des Vermächtnisses eintritt[185] – daher in der modernen Lit. sog. *dies cedens legati* (auch „Anfall" des Vermächtnisses). Demgegenüber bezieht sich die Aussage *dies venit* darauf, dass der in einer Befristung genannte Termin erreicht ist. Die Aussage, die bei Befristungen allgemein Verwendung findet, begegnet dementsprechend auch bei befristeten Vermächtnissen;[186] erst im Schrifttum zu den Quellen hat die Ausdrucksweise aber technischen Charakter gewonnen und ist **50**

---

mächtnisnehmer den vermachten Gegenstand erhalten kann; so aber zu Iav. 2 ex post. Lab. D. 35.1.40.5 wohl *Ankum*, TR 87 (2019) 354.

[179] Ulp. 20 Sab. D. 36.2.7 pr.,1.

[180] Ulp. 20 Sab. D. 36.2.7.1–3; zu den Fällen s. → Rn. 50.

[181] Ulp. 20 Sab. D. 36.2.7.1.

[182] Ulp. reg. 24.30.

[183] Ulp. 20 Sab. D. 36.2.5.7: Der Anfall des Vermächtnisses zugunsten einer Person *alieni iuris* führt zum späteren Erwerb durch den Gewalthaber, auch wenn das Gewaltverhältnis vor Erwerb des Vermächtnisses geendet hat.

[184] Ob das Vermächtnis an den Erben des Vermächtnisnehmers oder an den Ersatzvermächtnisnehmer fällt, ist durch Auslegung der Substitutionsanordnung zu entscheiden, s. Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3.1; Iul. 37 dig. D. 34.4.10.1; Iul. 39 dig. D. 36.1.26 pr. und zu alldem *Wimmer*, in: Harke, Erbrecht (2012) 127–134; s. auch *Wimmer*, Prälegat (2004) 83 f.

[185] Ulp. 20 Sab. D. 36.2.5 pr.,1; Gai. 2.244; Ulp. reg. 24.30. – Die Gegenüberstellung von *cedere diem* und *venire diem* bei Ulp. 1 reg. D. 50.16.213 pr. ist dagegen nicht für das Vermächtnisrecht von Bedeutung, sondern dient Ulpian zur Erklärung der Unterschiede zwischen Stipulationen ohne Nebenbestimmung und befristeten sowie bedingten Stipulationen, vgl. *Sommer*, SZ 34 (1913) 394 f.

[186] Ulp. 17 Sab. D. 7.3.1.3.

dem *dies cedens* zur Seite gestellt worden (daher der sog. *dies veniens legati* zur Umschreibung des Termins der Fälligkeit des Vermächtnisses).[187]

51 *Dies cedens* ist bei Vermächtnissen ohne Nebenbestimmung und solchen mit Terminsbestimmung[188] im Grundsatz ursprünglich der Tag des Erbfalls.[189] Im Zuge der augusteischen Ehegesetzgebung (→ § 52 Rn. 23–48)[190] ist der Zeitpunkt für Vermächtnisse zu Lasten von Außenerben[191] jedoch auf den Tag der Testamentseröffnung verschoben worden,[192] weil mit der *lex Papia Poppaea* auch die Möglichkeit zum Erbschaftsantritt auf diesen Zeitpunkt verschoben war.[193] Der *dies cedens* bedingter[194] Vermächtnisse findet demgegenüber erst mit Eintritt der Bedingung oder des Termins statt.[195] Ob auch Potestativbedingungen zu einem Aufschub des *dies cedens* führen, ist unter den römischen Juristen umstritten;[196] nicht als bedingt behandelt werden jedenfalls Vermächtnisse, die aus äußeren Gründen, nicht aber aufgrund des Testaments in der Schwebe sind.[197] Das Optionslegat (→ Rn. 24–26) sehen die klassischen Juristen als durch die Ausübung der Wahl bedingt an; *dies cedens* ist daher der Tag, an dem das Wahlrecht ausgeübt wird;[198] Justinian führt jedoch die Vererblichkeit schon vor Ausübung des Wahlrechts ein (→ § 60 Rn. 31).[199]

---

[187] *Grosso*, Symb. Taubenschlag I 415–420 mit umfassenden Quellennachweisen.

[188] Mag auch unklar sein, wann der Termin eintritt, solange sein Eintritt nur als solcher gewiss und deshalb sicher ist, dass das Vermächtnis geschuldet werden wird, Pomp. 5 Q. Muc. D. 36.2.22.1.

[189] Ulp. reg. 24.31; Ulp. 20 Sab. D. 36.2.5 pr.,1. Zum Termin s. insbes. Paul. 2 Vit. D. 36.2.21.

[190] Nach Iust. C. 6.51.1c (a.534) geht die Änderung auf *senatusconsulta circa legem Papiam introducta* zurück; infrage kommen die *SCta Persicianum* (34 n. Chr.), *Claudianum* und *Calvisianum* (61 n. Chr.). Im Gegensatz dazu schreibt Ulp. reg. 24.31 die Änderung der *lex Papia Poppaea* zu. Für zuverlässiger gehalten wird teils die Darstellung im Codex (s. *Voci*, Teoria dell'acquisto (1936) 14–23; *Kreller*, SZ 58 (1938) 335 f.), teils die Darstellung der Ulp. reg. (*Ferrini*, Teoria generale (1889) 379; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [3](1995) 217 Fn. 9). Keine Argumente sind freilich entgegen *Voci* und *Astolfi* aus Gai. D. 30.68.1 zu gewinnen, weil der *dies cedens* dort nicht mit dem Tod des Erblassers, der das Vermächtnis ausgesetzt hatte, sondern mit dem Tod eines Dritten zusammenfällt, auf den das Vermächtnis befristet war.

[191] Nicht auch für Vermächtnisse zu Lasten von Hauserben, deren *dies cedens* weiterhin mit dem Tod des Erblassers zusammenfällt; daher etwa Paul. 2 Sab. D. 36.2.1; Ulp. 20 Sab. D. 36.2.5.1; Ulp. 23 Sab. D. 36.2.12.3. – S. auch *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [3](1995) 216 f. mit Fn. 9.

[192] Anwendungsfälle s. etwa bei Scaev. 20 dig. D. 34.1.18.3 a. E.; Scaev. 20 dig. D. 34.4.30.4; Pap. 8 resp. D. 34.3.24.

[193] Zu den genaueren Zusammenhängen und den Zwecken der Verschiebung s. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [3](1995) 215–219; *Lohsse*, Ius adcrescendi (2008) 67 Fn. 196.

[194] Dazu zählt auch der Termin, dessen Eintritt ungewiss ist. Bspl.: „Wenn er vierzehn Jahre alt geworden ist", Pomp. 5 Q. Muc. D. 36.2.22 pr.; s. auch Paul. 2 Vit. D. 36.2.21. Als bedingt behandelt wird ferner das Vermächtnis „wenn der Erbe stirbt" (Bedingung des Überlebens des Vermächtnisnehmers), Pomp. 6 Sab. D. 36.2.13; Pomp. 3 Q. Muc. D. 35.1.1.2; Ulp. 19 Sab. D. 36.2.4.

[195] Ulp. reg. 24.31; Ulp. 20 Sab. D. 36.2.5.2; Pomp. 6 Sab. D. 36.2.13.

[196] S. Ulp. 20 Sab. D. 36.2.5.2 einerseits und Gai. 1 leg. ed. praet. urb. D. 30.65.1 andererseits.

[197] Paul. 3 Sab. D. 36.2.6.1; Ulp. 20 Sab. D. 36.2.7.5; Pap. 18 quaest. D. 35.1.99; Pap. 18 quaest. D. 36.2.25.1. Nicht bedingt oder befristet ist auch das Vermächtnis, das in das Ermessen eines Dritten gestellt ist, Ulp. 9 Sab. D. 31.1.1.

[198] Zur Kombination des Wahlrechts mit weiteren, Besonderheiten veranlassenden Umständen (Nießbrauch oder Geldsumme) s. Ulp. 24 Sab. D. 36.2.14 pr.,1.

Im Gegensatz zum bedingten Vermächtnis schiebt die bedingte Erbeinsetzung den *dies cedens* nicht über den Tag des Erbfalls oder der Testamentseröffnung hinaus.[200] Das Gleiche gilt, wenn der eingesetzte Erbe noch nicht geboren ist oder sich in Kriegsgefangenschaft befindet, ferner im Fall der Pupillarsubstitution und auch generell, wenn das Vermächtnis nur zu Lasten eines Ersatzerben hinterlassen ist.[201] Ob das Vermächtnis im Testament oder einem Kodizill hinterlassen ist, hat für den *dies cedens* keine Bedeutung.[202] **52**

Von den soeben dargestellten Grundsätzen ergeben sich für den *dies cedens* in bestimmten Fällen Abweichungen. Insbesondere kann der *dies cedens* bei Einsetzung von Außenerben auf deren Antritt der Erbschaft verschoben sein. Das gilt etwa beim Vermächtnis an einen testamentarisch Freigelassenen, weil auch die Freilassung erst mit Eintritt der Erbfolge wirksam wird und das Vermächtnis daher bei früherem Anfall als Vermächtnis zugunsten der Erbschaft wirkungslos bliebe.[203] Ebenso fällt auch das Vermächtnis zugunsten eines vermachten Sklaven erst bei Erbschaftsantritt an;[204] ist der Sklave per Vindikationslegat vermacht und wird deshalb bei Erbschaftsantritt automatisch Eigentum des Vermächtnisnehmers, so wird dadurch wiederum die Unwirksamkeit des Vermächtnisses zugunsten des Sklaven vermieden und der Erwerb durch den Vermächtnisnehmer ermöglicht, dem der Sklave zugewendet ist. **53**

Erst mit Erbschaftsantritt fällt zudem das Vermächtnis eines Nießbrauchs oder Gebrauchsrechts ein,[205] und ist dieses Recht erst zu einem bestimmten Termin vermacht, so ist der *dies cedens* auch bis zu diesem Termin aufgeschoben.[206] Mangels Vererblichkeit des Rechts besteht hier gar kein Bedürfnis für einen *dies cedens*, der vor Erwerb des Rechts selbst läge (→ § 60 Rn. 28 f.).[207] **54**

---

[199] Inst. 2.20.23.

[200] Iul. 70 dig. D. 36.2.19.2; Paul. 2 Vit. D. 36.2.21.1.

[201] Ulp. 20 Sab. D. 36.2.7.1–3; zur Pupillarsubstitution Paul. 2 Sab. D. 36.2.1; Ulp. 20 Sab. 36.2.7.4,5.

[202] Paul. 3 Sab. D. 36.2.6.2.

[203] Ulp. 20 Sab. D. 36.2.7.6; Ulp. 4 Sab. D. 36.2.8; Iul. 36 dig. D. 36.2.17. Nicht vor der Wirkungslosigkeit des Vermächtnisses geschützt bleibt danach der bedingt Freigelassene, dem ein Vermächtnis unbedingt ausgesetzt ist, wenn die Bedingung bei Erbschaftsantritt noch nicht eingetreten ist, Iul. 36 dig. D. 30.91.1; Ulp. 4 Sab. D. 36.2.8; Maec. 3 fideic. D. 35.1.86.1; s. aber zur möglichen Erstreckung der Bedingung der Freilassung auf das Vermächtnis Call. 2 quaest. D. 35.1.82. – Zu weiteren Einzelheiten *Grosso*, Legati (1962) 291–293.

[204] Gai. 2 leg. ed. praet. urb. D. 30.69 pr.; Ulp. 20 Sab. D. 36.2.7.6; Iul. 36 dig. D. 36.2.17.

[205] Ulp. 15 Sab. D. 36.2.2; Ulp. 21 Sab. D. 36.2.9; Ulp. 17 Sab. D. 7.3.1.2.

[206] Ulp. 15 Sab. D. 36.2.2; Ulp. 17 Sab. D. 7.3.1.3; Ulp. 20 Sab. D. 36.2.5.1.

[207] Ulp. 5 disp. D. 36.2.3.

3. Die *cautio legatorum servandorum causa*

55 Das befristete oder bedingte Legat kann erst mit Ablauf der Frist oder Eintritt der Bedingung geltend gemacht werden. Während der Vermächtnisnehmer beim dinglich wirkenden Vermächtnis auch in diesen Fällen vor einer Verschlechterung seiner Rechtslage etwa infolge Insolvenz oder Zwischenverfügungen des Erben automatisch geschützt ist (→ § 60 Rn. 5), würde dem Begünstigten bei einem nur schuldrechtlich wirkenden Vermächtnis die Insolvenz des Erben vor Eintritt der Befristung oder Bedingung schaden; dasselbe gilt für das Fideikommiss. Der Prätor schützt den Begünstigten daher, indem er ihm in diesen Fällen ermöglicht, vom Erben Sicherheitsleistung durch Stipulation mit Bürgenstellung (*satisdatio*)[208] zu verlangen (*cautio legatorum servandorum causa*),[209] sofern der Erblasser das nicht ausgeschlossen hat.[210] Kommt der Erbe diesem Verlangen nicht nach, so weist der Prätor den Begünstigten in den Besitz der Erbschaft ein.[211]

56 In Bestand[212] und Umfang[213] ist die Sicherheitsleistung von der Einzelzuwendung abhängig. Sie kann auch nach Anfall der Zuwendung noch verlangt werden (Paulus zufolge sogar bei sofort fälligen Vermächtnissen[214]),[215] aber nicht mehr nach Litiskontestation.[216] Zu leisten hat die Sicherheit nicht nur der zivile Erbe,[217] sei er auch nur

---

[208] Nur ausnahmsweise auch ohne Bürgenstellung, Paul. 2 man. D. 36.3.3.

[209] D. 36.3; C. 6.54. Zum Damnationslegat s. Ulp. 79 ed. D. 36.3.1 pr.; zum Fideikommiss s. nur den Titel von C. 6.54, ferner etwa Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.10; D. 36.3.14 pr. Musterformular (in Anlehnung an *Lenel*, EP 539, aber ohne Erwähnung des Erben, s. dazu u. bei Fn. 223): *Quidquid mihi legatorum nomine ex testamento L. Titii dari fieri oportet oportebit, id, quibus diebus L. Titius dari fieri voluit, his diebus dari fieri dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne? Spondeo.*

[210] Marcus C. 6.54.2 (o.A.) (danach bedarf der Ausschluss auch keiner besonderen Form); Sev./Ant. C. 6.54.4 (a.215); Alex. C. 6.54.7 (a.225); Ulp. 52 ed. D. 36.4.5.18. – Wird das Vermächtnis unter der „Bedingung" ausgesetzt, dass der Legatar keine Sicherheitsleistung verlangt, so handelt es sich nicht um eine Bedingung im technischen Sinne, Pap. 7 resp. D. 35.1.77 a. E.; Marcian. 7 inst. D. 36.3.12. Leistet der Erbe irrtümlich Sicherheit, obwohl der Erblasser ihm die Sicherheitsleistung erlassen hat, so kann er das Versprechen kondizieren (und die Bürgen haben ggf. eine Einrede), Ulp. 52 ed. D. 36.4.1 pr.

[211] Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.2; D. 36.4.

[212] Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.14,19; D. 36.3.14.1; Ulp. 52 ed. D. 36.4.1.3,4; Pap. 28 quaest. D. 36.3.5 pr.; s. auch Paul. 75 ed. D. 36.3.15.

[213] Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.13,16.

[214] Paul. 75 ed. D. 36.3.15 pr. (wegen der Verzögerungen, die mit der klageweisen Durchsetzung verbunden sind).

[215] Argument aus Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.3 (Zweck ist die Sicherung des Begünstigten zwischen Anfall durch Bedingungseintritt und späterem Fälligkeitszeitpunkt bei zusätzlichem fest bestimmtem Termin, vgl. Ulp. 48 Sab. D. 36.3.8; Paul. 12 Sab. D. 36.3.9).

[216] Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.9; s. ferner Ulp. 52 ed. D. 36.4.3 pr. – Zur Sicherheitsleistung nach Einlegung von Rechtsmitteln s. Pap. 28 quaest. D. 36.3.5.1.

[217] Und zwar ab dem ggf. erforderlichen Erbschaftsantritt, Ulp. 79 ed. D. 36.4.2, aber s. auch Ulp. 52 ed. D. 36.4.1.4.

Ersatzerbe,[218] sondern jeder, der für die Einzelzuwendung haftet;[219] ausgenommen sind der Fiskus und Stadtgemeinden.[220] Geleistet wird die Sicherheit dem Begünstigten, bei Gewaltunterworfenen zusätzlich[221] auch dem Gewalthaber.[222] Die Forderung aus der kautionsweise abgegeben Stipulation geht – auch ohne dass der Erbe in der Stipulation genannt sein müsste[223] – auf den Erben über, sofern nur das Vermächtnis oder Fideikommiss selbst übergegangen sind, also ihr *dies cedens* noch zu Lebzeiten des Erben eingetreten war;[224] der Erbe kann in diesem Fall zudem auch selbst Sicherheitsleistung verlangen, wenn der Erblasser das unterlassen hatte.[225] Umgekehrt ist die Verpflichtung aus der kautionsweise abgegebenen Stipulation auch passiv vererblich.[226] Hatte der Erbe selbst noch keine Sicherheit geleistet, so kann die Sicherheitsleistung wiederum auch von seinem Rechtsnachfolger verlangt werden.[227]

Einweisung in den Besitz bei ausbleibender Sicherheitsleistung kann der Begünstigte **57**
schon dann verlangen, wenn das Ausbleiben nur nicht an ihm selbst liegt; Verschulden des Erben ist nicht erforderlich.[228] Eingewiesen wird der Begünstigte in den Mitbesitz gemeinsam mit dem Erben, um so die Erbschaftssachen vor Diebstahl, Verbrauch durch den Erben oder sonstigem Untergang bewachen zu können.[229]

VIII. Aufhebung und Ersetzung des Vermächtnisses

1. Zivilrechtliche Aufhebung (*ademptio legati*) und prätorisch geschützte Aufhebung

Je nachdem, ob die Errichtung des Testaments bereits vollendet ist oder nicht, kann ein **58**
Vermächtnis auf verschiedenen Wegen aufgehoben werden.[230] Den zivilrechtlichen

[218] Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.12.

[219] Also auch der Nachlassbesitzer (Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.8), der gesetzliche Erbe, der die Erbschaft aufgrund seiner Einsetzung ausgeschlagen hat (Ner. 7 membr. D. 36.3.13) oder auch nur für ein Fideikommiss haftet (Paul. 75 ed. D. 36.3.15.2), ferner der Fideikommissar, dem die Erbschaft herausgegeben worden ist (Ulp. 15 ed. D. 36.3.4; Paul. 75 ed. D. 36.3.15.1).

[220] Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.18; Ulp. 6 fideic. D. 36.3.6.1.

[221] Dem Gewaltunterworfenen selbst nämlich nur für den Fall, dass er bei Anfall gewaltfrei sein wird, Ulp. 79 ed. D. 36.3.3. – Ist der Gewalthaber selbst mit der Zuwendung belastet, so kann der Gewaltunterworfene vor der Emanzipation keine Sicherheitsleistung, danach nur Sicherheit ohne Bürgenstellung verlangen, Paul. 2 man. D. 36.3.7.

[222] Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.5,20.

[223] *Finkenauer*, Stipulation (2010) 303–306 gegen *Lenel*, EP 539 mit Fn. 19.

[224] Umkehrschluss aus Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.4; s. *Finkenauer*, Stipulation (2010) 303.

[225] Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.3; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 306. Zum Zweck der Forderung einer Sicherheitsleistung nach *dies cedens* s. o. Fn. 215.

[226] Pomp. 26 Sab. D. 36.3.10; dazu treffend *Finkenauer*, Stipulation (2010) 300–302 gegen *Flume*, TR 14 (1936) 28–31.

[227] Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.6.

[228] Ulp. 52 ed. D. 36.4.1.1.

[229] Ulp. 52 ed. D. 36.4.5 pr.,22; Pap. 28 quaest. D. 36.3.5.1.

[230] Zum Thema insgesamt D. 34.4; Inst. 2.21; *Ferrini*, Teoria generale (1889) 561–594; *Bohaček*,

Grundfall einer Aufhebung, die noch vor Vollendung eines im weiteren Verlauf dann tatsächlich errichteten Testaments erfolgt, stellt der förmliche Widerruf (*ademptio*) dar. Er bewirkt, dass das Vermächtnis als nicht erteilt betrachtet wird.[231] Dass die Quellen dieses formstrenge Institut überliefern, obwohl auch die Möglichkeit bestand, ein Vermächtnis durch einfache Streichung seiner Anordnung formlos zu entkräften (sei es zivilrechtlich, → Rn. 60, sei es prätorisch → Rn. 62), dürfte historisch zu erklären sein: Die förmliche *ademptio* wird aus der Frühzeit stammen, in der Testamente mündlich errichtet wurden; die formlose Aufhebung trat dann später mit der Entstehung schriftlicher Testamente an die Seite des förmlichen Akts, verdrängte ihn aber nicht vollständig, weil er etwa den Vorzug leichterer Beweisbarkeit genoss.[232]

59 Erklärt wird der förmliche Widerruf durch eine die Vermächtnisanordnung negierende Formel,[233] die sowohl im Testament selbst als auch in einem bestätigten Kodizill aufgenommen werden kann.[234] Ob nach diesem Vorbild auch der Widerruf der einem Vermächtnis beigefügten Bedingung möglich ist, beurteilen die römischen Juristen nicht einheitlich.[235] Jedenfalls möglich ist der teilweise Widerruf, etwa die Begrenzung eines Vermächtnisses auf einen Nießbrauch an der zuvor unbeschränkt vermachten Sache.[236] Der bedingte Widerruf bewirkt, dass das Vermächtnis unter der gegenteiligen Bedingung geschuldet ist,[237] sofern es zuvor wirksam erteilt war.[238]

60 Die gleiche Wirkung wie einem Widerruf wird im Laufe der Zeit, wohl seitdem Testamente nicht mehr ausschließlich mündlich errichtet werden (→ Rn. 58), auch der willentlichen Streichung der Vermächtnisanordnung vor Vollendung der Testamentserrichtung beigemessen.[239] Ferner werden im Anschluss an ein Reskript von

---

Ademptio legati (1925); *Grosso*, Legati (1962) 317–331; *Voci*, DER II 526–546; *Liebs*, Symp. Wieacker (1970) 125–128; *Knütel*, SZ 88 (1971) 77–82.

[231] Ulp. 15 Sab. D. 30.14 pr.

[232] Zum Verhältnis von Widerruf und Streichung eingehend *Knütel*, SZ 88 (1971) 79–81.

[233] *Heres meus … ne dato*, Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3.8. Die Formulierung muss freilich nicht zwingend eine Verneinung mit *non* enthalten, solange die Wortwahl nur deutlich macht, dass die vorangehenden Vermächtnisse aufgehoben sein sollen, Ulp./Pap. 15 Sab. D. 30.14 pr.,1; Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3.5; s. aber zu Inst. 2.21 pr. *Grosso*, Legati (1962) 318 f. Der Widerruf kann der Vermächtnisanordnung auch vorangehen, Pomp. 3 Sab. D. 30.12.3; Her. 4 iur. epit. D. 32.22 pr.

[234] Ulp. reg. 24.29; Inst. 2.21 pr.

[235] Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3.9.

[236] Pomp. 5 Sab. 34.4.2 pr.–2.; s. ferner Iul. 54 dig. D. 34.4.11; Ulp. 50 Sab. D. 34.4.12 (Einschränkung des Wahlrechts); Paul. 3 Sab. D. 34.4.1; Flor. 1 inst. D. 34.4.14.1 (Unwirksamkeit eines Teilwiderrufs bei Unteilbarkeit).

[237] Iul. 37 dig. D. 34.4.10 pr.; Gai. cas. sing. D. 35.1.107, Paul. 3 Sab. D. 36.2.6 pr.; *Grosso*, Legati (1962) 321; *Voci*, DER II 546.

[238] Flor. 1 inst. D. 34.4.14 pr.

[239] Paul. codic. sing. D. 34.4.16; Ulp. 15 Sab. D. 28.4.1 pr.; dazu *Voci*, DER II 503–506, 527; *Knütel*, SZ 88 (1971) 79. Dagegen gehen *Grosso*, Legati (1962) 318 Fn. 1, und *Kaser*, RP I 755 Fn. 12 (irrtümlich?) von entsprechender Wirkung nur bei Streichung nach vollendeter Testamentserrichtung aus.

Septimius Severus und Caracalla testamentarische Feststellungen, ein Bedachter habe einen schlechten Charakter oder sei undankbar, als Widerruf zuvor angeordneter Vermächtnisse gedeutet.[240] Als Widerruf wirkt schließlich die Übertragung eines Vermächtnisses auf einen anderen Bedachten (→ Rn. 64–66). Für Fälle, in denen die auf Widerruf gerichtete Handlung den geschilderten Anforderungen nicht genügt, steht zu vermuten, dass der Erbe wie bei entsprechenden Handlungen nach Testamentserrichtung (→ Rn. 61) prätorisch geschützt worden sein wird.[241]

61 Die Aufhebung oder Änderung des Vermächtnisses nach vollendeter Testamentserrichtung, d. h. auch nach Errichtung etwaiger im Testament angekündigter Kodizille, kann zivilrechtlich wirksam durch Widerruf des Testaments mittels Anfertigung eines neuen Testaments (→ § 18 Rn. 63) erfolgen, in dem das entsprechende Vermächtnis dann nur weggelassen werden muss.[242] Zum Erlöschen bringen kann der Erblasser das Vermächtnis zudem durch Zerstörung des Vermächtnisgegenstandes,[243] namentlich durch Einziehung der vermachten Forderung oder Freilassung des vermachten Sklaven;[244] dann wird auch im Grundsatz nicht etwa der Schätzwert geschuldet.[245] Sonstige auf Widerruf eines Vermächtnisses gerichtete Handlungen nach Testamentserrichtung finden nur prätorische Anerkennung.

62 Der prätorische Schutz wird dem Erben durch Erteilung einer *exceptio doli* gegenüber der *actio ex testamento* gewährt. Belegt ist die Erteilung dieser *exceptio* für den Fall der unvollendet gebliebenen Errichtung eines neuen Testaments[246] sowie bei schweren Zerwürfnissen von Erblasser und Vermächtnisnehmer.[247] Zu vermuten steht sie, wenn der Erblasser die Vermächtnisanordnung im Testament nach Testamentserrichtung durchgestrichen oder auf sonstige Weise nach Testamentserrichtung förmlich einen Widerruf erklärt hat.[248]

63 Besondere Schwierigkeiten wirft der Fall auf, dass der Erblasser den vermachten Gegenstand noch zu Lebzeiten veräußert hat. Da ein Damnationslegat nicht voraus-

---

[240] Marcian. 6 inst. D. 34.4.13; Paul. 3 sent. D. 34.4.29; *Voci*, DER II 527 mit Fn. 7.

[241] *Voci*, DER II 527.

[242] *Knütel*, SZ 88 (1971) 78.

[243] Während bloße Änderungen der Sache grundsätzlich nicht zum Erlöschen des Vermächtnisses führen, aber Ausdruck eines Willens zum Widerruf und damit Anlass zur Gewährung der *exceptio doli* sein können; s. dazu die Zusammenstellung der Einzelfälle bei *Voci*, DER II 539–545, ferner *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 76 f.

[244] *Kaser*, RP I 755 mit weiteren Nachweisen; Quellen s. auch o. Fn. 49. – Zur Einziehung der Forderung beim Fideikommiss s. aber Ulp. 2 fideic. D. 32.11.13.

[245] Marcell. resp. sing. D. 34.2.6 pr.

[246] Pap. 6 resp. D. 29.1.36.3; D. 34.4.22.

[247] Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3.11; Ulp. 4 l. Iul. Pap. D. 34.9.9 pr.; s. auch D. 34.9.9.2 (Verweigerung der Klage aus dem Vermächtnis, wenn der Vermächtnisnehmer einen Rechtsstreit über den Status des Erblassers beginnt).

[248] Argument etwa aus Gai. 2.198; s. *Voci*, DER II 527–528 mit Fn. 10; *Knütel*, SZ 88 (1971) 78 mit Fn. 63.

setzt, dass der Erblasser Eigentümer des vermachten Gegenstandes ist, führt eine solche Veräußerung (im Gegensatz zur Zerstörung, → Rn. 18) nicht automatisch zum Erlöschen des Vermächtnisses, sondern wirft die Frage auf, ob ein Widerruf anzunehmen ist. Überwiegend befürworten die römischen Juristen die Gewährung einer *exceptio doli* zugunsten des Erben, soweit ein entsprechender Widerrufswille feststellbar ist; anderenfalls bleibt das Vermächtnis unverändert bestehen.[249]

2. Ersetzung des Vermächtnisses (*translatio legati*)

64 So wie das Vermächtnis im Testament oder einem bestätigten Kodizill ganz oder teilweise widerrufen werden kann, so kann es auch durch ein anderes mit abweichendem Inhalt ersetzt werden (*translatio legati*).[250] Das Institut weist teils bemerkenswerte Ähnlichkeiten mit der Novation auf.[251] Die inhaltliche Änderung, die im Rahmen der *translatio* erfolgt, kann die Person des Bedachten oder die des Beschwerten, aber auch den Vermächtnisgegenstand betreffen und schließlich auch so gestaltet sein, dass ein unbedingtes durch ein bedingtes Vermächtnis ersetzt[252] wird.[253] Gleichzeitig mit einer solchen Änderung kann auch die Vermächtnisart geändert werden.[254]

65 Die Formel der Ersetzungsanordnung folgt keinen festen Regeln; insbesondere kann, muss sie aber nicht ausdrücklich auf das zu ersetzende Vermächtnis Bezug nehmen.[255] Wo eine solche Bezugnahme vorliegt, wird eine *translatio* regelmäßig als stillschweigender Widerruf des ursprünglichen Vermächtnisses verstanden,[256] so dass die

[249] Gai. 2.198; Pomp. 9 Q. Muc. D. 34.2.34.1,2; P.Haun III 45, A 2; Inst. 2.20.12; s. auch (zum Fideikommiss) Ulp. 2 fideic. D. 32.11.12 und (zum Praezeptionslegat) Scaev. 6 dig. D. 33.7.27.3, dazu *Jakab*, SZ 119 (2002) 189–194. – Lit.: *Voci*, DER II 528–539; *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 130–133; *Nörr*, SZ 127 (2010) 68–75 mwN. in Fn. 78; zu den Auffassungen der einzelnen Juristen eingehend *Ligios*, Alienazione I (2012) 31–271; *Ligios*, Alienazione II (2012) 35–184.

[250] Zum Thema insgesamt D. 34.4; Inst. 2.21; *Grosso*, Legati (1962) 331–335; *Voci*, DER II 546–561.

[251] Zur Vergleichbarkeit *Grosso*, Legati (1962) 331–334 mit weiteren Nachweisen.

[252] Zu diesem letzteren Fall insbesondere Val. 1 fideic. D. 35.1.87,89; *Voci*, DER II 556–560.

[253] Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 34.4.6 pr.; dazu *Grosso*, Legati (1962) 334 f.; zu den Zwecken der verschiedenen Inhaltsänderungen *Voci*, DER II 549–560.

[254] Wechsel des Vermächtnisnehmers bei gleichzeitiger Ersetzung eines Vindikationslegats durch ein Damnationslegat: Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3 pr.; *Voci*, DER II 548 f.

[255] Typisch gewesen sein dürfte die Bezugnahme bei der Ersetzung des Bedachten (s. für das Vindikationslegat Gai. 2 ed. urb. D. 34.4.5: *Quod Titio legavi, id Seio do lego*) und des Belasteten (Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 34.4.6.1: *Quod Titium dare damnavi, Seius damnas esto dare*).

[256] Gai. 2 ed. urb. D. 34.4.5 (zum Vindikationslegat); Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 34.4.6.1,2. – Als durch Widerruf erloschen wird das erste Vermächtnis auch dann angesehen, wenn der zweite Vermächtnisnehmer das Vermächtnis etwa mangels *testamenti factio* nicht erwerben kann, Ulp. 21 Sab. D. 30.34 pr.; Pomp. 1 Q. Muc. D. 34.4.20. Nach *Voci*, DER II 550 soll das Erlöschen dann nur mittels *exceptio doli* geltend gemacht werden können; doch sprechen Ulpian und Pomponius ohne Weiteres vom Erlöschen des ersten Vermächtnisses, und man wird den in der *translatio* inbegriffenen Widerruf auch unabhängig von der *testamenti factio* des zweiten Vermächtnisnehmers für wirksam gehalten haben können.

Institute in den Quellen vielfach gemeinsam behandelt werden.[257] Vor allem bei der Änderung des Inhalts von Vermächtnissen fehlt es jedoch häufig an einer Bezugnahme auf das ursprüngliche Vermächtnis,[258] so dass auslegungsbedürftig ist, ob eine Ersetzung vorliegen oder das zweite Vermächtnis neben das erste treten soll.[259]

Angeordnet werden kann die Ersetzung nicht nur unbedingt, sondern auch unter **66**
einer Bedingung. Zur Änderung des Bedachten kann der Erblasser also etwa vorsehen, dass der zweite nur dann begünstigt sein soll, wenn der Erbe nicht an den ersten geleistet hat.[260] Im Grundsatz kommt es dann nur zur Ersetzung, wenn der erste Bedachte den *dies cedens* nicht erlebt hat; anderenfalls können seine Erben Leistung des Vermächtnisses verlangen.[261] Steht das erste Vermächtnis unter einer negativen Potestativbedingung, deren Erfüllung im Belieben des ersten Vermächtnisnehmers steht, so ist das Vermächtnis zu seinen Gunsten zivilrechtlich endgültig wirksam, doch muss er dem Erben Sicherheit leisten (*cautio Muciana* (→ § 53 Rn. 25); der zweite Vermächtnisnehmer kann sodann gegen den Erben bei Bedingungseintritt nur mithilfe einer *actio utilis* vorgehen.[262]

Ob neben der unbedingten auch die bedingte Änderung des Vermächtnisinhalts als **67**
Unterfall der *translatio legati* zu begreifen ist, beurteilen die römischen Juristen demgegenüber nicht einheitlich. Zwar spricht Paulus für den Fall, dass der Erblasser die Leistung eines Vermächtnisgegenstandes unter der Bedingung anordnet, dass ein anderer, zuvor vermachter Gegenstand nicht geleistet wird, von zwei Vermächtnissen und entsprechender *translatio*.[263] Überwiegend aber begreift man eine derartige Anordnung als ein einziges Vermächtnis des zweiten Gegenstandes mit der Befugnis des Erben, die Leistung des zweiten Gegenstandes durch die des ersten zu ersetzen (→ Rn. 28).

---

[257] D. 34.4.

[258] Scaev. 20 dig. D. 32.39.2; D. 34.1.18 pr.

[259] So etwa, wenn eine Sache zunächst unbedingt dem einen, sodann bedingt einem anderen zugewendet wird, Ulp. 24 Sab. D. 34.4.7. S. ferner den Hinweis bei Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 34.4.6.2, demzufolge manche römische Juristen im Fall der Änderung des Vermächtnisgegenstandes annehmen, das ursprüngliche Vermächtnis könne fortbestehen.

[260] *Heres meus Titio dato; si non dederit, Sempronio dato* (Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3.3).

[261] Iul. 37 dig. D. 34.4.10.1; Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3.3; Marcell. resp. sing. D. 35.1.36.1. – Doch kann die Auslegung je nach Wortlaut der Ersetzungsanordnung auch ergeben, dass der erste Bedachte oder seine Erben das Vermächtnis nur erhalten, wenn der erste Bedachte den *dies cedens* erlebt und der Erbe vor dessen Tod mit der Leistung in Verzug geraten ist, so für den Fall einer Anordnung *Titio dato aut, si Titio ante decesserit quam accipiat, Sempronio dato* Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3.1; vgl. bereits o. Fn. 184. – S. ferner Iul. 39 dig. D. 36.1.26 pr. und dazu *Voci*, DER II 550 mit Fn. 69.

[262] Sie ist gerichtet auf das, was der Erbe aufgrund der Sicherheitsleistung erlangt hat, ggf. auf bloße Klagenabtretung, Pap. 9 quaest. D. 35.1.73; Iav. 11 epist. D. 35.1.67; *Voci*, DER II 552 f. – Umgekehrt kann statt des ersten auch das zweite Vermächtnis unter eine entsprechende Bedingung gestellt sein, Ulp. 24 Sab. D. 34.4.3.4 (zum Vindikationslegat auch Iul. 32 dig. D. 30.81.1); *Voci*, DER II 553 f.

[263] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.8; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 36.2.24 pr.

§ 98 Die Fideikommisse und ihre Durchsetzung

Thomas Rüfner

Johnston, The Roman Law of Trusts, 1988; *Manthe*, Das senatus consultum Pegasianum, 1989; *Giodice-Sabbatelli*, La tutela giuridica dei fedecommessi fra Augusto e Vespasiano, 1993; *Longchamps de Bérier*, Il fedecommesso universale nel diritto romano classico, 1997; *Desanti*, La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano, 1999; *Giodice Sabbatelli*, Fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie, 2001; *Desanti*, Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato, 2003; *Cuena Boy*, El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles 2004; *Babusiaux,* Il valore della terra e il fideicommissum familiae relictum. Una configurazione giuridica motivata da fattori economici?, in: Atti dellAccademia Romanistica Costantiniana XXII, 2017, 405–435; *Babusiaux*, Zum Rechtsschutz von Fideikommissen im Prinzipat, SZ 136 (2019) 140–213.

Inhalt Rn.

I. Überblick . . . 1
II. Ursprünge und Wesen des Fideikomissrechts . . . 3
III. Das Einzelfideikommiss . . . 8
1. Testierfähigkeit . . . 9
2. Beschwerte . . . 11
a. Erben und prätorische Rechtsnachfolger . . . 12
b. Sonstige durch den Erbfall Begünstigte . . . 13
3. Begünstigte . . . 15
4. Gegenstände . . . 17
5. Erwerbszeitpunkt . . . 20
6. Insbesondere: Das Familienfideikommiss . . . 21
7. Gerichtliche Durchsetzung . . . 25
a. Zuständigkeit . . . 25
b. Erkenntnisverfahren . . . 28
c. Urteil und Vollstreckung . . . 30
IV. Die fideikommissarische Freilassung . . . 32
1. Voraussetzungen . . . 33
2. Gerichtliche Durchsetzung . . . 36
V. Das Erbschaftsfideikommiss . . . 39
1. Funktionen . . . 39
a. Fideikommissarische Substitution . . . 40

b. Nutzungsrecht des Beschwerten und *fideicommissum de residuo* 42
c. Weitere Funktionen 44
2. Voraussetzungen; Erwerbszeitpunkt 46
3. Die *Senatusconsulta Trebellianum* und *Pegasianum* 48
a. Das *Trebellianum* 50
b. Das *Pegasianum* 51
c. Weitere Entwicklung 56
d. Auswirkungen der Senatsbeschlüsse auf das Fideikommissverfahren 57
VI. Fortentwicklung des Fideikommissrechts 61

I. Überblick

Das Fideikommiss (*fideicommissum*) ist eine erbrechtliche Zuwendung, die als Rechtsinstitut erst in der Kaiserzeit entstand. Der Erblasser richtet an eine Person, die er (durch Erbeinsetzung, Vermächtnis oder in sonstiger Weise) mit einer Zuwendung von Todes wegen bedacht hat, die formlose Bitte, das Erlangte (oder einen Gegenstand, dessen Wert das Erlangte nicht übersteigt) ganz oder zum Teil an einen Dritten (den Fideikommissar) weiterzugeben. Seiner Grundstruktur nach ist das Fideikommiss eine Treuhandkonstruktion. Mit der Anerkennung des Fideikommisses wurde der Treuhandgedanke – nach der Herausbildung des *testamentum per aes et libram* (→ § 18 Rn. 1) – zum zweiten Mal zum Ausgangspunkt einer grundlegenden Umgestaltung des römischen Erbrechts. **1**

Die Anordnung eines Fideikommisses kann zur Zuwendung einzelner Gegenstände und damit als Alternative zu den Legaten verwendet werden (→ Rn. 8). Wird dem Beschwerten die Freilassung eines Sklaven auferlegt, so erfüllt das Fideikommiss die Funktion einer testamentarischen Freilassung (→ Rn. 32). In beiden Fällen ist die Fideikommissanordnung den für die herkömmlichen Zuwendungsformen geltenden Beschränkungen nicht oder nicht vollständig unterworfen, so dass flexiblere Gestaltungen möglich werden. Möglich ist auch, die Herausgabe des gesamten Nachlasses an einen Fideikommisar anzuordnen (→ Rn. 39). Damit stellt das Fideikommiss auch eine Alternative zur Erbeinsetzung und eine Möglichkeit zur Umgehung der Regel *semel heres semper heres* dar. Außerdem können durch die Anordnung von *fideicommissa* in formlosen Kodizillen die für Testamente geltenden Formvorschriften umgangen werden. – In der Spätantike verschwimmt die Abgrenzung zwischen formgebundenen, traditionellen Regeln folgenden Vermächtnissen und Fideikommissen. Den Schlusspunkt der Entwicklung bildet die vollständige Angleichung des Vermächtnis- und Fideikommissrechts in der justinianischen Kodifikation (→ Rn. 63). **2**

II. Ursprünge und Wesen des Fideikomissrechts

3 Dass ein Erblasser an einen Erben oder Vermächtnisnehmer die Bitte richtete, einen Teil des Nachlasses oder des zugewendeten Vermächtnisses einem Dritten zukommen zu lassen, kam schon vor der Zeit des Kaisers Augustus vor.[1] Nach dem Bericht in den justinianischen Institutionen dienten Fideikommissbitten dazu, Personen zu begünstigen, die zum Erwerb einer Zuwendung durch Testament oder Fideikommiss nicht fähig waren.[2] Fideikommisse genossen jedoch keinen Rechtsschutz durch eine *legis actio* oder eine Klage im Formularverfahren.[3] Erst Augustus gewährte Rechtsschutz in einem besonderen, neugeschaffenen Verfahren außerhalb des Formularprozesses. Damit wurde aus der rechtlich unverbindlichen Bitte eine Institution des Erbrechts.[4]

4 Nach den justinianischen Institutionen beauftragte Augustus zunächst in Einzelfällen die Konsuln damit, das Gewicht ihres Amtes einzusetzen, um den Willen des Erblassers durchzusetzen. Daraus soll allmählich eine ständige Gerichtsbarkeit geworden sein. Später sei dann ein eigener *praetor fideicommissarius* mit dem *ius dicere* in Fideikommissangelegenheiten betraut worden.[5] Das Lehrbuch des Gaius bestätigt diese Zuständigkeitsverteilung und berichtet zusätzlich, dass in den Provinzen die Provinzstatthalter für die Fideikommisse zuständig waren.[6]

5 Das neue Verfahren zur Durchsetzung der Fideikommisse ist dem (klassischen) Kognitionsprozess zuzurechnen (→ § 15 Rn. 9).[7] Da Fideikommisse nicht im Formularverfahren eingeklagt wurden, war die Entwicklung des Rechtsinstituts nicht vom Aufbau und der juristischen Auslegung einer Klageformel geprägt. Statt dessen stand die Entwicklung des neuen Rechsinstituts im Kontext eines gleichfalls neuen, selbst noch in der Entwicklung begriffenen Verfahrens ohne die Bindung an eine Formel und ohne eine Aufteilung der richterlichen Funktionen zwischen Magistrat und *iudex*. Dieser Umstand hat vermutlich zu einer flexiblen, vor allem am Maßstab der *fides*[8] und an der Verwirklichung des Erblasserwillens orientierten Handhabung und Auslegung der Fideikommisse beigetragen.[9] Allerdings wurden sukzessive die Beschränkungen, die

---

[1] Vgl. *Johnston*, Trusts (1988) 21–29, *De Bruin*, RIDA 42 (1995) 167–194; *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 23–38 zu möglichen Belegen für (unverbindliche) Fideikommisse aus republikanischer Zeit. Zur Existenz von nur moralisch verbindlichen Fideikommissen noch in der Kaiserzeit *Tellegen*, St. Metro VI 297–321.

[2] Inst. 2.23.1.

[3] Gai. 2.278; Ulp. reg. 25.12.

[4] *Johnston*, Trusts (1988) 9.

[5] Inst. 2.23.1.

[6] Gai. 2.278.

[7] *Kaser/Hackl*, RZ 452; *Rüfner*, OH RLS 259.

[8] Zur Vergleichbarkeit mit den *bonae fidei iudicia Kaser*, RP I 759; vgl. dazu die explizite Aussage Papinians, Pap. 19 quaest. D. 36.1.56: *verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat.*

[9] Zur zentralen Bedeutung des Erblasserwillens für die Gestaltung des Verfahrens *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 162; zur Auslegung von Fideikommissen eingehend *Johnston*, Trusts (1988) 155–221.

für die herkömmlichen erbrechtlichen Zuwendungen galten, auch für Fideikommisse in Geltung gesetzt (→ Rn. 16).

Die durch den skizzierten institutionellen Rahmen ermöglichte freie Auslegung lässt sich an vielen Beispielen demonstrieren. Die Fideikommissbitte musste ohnehin – anders als die Anordung eines Vermächtnisses – nicht unter Verwendung bestimmter starrer Formeln (*verba civilia*, → § 60 Rn. 1; § 97 Rn. 13–15) zum Ausdruck gebracht werden.[10] Ein Fideikommiss konnte jedoch auch dann angenommen werden, wenn die Anordnung unvollständig war.[11] Darüber hinaus konnte eine Fideikommissbitte auch in ein bloßes Verbot oder die Äußerung einer Erwartung hineingelesen werden, wenn dadurch der Erblasserwille verwirklicht werden konnte.[12] Schließlich lässt sich auch die Umdeutung eines Vermächtnisses in ein Fideikommiss[13] als Beleg für die flexible Auslegungspraxis anführen, die im Bereich des Fideikomissrechts möglich war. Wo allerdings der Erblasser seinen Willen nicht klar zu erkennen gab, wurde auch nicht durch Auslegung ein womöglich nicht gewolltes Fideikommiss erschaffen.[14] **6**

Die überlieferten spezifischen Quellen zum Fideikommissprozess lassen eine vollständige Rekonstruktion des Verfahrens nicht zu. Bei Rückschlüssen von anderen, der *extraordinaria cognitio* zugerechneten Verfahren ist Vorsicht geboten, denn es gibt keine einheitliches Prozessordung der (klassischen) Kognition, sondern eine Vielzahl von kognitionalen Verfahren für unterschiedliche Bereiche.[15] Überdies bestehen hinsichtlich der Einzelheiten des Verfahrens erhebliche Unterschiede, je nachdem, ob das Fi- **7**

[10] Auch der Gebrauch von Fremdsprachen war uneingeschränkt zulässig, vgl. Ulp. reg. 25.9; Ulp. 2 fideic. D. 32.11 pr., dazu *Wacke*, SZ 110 (1993) 41 f.; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 479 f.

[11] Pap. 19 quaest. D. 31.67.9 und Pap. 9 resp. D. 35.1.102, dazu *Torrent*, TR 43 (1975) 75–77 – Die Entscheidungen ist bemerkenswert, obgleich – wie Papinian vermerkt – bei Erbeinsetzungen und Vermächtnissen unter Berufung auf den Grundsatz *plus nuncupatum minus scriptum* ähnlich verfahren wurde (vgl. Ulp. 1 Sab. D. 28.5.1.5). Denn beim Fideikommiss existiert kein mündliches Ritual wie die *mancipatio familiae*, an das die Annahme eines Protokollierungsfehlers anknüpfen könnte; vgl. auch Gord. C. 6.42.10 (a.239), dazu *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 70 f.

[12] Pap. 19 quaest. D. 31.67.10 (Erklärung, der Erblasser habe keinen Zweifel, dass die Ehefrau den Nachlass an die gemeinbsamen Kinder herausgeben werde, als Fideikommiss) Paul. 2 decr. D. 36.1.76 pr. (Testierverbot als Fideikommiss), zu beiden Texten *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 69 und 71. Vgl. auch zur Grenze einer solchen Auslegungspraxis Marcian. 8 inst. D. 30.114.14, dazu *Impallomeni*, BIDR 70 (1967) 45–47; *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 117 f.; *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 161 f.

[13] Z. B. Ulp. 5 fideic. D. 40.5.24.10, dazu *Kleiter*, Entscheidungskorrekturen (2010) 204–206; nicht um eine Umdeutung oder auch um die Behandlung eines Legats als Fideikommiss dürfte es sich – entgegen *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 208 mit Fn. 74 – in den Fällen Scaev./Paul. 3 resp. D. 5.2.13 und Ulp. 4 disp. D. 29.1.19 pr.–1 handeln, denn in diesen Fällen wird durch eine sog. Kodizillarklausel ausdrücklich (auch) ein Fideikommiss angeordnet.

[14] Vgl. Paul. sent. 4.1.6, dazu *Johnston* SZ 102 (1985) 282.

[15] *Orestano*, SDHI 46 (1980) 237; *Turpin*, RIDA 46 (1999) 531–544; *Giodice Sabbatelli*, Fideicommissorum persecutio (2001) 17–23.

deikommiss auf die Zuwendung eines einzelnen Gegenstandes, die Freilassung eines Sklaven oder die Übertragung einer Erbschaft im Ganzen oder zu einem Bruchteil abzielte. Die Einzelheiten der gerichtlichen Durchsetzung werden daher für die drei genannten Formen getrennt behandelt.

III. Das Einzelfideikommiss

8 In ihrer einfachsten Form ist die Fideikommissbitte darauf gerichtet, dass der Beschwerte einen bestimmten Gegenstand an den Fideikommissar übereignet oder eine Geldumme zahlt. Mit der Anerkennung von Fideikommissbitten als rechtlich verbindlich begann das Bemühen der Juristen um die Präzisierung der tatbestandlichen Voraussetzungen für eine wirksame Fideikommissanordnung.

1. Testierfähigkeit

9 Obgleich das Fideikommiss keiner Form bedurfte und deshalb auch außerhalb des Testaments oder anstelle eines Testaments angeordnet werden konnte, wurde für die Anordnung eines Fideikommiseses die Testierfähigkeit (*testamenti factio activa*, → § 18 Rn. 24 f.) gefordert. Geisteskranke, Taube und Stumme sowie Nichtbürger konnten demnach kein Fideikommiss anordnen.

10 Das Erfordernis der *testamenti factio* erklärt, warum es nicht möglich war, die Wirkungen eines mit der *querela inofficiosi testamenti* erfolgreich angefochtenen Testaments ganz oder teilweise mittels einer Kodizillarklausel (→ Rn. 45) zu retten.[16] Da der Erblasser aufgrund des Erfolgs der Querel mit einem Geisteskranken gleichgesetzt wurde, konnte auch die von ihm getroffene Anordnung, dass die im Testament bestimmten Zuwendungen als Fideikommisse gelten sollten, keine Wirkung haben.

2. Beschwerte

11 Mit der Zuwendung eines einzelnen Gegenstandes konnte jeder beschwert werden, dem seinerseits ein Vermögenswert aus dem Nachlass zufloss.[17] Die Möglichkeit, jeden zu beschweren, der aus der Erbschaft einen Vorteil erhält, stellt einen wesentlichen Unterschied zwischen Vermächtnissen und Fideikommissen dar, denn ein Vermächtnis konnte nur dem Erben auferlegt werden.

---

[16] Scaev./Paul. 3 resp. D. 5.2.13; Scaev./Tryph. 18 dig. D. 32.36, dazu *Negri*, Clausola codicillare (1975) 319 f.

[17] Ulp. 1 fideic. D. 32.1.6; Gord. C. 6.42.9 (a.238).

a. Erben und prätorische Rechtsnachfolger

In erster Linie konnten Fideikommissbitten an den oder die testamentarischen Erben gerichtet werden. Jedoch war es auch möglich, die gesetzlichen Erben mit einem Fideikommiss zu beschweren.[18] Auch wer – ohne ziviler Erbe zu sein – den Nachlassbesitz erhielt, konnte zur Leistung eines Fideikommisses verpflichtet werden.[19] Sogar an den Fiskus konnte, soweit ihm ein erbenloser Nachlass zufiel, die Fideikommissbitte gerichtet werden.[20] Der Erblasser konnte das Fideikommiss nur zu Lasten einzelner Miterben oder nur für Erben aus einem bestimmten Berufungsgrund anordnen.[21] 12

b. Sonstige durch den Erbfall Begünstigte

Als Beschwerte eines Fideikommisses kamen darüber hinaus Vermächtnisnehmer und Fideikommissare in Betracht.[22] Ebenso konnten die Empfänger einer *donatio mortis causa*[23] und diejenigen, an welche eine Leistung zur Erfüllung einer Bedingung für den Erhalt einer Zuwendung zu erbringen war (→ § 53 Rn.20),[24] zur Leistung eines Fideikommisses verpflichtet werden. Schließlich konnte auch der Gewalthaber (Hausvater bzw. Eigentümer eines Sklaven) im Hinblick auf das, was ihm infolge einer erbrechtlichen Zuwendung an einen Gewaltunterworfenen zufiel, mit einem Fideikommiss beschwert werden.[25] 13

In allen Fällen war die Verpflichtung zur Leistung des Fideikommisses beschränkt auf den Wert, der dem Beschwerten aus dem Nachlass zugeflossen war.[26] Soweit der Beschwerte die ihm zugedachte Zuwendung nicht erhielt, war er auch nicht aus dem Fideikommiss verpflichtet. 14

3. Begünstigte

Wie bereits erwähnt, ergibt sich aus dem Bericht der justinianischen Intstitutionen zur Entstehung der Fideikommisse, dass diese dazu eingesetzt wurden, solche Personen zu bedenken, denen die Erbenstellung oder ein Vermächtnis nicht wirksam zugewendet werden konnte. Im Laufe der Entwicklung wurden die Fideikommisse jedoch zuneh- 15

[18] Vgl. z. B. Gai. 2.270; Paul. codic. sing. D. 29.7.8.1.
[19] Iul. dig. D. 29.7.3 (zur *bonorum possessio ab intestato*).
[20] Marcian. 8 inst. D. 30.114.2.
[21] *Voci*, DER II 243–245.
[22] Gai. 2.260 und 271.
[23] Pap. 8 resp. D. 31.77.1.
[24] Iul. 39 dig. D. 30.96.4.
[25] Pap. 9 quaest. D. 30.11; vgl. zum Ganzen mit weiteren Einzelheiten *Voci*, DER II 239.
[26] Gai. 2.261; vgl. auch Marcian. 8 inst. D. 30.114.3; Pap. 20 quaest. D. 31.70.1; Ulp. 1 fideic. D. 32.3.1, dazu *Desanti*, SDHI 65 (1999) 78 Fn. 34 und *Desanti*, Restitutionis post mortem onus (2003) 136 mit Fn. 83. – Zum Sonderfall des *fideicommissum a debitore relictum* vgl. Ulp. 5 disp. 30.77, dazu (und zu weiteren Belegen) *Wacke*, TR 39 (1971) 257–272; *Wacke*, Iura 46 (1995) 21–45.

mend den Restriktionen unterworfen, die auch für andere erbrechtliche Zuwendungen galten. So wurden Fideikommisse zugunsten von Nichtbürgern für unwirksam erklärt, obgleich gerade solche am Anfang der Entwicklung gestanden haben sollen.[27] Auch das Verbot von Zuwendungen an *incertae personae* wurde auf Fideikommisse erstreckt.[28] Zu den *incertae personae* wurden – wegen ihres wechselnden Mitgliederbestandes – auch Gemeinden und andere Personenverbände gezählt (→ § 52 Rn. 9 f.). Auch Kinder, die zur Zeit der Testamentserrichtung oder des Erbfalls noch nicht geboren waren (postumi), wurden als *incertae personae* behandelt (→ § 52 Rn. 5–9). Das *Senatusconsultum Apronianum*, das 117 oder 123 n. Chr. erlassen wurde, ermöglichte fideikommissarische Zuwendungen an alle Stadtgemeinden (*civitates*) im Reich.[29]

16 Die Zuwendung von Fideikommissen an so geannte *Latini Iuniani* (→ § 52 Rn. 19–22) blieb möglich, obgleich diese Erbschaften und Vermächtnisse nicht erwerben konnten.[30] Die Vorschriften der augusteischen Ehegesetze, aus denen sich ebenfalls eine Unfähigkeit zum Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen (Inkapazität) ergab (→ § 52 Rn. 23–40), wurden hingegen durch das zur Zeit Vespasians erlassene[31] *Senatusconsultum Pegasianum* auf Fideikommisse ausgedehnt.[32] Auch für Fideikommisse galt damit das besondere Regime der *bona caduca* (→ § 52 Rn. 41–48). Infolge des Erlasses desselben *Senatsconsultum Pegasianum* wurden auch die Vorschriften der *lex Falcidia* auf Fideikommisse anwendbar (→ § 100 Rn. 12).[33]

4. Gegenstände

17 Gegenstand des Fideikommisses konnten prinzipiell alle Vermögensgegenstände sein, die auch durch Damnationslegat vermacht werden können.[34] Die Zuwendung bestimmter körperlicher Sachen war ebenso möglich und üblich wie die Zuwendung von Sachgesamtheiten oder Geldbeträgen.

18 Soweit das Fideikommiss den Beschwerten zur Leistung bestimmter körperlicher Sachen verpflichtete, konnte es sich um Nachlasssachen, Sachen im Eigentum des

---

[27] Gai, 2.285, dazu und zur abweichenden Regelung in § 18 des Gnomon des Idios Logos (BGU V,1210 Z. 56–589) *Johnston*, Trusts (1988) 35–39; *Babusiaux*, SZ 135 8 (2018) 142 f.

[28] Gai. 2.287.

[29] Paul. sen. cons. sing. D. 36.1.27, dazu *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 166–170; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 403; vgl. auch Ulp. 49 ed D. 38.3.1.1.

[30] Ulp. reg. 25.7; Gai. 1.24; Gai. 2.275, dazu *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 153–157; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 478 f.

[31] Inst. 2.23.5 (*Vespasiani Augusti temporibus*); vgl. *Manthe*, Pegasianum (1989) 41.

[32] *Manthe*, Pegasianum (1989) 43 mit Fn. 15; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 268; *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 152.

[33] Gai.2.254; Inst. 2.23.5, dazu *Manthe*, Pegasianum (1989) 43 f., der annimmt, dass die Einbehaltung der falzidischen Quart ausdrücklich nur für Erbschaftsfideikommisse angeordnet und durch die juristische Auslegung auf Einzelfideikommisse erstreckt wurde; anders *Voci*, DER II 346 f.

[34] Ulp. reg. 25.5.

Beschwerten oder sogar im Eigentum Dritter handeln.[35] Die Fideikommissanordnung ließ nicht unmittelbar das Eigentum auf den Fideikommissar übergehen, sondern verpflichtete nur den Beschwerten zur Übereignung. Insofern ähnelte das Fideikommis dem Damnationslegat.[36]

In einzelnen Fällen scheinen die klassischen Juristen dem Fideikommiss jedoch eine begrenzte Wirkung gegen Dritte beigemessen zu haben, soweit dies erforderlich war, um den Erblasserwillen zu verwirklichen.[37] Mehrere Texte belegen die Möglichkeit, ein Fideikommiss nach Veräußerung der zugewendeten Sache durch den Beschwerten gegen den Erwerber geltend zu machen.[38] **19**

5. Erwerbszeitpunkt

Für den Erwerb der Berechtigung aus dem Fideikommiss galten ähnliche Regeln wie beim Vermächtnis (→ § 97 Rn. 49–54). Auch beim Fideikommiss verwenden die Juristen den Ausdruck *dies cedit*, um den Zeitpunkt zu kennzeichnen, in dem der Begünstigte ein vererbliches Recht auf das Fideikommiss erwirbt.[39] Beim bedingten Fideikommiss ist dieser Erwerbszeitpunkt bis zum Eintritt der Bedingung hinausgeschoben.[40] Zum Erwerbszeitpunkt beim unbedingten Fideikommiss sind keine Quellenaussprüche ersichtlich. Es muss daher offen bleiben, ob der *dies cedens* mit dem Tod des Erblassers oder erst mit der Testamentseröffnung eintrat, wie dies für Legate durch die augusteische Ehegesetzgebung bestimmt war.[41] Da das Fideikommiss nicht in einem Testament angeordnet sein musste und bei einem Fideikommiss zu Lasten der Intestaterben nicht einmal ein Testament existierte, ist durchaus denkbar, dass der *dies cedens* von Fideikommissen auch nach Erlass der Ehegesetze mit dem Erbfall zusammenfiel. **20**

6. Insbesondere: Das Familienfideikommiss

Dadurch, dass der Empfänger eines Fideikommisses wiederum mit einem Fideikommiss beschwert werden konnte, ergaben sich vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten. Das Fideikommiss zu Lasten eines Fideikommissars konnte in der Weise angeordnet werden, dass der erste Fideikommissar den empfangenen Gegenstand (erst) bei seinem Tod **21**

---

[35] Gai. 2.261 f.; Marcian.15 fideic. D. 40.5.32.

[36] So ausdrücklich *Kaser*, RP I 760.

[37] Dazu *Impallomeni*, BIDR 70 (1967) 1–53; *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 159 f.; vgl. auch *Kaser* RP I 759.

[38] Paul. Sent. 4.1.15; Afr. 6 quaest. D. 30.109.1, dazu *Impallomeni*, BIDR 70 (1967) 13–15 Scaev. 4 resp. D. 31.89.7, dazu *Impallomeni*, BIDR 70 (1967) 15 f.; vgl. auch *Johnston*, Trusts (1988) 238–249.

[39] Vgl. zur Lehre vom *dies cedens* beim Fideikommiss auch *Desanti*, Sostituzione fedecommissaria (1999) 9 f.

[40] Scaev. 14 dig. D. 36.2.31; vgl. auch Scaev. 3 resp. D. 36.2.27 pr.

[41] *Kaser*, RP I 760.

an einen Dritten herauszugeben hatte. In diesem Fall war die Fideikommissverbindlichkeit vom Erben des Erstempfängers zu erfüllen.[42]

22 Einen wichtigen Anwendungsfall stellt das Familienfideikommiss dar,[43] bei dem ein Vermögensgegenstand, meist ein Grundstück,[44] einem Fideikommissar mit der Maßgabe zugewendet wird, dass es nicht aus der Familie ausscheiden darf.[45] Eine solche Anordnung bedeutet grundsätzlich, dass der (erste) Fideikommissar seinerseits wieder mit einem Fideikommiss zugunsten bestimmter oder von ihm auszuwählender Familienmitglieder beschwert ist. Prinzipiell könnte der Erblasser auf diesem Wege das Schicksal des zugewendeten Gegenstandes über mehrere Generationen bestimmen, wie dies später beim adeligen Familienfideikommiss des Gemeinen Rechts tatsächlich geschehen ist.

23 Nach der in der Lieratur vorherrschenden Auffassung waren der Möglichkeit, mehrere Generationen durch eine Fideikommissbitte zu verplichten, jedoch insbesondere durch das auch für Fideikommisse geltende Verbot von Zuwendungen an *incertae personae* (→ Rn. 15; § 52 Rn. 9) enge Grenzen gezogen.[46] Denn als *incertae personae* wurden auch die *postumi* behandelt, Personen, die zur Zeit der Errichtung einer letztwilligen Verfügung oder zur Zeit des Erbfalls noch nicht geboren waren und daher nicht namentlich bezeichnet werden konnten.[47] Indessen ergibt sich aus einer Äußerung Modestins, dass das Verbot gegen Ende der Klassik gelockert war.[48] Nach Modestin konnten aus einem *fideicommissum quod familiae relinquitur* nicht nur alle Träger des Familiennamens, die beim Tod des Erblassers schon lebten, sondern auch die unmittelbaren Abkömmlinge dieser Personen berechtigt sein. Am Ende des überlieferten Textes wird angemerkt, dass der Erblasser noch weitere Personen (*ulteriores*) einbeziehen könne.[49] Diese Bemerkung wird entweder als interpoliert angesehen[50] oder einschränkend ausgelegt.[51] Nimmt man sie beim Wort, so gelangt man zu der Schlussfolgerung, dass eine Erstreckung der Bindungswirkung des Fideikommisses in der späten Klassik zumindest von einzelnen Juristen erwogen wurde.[52]

24 Justinian lockerte zunächst das prinzipiell weiterhin bestehende Verbot von Zuwendungen an *incertae personae*.[53] Je nachdem, wie man die erwähnte Äußerung Modestins

---

[42] *Desanti*, Restitutionis post mortem onus (2003) 20.
[43] Dazu allgemein *Torrent*, Fideicommissum familiae relictum (1975) (mir nicht zugänglich).
[44] *Avenarius*, Scr. Marrone 10.
[45] Z. B. Pap. 10 quaest. D. 31.67 pr.–6; Scaev. 19 dig. D. 35.1.108.
[46] So *Johnston*, Trusts (1988) 79; *Desanti*, Restitutionis post mortem onus (2003) 224–230; *Babusiaux*, ACost XXII 410 und 417.
[47] Gai. 2.242.
[48] So auch *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 119.
[49] Mod. 9 reg. D. 31.32.6.
[50] *Desanti*, Restitutionis post mortem onus (2003) 304 und 323.
[51] *Johnston*, Trusts (1988) 111; *Babusiaux*, ACost XXII 417.
[52] Dafür *Rüfner*, in: Isola, Klauselgestaltungen in Römischen Testamenten (im Erscheinen).
[53] Iust. C. 6.48.1 (a.528/529), dazu *Johnston*, Trusts (1988) 109–111.

deutet, wurde damit die Zulässigkeit von Fideikommissen, die über mehrere Generationen wirkten, erstmals ausgesprochen oder klargestellt. Die Liberalisierung war jedoch nur von kurzer Dauer. In einer Novelle aus dem Jahr 555 schränkte Justinian die Bindungswirkung von Familienfideikommissen auf vier Generationen ein.[54]

7. Gerichtliche Durchsetzung

a. Zuständigkeit

Pomponius berichtet, dass unter Kaiser Claudius zunächst zwei zusätzliche Prätoren 25
für die Gerichtsbarkeit in Fideikommisssachen eingerichtet wurden, von denen dann eine wieder gestrichen wurde.[55] Den Konsuln verblieb auch nach Einführung der Spezialprätur die Zuständigkeit für Fälle, in denen es um besonders große Summen ging[56] oder in denen ein Beteiligter senatorischen Rang hatte.[57] Dabei kam es vermutlich nicht darauf an, ob die Standesperson auf Kläger- oder Beklagtenseite stand.[58] Solange in Italien außerhalb Roms die *iuridici* Rechtsprechungsaufgaben für bestimmte Bezirke wahrnahmen,[59] waren sie in ihren Bezirken auch (anstelle der stadtrömischen Prätoren) für Fideikommissangelegenheiten zuständig.[60] In den Provinzen war die Durchsetzung der Fideikommisse seit Claudius den Provinzstatthaltern anvertraut.[61] Die örtliche Zuständigkeit richtete sich primär danach, wo der zugewendete Gegenstand[62] bzw. der Nachlass oder dessen größter Teil[63] belegen war. Außerdem war

[54] Novell. Iust. 159, dazu *Johnston*, Trusts (1988) 112–116.; *Desanti*, SDHI 68 (2002) 459–485.

[55] Pomp. ench. sing. D. 1.2.2.32.

[56] Quint. inst. 3,6,70.

[57] Die Zuständigkeit der Konsuln für Angehörige des Senatorenstandes wird aus Ulp. 6 fideic. D. 1,9,8 ; Ulp. 6 fideic. D. 2.1.19 und Ulp. 2 off. cons. D. 50.16.100 geschlossen, vgl. *Lenel*, Pal. I col. 924 Fn. 2; *Giodice Sabbatelli*, Tutela giuridica (1993) 160–163; vgl. auch Paul 1 sent. D. 50.1.22.1 = Paul. sent. 1.1a.3 sowie evtl. Diocl./Max. C. 5.10.10 (o.A.), dazu *Röhle*, RIDA 15 (1968) 427.

[58] So ausdrücklich *Röhle*, RIDA 15 (1968) 427; vgl. auch *Giodice Sabbatelli*, Tutela giuridica (1993) 160. – Gegen die Auffassung von *Kaser/Hackl*, RZ 452, dass die Konsuln nur für Zuwendungen „zugunsten privilegierter Personen" zuständig waren (ebenso *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 147), spricht Ulp. 6 fideic. D. 2.1.19, wo es um den Statuswechsel einer Frau geht, die verurteilt worden war, also (als mit der Fideikommissbitte Beschwerte) auf Beklagtenseite stand. Vgl. außerdem Ulp. 2 off. cons. D. 34.1.3, dazu *Brieger*, Jurisdiktion (2007) 110–115. – Im berühmten Fall des Otacilius Catulus (Cels. 36 dig. D. 31.29 pr., dazu *Wieling*, Testamentsauslegung (1972) 90 f.; *Johnston*, Trusts (1988) 195 f.; *Giodice Sabbatelli*, Tutela giuridica (1993) 159 f.; *Giodice Sabbatelli*, Ufficio del console (2006) 93–128; *Giodice Sabbatelli*, St. Labruna IV 2275–2303; *Brieger*, Jurisdiktion (2007) 104–110); in diesem Fall könnte auch der Betrag der zugewendeten Summe die Kompetenz des Konsuls begründet haben, so *Giodice Sabbatelli*, Ufficio del console (2006) 111; *Giodice Sabbatelli*, St. Labruna IV 2289; vgl. auch *Nasti*, Scr. Franciosi III, 1821.

[59] Zu den *iuridici Simshäuser*, Munizipalgerichtsbarkeit (1973) 236–242; *Kaser/Hackl*, RZ 467.

[60] Scaev. 4 resp. D. 40.5.41.5, dazu *Simshäuser*, Munizipalgerichtsbarkeit (1973) 242–244.

[61] Suet. Claud. 23,1; Gai. 2.278; Ulp. reg. 25.12; allgemein zur Zuständigkeit für die Kognition in Fideikommsisssachen *Kaser/Hackl*, RZ 452; *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 145–148.

[62] Ulp. 6 fideic. D. 5.1.52.3.

[63] Ulp. 6 fideic. D. 5.1.50 pr.–1; Sev./Ant.C. 3.17.1 (a.204).

eine Klage am Wohnsitz des Beschwerten möglich.[64] Der Erblasser konnte abweichende Bestimmungen zum Erfüllungsort und zur gerichtlichen Zuständigkeit treffen.[65]

26 Zum Teil wird angenommen, dass die Fideikommissprätoren noch weitere jurisdiktionelle Zuständigeiten besaßen. Insbesondere wird vermutet, dass dem Fideikommissprätor auch die Durchsetzung von Vindikationslegaten oblag.[66] Der Gegenaufassung ist jedenfalls zuzugeben, dass die Bezeichnung des Fideikommissprätors als Prätor *qui praecipue de fideicommissis ius dicit* im Hinblick auf die verschiedenen Bedeutungen von *praecipue* keineswegs besagen muss, dass mit dem Amt weitere Kompetenzen außerhalb des Fideikommissrechts verbunden waren.[67] Eine sichere Entscheidung lässt der Stand der Überlieferung nicht zu.

27 Nach den Institutionen setzten die Konsuln auf das Ersuchen des *princeps* Augustus hin ihre eigene *auctoritas* ein, um Fideikommisse durchzusetzen. Das Eingreifen der Konsuln war demnach zwar durch den Kaiser veranlasst, die Rechtsmacht dazu besaßen sie aber aufgrund des mit ihrem Amt verbundenen *imperium*.[68] Die Rechtsnatur der später von den Prätoren (und den Provinzstatthaltern) ausgeübten Gerichtsgewalt ist schwieriger zu bestimmen. Sie könnte ebenfalls auf der mit dem Amt des Prätors verbundenen Rechtsmacht[69] oder aber auf einer Delegation bzw. einem Mandat des Princeps[70] oder auf einem Gesetz oder Senatsbeschluss[71] beruhen.

b. Erkenntnisverfahren

28 Für die Kognitionsverfahren ist kennzeichnend, dass auf die Aufteilung des Prozesses in eine Phase vor dem Gerichtsmagistrat (*in iure*) und eine Phase *apud iudicem* verzichtet wurde. Der für die Kognition zuständige Beamte konnte das Verfahren bis zum Urteil selbst durchführen. Allerdings war es auch in der Kognition möglich, die Entscheidungsfindung an einen Hilfs- oder Unterrichter zu delegieren (→ § 15 Rn. 21, 24).[72] Dadurch näherte sich der Verfahrenslauf dem des traditionellen Formularverfahrens an.[73]

---

[64] Ulp. 6 fideic. D. 5.1.50.2.

[65] Ulp. 6 fideic. D. 5.1.50.1 f.; vgl. zur örtlichen Zuständigkeit *Garbarino*, St. Talamanca IV 29–51.

[66] So auf der Grundlage von Paul. 2 Vit. D. 32.78.6 *Röhle*, RIDA 15 (1968) 426. Für möglich halten eine solche Zuständigkeit auch *Kaser/Hackl*, RZ 452 Fn. 7; abweichende Deutung bei *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 208 (Vermächtnis wird als Fideikommiss behandelt).

[67] Dazu *Giodice Sabbatelli*, Fideicommissorum persecutio (2001) 144–153; *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 148.

[68] *Giodice Sabbatelli*, Tutela giuridica (1993) 99–119; *Brieger*, Jurisdiktion (2007) 120 f.; *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 146 f.

[69] So nachdrücklich *Wolf*, in: Strocka, Regierungszeit des Kaisers Claudius (1994) 149.

[70] Dafür *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 147; dagegen *Giodice Sabbatelli*, Fideicommissorum persecutio (2001) 230–251; *Giodice Sabbatelli*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 626.

[71] So *Giodice Sabbatelli*, Tutela giuridica (1993) 154–158; *Giodice Sabbatelli*, Fideicommissorum persecutio (2001) 263; *Giodice Sabbatelli*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 638.

[72] *Kaser/Hackl*, RZ 461 f.

Für den Fideikommissprozess ist die Einschaltung eines *arbiter* durch den Gerichtsmagistrat belegt. Dem *arbiter* konnten nach den Quellen Fragen der Wertermittlung, aber auch der Auslegung des Erblasserwillens zur Aufklärung und Entscheidung überlassen werden.[74] Das ist insofern bemerkenswert, als sowohl die Weiterdelegation einer delegierten Jurisdiktion[75] als auch die Delegation besonderer, durch Gesetz oder Senatsbeschluss begründeter Befugnisse[76] ausgeschlossen waren. Obgleich die Gerichtsgewalt des Fideikommissprätors nach verbreiteter Ansicht auf einer der genannten Grundlagen beruhte (→ Rn. 27), war ihm (ebenso wie den Konsuln und Provinzstatthaltern) die Übertragung von Entscheidungsgewalt auf den *arbiter* möglich.[77] **29**

c. Urteil und Vollstreckung

Das Urteil war vermutlich in der Regel als Feststellung stilisiert:[78] Der Magistrat sprach aus, dass dem Fideikommissar der zugewendete Gegenstand geschuldet werde.[79] Trotz dieser Urteilsfassung verstand sich der befehlende Charakter des Ausspruchs von selbst. Die Möglichkeiten zur zwangsweisen Durchsetzung des Urteils waren gegenüber dem Formularprozess abgewandelt und erweitert.[80] **30**

Die Quellen erschweren die präzise Bestimmung der Wege, auf denen ein Urteil zugunsten des Fideikommissars vollstreckt werden konnte. Das wichtigste Mittel der Vollstreckung waren *missiones* – Anordnungen zur Einweisung des Vollstreckungsgläubigers in den Besitz bestimmter Gegenstände. Die Einzelheiten des Vollstreckungsverfahrens lassen sich aus den Quellen nur unter Schwierigkeiten rekonstruieren, weil die Unterscheidung zwischen einer vorläufigen, die künftige Erfüllung sichernden Besitzeinweisung, die es beim Fideikommiss – ebenso wie beim Damnationslegat (→ § 97 Rn. 56 f.) – gab (*missio fideicommissi servandi causa* bei Verweigerung der korrespondierenden *cautio*[81]), und einer der Urteilsvollstreckung dienenden Einweisung nicht einfach ist.[82] Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass sowohl die (notfalls gewaltsame) Durchsetzung des Anspruchs auf eine bestimmte Sache möglich war[83] als auch die **31**

[73] *Rüfner*, OH RLS 260 und 262.

[74] Val. 1 fideic. D. 32.12; Afr. 5 quaest D. 42.2.7; Afr. 6 quaest. D. 30.109.1, dazu *Giodice Sabbatelli* Fideicommissorum persecutio (2001) 265–270; *Giodice Sabbatelli,* in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 640–645; *Babusiaux*, SZ 136 8 (2019) 153–155.

[75] Paul. 18 Plaut. D. 1.21.5.1; vgl. auch Iul. 1 dig. D. 2.1.5.

[76] Pap. 1 quaest. D. 1.21.1.

[77] Zu möglichen Gründen für diese Regelung *Giodice Sabbatelli* Fideicommissorum persecutio (2001) 269; *Giodice Sabbatelli,* in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 645.

[78] So *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 144 f.

[79] Vgl. Paul. 2 decr. D. 32.27 pr.; vgl. auch Paul. 2 decr. D. 36.1.76 (zum Erbschaftsfidekommiss).

[80] Allgemein zur außerordentlichen Form der Vollstreckung von Fideikommissverbindlichkeiten Ulp. 49 D. 50.16.178.2.

[81] Vgl. z. B. Pap. 28 quaest. D. 36.3.5.3.

[82] Dazu eingehend *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 186–202.

[83] Dazu *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 156 f. (zu Ulp. 68 ed. D. 43.4.3 pr.); vgl. auch *Johnston*, Trusts (1988) 226.

Pfändung von Vermögen des Schuldners zur Durchsetzung von Zahlungsansprüchen.[84]

IV. Die fideikommissarische Freilassung

32 Statt zur Übereignung einer Sache konnte die Fideikommissbitte[85] auf die Freilassung eines Sklaven durch den Beschwerten gerichtet werden. Die Freilassung eines Sklaven durch Fideikommiss hatte gegenüber der unmittelbaren testamentarischen Freilassung aus Sicht des Sklaven den Nachteil, dass er Freigelassener dessen wurde, der mit dem Fideikommiss beschwert war. Demgegenüber wurde der Sklave bei testamentarischer Freilassung als sog. *libertus orcinus* angesehen, der keinen (lebenden) Freilasser hatte und folglich auch nicht mit den Vorrechten des Freilassers belastet war. – Aus Sicht des Erblassers eröffnete die fideikommissarische Freilassung die Möglichkeit, einer Person die Freilasserrechte zuzuwenden (→ § 36 Rn. 72).

1. Voraussetzungen

33 Hinsichtlich des Kreises der möglichen Beschwerten gilt das oben (→ Rn. 12) zu den Einzelfideikommissen Dargelegte. Prinzipiell konnte jedem, dem aus dem Nachlass ein Vorteil zufloss, die Freilassung auferlegt werden. Auch im Übrigen entsprechen die Wirksamkeitsvoraussetzungen denen bei der fideikommissarischen Zuwendung einer Sache.

34 Der Erblasser konnte dem Beschwerten die Freilassung eines Sklaven aus dem Nachlass, eines eigenen Sklaven oder des Sklaven eines Dritten auferlegen.[86] Die Anordnung der Freilassung eines Sklaven aus dem Eigenvermögen des Beschwerten oder des Sklaven eines Dritten setzte voraus, dass dem Beschwerten aus dem Nachlass ein Vermögenswert zufloss, der den Wert des freizulassenden Sklaven bzw. die Kosten seiner Beschaffung überstieg.

35 Das Freilassunsfideikommiss hatte prinzipiell (wie die fideikommissarische Zuwendung einer Sache) nur obligatorische Wirkung: es verpflichtete den Beschwerten zur Durchführung der Freilassung. Zahlreiche Quellen belegen jedoch eine Wirkung der Freilassungsanordnung gegenüber Dritten: Die Veräußerung des begünstigten Sklaven führte nicht dazu, dass das Fideikommiss hinfällig wurde, vielmehr konnte der Sklave auch nach der Veräußerung seine Freilassung durchsetzen. Dies beruhte vermutlich auf einer Anordnung in einem *Senatusconsultum Iuncianum* aus dem Jahr 127 n. Chr.[87]

---

[84] *Kaser/Hackl*, RZ 512; zur besondere Funktion der sog. *missio Antoniniana* vgl. Ulp. 52 ed D. 36.4.5.16 und dazu *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 163–166 .

[85] Vgl zur Zuordnung der Formel *liberum esse volo* zum Freilassungsfideikommiss oder zur unmittelbaren testamentarischen Freilassung *d'Ors*, Iura 28 (1977) 95–141.

[86] *Voci*, DER II 410.

[87] Marcian. 9 inst. D. 40.5.1.10, dazu *Voci*, DER II 419; *Amaya Calero*, BIDR 90 (1987) 200 (mit weiteren Quellen); vgl. auch Ulp. 5 fideic. D. 40.5.30.16, dazu *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 30.

2. Gerichtliche Durchsetzung

Für die Durchsetzung von Freilassungsfideikommissen waren dieselben Beamten zu- **36**
ständig wie bei Einzelfideikommissen.[88] Die örtliche Zuständigkeit richtete sich vermutlich nach dem Wohnsitz des Beschwerten.[89] Ein *Senatusconsultum Articuleianum* von 123 n. Chr. ermöglichte es in Abweichung von diesem Grundsatz, das Freilassungsverfahren auch dann in der Provinz zu betreiben, (in der sich der begünstigte Sklave aufhielt), wenn sich der Beschwerte dort nicht befand.[90] Eine weitere, womöglich noch wichtigere Erleicherung der Rechtsdurchsetzung bestand darin, dass Sklaven in dem Verfahren zur Erzwingung ihrer Freilassung ausnahmsweise selbst als parteifähig angesehen wurden. Sie konnten also ohne Hinzuziehung eines *adsertor libertatis* prozessieren.[91]

Die Entscheidung beschränkte sich grundsätzlich auf die Feststellung, dass dem **37**
begünstigten Sklaven die Freiheit geschuldet werde.[92] Prinzipiell bedurfte es, damit der begünstigte Sklave die Freiheit wirklich erlangte, der Freilassung in der nach dem *ius civile* gebotenen Form (insbesondere also der *manumissio vindicta*) (→ § 36 Rn. 67). Falls der Beschwerte die Freilassung hinauszögerte, suchten die kaiserliche Kanzlei und die Juristen den begünstigten Sklaven vor Nachteilen infolge der Verzögerung zu schützen.[93] Verschiedene Senatsbeschlüsse ermöglichten darüber hinaus einen Erwerb der Freiheit auch dann, wenn der Eigentümer nicht am Verfahren teilnahm und deshalb nicht zur Vollziehung der Freilassung angehalten werden konnte (→ § 36 Rn. 73).[94]

Ein *Senatusconsultum Rubrianum* aus dem Jahr 103 n. Chr. fingierte eine Freilassung **38**
durch den Erblasser für den Fall, dass der Erbe, dem die Freilassung eines Erbschaftssklaven auferlegt war, dem Verfahren unentschuldigt fern blieb.[95] Die Fiktion der Freilassung durch den Erblasser führte dazu, dass der Erbe keine Patronatsrechte über den Freigelasenen erhielt.[96] Für den Fall einer entschuldigten Abwesenheit wurde durch das nach dem *Rubrianum*, aber vor dem Jahr 123 erlassene *Senatusconsultum Dasumianum* die Freilassung durch den beschwerten Erben selbst fingiert, dem damit die Freilasserrechte blieben.[97] Auch wenn alle Erben die Erbschaft (als Hauserben) ausschlugen oder (als Außenerben) den Antritt der Erbschaft ablehnten, wurde eine Freilassung fin-

[88] Dazu allgemein *Silla*, Cognitio (2008) (mir nicht zugänglich).
[89] So *Voci*, DER II 412.
[90] Marcian. 9 inst. D. 40.5.51.7. Nach *Impallomeni*, Manomissioni (1963) 109 folgt daraus eine Verlagerung der örtlichen Zuständigkeit an den Wohnsitz des Sklaven; vgl. auch *Voci*, DER II 417 f.
[91] Marcell. 16 dig. D. 40.4.42; Ulp. 5 fideic. D. 40.5.26.6; *Kaser/Hackl*, RZ 483 mit Fn. 20.
[92] *Kaser/Hackl*, RZ 453; vgl. Paul. 57 ed. D. 40.5.5; Scaev. 24 dig.D. 40.5.19 pr.; Ulp. 5 fideic. D. 40.5.26.7; Iul. 42 dig. D. 40.5.47.2; Sev./Ant. C. 2.30.1 (a.197).
[93] Dazu *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 29–34.
[94] Zu den verschiedenen *Senatusconsulta* im Überblick *Voci*, DER II 412–421; *Amaya Calero*, BIDR 90 (1987) 198 f.
[95] Dazu ausführlich *Castello*, St. Scherillo I 201–242.
[96] Ulp. 5 fideic. D. 40.5.26.7, *Voci*, DER II 412.
[97] Marcian. 9 inst. D. 40.5.51.4, *Voci*, DER II 413 f.

giert.[98] Da in diesem Fall keine Person vorhanden war, der die Patronatsrechte zugewiesen werden konnten, galt der Sklave wiederum als Freigelassener des Erblassers (*libertus orcinus*).[99] Das schon erwähnte *Senatusconsultum Iuncianum* regelte den Fall, dass dem Fideikommissar die Freilassung eines eigenen, nicht aus dem Nachlass stammenden Sklaven auferlegt war. Auch in diesem Fall wurde bei Nichterscheinen des Beschwerten die Freilassung fingiert.[100] Schließlich wird in demselben Zusammenhang noch ein *Senatusconsultum Vitrasianum* in den Quellen erwähnt, dessen Inhalt jedoch unklar bleibt.[101] – Nach einer Notiz bei Marcian wurde durch Senatsbeschluss ferner festgelegt, dass die Regelungen zur Abwesenheit des beschwerten Erben entsprechend auch für den Fall gelten sollten, dass eine Person, die nicht Erbe war, mit dem Fideikommiss beschwert war. Ob diese Vorschrift wirklich im *Dasumianum* enthalten war, wie es der Zusammenhang nahelegt, ist zweifelhaft.[102]

V. Das Erbschaftsfideikommiss

1. Funktionen

39 Gegenstand des Fideikommisses konnte auch eine Erbschaft im Ganzen oder ein Bruchteil einer Erbschaft sein. Das Erbschafts- oder Universalfideikommiss stellt keine spätere Fortentwicklung der Rechtsfigur des Fideikommisses dar. Vielmehr sind schon aus der Zeit vor der rechtlichen Anerkennung der Fideikommisse Erbschaftsfideikommisse belegt.[103] Die Anordnung eines Erbschaftsfideikommisses kann verschiedenen Zwecken dienen.

a. Fideikommissarische Substitution

40 In der Regel wurde wurde dem Erben auferlegt, die Erbschaft oder seinen Erbanteil ganz oder zum Teil nach einer gewissen Zeit, bei Eintritt einer Bedingung oder am Ende seines Lebens herauszugeben.[104] In diesem Fall entsprach die Anordnung des Erbschaftsfideikommisses funktional der Einsetzung eines Nacherben, die nach *ius civile* wegen der Regel *semel heres semper heres* nicht möglich war (→ § 53 Rn. 5).

---

[98] Ulp. 5 fideic. D. 50.5.30.9 f.; zur Erstreckung des *Dasumianum* auf den Fall, dass der Vormund eines unmündigen Beschwerten seine Zustimmung zur Freilassung verweigerte Ulp. 5 fideic. D. 40.5.30.3, dazu *Finkenauer*, Rechtsetzung (2010) 28.

[99] Ulp. 5 fideic. D. 40.5.30.12; zur Zuordnung dieser Regelung zum *Dasumianum* siehe *Voci*, DER II, 416.

[100] Marcian. 9 inst. D. 40.5.51.8 f.; Ulp. 5 fideic. D. 40.5.28.4; zur Zuweisung der Freilasserrechte in dieser Konstellation vgl. Ulp. 14 Sab. D. 26.1.4.3, dazu *Voci*, DER II 419 Fn. 72.

[101] Ulp. 5 fideic. D. 40.5.30.6, dazu *Voci*, DER II 419–421.

[102] Marcian. 9 inst. D. 40.5.51.6, dazu *Voci*, DER II 415 mit Fn. 48.

[103] *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 50–56.

[104] *Kaser*, RP I 761.

Wenn die Pflicht zur Herausgabe der Erbschaft unter die Bedingung gestellt war, dass der Beschwerte kinderlos blieb oder in jungem Alter verstarb, näherete sich das Erbschaftsfideikommiss der Pupillarsubstition an. Mittels der in einem Mündeltestament angeordneten Pupillarsubstitution konnte der Erblasser das weitere Schicksal seines Nachlasses für den Fall bestimmen, dass der primär bedachte Erbe starb, ehe er selbst für seine Rechtsnachfolge sorgen konnte (→ § 53 Rn. 29–33). Die Anordnung eines Erbschaftsfideikommisses ermöglichte es dem Erblasser, für eine Person, für die er kein Mündeltestament errichten konnte, weil sie schon die *pubertas* erreicht hatte oder nicht in der Hausgewalt des Erblassers stand, in ähnlicher Weise Vorsorge zu trefen. Angesichts dieser funktionalen Ähnlichkeit überrascht es nicht, dass die römischen Juristen selbst gelegentlich den Erbschaftsfideikommissar als Ersatzerben (*substitutus*) bezeichneten.[105] **41**

b. Nutzungsrecht des Beschwerten und *fideicommissum de residuo*

Für den Beschwerten waren die Vorteile aus seiner mit dem Fideikommiss belasteten Erbenstellung begrenzt. Bis zur Fälligkeit des Fideikommissanspruchs konnte er den Nachlass nutzen und die Früchte ziehen. Eine Verringerung der Substanz war jedoch nicht gestattet.[106] **42**

War dem Beschwerten nur die Herausgabe dessen auferlegt, was zum bestimmten Zeitpunkt von der Erbschaft noch übrig war (*quod ex re familiari testatoris superfuerit*[107]), so durfte der Beschwerte auch in die Vermögenssubstanz eingreifen. Jedoch war seine Befugnis zum Verbrauch des Nachlasses auch bei einem solchen so genannten *fideicommmisum de residuo* nicht unbegrenzt. Eingriffe, die dem Prinzip der *bona fides* zuwiderliefen, weil sie darauf gerichtet waren, das Recht des Fideikommissars zu vereiteln, waren unzulässig. Sie führten zu einer rechnerischen Aufteilung der Wertverluste auf die (später herauszugebende) Erbschaft und das Eigenvermögen des Beschwerten, so dass der Beschwerte den Wertverlust teilweise ersetzen musste.[108] **43**

[105] Vgl. z. B. Scaev. 4 resp. D. 36.1.64.1; Pap. 6 resp. D. 28.6.41.3; zu diesen und weiteren Texten *Desanti*, Restitutionis post mortem onus (2003) 363–421 und (zur nachklassischen Entwicklung) 423–447; vgl. auch *Desanti*, Sostituzione fedecommissaria (1999) 89–192.

[106] *Desanti*, Restitutionis post mortem onus (2003) 113 f.

[107] So die Formulierung bei Scaev. 5 dig. D. 36.1.82.

[108] Ulp. 15 ed. 5.3.26.16; Pap. 19 quaest. D. 36.1.56, dazu *Desanti*, Restitutionis post mortem onus (2003) 141–151; zu weiteren Quellen zum *fideicommissum de residuo* und zur Entwicklung bis zu den Regelungen in Novell. Iust. 108 (a.541) *Murillo Villar*, BIDR 92/93 (1989/1990) 121–149; *Desanti*, Sostituzione fedecommissaria (1999) 79; *Desanti*, SDHI 65 (1999) 67–94; *Desanti*, Restitutionis post mortem onus (2003) 151–189; *Cuena Boy*, Fideicomiso de residuo (2004) 19–63.

c. Weitere Funktionen

44 Die Anordnung einer sofortigen Herausgabepflicht des Erben zugunsten eines Fideikommissars beraubte den Erben (jedenfalls bis zum Erlass des *Senatusconsultum Pegasianum*, das ein Erbschaftsfideikommiss um die falzidische Quart kürzte) jedes wirtschaftlichen Vorteils aus der Erbschaft. Eine solche Anordnung hatte möglicherweise Sinn, wenn sie zur formlosen Korrektur einer nicht mehr gewollten testamentarischen Erbeinsetzung diente (zur Korrektur des Testaments durch Anordnungen in einem Kodizill → § 18 Rn. 49).

45 Außerdem stellte die so genannte Kodizillarklausel ein unbedingtes und unbefristetes Erbschaftsfideikommiss dar. Mit der Kodizillarklausel erklärte ein Erblasser, dass die Bestimmungen seines Testaments, wenn sie nach Zivilrecht unwirksam sein sollten, als Fideikommiss zu Lasten der Intestaterben wirken sollten. Die Klausel wirkte als Erbschaftsfideikommiss zugunsten des (unwirksam eingesetzten) Testamentserben.[109]

2. Voraussetzungen; Erwerbszeitpunkt

46 Für das Erbschaftsfideikommiss gelten im Allgemeinen dieselben Wirksamkeitsvoraussetzungen wie für Einzelfideikommisse. Mit einem Erbschaftsfideikommiss kann allerdings prinzipiell nur beschwert werden, wer selbst die Erbschaft oder einen Bruchteil der Erbschaft erhält. Es konnte also nur einem Erben oder demjenigen auferlegt werden, der selbst als Erbschaftsfideikommissar eine Erbschaft oder einen Erbanteil erhalten hatte.[110] Zum Kreis der Begünstigten sind keine Unterschiede ersichtlich.[111]

47 Auch zum Erwerbszeitpunkt (*dies cedens*) gelten prinzipiell dieselben Regelungen wie bei der Zuwendung einzelner Gegenstände. Bei einem Erbschaftsfideikommiss, das beim Tod des Beschwerten zu erfüllen ist, ist der *dies cedens* auf diesen Zeitpunkt hinausgeschoben.[112] Anders verhält es sich mit (sonstigen) Befristungen. Sie führen nicht zu einer Verschiebung des Erwerbszeitpunktes.[113]

---

[109] So ausdrücklich Iul. 37 dig. D. 29.7.2.4; vgl. auch Ulp. 22 Sab. D. 9.1.3, dazu und zu weiteren Texten *Negri*, Clausola codicillare (1975) 51–75.

[110] *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 142.

[111] Vgl. aber zu den Anforderungen an die Handlungsfähigkeit eines Erbschaftsfideikommissars Marcian. 5 fideic. D. 36.1.67.3, dazu *Coppola Bisazza*, Iura 53 (2002) 199–215.

[112] Paul. 14 resp. D. 22.1.14.1, dazu *Desanti*, Sostituzione fedecommissaria (1999) 42–55; *Desanti*, Restitutionis post mortem onus (2003) 13–19.

[113] Vgl. *Babusiaux*, Mél. Witz 55–57 zur Bestimmung *cum ad annos sedecim pervenisset* in Iav. 11 epist. D. 36.1.48, zu dieser Stelle auch *Migliardi Zingale*, Labeo 45 (1999) 441–446.

3. Die *Senatusconsulta Trebellianum* und *Pegasianum*

Da der Erbschaftsfideikommissar den gesamten Nachlass übernimmt, ergeben sich besondere Schwierigkeiten. Wenn der Erbe den Nachlass sogleich, ohne vorübergehende Nutzungsmöglichkeit herauszugeben hat, besteht für ihn kein Anlass, die Erbschaft anzunehmen. Dies gilt erst recht, sofern er – trotz Herausgabe – weiterhin für die Schulden des Nachlasses haftet. Vor Erlass des *Senatusconsultum Trebellianum* mussten Beschwerter und Fideikommissar selbst durch Abschluss von Stipulationen, wie sie bei einem Erbschaftskauf gebräuchlich waren, für eine angemessene Haftungsverteilung sorgen.[114] **48**

Die Behebung dieser Schwierigkeiten ist das Ziel der *Senatusconsulta Trebellianum* und *Pegasianum*. Sie sind darauf ausgerichtet, durch gezielte Anreize und Zwangsmittel den Erben zum Antritt der Erbschaft zu bewegen, damit das Erbschaftsfideikommiss nicht hinfällig wird. **49**

a. Das *Trebellianum*

Das *Senatusconsultum Trebellianum*, das im Jahr 55 n. Chr.[115] unter dem Konsulat des namensgebenden Trebellius Maximus und des berühmten Philosophen Annaeus Seneca[116] erlassen wurde, suchte die Erben zum Antritt der Erbschaft zu bewegen, indem es die Risiken für den Erben minimierte (→ § 100 Rn. 60). Mit der Herausgabe der Erbschaft an den Fideikommissar kam es zum so genannten Aktionentransfer: Alle Klagen, die sich gegen den Erben als solchen richteten oder von ihm erhoben werden konnten, wurden statt dessen als analoge Klagen dem Fideikommissar oder gegen diesen gewährt.[117] Der Erbe wurde durch den Prätor vor jeder weiteren Inanspruchnahme durch die Verweigerung von Klagen aufgrund der Erbenstellung (*denegatio actionis*) oder durch Gewährung einer *exceptio restitutae hereditatis* oder *exceptio Trebelliani* geschützt.[118] Bereits gegen den Erben anhängige Klagen wurden unter Abänderung der Klageformel auf den Fideikommissar übertragen.[119] **50**

---

[114] Zum Rechtszustand vor dem *Trebellianum* Gai. 2.252; *Manthe*, Pegasianum (1989) 27–35.

[115] *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 99; anders (für das Jahr 56) noch *Manthe*, Pegasianum (1989) 35.

[116] Zur „Handschrift" Senecas in dem Senatsbeschluss *Manthe*, Pegasianum (1989) 40 f.

[117] Gai. 2.253; Ulp. reg. 25.14; Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.2, dazu *Manthe*, Pegasianum (1989) 35–41; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 484; *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 97–116.

[118] Ulp. 29 ed D. 15.2.1.8; Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.4; Iul. 40 dig. D. 36.1.28.7, dazu *Manthe*, Pegasianum (1989) 39; *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 104.

[119] Ulp. 16 ed. D. 36.1.38 pr.; vgl. auch Scaev. 21 dig. D. 36.1.80.15, dazu *Manthe*, Pegasianum (1989) 38; *Erxleben*, Translatio (2017) 148–151.

b. Das *Pegasianum*

51 Weniger als zwanzig Jahre später,[120] vermutlich im Jahr 72,[121] wurde die Rechtslage durch das schon erwähnte *Senatusconsultum Pegasianum* (→ Rn. 16) nochmals grundlegend verändert (→ § 100 Rn. 62). Das *Pegasianum* sollte den Erben dadurch zum Erbschaftsantritt motivieren, dass es die Regelungen der *lex Falcidia* auf Fideikommisse anwendbar machte. Damit verblieb dem Erben, auch wenn der Erblasser dies nicht gewollt hatte, ein Viertel der Erbschaft. Andererseits schränkt das *Pegasianum* den Aktionentransfer wieder ein. Insgesamt ergab sich eine komplizierte Regelung.

52 Wenn das Fideikommiss nur die Herausgabe von weniger als drei Vierteln der Erbschaft betraf, so blieb es bei den Regeln des *Trebellianum*. Eine Kürzung des Fideikommisses um die falzidische Quart kam nicht in Betracht. Die Klagen gingen entsprechend dem Umfang des aufgrund des Fideikommises übertragenen Erbteils (*pro rata*) auf den Fideikommisar über.[122]

53 Bei einem Fideikommiss über mehr als drei Viertel der Erbschaft hatte der Beschwerte verschiedene Handlungsoptionen:[123] Er konnte das Fideikommiss entsprechend der *lex Falcidia* kürzen, so dass ihm ein Viertel der Erbschaft verblieb, oder aber das Vermächtnis freiwillig in vollem Umfang erfüllen.[124] Für den Fall, dass der Beschwerte die Quart abzog, sah das *Pegasianum* vor, dass der Fideikommissar die Position eines Teilungslegatars (→ § 97 Rn. 35) erhielt. Es mussten die beim Teilungsvermächtnis üblichen *stipulationes partis et pro parte* geleistet werden, die für eine verhältnismäßige Teilung der Haftung im Innenverhältnis sorgten.[125] Eine Übernahme von Prozessen im Außenverhältnis durch den Fideikommissar war damit nicht verbunden.[126]

54 Bei freiwilliger vollständiger Erfüllung des Fideikommisses wurde der Fideikommissar – entsprechend der Rechtslage vor Erlass des *Trebellianum* – verpflichtet durch Abschluss von Stipulationen die Haftung für die Nachlassschulden zu übernehmen. Dadurch versprach der Fideikommissar auch, im Außenverhältnis als *procurator* für den Erben Aktiv- und Passivprozesse zu führen.[127]

55 Schließlich konnte sich der Beschwerte mit der Begründung, er befürchte eine Überschuldung der Erbschaft, weigern, die Erbschaft anzutreten. In diesem Fall wurde er vom zuständigen Magistrat auf Antrag des Fideikommissars zum Antritt der Erbschaft und zu deren Herausgabe gezwungen. Er verlor die Quart, es fand jedoch der Aktionentransfer entsprechend dem *Trebellianum* statt.[128]

---

[120] *Manthe*, Pegasianum (1989) 41.
[121] *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 116.
[122] Gai, 2.255; *Manthe*, Pegasianum (1989) 79.
[123] Gai. 2.256–258.
[124] Dies wurde als moralische Verpflichtung angesehen, *Manthe*, Pegasianum (1989) 182.
[125] Das Formular der Stipulationen bei Theophilos überliefert, Theoph. Inst. 2.23.5, dazu *Manthe*, Pegasianum (1989) 53–64; *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 125–129.
[126] *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 128.
[127] *Kaser*, RP I 763; vgl. die Rekonstruktion bei *Manthe*, Pegasianum (1989) 31 mit Fn. 4.

c. Weitere Entwicklung

Die beiden Senatsbeschlüsse blieben bis in die Spätantike in Kraft.[129] Kaiser Justinian jedoch schaffte das *Pegasianum* ab und ließ den Namen aus seinen Rechtssammlungen tilgen. Es sollte wieder ausschließlich das *Trebellianum* gelten.[130] Jedoch finden sich in den Texten der Digesten zahlreiche Spuren des *Senatusconsultum Pegasianum*. Insbesondere blieb es bei der Anwendung der *lex Falcidia* auf Einzel- und Universalfideikommisse und bei der Möglichkeit, den Erben zum Antritt zu zwingen.[131] **56**

d. Auswirkungen der Senatsbeschlüsse auf das Fideikommissverfahren

Prinzipiell entsprach der Fideikommissprozess bei Erbschaftsfideikommissen dem bei Einzelfideikommissen. Jedoch ergaben sich Besonderheiten bei der Durchsetzung des Fideikommissanspruchs aus dem Gegenstand der Zuwendung und vor allem aus den beiden bereits eingehend behandelten Senatsbeschlüssen. **57**

Der im *Senatusconsultum Trebellianum* vorgesehene Aktionentransfer wurde mittels der Gewährung von *actiones utiles* für und gegen den Fideikommissar bewerkstelligt, für die Musterformeln im prätorischen Edikt proponiert waren.[132] Es wird angenommen, dass im Edikt eine besondere Form der Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*) für den Erbschaftsfideikommissar vorgesehen war (*fideicommissaria hereditatis petitio*).[133] Der Erbschaftsfideikommissar konnte also – gegebenenfalls, nachdem in einem Kognitionsverfahren seine Berechtigung aus dem Fideikommiss festgestellt worden war[134] – seine erbengleiche Position gegenüber Dritten im Wege des Formularprozesses zur Geltung bringen.[135] **58**

Eine weitere verfahrensrechtliche Neuerung war der Antrittszwang nach dem *Senatusconsultum Pegasianum*. Wie erwähnt, konnte der Beschwerte durch den zuständigen[136] Magistrat zum Antritt der Erbschaft gezwungen werden.[137] Nach dem Senats- **59**

---

[128] Gai. 2258; *Manthe*, Pegasianum (1989) 85–100; *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 117–124.

[129] *Kaser*, RP II 563.

[130] Const. Tanta § 6a; Inst. 1.2.23.7; vgl. *Manthe*, Pegasianum (1989) 69–75; *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 134 f.

[131] *Manthe*, Pegasianum (1989) 71.

[132] *Manthe*, Pegasianum (1989) 38.

[133] *Lenel*, EP 183–185; *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 169–171.

[134] *Giodice Sabbatelli*, Tutela (1993) 186.

[135] Dies betont *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 170.

[136] Nach *Lenel*, EP 366; *Voci*, DER II 358; *Manthe*, Pegasianum (1989) 85 und 91 und *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 119 waren für die Erzwingung des Erbschaftsantritts die für die Fideikommissklage zuständigen Beamten, insbesondere also der *praetor fideicommissarius*, zuständig. Für Zuständigkeit der ordentlichen Jurisdiktionsmagistrate, also v. a. des *praetor urbanus* *Giodice Sabbatelli*, Tutela (1993) 188–190; *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 171–174.

[137] Ulp. 4 fideic. D. 36.1.4; zum Verfahren *Manthe*, Pegasianum (1989) 85–92.

beschluss konnte nur ein Erbe zum Erbschaftsantritt gezwungen werden, der behauptete, er halte die Erbschaft für überschuldet.[138] Darauf, ob diese Behauptung zutraf, kam es nicht an. Modestin empfiehlt sogar dem Fideikommissar, lieber den Verdacht einer Überschuldung zu äußern und sich zum Erbschaftsantritt zwingen zu lassen, als freiwillig anzutreten. Auf diese Weise konnten die Unzuträglichkeiten, die sich aus dem *Pegasianum* ergeben, vermieden werden.[139] Auch gegen einen Erben, der nicht vor Gericht erschien, konnte das Dekret ergehen, das ihn zum Antritt der Erbschaft verpflichtete, selbst wenn gar nicht feststand, dass er den Antritt der Erbschaft und die Herausgabe an den Fideikommissar verweigert hatte.[140]

60 Da der Erbe, wenn er die Erbschaft aufgrund des magistratischen Zwanges antrat, durch die Regelungen des *Senatusconsultum Trebellianum* umfassend vor Haftungsrisiken geschützt war, ist zu vermuten, dass der Befehl des Magistrats in der Regel freiwillig befolgt wurde. Welche Zwangsmittel im Fall des Ungehorsams oder des Nichterscheinens des Beschwerten eingesetzt werden konnten, ist aus den überlieferten Quellen nicht ersichtlich. Eine Passage in den *Pauli Sententiae* lässt bei Abwesenheit des Beschwerten die Einweisung des Fideikommissars in den Besitz des Nachlasses zu.[141] Nach justinianischem Recht wurden der Erbschaftsantritt und die Herausgabe an den Fideikommissar fingiert, so dass ihm die Rechtsbehelfe nach dem *Senatusconsultum Trebellianum* zu Gebote standen, um die tatsächliche Kontrolle über den Nachlass zu erhalten.[142]

VI. Fortentwicklung des Fideikommissrechts

61 Schon in der klassischen Zeit finden sich Tendenzen, Vermächtnisse und Fideikommisse terminologisch und sachlich einander anzunähern. Die Aussage *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis* – „Die Vermächtnisse sind den Fideikommissen völlig angeglichen." (Ulp. 67 ed D. 30.1), die programmatisch am Anfang des fünf Bücher der Digesten umfassenden Abschnitts über Vermächtnisse und Fideikommisse steht, geht womöglich tatsächlich auf Ulpan zurück und wurde nur aus ihrem ursprünglichen Zusammenhang gerissen und dadurch verallgemeinert.[143]

62 In Texten der Digesten kommt es vor, dass dieselbe Verfügung bald als Vermächtnis und bald als Fideikommiss angesprochen wird.[144] Ob damit zum Ausdruck gebracht

[138] Zur Bedeutung dieses Erfordernisses *Manthe*, Pegasianum (1989) 85 („rein formal"); zustimmend *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 185 („Das Kriterium sollte … nicht überbewertet werden"). Abweichend *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 176 f.

[139] Mod. heur. sing. D. 36.1.47, dazu *Manthe*, Pegasianum (1989) 187 f.

[140] Ulp. 4 fideic. D. 36.1.6 pr.

[141] Paul. sent. 4.4.3.

[142] Iust. C. 6.49.7 (a.530), dazu *Voci*, DER II 359.

[143] *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 203.

[144] Vgl. z. B. Scaev. 16 dig. D. 32.34 pr.; Ulp. 2 fideic. D. 32.11.12; Scaev. 20 dig. D. 34.1.18 pr.; vgl. *Johnston*, Trusts (1988) 261–269.

wird, dass das jeweilige Vermächtnis auch als Fideikommiss aufgefasst werden kann,[145] oder ob es sich um Beispiele einer im Hinblick auf die schwindenden Unterschiede nachlässig gewordenen Ausdrucksweise handelt,[146] kann nicht pauschal entschieden werden. Jedenfalls sind die genannten Texte ein Indiz für die Annäherung der beiden Institutionen.[147]

Demnach begann vermutlich schon in der klassischen Zeit ein Prozess der allmäh- **63**
lichen Verschmelzung der verschiedenen Vermächtnisformen mit dem Fideikommiss. Mit dem Verschwinden des Formularverfahrens verschwanden auch die Unterschiede in der gerichtlichen Durchsetzung von Vermächtnissen und Fideikommissen.[148] Die Abschaffung der Notwendigkeit, bei Anordnung eines Vermächtnisses bestimmte *verba solemnia* zu verwenden, durch eine Konstitution des Kaisers Constantius[149] verringerte die Unterschiede weiter. Am Ende der Entwicklung steht die Konstitution Justinians, mit der er Vermächtnisse und Fideikommisse vollständig gleichstellte.[150] Da Justinian zuvor schon die Unterschiede zwischen den Vermächtnistypen eingeebnet und bestimmt hatte, dass allen Legaten schuldrechtliche und dingliche Wirkung zukommen sollte,[151] hatten demnach nun auch als Fideikommiss stilisierte Zuwendungen dingliche Wirkung.[152]

[145] So für Ulp. 2 fideic. D. 32.11.12 *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 205; *Johnston*, Trusts (1988) 265 hält den Text für interpoliert.

[146] Eine ähnliche Erklärung („broad use of the verb legare") zieht *Johnston*, Trusts (1988) 261 f. und 265 in Erwägung.

[147] Tendenziell anders *Johnston*, Trusts (1988) 269: „not classical fusion of law but post-classical fusion of language".

[148] *Johnston*, Trusts (1988) 269 f.; *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 210 f.

[149] Constantius C. 6.37.21 (a.339).

[150] Iust. C. 6.43.2 (a.531).

[151] Iust. C. 6.43.1 (a.529).

[152] Dazu *Kaser* RP II 557.

§ 99 Schenkung von Todes wegen (*donatio mortis causa*)

David Rüger

Di Paola, Donatio mortis causa, 1950; *Amelotti*, La „donatio mortis causa" in diritto Romano, 1953; *Simonius*, Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht, 1958; *Voci*, Diritto ereditario romano II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria, 2. Aufl., 1963; *Rodríguez Díaz*, Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el Derecho Romano, 2000; *Tort-Martorell Llabrés*, La revocación de la donatio mortis causa en el Derecho Romano clásico, 2003; *Liebs*, Die Schenkung von Todes wegen im römischen Recht, in: Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, 2009, 1013–1025; *Rüger*, Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht, 2011; *Genovese*, Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali, 2011; *Scevola*, Archeologia e genealogia della donatio ex sola cogitatione mortalitatis, in: Reinoso Barbero (Hg.), Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual, 2014, 299–328.

Inhalt Rn.

I. Ursprung, Funktion, Erscheinungsformen 1
1. Ursprung und Funktion 1
2. Rechtliche Erscheinungsformen 2
a. *Imminente periculo commotus* und *sola cogitatione mortalitatis* 2
b. Aufschiebend und auflösend bedingter Vollzug 4
II. Die Abgrenzung zur *donatio inter vivos*; Bedeutung der erbrechtsbeschränkenden Gesetzgebung 5
III. Die Rückforderung der *donatio mortis causa* 13
IV. Besondere Anwendungsfälle 17
1. Die Ehegattenschenkung auf den Todesfall 17
2. Verfügungen über den Anspruch auf Rückerstattung der Mitgift 19
V. Sonstiger Erwerb von Todes wegen (*mortis causa capio*) 20

I. Ursprung, Funktion, Erscheinungsformen

1. Ursprung und Funktion

Die *donatio mortis causa* lässt sich als Institut des römischen Rechts seit der zweiten Hälfte des ersten vorchristlichen Jh.s nachweisen.[1] Ältestes Vorbild außerhalb der römischen Rechtsquellen ist die bei Homer erwähnte Schenkung des Telemach.[2] Üblicherweise versteht man unter *donatio mortis causa* eine Schenkung, die nur Bestand haben soll, wenn der Beschenkte den Schenker überlebt.[3] Vollzogen wird sie in vielerlei Formen: meistens durch *datio* (→ § 43 Rn. 6), aber auch durch *stipulatio*[4] (→ § 21 Rn. 1), *acceptilatio*,[5] *delegatio*,[6] sogar durch *manumissio*[7] (→ § 36 Rn. 62, 69, 72). 1

2. Rechtliche Erscheinungsformen

a. *Imminente periculo commotus* und *sola cogitatione mortalitatis*

Die Klassiker unterscheiden hinsichtlich des Anlasses der Schenkung die Schenkung in unmittelbar bevorstehender Gefahr von der Schenkung allgemein im Hinblick auf die Sterblichkeit des Schenkers.[8] Der erstgenannte Typus einer Schenkung in konkreter Lebensgefahr ist am frühesten bezeugt.[9] Er war in klassischer Zeit auch die häufigste Form, wie die Vielzahl der Stellen zeigt, die dem Schenker ein Rückforderungsrecht nach Überstehen der Gefahr gewähren.[10] Neben der sehr häufig vorkommenden aku- 2

---

[1] Die ersten verlässlichen Zeugnisse finden sich bei Labeo, Julian bei Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.1 und Fulcinius bei Ner. 1 resp. D. 39.6.43; vgl. aber auch mit Hinweis auf die *mortis causa stipulatio* bei Festus: *Lamberti*, LR 4 (2015) 423. – Zur Entstehung vgl. *Senn*, Donation (1914) 19–39; *Di Paola*, Donatio (1950) 145–190; *Amelotti*, Donatio (1953) 49–79; *Simonius*, Donatio (1958) 240–244; *Liebs*, FS Leipold 1014 f.; *Rüger*, Donatio (2011) 21–24.

[2] Marcian. 9 inst. D. 39.6.1; Hom. Od. 17,79–81; vgl. dazu *Simonius*, Donatio (1958) 16 f.; *Liebs*, FS Leipold 1014; insbesondere zum textgeschichtlichen Zusammenhang zwischen Homer und Inst. 2.7.1 *Liebs*, SZ 128 (2011) 62–64.

[3] Marcian. 9 inst. D. 39.6.1; Inst. 2.7.1; *Kaser*, RP I 763.

[4] Labeo, Julian bei Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.1; Pap. 10 quaest. D. 24.1.52.1; Pap. 8 resp. D. 31.77.2; Paul. 7 resp. D. 33.4.11; Tryph. 9 disp. D. 23.3.76.

[5] Afr. 9 quaest. D. 39.6.24; Julian bei Gai. 8 ed. prov. D. 39.6.31.1; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.6; Ulp. 1 fideic. D. 32.3 pr.; Ulp. 8 disp. D. 35.2.82.

[6] Iul. 60 dig. D. 39.6.18.1.

[7] Marcell. 23 dig. D. 40.1.15; zu diesem Sonderfall ausführlich *Rüger*, Donatio (2011) 200–220. Die Stelle wird nahezu einhellig als interpoliert angesehen: *Haymann*, Freilassungspflicht (1905) 31; *Buckland*, Slavery (1908) 456; *Biondi*, Scr. III 769 f.; *Amelotti*, Donatio (1953) 33 Fn. 100; *Kaser*, Symb. Taubenschlag I 435; *Simonius*, Donatio (1958) 134; *Impallomeni*, Manomissioni (1963) 53; *Yaron*, Gifts (1960) 171.

[8] Ulp. 32 Sab. D. 39.6.2; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.4.

[9] Labeo, Julian bei Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.1.

[10] Im Hinblick auf die häufigste Todesgefahr, eine akute Krankheit, sprechen die Quellen in der Regel von *convalescere*: Afr. 9 quaest. D. 39.6.24; Gai. 8 ed. prov. D. 39.6.31.3; Iul. 10 dig.

ten Krankheit sind alle anderen Formen von Lebensgefahr denkbar, etwa eine gefährliche Seereise oder bevorstehender Kriegsdienst.[11]

3 Die Klassizität der zweiten, ebenfalls mehrfach belegten[12] Schenkung *sola cogitatione mortalitatis* war im 20. Jh. lebhaft bestritten,[13] indes zu Unrecht.[14] Die Annahme, diese nicht konkret anlassbezogene Schenkung gehe auf die von Justinian betriebene Angleichung an das Legatsrecht zurück, übersieht, dass der Angleichungsprozess tatsächlich schon in hochklassischer Zeit zwischen Hadrian und Severus Alexander stattgefunden hat.[15]

b. Aufschiebend und auflösend bedingter Vollzug

4 Das klassische Recht kennt zwei Vollzugsformen der *donatio mortis causa*: aufschiebend bedingter Vollzug oder sofortiger, auflösend bedingter Vollzug mit Rückabwicklung bei Bedingungsausfall.[16] Die Häufigkeit, mit der die *condictio* als Instrument der Rückforderung erwähnt wird,[17] legt nahe, dass der sofortige, auflösend bedingte Vollzug der Regelfall war; doch finden sich auch Beispiele für aufschiebende Bedingungen.[18] Die Auffassungen, die nur die aufschiebend bedingte[19] oder nur die auflösend bedingte[20] Vollzugsform als klassisch anerkennen, dürfen wohl als überholt gelten.[21]

D. 12.1.19 pr.; Iul. 17 dig. D. 24.1.4; D. 39.6.13 pr.,1; Iul. 29 dig. D. 39.6.16; Iul. 60 dig. D. 39.6.18.1,2; Iul. 80 dig. D. 39.6.19; Marcell. 23 dig. D. 40.1.15; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 12.4.12; Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.3; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.3,4,6; Paul. 17 Plaut. D. 39.6.39; Scaev. 3 quaest. D. 24.1.56; Tryph. 9 disp. D. 23.3.76; Ulp. 17 ed. D. 39.6.29; Ulp. 15 l. Iul. Pap. D. 39.6.37.1.

[11] Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.4; Paul. sent. 3.7.1.

[12] Gai. 8 ed. prov. D. 39.6.31.2; Iul. 17 dig. D. 39.6.13.1; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.4; Ulp. 32 Sab. D. 39.6.2; siehe hierzu die umfassende Darstellung von *Scevola*, in: Reinoso Barbero, Principios generales (2014) 299–328.

[13] Insbesondere von *Di Paola*, Donatio (1950) 186–190; *Simonius*, Donatio (1958) 79–100; ihm folgt neuerdings *Noordraven*, Fiduzia (1999) 91–95; vgl. ferner *Yaron*, RIDA 3 (1956) 493–496; *Yaron*, RIDA 13 (1966) 371–375; zum Streitstand *Kleňová*, SZ 136 (2019) 352 Fn. 40.

[14] Die Klassizität verteidigen insbesondere *Amelotti*, Donatio (1953) 9–12; *Kaser*, Iura 2 (1951) 244 f.; *Kaser*, SZ 71 (1954) 448 f.; *Kaden*, SZ 76 (1959) 624 f.; *Harder*, Zuwendungen (1968) 61; *Jung*, FS Huwiler 333 f.; *Liebs*, FS Leipold 1016 Fn. 12; *Rüger*, Donatio (2011) 26 f.

[15] Dazu *Rüger*, Donatio (2011) 28 f., 87; (nur insoweit) zustimmend *Tort-Martorell*, SZ 130 (2013) 689.

[16] Iul. 17 dig. D. 39.5.1 pr. sieht letztere als Regelfall an; zur Stelle *Di Paola*, Donatio (1950) 22–25, 182 f.; *Amelotti*, Donatio (1953) 25 f.; *Rüger*, Donatio (2011) 30–32.

[17] Afr. 2 quaest. D. 39.6.23; Afr. 9 quaest. D. 39.6.24; Iul. 17 dig. D. 24.1.4; D. 39.6.13 pr.; Iul. 60 dig. D. 39.6.18.1; Iul. 80 dig. D. 39.6.19; Pap. 10 quaest. D. 24.1.52.1; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 12.4.12; Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.3; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.3,6; Paul. 17 Plaut. D. 39.6.39; Paul. 1 man. D. 39.6.44; Scaev. 3 quaest. D. 24.1.56; Tryph. 9 disp. D. 23.3.76; Ulp. 32 Sab. D. 24.1.11.8; Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.14; Ulp. 21 ed. D. 39.6.30; Ulp. 15 l. Iul. Pap. D. 39.6.37.1.

[18] Ulp. 32 Sab. D. 39.6.2; Marcell. 23 dig. D. 40.1.15 (aufschiebend bedingte *traditio*); im Zusammenhang mit der *donatio mortis causa inter virum et uxorem* Pap. 10 quaest. D. 24.1.52.1 und Ulp. 32 Sab. D. 24.1.11.1; Iul. 18 dig. D. 39.6.14 und Ulp. 17 ed. D. 39.6.29 belegen den aufschiebend bedingten Vollzug durch eine dem Schenker gewährte Vindikation.

[19] *Biondi*, Scr. III 740 f. hielt – ausgehend von seiner Theorie über die Entwicklung der *donatio*

II. Die Abgrenzung zur *donatio inter vivos*; Bedeutung der erbrechtsbeschränkenden Gesetzgebung

Die Abgrenzung zwischen einer bedingten *donatio inter vivos* und einer *donatio mortis causa* ist jedenfalls in frühklassischer Zeit bisweilen unscharf. Justinian, der im Jahr 530 in der Konstitution Iust. C. 8.56.4 (a.530) das Recht der *donatio mortis causa* weitestgehend dem Recht der Legate angleicht, beruft sich zur Begründung der Maßnahme auf eine Kontroverse der Klassiker über die Frage, ob das Institut eher dem Schenkungsrecht oder dem Vermächtnisrecht zuzuordnen sei.[22] **5**

Die Literatur des 20. Jh.s vertrat entgegen dem älteren Schrifttum[23] im Anschluss an Cugia überwiegend die Auffassung, Justinian habe den Streit erfunden, um seine Angleichung der *donatio mortis causa* an das Vermächtnisrecht auf die Autorität klassischer Juristen stützen zu können.[24] Indes wirft die Zwittergestalt des Rechtsinstituts Zuordnungsfragen bis heute auf,[25] weshalb die Klassikerkontroverse glaubhaft erscheint, soweit die Zuordnung zum Schenkungs- oder Vermächtnisrecht praktische Auswirkungen hat.[26] **6**

Praktisch wird die Frage in erster Linie durch die Erstreckung der *lex Falcidia* (→ § 100 Rn. 12) auf andere erbrechtliche Institute. Marcian. 5 reg. D. 39.6.27 überliefert die Regel, eine *donatio mortis causa* ohne jedes Rückforderungsrecht sei als *donatio inter vivos* zu behandeln, deshalb sei sie zwischen Ehegatten unwirksam, und die *lex Falcidia* finde keine Anwendung. **7**

---

mortis causa aus der aufschiebend bedingten *traditio* – die aufschiebend bedingte Form für die einzig klassische; später erkannte er immerhin auch den sofortigen Vollzug als klassisch an (*Biondi*, Successione (1955) 709), blieb aber dabei, dass der erstgenannte Weg stets der Regelfall gewesen sei (*Biondi*, Successione (1955) 274); was angesichts der überaus häufigen Erwähnung einer *condictio* in den Quellen kaum haltbar ist.

[20] *Di Paola*, Donatio (1950) 17–34, der die *dationes sine causa* als Ursprung der *donatio mortis causa* ansieht; gegen seine Theorie der homogenen Struktur der *donatio mortis causa* bereits *Amelotti*, Donatio (1953) 28–30; *Kaser*, Iura 2 (1951) 244 f.; *Simonius*, Donatio (1958) 190–195.

[21] Eingehende Auseinandersetzung mit der Frage bei *Amelotti*, Donatio (1953) 12–47, 83 und 93–96; *Simonius*, Donatio (1958) 189–197.

[22] Neben Iust. C. 8.56.4 (a.530) insbesondere Inst. 2.7.1; dazu *Scevola*, in: Reinoso Barbero, Principios generales (2014) 316 f.

[23] Vgl. die Nachweise bei *Cugia*, Mortis causa (1910) 44 f. Fn. 4.

[24] *Cugia*, Mortis causa (1910) 43–47; zustimmend *Di Paola*, Donatio (1950) 249–251; einschränkend *Amelotti*, Donatio (1953) 204–207: Die Kontroverse habe es zwar gegeben, sie sei aber nachklassisch; dem folgt *Simonius*, Donatio (1958) 3 f. *Archi*, Donazione (1960) 278 sieht den Streit vor dem Hintergrund der Formvorschriften Konstantins. Ähnlich meint *Schindler*, Justinians Haltung (1966) 13–19, Justinian habe „einen aktuellen Streit seiner Zeit" entschieden. – Dagegen hält *Kaser*, SZ 71 (1954) 448 zu Recht eine Kontroverse in klassischer Zeit für möglich; diesem folgt *Olzen*, Erbfolge (1988) 18.

[25] Näher dazu *Rüger*, Donatio (2011) 34 f.

[26] Zustimmend *Lamberti*, LR 4 (2015) 423; *Scevola*, Sem. Compl. 29 (2016) 520.

8 Hingegen spricht sich eine Marcellusnote zu Julian, Iul. 17 dig. D. 39.6.13.1, dafür aus, auch eine Schenkung ohne jedes Rückforderungsrecht als *donatio mortis causa* anzuerkennen; im Wesentlichen gleichlautend Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.4, jedoch im offenen Widerspruch zu einer anderen Stelle innerhalb desselben Fragments (Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.2).[27]

9 Richtigerweise muss wohl das Bestehen irgendeines Rückforderungsrechtes (*ulla condicio redhibendi*) als Voraussetzung dafür angesehen werden, dass eine *donatio mortis causa* überhaupt als solche bezeichnet werden kann; denn besteht es nicht, kann die Bezugnahme auf den Tod allenfalls noch die Bedeutung einer aufschiebenden Befristung haben.[28] Diese Auffassung stützt ein Papinianfragment Pap. 13 resp. D. 39.6.42.1[29] und bestätigt damit Marcians Regel (Marcian. 5 reg. D. 39.6.27). Zudem lässt Papinian erkennen, dass die Frage der Einordnung relevant wurde aufgrund einer vermutlich zwischen 193 und 197 n. Chr. entstandenen Konstitution des Septimius Severus,[30] welche die *lex Falcidia* auf die *donatio mortis causa* anwendet.

10 Eingeleitet wird das Fragment Pap. 13 resp. D. 39.6.42 pr. durch den äußerst komplexen Fall einer *donatio mortis causa* mit Nießbrauchsvorbehalt, in dem nach sowohl auf Schenker- als auch auf Beschenktenseite eingetretener Erbfolge um die Anwendung der *lex Falcidia* gestritten wird. Die schwierige Stelle gehört zu den meistdiskutierten im Bereich der *donatio mortis causa*.[31]

---

[27] Zu diesem Widerspruch *Rüger*, Donatio (2011) 42–44 mwN.; für die Unverzichtbarkeit eines Rückforderungsrechtes zuletzt *Murillo Villar*, Revocación (2007) 94; zustimmend *Pichonnaz*, SZ 127 (2010) 490. – Während sich einander widersprechende Aussagen von Paulus zu der Frage, ob die *donatio mortis causa* eine konkrete Todesgefahr voraussetzt, damit erklären lassen, dass die paulinischen Zitate teils dem Sabinuskommentar zur Ehegattenschenkung (Paul. 8 Sab. D. 39.6.3,6), teils dem Kommentar zu den Ehegesetzen (Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.4) entnommen sind (dazu *Liebs*, FS Leipold 1018–1020), ist der Widerspruch innerhalb von Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35 schwer aufzulösen; zu den Erklärungsversuchen in der Pandektistik vgl. *Rüger*, Donatio (2011) 41–44. Die in § 2 des Fragments vorgenommene sprachlich scharfe Abgrenzung der *vera et absoluta donatio* von der *donatio mortis causa*, die in diesem Gegensatz „als unvollständige und vorläufige Schenkung gebrandmarkt wird“ (*Babusiaux*, Ess. Winkel I 51 mit Fn. 78), spricht gegen die Annahme, dass Paulus eine Schenkung ohne jedes Rückforderungsrecht als *donatio mortis causa* verstanden haben könnte.

[28] *Haymann*, SZ 38 (1917) 214 Fn. 2, 224 Fn. 6; *Amelotti*, Donatio (1953) 41 f.; *Simonius*, Donatio (1958) 101; zustimmend *Kaden*, SZ 76 (1959) 625; *Voci*, DER II 443; *Murillo Villar*, St. Labruna VI 3713; *Salomone*, Venditio donationis causa (2012) 148 f.; nicht überzeugend hingegen *Reinicke*, Schenkungen (1979) 76, der meint, „daß das Moment der Widerruflichkeit für die Einordnung einer Schenkung als ‚*donatio mortis causa*‘ keine Rolle gespielt“ habe. Die Unwiderruflichkeit der *donatio inter vivos* im Gegensatz zur *donatio mortis causa* stellt auch Inst. 2.7.2 heraus; dazu *Murillo Villar*, St. Labruna VI 3689.

[29] *Absolute donare* steht dort für den Ausschluss des Rückforderungsrechts, *Baldus*, SZ 133 (2016) 251 in Fn. 38.

[30] Der Text ist nicht überliefert; Alex. C. 6.50.5 (a.223) nimmt aber auf die Konstitution Bezug, vgl. *Liebs*, FS Leipold 1020 mit Fn. 36; *Nasti*, Index 44 (2016) 115; zur zeitlichen Einordnung der Konstitution *Rüger*, Donatio (2011) 36.

[31] Speziell dem Fragment widmen sich die Abhandlungen von *Keller*, ZgR 12 (1845) 400–423;

Bedeutsam ist die Abgrenzung zwischen *donatio inter vivos* und *donatio mortis causa* außerdem für die Frage, ob der Beschenkte mit einem Fideikommiss (→ § 98 Rn. 13) beschwert werden kann. Von dieser nur für die *donatio mortis causa* gegebenen Möglichkeit ist häufig Gebrauch gemacht worden, besonders etwa im Zusammenhang mit Verfügungen über die Mitgift, wo durch das Fideikommiss das Geschenk dem Beschenkten wirtschaftlich sogar vollständig wieder entzogen wird.[32] **11**

Bemerkenswert ist deshalb, dass es offenbar Versuche gab, eine *donatio mortis causa* ausdrücklich *non mortis causa* zu vereinbaren, um dem Fideikommiss zu entgehen, wie der Fall Scaev. 18 dig. D. 32.37.3 zeigt.[33] Die Unterscheidung verliert im Hinblick auf das Fideikommissrecht in spät- bis nachklassischer Zeit ihre Bedeutung dadurch, dass mit Einführung der *querela inofficiosae donationis* durch Severus Alexander dem Recht des mit einem Fideikommiss Bedachten auch gegen eine *donatio inter vivos* zur Geltung verholfen wird (Paul. 14 resp. D. 31.87.4).[34] **12**

III. Die Rückforderung der *donatio mortis causa*

Dass die *donatio mortis causa* in bestimmten Fällen zurückgefordert werden kann, ist ihr Wesensmerkmal (→ Rn. 7–9).[35] Die Quellen nennen drei[36] Fallgruppen für eine **13**

Koschaker, SZ 37 (1916) 325–327; *Haymann*, SZ 38 (1917) 209–244; neuestens *Marrone*, St. Nicosia V 209–223; aus der Literatur zur *donatio mortis causa*: *Senn*, Donation (1914) 42 f., 49–51, 167–174; *Biondi*, Scr. III 760 f.; *Di Paola*, Donatio (1950) 158–166; *Amelotti*, Donatio (1953) 101, 104, 106–122; *Kaser*, TR 27 (1959) 215–218; *Rodríguez Díaz*, Donatio (2000) 129–138; *Rüger*, Donatio (2011) 44–68; speziell unter dem Aspekt der *fiducia*: *Bertoldi*, Negozio fiduciario (2012) 153–156.

[32] Pap. 8 resp. D. 31.77.2; Paul. 7 resp. D. 33.4.11; Ulp. 1 fideic. D. 32.3 pr.

[33] *Rüger*, Donatio (2011) 68–81; eingehend gegen die dort vertretene Auffassung *Kleňová*, SZ 136 (2019) 352–355: *fideicommissum a debitore relictum*, aber keine *donatio mortis causa*; gegen eine *donatio mortis causa*, aber doch für eine analoge Stellung des Beschwerten *Knütel*, SemCompl. 20–21 (2007–2008) 265 f., 274 f. Speziell zur Fassung der Stipulation in Scaev. 18 dig. D. 32.37.3 *Finkenauer*, Stipulation (2010) 108 f. mit Fn. 87; Untersuchungen im Hinblick auf das erwähnte Fideikommiss bei *Erxleben*, Condictiones II (1853) 304 f.; *Hellwig*, Verträge (1899) 8–12; *Beseler*, SZ 45 (1925) 264 f.; *Pacchioni*, Contratti (1933) 409–431, besonders 424 f.; *Wesenberg*, Verträge (1949) 58–60; *Astolfi*, Legati I (1964) 71; *Wacke*, TR 39 (1971) 263 f.

[34] *Rüger*, Donatio (2011) 81–89; zum Ursprung der *querela inofficiosae donationis Donatuti*, St. Riccobono III 425; vgl. ferner *Liebs*, FS Leipold 1023 mit Fn. 58; zum Rechtsschutz von Fideikommissen im Prinzipat eingehend *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 140–213.

[35] Vgl. Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.2: *Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur.* – Hingegen scheinen Iul. 17 dig. D. 39.6.13.1 und Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.4 eine *donatio mortis causa* ohne jedes Rückforderungsrecht zuzulassen. Zu diesem Widerspruch und den Erklärungsversuchen in der Pandektistik *Rüger*, Donatio (2011) 41–44.

[36] Vgl. die Aufzählungen in Iul. 17 dig. D. 39.6.13.1; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.4; Inst. 2.7.1. Eine neuerdings von *Murillo Villar*, Revocación (2007) 100–105 eingeführte vierte Kategorie („Revocación cuando el donatario modifica su situación jurídica“) ist den Klassikern nicht geläufig. Die

Rückforderung bzw. einen Widerruf (*revocatio*): (1) wegen Vorversterbens (Prämorienz) des Beschenkten (*si ille qui accepit prior decesserit*),[37] (2) wegen Überstehens einer konkreten Todesgefahr, in die der Schenker geraten war,[38] oder (3) weil der Schenker seinen Willen geändert hat (*revocatio ex paenitentia*[39] bzw. *restitutio mutata voluntate*[40]).

14 Während die ersten beiden Rückforderungstatbestände von jeher allgemein anerkannt sind,[41] ist die Frage der Klassizität des sog. Reurechts (*revocatio ex paenitentia*)[42] die umstrittenste Frage zur *donatio mortis causa* überhaupt. Die ältere Literatur hat ein Reurecht in klassischer Zeit im Allgemeinen nicht in Frage gestellt.[43] In der ersten Hälfte des 20. Jh.s setzt sich zunehmend die von Cugia[44] maßgeblich begründete Auffassung von der Interpolation aller das Reurecht betreffenden Stellen durch. Obwohl einige Autoren ein klassisches Reurecht zumindest für bestimmte Konstellationen verteidigen,[45] gilt die Interpolation des Reurechts bald als nahezu unbestrittene

---

von *Murillo Villar* angeführten Stellen lassen sich den drei herkömmlichen Fallgruppen zuordnen, vgl. *Rüger*, Donatio (2011) 221 Fn. 1.

[37] Z. B. Iul. 17 dig. D. 39.6.13.1; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.4; Inst. 2.7.1. – Zur ausdrücklichen Vereinbarung des Rückgaberechts durch *stipulatio* oder *pactum fiduciae Ombretta Cuneo*, St. Martini I 801 f.

[38] Hier schwankt die Terminologie je nach der Gefahr, an die im konkreten Fall gedacht war. Im Hinblick auf den häufigen Fall einer lebensbedrohlichen Krankheit findet sich häufig *convalescere*, vgl. Afr. 9 quaest. D. 39.6.24; Gai. 8 ed. prov. D. 39.6.31.3; Iul. 10 dig. D. 12.1.19 pr.; Iul. 17 dig. D. 24.1.4; D. 39.6.13 pr.,1; Iul. 29 dig. D. 39.6.16; Iul. 60 dig. D. 39.6.18.1,2; Iul. 80 dig. D. 39.6.19; Marcell. 23 dig. D. 40.1.15; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 12.4.12; Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.3; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.3,4,6; Paul. 17 Plaut. D. 39.6.39; Scaev. 3 quaest. D. 24.1.56; Tryph. 9 disp. D. 23.3.76; Ulp. 17 ed. D. 39.6.29; Ulp. 15 l. Iul. Pap. D. 39.6.37.1. – Dasselbe meint Paul. sent. 3.7.2 mit *cessante valetudine et sequente sanitate*. Paul. sent. 3.7.1 behandelt die Rückkehr von einer lebensgefährlichen Reise (*si reversus fuerit*).

[39] Ulp. 3 Sab. D. 24.1.22; Ulp. 21 ed. D. 39.6.30; Paul. sent. 3.7.2; Inst. 2.7.1; Novell. Iust. 87 (a.539); auch Tac. ann. 13,27.

[40] Iul. 17 dig. D. 39.6.13.1; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35.4.

[41] Für eine gute Literaturübersicht bezüglich der ersten beiden Rückforderungstatbestände siehe *Murillo Villar*, Revocación (2007) 93–100; zudem *Rodríguez Díaz*, Donatio (2000) 107–112; ferner *Jung*, FS Huwiler 325–357, jedoch ohne Auseinandersetzung mit dem Reurecht.

[42] Teilweise wird synonym zur *revocatio ex paenitentia* der (nicht klassische) Begriff einer *revocatio ad libitum* verwendet, etwa *Di Paola*, Donatio (1950) 68; *Archi*, Donazione (1960) 257; *Tort-Martorell Llabrés*, Revocación (2003) 51; *Murillo Villar*, Revocación (2007) 106.

[43] Nachweise zum älteren Schrifttum bis zur Pandektistik bei *Rüger*, Donatio (2011) 222 f.

[44] *Cugia*, Mortis causa (1910) 88–99, insb. 89 f., 92.

[45] *Senn* erkennt ein Reurecht (nur) bei der *donatio mortis causa* mit Sachübergabe an (*Senn*, Donation (1914) 46–49 gegenüber 64–66); *Haymann*, SZ 38 (1917) 237, stellt auf die Vereinbarung im Einzelfall ab (*quid acti sit*); *Biondi*, Scr. III 758 hält die Vereinbarung eines Reurechts durch Stipulation für möglich, später auch weitergehend die freie Widerruflichkeit überhaupt (*Biondi*, Successione (1955) 712 f. mit Fn. 3). *Bonfante*, Scr I. 427 Fn. 2, und *Suman*, Favor testamenti (1916) 204–211 verteidigen die Klassizität des Reurechts. *Archi*, Donazione (1960) 257 hält das Reurecht für nachklassisch, aber vorjustinianisch.

Lehre.[46] Nachdem Voci[47] dieser herrschenden Lehre entgegengetreten ist und Kaser[48] eine Neuuntersuchung der fraglichen Stellen angeregt hat, finden sich auch in der zweiten Hälfte des 20. Jh.s beide Auffassungen;[49] die Diskussion dauert an.[50]

Gegen ein Reurecht in klassischer Zeit wird eingewandt: Bei einer freien Widerruflichkeit der *donatio mortis causa* hätten die speziellen Rückforderungstatbestände der Konvaleszenz und Prämorienz keinen sinnvollen Anwendungsbereich.[51] Das übersieht aber, dass der Schenker in bestimmten Fällen das Geschenk womöglich zurückfordern möchte, während die Bedingung *si convaluerit donator* noch in der Schwebe ist.[52] Zudem muss das Reurecht als höchstpersönliches und unvererbliches[53] Recht vom Schenker ausgeübt werden, während Konvaleszenz und Prämorienz ohne eine Erklärung des Schenkers dessen Erben zur Rückforderung berechtigen. **15**

Zweitens wird eingewandt, die Einführung des Reurechts sei eine Maßnahme der von Justinian vorgenommenen Angleichung an das Legatsrecht.[54] Dagegen spricht, dass die einschneidenden Maßnahmen zur Anwendung der erbrechtlichen Gesetzgebung auf die *donatio mortis causa* zwischen Hadrian und Severus Alexander stattfinden (→ Rn. 3).[55] Mit der bei Iust. C. 8.56.4 (a.530) genannten Angleichung der *donatio mortis causa* an das Legatsrecht wird daher besonders die Beseitigung der von Konstantin errichteten Formvorschriften gemeint sein.[56] **16**

---

[46] Insbesondere stimmen die drei Monographien der 1950er Jahre in diesem Punkt überein: *Di Paola*, Donatio (1950) 61–93, insb. 68–72; *Amelotti*, Donatio (1953) 207–210 (Zusammenstellung der Interpolationsbehauptungen 208 Fn. 17); *Simonius*, Donatio (1958) 117–143.

[47] *Voci*, DER II 463.

[48] *Kaser*, RP II 566 Fn. 13.

[49] Weiterhin gegen Klassizität: *Yaron*, RIDA 13 (1966) 375; *Di Paola*, Corso (1969) 40–52; für Klassizität: *Rastätter*, Marcelli notae (1981) 77–79; *Riechelmann*, Paenitentia (2005) 76–81.

[50] Eingehende Neuuntersuchung bei *Rodríguez Díaz*, Donatio (2000) 112–124 mit einem Votum für die Klassizität des Reurechts bei der aufschiebend bedingten Schenkung; weiterhin gegen Klassizität *Tort-Martorell Llabrés*, Revocación (2003) 46, 51 f., 161 und neuestens *Kleňová*, SZ 136 (2019) 357: „unwiderrufliche Schenkung, die erst mit Tod des Schenkers zustande kommen konnte"; ohne klare Position *Murillo Villar*, Revocación (2007) 105–108; wiederum für Klassizität *Liebs*, FS Leipold 1015, 1017; *Rüger*, Donatio (2011) 229–242; *Harke*, Römisches Recht [2](2016) 173 f., 330; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 79 Rn. 4; für nachklassischen, aber vorjustinianischen Ursprung neuerdings wieder (wie vormals *Archi*) *Scevola*, in: Garofalo, Scambio e gratuità (2011) 261 f. in Fn. 26; *Mitschke-Collande*, Auswirkungen der Geburt (2016) 66.

[51] *Biondi*, Scr. III 760; *Simonius*, Donatio (1958) 129.

[52] Iul. 29 dig. D. 39.6.16: *Mortis causa donatio etiam dum pendet, an convalescere possit donator, revocari potest.*

[53] Für die Ehegattenschenkung sagt dies ausdrücklich die *oratio Severi*: Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.2 (hierzu *Rüger*, Donatio (2011) 228 mit Fn. 56); für die *donatio mortis causa* allgemein Ulp. 21 ed. D. 39.6.30 (hierzu *Rüger*, Donatio (2011) 233 f.).

[54] *Biondi*, Scr. III 768; *Di Paola*, Donatio (1950) 70.

[55] *Suman*, Favor testamenti (1916) 205 f.; *Rüger*, Donatio (2011) 28 f., 87; zustimmend *Tort-Martorell*, SZ 130 (2013) 689.

[56] Anders *Schindler*, Justinians Haltung (1966) 17.

IV. Besondere Anwendungsfälle

1. Die Ehegattenschenkung auf den Todesfall

17 Für Ehegatten liegt der praktische Nutzen der *donatio mortis causa* in der Umgehung des Schenkungsverbotes[57] (→ § 33 Rn. 48, § 35 Rn. 161). Typische Anwendungsfälle sind etwa: die Nießbrauchsbestellung durch die Frau zur Versorgung des Mannes nach ihrem Tod;[58] die Zuwendung der Mitgift an den Mann;[59] umgekehrt die Zuwendung einer Geldsumme[60] oder auch eines Sklaven[61] vom Mann an die Frau. Gemischte Schenkungen sind in diesem Zusammenhang allerdings nicht belegt.[62]

18 Die Zulässigkeit solcher Schenkungen wird in der Hochklassik damit begründet, dass sie erst nach Auflösung der Ehe wirksam werden,[63] weshalb sogar wechselseitige Schenkungen der Ehegatten als wirksam anerkannt werden, sofern die Ehegatten gleichzeitig verstorben sind;[64] im Gegensatz zur *donatio inter exteros* ist also für die Ehegattenschenkung zunächst vom aufschiebend bedingten Vollzug als Regelfall auszugehen.[65] Die Unterscheidung wird jedoch mit einer *oratio Severi* von 206 n. Chr., die nichtige Ehegattenschenkungen nach Fideikommissrecht konvaleszieren lässt, weitgehend obsolet; Unterschiede zwischen nichtiger Ehegattenschenkung *inter vivos* und zulässiger *donatio mortis causa* bleiben aber in Fragen der Rückwirkung bestehen.[66]

---

[57] Grundlegend zur Herkunft des Schenkungsverbotes: *Misera*, Bereicherungsgedanke (1974) 238–246; zur Einordnung in den Zusammenhang der *donatio mortis causa*: *Misera*, Bereicherungsgedanke (1974) 73–79; *Rüger*, Donatio (2011) 90–97.

[58] Pap. 10 quaest. D. 24.1.52.1; dazu *Ankum*, Index 22 (1994) 649; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 334–336; *Rüger*, Donatio (2011) 111–115.

[59] Ulp. 1 fideic. D. 32.3 pr.; dazu *Wacke*, FS Lübtow (1990) 71 f.; *Rüger*, Donatio (2011) 123–131.

[60] Labeo, Julian bei Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.1; dazu *Ankum*, Index 22 (1994) 648; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 331; *Rüger*, Donatio (2011) 97–111.

[61] Ulp. 3 Sab. D. 24.1.22; dazu *Simonius*, Donatio (1958) 139 f., 285 f.; *Robbe*, Diritto ereditario (1962) 308 f.; *Voci*, DER II 466 f.; *Rodríguez Díaz*, Donatio (2000) 182; *Riechelmann*, Paenitentia (2005) 97–99; *Rüger*, Donatio (2011) 139–149.

[62] Vgl. aber allgemein zur *venditio donationis causa Salomone*, Venditio donationis causa (2012) 29–62; und zur gemischten Schenkung *Scevola*, Negotium mixtum (2008) 77–155 und 193 f. mit Fn. 27.

[63] Gai. 11 ed. prov. D. 24.1.10; Ulp. 32 Sab. D. 24.1.11 pr.

[64] Marcian. 2 reg. D. 39.6.26; Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.14. – Dabei ist bemerkenswert, dass die (offenbar anerkannte) Wirksamkeit der wechselseitigen *donatio mortis causa inter virum et uxorem* bei gleichzeitigem Versterben der Ehegatten von Ulpian als Argument dafür herangezogen wird, wechselseitige (nichtige) Ehegattenschenkungen *inter vivos* nach der *oratio Severi* (und über deren Wortlaut hinaus) konvaleszieren zu lassen; vgl. zum Zusammenhang beider Stellen *Misera*, IJ 25–27 (1990–92) 338, 340 f.

[65] *Misera*, IJ 25–27 (1990–92) 341.

[66] Zum Schenkungsverbot und zur *oratio Severi* in diesem Zusammenhang *Misera*, Bereicherungsgedanke (1974) 151 f.; *Misera*, IJ 25–27 (1990–92) 335 f. und die dort in Fn. 4 zitierte Literatur; *Rüger*, Donatio (2011) 93, 96 f.; beachte ferner den Hinweis bei *Babusiaux*, SZ 136 (2019) 208 Fn. 274

2. Verfügungen über den Anspruch auf Rückerstattung der Mitgift

Die *donatio mortis causa* kommt in der Spätklassik auch zum Einsatz, wenn eine Frau den Verbleib der von ihr eingebrachten Mitgift (→ § 35 Rn. 25, 120, § 89 Rn. 1) für die Zeit nach ihrem Tod regeln will. Weil ein in Frg. Vat. 98 überliefertes Testierverbot die Frau daran hindert, direkt im Wege eines Testamentes über ihre Mitgift zu verfügen,[67] geht sie den folgenden Umweg: Sie beauftragt einen Dritten – in der Regel einen nahen Verwandten, häufig das Kind aus erster Ehe[68] –, sich die Rückgabe der Mitgift vom Ehemann versprechen zu lassen. Der Dritte ist in der Regel Donatar *mortis causa*,[69] bisweilen aber auch Mandatar.[70] Mit einem Fideikommiss, das die Frau sodann in aller Regel dem Dritten auferlegt, verlangt sie ihm den zumindest teilweisen Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruches ab und sorgt so im Ergebnis dafür, dass die Mitgift oder ein Teil davon doch dem Mann verbleibt. **19**

V. Sonstiger Erwerb von Todes wegen (*mortis causa capio*)

Der Begriff *mortis causa capere* fasst schon in klassischer Zeit Erwerbsarten von Todes wegen zusammen, die weder Erbschaft noch Vermächtnis sind. Neben allen Fällen der *donatio mortis causa* gehört dazu der – begrifflich von der *donatio mortis causa* nicht erfasste – Fall, in dem die Bedingung *si convaluerit* sich nicht auf den Schenker, sondern auf einen Dritten bezieht.[71] Weiter gehören dazu etwa der Erhalt einer Zahlung, die **20**

auf die zwischen Ehegatten verbreitete Praxis, Schenkungen durch Fideikommisse bestätigen zu lassen.

[67] Eingehend dazu *Wacke*, FS Lübtow (1990), 63 f., der das damit erklärt, dass die Mitgift beim Erbfall noch im Eigentum des Mannes stehe und daher nicht zum Nachlass gehöre; vgl. auch *Wacke*, Iura 46 (1995) 40; zur Frage einer dinglichen Berechtigung der Ehefrau an den Dotalsachen eingehend *Stagl*, Favor dotis (2009) 235–294, insb. 281. – Zu den spät- und nachklassischen Entwicklungen *Söllner*, Actio rei uxoriae (1969) 106 f.; *Solazzi*, Restituzione (1899) 395 f.; zur *formula* der *actio rei uxoriae Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 270–274.

[68] Pap. 8 resp. D. 31.77.2; Scaev. 18 dig. D. 32.37.4.

[69] Pap. 8 resp. D. 31.77.2; Paul. 7 resp. D. 33.4.11; Ant. C. 5.12.2 (a.213); Gord. C. 8.56.2 (a.239); zu allen Stellen *Rüger*, Donatio (2011) 161–197, jeweils mit weiteren Nachweisen; gegen die dort vertretene Annahme, das Fideikommiss entspreche jeweils einem Widerruf der Schenkung, *Kleňová*, SZ 136 (2019) 353 („nachträgliche selbständige Anordnung“).

[70] Scaev. 18 dig. D. 32.37.4 (dazu jeweils *Schulz*, Symb. Lenel 188 f.; *Archi*, FS Rabel II 9–12; *Cosentino*, BIDR 69 (1966) 331 f.; *Santalucia*, Legati (1964) 132–139; *Klami*, Entscheidung und Begründung (1975) 54–60; *Betancourt*, AHDE 50 (1980) 706 f.; *Sixto*, Anotaciones I (1989) 83–95; *Wacke*, FS Lübtow (1990) 65–67; *Wacke*, Iura 46 (1995) 40–42; *ter Beek*, Dolus II (1999) 991–993; *Rüger*, Donatio (2011) 154–161; *Wolf*, SDHI 76 (2010) 3 f.); Paul. 7 resp. D. 33.4.11 (dazu jeweils *Solazzi*, Estinzione (1935) 74 f.; *Schwarz*, SZ 63 (1943) 362; *Archi*, FS Rabel II 13 f.; *Amelotti*, Donatio (1953) 172; *Astolfi*, Legati I (1964) 225–229; *Wacke*, FS Lübtow (1990) 67 f.; *Rüger*, Donatio (2011) 174–190).

[71] Iul. 60 dig. D. 39.6.18 pr.; zur Stelle *Amelotti*, Donatio (1953) 127, 230 f.; *Simonius*, Donatio (1958) 17 f., 26–30, 111; ausführlich jetzt *Genovese*, Mortis causa capitur (2011) 215–223.

dem Sklaven im Zusammenhang mit seiner testamentarischen Freilassung auferlegt wird,[72] oder die Zahlung, die der Erbe leistet, der unter der Bedingung ebendieser Zahlung zum Erben eingesetzt worden war,[73] schließlich auch die Zahlung, die jemand für den Antritt oder Nichtantritt einer Erbschaft oder die Ausschlagung eines Vermächtnisses von einem Dritten erhält.[74]

21 Da in all diesen Fällen der Erwerb mit dem Tod irgendeiner Person – nicht des unmittelbar Zuwendenden – in Verbindung steht,[75] befürwortet Julian die Möglichkeit, den Empfänger – ebenso wie den Donatar *mortis causa* – mit einem Fideikommiss (→ § 98 Rn. 1, 13) zu beschweren.[76] Hingegen findet die *lex Falcidia* (→ § 100 Rn. 1, 12) auf solche Erwerbsarten keine Anwendung;[77] das ändert sich wohl erst mit Justinian.[78]

[72] Marcell. 1 l. Iul. Pap. D. 39.6.38; zur Stelle *Senn*, Donation (1914) 131; *Amelotti*, Donatio (1953) 227–232; *Simonius*, Donatio (1958) 7; *Rüger*, Donatio (2011) 25.

[73] Marcell. 1 l. Iul. Pap. D. 39.6.38.

[74] Gai. 8 ed. prov. D. 39.6.31.2.

[75] Gai. 8 ed. prov. D. 39.6.31 pr.; dazu *Amelotti*, Donatio (1953) 74 f., 223; *Simonius*, Donatio (1958) 21–23.

[76] Iul. 39 dig. D. 30.96.4; vgl. *Genovese*, Mortis causa capitur (2011) 273 f. in Fn. 110.

[77] Paul. l. Falc. sing. D 35.2.1.8 und hierzu eingehend *Genovese*, St. Metro III 43–58; *Genovese*, Mortis causa capitur (2011) 135–151; Gai. 3 ed. praet. urb. D. 35.2.76 pr. und dazu *Schanbacher*, Ratio (1995) 141 Fn. 21; *Genovese*, St. Metro III 47 Fn. 13.

[78] Erst unter Justinian erfolgte die Anwendung der *lex Falcidia* auf jede Art von *mortis causa capio*: Iust. C. 6.50.18 (a.531); hierzu *Genovese*, Mortis causa capitur (2011) 127.

§ 100 Beschränkungen der Testierfreiheit (*lex Falcidia* und *SC Pegasianum*)

Dietmar Schanbacher

Ferrini, Teoria generale dei legati e dei fedecommessi, 1889 (Ndr. 1976); *Bonifacio*, Ricerche sulla lex Falcidia de legatis, 1948; *Voci*, Diritto ereditario romano II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria, 2. Aufl., 1963; *Voci*, Diritto ereditario romano I. Introduzione. Parte generale, 2. Aufl., 1967; *Wacke*, Die Rechtswirkungen der lex Falcidia, in: Studien im römischen Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern, 1973, 209–251; *Mannino*, Il calcolo della „quarta hereditatis" e la volontà del testatore, 1989; *Manthe*, Das senatus consultum Pegasianum, 1989; *Schanbacher*, Ratio legis Falcidiae. Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand, 1995; *Astolfi*, La lex Iulia et Papia, 4. Aufl., 1996.

Inhalt Rn.

I. Die *lex Falcidia* 1
II. Anwendungsbereich 12
1. Erweiterungen 12
2. Einschränkungen 13
III. Der Vollzug der falzidischen Kürzung 17
1. Die falzidische Rechnung 17
a. Vermögen 18
b. Legate 28
c. Gegenüberstellung 32
d. Verteilung der Kürzungslast 33
e. Weiteres 38
2. Verfahren 39
a. Sofortige Kürzung 40
b. Spätere Kürzung 41
c. Relativierungen 43
IV. Die falzidische Rechnung bei mehreren Erbteilen 46
V. Die falzidische Rechnung bei der Pupillarsubstitution 51
VI. *SC Pegasianum* 59
VII. Das Recht der *caduca* 67
1. Begriff 67
2. Fälle 68
a. Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit 68
b. Ereignisse um den Erbfall 79

c. Ereignisse vor dem Erbfall 80
3. Folgen 81
4. Testierpraxis 84
5. Niedergang 85

I. Die *lex Falcidia*

1 Die *lex Falcidia*, deren Text Paulus zu Beginn seines *liber singularis ad legem Falcidiam* in wesentlichen Teilen[1] wiedergibt,[2] ein auf Antrag des Tribunen P. Falcidius im Jahre 41 v. Chr. ergangenes Plebiszit,[3] schränkt, um testamentarisch eingesetzte Erben zu veranlassen, sich nicht mangels jeglichen Vorteils oder angesichts eines nur sehr geringen Vorteils der Erbschaft zu entschlagen, sondern deren Nachteile auf sich zu nehmen,[4] die dem römischen Bürger verliehene Befugnis Legate zu vergeben dahingehend ein, dass den Erben aus dem Testament nicht weniger als ¼ der Erbschaft verbleiben muss. Die falzidische Quart ist das Maß der Legate (*modus legatorum*).[5] Javolen nennt

[1] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.81.2 erwähnt des Weiteren eine vom Gesetz selbst angeordnete Ausnahme (→ Rn. 13, 29).

[2] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1 pr. Der Text ist, einschließlich der paulinischen Einleitungsworte, letztlich nicht zu beanstanden; *Schanbacher*, Ratio (1995) 29–31. A. A. *Stein*, Athenaeum 75 (1987) 453–457 sowie *Stein*, RS II 779 f. (wo in der paulinischen Einleitung *usque ad dodrantem* für eine Glosse erklärt wird; in der Wiedergabe von Kap. 1 ein Ausfall nach bzw. vor *testamentum facere volet* angenommen sowie hinter *ut hac lege sequenti* das Wort *capite* ergänzt wird; in der Wiedergabe von Kap. 2 nach *pecuniam* einmal *quamve rem*, dann dreimal *eamve rem* eingefügt, *ita detur legatum* in *ita detur legetur* verwandelt, *iussus* als erläuternde Glosse gestrichen und schließlich das Schlussstück *quam damnatus est* in *quam dare damnatus erit* geändert wird).

[3] Die Datierung der *lex Falcidia* in das Jahr 41 v. Chr. ist umstritten. Dafür u. a. *Broughton*, Magistrates II 372; *Manthe*, Pegasianum (1989) 16, 221; *Manthe*, Geschichte [6](2019) 40, 81; *Schanbacher*, Ratio (1995) 28. Für Datierung erst in das Jahr 40 v. Chr. dagegen u. a. *Stein*, Athenaeum 75 (1987) 453; *Stein*, RS II 779; des Weiteren u. a. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 4; *Voci*, DER I 124; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 76 Rn. 24.

[4] Gai. 2.224,226,227; Inst. 2.22 pr. Verschiedentlich wird diese Darstellung bezweifelt und angenommen, es sei der *lex Falcidia* vor allem darum gegangen, der Erbenstellung einen materiellen Inhalt zu geben: *Woeß*, Erbrecht (1911) 145; *Steinwenter*, s. v. lex Falcidia, RE XII.2 2347; *Hennig*, Lex Falcidia (1999) 104–108 (s. des Weiteren 85–92 über die Auffassung von *Lassalle* und *Dernburg*) und vgl. krit. *Schanbacher*, SZ 118 (2001) 484–486. Dass es nicht Ziel des Gesetzes gewesen sei, die Last des Erben zu erleichtern (*Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 3 Fn. 2) kann man dagegen auch nicht sagen. Liegt doch darin gerade die Begründung des Motivs, die Erbschaft mitsamt ihren Nachteilen anzunehmen. So weist Paul. 32 ed. D. 35.2.71 auch ausdrücklich darauf hin, dass die *lex Falcidia* des Erben wegen ergangen sei. Justinian, der dann den Ausschluss der falzidischen Kürzung durch den Testator zulässt (Novell. Iust. 1.2.2 [a.535] s. → Rn. 10), ermahnt hingegen den Erben, seinen Vorteil nicht im Materiellen, sondern im Ideellen zu suchen. Gaius stellt die *lex Falcidia* im Rückblick in eine Reihe mit den *leges Furia* und *Voconia*, die allesamt das Ziel verfolgt hätten, die Testamentserbfolge zu sichern; Gai. 2.224–227; ebenso Inst. 2.22 pr. Daran wird gezweifelt; *Wesel*, Rhetorische Statuslehre (1967) 123; *Hennig*, Lex Falcidia (1999) 93–104; vgl. krit. *Schanbacher*, SZ 118 (2001) 485 f. Fn. 28.

[5] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1 pr.

sie „das Recht der *lex Falcidia*“,[6] Gaius „das Maß der *lex Falcidia*“,[7] und für die Institutionen Justinians ist sie „das Maß“ schlechthin.[8] Demnach können Legate nicht über ¾ der Erbschaft hinaus vergeben werden.[9]

Es wird dabei vorausgesetzt, dass sich der Vergabewille des Testators in den Grenzen des Vermögens hält, m. a.W. die Grenzen des Vermögens nicht überschreitet.[10] Diese Grenzen werden dem Vergabewillen des Testators durch XII tab. 5.3 gezogen (*ultra-vires*-Prinzip).[11] Die *lex Falcidia* lässt den Zwölftafelsatz insofern unangetastet, was dazu führt, dass *ultra vires* vergebene Legate zweimal gekürzt werden, zunächst (a) aufgrund des *ultra-vires*-Prinzips und XII tab. 5.3, dann (b) aufgrund der *lex Falcidia*.[12] 2

---

[6] Iav. 4 epist. D. 35.2.61: *ius legis Falcidiae*.

[7] Gai. 4 ed. prov. D. 4.3.23: *supra modum legis Falcidiae*.

[8] Inst. 2.22.1: *supra modum*. – Die falzidische Quart ist zu sondern vom Pflichtteil, dessen Hinterlassung die Querel ausschließt (→ § 55 Rn. 23–25). Dort geht es darum, den Pflichtteilsberechtigten gegenüber dem Testamentserben, hier darum, den Testamentserben gegenüber Legataren zu sichern. Der Pflichtteil beträgt ebenfalls ¼ (Plin. epist. 5,1,9; Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.6,8; Ant. C. 3.28.6 [a.212]; Alex. Cod. Greg. Visig. 2.4.1 [a.235]; Alex. Cod. Greg. Visig. 2.4.2 [a.223] [FIRA II 657 f.]; Paul. sent. 4.5.6; Inst. 2.18.6,7), ehe er auf ⅓ bzw. ½ erhöht wird (Novell. Iust. 18.1 [a.536]); *Voci*, DER II 676 f., 732 f. Auf diese Quote wurde er nach dem Vorbild der *lex Falcidia* in der Gerichtspraxis festgelegt; *Voci*, DER II 676 Fn. 30. Es ist daher kein Wunder, dass sich die Terminologie überschneidet; *Voci*, DER II 677. *Falcidia* kann sein: die falzidische Quart (so zumeist) oder (so gelegentlich) das Pflichtteilsviertel: Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.9 (Wortspiel; *Schanbacher*, SZ 118 (2001) 481). S. des Weiteren die Interpretatio zu Alex. Cod. Greg. Visig. 2.4.2 (a.223) (FIRA II 658) u. a.; *Voci*, DER II 677 Fn. 33. Auch was die Berechnung angeht, steht der Pflichtteil unter dem Einfluss der *lex Falcidia*; Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.9,11; D. 35.2.42; *Voci*, DER II 677 mit Fn. 36 f. Die Voraussetzungen für eine sachliche Überschneidung sind erst im justinianischen Recht gegeben; *Schanbacher*, SZ 118 (2001) 480–483 (Vorrang der Pflichtteilskürzung). – Eine beeindruckende ‚Fernwirkung‘ der *lex Falcidia* bezeugt für Ägypten P.Wisc. I (= Pap.Lugd.Bat. XVI) 14 (131 n. Chr.); *Wolff*, Recht I 160 f.

[9] Gai. 2.227; Inst. 2.22 pr.

[10] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1 pr.: *is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet*. *Ius publicum* meint hier XII tab. 5.3 in ihrer negativen (begrenzenden) Funktion; *Schanbacher*, Ratio (1995) 31. A. A. *Stein*, Athenaeum 75 (1987) 455, 457 („the general law“) und *Stein*, RS II 780 („civil law“). In ihrer positiven (ermächtigenden) Funktion nimmt XII tab. 5.3 in Bezug Gai. 2.104. Den Zusammenhang sieht *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 7.

[11] Gai. 2.224; Inst. 2.22 pr.: XII tab. 5.3 wird von Gaius und den Institutionen Justinians in ihrer authentischen Fassung wiedergegeben; *Schanbacher*, Ratio (1995) 15–20; ebenso *Bretone*, Fondamenti (1998) 26–34; *Gröschler*, SZ 117 (2000) 580. Bestritten. Vielfach wird angenommen, der Zwölftafelsatz habe wie in Ulp. reg. 11.14 wiedergegeben gelautet; so u. a. von *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 6 Fn. 9; weitere Nachweise bei *Schanbacher*, Ratio (1995) 16 Fn. 3; ferner so *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 308 f.; *Manthe*, Geschichte [6](2019) 54. Dies ist jedoch ausgeschlossen; s. *Schanbacher*, Iura 61 (2013) 214 f. Zweifelnd jetzt *Kaser/Knütel/Lohsse* § 67 Rn. 5. Eine kombinierende Rekonstruktion findet sich bei *Humbert*, RS II 635–640. – Die Verknüpfung des *ultra-vires*-Prinzips mit XII tab. 5.3 ist bestritten; s. Nachw. bei *Schanbacher*, Ratio (1995) 23 Fn. 38.

[12] *Schanbacher*, Ratio (1995) 31–33. Ulp. 8 disp. D. 35.2.82 rechnet allerdings (vereinfachend) in einem Zug. Justinian macht falzidische Kürzung und *ultra-vires*-Kürzung von der Errichtung eines

3 Nach der Lehre des Sabinus[13] haben sowohl *ultra-vires*-Kürzung als auch falzidische Kürzung proportional zu erfolgen;[14] die *lex Falcidia* selbst legt sich insofern nicht fest.[15] Proportionalität der Kürzung ist freilich ein Grundsatz, der nicht immer durchzuhalten ist.[16]

4 Die *lex Falcidia* greift in jenen Zwölftafelsatz jedoch insofern ein,[17] als sie die Ermächtigung zur Vergabe von Legaten nunmehr selbst übernimmt; diese reicht bis zu ¾ der Erbschaft. Daraus folgt, dass Legate, soweit sie darüber hinausgehen, ohne Weiteres nichtig sind. Ab der Grenze des Vermögens folgt die Nichtigkeit ohne Weiteres aus dem *ultra-vires*-Prinzip und XII tab. 5.3.[18] Die Grenze folgt aus der Ermächtigung, nicht umgekehrt.

5 So werden Legate, die ¾ der Erbschaft überschreiten, proportional durch das Gesetz von Rechts wegen verringert.[19] Dies wird von Gaius veranschaulicht. Wenn etwa jemand, der 400 im Vermögen hatte, die ganzen 400 verteilte, wird ¼ den Legataren abgezogen, wenn er 350 vermachte, ⅛.[20] ¼ bzw. ⅛ ist die in einer Quote des Vermögens ausgedrückte Kürzungslast.[21] Wenn jemand 500 vermachte, der 400 hatte, wird zunächst 1/5, dann ¼ abgezogen. Denn zunächst ist abzuziehen, was die Grenzen des Vermögens überschreitet, dann, was aus dem Vermögen beim Erben verbleiben muss.[22] Der erste Abzug erfolgt aufgrund des *ultra-vires*-Prinzips, der zweite aufgrund der *lex Falcidia*. 1/5 bzw. ¼ ist die in einer Quote des zunächst hypothetischen, dann wirklichen Vermögens ausgedrückte Kürzungslast. Inst. 2.22.3 übernehmen die Rechenbeispiele des Gaius. Doch verteilt Gaius die Kürzungslast, verteilen die Institutionen Justinians ¾ des Vermögens auf die Legate.[23] Das Ergebnis ist dasselbe. Die

---

Inventars durch den Erben abhängig; Iust. C. 6.30.22.4 (a.531); Novell. Iust. 1.2.1,2 (a.535); *Ferrini*, Teoria generale (1889) 536 f.; *Voci*, DER II 757 mit Fn. 17; *Wacke*, FS Kaser (1973) 226.

[13] Sabinus bei Marcellus bei Iul. 32 dig. D. 30.80.

[14] S. des Weiteren Gai. 18 ed.prov. D. 35.2.73.5; Tryph. 18 disp. D. 29.1.18.1; Inst. 2.22.3; *Schanbacher*, Ratio (1995) 24 f., 32 f.

[15] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1 pr.: *dum ita detur legatum* (Singular).

[16] Zur Lösung bei unteilbaren Legaten s. → Rn. 7.

[17] Wozu sie, obwohl bloßes Plebiszit (→ Rn. 1), aufgrund der *lex Hortensia* (→ § 2 Rn. 31) in der Lage ist.

[18] Scaev. 15 quaest. D. 35.2.23: *sed si via legetur* etc.; *Schanbacher*, Ratio (1995) 24 mit Fn. 43 (mit weiteren Quellen). Fragwürdig *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 27 zu Scaev. l. c. („una glossa mal rifusa nel testo“) und *Wacke*, FS Kaser (1973) 241 (Itp.) sowie *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 173 f. („un intervento tardo antico, ispirato ad un maldestro eccesso di completomania“). Trotzdem ist es die *lex Falcidia*, die nicht nur über ¾ hinaus, sondern auch über das Vermögen hinaus Geleistetes zurückruft: Ulp. 79 ed. D 35.3.1.11; *Schanbacher*, Ratio (1995) 32 Fn. 10 (ebd. auch gegen diverse Itp.-Annahmen, u. a. von *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 12 Fn. 22).

[19] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.5: *pro rata portione per legem ipso iure minuuntur.*

[20] Gai. 18.ed. prov. D. 35.2.73.5.

[21] Und kein ‚Rechenfehler‘ (so jedoch *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 9 Fn. 14; *Mannino*, BIDR 84 (1981) 131 Fn. 13: „errore aritmetico“); s. schon *Schanbacher*, Ratio (1995) 32 Fn. 10.

[22] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.5.

[23] Schon Alex. C. 6.50.6.1 (a.223) ruft die Legate zur proportionalen Beteiligung an ¾ des Vermögens (*ad contributionem dodrantis*).

gajanischen Rechenbeispiele fügen sich gleichwohl ohne Bruch an, nachdem schon Gaius die Kürzungslasten in Quoten des Vermögens ausdrückt.

Die *lex Falcidia* ist eine *lex perfecta*.[24] Diesen Charakter hat sich, wie aus Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.5 hervorgeht, das Gesetz selbst beigelegt.[25] Die von selbst eintretende Kürzung wird in den Quellen vielfach deutlich artikuliert. So wenn gesagt wird, die Legate verringerten sich „von Rechts wegen".[26] Insofern lässt sich auch auf andere Ausdrücke und Wendungen verweisen.[27] Ausdrücke und Wendungen hingegen, die ein Tätigwerden des Beschwerten im Hinblick auf die Kürzung beinhalten,[28] sprechen nicht gegen den perfekten Charakter des Gesetzes, zeigen vielmehr, dass es notwendig ist, von der von Rechts wegen eintretenden Kürzung deren verfahrensmäßige Realisierung (→ Rn. 39–45) zu trennen.[29] Blumig ausgedrückt werden die Legatare zur *lex Falcidia* „gerufen".[30] **6**

Kommt gelegentlich gar eine *exceptio doli* ins Spiel, so ist dies durch Besonderheiten der Fallkonstellation veranlasst; die *exceptio doli* ist keineswegs allgemeines Mittel der falzidischen Kürzung.[31] Unteilbare Legate wie die *servitus legata* oder ein *opus municipio legatum* stehen ganz dem Legatar zu, während der beschwerte Erbe wegen des Kürzungsbetrages durch eine *exceptio doli* geschützt wird.[32] Hat ein mit mehreren Legaten beschwerter Erbe einige Legate geleistet, ohne die Kürzungsbeträge einzubehalten, so kann er bei den zur Leistung noch anstehenden Legaten die gesamte Kürzung konzentrieren, und zwar mittels *exceptio doli*.[33] Ist ein Grundstück mit einem Wege- **7**

[24] *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 3–36; *Voci*, DER II 782 und viele andere; *Schanbacher*, Ratio (1995) 34 f. mwN. in Fn. 20. A. A. etwa *Schwarz*, SZ 63 (1943) 314–367. Kritisch *Mannino*, Calcolo (1989) 29.

[25] *Schanbacher*, Ratio (1995) 34 f., 229. A. A. *Wacke*, FS Kaser (1973) 212–216 und *Kaser*, Verbotsgesetze (1977) 54 (die Jurisprudenz dem Gesetz). *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 9 f., hält es für möglich, dass in Gai. l.c. *ipso iure* etwas anderes bedeutet als *per legem* (so ist es) oder dasselbe, dann aber verstärkende Funktion habe. Zu weit geht die Annahme, die Worte *ipso iure* hätten im Gesetzestext gestanden (vgl. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 10 Fn. 17).

[26] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.5: *ipso iure minuuntur*.

[27] *Schanbacher*, Ratio (1995) 37 Fn. 35.

[28] *Schanbacher*, Ratio (1995) 38 Fn. 36.

[29] *Schanbacher*, Ratio (1995) 37 f., 229.

[30] Iav. 4 epist. D. 35.2.61.

[31] *Voci*, DER II 782 Fn. 98; *Schanbacher*, Ratio (1995) 38 f., 229; *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 167 mit Fn. 429 (167 f.). Die *exceptio doli* in Paul. 17 quaest. D. 35.2.22 pr. (*Mannino*, Calcolo (1989) 49 f. Fn. 111) dient nicht der falzidischen Kürzung (→ Rn. 21).

[32] Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.80.1; Pap. 7 quaest. D. 35.2.7; Paul. 71 ed. D. 44.4.5.1; *Voci*, DER II 783 mit Fn. 104; *Wacke*, FS Kaser (1973) 232–235; *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 171–173. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 20 Fn. 36, 24 mit Fn. 46 (24 f.), will noch mit Itp.-Annahmen helfen. – Nach Alex. C. 6.50.6.1 (a.223) sind allerdings alle Legate, auch in *operibus publicis conficiendis statuisque ponendis* vergebene, proportional zu ¾ zusammenzufassen (→ Rn. 6 Fn. 23).

[33] Scaev. 3 quaest. D. 35.2.16 pr.; *Ferrini*, Teoria generale (1889) 535 f.; *Voci*, DER II 785 mit Fn. 113; *Schanbacher*, Ratio (1995) 38 (Damnationslegate). A. A. *Wacke*, FS Kaser (1973) 243–245 (Vindikationslegate).

recht vermacht worden, und ist der auf beide Legate entfallende Kürzungsbetrag geringer als der Wert des Wegerechts, wird ein gänzlicher Erwerb von Grundstück und Wegerecht erwogen, bei Hereinholung der Kürzungsbeträge mittels *exceptio doli*.[34] Vor dem Hintergrund der einigen Miterben gegenüber erfolgreichen, einem Miterben gegenüber jedoch versagenden Testamentsanfechtung eines Sohnes bleibt eine *servitus legata* von Bestand, ist jedoch von Seiten des obsiegenden Miterben wie von Seiten des Sohnes nur gegen Leistung des Schätzwertes des jeweils hypothetisch abgehenden Anteils zu gewähren, letzteres nach dem Vorbild der *lex Falcidia*.[35] Werden schließlich bei einem Vermögen von 400 200 unbedingt vermacht, 200 unter der Bedingung, dass die *lex Falcidia* in dem Testament nicht eingreift, gerät das zweite Legat als Ganzes in den Strudel eines logischen Zirkels, aus dem es entsprechend dem Testatorwillen mittels *exceptio doli* geborgen wird.[36]

8 Dass die *lex Falcidia* eine *lex perfecta* ist, und sich die Legate „von Rechts wegen" verringern (→ Rn. 6), heißt nicht, dass dies auch in neuen Anwendungsbereichen des Gesetzes (→ Rn. 12) so sein müsste.[37] Septimius Severus unterwirft Schenkungen von Todes wegen dem Recht der *lex Falcidia* (→ Rn. 12). Und doch wird die auf einen schenkweisen Erlass von Todes wegen entfallende Kürzung nicht schon am Erlass selbst wirksam, vielmehr erst über eine *replicatio in factum concepta*.[38]

9 Nachteile und Beschränkungen, welche ältere Gesetze, nämlich die *lex Furia* (zwischen 204 und 169 v. Chr.) und die *lex Voconia* (169 v. Chr.) an den Erwerb von Legaten knüpften,[39] werden ausgeschlossen.[40] Wer angesichts eines Vermögens von 400 ein Legat von 300 erhalten hat, erwirbt es, ohne deswegen von den Sanktionen der *lex Furia* betroffen zu werden und ohne die Kürzung auf 200, die sich aus der *lex Voconia* ergeben würde.

10 Die *lex Falcidia* ist, wie schon XII tab. 5.3, worauf sie Bezug nimmt (→ Rn. 2), zwingendes Recht (*ius publicum*).[41] Der Testator kann die falzidische Kürzung nicht aus-

---

[34] Scaev. 15 quaest. D. 35.2.23; *Wacke*, FS Kaser (1973) 241 f.

[35] Pap. 7 resp. D. 31.76 pr.: *exemplo scilicet legis Falcidiae*. Abw. *Wacke*, FS Kaser (1973) 235–240 (Geltendmachung der *servitus legata* nur gegen den Sohn). *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 22–24 behauptet justinianische Hinzufügung von *plane petetur* etc.

[36] Afr. 5 quaest. D. 35.2.88.1; *Wacke*, FS Kaser (1973) 245–249; *Schanbacher*, Ratio (1995) 39; *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 168–171.

[37] Dies scheint aber *Mannino*, Calcolo (1989) 20–33, 141 anzunehmen.

[38] Pap. 13 resp. D. 35.2.15 pr.; *Schanbacher*, in: Harke, Erbrecht (2012) 121 mit Fn. 31. Vgl. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 30 Fn. 55 mit anderer Erklärung, der anscheinend auch *Voci*, DER II 784 Fn. 105 sowie *Mannino*, BIDR 84 (1981) 145–147 folgen (prätorische Wirkung des Erlasspactum); *Wacke*, FS Kaser (1973) 216 Fn. 37 (Sonderfall); desweiteren *Papa*, St. Labruna VI 3969–3982 (Erweiterungsverwirklichung).

[39] *Schanbacher*, Ratio (1995) 25–28, 228. S. desweiteren *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) bes. 73–101, 122–128.

[40] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1 pr.: *eis quibus quid* etc.; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 7 Fn. 20; *Wacke*, FS Kaser (1973) 213; *Schanbacher*, Ratio (1995) 33 f.; *Weishaupt*, Lex Voconia (1999) 141–143.

[41] S. Pap. 13 resp. D. 35.2.15.1 (zur Schenkung von Todes wegen); *Voci*, DER II 757 mit Fn. 16

schließen, weder auf direktem Wege, indem er etwa den Erben anweist, sich wegen der *Falcidia* mit bestimmten Gegenständen zufrieden zu geben,[42] noch auf indirektem Wege, indem er etwa für vermachte Gegenstände einen bestimmten Wert festlegt,[43] oder der Erbeinsetzung die Bedingung beifügt, dass der Eingesetzte *nostrae rei publicae* gegenüber erkläre, sich mit einem gewissen Betrag zufrieden zu geben und auf die Rechtswohltat der *lex Falcidia* zu verzichten,[44] oder den künftigen Erben veranlaßt, durch *stipulatio* auf die falzidische Kürzung zu verzichten,[45] oder indem er den Erben anweist, im Falle eines Vermögens von 400 die Erbschaft nicht anzutreten, ohne zuvor 380 oder einen anderen Betrag zu zahlen; in einem solchen Fall bleibt gleichwohl die Rechtswohltat der *lex Falcidia* unverkürzt erhalten.[46] Wohl aber kann der Testator dem Erben wirksam untersagen, die eigene gegen den Testator gerichtete Kreditforderung gegenüber den Legataren bei der falzidischen Rechnung zum Ansatz zu bringen.[47] Ansonsten kommen solche Forderungen als Passiva (→ Rn. 25) zum Ansatz.[48] Justinian beschränkt den Geltungsanspruch der *lex Falcidia*.[49] Es ist schon bezeichnend, dass er eine Umgehung der *lex Falcidia* durch Einsatz von Erbschaften für den Loskauf Gefangener und die Versorgung Armer ausdrücklich zulässt.[50] Justinian macht die falzidische Kürzung von der Errichtung eines Inventars durch den Erben abhängig; wird das Inventar nicht errichtet, soll der Erbe den Legataren sogar *ultra vires* haften (→ Rn. 2). Zudem soll nach Justinian ein ausdrücklich erklärter Wille des Testators die falzidische Kürzung ausschließen können.[51] Damit hat die *lex Falcidia* für die Zukunft

(Quellen; s. im Folgenden). Relativierend *Mannino*, Calcolo (1989) 1–139 (der jedoch die Frage nach dem perfekten Charakter der *lex* mit der Frage nach ihrem zwingenden Charakter vermengt und die falzidische Kürzung und ihren Vollzug nicht trennt).

[42] Gord. C. 6.50.11 (a.243).

[43] Iul. 32 dig. D. 30.81.4; Pap. 13 resp. D. 35.2.15.8 (allgemein).

[44] Scaev. 6 resp. D. 35.2.27; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 33 f.

[45] Pap. 13 resp. D. 35.2.15.1 (zur Schenkung von Todes wegen).

[46] Iust. C. 6.50.18 (a.531); *Voci*, DER II 756 mit Fn. 7. Dies wird von Justinian mit einem Vergleich zur Schenkung von Todes wegen begründet; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 34 („grossolano ricorso analogico“).

[47] Pap. 30 quaest. D. 35.2.12; *Voci*, DER II 757 Fn. 16; *Schanbacher*, Ratio (1995) 35 Fn. 20, 39, 40 Fn. 50. Die daraus sich ergebende Vergrößerung der Legate realisiert sich über die Schätzung des *arbiter Falcidiae* (→ Rn. 40), und zwar, wie Papinian sagt, *ratione doli mali exceptionis*. Welche Rolle eine *exceptio doli* in diesem Zusammenhang spielen sollte (*Mannino*, Calcolo (1989) 114–117 Fn. 288 a. E.; *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 206 f.), ist nicht erkennbar.

[48] Alex. C. 6.50.6 pr. (a.223).

[49] *Kaser*, RP II 562 (Tendenz, die Anwendung der Vorschrift abzuschwächen).

[50] Iust. C. 1.3.48 (a.531); *Voci*, DER I 427 f.

[51] Novell. Iust. 1.2.2 (a.535); *Ferrini*, Teoria generale (1889) 528–531; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 34–36; *Voci*, DER II 757 mit Fn. 18; *Wacke*, FS Kaser (1973) 229. Ob Justinian darüberhinaus auch einen nur schlüssigen Ausschluss der falzidischen Kürzung anerkannt hat, ist fraglich; *Ferrini* a. a. O. (skeptisch); zustimmend *Mannino*, Calcolo (1989) 148 Fn. 9. Nicht nur der Text der Novell. Iust. 1.2.2 (a.535) (Εἰ μέντοι ῥητῶς ἐπισκήψειε μὴ etc.), sondern auch die spätere Novell. Iust. 119.11 (a.544) sprechen dagegen; *Ferrini*, Teoria generale (1889) 530 f.

ihren Status als zwingendes Recht verloren.[52] Jahre später ordnet Justinian für den Fall eines testamentarischen Veräußerungsverbots die Nichtanwendung der *lex Falcidia* an, womit er einem nur schlüssig geäußerten Ausschlusswillen des Testators folgt.[53]

11 Der Erbe selbst kann schon immer auf eine Realisierung der falzidischen Kürzung verzichten. Denn die *lex Falcidia* ist seinetwegen ergangen und wird nicht dadurch verletzt, dass der Erbe sein Recht schmälert.[54] So kann der Erbe sich gegenüber dem Legatar durch *stipulatio* verpflichten, den Kürzungsbetrag zu leisten.[55] Justinian verbindet den Verzicht des Erben gegenüber einem Legatar mit der Folge, dass nunmehr alle Legate ungekürzt zu leisten sind.[56] Der Erbe kann die falzidische Kürzung noch lange nach dem Tode des Testators betreiben (→ Rn. 39–45); sie verfristet nicht,[57] kann aber verwirkt werden[58] oder gesetzlich ausgeschlossen sein.[59]

II. Anwendungsbereich

1. Erweiterungen

12 Durch das *SC Pegasianum* (unter Vespasian → Rn. 61) wird der Anwendungsbereich der *lex Falcidia* auf Erbschaftsfideikommisse erstreckt.[60] Wieder (→ Rn. 1) geht es darum, testamentarisch eingesetzte Erben zu veranlassen, sich nicht mangels jeglichen Vorteils oder angesichts eines nur sehr geringen Vorteils der Erbschaft zu entschlagen, wodurch die Fideikommisse hinfällig werden.[61] Das *SC* sieht vor, dass der mit einem Erbschaftskommiss beschwerte Erbe ¼ zurückbehalten kann, wie dies durch die *lex Falcidia* gestattet wird.[62] Dieselbe Zurückbehaltung wird bei Einzelfideikommissen

---

[52] Man kann sich fragen, inwieweit dies den Blick auf die früheren Quellen verändert hat: *Mannino*, Calcolo (1989) 160–167.

[53] Novell. Iust. 119.11 (a.544); *Ferrini*, Teoria generale (1889) 531.

[54] Paul. 32 ed. D. 35.2.71 (→ Rn. 1 Fn. 4).

[55] Marcell. 22 dig. D. 39.5.20.1; Ulp. 76 ed. D. 35.2.46; Iust. C. 6.50.19 (a.532); *Voci*, DER II 788 mit Fn. 126 f.; *Manthe*, Pegasianum (1989) 201–206 (Fideikommisse).

[56] Novell. Iust. 1.3 (a.535); *Ferrini*, Teoria generale (1889) 533–536 („una veramente strana disposizione"); *Voci*, DER II 757 Fn. 19 („la disposizione non può non dirsi stravagante"); vgl. *Mannino*, Calcolo (1989) 148 f. Fn. 10. Womit Justinian sich von gewissen Vorgängerentscheidungen absetzt; Novell. Iust. 1.3 (a.535) τοῦτο ὅπερ καὶ αἱ τῶν πρὸ ἡμῶν λέγουσι διατάξεις; *Ferrini*, Teoria generale (1889) 535 („oscuro inciso"). Ein Bezug auf Alex. C. 6.50.6.2 (a.223) (*Ferrini* a. a. O.) ist allerdings zweifelhaft (→ Rn. 43 Fn. 259).

[57] Mod. 6 reg. D. 35.2.58.

[58] Mod. 9 pand. D. 35.2.59 pr.; *Ferrini*, Teoria generale (1889) 537.

[59] So die pegasianische Quart im Fall des *fideicommissum tacitum* durch das *SC Plancianum*; Gai. tac. fideic. sing. D. 34.9.23; Pap. 15 quaest. D. 34.9.11; Paul. tac. fideic. sing. D. 49.14.49; Mod. 9 pand. D. 35.2.59.1; Alex. C. 6.50.3 (a.222); *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 263–276; *Manthe*, Pegasianum (1989) 19 mit Fn. 35; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 309–311.

[60] Gai. 2.254; Inst. 2.23.5.

[61] Gai. 2.254; Inst. 2.23.5.

[62] Gai. 2.254; Inst. 2.23.5. Nach dem *SC Pegasianum* kommt es auf die Beschwerung des einge-

gestattet,[63] allerdings nicht durch das *SC* selbst, sondern in Anknüpfung daran durch die Jurisprudenz.[64] Es möchte scheinen als verliefe die durch das *SC Pegasianum* ausgelöste falzidische Rechnung nicht anders als die falzidische Rechnung auch sonst.[65] Doch werden beim Erbschaftsfideikomiss gewisse Besonderheiten sichtbar (→ Rn. 22, 38). Ist ein zum Erben eingesetzter Sklave mit Legaten, sein Eigentümer mit Fideikommissen beschwert, erfolgt eine zweistufige Rechnung.[66] Ähnlich wird verfahren, wenn ein zum Erben eingesetzter Eigentümer selbst nicht antritt, vielmehr seinen zum Ersatzerben eingesetzten Sklaven antreten lässt.[67] *SC Pegasianum* und Jurisprudenz erweitern nun zwar den Anwendungsbereich der *lex Falcidia* über Legate hinaus auf Erbschaftsfideikommisse und Einzelfideikommisse, halten aber, mit der *lex Falcidia*, an der Begünstigung des testamentarisch eingesetzten Erben fest. Das ändert Antoninus Pius. Er führt die *lex Falcidia* auch bei Intestaterbfolgen ein.[68] So hat von da an auch ein Intestaterbe Fideikommissen gegenüber, mit welchen er auch als solcher beschwert werden kann,[69] die falzidische Quart.[70] Septimius Severus erstreckt den Anwendungsbereich der *lex Falcidia* auf Schenkungen von Todes wegen.[71] Hinzukommen weitere über das prätorische Edikt vermittelte Anwendungen.[72]

---

setzten Erben an. Ist der zum Erben eingesetzte gewaltabhängige Sohn als beschwert anzusehen (so gegenüber Dritten), wird die falzidische Rechnung angestellt; ist hingegen der über ihn die Erbschaft erwerbende Vater als beschwert anzusehen (so gegenüber dem gewaltabhängigen Sohn selbst), hingegen nicht. Pap. 19 quaest. D. 30.11: *denique Iulianus non insuptili ratione motus* etc.; *Manthe*, Symp. Wieacker (1991) 120–128.

[63] Gai. 2.254; Inst. 2.23.5.

[64] *Manthe*, Pegasianum (1989) 19, 43 f.; so anscheinend auch *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 133. A. A. *Voci*, DER II 346 f., 755; *Kaser*, RP I 763. Zweifelnd *Winkel*, Gnomon 67 (1995) 239.

[65] *Ferrini*, Teoria generale (1889) 493–497; *Voci*, DER II 766 mit Fn. 57 („una vecchia questione"); *Mannino*, Calcolo (1989) 69 Fn. 155 („nota disputa"). A. A. *Sixto*, BIDR 98/99 (1995/1996) 394, 406 f. („vexata quaestio").

[66] Paul. 17 quaest. D. 35.2.22.1.

[67] Paul. 17 quaest. D. 35.2.22.2.

[68] Paul. 11 quaest. D. 35.2.18 pr.: *dixi legem Falcidiam* etc. Wovon Iul. 37 dig. D. 29.7.2.4 ausgeht. Die Konstitution des Antoninus Pius (Paul. l. c.) wird dieser Entscheidung Julians vorausgegangen sein. Umgekehrt jedoch *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 178–180 (mit Itp.-Behauptung). Die Digesten Julians sind in den späteren Jahren des Antoninus Pius entstanden, wohl zwischen 153 und 160 n. Chr.; *Liebs*, HLL IV 104.

[69] Gai. 2.270.

[70] *Ferrini*, Teoria generale (1889) 429; *Voci*, DER II 755 mit Fn. 4; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 316; *Manthe*, Pegasianum (1989) 45 f. *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 175–177. S. Carus/Carinus/Numer. C. 6.49.3 (o.A.); Diocl./Max. C. 6.49.5 (a.294); *Manthe*, Pegasianum (1989) 46 Fn. 28.

[71] Alex. C. 6.50.5 (a.223); Gord. C. 8.56.2.2 (a.239). S. Pap. 8 resp. D. 31.77.1; Pap. 13 resp. D. 39.6.42.1; Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.1; Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.10; *Voci*, DER II 755 mit Fn. 5; *Kaser*, RP I 764; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 79 Rn. 3. In Paul. sent. 3.8.1 sammeln sich denn auch Legate, Fideikommisse und Schenkungen von Todes wegen, um eine Erbschaft zu erschöpfen.

[72] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.2; Paul. 11 quaest. D. 35.2.18 pr. a. E.: Edikt *Si quis omissa causa*

2. Einschränkungen

13 Nach ausdrücklicher Anordnung der *lex Falcidia* selbst unterliegt nicht dem „Maß des Gesetzes", was der Ehefrau wegen käuflich erworben worden ist.[73]

14 Die *lex Falcidia* wird ferner nicht angewandt bei Soldatentestamenten,[74] weder auf dort vergebene Legate noch auf dort vergebene Fideikommisse.[75] Unangetastet bleibt aber das *ultra-vires*-Prinzip (→ Rn. 2).[76] Soldatentestamente sind im Hinblick auf die *lex Falcidia* privilegiert.[77] Für sie gilt „Militärrecht" (*ius militare*).[78] Legate, die in einem *testamentum in militia factum* vergeben sind, unterliegen nicht der *lex Falcidia*, allerdings nur dann nicht, wenn der Testator innerhalb eines Jahres nach der Entlassung aus dem Dienst verstirbt; für Legate, die in *post militiam* verfassten Kodizillen vergeben worden sind, ist hingegen nach überwiegender Ansicht „die Regel des Zivilrechts" (*iuris civilis regula*) zu beachten und die *lex Falcidia* anzuwenden.[79] Verfasst ein Soldat nach seiner Entlassung aus dem Dienst Kodizille und verstirbt er innerhalb eines Jahres, so gilt: Die in einem *in militia iure militari* errichteten Testament vergebenen Legate sind ganz zu leisten, die aus danach verfassten Kodizillen hingegen unter Anstellung der falzidischen Rechnung.[80] Machen die im Testament und in Kodizillen hinterlassenen Legate über ¾ des Vermögens aus, greift die *lex Falcidia* nur hinsichtlich der Kodizilllegate ein.[81] In einem solchen Fall sollen die Testamentslegate ganz geleistet werden, die Kodizilllegate gekürzt um die Quart des Restvermögens.[82] Die Konsequenz dieser Lösung ist allerdings, dass wenn die unkürzbaren Legate aus dem Militärtestament das Vermögen aufzehren, für die zu kürzenden nichts mehr verbleibt.[83] Dies wird vermieden, indem (wie im hypothetischen Fall einer Vergabe aller Legate *in militia* – ein durch

---

testamenti ab intestato possideat hereditatem (*Lenel*, EP 363 f.; *Kaser*, RP I 747) und Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.3: Edikt *De condicione iusiurandi* (*Lenel*, EP 362; *Kaser*, RP I 254 Fn. 12). – In der Anwendung der *lex Falcidia* auf Legate an Gemeinden oder Tempel (*Wesel*, Rhetorische Statuslehre (1967) 111) wird offensichtlich kein Problem gesehen; Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.5.

[73] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.81.2; *Voci*, DER II 756 mit Fn. 12; *Kaser*, RP I 757.

[74] *Voci*, DER II 756 mit Fn. 10.

[75] Alex. C. 6.50.7 (a.226); Philipp. C. 6.21.12 (a.246).

[76] Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.18; Alex. C. 6.50.7 (a.226); Philipp. C. 6.21.12 (a.246); s. deswegen Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.12.

[77] Mac. 2 mil. D. 35.2.92: *beneficium principale.*

[78] Mac. 2 mil. D. 35.2.92; Scaev. 6 quaest. D. 35.2.17.

[79] Gai. 15 ed. prov. D. 29.1.17.4.

[80] Scaev. 6 quaest. D. 35.2.17.

[81] Tryph. 18 disp. D. 29.1.18 pr.

[82] Tryph. 18 disp. D. 29.1.18 pr. Vermögen 400; Testamentslegate 300; Kodizilllegate 100. Die Testamentslegate werden ganz geleistet; die Kodizilllegate in Höhe von 75. Einer Anwendung des anschließend (Tryph. 18 disp. D. 29.1.18.1: *et quoniam* etc.) geschilderten Verfahrens schon auf diesen Fall: alle Legate zusammenzufassen und proportional zu kürzen (Ergebnis: Testamentslegate 225; Kodizilllegate 75) steht entgegen, dass die Testamentslegate der falzidischen Kürzung nicht unterliegen.

[83] Tryph. 18 disp. D. 29.1.18.1: *Quid ergo* etc.

die Zufälligkeit des Vergabezeitpunktes begründeter Fallvergleich) alle Legate zusammengefasst werden, um zunächst insoweit proportional gekürzt zu werden, als sie das Vermögen überschreiten.[84] Daran schließt sich für die Kodizilllegate noch die falzidische Rechnung an.[85] Die Wirkung der Privilegierung endet ein Jahr nach der Entlassung aus dem Dienst.[86] Nicht nur ein in nach der Entlassung verfassten Kodizillen vergebenes Fideikommiss, sondern auch ein zuvor im Testament vergebenes unterliegt jetzt der falzidischen Rechnung.[87] Bei schimpflicher Entlassung endet die Geltung des Testaments nach Militärrecht sofort.[88] Die Jahresfrist wird nur den Testamenten derjenigen zuerkannt, die ehrenvoll oder krankheitshalber entlassen worden sind.[89] Ein nach der Entlassung errichtetes Testament unterliegt, auch wenn der Testator innerhalb eines Jahres verstirbt, der *lex Falcidia*.[90] Hat schließlich jemand als Zivilperson ein Testament errichtet, als Militärperson Kodizille verfasst, greift die *lex Falcidia* bei den Kodizillen nicht ein, wohl aber beim Testament.[91]

Ein Senatsbeschluss schließt die Anwendung der *lex Falcidia* aus bei Legaten von Sklaven, deren Freilassung verfügt worden ist, wenn der Legatar weiter nichts erwirbt, woraus der auf das Sklavenlegat entfallende Kürzungsanteil erlangt werden kann; ansonsten verpflichtet er den Legatar zum Erwerb des auf den Sklaven entfallenden Kürzungsanteils.[92] **15**

Justinian entzieht Vermächtnisse zu wohltätigen Zwecken dem Anwendungsbereich der *lex Falcidia*.[93] Später nimmt Justinian auch Vermächtnisse zu frommen Zwecken (εἰς εὐσεβεῖς αἰτίας) von der falzidischen Kürzung aus.[94] **16**

---

[84] Tryph. 18 disp. D. 29.1.18.1: *et quoniam* etc. Fall nach Scaev. 6 quaest. D. 35.2.17. Vermögen 400; Testamentslegate 400; Kodizilllegate 100. Auf die Testamentslegate entfallen 320, auf die Kodizilllegate 80.

[85] Tryph. 18 disp. D. 29.1.18.1: *deinde constituta quantitate* etc. Die Worte *quae codicillis data sunt* (gestrichen von *Mommsen*, EM) dürfen nicht fehlen, da durch sie auch das insofern anzusetzende Vermögen bezeichnet wird. Im Fall (→ Rn. 14 Fn. 84) werden den Kodizilllegaten (80) nochmals 20 abgezogen; auf sie entfallen damit 60; der Erbe behält 20. Scaev. 6 quaest. D. 35.2.17.

[86] Mac. 2 mil. D. 35.2.92.

[87] Mac. 2 mil. D. 35.2.92.

[88] Mac. 2 mil. D. 29.1.26.

[89] Mac. 2 mil. D. 29.1.26; s. desweiteren Ulp. reg. 23.10.

[90] Her. 4 iur. epit. D. 35.2.40 pr.

[91] Scaev. quaest. publ. tract. sing. D. 35.2.96.

[92] Paul. 3 fideic. D. 35.2.33; Marcell. 22 dig. D. 35.2.56.4; *Schanbacher*, Ratio (1995) 220 f. Anders *Voci*, DER II 426 mit Fn. 105; *Wesel*, Rhetorische Statuslehre (1967) 124 f.; *Mannino*, BIDR 84 (1981) 138–141 (ohne) und *Buchwitz*, Servus (2012) 184–189 (gegen die Erwerbsverpflichtung). Paul. 12 quaest. D. 35.2.21.1 *ex contrario* etc. (*Buchwitz*, Servus (2012) 181–183, 188 f.) gehört nicht hierher.

[93] Iust. C. 1.3.48.7 (a.531).

[94] Novell. Iust. 131.12 pr. (a.545); *Ferrini*, Teoria generale (1889) 543–545; *Voci*, DER II 757 mit Fn. 20. Zuvor unterliegen solche durchaus der *lex Falcidia*: Paul l. Falc. sing. D. 35.2.1.5: *vel etiam ea, quae deo relinquuntur*. Ob hier ursprünglich *diis* stand, ist die Frage. So etwa *Mommsen/Krüger*, ES ad h. l.; *Lenel*, Pal. I Sp. 1122 Fn. 2 (Paulus frg. 921); *Ferrini*, Teoria generale (1889) 543 Fn. 2; *Voci*, DER I 425 Fn. 97. Anders *Wesel*, Rhetorische Statuslehre (1967) 111 Fn. 127.

III. Der Vollzug der falzidischen Kürzung

1. Die falzidische Rechnung

17 Die falzidische Rechnung erfolgt in mehreren (4) Schritten. Einerseits (a) wird das anzusetzende Vermögen ermittelt (→ Rn. 18–27), andererseits der Umfang der anzusetzenden Legate (→ Rn. 28–31). Anzusetzendes Vermögen (a) und anzusetzende Legate (b) werden sodann (c) einander gegenübergestellt. Die Gegenüberstellung (c) ergibt, inwieweit ¾ des Vermögens überschritten sind (so von den Legaten aus gesehen) und die falzidische Quart verletzt ist (so vom Vermögen aus gesehen) und damit die Kürzungslast (→ Rn. 32). Die Kürzungslast (c) wird sodann grundsätzlich proportional auf die einzelnen Legate verteilt, wodurch sich (d) die einzelnen Kürzungsbeträge ergeben (→ Rn. 33–37).

a. Vermögen

18 Stichzeit. Anzusetzen ist das Vermögen zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers.[95] Spätere Zu- und Abgänge bleiben außer Ansatz und nützen oder schaden den Legataren nicht,[96] selbst nicht im Hinblick auf das *ultra-vires*-Prinzip.[97] Zu- und Abgänge nützen oder schaden vielmehr allein dem Erben.[98] Im Fall von Abgängen bleibt es dem Erben unbenommen, die Erbschaft nicht anzutreten, was wiederum die Legatare, die nicht *destituto testamento* alles verlieren wollen, dazu bewegen wird, sich zu vergleichen.[99] Es gilt die Regel, dass nach dem Tode des Testators eingetretene Schäden allein den Erben treffen,[100] was jedoch von Maecian zurechtgerückt wird.[101] Was auch sonst gilt, gilt auch soweit die *lex Falcidia* gilt.[102] Jene Regel hält nur fest, dass später einge-

---

[95] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73 pr.; Marcell. 22 dig. D. 35.2.56 pr.; Pap. 19 quaest. D. 35.2.9 pr.; Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30.3 a. E.,4 a. E.,5 a. E.; Inst. 2.22.2.

[96] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73 pr.; Inst. 2.22.2; s. desweiteren Marcell. 22 dig. D. 35.2.56 pr.; *Voci*, DER II 757 f. Fragwürdig *Mannino*, Calcolo (1989) 153–157 (mit willkürlicher Unterscheidung einer „Zuerkennung der Quart" durch den Testator nicht im ersten, jedoch im zweiten Fall).

[97] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73 pr.; Inst. 2.22.2.

[98] Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30 pr.; *Ferrini*, Theoph. Par. II 235 Z. 6–8 (Theoph. inst. 2.22.2). Problematisch ist der Fall des im Testament freigelassenen und nach dem Tode des Testators und vor dem Antritt der Erbschaft verstorbenen Sklaven: Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.4.

[99] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73 pr.; Inst. 2.22.2. Zweifelhaft *Mannino*, Calcolo (1989) 155 f. (der Grund und Folge verwechselt). *Ferrini*, Theoph. Par. II 236 Z. 8–14 (Theoph. inst. 2.22.2) berichtet von dieser Praxis in der Vergangenheit, was jedoch nicht viel zu bedeuten hat. Anders *Mannino*, Calcolo (1989) 158–160 (Einfluss der Nov. 1). Ablehnend *Zoz*, Iura 40 (1989) 109 f. (ohne Aussage zur falzidischen Rechnung).

[100] Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30.2.

[101] Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30.2.

[102] Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30.2: *quod enim* etc. Das Stück soll nach *Mommsen* an den Schluss von § 4 gehören (fraglich).

tretene Schäden nicht abgezogen werden, um Legate oder Fideikommisse zu kürzen;[103] es können jedoch auch Schäden eintreten, die ein Legat oder Fideikommiss selbst ganz oder teilweise in Wegfall bringen. Ohne Verschulden des Erben geht der Legats- oder Fideikommissgegenstand ganz oder teilweise unter.[104] Ein solcher Schaden trifft den Legatar oder den Fideikommissar. Diese Fälle meint die Regel nicht.[105]

Vermögen. Das anzusetzende Vermögen wird ermittelt, indem von den Aktiva **19**
(→ Rn. 20–24) die Passiva (→ Rn. 25–27) abgezogen werden.[106] Was sich auf diese Weise als Vermögen darstellen wird, soll dann unter Legatare und Erben im Verhältnis 3:1 verteilt werden. Vermögen und Quart werden durch die Aktiva aufgebaut, durch Passiva abgebaut.

Feststellung der Aktiva (*in quartam imputari*). Dafür, als Aktivposten Vermögen und **20**
Quart aufzubauen, eignet sich nach hochklassischer Doktrin nur ein vom Willen des Testators getragener erbrechtlicher Erwerb. Es gilt die Regel, dass wenn der Erbe nach dem Willen des Testators (*iudicio defuncti*) die Quart hat, die Legate ganz zu leisten sind; dies wird dahingehend eingeschränkt, dass er sie aufgrund Erbrechts (*hereditario iure*) haben muss.[107] Was der Erbe legatweise von einem Miterben erwirbt, erfüllt diese Voraussetzung nicht und wird daher nicht in die Quart eingerechnet.[108]

Was der Erbe legatweise von einem Miterben erwirbt, pflegt den Legataren nicht **21**
gegen die *Falcidia* zu nützen.[109] Ist dem Erben ein Legat allerdings deswegen hinterlassen, damit er seinerseits Legate oder Fideikommisse ungekürzt leistet, will er aber falzidisch kürzen, so wird seine Legatsklage denegiert[110] oder sie wird durch eine *ex-*

---

[103] Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30.2: *hoc enim attinet* etc. Auch dieses Stück soll nach *Mommsen* an den Schluss von § 4 gehören (fraglich).

[104] Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30.3–6.

[105] *Voci*, DER II 758.

[106] Inst. 2.22.3. Ebenso wird bei der Ermittlung des für das *ultra-vires*-Prinzip (→ Rn. 2) maßgeblichen Vermögens verfahren; Alex. C. 6.50.7 (a.226). Überwiegen die Passiva, fallen die Legate ganz weg; Iul. 47 dig. D. 39.6.17; Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.3 pr.,1; Ulp. 18 l. Iul. Pap. D. 35.2.66.1; *Voci*, DER II 229.

[107] Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.74; s. desweiteren Marcian. 13 inst. D. 35.2.91. Zu eng *Mannino*, Calcolo (1989) 60–66, 82 f., 156 (besondere Haltung des Gaius). Ablehnend *Zoz*, Iura 40 (1989) 108. Besonders liegt Pap. 16 quaest. D. 35.2.4 (legatweiser Erwerb vom Erblasser).

[108] Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.74; Marcian. 13 inst. D. 35.2.91. Einrechnung in die Quart meint den Ansatz als Aktivposten (Rechenschritt [a]). Anders *Brinz*, Pand. III.1 336–349 (Ansatz bei der Frage, ob die Quart verletzt ist [zusätzlicher Rechenschritt]). Auch *Voci*, DER II 763–766 sondert die „Einrechnung in die Quart" von der Ermittlung des Vermögens und der Legate (ebd. 757–763). Die Wendung *in quartam imputari* kommt allerdings auch vor zur Bezeichnung einer Anrechnung auf die Quart; beides in Marcian. l. c.; *Schanbacher*, Scr. Corbino VI 605–620. Soweit es sich darum handelt, wird der Ausdruck ‚Einrechnung in die Quart' im Folgenden in Anführungszeichen gesetzt; der Zusammenhang wechselt; *Schanbacher* a. a. O.

[109] Paul. 17 quaest. D. 35.2.22 pr.: *id quidem* etc. (→ Rn. 31 Fn. 202).

[110] Marcell. ex 40 dig. Iul. D. 35.2.75. Der Grund dafür ist ohne Weiteres ersichtlich. Anders *Mannino*, Calcolo (1989) 71–77 (mit überzogener Problematisierung und gekünstelten Konstruktionen).

ceptio doli beschränkt.[111] Zieht er es hingegen vor, das Legat einzufordern, wird ihm die falzidische Kürzung versagt.[112] Das Ganze steht unter der Voraussetzung, dass das Legat nach dem Willen des Testators den Abzug ersetzen soll.[113] In Scaev. 21 dig. D. 35.2.94 erhält die mit Prälegaten beschwerte Tochter die ihr zugedachten Prälegate nur, wenn sie von der Durchführung der falzidischen Kürzung absieht.[114] Was der Erbe prälegatweise erwirbt, wird ‚in die Quart eingerechnet', soweit er selbst beschwert ist.[115] Soll aber der mit Erbschaftsfideikommissen beschwerte Erbe nach dem Testatorwillen die Quart einbehalten, erfolgt eine ‚Einrechnung' nur zu ¼,[116] was seinen Grund darin hat, dass in diesem Fall die Erbschaft *ex SCto Trebelliano* restituiert wird,[117] und das *onus legatorum* sich im Verhältnis 1:3 auf Erben und Erbschaftsfideikommissare verteilt.[118] Legate, die die Legatare nicht erwerben und die bei dem Erben verbleiben,

[111] Paul. 17 quaest. D. 35.2.22 pr.: *vel doli exceptione summovenda est* (Wechsellegate). So für den Fall, dass der Erbe falzidisch kürzen will (s. Text). Anders (jedoch unverständlich) *Mannino*, Calcolo (1989) 44 f. (für den Fall, dass er nicht kürzen könne). Itp. vertritt *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 85, 87.

[112] Paul. 17 quaest. D. 35.2.22 pr.: *an adversus* etc. *sed cum is* etc. (Wechsellegate). Dritten (Außenlegataren) gegenüber bleibt der falzidische Ausgleich beim Wechsellegat in der Kontribution unberücksichtigt; Paul. l. c.: *plane ceteris* etc. (→ Rn. 31 Fn. 201).

[113] Paul. 17 quaest. D. 35.2.22 pr.: *si id quod* etc. Anders *Mannino*, Calcolo (1989) 47–50 (mit Beziehung von *ex voluntate testatoris* auf *percepturus est* und der Annahme eines durch Quartverzicht bedingten Prälegats); zweifelnd *Wimmer*, Prälegat (2004) 181 Fn. 1002. Anders des Weiteren *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 232 f. (ebenfalls mit Beziehung von *ex voluntate testatoris* auf *percepturus est*, jedoch für Maßgeblichkeit der objektiven Lage).

[114] Scaev. 21 dig. D. 35.2.94: *verum non alias* etc. Worin kein Gegensatz zum perfekten und zwingenden Charakter der *lex Falcidia* (→ Rn. 6, 10) liegt. Anders *Mannino*, Calcolo (1989) 38–43 (der jedoch falzidische Kürzung und ihren Vollzug nicht auseinanderhält; s. → Rn. 10 Fn. 41); *Wimmer*, Prälegat (2004) 185 f. (auf den ersten Blick). – Die Praxis, dem Erben nahezulegen vom Vollzug der falzidischen Kürzung abzusehen und sich stattdessen mit einem bestimmten Gegenstand zufrieden zu geben, begegnet auch in den Papyri; *Taubenschlag*, Opera I 267; *Taubenschlag*, Law 197 f.; *Kaser*, RP II 562 Fn. 88.

[115] Iul. 40 dig. D. 35.2.86: *sed si non esset adiectum* etc. (in diesem Fall zu ⅓); s. des Weiteren Marcian. 13 inst. D. 35.2.91; *Voci*, DER II 763 f. Der in die Quart einzurechnende Betrag kann zugleich auf die Quart anzurechnen sein: s. außer Iul. l. c. Diocl./Max. C. 3.36.24 (a.294) *hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta* (Anrechnung des eigenbeschwerenden Teils des Prälegats auf die Quart, woran sich die Anrechnung der fremdbeschwerenden Teile anschließt; sog. *compensatio mutuorum legatorum*; s. → Rn. 31 Fn. 201).

[116] Iul. 40 dig. D. 35.2.86: *respondi Titium* etc. (im Fall zu 1/12).

[117] Gai. 2.255.

[118] *Ferrini*, Teoria generale (1889) 494–496; *Wimmer*, Prälegat (2004) 151–161. Der Text braucht deswegen nicht verändert zu sein. Anders *Zoz*, Iura 40 (1989) 109 („Non par dubbio che il testo sia stato rabberciato dai compilatori …"). Im andern Fall greift die *lex Falcidia* gegen den Willen der Testatorin von Gesetzes wegen ein; Iul. 40 dig. D. 35.2.86 a. E. Es gilt das *SC Pegasianum*; Gai. 2.254. Weitergehend *Mannino*, Calcolo (1989) 66–71 (der Wille der Testatorin richte sich auf die Einrechnung von ⅓). Die Behauptung *Manninos*, Calcolo (1989) 67 Fn. 144, die Bezugnahme auf die *lex Falcidia* sei irrig (ebenso *Mannino*, Calcolo (1989) 108 Fn. 265 bzgl. Flor. 11 inst. D. 35.2.90 und 137

werden als ‚nach Erbrecht' bei diesem verblieben aufgefasst und deshalb, anders als anderweit erworbene Legate (→ Rn. 20), in die Quart eingerechnet.[119] Auch was der Erbe fideikommissweise erwirbt, wird nicht in die Quart eingerechnet.[120] Was außerhalb der Quart bleibt, erweitert nicht die Legatenlast des Erben.[121]

Was der Erbe zwecks Erfüllung einer Bedingung erhält (*implendae condicionis causa*), **22**
wird nicht in die Quart eingerechnet.[122] Konstitutionen der Kaiser Hadrian[123] und Antoninus Pius[124] sehen allerdings vor, dass Zahlungen, gegen welche der Erbe die Erbschaft restituieren soll, als Quart anzuerkennen sein sollen.[125] Dies entspricht einer Lehre Celsus' und Julians, wonach solche Zahlungen, wenn ihr Erhalt nicht in Gestalt einer Bedingung vorgesehen ist, anzurechnen sein sollen.[126] Ob eine solche Zahlung Inhalt einer Bedingung ist, kann im Einzelfall freilich zweifelhaft sein.[127] Die Zahlung

---

bzgl. Scaev. 22 dig. D. 33.1.21.2) ist selbst irrig. Vgl. nur, was die Terminologie um die pegasianische Quart angeht, *Manthe*, Pegasianum (1989) 76–78.

[119] Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.76.1. Dabei scheint Gaius an Legate *in causa caduci* und *caduca* (→ Rn. 67) zu denken; Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.78 handelt vom Fall eines ‚gefallenen' Erbteils (→ Rn. 47). S. des Weiteren Cels. 14 dig. D. 35.2.50 (exzeptionsbehaftete Legate); Iul. 61 dig. D. 35.2.51 (anfänglich oder nachträglich unwirksame Legate).

[120] Pap. 13 resp. D. 35.2.15.7; Marci. 13 inst. D. 35.2.91; *Schanbacher*, Scr. Corbino VI 609 f.

[121] Pap. 20 quaest. D. 35.2.10 (Pupillerbschaft); *Voci*, DER II 764 Fn. 51; *Schanbacher*, Ratio (1995) 158.

[122] Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.76 pr. S. des Weiteren Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30.7; Paul. 12 quaest. D. 35.2.21 pr.; Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 35.2.65; Marcian. 13 inst. D. 35.2.91; vgl. Papinianus bei Ulp. 15 ed. D. 5.3.13.6 (zur *hereditatis petitio*); *Voci*, DER II 764; *Manthe*, Pegasianum (1989) 168 mit Fn. 51 f.

[123] Pap. 20 quaest. D. 35.2.93; Pap. 9 resp. D. 36.1.60.3.

[124] Gai. 2 fideic. D. 36.1.65.5; Marcian. 13 inst. D. 35.2.91; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 315 f.

[125] Gai. 2 fideic. D. 36.1.65.5: *si quis accepta a Titio pecunia, quae quartam hereditatis continet.* Pap. 20 quaest. D. 35.2.93: *quamquam haec centum quartam bonorum efficient. tunc enim … satisfaciat ea quantitas.* Pap. 9 resp. D. 36.1.60.3: *totam pecuniam iure Falcidiae percipere videtur, et ita divi Hadriani rescriptum intellectum est, tamquam si ex bonis nummos retenturus fuisset.* Marcian. 13 inst. D. 35.2.91: *sed et si accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit in quartam ei imputatur*; *Voci*, DER II 764 f.; *Mannino*, Calcolo (1989) 85–110 (relativierend); *Manthe*, Pegasianum (1989) 128 mit Fn. 8 f., 169 mit Fn. 60 („Einrechnung in die Quart"), 169, 175, 216 f. (Anrechnung); *Sixto*, BIDR 98/99 (1995/1996) 337–410 („imputación") (→ Rn. 20 Fn. 108). Rechtsnatur strittig; s. nur *Sixto* a. a. O. (selbst für *mortis causa capio*); s. des Weiteren → Rn. 22 Fn. 127.

[126] Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30.7: *computari.* Vgl. *Voci*, DER II 764 mit Fn. 54; *Mannino*, Calcolo (1989) 96 f., 104; *Manthe*, Pegasianum (1989) 168 f. („Einrechnung in die Quart"); *Sixto*, BIDR 98/99 (1995/1996) 350–355 („imputación"; und zwar auch im Bedingungsfall; Textausfall). Der Abzug des Betrages als Quasi-Kaufpreis verringert die anzusetzende Belastung, erweitert jedoch nicht das anzusetzende Vermögen. Iul. 61 dig. D. 35.2.87 pr., Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30.1 und Scaev. 8 quaest. D. 35.2.19 betrachten denn auch Legate dieser Art allein unter dem Belastungsaspekt. Über die zeitliche Relation der Lehre Celsus' und Julians zu der kaiserlichen Rechtssetzung besteht Unsicherheit; s. *Ferrini*, Teoria generale (1889) 498 f.; *Mannino*, Calcolo (1989) 98 f. (Vorgang der kaiserlichen Rechtssetzung); *Manthe*, Pegasianum (1989) 169; *Sixto*, BIDR 98/99 (1995/1996) 399, 407 f., 410 (Vorgang der Lehre).

[127] Tryphonin in einer kritischen (ja, ironischen) Note zu Scaev. 20 dig. D. 35.1.109; *Voci*, DER II

muss beim Erben verbleiben.[128] Es hilft dem Erben nichts, die Entgegennahme der Zahlung zu verweigern und stattdessen kürzen zu wollen; er muss das ganze Fideikommiss leisten.[129] Ansonsten werden beim Erbschaftsfideikommiss, abgesehen von Legaten und Fideikommissen,[130] ‚in die Quart eingerechnet' Vorwegnahmen, Abzüge und Zurückbehaltungen.[131]

23 Bewertung der Aktiva. Sachen sind nach ihrem wirklichen Wert anzusetzen,[132] wobei dingliche Belastungen unberücksichtigt bleiben,[133] Forderungen nach ihrer Realisierungschance,[134] wobei eine nachträgliche Verarmung des Schuldners nicht, eine nachträgliche Verbesserung seiner Vermögenslage dagegen sehr wohl zu berücksichtigen zu sein scheint.[135] Eine Forderung des Testators gegen den Erben wird ungeachtet der mit dem Erbschaftsantritt eintretenden Konfusion als Aktivposten verbucht.[136]

---

764 Fn. 54. Anders *Sixto*, BIDR 98/99 (1995/1996) 359–362 (Lob; Streichung von [*de iure aperto*]). U. a. aufgrund von Scaev. l. c. meint *Voci*, DER II 764 Fn. 54, 765 Fn. 55, die Juristen hätten derartige Zahlungen zwar „in die Quart eingerechnet", jedoch nicht als erbrechtlichen Erwerb angesehen und so die kaiserliche Rechtsprechung restriktiv interpretiert. Dies wird aufgenommen von *Mannino*, Calcolo (1989) 88, 90, 95 f., 105 Fn. 258, 106 Fn. 260.

[128] Pap. 20 quaest. D. 35.2.93. Widrigenfalls ist sie ‚Erwerb von Todes wegen'. Weitergehend *Manthe*, Pegasianum (1989) 168 mit Fn. 54, 169 mit Fn. 60, 175, 217; *Sixto*, BIDR 98/99 (1995/1996) 394–399 (jedenfalls).

[129] Flor. 11 inst. D. 35.2.90. Abw. *Sixto*, BIDR 98/99 (1995/1996) 400–402 (bei zeitlichem Abstand). A. A. *Manthe*, Pegasianum (1989) 128 Fn. 10, 165 Fn. 45 (der Erbe habe die Wahl).

[130] Einschränkend *Voci*, DER II 766 Fn. 57 (den Alleinerben beschwerende und daher nichtige). Anders *Sixto*, BIDR 98/99 (1995/1996) 388–394 („contra-fideicomiso").

[131] Marcian. 13 inst. D. 35.2.91: *sed in fideicommissaria hereditate restituenda* etc. Woran sich die heftig umstrittene Frage knüpft, ob Derartiges (‚Einzelvorbehalt') *iure hereditario* erworben wird (*Voci*, DER II 764; *Talamanca*, BIDR 92/93 (1989/1990) 785–788) oder anderswie (*Manthe*, Pegasianum (1989) 127–181, 214–217; *Sixto*, BIDR 98/99 (1995/1996) 337–410; *Wimmer*, Prälegat (2004) 190–231). Die Frage ist als solche fragwürdig (→ Rn. 20 Fn. 108).

[132] Ulp. 14 ed. D. 35.2.42; *Voci*, DER II 758 mit Fn. 22. Vgl. Ulp. 1 l. Iul. Pap. D. 35.2.62.1 und Paul. 2 l. Iul. Pap. D. 35.2.63 pr.,2 (*Voci*, DER II 758 Fn. 22), die Bezug auf das Recht der *caduca* (→ Rn. 67–86) haben; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 269 Fn. 43, 384, 389.

[133] Her. 1 iur. epit. D. 35.2.38.2.

[134] Marcell. 22 dig. D. 35.2.56.1; *Voci*, DER II 758 mit Fn. 23. Vgl. Paul. 2 l. Iul. Pap. D. 35.2.63.1 (*Voci*, DER II 758 Fn. 23) mit Bezug zum Recht der *caduca* (→ Rn. 67–86); *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 269 Fn. 43, 384. S. des Weiteren Ulp. 8 disp. D. 35.2.82: *dicebam legem Falcidiam* etc. (grds.; abw. bei Beteiligung eines Befreiungslegats).

[135] Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30 pr.; Marcell. 22 dig. D. 35.2.56 pr.: *ego dubito* etc.; D. 35.2.56.1: *et ego quaeram* etc.; *Voci*, DER II 758 mit Fn. 23.

[136] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.18; *Voci*, DER II 758 mit Fn. 24. Umgekehrt kommt eine Forderung des Erben gegen den Testator ungeachtet der mit dem Erbschaftsantritt eintretenden Konfusion als Passivposten zum Ansatz; Iul. 61 dig. D. 35.2.87.2; Paul. 2 ed. aed. cur. D. 35.2.48; Alex. C. 6.50.6 pr. (a.223) (→ Rn. 25 Fn. 146). Es sei denn, der Testator hat ihren Ansatz untersagt; Pap. 30 quaest. D. 35.2.12 (→ Rn. 10 mit Fn. 47). Zum Ansatz eines Erbschaftsfideikommisses Pap. 8 resp. D. 31.77.31.

Die Behandlung bedingter Forderungen ist zeitweise kontrovers.[137] Da sich ein späterer Bedingungseintritt auf die falzidische Rechnung auswirkt,[138] ist schon die Möglichkeit des künftigen Bedingungseintritts zu berücksichtigen. Darüber aber, wie dies zu geschehen hat, gehen die Meinungen unter den Juristen auseinander. Während einige (1) dafür eintreten, die bedingte Forderung entweder (a) als unbedingte anzusetzen oder (b) gar nicht und im Fall des Nichtansatzes (b) den Erben für den Fall des Bedingungseintritts über eine *cautio quanto minus* zur Nachleistung zu verpflichten (Kautionenlösung),[139] verfechten andere (2) einen Ansatz solcher Forderungen zum aktuellen Verkaufswert (Verkaufswertlösung); dies soll sich durchgesetzt haben,[140] jedoch anscheinend ohne die Kautionenlösung völlig zu verdrängen.[141] Gaius spricht nur vom Fall des Bedingungseintritts, schweigt dagegen vom Fall des Bedingungsausfalls, der bei einem Ansatz der bedingten Forderung als unbedingt (a) nach einer Korrektur zugunsten des Erben verlangt.[142] Dies könnte darauf hindeuten, dass die Praxis, soweit sie sich für die Kautionenlösung entschied, den Nichtansatz (b) bevorzugt hat.[143] Immerhin ist es, soweit bedingte Legate die falzidische Rechnung verunsichern (→ Rn. 31), nach Gaius gebräuchlicher, die unbedingten Legate unter Nichtansatz der bedingten zu leisten, aber gegen *cautio quanto amplius*.[144] Schließlich wird ein dem Testator hinterlassenes Legat, auch wenn es der Erbe ausschlägt, in die Quart eingerechnet.[145] **24**

Feststellung und Bewertung der Passiva. Als Passivposten stehen Verbindlichkeiten (*aes alienum*) im Vordergrund.[146] Die Behandlung bedingter Verbindlichkeiten ist, **25**

---

[137] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.1: *Magna dubitatio fuit.* Zur Zeit des Gaius scheinen die Zweifel, wie zu verfahren sei, überwunden zu sein (*fuit*); *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 40, 55.

[138] Marcell. 22 dig. D. 35.2.56.1: *sicuti cum* etc.

[139] Entsprechend bedingte Verbindlichkeiten entweder (a) als unbedingte anzusetzen oder (b) gar nicht und im Fall des Nichtansatzes (b) den Legatar für den Fall des Bedingungseintritts über eine *cautio quanto amplius* zur Rückerstattung zu verpflichten; Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.1. Doch gehört das zur Behandlung der Passiva (→ Rn. 25). Die Angelegenheit kann sich verwickeln, wenn sowohl bedingte Forderungen als auch bedingte Verbindlichkeiten bestehen. Wird beides nicht angesetzt (b), muss sowohl eine *cautio quanto minus* (für den Fall des Bedingungseintritts bei der Forderung) als auch eine *cautio quanto amplius* (für den Fall des Bedingungseintritts bei der Verbindlichkeit) geleistet werden.

[140] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.1: *sed hoc iure utimur.*

[141] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.1: *aut cautionibus* etc. Skeptisch *Voci*, DER II 759 („È difficile stabilire se un sistema sia prevalso sull'altro"). A. A. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 55–57, 60 (Itp. der Verkaufswertlösung).

[142] Entsprechend bei einem Ansatz der bedingten Verbindlichkeiten als unbedingt (a) nach einer Korrektur zugunsten der Legatare.

[143] A. A. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 55 Fn. 26, 60; *Voci*, DER II 759 (Entscheidung im Einzelfall nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts).

[144] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.2.

[145] Afr. 2 quaest. D. 38.2.26; *Voci*, DER II 376–378, 760 mit Fn. 29.

[146] Paul. sent. 4.3.3; Inst. 2.22.3. S. des Weiteren Scaev. 21 dig. D. 35.2.94: *an ex hereditate* etc.; *Wimmer*, Prälegat (2004) 184 Fn. 1014. *Mannino*, Calcolo (1989) 38 f. meint, der Abzug der Ver-

gleich jener bedingter Forderungen (→ Rn. 24), zeitweise kontrovers. Auch hier[147] treten manche Juristen (1) für einen Ansatz als unbedingt ein (a) oder einen Nichtansatz (b) und verpflichten im Falle des Nichtansatzes (b) den Legatar für den Fall des Bedingungseintritts über eine *cautio quanto amplius* zur Rückerstattung (Kautionenlösung), während andere (2) einen Ansatz zum aktuellen Verkaufswert verfechten (Verkaufswertlösung), was sich durchgesetzt haben soll.[148] Dass Gaius nur vom Fall des Bedingungseintritts spricht und vom Fall des Bedingungsausfalls schweigt, der bei einem Ansatz der Verbindlichkeiten als unbedingt (a) nach einer Korrektur zugunsten der Legatare verlangt, scheint darauf hinzudeuten, dass die Praxis, soweit sie sich für die Kautionenlösung entschied, den Nichtansatz (b) bevorzugt hat. Die Verkaufswertlösung mag sich durchgesetzt haben. Die Kautionenlösung kommt gleichwohl vor.[149] Verbindlichkeiten, die vom Testator einem mehrerer Erben zugewiesen sind, kann nur dieser zum Ansatz bringen.[150]

26 Kontrovers ist, ob *in aere alieno* auch die Kosten der Errichtung eines Monuments abzuziehen sind. Von Sabinus wird dies unter Einschränkung bejaht, von Marcellus verneint; sowenig Monumenterrichtungskosten dem Erben gegen die Legate helfen, sowenig helfen sie einem Legatar gegen die Kürzung.[151] Als Passivposten kommt *ut aes alienum*[152] oder *aeris alieno loco*[153] zum Ansatz der Wert eines freizulassenden Sklaven.[154] Problematisch ist die Behandlung eines Sklaven, dessen Freilassung bedingt verfügt worden ist. Dass der Sklave verstirbt, entlastet den Erben nicht; er bleibt Aktivposten. Wohl aber entlastet den Erben der Bedingungseintritt. Der Sklave wird in diesem Fall mit seinem Wert als Passivposten in die Rechnung eingestellt. Fällt die Bedingung aus, erfolgt dagegen ein Ansatz als Aktivposten, allerdings nur zum Wert eines *statuliber moriens*.[155] Ist die Bedingung weder schon eingetreten noch ausgefallen

---

bindlichkeiten werde hier ausgeschlossen (?). Des Weiteren Iul. 18 dig. D. 35.2.85; Iul. 61 dig. D. 35.2.87.2; Paul. 2 ed. aed. cur. D. 35.2.48; Alex. C. 6.50.6 pr. (a.223).

[147] *Voci*, DER II 760 mit Fn. 30 („E infatti i giuristi considerano talvolta insieme i due aspetti").

[148] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.1: *sed hoc iure utimur.*

[149] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.1; Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.4.

[150] Pap. 14 quaest. D. 35.2.8; *Voci*, DER II 760 mit Fn. 31. Bspl.: Aktiva 600; Passiva 200; zwei Erben A und B. Der Erbteil A ist mit Legaten in Höhe von 100, der Erbteil B mit Legaten in Höhe von 300 belastet. A sind im Testament die Passiva zugewiesen worden. A legt infolgedessen seinen Legataren gegenüber ein Vermögen von 100 (Aktiva 300 abzüglich der gesamten Passiva, 200) zugrunde, was zu einer Kürzung der A-Legate von 25 führt. B legt seinen Legataren gegenüber ein Vermögen von 300 zugrunde (Aktiva ohne Abzug von Passiva) und kürzt die B-Legate um 75. Ohne die Zuweisung der Passiva durch den Testator blieben die Legate des A ungekürzt, und würden die Legate des B zweimal (→ Rn. 2 f.), zunächst um 100, dann nochmals um 50 gekürzt (insgesamt um 150).

[151] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.19.

[152] Paul. 3 fideic. D. 35.2.36.2.

[153] Paul. 3 sent. D. 35.2.39.

[154] Paul. 3 fideic. D. 35.2.36.2; Paul. 3 sent. D. 35.2.39; des Weiteren Val. 6 fideic. D. 35.2.37.1; Inst. 2.22.3; *Voci*, DER II 760 f.

[155] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.1.

(Schwebelage), ist die Behandlung kontrovers. Sollen die Legate (1) einstweilen gegen *cautio quanto amplius* geleistet werden, indem der Sklave noch als Aktivposten angesetzt wird?[156] Die erst nach Bedingungseintritt angestellte Berechnung der Legate kann im Einzelfall ergeben, dass alles zurückzuerstatten ist.[157] Oder ist etwa[158] (2) einstweilen die falzidische Rechnung zuzulassen, indem der Sklave als Passivposten angesetzt wird, und sind die Legatare im Hinblick auf einen Ausfall der Bedingung[159] zur Nachforderung zu berechtigen?[160] Paulus scheint eher der anderen Lösung (1) zuzuneigen. Doch zitiert er Afrikan, nach dessen Meinung das vom Erben aus der Arbeit des Sklaven zwischenzeitlich Erlangte auf der Aktivseite mitberücksichtigt werden soll.[161] Eine dritte Lösung scheint in der Äußerung des Aburnius Valens auf, wonach der bedingt freigelassene Sklave wie ein *statuliber* bewertet werden soll.[162] Damit (3) wäre die falzidische Rechnung, anders als nach (1) sogleich ausgeführt und, anders als nach (2) auch sogleich abgeschlossen.

Zu den Passiva gehört auch sonst noch manches.[163] Nur äußerlich ähnlich ist der Fall von im Militärtestament und in Kodizillen hinterlassenen Legaten, in dem die Testamentslegate vorweg abgezogen werden (→ Rn. 14). **27**

b. Legate

Die anzusetzenden Legate werden zusammengefasst, um hernach dem anzusetzenden Vermögen (→ Rn. 18–27) gegenübergestellt zu werden (*contributio legatorum*[164]). **28**

[156] So Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.3. Bspl.: Vermögen einschließlich des Sklaven (Wert 100) 400; Legate 300. Bei vorläufigem Ansatz des Sklaven auf der Aktivseite bleiben die Legate ungekürzt. Nach Bedingungseintritt aber ist der Sklave als Passivposten anzusetzen, sein Wert (100) abzuziehen (Vermögen 300). Die Legatare müssen 75 zurückzahlen. Dass der bedingt freigelassene Sklave irgendwie, sei es auf der Aktiv-, sei es auf der Passivseite, zu verbuchen ist, sollte nicht bestritten werden; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 57–60.

[157] Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.11.

[158] Paul. 3 fideic. D. 35.2.36.4: *numquid … interim Falcidia admittenda est.* Dagegen *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 58 f. (mit Texteingriffen).

[159] Paul. 3 fideic. D. 35.2.36.4: *cessaverit*; *Krüger* ad h. l. *coeperit* passt nicht; s. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 58 („paradossalità della questione“).

[160] Bspl.: Vermögen einschließlich des Sklaven (Wert 100) 400; Legate 300. Bei vorläufigem Ansatz des Sklaven auf der Passivseite sind die Legate um 75 zu kürzen. Nach Ausfall der Bedingung ist der zunächst weggekürzte Betrag von 75 an die Legatare nachzuzahlen.

[161] Paul. 3 fideic. D. 35.2.36.4: *Caecilio placebat*; *Lenel*, Pal. I Sp. 36 (Afrikan frg. 125). A. A. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 59 (itp.).

[162] Val. 6 fideic. D. 35.2.37 pr.

[163] Bestattungskosten: Marcellus bei Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.19; Inst. 2.22.3; Iust. C. 6.30.22.9 (a.531); Nachlassverwaltungskosten: Iust. C. 6.30.22.9 (a.531); Nachlassverwertungskosten: Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.72; fromme Schenkungen: Paul. sent. 4.3.3 mit interpr. *Voci*, DER II 760 Fn. 30, Fn. 32 f.

[164] Zusammenfassung von Legaten in Bezug auf ein Vermögen; *Schanbacher*, Ratio (1995) 54–58. – In Pap. 13 resp. D. 35.2.15 pr. *quod bonis iure Falcidiae contribuendum est* wird ein Kürzungsbetrag ‚beigesteuert‘.

Doch nicht alles an vergebenen Legaten ist auch anzusetzen und wird kontribuiert, um gegebenenfalls gekürzt zu werden.

29 Ein der Ehefrau hinterlassenes Legat von Sachen, die ihretwegen käuflich erworben worden sind (*res uxoris causa paratae*), bleibt ungekürzt.[165] Dies beruht bereits auf einer ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes, wonach der Ehefrau wegen käuflich erworbene Sachen nicht dem gesetzlichen Maß unterliegen sollen.[166] Gesetzliches Maß ist die Quart (→ Rn. 1). Derartige Sachen sind daher nicht in die Quart einzurechnen und kommen nicht als Aktivposten in der falzidischen Rechnung zum Ansatz. Nicht ohne Grund stellt Gaius diesem Fall den Fall der zurückvermachten Mitgift (*dos relegata*) gegenüber,[167] zu dem er bemerkt: Die Frau scheine ihre Sache wieder zu erhalten.[168] Auch die *dos relegata* wird nicht gekürzt.[169] Hier verfährt man ähnlich. Die *dos relegata* bleibt gänzlich außerhalb der falzidischen Rechnung.[170] Sie wird weder in die Quart eingerechnet noch wird das Legat als solches angesetzt und kontribuiert, um gegebenenfalls gekürzt zu werden.

30 Legate aus Militärtestamenten unterliegen nicht der *lex Falcidia*, wohl aber dem *ultra-vires*-Prinzip (→ Rn. 14). Ein freizulassender Sklave wird als Passivposten angesetzt (→ Rn. 26). Die Freilassung selbst wird nicht gekürzt;[171] ein Legat, das mit einem Freilassungsfideikommiss hinsichtlich eines fremden Sklaven belastet ist, dagegen schon.[172] Wie zu verfahren ist, wenn das Legat nach der falzidischen Kürzung nicht mehr ausreicht, um den fraglichen Sklaven zu kaufen, ist kontrovers.[173] Nach Ansicht mancher soll in diesem Fall das Freilassungsfideikommiss entfallen; mehrheitlich ist man hingegen der Auffassung, es trotz der Kürzung des Legats bei dem Freilassungsfideikommiss belassen zu sollen.[174] Die Lösung, von der Kürzung abzusehen, als hätte

---

[165] *Voci*, DER II 756 mit Fn. 12.

[166] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.81.2.

[167] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.81.1.

[168] Bspl.: Vermögen 400, worunter sich der Ehefrau wegen käuflich erworbene Sachen im Wert von 100 befinden. Legat dieser Sachen an die Ehefrau 100; sonstige Legate 300. Die besagten Sachen werden nicht in die Quart eingerechnet. Anzusetzendes Vermögen daher 300. Das Legat an die Ehefrau bleibt ungekürzt. Die sonstigen Legate werden, angesichts des anzusetzenden Vermögens von 300, auf 225 gekürzt; der Erbe behält 75. Es wird nicht etwa von einem Vermögen von 400 ausgegangen und zunächst hypothetisch proportional gekürzt, so dass auf das Legat der Ehefrau eine Kürzung von 25, auf die sonstigen Legate eine Kürzung von 75 entfallen würde, der hypothetische Kürzungsbetrag des Ehefrauenlegats aber dann von den sonstigen Legaten übernommen würde, wodurch sich diese auf 200 verringern würden, und der Erbe 100 behielte.

[169] *Voci*, DER II 756 mit Fn. 11.

[170] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.81.1; s. des Weiteren Marcell. 26 dig. D. 35.2.57 (indirekte Zuwendung der *dos*).

[171] Marcell. 42 Iul. dig. D. 35.2.34; *Voci*, DER II 760 f.

[172] Marcell. 42 Iul. dig. D. 35.2.34. Dagegen unterliegen Legate von freizulassenden Sklaven des Testators selbst nicht der *lex Falcidia* (→ Rn. 15).

[173] Paul. 60 ed. D. 40.5.6.

[174] Paul. 60 ed. D. 40.5.6.

der Testator die vollständige Leistung der vermachten Beträge angeordnet,[175] verschiebt die Kürzungslast auf andere Legate. Die Kürzungslast anders als proportional zu verteilen, steht dem Testator frei (→ Rn. 38). Auch Legate, die an freizulassende Sklaven vergeben worden sind, unterliegen der falzidischen Kürzung,[176] wobei die an sich auf den Sklaven entfallende Kürzung nach Scaevola hinzuzurechnen sein soll.[177] Prälegate werden, soweit sie den Erben selbst beschweren, ‚in die Quart eingerechnet' (→ Rn. 21); sie werden insoweit nicht angesetzt und bleiben außerhalb der Kontribution.[178] Legate, die die Legatare nicht erwerben und die bei dem Erben verbleiben, werden in die Quart eingerechnet (→ Rn. 21), werden nicht angesetzt und bleiben außerhalb der Kontribution.[179] Ein Befreiungslegat (*liberatio legata*) kommt voll zum Ansatz, auch wenn der Schuldner insolvent ist.[180] Das Legat einer Forderung gegen einen insolventen Schuldner hingegen wird nicht angesetzt und nicht kontribuiert.[181] Verkaufs- und Kauflegate werden zum Betrag der Differenz zwischen Wert und Kaufpreis angesetzt.[182] Ein durch Zahlung seitens des Legatars bedingtes Legat kommt hingegen voll zum Ansatz,[183] während was zum Zwecke der Herbeiführung des Bedingungseintritts (*condicionis implendae causa*) gezahlt wird, nicht in die Quart eingerechnet wird (→ Rn. 22).[184] Beim Schuldlegat (*legatum debiti*) wird unterschieden. In dinglicher Form (als Vindikationslegat) ist es gültig und unterliegt nicht der falzidischen Kürzung;[185] in schuldrechtlicher Form (als Damnationslegat) hingegen ist es nur gültig, wenn es mehr enthält als die Schuld, und unterliegt dann insofern der *lex Falcidia*.[186] Die Behandlung von Rentenlegaten ist nicht einheitlich.[187] Ein alleinstehendes Rentenlegat wird mit Überschreiten von ¾ rückwirkend hinsichtlich aller Teillegate gekürzt.[188] Im Hinblick darauf wird von dem Legatar die *cautio quanto amplius* geleistet.[189] Ein Rentenlegat, das neben anderen Legaten steht, ist nach Marcellus zu

[175] Paul. 60 ed. D. 40.5.6 a. E.
[176] Ulp. 6 disp. D. 35.2.35.
[177] Ulp. 6 disp. D. 35.2.35.
[178] Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30.8.
[179] Cels. 14 dig. D. 35.2.50; *Voci*, DER II 761 mit Fn. 36.
[180] Paul. 17 quaest. D. 35.2.22.3; Ulp. 8 disp. D. 35.2.82: *sed cum debitori liberatio* etc.; *Voci*, DER II 761 mit Fn. 39.
[181] Paul. 17 quaest. D. 35.2.22.4.
[182] Iul. 61 dig. D. 35.2.87 pr.; Scaev. 8 quaest. D. 35.2.19; Maec. 8 quaest. fideic. D. 35.2.30.1; *Voci*, DER II 761 mit Fn. 37.
[183] Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 35.2.65; Her. 4 iur. epit. D. 35.2.40.1.
[184] Marcian. 13 inst. D. 35.2.91 a. E.
[185] Marcellus bei Ulp. 19 Sab. D. 30.28.1; *Voci*, DER II 323 f.
[186] Pap. 16 quaest. D. 35.2.5; Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.10; Inst. 2.20.14; *Voci*, DER II 324 mit Fn. 289, Fn. 291, 761 f.
[187] *Voci*, DER II 763 nimmt sogar einen Meinungsstreit unter den Juristen an („c'erano opinioni varie").
[188] Ulp. 79 ed. D. 35.2.47 pr.
[189] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.16.

Lebzeiten des Legatars zum Verkaufswert anzusetzen, nach dessen Ableben zum bisher angefallenen Betrag.[190] Später wird sein Wert nach der Lebenserwartung des Legatars und anhand einer Tabelle bestimmt.[191] Das Rentenlegat an eine Gemeinde (*res publica*) ist nach Marcellus auf der Grundlage von 4 % p. a. zu kapitalisieren.[192] Auch der Wert eines Nießbrauchslegats wird anhand der Tabelle bestimmt,[193] wobei man von der Lehre der *veteres* ausgeht, wonach der Nießbrauch als Ganzes zu schätzen ist.[194] Die Praxis verfährt allerdings nach einem vereinfachten Schema.[195] Mehr als 30 Jahre werden laut Macer nie veranschlagt; so wird auch bei einem Nießbrauchslegat an eine Gemeinde von 30 Jahren ausgegangen.[196]

31 Die Beteiligung bedingter Legate kann die falzidische Rechnung verunsichern. So, wenn sie im Fall des Bedingungseintritts zusammen mit den unbedingten Legaten das Eingreifen der *lex Falcidia* auslösen.[197] Wie Gaius mitteilt, ist es in solchen Fällen gebräuchlicher, die unbedingten Legate unter Nichtansatz der bedingten zu leisten, jedoch gegen *cautio quanto amplius*.[198] Auch was bedingte Forderungen und Verbindlichkeiten angeht, scheint man den Nichtansatz bevorzugt zu haben (→ Rn. 24 f.). Kommt alles zusammen (bedingte Forderungen, bedingte Verbindlichkeiten, bedingte Legate) müssen bei durchgängigem Nichtansatz sowohl *cautio quanto minus* (für den Fall des Bedingungseintritts bei den Forderungen) als auch *cautio quanto amplius* (für den Fall des Bedingungseintritts bei Verbindlichkeiten und Legaten) geleistet werden. Auf eine der Kautionen kann man sich beschränken, wenn man entweder die bedingten Forderungen als unbedingte ansetzt – dann genügt die *cautio quanto amplius* – oder die bedingten Verbindlichkeiten und Legate – dann genügt die *cautio quanto minus*. Die Kautionenlösung (1) setzt sich am Ende gegen die Lösung des Proculus durch, wonach (2) bedingte Legate zum Verkaufswert anzusetzen seien (Verkaufswertlösung).[199] Beim späteren Ansatz der bedingten Legate wird die bis zum Bedingungseintritt verstrichene

---

[190] Marcell. 21 dig. D. 35.2.55.

[191] Ulpianus bei Mac. 2 l. XX her. D. 35.2.68 pr.; *Voci*, DER II 763.

[192] Marcellus bei Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.3.2: *tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes eius summae, quae legata est, colligendas* (so viel erscheine als vermacht, wie viel genügt, um zum Kapital 4 % Zinsen der vermachten Summe zu sammeln). Bspl.: Vermögen 400; Legat an A 200; Legat an Gemeinde B 8 p.a.: kapitalisiert 200 (8x25). Die Legate werden um jeweils 50 gekürzt. – *Mommsen* ad h. l. verändert den Text.

[193] Mac. 2 l. XX her. D. 35.2.68 pr.: *eoque nos iure* etc.

[194] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.9 = Frg. Vat. 68; *Voci*, DER II 763 mit Fn. 50.

[195] Mac. 2 l. XX her. D. 35.2.68 pr.: *solitum est tamen* etc.

[196] Mac. 2 l. XX her. D. 35.2.68 pr.

[197] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.2.

[198] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.2: *quo casu magis* etc. A. A. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 56 f. (itp.). Davon gehen auch aus Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.7 (für Fälle der Beteiligung bedingter Legate) und Pomp. 2 fideic. D. 35.2.31 (für Fälle der Beteiligung bedingter Fideikommisse oder Legate). Entsprechend verfährt Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.16 im Falle des Rentenlegats.

[199] Paul. 60 ed. D. 35.2.45.1; *Voci*, DER II 762; *Schanbacher*, Ratio (1995) 80. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 45 f. hält *cautionibus ergo* etc. für itp.

Zeit berücksichtigt.[200] Legate zugunsten eines Miterben, denen gegenüber dem beschwerten Miterben seinerseits Legate zustehen (Wechsellegate), werden ohne Berücksichtigung eines aus dem Wechsellegat gewonnenen Ausgleichs zum Ansatz gebracht.[201] Auch insoweit gilt also: Was der beschwerte Erbe von einem Miterben an Legaten erwirbt, hilft seinen Legataren nicht gegen die *lex Falcidia*.[202] Ein überhöhter Erwerbsaufwand des Erben soll die Legatenlast nicht erhöhen.[203]

---

[200] Afr. 5 quaest. D. 35.2.88.3: *quare statuendum* etc. (Abzug der zwischenzeitlich vom Erben gewonnenen Erträge vom Nominalbetrag des Legats). Kritisch *Ferrini*, Teoria generale (1889) 490 („ponendo tutto l'interusurio a detrazione del capitale; nel che il computo di Africano non è stato singolarmente felice"); *Voci*, DER II 762 Fn. 43 („ove, però, il computo è sbagliato"). Die Nutzungen (25) ergeben sich nicht als Quote des Kapitals (100; ¼), sondern als Quote des abgezinsten Betrags (75; ⅓). Sie sind daher mit 33 ⅓ für z·a in die sog. Hoffmann'sche Formel (s. *Schwab*, NK-BGB II.1, § 272 Rn. 10) einzusetzen, womit sich Afrikans Lösung (75) bestätigt. S. des Weiteren Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.4; Ulp. 18 l. Iul. Pap. D. 35.2.66 pr.; Paul. 60 ed. D. 35.2.45 pr. (auch oder nur zu befristeten Legaten).

[201] Paul. 17 quaest. D. 35.2.22 pr.: *plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet.* Die Wechsellegate werden ohne Berücksichtigung des falzidischen Ausgleichs (ganz) kontribuiert. Anders *Wimmer*, Prälegat (2004) 181 f. Fn. 1005 (gekürzt). Nicht anzusetzen ist: *universum, quod coheredi praestat*: was der beschwerte Miterbe im Ganzen (per Saldo) leistet (weniger). Anzusetzen ist: *quantum daturus esset* etc.: was der Erbe ohne dies leisten würde (mehr). Eine Schädigung der Außenlegatare (*Mannino*, Calcolo (1989) 46 f.) steht nicht in Frage. *universum* (*Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 230, 232 mit Fn. 30) muss bleiben; *Schanbacher*, QL 8 (2018) 269–272. Zur Behandlung von Wechsellegaten in der falzidischen Rechnung (sog. *compensatio mutuorum legatorum*) s. insbes. Diocl./Max. C. 3.36.24 (a.294); *Voci*, DER II 766 f.; *Manthe*, Pegasianum (1989) 157–162; *Wimmer*, Prälegat (2004) 174–189; *Schanbacher*, FS Manthe 229–235; *Schanbacher*, QL 8 (2018) 255–275 (klassisch); a. A. (unklassisch) *Mancaleoni*, Compensatio (1903) 5–85; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 24 Fn. 46 (25); schwankend *Mannino*, Calcolo (1989) 47, 49, 58 (vgl. *Wimmer*, Prälegat (2004) 181 Fn. 1002). Die gängige Bezeichnung *compensatio mutuorum legatorum* erscheint als nicht ganz treffend. Denn es werden nicht die Wechsellegate miteinander verrechnet, vielmehr wird das Wechsellegat gegen den Miterben auf den Kürzungsbetrag angerechnet, der auf das zugunsten des Miterben bestehende Wechsellegat entfällt (falzidischer Ausgleich). Im Beispiel von *Voci*, DER II 767 sind zwei hälftige Miterben AB eines Vermögens von 200 wechselseitig mit Legaten beschwert: A zugunsten von B in Höhe von 80, B zugunsten von A in Höhe von 40. Das Wechsellegat AB von 40 wird auf den Kürzungsbetrag angerechnet, der auf das Wechsellegat BA von 80 entfällt (5). Infolgedessen ist nicht nur das Wechsellegat AB, sondern auch das Wechsellegat BA ganz zu leisten (*Voci* a. a. O.: A „presta 80 e riceve 40"). So haben am Ende A 60, B 140. – Variante: Zu Lasten von A kommt ein Außenlegat von 20 hinzu. Das Legat BA (80) ist neben dem Außenlegat (20) zum vollen Betrag anzusetzen. Die Kürzungslast (25) verteilt sich auf das BA-Legat und das Außenlegat im Verhältnis 4:1. So entfallen auf das BA-Legat ⁴/₅ (20), auf das Außenlegat ¹/₅ (5); auf das Außenlegat sind 15 zu leisten; auf den Kürzungsbetrag des BA-Legats (20) wird das Wechsellegat AB (40) angerechnet, so dass A an B den ganzen Betrag (80) leisten muss. A hat in diesem Fall am Ende 45, B wieder 140.

[202] Paul. 17 quaest. D. 35.2.22 pr.: *respondi: id quidem* etc. Paulus drückt sich hier so allgemein aus, weil ansonsten eine Einrechnung von Legaten in die Quart verneint wird (Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.74), es hier jedoch um die Frage der Anrechnung eines falzidischen Ausgleichs auf einen Kürzungsbetrag geht. Anders *Mannino*, Calcolo (1989) 44 („un punto in giurisprudenza non del tutto pacifico").

c. Gegenüberstellung

32 Anzusetzendes Vermögen (a) und anzusetzende Legate (b) werden einander gegenübergestellt (c). Die Gegenüberstellung ergibt, inwieweit ¾ des Vermögens überschritten sind (Kürzungslast). Der Erbe muss am Ende die Quart des Vermögens haben. Darüber hinaus stehen ihm auch die Erträge der Quart zu, worauf allerdings zwischenzeitlich gewonnene Erträge etwa bedingt fideikommissarisch hinterlassener Grundstücke anzurechnen sind.[204]

d. Verteilung der Kürzungslast

33 Die sich aus der Gegenüberstellung von anzusetzendem Vermögen (a) und anzusetzenden Legaten (b) ergebende Kürzungslast (c) wird auf die Legate grundsätzlich proportional verteilt; so ergeben sich die einzelnen Kürzungsbeträge (d). Bei Marcellus bei Iul. 32 dig. D. 30.80 begegnet folgende Konstellation. Jemand hat ein Vermögen von 30 hinterlassen und Titius 30, Seius 20, Maevius zehn vermacht. Die Legate unterliegen einer zweimaligen Kürzung. Zuerst werden sie aufgrund des *ultra-vires*-Prinzips und XII tab. 5.3 gekürzt, dann nochmals aufgrund der *lex Falcidia* (→ Rn. 2). Sowohl *ultra-vires*-Kürzung als auch falzidische Kürzung erfolgen nach der Lehre des Sabinus proportional (→ Rn. 3). Die sich aus der Gegenüberstellung von (a) Vermögen (30) und (b) Legaten (60) zunächst ergebende (c) Kürzungslast (30) wird (d) proportional auf die Legate verteilt, wodurch auf das Legat des Titius ein Kürzungsbetrag von 15, auf das des Seius ein Kürzungsbetrag von zehn und auf das des Maevius ein Kürzungsbetrag von fünf entfallen; Titius wird 15, Seius zehn, Maevius fünf erhalten.[205] Die sodann aus der Gegenüberstellung von (a) Vermögen (30) und (b) Legaten (30) des Weiteren sich ergebende (c) Kürzungslast (7 ½) wird (d) ebenfalls proportional auf die Legate verteilt, wodurch auf das Legat des Titius ein weiterer Kürzungsbetrag von 3 ¾, auf das des Seius ein weiterer Kürzungsbetrag von 2 ½ und auf das des Maevius ein weiterer Kürzungsbetrag von 1 ¼ entfallen; Titius wird schließlich 11 ¼, Seius 7 ½ und Maevius 3 ¾ erhalten.

34 An der Kürzung, die einen Legatar trifft, wird nach einer auf M. Vindius Verus (Konsul 138 n. Chr.)[206] zurückgehenden Lehre ein an den Legatar verwiesener Fideikommissar grundsätzlich proportional mitbeteiligt,[207] ungeachtet dessen, dass Legatare an sich kein Recht auf die falzidische Kürzung haben.[208]

---

[203] Iav. 4 epist. D. 35.2.61.

[204] Pap. 13 resp. D. 35.2.15.6; s. des Weiteren Afr. 5 quaest. D. 35.2.88.3; Pap. 9 resp. D. 36.1.60.5; Paul. 14 resp. D. 35.2.24.1; Ulp. 5 disp. D. 36.1.23.2; einschränkend Zeno C. 6.49.6 pr.,1,3 (a.489); *Voci*, DER II 765 f. mit Fn. 56; a. A. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 59 (justinianisch).

[205] Marcellus bei Iul. 32 dig. D. 30.80.

[206] *Kunkel/Liebs*, Herkunft (2001) 167 f.

[207] Maec. 9 quaest. fideic. D. 35.2.32.4; *Voci*, DER II 756 („opinione di alcuni giuristi"); *Mannino*, Calcolo (1989) 132; *Manthe*, Pegasianum (1989) 48 f. (mit Streichungen; kritisch dazu *Winkel*, Gnomon 67 (1995) 238). Ähnlich *Ferrini*, Teoria generale (1889) 105; *Kaser*, RP II 562 Fn. 88 (für Itp.

Die Kürzungslast verteilt sich grundsätzlich auch dann proportional, wenn die mehreren Legate ein und demselben Legatar zustehen.[209] Nach Scaev. 3 quaest. D. 35.2.16 pr. kann ein Erbe, der einige durch Damnationslegat vermachte Sachen ohne zu kürzen geleistet hat, aus den übrigen „die volle *Falcidia*“ (*plena Falcidia*) zurückbehalten, und zwar mittels *exceptio doli* (→ Rn. 7), was zeigt, dass diese Legate nicht etwa von einer erweiterten nichtproportionalen Kürzung erfasst sein können. Die an sich eingetretene proportionale Kürzung wird ausnahmsweise durch die *exceptio doli* mitverwirklicht.[210] **35**

Ist jemandem durch Vindikationslegat ein Sklave vermacht worden und dem Sklaven seinerseits ein Grundstück, erfolgt nach Atilicinus, Nerva und Sabinus[211] die falzidische Rechnung zweimal; eine erste (provisorische) Rechnung erfolgt für das Sklavenlegat, eine zweite (definitive) für alle Legate.[212] Die proportionale Kürzung am Sklavenlegat im Zuge der ersten (provisorischen) Rechnung führt zu einem proportionalen Verlust am Grundstückslegat. Dieses wird zum verbliebenen Wert in die zweite (definitive) Rechnung eingestellt.[213] Nach Cassius hingegen, dessen Lehre sich dann durchsetzt,[214] findet die falzidische Rechnung nur einmal statt. Cassius verneint näm- **36**

---

von *nisi forte* etc.). Schon Neraz lässt die ein Erbschaftsfideikommiss treffende Kürzung proportional auf ein dem Erbschaftsfideikommissar auferlegtes Einzelfideikommiss fortwirken; Neratius bei Gai. 2 fideic. D. 36.1.65.12; Neratius bei Paul. 8 Plaut. D. 35.1.43.3; s. des Weiteren Neratius bei Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.19; *Manthe*, Pegasianum (1989) 47 f. („nerazisches Prinzip“). Ein gekürztes Erbschaftsfideikommiss ist in dem aus der Kürzung sich ergebenden Umfang weiterzugeben; Scaev. 21 dig. D. 36.1.80.11; s. *Manthe*, Pegasianum (1989) 50 Fn. 45 a. E.

[208] Maec. 9 quaest. fideic. D. 35.2.32.4; des Weiteren Ulp. 79 ed. D. 35.2.47.1; Ulp. 5 disp. D. 36.1.23.5; *Voci*, DER II 756 mit Fn. 8. Ein jährliches Rentenfideikommiss wird davon grundsätzlich nicht berührt, wenn es sich aus dem Jahresertrag des vermachten Grundstücks decken lässt; Scaev. 22 dig. D. 33.1.21.1; Scaev. 4 resp. D. 35.2.25.1; s. des Weiteren Pap. 8 resp. D. 31.77.1; *Voci*, DER II 310 Fn. 221; *Mannino*, Calcolo (1989) 128–136. Abweichend *Ferrini*, Teoria generale (1889) 104–106, 427 f.; *Kaser*, RP II 562 Fn. 88; *Wesener*, TR 60 (1992) 194 (für Itp. der Schlusssätze der Scaevola-Stellen). – Eine Kürzung aufgrund des Pflichtteils des Patrons (→ Rn. 38) schlägt auf Legate u. a. durch; Rut. l. Falc. sing. D. 30.125; Proculus und Cassius bei Paul. 8 Plaut. D. 35.1.43 pr.; *Voci*, DER II 750.

[209] A. A. (für Scaevola) *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 21, 28; zust. *Mannino*, BIDR 84 (1981) 133, 138; ebenso *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 175 f. (Scaevola habe in solchen Fällen die Kürzung gehäuft; s. jedoch sogl.).

[210] *Schanbacher*, Ratio (1995) 38.

[211] Zweifelnd *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 312 (wahrscheinlich falsch eingereiht).

[212] Paul. 12 Plaut. D. 35.2.49 pr.

[213] Bspl.: Vermögen 400; Sklavenlegat 200; Grundstückslegat an Sklaven 100; Drittlegat 100. Erste (provisorische) Rechnung. Kürzung des Sklavenlegats um 50 (¼) auf 150. In Höhe dieser Quote (¼) wird das Grundstückslegat unwirksam; verbliebener Wert 75. Zweite (definitive) Rechnung mit Ansatz des Grundstückslegats zum verbliebenen Wert (75). Proportionale Kürzung aller Legate. Das Sklavenlegat wird um 40 auf 160 gekürzt, das Grundstückslegat um 15 auf 60, das dritte Legat um 20 auf 80. Der Erbe behält 100.

[214] Paul. 12 Plaut. D. 35.2.49 pr. unter Bezugnahme auf ein Reskript des Antoninus Pius; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 312.

lich den Eintritt eines proportionalen Verlusts am Grundstückslegat in Folge der Kürzung des Sklavenlegats und stellt es zum vollen Wert in die nur einmalige falzidische Rechnung ein.[215]

37 Schwierig ist die Lage, wenn jemandem ein Grundstück mit einem Wegerecht durch Vindikationslegat vermacht worden ist. In solchen Fällen steht das Schicksal des Wegerechts in Frage. Denn dieses ist unteilbar.[216] Dabei zeichnet sich ein logischer Zirkel ab, ähnlich dem von Afr. 5 quaest. D. 35.2.88 pr. behandelten.[217] Die Kürzung am Grundstückslegat lässt das Wegerechtslegat entfallen. Der Wegfall des Wegerechtslegats lässt die Kürzung am Grundstückslegat entfallen. Der Wegfall der Kürzung am Grundstückslegat lässt das Wegerechtslegat wieder aufleben. Das Wiederaufleben des Wegerechtslegats lässt die Kürzung am Grundstückslegat wieder aufleben. Die Kürzung am Grundstückslegat etc. (da capo). Scaevola unterscheidet.[218] Entspricht der Wert des Wegerechts gerade der Kürzungslast (Fall a), wird das Grundstück ganz erworben, und das Wegerecht fällt weg.[219] Liegt der Wert des Wegerechts über der Kürzungslast (Fall b), ist nach Scaevola zu erwägen, ob nicht Grundstück und Wegerecht ganz erworben werden und die Kürzungsbeträge vom Legatar mittels einer *exceptio doli* hereingeholt werden sollen.[220] Liegt der Wert des Wegerechts unter der Kürzungslast (Fall c), muss nicht nur das Wegerechtslegat wegfallen, sondern auch noch etwas am Grundstückslegat gekürzt werden.[221] Indem Scaevola die Kürzung beim Wegerechtslegat konzentriert (Fall a) oder die Legate ganz bestehen lässt und die *exceptio doli* einschaltet (Fall b), löst er sich von der Vorgabe der proportionalen Kürzung, um dem Erben nicht mehr zu lassen als die falzidische Quart (Fall c wird von Scaevola nicht eigens behandelt, denn

---

[215] Obiges Beispiel (→ Rn. 36 Fn. 213). Proportionale Kürzung aller Legate. Das Sklavenlegat wird um 50 auf 150 gekürzt, das Grundstückslegat um 25 auf 75, das Drittlegat ebenfalls um 25 auf 75. Der Erbe behält 100. Von einer „willkürlichen Bevorzugung des Erben" durch die erstgenannte Lösung (*Buchwitz*, Servus (2012) 153–157) kann keine Rede sein.

[216] Scaev. 15 dig. D. 35.2.23; Paul. 12 Plaut. D. 35.2.49.1.

[217] S. *Giaro*, in: Harke, Africani quaestiones (2011) 11; *Schanbacher*, ebd. 98–101.

[218] Scaev. 15 quaest. D. 35.2.23. *sed etiam* wird schon seit langem in *sed et viam* emendiert; *Mommsen*, EM und ES ad h. l.; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 26; *Wacke*, FS Kaser (1973) 241. Nicht so gut *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 173 (ergänzt ⟨*viam*⟩). Ein ziemlich holpriger Text. Ob jedoch daraus auf „gravi alterazioni" zu schließen ist (so *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 27; ähnlich *Finazzi* a. a. O.: „Il passo sembra molto travagliato …"), ist fraglich; *Voci*, DER II 783 Fn. 104 („ipotesi particolare").

[219] Bspl.: Vermögen 400; Grundstückswert 300; Wert des Wegerechts 20; Kürzungslast 20. Das Wegerecht fällt weg. Seine Streichung ersetzt alle Kürzungen. *amplius* (*Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 173) darf nicht fehlen.

[220] Bspl.: Vermögen 400; Grundstückswert 280; Wert des Wegerechts 40. Kürzungslast 20. Von Scaevola erwogene Lösung: Grundstück und Wegerecht (320) werden vom Legatar ganz erworben, der aber mittels *exceptio doli* veranlasst wird, an den Erben 20 zu zahlen.

[221] Bspl.: Vermögen 400; Grundstückswert 310; Wert des Wegerechts zehn. Kürzungslast 20. Das Wegerecht fällt weg. Doch ersetzt sein Wegfall die Kürzungen nur in Höhe von zehn; die restlichen zehn sind noch am Grundstückslegat zu kürzen.

dort besteht diese Gefahr nicht). Paulus hingegen[222] nimmt das in Kauf, indem er es in derartigen Fällen bei der proportionalen Kürzung des Grundstückslegats belässt und das Wegerechtslegat wegfallen lässt.[223]

e. Weiteres

Zahlungen, gegen welche der Erbe die Erbschaft restituieren soll, werden als Quart anerkannt (→ Rn. 22). Auf Kürzungsbeträge werden Wechsellegate angerechnet (sog. *compensatio mutuorum legatorum*, → Rn. 31). Der Testator kann die Kürzungslast (c) abweichend vom Prinzip der Proportionalität (→ Rn. 33) verteilen, indem er mit dem an sich anfallenden Kürzungsbetrag einen anderen Legatar belastet.[224] Nur was die falzidische Rechnung übrig lässt, unterliegt ggf. des Weiteren einer Kürzung nach dem Recht der *caduca* (→ Rn. 68).[225] Der Pflichtteil des Patrons (*portio debita*) verdrängt grds. die falzidische Quart.[226] Die falzidische Kürzung kann entfallen wegen vorangegangener übermäßiger Schenkungen des Testators.[227] Die lebzeitige Zuwendung der Quart schließt eine spätere Kürzung aus.[228] **38**

2. Verfahren

Auch wenn sich die Legate grundsätzlich von selbst kürzen (→ Rn. 4–7), bedarf es einer Durchführung der Kürzung im Einzelfall. Der Erbe, der sich Ansprüchen von Legataren und Fideikommissaren gegenübersieht, kann sich insofern auf verschiedene Weise verhalten.[229] So ist in den Quellen auch häufig von einem Tätigwerden des Erben im Hinblick auf die *lex Falcidia* die Rede (→ Rn. 6). **39**

[222] Die Antinomie scheint lange nicht bemerkt worden zu sein: *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 28. Dagegen *Wacke*, FS Kaser (1973) 240–243; dafür wieder *Mannino*, BIDR 84 (1981) 130–138 und *Finazzi*, Exceptio doli generalis (2006) 175.

[223] Paul. 12 Plaut. D. 35.2.49.1. Im Bspl. (→ Rn. 37 Fn. 219) belässt es Paulus bei der proportionalen Kürzung des Grundstückslegats um 17 ½ auf 262 ½, und verbleiben in Folge des gänzlichen Wegfalls des Wegerechtslegats dem Erben nicht nur 100 (die falzidische Quart), sondern 137 ½ (das ist mehr als die falzidische Quart). Krit. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 26 („delle conseguenze del tutto insopportabili“).

[224] Afr. 5 quaest. D. 35.2.88.2; *Voci*, DER II 782 mit Fn. 97. Die von Ulp. 13 1. Iul. Pap. D. 35.2.64 behandelte Testamentsklausel überwindet hingegen Erwerbsbeschränkungen der *lex Iulia et Papia* (→ Rn. 84 mit Fn. 540).

[225] Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 35.2.67. Vgl. *Voci*, DER I 445 (versehentlich?) anders.

[226] Marcell. 9 dig. D. 35.2.52 pr.; Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.14; s. des Weiteren Maec. 4 quaest. fideic. D. 36.1.66.3; *Voci*, DER II 748.

[227] Paul. 14 resp. D. 31.87.4; *Voci*, DER II 756 mit Fn. 11.

[228] Marcell. 22 dig. D. 35.2.56.5. Für das Vorliegen einer durch Quartverzicht bedingten Schenkung (*Mannino*, Calcolo (1989) 80 f.) fehlt es an Anhalt. Davon abzugrenzen ist der Fall von Paul. sent. 3.8.3; vgl. *Dernburg*, AcP 47 (1864) 298–300.

[229] *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 20 hingegen meint, der Erbe müsse nichts tun („L'erede, dunque, di fronte alla pretesa del legatario, non ha bisogno di svolgere alcuna attività in iure per tutelare i suoi interessi“).

a. Sofortige Kürzung

40 Eine sofortige Kürzung setzt sofortige Vornahme der falzidischen Rechnung (→ Rn. 17–38) voraus. Die falzidische Rechnung verlangt einerseits (a) die Ermittlung des Vermögens, andererseits (b) die Ermittlung der Legate; des Weiteren sind (c) die Kürzungslast zu ermitteln sowie (d) die die einzelnen Legate treffenden Kürzungsbeträge (→ Rn. 17). Zur Ermittlung des Vermögens (a) pflegt ein *arbiter Falcidiae* eingesetzt zu werden, selbst wenn etwa nur ein bescheidenes Fideikommiss verfolgt wird.[230] Die Feststellungen des *arbiter Falcidiae* haben keine Bindungswirkung für Nichtbeteiligte.[231] Daher ist man um die Beteiligung anderer Fideikommissare etwa und der Gläubiger bemüht.[232] Das Ganze mündet in eine die Beteiligten bindende Feststellung des Vermögens (a) und der Legate oder Fideikommisse (b), auf deren Grundlage sich dann Kürzungslast (c) und Kürzungsbeträge (d) unschwer errechnen lassen. An deren Feststellung muss sowohl dem Erben als auch den Legataren (weniger den Fideikommissaren) gelegen sein. Der Erbe trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Eingreifen der *lex Falcidia* und wird, wenn er dieser nicht nachkommt, verurteilt.[233] Die Legatare aber vermeiden, indem sie die Klagsumme unter Berücksichtigung der auf der Grundlage der Feststellungen des *arbiter Falcidiae* errechneten Kürzungsbetrags beziffern, die Gefahr einer *pluris petitio*,[234] gegen welche es nur noch die *restitutio in integrum* gibt.[235] Bei Vindikationslegaten kann der Gefahr einer *pluris petitio* auch durch Anstellung einer *incertae partis vindicatio* begegnet werden.[236] Stattdessen ist auch an eine *actio communi dividundo* zu denken.[237]

---

[230] Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.6; *Voci*, DER II 783, 788; *Schanbacher*, Ratio (1995) 40 mit Fn. 31 (40 f.). Der *arbiter Falcidiae* begegnet noch öfter; etwa in Pap. 30 quaest. D. 35.2.12; s. *Schanbacher*, Ratio (1995) 40 mit Fn. 50 (weitere Quellen). Paul. sent. 3.8.2 (*iudex*) bezieht sich dagegen auf den Gerichtsmagistrat; *Schanbacher*, Ratio (1995) 49; a. A. *Voci*, DER II 783 mit Fn. 103, 788 mit Fn. 129 (*arbiter Falcidiae*).

[231] Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.6.

[232] Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.6.

[233] Cels. 6 dig. D. 22.3.17. Dies spricht nicht gegen die Von-selbst-Kürzung (→ Rn. 4–7); *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 17 Fn. 29.

[234] Paul. sent. 3.8.2; *Schanbacher*, Ratio (1995) 49. Anders *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 19 (*actio incerti*); *Voci*, DER II 783 („formula dell'actio ex testamento opportunamente modificata"). *Bonifacio* a. a. O. sieht in dem Hinweis auf die *cautio quanto amplius* (*aut certe* etc.) eine spätere Hinzufügung. Der Blickwinkel wechselt (*Bonifacio* a. a. O.), was jedoch nicht zu stören braucht.

[235] Inst. 4.6.33; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 17 f.; *Schanbacher*, Ratio (1995) 50.

[236] Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.76.1; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 18 f.; *Voci*, DER II 783; *Schanbacher*, Ratio (1995) 50 f.

[237] Paul. 23 ed. D. 10.3.8.1; *Schanbacher*, Ratio (1995) 50. Skeptisch *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 20 („frutto di rimaneggiamento postclassico del testo"); weniger skeptisch *Voci*, DER II 783 Fn. 101 („e la notizia è credibile, sebbene il testo sia un riassunto compilatorio").

b. Spätere Kürzung

Statt sofort zu kürzen, kann der Erbe aber auch die ganze Leistung erbringen und die Kürzung auf später verschieben. Doch sollte er sich dann die etwaige Rückforderung durch *cautio quanto amplius*[238] sichern.[239] Der Erbe hat die Wahl zwischen sofortiger Kürzung und *cautio quanto amplius*.[240] Sofort zu kürzen, ggf. mit Hilfe des *arbiter Falcidiae* (→ Rn. 40), oder zwar ganz zu leisten, aber gegen Stellung der *cautio quanto amplius*: einen dieser Wege sollte der Erbe gehen. Denn sieht er von beidem ab (Kürzung und *cautio quanto amplius*) und leistet er ganz, riskiert er endgültig zu viel zu leisten. **41**

Ob zu viel Geleistetes zurückgefordert werden kann,[241] hängt zunächst davon ab, ob es sich um ein Damnationslegat handelt oder um ein Fideikommiss. Beim Damnationslegat ist eine Rückforderung von zu viel Geleistetem selbst bei Unkenntnis der Nichtschuld ausgeschlossen,[242] gemäß der Regel der *veteres*, dass, wo Litiskreszenz stattfindet, nicht Geschuldetes, was geleistet worden ist, nicht zurückgefordert werden kann.[243] Dies ist aber beim Damnationslegat der Fall,[244] nicht so beim Fideikommiss,[245] wo daher eine Rückforderung von nicht geschuldet Geleistetem nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Beim Fideikommiss ist vielmehr eine Rückforderung von in Unkenntnis der Nichtschuld Geleistetem möglich.[246] Dabei wird unterschie- **42**

---

[238] *Lenel*, EP 537; *Voci*, DER II 788; *Schanbacher*, Ratio (1995) 41 Fn. 53.

[239] Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.6 a. E.; *Schanbacher*, Ratio (1995) 41.

[240] *Schanbacher*, Ratio (1995) 40–50, 229 f.

[241] Rückschlüsse auf die Rechtswirkung der *lex Falcidia* (*Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 75 Fn. 30 a. E.), die ohnehin feststeht (→ Rn. 4–7), werden kaum möglich sein.

[242] Gai. 2.283; Ulp. reg. 24.33; *Voci*, DER II 785 Fn. 116 („La conseguenza viene desunta da Gaio II 283, sebbene il testo non sia in ordine"). *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 65 Fn. 5 stellt in Gai. l. c. den Hinweis *ex causa falsa* in Frage und hält *idem scilicet* etc. für eine Glosse; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 65 Fn. 6 (65–67).

[243] Inst. 3.27.7. S. des Weiteren Diocl./Max. C. 4.5.4 (a.293). *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 63–68 („conseguenza del ben noto principio classio della litiscrescenza"); *Voci*, DER II 785 („una vecchia regola del ius civile"). Die Erwähnung einer Unkenntnis des Leistenden in Diocl./Max. l. c. (*ab ignorante etiam*) wird problematisiert (*Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 67 Fn. 7). Der Rückforderungsausschluss erstreckt sich auf eine *cautio indebitae pecuniae ex eadem causa interposita*; Diocl./Max. l. c. (vgl. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 67 mit Itp.-Behauptung). Ein Vorbehalt bei der Leistung erhält die Rückforderung: Ulp. 16 Sab. D. 12.6.2 pr. (vgl. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 67 f. Fn. 10 mit Unterstellung einer *cautio* und Itp.-Behauptung). Erst recht erhält sie eine *cautio quanto amplius*; Ulp. 16 Sab. D. 35.2.70.

[244] Gai. 2.282; Gai. 4.9. Justinian beschränkt Litiskreszenz und Rückforderungsausschluss auf Vermächtnisse zugunsten von Kirchen und ehrwürdigen Stätten; Inst. 3.27.7; Inst. 4.16.1; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 68, 82; *Voci*, DER II 785.

[245] Gai. 2.282.

[246] Gai. 2.283. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 65 Fn. 4 will den Hinweis auf den Irrtum des Leistenden (*per errorem*) streichen (vgl. schon 63 Fn. 1 [64], dann 69: „Io tenterò la dimostrazione che anche qui per i classici l'errore non aveva alcuna rilevanza"). Dass darauf verschiedentlich nicht besonders hingewiesen wird (Pomp. 2 fideic. D. 35.2.31: *nam quamvis* etc. und Marcian. 8 inst.

den.[247] Wird aus Sachunkenntnis zu viel geleistet, ist die Rückforderung eröffnet;[248] wird hingegen aus Rechtsunkenntnis zu viel geleistet, indem man es versäumt, die *lex Falcidia* geltend zu machen (→ Rn. 40), gibt es auch beim Fideikommiss kein Rückforderungsrecht.[249] Wer weiß, nicht zu schulden, und trotzdem leistet, kann nicht zurückfordern.[250] Dies trifft auf jemanden zu, der sowohl Rechts- als auch Sachkenntnis hat.[251] Wird sehenden Auges ein Fideikommiss ganz geleistet, um dem Testatorwillen nachzukommen, erscheint dies nicht als Zuvielleistung, und es besteht kein Rückforderungsrecht.[252] Wird ein solches Fideikommiss sehenden Auges, um dem

---

D. 12.6.39; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 70, 72–74), hat nicht allzuviel zu bedeuten. S. des Weiteren Aristo bei Pomp. 22 Sab. D. 36.1.22 (krit. *Voci*, DER II 787 f. Fn. 125, 788 Fn. 128: „elaborato giustinianeo“).

[247] Zurückhaltend *Manthe*, Pegasianum (1989) 194 f. (erst in spätklassischer Zeit). Doch dass Aburnius Valens bei Rechtsirrtum die Rückforderung noch zugelassen habe (*Manthe*, Pegasianum (1989) 195, 198), ist fraglich. Val. 4 fideic. D. 36.1.70.1 handelt nur von Sachunkenntnis, die (*Voci*, DER II 787; *Manthe*, Pegasianum (1989) 197) beim Erbschaftsfideikommiss kaum vorkommt (ebd. *difficile quidem crederis* etc.), jedoch vorkommen kann (ebd. *sed si probaveris* etc.). A. A. *Manthe*, Pegasianum (1989) 195 (*ignorantia* meine den Rechtsirrtum, *error* den Tatsachenirrtum); abl. *Winkel*, Gnomon 67 (1995) 240. Diese Erfahrung lässt eine Beziehung von Gord. C. 6.50.9 (a.238) auf ein Erbschaftsfideikommiss (*Manthe*, Pegasianum (1989) 195 Fn. 38) als fraglich erscheinen.

[248] Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.15 a. E.: *error calculi* (vgl. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 73 f. mit Itp.-Behauptung; *Voci*, DER II 786 Fn. 118, Fn. 121, 787 mit Fn. 124 ohne; *Manthe*, Pegasianum (1989) 194 Fn. 41 mit der Vermutung des Ausfalls eines Textstücks); Gord. C. 6.50.9 (a.238) *error facti* (vgl. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 79 f. mit Itp.-Behauptung; *Manthe*, Pegasianum (1989) 195 f.: echt); Diocl./Max. C. 4.5.7 (a.293): *error facti* (vgl. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 73 f. mit Itp.-Behauptung). Die Einbeziehung der Legate (*vel legatum*) ist merkwürdig und steht im Widerspruch zu Diocl./Max. C. 4.5.4 (a.293); vgl. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 73 f.; *Manthe*, Pegasianum (1989) 196 mit Fn. 40 (itp.).

[249] Paul. iur. fact. ignor. sing. D. 22.6.9.5,6; Gord. C. 6.50.9 (a.238): *quin etiam* etc.; *Voci*, DER II 785 f.; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 239, 315; *Manthe*, Pegasianum (1989) 191 f., 195 f. Unglaublich *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 70–72 zu Paul. l. c. („Le numerose pecche del testo dimostrano indubbiamente il rimaneggiamento compilatorio“) und 80 zu Gord. l. c. („L'ultima proposizione e le prime parole sono state certamente intruse o contraffatte da chi per primo ha introdotto la distinzione fra errore di diritto e di fatto“); s. schon *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 63 Fn. 1 (64): *Bonifacio* ist ein Anhänger der „teoria che ha distrutta la classicità della distinzione error iuris – error facti“; s. des Weiteren 71, 74. Novell. Iust. 1.3 (a.535): οὐ μὴν οὐδὲ ἐφήσομεν etc. bekräftigt den Rückforderungsausschluss für diesen Fall. Anders *Ferrini*, Teoria generale (1889) 533 f.; *Mannino*, Calcolo (1989) 148 Fn. 10 (149) (für den Fall der Nachlässigkeit des Erben).

[250] Paul. 3 resp. D. 5.2.21.1; *Voci*, DER II 786 mit Fn. 118; vgl. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 74 (mit Itp.-Behauptung).

[251] Gord. C. 6.50.9 (a.238): *is autem qui* etc.; *Voci*, DER II 787 mit Fn. 123; vgl. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 79 f. (mit Itp.-Behauptung).

[252] Sev./Ant. C. 6.50.1 (a.197); *Voci*, DER II 787 mit Fn. 122. Anders *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 70, 74 (s. schon 63 Fn. 1 [64]), der den Akzent auf die Nichtleistung legt (statt auf die Nichtschuld) und den Ausschluss des Rückforderungsrechts vor Justinian auf Universalfideikommisse beschränken will (*Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 68 f., 75 f., 82 f.; gegen die Differenzierung *Voci*, DER II 788 Fn. 128). Sev./Ant. l. c. *portionis retinendam* handeln vom Fall eines Erbteilsfideikommisses (*Manthe*,

Testatorwillen zu folgen, in eine *stipulatio* umgesetzt, wird es geschuldet.[253] Abgesehen davon kann im Falle eines Fideikommisses die Rückforderung auch durch Insolvenz des Empfängers gefährdet sein.[254]

c. Relativierungen

Hat der Erbe von mehreren durch Damnationslegat vermachten Sachen schon einige ohne Kürzung geleistet, ohne sich durch *cautio quanto amplius* vorzusehen, kann er bei den übrigen mittels *exceptio doli* noch die volle Kürzung anbringen.[255] Ist der Erbe, noch in Unkenntnis über die Beschaffenheit der Erbschaft, vom Legatar durch Eid oder eine andere Betrügerei davon überzeugt worden, dass die Erbschaft bei weitem zur Leistung der Legate hinreiche, und erlangt dieser auf diese Weise die ganzen Legate, wird eine *actio de dolo* gewährt.[256] Nach einem Reskript des Antoninus Pius sollen Legatare gleich welcher *dignitas*, auch wenn sie die Legate schon erhalten haben, noch zur Sicherheitsleistung gezwungen werden.[257] Daraus geht, so Ulpian, der Wille hervor, dass auch noch nach Leistung der Legate die *cautio quanto amplius* gestellt werde.[258] Und so ist die Leistung des Ganzen am Ende für die falzidische Kürzung doch nicht vorgreiflich.[259] Septimius Severus und Caracalla lassen beim Fideikommiss eine Kondiktion der versäumten Sicherheitsleistung zu.[260] **43**

Beim Vindikationslegat kann der Erbe nach Scaevola wahlweise die Rückstellung der vermachten und schon beim Legatar befindlichen Sache erreichen, mittels *interdictum* **44**

Pegasianum (1989) 183 Fn. 10). Der Erbe scheint auf die ihm gesetzlich zustehende Quart verzichtet zu haben (a.A. *Manthe*, Pegasianum (1989) 183 f., 197 auf die vom Testator eingeräumte); Sev./Ant. l. c. *omissa Falcidia*, und vgl. Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.15 a. E.: *omisso senatus consulti commodo*; vgl. des Weiteren Pap. 11 resp. D. 42.8.19. Die *portio* ist *restituenda*, nicht wie bei *Schwarz*, SZ 68 (1951) 298 Fn. 90 zu lesen *retinenda*. S. des Weiteren Ulp. 32 Sab. D. 24.1.5.15; Val. 4 fideic. D. 36.1.70.1; Marcell. 22 dig. D. 39.5.20.1; Paul. sent. 4.3.4 mit interpr.; Iust. C. 6.50.19 (a.532).

[253] Maec. 4 quaest. fideic. D. 12.6.62; Iust. C. 6.50.19 (a.532): *iubemus hoc* etc.; *Voci*, DER II 788 mit Fn. 126 f.

[254] Pomp. 2 fideic. D. 35.2.31: *nam quamvis* etc.; Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.9 (wird auf Fideikommisse zu beziehen sein; a. A. *Voci*, DER II 785 Fn. 117 auf Legate).

[255] Scaev. 3 quaest. D. 35.2.16 (→ Rn. 7, 35).

[256] Gai. 4 ed. prov. D. 4.3.23; *Voci*, DER II 785 mit Fn. 114.

[257] Ulp. 79 ed. D. 35.3.3.5; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 108, 316 f.; *Schanbacher*, Ratio (1995) 99.

[258] Ulp. 79 ed. D. 35.3.3.5; *Voci*, DER II 789 mit Fn. 137.

[259] Alex. C. 6.50.6.2 (a.223). Einschränkend dagegen *Ferrini*, Teoria generale (1889) 535 (für die falzidische Kürzung hinsichtlich der übrigen Legate; anders Novell. Iust. 1.3 [a.535]).

[260] Marcian. 8 inst. D. 12.6.39. Vgl. *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 72 f. (der die Worte *quasi indebitum* als justinianisch streichen will); *Voci*, DER II 788 mit Fn. 128 (justinianische *condictio incerti*). Während hier von Severus und Caracalla die Rückforderung bejaht wird, wird sie von ihnen in Paul. iur. fact. ignor. sing. D. 22.6.9.5 *frustra postulant* etc. (wegen der bloßen Rechtsunkenntnis) verneint. Daher fällt es schwer zu glauben, dass (*Manthe*, Pegasianum (1989) 197 Fn. 51) hier jenes Reskript gemeint sein soll.

quod legatorum, oder den Teil der Sache vindizieren, der in Folge der falzidischen Rechnung zurückbleiben musste.[261] Ulpian verneint demgegenüber eine Anwendung des Interdikts auf eine von Todes wegen verschenkte Sache, die der Beschenkte bereits besitzt.[262] Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass der Legatar die durch Vindikationslegat vermachte Sache erst vom Erben erlangt hat, der sich bei der Hingabe geirrt hat. In diesem Fall ist eine *rei vindicatio partis* ausgeschlossen; doch erhält der Erbe gegen den Legatar eine *actio in factum* auf den Kürzungsbetrag.[263]

45 Im Fall einer das Maß der *lex Falcidia* überschreitenden Schenkung von Todes wegen (→ Rn. 12) kann zu viel Geleistetes ohne Weiteres zurückgefordert werden.[264] Gleichwohl ist auch hier an die *cautio quanto amplius* zu denken.[265]

IV. Die falzidische Rechnung bei mehreren Erbteilen

46 Sind zwei Erben eingesetzt und ist der Erbteil des einen durch Legate erschöpft oder über das Maß belastet, sind dagegen von dem anderen keine Legate hinterlassen oder nur so viele, dass sie seinen Erbteil auf die Hälfte verringern, ist anfangs fraglich, ob jener überhaupt kürzen kann, angesichts dessen, dass dieser die Quart oder mehr hat.[266] Man entscheidet sich für die Kürzung: Die falzidische Rechnung ist hinsichtlich der einzelnen Erben vorzunehmen.[267] Die Frage wird vom Gesetz selbst nicht beant-

---

[261] Scaev. 5 resp. D. 35.2.26 (Perlenkette der Matidia); s. *Kübler*, FS Koschaker II 353–367; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 30–33 (allerdings für nachklassische Erstreckung des *interdictum quod legatorum* auf den Erben, daher für nachklassische oder justinianische Itp. der betreffenden Passage); *Voci*, DER II 784 mit Fn. 106, 785 (Abw. vom Original); *Wacke*, FS Kaser (1973) 223–225; *Mannino*, BIDR 84 (1981) 141–157; *Schanbacher*, Ratio (1995) 39 f. Die Aussage des Textes in ihr Gegenteil verkehrend *Schwarz*, SZ 63 (1943) 364; dagegen *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 32 Fn. 61 („paradossale, e privo di ogni possibilità di prova"). Die Teilvindikation ist nicht erst justinianisch; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 33 f.

[262] Ulp. 67 ed. D. 43.3.1.5; *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 28–30 (allerdings mit Itp.-Behauptung hinsichtlich des Schlusses); *Voci*, DER II 784 Fn. 110; *Wacke*, FS Kaser (1973) 223–225. Iust. C. 6.5.18.1 (a.531) hat, wie es scheint, diese Stelle im Auge.

[263] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.11; *Voci*, DER II 784 mit Fn. 111. Anders *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 32 mit Fn. 60, 64 f. Fn. 2 (für eine *rei vindicatio partis*; krit. Erwägungen und Beanstandungen und Annahme justinianischer Veränderungen).

[264] Ulp. 67 ed. D. 43.3.1.5; Iust. C. 6.50.18.1 (a.531); *Bonifacio*, Lex Falcidia (1948) 34 (klassische Lösung).

[265] Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.10; *Voci*, DER II 788 mit Fn. 132.

[266] Inst. 2.22.1.

[267] Inst. 2.22.1: *placuit retinere* etc. S. des Weiteren Gai. 16 ed. prov. D. 35.2.77. Bspl.: Vermögen 400; zwei Erbteile A, B von je 200; Legate auf Erbteil A 200 oder 175; Legate auf Erbteil B keine oder 100. Stellt man den Legaten des A (200 oder 175) neben denen von B (0 oder 100) die gesamte Erbschaft gegenüber (400), kommt es nicht zur Kürzung. Stellt man ihnen hingegen den Erbteil A (200) gegenüber, sind sie (um 50 oder 25 auf 150) zu kürzen.

wortet, welches nur anordnet, dass „die Erben“ nicht weniger als den vierten Teil „der Erbschaft“ aus dem Testament erwerben sollen (→ Rn. 1). Ist unter Erbschaft (*hereditas*) das Ganze zu verstehen oder die Erbteile? Und sollen die Erben (*heredes*) insgesamt oder jeweils für sich die Quart behalten? Die Frage ist im letzteren Sinn entschieden worden. Sie stellt sich erneut, wenn mehrere Erbteile in einer Hand zusammentreffen.[268] Dies kann sich auf verschiedene Weise ereignen. Fernzuhalten[269] sind die Fälle, dass ein Erbe den anderen beerbt,[270] oder dass ein Erbe den anderen adrogiert.[271] Denn hier wird der andere Erbteil nicht als solcher erworben, vielmehr als Teil des Vermögens, das der andere verlässt oder mitbringt.[272] Fernzuhalten[273] ist des Weiteren der Fall des Zusammentreffens von Einsetzungslegaten und Substitutionslegaten beim Ersatzerben. Denn hier geht es nur um eine Erbschaft.

Es mag jemand zunächst einfach auf mehrere Erbteile eingesetzt sein, sei es auf **47**
mehrere unbedingt, sei es auf mehrere unter verschiedenen Bedingungen. In solchen Fällen wird die Berechnung der Legate vereinigt und so gerechnet, als wäre der Beschwerte einmal eingesetzt zu dem Anteil, der sich aus den mehreren ergeben würde.[274] Ist jemand allerdings auf einen Erbteil unbedingt, auf den anderen bedingt eingesetzt, ist die falzidische Rechnung unter den Juristen kontrovers. Sind *tu* und Titius unbedingt jeweils auf ¼ eingesetzt, *tu* darüber hinaus noch auf ½ unter einer Bedingung, und tritt die Bedingung ein (Fall a), sollen nach Julian die in der Hand von *tu* zusammentreffenden Erbteile (¼ + ½) vereinigt werden (zu ¾), um so den von dem unbedingten Erbteil hinterlassenen Legaten gegenübergestellt zu werden.[275] Papinian übergeht indessen einmal, indem er sich nur für den Fall mehrerer unbedingter und mehrerer bedingter Einsetzungen für Vereinigung ausspricht,[276] diesen Fall mit Stillschweigen, woraus hervorgeht, dass er hier die Erbteile nicht vereinigen will;[277] ein andermal bezieht er sich indirekt auf diesen Fall, indem er die Trennung von Pupillerbschaft und Eigenerbteil und die gesonderte Rechnung für Substitutionslegate und Einsetzungslegate durch die Fiktion ausdrückt ‚als hätte er unbedingt einen Teil und unter einer Bedingung den anderen Teil erhalten‘.[278] Auch Paulus bezieht sich, anlässlich der

[268] *Voci*, DER II 767.
[269] A. A. *Voci*, DER II 768, 776.
[270] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.15: *perinde atque si* etc.
[271] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.15.
[272] *Schanbacher*, Ratio (1995) 224–226.
[273] A. A. *Voci*, DER II 769, 776 (keine Zeugnisse).
[274] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.7: *et aliam causam* etc.
[275] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.3: *de lege Falcidia* etc.
[276] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.7: *neque referre* etc.
[277] *Schanbacher*, Ratio (1995) 144, 148 f., 237 f. Ablehnend *Stiegler*, SZ 115 (1998) 583 Fn. 10.
[278] Pap. 6 resp. D. 28.6.41.6: *ac si pure partem et sub condicione partem alteram accepisset. Schanbacher*, Ratio (1995) 148 f., 237 f. Anders die herkömmliche Ansicht, etwa *Voci*, DER II 769 mit Fn. 62, 774 Fn. 83, 776, 781; weitere Nachw. bei *Schanbacher*, Ratio (1995) 149 Fn. 46; hinzukommt *Finazzi*, Sostituzione (1997) 349 f., 350 Fn. 110 (für Vereinigung der Portionen, Kontribution der Legate).

Erörterung eines Falles der Ersatzerbeneinsetzung eines Miterben, indirekt auf diesen Fall. Seiner Meinung nach ist den Legaten des unbedingten Erbteils aus dem Überschuss des bedingten über die Quart ‚aufzuhelfen'.[279] Julian schweigt im *tu*-und-Titius-Fall über die Rechnung bei Bedingungsausfall (Fall b).[280] Fällt die Bedingung aus, ist der Erbteil von ½ *caducum* (→ Rn. 79) und wird jeweils zur Hälfte von *tu* und Titius übernommen.[281] Die auf dem ‚gefallenen' Erbteil ruhenden Legate gehen über (→ Rn. 83) und beschweren jetzt *tu* und Titius anteilig.[282] Gaius wirft die Frage auf, ob in solchen Fällen (ein Erbteil ‚fällt' und gelangt an den Miterben) die falzidische Rechnung so erfolgen soll, als wäre der Miterbe von Anfang an zum Alleinerben eingesetzt gewesen, oder ob die Lagen der einzelnen Erben gesondert betrachtet werden sollen.[283] Anerkannt ist nach Gaius eine differenzierende Lösung.[284] Ist der Eigenerbteil des verbleibenden Erben erschöpft, wird seinen Legaten durch den ‚gefallenen' Erbteil geholfen. Die Erbteile werden zugunsten der Legate des Eigenerbteils vereinigt, was Gaius mit der Wirkung zurückbleibender Legate begründet.[285] Ist dagegen der ‚gefallene' Erbteil erschöpft, ist hinsichtlich seiner die falzidische Rechnung durchzuführen, als gehörte er noch demjenigen, von dem er ‚gefallen' ist.[286] Die Erbteile werden zu Lasten der Legate des ‚gefallenen' Erbteils getrennt.[287]

48 Für den Fall, dass ein Erbe, dessen Erbteil von Legaten unversehrt ist, einen ‚gefallenen' und durch Legate erschöpften Erbteil eines anderen mittels *caducorum vindicatio* an sich zieht (→ Rn. 81 f.), folgt schon Julian der prokulianischen Trennungslehre, ebenso dann Paulus, während die Sabinianer (Cassius) noch die Vereinigung verfechten. Auch soll Antoninus Pius einmal für Vereinigung entschieden haben.[288] Die Trennungslösung führt zur Kürzung der fraglichen Legate. Auch Ulpian scheint der einseitigen Vereinigungslösung zu folgen.[289] In Fällen des Zusammentreffens von Erbteilen in Folge gewöhnlicher Akkreszenz wendet Ulpian jenes Reskript des Septimius Severus

---

[279] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.13: *is enim similis* etc.; *Schanbacher*, Ratio (1995) 211. Anders *Voci*, DER II 769 Fn. 63 („contributio unilaterale"; vgl. 768).

[280] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.3: *de lege Falcidia si hoc quaeris, an existente condicione.*

[281] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.3: *quia … sive condicio defecerit* etc.; *Schanbacher*, Ratio (1995) 145.

[282] *Schanbacher*, Ratio (1995) 145.

[283] Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.78.

[284] Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.78: *et placet* etc.

[285] Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.78: *quia et legata* etc. Beim Erben verbleibende Legate werden in die Quart eingerechnet; Gai. 3 de legatis ed.praet. D. 35.2.76.1 (→ Rn. 21); *Schanbacher*, Ratio (1995) 191–194. Anders *Voci*, DER II 769 mit Fn. 66, 776 („contributio unilaterale"; vgl. 768).

[286] Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.78 a. E.

[287] *Schanbacher*, Ratio (1995) 194.

[288] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.14; *Voci*, DER I 451; DER II 769 mit Fn. 66 (zweifelnd); *Schanbacher*, Ratio (1995) 184–190.

[289] Ulp. 18 l. Iul. Pap. D. 31.61 pr.: Vermögen 400; zwei Erben Titius und Maevius mit jeweils hälftigen Erbteilen; Legate Titius 200; Legate *quisquis heres erit* 100; Maevius tritt nicht an. Entscheidung Ulpians: Titius schuldet 300. Dieses Ergebnis folgt aus einer Vereinigung der Erbteile, würde aber auch folgen bei Trennung und ‚Aufhilfe'. *Schanbacher*, Ratio (1995) 195–197.

und des Caracalla an, wonach vom Eingesetzten hinterlassene Fideikommisse vom Ersatzerben geschuldet werden,[290] indem er den verbleibenden Erben als Ersatzerben fingiert.[291] Die Fideikommisse bleiben an ihren Erbteil verwiesen.[292]

Erwirbt jemand als Ersatzerbe den erschöpften Erbteil eines anderen zu seinem eigenen freien Erbteil hinzu, entscheidet Julian für Vereinigung der Erbteile mit der Folge, dass jene Legate ungekürzt geleistet werden müssen.[293] Überhaupt soll nach Julian in Fällen, in denen jemand als Ersatzerbe den Erbteil eines anderen hinzuerwirbt, vereinigt werden.[294] Paulus hingegen entscheidet in solchen Fällen für Trennung der Erbteile und differenziert. Legaten des eigenen Erbteils wird ‚aufgeholfen'.[295] Was dagegen die Legate des anderen Erbteils angeht, wird strikt getrennt.[296] **49**

Erwirbt jemand zu seinem eigenen Erbteil über seinen gewaltabhängigen Sohn einen weiteren Erbteil hinzu, so bleiben die Legate des Eigenerbteils ungekürzt, wenn der Sohneserbteil einen Überschuss über die Legate aufweist, der die Quart des Ganzen wahrt.[297] Erwirbt jemand zu seinem eigenen Erbteil über seinen Sklaven einen weiteren Erbteil hinzu, wird den eigenen Legaten aus dem Überschuss des Sklavenerbteils über die Quart ‚aufgeholfen',[298] nicht dagegen umgekehrt Legaten des Sklavenerbteils aus einem derartigen Überschuss des Eigenerbteils.[299] **50**

[290] Ulp. 4 disp. D. 30.74; Diocl./Max. C. 6.49.4 (a.293).

[291] Ulp. 18 l. Iul. Pap. D. 31.61.1; *Schanbacher*, Ratio (1995) 197–199.

[292] *Schanbacher*, Ratio (1995) 199.

[293] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.4 (ausgehend vom Fall einer Pupillarsubstitution und etwas unvermittelt übergehend auf den Fall einer Ersatzerbeneinsetzung); *Voci*, DER II 769 mit Fn. 63, 776 („computo complessivo"), 777 („computo unico"); *Schanbacher*, Ratio (1995) 202–207.

[294] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.5: *at perinde agendum* etc.; D. 35.2.87.8: *nec aliter augebuntur* etc.; *Schanbacher*, Ratio (1995) 207–209, 240.

[295] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.13; *Schanbacher*, Ratio (1995) 209–211, 240 f. Anders *Voci*, DER II 769 Fn. 63 („contributio unilaterale"; vgl. 768).

[296] Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.13: *sed ea quae* etc. *scilicet* etc. ist Glosse; *Schanbacher*, Ratio (1995) 213 f. und s. schon *Voci*, DER II 769 Fn. 63 („infatti per il problema presente non hanno importanza i legati disposti impersonalmente").

[297] Scaev. 4 resp. D. 35.2.25 pr.; *Schanbacher*, Ratio (1995) 217 f. Anders *Voci*, DER II 769 f. („contributio unilaterale"; vgl. 768).

[298] Paul. 12 quaest. D. 35.2.21.1. Anders *Voci*, DER II 769 f.; 776 („contributio unilaterale"; vgl. 768).

[299] Paul. 12 quaest. D. 35.2.21.1: *ex contrario* etc.; *Schanbacher*, Ratio (1995) 218–224, 241. Anders *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 166–169 (Hinzurechnung zum Erbteil). Vorbildhaft hierfür ist Julians Unterscheidung, Julian bei Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.14; *Schanbacher*, Ratio (1995) 224. A. A. *Buchwitz*, Servus (2012) 95–98 („logische Folge aus dem Recht des Sklavenerwerbs"; s. schon *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 168).

V. Die falzidische Rechnung bei der Pupillarsubstitution

51 Jemand, der einem Pupillen substituiert ist und die Pupillerbschaft erwirbt, kann sich sowohl Legaten ausgesetzt sehen, die im ersten Testament (*primis tabulis*) vom Pupillen hinterlassen sind (Pupilllegaten), als auch solchen, die im zweiten Testament (*secundis tabulis*) von ihm als Substituten hinterlassen sind (Substitutionslegaten). Nach durchgedrungener Ansicht ist auch das zweite Testament dem Vater zuzurechnen (*unum-testamentum*-Lehre der Sabinianer).[300]

52 Die Substitutionslegate sind daher gem. XII tab. 5.3 (Bezugsfunktion) vom väterlichen Vermögen vergeben; die Pupilllegate sind dies ohnehin. Daraus folgt, dass sowohl den Pupilllegaten als auch den Substitutionslegaten das väterliche Vermögen gegenüberzustellen ist; Pupilllegate und Substitutionslegate sind im Hinblick auf dieses Vermögen zusammenzufassen (*contributio legatorum*; s. → Rn. 28).[301] Dies geschieht, als hätte der Testator die vom Erben des Pupillen hinterlassenen Legate vom eigenen Erben unter anderer Bedingung hinterlassen.[302] Der Pupillarsubstitut, in Wirklichkeit Erbe des Pupillen,[303] wird als Erbe des Vaters fingiert. Mit Hilfe der Fiktion werden auch die Substitutionslegate dem Regime der *lex Falcidia* unterworfen. Denn die *lex Falcidia* wahrt nur Erben des Testators die Quart.[304] Es gilt die Regel „In den Testamenten des Vaters und des Sohnes wird eine Quart gewahrt", deren Folgen von Papinian dargelegt werden.[305] An sich schuldet der Pupillarsubstitut die Pupilllegate als Nachlassverbind-

[300] *Schanbacher*, Ratio (1995) 62–80, 155 f., 230–232, 238.

[301] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.79; *Schanbacher*, Ratio (1995) 101 f., 234. Andere Erklärung bei *Finazzi*, Sostituzione (1997) 369 („naturale conseguenza del rapporto ereditario mediato tra sostituto e testatore").

[302] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.79: *tamquam si* etc. *a suo herede* ist abstrakt zu verstehen („vom eigenen Erben"); *Schanbacher*, Ratio (1995) 102. Häufig ist hingegen eine konkrete Auffassung, so u. a. bei *Voci*, DER II 770 f., 773; weitere Nachweise bei *Schanbacher*, Ratio (1995) 102 Fn. 6; neuerdings und jüngst wieder so *Finazzi*, Sostituzione (1997) 337, 339; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 100.

[303] Das ist nach den Quellen unbezweifelbar und ergibt sich auch daraus, dass der Pupillarsubstitut als Erbe des Vaters fingiert wird; s. nur Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.79; *Schanbacher*, Ratio (1995) 62–71, 230 f. Doch vielfach sieht man es anders; s. Nachweise bei *Schanbacher*, Ratio (1995) 63 Fn. 32; vgl. *Stiegler*, SZ 115 (1998) 582 Fn. 9 und s. aus neuerer Zeit *Finazzi*, Sostituzione (1997) 348 („Traspare, pertanto, un quadro articulato, nel quale la qualità di erede del figlio e quella di erede mediato del testatore, concorrenti in capo al sostituto pupillare, vengono utilizzate dalla giurisprudenza del II sec. d. C.") oder 369 („duplice qualità ereditaria del sostituto, erede diretto dell'impubere e mediato del testatore"); *Wimmer*, Prälegat (2004) 188 („Der Substitut beerbt beide, Vater und Pupill"); und unlängst wieder *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 101 (Pupillarsubstitut als Erbe des Vaters). Vgl. jedoch schon die Warnung *Vocis*, DER II 781 („Non si può arguire da quelle affermazioni senza commettere un grave errore"). *Kupisch*, Ess. Winkel I 500–511 meint jetzt, der Pupillarsubstitut sei von Papinian in manchen Fällen als Vaterserbe, in anderen als Pupillerbe angesehen worden. Doch ist ein derartig willkürlicher Umgang mit der Erbrechtsbeziehung nicht anzunehmen.

[304] *Schanbacher*, Ratio (1995) 102 f., 234.

[305] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.5: *Quod vulgo dicitur in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari, quam potestatem habeat, videndum est.*

lichkeiten (*aes alienum*).[306] Doch findet nunmehr wegen der Substitutionslegate Kontribution statt.[307] Kontribuiert werden aber nur Legate (→ Rn. 28). Daher müssen die Pupilllegate für den Pupillarsubstituten als Legate gelten.[308] Als solche treten sie neben die Substitutionslegate, die ihren Legatscharakter behalten.[309] Danach kann es vorkommen, dass der Pupillarsubstitut am Ende nichts behält oder auch viel mehr als die Quart der väterlichen Erbschaft.[310] Der Fall einer unzulänglichen Pupillerbschaft ist gekennzeichnet durch das Paradox „vom Seinigen wird der Substitut geben, weil der Vater vom Seinigen vermacht hat".[311] Der Substitut muss die Legate, auch wenn gekürzt, aus seinem eigenen Vermögen (*de suo*) leisten. Und doch ist das *ultra-vires*-Prinzip (→ Rn. 2) nicht verletzt.[312] Denn die Legate, die im zweiten Testament hinterlassen werden (*legata, quae tabulis secundis relinquuntur*), werden als gleichsam im ersten Testament (*quasi primis*) von Rechts wegen (*iuris sub condicione*) von diesem Teil hinterlassen (*in hac parte relicta*) aufgefasst (*intelleguntur*).[313] Der chiastisch strukturierte Satz drückt dreierlei aus: 1) den Bezug der Substitutionslegate auf die väterliche Erbschaft; 2) das Bestehen dieses Bezugs von Rechts wegen (XII tab. 5.3) und 3) aufgrund der *unum-testamentum*-Lehre.[314]

---

[306] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.5: *quamvis enim* etc.

[307] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.5: *tamen propter* etc.

[308] *Schanbacher*, Ratio (1995) 104 f. A. A. *Voci*, DER II 771 Fn. 75 („I legati imposti al pupillo sono aes alienum per il sostituto, anche se sottoposto, poi, al computo particolare della Falcidia"); *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 99 (Pupilllegate als Erbschaftsschulden) oder *Kupisch*, Ess. Winkel I 503 mit Fn. 4 f., 504 Fn. 7, Fn. 9, 506 Fn. 15 (507), 507 Fn. 18 (beliebige Geldschuld, *aes alienum*).

[309] A. A. *Finazzi*, Sostituzione (1997) 339 („che induceva a ragionare come se il sostituto prestasse anche i legati disposti a suo carico ex substitutione quale erede del figlio, allo stesso modo che fossero aes alienum").

[310] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.5: *secundum quae* etc.

[311] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.5: *de suo dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo.* Die im überlieferten Text zwischen *de suo* und *dabit* stehenden Worte *quadrante nimirum* sind an dieser Stelle unhaltbar; sie sind allerdings nicht, wie vielfach angenommen wird, unecht (u.a. von *Voci*, DER II 771 Fn. 74: „un glossema che turba l'andamento logico del passo"; s. weitere Nachweise bei *Schanbacher*, Ratio (1995) 109 Fn. 29; zweifelnd *Finazzi*, Sostituzione (1997) 340 f.: „se d'aggiunto si tratta" [doch dass es bei einer Aufzehrung der Quart bleibt – *Finazzi*, Sostituzione (1997) 341 Fn. 83 –, wäre Zufall]), vielmehr nur versetzt; *Schanbacher*, Ratio (1995) 105–111, 234. Dagegen will *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 94 die Worte an ihrer Stelle belassen mit der (zweifelhaften) Erwägung, es sei daran gedacht, dass der Substitut ausschlage (100 Fn. 468). Eine *redditio* (Wiederholung als syntaktisch-semantische Klammer; *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 99 f.) würde syntaktische und semantische Identität der einrahmenden Satzglieder erfordern, woran es fehlt. *Kupisch*, Ess. Winkel I 502, 504 f., 507 Fn. 18, 510 f. lässt die Worte auch stehen, fasst den Satz aber auf im Sinne einer Einbehaltung der Quart von der Pupillerbschaft, um seine Annahme zu begründen, eine Eigenhaftung des Pupillarsubstituten habe es nicht gegeben. Ein Bezug zu XII tab. 5.3 wird geleugnet (505 Fn. 11), der Folgesatz zurechtgebogen (506 mit Fn. 14). Abl. *Schanbacher*, SZ 133 (2016) 413–419.

[312] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.5: *nec ad rem pertinet* etc. Dass es darauf „nicht ankomme" (*Babusiaux*, Quaestiones (2011) 94) kann man nicht sagen. Dass Papinian den Einwand einer zu weitreichenden Erbenhaftung mit dem Hinweis auf eben diese zurückweise (*Babusiaux*, Quaestiones (2011) 99 f.), wird man nicht annehmen wollen.

[313] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.5: *cum in hac parte* etc.

53 Hat ein Pupill bei einem Vermögen von 400 zwei Substituten Titius und Seius, und ist der Pupill mit Legaten in Höhe von 200 beschwert, einer der Substituten (Titius) mit Substitutionslegaten in Höhe von 100, werden nach Gaius sowohl Titius als auch Seius als Erben zu je ½ (200) fingiert, was dazu führt, dass Titius die ihn hälftig treffenden Pupilllegate (100) und seine Substitutionslegate (um jeweils 25) kürzt, während Seius die ihn hälftig treffenden Pupilllegate (100) nicht kürzen kann, nachdem ihm mehr als die Quart verbleibt (nämlich 100).[315] Die Vaterserbenfiktion wird an der Substitutionsquote orientiert. Hat ein Pupill bei einem Vermögen von 400 zwei Substituten (Titius, Seius), und ist einer der Substituten (Titius) in Höhe von 300 mit Substitutionslegaten beschwert, sind nach Marcellus 300 keinesfalls zu leisten; ob 200 oder 150 lässt Marcellus offen.[316] Die Orientierung an der Substitutionsquote steht für Marcellus nur für das *ultra-vires*-Prinzip (→ Rn. 2) fest, nicht für die *lex Falcidia*.[317] Ulpian weicht trotz seiner anschließenden Bejahung einer Leistung von 200 von der gängigen Doktrin nicht ab.[318]

54 Hat ein Pupill zwei Substituten, von denen einer über seinen Anteil hinaus mit Substitutionslegaten beschwert ist und zugleich hälftig mit Pupilllegaten, doch so, dass ¾ des Ganzen nicht überschritten sind, soll dieser die ihn treffenden Legate unter Zugrundelegung der Hälfte des väterlichen Vermögens kürzen können, „als wäre er so Erbe des Vaters geworden", nämlich im Umfang der Substitutionsquote (½).[319] Für Papinian ergibt sich die Maßgeblichkeit der Vaterserbenfiktion gemäß der Substitutionsquote aus ihrem Charakter als Wirkursache für die Faktoren der falzidischen Rechnung (väterliches Vermögen; Kontribution der Legate). Wie die Vaterserbenfiktion die

---

[314] *Schanbacher*, Ratio (1995) 111–113, 234 f. Bedenken bei *Stiegler*, SZ 115 (1998) 583 Fn. 10. Anders und entsprechend dem herkömmlichen Verständnis (s. Nachweise bei *Schanbacher*, Ratio (1995) 112 Fn. 41) wieder (*in hac parte iuris*) *Finazzi*, Sostituzione (1997) 339 f. („nella materia del computo della quarta Falcidia") und *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 94 („in diesem Rechtsbereich"); *Kupisch*, Ess. Winkel I 507 mit Fn. 16, Fn. 18 („auf dem vorliegenden Rechtsgebiet").

[315] Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.80 pr.; *Schanbacher*, Ratio (1995) 123 f., 133.

[316] Ulp. 79 ed. D. 35.3.1.3.

[317] *Schanbacher*, Ratio (1995) 124–126.

[318] *Schanbacher*, Ratio (1995) 126–131. Dies wird verschiedentlich anders gesehen; s. Nachweise bei *Schanbacher*, Ratio (1995) 126 Fn. 89; hinzukommt *Finazzi*, Sostituzione (1997) 346–348. Textkritisch *Voci*, DER II 772 Fn. 76 („Quale opinione seguisse, poi, Ulpiano, non è facile dire, giacchè il seguito del testo è corrotto … ").

[319] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.6: *sed verior est* etc. Dies ist gängige Doktrin; Gai. 3 de legatis ed. praet. D. 35.2.80 pr. (→ Rn. 53). Die Gegenposition *et facile quis dixerit* etc. ist, soweit ersichtlich, nicht ernsthaft vertreten worden; *Schanbacher*, Ratio (1995) 115 f. A. A. u. a. *Voci*, DER II 771–773, 779; weitere Nachweise bei *Schanbacher*, Ratio (1995) 116 Fn. 54. Allgemein angenommen (*Voci*, DER II 772 f.) war sie schon gar nicht. *Kupisch*, Ess. Winkel I 508 mit Fn. 25 meint, sie sei darauf gerichtet gewesen, statt des väterlichen Vermögens das geringere Sohnesvermögen zugrundezulegen. Im Vorstehenden (*consequenter prioribus* etc.) ist davon jedoch nicht die Rede (→ Rn. 52 Fn. 311). Und zu einer Haftung „über ¾ des Erbteils" (wie *Kupisch ultra vires portionis* verstehen will [?]), würde es allemal nicht kommen, da sich nicht nur die Quart, sondern auch die Legate verringerten.

falzidische Rechnung bestimmt, so wird sie ihrerseits durch das Vorhandensein mehrerer Substituten bestimmt.[320] Auch wenn ¾ des Ganzen um etwas überschritten sind, kann der andere Substitut nach gängiger Doktrin nicht kürzen. Denn bei Zugrundelegung der an der Substitutionsquote orientierten Vaterserbenfiktion (½) hat er die Quart.[321] Doch Papinian lehnt entgegen der herkömmlichen Doktrin für den selbst nicht mit Substitutionslegaten beschwerten Substituten[322] die Orientierung der Vaterserbenfiktion an der Substitutionsquote ab und kommt auf diese Weise zu einer gewissen Kürzung der jenen hälftig treffenden Pupilllegate.[323]

Ist jemand einem Pupillen substituiert und neben diesem zum Erben eingesetzt, **55**
treffen in seiner Hand Pupillerbteil und Eigenerbteil zusammen. Der Pupillerbteil kann mit Pupilllegaten und Substitutionslegaten belastet sein, der Eigenerbteil mit Einsetzungslegaten. Ist der Pupillerbteil durch Pupilllegate erschöpft, der Eigenerbteil des Substituten dagegen von Legaten frei, schuldet der Substitut nach Julian die Legate so, wie sie der Pupill schuldete, nämlich im Umfang von ¾ der Hälfte.[324] Doch ist dies eine von Julian, der zuvor anders, nämlich für Vereinigung der Portionen, entschieden hatte (*placuit*), erst später bei der Abfassung seiner *Digesta* aufgenommene Lösung.[325] Ist umgekehrt der Eigenerbteil des Substituten durch Einsetzungslegate erschöpft, der Pupillerbteil hingegen von Legaten frei, werden nach Julian die Einsetzungslegate ver-

---

[320] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.6: *ut enim opes patris* etc.; ein Satz, der den Leser in die Welt der aristotelischen Ursachenlehre versetzt; *Schanbacher*, Ratio (1995) 117–123. Zweifelnd *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 101 Fn. 476 (Verpersönlichung abstrakter Rechtsbegriffe); zust. jedoch *Manthe*, SZ 131 (2014) 455 Fn. 22. Abl. *Kupisch*, Ess. Winkel I 508 f. mit Fn. 26 (mit *capiunt* im Sinn von „bestimmen" [?] und der Hinzusetzung von nicht Gesagtem und nicht Gedachtem [„falzidisches Viertel", „Vermächtnisse"]: „apodiktische Spekulation"). *Inde* verweist auf das Ende des Satzes: *Schanbacher*, Ratio (1995) 122 f. So auch mit Entschiedenheit *Finazzi*, Sostituzione (1997) 344 Fn. 96. Meist wird der Bezug dagegen vorn gesucht; so von *Voci*, DER II 779; weitere Nachweise bei *Schanbacher*, Ratio (1995) 122 f. Fn. 73; und wieder so *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 95 („von da [sc. vom Erbfall]"); 101 Fn. 475 (*atque ita si patri heres extitisset*).

[321] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.6: *atquin quartam habet neque idem patiatur instituti comparatio* (Er hat jedoch die Quart, und nicht dasselbe möchte die Gleichsetzung mit einem Eingesetzten zulassen). Gemeint ist die Quart der Substitutionsportion; *Schanbacher*, Ratio (1995) 131 f. Anders *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 95 („Wenn nun aber er die Quart hat, erlaubt dasselbe nicht den Vergleich mit dem Eingesetzten [Erben]"): gemeint sei angesichts einer verringerten Erbschaft die Quart der väterlichen Erbschaft (*Babusiaux*, Quaestiones (2011) 101). Doch ist *comparatio* und nicht *idem* das Subjekt des Satzes; eine Erbschaftsverringerung wird nicht vorausgesetzt. Anders *Kupisch*, Ess. Winkel I 509 f.: gemeint sei angesichts einer vergrößerten Erbschaft die Quart der Pupillerbschaft (keine „Verdopplung der Quart"). Abwegig.

[322] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.6: *qui non est oneratus*. *Schanbacher*, Ratio (1995) 131. Anders viele; Nachweise bei *Schanbacher*, Ratio (1995) 131 Fn. 119, und jetzt wieder *Finazzi*, Sostituzione (1997) 345 (Beschwerung mit Substitutionslegaten nicht über ¾ der Portion).

[323] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.6: *rursus si negemus* etc.; *Schanbacher*, Ratio (1995) 131–135. *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 102 hingegen meint, die Kürzung werde verneint.

[324] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.4: *si vero patri* etc.; s. etwa *Voci*, DER II 773, 777.

[325] *Schanbacher*, Ratio (1995) 82, 86, 232 f.

größert,[326] als wäre der Substitut einem beliebigen Miterben substituiert.[327] Denn der Substitut lege der falzidischen Rechnung immer das väterliche Vermögen zu Grunde.[328] Julian differenziert also. Er trennt Pupillerbteil und Eigenerbteil des Substituten zu Lasten der Pupilllegate, vereinigt sie dagegen zugunsten der Einsetzungslegate.[329] Ohne Rücksicht darauf soll allerdings im Falle wechselseitiger Substitution zweier Pupillen verfahren werden.[330]

56 Erwirbt der Miterbe und Pupillarsubstitut, nachdem er die (offensichtlich ¾ seines Erbteils überschreitenden) Einsetzungslegate unter Anstellung der falzidischen Rechnung geleistet hat, den durch Pupilllegate erschöpften Pupillerbteil hinzu, ist nach Julian die falzidische Rechnung erneut vorzunehmen, und sind Einsetzungs- und Pupilllegate zu kontribuieren, so dass die Quart des Vermögens bei ihm verbleibt.[331] Zwar beerbe er den Pupillen, werde aber für die *lex Falcidia* so behandelt, als wäre er Erbe des Vaters.[332] Julian vereinigt hier Pupillerbteil und Eigenerbteil des Substituten, was angesichts der zuvor entwickelten Differenzierung[333] überrascht. Erwartet man doch danach eine Trennung der Erbteile. Denn im zu Grunde liegenden Fall, in dem der Pupillerbteil erschöpft ist, der Eigenerbteil des Substituten nur überlastet,[334] werden die Einsetzungslegate durch die Vereinigung benachteiligt.[335] Die Einsetzungslegate werden jedoch vergrößert.[336] Doch liegt dies daran, dass die Leistung bereits unter Anstellung der falzidischen Rechnung erfolgt ist. Damit ist eine Realisierung der sich nunmehr ergebenden weiteren Kürzung ausgeschlossen.[337]

57 Papinian wirft die Frage auf, wie in solchen Fällen zu rechnen ist und erörtert die Regel „Die Berechnung der Legate ist zu sondern".[338] Trennung der Erbteile und Son-

---

[326] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.5: *poterit dici augeri legata.*

[327] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.5: *et perinde agendum* etc.

[328] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.5: *quia semper* etc.

[329] *Schanbacher*, Ratio (1995) 81–100, 232 f. A. A. etwa *Voci*, DER II 774–776 („contributio unilaterale": vgl. 768), 778 („Il sostituto è tenuto a integrare la propria quota con quella del pupillo").

[330] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.6; *Schanbacher*, Ratio (1995) 89 f. (Bezugnahme auf § 5). A. A. *Voci*, DER II 778 (Bezugnahme auf §§ 4,5). Julian setzt hier Substitutionslegate voraus; *Schanbacher* a. a. O.; a. A. *Voci*, DER II 778 f. (nie).

[331] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.8.

[332] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.8: *licet enim* etc.

[333] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.4,5.

[334] Bestritten; a. A. *Voci*, DER II 774 („anche il pupillo è nella stessa situazione"), 778 („Questa volta sono onerati ultra dodrantem tutt'e due").

[335] A. A. *Voci*, DER II 774 („È inutile stare a fare due compiti, che tornano sempre al risultato del computo unico; perciò si può restare al computo complessivo"), 778 („Giuliano doveva notare che non aveva bisogno di allontanarsi dalla teoria dominante; con qualsiasi teoria si arrivava allo stesso risultato").

[336] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.8: *nec aliter augebuntur legata.*

[337] *Schanbacher*, Ratio (1995) 90–99, 233.

[338] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.7: … *et quale est quod volgo diceretur, legatorum rationem separandam*? Die *separatio legatorum* behandelt Papinian nochmals, Pap. 6 resp. D. 28.6.41.6; *Schanbacher*, Ratio (1995) 147–154, 237 f.

derung der Legate ist ein Verfahren, das bis Julian, welcher erstmals für Vereinigung der Erbteile entscheidet, befolgt worden ist.[339] Papinian legt die Bedeutung dieser Regel dar. Sie bezieht sich nicht auf Pupill- und Substitutionslegate, wo eine Sonderung nicht möglich ist, da sie einer gemeinsamen Rechnung unterworfen werden und sich gegenseitig die Kontribution mitteilen; sie bezieht sich vielmehr auf Pupill- und Substitutionslegate einerseits, Einsetzungslegate andererseits. Daraus folgt, dass der Miterbe und Pupillarsubstitut die Quart des Pupillerbteils behält, ungeachtet seines eigenen Erbteils.[340] Die von Julian eingeführte einseitige Begünstigung der Einsetzungslegate wird von Papinian in abgewandelter Form, nämlich in Form der sog. ‚Aufhilfe' fortgeführt.[341]

Hat jemand eines seiner beiden unmündigen Kinder zum Erben eingesetzt, das **58**
andere enterbt und das enterbte dem eingesetzten substituiert, dem enterbten aber wiederum einen Dritten und von letzterem Legate vergeben, so sind diese nach Julian unter Anstellung der falzidischen Rechnung auf der Grundlage des väterlichen Vermögens zu leisten, wenn zunächst der eingesetzte Erbe, dann der Enterbte und Erstsubstituierte, beide unmündig, gestorben sind.[342] Denn es ist väterliches Vermögen aufgrund väterlicher Verfügung und auf erbrechtlichem Wege zu dem Substituten gelangt.[343] In Anlehnung an dieses Kriterium lässt Papinian Substitutionslegate gültig sein, die einem zum Erben eingesetzten Substituten eines enterbten Pupillen auferlegt worden sind.[344] Substitutionslegate und Einsetzungslegate sind, da vom väterlichen Vermögen vergeben, zwangsläufig zu kontribuieren.[345] Ist schließlich jemand zwei Pupillen substituiert und beerbt er beide, kann er anerkanntermaßen in der Erbschaft des einen nicht kürzen, wenn er aus dem Vermögen des anderen den vierten Teil der väterlichen Erbschaft, wie sie an die Söhne gelangt ist, hat.[346] Die Pupillerbteile werden getrennt, ihre Legate gesondert; der Überschuss des einen Erbteils über die Legate verringert aber die Kürzung der Legate des anderen.[347] Folgt hingegen der zweite Pupill

[339] *Schanbacher*, Ratio (1995) 81 f., 232. A. A. *Voci*, DER II 774, 777 f. (Vereinigung der Erbteile und Kontribution der Legate; „una teoria, prevalente ai tempi del giurista, e secondo la quale il computo era sempre complessivo"; „L'opinione dominante (placuit) era per il computo unico e complessivo"; und öfter).

[340] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.7.

[341] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.7: *ideoque quartam* etc.; *Schanbacher*, Ratio (1995) 136–149, 237. Bedenken bei *Stiegler*, SZ 115 (1998) 583 Fn. 10.

[342] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.7.

[343] Iul. 61 dig. D. 35.2.87.7: *cum iudicio patris* etc.

[344] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.8.

[345] Pap. 29 quaest. D. 35.2.11.8; *Schanbacher*, Ratio (1995) 156 f. Vgl. zuletzt *Babusiaux*, Quaestiones (2011) 103 (fragwürdig).

[346] Pap. 9 resp. D. 35.2.14.2.

[347] *Schanbacher*, Ratio (1995) 175–177, 239. Strittig a. A. etwa *Voci*, DER II 775 („L'opinione comune era che il computo doveva essere unico"; „e quindi non sarebbe applicabile che il regime del computo complessivo"); weitere Nachweise bei *Schanbacher*, Ratio (1995) 176 Fn. 9.

dem ersten im Wege gesetzlicher Erbfolge, und folgt der Substitut als solcher nur dem zweiten, wird der Erbteil des ersten nicht zur falzidischen Rechnung herangezogen, vielmehr wird der Substitut die Quart des Erbteils des zweiten zurückbehalten.[348] Ein Überschuss des Erbteils des ersten Pupillen über dessen Legate bleibt unberücksichtigt.[349]

VI. *SC Pegasianum*

59 Einem durch Testament eingesetzten Erben kann durch Fideikommiss aufgegeben werden, die erhaltene Erbschaft zu restituieren.[350] Doch kommt es auf die Erbeinsetzung nicht entscheidend an. Erbschaftsfideikommisse können auch von Intestaterben hinterlassen werden.[351] Trotz Restitution der Erbschaft bleibt der Erbe weiterhin Erbe.[352] Die Erbschaftsrestitution selbst durchläuft mehrere Phasen. Anfangs wird sie als Erbschaftskauf inszeniert.[353] Erbe und Erbschaftsfideikommissar sichern sich wechselseitig hinsichtlich der Nachteile und Vorteile der Erbschaft, die letztlich allesamt den Erbschaftsfideikommissar treffen sollen, durch den Erben einerseits entlastende, den Erbschaftsfideikommissar andererseits begünstigende Stipulationen, wie sie zwischen Erbschaftsverkäufer und Erbschaftskäufer üblich sind.[354]

60 Das unter Nero[355] ergehende *SC Trebellianum*[356] sieht vor, dass im Falle der Restitution der Erbschaft aufgrund Fideikommisses die nach *ius civile* dem testamentarisch eingesetzten Erben und gegen ihn zustehenden Klagen nunmehr demjenigen erteilt werden und gegen denjenigen, dem aufgrund des Fideikommisses die Erbschaft restituiert worden ist.[357] Dadurch werden jene Stipulationen überflüssig. Sie geraten außer

---

[348] Pap. 9 resp. D. 35.2.14.3. Leicht anders *Voci*, DER II 775 f. (zwei Quarten).

[349] *Schanbacher*, Ratio (1995) 177–179, 239. S. des Weiteren Pap. 1 def. D. 28.6.42 und *Schanbacher*, Ratio (1995) 179–181, 239.

[350] Gai. 2.248,250; Inst. 2.23.2 (mit Musterformulierung).

[351] Gai. 2.270; Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.5 zur Anwendung des *SC Trebellianum*; Ulp. 4 fideic. D. 36.1.6.1 zur Anwendung des *SC Pegasianum*; *Voci*, DER II 353 mit Fn. 40.

[352] Gai. 2.251,255; Inst. 2.23.3; *Voci*, DER II 364.

[353] Gai. 2.252.

[354] Gai. 2.252; *Voci*, DER II 345; *Manthe*, Pegasianum (1989) 27–35 (mit Musterformulierungen nach *Ferrini*, Theoph. Par. II 240 Z. 3–14 [Theoph. inst. 2.23.3]).

[355] Herkömmlich wird das *SC Trebellianum* in das Jahr 56 n. Chr. datiert; *Voci*, DER II 345. Nach neuesten Erkenntnissen (*Camodeca*, Archivio (1992) 132, 266 f.; TP I 107) fällt es hingegen schon in das Jahr 55 n. Chr.; *Manthe*, Labeo 40 (1994) 377 (offen noch *Manthe*, Pegasianum (1989) 35 Fn. 1; *Manthe*, Symp. Wieacker (1991) 118 Fn. 25); *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 99; *Gröschler*, SZ 119 (2002) 514.

[356] Von Seneca mitverfasst? *Manthe*, Pegasianum (1989) 40 f., 75; vgl. *Winkel*, Gnomon 67 (1995) 239; *Gröschler*, SZ 119 (2002) 514 Fn. 19. Abl. *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 100 Fn. 197.

[357] Gai. 2.253; Inst. 2.23.4; *Voci*, DER II 345 f. Text des *SC Trebellianum* bei Ulp. 3 fideic.

Übung.[358] Der Prätor sorgt für die Ausführung des *SC*, indem er *actiones utiles* zugunsten des Erbschaftsfideikommissars und gegen ihn vorsieht, „als wäre er Erbe“ und diese Klagen auch im Edikt verankert.[359] Es handelt sich dabei um fiktizische Formeln.[360] Betroffen sind auch Legatsforderungen.[361] Julian beschränkt allerdings die zur Gänze auf den Erbschaftsfideikommissar übergegangenen (→ Rn. 63) Legatsforderungen über die prätorische Klagerteilung auf das, was dieser wirklich erlangt hat.[362] Ulpian stimmt der *sententia Juliani* zu: Der Fideikommissar dürfe nicht über das, was er von der Erbschaft erlange, hinaus geschädigt werden.[363] Niemand müsse nämlich mehr an Legaten leisten, als was an ihn von der Erbschaft gelangt ist, wie es ein Reskript des Antoninus Pius besage:[364] wie es scheint, ein Nachklang des *ultra-vires*-Prinzips (→ Rn. 2).[365] Im Weiteren wird das *SC Trebellianum* auf Erbschaftsfideikommisse von Intestaterben erstreckt[366] sowie auf Erbschaftsfideikommisse von Erbschaftsfideikommissaren.[367]

Veranlasst dadurch, dass testamentarisch eingesetzte Erben, denen durch Fideikommiss aufgegeben ist, die ganze oder fast die ganze Erbschaft zu restituieren, es ablehnen, die Erbschaft anzutreten, wegen Mangels jeglichen Vorteils oder wegen des nur sehr geringen Vorteils, und infolgedessen die Fideikommisse hinfällig werden,[368] ergeht **61**

D. 36.1.1.2; *Manthe*, Pegasianum (1989) 35–39 (überarbeitet im Hinblick auf die weitere Entwicklung). Zweifelnd *Talamanca*, BIDR 92/93 (1989/1990) 782 f.; *Lambertini*, St. Bassanelli 817 f. Fn. 2. Anders *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 100 f. (anders 112); vgl. *Gröschler*, SZ 119 (2002) 514. Zur Gestalt der Restitution: Gai. 2 fideic. D. 36.1.65 pr.; Ulp. 16 ed. D. 36.1.38 pr.; *Voci*, DER II 359 f.; *Manthe*, Pegasianum (1989) 38 mit Fn. 7.

[358] Gai. 2.253.

[359] Gai. 2.253; vgl. Gai. 2.251; Inst. 2.23.3; *Voci*, DER II 346.

[360] *Ferrini*, Theoph. Par. II 240 f. Z. 26–5 (Theoph. inst. 2.23.4); *Lenel*, EP 183–185; *Manthe*, Pegasianum (1989) 38, 103 f. Abw. *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 101 f. (der Formeln mit Subjektwechsel nicht ausschließen will); krit. *Gröschler*, SZ 119 (2002) 514.

[361] Iulianus bei Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.17 (sogl.); Iulianus bei Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.20 (hälftige Teilung der Legatsforderung bei Fideikommiss über die Hälfte der Erbschaft); Pap. 20 quaest. D. 36.1.57.2: *non est contrarium* etc.; Ulp. 79 ed. D. 36.3.1.19: *hoc autem evenit* etc. (Teilentlastung der Erben bei Teilrestitution); Philipp. C. 6.49.2 (a.244) (dito); s. des Weiteren Paul. 75 ed. D. 36.3.15.1 (beiderseitige Sicherheitsleistung wegen der Legate bei Restitution *ex SCto Trebelliano*). *Voci*, DER II 367 mit Fn. 127.

[362] Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.17; *Manthe*, Pegasianum (1989) 136–146 (mit Annahme gravierender Textstörungen). Im Falle Iulianus bei Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.21 hält sich die Legatsforderung in den Grenzen des Erlangten.

[363] Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.17: *et mihi videtur* etc.

[364] Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.17: *neminem enim* etc.; *Müller-Eiselt*, Divus Pius (1982) 316.

[365] Weitergehend *Manthe*, Pegasianum (1989) 139–142 (kaiserliche Bekräftigung).

[366] Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.5; *Manthe*, Pegasianum (1989) 39 mit Fn. 15 (im Wege der *interpretatio*). Anders *Voci*, DER II 353 Fn. 40 (von vornherein erfasst); dagegen *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 175.

[367] Iulianus bei Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.8; Pap. 20 quaest. D. 36.1.57.2; Iust. C. 6.49.7.1c (a.530); *Manthe*, Pegasianum (1989) 39, 96 f.

[368] Skeptisch *Wesel*, Rhetorische Statuslehre (1967) 123 f.

wenige Jahre später, unter Vespasian,[369] das *SC Pegasianum*, welches dem mit einem Erbschaftsfideikommiss über ¾ beschwerten testamentarisch eingesetzten Erben das Recht einräumt, ¼ zurückzubehalten, wie dies durch die *lex Falcidia* bei Legaten gestattet wird.[370] Der Anwendungsbereich der *lex Falcidia* wird durch das *SC Pegasianum* auf Erbschaftsfideikommisse erstreckt; durch die Jurisprudenz darüber hinaus auf Einzelfideikommisse (→ Rn. 12). Dies führt nun allerdings dazu, dass, sofern durch Fideikommiss mehr als ¾ der Erbschaft vergeben werden, die Wirkung des *SC Trebellianum* (→ Rn. 60) durchkreuzt wird.[371] Der Erbschaftsfideikommissar, der bisher die Stellung eines Erben einnahm (→ Rn. 60),[372] wird in solchen Fällen nämlich in die Stellung eines Legatars gerückt, womit die Stellung eines Erben nach dem *SC Trebellianum* als unvereinbar erscheint.[373] Die Folge ist, dass die Klagüberleitung nach dem *SC Trebellianum* ausfällt und der Erbe die Lasten der Erbschaft weiterhin trägt,[374] und zwar unabhängig davon, ob er die Quart einbehält oder nicht.[375]

---

[369] Man neigt heute dazu, das *SC Pegasianum* in das Jahr 72 n. Chr. zu datieren; *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 116; *Gröschler*, SZ 119 (2002) 515; s. schon *Manthe*, Pegasianum (1989) 41 Fn. 1; *Manthe*, Symp. Wieacker (1991) 118 Fn. 26.

[370] Gai. 2.254; Inst. 2.23.5; *Voci*, DER II 346; *Manthe*, Pegasianum (1989) 39–41, 211. Vgl. die Rekonstruktion des Beschlusstextes ebd. 42 f. und des Weiteren die Vermutung von *Sixto*, BIDR 98/99 (1995/1996) 387 f., 409 f., das *SC Pegasianum* habe bereits selbst den „régimen de imputación" vorgesehen.

[371] Sehr weitgehend *Voci*, DER II 347 („ … toglie ogni fondamento all'applicazione del Trebelliano"), 348 („la completa abrogazione del Trebelliano"), 348 f. („Dunque il Pegasiano toglie di mezzo, per logica incompatibilità, il Trebelliano"). Denn das *SC Trebellianum* bleibt in gewissen Fällen anwendbar. So, wenn das Fideikommiss über nicht mehr als ¾ der Erbschaft geht (Gai. 2.255; vgl. insofern *Voci*, DER II 348: „Ma la completa abrogazione del Trebelliano non fu ritenuta opportuna", 349: „e per opportunità lo lascia in vita in un caso …"), oder wenn der Erbe gezwungenermaßen antritt (Gai. 2.258; vgl. insofern *Voci*, DER II 348: „una estensione").

[372] Vgl. Val. 4 fideic. D. 36.1.70 pr. (wieder so im Fall des erzwungenen Erbschaftsantritts); *Manthe*, Pegasianum (1989) 43 Fn. 10.

[373] *Voci*, DER II 347 („Questo regime così complicato ha la sua spiegazione …").

[374] Gai. 2.254: *per quod* etc.; Inst. 2.23.5: *post quod* etc.; *Voci*, DER II 347 („ma non avviene più passagio di azioni"). Nach Manthes Rekonstruktion hat das *SC Pegasianum* dies und darüberhinaus den Ausgleich durch die partiarischen Stipulationen ausdrücklich angeordnet, diese selbst allerdings nicht erwähnt (*Manthe*, Pegasianum (1989) 22 Fn. 17, 42–45) (?).

[375] Gai. 2.257; Inst. 2.23.6: *et heres qui* etc. Was jedoch, wie es scheint, kontrovers ist. Nach Ansicht mancher erfolgt im letzteren Fall Restitution *ex SCto Trebelliano*, und werden die Klagen übergeleitet: Paul. sent. 4.3.2 (*magis est*); a. A. *Voci*, DER II 349 Fn. 27 (nachklassische Verwirrung oder ungenaue Reminiszenz des Antrittszwangs); *Manthe*, Pegasianum (1989) 188 f. Fn. 35 (Rat, sich zum Antritt zwingen zu lassen). Ähnlich jedoch *Lambertini*, St. Bassanelli 823 f. („tracce di un confronto di opinioni"). Mod. heur. sing. D. 36.1.47: *quasi ex Trebelliano eum restituturum*. A. A. *Manthe*, Pegasianum (1989) 187 f.; *Lambertini*, St. Bassanelli 821–823 (für ursprünglich *quasi ex Pegasiano*: Ausgleich durch Stipulationen in analoger Anwendung des *SC Pegasianum*). Doch empfiehlt Modestin, um, was die Anwendung des *SC Trebellianum* angeht, sicher zu gehen, den Weg des Antrittszwangs. Das *SC Trebellianum* greift ein, wenn der Testator selbst die falzidische Quart respektiert (*Voci*, DER II 349 Fn. 26). Im bei Mod. l. c. zugrunde liegenden Fall ist dies jedoch nicht so.

Damit ist wieder die Praxis gefordert, die den Erbschaftsfideikommissar, wird die Quart einbehalten (a), behandelt wie einen Partitionslegatar und Erben und Erbschaftsfideikommissar sich wechselseitig durch die Stipulationen sichern lässt, wie sie zwischen Erben und Partitionslegatar üblich sind, um die Vor- und Nachteile der Erbschaft proratarisch unter diese zu verteilen,[376] wird hingegen die Quart nicht einbehalten (b), Stipulationen wie im Fall des Erbschaftskaufs verwendet.[377] Die aus dem *SC Pegasianum* hervorgehenden Stipulationen sind allerdings Bedenken ausgesetzt. Papinian bezeichnet sie sogar als „in gewissen Fällen verfänglich".[378] Modestin aber rät dem Erben, der gebeten worden ist, die ganze Erbschaft zu restituieren, und der um den Bitten des Testators Folge zu leisten, die Quart nicht einbehalten will, es lieber auf den Antrittszwang ankommen zu lassen, um auf diese Weise alle Lasten los zu sein.[379] Doch kann ein solches Vorgehen auch nachteilig sein.[380] **62**

Dagegen wirkt das *SC Trebellianum* fort, sofern dem eingesetzten Erben durch Fideikommiss nicht mehr als ¾ der Erbschaft zu restituieren aufgegeben sind. Die Restitution erfolgt dann *ex SCto Trebelliano*; die Klagen werden proratarisch geteilt.[381] Das *SC Trebellianum* wirkt des Weiteren fort, und zwar indem die Klagen sogar zur Gänze übergehen, wenn der Erbe eine Sache oder Summe einbehalten soll, die die Quart abdeckt,[382] und dies selbst dann, wenn er dies unterlässt;[383] so auch, wenn die Quart durch eine Zahlung ersetzt wird.[384] Später wird das *SC Pegasianum* auch auf Intestaterben angewandt.[385] **63**

Es besteht auch kein Anhalt dafür, dass der Testator die falzidische Quart respektieren wollte (so jedoch *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 131 f.).

[376] Gai. 2.254 *ille autem qui* etc.; 257 *sed quarta quidem retenta* etc.; Inst. 2.23.5: *ille autem qui* etc.; Inst. 2.23.6: *sed quarta quidem retenta* etc.

[377] Gai. 2.257; vgl. Gai. 2.252; *Voci*, DER II 347 f.; *Manthe*, Pegasianum (1989) 53–64, 212 (mit Musterformulierungen nach *Ferrini*, Theoph. Par. II 242 Z. 9–17 (Theoph. inst. 2.23.5).

[378] Inst. 2.23.7; s. des Weiteren Const. Tanta 6: *captiosas etenim* etc.; *Nörr*, Rechtskritik (1974) 107–109; *Manthe*, Pegasianum (1989) 69–71; *Manthe*, Symp. Wieacker (1991) 119 f. Nach *Manthe*, Pegasianum (1989) 21 f., 59 f., 64 f., 212 sieht die Stipulation zugunsten des Erben keinen Rückgriff wegen der Legate vor; Sev./Ant. C. 6.49.1 (a.197) handelt nur von Erblasserschulden. Doch ist dies angesichts der *cautio quanto amplius* auch nicht nötig (*Manthe*, Pegasianum (1989) 22, 66 f.). Im Übrigen richtet sich die Kritik Papinians auch auf die zu Gunsten des Erbschaftsfideikommissars eingegangenen Stipulationen (Inst. l. c.: *et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsii ingenii Papinianus appellat*).

[379] Mod. heur. sing. D. 36.1.47; *Voci*, DER II 349 mit Fn. 26.

[380] *Voci*, DER II 349.

[381] Gai. 2.255; Iulianus bei Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.20; Marcian. 8 inst. D. 36.1.31.3; Inst. 2.23.6; *Voci*, DER II 347, 352; *Manthe*, Pegasianum (1989) 78–84 (Entwicklung der Klagteilung durch die Jurisprudenz). Eine über das Fideikommiss hinausgehende Restitution erweitert die Klagüberleitung nicht; Gai. 3 fideic. D. 36.1.65.3; *Voci*, DER II 353 mit Fn. 39, 360 mit Fn. 80. An einen Quartverzicht zu denken (*Manthe*, Pegasianum (1989) 127 mit Fn. 5, 129, 189 oder *Sixto*, BIDR 98/99 (1995/1996) 349) liegt nahe.

[382] Iulianus bei Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.17,21; Gai. 2 fideic. D. 36.1.65.3; Marcian. 8 inst. D. 36.1.31.3; Inst. 2.23.9.

[383] Gai. 2 fideic. D. 36.1.65.3; vgl. Marcian. 8 inst. D. 36.1.31.3.

[384] Pap. 20 quaest. D. 35.2.93: *plane si* etc.; *Manthe*, Pegasianum (1989) 177 Fn. 92. *Trebellianum* in

64 Das *SC Pegasianum* sieht des Weiteren vor, dass ein testamentarisch eingesetzter Erbe, der die Erbschaft nicht antreten will, indem er erklärt, diese sei „ihm verdächtig schädlich zu sein", auf Antrag eines Erbschaftsfideikommissars, der erklärt, er wolle die Gefahr auf sich nehmen und die Erbschaft restituiert erhalten, vom Fideikommissprätor gezwungen werden kann, die Erbschaft anzutreten und zu restituieren, und dass dem Erbschaftsfideikommissar die Klagen erteilt werden und ebenso gegen ihn, wie es rechtens wäre nach dem *SC Trebellianum*.[386] Julian erörtert, Ulpian und die Lehre seiner Zeit bejahen die Anwendung des *SC Pegasianum* auch auf Intestaterben.[387] Die Klagen werden auf den Erbschaftsfideikommissar übergeleitet, was wiederum auch Legatsforderungen betrifft. Der Erbe hat kein Quartrecht.[388] Die falzidische Rechnung verläuft infolgedessen, wenn der Erbe gezwungenermaßen antritt, etwas anders als im Fall des freiwilligen Antritts. Tritt der Erbe freiwillig an, sind Legate und Erbschaftsfideikommiss im Hinblick auf das Vermögen zusammenzufassen um proportional gekürzt zu werden, wobei unterschieden wird. Richtet sich der mutmaßliche Testatorwille auf eine Restitution der Erbschaft mit der Legatenlast (*cum onere legatorum*)? Oder richtet sich der ausdrückliche Testatorwille auf eine Zuweisung der Legatenlast an den Erben (*ad heredis onus*)? Im ersten Fall ist die Erbschaft abzüglich der Legate Gegenstand des Fideikommisses, im zweiten Fall die gesamte Erbschaft;[389] das *SC Pegasianum* legt sich insofern nicht fest.[390] Tritt der Erbe dagegen gezwungenermaßen an, entfällt

---

Pap. l. c. a. E. steht nicht (justinianisch) für *Pegasianum* (keine ‚Trebellianisierung'); anders *Voci*, DER II 765 Fn. 55 (→ Rn. 67 Fn. 410).

[385] Carus/Carinus/Numer. C. 6.49.3 (o.A.); Diocl./Max. C. 6.49.5 (a.294); *Ferrini*, Teoria generale (1889) 429; *Voci*, DER II 353 Fn. 40; *Manthe*, Pegasianum (1989) 46.

[386] Gai. 2.258; Gai. 17 ed. prov. D. 29.4.17; Ulp. 4 fideic. D. 36.1.4; D. 36.1.17.4,7; Paul. sent. 4.4.4; Inst. 2.23.6: *sed si recuset* etc.; *Voci*, DER II 347 mit Fn. 23; dann 354–367; *Manthe*, Pegasianum (1989) 85–101 (mit zahlreichen Einzelheiten). Nach *Manthes* Rekonstruktion (*Manthe*, Pegasianum (1989) 43, 89) hat das *SC* ausdrücklich eine Restitution der ganzen Erbschaft angeordnet (trotz Ulp. 4 fideic. D. 36.1.17.9: *et cum hodie hoc iure utimur*); nicht zur Rekonstruktion herangezogen ist Ulp. 4 fideic. D. 36.1.4 (trotz *prospectum est*).

[387] Ulp. 4 fideic. D. 36.1.6.1 (zum Antrittszwang); *Manthe*, Pegasianum (1989) 46, 85. Dass Julian dies verneint hätte (*Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 177 f., 180–182) ist dem Text nicht zu entnehmen. Paul. 11 quaest. D. 35.2.18 pr. bezeugt die Erstreckung der *lex Falcidia* durch Antoninus Pius auf Intestaterben (→ Rn. 12). Auch den Antrittszwang aus dem *SC Pegasianum* mit Antoninus Pius in Verbindung zu bringen (*Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 182), erscheint als gewagt.

[388] Ulp. 4 fideic. D. 36.1.4; s. des Weiteren Ulp. 4 fideic. D. 36.1.65.4; D. 36.1.17.9; *Voci*, DER II 365 mit Fn. 114.

[389] Erster Fall: Cels. 21 dig. D. 36.1.2: *itaque sic ineunda* etc.: Vermögen 400; Legate an Titius 300; Erbschaftsfideikommiss 100. Es wird im Verhältnis 3:1 gekürzt; auf die Legate entfallen 225, auf das Erbschaftsfideikommiss 75; der Erbe behält 100. Vgl. *Manthe*, Pegasianum (1989) 92, 104–113, 116 f., 125 f., 213 f. Zweiter Fall: Marcellus bei Ulp. 3 fideic. D. 36.1.3 pr.: Derselbe Fall; nur beläuft sich das Erbschaftsfideikommiss jetzt auf 400. Es wird im Verhältnis 3:4 gekürzt. Auf die Legate entfallen $^{3}/_{7}$, auf das Erbschaftsfideikommiss $^{4}/_{7}$ der zur Verfügung stehenden 300; der Erbe behält 100. Vgl. *Manthe*, Pegasianum (1989) 114–118, 126, 214.

[390] A. A. *Manthe*, Pegasianum (1989) 22 f., 67 f., 101 f., 104–108, 125 f., 210, 214 (Festlegung [im zweiten Sinn] gegen den [mutmaßlichen] Willen des Erblassers).

der Quartabzug für das Erbschaftsfideikommiss.[391] Dem Erbschaftsfideikommissar selbst steht ein eigenes Quartrecht nicht zu,[392] allenfalls ein vom Erben abgeleitetes.[393]

Des Weiteren stellt das *SC Pegasianum* klar, dass nicht Inhalt eines Fideikommisses sein kann, einen Dritten zum Erben einzusetzen; dass darin jedoch ein Erbschaftsfideikommiss zu sehen sein soll.[394] Des Weiteren beschränkt das *SC Pegasianum* Ehe- und Kinderlose im Sinne der *lex Iulia et Papia* (→ Rn. 71 f.) in ihrer bislang unberührt gebliebenen Erwerbsfähigkeit, was Fideikommisse angeht. Jene werden gehindert, wie Legate und Erbschaften, so auch Fideikommisse zu erwerben; diese werden an diejenigen übertragen, „die in dem Testament Kinder haben", fehlen solche, an den Staat (*aerarium Populi Romani*), wie es rechtens ist bei Legaten und Erbschaften.[395] Die Jurisprudenz beschränkt dies auf Fideikommisse, die den Erben beschweren.[396] Die Anordnung wird unter Konstantin hinfällig (→ Rn. 85). **65**

Durch ein *SC Pegasianum* wird schließlich eine an die *lex Aelia Sentia* von 4 n. Chr. anknüpfende, die Erlangung des römischen Bürgerrechts betreffende Bestimmung getroffen.[397]

---

[391] Cels. 21 dig. D. 36.1.2. Der Legatar erhält vom Erbschaftsfideikommissar 300; dieser behält 100 (Zwischenergebnis). Allerdings werden dem Legatar am Ende doch 75 abgezogen, so dass er lediglich 225 erhält (Endergebnis). Denn er soll nicht mehr erhalten als im Fall des freiwilligen Antritts; Cels. l. c. a. E. *non ergo plus* etc. Der Erbschaftsfideikommissar behält so letztlich insgesamt 175. Anders *Manthe*, Pegasianum (1989) 92, 102–113 (ersetzt [*non*] durch ⟨*nunc*⟩; 108 f.). Auch nach Ulp. 3 fideic. D. 36.1.3 pr. *quod si suspecta* etc. behält der Erbschaftsfideikommissar zunächst 100; hinzukommen noch $^{4}/_{7}$ aus 300, während an den Legatar $^{3}/_{7}$ gehen. Der Legatar soll nicht mehr erhalten als im Fall des freiwilligen Antritts. Vgl. *Manthe*, Pegasianum (1989) 118–126, 214 (anders: Meinungsgegensatz).

[392] Pap. 20 quaest. D. 36.1.57.2; Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.18; D. 36.1.1.17 *quamvis Falcidia cesset*; Ulp. 79 ed. D. 35.2.47.1; *Voci*, DER II 367; *Manthe*, Pegasianum (1989) 45.

[393] Gai. 2 fideic. D. 36.1.65.11; Pap. 20 quaest. D. 36.1.57.2; *Voci*, DER II 367 mit Fn. 128 (wenngleich wegen des Antrittszwangs streng genommen *ex SCto Trebelliano* restituiert wird); abw. *Manthe*, Pegasianum (1989) 92–101, 104, 118, 213 (die vom Erben verwirkte Quart). Die Entscheidung Maecianus bei Ulp. 4 fideic. D. 36.1.17.8 ist daher konsequent (a.A. *Manthe*, Pegasianum (1989) 95, 213: „falsch").

[394] Ulp. 2 fideic. D. 36.1.18 pr.; *Voci*, DER II 346 Fn. 18. In der Rekonstruktion bei *Manthe*, Pegasianum (1989) 42 f. nicht aufgenommen.

[395] Gai. 2.286,286a; *Voci*, DER I 438 f.; DER II 346 Fn. 18; *Manthe*, Pegasianum (1989) 18, 43 (Rekonstruktion); *Astolfi*, Lex Iulia et Papia ^{4}(1996) 13, 268. Eine Erweiterung der Bestimmung auf den Fall des Bedingungsausfalls nach dem Tode des Testators (*caducum*; s. → Rn. 79) liegt nicht im Sinne des Senats und wird daher von Ulp. 16 l. Iul. Pap. D. 31.60 abgelehnt. Anders *Manthe*, Pegasianum (1989) 43 Fn. 15; *Manthe*, Symp. Wieacker (1991) 132–134 (einschränkende *interpretatio*). Ohne Beziehung auf das *SC Pegasianum Voci*, DER I 448 mit Fn. 80, 453 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia ^{4}(1996) 274 f.

[396] Pap. 19 quaest. D. 30.11: *et ideo* etc.; *Manthe*, Pegasianum (1989) 42 Fn. 5, 43 Fn. 15; *Manthe*, Symp. Wieacker (1991) 129–137.

[397] Gai. 1.31; *Voci*, DER II 346 Fn. 18 (dasselbe *SC*); *Manthe*, Pegasianum (1989) 41 Fn. 1 (ein anderes).

66 Justinian, der selbst bekennt, er ziehe bei Gesetzen die Einfachheit der Schwierigkeit vor,[398] und die „überflüssigen und übergenauen Unterschiede“ zwischen den *SCta Pegasianum* und *Trebellianum* beklagt,[399] vereinfacht[400] das Recht des Erbschaftsfideikommisses, indem er das *SC Pegasianum* verwirft und dem *SC Trebellianum* alle Autorität zuerkennt,[401] so dass Erbschaften *ex SCto Trebelliano* restituiert werden, ob nun der Erbe nach dem Willen des Testators die Quart hat (dann wurde schon bisher *ex SCto Trebelliano* restituiert[402]) oder nicht (dann wurde bisher *ex SCto Pegasiano* restituiert[403]). An die Stelle des aufgehobenen *SC Pegasianum* setzt Justinian seine eigene Autorität und verfügt selbst Quartabzug und Rückforderung von Zuvielgeleistetem,[404] während sich gleichsam aufgrund des *SC Trebellianum* die Klagen anteilig gegen Erben und Erbschaftsfideikommissar richten.[405] Bei freiwilliger Restitution der ganzen Erbschaft sollen alle Klagen dem Erbschaftsfideikommissar und gegen ihn zustehen[406] (was bisher kontrovers war[407]). Auch was eine besondere Eigentümlichkeit des *SC Pegasianum* war: die Regelung des Antrittzwangs etc. und des Übergangs aller Klagen in diesem Fall auf den Erbschaftsfideikommissar überträgt Justinian auf das *SC Trebellianum*.[408] In Folge von Justinians Reform[409] verschwindet der Name des *SC Pegasianum* aus den Texten der Digesten und des Codex, wo er gestrichen oder durch den Namen des *SC Trebellianum* ersetzt wird.[410]

---

[398] Inst. 2.23.7: *et nobis in legibus* etc.

[399] Const. Tanta 6a: *et utriusque* etc.

[400] Const. Tanta 6a: *respuentes*.

[401] Inst. 2.23.7: *ideo omnibus* etc.; Const. Tanta 6a: *totum ius* etc. S. schon Iust. C. 6.49.8 (a.532); *Manthe*, Pegasianum (1989) 73, 112 f. (Reformkonstitution?).

[402] Gai. 2.255 (→ Rn. 63).

[403] Gai. 2.256,257; Paul. sent. 4.3.1 (→ Rn. 61 f.).

[404] Inst. 2.23.7: *quando vel nihil* etc.

[405] Inst. 2.23.7: *quasi ex Trebelliano* etc. Die Klagteilung erfolgt *quasi ex SCto Trebelliano*, weil sie nunmehr nicht nur bei Erbschaftsfideikommissen bis zu ¾ einsetzt (Gai. 2.255), sondern auch bei darüberhinausgehenden (vgl. dagegen Gai. 2.256,257). Anders *Manthe*, Pegasianum (1989) 72 Fn. 40, 82 (nicht schon im *SC Trebellianum* vorgesehen).

[406] Inst. 2.23.7: *si vero totam* etc.

[407] Gai. 2.257 (keine Klagüberleitung); Paul. sent. 4.3.2 (eher doch); Mod. heur. sing. D. 36.1.47 (Quasirestitution *ex SCto Trebelliano*); s. → Rn. 61 Fn. 375.

[408] Inst. 2.23.7: *sed etiam id* etc.

[409] *Voci*, DER II 349 f.; *Manthe*, Pegasianum (1989) 69–75, 220 (mit günstiger Bewertung).

[410] *Voci*, DER II 350; *Kaser*, RP I 763 Fn. 21; RP II 563 Fn. 6; *Manthe*, Pegasianum (1989) 72, 221. Const. Tanta 6 *solum autem* etc. Fälle der Streichung oder Ersetzung (‚Trebellianisierung‘): Val. 4 fideic. D. 36.1.70 pr.; Iul. 40 dig. D. 36.1.28.8; Pap. 20 quaest. D. 36.1.57.2 Anfang; Ulp. 5 disp. D. 36.1.23.5; Sev./Ant. C. 6.49.1 (a.197); C. 6.50.2 (a.197); Carus/Carinus/Numer. C. 6.49.3 (o.A.); Titelrubrik D. 30.1 (*Manthe*, Pegasianum (1989) 73 Fn. 42). Hinzukommt Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.16 a. E. (*Manthe*, Pegasianum (1989) 176–178). Mod. heur. sing. D. 36.1.47 (*Manthe*, Pegasianum (1989) 73 Fn. 42) ist dagegen nicht hierher zu rechnen (→ Rn. 61 Fn. 375, 62). Keine Fälle der ‚Trebellianisierung‘: Pap. 20 quaest. D. 35.2.93 a. E. (*Manthe*, Pegasianum (1989) 177 Fn. 92); Pap. 20 quaest. D. 36.1.57.2 Fortgang (*Manthe*, Pegasianum (1989) 73 Fn. 42); Ulp. 3 fideic. D. 36.1.1.16 Anfang (*Manthe*, Pegasianum (1989) 176 f.).

VII. Das Recht der *caduca*

1. Begriff

Was jemandem durch Testament hinterlassen worden ist, so dass er es nach (altem) Zivilrecht hätte erwerben können, doch aus irgendeinem Grund nicht erworben hat, wird als *caducum* bezeichnet „als wäre es von ihm gefallen“ (*veluti ceciderit ab eo*).[411] Dass der Erwerb scheitert, kann am gänzlichen oder teilweisen Fehlen der Erwerbsfähigkeit (*capacitas*) liegen. Gänzlich erwerbsunfähig sind Ehelose (*caelibes*) und Latini Iuniani, die nicht innerhalb von 100 Tagen nach dem Erbfall sich verheiraten oder das römische Bürgerrecht erlangen (→ Rn. 69, 71).[412] Dass der Erwerb scheitert, kann aber auch an gewissen Ereignissen liegen, die sich um den Erbfall ranken, wie das Ableben oder der Verlust des römischen Bürgerrechts des auf einen Erbteil Eingesetzten oder eines Legatars vor Testamentseröffnung (→ Rn. 79).[413] Was in solchen Fällen nicht erworben wird, ist *caducum*. Der Erwerb kann demgegenüber auch scheitern an gewissen Ereignissen vor dem Erbfall, doch nach Testamentserrichtung, etwa dem Ableben des Bedachten oder dem Verlust des römischen Bürgerrechts vor dem Erbfall. Was in solchen Fällen nicht erworben wird, ist *in causa caduci* (→ Rn. 80).[414] Gewisse Ereignisse vor Testamentserrichtung, die einen Erwerb scheitern lassen, auch gewisse Ereignisse danach, die nicht zur Situation *caducum* oder in *causa caduci* führen, lassen die bezügliche Verfügung „als nicht geschrieben“ erscheinen: *pro non scripto*.[415] Die Dreiteilung *caducum*/*in causa caduci*/*pro non scripto* findet sich in Justinians Konstitution *De caducis tollendis* C. 6.51.1 (a.534), hat jedoch schon klassische Wurzeln.[416] Was *pro non scripto* gilt, unterliegt nicht dem Recht der *caduca*.[417] Fehlt es an einem gültigen Testament oder an einem Testament überhaupt, fehlt es auch an einem zivilen oder prätorischen Intestaterben, so ‚fällt‘ das Vermögen nach der *lex Iulia* und wird dem *aerarium populi Romani* zugewiesen.[418] Auch wenn hier von *caducum*[419] und von *lex caducaria* die Rede ist,[420] ist klar, dass es sich bei dem Vermögen nicht handelt um ein *caducum* im zuvor genannten engeren und eigentlichen Sinn, vielmehr um ein *caducum* im weiteren Sinn (*bona vacantia*[421]).[422] Als ein *caducum* im weiteren Sinn erscheint auch, was wegen Indignität ‚fällt‘[423] (*bona ereptoria*[424])[425] und anderes.[426]

67

[411] Ulp. reg. 17.1; *Voci*, DER I 434–436; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 235 f. („riassunto di un originale più vasto“).

[412] Ulp. reg. 17.1.

[413] Ulp. reg. 17.1.

[414] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 236.

[415] *Voci*, DER I 460 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 235.

[416] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 235.

[417] *Voci*, DER I 455; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 244–250 (restriktive Interpretation des Rechts der *caduca* durch die Jurisprudenz).

[418] Gai. 2.150; Ulp. reg. 28.7; *Kaser*, RP I 702 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 301 f.

[419] Gai. 2.150.

[420] Ulp. reg. 28.7.

[421] Iul. 39 dig. D. 30.96.1.

[422] *Kaser*, RP II 533; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 303–308. Alles zusammenfassend dagegen *Voci*, DER I 435 Fn. 14 und *Kaser*, RP I 725 mit Fn. 22.

2. Fälle

a. Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit

68 Ein Erwerb (*capere*) kann am gänzlichen oder teilweisen Fehlen der Erwerbsfähigkeit (*capacitas*[427]) scheitern. Erwerbsfähigkeit ist grundsätzlich gefordert zum Zeitpunkt des Todes des Testators,[428] ggf. auch zu einem späteren Zeitpunkt (Bedingungseintritt).[429] Sie ist nicht schon gefordert zur Zeit der Testamentserrichtung. Fehlt sie zu diesem Zeitpunkt, während sie zum vorgenannten Zeitpunkt gegeben ist, wird erworben. Die *regula Catoniana* (→ § 6 Rn. 87) ist unanwendbar.[430] Ein Pupillarsubstitut muss zur Zeit des Anfalles der Pupillerbschaft erwerbsfähig sein. Ist er es, so erwirbt er die Pupillerbschaft.[431] Eine im Hinblick auf die väterliche Erbschaft bestehende Erwerbsunfähigkeit wirkt aber nach dem Verständnis Julians insofern fort, als es um Vermögen väterlicher Herkunft geht.[432] Ist einem Sklaven etwas hinterlassen, kommt es auf die Erwerbsfähigkeit seines Eigentümers an.[433] Gehört der Sklave zu einer *hereditas iacens* (→ § 56 Rn. 41, 66 f.), lässt man es nach längerem Schwanken auf die Erwerbsfähigkeit des künftigen Erben ankommen.[434] Was ein Bedachter zwecks Erfüllung einer Bedingung (*condicionis implendae causa*) weitergeben muss, wird abgezogen.[435]

69 Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit bringt, aus bevölkerungs- und sozialpolitischen, aber auch fiskalpolitischen Gründen, die sog. *lex Iulia et Papia*; an sich sind es

---

[423] Gai. 17 ed. prov. D. 29.5.9; Marcell. 29 dig. D. 28.4.3 pr.; Paul. 44 ed. D. 29.6.2.21.

[424] Ulp. reg. 19.17 *ereptorium* (skeptisch *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 309).

[425] *Kaser*, RP II 533; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 305, 309–311.

[426] *Kaser*, RP II 533 f.

[427] Gai. 17 l. Iul. Pap. D. 31.55.1; Ulp. reg. 16.1 rubr.; s. des Weiteren Suet. Dom. 8,3; Paul. 21 quaest. D. 33.1.11 (*ius capiendi*).

[428] Ehelose (*caelibes*) und Kinderlose (*orbi*) können die Erwerbsfähigkeit noch danach erlangen (→ Rn. 71 f.).

[429] Terent. 3 l. Iul. Pap. D. 31.52; *Voci*, DER I 444; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 16 f.

[430] *Voci*, DER I 433 Fn. 12; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 11 f.

[431] Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 28.6.6.

[432] Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 28.6.6; *Voci*, DER I 444 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 16.

[433] Terent. 16 l. Iul. Pap. D. 29.2.82; Ulp. 4 l. Iul. Pap. D. 36.2.23; Paul. 21 quaest. D. 33.1.11; *Voci*, DER I 444; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 20. S. des Weiteren Ulp. 2 l. Iul. Pap. D. 29.2.79; *Lenel*, Pal. II Sp. 941 Fn. 8 (Ulpian frg. 1986); *Manthe*, Symp. Wieacker (1991) 124 (zur Hinterlassung an einen Haussohn).

[434] Gai. 12 l. Iul. Pap. D. 31.55.1; *Voci*, DER I 444 Fn. 68, 534 Fn. 65 („riassunto dai compilatori"); *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 20 f. (Gai. l. c. „non pare alterato dal punto di vista sostanziale"; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 21 Fn. 52).

[435] Iulianus bei Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 35.1.62.1; allg. Marcell. 26 dig. D. 35.2.57: *et sane* etc. Ähnliche Fälle: Iav. 11 epist. D. 31.42; Paul. SC Tert. sing. D. 32.2.8 (durch Fideikommiss mit Weitergabe beschwerter Legatar); Ulp. 4 fideic. D. 36.1.17.15 (durch Fideikommiss mit Weitergabe beschwerter Erbe); Scaev. 33 dig. D. 22.3.27 (Legat zur Erfüllung einer Schuld); Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 35.2.67 (der falzidischen Kürzung unterliegendes Legat) (→ Rn. 38); Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 28.5.73 (überschuldete Erbschaft); *Voci*, DER I 445; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 21.

zwei Gesetze, die unter diesem Ausdruck zusammengefasst werden: die *lex Iulia de maritandis ordinibus* vom Jahre 18 v. Chr. und die *lex Papia Poppaea* vom Jahre 9 n. Chr.[436] Die *lex Iulia et Papia* beschränkt nur testamentarisch begründeten Erwerb,[437] lässt hingegen die Intestaterbfolge (→ § 54) unberührt.[438] Der Princeps unterliegt diesen Gesetzen nicht; die Augusta zwar an sich schon, doch erhält sie von den Principes dieselben Privilegien erteilt, die diese selbst haben.[439]

Die *lex Iulia et Papia* bildet mehrere Kategorien von Personen, deren Erwerbsfähigkeit sie beschränkt.[440] Ehelose (*caelibes*), zwar Verheiratete, jedoch Kinderlose (*orbi*), den alleinstehenden Vater (*pater solitarius*) und Ehegatten untereinander. Auch Frauen von schlechtem Ruf (*feminae probrosae*) werden in ihrer Erwerbsfähigkeit beschränkt.[441] **70**

Ehelosen (*caelibes*) wird durch die *lex Iulia et Papia* der Erwerb von Erbschaften und Legaten gänzlich versagt,[442] wenn sie nicht innerhalb von 100 Tagen heiraten.[443] Zu den Ehelosen gehören unverheiratete Männer im Alter von 25 bis 60, unverheiratete Frauen im Alter von 20 bis 50 Jahren.[444] Den Beginn des Ehealters legt schon die *lex Iulia* auf 25 bzw. 20 Jahre fest. Septimius Severus passt den Beginn des Alters, in dem man nach der **71**

---

[436] *Voci*, DER I 432 f.; *Kaser*, RP I 318–321; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 325–376; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 58 Rn. 25. Vielfältige Bezüge auf die julisch-papische Gesetzgebung enthält der Gnomon des Idios Logos (BGU V 1210); s. etwa Gnom. Id. 24–28 (kennt die *SCta Persicianum* und *Calvisianum*; nicht hingegen das *SC Claudianum*; s. → Rn. 71; kennt ferner allein den Zugriff des *fiscus*; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 46–48). Schon in der Antike ist die *lex Iulia et Papia* Gegenstand der Kritik; s. bes. Tac. ann. 3,25; *Nörr*, Rechtskritik (1974) 76–78; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 58 Rn. 25, § 71 Rn. 14. Eine *lex Iunia* vom Jahre 19 n. Chr. schließt den Erwerb von Erbschaften und Legaten durch sog. *Latini Iuniani* (→ § 52 Rn. 19) aus (Gai. 1.23,24; 2.275; Ulp. reg. 25.7), wenn sie nicht innerhalb von 100 Tagen nach dem Tode des Testators oder innerhalb der Kretionsfrist das römische Bürgerrecht erlangen (Ulp. reg. 17.1; 22.3). Fideikommisse können sie dagegen erwerben (Gai. 1.24; 2.275; Ulp. reg. 25.7). Eine Ausnahme gilt beim Soldatentestament (Gai. 2.110). Justinian hebt den Status des *Latinus Iunianus* auf (Iust. C. 7.6.1 [a.531]), womit sich das Problem erledigt; *Voci*, DER I 408 f., 432, 435 f.; *Kaser*, RP I 725; *Kaser*, RP II 120 f.

[437] Dies auch bei Eingreifen des Prätors (*bonorum possessio*); frg. Berol. 6 (BKT IX 200 = FIRA II 427); Paul. 4 l. Iul. Pap. D. 50.16.138; *Kaser*, RP I 724 Fn. 5; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 13.

[438] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 12 f., 64, 290; *Kaser/Knütel/Lohsse* § 71 Rn. 13; noch zögernd *Kaser*, RP I 724 Fn. 5.

[439] Ulp. 13 l. Iul. Pap. D. 1.3.31; *Voci*, DER I 457 Fn. 100; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 81 f., 291 (Rechtslage zur Zeit der Severer).

[440] Vielleicht unter der Voraussetzung, dass der Mann ein Vermögen von über 100.000 HS hat, die Frau eines von nicht weniger als 50.000 HS; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 82 f. (eher dafür). Hinterlassenschaften aus Soldatentestamenten sind ausgenommen; Gai. 2.111; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 89.

[441] *Voci*, DER I 439.

[442] Gai. 2.111,144,286.

[443] Ulp. reg. 17.1; 22.3; *Voci*, DER I 440; *Kaser*, RP I 724; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 10, 17–20.

[444] *Voci*, DER I 439; *Kaser*, RP I 319 f.

lex Papia Kinder haben muss, an den Beginn des Ehealters nach der *lex Iulia* an.[445] Das Ende des Ehealters liegt bei 60 bzw. 50 Jahren.[446] Die *lex Iulia* räumt verwitweten Frauen mit Rücksicht auf die Trauerzeit (*tempus lugendi*) einen Zeitraum von einem Jahr seit dem Tode des Mannes ein, geschiedenen Frauen einen Zeitraum von sechs Monaten seit der Scheidung, in dem sie eine Ehe nicht fordert (*vacatio*). Die *lex Papia* verlängert den Zeitraum für Witwen auf zwei Jahre, für geschiedene Frauen auf ein Jahr und sechs Monate.[447] Als Mann die 60 überschritten zu haben, als Frau die 50, befreit an sich von den Anforderungen und Sanktionen der *lex Iulia et Papia*.[448] Doch verewigt ein *SC Persicianum* des Jahres 34 n. Chr. die aufgrund der *lex Iulia et Papia* einmal eingetretenen Sanktionen.[449] Nunmehr noch zu heiraten (der Mann über 60 eine Frau über 50; oder der Mann über 60 eine Frau unter 50; oder die Frau über 50 einen Mann unter 60 Jahren) hilft nichts mehr.[450] Schon Augustus ist Eheschließungen im Alter abgeneigt, wie seine Entscheidung im Falle der Septicia, Mutter der Trachaler aus Ariminum, zeigt.[451] Ein *SC Claudianum* mildert das ab, indem es die Eheschließung eines über 60-jährigen Mannes mit einer unter 50-jährigen Frau anerkennt,[452] während ein *SC Calvisianum* die Ehe einer über 50-jährigen Frau mit einem unter 60-jährigen Mann für nutzlos erklärt, was den Erwerb von Erbschaften und Legaten sowie der Mitgift angeht; die Mitgift ‚fällt' daher beim Tode der Frau.[453]

72 Verheirateten ohne Kinder (*orbi*) wird durch die *lex Papia* die Hälfte ihres Erwerbs an Erbschaften und Legaten abgesprochen.[454] Um nicht als kinderlos zu gelten, genügt es, einen Sohn oder eine Tochter zu haben.[455] Zunächst mag auch ein adoptiertes Kind

[445] Tert. apol. 4,8; Ulp. reg. 16.1; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 1 f., 24. Ähnlich *Nörr*, Rechtskritik (1974) 77 f.

[446] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 2 f.

[447] Ulp. reg. 14.1; s. des Weiteren Gai. 1 l. Iul. Pap. D. 48.19.29; *Voci*, DER I 439 f.; *Kaser*, RP I 320; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 84 f.

[448] Ulp. reg. 16.3; *Voci*, DER I 439; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 41.

[449] Ulp. reg. 16.3; *Voci*, DER I 439; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 41 f., 45 f.

[450] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 41 f.

[451] Val. Max. 7,7,4; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 45 f.

[452] Ulp. reg. 16.3; *Voci*, DER I 439; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 42. Suet. Claud. 23,1 berichtet von einem durch Tiberius der *lex Papia* hinzugefügten Kapitel, womit das *SC Persicianum*, und von einer Änderung des Claudius, womit das *SC Claudianum* gemeint sein wird; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia (1996) 42 Fn. 3; *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) 338–342. Anders *Nörr*, Rechtskritik (1974) 77 (Milderung durch Tiberius; Verschärfung durch das *SC Claudianum*).

[453] Ulp. reg. 16.4; *Voci*, DER I 439; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 42 f.; *Buongiorno*, Senatus consulta (2010) 343–345.

[454] Gai. 2.111,286a; s. des Weiteren Ulp. reg. 13 rubr.; C. 8.57 rubr.; Const. Cod. Theod. 8.16.1 pr. = C. 8.57.1 pr. (a.320); *Voci*, DER I 440; *Kaser*, RP I 724; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 23 f. Hinterlassenschaften aus Soldatentestamenten sind ausgenommen; Gai. 2.111; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 89.

[455] Gai. 8 l. Iul. Pap. D. 50.16.148; s. des Weiteren Iuv. 9,82–90; *Voci*, DER I 440; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 24.

berücksichtigt worden sein, bis ein durch Nero im Jahre 62 n. Chr. veranlasstes *SC* dies ausschließt.[456] Künftig zählen Adoptivkinder nicht mehr.[457] Ein Kinderloser hat 100 Tage Zeit, sich in irgendeiner Weise die volle Erwerbsfähigkeit zu verschaffen, ehe von anderer Seite auf das Hinterlassene zugegriffen wird.[458]

73 Die *lex Iulia et Papia* beschränkt den Erwerb von Erbschaften und Legaten; Fideikommisse sind zunächst nicht betroffen. Doch durch das *SC Pegasianum* (→ Rn. 61) werden auch sie den Bestimmungen der *lex Iulia et Papia* unterworfen (→ Rn. 65). Durch ein weiteres *SC* kommen hinzu Schenkungen von Todes wegen.[459] Hinzukommen ferner Leistungen zum Zwecke der Erfüllung einer Bedingung (*condicionis implendae causa*).[460]

74 Eine wohl schon durch die *lex Iulia* eingeführte Figur ist der „alleinstehende Vater" (*pater solitarius*),[461] der auch eine Frau sein kann (*mater solitaria*). Gemeint ist ein Mann oder eine Frau, der oder die aus einer früheren Ehe Kinder hat (nicht mehr als zwei bzw. drei), doch gegenwärtig nicht verheiratet ist.[462] Was genau für ihn oder für sie galt, ist nicht bekannt.[463] Die mit Cocceius Cassianus im Konkubinat lebende Rufina erwirbt als *mater solitaria* das ihr von jenem Hinterlassene.[464]

75 Die Erwerbsfähigkeit von Ehegatten untereinander wird durch die *lex Papia*[465] folgenden Regeln unterworfen. Ehegatten können voneinander zunächst nur $^1/_{10}$ erwerben,[466] ferner legatweise den Nießbrauch an ⅓ des Vermögens,[467] die Frau ferner legatweise die Mitgift.[468] Die Lage ändert sich bei Vorhandensein von Kindern. Ein gemeinsamer Sohn oder eine gemeinsame Tochter eröffnen die volle Erwerbsfähigkeit.[469] Die Frau erlangt die volle Erwerbsfähigkeit auch durch die Geburt eines *post-*

[456] Tac. ann. 15,19,3; *Voci*, DER I 440 Fn. 47; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 27 f., 124.

[457] Ulp. 8 l. Iul. Pap. D. 31.51.1; *Voci*, DER I 440 mit Fn. 47; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 28 f.

[458] Frg. de iure fisci 3 (FIRA II 627); *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 37–39. *Longchamps de Bérier*, Fedecommesso universale (1997) 151 verneint das.

[459] Paul. 6 l. Iul. Pap. D. 39.6.35 pr.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 14, 17.

[460] Ulp. 8 l. Iul. Pap. D. 39.6.36; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 14 f.

[461] Ulp. reg. 13 rubr.

[462] *Voci*, DER I 440 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 30–32, 74; *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 326 Fn. 1.

[463] *Voci*, DER I 441; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 30, 32.

[464] Pap. 8 resp. D. 34.9.16.1; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 33 f., 56.

[465] Honor./Theodos. Cod. Theod. 8.17.2 = C. 8.57.2 (a.410); Ulp. reg. 16.1; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 34.

[466] Ulp. reg. 15.1; s. des Weiteren Paul. 8 Plaut. frg. Berol. 6 (BKT IX 200 = FIRA II 427); P.Oxy XVII 2089 (FIRA II 315 f.). *Voci*, DER I 441; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 34.

[467] Ulp. reg. 15.3; s. des Weiteren P.Oxy. XVII 2089 (FIRA II 315 f.); Iav. 13 epist. D. 19.5.10; Ven. 10 act. D. 33.2.43; Scaev. 22 dig. D. 22.1.48; *Voci*, DER I 441 mit Fn. 50; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 35 mit Fn. 47.

[468] Ulp. reg. 15.3; s. des Weiteren P.Oxy. XVII 2089 (FIRA II 315 f.); Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 31.53 pr.; *Voci*, DER I 442 mit Fn. 57; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 36 mit Fn. 51.

[469] Ulp. reg. 16.1a; s. des Weiteren Ulp. 8 l. Iul. Pap. D. 35.1.61; *Voci*, DER I 441 mit Fn. 51; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 24.

umus.[470] Ebenso eröffnet die volle Erwerbsfähigkeit der Verlust eines gemeinsamen 14-jährigen Sohnes oder einer gemeinsamen zwölfjährigen Tochter,[471] ebenso der Verlust zweier gemeinsamer Kinder im Alter zwischen drei und 14 bzw. zwölf Jahren;[472] ebenso der Verlust dreier gemeinsamer Kinder nach dem Datum des Namenstages (der auf den neunten bzw. achten Tag nach der Geburt fällt[473]);[474] ebenso eröffnet die volle Erwerbsfähigkeit der Verlust eines gemeinsamen unmündigen Kindes gleich welchen Alters für einen Zeitraum von einem Jahr und sechs Monaten.[475] Der Verlust eines gemeinsamen Kindes oder zweier gemeinsamer Kinder nach dem Datum des Namenstages erweitert die Erwerbsfähigkeit um ein bzw. zwei Zehntel.[476] Kinder (nicht mehr als zwei) aus einer vorangegangenen Ehe erweitern die Erwerbsfähigkeit um so viele Zehntel, als Kinder da sind.[477] Kinder aus einer nachfolgenden Ehe erweitern die Erwerbsfähigkeit auf ⅓ des Vermögens.[478]

76 Ungeachtet des Nichtvorhandenseins von Kindern ist die Erwerbsfähigkeit von Ehegatten untereinander nicht eingeschränkt, wenn sie oder einer von ihnen noch nicht in dem Alter sind, in dem ‚das Gesetz'[479] Kinder fordert,[480] der Mann also noch nicht 25 Jahre alt ist oder die Frau noch nicht 20 Jahre alt; ebenso wenn sie beide das für die Eheschließung festgelegte Alter überschritten haben, der Mann also über 60 und die Frau über 50 Jahre alt ist;[481] ebenso wenn sie innerhalb des sechsten Grades verwandt sind,[482] oder der Mann im Staatsinteresse (*rei publicae causa*) abwesend ist oder bis vor einem Jahr abwesend war.[483] Ehegatten, die entgegen den Bestimmungen der *lex Iulia et Papia* die Ehe geschlossen haben, erwerben nichts voneinander.[484]

---

[470] Ulp. reg. 16.1a; s. des Weiteren Ulp. 8 l. Iul. Pap. D. 35.1.61; *Voci*, DER I 441; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 29.

[471] Ulp. reg. 16.1a; *Voci*, DER I 441; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 25, 35, 74.

[472] Ulp. reg. 16.1a; *Voci*, DER I 441; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 25, 35, 74.

[473] *Marquardt*, Privatleben (1886) 83 f.

[474] Ulp. reg. 16.1a; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 26 f., 35, 74.

[475] Ulp. reg. 16.1a; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 85 f. Anders *Voci*, DER I 441 f.

[476] Ulp. reg. 15.2; *Voci*, DER I 442; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 35.

[477] Ulp. reg. 15.1; *Voci*, DER I 442; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 34 f., 74.

[478] Ulp. reg. 15.3; s. des Weiteren P.Oxy. XVII 2089 (FIRA II 315 f.); Iul. 69 dig. D. 35.1.25; Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 35.1.62 pr.; Scaev. 22 dig. D. 22.1.48; Pap. 8 resp. D. 34.4.24 pr.; Ulp. 8 l. Iul. Pap. D. 31.51.1; Ulp. 8 l. Iul. Pap. D. 35.1.61; Sev./Ant. C. 6.53.4 (a.208); *Voci*, DER I 442 mit Fn. 55; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 35 mit Fn. 47.

[479] Die *lex Papia* nach dem Machtwort des Septimius Severus (→ Rn. 71).

[480] Ulp. reg. 16.1; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 24. Anders *Voci*, DER I 442.

[481] Ulp. reg. 16.1; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 24. Anders *Voci*, DER I 442.

[482] Ulp. reg. 16.1; *Voci*, DER I 442; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 67.

[483] Ulp. reg. 16.1; s. des Weiteren Paul. 3 l. Iul. Pap. D. 4.6.35,37; Ulp. 6 l. Iul. Pap. D. 4.6.36,38; *Voci*, DER I 442; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 90 f.

[484] Ulp. reg. 16.2; s. des Weiteren Ulp. 6 l. Iul. Pap. D. 23.2.31; *Voci*, DER I 443; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 27, 34, 103, 109.

Frauen von schlechtem Ruf (*feminae probrosae*[485]) schließlich spricht Domitian das Recht zum Erwerb von Legaten und Erbschaften ab.[486] Vielleicht waren sie schon zuvor nur teilweise erwerbsfähig (zu ¼).[487] *Feminae probrosae* können nach einem *rescriptum Hadriani* selbst aus einem Soldatentestament nichts erwerben.[488] 77

Gewisse Personen unterliegen nicht den Erwerbsbeschränkungen der *lex Iulia et Papia*. Der *suus heres* ist und bleibt schlechthin erwerbsfähig.[489] Abkömmlingen und Vorfahren des Testators bis zum dritten Grad gibt die *lex Papia* das „alte Recht" (*ius antiquum*).[490] Sie erwerben, indirekt, was andere im Testament Bedachte nicht erwerben.[491] Sie erwerben aber auch selbst, direkt, ohne den Erwerbsbeschränkungen der *lex Iulia et Papia* unterworfen zu sein.[492] Schließlich sind überhaupt Männer mit drei, Frauen mit drei bzw. vier Kindern von den Erwerbsbeschränkungen der *lex Iulia et Papia* ausgenommen (*ius liberorum*).[493] Das *ius liberorum* wird auch vom Senat, dann vom Kaiser als Privileg erteilt.[494] 78

b. Ereignisse um den Erbfall

Ein Erwerb kann an Ereignissen um den Erbfall scheitern. Nach der *lex Papia* ‚fällt' ein Erbteil, wenn der Eingesetzte nicht antritt.[495] Ein Antritt eines Erbteils wird erst zuge- 79

[485] Marcell. 26 dig. D. 23.2.41 pr.

[486] Suet. Dom. 8,3; *Voci*, DER I 443; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 49–61 (57–61 zur These *v. Savignys*, Frauen aus der „guten Gesellschaft" seien zu *feminae probrosae* geworden, um den für Ehelose geltenden Sanktionen der *lex Iulia et Papia* zu entgehen; vgl. Suet. Tib. 35,2). Die Konkubine bildet in diesem Zusammenhang keine eigene Figur; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 55–57 (strittig).

[487] Quint. inst. 8,5,19; *Nörr*, Rechtskritik (1974) 77; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 61. Anders einerseits *Voci*, DER I 443 mit Fn. 59 (Erwerbsunfähigkeit erst seit Domitian); andererseits *Kaser*, RP I 725 (schon nach den augusteischen Ehegesetzen).

[488] Tryph. 18 disp. D. 29.1.41.1; *Voci*, DER I 443 Fn. 59; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 53 f., 59.

[489] Pap. 5 resp. frg. Berol. 20 (FIRA II 440); *Voci*, DER I 446; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 65 f., 285, 290 f. Gegen den Versuch einer Gesetzesumgehung durch Eintritt in die *manus* des Ehemannes richtet sich das *SC Gaetulicianum*; frg. Berol. 3 (FIRA II 625). Im Verhältnis zu ihrem Mann wird die Frau bei Fehlen gemeinsamer Kinder auf die Zehntel zurückgeworfen, ansonsten nach dem *SC Calvisianum* (Ulp. reg. 16.4) gänzlich; Paul. 8 Plaut. frg. Berol. 6 (BKT IX 200 = FIRA II 427); *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 123–127.

[490] Ulp. reg. 18.1; s. des Weiteren Iust. C. 6.51.1.1b (a.534).

[491] Ulp. reg. 18.1; *Voci*, DER I 445, 448; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 66 f.

[492] *Voci*, DER I 445, 448; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 67.

[493] *Voci*, DER I 443; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 72–75.

[494] Ulp. reg. 16.1a; *Voci*, DER I 443; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 75 f., 81. Berühmte Fälle: D. C. 55,2,5–6 (Livia); D. C. 59,15,1 (Caligula); Mart. 2,91–92 (Martial); Plin. epist. 2,13,8 (Plinius d. J.); *Voci*, DER I 443 mit Fn. 62; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 74 f., 75 Fn. 28. – Gegenüber den von den Erwerbsbeschränkungen der *lex Iulia et Papia* befreiten Personen bilden eine besondere Gruppe die Personen, die in diesem Zusammenhang ihr Zeugnis verweigern können; s. etwa Gai. 4 l. Iul. Pap. D. 22.5.5; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 67–72; anders *Voci*, DER I 445 f.

[495] Ulp. reg. 1.21; *Voci*, DER I 457; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 239. S. des Weiteren Marcell. 29

lassen nach Testamentseröffnung,[496] vorausgesetzt, es handelt sich um ein schriftliches Testament.[497] Dies führt dazu, dass ein Erbteil ‚fällt', wenn der Eingesetzte vor Testamentseröffnung stirbt oder das römische Bürgerrecht verliert.[498] Doch bedeutet dies nicht, dass der Erbteil nicht ‚fällt', wenn der Eingesetzte nach Testamentseröffnung stirbt.[499] Ein Legat ‚fällt', wenn der Legatar vor dem *dies cedens* stirbt.[500] An die *lex Papia* anknüpfende *SCta* verlegen den *dies cedens* auf den Zeitpunkt der Testamentseröffnung,[501] wobei auch hier vorausgesetzt ist, dass es sich um ein schriftliches Testament handelt.[502] Das führt dazu, dass ein Legat ‚fällt', wenn der Legatar vor Testamentseröffnung stirbt.[503] Dies geschieht auch, wenn der Legatar vor Testamentseröffnung das römische Bürgerrecht verliert.[504] Ein Legat ‚fällt' auch, wenn der Legatar ausschlägt.[505] Erbteile wie Legate ‚fallen' des Weiteren, wenn nach dem Tode des Testators eine Bedingung ausfällt oder der Bedachte während des Schwebens der Bedingung stirbt.[506] Ein einen Legatar beschwerendes bedingtes Fideikommiss, das in Folge des Ablebens des Fideikommissars während des Schwebens der Bedingung ‚fällt', soll allerdings „nach dem Willen des Senats" nicht an den vorhandenen Erben mit *ius antiquum* gelangen (*filius heres*),[507] vielmehr beim beschwerten Legatar verbleiben.[508]

---

dig. D. 31.28; *Voci*, DER I 451; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 277. *Heredes necessarii*, die nicht antreten müssen (→ § 56 Rn. 12–15), sind nicht betroffen; Gai. 13 l. Iul. Pap. D. 38.16.14; Ulp. 3 Sab. D. 28.5.3.4; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 238 f. Fn. 11. Betroffen sind als solche dagegen durchaus die Abkömmlinge und Vorfahren des Testators bis zum 3. Grad; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 232 Fn. 24.

[496] S. Iul. 31 dig. D. 35.1.21 a. E.; *Voci*, DER I 456 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 225 f. Justinian macht dies rückgängig: Iust. C. 6.51.1.1c,5 (a.534).

[497] Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 29.7.20; *Voci*, DER I 456; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 228.

[498] Ulp. reg. 17.1.

[499] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 237.

[500] Iul. 70 dig. D. 36.2.19.1; Gai. 14 l. Iul. Pap. D. 31.56 (gilt nach einer Konstitution des Antoninus Pius nicht für den Princeps); *Voci*, DER I 457; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 81, 239.

[501] Iust. C. 6.51.1.1c,5 (a.534) macht das rückgängig. Zweifel verursacht Ulp. reg. 24.31 *per legem autem Papiam Poppaeam*; s. *Voci*, DER I 456 mit Fn. 95 (eher spätere *SCta*) einerseits, andererseits *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 227 mit Fn. 9 (eher schon die *lex Papia*). Legate, die *heredes necessarii* beschweren, sind nicht betroffen; Gai. ed. prov. D. 30.68.1: *praeterquam si* etc.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 227 f.

[502] *Voci*, DER I 456; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 228.

[503] Ulp. reg. 17.1; s. des Weiteren Afr. 2 quaest. D. 35.1.31 ([*defectum*] ⟨*caducum*⟩; des Weiteren Itp.); *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 226 f. Fn. 8, 227, 238 Fn. 10, 241. S. des Weiteren Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 31.49.1 (Ableben des Legatars nach dem *dies cedens*); *Voci*, DER I 457 Fn. 100.

[504] Ulp. reg. 17.1; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 238 f.

[505] Gai. 12 l. Iul. Pap. D. 31.55 pr.; Terent. 15 l. Iul. Pap. D. 31.59; *Voci*, DER I 457 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 239 f. Nicht so im Fall des Soldatentestaments; Ulp. 8 disp. D. 33.2.9; *Voci*, DER I 451; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 283, 291.

[506] Afr. 2 quaest. D. 35.1.31; s. Iust. C. 6.51.1.2a (a.534); *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 240–242.

[507] *Voci*, DER I 446; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 268 Fn. 41, 274 f., 393 (*persona excepta*); anders jedoch *Voci*, DER I 453 f. (*filia* mit Kindern; kompilatorische Streichung der Worte *etsi liberos*

c. Ereignisse vor dem Erbfall

Der Erwerb kann an Ereignissen scheitern, die in die Zeit zwischen Testamentserrichtung und Erbfall fallen. Noch zu Lebzeiten des Testators stirbt der Bedachte,[509] oder noch zu Lebzeiten des Testators fällt eine Bedingung aus.[510] Die *veteres*, so Justinian, hätten dies als *in causa caduci* bezeichnet.[511] Doch unterliegen *caducum* und *in causa caduci* Befindliches denselben Regeln, so dass die Unterscheidung keine große Bedeutung hat.[512] **80**

3. Folgen

Die *lex Papia*[513] regelt auch das weitere Schicksal der *caduca*.[514] Ein ‚gefallener' Erbteil wird in erster Linie von Seiten der Erben, „die in dem Testament Kinder haben" (womit Verheiratete mit Kindern gemeint sind, also Personen, die nicht zu den Ehe- und Kinderlosen [→ Rn. 71 f.] gehören[515]) vindiziert,[516] in zweiter Linie von Seiten der Legatare, „die in dem Testament Kinder haben",[517] und die sich in Erben verwan- **81**

---

habet).

[508] Iulianus bei Ulp. 16 l. Iul. Pap. D. 31.60. Gemeint ist das *SC Pegasianum*, das für Fideikommisse an sich nur auf die Erwerbsbeschränkungen der *lex Iulia et Papia* verweist (→ Rn. 65). Ähnlicher Fall: Scaev. 19 dig. D. 32.38.6 (*Voci*, DER I 454 Fn. 89; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 265 Fn. 57). Das einen Legatar beschwerende Fideikommiss an ein *collegium templi* wird in Folge von dessen Auflösung hinfällig. Es gelangt zum Legatar und verbleibt nicht beim Erben. Ob dieser Erbe mit *ius antiquum* ist, kann dahinstehen, denn er würde das Fideikommiss auch dann nicht erhalten.

[509] S. Iust. C. 6.51.1.2a,4 (a.534); *Voci*, DER I 455, 458; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 242 f. S. Cels. 36 dig. D. 31.29 pr.; *Voci*, DER I 453 („e il legato si caduca") gegenüber *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 280 („ma non è in causa caduci"). *Astolfi* scheint anzunehmen, dass der Eintritt einer Person mit *ius antiquum* (im Falle von Cels. l. c. der Tochter des Testators) die Lage *in causa caduci* ausschließt. Doch beinhaltet der Begriff des *caducum* (→ Rn. 67) nichts über die Person des Destinatärs. Ungeachtet des Eintritts einer Person mit *ius antiquum* ist ein *caducum* ein *caducum*; s. Ulp. reg. 1.21 (und *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 265: „Se il caducum spetta al primo erede, perché è pater o gode del ius antiquum"). – S. des Weiteren Maur. 2 l. Iul. Pap. D. 31.57; *Kunkel/Liebs*, Herkunft (2001) 176 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 81 mit Fn. 43, 233. Eine Ausnahme bildet auch insofern das Soldatentestament; Ulp. 8 disp. D. 33.2.9 (→ Rn. 79 Fn. 505).

[510] S. wieder Iust. C. 6.51.1.2a,4 (a.534); *Voci*, DER I 455, 458; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 242 f. S. Gai. 13 l. Iul. Pap. D. 35.1.69; *Voci*, DER I 459.

[511] Iust. C. 6.51.1.2a (a.534).

[512] *Voci*, DER I 459; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 242 f.

[513] Ulp. reg. 19.17; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 251, 276 Fn. 60.

[514] Wie es scheint, in Teilen zwingend; *Voci*, DER I 447; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 268–270. Anders *Kaser*, RP I 725 Fn. 20 (immer).

[515] *Voci*, DER I 447. Abw. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 262, 267 (wer die meisten Kinder hat).

[516] Gai. 3 l. Iul. Pap. D. 28.6.5: *an quod* etc.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 263 Fn. 32; Paul. l. Falc. sing. D. 35.2.1.14; *Voci*, DER I 451; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 263 Fn. 32, 277. Gibt es einen Vorrang des *heres coniunctus* mit Kindern? S. *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 259–262 und vgl. Cels. 35 dig. D. 32.80.

[517] Gai. 2.286a; vgl. Gai. 2.206,207 und s. des Weiteren Ulp. reg. 1.21.

deln,[518] in dritter und letzter Linie vom Staat, d. h. zunächst: vom *aerarium populi Romani*.[519] Auch ganze Erbschaften können ganz oder teilweise ‚fallen'.[520] Eine (in Folge teilweiser Erwerbsunfähigkeit) teilweise ‚gefallene' Erbschaft gelangt an die Legatare mit Kindern.[521] Eine (in Folge gänzlicher Erwerbsunfähigkeit) ganz ‚gefallene' Erbschaft unterliegt hingegen der Intestaterbfolge.[522] Dasselbe gilt, wenn alle Erbteile ‚fallen'.[523]

82 Ein ‚gefallenes' Legat wird in erster Linie (grundsätzlich; anders bei Vorhandensein eines *collegatarius coniunctus* mit Kindern) von Seiten der Erben, „die in dem Testament Kinder haben" (→ Rn. 81), vindiziert, in zweiter Linie von Seiten der Legatare (dito), in dritter und letzter Linie von Seiten des Staates, d. h. zunächst wieder: des *aerarium populi Romani*.[524] Beim ‚gefallenen' Fideikommiss ist die Lage besonders (→ Rn. 79). Ausgeschlossen von der *caducorum vindicatio* ist, auch wenn er Kinder hat, jemand, der ein *fideicommissum tacitum* übernommen hat.[525] Vorrang[526] vor allen soeben Genannten haben im Testament zu Erben eingesetzte Abkömmlinge oder Vorfahren des Testators bis zum dritten Grad; ihnen gibt die *lex Papia* das „alte Recht" (*ius antiquum*).[527] Ihren Erbteilen wächst ein „gefallener" Erbteil ohne Weiteres an,[528] und zwingend.[529] Von Bedeutung scheint hier auch das vom Kaiser verliehene *ius liberorum* (→ Rn. 78) zu sein.[530]

---

[518] Ulp. reg. 1.21; *Voci*, DER I 447, 449 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 263–266.

[519] Gai. 2.286a; *Voci*, DER I 449, 454; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 267 f., 291–297 (mit Einzelheiten zur *caducorum vindicatio*).

[520] Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 28.5.73 (was nicht geschieht, wenn die Erbschaft überschuldet ist); *Voci*, DER I 437 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 268 f., 289.

[521] Gai. 12 l. Iul. Pap. D. 31.55.1; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 266 f.

[522] Gai. 2.144; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 13, 239, 267 Fn. 39, 285–290; strittig; a. A. *Voci*, DER I 437 f.; zweifelnd *Kaser*, RP I 725 Fn. 26. Maur. 3 l. Iul. Pap. D. 49.14.15.5 (Eviktion durch das *aerarium populi Romani*; *Voci*, DER I 438) wird daher nicht zur *caducorum vindicatio* gehören (*Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 289).

[523] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 263 Fn. 32.

[524] Gai. 2.206–208,286a; *Voci*, DER I 448 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 252–259, 267 f.

[525] Ulp. reg. 25.17; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 309 f.

[526] Anscheinend a. A. *Voci*, DER I 463 („i *caduca* sono acquistati dai *patres*, dalle *exceptae personae*, dal *populus Romanus*").

[527] Ulp. reg. 18.1.

[528] Cels. 36 dig. D. 31.29.2 (*filius heres*); *Voci*, DER I 453; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 280 f.

[529] Gai. 14 l. Iul. Pap. D. 29.2.53.1. Bezug zweifelhaft und strittig; s. *Voci*, DER I 447 Fn. 77; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 270 Fn. 44.

[530] *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 75 f. („attribuiva la *capacitas* e il diritto ai *caduca*"). Ulp. reg. 1.21: *vel ius si quidem primus heres* ⟨…⟩ *antiquum*. *Voci*, DER I 449 will allerdings einen Hinweis auf das *ius patris* annehmen (es genüge weniger; *Voci*, DER I 450 Fn. 84); ebenso *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 263–265; *Avenarius*, Ps.-Ulp. reg. 12 f. und *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 196–198 zwar einen Hinweis auf das *ius liberorum*, welches er jedoch im Sinne der Stellung eines *heres pater* versteht. Gegen jede Änderung des Textes *Schulz*, Epitome Ulpiani (1926) 25 (unüberlegte Streichung des Epitomators).

Caracalla ändert (aus fiskalpolitischen Gründen) dieses Regime,[531] indem er die Zuweisung an Erben und Legatare, „die in dem Testament Kinder haben“ (→ Rn. 81), aufhebt. Seitdem gelangen *caduca* entweder an eingesetzte Erben mit *ius antiquum* oder an den Staat, d. h. jetzt: den *fiscus*, der die *caduca* vindiziert.[532] Auf ‚gefallenen‘ und vindizierten Erbteilen ruhende Lasten gehen über; ebenso auf ‚gefallenen‘ und vindizierten Legaten und Fideikommissen ruhende.[533] Lasten hingegen, die auf Erbteilen ruhen, die Erbteilen von im Testament eingesetzten Erben mit *ius antiquum* anwachsen (→ Rn. 82), fallen weg.[534] Die Finanzverwaltung erhält über Anzeigen und Selbstanzeigen Kenntnis von ‚gefallenen‘ Hinterlassenschaften.[535] **83**

4. Testierpraxis

Die Testierpraxis reagiert auf die Erwerbsbeschränkungen der *lex Iulia et Papia* (→ Rn. 69). Solange nur Erbschaften und Legate betroffen waren, konnte man auf Fideikommisse ausweichen.[536] Ansonsten wird etwa jemandem für den Fall der Erwerbsunfähigkeit ein Substitut beigegeben,[537] um auf diese Weise schon die Entstehung von *caduca* zu vermeiden oder, sollte es doch zum ‚Fall‘ kommen, das *caducum* einen anderen Weg nehmen zu lassen als von der *lex Iulia et Papia* vorgesehen.[538] Oder es wird jemandem, der nur beschränkt erwerben kann, eben der „zulässige Betrag“ (*licita quantitas*) vermacht;[539] oder der Unterschied zum vermachten Betrag nochmals.[540] Oder **84**

[531] Von welchem allerdings noch Frg. de iure fisci 3 (FIRA II 627) ausgeht; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 272.

[532] Ulp. reg. 17.2; s. des Weiteren Ulp. reg. 24.12,13; Paul. 7 l. Iul. Pap. D. 35.1.60.1; *Voci*, DER I 448 f., 451 f., 461–463; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 270–274 (schrittweise, schon vor Caracalla eintretende Entwicklung). A. A. *Avenarius*, Liber singularis regularum (2005) 77, 347–351; *Babusiaux*, SZ 135 (2018) 125–127 (Marc Aurel). Ulp. reg. gibt in Teilen noch die Rechtslage vor Caracallas Reform wieder (Ulp. reg. 1.21; 19.17; 25.17), in Teilen die Rechtslage danach (Ulp. reg. 17.2; des Weiteren Ulp. reg. 24.12,13), in Teilen die Rechtslage nach Konstantin (Ulp. reg. 13 rubr.; 15; 16); *Voci*, DER I 463 f. (?); *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 272 f. (Aktualisierung von anderer Hand).

[533] Ulp. reg. 17.3; s. des Weiteren Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 31.49.4; Paul. 7 l. Iul. Pap. D. 35.1.60.1; *Voci*, DER I 447; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 274–278.

[534] Cels. 36 dig. D. 31.29 pr.–2; Ulp. 18 l. Iul. Pap. D. 31.61.1; *Voci*, DER I 437, 451 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 278–283 (Einfluss der *lex Papia* auf das *ius antiquum*).

[535] *Voci*, DER I 448 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 292–297.

[536] Gai. 2.286,286a. Nachdem das *SC Pegasianum* die Erwerbsbeschränkungen der *lex Iulia et Papia* für Ehe- und Kinderlose auf Fideikommisse ausgedehnt hat (→ Rn. 65), versucht man es mit ‚stillen Fideikommissen‘ (*fideicommissa tacita*). Dem tritt das *SC Plancianum* entgegen (→ Rn. 11 Fn. 59). Dies und weiteres bei *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 309–311 („vari comportamenti fraudolenti tenuti dai romani per eludere la legge“).

[537] Gai. 3 l. Iul. Pap. D. 28.6.5; Gai. 13 l. Iul. Pap. D. 28.5.74; s. Iust. C. 6.51.1.1a (a.534). Die *lex Iulia et Papia* (*Kaser*, RP II 539 mit Fn. 16) hat eine Substitution nicht ausgeschlossen.

[538] Iust. C. 6.51.1.1a (a.534); *Voci*, DER I 444 mit Fn. 65; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 284 f.

[539] Scaev. 33 dig. D. 22.3.27; *Voci*, DER I 440 Fn. 44; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 29 f.

[540] Ulp. 13 l. Iul. Pap. D. 35.2.64; zur *lex Iulia et Papia* gehörig; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 393 mit Fn. 62 (*Falcidiam* tribonianisch; *Papiam* Ulp.?); anders *Voci*, DER II 757 Fn. 16.

jemandem wird etwas auf einen Zeitpunkt hin vermacht, zu dem er erwerben kann.[541] Oder jemandem wird durchaus mehr vermacht als er erwerben kann, doch zugleich aufgegeben, zur Erfüllung einer Bedingung (*condicionis implendae causa*) an den Erben zu leisten; insoweit wird die Erwerbsfähigkeit erweitert.[542] Oder es wird schließlich einer Ehefrau auf den Zeitpunkt hin vermacht, in dem sie Kinder hat.[543]

5. Niedergang

85 Seit der Spätantike beginnt das Recht der *caduca* zu verfallen. Konstantin hebt die Erwerbsbeschränkungen der *lex Iulia et Papia* für Ehe- und Kinderlose (→ Rn. 71–74) auf,[544] während er jene betreffend die Ehegatten untereinander (→ Rn. 75 f.) noch ausdrücklich bestätigt.[545] Doch erteilt er den Schiffern des Ostens vielfältige Privilegien, darunter die Befreiung von der *lex Iulia et Papia*, soweit diese den Erwerb von Ehegatten untereinander beschränkt.[546] Arcadius und Honorius verfügen, dass das *ius liberorum* (→ Rn. 78) jedem zu erteilen ist, der darum nachsucht.[547] Honorius und Theodosius II. heben die Erwerbsbeschränkungen der *lex Iulia et Papia* bezüglich der Ehegatten untereinander (→ Rn. 75 f.) vollends auf.[548] Um das *ius liberorum* (→ Rn. 78) nachzusuchen, erübrigt sich künftig.[549] Das Recht der sonstigen *caduca* (→ Rn. 79 f.) bleibt vorerst erhalten. Das zeigt eine Verordnung von Theodosius II. und Valentinian III., wonach von Vorfahren herstammende Erbteile, Legate und Fideikommisse ungeachtet des Ablebens des Bedachten vor Testamentseröffnung an dessen Abkömmlinge weitergegeben werden können, und diese darauf als etwas ihnen Gebührendes Anspruch erheben können.[550]

---

[541] Ulp. 8 l. Iul. Pap. D. 31.51 pr.,1; *Voci*, DER I 444 mit Fn. 64; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 30 mit Fn. 30, 284.

[542] Iulianus bei Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 35.1.62.1.

[543] Iul. 69 dig. D. 35.1.25; Terent. 4 l. Iul. Pap. D. 35.1.62 pr.; Scaev. 22 dig. D. 22.1.48; Pap. 8 resp. D. 34.4.24 pr.; Ulp. 8 l. Iul. Pap. D. 31.1.51.1; D. 35.1.61; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 35 Fn. 47.

[544] Const. Cod. Theod. 8.16.1 = C. 8.57.1 (a.320); *Voci*, DER I 462; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 39, 76 (auch jene des *pater solitarius*). Iust. C. 5.4.27 (a.531/532) und Iust. C. 6.58.12.1 (a.532) erinnern an das *SC Persicianum* (*Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 43–45), das jedoch schon mit der Aufhebung der Erwerbsbeschränkung für Ehelose durch Konstantin hinfällig geworden ist.

[545] Const. Cod. Theod. 8.16.1 (a.320); *Voci*, DER I 462; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 39, 76.

[546] Const. Cod. Theod. 13.5.7 (a.334); *Voci*, DER I 462; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 88 f. Schon Claudius hat die Schiffsbauer von den Erwerbsbeschränkungen der *lex Iulia et Papia* befreit; Suet. Claud. 18,2; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 86–88.

[547] Arcad./Honor. Cod. Theod. 8.17.1 (a.396); *Voci*, DER I 462; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 76–80 (Bedeutung nach dem Inkrafttreten des Codex Theodosianus 439 n. Chr.).

[548] Honor./Theodos. Cod. Theod. 8.17.2 = C. 8.57.2 (a.410); *Voci*, DER I 462; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 39 f., 43 f., 77 f.

[549] Honor./Theodos. Cod. Theod. 8.17.3 = C. 8.5.8.1 (a.410); *Voci*, DER I 462; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 77, 80.

[550] Theodos./Valentin. C. 6.52.1 (a.450), sog. *transmissio Theodosiana*; *Voci*, DER I 462, 512; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 229–233.

In den Digesten ist die Erinnerung an das Recht der *caduca* bewusst verwischt worden.[551] Einige der Reformkonstitutionen der früheren Jahre finden sich im Cod. Iust. wieder (→ Rn. 85). Einzelnes, wie die Erwerbsunfähigkeit der *feminae probrosae* (→ Rn. 77), scheint in irgendeiner Form überdauert zu haben.[552] Während der Antritt eines Erbteils vor Testamentseröffnung weiterhin nicht zugelassen zu werden scheint (→ Rn. 79), wird der *dies cedens* der Legate wieder auf den Zeitpunkt des Todes des Testators nach vorn verlegt.[553] Inwieweit bei Anwachsung Lasten übergehen sollen, ist unklar.[554] Im Jahre 534, nach Fertigstellung der Digesten, wendet sich Justinian nochmals dem Thema zu. In seiner Konstitution *De caducis tollendis* zieht er einen Schlussstrich unter das Recht der *caduca*.[555] **86**

[551] Const. Tanta 6b; *Voci*, DER I 464; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 297. Das Wort *caducum* wird von den Kompilatoren planmäßig unterdrückt; *Voci*, DER I 464; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 238 Fn. 10. S. etwa Gai. 3 l. Iul. Pap. D. 28.6.5 (wo ursprüngliches *caducam* durch *alteram* ersetzt worden ist); oder Gai. 12 l. Iul. Pap. D. 31.55.1 (wo das ursprünglich vor dem Wort *iure* stehende Wort *caducorum* gestrichen worden ist); oder Paul. 7 l. Iul. Pap. D. 35.1.60.1 (wo ursprüngliches *caducum* durch *ipsum* ersetzt worden ist); *Astolfi* a. a. O. (mit weiteren Quellen). Auch im Codex wird das Wort unterdrückt; *Kaser*, RP II 534 mit Fn. 30.

[552] Paul. 8 Plaut. D. 37.12.3 pr.; *Voci*, DER I 464; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 54.

[553] Ulp. 40 Sab. D. 36.2.5.1; *Voci*, DER I 464.

[554] *Voci*, DER I 464; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 297.

[555] Iust. C. 6.51.1. (a.534); *Voci*, DER I 464 f.; *Astolfi*, Lex Iulia et Papia [4](1996) 297–300.

§ 101 Klage aufgrund Weisung des Gewalthabers (*actio quod iussu*)

Alfons Bürge

Jurewicz, Pater familias dominusve iussit. Umowy zawierane z podległym władzy na podstawie polecenia zwierzchnika (Die Verträge, die von den Gewaltunterworfenen aufgrund Ermächtigung des Gewalthabers geschlossen wurden), 2015 (deutsche Zusammenfassung S. 327–335); *Coppola Bisazza*, Lo *iussum domini* e la sostituzione negoziale nell'esperienza romana I, 2003.

Inhalt Rn.

I. Edikt und Prozessformel 1
II. *Iussum* als Leitbegriff 2
III. Zur Eigenart der *actio quod iussu* 4

I. Edikt und Prozessformel

1 Für die Rechtsschutzverheißung sei hier auf die Ausführungen Ulpians 23 ed. D. 15.1.1 pr.–1 verwiesen bezüglich derjenigen, *qui alienae potestati subiecti sunt*, und des so genannten *edictum triplex*, das vordergründig im *peculium* (→ § 102 Rn. 1) gipfelt, jedoch im Ganzen die selbständige Tätigkeit des Gewaltunterworfenen im Auge hat.[1]

2 Die Rekonstruktion der Formel wirft keine größeren Probleme auf (→ § 12 Rn. 21 f., 24):[2]

Quod iussu Numerii Negidii Aulus Agerius Gaio cum is in potestate Numerii Negidii esset, togam vendidit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Gaium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.

[1] Vgl. *Chiusi*, Actio de in rem verso (2001) 18 f.

[2] *Lenel*, EP 278; *Mantovani*, Formule 71 f. (Nr. 98); *Miceli*, Actiones adiecticiae qualitatis (2001) 309–320, 356 hingegen stellt die Formel auf *quidquid ob eam rem Numerium Negidium patrem Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona* und macht den Geschäftsherrn so mit einer *petitio principii* zum primären Schuldner aus dem Geschäft des Gewaltabhängigen. Sie erreicht damit den Effekt der direkten Stellvertretung, ohne den Beweis dafür in den Quellen wirklich anzutreten, vgl. auch *dies.*, Rappresentanza (2008).

„Was das betrifft, dass auf Weisung [des Beklagten] [der Kläger] [dem Gewaltunterworfenen], als dieser in der Gewalt [des Beklagten] stand, eine Toga verkauft hat, worum es hier geht: Was auch immer deshalb [der Gewaltunterworfene] [dem Kläger] geben oder tun muss nach guter Treue, dazu soll der Richter [den Beklagten] zugunsten [des Klägers] verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen."

Bei einem Sklaven, beispielsweise einem Stichus, war die Fiktion notwendig: **3**

quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, Aulo Agerio dare facere oporteret ex fide bona …

„Was auch immer deshalb [der Sklave], wenn er frei wäre nach dem Recht der Quiriten, dem [Kläger] geben oder tun müsste nach guter Treue, …"

Ulpians Kommentar ist fokussiert auf den Begriff des *iussum*.

II. *Iussum* als Leitbegriff

Iubere bedeutet, jemandem eine Weisung erteilen. In diesem Fall ist der Empfänger ein Gewaltunterworfener, sei es ein Sklave, sei es ein Haussohn; andere Abhängigkeitsverhältnisse zieht die Klage nicht in Betracht. Sie setzt aber nicht voraus, dass der Gewaltabhängige über ein *peculium* verfügt.[3] Das wird bei einer im Geschäftsverkehr tätigen Person zwar in der Regel der Fall sein, spielt aber für die Struktur der Klage keine Rolle. Sie ist vielmehr eine Alternative zur *actio de in rem verso* beziehungsweise der *actio de peculio* (→ § 102 Rn. 1); in diesem Kontext wird sie 163 v. Chr. erstmals von Ter. Haut. 790 f. erwähnt.[4] Im Rechtsleben dürfte die dem Gewaltabhängigen erteilte Weisung, wie sie bei einem Auftrag typisch ist, tatsächlich der Ausgangspunkt gewesen sein.[5] **4**

Allerdings muss der Dritte, der sich auf ein solches *iubere* beruft, den Beweis liefern, dass ein solches *iussum* erteilt worden ist; dafür winkt ihm eine erleichterte Rechtsdurchsetzung (Gai. 4,74). Daher erklären sich die Überlegungen zur Form, beispielsweise die Erklärung vor Zeugen, durch Brief, ausdrückliche Erklärung, durch Boten, in einer Vertragsurkunde oder in einer an den Dritten gerichteten Erklärung über eine generelle Zuständigkeit des Gewaltunterworfenen auf Gefahr des Gewalthabers zu handeln.[6] Typisch dafür sind die Überlegungen zum Widerruf, der den Mandatsregeln folgt und daher zulässig ist, solange noch nichts ins Werk gesetzt wurde, und der eben konsequenterweise an den Dritten gerichtet sein muss.[7] Mit andern Worten muss das **5**

[3] Vgl. *Rainer*, CRRS IV.2/5/6 10.

[4] Dazu *Bürge*, Privatrecht 192–194; zweifelnd offenbar *Jurewicz*, Pater (2015) 327, allerdings ohne eine alternative Deutung zu erwägen.

[5] Vgl. ThLL s. v. *iussus* (VII.2 709.50–71); vgl. beispielsweise Ulp. 31 ed. D. 12.1.15; Pomp. 11 Sab. D. 13.6.13.2; Paul. 32 ed. D. 17.1.26.8 sowie Plaut. Capt. 343 *tua quae tu iusseris mandata. mandare* ist denn auch ein Begriff, der in diesem Zusammenhang auftaucht, vgl. Ulp. 29 ed. D. 15.4.1.2,3.

[6] Ulp. 29 ed. D. 15.4.1.1; wie denn auch *iubere* erwähnt wird in TPSulp. 48.2,7 und 9.

[7] Ulp. 29 ed. D. 15.4.1.2; vgl. aus dem Auftragsrecht Ulp. 31 ed. D. 17.1.12.16 und Gai. 3,159.

Vorliegen des Auftrages nach Außen gedrungen sein; das kann auch durch einen Vermerk (*subscriptio*) auf der Urkunde bezeugt werden.[8]

6 Ein Vorgang, der mit dem ausdrücklichen *iussum* gleichgesetzt wird, ist die *ratihabitio*, für die bei den Auftragsverhältnissen die Parömie *ratihabitio mandato comparatur* herangezogen wird.[9]

7 Wenig Überraschendes bieten die Überlegungen zu den Zuständigkeiten, wenn diese nicht eindeutig sind, so beispielsweise beim *pupillus*, der auch hier der Mitwirkung seines *tutor* bedarf,[10] beim *fructuarius*,[11] beim *curator* oder einem *procurator*[12] oder beim *servus publicus*.[13] Schließlich finden wir auch hier Ausführungen zur Anwendung auf Sklavinnen und Haustöchter.[14] Die Grenze wird eindeutig dort gezogen, wo sich das *iussum* an außerhalb der *res familiaris* Stehende, so an einen *servus alienus* richtet.[15]

8 Ein weiteres Merkmal bildet die enge Auslegung des *iussum*. So lässt sich das *iussum*, einem Sklaven ein Darlehen zu einem bestimmten Zinssatz zu gewähren, nicht auf eine zusätzliche, im *iussum* nicht genannte Pfandsicherungsabrede erstrecken.[16] Ebenso wenig lässt sich eine in der Form einer *fideiussio* eingegangene Bürgschaft für einen Sklaven als ein *iussum* auffassen, denn die beiden Institute werden trotz der semantischen Nähe ihrer Bezeichnungen streng voneinander geschieden. Deshalb kann das *iussum* nicht als ein Auffangtatbestand für eine ungültige *fideiussio* dienen,[17] denn im Bürgschaftstatbestand wird der *dominus* wie ein Fremder betrachtet.

9 Das schließt sich an die Überlegungen an, dass das *iussum* bedeute, ein Geschäft mit dem *iubens* abzuschließen. Allerdings heißt das lediglich, dass das Geschäft zur Vermögenssphäre des Gewalthabers gehört, und nicht etwa, dass die Geschäfte in eins zusammenfallen würden: der Weg zur Stellvertretung ist noch weit.[18] Es ist bezeichnend, dass die moderne Entwicklung des Vertretungsrechts gerade nicht an die Fälle oder Fallgruppen des *iussum* angeknüpft hat.

---

[8] Ulp. 29 ed. D. 15.4.1.3 und 5; vgl. aus den Urkunden TPSulp. 45.2,5; 5,4 auf Weisung des *dominus*, der dann den (Miet-)/vertrag auch signiert; *Monteverdi*, Labeo 42 (1996) 349 f., 350–359; *Coppola Bisazza*, Sostituzione negoziale (2003) 124–128; vgl. auch TPSulp. 46.5,3.

[9] Ulp. 30 Sab. D. 46.3.12.4, vgl. Iul. 54 dig. D. 46.3.13 sowie Iul.-Ulp. 80 ed. D. 46.8.12.2; Ulp. 19 ed. D. 43.16.1.14 und *Kaser*, RP I 579 mit Fn. 25; Ulp. 10 disp. D. 50.17.60.

[10] Ulp. 29 ed. D. 15.4.1.7; vgl. Paul. 30 ed. D. 15.4.2 pr.

[11] Ulp. 29 ed. D. 15.4.1.8.

[12] Ulp. 29 ed. D. 15.4.1.9.

[13] Ulp. 29 ed. D. 15.4.4.

[14] Paul. 30 ed. D. 15.4.2.1.

[15] Paul. 30 ed. D. 15.4.2.2.

[16] Ulp. 2 resp. D. 15.4.3.

[17] Ulp. 29 ed. D. 15.4.1.5, vgl. *Wacke*, Index 27 (1999) 527–536.

[18] Vgl. die Hinweise bei *Wieling*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 243–246.

III. Zur Eigenart der *actio quod iussu*

Will man die *actio quod iussu* in ihrer Eigenart erfassen, fällt der Doppelcharakter auf: Einerseits handelt der Gewaltunterworfene veranlasst durch das *iussum* seines Gewalthabers, andererseits vertraut der Dritte gestützt auf dieses *iussum* auf die Haftung des Gewalthabers *in solidum*. Damit hat der Gewalthaber ein scharfes Instrument, wenn der Gewaltunterworfene gegenüber Dritten für sein Vermögen handelt, denn im Regelfall begrenzt er sein eigenes Risiko durch die enge Bindung. Der Dritte seinerseits kann auf diese Weisung vertrauen, geht er darüber hinaus, steht ihm höchstens gegebenenfalls die *actio de in rem verso* und schließlich die *actio de peculio* zu Gebote (→ § 102 Rn. 15).[19] Die strenge Bindung erinnert an die strikte Bindung des Beauftragten beim Mandatsexzess zumindest nach der sabinianischen Lesart.[20] Eine Lockerung beobachten wir beim generell erteilten *iussum*, das aber das Handeln des Gewaltunterworfenen deshalb begrenzt, weil es stets nur gegenüber einer bestimmten Person gilt.

[19] Vgl. Ulp. 29 ed. D. 15.3.5.2.

[20] Gai. 3, 161, dazu *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 15, 30; *Choe*, ebd. 123–132; *Wittmann* ebd. 41, 46; weitere Lit. bei *Kaser*, RP I 580 mit Fn. 36.

§ 102 Klage aufgrund Sonderguts oder unmittelbarer Zuwendung in das Vermögen des Gewalthabers (*actio de peculio vel de in rem verso*)

Richard Gamauf

Buti, Studi sulla capacità patrimoniale dei „servi", 1976. *Brinkhof*, Een studie over het peculium in het klassieke Romeinse recht, 1978. *Żeber*, A study of the peculium of a slave in pre-classical and classical Roman law, 1981. *Di Porto*, Impresa collettiva e schiavo ‚manager' in Roma antica (II sec. a. c. – II sec. d. c.). 1984. *Kirschenbaum*, Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce, 1987. *Andrés Santos*, Subrogación real y patrimonios especiales en el derecho romano clásico, 1997, 163–222. *Wacke*, Die *libera administratio peculii*: Zur Verfügungsmacht von Hauskindern und Sklaven über ihr Sondergut, Symp. Wieling, 2006, 251–316. *Pesaresi*, Ricerche sul peculium imprenditoriale, 2008. *Pesaresi*, Studi sull'actio de peculio, 2012. *Pahud*, Le statut de l'esclave et sa capacité à agir dans le domaine contractuel. Etude de droit romain de l'époque classique, 2013. *Rainer*, Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS) Teil IV: Stellung des Sklaven im Privatrecht, 2: Vertretung des dominus; 5: Geschäftsfähigkeit; 6: Erwerb durch den Sklaven, 2015.[1]

Inhalt Rn.

I. Einleitung 1
1. Formel 1
2. Alter der Klage 3
3. Adjektizische Haftung 4
II. Passivlegitimation: *Potestas*/Gewaltverhältnis 6
III. Aktivlegitimation: *Negotium*/Rechtsgeschäft 9
IV. *Peculium*/Sondergut 10
1. Begriff und historische Entwicklung 10
2. Wirtschaftliche und soziale Bedeutung eines *peculium* 13
a. Wirtschaft 13
b. Soziale Auswirkungen 15
3. Einrichtung eines *peculium* 17
a. Persönliche Voraussetzungen 17
b. Begründung 18
4. Inhalt des *peculium* 26

[1] Literatur vor *Kaser*, RP I/II wird i. d.R. nicht nachgewiesen.

5. Erhöhung und Verringerung des *peculium* 27
6. Beendigung des *peculium* 28
a. *Ademptio peculii*/Einziehung des *peculium* 28
b. Weitere Beendigungsgründe 30
V. Die Verurteilung *dumtaxat de peculio*/soweit das *peculium* reicht 31
1. Zweck 31
2. *Taxatio*/Wertfeststellung 32
3. Abzugsposten 36
4. Hinzurechnungsposten 37
5. Die *dolus*-Klausel 38
VI. Die Verurteilung *de in rem verso*/wegen unmittelbarer Zuwendung in das Vermögen des Gewalthabers und die *actio de in rem verso* 39
1. Passivlegitimation 40
2. Aktivlegitimation 41
3. *Taxatio*/Wertfestellung 43
VII. *Actio annalis de peculio*/einjährige Klage nach Ende des Sonderguts 44
1. Formel 44
2. Passivlegitimation 45
3. Haftung nach Erwerb eines Sklaven mit *peculium* 46

I. Einleitung

1. Formel

Die *actio de peculio vel de in rem verso* war zusammen mit der *actio quod iussu*/Klage aufgrund Weisung des Gewalthabers (→ § 101) im sog. *edictum triplex*/dreiteiligen Edikt verheißen.[2] Als ihre Formel rekonstruiert Lenel: **1**

Quod Aulus Agerius apud Stichum, qui in Numerii Negidii potestate est, mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, Aulo Agerio dare facere oporteret ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat de peculio et si quid dolo malo Numerii Negidii factum est, quo minus peculii esset, vel si quid in rem Numerii Negidii versum est, condemnato, si non paret absolvito.[3]

„Darüber, dass der Kläger bei Stichus, der in der Gewalt des Beklagten ist, einen silbernen Tisch hinterlegt hat, wird Prozess geführt. Was deswegen Stichus, wenn er nach quiritischem Recht frei wäre, dem Kläger nach Treu und Glauben geben und leisten müsste, auf den Betrag soll der Richter den Beklagten zugunsten des Klägers verurteilen (und zwar) in Höhe des *peculium* und

[2] UIp. 29 ed. D. 15.1.1.1, 2; Gai. 9 ed. provinc. D. 14.5.1; *Lenel*, EP 273–278; *Chiusi*, Actio (2001) 26–28; *Avenarius*, Erbrecht (2017) 32 f. Zur *versio* im Ediktstext *Lenel*, EP 276 f.; *MacCormack*, St. Biscardi II 319 f.; weiters *Pahud*, Statut (2013) 379–383.

[3] *Lenel*, EP 282; *Bürge*, RP 177; *Brinkhof*, Studie (1978) 182–185. Grundlegend anders rekonstruiert *Miceli*, Struttura (2001) 356 f. (s. Fn. 4 und 6).

Zur *aequitas* bei der *actio de peculio* s. *Miceli*, Struttura (2001) 325; *Chiusi*, *Actio* (2001) 78–82; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 317, 322.

wenn der Beklagte arglistig eine Verringerung des *peculium* bewirkt hat, oder wenn etwas unmittelbar in das Vermögen des Beklagten zugewendet worden ist. Wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen."

2 Die *intentio* verlangte ein (Rechts-)/Geschäft/*negotium*[4] (III) zwischen dem Kläger und einer Person in der *potestas*/Gewalt (II) des Beklagten (Sklave, Hauskind).[5] Der materielle Anspruch daraus war wie bei gewaltfreien Schuldnern zu beurteilen: Für – im Gegensatz zu Haussöhnen – zivil nicht verpflichtungsfähige Sklaven benötigten *in ius* konzipierte Formeln dazu eine sog. *fictio libertatis*/Freiheitsfiktion (*si liber esset* – „wenn er frei wäre").[6] Aufgrund des Subjektswechsels in der *condemnatio* (→ § 12 Rn. 37, 61) verurteilte der Richter den Gewalthaber[7] in Höhe[8] des *peculium* zuzüglich doloser Verringerungen (V) und/oder eines aus dem Geschäft erlangten Vermögensvorteils/*versum* (VI).[9] Die Klage konnte auch nur mit einer *condemnatio* beantragt werden.[10] Ab der Spätklassik[11] und in den Digesten (D. 15.1 *De peculio*; D. 15.3 *De in rem*

[4] Nach *Miceli*, AUPA 45.2 (1998) 361; *Miceli*, Struttura (2001) 346–357; *Miceli*, Studi (2008) 54–63 (folgend *Giomaro*, Mutuo (2012) 24; s. auch *Burdese*, SDHI 69 (2003) 654 f.) nannte die Formel ein Sklavengeschäft nur als *factum*; gegen eine solche Sicht bereits *Lenel*, EP 264.

[5] Ulp. 29 ed. D. 15.1.1.5. Falls Regeln allein *filii familias* oder Sklaven betrafen, wird darauf hingewiesen; sonst gelten Aussagen über Sklaven auch für Haussöhne.
Für Unterschiede zwischen Sklaven und Hauskindern s. *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 307–335 (Erwähnung von Söhnen in der Regel nachklassisch); *Brinkhof*, Studie (1978) 22 f., 58–60, 219–221; *Serrao*, Impresa (1989) 25; *Wacke*, SZ 111 (1994) 297 Fn. 72; *Miceli*, Struttura (2001) 265–274; *Longo*, Filius (2003) 1–45; *Vandolini*, *Actiones* (2008) 10; *Buchwitz*, Scr. Corbino I 400–403; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 93 f.
Dazu auch in Fn. 57, 61, 103 und → Rn. 4, 12.

[6] Lit.: *Buti*, Studi (1976) 190 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 342 Fn. 5; *Pesaresi*, Peculio (2012) 169, 173–176.
Für eine unmittelbare Verpflichtung des Gewalthabers dagegen *Miceli*, AUPA 45.2 (1998) 324–361; *Miceli*, Struttura (2001) 30 f., 37–63, 219–224, 319, 337 (dazu *Burdese*, SDHI 69 (2003) 654–662).

[7] *Buti*, Studi (1976) 189 f.; *Wacke*, SZ 111 (1994) 282 f.; *Wacke*, Ric. Gallo II 585 f.; *Pesaresi*, Peculio (2012) 31–34; weitere Lit. bei *Miceli*, Struttura (2001) 320 Fn. 202.

[8] *Peculium* bzw. *versum* limitierten eine Verurteilung, nicht die Anspruchshöhe (Iul. 15 dig. D. 19.1.24.2; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 36 f.; vgl. auch *Wacke*, SZ 112 (1995) 262 Fn. 58); keine Beschränkung auf *dumtaxat de peculio* zugunsten des Gewalthabers bei Kompensation (→ § 111 Rn. 37, 74; Paul. 32 ed. D. 16.2.9 pr; *Buti*, Studi (1976) 112) oder Redhibition (→ § 79 Rn. 324; Paul. 5 quaest. D. 21.1.57 pr.; *Buti*, Studi (1976) 103–105).

[9] Gai. 4.72a; Inst. 4.7.4b. Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 330 f., 345–347; *Di Porto*, Impresa (1984) 43–51; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 167 f. Fn. 23; *Chiusi*, Actio (2001) 20 f., 85–111; *Miceli*, Struttura (2001) 292–300; *Giomaro*, Mutuo (2012) 28 f. Fn. 31; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 324 f.; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 62.

[10] *Lenel*, EP 279; *Buti*, Studi (1976) 155 Fn. 18; *MacCormack*, St. Biscardi II 332; *Chiusi*, Actio (2001) 25, 27, 66–85; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 324; *Rainer*, Stellung (2015) 23.

[11] Paul. 12 Sab. D. 46.4.11.1 (*honorariae actiones, quae de peculio vel in rem verso dantur*/amtsrechtliche Klagen, die wegen des *peculium* oder eines *versum* gegeben werden); ähnlich *honorariae obligationes* in Ulp. 48 ed. D. 46.4.8.4. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 118; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 362; *Chiusi*, Actio (2001) 85; *Burdese*, SDHI 69 (2003) 660 f.; *Petrucci*, Lezioni (2015) 136, 147.

verso) werden aus ursprünglich einer Klage[12] mit zwei *condemnationes*[13] zwei Klagen.[14] Welche *condemnatio* bzw. Klage praktikabler war, bleibt offen;[15] Gai. 4.74 rät wegen der Haftung *in solidum* und einfacheren Beweises zu den *actiones quod iussu, exercitoria* und *institoria*;[16] praktisch blieb die *actio de peculio* diesen gegenüber subsidiär.[17]

2. Alter der Klage

Die Entstehungszeit der amtsrechtlichen[18] *actio de peculio vel de in rem verso*[19] ist unbekannt.[20] Die Klage erschien nach den Punischen Kriegen, damit eigenständig **3**

[12] Deren Existenz bestreitet *Pahud*, Statut (2013) 434–436 Fn. 1577.

[13] Gai. 4.74a (… *eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur*/mit derselben Formel wird *de peculio* und *de in rem verso* geklagt). Für *MacCormack*, St. Biscardi II 321–324; *Aubert*, Business Managers (1994) 82 war die *condemnatio de in rem verso* älter, weil weniger Unabhängigkeit bei Sklaven voraussetzend; kritisch dazu *De Ligt*, Ess. Spruit 204 Fn. 19.

[14] Es bestand keine Konkurrenz im technischen Sinn, weil sie auf derselben Formel beruhten, s. *Stolfi*, Studi I (2002) 555–557.

[15] Die Wahl erfolgte nach den Beweismöglichkeiten; s. *Chiusi, Actio* (2001) 13; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 314. Zum Beweis → Rn. 25, 32, 41.
Vorzug für *de in rem verso* indizieren Gai. 4.72a; Ulp. 29 ed. D. 15.3.5.2; Inst. 4.7.4b; für *de peculio* dagegen Paul. 11 ed. D. 4.3.20 pr.; Ulp. 29 ed. D. 15.3.1 pr., D. 15.3.7.2; Alf. 2 dig. D. 15.3.16; Paul. 4 quaest. D. 15.3.19; Inst. 4.7.5. Lit.: *MacCormack*, St. Biscardi II 320–322, 339; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 346 f., 360; *Balestri Fumagalli*, in: Atti problematica contrattuale 162 f.; *Wacke*, Index 27 (1999) 533 f.; *Kroppenberg*, Insolvenz 163 f.; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani (2018) 314.

[16] Lit.: *Buti*, Studi (1976) 203; *Johnston*, Ess. Crook 13; *Giomaro*, Mutuo (2012) 24 f.; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 8 f.

[17] Gai. 4.74; Inst. 4.7.5; Gai. 9 ed. provinc. D. 14.5.1; Ulp. 29 ed. D. 15.3.5.2: Lit.: *Buti*, Studi (1976) 155 f.; *Bürge*, RP 184; *Wacke*, SZ 111 (1994) 325; *Chiusi*, Actio (2001) 16–18; 21–23, 30 f.; *Coppola Bisazza*, Iussum (2003) 136 f., 154 f.; *Pahud*, Statut (2013) 380–382.
Abgrenzung *actio exercitoria – actio de peculio* in Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.22. Lit.: *Di Porto*, Impresa (1984) 270–275, 309–341; *Wacke*, SZ 111 (1994) 295 f. Fn. 67, 300 f.; *Chiusi*, SZ 124 (2007) 104; *Johnston*, in: Cairns/Du Plessis, Dogmatics 180 f.; *Parenti*, QL (2012) 120–122.

[18] Lit.: *Apathy*, SZ 98 (1979) 406 f.; *Kirschenbaum*, Sons (1987) 62–65; *Chiusi*, Actio (2001) 74; *Miceli*, Struttura (2001) 345 f.; *Pesaresi*, Peculio (2012) 134–169; *Pahud*, Statut (2013) 316 f., 434–436 Fn. 1577; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 50.

[19] Nach *MacCormack*, St. Biscardi II 319–324 war *de in rem verso* älter (s. auch Fn. 13); *de peculio* hingegen nach *Kirschenbaum*, Sons (1987) 79 f.; *Pahud*, Statut (2013) 434.

[20] Lit.: *Claus*, Stellvertretung (1973) 74–83; *Žeber*, Study (1981) 16 f.; *Balestri Fumagalli*, Atti problematica contrattuale 156–158; *Serrao*, Impresa (1989) 18–21; *Wacke*, SZ 111 (1994) 291–295; *De Ligt*, TR 67 (1999) 205–226; *De Ligt*, Ess. Spruit 197–204; *Longo*, Filius (2003) 6 f. Fn. 8, 14–17 Fn. 22; *Coppola Bisazza*, Iussum (2008) 173 f.; *Vandolini*, Actiones (2008) 8 Fn. 6; *Cerami*, in: Cerami/Petrucci, Diritto commerciale [3](2010) 44; *Abatino/Dari-Mattiacci/Perotti*, Oxf. J. Leg. St. 31 (2011) 372 Fn. 37; *Abatino/Dari-Mattiacci*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011–40, 9 Fn. 30; *Pesaresi*, Peculio (2012) 169–190; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 204; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 48 Fn. 4172.
Falls die Anordnung im *edictum triplex* (Ulp. 29 ed. D. 15.1.1.1) die zeitliche Entstehung der

wirtschaftende Sklaven[21] (→ § 36 Rn. 4 f.) Zugang zu Kredit erhielten.[22] Das Pekuliarrecht folgte einer sozialen Praxis;[23] vollendet war es in der späten Republik.[24]

3. Adjektizische Haftung

4 Die adjektizische Haftung[25] war eine Konsequenz der Vermögensorganisation innerhalb der römischen[26] *familia*:[27] Mit *peculia* selbständig[28] tätige Gewaltunterworfene

---

Klagen reflektiert, entstand sie später als die *actiones exercitoria* bzw. *institoria* aber vor den *actiones quod iussu* bzw. *tributoria*; so *Wacke*, SZ 111 (1994) 291–294; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 297; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 19 f. Fn. 27. Zweifel an Folgerungen zur Chronologie aus dem *edictum triplex* bei *Chiusi*, Actio (2001) 22; *De Ligt*, Ess. Spruit 203 f.; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 18–20.

Die absoluten Datierungen gehen vom 3. bis zum 1. Jh. v. Chr. Für 3. bzw. frühes 2. Jh. argumentieren *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 60; *De Ligt*, TR 67 (1999) 226; *De Ligt*, Ess. Spruit 197; *De Ligt*, Latomus 66 (2007) 13; *Dari-Mattiacci*, JEH 73 (2013) 96.

Zwischen 3. und 1. Jh. datieren *Aubert*, in: *Du Plessis*, New Frontiers 192; *Kehoe*, in: Du Plessis, New Frontiers 182; *Aubert*, Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux 10 (2012) 22; für 2. Jh. *Di Porto*, Impresa (1984) 42 f.; *Di Porto*, Ric. Gallo III 423; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 15 in Fn. 9, 139; *Pesaresi*, Peculio (2012) 173; *Rainer*, Stellung (2015) 4–6.

Um 100 bzw. das 1. Jh. v. Chr. vertreten *Claus*, Stellvertretung (1973) 83; *Brinkhof*, Studie (1978) 48, 54, 181 f.; *MacCormack*, St. Biscardi II 320; *Wacke*, SZ 111 (1994) 295; *Aubert*, Business Managers (1994) 79–84; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 167; *Pahud*, Statut (2013) 239, 242 Fn. 837, 258.

[21] Archäologische und epigraphische Belege bei *Di Porto*, in: Cerami/Di Porto/Petrucci, Diritto commerciale [2](2004) 64–76.

Zur Existenz eines römischen „Handelsrechts“ vgl. *Wacke*, SZ 111 (1994) 352 f.; *Labruna*, in: Corbino, Strade del Potere 115–137; *Labruna*, Et. Ankum I 223–240; *Földi*, RIDA 43 (1996) 179–211; *Földi*, RIDA 48 (2001) 65–90; *Cerami/Petrucci*, Lezioni (2002); *Cerami/Di Porto/Petrucci*, Diritto commerciale [2](2004); *Chiusi*, SZ 124 (2007) 95 f.; *Chiusi*, St. Labruna II 1025–1041; *Cerami/Petrucci*, Diritto commerciale [3](2010).

[22] Lit.: *Di Porto*, Impresa (1984) 32–37; *Kirschenbaum*, Sons (1987) 38 f.; *Pahud*, Statut (2013) 391; *Grebieniow*, in: Forschner/Willems, Acta diurna 124; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani (2018) 294, 316; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 22 Fn. 33.

[23] *Žeber*, Study (1981) 90 f.; *Kirschenbaum*, Sons (1987) 33.

[24] S. Tubero in Ulp. 29 ed. D. 15.1.5.4; Cels. 6 dig. D. 15.1.6. Lit.: *MacCormack*, St. Biscardi II 324–328; *Burdese*, St. Sanfilippo I 73; *Amirante*, St. Sanfilippo III 3–15; *Di Porto*, Impresa (1984) 277–283; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 67–75; *Di Porto*, Ric. Gallo III 423 f.; *Di Porto*, in: Cerami/Di Porto/Petrucci, Diritto commerciale [2](2004) 80; die *veteres* als Urheber des Edikts vermutet *Žeber*, Study (1981) 19.

Zum republikanischen Recht s. *Mantello*, ‚Beneficium‘ (1979) 225–253; *Žeber*, Study (1981) 12–17, 24; *Amirante*, St. Sanfilippo III 3–15; *Dumont*, Servus (1987) 109–125; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 67–103; *Pesaresi*, Peculio (2012) 78–80; *Aubert*, in: Carlsen/Lo Cascio, Agricoltura e scambi 167–185. Vor Quintus Mucius Scaevola Pontifex (gest. 82 v. Chr.) fehlen Hinweise auf die *actio*; s. weiters Fn. 64.

[25] Zur Terminologie *Wacke*, SZ 111 (1994) 282–284; adjektizische Klagen waren *one way actions*, vgl. *Wacke*, SZ 111 (1994) 285; *Wacke*, Index 27 (1999) 525; *Pahud*, Statut (2013) 379. Lit.: *Albanese*, Persone (1979) 138–162; *Žeber*, Study (1981) 16 f.; *Balestri Fumagalli*, Atti Problematica contrattuale

erwarben für ihren *pater familias/dominus* unmittelbar Besitz, Eigentum und Forderungen (→ § 34 Rn. 25–27; § 40 Rn. 11 f.).[29] Im Gegenzug erlaubte die *actio de peculio vel de in rem verso* deren Geschäftspartnern, ihre zivil- bzw. honorarrechtlichen[30] Klagen gegen den Gewalthaber wie gegen einen Korrealschuldner zu richten.[31] Gegen Gewaltunterworfene waren solche Ansprüche auf dem Prozessweg nicht durchsetzbar: Sklaven fehlte die Klagbarkeit (→ § 36 Rn. 10), den parteifähigen Haussöhnen[32] voll-

156–158; *Wacke*, SZ 111 (1994) 280–362; *Kaser/Hackl*, RZ 341 f.; *De Ligt*, TR 67 (1999) 205–226; *Miceli*, Struttura (2001); *Longo*, Filius (2003) 6 f. Fn. 8, 14–17 in Fn. 22; *Miceli*, Studi (2008) 31–103; *Vandolini*, Actiones (2008); *Stolfi*, TSDP 2 (2009) 1–59; *Pesaresi*, Peculio (2012) 169–190; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 48 Fn. 4170; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani Economia (2018) 289–322.

[26] Trotz *Galli peculium* in Ulp. 31 Sab. D. 23.3.9.3 (*Platschek*, QL 5 (2015) 125–138) nur den Römern bekannt; Vergleich zum jüdischen Recht bei *Cohen*, Proceedings of the American Academy for Jewish Research 20 (1951) 135–234.

[27] S. z. B. *Földi*, RIDA 43 (1996) 185 f.; *Wacke*, Index 27 (1999) 530, 540; *Chiusi*, SZ 124 (2007) 94–96; *Chiusi*, FS Knütel 202; *Miceli*, Studi (2008) 37–44; *Chiusi*, FS Wadle 72–74; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo caput, persona 382 f.; *Pesaresi*, Peculio (2012) 20; *Kehoe*, in: Du Plessis, New Frontiers 181; *Petrucci*, Lezioni (2015) 135 f.; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 290–292, 317–322.

[28] Die Autonomie ging bei dem Sklaven in Paul. 13 resp. D. 33.7.19.1 vielleicht so weit, dass er dem Herrn nur mehr einmal jährlich eine bestimmte Summe zu leisten hatte; geringe Unabhängigkeit von Sklaven mit einem Sondergut vermutet dagegen *Fleckner*, in: Carlà/Gori, Gift Giving 232.

[29] Z. B. Gai. 1.52 = Gai. 1 inst. D. 1.6.1.1; Gai. 2.86; Epit. Gai. 2.7.1; Gai. 2 inst. D. 41.1.10 pr., 1; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.14; Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.1; Inst. 2.12 pr.; dazu *Žeber*, Study (1981) 49 f.; *Burdese*, St. Sanfilippo I 82 f.; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 70; zu Erbschaften *Buchwitz*, Servus 50–53, 201–212.

[30] *Wacke*, Ric. Gallo II 596; *Pesaresi*, Peculio (2012) 63 f.

[31] *Rainer*, Stellung (2015) 7 vermutet vor Einführung der Klagen eine moralische Einstandspflicht des Gewalthabers; *Kehoe*, in: du Plessis, New Frontiers 182; *Kehoe*, in: McGinn, Obligations in Roman Law 208 nimmt an, dass ungeachtet der Haftungsbeschränkung auch Gläubiger voll befriedigt wurden, um Sklaven kreditwürdig zu erhalten.

[32] Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.4 (dazu *Buti*, Studi (1976) 87); weitere Quellen bei *Klinck*, SZ 132 (2015) 127 Fn. 3. Zur Konkurrenz Paul. 18 ed. D. 12.2.26.1; dazu *Longo*, Filius (2003) 288–291; *Pesaresi*, Peculio (2012) 49–51. Bei Tod des Sohnes nach *litis contestatio* war die Übertragung des Verfahrens *dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est* auf den *pater familias* möglich (Ulp. 41 Sab. D. 5.1.57; *Chiusi*, Actio (2001) 107–111; *Erxleben*, Translatio (2017) 229–243).

Kaser, RP I 343, 605 entnimmt Gai. 3.104; Gai. 2 verb. obl. D. 45.1.141.2 (falls itp.) und Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.4, dass *filia familias* bzw. *uxor in manu* keine Verpflichtungen begründen konnten (s. auch *Kirschenbaum*, Sons (1987) 48 Fn. 74; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 50 Fn. 4185); → § 29 Rn. 28–37; § 34 Rn. 34.

Die adjektizische Haftung für weibliche Gewaltunterworfene ergibt Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.4 jedenfalls: Der Gewalthaber trug das Geschäftsrisiko für seine Gewaltunterworfenen auch unabhängig von deren Verpflichtungsfähigkeit; s. auch Fn. 104.

Gegen die Verpflichtbarkeit von Haussöhnen *Miceli*, Struttura (2001) 92–121; *Longo*, Filius (2003); *Burdese*, SDHI 69 (2003) 657; Kritik bei *Klinck*, SZ 132 (2015) 127 Fn. 3. *Petrucci*, Lezioni (2015) 146 hält *filii familias* erst seit dem 2. Jh. n. Chr. für klagbar; → § 34 Rn. 34.

streckbares Eigenvermögen (→ § 33).[33] Sklaven begründeten somit nur Naturalobligationen[34] (→ § 68 Rn. 7), die durch Bürgschaft (→ § 73 Rn. 22) oder Pfand[35] (→ § 48 Rn. 401) besicherbar waren.[36] Funktional entsprach die adjektizische Haftung im römischen Recht der modernen direkten Stellvertretung;[37] eine solche war nicht einmal durch Sklaven möglich, da aufgrund des Verständnisses der *obligatio* als *iuris vincu-*

[33] Inst. 4.6.10. Lit.: *Kirschenbaum*, Sons (1987) 58 f.; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 475; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 294 f.

Zur fehlenden Vermögensvollstreckung gegen Haussöhne *Peppe*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 478; *Klinck*, SZ 132 (2015) 129 f. Fn. 8 (zu einer Ausnahme 134 f.); *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 50 f.; zur Personalvollstreckung *Klinck*, SZ 132 (2015) 135–153; Vollstreckung beim *peculium castrense* Ulp. 64 ed. D. 42.6.1.9; *Chiusi*, Actio (2001) 63–65; *Klinck*, SZ 132 (2015) 135.

[34] Lit.: *Didier*, RIDA 19 (1972) 239–273; *Buti*, Studi (1976) 225–275; *Brinkhof*, Studie (1978) 41 f.; *Mantello*, ‚Beneficium' (1979); *Didier*, SDHI 47 (1981) 195–262; *Balestri Fumagalli*, Atti Problematica contrattuale 145 f. Fn. 83; *Kaser*, Ius gentium (1993) 157–162; *Longo*, Labeo 44 (1998) 377–413; *Miceli*, AUPA 45.2 (1998) 360 f. Fn. 102; *Landolt*, „Obligatio" (2000); *Miceli*, Struttura (2001) 92–181; *Honsell*, St. Talamanca IV 374–382; *Longo*, Filius (2003) 17–22; *Burdese*, SDHI 69 (2003) 657 f.; *di Cintio*, in: Cascione/Germino/Masi Doria, Parti e giudici 235–248; *di Cintio*, RDR 6 (2006); *di Cintio*, RIDA 53 (2006) 199–219; *Schermaier*, St. Labruna VII 5081–5084; *Schulze*, Naturalobligation (2008) 49–82; *Pesaresi*, Peculio (2012) 13 f. Fn. 9, 60 f. Fn. 91, 81–169; *Pahud*, Statut (2013) 179–186, 340–346; *Longo*, AUPA 59 (2015) 131–176; *Longo*, Scr. Corbino IV 373–441; *Longo*, in: *Heinen*, Handwörterbuch II 2019–2022; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 51 Fn. 10.

[35] Grundsätzlich: Gai. 3.119a; Iul. 43 dig. D. 46.1.12. Bsp. für Bürgschaften: Paul. 10 Sab. D. 12.6.13 pr.; Pap. 9 quaest. D. 15.1.50 pr., 2; Ner. 7 membr. D. 15.3.18; Iul. 15 dig. D. 19.1.24.2; Pomp. 31 Sab. D. 44.2.21.4; Paul. 2 Plaut. D. 46.1.35. Gewalthaber als Bürge: Gai. 3.119a; Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.8; D. 15.4.1.5; Mod. 16.1.25.1; Ulp. 23 Sab. D. 34.3.5.4. Bsp. für Pfandbestellungen: Paul. 10 Sab. D. 12.6.13 pr.; Paul. 29 ed. D. 13.7.18.4; Iul. 13 dig. D. 44.7.16. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 120–123, 193–195, 235–239; *Longo*, Labeo 44 (1998) 377–413; *Wacke*, Index 27 (1999) 527–536; *Miceli*, Struttura (2001) 162, 315 f.; *Longo*, Filius (2003) 18 f. Fn. 28; *Wacke*, Symp. Wieling 286; *Krämer*, Pfand 47 f. Fn. 27; *Del Sorbo*, Index 39 (2011) 398; *Pesaresi*, Peculio (2012) 31–34; *Pahud*, Statut (2013) 375 f.; *Longo*, AUPA 59 (2015) 154–156.

Der Bürge eines Sklaven haftete unbeschränkt; bei Verbürgung für die Verbindlichkeit des Herrn hingegen nur in Höhe des *peculium* (Paul. 2 Plaut. D. 46.1.35; *Miceli*, Struttura (2001) 170; 259 f.). Die Zahlung des Gewalthabers aus der *actio de peculio* befreite die Bürgen (Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.2; *Miceli*, Struttura (2001) 249 f.).

Zur Verpfändung von Pekuliarsachen vgl. Paul. 10 Sab. D. 12.6.13 pr.; Paul. 29 ed. D. 13.7.18.4; *Buti*, Studi (1976) 66 f., 91 f.; *Brinkhof*, Studie (1978) 107 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 292; *Braukmann*, Pignus (2008) 85 f.; *Rainer*, Stellung (2015) 77.

[36] Die Klage gegen den Bürgen wurde durch die *actio de peculio* nicht konsumiert (Proc. 7 epist. D. 46.3.84), doch hatte dieser die *exceptio rei iudicatae* (Pomp. 31 Sab. D. 44.2.21.4). Lit.: *Krampe*, Proculi Epistulae (1970) 76 f.; *Buti*, Studi (1976) 53–55; *Burdese*, St. Biscardi I 173 f.; *Longo*, Labeo 44 (1998) 377–413; *Miceli*, Struttura (2001) 247 f., 250–254; *Burdese*, SDHI 69 (2003) 660; *Wacke*, Symp. Wieling 277–279; *Steiner*, Soldiarobligationen (2009) 19 f., 158; *Pesaresi*, Peculio (2012) 71–74; 127 f. Fn. 220.

Zur Bürgschaft für eine Stipulation des Sklaven an den eigenen *dominus* s. Paul. 17 quaest. D. 46.1.56.1 (*Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones (1993) 153–155); zu Sklaven als Bürgen in Fn. 134.

[37] Z. B. *Hamza*, Index 9 (1980) 193–229; *Gordon*, St. Sanfilippo III 340–349; *Wacke*, SZ 111 (1994)

lum/Rechtsband (Inst. 3.13 pr.) allein die abschließenden Personen als unmittelbar gebunden angesehen werden konnten[38] (→ § 68 Rn. 1).

Maßgeblich für den Umfang adjektizischer Haftung war die persönliche Ingerenz des Gewalthabers:[39] Seine direkt an den Gläubiger erteilte Kontrahierungsermächtigung (*iussum* bzw. *ratihabitio*/Genehmigung; → § 101) oder die außenwirksame Einsetzung von Gewaltunterworfenen für einen Geschäftsbereich (*actiones institoria, exercitoria*; → § 104) begründeten eine unbeschränkte Haftung. Daneben und für eigenständig agierende Gewaltunterworfene konnte er bis zur Höhe eines *peculium*[40] bzw. *versum* verurteilt werden.[41] 5

II. Passivlegitimation: *Potestas*/Gewaltverhältnis

Passivlegitimiert war der Träger der personenrechtlichen *potestas*/Gewalt[42] als *dominus/domina* (→ § 36 Rn. 9) oder *pater familias* (→ § 34 Rn.3). *Bonae fidei possesso-* 6

280–362; *Miceli*, Studi (2008) 31–103; *Stolfi*, TSDP 2 (2009) 42–45; *Del Sorbo*, Index 39 (2011) 389 f.; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 205; *Pahud*, Statut (2013) 121–125, 311–324; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 48 f. Fn. 4174; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani Economia (2018) 295.

Unterschiede zwischen adjektizischer Haftung und Stellvertretung bei *Kirschenbaum*, Sons (1987) 63, 68, 70–72; zu ökonomischen Aspekten *Aubert*, St. Labruna I 215–230; *Kehoe*, in: Du Plessis, New Frontiers 177–191; *Kehoe*, in: McGinn, Obligations in Roman Law 205–210.

Die Stellvertretungsfeindlichkeit des römischen Rechts relativiert *Klinck*, in: Harke, Drittbeteiligung 33 f.

[38] Das justinianische Recht (Inst. 4.7.8) sah aus Geschäften Gewaltunterworfener neben der adjektizischen Haftung auch eine direkte *condictio* (→ § 69 Rn. ■) gegen den Gewalthaber vor. Lit.: *Balestri Fumagalli*, Atti Problematica contrattuale 164–166; *Chiusi*, Actio (2001) 46 f.; *Coppola Bisazza*, Scr. Franciosi I 593–595, 604; *Pahud*, Statut (2013) 465–467.

[39] Z. B. Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.19, 20. Lit.: *Földi*, RIDA 43 (1996) 180–211; *Wacke*, SZ 111 (1994) 333; *Chiusi*, Actio (2001) 18 f.; *Chiusi*, SZ 124 (2007) 94–112; *Abatino/Dari-Mattiacci/Perotti*, Oxf. J. Leg. St. 31 (2011) 374 f., 384; *Abatino/Dari-Mattiacci*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011–40, 15, 26; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 326; *Kehoe*, in: McGinn, Obligations in Roman Law 209; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani (2018) 289–322.

[40] Zur Haftung aus der *actio tributoria* bei einem Handelspekulium → § 103.

[41] Gai. 4.74; Ulp. 14 ed. D. 4.9.3.3; Paul. 6 brev. D. 14.1.6 pr. Zum „System" der adjektizischen Klagen *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 306–311, 321; *Chiusi*, in: Finkenauer/Sirks, Interpretationes 50; zu Gemeinsamkeiten der Klagen des *edictum triplex* vgl. *Miceli*, Struttura (2001) 317–319.

[42] Zur Anknüpfung an die *potestas Chiusi*, FS Knütel 202; *Chiusi* in: *Heinen*, Handwörterbuch I 23. Die Haftung für vor Erwerb der *potestas* begründete Schulden (*ex ante gesto*) war kontrovers (Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.8; Gai. 9 ed. provinc. D. 15.1.27.2; Iul. 12 dig. 15.1.37.2; Ulp. 12 ed. D. 15.1.42). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 203–206; *Burdese*, St. Sanfilippo I 86; *Kirschenbaum*, Sons (1987) 55 f.; *Miceli*, Struttura (2001) 282 f.; *Pesaresi*, Peculio (2012) 41–44; *Pahud*, Statut (2013) 333–336.

Bei *arrogatio* (→ § 24 Rn. 21 f.) eines *pater familias* gingen dessen Schulden unter (*Klinck*, SZ 132 (2015) 145). Für einen *servus hereditarius*/Erbschaftssklaven entstand die Haftung ohne *potestas* (Ulp. 29 ed. D. 15.1.3 pr.).

res/gutgläubige Besitzer von fremden oder Scheinsklaven (*bona fide servientes* →§ 36 Rn. 30 f.) hafteten aufgrund der *de facto* ausgeübten Gewalt.[43] Für den Gewalthaber bestand Einlassungszwang (→ § 12 Rn. 13).[44] Zur Passivlegitimation konnte eine *interrogatio in iure*/Befragung durch den Gerichtsmagistrat stattfinden.[45]

7 Aufgrund von Miteigentum (→ § 47), *usus, usufructus* (→ § 49) oder der Zugehörigkeit zu einer Mitgift (→ § 35 Rn. 40) konnten Sklaven mehrere *peculia* haben (*peculium duplici iuris/peculium* doppelten Rechts[46]), die unterschiedlichen Personen gehörten.[47] Miteigentümer hafteten solidarisch in Höhe des „Gesamtpekuliums“,[48] Usufruktuare und Usuare insoweit, als sie auch durch den Sklaven erwerben konnten[49] (→ § 40 Rn. 26, 29).

8 Bei *litis contestatio* (→ § 12 Rn. 13) musste ein *peculium* bestehen (oft auch negativ formuliert: *peculium non ademptum* – „das *peculium* ist nicht eingezogen“; → Rn. 28), selbst wenn dessen Saldo aktuell negativ[50] war.[51]

---

[43] Ulp. 29 ed. D. 15.1.1.6; Pap. 9 quaest. 15.1.50.3. Lit.: *Wacke*, FS Seidl 183–188; *Söllner*, Sklaven (2000) 34, 71 f.; *Söllner*, SZ 122 (2005) 37; *Wacke*, Symp. Wieling 254; *Harke*, RIDA 52 (2005) 173 f.

[44] Ulp. 29 ed. D. 15.1.21.3; *Buti*, Studi (1976) 200 Fn. 116.

Zur Säumnis des Beklagten: Ulp. 59 ed. D. 42.4.7.15; *Pahud*, Statut (2013) 298–300, 383 f.

[45] Um zu klären, bei wem sich das *peculium* befand (Ulp. 22 ed. D. 11.1.9.8; TP 25.3 = TPN 26.3). Lit.: *Manthe*, Gnomon 53 (1981) 160; *Lemosse*, RHDE 62 (1984) 227; *Spengler*, Studien (1994) 13 f., 49–52; *Kaser/Hackl* RZ 256 Fn. 36; *Chiusi*, Actio (2001) 79 Fn. 96; *Miceli*, Struttura (2001) 240 f.; *Burdese*, SDHI 69 (2003) 659.

[46] *Stolfi*, Studi II (2001) 433 f.; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 229, 234 f. Fn. 77; *Spengler*, in: Heinen, Handwörterbuch III 2578.

[47] Miteigentum: Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.1; Iul. 12 dig. D. 15.1.16; Gai. 9 ed. provinc. D. 15.1.27.8; Iul. 12 dig. D. 15.1.37.2; Scaev. 2 quaest. D. 15.1.51; Mitgift: Ulp. 29 ed. D. 15.1.19.1; Nießbrauch: Ulp. 29 ed. D. 15.1.19.1, 2; Ulp. 2 disp. D. 15.1.32 pr.; Iul. 12 dig. D. 15.1.37.3; Gai. 7 ed. D. 41.1.43.2 (sozialhistorisch dazu *Sturm*, Symp. Wieling 241). Lit.: *Brinkhof*, Studie (1978) 62 f.; *Serrao*, Impresa (1989) 32; *Grebieniow*, in: Forschner/Willems, Acta diurna 127–135.

[48] Paul. 23 ed. D. 10.3.8.4; Iul. 10 dig. D. 10.3.25; Ulp. 28 ed. D. 14.3.13.2; Ulp. 29 ed. D. 15.1.1.6; Ulp. 29 ed. D. 15.1.15 pr.; Gai. 9 ed. provinc. D. 15.1.27.8; ebenso der Eigentümer eines Nießbrauchssklaven Iul. 12 dig. D. 15.1.37.3. Zum Regress dienten bei Miteigentum *actio communi dividundo* oder *actio pro socio*, bei beschränkten dinglichen Rechten auch die *actio de peculio* (Paul. 23 ed. D. 10.3.8.4; Ulp. 29 ed. D. 15.1.19.2; Paul. 30 ed. D. 15.1.20). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 29 f.; *Di Porto*, Impresa (1984) 354–364; *Wacke*, SZ 111 (1994) 318 f.; *Di Porto*, Ric. Gallo III 428; *Drosdowski*, Verhältnis (1998) 116–119, 126–131, 148 f.; *Meissel*, Societas 299 f., 302; *Sturm*, Symp. Wieling 239 f.; *Petrucci*, Storia (2007) 101 f.; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 273 f.; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 312 f.

Kein Regress bestand unter für *peculium* oder *versum* nur anteilig haftenden Teilerben; Ulp. 29 ed. D. 15.1.30.1, 2; *Chiusi*, Actio (2001) 82 f.; *Miceli*, Struttura (2001) 286; zur *actio annalis* → Rn. 46.

[49] Pomp. 5 Sab. D. 15.1.2; *Stolfi*, Studi II (2001) 436 Fn. 169.

Wer von verschiedenen an einem Sklaven dinglich Berechtigten Eigentümer einer vom Sklaven erworbenen Sachen wurde, entschied die Herkunft der Gegenleistung (Ulp. 17 Sab. D. 7.1.12.5 [i.f.]; Ulp. 18 Sab. D. 7.1.25.1; Paul. 1 aedil. cur. D. 21.1.43.10; Gai. 7 ed. D. 41.1.43.2). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 99 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 206–210; *Sturm*, Symp. Wieling 223–241; *Klinck*, in: Harke, Drittbeteiligung 19 Fn. 9; *Grebieniow*, in: Forschner/Willems, Acta diurna 127, 133 f.; zum Forderungserwerb *Lazo*, REHJ [Sección Derecho Romano] 31 (2009) 141–158.

III. Aktivlegitimation: *Negotium*/Rechtsgeschäft

De peculio war jedes erlaubte Geschäft klagbar.[52] Kenntnis von der Geschäftstätigkeit war beim Gewalthaber nicht erforderlich;[53] er konnte die Haftung auch nicht durch ein Kontrahierungsverbot vermeiden.[54] Aus Delikten konnte nur sachverfolgend[55] und auf Herausgabe von Vorteilen[56] geklagt werden, nicht aber mit Pönalklagen (→ § 91; § 105).[57] 9

[50] Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.8; Paul. 11 ed. D. 4.3.20 pr.; Paul. 18 ed. D. 12.2.26.1; Ulp. 29 ed. D. 14.4.1.2; D. 15.1.30 pr.; D. 33.8.11; Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4.5; Pap. 9 quaest. D. 15.1.50 pr.; Ulp. 59 ed. D. 42.4.7.15. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 74–76; *Brinkhof*, Studie (1978) 183 f.; *Miceli*, Struttura (2001) 232–235; *Kroppenberg*, Insolvenz 130–169; *Wacke*, St. Litewski II 236; *Wacke*, Symp. Wieling 255 f.; *Petrucci*, Storia (2007) 90 f.; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 321 f.; *Pahud*, Statut (2013) 264, 298–300, 393; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 199; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 136.

Zum Eid *in peculium nihil esse* „dass nichts im *peculium* ist" Paul. 18 ed. D. 12.2.26.1 (s. Fn. 32); zur *actio de dolo* bei wertlosem *peculium* vgl. Paul. 11 ed. D. 4.3.20 pr. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 74–76; *Mantello*, ‚Beneficium' (1979) 264–268; *MacCormack*, St. Biscardi II 335; *MacCormack*, SDHI 52 (1986) 241; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 99–101; *ter Beek*, Dolus II (1999) 645 f.; *Bürge*, RP 188 f.; *Kroppenberg*, Insolvenz 140 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 148–150; *Miceli*, Struttura (2001) 316 f.

[51] Ulp. 29 ed. D. 15.1.30 pr. (*intenditur enim recte*/der Anspruch wird rechtens erhoben); Lit.: *Buti*, Studi (1976) 75 Fn. 5; *Wacke*, St. Litewski II 236; *Pahud*, Statut (2013) 264, 384.

[52] Zu eidlichen Verpflichtungen s. Paul. 18 ed. D. 12.2.20; D. 12.2.22; Ulp. 29 ed. D. 15.1.5.2. Lit.: *Biscardi*, Labeo 21 (1975) 152 f.; *Buti*, Studi (1976) 159–161; *Burdese*, St. Biscardi I 154 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 306 f.; *Schumacher*, Stellung (2006) 19–21.

Paul. 4 quaest. D. 15.1.52 pr. gewährt im Falle eines scheinfreien *tutor* statt der *actio de peculio* eine *actio quasi tutelae* gegen den *dominus*; *Wesener*, St. Donatuti III 1409; *Bürge*, SZ 106 (1989) 263–265.

[53] Paul. 6 brev. D. 14.1.6; Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.20; Iul. 12 dig. D. 15.1.37.1; Inst. 4.7.4. Lit.: *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 230 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 263 f.; *Johnston*, Ess. Crook 7; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 17; *Johnston*, in: Cairns/Du Plessis, Beyond Dogmatics 181 f.

Anders bei der *actio tributoria* → § 103 Rn. 6.

[54] Paul. 30 ed. D. 14.3.17.1, 4; Gai. 9 ed. provinc. D. 15.1.29.1; Paul. 4 Plaut. D. 15.1.47 pr. Lit.: *Biscardi*, Labeo 21 (1975) 163 Fn. 76; *Brinkhof*, Studie (1978) 70–72; *Burdese*, St. Sanfilippo I 80–87; *Balestri Fumagalli*, Atti Problematica contrattuale 148–152; *Wacke*, Index 27 (1999) 540; *Miceli*, Struttura (2001) 236 f.; *Petrucci*, Iura 53 (2002) 33–39; *Wacke*, Symp. Wieling 261 f.; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 123; *Pesaresi*, Peculio (2012) 20–22, 45 f.; *Petrucci*, RD 90 (2012) 9 f.; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 308–312; *Pahud*, Statut (2013) 286, 320.

Von der *libera administratio* (→ Rn. 19, 21) umfasste Geschäfte konnte ein Gewalthaber nicht widerrufen (C. 4.26.10 pr. [a.294]). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 67; *Coppola Bisazza*, Iussum (2003) 137–139; *Wacke*, Symp. Wieling 286–290; *Rodríguez Diez*, Potestas (2016) 57 f.

[55] Paul. 18 Plaut. D. 44.7.49.

[56] Paul. 1 sent. D. 4.4.24.3; Paul. 19 ed. D. 11.5.4.1; Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.12; Paul. 18 Plaut. D. 44.7.49. Lit.: *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 310 f.; *Kirschenbaum*, Sons (1987) 52; *Kroppenberg*, Insolvenz 165 Fn. 125.

[57] Ulp. 2 disp. D. 50.17.58 (*Brinkhof*, Studie (1978) 189; *Albanese*, Persone (1979) 136; *Finkenauer*, in: Gamauf, Ausgleich oder Buße 69); Paul. 13 ed. D. 4.8.32.8; Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.8 (*Biscardi*, Labeo 21 (1975) 149–152); s. auch Ulp. 1 aedil. cur. D. 21.1.23.4; Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.4a kennt eine *actio de dolo de peculio*. Lit.: *Kirschenbaum*, Sons (1987) 52–54; *Wacke*, RIDA 27 (1980) 380 f.; *ter Beek*, Dolus

IV. *Peculium*/Sondergut

1. Begriff und historische Entwicklung

10 Im weitesten Sinn bezeichnete das Wort *peculium*[58] jedes Vermögen;[59] der *terminus technicus* nur das Sondergut/-vermögen von Gewaltunterworfenen.[60] Substantielle Sklavenpekulien[61] setzten bereits die XII T. bei *statuliberi* (→ § 36 Rn. 71) voraus.[62] In

---

II (1999) 641 f.

Noxae deditio (→ § 105) eines Sklaven wegen doloser Übervorteilung eines *minor* in Paul. 1 sent. D. 4.4.24.3 (vgl. dagegen Paul. 18 Plaut. D. 44.7.49); zur *actio de peculio* in Paul. 9 Sab. D. 47.2.42 pr. s. *Melluso*, Schiavitù (2000) 187–189.

Deliktisch haftete ein Haussohn persönlich unbeschränkt, sein *pater familias* aus der *actio iudicati* nur *dumtaxat de peculio* (Ulp. 41 Sab. D. 9.4.35; *Klinck*, SZ 132 (2015) 132 f.).

[58] Wie *pecunia*/Geld von *pecus*/(Klein-)/Vieh abgeleitet (s. *Varvaro*, Storia (2008) 61 Fn. 188, 64 f. Fn. 203); Etymologie in Ulp. 29 ed. D. 15.1.5.3; Isid. etym. 5.25.5. Lit: *Buti*, Studi (1976) 13 f.; *Gnoli*, SDHI 44 (1978) 204–218; *Brinkhof*, Studie (1978) 50; *Žeber*, *Study* (1981) 9 f.; *Amirante*, St. Sanfilippo III 3 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 166 Fn. 16; *De Vaan*, Dictionary (2008) s. v. *pecu (pecū)*; *Longo*, Filius (2003) 7 Fn. 8; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 374 f.; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 217 f.; *Fleckner*, in: Carlà/Gori, Gift Giving 220. Zum Fehlen einer Definition in den Gaius-Institutionen s. *Balestri Fumagalli*, Atti Problematica contrattuale 144.

Zu den agrarischen Anfängen (Viehhaltung für Eigenbedarf) s. Varro rust. 1.2.17 (… *peculium, quibus domini dant ut pascant* …), 1.17.7 (… *ut peculiare aliquid in fundo pascere liceat* …); Fest. s. v. *peculium* (p. 290 Z. 34 f. Lindsay) (… *servorum peculium ex pecore item dictum est* …). Lit.: *Žeber*, Study (1981) 9 f.; 38 f.; *Roth*, JRA 18 (2005) 279 f.

Agrarische Pekulien später bspw. Diocl. C. 4.26.10 pr. (a.294; *Wacke*, Symp. Wieling 287–290) oder Pap. Oxy. 2,244 (*Bürge*, FS Knütel 129 Fn. 71).

[59] „Notgroschen" in Cels. 9 dig. D. 32.79.1 (… *peculium appellantes, quod praesidii causa seponeretur/peculium* nennen sie, was als Notgroschen bewahrt wird; vergleichbar AE 1903,140); Ulp. 4 fideic. D. 36.1.17(16) pr.; Petron. 75,3; 76,8; weitere epigraphische Belege bei *Platschek*, QL 5 (2015) 131.

[60] Quellen bei *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 219 f. Zur Gleichsetzung des Sklaven mit seinem *peculium Gamauf*, FS Bürge 235–239; vom Sklaven als Organ des *peculium* sprechen u. a. *Di Porto*, Impresa (1984) 54, 57; *Kirschenbaum*, Sons (1987) 44; *Di Porto*, Ric. Gallo III 426; *Di Porto*, in: Cerami/Di Porto/Petrucci, Diritto commerciale [2](2004) 57–59, 80–82; *Cerami*, in: Cerami/Petrucci, Diritto commerciale [3](2010) 61; *Rainer*, Stellung (2015) 8, 17.

[61] Zu *peculium* und Kolonat s. *Grey*, JRS 97 (2007) 167; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 57 f.

Liv. 2,41,10 zeigt Sohnespekulien in der frühen Republik. Lit.: *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 331; *Buti*, Studi (1976) 14 f. Fn. 5; *Brinkhof*, Studie (1978) 51 f.; *Serrao*, Diritto privato [2](1999) 299 f.; *Longo*, Filius (2003) 6 Fn. 8; *Sciortino*, Studi (2009) 45. Nach *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 307–335 gab es diese jedoch erst ab dem 1. Jh. n. Chr.; zu deren Häufigkeit in den Quellen *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 330. Lit. zum Sohnespekulium bei *Longo*, Filius (2003) 5 f. Fn. 7.

[62] XII T. 7,12; Ulp. reg. 2.4. *Peculia* zur Zeit der XII T. bejahen *Watson*, XII T. 85 f.; *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 331; *Brinkhof*, Studie (1978) 51; *Žeber*, Study (1981) 47; *Cornell*, Beginnings (1995) 280; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 167 Fn. 21; *Serrao*, Diritto privato [2](1999) 298–301; *Sciortino*, Studi (2009) 44 f.; *Longo*, in: Heinen, Handwörterbuch III 3283. Einen Anachronismus erkennt dagegen *De Martino*, Labeo 20 (1974) 172 f.; vgl. auch *Longo*, Filius (2003) 6 Fn. 8 und *Pahud*, Statut (2013) 239 Fn. 827. Weitere Lit. in → § 36 Rn. 71.

den Komödien des Plautus (ca. 254–184 v. Chr.) haben tüchtige Sklaven in urbanem Umfeld typischerweise *peculia*.[63]

Nach der Definition des Spätrepublikaners Q. Aelius Tubero[64] bestand ein *peculium* **11**
aus demjenigen Vermögen, das ein Sklave mit Einverständnis des Herrn (*permissus domini*; → Rn. 18–20) und buchführungsmäßig von dessen Eigenvermögen[65] gesondert (→ Rn. 23) innehatte, vermindert um das, was er dem Herrn „schuldete“[66] (→ Rn. 36). „Soziologisch“ handelte es sich dabei laut dem Spätklassiker Florentinus (Flor. 11 inst. D. 15.1.39) v. a. um Ersparnisse[67] (→ Rn. 15) und das, worüber ein Sklave weitgehend autonom disponieren durfte (→ Rn. 21). Die am Dotalrecht (→ § 89 Rn. 14) orientierte, gemeinrechtliche Unterscheidung eines vom Gewalthaber stammenden *peculium profecticium* und des von dritter Seite erworbenen *peculium adventicium* war den Römern nicht geläufig.[68]

An Pekuliarsachen hatte der Gewalthaber Besitz und Eigentum;[69] Pekuliarforderun- **12**
gen standen ihm zu.[70] Die vermögensunfähigen Gewaltunterworfenen[71] (→ § 34

[63] *Buti*, Studi (1976) 14–16; *Žeber*, Study (1981) 13–16, 39, 47 f.; *Dumont*, Servus (1987) 110; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 23–25, 33–45; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 167 Fn. 22; *De Ligt*, Latomus 66 (2007) 13; *Pesaresi*, Peculio (2012) 171–173; *Mouritsen*, Freedman (2011) 174. Zu den Haussöhnen s. *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 332.

[64] Tubero und Celsus bei Ulp. 29 ed. D. 15.1.5.4; weiters Cels. 6 dig. D. 15.1.6. *Žeber*, Study (1981) 24 schreibt die Definition wegen Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.2, 3 Servius zu; *Amirante*, St. Sanfilippo III 3–15 sogar Quintus Mucius; ähnlich *Pesaresi*, Peculio (2012) 78. Lit: *Buti*, Studi (1976) 18–20; *Brinkhof*, Studie (1978) 58–60, 191 f.; *Mantello*, ‚Beneficium‘ (1979) 256–260; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 67–87; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 168; *Stolfi*, Studi II (2001) 426 f.

[65] Bei entsprechender Verbuchung (→ Rn. 23) zählte eine dem Sklaven überlassene Sache nicht als *peculium*; vgl. Iul. 12 dig. D. 15.1.16; Alf. 2 dig. D. 15.3.16; Alf. 4 dig. D. 40.7.14 pr.; Colum. 11,1,24; vgl. *Buti*, Studi (1976) 29 f.; *Wacke*, SZ 108 (1991) 134 f.

Die buchmäßige „Vermögenstrennung“ ermöglichte, dass Herr und Sklave „Miteigentum“ an einem *vicarius* hatten (Lab. post. a Iav. epit. D. 33.8.22.1; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 87–90), der Sklave etwas beim Herrn „deponierte“ (Ulp. 25 Sab. D. 33.8.8.5) und als *negotiorum gestor* (Pomp. 4 Q. Muc. D. 15.1.49.1) oder neben dem *peculium* unmittelbar auf Rechnung des Gewalthabers tätig wurde (Iul. 12 dig. D. 15.1.37.1; Iav. 4 post. Lab. D. 40.7.39.2; Alf. 2 dig. a Paul. epit. D. 46.35; *Miceli*, Struttura (2001) 154–156).

[66] Zum Abzug als Definitionselement *Buti*, Studi (1976) 131–133; *Mantello*, ‚Beneficium‘ (1979) 256 f.; *Amirante*, St. Sanfilippo III 3 f.; *Platschek*, TR 80 (2012) 44 Fn. 20; *Pahud*, Statut (2013) 268 f., 366.

[67] Sen. epist. 80,4; Ter. Phorm. 43 f.; Petron. 75,4; Gai. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.18. Geschenke an Sklaven: Pomp. 7 Sab. D.15.1.4.5; Tryph. 8 disp. D. 15.1.57.2; Iul. 44 dig. D. 41.1.37.1; Plaut. Most. 252 f.; Plaut. Pers. 192; ähnlich zum Sohnespekulium: Scaev. 3 resp. D. 31.88 pr. Lit.: *Kirschenbaum*, Sons (1987) 34 f.; *Bürge*, RP 184 f.; *Querzoli*, Sapere (1996) 132 f. in Fn. 141; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 175, *Gamauf*, FS Bürge 225–253.

[68] *Knothe*, ZSS 98 (1981) 265 f.; *Wacke*, Iura 42 (1991) 52 f.; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 469; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 181 f.; *Wesener*, St. Talamanca VIII 391–419.

[69] Im Freiheitsprozess wurde ein *peculium* sequestriert: Const. C. 7.18.3 (a.323); *Indra*, Status quaestio (2011) 264, 269.

[70] Zur Durchsetzung bedurfte ein Sklave der Erhebung einer Klage durch den Herrn. Lit.: *Buti*,

Rn. 33; → § 36 Rn. 14) waren ungeachtet weitreichender Verfügungsbefugnisse (→ Rn. 21) bloß faktische Inhaber von Pekuliarsachen.[72] Lediglich Haussöhne im Militärdienst erlangten seit Augustus am sogenannten *peculium castrense*/Lagersondergut allmählich auch formell Eigentum (D. 49.17; C. 12.36); in der späteren Kaiserzeit folgte das sog. *peculium quasi castrense*[73] (→ § 34 Rn. 40 f.).[74]

2. Wirtschaftliche und soziale Bedeutung eines *peculium*

a. Wirtschaft

13 Vom 2. Jh. v. bis zum 3. Jh. n. Chr. waren mit *peculia*[75] selbständig tätige[76] Sklaven in der römischen Wirtschaft von wesentlicher Bedeutung.[77] Die *actio de peculio vel de in*

Studi (1976) 166 f., 180; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 184; *Chiusi*, Actio (2001) 75; *Longo*, AUPA 59 (2015) 163–169. Was der Herr daraus erhielt, wurde dem *peculium* zugerechnet; s. bei Fn. 213.

[71] Gai.inst. 2.87 (… *qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest* – „Wer unter unserer Gewalt steht, kann nichts Eigenes haben“) und Gai. 2 inst. D. 41.1.10.1; Gai.inst. 2.96; Ulp. 27 ed. D. 50.16.182; Inst. 2.12 pr.

[72] (*Naturaliter*) *tenere*: Paul. 54 ed. D. 41.2.1.5; Iav. 14 epist. D. 41.2.24; Pap. 2 def. D. 41.2.49.1; Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.7; Ulp. 11 ed. D. 50.17.118; *habere*: Ulp. 29 ed. D. 15.1.5.4; Iul. 12 dig. D. 15.1.37.3; Afr. 8 quaest. D. 15.1.38.2; Cels. 8 dig. D. 19.1.38 pr. u. ö. Lit.: *Mantello*, ‚Beneficium‘ (1979) 374 f.; *Žeber*, Study (1981) 45 f., 49 f.; *Wacke*, Iura 42 (1991) 45; *Wacke*, Symp. Wieling 252.

Pesaresi, Ricerche (2008) 80–120 sieht – trotz Maec. 1 fideic. D. 50.17.93 – beim *peculium* den Sklaven als *possessor* an. Eine Teilrechtsfähigkeit erkennt *Buti*, Studi (1976) 5 f.; weitgehende, sogar rechtliche Verselbständigung vertritt *Brinkhof*, Studie (1978) 53, 83, 229 (kritisch *Apathy*, SZ 98 (1979) 405 f.).

[73] Zur Terminologie *Wesener*, St. Donatuti III 1392.

[74] Z. B. Inst. 2.12 pr.; Ulp. 64 ed. D. 14.6.2 (*filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur*/Haussöhne stehen beim Lagersondergut Hausvätern gleich). Lit.: *Knothe*, ZSS 98 (1981) 256–258; *Lehmann*, ANRW II/14 (1982) 183–284; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 178–181; 210–222; *Arjava*, JRS 88 (1998) 149–153; *Longo*, Filius (2003) 23–34; *Slob*, Ess. Spruit 327–336; *Mastrangelo*, RIDA 52 (2005) 261–308; *Fleckner*, Kapitalvereinigung (2010) 430–437; *Meyer-Hermann*, Testamentum (2012) 67–92; *Schmetterer*, Stellung (2012) 41–53; *Fleckner*, in: Carlà/Gori, Gift Giving 227–232; *Petrucci*, Lezioni (2015) 39 f.; *Stepan*, Scaevola (2018) 43–63.

[75] Nichtjuristische Quellen kennen es kaum (weil möglicherweise nur für wenige Sklaven relevant; so *Harper*, Slavery (2011) 223), die Digesten über tausendmal. Lit.: *Brinkhof*, Studie (1978) 221–224; *Saller*, Patriarchy (1994) 124; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 370; *Fleckner*, in: Carlà/Gori, Gift Giving 218 f.

Zu den Urkunden TPSulp. 45, 51, 52, 67, 68 aus 37–39 n. Chr.: *Serrao*, Impresa (1989) 48–64; *Monteverdi*, Labeo 42 (1996) 345–366; *Urbanik*, JJP 28 (1998) 185–202; *Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 136–142; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 27 Fn. 31; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 220 f.; *Del Sorbo*, Index 39 (2011) 389–405; *Gröschler*, in: Heinen, Handwörterbuch II 1508–1511; *Del Sorbo*, RIDA 64 (2017) 109–129.

[76] Lit. in *Pesaresi*, Ricerche (2008) 9 Fn. 1. Umstritten ist die These von *Di Porto*, Impresa (1984), dass Pekulien von *servi communes* funktional bei Kapitalaufbringung und Haftungsbegrenzung modernen Kapitalgesellschaften entsprachen; dafür *Di Porto*, Ric. Gallo III 421–430, 447 f.; *Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 127 f.; *Abatino/Dari-Mattiacci/Perotti*, Oxf. J. Leg. St. 31 (2011) 369–371,

rem verso bewahrte dabei Herren vor unkontrollierbaren Verlustrisiken. Aufgrund der vermögensbezogenen, beschränkten Haftung der *actio* gilt das *peculium* manchmal als Pendant zu modernen Kapitalgesellschaften oder als deren Vorläufer.[78]

Hierarchien und wirtschaftliche Binnenstrukturen[79] innerhalb einer *familia* entstanden, sobald (Ober-)/Sklaven (*servi ordinarii*) (Unter-)/Sklaven (*servi vicarii*) (→ § 36 Rn. 19) und diese ihrerseits wieder Pekulien (mit weiteren Untersklaven) hatten.[80] Die Hoffnung auf einen Freikauf *suis nummis* (→ § 36 Rn. 59) mit Hilfe des *peculium* motivierte Sklaven zu Loyalität und sorgsamem Umgang mit diesem, selbst dann, wenn sie keiner direkten Kontrolle durch den Herrn unterstanden, etwa bei Tätigkeiten in Übersee.[81] Damit diente es auch der Sozialkontrolle[82] (→ Rn. 28). **14**

---

378 f.; *Abatino/Dari-Mattiacci*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011–40; *Petrucci*, Lezioni (2015) 150–152; grundsätzlich ablehnend *Bürge*, SZ 105 (1988) 856–865; *Andreau* in: Andreau/France/Pittia, Mentalités et choix économiques 111–126; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 384; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 229–237; ebenfalls kritisch *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 60–63; vgl. auch *Rainer*, Stellung (2015) 35–37; weitere Lit. bei *Abatino/Dari-Mattiacci/Perotti*, Oxf. J. Leg. St. 31 (2011) 371 Fn. 28; *Abatino/Dari-Mattiacci*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011–40, 3 f.

Gegen Großinvestitionen mithilfe von *peculia Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 229–237; *Abatino/Dari-Mattiacci*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011–40, 10, 13; *Fleckner*, in: Carlà/Gori, Gift Giving 222–226, 233; weitere Lit. bei *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 48 Fn. 2; dafür jedoch *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 328.

[77] *Kirschenbaum*, Sons (1987) 31 f.; *Cha*, in: Yuge/Do, Forms of Control 433–436; *Serrao*, Impresa (1989) 42; *Koops*, in: Draganova/Kroll/Landerer, Inszenierung des Rechts 83–97.

[78] *Bürge*, SZ 105 (1988) 859; *Bürge*, RP 197; *Wacke*, SZ 111 (1994) 286; *Földi*, RIDA 43 (1996) 198, 211; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 168; *Zwalve*, in: de Blois/Rich, Transformation of Economic Life 122; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 223–227; *Fleckner*, SZ 128 (2011) 684; *Petrucci*, Lezioni (2015) 146.

Zum *peculium* als Zweckvermögen vgl. *Chiusi*, St. Labruna II 1032 f.; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 317; weitere Lit. bei *Gamauf*, FS Bürge 236.

[79] Lit.: *Di Porto*, Impresa (1984) 56 f.; *Földi*, RIDA 43 (1996) 189 f.; *Ligios*, Index 34 (2006) 545 in Fn. 136; *Di Porto*, in: Cerami/Di Porto/Petrucci, Diritto commerciale [2](2004) 80–85; *Platschek*, in: Harke, Africani Quaestiones 80.

Epigraphische Belege für Wirtschaftstätigkeit von Vikaren fehlen (*Tran*, Dominus (2013) 89 f.); Ähnlichkeiten zur modernen Holding sehen *Serrao*, Impresa (1989) 29–32; *Rainer*, Stellung (2015) 29; zur *familia* als „Firma“ *Mouritsen*, Freedman (2011) 218 f.

[80] Obersklaven hatten Herrenbefugnisse (Ulp. 29 ed. D. 15.1.17; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 77 f. → § 36 Rn. 19) und „hafteten“ für „ihre“ *vicarii* intern nach den Prinzipien der Noxalhaftung (→ § 105); zu Geschäften innerhalb der *domus* → Rn. 24, 33, 35.

[81] Ulp. 60 ed. D. 5.1.19.3; Ulp. 28 ed. D. 14.3.13 pr.; Gai. 1 cott. D. 40.9.10; zur geographischen Verteilung der Geschäfte einer *familia* s. *Stelzenberger*, Kapitalmanagement (2008) 78–82; zur Kontrolle über solche Sklaven *Kehoe*, in: Du Plessis, New Frontiers 181–183.

[82] Z. B. *Frier/Kehoe*, in: Scheidel/Morris/Saller, Cambridge Economic History 131 f.; *Gamauf*, European Review of History – Revue européenne d’histoire 16 (2009) 339; *Harper*, Slavery (2011) 239; *Kehoe*, in: Du Plessis, New Frontiers 182 f.; *Kehoe*, in: McGinn, Obligations in Roman Law 210; *Buchwitz*, in: Buongiorno/Lohsse, Fontes Iuris 157–159; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 293 f., 318 f.

b. Soziale Auswirkungen

aa. Sklavenpekulien

In sozialer Hinsicht relativierten die an Sklaven überlassenen *peculia* deren Vermögensunfähigkeit;[83] ein *peculium* galt weitgehend als Vermögen des Sklaven.[84] Dieses konnte aus Eigeninitiative des Inhabers zusammengekommen sein[85] und bei *libera administratio* hatte dieser weitgehende Verfügungsmacht.[86] *Peculia* boten Sklaven Mittel zum Freikauf *suis nummis* (→ § 36 Rn. 64),[87] für Geschenke an den Herrn,[88] „Mitgif-

[83] S. die parallelen Dichotomien *pater familias* – *servus* und *bona*/Vermögen – *peculium* in Ulp. 27 ed. D. 50.16.182; Fest. s. v. *peculium* (p. 290 Lindsay); Tac. ann. 14,43,4. Lit. (auch zum *peculium* als Sondervermögen): *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 176 f.; *Melillo*, Categorie (2000) 88–93; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 375; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 317; zu *bona* vgl. *Pahud*, Statut (2013) 248–257.

[84] Flor. 11 inst. D. 15.1.39 (*velut proprium patrimonium … habere*); Paul. 4 Plaut D. 15.1.47.6 (*quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intellegitur*); Ulp. 2 disp. D. 15.1.32 pr.; Ner. 3 membr. D. 40.7.17 (*quasi ex patrimonio suo*); Scaev. 24 dig. D. 40.7.40.6 (*rem suam, id est peculium*); Inst. 4.6.10 (für Hauskinder und Sklaven); Isid. etym. 5.25.5 (*quod pater vel dominus filium suum vel servum pro suo tractare patitur*; alternativ ist sogar *suo iure tractare* überliefert *Buti*, Studi (1976) 14 Fn. 3). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 13–70; *Boulvert*, Index 9 (1980) 168–173; *Amirante*, St. Sanfilippo III 5, 8; *Kirschenbaum*, Sons (1987) 34, 71; *Dumont*, Servus (1987) 124 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 176; *Melillo*, Categorie (2000) 88–93; *Chiusi*, Actio (2001) 148; *Miceli*, Struttura (2001) 235 f.; *Gamauf*, European Review of History – Revue européenne d'histoire 16 (2009) 334 f.; *Willvonseder*, Verbindungen (2010) 64; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 72 f.; *Pahud*, Statut (2013) 271–278; *Grebieniow*, in: Forschner/Willems, Acta diurna 125–127; *Knoch*, Sklavenfürsorge [2](2017) 190; *Stepan*, Scaevola (2018) 67–69.

Pekuliarsachen galten ab *naturalis datio*/Übergabe oder *traditio brevi manu* (Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4.1; Paul. 4 Sab. D. 15.1.8) intern wie „übereignet" (Iul. 12 dig. D. 15.1.16; Iav. 4 post. Lab. D. 40.7.39.2). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 29 f.; *Brinkhof*, Studie (1978) 77 f.; *Žeber*, Study (1981) 32 f.; *Burdese*, St. Sanfilippo I 92; *Wacke*, Iura 42 (1991) 58; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 171; *Zwalve*, in: de Blois/Rich, Transformation of Economic Life 123. S. auch → § 103 Rn. 7. Die Furtivität einer *res peculiaris* endete mit *reversio* an den Sklaven (→ § 44 Rn. 25; Iul. 22 dig. D. 47.2.57.2; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 82 f.).

[85] S. auch Ulp. 27 Sab. D. 40.7.3.12; „Kauf" einer einträglicheren Position innerhalb des Hauses Suet. Otho 5,2. Lit.: *Kirschenbaum*, Sons (1987) 34, 65; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 170; *Gamauf*, European Review of History – Revue européenne d'histoire 16 (2009) 334 f.; *Buchwitz*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 400 f., 406; *Pahud*, Statut (2013) 285; *Gamauf*, FS Bürge 239–243.

Die wirtschaftliche Relevanz des vom Sklaven selbst erworbenen Vermögens bezweifelt *Minaud*, Gens (2011) 182; den Wunsch des Sklaven nach Erweiterung seiner Befugnisse zeigt Ulp. 26 Sab. D. 15.1.24 (… *administrationem peculii et dare et denegare potest* … – „… die Generalvollmacht über das *peculium* kann [der Herr] sowohl erteilen als auch verweigern …").

[86] Zur Gläubigerbenachteiligung Marcell. 18 dig. D. 42.8.12; *Hendel*, Marcelli ratio (2015) 144 f.

[87] *Serrao*, Impresa (1989) 42; *Buchwitz*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 410–412; *Heinemeyer*, Freikauf (2013); *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 317. Darin lag auch ein Ansporn zur ordentlichen Bewirtschaftung; *Buti*, Studi (1976) 16 f.

[88] Ter. Phorm. 35–50; Ulp. 29 ed. D. 15.3.7 pr. Lit.: *Bürge*, RP 190 f.; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 388; *Buchwitz*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona

ten“[89] (→ § 36 Rn. 12), „Familienunterhalt“[90] oder Freizeit-[91] und religiöse Aktivitäten.[92] Bei Freilassung *inter vivos* galt ein *peculium* als stillschweigend[93] zugewendet;[94] manche Herren anerkannten innerhalb ihrer *domus*/Haushaltung sogar „Testamente“ von Sklaven über Pekulien.[95] Selbst nach Freilassung sprachen *liberti* von ihren Vermögen oft weiterhin als *peculia*.[96]

410–412.

Das Schenkungsverbot der *lex Cincia* (204 v. Chr.) → § 6 Rn. 47; § 45 Rn. 11 f. griff nicht (Paul. 71 ed. Frg. Vat. 307). Lit.: *Dumont*, Servus (1987) 114–122; *Söllner*, Sklaven (2000) 123.

[89] Ulp. 33 ed. D. 23.3.39 pr.; Paul. 7 resp. D. 16.3.27; *Wacke*, Iura 42 (1991) 87–89; weitere Quellen und Lit. → § 36 Rn. 12 in Fn. 73.

[90] *Roth*, JRA 18 (2005) 278–292; *Aubert*, in: Carlsen/Lo Cascio, Agricoltura e scambi 182; *Buchwitz*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 409 f.

[91] *Bradley*, SO 54 (1979) 111–118; *Rizakis*, SHHA 25 (2007) 245–260; *Buchwitz*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 404 f.; *Gamauf*, Ess. Sirks 280–285.

[92] Widmungen durch Sklaven *pecunia sua* (CIL IX 4112), *de suo peculio* (CIL II²/7, 981), *de suo* (CIL V 3423; VI 9320; XIII 5194; XIV 3033; AE 1980, 247; AE 1990, 51). Lit.: *Schumacher*, Sklaverei (2001) 269; *Buchwitz*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 407 f.; *North*, in: Hodkinson/Geary, Slaves and Religions 80–86; *Platschek*, QL 5 (2015) 131–133; *Bruun*, in: Bruun/Edmondson, Oxford Handbook of Roman Epigraphy 615.

Beibehaltung der Terminologie nach Freilassung z. B. in CIL VI 37820; *Perry*, Gender (2014) 103–105; weiters Fn. 96.

[93] Bei Freilassungen von Todes wegen nur bei ausdrücklicher Anordnung (Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6.3; Pap. 12 resp. Vat. 261; Diocl./Max. C. 7.23.1 [a.294]; Inst. 2.20.20.); ebenso, um bei einem vermachten Sklaven zu verbleiben (Ulp. 43 Sab. D. 33.8.24); Tod des Sklaven machte ein *legatum peculii* unwirksam. Lit.: *Brinkhof*, Studie (1978) 169 f.; *Žeber*, Study (1981) 84; *Wacke*, Iura 42 (1991) 47–49, 64 f.; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 101 f.; *Gardner*, Citizen (1993) 37; *Minaud*, Gens (2011) 194; *Di Nisio*, Index 44 (2016) 149 f.

Pekuliarforderungen mussten dem *libertus* ausdrücklich übertragen werden (Paul. 11 quaest. D. 15.1.53; Scaev. 31 dig. D. 39.5.35 pr.). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 246; *Miceli*, Struttura (2001) 156; *Burdese*, SDHI 69 (2003) 658; *Wacke*, Iura 42 (1991) 77, 82 f.; *Pahud*, Statut (2013) 295 f.

[94] *De facto* verblieb beim *libertus* oft nur wenig, s. *Roth*, in: *Roth*, By the Sweat of your Brow 91–120; zu den sozialpolitischen Motiven beim Pekuliumslegat *Wacke*, Iura 42 (1991) 49 f.

[95] S. Plin. epist. 8,16; Petron. 53,9 (mit satirischer „Enterbung“ des *dominus*). Die *lex collegii funeraticii Lanuvini* (FIRA III Nr. 35 coll. II Z. 1–2) spricht von „Erbeinsetzung“ des *dominus* oder der *domina*; zu AE 1985, 143 *Buchwitz*, Servus 233 f. *Servi publici* konnten über das halbe *peculium* testieren (Ulp. reg. 20.16; → § 36 Rn. 16).

Lit.: *Wesener*, St. Donatuti III 1400; *Corbier*, Index 13 (1985) 501–509; *Bürge*, RP 191; *Gonzales*, in: Moggi/Cordiano, Schiavi e dipendenti 364; *Gamauf*, European Review of History – Revue européenne d'histoire 16 (2009) 331, 340; *Buchwitz*, in: Buongiorno/Lohsse, Fontes Iuris 146–151, 156; *Avenarius*, Erbrecht (2017) 8, 25 Fn. 190, 52 f.; *Shinomori*, in: Manthe/Nishimura/Igimi, Aus der Werkstatt römischer Juristen, 353–373; *Knoch*, Sklavenfürsorge ²(2017) 191.

[96] Petron. 75,3; 76,8. *Paupertas* nennt ein Erblasser sein Vermögen in Scaev. 21 dig. D. 36.1.80.12 (dazu *McGinn*, Scr. Corbino IV 631–633), *peculium meum* in Ulp. 4 fideic. D. 36.1.17 pr. (vgl. das untertreibende *pro mediocritate tamen peculioli mei* im Testament CIL III 6998 = CIL III 13652 = ILS 7196).

bb. Pekulien von Hauskindern

16 Für Hauskinder dienten *peculia* auch als Voraus auf ihr Erbe.[97] Am *peculium castrense* erhielten Haussöhne ab der Klassik Eigentum (→ § 34 Rn. 40 f.; unten Rn. 12); bei einem regulären *peculium* hatten sie dagegen nur wenig mehr Befugnisse als Sklaven.[98] Söhne[99] (und Töchter[100]) nutzten es für eigene Zwecke und zumindest sozial galt auch ihr *peculium* wie Eigenvermögen.[101]

3. Einrichtung eines *peculium*

a. Persönliche Voraussetzungen

17 Die Pekulienfähigkeit[102] war unabhängig von Geschlecht,[103] Alter oder Geisteszu-

[97] Abschichtung einer Tochter durch ein *peculium* neben ihrer *dos* in Pap. 2 resp. D. 6.1.65.1; Pap. 12 resp. D. 39.5.31.1 = Frg. Vat. 254; Frg. Vat. 112; weiters Pap. 11 resp. D. 37.7.8; Pap. 12 resp. D. 39.5.31.2. Lit.: *Wacke*, Iura 42 (1991) 85–87; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 493 f.; *Arjava*, JRS 88 (1998) 149; *Platschek*, fhi 2009, Rz. 23–27; *Stagl*, Favor (2009) 21; *Platschek*, QL 5 (2015) 129 f. (→ § 34 Rn. 51 f.).

Das erwartete Eigentum war Anreiz zu sorgsamem Umgang; s. *Kirschenbaum*, Sons (1987) 38; *Wacke*, Iura 42 (1991) 47; zur Lage nach Tod des *pater familias* vgl. *Wacke*, SDHI 60 (1994) 470; zum *legatum peculii* (für Töchter) im *SC de Cn. Pisone patre* s. *Platschek*, fhi 2009, Rz. 14–18; zur sittlichen Pflicht der Belassung bei *emancipatio* vgl. *Wacke*, Iura 42 (1991) 93.

[98] Eigenmächtig schenken konnten nur Söhne von Senatoren (Ulp. 44 Sab. D. 39.5.7); anders beim *peculium (quasi) castrense* (Ulp. 44 Sab. D. 39.5.7.6; Ulp. 33 Sab. D. 24.1.32.8). Lit.: *Brinkhof*, Studie (1978) 91–93; *Burdese*, St. Biscardi I 178; *Arjava*, JRS 88 (1998) 148 Fn. 6; *Bürge*, RP 186; *Wacke*, Symp. Wieling 296–300; *Buchwitz*, Scr. Corbino I 400–403; *Buchwitz*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 406 f. Zur *donatio mortis causa* s. Iul. 27 dig. D. 39.6.15; Marcian. 9 inst. D. 39.6.25.1; *Rüger*, Donatio (2011) 230 f.; zu den Konsequenzen des *SC Macedonianum* (→ § 34 Rn. 46) s. *Wacke*, SZ 112 (1995) 274 f., 277, 279 f., 296; *Chiusi*, Actio (2001) 33 f.

Aus Interzessionen von Haussöhnen konnte stets geklagt werden (Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.9; Ulp. 31 ed. D. 17.1.12.4 f.; *Burdese*, St. Sanfilippo I 89 f.); anders bei Sklaven (→ Rn. 22).

Freilassungen waren *filii familias* unmöglich (Mod. 1 pand. D. 37.14.13; Suet. Tib. 15,2); seit Hadrian konnten Soldaten Sklaven im *peculium castrense* freilassen (z. B. Tryph. 8 disp. D. 49.17.19.3). Lit.: *Wacke*, Symp. Wieling 302; *Sturm*, St. Metro VI 228.

[99] Geschenk an den Vater Ulp. 29 ed. D. 15.3.10.2; Mitgift für Tochter Ulp. 29 D. 15.3.7.5 (unten Fn. 251); zu Aufwendungen für öffentliche Aufgaben s. *Saller*, Patriarchy (1994) 124. Selbst bei *libera administratio* hatte ein Sohn das *peculium* zu schonen (Ulp. 29 ed. D. 14.6.3.2). Lit.: *Wacke*, SZ 112 (1995) 274 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 294–296.

[100] Z. B. *dos*-Bestellung Pomp. 15 Sab. D. 23.3.24; *Brinkhof*, Studie (1978) 114; *Wacke*, Symp. Wieling 285 f.

[101] Ab Claudius haftete es nicht mehr für väterliche Fiskalschulden (Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.4; *Brinkhof*, Studie (1978) 175 f.; *Apathy*, SZ 98 (1979) 405; *Wacke*, Iura 42 (1991) 61; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 494; *Fleckner*, in: Carlà/Gori, Gift Giving 226 f.). Jedoch konnte der Vater weiterhin zum Nachteil von Hauskindern über das *peculium* verfügen (Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.34; *Hartkamp*, Zwang (1971) 46 f.; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 471–474). Zur schließlich erreichten allgemeinen Vermögensfähigkeit von Haussöhnen → § 34 Rn. 39.

[102] Zu dieser *Wacke*, Symp. Wieling 255; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 86–92.

[103] Ulp. 10 ed. D. 3.5.13 (*Chiusi*, Actio (2001) 75–77; itp. nach *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 317);

stand[104] des Trägers. Gewalthaber oder Gewalthaberin[105] mussten zur Einräumung geschäftsfähig[106] sein. Ein *tutor* konnte kein *peculium* gewähren, ein *curator* hingegen schon;[107] ebenso ein Sklave mit *(libera) administratio*/(freier) Verwaltungsbefugnis (→ Rn. 18–22) einem *vicarius*.[108]

b. Begründung

Wie die Einrichtung eines *peculium* zu erfolgen hatte, ist den Quellen nicht eindeutig entnehmbar. Pekulien entstanden bei ausdrücklicher Bestellung (*constitutio*[109]/*concessio*[110]) bzw. *permissus*/Gestattung[111] ebenso wie durch *non adimi*/Nichteinzie- **18**

Ulp. 29 ed. D. 15.1.1.3 (*Brinkhof*, Studie (1978) 60 f.; *Wacke*, Index 27 (1999) 524; *Chiusi*, Actio (2001) 34–36); Ulp. 29 ed. D. 14.4.1.4 (*Wacke*, SZ 111 (1994) 300); Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23.4; s. auch *Minaud*, Gens (2011) 216–218; *Suárez Blánquez*, Derecho 22 f. Fn. 2.

Pekulien von Sklavinnen: Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.4; Gai. 9 ed. prov. D. 15.1.27 pr.; Ulp. 33 ed. D. 23.3.39 pr. Lit.: *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 313 f.; *Höbenreich/Rizelli*, Scylla (2003) 26 f.; *Perry*, Gender (2014) 47, 56 f.

Pekulien von Haustöchtern: Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.4; Ulp. 29 ed. D. 15.1.1.3; Gai. 9 ed. prov. D. 15.1.27 pr.; zu verheirateten Haustöchtern *Platschek*, QL 5 (2015) 130 f.

[104] Unmündigkeit oder Geisteskrankheit bildeten kein Hindernis s. Ulp. 29 ed. D. 15.1.1.4; D. 15.1.7.3; wohl auch Diocl./Max. C. 4.26.11 (a.294). Lit.: *Mayer-Maly*, FS Kaser 257 f.; *Žeber*, Study (1981) 27; *Herrmann-Otto*, Ancilla (1994) 386; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 170; *Giachi*, Studi (2005) 552 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 272; *Gamauf*, in: Heinen, Kindersklaven 248; *Pahud*, Statut (2013) 286.

Die bei Heranziehung solcher Personen entstehenden Risiken trafen den Gewalthaber; s. Ulp. 28 ed. D. 14.3.7.2; ähnlich Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.9; dazu *Chiusi*, SZ 124 (2007) 108 f.; *Petrucci*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum e processo 79 f.

Keine *restitutio in integrum* (→ § 19 Rn. 17, § 109 Rn. 3) gab es wegen minderjähriger Sklaven (Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.11); für Haussöhne nur beim *peculium castrense* (Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.4, 10). Lit.: *Wacke*, Iura 42 (1991) 55 f.; *Ankum*, Mél. Wubbe 2; *Wacke*, SZ 111 (1994) 321 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 170; *Wacke*, Symp. Wieling 272; *Klinck*, SZ 132 (2015) 127 f.

[105] Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.2; *Wacke*, Iura 42 (1991) 54.

[106] Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.3; D. 15.1.7.1; *auctoritas tutoris* reichte nicht (s. *Wacke*, Iura 42 (1991) 54 f.). Geisteskrankheit oder Kriegsgefangenschaft des Gewalthabers beendeten ein *peculium* nicht (Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.4; D. 15.1.7.1; Pap. 23 quaest. D. 41.3.44.7; dazu *Žeber*, Study (1981) 28). Lit.: *Brinkhof*, Studie (1978) 61; *Burdese*, St. Sanfilippo I 77 f.; *Wacke*, Iura 42 (1991) 59–63; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 170; *Chiusi*, Actio (2001) 39; *Petrucci*, FS Serrao 209 f., 218–227; *Giachi*, Studi (2005) 555–558; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 75.

[107] Ulp. 26 Sab. D. 15.1.24; Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.4.

[108] Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4.6; Cels. 6 dig. D. 15.1.6. Lit.: *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 68–75; *Rainer*, Stellung (2015) 21, 29. Die Befugnis zum Entzug sieht *Minaud*, Gens (2011) 184 dagegen allein beim Herrn.

[109] Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.3; Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4 pr.; Cels. 6 dig. D. 15.1.6; Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.1, 3.

[110] Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.4; Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4.5; Iul. 12 dig. D. 15.1.16; Gai. 9 ed. provinc. D. 15.1.27.2; Pomp. 4 Q. Muc. D. 15.1.49 pr. u. ö.

[111] Vgl. Ulp. 29 ed. D. 15.1.5.4; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.3.1.1; Paul. 54 ed. D. 41.2.1.5; Errichtung eines Grabes *permissu dominae* in AE 2009, 1256.

hung[112] dessen, was ein Sklave erworben hatte.[113] Vielfach ist zusätzlich die Erteilung der (*libera*) *administratio*/(freien) Verwaltungsbefugnis bezeugt.[114]

19 Dieser disparate Befund wird als Ergebnis von historischen Entwicklungen,[115] Schulkontroversen[116] und bei der (*libera*) *administratio*[117] gerade auch Interpolationen[118] erklärt. Spätklassische Quellen anerkennen jedenfalls verschiedene Möglichkeiten, um *peculia* zu begründen. Flexibilität bei diesem wesentlichen Institut der Sklavenwirtschaft half Gewalthabern wie Gläubigern gleichermaßen[119] und das Pekuliarrecht orientierte sich wohl seit jeher an Bedüfnissen der Praxis (→ Rn. 3). Vorteilhaft für den Herrn war weiters, dass er Befugnisse zu Verfügungen schrittweise und erfolgsabhängig bis zur (vollen) *libera administratio* erweitern konnte.[120]

---

[112] Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.4; Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.1 (nur Mindermeinung Ulpians nach *Chiusi*, FS Wadle 74; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 292 f.). Nach Pomp. 4 Q. Muc. D. 15.1.49 pr. reichte bereits ein unterstellbares Einverständnis (ähnlich Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.4.), außer bei dem Herrn eigenmächtig entzogenen Sachen (Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4.2). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 20 f.; 34 f.; 51–53; *Apathy*, SZ 98 (1979) 401; *Boulvert*, Index 9 (1980) 168; *Boulvert/Morabito*, ANRW II/14 (1982) 128 f.; *Burdese*, St. Sanfilippo I 75, 79–82; *Di Porto*, Impresa (1984) 242 f. Fn. 70; *Serrao*, Impresa (1989) 63; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 71 Fn. 8; *Wacke*, Iura 42 (1991) 52 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 270; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 74; *Pahud*, Statut (2013) 281–285; *Petrucci*, Lezioni (2015) 145.

[113] In Paul. 30 ed. D. 14.3.17.4 begründete ein vom Herrn untersagtes Geschäft ein *peculium*. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 23–26; *Brinkhof*, Studie (1978) 70 f.; *Apathy*, SZ 98 (1979) 400 f.; *Mantello*, ‚Beneficium' (1979) 296–298; *Burdese*, St. Sanfilippo I 80–87; *Burdese*, St. Biscardi I 175 f.; *Wollschläger*, Symp. Wieacker 1985 72; *MacCormack*, SDHI 52 (1986) 257 f.; *Balestri Fumagalli*, Atti Problematica contrattuale 149; *Serrao*, Impresa (1989) 63 f.; *ter Beek*, Dolus II (1999) 830–832; *Chiusi*, Actio (2001) 42; *Coppola Bisazza*, Scr. Franciosi I 595–597; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 16.

[114] Z. B. Gai. 1 ed. provinc. D. 2.14.28.2; Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.11; Ulp. 17 ed. D. 6.1.41.1; Ulp. 26 ed. D. 12.1.11.2; Paul. 18 ed. D. 12.2.20; Paul. 10 Sab. D. 12.6.13 pr.; Paul. 29 ed. D. 13.7.18.4; Ulp. 29 ed. D. 14.6.3.2; D. 15.1.7.1; Iul. 12 dig. D. 15.1.16; Ulp. 26 Sab. D. 15.1.24; Paul. 60 ed. D. 15.1.46; Paul. 17 Plaut. D. 15.1.48 pr., 1; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.3.1.1; D. 20.6.8.5; Pomp. 15 Sab. D. 23.3.24; Ulp. 44 Sab. D. 39.5.7 pr., 2; Paul. 68 ed. D. 41.2.14 pr.; Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.26.

[115] *Buti*, Studi (1976) 35 f., 46 f., 68 f.; *Burdese*, St. Sanfilippo I 75 f.; *Kirschenbaum*, Sons (1987) 40 f., 45 f.; *Serrao*, Impresa (1989) 63; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 68–75; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 169 Fn. 29; *Miceli*, Struttura (2001) 166 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 275 f.; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 12 f.; *Pahud*, Statut (2013) 303; *Fleckner*, in: Carlà/Gori, Gift Giving 224 f.

[116] Skeptisch im Ergebnis nach eingehender Untersuchung *Burdese*, St. Biscardi I 147–180.

[117] Meinungsstand und Quellenkritik bei *Buti*, Studi (1976) 48–70; *Brinkhof*, Studie (1978) 94–131; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 190–197; *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 78 Fn. 53; *Miceli*, Struttura (2001) 166–168; *Wacke*, Symp. Wieling 266–271; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 9–62; *Pahud*, Statut (2013) 300–310.

[118] *Pesaresi*, Ricerche (2008) bzw. *Pesaresi*, Peculio (2012) akzeptiert nur Texte als klassisch, die (kontextunabhängig) alle Voraussetzungen eines *peculium* nennen; dagegen bereits *Buti*, Studi (1976) 69; *Wacke*, Symp. Wieling 275.

[119] *Serrao*, Impresa (1989) 64; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 169 f.; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 376; *Rainer*, Stellung (2015) 17.

[120] *Bürge*, RP 185; *Wacke*, Symp. Wieling 271–273. Nach *Pesaresi*, Ricerche (2008) 21–23 reichte es,

Ausschlaggebend für Entstehung, Erhöhung und Ende eines Sondergutes war stets der Wille des Gewalthabers:[121] Diesen zeigte die vor Beginn einer Geschäftstätigkeit erfolgte Einräumung (*constitutio*, *concessio*, *permissus*)[122] genauso, wie die Belassung (*non adimi*/Nichtwegnahme) von bereits Erwirtschaftetem. Die Kontrolle (über Bestand und Höhe eines *peculium* und damit die Haftung *de peculio*) behielt der Gewalthaber in jeder Konstellation, da Vermögen beim Sklaven erst als *peculium* galt, wenn die Bücher es als solches auswiesen, wozu jedenfalls seine Zustimmung nötig war.[123] **20**

Nach Einrichtung eines Sondergutes wurden Besitz-[124] und Eigentumserwerb zugunsten des Gewalthabers und die Klage *de peculio* gegen ihn möglich.[125] Wirksam verfügen konnte der Inhaber bei Ermächtigung im Einzelfall[126] oder aufgrund ausdrücklich erteilter[127] Generalvollmacht (*libera administratio*).[128] **21**

---

wenn die Verfügung für den *dominus* von Vorteil war. Die Praxis versucht *Gamauf*, FS Bürge 230–233 von Petron. 75,4 ausgehend zu rekonstuieren.

[121] Quellen in Fn. 109 und 111. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 68; *Brinkhof*, Studie (1978) 60–76; *Burdese*, St. Sanfilippo I 80–87; *Amirante*, St. Sanfilippo III 7; *Serrao*, Impresa (1989) 63; *Bürge*, RP 184 f.; *Pahud*, Statut (2013) 279–288.

Nach *Buti*, Studi (1976) 30 f.; *Serrao*, Impresa (1989) 25; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 77 war keine Willenskundgebung des Herrn nötig, sobald ein Sklave *de facto* Vermögen erworben hatte.

[122] Lit.: *Boulvert*, Index 9 (1980) 168; *Žeber*, Study (1981) 25–33; *Miceli*, Struttura (2001) 229–239; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 73 f.

[123] Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4 pr.; s. weiters in Fn. 140. Zur Verbuchung bei einem *servus communis* oder *vicarius* s. Jul. 44 dig. D. 41.1.37.1 bzw. Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4.6. (dazu *Pesaresi*, Studi (2012) 80 Fn. 128). Lit.: *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 170; *Ligios*, Index 34 (2006) 511, 523; *Stelzenberger*, Kapitalmanagement (2008) 91–93.

Zu Sklaven im Finanzwesen einer *domus* s. *Ligios*, Index 34 (2006) 514 f.; *Gamauf*, European Review of History – Revue européenne d'histoire 16 (2009) 335.

[124] Nach Iav. 14 epist. D. 41.2.24 nur *iusta posssessio*; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 73–78.

[125] Vielleicht auch Verfügungen über geringwertige, insb. selbst angeschaffte Güter, s. *Buti*, Studi (1976) 38; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 38.

[126] Proc. 7 epist. D. 12.6.53; Pomp. 9 epist. D. 35.1.110; Alf. 1 dig. D. 41.3.34 Lit.: *Buti*, Studi (1976) 39–45; *Apathy*, SZ 98 (1979) 402; *Burdese*, St. Biscardi I 172; *Wacke*, Symp. Wieling 280 f., 291 f.; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 32, 128–130; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 195.

[127] Lit.: *Kirschenbaum*, Sons (1987) 40; *Coppola Bisazza*, Iussum (2003) 83–89; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 195; *Rodríguez Diez*, Potestas (2016) 92 f., 119 f.

Vgl. Ulp. 17 ed. D. 6.1.41.1; Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.1. Lit.: *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 317; *Buti*, Studi (1976) 97 f. Fn. 58; *Brinkhof*, Studie (1978) 94; *Wacke*, Iura 42 (1991) 54; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 189 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 270, 309; *Rodríguez Diez*, Potestas (2016) 56 f., 233 f.; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 293.

[128] Lit.: *Buti*, Studi (1976) 64 f.; *Apathy*, SZ 98 (1979) 403 f.; *Boulvert*, Index 9 (1980) 169; *Kirschenbaum*, Sons (1987) 40–43; *Wacke*, Symp. Wieling 287–293; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 125–131; *Pahud*, Statut (2013) 307–310; *Rainer*, Stellung (2015) 17–19; *Rodríguez Diez*, Potestas (2016) 56–60. Grundsätzlich anders *Pesaresi*, Ricerche (2008) 33, 36 u. ö.

Die Gegenansicht sieht die Verfügungsbefugnis bereits in der *concessio* mitenthalten; so *Pesaresi*, Ricerche (2008) 121–123; *Pahud*, Statut (2013) 302. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 37, 47–66; *Dumont*, Servus (1987) 122; *Melluso*, Schiavitù (2000) 171–174; *Miceli*, Struttura (2001) 166; *Wacke*, Symp.

22 Sklaven sollten die Lage des Herrn aus Prinzip nur verbessern, nicht aber verschlechtern[129] und Pekuliargeschäfte demgemäß seine Interessen fördern.[130] Das hatten auch kontrahierende Dritte nach Möglichkeit zu berücksichtigen:[131] Deswegen waren Sklaven Schenkungen[132] und andere unentgeltliche Geschäften generell verwehrt.[133] Aus ihren Interzessionen oder an sie erteilten Mandaten konnte nur bei einem Konnex zum *peculium* geklagt werden;[134] missbräuchliche Verfügung über Pekuliarsachen war *fur-*

Wieling 266–276.

Zu Befugnissen ohne *libera administratio Wacke*, Symp. Wieling 310 f.; zur Erfüllung von Pekuliarobligationen z. B. Pomp. 14 var. lect. D. 46.3.83; Proc. 7 epist. D. 46.3.84; Ulp. 48 ed. D. 46.4.8.4. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 181–185; *Wacke*, Symp. Wieling 277–279.

Schuldbefreiende Leistungen an Sklaven: Paul. 18 ed. D. 12.2.20; Gai. 5 ed. provinc. D. 12.2.21; Ulp. 28 ed. D. 13.7.11.5; Alf. 2 dig. a Paul. epit. D. 46.3.35 (Lit. in Fn. 131). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 159–165; *Wacke*, Symp. Wieling 281–286.

[129] Gai. 8 ed. prov. D. 50.17.133; auch Pap. 3 resp. D. 16.1.27.1; ähnlich Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.6 (→ Rn. 43); bezüglich Haussöhnen Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.4 i. f. Lit.: *Brinkhof*, Studie (1978) 175 f.; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 494; *Wacke*, Index 27 (1999) 525 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 313; *Longo*, AUPA 59 (2015) 151; *Knoch*, Sklavenfürsorge [2](2017) 191. Ein Bruch mit dem Grundsatz war die Schaffung der *actio de peculio* für *Johnston*, in: Cairns/Du Plessis, Beyond Dogmatics 183.

[130] Paul. 60 ed. D. 15.1.46. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 63 f.; *Brinkhof*, Studie (1978) 126 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 291, 293. Intern gingen ungünstige Geschäfte zu Lasten des *peculium*; s. *Gamauf*, European Review of History – Revue européenne d'histoire 16 (2009) 335.

[131] Alf. 2 dig. a Paul. epit. D. 46.3.35. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 41 f., 163 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 198 f.; *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 84–87; *Wacke*, Symp. Wieling 281–283; *Bürge*, FS Knütel 126 Fn. 58; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 25–31; *Longo*, AUPA 59 (2015) 166 f.

[132] Größere Freiheit in der Praxis belegt vielleicht Petron. 30,11.

[133] Grundsatz *donandi ius non habere*/ „kein Recht zu schenken haben" in Gai. 1 ed. provinc. D. 2.14.28.2 (unentgeltlicher Schulderlass); Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.5 (unentgeltlicher Pfandverzicht; *Buti*, Studi (1976) 55, 126; *Wacke*, Symp. Wieling 303 f.); Marcian. form. hypoth. sing. D. 20.3.1.1 (Pfandbestellung für Schulden Dritter); weiters auch Ulp. 32 Sab. D. 24.1.3.8. Die abweichende Entscheidung in Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 24.1.38 pr. mag überarbeitet sein (*Watson*, Law of Persons (1967) 182; *Watson*, Law of Property (1968) 230; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 85–87). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 66, 124 f.; *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 316 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 296–300; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 53 f.; *Buchwitz*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 406 f.

Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.26 anerkennt ein entgeltliches Vergleichs-*pactum* des Sklaven über die *poena furti* wegen einer *res peculiaris*. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 178 f.; *Burdese*, St. Biscardi I 153 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 304–306; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 51 f.

Das verhinderte Vergeudung (Ulp. 29 ed. D. 14.6.3.2; Ulp. 44 Sab. D. 39.5.7 pr.) und erlaubte Kontrolle über die durch Schenkungen geknüpften sozialen Beziehungen. Lit.: *Bürge*, RP 186; *Buchwitz*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 406 f.; *Fleckner*, in: Carlà/Gori, Gift Giving 216, 234.

[134] Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.5, 6; Paul. 4 Plaut. D. 15.1.47.1 (*ob rem peculiarem*); Iul. 4 Minic. D. 46.1.19 (*ex causa peculiari)*; Gai. 1 ed. provinc. D. 2.14.30.1 (*iusta causa intercedendi*). Lit: *Buti*, Studi (1976) 111–114; *Brinkhof*, Studie (1978) 102 f., 187 f.; *Burdese*, St. Biscardi I 148–151; *Burdese*, St. Sanfilippo I 87 f.; *Miceli*, Struttura (2001) 164–166, 172–174, 243–246; *Wacke*, Symp. Wieling 301–307; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 18–25; *Rainer*, Stellung (2015) 98–100. Das Edikt forderte diesen Zusammenhang nicht (*Žeber*, Study (1981) 71). Einen Grundsatz für alle Pekuliargeschäfte sehen

tum.[135] Im Prozess bildete der Umfang der *administatio* eine *quaestio facti*/Tatfrage.[136]

Die Haftungsbeschränkungen *de peculio* und *de in rem verso* knüpften an die buchführungsmäßige[137] Teilung des Familienvermögens[138] in *peculia* und *res dominica*/Stammvermögen an.[139] Vermögensverschiebungen zwischen diesen Sphären und die dazu nötigen Umbuchungen brauchten die Zustimmung des Gewalthabers.[140] Die 23

---

dagegen *Kirschenbaum*, Sons (1987) 61 f.; *Fleckner*, SZ 128 (2011) 684 Fn. 29.

Bezüglich Haussöhnen vgl. Fn. 98.

[135] Ulp. 43 Sab. D. 18.1.29; Paul. 10 Sab. D. 21.2.3; Iul. 22 dig. D. 47.2.57.3; *Finkenauer*, FS Knütel 351 Fn. 58; *Rodríguez Diez*, Potestas (2016) 94.

[136] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.3.1.1; *Bürge*, RP 186.

[137] Zum römischen Buchführungswesen allgemein: *Glauthier*, RIDA 19 (1972) 311–343; *Giliberti*, Legatum (1984) 15–38; *Babják*, RIDA 48 (2001) 11–17; *Aubert*, in: Andreau/France/Pittia, Mentalités et choix économiques des Romains 127–147; *Verboeven*, in: Andreau/France/Pittia, Mentalités et choix économiques des Romains 190 f.; *Minaud*, Comptabilité (2005); *Stelzenberger*, Kapitalmanagement (2008) 83–89; *Oldroyd/Dobie*, in: Edwards/Walker, Routledge Companion to Accounting History (2009) 96–99; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 420 Fn. 367; *Abatino/Dari-Mattiacci/Perotti*, Oxf. J. Leg. Stud. 31 (2011) 385 Fn. 100; *Zandrino*, SDHI 83 (2017) 131–163; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 141–192.

Der „betriebswirtschaftliche" Wert der römischen Buchführung ist strittig: Für *sophisticated accounting* z. B. *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 203; dagegen *Abatino/Dari-Mattiacci/Perotti*, Oxf. J. Leg. Stud. 31 (2011) 385; *Abatino/Dari-Mattiacci*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011–22, 22 f.

[138] *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 421 f.

[139] Getrennte Buchführung war Definitionsmerkmal eines *peculium* (Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4 pr.; Ulp. 29 ed. D. 15.1.5.4); Bsp. getrennter *rationes*: Ulp. 23 ed. D. 11.3.1.5; Pomp. 4 Quint. Muc. D. 15.1.49.2; Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.5; Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6.4; Scaev. 15 dig. D. 33.8.23.1; Iav. 2 post. Lab. D. 35.1.40.3; Alf. 4 dig. D. 40.1.6; Ulp. 27 Sab. D. 40.7.3.2; Iul. 44 dig. D. 41.1.37.1; Inst. 2.20.20 u. ö. Zur buchhalterischen Trennung zwischen Ober- und Untersklave s. Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4.6; dazu *Giliberti*, Legatum (1984) 26 f.; *Di Porto*, Impresa (1984) 288; *Labruna*, Index 13 (1985) 470 f.; *Minaud*, Gens (2011) 184 f.

Lit.: *Buti*, Studi (1976) 32 f.; *Brinkhof*, Studie (1978) 77–79; *Mantello*, ‚Beneficium' (1979) insb. 319–321; *Thilo*, Codex (1980) 121–161; *Žeber*, Study (1981) 32, 72; *Burdese*, St. Sanfilippo I 78 f., 94f; *Amirante*, St. Sanfilippo III 12 f.; *Giliberti*, Legatum (1984) 31; *Wacke*, Iura 42 (1991) 57; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 171; *Gröschler*, Tabellae 217–224; *Ligios*, Index 34 (2006) 515–517, 523 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 252 Fn. 3; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 437–441; *Buchwitz*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 420–423; *Fleckner*, SZ 128 (2011) 686; *Buchwitz*, Servus 225–229; *Pesaresi*, Peculio (2012) 77–80; *Pahud*, Statut (2013) 259, 287 f., 317–321.

Rationes reddere/Rechnungslegung über das *peculium* und Begleichung der Außenstände war gängige Bedingung testamentarischer Freilassungen (→ § 36 Rn. 70): Hermog. 1 iur. epit. D. 5.1.53; Ulp. 25 Sab. D. 33.8.8.7; Scaev. 15 dig. D. 33.8.23.1; Ulp. 27 Sab. D. 40.7.6.7; Cels. 22 dig. D. 40.7.23.1; Gai. 3 l. Iul. Pap. D. 40.7.31 pr., 1; Pap. 21 quaest. D. 40.7.34.1; Scaev. 24 dig. D. 40.7.40.3; Inst. 2.20.20 etc. Lit.: *Thilo*, Codex (1980) 124–130; *Minaud*, Comptabilité (2005) 290–296; *Di Nisio*, Index 44 (2016) 143–149; *Stepan*, Scaevola (2018) 67–75; Abrechnung vor Freilassung *inter vivos* in Pap. 7 resp. D. 33.8.19 pr.; *Wacke*, Iura 42 (1991) 73 f.

[140] Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4 pr.; Ulp. 29 ed. D. 15.1.5.4; Petron. 53,6–8. Lit.: *Amirante*, St. Sanfilippo

dolus-Klausel[141] (→ Rn. 38) in der *actio de peculio* machte periodische Kontrollen der Bücher für den Gewalthaber[142] ratsam, um verkürzten Gläubigern nicht wegen doloser Vernachlässigung und Duldung von Verlusten zu haften.[143]

24 Das Profil der *actio de peculio vel de in rem verso* setzte bei Vermögenstransfers zwischen *peculium* und *res dominica* Ausgleich voraus.[144] In der *taxatio* erhöhten „Verbindlichkeiten" des Gewalthabers ein *peculium*[145] und seine „Forderungen" minderten es (→ Rn. 36 f.). Reale Vermögensverschiebungen vom Sondergut zur *res dominica*, denen weder eine tatsächliche Gegenleistung noch das Zustandekommen einer korrespondierenden „Forderung" zu Gunsten des *peculium*[146] gegenüberstand, verringerten dieses und führten daher zu *versum* (→ Rn. 40); umgekehrt stieg ein *peculium* an, wenn der Gewalthaber dem Sklaven Vermögen ohne tatsächlichen oder rechnerischen Ausgleich zur eigenständigen Verwaltung überließ (→ Rn. 37). Erfasst wurden solch vertikale (*dominus* ↔ *servus* ↔ *servus vicarius*) oder horizontale (*servus* ↔ *servus*) Transaktionen mithilfe einer rechtsgeschäftlichen Terminologie[147] (→ Rn. 36).

III 5; *Labruna*, Index 13 (1985) 472; *Bürge*, RP 184; *Stolfi*, Studi II (2001) 428–432; *Ligios*, Index 34 (2006) 511, 521–525; *Pesaresi*, Peculio (2012) 80 f. Fn. 128; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 69 f.

[141] Diese erfasste auch Verluste aus geduldeter Misswirtschaft (*intricare in necem creditorum*; Ulp. 29 ed. D. 15.1.21 pr.); s. *Suárez Blázquez*, Derecho (2014) 111 f.

[142] Zur Rechnungslegung allgemein: *Thilo*, Codex (1980) 124–130. Zur perodischen Prüfung der Sklavenbücher durch den Herrn: *Thilo*, Codex (1980) 122; *Wacke*, Symp. Wieling 273; zu dem diese dokumentierenden Bestätigungsvermerk des *dominus Thilo*, Codex (1980) 125–127. Die Praxis reflektiert Petron. 53,6–8; dazu *Giliberti*, Legatum (1984) 28; *Gamauf*, European Review of History – Revue européenne d'histoire 16 (2009) 335.

[143] Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.1 (*Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 377 f.); Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.2 (*Brinkhof*, Studie (1978) 64; *Burdese*, St. Sanfilippo I 74; *Wacke*, Iura 42 (1991) 53; *Stolfi*, Studi II (2001) 429). In der Ferne tätige Sklaven erschwerten den Überblick über den eigenen Vermögensstand (Gai. 1 cott. D. 40.9.10; dazu auch Fn. 81; Tryph. 18 disp. D. 49.17.19.2 mit *McGinn*, Scritti Corbino IV 629 f.).

Bei Flucht oder dauerndem Kontaktverlust endete die *libera administratio* (Paul. 17 Plaut. D. 15.1.48 pr.). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 59; *Brinkhof*, Studie (1978) *Wacke*, Symp. Wieling 272; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 196 f.; *Pahud*, Statut (2013) 303 f.

[144] So schon Plut. Cat. 21.7 (dazu *Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 136–138; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 510–512); Pomp 4 Q. Muc. D. 15.1.49.1; Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.6; D. 15.1.17; D. 15.3.5.3; Schol. 50 zu Bas. 18.7.5. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 169 f.; *Brinkhof*, Studie (1978) 64 f.; *Dumont*, Servus (1987) 112 f. Fn. 128; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 47 f., 80 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 188 f.; *Ligios*, Index 34 (2006) 509 f.; *Pesaresi*, Peculio (2012) 101 f. Fn. 169; *Rainer*, Stellung (2015) 108 f.

Die Ausgestaltung der ökomischen Beziehungen innerhalb einer *domus* hatte die Grundsätze für interne „Ansprüche" und die *dolus*-Klausel in der *actio de peculio* (→ Rn. 25–38) zu berücksichtigen; vgl. schon *Buti*, Studi (1976) 181; *Johnston*, in: Cairns/Du Plessis, Beyond Dogmatics 174.

[145] Scaev. 15 dig. D. 33.8.23; Alf. 4 dig. D. 40.1.6; Lit. dazu in Fn. 139.

[146] Dazu *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 360–362.

[147] Wirksame Obligationen begründeten Gewaltunterworfene weder untereinander noch mit dem Herrn: Gai. 3.104; Gai. 1 ed. prov. D. 5.1.4; Pomp. 4 Q. Muc. D. 15.1.49.2; Paul. 15 quaest. D. 46.1.56.1; Inst. 4.8.6.

Aus den *rationes*/Inventaren von Sklaven konnten potentielle Gläubiger deren Kreditwürdigkeit beurteilen[148] und im Prozess die Höhe der *de peculio*-Haftung ermittelt werden.[149] 25

4. Inhalt des *peculium*

Peculia beinhalteten körperliche und unkörperliche Sachen:[150] Grundstücke,[151] Geld, Forderungen,[152] *vicarii* samt deren *peculia*[153] (Untervikare mit Pekulien usw.)[154] und übertrafen dann an Wert[155] ihre Träger.[156] Diese zogen auch Untersklaven, *instito-* 26

Zum (abusiven) Sprachgebrauch Ulp. 53 Sab. D. 15.1.41; ähnlich Ulp. 6 disp. D. 40.1.4.1.; Iul. 43 dig. D. 46.1.16.4. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 239, 241 f.; *Brinkhof*, Studie (1978) 133 f.; *Mantello*, ‚Beneficium' (1979) 389 Fn. 336; *Chiusi*, Actio (2001) 72–75; *Miceli*, Struttura (2001) 347–349, 352 f.; *Di Porto*, in: Cerami/Di Porto/Petrucci, Diritto commerciale [2](2004) 59; *Silla*, Cognitio (2008) 87–89; *Pesaresi*, Peculio (2012) 59–61; *Longo*, AUPA 59 (2015) 173–176; *Rainer*, Stellung (2015) 115 f.

[148] *Peculium* als Kreditbasis: Ulp. 29 ed. D. 15.1.19.1; Ulp. 2 disp. D. 15.1.32 pr.; Paul. 4 Plaut. D. 15.1.47.6. Lit.: *Wacke*, Iura 42 (1991) 57; *Wacke*, SZ 112 (1995) 265; *Chiusi*, Actio (2001) 78–82; *Miceli*, Struttura (2001) 307; *Wacke*, Symp. Wieling 256; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 199.

Zum Verkehrsschutz bei der *actio de peculio* s. *Balestri Fumagalli*, Atti Problematica contrattuale 143–153; zum Irrtum über den Bestand eines *peculium* s. Iul. 44 dig. D. 41.4.7.2; *Rainer*, Stellung (2015) 171 f.; Obliegenheit, den *status* des Vertragspartners zu kennen, in Ulp. 24 Sab. D. 50.17.19 pr.

[149] Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.6; Iav. 2 post. Lab. D. 35.1.40.3; Ulp. 27 Sab. D. 40.7.3.2. Lit.: *Bürge*, RP 186 f.; *Johnston*, Ess. Crook 9 f.; *Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 132; *Johnston*, in: Cairns/Du Plessis, Beyond Dogmatics 177; *Aubert*, in: *Du Plessis*, New Frontiers 194, 197; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 381; *Buchwitz*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 423; *Buchwitz*, Servus 228.

Bücher als Beweismittel: Gell. 14.2.7; Ulp. 4 ed. D. 2.13.4.3; Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6.4; Iav. 2 post. Lab. D. 35.1.40.3; Ulp. 27 Sab. D. 40.7.3.2. Lit.: *Thilo*, Codex (1980) 135 f., 145 f.; *Žeber*, Study (1981) 77 f.; *Bürge*, RP 186 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 31f; *Petrucci*, Mensam exercere (1991) 350–359; *Ligios*, Index 34 (2006) 512–515; *Johnston*, in: Cairns/Du Plessis, Beyond Dogmatics 175; *Aubert*, in: Carlsen/Lo Cascio, Agricoltura e scambi 172; *Grebieniow*, in: Forschner/Willems, Acta diurna 124; *Biccari*, Studi Urbinati A. Scienze giuridiche, politiche ed economiche 68 (2017) 30–32.

Zur Rolle des Sklaven im Beweisverfahren s. *Lemosse*, RHDE 62 (1984) 225–229.

[150] Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.4. Lit.: *Žeber*, Study (1981) 38–42, 76 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 171 f.; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 197 f.; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 76–78; *Pahud*, Statut (2013) 259–261; Pekuliargegenstände bei Plautus: *Žeber*, Study (1981) 39.

[151] Ulp. 17 ed. D. 6.1.41.1; Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.4; Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6 pr.; Petron. 53,2; *Žeber*, Study (1981) 42.

[152] Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.3–5; Scaev. 31 dig. D. 39.5.35 pr. etc. Bei *taxatio* erfolgten Abschläge vom Nennwert (Scaev. 2 quaest. D. 15.1.51). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 142, 170 f.; *Di Porto*, Impresa (1984) 248 f.; *Johnston*, Ess. Crook 10 f.; *Pahud*, Statut (2013) 351 f.; *Longo*, AUPA 59 (2015) 165; *Longo*, Scr. Corbino IV 424 f.

[153] Cels. 6 dig. D. 15.1.6; Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.4; D. 15.1.17; epigraphische Belege bei *Serrao*, Impresa (1989) 33–35; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 133–208.

[154] Z. B. Iul. 11 dig. D. 14.3.12; Ulp. 29 ed. D. 15.1.17; D. 15.1.19 pr.; Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6.3.

[155] Erhebliche *peculia* (erkennbar in tlw. enormen Freikaufssummen; z. B. UE 2,4; Plin. nat. 7,128 f.; *Schumacher*, Sklaverei (2001) 269) erklären auch das ausdifferenzierte rechtliche Regime

res/Geschäftsführer (Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.3) oder Vermögensverwalter (Ulp. 9 ed. D. 3.3.33 pr.) zur Bewirtschaftung heran. Ein *peculium* konnte im Ganzen vermacht oder veräußert werden;[157] vindizierbar waren die zugehörigen Sachen i. d.R. aber nur individuell.[158]

5. Erhöhung und Verringerung des *peculium*

27 Bei Pekulien von Sklaven rechnete man regelmäßig mit Veränderungen:[159] Ein *peculium* stieg durch Einnahmen,[160] Erbschaften, Legate,[161] Früchte und Kinder von *vicariae*;[162] Sachuntergänge minderten es und es endete bei Einziehung.[163] Was ein Sklave vom Herrn über den nötigen Unterhalt hinaus erhielt, wurde zu *peculium*.[164] Eine Erhöhung verlangte die tatsächliche Überlassung der Sache; bloße Buchungsvorgänge blieben unbeachtlich.[165]

(*Wacke*, Symp. Wieling 268).

[156] Nach dem Grundsatz *nemo videtur ipse in suo peculio esse*/niemand ist selbst in seinem *peculium* (Afr. 8 quaest. D. 15.1.38.2; Afr. 5 quaest. D. 33.8.16.1) zählte dessen Sachwert nicht dazu. Lit.: *Žeber*, Study (1981) 78 f.; *Wacke*, SZ 108 (1991) 136; *Wacke*, Iura 42 (1991) 56; *Platschek*, in: Harke, Africani Quaestiones 79–88.

[157] Paul. l. Falc. sing. D. 31.6; *Wacke*, Iura 42 (1991) 65 f. Zum Inhalt eines *legatum peculii* vgl. *Wacke*, Iura 42 (1991) 70–72. Zum Verkauf mit *peculium* s. Fn. 271.

[158] Iul. 78 dig. D. 6.1.56; Paul. l. Falc. sing. D. 31.6. Lit.: *Wacke*, Iura 42 (1991) 66; *Žeber*, Study (1981) 83 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 174 f.; *Gamauf*, Vindicatio (2001) 64–67. Zu Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6 pr. vgl. *Žeber*, Study (1981) 84 f.

Zur Frage, ob es eine *universitas* bildete: *Kirschenbaum*, Sons (1987) 44 f.; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 100 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 173–175; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 76.

[159] Marcian. 5 reg. D. 15.1.40; Paul. 4 Plaut. D. 13.5.20. Lit.: *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 178, 183; *Gamauf*, European Review of History – Revue européenne d'histoire 16 (2009) 336; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 197, 199 f.; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 76; *Pahud*, Statut (2013) 269–271; *Gamauf*, FS Bürge 235–239. Weitere Lit. bei *Fleckner*, in: Carlà/Gori, Gift Giving 225 Fn. 61. Zu „verarmten" Sklaven s. *Bürge*, RP 200 f.

[160] Tryph. 8 disp. D. 15.1.57.2; vgl. auch *Wacke*, SZ 108 (1991) 133 f., 136.

[161] Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.5; 15.1.19.1; Suet. Tib. 15,2. Lit.: *Scheidel*, SZ 110 (1993) 650; *Buchwitz*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 420–423; *Buchwitz*, Servus 225–229; *Buchwitz*, Scr. Corbino I 410.

[162] Tryph. 8 disp. D. 15.1.57.2; Pomp. 4 Q. Muc. D. 15.2.3; *Herrmann-Otto*, Ancilla (1994) 209 f.; *Roth*, JRA 18 (2005) 290; *Di Nisio*, Index 44 (2016) 141–153.

[163] Marcian. 5 reg. D. 15.1.40.1. Lit: *Buti*, Studi (1976) 22 f.; *Amirante*, St. Sanfilippo III 6 f.; *Aubert*, in: Carlsen/Lo Cascio, Agricoltura e scambi 179 f.

[164] Marcian. 5 reg. D. 15.1.40.1; zur Kleidung vgl. Pomp. 23 Sab. D. 15.1.25 pr. Lit.: *Žeber*, Study (1981) 25; *Burdese*, St. Sanfilippo I 74 f.; *Horak*, Iura 38 (1987) 158; *Serrao*, Impresa (1989) 63; *Wacke*, Iura 42 (1991) 58 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 170; *Gamauf*, Statuam (1999) 106 Fn. 2; *Wacke*, Symp. Wieling 267; *Bürge*, RP 185; *Behrends*, IuP 435 Fn. 55; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 122 f.; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 73 f.; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 292 Fn. 11.

[165] S. auch Fn. 84. Ein formloser „Schulderlass" seitens des *dominus* wirkte dagegen erhöhend (Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4.1; Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6.1). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 155; *Brinkhof*, Studie

6. Beendigung des *peculium*

a. *Ademptio peculii*/Einziehung des *peculium*

Ein Gewalthaber konnte jederzeit[166] ein *peculium* ganz oder teilweise[167] einziehen (*ademptio peculii*).[168] Gläubiger schützte die *dolus*-Klausel bei missbräuchlicher *ademptio* (→ Rn. 38).[169] Obwohl Quellen zur Praxis der *ademptio* fehlen, vermutet man seit *Jhering*, dass es gesellschaftlich verpönt war, Söhnen (und vielleicht genauso Sklaven)[170] Pekulien grundlos zu entziehen.[171] Ein Einzug bot sich als Sanktion für Fehlverhalten, Erfolglosigkeit oder Misswirtschaft[172] an. Dass mit legitimen Entziehungen **28**

(1978) 78 f.; *Mantello*, ‚Beneficium' (1979) 318; *Thilo*, Codex (1980) 141, 143–145; *Žeber*, Study (1981) 78, 80; *Burdese*, St. Sanfilippo I 91 f.; *Burdese*, St. Biscardi I 163 f.; *Wacke*, Iura 42 (1991) 58; *Bürge*, RP 189, 192; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 171; *Johnston*, Ess. Crook 9 f.; *Heinemeyer*, Freikauf (2013) 77; *Rainer*, Stellung (2015) 101 f.

[166] *Brinkhof*, Studie (1978) 165 f.; *Žeber*, Study (1981) 70; *Di Porto*, Impresa (1984) 245 f.; *Wacke*, Iura 42 (1991) 45, 73; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 470; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 171; *Di Porto*, in: Cerami/Di Porto/Petrucci, Diritto commerciale [2](2004) 58; *Wacke*, Symp. Wieling 252; *Pesaresi*, Peculio (2012) 95; *Fleckner*, in: Carlà/Gori, Gift Giving 217, 225; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 52; *Petrucci*, Lezioni (2015) 147; *Grebieniow*, in: Forschner/Willems, Acta diurna 124.

[167] Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4 pr.; Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.5; *Brinkhof*, Studie (1978) 166 f.; *Wacke*, Iura 42 (1991) 74; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 472 Fn. 10. Grenzen zog das *ius deductionis* (→ Rn. 36); s. *Buti*, Studi (1976) 212–215; *Miceli*, Struttura (2001) 148; *Pahud*, Statut (2013) 374.

[168] Bsp. für Einziehungen bei Sklaven: Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4 pr.; Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.1; Marcian. 5 reg. D. 15.1.40.1; Paul. 11 quaest. D. 15.1.53; Ulp. 29 ed. D. 15.3.1.1; D. 15.3.5.3; Iul. 11 dig. D. 15.3.14; Cels. 8 dig. D. 19.1.38; Paul. 5 quaest. D. 21.1.57.1; Ulp. 33 ed. D. 23.3.39 pr.; Paul. 54 ed. D. 41.4.2.12; Ulp. 41 Sab. D. 46.3.18; Gord. C. 4.14.5 (a.243); Diocl./Max. C. 7.23.1 (a.294); Gord. C. 8.42.3 (a.238); Frg. Vat. 261; Inst. 2.20.20; *servus publicus*: Pap. 14 resp. D. 40.3.3.

Bei Söhnen: Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.8; Pap. 11 quaest. D. 26.7.37.2; Frg. Vat. 260; bei Töchtern: Scaev. 14 dig. D. 34.4.31.3; Diocl. C. 5.18.7 (a.294); *Thilo*, Codex (1980) 146 f.; *Wacke*, Iura 42 (1991) 45 f., 79; *Ligios*, Index 34 (2006) 501–550; *Stepan*, Scaevola (2018) 63–67.

[169] Ulp. 29 ed. D. 15.1.21 pr.; D. 15.3.1.1. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 215; *Ligios*, Index 34 (2006) 523; *Stolfi*, TSDP 2 (2009) 48; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 381.

[170] So noch *Kaser*, SZ 58 (1938) 85–87 (85: „Sitte … es dem Hauskind und offenbar auch dem Sklaven zu belassen"); *Dumont*, Servus (1987) 124; *Kirschenbaum*, Sons (1987) 36 f.; *Buchwitz*, Servus 229; dazu auch *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 228 Fn. 48.

Interna zur (Vermögens-)/Organisation einer *familia* bleiben dunkel; vielleicht erklärt die Scheu vor einer *ademptio* einen Sachverhalt wie Ulp. 29 ed. D. 15.1.9 pr., dass ein Herr dem eigenen Sklaven etwas „entwendete".

[171] *Jhering* II 1 212 in Fn. 324; *Kaser* RPR I 287; ebenso z. B. *Wacke*, SZ 91 (1974) 254; *Žeber*, Study (1981) 70; *Wacke*, Iura 42 (1991) 93; *Saller*, Patriarchy (1994) 123–125; *Arjava*, JRS 88 (1998) 148; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 167 Fn. 20; *Wacke*, Symp. Wieling 252 f. Fn. 5; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 386; *Mouritsen*, Freedman (2011) 176; *Fleckner*, in: Carlà/Gori, Gift Giving 225; für jederzeitigen Entzug auch beim Hauskind dagegen *Wacke*, Iura 42 (1991) 62.

[172] Um Sklaven nicht zu demotivieren oder wegen geminderter Freilassungsaussichten (Plaut. Stich. 748) Widerstand hervorzurufen (→ § 36 Rn. 64), entzog man auch diesen *peculia* kaum leichtfertig. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 60 f.; *Boulvert*, Index 9 (1980) 173; *Žeber*, Study (1981) 70; *Johnston*, Ess.

(z. B. um Schulden des Gewalthabers zu tilgen)[173] zu rechnen war, indiziert deren oftmalige Nennung als negative Klagevoraussetzung (*peculium non ademptum* etc.).[174]

29 Zur *ademptio* reichte der Entschluss des Gewalthabers.[175] Gegenüber „Gläubigern" des Gewaltunterworfenen wurde sie mit der buchführungsmäßigen Umsetzung wirksam,[176] selbst wenn die Gegenstände des *peculium* tatsächlich beim Sklaven verblieben waren. Mit *ademptio* endete – außer bei *dolus* (→ Rn. 38) – jede an ein *peculium*[177] anknüpfende Haftung aus der *actio de peculio vel de in rem verso*.[178] Ein Hausohn blieb persönlich weiterhin haftbar.[179]

b. Weitere Beendigungsgründe

30 Tod oder Gewaltfreiheit des Trägers[180] beendeten das *peculium*; der Gewalthaber selbst blieb befristet aus der *actio annalis de peculio* verpflichtet (→ Rn. 44). Zusätzlich konnten nunmehr die *in potestate* begründeten Verbindlichkeiten gegen emanzipierte Söhne auch persönlich durchgesetzt werden;[181] Freigelassene, die zivil nicht verpflichtet waren, hafteten hingegen für „Schulden" aus ihrer Sklavenzeit nicht.[182]

Crook 11; *Frier/Kehoe*, in: Scheidel/Morris/Saller, Cambridge Economic History 131 f.; *Chiusi*, FS Wadle 74 f.; *Gamauf*, European Review of History – Revue européenne d'histoire 16 (2009) 338 f.; *Pahud*, Statut (2013) 371; *Kehoe*, in: Du Plessis, New Frontiers 182f; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 293.

[173] Z. B. Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.4; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 470.

[174] Paul. 5 quaest. D. 21.1.57.1; Ulp. 33 ed. D. 23.3.39 pr.; Pap. 11 quaest. D. 26.7.37.2; Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.1; Cels. 8 dig. D. 19.1.38 pr. Diocl./Max. C. 7.23.1 (a.294); zur Beweislast s. Scaev. 14 dig. D. 34.4.31.3.

[175] *Wacke*, Iura 42 (1991) 58; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 472 Fn. 10 hält eine Erklärung notwendig.

[176] Paul. 4 Sab. D. 15.1.8; Alf. 4 dig. D. 40.1.6; s. auch Sen. ben. 7,4,4. Lit.: *Brinkhof*, Studie (1978) 164–169; *Thilo*, Codex (1980) 139–141; *Di Porto*, Impresa (1984) 245 f.; *Wacke*, Iura 52 (1991) 58; *Johnston*, Ess. Crook 8; *Johnston*, in: Cairns/Du Plessis, Beyond Dogmatics 175.

[177] Eine berechtigte *ademptio* führte nicht zu *versum* (→ Rn. 40).

[178] Ulp. 29 ed. D. 15.3.1.1; D. 15.3.5.3. Lit.: *Wacke*, Iura 42 (1991) 73; *Chiusi*, Actio (2001) 174–176; *Miceli*, Struttura (2001) 307.

[179] Paul. 61 ed. D. 15.1.45; *Longo*, Filius (2003) 291; *Petrucci*, Storia (2007) 100.

[180] Nach Tod des Gewalthabers fiel ein *peculium* in den Nachlass (Pap. 12 resp. Frg. Vat. 294.1); dazu *Wacke*, SD 60 (1994) 470, 492; *Wacke*, Index 27 (1999) 526. Die direkte Klage gegen den nunmehr gewaltfreien Sohn ging auf das Ganze, die *actio annalis* (→ Rn. 44 f.) gegen ihn als Erben nur auf die Erbquote (Ulp. 29 ed. 15.1.30.3; D. 15.2.1.4 i. f.).

[181] Pap. 11 quaest. D. 26.7.37.2; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 486 f. Nach Emanzipation, Enterbung oder Entschlagung haftete ein Sohn auf *id quod facere potest*/das, was er leisten kann (sog. *beneficium competentiae*/Notbedarfseinrede → § 81 Rn. 7; Ulp. 29 ed. D. 14.5.2 pr. Lit.: *Wacke*, SDHI 60 (1994) 469–497; *Miceli*, Struttura (2001) 118–121; *Burdese*, SDHI 69 (2003) 657; *Klinck*, SZ 132 (2015) 133 f.; 143–145; *Babusiaux*, Pap. Quaest. 69 f.; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 25–27.

[182] Marcian. 6 inst. D. 33.8.18; Ulp. 29 ed. D. 15.2.1.5; Ulp. 7 disp. D. 44.7.14. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 245 f.; *Wacke*, Index 27 (1999) 539; *Miceli*, Struttura (2001) 288–291; *Pahud*, Statut (2013) 292–296, 339; *Longo*, Scr. Corbino IV 373–441.

V. Die Verurteilung *dumtaxat de peculio* – „soweit das *peculium* reicht“

1. Zweck

Ökonomisch erlaubte die *actio de peculio* indirekt Zugriff auf die Vermögenswerte im *peculium*, die der Gläubiger als Kreditbasis betrachtet hatte.[183] Der Gewalthaber haftete *pro viribus* mit dem Gesamtvermögen.[184] Von ihm an Pekuliargläubiger erbrachte Leistungen gingen intern auf Rechnung des *peculium* (→ Rn. 36).[185] 31

2. *Taxatio*/Wertfeststellung

Der Gewalthaber haftete auf den Wert des *peculium* beschränkt/*dumtaxat de peculio*.[186] Der Kläger trug die Beweislast für Bestand und Höhe des *peculium* und das Risiko, dass dieses durch für ihn nicht absehbare interne Abzugsposten entwertet war.[187] 32

Bei der *taxatio*[188] wurde der Saldo des *peculium* zum Urteilszeitpunkt[189] ermittelt, indem der Wert der zum *peculium* zählenden Sachen um interne Forderungen und 33

[183] Dazu Fn. 148. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 200; *Bürge*, RP 183 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 80; *Platschek*, in: Harke, Africani Quaestiones 80 (eine Parallele zur *noxae deditio* sieht *Dumont*, Servus (1987) 123); s. auch *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 426–430; *Pahud*, Statut (2013) 390–392.

[184] Lit.: *Apathy*, SZ 98 (1979) 400; *Kirschenbaum*, Sons (1987) 50; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 176 f.

[185] Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.8; D. 15.1.11.3, 5; D. 15.3.1.2. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 200; *Brinkhof*, Studie (1978) 193–196; *Žeber*, Study (1981) 71; *Wacke*, Index 27 (1999) 528 f., 531 f.; *Platschek*, in: Harke, Africani Quaestiones 82; *Platschek*, TR 80 (2012) 44 Fn. 20; *Pahud*, Statut (2013) 361 f., 393. S. auch in Fn. 245.

[186] Z. B. Ulp. 10 ed. D. 3.5.5.8; Ulp. 28 ed. D. 13.6.3.4; D. 14.1.1.22; Iul. 12 dig. D. 14.4.12; Pomp. 5 Sab. D. 15.1.2; Ulp. 29 ed. D. 15.1.5 pr., 1; Gai. 9 ed. provinc. D. 15.1.27.8; auch *peculio tenus/quatenus in peculio sit/quatenus peculium patitur* u. Ä.: Iul. 12 dig. D. 15.1.28; Paul. 5 quaest. D. 21.1.57 pr.; Tryph. 12 disp. D. 24.3.53; Maec. 1 fideic. D. 49.17.18.5; Paul. sent. 1.4.5; Inst. 4.6.10; Inst. 4.6.36; Inst. 4.7.4; Inst. 4.7.4b. Zum Vollstreckungsverfahren *Wacke*, Symp. Wieling 256 in Fn. 18, 279.

Eine darüberhinausgehende Leistung an Pekuliargläubiger war aufgrund der bestehenden Naturalobligation nicht als *indebitum* kondizierbar (Ulp. 35 Sab. D. 12.6.11). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 200 Fn. 116; *Pahud*, Statut (2013) 387 f.; *Platschek*. Pec. Const. 130 f.

[187] Lit.: *Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 132, 137; *Johnston*, Ess. Crook 10; *Johnston*, in: Cairns/Du Plessis, Beyond Dogmatics 179; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 201.

[188] *Kaser/Hackl*, ZP 316; *Bürge*, RP 186; *Grzimek*, Studien (2001); auch → § 12 Rn. 42.

[189] Lit.: *Žeber*, Study (1981) 71; *Petrucci*, Lezioni (2015) 147 f.; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 316.

Andere Zeitpunkte galten bei gewaltsamer Hinderung des Beklagten am Erscheinen vor Gericht (Ner. 1 resp. D. 15.1.55), Tod des Sklaven nach *litis contestatio* (Tryph. 8 disp. D. 15.1.57 pr.) oder einem *constitutum debiti* (→ § 71 Rn. 13–15; Ulp. 27 ed. D. 13.5.1.8; *Pesaresi*, Studi (2012) 60 Fn. 90; *Platschek*. Pec. Const. 129–135).

Nach Verkauf eines Sklaven *post litem contestatam*/nach Streitbegründung (→ § 12 Rn. 18) haftete der Verkäufer auch für ein danach erworbenes *peculium* (Paul. 30 ed. D. 15.1.43). Lit.: *Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 136; *Wacke*, Symp. Wieling 255 f. Fn. 18.

Schulden berichtigt wurde. War die Forderung eines Gläubigers nicht zur Gänze gedeckt, konnte er bei besserem Vermögensstand erneut klagen.[190] Der Grundsatz *occupantis causa melior*/Vorzug für den Zuvorkommenden[191] verlangte Befriedigung der Gläubiger in der zeitlichen Reihenfolge ihrer Urteile[192] und schloss „Rückstellungen" aus dem verfahrensgegenständlichen *peculium* zugunsten der Kläger in noch nicht entschiedenen Verfahren aus.[193]

34 Für „geschäftsunfähige" Gewaltunterworfene (→ Rn. 17) ging die Haftung nur bis zur Bereicherung des *peculium* aus dem Geschäft.[194]

35 Die Zu- und Abrechnungsposten für die *taxatio* der *actio de peculio* waren weitgehend dieselben wie bei einem vermachten *peculium* (→ § 60 Rn. 12, 14).[195]

3. Abzugsposten

36 Zu Lasten von Außengläubigern genoss der Gewalthaber das sog. *ius deductionis*[196]/Abzugsrecht:[197] Vom *peculium* wurden innerhalb des Haushalts bestehende

---

[190] Ulp. 29 ed. D. 15.1.30.4; auch gegen einen späteren Käufer von Sklaven und *peculium* (Ulp. 2 disp. D. 15.1.32.1); Sicherstellung für künftige Erhöhungen stand nicht zu (Paul. 4 Plaut. D. 15.1.47.2). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 207–210; *Brinkhof*, Studie (1978) 198 f.; *Di Porto*, Impresa (1984) 138–140; *Chiusi*, Actio (2001) 67 Fn. 62; *Petrucci*, Storia (2007) 91 f.; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 321 f.; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 199 f.; *Pesaresi*, Peculio (2012) 55; *Pahud*, Statut (2013) 387–389.

Eine Klage *de peculio* konsumierte die Naturalobligation nicht (Pap. 9 quaest. D. 15.1.50.2). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 207 f.; *Bürge*, SZ 106 (1989) 261; *Longo*, Labeo 44 (1998) 377–413; *Miceli*, Struttura (2001) 255–258; *Pesaresi*, Peculio (2012) 125 Fn. 218. Ließ das *peculium*, das ein Sklave vom Nießbraucher hatte, keine volle Befriedigung zu, konnte auch der Eigentümer geklagt werden (bzw. *vice versa*) (Iul. 12 dig. D. 15.1.37.3).

Für eine weitere Klage war die Befreiungswirkung der ersten *litis contestatio* zu beseitigen (Ulp. Fragmentum Argentoratense FIRA II, 308 f.); *Chiusi*, Actio (2001) 78 f.; *Sturm*, Symp. Wieling 240 Fn. 40; *Pesaresi*, Peculio (2012) 35–38.

[191] Zur Formulierung vgl. *Bürge*, SZ 106 (1989) 248–252; Paul. 30 ed. D. 14.4.6; Gai. 9 ed. provinc. D. 15.1.10; Paul. 4 quaest. D. 15.1.52 pr.; Paul. 6 Plaut. D. 42.1.19 pr. Deswegen sollten Gläubiger „wachsam" sein (Ulp. 29 ed. D. 15.1.21 pr.).

[192] Vorrang (in Analogie zum Generalpfandrecht zur Sicherstellung der *dos*; → § 35 Rn. 108, 89 Rn. 34, 36) genoß allerdings die Rückzahlung der „Mitgift" aus einer „Sklavenehe" (→ § 36 Rn. 12; Ulp. 33 ed. D. 24.3.22.13); *Buti*, Studi (1976) 139; *Willvonseder*, Verbindungen (2010) 42.

[193] Gai. 9 ed. provinc. D. 15.1.10. Lit.: *Bürge*, SZ 106 (1989) 260–268; *Bürge*, RP 187; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 198; *Pahud*, Statut (2013) 392 f.

[194] Ulp. 29 ed. D. 15.1.1.4; ebenso Diocl./Max. C. 4.26.11 (a.294); s. *Chiusi*, Actio (2001) 76 f.; anders *Rainer*, Stellung (2015) 228. Ähnliche Entscheidung zur *actio institoria* in Gai. 9 ed. prov. D. 14.3.10.

[195] Ulp. 2 Sab D. 33.8.6.4. Lit.: *Nörr*, Rechtskritik 125 f.; *Žeber*, Study (1981) 77–80; *Burdese*, St. Biscardi I 161–163; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 172; *Bürge*, RP 189 f.

[196] So Iul. 12 dig. D. 15.1.14.1; ähnlich Ulp. 29 ed. D. 14.4.1 pr.; D. 14.4.5.7 (*privilegium*); Ulp. 33 ed. D. 26.7.11 (*praerogativa deductionis*). Begründet wurde es damit, dass der Gewalthaber seine „Ansprüche" vor allen andern Gläubigern verfolgt bzw. das ihm Geschuldete nicht als *peculium*

„Schulden“ seines Trägers rechnerisch in Abschlag gebracht.[198] Solche Posten kamen bei Transaktionen zwischen Sklaven und Herrn[199] oder Tätigkeiten des Sklaven für unmittelbare Interessen des Herrn[200] zustande. Dasselbe geschah wegen „Ansprüchen“ von Personen, für die der Gewalthaber Geschäfte führte (Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.4), seiner *socii*[201] oder anderer Gewaltunterworfener.[202] Abzugsfähig waren weiters Leistungen des Herrn zugunsten des Sklaven oder des *peculium*[203] oder vom Sklaven innerhalb der *familia* zu vertretende Schäden.[204] Zusätzliche Abzugsmöglichkeiten bestanden bei Pekulien von Haussöhnen.[205] Zur Vermeidung von Manipulationen mussten interne Transaktionen in ökonomischer Hinsicht zivilen Obligationen entsprechen/*ex causa civili* (Pomp. 4 Q. Muc. D. 15.1.49.2).[206] Berechnet wurde all das auf Basis der Buch-

---

konzediert hätte (Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.2, 4, 5). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 218–220; *Bürge*, SZ 106 (1989) 277 Fn. 83; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 172; *Giachi*, Studi (2005) 553–555; *Stolfi*, TSDP 2 (2009) 49 f.

[197] Dieses kannte schon Servius (Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.3). Lit.: *Žeber*, Study (1981) 24; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 80; *Miceli*, Struttura (2001) 140 f.; *Pesaresi*, Peculio (2012) 77–95; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 200 f.; *Pahud*, Statut (2013) 365–375.

Der Abzug setzte voraus, dass der Gewalthaber das ihm Zustehende nicht anders erlangen konnte (Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.6). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 136 f.; *Žeber*, Study (1981) 71 f.; *Miceli*, Struttura (2001) 139–149; *Kroppenberg*, Insolvenz 130 f.; *Petrucci*, Storia (2007) 89 f.; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 320 f.

Zu beweisen waren solche Posten aus den *rationes* von Herrn und Sklaven.

[198] Ausnahme zugunsten von Mündeln in Ulp. 33 ed. D. 26.7.11; generell kein privilegiertes Abzugsrecht gab es bei einem Handelspekulium und der *actio tributoria* (→ § 103 Rn. 9).

[199] Z. B. Gai. 4.73; Pomp. 4 Q. Muc. D. 15.1.49.2; Paul. 4 quaest. D. 15.1.52 pr., 1.

[200] Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.2; Pomp. 4 Q. Muc. D. 15.1.49.1.

[201] Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.9; anders bei *bonae fidei possessores* oder Nießbrauchern: Ulp. 29 ed. D. 15.1.13; Ulp. 29 ed. D. 15.1.15; *Pahud*, Statut (2013) 371.

[202] Sklaven: Ulp. 25 Sab. D. 33.8.8.2 (*Žeber*, Study (1981) 82); Hauskinder: Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6 pr.

[203] Zahlung von Pekuliarschulden (vgl. Fn. 185); Schuldübernahmen (Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.1); Zahlung der *litis aestimatio* anstelle einer *noxae deditio* (Ulp. 29 ed. D. 15.1.11 pr.; Afr. 5 quaest. D. 33.8.16 pr.; Lit.: *Žeber*, Study (1981) 78–80; *Gamauf*, European Review of History – Revue européenne d'histoire 16 (2009) 337 f.; *Platschek*, in: Harke, Africani Quaestiones 81–85; *Pesaresi*, Studi (2012) 106 f.; *Pahud*, Statut (2013) 352 f.); vgl. auch Inst. 4.8.3 (*Meincke*, in: Kroppenberg/Löhnig/Schwab, Recht – Religion – Verfassung 169).

[204] Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.1; Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4.3, 4; Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.6; Gai. 9 ed. provinc. D. 15.1.27.1; Paul. 4 Sab. D. 33.8.9.1; aber keine Buße Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.6. Lit.: *Stolfi*, TSDP 2 (2009) 48; *Gamauf*, European Review of History – Revue européenne d'histoire 16 (2009) 338.

Bei absichtlicher Selbstschädigung (nicht jedoch Krankheit) wurden Heilungskosten, aber nicht die Wertminderung abgezogen (Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.7; Paul. 4 Sab. D. 33.8.9.2). Lit.: *Brinkhof*, Studie (1978) 192 f.; *Honoré*, Ulpian [2](2002) 87; *Belocci*, in: Moggi/Cordiano, Schiavi e dipendenti 379; *Manfredini*, Suicidio (2008) 161–165; *Frantzen*, Mors (2012) 117–120. S. auch Fn. 156.

[205] Urteilsschulden (Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.11; Ulp. 41 Sab. D. 9.4.35; *Erxleben*, Translatio (2017) 233–240); Amtsschulden (Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.13); Beerdigungskosten (Paul. 4 quaest. D. 15.3.19; Lit. Fn. 251); Ansprüche aus Schiedsverträgen (Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.10).

[206] Weiters Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.6; Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6.4; Iav. 2 post. Lab. D. 35.1.40.3; Ulp. 27

führung (→ Rn. 23). Ein „Anspruch" konnte nur in einem Verfahren Berücksichtigung finden (Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.3). Bei Klagen wegen *servi vicarii*[207] waren die Abzüge je nach dem von den Pekulien der Vikar- bzw. Obersklaven zu machen.[208]

4. Hinzurechnungsposten

37 Vermehrt wurde das *peculium* um das, was dem Sklaven intern aus „Forderungen" gegen Herrn[209] und Mitsklaven[210] oder für durch Mitsklaven (nicht aber den *dominus*)[211] zugefügte Schäden[212] zustand bzw. was der *dominus* aus Pekuliarforderungen erlangt hatte.[213]

Sab. D. 40.7.3.2. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 135, 139 f.; *Brinkhof*, Studie (1978) 147; *Mantello*, ‚Beneficium' (1979) insb. 225–241, 280–287, 311–314; *Thilo*, Codex (1980) 147–149; *Žeber*, Study (1981) 32 f.; *Burdese*, St. Biscardi I 161–163; *Bürge*, RP 187 f.; *Ligios*, Index 34 (2006) 512–515; *Platschek*, in: Harke, Africani Quaestiones 84 f.; *Pahud*, Statut (2013) 355–363; *Pesaresi*, Peculio (2012) 91–95; *Longo*, AUPA 59 (2015) 157–160.

Formalisiert wurde dieses System der internen Abrechnungsposten im Konzept der Naturalobligation; vgl. *Miceli*, Struttura (2001) 177–181; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 380; *Pesaresi*, Peculio (2012) 81–83; zum „natürlichen" Regressanspruch zugunsten des *peculium* s. *Chiusi*, Actio (2001) 45; *Harke*, RIDA 52 (2005) 177 f.; *Klausberger*, RIDA 56 (2009) 86 f.; *Pahud*, Statut (2013) 433 f. Fn. 1573.

[207] Konkurrenz zwischen Klagen *de peculio* wegen Ober- und Vikarsklave: Ulp. 29 ed. D. 15.1.19 pr., 1 (*Pesaresi*, Studi (2012) 66 Fn. 101).

[208] Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.1 (dazu auch → § 103 Rn. 4); D. 15.1.17; Paul. 4 quaest. D. 15.1.18; Afr. 8 quaest. D. 15.1.38.2; Afr. 5 quaest. D. 33.8.16. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 133 f.; *Amirante*, St. Sanfilippo III 13 f.; *Di Porto*, Impresa (1984) 276 f., 290–292; *Žeber*, Study (1981) 41, 78 f.; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 59–62, 75–81, 235–241; *Di Porto*, Ric. Gallo III 426f; *Miceli*, Struttura (2001) 145–149; *Reduzzi Merola*, Forme [2](2010) 23 f.; *Platschek*, in: Harke, Africani Quaestiones 81–85.

[209] Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.3; Iav. 2 post. Lab. D. 35.1.40.3; Ulp. 27 Sab. D. 40.7.3.2; Lit. Fn. 206. „Ansprüche" des Sklaven anerkannte Servius noch nicht (Iav. 2 post. Lab. D. 35.1.40.3). Lit.: *Amirante*, St. Sanfilippo III 4; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 80 f.; *Watson*, Origins (1991) 269 f.; *Kaser*, Ius gentium (1993) 158 f.; *Bürge*, RP 189; *Harke*, RIDA 52 (2005) 177 f.; *Reduzzi Merola*, Forme [2](2007) 21–27; *Pesaresi*, Peculio (2012) 91 f.; *Longo*, AUPA 59 (2015) 157–160; *Longo*, Scr. Corbino IV 412–415.

[210] Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.7 (*Platschek*, TR 80 (2012) 45 f.; *Rainer*, Stellung (2015) 105); Ulp. 25 Sab. D. 33.8.8.2 (*Žeber*, Study (1981) 82); ebenso Ansprüche von Kindern (Ulp. 25 Sab. D. 33.8.6 pr.); auch → Rn. 36.

[211] Ulp. 29 ed. D. 15.1.9 pr., 1; *Žeber*, Study (1981) 40; *Stolfi*, Studi II (2001) 431 f.; *Pahud*, Statut (2013) 359 Fn. 1274.

[212] Dazu Fn. 204.

[213] Ulp. 29 ed. D. 15.1.7.5; D. 15.1.9.1. Lit.: *Burdese*, St. Biscardi I 160; *Buti*, Studi (1976) 168 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 184–186; *Longo*, Scr. Corbino IV 423 f.

5. Die *dolus*-Klausel

Zusätzlich zum Ergebnis der *taxatio* hatte ein Richter aufgrund der *dolus*-Klausel[214] (*si quid dolo malo Numerii Negidii factum est, quo minus peculii esset*/wenn der Beklagte arglistig eine Verringerung des *peculium* bewirkt hat)[215] bei einer *condemnatio* zu berücksichtigen, was dem *peculium* dolos[216] entzogen worden war. Allerdings ist die Kasuistik spärlich: Ulp. 29 ed. D. 15.1.21 pr.[217] nennt (grundlose) *ademptio*,[218] Duldung von Misswirtschaft[219] oder Beiseiteschaffen von Vermögen (entgegen *occupantis causa melior*; → Rn. 33) für andere Gläubiger. Weiters fiel auch die Nichtrestitution von Sachen durch den Gewalthaber darunter, die ein Gewaltunterworfener zurückzugeben hatte.[220] Nicht dolos waren jene Entnahmen, für die das *peculium* einen Gegenwert bekam,[221] wenn der Herr eine „Forderung“ gegen den Sklaven hatte[222] oder diese zur Befriedigung von Pekuliargläubigern dienten.[223] Wegen des dolos entzogenen Wertes konnte nur einmal verurteilt werden.[224] Hatten Dritte ein *peculium* dolos verringert, haftete der Gewalthaber auf *id quod pervenit*.[225] 38

---

[214] Ulp. 2 disp. D. 15.1.36 (s. Fn. 220) und Paul. 11 ed. D. 4.3.20 pr. (s. Fn. 50) lassen vermuten, dass der Abschnitt erst nachträglich in die Formel kam; s. *MacCormack*, St. Biscardi II 322.

[215] Paul. 30 ed. D. 15.1.26; Ulp. 2 disp. D. 15.1.36; Ulp. 29 ed. D. 15.1.5 pr.

[216] *Johnston*, Ess. Crook 11 vermutet, dass dolose Verringerungen – wie die *actio de dolo* (→ § 94 Rn. 27) – nur binnen Jahresfrist geltend gemacht werden konnten.

[217] *Brinkhof*, Studie (1978) 196 f.; *Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 129–136; *Buti*, Studi (1976) 171 f. zählt auch die Nichtbetreibung von Pekuliarforderungen dazu.

[218] Weiters Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.4, D. 15.3.1.1. Lit.: *Wacke*, SDHI 60 (1994) 471 f. Fn. 8; *Petrucci*, FS Serrao 224 f.; *Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 135 f.; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 381.

Widerlegbar war ein Verdacht dolosen Einzugs mithilfe der Buchhaltung (*Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 131 f.); nach doloser *ademptio* war die Klage unbeschränkt und keine *actio annalis* (*Wacke*, SDHI 60 (1994) 488 Fn. 63).

[219] Eine *actio servi corrupti* gegen einen Anstifter dazu gibt in dem Fall Ulp. 23 ed. D. 11.3.1.5; vgl. → § 36 Rn. 42 und Fn. 141. Als Fälle von *intricare*/Misswirtschaft werden vermutet: Schaffung undurchsichtiger Pekuliarstrukturen (*Johnston*, Ess. Crook 12 f.) oder von Beweisproblemen (*Johnston*, in: Cairns/Du Plessis, Beyond Dogmatics 178 f.); Vergeudung des *peculium* (*Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 133).

[220] Ulp. 2 disp. D. 15.1.36. Lit.: *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 315; *Chiusi*, Actio (2001) 100–103; *ter Beek*, Dolus I (1999) 174 f.

[221] *Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 137.

[222] Paul. 30 ed. D. 15.1.26; *Bürge*, RP 187 f.

[223] Ulp. 29 ed. D. 15.1.21 pr.

[224] Paul. 30 ed. D. 15.1.26.

[225] *Tutor, curator*, Verkäufer des Sklaven, Erblasser (Ulp. 29 ed. D. 15.1.21.1, 2; D. 15.1.30.7). Lit.: *Knütel*, FG Kaser 116 f.; *Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 135; *Chiusi*, Contributo (1993) 373.

VI. Die Verurteilung *de in rem verso*/wegen unmittelbarer Zuwendung in das Vermögen des Gewalthabers und die *actio de in rem verso*

39 Aufgrund der Aufteilung des Vermögens innerhalb einer *familia* (→ Rn. 4) kam die Verurteilung *de in rem verso* bzw. eine selbständige *actio de in rem verso*[226] in Frage, sobald ein Gewaltunterworfener ein Geschäft nicht für sein Sondergut,[227] sondern unmittelbar für Rechnung des Gewalthabers geführt hatte. Das zeigte die Geschäftsführungsabsicht des Gewaltunterworfenen[228] und/oder ein zur Zeit des Urteils im unmittelbaren Vermögen des Gewalthabers (*res domini/patris*)[229] vorhandener Vorteil/*versum*[230] (→ Rn. 40, 42; woran der gemeinrechtliche Versionsanspruch[231] anknüpfte). Diese Klage- bzw. Verurteilungsmöglichkeit kam zum Tragen, wenn kein *peculium* bestand,[232] dieses keine volle Befriedigung des Klägers zuließ[233] oder die *actio annalis* (→ Rn. 44–46) verfristet[234] war.

[226] *Chiusi*, Actio (2001) 52 f., 55, 59–63, 66–85; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 360; *MacCormack*, St. Biscardi II 320–324 hält diese *condemnatio* für in der Klassik subsidiär (z. B. Ulp. 29 ed. D. 15.3.1 pr., 1).

[227] Ein solches war keine Klagsvoraussetzung; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 319; *Chiusi*, *Actio* (2001) 20 Fn. 18; *Klausberger*, RIDA 61 (2014) 219 f.; *Rainer*, Stellung (2015) 31; zur Gegenmeinung bei *Miceli*, Struttura (2001) 298–300.

Darlehen zur Zahlung von Pekuliarschulden führten trotz Befreiung des *dominus* daher zu keiner Version (Paul. 30 ed. D. 15.3.11; *Buti*, Studi (1976) 208–210; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 343; *Miceli*, Struttura (2001) 163 f., 174 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 147 f.).

Ulp. 29 ed. D. 15.3.10.3 gestattet die *actio iudicati* (→ § 14 Rn. 5) als *actio de in rem verso* (in Höhe des *peculium*), wenn die *litis contestatio* des als *defensor patris* → § 12 Rn. 60–81 auftretenden Haussohnes die *actio de peculio* gegen den Vater konsumiert hatte. Lit.: *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 326 f. (itp.); *Chiusi*, Actio (2001) 56–59; *Miceli*, Struttura (2001) 79–81; *Bürge*, in: Corbino/Humbert/Negri, Homo, caput, persona 383 f.; *Erxleben*, Translatio (2017) 244–251.

[228] Dazu *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 360–365; *Bürge*, RP 180; *Bürge*, SZ 106 (1989) 265–268; *Chiusi*, Actio (2001) 43–45; *Chiusi*, FS Knütel 208 f.; *Klausberger*, RIDA 56 (2009) 89 f.; *Pahud*, Statut (2013) 444–446, 448 Fn. 1612; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 53–65; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 313.

Zu einer Versionsabsicht beim Gläubiger s. *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 356; *Chiusi*, Actio (2001) 129.

[229] Zur Verbuchung *Pahud*, Statut (2013) 448 und → Rn. 23. *De peculio* klagbar war die *versio* im *peculium* eines *servus ordinarius* (Afr. 8 quaest. D. 15.3.17.1; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 337; *Chiusi*, Actio (2001) 96–98).

[230] Zur sog. Bereicherungstheorie vgl. *Klausberger*, RIDA 56 (2009) 76 f.; zur Kasuistik *MacCormack*, St. Biscardi II 338.

[231] Zum Versionsanspruch und zur gemeinrechtlichen Sicht der *actio de in rem verso* s. *Chiusi*, Actio (2001) 1–13; *Schäfer*, in HKK-BGB III 2655–2658; *Chiusi*, FS Knütel 201 Fn. 26; *Klausberger*, RIDA 56 (2009) 75–90; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Economia (2018) 315.

[232] Z. B. nach *ademptio* oder Tod des Sklaven Ulp. 29 ed. D. 15.3.1.1; *Chiusi*, Actio (2001) 51 f.

[233] Ulp. 29 ed. D. 15.3.1 pr. Lit.: *Chiusi*, Actio (2001) 50 f.; *Miceli*, Struttura (2001) 308 f.; *Petrucci*, Storia (2007) 83 f.; *Pahud*, Statut (2013) 325–336 zum *servus sine peculio*.

[234] Ulp. 29 ed. D. 15.3.1.1; D. 15.3.10.3. Lit.: *MacCormack*, St. Biscardi II 330 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 51 f., 56–59; *Erxleben*, Translatio (2017) 246–248.

1. Passivlegitimation

Zu *versum* wurde eine aus dem *peculium* an den Gewalthaber[235] übergegangene[236] Sache oder für ihn verwendetes Geld,[237] falls er keine entsprechende „Forderung" gegen das *peculium*[238] (→ Rn. 36, 38) gehabt oder diesem keine gleichwertige[239] Gegenleistung erbracht hatte[240] und für die Vermögensverschiebung auch kein sonstiger Grund (*ademptio*,[241] Schenkung an Herrn[242] oder Vater,[243] Freikauf *suis nummis*;[244] → § 36 Rn. 64) existierte. Eine *versio* konnte nachträglich entfallen, wenn ihr Wert wieder ins *peculium* kam.[245] Bei Sklaven im Miteigentum haftete nur der vom *versum* profitierende Herr.[246] **40**

2. Aktivlegitimation

Klagen konnte der Verkäufer einer für den Gewalthaber erworbenen Sache und wer im Hinblick auf ihren Erwerb einem Gewaltunterworfenen Kredit gegeben hatte.[247] *Ver-* **41**

---

[235] Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.1; D. 15.3.5.3; Tryph. 1 disp. D. 15.3.6. Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 348–351; *Chiusi*, Actio (2001) 174–176; *Stolfi*, Studi II (2001) 438–440; *Pahud*, Statut (2013) 444, 449 Fn. 1612; *Petrucci*, Lezioni (2015) 146 f.

[236] Dessen Eigentumserwerb allein bewirkte noch kein *versum* (Ulp. 29 ed. D. 15.3.7.2). Lit.: *MacCormack*, St. Biscardi II 328–330; *Benke*, SZ 104 (1987) 224 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 169 f.

[237] Antonin. C. 4.26.3 (a.215).

[238] Paul. 11 ed. D. 4.3.20 pr. (Lit. in Fn. 50); Ulp. 29 ed. D. 15.3.10.7–9. Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 334 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 141–146, 148–150; *Stolfi*, Studi II (2001) 441–451; *Chiusi*, FS Knütel 208; *Pahud*, Statut (2013) 452 f.

[239] Alf. 2 dig. D. 15.3.16. Lit.: *Claus*, Stellvertretung (1973) 74–76; *Mantello*, ‚Beneficium' (1979) 266–268; *MacCormack*, St. Biscardi II 324–328; *Roth*, Alfeni Digesta (1999) 66–69; *Chiusi*, Actio (2001) 90–95; *Aubert*, in: Carlsen/Lo Cascio, Agricoltura e scambi 169–173; *Pahud*, Statut (2013) 243 f. Fn. 840; *Jurewicz*, Scr. Corbino IV 31–47.

[240] *Pahud*, Statut (2013) 450–452.

[241] Ulp. 29 ed. D. 15.3.1.1; D. 15.3.5.3; Lit. in Fn. 178 und 235.

[242] Ulp. 29 ed. D. 15.3.7 pr. (anders zur schenkungsweisen Zahlung einer Forderung Ulp. 29 ed. D. 15.3.7.1). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 77–80; *Brinkhof*, Studie (1978) 212 f.; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 351 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 177–180; *Miceli*, Struttura (2001) 175 f., 304–307.

[243] Ulp. 29 ed. D. 15.3.10.2. Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 341; *Chiusi*, Actio (2001) 138 f.

[244] Iav. 12 Cass. D. 15.3.2; Ulp. 29 ed. D. 15.3.3 pr. Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 320; *Chiusi*, Actio (2001) 160–163; *Heinemeyer*, Freikauf (2013).

[245] Rückzahlung an den Sklaven: Ulp. 29 ed. D. 15.3.10.6. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 166 f.; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 356 f.; *ter Beek*, Dolus II (1999) 746 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 180–183; *Miceli*, Struttura (2001) 302–304; *Chiusi*, FS Knütel 209; *Klausberger*, RIDA 56 (2009) 77 f.; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 55 f.

Tilgung von Pekuliarschulden: Ulp. 29 ed. D. 15.3.1.2. Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 324–326; *Chiusi*, Actio (2001) 53–56; *Miceli*, Struttura (2001) 304 Fn. 165; *Stolfi*, Studi II (2001) 436 f.; *Stolfi*, Studi I (2002) 554–557.

[246] Ulp. 29 ed. D. 15.3.13; Iul. 11 (12) dig. D. 15.3.14 (zur *inscriptio* Pal I 352). Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 326 f., 338 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 60–63.

[247] Befriedigt wurde, wer zuerst ein Urteil erlangte (*occupantis causa melior* → Rn. 33): Ulp. 29 ed.

sum oder Geschäftsführungsabsicht des Gewaltunterworfenen hatte der Kläger zu beweisen (Gai. inst. 4.74).[248] Falltypen waren: für den Gewalthaber notwendige Aufwendungen und Anschaffungen,[249] Erfüllung seiner rechtlichen[250] oder moralischen[251] Verpflichtungen, Kreditgewährung an Dritte[252] oder Rechtshandlungen von Haussöhnen zugunsten des *pater familias*.[253]

42 Bestand kein *versum*, weil in Angelegenheiten des Gewalthabers aufgenommenes Geld[254] oder für ihn angeschaffte Sachen[255] untergegangen waren, reichte die Ge-

---

D. 15.3.3.10; Gai. 9 ed. prov. D. 15.3.4. Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 332, 355 f.; *Bürge*, SZ 106 (1989) 266–268; *Chiusi*, Actio (2001) 127–131; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 58 f. Fn. 4224.

Zum Verhältnis von Kreditierungsverbot im *SC Macedonianum* → § 34 Rn. 46 und Version *Wacke*, SZ 112 (1995) 281–287; *Miceli*, Struttura (2001) 102–116; *Pesaresi*, Peculio (2012) 141.

[248] *Pahud*, Statut (2013) 464 f.

[249] Rettung von Gebäuden, Unterhalt für die *familia* oder den Sklaven selbst: Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.1, 3, 7, 10; Paul. sent. 2.9.1; Inst. 4.7.4a. Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 347 f.; *MacCormack*, St. Biscardi II 335 f.; *Wacke*, Iura 42 (1991) 57; *Gamauf*, Statuam (1999) 109 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 120–124, 132 f.; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 58–62 Fn. 4224.

Sonstige, notwendige Anschaffungen: Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.8; Paul. sent. 2.9.1; Inst. 4.7.4a. Lit.: *Chiusi*, Actio (2001) 120, 132 f.; *Chiusi*, FS Knütel 204.

[250] Schuldtilgung: Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.1; D. 15.3.7.4; Paul. sent. 2.9.1. Lit.: *MacCormack*, St. Biscardi II 333 f.; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 342 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 133–135.

[251] Bestattungsaufwand: Paul. 4. quaest. D. 15.3.19; Ulp. 29 ed. D. 15.3.7.3. Lit: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 322–324, 361; *MacCormack*, St. Biscardi II 332 f.; *Schmidt-Ott*, Quaestiones (1993) 45–49; *Chiusi*, Actio (2001) 85–90, 152 f.; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 59 in Fn. 4224; *Scheibelreiter*, SZ 134 (2017) 217 f.

Mitgiftbestellung: Ulp. 29 ed. D. 15.3.7.5; Paul. 30 ed. D. 15.3.8; Iav. 12 Cass. D. 15.3.9; Paul. 2 sent. D. 14.6.17 = Paul. sent. 2.9.2; Ulp. 31 Sab. D. 23.3.5.8; Scaev. 1 resp. D. 15.3.20 pr.; Scaev. 5 dig. D. 15.3.21. Lit.: *MacCormack*, St. Biscardi II 335 f.; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 320, 339 f., 343; *Chiusi*, Actio (2001) 75–77, 153–160; *Stolfi*, Studi II (2001) 440 f.; *Chiusi*, FS Knütel 207 f.

[252] Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.5. Ebenso bei Zahlung einer Nichtschuld, da der *pater familias* die *condictio* erwarb (Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.1). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 73 f.; *MacCormack*, St. Biscardi II 336 f.; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 333; *Chiusi*, Actio (2001) 163–165; *Miceli*, Struttura (2001) 301 f.; *Stolfi*, Studi I (2002) 428–431; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 26 f.

[253] Bürgschaften: Ulp. 29 ed. D. 15.3.10 pr.; Ulp. 7 disp. D. 46.1.10.2. Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 357–359; *Wacke*, Index 27 (1999) 536–539; *Chiusi*, Actio (2001) 135–139; Schuldübernahme: Ulp. 29 ed. D. 15.3.10.2; *Chiusi*, Actio (2001) 138 f.; *constitutum debiti*: Ulp. 2 disp. D. 15.3.15; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 359 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 140 f.; Bezahlung gemeinsamer Schulden: Ulp. 29 ed. D. 15.3.10.10; *Chiusi*, Actio (2001) 146 f.; Prozessführung für den Vater: Ulp. 29 ed. D. 15.3.10.1; *Erxleben*, Translatio (2017) 235 f.

[254] Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.10; Afr. 8 quaest. D. 15.3.17 pr. Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 335 f.; *Bürge*, SZ 106 (1989) 266–268; *Klausberger*, RIDA 56 (2009) 82–84; *Klausberger*, RIDA 61 (2014) 217–227; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 61.

[255] Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.7, 8, 10. Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 333–335; *Chiusi*, Actio (2001) 124 f., 127–131; *Chiusi*, FS Knütel 204; *Klausberger*, RIDA 56 (2009) 78–82; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 60 f. Ähnlich zum *SC Macedonianum* (→ § 70 Rn. 46) Marcian. 4. reg. D. 46.3.47.1; *Wacke*, SZ 112 (1995) 285–287.

schäftsführungsabsicht[256] des Gewaltunterworfenen zur Haftung.[257] Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.2[258] zog für den Anspruch des Gläubers dieselben Kriterien heran wie beim Regress von *procurator*, Mandatar (→ § 82 Rn. 42) oder *negotiorum gestor*[259] (→ § 83 Rn. 35 f.).[260]

3. *Taxatio*/Wertfestellung

Die Höhe des *versum* entsprach der Vermögenserhöhung durch eine Sache[261] (höchstens aber deren Preis),[262] einer Ersparnis[263] bzw. dem abgewendeten Nachteil.[264] Bei notwendigen Sachen stellte man auf die vereinbarte Gegenleistung, sonst den Sachwert ab.[265] Nicht notwendige Anschaffungen waren bei Genehmigung des Gewalthabers *versum*;[266] Luxusaufwendungen wurden nach Geschäftsführungsgrundsätzen bewertet (Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.4, 6).[267] **43**

---

[256] Das Risiko einer Täuschung über diese trug der Geschäftspartner (Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.9). Lit.: *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 354 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 165–169; *Pahud*, Statut (2013) 453 f.; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 59 f. Fn. 4224. Anders war das bei den *actiones exercitoria* (Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.9) und *institoria* (Afr. 8 quest. D. 14.1.7.2); *Wacke*, SZ 111 (1994) 307; *Miceli*, Struttura (2001) 194–196; *Giomaro*, Mutuo (2012) 110–112, 150–152.

[257] S. auch Ulp. 29 ed. D. 15.3.5 pr.

[258] Diesen Geschäftsführungsgedanken betonte gerade Ulpian. Lit.: *Brinkhof*, Studie (1978) 209 f.; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 363–365; *Chiusi*, Actio (2001) 43–45, 126, 180; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 59 f. in Fn. 4224.

[259] Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.8. Die Kasuistik zum nachträglichen Entfall gleicht der zur *negotiorum gestio* (Ulp. 13 ed. D. 3.5.9.1; → § 83 Rn. 38). Lit.: *Chiusi*, Actio (2001) 126 f., 184 f.; *Chiusi*, FS Knütel 204 f., 209; *Klausberger*, RIDA 56 (2009) 78–82; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 60 f.

[260] *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 335 f., 348 f., 363 f.; *Chiusi*, Actio (2001) 43–45; *Chiusi*, FS Knütel 205 f.; *Klausberger*, RIDA 56 (2009) 84–87; *Klausberger*, RIDA 62 (2014) 224–226; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 54–56; zu den parallelen ökonomischen Risiken *Kehoe*, in: Kehoe/McGinn, Ancient Law, Ancient Society 123 f.

[261] Indirekte Vorteile ohne unmittelbare Vermögenserhöhung (z. B. Bürgschaft für einen Kredit in Angelegenheiten des Herrn) erzeugten keinen Anspruch (Ner. 7 membr. D. 15.3.18; Ulp. 29 ed. D. 15.1.3.7). Lit.: *Greiner*, Opera (1973) 109 f.; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 321; *ter Beek*, Dolus II (1999) 882 Fn. 2; *Chiusi*, Actio (2001) 69–72.

[262] Ulp. 29 ed. D. 15.3.12; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 331; *Chiusi*, Actio (2001) 131 f.

[263] Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.3; Lit. in Fn. 249.

[264] Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.2; Lit. in Fn. 260.

[265] Genehmigung war keine Voraussetzung (Ulp. 29 ed. D. 15.3.5 pr., 1). Lit.: *Chiusi*, Actio (2001) 28–30.; *Stolfi*, Studi II (2001) 4523–455; *Kacprzak*, Ratihabitio (2002) 98 f.; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 57 f.

[266] Ulp. 29 ed. D. 15.3.5.2. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 101; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 345–347; *Chiusi*, Actio (2001) 30 f.; *Kacprzak*, Ratihabitio (2002) 93–95, 99 f., 105 f.; *Chiusi*, FS Knütel 209; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 63.

[267] Bei Einverständnis des *dominus* galt der Wert zugewendet, sonst erhielt der Gläubiger ein *ius tollendi* (→ § 112 ▮ oder: Rn.?▮ Fn. 25; Ulp. 29 ed. D. 15.3.3.4). Lit.: *Bürge*, Retentio (1979) 58; *MacCormack*, St. Biscardi II 336; *MacCormack*, SDHI 48 (1982) 353 f.; *MacCormack*, BIDR 85 (1982)

VII. *Actio annalis de peculio*/ einjährige Klage nach Ende des Sonderguts

1. Formel

44 Nach Ende von *potestas* und *peculium*[268] durch Tod,[269] *manumissio*/Freilassung[270] (→ § 36 Rn. 62–77), Veräußerung[271] oder *emancipatio*[272] (→ § 34 Rn. 47–49) des Gewaltunterworfenen ließ das Edikt[273] den Gewalthaber *de peculio* weiter für ein Jahr (*annus utilis*),[274] *de in rem verso* ohne zeitliche Beschränkung[275] haften.[276] Die *condemnatio* lautete dann:

88–90; *Chiusi*, Actio (2001) 150–152; *Kacprzak*, Ratihabitio (2002) 95–97; *Coppola Bisazza*, *Iussum* (2003) 119; *Chiusi*, FS Knütel 205; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio II (2014) 63–65; *McGinn*, Scritti Corbino IV 634 f.

[268] Pomp. 4 Q. Muc. D. 15.2.3; *Lenel*, EP 277. Zur Haftung ohne *peculium*: *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 174; *Pahud*, Statut (2013) 395 f.

[269] Ulp. 29 ed. D. 15.2.1.3; Pomp. 4 Q. Muc. D. 15.2.3; nicht bei Kriegsgefangenschaft eines Sklaven: Paul. 30 ed. D. 15.2.2.1.

[270] Ulp. 29 ed. D. 15.2.1 pr.; Pomp. 4 Q. Muc. D. 15.2.3.

[271] Paul. 4 Plaut D. 15.1.47.6; Ulp. 29 ed. D. 15.2.1.3–7.

Verkauf *cum peculio*: Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.7, 8; D. 15.1.13; Gai. 9 ed. provinc. D. 15.1.27.2; Ulp. 2 disp. D. 15.1.32.2; Iav. 12 ex Cass. D. 15.1.33; Ulp. 43 Sab. D. 18.1.29; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.4; Gai. 1 ed. cur. D. 21.1.18.2; Ulp. 1 ed. cur. D. 21.1.33 pr. Das *peculium* folgte dem Sklaven nur bei Vereinbarung (Paul. 10 Sab. D. 21.2.3, 5); das könnte aber durchgängige Praxis gewesen sein (Varro rust. 2,10,5 *solet accedere peculium*/gewöhnlich kommt das *peculium* dazu; s. *Roth*, JRA 18 (2005) 289). Lit.: *Brinkhof*, Studie (1978) 172–174; *Serrao*, Impresa (1989) 37 Fn. 34; *Reduzzi-Merola*, Servo (1990) 101 f.; *Wacke*, Iura 42 (1991) 65; *Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 141; *Minaud*, Gens (2011) 193; *Mouritsen*, Freedman (2011) 176 Fn. 265, *Pahud*, Statut (2013) 289–291.

Mit dem Sklaven verpfändet war es ebenso nur bei ausdrücklicher *conventio* (Pap. 11 resp. D. 20.1.1.1; *Du Plessis*, in: Roth, By the Sweat of your Brow 57 f.); zu Paul. 30 ed. D. 15.1.43 s. Fn. 189.

Wurde nur das *peculium* verkauft, hafteten weder Veräußerer noch Erwerber mehr *de peculio*; im Ergebnis entsprach das einer *ademptio* (*Pahud*, Statut (2013) 298).

Eine Unternehmensübertragung sehen im Verkauf mit *peculium Serrao*, Impresa (1989) 36–38; *Di Porto*, in: Cerami/Di Porto/Petrucci, Diritto commerciale [2](2004) 86; *Petrucci*, Lezioni (2015) 162 f.

[272] Z. B. Ulp. 29 ed. D. 15.2.1.4; Pap. 11 quaest. D. 26.7.37.2. Ulp. 29 ed. D. 14.5.2.1. Ebenso bei Verlust der Hausgewalt ohne *emancipatio* (Gai. 3.114) oder bei Tod bzw. Verbannung des *pater familias* (aus der *actio annalis* hafteten dann Erben bzw. *fiscus*: Ulp. 29 ed. D. 15.2.1.4; *Miceli*, Struttura (2001) 278 f.).

[273] Ulp. 29 ed. D. 15.2.1 pr.; *Lenel*, EP 277.

[274] Ulp. 29 ed. D. 15.2.1 pr.–5; zum Fristenlauf Ulp. 29 ed. D. 15.2.1.2; Paul. 30 ed. D. 15.2.2 pr. Lit.: *Brinkhof*, Studie (1978) 202; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 485–488; *ter Beek*, Dolus I (1999) 503; *Miceli*, Struttura (2001) 276 f.; *Pesaresi*, Peculio (2012) 41 Fn. 57.

[275] Ulp. 18 ed. D. 4.9.7.6; Ulp. 29 ed. D. 14.1.4.4 (*Parenti*, QL 2 (2012) 122–124); Iul. 12 dig. D. 15.1.14.1; Ulp. 2 disp. D. 15.1.32 pr.; Ulp. 29 ed. D. 15.2.1; D. 15.3.1.1; Diocl./Max. C. 4.26.11 (a.294).

Daher konnte nach einer irrtümlichen *actio annalis* wegen eines noch lebenden Gewaltunterworfenen nur mehr *de peculio*, nicht aber mehr *de in rem verso* geklagt werden (Ulp. 29 ed. D. 15.2.1.10; *MacCormack*, St. Biscardi II 331 f.).

Zur Haftung nach Erlöschen eines *ususfructus*: Ulp. 29 ed. D. 15.2.1.9; *Stolfi*, Studi II (2001)

… iudex Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat de peculio quod penes Numerium Negidium est et si quid dolo malo Numerii Negidii factum est quominus peculii esset, si non plus quam annus est cum experiundi potestas fuit, vel si quid in rem Numerii Negidii inde versum est condemnato …[277]

„… soll der Richter den Beklagten zugunsten des Klägers verurteilen soweit das *peculium* reicht, das beim Beklagten ist, und wenn der Beklagte arglistig eine Verringerung des *peculium* bewirkt hat, wenn nicht mehr als ein Jahr vergangen ist, seit er die Klagemöglichkeit hatte, oder wenn etwas in das Vermögen des Beklagten geflossen ist …“

2. Passivlegitimation

Der Beklagte musste etwas aus dem *peculium* oder Entgelt[278] für dieses erhalten haben.[279] Klagbar waren unter seiner *potestas* entstandene Verbindlichkeiten[280] und dolos vorgenommene Verkürzungen;[281] abzugsfähig nur seine „Ansprüche“ aus diesem Zeitraum (Afr. 8 quaest. D. 15.1.38.3). Die Klage war passiv vererblich.[282] **45**

3. Haftung nach Erwerb eines Sklaven mit *peculium*

Wer einen Sklaven mit *peculium* erwarb, haftete, sofern er nicht für dieses eine konkrete Gegenleistung erbracht hatte, neben dem Veräußerer in Höhe des erhaltenen *peculium*,[283] Teilerben anteilig. Ein *ius deductionis* hatte der Erwerber nur für seine „Ansprüche“. Der Verkäufer verlor das Abzugsrecht wegen seiner „Forderungen“ gegen *peculium*[284] und konnte diese auch nicht beim Käufer *de peculio* einklagen (Gai. 9 ed. provinc. D. 15.1.27.4–7).[285] **46**

434–436.

[276] Allgemein zur *actio annalis*: *Brinkhof*, Studie (1978) 202–205; *ter Beek*, Dolus I (1999) 502 f.; *Miceli*, Struttura (2001) 274–285; *Petrucci*, Storia (2007) 92–94; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 322–324; *Pahud*, Statut (2013) 394–399.

[277] *Mantovani*, Formule 82; s. auch *Lenel*, EP 266, 282 f.

[278] Iav. 12 ex Cass. D. 15.1.33; Pomp. 12 var. lect. D. 15.1.34; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 199 f.

[279] *Lenel*, EP 277; Ulp. 2 disp. D. 15.1.32.2; Iav. 12 ex Cass. D. 15.1.35; Ulp. 29 ed. D. 15.2.1.7; Ulp. 9 Sab. D. 33.4.1.10. Lit.: *Buti*, Studi (1976) 206; *Žeber*, Study (1981) 82 f.; *Wacke*, SDHI 60 (1994) 489 f.; *Miceli*; Struttura (2001) 288–291.

[280] Zur Haftung für vor Erwerb der *potestas* entstandene Schulden s. Fn. 42.

[281] Paul. 30 ed. D. 15.1.26, 15.1.30.7; Lit. in Fn. 225.

[282] Ulp. 2 disp. D. 15.1.32 pr.; Iul. 12 dig. D. 15.1.14.1; *Chiusi*, Actio (2001) 78–82; *Pesaresi*, Peculio (2012) 37 f.

[283] Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.7, 8; Gai. 9 ed. provinc. D. 15.1.27.2.

[284] Was dem Verkäufer für seine „Ansprüche“ zustand, war nicht mehr im *peculium* und konnte daher beim Käufer kondiziert bzw. mit der *actio venditi* gefordert werden (Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.7, 8). Lit.: *Buti*, Studi (1976) 221; *Abatino/Dari-Mattiacci*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011–40, 27; *Pahud*, Statut (2013) 372.

[285] Klagte der Käufer den Verkäufer, musste er das bei ihm befindliche *peculium* anrechnen (Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.8; Paul. 4 Plaut. D. 15.1.47.4).

§ 103 Klage wegen Verteilung (*actio tributoria*)

Richard Gamauf

Valiño, La ‚actio tributoria', SDHI 33 (1967) 103–128; *Di Porto*, Impresa collettiva e schiavo ‚manager' in Roma antica (II sec. a. c. – II sec. d. c.), 1984; *Balestri Fumagalli,* L'„actio tributoria" nel sistema delle opere istituzionali di Gaio, di Giustiniano e di Teofilo, in: Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7–9 aprile 1987) I, 1988, 121–204; *Chiusi,* Contributo allo studio dell'editto „de tributoria actione", 1993; *Miceli,* Sulla struttura formulare delle ‚actiones adiecticiae qualitatis', 2001; *Pahud*, Le statut de l'esclave et sa capacité à agir dans le domaine contractuel. Etude de droit romain de l'époque classique, 2013; *Rainer*, Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS) Teil IV: Stellung des Sklaven im Privatrecht, 2: Vertretung des *dominus*; 5: Geschäftsfähigkeit; 6: Erwerb durch den Sklaven, 2015; *Cassarino*, Il *vocare in tributum* nelle fonti classiche e bizantine, 2018.

Inhalt Rn.

I. Einleitung – Formel 1
II. Gegenstand der Klage 4
III. Anspruchsvoraussetzungen 6
IV. Charakteristik des Verfahrens 10
V. Klagenkonkurrenz 14

I. Einleitung – Formel

1 Das *edictum perpetuum* reihte die *actio tributoria* zwischen die *actiones exercitoria* bzw. *institoria* → § 104 und *de peculio vel de in rem verso* → § 102 bzw. *quod iussu*, → § 101 ein (Gai. 9 ed. prov. D. 14.5.1; D. 14.4 *De tributoria actione*).[1] Die Schaffung der Zu-

[1] *Lenel*, EP 271 f.; *Valiño*, SDHI 33 (1967) 103–107; *Chiusi*, Actio (2001) 23 f.

Kurzdarstellungen: *Šarac*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 27 (2006) 691–724 (kroat.); *Rainer*, Stellung (2015) 25–28; *Cassarino*, Revista de Derecho UCN Sección: Ensayos 23 (2016) 243–264; *Chiusi*, in: Heinen, Handwörterbuch I 22 f.

Ältere Lit. bei *Balestri Fumagalli*, in: Atti Problematica contrattuale 122–124 Fn. 1 f.; *Wacke*, SZ 111 (1994) 362; *Longo*, Filius (2003) 15 f. Fn. 22; *Mazzoleni*, fhi (2016) Rz. 3 Fn. 1; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 1 f. Fn. 1. Forschungsgeschichte in *Chiusi*, Contributo (1993) 288–314.

satzhaftung für ein unternehmerischen Zwecken gewidmetes *peculium* (*merx peculiaris*) erfolgte zeitlich nach der *actio de peculio*; die *actio tributoria* war wohl die jüngste adjektizische Klage.[2]

Zur Formel sind die Quellen „mangelhaft".[3] Weiters erschweren Lücken und terminologische Unschärfen[4] der Quellen, klar ein Teilungsverfahren (*vocatio/vocari in tributum*)[5] vom unmittelbaren Anwendungsbereich der *actio* zu unterscheiden. Die Formelrekonstruktion[6] erfolgt daher hauptsächlich aufgrund der angenommenen Funktion der Klage. Nach h. L. diente sie zur Korrektur doloser Gläubigerbenachteiligung bei Aufteilung des Handelspekuliums → Rn. 13 und lautete: **2**

Quod Aulus Agerius a Sticho servo, cum is sciente Numerio Negidio in cuius potestate erat merce peculiari negotiaretur, mercis nomine decem pondo olei emit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Stichum servum si liber esset ex iure Quiritium Aulo Agerio dare facere oporteret ex fide bona, quanto minus eo nomine dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio tributum est quam ex edicto illius praetoris Aulo Agerio tribui debuit, tantam pecuniam Caius Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.[7]

„Im Bezug darauf, dass der Kläger vom Sklaven Stichus, während dieser mit Wissen des Beklagten, in dessen Gewalt er stand, mit einem Handelspekulium Geschäfte betrieb, als Ware zehn Pfund Öl kaufte, wird Prozess geführt. Was in dieser Angelegenheit der Sklave Stichus, wenn er nach quiritischem Recht frei wäre, nach Treu und Glauben dem Kläger zu geben und leisten hätte, auf die Summe dessen, was deswegen aus Arglist des Beklagten dem Kläger weniger zugeteilt wurde, als nach dem Edikt jenes Prätors dem Kläger zugeteilt hätte werden sollen, soll der Richter Gaius Aquilius den Beklagten zugunsten des Klägers verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen."

Zugunsten eines weiteren Anwendungsbereiches der Klage → Rn. 12 rekonstruiert *Chiusi*:[8] **3**

---

[2] Datierung der *actio de peculio* → § 102 Rn. 3. Lit.: *Valiño*, SDHI 33 (1967) 124; *Balestri Fumagalli*, in: Atti Problematica contrattuale 156–158, 203 f.; *Chiusi*, Contributo (1993) 386; *Aubert*, Business Managers (1994) 79–84; *Wacke*, SZ 111 (1994) 293; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 200; *De Ligt*, TR 67 (1999) 209 f.; *Miceli*, Struttura (2001) 325 Fn. 214; *De Ligt*, Ess. Spruit 203; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 204; *Suárez Blázquez*, Revista de Derecho, Universidad del Norte 39 (2013) 177; *Rainer*, Stellung (2015) 28; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 17–22, 30–38, 97.

Von Spätklassik bis Justinian fehlen Quellen, vgl. *Chiusi*, Contributo (1993) 386 Fn. 12; *Pahud*, Statut (2013) 429; *Rainer*, Stellung (2015) 28; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 133 f.

[3] *Lenel*, EP 272.

[4] *Valiño*, SDHI 33 (1967) 107; *Miceli*, Struttura (2001) 328.

[5] *Pahud*, Statut (2013) 420 unterscheidet die Feststellung der Masse/*tributum* von der Verteilung/*tributio*.

[6] Lit.: *Valiño*, SDHI 33 (1967) 127 f.; *Balestri Fumagalli*, in: Atti Problematica contrattuale 126 Fn. 18; *Chiusi*, Contributo (1993) 371–378; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 92 Fn. 80.

[7] *Mantovani*, Formule 80 f.; *Lenel*, EP 270–273.

[8] *Chiusi*, Contributo (1993) 377.

Quod Aulus Agerius de Sticho servo qui in potestate Numerii Negidii esset, cum is sciente Numerio Negidio domino merce peculiari negotiaretur, eius mercis nomine decem amphoras vini Campani emit, quidquid ob eam rem Stichum si liber esset ex iure Quiritium Aulo Agerio dare facere oporteret ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat de merce peculiari pro rata portione aut quanto minus Aulo Agerio dolo malo Numerii Negidii tributum sit quam debuerit condemnato si non paret absolvito.

„Im Bezug darauf, dass der Kläger vom Sklaven Stichus, der in der Gewalt des Beklagten stand, als er mit Wissen seines beklagten Herrn mit seinem Handelspekulium Geschäfte betrieb, in Angelegenheiten dieses Handelspekuliums zehn Amphoren kampanischen Weines kaufte, hinsichtlich dessen, was Stichus in dieser Angelegenheit, wenn er nach quiritischem Recht frei wäre, nach Treu und Glauben dem Kläger zu geben und leisten hätte, soll der Richter den Beklagten zugunsten des Klägers, soweit das Handelspekulium reicht, auf den ihm zukommenden Anteil oder wieviel aus Arglist des Beklagten dem Kläger weniger als geschuldet zugeteilt wurde, verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen."

II. Gegenstand der Klage

4 Die *actio tributoria* war nicht wie adjektizische Klagen sonst → § 101–104; → § 102 Rn. 4 allein eine formeltechnische Erweiterung, um aus Geschäften Gewaltunterworfener den Gewalthaber belangen zu können, sondern sanktionierte die diesem selbst obliegende Pflicht, die *merx peculiaris* proportional auf die Geschäftsgläubiger zu verteilen. Dennoch enthielt sie auf das Gewaltverhältnis[9] und ein Geschäft des Gewaltunterworfenen[10] bezugnehmende Formelteile (*fictio libertatis*, Subjektswechsel → § 102 Rn. 2).[11] Sie war sachverfolgend und passiv vererblich.[12]

---

[9] Ulp. 29 ed. D. 14.4.1.4, 5; D. 14.4.3; dazu *Valiño*, SDHI 33 (1967) 104.

Zur Haftung des Eigentümers der *merx* für *bona fide servientes* und Nießbrauchsklaven Ulp. 29 ed. D. 14.4.1.5; Paul. 30 ed. D. 14.4.2; *Wacke*, FS Seidl 183–188.

Zu *servi vicarii* Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.1. Lit.: *Valiño*, SDHI 33 (1967) 121–123; *Di Porto*, Impresa (1984) 212–215, 270–275, 309–341; *Reduzzi Merola*, Servo (1990) 59–62; *Chiusi*, Contributo (1993) 382–386; *Földi*, RIDA 43 (1996) 204 f.; *Stolfi*, Studi II (2001) 416–425; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 299–301; *Giomaro*, Mutuo (2012) 32 f.; *Suárez Blázquez*, Revista de Derecho, Universidad del Norte 39 (2013) 193–195; *Rainer*, Stellung (2015) 92 f.; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 167–176.

[10] *Lenel*, EP 273.

[11] Zum adjektizischen oder deliktisch-pönalen Charakter der Klage *Valiño*, SDHI 33 (1967) 123–127; *Balestri Fumagalli*, in: Atti Problematica contrattuale 127, 200 f.; *Chiusi*, Contributo (1993) 347–350; *Wacke*, SZ 111 (1994) 290; *Földi*, RIDA 43 (1996) 196 f.; *Miceli*, Struttura (2001) 320, 330–333; *Stolfi*, Studi II (2001) 414; *Burdese*, SDHI 69 (2003) 661; *Cerami*, in: Cerami/Petrucci, Diritto commerciale [3](2010) 43; *Pahud*, Statut (2013) 402 f. Fn. 1459; *Suárez Blázquez*, Revista de Derecho, Universidad del Norte 39 (2013) 184–189; *Rainer*, Stellung (2015) 26 f.; *Lazo*, Revista de Derecho UCN Sección: Estudios 23 (2016) 97 Fn. 6; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 78 f. Fn. 68.

Eine zentrale Position unter den adjektizischen Klagen hatte sie nach *Chiusi*, Contributo (1993) 278 f.

Die h. L. geht davon aus, dass der Herr zuerst das Unternehmensvermögen (*merx peculiaris*/Handelspekulium)[13] anteilig unter den Geschäftsgläubigern seines Sklaven[14] zu verteilen hatte (*in tributum vocari* → Rn. 11) und erst danach wegen doloser Verkürzungen dabei mit der *actio* in Anspruch genommen werden konnte → Rn. 13 (Gai. 4.72; Ulp. 29 ed. D. 14.4.1 pr., 1). Zur Ansicht von *Chiusi*, die von einem weiteren Anwendungsbereich ausgeht, s. → Rn. 12. 5

III. Anspruchsvoraussetzungen

Neben der Existenz eines *peculium* → § 102 Rn. 18–20 war positives Wissen/*scientia* des Herrn[15] um die Geschäftstätigkeit/*negotiatio*[16] des Sklaven nötig.[17] Zur Vermeidung einer Haftung musste der *dominus* ihm unerwünschte Geschäfte von Sklaven unterbinden[18] oder solchen nach außen erkennbar widersprechen (Ulp. 29 ed. D. 14.4.1.3).[19] Wegen der Orientierung des adjektizischen Haftungsumfangs am Ein- 6

Balestri Fumagalli, in: Atti Problematica contrattuale 133, 190 f. versteht allein die *vocatio in tributum* als adjektizisch.

[12] Iul. 11 dig. D. 14.4.8. Nach Tod des Sklaven haftete der Herr ohne eine zeitliche Beschränkung wie bei der *actio annalis de peculio* → § 102 Rn. 44–46; ebenso Erben bei Bereicherung (*id quod pervenit*), s. Ulp. 29 ed. D. 14.4.7.5. Lit.: *Balestri Fumagalli*, in: Atti Problematica contrattuale 198–202; *Chiusi*, Contributo (1993) 372 f.; *Miceli*, Struttura (2001) 330–332, 335; *Stolfi*, Studi I (2002) 426–428; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 85–88.

[13] Zum pandektistischen Verständnis der *merx* als Sondervermögen *Chiusi*, Contributo (1993) 286 f.; *Lazo González*, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile 15 (2012) 7–24; *Lazo*, REHJ [Sección Derecho Romano] 35 (2013) 179–191; *Petrucci*, Lezioni (2015) 168.

[14] Wohl wegen der sozialen Geringschätzung für Kleinhandel (Cic. off. 1,150 f.) scheinen Haussöhne in den Quellen zur *actio tributoria* kaum auf. Lit.: *Brósz*, AAntHung 18 (1970) 325; *Stolfi*, Studi II (2001) 414; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 92–96; *Chiusi*, FS Wadle 82; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Diritto romano e economia 305; *Chiusi*, in: Finkenauer/Sirks, Interpretationes 43.

Zur Haftung für Sklavinnen Ulp. 29 ed. D. 14.4.1.4; D. 14.4.5.2; Gai. 9 ed. prov. D. 15.1.27 pr.; *Wacke*, SZ 111 (1994) 302 Fn. 87; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 43 f.

[15] Ab Mündigkeit Ulp. 9 ed. D. 14.4.3.2; zu Unmündigen in Fn. 50; zur *scientia* eines *procurator* Ulp. 29 ed. D. 14.4.5 pr. (Lit. in Fn. 50).

[16] Lit. zu *negotiatio*: *Di Porto*, Impresa (1984) 69–72; *Di Porto*, Ric. Gallo III 440; *Ligios*, St. Dell'Oro 23–143; *Minaud*, Gens (2011) 118–121; *Ligios*, Nomen (2013).

Für Realien vgl. z. B. *Holleran*, Shopping (2012); *Wilson/Flohr* (Hg.), Urban Craftsmen (2016); *Santoro Bianchi* (Hg.), Emptor et mercator (2017).

[17] Ulp. 29 ed. D. 14.4.1 pr., 2, 3; Gai. 4.72; Inst. 4.7.3; *Valiño*, SDHI 33 (1967) 107–109.

Zu *servi communes* Ulp. 29 ed. D. 14.4.3. Lit.: *Di Porto*, Impresa (1984) 207–212, 235–247; *Földi*, RIDA 43 (1996) 202; *Di Porto*, Ric. Gallo III 428 f.; *Rainer*, Stellung (2015) 91 f.

Zum *servus vicarius* Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.1; Lit. in Fn. 9.

[18] Nach *Di Porto*, Impresa (1984) 246 allein durch *ademptio* des *peculium* → § 102 Rn. 28 f.; anders *Chiusi*, Contributo (1993) 342 f.; *Pahud*, Statut (2013) 407 Fn. 1479.

[19] Lit.: *Wesener*, St. Donatuti III 1408 f.; *Di Porto*, Impresa (1984) 236–247; *Chiusi*, Contributo (1993) 337–343; *Wacke*, SZ 111 (1994) 330; *Chiusi*, SZ 124 (2007) 99; *Pesaresi*, Ricerche (2008)

fluss des Gewalthabers → § 102 Rn. 5 genoss ein *dominus* aufgrund seiner *scientia* gegenüber Außengläubigern keinen Vorzug → § 102 Rn. 36 für eigene „Ansprüche“ oder die von anderen Gewaltunterworfenen gegen das *peculium* → Rn. 9 (Ulp. 29 ed. D. 14.4.1 pr.).

7 Die Anknüpfung an eine *merx peculiaris* verweist auf den Warenhandel als historischen Ausgangspunkt der *actio tributoria*. Aufgrund von Interpretation und durch analoge Klagen (Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.20; Paul. 6 brev. D. 14.1.6 pr.)[20] erfasste ihre Anwendung schließlich alle Unternehmungen/*omnes negotiationes* zu Lande[21] (Ulp. 29 ed. D. 14.4.1.1).[22] Die *merx peculiaris* war buchführungsmäßig → § 102 Rn. 23 vom Herrenvermögen/*res dominica* so weit separiert,[23] dass Juristen von ihr als dem Sklaven „übereignet“ → § 102 Rn. 15 sprachen (Ulp. 28 ed. D. 14.3.11.7; Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.18).[24]

8 Der Anspruch musste einer *negotiatio* auf Basis des Sondervermögens[25] entstammen (Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.4).[26] Bei mehreren von einem Sklaven betriebenen *negotiationes*/Unternehmen oder *tabernae*/„Filialen“ (Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.15, 16) gelangte allein die jeweils dazugehörige *merx peculiaris* zur Teilung.[27]

41–44; *Pahud*, Statut (2013) 406–409; *Chiusi*, in: Finkenauer/Sirks, Interpretationes 42; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Diritto romano e economia 305.

Zur Beweislast *Aubert*, in: *Du Plessis*, New Frontiers 202; für eine Nähe zur *praepositio* → § 104 Rn. 6 *Valiño*, SDHI 33 (1967) 124; *Chiusi*, Contributo (1993) 386.

[20] Lit. bei *Balestri Fumagalli*, in: Atti Problematica contrattuale 125 Fn. 11 und unten Fn. 55.

[21] Zu Landwirtschaft *Di Porto*, Impresa (1984) 234; zu Geldgeschäften *Petrucci*, Mensam exercere (1991) 353–355; zur Seefahrt *Di Porto*, Impresa (1984) 227–230; *Chiusi*, Contributo (1993) 321–333; *Földi*, RIDA 43 (1996) 208; *Petrucci*, Storia (2007) 103–113; *Lazo*, REHJ [Sección Derecho Romano] 33 (2011) 173–190; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 297–299; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 64–74; weiters Fn. 55.

[22] Lit.: *Valiño*, SDHI 33 (1967) 109–112; *Di Porto*, Impresa (1984) 218–226, 230–232; *Chiusi*, Contributo (1993) 284–288, 314–321; *Di Porto*, Ric. Gallo III 434–437; *Földi*, RIDA 48 (2001) 83–85; *Ligios*, St. Dell'Oro 59–63; *Giachi*, Studi (2005) 386–392; *Pesaresi*, Ricerche (2008) 39–41; *Parenti*, QL 2 (2012) 102–119; *Ortu*, Schiavi (2012) 132 f.; *Pahud*, Statut (2013) 409–416; *Petrucci*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum e processo 90–94; *Mazzoleni*, fhi (2016); *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 39–46.

[23] Zur Verbuchung *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 141–192; zum Verhältnis *patrimonium domini – peculium – merx peculiaris Andrés Santos*, Subrogación (1997) 200 f.; *Pahud*, Statut (2013) 409–411.

[24] Lit.: *Wacke*, SZ 111 (1994) 331 f.; *Sciandrello*, Studi (2011) 77–80; *Roncati*, Emere vendere tradere (2015) 113 f.; *Rodríguez Diez*, Potestas (2016) 59; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 10–13; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Diritto romano e economia 305.

[25] *Creditores mercis* / Gläubiger des Sondervermögens in Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.6, 15; vgl. *Pahud*, Statut (2013) 403 f.

[26] Die „Ansprüche“ gegen den Sklaven, mit denen der *dominus* am Verteilungsverfahren teilnehmen konnte, unterlagen dieser Einschränkung nicht; s. Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.7 pr. Lit.: *Chiusi*, Contributo (1993) 334 f., 380; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 439 f.; *Pahud*, Statut (2013) 426 f.; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 50–53.

[27] Lit.: *Di Porto*, Impresa (1984) 56, 340; *Chiusi*, Contributo (1993) 334; *Minaud*, Comptabilité

Die Haftung des Herrn war *cum viribus*: Zu verteilen war noch vorhandenes[28] Handelsvermögen,[29] Erlöse (Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.5)[30] und davon angeschaffte Güter oder Inventar einer *taberna* (Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.11, 13, 14).[31] Die Gläubiger und der Herr[32] kamen gleichberechtigt zum Zug (*par condicio*);[33] über die Art der Durchführung (Real-/Zivilteilung) entschied der *dominus*[34] (Inst. 4.7.3);[35] ein nachteiliges Ergebnis konnten Gläubiger mittels *actio tributoria* bekämpfen.[36] 9

(2005) 156 f.; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 437–439; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 301 f.; *Mazzoleni*, fhi (2016) Rz. 58–64; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 10, 53–55; zu daraus resultierenden Schwierigkeiten für die Rechtsdurchsetzung *Abatino/Dari-Mattiacci*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2011–40, 25; divergierenden Folgerungen hinsichtlich der Unternehmensorganisation bei *Aubert*, Business Managers (1994) 99 und *Tran*, Dominus (2013) 29 f.

[28] Scheiterte eine Verteilung mangels *merx peculiaris*, blieb die *actio de peculio* → Rn. 14.

[29] Da „Forderungen" des Herrn nicht abgezogen wurden, kam die *merx* trotz eines Negativsaldos des *peculium* zur Verteilung (Ulp. 29 ed. D. 14.4.1.2). Lit.: *Chiusi*, Contributo (1993) 292 Fn. 35, 333; *Miceli*, Struttura (2001) 335; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 47–50.

[30] *Chiusi*, Contributo (1993) 350–354.

[31] Lit.: *Chiusi*, Contributo (1993) 320 f.; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 201–206; *Di Porto*, Ric. Gallo III 445; *Ligios*, St. Dell'Oro 99–104; *Pahud*, Statut (2013) 417–419; *Rainer*, Stellung (2015) 94 f.; *Mazzoleni*, fhi (2016) Rz. 69–76; *Lazo*, Revista de Derecho UCN Sección: Estudios 23 (2016) 95–109; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 41, 59 f.

[32] Ulp. 29 ed. D. 14.4.1 pr. Es gab kein Prioritätsprinzip (*occupantis melior est condicio*, Paul. 30 ed. D. 14.4.6 → § 102 Rn. 33). Lit.: *Valiño*, SDHI 33 (1967) 115; *Bürge*, SZ 106 (1989) 260 f.; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 309 f.; *Pahud*, Statut (2013) 419.

[33] Zur *par condicio Serrao*, Impresa (1989) 26; *Chiusi*, Contributo (1993) 379 f.; *Di Porto*, Ric. Gallo III 436; *Miceli*, Struttura (2001) 323; *Stolfi*, TSDP 2 (2009) 51 f.; *Lazo González*, Revista de Derecho UCN Sección: Estudios 17 (2010) 79–97; *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 309 f.; *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 201; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 74–78.

Zur Haftung von Miteigentümern Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.10; allein Pfandgläubiger konnten Sachen aus der *merx peculiaris* absondern, s. Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.8. Lit.: *Valiño*, SDHI 33 (1967) 115; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 61, 77 f.

[34] Er konnte die *merx* auch den Gläubigern überlassen oder der Prätor einen *arbiter* ernennen (Ulp. 29 ed. D. 14.4.7.1). Lit.: *Balestri Fumagalli*, in: Atti Problematica contrattuale 183–185; *Bürge*, SZ 106 (1989) 261; *Chiusi*, Contributo (1993) 359–362; *Miceli*, Struttura (2001) 334 f.; *Pahud*, Statut (2013) 417; *Rainer*, Stellung (2015) 96; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 37.

[35] Lit.: *Valiño*, SDHI 33 (1967) 115; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 99, 109 f.; keine zwingende Zivilteilung *Valiño*, SDHI 33 (1967) 115; *Chiusi*, Contributo (1993) 361 f.; *Pahud*, Statut (2013) 418 Fn. 1520; *Rainer*, Stellung (2015) 27.

[36] *Chiusi*, Contributo (1993) 365, 370.

IV. Charakteristik des Verfahrens

10 Entgegen der verbreiteten Sichtweise entsprach die *tributio* nicht einem (im Klageweg korrigierbaren) „Sonderkonkurs“[37] des Handelspekuliums.[38] Dazu fehlten die Überschuldung als Voraussetzung, eine Gläubigerkonvokation[39] und ein abschließendes Verteilungsverfahren.[40]

11 Die h. L. sieht ein durch den Prätor auf Gläubigerantrag eröffnetes Verteilungsverfahren[41] (*vocatio in tributum*),[42] dem bei dolosen Verkürzungen die Klage nachfolgen konnte.[43] Dieses Prozedere belegen allerdings erst byzantinische Quellen,[44] bei denen strittig ist, ob sie noch klassisches Recht[45] oder spätere Entwicklungen[46] zeigen.

12 In der Rekonstruktion von *Chiusi* setzte die Klage weder eine vorausgegangene Verteilung noch doloses Verhalten des *dominus* voraus,[47] sondern sie diente auch zur

---

[37] *Kaser*, RP I 609; *Kaser/Knütel/Lohsse*[21] § 49 Rn. 15; *Valiño*, SDHI 33 (1967) 112 f.; *Balestri Fumagalli*, in: Atti Problematica contrattuale 154; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 200; *Petrucci*, in: Marotta/Stolfi, Ius controversum e processo 89; *Suárez Blázquez*, Revista de Derecho, Universidad del Norte 39 (2013) 173–197.

Zu den Abweichungen: *Porto*, Impresa (1984) 55; *Chiusi*, Contributo (1993) 367 f.; *Földi*, RIDA 43 (1996) 197; *Chiusi*, FS Wadle 81 f.; *Chiusi*, in: Finkenauer/Sirks, Interpretationes 43.

[38] *Chiusi*, Contributo (1993) 354–356, 367; ebenso bezüglich Gai. 4.72 und Inst. 4.7.3 *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 110.

[39] Dazu bei *Valiño*, SDHI 33 (1967) 113; *Chiusi*, Contributo (1993) 352–354; *Pahud*, Statut (2013) 417; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 99. Zu Verfahren mit nur einem Gläubiger *Di Porto*, Impresa (1984) 55; *Földi*, RIDA 43 (1996) 197.

[40] Gläubiger hatten für weiters zu erwartende Forderungen Sicherheit zu leisten, s. Ulp. 29 ed. D. 14.4.5.19; D. 14.4.7 pr. Lit.: *Valiño*, SDHI 33 (1967) 114; *Pahud*, Statut (2013) 419; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 14, 32 f., 35–37.

Zur *tributio* in Phasen *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 91, 98; zum fehlenden Prioritätsprinzip s. Fn. 33.

[41] Lit.: *Valiño*, SDHI 33 (1967) 113; *Buti*, Studi (1976) 151 f. in Fn. 7; *Chiusi*, Contributo (1993) 352–354; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 200; *Burdese*, SDHI 69 (2003) 661; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 99. Von privater Verteilung unter prätorischer Aufsicht geht *Pahud*, Statut (2013) 416 f. aus.

[42] Die Quellen sprechen von *vocare in tributum* (Ulp. 29 ed. D. 14.4.1 pr.; D. 14.4.5.6; D. 14.4.7 pr.); *Chiusi*, Contributo (1993) 353 f.; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) VII f., 9–22.

[43] Lit.: *Valiño*, SDHI 33 (1967) 119 f.; *Buti*, Studi (1976) 151 Fn. 7; *Di Porto*, Impresa (1984) 54; *Balestri Fumagalli*, in: Atti Problematica contrattuale 191–196; *Andrés Santos*, Subrogación (1997) 200; *Miceli*, Struttura (2001) 333 f.; *Pahud*, Statut (2013) 392, 416 Fn. 1514, 422 f.; *Suárez Blázquez*, Revista de Derecho, Universidad del Norte 39 (2013) 189–191; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018).

[44] Theoph. inst. 4.7.3; Steph. Schol. 7 zu Basil. 18.2.1 (Hb. Suppl. 179 – Sch. B III 1079 f.).

[45] Für Klassizität *Balestri Fumagalli*, in: Atti Problematica contrattuale 179–181; *Miceli*, Struttura (2001) 324–335; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 110–139.

[46] Dazu *Valiño*, SDHI 33 (1967) 124; *Balestri Fumagalli*, in: Atti Problematica contrattuale 179; *Chiusi*, Contributo (1993) 356–359.

[47] *Chiusi*, Contributo (1993) 370 f.; *Földi*, RIDA 43 (1996) 207 f. sieht die Bedeutung des *dolus* im Lauf der Zeit zurückgehen.

Einleitung der Verteilung[48] oder zur Prüfung der Gründe des *dominus* bei deren Verweigerung.[49]

Bei Verteilung handelte ein *dominus* dolos,[50] der Gläubigern zu wenig (bzw. nichts) oder sich selbst dafür zu viel zuwies,[51] die *merx* verringerte (Aktiva unterschlug oder verschleuderte, Wertverluste duldete) oder berechtigte Forderungen nicht anerkannte.[52] Die h. L. hält ein Obsiegen nur bei Nachweis von *dolus* für möglich, *Chiusi* u. U. bereits nach dem Beweis objektiver Verkürzungen.[53] **13**

V. Klagenkonkurrenz

Die kategorische Trennung zwischen *merx peculiaris* und Herrenvermögen ließ keine Überschneidungen zwischen *actio tributoria* und den *actiones institoria* bzw. *exercitoria* **14**

[48] *Chiusi*, Contributo (1993) 348–350.

[49] So auf Ulp. 29 ed. D. 14.4.7.4 gestützt *Chiusi*, Contributo (1993) 365–367; zustimmend *Rainer*, Stellung (2015) 26 f.

Balestri Fumagalli, in: Atti Problematica contrattuale 194, 202 und *Burdese*, SDHI 69 (2003) 661 sehen die Klage bei doloser Missachtung eines prätorischen Teilungsdekrets bzw. Unterlassung der Verteilung als möglich an.

[50] Zur Haftung für einen *procurator* Ulp. 29 ed. D. 14.4.5 pr.; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 83 f.

Einsichtsfähige Mündel hafteten bei Wissen ihres *tutor* (Ulp. 29 ed. D. 14.4.3.2; Paul. 30 ed. D. 14.4.4); Schutzbefohlene für *dolus* ihres *curator* oder *tutor* auf die Bereicherung/*id quod pervenit* (Ulp. 29 ed. D. 14.4.3.1). Lit.: *Valiño*, SDHI 33 (1967) 119; *Knütel*, FG Kaser 115 f.; *Chiusi*, Contributo (1993) 373 f. Fn. 75; *ter Beek*, Dolus I (1999) 156 f.; *Petrucci*, FS Serrao 232–237; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 80–84.

[51] Iul. 12 dig. D. 14.4.12; *Chiusi*, Contributo (1993) 368–371; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 76 f., 125 f.

[52] Iul. 11 dig. D. 14.4.8; Ulp. 29 ed. D. 14.4.3.1, 2; D 14.4.5 pr.; D. 14.4.7.2–4; Paul. 30 ed. D. 14.4.4. *Dolus* setzen Gai. 4.72, 74a und Inst. 4.7.3 nicht voraus. Lit.: *Valiño*, SDHI 33 (1967) 116–119; *Balestri Fumagalli*, in: Atti Problematica contrattuale 155 f., 196–199; *Chiusi*, Contributo (1993) 363–371; *ter Beek*, Dolus I (1999) 251 f.; *Miceli*, Struttura (2001) 321 f., 329 f.; *Grotkamp*, MBAH 24 (2005) 134; *Pahud*, Statut (2013) 419–421; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 88–92, 98.

[53] *Chiusi*, Contributo (1993) 370 f. Anders nimmt *Pahud*, Statut (2013) 421 an, dass der *dominus* erst haftete, wenn er nach einem Verteilungsfehler dolos dessen Korrektur unterließ.

zu.[54] Alternativ[55] bestand neben der *actio tributoria* stets auch die Möglichkeit einer *actio de peculio*.[56]

[54] Ulp. 28 ed D. 14.3.11.7. Lit.: *Chiusi*, Contributo (1993) 388; *Wacke*, SZ 111 (1994) 332; *Chiusi*, SZ 124 (2007) 99 f.; *Giomaro*, Mutuo (2012) 56 f.; *Mazzoleni*, fhi (2016) Rz. 78–82; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 62–64; weitere Lit. in Fn. 25.

Zum Verhältnis zu den *actiones institoria* und *exercitoria*, die *voluntas*/Willen des Herrn verlangten, bzw. zur *actio de peculio*, s. Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.20; Paul. 6 brev. D. 14.1.6 pr. Lit: *Di Porto*, Impresa (1984) 226–230; *Chiusi*, Contributo (1993) 312–333; *Földi*, RIDA 43 (1996) 208 f.; *Stolfi*, Studi II (2001) 404–410; *Chiusi*, SZ 124 (2007) 97–104; *Giomaro*, Mutuo (2012) 45–47, 49, 138–140; *Lazo*, in: Baldus/Schmon, Zivilprozess und historische Rechtserfahrung 25–34; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 118–124; *Chiusi*, in: Finkenauer/Sirks, Interpretationes 41–51; *Chiusi*, in: Lo Cascio/Mantovani, Diritto romano e economia 306–311.

[55] Ulp. 29 ed. D. 14.4.9.1. Lit.: *Chiusi*, Contributo (1993) 372, 382, 386; *Miceli*, Struttura (2001) 332 f.; *Giomaro*, Mutuo (2012) 31 f.; *Pahud*, Statut (2013) 424 f.; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 85, 126; zu Fragen der praktischen Anwendung *Aubert*, in: Du Plessis, New Frontiers 202.

[56] Gai. 4.74a; Gai. 9 ed. provinc. D. 14.4.11; Inst. 4.7.5a. Lit.: *Chiusi*, Contributo (1993) 380; *Di Porto*, Ric. Gallo III 444, 447; *Miceli*, Struttura (2001) 332 f.; *Petrucci*, Storia (2007) 98 f.; *Giomaro*, Mutuo (2012) 26–32; *Petrucci*, BIDR 106 (2012) 302 f.; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 5–8.

Der Kläger konnte wählen; geringere Anforderungen stellte die Beweislast bei der *actio de peculio*; *Rainer*, Stellung (2015) 51 f.; *Cassarino*, Vocare in tributum (2018) 61 f.; ohne „Ansprüche“ des Herrn gab es nach *Valiño*, SDHI 33 (1967) 116 allein eine *actio de peculio*.

§ 104 Klagen aufgrund Bestellung eines Geschäftsleiters oder Kapitäns (*actio institoria*, *actio exercitoria*)

Alfons Bürge

Zur *actio institoria*: *Benke*, Zu Papinians *actio ad exemplum institoriae actionis*, SZ 105 (1988) 592–633; *Chiusi*, Landwirtschaftliche Tätigkeit und *actio institoria*, SZ 108 (1991) 155–186; *Wacke*, Die adjektizischen Klagen im Überblick. Erster Teil: Von der Reeder- und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung, SZ 111 (1994) 280–362, bes. 311–339, 360–361; *Bürge*, Rechtsgeschäfte im römischen Alltag, in: Ronning (Hg.), Einblicke in die Antike, 2006, 203–222; *Rainer*, Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS). Teil IV: Stellung des Sklaven im Privatrecht, 2: Vertretung des *dominus*, 5: Geschäftsfähigkeit, 6: Erwerb durch den Sklaven, 2015, 11–16, 78–89;

Zur *actio exercitoria*: *Rougé*, Recherches sur l'organisation du commerce maritime en méditerranée sous l'empire romain, 1966, 389–302; *Wacke*, Die adjektizischen Klagen im Überblick (s. oben), SZ 111 (1994) 280–362; *de Ligt*, Legal History and Economic History: The Case of the *actiones adiecticiae qualitatis*, TR 67 (1999) 205–226.

Inhalt Rn.

I. *Actio institoria* 1
1. Rechtsschutzverheißung und Prozessformel 1
a. *Institor* als Leitfigur 4
b. Die *praepositio* des *institor* 6
c. Haftung des Geschäftsherrn 7
2. Kommentierung der Formel 8
3. Erscheinungsformen des *institor* 13
II. *Actio exercitoria* 15
1. Prozessformel 15
2. Das Profil der Klage 17

I. *Actio institoria*

1. Rechtsschutzverheißung und Prozessformel

Die Rechtsschutzverheißung des Prätors bezüglich der Klage gegen den Geschäftsherrn aus Geschäftsschulden, die der Angestellte (*institor*) eingegangen ist, hat Lenel schlüssig den Kommentaren, in erster Linie Ulpians, entnommen: 1

Quod cum institore gestum erit eius rei nomine, cui praepositus fuerit, in eum, qui eum praeposuerit, iudicium dabo.[1]

„Was ein Geschäft betrifft, das mit dem Geschäftsführer in dem Geschäftsbereich abgeschlossen wird, für den er bestellt worden ist, werde ich gegen denjenigen, der ihn bestellt hat, eine Klage geben."

2 In dieser programmatischen Verlautbarung wird mit dem Terminus *institor* zunächst auf den geläufigen Namen der Klage hingewiesen, sodann auf die *praepositio* und deren Umfang und schließlich auf den Passivlegitimierten.

3 Das im Kommentar ebenfalls mitbehandelte Klageformular erlaubt uns dann die feineren Differenzierungen zu verfolgen:

Quod Aulus Agerius de Lucio Titio, cum is a Numerio Negidio tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Lucium Titium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito.[2]

„Was das betrifft, dass [der Kläger] von [einem Dritten], als dieser von [dem Beklagten] für einen eingerichteten Laden (zum Geschäftsführer) bestellt war, in diesem Geschäftsbereich zehn Pfund Öl gekauft hat, worum es hier geht: Was auch immer deshalb [der Dritte] dem [Kläger] geben oder tun muss nach guter Treue, dazu soll der Richter [den Beklagten] zugunsten des [Klägers] verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen."

a. *Institor* als Leitfigur

4 Die Rechtsschutzverheißung stellt auf den *institor*, den angestellten Geschäftsführer eines Handelsgeschäfts, als Leitfigur ab und greift damit einen Fall auf, der dem im Formelwortlaut *tabernae instructae praepositus* genannten Handelnden typischerweise entsprochen haben dürfte, denn die juristischen Erklärungen gehen von diesem aus, rechtfertigen die Identifizierung mit dem *institor* und begründen die Ausdehnung auf einen weiteren Anwendungsbereich mit der analogen Anwendung von *taberna*.[3]

5 Ein kleines Panorama von kleinen Handelstätigkeiten und ihren Akteuren entsteht vor unseren Augen, angefangen beim *insularius*, den schon Servius zu den *institores* rechnete, Zinsgeschäfte, Landwirtschaft, Handelsgeschäfte, Geldwechslertätigkeit, Leinen- oder Kleiderverkauf, Brotverkauf auf der Straße, überhaupt ambulanter Handel,

[1] *Lenel*, EP 258 f.

[2] *Lenel*, EP 263; *Mantovani*, Formule 70 f. (Nr. 95). *Miceli*, Actiones adiecticiae qualitas (2001) 208–219, 354 hingegen stellt die Formel auf *quidquid ob eam rem Numerium Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona* und macht den Geschäftsherrn so mit einer *petitio principii* zum primären Schuldner aus dem Geschäft des *institor*. Sie erreicht damit den Effekt der direkten Stellvertretung, ohne den Beweis dafür in den Quellen wirklich anzutreten, vgl. auch *dies.*, Rappresentanza (2008).

[3] So bei der Kommentierung der Rechtsschutzverheißung Ulp. 28 ed. D. 14.3.3 und die Fortsetzung 5 pr. Mit der gleichen Technik Gai. 4,71: *ideo autem institoria vocatur, quia qui tabernae praeponitur, institor appellatur.*

Maultiertreiber, Schneider, Stallbetreiber, Bestatter, Leichenwäscher, Walker, Einkäufer oder Verkäufer aller Art, Ölhändler – jeden Geschlechts, Freie, Sklaven, eigene oder fremde, jeglichen Alters.[4] Wenn alle diese Berufe etwas gemeinsam haben, dann ist es der tiefe soziale Rang,[5] so dass Paulus an einer Stelle hervorheben muss, es würden durchaus auch *homines honesti* solche Einkaufs- und Verkaufsgeschäfte betreiben.[6]

b. Die *praepositio* des *institor*

Die *praepositio* wird offensichtlich vom Vertrauensprinzip getragen, das auf die jeweilige Geschäftstätigkeit abstellt, die eng begrenzt sein kann, sei es beispielsweise auf den Verkauf oder nur auf den Einkauf,[7] was die dafür erforderlichen Kreditaufnahmen, es sei denn, sie wären ausdrücklich ausgenommen, oder die erforderlichen Kreditierungen, wenn nicht Barzahlung vorgeschrieben wurde,[8] sowie überhaupt die mit der jeweiligen Tätigkeit direkt zusammenhängenden Rechtsgeschäfte mit einschließt.[9] Sie kann zudem durch Aushang für eine bestimmte Person ganz verboten werden, wobei hier wie überhaupt Anforderungen bezüglich der Sichtbarkeit, der Dauer sowie der – im betreffenden Quartier üblichen – Sprache einzuhalten sind.[10] Ebenso können weitere Einschränkungen gemacht werden, sei es bezüglich einzelner Personen, sei es, dass nur alle zusammen oder nur zu zweit berechtigt sind,[11] wobei Täuschungsversuche oder ständige Änderungen der Bedingungen zu Lasten des Geschäftsherrn gehen.[12] **6**

c. Haftung des Geschäftsherrn

Aus der *actio institoria* haftet der Geschäftsherr und zwar auch dann, wenn der *institor* erst durch die Genehmigung der *praepositio*[13] oder durch Erbfall in diese Stellung einrückt.[14] Auch in dieser Hinsicht bleibt der Vertrauensschutz herrschend. **7**

---

[4] Es gemahnt an die Aufzählung der Verkaufsstände bei Ter. Eun. 155–257: *ad macellum ubi advenimus, concurrunt laeti mi obviam cuppedenarii omnes, cetarii lanii coqui fartores piscatores*, „wie wir … zum Speisenmarkt gelangen, da laufen mir vergnügt entgegen alle Speisenhändler, die Seefischhändler, Fleischer, Köche, Wurstverkäufer, Fischer“, vgl. Plaut. Trin. 407 f.

[5] Vgl. Sen. benef. 6.17.1, Liv. 22.25.18 f. sowie ThLL s. v. *institor* (VII.1, 6–26).

[6] Paul. 30 ed. D. 14.3.4.

[7] Ulp. 28 ed. D. 14.3.5.11/12.

[8] Cass.-Ulp. 28 ed. D. 14.3.5.13.

[9] Ulp. 28 ed. D. 14.3.5.14–16.

[10] Ulp. 28 ed. D. 14.3.11.2/3, dazu *Bürge*, Mél. Sturm 56–59.

[11] Ulp. 28 ed. D. 14.3.11.5 f.

[12] Ulp. 28 ed. D. 14.3.11.4–6.

[13] Ulp. 28 ed. D. 14.3.7 pr.

[14] Ulp. 28 ed. D. 14.3.5.17; 11 pr.

2. Kommentierung der Formel

8 Der erhaltene Kommentar der Formel setzt mit Ulp. 28 ed. D. 14.3.11.7 ein. Zunächst wird die *actio tributoria* im Bereich der *actio institoria* ausgeschlossen: mit dem Argument, dass die erstgenannte die *merx peculiaris* beschlägt (→ § 103 Rn. 1,7.), während sich diese auf die *merx dominica* bezieht.

9 In Ulp. 28 ed. D. 14.3.11.8 erhalten wir den entscheidenden Hinweis auf die Konzeption der Formel *in ius* (→ § 12 Rn. 33 f., 37 f.), denn zunächst wird der Fall behandelt, dass ein Sklave von einem Dritten in Dienst genommen und als *institor* eingesetzt wird. Wenn nun der Eigentümer des Sklaven von diesem *institor* etwas kauft, handle es sich nach Ulpian um einen Kauf. Dass dann Iul. 11 dig. D. 14.3.12, wenn er auf den Anspruch des *dominus* gegen den Geschäftsherrn eingeht, die *actio utilis* als gegeben ansieht, lässt sich das damit erklären, dass bei einem Sklaven eine zivile Verpflichtung, nämlich *in ius*, nicht möglich ist, es folglich einer *fictio* der Freiheit bedarf, damit das *oportere* in Betracht kommt.[15]

10 Wie eng die Umschreibung der Geschäftstätigkeit in der Formel – *eius rei nomine* – aufgefasst wurde, lehrt im weiteren der gleiche Kommentar. Wer als *institor* zum Ölhandel bestellt wurde, durfte dafür auch Darlehen aufnehmen; die zweckgerechte Bestimmung allerdings musste vom Gläubiger bewiesen werden. Es half ihm nicht, wenn der gleiche *institor* auch eine *praepositio* zur Darlehensaufnahme hatte; dann hätte er für den letztgenanten Zweck eine darauf gerichtete Klage anstrengen müssen. Eine umfassende Prüfung unter Einschluss aller einschlägigen Zwecke fand offenbar nicht statt.[16] Deswegen erscheint es nur als konsequent, wenn Ulpian in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam macht, dass eine vom *institor* begründete Geschäftsschuld von der *praepositio* nicht mehr gedeckt ist.[17]

11 Ein starkes Argument für den reinen Haftungscharakter der *actio institoria* ist die Solidarhaftung von Miteigentümern *in solidum*, da dafür einzig die *praepositio* den Ausschlag gibt.[18] Ulpian schließt seinen Kommentar mit dem Hinweis auf die Unverjährbarkeit und die Vererblichkeit der Haftung aus der *actio institoria*.[19] Blickt man auf die Fallkonstellationen, wird klar, dass wer als Gläubiger mit der *actio institoria* vorge-

---

[15] *Lenel*, EP 261 f., vgl. dazu *Harke*, Actio utilis (2016) 200–203.

[16] Ulp. 28 ed. D. 14.3.13 pr.; vgl. dazu *Lenel*, EP[3] 260. Iulian ebd. überwindet die durch die Klage eingetretene Konsumption mit einer nur auf den Zweck der Entgegennahme von Geld gerichteten Darlehensklage als *actio utilis*, vgl. dazu *Gröschler*, Actiones (2002) 31 mit Fn. 23; *Miceli*, Rappresentanza (2008) 344 f. mit Fn. 29; *Wacke*, SZ 111 (1994) 328; grundsätzlich zur Struktur der Formel *Selb*, St. Biscardi III 315–350, 337 f.

[17] Ulp. 28 ed. D. 14.3.13.1; vgl. dazu und zu den weiteren Fragen *Apathy*, Animus (1975) 184–188. Die Stelle ist ein weiteres starkes Argument dafür, dass die Formel *in ius* konzpiert war, vgl. *Lenel*, EP 260 f.

[18] Ulp. 28 ed. D. 14.3.13.2, vgl. dazu *Steiner*, Solidarobligationen 272 f. und *Schmieder*, Duo rei (2007) 286 f. sowie Paul. 4 Plaut. eod. 14.

[19] Ulp. 28 ed. D. 14.3.15, vgl. *Wacke*, SZ 111 (1994) 318.

hen und die Haftung *in solidum* durchsetzen wollte, sich erheblichen Beweislastfragen ausgesetzt sah, angefangen bei der Tatsache der *praepositio* selber,[20] was auch durch die Reskriptenpraxis des 3. Jh. gut belegt ist.[21]

12 Außerhalb der Ediktskommentare finden sich bei Papinian zwei Sätze zu einem *procurator*, der die *praepositio* hat, Darlehen entgegenzunehmen. Aus einem solchen Geschäft will er, offenbar auf die Typizität des Vorgangs, nicht des Rollenträgers abstellend, wie die daran anschließenden Fälle mit einem eigentlichen *institor* zeigen, eine *utilis ad exemplum institoriae actio* gewähren. Angelpunkt ist die – nur hier – bei Papinian mit dem *procurator* verknüpfte *praepositio*. Rabel hatte seinerzeit unter dem Titel „Ein Ruhmesblatt Papinians" wohl zu weitreichende, aber wirkungsmächtige Folgerungen in Richtung stellvertretendes Handeln gezogen,[22] zu der die *actio institoria* auch in seinem Urteil freilich nie gelangte.[23] Bemerkenswert ist aber immerhin, dass Marcellus, wie Ulpian in seiner *laudatio edicti* erwähnt, einen direkten Anspruch des Geschäftsherrn gegen den Vetragspartner des *institor* befürwortet.[24]

3. Erscheinungsformen des *institor*

13 Das Handeln der *institores* ist ganz auf die *merx dominica* bezogen, für die sie Umsatzgeschäfte tätigen. Einen Ausdruck findet die Tätigkeit in den Ladenfronten der *tabernae* der römischen Städte, wo sie typischerweise ihrer Tätigkeit nachgehen.[25] Da sie durch ihre Anlage verraten, wie sie je nach Zugang zu anderen Räumlichkeiten als abhängig oder selbständig gelten können, wird auch diese soziale Dimension räumlich fassbar.[26] Mit diesem äußeren Erscheinungsbild ist zugleich ihre wirtschaftliche Bedeutung verortet, die sich in einem ökonomisch kleinräumigen Bereich hält. Das trifft auch auf jene wirtschaftlichen Tätigkeiten zu, die nicht an solche Betriebstätten gebunden sind, wie beispielsweise auf den *vilicus*, dem anders als üblich auch die Aufgabe des Verkaufs der erzeugten Produkte übertragen wird,[27] auf den *insularius*,[28] den Verwalter einer

[20] Vgl. *Wacke*, SZ 111 (1994) 327 f., 336 f., vgl. dazu Ulp. 28 ed. D. 14.3.11.5.

[21] Ant. C. 4.25.1 (a.212); Alex. C. 4.25.3 (a.230); Diocl. C. 4.25.5 (a.294).

[22] *Rabel*, FS Zitelmann.

[23] Vgl. *Benke*, SZ 105 (1988) 607–621, Lit. 592 f.; *Wacke*, SZ 111 (1994) 345 f., Lit. 360.

[24] Ulp. 28 ed. D. 14.3.1, dazu *Miceli*, Rappresentanza (2008) 363–390; anders *Benke*, SZ 105 (1988) 625 f.; *Wacke*, SZ 111 (1994) 342.

[25] Vgl. die *Insula Arriana Polliani* bei *Pirson*, Mietwohnungen (1999) 23–34, ferner 75–84, 85–99.

[26] Vgl. *Pirson*, Mietwohnungen (1999) 80–84, 97 f., 165–171; *Priester*, Ad summas tegulas (2002) 95–97, 144–153. Pirson meint allerdings wohl zu Unrecht, dass in den abgetrennten *tabernae institores* tätig waren, denn für den *institor* ist eben die Abhängigkeit vom Geschäftsherrn und nicht die Unabhängigkeit kennzeichnend. Der selbständig agierende Ladeninhaber handelt als Sklave nur für sein *peculium* (→ § 102 Rn. 11, 13.).

[27] Vgl. *Chiusi*, SZ 108 (1991) 155–186.

[28] Vgl. die Belege in ThLL s. v. *insularius* (VII.1, 2039.71–2040.7), in den Juristenschriften als Sklaven Alf. 7 dig. D. 50.16.203; Pomp. 6 Sab. D. 50.16.166.; in unserem Zusammenhang Ulp. 28 ed. D. 14.3.11.8; Iul. 11 D. 14.3.12; Paul. 30 D. 14.3.17.1; zum Milieu vgl. *Bürge*, in: Ronning, Einblicke in die Antike (2006) 203–222.

insula, oder den Bestatter. Wir befinden uns damit ganz im arbeitsamen Milieu der Sklaven, Freigelassenen und kleinen Leute.[29] Ein Streiflich auf die wirtschaftliche Organisation werfen jene Stellen, in denen die rechtlichen Konsequenzen aus dem Einsatz eines eigenen, jedoch bei einem Dritten als *institor* angestellten Sklaven behandelt werden.[30] Die Abspaltung einzelner Befugnisse, so Kauf oder Verkauf, Entgegennahme von Darlehen oder Gewährung von solchen, die Einsetzung mehrerer *institores* für eine Funktion,[31] überhaupt die Vielzahl von *institores*,[32] sowie die Einsetzung von *institores* jeglichen Alters[33] sprechen gegen die gewagte Hypothese einer umfassenden, modern gesehenen unternehmerischen Organisation,[34] die an den überlieferten Fakten vorbeizielt.

14 Was das Nachleben betrifft, so sind die Überlieferung in den Basiliken praktisch nicht vorhanden[35] und deren Kommentierung überhaupt nicht erhalten. Angesichts des – vergeblichen – Bestrebens in der Literatur; Beziehungen zur modernen Stellvertretung herzustellen, drängt sich der Hinweis auf, dass die moderne Stellvertretungslehre gerade nicht an der *actio institoria* anknüpfte.[36]

II. *Actio exercitoria*

1. Prozessformel

15 Aus Ulpians Kommentar lässt sich das Edikt der *actio exercitoria* zuverlässig rekonstruieren:[37]

---

[29] Vgl. Gai. ed. prov. 9 D. 14.2.8 *plerique pueros puellasque tabernis praeponunt.*

[30] Ulp. 28. ed. D. 14.3.11.8; Iul. 11 dig. D. 14.3.12; Paul. 30 ed. D. 14.3.17.1.

[31] Ulp. 28 ed. D. 14.3.5.12; 11.5.

[32] Pap. 7 resp. D. 32.91.2; Scaev. 22 dig. D. 33.7.7 pr.; Paul. 4 Sab. D. 33.7.13 pr.; Pomp. 6 Sab. D. 33.7.15 pr.

[33] Ulp. 28 ed. D. 14.3.7.1; Gai. 9 ed. prov. D. 14.3.8; und die inschriftlichen Belege, so CIL III 14206.21 aus Philippi zu einem mit 16 Jahren verstorbenen *servus idem f(ilius) verna institor tabernas Aprianas* und CIL VII 265 zum *servulus* der *taberna aureficina.*

[34] *Di Porto*, Impresa collettiva (1984) 343–368, dagegen kritisch *Bürge*, SZ 105 (1988) 856–865, sowie Chiusi, SZ 108 (1991) 156 f., 158 f., 167–186; zu ähnlichen Ansätzen von *Aubert*, Business Managers (1994) kritisch *Benke*, SZ 113 (1996) 506–514.

[35] Lediglich zu D. 17.1.10.5, Basil. 14.1.10.

[36] Vgl. *Coing*, Privatrecht I (1985) 422–430, *ders.*, Privatrecht II (1989) 455–458.

[37] *Lenel*, EP 257 f. *Miceli*, Actiones adiecticiae qualitatis (2001) 208–219, 354 hingegen stellt die Formel analog zu ihrer Konzeption der *actio institoria* auf *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona* und macht den Reeder so mit einer *petitio principii* zum primären Schuldner aus dem Geschäft des *magister*. Sie erreicht damit den Effekt der direkten Stellvertretung, ohne den Beweis dafür in den Quellen wirklich anzutreten, vgl. auch *dies.*, Rappresentanza (2008).

Quod cum magistro navis gestum erit eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit, in eum, qui eam navem exercuerit, iudicium dabo.

„Was ein Geschäft betrifft, das mit einem Kapitän in dem Geschäftsbereich abgeschlossen wird, für den er dort bestellt worden ist, werde ich gegen denjenigen, der dieses Schiff betreibt, eine Klage geben."

Im Kommentar Ulpians finden wir noch einen wörtlich zitierten Zusatz, der die Haftung des Gewalthabers eines Gewaltabhängigen *exercitor* beschlägt: **16**

Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit, eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur.[38]

„Wenn derjenige, der das Schiff betreibt, in fremder Gewalt steht, und er das Schiff mit Einverständnis dessen (des Gewalthabers) betreibt: Was ein Geschäft betrifft, das mit seinem Kapitän abgeschlossen wird, werde ich gegen denjenigen, in dessen Gewalt derjenige steht, der das Schiff betreibt, eine Klage geben."

Zwanglos lässt sich daher für die Behandlung der Klage dem Ediktswortlaut folgen.

2. Das Profil der Klage

Die *laudatio edicti* macht klar, dass der Vertrauensschutz für denjenigen, der mit dem *magister navis*, dem Kapitän, fern von dessen Heimathafen kontrahiert, im Vordergrund der Klage gegen den einsetzenden Reeder (*exercitor*) steht.[39] Aus der Umschreibung des Wirkungsbereichs des *magister* wird deutlich, dass ihm der Abschluss der Verträge zur Überlassung von Frachtraum, zum Transport von Waren oder zur Beförderung von Reisenden oder auch zum Kauf von (Schiffs-)/Ausrüstung oblag. Er kann aber auch eine spezielle *praepositio* zum Kauf oder Verkauf von Waren haben.[40] Diese Kompetenz wird scharf abgegrenzt von der deliktischen Verantwortung für die Besatzung und Bemannung,[41] von der *actio in factum adversus nautas* (→ § 93 Rn. 3, § 25 Rn. 10). **17**

Wie beim *institor* ist der personenrechtliche Status unbeachtlich: Der *magister navis* kann ein Freier, ein eigener oder ein fremder Sklave und jeglichen Alters sein.[42] Beachtenswert ist die Kompetenz zur Einsetzung eines *magister*. Ob dies auch dann gelten soll, wenn der *exercitor* davon keine Kenntnis hatte, wurde diskutiert und von Julian **18**

[38] Vgl. den Bericht des Gaius 4.71, der assoziativ an die Behandlung der *actio quod iussu* anschließt (→ § 101 Rn. 1) und deshalb die Haftung für die Gewaltunterworfenen *in solidum* vorwegnimmt und dann die Haftung für *extranei* nachschiebt, ohne dass sich daraus morphologische Schlüsse für die Formelgestalt ziehen lassen, vgl. *Lenel*, EP 257.

[39] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1 pr.

[40] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.1/3.

[41] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.2; vgl. *Lenel*, EP 205 f.; *Kaser*, RP I 513 mit Fn. 79; sowie die einschlägige Diebstahlsklage *Lenel*, EP 333 f.

[42] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.4; von Frauen ist hier nicht die Rede.

sogar für den Fall bejaht, dass der *exercitor* in der *praepositio* dieses Vorgehen in Bezug auf eine bestimmte Person ausdrücklich ausgeschlossen hatte. Das im Vergleich zum *institor* entscheidende Argument ist die *utilitas* für die Seefahrenden.[43]

19 Als Schiff (*navis*) gilt jedes Wasserfahrzeug, ungeachtet ob es für das Meer oder für Binnengewässer bestimmt ist.[44]

20 Die in der Formel aufgeführte Begrenzung auf die Aufgabe, für die der *magister* bestellt wurde, wird parallel zur *actio institoria* gehandhabt. Da sind einmal die für die betreffende Aktivität typischen Geschäfte, so bei der Frachtbeförderung beispielsweise der Kauf der dafür nützlichen Sachen oder die zur Reparatur des Schiffes notwendigen Verträge oder Verwendungen oder auch die Bezahlung der Mannschaft.[45] Daran knüpft sich wie typischerweise bei adjektizischen Klagen die Frage an, ob darunter auch die zu diesem Zweck aufgenommenen Darlehen gehören, was mit Blick auf eben diese Geschäfte bereits Pegasus bejaht hatte.[46] Nach Ofilius und Pedius sollte dies auch gelten, wenn zwar das Darlehen zu diesem Zweck aufgenommen, dann aber für andere Ausgaben abgezweigt wurde. Anders wäre es, wenn überhaupt kein Zweck genannt worden wäre.[47] In einer Fallerörterung zieht Africanus für die Sorgfaltsanforderungen die Grenze zur Geschäftsführung: Die Vergewisserung über die Reparatur und die dafür notwendigen Kosten dürfen nicht geradezu in die Pflicht münden, die Reparaturarbeiten zu beaufsichtigen.[48]

21 Die *praepositio* prägt die Vertragsgestaltung zwischen dem *magister* und dem Spediteur oder Passagier, soweit der *exercitor* gegebenenfalls in Anspruch genommmen werden soll.[49] Sie kann auf einzelne Geschäfte, beispielsweise das Inkasso, auf Transporte von bestimmten Waren oder von Passagieren beschränkt werden und auch den lokalen Besonderheiten, beispielsweise beim Verkehr auf bestimmten Routen Rechnung tragen. Es können mehrere *magistri* bestellt werden, die entweder alle je die Gesamtzuständigkeit haben oder die nur für bestimmte Verträge zuständig sein sollen,[50] üblich war offenbar auch das Vier-Augen-Prinzip.[51]

22 Im nächsten Schritt kommentiert Ulpian den Begriff des *exercitor*, gegen den sich die Klage richtet (*in eum, qui eam navem exercuerit*). Es ist derjenige, an den die Einkünfte und der Gewinn fließen, ob er nun Eigentümer des Schiffes ist oder ob er es lediglich gechartert hat, sei es für eine bestimmte Zeit, sei es auf Dauer.[52] Geschlecht oder personenrechtlicher Status spielen keine Rolle.[53]

---

[43] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.5; vgl. dazu generell *Földi*, SD 64 (1998) 186–189.
[44] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.6; vgl. die Übersicht bei *Rougé*, Commerce maritime (1966) 326–332.
[45] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.7.
[46] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.8.
[47] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.9.
[48] Afr. 8 quaest. D. 14.1.7 pr.
[49] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.12.
[50] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.13.
[51] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.14.
[52] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.15.
[53] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.16.

Bemerkenswert ist die Regelung in dem bei Gaius nicht erwähnten Zusatz, die die Haftung des Gewalthabers für einen gewaltunterworfenen *exercitor* vorsieht, wenn dieser das Reedereigeschäft mit dem Einverständnis (*voluntas*) des Gewalthabers ausgeübt hat.[54] Wusste der Gewalthaber lediglich von dieser Tätigkeit, blieb es bei der Regelung der *actio tributoria* mit der Verteilung der *merx peculiaris* (→ § 103 Rn. 4).[55] Im Grunde genommen wird hier auf die bestehende Klage gegen den *exercitor* eine weitere gesetzt. Wir haben damit, wenn man es so sagen darf, eine doppelstöckige *actio exercitoria*, die den Durchgriff auf den in diesem Geschäft aktiven Gewalthaber erlaubt, nicht aber auf den passiven, der dem Geschäft lediglich zusieht. Das gilt in gleicher Weise, wenn der Pekuliarsklave des Haussohnes oder der Vikarsklave eines Sklaven als Reeder tätig sind.[56] Der *exercitor* wird in diesem Fall der doppelstöckigen Organisation bei der Klage gegen den Gewalthaber wie der *magister* behandelt.[57] **23**

Mehrere *exercitores* ohne *magister* haften nur anteilig, umgekehrt haften sie für einen einzigen *magister* je *in solidum*, wenn er das Geschäft mit ihrem Einverständnis betrieb.[58] **24**

Ulpian schließt die Kommentierung mit dem Hinweis auf die Unverjährbarkeit und Vererbbarkeit der Klage.[59] **25**

[54] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.19; generell zur Konzeption dieser Haftung *Chiusi*, SZ 124 (2007) 94–112.

[55] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.20, vgl. dazu *Chiusi*, Contributo (1993) 325–328.

[56] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.22; exegetisch behandelt diese Stelle *Di Porto*, Impresa collettiva (1984) 270–341, zieht allerdings daraus spekulativ weitreichende, wirtschaftsgeschichtlich unhaltbare Konsequenzen, dagegen *Bürge*, SZ 105 (1988) 858–861.

[57] Ulp. 28 ed. D. 14.1.1.23.

[58] Ulp. 28 ed. D. 14.1.4 pr.–3. Gegen die Versuche von *Di Porto*, Impresa collettiva (1984) 227–329 ein Gebilde eines römischen Unternehmens zu postulieren, entschieden *Bürge*, SZ 105 (1988) 858–861, 863.

[59] Ulp. 28 ed. D. 14.1.4.3,4. Die in der Substanz jeweils spekulativen Theorien zur Entstehung der adjektizischen Klage finden sich zusammengestellt bei *de Ligt*, TR 67 (1999) 205–226.

§ 105 Noxalhaftung

Martin Pennitz

Biondi, Le *actiones noxales* nel diritto romano classico, in: AUPA 10 (1925) 1–367; *Sargenti*, Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale in diritto romano, StPav 31 (1950) 105–152; 32 (1951) 239–270; *De Visscher*, Il sistema romano della nossalità, Iura 11 (1960) 1–68; *Pugliese*, Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma, RISG 16 (1972) 79–101; *Falchi*, Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo, 1976; *Giménez-Candela*, El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal, 1981; *Polojac*, *Actio de pauperie* and liability for a damage caused by animals in Roman law, 2003; *Pennitz*, *Obligatio domini* und *obligatio servi*. Drittbeteiligung am Schuldverhältnis bei Sklavendelikten, in: Harke (Hg.), Drittbeteiligung am Schuldverhältnis, 2010, 71–95; *Cannata*, Su alcuni problemi in materia di azioni nossali, in: Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag, 2013, 59–97; *D'Angelo*, Il concetto di '*potestas*' nell'editto '*de noxalibus actionibus*'. Per una ricostruzione della fase *in iure* del processo nossale classico, 2017.

Inhalt Rn.

I. Die Formeln der *actiones noxales* 1
1. Grundlegende Fragestellungen 1
2. Die *actio furti (nec manifesti) noxalis* als Beispiel 2
II. Allgemeine Charakteristik der klassischen Noxalhaftung 3
1. Die Verantwortlichkeit des aktuellen Gewalthabers 3
2. Modifiziertes Haftungsregime 4
3. Vereinheitlichungstendenz trotz unterschiedlicher Rechtsgrundlagen 5
III. Die *noxae deditio* 6
1. Prozessuale Bedeutung 6
2. Funktionen 7
IV. „Sachlich legitimierte" Beklagte bei den *actiones noxales* 8
1. Die zentrale Rolle der *postestas* 8
2. Der Grundsatz *noxa caput sequitur* 9
3. Eidverfahren und *actio sine noxae deditione* 10
V. Überblick über das Noxalverfahren 11
1. Die Prozesseinleitung 11
2. Varianten im Verfahrensablauf 12
VI. Die Eigenverantwortlichkeit des Gewalthabers und ihre Konsequenzen 13
VII. Delikte „gegen den eigenen Herrn" 18
VIII. Ergänzende Regelungen 20

1. Eingriffe in die *hereditas iacens* durch testamentarisch freigelassene Sklaven 20
2. Komplizenschaft im Rahmen der *familia servorum* 21
3. Die außerordentliche Sklavenbestrafung, insbes. bei verübter *iniuria* 22
IX. Entwicklungen im nachklassischen und justinianischen Recht 23
X. Das Noxalprinzip bei Sonderdelikten, insbes. beim Tierschaden (*pauperies*) 24

I. Die Formeln der *actiones noxales*

1. Grundlegende Fragestellungen

Gaius bespricht die Noxalhaftung im verfahrensrechtlichen Teil,[1] doch finden sich weder hier, noch in sonstigen Quellen mehr als bloße Indizien bezüglich der Ausgestaltung der *formulae*. Insofern stellt sich bei einer Rekonstruktion der *actiones noxales*, die in der Lehre zu ganz unterschiedlichen Modellen und darauf gestützten Folgerungen führt,[2] eine Reihe von Fragen: (1) Besteht eine einheitliche Formel für alle Delikte[3] oder orientieren sich die *actiones noxales* an den jeweiligen Deliktsklagen? (2) Sind die Klagen in letzterem Fall im Sinne einer *actio in personam*, einer *actio in rem*[4] oder einer *actio* „*sui generis*“[5] zu verstehen? (3) Ist zwischen prätorischen und zivilen Noxalklagen zu unterscheiden?[6] (4) Orientieren sich letztere am Modell[7] der *actio de* 1

[1] Gai. inst. 4.75–81, was sich beim Grundsatz *noxa caput sequitur* – dazu → Rn. 9 – besonders deutlich zeigt (arg. *omnes autem noxales actiones caput sequuntur* in 4.77).

[2] Das Thema ist insoweit „ein beliebter Denksport unter Romanisten“, wie *Selb*, SZ 100 (1983) 688 festhält.

[3] So *Giménez-Candela*, Régimen pretorio (1981) 390–392; 397, wonach in dieser zivilen *actio noxalis* auf das jeweils verübte Delikt bloß (etwa in einer *demonstratio*) verwiesen wird; außerdem müsse man davon ausgehen, dass die Buße *debía ser estimada por el juez*; zust. *Selb*, SZ 100 (1983) 688. Allerdings wären dann – einmal abgesehen von einschlägigen Quellenaussagen: Paul. 22 ed. D. 9.4.19 pr. (arg. *erit noxali Aquiliae locus*); 10 Sab. D. 10.4.16 (arg. *furti actio vel de dolo malo noxalis*); vgl. auch *Pugliese*, PF II 106 od. *Ankum*, Iura 32 (1981) 241 – jene Besonderheiten, die das Verfahren bei einzelnen Delikten prägen, nicht im „Prozessprogramm“ enthalten: Zum Diebstahlsverfahren etwa → § 93 Rn. 7.

[4] *Biondi*, AUPA 10 (1925) 203 f.; 253; *ders.*, BIDR 36 (1928) 121; *ders.*, NNDI 11 (1965) 450; zust. *Brandi Cordasco Salmena*, Actio iniuriarum noxalis (2012) 73 f.; 78 f.

[5] *Sargenti*, StPav 32 (1951) 264; *ders.*, Labeo 23 (1977) 342, der von einer Klage *di carattere personale*, aber mit *caratteristiche particolari* und daher *difficilmente inquadrabile nella schema del processo formulare* ausgeht. S. auch *Kaser*, RP II 68 Fn. 28 („Zwischentyp“) oder *Polojac*, in: Jones, Droits de l'homme (1998) 68; *dies.*, in: Piro, Règle (1999) 129, wo explizit von *liability sui generis* gesprochen wird.

[6] *Lenel*, EP 196 und Fn. 3; 330; *ders.*, SZ 47 (1927) 18 Fn. 2; 20 f. sowie *Kaser/Hackl*, RZ 343. Hingegen zieht *Sargenti*, StPav 32 (1951) 265 ganz generell *speciali formule in factum per l'esperimento delle azioni nossali* als Möglichkeit in Betracht.

[7] So *Girard*, RH 12 (1888) 37 f.; vgl. *Lenel*, EP 197 i. V.m. 164 f. und Fn. 1; *ders.*, SZ 47 (1927) 2 f. Skeptisch *Sargenti*, StPav 32 (1951) 242 f., der die Klassizität der Belege zur *actio de pauperie* in Zweifel zieht; gegen eine Gleichsetzung auch *Pugliese*, PF II 107 u. H.a. ihren Charakter als *azione*

pauperie?[8] (5) Handelt es sich bei ihnen um Formeln mit sog. Subjektswechsel[9] oder beziehen sie sich nur auf den Gewalthaber? (6) Lässt ein ziviles *oportere* in der *intentio* auf eine vorprozessuale, noxale Verbindlichkeit des Gewalthabers schließen?[10] (7) Nimmt die *intentio* ausschließlich auf die *noxae deditio*[11] oder nur auf die Geldleistung[12] oder auf beides Bezug? (8) Welche dogmatischen Folgerungen ergeben sich unter letzterer Annahme?[13] (9) Bezieht sich die *condemnatio* sowohl auf die Geldleis-

---

indipendente, die sich eben nicht als *adattamento di un'azione penale ordinaria* erweist; ferner *ders.*, RISG 16 (1972) 86 f. Freilich spricht *Biondi*, AUPA 10 (1925) 18 f.; *ders.*, BIDR 36 (1928) 114 f. der *actio de pauperie* – trotz Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.14 – den Charakter einer Noxalklage überhaupt ab; demgegenüber → Rn. 24.

[8] Vgl. den Hinweis auf ihre Formelkonzeption bei Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.11 (arg. …, *quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere*).

[9] So *Biondi*, AUPA 10 (1925) 172 f.; 254 f. und Fn. 4 u. H.a. Ulp. 7 disp. D. 44.7.14, wonach in der *intentio* nur auf die Obligation des Gewaltunterworfenen – z. B. auf *Stichum servum … oporteret* – Bezug genommen werde; zur Bezeichnung „Formel mit Subjektswechsel" *Kaser/Hackl*, RZ 341 und Fn. 1, die keine Noxalklagen von diesem Begriff erfasst sehen; anders *Talamanca*, ED 36 (1987) 59 f., der ihn auf die prätorischen Klagen bezieht; ferner zum Fall der Verteidigung durch einen Dritten *Pugliese*, RISG 16 (1972) 99.

[10] In diesem Sinn explizit *Pugliese*, RISG 16 (1972) 97 f.; *ders.*, St. Albertario I 238 f.; 251; vgl. auch *Falchi*, Legittimazione passiva (1976) 48, der darin *un obbligo relativa alla c. d. responsabilità nossale* sieht; zust. *Polojac*, Actio de pauperie (2003) 127 f.; a. A. *Biondi*, BIDR 36 (1928) 111–113; 235–251 u. H.a. die Einlassungsfreiheit des Gewalthabers. *De Visscher*, Iura 11 (1960) 58 (s. auch *ders.*, Noxalité (1947) 416) schließt sich zwar Lenels Formelrekonstruktion an (→ Rn. 2), doch interpretiert er *oportere* ausschließlich im Sinn von *condemnari oportere* (ebd., 60 f.): In der freiwillig erfolgenden *litis contestatio* sei ein Angebot des Gewalthabers zu sehen, im Sinn des *sistema legale della noxalità* die *poena* als Lösungsgeld zu zahlen, weshalb erst ab diesem Moment eine *obligatio* entstehe (ebd., 62; 66). Wieder anders *Sargenti*, StPav 32 (1951) 263 f. (zu *De Visscher* etwa auch *Sargenti*, in: Jones, Droits de l'homme (1998) 85 f.), für den *oportere* bloß Ausdruck der prozessualen Haftung des Gewalthabers ist, während die h. L. ein *fantasma dell'obligazione ex delicto* konstruiere (ebd., 251); ähnlich *Giménez-Candela*, Régimen pretorio (1981) 388 f.; 394 f., die (aufgrund der *interrogatio in iure*) eine *obligación de defendere servum* annimmt. S. auch *Francescon*, in: Corpo in Roma antica I (2015) 208 f.; 213 f., wonach *la principalis obligatio fosse costituita dalla noxae deditio*, da das *vinculum iuris* den Körper des Täters *in forma analoga a una garanzia reale* erfasse, während auf dem Gewalthaber nur *un onere di suscipere iudicium* laste.

[11] Implizit findet sich die Bezugnahme auf die Auslieferung bei *Biondi*, BIDR 36 (1928) 122 f., wenn er bei der *intentio* – wie bei Frage (5) erwähnt – ausschließlich auf die *obligatio* des Sklaven abstellt. *De Visscher*, Iura 11 (1960) 64 spricht dem Tatopfer *il diritto di esigere la deditio* nur aufgrund des *sistema legale della nossalità*, nicht aber nach dem *sistema delle azioni nossali* zu.

[12] So schon *Rudorff*, De iuris dictione edictum (1869) 134 Fn. 8; *Pugliese*, PF II 106 f.; *ders.* St. Albertario I 237 und Fn. 1; zust. *Pennitz*, RIDA 58 (2011) 283 Fn. 32; mit Zweifel auch *Kaser/Hackl*, RZ 343 („jedenfalls die *condemnatio*"); dagegen könnte aber Gai. inst. 4.76 sprechen (→ Rn. 4 init.).

[13] *Girard*, RH 12 (1888) 33–35 u. H.a. Gai. inst. 4.75; I. 4.9 pr. und Ulp. 18 ed. D. 9.1.1 pr.; 38 f. geht insofern von einer „obligation alternative" aus; ebenso *Lenel*, SZ 47 (1927) 20; zust. *Honsell*, JKW 382 und Fn. 6 sowie *Kaser*, RP I 495 Fn. 9; 632 und Fn. 15. *Giangrieco Pessi*, Actio de pauperie (1995) 279; 281 spricht von einer *obbligazione facoltativa*, *Gröschler*, St. Metro III 218 von einer *facultas alternativa*; ebenso *Wacke*, Ess. Winkel II 1022 Fn. 23 bzw. (erstaunlicherweise, s. weiter

tung, wie auch die *noxae deditio*?[14] (10) Welche prozessualen Folgerungen zieht das nach sich?[15] (11) Lässt sich daraus eventuell erklären, warum die Noxalklagen im justinianischen Recht – oder auch schon im klassischen Recht[16] – als *actiones arbitrariae* eingestuft werden?[17]

2. Die *actio furti (nec manifesti) noxalis* als Beispiel

Bereits der Fragenkomplex macht deutlich, dass mit jeder Formel(re)konstruktion zugleich eine Positionierung zu Grundfragen der Noxalität einhergeht, worauf in weiterer Folge zurückzukommen ist: In weitgehender Anlehnung an die derzeit h. L.[18] könnte eine[19] noxale Formel anhand des Beispiels der (zivilen) *actio furti nec manifesti*[20] so lauten: **2**

---

oben) *Honsell*, JKW 222 sowie *D'Angelo*, AUPA 60 (2017) 294 f. und Fn. 17. Kritik an solchen Konzepten bei *Lisowski*, in: RE Suppl. VII (1940) 624 f.; *De Visscher*, Iura 11 (1960) 65 f., wonach das *sistema delle azioni nossali* zur Geldschuld führe, während die *noxae deditio* als *facultas solvendi* zu verstehen sei. Für *Sargenti*, StPav 32 (1951) 264 i. V.m. 243–246 stellen Geldleistung wie Auslieferungsbefugnis *mezzi liberatori* dar, durch die – s. schon bei Frage (6) – der Gewalthaber sich seiner *responsabilità* entziehen kann; ebenso *D'Amati*, Inattività del convenuto (2016) 125 f. und Fn. 226. Skeptisch auch *Biondi*, AUPA 10 (1925) 257 f. u. H.a. Belege (freilich zur *condemnatio*), die die *litis aestimatio* dem *noxae dedere* gegenüberstellen. Für *Pugliese*, St. Albertario I 258 handelt es sich insofern um rein prozessuale „Alternativen", weshalb sich die noxale Obligation des Gewalthabers als *rapporto di reflesso* erkläre und eine *obligatio propter rem* darstelle (ebd., 262); vgl. zu diesem (den römischen Juristen fremden) Terminus *Talamanca*, Istituzioni (1990) 68; kritisch etwa *Polojac*, in: Jones, Droits de l'homme (1998) 67.

[14] Dagegen *Biondi*, AUPA 10 (1925) 256–259; 267; 277 f., weil das Prinzip der *condemnatio pecuniaria* auch diesen Fall umfasse und die Befugnis zur *noxae deditio* bloß auf Gesetz beruhe.

[15] So gehen etwa *Kaser/Hackl*, RZ 343 und Fn. 12; 372 und Fn. 22 hier – anders als bei *actiones in rem* oder *arbitrariae* – von einem Urteil „alternativ auf Zahlung der Bußsumme oder *noxae deditiae*" aus; zust. *Polojac*, Actio de pauperie (2003) 169 und *Gröschler*, St. Metro III 216 f. Vgl. aber die überzeugende Kritik von *Sargenti*, StPav 32 (1951) 247 f. Für *Giménez-Candela*, Régimen pretorio (1981) 389; 396 leitet sich aus einer so formulierten *condemnatio* sogar eine Alternativobligation ab, die ab der *litis contestatio* – s. bei Frage (6) – die davor bestehende *obligatio* noviere.

[16] So i. G. zur h. L. *D'Angelo*, AUPA 60 (2017) 292 und Fn. 2; 298 f.

[17] I. 4.6.31; vgl. dazu *Biondi*, AUPA 10 (1925) 256 und Fn. 4; *De Visscher*, Noxalité (1947) 419 i. V.m. 463; ferner *Kaser*, RP II 337; 431 Fn. 44; *Kaser/Hackl*, RZ 610 f. und Fn. 39: Anzunehmen sei, dass der *iudex* im Kognitionsverfahren ein alternatives *iussum* erlasse, wobei man zudem davon auszugehen habe, dass dem Beklagten bei *contumacia* die Wegnahme *manu militari* drohe (Ulp. 51 Sab. ! D. 6.1.68); ähnlich *Wlassak*, in: Schönbauer, Rechtshistorische Abhandlungen (1965) 225 f. Dazu → Rn. 23 i. f.

[18] Grundlegend *Lenel*, EP 165; ferner *Girard*, RH 12 (1888) 39 Fn. 1; *Beseler*, SZ 46 (1926) 106; *Kaser/Hackl*, RZ 343; *Mantovani*, Formule 63.

[19] Es ist nämlich zu vermuten, dass – einmal abgesehen von den prätorischen Klagen – auch die zivilen angesichts unterschiedlich geregelter Passivlegitimation voneinander abweichen: Zur *actio legis Aquiliae noxalis* s. *Mantovani*, Formule 65 f., doch ist eine solche Rekonstruktion völlig ungewiss (→ § 92 Rn. 7 f.). Geht man z. B. mit *Nörr*, FS Knütel 839 f. (s. auch 846 f.) von einer Einheitsformel mit *intentio*: *quidquid paret e lege Aquilia dare oportere* aus, so würde sich m. E. nur in der *condem-*

Si paret ope consiliove Stichi servi[21] *Aulo Agerio furtum factum esse paterae aureae (quae fuit sestertium X milium plurisve), quam ob rem Numerium Negidium*[22] *(Aulo Agerio)*[23] *pro fure damnum decidere oporteret*[24] *aut Stichum servum noxae dedere,*[25] *quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantae pecuniae duplum iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato aut Stichum servum noxae dedere;*[26] *si non paret absolvito.*

„Wenn es sich erweist, dass mit Tat bzw. Hilfe oder Rat(schluss) des Sklaven Stichus dem Kläger eine goldene Schale (im Wert von 10.000 Sesterzen oder mehr) gestohlen wurde, weswegen der Beklagte (dem Kläger) als (wie ein) Dieb zum Sühnevergleich verpflichtet wäre oder den Sklaven Stichus als Schädiger auszuliefern, so soll der Richter den Beklagten dem Kläger auf den doppelten Geldbetrag des Wertes verurteilen, den der Streitgegenstand hatte, als der Diebstahl begangen wurde, oder den Sklaven als Schädiger auszuliefern; wenn es sich nicht erweist, so soll er (ihn) freisprechen."

---

natio der Zusatz *aut servum Stichum noxae dedere* finden, der sich – in leichter Abwandlung der Gesetzesrekonstruktion von *Cannata*, Lib. Am. Krampe 90–92 – auf eine *norma processuale*: *Si servus insciente ero faxit, noxalis actio esto* stützen könnte.

[20] Zur Diebstahlsformel → § 93 Rn. 6.

[21] *Kaser/Hackl*, RZ 343 (i.G. zu *Kaser*, RZ 264) beziehen sich auf *si paret Sticho servo Numerii Negidii Aulo Agerio furtum factum esse*; ähnlich schon *Betti*, Atti della reale accademia delle scienze di Torino 50 (1914/15) 391 (*ope consilio Stichi …, qui servus Numerii Negidii est*); 392; und ebenso *Lisowski*, in: RE Suppl. VII (1940) 626 f.; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 620 oder *Gamauf*, DNP 8 (2000) 1038: Das führt m. E. aber zu denselben Einwänden, die sich gegenüber *Lenels* Fassung erheben lassen (vgl. sofort im Anschluss).

[22] So *Mantovani*, Formule 63. *Lenel*, EP 165 u. H.a. Paul. 2 Plaut. D. 11.1.13 pr.; *Lenel*, SZ 47 (1927) 16 geht hingegen von *dominum Stichi* aus, doch stünde diese Formulierung nicht im Einklang mit der Passivlegitimation zur *actio furti noxalis*; wieder anders *Girard*, NRHFE 11 (1887) 447 Fn. 1, der auf *eum, qui Stichum in potestate habet*, (und nur bei der *actio legis Aquiliae* auf *dominum Stichi*) abstellt; allerdings fragt sich, wie dann überhaupt Juristenkontroversen (→ Rn. 5) bezüglich der Passivlegitimation hätten entstehen können.

[23] So *Beseler*, SZ 46 (1926) 106 bzw. *Polojac*, Actio de pauperie (2003) 165.

[24] *Oportere* ergibt sich aus Ulp. 37 ed. D. 9.4.42.1 (arg. *propter eum dare oportere*); a. A. freilich *Biondi*, AUPA 10 (1925) 232 f. und *Brandi Cordasco Salmena*, Actio iniuriarum noxalis (2012) 76; 78 f.; 86 f.; 89 bzw. *Sargenti*, StPav 32 (1951) 263 und Fn. 1 f. Im Speziellen für *oporteret* (→ § 93 Rn. 6) auch *Kaser/Hackl*, RZ 343, während etwa *Mantovani*, Formule 63 von *oportet* ausgeht. Zum Zusammenhang von *servi nomine (cum domino) agi* und *oportere* des Gewalthabers außerdem Paul. 3 epit. Alf. dig. D. 6.1.58 init.; s. ferner *Miceli*, Actiones adiecticiae qualitatis (2001) 50–55, die sich hierfür freilich insbes. auf Paul. 5 ed. D. 3.2.14 beruft.

[25] So *Mantovani*, Formule 63. *Girard*, NRHFE 12 (1888) 39 f. und *Lenel*, EP 165; *ders.*, SZ 47 (1927) 8 gehen dagegen von einem alternativen *aut pro fure damnum decidere aut Stichum servum noxae dedere* aus; → Rn. 1 unter Frage (8). Ebenso *Kaser/Hackl*, RZ 343 und Fn. 14: Wegen Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.11 (zum Tierschaden) käme auch „die umgekehrte Reihenfolge" in Frage; dazu aber → Rn. 1 unter Frage (4). *Pugliese*, St. Albertario I 258 f., der – → Rn. 1 unter Frage (7) – an der doppelten Bezugnahme in der *intentio* zweifelt, wendet sich jedenfalls zu Recht gegen ein materiellrechtliches Verständnis im Sinn einer *obligatio alternativa* oder *facultas alternativa*; ferner *ders.*, Scr. Carnelutti II 144 Fn. 1. Das betont auch *Selb*, SZ 100 (1983) 688. Zur abweichenden Konzeption von *Biondi* → Rn. 1 unter Frage (2).

[26] Ulp. 66 ed. D. 42.1.6.1; ferner Paul. 9 Sab. D. 47.2.42 pr. und I 4.17.1.

II. Allgemeine Charakteristik der klassischen Noxalhaftung

1. Die Verantwortlichkeit des aktuellen Gewalthabers

Der Noxalhaftung sind somit – wie die Klageformel verdeutlicht – Gewalthaber ausgesetzt, deren unfreie bzw. freie *personae alieni iuris*[27] (→ §§ 19; 34 und 36) *delicta privata* gegenüber Dritten verübt haben:[28] Zwar dürfte die *intentio* nicht explizit auf die Beziehung zwischen Täter und „Beklagtem" eingehen,[29] doch lässt sich hierfür an den Zusatz *aut noxae dedere* anknüpfen, d. h. an dessen Befähigung, den Schädiger auszuliefern. Uneingeschränkt gilt dies im Übrigen, wenn die Tat ohne Wissen oder Beteiligung (z. B.) des Herrn begangen wurde:[30] Da die Untat dann ausschließlich dem Sklaven anzulasten ist, richtet sich die *actio noxalis* gegen denjenigen *dominus*, der aktuell zur Auslieferung imstande ist.[31] Sollte es letztlich nicht zur *noxae deditio* kommen, kann gegen einen Verurteilten in die Geldbuße vollstreckt werden. Insoweit dient die Noxalhaftung dem Verletzten, da gewaltunterworfene Täter – abgesehen von Haussöhnen und ihrer „begrenzten Vermögensfähigkeit" (→ § 34 Rn. 39–41) – weder zum Prozess zugelassen sind noch *de iure* über Vermögen verfügen, in das vollstreckt werden könnte. 3

2. Modifiziertes Haftungsregime

Unser ältestes Zeugnis und zugleich eine der Grundlagen für die späteren *actiones noxales*[32] stellt XII T 12.2 dar:[33] „Hat ein Sklave (bzw. …)[34] Diebstahl begangen oder 4

[27] Gai. inst. 4.75 i. V.m. 4.80 (mit den Ergänzungen von Studemund/Krüger). Zu freien Täterinnen s. aber I. 4.8.7 (Rn. 23).

[28] Gai. 2 ed. prov. D. 9.4.1; dazu *Arese*, Maleficium (2011) 47–49. Neben Pönalklagen kommt das Noxalprinzip aber auch bei nichtdeliktischen Klagen (→ Rn. 17–19; zur *actio aquae pluviae arcendae*: Ulp. 43 ed. D. 39.3.6.7) und bei einigen Interdikten zum Tragen (*interdicta noxalia*): Dazu Paul. 13 Sab. D. 43.1.5 sowie ferner → 5 und u. → Rn. 15 zum *interdictum quod vi aut clam*; s. auch *Berger*, Symb. Taubenschlag I bes. 413 f. und → § 66 Rn. 20 i. f. Zur *noxae deditio* im altrömischen Strafrecht und im völkerrechtlichen Kontext vgl. nur *Kaser*, RP I 63 und Fn. 30; 163 und Fn. 4; *Pugliese*, RISG 18 (1974) 3 und Fn. 4; *Nörr*, Aspekte (1989) 72 f.; 75 f.; 81 f. Parallelen zwischen *nexum* und Noxalität sieht *Waelkens*, in: Jones, Droits de l'homme (1998) 93 f.

[29] Dazu schon → Rn. 2.

[30] Vgl. nur Ulp. 18 ed. D. 9.4.2 pr. i. f.; Gord. C. 3.41.2 (a. 239); Diocl./Max. C. 3.41.3 (a. 293); hingegen zur Eigenverantwortlichkeit des *dominus* → Rn. 13–17 sowie zur *interrogatio in iure* → Rn. 11.

[31] Zum Grundsatz *noxa caput sequitur* nur Paul. 9 Sab. D. 47.2.18 init. sowie → bei Rn. 9.

[32] Gai. inst. 4.76; allerdings beruht, wie Gaius ausführt, zu seiner Zeit nur noch die *actio furti noxalis* (allein) auf den *XII tabulae*. Das macht es m. E. – → Rn. 1 unter Frage (7) – auch wahrscheinlich, dass *aut noxae dedere* – ähnlich wie etwa *pro fure damnum decidere* bei der *actio furti* selbst (→ Rn. 2 i. V.m. § 93 Rn. 6) – in der zivilen *intentio* Berücksichtigung findet.

[33] Mögliche Rekonstruktion: *Si servus furtum faxit noxiamve no⟨x⟩it, ⟨noxae dedito⟩*. Bezüglich des ersten Teils herrscht aufgrund von Ulp. 18 ed. D. 9.4.2.1 Einhelligkeit; vgl. nur *Riccobono*, FIRA I²

(durch sonstige Delikte[35]) Schaden/Verlust zugefügt, so ist er für[36] die Untat auszuliefern."[37] Gemäß dieser Rekonstruktion erlegt das Gesetz – bei Bestätigung der Deliktsbegehung (arg. *faxit*, *noxit*)[38] – dem Gewalthaber[39] des Täters dessen Auslieferung an den Verletzten ins Eigentum (bzw. in die Schuldknechtschaft)[40] auf, um eine Bestrafung zu ermöglichen.[41] Ein solches Haftungsregime unterläge in der Folge einer zwei-

(1968) 72 (XII T 12.2). Der zweite Teil, der aus Fest./Paul. p. 180 f. L., s. v. noxia und Ulp. 66 ed. D. 42.1.6.1 init. abgeleitet wird, lautet etwa gemäß *Crawford*, RS II 716–718 (XII T 12.2): ⟨*noxiae datus esto*⟩ oder gemäß *Cannata*, Lib. Am. Krampe 84: ⟨*erus noxae im dedito*⟩. Anders die Rekonstruktion bei *Pugsley*, LQR 88 (1972) 544–546, der ursprünglich von einer *liability for killing slaves, filiifamilias and animals* ausgeht, die erst später (in Folge der *lex Aquilia*) im Sinn der Noxalhaftung (unter Einschluss von *pauperies*; → Rn. 24) interpretiert worden sei: *Si furtum faxit noxiamve noxit,* ⟨*ni sarcit, servus alienusve quadrupesve pecus deditus esto.*⟩

[34] Vermutlich ist diese Bestimmung auch auf freie *personae alieni iuris* bezogen: S. Gai. inst. 4.75 i. V.m. 4.80. Gegen derartige Erweiterungen (über Sklaven hinaus) allerdings *Cannata*, Lib. Am. Krampe 93–97 mit Hinweis auf Ulp. 18 ed. D. 9.4.2.1, dessen Argumentation für die *lex Aquilia* überzeugt (ebd., 95), während sich die Frage einer *scientia domini* i. H.a. XII T 12.2 aber noch nicht stellt; vgl. auch *Benöhr*, SZ 97 (1980) 275.

[35] So Gai. 6 l. XII tab. D. 50.16.238.3; umstritten ist allerdings die Reichweite des Noxalprinzips, das bei *furtum manifestum* i. d.R. keine Rolle spielen wird, aber auf *iniuria*-Tatbestände bezogen sein könnte; vgl. etwa *Pugliese*, RISG 16 (1972) 80–84; *Morgese Rasiej*, AG 211 (1991) 306–314 od. *Sargenti*, in: Milazzo, ACop. V (1992) 350–355.

[36] Zum Sprachgebrauch etwa Alex. C. 9.2.2.1 (a. 222): … *servus pro suo delicto condemnationem sustineat.*

[37] Zu den Begriffen *noxia* (Fest. p. 180.25 f. L., s. v. noxia: *Noxia, ut Ser. Sulpicius Ru⟨fus ait, damnum significat in XII.⟩* …) und *noxa* (Fest. p. 180.29 f. L.: … *item, cum lex iubet noxae dedere, pro peccato dedi iubet*) vgl. *Daube*, CLJ 7 (1939) 26 f.; 29; 53 f.; *Lisowski*, in: RE Suppl. VII (1940) 587 f.; 592–599; *Kaser*, Ius (1949) 221–224; *Liebs*, SZ 85 (1968) 194–196; 199 f.; *Cannata*, Lib. Am. Krampe 78–84; *Galeotti*, SDHI 80 (2014) 246 f.; 257–260; *Francescon*, in: Corpo in Roma antica I (2015) 174–179. Die Wendung *noxiam nocere* könnte zudem auf Übernahme altgriechischer Gesetzessprache hindeuten (s. *Wieacker*, RRG I 298 f. Fn. 68; 304 und Fn. 93): So enthält jedenfalls das Recht von Gortyn vergleichbare Bestimmung zu Tierschaden und Sklavendelikt; s. *Jakab*, SZ 106 (1989) 539–544; zu weiteren möglichen Bestimmungen *dies.*, Praedicere (1997) 93 f. Zum attischen Recht: *Harrison*, Law of Athens I (1968) 173 f. bzw. *Meyer-Laurin*, Symposion 1974, 263–267.

[38] Gegenüber früheren Handhabungen – sei es nun kollektive Haftung, erlaubte Selbsthilfe oder außerrechtliche „Rache"; s. zuletzt *Amunátegui Perelló*, RIDA 55 (2008) 67–71; 79 od. *Gröschler*, St. Metro III 198–209 – läge die Garantie der Zwölftafelnorm darin, dass eine Ahndung derartiger Delikte eines entsprechenden Nachweises bedarf, sei es in einem Verfahren oder durch Anerkenntnis von Seiten des Gewalthabers, dem ja auch die Hausgerichtsbarkeit obliegt; vgl. schon *Wlassak*, in: Schönbauer, Rechtshistorische Abhandlungen (1965) 210 od. *Pennitz*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 72 f.

[39] Denn bei ihm handelt es sich, wie *Sargenti*, StPav 32 (1951) 239 betont, um den einzigen, gegen den ein solches Verfahren geführt werden kann; insofern stellt die *noxae deditio* einen Ersatz für die (bei freien Tätern) mögliche *manus iniectio* oder Personalvollstreckung dar. Vgl. hinsichtlich der Haussöhne zuletzt *Klinck*, SZ 132 (2015) 152 f. i. V.m. 138–142.

[40] Zur *mancipium*-Gewalt des Tatopfers über Hauskinder vgl. Gai. inst. 1.140 f.

[41] Aus dem *principio … che il delinquente rispondeva del suo reato con il corpo* schließt dann

fachen Umgestaltung:[42] Zum einen nähert sich die Haftung des Gewalthabers an jene an, die einem freien Täter auferlegt ist, was – etwa beim *furtum* – die Möglichkeit zum *damnum decidere* eröffnet.[43] Zum anderen tritt spätestens mit dem prätorischen Edikt die Geldbuße in den Vordergrund,[44] die beim freien Täter aufgrund einer *obligatio ex delicto* verhängt wird; bei Schädigung durch Gewaltunterworfene sprechen die Juristen jedoch explizit nur von deren *obligatio*[45] (→ § 68 Rn. 7) und umschreiben die Position des zur Auslieferung Befähigten mit *teneri*,[46] da sich letzterer der (primär) auf ihm lastenden Bußzahlung durch Auslieferung des „an sich" Verpflichteten entziehen kann.[47]

3. Vereinheitlichungstendenz trotz unterschiedlicher Rechtsgrundlagen

Die vom Prätor eingeführten *actiones noxales* stützen sich dabei auf unterschiedliche Geltungsgrundlagen, neben den *XII tabulae* (bei *furtum*) wohl auf eine spezielle Norm der *lex Aquilia* und in weiteren Fällen direkt auf Regelungen im prätorischen Edikt;[48] 5

Francescon, in: Corpo in Roma antica I (2015) 192–194; 196 sogar auf das Vorliegen einer *obligatio di una res, alla stregua di un vincolo aderente siccome un marchio sul corpo*. Anders hingegen *Morgese Rasiej*, AG 211 (1991) 287–292, die – allerdings gestützt auf Gai. inst. 4.75 – die alternative Geldleistung bereits für die Norm der *XII tabulae* annimmt (ebd., 293–296; 319–327); wieder anders *Sirks*, TR 81 (2013) 100 f.; 104, der von *surrender to the authorities and public punishment* ausgeht.

[42] Im Anschluss an *Pugliese*, RISG 16 (1972) 90 f.

[43] Dazu → § 93 Rn. 7 (a – c).

[44] Vgl. etwa zum *furtum manifestum* Gai. inst. 3.189 i. f.; darauf nimmt m. E. auch Gai. 4.75 (arg. *noxales actiones proditae sunt*) Bezug; a. A. *Cannata*, Lib. Am. Krampe 60; 89, der die Aussage auf die *XII tabulae* bezieht, doch wird erst in § 76 (wieder i. H.a. die prätorische Ausgestaltung) auf das Gesetz rückverwiesen.

[45] Ulp. 7 disp. D. 44.7.14; ferner Iul. 60 dig. D. 39.6.18.3; Gai. 4.78; Ulp. 42 Sab. D. 50.15.174; I. 4.8.6. Wie bereits *Lenel*, SZ 47 (1927) 18 anmerkt, bedeutet diese zivile Obligation, dass der Gewaltunterworfene „für das von ihm begangene Delikt mit seiner Person, mit seinem Leibe einzustehen hat".

[46] Julian bei Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.3; Pomp. 18 Sab. D. 11.1.15.1 i. f.; Ulp. 18 ed. D. 9.4.2 pr.; 37 ed. D. 47.2.52.3; vgl. schon *Sargenti*, StPav 32 (1951) 251 f. bzw. *Ankum*, Iura 32 (1981) 240 f. Dabei hat man freilich – dazu zudem → Rn. 1 unter Frage (6) – zwischen der Haftung potentiell Passivlegitimierter (ab der Deliktsbegehung) und konkret Belangter bzw. Interessierter zu unterscheiden, die im Rahmen der *interrogatio in iure* freiwillig die Verteidigung des der Tat Beschuldigten übernehmen (→ Rn. 11).

[47] Geht man somit gm. h. L. – → Rn. 1 unter Frage (6) – davon aus, dass das *oportere* der *intentio* eine zuvor bereits bestehende „Verbindlichkeit" voraussetzt, lässt sich von einer solchen im übertragenen Sinn sprechen, die vom Nichtvollzug der *noxae deditio* abhängt, also mit der *obligatio* des Täters verschränkt ist; vgl. *Pennitz*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 73 f. Das gilt im Prinzip auch beim Haussohn, doch sieht das entwickelte Recht subsidiär noch die zusätzliche Möglichkeit seiner Selbstverteidigung vor; s. Iul. 4 Urs. Fer. D. 9.4.34 i. V.m. Ulp. 41 Sab. D. 9.4.35: Damit ergänzt die direkte Klage gegen den Sohn die *noxae deditio* und tritt an die Stelle einer *ductio*; a. A. *Klinck*, SZ 132 (2015) 141 und Fn. 56 f.

[48] Gai. inst. 4.76; zu den sog. *interdicta noxalia* vgl. z. B. Paul. 13 Sab. D. 43.1.5.

das wird sich nicht nur auf die Formeln auswirken,[49] sondern führt im Einzelnen zudem zu materiell- und verfahrensrechtlichen Besonderheiten.[50] Freilich weisen schon generalisierende Aussagen bei den klassischen Juristen auf eine Tendenz zur Vereinheitlichung dieser Materie hin;[51] das setzt sich dann im Digestentitel D. 9.4 (*De noxalibus actionibus*) fort.[52]

III. Die *noxae deditio*

1. Prozessuale Bedeutung

6 Aus dem Formelzusatz *aut noxae dedere* folgt unmittelbar, dass sich ein mittels *actio noxalis* Belangter durch Auslieferung des Täters der Verurteilung in die Geldbuße bzw. einer darauf gerichteten Vollstreckung entziehen kann:[53] Es handelt sich dabei also um eine „prozessuale" *facultas in solutione*:[54] Ein Passivlegitimierter unterliegt angesichts dieser Befugnis nicht einmal *in iure* dem Einlassungszwang auf die Klage, die sich formal an die (jeweilige) *actio in personam* anlehnt, doch verzichtet der Gewalthaber damit endgültig auf die Verteidigung des Beschuldigten;[55] daher ist dem Tatopfer die

[49] → Rn. 1 Frage (1). Vgl. auch *Watson*, Roman Slave Law (1987) 68; 70 f.

[50] Vgl. *Buckland*, Slavery (1908) 99 und Fn. 6. Das zeigt sich etwa bei der Sachlegitimation der Beklagten (→ Rn. 8): Ulp. 7 ed. D. 9.4.11 (zum *furtum*) i. G.z. Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.3 (zur *lex Aquilia*); oder beim Kriterium der *scientia domini* (→ Rn. 13), das bei der *lex Aquilia* und bei prätorischen Klagen, nicht aber bei der *actio furti noxalis* zur Anwendung kommt.

[51] Gai. inst. 4.77 (arg. *omnes autem noxales actiones*); sowie zu Detailfragen: Afr. 6 quaest. D. 9.4.28 (arg. *et generaliter*) sowie Iust. C. 6.2.21.2 (a. 530; arg. *generalem regulam*). Generelle Aussagen finden sich wohl auch beim ersten einschlägigen Edikt (*actio de albo corrupto*): S. Ulp. 3 ed. D. 9.4.3 (arg. *in omnibus noxalibus actionibus …*); Paul. 3 ed. D. 9.4.4 pr. (arg. *hoc in toto edicto*) und *Albanese*, BIDR 70 (1967) 135 sowie dazu *Pontoriero*, Commento di Paolo I (2013) 15 f.; 29 f. und Fn. 49.

[52] Abschnitte in den Juristenkommentaren zum Edikt gm. Ulp. 23 ed. D. 9.4.21.2 – vgl. *Giménez-Candela*, Régimen pretorio (1981) 160 – werden hier entsprechend erweitert: S. *Lenel*, Pal. I 95 f.; 199 f.; 338; 997–999; *Lenel*, Pal. II 548 f.

[53] Vgl. Ulp. 58 ed. D. 42.1.4.8; 66 ed. D. 42.1.6.1 bzw. Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.4; I. 4.8.3 init. Zum Wortgebrauch *Kaser*, SZ 87 (1970) 445 f.

[54] Ulp. 66 ed. D. 42.1.6.1; anders *D'Angelo*, AUPA 60 (2017) 294–296 und Fn. 17 sowie 24, der von einer alternativen *condemnatio* ausgeht, die auf eine *facultas alternativa* im materiellen Sinn schließen lasse. Daher spreche selbst dieser Beleg dafür, *actiones noxales* als *actiones arbitrariae* zu qualifizieren; → Rn. 1 unter Frage (11). Dass selbst nach der *litis contestatio* bezüglich des *noxae dedere* an keine *obligatio alternativa* bzw. *facultas alternativa* zu denken ist, zeigt m. E. aber etwa Ulp. 37 ed. D. 9.4.42 pr.; dazu ferner → Rn. 1 unter Frage (8) sowie → Rn. 2 (… *aut Stichum servum noxae dedere*).

[55] Pomp. 9 Sab. D. 15.1.23; 14 Sab. D. 9.4.33; Ulp. 16 ed. D. 6.2.5 (arg. *sive falsa*); 23 ed. D. 9.4.21 pr.; zu den dann subsidiär Verteidigungsberechtigten s. Paul. 18 ed. D. 9.4.26.4. Schon aus diesem Grund weist die Noxalklage m. E. keine Gemeinsamkeit mit einer *actio in rem* auf, sie begründet vielmehr ein Rechtsverhältnis *sui generis*.

erforderliche Rechtsposition zu übertragen,[56] bei Sklaven unbelastetes Eigentum auf Dauer, bei Freien die *mancipium*-Gewalt, ursprünglich wohl ebenfalls auf Dauer.[57] Nur wenn der Passivlegitimierte nicht in Anspruch genommen werden kann, gestattet der Prätor die formlose *ductio*, die eventuell eine spätere Verteidigung ermöglicht.[58]

2. Funktionen

Während der *noxae deditio* wohl seit jeher die Funktion zukommt, die Bestrafung des wahren Täters zu ermöglichen,[59] tritt spätestens mit Etablierung des Geldbußensystems ihre ökonomische Komponente in den Vordergrund: Wer nämlich einer *actio noxalis* ausgesetzt ist, soll keinen höheren Verlust erleiden als den Verzicht auf Eigentum bzw. Organschaft und Arbeitskraft des Gewaltunterworfenen;[60] ansonsten sind bloß die deliktsweise erlangten Bereicherungen auszufolgen.[61] Die Bedeutung dieses Grundsatzes wird vor allem dann augenfällig, wenn der Gewalthaber durch Auslieferung sonstigen, mit der Schadenstat verbundenen Zusatzstrafen[62] oder weiteren drohenden Noxalhaftungen entgeht.[63] Eine Pflicht zum rationalen Abwägen der ökonomisch günstigeren Variante, d. h. Bußzahlung oder *noxae deditio*, trifft den Belangten allerdings nur dann, wenn Rechte Dritter betroffen sind.[64] 7

[56] Allg. Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.29 sowie dazu *D'Amati*, Inattività del convenuto (2016) 125 f. Auch das dient m. E. – i. S.v. XII T 12.2 (*faxit* bzw. *noxit*) – → Rn. 4 – indirekt dem Schutz des Beschuldigten und der Sicherung seiner Verteidigung, da Gewalthaber ihre Rechtsposition nicht leichtfertig aufgeben werden.

[57] S. insbes. *Pugliese*, Sat. Feenstra 49; 50 f.; 53; 56 f.; anders zuletzt *Amunátegui Perelló*, Iura 56 (2006/7) 226–232; 234 f., jedoch ohne Bezugnahme auf die Argumentation bei *Pugliese*. Zum Sklaven: Paul. 22 ed. D. 9.4.17.1. Freie können nach entwickeltem Recht (Pap. 2 def. Coll. 2.3.1) ihre Schuld abarbeiten, Sklaven wohl erst unter Justinian: I. 4.8.3 (→ Rn. 23 i. f.). Zur *noxae deditio* bedarf es in aller Regel der Form der *mancipatio* (Gai. inst. 4.79 unter Bezugnahme auf XII T 4.2) bzw. der *in iure cessio*; vgl. *Giménez-Candela*, Régimen pretorio (1981) 172 sowie zu weiteren Details *Stloukalová*, Atti Shanghai (2017) bes. 326–328; 334 f. Bei bloßen Besitzern genügt aber *traditio* / *ductio*: Afr. 6 quaest. D. 9.4.28; Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.27.1; Ulp. 7 ed. D. 9.4.11; vgl. dazu *Apathy*, Mél. Sturm I 29–39. Zum dabei anwesenden Eigentümer: Call. 2 ed. mon. D. 9.4.32 i. f.

[58] Aufgrund der *ductio* hat das Tatopfer den Sklaven *in bonis*, der Schutz ist allerdings nicht „absolut": Afr. 6 quaest. D. 9.4.28 i. f.; Paul. 18 ed. D. 9.4.26.6; s. ferner Gai. ed. praet. urb. D. 9.4.30; Paul. 6 ed. D. 2.9.2.1 i. f.; 19 ed. D. 6.2.6.

[59] Vgl. *Benöhr*, SZ 97 (1980) 273 f. Für *Gröschler*, St. Metro III 199; 201; 209 geht damit auch ein (implizites) Verbot der Blutrache einher.

[60] So schon Sabinus bei Paul. 6 ed. D. 2.10.2 i. f.; ferner Gai. inst. 4.75 i. f.; 2 ed. prov. D. 9.4.1; Ulp. 18 ed. D. 9.4.2 pr. i. f.; Paul. sent. 2.31.7: Das erscheint angesichts der Inanspruchnahme eines nicht in das Delikt Involvierten als Gebot der *aequitas*. Auch bei freien *personae alieni iuris* ist im Übrigen der gaianische Hinweis auf deren „körperliches" Einstehen m. E. gut nachvollziehbar (zur Schuldknechtschaft → Rn. 4), wie auch Gai. inst. 1.140 i. f. (arg. *hunc … pro pecunia habet*) belegt; a. A. *Cannata*, Lib. Am. Krampe 96.

[61] Ulp. 41 Sab. D. 13.1.4 init.; vgl. auch Afr. 8 quaest. D. 47.2.62 pr. i. f.

[62] z. B. Gord. C. 3.41.2 (a. 239).

[63] Gai. 7 ed. prov. D. 9.4.20; Ulp. 18 ed. D. 9.4.14 pr.

IV. „Sachlich legitimierte" Beklagte bei den *actiones noxales*

1. Die zentrale Rolle der *potestas*

8 Die Befähigung zur Auslieferung (*potestas* i. e.S.) prägt[65] zugleich die passive Sachlegitimation zu den Noxalklagen:[66] Ursprünglich richten sich diese wohl gegen den dazu fähigen *dominus* (bzw. den *pater familias*),[67] doch bleibt das – gestützt auf den Gesetzeswortlaut[68] – nur bei der *lex Aquilia* aufrecht:[69] Hingegen wird der Kreis der Beklagten bei *furtum*[70] und sonstigen Delikten in der Folge erweitert, um den Verletzten die Verfolgung der Täter zu erleichtern. Er umfasst nun *bonae fidei possessores*,[71] und wird auf Bösgläubige erstreckt,[72] da beide ihre *possessio* bzw. *potestas*[73] „wie Eigentümer"

---

[64] Neraz bei Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.12; Gai. 6 ed. prov. D. 5.3.39 pr.; Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23.8; Paul. 23 ed. D. 10.2.25.15 init.; D. 10.3.8.3.

[65] Vgl. dazu (arg. *„potestatis" verbo plura significantur …*) nur Paul. l. Fuf. Can. sing. D. 50.16.215 sowie Ulp. 37 ed. D. 9.4.42.2 (arg. *quamdiu servi dedendi facultatem habemus*); a. A. *Falchi*, Legittimazione passiva (1976) 171.

[66] S. zu dieser Terminologie *Kaser/Hackl*, RZ 251; 252 f., da sich der Kreis der Passivlegitimierten aufgrund der *interrogatio in iure* erweitern kann (zu den Noxalklagen ebd., 254–256 und → Rn. 11).

[67] Vgl. Gai. inst. 4.75 zum Gewalthaber (arg. *uti liceret patri dominove*), auf dem die Geldbuße lastet (→ Rn. 4 i. f.); ferner *Wacke*, FS Seidl 210 und Fn. 130. Zur *noxae deditio* des *servus communis*, bei dem jeder Anteilseigner der Noxalklage *in solidum* ausgesetzt ist [→ § 73 Rn. 1–2; 14], vgl. Ulp. 3 ed. D. 9.4.5 pr.; 37 ed. D. 9.4.38.2,3; 37 ed. D. 9.4.8; Paul. 5 Plaut. D. 10.3.15.

[68] Dazu → Rn. 2 init.; ferner Paul. 22 ed. D. 9.4.19.1 (arg. *verba efficiunt*). Ähnlich verhält es sich bei der *actio de pauperie*, deren Anwendbarkeit dann von der Jurisprudenz der *actio legis Aquiliae* gegenübergestellt wird (→ Rn. 25 init.).

[69] So explizit Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.3; ferner Paul. 22 ed. D. 11.1.8; zur *actio de pauperie* → Rn. 25. Anders z. B. *Lisowski*, in: RE Suppl. VII (1940) 634 f. der mit der damals h. L. nur diese Lösung für klassisch ansieht; wieder anders *Falchi*, Legittimazione passiva (1976) 117–122, der als generelles Kriterium die *potestas* und bei Ulpian eine *actio directa* angesprochen sieht; krit. dazu *Giménez-Candela*, AHDE 47 (1977) 820 f. od. *Benöhr*, SZ 97 (1980) 278 f.; 281 f.; 284. Von „zwei unterschiedlichen Noxalhaftungssystemen" geht dagegen schon *Wacke*, FS Seidl 210 f. aus, der bei der *lex Aquilia* aber auch den *dominus* eines flüchtigen Sklaven haften lässt; ebenso *Falchi*, St. Sanfilippo V 326 f. M. E. macht das klassische Recht hier aber – s. auch *De Visscher*, Noxalité (1947) 322 f. – eine Ausnahme und lässt den Sklavenhalter haften (arg. *is, qui servum in fuga habet*), da der *dominus* dann oft nicht zu eruieren sein wird.

[70] Zum diesbezüglichen *ius controversum* in klassischer Zeit: Iust. C. 6.2.21 pr.,1 (a. 530); *Falchi*, St. Sanfilippo V 331–333; 338–341 interpretiert es als Kontroverse zwischen Sabinianern und Prokulianern.

[71] Afr. 6 quaest. D. 9.4.28; Pomponius bei Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17.3; Ulp. 7 ed. D. 9.4.11; 23 ed. D. 9.4.21.1 i. f.; 38 ed. D. 47.6.3.2; Paul. 6 ed. D. 9.4.12; 21 ed. D. 6.1.27.5; 39 ed. D. 47.2.54.4; Paul. sent. 2.31.37. Zu Ulp. 37 ed. D. 16.1.26 i. f. vgl. *Spengler*, Interrogatio (1994) 115 und Fn. 30.

[72] Gai. 13 ed. prov. D. 9.4.13; dazu etwa *Wacke*, FS Seidl 207 f. *D'Angelo*, Concetto di ‚potestas' (2017) 20 Fn. 13 denkt hingegen *più a un personale e isolata parere del giurista antoniniana che a un'opinione diffusa fra i prudenti.*

[73] Zentral für die juristische Diskussion dieses Terminus ist zwar das einschlägige Edikt des Prätors (→ Rn. 10); s. nur Ulp. 23 ed. D. 9.4.21.2,3; Paul. l. Fuf. Can. sing. D. 50.16.215 (arg. *praesentis*

ausüben:[74] Demgegenüber sind etwa Verwahrer, Entleiher oder Prekaristen nicht passivlegitimiert; ein Pfandgläubiger nur bei Illiquidität seines Schuldners.[75] Zudem treffen ihn, wie auch den (nicht passivlegitimierten) Fruchtgenussberechtigten, die nachteiligen Folgen einer *ductio*, wenn sie die (ihnen subsidiär zustehende) Verteidigung des dinglich belasteten Sklaven unterlassen.[76]

2. Der Grundsatz *noxa caput sequitur*

Dabei[77] spielt es nach dem althergebrachten Grundsatz *noxa caput sequitur*[78] keine **9**
Rolle, wer zum Zeitpunkt der Deliktsbegehung die *potestas* über den Täter hatte: Wird dieser später adoptiert oder veräußert, richtet sich die Noxalklage gegen den neuen Gewalthaber, wird er freigelassen oder emanzipiert, steht die direkte Bußklage nun gegen ihn selbst zu.[79] Im Fall der Veräußerung eines noxal belasteten Sklaven kann der in Anspruch genommene Erwerber jedoch wegen Sachmangels gegen den Vertragspartner vorgehen.[80] Anders verhält es sich freilich im Fall des Todes des Täters.[81] Denn

---

corporis copiam et facultatem); doch wird damit z. T. auch die Frage der Sachlegitimation verknüpft: z. B. Paul. 18 ed. D. 9.4.22 pr. (arg. *ei enim servire intellegitur et, quod ad hoc edictum attinet, in potestate eius est, maxime si copiam habeat reciperandi hominis*); vgl. zum Thema eingehend *D'Angelo*, Concetto di ‚potestas' (2017) 19–21; 40–42; 44 f. (mit Lit.); 91; 115, der allerdings auch in letzterem Paulustext (ebd., 68–71) – trotz des erst mit *et quod* eingeleiteten Hinweises auf den Ediktsbegriff – *l'idea della potestas come potere risultante dall'unione di due elementi, uno giuridico l'altro materiale* verankert sieht. Zum Auseinanderfallen von *possessio* und *potestas* im Fall des *servus fugitivus*: Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17.3.

[74] Arg. *opinione domini possident* in Paul. 18 ed. D. 9.4.22.1, weshalb eine *possessio* nach *ius honorarium*, wie beim Prekaristen oder Pfandgläubiger, insoweit ohne Belang ist (arg. *licet enim iuste possideant*); vgl. auch *Sargenti*, Labeo 23 (1977) 332.

[75] Zu Verwahrung, Leihe, *precarium*: Paul. 18 ed. D. 9.4.22 pr.,1; 22 ed. D. 13.6.22; außerdem zum Pfand: Paul. 18 ed. D. 9.4.22.1,2; Ulp. 37 ed. D. 9.4.36; ev. zur *fiducia* Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.1.

[76] Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.27 pr.; s. Ulp. 7 ed. D. 2.9.3; 18 Sab. 7.1.17.2; Paul. 18 ed. D. 9.4.26.6; 22 ed. D. 9.4.17.1 bzw. Pomp. 18 Sab. D. 9.4.18; Paul. 1 man. D. 7.4.27; 22 ed. D. 9.4.19.1; vgl. *Pugliese*, Scr. Carnelutti II 152 f.; *Bürge*, Retentio (1979) 100–103; *D'Angelo*, SZ 137 (2020) 235–239. Zur subsidiären Selbstverteidigung des Haussohns → Rn. 4 i. f.

[77] Zum Zusammenhang mit der Sachlegitimation des Beklagten insbes. Ulp. 3 ed. D. 9.4.7 pr.

[78] Ulp. 41 Sab. D. 47.1.1.2. Vgl. *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 94–97; zu *caput* auch *Francescon*, in: Corpo in Roma antica I (2015) 179 f. *Sirks*, TR 81 (2013) 106 f. interpretiert *caput* hingegen nicht i. S.v. „Haupt des Täters“, was Paul. 11 ed. D. 4.5.7.1 und 9 Sab. D. 47.2.18 nahelegen dürften, sondern als Verweis *to a person who has legal status*, während *noxa* den Täter bezeichne: So dann I. 4.8.1. Zur nachklassischen (strafrechtlichen) Sicht: Arc./Hon. Cod. Theod. 9.40.18 (a. 399); Leo/Mai. NMai. 7.11 (a. 458).

[79] Gai. inst. 4.77; I. 4.8.5; ferner etwa Iul. 22 dig. D. 9.4.40 init.; 68 dig. D. 43.24.14; Pomp. 19 Sab. D. 47.2.44.2; Ulp. 41 Sab. D. 47.2.41.2; Paul. 9 Sab. D. 47.2.42 pr.; Gord. C. 4.14.4 (a. 238); Paul. sent. 2.31.8,9. Zu Statusänderungen im Zuge des Noxalverfahrens: Ulp. 18 ed. D. 9.4.14.1; Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.15 und *Pennitz*, FS Knütel 864–872.

[80] Zu Detailfragen → § 79 Rn. 344; 394; 400; 406; 408. Vgl. insbes. Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.1.1; 17.17,18; 32 ed. D. 19.1.11.8; Paul. 10 Sab. D. 21.2.3; Diocl./Max. C. 4.49.14 (a. 294) bzw. *Jakab*,

ein solches Ereignis beendet jegliche Gewalthaberschaft[82] und bringt zudem Deliktsklagen grundsätzlich zum Erlöschen.[83] Ist das Noxalverfahren aber schon anhängig, hat man zu unterscheiden: Nur wenn der Gewalthaber derartige Änderungen nicht beeinflussen kann, wird er dadurch entlastet,[84] ansonsten trifft ihn als Verurteilten (mangels Auslieferungsmöglichkeit) die *poena*.[85]

3. Eidverfahren und *actio sine noxae deditione*

Gemäß der *noxa caput sequitur*-Regel entlastet also ein Verlust seiner *potestas* den bisherigen Gewalthaber:[86] Er könnte diese aber auch bloß abstreiten oder arglistig aufgeben, um dem drohenden Noxalprozess zu entgehen:[87] Zum Schutz räumt das prätorische Edikt[88] dem Tatopfer ein, ihm nun entweder einen Eid zuzuschieben[89] oder ihn mittels *actio sine noxae deditione* zu belangen, weil der Passivlegitimierte seine *potestas* leugnet oder arglistig aufgegeben hat[90] und sich damit selbst um die Ausliefe-

---

Praedicere (1997) 125–139 od. *Pennitz*, Pocta Blahovi (2009), 357–363.

[81] Iul. 9 dig. D. 9.4.39.4; Pomp. 18 Sab. D. 11.1.15.1; Ulp. 37 ed. D. 9.4.42.1.

[82] Damit ist also die passive Sachlegitimation zu verneinen. Ähnliches gilt im Fall einer Dereliktion des unfreien Täters: Sollte ihn kein anderer verteidigen, bleibt wohl nur eine *ductio* (sofern mangels *dolus* kein *iudicium sine noxae deditione* in Betracht kommt; → Rn. 10): Ulp. 37 ed. D. 9.4.38.1; zum Kriegsgefangenen: Ulp. 41 Sab. D. 47.2.41.3. Beim Scheinsklaven fehlt sie von vornherein: Iav. 9 Cass. D. 11.1.14 pr.; Ulp. 37 ed. D. 9.4.42 pr.; Paul. 2 Plaut. D. 11.1.13.1; dazu auch *d'Ors*, Lib. Am. Miquel 739 f.

[83] Ulp. 41 Sab. D. 47.2.41.2; D. 47.1.1 pr.; s. ferner Gai. inst. 4.112 sowie *Kaser*, RP I 612 und Fn. 23.

[84] Etwa beim *statuliber* oder beim fideikommissarisch freigelassenen Sklaven; vgl. *Pennitz*, FS Knütel 864–867. Zum natürlich eingetretenen Tod: Gai. inst. 4.81; zudem klingt in Gai. FA. 4.82,85 i. V.m. Gai. inst. 4.81 die Möglichkeit an, einen getöteten Sohn auszuliefern, was sich auf das altrömische Recht beziehen dürfte; dazu *Rodríguez Martín*, in: Jones, Droits de l'homme (1998) 75 f.; *Gröschler*, St. Metro III 204 f. bzw. *Manni*, in: Urbanik, Culpa (2012) 156 f. i. V.m. 138–148.

[85] Vgl. Ulp. 37 ed. D. 9.4.38 pr.; ferner Tryph. 15 disp. D. 9.4.37 i. f.

[86] Bei der *lex Aquilia* nur der Eigentumsverlust (ferner → Rn. 8 init.); zur ähnlichen Rechtslage beim Tierschaden, die sich auch auf das *iudicium sine noxae deditione* auswirkt: Ulp.18 ed. D. 9.1.1.15.

[87] Ulp. 23 ed. D. 9.4.21 pr. i. f.; vgl. auch *Pennitz*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 80–84.

[88] Ulp. 23 ed. D. 9.4.21.2; dazu *Giménez-Candela*, Régimen pretorio (1981) 377–385 i. V.m. 136–138; 149; zust. *Spengler*, Interrogatio (1994) 85; 87 f.; sowie *D'Angelo*, Concetto di ‚potestas' (2017) 32–37; s. ferner *Lenel*, EP 159 f. bzw. *Betti*, Atti della reale accademia delle scienze di Torino 50 (1914/15) 412.

[89] Dazu insbes. Ulp. 23 ed. D. 9.4.21.4–6: Wird die *potestas* erst nach dieser Eidesleistung erlangt, ist die *actio noxalis* erneut zulässig; wendet der Belangte dagegen die *exceptio iurisiurandi* ein oder verweigert er von vornherein den Eid, wird dem Tatopfer offenbar die *actio sine noxae deditione* gewährt.

[90] Die Erweiterung i. H.a. die dolose Aufgabe der *potestas* dürfte auf Julian zurückgehen: Paul. 6 ed. D. 2.9.2.1; s. auch *Selb*, SZ 100 (1983) 687. Der Verletzte wird die Klage v. a. dann wählen, wenn er die Arglist des Belangten beweisen kann: Paul. 18 ed. D. 9.4.22.4; verliert er den Prozess, kann er

rungsbefugnis bringt. Diese besondere Bußklage,[91] die in elektiver Konkurrenz zur *actio noxalis* gegen allfällige neue Gewalthaber steht,[92] beruht nicht auf Mittäterschaft, sondern auf doloser Prozessvereitelung.[93] Deshalb beendet der Tod des wahren Täters die daraus resultierende Haftung, weil sich hierdurch die Deliktsverfolgung insgesamt erübrigt.[94]

V. Überblick über das Noxalverfahren

1. Die Prozesseinleitung

Der schon den *XII tabulae* inhärente Zweck,[95] die Verteidigung des beschuldigten Gewaltunterworfenen zu sichern, zeigt sich bereits in der Einleitung des Noxalverfahrens: So lässt sich mittels *interrogatio in iure*,[96] in der die materiellrechtliche sowie die fak- **11**

---

dennoch mit der *actio noxalis* vorgehen, wenn der Beklagte später die *potestas* erlangt: Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.23. Im Übrigen steht die *actio sine noxae deditione* auch gegen den *bonae fidei possessor* zu: Paul. 6 ed. D. 9.4.12; Ulp. 23 ed. D. 9.4.21.3; zur Sonderbestimmung des Publikanenedikts: Ulp. 55 ed. D. 39.4.1.6.

[91] Dazu *Giménez-Candela*, Régimen pretorio (1981) bes. 405–410; zur *formula* ebd., 397–402: Es handle sich um eine von der Noxalklage unabhängige *actio in factum*; skeptisch *Selb*, SZ 100 (1983) 689. M. E. könnte Paul. 18 ed. D. 9.4.22.4 auf eine von *Lenel*, EP 167 vermutete *praescriptio* hindeuten (z. B.: *Ea res agetur, quod Numerius Negidius Stichum servum in sua potestate esse negavit*), der dann eine an die Noxalklage angelehnte *formula* folgt (z. B. mit der Ergänzung: *si paret … et Stichum in potestate Numerii Negidii esse dolove malo eius factum, quo minus esset, quam ob rem …*, aber ohne den Zusatz: *aut noxae dedere*); zur *condemnatio* auch *Betti*, ARA Torino 50 (1914/15) 390 und Fn. 2. Der Anwendungsbereich der Klage dürfte damit jedoch nicht erschöpft sein: Etwa bei der zuvor erwähnten Eidesverweigerung; ferner → Rn. 12 (1) bzw. (3c); vgl. auch *Sargenti*, SDHI 48 (1982) 516–519. Zum Zusammenhang von *actio directa* (d. h. hier *noxalis*) und *praetoria* ferner Paul. 18 ed. D. 9.4.26.2,4.

[92] Paul. 18 ed. D. 9.4.24 (i.V.m. Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.25); 9 Sab. D. 47.2.42.1; dazu *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 126 f.; *Giménez-Candela*, Régimen pretorio (1981) 360–364. Freilich wird bei der Gewährung der Klage darauf geachtet, die Verteidigung des Beschuldigten nicht zu beeinträchtigen. Die Konkurrenz besteht im Übrigen auch i. H.a. mehrere Gewalthaber, die ihre *potestas* (nacheinander) arglistig aufgeben; s. ferner zum *servus communis* Iul. 9 dig. D. 9.4.39 pr.; Ulp. 38 ed. D. 11.1.17; Paul. 18 ed. D. 9.4.26 pr.–2 und dazu *Levy*, Konkurrenz I (1918) 319–328.

[93] Daher kann sich der Gewalthaber (mittels *exceptio doli*) entlasten, wenn er die *potestas* später noch anerkennt, den Täter vorführt oder einen geeigneten Dritten benennt, der diesen verteidigt: Iul. 9 dig. D. 9.4.39.2,3; Paul. 18 ed. D. 9.4.26.5; vgl. aber *Spengler*, Interrogatio (1994) 94 f.

[94] Iul. 9 dig. D. 9.4.39.4; Paul. 18 ed. D. 9.4.26.4; allerdings darf das Verfahren noch nicht anhängig sein: S. Iul. 22 dig. D. 9.4.16.

[95] Zum *faxit* bzw. *noxit* in XII T 12.2 schon → Rn. 4; ferner → Rn. 5 i. f. bzw. → Rn. 10 i. f.

[96] → § 12 Rn. 7. Sie kann vom Kläger oder vom Prätor ihren Ausgang nehmen, auch formlose Erklärungen sind möglich: Ulp. 22 ed. D. 11.1.9 pr.–2. Zum ev. vorgelagerten Gestellungsversprechen (*vadimonium ex noxali causa*) vgl. Ulp. 7 ed. D. 2.9.1 pr.,1; 47 Sab. D. 2.9.5 und *Brutti*, RISG 14 (1970) 300 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 229 f. und Fn. 31; *Giménez-Candela*, SDHI 48 (1982) 156–166 sowie *D'Angelo*, RIDA 62 (2015) 256–258; 262. Zum *filius familias*: Paul. 2 Plaut. D. 11.1.13 pr.

tische Position (d. h. bei Sklaven in aller Regel Eigentum und *potestas* i. e.S.) am Täter thematisiert werden,[97] die Frage der Sachlegitimation des Beklagten prüfen.[98] Aber auch jeder Dritte[99] kann sich auf diesem Wege, wenn ansonsten Indefension droht,[100] „zum Eigentümer" erklären:[101] Nimmt ein Außenstehender solcherart die *actio noxalis* auf sich, befreit er den „an sich" Passivlegitimierten,[102] er hat jedoch – anders als letzterer – dem Kläger entsprechende Sicherheit zu leisten.[103]

2. Varianten im Verfahrensablauf

12 Aus der Ausgestaltung des Vorverfahrens ergeben sich typische Prozessabläufe,[104] die davon abhängen, ob der Täter ebenfalls bereits *in iure* präsent ist oder nicht:[105] (1) Sind Tatopfer, Belangter und Beschuldigter anwesend und wird das Eigentum bejaht, so

---

[97] Strittig ist, ob es sich dabei um eine einheitliche Doppelfrage handelt, wie das etwa *Giménez-Candela*, Régimen pretorio (1981) 167 f.; RH 60 (1982) 71 f., gestützt auf TP. 25 annimmt; skeptisch *Ankum*, Iura 32 (1981) 236 f.; *Sargenti*, SDHI 48 (1982) 508; 515 f.; *Camodeca*, TPSulp I (1999) 83–87; ob i. S.v. *Sanfilippo*, Scr. Jovene 651 f.; 683 bzw. *D'Angelo*, Concetto di ‚potestas' (2017) 13 f.; 44; 59–61; 115; *ders.*, AUPA 60 (2017) 308 f. und Fn. 35 eine Frage nach der *potestas* beide Aspekte erfasst; oder ob gemäß *Lenel*, EP 160 zwei voneinander unabhängige Fragen gestellt werden; s. auch *Provera*, St. Rasi Caldogno II (1969) 243 f.; *Lemosse*, RH 62 (1984) 225–229; *Spengler*, Interrogatio (1994) 82–85 sowie *Kaser* RP I 632; *Kaser/Hackl*, RZ 254 f.

[98] Zum Informationszweck der *interrogatio in iure* vgl. *Medicus*, St. Volterra I 458 f.; 461 f.; 466 f. Zur Frage, ob die bejahende Antwort i. S.v. *Giménez-Candela* bereits mit einer Fixierung der Passivlegitimation gleichzusetzen ist, skeptisch *Sargenti*, SDHI 48 (1982) 506 f.; 513–515 bzw. *Ankum*, Iura 32 (1981) 242 f.; s. demgegenüber *D'Angelo*, Concetto di ‚potestas' (2017) 22 f. und Fn. 21; 28; 31 f. Gegen die von *Betti*, Atti Acc. Torino 50 (1914/15) 400; 403; 405–407 vorgeschlagenen eigenen Klageformeln schon *Lenel*, EP 164 und Fn. 5.

[99] So jedenfalls, wenn der Sklave *in iure* anwesend ist (Ulp. 23 ed. D. 9.4.21.1): Zur Frage, unter welcher Voraussetzung das auch für den Fall eines *in iure* abwesenden Sklaven gilt, *D'Angelo*, AUPA 60 (2017) 311–315.

[100] Vgl. Paul. 6 ed. D. 2.9.2.1 (arg. *dominus abest nec quisquam servum defendit*).

[101] Vgl. nur *Kaser/Hackl*, RZ 253: „Die bejahende Antwort (*responsio*) des Beklagten wird in der Regel als wahr behandelt"; sowie Ulp. 37 ed. D. 11.1.16.1; Paul. 22 ed. D. 11.1.8; 2 Plaut. D. 11.1.13 pr.; zur *noxae deditio*: Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.27.1; dazu ausführlich *Spengler*, Interrogatio (1994) 108–123 (mit weiteren Belegen).

[102] Paul. 22 ed. D. 11.1.8 i. f.; 2 quaest. D. 11.1.20 pr. init.; 18 ed. D. 9.4.26.3; vgl. *Levy*, Konkurrenz I (1918) 313–319; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 71 f. Insofern wird er zum *negotiorum gestor* des Passivlegitimierten: Paul. 30 ed. D. 3.5.40; anders zum Fall der Prozessvertretung, der auch zur *ductio* führen kann: Paul. 8 ed. D. 3.3.36.

[103] Zur *cautio iudicatum solvi* → § 75 Rn. 43–49; s. Iul. 9 dig. D. 9.4.39.1; Gai. 6 ed. prov. D. 2.9.4. Insofern wird m. E. diese Erklärung nicht „für wahr genommen" und kann sogar noch *apud iudicem* thematisiert werden vgl. auch Paul. 2 Plaut. D. 11.1.13 pr.,1. a. A. *Spengler* (1994) Interrogatio, 96 bzw. *Kaser/Hackl*, RZ 255 und Fn. 21.

[104] S. dazu *Giménez-Candela*, Régimen pretorio (1981) 171–199; *Spengler*, Interrogatio (1994) 89–100 od. *Kaser/Hackl*, RZ 255 f.; zur örtlichen Zuständigkeit: Pomp. 8 epist. D. 9.4.43.

[105] Vgl. zu dieser Differenzierung etwa Ulp. 23 ed. D. 9.4.21 pr.,1; Paul. 6 ed. D. 2.9.2.1.

dürfte sich die Erörterung der *potestas* in aller Regel erübrigen:[106] Der Täter ist zu verteidigen[107] oder sofort mittels *noxae deditio* auszuliefern,[108] sofern keine subsidiäre Verteidigungsbefugnis an deren Stelle tritt.[109] (2) Wird das Eigentum hingegen verneint, dient wohl das Kriterium der *potestas* zugleich dazu abzuklären, ob der Belangte „an sich" passivlegitimiert ist:[110] Kommt demnach eine *actio noxalis* in Betracht,[111] lautet die Alternative hier Verteidigung oder *ductio*.[112] (3) Erscheint der Belangte ohne Täter und bejaht Eigentum wie *potestas* i. e.S. (d. h. die Fähigkeit zur Auslieferung),[113] so bieten sich mehrere Varianten an: (a) Um den Sklaven zu identifizieren, lässt sich mittels *actio ad exhibendum* die Vorführung der gesamten *familia* verlangen.[114] (b) Steht der Verdächtige fest, kann ihn der wahre Eigentümer sogar in Abwesenheit verteidigen.[115] (c) Ansonsten ist Sicherheit dafür zu leisten,[116] dass der Sklave (in derselben Lage) *in iure* gestellt oder vorgeführt wird. Das dient der Verteidigung (u.U. durch den „erklärten" Eigentümer) bzw. ermöglicht danach die sofortige *noxae deditio*.[117] (4) Der „sachlich" Legitimierte könnte jedoch auch die *potestas* i. e.S. am

[106] Der wahre Eigentümer hat ja Zugriff auf die Sache: Vgl. Paul. 22 ed. D. 9.4.19.1; derjenige hingegen, der sich bloß „zum Eigentümer" erklärt, ist zur Verteidigung bereit.

[107] *Kaser*, RP I 164 und Fn. 12 denkt hier an eine prätorische *addictio*. Ansonsten droht gm. Ulp. 23 ed. D. 9.4.21 pr. (arg. *iudicium suscipiet omnimodo*) jedenfalls die *actio sine noxae deditione*, die bei Nichteinlassung als *actio in personam* die Indefensionsfolgen nach sich zieht: S. *Sargenti*, SDHI 48 (1982) 516 f.; ferner *D'Amati*, Inattività del convenuto (2016) 128 f.

[108] Ulp. 23 ed. D. 9.4.21 pr. init.; ferner Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.29 i. f.; Pomp. 14 Sab. D. 9.4.33; zur Möglichkeit einer *in integrum restitutio* nach der *noxae deditio*: Paul. 18 ed. D. 9.4.26.6.

[109] → Rn. 8 i. f.

[110] Dazu → Rn. 8. Bei Dereliktion des Sklaven ist wohl v. a. an eine *ductio* zu denken (dazu auch → Rn. 9): Ulp. 37 ed. D. 9.4.38.1.

[111] Sollte es sich hingegen z. B. um einen Detentor handeln, mag sich aus der Voruntersuchung ergeben, gegen wen der Kläger vorzugehen hat; andernfalls besteht noch – abgesehen von einer subsidiären Verteidigung, wie unter (1) i. f. angesprochen – die Möglichkeit der *ductio*.

[112] Afr. 6 quaest. D. 9.4.28; Call. 2 ed. mon. D. 9.4.32; Ulp. 23 ed. D. 9.4.21.1 (*si alieni, praesentes esse oportet*); Paul. 6 ed. D. 2.9.2.1 (*si servus praesens*).

[113] Dazu → Rn. 8 init. Bei Delikten gm. der *lex Aquilia* (und ebenso beim Tierschaden: Ulp. 18 ed. D. 11.1.7) erübrigt sich in der Regel eine Bejahung der *potestas*, doch wird im entwickelten Recht offenbar der Einwand zugelassen, der Sklave sei auf der Flucht, da dessen aktueller Besitzer zur Verantwortung zu ziehen ist (arg. *qui servum in fuga habet*): Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.3; a. A. etwa *D'Angelo*, Concetto di ‚potestas' (2017) 109 f. Zu irrtümlicher oder fälschlicher Bejahung der *potestas*: Ulp. 37 ed. D. 11.1.16 pr. (zum Kontext, dass der *dominus* „seinen" Sklaven ja auch in Abwesenheit verteidigen könnte, s. sogleich); Paul. 18 ed. D. 9.4.26.5 init.

[114] Ulp. 24 ed. D. 10.4.3.7.

[115] Ulp. 23 ed. D. 9.4.21.1 init.; Paul. 18 ed. D. 9.4.22.3.

[116] Bei Verweigerung bzw. Nichtvorführung droht wohl wiederum – vgl. oben unter (1) – die *actio sine noxae deditione*: Paul. 18 ed. D. 9.4.22.3 i. V.m. Ulp. 23 ed. D. 9.4.21 pr.; eingehend *D'Angelo*, AUPA 62 (2019) 182; 187 f.; 190–193, der darin eine „besondere" Konsequenz der Indefension im Noxalverfahren sieht. Zum allenfalls vorgelagerten Gestellungsversprechen → Rn. 11 init.

[117] Paul. 6 ed. D. 2.9.2.1 init.; 18 ed. D. 9.4.22.3; ferner Ulp. 23 ed. D. 9.4.21.3. S. zum Verhältnis dieser Sicherheitsleistungen *Spengler*, Interrogatio (1994) 89 f. und Fn. 29 sowie *D'Angelo*, AUPA 58 (2015) 258–260.

Sklaven bestreiten:[118] (a) Tut er das zu Recht, kann er in aller Regel nicht verklagt werden.[119] (b) Ansonsten räumt das prätorische Edikt die weiter oben geschilderten Schutzmechanismen ein, nämlich ein Eidverfahren bzw. die *actio sine noxae deditione*.[120] (c) Allerdings kann der Belangte, der sich nun einer solchen *actio* ausgesetzt sieht, die *potestas* unter Umständen nachträglich anerkennen oder den Täter vorführen bzw. einen Dritten benennen, der zur Verteidigung des Sklaven bereit ist oder ihn vorzuführen hat.[121] (d) Bei der *lex Aquilia* dürfte im Übrigen schon das bloße (wahrheitswidrige) Leugnen des Eigentums ein *iudicium sine noxae deditione* ermöglichen.[122] (5) Verneint der Belangte sein Eigentum, bejaht er aber die *potestas*,[123] wird (a) dem *bonae fidei possessor* ebenfalls die Verteidigung in Abwesenheit zugestanden; (b) dagegen hat der bösgläubige Besitzer den Täter wohl stets vorzuführen:[124] Danach lautet die Alternative erneut Verteidigung oder *ductio*.[125] (6) Erscheint schließlich das Tatopfer nur mit dem (wohl von ihm ergriffenen) Sklaven, und wird letzterer von niemandem (auch von keinem Dritten) verteidigt, kommt es zur (vorläufigen) *ductio*.[126]

VI. Die Eigenverantwortlichkeit des Gewalthabers und ihre Konsequenzen

13 Besondere Fragestellungen im Zusammenhang mit der Noxalität ergeben sich bei jenen Konstellationen, in denen zwar eine *persona alieni iuris* das Delikt verübt, aber der für sie Verantwortliche, also in aller Regel ihr damaliger Gewalthaber, diesbezüglich in eigener Person einzustehen hat. Drei Fallgruppen lassen sich unterscheiden: (1) Bei den meisten[127] im Edikt geregelten Delikten steht gegen den Gewalthaber eine „direkte"

---

[118] Da das mit Nachteilen verbunden sein kann, steht ihm *tempus ad deliberandum* zu: Gai. 3 ed. prov. D. 11.1.5.

[119] Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.29 init.; Ulp. 23 ed. D. 9.4.21 pr. i. f.,3 i. f. (zum flüchtigen oder außer Landes befindlichen Täter); zur *lex Aquilia* oben unter (3) init.

[120] → Rn. 10; vgl. auch *D'Amati*, Inattività del convenuto (2016) 130 f.

[121] Iul. 9 dig. D. 9.4.39.2,3; Ulp. 5 ed. D. 2.7.3 pr.; Paul. 18 ed. D. 9.4.26.5 i. f.

[122] Analog zur *actio de pauperie*: Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.15; auch oben unter (3) init.

[123] Im Fall der doppelten Verneinung fehlt es an der Sachlegitimation: Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.29 init.: Beim Fruchtgenussberechtigten oder Pfandgläubiger wird wiederum subsidiäre Verteidigung zu thematisieren sein (→ Rn. 8 i. f.). Ob einen bloßen Detentor die Pflicht zur Auskunft über den Gewalthaber trifft, ist wohl von Fall zu Fall zu beurteilen: Vgl. allg. Ulp. 22 ed. D. 11.1.9.6.

[124] Ulp. 23 ed. D. 9.4.21.1 i. f.

[125] Call. 6 ed. mon. D. 9.4.32.

[126] Paul. 6 ed. D. 2.9.2.1 i. f.; dazu etwa *D'Amati*, Inattività del convenuto (2016) 132–134. Zur späteren Verteidigungsbefugnis: Gai. ed. praet. urb. D. 9.4.30; Paul. 18 ed. D. 9.4.26.6 init.

[127] a.A. *Albanese*, BIDR 70 (1967) 119; 150 f.; 170 f.; 171 f., der nur von *un limitato numero di fattispecie di illecito privato* ausgeht; erst das justinianische Recht habe die *scientia domini* (nach spätklassischen Ansätzen) generalisiert. Gemäß *Giménez-Candela*, Iura 31 (1980) 129 f. kann sich dieses Kriterium ursprünglich nur beim Fahrlässigkeitsdelikt nach der *lex Aquilia* etablieren. Aber eher ist gm. Ulp. 3 ed. D. 9.4.3 (arg. *in omnibus noxalibus actionibus …*) wohl – so auch *Cannata*, Lib.

actio poenalis zu,[128] also eine Klage ohne Möglichkeit zur *noxae deditio*, wenn er um das Vorhaben weiß und die Ausführung der Tat nicht verbietet[129] oder diese nicht verhindert, obwohl die Möglichkeit dazu bestünde (sog. *scientia domini*).[130] Da er somit als Täter gilt,[131] bleibt seine Haftung auch bei Verkauf, Adoption, Freilassung oder *emancipatio* des Gewaltunterworfenen aufrecht.[132] Allerdings wird dadurch – nach sich durchsetzender Auffassung[133] und zum Schutz des Verletzten[134] – der unmittelbare Täter nicht entlastet; vielmehr steht die seinetwegen zulässige Klage, bei der es sich um eine *actio noxalis* handeln kann,[135] in elektiver Konkurrenz zur *actio directa*, die gegen den *dominus sciens* zu gewähren ist.[136]

Am. Krampe 62 f.; 72 f. – schon an eine klassische Regel mit wenigen Ausnahmen zu denken; vgl. zu Fällen einer „direkten" Klage unter (2). Eine derartige Ausnahme ist offenbar auch die *actio furti*, bei der nirgendwo auf *scientia domini* Bezug genommen wird: S. bes. Ulp. 41 Sab. D. 47.2.36.1; Diocl./Max. C. 3.41.5 (a. 294); Paul. sent. 2.31.28; anders freilich bei dem im Diebstahlszusammenhang ergangenen *familia*-Edikt: Ulp. 38 ed. D. 47.6.1.1; Paul. 39 ed. D. 9.4.9. Bei der *actio furti* wird sich dieser Umstand aus dem Formelbestandteil *ope consiliove* erklären (→ § 93 Rn. 6), der eine solche Komplizenschaft und damit Verantwortlichkeit als Gewalthaber erfasst; demgegenüber hält *Falchi*, Legittimazione passiva (1976) 98 f.; 100 f. die *scientia domini* beim *furtum* für nicht beachtlich und führt das auf die *XII tabulae* zurück; zust. *Benöhr*, SZ 97 (1980) 279, der diesbezüglich jedoch auf das *dolus*-Erfordernis des Delikts verweist, während ein Gewalthaber i. R.d. *scientia domini* zumeist bloß fahrlässig agiere.

[128] Zur Bezeichnung als *actio directa* vgl. etwa *Marrone*, AUPA 48 (2003) oder *Gamauf*, DNP 8 (2000) 1037. Abgrenzend: Paul. 3 ed. D. 9.4.4.1.

[129] So Ulp. 38 ed. D. 47.6.1.1 i. f. bzw. Gord. C. 3.41.2 (a. 239).

[130] Vgl. i. H.a. Ediktsklagen Ulp. 3 ed. D. 9.4.3; Paul. 3 ed. D. 9.4.4 pr.; 22 ed. D. 9.4.19.2; i. H.a. *rapina* Diocl./Max. C. 3.41.4 pr. (a. 293) sowie i. H.a. die *lex Aquilia*: Ulp. 42 Sab. D. 9.2.44.1; 18 ed. D. 9.4.2; Paul. 10 Sab. D. 9.2.45 pr.; zur diesbezüglichen Rekonstruktion zuletzt etwa *Nörr*, FS Knütel 846 f. bzw. *Cannata*, Lib. Am. Krampe 90–92. Zu den faktischen Grenzen *Knoch*, Sklavenfürsorge (2005) 81–89; ferner auch *Pontoriero*, Commento di Paolo I (2013) 127–132.

[131] Ulp. 18 ed. D. 9.4.2 pr.

[132] Das gilt sogar im Fall seines Todes; s. Ulp. 3 ed. D. 9.4.5.1; 18 ed. D. 9.4.2.1 init. Insofern findet hier der Grundsatz *noxa caput sequitur* keine Anwendung (→ Rn. 9).

[133] Vgl. dazu die Kontroverse zwischen Celsus und Julian bei Ulp. 18 ed. D. 9.4.2.1; s. auch *Serrao*, BIDR 73 (1970) 160 f. Fn. 99 od. *Vacca*, ANRW II.14 (1982) 706–709.

[134] Denn damit steht auch nach dem Tod des *dominus sciens* eine *actio poenalis* zur Verfügung; vgl. Ulp. 3 ed. D. 9.4.5.1 i. f. i. V.m. 18 ed. D. 9.4.6.

[135] Gegen einen freigelassenen Sklaven stünde hingegen ebenfalls eine *actio directa* zu; das führt dann zur Frage, wie die Verteidigung des Beschuldigten bestmöglich zu gewährleisten ist: Vgl. in diesem Sinn dann Paul. 18 ed. D. 9.4.24 i. f.; Gai. 6 ed. prov. D. 9.4.25.

[136] Pomponius bei Ulp. 3 ed. D. 9.4.7.1; Paul. 3 ed. D. 9.4.4.2,3: Das erklärt sich aus der zum Zeitpunkt der Tat gegebenen Organschaft, die eine Kumulierung der Klagen ausschließt: S. schon *Daube*, Defence (1956) 20 f. und Fn. 2; *Pugliese*, RISG 16 (1972) 101; *Marrone*, AUPA 48 (2003) 839–842; 845 f. bzw. *Pennitz*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 79 f.; 92; 95; anders *Pontoriero*, Commento di Paolo I (2013) 36 f. u. Fn. 64 sowie 41 f., der diesbezüglich noch in der Spätklassik von *ius controversum* ausgeht; für prätorischen Ausschluss der Kumulierung hingegen *Tilli*, Labeo 23 (1977) 28 f.; 40 f. Das Konkurrenzproblem wird komplexer, wenn das Delikt von einem *servus communis* verübt wird; vgl. Ulp. 3 ed. D. 9.4.5 pr. und *Levy*, Konkurrenz I (1918) 310 f.: Es können

14 (2) Sollte der Gewalthaber die Ausführung des Delikts hingegen befohlen (sog. *iussum domini*) oder darauf in anderer Weise aktiv hingewirkt haben,[137] ist er zwar ebenfalls der „direkten" Bußklage (*actio directa*) ausgesetzt,[138] doch kann das für ihn weitere nachteilige Konsequenzen nach sich ziehen.[139] Außerdem stellt sich die Frage, ob die Tat eines Gewaltunterworfenen, der Befehlen gehorcht, als entschuldigt gelten kann, womit eine eventuelle (ebenfalls elektive) Konkurrenz zur *actio noxalis* zu verneinen wäre:[140] Als Kriterien ziehen die Juristen hier heran, ob der Akteur gezwungenermaßen gehorcht bzw. dabei eine schwere Untat verübt hat, da man sich solchen Befehlen jedenfalls widersetzen muss.[141]

15 (3a) Anknüpfend an konkrete Lebens- und Sachzusammenhänge haben zudem bestimmte Personengruppen für deliktisches Verhalten Dritter einzustehen, besonders für ihre „Leute". Bei diesen kann es sich um Freie, fremde Sklaven, Schein-Sklaven, aber eben auch um eigene Gewaltunterworfene handeln.[142] Da sich die Haftung also auch in letzterem Fall ungeachtet bestehender Organschaft sachbezogen begründen lässt, kommt einer Befugnis zur *noxae deditio*, soweit sie eingeräumt wird, Ausnahmecharakter zu[143] und kann dementsprechend zu unterschiedlichen Regelungen führen. So

---

nämlich zwei direkte Klagen kumulativ zustehen, wenn bei beiden Miteigentümern *scientia domini* zu bejahen ist; sollte dagegen nur einer in vorwerfbarer Weise von der Deliktsbegehung Kenntnis haben, bleibt es bei elektiver Konkurrenz; s. zu den Details *Pennitz*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 86–92.

[137] Vgl. bereits Sabinus bei Gell. 11.18.24; Paul. 2 Plaut. D. 50.17.169 pr. init. od. übertragen auf das Verhältnis von Sklave und Untersklave Paul. 22 ed. D. 9.4.19.2 i. f. Zum Wortlaut der (noxalen) *interdicta unde vi*, *de vi armata* und *quod vi aut clam* s. dann Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.11,12,15; D. 43.16.3.2,11; 70 ed. D. 43.24.5.8,11,14; 71 ed. D. 43.24.7.1.

[138] Zum Teil haftet der Gewalthaber überhaupt nur dann „direkt", wenn er die Tat befohlen hat, während bloße *scientia domini* hierfür nicht ausreicht; vgl. etwa zur prätorischen Deliktsklage wegen heimlich gefällter Bäume (*actio arborum furtim caesarum*) Ulp. 38 ed. D. 47.7.7.4,5 od. zur Wandlungsklage (*actio redhibitoria*) Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.21.1.

[139] S. etwa zum Delikt von Seiten eines *servus communis* Paul. 22 ed. D. 9.4.17 pr. i. f.

[140] Vgl. in diesem Sinn Ulp. 18 ed. D. 9.4.2.1 init.; das klingt im Übrigen i. H.a. bestimmte Fälle der *scientia domini* auch bei Paul. 3 ed. D. 9.4.4.2 an; s. dazu *Pennitz*, in: Harke, Drittbeteiligung (2010) 77–79.

[141] S. allg. Ulp. 71 ed. D. 50.17.157 pr. sowie Paul. 2 Plaut. D. 50.17.169 pr. i. f.; ferner Alf. 2 dig. D. 44.7.20; Labeo bei Ulp. 57 ed. D. 47.10.17.7; Ulp. 71 ed. D. 43.24.11.7; Paul. 37 ed. D. 25.2.21.1. Vgl. auch *Watson*, LP 174–177.

[142] Vgl. *Serrao*, in: Vacca, Responsabilità (1995) 58–60; 73–75. Anders (als etwa bei *interdictum quod vi aut clam*, s. dazu sofort) verhält es sich hingegen bei den *interdicta unde vi* und *de vi armata*, die zwar ebenfalls zu den *interdicta noxalia* zählen (→ Rn. 3 init.), bei denen im Ediktswortlaut aber explizit (nur) auf das gewaltsame Vertreiben von Seiten der „eigenen" *familia (servorum)* Bezug genommen wird: Ulp. 69 ed. D. 43.16.1 pr.,15–17; 3.11.

[143] Denn der Gewalthaber ist in diesen Fällen ja *suo nomine* verantwortlich, während die Noxalhaftung ansonsten gerade voraussetzt, dass man am Delikt der *persona alieni iuris* gänzlich unbeteiligt ist (→ Rn. 3). Vgl. auch *Fercia*, St. Nicosia III 319 f., der diesbezüglich die *clausola nossale* als *anomala o straordinaria* (u.H.a. *M. Talamanca*) bezeichnet; ähnlich *Cursi*, Scr. Franciosi I 681.

müssen die Sklaven einer *societas publicanorum*, die im Zuge der öffentlichen Tätigkeiten gewaltsam vorgehen, etwa zusätzlich vor Gericht vorgeführt werden, damit die *noxae deditio* offen steht,[144] während ein nicht-wissender Gewalthaber beim *interdictum quod vi aut clam* zwar ebenfalls für alle Sklaven haftet, die in seinem Namen agieren,[145] aber die eigenen generell ausliefern darf.[146] Bei dem im Kontext mit *rapina* normierten „Bandendelikt", das ja eine Beteiligung mehrerer aus dem Kreis der *familia servorum* voraussetzt, genügt hingegen die bloße Ausfolgung unmittelbarer Täter, um der Geldbuße (*quadruplum*) zu entgehen.[147]

(3b) Vergleichbares gilt ferner für den Bereich der sog. Quasidelikte[148] (→ § 96 Rn. 1–2; 23–26): So steht gegen bestimmte Unternehmer (Schiffbetreiber, Gast- oder Stallwirte) eine pönale *actio in factum* zu, sofern deren freie bzw. unfreie Gehilfen den Kunden ein *furtum* oder *damnum iniuria datum* zufügen:[149] Denn bei einer Beschäftigung Dritter hat man deren Zuverlässigkeit genau zu prüfen und haftet daher (zusätzlich);[150] doch erscheint dieser strenge Maßstab bei bereits vorhandenem, eigenem Personal als überzogen, was eine Auslieferung rechtfertigt.[151] Aber auch bei den Anord- **16**

[144] Vgl. zum ersten Teil des Publikanenedikts: Ulp. 55 ed. D. 39.4.1 pr.,5; begründet wird das mit der Pflicht des Unternehmers, nur erprobte und verlässliche Sklaven heranzuziehen: Ulp. 55 ed. D. 39.4.1.6; 3 pr.–2. Zum zweiten Teil, der auf Delikte Bezug nimmt, die unter Ausnützung der sich bietenden Gelegenheit verübt werden: Ulp. 38 ed. D. 39.4.12 pr.–2. Der Tod des eigenen Sklaven entlastet – anders als dessen Verkauf, Freilassung oder Flucht – den *publicanus* angesichts der nunmehr (denk)unmöglichen Exhibition: Gai. 13 ed. prov. D. 39.4.13.2–3. S. bes. *Serrao*, in: Vacca, Responsabilità (1995) 67–73; *Maganzani*, Pubblicani (2002) 161–215; *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 288–291 und allg. etwa *Malmendier*, Societas (2002) 23–30 bzw. *Fleckner*, Kapitalvereinigungen (2010) 145–153, bes. 151 f. Fn. 39 (mit Lit.); 262–276, bes. 271–274 und Fn. 162; 329 f.

[145] Handelt der Sklave hingegen im eigenen Namen, hat der jeweilige *dominus* noxal einzustehen: Ulp. 70 ed. D. 43.24.5.11 (arg. *si id meo nomine aut suo fecit*).

[146] Neraz bei Ulp. 71 ed. D. 43.24.7.1; Iul. 68 dig. D. 43.24.14 i. V.m. Ulp. 71 ed. D. 43.24.1.1; 70 ed. D. 43.24.5.8,11. Zum Interdikt allg. → § 66 Rn. 39; 88.

[147] Ulp. 56 ed. D. 47.8.2.16 i. V.m. D. 47.8.2 pr.,5,14,15; demgegenüber werden – wohl im Rahmen der *extraordinaria cognitio* (dazu auch → Rn. 22) – bei Delikten unter Ausnützung von Notlagen *actiones in familiam* bzw. *in servum* (i.G. zu denjenigen, die gemäß Gai. inst. 4.69 *in eorundem nomine in parentes dominosve dari licet*) gewährt: Vgl. Ulp. 56 ed. D. 47.8.4 pr., 15 od. D. 47.9.1 pr.; dazu allg. → § 93 Rn. 13.

[148] Vgl. *Mattioli*, Quasi delitti (2010) 87–152, bes. 136–146; 153–186, bes. 165–169; 187–264, bes. 227–237 ff. (mit umfassender Lit.); dazu schon *Lenel*, EP 174; 334 und Fn. 6 und dessen Ansatz systematisierend: *Serrao*, BIDR 73 (1970) bes. 125–127; 195 f.; *ders.*, Impresa (1989) 161–163; 235 f. Interpolationenannahmen bei *Giménez-Candela*, Cuasidelitos (1990) 61–108, bes. 100–104; 109–128, bes. 122 f.; 129–156, bes. 145–148.

[149] Ulp. 18 ed. D. 4.9.7 pr.; 38 ed. D. 47.5.1 pr.; dazu → § 96 Rn. 12; ferner *Gröschler*, Actiones (2002) bes. 70–79; 285; 289 sowie *Cursi*, St. Nicosia III 127–129.

[150] In elektiver Konkurrenz steht die Klage gegen den unmittelbaren Täter zu: Paul. 22 ed. D. 4.9.6.4.

[151] Ulp. 18 ed. D. 4.9.7.4; 38 ed. D. 47.5.1.5; vgl. dazu *Cursi*, Scr. Franciosi I bes. 666–675; *Salazar Revuelta*, SemCompl. 28 (2015) 1015–1017 od. *Pennitz*, Ess. Sirks 563 f. a. A. freilich *Fercia*, Criteri (2002) z. B. 9–11 (mit Interpolationenvermutungen); *ders.*, Responsabilità (2008) 328 f.; 404 f.;

nungen zur Verkehrssicherheit – mittels *actio de effusis vel deiectis* und *de posito (vel suspenso)*[152] – soll der „an sich" verantwortliche Wohnungsinhaber bzw. Gebäudeeigner[153] – im Sinn der Eigenverantwortlichkeit seiner Organe – zu deren *noxae deditio* befugt sein, wenn sie *delicta privata* verüben.[154]

17 (3c) Schließlich können auch vertragliche oder vertragsähnliche Bindungen zur Haftung für das schädigende Verhalten eigener Gewaltunterworfener führen,[155] etwa bei der *locatio conductio rei*: Denn der Bestandnehmer hat seinem Vertragspartner ganz allgemein für Delikte Dritter einzustehen, sofern er von deren Unzuverlässigkeit gewusst[156] oder ihre Eignung garantiert hat.[157] Fällt ihm jedoch nichts dergleichen zur Last, und sollten dennoch eigene *personae alieni iuris* den Bestandgeber schädigen, steht letzterem die entsprechende *actio noxalis* zu;[158] außerdem bejahen manche Juristen – in elektiver Konkurrenz hierzu – die Vertragsklage mit inhärenter Befugnis zur *noxae deditio*.[159]

420–423. Sollte es sich aber beim Unternehmer selbst um eine *persona alieni iuris* handeln, kommt eine Noxalklage in aller Regel nicht in Betracht: Paul. 22 ed. D. 9.4.19.2; 9 Sab. D. 47.2.42 pr.; s. *Serrao*, Impresa (1989) 104–107. Ähnliches gilt auch für die *receptum*-Haftung, wenn sie sich auf Delikte des eigenen Personals gründet: Ulp. 14 ed. D. 4.9.1 pr.,8; 3.3.

[152] Vgl. → § 96 Rn. 3; 8; ferner *Gröschler*, Actiones (2002) 79–81; 82–84.

[153] Ulp. 23 ed. D. 9.3.1 pr.,7,8; 5.6,10,11; Gai. 3 cott. D. 44.7.5.5.

[154] Ulp. 23 ed. D. 9.3.1 pr. i. f.; 5.6 i. f.,10 (arg. e contr.); dazu *Cursi*, Scr. Franciosi I 662–666; 675–678; *Fercia*, St. Nicosia III 317–319 und Fn. 4 (mit Lit.); 328–346 od. *Pennitz*, RIDA 58 (2011) 257–277.

[155] Vgl. insbes. *MacCormack*, RIDA 19 (1972) 345–365; s. auch *ders.*, RIDA 18 (1971) 527 f.; 534–547; *Knütel*, SZ 100 (1983) 348–351; 391–405; 435–440; 440 f. sowie *Fercia*, Responsabilità (2008) 58–64; 72–80; 92–103; 107–140; 141–180; 203–230; s. auch *Jakab*, SZ 122 (2005) 409 f.

[156] Alf. 3 dig. a Paul. epit. D. 19.2.30.4; Neraz bei Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.9 (Coll. 12.7.7) init.; Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.34; 32 ed. D. 19.2.11 pr.; gemäß Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.11 i. f. ist u. U. (wohl analog zur *scientia domini*) sogar die direkte Deliktsklage gegen den Gewalthaber zu befürworten, wenn er sich dessen bewusst war, dass es sich bei seinen Sklaven um *noxii* handelt (arg. *tales habuit*). Vgl. zum *commodatum*: Paul. 22 ed. D. 13.6.22; zum *pignus*: Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.3; zur *emptio venditio* (arg. e contr.): Alf. 2 dig. D. 18.6.12; zur *actio redhibitoria*: Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.25 pr.–2,6,7; Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.4. Ähnliches gilt etwa auch i. R.d. *actio rerum amotarum*: Paul. 37 ed. D. 25.2.21.2 init., sowie beim Wahlvermächtnis: Afr. 8 quaest. D. 30.110 init.

[157] Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.7 i. f.; vgl. auch Labeo bei Ulp. 32 ed. D. 19.5.20.2 i. f.

[158] Sabinus bei Ulp. 18 ed. Coll. 12.7.9; Paul. 22 ed. D. 19.2.45 pr.; Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.9 (Coll. 12.7.7); D. 9.2.27.34 i. f.

[159] Proculus bei Ulp. 18 ed. Coll. 12.7.9 (D. 9.2.27.11) init.; Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.6; vgl. auch *Levy*, Konkurrenz II (1922) 70–78 bzw. *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 122–124. Zu *commodatum*, *depositum* und *pignus*: Julian bei Afr. 8 quaest. D. 13.7.31 (jedoch i. V.m. D. 47.2.62.5,6); zur *actio redhibitoria*: Pedius bei Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.25.4. Unter Umständen kommt dabei der *condictio (ex causa furtiva)* eine Vorbildfunktion zu, da sie ebenfalls nicht zu den Deliktsklagen zählt: Insofern lässt sie sich auch – anders als die *actio furti* und entgegen der *noxa caput sequitur*-Regel – nicht gegen den freigelassenen Täter erheben: Cels. 12 dig. D. 13.1.15 i. V.m. Ulp. 7 disp. D. 44.7.14.

VII. Delikte „gegen den eigenen Herrn“

Ein Teil der klassischen Jurisprudenz spricht sich aber auch bei Delikten gegen den eigenen Gewalthaber (bzw. „Herrn“)[160] für die Anwendung des Noxalprinzips auf nicht-pönale Klagen aus. Zwar ist eine solche Tat der *persona alieni iuris* ebenfalls als *delictum* zu qualifizieren,[161] doch steht dem Verletzten keine Bußklage zu:[162] Das gilt nicht nur, solange die *potestas* zwischen Opfer und Täter aufrecht bleibt,[163] sondern schließt den Grundsatz *noxa caput sequitur* und somit auch eine *actio noxalis* selbst bei danach erfolgter Veräußerung (bzw. Freilassung) oder *adoptio* (bzw. *emancipatio*) des Täters aus;[164] denn der Gewalthaber war ja – zumindest theoretisch – zeitweilig in der Lage, das Vergehen seines Organs zu ahnden.[165] Aus demselben Grund erlischt die (noch nicht anhängige) *actio noxalis* sogar dann, wenn ein (außenstehender) Delinquent später unter die Gewalt des Tatopfers fällt.[166] 18

[160] Vgl. etwa *Buckland*, Slavery (1908) 107 f. (*delict by slave against master*); zur Reichweite der Gewalthaberschaft, z. B. i. H.a. den *bonae fidei possessor*: Ulp. 18 ed. D. 9.2.27.3 (zur *lex Aquilia*) bzw. (zum *furtum* z. B.:) Iust. C. 6.2.21 pr.–4 (a. 530); zum *commodatum*: Paul. 39 ed. D. 47.2.54.1, 2; ev. zum *pignus* (*fiducia*?): Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.1.

[161] Iul. 22 dig. D. 47.2.57.3 bzw. Alex. C. 3.41.1 (a. 223). Demgemäß ist etwa ein entwendetes Objekt als *res furtiva* nicht ersitzbar, und allfällige Mittäter lassen sich belangen: Ulp. 23 ed. D. 11.3.11.2; 18 ed. D. 9.2.27.1; 37 ed. D. 47.2.52.23,24; 41 Sab. D. 47.2.36.2,3; I. 4.1.12; vgl. ferner Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.31.1.

[162] Allg. Gai. inst. 4.78 init.; I. 4.8.6 init.; zum Kauf unter Rücktrittsvorbehalt etwa Cels. 12 dig. D. 47.2.68.3; dazu *Pennitz*, Pocta Blahovi (2019) 374 f. Gleiches gilt im Übrigen für die (noxale) *condictio ex causa furtiva* i. H.a. untergegangenes Diebsgut; vgl. Afr. 8 quaest. D. 3.5.48; D. 19.1.30 pr. init.; Ulp. 43 Sab. D. 18.1.29 oder Alex. C. 3.41.1 (a. 223) i. V.m. Ulp. 41 Sab. D. 13.1.4. Zum Sonderfall Cels. 12 dig. D. 47.2.68.4 s. *Pennitz*, ebd., 369–371; 375 f. Zu Ausnahmen zugunsten Minderjähriger: Ulp. 11 ed. D. 4.3.7 pr.; 4.4.11 pr.; bzw. i. H.a. das *peculium castrense* des Haussohns: Ulp. 37 ed. D. 47.2.52.5,6.

[163] Denn insoweit liegen Aktiv- und Passivlegitimation zur Noxalklage beim verletzten Gewalthaber; vgl. etwa Ulp. 57 ed. D. 47.10.17.9 und zur *generalis regula* der *antiqua prudentia* Iust. C. 6.2.21.1 init. (a. 530).

[164] Gai. inst. 4.78; I. 4.8.6; zu einer „Ausnahme“ beim *servus communis*: Afr. 8 quaest. D. 47.2.62 pr. Anders freilich, wenn die Tat danach erneut begangen wird: Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17 pr.; Alex C. 3.41.1 (a. 223) i. f.; Diocl./Max. C. 4.14.6.1 (a. 293); in ähnlichem Sinn Ulp. 38 ed. D. 47.4.1.1 i. f.,2; Paul. 39 ed. D. 9.2.48.

[165] So Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17 pr. unter Hinweis auf die *veteres*; s. auch Diocl./Max. C. 4.14.6 pr. (a. 293); vgl. zur Sklavenbestrafung etwa *Bradley*, Slaves (1984) 118–123. Die Unkenntnis des Gewalthabers i. H.a. das verübte Delikt ändert daran freilich nichts: Gai. 13 ed. prov. D. 47.4.2 i. f. Zu den daraus ableitbaren Auswirkungen solcher Delikte auf die Höhe des *peculium* und damit auf adjektizische Klagen Dritter: Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.6; ferner etwa Pomp. 7 Sab. D. 15.1.4.3,4; Gai. 9 ed. prov. D. 15.1.27.1 bzw. Afr. 8 quaest. D. 19.1.30 pr.

[166] So nach der sich durchsetzenden Lehre der Sabinianer: I. 4.8.6 i. f. i. V.m. Gai. inst. 4.78 i. f.; 18 ed. prov. D. 30.70 pr.; Tryph. 15 disp. D. 9.4.37; Ulp. 37 ed. D. 9.4.38 pr., wobei auch ein anschließender Wegfall der *potestas* nicht zum Wiederaufleben der Klage führen kann. S. ferner zum Legat: Pomp. 6 Sab. D. 30.38.1 i. f.; bzw. zum anteiligen Erwerb: Ofilius bei Ulp. 19 ed. D. 10.2.16.6 sowie Ulp. 41 Sab. D. 47.2.43.12.

19 Wenn man die uneingeschränkte Strafkompetenz des Verletzten jedoch insoweit zu verneinen hat, als ihm der Täter nur zum Teil oder bloß vorübergehend zugeordnet ist, lassen sich – gemäß einzelner hochklassischer Entscheidungen – bei den deshalb zustehenden nicht-pönalen Rechtsbehelfen der *noxae deditio* entsprechende Befugnisse vorsehen: Etwa für *socii* bei der Teilungsklage, sollte ein Miteigentümer vom *servus communis* geschädigt werden;[167] oder zu Gunsten des Verkäufers im Rahmen der *actio redhibitoria*, sofern ein zu wandelnder Sklave ein Delikt gegen den Käufer verübt.[168] Dasselbe gilt, wenn der aufgrund eines *mandatum* erworbene Sklave den Beauftragten bestiehlt[169] oder ein Mitgiftsklave dem Ehemann im Zuge der bevorstehenden Scheidung Objekte entzieht.[170] Zudem kann es solcherart auch in weiteren Fällen zum Interessenausgleich kommen.[171]

VIII. Ergänzende Regelungen

1. Eingriffe in die *hereditas iacens* durch testamentarisch freigelassene Sklaven

20 Der Gedanke, dass die erwähnte Kontroll- bzw. Strafkompetenz des Gewalthabers in manchen Konstellationen keine Wirksamkeit entfalten kann, führt auch zu einer ediktalen Sonderregelung, um eine Rechtslücke zu schließen. Sollte ein testamentarisch freigelassener Sklave nämlich nach dem Tod des Testators, aber vor Antritt von Seiten eines Außenerben die Verlassenschaft (*hereditas iacens*) arglistig beeinträchtigen, wird zwar kein Außenstehender verletzt, doch fällt der Übeltäter ebenso wenig unter die *potestas* des geschädigten Erben.[172] Deshalb gewährt der Prätor hier ersatzweise[173] eine

[167] So Iul. 2 Urs. Fer. D. 9.4.41 und bes. Julian bei Afr. 8 quaest. D. 47.2.62 pr. unter Hinweis auf das weite richterliche Ermessen im Teilungsverfahren sowie die Quasi-Anwendbarkeit der *noxa caput sequitur*-Regel, sollte ein Miteigentumsanteil am Täter veräußert werden; ferner Ofilius bei Ulp. 19 ed. D. 10.2.16.6. Vgl. *Thomas*, Labeo 17 (1971) 16 f.; 19–24; *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 118–122 und zuletzt auch *Valiño*, Lib. Am. Pugsley 15–20.

[168] Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.2; Gai. 18 ed. prov. D. 30.70.2 (i.V.m. pr.); Paul. 5 resp. D. 21.1.58 pr.; anders dann offenbar Paul. sent. 2.17.11. Allg. Sabinus bei Ulp. 39 Sab. D. 47.2.17.2 i. V.m. Julian bei Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23.7,8; 29.3; 31 pr. Zum vergleichbaren Retentionsrecht i. R.d. *actio ex testamento* vgl. Gai. 18 ed. prov. D. 30.70.3 (i.V.m. § 2) sowie beim Wahlvermächtnis: Afr. 8 quaest. D. 30.110 i. f.

[169] Neraz bei Paul. 32 ed. D. 17.1.26.7; anders freilich Julian bei Afr. 8 quaest. D. 47.2.62.5; vgl. auch allg. Gai. 18 ed. prov. D. 30.70.2. S. dazu zuletzt auch *Gröschler*, St. Metro III 212–215.

[170] Paul. 37 ed. D. 25.2.21.2 i. f. zur *actio rerum amotarum*.

[171] So etwa, wenn der Sklave des Erben die Legatssache entwendet und veräußert: Pomp. 6 Sab. D. 30.48 pr.

[172] Insofern nützt der unfreie Täter die Gunst der Stunde, da sein früherer *dominus*, der Testator, ja bereits tot ist.

[173] Denn weder kommt es bei Delikten gegen die *hereditas iacens* als *domina* (Ulp. 38 ed. D. 47.4.1.1) zur jeweiligen *actio noxalis* noch zur Anwendung der Regel *noxa caput sequitur* (→ Rn. 18); zur Klagenkumulation bei mehrfacher Beschädigung vor und nach der Freilassung: Paul. 39 ed. D. 9.2.48.

Pönalklage gegen den *libertus*, und zwar auf das *duplum* des angerichteten *damnum* oder der entzogenen Objekte.[174] Insofern steht die Klage nur subsidiär zu, sofern der Erbe sein Interesse nicht auf anderem Wege durchsetzen kann; sie lässt sich aber etwa im Fall einer Entwendung mit der sachverfolgenden Klage häufen.[175]

2. Komplizenschaft im Rahmen der *familia servorum*

In einem weiteren prätorischen Sonderedikt werden Sklavenhalter vor exzessiven finanziellen Verlusten geschützt. Sollte nämlich ein Diebstahl von mehreren Mittätern oder Komplizen aus der eigenen *familia servorum*[176] begangen werden, so braucht der unwissende *dominus*,[177] sofern er deren Schuld anerkennt, im Sinn der Organschaft[178] und angesichts der einzigen verübten Tat, die *poena* bloß in jener Höhe zu leisten, die auch einem freien Täter auferlegt würde.[179] Will er freilich selbst diese geminderte Geldbuße vermeiden, so müsste eine *noxae deditio* „an sich" alle am Delikt beteiligten Sklaven umfassen; doch auch dabei setzt sich die Auffassung durch, der verordnete Höchstbetrag[180] beziehe sich gleichermaßen auf den Wert ausgelieferter Delinquenten.[181] Hingegen wird die analoge Erstreckung des Edikts auf weitere Delikte, etwa auf das *damnum iniuria datum* oder das *album corruptum*, von der klassischen Jurisprudenz kontrovers beurteilt.[182] Auszuschließen ist das aber jedenfalls bei Persönlichkeitsverletzungen, die stets jedem der beteiligten Sklaven zur Last fallen müssen.[183] **21**

---

[174] S. ausführlich Ulp. 38 ed. D. 47.4.1 pr.–2,8–15,18,19; vgl. *Scacchetti*, Manumissione testamentaria (1993) bes. 135–157; *ders.*, Il doloso depauperamento dell'eredità giacente operato dallo schiavo manomesso nel testamento (1994) 136–167 i. V.m. *Stiegler*, SZ 115 (1998) 577–579. Zur analogen Anwendung auf den fideikommissarisch bzw. bedingt freigelassenen Sklaven (*statuliber*): Labeo bei Ulp. 13 (?) ed. D. 47.4.3 i. V.m. Gai. 13 ed. prov. D. 47.4.2 sowie Ulp. 38 ed. D. 47.4.1.3,4,7. Ferner zum vermachten Sklaven und zu sonstigen Arten der Eigentumsübertragung: Ulp. 38 ed. D. 47.4.1.5,6; anders noch Iul. 22 dig. D. 9.4.40. Vgl. auch *Klingenberg*, SZ 126 (2009) 269 f.

[175] Ulp. 38 ed. D. 47.4.1.16,17.

[176] Zu Delikten von Seiten der *familia publicanorum* → Rn. 15.

[177] Ein wissender *dominus* ist hingegen selbst einer direkten Klage und hinsichtlich jedes unfreien Komplizen der *actio noxalis* ausgesetzt: Ulp. 38 ed. D. 47.6.1.1. Auch hier wird freilich (→ Rn. 13 i. f.) i. H.a. eine dieser Noxalklagen von elektiver Konkurrenz mit der *actio directa* auszugehen sein.

[178] Dasselbe gilt etwa auch für den Fall, dass nur ein Sklave das Delikt verübt, von dem der *dominus* weiß; denn insoweit ist er der direkten und noxalen Klage nur in elektiver Konkurrenz ausgesetzt; dazu → Rn. 13 i. f.

[179] Ulp. 38 ed. D. 47.6.1 pr.; Paul. 7 Plaut. D. 9.4.31; vgl. dazu *Watson*, Roman Slave Law (1987) 73 bzw. *Serrao*, in: Vacca, Responsabilità (1995) 61–67. Zu den diesbezüglichen Auswirkungen der *noxa caput sequitur*-Regel bes. Ulp. 38 ed. D. 47.6.3 pr.,1.

[180] Gm. Julian bei Paul. 7 Plaut. D. 9.4.31 kommt zur Diebstahlsbuße noch jener Betrag hinzu, der mittels *condictio (ex causa furtiva)* erlangt werden kann; s. ferner Iul. 22 dig. D. 47.6.2.

[181] Paul. 7 Plaut. D. 9.4.31 u. H.a. Sabinus und Cassius.

[182] Vgl. Gai. 7 ed. prov. D. 9.2.32 pr.; Ulp. 38 ed. D. 47.6.1.2 bzw. Paul. 3 ed. D. 2.1.9.

[183] S. insbes. Gai 13 ed. prov. D. 47.10.34.

3. Die außerordentliche Sklavenbestrafung, insbes. bei verübter *iniuria*

22 Allerdings entwickeln sich bei der *iniuria* ganz generell Sonderregelungen zur Noxalität,[184] wobei zwischen freien und unfreien *personae alieni iuris* zu unterscheiden sein dürfte.[185] Da die von Sklaven begangene Körperverletzung bzw. Beleidigung freier Personen in aller Regel als schwerwiegendes Delikt (*atrox iniuria*) zu qualifizieren ist,[186] das dann aus generalpräventiven Erwägungen – offenbar auch *de facto*[187] – mit sichtbarerer *poena* geahndet werden soll, kommt hier einer körperlichen Bestrafung dieser Täter gesteigerte Bedeutung zu,[188] noch bevor sich eine solche im Rahmen der *extraordinaria cognitio* auch bei anderen, arglistig verübten Delikten durchsetzen lässt.[189] Insofern räumt der Prätor dem belangten *dominus* bei der *actio iniuriarum noxalis* – wohl mittels besonderer Arbiträrklausel[190] – eine zusätzliche Befugnis ein:[191] Um wegen der Höhe der drohenden Bußzahlung nicht (indirekt) zur *noxae deditio* gezwungen zu sein, darf der Herr – unter Wahrung seines Eigentums – den Sklaven zur körperlichen Bestrafung vorführen;[192] deren Ausmaß ist dabei nach billigem Ermessen des Richters zu bestimmen.[193]

---

[184] Eingehend *Brandi Cordasco Salmena*, Actio iniuriarum noxalis (2012) bes. 189–194, der aufgrund des Wortlauts von Ulp. 57 ed. D. 47.10.17.4 auch auf zugrunde liegendes *ius controversum* schließt. Zur *iniuria* allg. → § 95 Rn. 1–7; ferner → § 36 Rn. 15 Fn. 92.

[185] In diesem Sinn auch *Spagnuolo Vigorita*, Labeo 15 (1969) 76; zu Haussöhnen: Iul. 45 dig. D. 47.10.36.

[186] Vgl. zum Begriff (→ § 95 Rn. 18 f.) auch *Hagemann*, Iniuria (1998) 91–100, bes. 95; 97 f.; sowie Gai. inst. 3.225 i. f.; Ulp. 57 ed. D. 47.10.9 pr. i. f.,3; 17.3; wenn ein Sklave einem anderen Sklaven eine *iniuria* zufügt, hat er sie dementsprechend dessen *dominus* zugefügt: Paul. 55 ed. D. 47.10.18.1.

[187] Gai. inst. 3.224 i. f. S. auch *Spagnuolo Vigorita*, Labeo 15 (1969) 74 f.

[188] Vgl. Ulp. 57 ed. D. 47.10.9.3 i. f.; dazu auch *Balzarini*, De iniuria (1983) 209–217, bes. 212 f. bzw. *Hagemann*, Iniuria (1998) 95. Ähnliches gilt ferner für das Delikt des *album corruptum*, wobei die zu ahndende Missachtung des Jurisdiktionsmagistrats dafür entscheidend sein dürfte: Ulp. 3 ed. D. 2.1.7.1,3.

[189] Denn ab dem entwickelten klassischen Recht lassen sich zahlreiche Delikte auf Verlangen des Tatopfers im außerordentlichen Verfahren verfolgen, bei dem Sklaven regelmäßig Körperstrafen ausgesetzt sind; vgl. zur *iniuria*: Herm. 5 epit. D. 47.10.45; Paul. sent. 5.4.22 bzw. zum *furtum*: Ulp. 38 ed. D. 47.2.93; sowie allg. *Kaser*, RP II 128; 426; 431 und Fn. 49–51 bzw. *Nehlsen*, Sklavenrecht I (1972) bes. 80–86.

[190] *Lenel*, EP 401 f. und Fn. 5 f.; *Mantovani*, Formule 76 und Fn. 334. Vgl. dazu *Kaser/Hackl*, RZ 335 f. Fn. 10.

[191] Ulp. 57 ed. D. 47.10.17.4,5. Dem kann wohl ein dahingehender Antrag des Tatopfers vorausgehen (arg. Ulp. D. 2.9.5); dem entspricht etwa auch, dass *Brandi Cordasco Salmena*, Actio iniuriarum noxalis (2012) 190 einen unterschiedlichen Ablauf des Verfahrens annimmt, je nachdem ob die *verberatio* 1) aufgrund eines *accordo transattivo* oder eben 2) aufgrund eines *offrire lo schiavo ad verberandum* von Seiten des *dominus* erfolgen soll. Jedenfalls dient die Zusatzbestimmung hier tendenziell dem ursprünglich zu vermutenden Strafzweck des noxalen Verfahrens (→ Rn. 4). S. ferner *Völkl*, Verfolgung der Körperverletzung (1984) 233 f. bzw. *Hagemann*, Iniuria (1998) 236 f.

[192] Erscheint die angeordnete Bestrafung hingegen lebensbedrohend, bleibt dem *dominus* – etwa bei einem besonderen Naheverhältnis zum Täter – also immer noch die Möglichkeit der Auslieferung bzw. Bußzahlung. Anders *Spagnuolo Vigorita*, Labeo 15 (1969) bes. 51–54 i. V. m. 48; 73 f., der

IX. Entwicklungen im nachklassischen und justinianischen Recht

Abgesehen davon, dass sich Delikte von Gewaltunterworfenen – wie erwähnt[194] – schon im entwickelten klassischen Recht mittels außerordentlichem Verfahren ahnden lassen, kommt spätestens in der nachklassischen Epoche die *noxae deditio* bei freien *personae alieni iuris* gänzlich außer Übung.[195] Aus der Sicht Justinians[196] finden daher *actiones noxales* nur noch auf Sklaven Anwendung, das Noxalrecht wird aber auch auf andere Weise modifiziert. Zwar muss die *noxae deditio* dem Tatopfer weiterhin dauerhaftes Eigentum am unfreien Täter verschaffen, doch wird nun gemäß dem *favor libertatis* eine Ausnahme verankert.[197] Gelingt es dem Sklaven nämlich, aufgrund eigenen Erwerbs für eine angemessene Entschädigung des Verletzten zu sorgen, hat er Anspruch auf Freilassung.[198] Damit in Zusammenhang mag auch die Einordnung der Noxalklagen unter die *actiones arbitrariae* stehen:[199] Denn nunmehr könnte es ins *officium iudicis* fallen, bereits im Urteilsspruch Kriterien im Hinblick auf die *noxae deditio* festzulegen, um Sklaven in weiterer Folge allenfalls ein Abarbeiten ihrer Schuld zu ermöglichen.[200] 23

---

es dem richterlichen Ermessen auch unterwirft, ob eine körperliche Bestrafung angesichts des konkreten Sachverhalts überhaupt angemessen ist.

[193] Zur analogen Anwendung im Vorfeld eines Verfahrens, wobei das Strafausmaß von einem außenstehenden Dritten festgelegt wird: Ulp. 57 ed. D. 47.10.17.6; vgl. auch *Gebhardt*, Prügelstrafe (1994) 244 f.

[194] Zur Ahndung von *delicta privata* i. R.d. *extraordinaria cognitio* → Rn. 22.

[195] So I. 4.8.7 unter gleichzeitigem Hinweis darauf (vgl. Pomp. 14 Sab. D. 9.4.33; Iul. 4 Urs. Fer. D. 9.4.34 i. V.m. Ulp. 41 Sab. D. 9.4.35), dass gegen Haussöhne fallweise schon von klassischen Juristen die direkte Pönalklage gewährt wird, während sich die Auslieferung weiblicher Gewaltunterworfener schon seit jeher aus sittlichen Gründen verbietet; allerdings belegt Pap. 2 def. Coll. 2.3.1 noch die Praxis der *noxae deditio* von Haussöhnen. Vgl. dazu *Periñán Gómez*, in: Jones, Droits de l'homme (1998) 52–59 sowie allg. *Kaser*, RP I 70 f. und Fn. 26; 302 und Fn. 14; RP II 205 und Fn. 29; 430 und Fn. 39 f. bzw. *Kaser/Hackl*, RZ 206 und Fn. 12; 559 und Fn. 9.

[196] Vgl. dazu etwa zuletzt *Cannata*, Lib. Am. Krampe 60 f.; 94.

[197] Zur quellenmäßigen Überlieferung dieses Grundsatzes etwa *Ankum*, Lib. Am. Miquel 77 f.; *ders.*, Symp. Wielinger 16 f.

[198] So I. 4.8.3; die Bestimmung orientiert sich dabei am Recht ausgelieferter, freier männlicher *personae alieni iuris* auf *manumissio* aus der *mancipium*-Gewalt des Tatopfers, das bei Pap. 2 def. Coll. 2.3.1 überliefert ist: Auch hier genügt offenbar die Wiedergutmachung des zugefügten Schadens. Etwas anders *Kaser*, RP II 431 und Fn. 48, der von einer Rückübertragung des Sklaven an den früheren *dominus* ausgeht.

[199] I. 4.6.31 (arg. *ex noxali causa servum dedat*), wobei das explizite *servum dedere* m. E. gegen einen Rückbezug auf den klassischen Rechtszustand spricht, sowie → Rn. 1 unter Frage (11).

[200] Freien *personae alieni iuris* könnte eine solche Befugnis – vgl. ferner *Biscardi*, in: Illecito e pena privata (1992) 100–102 – bereits in republikanischer Zeit eingeräumt gewesen sein (Liv. 8.28.8), spätestens jedoch im entwickelten klassischen Recht: Pap. 2 def. Coll. 2.3.1.

X. Das Noxalprinzip bei Sonderdelikten, insbes. beim Tierschaden (*pauperies*)

24 Schließlich kommt das Prinzip der Noxalhaftung bei einigen „Sonderdelikten“[201] zum Tragen: Schon auf die *XII tabulae* geht es zurück,[202] dass Eigentümer, die keine Schuld[203] am eingetretenen Tierschaden (*pauperies*) trifft,[204] die Befugnis zur *noxae deditio* haben und ihre vierfüßigen Nutztiere an das Tatopfer übereignen können, um einer ansonsten drohenden Entschädigungsleistung zu entgehen.[205] Die Regelung wird in ihrer Anwendbarkeit spätestens von der klassischen Jurisprudenz auf vierfüßige Tiere im Allgemeinen erweitert, was auch für Schäden gilt, die von Hunden zugefügt werden.[206] Ob davon auch gezähmte Wildtiere erfasst werden, ist in der Lehre aller-

[201] So spricht etwa Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.1 bezüglich der *pauperies* – vgl. auch *Giangrieco Pessi*, Actio de pauperie (1995) 4 f. – ausdrücklich von *delictum*, wobei aber hinzugefügt wird, dass Tiere an sich deliktsunfähig sind: Vgl. Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.3; I. 4.9 pr. i. f. (*pauperies est damnum sine iniuria facientis datum*); s. auch *Robleda*, Diritto degli schiavi (1976) 79–81. Wohl erst von den Kompilatoren wird *delictum* mit dem Terminus *noxia* gleichgesetzt; vgl. dazu Fest./Paul. p. 180 f. L., s. v. noxia i. G.z. I. 4.8.1, anders aber *Lenel*, EP 196 und Fn. 4; *Kaser*, RP I 165 und Fn. 15; 162 Fn. 66.

[202] Ulp. 18 ed. D. 9.1.1 pr. verweist explizit auf die Bestimmung der *XII tabulae*; vgl. dazu *Riccobono*, FIRA I² (1968) 55 (XII T 8.6); *Flach*, XII tab. 123–125 (XII T 8.2) oder die Rekonstruktion bei *Crawford*, RS II 680 f. (XII T 8.2): *Si quadruples pauperiem ⟨faxit⟩*, *⟨ni sarcit, noxae dato⟩*; dazu *Polojac*, Actio de pauperie (2003) 18–20.

[203] Vgl. Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.4–8; *Kaser*, RP I 633 sieht hier bereits ab der späten Republik den Gedanken einer „Gefährdungshaftung“ des Eigentümers verwirklicht; vgl. auch *Klausberger*, TSDP 4 (2011) 7–10. Bei Verschulden eines Tierhalters ist jedenfalls gemäß der *lex Aquilia* vorzugehen. Eine Haftungsregelung für Tierhalter sieht ferner das sog. *edictum de feris* von Seiten der kurulischen Ädilen vor, das im Rahmen der Straßenaufsicht (*cura urbis*, ev. auch der *cura ludorum*) ergeht und keine Befugnis zur *noxae deditio* einräumt; dazu *Zimmermann*, LO 1105–1107; *Rodriguez-Ennes*, „Edictum de feris“ (1992) bes. 49–55; *ders.*, Iura 41 (1990) 53–78, bes. 72 f.; *Polojac*, Actio de pauperie (2003) 193–195; 198–200; 200–202; *Palmirski*, RIDA 53 (2006) 324–328; 334 bzw. *Cursi*, SZ 132 (2015) 373–376: Demnach ist man – bei sonstiger Bußzahlung – verpflichtet, gefährliche Tiere im Umfeld öffentlich zugänglicher Wege so zu halten, dass keine Personen- oder Sachschäden entstehen können: Ulp. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.40.1; 42; Paul. sent. 1.15.2; auch diese Bestimmung wird von der Jurisprudenz nach und nach erweitert: Paul. 2 ed. aed. cur. D. 21.1.41. Dementsprechend kann es auch zur kumulativen Konkurrenz dieser Bußklage mit der *actio de pauperie* kommen: I. 4.9.1 i. f.

[204] Ursprünglich bezeichnet *pauperies* wohl nur bestimmte Sachschäden und wird erst in weiterer Folge im Sinn von *damnum* interpretiert: Fest./Paul. p. 246 L., s. v. pauperies; schließlich wird die Haftung von der Jurisprudenz auch auf Körperverletzungen erstreckt: Gai. 7 ed. prov. D. 9.1.3. Zum Terminus etwa *Watson*, RIDA 17 (1970) 361 f.; 365 f. oder *Onida*, Animali (2012) 164–166 und Fn. 28 f.; 323 f.; 326 f.

[205] Vgl. zuletzt insbes. *Giangrieco Pessi*, Actio de pauperie (1995) bes. 321–328; *Onida*, Animali (2012) 63 f.; 164–168; 322–366; *Polojac*, Actio de pauperie (2003) bes. 207–213; *dies.* Fundamina 18 (2012) 121–140; *Klausberger*, TSDP 4 (2011) bes. 20–22; 27 f. Zum Vergleich mit anderen antiken Rechten: *Mélèze Modrzejewski*, in: Mélèze Modrzejewski, Statut personnel (1993) I.77–95 oder *Jackson*, CLJ 37 (1978) 122 f.; 127 f.; 138–142.

[206] Paul. 22 ed. D. 9.1.2.1. Ob Paul. sent. 1.15.1 (als einzige Quelle) eine Sonderregelung für

dings umstritten.[207] In den Zwölftafeln könnte eine ähnliche Norm zudem den Fall abdecken, dass Nutztiere auf fremden Feldern weiden.[208]

Bei der ediktalen *actio de pauperie* handelt es sich insofern um eine spezielle, auf Gesetz beruhende Klage,[209] deren Formel dem Muster der *actiones noxales* entspricht:[210] Allerdings liegt eine Besonderheit darin, dass die Untat nur von deliktsun- 25

Hundeschäden überliefert, die freilich ebenfalls die Befugnis zur *noxae deditio* vorsieht, und welche Funktion dieser sog. *lex Pesolania de cane* zukommen könnte, wird in der neueren Lehre eingehend diskutiert; gemäß *Platschek*, Index 46 (2018) bes. 160–162 verweist dieser Text aber bloß auf ein vergleichbares Gesetz Solons. S. ferner *Jackson*, CLJ 37 (1978) 129 f. und Fn. 52; *Caiazzo*, Index 28 (2000) bes. 292 f.; *Polojac*, Actio de pauperie (2003) 196 f.; 202–205; bzw. *Cursi*, Index 45 (2017) bes. 514–516. Vgl. im Übrigen Plut. Sol. 24 zum solonischen Gesetz bzw. Gai. 7 ed. prov. D. 9.2.2.2 zum *quadrupes*-Begriff der *lex Aquilia*.

[207] Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.2,5 spricht von *omnes quadrupedes*, jedenfalls unter Einschluss von Hunden; bei anderen, z. B. zweifüßigen Tieren wird eine *actio utilis* gewährt: Paul. 22 ed. D. 9.1.4; vgl. *Wacke*, Ess. Winkel II 1015 f. Für Einschluss der Wildtiere *Jackson*, CLJ 37 (1978) 126 f. und Fn. 32; 135 f.; *Giangrieco Pessi*, Actio de pauperie (1995) 120 f.; 133; 144; dagegen etwa *Mélèze Modrzejewski*, in: Mélèze Modrzejewski, Dt. impérial 179 f. oder *Klausberger*, TSDP 4 (2011) 22 f. u. H.a. Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.10 init., doch könnte dort *naturalis feritas* – im Sinne des Fortgangs der Stelle – den Rückfall gezähmter, wilder Tiere in die *feritas* betonen; ähnlich *Giangrieco Pessi*, Ric. Gallo I 290 f.; 298 f. bzw. *Wacke*, Ess. Winkel II 1022 f.; a. A. freilich *Honoré*, Sat. Feenstra 248 f. od. *Cursi*, SZ 132 (2015) 368 f.; vgl. zur Frage auch *Polojac*, in: Piro, Règle (1999) 467–474; *dies.*, Actio de pauperie (2003) 29–35. Je nachdem, wie diese Frage beurteilt wird, lässt sich das bereits erwähnte *edictum de feris* (→ Rn. 24 Fn. 203) entweder als Auffangtatbestand (des prätorischen Rechts) oder als Normierung einer ergänzenden, verschuldensabhängigen Halterhaftung interpretieren.

[208] Zur sog. *actio de pastu pecoris* – s. Ulp. 41 Sab. D. 19.5.14.3 – in diesem Sinn Paul. sent. 1.15.1; s. auch *Kaser*, RP I 162 und Fn. 67; 165 Fn. 17; *Mélèze Modrzejewski*, in: Mélèze Modrzejewski, Dt. impérial 178 f. od. *Zimmermann*, LO 1107 f.; abwägend *Lenel*, EP 198. Diese Ergänzung der *actio de pauperie* – z. T. wird hier auch eine zweite, gesonderte *actio* vermutet, die das *frugem patisse et secuisse* betrifft – könnte seine Begründung darin finden, dass durch das Abweiden bzw. Fressen herabgefallener Früchte kein Sachschaden i. e.S. zugefügt wird: Paul. 22 ed. D. 9.2.30.2. Gegen Noxalität etwa *Jackson*, CLJ 37 (1978) 127 f.; 137 f.; *Giangrieco Pessi*, Actio de pauperie (1995) 197 f.; *Polojac*, Actio de pauperie (2003) 173 f.; 178 f.; 183; *Cursi*, Scr. Mancini I 248 f. bzw. die Rekonstruktion bei *Crawford*, RS II 681 f. (XII T 8.3): „*glande in alieno pastum ne inmittito*".

[209] Das zeigt sich u. a. in jenen Aspekten, in denen sich ihre Anwendbarkeit – trotz grundsätzlicher Ähnlichkeit; s. Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.15 – von jener der *actio legis Aquiliae* unterscheidet: So etwa bei der Kausalität: Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.9; oder i. H.a. Aktivlegitimation die eindeutige Stellungnahme bei Paul. 22 ed. D. 9.1.2 pr. i. G.z. Iul. 1 dig. 13.6.19; Julian bei Ulp. 18 ed. D. 9.2.11.9 bzw. Marcellus bei Ulp. 5 ed. D. 19.2.41.

[210] Vgl. *Giangrieco Pessi*, Actio de pauperie (1995) 108; 211–260, bes. 224; 254–260 und Fn. 121; 133; *Polojac*, Actio de pauperie (2003) 76–80; 92 f. und die v. a. auf Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.12 gestützte Formelrekonstruktion, etwa bei *Mantovani*, Formule 62 (vgl. auch *Kaser/Hackl*, RZ 343): *Si paret quadrupedem pauperiem fecisse, quam ob rem Numerium Negidium Aulo Agerio aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam aut in noxam dedere C. Aquilius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito*; freilich hat man wohl auch hier von einer *facultas in solutione* (→ Rn. 6) und von keiner *obligatio* bzw. *facultas alternativa* auszugehen, wie der nachfolgende § 13 unterstreicht. Missverständlich etwa *Zimmermann*, LO 1099 f.: *the victim was given a choice: he could sue either for damages or for the surrender of the animal.*

fähigen Lebewesen „begangen“ werden kann,[211] ansonsten folgt sie jedoch den Grundsätzen der Noxalität. Gemäß der Regel *noxa caput sequitur* orientiert sich die Sachlegitimation am Eigentum zum Zeitpunkt der Klageerhebung[212] und endet mit dem Tod des Tiers;[213] darüber hinaus lässt sich der jeweilige *dominus* etwa auch mittels *actio sine noxae deditione* in Anspruch nehmen, sollte er sein Recht am Tier *in iure* leugnen oder – wegen des drohenden Prozesses – arglistig aufgeben.[214]

[211] Prätorisches Edikt und Formel nehmen auf ein *facere* des Tiers – s. auch *Zimmermann*, LO 1097 f. – Bezug, was von der Jurisprudenz nur unter Hinweis auf dessen *feritas* bzw. ein Agieren *contra naturam* bejaht wird: Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.4,7 bzw. I. 4.9 pr. i. f.; dazu etwa *Mélèze Modrzejewski*, in: Mélèze Modrzejewski, Dt. impérial 180–183; 188–190; 198 f.; *Honoré*, Sat. Feenstra 243–247; *Giangrieco Pessi*, Actio de pauperie (1995) 13–54 od. *Polojac*, Actio de pauperie (2003) 44–54. Insofern ist es m. E. allerdings kaum vorstellbar, in der *actio de pauperie* das Grundmodell aller *actiones noxales* zu sehen; dazu → Rn. 1 bei Frage (4) sowie *Pugliese*, RISG 16 (1972) 86 f.; *Brandi Cordasco Salmena*, Actio iniuriarum noxalis (2012) 82 f. oder *Cursi*, SZ 132 (2015) 376–378. Die von den Juristen hier für nötig erachteten Erläuterungen betonen vielmehr den Ausnahmecharakter dieser Noxalklage, da bei Tieren – anders als bei *personae alieni iuris*: Gai. inst. 4.78; Ulp. 7 disp. D. 44.7.14 – keine *obligatio civilis* denkbar ist. Doch ist hier wie dort das *servi* bzw. z. B. (Paul. 22 ed. D. 9.1.2.1) *canis nomine agi* möglich; dazu *Miceli*, Actiones adiecticiae qualitatis (2001) 60 f. sowie i. Z.m. dem *oportere* der Formel → Rn. 2.

[212] Vgl. Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.12,14,17; dementsprechend ist sie passiv vererblich und kann bei Miteigentum am Tier gegen jeden *socius* uneingeschränkt eingebracht werden; dazu auch → Rn. 8 init.

[213] Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.13; vgl. *Ankum*, St. Sanfilippo II, bes. 15–19 und Fn. 7 f.; anders *Onida*, Animali (2012) 329 f. oder *Klausberger*, TSDP 4 (2011) 4 f. Zum Tod des „Täters“ schon → Rn. 9. Ebenso, wenn ein wildes Tier entläuft und dadurch wieder zur *res nullius* wird: Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.10; I. 4.9 pr. Anders als bei Sklaven und Haussöhnen (→ Rn. 4 init.; → Rn. 9 i. f.) kann allerdings nur ein lebendes Tier ausgeliefert werden: Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.14; dazu *Francescon*, in: Corpo in Roma antica I (2015) 183–185.

[214] Ebenso, wenn er *in iure* die Frage nach seinem Eigentum verneint: Ulp. 18 ed. D. 9.1.1.15; dazu auch → Rn. 11 bei (4d) sowie *Kaser/Hackl*, RZ 256 und Fn. 31 f.

§ 106 Einrede (*exceptio*): Grundlagen

Johannes Platschek

Wesener, Nichtediktale Einreden, SZ 112 (1995) 109–150; *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozeßrecht, 1996, § 35; *Pellecchi*, La praescriptio: Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi, 2003; *Papa*, La replicatio: Profili processuali e diritto sostanziale, 2009; *Gómez Buendía*, Exceptio utilis en el procedimiento formulario del derecho romano, 2015.

Inhalt Rn.

I. Quellen 1
II. Stellung in der *formula* 2
III. Beweislast 4
IV. *Exceptio* und *praescriptio pro reo* 5
V. Formulare Notwendigkeit und Inhärenz der *exceptiones* 6
VI. Grundlagen der Exzeptionstatbestände 10
VII. Verzichtbarkeit der *exceptio* für den Beklagten 11
VIII. Peremptorische und dilatorische *exceptiones* 12
IX. Irrtümliche Nichterhebung der *exceptio* 15
X. *Replicatio, duplicatio, triplicatio* 16–23

I. Quellen

Den *exceptiones* – „Ausnahmen (vom Verurteilungsbefehl)“ widmet sich Gaius in Gai. 4.115–125; zum weiteren Bereich gehören *replicatio* – „Erwiderung (auf die *exceptio*)“ (Gai. 4.126), *duplicatio* „Zweiterwiderung“ (Gai. 4.127) und *triplicatio* – „Dritterwiderung“ (Gai. 4.128).[1] Lenel rekonstruiert einen Ediktstitel *De exceptionibus* XLIV.[2] Die Digesten versammeln Fragmente der klassischen Literatur[3] zu den *exceptiones* in den Titel 1–4 des 44. Buchs, der Codex Iustinianus entsprechende Kaiserkonstitutionen in C. 8.35 (36). 1

[1] Zum Gaius-Text *Zulueta*, Institutes II (1953) 280–285; *Falcone*, Appunti (2003) 37–41.
[2] *Lenel*, EP 501–513; *Mantovani*, Formule 97–101 Nr. 155–181.
[3] Zur Verortung in den Ediktskommentaren s. *Lenel*, EP XXIV und 501.

II. Stellung in der *formula*

2 *Exceptiones* dienen im Formularverfahren dem Schutz des Beklagten vor einer Verurteilung.[4] Sie werden als Negativbedingung an die Positivbedingung der *in ius* konzipierten *intentio* einer *actio in personam* oder *in rem* (Gai. 4.117) angeschlossen. Dabei wird der Tatbestand, der einer Verurteilung des Beklagten entgegenstehen soll, „unter umgekehrtem Vorzeichen" in die *exceptio* aufgenommen (Gai. 4.119: *in contrarium concipitur*).[5]

3 Beruft sich also der Beklagte auf *dolus* des Klägers in Gestalt unzulässiger Rechtsausübung, so muss die *exceptio* als Bedingung (*si*) gestaltet sein, den *dolus* des Klägers zum Gegenstand haben (*dolo malo fieri*), jedoch in verneinter Gestalt (*nihil*):

Gai. 4.119 (*exceptio doli*; → § 108)[6]
si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat

„wenn in dieser Angelegenheit nichts durch Arglist [des Klägers] geschehen ist oder geschieht"

Bei Berufung auf ein *pactum de non petendo* (*convenisse ne peteretur*) muss die *exceptio* dementsprechend lauten:

Gai. 4.119 (*exceptio pacti conventi*, → § 107)[7]
si … non convenit ne ea pecunia peteretur

„wenn man nicht … übereingekommen ist, dass dieses Geld nicht eingeklagt wird"

Nur dann nämlich, wenn die Negativbedingung nach der Erkenntnis des Richters erfüllt ist, das Verteidigungsvorbringen des Beklagten (vb) also nicht zutrifft, dürfe der Richter zur Verurteilung (c) des Beklagten schreiten (Gai. 4.119 aE). Die Verurteilung steht unter der (notwendigen) Bedingung des verneinten Beklagtenvorbringens (*condemnatio condicionalis*).

$c \rightarrow \neg vb$

---

[4] Dass nach Paul. sing. var. lect. D. 44.1.22 pr. die *exceptio* mitunter nicht zum Ausschluss, sondern zur Minderung des Urteils führt: *modo minuit damnationem*, führt zum Problemkreis der *compensatio* (→ § 111 Rn. 120; 124; 132).

[5] Zur Frage, ob dies stets zu einer Negativbedingung führen muss, die Umkehrung einer negativen Behauptung des Beklagten nicht auch zu einer positiven, „affirmativen" *exceptio* führen kann (also *si … statt nisi/extra quam si … non*), s. *Lenel*, EP 503; s. zum Problem auf einer höheren Stufe unten Fn. 32.

[6] *Lenel*, EP 512; *Mantovani*, Formule 99 Nr. 169.

[7] *Lenel*, EP 501; *Mantovani*, Formule 97 Nr. 155.

III. Beweislast

Schon Gaius bemerkt (Gai. 4.119: *quidem … sed ita*),[8] dass die Erhebung der *exceptio* durch den Beklagten (*obicitur a reo*) und die Formelstruktur sich nicht entsprechen. Dies führt zur Frage der Darlegungs- und Beweislast. Ulp. 1 disp. D. 22.3.19 pr. weist sie exemplarisch für die *exceptio pacti conventi* dem Beklagten zu: *docere debet pactum conventum factum esse*; es folgen in Ulp. 1 disp. D. 22.3.19.1–4 weitere Fälle, bei denen für den Beklagten gilt: *probare eum id oportet*. Die bei Ulpian alles beherrschende allgemeine Aussage, bei den *exceptiones* nehme der Beklagte die Rolle eines Klägers ein[9] und müsse daher „die *exceptio* wie eine *intentio* ausfüllen“ (*implere*), ist in diesem Sinne zu verstehen. Prägnant impliziert bereits Celsus 1 dig. D. 22.3.9 den Grundsatz: *qui excipit probare debeat quod excipitur*[10] – „Wer (als Beklagter) eine *exceptio* aufnehmen lässt, muss den Gegenstand der *exceptio* beweisen“ – um seine Verurteilung zu verhindern.[11] Für die Frage der Beweislast ist also die erneute Umkehrung der Formelstruktur maßgeblich: **4**

vb → ¬c

IV. *Exceptio* und *praescriptio pro reo*

Dieses logische Wechselspiel zeigt, dass die *formula* mit *intentio* (*si paret …*) und *condemnatio* sowie komplementärer *absolutio* (*si non paret, absolvito*) nicht für die Aufnahme einer *exceptio* konzipiert ist.[12] Gaius berichtet, dass zumindest eine ursprüngliche *praescriptio pro reo*, die zugunsten des Beklagten eine präjudizierende Wirkung des Prozesses ausschloss (und für den Richter des aktuellen Prozesses vermutlich nicht relevant war)[13] „in die Gestalt einer *exceptio* überführt“ (*in speciem exceptionis deducta*, Gai. 4.133), das heißt hinter die Richterbestellung *Iudex esto* in die *intentio* verlagert und damit für den jetzigen Richter maßgeblich gemacht wurde. Dadurch wurde die **5**

[8] *Zulueta*, Institutes II (1953) 281: „nevertheless.“

[9] S. auch Ulp. 4 ed. D. 44.1.1: *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est* (Kommentierung von *agere* in unbekanntem Zusammenhang, s. *Lenel*, EP 64 Fn. 7).

[10] Dazu *Wacke*, SZ 109 (1992) 428 f. mit Literatur.

[11] Zu Abstufungen und Umkehrungen der Beweislast s. *Wacke*, SZ 109 (1992) 428–432.

[12] S. auch *Zulueta*, Institutes II 281: „*exceptio* looks like a clumsy addition made after the *formula* consolidated“; *Kaser/Hackl*, RZ 261 Fn. 28 mit Literatur.

[13] Zur *praescriptio pro actore* s. *Selb*, Formeln (1974) 24: „Die Klausel war ja auch gar nicht für diesen Prozeß bedeutsam“; 43: „Die technische *praescriptio pro actore* interessierte dem Ursprung nach nur den Kläger für einen künftigen Prozeß“ (Hervorhebung im Original).“ Die Irrelevanz für den jetzigen Richter ergibt sich aus der Stellung vor *Iudex esto* (→ § 12 Rn. 30); für die *praescriptio pro reo* kann nichts anderes gelten.

(ehemalige) *praescriptio* zur „Einrede" (→ § 12 Rn. 29), was zu einer sukzessiven Bedeutungsverschiebung von *praescriptio* führte. Es ist nicht auszuschließen, dass die ersten *exceptiones* aus der Verlagerung von *praescriptiones pro reo* entstanden. Gerade für die wichtigen *exceptiones pacti* und *doli* scheidet eine solche Genese aber aus.

V. Formulare Notwendigkeit und Inhärenz der *exceptiones*

6 Bei Erfüllung der Positivbedingung aus dem Zivilrecht gilt im Bereich der *actiones in personam* der Verurteilungsbefehl uneingeschränkt jedenfalls bei den *iudicia stricti iuris*, die ein Ermessen des Richters bei der Entscheidung über die *intentio*, also insbesondere die Berücksichtigung von Umständen außerhalb des Tatbestands *dare oportere*, nicht kennen. Die Berücksichtigung jeglicher weiterer Umstände kann hier nur durch Aufnahme der *exceptio* erreicht werden. Für die *bonae fidei iudicia* hingegen findet sich mehrfach die Regel, dass die *exceptiones pacti* und *doli* in ihnen „enthalten seien" (*insunt*; „Inhärenz" → § 78 Rn. 8): Der Richter kann bei der Beurteilung des Verhältnisses *ex bona fide* bereits die Aspekte von *pactum* und *dolus* zugunsten des Beklagten berücksichtigen, ohne dass dafür eine ausdrückliche *exceptio* in der *formula* erforderlich wäre.[14]

7 Zumindest dem ersten Anschein nach sprechen etliche Fragmente dennoch von der *exceptio doli* im Zusammenhang von *bonae fidei iudicia* bzw. von Konsensualverträgen.[15] Sie können nicht derart verstanden werden, dass eine Aufnahme der *exceptio doli* in das *bonae fidei iudicium* zum Zwecke der Verdeutlichung lediglich möglich wäre;[16] vielmehr scheint es ihnen für das Scheitern der Klage gerade auf die *exceptio doli* anzukommen.

---

[14] Paul. 33 ed. D. 18.5.3: *bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*; Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5: *solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*; Iul. 33 dig. D. 30.84.5: *quia hoc iudicium bonae fidei est et continet in se doli mali exceptionem*; Ulp. 3 disp. D. 24.3.21: *cum enim doli exceptio insit de dote actioni ut in ceteris bonae fidei iudiciis*; s. auch Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.1.

[15] *Biondi*, AUPA 7 (1918) 10–22; *Kupisch*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 229–232; *Metro*, Scr. Franciosi III (2007) 1734–1742 nennt unter anderem Paul. 3 Sab D. 19.1.5.1 (anders, aber kaum schlüssig *Behrends*, in: *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, CIC III 518 mit Fn. 1: Bei fehlender Verpflichtung aus Legat bedarf der Beklagte der *actio ex testamento* nicht der *exceptio doli*; Textverderbnis bei oder nachträglicher Einschub von *quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest* sind zu erwägen); Scaev. 5 resp. D. 44.4.15 (s. unten Fn. 12); Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.9: *propter doli exceptionem* (einigermaßen gezwungen *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, CIC III 529: „aufgrund der [in der Klage aus Kauf enthaltenen] Einrede"); Ulp. 4 ed. D. 2.14.16.1 (*pententi pretium doli exceptio nocebit*; vgl. aber Iul. 54 dig. D. 19.1.25, unten Fn. 12).

[16] *Kupisch*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 225–229: prätorische Rechtsschöpfung durch Vorwegnahme der Qualifizierung des Klägerverhaltens als *bona-fides*-widrig. Doch nennt die *exceptio doli* kein spezifisches Klägerverhalten, sondern lediglich *dolo factum esse neque fieri*. Dass der Prätor gerade das vom Beklagten vor dem *iudex* geltendgemachte Klägerverhalten für dolos hielte, geht aus der Formel nicht hervor.

Literaturmeinungen, die entweder diese Stellen[17] oder die Regel von der Inhärenz[18] für nachklassisch überarbeitet erklären, stehen sich gegenüber. Zuzugegeben ist einerseits (zulasten der Inhärenzregel), dass der Ausdruck *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis* aus Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5 als solcher nicht mit der Inhärenz der *exceptio pacti* gleichgesetzt werden muss (→ § 78 Rn. 9 f.) und der Ausdruck *bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt* aus Paul. 33 ed. D. 18.5.3 einen Plural *exceptiones pacti* zeigt, der weit besser zu einem Subjekt *pacta* passen würde; Entsprechendes gilt für *exceptiones postea factae insunt* in Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.6;[19] auch die gerade hinsichtlich der Inhärenzregel (hier: *doli mali exceptio*) divergierende Doppelüberlieferung Paul. 7 resp. D. 24.3.49.1 und FV 94 ist bemerkenswert.[20] **8**

Andererseits müssen (zugunsten der Inhärenzregel) jedenfalls diejenigen Fragmente ausgesondert werden, in denen trotz Verwendung von *vendere/emere* usw. erkennbar *iudicia stricti iuris* angesprochen sind.[21] Zu erwägen ist, ob die verbleibenden Stellen nicht doch einen von der *formula* abgelösten, auf das Beklagtenvorbringen vor dem *iudex* abstellenden,[22] „materiellen" Exzeptionsbegriff zugrundelegen. Auf die so verstandene *exceptio doli* käme es in der oben genannten Kasuistik an, ohne dass sie in der Formel jenseits der Worte *ex fide bona* aufschiene. **9**

VI. Grundlagen der Exzeptionstatbestände

Die spezifische Art der prozessualen Korrektur des *ius civile* durch *exceptio* speist sich entweder allein aus der prätorischen Anerkennung der Schutzbedürftigkeit des Beklagten oder aus dem Klagebegehren zuwiderlaufenden Regelungen des *ius civile* aus *leges* und *senatus consulta* (Gai. 4.118: *ex legibus vel ex his quae legis vicem optinent*),[23] die **10**

[17] *Biondi*, AUPA 7 (1918) 10–22.

[18] *Schulz*, Prinzipien (1934) 64 Fn. 44; weitere bei *Kaser/Hackl*, RZ 262 Fn. 37; *Grosso*, Memorie III (1928) 3–42 (= Scr. III 84 f.); *Metro*, in: Scr. Franciosi III (2007) 1753: „va espunta dai testi classici", was auf einen Interpolationsverdacht gegen die Stellen oben Fn. 7 hinausläuft.

[19] *Knütel*, SZ 84 (1967) 141: „ein Unding" mit Literatur in Fn. 42.

[20] *Metro*, Scr. Franciosi III (2007) 1743.

[21] S. etwa Iul. 54 dig. (*Lenel*, Pal. I 458: *De stipulationibus*) D. 19.1.25: *Qui pendentem vindemiam emit … , adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit ‚si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est'*. Weder passt die *exceptio* in die Formel der *actio venditi* (sondern in die der *condictio certae pecuniae*) noch bestehen Zweifel, dass der Tatbestand *ex bona fide* berücksichtigungsfähig ist. In Scaev. 5 resp. D. 44.4.15 betrifft die *exceptio doli mali* des *emptor* nicht eine *actio empti*, sondern die *actio iudicati* gegen den *fideiussor condemnatus*, die durch mechanischen Fehler verschoben im Text steht: *agentem emptorem* {*exceptione*} *ex causa iudicati* ⟨*exceptione*⟩ *doli mali summovere*, anders *Metro*, Scr. Franciosi III (2007) 1736 mit Literatur.

[22] S. *Kupisch*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 207: „den Vortrag einschlägiger Tatsachen durch den Beklagten vorausgesetzt."

[23] Gai. 4.121: *aut quod contra legem senatusve consultum factum est* gibt nach *Lenel*, EP 513 eine generische ediktale *exceptio* wieder, in die *in concreto* der Name der einschlägigen Norm eingesetzt wird; *Mantovani*, Formule 100 Nr. 172 mit Fn. 503.

nicht aus eigener Kraft den zivilen Anspruch des Klägers beseitigen, sondern der Sanktionierung durch den Prätor bedürfen. Die *exceptiones* sind zum Teil ediktal verfestigt (*in edicto propositae*, Gai. 4.118), zum Teil gewährt sie der Prätor im Einzelfall *causa cognita*.[24] Besteht Anlass für die Aufnahme der *exceptio*, wird dem Kläger die Klage vom Prätor nur mit *exceptio* erteilt. Die Gestaltung der *formula* und die *litis contestatio* bleiben insofern Sache des Klägers, doch wirkt auf ihn der Druck der *denegatio actionis*, das heißt fehlender Genehmigung.[25]

VII. Verzichtbarkeit der *exceptio* für den Beklagten

11 Daran schließt sich die Frage an, ob die konkrete *exceptio* nur auf Betreiben des Beklagten oder von Amts wegen in die Formel aufgenommen wird.[26] Fraglich ist dabei insbesondere, ob Exzeptionstatbestände, die öffentliche Interessen berühren, in ihrer Beachtlichkeit von der Initiative des Beklagten abhängen können. Für Disponibilität aller *exceptiones* spricht insofern Gai. 4.119: *omnis exceptio obicitur quidem a reo*.[27] Ein rechtsgeschäftlicher Vorausverzicht („*pactum de non excipiendo*") wird insbesondere beim *SC Velleianum* diskutiert; sollte er unmittelbare Wirkung auf das Exzeptionsrecht erhalten, ist seine Durchsetzung durch *replicatio pacti* gegen die *exceptio* zu erwarten. Ist hingegen (wie beim *SC Velleianum*) nur eine Kautionsleistung für den Nichtgebrauch der *exceptio* belegt, so ist der Gebrauch der *exceptio* nach wie vor möglich und nur indirekt durch den Kautionsdruck gehemmt.[28]

VIII. Peremptorische und dilatorische *exceptiones*

12 Gaius (Gai. 4.120–125) unterscheidet zwischen „vernichtenden" (dauerhaften) *exceptiones peremptoriae* und „aufschiebenden" (vorübergehenden) *exceptiones dilatoriae*. *Exceptiones peremptoriae* gelten „für immer" (*perpetuo*) und sind „unumgänglich" (*nec evitari possunt*), das heißt die durch sie vereitelte Verurteilungsmöglichkeit kann nicht durch eine andere Gestaltung des Prozesses verwirklicht werden. Zu diesen *exceptiones* zählt Gaius beispielhaft (*velut*):

---

[24] *Kaser/Hackl*, RZ 263 f. mit Fn. 50; *Wesener*, SZ 112 (1995) 148–150; *Gómez Buendia*, Exceptio utilis (2015).

[25] *Zulueta*, Institutes of Gaius II (1953) 283.

[26] Unklar *Kaser/Hackl*, RZ 261: „regelmäßig auf Antrag des Beklagten, ausnahmsweise von amtswegen" mit Fn. 30: „Der Magistrat erzwingt den Antrag, indem er erklärt, die Formel nur mit der *exceptio* erteilen zu wollen oder zu denegieren."

[27] *Finkenauer*, TR 81 (2013) 41.

[28] *Finkenauer*, TR 81 (2013) 45–49.

– die *exceptio quod metus causa* (→ § 109 Rn. 1–19)
– die *exceptio doli* (→ § 108)
– die/jede *exceptio quod contra legem senatusve consultum factum est*
– die *exceptio quod res iudicata est vel in iudicium deducta* (→ § 12 Rn. 18)
– die *exceptio pacti conventi* bei einem endgültigen Klagenverzicht (→ § 107 Rn. 14)

Die *exceptiones dilatoriae* gelten nur auf Zeit (*ad tempus*, Gai. 4.122) oder nur gegen **13**
eine bestimmte Person als Kläger (Gai. 4,124). Beispielhaft (*velut*) nennt Gaius einerseits in 4.122:

– die *exceptio pacti conventi* bei befristetem Klagenverzicht/Stundung (etwa auf fünf Jahre: ‚*ne intra quinquennium peteretur*')
– die *exceptio litis dividuae* (bei zuvor bereits eingeklagter Teilforderung; → § 12 Rn. 53)
– die *exceptio rei residuae* (bei zuvor bereits eingeklagter Forderung aus Forderungsmehrheit → § 12 Rn. [redacted]),

andererseits in 4.124:

– die *exceptiones cognitoriae* (→ § 12 Rn. 66)

Auch die *exceptiones dilatoriae* verhindern nicht, dass ein Prozess, bei dem sie in die **14**
Formel aufgenommen werden, das Klagerecht verbraucht (→ § 12 Rn. 18). Dem Kläger bzw. dem Berechtigten obliegt es also bei drohender Aufnahme und Begründetheit einer *exceptio dilatoria ad tempus* mit der Klage zuzuwarten (Gai. 4.123) oder im Fall einer *exceptio dilatoria in personam* eine andere Person zur Partei zu machen (Gai. 4.124).[29]

IX. Irrtümliche Nichterhebung der *exceptio*

Sorgt der Beklagte aus einem Irrtum heraus nicht für die Aufnahme einer *exceptio* **15**
peremptoria, so erhält er vom Prätor die *restitutio in integrum*, das heißt die Möglichkeit die *litis contestatio* mit *exceptio* erneut herbeizuführen (Gai. 4.125). Im Fall der *exceptiones dilatoriae* war dieses Vorgehen zur Zeit des Gaius umstritten (Gai. 4.125); für die Zeit nach Gaius bedarf das Phänomen weiterhin der Untersuchung.[30]

X. *Replicatio, duplicatio, triplicatio*

Als *adiectio* bezeichnet Gai. 4.126/127/128 jeweils die gegen die *exceptio* gerichtete **16**
replicatio zugunsten des Klägers, die dagegen gerichtete *duplicatio* zugunsten des Be-

[29] *Kaser/Hackl*, RZ 264.
[30] *Lenel*, EP 124 f. mit dem Verdacht „schwerer" Interpolation gegen zentrale Stellen; *Kaser/Hackl*, RZ 264 Fn. 56.

klagten und die wiederum dagegen gerichtete *triplicatio* des Klägers. Hier wird das auf einer Stufe gefundene gerechte Ergebnis jeweils auf der nächsten Stufe korrigiert (Gai. 4.126/127/128):

exceptio		*actori*		*replicatio*[*ne*]
rursus replicatio	*quae prima facie iusta videatur, inique noceat*	*reo*	*… opus est*	*duplicatio*[*ne*]
rursus [*duplicatio*]		*actori*		*triplicatio*[*ne*]

17 Mit seinen Beispielen bewegt sich Gaius dabei zunächst im Bereich der *pacta*: Die *exceptio pacti conventi* hat *den Abschluss* einer Vereinbarung zum Tatbestand, aus der sich ein Obsiegen des Klägers verbietet:

… si non convenerit ne eam pecuniam petere[*t*] *…*

18 Wurde nämlich nach dieser Vereinbarung eine gegenläufige getroffen (*in contrarium pacti sumus*), so kann dies an der den Kläger blockierenden Bejahung des Exzeptionstatbestands nichts mehr ändern (*nocet mihi exceptio pacti conventi*). Dennoch besteht erneuter Korrekturbedarf für den Verurteilungsbefehl (*iniquum est me excludi exceptione*); um Berücksichtigung zu finden, muss der Abschluss der Konträrvereinbarung zum Gegenstand einer Gegeneinrede gemacht werden, die als *replicatio* zugunsten des Klägers in die *formula* aufgenommen wird (Gai. 4.126 aE):

… ***si non***[31] *postea convenit, ut* [*Aulo Agerio*] *eam pecuniam petere liceret*

19 Zu übersetzen ist dies als negative Unterausnahme der *exceptio*: „es sei denn hinwiederum …“ mit dem weiteren Klägervorbringen (vk). Die Formulierung entspricht der Charakterisierung der *replicatio* bei Paul. sing. var. lect. D. 44.1.22.1: *Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio* – logisch formalisiert:

$c \rightarrow \neg(vb \wedge \neg\mathbf{vk})$

20 Anders gewendet setzt die Verurteilung voraus, dass entweder das Verteidigungsvorbringen in der *exceptio* zu verneinen oder das weitere Klägervorbringen in der *replicatio* zu bejahen ist – logisch formalisiert:

[31] So der Veroneser Gaius fol. 82r Z. 18: SIÑ und die Überlieferung von Inst. 4.14 pr.; *Kaser/Hackl*, RZ 320 Fn. 62; *Mantovani*, Formule 101 Nr. 178.

c → ¬vb **V vk**

Dies entspricht dem Anschluss *aut si …* der von Gaius sodann genannten *replicatio* gegen die *exceptio mercis non traditae* (Gai. 4.126a): **21**

[*exceptio*:] ***si*** *ea pecunia, qua de agitur,* ***non*** *pro ea re petitur quae venit neque tradita est*
[*replicatio*:] ***aut si*** *praedictum est ne aliter* [*Numerio Negidio*] *res traderetur*
quam si pretium solverit

Das Wechselspiel der *adiectiones* führt Gaius ohne Beispiele bis zur *triplicatio* weiter. Die *varietas negotiorum* – „Wechselhaftigkeit der Geschäfte/Verhandlungen" führe mitunter noch darüber hinaus. Ein Beispiel[32] bis zur *duplicatio* im Sinne des Gaius (hier aber *triplicatio* genannt)[33] findet sich in Iul. 21 dig. D. 27.10.7.1; folgende Formel einer *rei vindicatio* lässt sich rekonstruieren: **22**

Iudex esto.
[*intentio*:] *Si paret hominem quo de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse,*
[*exceptio*:] *si non curator Lucii Titii eum vendiderit*
[*replicatio*:] *aut si⟨ne⟩*[34] *satisdatione interposita secundum decretum vendiderit*
[*duplicatio*:] *et si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat,*
… Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret absolvito.

Der Erbe eines Geisteskranken macht sein Eigentum an einer Sache zum Gegenstand der *intentio*. Der Beklagte macht zum Gegenstand der *exceptio*, dass ihm die Sache vom Pfleger (*curator*) des Geisteskranken verkauft wurde (die Berufung auf das fortbestehende Eigentum daher unzulässige Rechtsausübung sei; vgl. die *exceptio rei venditae et traditae* → § 39 Rn. 7). Der Kläger macht zum Gegenstand der *replicatio*, dass dieser Verkauf ohne die durch prätorisches Dekret angeordnete vorhergehende Sicherheitsleistung des Pflegers erfolgt sei (der Schutz des Vermögens des Geisteskranken also nicht gewährleistet war und sich nunmehr durchsetzen müsse; → § 31 Rn. 94). Der Beklagte macht zum Gegenstand der *triplicatio* (= *duplicatio*), dass die Berufung der Kläger auf die fehlende Sicherheitsleistung missbräuchlich ist (weil der Pfleger den erhaltenen Kaufpreis unmittelbar an die Gläubiger des Geisteskranken weiterleitete; *dolus praesens* → § 108 Rn. 40).

Die Richtung des Prozesses vom Kläger auf den Beklagten zieht dem symmetrischen Wechselspiel der Berücksichtigung von Umständen jedoch auch Grenzen: Die *replicatio doli* steht einem Kläger zur Berücksichtigung von *dolus* des Beklagten – bei der **23**

[32] Zur *duplicatio doli* in Frg. Vat. 259 *Sotulenko*, SZ 135 (2018) 592–602.

[33] Ebenso Ulp. 74 ed. D. 44.1.2.3.

[34] Der überlieferte Text *aut si …* bereitet Probleme: *aut si* ist zwar als Beginn einer *replicatio* belegt (→ Rn. 23). Doch muss der *si*-Satz dann das klägerische Vorbringen enthalten. Im Fall bringen die Kläger aber vor, dass der *curator* seinerzeit keine *satisdatio secundum decretum* geleistet hatte. Zu ergänzen ist daher eine Negation: *si non vendiderit aut si⟨ne⟩* (oder *aut si ⟨sine⟩*) *satisdatione vendiderit*. Ohne Bedenken *Kupisch*, in: *Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends*, CIC IV 526. Zur Stelle zuletzt *Papa*, Replicatio (2009) 362–364 Fn. 68.

Schaffung des Exzeptionstatbestands oder der Berufung darauf (wie bei der *exceptio doli* → § 108 Rn. 21) – zwar grundsätzlich zu, nicht aber als Reaktion auf eine *exceptio doli*.[35] Kommt erstmals *dolus* des Klägers ins Spiel, ist dieses beendet.

[35] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.13.

§ 107 Einrede kraft Vereinbarung (*exceptio pacti*)

Peter Gröschler

Crifò, Giuliano, s. v. Arbitrato, ED 2 (1958); 893–895.*Condanari-Michler*, s. v. pactum, RE 18.2 2127–2153; *Knütel*, Die Inhärenz der *exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, SZ 84 (1967) 133–161; *Wacke*, Zur Lehre vom *pactum tacitum* und zur Aushilfsfunktion der *exceptio doli*. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht, SZ 90 (1973) 220–261 (Teildruck), SZ 91 (1974) 251–284 (Zweiter Teil); *Apathy*, Zur exceptio pacti auf Grund eines pactum in favorem tertii, SZ 93 (1976) 97–114; *Archi*, *Ait Praetor: ‚Pacta conventa servabo'*. Studio sulla genesi e sulla funzione della clausola nell'Edictum Perpetuum, in: De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag, 1980, 373–403; *Melillo*, *‚Pacta in rem, pacta in personam'*: una *‚divisio'* classica?, in: Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino III, 1984, 1459–1476; *Sturm*, Il *pactum* e le sue molteplici applicazioni, in: *Contractus* e *pactum*. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana, 1990, 149–180; *Mannino*, L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico, 1992; *Mannino*, Sulla trasmissibilità dell' *‚exceptio pacti'*, Labeo 40 (1994) 170–219; *Fino*, Michele A., L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani, 2004; *Dalla Massara*, Tommaso, Studi sui rapporti tra sententia iudicis e decisione arbitrale, 2012; *Lukits*, Rainer, Der Schiedsspruch des C. Helvidius Priscus (CIL IX 2827), 2015; *Finkenauer*, Drittwirkende *pacta* im klassischen Recht, SZ 135 (2018) 178–260; *Buchwitz*, Wolfram, Schiedsverfahrensrecht in Antike und Mittelalter. Eine historische Grundlegung, 2020.

Inhalt Rn.

I. Verheißungsedikt und Wortlaut der *exceptio pacti* 1
II. Anfänge des Klageverzichts durch Vereinbarung 3
III. Die *exceptio pacti* im Formularverfahren 5
1. Die Bedeutung der prätorischen Verheißung *pacta conventa … servabo* 5
2. Die *exceptio pacti* als Formelbestandteil 7
3. Die Inhärenz der *exceptio pacti* in den *bonae fidei iudicia* 10
4. Die Inhärenz von *pacta ex continenti* in der Stipulation 11
IV. Unterscheidung zwischen *pacta in rem* und *pacta in personam* 12
V. Einzelne Anwendungsfälle der *exceptio pacti* 14
1. Endgültiger bzw. vorläufiger Klageverzicht *(pactum de non petendo)* 14
2. Vertragsaufhebung durch *contrarius consensus* 16
3. Vergleichseinrede (*exceptio transacti negotii* bzw. *exceptio transactionis*) 17
4. Bedingung und Befristung 18
5. Pfandaufhebungsvereinbarung und konkludenter Pfandverzicht 19

6. Das *pactum ut minus solvatur* 21
7. Zur Frage der *exceptio pacti* beim *compromissum* 22
VI. Aufhebung des *pactum de non petendo* und Unaufhebbarkeit der *contrario consensu* erfolgten Aufhebung eines Konsensualvertrags 25
VII. Die *exceptio pacti* aufgrund eines *pactum* zugunsten oder zulasten Dritter 27
1. Das *pactum in favorem tertii* 27
2. Das *pactum* zulasten Dritter 30
VIII. Konkurrenzen 31
1. Das Verhältnis von *exceptio pacti* und *exceptio doli* 31
2. Das Verhältnis von *exceptio pacti* und *stipulatio poenae* 32

I. Verheißungsedikt und Wortlaut der *exceptio pacti*

1 Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.7: *Ait praetor: ‚Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.‘*

Der Prätor sagt: ‚Formlose Vereinbarungen, die weder arglistig noch unter Verstoß gegen Gesetze, Plebiszite, Senatsbeschlüsse, Entscheidungen oder Edikte der Kaiser getroffen werden und durch die nicht irgendeine dieser Normen umgangen wird, werde ich anerkennen.‘[1]

2 Gai. inst. 4.119: *‚Si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit, ne ea pecunia peteretur‘*

‚Wenn zwischen Aulus Agerius und Numerius Negidius keine Übereinkunft besteht, dass dieses Geld nicht gefordert werde‘[2]

II. Anfänge des Klageverzichts durch Vereinbarung

3 Der Ursprung des Klageverzichts in Form eines *pactum*[3] ist im Recht der XII Tafeln zu sehen, wonach die Parteien schon im Stadium der Ladung einen Prozessvergleich

[1] Übersetzung: *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, CIC II 229.

[2] Übersetzung: *Manthe*, Gaius Institutiones 387.

[3] Bei *pactum* handelt es sich um das substantivierte Partizip von *pangere* (befestigen, vgl. πήγνυμι) bzw. von *pacisci*, das vielleicht auf ein altes Verbum **pacĕre* zurückgeht; vgl. *Ernout/Meillet*, Dictionnaire 473 (s. v. paco); *Walde/Hofmann* II 231 (s. v. pacisco). Zur altlateinischen Form *pacunt* (bzw. *pagunt*) in XII T. 1.6 f. (Fn. 4) siehe: Der neue Georges II 3490 a. E. (s. v. pango); *Walde/Hofmann* II 231 (s. v. pacisco), 245 (s. v. pango); vgl. auch *pacit* (*Mommsen*, Strafrecht 802 Fn. 1: *pagit*) in XII T. 8.2 (Fn. 6). Zur Etymologie siehe auch *Condanari-Michler*, s. v. pactum, RE 18.2 2127, 2135; *Gallo*, Foro It. 83 (1960) 132; *Melillo*, ED 32 (1982) 480 f.; *Alburquerque*, Est. Iglesias III (1988) 1109 f.; *Végh*, SZ 110 (1993) 199–203; *Sturm*, ACop. IV 151 Fn. 2, 152 Fn. 11 (= Ausg. Schr. I 497 Fn. 2, 498 Fn. 11); *Biscotti*, Pacere (2002) 7–16; *Dalla*, St. Martini I 820. Pseudoetymologisch Ulp. 4 ed. D. 2.14.1.1: *Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est).*

schließen können.[4] Auch noch im Vollstreckungsverfahren, das heißt nach erfolgter *manus iniectio*, erkennen die XII Tafeln ein *ius paciscendi* an.[5] Eine Haftungslösung durch *pacisci* im Sinne eines Sühnevergleichs, der offenbar auch außerprozessual geschlossen werden kann, sehen die XII Tafeln ausdrücklich bei schwerer Körperverletzung *(membrum ruptum)* vor.[6] Ein solcher Sühnevergleich ist wohl seit alter Zeit auch bei *iniuria* und *furtum*[7] möglich und wirkt *ipso iure*.[8] Nicht sicher ist, ob der Sühnevergleich stets von einer Bußzahlung begleitet sein muss.[9] Dass die Abgeltung des

[4] Vgl. Gai 1 XII tab. D. 2.4.22.1: *Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet, et si, dum in ius venitur, de re transactum fuerit.* Nicht um den Prozessvergleich, sondern um die Frage der Einigung der Parteien über den Verhandlungsort geht es, wie sich aus der Parallele zu Irn. 91 (tab. X B Z. 12 f.: *aut ubi pacti erunt*) ergibt, in XII T. 1.6 f.: *Rem ubi pacunt, orato.* (7) *Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coniciunto.* Das Adverb *ubi* ist – ebenso wie in der *lex Irnitana* – rein örtlich zu verstehen: Dort, wo sie (sc. die Parteien) vereinbart haben, soll er (sc. der Kläger) die Sache vortragen. Zur Gleichsetzung von *orare* mit *agere* siehe Fest. s. v. orare (Linds. 218): *orare antiquos dixisse pro agere.* Vgl. auch die etymologische Verwandtschaft von *agere* und *aio*; hierzu *Manthe*, FS Mayer-Maly 438–442. Zum Verständnis von *ubi pacunt* im Sinne einer Einigung der Parteien über den Verhandlungsort siehe *Lévy-Bruhl*, Actions de la loi (1960) 206 f.; *Pugliese*, PC I 217 f., 402 f.; *Kaser*, TR 32 (1964) 350 f.; *Kaser*, RZ[1] 83 f.; *Wolf*, Litis contestatio 39 Fn. 22; *Wolf*, Symp. Wieacker (1991) 88 f. Fn. 118; *Wolf*, Ess. Crook 33 (= *Wolf*, Lex Irnitana 91); *Melillo*, ED 32 (1982) 481; *Nicosia*, Processo II 79–81; *Crawford*, Statutes II 595; *Mantovani*, St. Talamanca V 232 Fn. 50; *Fiori*, XII Tabulae I 70–72. Die Gegenansicht bezieht XII tab. 1.6 f. auf den Prozessvergleich; vgl. *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 100 Fn. 61; *MacCormack*, TR 39 (1971) 248–250; *Gioffredi*, BIDR 76 (1973) 271–282; *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 77–79; *Horak*, SZ 93 (1976) 273 f.; *Selb*, GS Kunkel 421 Fn. 126, 422 Fn. 131; *Alburquerque*, Est. Iglesias III (1988) 1111–1113; *Manfredini*, AContr. I 76–79; *Sturm*, ACop. IV 151 f. (= Ausg. Schr. I 497 f.); *Kaser/Hackl*, RZ 115 Fn. 6; *Biscotti*, Pacere (2002) 32–51; *Flach*, XII tab. 177.

[5] Gell. 20.1.46 (XII T. 3.5): *Erat autem ius interea paciscendi, ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta.*

[6] XII T. 8.2: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* Hierzu *Kaser*, Ius (1949) 314 f.; *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 100; *Alburquerque*, Est. Iglesias III (1988) 1110 f. Aufgrund des Singulars *pacit* geht *Biscotti*, Pacere (2002) 27–29, 34 f., davon aus, es würde hier – anders als in XII T. 1.6 f. (Fn. 4) – um einen einseitigen Akt des Schädigers gehen, wobei das Einverständnis des Verletzten lediglich Bedingung für dessen Wirksamkeit sei. Das erscheint konstruiert, denn auch dann, wenn man *cum eo pacit* nicht im Sinne von „sich mit dem Verletzten einigt", sondern in der Bedeutung von „mit dem Verletzten Frieden schließt" versteht, bleibt es dabei, dass die beiderseitige Einigung von Opfer und Täter den Kern des Sühnevergleichs bildet.

[7] In Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.14 *(nam et de furto pacisci lex permittit)* sind mit *lex* wohl die XII Tafeln gemeint; vgl. *Alburquerque*, Est. Iglesias III (1988) 1113; *Melillo*, Contrahere (1994) 136 Fn. 307; *Biscotti*, Pacere (2002) 113; *Salomone*, Index 28 (2000) 381; *Salomone*, Iudicati (2007) 468 f.

[8] Paul. 3 ed. D. 2.14.17.1: *Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniuriarum, item furti*; zur *actio iniuriarum* auch Paul. 3 ed. D. 2.14.27.2. Vgl. *Condanari-Michler*, s. v. pactum, RE 18.2 2129, 2138; *Salomone*, Index 28 (2000) 381; *Salomone*, Iudicati (2007) 468. Zur Bedeutung von *pactum* im Sinne von Sühnevergleich siehe *Gallo*, Foro It. 83 (1960) 132 Fn. 9; *Végh*, SZ 110 (1993) 187.

[9] So aber *Koschaker*, SZ 37 (1916) 365; *Condanari-Michler*, s. v. pactum, RE 18.2 2129 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, 266; *Biscotti*, Pacere (2002) 24–29, 33, 46 f., 54 f., 81 f. Insoweit offen *Kaser*, Ius (1949) 314 f.; *Hohlweck*, Nebenabreden (1996) 4 („typischerweise").

Schadens *(damnum decidere)* auch vergleichsweise erfolgen und *decidere* als Synonym für den Vergleich stehen kann,[10] lässt nicht den Rückschluss auf eine notwendige Bußzahlung zu. Das *damnum decidere* kann auch in der Einigung selbst gelegen haben, worauf der Ausdruck *pacto decidi* in Paul. sent. 1.19.2 hindeutet. Dennoch wird man die Einigung im Regelfall mit einer Bußzahlung verbunden und so den Sühnevergleich als Bargeschäft abgeschlossen haben.

4 Dass die schuldbefreiende Wirkung des *pactum* erst durch das Honorarrecht über den Bereich des Deliktsrechts hinaus erweitert worden und auch auf kontraktliche und quasikontraktliche Verbindlichkeiten erstreckt worden sei,[11] kann angesichts der weiten Fassung des Prozessvergleichs in den XII Tafeln[12] nicht überzeugen. Es spricht nichts dagegen, ein *pacisci* von vornherein auch über eine Stipulationsschuld oder etwa, im Rahmen der *legis actio per condictionem*, über eine Forderung aus *indebitum solutum* als zulässig anzusehen.[13] Ein außerprozessualer Klagverzicht ist – abgesehen vom Sühnevergleich[14] – in den XII Tafeln nicht belegt und wird erst durch das prätorische Edikt *De pactis* anerkannt worden sein.[15]

III. Die *exceptio pacti* im Formularverfahren

1. Die Bedeutung der prätorischen Verheißung *pacta conventa … servabo*

5 Das Edikt *De pactis* mit der Verheißung *pacta conventa … servabo*[16] findet sich im ersten Teil der julianischen Ediktsredaktion, in dem das streitige Verfahren *in iure* bis zur *litis contestatio* geregelt ist.[17] Dort steht es im vierten Titel nach dem Edikt *De edendo* (III. Titel) und vor dem Edikt *De in ius vocando* (V. Titel).[18] Der auf der prätorischen Amtstradition beruhende Ediktsaufbau, dessen Systematik bis auf die XII Tafeln zurückreicht, wurde von Julian nicht grundlegend verändert.[19] Daher liegt es nahe, dass der Prätor bei Schaffung des Edikts *De pactis* gerade auf die Streitbeilegung durch Klageverzicht abzielte und damit unmittelbar an das aus den XII Tafeln bekannte *ius paciscendi* anknüpfte.[20] Einigen sich die Parteien im Anschluss an die *editio actionis*

---

[10] So z. B. bei Cic. S. Rosc. 39, 114: *transigeret atque decideret*; Q. Rosc. 11,32; 12,36.

[11] So *Gallo*, Foro It. 83 (1960) 132; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, 266.

[12] Siehe Fn. 4 f.

[13] Vgl. *Schmidlin*, Rechtsregeln (1970) 100, wonach das *pactum* im ursprünglichen Sinn der Haftungslösung und der gütlichen Einigung in jedem Legisaktionenverfahren einen festen Platz hat.

[14] Zum Sühnevergleich bei *membrum ruptum*, *iniuria* und *furtum* siehe bei Fn. 6 f.

[15] A. A. *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 78, der *ubi pacunt* in XII tab. 1.6 (Fn. 4) auf den Vergleich bezieht und im Sinne von „wo sie die pactio schließen" versteht, weshalb es auf den Ort des Vergleichsschlusses nicht ankomme; insoweit zustimmend *Horak*, SZ 93 (1976) 273 f.

[16] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.7 (→ Rn. 1).

[17] Zum Ediktsaufbau siehe *Wieacker*, RRG I 466 f.

[18] *Lenel*, EP 64 f.

[19] Vgl. *Wieacker*, RRG I 306 Fn. 305, 466, 468 f. Fn. 36.

[20] Vgl. *Manenti*, StSen 31 (1915) 215, 218, 230 f. (anders noch *Manenti*, Contributo [1891]

durch Vergleich, ist der nächste prozessuale Schritt, die *in ius vocatio*, überflüssig. Kommt es trotzdem zur Ladung und ist der Vergleichsschluss zwischen den Parteien unstreitig, kann der Prätor die Klage denegieren.[21] Besteht dagegen über den Abschluss oder den Inhalt des Vergleichs Streit, muss hierüber der Privatrichter entscheiden. Die Gewährung der *exceptio pacti*[22] ist daher durchaus der Verheißung *pacta conventa … servabo* zuzuordnen.[23] Zudem muss sichergestellt sein, dass der Kläger nach Abschluss des Vergleichs gegen den Beklagten nicht mehr mit Erfolg aus einem von diesem geleisteten Gestellungsversprechen vorgehen kann. Auch hier kann der Prätor, wenn der Vergleichsschluss unstreitig ist, die Klage aus der *cautio vadimonium sisti* denegieren;[24] im Streitfall wird er die *exceptio pacti* gewährt haben.[25] Es überrascht somit nicht, wenn die *exceptio pacti* ihren Sitz – entsprechend der prominenten Stellung des Edikts *De pactis* im ersten Ediktsabschnitt[26] – gleich zu Beginn des Ediktstitels *De exceptionibus* hat, entweder in oder unmittelbar vor der Rubrik der Vadimoniumsexzeptionen.[27]

155–157); *Lenel*, EP 31 f.; *Archi*, FG Lübtow (1980) 380–384; *Sturm*, ACop. IV 162 (= Ausg. Schr. I 508).

[21] Vgl. *Sturm*, ACop. IV 162 f. (= Ausg. Schr. I 508 f.).

[22] Gleichbedeutend: *exceptio pacti conventi*, wobei *pactum conventum* als Asyndeton für *pactum et conventum* (‚Vereinbarung und Übereinkunft') steht; vgl. Cic. Att. 6,3,1: *ex pacto et convento*; Cic. Caecin. 18,51: *pacti et conventi formula*; Paul. 3 ed. D. 2.14.27.6 *(pacto quoque convento)*. Zahlreich belegt ist der Ausdruck *pactum conventum factum est* („eine Vereinbarung und Übereinkunft ist getroffen worden"): Gai. inst. 4.119,121 f.; Paul. 3 ed. D. 2.14.27.10; Ulp. 74 ed. D. 2.15.2; 7 disp. D. 22.3.19 pr.; Pomp. 14 Sab. D. 23.3.18; Proc. 11 epist. D. 23.4.17; Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.3). Dagegen tritt *pactum conventum est* („eine Vereinbarung ist geschlossen worden") nur vereinzelt auf: Alf. 3 dig. D. 23.4.19. Hierzu *Karlowa*, RRG II 1389 Fn. 2; *Ferrini*, Filang. 17 (1892) 70 f. (= Opere III 249 f.); *Magdelain*, Consensualisme (1958) 20; *Archi*, FG Lübtow (1980) 385 f.; *Sturm*, ACop. IV 160 f. (= Ausg. Schr. I 506 f.). Für adjektivischen Gebrauch von *conventum Manenti*, StSen 31 (1915) 219; *Biscotti*, Pacere (2002) 451 f. (siehe auch 187–198).

[23] A. A. *Sturm*, ACop. IV 162 f. (= Ausg. Schr. I 508 f.), der in der Verheißung *pacta conventa … servabo* weder die Ankündigung von Angriffs- noch von Verteidigungsmitteln sieht; die einzige Sanktion des Edikts habe in der *denegatio actionis* gelegen. Kritisch hierzu auch *Gallo*, Synallagma I (1992) 42 f.

[24] Ulp. 74 ed. D. 2.11.2 pr. *(Non exigimus …)* und Gai. 1 leg. XII tab. D. 2.4.22.1 *(dimittendus est)* sprechen für die *denegatio actionis*; vgl. *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 170 Fn. 21; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 347 f.; *Pellecchi*, RHD 86 (2009) 158 f., 163 f.

[25] Sowohl in Ulp. 74 ed. D. 2.11.2 pr.–9 als auch in Ulp. 7 disp. D. 22.3.19 pr.–1 wird die *exceptio pacti* im Zusammenhang mit der Klage aus dem *vadimonium* dargestellt; vgl. *Lenel*, EP 50; *Mantovani*, Formule 97 Fn. 480; kritisch *Pellecchi*, RHD 86 (2009) 161, 167–170. Nach Ulp. 74 ed. D. 2.11.2 pr. a. E. muss eine Einrede (*exceptio doli* oder *transacti negotii*) jedenfalls dann gewährt werden, wenn der Vergleich erst nach dem Gestellungstermin geschlossen wird; vgl. *Wacke*, SZ 91 (1974) 269 f.; *Freixas*, AHDE 49 (1979) 648 f.; *Freixas*, RIDA 27 (1980) 165–168.

[26] Zum Ediktsaufbau siehe *Lenel*, EP 46; *Wieacker*, RRG I 467, 469 Fn. 36.

[27] Traditionell wird die *exceptio pacti* der Rubrik *Si quis vadimoniis non obtemperaverit* zugeordnet; siehe *Lenel*, EP 501; *Mantovani*, Formule 97 Fn. 480; *Kaser/Hackl*, RZ 228 Fn. 17; *Wacke*, SZ 90 (1973) 232; *Wacke*, SZ 91 (1974) 269; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 348 Fn. 170. Dagegen nimmt *Pellecchi*, RHD 86 (2009) 170–175, 180 für die *exceptio pacti* eine eigene Rubrik an, unmittelbar vor der Rubrik der Vadimoniumsexzeptionen.

6 Von der Streitbeilegung durch endgültigen Klageverzicht zu unterscheiden ist der nur vorläufige Klageverzicht im Sinne einer Fristgewährung, wobei der Gläubiger trotz Fälligkeit seines Anspruchs dem Schuldner einen Aufschub für die Leistungserbringung gestattet. Ob die Fristgewährung durch *pactum* von Beginn an Inhalt des Edikts *De pactis* und der *exceptio pacti* war, muss offenbleiben.[28] Auszugehen ist aber jedenfalls von einer schnellen Ausdehnung des Edikts nicht nur auf die Fälle der Fristgewährung, sondern – im Rahmen der *bonae fidei iudicia* – auch auf weitere Abreden zwischen den Vertragsparteien, sogenannte *pacta adiecta*.[29] Jedenfalls dann, wenn diese in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss des Hauptvertrags getroffen werden *(pacta ex continenti)*,[30] können sich hieraus aufgrund des *oportere ex fide bona* auch klagbare Ansprüche ergeben.[31] Das ist von der offenen und zugleich vorsichtigen Verheißung *(servabo)*[32] des Editks *De pactis* ohne weiteres gedeckt.[33] In seiner moralischen Schrift *De officiis* bezieht sich Cicero bereits auf das Edikt *De pactis* in diesem weiteren Verständnis.[34] Später, in hoch- und spätklassischer Zeit, werden *pacta ex continenti* auch

---

[28] Für eine abgestufte Entwicklung *Gallo*, Foro It. 83 (1960) 133.

[29] In den Quellen ist der Ausdruck nicht bezeugt; vgl. *Condanari-Michler*, s. v. pactum, RE 18.2 2137.

[30] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5: … *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt,* …; vgl. auch Pap. 10 quaest. D. 18.1.72 pr.

[31] Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.7.5 *(format ipsam actionem)*. Siehe nur *Kaser*, RP I 487, 527; *Knütel*, SZ 84 (1967) 142–145; *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 61–70; *Talamanca*, Atti Burdese IV 67–73; *Lambrini*, St. Nicosia IV (2007) 319; *Marini*, Contrarius consensus (2017) 128. Seit der Hochklassik sind im Rahmen der *bonae fidei iudicia* auch nachträglich getroffene Zinsabreden klagbar; Afr. 8 quaest. D. 17.1.34 pr.; Scaev. 1 resp. D. 16.3.28: *respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras.*

[32] Vgl. *Végh*, FS Waldstein 353.

[33] Vgl. *Condanari-Michler*, s. v. pactum, RE 18.2 2134; *Kaser*, RP I 527; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, 255 Fn. 37; *Watson*, Obligations (1965) 219. *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 257, sieht in der Verheißung zutreffend einen Hinweis auf die rechtsschöpferische Arbeit des Prätors. Dagegen wollen *Manenti*, Contributo (1891) 106, 112, 120 f., 135, 155–160; *Bonfante*, Rev. dir. comm. 18.1 (1920) 359 (= Scritti III [1921] 144); *Koschaker*, FS Hanausek 155 f. Fn. 5, das Edikt generell auf das *pactum de non petendo* bzw. das streitbeendende *pactum* beschränken. Zu weitgehend *Magdelain*, Consensualisme (1958) 109–124, der aus dem Edikt *De pactis* auch die *bonae fidei iudicia* ableiten will; ähnlich wie *Magdelain* auch *Gallo*, Synallagma I (1992) 39–68; zustimmend *Vélissaropoulos-Karakostas*, RHD 74 (1996) 188–191.

[34] Cic. off. 3,24,92: *Pacta et promissa semperne servanda sint, ‚quae nec vi nec dolo malo', ut praetores solent, ‚facta sint'*. Cicero stellt hier die Frage der Verbindlichkeit von zweiseitigen Abreden *(pacta)* und einseitigen Zusagen *(promissa)*, wobei er auf den limitierenden Aspekt *(nec vi nec dolo malo)* des Edikts *De pactis* Bezug nimmt. Die in off. 3,24,92–95 angeführten Beispiele (etwa die Abrede, ein Medikament, das sich als wirksam erweist, in Zukunft nicht mehr zu nehmen, oder eine Zusage, deren Einhaltung den Begünstigten ins Verderben führen würde) zeigen, dass es Cicero hier nicht auf die zivilrechtliche Durchsetzbarkeit oder gar auf die Einhaltung der Stipulationsform ankam. Der Begriff *promissa* steht daher nicht im technischen Sinn für Stipulationen, zumal sich deren Bindungswirkung nicht aus dem Edikt *De pactis* ergeben würde; vgl. *Végh*, SZ 110 (1993) 230 f.; *Sturm*, ACop. IV 157 f. (= Ausg. Schr. I 503 f.); *Gallo*, Synallagma I (1992) 61. Dagegen plädiert *Biscotti*, Pacere (2002) 193–198, 447, für ein technisch-ediktales Verständnis von *promissa*. Der Inhalt des

im Rahmen der Auslegung der Stipulation berücksichtigt (→ Rn. 11).[35] Eine Grenze bildet allerdings die Regel, dass aus einem *nudum pactum* keine *actio* entstehe,[36] weshalb den *pacta ex intervallo*[37] weiterhin kein Klagschutz zukommt. Aus solchen *pacta ex intervallo* kann sich nur eine Einrede ergeben.[38]

2. Die *exceptio pacti* als Formelbestandteil

Das sogenannte *pactum de non petendo*[39] führt – anders als der förmliche Erlass einer Stipulationschuld im Wege der *acceptilatio*[40] und anders als der Sühnevergleich[41] – nicht zum Erlöschen der zivilen Schuld, sondern verschafft dem Schuldner eine Einrede kraft Honorarrechts. Im Fall des vorläufigen Klageverzichts durch *pactum* spricht man von einer aufschiebenden bzw. befristeten Einrede *(exceptio dilatoria* oder *temporalis)*, bei endgültigem Klageverzicht von einer aufhebenden bzw. dauerhaften Einrede (*exceptio peremptoria* oder *perpetua*).[42] Im letzteren Fall muss das zwischen den Parteien geschlossene *pactum* darauf gerichtet sein, dass überhaupt nicht mehr gefordert werde,[43] im ersteren darauf, dass innerhalb eines bestimmten Zeitraums nicht gefordert werde.[44] 7

Edikts *De pactis* sei ursprünglich im Schutz eines kombinierten „*pactum et promissum*" zu sehen, bei dem sich eine Partei durch *stipulatio* verpflichte, während die andere Partei im Gegenzug, aufgrund eines zwischen den Parteien abgeschlossenen *pactum*, eine Leistung erbringe; *Biscotti*, Pacere (2002) 195 f., 447 f. Für ein derartiges „negozio complesso" – (*Biscotti*, Pacere 197, 448) fehlt es an Anhaltspunkten in den Quellen. Nicht hierher gehört die in Gai. inst. 2.31; Gai. 2 rer. cott. D. 7.1.3 pr., erwähnten *pactiones et stipulationes*, die der Begründung beschränkt-dinglicher Rechte an (Provinzial-)Grundstücken dienten; hierzu *Melillo*, s. v. patti (storia), ED 32 489; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 334–346; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 183 f.

[35] Paul. 3 quaest. D. 12.1.40: *quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*; Paul. 15 resp. D. 45.1.134.1; Diocl./Max. C. 2.3.27 (a.294); vgl. auch Paul. 3 ed. D. 2.14.4.3 (Fn. 65). Hierzu *Kaser*, RP I 487 Fn. 30, II 597; *Knütel*, FS Kaser (1976) 201–228; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 286 f.; *Wacke*, TR 40 (1972) 246 f.; *Sacconi*, Stipulatio (1989) 78–82, 164–168; *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 262 f.; *Talamanca*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 207–210; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 307 f.

[36] Siehe nur Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.4 f.; Paul. sent. 2.14.1; Alex. C. 2.3.10 (a.227).

[37] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5.

[38] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5 a. E.: *sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones*; Maximinus C. 2.3.13 (a.236, siehe Fn. 61).

[39] Die Bezeichnung ist nicht quellenmäßig; vgl. *Kaser*, RP I 444 Fn. 38; *Condanari-Michler*, s. v. pactum, RE 18.2 2137.

[40] Gai. inst. 3.169: *Item per acceptilationem tollitur obligatio.* Zur Abgrenzung vgl. *Sargenti*, Il Foro Padano 14 (1959) 299 f.

[41] Siehe Fn. 8.

[42] Zur Unterscheidung zwischen *exceptiones dilatoriae* (bzw. *temporales*) und *peremptoriae* (bzw. *perpetuae*) siehe Gai. inst. 4.120–125; I. 4.13.8–11; Gai. 1 ed. prov. D. 44.1.3; Ulp. 74 ed. D. 44.1.24.

[43] Gai. inst. 4.121: *pacti conventi quod factum est, ne omnino pecunia peteretur.*

[44] Gai. inst. 4.122: *veluti illius pacti conenti, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur.*

8 Als eigener Formelbestandteil tritt die *exceptio pacti* bei den sogenannten Klagen strengen Rechts[45] auf, also bei den Klagen, deren Klagformel nicht die Klausel *ex fide bona* aufweist, etwa bei der *condictio certae pecuniae* (bzw. *actio certae creditae pecunia*). Wie bei allen Einreden wird auch bei der *exceptio pacti* die Verurteilungsermächtigung unter eine Bedingung gestellt, und zwar unter die negative Bedingung, dass von den Parteien kein *pactum de non petendo* geschlossen worden ist.[46] Der Wortlaut der Einrede lautet nach Gai. inst. 4.119: ‚*Si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit, ne ea pecunia peteretur*'[47] (→ Rn. 2), wobei Gaius im Hinblick auf die Formelfassung keinen Unterschied zwischen endgültigem und vorläufigem Klageverzicht macht. Bei einem vorläufigen Klageverzicht muss im Wortlaut der Einrede offenbar nicht die von den Parteien vereinbarte Stundungsfrist, z. B. eine Frist von fünf Jahren,[48] erwähnt werden.[49] Der Unterschied zwischen dilatorischem und peremptorischem *pactum de non petendo* kann ohne weiteres auf der Grundlage der in Gai. inst. 4.119 überlieferten allgemeinen Fassung der *exceptio* berücksichtigt werden, indem der Prätor bei der Gewährung der Einrede und der Privatrichter bei deren Anwendung dem Beklagten nur insoweit Schutz bieten, als das jeweilige *pactum* reicht.[50]

9 Ohne die Einschaltung der *exceptio* in die Klagformel kommt es bei den Klagen strengen Rechts grundsätzlich (zur Anerkennung der Inhärenz der *pacta ex continenti* in der Stipulation seit der Hochklassik → Rn. 11) zur Verurteilung.[51] Um die Einschaltung der *exceptio* durch den Prätor zu erreichen, muss der Beklagte wohl keinen besonderen Antrag stellen,[52] sondern es reicht aus, wenn er die exzeptionsbegründenden Tatsachen *in iure* vorträgt.[53] Versäumt der Beklagte es irrtümlich, sich entspre-

---

[45] Die (unklassische) Bezeichnung *actiones stricti iuris* findet sich in I. 4.6.28; hierzu *Kaser/Hackl*, RZ 334; *Kaser*, RP I 485, II 333; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, 219 f.; *Talamanca*, s. v. Processo (dir. rom.), ED 36, 64 Fn. 454.

[46] Gai. inst. 4.119: *sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, …; item ne aliter iudex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum erit.*

[47] Vgl. auch Gai. inst. 4.126: ‚*si non convenerit, ne eam pecuniam peterem*'.

[48] So das Beispiel in Gai. inst. 4.122 (Fn. 44).

[49] Anders *Lenel*, EP 501; *Palermo*, Exceptio (1956) 148; *Mantovani*, Formule 97 Fn. 481 (Nr. 155), die bei der *exceptio dilatoria* bzw. *temporalis* folgende Fassung annehmen: ‚*Si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit, ne ea pecunia intra quinquennium peteretur*'.

[50] Vgl. *Babusiaux*, Quod actum (2006) 134 f.

[51] Gai. inst. 4.116: *Item si pactus fuero tecum, ne id quod mihi debeas a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum ‚dari mihi oportere', quia obligatio pacto convento non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli*; I. 4.13.3.

[52] So aber *Wlassak*, Prozeßformel I 217 f.; *Wlassak*, FG Pfaff 30 f. (= Labeo 13 [1967] 251 f.). Auf einen „Antrag des Beklagten" abstellend auch *Wenger*, Praetor (1926) 38; *Kaser/Hackl*, RZ 258 (vgl. auch 232 f. zu *postulare* bzw. *petere*); *Gómez Buendía*, Exceptio utilis (2015) 62 f. *(postulatio exceptionis)*.

[53] Auf den entsprechenden Tatsachenvortrag des Beklagten nimmt Gai. inst. 4.119 mit *dicat* Bezug: *nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat … item si dicat [ut] contra pactionem pecuniam peti.* Vgl. auch Gai. inst. 4.125; Pomp. 1 sen. cons. D. 16.1.32.4, wo von *excep-*

chend zu verteidigen, gewährt ihm der Prätor – jedenfalls soweit es um eine *exceptio peremptoria* geht – die *in integrum restitutio*.[54] Dem entspricht es, wenn die *condictio indebiti* auch zur Rückforderung von Leistungen gewährt wird, die in Unkenntnis einer entgegenstehenden peremptorischen Einrede erbracht worden sind,[55] also auch im Fall der Leistung in Unkenntnis des auf einen endgültigen Klageverzicht gerichteten *pactum de non petendo*.

3. Die Inhärenz der *exceptio pacti* in den *bonae fidei iudicia*

Ebenso wie der Privatrichter die *exceptio doli* bei den *bonae fidei iudicia* bereits aufgrund der Klausel *ex fide bona* zu berücksichtigen hat, ohne dass es einer Einschaltung der Einrede in die Klagformel bedarf,[56] gilt das auch für die *exceptio pacti*.[57] Diese Inhärenz der *exceptio pacti* in den *bonae fidei iudicia* wird durch die Rechtsregel *bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*[58] ausgedrückt. Da der Privatrichter bei den *bonae fidei iudicia* das gesamte zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis am Maßstab der *bona fides* zu beurteilen hat,[59] kann und muss er, anders als das bei den Klagen strengen Rechts zumindest ursprünglich der Fall war (→ Rn. 8 f.), auch formlose Abreden *(pacta)* der Parteien berücksichtigen, zumal die *bona fides* grundsätzlich die Einhaltung von Abreden gebietet.[60] Anders als bei anspruchsbegründenden *pacta adiecta* (→ Rn. 6) kommt es bei Abreden, die Einreden hervorbringen, nicht darauf an, ob diese in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss des Hauptvertrags *(ex continenti)* getroffen worden sind oder aber erst im Nachhinein *(postea)*.[61] 10

---

tione uti die Rede ist. Vgl. eingehend *Babusiaux*, Quod actum est 150–153, 157 (abstellend auf *omnis exceptio obicitur … a reo* in Gai. inst. 4.119).

[54] Gai. inst. 4.125; umstritten *(quaeritur)* für die *exceptio dilatoria* (Gai. inst. 4.125 a. E.). Hierzu *Kaser/Hackl*, RZ 264 Fn. 55 f., 351 Fn. 14.

[55] Iul. 13 dig. D. 12.2.40; Ulp. 26 ed. D. 12.6.26.3 (= Frg. Vat. 266),7; Pap. 8 quaest. D. 12.6.56; Marcian. 3 reg. D. 12.6.40 pr.; Ant. C. 2.3.5 (a.213).

[56] Iul. 33 dig. D. 30.84.5; Ulp. 3 disp. D. 24.3.21 a. E.; Paul. 7 resp. Frg. Vat. 94 (insoweit nicht in D. 24.3.49.1); vgl. auch Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.1.

[57] *Condanari-Michler*, s. v. pactum, RE 18.2 2133, 2138; *Knütel*, SZ 84 (1967) 133–161; *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 29 f., 67 Fn. 25; *Kaser*, RP I 488 Fn. 36; *Kaser/Hackl*, RZ 262 Fn. 37; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, 266 Fn. 24; *Guarino*, Labeo 14 (1968) 274 Fn. 23; *Hohlweck*, Nebenabreden (1996) 8 f. A. A. insbesondere *Grosso*, StUrb. 1 (1927) 60–69 (= Scr. III [2001] 32–41); *Grosso*, Memorie dell'Istituto Giuridico della Regia Università di Torino 3^2 (1928) 35–42 (= Scr. III [2001] 116–123); *Grosso*, AAT 65 (1930) 120 f. Fn. 2 (= Scr. III [2001] 363 f. Fn. 2); *Grosso*, Sistema (1963) 178 f., 182–186; *Grosso*, SDHI 34 (1968) 407–410, der sich noch auf weitgehende Interpolationsannahmen stützt.

[58] Julian bei Paul. 33 ed. D. 18.5.3; Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5 f.

[59] Vgl. nur *Kaser*, RP I 487 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, 220 f.

[60] Iav. 11 epist. D. 19.2.21: *bona fides exigit, ut quod convenit fiat.*

[61] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5: *sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones*; vgl. auch Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.5 *(exceptiones postea factae)*; Pap. 10

4. Die Inhärenz von *pacta ex continenti* in der Stipulation

11 Seit der Hochklassik werden in unmittelbarem Zusammenhang mit der Stipulation abgeschlossene Abreden *(pacta ex continenti)* bei der Auslegung des Stipulationswortlauts berücksichtigt,[62] so dass es nicht mehr in allen Fällen der Einschaltung einer *exceptio* in die Klageformel bedarf.[63] Das gilt insbesondere dann, wenn die Abrede in der Stipulationsurkunde selbst enthalten ist,[64] worin aber keine zwingende Voraussetzung liegt. Das zeigt das Beispiel der zusammen mit einer einfachen Geldstipulation getroffene Abrede, das Kapital werde vom Gläubiger nicht gefordert, solange der Schuldner die Zinsen zahle.[65] Der Stipulationswortlaut wird hier im Wege der Auslegung um eine *condicio (tacita)* ergänzt, so dass die Stundungsabrede vom Privatrichter bereits im Rahmen der auf *dare oportere*[66] gerichteten Klagformel der *condictio certae pecuniae* zu berücksichtigen ist. Auf diese Weise wird die *exceptio pacti* in die Stipulationsklage integriert, was – freilich beschränkt auf die *pacta ex continenti* – zu einem vergleichbaren Ergebnis führt wie die Inhärenz der *exceptio pacti* in den *bonae fidei iudicia* (→ Rn. 10).

---

quaest. D. 18.1.72 pr.; Maximinus C. 2.3.13 (a.236): *In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si ex continenti fiat: nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit.* Hierzu *Knütel*, SZ 84 (1967) 142–145, 152 f.

[62] Nachw. hierzu in Fn. 35.

[63] Vgl. *Knütel*, FS Kaser (1976) 213; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 286 Fn. 20; und auch *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 352–357 (zu Auslegung der Stipulation nach dem ihr zugrundeliegenden Geschäftszweck); a. A. *Wolf*, Causa (1970) 110.

[64] So in der in Paul. 3 quaest. D. 12.1.40 wiedergegebenen Urkunde, wo sich unmittelbar an den Stipulationswortlaut folgende Zusatzabrede anschließt: ‚*convenitque inter nos, uti pro Maevio ex summa supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei heredive eius.*' Hierauf abstellend *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 262 f.

[65] Paul. 3 ed. D. 2.14.4.3: *Ex facto etiam consultus* (sc. Iulianus; vgl. D. 2.14.4.2 a. E.), *cum convenisset, ut donec usurae solverentur sors non peteretur, et stipulatio pure concepta fuisset, condicionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset.* Hierzu *Knütel*, FS Kaser (1976) 213 f., 219; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 286 Fn. 20; *Wacke*, TR 40 (1972) 247; *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 263; *Talamanca*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 208–210; *Sacconi*, Stipulatio (1989) 78 f. Dagegen versteht *Pringsheim*, Abhandlungen II (1961) 211 Fn. 70 *inesse* in fr. 4.3 so, dass gegen die Stipulationsklage eine *exceptio pacti* gegeben worden sei.

[66] Auch nach *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 353 f., ist das *oportere* der Klagformel der Ansatzpunkt für den Privatrichter, um den Geschäftszweck der Stipulation „von Amts wegen" (d. h. auch ohne Einschaltung einer *exceptio* in die Klagformel) zu berücksichtigen. Auf diese Weise kommt es zu einer gewissen Auflösung der Grenzen zwischen Zivil- und Honorarrecht; vgl. *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 354 („Austauschbarkeit der zivil- und honorarrechtlichen Unwirksamkeit").

IV. Unterscheidung zwischen *pacta in rem* und *pacta in personam*

Die Quellen unterscheiden zwischen dem *pactum de non petendo*, das nur für eine bestimmte Person *(in personam)*, regelmäßig zugunsten des paktierenden Schuldners (zum *pactum in personam* zugunsten eines Dritten → Rn. 27–29),[67] oder aber unpersönlich *(in rem)*[68] abgeschlossen wird.[69] Dem *pactum in rem* des Typs ‚*ne petatur*' steht somit das *pactum in personam* etwa der Form ‚*ne a te petatur*'[70] gegenüber. Durch ein *pactum in rem* werden alle Personen begünstigt, an deren Entlastung der Paktierende ein Interesse hat,[71] vor allem dessen Erben,[72] aber auch Sicherungsgeber wie ein Bürge 12

[67] Ein auf der Gläubigerseite *in personam* abgeschlossenes *pactum*, das nur zulasten des paktierenden Gläubigers wirkt, ist mit *ne ego petam* in Flor. 8 inst. D. 2.14.57.1 angesprochen; hierzu *Knütel*, SZ 111 (1994) 438; *Melillo*, Scr. Guarino III 1470 f.; *Mannino*, Labeo 40 (1994) 203 f.

[68] Mit dem Ausdruck *in rem* ist hier die objektive (sachbezogene) Ausgestaltung des *pactum* gemeint, im Gegensatz zur subjektiven (personenbezogenen) beim *pactum in personam*; vgl. H-S, s. v. res, 511.

[69] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.8: *Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. in rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam.* Vgl. auch Paul. 3 ed. D. 2.14.21.5 (Fn. 71); D. 2.14.25.1 (Fn. 74), D. 1.14.27 pr. (Fn. 80); 3 Plaut. D. 44.1.7.1. Für die Klassizität der Unterscheidung *Kaser*, RP I 642 Fn. 10; *Kaser*, RP II 444 Fn. 38; *Wacke*, SZ 90 (1973) 234–238; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 633–638; *Apathy*, SZ 93 (1976) 99 f., 103 Fn. 24, 111; *Melillo*, Scr. Guarino III 1461 f., 1474–1476; *Mannino*, Estensione (1992) 16–22, 63–65; *Mannino*, Labeo 40 (1994) 171 f., 217–219; *Knütel*, SZ 111 (1994) 438 Fn. 2; *Hohlweck*, Nebenabreden (1996) 32–34; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 129–144, 156; Schmieder, Duo rei (2007) 129–141, 242 f.; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 55–61, 143–146; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 61–65, 300 f.; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 177; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 190–192, 196, 199–201, 205; siehe auch *Magagna*, Patti (2002) 103–156 (insb. 105–107 mit Fn. 6); im Kern auch *Gómez Buendía*, Exceptio utilis (2015) 77–80. Zur Unterscheidung zwischen einer Fassung *in personam* und *in rem* bei der *stipulatio* (Ulp. 79 ed. D. 7.9.5 pr.; Pomp. 26 Sab. D. 36.3.10), beim *pactum de vendendo* im Zusammenhang mit der Verpfändung (Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.4) und beim Kauf (Paul. 3 ed. D. 2.14.17.5) siehe *Kaser*, TR 47 (1979) 335 (= Pfandrecht [1982] 115); *Mannino*, Labeo 40 (1994) 209 f.; *Wacke*, SZ 115 (1998) 192; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 61 f. Fn. 78, 300 f.; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 219–223.

[70] Flor. 8 inst. D. 2.14.57.1 (hierzu die Nachw. in Fn. 67): *vel ne a te petatur* (auf der Schuldnerseite *in personam* konzipiertes *pactum*); Paul. 3 ed. D. 2.14.17.7: *ne a patre dominove petatur*; D. 2.14.27.1 (Fn. 176): *ne a fideiussore petatur*; 35 ed. D. 23.4.20.2: *ne a muliere neve a patre dos petatur … ne manente matrimonio vivo patre petatur*; 4 quaest. D. 46.1.71.1: *unum ex reis promittendi pactum esse, ne a se peteretur*; Cels. 1 dig. D. 2.14.33: *ne a se neve a filio suo dos peteretur*; Pomp. 26 Sab. D. 23.4.10: *ne a se ne a filio peteretur*; Iul. 51 dig. D. 46.1.15.1: *ne ab eo peteres*; 54 dig. D. 46.3.34.11: *si ex duobus reis promittendi alter pepigerit, ne ab eo peteretur*; Ulp. 4 ed. D. 2.14.22: *ut dumtaxat a reo non petatur*; 34 ed. D. 23.4.11: *ne se vivo petatur*. Vgl. auch die erweiterte, der besonderen Klarstellung dienende Fassung bei Paul. 3 ed. D. 2.14.17.3: *Si quis paciscatur, ne a se petatur, sed ut ab herede petatur, heredi exceptio non proderit*; hierzu *Wacke*, SZ 90 (1973) 236; *Mannino*, Labeo 40 (1994) 178 f.; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 63 f. Nicht überzeugen kann die noch von *Magagna*, Patti (2002) 116, vertretene Streichung von *sed ut ab herede petatur* in D. 2.14.17.3.

[71] Paul. 3 ed. D. 2.14.21.5: *et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius qui paciscebatur interfuit*; vgl. auch D. 2.14.23. Wie sich auch aus dem Vergleich mit Paul. 3 ed.

oder ein vom paktierenden Schuldner verschiedener Verpfänder.[73] Ob es sich um ein *pactum in rem* oder *in personam* handelt, ist – wie jedenfalls seit hochklassischer Zeit anerkannt – Auslegungsfrage, so dass es nicht mehr allein auf den (persönlich oder unpersönlich gefassten) Wortlaut der Abrede, sondern entscheidend auf den Willen der Parteien ankommt.[74] Auch die ausdrückliche Nennung der Person des Begünstigten führt nun nicht mehr zwingend zu einem *pactum in personam*.[75]

D. 2.14.23 (Fn. 163); 3 Plaut. D. 2.14.32 (Fn. 73) ergibt, ist in D. 2.14.21.5 *eius* (und nicht etwa *quorum*) prädikativer Genitiv zu *interfuit*: Die *pacta in rem* nützen all denjenigen, an deren Entlassung aus der Schuld der Paktierende ein Interesse hat; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 56, 144; vgl. auch *Apathy*, SZ 93 (1976) 102 f. Fn. 24; *Mannino*, Estensione (1992) 38–41; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 199; zutreffend die Übersetzung in *Otto/Schilling/Sintenis*, CIC I 347; anders *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, CIC II 237; *Heinemeyer*, Akzessorietät 45 f.; widersprüchlich *Hohlweck*, Nebenabreden (1996) 37; *Schmieder*, Duo rei (2007) 131 gegenüber Fn. 503.

[72] Pap. 1 resp. D. 2.14.40 pr. (hierzu Fn. 75); vgl. auch Paul. 3 ed. D. 2.14.27.10 zum *pactum in rem*, das der Erbschaftssklave vor der *aditio* des Erben schließt (zu fr. 27.10 siehe auch Fn. 182); Tryph. 10 disp. D. 23.4.30 *(pacti quidem vulgaris exceptionem etiam heredi proficere)*. Anders beim *pactum in personam*: Paul. 3 ed. D. 2.14.25.1 (Fn. 74); D. 2.14.17.3 (Fn. 70); 35 ed. D. 23.4.20.2 (Fn. 70).

[73] Zur Bürgschaft: Paul. 3 ed. D. 2.14.21.5 (Fn. 71), D. 2.14.23 a. E., D. 2.14.27.1 *(Si cum reo ad certum tempus pactio facta sit)*; 3 Plaut. D. 2.14.32; D. 44.1.7.1; I. 4.14.4; zum Pfandrecht: Marci. l. sing. ad form. hyp. D. 20.6.5 pr. (Fn. 114). Anders beim *pactum in personam*: Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.22; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.5 pr.: *ut a persona* (sc. *debitoris*) *non petatur*. Der Grund für die Erstreckung der Einrede auf den Sicherungsgeber (bei einem *pactum in rem*) ist in der Abwendung des Regressanspruchs gegen den paktierenden Schuldner zu sehen; Paul. D. 2.14.32; I. 4.14.4. Siehe hierzu *Apathy*, SZ 93 (1976) 99 f.; *Mannino*, Estensione (1992) 47–50, 150–152; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 119 Fn. 174; *Schmieder*, Duo rei (2007) 240 f.; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 58, 143 f.; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 196.

[74] Cels. 1 dig. D. 22.3.9 (Fn. 176); Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.8: *utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est*; eod. 22 *(nisi hoc actum est)*; 23 Sab. D. 34.3.5 pr. *(sed cum alia sit mens … paciscentis)*; Marci. form. hyp. sing. D. 20.6.5.1 *(intellegitur)*; vgl. auch Ulp. 4 ed. D. 2.14.26 *(videlicet si hoc actum sit)*; 1 resp. D. 23.4.25. Hierzu *Wacke*, SZ 90 (1973) 236–238; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 633–635; *Mannino*, Estensione (1992) 16–22; *Mannino*, Labeo 40 (1994) 175 f.; *Magagna*, Patti (2002) 104 f., 110–112; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 135–138; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 144 f.; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 63 f.; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 177; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 191 f. Über den Wortlaut der Abrede setzt sich auch schon der frühklassische Jurist Sabinus hinweg, indem er ein *in personam* konzipiertes *pactum* der Sache nach als *pactum in rem* auffasst; Paul. 3 ed. D. 2.14.17.5; hierzu *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 221–223. Dagegen nimmt der Frühklassiker Labeo noch an, dass eine persönlich gefasste Vereinbarung *(personale pactum)* grundsätzlich keine Wirkungen für andere Personen entfalte; vgl. Paul. 3 ed. D. 2.14.25.1: *Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem, Labeo ait.* Hierzu *Wacke*, SZ 90 (1973) 236–238; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 635–638; *Sturm*, ACop. IV 173 (= Ausg. Schr. I 519); *Mannino*, Labeo 40 (1994) 170 f., 176–178; *Finkenauer*, Stipulation (2010) 62–64. Am Wortlaut orientiert ist auch noch der Spätklassiker Florentin (*Liebs*, HLL IV 206 f.) mit den beiden Varianten *ne ego petam* und *ne a te petatur* (Flor. 8 inst. D. 2.14.57.1; Fn. 67, 70).

[75] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.8: *plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est.* Der hochklassische Jurist Pedius (vgl.

Schließt einer von mehreren Mitschuldnern *(rei promittendi)* mit dem Gläubiger ein *pactum de non petendo*, so kann das als *pactum in personam* erfolgen, das stets nur Einzelwirkung zugunsten des paktierenden Mitschuldners entfaltet,[76] oder aber als *pactum in rem*. Letzterem kommt nur dann Gesamtwirkung zu, wenn sich aus dem Innenverhältnis der Mitschuldner ausnahmsweise eine Ausgleichspflicht[77] ergibt und der paktierende Mitschuldner daher ein Interesse daran hat, auch die anderen Mitschuldner durch das *pactum* zu begünstigten.[78] Im umgekehrten Fall der Gesamtgläubigerschaft bestand ein Schulenstreit über die Frage, ob das von nur einem der Gläubiger abgeschlossenes *pactum de non petendo*, wenn es (auf der Gläubigerseite) unpersönlich *(in rem)* gefasst ist,[79] Gesamtwirkung auch zulasten der anderen Gläubiger entfaltet.[80] **13**

V. Einzelne Anwendungsfälle der *exceptio pacti*

1. Endgültiger bzw. vorläufiger Klageverzicht *(pactum de non petendo)*

Da der Klageverzicht aufgrund eines *pactum de non petendo* (→ Rn. 7 f.) – anders als die förmliche, auf Stipulationsschulden beschränkte *acceptilatio* (Gai. inst. 3.169 f.) – auf **14**

Liebs, HLL IV 141 f.) sieht es als Regelfall an *(plerumque)*, dass die Nennung der Person nur *demonstrationis causa* erfolge. Vgl. auch Pap. 1 resp. D. 2.14.40 pr. zur Vereinbarung ‚*profiteor te non teneri*'; hierzu *Melillo*, Scr. Guarino III 1471; *Mannino*, Labeo 40 (1994) 177; *Knütel*, SZ 111 (1994) 438 f.

[76] Paul. 4 quaest. D. 46.1.71.1; Iul. 54 dig. D. 46.3.34.11 (Fn. 70). Hierzu *Schmieder*, Duo rei (2007) 133 f.

[77] Im Grundsatz gibt es zwischen Mitschuldnern keine Ausgleichspflicht; vgl. nur Ulp. 23 Sab. D. 34.3.3.3. Hierzu *Kaser*, RP I 659; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 120 Fn. 177, 121 Fn. 179; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 59–61; *Schmieder*, Duo rei (2007) 135–137, 161 f. mit Nachw.

[78] Paul. 3 ed. D. 2.14.25 pr., wo *socii* nicht nur auf *argentarii*, sondern auch auf *rei promittendi* zu beziehen ist; *Krüger*, Beiträge I (1892) 130; *Hohlweck*, Nebenabreden (1996) 40 Fn. 212; *Mannino*, Estensione (1992) 45; *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 120 f.; *Meissel*, Societas (2004) 166 Fn. 384; *Schmieder*, Duo rei (2007) 138–140; *Finkenauer*, SZ 130 (2013) 178 Fn. 87; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 199 f.; auch *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 57 f., setzt unter den Mitschuldnern ein Regressverhältnis voraus. Anders *Bürge*, SZ 104 (1987) 523; *Petrucci*, Mensam exercere (1991) 337.

[79] Vgl. dagegen zur persönlichen Fassung auf der Gläubigerseite Flor. 8 inst. D. 2.14.57.1 (Fn. 67).

[80] Paul. 3 ad ed. D. 2.14.27 pr. (zur Gesamtgläubigerschaft der *argentarii socii* sowie mehrerer *rei stipulandi*): *Neratius Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere.* Hierzu *Mannino*, Estensione (1992) 45 f. (ausgehend von *rei stipulandi socii*); *Gröschler*, Tabellae-Urkunden (1997) 111–113; *Meissel*, Societas (2004) 163; *Schmieder*, Duo rei (2007) 105–109, 132 f.; *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 48–51 ff., 58 f.; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 99–101. Anders *Bürge*, SZ 104 (1987) 522, wonach sich beide Schulen „im Kern der Sache" einig seien und das *pactum de non petendo* gegenüber den Mitgläubigern als wirkungslos betrachten würden. Allerdings geht es in der von *Bürge*, SZ 104 (1987) 522 Fn. 292, als Beleg angeführten Julianstelle (Iul. 54 dig. D. 46.3.34.11, Fn. 70) nicht um Gesamtgläubiger *(rei stipulandi)*, sondern um den hiervon zu trennenden Fall der Gesamtschuldner *(rei promittendi)*.

alle Anspruchsarten anwendbar ist und formlos zustande kommt, kann eine unwirksame *acceptilatio* in ein konkludent abgeschlossenes (stillschweigendes) *pactum de non petendo* umgedeutet werden.[81] Ein konkludent abgeschlossenes *pactum* im Sinne eines endgültigen Klageverzichts ist regelmäßig in der Rückgabe des Schuldscheins zu sehen,[82] ebenso wie in einem *pactum de dote reddenda* implizit ein endgültiger Klageverzicht für den Fall enthalten ist, dass die Mitgift zu dem Zeitpunkt, zu dem es zur Rückgewähr kommen soll, noch gar nicht ausgezahlt ist.[83] In der Annahme von Zinsen für die Zukunft liegt in der Regel ein vorläufiger Klageverzicht hinsichtlich des Kapitals.[84] Ausnahmsweise kann auch in der fehlenden Geltendmachung eines Anspruchs ein stillschweigendes *pactum de non petendo* liegen.[85] Die aufschiebend bedingte Novation beinhaltet, unabhängig davon, ob sie unter den Parteien des zu novierenden Schuldverhältnisses oder mit einem Gläubiger- bzw. Schuldnerwechsel zustande kommt, bis zum Eintritt oder Ausfall der Bedingung regelmäßig ein stillschweigendes *pactum de non petendo* bezüglich der Altschuld.[86] Ist zwischen Eigentümer und Besitzer

---

[81] Paul. 3 ed. D. 2.14.27.9; Iul. 15 dig. D. 18.5.5 pr.; Ulp. 48 Sab. D. 46.4.8 pr.; 2 reg. D. 46.4.19 pr.; Lab. 5 pith. a Paul. epit. D. 46.4.23. Hierzu *Giuffrè*, Conversione (1965) 308–312, 318–326; *Wacke*, SZ 90 (1973) 254–256; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 669, 677 f., 683 f.; *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 248 f.; *Talamanca*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 176–178; *Krampe*, Konversion (1980) 66–74; *Krampe*, TR 53 (1985) 3–19, 24 f.; *Cannata*, SDHI 57 (1991) 342; *Sargenti*, Iura 39 (1998) 50 f.; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 116 f.; *Platschek*, Pecunia constituta (2013) 179–181, 185–195. Für eine der *acceptilatio* in D. 18.5.5 pr. vorausgehende Novationsstipulation fehlt es an Anhaltspunkten; vgl. *Wacke*, SZ 90 (1973) 255 Fn. 156, mit Nachw. zur Gegenansicht.

[82] Paul. 3 ed. D. 2.14.2.1: *exceptio conventionis*; Iul. 60 dig. D. 39.6.18.2: *exceptio pacti* oder *doli*; vgl. auch Ulp. 23 Sab. D. 34.3.3.2: *exceptio doli* (zum Verhältnis von *exceptio pacti* und *exceptio doli* → Rn. 31). Hierzu *Wacke*, SZ 90 (1973) 254–256; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 649–657; *Schanbacher*, Facetten 115 f., 117–121, 125 f.

[83] Ulp. 1 resp. D. 23.4.25 *(pacti conventi exceptionem)*; vgl. auch Tryph. 10 disp. D. 23.4.30; hierzu *Magagna*, Patti (2002) 147–156.

[84] Flor. 8 inst. D. 2.14.57 pr.; Ulp. 76 ed. D. 44.4.2.6. Hierzu *Wacke*, SZ 90 (1973) 257 f.; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 712–715. Um ähnliche Fälle des *pactum tacitum* geht es in Scaev. 1 resp. D. 22.1.13 pr.; Sev./Ant. C. 4.32.5 (a.205); hierzu Wacke, SZ 91 (1974) 270 f. Zu Pap. 1 resp. D. 2.14.40.2 siehe *Knütel*, SZ 111 (1994) 440–442; zur *exceptio taciti pacti* in Sev./Ant. C. 2.3.2 (a.202) siehe *Wacke*, SZ 90 (1973) 259–261; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 195 f.

[85] Pap. 4 resp. D. 23.3.69 pr.: *convenisse tacite videtur, ne dos … petatur*; hierzu *Wacke*, SZ 91 (1974) 275 f.

[86] Vgl. Gai. inst. 3.179; (gegen die frühere Lehre des Servius, wonach die Altschuld aufgrund der Novation sogleich erlösche); Iav. 1 epist. D. 12.1.36; 6 post. Lab. D. 23.3.80,83 (gegen Labeo); siehe auch Gai. 1 ed prov. D. 2.14.30.1 f. (hierzu bei Fn. 172, 174); Iul. D. 45.1.56.8; Paul. 3 quaest. D. 12.6.60.1. Hierzu *Kaser*, RP I 648 Fn. 18, II 449 Fn. 5; *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 242–247; *Talamanca*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 180–186; *Apathy*, Animus (1975) 124–130, 147–160; *Apathy*, SZ 93 (1976) 105–111; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 203 f. Die in Gai. inst. 3.179 *(Sed videamus, num …)* aufgeworfene Frage, ob im Hinblick auf die Altschuld eine *exceptio* (*doli* oder *pacti*) zu gewähren ist, muß durch Auslegung entschieden werden. Insbesondere ist problematisch, ob es nach dem Willen der Parteien auch noch nach Ausfall der

die Besitzübertragung an einen Dritten vereinbart, liegt darin der konkludente Ausschluss der *rei vindicatio* gegen den vertragstreuen Besitzer.[87]

Der in einem *pactum de non petendo* liegende Klageverzicht kann sich auf einen Teil der Schuld beschränken, etwa indem vereinbart wird, dass nur die Hälfte der Schuld verlangt werde.[88] Klagt der Gläubiger in einem solchen Fall auf die volle Summe, wird seine Klage aufgrund der *exceptio pacti* insgesamt – ähnlich wie bei einer *pluris petitio* (Gai. inst. 4.53) – abgewiesen.[89] Bei einer durch Stipulation begründeten Wahlschuld (mit Wahlrecht des Schuldners) führt das *pactum de non petendo*, das nur einen der Leistungsgegenstände nennt, gleichwohl dazu, dass die gesamte auf ‚*Stichum aut decem*' gerichtete Klage von der *exceptio pacti* erfasst wird und der Gläubiger vollständig unterliegt.[90] Geht der Parteiwille allerdings dahin, die Stipulationsschuld durch das *pactum* auf den anderen Leistungsgegenstand zu beschränken und somit auch das Wahlrecht des Schuldners auszuschließen, kann der Gläubiger diesen – offenbar mittels einer *condictio certae rei*, die nur auf den vom *pactum* nicht erfassten Leistungsgegenstand gerichtet ist – einklagen, ohne dass insoweit die *exceptio pacti* entgegensteht.[91] 15

Bedingung zur Gewährung einer *exceptio* kommen soll. Jedenfalls bei einer aufschiebend bedingten Novation mit Schuldnerwechsel wird das im Regelfall nicht dem Parteiwillen entsprechen; Gai. 1 ed prov. D. 2.14.30.2 (Fn. 172). Siehe zu Gai. inst. 3.179 auch *Wolff*, Iura 2 (1951) 241; *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 428–432; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 86 f.; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 19, 31–33.

[87] Proc. 5 epist. D. 2.14.36 *(exceptio conventionis)*, wobei davon auszugehen ist, dass der Beklagte zum Zeitpunkt der *litis contestatio* noch Besitzer war und anschließend den Besitz übertragen hat; vgl. *Krampe*, Proculi Epistulae (1970) 51; a. A. *Kaser*, Restituere (1968) 226; *Honoré*, TR 40 (1972) 565 („possession has been lost before litis contestatio"). Zur Einrede *ne in rem ageretur* siehe Fn. 104.

[88] Paul. 3 ed. D. 2.14.27.5: *si cum viginti deberes, pepigerim, ne decem petam*; 35 ad ed. D. 23.4.12.2: *Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur …* Eine *exceptio pacti* (oder *doli* – → Rn. 31) erhält der Schuldner auch dann, wenn der Gläubiger auf einen höheren Betrag als tatsächlich geschuldet verzichtet (fr. 27.5: *Si cum decem mihi deberes, pepigero, ne a te viginti petam: in decem prodesse tibi pacti conventi vel doli exceptionem placet*) oder wenn ein Teil der Schuld erfüllt wird und über den Restbetrag ein *pactum de non petendo* zustande kommt (Ant. C. 2.3.5 [a.213]).

[89] Vgl. *Babusiaux*, Quod actum (2006) 148–150. Zur fehlenden kondemnationsmindernden Wirkung einer *exceptio* im Formularprozess siehe auch *Kaser/Hackl*, RZ 262, 585.

[90] Paul. 3 ed. D. 2.14.27.6: *pacto quoque convento de una re non petenda interposito totam obligationem summoveri.* Der Grund für den vollständigen Ausschluss der Klage ist darin zu sehen, dass der Privatrichter die Verurteilungsvoraussetzung bei einer auf ‚*decem aut Stichum dare oportere*' abstellenden *intentio* aufgrund der *exceptio* ‚*si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit, ne Stichus peteretur*' nicht mehr bejahen kann; vgl. *Eisele*, SZ 18 (1897) 12 f.; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 150 („Konditionalstruktur der Formel").

[91] Paul. 3 ed. D. 2.14.27.6 a. E.; hierzu *Babusiaux*, Quod actum (2006) 150–155. Aufgrund der Inhärenz der *exceptio pacti* (→ Rn. 10) ist bei den *bonae fidei iudicia* der Ausschluss des Wahlrechts durch *pactum* ohne weiteres beachtlich; vgl. Paul. 8 dig. D. 18.5.4 (zum Kauf); hierzu *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 82 f.

2. Vertragsaufhebung durch *contrarius consensus*

16 Im klassischen Recht ist anerkannt, dass Konsensualverträge *re integra*, also solange von keiner Seite Leistungen erbracht worden sind, durch *contrarius consensus* aufgehoben werden können.[92] Anders als das *pactum de non petendo* betrifft die Vertragsaufhebung durch *contrarius consensus* nicht nur das einzelne Forderungsrecht, also die Verbindlichkeit im engeren Sinn, sondern das Schuldverhältnis als Ganzes.[93] Julian ordnet den *contrarius consensus* – zumindest im Ausgangspunkt – noch als Anwendungsfall der *exceptio pacti* ein,[94] wobei es freilich entsprechend der Rechtsregel *bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt* (→ Rn. 10) keiner Einschaltung der Einrede in die Klagformel bedarf.[95] Angesichts der sich somit ergebenden unmittelbaren Wirkung der Vertragsaufhebung hat sich die (auch schon bei Julian anzutreffende)[96] Ansicht durchgesetzt, dass der *contrarius consensus* zur Auflösung des Konsensualvertrags führt.[97]

3. Vergleichseinrede (*exceptio transacti negotii* bzw. *exceptio transactionis*)

17 Als Anwendungsfall der *exceptio pacti* wird – zumindest auf der Grundlage des julianischen Edikts – wohl auch die Vergleichseinrede (*exceptio transacti negotii* bzw. *exceptio transactionis*)[98] angesehen.[99] Ulpian unterscheidet zwar bisweilen streng zwi-

[92] Einzelheiten hierzu im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss durch Konsens *(consensu)* (→ § 24 Rn. 8).

[93] *Kaser*, RP I 642; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 267.

[94] Julian bei Paul. 33 ad ed. D. 18.5.3. Vgl. *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 29–31, 108; *Knütel*, SZ 84 (1967) 135–141; *Mannino*, Estensione (1992) 59–63; *Cardilli*, FS Knütel (2009) 157; *Marini*, Contrarius consensus (2017) 160.

[95] Hierzu *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 29–31, 108–112; *Knütel*, SZ 84 (1967) 135–141; *Kaser*, RP I 643 Fn. 18; *Marini*, Contrarius consensus (2017) 160 („ipso iure").

[96] Iul. 15 dig. D. 18.5.5.1 *(dissolvitur)*; Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.6: *ait Iulianus valere pactionem et dissolvi pro parte emptionem.* Der Schlusssatz in Pomp. 4 ad Q. Muc. D. 46.3.80 *(dissolvi)* geht wohl nicht auf Q. Mucius Scaevola zurück, sondern stammt von Pomponius (→ § 22 Rn. 1 mit Fn. 10).

[97] Paul. 3 ed. D. 2.14.27.2 *(in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti)*; 33 ed. D. 18.5.3 *(resolvitur)*; 48 Sab. D. 50.17.35 *(dissolvitur)*; Pomp. 15 Sab. D. 18.5.2 *(infecta fieri)*; 4 Q. Muc. D. 46.3.80 (*dissolvi*; vgl. Fn. 96); Pap. 8 quaest. D. 46.3.95.12 *(soluto contractu)*. Dementsprechend führt die Befreiung des Hauptschuldners laut Paul. 33 ed. D. 18.5.3 *(liberato reo et fideiussorem liberari)*; Pap. 8 quaest. D. 46.3.95.12 *(fideiussor … liberabitur)* unmittelbar zur Befreiung des Bürgen, ohne dass es hierfür einer *exceptio* bedarf; anders *Cardilli*, FS Knütel (2009) 149 f.; *Marini*, Contrarius consenus 161. Dagegen erwägt Julian (laut D. 46.3.95.12) noch die Gewährung einer *exceptio* zugunsten des Bürgen: *an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum*; vgl. *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 30; *Knütel*, SZ 84 (1967) 138 f.

[98] Ulp. 74 ed. D. 2.11.2 pr.; 43 Sab. D. 12.6.23.3; Scaev. 1 dig. D. 2.15.3.2; Pap. 2 quaest. D. 2.15.17 (Fn. 183). Alternativ wird auch die *exceptio doli* befürwortet; Ulp. 43 Sab. D. 12.6.23.3 (siehe auch Fn. 189).

[99] *Karlowa*, RRG II 1390 f.; *Condanari-Michler*, s. v. pactum, RE 18.2 2133; *Kaser*, RP I 642 Fn. 14; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 266 Fn. 21; *Wacke*, SZ 90 (1973) 227; *Wacke*, SZ 91 (1974) 270; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 207 f. Zur Gleichsetzung von *exceptio transacti negotii* und *exceptio transactionis* vgl. auch *Fino*, Transactio (2004) 204.

schen *pactum* und *transactio*;[100] ansonsten wird jedoch – auch von Ulpian – die *transactio*, sofern sie sich nicht in einer *acceptilatio* (etwa im Anschluss an eine *stipulatio Aquiliana*) erschöpft, als Unterfall des *pactum* angesehen.[101] Möglicherweise ist in spätklassischer Zeit für die Vergleichseinrede eine spezielle, auf das *transigere* abstellende Fassung in Gebrauch gekommen,[102] etwa des Typs ‚*Si Aulus Agerius cum Numerio Negidio non transegit*'. Im Fall eines Vergleichs über die dingliche Rechtslage kommt es zur Gewährung einer *exceptio utilis*„[103] vermutlich des Typs ‚*Si Aulus Agerius cum Numerio Negidio non transegit, ne in rem ageretur*'.[104]

4. Bedingung und Befristung

Verbindlichkeiten, die mit einer Klage strengen Rechts[105] ausgestattet sind, insbesondere Stipulationsschulden oder Schulden aus Damnationslegat, können nach *ius civile* nicht wirksam mit einer auflösenden Bedingung oder Befristung versehen werden.[106] Aufgrund der Vereinbarung einer solchen Bedingung oder Befristung kommt es aber nach Bedingungseintritt oder Fristablauf zur Gewährung einer *exceptio pacti* (oder *doli*).[107] Servituten können nach *ius civile* weder aufschiebend noch auflösend bedingt **18**

[100] Ulp. 40 ed. D. 2.15.1: *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit; kritisch zur überlieferten Textfassung Fino, Transactio (2004) 37–74.*

[101] Ulp. 74 ed. 2.15.2: *Transactum accipere quis potest non solum, si Aquiliana stipulatio fuerit subiecta, sed et si pactum conventum fuerit factum*; 1 opin. D. 2.15.9.3: *cum adversariis pacto transegit*; 6 opin. D. 5.2.27 pr.: *pacto transactum est*; 3 off. cos. D. 42.1.15.3: *quia velut pacto transegisse de credito videtur*. Vgl. auch Herm. 1 iur. epit. D. 2.15.16: *rato manente pacto*; Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.5: *transactione pacto solo facta*. In dem von Scaev. 1 dig. D. 2.15.3 pr. überlieferten Reskript der Kaiser Mark Aurel und Lucius Verus *(Antoninus et Verus)* wird die *transactio* zu den *pactiones privatae* gerechnet. Zu den Scaevola-Stellen *Diósdi*, BIDR 74 (1971) 98 Fn. 32; zu C. 2.20.5 pr. (*si pactum tantum factum sit*; a.293) siehe *Visky*, Wirtschaftskrise (1983) 158 f. Aus dem Codextitel *De transactionibus* (C. 2.4) siehe insbesondere Diocl./Max. C. 2.4.19 (a.293): *pacti exceptio*; C. 2.4.28.1 (a.294): *exceptio pacti*; C. 2.4.31 (a.294): *pacto transactionis interposito*. Zur uneinheitlichen Terminologie vgl. auch *Lehne-Gstreinthaler*, in: Pfeifer/Grotkamp, Konfliktlösung (2017) 149.

[102] *Karlowa*, RRG II 1390 f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 266 Fn. 21.

[103] Gord. C. 2.4.9 (a.241): *etiamsi in rem diversae parti actio competeret, huiusmodi pactione propter utilem exceptionem posset submoveri*; vgl. auch Proc. 5 epist. D. 2.14.36 (Fn. 87); Diocl./Max. C. 2.4.28.1 (a.294). Zu C. 2.4.9 siehe *Betancourt*, AHDE 50 (1980) 715 f.; *Pellecchi*, RHD 86 (2009) 171 Fn. 59; *Gómez Buendía*, Exceptio utilis (2015) 238–245; anders *Nicosia*, SZ 75 (1958) 296–299, der hinsichtlich der *exceptio utilis* von einer kompilatorischen Ergänzung ausgeht.

[104] Zur Einrede *ne in rem ageretur* siehe *Lenel*, EP 501 Fn. 8; *Mantovani*, Formule 97 Fn. 481 (Nr. 155); *Gómez Buendía*, Exceptio utilis (2015) 243 f.

[105] Siehe Fn. 45.

[106] Pomp. 9 Sab. D. 30.55; Paul. 74 ed. D. 44.7.44.1 f.; I. 3.15.3. *Kaser*, RP I 257 f. Fn. 56, 71; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 92; *Flume*, FS Kaser (1976) 311; *Flume*, Rechtsakt (1990) 151.

[107] Paul. 74 ad ed. D. 44.7.44.1 f.: *exceptio pacti* oder *doli*; Iul. 52 dig. D. 45.1.56.4 (Fn. 193): *exceptio pacti*; I. 3.15.3: *exceptio pacti* (zum Verhältnis von *exceptio pacti* und *exceptio doli* → Rn. 31).

oder befristet bestellt werden, eine entsprechende Abrede bei der Servitutenbestellung führt allerdings nach sabinianischer Ansicht zu einer *exceptio pacti* (oder *doli*) gegen die *vindicatio servitutis*.[108]

5. Pfandaufhebungsvereinbarung und konkludenter Pfandverzicht

19 Im Fall einer zwischen dem Gläubiger und dem Verpfänder geschlossenen formlosen Pfandaufhebungsvereinbarung[109] kommt es, falls der Gläubiger im Anschluss dennoch sein Pfandrecht mithilfe der *actio Serviana* geltend macht, zur Gewährung einer *exceptio pacti ‚ne pignori sit res'*.[110] Einer solchen Einredegewährung bedarf es, weil die Formel der *actio Serviana*[111] – anders als etwa im Fall der Erfüllung der gesicherten Forderung oder einer entsprechenden Sicherheitsleistung an den Gläubiger[112] – nicht schon von sich aus dem Privatrichter die Handhabe bietet, die formlose Pfandaufhebungsvereinbarung zu berücksichtigen. Schließt der Pfandgläubiger mit dem persönlichen Schuldner ein peremptorisches *pactum de non petendo* hinsichtlich der gesicherten Schuld, so liegt darin regelmäßig zugleich eine Pfandaufhebungsvereinbarung,[113] die auch zugunsten des vom persönlichen Schuldner verschiedenen Verpfänders wirkt.[114]

Hierzu *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 665–669; *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 240–242; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 125 f.

[108] Pap. 74 ed. D. 8.1.4 pr.: *pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere*; Iav. 10 Cass. D. 8.3.13 pr. *(exceptio doli)*; Iul. 52 dig. D. 45.1.56.4 (*exceptio pacti*; Fn. 193). Hierzu *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 239–241; *Talamanca*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 178–180; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 680 f.; *Kaser*, RP I 443 Fn. 36; *Manthe*, Ex Cassio (1982) 214–217; *MacCormack*, SDHI 52 (1986) 254 f., 258–260; *Cursi*, Modus servitutis (1999) 80 f.; *Mannino*, Usus iuris (2001) 84–89; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 125 Fn. 604; *Caiazzo*, Index 25 (1997) 333–343; *Möller*, Servituten (2010) 402.

[109] Gai. form. hyp. sing. D. 20.6.7.2; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.5 pr. *(Solvitur hypotheca et si ab ea discedatur …)*; D. 20.6.8.1–5; Ant. C. 8.25.2 (a.208): *obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur* (hierzu *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 4).

[110] Gai. form. hyp. sing. D. 20.6.7.2 *(per … pacti exceptionem conventi)*; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.1 *(ne pignori hypothecaeve sit res)*; vgl. auch Paul. 3 ed. D. 2.14.17.2 (Fn. 109). Hierzu *Lenel*, EP 495 Fn. 1; *Wacke*, TR 37 (1969) 380 Fn. 44; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 164; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 204.

[111] Siehe hierzu *Lenel*, EP 494 f.; *Mantovani*, Formule 45 (Nr. 13).

[112] Erfüllung und Sicherheitsleistung werden in der *intentio* der *actio Serviana* durch den Ausdruck *eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse* eigens erfasst. Vgl. hierzu nur Ulp. 73 ed. D. 20.6.6 pr.; zur *acceptilatio* Iul. 13 dig. D. 12.2.40; Marcian. form. hyp. sing. D. 46.3.49.

[113] Vgl. Paul. 3 ed. D. 2.14.17.2: *tollitur* (sc. *actio*) *autem per exceptionem, quotiens paciscor ne petam* (wohl zur *actio pigneraticia contraria*; hierzu auch Fn. 117); zur *actio Serviana*: Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.5 pr.: *Solvitur hypotheca et si … paciscatur creditor, ne pecuniam petat.* In ähnlicher Weise wird auch das dilatorische *pactum de non petendo* auf das Pfandrecht erstreckt; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.5.1; vgl. auch Pap. 11 resp. D. 20.5.4. In Ulp. 28 ed. D. 13.7.11.2 geht es um die *actio pigneraticia (directa)*, die dem Verpfänder gegen den Gläubiger bisweilen auch *nulla solutione facta* zusteht, so auch im Fall des (peremptorischen) *pactum de non petendo* über die Hauptschuld.

Um Abwandlungen[115] der *exceptio pacti ‚ne pignori sit res'* geht es in den Fällen des konkludenten Pfandverzichts. Ein solcher Verzicht ist insbesondere in der Rückgabe der Pfandsache durch den Gläubiger an den Verpfänder zu sehen,[116] woraus sich für den Verpfänder eine *exceptio de pignore sibi reddito*[117] ergibt. Auch dann, wenn der Gläubiger, ohne sich den Fortbestand des Pfandrechts vorzubehalten,[118] dem Verpfänder die Veräußerung[119] oder die erneute Verpfändung[120] der Sache gestattet, liegt darin der konkludente Verzicht auf das Pfandrecht (bzw. zumindest auf den Vorrang gegenüber dem neuen Pfandgläubiger).[121] Erhebt der Gläubiger gleichwohl die *actio Serviana*, steht dem Erwerber die *exceptio ‚si non voluntate creditoris veniit'*,[122] dem neuen Pfandgläubiger die *exceptio ‚si non voluntate eius* (sc. *creditoris*) *pignus datum est'* zu.[123] 20

6. Das *pactum ut minus solvatur*

Durch ein *pactum ut minus solvatur* vereinbaren die Erbschaftsgläubiger einer überschuldeten Erbschaft mit dem Erben einen Schuldenschnitt, indem sie sich mit einer Quote ihrer Forderungen zufriedenerklären.[124] Können sich auf der – laut einem Re- 21

---

[114] Siehe Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.5 pr. zu einem besitzlosen Pfandrecht, wobei nicht der persönliche Schuldner, sondern ein Dritter Besitzer der Pfandsache ist *(cum forte alius hypothecam possidebit)*. Vgl. *Pringsheim*, SZ 78 (1961) 74 f., der die Aussage zumindest im Kern nicht beanstandet; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 204 f.; *Marino*, Accessorietà 88.

[115] *Wacke*, TR 37 (1969) 380.

[116] Pomp. 18 Sab. D. 13.7.3 (Fn. 117); Diocl./Max. C. 8.25.9.1 (a.290); hierzu *Kaser*, Pfandrecht (1982) 31 Fn. 184, 91 f., 165 Fn. 1; *Wacke*, SZ 91 (1994) 264.

[117] Labeo bei Pomp. 18 Sab. D. 13.7.3: *si agente te contraria pigneraticia excipiat debitor de pignore sibi reddito*. Zur *actio pigneraticia contraria* siehe *Kaser*, Pfandrecht (1982) 86–93. Im Befehl des Gläubigers, den Schuldschein zurückzugeben, ist – neben dem Antrag auf Abschluss eines *pactum de non petendo* hinsichtlich der gesicherten Schuld – zugleich ein Verzicht auf das Pfandrecht zu sehen; Diocl./Max. C. 8.25.7 (a.287). Auf die Akzessorietät des Pfandrechts kommt es insoweit nicht an; anders *Wacke*, SZ 91 (1994) 264.

[118] Ulp. 73 ed. D. 20.6.4.1 *(salva causa pignoris sui)*.

[119] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.9; Ant. C. 8.25.2 (a.208.): *eam exceptione removebis*; Gord. C. 8.25.4 (a.239); vgl. auch Diocl./Max. C. 8.25.6 (a.286).

[120] Afr. 4 quaest. D. 16.1.17.1; vgl. auch Marcian. form. hyp. sing. D. 20.4.12.4 (ob in der Einwilligung in die erneute Verpfändung ein Verzicht auf das Pfandrecht oder nur auf den Vorrang liegt, ist Auslegungsfrage).

[121] Vgl. *Wacke*, SZ 91 (1974) 265; *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 167; kritisch hinsichtlich der Einordnung als Verzicht des Pfandgläubigers *Kaser*, Pfandrecht (1982) 34 f.

[122] Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.9. Hierzu *Lenel*, EP 495 Fn. 1; *Wacke*, TR 37 (1969) 379 Fn. 42. Ausführlich zur *exceptio ‚si non voluntate creditoris veniit' Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 166–173.

[123] Afr. 4 quaest. D. 16.1.17.1. Hierzu *Lenel*, EP 495 Fn. 1; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 34 f.; *Kaser*, RP I 469 Fn. 74; *Wacke*, TR 37 (1969) 379 Fn. 41.

[124] Zum *pactum ut minus solvatur* siehe *Silveira Marchi*, Concurso (1999) 95–131, 136–146, 153–161; *Ernst*, SZ 132 (2015) 18–21; *Finkenauer*, TR 85 (2017) 118–140 mit Nachw. zur älteren Literatur.

skript Mark Aurels[125] einzuberufenden – Gläubigerversammlung nicht alle Gläubiger auf ein und dieselbe Quote einigen, folgt der Prätor dem Willen der Mehrheit und macht die von der Mehrheit mit dem Erben ausgehandelte Quote durch Dekret allgemeinverbindlich.[126] Damit ist die Quote für alle Gläubiger maßgeblich, und zwar – wie Ulpian unter Verweis auf ein Reskript des Antoninus Pius schlussfolgert[127] – auch für solche, die an der Gläubigerversammlung nicht teilgenommen haben. Aufgrund der so erzeugten Sicherheit gelingt es, den Erben trotz Überschuldung der Erbschaft zur *aditio hereditatis* zu bewegen bzw. von einer *abstentio* abzuhalten. Dem Erben steht gegenüber einem Gläubiger, der ihn entgegen dem *pactum* über die festgesetzte Quote hinaus in Anspruch nehmen will, grundsätzlich die *exceptio pacti* zu.[128]

7. Zur Frage der *exceptio pacti* beim *compromissum*

22 Regelmäßig wird der Schiedsvertrag *(compromissum)*[129] durch wechselseitige Strafstipulation zwischen dem Kläger und dem Beklagten gesichert. Macht der Kläger nach Abschluss eines solchen Schiedsvertrags seine Forderung gleichwohl vor dem ordentlichen Gericht geltend, kommt es nicht zur Gewährung der *exceptio pacti* zugunsten des Beklagten; vielmehr bleibt dieser auf die Einforderung der *poena* beschränkt.[130] Voraus-

---

[125] Ulp. 4 ed. D. 2.14.10 pr.: *Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire.*

[126] Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.19: *si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem*; Paul. 4 quaest. D. 17.1.58.2: *maiore parte creditorum consentiente a praetore decretum est*; siehe auch Pap. 10 resp. D. 2.14.8: … *sequetur praetor … hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest.* Siehe hierzu *Silveira Marchi*, Concurso (1999) 129–131, 167 f.; *Finkenauer*, TR 85 (2017) 120–140. Trotz der Quellenbelege spricht sich *Guarino*, St. Scorza 446–448, 460–469, 484, gegen die Klassizität des Mehrheitsprinzips aus; zustimmend *Camacho de los Ríos*, SDHI 79 (2013) 612 f.; offengelassen bei *Ernst*, SZ 132 (2015) 20 („Frage noch sub iudice").

[127] Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.10 pr.; hierzu *Wieling*, TR 56 (1988) 285 f.; *Wieling*, SZ 106 (1989) 424; *Silveira Marchi*, Concurso (1999) 145; *Ernst*, SZ 132 (2015) 21; *Finkenauer*, TR 85 (2017) 121–128.

[128] Paul. 4 quaest. D. 17.1.58.1: *an eandem habeat exceptionem quam heres debitoris.* Der unter einer Bedingung freigelassene und zum Erben eingesetzte Sklave, der das *pactum* noch vor Bedingungseintritt schließt, erhält statt der *exceptio pacti* die *exceptio doli*, ebenso der als Erbe eingesetzte Haussohn, der das *pactum* als Gewaltunterworfener schließt und die Erbschaft dann als Emanzipierter antritt; Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.18; hierzu *Finkenauer*, TR 85 (2017) 119.

[129] Zur (umstrittenen) Rechtsnatur des *compromissum* siehe *La Pira*, St. Riccobono II 191–197 (mit weitgehenden Interpolationsannahmen); *Talamanca*, Compromissum (1958) 37–39, 66–73; *Talamanca*, Labeo 20 (1974) 86–95; *Casavola*, Labeo 5 (1959) 237–241; *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 48–59; *Schmidlin*, SZ 91 (1974) 437–439; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 34, 36 Fn. 13; *Linares Pineda*, Hom. Murga 711–714; *Kaser/Hackl*, RZ 639 Fn. 1 f.; *Humbert*, St. Talamanca IV 389–400; *Sicari*, Pena (2001) 274–276 (= *Sicari*, in: Cascione/Masi Doria, Diritto e giustizia (2002) 653–655); *Biscotti*, Pacere (2002) 234–239; *Finkenauer*, Vererblichkeit (2010) 125; *Dalla Massara*, Om. Burdese II 134 f.; *Rampazzo*, Sententiam dicere (2012) 21–44; *Lukits*, Schiedsspruch (2015) 56–58; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2020) 18–33, 182 f., jeweils mit weiteren Nachw.

[130] Ulp. 4 ed. D. 4.8.2: *Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem*; Cons.

setzung für den Verfall der Strafsumme ist freilich, dass der Kläger mit seiner Klage vor dem ordentlichen Gericht gegen den Schiedsvertrag verstößt,[131] was nicht immer der Fall ist. Insbesondere dann, wenn der Beklagte den gegen ihn ergangenen Schiedsspruch nicht erfüllt, gilt für den Kläger – anders als für den Beklagten – nicht die Beschränkung auf die Einforderung der (womöglich zu gering bemessenen)[132] *poena*: Der Kläger kann die im Schiedsspruch zuerkannte Summe nachträglich auch vor dem ordentlichen Gericht geltend machen, ohne dadurch den Schiedsspruch (und damit den Schiedsvertrag)[133] zu verletzen.[134] Diese grundsätzliche Zweigleisigkeit von Schiedsverfahren und ordentlichem Verfahren[135] ist wohl der Grund dafür, dass man

---

9.17: *Qui contra arbitri sententiam petit, sola in eum poenae actio ex compromisso competit, non etiam [con]⟨ex⟩ceptio pacti conventi.* Hierzu *Talamanca*, Compromissum (1958) 101–116; *Casavola*, Labeo 5 (1959) 241–245; *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 50 f.; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 36; *Lehne-Gstreinthaler*, in: Pfeifer/Grotkamp, Konfliktlösung (2017) 158. Relativierend *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2020) 138–141, für den Fall der zu gering bemessenen Vertragsstrafe.

[131] Ein solcher Verstoß gegen den Schiedsvertrag liegt nach Paulus entgegen der Ansicht von einigen Juristen *(quidam)* – dann vor, wenn sich der Kläger vor Beginn des Schiedsverfahrens an das ordentliche Gericht wendet; Paul. 13 ed. D. 4.8.30. Hierzu *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 68–70; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2020) 151–154; dagegen hält *Talamanca*, Compromissum (1958) 77, die Gegenansicht der *quidam* für interpoliert; einschränkend auch *Dalla Massara*, Om. Burdese II 145–148; *Dalla Massara*, Rapporti (2012) 41–44, der in fr. 30 vom Sonderfall einer „pluralità di soggetti" ausgeht. Das in fr. 30 behandelte Rechtsproblem ergibt sich daraus, dass die wechselseitige Strafstipulation ihrem Wortlaut nach regelmäßig die Einhaltung des Schiedsspruchs (und nicht das Schiedsverfahren als solches) absichert (siehe Fn. 133). Nur bisweilen enthält der Schiedsvertrag ein ausdrückliches Verbot der Klageerhebung vor dem ordentlichen Gericht (so in TH. 82 tab. 2 pag. 4 Z. 3–5). Die Klage vor dem ordentlichen Gericht nach Abschluss des Schiedverfahrens führt nur dann zum Verfall der stipulierten Strafsumme, wenn der Kläger damit gegen den Schiedsspruch *(contra sententiam arbitri)* handelt, etwa weil der *arbiter* entschieden hat, dass dem Kläger nichts geschuldet ist; Ulp. 13 ed. D. 4.8.21.1. Im Regelfall verbietet der *arbiter* dem unterlegenen Kläger die Klageerhebung vor dem ordentlichen Gericht ausdrücklich; vgl. außer D. 4.8.21.1 auch Ulp. 13 ed. D. 4.8.29; Paul. 13 ed. D. 4.8.34 pr.; Cels. 2 dig. D. 4.8.37. Siehe hierzu *Talamanca*, Compromissum (1958) 111 f. Fn. 166; *Finkenauer*, Vererblichkeit (2010) 128 f.

[132] Vgl. Paul. 13 ed. D. 4.8.32 pr.: *Non distinguemus in compromissis, minor an maior sit poena quam res de qua agitur.*

[133] Die entsprechende Klausel im Schiedsvertrag nimmt ausdrücklich Bezug auf den zu beachtenden Schiedsspruch; siehe TH. 76 tab. I pag. 1 Z. 11–13: *[… si] / [quid ad]versus ea factu⟨m⟩ erit si[ve quid] / [ita] factum non erit*; TH 82 tab. II pag. 4 Z. 5 f.: *sive / qui[d]vis adve[rsus ea] factum erit.* Vgl. zu dieser Klausel auch Ulp. 13 ed. D. 45.1.71; Ven. 1 stip. D. 45.1.137.7; I. 3.15.7. Hierzu *Talamanca*, Compromissum (1958) 10 Fn. 18; *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 63 f.; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 36 f.; *Linares Pineda*, Hom. Murga 716.

[134] Gegen den (zumindest teilweise) obsiegenden Kläger ergeht im Schiedsspruch offenbar grundsätzlich nur das Verbot *ne quid amplius petatur*; vgl. Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.3, wo es (nach zutreffender Lesung) gerade um den Fall einer versehentlich zu gering bemessenen Strafstipulation geht. Hierzu, insbesondere zur Lesung *sescenta* statt *sexaginta*, *Talamanca*, Compromissum (1958) 112 f. Fn. 166; *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 41 f.; *Schmidlin*, SZ 91 (1974) 438; *Finkenauer*, SZ 126 (2009) 325–329; *Dalla Massara*, Om. Burdese II 143, 156–160; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2020) 138–140; anders *Buigues Oliver*, Solución (1990) 198 f.

[135] Dass ein Schiedsvertrag selbst dann noch geschlossen werden kann, wenn sich das ordentliche

nach klassischem Recht (zum justinianischen Recht → Rn. 24) in einem durch wechselseitige Strafstipulation gesicherten Schiedsvertrag nicht zugleich den konkludenten Abschluss eines *pactum de non petendo* zugunsten des Beklagten sieht.[136]

23 Ob dagegen ein solcher konkludenter Abschluss eines *pactum de non petendo* regelmäßig bejaht wird, wenn die Parteien des Schiedsvertrags diesen nicht durch wechselseitige Strafstipulation, sondern durch das schlichte Stipulationsversprechen, den Schiedsspruch zu befolgen *(sententia stari)*,[137] absichern oder wenn die Strafstipulation nur zugunsten des Klägers, nicht aber zugunsten des Beklagten vorgenommen wird, lässt sich aus den Quellen nicht sicher ableiten.[138] Pomponius wirft laut Ulp. 13 ed. D. 4.8.13.1 für den Fall einer nur zugunsten des Klägers vorgenommenen Strafstipulation angesichts des im Edikt *De receptis* genannten Erfordernisses der wechselseitigen Strafstipulation *(pecunia compromissa)*[139] die Frage auf, ob ein Schiedsvertrag – gemeint ist ein solcher, der den Anforderungen des Edikts genügt – vorliegt.[140] Nur dann kann nämlich der *arbiter*, der sich gegenüber den Schiedsvertragsparteien durch *receptum* verpflichtet hat, vom Prätor zum Erlass des Schiedsspruchs gezwungen werden.[141]

Verfahren bereits in der Phase *apud iudicem* befindet, zeigt TPSulp. 34 (= TPN. 33) tab. II pag. 4 Z. 1 f.: *[… l]ite contestata quae mihi tecum / [est s]ub iudice.* Hierzu *Camodeca*, TPSulp (1999) 104–107; *Wolf*, TPN 56 f.

[136] Nach Paul. 13 ed. D. 4.8.30 (Fn. 131) führt die vor Beginn des Schiedsverfahrens vor dem ordentlichen Gericht erhobene Klage zwar dazu, dass der Kläger die Strafsumme verwirkt; es besteht aber kein Hindernis für die Durchführung des ordentlichen Prozesses: *ergo adversus eum poena committenda est lite apud iudicem suo ordine peragenda*; hierzu *Paricio*, RIDA 31 (1984) 285; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2020) 153 f.; unrichtig beziehen *Roebuck/De Loynes de Fumichon*, Roman arbitration (2004) 127, *lite … peragenda* auf „an action … before the judex for the penalty". Im Schiedsvertrag liegt demnach kein Klageverzicht aufgrund eines konkludent abgeschlossenen *pactum de non petendo*. Aus diesem Grund ist auch der im Schiedsverfahren obsiegende Beklagte nicht etwa durch die *exceptio pacti*, sondern nur durch die Strafstipulation geschützt ist. Vgl. auch *Casavola*, Labeo 5 (1959) 243 f.; *Schmidlin*, SZ 91 (1974) 439; *Humbert*, Droit et cultures 28 (1994) 61; *Dalla Massara*, Om. Burdese II 134, 155, 160.

[137] Ulp. 13 ed. D. 4.8.27.7. Hierzu *Talamanca*, Compromissum (1958) 103–107, 114 Fn. 168, 123 f.; *Casavola*, Labeo 5 (1959) 241 f.; *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 53; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 37; *Humbert*, St. Talamanca IV 397–399; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2020) 148 f., 177–182.

[138] Anders (für eine *exceptio pacti* zugunsten des Beklagten) *Talamanca*, Compromissum (1958) 126–131; *Casavola*, Labeo 5 (1959) 241 f.; *Wesener*, Iura 23 (1972) 213; *Humbert*, St. Talamanca IV 397–399, der in allen Fällen, in denen das *compromissum* nicht durch wechselseitige Strafstipulation begleitet wird, von einem dem Schiedsvertrag inhärenten „effet extinctif" ausgeht und daher die *exceptio pacti* bejaht; vgl. auch *Biscotti*, Pacere (2002) 240–242; *Dalla Massara*, Om. Burdese II 152, 155; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2020) 141–151, 154 f., 177. Umgekehrt *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 50, wonach in klassischer Zeit aus dem *compromissum* nie die *exceptio pacti* folge; ebenso *Zimmermann*, LO 527.

[139] Ulp. 13 ed. D. 4.8.3.2: *Ait praetor: ‚Qui arbitrium pecunia compromissa receperit.'*; D. 4.8.11.2; vgl. auch Paul. 13 ed. D. 4.8.32.2. Hierzu *Lenel*, EP 130 f.

[140] Ulp. 13 ed. D. 4.8.13.1: *Idem Pomponius scribit … videndum ne non sit compromissum.*

[141] Wie Ulp. 13 ed. D. 4.8.13 pr. *(non debere eum compelli sententiam dicere)* zeigt, geht es in dem Fragment um die Frage, ob der Schiedsrichter zur Entscheidung gezwungen werden kann.

Nach Ulpian ist hierfür die Sicherung des obsiegenden Beklagten durch eine Einrede, etwa durch eine aus dem Schiedsvertrag abgeleitete *exceptio pacti*,[142] nicht ausreichend.[143] Nicht entnehmen lässt sich fr. 13.1, ob und gegebenenfalls wie Pomponius die von ihm aufgeworfene Frage beantwortet hat.[144] Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass er im Wege der Auslegung des Schiedsvertrags die (von Ulpian angesprochene) *exceptio pacti* zugunsten des Beklagten befürwortet hätte. Was Ulpian betrifft, erwähnt dieser die *exceptio pacti* nur im Rahmen einer Hilfsüberlegung (Fn. 142) und zudem nur beispielhaft *(veluti)*, weshalb darin noch kein Beleg für eine allgemeine Auslegungspraxis gesehen werden kann. In dem besonderen Fall, dass beiden Parteien des Schiedsvertrags gegeneinander Forderungen zustehen, lässt es Ulpian – im Anschluss an Pomponius – für die Ausübung prätorischen Zwangs gegenüber dem *arbiter* genügen, wenn die Parteien den Schiedsvertrag *nudo pacto* schließen und durch den expliziten Abschluss eines wechselseitigen *pactum de non petendo* sicherstellen.[145] Auch daraus lässt sich für die Frage, ob der *nudo pacto* abgeschlossene Schiedsvertrag stets auch den konkludenten Abschluss eines *pactum de non petendo* beinhaltet, nichts herleiten. Gleiches gilt für die Absicherung des Schiedsvertrags, indem sich die Parteien stipulationsweise *sententia stari* versprechen: Auch hier ist – ebenso wie bei dem durch wechselseitige Strafstipulation gesicherten Schiedsvertrag[146] – ohne weiteres vorstellbar, dass der im Schiedsverfahren obsiegende Beklagte nicht durch die *exceptio pacti*, sondern nur durch die (in Ulp. 13 ed. D. 4.8.27.7 mit *incerti … actio* angesprochene) Stipula-

[142] Da Ulpian seine Antwort im Rahmen einer gutachtlichen Hilfsüberlegung *(possit dici …)* herleitet, ist der Ausdruck *veluti pacti exceptione* („beispielsweise durch Einrede kraft Vereinbarung") in Ulp. 13 ed. D. 4.8.13.1 nicht zu beanstanden, zumal auch an die *exceptio doli* gedacht werden könnte. Für die Echtheit des Ausdrucks auch *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 52; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2020) 145. Anders *La Pira*, St. Riccobono II 192 f.; *Crif*, s. v. Arbitrato, ED 2 (1958) 894; *Lukits*, Schiedsspruch (2015) 118. Zweifel an der Klassizität auch bei *Talamanca*, Compromissum (1958) 128 f. („non può essere che la normale exceptio pacti"); *Paricio*, RIDA 31 (1984) 286; *Rampazzo*, Sententiam dicere (2012) 36–38.

[143] Ulp. 13 ed. D. 4.8.13.1: *neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur. Humbert*, St. Talamanca IV 394 Fn. 10, hält diesen Schlusssatz von fr. 13.1 für eine Glosse. Vgl. aber auch Ulp. 13 ed. D. 4.8.11.4: *Item Iulianus scribit non cogendum arbitrum sententiam dicere, si alter promiserit, alter non.*

[144] Anders *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 52; *Humbert*, St. Talamanca IV 394 Fn. 10; *Biscotti*, Pacere (2002) 241 Fn. 43; *Dalla Massara*, Om. Burdese II 150, 153. Vorsichtiger *Talamanca*, Compromissum (1958) 130 f. („non è, forse, neppure da escludersi"), im Hinblick auf einen Meinungsgegensatz zwischen Ulpian und Pomponius.

[145] Ulp. 13 ed. D. 4.8.11.3. Hierzu *Talamanca*, Compromissum (1958) 122 f., 127 f.; *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 53; *Buigues Oliver*, Solución (1990) 192–194; *Humbert*, St. Talamanca IV 393 f. Fn. 9; *Rampazzo*, Sententiam dicere (2012) 45 f.

[146] Hierzu Fn. 130, 136. Dagegen sei nach *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2020) 177 f., im Fall der wechselseitigen Stipulation von *sententia stari* nur der Kläger durch die Stipulationsklage geschützt, während dem Beklagten eine Einrede zustehe. Das passt nicht zu D. 4.8.27.7, wo nur von der Stipulationsklage *(incerti … actio)* die Rede ist und nicht zwischen Kläger und Beklagtem unterschieden wird.

tionsklage geschützt ist. Die Frage, ob die klassischen Juristen im Fall eines nicht durch wechselseitige Strafstipulation gesichertern Schiedsvertrags regelhaft den Weg der ergänzenden Vertragsauslegung gehen, um zum konkludenten Abschluss eines *pactum de non petendo* zu gelangen und dem Beklagten so zur *exceptio pacti* zu verhelfen, muss daher offenbleiben.

24 Vollständige Bindungswirkung wird dem *compromissum* ohne wechselseitige Strafstipulation unter Kaiser Justinian zugewiesen, allerdings grundsätzlich nur dann, wenn die Parteien zudem den ergangenen Schiedsspruch durch *subscriptio* anerkennen.[147] Justinian gewährt nicht nur dem obsiegenden Beklagten unter Berufung auf eine „frühere Bestimmung" *(antea sancitum fuerat)*[148] eine *exceptio veluti pacti* („Einrede gleichsam kraft Vereinbarung"), sondern führt auch zugunsten des obsiegenden Klägers eine *actio in factum* ein. Mit der *exceptio veluti pacti* nimmt Justinian – unter Veränderung der Sinnrichtung[149] – offenbar Bezug auf den Ausdruck *veluti pacti exceptione* („beispielsweise durch Einrede kraft Vereinbarung") in Ulp. 13 ed. D. 4.8.13.1.[150]

VI. Aufhebung des *pactum de non petendo* und Unaufhebbarkeit der *contrario consensu* erfolgten Aufhebung eines Konsensualvertrags

25 Das *pactum de non petendo* kann durch nachfolgendes *pactum ‚ut peteret'* bzw. *‚ut petere liceret'* wieder aufgehoben werden.[151] Bei Klagen strengen Rechts[152] erfolgt die Aufhe-

[147] Iust. C. 2.55.5 pr. (a.530): *si quidem subscripserint, postquam definitio procedit, quod non displicet ambabus partibus eorum sententia*; hierzu *Talamanca*, Compromissum (1958) 141 f.; *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 51 f., 182 f., 212–214, 235 f., 247, 249, 254 f.; *Talamanca*, Labeo 20 (1974) 96 f.; *Kaser*, RP II 384 f.; *Zimmermann*, LO 528 Fn. 128; *Kaser/Hackl*, RZ 640; *Dalla Massara*, Om. Burdese II 166 f., 171; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2020) 147, 155–159.

[148] Nicht ableiten lässt sich aus *antea sancitum fuerat* in C. 2.55.5 pr., dass die dort genannte *exceptio veluti pacti* ohne weiteres bereits dem klassischen Rechtszustand entsprochen hätte; so aber *Humbert*, St. Talamanca IV 398 f.

[149] Anders *Dalla Massara*, Om. Burdese II 133, 142, 150, 153, 156, der auch im Zusammenhang mit Ulp. 13 ed. D. 4.8.13.1 – entgegen dem Wortlaut des Fragments – von der „*exceptio veluti pacti*" spricht. Ebenso *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht (2020) 142, 147, 157, wonach aus der Entscheidung Ulpians in D. 4.8.13.1 hervorgehe, dass der Beklagte eine *exceptio veluti pacti* habe, und C. 2.55.5 pr. insoweit im Einklang mit D. 4.8.13.1 stehe. Dagegen weist *Ziegler*, Schiedsgericht (1971) 183, zu Recht auf den Unterschied zwischen den Ausdrücken *veluti pacti exceptione* in D. 4.8.13.1 und *exceptionem … veluti pacti* in C. 2.55.5 pr. hin. Vgl. auch die jeweils zutreffende Übersetzung von *veluti* in der Digestenstelle mit zum Beispiel bei Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, CIC II 437, und in der Codexstelle mit „gleichsam" bei Otto/Schilling/Sintenis, CIC V 389.

[150] Hierzu Fn. 142.

[151] Paul. 3 ed. D. 2.14.27.2: *postea convenit ut peteret*; Gai. inst. 4.126: *postea convenit, ut … petere liceret*. Zur Frage der Auswirkung einer solchen Aufhebung auch zulasten des Bürgen siehe Paul. 3 ed. D. 2.14.27.2 *(eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit)* und demgegenüber Fur. 1

bung nicht *ipso iure*, sondern erfordert die Einschaltung einer gegen die *exceptio pacti* gerichteten *replicatio* in die Klagformel.[153] Die Fassung der *replicatio* lautet nach Gai. inst. 4.126: ‚*Si non postea convenit, ut mihi eam pecuniam petere liceret*'.[154] Dagegen ist die Aufhebung des *pactum de non petendo* bei den *bonae fidei iudicia* – entsprechend der Inhärenz der *exceptio pacti* – ohne weiteres aufgrund der in der Klagformel enthaltenen Klausel *ex fide bona* zu berücksichtigen.[155]

Anders als das *pactum de non petendo*, das die Klagbarkeit eines einzelnen Forde- **26**
rungsrechts hemmt, ist die Aufhebung eines Konsensualvertrags durch *contrarius consensus* (→ Rn. 16), der das Schuldverhältnis als Ganzes betrifft, nicht durch eine nachfolgende Vereinbarung wieder aufhebbar: Eine Wiederherstellung des ursprünglichen, aufgrund der Aufhebung durch *contrarius consensus* erloschenen Schuldverhältnisses ist nicht möglich; in der Aufhebung der Aufhebungsvereinbarung kann aber ein Neuabschluss des ursprünglichen Vertrags zu sehen sein.[156]

VII. Die *exceptio pacti* aufgrund eines *pactum* zugunsten oder zulasten Dritter

1. Das *pactum in favorem tertii*

Die regelhafte Unwirksamkeit des *alteri cavere* gilt nicht nur für Stipulationen (*alteri* **27**
stipulari nemo potest),[157] sondern auch für formlose *pacta*:[158] Eine Abrede zugunsten eines Dritten *(pactum in favorem tertii)* entfaltet im Grundsatz keine Wirkungen für den Dritten. Insbesondere verhilft sie ihm nicht zu einer Einrede, da diese regelmäßig nicht *per liberam personam* erworben werden kann.[159] Grundsätzlich unwirksam ist

---

ed. D. 2.14.62; hierzu *Frezza*, Garanzie I (1962) 109 f.; *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 113 f. Fn. 45; *Mannino*, Estensione (1992) 54–58; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 196 f.

[152] Hierzu Fn. 45.

[153] Paul. 3 ad ed. D. 2.14.27.2: *et ideo replicatione exceptio elidetur*; vgl. auch insoweit Paul. Sent. 1.1.2 (= Cons. 4.4): *et licet exceptionem pariat, replicatione tamen excluditur*. Hierzu *Knütel*, SZ 84 (1967) 150–152; *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 112–115; *Lambrini*, St. Nicosia IV (2007) 313; *Marini*, Contrarius consensus (2017) 148.

[154] Vgl. *Condanari-Michler*, s. v. pactum, RE 18.2 2141; *Mantovani*, Formule 101 (Nr. 178).

[155] In diesem Sinne wohl Paul. Sent. 1.1.2 (= Cons. 4.4): *In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur, …* Vgl. auch *Knütel*, SZ 84 (1967) 151 f.

[156] Paul. 3 ed. D. 2.14.27.2: *non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum*. Hierzu *Knütel*, SZ 84 (1967) 151; *Knütel*, Contrarius consensus (1968) 114 f.; *Talamanca*, St. Burdese IV 93–99; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 197.

[157] Ulp. 49 Sab. D. 45.1.38.17; siehe auch Gai. inst. 2.95, 3.103; Paul. 3 quaest. D. 45.1.126.2; Diocl./Max. C. 8.38.3 pr. (a.290).

[158] Q. Muc. sing. ὅρων D. 50.17.73.4: *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*. Hierzu und zum Folgenden siehe *Apathy*, SZ 93 (1976) 97–114.

[159] Die Regel **exceptio per liberam personam adquiri non potest* kommt zum Ausdruck in Paul. 3 ed. D. 2.14.27.1 (Fn. 168): *non sic enim illi per liberam personam adquiri*.

daher das *pactum de non petendo*, das der Bürge mit dem Gläubiger zugunsten des Schuldners (also hinsichtlich der Hauptschuld)[160] oder zugunsten eines *confideiussor* schließt, zumal der Bürge an der Verschonung dieser Personen kein Eigeninteresse[161] hat, sondern im Gegenteil an deren (möglichst vollumfänglichen)[162] Inanspruchnahme durch den Gläubiger interessiert ist.[163] Die Unwirksamkeit des *pactum in favorem tertii* wird auch der Grund dafür sein, dass der Schuldner aufgrund eines *pactum de non petendo*, das sein *procurator* für ihn schließt, nicht die *exceptio pacti*, sondern die *exceptio doli* erhält (zur Auffangfunktion der *exceptio doli* → Rn. 31).[164] Umstritten ist

---

[160] Wirksam ist das *pactum*, das der Bürge im Hinblick auf die Hauptschuld schließt, ausnahmsweise dann, wenn sich der Bürge in eigener Sache *(in rem suam)* verbürgt hat (Paul. 3 Plaut. D. 2.14.24), etwa indem er eine Bürgschaft für die Schuld seines Gewaltunterworfenen übernommen hat; vgl. *Wacke*, Index 27 (1999) 530; siehe auch *Steiner*, Solidarobligationen (2009) 57. Ein *pactum de non petendo*, das der Bürge nicht hinsichtlich der Hauptschuld, sondern im Hinblick auf die ihn selbst treffende Bürgschaftsschuld schließt, wirkt ohne weiteres zugunsten des Bürgen, freilich (schon nach dem Inhalt des *pactum*) nicht auch zugunsten des Hauptschuldners; Iul. 10 dig. D. 12.6.32.1.

[161] Zum fehlenden Regressrecht unter Fideiussionsbürgen (und zur Abgrenzung gegenüber Sponsions- und Fidepromissionsbürgen) siehe Gai. inst. 3.121–122 (hierzu *Nelson/Manthe*, Gai Inst. Kontraktsoblig. 164–177); vgl. auch I. 3.20.4.

[162] Der *confideiussor* kann nach einem Reskript Kaiser Hadrians immerhin erreichen, dass er vom Gläubiger nur in Höhe der auf ihn entfallenden Quote in Anspruch genommen wird; Gai. inst. 3.121; I. 3.20.4.

[163] Paul. 3 ed. D. 2.14.23 *(quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti)*, 25.2; Ulp. 4 ed. D. 2.14.26. Hierzu *Wacke*, SZ 90 (1973) 235 f.; *Mannino*, Estensione (1992) 34–43; *Krüger*, Drittwirkung (1993) 86 f.; *Schmieder*, Duo rei (2007) 256; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 199. Zur Gewährung der *exceptio doli*, wie sie in fr. 25.2, 26 angesprochen wird, siehe Fn. 191.

[164] Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.10.2; vgl. auch Gai. form. hyp. sing. D. 20.6.7.2 (Pfandaufhebungsvereinbarung zwischen dem *procurator* des Schuldners und dem Gläubiger). Schließt dagegen ein entsprechend ermächtigter *procurator* des Gläubigers mit dem Schuldner ein *pactum de non petendo*, steht letzterem wohl die *exceptio pacti* zu; Ulp. 4 ed. D. 2.14.10.2; D. 2.14.12 *(sive ei mandavi ut pacisceretur, sive omnium rerum mearum procurator fuit)*. Vgl. *Brutti*, StSen. 80 (1968) 317; *Wacke*, SZ 90 (1973) 228 f.; anders (für *exceptio doli*) *Maier*, FS Rabel II 216; *Watson*, Obligations 205 f.; *Klinck*, Lib. Am. Krampe 181–183; offengelassen bei *Silveira Marchi*, Concurso (1999) 152. *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 201 f., plädiert sowohl im Fall des Gläubiger- als auch des Schuldnerprokurators für ein Wahlrecht des Schuldners zwischen *exceptio pacti* und *doli*. Der *procurator in rem suam* (sowohl auf der Gläubiger- als auch auf der Schuldnerseite), der den Prozess aufgrund einer Abtretung oder Schuldübernahme auf eigene Rechnung führt, wird mit der Person des Gläubigers bzw. Schuldners gleichgesetzt, weshalb ein von ihm geschlossenes *pactum* ohne weiteres auch zugunsten des Schuldners wirkt; Paul. 3 ed. D. 2.14.13.1 *(loco domini habetur)*; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.2 (zur *exceptio pacti ‚ne pignori sit res'*); hierzu *Wacke*, SZ 90 (1973) 228 Fn. 55; *Wacke*, St. Talamanca VIII 344 Fn. 28 (hier allerdings für die *exceptio doli*); *Klinck*, Lib. Am. Krampe 183; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 202 f. Bei dem in Paul. 3 ed. D. 2.14.13 pr. angesprochenen Fall *si tantum ad actionem procurator factus sit* wird es um einen vom Gläubiger ausschließlich für die Prozessführung eingesetzten *procurator (ad litem)* gehen, der weder zur Entgegennahme von Leistungen *(nec solvi ei possit)* noch zum Abschluss eines *pactum* zulasten des Gläubigers ermächtigt ist; anders (D. 2.14.13 pr. habe ursprünglich von einem *cognitor* gehandelt) *Krüger*, Beiträge I (1892) 121 Fn. 37; *Serrao*, Procurator

unter den römischen Juristen, ob das *pactum de non petendo*, das vom Hausvater hinsichtlich einer Schuld des gewaltunterworfenen Sohnes mit dessen Gläubiger abgeschlossen wird, dem Sohn hilft.[165] Dass ein vom Erbschaftsbesitzer hinsichtlich einer Nachlassverbindlichkeit geschlossenes *pactum de non petendo* dem Erben nichts nützt,[166] ergibt sich schon aus der Auslegung des *pactum*, das der Erbschaftsbesitzer nicht *in favorem tertii* (zugunsten des wahren Erben) schließt, sondern ausschließlich für sich (und seine Erben).

Bemerkenswert ist die Flexibilität, mit der die römischen Juristen das grundsätzliche **28**
Verbot eines *pactum in favorem tertii* handhaben.[167] So sieht der Spätklassiker Paulus – im Gegensatz zu einigen anderen Juristen *(quidam)* – ein *pactum de non petendo* für wirksam an, das der Schuldner ohne Einbeziehung seiner eigenen Person zugunsten des Bürgen schließt,[168] und gelangt zum Ergebnis, dass dem Bürgen die *exceptio* (sc. *pacti*)[169] nütze. Begründet wird die Auffassung mit dem schutzwürdigen Eigeninteresse des Schuldners an dem *pactum*, der für sich selbst Vorsorge treffe *(ipsi, qui pactus sit, consuli*

(1947) 49 f.; *Gehrich*, Kognitur (1963) 16; *Brutti*, StSen. 80 (1968) 309; *Wacke*, SZ 90 (1973) 229 Fn. 49; *Wacke*, St. Talamanca VIII 343 f. Fn. 27. Zum *procurator ad litem* vgl. *Kaser/Hackl*, RZ 214 Fn. 38 f.; *Gehrich*, Kognitur (1963) 49–55.

[165] In Paul. 3 ed. D. 2.14.21.2 wird Proculus' ablehende Meinung zitiert, während Julian sich für die *exceptio doli* ausgesprochen habe. Nach Iul. 16 dig. D. 23.3.44.1 habe Marcellus die *exceptio pacti* befürwortet. Zu den Stellen siehe *Masi*, Riv. it. 10 (1959–62) 42 f.; *Wacke*, SZ 90 (1973) 244–248; *Ortega Carrillo de Albornoz*, Dotis dictio (1975) 119–123; *Rastätter*, Marcelli notae (1981) 227–233; *MacCormack*, BIDR 96/97 (1993/94) 109; *Mannino*, Labeo 40 (1994) 188–191; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 138–140. *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 628–633; *Magagna*, Patti (2002) 115, 118–120, 130–132, differenzieren nicht ausreichend zwischen dem in D. 2.14.21.2 und D. 2.14.44.1 behandelten Fall des *pactum de non petendo*, das der Hausvater hinsichtlich einer Schuld des gewaltunterworfenen Sohnes mit dessen Gläubiger abschließt, und dem vom Hausvater über eine eigene Schuld geschlossenen *pactum*, das (auch) den Sohn als zukünftigen Erben schützen soll (so etwa in Cels. 1 dig. D. 2.14.33; Pomp. 26 Sab. D. 23.4.10 [Fn. 176]; vgl. auch Paul. 3 ed. D. 2.14.17.4 [Fn. 178]; allgemein zum Abschluss eines *pactum* für den zukünftigen Erben → Rn. 29). In D. 2.14.21.2 nimmt Paulus auch auf ein *pactum ‚ne a Titio petas'* Bezug. Dieses ist nicht nur für Titius selbst nutzlos, sondern es nützt auch dem Paktierenden nichts, wenn dieser später als *defensor* für Titius prozessiert (anders, wenn auf der Schuldnerseite ein *procurator in rem suam* auftritt; hierzu Fn. 164). Ob es sich – wie es dem überlieferten Text von fr. 21.2. entspricht und auch naheliegend erscheint – bei Titius um einen gewaltfreien Dritten oder aber um den Sohn des paktierenden Vaters handelt (so *Masi*, Riv. it. 10 (1959–62) 42 Fn. 82, der im Anschluss an Cujaz die Lesung *filio* anstelle von *Titio* vorschlägt), spielt im Ergebnis keine Rolle.

[166] Paul. 3 ed. D. 2.14.17.6 *(neque nocere neque prodesse plerique putant)*. Siehe hierzu auch *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 204.

[167] *Apathy*, SZ 93 (1976) 114, sieht darin zu Recht eine Bestätigung für das „flexible und vernünftige Verhältnis der römischen Juristen zu ihren Rechtsregeln".

[168] Paul. 3 ed. D. 2.14.27.1: *si sine persona sua reus pepigerit, ne a fideiussore petatur.*

[169] Paulus nimmt mit *prodesse fideiussori exceptionem* unmittelbar auf die im vorhergehenden Satz angesprochene *exceptio (pacti)* Bezug. Vgl. *Apathy*, SZ 93 (1976) 101; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 197 f.; anders *(exceptio doli) Beseler*, Beiträge II 69; *Koschaker*, FS Hanausek 143 Fn. 1; *Wesenberg*, Verträge 67 f.

videmur).[170] Auch im Fall der aufschiebend bedingten Novation[171] mit Schuldnerwechsel, bei der sich ein Dritter gegenüber dem Gläubiger durch Stipulation verpflichtet, steht dem Altschuldner, obwohl dieser an der Novation nicht beteiligt ist, bis zum Eintritt oder Ausfall der Bedingung gegen den Gläubiger die *exceptio pacti* zu.[172] Ähnliches gilt für eine nach *ius civile* unwirksame Novation, wenn diese gleichwohl honorarrechtliche Wirkungen entfaltet[173] und damit der Sache nach ihr Ziel erreicht: Der Altschuldner kann sich in diesem Fall mittels *exceptio pacti* dauerhaft gegen eine Inanspruchnahme durch den Gläubiger wehren.[174] Angesichts eines derartigen Schutzes des Altschuldners, dem bei der Novation mit Schuldnerwechsel die Rolle eines am Rechtsgeschäft nicht beteiligten Dritten zukommt, ist durchaus vorstellbar, dass auch im Fall der Forderungsverpfändung der an der Verpfändungsabrede nicht beteiligte Drittschuldner durch eine *exceptio pacti* gegen den Verpfänder geschützt wird.[175]

29 Kein Fall des *alteri cavere* im Sinne einer unzulässigen Drittbegünstigung liegt vor, wenn der Schuldner das *pactum de non petendo* nicht nur für sich, sondern zugleich für seinen Erben[176] (oder ausschließlich für diesen)[177] schließt, zumal die Begünstigung des

---

[170] Dem Schuldner geht es hier darum, die für ihn ehrenrührige Inanspruchnahme des Bürgen (Gai. 22 ed. prov. D. 47.10.19) und die wohl infamierende Wirkung des Bürgenregresses (Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.5) zu vermeiden; vgl. *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, CIC II 239 Fn. 2; ausführlich hierzu *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 197 f. Ist der Schuldner zahlungswillig, so bedeutet, wie D. 47.10.10.19 zeigt, bereits die Mahnung des Bürgen durch den Gläubiger eine Ehrverletzung *(iniuria)* gegenüber dem Schuldner, weil der Gläubiger den Anschein erweckt, der Schuldner sei zahlungsunfähig oder -unwillig. Hierzu *Kaser*, SZ 100 (1983) 103 Fn. 91; *Kaser*, Scr. Guarino VII 3159; *Pólay*, SZ 106 (1989) 519. Zur Frage der infamierenden Wirkung des Bürgenregresses siehe *Kaser*, SZ 100 (1983) 126–131; *Nörr*, in: Nörr/Nishimura, Mandatum (1993) 19 Fn. 23, 32 Fn. 85; *Naumowicz*, Fidei bonae nomen (2011) 148 f.; *Spann*, Haftungszugriff (2004) 53 f.

[171] Siehe zur aufschiebend bedingten Novation auch bei Fn. 86.

[172] Vgl. (im Umkehrschluss) Gai. 1 ed. prov. D. 2.14.30.2; offengelassen in Gai. inst. 3.179 (Fn. 86). Zu D. 2.14.30.2 siehe *Koschaker*, FS Hanausek 129; *Wolff*, Iura 2 (1951) 241; *Bonifacio*, Novazione (1959) 112; *Apathy*, SZ 93 (1976) 106–108; *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 245–247; *Effer-Uhe*, Condicio (2008) 32 f.; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 203 f.

[173] Sogenannte „prätorische Novation"; *Apathy*, SZ 93 (1976) 113; *Voci*, BIDR 68 (1965) 188: „novazione sanzionata dal pretore".

[174] Gai. 1 ed. prov. D. 2.14.30.1; hierzu *Apathy*, SZ 93 (1976) 108–113; *Buti*, Capacità (1976) 113–115; *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 245–247.

[175] Vgl. Paul. 29 ed. D. 13.7.18 pr.: *tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur.* Die Verpfändungsabrede sei vom Prätor zu schützen, nicht nur, indem der Pfandgläubiger eine Klage gegen den Drittschuldner erhält, sondern auch, indem der Drittschuldner gegen den Verpfänder geschützt wird. Das prozessuale Mittel zum Schutz des Drittschuldners wird allerdings nicht genannt. Für eine nicht näher spezifizierte „exceptio gegen den Verpfänder" *Kreller*, SZ 62 (1942) 157 Fn. 59; anders *(denegatio actionis) Wacke*, St. Talamanca VIII 360; offengelassen von *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 205.

[176] Cels. 1 dig. D. 2.14.33 *(quippe heredi consuli concessum)*; D. 22.3.9; Pomp. 26 Sab. D. 23.4.10 *(heredi nostro cavere concessum est)*; vgl. auch Paul. 3 ed. D. 2.14.17.3 (Fn. 70); Pap. 4 resp. D. 23.4.26.4 (Fn. 177). Gleiches gilt für eine Pfandaufhebungsvereinbarung (→ Rn. 19) zugunsten des Erben des Verpfänders; Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.1. Zu den Stellen siehe *Wacke*, SZ 90

Erben ohne weiteres auch durch ein *pactum in rem* erreicht werden kann (→ Rn. 12). Dagegen nützt das *pactum ‚ne a me neve a Titio petatur'* dem Dritten Titius auch dann nichts, wenn er später zufällig den Paktierenden beerbt.[178] Die grundsätzliche Unwirksamkeit des *pactum in favorem tertii* gilt – ebenso wie die Regel *alteri stipulari nemo potest*[179] – nicht, wenn es um eine Begünstigung des Gewalthabers durch den Gewalt-

---

(1973) 245 f.; *Mannino*, Labeo 40 (1994) 214 f.; *Magagna*, Patti (2002) 107–134 (insb. im Hinblick auf fr. D. 2.14.17.3 von unzutreffenden Prämissen ausgehend; siehe Fn. 70); *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 191–194. Keine Ausnahme von der Zulässigkeit des *heredi consulere* bzw. *cavere* beinhaltet Iul. 52 dig. D. 45.1.56.1: Wenn Julian hier zu dem Ergebnis gelangt, das in der Stipulation *‚Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes?'* stillschweigend enthaltene *pactum ‚ne ab alio herede quam a Titio peteretur'* nütze den Miterben des Titius nichts, liegt das wohl daran, dass sich der Wille der Vertragsschließenden, allein Titius solle nach dem Tod des Erblassers für die Schuld aufkommen, so nicht verwirklichen lässt: Ein *pactum de non petendo* zugunsten der Miterben des Titius würde nämlich nicht zu dem gewünschten Ergebnis führen, dass Titius die Schuld in voller Höhe zu tragen hat; vielmehr würde dieser dem Gläubiger nur in Höhe seiner Erbquote haften.

[177] Die Wirkung des *pactum* zugunsten des Erben ergibt sich aus der Abrede selbst, nicht etwa aufgrund einer Übertragung der Einrede im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (so aber *Condanari-Michler*, s. v. pactum, RE 18.2 2139), weshalb die Einrede nicht notwendig bereits dem Erblasser zugestanden haben muss. Nur so ist zu erklären, dass der Erblasser die Wirkung des *pactum* auf einen von mehreren Erben beschränken kann und somit die anderen Erben in Höhe ihrer jeweiligen Erbquote haften; vgl. Cels. 1 dig. D. 2.14.33; Pomp. 26 Sab. D. 23.4.10 (hiervon zu unterscheiden ist der in Iul. 52 dig. D. 45.1.56.1 behandelte Fall; siehe Fn. 176). In Pap. 1 resp. D. 2.14.40.3, wo durch das *pactum* allein der Erbe begünstigt werden soll, befürwortet Papinian wohl nur deshalb nicht die *exceptio pacti*, sondern die *exceptio doli*, weil letztere im Hinblick auf den konkreten Fall (in dem, anders als gedacht, nicht der im *pactum* Benannte, sondern andere Personen erbten) die sichererere Variante darstellt (siehe auch bei Fn. 192); vgl. *Krüger*, Beiträge I (1892) 103, 105 f.; *Pringsheim*, SZ 78 (1961) 40 f.; *Wacke*, SZ 90 (1973) 241; *Mannino*, Labeo 40 (1994) 195 f.; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 192 f. In Pap. 4 resp. D. 23.4.26.4 spricht der Gesamtzusammenhang dafür, dass es sich bei der allein dem Erben zustehenden Einrede um die *exceptio pacti* handelt; vgl. *Simon*, SZ 87 (1970) 388 f., dort auch zur Einordnung als *exceptio doli* durch Steph./Cyrill. Schol. Δόλου νόησον παραγραφήν zu Basil. 29.5.24 (Heimb. III 474; Schelt. B.V 2125,); für letztere *Voci*, DER I 210 Fn. 18; *Magagna*, Patti (2002) 222 Fn. 115; *Finazzi*, St. Metro II 427 Fn. 15; offengelassen bei *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 193. Nach *Krüger*, Beiträge I (1892) 108, soll der Erblasser nur dann zugunsten des Erben paktieren können, wenn er zugleich für sich selbst paktiert; zustimmend noch *Hohlweck*, Nebenabreden (1996) 34 f.

[178] Paul. 3 ed. D. 2.14.17.4. Ebenso wie beim *pactum ‚ne a me neve a Titio petatur'* zielt offenbar auch das laut fr. 17.4 von Julian behandelte *pactum ‚ne a se neve a filia peteretur'* nicht bzw. jedenfalls nicht ausschließlich auf die Stellung der Tochter als zukünftige Erbin des Paktierenden ab. Zu Lebzeiten des Vaters ist das *pactum de non petendo* zugunsten der Tochter freilich unwirksam, da gegen diese (anders als gegen einen Haussohn) ohnehin nicht geklagt werden kann. Julian muss hier – anders als beim *pactum ‚ne a se neve a filio'* (Paul. 3 ed. D. 2.14.21.2, Fn. 165) – daher auch nicht die *exceptio doli* bemühen. Allein die Möglichkeit, dass die Tochter später den Paktierenden beerbt, führt ebenso wie beim *pactum ‚ne a me neve a Titio petatur'* nicht zu dessen Wirksamkeit; vgl. *Wacke*, SZ 90 (1973) 246. Dagegen meint *Mannino*, Labeo 40 (1994) 181 f., es gehe in D. 2.14.17.4 um eine gewaltfreie Tochter, was aber nicht erklären würde, warum Julian gerade auf eine *filia* (und nicht auf einen *filius*) abstellt, und zudem im Vergleich zum zuvor behandelten Fall des *pactum ‚ne a me neve a*

unterworfenen geht.[180] Ein vom Sklaven oder Hauskind mit dem Gläubiger geschlossenes *pactum ‚ne a patre dominove petatur'* ist daher wirksam, und zwar sowohl im Hinblick auf Eigenschulden des Herrn oder Hausvaters als auch auf dessen adjektizische Haftung.[181] Unwirksam ist jedoch ein *pactum in personam*, das der Erbschaftssklave vor der *aditio* des Erben zu dessen Gunsten schließt, weil er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht in dessen Gewalt steht.[182]

2. Das *pactum* zulasten Dritter

30 Höchst ausnahmsweise kann ein *pactum* auch zulasten Dritter wirken. Um den besonderen Schutz des gutgläubigen Schuldners geht es in Pap. 2 quaest. D. 2.15.17:[183] Durch den Vergleich, den der Erbschaftsverkäufer nach Übertragung der Erbschaftsklagen mit dem Nachlassschuldner schließt, der vom Verkauf der Erbschaft nichts weiß, erhält letzterer im Hinblick auf seine Gutgläubigkeit *(propter ignorantiam suam)* auch gegenüber dem Erbschaftskäufer die *exceptio transacti negotii* (→ Rn. 17);[184] das Gleiche gilt, wenn sich der Erbe nach Herausgabe der Erbschaft an den Fideikommissar mit dem unwissenden Nachlassschuldner vergleicht. Das *pactum ut minus solvatur*, das aufgrund prätorischen Dekrets Allgemeinverbindlichkeit erlangt hat, wirkt auch zulasten der Gläubiger, die in der Gläubigerversammlung überstimmt worden sind oder

---

Titio petatur' keinerlei neuen Gesichtspunkt brächte. Von unzutreffenden Prämissen ausgehend *Magagna*, Patti (2002) 116–118 (siehe auch Fn. 70, 176).

[179] Zum Rechtserwerb durch *stipulatio servi* bzw. *filii* vgl. nur Gai. inst. 2.87; Ulp. reg. 19.18 f.; sowie den Digestentitel *De stipulatione servorum* (D. 45.3).

[180] Paul. 3 reg. D. 2.14.59: *Per quos adquiri nobis stipulatione potest, per eosdem etiam pactis conventis meliorem condicionem nostram fieri posse placet.* Vgl. auch Pomp. 15 Sab. D. 23.4.7: *proderit* (sc. *pactum*) et patri, quoniam per filiam patri adquiri potest; hierzu *Magagna*, Patti (2002) 186–215, insb. 202 Fn. 80.

[181] Paul. 3 ed. D. 2.14.17.7, 19 pr.; Gai 1 ed. prov. D. 2.14.18. Dagegen ist ein vom Sklaven geschlossenes *pactum ‚ne a se peteretur'* unwirksam und führt allenfalls zu einer *exceptio doli*; Paul. 3 ed. D. 2.14.21.1. Zu den Stellen *Wacke*, SZ 90 (1973) 240 f., 245; *Mannino*, Labeo 40 (1994) 183, 186; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 200 f.

[182] Paul. 3 ed. D. 2.14.27.10 (anders im Hinblick auf ein *pactum in rem*; Fn. 72); hierzu *Mannino*, Labeo 40 (1994) 183 f.; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 200 f.

[183] Hierzu *Krüger*, Drittwirkung (1993) 98–113; *Wacke*, St. Talamanca VIII 351–355; *Klinck*, Lib. Am. Krampe 183 f.; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 214–216; kritisch noch *Sturm*, SZ 113 (1996) 554 Fn. 28 f.

[184] Wenn umgekehrt der Erbschaftskäufer mit dem Nachlassschuldner ein *pactum* schließt und daraufhin der Erbschaftsverkäufer klagt, wird in Ulp. 4 ed. D. 2.14.16 pr. die *exceptio doli* befürwortet. Hierzu *Wacke*, St. Talamanca VIII 342–347; *Klinck*, Lib. Am. Krampe 183; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 194 f. Der *exceptio doli* kommt in fr. 16 pr. wohl insofern eine Auffangfunktion zu, als der Erbschaftskäufer hier nicht als *procurator in rem suam* (hierzu Fn. 164) hinsichtlich eines fremden Rechts (nämlich des Anspruchs des Erbschaftsverkäufers gegen den Nachlassschuldner) paktiert, sondern das *pactum* im Hinblick auf sein eigenes Recht *(utiles actiones)* schließt. Zum Verhältnis von *exceptio pacti* und *exceptio doli* → Rn. 31.

nicht an ihr teilgenommen haben.[185] Gewaltunterworfene mit *libera administratio peculii* können ein *pactum in rem* über Pekuliarforderungen zulasten ihres Gewalthabers schließen, jedoch nicht schenkweise.[186]

VIII. Konkurrenzen

1. Das Verhältnis von *exceptio pacti* und *exceptio doli*

Die Arglisteinrede *(exceptio doli)* und die *exceptio pacti* stehen nicht in einem Aus- **31**
schließlichkeitsverhältnis, sondern ergänzen einander und können grundsätzlich frei miteinander konkurrieren,[187] weshalb die beiden Einreden dem Beklagten in den Quellen des Öfteren zur Wahl gestellt werden.[188] Das liegt daran, dass im Verstoß gegen ein *pactum* regelmäßig auch ein widersprüchliches Verhalten im Sinne eines *venire contra factum proprium* zu sehen ist und somit die Voraussetzungen für *dolus* gegeben sind.[189] Auch dann, wenn ein *pactum*, etwa weil es *in favorem tertii* abgeschlossen ist (→ Rn. 27), keine Wirkungen entfaltet, kann die Missachtung des Vereinbarten gleichwohl ein doloses Verhalten darstellen, weshalb der *exceptio doli* insoweit eine Auffangfunktion[190] zukommt.[191] Gerade in Zweifelsfällen ist die *exceptio doli* gegenüber der

[185] Hierzu bei Fn. 126 f.

[186] Gai. 1 ed. prov. D. 2.14.28.2; vgl. auch Marcian. form. hyp. sing. D. 20.6.8.5. Hierzu *Buti*, Capacità (1976) 123–125; *Mannino*, Labeo 40 (1994) 191 f.; *Wacke*, Symp. Wieling 302–304; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 201.

[187] Ulp. 4 ed. D. 2.14.10.2: *Plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis.* Mit *subsidium esse* ist keine Subsidiarität im technischen Sinn gemeint. Die *exceptio doli* muss daher nicht etwa gegenüber der *exceptio pacti* zurücktreten, wie das hingegen bei der *actio de dolo* der Fall ist, die nur *si de his rebus alia actio non erit* (Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.1) erteilt wird. Vielmehr wird mit *subsidium* in D. 2.14.10.2 darauf hingewiesen, dass der *exceptio doli* aufgrund ihres weiten Anwendungsbereichs eine unterstützende Funktion zukommt. Siehe hierzu ausführlich *Wacke*, SZ 90 (1973) 227–249; zustimmend *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 206 f. Von „Subsidiarität" sprechen dagegen *Karlowa*, RRG II 1080; *Frezza*, Garanzie I (1962) 114; *Mecke*, SDHI 28 (1962) 140; *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 173, II 627 f., 648, 657 (vorsichtiger noch in StSen. 80 [1968] 306: „principio della fungibilità o della sussidiarietà dell'exceptio doli"); *Knütel*, SZ 84 (1967) 155 f.; *Benöhr*, SZ 87 (1970) 138; *Freixas*, AHDE 49 (1979) 649 Fn. 13; *Freixas*, RIDA 27 (1980) 167; *Rastätter*, Marcelli notae (1981) 231 f.; *Silveira Marchi*, Concurso (1999) 149 f.

[188] Gai. 3.179 (Fn. 86); Paul. 3 ed. D. 2.14.27.5 (Fn. 88); 74 ed. D. 44.7.44.1 f. (Fn. 107); Pap. 7 quaest. D. 8.1.4 pr.; Scaev. 1 resp. D. 22.1.13 pr.; Iul. 60 dig. D. 39.6.18.2 (Fn. 82); Ulp. 76 ed. D. 44.4.2.4 (Fn. 189); Ulp. 2 reg. D. 46.4.19 pr. (Fn. 81); Carac. C. 2.3.5 (a.213; Fn. 88).

[189] Ulp. 76 ed. D. 44.4.2.4: *dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest*; vgl. auch zur *transactio* Ulp. 43 Sab. D. 12.6.23.3: *dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit.* Hierzu *Knütel*, SZ 84 (1967) 154 f.; *Wacke*, SZ 90 (1973) 229, 231 f.; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 710–712; *Talamanca*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 193.

[190] *Wacke*, SZ 90 (1973) 231, 234, 248, spricht (gleichbedeutend) von „Aushilfsfunktion"; ebenso *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 206.

[191] Ulp. 4 ed. D. 2.14.10.2: *quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione*

exceptio pacti die sicherere Variante, weil sie nicht notwendig ein wirksames *pactum* voraussetzt und dem Privatrichter daher einen weiteren Spielraum bietet.[192] Zur Verwirklichung des Parteiwillens, der einem förmlichen Rechtsgeschäft wie der Stipulation oder der Servitutenbestellung zugrundeliegt, hat vielleicht erstmals Julian[193] die *exceptio pacti* (anstatt der zuvor befürworteten *exceptio doli*) nutzbar gemacht.[194]

2. Das Verhältnis von *exceptio pacti* und *stipulatio poenae*

32 Wird zusätzlich zum Abschluss des *pactum de non petendo* vom Gläubiger für den Fall, dass er entgegen dem *pactum* klagen sollte, dem Schuldner die Zahlung einer Vertragsstrafe *(poena)* durch *stipulatio* versprochen, hat der Schuldner im Fall des Zuwiderhandelns des Gläubigers grundsätzlich die Wahl zwischen *exceptio pacti* und Einforderung der Strafsumme.[195] Bisweilen kann es auch zu einer kumulativen Anwendung

---

usuros et Iulianus scribit et alii plerique consentiunt. Beispielsweise ist das von einem Bürgen zugunsten des Schuldners oder eines *confideiussor* abgeschlossene *pactum* unwirksam, verhilft dem Schuldner aber nach Julian (Paul. 3 ed. D. 2.14.25.2) doch meistens *(plerumque)* zu einer *exceptio doli*. Nach Ulp. 4 ed. D. 2.14.26 gilt das für den Schuldner und den *confideiussor*, wenn eine Entlastung auch dieser Personen gewollt ist *(si hoc actum sit)*. Weitere Belege für die Auffangfunktion der *exceptio doli*: Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.18; D. 2.14.10.2 (Fn. 164); D. 2.14.16 pr. (Fn. 184); Paul. 3 ed. D. 2.14.21.1 f.; Pap. 1 resp. D. 2.14.40.3; Gai. form. hyp. sing. D. 20.6.7.2 (Fn. 164). Zu den Stellen siehe *Wacke*, SZ 90 (1973) 229 f., 234–249; *MacCormack*, BIDR 96/97 (1993/94) 109; *Knütel*, SZ 111 (1994) 442 f.; *Silveira Marchi*, Concurso (1999) 95–106; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 141–145; *Schmieder*, Duo rei (2007) 243; *Klinck*, Lib. Am. Krampe 181–183; *Finkenauer*, SZ 135 (2018) 192 f., 194 f., 199, 201 f.

[192] Vgl. *Wacke*, SZ 90 (1973) 232 f.; *Krüger*, Beiträge I (1892) 103. Siehe als Beispiele Pap. 1 resp. D. 2.14.40.3 (Fn. 177); Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.8. Zu D. 2.14.4.8 vgl. *Krüger*, Beiträge I (1892) 101 f.; *Wesener*, SZ 112 (1995) 117 f.

[193] Iul. 52 dig. D. 45.1.56.4 (Fn. 107 f.) zur auflösend befristeten Stipulation *‚decem, quoad vivam, dari spondes?‘* sowie zur auflösend befristeten Bestellung einer Grunddienstbarkeit *ut quoad viveret, ius eundi haberet*.

[194] *Giuffrè*, Conversione (1965) 339; *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 240 f.; *Talamanca*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 179 f., 186–193; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 125. In Pap. 7 quaest. D. 8.1.4 pr. (Fn. 108) wird für den Fall der aufschiebend oder auflösend bedingten bzw. befristeten Servitutenbestellung neben der *exceptio doli* auch die *exceptio pacti* befürwortet, wobei die Stelle mit *idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere* schließt. Daraus lässt sich nicht zwingend ableiten, dass sich bereits Sabinus und Cassius gerade auch für die Lösungsvariante der *exceptio pacti* ausgesprochen hätten, zumal in Iav. 10 Cass. D. 8.3.13 pr. (Fn. 108) nur die *exceptio doli* genannt wird. Vgl. *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 680 f.; *Talamanca*, in: Kupiszewski/Wołodkiewicz, Droit romain (1978) 241; *Talamanca*, in: Bellocci, Teorie contrattualistiche (1991) 178 f., 186 f.; *MacCormack*, SDHI 52 (1986) 254 Fn. 50; *Mannino*, Usus iuris (2001) 89.

[195] Ulp. 4 ed. D. 2.14.10.1; Paul. 35 ed. D. 23.4.12.2 *(vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem)*. Hierzu *Talamanca*, Compromissum (1958) 51 f.; *Kaser*, RP I 520 Fn. 16; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 318; *Sturm*, Ess. Beinart III 101 f. (= Ausg. Schr. I 357 f.); *Silveira Marchi*, Concurso (1999) 147–149. Für die grundsätzliche Alternativität von Vertragsstrafe und *exceptio pacti* sprechen wohl auch Ps.-Paul. 1 sent. D. 2.15.15 (= Paul. sent. 1.1.3) und Grat./Valentin./Theodos. C. 2.4.40 =

von Vertragsstrafe und *exceptio pacti* kommen, insbesondere wenn die Parteien eine entsprechende Kumulationsvereinbarung getroffen haben.[196] Besonderes gilt für den durch wechselseitige Strafstipulation gesicherten Schiedsvertrag *(compromissum)*, vgl. → Rn. 22.

Cod. Theod. 2.9.2 (a.381), wobei der Ausdruck *rescisso … pacto* in D. 2.15.15.5 gleichbedeutend mit *denegandam ei exceptionem* in Paul. 35 ed. D. 23.4.12.2 zu sein scheint; vgl. zu den Stellen *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 294–300; anders *Sturm*, Ess. Beinart III 97–99, 103–105 (= Ausg. Schr. I 359–361); zu C. 2.4.40 = Cod. Theod. 2.9.2 siehe bereits *Sturm*, Stipulatio (1972) 229–237.

[196] Her. 1 iur. epit. D. 2.15.16: *transactio* mit Strafstipulation *rato manente pacto*; Diocl./Max. C. 2.4.17 (a.293): Rückgewährstipulation *manente transactionis placito*; vgl. auch die Doppelstipulation in Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.6. Hierzu *Talamanca*, Compromissum (1958) 52 Fn. 36; *Kaser*, RP I 520 Fn. 14; *Knütel*, Stipulatio poenae (1976) 312–319. Anders *Sturm*, Ess. Beinart III 102 f. (= Ausg. Schr. I 358 f., siehe auch 99–101 (= Ausg. Schr. I 355–357), der strikt zwischen *pactum de non petendo* und *transactio* unterscheidet und nur bei letzterer aufgrund der Verletzung der Friedenspflicht die in der Kumulation von Vertragsstrafe und *exceptio pacti* liegende Doppelsanktion für angemessen hält.

§ 108 Arglisteinrede (*exceptio doli*)

Tommaso dalla Massara

Burdese, Exceptio doli (dir. romano), in: NNDI VI, 1960, 1072–1074; *Luzzatto*, Dolo (dir. romano), in: ED XIII, 1964, 712–716; *Carcaterra*, Intorno ai „bonae fidei iudicia", 1964; *Brutti*, La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana I – II, 1973; *Schermaier*, „Bona fides" in Roman Contract law, in: Good Faith in European Contract Law, 2000, 63–92; *Talamanca*, La „bona fides" nei giuristi romani: „Leerformeln" e valori dell'ordinamento, in: Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese IV, 2003, 1–313; *Corbino*, Eccezione di dolo generale: suoi precedenti, in: L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, 2006, 17–48; *Fiori*, Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini, in: L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, 2006, 49–90; *Burdese*, L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone, in: L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, 2006, 91–122; *Kupisch*, „Exceptio doli generalis" und „iudicium bonae fidei". Zur Frage der Inhärenz bei Verträgen nach Treu und Glauben, in: L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, 2006, 203–232; *Cannata*, „Exceptio doli generalis" e diritti reali, in: L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, 2006, 233–272; *Burdese*, L'eccezione di dolo generale in rapporto alle altre eccezioni, in: L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, 2006, 441–488.

Inhalt Rn.

I. Die Erforderlichkeit einer Arglisteinrede 1
1. Die Arglisteinrede in den Texten Ciceros 6
2. Die historischen Vorgänger der Arglisteinrede 10
II. Die Arglisteinrede als prätorisches Rechtsmittel 16
1. Die doppelte Formulierung der Arglisteinrede 22
2. *Exceptio doli specialis seu praeteriti* 34
3. *Exceptio doli generalis seu praesentis* 40
III. Der weit gefasste Arglistbegriff 50
1. Die Inhärenz der Arglisteinrede in den Klagen nach Treu und Glauben 56
2. Der deliktische Arglistbegriff 62

I. Die Erforderlichkeit einer Arglisteinrede

Im Bereich des Formularprozesses ist die Arglisteinrede (*exceptio doli*) ein Verteidigungsmittel, das dem Beklagten zur Verfügung steht und aufgrund dessen verschiedene Verhaltensweisen, welche in Widerspruch zu den Geboten von Treu und Glauben und der Redlichkeit im Geschäftsverkehr stehen, bedeutsam werden können. 1

Dieselben Gebote von Treu und Glauben und der Redlichkeit, welche die Grundlage für die Arglisteinrede bilden, liegen auch der Einführung der Klage wegen Arglist zugrunde, die bereits behandelt wurde.[1] (→ § 94). 2

Vor Einführung des Formularprozesses konnte der Beklagte im Prozess der *legis actiones*, um sich der Verurteilung zu entziehen, auf eine *denegatio actionis* von Seiten des Prätors vertrauen, oder auf dessen tiefgreifende Entscheidung, eine Klage desjenigen gar nicht erst zuzulassen, der einen offensichtlich unbegründeten oder unbilligen Anspruch geltend machte.[2] Zweifelhaft hingegen ist, ob im Legisaktionenverfahren (→ § 9) ein der Arglisteinrede vergleichbares Instrument zur Verfügung stand. Im Unterschied zur *denegatio actionis* findet die Arglisteinrede in einem Verhalten, das prozessual festgestellt und als Arglist eingeordnet werden muss, ihre Grundlage. Auf dieses Verhalten wird im Urteil gerade mittels der Einrede geschlossen, welche – wie noch näher zu betrachten ist – im Ausschlussverhältnis zur Begründetheit der *intentio* steht. 3

Die Arglisteinrede führt hinsichtlich dessen, was schon in der *intentio* enthalten ist, zu einer Ausweitung der Feststellung auf verschiedene Umstände, welche im Widerspruch zu Treu und Glauben und dem redlichen Verhalten stehen und welche alle einer Verurteilung hinderlich sind. Daher fordert der Freispruch in Folge der Stattgabe der Einrede – wie es die Regel ist, wenn der Prozess zur *litis contestatio* kommt – den Klageverbrauch. 4

Im Unterschied zur *denegatio actionis*, mit der der Prätor von Anfang an die Möglichkeit einer Feststellung ablehnt, eröffnet die Arglisteinrede den Raum für eine Feststellung der Hinderungsgründe der Verurteilung: Auf diese Weise erhält der Beklagte, der den Freispruch auf Grundlage der Stattgabe der Einrede erlangt hat, Rechtssicherheit hinsichtlich jedes künftigen Anspruchs seitens des Klägers auf denselben Gegenstand aufgrund des *ne bis in idem*-Prinzips (→ § 12 Rn. 17). 5

1. Die Arglisteinrede in den Texten Ciceros

Die Problematik des Zeitpunkts der Einführung der Arglisteinrede durch den Prätor per Edikt ist in Zusammenhang mit jener des Ursprungs der *actio de dolo* zu sehen. Zu der Zeit, in der Cicero die bereits im Zusammenhang mit der Arglistklage erwähnten 6

[1] Ulp. 76 ed. D. 44.4.2 pr.: *Palam est autem hanc exceptionem ex eadem causa propositam, ex qua causa proposita est de dolo malo actio.*

[2] *Colacino*, NNDI 5 (1960) 453 f.; *Metro*, Denegatio actionis (1972); *Ankum*, SZ 102 (1985) 453–469; *Metro*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 387–412; *Sciortino*, AUPA 55 (2012) 659–704.

Abhandlungen *de officiis*[3] und *de natura deorum*[4] verfasste, war die Arglisteinrede sicherlich bekannt. Es erscheint wahrscheinlich (→ § 94 Rn. 9), dass sowohl die Klage als auch die Einrede aufgrund eines Edikts vor dem Jahre 66 v. Chr., dem Jahr, in dem Aquilius Gallus das Amt des Prätors bekleidete, vorhanden waren. Daher ist die Pluralformulierung *formulae de dolo malo*, die Cicero *in de officiis* gebraucht, sehr wahrscheinlich so zu verstehen, dass sie über die *actio* hinaus auch die *exceptio doli* erfasst.

7 Die herrschende Meinung in der Literatur nimmt an, dass die Arglisteinrede vor der Einführung der Klage wegen Arglist bereits existierte.[5] Dennoch ist es wahrscheinlich, dass die Formeln der Einrede und der Klage durch Edikt mit kurzem Zeitabstand eingeführt wurden.

8 Die Zeugnisse Ciceros sind nicht nur hinsichtlich des Problems der zeitlichen Einordnung der Einrede relevant. Cicero hebt in *de officiis* auch die generelle Fähigkeit des römischen Rechts hervor, sich fortlaufend dem Bedürfnis nach Gerechtigkeit anzupassen, indem es ein machtvolles Instrument gegen die Arglist einführt, das zur Disposition des Prätors steht;[6] noch weitergehend unterstreicht er, dass die Grundlage der Gerechtigkeit in der *fides* zu sehen ist.[7]

9 Die Bezugnahme auf die *fides* innerhalb eines philosophisch-moralischen Werkes wie *de officiis* erscheint besonders bedeutsam für das Verständnis der Notwendigkeit der Einführung der Arglisteinrede: Die Arglist steht in der genauen Gegenposition (und damit im Ausschlussverhältnis) zur *fides*, und in besonderer Weise der *bona fides*.[8]

2. Die historischen Vorgänger der Arglisteinrede

10 Entgegen relativ gefestigter Auffassung[9] wurde die Idee vorgebracht, dass die Arglisteinrede einen funktionellen Vorgänger schon im Verfahren *per legis actiones* habe.[10] Wenn dies so wäre, wäre die Verteidigungsmöglichkeit des Beklagten nicht allein auf die *denegatio actionis* gestützt worden.

11 So hat man auf Grundlage einiger Quellen[11] angenommen, dass der Beklagte schon geraume Zeit vor der Einführung der *formulae de dolo malo* durch Aquilius Gallus wegen der Bedeutung der Arglist – auch wenn diese nicht als *exceptio* formalisiert war – auf Grundlage freier richterlicher Würdigung im Urteil freigesprochen werden konnte. Wenn dies so wäre, hätte es sich trotzdem um einen Rechtsbehelf mit eingeschränkter

[3] Vgl. Cic. off. 3.14.60.
[4] Vgl. Cic. nat. deor. 3.30.74.
[5] *Burdese*, NNDI 6 (1960) 1073 f.
[6] Vgl. Cic. off. 1,10,32.
[7] Vgl. Cic. off. 1.7.23.
[8] Vgl. Cic. off. 1.10.31. Zur Bedeutung der Kategorien der *fides* oder *bona fides* siehe *Talamanca*, BIDR 80 (1977) 257–261; *Talamanca*, Atti Burdese IV 1–312.
[9] *Kaser/Hackl*, RZ 54 bes. Fn. 13 f.
[10] *Corbino*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 17–48.
[11] Plaut. Rud. 1375–1382.

Wirkung gehandelt, zumindest so lange, bis das Urteil über den Vorrang zwischen der Wirksamkeit der dem Anspruch zugrundeliegenden geschäftlichen Ausgestaltungen und der Bedeutung der Verletzung der Institute des objektiven Gebots von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs einer freien Würdigung des Privatrichters anheimgestellt wurde.[12]

12 Ebenfalls im Hinblick auf die Periode vor Einführung der *de dolo*-Formeln ist eine andere recht umstrittene Frage in Erinnerung zu rufen: Ob bereits vor Einführung der *formulae de dolo* ein historischer Vorgänger des Begriffs *dolus* in einer Einrede aus dem Provinzialedikt von Q. Mucius Scaevola für die Provinz Asien (94 v. Chr.) verwendet wurde, ist strittig.[13]

13 In einem Antwortschreiben, welches Cicero (Statthalter Kilikiens in der Eigenschaft als Prokonsul[14]) an seinen Freund Atticus 50 v. Chr. schreibt,[15] drückt Cicero seine Ansicht bezüglich dieser Einrede gegenüber einem anderen Edikt, nämlich dem, das vom Prokonsul Syriens, Calpurnius Bibulus, erlassen wurde, aus. Cicero zieht letzterer die Einrede des Q. Mucius Scaevola vor. Der Inhalt dieser Einrede wurde nach allgemeiner Auffassung von Cicero im Edikt für Kilikien im Jahre 51 v. Chr. wiederaufgegriffen.[16]

14 Die Formulierung Ciceros, welche für die Einrede des Q. Mucius Scaevola von direktem Interesse ist, lautet: *extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona* – „Es sei denn, das Geschäft wurde derart abgeschlossen, dass daran nicht festgehalten werden darf nach guter Treue." Tatsächlich ist es plausibel, davon auszugehen, dass auf diese Weise ein Verteidigungsmittel ins Leben gerufen wurde, das die Formen einer *praescriptio pro reo* annimmt.

15 Angesichts dieser Probleme sind freilich alle Rekonstruktionen weitgehend Vermutungen: Wenn es auch einleuchtend erscheint, dass zwischen der Einrede des Q. Mucius und der Arglisteinrede im Edikt eine allgemeine Linie der Kontinuität besteht,[17] wurde doch von Teilen der Literatur angenommen, dass die Einrede des Q. Mucius sogar einschneidender als die ihr nachfolgende Arglisteinrede sei;[18] kürzlich gab es auch einen Ansatz, der die Einrede des Q. Mucius in Zusammenhang zu den

[12] Wie *Talamanca*, Istituzioni (1990) 325–330, betont.

[13] *Watson*, Obligations (1965) 263; *Schermaier*, in: Zimmermann/Whittaker, Good Faith (2000) 87; zuletzt *Fiori*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 49–90.

[14] Cic. Att. 6.1.15.

[15] Vgl. *Burdese*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 104 f.

[16] *Fiori*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 54–65; vgl. außerdem *Cardilli*, Bona fides (2010) 19–29.

[17] Vgl. *Burdese*, NNDI 6 (1960) 1073; *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 170 bes. Fn. 85. Zuletzt *Burdese*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 109.

[18] Vgl. *Carcaterra*, Bonae fidei iudicia (1964) 64–70: Q. Mucius Scaevola schlage in seinem Edikt vor „*un modello che riconosce alla buona fede maggiore forza precettiva e invasiva nella gestione dell'agire negoziale rispetto alla successiva espansione del modello che Aquilio Gallo (auditor Mucii) proporrà con le formulae de dolo*".

Klagen nach Treu und Glauben brachte, und davon ausging, dass dort jene Einrede notwendig gewesen sei, bevor sich das Prinzip der Inhärenz der Arglisteinrede durchsetzte, von dem im Folgenden die Rede sein wird.[19]

II. Die Arglisteinrede als prätorisches Rechtsmittel

16 Die Arglisteinrede stellt einen Rechtsbehelf dar, der zur Disposition des Prätors steht und somit zum System des *ius honorarium* gehört; dieses zeigt den ihm eigenen Nutzen hinsichtlich möglicher Fehlentwicklungen des Systems des Zivilrechts.

17 Der Prätor erlaubt es dem Beklagten, dem Anspruch dessen Einhalt zu gebieten, der, obwohl er sich innerhalb der Grenzen des *ius civile* bewegt, letztlich ein Verhalten an den Tag gelegt hat, welches im Widerspruch zu den Instituten von Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr steht.

18 Die Grundlage für die Arglisteinrede stellt das Bedürfnis nach der (*naturalis*) *aequitas* dar,[20] das noch in den Institutionen Justinians seinen Ausdruck findet.[21] Diese Billigkeitsgrundlage bleibt auch nach der Überwindung des klassischen Formelsystems bestehen: Noch in den Institutionen Justinians wird das Bedürfnis nach Billigkeit deutlich, welche den Einreden allgemein und im Besonderen der *exceptio doli* zugrunde liegt. Da mittels der Zulassung der Einrede Situationen anerkannt werden, die für das Zivilrecht keine Bedeutung haben oder sogar zu ihm im Widerspruch stehen, stellt das Eingreifen des Prätors vor allem eine Korrekturfunktion im Zivilrechtssystem dar. Die Arglisteinrede konkretisiert also innerhalb der Formel die allgemeine Dialektik in der Ordnung zwischen dem Zivilrecht und dem Recht des Prätors.

19 Von den möglichen Funktionen des *ius honorarium* – *adiuvandi, corrigendi, supplendi iuris civilis gratia* – ist sicherlich die korrigierende Funktion jene, die das Ziel der Arglisteinrede am besten zum Ausdruck bringt.[22] Bei der Entscheidung des Richters können damit Situationen berücksichtigt werden, welche zivilrechtlich nicht relevant sind.[23]

20 Da es sich um eine dauernde (oder, im Gegensatz zu der Kategorie der dilatorischen Einreden, eine sogenannte peremptorische) Einrede handelt,[24] kann diese zu jedem Zeitpunkt dem Anspruch des Klägers entgegengesetzt werden.

21 Schließlich kann der Einrede (nicht jedoch der Einrede wegen Arglist) möglicherweise auch eine Verteidigung entgegengehalten werden, welche *replicatio* genannt wird.[25]

---

[19] *Fiori*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 85–87.

[20] Paul. 71 ed. D. 44.4.1.1; Pap. 3 quaest. D. 44.4.12. Vgl. *Labruna*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 123–138.

[21] Inst. 4.13 pr.–1.

[22] Pap. 2 def. D. 1.1.7.1.

[23] *Talamanca*, Istituzioni (1990) 236–240.

[24] Vgl. Paul. 71 ed. D. 44.4.5.6.

1. Die doppelte Formulierung der Arglisteinrede

Zu untersuchen ist nun die Formulierung der *exceptio doli* im Edikt, die sich den Institutionen des Gaius entnehmen lässt. **22**

Es stellt sich heraus, dass die Formulierung innerhalb der Klausel zwei Alternativen erfasst. Die erste lautete: *si nihil in ea re dolo malo A. Agerii factum sit*, „wenn nichts in dieser Sache mit Arglist des A. Agerius geschehen ist"; die zweite lautete … *neque fiat*, „und nicht (etwas darin mit Arglist) geschieht".[26] **23**

Hierauf nimmt die traditionelle Gegenüberstellung von der Einrede der vergangenen oder besonderen Arglist einerseits und der Einrede der gegenwärtigen oder allgemeinen Arglist andererseits Bezug. **24**

Wie sich aus dem Wortlaut ergibt, erfordert eine solche Formulierung die Präzisierung des Urhebers der Arglist, bzw. allgemein desjenigen, der vor Gericht handelt. Es ist jedoch nicht notwendig, dass derjenige benannt wird, gegen den das arglistige Handeln gerichtet ist; die Individualisierung des Getäuschten (*deceptus*) hat nicht einmal Bedeutung hinsichtlich des Antrags des Beklagten auf Anwendung der Einrede: Daher wird eine solche Einrede auch als Einrede *in rem* qualifiziert.[27] **25**

Man verfügt über keine Belege darüber, ob die uns von Gaius bekannte Formulierung schon ursprünglich so lautete oder ob sie vor der Herausgabe des julianischen Edikts, auf das sich das Zeugnis des Gaius stützt, Veränderungen erfahren hat. Insbesondere lässt sich nicht mit Sicherheit feststellen, ob die doppelten Tempusformen – in der Vergangenheit und Gegenwart – das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung und, wie es überzeugend erscheint, einer Ausweitung sind, die dazu führte, dass zu dem Verb in der Vergangenheit (*factum sit*) das Verb in der Gegenwart (*fiat*) hinzugefügt wurde.[28] **26**

In der romanistischen Tradition, die sich seit dem Mittelalter und über das 19. Jahrhundert bis hin zu unseren Tagen entwickelt hat, findet sich die ständige Gegenüberstellung der Arglisteinrede entweder als „gegenwärtig" (*fiat*) einerseits und „allgemein" oder als „vergangen" (*factum sit*) und „speziell" andererseits. Um der geschichtlichen Genauigkeit willen ist zu erwähnen, dass der Ausdruck „allgemeine Arglist" als Gegen- **27**

---

[25] Vgl. bspw. Frg. Vat. 259; 266; 294; 312. Vgl. *Papa*, Replicatio (2009).

[26] Gai. 4.119. Vgl. *Lenel*, EP 512; *Mantovani*, Formule 99.

[27] Vgl. Ulp. 76 ed. D. 44.4.2.2.

[28] Hinsichtlich der Klausel *neque fiat*, „non vi sono motivi per negare l'originarietà della clausola *neque fiat*, soprattutto considerando che la più antica testimonianza a noi giunta di una exceptio doli volta al presente ci riporta ad un periodo di poco posteriore rispetto all'introduzione delle *formulae de dolo*": *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 173. Der Autor bezieht sich auf einen Abschnitt in Ulp. 4 ed. D. 2.14.10.2, der das am weitesten zurückliegende Zeugnis einer Anwendung der *exceptio doli* in subsidiärer Funktion zur *exceptio pacti* darstellt (→ § 107 Rn. 31), die nicht anwendbar ist im Falle eines *pactum de non petendo*, der vom Vertreter des Schuldners geschlossen wurde. Zu diesem Aspekt vgl. *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 174–184; außerdem *Burdese*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 446–454.

begriff zur „speziellen Arglist“ auf einen einzigen Nachweis in den Digesten zurückzuführen ist.[29]

28 Der Bezugspunkt für die chronologische Einordnung (perfektische Arglist/präsentische Arglist) ist der Moment der *litis contestatio*.

29 Tatsächlich erlaubte die Formulierung der Einrede in der Vergangenheitsform, ein Verhalten zu sanktionieren, welches gegen Treu und Glauben und den redlichen Geschäftsverkehr in dem Moment verstieß, in dem das Rechtsgeschäft, auf das sich der Anspruch des Klägers stützt, geschlossen wurde. Dagegen erlaubte die Formulierung im Präsens es, den klägerischen Anspruch zu hemmen, welcher gegen Treu und Glauben und die Redlichkeit im Geschäftsverkehr zu irgendeinem Zeitpunkt verstieß, also auch nach der Durchführung des Rechtsgeschäfts, solange dies nur „gegenwärtig“ zur *litis contestatio* geschah.

30 Zu erinnern ist daran, dass das Verfahren *in iure* in drei Akte gegliedert ist: den des *iudicium dare* auf Seiten des Magistrats, welcher dem Kläger die Genehmigung erteilt, zu klagen, des *iudicium dictare* auf Seiten des Klägers, der seine Formel vorlegt und den Beklagten auffordert, diese anzunehmen, und des *iudicium accipere* auf Seiten des Beklagten oder seines Annahmeaktes (→ § 12 Rn. 9). Die *litis contestatio* ist daher zu verstehen als Übereinkunft der Parteien, welche die Akte des *iudicium dare*, *dictare* und *accipere* enthält:[30] Die Übereinkunft beinhaltet den Tatbestand des Rechtsstreites und die Bezeichnung des Richters. Mit der *litis contestatio* nimmt die vom Prätor für den derartigen Fall zugelassene Klageformel endgültige Form an.

31 Im Lichte dessen wird verständlich, wie die Unterscheidung zwischen Einrede wegen gegenwärtiger oder allgemeiner Arglist einerseits und der Einrede wegen vergangener oder spezieller Arglist andererseits bezüglich der *litis contestatio* vorzunehmen ist: Entscheidend ist der Zeitpunkt, von dem an die *formula* endgültige und nicht mehr veränderbare Form annimmt (der „gegenwärtige“ Moment des Prozesses); aus diesem wiederum ergeben sich alle Sicherungs- und Präklusionswirkungen.

32 Abstrakt gesehen hätte die Formulierung der Einrede im Präsens (*fiat*) in ihrem Anwendungsbereich auch die Fälle, welche an sich unter den Anwendungsbereich der Einrede in der Vergangenheitsform fielen (*factum sit*), erfassen können;[31] diese Über-

---

[29] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.33.

[30] *Kaser/Hackl*, RZ 215–224.

[31] Aber nach *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 171–173: „La seconda parte della formula non rende superflua la prima: piuttosto esse hanno un diverso fondamento. L’impego della *exceptio* rivolta al presente non comporta una maggiore ampiezza del concetto di dolo, ma soltanto la sua applicazione ad un’attività processuale che si identifica con l’esercizio stesso dell’actio. … I chiarimenti più espliciti che troviamo nelle fonti … non fondano un concetto nuovo di dolo, ma si limitano a sottolineare che a base dell’*exceptio* è, nei casi considerati, la proposizione stessa dell’actio da parte dell’attore, e non un comportamento doloso precedente al costituirsi del rapporto processuale.“ Die unterschiedliche Formulierung der Einreden führt also nicht zu einer Gestaltung des in ihnen enthaltenen Konzepts der Arglist im Verhältnis allgemein zu besonders. Daher ist mit dem Zwischensatz *neque fiat* nicht notwendig eine Spezifizierung gegenüber dem allgemeinen *factum sit*

legung könnte den Schluss zulassen, dass im Lauf der Zeit der älteren Klausel in der Vergangenheitsform die Klausel in der Präsensform zu Seite gestellt wurde.

Außerdem erklärt der weitreichendere Anwendungsbereich der Einrede in der Präsensform die begriffliche Qualifizierung als allgemeine Arglist. Dennoch fehlen, wie schon zuvor gesagt wurde, sichere Belege, auf deren Grundlage irgendeine genauere Hypothese bezüglich der Formulierung und daher der Entwicklung der Arglisteinrede gestützt werden könnte als die Darstellung, welche Gaius von ihr liefert. **33**

2. *Exceptio doli specialis seu praeteriti*

Wie schon erwähnt, findet die Einrede wegen spezieller oder vergangener Arglist (*exceptio doli specialis seu praeteriti*) Ausdruck in der Formulierung *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit.* **34**

Der *dolus praeteritus* ist Bestandteil eines Verhaltens, welches gegen Treu und Glauben und den redlichen Geschäftsverkehr im Moment des Abschlusses desjenigen Rechtsgeschäfts verstößt, auf das sich der klägerische Anspruch stützt; vor allem kommt dieses Verhalten anhand von Vorspiegelungen von Tatsachen zum Ausdruck, die den Getäuschten (*deceptus*) zu einer Fehlvorstellung von der Realität verleiten. Auf diese Weise realisiert sich eine Form des Irrtums: Tatsächlich steht man unter einer falschen Vorstellung von der Wirklichkeit, was Folge des pflichtwidrigen Verhaltens dessen ist, der die Täuschungen organisiert und einsetzt (sog. *deceptor*). Die Wirkung ist schließlich darin zu sehen, dass der Getäuschte ein Rechtsgeschäft eingeht, welches er anderenfalls nicht oder nur zu anderen Bedingungen geschlossen hätte. **35**

Daher muss der Richter, auch wenn er an sich den Anspruch, den der Kläger in der *intentio* behauptet, für begründet hält, den Beklagten freisprechen, wenn er das Bestehen von Arglist feststellt, welche zum Zustandekommen des Rechtsgeschäfts führte, auf das der klägerische Anspruch sich stützt. In diesem Fall eröffnet die Einrede Raum für die Feststellung eines die Verurteilung hindernden Umstandes, nämlich der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Arglist. **36**

Der Beklagte, welcher in der Prozessphase *in iure* den Einsatz der Einrede beantragt, geht davon aus, dass die bloße Verteidigung nicht ausreicht, welche in der Phase *apud iudicem* innerhalb der Grenzen, die von der *intentio* gesetzt werden, ausgeübt werden kann: So hält er es beispielsweise nicht für ausreichend, gegenteilige Beweise vorzubringen. Es ist vielmehr zum Zweck eines Freispruchs nötig, dass das pflichtwidrige Verhalten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgestellt wird, weil dies den die Verurteilung hindernden Umstand darstellt. **37**

Zu den späteren Entwicklungen der romanistischen Tradition gehört die begriffliche Verbindung von vergangener Arglist, also der Arglist, die sich zum Zeitpunkt des Ab- **38**

---

gemeint; vielmehr wäre es vielleicht korrekter, zu sagen, dass das Verhältnis zwischen den beiden Ausdrücken zu einer unterschiedlichen Grundlage des Rechtsbehelfes führt.

schlusses des Rechtsgeschäfts ereignete, und der Theorie der Willensmängel, innerhalb deren die Arglist (zusammen mit dem Irrtum und der Gewalt) eine genaue Bedeutung annimmt, insbesondere indem sie durch die zwei Begriffe des *dolus causam dans* und des *dolus incidens* präzisiert wird. Diese beiden Ausprägungen der Arglist wurden schon zuvor genannt: Die erste besteht in einer Täuschung, welche zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts verleitet, welches der *deceptus* ansonsten nicht geschlossen hätte; die zweite besteht in einer Täuschung, die dazu führt, dass ein Rechtsgeschäft geschlossen wird, welches der *deceptus* zwar auch so, aber zu anderen Bedingungen eingegangen wäre.

39 Es wurde schon erwähnt, dass es möglicherweise im Lauf der Zeit zu einer Ausweitung des Arglistbegriffs kam, welche dazu führte, dass dem zuvor bestehenden Begriff der Arglisteinrede hinsichtlich der Vergangenheit (*factum sit*) die Einrede hinsichtlich der gegenwärtigen Arglist (*fiat*) an die Seite gestellt wurde. Tatsächlich ist es wahrscheinlich, dass die Arglist, welche sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ereignet, den ursprünglichen Kern des Arglistbegriffs darstellt, von dem jene Arglist den Ausgang nahm, die später mittels der auf die Gegenwart bezogenen Einrede sanktioniert wurde.[32]

3. *Exceptio doli generalis seu praesentis*

40 Die *exceptio doli generalis seu praesentis* findet Ausdruck in den Worten *neque fiat* (zusammen mit den bereits zitierten Worten *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii*).[33]

41 Diese Art der Arglisteinrede ist geprägt durch die Gleichzeitigkeit des arglistigen Verhaltens mit der Durchführung der Klage; genauer gesagt ist das sanktionsfähige Verhalten zum Zeitpunkt der *litis contestatio* aktuell.

42 So wird Bezug genommen auf eine Reihe von Umständen, Fakten und Verhaltensweisen, die im Widerspruch zum Gebot von Treu und Glauben und der Redlichkeit im Geschäftsverkehr stehen und welche sich nach Abschluss des Geschäftes und bis zum Augenblick der *litis contestatio* ereignen.

43 Aus diesem Blickwinkel scheint die Benennung der Arglist als „gegenwärtig" bzw. „allgemein" die Funktionsmechanismen des Formularprozesses genauer auszudrücken.[34]

44 Gerade das Verhalten, welches in der Klageerhebung besteht, zeigt sich als im Widerspruch zu Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr; daher muss der Richter den Beklagten freisprechen, ohne dass das Bestehen eines Betruges, welcher sich im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts, auf das der Anspruch gestützt wird, ereignet hat, geprüft und festgestellt wird.[35]

---

[32] *Luzatto*, s. v. Dolo (dir. rom.), ED XIII 712–716.

[33] Vom *dolus praesens* im Gegensatz zum *dolus praeteritus* spricht Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.18. Vgl. *Burdese*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 96 f. Zur *exceptio doli* des gutgläubigen Bauführers → § 59 Rn. 243.

[34] Vgl. *Dalla Massara*, Riv. dir. civ. 2008 II 228.

Im Unterschied zu dem, was bei Bestehen vergangener Arglist gilt, wird die Existenz einer Arglist anerkannt, welche in der Tatsache der Klageerhebung selbst besteht, also einer Arglist *in re ipsa*.[36] 45

Wirksames Beispiel der Anwendung der *exceptio doli praesentis seu generalis* ist die Verteidigung, welche von demjenigen vorgebracht wird, der mittels *sponsio* (oder – ohne, dass dies in diesem Zusammenhang einen Unterschied macht – durch *stipulatio*) versprochen hat, für eine Geldsumme einzustehen, die ihm als Darlehen gewährt werden sollte, und der vor Gericht gerufen wird, um die Erfüllung der *sponsio* von ihm zu erwirken, ohne dass er aber das Darlehen jemals erhalten hätte.[37] In einem solchen Fall stützt sich die Verteidigung auf die Pflichtwidrigkeit, die sich in der Entscheidung selbst manifestiert, auf der Grundlage eines Titels vor Gericht zu gehen, der unter dem Aspekt des Zivilrechts formell gesehen keiner Einrede zugänglich ist – nämlich die *sponsio* –, aber mit Mitteln sowie einer Absicht und Zweckrichtung, die im Wesentlichen betrügerisch sind. Der Mechanismus von Frage und Antwort, der zum wörtlichen Vertrag führt, ist tatsächlich hinsichtlich der Voraussetzungen des *ius civile* vollendet und gültig. Genauer gesagt erfüllt die Arglisteinrede in diesem Fall den Zweck, die Fehlentwicklungen des Zivilrechts zu korrigieren, da, auch wenn der auf die *sponsio* gestützte Anspruch formell gesehen besteht, den Geboten von Treu und Glauben und der Redlichkeit Geltung verschafft werden muss. 46

Außerdem wird mittels der Einrede der kausale Aspekt des Rechtsgeschäfts hervorgehoben, der *sponsio*, auf die sich der Anspruch gründet. Die *sponsio* ist ein abstraktes Rechtsgeschäft: Daher führt in diesem Fall die Zulassung der Einrede zu einer Ausweitung des Feststellungsumfanges, was zur Bewertung der *causa* führt, obwohl die zivilrechtlichen Wirkungen – eben wegen des abstrakten Charakters – von der Berücksichtigung der *causa* unabhängig sind. 47

Es existieren zahlreiche weitere mögliche Anwendungsfälle der *exceptio doli generalis seu praesentis*: Gegen den zivilrechtlichen Eigentümer und zu Gunsten des Erwerbers der *res mancipi*, der die *res* mit einer nicht geeigneten Form erworben hat (→ § 43 Rn. 7); gegen den zivilrechtlichen Erben und zu Gunsten des *bonorum possessor* zum Ziel der Kompensation und in vielen anderen Fällen.[38] 48

Schließlich ist festzustellen, dass in den Quellen die Einrede wegen (allgemeiner) Arglist auch auf Verhaltensweisen Anwendung findet, welche sich unter den Begriff *metus* (Drohung) subsumieren lassen[39] (→ § 109 Rn. 16): Aufgrund der Weite des Arglistbegriffs fallen unter diesen Begriff tatsächlich auch Handlungen, die in der 49

[35] *Burdese*, NNDI 6 (1960) 1073.

[36] Vgl. Ulp. 48 Sab. D. 45.1.36. Vgl. *Burdese*, NNDI 6 (1960) 1073; *Burdese*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 98.

[37] Vgl. Gai. 4.119; *Pugliese/Sitzia/Vacca*, Istituzioni (2012) 173 f.

[38] Vgl. VIR II, dolus 324–333.

[39] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.33. Zu diesem Aspekt vgl. *Cannata*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 233–239; *Burdese*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 443–446.

rechtswidrigen Androhung eines unrechtmäßigen und empfindlichen Übels bestehen, welche das Opfer dazu verleitet, ein Rechtsgeschäft abzuschließen.

III. Der weit gefasste Arglistbegriff

50 Die Analyse der Quellen zeigt, wie schon im Denken der klassischen Jurisprudenz das Anwendungsfeld der Arglisteinrede weit über die begrenzte Reichweite der geschäftlichen Arglist hinausgeht und jeden Verstoß gegen Treu und Glauben erfasst.[40]

51 Die Bemühung um Wiederbelebung der eigentlichen Reichweite der Arglisteinrede – und entsprechend der weiten Dimension des Arglistbegriffes, der sich mit ihr verknüpft – stellt das Ergebnis eines gereiften Bewusstseins über das Institut dar, das in der Literatur insbesondere die Studien von Mitteis vorangebracht haben.[41]

52 Wie schon zu Beginn erwähnt, ist die Arglist weit über den Tatbestand der geschäftlichen Täuschung hinaus als jegliches Verhalten im Widerspruch zum objektiven Gebot von Treu und Glauben und der Redlichkeit im Geschäftsverkehr zu verstehen.

53 Die Prinzipien von Treu und Glauben und der Redlichkeit, deren Negation selbst also die Arglist darstellt, sind in betont objektivem Sinne zu verstehen: Daher ist einzubeziehen, dass diese Prinzipien Verhaltensregeln konkretisieren, die sich zumeist an den gesellschaftlichen Gepflogenheiten orientieren.

54 Wie zuvor erläutert, reift nur in der Fortentwicklung der romanistischen Tradition – und insbesondere ausgehend von Donellus[42] – das Bewusstsein heran, dass innerhalb der Zweiteilung zwischen den beiden Ausprägungen der Einrede die Arglist, welche mittels der Einrede der vergangenen/speziellen Arglist geahndet wird, mit der sog. geschäftlichen Arglist übereinstimmt, welche in Kunstgriffen oder Betrügereien besteht, die jemanden dazu verleiten, ein Rechtsgeschäft einzugehen, das er anderenfalls nicht oder zu anderen Bedingungen geschlossen hätte (*dolus causam dans* und *dolus incidens*).[43] Außerdem wird die Arglist, ebenfalls in Fortführung der romanistischen Tradition, mit der Theorie der Willensmängel verknüpft; die Willensmängel (Irrtum, Arglist oder Drohung) können ein Rechtsgeschäft gerade deshalb ungültig und damit hinfällig machen, weil sich der Wille, der ihm zugrunde liegt, nicht auf eine freie und bewusste Art gebildet hat.[44]

---

[40] Dies ist die heute vorherrschende Interpretation. Vgl. *MacCormack*, BIDR 27 (1985) 1–38; *MacCormack*, SDHI 52 (1986) 236–285; *MacCormack*, Ric. Gallo I 539–560; *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 18–20; *Lambrini*, Actio de dolo (2013) 23–40.

[41] *Mitteis*, RP 318–322.

[42] *Donellus*, Opera Omnia 107.

[43] Die Unterscheidung zwischen grundlegender oder maßgeblicher Arglist und inzidenter Arglist ist das Ergebnis einer mittelalterlichen Fortentwicklung, die jedoch auf der Grundlage von Ulp. 11 ed D. 4.3.7 pr. geschah. Vgl. *Dalla Massara*, Ric. Talamanca II 611–664; außerdem, *Zimmermann*, LO 670 f.

[44] Zu diesem Aspekt *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 11–20; *Casavola*, NNDI 6 (1960) 147.

Eine strenge dogmatische Einrichtung wie jene, die eben dargestellt wurde, findet sich jedoch nicht in den römischen Quellen: In ihnen überwiegt vielmehr ein kasuistischer Ansatz. Der Richter greift ein, indem er die Fehlentwicklungen des *ius civile* sowie den Formalismus, der es prägt, korrigiert. Dies geschieht mittels eines elastischen Instruments – nämlich der Arglisteinrede –, welches an die Besonderheiten des konkreten Einzelfalls mit dem absoluten Vorrang der Verwirklichung der Gerechtigkeit angepasst werden kann.[45] 55

1. Die Inhärenz der Arglisteinrede in den Klagen nach Treu und Glauben

Hervorzuheben ist nun der Zusammenhang zwischen der *intentio ex fide bona*, welche die Klagen nach Treu und Glauben (*iudicia bonae fidei*) charakterisiert, und der Arglisteinrede. 56

Die Zuweisung der Befugnis an den Richter (*iussum iudicandi*), gemäß dem normativen Kriterium von Treu und Glauben zu urteilen, welche aus der Formulierung des Anspruchs mit den Begriffen der *intentio ex fide bona* hervorgeht (wie zum Beispiel in den Konsensualverträgen, die typisch für ein bereits entwickeltes System des Austauschs sind), macht eine Zwischenschaltung der Arglisteinrede entbehrlich. 57

Daher erfasst und stellt der Richter eigenständig in eben diesen Klagen nach Treu und Glauben das Bestehen von Umständen im Widerspruch zu Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr fest, die so beschaffen sind, dass sie die Zurückweisung des klägerischen Anspruchs und den Freispruch des Beklagten rechtfertigen.[46] Mit anderen Worten wurde die Ausweitung der Feststellung auf die Verurteilung hindernde Umstände, welche ausgelöst wurde von der Einfügung der Arglisteinrede in die Formel, bereits durch die Formulierung der Anordnung ermöglicht, auf Grundlage des normativen Kriteriums von Treu und Glauben zu urteilen. 58

Das eben Beschriebene stimmt mit der Reichweite dessen überein, was man für gewöhnlich als Grundsatz der Inhärenz der Arglisteinrede in den Prinzipien der Gutgläubigkeit bezeichnet.[47] 59

Klar erscheint damit die Unterschiedlichkeit, die solchermaßen geschaffen wird, je nachdem, ob das Urteil Treu und Glauben entspringt oder dem strikten Recht: Nur im zweiten Fall besteht die Notwendigkeit der Anwendung der Arglisteinrede. Aus Sicht des *iussum iudicandi* machen umgekehrt die weitreichenderen Kompetenzen des Richters hinsichtlich des konkreten Sachverhaltes, soweit es sich um *iudicia bonae fidei* handelt, die Erhebung der Einrede überflüssig: der größere Ermessensspielraum, der im *iussum iudicandi* impliziert ist, ermächtigt bereits zur Sanktionierung der Arglist, da sie ein Verhalten darstellt, welches das genaue Gegenteil zu Treu und Glauben und der Redlichkeit darstellt. 60

[45] *Cannata*, Atti Burdese I 257–274.

[46] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.15.

[47] Vgl. *Kupisch*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 205–232; *Biondi*, AUPA 7 (1918) 3–280.

61 Ein davon zu unterscheidendes Problem stellt die Möglichkeit der Konfiguration einer *cautio de dolo* dar, mit der eine Vertragspartei in eine dafür vorgesehene *stipulatio* das Versprechen einfügen konnte, ein Verhalten gemäß Treu und Glauben an den Tag zu legen: In einem solchen Fall führte die Verletzung der übernommenen Pflicht zur Klage (*actio ex stipulatu incerti* → § 72 Rn. 1) aus dem Vertrag der *stipulatio* selbst.[48]

2. Der deliktische Arglistbegriff

62 Wie bereits gesehen, führt die besondere Formulierung der Arglisteinrede zu verschiedenen Anwendungsbereichen der Arglist selbst: Zugleich lässt sich sagen, dass sich vor diesem Hintergrund die Weite des autonomen Arglistbegriffes versteht, der verschiedene Ausprägungen umfasst, die jedoch insgesamt ein Delikt darstellen.[49]

63 Der Bereich des Rechtgeschäfts stellt den bevorzugten Anwendungsbereich der Berücksichtigung arglistigen Verhaltens dar.[50] Jedoch muss ein weiter Arglistbegriff erwogen werden, der neben die verschiedenen Arten der zivilrechtlichen unerlaubten Handlung in den Quellen tritt und als *delictum* zu verstehen ist. Somit kristallisiert sich ein Arglistbegriff heraus, der als deliktische Handlung zu verstehen ist, die eigenständig vom Prätor anerkannt wird und eine Haftung begründet

64 Die Ausweitung des Arglistbegriffes ist das Ergebnis einer Entwicklung der römischen Rechtsprechung – wie schon im Zusammenhang mit der Arglistklage (*actio doli* → § 94 Rn. 51) angedeutet wurde –, die sich auf der Grundlage eines Begriffes (*dolus*) entwickelte, der vor der Einführung der Klage keine technisch-juristische Bedeutung hatte; die römische Rechtsprechung arbeitete an diesem Begriff und verstand darunter jedes Verhalten, das im Widerspruch zu Treu und Glauben und der Redlichkeit im Geschäftsverkehr steht.

65 Grundlegend war neben der interpretativ-kreativen Aufgabe, die von der Rechtsprechung erfüllt wurde, die vom Prätor übernommene Rolle in der fortwährenden Auseinandersetzung mit der Praxis und dem gesellschaftlichen Verhalten. Die unzweifelhaft ethische Basis des Begriffes des guten Glaubens hinderte tatsächlich nicht einen Prozess der Technisierung eben dieses Begriffes, sowie dessen genaue Konkretisierung in exakte Verhaltensregeln von Fall zu Fall.

66 Der objektive gute Glaube stellt ein normatives Kriterium dar: Dieser gibt die Regel vor, die durch das lebendige und fortwährende Werk des Prätors formalisiert wird.[51]

---

[48] Vgl. bspw. Ulp. 11 ed. D. 4.3.7.3; *Lambrini*, Actio de dolo (2013) 31–36.

[49] *Luzatto*, s. v. Dolo (dir. rom.), ED XIII 712–716.

[50] *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 19: „Un posto di primo piano occupa il rapporto instaurato fra il dolo e attività contrattuale. A seconda dell'incidenza che il comportamento doloso ha avuto sulla conclusione dell'accordo, si dirà infatti che il contraente ingannato può pretendere un risarcimento del danno, o può considerarsi sciolto dal contratto, o chiedere il suo annullamento."

[51] Marcian. 1 inst. D 1.1.8: *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.*

Die Unterscheidung dieses Begriffes der Arglist von jenem der Arglist als Kriterium der subjektiven Zurechnung der Verantwortung ist schließlich unmissverständlich: Im letzten Fall ist die Arglist nicht bereits in einem objektiven Sinne zu verstehen oder als Verhaltensregel, sondern in einem subjektiven Sinne oder als psychologische Haltung. Die Arglist im subjektiven Sinn besteht eben in der Beabsichtigung des schädigenden Ereignisses.[52] **67**

Insbesondere im Bereich der vertraglichen Haftung ist die Arglist als Zurechnungskriterium zu verstehen, als Wille des Schuldners, nicht zu erfüllen, oder die Erfüllung unmöglich zu machen. Der gemeinsame Wesenszug zwischen dem Arglistbegriff im geschäftlichen Sinne und der Arglist als Zurechnungskriterium für die Verantwortlichkeit liegt also im Charakter der Willentlichkeit. **68**

[52] Vgl. *Casavola*, NNDI 6 (1960) 148 f.; *Talamanca*, Istituzioni (1990) 659 f.

§ 109 Einrede und Klage wegen widerrechtlicher Zwangsausübung (*exceptio metus und actio quod metus causa*)

Birgit Forgó-Feldner

Hartkamp, Der Zwang im Römischen Privatrecht, 1971; *Kupisch*, *In integrum restitutio* und *vindicatio utilis* bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht, 1974; *Kaser*, Zur *in integrum restitutio*, besonders wegen *metus* und *dolus*, SZ 94 (1977) 101–183; *A. d'Ors*, El comentario de Ulpiano a los edictos del „metus", AHDE 51 (1981) 223–290; *J. E. du Plessis*, Compulsion and Restitution, 2004; *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007; *Calore*, *Actio quod metus causa.* Tutela della vittima e azione *in rem scripta*, 2011; *Pulitanò*, La violenza nella contrattazione: tutela processuale e legittimazione passive, in: *'Actio in rem'* e *'actio in personam'*. In Ricordo di Mario Talamanca II, 2011, 665–734; *Viaro*, L'*,arbitratus de restituendo*' nelle formule del processo privato romano, 2012; *Gaulhofer*, Metus: Der prätorische Rechtsschutz bei Furcht, Zwang und Gewalt, 2019.

Inhalt: Rn.

I. Die *exceptio metus* und das *edictum quod metus causa* 1
1. Zu den Begriffen *iniustus metus* und *vis* 4
2. Die Wirkung der *exceptio in rem scripta* 14
II. Zum Begriff der *restitutio in integrum* auf Grundlage des *metus*-Edikts 21
III. Zu historischen Vorläufern des *metus*-Edikts 28
IV. Die *actio quod metus causa* 30
1. Zur Voraussetzung eines *damnum* 31
2. Zur Wirkung der *actio in rem scripta* 33
3. Zur ediktalen Grundlage der *actio quod metus causa* 40
4. Zur Musterformel der Arbiträrklage auf das *quadruplum intra annum* 45
5. Zur Erbenhaftung 60
6. Zur Noxalhaftung 61
7. Zur Klagenkonkurrenz 62

I. Die *exceptio metus* und das *edictum quod metus causa*

Die *exceptio metus* ist die Einrede des Beklagten, dass das Rechtsgeschäft, aufgrund dessen auf Leistung geklagt wird, auf widerrechtlichem Zwang beruht und deshalb keinen Schutz in Form der Durchsetzbarkeit haben soll.[1] Die Einrede lautet nach Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.33 *si in ea re nihil metus causa factum*[2] *est* und ist *in rem scripta* (→ § 109 Rn. 14–18). 1

Einer förmlichen *exceptio metus* (bzw. der Rechtsschutzverheißung durch das *metus*-Edikt) bedarf es dann nicht, wenn der Richter auf Grund eines *bonae fidei iudiciums* (→ § 78) zu entscheiden hat.[3] 2

Die *exceptio metus* scheint wie die *actio quod metus causa* (→ § 109 Rn. 33–38) auf Grundlage des *edictum quod metus causa* gebildet worden zu sein,[4] über dessen Wortlaut Ulp. 11 ed. D. 4.2.1 berichtet: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo* … (Was aufgrund von Zwang geschehen sein wird, werde ich nicht Bestand haben lassen.)[5] 3

1. Zu den Begriffen *iniustus metus* und *vis*

Nach Ulpian wurde in einer älteren Ediktsklausel die Formulierung *quod vi metusve causa* verwendet, später jedoch nur noch *metus*, weil der Begriff *vis* von jenem des *metus* miterfasst sei (*id metu quoque fieri videtur*).[6] In den überlieferten Texten zum *metus*- 4

---

[1] *Benöhr*, FS Huwiler 429 f.; *Baldus*, AcP 210 (2010) 9 f.

[2] Zur Formulierung *factum est* → § 109 Rn. 7 und 33.

[3] Siehe *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 98; *Schulz*, CRL 608; *Kaser*, RP I 245; *Wacke*, SZ 94 (1977) 242 f.; auch *Wacke*, TR 48 (1980) 215; *Kaser/Hackl*, RZ 262. Eine förmliche *exceptio* ist zwar nicht notwendig, wenn es sich um *bonae fidei iudicia* handelt, dennoch scheint auch in diesen Fällen die Aufnahme einer *exceptio* in den Formelwortlaut der Klage denkbar, siehe Pap. 3 quaest. D. 44.4.12; weiters Ulp. 11 ed. D. 50.17.116 pr.; Pap. 27 quaest. D. 44.7.27. Siehe dazu *Kupisch*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 228–232 mwN.

[4] Siehe dazu *Hartkamp*, Zwang (1971) 273 mwN. Ähnlich *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 89–93: Der defensive Rechtsschutz wurde zunächst durch ein *non dare actionem* umgesetzt, im Laufe des klassischen Formularverfahrens dann die *exceptio* gebildet und im Edikt proponiert. Nach *Lenel*, EP 20 Fn. 1 war das *metus*-Edikt ursprünglich nicht auf die Erteilung von Exzeptionen gemünzt.

[5] Das *metus*-Edikt ist nicht nur auf erzwungene Rechtsgeschäfte anwendbar, sondern auch auf Handlungen, die auf Grund von Zwang ermöglicht werden (wenn etwa das Bauen oder der Abriss eines Gebäudes geduldet wird) → § 109 Rn. 7.

[6] Ulp. 11 ed. D. 4.2.1: … *olim ita edicebatur „quod vi metusve causa“: vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur;* siehe weiters Ulp. 11 ed. D. 4.2.3 pr.: *Continet igitur haec clausula et vim et metum, et si quis vi compulsus aliquid fecit, per hoc edictum restituitur.* Siehe dazu *Kupisch*, FS Huwiler 415–438, 428; *Cervenca*, SDHI 31 (1965) 315; *Ebert*, Geschichte (1968) 112–114; *Ebert*, SZ 86 (1969) 403–415. Nach *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 129 und *Maschi*, Diritto[2] (1966) 644–647 hängt die neue Formulierung des *metus*-Edikts mit der Einführung der *actio vi bonorum raptorum* zusammen und soll klarstellen, dass der

Edikt und zur Metusklage finden sich (vielleicht zur Klarstellung) dennoch auch Formulierungen wie *vis vel metus* oder *vis et metus*[7] sowie Texte, die ausschließlich auf eine *vis* Bezug nehmen.[8]

In den Kommentaren der Juristen zum Metusedikt wird öfters der Bezug zu den Gewaltinterdikten hergestellt, wenn es um die Erläuterung der Worte *metus* und *vis* geht: Ulp. 11 ed. D. 4.2.9 pr. greift bei der Kommentierung des Begriffs *metus* auf einen Kommentar des Pomponius zurück, der wiederum Labeo zitiert. Überlegt wird, in welchen Fällen das *interdictum unde vi* (→ § 66 Rn. 33), das *interdictum quod vi aut clam* (→ § 66 Rn. 39) und das *metus*-Edikt Anwendung finden.[9] Nach Ulpian muss die

---

Raub (als sogen. *vis absoluta*) nun nicht mehr – wie bisher – unter das *metus*-Edikt falle, sondern dieses nur noch (räuberische) Erpressung (als sogen. *vis compulsiva*) beinhalte (siehe auch *Marrone*, Istituzioni 208). Die Kombination „*vi metusve*" bezeichne nicht zwei unterschiedliche Zwangsformen, sondern als Hendiadyoin zwei Aspekte desselben Sachverhalts; siehe dazu *Vacca*, Ricerche (1972) 107 f. mwN. *Vacca*, ebd. 114, 117 betont die Relevanz der (wenngleich erzwungenen) Willensbildung des Opfers für die Anwendung des *metus*-Edikts. Siehe auch *Schulz*, CRL 601 „fear caused by threat"; *Cervenca*, SDHI 31 (1965) 316–318 (318: „il termine *vis* veniva inteso nel significato di azione intimadatrice, cioè di causa del *metus*."). AA *Ebert*, Geschichte (1968) 108–114; *Ebert*, SZ 86 (1969) 403–415 (*vis* bezeichne die Erpressung durch physische Gewalt und *metus* durch Drohung). Ähnlich *du Plessis*, Compulsion (2004) 7 f.: „After all, in cases of vis absoluta it is irrelevant whether or not the victim experienced fear." (S. 7); *du Plessis*/*Zimmermann*, MJ 10 (2003) 348. Nach *Hartkamp*, Zwang (1971) 249–253 setzt ein *metus*-Tatbestand immer *vis compulsiva* voraus; krit. dazu *Wieacker*, TR 43 (1975) 307–310. Dass sich spätestens im *edictum perpetuum* nur noch der Hinweis auf *metus* und nicht mehr auf die *vis* befindet, führt *Karlowa*, RRG 1068 darauf zurück, dass damit das „wichtigste Moment gekennzeichnet" wird, nämlich die „durchgreifende Wirkung des Rechtsmittels auch Dritten, nicht bloß dem Zwingenden, gegenüber". *Gaulhofer*, Metus (2019) 94 sieht diesen Schritt schon zwischen der *formula Octaviana* (→ § 109 Rn. 28) und dem (älteren) Metusedikt (das noch auf „*vismetusve*" lautet).

[7] Siehe etwa Ulp. 11 ed. D. 4.2.3 pr. (*vim et metum*); Ulp. 11 ed. D. 4.2.7 (*neque vi neque metus causa factum est*); Ulp. 11 ed. D. 4.2.12.1; Ulp 11 es. D. 4.2.14.2–3, 5. In PS 7.6 finden die Ausdrücke *metus* und *vis* offenbar synonym Verwendung (*Servus per metum mancipatus quidquid quaesierit vel stipulatus sit, ei adquirit qui vim passus est.*); Gord. C. 2.19(20).3 (a. 238); Gord. C. 2.19(20).4 (a. 239) im Titel C. 2.19(20) *de his quae vi metusve causa gesta sunt;* dazu auch *Kupisch*, FS Huwiler 429.

[8] Siehe etwa Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.7–8; Paul. 4 Iul. dig. D. 4.2.11; Ulp. 11 ed. D. 4.2.12.1–2; Call. 5 cogn. D. 4.2.13.

[9] Diese Interdikte sind ebenfalls auf Restitution gerichtet. Bei unterlassener Restitution wird in deren Wert verurteilt (*Lenel*, EP 115). Das *interdictum quod vi aut clam* zeitigt eine gewisse Drittwirkung: Grundsätzlich wird es gegen Personen gerichtet, die verbotenerweise (allenfalls gewaltsam) oder heimlich eine Anlage auf einem Grundstück errichtet haben: Diese Personen haben die Anlage zu entfernen bzw. die Kosten der Entfernung zu tragen. Bei entsprechender Sachlage kann das Interdikt aber auch gegen Personen gerichtet werden, die das *opus* nicht errichtet haben, z. B. neue Eigentümer oder Pächter des Grundstücks. Sie haben zwar nicht selbst die Beseitigung der Anlage zu bewerkstelligen bzw. die Kosten dafür zu tragen, müssen aber die Entfernung der Anlage dulden. Gai. 4 ed. prov. D. 4.7.3.2; Ulp. 71 ed. D. 43.24.13.7; Paul. 67 ed. D. 43.24.16.2; siehe auch Paul. 67 ed. D. 43.24.11.6; Ulp. 71 Sab. D. 43.24.15.1; siehe dazu *Kaser*, RP I 409 mwN; *Kaser*, Restituere (1968) 24 f., 200. *Kaser*, ebd. (1968) 200 f. betont, dass der dem *interdictum unde vi* zu Grunde liegende Tatbestand ein Delikt darstellt und dass das *restituere* auf den Zeitpunkt der Vertreibung zurück-

Furcht schon eingetreten sein. Die Mutmaßung, dass Furcht künftig eintreten werde, sei nicht ausreichend. Auch nach Pomponius sei unter *metus* eine schon veranlasste Furcht (*metus illatus*) zu verstehen und das sei eine von jemandem veranlasste Furcht (*id est si illatus est timor ab aliquo*). Laut Pomponius wende Labeo weder das Metusedikt noch das *interdictum unde vi* an, wenn jemand sein Grundstück auf die Nachricht hin verlasse, jemand nähere sich bewaffnet: Er habe die Flucht ergriffen und sei nicht gewaltsam vertrieben worden.[10] Ähnlich liest sich Ulpian im 69. Buch seines Kommentar zum *interdictum de vi et vi armata* (D. 43.16.3.7): Jemand könne nicht als mit Waffengewalt vertrieben angesehen werden, wenn er, nachdem er das Herannahen Bewaffneter vernommen habe, aus Furcht von seiner Besitzung geflohen ist (egal, ob er es richtig oder unrichtig vernommen habe).[11]

6 Sowohl das *metus*-Edikt wie auch das *interdictum quod vi aut clam* sind auch dort anwendbar, wo jemand unter Zuziehung einer Menschenschar auf dem Grundstück eines anderen gewaltsam ein Gebäude errichte und der Grundstückseigentümer dies aus Furcht erdulde (Ulp. 11 ed. D. 4.2.9 pr. *quoniam metu patior id te facere*).[12]

7 Da das *metus*-Edikt auch bei Fällen von gewaltsamem Besitzverlust und zwangweiser Duldung der Errichtung oder Niederreißung eines Gebäudes angewendet wird,[13] ist

---

bezogen wird. Das *interdictum* habe sich in klassischer Zeit die Merkmale der Pönalität bewahrt, obgleich es restitutorische Zwecke verfolge. Ähnliches zur Restitution bei Ulp. 68 ed. D. 43.8.2.43 zum Interdikt *ne quid in loco publico vel itinere fiat.*

[10] Wenn die Bewaffneten tatsächlich eingedringen und sich der Grundstückseigentümer danach entferne, findet das Edikt laut Labeo Anwendung (Ulp. 11 ed. D. 4.2.9 pr.). Nach *Martens*, Dritte (2007) 16 f. mit Fn. 52 gibt das Edikt demjenigen einen Restitutionsanspruch, der sein Hab und Gut aus Furcht vor Gewalt aufgegeben habe, wobei es nicht darauf ankomme, ob die Furcht durch finale Drohung (siehe dazu Fn. 16) erzeugt worden war. Damit der Tatbestand aber nicht ausufere, habe man *metus* so ausgelegt, dass nur eine auf einer echten Bedrohungslage „gegründete Furcht" ausreiche. Nur derjenige, der tatsächlich von einer Bande vetrieben worden sei und nicht schon vorsorglich geflohen sei, solle sein Eigentum zurückerhalten.

[11] Nur dann, wenn sich die Bewaffneten tatsächlich des Besitzes bemächtigen, greife das Interdikt; ebenso dann, wenn ein *dominus* von bereits eingedrungenen Bewaffneten abgewehrt wird (Ulp. 69 ed. D. 43.16.3.8). Unterschiedlich liest sich aber die Meinung Labeos in Ulp. D. 43.16.1.29: Wer aus Furcht vor einer *turba* (einem großen Haufen) erschrocken geflohen sei, scheine gewaltsam aus dem Besitz vertrieben. In Folge wird aber auch die anderslautende Ansicht von Pomponius zitiert: Gewalt könne ohne physische Gewalt nicht stattfinden. Die Fortsetzung des Textes liest sich dann wenig stimmig, dass also auch derjenige, der, von mehreren überfallen, geflohen ist, als gewaltsam vertrieben anzusehen ist, wenn jene gewaltsam Besitz genommen haben („*ergo etiam eum, qui fugatus est superveniebus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi deiectum*"*): Otto/Schilling/Sintenis*, CIC IV 451 Fn. 37 weisen darauf hin, dass die Florentina nicht *ergo* sondern *ego* verwendet und es sich hier vielleicht um einen Versuch Ulpians handle, die Meinungen von Labeo und Pomponius zu vereinigen. Die *turba* wird dort als Menschenhaufen übersetzt, der gekommen ist, um Gewalt zu verüben (ebd. Fn. 36).

[12] Der Interdiktenschutz greift auch dort, wo der Gebrauch des Grundstücks gewaltsam verhindert wird, siehe Pomp. 6 Plaut. D. 43.16.11.

[13] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9. pr.–2. Siehe auch Paul. 11 ed. D. 4.2.21.2; Paul. 10 Plaut. D. 50.16.81.

anzunehmen, dass der im *metus*-Edikt verwendete Begriff *gestum* nicht nur rechtsgeschäftliche, sondern auch tatsächliche Handlungen erfassen kann.[14] Für die *actio quod metus causa* ist statt des *gestum* ein *factum* überliefert (Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.8), was diese Vermutung bestärkt. Ebenso wird eine erzwungene Unterlassung (etwa des Erscheinens vor Gericht) einen Anspruch aus dem Edikt begründen.[15] Dies ist vor allem für den aktiven Rechtsschutz durch die *actio quod metus causa* relevant.

8 Auch bei einer gewaltsam erzwungenen Besitzübergabe kommt das Edikt nach Pomponius zur Anwendung (Ulp. D. 4.2.9 pr.: *sed et si per vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius, hoc edicto locum esse*). Interdiktenschutz gewährt Pomponius in einem solchen Fall nicht (Ulp. 11 ed. D. 43.16.5): Wenn der Sachbesitz aufgrund von *vis* übertragen worden sei (*si per vim tibi possessionem tradidero*), falle das *interdictum unde vi* weg, weil jemand nicht mit Gewalt aus dem Besitz getrieben wird, sondern gezwungen wird, einen anderen in den Besitz einzuführen (*quoniam non est deiectus, qui compulsus est in possessionem inducere).*

9 *Metus* als Tatbestand für einen Restitutionsanspruch ist in diesem weiten Sinn, der auch die *vis* erfasst, in einem zweifachen Sinn zu verstehen, nämlich als Androhung des Täters wie als Befürchtung des Bedrohten:[16] *Metus* ist die Androhung/Befürchtung bzw. das Zufügen/Erleiden[17] einer *maior malitas*[18] wie Tod, Gefangennahme, körperliche Misshandlung, *stuprum* oder Sklaverei.[19]

---

[14] Siehe *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 94 f.; *Kupisch*, Restitutio (1974) 127–129, 151 f.; *Kaser*, SZ 94 (1977) 111, 117 f.; *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 247; *Harke*, error (2005) 260 Fn. 110; *Martens*, Dritte (2007) 20–25; *Calore*, Actio (2011) 47 Fn. 75; *Haubenhofer*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 73. Siehe auch Ulp. 11 ed. D. 4.2.3 pr.; Paul. 11 ed. D. 50.16.19; Gai. 24 ed. prov. D. 50.16.58; PS 1.7.1. AA etwa noch *Schulz*, SZ 43 (1922) 221 mwN zur strittigen Lehre. *Schulz*, CRL 603 befürwortet bei Handlungen tatsächlicher und nicht rechtsgeschäftlicher Art nur eine *actio quod metus causa* (nicht aber eine *restitutio in integrum;* zu seiner Differenzierung → § 109 Rn. 40).

[15] Vgl. Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1 *zum edictum ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur.*

[16] *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 95–103 versteht die Formulierung des Edikts „*quod metus causa gestum est*" final als Handlung, die gesetzt wird, um Furcht zu erregen. *Hartkamp*, Zwang (1971) 55 übersetzt das „*metus causa gestum est*" des Edikts und das „*metus causa factum est*", das zur *metus*-Klage überliefert wird, kausal im Sinne von „aus Furcht"; so auch *Calore*, Actio (2011) 162; *Kupisch*, Restitutio (1974) 146–148 und ihm folgend *Kaser*, SZ 94 (1977) 123 sehen eine Akzentuierung in der *interpretatio* zu Gunsten der Perspektive des Erwerbers und verstehen das *metus causa gestum/factum est* grundsätzlich „objektiv-kausal" als das „aufgrund von Furcht Erworbene"; so auch *Martens*, Dritte (2007) 28; *Haubenhofer*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 72–78; *Gaulhofer*, Metus (2019) 104–110. Gleichlautend zur *exceptio metus* siehe *Kupisch*, Restitutio (1974) 169, krit. dazu *Calore*, Actio (2011) 162 Fn. 93.

[17] Paul. 1 sent. D. 4.2.22 (Hinabstoßen in ein Gefängnis); Ulp. 5 opin. D. 4.2.23.2 (Festhalten einer Person).

[18] Ulp. 11 ed. D. 4.2.5.

[19] Siehe z. B. Paul. 11 ed. D. 4.2.4 (Sklaverei); Ulp. 11 ed. D. 4.2.3.2 (Tod/Misshandlung) und Ulp. 11 ed. D. 4.2.7.1 (Tod/Einkerkerung); Ulp. 11 ed. D. 4.2.8.1–2 (Sklaverei/*stuprum*); PS 1.7.9–10 (Gefangenschaft); Diocl./Maxim. C. 2.4.13 pr. (a. 290) (Lebensgefahr oder körperliche Marter);

Die Schwere der Drohung wird dabei nach dem Empfinden des Opfers beurteilt,[20] wobei Gai. 4 ed. prov. D. 4.2.6 den *homo constantissimus* als Maßfigur herausstellt.[21] Die Angst des Bedrohten muss gegenwärtig sein[22] (→ § 109 Rn. 5). **10**

Bei rechtmäßiger Gewaltausübung eines Magistrats oder eines *pater familias* finden das Edikt bzw. die Rechtsbehelfe keine Anwendung.[23] Ebensowenig, wenn die Zwangslage des Bedrohten nicht ungerecht scheint (etwa wenn dieser zuvor jemandem ein Versprechen abgepresst hat und danach selbst zur *acceptilatio* gezwungen wird)[24] oder wenn sich jemand „selbst die Furcht beibringt" (wie eine Freigelassene, die sich ihrem Patron gegenüber als undankbar erwiesen hat und aufgrund der Befürchtung, deswegen wieder in den *status* der Sklaverei zu fallen, ihm etwas gibt oder stipuliert).[25] **11**

Diocl./Maxim. C. 2.19(20).7 (a. 293) und Diocl./Maxim. C. 4.44.8 (a. 293) (Tod/Misshandlung). Die Befürchtung muss nicht die eigene Person, sondern kann auch die Kinder betreffen, siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.8.3. Dass die Gewaltausübung bzw. -androhung eine heftige sein muss, ist als Indiz für die Deliktsqualität von *metus* zu werten (→ § 109 Rn. 13).

[20] Ulp. 12 ed. D. 4.6.3; dazu *Hartkamp*, Zwang (1971) 28 f., 41.

[21] Vgl. auch Ulp. 11 ed. D. 4.2.7; Call. 2 ed. mon. D. 4.6.2.1 zur Restitution aufgrund der Abwesenheit *metus causa*.

[22] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9 pr.

[23] Siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.3.1; Ulp. 5 opin. D. 4.2.23.3 (zur rechtmäßigen bzw. rechtswidrigen Gewaltausübung durch Magistrate); Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.34 (keine *exceptio metus* bei Zwangsausübung durch den *pater familias* in Angelegenheiten des *peculium* bzw. allgemeiner formuliert in Ulp. 10 ed. D. 37.15.7.2: *Nec exceptiones doli patiuntur vel vis metusve causa, vel interdum unde vi vel quod vi patiuntur*); vgl. weiters Iul. 14 dig. D. 37.15.2. Es darf aber keinen Zwang zur Eheschließung oder Eheauflösung geben, siehe Terent. Clem. 3 leg. Iul. et Pap. D. 23.2.21. (Wird der Haussohn von seinem Vater zu einer Eheschließung gezwungen, die er ohne Zwang nicht eingegangen wäre und geht daraufhin die Ehe ein, so scheint er dies doch lieber gewollt zu haben als die Nichtehe, schreibt Cels. 15 dig. D. 23.2.22. – *malvisse hoc videtur*); C. 5.4.12 Diocl./Maxim. C. 5.4.12 (a. 285), C. 5.4.14 (a. 285); dazu *Astolfi*, Il matrimonio nel diritto romano classico (2014) 146–151 mwN; zur Abgrenzung von *metus* und *metus reverentialis* („Ehrfurcht"), welcher grundsätzlich keinen Restitutionsanspruch nach sich zieht, siehe *du Plessis/Zimmermann*, MJ 10 (2003) 350–352; *Glover*, Fundamina 49 (2004) 48 f.; *Martens*, Dritte (2007) 90; *Jansen*, in: Zimmermann, Störungen der Willensbildung (2007) 133–138; *Wagner*, Interzession (2018) 297–307. Diocl./Maxim. C. 2.19(20).6 (a. 294) schließt einen Restitutionsanspruch aus, wenn bloß der Umstand dargetan wird, dass der Vertragspartner senatorische Würde habe. D. 44.5.1.5–6 geht aber davon aus, dass einem Freigelassenen, der nur durch Furcht oder durch übergroße Ehrfurcht – *metu solo vel nimia (Florentina: nimio) patrono reverentia* – ein Stipulationsversprechen geleistet hat, nach entsprechender *causa cognitio* eine *exceptio* zu gewähren ist. Die Glossatoren erweitern dann den Rechtsschutzbereich und schließlich sieht Bartolus auch die Ehrfurcht im privaten Bereich – so etwa die Furcht der Ehefrau oder Tochter vor dem *pater familias* (*timor et reverentia*) – als Grund zur Vertragsaufhebung, siehe dazu *Scholtens*, AJ 1960, 276, 278; *du Plessis/Zimmermann*, MJ 10 (2003) 352–354; *Wagner*, Interzession (2018) 308–323.

[24] Siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.12.1.

[25] Paul. 11 ed. D. 4.2.21 pr. Siehe dazu aber auch Ulp. 76 ed. D. 44.5.1.5–6. Wenn jemand, der beim Ehebruch oder beim Diebstahl ertappt wird, etwas gibt, um nicht verraten zu werden, erleidet er (nur) insofern *metus*, als er befürchtet, zu Unrecht getötet zu werden, siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.7.1 und Paul. 11 ed. D. 4.2.8 pr.

12 Die Furchterregung (Gewaltausübung) muss von einer Person oder einer Personengruppe ausgegangen sein.[26] Die Angst vor einer Naturgewalt begründet keine Ansprüche aus dem *metus*-Edikt.[27]

13 *Metus* findet sich in den Institutionen des Gaius nicht unter den *obligationes, quae ex delicto nascuntur.*[28] In den Digesten wird *metus* allerdings mehrfach mit Termini erfasst, die unrechtes Verhalten bezeichnen[29] und der Deliktscharakter der Zwangsausübung scheint im *multiplum* der Urteilssumme der *actio quod metus causa* (→ § 109 Rn. 30–59), in den erfassten Tatbeständen (Ausführung oder Androhung einer *maior malitas* → § 109 Rn. 9 f.), in der *pervenit*-Haftung des Erben (→ § 109 Rn. 60), in der Noxalhaftung des Gewalthabers (→ § 109 Rn. 61) und in unterschiedlichen Haftungsmaßstäben für den Erpresser und andere Beklagte auf,[30] weswegen *metus* vom Großteil der Literatur zu den prätorischen Delikten gerechnet wird (→ § 109 Rn. 39).[31]

---

[26] Siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.9 pr.

[27] Arg. Ulp. 11 ed. D. 4.2.9 pr; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.3; *Kaser*, SZ 94 (1977) 118; *du Plessis*, in: Johnson/Zimmermann, Unjustified Enrichment (2002) 199. Zur Anwendbarkeit von *metus*-Rechtsbehelfen in einem Fall von Notstand bei Flucht vor Bürgerkrieg und Proskriptionen (Sen. contr. 4.8) siehe aber auch *Kupisch*, FS Huwiler 423 f. Bei Abwesenheit aufgrund einer Notlage kann das in D. 4.6.1 pr. genannte Edikt zur Anwendung kommen und zur Restitution führen: Ulp. 12 ed. D. 4.6.1 pr.; Call. 2 ed. monit. D. 4.6.2 pr.–1; Call. 2 ed. monit. D. 4.6.9; Ulp. 12 ed. D. 4.6.3; siehe auch Ulp. 12 ed. D. 4.6.5 pr.; siehe auch Ulp. 2 ed. D. 4.6.15.

[28] Siehe Gai. 3.182–225; Gai. 4.6–9. Siehe auch Inst. 4.1–5. Die *actio quadrupli* wird aber doch im breiteren Kontext der Deliktsklagen erwähnt und dabei der Freispruch bei Restitution besonders hervorgehoben: siehe Inst. 4.6.25 und 27.

[29] Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.3: *crimen*; Ulp. 11 ed. D. 4.2.16: *turpiter, scelere;* Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.2: *iniuria*; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.11: *facinus*; vgl. weiters Ulp. 5 opin. D. 47.13.1 zur Erpressung unter Missbrauch der Amtsgewalt und Pomp. 22 Sab. D. 12.5.7 zur *condictio ob turpem causam*, wenn durch Gewalt eine Stipulation erpresst und die Summe bezahlt wurde.

[30] Siehe auch *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 289 f.

[31] Siehe etwa *Hartkamp*, Zwang (1971) 259; *Ankum*, FS Hübner 17 f.; *Thomas*, Textbook (1976) 373 f.; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung[5] 237, 252; *Benke/Meissel*, Übungsbuch Schuldrecht[9] (2018) 322; *Hausmaninger/Selb* 287 f.; *Mayer-Maly*, Recht[2] 167; *Albanese*, Atti (1982) 184; *du Plessis*, Compulsion (2004) 12; *Jansen*, in: Zimmermann, Störungen der Willensbildung (2007) 133–138; *Gaulhofer*, Metus (2019) 152 f., 164–173. *Knütel*, Index 45 (2017) 594–613. Siehe aber *Kupisch*, Restitutio (1974) 139, der die *metus*-Klage von der Deliktsgrundlage abzulösen versucht, um die „Vorstellung annehmbarer" zu machen, dass es sich bei der *metus*-Klage um eine *in integrum restitutio* handelt; vgl. dazu auch *Kaser*, SZ 94 (1977) 116; *Calore*, Actio (2011) 256. Nach *Wesener*, TR 44 (1976) 171 f. ist es Kupisch aber nicht gelungen, den Deliktscharakter zu widerlegen. Krit. auch *d'Ors*, SZ 109 (1992) 332 f.; *d'Ors*, St. Biscardi I 289–308; *Ankum*, FS Hübner 17 f.; siehe auch *Ankum*, BIDR 85 (1982) 27; *Babusiaux*, SZ 128 (2011) 784. Allerdings bedarf es keiner Leugnung des Deliktscharakters, um die *actio quod metus causa* als Möglichkeit der *restitutio in integrum* zu begreifen (aA *Wesener*, ebd.). Der Deliktscharakter ist freilich Voraussetzung für die Haftung des nicht bereicherten Erpressers.

2. Die Wirkung der *exceptio in rem scripta*

Der Restitutionsanspruch des Geschädigten aus dem *edictum quod metus causa* ist nach Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.1 wegen der allgemeinen und der auf die Sache bezogenen (*in rem*) Formulierung („*Animadvertendum autem quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum.*“) auch Dritten gegenüber gegeben und nicht nur gegenüber demjenigen, der den Zwang ausgeübt hat bzw. gegenüber demjenigen, mit dem (gezwungen) kontrahiert wurde.[32] **14**

Wie die auf das Vierfache gerichtete *actio quod metus causa*[33] (→ § 109 Rn. 30–59) ist entsprechend auch die *exceptio metus in rem* formuliert (Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.33: *metus causa exceptio in rem scripta est ‚si in ea re nihil metus causa factum est.‘*): Mit der *exceptio metus* kann der Beklagte daher nicht nur eine unrechtmäßige[34] Zwangsausübung durch den Kläger einwenden, sondern auch die Zwangsausübung einer anderen Person.[35] **15**

Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.33 berichtet, dass Cassius[36] die *exceptio metus* nicht proponiert habe, weil er die *exceptio doli*[37] (→ § 108) für ausreichend hielt: *Metus* ist insofern vom **16**

---

[32] Siehe dazu Ulp. 11 ed. D. 4.4.13.1 zur Minderjährigenrestitution: diese wirke *interdum in rem*, was heißen solle, dass sie zuweilen gegen den Besitzer der Sache zu richten sei, auch wenn er nicht der Vertragspartner des *minor* ist (→ § 109 Rn. 36).

[33] Gai. 4 ed. prov. D. 4.2.10 pr.; Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.1,3–4, 8; D. 4.2.14.3 und 5.

[34] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.34 schränkt den Rechtsschutz (in Angelegenheiten des Pekuliums) insofern ein, als die *exceptio metus* nur erhoben werden kann, wenn die Furcht nicht vom Gewalthaber zugefügt worden ist. Vgl. auch D. 37.15 *de obsequiis parentibus et patronis praestandis*, insb. Iul. 14 dig. D. 37.15.2; Ulp. 10 ed. D. 37.15.7.2 (siehe Fn. 23).

[35] Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.33; *Kaser*, SZ 94 (1977) 127; *Burdese*, Diritto@Storia 5 (2006) bei Fn. 2 ff. Zur *exceptio metus* als *exceptio cohaerens*, welche z. B. auch vom Bürgen eingewendet werden kann, siehe Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1; dazu *Flume*, SZ 113 (1996) 124–126; *Babusiaux*, Quod actum (2006) 129 f.

[36] Nach *Girard*, SZ 14 (1893) 27 Fn. 1; *Schulz*, SZ 43 (1922) 226 mwN; *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 97; *Fiori*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 66; wohl auch *Martens*, Dritte (2007) 37 ist beim erwähnten Cassius wahrscheinlich das Schuloberhaupt der sogen. sabinianischen Rechtsschule, Gaius Cassius Longinus, gestorben um 69 v. Chr., gemeint. Zweifel äußern *Pernice*, Labeo II/1 199; *Burdese*, Diritto@Storia 5 (2006) vor Fn. 2; *Burdese*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 95. In *Muirhead/Goudy/Grant*, Introduction[3], 406 wird gemutmaßt, der abgekürzte Name von Gaius Aquilius Gallus habe zur Lesart „Cassius“ geführt bzw. mit Cassius sei ein Prätor P. Cassius gemeint, der im selben Jahr wie Gaius Aquilius Gallus das Prätoramt innehatte. Nach *Lenel*, EP 500 Fn. 2 ist beim erwähnten Cassius an den formulierenden Juristen und nicht an proponierenden Prätor zu denken.

Schneider, Klagen (1834) 318–320 sieht den in D. 44.4.4.33 zitierten Cassius als Schöpfer der *actio quod metus causa* und setzt diese der *formula Octaviana* (→ § 109 Rn. 28) gleich. Siehe zudem *Glück*, der in Octavius den Schöpfer der *formula Octaviana* als Klage gegen die Zwang und Furcht ausübende Person sieht und in Cassius denjenigen, der die Klagsmöglichkeit auch gegen Dritte ausweitet, aber keinen Bedarf an einer entsprechenden *exceptio* erkennt (*Glück*, Erläuterungen 5/2, 469–471 mwN). Siehe auch *Burchardi*, Lehre (1831) 306 mwN. Nach *Lenel*, EP 500 Fn. 2 darf aus dem „fraglichen Einschreibsel“ nicht geschlossen werden, dass die *actio* proponiert war, „obwohl dies gewiß wahrscheinlich ist“.

[37] Zum Wortlaut der *exceptio doli* siehe Gai. 4.119; → § 108 Rn. 23.

dolus-Begriff der *exceptio doli* als miterfasst anzusehen.[38] Die *exceptio doli* kann aber nur aufgrund dolosen Verhaltens der gegnerischen Prozesspartei eingewendet werden (und nicht auch aufgrund dolosen Verhaltens einer dritten Person).[39]

17 Strittig ist, ob eine *exceptio metus* vor Cassius noch gar nicht existent war[40] oder ob Cassius die bereits existente *exceptio* anders als seine Vorgänger nicht mehr proponiert habe[41] (etwa, weil die von ihm vorgefundene *exceptio metus* noch nicht *in rem* formuliert[42] war bzw. die Formulierung noch nicht *in rem* interpretiert wurde und insofern ausschließlich die *metus*-Ausübung des Klägers eingewendet werden konnte, wofür die *exceptio doli* ebenso geeignet war bzw. weil in gewissen Konstellationen auch die Prozessführung eines Gutgläubigen gegen ein Erpressungsopfer als doloses Verhalten erachtet wurde und diesem daher die *exceptio doli* mit ihrer Klausel *neque fiat*[43] entgegen gehalten werden konnte).[44]

Jedenfalls erschien die (Wieder-)/Einführung einer eigenen *metus*-Einrede den späteren Prätoren doch nützlicher als die Rückgriffsmöglichkeit auf die *exceptio doli* (Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.33: *sed utilius visum est*).[45]

---

[38] Siehe auch *Hartkamp*, Zwang 271 Fn. 108 am Ende. Zur Konkurrenz von *actio de dolo* und *actio quod metus causa* → § 109 Rn. 64.

[39] *Kaser*, SZ 94 (1977) 127.

[40] *Gradenwitz*, Ungültigkeit (1887) 50; *Karlowa*, RRG II 1078.

[41] So *Girard*, SZ 14 (1893) 27; *Pernice*, Labeo II/1 199; *Schulz*, SZ 43 (1922) 226; *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 96–99; *Hartkamp*, Zwang (1971) 271 f.; *Kaser*, RP I 245 Fn. 29. *Kupisch*, Restitutio (1974) 172; *Watson*, The Law of Obligations (1965) 257 f.; *Watson*, JRST 60 (1970) 118 („Cassius cut out the *exceptio metus*"), aber mit Abschwächung in 118 Fn. 187 („The alternative is to say that the exceptio metus is post-Cassius"); siehe auch *Cannata*, Corso II, 1 35; *Burdese*, Diritto@Storia 5 (2006), vor Fn. 2.

[42] So *Pernice*, Labeo II/1 199; *Schulz*, SZ 43 (1922) 226; *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 96–99; *Kupisch*, Restitutio (1974) 172–174; aA *Martens*, Dritte (2007) 38 f. Fn. 144.

[43] Die Klausel *neque fiat* ist zur Zeit Cassius bereits Bestandteil des Wortlauts der *exceptio doli*. Labeo kennt sie laut Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.15; siehe auch *Hartkamp*, Zwang (1971) 272.

[44] Siehe *Wacke*, RIDA 27 (1980) 384; *Hartkamp*, Zwang (1971) 272; *Martens*, Dritte (2007) 37–41 (zur *exceptio metus*); 65–79 (zur *exceptio doli*); vorsichtig auch *MacCormack*, SDHI 52 (1986) 256; *Fiori*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 68. Diese Auffassung findet Stütze in Ulp. 76 ed. D. 44.4.2.5; allerdings wird die Klassizität des Textes bestritten, Nw dazu bei *Wesener*, SZ 112 (1995) 146 f.

Nach *Kupisch*, Restitutio (1974) 174 kann die *exceptio doli* (wieder) den Rechtsschutz der (dann) *in rem* formulierten *exceptio metus* übernehmen, wenn die Möglichkeit der *exceptio doli* auch für die Einwendung eines *dolus praesentis/generalis* (→ § 108 Rn. 40) eingeräumt wird. *Martens*, Dritte (2007) 37 f. geht davon aus, dass Ulp. 76 ed. in D. 44.4.4.33 die Auffassung des Cassius über die *exceptio doli* „*quae est generalis*" – zum diesbezüglichen Interpolationsverdacht siehe die Nw. bei *Calore*, Actio (2011) 157 f. Fn. 86 – auf die „praesentische Variante der *exceptio doli*" bezieht. Siehe auch *Burdese*, Diritto@Storia 5 (2006). Siehe auch *Zoz*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 542; *Kupisch*, in: Garofalo, Dolo generale (2006) 205–232, insbes. 207 mwN.

[45] Selbst wenn man davon ausgeht, dass mit der Aufnahme der *exceptio metus* in das Edikt nur die Normativierung einer bereits gelebten Prozesspraxis einhergehen sollte, scheint aufgrund der Publizität des Edikts einerseits und durch die Vorgaben der Exzeptionsformel für die Richter andererseits die *utilitas* einer solchen Vorgangsweise gegeben. Siehe auch *Hartkamp*, Zwang (1971) 271–273.

Spätestens mit der Endredaktion des Edikts ist von der *in rem*-Wirkung der *exceptio metus* auszugehen.[46] Damit hat der Beklagte nur nachzuweisen, dass ihm unrechtmäßiger Zwang angetan worden ist und nicht (wie bei der *exceptio doli*), dass der Zwang vom Kläger ausging bzw. dieser sonstwie *dolos* agiert (hat). 18

Klagt nachweisbar derjenige, der den Zwang angewendet hat, stehen *exceptio doli* und *exceptio metus* alternativ zur Verfügung:[47] Sie verfolgen denselben Zweck: die Unterbindung der prozessualen Durchsetzbarkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts. 19

Die *exceptio metus* und die *exceptio doli* sind nach Gai. 4.120–121 als *exceptiones peremptoriae* dauerhafte Einreden.[48] Beide stehen als sachbezogene Einreden (*exceptiones rei cohaerentes*) auch dem Bürgen zu (Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1). 20

II. Zum Begriff der *restitutio in integrum* auf Grundlage des *metus*-Edikts

Das *metus*-Edikt spricht zwar nicht wörtlich von einer *restitutio*,[49] jedoch interpretieren die Juristen und Kaiserreskripte das ediktale „*ratum non habebo*“ als Restitutionsanspruch[50] des Opfers, das ein (nicht nur geringfügiges)[51] *damnum* erlitten hat[52] bzw. 21

[46] So auch *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 99.

[47] Siehe Diocl./Maxim. C. 8.38.5 (a. 293); Inst. 4.13.1. Zur alternativen Anwendung von *actio de dolo* und *actio quod metus causa* → § 109 Rn. 64.

[48] Hat der Beklagte eine solche dauerhafte Einrede irrtümlich nicht genutzt, kann er in den vorigen Stand wiedereingesetzt werden, um die Einrede hinzuzufügen (Gai. 4.125). *Du Plessis*, Compulsion (2004) 17 bejaht eine *condictio indebiti* desjenigen, der nicht wusste, dass er eine *exceptio metus* gegen eine Klage aus einer erzwungen geleisteten Stipulation hätte einwenden können.

[49] Der Begriff der Restitution findet sich allerdings im umfangreichen Edikt unter dem Titel D. 4.6 *Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur* (wo unter den unterschiedlichen Gründen die Abwesenheit wegen *metus* genannt wird und eine Art Generalklausel formuliert, dass der Prätor auch aus nicht explizit genannten Gründen eine Restitution gewähren kann, wenn hierzu ein gerechter Grund vorliegt *(qua alia mihi iusta causa esse videbitur)* und die Gesetze, Plebiszite, Senatsbeschlüsse, Edikte und kaiserlichen Dekrete nicht entgegenstehen (Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1). Nach *Burchardi*, Lehre (1831) 148–150, 213–217 ist es das älteste unter den Edikten, die in D. 4.1 ff. erörtert werden. Siehe auch *Schulz*, SZ 43 (1922) 222 f. Fn. 5 und *Girard*, Manuel[8] 1128 mit Fn. 5: Minderjährigen- und Großjährigenrestitution seien die ältesten Restitutionsgründe. Vehement aA *Savigny*, System VII 134–137, vgl. auch 192: Die Edikte in D. 4.1 ff. wären ihrem Alter entsprechend in Edikt und Digesten aufgenommen worden, sohin sei das *edictum quod metus* darunter das Älteste (ähnlich *Schneider*, Klagen [1834] 389). Versteht man wie *Savigny* das umfangreiche Edikt in D. 4.6.1.1 als jüngstes der in D. 4.1 ff. angeführten Edikte, wäre es naheliegend, in seinem Wortlaut auch eine gewisse Zusammenfassung der *interpretatio* zu den älteren Edikten zu sehen.

[50] D. 4.1. (*de in integrum restitutionibus*) 1–8; Ulp. 11 ed. D. 4.2.3; Ulp. 11 ed. D. 4.2.7 pr.; Ulp. 11. ed. D. 4.2.9.2; 7–8; Paul. 4 dig. Iul. D. 4.2.11; PS 1.7 „*de integri restitutione*“ mit Texten über die *metus*-Klage. Manche schließen darauf, dass die *restitutio in integrum quod metus* jünger sei als die *metus*-Klage, so *Cervenca*, St. Biondi I 603, insb. auch Fn. 6, mwN; *Buigues*, Rescisión (1992) 56. *Marrone*, Istituzioni 211 hingegen überlegt, ob die *restitutio in integrum quod metus* „forse poco piú antico“ als

eben nicht erleiden soll: Der Gezwungene soll so gestellt werden als hätte die erzwungene (rechtsgeschäftliche) Handlung nicht stattgefunden.[53]

22 Neben der *exceptio* steht den Gezwungenen als Restitutionsmöglichkeit vor allem die *actio quod metus causa* zur Verfügung; daneben kommen aber auch Vertragsklagen und *vindicationes utiles* oder *condictiones* wegen fehlender oder fehlerhafter *causa* in Betracht.[54]

23 Die Frage, ob Rechtsgeschäfte gültig zu Stande kommen, wenn durch Zwang auf den Willen einer Vertragspartei eingewirkt wird, zählt zu den „hoffnungslosesten Problemen der klassischen Rechtsgeschäftslehre".[55] Nach Kaser entwickeln die römischen Juristen aufgrund einer vom Einzelfall ausgehenden Anschauungsweise und des aktionenrechtlichen Denkens weder eine feste Terminologie noch eine allgemeine Rechtsgeschäftslehre:[56] Es komme ihnen nicht auf die Unterscheidung zwischen der modern

---

die *metus*-Klage ist. *Kupisch*, Restitutio (1974) 239 spricht von einem Scheinproblem.

[51] Call. 1 ed. mon. D. 4.1.4.

[52] Hinsichtlich des Edikts und der *actio quod metus causa*: Ulp. 11 ed. D. 4.1.1; Ulp. 11 ed. D. 4.2.12.2; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14 pr., 5 und 14; Paul. 11 ed. D. 4.2.21.2; Ulp. 5 opin. D. 4.2.23.3; Gord. C. 2.19(20).5 (a. 239); Diocl./Maxim. C. 4.44.8 (a. 293).

[53] *Burchardi*, Lehre (1831) 727 spricht von einem „Schutz gegen das Recht".

[54] Ulp. 41 Sab. D. 47.2.25.1 (unter Anführung von kontroversen Ansichten). Zur *condictio* wegen *metus/vis* siehe *du Plessis*, Compulsion (2004) 16–23; *du Plessis*, in: A History of Private Law in Scotland II. Obligations (2000) 124; *du Plessis*, in: Johnson/Zimmermann, Unjustified Enrichment (2002) 202; *Jansen*, SZ 120 (2003) 106–162 (zur *condictio* als Form der *restitutio*); *Hähnchen*, Causa (2003) insbes. 33–36, 99–121; *Hähnchen*, SZ 121 (2004) 394; *Glover*, Fundamina 10 (2004) 55–58.

Eine denkbare Rückabwicklung der Vermögensverschiebung durch *condictio* findet in den *sedes materiae* zum Metusedikt (D. 4.1 *De in integrum restitutionibus*, D. 4.2 *Quod metus causa gestum erit*, C. 2.19[20] *De his quae vi metusve causa gesta sunt*) keine Erwähnung, siehe aber D. 12.5 zur *condictio ob turpem vel iniustam causam*, siehe v. a. Pomp. 22 Sab. D. 12.5.7; vgl. auch Ulp. 26 ed. D. 12.5.2 pr.–1; und sehr allg. Ulp. 18 Sab. D. 12.5.6; siehe zudem Ulp. 18 Sab. D. 13.3.2 (*condictio* [*possessionis*] eines gewaltsam vom Grundstück vertriebenen Eigentümers bzw. Besitzers); Ulp. 41 Sab. D. 47.2.25.1 (unter Anführung kontroverser Ansichten); Diocl./Maxim. C. 4.7.3 (a. 290).

[55] So *Maier*, SZ 55 (1935) 402.

[56] *Kaser*, RP I 227–229, 246; *Kaser*, St. Biondi I 133; *Kaser*, SZ 94 (1977) 107 f., 154; nach *Kaser*, RP I 244 hat die Einführung prätorischer Hilfsmittel die Entwicklung einer Rechtsgeschäftslehre hin zur Unwirksamkeit erzwungener Rechtsgeschäfte abgeschnitten; siehe auch *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 73 f.; *Kupisch*, Restitutio (1974) 7 f. Die in den Quellen zu *metus* genannten Ausdrücke über eine Unwirksamkeit bzw. Aufhebbarkeit sind vielfältig – etwa „*non puto nasci obligationem, … nec talem promissionem … ullam esse*" (Paul. 11 ed. D. 4.2.21.3), „*nullius momenti est*" (Paul. 1 sent. D. 4.2.22 = PS 1.7.10), „*emptio irrita est*" (Alex. C. 4.44.1 [a. 222]), „*ratum non habere/… ne habeatur rata venditio*" (Alex. C. 4.44.1 [a. 222]; Diocl./Maxim. C. 2.19[20].7 [a. 293] und C. 4.44.8 [a. 293]), „*rescindere*" (Diocl./Maxim. C. 2.19[20].10 [a. 294]); „*ad rescindendam emptionem invalidum est*" (Diocl./Maxim. C. 4.44.8 [a. 293]) und „*infirmari*" (Hon./Theod. C. 2.19[20].12 [a. 415]). Die Worte *rescindere* und *rescissio* beschreiben nicht die Nullität, sondern die Aufhebbarkeit eines gültigen Rechtsakts (s. Fn. 111).

Auch die Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung des erzwungenen Rechtsgeschäfts (Gord. C. 2.19[20].4 [a. 239]; siehe auch Alex. C. 2.19.[20].2 [a. 226], wo möglicherweise eine konkludente

so genannten (anfänglichen) „Nichtigkeit/Nullität" und der bloßen „Anfechtbarkeit" eines Rechtsgeschäfts an, sondern vielmehr auf das Ergebnis der *in integrum restitutio*, die „unbekümmert um die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Geschäfts die Rückabwicklung der unrechtmäßig herbeigeführten rechtlichen und faktischen Vorgänge bezweckt."[57] Die Texte heben vielmehr die Befähigung der Amtsträger hervor, aus bestimmten Gründen Restitutionen zu ermöglichen.[58]

Bei erzwungenen förmlichen Rechtsgeschäften des *ius civile* (wie dem abstrakten Verfügungsgeschäft der *mancipatio*,[59] der *stipulatio*[60] oder der *acceptilatio*[61]) wird **24**

Genehmigung mitgedacht wird) trägt nichts zur Frage der Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit des erzwungenen Rechtsgeschäfts bei. Siehe dazu *De Filippi*, ratihabitio (2002) 52–69. Zum Terminus der „Nichtigkeit" siehe aber auch *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 73; *Hartkamp*, Zwang (1971) 75 f. Fn. 8; *Beckmann*, Nichtigkeit (1998) 42 f.

[57] *Kaser*, SZ 94 (1977) 108 mwN; siehe weiters schon *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 73; *Hartkamp*, Zwang (1971) 73–77; *du Plessis*, Compulsion (2004) 13; *du Plessis*, in: Johnson/Zimmermann, Unjustified Enrichment (2002) 202: „The praetor did not try to counteract fraud or duress through developing the law of condictiones" (mit Hinweis einer möglichen Ausnahme bei erzwungenen Stipulationen in Pomp. 22 Sab. D. 12.5.7); siehe auch *Hattenhauer*, Rechtsgestaltung (2011) 10 f. *Ernst*, in: Zimmermann, Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss (2007) 6, spricht davon, dass die prätorischen Verheißungen dem *metus*-Opfer die Möglichkeit geben, die Rechtswirkungen des erpressten Geschäfts durch Richterspruch zu entkräften bzw. rückgängig zu machen. „Wenn man nicht vor anachronistischen Begriffen zurückschreckt, könnte man sagen, die Römer wären für die Drohung der Anfechtungstheorie gefolgt". „Gleichsam nachträglich wurden die […] Rechtswirkungen des Geschäfts „neutralisiert". *Ernst* betont (sehr weitgreifend), dass das Geschäft sogar gültig abgeschlossen sein musste, „damit überhaupt ein Anlass für den Prätor bestand, das Geschäft […] durch richterlichen Ausspruch zu neutralisieren." Dass prätorische Maßnahmen der *restitutio in integrum* durchaus zweckmäßiger und dem Erpressten hilfreicher sein können als eine *ipso-iure*-Nichtigkeit, stellt *Wieacker*, TR 43 (1975) 316 fest; siehe auch *Hattenhauer*, Rechtsgestaltung (2011) 12.

[58] Siehe etwa Paul. 11 ed. D. 4.2.21.5–6; Ulp. 5 opin. D. 4.2.23.2; Alex. C. 4.44.1 (a. 222). Zur Flexibilität des Restitutionsbegriffs je nach Schwerpunkt der Aussage (z. B. Restitution durch einen Amtsträger; Restitution eines Anspruchs, Restitution zu Gunsten einer Person) siehe *Robra*, Drittwirkung (2014) 34. *Thomas*, Textbook (1976) 113, bezeichnet das Institut der *restitutio in integrum* als „the most striking exercise of his imperium by the praetor".

[59] Gai. 4.117 spricht von einer *exc. metus* bei erzwungener *mancipatio*, wenn die Sache vindiziert wird. Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.6 erläutert, dass sich die (offenbar herausgegebene) Sache *in bonis* des Gezwungenen befinde (s. dazu auch Marc. 24 dig. D. 40.13.2; Mod. 7 reg. D. 41.1.52; nach PS 1.7.6 erwirbt der aufgrund von *metus* manzipierte Sklave für den Erpressten; siehe *Levy*, Konkurrenz 2/1 [1922] 164; *Schulz*, SZ 43 [1922] 175; *Lübtow*, Ediktstitel [1932] 27; *Kupisch*, Restitutio [1974] 222–226; *Ankum/Van Gessel-de Roo/Pool*, SZ 107 [1990] 197 f.); aA *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 52 f.; *Hartkamp*, Zwang (1971) 128 f., weil der Gezwungene nicht mehr in Sachbesitz sei, was das in *bonis esse* ausschließe. Das in *bonis esse* betreffe nur den Fall der erzwungenen *mancipatio* ohne Sachübergabe bzw. bei Wiedererlangung des Sachbesitzes; ihm folgend *Kaser*, SZ 94 (1977) 140 f.; wohl auch *Wacke*, SZ 94 (1977) 242 (weil er vom Gezwungenen als Besitzer ausgeht, der sich mit der *in rem* wirkenden *exceptio metus* behelfen kann). Nach *Ankum*, FS Hübner 11 f. Fn. 34 steht die abgepresste Sache erst ab einem (auch implizit erlassenen) Restitutionsdekret *in bonis* des Gezwungenen; siehe auch *Gaulhofer*, Metus (2019) 326–335 f., mit dem Argument, die *actio Publiciana* setze

grundsätzlich von der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts ausgegangen, dessen prozessuale Durchsetzbarkeit aufgrund der ediktalen Verheißung versagt wird.[62] Zum erzwungenen Erbschaftsantritt hält Paul. 11 ed. D. 4.2.21.5 *tamen coactus volui* fest.[63]

25 Nach dem (palingenetisch den Kommentaren zum *metus*-Edikt zugerechneten)[64] Ulp. 11 ed. D. 50.17.116 pr. ist dem Konsens, auf dem die *bonae fidei iudicia* beruhen, nichts so abträglich wie *vis* und *metus* und es würde gegen die guten Sitten verstoßen, diese für gültig zu erachten (*comprobare*).[65] Ob Ulpian hier die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts formuliert[66] (wie dies etwa die Texte Paul. 11 ed. D. 4.2.21.3,[67] Paul. 1 sent. D. 4.2.22 = PS 1.7.10 und PS 1.1.4 nahelegen) oder die prozessuale Durchsetzung der Ansprüche aus dem gültigen Vertrag verwehrt,[68] bleibt umstritten.[69] Ver-

---

voraus, dass der Kläger die Sache übergeben erhalten habe. Aus einer bloßen Restitutionsmöglichkeit resultiere kein *in bonis habere*. Mit einer prätorischen Restitutionsentscheidung mittels Dekrets, in dem der Prätor die *mancipatio* bzw. die *emptio venditio* für aufgehoben erkläre, könne man aber von einem *in bonis esse* sprechen, weil dem Kläger sodann eine *vindicatio utilis* zustünde.

[60] Gai. 4.116; Diocl./Maxim. C. 8.38.5 (a. 293); Inst. 4.13.1.

[61] Zum erzwungenen Schulderlass siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.3; 7–8; Gai. 4 ed. prov. D. 4.2.10 pr.–1; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14 pr., 3.

[62] *Schulz*, SZ 43 (1922) 171–175, 190; *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 32–34; *Raggi*, Restitutio (1965) 241–380; *Hartkamp*, Zwang (1971) 74; 127–147; *Marrone*, Istituzioni 209; *Zimmermann*, LO 652 f.; *Chevreau*, Temps (2006) 263 f.; *Honsell*, Römisches Recht 45; *Beckmann*, Nichtigkeit (1998) 42; *Schermaier*, HKK-BGB I §§ 116–124 Rz. 108; *Kaser/Knütel/Lohsse*, § 8 Rn. 13; *Wagner*, Interzession (2018) 299 f.; *Gaulhofer*, Metus (2019) 321; krit. *Wieacker*, TR 43 (1975) 311. Erzwungene förmliche Rechtsgeschäfte sind aber dann unwirksam, wenn ihnen das *ius civile* entgegensteht, vgl. z. B. ein SC unter Marc Aurel, das die unter Druck des Theaterpublikums erzwungene Freilassung als unwirksam erklärt (Paul. lib. sing. de libert. D. 40.9.17 pr. und Alex. C. 7.11.3 [o.A.]). Siehe auch *Kaser*, RP I 245; *Zoz*, SDHI 39 (1973) 115–128.

[63] Unklar bleibt allerdings, ob der Text von der förmlichen *cretio*, der formlosen *pro herede gestio* oder von beiden Arten des Erbschaftsantritts handelt. Siehe dazu *Hartkamp*, Zwang (1971) 84–91 mwN. Im gleichen Fragment hält Paulus fest, dass das erzwungene *promissum* einer *dos* keine Obligation begründe (Paul. 11 ed. D. 4.2.21.3), wobei auch hier unklar ist, ob es sich dabei um eine förmliche oder formlose Zusage handelt, siehe dazu *Hartkamp*, Zwang (1971) 134–136 mwN. Vermutlich ist im Fall des *promissum* noch keine Leistung erfolgt, was für die unterschiedliche Bewertung durch Paulus eine Rolle spielen könnte.

[64] *Lenel*, Pal. II, 460 f.

[65] Siehe auch Alex. C. 4.44.1 (a. 222).

[66] Siehe z. B. *Levy*, SZ 68 (1951) 409 f.; *Hartkamp*, Zwang (1971) 105 f.

[67] Siehe dazu Fn. 56, 63.

[68] So *Harke*, Error (2005) 258–266; ihm folgend *Martens*, Dritte (2007) 36 f. Fn. 137. Nach *Kaser* sind nach *ius civile* die nicht förmlichen Rechtsgeschäfte ebenso wie die förmlichen „regelmäßig gültig", wenn sie erzwungen werden. Ist der Richter bereits auf Grund der *bona fides* verpflichtet, die *metus*-Ausübung bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, bedarf es der prätorischen Hilfe im Grunde gar nicht (*Kaser*, RP I 243–245; so auch *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung[5] [2012] 252; *Wacke*, TR 48 [1980] 213) bzw. nur zur Verdeutlichung, dass der *metus*-Umstand zu berücksichtigen ist.

[69] Siehe dazu *Beckmann*, Nichtigkeit 42 mwN.

mutlich spielt es zudem eine Rolle, ob ein zivilrechtliches *oportere ex bona fide* geschuldet wird oder ob die konkrete Parteienvereinbarung oder Handlung erst durch eine genuin prätorische Rechtsschöpfung Schutz erfahren würde.[70]

Wird das erzwungene Rechtsgeschäft nach Wegfall der Zwangslage vom Erpressten bestätigt, bestehen keine Ansprüche mehr aufgrund des früheren *metus*-Sachverhalts.[71] Der Wille zur Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts ist dann nicht mehr vom Zwang beeinflusst. **26**

Kam es noch nicht zur Leistung aufgrund des erzwungenen Rechtsgeschäfts (*negotium imperfectum*), wird das Erpressungsopfer mittels *exceptio* vor Vermögensschäden geschützt. Ulpian bejaht anders als Pomponius zudem auch bei einem *negotium imperfectum* den aktiven Rechtsschutz durch die *actio quod metus causa*.[72] **27**

III. Zu historischen Vorläufern des *metus*-Edikts

Ein historischer Vorläufer des *metus*-Edikts, wenn nicht gar der erste quellenmäßige Beleg des *metus*-Edikts (bzw. der *metus*-Klage), wird in der *formula Octaviana* gesehen: Der in Ulp. 11 ed. D. 4.2.1 überlieferte Wortlaut des älteren *metus*-Edikts (*quod vis metusve causa gestum erit*) ähnelt stark der (nur) von Cicero[73] zitierten (und mit 79/78 v. Chr. zu datierenden) *formula Octaviana*,[74] die sich gegen unrechtmäßige Vermögensverschiebungen wendet.[75] Cicero verwendet in seiner Beschreibung der *formula* die Worte *per vim aut/et metum auferre*.[76] Übereinstimmend wird angenommen, dass die **28**

[70] Zur Kasuistik (etwa zur Nichtigkeit erzwungener prätorischer Freilassungen in Frg. Dos. 7) siehe *Kunkel*, Privatrecht 109; *Kaser*, RP I 245; *Hartkamp*, Zwang (1971) 148–157; *Wacke*, SZ 94 (1977) 242 f.

[71] Gord. C.2.19(20).4 (a. 239) (*roborare consensu*), vgl. auch Alex. C. 2.19(20).2 (a. 226), wo möglicherweise eine konkludente Zustimmung angenommen wird.

[72] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.3–4.

[73] Cic. in Verr. II.3.152; Cic. ad Qu. Fr. I.1.21.

[74] Zum Schöpfer und zur Datierung der *formula Octaviana* siehe insbes. *Lintott*, Violence (1968) 129 f., insbes. 130 Fn. 2; ; *Tarwacka*, Principios (2014) 708–710; *Haubenhofer*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 68 f.; *Gaulhofer*, Metus (2019) 54–60 f.

[75] *Cervenca*, St. Biondi I, 603 Fn. 5; *Kupisch*, Restitutio (1974) 158–164, 239; *Kupisch*, Cicero *pro Flacco*, 141 f.; *Platschek*, SZ 118 (2001) 262; *Venturini*, Hom. Murga 922; *Martens*, Dritte (2007) 25 setzen das (ältere) Metusedikt mit dem Edikt des Octavius bzw. die *metus*-Klage mit der *formula Octaviana* gleich; siehe auch schon etwa *Burchardi*, Lehre (1831) 304–306 mwN; *Schneider*, Klagen (1834) 318–320; *Rein*, Privatrecht (1858) 757; aA *Haubenhofer*, RIDA 60 (2013) 171–181; *Haubenhofer*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014), 67–78; *Gaulhofer*, Metus (2019) 43–45 mit dem Argument, das *auferre* der *formula Octaviana* sei hinsichtlich der Täterperspektive formuliert, wohingegen das *quod metus causa gestum est* des Edikts neutral gehalten und objektiv kausal (siehe oben Fn. 16) zu verstehen sei (64 f., 94–104).

[76] Zur Diskussion, ob Cicero damit den Originalwortlaut der *formula* wiedergibt oder paraphrasiert, siehe *Haubenhofer* (die vom Originaltext ausgeht), RIDA 60 (2013) 164 f. Fn. 4; *Haubenhofer*,

formula nicht nur auf ein bloßes *simplum* des Vermögenswerts gerichtet ist, sondern vermutlich auf dessen *quadruplum*.[77] Aus dem *reddere cogebantur* des Textes *ad Quintum Fratrem* 1.1.21 wird manchenorts erwogen, dass die *formula* eine Restitutionsklausel habe.[78] Eine Drittwirkung ist strittig.[79]

29 Die *formula Octaviana* wiederum wird in engem Zusammenhang mit der Repetundengesetzgebung gesehen,[80] die sich ursprünglich gegen die unzulässige Geschenkan-

---

in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 69; *Gaulhofer*, Metus (2019) 26–28, alle mwN.

Umstritten ist auch, ob sich die *formula Octaviana* nur gegen die Ausübung von *vis compulsiva* richtet – so *Schulz*, CRL 601, anders aber noch in SZ 43 (1922) 218 f.; *Ebert*, Geschichte (1968) 108–111; *Hartkamp*, Zwang (1971) 249 – oder (zumindest nach Meinung mancher römischer Juristen) auch gegen die Anwendung von *vis absoluta*, so *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 127–129; *Maschi*, diritto² (1966) 642–544; *Balzarini*, Ricerche (1969) 150. Diesfalls fiele der Raub bis zur Entwicklung der *actio vi bonorum raptorum* (→ 93 Rn. 13) in den Anwendungsbereich der *formula*; siehe dazu *Vacca*, Ricerche (1972) 111; *Venturini*, IURA 45 (1994) 82–92; *Venturini*, Hom. Murga 921–943. Andere verneinen aufgrund der Merkmale der *actio vi bonorum raptorum* (infamierende Wirkung, keine Restitutionsklausel, keine Drittwirkung) deren Ursprung in der *formula Octaviana*: siehe *Kaser*, BIDR 65 (1962) 79–104, 86 Fn. 26, anders noch in SZ 68 (1951) 139 f.; *Hartkamp*, Zwang (1971) 249 Fn. 17. *Gaulhofer*, Metus (2019) 45 sieht in der *formula Octaviana* mit *Balzarini*, Ricerche (1969) 150 vorsichtig einen Ausgangspunkt für die *actio quod metus causa*, die *actio vi bonorum raptorum* und die *actio de publicanis*. Sie erkennt im *auferre* der *formula Octaviana* aber eine Betonung der Tathandlung, wohingegen das *metus*-Edikt auf ein *gestum* abstellt und eine Drittwirkung zulässt (*Gaulhofer*, ebd. 64 f).

[77] Siehe *Rudorff*, ZRG 12 (1845) 131–170, insb. 161; *Schulz*, SZ 43 (1922) 219; *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 128; *Maschi*, Diritto² (1966) 644; *Hartkamp*, Zwang (1971) 249; *Martens*, Dritte (2007) 19; *Gaulhofer*, Metus (2019) 62; zweifelnd aber *Balzarini*, Ricerche (1969) 144; *Wieacker*, TR 43 (1975) 319 Fn. 75; *Venturini*, in: Hom. Murga 938; *Calore*, Actio (2011) 133 f. Das *quadruplum* im zeitnahen Edikt des Lucullus (76 v. Chr.) über die Schadenszufügung durch *homines armati* oder *homines coacti* kennt nach Ulp. 46 ed. D. 47.8.2 pr. die Verurteilung auf das Vierfache (s. auch Cic. pro Tull. 4.8 ff.). Siehe dazu *Ebert*, Geschichte (1968) 108–114.

[78] *Rudorff*, ZRG 12 (1845) 158; *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 129; *Hartkamp*, Zwang (1971) 248; aA *Wieacker*, TR 44 (1976) 319 Fn. 75; *Venturini*, in: Hom. Murga 938; *Martens*, Dritte (2007) 19; *Calore*, Actio (2011) 20, 133 f. *Gaulhofer*, Metus (2019) 62 überlegt, ob die mangelnde Restitution Voraussetzung für die Gewährung der Klage ist und der Prätor die Klage dementsprechend ohne Restitutionsklausel gibt.

[79] Für die Drittwirkung *Rudorff*, ZRG 12 (1845) 156; *Kupisch*, Restitutio (1974) 158–165, 239; *Martens*, Dritte (2007) 19, 25 f.; gegen eine Drittwirkung *Lenel*, EP 109; *Schulz*, SZ 43 (1922) 240–261; *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 183–207; *Maschi*, diritto² (1966) 644; *Haubenhofer*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 71; *Haubenhofer*, RIDA 2013, 168–170; *Gaulhofer*, Metus (2019) 64.

[80] *Rudorff*, ZRG 12 (1845) 155–161; *Karlowa*, RRG II 1065; *Schulz*, SZ 43 (1922) 218; *Schulz*, CRL 602; *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 127, 204; *Ebert*, Geschichte (1968) 110; *Balzarini*, Ricerche (1969) 147; *Hartkamp*, Zwang (1971) 250–253; *Kaser*, SZ 94 (1977) 101, 120 f.; *Wieacker*, TR 43 (1975) 319 f.; *Venturini*, in: Hom. Murga 925–929; *Venturini*, IURA 45 (1994) 87–89; *Zimmermann*, LO 651 f.; *Romanillos*, Foro 2004, 391–400. *Calore*, Actio (2011) 13–21, 149–153; *Calore*, Considerazioni, Diritto@Storia 9, 2010; *Tarwacka*, Principios (2014) 708. AA *Kupisch*, Restitutio (1974) 219 f.; *Martens*, Dritte 11 f.; *Gaulhofer*, Metus (2019) 69–87.

nahme seitens römischer Magistrate richtet und die Rückforderung des Geleisteten vorsieht. Zu Strafverfahren werden die Repetundenprozesse durch die auf den *Tabulae Bembinae* überlieferte Norm, die üblicherweise auf 123–122 v.Chr. datiert ersetzt wird:[81] Nun ist bei Tatbeständen der Wegnahme, Beschlagnahmung, Erpressung, Unterschlagung und Veruntreuung (*ablatum captum coactum conciliatum aversumve*)[82] durch römische Amtspersonen eine Klage auf das *duplum* vorgesehen.[83] Die Repetundengesetze eröffnen vermutlich seit der *lex Servilia Glaucia*[84] (die für den Zeitraum 111–102 v. Chr. datiert wird),[85] vielleicht auch erst seit der *lex Cornelia*[86] (81 v. Chr.), die Möglichkeit, erpresstes Vermögen von den Personen zu verlangen, an die es (vom verurteilten Erpresser) gelangt ist. Doloses Verhalten dieser Personen wird dabei nicht vorausgesetzt.[87]

IV. Die *actio quod metus causa*

Der Gezwungene, dem in seinem Vermögen etwas „abgeht“,[88] hat Anspruch auf Re- **30**
stitution desselben: auf Rückstellung der abgepressten Sache, auf Wiederherstellung einer durch erzwungene *acceptilatio* erloschenen Obligation,[89] auf *acceptilatio* einer mittels Drohung herbeigeführten *stipulatio* etc. Diese Ansprüche werden typischerweise mit der arbiträren (→ § 109 Rn. 48–54) *actio quod metus causa* durchgesetzt. *Intra annum* geht die Klage bei mangelnder Restitution auf das Vierfache[90] dessen, was

[81] Zur Streitfrage, ob die *tabulae Bembinae* die *lex Sempronia*, die *lex Acilia* oder die *lex Servilia* wiedergeben, siehe *Eder*, Repetundenverfahren (1969) insbes. 121–125 mwN.; *Gaulhofer*, Metus (2019) 69 f. mit Fn. 159 mwN.

[82] *Girard/Senn*, Les lois des Romains (1977) 90–106, Nr. 7.

[83] Siehe *Gaulhofer*, Metus (2019) 69 f.; *Alten*, Amtsmißbrauch (2012) 311 f.

[84] *Mommsen*, Strafrecht 709; *Berger*, RE s. v. Leges Serviliae, 2414 f.; *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 156; *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 156; *Ehrhardt*, SZ 55 (1935) 82; *Lintott*, SZ 98 (1981) 190; *Hartkamp*, Zwang (1971) 253 mwN.; *Gaulhofer*, Metus (2019) 69 f. Gestützt werden diese Meinungen hauptsächlich auf Cic. Rab. Post. 4.8/9 und 13, sowie auch Cic. fam. 8.8; Cic. Cluent. 41.116.

[85] Siehe *Mommsen*, Strafrecht 709; *Lintott*, SZ 98 (1981) 189.

[86] So *Kleinfeller*, RE s. v. Repetundarum crimen, 607 mit Hinweis auf Cic. Rab. Post. 4.8/9 und 13, Cic. Cluent. 41.116; *Alten*, Amtsmißbrauch (2012) 312.

[87] Dementsprechend kommt der Verurteilung eines Dritten wohl auch keine infamierende Wirkung zu, siehe *Mommsen*, Strafrecht 732; *Hartkamp*, Zwang (1971) 256; *Calore*, Actio (2011) 151–153. Das Verfahren „*quo ea pecunia pervenerit*“ wird als eine Art Appendixverfahren nach dem Hauptverfahren gegen den Erpresser abgehalten. Siehe Cic. Rab. Post., insb. 4.8/9; auch Cic. Cluent. 41.116; Cic. fam. 8.8.

[88] Ulp. 11 ed. D. 4.2.21.2; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14 pr.

[89] Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.9; s. dazu *Chevreau*, temps (2006) 276; *Calore*, Actio (2011) 178 Fn. 31. Siehe auch Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.33. Zur Gleichsetzung von *restituere actionem* und *restituere obligationem* siehe *Kupisch*, Restitutio (1974) 17–23.

[90] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.6; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.9–10 und 15; Paul. 11 ed. D. 4.2.21.2 und PS 1.7.4.

restituiert hätte werden müssen (→ § 109 Rn. 48–50, 55). Mit der Verurteilung ist keine Infamie verbunden.[91]

1. Zur Voraussetzung eines *damnum*

31 Ist beim Erpressten kein Vermögensschaden entstanden, weil er zur Herausgabe einer geschuldeten Leistung (oder zur *acceptilatio* einer prozessual nicht durchsetzbaren Forderung) gezwungen wurde, findet das *metus*-Edikt keine Anwendung.[92] Jedoch kommen diesfalls Interdiktenschutz[93] (→ § 66) oder die Rechtsfolgen der *lex Iulia de vi*[94] in Betracht.[95]

32 Kam es noch nicht zur Leistung aufgrund des erzwungenen Rechtsgeschäfts (*negotium imperfectum*), befürwortet Ulpian anders als Pomponius (neben dem passiven Rechtsbehelf der *exc. metus*) eine *actio* und beruft sich auf ein entsprechendes Kaiserreskript.[96]

2. Zur Wirkung der *actio in rem scripta*

33 In Ulp. 11 D. 4.2.9.8 ist – anders als in den Worten des Metus-Edikts, das von einem *metus causa gestum erit* spricht[97] (→ § 109 Rn. 3) – für den Klagswortlaut ein *factum est*

---

[91] In der fehlenden infamierenden Wirkung sehen manche eine Rücksichtnahme auf erpresserische Machthaber (etwa *Siber*, Römisches Privatrecht [1928] 234), andere hingegen ein Indiz dafür, dass die Klage vor allem gegen Erpresser minderen Stands gerichtet werden soll, die keine bürgerliche Ehre zu verlieren haben (etwa *Kelly*, Litigation [1966] 16). Zur fehlenden infamierenden Wirkung der *metus*-Klage *Calore*, Actio (2011) 250–254; allgem. zur Infamie in Rom siehe *Gamauf*, in: Polaschek/Ziegerhofer, Recht ohne Grenzen (1998) 38; *Meissel*, societas (2003) 48; *Scheibelreiter*, RE für Antike und Christentum (2019), s. v. Schande, 703–718.

[92] Ulp. (Iul.) 11 ed. D. 4.2.12.2; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14 pr.; Ulp. 5 opin. D. 4.2.23.3; Call. 5 cogn. D. 48.7.7; auch Ulp. (Pomp.) D. 4.2.12.1.

[93] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9 pr.; Ulp. (Iul.) 11 ed. D. 4.2.12.2; *Wesener*, FS Steinwenter 100–120; dazu *Behrends*, SZ 119 (2002) 44–142; *Wankerl*, SZ 129 (2012) 577–587.

[94] Marcian. 14 inst. D. 48.7.1 pr.; Mod. 2 poen. D. 48.7.8; Venul. iud. publ. D. 48.2.12.4; Ant. C. 9.12.2 (a. 213) sprechen von der Konfiskation eines Drittels des Vermögens, die ersten beiden Stellen auch von Infamie. Nach PS 5.26.3 büßen Personen höheren Ranges ein Drittel ihres Vermögens ein und werden ins Exil geschickt, Personen niederen Standes werden zur Arbeit in den Minen verurteilt. Nach *Bürge*, FS Mayer-Maly (2002) 73, 84 könnte die Konfiskation eines Drittels des Vermögens eine spätere Entwicklung darstellen. Möglicherweise handle es sich um eine Höchststrafe, die unterschritten werden könne. Mod. 2 poen. D. 48.7.8 berichtet zudem vom Verlust des Forderungsrechts.

[95] Ulp. (Iul.) 11 ed. D. 4.2.12.2; Ulp. 5 opin. D. 4.2.23.3; Call. 5 cogn. D. 48.7.7. Nach Ulp. 11 ed. D. 4.2.14 pr. findet das *metus*-Edikt dann keine Anwendung, wenn jemand, der ohnehin durch eine *exceptio perpetua* gegen eine Klage geschützt wäre, den Gläubiger zu einer *acceptilatio* zwingt – *quia nihil … abest*. Siehe dazu auch Ulp. (Pomp.) 11 ed. D. 4.2.12.1.

[96] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.3–4.

[97] Siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.1 und Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.1.

überliefert: *Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est*). Man geht allerdings von einer weitgehenden Identität der beiden Begriffe *gestum* und *factum* aus:[98] Das Opfer unerlaubter Zwangsanwendung (→ § 109 Rn. 4–12) kann mit der *actio quod metus causa* Restitution erlangen, sei es, dass es aufgrund von Zwang ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat oder aufgrund einer Handlung, Duldung oder Unterlassung Nachteile erlitten hat.

Die *actio quod metus causa* ist – wie die *exc. metus* (→ § 109 Rn. 15) – *in rem scripta* **34**
(allgemein auf die Angelegenheit bezogen):[99] Die Klage bezweckt nicht die Bestrafung des Erpressers, sondern die Restitution gegenüber allen (*adversus omnes restitui velit*).[100] So wird der Kläger auch nicht verpflichtet, den Namen des Erpressers zu nennen – möglicherweise weiß er gar nicht, von wem die Erpressung ausging, die ihn zu einem bestimmten Verhalten oder zum Abschluss eines bestimmten Rechtsgeschäfts veranlasst hat. Die Angst birgt ein Nichtwissen in sich, erläutert Ulpian.[101] Nach Ulpian hat der Kläger darzulegen, dass *metus* oder *vis* angewendet worden sind und dass daher derjenige, an den die Sache gelangt ist, ein *lucrum* erfahren hat, wenngleich ihm selbst kein *crimen* vorzuwerfen ist.[102]

Für die Passivlegitimition ist ein bestimmter Zusammenhang mit der Angelegenheit **35**
notwendig, sei es, dass jemand erpresserisch tätig war,[103] sei es, dass er von der Erpressung profitiert (etwa durch einen Schulderlass), sei es, dass er in Besitz der abgepressten Sache gelangt ist. Nach Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.5, der sich der Meinung von Vivian und Pedius anschließt, kann auch ein Folgeerwerber zur Restitution herangezogen werden: Hier ist dann nur der Besitz an der abgepressten Sache relevant und nicht eine persönliche Bindung zwischen der klagenden und der beklagten Partei (die durch deliktisches Verhalten oder in einer vertraglichen Beziehung begründet wäre).[104] Diese Ansicht ist

---

[98] Siehe dazu Paul. 11 ed. D. 50.16.19 und Gai. 24 ed. prov. D. 50.16.58; *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 94 f.; *Kupisch*, Restitutio (1974) 127–129; *Kaser*, SZ (1977) 110 f.; *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 247 (der davon ausgeht, dass *agere* ein *contrahere* ebenso wie ein *gestum* erfasst); *Haubenhofer*, in: Klausberger et al., Disputationes Tirolenses (2014) 72–75; *Gaulhofer*, Metus (2019) 94–104. AA *Hartkamp*, Zwang (1971) 52–66.

[99] Siehe *Kaser*, SZ 94 (1977) 127 Fn. 102.

[100] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.8.

[101] Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.3 (… *nam cum metus habeat in se ignorantiam* …).

[102] Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.3: *In hac actione non quaeritur, utrum is qui convenitur an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.* Siehe auch Ulp. 11 ed. D. 4.3.15.3.

[103] Ebenso *Gaulhofer*, Metus (2019) 165 f.

[104] Wird die *actio quod metus causa* gegen den Besitzer der erzwungen herausgegebenen Sache gerichtet, weist sie durchaus Ähnlichkeiten zu einer „gewöhnlichen" *actio in rem* auf: Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.6 spricht davon, dass sich die Sache, die wegen erlittener Gewalt herausgegeben wurde, *in bonis* des Gezwungenen befinde. Er differenziert aber insofern zwischen einer „gewöhnlichen" *actio in rem* und einer *actio quod metus causa*, als er die Klagenkonkurrenz hervorhebt. Mod. 7 reg. D. 41.1.52 hält fest, dass eine Sache dann *in bonis* sei, wenn der Besitzer sie mit einer *exceptio*

allerdings umstritten: Ulpian schreibt von einigen, namentlich aber nicht genannten Juristen, die der Ansicht wären, dass ein Käufer, der gutgläubig vom Erpresser kaufe, nicht hafte; und ebensowenig derjenige, der die Sache (vom Erpresser) als Geschenk oder Vermächtnis erhalte.

36 Im selben Buch seines Ediktskommentars erläutert Ulpian den Restitutionsanspruch eines *minor vigintiquinque annis* als *„in rem"*, was heiße, dass sich sein Anspruch gegen den Besitzer der Sache richtet, obwohl er nicht mit ihm kontrahiert hat (Ulp. 11 ed. D. 4.4.13.1: *Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum.*).[105] Im gleichen Sinn kann auch die *metus*-Klage *in rem* wirken und gegen gutgläubige[106] Dritte gerichtet werden, die mit dem Erpressten vertraglich nicht verbunden sind (Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.5).

37 Die Klage auf Restitution kann somit nicht nur (in schadenersatzrechtlicher Funktion) gegen den Erpresser gerichtet werden (unabhängig davon, ob er mit dem Erpressungsopfer eine vertragliche Beziehung eingegangen ist oder aus dem erzwungenen Rechtsgeschäft bereichert wurde), sondern auch gegen unmittelbare Erwerber der Sache oder sonstwie Begünstigte (wenn etwa deren Verpflichtungen durch eine erzwungene *acceptilatio* erloschen sind), auch wenn diese unwissend über die Erpressung und daran unbeteiligt waren.[107] Nach Meinung von Vivian, Pedius und Ulpian ist die Drittwirkung so weitreichend, dass auch Folgeerwerber, die in den Besitz der abgepressten Sache gelangt sind, geklagt werden können (→ § 109 Rn. 35).

38 Ob und inwieweit dem Wortlaut der Klage schon von Anfang an Drittwirkung beigemessen wurde, ist umstritten.[108] Für die spätklassische Zeit jedenfalls ist von der

---

verteidigen kann oder man sie mit einer Klage zur Wiedererlangung herausverlangen kann. Siehe dazu Fn. 59.

Fraglich ist, ob ein (Folge-)/Erwerber durch *usucapio* oder *longi temporis praescriptio* eine Position erwirbt, die ihn vor Restitutionsansprüchen schützt, siehe dazu Gord. C. 2.19(20).3 (a. 238); African. 1 quaest. D. 38.5.10 zur *actio Fabiana*. Die entgegen den Repetundengesetzen erworbenen oder *vi* in Besitz genommenen Sachen unterliegen nach der sogen. *lex Iulia et Plautia* bis zur *reversio in potestatem* einem Ersitzungsverbot (Gai. 2.45 und 49; Paul. 7 Plaut. D. 41.1.48 pr.; Iul. 44 dig. D. 41.3.33.2; Venul. 17 stip. D. 47.8.6; Paul. 54 ed. D. 48.11.8 pr.–1. Zum engen Zusammenhang zwischen der *lex Plautia* – die mit dem Begriff *res vi possessae* wohl nicht nur unbewegliche, sondern auch bewegliche Sachen umfasst, siehe *Niederländer*, SZ 67 (1950) 193 – und dem Metusedikt siehe *Vacca*, Ricerche (1972) 111; *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 227 f.

[105] Auf eine „Bereicherung" des Dritterwerbers in einem Sinne, dass er die Sache zu einem Preis erworben hat, der unter ihrem Wert liegt, kommt es dabei nicht an. Zu allfälligen Gegenansprüchen des beklagten Dritterwerbers → § 109 Rn. 53.

[106] Ein bösgläubiger Dritter wird ähnlich wie der Erpresser selbst zur Haftung herangezogen werden, siehe *Hartkamp*, Zwang (1971) 201.

[107] Gai. 4 ed. prov. D. 4.2.10 pr.; Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.1, 3–4, 8; fr. 14.3 und 5.

[108] *Karlowa*, RRG II 1066 vermutet, dass erst mit der *metus*-Klage die Frage nach der Drittwirkung des Anspruchs aus dem Metusedikt aufkommt. *Hartkamp*, Zwang (1971) 201–218 geht von einer Drittwirkung der Klage von Anfang an aus. Nach *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 110–154, hat die Formel nicht schon von Anfang an Drittwirkung besessen, sondern diese wird ihr erst im 2. Jh. n.

Klagbarkeit Dritter auszugehen. Hinsichtlich der Haftung gutgläubiger Dritter wird gemeinhin von einer *pervenit*-Haftung[109] gesprochen (ohne Differenzierung dahingehend, ob sie in einer Vertragsbeziehung zum Erpressungsopfer stehen oder nicht).

39 Die Klage ist eine Arbiträrklage[110] (→ § 109 Rn. 48): Die Verurteilung erfolgt nur dann, wenn aufgrund der richterlichen Aufforderung zur Restitution keine solche erfolgt. Beim Ausmaß der geschuldeten Restitutionsleistung wird nach Bös- oder Gutgläubigkeit des Beklagten differenziert: Der Erpresser unterliegt (etwa bei Sachverlust oder Sachuntergang) einer strengeren Haftung als ein gutgläubiger Erwerber (→ § 109 Rn. 54 f.). Je nach Beweislage kann der Kläger dem Beklagten die Teilnahme an einer erpresserischen Handlung anlasten und damit dessen strengere Haftung begründen oder aber nur seine (von einer Person[engruppe] herbeigeführte) Zwangslage nachweisen und den daran unbeteiligten Beklagten aufgrund seines *pervenit* zur Haftung heranziehen.

3. Zur ediktalen Grundlage der *actio quod metus causa*

40 Die ediktale Grundlage der Klage ist umstritten. Von der Forschung zu Beginn des 20. Jh.s wurde vertreten, dass die auf das Vierfache gerichtete Klage nicht auf das allgemeine, *in rem* formulierte *metus*-Edikt „*quod metus causa gestum erit ratum non habebo*“ zurückgehen könne (→ § 109 Rn. 3): Dieses bewirke Restitutionsansprüche gegen jedermann: Der Prätor könne durch *decretum* eine *restitutio in integrum* aussprechen („prätorische/dekretale Restitution“) und gewähre allenfalls eine sogen. *actio rescissoria*[111] (→ 110 Rn. 6, z. B. eine *vindicatio utilis*) zwecks „Einreißen“ der tatsäch-

---

Chr. in vollem Umfang zuerkannt. Er geht von einer eigenen Bereicherungsklage gegen den Erben des Zwingenden aus, die schon zu Beginn der klassischen Zeit bestanden hätte, aber im Fall einer allgemeinen *pervenit*-Haftung Dritter grundlos wäre, siehe insb. 151–154; auch *Kupisch*, Restitutio (1974) 7, 199–226 nimmt an, dass die Anwendung der *metus*-Klage gegen Folgeerwerber erst in der Spätklassik allgemein anerkannt wird. *Martens*, Dritte (2007) 25 f. spricht für die klassische Zeit von einem Wandel der *metus*-Klage als ursprünglichen Rechtsbehelf für einen Bürgerkriegsflüchtling hin zum Rechtsmittel für ein Erpressungsopfer, und einem neuen Verständnis der *in rem*-Formulierung der *actio*, „die erst jetzt wirklich als solche erkannt werden konnte“ und damit „tatsächlich erstmals ‚Drittwirkungen‘ besaß“. Sowohl *actio* als auch Edikt waren aber „von Anfang an *in rem* formuliert“ (*Martens*, Dritte [2007] 38 Fn. 144). *Tarwacka*, Principios (2014) 713, schreibt zu Sen. contr. 4.8: „It does not prove that in the beginning of the Principate protection against duress was in rem, but – if this solution was postulated – it may confirm a relatively early admission to use it in such a way. “ *Gaulhofer*, Metus (2019) 94 geht davon aus, dass das *metus*-Edikt bereits in seiner älteren Fassung die Drittwirkung beinhaltet.

[109] Allgem. zur Problematik der mangelnden Trennlinie zwischen einer *pervenit*-Haftung und einer *locupletior*-Haftung in den römischen Quellen siehe *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 2–3; *Knütel*, FG Kaser (1986) 106. Zu Gegenansprüchen der Beklagten → § 109 Rn. 53.

[110] Zur früheren Diskussion, ob der Wortlaut der Formel eine Arbiträrklausel erfasst (was *Biondi*, Actiones I 35; *Betti*, Studi [1915] 38–40; *Betti*, Diritto romano I [1935] 546 verneinen), siehe *Hartkamp*, Zwang (1971) 199 f. mwN; *Gaulhofer*, Metus (2019) 174 Fn. 445.

[111] Siehe dazu *Kaser/Hackl*, RZ 423. Zu den Begriffen *rescindere* und *rescissio*, die die Aufhebbarkeit

lichen Folgen der Zwangsausübung (weil es dem Prätor nicht möglich sei, die Restitution so zu bewerkstelligen, dass er eine „normale" Vindikation zulassen könnte).[112] Die auf das Vierfache gerichtete *metus*-Klage allerdings müsse auf einem weiteren, speziellen *metus*-Edikt beruhen und könne nur gegen den Erpresser gerichtet werden.[113] Insbes. Schulz und von Lübtow konstruierten unter weitreichenden Interpolationsvermutungen die *actio quod metus causa* ausschließlich als Strafklage gegen den Erpresser.[114] Gutgläubige Dritte könnten damit nicht belangt werden. Unter Justinian wäre dann eine Verschmelzung der pönalen *actio quod metus causa* mit der gegen jedermann wirkenden *restitutio in integrum* erfolgt.

41 Die (spät-)/klassische Drittwirkung der *actio quod metus causa* wurde in Folge allerdings von Maier und Hartkamp bestätigt und ist mittlerweile wieder unbestritten.[115] Ausgehend von Kupisch,[116] Kaser[117] und Selb[118] hat sich in der deutsch- und

---

eines gültigen Rechtsakts umschreiben, siehe *Burchardi*, Lehre (1831) 324–331; *Heumann/Seckel* 513; *Raggi*, Restitutio (1965) 280–314; *Litewski*, RIDA 12 (1965) 415 f.; *Tuzov*, SZ 128 (2011) 170–216.

[112] Siehe aber zum Anspruch auf eine „wahre *in rem actio*" (wenn das ordentliche Rechtsmittel der *actio quod metus causa* nicht greift) *Savigny*, System VII 192–195 (*Benöhr*, AcP 197 [1976] 250 f. interpretiert diese „wahre *in rem actio*" als *vindicatio utilis*). Zur Fiktion, dass keine erzwungene *mancipatio* stattgefunden hätte (und eine *vindicatio utilis* greift) siehe *Karlowa*, RRG II 1091; *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 121–126; *Carrelli*, SDHI 3 (1937) 2–26, 40 f.; *Raggi*, Restitutio (1965) 267; *Kupisch*, Restitutio (1974) 3 Fn. 11 mwN; *Benöhr*, AcP 197 (1976) 250 f.; *Kaser*, SZ 94 (1977) 142; *Pinaglia-Villalón y Gavira*, Perfiles (2001) 20 mwN; *Gaulhofer*, Metus (2019) 321–323. Nach *Ankum*, FS Hübner 7 wird die *mancipatio* mit Wirkung ex tunc wegfingiert. AA *Gaulhofer*, Metus (2019) 323 f. Die reszissorische *actio in rem (utilis)* wird von *Kupisch*, Restitutio (1974) 7, als „späte Erscheinung" angesehen (s. auch S. 201) und zeitlich parallel mit der Ausweitung der *metus*-Klage gegen Dritte angesetzt; neben der *actio quod metus causa* komme ihr keine „zentrale Funktion" zu (S. 134 f.). Krit. dazu aber *Kaser*, SZ 94 (1977) 140–142; *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 253 f. *Gaulhofer*, Metus (2019) 336 hält es für zulässig, eine „gewisse Subsidiarität" der fiktizischen und normalen *actio in rem* gegenüber der *metus*-Klage zu erwägen (weil diese meist besseren Rechtsschutz böte), sieht aber keinen zwingenden Beleg für die Annahme, dass die *actio in rem* erst im Laufe der Zeit gewährt werde.

[113] Siehe z. B. *Lenel*, EP 110–113; *Schulz*, SZ 43 (1922) 228 f.; *Wlassak*, Edikt 35 f.; grundsätzlich auch *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 92 f., aber mit vorsichtiger anderer Erwägung 92 Fn. 1 am Ende.

[114] *Schulz*, SZ 43 (1922) insb. 228–261; *Schulz*, CRL 601 f.; *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 161–167, insb. 183–208; siehe auch *Lenel*, EP 112; *Maschi*, diritto^2 (1966) 644.

[115] *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 110–154; *Hartkamp*, Zwang (1971) 201–218; *Kupisch*, Restitutio (1974) 7, 199–226; *Kaser*, SZ 94 (1977) 115; *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 225 f. und 265–269; *Albanese*, atti (1982) 184; *Venturini*, Hom. Murga 938; *Feldner*, in: Rechtgeschichte(n) 255–258; *Zimmermann*, LO 656 f.; *du Plessis*, Compulsion (2004) 9 f.; *du Plessis/Zimmermann*, MJ 10 (2003) 349; *Martens*, Dritte (2007) 29–36; *O'Brien*, Restitutio (1996) 13–15; *Glover*, Fundamina 10 (2004) 45; *Calore*, Actio (2011) 299–365; *Tarwacka*, Principios (2014) 713. Siehe aber *Ankum*, FS Hübner 17 f.; *Ankum*, BIDR 85 (1982) 27; vgl. auch *Hattenhauer*, Rechtsgestaltung (2011) 16 zum justinianischen Recht.

[116] *Kupisch*, Restitutio (1974) 123–140.

[117] *Kaser*, SZ 94 (1977) 101–183.

[118] *Selb*, FS Kaser (1986) 263 f., 270 f.

englischsprachigen Literatur[119] zudem die Auffassung etablieren können, dass die *actio quod metus causa* kein Rechtsbehelf ist, der neben einer *restitutio in integrum* stünde, sondern eine Möglichkeit der *restitutio in integrum* darstellt und der übliche Rechtsbehelf ist, aufgrund von *metus* Restitution zu erlangen.[120] Insofern besteht kaum Grund zur Annahme eines speziellen *metus*-Edikts, das die *actio quod metus causa* (als *actio quadrupli*) verheißt.[121] Näher liegt es, vom generellen *metus*-Edikt als Grundlage der *restitutio in integrum* – mit Selb verstanden „als untechnischer oder zumindest nicht institutioneller Oberbegriff für eine Vielzahl prätorischer (und richterlicher) Maßnahmen“[122] – auszugehen. Als reguläre Rechtsbehelfe stehen dafür die *exceptio metus* und die *actio quod metus causa* zur Verfügung.[123]

Die herrschende Lehre unterscheidet aber weiterhin für den Formularprozess[124] **42**
zwischen der prätorischen (dekretalen) und der judizialen Restitution:[125] Bei der prätorischen (dekretalen) Restitution verfügt der Prätor nach Überprüfung der Sachlage (*causa cognita*)[126] durch *decretum* die Restitution und gewährt in Folge etwa eine *vin-*

[119] *Kaser/Hackl*, RZ 421–425; *Benöhr*, AcP 176 (1976) 247–255, *Benöhr*, FS Hausmaninger (2006) 41–57; *Benöhr*, St. Labruna I, 387–408; *Feldner*, in: Rechtsgeschichte(n) (2000) 250–261; *Gröschler*, Actiones (2002) 251; *Harke*, error (2005) 264; *Wankerl*, SZ 129 (2012) 553; *Schindler*, Entscheidungsfreiheit 12; siehe auch *Robra*, Drittwirkung (2014) 32 f. *Zimmermann*, LO 656 f.; *O'Brien*, Restitutio (1996) 13–15; *Glover*, metus 45; *Schermaier*, HKK-BGB I §§ 142–144 Rz 3; *du Plessis*, Compulsion (2004) 11 f.; *du Plessis/Zimmermann* MJ 10 (2003) 349 Fn. 32; *Hattenhauer*, Rechtsgestaltung (2011) 11. Kritisch aber *Lemosse*, RH 53 (1975) 280–282; *Cervenca*, Labeo 24 (1978) 218 f.; *d'Ors*, SDHI 46 (1980) 31–43; *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 234; *d'Ors*, St. Biscardi I, 293–308 mwN in Fn. 12; *Voci*, Manuale (1984) 402; *Ankum*, FS Hübner 3–19 (s. auch den Bericht zu *Ankums* Vortrag im Rahmen der Société d'Histoire du droit 1976–1977, in RH 1977, 706 f.); *Venturini*, Hom. Murga 921–944; *Buigues*, Rescisión (1992) 54–58; *Calore*, Actio (2011) 46–49 (*actio quod metus causa* „indipendente dalla i. i.r intesa in senso tecnico“), 413 mwN; *Chevreau*, temps (2006) 267, 275. Detailliert zur Rezeption der Thesen von Kupisch siehe *Chorus*, RIDA 65 (2018) 426–429.

[120] S. Fn. 112.

[121] Zur Annahme, dass die *actio quod metus causa* keiner eigenen Verheißung durch ein spezielles Edikt bedürfe: *Kupisch*, Restitutio (1974) 131, 135, 235 f.; *Selb* in FG Kaser (1986) 264; *Jakab*, Marktkauf (1997) 249. Siehe schon *Savigny*, System VII 193; vorsichtig *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 92 Fn. 1; *Cervenca*, Labeo 24 (1978) 219; *Calore*, Actio (2011) 46–65; *Elsener*, racines (2004) 57 Fn. 127; *Gaulhofer*, Metus (2019) 94 f. mwN in Fn. 235, 108 f., 170. AA *Kaser*, SZ 94 (1977) 113 f.; *Ankum*, FS Hübner 13; *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 233 f., 244, die ein spezielles Metusedikt vermuten.

[122] *Selb* in FG Kaser (1986) 271 (Fn. im Zitat getilgt), siehe auch 264. *Gaulhofer*, Metus (2019) 107–110. AA *Calore*, Actio (2011) 46–65. Literaturhinweise über das gleiche bzw. unterschiedliche Alter von *in integrum restitutio* und *actio quod metus causa* Fn. 50.

[123] Zu den unterschiedlichen prozessualen Mitteln aufgrund von *metus* siehe *Lauria*, St. Bonfante 2, 515 f.; *Kupisch*, Restitutio (1974) 123–141; *Kaser*, SZ 94 (1977) 104–113, 142; *Selb*, St. Biscardi III, 349; *Benöhr*, FS Knütel 116 f.

[124] Im Kognitionsverfahren wird die Unterscheidung gegenstandslos, siehe *Kupisch*, restitutio (1974) 105 f.

[125] Genauere Ausführungen zu den beiden (schon von *Levy*, SZ 68 [1951] 360 so genannten) Kategorien → § 110.

[126] Mod. 8 pandect. D. 4.1.3.

dicatio utilis (→ § 109 Rn. 40),[127] die mit der Fiktion arbeitet, dass der Eigentumsübergang nicht eingetreten wäre.[128] Das Restitutionsdekret muss hierbei wohl nicht explizit erfolgen, sondern kann mit Erteilung der *vindicatio utilis* (bzw. anderen Rechtsbehelfen) als implizit erlassen angesehen werden.[129]

Als zweite Kategorie wird die judiziale Restitution angenommen, die mittels der vom Prätor gewährten *actio quod metus causa* oder nicht typisierter *actiones in factum* bewerkstelligt werden kann.

43 Insbesondere unter Berücksichtigung eines weiten Restitutionsbegriffs scheint die bisherige Kategorisierung in prätorische und judiziale Restitution aber verzichtbar:[130] Steht der *metus*-Sachverhalt *in iure* noch nicht fest, bleibt die Untersuchung, ob *metus* vorgelegen hat, in beiden Kategorien ebenso dem *iudex* überlassen wie die Festlegung des Restitutionsumfangs. Der wesentliche Unterschied für die Prozessparteien liegt darin, dass die *vindicatio utilis* als dingliche Klage neben der Fiktion des aufrechten Eigentums des Klägers einen zumindest fingierten Sachbesitz des Beklagten[131] voraussetzt. Die (ebenfalls arbiträr ausgestaltete) *actio quod metus causa* muss an keinen (verlorenen) dinglichen Rechten anknüpfen, sondern ist auch beim Erlöschen von Forderungsrechten oder bloßen Besitzpositionen anwendbar (und zieht *intra annum* bei Nichtrestitution die Verurteilung auf das Vierfache nach sich).[132] Sie ist keine *actio in rem* im gängigen Sinn, sondern eine Klage, der insofern Wirkung gegen jedermann zukommt, als sie nicht nur *in personam* gegen den Urheber des Zwangs gerichtet wer-

---

[127] Für die *actio utilis* kann es nach *Selb*, ebd. keine spezielle Musterformel im Edikt geben, weil sich die jeweilige Ausformung auf die vorgegebene, zivil konzipierte Klage stütze, siehe auch *Lenel*, EP 110 und *Karlowa*, RRG II 1066. *Kaser*, SZ 94 (1977) 142 Fn. 144 schlägt als Formel der fiktizischen *vindicatio utilis* folgende vor: „*Si quem fundum Ns. Ns. metus causa emit et mancipio accepit, eum is nec emisset nec mancipio accepisset, tum si is fundus ex iure Quiritium Ai Ai esset, nisi ea res arbitrio iudicis restituetur …*“ („Wenn der Beklagte das Grundstück aufgrund von *metus* gekauft und durch *mancipatio* erhalten hat und wäre das Grundstück, wenn es nicht verkauft und manzipiert worden wäre, im quiritischen Eigentum des Klägers, und wird es nicht aufgrund des richterlichen *arbitrium* restituiert…“). Steht das Vorliegen von *metus* bereits *in iure* fest, würden nach *Kaser*, ebd. und *Lenel*, EP 110 die entsprechenden Worte „*metus causa*“ in der Formel wegfallen.

[128] Siehe oben Fn. 112.

[129] *Lauria*, St. Bonfante 2, 514–524; *Carrelli*, Decretum 59–62; *Cervenca*, Studi 25–60; *Cervenca*, Labeo 24 (1978) 213; *Raggi*, Restitutio (1965) 176 f.; *Kupisch*, Restitutio (1974) 95–107; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 237 f.; *Kaser*, SZ 94 (1977) 107 Fn. 20; *Wesener*, TR 44 (1976) 169 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 423 Fn. 11; *Ankum*, FS Hübner 10 Fn. 34; *Chevreau*, temps (2006) 267–271 8; aA *Buigues*, Rescisión (1992) 48–51. Bisweilen reicht die prätorische Restitutionsentscheidung, ohne dass ein weiterer Prozess nachfolgen muss, siehe dazu *Kaser*, SZ 94 (1977) 158 mwN; *Sciuto*, Concetti (2013) 155.

[130] Siehe *Robra*, Drittwirkung (2014) 33 mwN und 122–131; *Gaulhofer*, Metus (2019) 261 schlägt die Verwendung des Begriffs „Restitutionsentscheidung“ vor.

[131] Siehe dazu → § 59 Rn. 156–194.

[132] Siehe insbes. Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.4, 6, 7, 8; fr. 14.3, 9, 14. *Wenger*, Institutionen 155 und *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 91, 117 f. sprechen von einer „Zwitterhaftigkeit“ der Klage; s. auch *Gradenwitz*, Ungültigkeit (1887) 38; *Levy*, Konkurrenz 1 (1918) 275; *Gaulhofer*, Metus (2019) 348 („hybrides Gebilde“).

den kann und gegen Partner des erzwungenen Rechtsgeschäfts, sondern auch gegen dritte Personen, die in Besitz der Sache sind bzw. aufgrund der Erpressung begünstigt sind. Die Klage ist in *rem scripta*.[133]

Die Quellenlage zeigt die *actio quod metus causa* als übliche Klage nach einem *metus*- **44**
Sachverhalt.[134] Dem Restitutionsgläubiger steht aber in gewissen Fällen eine Wahlmöglichkeit offen: So hat nach Paul. 11 ed. D. 4.2.21.6 derjenige, der gezwungen eine Erbschaft ausgeschlagen hat, die Wahl zwischen einer *actio utilis* „gleich einem Erben" und der *actio quod metus causa*.[135]

4. Zur Musterformel der Arbiträrklage auf das *quadruplum intra annum*

Üblicherweise wird die Musterformel mit einem Wortlaut rekonstruiert, der den Be- **45**
klagten als denjenigen nennt, dem die Sache auf Grund von Furcht übereignet worden ist:

Si paret metus causa Aulum Agerium fundum quo de agitur Numerio Negidio mancipio dedisse qua de re agitur neque plus quam annus est cum experiundi potestas fuit neque ea res arbitrio iudicis[136] *restituetur, quanti ea res erit, tantae pecuniae quadruplum, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito.*

(Wenn es sich erweist, dass der Kläger das gegenständliche Grundstück dem Beklagten aufgrund von *metus* durch Manzipation übertragen hat und in dieser Angelegenheit nicht mehr als ein Jahr vergangen ist, seitdem die Möglichkeit zu klagen gegeben war und die Angelegenheit nicht aufgrund des richterlichen *arbitrium* restituiert wird, soll der *iudex* den Beklagten zugunsten des Klägers auf den vierfachen Betrag dessen, was die Angelegenheit wert sein wird, verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, soll er ihn freisprechen.)[137]

---

[133] Siehe schon *Sohm*, Inst. 221, 688.

[134] So schon *Savigny*, System VII 195; *Levy*, SZ 68 (1951) 409 f.; *Kupisch*, Restitutio (1974) 5 f.; 123–140; *Selb*, St. Biscardi III, 349 mwN schließt sich Kupisch in der Überzeugung an, dass in der ediktalen Verheißung der *in integrum restitutio* „von Anfang an auch die einer restitutorischen *actio in factum concepta* eingeschlossen war" und diese schon in klassischer Zeit gegenüber der *actio utilis* größere Bedeutung gehabt habe. Vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.13 und Inst. 4.13 zur *exceptio in factum*.

[135] Siehe schon *Savigny*, System VII 193, 195, 234–236, insb. 236. Zu verschiedenen Rechtsbehelfen zwecks Restitution siehe auch Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.3, 4, 6; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.2 und 11; weiters Gord. C. 2.19(20).3 (a. 238); Literaturnachweise siehe Fn. 123. Der Kläger wird bei der Wahl des Rechtsbehelfs insb. auf die vorliegenden Beweismittel zu achten haben. Mit *litis contestatio* ist eine Änderung der Klage ausgeschlossen; vgl. *Bürge*, SZ 112 (1995) 1–50, bes. 23, 45.

[136] Zur Diskussion, ob der Wortlaut der Formel auch die Worte *arbitrio iudicis* erfasste, siehe *Hartkamp*, Zwang (1971) 199 f. mwN.

[137] *Lenel*, EP 112 und *Mantovani*, Formule 70, Nr. 72. *Lenel*, EP 113 erklärt, dass seine Formelrekonstruktion sehr gut zu der Auffassung der *actio* als *actio in rem scripta* passen würde, hält diese Auffassung aber mit *Schulz*, SZ 43 (1922) 240 f., für unklassisch. Insofern hält er es für möglich, dass die klassische Formel den N. N. als den Erpresser bezeichnet oder dass die Einschränkung der Haftung auf den Erpresser der Interpretation überlassen bleibt. *Rudorff*, *Lenel*, EP 56 und *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 107, 124, gehen von einem „*Si paret metus causa factum esse, ut A. A.*

46 Vor allem im deutschen Sprachraum wird prominent die Meinung vertreten, dass auch den Erpresser eine bloße *pervenit*-Haftung treffe: Ohne Sacherwerb oder erlangten Vorteil hafte er nicht aus der *metus*-Klage, sondern aufgrund der *actio de dolo*.[138] Es ist aber fraglich, ob Quellen wie Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.8 und fr. 14.3 tatsächlich nur eine *pervenit*-Haftung beinhalten oder ob diese Texte nicht vielmehr neben die unstrittige Haftung des bereicherten Erpressers bzw. Dritten auch die Haftung des nicht bereicherten Erpressers stellen.[139] Die Wirkung der Klage *in rem* wird naheliegender Weise jeweils dort hervorgehoben, wo es um die Wirkung der *actio* gegen einen Dritten geht, der an der Erpressung nicht beteiligt ist[140] und ist nicht als Ausschluss des nicht berei-

---

N.° N.° mancipio daret…" aus. *Hartkamp*, Zwang (1971) 197–200, unterzieht anders als *Lenel* den gutgläubigen unmittelbaren Erwerber und auch den Folgeerwerber der *metus*-Haftung und ändert für diesen Fall die Formel so ab, dass die *intentio* den Namen des Täters nennt und die *condemnatio* den des Beklagten (198 f.). Ähnlich *Calore*, Actio (2011) 363, die aber den Folgeerwerber schon der *intentio* hinzufügt (*Lucio Titio mancipio dedisse et hunc fundum N.° N.° pervenisse*). Ähnlich setzt auch *Kupisch* in seiner Formelrekonstruktion eine Erwerbshandlung des Beklagten voraus: *Si paret Numerium Negidium fundum Auli Agerii quo de agitur metus causa mancipio accepisse …* (Wenn es sich erweist, dass der Beklagte das gegenständliche Grundstück des Klägers aufgrund von *metus* erworben hat), siehe *Kupisch*, Restitutio (1974) 167 f.; *Kupisch*, FS Huwiler 433; *Kupisch*, Considerazioni, in: Vacca (ed.), Diritto romano (2008) 149.

[138] *Kupisch* setzt sowohl für die Anwendbarkeit des Metusedikts als auch für die *metus*-Klage eine Erwerbshandlung des Beklagten voraus, siehe z. B. *Kupisch*, Restitutio (1974) 152 f., 169 f., insbes. 175, 177, 187 und 227; *Kupisch*, Considerazioni, in: Vacca (ed.), Diritto romano (2008) 149; *Kaser*, SZ 94 (1977) 116; *Calore*, Actio (2011) 299–336, 359–363 (*Calore* sieht aber gleichwohl neben der kompensatorischen Funktion der Klage auch eine pönale Funktion derselben, 254–258; siehe dazu auch *Cursi* in ihrer Rezension zu *Calore*, Index 2015, 393–401); *Harke*, error (2005) 64 f.

Für eine Haftung des nicht bereicherten Erpressers hingegen *Glück*, Pand. V/2 (1824) 469–471; *Burchardi*, Lehre (1831) 306; *Gradenwitz*, Ungültigkeit (1887) 50 f.; *Karlowa*, RRG II 1066–1068; *Biondi*, Actiones 1, 38–42; *Levy*, Privatstrafe (1915) 70 f.; *Levy*, Konkurrenz 1 (1918) 275; *Sohm*, Inst. 221, 688; *Lenel*, EP 113; *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 133, 151–155 (wenn ein Erpresser geklagt wird, der die Manzipation nicht an sich, sondern an einen Dritten erzwungen hat, komme es zur Umgestaltung der Formel; *Hartkamp*, Zwang (1971) 227; *Albanese*, atti (1982) 184; *Windscheid/Kipp* I 593 f. und II 1002; *Voci*, Manuale (1984) 402; *Zimmermann*, LO 655–657; *Feldner*, in: Rechtsgeschichte(n) (2000) 246; *Martens*, Dritte (2007) 35 (siehe aber auch S. 20 mit Fn. 62); *Sirks*, TR 77 (2009) 328; *Viaro*, arbitratus (2012) 188; *Gaulhofer*, Metus (2019) 151–173; *Knütel*, Iura 45 (2017) 594–613; vgl. auch *Tarwacka*, Principios (2014) 715.

[139] Neben den in Folge genannten Quellen zur schadenersatzrechtlichen Funktion der *metus*-Klage gegen den Erpresser siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.9 pr., 2, 8; Ulp. 11 ed. D. 4.2.16 pr.–2; Ulp. 5 opin. D. 2.23.2; allgemein zur schadenersatzrechtlichen Funktion einer *restitutio in integrum* bzw. bei anderen Restitutionsgründen Paul. 10 Plaut. D. 50.16.81; Iul. 2 dig. D. 2.10.3.1; Ulp. 11 ed. D. 4.3.15.1–2; Proc. 2 epist. D. 4.3.31; Ulp. 30 ed. D. 4.3.35; Gai. 27 ed. prov. D. 4.3.39. Siehe dazu auch *Viaro*, arbitratus (2012) 184 f.; *Gaulhofer*, Metus (2019) 162–170; *Knütel*, Index 45 (2017) 594–613.

[140] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.1 und 8; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.3 und 5; zur *exceptio* Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.33; siehe auch *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 119; *Martens*, Dritte (2007) 29; *Calore*, Actio (2011) 328.

cherten Erpressers aus dem Kreis der Passivlegitimierten zu verstehen.[141] Aus Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.3 kann neben der Drittwirkung der Klage zudem der (Umkehr-)/Schluss gezogen werden, dass derjenige, der unrechtmäßig Zwang ausgeübt hat, ungeachtet seines erlangten Vorteils bzw. Sachbesitzes haftet;[142] Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.5 bringt neben der *pervenit*-Haftung gutgläubiger Personen die Klagsmöglichkeit gegen den Erpresser zum Ausdruck;[143] Ulp. 11 ed. D. 4.2.16 pr. geht offenbar von einer solidarischen Haftung aus, wenn einer die Furcht erregt hat und die Sache an einen anderen gelangt ist; auch PS 1.7.4 vermag für eine Deliktshaftung des Erpressers neben der als *in rem* bezeichneten Haftung desjenigen zu sprechen, an den die Sache gelangt ist. Insofern kommt der Klage eine doppelte bzw. sogar dreifache Funktion zu: Sie kann gegen den Erpresser gerichtet werden (aufgrund seines Delikts, unabhängig von einer Vertragsbeziehung zum Erpressungsopfer oder eines *pervenit*), gegen den Vertragspartner des Erpressungsopfers und gegen denjenigen, der in Sachbesitz gelangt ist bzw. sonstwie von der Erpressung profitiert hat (*pervenit*-Haftung). All diese Personen schulden die Restitution der Angelegenheit (wenngleich in unterschiedlichem Ausmaß → § 109 Rn. 39). Auch ist auf allfällige Gegenansprüche ihrerseits Rücksicht zu nehmen (→ § 109 Rn. 53).

Eine Musterformel, welche diese unterschiedlichen Funktionen der Klage erfasst, könnte ähnlich wie die *rei vindicatio* (→ § 59 Rn. 1) gestaltet sein und auf die Benennung des Beklagten verzichten.[144] Wenn die Person des Beklagten in der Formel nicht als Erpresser, Sachbesitzer oder Begünstigter festgeschrieben ist, bleibt dem Prätor bei der Klagsgewährung ein breiter Anwendungsraum: Die *interpretationes* des Edikts und der Klagsformel bilden dann jenen Kanon heraus, der in der Kommentierung die *pervenit*-Haftung ebenso erfasst wie die Haftung des Erpressers.[145] Insofern könnte die Formel der *actio quod metus causa* ähnlich gelautet haben wie: *Si paret fundum quo de agitur Aulum Agerium iusto metu mancipio dedisse neque ea res restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, intra annum tantae pecuniae quadruplum; si non paret absolvito.* (Wenn es sich erweist, dass der Kläger das gegenständliche Grundstück aufgrund von *metus* durch Manzipation übertragen hat und die Angelegenheit nicht restituiert wird, hat der *iudex* den Beklagten zu Gunsten des Klägers innerhalb eines Jahres auf das Vierfache dessen zu verurteilen, was die Angelegenheit wert sein wird; wenn es sich nicht erweist, soll er freisprechen.)[146] **47**

[141] So rezent auch *Gaulhofer*, Metus (2019) 141–148, 162.

[142] Siehe auch Bas. 10.2.9.8: Ὃυ κατὰ μόνου τοῦ ποιήσαντος τὸν φόβον χώρα τῇ δία τὸν φόβον αἰτιάσει, ἀλλὰ κατὰ παντὸς ἐντεῦθεν ὠφελούμενον. Zur Drittwirkung in den Glossen siehe *Hartkamp*, Zwang (1971) 290–292; *Martens*, Dritte (2007) 80–86. Siehe zudem Bartolus zu D. 4.2.14.5: *Alias est lex et venit ad probationem eorum, quae supra dixerat: scilicet emptorem, et legatarium, et similes teneri hac actione. Et in summa hoc intendit: Hac actione tenetur metum inferens: et is, ad quem res perevenit ex metu.*

[143] Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.5. Siehe auch Sen. contr. 4.8 und 9.3.9.

[144] Siehe auch *Levy*, Privatstrafe (1915) 70–72; siehe auch *Hartkamp*, Zwang (1971) 204 mwN.

[145] Siehe schon *Sohm*, Inst. 696–700.

[146] Siehe auch den Ansatzpunkt bei *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 118 (dann aber relativiert

48 Die Klage ist als *actio arbitraria* ausgestaltet. Eine Verurteilung erfolgt nur dann, wenn nicht restituiert wird. Die Restitutionsleistung wird im *iussum de restituendo*[147] festgelegt. Eine Arbiträrklausel zielt auf Naturalrestitution ab.[148] Dass der Prätor die Klage *causa cognita* gewährt und der *iudex* im Rahmen der Arbiträrklage nach der *aequitas* entscheidet, entspricht dem Konzept einer Restitution, die dem Einzelfall gerecht werden soll (vgl. Mod. 8 pand. D. 4.1.3).[149] Restituiert der Beklagte nicht, treffen ihn bei der *metus*-Klage so gravierende Nachteile, dass der Kläger trotz nicht erfolgter Naturalrestitution als zufriedengestellt angesehen wird.[150] Die angedrohte Verurteilung auf das Vierfache *intra annum*[151] wirkt zudem als starkes Druckmittel[152] auf den Beklagten, tatsächlich die mögliche, aber im Formularverfahren nicht erzwingbare Restitutionsleistung zu erbringen.[153]

49 Auch die Verurteilung eines gutgläubigen Dritten auf das Vierfache wird als nicht unbillig angesehen, weil er sie durch Restitution vermeiden kann.[154] Ab dem *iussum de restituendo* weiß der Beklagte, dass ihm die Sache bzw. der Vermögensvorteil nicht

---

auf 124 und 154). *Gaulhofer*, Metus (2019) 171 f. präsentiert mehrere Musterformeln für unterschiedliche Fallkonstellationen (je nachdem, ob der Beklagte unmittelbar vom Erpressten erworben hat oder erst in weiterer Folge oder ob es sich beim Beklagten um den Erpresser selbst handelt, der die Leistung an sich oder einen anderen erzwungen hat oder wo gar niemand ein *lucrum* erworben hat, etwa bei einer erzwungenen Freilassung).

[147] Das *iussum de restituendo* wird von manchen als Befehl verstanden (so *Brutti*, Dolo I 160; *Wenger*, Inst. 142; *Volterra*, Istituzioni 231 f.; *Talamanca*, Processo Civile [dir. Rom.]), ED XXXVI [1987] 66), von anderen als Ermächtigung zur Restitution (so *Maier*, Bereicherungsklagen [1932] 141; *Kaser/Hackl* RZ 338; *Gaulhofer*, Metus [2019] 224). *Voci*, Istituzioni[4] 183 spricht (ähnlich wie *Betti*, Diritto romano I 542) von einer Einladung zur Restitution („il giudice può, e deve, invitare il convenuto a restituire", wobei *Betti*, Studi (1915) 38–40 und *Betti*, Diritto romano I 546 aber für die klass. *metus*-Klage die Restitutionsklausel verneint). *Guarino*, Diritto privato romano (1970) 66, spricht von einer Warnung vor der Verurteilung („un esplicito avvertimento [pronuntiatio])".

[148] *Viaro*, arbitratus (2012) 190–196; *Steiner*, Solidarobligationen (2009), 220 („deutlicher Anreiz" zur Sachrestitution). Siehe dazu insbes. Ulp 11 ed D. 4.3.17: Haben mehrere arglistig gehandelt und einer von ihnen restituiert (aufgrund der Fortsetzung der Quelle wird deutlich, dass hier von Naturalrestitution gesprochen wird), so werden auch alle anderen von ihrer Verbindlichkeit befreit. Nach Ulpian solle dasselbe gelten, wenn einer der Arglistigen (statt Naturalrestitution) Geldersatz in Höhe des Wertes des Streitgegenstands leistet; siehe weiters Paul. 11 ed. D. 4.3.18 pr.–1.

[149] Siehe auch *Giomaro*, Atti II (1980) 210. *Benöhr*, FS Huwiler 44 f. hebt die Hilfestellung des Prätors im Einzelfall, aber auch für die Allgemeinheit hervor, weil durch das Edikt sozialen Unruhen vorgebeugt wird.

[150] Siehe *Burchardi*, Wiedereinsetzung (1831) 316 f.

[151] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.6; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.9–10 und 15; Paul. 11 ed. D. 4.2.21.2 und PS 1.7.4.

[152] *Rudorff*, ZRG 12 (1845) 161 f. spricht davon, dass die Verurteilung auf das Vierfache „mehr als indirektes Mittel, die Restitution zu bewirken, denn als eigentlicher Zweck der *actio quod metus causa* aufzufassen ist".

[153] Zur Haftung des Beklagten, wenn der zu restituierende Sklave nach *litis contestatio* bzw. nach *condemnatio* stirbt oder flüchtet s. Fn. 172 mwN.

[154] Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.1, 3–4; *Pulitanò*, Rric. Talamanca II, 706 erwägt, dass die Arbiträrklausel erst mit Anerkennung der Drittwirkung in die Klagsformel aufgenommen wird.

zusteht und zieht insofern nun wissentlich ein *lucrum* aus der vorangehenden Unrechtshandlung eines anderen.[155]

Das *quadruplum* bildet sich aus der Summe des sachverfolgenden *simplum* und der *poena* über das Dreifache,[156] welche für den an der Erpressung unbeteiligten Dritten nur als Kontumazialstrafe[157] für eine mögliche, aber dolos unterlassene Restitution aufgefasst werden kann.[158] Die Arbiträrklausel nützt freilich auch dem beklagten Erpresser, der durch Restitution seiner Verurteilung entgehen kann.[159] **50**

[155] Vgl. Gai. 2.56. Siehe dazu auch *Sirks*, TR 77 (2009) 332.

[156] Siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.10 und 15; *Giomaro*, Atti II (1980) 202 f.; *Klingenberg*, Servus (2005) 41. *d'Ors* hält die Unterteilung in das restituierende *simplum* und das pönale *triplum* für justinianisch, 276–281.

[157] Vgl. dazu auch *Kupisch*, Restitutio (1974) 228–232 (der hier aber noch nicht speziell auf die *contumacia* eingeht); *Kupisch*, FS Huwiler, 430; *Kupisch*, FS Pugliese (2008) 145; *Kaser*, SZ 94 (1977) 132 f.; *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 226, 290 (ebenfalls ohne Verwendung des Terminus *contumacia*); *Zimmermann*, LO 657; siehe auch *Sirks*, TR 77 (2009) 323 und 332; *du Plessis*, Compulsion (2004) 12; *Calore*, Actio (2011) 267–298, 409; aA *Ankum*, FS Hübner 17 f.; vgl. auch *Ankum*, BIDR 85 (1982) 13–39, 27. *Gaulhofer*, Metus (2019) 212–227 sieht eine *contumacia* nur in der Verurteilung auf die *in litem* geschworene Summe quellenmäßig belegt, nicht aber in der Verurteilung auf das Vierfache. Sie sieht die *poena quadrupli* als Strafe für das Delikt *metus*. Dass die *poena quadrupli* auch den an der Furchterregung unbeteiligten Dritten treffen kann, erklärt *Gaulhofer* damit, dass der Dritte, der den lukrierten Vermögensvorteil nicht restituiert, selbst strafwürdig wird, weil er trotz Kenntnis vom metusbehafteten Charakter seines Erwerbs/seines *lucrums* an diesem festhält. Daher sei es gerecht, dass er „bei Nicht-Restitution des erlangten Vermögenswerts aufgrund der Tat eines anderen auf das Vierfache verurteilt wird." (227). Gerade dies fällt aber mE unter den Begriff einer *contumacia*, die die Verurteilung eines (bis zum *iussum restituendi*) gutgläubigen Dritten rechtfertigt: nämlich die Unterlassung einer möglichen Restitution, die dem Beklagten zum Vorwurf gemacht wird. *Calore*, SZ 137 (2020) 402 mahnt in ihrer Rezension zu Gaulhofer vermehrte Reflexionen darüber ein, ob der Gebrauch des Terminus Kontumazialstrafe tatsächlich notwendig ist, um die Urteilssumme des Vierfachen bei der *metus*-Klage zu erklären.

Nach *Wubbe*, FS Kaser (1976) 190 f., *Pennitz*, Enteignungsfall 301 Fn. 229 und *Gaulhofer*, Metus (2019) 214 mwN sind die Begriffe *dolus* und *contumacia* strikt auseinander zu halten. *Contumax* sei derjenige, der nicht restituieren will. Dolos handle der, der die Restitution vorsätzlich unmöglich gemacht habe. Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass die Folgen beider Verhaltensweisen für den Kläger dieselbe Konsequenz zeitigen – nämlich die Nichtrestitution – und vom Unrechtsgehalt her als gleichwertig anzusehen sind. Zur *contumacia* allg. siehe z. B. Paul. 11 ed. D. 4.3.18 pr.; Ulp. 51 Sab. D. 12.3.1; Paul. 13 Sab. D. 12.3.2; Ulp. 36 ed. D. 12.3.4.4; Marcian. 4 reg. D. 12.3.5.3; Marcell. 8 dig. D. 12.3.8; Inst. 4.6.31. *Chorus*, RIDA 65 (2018) 425 geht mit *Kupisch*, Restitutio (1974) 235–238 davon aus, dass auch der Erpresser nur aufgrund der unterlassenen Restitution und nicht aufgrund eines begangenen Delikts hafte.

[158] Siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.10 und 14; Ulp. 30 ed. D. 13.7.22.1; *Karlowa*, RRG II 1073; *Kaser*, SZ 94 (1977) 114, 133 f.; *Kaser*, TR 47 (1979) 324 f. Fn. 255; *Martens*, Dritte (2007) 19. *Giomaro*, Atti II (1980) 197–200 spielt mit der Hypothese, dass die Verurteilung aus der *metus*-Klage ähnlich gestaltet sein könnte wie die einer Noxalklage (die dem beklagten Gewalthaber im Urteil die Möglichkeit einer *noxae deditio* einräumt) und dem Beklagten hier noch eine letzte Restitutionsmöglichkeit gewährt. Dagegen *Knütel*, Index 45 (2017) 602 f.

[159] *Kaser*, SZ 84 (1967) 512 Fn. 12 spricht daher von einer „auffälligen Verbindung von Milde und Strenge".

51 Arbiträrklauseln sind üblicher Formelbestandteil ziviler und prätorischer *actiones in rem*.[160] Insbesondere aufgrund der Arbiträrklausel ist es naheliegend, die *actio quod metus causa* – wenngleich ihr Ursprung in einer deliktischen Handlung liegt – als primär sachverfolgend anzusehen.[161]

52 Der Richter hat im *iussum restituendi* den Umfang der Restitutionsleistung festzulegen. Die Restitutionsaufforderung kann mehr als die bloße Rückgabe der abgepressten Sache erfassen: Der Kläger soll in einen früheren Zustand zurückgesetzt werden.[162] Nach Paulus ist das zu restituieren, was dem Kläger abgeht (Paul. 11 ed. D. 4.2.21.2 *aestimatur enim quod restitui oportet, id est quod abest*).[163] Darunter fallen beispielsweise die körperliche Substanz einer Landwirtschaft samt Servituten, Zubehör und Früchten.[164] Nicht nur die *fructus percepti* sind zu restituieren, sondern auch die Früchte, die der Kläger hätte ziehen können, wäre er nicht aus Furcht daran gehindert worden.[165] Wurde aufgrund von *metus* der Besitz eines Grundstücks erlangt, das nicht

---

[160] Neben der *metus*-Klage kennen auch die *actio de dolo* (→ § 94), die *actio aquae pluviae arcendae*, die *receptum*-Haftung (→ § 25) und *interdicta* wie das *interdictum quod vi aut clam*, das *interdictum unde vi* und das *interdictum de vi armata* (→ § 66) Restitutionsklauseln.

[161] Siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.2, 14, siehe auch 15; Ulp. 11 ed. D. 4.2.16.2; siehe auch Paul. 11 ed. D. 4.2.15; dazu *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 182; *Calore*, Actio (2011) 210 f. Nach *Calore*, SZ 137 (2020) 398 schließt die Restitutionsklausel die pönale Funktion der Klage überwiegend aus (wenngleich die Autorin auch pönale Elemente der Klage sieht, *Calore*, ebd. 254–259). *Sirks*, TR 77 (2009) 315, 322, 327 hingegen bezeichnet die *actio quod metus causa* als *actio poenalis* und qualifiziert sie wie *Giomaro*, Atti II (1980) 197–209 als „mixed action" (331 f.). Die Rechtsnatur der Klage bleibt umstritten. *Voci*, Risarcimento (1939) 190–192, betont – in Abgrenzung zu *Biondi*, Studi (1912) 34 und *De Bernardi*, L'officium iudicis' (1997) 23 – „la restitutio non intacca la struttura penale dell'azione, tanto che assai a torto si è definita l'azione penale arbitraria come azione eventualmente penale", und weist auf *Levy*, Privatstrafe [1915] 73) hin; *Vacca*, FS Pugliese (2008) hält fest: „non ci si stupisce eche un'azione penale contenga una clausula restitutoria"; *Vacca*, Delitti 236; *Viaro*, Ric. Talamanca, 650–656 konstatiert: „i giuristi romani riuscivano a intravvedere tra l'esercizio di un'azione penale e la riparazione del torto compiuto ai danni dell' attore". *Rossetti*, BIDR 96–97 (1993–1994) 359–362 spricht von einem pönalen Charakter der *metus*-Klage und betont di „finalità die reintegrazione patrimoniale" (359). Nach *Gaulhofer*, Metus (2019) 256 ist die *metus*-Klage nicht auf Restitution gerichtet. „Sie erscheint vielmehr als Pönalklage deliktischen Ursprungs mit starkem sachverfolgenden Akzent". Siehe auch die Wortwahl bei *Kupisch*, Restitutio (1974) 235, der zwar von der restituierenden Funktion der *metus*-Klage ausgeht, den Deliktscharakter von *metus* verneint und dennoch von einer „Strafklage" gegen den Erwerber/Bereicherten spricht.

[162] Siehe schon *Levy*, SZ 68 (1951) 361.

[163] Nach Iulian wird das Interesse vervierfacht und demnach werde der, der aufgrund eines Fideikommisses 40 schulde, aber durch Gewalt gezwungen 300 versprochen und bezahlt habe, das Vierfache der Summe von 260 erhalten, denn nur in Bezug auf diese habe er Gewalt erlitten (Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.14). Zur Restitution *omnis causa*" siehe *Voci*, Risarcimento (1984) 21–23.

[164] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.7; Ulp. 11 ed. D. 4.2.12 pr. (*partus ancillarum et fetus pecorum et fructus restitui et omnem causam oportet)*; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.7.

[165] Ulp. 11 ed. D. 4.2.12 pr. Siehe auch Pomp. 16 epist. D. 50.16.246.1: *Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem condicionemque reddita causa praestet: et tota restitutio iuris est interpretatio.* Dass bei der *restitutio in integrum quod metus causa* die *fructus percepti* und *percipiendi*

im Eigentum des Bedrohten stand, ist der Besitz *cum fructibus* zu restituieren.[166] Bei erzwungener *acceptilatio* ist die Obligation samt Bürgschaften und Pfandrechten wiederherzustellen.[167]

Dem Grundgedanken einer umfassenden Wiedereinsetzung entspricht es, dass der Beklagte im Gegenzug zu seiner Restitutionsleistung auch eine allenfalls getätigte eigene Leistung zurück erhält.[168] Anhaltspunkte dafür bieten Diocl./Maxim. C. 2.19(20).3–4 (a.293) und Diocl./Maxim. C. 4.44.1 (a.293).[169] **53**

Der *iudex* hat bei der Festlegung des *quanti ea res erit*[170] einen Ermessensspielraum. Er kann die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Beklagten berücksichtigen,[171] insb. wenn die **54**

---

herausgegeben werden müssen, ist kein Einzelfall: Auch bei der Wiedereinsetzung aufgrund des mangelnden Alters oder der Abwesenheit eines Soldaten werden die Früchte berücksichtigt (Paul. 1 sent. D. 4.4.24.4 und Gai. 4. ed. prov. D. 4.4.27.1; Ulp. 12 ed. D. 4.6.28.6); ebenso bei der *actio Fabiana* und der *actio Pauliana*, durch welche das, was *in fraudem creditorum* veräußert worden ist, zurückverlangt werden kann (Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.4); siehe auch Paul. 17 ed. D. 50.16.35 und Paul. 21 ed. D. 6.1.33 zur Vindikation und Pomp. 1 SC D. 16.1.32.1 zur Vindikation einer Frau, die, dem Interzessionsverbot zuwider, eine Sache als Drittpfand gegeben hat und diese beim Käufer der Pfandsache vindiziert.

[166] Paul. 11 ed. D. 4.2.21.2; so auch Gai. 7 ed. prov. D. 6.1.20 hinsichtlich der Vindikation.

[167] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.8: Wenn ein Bürge Gewalt angewendet hat, um durch *acceptilatio* von seiner Verpflichtung befreit zu werden, hat er nach Marcellus und Ulpian auch die Klage gegen den Hauptschuldner wiederherzustellen, nach Iulian hingegen nicht, siehe dazu insbes. *Calore*, Actio (2011) 313–327; Gai. 4 ed. prov. D. 4.2.10.

[168] Siehe auch Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.4; *Hartkamp*, Zwang (1971) 240–242; *Kaser*, SZ 94 (1977) 135–138. *Kaser*, SZ 94 (1977) 135 mit Fn. 130 mwN folgert aus Alex. C. 4.44.1 (a. 222), dass der Beklagte nicht nur im Rahmen der *actio quod metus causa*, sondern auch bei der *vindicatio utilis* bloß dann zur Restitution verpflichtet ist, wenn er seinerseits einen gezahlten Kaufpreis zurückerhält.

[169] Siehe auch *Kaser*, SZ 94 (1977) 135–138, 162–167. Gegen eine Rückstellung der erhaltenen Gegenleistung an den Erpresser spricht Const. C. 2.19(20).11 (a. 354): hier handelt es sich allerdings um einen Amtsinhaber, der die Veräußerung einer Sache an sich erpresst hat. Reskribiert wird, dass das Kaufobjekt zurückzugeben sei, der Preis aber vom Erpressten zurückbehalten werden dürfe. Eine solche *poena* habe der Amtsinhaber auch zu erleiden, wenn er sich zwar des Namens seiner Ehegattin oder eines Freundes bedient hat, aber doch die Sache für sich selbst erwerben wollte. Dass aber die Erpressung unter Ausnützung einer Amtsstellung strenger verfolgt wird als die Erpressung unter Privaten, zeigt auch Ulp. 5 opin. D. 47.13.1; dazu *Levy*, SZ 68 (1951) 400–405.

Noch schwieriger gestaltet sich die Frage nach allfälligen (Gegen-)/Ansprüchen des Folgeerwerbers: Die einzige Digestenstelle, die ausdrücklich die Haftung eines Dritten erörtert, der erst vom Erpresser erworben hat, ist Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.5, wo aber nur eine Juristenkontroverse über die Passivlegitimation dieses Dritten erörtert wird und nicht auch ein allfälliger Gegenanspruch. Die Literatur vertritt hier unterschiedliche Meinungen: *Hartkamp*, Zwang (1971) 232 f., bezeichnet einen Gegenanspruch des gutgläubigen Dritten für die Klassik als „sehr unwahrscheinlich". *Kaser*, SZ 94 (1977) 136 und *Peters*, SZ 90 (1973) 460 sprechen von einer Restitution im Gegenzug zur Rückstellung der Gegenleistung, die der Erpresste vom Erpresser erhalten hat. Nach *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 145–150 soll der gutgläubige Dritterwerber im Gegenzug zu seiner Restitutionsleistung das erhalten, was er selbst seinem Vormann geleistet hat. Zur allfälligen Haftung eines Erwerbers innerhalb einer Erwerberkette siehe Fn. 173.

[170] *Kaser/Hackl*, RZ 317 mwN.

[171] *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 135; *Hartkamp*, Zwang (1971) 219–243; *Kupisch*, Resti-

abgepresste Sache nachträglich verschlechtert wurde oder untergegangen ist, der abgepresste Sklave auf der Flucht ist[172] oder die Sache weiterveräußert wurde.[173]

55 Wird die (mögliche) Restitutionsleistung nicht bzw. nicht im vorgegebenen Umfang vorgenommen, erfolgt die Verurteilung in Höhe des Vierfachen der ausständigen Restitutionsleistung.[174] Ist die Restitutionleistung nicht möglich (und die Unmöglichkeit

---

tutio (1974) 216; *Calore*, Actio (2011) 321, 336–359; *Gaulhofer*, Metus (2020) 196–199; *Giomaro*, Atti II (1980) 210; siehe auch die folgende Fn. 172.

[172] Siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.8; Gai. 4 ed. prov. D. 4.2.10. Der dolose Beklagte hat eine Zusage zu leisten, dass die Sache nicht erheblich verschlechtert wurde (Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.7). Siehe auch Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.11 sowie Alex. C. 2.19(20).1 (a. 223). Zufälliger Sachuntergang kann einen gutgläubigen Dritten gänzlich von der Haftung befreien. Er muss nach Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.5 nur dann für Sachuntergang einstehen, wenn er diesen dolos verursacht hat, vgl. auch Paul. 11 ed. D. 4.3.18 pr.–1 (zu *dolus pro possessione est* siehe Paul. 22 ed. D. 50.17.131[173]; Ulp. 68 ed. D. 50.17.150[192]). Besitzt der Beklagte die Sache dolos nicht mehr, spricht Ulp. 51 ed. D. 6.1.68 von einer Verurteilung auf die *in litem* geschworene Summe, ohne dass der *iudex* einen Restitutionsbefehl erlässt.
Ist offensichtlich, dass der Beklagte die Sache nicht restituieren kann (etwa weil der abgepresste Sklave bereits verstorben ist), soll nach Paul. D. 4.3.18 pr.–1 auf die Aufforderung zur Sachrestitution verzichtet und gleich auf das *id quod interest* verurteilt werden. (Dass die Begriffe der *restitutio*, des *quanti ea res erit* [wie es für die Formel der *metus*-Klage rekonstruiert wird] und des *id quod interest* sind nicht trennscharf voneinander zu unterscheiden sind, erläutert *Medicus*, SZ 115 [1998] 66–78 mwN). *Giomaro*, Atti II (1980) 208 f. überlegt eine Verurteilung des Erpressers auf das Dreifache oder Vierfache, wenn er den Tod des zu restituierenden Sklaven verschuldet.
In dem Fall, dass ein Sklave restituiert werden soll, dieser aber flüchtig ist, hat ein gutgläubiger Beklagter, um einer *condemnatio* zu entgehen, zu versprechen, den flüchtigen Sklaven zu restituieren, falls dieser wieder in seine Gewalt gelangt (*cautio restituendi*, Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.5). Der beklagte Erpresser hingegen wird laut Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.11 verpflichtet, den Sklaven zu verfolgen und zu restituieren (*cautio de persequendo et restituendo*). *Giomaro*, Atti II (1980) 210 und *Klingenberg*, Servus (2005) 41 gehen davon aus, dass der Beklagte nach Leistung der *cautio* freigesprochen wird. Krit. dazu *Knütel*, Index 45 (2017) 608 mit der Erwägung, dass das Delikt des Erpressers diesfalls für ihn keinerlei negative Konsequenzen hätte. (Dieses Argument trifft aber nur dann zu, wenn das Versprechen nicht auch darauf lauten sollte, bei nicht erfolgter Restitution den Wert des Sklaven zu zahlen). Gelangt der Sklave wieder in die *potestas* des Beklagten, kann dieser aus der Stipulation geklagt werden. Dazu und zur Flucht des Sklaven nach Verurteilung auf das Vierfache (aber vor Erhebung der *actio iudicati*) siehe *Klingenberg*, Servus (2005) 38–41 mwN; *Giomaro*, Atti II (1980) 189–212 mwN; *Gaulhofer*, Metus (2020) 184–196. Zum flüchtigen Sklaven im Vindikationsprozess siehe Paul. 21 ed. D. 6.1.21 und Ulp. 16 ed. D. 6.1.21; *Wimmer*, Besitz (1995) 50–57.

[173] Dass auch Zwischenerwerber in einer Erwerberkette auf das *lucrum* in Anspruch genommen werden können, scheint nicht undenkbar: Der Zwischenerwerber, der eine abgepresste Sache günstig erlangt und teuer weiterveräußert hat, könnte verpflichtet sein, Restitution in Höhe der Differenz zu leisten. Anders *Hartkamp*, Zwang (1971) 323, nach dem es bei der *id quod pervenit*-Haftung des gutgläubigen Erwerbers kein Surrogationsprinzip gibt. Verkaufe der Zweiterwerber die Sache an einen Dritterwerber und dieser wiederum an einen Vierterwerber, würde nur der Vierterwerber als Besitzer im Zeitpunkt der *litis contestatio* haften; so wohl auch *Martens*, Dritte (2007) 40 Fn. 149. Siehe aber (von *Lenel*, Pal. I 472, den Texten *ad legem Aeliam Sentiam* zugezählt) Iul. 64 dig. D. 4.2.18 (*pervenit*-Haftung auch desjenigen, der die erlangte Sache in Geld oder eine andere Sache umgewandelt hat und diese in Folge untergegangen ist) und Paul. 1 quaest. D. 4.2.17 (Haftung und

nicht auf doloses Verhalten des Beklagten zurückzuführen), wird ein gutgläubiger Dritter nicht verurteilt.[175] Der Erpresser hingegen haftet bei unverschuldetem Sachuntergang jedenfalls dann, wenn die Sache ohne seine erpresserische Handlung nicht untergegangen wäre oder das Erpressungsopfer die Sache verkauft hätte (und damit das *periculum* den Käufer treffen würde → § 79 Rn. 182).[176]

Die Restitution der Sache begründet beim Kläger in der Regel Eigentum.[177] Die Restitution kann auch so erfolgen, dass auf richterlichen Befehl die Übergabe der Sache für einen bestimmten Tag versprochen und für den Fall der Nichtübergabe eine *poena* stipuliert wird.[178] **56**

Unterlässt der besitzende Beklagte die angeordnete Restitution und wird verurteilt, bleibt ihm das erworbene Eigentum erhalten bzw. geht auf ihn über.[179] **57**

Die Jahresfrist für die Verurteilung auf das Vierfache beginnt mit dem Wegfall der Zwangssituation.[180] *Post annum* ist die Metusklage auf das Einfache gerichtet und findet *causa cognita* nur noch subsidiär Anwendung.[181] Die Pönale des Dreifachen bei Nichtrestitution fällt damit weg.[182] **58**

Erbenhaftung auch bei Konsumation der Sache).

[174] Die Verurteilung aufgrund der möglichen, aber dolos unterlassenen Restitution knüpft dabei an die Summe an, die der Kläger *in litem* mittels Schätzeid geschworen hat. Siehe dazu *Harke*, Eid (2013) 169–177.

[175] Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.5. Siehe dazu Fn. 172.

[176] Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.11, siehe dazu *Giomaro*, Atti II (1980) 189–212 (ähnlich beim Vindikationsverfahren Ulp. 16 ed. D. 6.1.15). Siehe aber auch *Harke*, Mora (2005) 17, der den Beklagten (trotz Ulp. 49 ed. D. 43.16.1.33–35 und Iul. (Tryph.) 15 disp. D. 43.16.19 zum *interdictum unde vi et de vi armata*) dann nicht für den Sachuntergang haften lässt, wenn der Kläger keine konkrete Verkaufsabsicht hatte.

[177] Siehe *Marrone*, AUPA 24 (1955) 281–296. Wird die Auffassung vertreten, dass das bonitarische Eigentum beim Erpressungsopfer geblieben ist, das zuvor quiritisches Eigentum hatte (siehe Fn. 59), erwirbt dieses durch die Sachrestitution wieder quiritisches Eigentum.

[178] Siehe Lab. (Ulp.) 76 ed. D. 44.4.4.7. Siehe dazu auch Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.5 und fr. 14.11 zur *cautio (persequendo et) restituendo* (siehe Fn. 172).

[179] Vgl. Paul. 10 Sab. D. 6.1.46 (nach *Pennitz*, Enteignungsfall [1991] 317 ist hier wohl die Position des Klägers als „wahrer" Eigentümer mitgedacht). Die *inscriptio* ist umstritten. *Lenel* Pal. I 1282 und *Behrends/Knütel* et al., CIC II 572 gehen von lib. 13 Sab. aus. *Behrends/Knüter/Kupisch/Seiler* von lib. 13 Sab. Wird der Kläger noch als bonitarischer Eigentümer der abgepressten Sache angesehen (siehe Fn. 59), verliert er dieses mit der Verurteilung des Beklagten.

[180] Vgl. Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1.

[181] Mod. 8 pand. D. 4.1.3 (allgem.); Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.1–2; Gord. C. 2.19(20).4 (a.239). Manche gehen davon aus, dass auch die Klage *intra annum* nur subsidiär gewährt werde (so *Selb* in FG Kaser [1986] 263; *Elsener*, racines [2004] 59 f. Fn. 132; *Chevreau*, Temps [2006] 274. AA *Calore*, Actio [2011] 275 Fn. 35). Die Annahme der Subsidiarität fügt sich nicht in die Feststellung, dass die *metus*-Klage das vorherrschende Instrument bei einem *metus*-Sachverhalt ist (siehe dazu → § 109 Rn. 44).

[182] Nach Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.2 erlischt die *iniuria* bei *metus* nach einem Jahr. *Rossetti*, BIDR 96–97 (1993–1994) 351–359 hebt sehr deutlich den Zusammenhang zwischen dem *ius honorarium* und der reipersekutorischen Funktion der Klage (auch nach Jahresfrist) hervor. Zum Zusammenhang zwischen Jahresfrist und prätorischem Amtsjahr siehe Gai. 4.110 und Inst. 4.12 pr.; vgl. auch Arc./Honor. CT 15.14.9 (a.395); *Levy*, Privatstrafe (1915) 6–8; aA *Lübtow*, Ediktstitel (1932) 164.

59 Aktivlegitimiert ist die geschädigte Person (→ § 109 Rn. 21). Die Klagslegitimation geht auf den Erben über.[183]

5. Zur Erbenhaftung

60 Auch in der Erbenhaftung wird der deliktische Charakter von *metus* einerseits und die sachverfolgende Wirkung der Klage (die auch in der Aktivlegitimation des Erben offensichtlich wird) andererseits herausgestellt. Einem Erben darf aus einem *dolus defuncti* prinzipiell kein Vorteil erwachsen.[184] Entsprechend wird gegen den Erben des Erpressers eine *actio perpetua* gewährt, soweit ein *pervenit* vorliegt.[185] Bei einem Vermögenszuwachs des Erpressers durch erzwungenen Schuldenerlass wird das angenommen.[186] Ebenso wird ein Kaufpreis berücksichtigt, den der Erblasser für die verkaufte Sache erhalten hat oder ein Gegenwert für die eingetauschte Sache.[187] Der Umfang des *pervenit* wird im Zeitpunkt der *litis contestatio* bestimmt.[188] Der Erbe bleibt auch dann verantwortlich, wenn er das an ihn Gelangte zuvor konsumiert hat. Diesfalls bleibt auch sein Erbe noch haftbar.[189]

---

[183] Ulp. 11 ed. D. 4.2.16.2.

[184] Siehe Ulp. 7 ed. D. 2.10.1.6; Ulp. 10 ed. D. 3.6.5; Paul. 11 ed. D. 4.3.2; Gai. 4 ed. prov. D. 4.3.26 und 28; Paul. 11 ed. D. 4.3.29; Ulp. 29 ed. D. 14.4.9.2 = D. 50.17.44; Paul. 29 ed. D. 50.17.127(169); Ulp. 10 ed. D. 3.6.5; Diocl./Maxim. C. 4.17.1 (a. 294).

[185] Ulp. 11 ed. D. 4.2.16.2; Paul. 1 quaest. D. 4.2.17; Gai. 4 ed. prov. D. 4.2.19; Ulp. 11 ed. D. 4.2.20; *Levy*, Privatstrafe (1915) 98. Nach *Rudorff*, *Lenel*, EP 57; *Levy*, Konkurrenz 2/1 (1922) 161 Fn. 1; *Hartkamp*, Zwang (1971) 261; *Rossetti*, BIDR 96–97 (1993–1994) 361 geht die *actio* gegen den Erben nur auf das *simplum*. Nach *Rudorff*, ebd; *Levy*, ebd; *Calore*, Actio (2011) 403 hat sie keine Restitutionsklausel. Nach *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 84 ist die Klage gegen den Erben älter als die Klagsmöglichkeit gegen den Dritten und beruht auf einem eigenen Edikt; siehe auch *Kupisch*, Restitutio (1974) 211. *Maier*, Bereicherungsklagen (1932) 87, geht davon aus, dass die Klage gegen den Erben nicht subsidiär ist; aA *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 283 f.; *Venturini*, IURA 45 (1994) 86; *Calore*, Actio (2011) 402 f. *Calore* sieht eine Eignung der *actio in id quod pervenit*, die „Lücken", die die *actio quod metus causa* offenlässt, zu füllen.

Zur Frage, ob die *pervenit*-Haftung des Erben als Haftungsverschärfung oder -erleichterung anzusehen ist, siehe *Hartkamp*, Zwang (1971) 258–260; *Martens*, Dritte (2007) 31 f. Fn. 110.

Die Haftung des Erben auf das *id quod pervenit* gilt nur dann, wenn der Erpresser vor *litis contestatio* stirbt. Stirbt der Erpresser nach *litis contestatio*, haftet der Erbe wie der Erblasser selbst: Diocl./Maxim. C. 4.17.1 (a. 294).

[186] Ulp. 11 ed. D. 4.2.20.

[187] Vgl. Iul. 64 dig. D. 4.2.18; dazu Fn. 173.

[188] Ulp. 11 ed. D. 4.2.20.

[189] Paul. 1 quaest. D. 4.2.17.

6. Zur Noxalhaftung

Nach Ulp. 11 ed. D. 4.2.16.1 ist die *metus*-Ausübung von Gewaltunterworfenen Gegenstand der Noxalhaftung.[190] Der *dominus* haftet einerseits über die Noxalklage und andererseits auch aus der *pervenit*-Haftung, wenn die Sache an ihn gelangt ist: Wird er mittels Noxalklage belangt, kann er die erpresserischen Sklaven ausliefern und damit einer Verurteilung entgehen. Er kann diesfalls aber nach Ulpian nichtsdestoweniger auch selbst zur Haftung herangezogen werden, „*si ad eum res pervenit*“ (aber wohl nur in dem Ausmaß, in dem der Anspruch auf Restitution noch nicht zur Gänze erfüllt ist).[191] Leistet der über die Noxalhaftung herangezogene *dominus* hingegen Restitution bzw. das Vierfache „nützt er auch den Sklaven“. **61**

7. Zur Klagenkonkurrenz

Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.5 und Ulp. 11 ed. D. 4.2.16pr.–1 gehen von einer solidarischen Haftung einer Mehrheit von Erpressern aus und offenbar ebenso von der solidarischen Haftung des Erpressers und demjenigen *ad alium res pervenit*.[192] Die Klagen stehen in elektiver Konkurrenz.[193] Erlangt der Erpresste mit der *actio quod metus causa* vom gutgläubigen Dritten Restitution, kommt ihm keine Klage mehr gegen den Erpresser zu und umgekehrt. Nach Paul. 11 ed. D. 4.2.15 kann allerdings Klage erhoben werden, wenn in Folge der ersten Klage nicht ausreichend Restitution erlangt wurde. **62**

Auch die *vindicatio utilis* und die *actio quod metus causa* stehen als sachverfolgende Klagen in Konkurrenz.[194] **63**

---

[190] Die Noxalhaftung ist als weiteres Indiz für die deliktische Qualität der Ausübung von *metus* zu werten: Eine Noxalhaftung greift dann, wenn einem Gewaltunterworfenen ein *delictum* bzw. *maleficium* vorgeworfen wird, Ulp. 18 ed. D. 9.4.2 pr.; Ulp. 3 ed. D. 9.4.3; Ulp. 3 ed. D. 9.4.7 pr.; Gai. 7 ed. prov. D. 9.4.20; Iul. 4 Urs. Fer. D. 9.4.34; Ulp. 61 Sab. D. 47.1.1.2. Im Titel D. 9.4 *de noxalibus actionibus* findet sich die *actio quod metus causa* allerdings ebensowenig wie die *actio de dolo* (die Noxalhaftung ist aber im Titel D. 4.3 *de dolo malo* belegt: Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.4a–5; Paul. 11 ed. D. 4.3.20.1; vgl. auch Ulp. 11 ed. D. 4.3.15.2).

[191] Arg. Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.5; Paul. 11 ed. D. 4.2.15 und Ulp. 11 ed. D. 4.2.16 pr.–1.

[192] Anders als in den Quellen zur *restitutio in integrum* wegen mangelnden Alters (Ulp. 11 ed. D. 4.4.13.1; Paul. 11 ed. D. 4.4.14) ist keine Subsidiarität der Haftung des bereicherten gutgläubigen Dritten erkennbar.

[193] Siehe dazu die Quellengruppe Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.15, Paul. 11 ed. D. 4.2.15 und Ulp. 11 ed. D. 4.2.16; siehe auch *Viaro*, arbitratus (2012) 188.

[194] Siehe Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.6; vgl. auch Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.9; *Karlowa*, RRG II 1067 (elektive Konkurrenz). Nach *Kupisch*, Restitutio (1974) 235, und *Kaser*, SZ 77 (1994) 142 stimmen *actiones in rem* und *actio quod metus causa* im Klageziel der Sachverfolgung als auch im Klagegrund überein, womit *eadem res* und Ausschlusswirkung vorläge; vorsichtig *Calore*, Actio (2011) 203–205. AA *Ankum*, FS Hübner 17 f., der die *actio quod metus causa* als Strafklage und ihr Ziel in der Pönalzahlung sieht und daher eine Divergenz in Klagegrund und -ziel zwischen der *actio quod metus causa* und einer *actio in rem* feststellt. Zur Klagenkonkurrenz siehe *Kaser/Hackl*, RZ 301–305 mwN, zur zivilen und judizialen Klagenkonsumption hinsichtlich der *metus*-Rechtsbehelfe siehe *Gaulhofer*, Metus

64 Ebenso konsumiert die *actio quod metus causa* die auf das *simplum* gerichtete subsidiäre *actio de dolo*[195] (→ § 94 Rn. 40–48)[196] gegen den Erpresser (die aufgrund ihrer Restitutionsklausel gleichfalls als sachverfolgende Klage anzusehen ist).[197] Der Druck auf den Beklagten, Naturalrestitution zu leisten, wird bei der *actio de dolo* über die infamierende Wirkung der Verurteilung erreicht. Der Kreis der Passivlegitimierten ist bei der *dolus*-Klage (die nicht *in rem scripta* ist) kleiner als bei der *actio quod metus causa.*[198] Marcell. 3 dig. D. 4.1.7.1 betont eindringlich die Subsidiarität infamierender Klagen (i. e. die *actio de dolo)*[199] gegenüber den (anderen) Möglichkeiten der Restitution.[200] Dennoch stellt Ulp. D. 4.2.14.13 unter Berufung auf Pomponius fest, dass derjenige, der Furcht erregt hat, zweifellos auch aus der *actio de dolo* hafte und dass die eine Klage die andere konsumiere, sodass der jeweils anderen Klage eine *exceptio in factum* entgegen gehalten werden könne.[201]

(2019) 234–238. *Rudorff*, ZRG 12 (1845) 162 stellt fest, dass die belegte Ausschlusswirkung einer Restitution ein deutliches Zeichen gegen die Annahme der *metus*-Klage als gemischte Pönalklage sei: würde doch sonst noch der Anspruch auf das Dreifache übrig bleiben.

[195] Insbes. Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.4–8; D. 4.3.3; D. 4.4.5, 4.3.7; D. 4.3.9 pr.–4; Paul. 11 ed. D. 4.3.25; Gai. 4 ed. prov. D. 4.3.6 und D. 4.3.8. Anton. C. 2.21.2 (a. 211). Die *actio de dolo* wird nur binnen Jahresfrist gewährt (*Lenel*, EP 115; *Mantovani*, Formule 70 Nr. 73); Konstantin erhöht die Klagsfrist auf 2 Jahre, C. 2.(20).21.8 (a. 319); siehe *Amelotti*, Prescrizione (1958) 45, 57 mit Fn. 57; *Lambrini*, Studi 43; → § 94 Rn. 27. *Post annum* geht eine *actio in factum* auf die Bereicherung, siehe Gai. 4 ed. prov. D. 4.3.28 (auch zur Haftung des Erben); siehe auch Paul. 59 ed. D. 42.5.10.

[196] Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.13. Nach *Kupisch*, Restitutio (1974) 235, *Kaser*, SZ 94 (1977) 139, *Wesener*, SZ 112 (1995) 133 differieren die *actio quod metus causa* und die *actio de dolo* im Klagegrund (mittelbare Konsumption).

[197] Siehe auch *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 183. Zur Restitutionsklausel der *actio de dolo* siehe *Cursi*, Eredità (2008) 36–38; *Viaro*, arbitratus (2012) 50 insbes. Fn. 137.

[198] Auch dürfen Eltern, Patrone oder höherrangige Personen nicht mit der *actio de dolo* belangt werden; stattdessen wird eine (nicht infamierend wirkende) *actio in factum* gegen sie gewährt. Ulp. 11 ed. D. 4.3.11; Paul. 11 ed. D. 4.3.12; Ulp. 11 ed. D. 4.3.11; Diocl./Maxim. C. 2.21.5 (oA). Nach Ulp. 10 ed. D. 27.15.7.2 kann gegen Eltern und Freilasser weder eine *exceptio doli* noch eine *exceptio metus* eingewendet werden. Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.34 schließt eine *exceptio metus* bei Zwangsausübung durch den *pater familias* in Angelegenheiten des *peculium* aus.

[199] *Otto/Schilling/Sintenis*, CIC I 438 Fn. 8 zu D. 4.1.7.1; Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.1: *si de his rebus alia actio non erit.*

[200] Siehe dazu *Biondi*, Studi (1912) 96–198; *Elsener*, racines (2004) 23–62 sieht die Subsidiarität der Klage unabhängig von deren infamierender Wirkung; so auch *Albanese*, AUPA 28 (1961) 175 f.; siehe auch *Lambrini*, Studi 41–57.

[201] *Elsener*, racines (2004) 59 mit Fn. 132 spricht von der Subsidiarität beider Klagen (s. dazu ebd. auch Fn. 261) und einem *concours alternatif*. *Voci*, Manuale (1984) 403 sieht keine Subsidiarität der *actio de dolo* hinsichtlich der auf das Vierfache gerichteten *actio quod metus causa.*

§ 110 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*in integrum restitutio*)

Peter Benöhr †

Burchardi, Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Eine civilistische Abhandlung, 1831; *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts VII, 1848 (Ndr. 1973), 90–309; *Lenel*, Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl., 1927, Tit. X, De in integrum restitutionibus, §§ 39–47, 109–130; *Levy*, Zur nachklassischen in integrum restitutio, SZ 68 (1951) 360–434; zit. nach: *Levy*, Gesammelte Schriften I, 1963, 446–492; *Cervenca*, Studi vari sulla „restitutio in integrum", 1965 (Ndr. 1990); *Brutti*, La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana II, 1973, 327–624; *Kupisch*, In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht, 1974; *Kaser*, Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus, SZ 94 (1977) 101–183; *Benöhr*, „Sachproblem" – „Rechtsregeln" – „rechtspolitische Perspektive". Die Tatbestände der in integrum restitutio für und gegen Volljährige, in: Festschrift für Herbert Hausmaninger zum 70. Geburtstag, 2006, 41–57; *Benöhr*, Rechtstechnik und Rechtsprinzipien im römischen Recht. Die Kommentierung des Edikts über die in integrum restitutio Volljähriger, in: Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, 2007, 39–67.

Inhalt Rn.

I. Grundlegung 1
II. Voraussetzungen und Gründe 2
1. Voraussetzungen 2
2. Ediktale Restitutionsgründe 3
3. Vermutete außerediktale Restitutionsgründe 4
III. Verfahren 5
1. *Cognitio* und *decretum, iudicium rescindens* 5
2. *Actiones rescissoriae* (*restitutoriae*), *ficticiae* 6
3. *Actiones in factum* 10
4. Weitere Mittel, Einzelheiten, Konkurrenzfragen 11
5. Kognitionsverfahren 13
6. Nachklassische Entwicklungen 15
IV. Restitution wegen Verfahrensmängeln 17

I. Grundlegung

1 *In integrum restitutio* (*iir.*),[1] „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“,[2] bedeutet die Gewährung der gleichen rechtlichen oder tatsächlichen Position, die der Begünstigte früher einmal innegehabt hatte, inzwischen aber verloren hat.[3] Die *iir.* hatte auch eine erhebliche Bedeutung im Verfahrensrecht als ein Instrument zur Urteilsanfechtung. Die Gründe der Wiedereinsetzung, zumeist aus Erwägungen der *aequitas*, waren teils im Edikt niedergelegt und beruhten zum Teil auf prätorischer Praxis und kaiserlichen Vorgaben. Die Durchführung erfolgte, indem den Wirkungen des missbilligten Vorgangs die Anerkennung versagt wurde.[4] Sie war ein außerordentliches Hilfsmittel,[5]

---

[1] Hauptquellen: Paul. ed. libri 11–12; Ulp. ed. libri 11–13; D. 4.1–7; C. 2.19–2.54. – Weitere Lit. zur *iir.* insgesamt: *Spaltenstein*, Wiedereinsetzung (1873); *Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten I (1851) 335–376; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 712–720, 740–757; *Bekker*, Aktionen II (1873) 74–105; *Windscheid/Kipp* I 583–601; *Klingmüller*, s. v. Restitutio, RE I A.1 676–685; *Lauria*, St. Bonfante II 479–538; *Lübtow*, Metus causa (1932); *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 129–221; EDRL s. v. causae cognitio, decreta, restitutio in integrum; *Cervenca*, St. Biondi I 599–630; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 235–250; *Kaser*, RP I 248; *Sargenti*, BIDR 69 (1966) 193–298; *Luzzatto*, St. Volterra II 711–722; *Kaser*, RP II 87–94, 581 f.; *Buigues*, Rescisión (1992); *Kaser/Hackl*, RZ 421–426, 493 f., 581 f.; *Chevreau*, Temps (2006) 262–297.

[2] „Wiederherstellung eines früheren Zustandes“. Seltener in demselben Sinn „*restitutio in integrum*“. *Restituere, restitutio* etc. häufig in den eingangs genannten Dig.- und Cod.-Titeln. Viele Fragmente jedoch ohne Gebrauch dieses Begriffs und ohne Erwähnung der *causae cognitio* (dazu u. III 1.), so dass deren Zuordnung zur Problematik der *iir.* nicht unbedenklich ist. S. z. B. Paul. 11 ed. D. 4.3.25 (freundlicher Hinweis von *Wacke*). Restituiert werden eine Klage (Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.8; D. 4.6.1.1), eine Obligation (Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.2 und 14) oder eine Person (Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.1; D. 4.4.3.4; Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.27.3); restituiert wird auch in einen früheren Zustand (Ulp. 73 ed. D. 42.8.10.22) entweder durch den Amtsinhaber oder durch den Restitutionsgegner; vgl. *Lübtow*, Metus causa (1932) 139. – „*In integrum restitutio*“ als Ausdruck der Rechtssprache, so: *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 197; *Levy*, Ges. Schr. I 446 f.; *Wesener*, TR 44 (1976) 172; *Kaser*, SZ 94 (1977) 179. – Ohne technische Bedeutung nach: *Lauria*, St. Bonfante II 514–516; *Kupisch*, Restitutio (1974) 95 f., 101; *Selb*, FG Kaser 270–272. – Zu unterscheiden von dem „*restituere*“ zur Berechnung der Leistung des Beklagten; *Kaser*, Restituere [1](1932).

[3] *Chevreau*, Temps (2006) 283: „l’illusion du rétablissement de la course du temps“. – *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 158: der Prätor stellt das nach *ius civile* erloschene Recht auf dem Gebiet des *ius honorarium* wieder her. – *Bekker*, Aktionen II (1873) 74: „Die Restitution beruht überall auf dem Gedanken, dass das vorhandene Recht zu plump und zu stumpf sei“. – Zumeist wird betont, dass die *iir.* auf der Billigkeit beruht; im 19. Jh. wurde sogar diskutiert, ob sie dem Bereich der „Gnade“ zuzuordnen sei.

[4] *Windscheid/Kipp* I 584 im Text; *Lenel*, EP § 46, 127; *Lübtow*, Metus causa (1932) 121; *Carrelli*, SDHI 3 (1937) 20–25; *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 158, 165–176; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 246 f.; *Kupisch*, Restitutio (1974) 85–87, 119–122; *Kaser*, SZ 94 (1977) 105 Anm. 9; 107 f. m. Anm. 24 („Annäherung an den Zustand, der bestünde, wenn das Geschäft oder die sonstige Handlung nicht vorgenommen worden wäre“); 142 Anm. 147 (betr. *metus*); *Kaser/Hackl*, RZ 423 („Rückabwicklung“), 425 m. Anm. – Aber *Windscheid/Kipp* I 584 Anm. 3 mit der (im gemeinen Recht überwiegenden) Erklärung, die *iir.* sei die „Herstellung des identischen früher dagewesenen“ Zustandes,

vom Prätor auf Grund seines *imperium* und seiner *iurisdictio*[6] gewährt. Ob ihr Alter bis in das Legisaktionenverfahren zurückreicht, ist ungewiss.[7] Die *iir.* wurde in das Kognitionsverfahren übernommen und hielt sich bis in die Zeit Justinians.[8]

„scharf" zu unterscheiden von der Herstellung eines bloß „gleichen Zustandes wie der früher dagewesene"; ähnlich *Levy*, Ges. Schr. I 446 f.; *Raggi*, Restitutio (1965) 280; s. auch *Ankum*, Ess. lustrum VI Utrecht 5. Damit deckt sich die Unterscheidung, ob die Wiedereinsetzung durch richterlichen (gemeint: prätorischen) Spruch oder durch die „Privattätigkeit" des Restitutionsgegners erfolgt (*Windscheid/Kipp*, a. a. O. 585).

[5] Trotz seiner Bindung an das Edikt durch die *lex Cornelia de iurisdictione*; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 376–383. – *Extraordinarium auxilium* (verdächtigt u. a. von *Lübtow*, Metus causa [1932] 251)*;* dazu und zu *aequitas; subvenire, adiuvare, succurrere, indulgere; remedium, privilegium, beneficum; iubere* und deren Ableitungen, s. *Benöhr*, FS Huwiler 56–66 und *Chevreau*, Temps (2006) 265.

[6] Pap. 1 quaest. D. 1.21.1.1; Ulp. 2 off. quaest. D. 2.1.3; Ulp. 1 ed. D. 2.1.4; Ulp. 6 ed. D. 3.1.1.10; Ulp. 11 ed. D. 4.4.16.5; D. 4.4.18 pr.; Ulp. 2 off. procons. D. 4.4.42; Paul. 1 ed. D. 50.1.26 pr., 1; Alex. C. 2.42.1 (a.223); Philipp. C. 2.43.3 (a.244); Ant. C. 2.46.1 (a.215); Iust. C. 2.46.3 pr. (a.531); Alex. C. 2.50.2 (a.222); Paul. sent. 1.7.3 – *Lévy-Bruhl*, TR 5 (1924) 389; *Jobbé-Duval*, St. Bonfante III 186–206; *Lauria*, St. Bonfante II 481–486, 513–524; *Carrelli*, SDHI 4 (1938) 5; *Pugliese*, PC II.1 118–124; *Raggi*, Restitutio (1965) 95–107; *Cervenca*, St. Biondi I 622–625; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 244; *Sargenti*, BIDR 69 (1966) 201–221; *Kaser*, RP I 205–207; *Luzzatto*, St. Volterra II 721; *Palazzolo*, Potere (1974) 131–136; *Kaser*, SZ 101 (1984) 34 f.; *Spagnuolo*, Index 18 (1990) 125; *Buigues*, Rescisión (1992) 23–37; *Kaser/Hackl*, RZ 184–186, 422; *Wieacker*, RRG I 460 f. – Zu weiteren Zuständigkeiten s. u.

[7] Anzeichen in nichtjuristischen Quellen: Plaut. Rud. 1381–1382; Ter. Phorm. 450–456; Sen. cont. 9,3,8–9; Sen. cont. exc. 4,8; Sen. epist. 5,48,10. Konkrete Hinweise bei Cic. Flacc. 49 f.; Verr. II 2, 63; II 3, 152–154; ad Q.fr. 1,1,21; Gallet, RHD 16 (1937) 242–293, 387–425, *Bruns*, Fontes Nr. 41, 176 = FIRA I 255, aus dem Jahr 78 v. Chr.; *Atkinson*, RIDA 7 (1960) 228–272 (betr. Rijksmuseum van Oudheden, Outheidkundige Mededelingen, Nieuwe Reekks XXXVIII, Supp. [1958] 49 f. und Pl. XI, Nr. 57, hrsg. v. H. W. Pleket) aus Cumae, augusteische Zeit. – Wegen der Nachweise ausschließlich in den Provinzen ist es fraglich, aber vielleicht erst recht zu bejahen, ob die *iir.* in Privatprozessen zwischen Römern in der Stadt Rom schon vor der *lex Aebutia* (2. Hälfte 2. Jh. v. Chr.) in Gebrauch war, so *Fabbrini*, Labeo 13 (1967) 200–230; *Luzzatto*, St. Volterra II 714; *Kaser*, SZ 94 (1977) 179 f.; *F*uria, SDHI 53 (1987) 110 ff. – Zeitlich erst nach der *lex Aebutia*; nach *Jobbé-Duval*, St. Bonfante III 184 f. – Anschauliche Darstellung der möglichen Entwicklung bei *Savigny*, System VII 107–116. – Zur Geschichte in der Republik namentlich *Sargenti*, BIDR 69 (1966) 225–298; *Orestano*, St. Biondi II 234–236; *Kupisch*, Restitutio (1974) 114, 138 f., 158–168, 199–208 und öfter; *Kupisch*, SZ 91 (1974) 126–145; *Kaser*, SZ 94 (1977) 120 f., 180 und öfter; *Buigues*, Rescisión (1992) 15–18.

[8] Zu den Problempunkten der heutigen Forschung gehört die Liste der ediktalen und nichtediktalen Restitutionsgründe, insbesondere die Debatte um den *dolus* (II.). Die weiteren Fragen des Erfordernisses der *causae cognitio*, des besonderen *decretum* des Prätors (III 1.) und der Restitution durch fiktizische Klagen oder etwa auch durch *actiones in factum* (III 2. und 3.) hängen zwar zusammen, werden aber in unterschiedlicher Weise beantwortet. Nach dem Ende radikaler Itp.-Kritik (*Schulz*, SZ 43 [1922] 171–261, *Lübtow*, Metus causa [1932]) werden viele auffällige Texte zur *iir.* nicht mehr nachklassischen Bearbeitern oder den Kompilatoren zugeschrieben, sondern der *cognitio extra ordinem* in klassischer Zeit (*Carrelli*, SDHI 3 [1937] 20–41; *Carelli*, SDHI 4 [1938] 5–67; *Cervenca*, Restitutio [1965], *Kupisch*, Restitutio [1974], *Kaser*, SZ 94 [1977] 101–183) unterstellt

II. Voraussetzungen und Gründe

1. Voraussetzungen

2 Der Prätor verweigerte die *iir.*[9] etwa bei Fehlen der eigenen Zuständigkeit,[10] wegen Überschreitens der meistens auf ein Jahr festgesetzten Frist,[11] wegen fehlenden oder

(dazu u. III 3. und 5.). – *Kupisch*, Restitutio (1974) lieferte zur *iir.* „neue und originelle, bedeutsame" Thesen, so die Anerkennung von *Kaser*, SZ 94 (1977) 101, klar zusammengefasst und in einigen Gedanken fortgeführt von *Kaser*, a. a. O., insbes. 101–104, 108, 178 f., von anderen mehrfach kritisiert, s. im Folgenden.

[9] Allg. Voraussetzungen des *decretum* bei *Windscheid/Kipp* I 586–589; *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 180–197, zum Inhalt 193; *Buigues*, Rescisión (1992) 38 f. – Ausdrückliches ablehnendes *decretum* bei Zurückweisung der begehrten Restitution, nach *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 192. – Beweislast des Antragstellers: Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.1; D. 4.4.7.3,12; Paul. 1 sent. D. 4.4.24.1; Mod. 2 resp. D. 4.4.29 pr.; Scaev. 2 dig. D. 4.4.39 pr.; Marcell. (Mac.?) off. praes. 1 D. 4.4.43; Call. 5 cogn. D. 42.1.33; Diocl./Maxim. C. 2.21.4 (a.293) (aber Beweislast des Restitutionsgegners für Überschreitung der Ein-Jahresfrist); Diocl./Maxim. C. 2.21.5 pr. (a.293); Diocl./Maxim. C. 2.36.3 pr. (a.294). – Anders bei *alienatio in fraudem creditorum.*

[10] Zuständig auch der Prokonsul; nicht aber Munizipalbeamte; Paul. 1 ed. D. 50.1.26 pr., 1. Weitere Zuständigkeiten in kaiserlicher Zeit, s. u.

[11] Die Einschränkung *si non plus quam annus est* ausdrücklich im Verheißungsedikt wegen Abwesenheit, Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1; *intra annum* in Ulp. 66 ed. D. 42.8.1 pr. – In den anderen Restitutionsfällen Fristbegrenzung auf Grund allgemeiner Interpretation; vgl. *Lenel*, EP § 39, 112; § 40, 115; § 41, 116; § 44, 121–123; § 46, 129. – *Intra annum*: Inst. 4.6.5. – *Annus utilis*: Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.1, 2; D. 4.4.20 pr., 1; Scaev. 2 dig. D. 4.4.39 pr.; Ulp. 12 ed. D. 4.6.28.3, 4; Ulp. 22 ed. D. 12.2.9.4; Ulp. 66 ed. D. 42.8.6.14; Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.4; Diocl./Maxim. C. 2.21.4 (a.293) (Beweislast des Gegners für Fristüberschreitung); Sev./Ant. C. 2.50.1 (a.197); Alex. C. 2.50.2 (a.222); C. 2.50.3 (a.223); Diocl./Maxim. C. 8.50.18 (a.294); C. 2.52; Diocl./Maxim. C. 2.53.5 (a.294); s. auch Paul. 1 ed. D. 44.7.35 pr. – Neuregelung in Iust. C. 2.52.7 (a.531). – Ausnahmen, d. h. unbefristet: *metus*, Paul. 11 ed. D. 4.2.21.1 (s. jedoch Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.1); *capitis deminutio*, Ulp. 12 ed. D. 4.5.2.5; sowie *actio restitutoria* im Bereich des *SC Vellaeanum* (falls als *iir.*anzusehen), Ulp. 29 ed. D. 16.1.10. – Jahresfrist auch für *replicatio* und *denegatio exceptionis* des Antragstellers, nicht aber für *exceptio* des Restituierten als Beklagten. – Fristbeginn, sobald der Benachteiligte sein Recht wahrnehmen kann, *experiundi potestas*: Ulp. 11 ed. D. 4.4.19 pr.; Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1; Ulp. 12 ed. D. 4.6.28.4; Ulp. 13 ed. D. 4.7.6; Ulp. 66 ed. D. 42.8.1 pr.; Ulp. 66 ed. D. 42.8.6.14; Ulp. 74 ed. D. 44.3.1. – Kontrovers bei wiederholten Abwesenheiten; Ulp. 12 ed. D. 4.6.28.3. – Keine Abhängigkeit von der Kenntnis. – Besonderheiten für *minores.* – Nur ausnahmsweise Verlängerung; Scaev. 2 dig. D. 4.4.39 pr.; Cons. C. 2.52.6.1 (a.327); vgl. Ulp. 71 ed. D. 43.24.15.5. – Geltendmachung der Jahresfrist durch *exceptio annalis* des Restitutionsgegners nach Diocl./Maxim. C. 2.53.5 (a.294). – Anschließende Frist zur Geltendmachung des verlorenen Rechts, nicht länger als die Ersitzungs- oder Verjährungszeit; anders *Beretta*, RISG 2 (1948) 359, 384 f. – Frist des Erblassers kommt dem Rechtsnachfolger zu Gute. – Besonderheit für Bürgen, z. B. Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.4. – Verlust des Rechts nach dem fruchtlosen Ende der Einjahresfrist, Paul. 1 ed. D. 44.7.35 pr., so wie vermutlich nach dem Ende der Verlängerungsperiode. – Weiteres: *Burchardi*, Wiedereinsetzung (1831) 499–536; *Savigny*, System VII 239–264; *Karlowa*, RRG II 1090–1092; *Krüger*, SZ 60 (1940) 81–83; *Beretta*, RISG 2 (1948) 357–391; *Amelotti*, SDHI 22 (1956) 185–227; *Amelotti*, Prescrizione (1958) 95–106; *Kelly*, Litigation (1966) 118–131; *Knothe*, Geschäftsfähigkeit (1983) 50; *Benöhr*, St. Labruna I 387–408; *Chevreau*, Temps (2006) 279–281; *Klingenberg*, SZ 125 (2009) 265–269.

vergleichsweise geringen Nachteils des Antragstellers,[12] wegen Unwirksamkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts[13] oder Urteils, bei Vorhandensein eines anderen Rechtsbehelfs[14] und wegen mangelnder Kausalität zwischen Restitutionsgrund und Schaden.[15] Keine Wiedereinsetzung gab es in Fällen von Ehebruch und Ehescheidung,[16] nicht gegen die nachteiligen Wirkungen eines Delikts[17] und nicht gegen die Freilassung eines Sklaven.[18]

---

[12] Ulp. 11 ed. D. 4.1.1; Call. 1 ed. mon. D. 4.1.4; Ulp. 10 ed. D. 4.3.7 pr.; D. 4.4.6; Ulp. 11 ed. D. 4.4.7.1,6,8; D. 4.4.9 pr.; D. 4.4.16 pr. (dazu *Musumeci*, Ric. Gallo II 45–58); Paul. 11 ed. D. 4.4.23; Paul. 1 sent. D. 4.4.24.1; Paul. decr. D. 4.4.38.1; Scaev. 2 dig. D. 4.4.39 pr.,1; Ulp. 5 op. D. 4.4.44 (Verlust von Aktiva oder Chancen, Belastung mit Verbindlichkeiten); Ulp. 35 ed. D. 4.4.49; Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1; Paul. 12 ed. D. 4.6.27; Paul. usur. sing. D. 22.1.17.3; Diocl./Maxim. C. 2.28.1 (a.290); Ant. C. 2.37.1 (a.214); Diocl./Maxim. C. 2.40.4 (a.294) = C. 5.42.3 (a.287); Gord. C. 5.71.2.1 (a.239); s. weiter Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.5; Paul. 11 ed. D. 4.3.10; Ulp. 11 ed. D. 4.3.11 pr. – Einbuße eines ideellen Gewinns nach Herm. 1 iur. epit. D. 4.4.35. – Prozessuale Nachteile, dazu s. u. – Zusammenstellung der zu berücksichtigenden Benachteiligungen bei Savigny, System VII 118–130; *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 191. – Zu „Interessenabwägung“ oder „Verhältnismäßigkeitsprinzip“ vgl. *Klingenberg*, FS Knütel 569–582; ähnlich die Frage der „Wandlung bei geringfügigen Mängeln?“ *Apathy*, FS Waldstein 19–31; zu *minima non curat praetor*, s. *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln (1982) M 47, 134.

[13] Oft hervorgehoben: die schwache Ausbildung, die klassischen Kontroversen und die modernen Auseinandersetzungen betr. die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte; z. B. *Kaser*, RP I 246 f.; *Hartkamp*, Zwang (1971) 73–188.

[14] Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.6; D. 4.3.7 pr.; Paul. 11 ed. D. 4.3.25; Ulp. 11 ed. D. 4.4.16 pr.–3; Call. 1 ed. mon. D. 4.4.45.1; Ulp. 13 ed. D. 19.1.13.28; Diocl./Maxim. C. 2.40.4.1 (a.294); Diocl./Maxim. C. 3.32.24 (a.294); Gord. C. 5.71.2 pr. (a.239). – S. jedoch Paul. 7 ed. D. 4.1.5; Hadr. bei Call. 3 fisc. pop. D. 49.14.3.9. – Bevorzugung der *iir.* vor der *actio de dolo*; Marcell. 3 dig. D 4.1.7.1; Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.6; Paul. 11 ed. D. 4.3.25; s. jedoch Ulp. 5 opin. D. 4.3.38. – „Logische Abstufung der Prozessmittel“ nach *Broggini*, SZ 73 (1956) 356–361; *Kaser/Hackl*, RZ 350, 479; *Buigues*, Rescisión (1992) 42 f. – Inhärenz der sogen. *exceptio legis Laetoriae* und der *iir.* in den *bonae fidei iudicia* nach *Wacke*, SZ 94 (1977) 242 f. und *Wacke*, TR 48 (1980) 203–225.

[15] Ulp. 11 ed. D. 4.4.11.3–5.

[16] Ulp. 11 ed. D. 4.4.9.3; Tryph. 3 disp. D. 4.4.37.1.

[17] Ulp. 11 ed. D. 4.4.9.2–5; Tryph. 3 disp. D. 4.4.37 pr., 1; Sev./Ant. C. 2.34.1 (a.200); Diocl./Maxim. C. 2.34.2 (a.291).

[18] *Favor libertatis:* Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.2; D. 4.3.7 pr.; D. 4.3.24; D. 4.4.9.6 bis D. 4.4.11.1; Pap. 9 resp. D. 4.4.31; Paul. 1 sent. D. 4.4.48.1; Gai. 4 ed. prov. D. 4.7.3.1; Sev./Ant. C. 2.30.1 (a.197); Gord. C. 2.30.2 (a.241); Valer./Gallien. C. 2.30.3 (a.260); Diocl./Max. C. 2.30.4 (a.303); C. 2.31.2 (a.294). – Statt Rückgängigmachung: *actio in factum* oder *actio de dolo* auf Geldzahlung: z. B. Ulp. 11 ed. D. 4.4.11 pr. – Einschränkungen und Gegenmeinungen außerdem in: Paul. 3 leg. Ael. Sent. D. 40.9.16.2; Mac. 2 app. D. 49.1.9; Call. 3 fisc. pop. D. 49.14.3.9; Alex. C. 2.24.2 (o. A.); Diocl./Maxim. C. 2.30.4 (a.303); C. 7.45.8 (o. A.); Gai. 1.37; 1.47; UE 1.15; s. auch Ulp. 4 ed. D. 49.14.7. – *Lübtow*, Metus causa (1932) 24–32; *Impallomeni*, Synt. Arangio-Ruiz II 922–933; *Raggi*, Restitutio (1965) 183–193; *Hartkamp*, Zwang (1971) 136–145; *Kaser*, RP I 296 f.; *Wacke*, SZ 88 (1971) 111 f., 114–120, 133 f.; *Brutti*, Dolo processuale I (1973) insbes. 20–60; *Zoz de Biasio*, SDHI 39 (1973) 115–128; *Zoz de Biasio*, Iura 33 (1982) 131–135; *Kupisch*, Restitutio (1974) 249–254; *Kaser*, SZ 94 (1977) 144 f.; *Wacke*, SZ 94 (1977) 236–246; *d'Ors*, SDHI 46 (1980) 31–43; *Klinck*, Symp. Wieling

2. Ediktale Restitutionsgründe

3 Nach und nach[19] wurden vermutlich die folgenden Fallgruppen[20] mit unterschiedlichen, sehr allgemein gehaltenen Verheißungen in das *edictum tralaticium* aufgenommen:[21] (1) *Metus, vis.* Der Prätor gewährte die Restitution, neben einer *actio* und einer *exceptio*, wegen Furcht, Gewalt oder Zwang. (1) *Metus, vis.* Der Prätor gewährte die Restitution,[22] neben einer *actio* [23] und einer *exceptio*, wegen Furcht, Gewalt oder Zwang.[24] (2) *Minores viginti quinque annis, propter aetatem.*[25] Der Prätor restituierte

---

83–108; *Musumeci*, St. Nicosia V 495–500; *Babusiaux*, in: Kästle/Jansen, Recht und Religion (2014) 32.

[19] Zeitfolge der Aufnahme in das Edikt umstritten: *Savigny*, System VII 135 f., am frühesten wegen Zwangs und Betrugs. – *Kaser*, SZ 94 (1977) 179 f., am frühesten wegen Abwesenheit.

[20] Auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Fallgruppen wird in den betreffenden Kapiteln dieses Handbuchs eingegangen.

[21] Erster Teil des Edikts, betreffend „den Rechtsgang selbst bis zur Gewährung des *iudicium*"; *Lenel*, EP 22. – Zur Anordnung im Edikt s. auch *Klingmüller*, s. v. Restitutio, RE I A .1 677. – Zusammenstellungen der ediktalen Restitutionsgründe bei Ulp. 11 ed. D. 4.1.1; Paul. 1 sent. D. 4.1.2; Paul. sent. 1.7.2; jedoch – nach heutiger Ansicht – teils zu weitgehend (*dolus, error*), teils unvollständig (*capitis deminutio, falsus tutor, alienatio iudicii mutandi causa, fraus creditorum*).

[22] Ulp. 11 ed. D. 4.2.1 enthält die allgemein gehaltene Verheißung, *ratum non habebo*. *Savigny*, System VII 193 fand, dass diese eine Ediktsverheißung sowohl auf die *iir. propter metum* als auch auf die *actio quod metus causa* passe. *Kupisch*, Restitutio (1974) 131 „steckt" die Verheißung der *metus*-Klage in das *ratum non habebo*; 236 behauptet *Kupisch*, dass die *metus*-Klage mit dem *metus*-Edikt verheißen werde. *Cervenca*, Labeo 24 (1978) 219 hält es für denkbar, dass dieselbe Ediktsverheißung die unterschiedlichen rechtlichen Mittel gegenüber *metus* umfasst haben könnte. – *Schulz*, SZ 43 (1922) 220 f., s. auch *Lenel*, EP § 39, 110, bezieht hingegen diese Verheißung allein auf die *iir. propter metum*. – *Lenel*, a. a. O.; *Lübtow*, Metus causa (1932) 81; und *Kaser*, SZ 94 (1977) 114 vermuten neben dem überlieferten „allgemeinen Edikt" (die *iir.* betreffend) ein „spezielles Edikt" über die *actio quod metus causa* und, an anderer Stelle des prätorischen Edikts, die *exceptio*. – Musterformel ist nur für die *exceptio metus* überliefert, *Lenel*, EP § 277, 512; sie wird auch für die *actio*, nicht jedoch für die *iir.*, vermutet von *Lenel*, EP § 39, 110–114; *Lübtow*, Metus causa (1932) 81, 120, 168–215.

[23] *Kupisch*, Restitutio (1974) 123–240; *Kupisch*, SZ 91 (1974) 126–145; *Kupisch*, Mél. Schmidlin 463–479; *Kupisch*, FS Huwiler 415–438 unternimmt den Nachweis, dass die *iir.* wegen *metus* vor allem die *actio quod metus causa* als judiziale Restitution (zu dieser s. u.) gemeint habe, welche durch die prätorische Restitution mittels fiktizischer Klagen lediglich ergänzt worden sei. Weitgehend zustimmend *Kaser*, RP II 90, 439, 581, 584; *Kaser*, SZ 94 (1977) 108–142 (112 f. mit der Vermutung einer gelegentlichen, weiteren *actio in factum*); *Kaser/Hackl*, RZ 424–426. – Kritisch gegenüber der neueren Lehre: *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 223–290; *d'Ors*, St. Biscardi I 289–308; *Buigues*, Rescisión (1992) 54–58; *Venturini*, Hom. Murga Gener 921–944. Die bisher überwiegende Lehre nahm eine scharfe Trennung zwischen *actio* und *iir.* an in der klassischen Zeit, eine Verbindung beider erst in nachklassischer Zeit an, gestützt auf erhebliche Itp.-Vermutungen z. B. bei *Schulz*, SZ 43 (1922) 171–261.

[24] Ursprüngl. *vi metusve causa*. – Sowohl wegen Erpressung zu einem Rechtsgeschäft als auch zu einer tatsächlichen Handlung; *Kupisch*, Restitutio (1974) 129–131; *Kaser*, SZ 94 (1977) 101–138. – Eingeführt im 1. Jh. v. Chr., in der Epoche der *formula Octaviana* (zwischen 79 und 71 v.Chr.). – Würde dasselbe Verheißungsedikt die *iir.* und die *actio quod metus causa* umfassen oder wären beide

einen *minor* unter 25 Jahren[26] in seine Rechte, der durch eine andere Person oder infolge eigener Unzulänglichkeit einen Nachteil erlitten[27] hatte.[28] (3) *Capitis deminutio*. Falls der Schuldner arrogiert (→ § 26) worden war oder die Schuldnerin eine *manus*-Ehe (→ § 25) eingegangen war, und wenn deswegen deren Vertragsschulden erloschen waren, erhielt der bisherige Gläubiger gegen diese eine Klage, so als ob die

---

identisch, dann wäre der zeitliche Vorrang beider ein Scheinproblem; dennoch *Kupisch*, Restitutio (1974) 239 f. für Vorrang der *actio*. Jedoch *Savigny*, System VII 107–115, 192 und *Lübtow*, Metus causa (1932) 81–89 für höheres Alter der *iir*. *Lübtow*, Metus causa (1932) 89–99 hält auch die *exceptio metus* für älter als die *actio*. Weiteres, auch zu *metus* und *vis*, bei: *Klingmüller*, s. v. Restitutio, RE I A.1 678; *Jobbé-Duval*, St. Bonfante III 185; *Lübtow*, Metus causa (1932); *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 190; *Kaser*, Ausgew. Schr. I 229; *Mayer-Maly*, s. v. vis, RE IX A 331; *Kelly*, Litigation (1966) 14–20, 153–172; *Hartkamp*, Zwang (1971); *Impallomeni*, Labeo 20 (1974) 253–259; *Impallomeni*, RIDA 21 (1974) 356–361. – Formel nach *Kaser*, SZ 94 (1977) 142 Anm. 144 *Si quem fundum Numerius Negidius (metus causa) emit et mancipio accepit, eum is nec emisset nec mancipio accepisset, tum si is fundus ex iure Quiritium Auli Agerii esset, nisi ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit* etc. – Wenn der Prätor in seiner *cognitio* den *metus* bereits bejaht hat, dann ohne die Worte in Klammern.

[25] Der umfangreichste Digestentitel zur *iir*. – Ulp. 11 ed. D. 4.4.1.1; *laudatio edicti*: D. 4.4.1 pr. – *Lenel*, EP § 41, 116. – Ausdrückl. Hinweis auf *iir*.: Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.1–10; Ulp. 10 ed. D. 4.4.6; Ulp. 11 ed. D. 4.4.7.5; Her. 1 iur. epit. D. 4.4.8. – Zu Gai. Aug. 2.26–33 (FIRA II 213 f.) s. *Carrelli*, SDHI 4 (1938) 50–54. – Die zeitlich wahrscheinlich vorausgehende *lex Laetoria* dürfte um 190 v. Chr. entstanden sein; das älteste direkte Zeugnis von Ofilius bei Ulp. 11 ed. D. 4.4.16.1. – Antrag des *minor*, Vaters, anderer Verwandter oder *curator*: Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.25.1; D. 4.4.27 pr.; Mod. 2 resp. D. 4.4.29 pr.; s. auch Diocl./Maxim. C. 3.29.4 (a.286) = Frg. Vat. 282; zum besonderen Vertreter s. u. – „Prozessfähigkeit" des *minor*, *Litewski*, RIDA 14 (1967) 311, 334.

[26] Geschützt ist z. B. der *minor* gegen Vermögensverlust vor seiner Geburt: Call. 1. ed. mon. D. 4.4.45 pr.). – Schutz der *impuberes* (trotz einzelnen Itp.-Verdächtigungen): Mac. 2 app. D. 4.1.8; Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.11; Ulp. 11 ed. D. 4.4.16 pr.; Mod. 2 resp. D. 4.4.29 pr.; Paul. 1 decr. D. 4.4.38 pr.; Scaev. 1 resp. D. 4.4.47 pr.; Ulp. 35 ed. D. 4.4.49; Ulp. 32. ed. D. 19.2.15.9; Ulp. 4 fideic. D. 36.1.15.2; Pap. 11 resp. D. 46.1.52.1; Alex. C. 2.24.2 (o. A.); Diocl./Maxim. C. 2.40.4 (a.294) = C. 5.42.3 (a.287). Dazu *Solazzi*, BIDR 27 (1914) 296–310. – Weibliche *minores*: z. B. Ulp. 11 ed. D. 4.4.9.1; Mod. 2 resp. D. 4.4.29.1; Paul. 1 decr. D. 4.4.38.1 pr. – Ausnahmsweise Schutz der Haussöhne: Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.4–10; D. 4.4.13.4; Paul. 11 ed. D. 4.4.23; Paul. 1 decr. D. 4.4.38.1; Gord. C. 2.22.1 (2) (a.238); Gord. C. 2.22.2 (1) (a.241). – Dazu *Savigny*, System VII 153–156, 277–291; *Ankum*, Mél. Wubbe 1–25; *Klausberger*, SZ 124 (2007) 342–349; *Jansen*, FS Knütel 506–510. – Schutz der Haustöchter: Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.5; dazu *Ankum*, a. a. O. – Unter besonderen Umständen Sklaven; Ulp. 11 ed. D. 4.4.5; D. 4.4.7.5; s. aber D. 4.4.3.11; Afr. 7 quaest. D. 4.4.4; s. weiter Gai. 2.163. – Minderjährige nach unrichtiger Angabe ihrer Volljährigkeit, differenzierend Cod. 2.42; s. weiter Paul. 1 quaest. D. 4.4.32; dazu *Nishimura*, FS Knütel 813–831. – Keine Restitution für Personen unter 25 Jahren, die für volljährig erklärt worden waren; Aurel. C. 2.44.1 (a.274). – Differenzierend bei Beteiligung eines *tutor* (dazu soeben bei *impuberes*) oder eines *curator* (trotz einzelnen Itp.-Verdächtigungen): Mac. 2 app. D. 4.1.8; Ulp. 11 ed. D. 4.4.16 pr.; Mod. 2 resp. D. 4.4.29 pr.; Paul. 1 sent. D. 4.4.34.1; Scaev. 2 dig. D. 4.4.39.1; Scaev. 1 resp. D. 4.4.47. pr.,1; Ulp. 35 ed. D. 4.4.49; Mod. 6 resp. D. 26.7.32.4; Diocl. C. 2.21.3 (a.293); Ant. C. 2.24.1 (a.215); Alex. C. 2.24.2 (o. A.); Diocl./Maxim. C. 2.24.3 (a.286); Diocl./Maxim. C. 2.24.4 (a.293); C. 2.24.5 (a.294); Diocl./Maxim. C. 2.26.4 (a.286); Sev./Ant. C. 2.30.1 (a.197); Diocl./Maxim. C. 2.36.3 pr. (a.294); Valer./Gallien. C.7.43.6 (o. A.); Paul. sent. 1.9.4b; dazu *Kränzlein*, GS Schmidt 393–397. – Zu der weiten Auslegung des ediktalen *gestum esse* s. *Brutti*,

capitis deminutio nicht eingetreten wäre.[29] (4) *Maiores, absentes.* Die Wiedereinsetzung der Volljährigen war notwendig,[30] wenn entweder der Berechtigte selbst verhindert[31] oder wenn der Gegner nicht erreichbar gewesen war,[32] so dass der Berechtigte sein Recht nicht rechtzeitig hatte geltend machen können und es daher durch Ersitzung oder Verjährung verloren hat.[33] (5) „Generalklausel". Außerdem behält sich der Prätor

---

Dolo processuale II (1973) 433–435; *Musumeci*, RHD 84 (2006) 513–531 (mit Nachweis seiner früheren Untersuchungen). – Schutz gegen Einbußen aller Art, s. D. 4.4 und C. 2.26 („gegen ein Urteil") bis C. 2.39 („Nichtantreten einer Erbschaft"); auch Paul. sent. 1.9.8 (dazu *Burdese*, FS Schulz I 74–96). – Wiedereinsetzung gegen Arrogation; Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.6; trotz D. 4.4.9.4. – Restitution mit Bestätigung der Emanzipation; Gord. C. 2.26.2 (a.238).

[27] Ausführlich, außer den Vorgenannten, auch zur Frage einer besonderen *exceptio legis Laetoriae*: *Klingmüller*, s. v. Restitutio, RE I A.1 680; *Lenel*, EP § 279, 513 f.; *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 190; *Martini*, Causae cognitio (1960) 71–81; *Raggi*, Restitutio (1965) 361; *Kaser*, SZ 84 (1967) 610; *Kaser*, RP I 277; *Cervenca*, BIDR 75 (1972) 291–295, 235–318; *Kupisch*, Restitutio (1974) 61–122; *Kaser*, RP II 118 f.; *Kaser*, SZ 94 (1977) 155–167; *Wacke*, SZ 94 (1977), insbes. 184 (*dolus* des Gegners wird nicht vorausgesetzt), 185 (zu Ulp. 11 ed. D. 4.4.16.1); *d'Ors*, AHDE 49 (1979) 297–326 („critica a Kupisch"); *Wacke*, TR 48 (1980) 203–225; *Knothe*, Geschäftsfähigkeit (1983) 47–78; *Kaser*, SZ 101 (1984) 42–46; *Buigues*, Rescisión (1992) 64–73; *Musumeci*, Ric. Gallo II 39–58; *Musumeci*, Labeo 50 (2004) 64–83 (auch zu *captus, circumscriptus, circumventus, deceptus*); *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 25–28; *Robra*, Drittwirkung (2014); *Musumeci*, St. Nicosia V 443–500 (Nachweis weiterer eigener Untersuchungen: 447 Anm. 13); *Babusiaux*, in: Kästle/Jansen, Recht und Religion (2014) 29–34.

[28] Formel der *iir.* eines *minor*, Aufklärung des *circumscribere* und Alters durch den *iudex* (wenn nicht schon durch den Prätor in seiner *cognitio* erfolgt), mit Fiktion (und Arbiträrklausel), nach *Kaser*, SZ 94 (1977) 159: *Si pareret fundum quo de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse, si non Aulus Agerius (circumscriptus, cum minor XXV annis esset,) eum fundum Numerio Negidio vendidisset et mancipio dedisset, neque ea res (arbitrio iudicis ?) restituetur* etc.- Wenn es sich erweist, dass das umstrittene Grundstück nach dem Recht der Quiriten dem Kläger gehören würde, wenn nicht der Kläger (übervorteilt worden wäre, als er jünger als 25 Jahre war, und) dieses Grundstück dem Beklagten verkauft und übereignet hätte, und falls diese Angelegenheit (nach richterlichem Ermessen?) nicht in den früheren Zustand zurückversetzt wird etc.

[29] Edikt: Ulp. 12 ed. D. 4.5.2.1; anschließend vielleicht Musterformel. – *Laudatio edicti*: D. 4.5.2 pr. – *Lenel*, EP § 42, 116–118; *Kaser*, SZ 94 (1977) 167 f. – Nicht im Katalog Ulp. 11 ed. D. 4.1.1; s. aber Einordnung, Titel und Inhalt D. 4.5; sowie Paul. 1 sent. D. 4.1.2; Gai.1.107; 3.83 f.; 4.38; 4.80; Paul. sent. 1.7.2. – *Naturaliter obligati* nach Ulp. 12 ed. D. 4.5.2.2 (echt?). – Bei Weigerung des früheren Schuldners, Verkauf des eingebrachten Vermögens. – Zu Verlust von Bürgerrecht oder Freiheit, s. Ulp. 12 ed. D. 4.5.2 pr. und Paul. 11 ed. D. 4.5.7.2. – Unter Justinian: Inst. 3.10.3. – Besonderheiten gem. Ulp. 12 ed. D. 4.5.2.5: keine *causae cognitio*, passiv vererblich, unbefristet; aber Itp.-Verdacht von *Carrelli*, SDHI 2 (1936) 141–147; s. auch *Buigues*, Rescisión (1992) 73–76. – Weiteres: *Klingmüller*, s. v. Restitutio, RE I A.1 681; *Carrelli*, SDHI 2 (1936) 141–147; *Kaser*, Iura 3 (1952) 79–81; *Torrent*, RIDA 14 (1967) 447–454; *Kaser*, RP I 272, 331, 348; *Kaser*, RP II 113, 123, 585; *Di Lella*, Formulae ficticiae (1984) 182–188. S. hingegen *Furia*, SDHI 53 (1987) 110–131; *Kaser/Hackl*, RZ 426.

[30] D. 4.6; Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1; D. 4.6.21 pr.; D. 4.6.26.2 und 4; D. 4.6.26.9. – Hinweise auf die Musterformel bei *Lenel*, EP § 44, 121. – *Laudatio edicti*: Ulp. 12 ed.D. 4.6.1 pr. – Analyse bei *Savigny*, System VII 161–168. – Inst. 4.10 pr., nennt als Vorgänger die *lex Hostilia de actione furti*; *Kaser/Hackl*, RZ 63. – *Klingmüller*, s. v. Restitutio, RE I A.1 683, vermutet die Zusammenfassung mehrerer früher selbständiger Ediktsklauseln. – Im Gegensatz zur Hilfe für Minderjährige, hier keine *iir.* bei *negle-*

die Wiedereinsetzung wegen jedes anderen rechtfertigenden Grundes vor.[34] (6) *Alienatio iudicii mutandi causa facta.* Der Prätor hilft einem Kläger, dem der Täter die künftige Rechtsverfolgung in böswilliger Absicht erschwert hat.[35] (7) *Falsus tutor.* Ein Urteil gegen einen *impubes*, der die erforderliche *auctoritas* nicht von dem richtigen Tutor erhalten hatte, ist nichtig. Der Prätor restituiert dem Kläger die konsumierte

---

gentia des Benachteiligten; Paul. 12 ed. D. 4.6.16. – Zur *absentia* im Verfahren, s. u. – Iust. C. 7.40.2 (a.531), hat daneben Verjährungsunterbrechung eingeführt. – Allgemein: *Savigny*, System VII 151–181; *Carrelli*, SDHI 3 (1937) 20–41; *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 190; *Kaser*, SZ 94 (1977) 168 f.; *Benöhr*, FS Hausmaninger 41–57; *Benöhr*, FS Huwiler 39–67; *Benöhr*, St. Labruna I 387–408; *Benöhr*, FS Knütel 103–117; *Buigues*, Rescisión (1992) 80–88 (ausführlich zu Inst. 4.6.3–5).

[31] Das Edikt nennt Abwesenheit aus Furcht oder in Staatsgeschäften, oder in Fesseln, in Sklaverei oder in Feindeshand; s. auch Ulp. 74 ed. D. 44.3.1. – Uneinheitliche prätorische Ermessensausübung hinsichtlich Vertretung des Abwesenden durch Prokurator (anders noch: *Benöhr*, FS Hausmaninger 47): Mac. 2 app. D. 4.1.8; Ulp. 12 ed. D. 4.4.20 pr.; D. 4.6.15 pr., 2; D. 4.6.26.1, 9; D. 4.6.28 pr.; Paul. 1 sent. D. 4.6.39; Iul. 36 dig. D. 5.1.75; Diocl./Maxim. C. 2.26.4 (a.286); C. 2.53.1 (a.212); Paul. sent. 1.9a.

[32] Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1: Abwesend oder in Fesseln gehalten, nicht klagbar oder nicht ladungsfähig (Konsul, Prätor und andere Imperiumsträger; anders Eltern und Patrone nach prätorischer Erlaubnis), Eingreifen eines anderen Magistrats, Verhinderung der Klage durch Magistrat. – Obliegenheit des Berechtigten, nach einem Verteidiger für den abwesenden Gegner zu suchen: Ulp. 12 ed. D. 4.6.21.2, 3; Paul. 12 ed. D. 4, 6, 22; Ulp. 12 ed. D. 4.6.23 pr.

[33] Das Edikt nennt: Eigentumsverlust durch Ersitzung des Gegners, Verlust eines Rechts durch Nichtgebrauch, Verlust einer Klage durch Zeitablauf.

[34] Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1; D. 4.6.26.9; Ulp. 12 ed. D. 4.6.28 pr. (allgemein). Mit der ausdrücklichen Einschränkung: „soweit es nach den Gesetzen, Plebisziten, Senatsbeschlüssen, Edikten und kaiserlichen Beschlüssen gestattet ist.“- In den üblichen Aufzählungen wird diesem Restitutionsgrund, der im Edikt und den überlieferten Kommentaren nur als Annex zur Volljährigen-Restitution erscheint, keine selbständige Bedeutung beigelegt. – Weiteres: *Cervenca*, Restitutio (1965) 9, 67; *Raggi*, Restitutio (1965) 327; *Wacke*, SZ 88 (1971) 124; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 369, 383, 615; *Kaser*, SZ 94 (1977) 151 f. (dekretaler Charakter der damit begründeten Restitutionen), 169 (Ergänzung zur *actio de dolo;* z.B. Cels. 21 dig. D. 39.5.21.1); *Benöhr*, FS Hausmaninger 41–57; *Buigues*, Rescisión (1992) 88–90. – Gemeint waren vielleicht ursprünglich Tatbestände zumeist tatsächlicher Behinderungen in der Rechtsausübung; Ulp. 12 ed. 4.6.26.9; D. 4.6.28 pr.,1; Paul. 15 Plaut. D. 8.3.35 mit Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.9; Ulp. 71 ed. D. 43.24.15.5. Später ausdehnende Anwendung als ein Hauptmittel gegen Unbilligkeiten verschiedener Art; Pap. 28 quaest. D. 21.2.66.1 (doch s. dazu *Ankum*, Ess. lustrum VI Utrecht 1–21); Pap. 6 resp. D. 29.2.86 pr. (*stricto iure non competit*); vor allem gegen Verfahrensmängel (s. u.).

[35] Stück der ediktalen Musterformel in Paul. 12 ed. D. 4.7.8.1. – *Laudatio edicti:* Gai. 4 ed. prov. D. 4.7.1 pr. – „*Restituere*“ in Gai. 4 ed. prov. D. 4.7.3.4; Paul. 12 ed. D. 4.7.8.1; Diocl./Maxim. C. 2.54.1 (a.294). Außerdem Gai. 4 ed. prov. D. 4.7.3.5; Ulp. 13 ed. D. 4.7.4.3–6; Gai. 4 ed. D. 4.7.7. – Am einleuchtendsten: *Lenel*, EP § 46, 125–128; *Kaser*, SZ 94 (1977) 171 f.: „gegen den Veräußerer eine zwar auf Delikt beruhende, aber nichtpönale, arbiträre *actio in factum*, die dem Kläger…sein Interesse verschafft“; „hat jedoch der Aktivlegitimierte…veräußert, um dem Besitzer die Verteidigung zu erschweren, so wird der Prätor…dem Erwerber die Klage denegieren“. – S. weiter *Klingmüller*, s. v. Restitutio, RE I A.1 684 f.; *Beseler*, Kritik II (1911) 153–156; *Kretschmar*, SZ 40 (1919) 136–166; Kretschmar, SZ 48 (1928) 556–559; *Kupisch*, Restitutio (1974) 254 f. (Identität von *iir.* und

Klage gegen den nunmehr richtig autorisierten *impubes.*[36] (8) *Fraus creditorum,* sog. *actio Pauliana,* Gläubigerbetrug. Die Gläubiger oder der *curator bonorum* können wahrscheinlich mittels *iir.* oder *interdictum fraudatorium* und *actiones in factum* gegen Geschäfte, die ein Vollstreckungsschuldner zum Nachteil der Gläubiger vorgenommen hat, vorgehen.[37] (9) Eine ediktale „*restitutio litis*“[38] ist wenig, (10) ein Edikt über die Vererblichkeit des Restitutionsanspruchs[39] kaum gesichert.

3. Vermutete außerediktale Restitutionsgründe

4 (1) Der Gläubiger, der als Folge einer Interzession seine ursprüngliche Forderung gegen seinen ursprünglichen Schuldner verloren hatte, seine neue Forderung gegen die interzedierende Frau wegen des *SC Vellaeanum* jedoch nicht durchsetzen konnte, erhielt eine erneuerte Klage, *actio restitutoria,* gegen seinen ursprünglichen Schuldner, die von

---

actio); *Buigues*, Rescisión (1992) 97–100; *Kaser/Hackl*, RZ 299. – Später eingeführte Maßnahmen gegen denjenigen, *qui dolo desiit possidere.*

[36] Ulp. 12 ed. D. 27.6.1.2, 6; Paul. 12 ed. D. 27.6.2. *Laudatio edicti:* Ulp. 12 ed. D. 27.6.1 pr. – *Lenel*, EP § 43, 119 f. – Zum Eingreifen des Prätors s. Ulp. 12 ed. D. 27.6.1.5; D. 27.6.5; zur Unkenntnis oder Kenntnis des Klägers s. Paul. 12 ed. D. 27.6.4; D. 27.6.6.– Außerdem Klage gegen den *falsus tutor.* – *Klingmüller*, s. v. Restitutio, RE I A.1 682, subsumiert diesen Restitutionsfall unter eine ediktale Restitution wegen *iustus error.* – Weiteres: *Solazzi*, Scr. II 593–607; *Beseler*, St. Bonfante II 67–72; *Kaser*, RP I 367; *Kaser*, RP II 233; *Kaser*, SZ 94 (1977) 178; *Kaser/Hackl*, RZ 206 f., 217, 350 f. – *Lenel*, a. a. O., und *Kaser*, SZ 94 (1977) 168 formulieren als Fiktionsbestandteil der Formel: *si ea res qua de agitur in iudicium deducta non esset.* War die erste Klage nicht *ipso iure* konsumiert, wurde die *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* denegiert.

[37] D. 42.8; C. 7.75; Ulp. 66 ed. D. 42.8.1 pr. („*actionem dabo*“ itp.?). – *Lenel*, EP § 225, 435–443 (u. a. gestützt auf Inst. 4.6.6); § 268, 495–500. – Rekonstruktion der *actio Pauliana* bei *Mantovani*, Formule Nr. 18, 47. – Hauptstellen: Ulp. 22 ed. D. 12.2.9.5; Ulp. 61 ed. D. 42.5.8.1; Paul. 62 ed. D. 42.8.7,9; Inst. 4.6.6; s. auch Cic. Att. 1,1,3. – Entstehung zw. 60 v. Chr. und Labeo, nach *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung (2003) 62–65. – *Beseler*, SZ 46 (1926) 125–130; *Solazzi*, Revoca [3](1945) insbes. I 52; *Impallomeni*, NNDI II 147–152; *Ankum*, Synt. Arangio-Ruiz II 779–785; *Talamanca*, ED IV 883–888; *Ankum*, Actio Pauliana (1962); *Kaser*, RP I 251 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 426; *Klinck*, Symp. Wieling 83–108. – Gemeinrechtlich *actio Pauliana*, nach Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.4. – Aber statt Annahme einer *iir.* jetzt Befürwortung einer *actio: Impallomeni*, RE Suppl. XII 1008–1019; *Impallomeni*, RIDA 21 (1974) 356–361; *Impallomeni*, Dig. Disc. Priv. II 42. – Hingegen *d'Ors*, Interdicto (1974) Zusammenfassung 201–203: statt mehrerer ediktaler Rechtsbehelfe, ein einziger; das *interdictum fraudatorium*, in bestimmten Fällen als *a.utilis, replicatio fraudis, denegatio actionis oder exc. fraudatorium creditorum.* – Unentschieden: *Buigues*, Rescisión (1992) 100–108.

[38] Für Edikt *De lite restituenda: Lenel*, EP § 40, 115; § 45, 124 f.; *Klingmüller*, s. v. Restitutio, RE I A.1 683 f.; *Broggini*, SZ 73 (1956) insbes. 358 f.; *Buigues*, Rescisión (1992) 90–97. – *Kaser*, SZ 94 (1977) 170 („ausdrückliche ediktale Regelung unter einer gemeinsamen Rubrik“, betrifft vor allem Fälle des *error*), 152 f. (im 2. Jh. im Verfahren der *cognitio extra ordinem*; vor allem zur Bündelung der *dolus*-Fälle); *Kaser*, RP II 582 (bedürfe weiterer Untersuchung); s. auch *Kaser/Hackl*, RZ 351. – Nicht ediktal nach *Duquesne*, Mél. Fournier 193–197; Wacke, SZ 88 (1971) 115 f., 123 f.; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 357 f., 383–429, 613–616.

[39] S. aber *Lenel*, EP § 47, 129 f.

Kupisch und anderen als eine *iir.* angesehen wird.[40] (2) Ein von Hadrian veranlasstes *SC* gewährte dem Erben gegen denjenigen, der die Erbschaft ersessen hat, die *hereditatis petitio* (→ § 57), die in Form einer nicht-ediktalen *iir.* ergangen sein kann.[41] (3) Von Hadrian stammt auch die Restitution im Zusammenhang mit einem Freiheitsprozess gegen den Fiskus, wenn der *advocatus fisci* nicht gehört worden war.[42] (4) Diokletian gewährt die Restitution wegen Überschreitens der von der *lex Cincia* gesetzten Obergrenze durch einen *minor.*[43] Am wichtigsten sind die außerediktalen Restitutionen wegen einzelner Tatbestandsgruppen des (5) *dolus*[44] und (6) Irrtums,[45] als deren

---

[40] D. 16.1; *Lenel*, EP § 105, 287; nicht unter der Edikts-Rubrik *De in integrum restitutionibus;* keine Verwendung des Ausdrucks *iir.* – Jedoch „*restituere*" u. ä. in Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.2, 9–14; Paul. 6 reg. D. 16.1.9; Gai. 9 ed. prov. D. 16.1.13.2; Iul. 12 dig. D. 16.1.14; Iul. Urs. Fer. D. 16.1.16.1; Afr. 8 quaest. D. 16.1.20; Paul. intercess. fem. sing. D. 16.1.24.3. – S. auch Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.12; Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.7 (*pristina actio*); D. 16.1.8.8 (*utilis*); Pap. 11 resp. D. 19.5.9. – *rescissoria actio* in Diocl./Maxim. C. 4.29.16 (a.294). – Aber unbefristet und auch passiv vererblich; Ulp. 29 ed. D. 16.1.10. – Allgemein: *Medicus*, SC Velleianum (1957) 4, 64–66. – Für *iir.*: *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 199–203; *Carrelli*, SDHI 3 (1937) 305–335; *Hartkamp*, Ess. Daube (1974) 150 f.; *Kupisch*, Restitutio (1974) 14–60; *Kaser*, SZ 94 (1977) 172–177. – Ein der *iir.* verwandter Fall nach *Levy*, Ges. Schr. I 448 f. – Jedoch nach überwiegender Meinung keine *iir.*: *Kaser*, RZ 331; *Lemosse*, RHD 53 (1975) 280–282; *Wesener*, TR 44 (1976) 170; *d'Ors*, Est. Alvarez Suárez 337–352 („una revisión crítica"); weitere Nachweise bei *Kaser* a. a. O.; s. auch *Buigues*, Rescisión (1992) 109–112. – Von der *actio restitutoria* zu unterscheiden die *actio institutoria*, Neubegründung einer Klage, für die eine Rezission gar nicht in Frage kommt. – Formelvorschlag von *Kaser*, SZ 94 (1977) 176: *Si paret Seiam pro No. No., quem Ao. Ao. centum dare oportebat, contra Senatusconsultum Vellaeanum intercessisse, neque ea res (arbitrio iudicis) restituetur…* Wenn es sich erweist, dass Seia für den Beklagten, der dem Kläger 100 Goldstücke schuldete, entegegen dem *SC Vellaeanum* eingetreten ist, und wenn diese Angelegenheit nicht (nach dem Ermessen des Richters) in den vorigen Stand gesetzt wird etc.

[41] Gai. 2.57. – *Beseler*, SZ 45 (1925) 229 f.; vgl. Sc. Nr. 151 in: *Volterra*, Senatus consulta (2017) 169; *Kaser*, RP I 721 f.

[42] Call. 3 fisc. pop. D. 49.14.3.9; Ulp. D. 49.14.7; ergänzend Alex. C. 2.36.2 (a.226). – *Spagnuolo Vigorita*, Scr. Guarino III 1119–1130; *Kaser/Hackl*, RZ 498.

[43] Diocl./Maxim. C. 3.29.4 (a.286) = Frg. Vat. 282; C. 3.29.5 (a.286); s. auch Cels. 28 dig. D. 39.5.21.1. – *Krüger*, SZ 60 (1940) 80–94 (übermäßige Schenkung als Restitutionsgrund); *Archi*, St. Solazzi 745 (*aetas* des schenkenden Sohnes als Grund); *Kaser/Hackl*, RZ 491 Anm. 72; vgl. *Kaser*, RP I 603.

[44] Nicht ediktal trotz Ulp. 11 ed. D. 4.1.1; Ulp. 11 ed. D. 4.3.1 pr.; Ulp. D. 4.3.1 1; Paul. sent. 1.7.2. Klassische Äußerungen, die dennoch an eine prätorische Restitution wegen *dolus* denken lassen, dürften auf andere Weise als mit ediktaler *iir.* erklärt werden (s. u.). – Keine ausdrückliche Verheißung einer *iir. propter dolum* im Edikt nach: *Lenel*, EP § 40, 115 f. (jedoch besonderer Titel über *restitutio litis*); *Lübtow*, Metus causa (1932) 87–89; *Wacke*, SZ 88 (1971) 105–135; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) insbes. 560–624 (ausführlich m. älterer Lit.); *Selb*, FG Kaser 271. – *Kupisch*, Restitutio (1974) 241–254 identifiziert *actio de dolo* und *iir. propter dolum*, zustimmend *Kaser*, RP I 246 („zweifelhaft"); *Kaser*, SZ 94 (1977) 103, 106 (ein „Scheinproblem"), 143–148 (Zustimmung zu *Kupisch*), 143 Anm. 154 (auch die *actio de dolo* „auf Restitution gerichtet"), 144 („Fehlen jeglicher Spuren selbständiger Kommentare zu einer prätorischen Restitution"), 148–156 („Ergänzungen der *actio de dolo*", u. a. in den Pfandverkaufsfällen, C. 8.29), 151 (prätorische *iir. propter dolum*, nach Anfängen bei dekretalen Anordnungen des Prätors wie in Cic. Flacc.); *Kaser*, RP II 581 f.; *Kaser/Hackl*

Grundlage prätorische Amtspraxis und kaiserliche Präjudizien, möglicherweise gestützt auf die ediktale Generalklausel (Ed. Ulp. D. 4.6.1.1), anzunehmen sind. (7) Außerhalb unseres Interesses liegen z. B. die "*restitutio indulgentia principis*" bzw. die strafrechtliche *iir.*[46] (8) Vereinzelt blieb die Annahme einer *iir. adversus fiscum.*[47] (9) Weitere Fälle einer *iir.* werden heute nicht mehr diskutiert.[48]

424 f. (*actio de dolo*, als *actio in personam*, mit Arbiträrverfahren typisierte und im Edikt proponierte judiziale Restitution"). – Differenzierend *Hartkamp*, Ess. Daube (1974) 133 f.; *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung (2003) 31–36. – Hingegen grundsätzlich Bejahung der ediktalen *iir. propter dolum*: *Karlowa*, RRG II 1068–1081; *Klingmüller*, s. v. Restitutio, RE I A.1 679 f.; *Duquesne*, Mél. Fournier 185–202; *Levy*, Ges. Schr. I 331 f., 477–480; *Kaser*, RP I 214; *Broggini*, SZ 73 (1956) 360; *Kaser*, RZ 330 („zu vermuten").

[45] Nicht ediktal trotz allgemein lautender Äußerungen bei Paul. 1 sent. D. 4.1.2; Herm. 1 iur. epit. D. 4.4.17; Paul. sent. 1.7.2. – *Klingmüller*, s. v. Restitutio, RE I A.1 682, subsumiert unter eine ediktale Restitution wegen *iustus error* die Restitution wegen eines *falsus tutor*. – Unkenntnis der Überschuldung der Erbschaft: Inst. 2.19.6; Iust. C. 6.30.22 (a.531); Gai. 2.163; Gai. Fr. Aug. 2.26–33; erbrechtlich auch Ulp. 50 ed. D. 29.5.3.31; dazu *Biondi*, Diritto ereditario (1934) 129 f.; *Voci*, DER I[1] 538 f., 616. Nicht ediktal nach *Voci*, Errore (1937) 245 f.; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 402–411 (weitere Autoren S. 366); *Kaser*, RP II 87; *Kaser*, SZ 94 (1977) 170; *Harke*, SZ 122 (2005) 99–101; zweifelnd *Karlowa*, RRG II 1100 f.; s. auch *Buigues*, Rescisión (1992) 76–80 (m. Hinweis auf *Giménez-Candela*, Est. d'Ors [1987] 557 f.). – Fallgruppe der von *Lenel Lenel*, EP § 45, 124 f. vermuteten ediktalen *lis restituenda*. Zu Verfahrensirrtümern s. u.

[46] EDRL 682 f.: "Restoration of a person, who had been condemned to deportation for a crime, into his former rights through an act of grace of the emperor." – Z. B. Ulp. 6 ed. D. 3.1.1.9, 10; Tryph. 3 disp. D. 4.4.37 pr.; Call. 4 cogn. D. 22.5.3.5; Afr. 5 quaest. D. 37.1.13; Ulp. 8 off. procons. D. 48.18.1.27 pr.; Call. 5 cogn. D. 48.19.27 pr.; Ulp. 2 op. D. 50.4.3.2; C. 9.51; Paul. sent. 4.8.22. – Dazu *Mommsen*, Strafrecht 478–487; *Cervenca*, NNDI XV 743 f.; *Waldstein*, Begnadigungsrecht (1964) 133–137, 217 f.; *Sargenti*, BIDR 69 (1966) 235–298; *Zilletti*, St. Grosso II 33–94; *Kaser*, SZ 94 (1977) 179–181 (seit der mittleren und jüngeren Republik); *Cerami*, AUPA 39 (1987) 5–42; *Buigues*, Rescisión (1992) 114–119, auch zu Gord. C. 1.50.1 (a.240).

[47] *Cerami*, AUPA 39 (1987) 5–42; dagegen auch *Buigues*, Rescisión (1992) 64.

[48] *Felgentraeger*, Lösungsrecht (1933) 102 sprach noch von einer nachklassischen „Einführung der *laesio enormis* als Restitutionsgrund".

III. Verfahren

1. *Cognitio* und *decretum, iudicium rescindens*

Auf Grund der *postulatio*[49] des Beschwerdeführers[50] eröffnete der Prätor seine *causae cognitio*[51] zur eigenen Ermittlung[52] aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände. Auf

[49] Ulp. 9 ed. D. 3.3.39.6; Ulp. 11 ed. D. 4.4.22; Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.25.1; Paul. 11 ed. D. 4.4.26 pr.; Iul. 57 dig. D. 21.2.39 pr.: Gord. C. 2.49.1 (a.239). – Untechnisch: *impetrare, supplicare, desiderare, implorare*. – *Contestatio* in der *extraordinaria cognitio; Cervenca*, St. Biondi I 619; *Cervenca*, Restitutio (1965) 83–88. – Weiteres: *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 180 f.; *Carrelli*, SDHI 4 (1938) 6. – Antragstellung auch durch besonders beauftragten Prokurator; Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.25.1; Paul. 11 ed. D. 4.4.26 pr.; Alex. C. 2.48.1 (a.231).

[50] In Gegenwart oder jedenfalls nach Ladung des Gegners: Ulp. 11 ed. D. 4.4.13 pr.; Paul. 11 ed. D. 4.4.26.1 (Sicherheitsleistung); Mod. 2 resp. D. 4.4.29.2 (andernfalls unwirksam); Ulp. 3 ed. D. 5.1.2.3; Alex. C. 2.33.1 (a.233); Alex. C. 2.36.2 (a.226); Alex. C. 2.39.1 (a.233); Diocl./Maxim. C. 2.46.2 (o. A.); Ant. C. 5.71.1.1 (a.212); Novell. lust. 119.6 (a.541). Gegebenenfalls sämtliche Gläubiger und Bürgen. – *Lévy-Bruhl*, TR 5 (1924) 417; *Lauria*, St. Bonfante II 520–522; *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 181–184; *Cervenca*, Restitutio (1965) 88–99 (seit Antoninus Pius); *Cervenca*, St. Biondi I 617 f.; *Sargenti*, BIDR 69 (1966) 281 f.; *Litewski*, RIDA 14 (1967) 361–364; *Luzzatto*, St. Volterra II 714 f.; *Spagnuolo Vigorita*, St. Guarino III 1120–1130; *Kupisch*, Restitutio (1974) 105; *Kaser/Hackl*, RZ 422 Anm. 7; *Wankerl*, Appello (2009) 234 f. (rechtliches Gehör). – Heute unter den Vorgenannten ungewiss, ob das Erfordernis in den Formularprozess schon von Anfang an gehörte, oder ob es nur unter dem Einfluss der *extra ordinaria cognitio* eingeführt wurde, oder ob es überhaupt nur in den Bereich der *extraordinaria cognitio* fiel.

[51] Grundsätzlich Mod. 8 pand. D. 4.1.3. – *Cognoscere, causae cognitio* etc.: Ulp. 9 ed. D. 3.3.39.6; Mac. 2 app. D. 4.1.8; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.1 und 2; Ulp. 4 op. D. 4.2.23.3; Ulp. 11 ed. D. 4.3.9.5; D. 4.3.13.1; D. 4.3.30; Ulp. 12 ed. D. 4.6.26.4; Ulp. 22 ed. D. 12.2.9.4; Ulp. 28 ed. D. 14.3.11.1; Iul. 57 dig. D. 21.2.39 pr.; Inst. 4.6.33; Paul. sent. 1.7.3; weitere unten folgend. – *Savigny*, System VII 211 und allg. Ansicht: keine *causae cognitio* im Fall der *capitis deminutio*. – Diese *causae cognitio* im technischen Sinne soll sich damit von der allgemeinen prätorischen *cognitio* unterschieden haben; *Kaser/Hackl*, RZ 189–191. – *Martini*, Causae cognitio (1960) 79–87 zur *causae cognitio* außerhalb des Formularprozesse,s 91–179 zur „*causae cognitio extraedittale*“. *Gioffredi*, Scr. Guarino V 2059, findet sie in größerem oder geringerem Umfang in allen magistratischen Entscheidungen *magis imperii quam iurisdictionis* wieder. – *Cervenca*, St. Biondi I 608–615; *Cervenca*, Restitutio (1965) 8–25 und *Buigues*, Rescisión (1992) 37–45 halten die *causae cognitio* in allen Restitutionsfällen für erforderlich. *Martini*, Causae cognitio (1960) 71–79 findet sie, außer in der Generalklausel, nur für die *restitutio* der *minores* typisch: Ulp. 9 ed. D 3.3.39 pr.; Mac. 2 app. D. 4.1.8; Ulp.11 ed. D. 4.4.3.9; D. 4.4.11.3 13 pr., 1; D. 4.4.16 pr.; Paul. 1 sent. D. 4.4.24.5; Scaev. 2 dig. D. 4.4.39 pr.; Marcell. (Mac. ?) 1 off. praes. D. 4.4.43; Ulp. 5 op. D. 4.4.44; Scaev. 1 resp. D. 4.4.47 pr.; Ulp. 22 ed. D. 12.2.9.4; Inst. 4.6.33; Diocl./Maxim. C. 2.32.1 (a.294); Alex. C. 2.41.1 pr., 1 (a.232); C. 2.36.2 (a.226); Diocl./Maxim. C. 3.37.4.1 (a.294). – *Kaser*, SZ 94 (1977) 106: der Prätor selbst habe über die die *capitis deminutio* und über die Streiteinsetzung wegen eines *falsus tutor* immer, über die *alienatio iudicii mutandi causa* regelmäßig selbst entschieden, bisweilen auch in den Fällen des *metus*, des *minor* und des *maior* sowie der „Generalklausel“; hingegen habe der *iudex* den Restitutionsgrund der *actiones quod metus causa, de dolo* und offenbar der *actio restitutoria* geprüft. *Causae cognitio* nicht in allen Fällen (*Kaser* a. a. O. 107 Anm. 22). – Grundsätzliches, aber gelegentlich entbehrliches Erfordernis nach: *Lévy-Bruhl*, TR 5 (1924) 383–431; *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 188–192, 197; *Carrelli*, SDHI 4 (1938) 6, 44–46; *Lemosse*,

Grund seines weiten Ermessens[53] konnte er das Einreißen, die *rescissio*,[54] des beanstandeten Rechtszustands aussprechen. Es kam zum Ausspruch eines *decretum*,[55] wenn zu erwarten war, dass die Beteiligten diesem ohne Weiteres folgen würden.[56] Hingegen war das *decretum* wahrscheinlich entbehrlich, wenn der vorangegangenen *cognitio* weitere prätorische Anordnungen folgen sollten.[57] Dieser erste Verfahrensabschnitt wird un-

---

Cognitio (1944) 202–204; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 236 f.; *Luzzatto*, St. Volterra II 679–683, 712–715; *Kaser/Hackl*, RZ 189 f., 422 m. Anm. 8; 424, 436; *Musumeci*, Ric. Gallo II 41. – In mehreren Stellen sei die „jeder prätorischen Maßnahme vorangehende, allgemeine Kognition gemeint"; *Kaser*, SZ 94 (1977) 107 Anm. 20. – Gegen die Annahme einer besonderen *causae cognitio: Beretta*, RISG 2 (1948) 380–382. *Kupisch*, Restitutio (1974) 101 f. interpretiert die *cognitio de in integrum restitutione* als die *postulatio actionis*, als *cognitio de actione*. – *Causae cognitio* im technischen Sinne nicht für die *iir.* wegen *capitis deminutio;* Ulp. 12 ed. D. 4.5.2.2,5 (itp.?); fraglich bei *actio in factum;* denkbar auch im Kognitionsverfahren. – Sehr knapp: *Wlassak*, s. v. Cognitio, RE IV 209.

[52] Ausnahmsweise Übertragung der Prüfung auf den *iudex*, nach *Lenel*, EP § 39, 110; *Wenger*, Inst. 236; vgl. *Musumeci*, Labeo 50 (2004) 79 (Ulp. 22 ed. D. 12.2.9.4: arg. *statim*); *Kaser*, SZ 94 (1977) 106 f., 142, 158, 161 m. Anm. 225, beispielsweise mit der Formel: *si non As. As. circumscriptus cum minor XXV annis esset etc.* – Jedoch kein „besonderes Verfahren nur zur Feststellung des Tatbestandes" in klass. Zeit nach *Kaser/Hackl*, RZ 423 Anm. 15, gegen *Lenel*. – Gegen Zuweisung an den *iudex*: *Savigny*, System VII 286; *Karlowa*, RRG II 1103; *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 131 f., 185–188.

[53] Beispiel: Paul. 1 sent. D. 4.4.24.1; s. auch D. 4.4.24.5; Paul. 12 ed. D. 4.6.16.

[54] *Rescindere, rescissio, rescissoria actio:* Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.4; D. 4.4.13.1; Paul. 1 sent. D. 4.4.24.1; Ulp. 12 ed. D. 4.6.26.7; D. 4.6.28.5,6; Paul. 12 ed. D. 4.6.30 pr.; Paul. 1 ed. D. 44.7.35 pr.; Inst. 4.6.6; Diocl./Maxim. C. 3.32.24 (a.294); C. 8.50.18 (a.294); Inst. 4.6.5; Gai. 3.84; 4.38. – *Raggi*, Restitutio (1965) 280–314; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 247 f.; *Piccirillo*, NNDI XV 574; *Kaser*, RP I 248 („Anfechtung nach Honorrecht"); *Kaser*, SZ 94 (1977) 108; s. auch *Walde/Hofmann*, s. v. scindo, LEW II 493 f. – „*irritum*" in Ulp. 5 opin. D. 4.4.44.

[55] *Decretum* in Ulp. 6 ed. D. 3.1.1.10; Mod. 2 resp. D. 4.4.29.2; Scaev. 1 resp. D. 4.4.47.1; Ulp. 12 ed. D. 4.6.26.6; Diocl./Maxim. C. 2.39.2 (a.294). – In demselben Sinn: *arbitrio praetoris;* Paul. 12 ed. D. 4.6.16. – Ausführlich, auch zu besonderen Aspekten s. weiter: *Jobbé-Duval*, St. Bonfante III 163–216; *Amelotti*, SDHI 22 (1956) 196; *Litewski*, RIDA 12 (1965) 400–405, 419–421; *Kaser/Hackl*, RZ 191. – Nicht „*per libellum*" (Schriftform?, einfacher Bescheid?); Ulp. 1 (2?) off. proc. D. 1.16.9.1. – Davon zu unterscheiden sei das allgemeine *decretum*, s. *Willvonseder*, s. v. Decretum, DNP 3 351–353; *Kaser/Hackl*, RZ 288 f. In mehreren Fällen, insbes. in den Reskripten, wird das allgemeine *decretum* gemeint sein. – Ob das prätorische *iussum* direkt dahin gehen (und ohne *iudicium* durchgesetzt werden) konnte, dass jeder der beiden Beteiligten dem anderen das Erhaltene zurückgebe, ist sehr fraglich. So jedoch die ältere Lehre; *Burchardi*, Wiedereinsetzung (1831) 439; *Savigny*, System VII 232, 273; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 755 f., gestützt auf Ulp. 9 ed. D. 3.3.39.6; Ulp. 11 ed. D. 4.4.13.1; Paul. 1 sent. D. 4.4.24.3;4; Iul. 45 dig. D. 4.4.41; Iul. 57 dig. D. 21.2.39 pr. – Für grundsätzliche Notwendigkeit des *decretum*: *Burchardi*, Wiedereinsetzung (1831) 428–490; *Savigny*, System VII 231–238; *Kretschmar*, SZ 40 (1919) 140 f.; *Lenel*, EP § 39, 110; § 44, 122 („das Restitutionsdekret und die Litiskontestation über die *actio restituta* nicht ein und dasselbe"); § 46, 127; *Lévy-Bruhl*, TR 5 (1924) 389; *Lübtow*, Metus causa (1932) 120 f.; *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 129–221, insbes. 158, 211 f., vor dem Prätor sogar bisweilen Erfordernis eines zweiten *decretum*, 158–164; *Amelotti*, SDHI 22 (1956) 196; *Levy*, Ges. Schr. I 447; *Buigues*, Rescisión (1992) 46–52. – Für weitgehende oder grundsätzliche Entbehrlichkeit: *Karlowa*, RRG II 1064, 1068, 1090; *Lauria*, St. Bonfante II 514; *Beretta*, RISG 2 (1948) 380–382; *Amelotti*, SDHI 22 (1956) 197; *Impallomeni*, Revoca

römisch als *iudicium rescindens* bezeichnet.[58] *Kupisch* jedoch verneint die besondere Bedeutung von *causae cognitio* und Dekret mit der Annahme, „rechtlich wie tatsächlich vollzieht sich die Wiederherstellung des früheren Zustandes im *iudicium restitutorium*“.[59]

2. *Actiones rescissoriae* (*restitutoriae*), *ficticiae*

Das unrömisch sogenannte *iudicium rescissorium* oder *restitutorium,* das heute vielen als die „wahre“ *iir.* gilt,[60] folgte der *causae cognitio*, wenn die Angelegenheit durch das Dekret nicht erledigt war.[61] Dann konnte der Prätor dem Antragsteller eine *actio rescissoria*[62] (oder *restitutoria*)[63] mit der Fiktion, die Veränderung des Rechtszustandes habe nicht stattgefunden,[64] gewähren. Mit der Fiktion, der restituierte Kläger habe z. B. **6**

(1958) 45–54; *Cervenca*, Restitutio (1965) 25–60; *Cervenca*, St. Biondi I 606–608; *Raggi*, Restitutio (1965) 176 f.

[56] Vgl. *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 130, 164–179; *Levy*, Ges. Schr. I 447; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 237 f.; *Düll*, ANRW II.15 372; *Cervenca*, Restitutio (1965) 60 (*decretum* zur Abwendung eines *iudicium*); *Cervenca*, Labeo 24 (1978) 216; *Kaser*, SZ 94 (1977) 158. – Vielleicht auch genügend zur Rücknahme einer vorhergehenden prätorischen Entscheidung; s. Ulp. 53 ed. D. 39.2.15.22; zum Antritt einer früher nicht rechtzeitig angetretenen Erbschaft; s. Gord. C. 2.38.2 (a.241); Gord. C. 2.39.1 (a.238); Diocl./Maxim. C. 2.39.2 (a.294); oder zum Genuss des *beneficium abstinendi;* Paul. 11 ed. D. 4.2.21.5; dazu *Kaser*, SZ 94 (1977) 111 Anm. 34. – Erforderlich nur, „wo es nicht um die Erteilung von Aktionen ging oder wo mehrere Aktionen notwendig wurden“, nach *Kupisch*, Restitutio (1974) 102; zust. *Kaser*, SZ 94 (1977) 107 Anm. 20.

[57] Gelegentliche Verschmelzung von *cognitio* und Formelerteilung ohne ausdrückliches *decretum* nach: *Ankum*, Actio Pauliana (1962) 48–51; *Wesener*, TR 44 (1976) 169 f.; *Kaser*, SZ 94 (1977) 171 Anm. 274; *Ankum*, Ess. lustrum VI Utrecht 19; *Ankum*, FS Hübner 6, 10; *Chevreau*, Temps (2006) 267–271.

[58] *Savigny*, System VII 231–234. – Abweichende Auffassungen: *Karlowa*, RRG II 1064 f. u. ö.; *Musumeci*, St. Nicosia V 443.

[59] *Kupisch*, Restitutio (1974) 95–107. – Kritisch gegenüber der grundsätzlichen Elimination des *decretum*: *Lemosse*, RHD 53 (1975) 280–282; *Wesener*, TR 44 (1976) 169–172; *d'Ors*, AHDE 49 (1979) 297–326 u. ö.; *Buigues*, Rescisión (1992) 46–50; s. auch *Cervenca*, Labeo 24 (1978) 213–221 f.

[60] *Savigny*, System VII 91–99; *Lenel*, EP §§ 39–47, 109–130; § 235, 435–443; *Lauria*, St. Bonfante II 523; *Levy*, Ges. Schr. I 446–492; *Kaser*, RZ (1966) 330–333; *Wesener*, TR 44 (1976) 170, 172; *Cervenca*, Labeo 24 (1978) 218 f.; *d'Ors*, Est. Alvarez Suárez 337–351; *Ankum*, Ess. lustrum VI Utrecht 19; *Ankum*, FS Hübner 4 Anm. 5.

[61] Wenn etwa der Antragsgegner nicht dem Dekret folgen wollte, z. B. mit der Behauptung, der Restituierte sei ursprünglich nicht Inhaber des geltend gemachten Rechts gewesen; *Burchardi*, Wiedereinsetzung (1831) 439 f. – Oder wenn gar kein Dekret ergangen war.- *Cervenca*, Restitutio (1965) 60: So wie der *actio rescissoria* nicht notwendigerweise ein *decretum* vorauszugehen hatte, so war auch nicht jedes Dekret dazu bestimmt, in eine *actio rescissoria* zu münden.

[62] Ulp. 12 ed. D. 4.6.28.5,6 (*actio rescissoria*).

[63] *Savigny*, System VII 233.

[64] Ausdrücklich ediktal überliefert nur Ulp. 12 ed. D. 4.5.2.1. – Im Übrigen s. Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.6; Paul. iur. fact. ignor. sing. D. 22.6.9 pr.; Paul. 1 ed. praet. D. 44.7.35 pr.; Inst. 4.6.3–6; Gai.

früher die Sache nicht manzipiert[65] oder der Restitutionsgegner habe z. B. die Sache nicht ersessen,[66] konnte der Kläger mit einer *actio in rem*,[67] *utilis actio* oder *utile iudicium*,[68] *actio ad exemplum vindicationis*,[69] *actio Publiciana*[70] die betroffene Sache vindizieren,[71] konnte /hier möchte ich lieber weiter den Fachausdruck „rem petere" hervorheben und notfalls die Übersetzung danebenstellen/ den Gegenstand einklagen (*rem petere*)[72] und nicht nur die Herausgabe,[73] sondern auch die Rückübereignung,

---

2.57; 3.84; 4.38. – Außer evtl. für die *iir.* der *maiores* (*Lenel*, EP § 44, 121), Musterformeln nicht überliefert, vielleicht wegen der Vielfältigkeit der Umstände (s. Paul. 1 sent. D. 4.4.24.5). – Nicht quellenmäßig: „formula ficticia". – *Lübtow*, Metus causa (1932) 120–124 („Als-ob-Formeln" auf Grund der Ankündigung „*ratum non habebo*"), 261; *Carrelli*, SDHI 3 (1937) 20–41; *Hartkamp*, Zwang (1971) 127–133; *Kupisch*, Restitutio (1974) 222–226; *Kaser*, SZ 94 (1977) 140–142, 105, 155 Anm. 211; *Hackl*, St. Biscardi I 245–263; *Talamanca*, s. v. processo civile, ED 36 55–59; *Buigues*, Est. Reimundo Yanes I 37–48 (nach *Wacke*, SZ 122 [2005] 378); s. auch *Lenel*, SZ 48 (1928) 563 f.; alle gegen frühere Itp.-Verdächtigungen. – Die *formulae ficticiae* waren für Gaius die wichtigsten der *actiones utiles* nach *Riccobono*, TR 9 (1929) 5 f.; s. auch *García Garrido*, AHDE 27–28 (1957/58) 320–323.

[65] Formelbeispiele s. o. bei *metus* und *minor*.

[66] Gai. 2.57; dazu s. o.; s. auch *Kaser*, RP II 287 Anm. 31.

[67] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.4 (dazu *Sturm*, FG Lübtow [1970] 389–400; *vindicatio rescissoria* nach *Kaser*, SZ 94 [1977] 113); D. 4.2.9.6 (dazu auch: *Lübtow*, Metus causa [1932] 255–258); D. 4.4.13.1; Gord. C. 2.19.3 (a.238); C. 7.35.6 (a.294); Paul. sent. 1.7.4. – *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 203 f.; *Kupisch*, Restitutio (1974) 61–78, 134–137, 222–226 („Schöpfung spätklassischen Juristenrechts"); *Kaser*, SZ 94 (1977) 139–142, 158 f.; *Cervenca*, Labeo 24 (1978) 215–219; *d'Ors*, AHDE 51 (1981) 253 f.

[68] Paul. 11 ed. D. 4.2.21.6; Ulp. 11 ed. D. 4.4.7.10; Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.25 pr.; Pap. 13 (23?) quaest. D. 4.6.20; Iul. 35 D. 4.6.41; Afr. 7 quaest. D. 4.6.43; Gai. ed. prov. D. 4.7.3.5; Ulp. 12 ed. D. 4.7.10.1; Paul. 4 Plaut. D. 15.1.47.3; Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.8; Pap. 2 resp. D. 27.3.20 pr.; Ulp. 1 resp. D. 27.6.12; Ulp. 43 ed. D. 42.8.10.10; Pap. 10 quaest. D. 46.1.48.1; Diocl./Maxim. C. 2.53.5 (a.294); Gai. 3.84; 4.38. – *Lenel*, EP § 41, 116; § 105, 287 f.; *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 195; *Kaser*, SZ 94 (1977) 106 f., 158, 161 m. Anm. 225, 167 f., 178. – Zu der *actio utilis* als „Erweiterung der Ausgangsklage mittels Analogie" und den *formulae ficticiae* als einer „Gruppe innerhalb der *actiones utiles*", durch welche „der regelmäßige Anwendungsbereich der ediktalen Klage erweitert" wird, zählen auch die „reszissorischen Formeln nach *iir.*", *Kaser/Hackl*, RZ 329–331. Weiter: *Carrelli*, SDHI 3 (1937) 21–23; *Wesener*, St. Betti IV 493–506; *Valiño*, Actiones utiles (1974) 33–62; *Kaser*, SZ 101 (1984) 96–101; s. jedoch *Sotty*, Labeo 25 (1979) 139–162; *Sotty*, Utiles actiones (1977).

[69] Paul. 1 ed. D. 44.7.35 pr. – Dazu *Savigny*, System VII 188–191.

[70] Pap. 10 resp. D. 17.1.57 (Bas. 14.1.57 = Heimb. 2.138: *actio Publiciana rescissoria*), mit Verweigerung der *exceptio iusti dominii* für den Restitutionsgegner; Paul. 1 ed. praet. D. 44.7.35 pr. – *Savigny*, System VII 292–309; *Carrelli*, SDHI 3 (1937) 20–41 (Fiktion, der Eigentumsverlust des Klägers sei nicht erfolgt; gegen die Klassizität einer *actio Publiciana rescissoria*); *Amelotti*, SDHI 22 (1956) 193–195.

[71] Ulp. 12 ed. D. 4.6.17 pr.; Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.9; Paul. 1 ed. praet. D. 44.7.35 pr. – S. auch *Kaser*, SZ 94 (1977) 142 Anm. 147; *Ankum*, FS Hübner 3 zu D. 44.4.4.9–19 (*rei vindicatio* oder *actio Publiciana*).

[72] Pap. 28 quaest. D. 21.2.66.1 (s. jedoch *Ankum*, Ess. lustrum VI Utrecht 121); Paul. 62 ed. D. 42.8.7; Inst. 4.6.5, 6; Gai. 2.57 (*hereditatem petendo*).

[73] Verpflichtung des Gegners zu *reddere* und *de dolo repromittere;* Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.5; hierzu, teils kritisch, *Lübtow*, Metus causa (1932) 124 f.

remancipatio,[74] verlangen. Ausgehend von der Fiktion, eine frühere Forderung sei nicht untergegangen, konnte der frühere Gläubiger auch diese geltend machen.[75] Derjenige, dem eine verloren gegangene Erbschaft restituiert wurde, erhielt *utiles actiones quasi heredi.*[76]

Der Grund für die Restitution, z. B. die entschuldigte Abwesenheit oder die Benachteiligung eines Minderjährigen, war *apud iudicem* in der Regel nicht mehr Prüfungsgegenstand und wurde in der Formel nicht genannt,[77] wenn nicht ausnahmsweise der Prätor dem *iudex* auch diese Prüfung übertragen hatte.[78] Der *iudex* war auch hier an die prätorische Vorgabe gebunden.[79] **7**

Der Nachteil dieser Art fiktizischer Formeln bestand darin, dass mit einer Fiktion die Wiederherstellung eines tatsächlichen Zustandes, z. B. die Rückgabe von Besitz oder der Abriss eines unter Drohung errichteten Gebäudes, nicht ohne Weiteres erreicht werden konnte.[80] **8**

Eine Untersuchung darüber, welchen Restitutionsgründen überwiegend mit einer fiktizischen Klage und welchen eher mit einer *actio in factum* abgeholfen wurde, fehlt und kann jetzt nicht mit der gebotenen Zuverlässigkeit geliefert werden.[81] **9**

---

[74] *Levy*, Konkurrenz II (1922) 168–170; *Lübtow*, Metus causa (1932) 124 und 261; s. auch *Kaser*, SZ 94 (1977) 142 Anm. 147.

[75] *Kaser*, SZ 94 (1977) 161, Beispiel *minor: Si pareret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, si non Aulus Agerius (circumscriptus cum minor XXV annis esset) accepto tulisset etc.* – Wenn es sich erweist, dass der Beklagte dem Kläger 100 Goldstücke schulden würde, wenn nicht der Kläger (als er jünger als 25 Jahre war) dem Beklagten die Schuld erlassen hätte etc.
Vgl. Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.4; *Lübtow*, Metus causa (1932) 125 f.; *Kaser*, SZ 94 (1977) 113 Anm. 41.

[76] Paul. 11 ed. D. 4.2.21.6; D. 4.4.7.10 (dazu *Solazzi*, BIDR 27 [1914] 299–303); Paul. imp. sent. cogn. prol. 2 D. 28.5.93 (92); s. auch Ulp. 50 ed. D. 29.5.3.31. – *Savigny*, System VII 96, 268; *Biondi*, Diritto Ereditario (1934) 139.

[77] *Lenel*, EP § 44, 121.

[78] *Lenel*, EP § 39, 110. – *Lübtow*, Metus causa (1932) 121: womit allerdings (schon in klassischer Zeit zumindest teilweise) das „Wesen der Restitution abgestreift" sei.

[79] Der *iudex* hatte aber u. a. noch zu klären, ob der Kläger früher Inhaber des geltend gemachten Rechtes gewesen war; vgl. *Lenel*, EP § 44, 122 Anm. 18. Vor allem oblag ihm die Regelung der Einzelheiten der Restitution.

[80] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9 pr.; Paul. 11 ed. D. 4.2.21.2. – *Lenel*, EP § 46, 127; *Kaser*, SZ 94 (1977) 105 Anm. 9. – *Lübtow*, Metus causa (1932) 117–119, entnimmt aus Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.3 außerdem die Beschränkung der „technischen" *iir.* auf den Fall der *res perfecta.*

[81] Vorsichtige und vorläufige Zusammenstellung bei *Kaser*, SZ 94 (1977) 106 und bei *Kaser/Hackl*, RZ 424 f. – Nur fiktizische Klagen kamen in Betracht in den Fällen der *capitis deminutio*: Ulp. 12 ed. D. 4.5.2.1; Gai. 4.38; *Lévy-Bruhl*, TR 5 (1924) 391; *Lenel*, EP § 42, 116–118; *Kaser*, SZ 94 (1977) 106, 167 f., 179. – Ebenso in den Fällen des Scheintutors: Ulp. 12 ed. D. 27.6.1.6; Paul. 12 ed. D. 27.6.2; dazu *Kaser*, a. a. O. – Die Anzeichen in den Quellen, ob z. B. die Restitution im Einzelfall mittels *actio quod metus causa* oder mittels fiktizischer Klage erfolgte, sind oft äußerst schwach. – Ein Beispiel für die Schwierigkeit bildet die Wiedereinsetzung des früheren, durch das *SC Vellaeanum* benachteiligten Gläubigers: Fiktizisch nach *Lenel*, EP § 105, 287; *d'Ors*, Est. Alvarez Suárez 337–351; *Wesener*, TR 44 (1976) 170; s. dazu Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.8. Aber neben der fiktizischen Klage eine *actio in factum*,

3. *Actiones in factum*

Die von *Kupisch* sogenannte judiziale, da hauptsächlich vom *iudex* gesteuerte, Restitution erfolgte vermutlich durch *actiones in factum*,[82] *in personam*, ausgestaltet als Arbiträrklage,[83] sowohl im Formular- wie im Kognitionsverfahren.[84] Wie schon die fiktizischen Klagen, so waren auch die *actiones in factum* nicht ausdrücklich im Edikt proponiert,[85] wären aber vom Wortlaut der sehr allgemein gehaltenen Ediktsverheißungen als *in integrum restitutiones* gedeckt.[86] Der *iudex* setzte sodann nach seinem richterlichen Ermessen, *arbitrio iudicis*, mit dem *iussum de restituendo* die Leistung fest, durch deren Erbringung der Gegner die *condemnatio pecuniaria* abwenden durfte. Dadurch konnte der Gegner veranlasst werden, einen Anspruch[87] oder Nießbrauch oder Dienstbarkeiten des Benachteiligten, die verloren gegangen waren, erneut zu begründen,[88] den Benachteiligten von einer missbilligten Verpflichtung zu befreien,[89]

nach *Kupisch*, Restitutio (1974) 24; wahrscheinlich „eher arbiträre als fiktizische" Formel nach Kaser, SZ 94 (1977) 172–176, 178, s. auch 106. Für judiziale Restitution: *Cervenca*, Labeo 24 (1978) 214.

[82] *Actio quod metus causa* auf das Vierfache.

[83] Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.1,4,11; Paul. 11 ed. D. 4. 3.18 pr.,1,4; Gai. 4. ed. prov. D. 4.4.27.1; Ulp. 3 ed. D. 4.7.4.6; Paul. 12 ed. D. 4.7.8 pr.; Inst. 4.6.27; Inst. 4.6.31. Fraglich, ob das *arbitrium iudicis*, für die jeweilige *actio*, ediktal war oder ob es in der Formel ausdrücklich genannt wurde oder ob es allein in der Ermächtigung des *iudex* gesehen wurde. Dazu *Lenel*, EP § 39, 113; *Lübtow*, Metus causa (1932) 136–177; *Hartkamp*, Zwang (1971) 193–194, 199 f.; *Kupisch*, Restitutio (1974) 66, 88, 109 u. ö.; *Kaser*, SZ 94 (1977) 103–107, 114, 146 f., 156 f., 161, 171; *Ankum*, FS Hübner 3–19; *Kaser/Hackl*, RZ 335 und 421–426; *Chevreau*, Temps (2006) 274–277.

[84] *Kaser*, SZ 94 (1977) 103–106. – Die vorherrschende Lehre hatte bisher die *actiones in factum* nicht zu den *restitutiones in integrum* der klassischen Zeit gezählt. Sie hatte auch die Gleichsetzung von *iir.* und *actio* erst den Nachklassikern zugeschrieben und entsprechend starke Glosseme und Interpolationen angenommen, z. B. zum *metus*: *Schulz*, SZ 43 (1922) 216–261; *Lenel*, EP § 39, 110–114; *Lübtow*, Metus causa (1932) 215–231. – *Kupisch*, Restitutio (1974) und *Kaser*, SZ 94 (1977) 101–183 haben es wahrscheinlich gemacht, dass grundsätzlich auch die *actiones in factum* zur Restitution dienen konnten, haben einzelne Fragen und Zweifel – ob z. B. die römischen Juristen selbst die *actio de dolo* oder die *actio quod metus causa* als *iir.* bezeichnet hätten – jedoch bestehen gelassen.

[85] S. jedoch die *actio quod metus causa* und die *actio de dolo*.

[86] „Identifikation der bisher getrennt gesehenen *iir.* und *actio*", die Hauptthese von *Kupisch*, Restitutio (1974) 12 f., 99, 123–139, 254 u. ö.; *Kaser*, SZ (1977) 105 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 421–426; *Robra*, Drittwirkung (2014) insbes. 32 f. – So schon zum *metus*-Edikt: *Savigny*, System VII 193; generell *Selb*, FG Kaser 259–272. – Für „Annäherung" der *iir.* an andere *actiones* in der frühen *cognitio extra ordinem*: *Cervenca*, Restitutio (1965) 193 f.; *Cervenca*, St Biondi I 622. – S. auch *Kretschmar*, SZ 40 (1919) 140 f.; *Lauria*, St. Bonfante II 514 f.; *Raggi*, Restitutio (1965) 53 f., 260–267.

[87] *Actionem restituere* als „Schlüsselterminus" für *Kupisch*, Restitutio (1974) 14: Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.8; Gai. 4. ed. prov. D. 4.4.27.2; Ulp. 12 ed. D. 4.5.2.4; Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1; Ulp. 29 ed. D. 16.1.8.2,11,14; Iul. 12 dig. D.16.1.14; Afr. 8 quaest. D. 16.1.20; Paul. intercess. fem. sing D. 16.1.24.3; s. auch Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.7 (*restituenda obligatio*). – Statt Verurteilung zu sofortiger Zahlung: *Kupisch*, Restitutio (1974) 23–60; *Kaser*, SZ 94 (1977) 105, 161 f., 172–177.

[88] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.7,8; Gai. 4. ed. prov. D. 4.4.27.2. – *Kupisch*, Restitutio (1974) 14; *Kaser*, SZ 94 (1977) 105, 161 f.

[89] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.7; D. 4.2.14.9; s. auch D. 4.2.9.3 (*actio*; dazu *Lübtow*, Metus causa [1932] 173–177, 223–231); D. 4.2.9.4 (*alia liberatione*); Paul. 1 sent. D. 4.4.34.1.

Eigentum oder Besitz zurück zu übertragen oder ein vom Benachteiligten unter Zwang errichtetes Gebäudes wieder abzureißen.[90] Zudem konnte der *iudex* dem Benachteiligten für eine Freilassung, für eine Verfahrensbehinderung[91] oder für einen anderen unwiederbringlichen, aber restitutionsbedürftigen Vermögensverlust Zahlung des Interesse verschaffen.[92] Gleichzeitig aber konnte der *iudex* bewirken, dass auch der Benachteiligte die ihm zugeflossene Leistung dem Restitutionsgegner zurückgewährte.

4. Weitere Mittel, Einzelheiten, Konkurrenzfragen

Paulus betont, dass das Edikt für die *iir.* keine besondere *actio* bereitstelle und dass eben alles von der *cognitio* des Prätors abhänge.[93] Daher kommen außer dem *decretum* und neben den genannten verschiedenartigen Klagen, evtl. mit *replicatio* und *denegatio exceptionis*,[94] z. B. auch eine *cautio*[95] und prozessuale Zwangsmittel[96] sowie ein Interdikt, wenn es sich um eine Servitut handelte,[97] in Betracht. Für Gewaltabhängige haftete in begrenztem Maße der Gewalthaber.[98] Stand aber der Restituierte auf der Beklagten- **11**

[90] *Metus:* Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.7–9; Gai. 4 ed. prov. D. 4.2.10.1; D. 4.2.14.3,4,5,9,11. – *Minores:* Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.27.1; *d'Ors*, AHDE 49 (1979) 297–326. – *Maiores*: s. *Lenel*, EP § 44, 123. – *Alienatio iudicii mutandi causa facta:* Ulp. 13 ed. D. 4.7.4.6; Paul. 12 ed. D. 4.7.8 pr. – *Fraus creditorum*: s. *Lenel*, *Lenel*, EP § 225, 435–441. – *SC Vellaeanum:* Gai. 9 ed. prov. D. 16.1.13.2. – Weiteres: *Kaser*, Ausgew. Schr. I 234 f.; *Kaser*, SZ 94 (1977) 103, 132–138, 142 Anm. 147, 145, 156 f.; *d'Ors*, AHDE 49 (1979) 325.

[91] *Kaser*, SZ 94 (1977) 171 Anm. 273, zur *alienatio iudicii mutandi causa facta*: Gai. 4 ed. prov. D. 4.7.1 pr., 4; Diocl./Maxim. C. 2.54.1 (a.294).

[92] Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.2; Paul. 12 ed. D. 4.6.30.1; Gai. 4 ed. prov. D. 4.7.3.4; Ulp. 3 ed. D. 4.7.4.5 (dazu *Kaser*, SZ 94 [1977] 171 Anm. 273); Paul. 62 ed. D. 42.8.9; Paul. sent. 1.9.5a.

[93] Paul. 1 sent. D. 4.4.24.5; s. auch Paul. 12 ed. D. 4.6.16. – Da sich der Prätor die Art seines Eingreifens für den Einzelfall vorbehalten wollte, auch keine Musterformeln; *Lübtow*, Metus causa (1932) 195. – Zu den verschiedenen möglichen Maßnahmen; *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 130, 160–164, 194–196; *Carrelli*, SDHI 4 (1938) 8 f.; *Levy*, Ges. Schr. I 447; *Cervenca*, Restitutio (1965) 55–60; *Raggi*, Restitutio (1965) 176 f.; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 243; *Wacke*, SZ 88 (1971) 119; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 468–471; *Wesener*, TR 44 (1976) 170; Kaser, SZ 94 (1977) 153; *Kaser/Hackl*, RZ 421–426; *Musumeci*, Ric. Gallo II 44 f.; *Musumeci*, Labeo 50 (2004) 64–83 (zu "*auxilium*" in ds. S.); *Musumeci*, St. Nicosia V 443–500 (betr. *minor*, auch eine *actio utilis de dolo;* u. a. mit Hinweis auf *Ankum*, Lib. Am. Jaubert 38, 49).

[94] Paul. 11 ed. D. 4.3.25; Ulp. 11 ed. D. 4.4.11.7; Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.12; Ulp. 22 ed. D. 12.2.9.4; Ulp. 20 ed. D. 14.6.3.2; Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1; vgl. Ulp. 29 ed. D. 14.6.3 pr.; Ulp. 71 ed. D. 43.24.15.5; s. auch Paul. iur. fact. ignor. sing. D. 22.6.9 pr.; s. auch Ulp. 29 ed. D. 14.5.4.5. – *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 531–536; *Kaser*, SZ 94 (1977) 149 f., 176 (*SC. Vellaeanum*); *Ankum*, FS Wesener 21–33; *Musumeci*, Labeo 50 (2004) 82; *Musumeci*, St. Nicosia V 446, 463–470. Vgl. auch Ulp. 29 ed. D. 14.6.3 pr.; Ulp. 71 ed. D. 43.24.15.5.

[95] Ulp. 9 ed. D. 3.3.39.6; Paul. 1 sent. D. 4.4.24.5; Paul. 11 ed. D. 4.4.26 pr., 1. – *Musumeci*, St. Nicosia V 446.

[96] Gai. 3 ed. prov. D. 3.3.46.3.

[97] Paul. 15 Plaut. D. 8.3.35; Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.9. – *Biondi*, Servitù prediali (1933) 279–284; *Cervenca*, Labeo 7 (1961) 207 f.

[98] Paul. 1 sent. D. 4.4.24.3: *Si servus – iubendus est*: Der Gewalthaber muss zunächst restituieren,

seite, so konnten seiner Verteidigung eine *exceptio* oder *denegatio actionis*[99] und der Abwendung seiner Erbenhaftung die *abstinendi potestas* und *separatio bonorum*[100] dienen.

Mit der Prüfung der „Voraussetzungen“[101] erledigten sich auch die meisten Konkurrenzfragen.[102] Soweit sich die Anwendungsbereiche der *iir.* und der *actio* wegen *metus* überschnitten, blieb es vermutlich bei dem Resultat der im gegebenen Fall zuerst erledigten Klage. Hatte der Gegner die Leistung restituiert, war die zweite Klage ohnehin unbegründet. Andernfalls konnte die zweite *actio* denegiert oder durch eine *exceptio* abgewendet werden.[103]

12 Durch die Restitution soll jeder sein früheres Recht vollständig zurückerhalten, keine Partei soll durch die Restitution einen Vorteil erlangen. Deshalb muss der restituierte zwischenzeitliche Käufer das erhaltene Grundstück und muss der zwischenzeitliche Verkäufer den erhaltenen Preis an den Gegner zurückgewähren. Derjenige, dem eine Sache oder eine Erbschaft restituiert wurde, muss die damit verbundenen Belastungen übernehmen. Wer die Restitution gegen seinen, jetzt als nachteilig erkannten, Erb-

---

quod ad eum pervenit, und muss sodann das, was nicht bis zu ihm gelangt ist, aus dem Pekulium leisten. Dieser Satz betreffend den Schutz der *minores* wird echt sein und kann für alle Restitutionsklagen gegolten haben. – Falls der Gewalthaber des handelnden Sklaven den Minderjährigen weder auf die eine noch auf die andere Weise befriedigen kann und falls *dolus* des handelnden Sklaven im Spiel gewesen war, soll dem Gewalthaber die Züchtigung oder Auslieferung des Sklaven aufgegeben werden. Dieser Satz wirft viele Fragen auf: Anwendungsbereich nur bei *iir.propter aetatem*, oder nur bei nicht-ediktalter *iir.* wegen *dolus*, oder in allen Restitutionsfällen? *iir.* als Noxalklage? Oder handelt es sich hier um die *actio doli*? Beschränkung auf Sklave und Schonung des eigenen Haussohns klassisch? Sonstige Echtheitsprobleme? – Nicht minder aufklärungsbedürftig ist der letzte Satz: aber auch wenn ein Haussohn einen Minderjährigen übervorteilt hat, sei er wegen seines *dolus* zu verurteilen.

[99] Z. B. Ulp. 74 ed. D. 2.11.4.5; Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.3; Ulp. 11 ed. D. 4.2.14.9; Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.5; D. 4.4.11.6; D. 4.4.13 pr.; Paul. 1 sent. D. 4.4.24.4; Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.27.1; Mod. 2 resp. D. 4.4.29.2; Ulp. 12 ed. D. 4.6.28.5; Marcian. 14 inst. D. 4.7.12. f.; Ulp. 22 ed. D. 12.2.9.4; Pomp. 1 sen. cons. D. 16.1.32 pr.; Ulp. 31 ed. D. 17.1.12.11; Pap. 10 resp. D. 17.1.57; Paul. 3 Plaut. D. 44.1.7.1; Paul. 69 ed. D. 46.2.19; Inst. 4.6.3; Gord. C. 2.37.2 (a.238); Diocl./Maxim. C. 2.39.2 (a.294). – S. auch die ediktale *exceptio metus* und *dolus*. – *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 194–196; *Cervenca*, Restitutio 55–60; *Kupisch*, Restitutio (1974) 170–175; *Kaser*, SZ 94 (1977) 112, 131, 134 Anm. 124, 172; *Ankum*, FS Wesener 21–33; *Musumeci*, Labeo 50 (2004) 64–83; *Musumeci*, St. Nicosia V 470–482 (*denegatio actionis* unabhängig von der *iir.*, aber bezogen auf das Minderjährigen-Edikt).

[100] Paul. 11 ed. D. 4.2.21.5; Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.2; D. 4.4.7.5,9,19; D. 4.4.11.5; Pap. 9 resp. D. 4.4.31; Pomp. 1 sen. cons. D. 16.1.32 pr.; Ulp. 6 Sab. D. 29.2.6.7; Gai. 3 ed. prov. D. 29.2.57 pr. 1; Pap. 30 quaest. D. 29.2.85; Inst. 2.19.5,6; Sev./Ant. C. 2.38.1 (a.198); Iust. C. 6.30.22 (a.531); Gai. 2.163; Gai. Fr. Aug. 2.26–33. – *Voci*, DER I[1] 539, 585; *Lenel*, EP § 45, 124 f.; *Biondi*, Diritto ereditario (1934) 129–131; *Voci*, Errore (1937) 245 f.; *De Francisci*, BIDR 68 (1965) 342 f.; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 402–411; *Kaser*, RP II 87; *Kaser*, SZ 94 (1977) 170; *Harke*, SZ 122 (2005) 99–101.

[101] S. o. Abschnitt II 1.

[102] *Lübtow*, Metus causa (1932) 231–296.

[103] *Lübtow*, Metus causa (1932) 256–262 mit Hinweisen auf *Levy* und *Beseler*.

schaftsantritt erhalten hat, muss alles Erlangte ausliefern. Zinsen und gelegentlich Verwendungen, Früchte oder Nutzungen sind zu erstatten oder gegeneinander aufzurechnen.[104] Dabei haften *minores* nur beschränkt oder gar nicht.[105] Wahrscheinlich hat der Prätor zu diesem Zweck dem Restitutionsgegner eine *exceptio*[106] oder sogar eine eigene Klage[107] gewährt oder der *iudex* hat stattdessen dem *restitutus* die Rückgewähr des Empfangenen aufgegeben.[108]

Verzicht auf die Restitution oder Genehmigung des zu beanstandenden Vorgangs,[109] aktive Vererblichkeit[110] und Abtretung[111] sind anerkannt. Die Einbeziehung

---

[104] Ulp. 11 ed. D. 4.2.12 pr.; Ulp. 11 ed. D. 4.4.22; Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.27.2,3; Pap. 9 resp. D. 4.4.31; Val. 6 fideic. D. 4.4.33; Scaev. 2 dig. D. 4.4.39.1; Ulp. 5 op. D. 4.4.40.1; Paul. 12 ed. D. 4.6.18; D. 4.6.22.1; Ulp. 12 ed. D. 4.6.28.6; Afr. 7 quaest. D. 4.6.29; Iul. 35 dig. D. 4.6.41; Paul. 6 Plaut. D. 22.1.38.4; Paul. imp. sent. cogn. prol. 2 D. 28.5.93 (92); Paul. 62 ed. D. 42.8.7; Ven. 6 interd. D. 42.8.8; Paul. 6 Plaut. D. 50.17.173.1; Paul. sent. 1.9.7; Gord. C. 2.19.3 (a.238); C. 2.19.4 (a.239); C. 2.19.5 (a.239); ; Diocl./Maxim. C. 2.36.3.1 (a.294); Diocl./Maxim. C. 2.39.2 (a.294); Sev. C. 2.47.1 pr.,2 (o.A.); Valer./Gallien. C. 2.50.6 (a.254); Alex. C. 4.44.1 (a.222); Alex. C. 8.29.1 (a.222); Alex. C. 8.29.3 (a.223); so auch die Leydener Inschrift von 27 n.Chr., *Atkinson*, RIDA 7 (1960) 228–272 (*pretium fano recipiat et restituat deo fanum*); s. auch folgende Anm. – *Savigny*, System VII 264–269; *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 176–179; s. auch *Kupisch*, Restitutio (1974) 97 f., 108–119; *Kaser*, SZ 94 (1977) 135–138, 162–166; *Ankum*, Ess. lustrum VI Utrecht 6 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 423; *Pennitz*, FS Mayer-Maly (2002) 587; s. auch Harke, SZ 122 (2005) 99–101, zu Diocl./Maxim. C. 4.44.2 (a.285). – Daher der Vergleich mit der *actio redhibitoria* bei Ulp. 1 ed. aed. cur. D. 21.1.23.7 (*Buigues*, Rescisión [1992] 112–114); Paul. 69 ed. D. 21.1.60; untechnischer Gebrauch bei Nerat. 3 membr. D. 2.14.58 (dazu *Knütel*, Contrarius consensus [1968] 116); Iav. 3 epist. D. 38.2.35. – *Felgentraeger*, Lösungsrecht (1933) 101–120 vermutete hingegen starke Interpolationen.

[105] Ulp. 11 ed. D. 4.4.7.5; Paul. 1 sent. D. 4.4.24.4; Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.27.1; Paul. 1 sent. D. 4.4.34 pr.; Scaev. 1 resp. D. 4.4.47.1; Ulp. 13 ed. D. 26.7.25; Mod. 6 resp. D. 26.7.32.4; Pap. 2 resp. D. 27.3.20.1; Paul. sent. 1.9.4a. – Ein *minor* haftet nicht bei vollständigem Verlust des empfangenen Darlehens. Forderungen gegen Dritte muss er abtreten.

[106] *Exceptio doli;* s. Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.9. – *Levy*, Ges. Schr. I 450; dagegen *Kaser*, SZ 94 (1977) 137, 164. – Zur *exceptio utilis*, Iul. 45 dig. D. 4.4.41, s. *Nicosia*, SZ 75 (1958) 265–279; *d'Ors*, AHDE 49 (1979) 316.

[107] Cels. 2 dig. D. 4.4.28; Mod. 2 resp. D. 4.4.29.1; Iul. 45 dig. D. 4.4.41 (str. ob statt *venditor*, im Text: *emptor*); Scaev. 1 resp. D. 4.4.47.1; Sev./Ant. C. 2.31.1 (o. A.); Diocl./Maxim. C. 2.31.2 (a.294); Iust. C. 7.45.14 (a.530). – *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 149 f., 176–179; *Levy*, Ges. Schr. I 450 f.; *Nicosia*, SZ 75 (1958) 265–279; *Cervenca*, Restitutio (1965) 43 f.; *Kupisch*, Restitutio (1974) 108–119; *d'Ors*, AHDE 49 (1979) 316; *Kaser*, SZ 94 (1977) 165 Anm. 239; *Wesener*, SZ 112 (1995) 140 f.; *Musumeci*, St. Nicosia V 460 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 338, 422 Anm. 5; 490 Anm. 42; 589 Anm. 26; *Robra*, Drittwirkung (2014) 34–41.

[108] Gai. 4. ed. prov. D. 4.4.27.1; Iul. 45 dig. D. 4.4.41; Iust. C. 7.45.14 (a.530). – *Kaser*, SZ 94 (1977) 135–138, 156 f., 162–167. – Dazu mögliche Auferlegung von Sicherheiten durch den *iudex*; *Robra*, Drittwirkung (2014) 40 Anm. 136. – Bei der *condemnatio pecuniaria* des Restitutionsgegners Anrechnung seiner dem Restituierten erbrachten Vertragsleistung?, vgl. *Kaser* a. a. O. – Formelrekonstruktion bei *Kaser*, SZ 94 (1977) 156 f.

[109] Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.1,2; D. 4.4.20.1; Ulp. 10 ed. D. 4.4.21; Pap. 3 quaest. D. 4.4.30; Iul. 45 dig. D. 4.4.41 (dazu *Kaser*, SZ 94 [1977] 162); *Robra*, Drittwirkung (2014) 34–41; Gord. C. 2.19.4 (a.239); ~~Diocl./Maxim. C. 2.45.1 (a.293); C. 2.45.2 (a.294). – *Wacke*, SZ 121 (2004) 347.~~

[110] Ulp. 13 ed. D. 4.1.6; Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.9; D. 4.4.18.5; Ulp. 13 ed. D. 4.4.19; Paul. D. 4.4.24.2;

Dritter in die Restitution wurde je nach Restitutionsgrund, Kenntnis und Bereicherung des Beklagten, Insolvenz des unmittelbaren Restitutionsgegners und weiterer Umstände entschieden.[112] Die Restitution gegen die Ablehnung oder Gewährung der *iir.* könnte auch im Formularverfahren möglich gewesen sein.[113]

5. Kognitionsverfahren

13 Das Gesagte gilt wie für das Formularverfahren so weitgehend auch für das sich daneben ausbildende Kognitionsverfahren.[114] Zunehmend werden die Restitutionen in der *cognitio extra ordinem* erledigt,[115] häufig – nicht immer – wenn sie gewissermaßen

Ulp. 11 ed. D. 4.7.4.6; Mod. 5 resp. D. 23.3.62; Pap. 6 resp. D. 29.2.86 pr.; Gord. C. 2.19.3 (a.238); C. 2.19.5 (a.239); Alex. C. 2.33.1 (a.233); Sev./Ant. C. 2.50.1 (a.197); Gord. C. 2.52.2 (a.238); Diocl./Maxim. C. 2.52.4 (a.294); Const. C. 2.52.5 (a.312); Diocl./Maxim. C. 3.29.4 (a.286) = Frg. Vat. 282; Alex. C. 4.44.1 (a.222); Iust. C. 5.74.3.1 (a.529); Paul. sent. 1.9.4. – Nicht gegen den Erben, Ulp. 3 ed. D. 4.7.4.6; Paul. 11 ed. D. 4.7.5; Ulp. 13 ed. D. 4.7.4.6. – Aber passiv vererblich *iir.* wegen *capitis deminutio*: Ulp. 12. ed. D. 4.5.2.5; und a*ctio restitutoria* im Bereich des *SC Vellaeanum* (falls als *iir.* anzusehen): Ulp. 29 ed. D. 16.1.10. – *Lenel*, EP § 39, 112; § 41, 116; *Krüger*, SZ 60 (1940) 81–83 (Kaisergesetze aus klassischer Zeit). – Zur Frage einer Haftung des Erben s. *Lübtow*, Metus causa (1932) 299–313; *Hartkamp*, Zwang (1971) 283–292.

[111] Paul. 1 sent. D. 4.4.24 pr.; Gai. 4 ed. prov. D. 4.4.27.1; Ulp. 13 ed. D. 26.7.25; Pap. 2 resp. D. 27.3.20.1. – *Wacke*, SZ 124 (2007) 116–144.

[112] Heute viel diskutiert, s.: *Lübtow*, Metus causa (1932) 183–207, 273–296 („Mittäter"); *Hartkamp*, Zwang (1971) 190, 201–277; *Hartkamp*, Ess. Daube (1974) 131–160; *Impallomeni*, RIDA 21 (1974) 356–361; *Kupisch*, Restitutio (1974); *Kaser*, SZ 94 (1977) 101–183; *Kaser/Hackl*, RZ 424 f.; *Kroppenberg*, Insolvenz (2001) 438–447; *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung (2003) 133–160; *Klausberger*, SZ 124 (2007) 342–349; *Robra*, Drittwirkung (2014). – Ebenso abhängig von den Umständen die Stellung des Bürgen. – Zur Drohung durch Dritte s. *Lübtow*, Metus causa (1932) 114 f.

[113] Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.1; Paul. 1 dec. D. 4.4.38 pr.; Scaev. 2 dig. D. 4.4.39 pr.; Ulp. 12 ed. 4.6.28.6; Ulp. 13 ed. D. 26.7.25; Pap. 2 resp. D. 27.3.20.1; Scaev. 28 dig. D. 45.1.122.5; Sev./Ant. C. 2.43.1 (a.204); Ant. C. 2.37.1 (a.214); Diocl./Maxim. C. 7.50.2 (a.294); Gai. 4.57. – Beispiel für den „Instanzenzug" vom Prätor über den *praefectus urbi* zum Kaiser: „die schöne Rutiliana", Paul. 1 dec. D. 4.4.38 pr.; s. u. – *Raggi*, Restitutio (1965) 117–156; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 244 f.

[114] Scharfe Trennung von „età classica" und „postclassica", ohne eigenständige Bedeutung der *cognitio extra ordinem*, noch bei *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 197–221.

[115] *Carrelli*, Ann. Bari 1 (1938) 210–221; *Levy*, Ges. Schr. I 451–455; *Cervenca*, Labeo 7 (1961) 201–209; *Cervenca*, St. Betti II 209–228; *Cervenca*, Restitutio (1965) 61–125; *Cervenca*, St. Biondi I 616–625; *Raggi*, Restitutio (1965) 82–90, 176 f.; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 235–250; *Sargenti*, BIDR 69 (1966) 215; *Fabrini*, Labeo 13 (1967) 200–230; *Litewski*, SZ 84 (1967) 530–537; *Kupisch*, Restitutio (1974) 105 f., 124–131; *Palazzolo*, Potere (1974) 175–180; *Kaser*, SZ 94 (1977) 103 f., 151–155; *Buigues*, Rescisión (1992) 121–132; *Kaser/Hackl*, RZ 439, 446, 459, 493 f. – Schwierigkeit der Zuordnung der Quellen, ob z. B. Marcell. D. 4.1.7 pr. (*praeco*) dem Formularprozess (so *Palazzolo*, Potere [1974] 186 f.) oder der *extra ordinaria cognitio* (*Cervenca*, Iura 12 [1961] 197–209; *Brutti*, Dolo processuale II [1973] 333–336; *Kaser/Hackl*, RZ II 478) zuzuordnen ist; ebenso kontrovers z. B. das Erfordernis der Ladung des Gegners auch im Formularverfahren (s. o.). „Für eine Zuordnung einzelner Digestenstellen zu bestimmten Prozessgestaltungen, wie zum alten Legisaktionenverfahren, zum klassischen Formularprozess oder zum spät- und nachklassischen Kognitionsverfahren, existieren kaum zuverlässige Kriterien"; so *Wacke*, GS Mayer-Maly 492, in anderem Zusammenhang.

über das Edikt hinausgehen, von einem anderen Amtsträger als dem Prätor oder wenn sie von dem Kaiser beschieden werden[116] oder wenn sie in der Berufung erfolgen. Die ediktalen Restitutionsgründe werden - wie der Codex zeigt - unter kaiserlicher Kontrolle und auch in Provinzialsachen weiter genutzt;[117] neue Restitutionsgründe werden geschaffen.[118] Die Kaiser nehmen hieran von Anfang an teil;[119] die Zuständigkeit wird auf die kaiserlichen Funktionäre ausgedehnt.[120] Das Ermessen des Prätors wird gleich-

[116] Die oben genannten, vermutlich nicht-ediktalen Restitutionsgründe *dolus*, Irrtum oder sonstige *restitutio litis*. Weitere Beispiele bei *Kaser*, SZ 94 (1977) 152 f., und *Kaser/Hackl*, RZ 493 f. Anm. 70 und 72, u. a.: Marcell. 3 dig. D. 4.1.7 pr. 1; Ulp. 11 ed. D.4.4.9 pr.; D. 4.4.13 pr.; D. 4.4.16.5; Iul. 36 dig. D. 5.1.75; Paul. 15 Plaut. D. 8.3.35 mit Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.9 (dazu *Cervenca*, Labeo 7 [1961] 201–209); Call. 5 cogn. D. 42.1.33 („unser ältestes Zeugnis" nach Kaser a. a. O.); Call. 1 fisc. pop. D. 49.14.3.9 mit Mod. enucl. cas. sing. D. 4.6.33 pr. (anders Ulp. 54 ed. D. 49.14.7); Sev./Ant. C. 2.12.4 (a.207); Diocl./Maxim. C. 3.29.4 (a.286) = Frg. Vat. 282; s. auch Inst. 2.19.6; Gai. 2.163; Suet. Claud. 14; s. insbes. Call. 2 ed. mon. D. 4.6.2 pr.; Pap. 6 resp. D. 29.2.86 pr.

[117] Ausdrücklicher Hinweis auf das Minderjährigen-Edikt: Diocl./Maxim. C. 2.32.1 (a.294); Gord. C. 5.71.2.1 (a.239); Diocl./Maxim. C. 5.71.11.1 (a.290). – Weitere Beispiele Diokletians bei *Kaser/Hackl*, RZ 493 Anm. 71.

[118] *Cervenca*, Restitutio (1965) 66–83; *Palazzolo*, Potere (1974) 175–177, 183: ein System der „*cognitaria*" Restitution neben dem „prätorischen" System der ediktalen *in integrum restitutiones*.

[119] Im Hinblick auf Wiedereinsetzungen eines der frühesten Zitate: Augustus oder Tiberius bei Paul. 15 Plaut. D. 8.3.35 mit Ulp. 70 ed. D. 43.19.1.9 (dazu *Honoré*, Emperors [1994] 6). – Weitere Kaiserzitate in den Digesten, einige anekdotisch, oder Berichte von Beratungen: Ulp. 13 ed. D. 4.1.6; Marcell. 3 dig. D. 4.1.7 pr.,1; Ulp. 11 ed. D. 4.2.9.3; D. 4.4.3.1; D. 4.4.7.9,10; Paul. 11 ed. D. 4.4.10; Ulp. 11 ed. D. 4.4.11.2; D. 4.4.18.1–4; D. 4.4.20.1; Ulp. 11 ed. D. 4.4.22; Scaev. 2 dig. D. 4.4.39 pr.; Call. 1 ed. mon. D. 4.4.45.1 (dazu *Brutti*, Dolo processuale II [1973] 471–487); Call. 2 ed. mon. D. 4.6.2 pr.; Ulp. 12 ed. 4.6.26.9; Ulp. 3 ed. D. 5.1.2.3; Pap. 6 resp. D. 29.2.86 pr. (*stricto iure non competit*); Call. 5 cogn. D. 42.1.33; Paul. 62 ed. D. 42.8.7; Call. 5 cogn. D. 48.19.27 pr. (Strafrecht); Mac. 2 app. D. 49.1.9; Call. 1 fisc. pop. D. 49.14.3.9. – Dazu im Codex, insbes. bis zu Diokletian, z. B. Sev./Ant. C. 2.12.4 (a.207); Diocl./Maxim. C. 4.44.5 pr. (a.293); C. 4.44.10 (o. A.) (dazu *Kaser*, SZ 94 [1977] 155 f.); Iust. C. 6.30.22 (a.531); C. 7.45.8 (o. A.); C. 2.19 bis 2.54 . – Inst. 2.19.6; Gai. 2.163 (dazu *Cervenca*, in: Guarino/Bove, Gaio nel suo Tempo [1966] 25–31); Gai. Fr. Aug. 2.26–33. – Reservate der kaiserlichen Rechtssetzung gegenüber der prätorischen Restitution: Ulp. 12 ed. D. 4.6.1.1; D. 4.6.28.2; s. auch Ulp. 4 ed. D. 2.14.7.7; Ulp. 6. ed. D. 3.1.1.8; Ulp. 68 ed. D. 43.8.2 pr. – Kaiserviten: Suet. Aug. 33; Claud. 14.2; 15 (dazu *May*, RHD 15 [1936] 55–97; *Orestano*, St. Biondi II 231–234; *Düll*, ANRW II.15 364–380); Nero 15; Dom. 8. – Viel Aufmerksamkeit erregt seit einiger Zeit „die schöne Rutiliana", Paul. 1 decr. D. 4.4.38 pr., dazu u. a.: *Burdese*, FS Schulz I 81–84; *Peters*, Rücktrittsvorbehalte (1973) 79–81; *Raggi*, Restitutio (1965) 118–122; *Liebs*, FS Kaser (1976) 373–389; *Kupisch*, SZ 94 (1977) 247–266; *Honoré*, Emperors (1994) 21; *Musumeci*, St. Broggini 245–261; *Wankerl*, Appello (2009) 95–110. – Allgemein: *Gaudemet*, FS Rabel II 169–203; *Cervenca*, Restitutio (1965) 66–83; *Cervenca*, St. Betti II 209–228; *Kelly*, Princeps (1957) 79–99; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 239; *Hartkamp*, Ess. Daube (1974) 133, 154; *Palazzolo*, Potere (1974) 19–27, 131–277; *Kaser*, SZ 94 (1977) 152–155; *Cerami*, AUPA 39 (1987) 8 f.; *Honoré*, Emperors (1994); *Kaser/Hackl*, RZ 439, 446, 459; 502–505; *Wankerl*, Appello (2009).

[120] Arc.off. praef. praet. sing. D. 1.11.1.2; Ulp. 11 ed. D. 4.4.16.5; Her. 1 iur. epit. D. 4.4.17; Ulp. 11 ed. D. .4.18 pr.–4; Paul. 1 decr. D. 4.4.38 pr.; Ulp. 2 off. procons. D. 4.4.42; Const. Cod. Theod. 11.30.16 (a.331): der jeweilige *iudex datus*, der *praefectus praetorio*, der *praefectus urbi*, der *rationalis*

zeitig eingeengt, indem er Entschließungen des Kaisers einzuholen und dessen Präjudizien zu beachten hat.

14 Mag auch anfangs zwischen der Prüfung des Restitutionsgrundes und der Durchführung der Restitution unterschieden worden sein,[121] so hat sich doch alsbald das Verfahren zu einem einheitlichen Vorgang vor demselben Richter zusammengezogen,[122] während sich gleichzeitig die *sententia,* die den Restitutionsgrund betraf, zu einem Zwischenbescheid ausbildete.[123] Typisch für die *iir.* im Kognitionsverfahren sind weiter die Charakterisierung als *beneficium* statt des früheren *auxilium,* die Begriffe der *contestatio* statt der *postulatio* sowie das *iudicare* für die Bewilligung der *iir.,* die Definition des Verfahrens als *lis* oder *causa,* und die notwendige Anwesenheit des Gegners.[124] Die generelle Hierarchisierung der Rechtsprechung erleichtert außerdem die Berufung gegen die Gewährung oder die Verweigerung der Restitution.

6. Nachklassische Entwicklungen

15 Konstantin wendet die jetzt so genannte *integri restitutio* nur noch auf *minores* an und verwandelt sie zu einer *actio* inmitten anderer *actiones* zur Rückforderung des Geleisteten oder zur Geltendmachung von Schadenersatz. Die mit *metus, vis, dolus* herbeigeführten Rechtsgeschäfte und Gerichtsentscheidungen und das Geschehen *in absentia* gelten nun zumeist als nichtig, so dass das Geleistete ohne weiteres zurückgefordert werden kann.[125]

16 Justinian stellt das materielle Recht und den Namen der *iir.* wieder her, fügt sogar noch weitere Tatbestände hinzu,[126] gestattet wieder die *iir.* gegen ein Urteil, restauriert aber nicht das Verfahrensrecht.[127]

(z. B. Diocl./Maxim. C. 2.36.3 pr., 1 (a.294); *alii magistratus pro iurisidictione sua*, der *praeses provinciae* Weiteres: *Cervenca*, Restitutio (1965) 62–66.

[121] Terminus *causae cognitio* u. ä. z. B. in Reskripten, die wahrscheinlich nicht das Formularverfahren betreffen: Alex. C. 2.36.2 (a.226); Ant. C. 5.71.1.1 (a.212); ebenso der Terminus „*decretum*".

[122] *De Francisci*, BIDR 68 (1965) 344 f.; *Buti*, ANRW II.14 51; *Wesener*, TR 44 (1976) 170; *Kaser/Hackl*, RZ 492–494.

[123] *Cervenca*, NNDI XV 742: Scaev. 2 dig. D. 4.4.39 pr.

[124] *Cervenca*, St. Biondi I 619; *Cervenca*, Restitutio (1965) 83–88; *Cervenca*, NNDI XV 741 f.

[125] *Schulz*, SZ 43 (1922) 202–215 (betr. *metus*); *Duquesne*, Mél. Fournier 198; *Carrelli*, SDHI 4 (1938) 5–67; *Levy*, Ges. Schr. I 455–490; *Zilletti*, Dottrina dell'errore (1961) 227–236; *Cervenca*, Restitutio (1965) 127–163; *Cervenca*, St. Biondi I 525–630; *Raggi*, Restitutio (1965) 250–265; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 235–250; *Cervenca*, NNDI XV 743; *Luzzatto*, St. Volterra II 711–722; *Kupisch*, Restitutio (1974) 70–78, 106 f.; *Kaser*, RP II 118; *Wesener*, TR 44 (1976) 170; *Kaser*, SZ 94 (1977) 101 f., 159; *Kaser/Hackl*, RZ 581 f.

[126] Wer das Eigentum einer Sache durch Ersitzung verliert, obwohl er gegen den betroffenen Vorgang die *iir.* hätte erlangen können, kann jetzt sein Eigentum mittels reszissorischer Klage zurückholen; *Kaser*, RP II 287 Anm. 31.

[127] Sein Interesse zeigen seine legislativen Akte, insbes. Ausschluss der *iir.* gegen Eltern oder Patron, Iust. C. 2.41.2 (a.531); Zuständigkeitsregelungen, C. 2.46.3 pr., 1 (a.531) und C. 3.1.14.1

IV. Restitution wegen Verfahrensmängeln

Im Formularverfahren war die *iir.* so gut wie das einzige Mittel, um ausnahmsweise ein Urteil anzufechten.[128] In derselben Funktion erhielt sie sich im Kognitionsverfahren[129] neben dem neuen Mittel der *appellatio*.[130] Gegen die *litis contestatio*[131] oder gegen das Urteil[132] wurde die *iir.* aus den bekannten Gründen[133] gewährt: wegen unwirksamer *auctoritas* eines *falsus tutor*.[134] am weitaus häufigsten wegen Minderjährigkeit[135] und 17

(a.530); Minderjährige, C. 3.1.13.11 (a.530); Fristen, C. 2.52.7 (a.531). – *Schulz*, SZ 43 (1922) 173–202 (betr. *metus*); *Cervenca*, Iura 12 (1961) 197–209; *Cervenca*, Restitutio (1965) 127–165, 187–192; *Raggi*, Restitutio (1965) 241–386; *De Francisci*, BIDR 68 (1965) 344–347; *Sargenti*, BIDR 69 (1966) 215–224; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 248 f.; *Kaser*, RP II 26, 66 f., 90–95, 119, 439; *Kaser/Hackl*, RZ 581 f., 596, 615.

[128] *Orestano*, Appello (1953) 116; *Raggi*, Impugnazioni I (1961) 6; *Kaser/Hackl*, RZ 173 f., 375 f. – *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 329–332, 531 rechnet zum Formularverfahren u. a. Paul. 11 ed. D. 4.3.25; Gai 4.57, 125; s. auch *Musumeci*, Ric. Gallo II 40: Paul. 1 sent. D. 4.4.24.5. (jedoch freundlicher persönlicher Hinweis von *Wacke*: *ex integro agere* kann man, ohne Restitutionsakt, wenn der Klageanspruch noch unverbraucht oder nur durch *exceptio rei iudicatae* gehemmt ist).– Dementsprechend der Sitz der *iir.* am Beginn des Edikts und Lenels Vermutung ediktaler Restitutionen gegen eine Prozessführung, *restitutio litis* o. ä., dazu s. u.

[129] *Duquesne*, Mél. Fournier 193 Anm. 14; und *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 329–332, 531, rechnen zur *cognitio extra ordinem*: u. a. Marcell. 3 dig. D. 4.1.7 pr., 1; Call. 5 cogn. D. 42.1.33; Alex. C. 7.58.2 (a.224). – C. 2.26: (*iir. minorum*) *Si adversus rem iudicatam.*

[130] Zu Ähnlichkeiten, Unterschieden und der Konkurrenz zwischen *iir.* und *appellatio*: Arc. off. praef. praet. sing. D. 1.11.1 pr., 1; Mac. 2 app. D. 4.1.8; Her. 1 iur. epit. D. 4.4.17; Ulp. 2 off. procons. D. 4.4.42; Mac. 2 app. D. 49.1.9; Sev./Ant. C. 2.43.1 (a.204); Diocl./Maxim. C. 7.50.2 (a.294); Alex. C 7.68.2 (a.224). – Auch unterschiedliche Fristen. – Jedenfalls, wenn die *appellatio* nicht möglich war; *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 715. – Ausführlich: *Raggi*, Restitutio (1965) 117–240; *Litewski*, RIDA 12 (1965) 402 ff., 421 f.; *Litewski*, RIDA 13 (1966) 231–287; *Litewski*, SZ 84 (1967) 530–537; *Cantarella*, SDHI 35 (1969) 99–134; *Kaser*, SZ 94 (1977) 153; *Kaser/Hackl*, RZ 480, 493, 498, 502, 615 (auch zum Ursprung der Anfechtungsmittel); *Chevreau*, Temps (2006) 281–292.

[131] *Litem restituere* in Marcell. 3 dig. D. 4.1.7.1; s. auch Gai. 3 ed. prov. D. 3.3.46.3; Iul. 4 Urs. Fer. D. 11.1.18.

[132] Ulp. 11 ed. D. 4.4.16.5; Mod. 2 resp. D. 4.4.29.1; Ulp. 2 off. procons. D. 4.4.42; Paul. D. 2 resp. D. 4.4.46 (itp.?); C. 2.26; C. 7.50. – *Raggi*, Restitutio (1965) 157; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 523–528; *Kaser*, SZ 94 (1977) 153; *Kaser/Hackl*, RZ 494, 498.

[133] *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 712–720; *Orestano*, Appello (1953) 109–116; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 327–624; *Kaser*, RP II 581 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 326, 351 f., 376 (vor wie nach dem Urteil), 498. – Dort auch zu den Fragen, welche Restitutionsgründe auch im Formularverfahren und nicht nur im Kognitionsverfahren anerkannt waren, und ob die *iir.*im Formularverfahren nur gegen die *litis contestatio* oder auch gegen das Urteil möglich war.

[134] D. 27.6.

[135] U. a. wegen Verwicklung in einen Prozess, ungeschickten Verhaltens oder Unterlassens im Verlauf eines Prozesses und Fristversäumnis: Mac. 2 app. D. 4.1.8; Ulp. 11 ed. D. 4.4.7.4; D. 4.4.7.11,12; Her. 1 iur. epit. D. 4.4.8; Ulp. 11 ed. D. 4.4.9 pr., 2; D. 4.4.16.5; Her. 1 iur. epit. D. 4.4.17; 4.4.18.1; Paul. 1 sent. D. 4.4.34.1; Ulp. 2 off. procons. D. 4.4.42; Paul. 2 resp. D. 4.4.46; Ulp. 22 ed. D. 12.2.9.2,4; Ulp. 13 ed. D. 26.7.25; Pap. resp. D. 27.3.20 pr.; Paul. 1 sent. D. 42.1.54; Ulp. 7

entschuldigter Abwesenheit,[136] auch wegen *vis* und *metus*.[137] Ohne ediktale Grundlage, allenfalls gestützt auf die Generalklausel (Ed. Ulp. D. 4.6.1.1 i. f.), erfolgten die verfahrensspezifischen Restitutionen wegen eines ausnahmsweise anerkannten *error* bei der Formelgestaltung,[138] in ein paar Fällen von Schuldnermehrheit,[139] wegen bestimmter, nach Prozessbeginn oder nach dem Urteil eingetretener erheblicher Umstände[140] und vor allem wegen der verschiedensten Arten dolosen Verhaltens im Prozess.[141]

---

disp. D. 42.1.58; Ulp. 5 omn. trib. D. 42.2.6.5; Alex. C. 2.24.2 (o. A.); Diocl./Maxim. C. 2.24.3 (a.286); Alex. C. 2.26.1 (a.231); Sev./Ant. C. 2.43.1 (a.204); Diocl./Maxim. C. 7.50.2 (a.294); Gai. 4.57; zu den freiwilligen Prokuratoren s. Paul. 2 resp. D. 4.4.46; zur Frage der Intervention des Tutors oder Kurators, s. o. – Weiteres bei *Duquesne*, Mél. Fournier 194 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 351, 481; *Bellodi Ansaloni*, Contumacia (1998) insbes. 34–41.

[136] D. 4.6; außerdem Marcell. 3 dig. 4.1.7 pr. (dazu *Mayer-Maly*, FG Lübtow [1970] 349 f.; *Brutti*, Dolo processuale II [1973] 333–336); Mac. 2 app. D. 4.1.8; Ulp. 11 ed. D. 4.4.7.12 (überarbeitet?); Her. 1 iur. epit. D. 4.4.8; Iul. 36 dig. D. 5.1.75; Her. 1 iur. epit. D. 42.1.53.2; Paul. 1 sent. D. 42.1.54; Iul. 5 dig. D. 42.1.60; Mac. 2 app. D. 49.8.1.2,3; Ulp. 50 ed. D. 50.17.140; Sev./Ant. C. 2.12.4 (a.207); Gord. C. 2.50.4 (a.239); Ant. C. 2.53.1 (a.212); C. 2.53.2 (a.215); Philipp. C. 7.43.4 (a.244); Diocl./Maxim. C. 7.43.7 (a.290); Diocl./Maxim. C. 7.43.10 (a.291); Paul. sent. 1.7.2. – Teilweise fraglich, ob direkt auf Grund der *absentia* oder auf Grund der *alia iusta causa* des Edikts D. 4.6. – *Cervenca*, Iura 12 (1961) 197–209; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) 331–336, 460–465; *Kaser/Hackl*, RZ 351, 374, 480; *Bellodi Ansaloni*, Contumacia (1998) insbes. 28–33.

[137] S. auch das besondere Edikt „*ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat*“, D. 2.7 = *Lenel*, EP § 12, 73 f.

[138] *Pluris petitio* in der *intentio* oder *condemnatio*: Gai. 4.53, 57; Inst. 4.6.33; Suet. Claud. 14; s. jedoch Diocl./Maxim., Cons. 5.6 = FIRA II 601 (a.294); 5.7 (a.295). – *Minus petere* in der *condemnatio* eines *minor*: Gai. 4.57; vgl. Alex. C. 2.26.1 (a.231). – Unterlassene Einfügung einer *exceptio*: Diocl./Maxim. C. 7.50.2 (a.294); C. 8.35.8 (a.294); Gai. 4.125. – Sachverhaltsirrtum: Ulp. 22 ed. D. 11.1.11.8 (dazu *Spengler*, Interrogatio [1994] 61–66); Iul. 4 Urs. Fer. D. 11.1.18; Ulp. 28 ed. D. 14.3.13 pr.; Ulp. 29 ed. D. 15.2.1.10. – Weitere Irrtumsfälle: Ulp. 74 ed. D. 2.11.4.5; Paul. imp. sent. cogn. prol. 2 D. 28.5.93 (92) (dazu *Brutti*, Dolo processuale I [1973] 408).– Sonstige Prozessfälle: Gai. 3 ed. prov. D. 3.3.46.3. – *Lenel*, § 45, 124 f.; *Voci*, Errore (1937) 234–248; *Schnorr von Carolsfeld*, s. v. Pluspetitio, RE XXI 615–634; *Zilletti*, Dottrina dell'errore (1961) 53–55, 167–170; *Cenderelli*, SDHI 33 (1967) 40–64; *Orestano*, St. Biondi II 227–242; *Cenderelli*, St. Grosso II 383–406; *Cantarella*, SDHI 35 (1969) 99–134; *Kaser*, SZ 94 (1977) 169 f.; *Kaser*, SZ 101 (1984) 84; *Kaser/Hackl*, RZ 264, 322–326, 351.

[139] Iul. 4 Urs. Fer. D. 11.1.18 (dazu *Spengler*, Interrogatio [1994] 74–76); Ulp. 2 disp. D. 15.1.32 pr.,1, m. Frg. Argent. I 1 a (= FIRA II 308); Paul. 4 Plaut. D. 15.1.47.3. – *Liebs*, Klagenkonkurrenz (1972) 256–263; *Kaser*, SZ 94 (1977) 170 Anm. 268.

[140] Ulp. 22 ed. D. 11.1.11.8 (dazu *Spengler*, Interrogatio [1994] 61–66); Ulp. 29 ed. D. 15.1.30.4; Papir. 2 const. D. 42.1.35; Ulp. 13 ed. D. 44.2.2; Iul. 4 dig. D. 44.7.15; s. auch Ulp. 75 ed. D. 44.2.11 pr. – *Levy*, Konkurrenz II (1918) 252–266; *Broggini*, SZ 73 (1956) 356–369; *Kaser*, SZ 94 (1977) 170; *Kaser/Hackl*, RZ 351 f.

[141] Iul. 2 dig. D. 2.10.3.1; Marcell. 3 dig. D. 4.1.7.1; Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.6; Paul. 11 ed. D. 4.3.20.1; D. 4.3.25 (dazu *Wacke*, SZ 88 [1971] 116 f.; *Kaser*, SZ 94 [1977] 149; *Slapnicar*, FG Peters 413–452); Ulp. 11 ed. D. 4.4.3.1; D. 4.4.18.1; Call. 1 ed. mon. D. 4.4.45.1; Iul. 36 dig. D. 5.1.75; Iul. 4 Urs. Fer. D. 11.1.18; Ulp. 29 ed. D. 14.5.4.5 (dazu *Kaser*, SZ 94 [1977] 150); Call. 5 cogn. D. 42.1.33; Mod. 13 resp. D. 44.1.11; Paul. 32 ed. D. 44.4.9; Call. 5 cogn. D. 48.19.27 pr.; Ant. C. 2.7.1 (a.213); Sev./Ant. C.

Die Wiedereinsetzung, vermutlich durch Dekret, und damit Beseitigung eines Verfahrensmangels, vor dem Erlass des Urteils hat wahrscheinlich im allgemeinen die Fortführung desselben Verfahrens zur Folge.[142] Hatte jedoch der Kläger nach der Abweisung seiner Klage die Restitution erlangt, dann erfolgte die, allenfalls veränderte, Wiederholung des Prozesses mit fiktizischer Klage,[143] mit Denegation der *exc.rei iudicatae vel in iudicium deducta* des Beklagten oder mit *replicatio doli*,[144] wenn nicht auf eine *actio de dolo*[145] zurückgegriffen wurde. Dem restituierten Beklagten hingegen stand gegen eine neuerliche *actio* des Klägers eine *exceptio doli* oder eine andere *exceptio*[146] zu. Mit dem Restitutionsverfahren wurde die Vollstreckung des betroffenen Urteils suspendiert.[147] Außerdem konnte die *actio iudicati* denegiert oder die Vollstreckung aus dieser verweigert werden.[148] Bereits erbrachte Leistungen waren zurückzugewähren.[149] War eine Berufungsfrist versäumt worden, dann eröffnete die Wiedereinsetzung, insbesondere wegen Minderjährigkeit oder begründeter Abwesenheit, das erneute Verfahren, sei es vor dem ursprünglichen sei es vor dem Berufungsgericht.[150] **18**

Das Restitutionsbegehren konnte sich auf einen einzelnen von mehreren Punkten[151] oder auf die Restforderung aus dem früheren Urteil beschränken.[152] Das Resti- **19**

7.58.1 (o. A.); Alex. C. 7.58.2 (a.224); C. 7.58.3 (o. A.); Gord. C. 7.58.4 (o. A.); Diocl./Maxim. C. 7.64.4 (a.285); Paul. sent. 5.5a.10; s. auch Ulp. 23 ed. D. 12.6.23.3. – *Duquesne*, Mél. Fournier 193–197; *Mayer-Maly*, SZ 71 (1954) 242–273; *Wacke*, SZ 88 (1971) 105–135, insbes. 115–128; *Litewski*, Index 3 (1972) 503–513; *Brutti*, Dolo processuale II (1973) insbes. 333–341, 429 f., 447–487, 531–536; *Kaser*, SZ 94 (1977) 152 f. (*restitutio litis*), 170; *Kaser*, RP I 242; *Mader*, FS Waldstein 219–225; *Kaser/Hackl*, RZ 351, 498.

[142] Diocl./Maxim. C. 7.50.2 pr. (a.294).

[143] S. o. zur Restitution wegen Defension durch einen *falsus tutor*; s. auch Ulp. 28 ed. D. 14.3.13 pr.; Paul. 4 Plaut. D. 15.1.47.3.

[144] Paul. 11 ed. D. 4.3.25; Ulp. 22 ed. D. 12.2.9.4 (oder *replicatio legis Laetoriae*?); Mod. 13 resp. D. 44.1.11. – *Lenel*, EP § 226, 446; *Medicus*, SZ 81 (1964) 270; *Wacke*, SZ 88 (1971) 116–119; *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 531–536; *Kaser*, SZ 94 (1977) 149 f., 158, 168; *Wacke*, TR 48 (1980) 222–225; *Kaser*, SZ 101 (1984) 386; *Ankum*, FS *Wesener* 21–33; *Kaser/Hackl*, RZ 351, 376; *Chevreau*, Temps (2006) 281, 284.

[145] Paul. 11 ed. D. 4.3.20.1; D. 4.3.25; vgl. auch Paul. 11 ed. D. 4.3.18.4; dazu *Mader*, FS Waldstein 219 f.; *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 149–166.

[146] Paul. 32 ed. D. 44.4.9. – *Wacke*, SZ 88 (1971) 116–119; *Kaser*, SZ 94 (1977) 153.

[147] Scaev. 2 dig. D. 4.4.39 pr.; Diocl./Maxim. C. 2.4.32 (a.294); Gord. C. 2.49.1 (a.239); Gord. C. 7.58.4 (o. A.). – Auch dieses eine Annäherung zwischen *iir.* und *appellatio*. – *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 718; *Litewski*, RIDA 12 (1965) 404 f.; *Raggi*, Restitutio (1965) 215–220; *Kaser/Hackl*, RZ 498.

[148] Iul. 36 dig. D. 5.1.75 (zerrüttet); Ant. C. 7.52.1 (a.213); Alex. C. 7.58.3 (o. A.); Gord. C. 7.58.4 (o. A.). – *Kaser/Hackl*, RZ 376; dort auch zur *revocatio in duplum*.

[149] Ulp. 11 ed. D. 4.4.9 pr.; Gord. C. 7.58.4 (o. A.).

[150] Mac. 2 app. D. 4.1.8; Ulp. 11 ed. D. 4.4.7.11,12; Sev./Ant. C. 2.43.1 (a.204); *Kaser/Hackl*, RZ 506, 508.

[151] Mod. 2 resp. D. 4.4.29.1; *Litewski*, RIDA 12 (1965) 403 f.

[152] Ulp. 29 ed. D. 15.1.30.4; Paul. 4 Plaut. D. 15.1.47.3; Ulp. 29 ed. D. 15.2.1.10; Alex. C. 26.7.1 (a.231). – *Kaser*, SZ 94 (1977) 171 Anm. 268.

tutionsbegehren konnte sich anfangs auch gegen die Entscheidung wenden, die derselbe Amtsträger erlassen hatte.[153] Gegen das Urteil eines niedrigeren Amtsträgers gerichtet, erfüllte es die Funktion einer Berufung. Wurde es bis zum Kaiser getragen,[154] so entschied dieser den Rechtsfall selten endgültig, sondern verwies ihn, mitsamt einer Rechtsbelehrung, zurück zur neuen Verhandlung und Entscheidung.

20 Schon im Kognitionsprozess, u. a. wegen strafbarer Urteilsbeeinflussung, dann verstärkt in nachklassischer Zeit, wird die *iir.* zurückgedrängt durch die Nichtigkeit.[155]

Auf diese Weise wurde in der römischen Antike die Aufgabe erkannt und mit der *iir.* gelöst, den Menschen, „die selbst einen Fehler gemacht oder die eine Übervorteilung erlitten haben“,[156] in geordneter Weise mit den Mitteln des Privatrechts zu Hilfe zu kommen, und so zwischen den Zielen der Rechtssicherheit und des geordneten Rechtsschutzes einerseits und den Forderungen der individuellen Gerechtigkeit und des sozialen Friedens andererseits zu vermitteln.[157]

---

[153] Arc. off. praef. praet. sing. D. 1.11.1.2; Ulp. 11 ed. D. 4.4.16.5; Her. 1 iur. epit. D. 4.4.17; Ulp. 2 off. procons. D. 4.4.42. In späterer Zeit konnte eine Entscheidung nur durch eine höhere Instanz annuliert werden; Call. 5 cogn. D. 48.19.27; Gord. C. 7.50.1 (o. A.). Keine Restitution gegen Entscheidungen eines höher gestellten Amtsträgers, unter Konstantin auch nicht gegen die des *praefectus praetorio*: Arc. off. praef. praet. sing. D. 1.11.1.1; Her. 1 iur. epit. D. 4.4.17; Const. Cod. Theod. 11.30.16 (a.331). Gegen Entscheidungen desjenigen, der *vice principis* entschieden hatte, nur Berufung an den *princeps* selbst, z. B. Philipp. C. 2.26.3 (a.245). – *Raggi*, Restitutio (1965) 117–156; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 244 f.

[154] Arc. off. praef. praet. sing. D. 1.11.1.1; Mac. 2 app. D. 4.1.8 (auch damit der restituierte Beklagte alle seine Verteidigungsmittel benutzen kann); Ulp. 11 ed. D. 4.4.9 pr.; D. 4.4.16.5; Her. 1 iur. epit. D. 4.4.17; Ulp. 11 ed. D. 4.4.18 pr.–5; Ulp. 2 off. procons. D. 4.4.42; Call. 5 cogn. D. 48.19.27 (Strafrecht); Mac. 2 app. D. 49.1.9; Diocl. C. 2.4.32 (a.294); Ant. C. 2.16.1 (a.215); Philipp./Philipp. C. 2.26.3 (a.245); Diocl./Maxim. C. 2.30.4 (a.303); Sev./Ant. C. 2.43.1 (a.204); Ant. C. 2.46.1 (a.215); Gord. C. 2.49.1 (a.239); Ant. C. 2.53.1 (a.212); Diocl./Maxim. C. 7.45.8 (o. A.); Diocl./Maxim. C. 7.50.2 (a.294); Alex. C. 7.68.2 (a.224). – *Raggi*, Restitutio (1965) 142–240; *Kaser*, Labeo 12 (1966) 245 f.; *Jobbé-Duval*, St. Bonfante III 163–216; *Litewski*, RIDA 12 (1965) 400–405, 419–421; *Kaser/Hackl*, RZ 498 Anm. 34.

[155] Call. 3 fisc. pop. D. 49.14.3.9 (Hadrian) gegenüber Ulp. D. 49.14.7 (Mark Aurel); Iul. 5 dig. D. 5.1.75 und Philipp. C. 7.43.4 (a.244) gegenüber Diocl./Maxim. C. 7.43.7 (a.290); Ant. C. 7.49.1 (a.212); Gord. C. 7.50.1 (o. A.). – *Duquesne*, Mél. Fournier 198; *Spagnuolo Vigorita*, St. Guarino III 1127; *Kaser/Hackl*, RZ 488, 497 f.

[156] Ulp. 11 ed. D. 4.1.1.

[157] *Benöhr*, FS Hausmaninger, 57.

§ 111 Aufrechnung (*compensatio*)

Pascal Pichonnaz[1]

Lombardi, Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques, BIDR 66 (1963), 35–91; *Tigar*, Automatic extinction of cross-demands: Compensatio from Rome to California, Cal. L.Rev. 53 (1965) 224–278; *Rozwadowski,* Studi sulla compensazione nel diritto romano, BIDR 81 (1978), 71–150; *Zimmermann*, Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996, 761–766; *Pichonnaz*, L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt, RIDA 46 (1999) 393–425; *Zimmermann*, Die Aufrechnung. Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht, in: FS für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, 1999, 707–739; *Pichonnaz*, The retroactive effect of set-off (compensatio), A journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code, TR 69 (2000) 541–564; *Pichonnaz*, La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventions, 2001; *Zimmermann*, Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription, 2002; *Pichonnaz*, Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di „compensatio ipso iure", RDR 2 (2002) 337–350; *Dolt*, La mise en œuvre de l'opération compensatoire: Son évolution de l'Antiquité jusqu'au XIXe siècle, TR 71 (2003) 155–186; *Pichonnaz*, La compensation commerciale à l'aune du cas de l'*argentarius*, TR 71 (2003) 29–39; *Pichonnaz*, Quelques aspects de la bonne foi (objective) dans la compensation en cas de faillite à Rome et aujourd'hui, in: Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese III, 2001, 105–124; *Zimmermann*, §§ 387–396. Aufrechnung, in: HKK BGB II.2, 2007, 2179–2249; *Zimmermann*, Die Aufrechnung, in: HWBEurPR I, 2009 (unveränd. Studienausg. 2011), 109–113.

Inhalt Rn.

I. Grundlagen 1
1. Ursprung des Begriffs *compensatio* 1
2. *Compensatio* und *retentio* 7
II. Die gerichtlichen Aufrechnungen 15
1. Die Aufrechnung bei *bonae fidei iudicia* 15
a. Das Prinzip 15
aa. Verpflichtende Aufrechnung 16
bb. Verweisung der Klage *ad separatum* 21

[1] Ich danke RA Quentin Cuendet, ehem. Assistent am Lehrstuhl für Privatrecht und Römisches Recht der juristischen Fakultät Freiburg (Schweiz), für seine Hilfe bei der Herstellung des Manuskripts.

cc. Besonderheit bei Naturalverpflichtungen 34
b. Durchführung der Aufrechnung 41
aa. Gerichtliche Aufrechnung auf Verlangen 41
bb. Folgen für die Verpflichtungen 43
cc. *Mutuae petitiones* 49
2. Die Aufrechnung gegen den *bonorum emptor* (*agere cum deductione*) 53
a. Ausgangslage 54
aa. *Bonorum emptor* 54
bb. Die Problematik 57
b. Durchführung und Wirkung der Aufrechnung beim *bonorum emptor* . . . 64
aa. Durchführung der *deductio* 64
bb. Auswirkung auf die Forderungen 69
cc. Umfang der *deductio* 72
dd. *Condictio indebiti* bei Fehlen der *deductio* 76
III. Die erzwungene Aufrechnung 78
1. Die Aufrechnung des *argentarius* (*agere cum compensatione*) 79
a. Fälle des *agere cum compensatione* 80
aa. Person des Klägers 80
bb. Typische Fallgestaltungen 84
b. Voraussetzungen des *agere cum compensatione* 90
aa. Erzwungene Aufrechnung *ipso iure* 91
bb. Eigenschaften der Forderungen 93
c. Wirkungen 99
aa. *Deductio in iudicium* 99
bb. Die Rolle der *exceptio pecuniae pensatae* 103
2. Die Rolle der exceptio doli bei actiones stricti iuris 112
a. Ausgangslage 113
aa. *Mutuae petitiones* im Formularprozess 113
bb. Stundungsreskript Mark Aurels 115
b. *Exceptio doli* als Triebfeder einer willentlichen Aufrechnung 121
aa. *Exceptio doli* und Aufrechnung 121
bb. Wirkung der erzwungenen Aufrechnung 125
IV. Die Aufrechnung in den *cognitiones extra ordinem* der postklassischen Zeit 127
1. Vereinheitlichung der Aufrechnung 127
a. Gründe der Vereinheitlichung 128
b. Evidenz in den Quellen 130
2. Durchführung der Aufrechnung 133
a. Notwendigkeit der Geltendmachung 134
b. Gegenseitigkeit 137
c. Forderungen aus verschiedenen Rechtsgründen (*ex omni causa*) 138
d. Gattungsgleichheit und Liquidität 139
3. Wirkung der Aufrechnung 141
a. *Deductio in iudicium und praescriptio rei iudicatae* 141
b. Fehlen jeglicher Rückwirkung 146
V. Die Aufrechnung in Justinianischer Zeit 147
1. Ausgangslage im Jahr 531 n.Chr. 147
2. Änderung durch die justinianische Konstitution von 531 n.Chr. 151
a. Liquidität der Gegenforderung 152

b. Ausschluss der Aufrechnung beim Verwahrungsvertrag 154
aa. Für Nebenforderungen mögliche Aufrechnung 156
bb. Förderung einer sofortigen Rückgabe 157
c. Notwendigkeit der Geltendmachung der Aufrechnung 158
aa. Verfahrensrechtliches Argument 160
bb. Wortlautargument 161
cc. Teleologisches Argument. 162
dd. Systematisches Argument 163
ee. Klassizismus Justinians 164
d. Materielle Wirkung *ex nunc* 166
aa. Novationsfunktion der Verurteilung 168
bb. Umwandlung des Begriffs *actio* 169

I. Grundlagen

1. Ursprung des Begriffs *compensatio*

Die Begriffe *compensare* und *compensatio* wurden schon am Ende der römischen Republik benutzt.[2] Meistens bedeuten sie „Entschädigung", „Ersatz einer verlorenen Sache" oder „Abgeltung eines Mangels, einer Eigenschaft". **1**

Diese Verwendung könnte den Eindruck erwecken, dass der Begriff *cum-pensatio* vom Abwiegen von Objekten mit einer zweiarmigen Waage kommt. Wie die *solutio per aes et libram* konnte dieser Prozess während einer Zahlung erfolgen. Daher vertreten einige Autoren die Auffassung, dass *compensatio* nur „fiktive gegenseitige Zahlung" bedeutete.[3] Allerdings lässt die bildliche Verwendung des Begriffs in der Literatur darauf schließen, dass dieser ursprünglich kein Fachterminus war.[4] **2**

Labeo war wahrscheinlich der erste, der *compensatio* als Fachbegriff verwendete.[5] Man findet die fachliche Definition in einem Fragment Modestins (Mod. 6 pand. D. 16.2.1): *compensatio est debiti et crediti inter se contributio.* Obwohl die *Institutiones* des Gaius nur drei Möglichkeiten der *compensatio* kennen (Gai. 4.61–68), scheint Modestin die *compensatio* als eine allgemeine Institution zu betrachten.[6] **3**

Die allgemeine Definition Modestins führt zu drei Beobachtungen: **4**

1. Der Begriff *contributio* wird nicht im technischen Sinn verwendet, sondern bezeichnet die generelle Einbeziehung einer Forderung und einer Schuld.[7]

---

[2] S. insbesondere Cic. off. 2.19.69; Cic. Tusc. 5.33; Cic. Flacc. 29 a. E.; Cic. nat. deor. 1.9; Cic. fin. 30.97; Cic. Pis. 30 a. E.; Liv. 36.37.5; Hor. sat. 1.3.69,70; Ov. epist. 3.51; Sen. Herc. 1335–1336; Petron. 141; Plin. paneg. 37.

[3] Vgl. *Donellus*, lib. 16. cap. 15 (t. 4, col. 839), Nr. 1 und die weiteren Autoren, u. a. auch *Pothier*, Traité des obligations, Nr. 623, 639.

[4] Vgl. insbesondere Pomp. D. 40.41.1.

[5] Ulp. 66 ed. D. 16.2.13.

[6] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 35.

[7] Vgl. insbesondere Alex. C. 6.50.6.1 (a.223).

2. Der Begriff *compensatio* beschränkt sich nicht auf eine Vertragspartei.[8]
3. Es existieren bereits vor der *compensatio* vorbestehende Schulden (*debiti*) und Forderungen (*crediti*).

5 Der Sinn der *compensatio* im klassischen römischen Recht und zu Zeiten Justinians ist somit wahrscheinlich weiter gefasst als im modernen Recht.[9] Die Kompensation im Sinne von D. 16.2 und C. 4.31 kann sowohl das rechtliche Handeln einer Partei bezeichnen[10] als auch die Wirkung auf die Forderungen oder die Institution als solche.

6 Im Folgenden werden die Forderungen nach dem Kläger bezeichnet:

1. Die Hauptforderung bezeichnet die Forderung des Klägers;
2. Die Gegenforderung bezeichnet die Forderung des Beklagten.

2. *Compensatio* und *retentio*

7 Die *retentio* (Zurückbehaltung; → § 112) kann man als Mittel des Beklagten, der im Besitze des Streitgegenstands ist, definieren, den Kläger zu zwingen, seine Schuld vor der Entscheidung des Richters in der Sache zu bezahlen.[11] Die Unterscheidung zwischen *compensatio* und *retentio* ist mitunter problematisch.[12]

8 Im Formularprozess kann man *compensatio* und *retentio* unter verschiedenen Gesichtspunkten vergleichen:

9 a. *Verfahren.* Im Formularprozess ist das Verfahren für beide Institutionen dasselbe. In den *bonae fidei iudicia* (→ §§ 78–90) kann sich der Richter direkt auf die Formel *ex fide bona* stützen, um den Ausgleich anzuordnen. Das Gleiche gilt, wenn er dem Beklagten ein Recht auf *retentio* einräumt: Die *exceptio doli* wird als der *ex fide bona* Formel innewohnend betrachtet (→ § 108 Rn. 58 f.).[13] In den *iudicia stricti iuris* (abgesehen von *argentarius* und *bonorum emptor*) kann der Beklagte seinen Anspruch gegen den

---

[8] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 39.

[9] *Lombardi*, BIDR 66 (1963) 37.

[10] Durch den Kläger, der eine Deduktion vornimmt, Pap. 3 resp. D. 16.2.18.1; Gai. 4.64, oder der weniger einklagt (*secundum debebit compensare*) Ulp. 29 ed. D. 15.1.9.8; Ulp. 48 Sab. D. 23.3.38; oder auf seine Klage verzichtet, um seine Schuld zu bezahlen Paul. 16 Plaut. D. 40.7.20.2; Paul. 22 ed. D. 9.4.17 pr.; Paul. 51 ed. D. 50.16.76 (= Paul. 51 ed. D. 40.12.19); Pomp. 35 Sab. D. 20.4.4; Ulp. 36 Sab. D. 25.2.7; Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.1; durch den Beklagten, der die *exceptio doli* hervorhebt, Paul. 32 ed. D. 16.2.9.1 (*compensare possit*); Gai. 9 ed. prov. D. 16.2.5 (*velit compensare*); Pap. 3 quaest. D. 16.2.16 pr. (*vult compensare*); Ulp. 36 ed. D. 27.4.1.4 (*utrum compensare an petere velit sumptus*); Pap. 20 quaest. D. 22.3.26 (*compensare vellet*); Ulp. 63 ed. D. 16.2.10.1 (*compensare potens*); Ulp. 63 ed. D. 16.2.10.3 (*poterit obiici compensatio*); durch den Richter, Gai. 4.63.

[11] S. *Bürge*, Retentio (1979) 12; *Dernburg*, Kompensation (1868) 367; *Nardi*, Ritenzione I (1947) 3; *Nardi* ET 40 (1989) (n.g.).

[12] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 51–63; *Dernburg*, Kompensation (1868) 366 f.; *Bürge*, Retentio (1979) 223; *Nardi*, Ritenzione I (1947) 9; *Biondi*, Iudicia bonae fidei (1920) 126; *Lombardi*, BIDR 66 (1963) 44; *Marrone*, Iura 6 (1955) 170–178.

[13] *Ernst*, Exceptio non adimpleti contractus 11, 33; *Ernst*, Einrede (2000) 48 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 262; *Nardi*, ED 40 (1989) 1363–1369; *Knütel*, SZ 84 (1967) 134.

Kläger auf zwei Weisen geltend machen: Erstens kann er das Einfügen der *exceptio doli* in die Formel verlangen; zweitens kann er vom Prätor fordern, dass er dem Kläger während der Phase *in iure* die *actio* verweigert (*denegatio actionis*[14]). Der Hauptunterschied zwischen den beiden Institutionen liegt somit darin, dass die *retentio* in der *actio ex fide bona* zu keiner reduzierten Verurteilung des Beklagten führt.[15]

b. *Funktion.* Beide Institutionen sollen eine ungerechtfertigte Bereicherung des Klägers verhindern,[16] insbesondere in Fällen, in denen der Beklagte für seine Gegenforderung keine *actio* gegen den Kläger hat.[17] In den meisten Fällen bot das Prinzip der *condemnatio pecuniaria* (→ § 12 Rn. 41) einen angemessenen Schutz des Beklagten.[18] Dieses Prinzip machte eine Unterscheidung zwischen *retentio* und *compensatio* kaum möglich.[19] **10**

c. *Anwendungsbereich.* Die Anwendungsbereiche der beiden Institute sind unterschiedlich, da der Beklagte die *retentio* nur dann ausüben kann, wenn er eine Sache besitzt,[20] deren Über- oder Rückgabe vom Kläger verlangt wird.[21] Im Gegensatz dazu erfordert die *compensatio* nur das Vorliegen einer bestimmten Forderung. **11**

Die Verwandtschaft zwischen *retentio* und *compensatio* hat gewisse Autoren[22] dazu geführt, die Existenz eines echten Rechts zur *retentio* für die *bonae fidei iudicia* im Formularverfahren in Frage zu stellen. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die *retentio* dort zuweilen anerkannt war, nämlich dann, wenn der Kläger andernfalls von einem unrechtmäßigen Vorteil profitiert hätte, oder wenigstens wenn die Stellung des Beklagten übermäßig beeinträchtigt gewesen wäre.[23] **12**

In der *cognitio extra ordinem* kann der Richter die Urteilssumme reduzieren, falls der Beklagte in einer *actio ex fide bona* oder durch eine *exceptio doli* Aufwendungen vorbringt.[24] Gleichzeitig ist aber auch eine Verurteilung *in natura* möglich. In diesem Fall erlangt die *retentio* ihre eigentliche Bedeutung, denn dann ist keine *compensatio* möglich. **13**

---

[14] Vgl. vor allem *Benöhr*, Synallagma (1965) 36; *Bürge*, Retentio (1979) 25–28; *Kaser/Hackl*, RZ 258; *Impallomeni*, Scr. 631–642; *Ankum*, SZ 102 (1985) 453–469; *Metro*, Denegatio actionis (1972) 76 f.; contra: *Nardi*, ED 40 (1989) 1365.

[15] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 54.

[16] *Bürge*, Retentio (1979) 12, 207; *Ernst*, Exceptio non adimpleti contractus 15, 22.

[17] Vgl. insbesondere *Ernst*, FG Flume 12; *Biondi*, Iudicia bonae fidei (1920) 122.

[18] *Ernst*, FG Flume 27–31; *Ernst*, Einrede (2000) 48.

[19] *Marrone*, Iura 6 (1955) 171; *Bürge*, Retentio (1979) 163; *Kaser*, RP I 529; *Benöhr*, Synallagma (1965) 98 f.; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 55; contra: *Nardi*, Ritenzione I (1947) 11 und 28; *Biondi*, Compensazione (1927) 211.

[20] *Ernst*, FG Flume 34; *Ernst*, Einrede (2000) 48.

[21] *Schanbacher*, SZ 114 (1997) 233–271.

[22] Vor allem *Marrone*, Iura 6 (1955) 171; *Biondi*, Iudicia bonae fidei (1920) 126; *Nardi*, ED 40 (1989) 1364.

[23] *Bürge*, Retentio (1979) 207; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 58 f.

[24] S. insbesondere Diocl./Max. C. 3.32.16 (a.293); auch *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 60.

14 Abschließend ist festzuhalten, dass die Beziehung zwischen *compensatio* und *retentio* das Ergebnis des Fortschritts des Verfahrenssystems und der Entwicklung der *compensatio* ist. Dabei muss beachtet werden, dass das Recht zur *retentio* immer ein Druckmittel des Beklagten ist, das die Vertragsbeziehungen nur für den Moment ändert und dessen Ziel die Befriedigung des Klägers ohne Veränderung des Umfangs der Forderung ist. Im Gegensatz dazu beeinflusst die *compensatio* die Höhe der Verurteilung oder der Klage, und daher der Forderungen, dauerhaft.[25]

II. Die gerichtlichen Aufrechnungen

1. Die Aufrechnung bei *bonae fidei iudicia*

a. Das Prinzip

15 Gaius befasst sich mit den *bonae fidei iudicia* an zwei Stellen der *Institutiones*: Gai. 4.61 und 4.63. Daraus ergibt sich, dass man zwischen der Pflicht des Richters zur Aufrechnung und der Möglichkeit, die Forderung *ad separatum* zu verweisen (d. h. sie in einem anderen Verfahren einzuklagen), unterscheiden muss.[26]

aa. Verpflichtende Aufrechnung

16 Nach Gai. 4.63 hat der Richter, der mit einer Gegenforderung des Beklagten konfrontiert ist, zwei Möglichkeiten:

17 (1) Der Richter hat die *potestas*, frei zu entscheiden, ob er die Gegenforderung berücksichtigen und aufrechnen möchte.[27] Die gleiche Idee findet sich in Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.4.[28] Die Formel selbst erwähnt die Aufrechnung nicht. Das heißt, dass der Richter den Beklagten verurteilen kann, die gesamte Hauptforderung zu bezahlen, ohne sein *officium* zu verletzen, selbst wenn sich der Beklagte einer Gegenforderung berühmt. In diesem Fall kann diese später wieder geltend gemacht werden; der Beklagte wird dann *ad separatum* verwiesen.[29]

18 (2) Pflicht zur Berücksichtigung der Gegenforderung. In einigen Fällen, in welchen es seiner Aufgabe nach erforderlich ist, *muss* der Richter die Gegenforderung berücksichtigen.[30] Er muss dann bestimmen, was der Beklagte dem Kläger nach der *bona fides* schuldet.[31] Wenn die Billigkeit es erfordert, dass der Beklagte wegen einer Gegenfor-

---

[25] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 62; *Lombardi*, BIDR 66 (1963) 44; *Nardi*, Ritenzione I (1947) 12; *Schwanert*, Compensation (1870) 11.

[26] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 111–198.

[27] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 90.

[28] S. auch Ulp. 10 ed. D. 3.5.7.2; Ulp. 28 ed. D. 16.2.7.1.

[29] *Kaser/Hackl*, RZ 370.

[30] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 91.

[31] *Lenel*, EP 252.

derung nicht zur Bezahlung der gesamten Forderung verurteilt wird, muss der Richter dies berücksichtigen und aufrechnen.[32] Dies ist auch Labeos Standpunkt im offensichtlich umstrittenen Fall des Auftrags.[33]

19 Die Frage der Auswahl zwischen der Verweisung *ad separatum* und der Entscheidung über die Stichhaltigkeit der Gegenforderung wird *prima facie* geprüft. Sobald der Richter die Stichhaltigkeit der Gegenforderung *in der Sache selbst* prüft, kann der Beklagte diese in einem neuen Verfahren nicht mehr geltend machen (*quasi re iudicata*).[34]

20 Wenn der Richter beginnt, die Gegenforderung in der Sache zu prüfen, danach aber auf ihre Berücksichtigung verzichtet (z. B. weil sie nicht ausreichend liquide[35] ist), ist eine Verweisung *ad separatum* wahrscheinlich möglich – *ratio compensationis habita non est a iudice.*[36] Wenn die Gegenforderung nicht liquide war, neigte also der Richter dazu, den Beklagten *ad separatum* zu verweisen.[37]

bb. Verweisung der Klage *ad separatum*

21 Eine Verweisung *ad separatum* kann nur erfolgen, wenn eine Voraussetzung der Aufrechnung nicht erfüllt ist. Dagegen ist das Bestehen der Gegenforderung eine zusätzliche Voraussetzung zur Aufrechnung, die nur geprüft werden muss, wenn der Richter darauf verzichtet, die (Gegen-)/Forderung *ad separatum* zu verweisen.

22 Wenn die Gegenforderung *prima facie* geprüft wird, muss der Richter fast unmittelbar bestimmen können, ob die Gerechtigkeit ihn dazu verpflichtet, über die Stichhaltigkeit der Gegenforderung zu entscheiden. Er *muss* einen Grund haben, um *ad separatum* verweisen zu können (Ulp. 10 ed. D. 3.5.7.2).[38]

23 Der erste mögliche Grund ist das Fehlen eines engen Zusammenhangs zwischen den Forderungen. Die Forderung und die Gegenforderung müssen im Prinzip eine gemeinsame Ursache haben (*ex eadem causa*).[39] Dieses Erfordernis ist aus mehreren Gründen folgerichtig. Zuerst war der Rahmen des Prozesses im *agere per formulas* von der *intentio* festgelegt, die nur eine Ursache erwähnte. In gewissen Fällen konnte der Richter die Gegenforderung also nicht prüfen, ohne *ultra petita* zu entscheiden. Zweitens war die in der *intentio* erwähnte Gerechtigkeit (*ex fide bona*) nicht abstrakt, sondern durch den Inhalt der *intentio* definiert.[40]

---

[32] *Dernburg*, Kompensation (1868) 87 f.; contra: *Appleton*, Compensation (1895) 68.

[33] Labeo bei Paul. 31 ed. D. 17.1.10.9; s. *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 92.

[34] S. *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 96–110. Für den Fall der *actio contraria*, s. Ulp. 10 ed. D. 3.5.7.2.

[35] Iust. C. 4.31.14 (a.531); s. auch H/S ad h. v.

[36] S. Ulp. 10 ed. D. 3.5.7.2.

[37] Die gleiche Vorstellung findet sich auch in Ulp. 36 ed. D. 27.4.1.4; Ulp. 28 ed. D. 16.2.7.1; s. auch *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 110.

[38] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 116 f.

[39] Gai. 4.61.

[40] S. *Kaser*, RP I 556; *Zimmermann*, LO 321 f.; *Ernst*, RM 8; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 113.

24 Trotz des restriktiven Wortlauts der Formel sind einige Autoren der Meinung, dass die Aufrechnung *ex dispari causa* im *bonae fidei iudicium* sogar vor Etablierung der *cognitio extra ordinem* ebenfalls möglich war.[41] Sie stützen sich auf die Tatsache, dass die *bonae fidei iudicia* die *exceptio doli* enthalten,[42] sowie auf eine analoge Anwendung der Voraussetzung einer Aufrechnung in den *iudicia stricti iuris*. Nach diesen Autoren ist es auch unwahrscheinlich, dass die Römer mehr als ein Jahrhundert gewartet hätten, um die Aufrechnung *ex dispari causa*, die im *iudicium stricti iuris* schon möglich war, zuzulassen.

25 Zu dieser Frage kann es keine definitive Antwort geben, denn kein Text bestätigt oder verneint diese Möglichkeit. Meines Erachtens rechtfertigen aber mehrere Elemente des *agere per formulas* eine differenzierte Behandlung zwischen *bonae fidei iudicia* und *iudicia stricti iuris*.[43] Erstens schwankt die Natur des Aufrechnungsprozesses. In den *iudicia stricti iuris* war im Gegensatz zu den *bonae fidei iudicia* eine Änderung der Formel erforderlich. Zweitens kann der Aufrechnungsprozess verschiedene Grundlagen haben. In den *iudicia stricti iuris* gab es einen *dolus praesens* nur, wenn die Gegenforderung festgelegt war, während die Klausel „*ex fide bona*“ erlaubte, die einfach nachweisbaren Forderungen in Betracht zu ziehen. Drittens war diese differenzierte Situation gerecht: Selbst wenn es nicht möglich war, die Aufrechnung *ex dispari causa* im *bonae fidei iudicium* geltend zu machen, konnte der Beklagte einer *actio iudicati* immer die *exceptio doli* entgegenhalten. Abschließend war die Rechtslage vielleicht technisch komplex. Es bedarf aber keiner Aufrechnung *ex dispari causa*, die der Text der Formel nicht erlaubte.[44]

26 Geht man davon aus, dass eine gemeinsame Ursache für die Aufrechnung in den *actiones ex fide bona* nötig war, hatte also die moderne Voraussetzung der Gegenseitigkeit keine eigenständige Bedeutung.[45] Einen Sonderfall gibt es aber, wenn eine Partei *alieni iuris* ist und somit den *paterfamilias* durch ihre Handlungen bindet.[46] Doch besteht kein Grund zur Annahme, dass es in diesem Fall keine Gegenseitigkeit gab.[47]

27 Sogar wenn die Bedingung der gemeinsamen Ursache erfüllt ist, verweist der Richter den Beklagten mitunter *ad separatum*. Grund dafür ist insbesondere die unzureichende Intensität des Zusammenhangs zwischen den gegenseitigen Leistungen.[48] Man muss zwei Fälle unterscheiden:

---

[41] *Dernburg*, Kompensation (1868) 95; *Desjardins*, De la compensation 49–59; *Siber*, Compensation (1899) 4 f.; *Stampe*, Compensationsverfahren (1886) 41; *Scheurl*, Römisches Recht (1853) 160; *Thielmann*, Privatauktion (1961) 170; *Wubbe*, TR 27 (1959) 222.

[42] Schon *Cujas*, ad C. 4.31 (Vol. 2, Slg. 66); s. auch *Stampe*, Compensationsverfahren (1886) 41.

[43] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 120–123.

[44] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 124–137.

[45] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 138–147.

[46] Gai. 2.86,87.

[47] S. dazu *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 143–147.

[48] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 148–156.

– In synallagmatischen Verträgen beruft sich eine Partei auf Aufrechnung zumeist dann, wenn die andere ihre Leistung schon ausgeführt hat, aber aus dieser Leistung andere Ansprüche entstanden sind (also z. B. Preisbezahlung gegen Schadenersatz für Sachbeschädigung). In diesem Fall gibt es zwei Gründe für die Verpflichtung des Richters zur Berücksichtigung der Gegenforderung: die Verfahrensökonomie, da es für beide Fragen nur eine Tatsachengrundlage gibt, und die Einheit der gestellten Frage in der *intentio*.[49]
– In den unvollkommen zweiseitigen Verträgen ist der Zusammenhang zwischen den Forderungen loser. Daher ist die Verfahrensökonomie von geringerer Bedeutung und die Einheit der gestellten Frage weniger offensichtlich.[50]

28 Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass die Textpassagen, die die Verweisung *ad separatum* vorbringen, sich mit unvollkommen zweiseitigen Verträgen auseinandersetzen.[51] In diesen Fällen behält der Richter ein gewisses Ermessen; er wird aber umso eher *ad separatum* verweisen, je geringer die Verbindung zwischen Hauptforderung und Gegenforderung wird.[52]

29 Der zweite mögliche Grund, *ad separatum* zu verweisen, liegt darin, dass die Gegenforderung ungenügend liquide ist.[53] Obwohl Liquidität im klassischen Recht nicht definiert ist, lässt sich festhalten, dass eine Forderung illiquide ist, wenn der Betrag vom Richter nicht einfach zu bestimmen ist oder wenn sogar ihre Existenz zweifelhaft ist.[54]

30 Nach Ansicht vieler Autoren wurde dieses Erfordernis durch Justinian in einer Konstitution von 531 n. Chr. (C. 4.31.14.1) eingeführt. Obwohl kein Text der Pandekten die Liquidität der Forderung ausdrücklich erfordert, kann man aufgrund von einigen Texten davon ausgehen, dass die Illiquidität eine der Hauptursachen für die Verweisung *ad separatum* war.[55]

31 Der dritte mögliche Grund, *ad separatum* zu verweisen, ist die fehlende Fälligkeit der Gegenforderung.[56] Wenn es eine Zahlungsfrist gibt, kann man sich fragen, ob der Beklagte warten muss, bevor er sich auf Aufrechnung berufen darf.

---

[49] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 151 f.
[50] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 153–155.
[51] *Negotiorum gestio*: Ulp. 10 ed. D. 3.5.7.2; *tutoris negotiorum gestio*: Ulp. 36 ed. D. 27.4.1.4; Pomp. 5 Sab. D. 27.3.3; *commodatum:* Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.4.
[52] S. schon *Appleton*, Compensation (1895) 73 und *Cassin*, Exceptio non adimpleti contractus (1914) 21.
[53] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 157–171.
[54] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 157; s. auch schon *Appleton*, Compensation (1895) 72; auch *Kaser*, SZ 79 (1962) 448; für das moderne Recht, s. insbesondere *Engel*, Obligations (1973) 674.
[55] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 159–171, und die Besprechung von Ulp. 36 ed. D. 27.4.1.4; Pomp. 5 Sab. D. 27.3.3; Diocl./Max. C. 4.23.4 (a.294); s. auch *Appleton*, Compensation (1895) 73–76; contra: *Biondi*, Compensazione (1927) 8.
[56] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 172–180.

– In den unvollkommen zweiseitigen Verträgen scheint eine Zahlungsfrist nur schwer denkbar.[57] Die Ersatzansprüche sind am Ende des Vertrags ohnehin fällig, *a fortiori* wenn der Gläubiger der Hauptforderung die *actio directa* führt. Die Verweisung *ad separatum* wegen fehlender Fälligkeit der Gegenforderung in vollkommen und unvollkommen zweiseitigen Verträgen wurde manchmal durch einen Text Ulpians gerechtfertigt (Ulp. 28 ed. D. 16.2.7).[58] Die Möglichkeit einer solchen Verweisung *ad separatum* in der klassischen Zeit ist dennoch schwierig zu konstruieren.
– In den synallagmatischen Verträgen liegt eine Zahlungsfrist für die Gegenforderung näher. Wenn es in einem Kaufvertrag eine Zahlungsfrist gibt und der Käufer vor deren Ablauf die *actio empti* erhebt, ist es vorstellbar, dass der Verkäufer seine eigene Forderung entgegenstellt.[59] Es scheint mir richtig zu sagen, dass im Fall des Kaufes die Zahlungsfrist dem Käufer ermöglichen soll, die finanziellen Mittel zu beschaffen. Wenn er selbst vom Verkäufer einen Betrag verlangen darf, ist diese Begünstigung nicht mehr gerechtfertigt. Meines Erachtens gibt es also keine Verweisung *ad separatum* aufgrund fehlender Fälligkeit in den synallagmatischen Verträgen.[60] Die Rechtfertigung ergibt sich aus der Gerechtigkeit sowie aus der engen Verbindung zwischen den beiden Forderungen.

32 Laut einigen Autoren, die sich auf Gaius (Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18.4) stützen, musste der Richter *ad separatum* verweisen, wenn die Gegenforderung höher war.[61] Das wird indirekt aus den Stundungskonstitutionen (Mac. 2 app. D. 49.8.1.4) bezeugt; wenn der Beklagte parallel seine (Rest-)/Gegenforderung einklagte, konnte er sich gegen die *actio iudicati* aus dem ersten Urteil wehren, indem er die Stundung des Verfahrens verlangen konnte, bis über die Gegenforderung entschieden wurde.[62]

33 Man muss sich schließlich fragen, ob die Forderungen Leistungen aus verschiedenen Gattungen zum Gegenstand haben können.[63] In den *bonae fidei iudicia* war die Aufrechnung im Formularverfahren auch für solche Forderungen möglich.[64] Tatsächlich erfolgte die Verurteilung immer zu einer Geldleistung (*condemnatio pecuniaria*)[65] oder wurde wenigstens in Geld abgeschätzt. Nach der Umwandlung war also die Aufrechnung kein Problem mehr. Des Weiteren verbot Justinian in einer Konstitution von 529 n.Chr. (Iust. C. 4.34.11 pr. (a.529)) die Aufrechnung in der *actio depositi*.[66] Dieser Entscheid wurde dann in seiner Konstitution von 531 n.Chr. (Iust. C. 4.31.14 (a.531))

[57] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 173–178.
[58] Zum Text s. *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 174–178.
[59] Für die umgekehrte Situation, s. Alex. C. 4.31.7 (o.A.).
[60] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 179 f.
[61] *Rezzonico*, Compensazione (1958) 25; *Stampe*, Compensationsverfahren (1886) 46–51.
[62] S. *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 184, 650–655.
[63] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 188–198.
[64] Siehe auch *Appleton*, Compensation (1895) 63; *Ernst*, Einrede (2000) 42.
[65] *Kaser/Hackl*, RZ 372 f. Auch Ulp. 47 Sab. D. 2.9.5; Ulp. 66 ed. D. 42.1.6.1; zum Ursprung der *condemnatio pecuniaria* s. *Pennitz*, Enteignungsfall (1991) 249–252.
[66] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 192–197; *Pichonnaz*, RIDA 46 (1999) 393–425.

bestätigt. Die Begründung war aber nicht, dass die Forderungen unterschiedliche Gattungen betrafen, sondern dass es zu einem betrügerischen Verhalten führen würde (…*et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur*).[67] Es ist also anzunehmen, dass die Aufrechnung *ex dispari specie* damals möglich war.[68]

cc. Besonderheit bei Naturalverpflichtungen

Es ist zwischen der *obligatio naturalis* und einer zu einer Einrede gekoppelten Klage zu unterscheiden. **34**

(1) *Obligatio naturalis.* Im *bonae fidei iudicium* konnte der Beklagte alle Forderungen *ex eadem causa* vorbringen. Man muss sich also fragen, ob der Beklagte auch eine Naturalverpflichtung vorbringen konnte.[69] Kann der Richter aufgrund seines Ermessens den Beklagten *ad separatum* verweisen oder muss er seine Forderung in Betracht ziehen? Ulpian hat den Grundsatz aufgestellt (Ulp. 30 Sab. D. 16.2.6.30) und die Aufrechnung mit Naturalverpflichtungen zugelassen. **35**

Nach der Palingenesie Lenels beschäftigte sich das 30. Buch des Kommentar Ulpians *ad Sabinum* mit der *emptio venditio* und der *societas*,[70] die beide im *bonae fidei iudicium* klagbar sind. Das Fragment hatte ursprünglich also nicht die allgemeine Bedeutung, die ihm die Kompilatoren gaben, sondern betraf nur die *bonae fidei iudicia.* Die beiden Forderungen haben tatsächlich den gleichen Ursprung; es wäre also ungerecht, dem Beklagten einen Schutz zu verweigern, obwohl er eine bestehende Forderung hat. Für die *iudicia stricti iuris* ist die Rechtslage aber unterschiedlich, weil es auch widersprüchlich wäre, ihm die Möglichkeit abzusprechen, eine Forderung einzuklagen, aber gleichzeitig die Möglichkeit zu geben, mit irgendeiner Forderung *ex dispari causa* aufzurechnen und sie damit faktisch geltend zu machen, wie auch Paulus es betont.[71] **36**

Die Möglichkeit bei *iudicia bonae fidei*, mit Naturalverpflichtungen aufzurechnen, wird von mehreren Texten bestätigt, nämlich Paul. 32 ed. D. 16.2.9 pr. und Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.4.[72] **37**

(2) *Einredebehaftete Forderung.* Forderungen konnten auch durch eine erhobene Einrede beseitigt werden. Ein Text von Javolen schließt es aus, solche Forderungen zum **38**

---

[67] Iust. C. 4.31.14 (a. 529).

[68] S. Diocl./Max. C. 4.23.4 (a. 294); und vor allem *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 193–197; *Astuti*, ED 8 (1961) 11; *Biondi*, Compensazione (1927) 16, 168; *Dernburg*, Kompensation (1868) 499, 517; *Solazzi*, Compensazione (1950) 20.

[69] S. *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 200–214; *Burdese*, Naturalis obligatio (1955) 30–47; *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 69–83; *Kaser*, Ius gentium (1993) 158 f.; *Kaser*, SZ 83 (1966) 472.

[70] *Lenel*, Pal. 2736–2750; s. auch die Besprechung bei *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 203–205.

[71] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 205, s. auch Paul. 14 Plaut. D. 46.8.15: […] *si quis adversus petentem compensatione deductioneve usus sit, recte dictum est petisse eum videri* […].

[72] Dazu *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 207–214.

Zwecke der Aufrechnung einzuwenden (Iav. 15 Cass. D. 16.2.14).[73] Es ist aber schwierig zu sagen, ob diese Passage auch die *bonae fidei iudicia* betraf.[74] Nach Lenels Palingenesie[75] beschäftigte sich das 15. Buch *ex Cassio* mit dem *furtum* und der *bonorum venditio*, das heißt mit dem *bonorum emptor*. Die Kompilatoren haben es dann verallgemeinert und die Wörter *deductionem* mit *compensationem* ersetzt.[76]

39 Meines Erachtens beschäftigt sich der Text nur mit *peremptorischen* Einreden, die keine Naturalverpflichtung bestehen bleiben lassen.[77] Erstens verwendet Javolen tatsächlich das Wort *peremi* („zerstören", „vernichten").[78] Zweitens muss der *bonorum emptor*, der *cum deductione* klagt, den Abzug noch nicht fälliger Forderungen dulden (→ Rn. 60).[79]

40 Wenn man annimmt, dass der Text Javolens nur die peremptorischen Einreden betrifft, so ist er auf die *bonae fidei iudicia* leicht übertragbar und bleibt mit der Möglichkeit des Beklagten vereinbar, mit Naturalverpflichtungen aufzurechnen.[80]

b. Durchführung der Aufrechnung

aa. Gerichtliche Aufrechnung auf Verlangen

41 Im *bonae fidei iudicium* ist die Aufrechnung eine gerichtliche.[81] Das wirkt sich insbesondere unter zwei Aspekten aus. Zum einen muss der Richter entscheiden, ob er eine zur Aufrechnung eingewandte Forderung akzeptiert.[82] Somit war die Aufrechnung *nicht automatisch*. Zweitens führt er selbst die Subtraktion zwischen den beiden Forderungen aus und verurteilt den Beklagten, die Differenz zu bezahlen (Gai. 4.61).[83] Somit ist die Aufrechnung in der klassischen Zeit eine bloße Abrechnung[84] ohne direkte Wirkung auf das materielle Recht. Es ist nicht die Aufrechnung, sondern die *litis contestatio* oder die Verurteilung, die den materiellen Anspruch tilgt.[85]

---

[73] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 216 f.

[74] Bejahend *Solazzi*, Compensazione (1950) 75.

[75] *Lenel*, Pal. 68.

[76] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 218; *Appleton*, Compensation (1895) 217, 307; *Kaser/Hackl*, RZ 627; *Biondi*, Compensazione (1927) 172, 183; *Solazzi*, Concorso IV (1943) 183–185; *Solazzi*, Compensazione (1950) 74 f.

[77] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 220–224; man denkt insbesondere an die *exceptio quod metu causa, exceptio doli, exceptio senatusconsulti Macedoniani/Velleiani, exceptio rei in iudicium deductae, exceptio pacti conventi* (Gai. 4.121). S. *Palermo*, Exceptio (1956) 107–134; *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 243–247; *Kaser*, SZ 83 (1966) 470.

[78] H/S ad h. v.

[79] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 222, 339; Gai. 4.67.

[80] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 223 f.

[81] Dazu im Einzelnen *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 226–240.

[82] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 90, 227.

[83] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 228 f.; s. aber noch anders *Lombardi*, BIDR 66 (1963) 52; *Biondi*, Compensazione (1927) 14.

[84] *Kreller*, Iura 2 (1951) 218; *Schwarz*, SZ 71 (1951) 193; *Lombardi*, BIDR 66 (1963) 44, 46.

[85] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 229, 242–259.

Der Richter durfte aber nur auf Begehren des Beklagten aufrechnen.[86] Dies hat zwei Konsequenzen. Erstens durfte der Richter nicht von Amts wegen aufrechnen. Der Beklagte musste seine Gegenforderung nicht bereits vor dem Prätor melden, denn die Grundlage war die *ex fide bona* Klausel (Gai. 4.63). Zweitens konnte der Kläger den Beklagten nicht dazu zwingen, die Aufrechnung einzuwenden.[87] Als die *actiones ex fide bona* eine unbestimmte *intentio* hatten, war es für den Kläger kaum möglich, nur einen Teil seiner Forderung zu verlangen. **42**

bb. Folgen für die Verpflichtungen

Es ist zwischen dem Schicksal der Hauptforderung und der Gegenforderung zu unterscheiden. **43**

Für das Schicksal der Hauptforderung gilt die allgemeine Regel: Die *deductio in iudicium* führt zu ihrem Erlöschen (Gai. 3.180). Der Zeitpunkt der *deductio in iudicium* hängt von dem Ort des Verfahrens und der Art der Klage ab.[88] **44**

– Bei den *iudicia legitima* findet nicht nur die *deductio in iudicium* zum Zeitpunkt der *litis contestatio* statt, sondern die ursprüngliche Schuld entfällt dann auch von Gesetzes wegen.[89] Wegen der sabinianischen Regel, nach welcher der Beklagte sich nach der *litis contestatio* noch befreien konnte[90] (*omnia iudicia absolutoria esse*), musste bis zum Urteil eine Naturalobligation bestehen bleiben.[91]
– Bei den anderen Klagen (*iudicia imperio continentia*) entfällt die ursprüngliche Schuld nicht durch die *deductio in iudicium*; nur ab dem Zeitpunkt der Verurteilung wird die *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* eine neue Klage zum selben Gegenstand verhindern (Gai. 3.180). Bei fehlender Verurteilung ist es daher möglich, eine neue Klage zum selben Gegenstand nachträglich zu erheben (Gai. 4.106; Gai. 3.181).[92]

Ob die *bonae fidei iudicia* auch *iudicia legitima* sind, ist umstritten.[93] Allerdings muss man wegen der *demonstratio*[94] bis zur Verurteilung warten, um den Inhalt der *deductio* **45**

[86] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 231.
[87] Eingehend *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 232–240.
[88] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 242–246.
[89] *Magdelain*, RIDA 27 (1980) 255–262; *Marrone*, AUPA 24 (1955) 213; *Kaser/Hackl*, RZ 301–305, 379; *Kaser*, SZ 101 (1984) 63 f.
[90] Gai. 4.114; s. auch *Kaser/Hackl*, RZ 297; *Kaser*, Rest. 106–115, 162 f.; *Kaser*, SZ 76 (1959) 608 f.
[91] Julian bei Ulp. 47 ed. D. 46.1.8.3; Paul. 3 quaest. D. 12.6.60 pr.; Pap. 9 quaest. D. 15.1.50.2; Scaev. 1 resp. D. 46.1.60; s. auch *Cornioley*, Naturalis obligatio (1964) 228–236; *Kaser*, SZ 83 (1966) 470; *Kaser/Hackl*, RZ 300; *Burdese*, Naturalis obligatio (1955) 121–126; *Kaser*, Rest. 187 Fn. 3, 235; *Marrone*, AUPA 24 (1955) 172 Fn. 133; *Bonifacio*, St. Albertario I 102 Fn. 2 und 104 Fn. 1; *Solazzi*, Iura 8 (1957) 18 f.; *Longo*, Ricerche (1956) 236–240; *Pugliese*, St. Betti III 744–746.
[92] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 244.
[93] Dafür: *Wieacker*, SZ 80 (1963) 9–16; *Kaser*, SZ 101 (1984) 57 Fn. 259; dagegen: *Magdelain*, TR 59 (1991) 256.
[94] *Selb*, Formeln 13–15, 50; *Kaser/Hackl*, RZ 322 f.; *Sacconi*, Pluris petitio (1977) 165.

in iudicium zu kennen, selbst wenn das *bonae fidei iudicium* ein *iudicium legitimum* ist. Bei den *bonae fidei iudicia* ist es somit nicht die Aufrechnung als solche, die die Hauptforderung zum Erlöschen bringt, sondern die Unmöglichkeit, für diese Forderung spätestens ab der Verurteilung eine neue Klage zu erheben.[95]

46 Das Schicksal der Gegenforderung hängt davon ab, ob der Richter die Gegenforderung in Betracht zieht. Wenn er das nicht tut, kann die Gegenforderung nachträglich in einem anderen Verfahren geltend gemacht werden (Ulp. 10 ed. D. 3.5.7.2[96]).[97]

47 Es ist zwischen drei Möglichkeiten zu unterscheiden:

– Der Richter zieht die Gegenforderung nicht in Betracht. Der Beklagte kann die *actio contraria* dann weiterhin erheben.[98]

– Der Richter lehnt die Gegenforderung als unbegründet ab. Nach Ulpian kann die Gegenforderung dann *quasi re iudicata* – „als wäre die Sache abgeurteilt" in einer anderen Klage nicht mehr geltend gemacht werden (*exceptio rei iudicatae*).[99]

– Der Richter berücksichtigt die Gegenforderung. In diesem Fall erfolgt die Aufrechnung. Zwar ist es nicht zu einer *deductio in iudicium* gekommen, da die Gegenforderung in der *intentio* nicht erwähnt ist.[100] Man kann auch nicht sagen, dass die Aufrechnung einer Zahlung gleichstünde und deshalb eine neue Klage *ipso iure* nicht mehr möglich wäre. Würde die Forderung als erloschen gelten, so wäre auch die andernorts belegte *exceptio pensatae pecuniae* für Forderungen, die schon in einem Verfahren benutzt worden sind, nicht erforderlich.[101] Wenn die Gegenforderung benutzt wird, um die Verurteilung zu mindern, wird sie wie eine durch Verurteilung erloschene Forderung behandelt. Sie wird also nicht durch die *in iudicium deductio* automatisch zum Erlöschen gebracht und wird deshalb nur indirekt durch eine *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* neutralisiert. In anderen Worten, wenn die Gegenforderung nochmals in einer separaten Klage gelten gemacht wird, gilt sie nicht als erloschen, sondern der Beklagte kann die *exceptio rei iudicatae* erheben. Das wird in dem Sinne bestätigt, als Ulpian nur zwischen in Betracht gezogenen und nicht in Betracht gezogenen Forderungen (*post examinationem*) unterscheidet, wenn er schreibt, dass man die Gegenforderung *quasi re iudicata* betrachtet.[102]

48 Drei Punkte sind noch festzuhalten. Erstens ist es möglich, sich auf die Aufrechnung zu berufen, ohne der Hauptforderung zuzustimmen (s. Marc. 3 dig. D. 44.1.9[103]).[104] Zweitens hat das Erlöschen der Forderung keine Rückwirkung.[105] Ab

[95] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 246.
[96] S. auch Ulp. 28 ed. D. 16.2.7.1.
[97] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 247–259.
[98] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 251; s. auch *Marrone*, AUPA 24 (1955) 205–207; auch *Kaser/Hackl*, RZ 302 Fn. 9.
[99] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 252.
[100] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 254, auch 70.
[101] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 255, 540.
[102] Ulp. 10 ed. D. 3.5.7.2; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 255.
[103] *Voet*, Commentarius Vol. III 281; auch Paul. 14 Plaut. D. 44.1.8; Ulp. 28 ed. D. 50.17.43.
[104] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 257.
[105] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 258.

der Verurteilung kann der Kläger aber gegen jede neue Klage betreffend der Gegenforderung eine *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* erheben. Schließlich sind die vor der Verurteilung erfolgten Zahlungen nicht ungerechtfertigt (*indebiti*).[106]

cc. *Mutuae petitiones*

Die Arbeitshypothese lautet wie folgt: Ein Richter muss über zwei getrennte *bonae fidei* **49**
iudicia entscheiden. Die Frage ist nun, ob er die beiden Verurteilungen miteinander aufrechnen darf, wenn die *actio directa* und die *actio contraria* den gleichen Ursprung haben. Nach Auffassung mancher Autoren war in diesem Fall eine einheitliche Verurteilung obligatorisch.[107] Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Lösung nicht damit vereinbar, dass der Richter die Möglichkeit hatte, *ad separatum* zu verweisen.[108]

Das erste Hindernis für eine Aufrechnung durch *mutuae petitiones* liegt in der **50**
Schwierigkeit, die beiden Klagen dem gleichen Richter vorzulegen.[109]

1. Wenn die *litis contestationes* getrennt waren, erfolgte die Benennung des zuständigen Richters nicht unbedingt im gleichen Moment.[110] Außerdem konnte der Prozess *apud iudicem* zum gleichen Zeitpunkt nur erfolgen, wenn die *litis contestatio* auch im gleichen Moment erfolgte.[111]
2. Die Auswahl des Richters liegt bei den Parteien.[112] Falls es zu keiner Vereinbarung kam, war das Verfahren der *lex Irnitana* durchzuführen. Obwohl dieses Gesetz nur in den Provinzen anwendbar war, war das Verfahren in Rom wahrscheinlich ähnlich.[113] Meines Erachtens ist also die Ansicht, wonach der Richter mangels Vereinbarung der Parteien die Klage ablehnen musste, zurückzuweisen.[114]
3. Die Texte, nach welchen *mutuae petitiones* dem gleichen Richter unterbreitet worden sind, zeigen, dass dies nicht zwingend sein sollte.[115]

---

[106] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 259.

[107] Vor allem *Biondi*, Compensazione (1927) 15 und *Biondi*, Iudicia bonae fidei (1920) 147–149; *Partsch*, Nachgel. Schr. 60, 67–70; *Partsch*, Negotiorum gestio (1913) 54; *Savigny*, System VI 332; *Dernburg*, Kompensation (1868) 258; *Appleton*, Compensation (1895) 239.

[108] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 283–307; s. auch insbesondere *Bethmann-Hollweg*, Civilprozeß II (1865) 464–466; *Lenel*, EP 254 Fn. 1; *Provera*, Iudicia contraria (1951) 39–46; *Solazzi*, Compensazione (1950) 14–15; *Kaser/Hackl*, RZ 344; *Wenger*, Inst. 81 f.

[109] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 286 f.; a. M. *Biondi*, Compensazione (1927) 49–53; *Kaser/Hackl*, RZ 344 Fn. 4; *Solazzi*, Compensazione (1950) 110.

[110] S. *Kaser/Hackl*, RZ 286 f. Anderer Meinung: *Kaser*, RZ 215; s. auch *Kaser* SZ 84 (1967) 27–32.

[111] *Wlassak*, SZ 33 (1912) 117.

[112] S. insbesondere *Biondi*, Compensazione (1927) 49–53; *Kaser/Hackl*, RZ 195.

[113] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 288; gleicher Meinung: *Birks*, CLJ 47 (1988) 42 f.; *Lamberti*, Tabulae Irnitanae (1993) 167; *Simshäuser*, SZ 109 (1992) 186 Fn. 72. Anderer Meinung: *La Rosa*, Iura 40 (1989) 70.

[114] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 288; s. aber *Rezzonico*, Compensazione (1958) 46.

[115] S. z. B. Mod. 2 diff. D. 16.3.23; Gai. 1 ed. prov. D. 2.1.11.1; Paul. 3 Plaut. D. 5.1.22; und die Analyse von *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 290.

51 Zusammenfassend waren die *mutuae petitiones* nur von Interesse, wenn der Beklagte eine höhere Gegenforderung geltend machte, die er daher nicht ganz aufrechnen hätte können: Tatsächlich bedingt eine *missio apud eundem iudicem* die Zustimmung der Parteien.

52 Im Gegensatz zur Auffassung einiger Autoren[116] konnte sich der Richter nicht nur auf die *mutuae petitiones* stützen, um die aus dem gleichen Ursprung stammenden Verurteilungen zusammen aufzurechnen.[117] Dies beruht auf drei Gründen: Erstens waren die Befugnisse des Richters durch die Formel beschränkt, das heißt er musste ein Urteil für jede einzelne Klage sprechen (Verurteilung in der einen, Freispruch in der anderen). Das ist aber nur möglich, wenn die Forderung des jeweils anderen in beiden erwähnt wird, was nicht der Fall war.[118] Zweitens könnte man zwar sagen, dass es verfahrensökonomischer wäre, alles in einem Verfahren zu erledigen; das Ganze passt aber nicht zu den verschiedenen Gegebenheiten der Aufrechnung in den *iudicia bonae fidei*, vor allem weil es eine Verweisung *ad separatum* mit Ermessensspielraum gab.[119] Vor allem aber war drittens die Rolle der *exceptio doli* für die *actio iudicati* zentral und ermöglichte es, den Kläger dazu zu zwingen, selbst die Aufrechnung zu übernehmen, vor allem wenn die Gegenklage in einem separaten Verfahren erledigt wurde (→ Rn. 112 ff.).[120]

2. Die Aufrechnung gegen den *bonorum emptor* (*agere cum deductione*)

53 Gaius erwähnt in den Institutionen die Besonderheit der Aufrechnung gegen den *bonorum emptor* (Gai. 4.65) und vergleicht dann die Lage mit dem *argentarius* (Gai. 4.64). Bei den Klagen *stricti iuris* gibt es noch die „Selbstaufrechnung" durch die Erhebung der *exceptio doli*, die von Gaius nicht erwähnt wird, aber als bewiesen angesehen werden soll (→ Rn. 112 ff.).[121]

a. Ausgangslage

aa. *Bonorum emptor*

54 Der *bonorum emptor* kaufte das Vermögen eines Konkursiten (*fraudator*) im Falle einer *bonorum venditio* (→ § 14 Rn. 9 ff.). Nach einer ersten (kurzen) Phase, während welcher der Prätor einem Gläubiger die *missio in bona servandae causa* gab,[122] und die *missio in bona* öffentlich bekannt gab (*proscriptio*), mussten sich die Gläubiger des

[116] S. insbesondere *Kaser/Hackl*, RZ 344; *Rezzonico*, Compensazione (1958) 52–55.
[117] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 301.
[118] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 302 f.
[119] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 304 f.
[120] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 306.
[121] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 591.
[122] Paul. 59 ed. D. 42.5.12 pr.; Ulp. 52 ed. D. 36.4.5.2; *Kaser/Hackl*, RZ 392.

Schuldners bekannt machen. Wenn die Gläubiger während der *proscriptio* nicht befriedigt wurden, bezeichneten sie dann einen *magister bonorum*, der die öffentliche Versteigerung des Vermögens (*bonorum venditio*) vorbereitete.[123] Die Person, die die höchste Befriedigungsquote für die Gläubiger offerierte, bekam den Zuschlag.[124] Dieser *bonorum emptor* haftet gegenüber den Gläubigern bezüglich der angemeldeten Forderungen in der Höhe der versprochenen Quote; er konnte aber immer noch die Existenz der Forderung bestreiten (→ § 14 Rn. 22).[125]

Der *bonorum emptor* konnte Sachenrechte und Forderungen des *defraudator* ein- **55**
klagen, dank zweier *actiones utiles*.[126] Die *actio Rutiliana* (Gai. 4.35) war eine Klage mit Subjektwechsel; der Name des *defraudator* stand in der *intentio* und der Name des *bonorum emptor* in der *condemnatio*.[127] Die von der Literatur bis anhin *actio Serviana* genannte Klage hatte hingegen eine *formula ficticia*, in der der *bonorum emptor* als Erbe des Gemeinschuldners fingiert wurde (*si Aulus Agerius Lucio Tito heres esset…*).[128]

Weil die *bonorum venditio* mit der Zeit durch die *distractio bonorum* ersetzt wurde **56**
(→ § 14 Rn. 22), vor allem unter dem Verfahren der *cognitiones extra ordinem*, war die Referenz auf den *bonorum emptor* nicht mehr nötig, sodass die Kompilatoren die Referenzen systematisch geändert haben.[129] Dieses Institut muss deshalb durch die Gaius-Institutionen und eine Identifizierung in den Digestenstellen rekonstruiert werden.[130]

bb. Die Problematik

Für Gaius ist die Aufrechnung des *bonorum emptor* ein Sonderfall der Aufrechnung in **57**
den *actiones stricti iuris*.[131] Obwohl Gai. 4.65 nur eine Möglichkeit vorsieht, muss man zwischen zwei Fällen unterscheiden:

1. Eine Klage des *bonorum emptor* gegen den Gläubiger des Konkursschuldners, der seine Forderung bei der *proscriptio* angemeldet hat, und noch nicht befriedigt wurde (s. Gai. 4.65).[132]

---

[123] *Kaser/Hackl*, RZ 395.

[124] *Kaser/Hackl*, RZ 397; s. auch Gai. 24 ed. prov. D. 42.5.16.

[125] *Kaser/Hackl*, RZ 399 Fn. 34.

[126] *Kaser/Hackl*, RZ 399; *Sotty*, Utiles actiones (1977) 41.

[127] Gai. 4.35.

[128] Gai. 4.35; *Kaser/Hackl*, RZ 399; *Lenel*, EP 183, 432–433; siehe aber *Platschek*, SZ 128 (2011) 366–369, der mit guten Gründen eine neue Lektüre des Fragments wiedergibt, die zeigt, dass die *actio* nicht so hieß und der Name zuvor verschwunden war; die fiktizische Klage des *bonorum emptor* (*actio bonorum emptoris cum fictione hereditatis*) existierte aber schon.

[129] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 321; es finden sich lediglich zwei Stellen: Paul. 5 l. Iul. Pap. D. 42.5.29 und Sev./Ant. C. 4.39.1 (o.A.).

[130] S. dazu *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 322–332; auch *Pichonnaz*, Atti Burdese III, 105–123.

[131] S. *Osuchowski*, St. Volterra II 462.

[132] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 327; dagegen: *d'Ors*, SDHI 59 (1993) 179.

2. Eine Klage des Gläubigers des Konkursschuldners auf Bezahlung der Quote, wenn dem *bonorum emptor* eine Gegenforderung des Konkursschuldners gegen denselben Gläubiger steht.[133] Dieser Punkt bleibt aber mangels Texte unsicher.[134]

58 Bei den Voraussetzungen müssen vor allem fünf Aspekte hervorgehoben werden:

59 (1) *Mögliche Gattungsverschiedenheit.* Die Leistung der Gegenforderung mussten nicht unbedingt der gleichen Gattung wie die Leistung der Hauptforderung gehören.[135] Wenn die Gattungen tatsächlich unterschiedlich waren, berechnete der Richter ihren Wert, um den Abzug vorzunehmen (Gai. 4.66:…*deducto quanti id erit in reliquum experitur.*). Die Forderungen *ex delicto* waren allerdings ausgeschlossen.[136]

60 (2) *Terminbehaftete Forderungen.* Die Forderungen konnten auch einen Termin enthalten, und konnten sogar noch nicht fällig sein, was den größten Unterschied zur Situation des *argentarius* bildete.[137]

61 (3) *Keine bedingten Forderungen.* Die Forderung durften nicht bedingt sein. Paul. 60 ed. D. 35.2.45.1 lässt den Schluss zu, dass die Frage zunächst umstritten war.[138]

62 (4) *Keine peremptorische Einrede.* Die Forderung durften nicht durch eine peremptorische Einrede gehemmt sein. Ein Text von Javolen (Iav. 15 Cass. D. 16.2.14) stellt das klar: Eine Forderung muss noch bestehen, um aufgerechnet zu werden. Diese Präzisierung war vielleicht notwendig, denn es kann sein, dass die durch eine Einrede gehemmten Forderungen in der *lex bonorum vendendorum* auch eingetragen waren.[139]

63 (5) *Deliktische Forderungen.* Die *deductio* konnte auch gegen einen deliktischen Anspruch erfolgen (Ulp. 63 ed. D. 16.2.10.2).[140] Der pönale Charakter der Klage stellt also kein Hindernis für die *deductio* dar, denn sie bringt immer die Verurteilung zu einer Geldzahlung mit sich.[141]

b. Durchführung und Wirkung der Aufrechnung beim *bonorum emptor*

aa. Durchführung der *deductio*

64 Es mussten zwei formale Voraussetzungen erfüllt sein, damit der Richter die Forderungen aufrechnen durfte.

65 Erstens musste der Beklagte während der Phase *in iure*[142] die Anwendung der *actio Rutiliana* oder der fiktizischen Formel fordern, die beide in der *condemnatio*[143] eine

[133] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 328; dazu auch *Kaser/Hackl*, RZ 399 f.; *Eisele*, Compensation (1876) 53; *Lenel*, EP 428; *Solazzi*, Compensazione (1950) 94; *Solazzi*, Concorso II (1938) 145 f.; contra: *d'Ors*, SDHI 59 (1993) 178.

[134] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 329–332 zu den Beweisen.

[135] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 334–337.

[136] *D'Ors*, SDHI 59 (1993) 180.

[137] S. Gai. 4.67 und Paul. 60 ed. D. 35.2.45 pr.; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 338–347.

[138] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 348–352.

[139] *Solazzi*, Compensazione (1950) 75.

[140] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 354–357.

[141] S. aber *Siber*, Compensation (1899) 15.

[142] *Lenel*, EP 428; *Eisele*, Compensation (1876) 50; *Rezzonico*, Compensazione (1958) 40; *Solazzi*,

Klausel enthalten sollen, die die *deductio* gestattet (s. Gai. 4.66 und Ulp. 63 ed. D. 16.2.10.3).[144] Die Aufrechnung war dem Kläger tatsächlich nur auferlegt, wenn der Beklagte eine *actio cum deductione* von ihm verlangte.[145]

66 Wenn der Gläubiger des Konkursschuldners gegen den *bonorum emptor* Klage erhebt, musste er eine Klage mit Subjektswechsel bei der *actio Rutiliana* oder als fiktiver Erbe bei der *actio* mit der fiktizischen Formel benutzen.[146]

67 Zweitens musste der *bonorum emptor* im Prinzip als solcher handeln. Somit brauchte er immer die spezielle Formel, wenn er für Rechnung des Konkursschuldners handelte. Andernfalls erkannte ihm der Richter die gewöhnliche *actio* zu.[147] Ausnahmsweise durfte der *bonorum emptor cum deductione* handeln, auch wenn er sich auf ein persönliches Recht berief.[148]

68 Es war auf jeden Fall der Richter, der die Gegenforderungen aufrechnete (Gai. 4.65). Wenn diese nicht der gleichen Gattung angehörten, musste er zuweilen den Wert der Forderungen zuerst bemessen.[149] Die Aufrechnungsart war somit ähnlich wie bei den *actiones ex fide bona*. Es gab also für den *bonorum emptor* kein Risiko einer *pluris petitio*, was seine Situation günstiger als die des *argentarius* machte (→ Rn. 75–78).

bb. Auswirkung auf die Forderungen

69 Die Wirkung des *agere cum deductione* hing von der benutzten Formel ab.[150] Wenn es sich um eine Klage mit Subjektswechsel handelte (wie bei der *actio Rutiliana*) brachte die *litis contestatio* die Hauptforderung nicht automatisch zum Erlöschen. Demnach war es nötig, die *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* zu erheben, um sich einer anderen Klage über den gleichen Gegenstand zu widersetzen.[151] In den anderen Fällen war die Forderung zum Zeitpunkt der *litis contestatio* schon in ein urteilsgerichtliches Verfahren überführt worden (*res in iudicium deducitur*).[152]

Compensazione (1950) 75; *Stampe*, Compensationsverfahren (1886) 59.

[143] Gai. 4.68.; s. auch *Appleton*, Compensation (1895) 160 f.; *Kretschmar*, Compensatio (1907) 3; *Osuchowski*, St. Volterra II 463.

[144] S. *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 360; s. auch *Dernburg*, Kompensation (1868) 42; Lenel, EP 427 f.

[145] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 360; gleicher Meinung *Lenel*, EP 428 Fn. 3.

[146] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 361.

[147] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 363; *Eisele*, Compensation (1876) 50; *Rezzonico*, Compensazione (1958) 41; *Stampe*, Compensationsverfahren (1886) 59.

[148] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 363.

[149] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 364–367.

[150] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 371.

[151] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 371–376; s. vor allem *Sacconi*, Litis contestatio (1982) 117–119; auch *Giuffre*, Labeo 39 (1993) 363.

[152] *Kaser/Hackl*, RZ 295; *Geib*, Compensation (1897) 145.

70 Die Gegenforderung wurde nicht in der *intentio* erwähnt, sondern nur in der *condemnatio*.[153] Infolgedessen war sie nicht *in iudicium deducta*.[154] Doch konnte der *bonorum emptor* die *exceptio* in einem späteren Prozess auf die *res iudicata* gründen. Eine mögliche *exceptio pensatae pecuniae* war somit nicht nötig.[155]

71 Zwei Feststellungen sind noch zu treffen:[156]

1. Wie bei den *bonae fidei iudicia* hatte die Aufrechnung beim *bonorum emptor* eine rein verfahrensrechtliche Wirkung (→ Rn. 41). Die Aufrechnung, die durch den Richter erfolgte, hatte somit keine materiell-rechtliche Erlöschenswirkung.
2. Wie in den *bonae fidei iudicia* hatte die richterliche Aufrechnung keine Rückwirkung(→ Rn. 48). Die verfahrensrechtliche erlöschende Wirkung entfaltet sich ab dem Zeitpunkt des Urteils.

cc. Umfang der *deductio*

72 Der Umfang der *deductio* der Gegenforderung des Gläubigers des Konkursschuldners ist eine zentrale Frage für die *deductio* des *bonorum emptor*. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden.

73 Erstens konnte der *bonorum emptor* als Kläger handeln.[157] Die Frage war nun, ob er seine gesamte Gegenforderung geltend machen durfte[158] oder nur den Wert der vom *bonorum emptor* im Zeitpunkt des Erwerbs des Vermögens versprochenen Quote.[159] Die Autoren, die die letztgenannte Lösung verteidigen, berufen sich in erster Linie auf Gaius (Gai. 4.65). In diesem Text können die Wörter *defraudatoris nomine* zwei Bedeutungen haben: Entweder handelt es sich um die ursprüngliche Schuld des Konkursschuldners oder um die Schuld des *bonorum emptor*. Der erste Fall ist aber wahrscheinlicher.[160] Die Wörter *defraudatoris nomine* beziehen sich wahrscheinlich auf die

[153] *Kaser*, RP I 645; *Kaser*, SZ 79 (1962) 447 f.; contra: *Dernburg*, Kompensation (1868) 42.

[154] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 372; gleicher Meinung *Kaser/Hackl*, RZ 400 Fn. 37; *Appleton*, Compensation (1895) 161; *Geib*, Compensation (1897) 145; *Provera*, Pluris petitio I (1958) 94, *Rezzonico*, Compensazione (1958) 42; *Solazzi*, Compensazione (1950) 75 f.; *Thielmann*, Privatauktion (1961) 169; contra *Dernburg*, Kompensation (1868) 43; *Eisele*, Compensation (1876) 51 f.; *Biondi*, Compensazione (1927) 28 f.; *Leonhard*, Aufrechnung (1896) 51–54.

[155] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 372.

[156] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 374–376.

[157] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 378–435.

[158] So die herrschende Meinung: S. insb. *Appleton*, Compensation (1895) 164–168; *Behrends*, Zwölftafelprozeß (1974) 187 Fn. 387; *Biondi*, NNDI 720; *Buckland*, Roman law (1932) 704; *Eisele*, Compensation (1876) 47; *Karlowa*, RRG II 1392; *Kaser/Hackl*, RZ 400; *Kotzebue*, Compensation (1945) 25; *Kreller*, SZ 49 (1929) 510 f.; *Kreller*, Iura 2 (1951) 88 und 220 f.; *Leonhard*, Aufrechnung (1896) 58; *Osuchowski*, St. Volterra II 465; *d'Ors*, SDHI 59 (1993) 180; *Rezzonico*, Compensazione (1958) 14; *Scheurl*, Römisches Recht (1853) 158, 172 f.; *Siber*, Compensation (1899) 70; *Solazzi*, Compensazione (1950) 87 f.

[159] Dieser Meinung *Biondi*, Compensazione (1927) 29–31, 159; *Kaser*, RP I 645 Fn. 14; *Kaser*, RZ (1966) 312 Fn. 41; *Solazzi*, Compensazione (1950) 76–78; *Solazzi*, Concorso II (1938) 159–161.

[160] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 394.

Rutiliana-Formel, und auf die Tatsache, dass der *bonorum emptor* sich auf die Rechte des Konkursschuldners beruft.[161] Es ist schwer vorstellbar, wie eine Zahlung, die *iure praetorio* stattfand, in der Lage gewesen sein sollte, die Schuld zu reduzieren. Da der *bonorum emptor* sich gegenüber dem *magister bonorum* oder dem Gläubiger, der die *missio in bona* erlangt hatte, verpflichtete, musste er *defraudatoris nomine* klagen, sei es um einen Vermögensgegenstand zu erlangen oder die Quote der Schuld zu bezahlen.[162]

Ulpian zieht eine Analogie zwischen der Lage des *paterfamilias*, der *in solidum* für **74**
den Sohn haftet, aber nur bis zur Höhe des *peculium,*[163] und dem *bonorum emptor*, der nur bis zur Höhe der versprochenen Quote zahlen muss. Dies erklärt aber nicht, warum der Gläubiger seine ganze Forderung abziehen darf, wenn der *bonorum emptor* sie einklagt. Paulus hilft uns dabei (Paul. 32 ed. D. 16.2.9 pr.): Wenn der *paterfamilias* eine Klage *pro socio* gegen einen *socius* des Sohns einreicht, kann dieser die ganze Forderung, die er gegen den Sohn hat, aufrechnen, und nicht nur bis zur Höhe des *peculium*. Diese Ähnlichkeit wird auch durch die ähnliche Durchführung der Aufrechnung gerechtfertigt.[164]

Zweitens konnte der *bonorum emptor* als Beklagter betroffen sein.[165] Die Sachlage ist **75**
nicht streitig. Wenn der Gläubiger des *defraudator* mit der *actio Rutiliana* oder der fiktizischen Formel klagte, konnte er seine Forderung nur bis zur versprochenen Quote einklagen. Man hatte also einen Zusatz in der *condemnatio* eingefügt: *pro portione qua bona venierunt*, wie schon Lenel bemerkt hat.[166] Der *bonorum emptor* konnte eine allfällige Gegenforderung im vollen Umfang aufrechnen, da er *defraudatoris nomine* die Gegenforderung verlangt.[167]

dd. *Condictio indebiti* bei Fehlen der *deductio*

Zwei Texte von Ulpian betonen, dass der Kläger gegen den *bonorum emptor* den ganzen **76**
Betrag seiner Forderung aufrechnen kann. Der erste Text erteilt dem Kläger gegen den *bonorum emptor* eine *condictio indebiti,* wenn er vergessen hat, die *deductio* vom *bonorum emptor* zu verlangen (Ulp. 63 ed. D. 16.2.10.1). Er erhält somit den Unterschied zwischen dem, was er durch eine direkte Klage auf die versprochene Quote bekommen hätte, und der vollen Forderung, die von der Forderung des *bonorum emptor* abzuziehen wäre, hätte der Beklagte die *deductio* verlangt.[168] Somit rechtfertigt einzig die Nichtbenutzung der *deductio* diese *condictio indebiti*, weil nur deswegen die *condictio indebiti*

[161] *Kreller*, Iura 2 (1951) 221; *Kreller*, SZ 49 (1929) 510 f.
[162] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 395.
[163] Ulp. 63 ed. D. 15.1.44.
[164] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 396.
[165] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 436 f.
[166] *Lenel*, EP 428.
[167] *Osuchowski*, St. Volterra II 462 f.; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 437.
[168] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 406–417.

eine ungerechte Lösung wiedergutmachen kann. Der Gläubiger des *defraudator* hätte mehr bekommen (nämlich die volle Höhe seiner Forderung), hätte er in der Auseinandersetzung mit dem *bonorum emptor* die *deductio* verlangt, anstatt eine selbständige Klage für die Quote einzureichen.[169] Der zweite Text Ulpians scheint widersprüchlich zu sein, doch behandelt Ulp. 10 disp. D. 12.6.30 nicht den Fall des *bonorum emptor*, sondern den des *argentarius*, was dann die Nichtgewährung einer *condictio indebiti* rechtfertigen kann.[170]

77 Das Ganze bezeugt somit, dass beim *agere cum deductione* der *bonorum emptor* die ganze Forderung des Dritten abzuziehen hatte, wenn er klagte.[171] Das könnte den Eindruck erzeugen, dass die Lösung nicht gerecht war; man soll aber nicht vergessen, dass bei einer Klage *ex fide bona* auch die ganze Forderung abzuziehen war, auch wenn der Kläger ein *bonorum emptor* war.[172]

III. Die erzwungene Aufrechnung

78 Oft haben die Autoren die Lage des *bonorum emptor* auf der Grundlage von Gai. 4.66 zusammen mit der Situation des *argentarius* behandelt. Tatsächlich betreffen beide Fälle *iudicia stricti iuris*, deren Formel angepasst wird, um eine Aufrechnung zu ermöglichen. Gleichwohl sind die beiden Aufrechnungsarten grundsätzlich unterschiedlich. Das *agere cum deductione* ist eine gerichtliche Aufrechnung, die der Aufrechnung in einem *bonae fidei iudicium* ähnlich ist, während das *agere cum compensatione* des *argentarius* eine „Zwangsaufrechnung" ist. Dieser Begriff bezieht sich auf die Situation, in welcher der Kläger die Aufrechnung mit der Gegenforderung selbst erklären muss.[173] Eine Zwangsaufrechnung kann direkt aus der Formel der *actio cum compensatione* (die eigentliche *ipso iure* Aufrechnung) sowie aus der Bedrohung durch eine *exceptio doli* für das Schicksal der *actio stricti iuris* entstehen.

1. Die Aufrechnung des *argentarius* (*agere cum compensatione*)

79 Die Schwierigkeit, die Konturen für die Aufrechnung des *argentarius* festzulegen, liegt darin, dass der *argentarius* in justinianischer Zeit nicht mehr vorhanden war. Die Kompilatoren haben also die Digestenstellen angepasst, meistens durch eine Verallgemeinerung der *actiones stricti iuris*. Gaius (Gai. 4.66) ist somit die sichere Quelle, die aber nur einen Teil der Realität wiedergibt.[174]

---

[169] Zu den weiteren Hypothesen, siehe *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 412–416.
[170] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 419 f.
[171] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 424 f.
[172] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 429.
[173] S. *Andreau*, Patrimoines (1997) 190.
[174] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 446 f.

a. Fälle des *agere cum compensatione*

aa. Person des Klägers

Der Kläger muss notwendigerweise ein *argentarius* sein, der als solcher klagt.[175] Dafür gibt es zwei Gründe: **80**

(1) *Argumentum e contrario.* Gaius (Gai. 4.64) erwägt nur den Fall, in welchem der *argentarius* durch den Richter gezwungen wird, *cum compensatione* rechtlich vorzugehen. Dem kann man *e contrario* entnehmen, dass der Kunde gegen den *argentarius* nicht *cum compensatione* vorgehen musste.[176] **81**

(2) *Die Schwere der Rechtsfolgen.* Die Folgen einer schlechten Aufrechnung waren weitreichend, denn sie führten zum Verlust des Anspruches für den gesamten geforderten Betrag (*pluris petitio*). Diese schwerwiegende Folge kann nur jemanden auferlegt werden, der die Exaktheit der Konten prüfen kann und muss. Die Rechtfertigung des Risikos einer *pluris petitio* beruht somit auf der Pflicht des *argentarius*, eine detaillierte Buchhaltung zu führen.[177] **82**

Der bloße Umstand, regelmäßig Geld auszuleihen, begründete noch keine Pflicht, *cum compensatione* vorzugehen. Vielmehr musste diese Tätigkeit eine berufliche sein.[178] Falls der *argentarius* es versäumte, *cum compensatione* vorzugehen, konnte der Prätor das Recht auf eine Klage ohne die Klausel *amplius quam Titius debet* verneinen. Es ist außerdem unklar, ob diese Pflicht des *argentarius* erst mit dem *agere per formulas* entstanden ist[179] oder schon im Legisaktionenverfahren vorhanden war.[180] **83**

bb. Typische Fallgestaltungen

Weiter ist zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen der *argentarius cum compensatione* vorgehen muss. Falls er im *bonae fidei iudicium* vorgeht, ist die Aufrechnung tatsächlich immer möglich, ohne die schwerwiegenden Folgen der *pluris petitio* mit sich zu bringen. Für ein *agere cum compensatione* sind somit zwei Voraussetzungen notwendig: **84**

1. Eine Forderung des *argentarius* wird im *iudicium stricti iuris* eingeklagt.[181]
2. Der beklagte Kunde hat eine Forderung – die aus einem anderen Vertrag stammt, denn für Forderungen des *argentarius* im *iudicium stricti iuris* sind nur einseitig

---

[175] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 452–457; s. auch insbesondere *Andreau*, Patrimoines (1997) 190; *Appleton*, Compensation (1895) 99, 108–111; *Biondi*, Compensazione (1927) 25; *Dernburg*, Kompensation (1868) 30; *Karlowa*, RRG II 825; *Rezzonico*, Compensazione (1958) 32; *Schmidlin/Cannata*, Droit privé romain II (1987) 189; *Solazzi*, Compensazione (1950) 42.

[176] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 453; s. auch Gai. 9 ed. prov. D. 16.2.8.

[177] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 454; *Andreau*, Patrimoines (1997) 50.

[178] S. *Andreau*, Patrimoines (1997) 50; s. aber *Bürge*, SZ 104 (1987) 487–495.

[179] *Eisele*, Compensation (1876) 22 f.

[180] S. dazu *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 457; *Thielmann*, Privatauktion (1961) 160 f.; *Karlowa*, RRG II 824; *Dernburg*, Kompensation (1868) 25 f.

[181] Gai. 4.64; s. auch *Lenel*, EP 256; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 460.

verpflichtende Verträge denkbar; daher ist die Aufrechnung notwendigerweise eine solche *ex dispari causa*.[182]

85 Aufgrund seiner verschiedenen Tätigkeiten hatte der *argentarius* sicherlich häufige Kontakte mit Stammkunden. Daher kann man drei typische **Fallkonstellationen** in Betracht ziehen:[183]

86 1. Nachdem der Kunde eine zur Versteigerung angebotene Sache gekauft hatte, bezahlte der *argentarius* einem *dominus auctionis* (Verkäufer der zugeschlagenen Sache) einen Vorschussbetrag. Dieser Vorschuss war sozusagen automatisch Teil seiner Tätigkeit: Der *argentarius* handelte weder als Beauftragter noch im Rahmen einer *negotiorum gestio*. Daher forderte er die Rückzahlung des Vorschussbetrags nicht in einem *bonae fidei iudicium*, sondern mit *condictio certae pecuniae*. Er musste also *cum compensatione* vorgehen. Das heißt, er musste die für den Kunden als *adstipulator* oder *solutionis causa adiectus* bei seinen Schuldnern eingezogenen Beträge in Betracht ziehen.[184]

87 2. Der *argentarius* hat die Sache eines Dritten (*dominus auctionis*) in einer Versteigerung verkauft.[185] Dabei wurde ihm der Kaufpreis durch eine *stipulatio* des Käufers versprochen. Falls der Käufer eine Forderung gegen den *argentarius* hatte, musste dieser mit einer *condictio certae pecuniae cum compensatione* vorgehen und die beiden Beträge miteinander verrechnen.[186]

88 3. Der *argentarius* verwandelt seine aus einem Kaufvertrag oder einem anderen Vertrag stammenden Pflichten in *litteris*-Verpflichtungen, meistens mittels einer *transcriptio a persona in personam*, einer Schuldübernahme der Schuld des Klienten gegenüber dem Lieferanten.[187]

89 Andere manchmal erwähnte Fälle sind hingegen nicht einschlägig,[188] denn sie erfüllen nicht die Grundbedingungen der Aufrechnung, das heißt die Existenz von zwei getrennten Forderungen.[189]

b. Voraussetzungen des *agere cum compensatione*

90 Eine Aufrechnung im Rahmen eines *iudicium stricti iuris* ist nur schwer vorstellbar, denn der Richter muss den Beklagten entweder verurteilen oder freisprechen; es gibt also keine *via media*.[190] Es bedarf vielmehr zunächst einer Veränderung der Formel.

[182] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 461.
[183] Dazu im Einzelnen *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 463–469.
[184] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 464.
[185] *Ernst*, Einrede (2000) 19.
[186] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 465.
[187] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 466.
[188] *Appleton*, Compensation (1895) 99; *Solazzi*, Compensazione (1950) 37 f.; s. auch *Dernburg*, Kompensation (1868) 34, 36 f.
[189] S. die Diskussion in *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 467–469.
[190] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 471; s. aber *Arangio-Ruiz*, Exceptio in diminuzione (1930) 1ff; *contra Solazzi*, BIDR 1 (1934) 268–290.

Beim *agere cum compensatione* wurde also die *intentio* modifiziert (Gai. 4.64; 4,68). Die Klausel *amplius quam Aulus Agerius Numerio Negidio debet* wurde zur Formel hinzugefügt, um zu verdeutlichen, dass der Betrag der *intentio* vermindert war.[191]

aa. Erzwungene Aufrechnung *ipso iure*

Es handelt sich um eine erzwungene Aufrechnung. Der *argentarius* muss *cum compensatione* vorgehen.[192] Der Kunde hat keinen Einfluss darauf, ob eine unveränderte oder modifizierte Klage vom Prätor gegeben wird: Der Prätor ist derjenige, der die Klage aufgrund des *edictum* verändert, wenn der *argentarius* als solcher handelt. Ein Text von Paulus gibt einen indirekten Beweis dieser erzwungenen Lage (Paul. 3 Sab. D. 16.2.4).[193] Weil der Kläger keine Wahl bezüglich der Formel hat, kann man annehmen, dass auch die Forderung gegen einen *fideiussor* sich *ipso iure* vermindert. Das *agere cum compensatione* wird auch gegen den Willen des Beklagten vom Prätor angeordnet.[194] **91**

Außerdem erfolgte die Aufrechnung *ipso iure*, was sich aus drei Gründen ergibt.[195] **92**

1. *Die Aufrechnung erfolgt nicht durch den Richter.* Der Richter prüft nur, ob der in der *intentio* angegebenen Sachverhalt nachgewiesen ist. Die Subtraktion hat der *argentarius* schon ausgeführt. Die Aufrechnung war somit entweder rechtlich oder vertraglich vorgesehen.
2. *Die Aufrechnung war nicht vertraglich.* Gewisse Autoren[196] sind der Ansicht, dass es zwischen dem *argentarius* und dem Kunden eine stillschweigende Aufrechnungsvereinbarung gab. Diese Behauptung muss abgelehnt werden, denn sie widerspricht dem Text der Formel. In diesem Fall hätte der Ausdruck *amplius debet* tatsächlich keine Daseinsberechtigung mehr gehabt.[197]
3. *Die Texte erwähnen den Aufrechnungsausdruck ipso iure.*[198] Gewisse Autoren behaupten zu Recht, dass dies der Beweis ist, dass die Aufrechnung *sine facto hominis* geschieht.[199] In Hinblick darauf sind zwei Texte besonders wichtig: Paul. 1 Quaest.

[191] *Lenel*, EP 256; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 476.

[192] S. insbesondere *Appleton*, Compensation (1895) 107 f.; *Geib*, Compensation (1897) 141; *Solazzi*, Compensazione (1950) 41; *Jörs/Kunkel/Wenger* 201 f.; *Koschaker*, SZ 30 (1909) 460; *Rezzonico*, Compensazione (1958) 31; contra : *Eisele*, Compensation (1876) 30; *Lenel*, SZ 4 (1883) 116; *Stampe*, Compensationsverfahren (1886) 51.

[193] Eingehend *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 479–485; s. schon *Andreau*, Patrimoines (1997), 190.

[194] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 485; *Koschaker*, SZ 30 (1909) 460.

[195] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 486–501.

[196] *Appleton*, Compensation (1895) 105.

[197] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 488.

[198] *Jörs/Kunkel/Wenger* 202 Fn. 4; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 273; *Thielmann*, Privatauktion (1961) 161; *Zimmermann*, LO 794 Fn. 114.

[199] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 489; schon *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 273; *Jörs/Kunkel/Wenger* 202.

D. 16.2.21 und Alex. C. 4.31.4 (a. 229). Eine präzise Analyse zeigt, dass einerseits der Ausdruck *ipso iure* klassisch ist und andererseits, dass er nicht als „automatisch" verstanden werden darf, sondern dass er auf die Rechtfertigung des Aufrechnungsvorgehens hindeute: Die Formel gibt die Berechtigung, also beruht die Aufrechnung auf dem Recht (der Formel) selbst, *ipso iure*.[200]

bb. Eigenschaften der Forderungen

93 Es gab noch zusätzliche, besondere Voraussetzungen (Gai. 4.66).

94 Erstens mussten die gegenseitigen Forderungen aus derselben Geschäftsbeziehung resultieren,[201] obwohl sie *ex dispari causa* waren. Die Forderungen mussten dazu zwischen den gleichen Personen bestehen (Voraussetzung der Gegenseitigkeit). Nach Julian durfte der Kläger den Beklagten zur Aufrechnung mit der Schuld eines Drittens nicht zwingen, selbst wenn der Dritte seine Zustimmung erteilt hatte (Pap. 3 resp. D.16.2.18.1).[202]

95 Weiter mussten die gegenseitigen Forderungen gleicher Art sein (Gai. 4.66), damit der *argentarius* die Subtraktion risikolos durchführen konnte, denn er würde sonst die gesamte Forderung verlieren, falls er sich zum Nachteil des Beklagten irrte.[203]

96 Nach Gaius war es umstritten,[204] ob die gegenseitigen Forderungen auf Leistungen gleicher Qualität gerichtet sein mussten.[205] Die Schwierigkeit dabei war, die verschiedenen Qualitäten von Weizen oder Wein genau bewerten zu können, denn der *argentarius* durfte sich nicht irren.

97 Aus dem ganzen System ergab sich auch, dass die Forderungen sich auf *certa pecunia* oder *certae res* beziehen mussten, obwohl Gaius auf diesen Punkt nicht eingeht. Eine Forderung für einen vom *argentarius* falsch ausgeführten Auftrag konnte somit nicht aufgerechnet werden.[206]

98 Außerdem mussten die beiden Forderungen auch fällig sein. Diese Voraussetzung ergibt sich schon aus dem ganzen System; man kann sie insbesondere aus Gaius (Gai. 4.67) und möglicherweise Ulpian (Ulp. 23 ed. D. 16.2.7 pr.) erkennen.[207]

---

[200] S. *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 490–501 für eine detaillierte Analyse der beiden Stellen.

[201] Siehe z. B. *Appleton*, Compensation (1895) 98 f.; *Dernburg*, Kompensation (1868) 30; *Eisele*, Compensation (1876) 20; *Solazzi*, Compensazione (1950) 37.

[202] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 504–506.

[203] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 507–510.

[204] *H/S* ad h. v. Zu dieser Kontroverse s. auch *Dernburg*, Kompensation (1868) 31; *Eisele*, Compensation (1876) 20.

[205] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 511 f.

[206] *Dernburg*, Kompensation (1868) 29; s. auch *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 513, mit dem Hinweis auf Ulp. 4 ed. D. 2.13.6.3; Scaev. 1 dig. D. 2.14.47.1.

[207] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 514–529, mit einer eingehenden Analyse.

c. Wirkungen

aa. *Deductio in iudicium*

Nach dem von Gaius erwähnten Prinzip (Gai. 3.180 f.; 4.107) wird bei einem *iudicium legitimum* die Forderung schon ab der *litis contestatio* in den Prozess einbezogen und gilt als erloschen (*deducta in iudicium*). In den anderen Fällen muss man bis zur Verurteilung warten, um dann sich gegen jede neue Klage mit der *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* zu wehren. **99**

Beim *agere cum compensatione* erwähnt die *intentio* der überlieferten Formel (Gai. 4.64) nur den nach der Aufrechnung verbleibenden Betrag.[208] Mit der herrschenden Meinung muss man also annehmen, dass nur die Restforderung des *argentarius* vor Gericht verlangt wird.[209] **100**

Die materielle Wirkung des *agere cum compensatione* auf die betreffenden Forderungen ist also nur eine indirekte:[210] **101**

1. In den *iudicia legitima* wird der Teil der Forderung, der vor Gericht verlangt wird, durch *litis contestatio* zum Erlöschen gebracht. Bei den anderen Klagen verfügt der Beklagte über die *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.*
2. Da die Gegenforderung des Kunden sowie die Restforderung des *argentarius* nicht vor Gericht verlangt werden, erlöschen sie nicht durch *agere cum compensatione.* Sie sind aber indirekt neutralisiert: Einerseits darf der *argentarius* den vor Gericht nicht verlangten Teil nicht mehr geltend machen, weil er *cum compensatione* vorgehen und die Gegenforderung des Kunden abziehen muss. Andererseits darf er dem Kunden die *exceptio pecuniae pensatae* entgegenhalten, falls dieser seine Gegenforderung später geltend macht.[211]

Infolgedessen ist festzustellen, dass die *exceptio pecuniae pensatae* notwendig ist, da die Aufrechnung des *argentarius* zu keinem Erlöschen der Gegenforderung führt. **102**

bb. Die Rolle der *exceptio pecuniae pensatae*

Falls der Kunde eine unabhängige Klage führt, um seine Gegenforderung geltend zu machen, verfügt der *argentarius* im klassischen Recht über die *exceptio pecuniae pensatae.*[212] Die einzige ausdrückliche Erwähnung der *exceptio pecuniae pensatae* befindet sich in einem Text Ulpians (Ulp. 7 disp. D. 22.3.19.3). Danach kann sich der Beklagte **103**

[208] S. aber *Eisele*, Compensation (1876) 33; *Biondi*, Compensazione (1927) 22.

[209] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 532 f.; s. auch *Appleton*, Compensation (1895) 118–122; *Arangio-Ruiz*, Exceptio in diminuzione (1930) 19; *Kaser/Hackl*, RZ 325 Fn. 26; *Kaser*, RP I 645; *Solazzi*, Compensazione (1950) 53–55; contra: *Biondi*, Compensazione (1927) 24; *Eisele*, Compensation (1876) 32; *Eisele*, SZ 18 (1897) 35; *Kaser*, Iura 10 (1959) 266 und SZ 79 (1962) 447; *Rezzonico*, Compensazione (1958) 38 f.; *Rozwadowski*, BIDR 81 (1978) 129; s. aber *Stampe*, Compensationsverfahren (1886) 56–59; *Longo*, Appendice 195–197.

[210] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 535–538.

[211] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 537.

[212] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 539–581.

begnügen zu beweisen, dass die Gegenforderung schon zur Aufrechnung benutzt wurde, und muss eben nicht den Beweis eines *dolus* erbringen.[213]

104 Allerdings ist der Anwendungsbereich der *exceptio pecuniae pensatae* umstritten:[214]

105 (1) Mit der vertraglichen Aufrechnung verbundene Anwendung. Von verschiedenen Autoren wird behauptet, die *exceptio pecuniae pensatae* sei nur eine spezifische *exceptio pacti*.[215] Jedoch schließt eine systematische Analyse des Ulpian-Texts eine solche Hypothese aus.[216]

106 (2) Mit jeder gerichtlichen Aufrechnung verbundene Anwendung. Andere meinen wiederum, die *exceptio pecuniae pensatae* wäre nicht mit einem spezifischen Aufrechnungsmodus verbunden gewesen.[217] Sie konnte aber nur in einer *actio stricti iuris* geltend gemacht werden.[218] In diesem Fall hätte die *exceptio pecuniae pensatae* aber genau die gleiche Rolle wie die *exceptio rei iudicatae* gehabt; des Weiteren passt diese Hypothese nicht zu einer systematischen Analyse des Ulpian-Texts.[219]

107 (3) Mit der Reduzierungsaufrechnung der *intentio* verbundene Anwendung. Bei dieser Auffassung ist zwischen zwei Tendenzen zu unterscheiden:

a. Die eine geht davon aus, dass die *exceptio pecuniae pensatae* nur zum *argentarius* gehöre, genauso wie die *exceptio mercis non traditae* (→ § 79 Rn. 85)[220] und die *exceptio redhibitionis*.[221] Somit könne er die Klage des Kunden abwenden, wenn die Aufrechnung schon beim *agere cum compensatione* erfolgt war.[222] Der Beweis sei nun objektiv und könne mit der Rechnungslegung des *argentarius* (*editio rationum*) erbracht werden.[223]

---

[213] S. *Lenel*, EP 505.

[214] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 544–556; s. auch *Rozwadowski*, BIDR 81 (1978) 133–150.

[215] *Eisele*, Compensation (1876) 247 f.; s. aber *Eisele*, KritV 39 (1887) 40; *Eisele*, SZ 18 (1897) 349.

[216] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 546; auch *Solazzi*, Compensazione (1950) 49 f.; *Rezzonico*, Compensazione (1958) 34 f.; *Rozwadowski*, BIDR 81 (1978) 135.

[217] *Dernburg*, Kompensation (1868) 580; *Lombardi*, BIDR 66 (1963) 68 Fn. 63; *Siber*, Compensation (1899) 65; *Lübtow*, Catos leges (1957) 384 (s. aber *Thielmann*, Privatauktion (1961) 151).

[218] In den *actiones ex fide bona* spielte die *ex fide bona* Klausel die gleiche Rolle; s. insb. *Rozwadowski*, BIDR 81 (1978) 139.

[219] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 547 f.

[220] Gai. 4.126a; Ulp. 74 ed. D. 50.16.66; Paul. 71 ed. D. 44.4.5.4; *Thielmann*, Privatauktion (1961) 141–146; auch *Ankum*, St. Scherillo I, 388 f.; *Ernst*, Einrede (2000) 19.

[221] Ulp. 74 ed. D. 21.1.59; Paul. 69 ed. D. 21.1.60; *Thielmann*, Privatauktion (1961) 96–107, 182–186; auch *Ankum*, St. Scherillo I, 390–393; *Ernst*, Einrede (2000) 20.

[222] *Lenel*, EP 503 f.; auch *Appleton*, Compensation (1895) 113–115; *Arangio-Ruiz*, Exceptio in diminuzione (1930) 19; *Kipp*, SZ 42 (1921) 332; *Kniep*, FS Thon, 58–60; *Lenel*, EP 504; *Rezzonico*, Compensazione (1958) 35 f.; *Solazzi*, Compensazione (1950) 41 f.; *Cuq*, Institutions (1928) 628; *Girard*, Droit romain 751 Fn. 1.

[223] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 550.

b. Die andere besagt, die *exceptio pecuniae pensatae* sei eine bloße Variante der *exceptio doli* und könne in jedem *iudicium stricti iuris* geltend gemacht werden, wenn die Aufrechnung bereits erfolgt ist. Diese subjektive Betrachtungsweise überzeugt aber im Hinblick auf die Struktur des Ulpian-Fragments nicht.[224]

Somit hat die *exceptio pecuniae pensatae* eine eigene Tragweite nur, wenn sie einer **108**
Klage entgegengesetzt wird, in welcher die geltend gemachte Forderung in einem vorherigen Prozess schon aufgerechnet wurde, ohne aber vor Gericht einbezogen worden zu sein; nur dann ist sie von der *exceptio pacti conventi*, der *exceptio rei iudicatae* oder der *exceptio doli* verschieden. Man kann also ihre Verwendung durch zwei Arten Beklagter in Betracht ziehen: durch den nunmehr beklagten *argentarius*, der aber die Forderung schon früher abgezogen hatte (*cum compensatione*), und, wahrscheinlich später in der Entwicklung, durch irgendeinen Beklagten (also nicht unbedingt einen *argentarius*), der die *intentio* in einer vorherigen Klage *suo sponte* vermindert hatte, um die *exceptio doli* zu vermeiden (→ Rn. 121). Die *exceptio pecuniae pensatae* zwang aber nicht zur Aufrechnung, sondern nur zur Berücksichtigung einer schon erfolgten Aufrechnung.[225]

Es ist zwischen zwei Hauptfällen zu unterscheiden:[226] **109**

(a) Die Forderung des Kunden ist kleiner als die des *argentarius*. In diesem Fall war **110**
der *argentarius* zuerst auf den Restbetrag rechtlich vorgegangen.[227] Falls der Kunde gegen ihn später Klage erhob, verfügte der *argentarius* über die *exceptio pensatae pecuniae*. Fortan konnte der Kunde entweder bestreiten, dass seine Forderung abgezogen worden war, oder auf die Klage verzichten. Demnach musste er die *intentio* seiner Klage nie reduzieren. Falls die beiden Forderungen mit der ersten Klage schon *in iudicium deductae* waren, hatte die *exceptio pensatae pecuniae* keine eigene Bedeutung und überschnitt sich mit der *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.[228]

(b) Die Forderung des Kunden ist größer als die des *argentarius*. In diesem Fall war es **111**
notwendigerweise der Kunde, der Klage erhob. Wenn er nicht *cum compensatione* vorgehen musste, konnte der *argentarius* die Aufnahme der *exceptio doli* in die Formel verlangen.[229] Die *exceptio pecuniae pensatae* spielt hier also keine Rolle. Auf dieses Verlangen konnte der Kunde unterschiedlich reagieren:

a. Er verlangte, Einsicht in die Rechnung des *argentarius* zu nehmen.[230] Wenn diese zeigte, dass der Restbetrag kleiner war als die vom Kunden geltend gemachte Summe, konnte er den Prätor um eine reduzierte *intentio* ersuchen.

---

[224] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 551 f.
[225] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 553–556.
[226] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 559–566.
[227] S. für die Situation, in der der Kunde zuerst einklagte, *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 567–581.
[228] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 560 f.
[229] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 562; *Appleton*, Compensation (1895) 114 Fn. 2; *Eisele*, SZ 18 (1897) 349; *Siber*, Compensation (1899) 2; *Solazzi*, Compensazione (1950) 51.
[230] *Bürge*, SZ 112 (1995) 31.

b. Er beharrte auf seinem Antrag und der Prätor gab ihm eine Klage mit *exceptio doli*.[231] Der *argentarius* musste dann dem Richter zeigen, dass die Zweifel hinsichtlich seiner Rechnung nicht begründet waren.[232] Sonst wurde er zur Zahlung des Gesamtbetrags verurteilt.[233]

2. Die Rolle der *exceptio doli* bei *actiones stricti iuris*

112 Neben dem *agere cum compensatione* des *argentarius* gab es eine ähnliche Konstruktion bei den anderen *actiones stricti iuris*. Weil aber die Formel nicht geändert werden musste, wurde diese Möglichkeit von Gaius nicht erwähnt; prozessrechtlich wies das Vorgehen keine Besonderheit auf.[234] Nur die speziellen Konstellationen erlauben es, den Aufrechnungsprozess zu verstehen.

a. Ausgangslage

aa. *Mutuae petitiones* im Formularprozess

113 Bei den *mutuae petitiones* muss man folgende Punkte in Erinnerung rufen (→ Rn. 50–52):

1. Der Prätor kann die Parteien nicht dazu zwingen, die Ernennung eines einzelnen Richters für ihre zwei Klagen zu beantragen.
2. Falls die beiden Klagen dem gleichen Richter vorgelegt werden, werden sie aber nicht in allen Fällen gleichzeitig abgeurteilt.
3. Die Struktur der Formel und die Starrheit des *agere per formulas* verpflichten den Richter, jede Klage getrennt zu abzuurteilen. Dies gilt umso mehr bei den *actiones stricti iuris*.[235]

114 Die Idee einer richterlichen Aufrechnung der *mutuae petitiones*-Verurteilungen muss also abgelehnt werden.[236] Eine vereinbarte Aufrechnung mittels eines doppelten *pactum de non petendo* war allerdings möglich.[237]

bb. Stundungsreskript Mark Aurels

115 Die Existenz einer von der *exceptio doli* verursachten Aufrechnung in den *actiones stricti iuris* wird von den Institutionen Justinans bestätigt: Der Kaiser bezieht sich auf ein verlorenes Reskript von Marcus Aurelius (Inst. 4.6.30: *Sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur* – „Aber auch für

---

[231] *Thielmann*, Privatauktion (1961) 151; *Lenel*, EP 504 Fn. 5.

[232] S. Cels. 17 dig. D. 22.3.12; Ulp. 7 disp. D. 22.3.19 pr.; Ulp. 4 ed. D. 44.1.1; s. auch *Pugliese*, RIDA 3 (1956) 360, 363, 368 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 363 f.

[233] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 565.

[234] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 597.

[235] *Rezzonico*, Compensazione (1958) 52.

[236] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 605.

[237] In diesem Sinne, s. *Rezzonico*, Compensazione (1958) 53.

die strengrechtlichen Klagen wurde durch ein Reskript des vergöttlichten Kaisers Mark Aurel die Verrechnung durch Erheben der Arglisteinrede eingeführt"),[238] das seit geraumer Zeit viel Interesse erweckt hat.[239]

Die verschiedenen Fragen, die zu diesem Reskript gestellt werden, können wie folgt beantwortet werden: **116**

(1) *Konkretisierung, nicht Reform.* Gemäß einigen Autoren hat das Reskript eine grundlegende Verfahrensreform eingeführt.[240] Wenn Justinian allerdings dieses Reskript nicht erwähnt hätte, wäre man wahrscheinlich davon ausgegangen, dass die Aufrechnung in den *actiones stricti iuris* sich aus der Lage des *argentarius* entwickelt hätte. Das Reskript ist also eher die Bestätigung einer schon bestehenden Praxis.[241] **117**

(2) *Formularverfahren, nicht zwingend cognitio extra ordinem.* Nach Auffassung mancher Autoren zog das Reskript nur die Aufrechnung im Verfahren der *cognitiones extra ordinem* in Betracht.[242] Die meisten Autoren sind aber der Meinung, dass das Reskript für das *agere per formulas* ebenfalls gültig war.[243] Die bloße Tatsache, dass Texte schon vor Marcus Aurelius die Existenz einer Aufrechnung durch die *exceptio doli* beweisen, lässt keine endgültige Schlussfolgerung zu. Die Tatsache, dass es aber eine Konkretisierung und keine Reform war, spricht auch für eine Existenz schon im Formularverfahren. **118**

(3) *Exceptio doli, nicht exceptio pecuniae pensatae.* Nach Auffassung einiger Autoren sah das Reskript keine *exceptio doli*, sondern eine *exceptio pecuniae pensatae* vor.[244] Es ist aber kaum glaubhaft, dass Justinian die *exceptio pecuniae pensatae*, also eine sehr präzise Einrede, zu einer allgemeineren *exceptio doli* absichtlich umgestaltet hätte.[245] Er hätte eher das Gegenteil getan, wie bei der *condictio indebiti*.[246] **119**

(4) *Keine richterliche Reduktion.* Es ist unklar, ob die *exceptio doli* dem Richter erlaubte, die Verurteilung zu reduzieren, oder ob er den gesamten Antrag gegebenenfalls ablehnen musste. Entscheidend dafür ist die Anwendbarkeit des Reskripts im *agere per* **120**

---

[238] Übersetzung gemäss *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Institutionen (2013) 239; s. *Lemosse*, Labeo 36 (1990) 11.

[239] S. insb. *Eisele*, KritV. 19 (1877) 332; *Stampe*, Compensationsverfahren (1886) 1; *Biondi*, Compensazione (1927) 43.

[240] *Longo*, Appendice 206 (n.g.); *Solazzi*, Compensazione (1950) 98.

[241] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 611; s. auch *Appleton*, Compensation (1895) 279; *Biondi*, Compensazione (1927) 43; *Lenel*, Exceptionen (1876) 143; *Dernburg*, Kompensation (1868) 184, 186; *Jörs/Kunkel/Wenger* 203; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 275; *Lemosse*, Labeo 36 (1990) 12; *Osuchowski*, St. Volterra II 476; *Rozwadowski*, BIDR 81 (1978) 100.

[242] *Osuchowski*, zitiert von *Rozwadowski*, BIDR 81 (1978) 111; *Solazzi*, Compensazione (1950) 115–119; *Van Warmelo*, Mél. Lévy-Bruhl, 339; s. aber *Provera*, Pluris petitio II (1960) 41.

[243] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 612 und weitere Autoren.

[244] *Thielmann*, Privatauktion (1961) 152; *Van Warmelo*, zitiert von *Thielmann*, Privatauktion (1961) 151 f.; s. auch *Rozwadowski*, BIDR 81 (1978) 133–150.

[245] S. insb. *Kaser*, SZ 79 (1962) 446.

[246] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 613.

formulas oder in der *cognitio extra ordinem*, weil in der letzteren die Reduktion möglich war. Die Paraphrasis des Theophilos legt eine minutorische Wirkung fest, was für seine Zeit normal war; man kann aber daraus nichts für die Rechtslage vor 400 Jahren im Formularverfahren ableiten.[247]

b. *Exceptio doli* als Triebfeder einer willentlichen Aufrechnung

aa. *Exceptio doli* und Aufrechnung

121 Gaius' Schweigen über eine Aufrechnung durch *exceptio doli* erklärt sich aus dem Wesen der Aufrechnung bei den *actiones stricti iuris*. Die Aufrechnung wird nämlich weder vom Richter (wie bei den *bonae fidei iudicia*, → Rn. 9), noch auf Grund einer angepassten Formel (wie beim *argentarius*, → Rn. 78), sondern vom Kläger selbst vorgenommen, um sich gegen die Konsequenzen einer *exceptio doli* zu schützen.[248] Es sind nämlich Situationen denkbar, in denen der Beklagte die *exceptio doli* in die Formel einfügen lassen kann, weil der Kläger *dolus* beginge, wenn er seine ganze Forderung einforderte anstatt nur die Restforderung. Dem Kläger konnte man *dolus* vorwerfen, wenn er seine ganze Forderung einklagt, wenn die Gegenforderung des Beklagten[249] liquide,[250] fällig[251] und einklagbar war.[252] In diesem Sinne kann man von einer willentlichen Aufrechnung sprechen.[253] Die Voraussetzung der Gegenseitigkeit wurde zum Teil aufgelockert.[254]

122 Vorliegen von *dolus*. Wenn das Bestehen und der Umfang der Gegenforderung nicht bestritten ist, sind sich die römischen Juristen einig, dass der Kläger, der seine Forderung geltend macht, ohne die Gegenklage in der *intentio* zu berücksichtigen, *dolus (praesens)* verwirklicht.[255] Paul. 6 Plaut. D. 44.4.8 pr. ist eindeutig:[256] *Dolo facit, qui petit quod redditurus est.* „Der Kläger, der einfordert, was er zurückgeben wird müssen, verhält sich dolos." Die *exceptio doli* wird hier benutzt, um eine nicht sachgerechte Formel zu vermeiden.[257] Damit die *exceptio doli* mit Erfolg erwogen wird, muss der *dolus* nicht abstrakt, sondern tatsächlich und konkret sein, wie man aus mehreren Fragmenten erkennen kann.[258] Wenn der Kläger den Bestand oder den Betrag nicht

---

[247] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 614; Theoph. inst. 4.6.30.
[248] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 734.
[249] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 779.
[250] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 772.
[251] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 773.
[252] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 774.
[253] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 821.
[254] S. im Einzelnen *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 796–818: *procurator in rem suam*, *procurator absentis*, *fideiussor*.
[255] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 626–632.
[256] S. auch Paul. 6 Plaut. D. 50.17.173.3.
[257] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 633; s. auch *Brutti*, Dolo processuale I (1973) 317.
[258] Ven. 12 stip. D. 50.17.99 mit *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 637–640; Ulp. 76 ed. D. 44.4.2.5 mit *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 641–647.

kannte, konnte man ihm keinen Vorwurf machen, die Gegenklage in der *intentio* nicht berücksichtigt zu haben.[259]

Damit der Kläger sich über Bestand und Umfang sicher sein konnte, musste man meistens die Gegenklage in einem Verfahren festgelegt haben; die *actio iudicati* war möglich. Weil aber Klage und Gegenklage nicht unbedingt gleichzeitig erhoben wurden, waren die sogenannten Stundungskonstitutionen zentral (Mac. 2 app. D. 49.8.1.4). Die Kompensation in den *actiones stricti iuris* fand nämlich vor allem in den *actiones iudicati* statt,[260] wie sich durch einige Texte beweisen lässt.[261] Wenn der Kläger seine *actio iudicati* vorantreiben konnte, wäre es für den Beklagten sehr problematisch gewesen, wenn er mit dem Verfahren über die Gegenklage noch nicht bis zum Stadium der *actio iudicati* gelangt war. Die *actio iudicati* über die Hauptforderung war somit wegen der Stundungskonstitutionen gehemmt, bis die andere Klage im selben Stadium ankam.[262] Dann konnte der Kläger der ersten Forderung in der *actio iudicati* die Gegenforderung nicht mehr ignorieren, ohne einen *dolus praesens* zu begehen.[263] Er musste also aufrechnen. **123**

Somit muss man festhalten, dass während der klassischen Zeit und des Formularprozesses die *exceptio doli* keine unmittelbar mindernde Funktion hatte; eine Minderung wurde vielmehr vom Kläger vorgenommen.[264] **124**

bb. Wirkung der erzwungenen Aufrechnung

Der *dolus praesens* musste also zur Zeit der *litis contestatio* schon vorliegen.[265] Der Kläger musste also unter Druck (also indirekt) selbst aufrechnen, da er sonst einer *exceptio doli* ausgesetzt war.[266] Da die Gegenforderung mit der *exceptio doli* nicht formell in den Prozess einbezogen wird (*in iudicium deducta*), konnte der Beklagte immer noch seine Gegenforderung in einem separaten Verfahren einklagen, wenn der Richter keinen *dolus* annahm.[267] **125**

Wenn der Kläger die Gegenforderung in der *intentio* von der Hauptforderung abgezogen hatte, konnte er dann die *exceptio rei iudicatae vel in iudicem deductae* gegen den Beklagten benutzen, wenn dieser in einem separaten Verfahren seine Gegenforderung erneut einklagte.[268] **126**

---

[259] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 644.

[260] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 656–679.

[261] Pap. 3 quaest. D. 16.2.16.1; Ant. C. 4.31.2 (o.A.); Pap. 3 quaest. D. 16.2.17; Pap. 13 resp. D. 16.2.20 u. a. mit *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 676 f.

[262] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 649–655.

[263] Über den *dolus futurus*, der ein *ius singulare* bildet, und die Schwierigkeit, in diesem Fall eine Aufrechnung zu sehen, s. *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 681–706.

[264] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 824.

[265] S. auch Scaev. 2 quaest. D. 16.2.22; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 707–717.

[266] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 731–753.

[267] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 763 f.

[268] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 756.

IV. Die Aufrechnung in den *cognitiones extra ordinem* der postklassischen Zeit

1. Vereinheitlichung der Aufrechnung

127 Nicht die Konstitution Justinians aus dem Jahre 531 n.Chr. (Iust. C. 4.31.14 (a.531)), sondern die allgemeine Anwendung der *cognitio extra ordinem* seit Diokletian sowie das Verschwinden einiger Rechtsinstitute haben die Aufrechnungsweisen vereinheitlicht.[269]

a. Gründe der Vereinheitlichung

128 Im postklassischen Recht ist die Aufrechnungsart für alle Fälle der *actiones stricti iuris* gleich. Die beiden besonderen Aufrechnungsarten (des *bonorum emptor* und des *argentarius*) sind nämlich mit den Reformen Diokletians verschwunden:

– Der Wegfall der *bonorum venditio*, die durch die *distractio bonorum* ersetzt worden ist, hat die Beseitigung des *bonorum emptor* und des *agere cum deductione* herbeigeführt.[270] Die Eigenschaften dieser Aufrechnungsart kennzeichnen aber auch die Aufrechnung während der postklassischen Zeit.

– Das Risiko, das die *pluris petitio* für den *argentarius* darstellte, verschwand fast vollständig. Seine Lage unterschied sich also nicht mehr von der Situation eines normalen Klägers. Des Weiteren hat ein Reskript Hadrians[271] alle Klagen gegen und für den *argentarius* der Kompetenz des *praefectus urbi*[272] unterworfen. Das Verfahren war also der *cognitio extra ordinem* unterworfen; demnach waren die Besonderheiten des *agere cum conpensatione* von dieser Zeit an schon weggefallen.[273]

129 Die Aufrechnung in den *actiones stricti iuris* zeigt, dass es keinen grundsätzlichen Unterschied zur Aufrechnung in den *actiones de fide bona* mehr gab. In der *cognitio extra ordinem* war die Pflicht, die Gegenforderung schon im *initium* vorzubringen, wahrscheinlich auch auf die *actiones ex fide bona* anwendbar.[274] Außerdem wurde die Aufrechnung nur im Moment des Urteils wirksam. Im Wesentlichen wurde in dieser Zeit der Unterschied zwischen *actiones stricti iuris* und *actiones ex fide bona* abgemildert – oder verschwand sogar.

---

[269] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 843–854.
[270] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 859.
[271] S. Paul off. praef. urb. sing. D. 1.12.2.
[272] S. auch *Bürge*, SZ 104 (1987) 479.
[273] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 860.
[274] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 863.

b. Evidenz in den Quellen

Die Aufrechnung bei den *actiones stricti iuris* erfolgte in der klassischen Zeit immer in der gleichen Weise, ohne Rücksicht auf die betreffende Klage. Der Beklagte machte – grundsätzlich durch eine *exceptio* – eine Gegenforderung zum Zeitpunkt der Klageerhebung geltend.[275] Die *exceptio* verminderte den Anspruch. Dieser mindernde Effekt wird in einer Konstitution Diokletians (Diocl./Maxim. C. 4.31.12 (a.294)) unterstrichen. **130**

Wenn der Bestand und der Umfang der Gegenforderung offensichtlich waren, riskierte der Kläger aufgrund *pluris petitio* den gesamten Prozess zu verlieren, falls er auf seinem Ersuchen beharrte. Dies geht aus Paul. sent.2.5.3 hervor.[276] Wenn Liebs zu Recht davon ausgeht, dass die *Pauli Sententiae* am Ende des 3. Jh.s verfasst worden sind,[277] ist es somit sehr wahrscheinlich, dass der ursprüngliche Text sich schon mit der Aufrechnung in der *cognitio extra ordinem* befasste.[278] **131**

Der Text des Paulus erlangt seine ganze Kohärenz nur durch das Verfahren der *cognitio extra ordinem* unter Diokletian. Somit führte der Richter die Aufrechnung durch; er musste sie anerkennen, wenn die Forderungen gleicher Art waren, auch wenn sie aus verschiedenen Verträgen kamen. Der Beklagte beruft sich auf eine Aufrechnung durch die *exceptio doli*. Unter Diokletian bedeutete das nur, dass er sich nicht darauf beschränkte, die Forderung zu bestreiten, sondern dass er sich auf andere Tatsachen berief, um zu rechtfertigen, dass er nicht Schuldner der gesamten Forderung war. Diese Einwendung verminderte den Betrag der Verurteilung. Demnach ist dieser Text ein weiterer Beweis der Vereinheitlichung des Aufrechnungsverfahrens unter Diokletian.[279] **132**

2. Durchführung der Aufrechnung

In der postklassischen *cognitio extra ordinem* konnte die Aufrechnung immer noch durch eine Vereinbarung erfolgen (s. Diocl./Maxim C. 4.31.13 (o.A.),[280] wo diese Möglichkeit erwähnt wird). Hingegen war die Aufrechnung mangels einer Vereinbarung immer richterlich. Die Forderungen mussten außerdem gewisse Voraussetzungen erfüllen. **133**

[275] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 861 f.; s. auch *Biondi*, Compensazione (1927) 120; *Solazzi*, Compensazione (1950) 142; s. aber *Levy*, Vulgarrecht (1956) 146.

[276] S. *Liebs*, SZ 113 (1996) 152; auch *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 864–873.

[277] *Liebs*, SZ 112 (1995) 151–171 und SZ 113 (1996) 132–242.

[278] S. auch *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 868–876.

[279] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 876.

[280] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 880; *Biondi*, Compensazione (1927) 158; *Dernburg*, Kompensation (1868) 595; *Eisele*, Compensation (1876) 241 f.; *Solazzi*, Compensazione (1950) 235.

a. Notwendigkeit der Geltendmachung

134 In der *cognitio extra ordinem* kann der Beklagte die Aufrechnung auf zwei Weisen geltend machen, die beide zum gleichen Ergebnis führen:

aa. *Exceptio*

135 Das ist der Regelfall. Die Einrede wird grundsätzlich zum Zeitpunkt der *litis contestatio* erhoben.[281] Die Erhebung kann aber auch später erfolgen, da die Funktion der Einrede nicht mehr gleich wie im klassischen Recht war.[282] In jedem Fall wird keine Liquidität verlangt.

bb. Gegenklage (*mutua petitio*)[283]

136 Ursprünglich ermöglichte dies, eine höhere Gegenforderung geltend zu machen.[284] Wenn aber die Verurteilung des Klägers in jedem Fall möglich wurde,[285] hatte der Beklagte kein Interesse mehr daran, eine selbständige Gegenklage einzureichen; er konnte einfach seine Forderung im selben Verfahren als Gegenforderung erheben.[286] Somit waren auch die Stundungskonstitutionen nicht mehr nötig (Mac. 2 app. D. 49.8.1.4).[287]

b. Gegenseitigkeit

137 Die von den Parteien geltend gemachten Forderungen mussten gegenseitig sein, wie auch durch eine Konstitution Gordians bezeugt wird (Gord. C. 4.31.9 (o.A.), sowie Gord. C. 4.31.8 (o.A.)).[288]

c. Forderungen aus verschiedenen Rechtsgründen (*ex omni causa*)

138 Was für die *actiones stricti iuris* im Formularverfahren schon möglich war, wird zu dieser Zeit allgemein angenommen; die beiden Forderungen konnten unterschiedliche Rechtsgründe haben. In der *cognitio extra ordinem* gibt es keinen Unterschied mehr zwischen den beiden Klagen. Die Aufrechnung wurde somit möglich, auch wenn die Gegenforderung in einer *actio ex fide bona* aus einem anderen Vertrag stammte als die Forderung, auf welche die Klage gestützt war.[289]

---

[281] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 883.

[282] *Kaser/Hackl*, RZ 486 f.; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 851.

[283] S. insb. Ulp. 8 om. trib. D. 50.13.1.15; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 884; s. auch *Biondi*, Compensazione (1927) 112; *Dernburg*, Kompensation (1868) 253; *Kaser/Hackl*, RZ 344 Fn. 3; *Rezzonico*, Compensazione (1958) 46.

[284] *Kaser/Hackl*, RZ 490; *Solazzi*, Compensazione (1950) 111, 144.

[285] S. zu diesem Punkt, Ant. C. 8.44.5 (a. 212); Diocl./Max. C. 4.49.8 (a. 293); C. 8.44.24 (a. 294); zu den Texten *Ernst*, Einrede (2000) 63 f.; *Ernst*, FS Flume 45–48.; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 852.

[286] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 884.

[287] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 884.

[288] Analyse bei *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 886–890.

[289] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 891 f.

d. Gattungsgleichheit und Liquidität

Mit der Entstehung der Verurteilung zu Naturalleistungen mussten die aufzurechnenden Leistungen immer der gleichen Gattung angehören,[290] wie in den *Sententiae* des Paulus betont wird (Paul. sent.2.12.2).[291] Dieser Text bezieht sich wahrscheinlich auf die *cognitio extra ordinem (→ Rn. 131)*,[292] in welcher das Prinzip der Verurteilung zu einer Geldleistung verschwunden war. Demnach war das Verbot der Aufrechnung im Hinterlegungsvertrag eher eine Konsequenz der ungleichen Gattung der Forderungen.[293] **139**

Im *agere per formulas* mussten die in einer *actio ex fide bona* wie auch die durch eine *exceptio doli* geltend gemachten Forderungen liquide sein.[294] In der postklassischen *cognitio extra ordinem* wurde die Aufrechnung in der Regel durch eine peremptorische Einrede geltend gemacht. Infolgedessen mussten die zugrundeliegenden Tatsachen nicht bewiesen werden, bevor der Kläger die seiner Klage zugrunde liegenden Tatsachen bewiesen hatte.[295] **140**

3. Wirkung der Aufrechnung

a. *Deductio in iudicium* und *praescriptio rei iudicatae*

Vor Justinian gab es keine spezifischen Texte über die *deductio in iudicium* und die *ne bis in idem*-Einrede der postklassischen *cognitio extra ordinem*. Man muss sich also auf die in anderen Texten enthaltenen allgemeinen Regeln beziehen.[296] **141**

Im klassischen Recht hatte die *deductio in iudicium* zwei verschiedene Wirkungen: erstens das Verbot, eine Parallelklage für die gleiche Forderung zu erheben; und zweitens das Verbot, für die im *iudicium legitimum* eingebrachte Forderung eine neue Klage zu erheben.[297] **142**

Spätestens seit Diokletian kann davon ausgegangen werden, dass die Forderungen zum Zeitpunkt der vor dem Richter erfolgenden Anfechtung der Ansprüche des Klägers im Verfahren als eingebracht galten (*deducta*). Im Unterschied zur *litis contestatio* des Formularverfahren gab es keinen formellen Akt, obwohl man immer mehr den Begriff *controversiam (litem) movere* findet; dieser könnte den Zeitpunkt des Verbots **143**

---

[290] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 893–897.

[291] Zu diesem Text s. insb. *Pichonnaz*, RIDA 46 (1999) 399–403; auch *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 894 f.

[292] S. Paul. sent.1.4.10 (= Paul 1 sent. D. 3.5.46.1) und *Turpin*, RIDA 46 (1999) 558.

[293] *Pichonnaz*, RIDA 46 (1999) 399–402; auch *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 896.

[294] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 898 f.

[295] S. Diocl./Max. C. 8.35.8,9 (a. 294); C. 7.33.9 (a.294); C. 7.50.2 (a.294); auch *Kaser/Hackl*, RZ 489; *Kaser/Hackl*, RZ 584; *Simon*, Justinianischer Zivilprozess (1969) 93–95; *Zilletti*, Processo civile (1965) 165–174.

[296] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 899.

[297] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 901.

einer neuen Klageeinreichung bestimmen. Der Begriff *litis contestatio* wurde jedoch immer häufiger verwendet, obwohl der Begriff erst wirklich von Justinian neu definiert wurde.[298]

144 Hingegen bringt die *litis contestatio* die Forderung nicht mehr zum Erlöschen:[299] Die Verwandlung der vertraglichen Forderung in eine rein gerichtliche Forderung verschwindet.[300] Infolgedessen muss die *praescriptio rei iudicatae* vom Beklagten notwendigerweise geltend gemacht werden, um einen zweiten Prozess über den gleichen Gegenstand zu verhindern.[301]

145 Es kann daher der Schluss gezogen werden, dass die Aufrechnung keine materiell-rechtliche Wirkung hatte, denn es war immer noch erforderlich, die *praescriptio rei iudicatae* geltend zu machen.[302]

b. Fehlen jeglicher Rückwirkung

146 Kein Text macht es möglich, mit Gewissheit festzustellen, ob die gerichtliche Aufrechnung zu dieser Zeit eine materiell-rechtliche Wirkung hatte, die zum Erlöschen der Gegenforderungen führte, oder ob die Wirkung bloß verfahrensrechtlich war. Das Reskript Diokletians an Bassus (Diocl./Maxim. C. 4.31.13 (o.A.)) befasst sich nur mit einer vertraglichen Aufrechnung und gibt keine allgemeine Lösung.[303] In Abwesenheit einer materiell-rechtlichen Wirkung der Aufrechnung auf den betroffenen Forderungen ist eine Rückwirkung des Erlöschens der Forderungen nicht vorstellbar.

[298] Iust. C. 3.1.14.4 (a. 530); C. 2.58.2 pr. (a. 531); *Kaser/Hackl*, RZ 593; *Lewis-Schiller*, Daube Noster 187–194; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 902; *Steinwenter*, SZ 50 (1930) 202 f.

[299] S. insb. *Simon*, Justinianischer Zivilprozess (1969) 127 f.; *Provera*, Pluris petitio II (1960) 81–83; *Kaser/Hackl*, RZ 580, 616 f.

[300] *Kaser/Hackl*, RZ 491; *Samter*, Gerichtsverfahren (1911) 68 f.

[301] Diocl./Max. C. 7.16.27 pr. (a.294); C. 7.52.5 (a.294); C. 7.45.7pr (o.A.).; *Kaser/Hackl*, RZ 499.

[302] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 905.

[303] Dazu *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 907.

V. Die Aufrechnung in Justinianischer Zeit

1. Ausgangslage im Jahr 531 n.Chr.

In einer Konstitution von 531 n.Chr. (Iust. C. 4.31.14 (a.531)) hat Justinian die Prozessordnung für die Aufrechnung festgelegt, die die Grundlagen der Entwicklung dieser Institution während des Mittelalters geschaffen hat. Diese Konstitution ist parallel zu den Institutionen zu lesen (Inst. 4.6.30 a. E.). 147

Aus der Verbindung dieser beiden Passagen ergeben sich die Hauptziele der Reform Justinians:[304] 148

1. *Bekämpfung des Rechtsmissbrauchs.* Zwar führte die Verallgemeinerung der Aufrechnung zu einer einfachen und gerechten Regelung; sie führte aber auch zu unerwünschten Wirkungen, denn der Beklagte durfte eine Gegenforderung kurz vor der Verurteilung geltend machen, und somit das Verfahren aufhalten. Es ist also leicht vorstellbar, dass viele Prozesse schwerfällig gewesen sind.[305] Die Reform Justinians legte also fest, dass die geltend gemachte Forderung liquide sein musste (*liquida*). 149
2. *Vollendung der Verallgemeinerung der Aufrechnung.* Seit der Konstitution Justinians konnten sich die Parteien in jeder *actio* auf die Aufrechung berufen. Es war also nicht mehr zwischen den dinglichen und persönlichen Klagen zu unterscheiden.[306] 150

2. Änderung durch die justinianische Konstitution von 531 n.Chr.

Justinian wollte die Aufrechnung nicht von Grund auf reformieren, sondern ihr Funktionieren verbessern. Unter Justinian hatte die Aufrechnung somit die gleichen Haupteigenschaften wie seit der Zeit Diokletians:[307] Die Gegenforderung musste fällig[308] sowie durfte nicht verjährt sein (Iav. 15 Cass. D. 16.2.14); es konnte sich jedoch um eine Naturalverpflichtung handeln (Ulp 30 Sab. D. 16.2.6). Die Forderungen mussten wahrscheinlich der gleichen Gattung gehören;[309] sie konnten aber *ex dispari causa* sein.[310] Schließlich mussten die Forderungen mit Ausnahme einiger spezieller Fälle[311] gegenseitig sein.[312] Indessen hat Justinian gewisse Elemente verändert. 151

---

[304] Dazu *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 915–917.

[305] *Kaser/Hackl*, RZ 521.

[306] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 917; nach *Solazzi*, Compensazione (1950) 193 war das keine Neuigkeit. S. aber *Biondi*, Compensazione (1927) 185–188.

[307] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 920–960.

[308] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 923; s. auch *Astuti*, ED 8 (1961) 11.

[309] S. z. B. Ulp. 63 ed. D. 16.2.10.2; auch *Astuti*, ED 8 (1961) 11. Contra: *Appleton*, Compensation (1895) 423.

[310] S. auch *Zimmermann*, LO 767.

[311] Paul. 3 Sab. D. 16.2.4; Gai. 9 ed. prov. D. 16.2.5; Pap. 37 quaest. D. 45.2.10.

[312] S. Pap. 3 resp. 16.2.18.1; Paul. 9 resp. D. 16.2.23; auch *Astuti*, ED 8 (1961) 11.

a. Liquidität der Gegenforderung

152 Die in der Konstitution von 531 wichtigste eingeführte Änderung ist sicherlich die obligatorische Liquidität der Gegenforderung (Iust. C. 4.31.14 (a. 531)). Zwar durfte der Richter in den *bonae fidei iudicia ad separatum* verweisen; Justinian hatte die Liquidität aber präziser definiert.[313]

153 Im justinianischen System ist eine Forderung liquide, wenn die Tatsachen, auf welchen sie beruht, klar und nicht mit Schwierigkeiten verbunden sind (*non multis ambagibus innodata*).[314] Ihre Prüfung durfte zu keiner großen Verspätung führen. Weil das Erfordernis der Liquidität verfahrensrechtlich war, musste nur die Gegenforderung liquide sein.[315] Die Liquidität machte es möglich zu bestimmen, ob der Richter *ad separatum* verweisen durfte. Dieses Erfordernis war unabhängig von dem Zeitpunkt, in welchem der Beklagte die Gegenforderung geltend machte. Der Text der Konstitution schließt insbesondere nicht aus, dass die *in limine litis* geltend gemachte Gegenforderung auch liquide sein musste,[316] denn ein Verzögerungsmanöver ist in diesem Fall auch möglich.

b. Ausschluss der Aufrechnung beim Verwahrungsvertrag

154 Seit Diokletian[317] durfte der Kläger die Realexekution seiner Forderung verlangen.[318] Die Realexekution war für die persönlichen Klagen auch möglich und fand deshalb auch Anwendung auf die *actio depositi* .[319]

155 Schon Paul. sent.2.12.12 schloss die Aufrechnung in der *actio depositi* aus, denn *res ipsa reddenda est.* Man kann sich fragen, warum Justinian dieses Verbot in einer selbstständigen Konstitution ausgedrückt hat (Iust. C. 4.34.11 (a.529)), und danach noch drei Male erwähnt hat,[320] denn die Aufrechnung erforderte noch die Identität der Gattung der Gegenforderungen. Demnach musste dieses Verbot für Justinian eine besondere Bedeutung haben,[321] was zu zwei Bemerkungen führt:[322]

---

[313] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 923; *Zimmermann*, LO 766.

[314] S. auch *Astuti*, ED 8 (1961) 11.

[315] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 923; s. auch *Appleton*, Compensation (1895) 423.

[316] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 925; auch *Appleton*, Compensation (1895) 425; *Donellus*, lib. 16, cap. 15 (Vol. 4, Slg. 861) Nr. 34; *Vinnius*, Selectae iuris quaestiones, lib. 1, Kapitel 50 (Ausgabe Lugduni 1767, 94 f.); *Eisele*, Compensation (1876) 201.

[317] *Kaser/Hackl*, RZ 580, 610 f.; *Kaser*, RP II 343–344 f.; *Zimmermann*, LO 772 f.

[318] S. auch Ulp. 51 ed. D. 6.1.68, Inst. 4.6.31,32; *Marrone*, ED 41 (1989) 29; *Kaser/Hackl*, RZ 610 f. und *Zimmermann*, LO 772 f.

[319] S. insb. Inst. 4.6.17.

[320] Iust. C. 4.31.14.1 (a. 531); Inst. 4.6.30; Novell. Iust. 88.1 (a. 535).

[321] S. auch *Pichonnaz*, RIDA 46 (1999) 406–412.

[322] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 930 f., auch *Pichonnaz*, RIDA 46 (1999) 406–412.

aa. Für Nebenforderungen mögliche Aufrechnung

Bei dinglichen Klagen verursachte die Aufrechnung das gleiche Problem wie in der Klage des Hinterlegungsvertrags, denn die Gegenforderungen gehörten nicht der gleichen Gattung an. Somit war die Aufrechnung nur möglich, weil die dingliche Klage es ermöglichte, finanzielle Leistungen für gewisse Nebenforderungen zu verlangen (Inst. 4.17.2).[323] Man kann daher davon ausgehen, dass die Aufrechnung in der *actio depositi* theoretisch möglich war, entweder im Falle der Hinterlegung einer vertretbaren Sache oder im Falle einer Verurteilung zu Schadenersatz wegen ungerechtfertigt gezogener Früchte oder Teilbeschädigung der Sache.[324] **156**

bb. Förderung einer sofortigen Rückgabe

Die Aufrechnung in der Klage des Hinterlegungsvertrags konnte tatsächlich zu einem unerwünschten Ergebnis führen: Durch die Geltendmachung der Aufrechnung sowie der *retentio*[325] konnte der Beklagte die Rückgabe der Sache aufschieben, denn der Richter musste zuerst den Bestand der Forderung prüfen. Da der Verwahrungsvertrag sich auf ein gegenseitiges Vertrauen stützte, war diese Verzögerung inakzeptabel. Der eigentliche Zweck des Verbots war somit, eine sofortige Rückgabe zu gewährleisten.[326] **157**

c. Notwendigkeit der Geltendmachung der Aufrechnung

Die Aussage Justinians, nach welcher die Aufrechnungen *ipso iure* erfolgen sollten (Iust. C. 4.31.14 (a.531); s. auch Inst. 4.6.30), beinhaltete keine Innovation.[327] Die Verwendung dieses Begriffs in Verbindung mit der Aufrechnung war damals nicht neu[328] und war schon bei Paulus und Ulpian zu finden.[329] Somit war dieser Ausdruck nur die Bestätigung einer bestehenden Praxis.[330] Entgegen der Meinung der Autoren des Mittelalters und eines großen Teils der zeitgenössischen Autoren,[331] hat Justinian keine automatische Aufrechnung eingeführt.[332] Für ihn enthalte die Aufrechnung eine Angabe des Beklagten in Form einer *exceptio*.[333] **158**

[323] So schon *Appleton*, Compensation (1895) 418 f.; *Girard*, Droit romain 755 Fn. 5.

[324] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 931.

[325] S. auch *Cassin*, Exceptio non adimpleti contractus (1914) 32.

[326] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 932 f.; und weitere Überlegungen bei *Pichonnaz*, RIDA 46 (1999) 406–412.

[327] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 938–947; so schon *Savigny*, Pandektenvorlesung (1993) 270, 385–386 f.; contra: *Solazzi*, Compensazione (1950) 147; *Astuti*, ED 8 (1961) 9 f.

[328] *Dernburg*, Kompensation (1868) 308 Fn. 1; contra: *Appleton*, Compensation (1895) 429; *Biondi*, Compensazione (1927) 129–138; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 273 Fn. 8.

[329] Paul. 1 quaest. D. 16.2.21; Paul. 3 Sab. D. 16.2.4; Ulp. 63 ed. D. 16.2.10. Auch Gai. 3.81.

[330] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 940; s. dann auch *Pichonnaz*, TR 68 (2000) 546 f.; mit Vorbehalten *Eisele*, Compensation (1876) 195.

[331] *Biondi*, Compensazione (1927) 145,130; *Solazzi*, Compensazione (1950) 147–173, 171; *Kaser*, RP II 448, 69; *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 276.

[332] S. u.a. *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 940–947; auch *Pichonnaz*, TR 68 (2000) 546 f.; *Savigny*, Pandektenvorlesung (1993) 385 f., 270; *Savigny*, System V 403; *Zimmermann*, LO 766 f.

159 Diese Auffassung stützt sich auf mehrere Argumente:[334]

aa. Verfahrensrechtliches Argument

160 In der postklassischen *cognitio extra ordinem* konnte der Beklagte Einreden an irgendeinem Zeitpunkt des Verfahrens erheben.[335] Schon vor Justinian hatte die *exceptio* ihre technische Bedeutung verloren; die Aufrechnung musste also nicht unbedingt *in limine* geltend gemacht werden.[336] Die Möglichkeit aufzurechnen existierte somit für alle Arten von Klagen und war sozusagen schon in jeder Klage beinhaltet. Das erklärt den Ausdruck *ipso iure* und die Aussage *compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus* – „wir ordnen an, dass Aufrechnungen aus allen Klagen *ipso iure* erfolgen.“.

bb. Wortlautargument

161 Die Konstitution Justinians lautet: *Compensationes obici iubemus, si (…)*. Demnach musste eine Gegenforderung geltend gemacht werden.[337] Des Weiteren erwähnt Justinian in den Institutionen (Inst. 4.6.30) auch keine Vereinfachung des Verfahrens, bspw. durch Einführung einer automatischen Aufrechnung.[338]

cc. Teleologisches Argument.

162 Justinian erwähnt in seiner Konstitution (Iust. C. 4.31.14.1 (a.531)), dass die Aufrechnung auch noch kurz vor dem Urteil geltend gemacht werden konnte. Dazu kommt noch, dass er dem Richter ein Ermessen einräumt für den Verweis der Gegenforderung *ad separatum*, was also auch eine automatische Aufrechnung ausschließt.

dd. Systematisches Argument

163 Die Konstitution von 531 (Iust. C. 4.31.14.1 (a. 531)) wurde zwei Jahren vor Ende der Kompilation der Digesten promulgiert. Wenn die Aufrechnung wirklich als ein automatisches Vorgehen verstanden wurde, hätten die Kompilatoren auch die ganzen Stellen anpassen müssen, um das geltende Recht widerzuspiegeln. Dies hat aber nicht stattgefunden.[339]

---

[333] S. insb. *Appleton*, Compensation (1895) 414; *Brinz*, Compensation (1849) 52 f.; *Eisele*, Compensation (1876) 197; *Girard*, Droit romain 755; *Lenel*, Exceptionen (1876) 150 f.; *Schwanert*, Compensation (1870) 30, 33; *Siber*, Compensation (1899) 77; s. aber *Astuti*, ED 8 (1961) 10; *Solazzi*, Compensazione (1950) 172.

[334] S. auch *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 941–945; *Pichonnaz*, TR 68 (2000) 546 f.

[335] *Lenel*, Exceptionen (1876) 151.

[336] *Eisele*, Compensation (1876) 197.

[337] S. aber *Solazzi*, Compensazione (1950) 171 f. und *Astuti*, ED 8 (1961) 10.

[338] Ebenso *Siber*, Compensation (1899) 78.

[339] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 944.

ee. Klassizismus Justinians

Es ist unwahrscheinlich, dass Justinian eine automatische Aufrechnung eingeführt hätte, die in vollständigem Bruch mit der Praxis seiner Zeit und der klassischen Zeit gewesen wäre. Eine solche „automatische" Aufrechnung war nur mit dem Sonderfall des *argentarius* vergleichbar, dessen Besonderheiten in justinianischer Zeit weitgehend verschwunden waren.[340] **164**

Dass es eine *pluris petitio* (Zeno, C. 3.10.2 (o.A.)) noch gab, wenn der Kläger arglistig seine Klage erhöhte,[341] könnte gegebenenfalls zeigen, dass die Aufrechnung manchmal vom Kläger von sich aus durchgeführt werden konnte, wenn die Gegenforderung schon im Sinne des klassischen Rechts klar festgelegt war.[342] **165**

d. Materielle Wirkung *ex nunc*

Unter Justinian sowie schon in der postklassischen *cognitio* hatte einzig die Verurteilung eine erlöschende Wirkung auf die Klage.[343] Ohne Rücksicht auf die Art der Klage war also die *exceptio rei iudicatae* die einzige Weise, gegen eine neue Klage über die gleiche Sache Einspruch zu erheben.[344] Diese Einrede hatte aber nicht mehr die technische Bedeutung des klassischen Rechts. Die Lage war also vergleichbar mit dem System des klassischen Rechts, in welchem die Auswirkung der Aufrechnung bloß verfahrensrechtlich war. Da der Richter außerdem den Kläger auch verurteilen durfte, war es möglich, die Frage zu klären, auch wenn die Gegenforderung höher als die Forderung war. Dies ermöglicht auch zu verstehen, warum Justinian sich nicht in Inst. 3.29,30, sondern in Inst. 4.6.30 und 4.6.39 mit der Aufrechnung befasste.[345] **166**

Diesem Eindruck steht jedoch die Tatsache gegenüber, dass die Aufrechnung unter Justinian zum ersten Mal eine materiell-rechtliche Wirkung entfaltete:[346] **167**

aa. Novationsfunktion der Verurteilung

In Iust. C. 7.54.3.2 (a.531) legt Justinian fest, dass die Klage durch das Leistungsurteil erneuert wird,[347] was wahrscheinlich eine Wiederaufnahme der Erneuerung der *litis contestatio* darstellt.[348] Diese Entscheidung scheint jede neue Klage aus den vom Richter **168**

[340] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 945 f.

[341] *Zilletti*, Processo civile (1965) 155; *Simon*, Justinianischer Zivilprozess (1969) 126 f.

[342] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 947; ebenso *Zimmermann*, LO 766 f.

[343] S. unter anderem Inst. 4.13.5 und Gai. 4.106; D. 44.2 rubr.; *Kaser/Hackl*, RZ 615; auch *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 949.

[344] *Kaser/Hackl*, RZ 615.

[345] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 949.

[346] Gleicher Meinung *Astuti*, ED 8 (1961) 11 f.; *Biondi*, NNDI 721; *Luchetti*, Legislazione imperiale (1996) 544.

[347] *Kaser/Hackl*, RZ 615. S. aber auch Marcian. form. hyp. sing. D. 20.1.16.6 und *Wieling*, SZ 102 (1985) 296, 318.

[348] *Kaser/Hackl*, RZ 615; s. auch *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 951.

aufgerechneten Forderungen auszuschließen. Die Novationsfunktion der Verurteilung hatte somit eine echte erlöschende Wirkung auf die Gegenforderungen.[349]

bb. Umwandlung des Begriffs *actio*

169 Unter Justinian bezeichnete die *actio* nicht mehr eine verfahrensrechtliche Forderung des Klägers, sondern direkt die materiell-rechtliche Forderung, d. h. das Recht, ein gewisses Verhalten des Beklagten zu verlangen.[350] Die von Justinian berücksichtigte Neuerung betrifft also direkt das materielle Recht.[351] Diese Interpretation macht es auch möglich, Inst. 4.6.30 besser zu verstehen.

170 Nach alledem ist festzustellen, dass zumindest seit 531 n.Chr die rein verfahrensrechtliche Wirkung der klassischen Aufrechnung sich in eine materiell-rechtliche erlöschende Wirkung umgewandelt hat.[352] Die Wirkung war aber nicht automatisch, sondern erforderte immer eine besondere Geltendmachung im Verfahren.

171 Man muss sich schließlich fragen, ob diese erlöschende Wirkung *ex tunc* oder *ex nunc* eintrat, d. h. ob die Aufrechnung eine Rückwirkung hatte.[353] Solange die Aufrechnung eine reine verfahrensrechtliche Wirkung hatte, stellt sich die Frage nicht und man kann also vergebens einen Beweis im klassischen Recht suchen. Mit einer materiell-rechtlichen Wirkung könnte es anders sein. Das würde aber bedeuten, dass dies als Reform angekündigt werden sollte, was sich aber nirgends abzeichnet. Die Konstitutionen sowie die Institutionen schweigen nämlich zu dieser möglichen Rückwirkung. Es gibt also zumindest keinen Hinweis, dass die Aufrechnung eine Rückwirkung gehabt hätte.

[349] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 953.
[350] *Kaser*, RP II 68, 294; auch *Kaser/Hackl*, RZ 579; *Schipani*, Actio e Processo 138 (n.g.).
[351] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 954–960.
[352] S. auch *Siber*, Compensation (1899) 79.
[353] Darüber *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 957 f.

§ 112 Zurückbehaltungsrecht (*retentio*)

Birgit Forgó-Feldner

Nardi, Studi sulla ritenzione in diritto romano, I: Fonti e casi, 1947; II Profilo Storico, 1957; III Dogmatica giustinianea, 1957; *Benöhr*, Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts, 1965; *Bürge*, *Retentio* im römischen Sachen- und Obligationenrecht, 1979; *Burdese*, Rez. *Bürge*, Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht, 1979, SDHI 46 (1980) 550–563; *Backhaus*, Rez. Bürge, *Retentio* im römischen Sachen- und Obligationenrecht, 1979, SZ 98 (1981) 500–514; *Nardi*, Ritenzione (dir. rom.), in: Enciclopedia del Diritto, vol. XL (1989) 1363–1369; *Ernst*, Die Einrede des nichterfüllten Vertrags, 2000; *Sciandrello*, Ricerche in tema di ‚*iudicia contraria*', 2017; *Vinci*, Ricerche in tema di „*retentio*". Tutela dei miglioramenti sulla res obbligata ed equilibrio ‚dinamico' tra creditore garantito e terzo possessore: diritto romano, tradizione romanistica, codificazioni moderne, 2018.

Inhalt: Rn.

I. Allgemeines und Funktionsweise 1
II. Ausgewählte Anwendungsfälle 10
1. Retentionsrechte aufgrund von erlittenen Schäden und Aufwendungen oder sonstiger Forderungen *ex contractu* 11
2. Retentionsrechte im Vindikations- und Teilungsverfahren 22
3. Retentionsrechte des Erben 29
4. Retentionsrechte an der *dos* 32

I. Allgemeines und Funktionsweise

Das Retentionsrecht ist die Befugnis[1] des Anspruchsgegners zur Zurückbehaltung des herausverlangten Gegenstands. Der Beklagte, der die geforderte Sache innehat, kann diese so lange zurückhalten,[2] bis seine eigenen Begehren, die in Zusammenhang mit der **1**

[1] Nach *Bürge*, Retentio (1979) wird die *retentio* „als Reflex des prozessualen Vorgehens zum materiellen Recht selber" (238). „Das Prozessrecht entlässt den Begriff ins materielle Recht" (145). Das Retentionsrecht wird (wie auch die *compensatio*) als gewisses Recht zur Selbsthilfe gesehen (zur Durchsetzung vertraglicher Pflichten oder zwecks Werteausgleichs); siehe *Bürge*, Retentio (1979) 9 f.; *Bürge*, SZ 97 (1980) 153; *Nardi*, Ritenzione, in ED XL (1989) 1367; *Vinci*, Ricerche (2018) 1–6.

[2] Sprachliches zu *retinere* und *retentio* bei *Bürge*, Retentio (1979) 223–234, 240; *Nardi*, Ritenzione, in ED XL (1989) 1363.

Sache stehen (etwa auf Ersatz von Aufwendungen, die zur Erhaltung oder Verbesserung der Sache dienen oder auf Ersatz von Schäden, die sich der an der Sache Berechtigte zurechnen lassen muss), vom Kläger erfüllt worden sind.[3]

2 Als erste Juristen, die dem Beklagten ein Retentionsrecht zuerkennen, scheinen Servius, Trebatius und Proculus auf.[4] Nach der umstrittenen Ansicht von Nardi wird das Retentionsrecht zunächst nur wegen Schadensfällen im Rahmen von *bonae fidei iudicia* gewährt und erst später auf Impensenersatz und strengrechtliche Klagen ausgedehnt.[5]

3 Das Retentionsrecht, etwa aus den Vertragsverhältnissen *depositum* (→ § 85), *commodatum* (→ § 86), *pignus* (→ § 87), *mandatum* (→ § 82) oder *fiducia* (→ § 88) wird als Wurzel dafür vermutet, zum Zwecke des Aufwendungs- und Schadenersatzes später auch aktiven Rechtsschutz durch *actiones contrariae*[6] zu ermöglichen.[7] Trotz der dann bestehenden Klagsbefugnis bleibt dem Beklagten auch in diesen Fällen das Retentionsrecht unbenommen:[8] Es mag vorteilhaft für ihn sein, die Gegenansprüche im Prozess einwenden zu können und seinerseits nicht klagen zu müssen.[9]

4 Schon der (Fremd-)/Besitz an der Sache kann bewirken, dass das Begehren des Herausgabepflichtigen außerprozessual erfüllt wird (Pressionsfunktion):[10] Insofern wird die Position des Retentionsberechtigten mit der eines Faustpfandgläubigers verglichen.[11]

---

[3] *Bürge*, Retentio (1979) 7, 186 stellt als Charakteristikum des Retentionsrechts fest, dass die „definitive Zuweisung der Sache" an den Kläger deshalb nicht erfolgt, weil der vorläufige Inhaber der Sache einen Anspruch hat, „der mit der Sache in Zusammenhang steht, aber durch die Zuweisungsnorm nicht erfasst wird". Das Retentionsrecht soll der drohenden Entreicherung des Beklagten entgegenwirken. Ihm folgend *Ernst*, Einrede (2000) 30, 34. Es kann sich dabei etwa um den Ersatz für bereits eingetretene Schäden handeln als auch um eine Sicherstellung für künftig befürchtete Schäden (Ulp. 53 ed. D. 39.2.9.1–3; Afr. 9 quaest. D. 39.2.44.1); dazu *Bürge*, Retentio (1979) 76–98; auch *Schwarz*, SZ 71 (1954) 150 f.; *Rainer*, Fundamina 16 (2010) 365; insbes. *Vinci*, Ricerche (2018) 1–6.

[4] Paul. 34 ed. D. 14.2.2 pr.; Ulp. 53 ed. D. 39.2.9.1; Paul. 21 ed. D. 6.1.27.5. Siehe dazu *Nardi*, Ritenzione, in ED XL (1989) 1366 f. mwN.

[5] *Nardi*, Studi II 3–16. Krit. dazu *Burdese*, Iura 9 (1958) 189; *Bürge*, Retentio (1979) 164.

[6] Die Konträrklagen wirken – anders als die *actiones directae* aus *depositum* und *mandatum* – nicht infamierend (→ § 28 Rn. 13); Iul. 1 ed. D. 3.2.1; Ulp. 6 ed. D. 3.2.6.7.

[7] *Schwarz*, SZ 71 (1954) 190; *Bürge*, Retentio (1979) 163, 145, 207; *Backhaus*, SZ 98 (1981) 511; *Nardi*, Ritenzione, in ED XL (1989) 1367; *Scheibelreiter*, Scr. Corbino VI 630 f.

[8] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8 pr.; siehe auch Gai. 9 ed. prov. D. 16.6.189.6 zur *compensatio* und Gegenklage. *Burdese*, Iura 9 (1958) 189; *Bürge*, Retentio (1979) 164; siehe dazu *Apathy*, FS Hausmaninger (2006) 22; *Scheibelreiter*, Scr. Corbino VI 631; *Milazzo*, Contratto (1018) 107.

[9] Siehe insbes. Iul. 3 Min. D. 47.2.60; auch Pomp. 35 Sab. D. 13.78 pr.; siehe dazu *Schwarz*, SZ 71 (1954) 128; *Wacke*, FS Kaser (1976) 525 Fn. 130; *Bürge*, Retentio (1979) 165, 179; *Scheibelreiter*, Scr. Corbino VI 631; *Sciandrello*, Ricerche (2017) 71; *Milazzo*, Contratto (2018) 107.

[10] Siehe *Bürge*, Retentio (1979) 10, 92, 98; *Ernst*, FG Flume, 43 f.; *Ernst*, Einrede (2000) 48, 60. Siehe auch Fn. 14. Die Ausübung eines Retentionsrechts bedeutet nicht, dass der Retentionsberechtigte sich damit in den Besitz der Sache setzt, s. dazu Marcell. 17 dig. D. 41.2.20 pr.; dazu *Scheibelreiter*, Verwahrer (2020) 173 f.

[11] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8.2–3; Pap. 3 resp. D. 13.7.40 pr.; zu Ulp. 28 ed. D. 13.7.11.3 siehe

Kommt es zum Verfahren, wird das Retentionsrecht im Formularprozess (→ § 10) mittels *exceptio doli*[12] (→ § 108) eingewendet[13] (falls der Prätor nicht schon die Klage denegiert).[14] Bei *bonae fidei iudica* (→ § 78) muss das Retentionsrecht nicht mittels *exceptio doli* eingewendet werden, sondern kann vom *iudex* formlos berücksichtigt werden.[15] 5

Das Retentionsrecht hat für den Beklagten dieselbe Funktion (Gegenansprüche Berücksichtigung finden zu lassen) wie die *compensatio*[16] (→ § 111), die im Rahmen eines *bonae fidei iudicium* gleichermaßen formlos gegeben ist (→ § 78 Rn. 5) und im *iudicium stricti iuris* (spätestens)[17] seit dem *rescriptum divi Marci* ebenfalls mittels *exceptio doli* eingewendet wird.[18] 6

Schanbacher, SZ 114 (1997) 247 mwN. Auch die Position des Verkäufers wird mit der eines Pfandgläubigers verglichen, weil/wenn er den Kaufgegenstand so lange (zurück-)/behalten kann, bis der Kaufpreis zur Gänze angeboten wird, siehe Scaev. 2 resp. D. 18.4.22; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.8; Ulp. (Marcell.) 1 ed. cur. D. 21.1.31.8; vgl. auch Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.1. Zum umstrittenen Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers bei fehlender Kaufpreiszahlung → Rn. 18.

[12] Nach *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 631 liegt doloses Verhalten schon darin, das zu verlangen, woran ein Retentionsrecht besteht. Möchte der Kläger nicht riskieren, dass die *exceptio doli* des Beklagten erfolgreich ist und dieser ein freisprechendes Urteil erreicht, wird er, um die *exceptio* zu verhindern, die Ansprüche schon vor der Klagserhebung befriedigen, siehe dazu *Kaser/Hackl*, RZ 262.

[13] Gai. 2.77; Paul. 21 ed. D. 6.1.23.4; Paul. 5 quaest. D. 19.1.45.1.

[14] Siehe *Bürge*, Retentio (1979) 25–27, 88, 142 f., 158, 163; *Metro*, Denegatio (1972) 76–83 (allgemein zum Verhältnis von *denegatio* und *exceptio*); *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 53. *Nardi*, Ritenzione, in ED XL (1989) 1364 f. unterscheidet die Fälle der Denegation der Klage von denen der Retention. *Benöhr*, Synallagma (1965) 36 und *Bürge*, Retentio (1979) 25 heben die Möglichkeit der Denegation dort hervor, wo das Klagebegehren offensichtlich unbegründet ist bzw. betonen, dass die Androhung der Denegation zu einem Vergleich der Parteien führen kann.

[15] Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.1; Ulp. (Celsus) 3 disp. D. Paul. 33 ed. D. 18.5.3., 24.3.21; Iul. 33 dig. D. 30.84.5; Gai. 4.61; Inst. 4.6.30. Siehe *Benöhr*, Synallagma (1965) 37–39, 59; *Knütel*, SZ 84 (1967) 134; *Bürge*, Retentio (1979) 191 f.; *Kupisch*, FS Huber, 401–421; *Nardi*, Ritenzione, in ED XL (1989) 1365 f. (*Nardi* betont, dass es hier zu „una soluzione compensatoria" kommen könne); *Ernst*, FG Flume, 11, 33; *Ernst*, Einrede (2000) 26, 48 f.; *Kaser/Hackl*, RZ 262 mwN; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 53; *Scheibelreiter*, Scr. Corbino VI 631. *Lemosse*, Labeo 36 (1990) 11 f. bezieht den Gai. 4.61 nicht darauf, dass die *bonae fidei iudica* die *dolus*-Einrede miterfassen, sondern darauf, dass sie dem Richter einen Ermessensspielraum bei der *condemnatio* erlauben. Genauer zur Inhärenz der *exceptio doli* → § 78 Rn. 8 f.; § 106 Rn. 6–9; § 108 Rn. 56–61.

[16] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 51–63 (auch zu den Unterschieden zwischen *retentio* und *compensatio* im Prozess); ihm folgend *Stagl*, Favor (2009) 20. *Marrone*, Iura 6 (1955) 171–178 und *Marrone*, Labeo 4 (1958) 87 schließt die *compensatio* im Allgemeinen die *retentio* aus. AA *Nardi* Studi II (1957) 28 Fn. 36; *Nardi*, Ritenzione, in ED XL (1989) 1364. *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 1127 hält fest, dass die *compensatio* im klassischen Recht zuweilen mit dem Retentionsrecht zu identifizieren ist (→ § 111 Rn. 12).

[17] Nach *Medicus*, SZ 81 (1964) 263; *Lemosse*, Labeo 36 (1990) f.; *Ernst*, FG Flume, 2; *Ernst*, Einrede (2000) 42 und *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 592–598, 819 wurde die Aufrechnungsmöglichkeit per *exceptio doli* durch das *rescriptum divi Marci* nicht eingeführt, sondern bestätigt.

[18] Inst. 4.6.30. Hält der Beklagte der *condictio* des Klägers eine Gegenforderung zur Aufrechnung

7 Weigert sich der Kläger, die geforderte Summe zu bezahlen, erlangt der Beklagte mit einer erfolgreichen Einrede seinen Freispruch.[19] Erkennt der Richter hingegen im Verhalten des Klägers keinen *dolus*, wird der Kläger seinen Anspruch in voller Höhe durchsetzen. Der Beklagte muss diesfalls zur Durchsetzung seiner Ansprüche ein eigenes Verfahren beginnen.[20] Die damit einhergehenden Härten des Verfahrens (dass nur Freispruch oder Verurteilung auf die volle Klagssumme möglich sind) können im Vindikationsprozess und anderen Arbiträrverfahren (→ 59 Rn. 200) reduziert werden, weil der Richter im Rahmen seiner *pronuntiatio* die Gegenansprüche des Beklagten berücksichtigen kann.[21]

8 Anders als als im Formularverfahren, dem das Prinzip der Geldverurteilung *(condemnatio pecuniaria → § 12 Rn. 41)* zugrunde liegt, kann in der *cognitio extra ordinem* und im allgemeinen Kognitionsverfahren (→ § 15), das vom Prinzip der Formlosigkeit und Zweckmäßigkeit[22] beherrscht wird, auf Herausgabe der Sache verurteilt werden.[23] Die *compensatio* ist bei einer Verurteilung der Herausgabe der Sache nicht möglich.[24] Daher kommt dem Retentionsrecht hier entsprechend hohe Bedeutung zu.[25]

9 Im Kognitionsprozess wird die *exceptio doli* dem Klagebegehren als inhärent angesehen.[26] Die erfolgreiche Einwendung eines Zurückbehaltungsrechts ist hier (auch außerhalb der *actiones arbitrariae*) nicht mehr kondemnationshindernd.[27]

---

entgegen und wird der dem Kläger zustehende Differenzbetrag vom Beklagten bezahlt, wird dieser freigesprochen. Verweigert der Beklagte die Zahlung des Differenzbetrags, greift seine *exceptio doli* nicht (*Kaser/Hackl*, RZ 262 mwN).

[19] *Bürge*, Retentio (1979) 27; *Schanbacher*, SZ 114 (1997) 244; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 53.

[20] *Kaser/Hackl*, RZ 262; *Lemosse*, Labeo 36 (1990) 11.

[21] *Kaser*, TR 36 (1968) 39; *Bürge*, Retentio (1979) 26; *Kaser/Hackl*, RZ 262 f., 338 mit Fn. 21; *Nardi*, Ritenzione, in ED XL (1989) 1365 („arbitratus de restituendo sub condictione"); *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 57.

[22] *Kaser/Hackl*, RZ 438, 481.

[23] *Kaser/Hackl*, RZ 443, 495; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 60.

[24] *Nardi*, Studi I 12; *Solazzi*, Compensazione (1950) 193 (mit dem Hinweis, dass die *compensatio* im Rahmen der *actio iudicati* möglich ist; dazu → § 111 Rn. 25); *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 60.

[25] *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 60 (→ § 111 Rn. 13).

[26] *Kaser/Hackl*, RZ 487; siehe auch *Benöhr*, Synallagma (1965) 21.

[27] Erachtet der Richter aufgrund der Einwendungen das Klagsbegehren als nur teilweise begründet, kann er die *condemnatio* im nachklassischen Kognitionsprozess auf diesen Teil beschränken, siehe *Kaser/Hackl*, RP 585 f.; *Ernst*, Einrede (2000) 68 f.; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 849–854.

II. Ausgewählte Anwendungsfälle

Die vielfältigen Anwendungsbereiche der *retentio* werden im Folgenden in vier (nicht abschließenden) Kategorien dargestellt: 1. Retentionsrechte aufgrund von erlittenen Schäden und Aufwendungen oder sonstiger Forderungen *ex contractu* (→ Rn.11–21), 2. Retentionsrechte im Vindikations- und Teilungsverfahren (→ Rn. 22–28), 3. Retentionsrechte an der Erbschaft (→ Rn. 29–31) und 4. an der *dos* nach beendeter Ehe (→ Rn. 32–42). In den beiden letzten Kategorien nimmt das Zurückbehaltungsrecht den Charakter einer Abzugsbefugnis an.[28] 10

1. Retentionsrechte aufgrund von erlittenen Schäden und Aufwendungen oder sonstiger Forderungen *ex contractu*

Anwendungsfälle[29] des Retentionsrechts sind insbes. bei den sogen. unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Verträgen belegt. So kann beispielsweise der Verwahrer[30] (→ § 85) den verwahrten oder der Entleiher[31] (→ § 86) den geliehenen Gegenstand so lange zurückbehalten, bis ihm die darauf getätigten Aufwendungen ersetzt werden. 11

Aufgrund des Retentionsrechts steht dem Entleiher die *actio furti* (→ § 93) gegen den Verleiher zu, wenn dieser ihm die geliehene Sache – die hier gleichsam als Pfand fungiert (*quasi pignoris loco*)[32] – entzieht.[33] 12

[28] Siehe dazu *Ernst*, Einrede (2000) 48; ebenso *Nardi*, Ritenzione, in ED XL (1989) 1364 Fn. 8; *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 59 mwN geht hinsichtlich der *actio rei uxoriae* als *bonae fidei iudicium* von Deduktionsrechten des Richters aus und hält die Retentionen an der *dos* der *compensatio* bei den *bonae fidei iudicia* gleich. Siehe weiters Rn. 34.

[29] Ausführlich zu den einzelnen Retentionsmöglichkeiten *Nardi*, Studi I 283–442; *Bürge*, Retentio (1979) 14–234.

[30] Mod. 2 diff. Coll. 10.2.6 hinsichtlich der *impensae* (vgl. auch Mod. 2 diff. D. 16.3.23 = Coll. 10.2.5), siehe dazu *Bürge*, Retentio (1979) 180 f. *Sciandrello*, Ricerche (2017) 74, 92, 118 geht hier nicht von einem Retentionsrecht, sondern von der *actio contraria* aus. Justinian schafft die *compensatio* (und *retentio*) beim *depositum* ab (Iust. C. 4.34.11 pr. [a. 529] → § 85 Rn. 71); siehe *Bürge*, ebd. 180 f.; dazu und zu PS 2.12.12 (*In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est*) sowie zum Ausschluss der *compensatio* und/oder der *retentio* beim *commodatum* (Diocl./Maxim. C. 4.23.4 [a. 294]) *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 60, 192 f. mit Fn. 265, 928, 931 f., 936, 1078.

[31] In Paul. 5 Sab. D. 47.2.15.2 wird vom Retentionsrecht am Leihgegenstand hinsichtlich der *impensae* gesprochen, in Iul. 3 Min. D. 47.2.6 hinsichtlich der *impensae necessariae*. *d'Ors*, SDHI 19 (1953) 193–195 bezweifelt ein Retentionsrecht wegen nicht vereinbarter Aufwendungen beim *commodatum*.

[32] Auch die Kaufsache wird hinsichtlich der Kaufpreisforderung als „*pignoris loco*" bezeichnet (Ulp. [Marcell.] 1 aed. cur. D. 21.1.31.8; auch Scaev. 2 resp. D. 18.4.22 „*pignoris nomine*"; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.8; vgl. auch Ulp. 29 Sab. D. 47.2.14.1); siehe dazu *Benöhr*, Synallagma (1965) 95. Der Vergleich des Pfandrechts mit dem Zurückbehaltungsrecht spielt – aufgrund der Ungeteiltheit der Pfandhaftung und der Akzessorietät des Pfandrechts – insbesondere dort eine Rolle, wo der Käufer schon eine Teilzahlung erbracht hat; siehe dazu *Wacke*, Index 3 (1972) 472.

[33] Paul. 5 Sab. D. 47.2.15.2. Diese Stelle und Iul. 3 Min. D. 47.2.60 halten übereinstimmend fest,

13 Der Pfandgläubiger (→ § 87) kann das Faustpfand zurückbehalten, bis ihm die darauf gemachten Aufwendungen ersetzt werden.[34]

14 Verlangt der Pfandbesteller nach Tilgung der gesicherten Forderung die Rückgabe der Pfandsache, so erlaubt Gordian C. 8.26(27).1.2 (a. 239)[35] dem Pfandgläubiger eine *exceptio doli*, falls er noch andere ungesicherte Forderungen gegen den Schuldner hat, welche ihm nicht zurückgezahlt oder angeboten werden (→ § 48 Rn. 55).[36] Ob diese *exceptio doli* Ausdruck eines Retentionsrechts oder eines Pfandrechts ist (das auf zuvor ungesicherte Forderungen erstreckt wird), ist unklar.[37]

15 Dem Vermieter kommt ein Perklusionsrecht an den vom Mieter in eine städtische Immobilie eingebrachten (und ausdrücklich oder stillschweigend verpfändeten[38]) Gegenständen *(invecta illata)* zu, um seine Forderungen aus dem Mietvertrag abzusi-

---

dass der Verleiher nicht aus *furtum* haftet, wenn er dem Entleiher eigenmächtig die Sache entzieht, denn dieser wird dadurch von seiner Haftung befreit: Eine *furtum*-Haftung des Verleihers kommt aber dann in Betracht, wenn dem Entleiher ein Retentionsrecht zukommt, siehe *Bürge*, Retentio (1979) 177; *Meissel*, JAP 1993/94, 214; *d'Ors*, Quaestiones (1997) 403; *Apathy*, FS Hausmaninger (2006) 17–24; *Zimmermann*, Obligations 201; *Scheibelreiter*, Scr. Corbino VI 628–630, 636 f.; *Milazzo*, Contratto (2018) 193 f.; *Gutiérrez-Masson*, Scr. Corbino IV 2421; vgl. dazu im Weiteren Pomp. 18. Sab. D. 13.7.3; Paul. 54 ed. D. 41.3.4.21; Ulp. 40 Sab. D. 47.2.19.5 f.; PS 2.31.19 zur *furtum*-Haftung des Pfandschuldners, der die von ihm verpfändete Sache zurückstiehlt (und verkauft) und Paul. 39 ed. D. 47.2.54.4 zur *furtum*-Haftung des Eigentümers, der seine Sache beim (gutgläubigen) Besitzer stiehlt, sofern dieser ein Retentionsrecht hat.

[34] Pomp. 35 Sab. D. 13.7.8 pr. (*impensae necessariae* seitens des Pfandgläubigers); *Bürge*, Retentio [1979] 167 mit Fn. 20 bezieht die Stelle auf die *fiducia cum creditore contracta* (so auch *Schanbacher* → § 46 Rn. 22). Ähnliche Wertungen führen zur Durchbrechung des Prioritätsgrundsatzes bei der Mehrfachverpfändung, wenn der spätere Gläubiger ein Darlehen gibt, um die Pfandsache zu erhalten, siehe Ulp. 3 disp. D. 20.4.5 und Ulp. 73 ed. D. 20.4.6. *d'Ors*, SDHI 19 (1953) 193–195 bezweifelt das Retentionsrecht wegen nicht vereinbarter Aufwendungen beim *pignus*.

[35] Gord. C. 8.26(27).1.2 (a. 239): *Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint.* – „Hast du dich in Besitz [der Pfandsache] befunden, so wirst du, sofern dir nicht auch das Geld vom Schuldner zurückgezahlt oder angeboten worden ist, welches er dir ohne Pfandsicherung schuldig ist, wegen der Arglisteinrede nicht zur Herausgabe gezwungen. Denn du verlangst zurecht, dass die Schuldner, welche [die Zahlung] der pfandrechtlich gesicherten Forderung) anbieten, nicht gehört werden dürfen, wenn sie nicht auch für das Befriedigung angeboten haben, was sie schlicht [ungesichert] als Darlehen empfangen haben."

[36] Siehe dazu *Bueno Delgado*, Pignus gordianum (2004); *Nardi*, Studi I 203–210 mwN. *Nardi* führt die Einrede des Pfandgläubigers auf eine zunächst ausdrückliche, später stillschweigende Verpfändungsvereinbarung zurück. Zu Ulp. 28 ed. D. 13.7.11.3 siehe *Schanbacher*, SZ 114 (1997) 247 mwN.

[37] Zur Darstellung der bisherigen Diskussion siehe *Schanbacher*, SZ 114 (1997) 245 mit Fn. 51 und 52. *Schanbacher*, ebd. 271 selbst geht davon aus, dass das von Gordian zugesprochene Recht zwar mehr als ein Retentionsrecht, aber auch kein *pignus* ist („die Wahrheit scheint gewissermaßen ‚in der Mitte' zu liegen").

[38] Marcian hypoth. form. D. 20.2.2; Ulp. 73 ed. D. 20.2.3; Ner. 1 membran. D. 20.2.4.

chern:[39] Er kann die eingebrachten Gegenstände beschlagnahmen und zurückbehalten (Ulp. 73 ed. D. 43.32.1.5: *retinere*).[40]

Papinian beurteilt eine *actio utilis* des Pfandgläubigers (aufgrund von Konvaleszenz) dann als schwierig (*difficilius*), wenn er nicht unwissend darüber war, dass der Verpfänder eine ihm nicht gehörige (und ihm auch nicht mittels persönlicher Klage zustehende) Sache verpfändet hat und der Verpfänder später Eigentum an der Sache erwirbt. Eher (*facilior*) stünde dem Gläubiger ein Retentionsrecht zu.[41] **16**

Ein Mandatar (→ § 82) kann den auftragsgemäß gekauften Sklaven so lange zurückbehalten, bis Schadloshaltung für das *furtum* erfolgt, das der Sklave vor oder nach dem Kaufgeschäft begangen hat.[42] **17**

Auch bei synallagmatischen Verträgen wird von einem *retinere* gesprochen: So etwa darf der Verkäufer (→ § 79) – oft zugleich der Sacheigentümer – die Kaufsache so lange zurückbehalten, bis der Kaufpreis zur Gänze beglichen wird:[43] Ob aber die *retentio* dem Verkäufer als regelmäßige Befugnis aus dem synallagmatischen Vertrag gewährt wird[44] oder nur dort, wo aus speziellen Gründen die Möglichkeit des Verkäufers eingeschränkt ist, wegen des Kaufpreises zu klagen,[45] ist strittig. **18**

[39] Siehe Ulp. 73 ed. D. 43.32.1 pr.; siehe auch Alex. C. 4.65.5 (a. 223).

[40] *Wubbe*, Res aliena (1960) 187, 285; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 140. Gibt der Vermieter zu Unrecht die beschlagnahmten Sachen nicht heraus (etwa, wenn der Mietzins bereits bezahlt ist), steht dem Mieter das *interdictum de migrando* zu (→ § 48 Rn. 32; § 59 Rn. 455–457; § 66 Rn. 81). Nach *Kreller*, SZ 64 (1944) 320; *Kaser*, SZ 78 (1961) 217–219; *Kaser*, Pfandrecht (1982) 140 Fn. 47 können fremde, vom Mieter eingebrachte Sachen vom Eigentümer vindiziert werden. *Wubbe*, Res aliena (1960) 201 Fn. 68, hingegen geht auch hier von einem Retentionsrecht des Vermieters aus (und spricht auf S. 203 auch von einer *exceptio doli* des Verpächters, der mittels *interdictum Salvianum* (→ § 48 Rn. 14 f.; § 59 Rn. 450–463; § 66 Rn. 43) auf die vom Pächter in das Landgut eingebrachten, verpfändeten Sachen zugreifen konnte und nun von deren Eigentümer auf Herausgabe geklagt wird). *Wubbe* vermeint zudem, dass auch der Mieter die fremden Sachen nicht mit dem *interdictum de migrando* herausverlangen könne; in diesem Punkt zustimmend *Kaser* noch in SZ 78 (1961) 217, ablehnend dann aber in Pfandrecht (1982) 140 Fn. 47. *Wubbe*, Res aliena (1960) 187, 200 f., 285–287 sieht das Beschlagnahmerecht des Vermieters und die mittels *interdictum Salvianum* durchgesetzte Befugnis des Verpächters, auf die fremden Gegenstände zu greifen, als „Bewahrungspfand" zwecks Pressionswirkung, nicht aber als Verfalls- oder Verwertungspfand.

[41] Pap. 11 resp. D. 20.1.1; dazu *Schanbacher*, Konvaleszenz (1987) 103 f.; zust. *Wacke*, SZ 114 (1997) 223 Fn. 87.

[42] Gai. 18 ed. prov. D. 30.70.2. Auf die Möglichkeit einer *noxae deditio* wird hier nicht eingegangen, siehe dazu Paul. 32 ed. D. 17.1.26.7; African. (Iul.) 8 quaest. D. 47.2.62.5.

[43] Scaev. 2 resp. D. 18.4.22; Ulp. 1 ed. D. 21.1.31.8; dazu *Benöhr*, Synallagma (1965) 39–44; *Bürge*, Retentio (1979) 186–190 mwN; *Braukmann*, Pignus (2008) 51 f.; *Klausberger*, JAP 2009/10, 196–199; *Ernst*, FG Flume 31–36 und *Ernst*, Einrede (2000) 49–51 (gegen *Nardi*, Studi I 266–268, der die Stellen zur verkäuferseitigen *exceptio non adimpleti contractus* nicht zu Retentionsrechten zählt).

[44] So *Benöhr*, Synallagma (1965), siehe insbes. 94–97, 108, 116 (auch zur *locatio conductio*). Aus Gründen der Parität stehe auch dem Käufer ein Zurückbehaltungsrecht zu, wenn ihm die Kaufsache nicht übergeben wird; *Bürge*, Retentio (1979) 186–188 hingegen weist darauf hin, dass sich die Fälle, in denen die römischen Juristen eine Retentionsbefugnis zuerkennen, von der Problematik des synallagmatischen Vollzugs unterscheiden, so auch *Ernst*, FG Flume 20; *Ernst*, Einrede (2000) 34 f., 49–51; *Nardi*, Ritenzione, in ED XL (1989) 1364.

19 Spezielle Gründe liegen etwa bei Kaufverträgen mit Sklaven, *pupilli* oder *minores* (→ § 30) vor. Hier dient das Retentionsrecht dazu, einer Bereicherung des *dominus*,[46] des *pupillus* oder des *minor* entgegenzuwirken.[47] Schließt ein *pupillus* ohne Mitwirkung seines Tutors etwa einen Kaufvertrag ab, wird nur der Vertragspartner, nicht aber auch der *pupillus* verpflichtet.[48] Der *pupillus* kann dann vom Vertragspartner nicht geklagt werden, darf aber seinerseits klagen. Wenn der *pupillus* als Käufer gegen den Verkäufer vorgeht, darf dieser die Kaufsache zurückbehalten.[49] Eine Leistung des Käufers an den *pupillus* als Verkäufer wirkt ohne Mitwirkung von dessen Tutor nicht schuldbefreiend, macht den *pupillus* aber zum Eigentümer des gezahlten Preises.[50] Ist der *pupillus* dadurch bereichert und klagt zudem die nicht erloschene Forderung ein, kann ihm die *exceptio doli* entgegengehalten werden[51] (bzw. die Einwendung formlos erfolgen). Ebenso kann seiner Vindikation die *exceptio doli* entgegengehalten werden, wenn der Kaufpreis bezahlt wurde.[52] Auch die *restitutio in integrum* zugunsten des *minor* nimmt auf dessen Bereicherung Bezug.[53]

20 Dort, wo sich der Käufer von Wein in Annahmeverzug setzt und dem Verkäufer deswegen Lagerkosten entstehen (weil er den Wein nicht wegschüttet), ist von einem Retentionsrecht am Wein auszugehen, damit der Verkäufer diese Lagerkosten ersetzt bekommt.[54]

---

[45] So *Bürge*, Retentio (1979) 18; *Ernst*, FG Flume, 10 f., 21 f. und 31–36, 67 f. (dazu tlw. krit. *Apathy*, SZ 117 [2000] 707–711); *Ernst*, Einrede (2000) 25, 30–51 (beim Zurückbehaltungsrecht handle es sich nicht um eine allgemeine Einrede des nicht erfüllten Vertrags); ihm folgend *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 55. *Ernst*, FG Flume, 25–31; *Ernst*, Einrede (2000) 40–46 und 68 f. geht davon aus, dass das Fehlen des Zurückbehaltungsrechts der Kaufsache bei fehlender Preiszahlung eng mit dem Grundsatz der Geldkondemnation in Zusammenhang steht. In Folge der Lockerung des Grundsatzes der *condemnatio pecuniaria* im Kognitionsverfahren vermutet er das Bedürfnis, dem Verkäufer die Zurückbehaltung der Kaufsache bei ausständiger Preiszahlung zuzuerkennen.

[46] Siehe dazu *Ernst*, FG Flume, 12–14, 25; *Ernst*, Einrede (2000) 29, 40 f. unter Hinweis auf Paul. 17 Plaut. D. 12.1.31.1 und Paul. 5 quaest. D. 21.1.57 pr.

[47] Siehe dazu *Bürge*, Retentio (1979) 112–120, 196–200; vgl. dazu Scaev. 2 dig. D. 4.4.39.1.

[48] Gai. 2.84; Paul. 5 quaest. D. 18.5.7.1; Ulp. 32 ed. D. 19.1.13.29; Ulp. 40 Sab. D. 26.8.5.1.

[49] *Benöhr*, Synallagma (1965) 64–79; *Bürge*, Retentio (1979) 199 f.; *Ernst*, FG Flume, 14–16; *Ernst*, Einrede (2000) 29 f.

[50] Gai. 2.84; Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.4; Paul 6 Sab. D. 46.3.15.

[51] Gai. 2.84; dazu *Bürge*, Retentio (1979) 196–200; *Wacke*, SZ 114 (1997) 14 Fn. 54.

[52] Diocl./Maxim. C. 7.26.9 (a. 294); dazu *Bürge*, Retentio (1979) 196–200. Vgl. auch Ulp. 11 ed. D. 4.3.13.1.

[53] Vgl. dazu Scaev. 2 dig. D. 4.4.39.1; dazu *Bürge*, Retentio (1979) 50–52. Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.9 gewährt eine *exceptio doli*, wenn zu Gunsten eines Minderjährigen die Restitution eines geschenkten Sklavenkinds verlangt wird und auf das Sklavenkind Unterhaltskosten und sonstige zu billigende Kosten aufgewendet wurden.

[54] Ulp. 28 Sab. D. 18.6.1.3. Ulpian spricht davon, dass es für den Verkäufer zweckmäßiger sei, für die Lagerung fremde Fässer anzumieten anstatt eigene zu verwenden (weil er im Fall des Gebrauchs eigener Fässer sein Interesse an deren Leerheit nachweisen müsste); dazu *Bürge*, Retentio (1979) 190 f.

African spricht von einer *retentio* am *peculium,* wenn ein Sklave, der samt *peculium* verkauft wurde, vor der *traditio* beim Verkäufer einen Diebstahl begangen hat und die gestohlene Sache verloren gegangen ist.[55] 21

2. Retentionsrechte im Vindikations- und Teilungsverfahren

Zuweilen hat der Beklagte keine Möglichkeit, seine Forderungen anders als durch Retention durchzusetzen:[56] etwa dort, wo ein Gegenstand vom Eigentümer vindiziert wird (→ § 58) und der Beklagte, der vom Nichteigentümer erworben und sich für den Eigentümer gehalten hat,[57] Aufwendungen auf den Gegenstand getätigt hat;[58] oder dort, wo sich jemand für den Erben eines Grundstücks gehalten und das darauf befindliche Haus durch eigene Baumaterialien gestützt hat, die durch *accessio* (→ §§ 42; 59 Rn. 244; 65 Rn. 83–86) Bestandteil des Grundstücks geworden sind oder wo der Grundsatz *accessio cedit principali* bzw. *superficies solo cedit* zu einem Vermögenszuwachs des Klägers geführt hat[59] (weitere Beispiele zur *exceptio doli* im Vindikationsverfahren → § 59 Rn. 242–258 (nicht nur wegen getätigter Aufwendungen). 22

Wegen seines Retentionsrechts wird dem gutgläubigen Besitzer bei Sachentzug durch den Eigentümer die *actio furti* (→ § 93) gegen diesen zugebilligt.[60] 23

Ebenso kann derjenige, der sich für den Alleineigentümer gehalten hat, wegen seiner Aufwendungen ein Retentionsrecht einwenden, wenn die *actio communi dividundo* (→ § 67) eingebracht wird.[61] 24

---

[55] Afr. 8 quaest. D. 19.1.30 pr.; dazu *Bürge*, Retentio (1979) 194–196; *Ernst*, Einrede (2000) 26 f.

[56] Iul. 10 dig. D. 12.6.33 lehnt hier eine *condictio* des Bauführers ab, weil er nicht kontrahieren wollte und keine *datio* an den Bereicherten stattgefunden hat. Der Bauführer könne auf keine andere Weise als durch Retention seinen Aufwand ersetzt erhalten; Pomp. 6 Quint. Muc. D. 12.6.51; Paul. 3 resp. D. 44.4.14. Siehe *Bürge*, Retentio (1979) 15–17, 211–222; *Verse*, Verwendungen (1999) 21 mwN.

[57] *Bürge*, Retentio (1979) 46–50 streicht heraus, dass sich der Retentionsberechtigte für den Sacheigentümer gehalten haben muss; ihm folgend *Pichonnaz*, Compensation (2001) Rn. 57. *Bürge*, Retentio (1979) 72–75 mwN geht aber vorsichtig davon aus, dass in gewissen Fällen auch dem bösgläubigen Beklagten ein Retentionsrecht zukommen kann (siehe Gord. C. 3.32.5 [a. 239] zum Ersatz notwendiger Aufwendungen; siehe Fn. 62). *Vinci*, Ricerche (2018) 57–62 schließt bei „(so-pravvenuta) mala fede del possessore" die *exceptio doli* zwecks Zurückbehaltung der Sache aus (57).

[58] Pap. 2 resp. D. 6.1.48; Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.1; Paul. 5 quaest. D. 19.1.45.1; vgl. auch Pomp. 11 Sab. D. 21.2.19.

[59] Gai. 2.73–78 (auch zur *tabula picta*); Paul. 21 ed. D. 6.1.23.3 (*tabula picta*); fr. 23.4; Paul. 5 quaest. D. 19.1.45.1; dazu *Benöhr*, Synallagma (1965) 36–39; *Bürge*, Retentio (1979) 25–27, 142 f., 158, 163. In Paul. 21 ed. D. 6.1.27.5 ist davon die Rede, dass dem Beklagten, der irrtümlich ein Gebäude auf fremdem Grund errichtet hat, eine *exceptio doli* zukommt, es sei denn, der Kläger ist bereit, die Wegnahme des Gebäudes zu gestatten *(„nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium").* Zum *ius tollendi* siehe Fn. 63.

[60] Paul. 39 ed. D. 47.2.54.4 (wenn der Eigentümer dem gutgläubigen Besitzer die eigene Sache stiehlt, steht dem Besitzer die *actio furti* zu, sofern er ein Retentionsrecht an der Sache hat).

[61] Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.1.

25 Ulp. (Iul.) 17 ed. D. 6.1.37 schließt die *exceptio doli* dort aus,[62] wo jemand zwar gutgläubig ein fremdes Grundstück erworben, aber erst gebaut hat, als er bereits wusste, dass er nicht Eigentümer geworden ist; ihm stehe bei Vindikation bloß zu, das Gebäude ohne Nachteil für den Grundstückseigentümer wieder abzutragen (sogen. *ius tollendi*).[63] Auch kann nach Celsus einem armen (*pauper*)[64] Vindikationsgläubiger keine *exceptio doli* entgegengehalten werden. Er erscheint nicht dolos, wenn er die Aufwendungen nicht bezahlen kann. Auch hier habe der Beklagte nur die Möglichkeit, das *ius tollendi*[65] auszuüben. Bosheit des Beklagten sei dabei nicht zu dulden: Er dürfe beispielsweise die aufgebrachten Wandgemälde nicht abkratzen.[66]

26 Wurde ein Sklavenkind beim gutgläubigen Besitzer ausgebildet, kommt dem Beklagten nach Paulus kein Retentionsrecht zu.[67]

---

[62] Julian hat offenbar erwogen, die *exceptio doli* auch des *sciens* unter gewissen Umständen zuzulassen (*de damno sollicito*). Das *sollicito* in D. 6.1.37 steht nach Index interpolationum I 85 unter Interpolationsverdacht. *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Digesten I 510 übersetzen *nisi forte quis dicat prodesse de damno sollicito* als „es sei denn, jemand behaupte, sie nütze auch bei einem Schaden, den man selbst verursacht hat." *Otto/Schilling/Sintenis*, CIC 1, 648 übersetzen „denn man könnte sagen, sie nütze (wenigstens) in Betreff eines befürchtet werdenden Schadens"; ähnlich *Hausmaninger/Gamauf*, Casebook Sachenrecht[11] (2012) 129. Der bösgläubige Besitzer hat nach Gord. C. 3.32.5 (a. 239) Anspruch auf Ersatz der notwendigen Aufwendungen; hinsichtlich nützlicher Aufwendungen stehe ihm ein Wegnahmerecht zu, siehe dazu *Bürge*, Retentio (1979) 72–75. *P. du Plessis*, Borkowski's Textbook[6] (2020) 174 geht davon aus, dass das *ius tollendi* dem bösgläubigen Bauführer erst unter Justinian zuerkannt wird.

[63] Siehe dazu *McGinn*, Scr. Corbino IV 623 f.; *Vinci*, Ricerche (2018) 57–62; *Bürge*, Retentio (1979) 73 bezeichnet das *ius tollendi* als Rechtswohltat; *Frier*, Landlords (1980) 159 f. als *privilegium*; *MacCormack*, BIDR 24 (1982) 78 als „power". Siehe auch Paul. 21 ed. D. 6.1.27.5 zum *ius tollendi* des gutgläubigen Bauführers (siehe dazu Fn. 59).

[64] Celsus umschreibt die Armut des Vindikationsgläubigers derart, dass dieser, wenn er zum Aufwendungsersatz gezwungen würde, die väterlichen Hausgötter und die Gräber der Vorfahren aufgeben müsste (Cels. 3 dig. D. 6.1.38). Zum Begriff „*pauper*" siehe *McGinn*, Scr. Corbino IV 619–645.

[65] Cels. 3 dig. D. 6.1.38. Ein möglicherweise justinianischer Texteinschub („*constituimus*") spricht von einem Recht des Klägers, dem Beklagten das *ius tollendi* abzulösen. (*Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* sprechen in der Übersetzung von einer nicht erhaltenen Konstitution. AA *Liebs*, Klagenkonkurrenz 187 Fn. 326, nach dem der Ausdruck *constituimus* ein Terminus des Juristen- und nicht des Kaiserrechts sei; s. dazu *Bürge*, Retentio [1979] 59 f.).

[66] Cels. 3 dig. D. 6.1.38.

[67] Paul. 21 ed. D. 6.1.27.5; s. aber auch Gai. 2 ed. prov. D. 6.1.28; Pomp. 21 Quint. Muc. D. 6.1.29; Mod. 8 diff. D. 6.1.32 (hinsichtlich der Aufwendungen für das Erlernen von Kunstfertigkeiten, wobei Modestin zudem auf das Alter des Sklaven abstellt); dazu *Bürge*, Retentio (1979) 53–58; *McGinn*, Scr. Corbino IV 620–623; *Nörr*, Römisches Recht (2005) 123; *Gamauf*, in: Kindersklaven (2012) 236–243. In Alex. Sev. C. 8.51(52) (a. 224) wird dem *dominus* die Vindikation eines Sklaven erlaubt, wenn dieser als Kind ohne das Wissen oder gar gegen den Willen des *dominus* ausgesetzt worden ist; er muss dem *nutritor* aber dessen Aufwendungen für Unterhalt und Erziehung des Kindes ersetzen (dazu *Memmer*, SZ 108 [1991] 39 f.). Zur Einwendung der aufgewendeten Unterhaltskosten und sonstiger zu billigender Kosten hinsichtlich eines geschenkten Sklavenkinds, dessen Restitution wegen Minderjährigkeit des Schenkers gefordert wird, siehe Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.9.

Nach Paulus kann der gutgläubige Käufer eines leeren Grundstücks der *vindicatio pignoris* des Pfandgläubigers die Aufwendungen der Errichtung eines Gebäudes entgegen halten.[68] African berichtet, dass demjenigen, der aufgrund drohenden Schadens eine *missio in bona* und daraufhin das Eigentum an der Sache erlangt hat, ein Retentionsrecht gegen die *vindicatio pignoris* zukommt, wenn der Kläger nicht die Kosten für die Ausbesserungen der Sache ersetzt. Dem Käufer eines verpfändeten (Zins-)/Hauses (*insula*) hingegen gewährt er kein Retentionsrecht hinsichtlich seiner Kosten zu dessen Ausbesserung: Die Position der beiden sei nicht gleichzuhalten.[69] **27**

Das Retentionsrecht kann im Vindikations- und Teilungsprozess nicht nur von demjenigen ausgeübt werden, der die Aufwendungen selbst getätigt hat, sondern auch von seinem Rechtsnachfolger.[70] **28**

3. Retentionsrechte des Erben

Der Erbe darf einen vermachten Sklaven mittels *exceptio doli* zurückbehalten, bis Sicherheit dafür geleistet wird, dass der Vermächtnisnehmer die Auflage des Erblassers erfüllen wird, den Sklaven gemäß dem Willen des Testators freizulassen.[71] **29**

Dem Erben kommen auch Zurückbehaltungsrechte zwecks Ersatzes von Nachteilen zu, die ihm durch Annahmeverzug des Legatars entstehen.[72] **30**

Der Erbe hat zudem die Befugnis, Teile von Vermächtnissen zurückzubehalten, wenn ihm ansonsten nicht – wie von der *lex Falcidia* (→ § 100 Rn. 1) bestimmt – ein Viertel der Erbschaft (*quarta Falcidia* erhalten bleibt.[73] Ist die Erbschaft mit Vermächtnissen belastet, die mehr als drei Viertel der Erbschaft betragen, wird von einer ver- **31**

---

[68] Paul. 5 resp. D. 20.1.29.2; dazu *Bürge*, Retentio (1979) 148–155; *Meissel*, JAP 1992/93, 6 f.; *Vinci*, Ricerche (2018) 41–76.

[69] Afr. 9 quaest. D. 39.2.44.1; African zieht den Unterschied in der Freiwilligkeit des Kaufgeschäfts und der dabei möglichen und zu erwartenden Sorgfaltsvorkehrungen; dazu *Bürge*, Retentio (1979) 148–155; *Vinci*, Ricerche (2018) 9–39.

[70] Paul. 3 Plaut. D. 10.3.14.1 (aus diesem Gedanken zieht Paulus zudem den Schluss, dass auch dem ehemaligen Miteigentümer eine *actio utilis* gegen den ehemaligen Miteigentümer gegeben werden müsse [nach der Konjektur Mommsens wäre zudem einzufügen, dass dasselbe zu sagen wäre, wenn man sich in der Person des Gemeinschafters geirrt habe, siehe *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Digesten I 843 Fn. 1, siehe auch 844 Fn. 2]. Hat man allerdings Aufwendungen auf die Sache gemacht im Glauben, es wäre die eigene, stünde bloß ein Zurückbehaltungsrecht zu); Paul. 5 quaest. D. 19.1.45.1; *Verse*, Verwendungen (1999) 21 mwN.

[71] Iul. 62 dig. D. 40.5.48; dazu *Benöhr*, Synallagma (1965) 41.

[72] Pomp. 6 epist. D. 33.6.8.

[73] Durch das *SC Pegasianum* (→ § 100 Rn. 59) soll der Erbe, der wegen eines Erbschaftsfideikommisses die ganze Erbschaft oder doch Teile davon herausgeben muss, dadurch zum Erbschaftsantritt motiviert werden, dass er – wie hinsichtlich der Vermächtnisse laut *lex Falcidia* – ein Viertel der Erbschaft einbehalten darf; Gai. 2.254; Ulp. reg. 25.14; dazu *Manthe*, SC Pegasianum (1989) insb. 41–52, 67 f., 102–114; *Nörr*, SZ 127 (2010) 76, 78 mwN; *Babusiaux*, Quaestiones (2014) 47 f., 145; *Babusiaux*, Erbrecht (2015) 284–290 mwN auf S. 342.

hältnismäßigen Kürzung der Vermächtnisse *ipso iure* ausgegangen:[74] Sie werden ohne Notwendigkeit einer Einrede oder eines Antrags seitens des Erben gekürzt.[75] Bei unteilbaren Vermächtnissen (wie etwa Wegeservituten) kann der Erbe einer Klage des Legatars eine *exceptio doli* entgegenhalten und so eine Ausgleichszahlung durch den Vermächtnisnehmer erwirken.[76]

4. Retentionsrechte an der *dos*

32 Der Ehemann hat das Recht, bei Ehescheidung oder Tod seiner Ehefrau einen Teil der *dos* einzubehalten (ausführlich → § 89 Rn. 63–74). Solche Retentionsrechte werden laut den Ulp. reg. in Anbetracht der Kinder, der Sittlichkeit, der Aufwendungen, der geschenkten Sachen und der entwendeten Sachen gewährt (*aut propter liberos aut propter mores aut propter impensas aut propter res donatas aut propter res amotas)*.[77] Die *retentiones propter liberos* setzen ebenso wie die *propter mores* ein Verschulden der Frau bzw. ihres Gewalthabers an der Scheidung voraus.[78]

33 *Pacta* über die Rückgabe der *dos* bzw. die Retentionsrechte daran sind in gewissem Rahmen möglich.[79] Nach Paulus kann aber nicht wirksam vereinbart werden, dass es keine Abzugs- (bzw. Klags-)/rechte *propter mores* oder *propter res donatas* oder *amotas* geben soll; ebenso nicht wegen notwendiger Aufwendungen (denn diese mindern die *dos ipso iure*).[80]

34 Ob es sich bei den Rechten zur *retentio* hier um Zurückbehaltungsrechte oder um (die Summe der *condemnatio* reduzierende)[81] Deduktionsrechte handelt, ist unklar.[82]

---

[74] So *Wacke*, FS Kaser (1973) 216–251 mwN auch zu gegenläufigen Ansichten; *Schanbacher*, Ratio (1995) 37–39; *Schanbacher*, SZ 133 (2016) 413–419; *Wimmer*, Prälegat (2004) 151–189; *Babusiaux*, Quaestiones (2014) 96, 145; *Babusiaux*, Erbrecht (2015) 255–257. Ausführlich → § 100 Rn. 5 f.

[75] Gai. 18 ed. prov. D. 35.2.73.5 *pro rata portione per legem ipso iure minuuntur.*

[76] Scaev. 15 quaest. D. 35.2.23; Gai. 3 leg. ed. praet. D. 35.2.80.1; Gai. 2.227. Zur Literatur siehe Fn. 73.

[77] Ulp. reg. 6.9.

[78] Zu den Eheverfehlungen und deren finanziellen Folgen hinsichtlich der *dos* siehe *Wacke*, TR 43 (2014) 241–256. Zur nachklassischen Entwicklung siehe insbes. *Memmer*, FS Mayer-Maly (2002) 493–510; auch *Frier/McGinn*, Casebook (2004) 173–176; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, RR 409. Unter Justinian sind keine Retentionsrechte des Ehemanns mehr vorgesehen, siehe Iust. C. 5.13.1.5 (a. 530).

[79] Siehe dazu D. 23.4; Ulp. 23 ed. Frag. Vat. 120; dazu *Watson*, Law of Persons (1965) 72–74.

[80] Paul. 7 Sab. D. 23.4.5 pr.–2 führt hier das öffentliche Interesse an den dotalrechtlichen Bestimmungen an; siehe auch *Stagl*, Favor (2009) 305–312 mwN.

[81] Gai. 4.68.

[82] So sprechen etwa Paul. 7 Sab. D. 12.1.8 oder Paul. 8 resp. Frag. Vat. 108 von einer *deductio*. Siehe dazu *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 18–22 mwN; *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 201–203 geht von Deduktionsrechten aus. *Wacke*, ebd. 21 f. relativiert die Frage insoweit, als die unterschiedlichen Auffassungen im Rahmen einer *actio rei uxoriae* (mangels Notwendigkeit einer *exceptio*) zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen führen (→ § 35 Rn. 89; siehe zudem Fn. 29.

Die Retentionsrechte müssen bei einer *actio rei uxoriae* (die Gaius zu den *bonae fidei iudicia* zählt)[83] nicht mittels förmlicher *exceptio* eingewendet werden (→ § 35 Rn. 88).[84] Wird die Rückgabe der *dos* hingegen mit einer *actio ex stipulatu* gefordert, ist eine förmliche *exceptio doli* vonnöten (→§ 89 Rn. 31).[85] **35**

Retentio propter liberos (→ § 35 Rn. 86 f.; 95 f.): Für jedes aus der Ehe entstammende Kind kann ein Sechstel der *dos* zurückbehalten werden, insgesamt aber nicht mehr als drei Sechstel, wenn die Ehe *culpa mulieris aut patris* beendet wird.[86] Wenn der Ehemann durch Eheverfehlungen Anlass zur Scheidung gegeben hat oder die Scheidung vornimmt, obwohl die Ehefrau keine Eheverfehlungen begangen hat, steht ihm kein Retentionsrecht *propter liberos* zu.[87] **36**

Retentio propter mores (→ § 35 Rn. 86 f., 91–94): Bei groben Sittenverstößen (*mores graviores*) der Frau (i.e. Ehebruch) darf der Mann ein weiteres Sechstel einbehalten, bei geringeren Sittenverstößen (*mores leviores*) ein Achtel.[88] **37**

Endet die Ehe durch den Tod des Ehemanns, kann die Frau die *dos* von dessen Erben verlangen. Abzüge von der Mitgift sind hier auch möglich (zB wegen geschenkter oder entwendeter Sachen oder Aufwendungen → Rn. 40 f., nicht aber wegen Sittenlosigkeit der Frau).[89] Sie unterliegen nach Paul. 7 Sab. D. 24.3.15.1 der *compensatio*. **38**

Findet die Ehe durch den Tod der Frau ein Ende, fällt eine vom Vater der Ehefrau bestellte *dos profecticia* an ihn zurück, falls er sie überlebt. Eine von jemand anderem bestellte *dos* (*dos adventicia*) bleibt grundsätzlich dem Ehemann, es sei denn, es wurde die Rückgabe stipuliert (*dos recepticia*).[91] Abweichende *pacta* sind in gewissem Rahmen möglich.[92] Hat der Ehemann die *dos* herauszugeben, wird ihm für jedes eheliche Kind ein Fünftel der *dos* belassen. Eine „Deckelung" gibt es hier nicht.[93] **39**

---

[83] Gai. 4.62.

[84] Paul. 21 ed. D. 6.1.27.5; Ulp. (Celsus) 3 disp. D. 24.3.21; siehe schon *Von Koschembahr-Lyskowski*, Theorie (1893) 52, 114, 156–159; vorsichtig *Wacke*, Actio rerum amotarum (1963) 15–18; *Wacke*, TR 43 (2014) 248; *Kaser*, SZ 83 (1966) 33; *Söllner*, Vorgeschichte (1969) 143–147; *Gade*, Donationes (2001) 66; *Varvaro*, Actio rei uxoriae (2006) 201; → § 89 Rn. 1, 3.

[85] Siehe schon *Von Koschembahr-Lyskowski*, Theorie (1893) 52, 114, 156–159.

[86] Ulp. reg. 6.10; Paul. 8 resp. Frag. Vat. 105, 107; Paul.-Boeth. Ad top. 4.19; vgl. auch Cic. top. 4.19 f.; siehe dazu *Memmer*, FS Mayer-Maly (2002) 490; *Watson*, Law of Persons (1965) 70–74. In TH 87, pag. 1 Z. 5, von 70 oder 72 n.Chr. (= FIRA III app. 20 *bis*) ist von einem Fünftel pro Kind die Rede; dazu *Avenarius*, Ps.-Ulp. reg. (2005) 256 mit Fn. 41 mwN.

[87] Ulp. reg. 4.13; Cic. top. 4.19; siehe *Gardner*, Women (1987) 112; *Saller*, Patriarchy (1994) 208–209.

[88] Ulp. reg. 6.12. Wenn beide Eheteile Verfehlungen begangen haben oder der Mann die Frau durch Kuppelei zur Sittenlosigkeit gebracht hat, gibt es kein Zurückbehaltungsrecht, Pap. 11 quaest. D. 24.3.39(40); Scaev. 19 quaest. D. 24.3.47(48). Siehe *Memmer*, FS Mayer-Maly (2002) 491; *Frier/McGinn*, Casebook 173–176.

[89] Nach *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, RR 408 haben die Erben des Mannes auch keine Abzugsrechte *propter liberos*, da auch diese sind von Sittenverstößen der Frau abhängig sind. Siehe auch *Kaser*, RP 12 339; *Stagl*, Favor (2009) 20.

[91] Siehe Ulp. reg. 6.3–5.

[92] Siehe Fn. 79.

40 *Retentio propter res donatas* (→ § 35 Rn. 107): Der Klage auf Herausgabe der *dos* können Schenkungen an die Frau entgegengehalten werden, die wider das Ehegattenschenkungsverbot vorgenommen worden sind.[94]

41 *Retentio propter res amotas* (→ § 35 Rn. 102–106): Der Klage auf Herausgabe der *dos* kann der Wert der Sachen eingewendet werden, welche die Ehefrau dem Ehemann entwendet hat[95] (allenfalls um ihren Anspruch auf Herausgabe der *dos* bei bevorstehender Scheidung „abzusichern"). Die Einwendung entspricht inhaltlich der *actio rerum amotarum*.[96] Alex. C. 5.21.1 (a. 229) spricht hier von einer *compensatio*.

42 *Retentio propter impensas* (→ § 35 Rn. 97–101): Berücksichtigt werden Aufwendungen des Ehemannes auf das Dotalvermögen, die zur Werterhaltung notwendig oder zur Werterhöhung nützlich waren.[97] Nicht werterhöhende, sondern bloß „verschönernde" Aufwendungen[98] sowie Aufwendungen, die nur auf den jährlichen Fruchterwerb gerichtet waren, werden nicht ersetzt.[99]

---

[93] Ulp. reg. 6.4 (*quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum*); Paul. 8 resp. Frag. Vat. 108 *(deductis quintis singulorum liberorum nomine repetere posse)*.

[94] Ulp. reg. 6.9; wN → § 35 Rn. 107. *Mommsen*, Digesta Iustiniani Augusti II Anm. 3 ad h. I. ersetzt in seiner Digestenedition die *retentio* in Ulp. 31 ed. D. 24.3.7.5 durch *compensatio*. Es geht hier um die Berücksichtigung der geschenkten wie auch der entwendeten Gegenstände bei Forderungen auf Herausgabe der Früchte der Mitgift, die nach der Scheidung gezogen wurden.

[95] Ulp. reg. 6.9.

[96] Zur *actio rerum amotarum* bei Entwendungen unter Eheleuten siehe *Wacke*, actio rerum amotarum (1963) 86–105; *Kaser*, RP I 618 f. mwN; → § 35 Rn. 102–106.

[97] Ulp. reg. 6.14–17; Ulp. 36 Sab. D. 25.1.1.1 u. fr. 5 pr.–3, siehe dazu insbes. Ner. 2 memb. D. 25.1.15 zu notwendigen Aufwendungen, die zu ersetzen sind und solchen, die nicht ersetzt werden (etwa die Kosten für die Ernährung der Dotalsklaven).

[98] Ulp. 36 Sab. D. 25.1.1.1 u. fr 7. Siehe dazu *Stagl*, Favor (2009) 21.

[99] Ulp. 36 Sab. D. 25.1.3.1.